

ההגנה על חייו של העובר במשפט הפלילי

יורם רבין, יניב ואקי*

בשני פסקי-דין ישראליים שניתנו לאחרונה – בעניין חורי ובעניין צ'ניצ'ולקר – התעוררה באופן ראשוני השאלה אם בהתאם לדיני העונשין בישראל ניתן להרשיע אדם בעברה של גרימת מוות בנסיבות שבהן עובר נפגע לפני הלידה אך נולד חי ומת לאחר-מכן (מצב המכונה במאמר "נפגע, נולד ומת"). שאלה זו התעוררה במספר רב של פסקי-דין בארצות שונות ובתקופות שונות, ובאופן מפתיע לא נידונה מעולם בבתי-המשפט בישראל. לאחר סקירה היסטורית של השאלה, לרבות סקירת המצב בשיטות משפט שונות, נטען כי המצב בשיטת המשפט הישראלית הוא ייחודי ואנומלי: פרט לעברה של ביצוע הפלה לא-חוקית, שאינה רלוונטית למירב המצבים השונים של תקיפה וגרימת מוות, אין בדיני העונשין הישראליים אפשרות להעמיד לדין אדם בגין גרימת מוות לעובר. במקרה של המתת עובר אי-אפשר להעמיד לדין על עברות ההמתה הרגילות (רצח, הריגה, גרם מוות ברשלנות), וזאת משום שהביטוי "אדם" שבסעיף 308 לחוק העונשין אינו כולל עובר. כמו-כן אין בישראל עברה עצמאית של המתת עובר, ואין גם עברה מיוחדת של תקיפת אישה הרה (למקרה שהתקיפה גרמה למותו של העובר). לנוכח שיקולי מדיניות שונים וכן לאור המשפט ההיסטורי והמשווה, המסקנה העיקרית של המחקר היא כי האפשרות להרשיע אדם בגרימת מוות לעובר במצב של "נפגע, נולד ומת" היא עיקרון ראוי, לפחות כעקרון-מינימום. נוסף על כך הכותבים ממליצים למחוקק לתת את דעתו לסוגיה זו ולהסדירה בחוק העונשין.

* פרופ' יורם רבין, דקן בית-הספר למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למנהל.

** ד"ר יניב ואקי, מנהל מחלקת עררים בפרקליטות המדינה, מרצה מן החוג בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, ובבית-הספר למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למנהל.

המחברים מבקשים להודות לפרופ' יורם שחר, לד"ר שחר אלדר, לפרופ' דוד אנוך, ליונתן רונצקי וכן לקוראים החיצוניים של המאמר מטעם מערכת כתב-העת **משפט ועסקים** – ד"ר ליאת לבנון וד"ר אסף פורת. תודה רבה גם לחברי מערכת כתב-העת קובי יוסף, עמית אלעזרי ואלעד ארדן, על עבודת מערכת מסורה ויסודית. העמדות המובעות במאמר זה מבטאות את גישתם הפרטית של המחברים.

מבוא

פרק א :

- הסדרים שבהם הביטוי "אדם" אינו כולל עובר
1. מבוא היסטורי : התפתחות ההגנה על חייו של העובר במשפט המקובל
 2. עברות ההמתה הרגילות ("נפגע, נולד ומת")
 3. העברה של המתת עובר
 4. העברה של תקיפת אישה הרה

פרק ב :

- הסדרים שבהם הביטוי "אדם" כולל גם עובר
1. הביקורת על ה-BAR
 2. ביטול ה-BAR והחלת עברות ההמתה על גרימת מוות לעובר
- ההגנה על חייו של העובר במשפט הישראלי

פרק ג :

1. מבוא
2. הפסיקה הסותרת בישראל
 - (א) פרשת חורי
 - (ב) פרשת צ'ינצ'ולקר
 - (ג) הקביעות הסותרות
3. התיבה "אדם" בסעיף 308 לחוק העונשין
 - (א) סעיף 308 לחוק העונשין
 - (ב) מקורותיו ההיסטוריים של סעיף 308
 - (ג) פרשנותו של סעיף 308
4. התיבה "אדם" בעברות ההמתה
 - (א) הגדרת הרכיב הנסיבתי
 - (ב) הרכיב "אדם" אינו רכיב נסיבתי במצב דברים של "נפגע, נולד ומת"
 - (ג) לא נדרשת מזיגה בין הרכיב הנסיבתי "אדם" לבין הרכיב ההתנהגותי
 - (ד) עקרון החוקיות וכלל הפרשנות המצמצמת
 - (ה) הטענה בדבר "המזל המוסרי"

סיכום

"The seemingly simple injunction not to kill, like every other moral, religious, and legal rule involves us in a problem of interpretation... We may not, generally, kill human beings. But what is a human being is not so simple a question as it may sound."¹

"For Man to tell how human life began
Is hard; for who himself beginning knew?"²

מבוא

בשני פסקי-דין שניתנו לאחרונה בבתי-המשפט המחוזיים בנצרת³ ובבאר-שבע⁴ התעוררה באופן ראשוני השאלה אם בהתאם לדיני העונשין בישראל ניתן להרשיע אדם בעברה של גרימת מוות בנסיבות שבהן עובר נפגע לפני הלידה אך נולד חי ומת לאחר-מכן (מצב שאותו נכנה להלן גם "נפגע, נולד ומת"). שאלה זו, שאותה נציג ביתר פירוט בהמשך הדברים, התעוררה במספר רב של פסקי-דין בארצות שונות ובתקופות שונות, ובאופן מפתיע לא נידונה מעולם בבתי-המשפט בישראל.⁵ בטרם נפנה לעסוק בשאלת האחריות הפלילית להמתת עובר, אנו מבקשים לערוך הבחנות בשני מישורים – במישור התיאורטי ובמישור הדוקטרינרי – כדי להגדיר לקורא את גבולות הדין ברשימה זו.

השאלה של המתת עובר מעוררת שאלות בשני מישורים שונים. במישור הראשון מתעוררת השאלה אם ראוי לחוקק עברה של המתת עובר ובאילו נסיבות. שאלה משפטית זו חובקת בתוכה שאלות-עומק מוסריות וערכיות הנוגעות בערך החיים, בנקודה על ציר הזמן שבה החיים מתחילים, בהבחנה האיכותית בין אדם לבין עובר, ובסוגיה הטעונה בדבר איסורן או הצדקתן של הפלות ובפרט בדבר המתח בין זכותה של האישה על גופה לבין הזכות לחיים של העובר. במישור השני מתעוררת השאלה אם עברה של המתת עובר, לפחות בנסיבות מסוימות, קיימת בדיני העונשין של ישראל. שאלה זו נשאלת מנקודת-מבטם של בתי-המשפט, והיא נוגעת בדין הנוהג ובפרשנותו (להבדיל מהשאלות מהמישור הראשון, הנוגעות יותר בנקודת-המבט של

1. GLANVILLE WILLIAMS, THE SANCTITY OF LIFE AND THE CRIMINAL LAW 3 (1957)

2. JOHN MILTON, PARADISE LOST (London, Peter Parker 1667)

3. ע"פ (מחוזי נצ') 43/10 תורי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.3.2011).

4. תפ"ח (מחוזי ב"ש) 1620-07-10 מדינת ישראל נ' צינצ'ולקר (פורסם בנבו, 6.7.2011).

5. אין בידינו מידע אם העובדה ששאלה זו לא נידונה בבתי-המשפט בישראל נובעת מכך שמקרים מסוג זה לא אירעו בארץ או מכך שחרף התרחשותם של מקרים כאלה לא הוגשו בגינם כתבי אישום על אחת מעברות ההמתה.

המחוקק). ברשימה זו בכוונתנו לעסוק בשאלות המתעוררות במישור השני בלבד, קרי, בנוגע להגנה על חייו של עובר על-פי הדין הנוהג ופרשנותו.⁶ עם זאת, ברור לכל כי בין שני המישורים מתקיים קשר הדוק: ראשית, מפני שהדיון במישור המשפט הנוהג אינו יכול להיות נקי מעמדות ערכיות, שכן העיסוק בדין הנוהג מחייב פרשנות, ופרשנותו של הדין יונקת מתפיסות מוסריות וערכיות; ושנית, מפני שהדין הנוהג משקף, לכאורה לפחות, את עמדותיה הערכיות והתרבותיות של חברה במקום ובזמן נתונים.⁸

ההגנה על חייו של עובר במשפט הפלילי ושאלת האחריות הפלילית לגרימת מותו של עובר היא רחבה, וניתן לטפל בה בדרכים שונות. עיון בקודים הפליליים של המדינות השונות, שבהם נעסוק בהמשך, מעלה כי מבחינה דוקטרינרית ניתן להשית אחריות פלילית על המעשה של גרימת מוות לעובר באחת או יותר מתוך חמש הטכניקות הבאות:

1. הטלת אחריות ישירה למעשה של המתת עובר באמצעות עבירות ההמתה – הכוונה למקרים שבהם גרימת מוות לעובר נחשבת עבירת המתה רגילה של אדם (כגון עבירות ההמתה הרגילות של רצח, הריגה או גרם מוות ברשלנות);
2. הטלת אחריות ישירה למעשה של המתת עובר באמצעות עברה עצמאית של המתת עובר, שהיא בדרך-כלל חמורה פחות מעבירות ההמתה הרגילות;
3. הטלת אחריות עקיפה למעשה של המתת עובר באמצעות עבירת התקיפה, בנסיבות שבהן הקורבן היא אישה בהיריון שאיבדה את עובריה בשל התקיפה;
4. הטלת אחריות עקיפה למעשה של המתת עובר באמצעות עבירות האוסרות ביצוע הפלות לא-חוקיות;
5. עבירות מיוחדות המטילות אחריות (בדרך-כלל מופחתת) על אישה הגורמת מוות לעובר או לוולדה בנסיבות מיוחדות, כגון מצבים של דיכאון או סיבוכים נפשיים אחרים הנובעים מהיריון או מלידה.

במאמר זה אנו מבקשים לצמצם את הדיון לשתי הטכניקות הראשונות, אשר בהן

6 על הבעייתיות הערכית (המישור הראשון), אשר מדיון בה אנו מנסים להימנע כאן, ניתן ללמוד מדבריה של השופטת טובה שטרסברג-כהן "מעמד העובר במשפט הישראלי" **רפואה ומשפט** 28, 8, 11 (2003), שם היא מציינת כך: "אף שחיי העובר הם אינטרס מוכר במשפט הישראלי ומן הראוי שיינקטו האמצעים הדרושים כדי להבטיח חיים אלה מפני פגיעה בהם, יש הסבורים כי החלה של שפת-זכויות-האדם על העובר היא, אקסטרפולציה. החלה כזו חורגת מהגיונו הבסיסי של שיח ההגנה על זכויות האדם, המבוסס על קיומו של האדם כפרט עצמאי בחברה, שיש להגן על חירותו הטבעית, על האוטונומיה של רצונו האישי ועל חופש הבחירה שלו. מעמדו של העובר אינו כשל 'אדם'. הוא אינו עצמאי אלא תלוי לחלוטין באמו. העובר אינו חי בחברה אלא מבודד בתוך הרחם."

7 דוגמה בהקשר זה לדיון ערכי שערך בית-משפט אגב מתן פרשנות לדין ראו בפסק-הדין הידוע: *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

8 ראו יורם רבין ויניב ואקי **דיני עונשין** כרך א 13–17 (מהדורה שנייה, 2010).

נעסוק בפירוט רב. בטכניקה השלישית (עברה מיוחדת של תקיפת אישה הרה) ובטכניקה הרביעית (עברה של ביצוע הפלה לא-חוקית)⁹ נעסוק אך בשולי הדברים, ואילו בטכניקה החמישית – עברות מיוחדות המטילות על נשים אחריות פלילית מיוחדת בגין גרימת מוות לעוברן או לוולדן – לא נעסוק כלל.¹⁰

לרשימה שלושה פרקים עיקריים: הפרק הראשון עוסק בהסדרים של אחריות פלילית להמתת עובר בשיטות משפט שבהן הביטוי "אדם" אינו כולל עובר; הפרק השני עוסק בהסדרים של אחריות פלילית להמתת עובר בשיטות שבהן הביטוי "אדם" כולל גם עובר; והפרק השלישי מוקדש לדיון בהגנה על חייו של העובר במשפט הפלילי הישראלי. בדיון ביחס לישראל לא נעסוק בשאלות הנוגעות בהפסקת היריון רפואית.¹¹ את הדיון נרכז באפשרות להעמיד אדם לדין בגין עברת המתה במקרה הספציפי של פגיעה בעובר שנולד חי אך לאחר הלידה מת, כפי שזו באה לידי ביטוי בעניין חורי ובעניין צינצ'ולקר, וזאת, בין היתר, לאור מקורותיו ההיסטוריים של ההסדר הישראלי בהקשר זה, אשר נטועים במסורת המשפט המקובל כפי שהוצגה בשני הפרקים הראשונים.

פרק א: הסדרים שבהם הביטוי "אדם" אינו כולל עובר

בחלק זה של המאמר אנו מבקשים לפרוש לפני הקורא הסדרים הנוגעים בהגנה על עובר – בעיקר בשיטות משפט שהתפתחו על ברכי המשפט המקובל – שבהם הביטוי "אדם" המתאר את קורבן עברות ההמתה אינו כולל עובר.

1. מבוא היסטורי – התפתחות ההגנה על חייו של העובר במשפט המקובל

כדי להבין את עמדתו של המשפט המקובל הפלילי בקשר להגנה על חייו של העובר, יש להרחיק עד המשפט הכנסייתי של ימי-הביניים ואף מוקדם יותר, שכן בימי-הביניים הייתה אנגליה מדינה קתולית, והמשפט הקנוני (הכנסייתי) היה הדין היחיד בנוגע להפלות ולעוברים.¹²

9 כגון העברה שבס' 313 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (ובסעיפים הקשורים לעברה זו – ס' 312–321 לחוק העונשין). כפי שנראה להלן, במשפט המשווה נידונו מקרים שונים של הפלות לא-חוקיות שבהם נעשה ניסיון להעמיד את העושים לדין על עברות המתה רגילות או על סעיפים מיוחדים ועצמאיים של המתת עובר (ולא על סעיפי החוק החמורים פחות האוסרים ביצוע הפלות).

10 כגון ס' 303 לחוק העונשין.

11 ס' 312–321 לחוק העונשין.

12 דניאל סינקלר "מפגש בין משפט למוסר בסוגיית ההפליה: משפט עברי, קנוני, מקובל וישראלי" המשפט יג 239, 253 (2008).

אבות הכנסייה הנוצרית, בדומה לחכמי ההלכה, השתמשו בפסוקים מספר שמות¹³ כדי לעצב את גישתם כלפי גרימת מוות לעובר. אולם האופן שבו הם הבינו את הפסוקים היה שונה לחלוטין מן האופן שבו הבינום חכמי ההלכה,¹⁴ ובסופו של דבר הם הגיעו למסקנות משפטיות שונות ביותר. על מקורה של הגישה הכנסייתית עמד סינקלר במחקרו:¹⁵

"תחילת היווצרות הפער בין הגישות נובעת מהתרגום היווני של התורה. לפי תרגום השבעים – התרגום היווני הקלאסי של התורה – יש להטיל עונש ממוני על המכה אם טרם נתמלאה צורתו של העובר המת. אולם אם 'העובר מעוצב לגמרי, עליו לתת נפש תחת נפש', כלומר מכה האישה ההרה מוצא להורג ברגע שהעובר הגיע לנקודת עיצובו בתוך הרחם. ההבדל הדרמטי בין תרגום זה לבין הגרסה העברית כפי שהובנה על ידי חכמי ההלכה הוא שעונש המוות מוטל על התוקף אם בעקבות התקיפה, מת עובר אשר הגיע לשלב העיצוב בתוך הרחם. אין כל התייחסות, בתרגום היווני, למותה של האם. התורה בניסוחה ביוונית עוסקת אך ורק בעובר, והיא קובעת כי גרימת מותו של עובר מעוצב, בעל צורה, היא מעשה של רצח גמור, ועונשו הוא מוות. אולם אם העובר טרם הגיע לשלב העיצוב בתוך הרחם,

13 כפי שמסביר סינקלר (שם, בעמ' 241), בתורה אין פשע עצמאי של הריגת עובר, אולם המקרא עוסק במקרה של קטטה בין שני אנשים שבמהלכה אחד מהם מכה אישה הרה וגורם על-ידי כך למות עובריה: "וכי ינצו אנשים ונגפו אשה הרה ויצאו ילדיה ולא יהיה אסון, ענוש יענש כאשר ישית עליו בעל האשה ונתן בפללים. ואם אסון יהיה ונתתה נפש תחת נפש" (שמות כא 22–23).

14 לפי ההלכה היהודית, פירושה של שני הפסוקים מספר שמות (שם) הוא שאם אין "אסון" – דהיינו, אם רק העובר נהרג, ולא האישה – אזי המכה חייב להיענש בעונש ממוני, הנקרא "דמי ולדות", אולם אם קרה "אסון", דהיינו שגם האישה מתה, אזי המכה נחשב רוצח ומתחייב בנפשו. על גישתה של ההלכה ראו אצל סינקלר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 241–249.

15 סינקלר מציין כי באותה צורה בדיוק מציג את הדברים גם פילון האלכסנדרוני (מן המאה הראשונה לספירה), אשר כתב כך (כמובא שם, בעמ' 250): "אם רב איש [...] ומכה על בטנה [של אישה הרה], וגורם להפלת ילדה: אם הילד עדיין לא מעוצב, הוא ייענש על ידי קנס, גם בגלל ההתקפה על האישה וגם בגלל שמנע מהטבע, שהיה באמצע תהליך של הכנת הייצור הנפלא ביותר בעולם, מלהביאו אל העולם; אולם אם הילד כבר מעוצב, על ידי זה שיש לו צורה, וכל קשריו ותכונותיו במקום, אזי ימות המכה, כי למעשה הוא הרג בן אדם לכל דבר, רק הטבע עדיין לא היה מוכן להוציאו לאור יום, אלא שמר עליו קמצא, כמו פסל מושלם המחכה על שולחן העבודה של המסחת לתקופה קצרה טרם יציאתו לעולם."

העונש הוא ממוני בלבד.¹⁶

לנוכח האמור, ההבחנה בין עובר מעוצב לבין עובר לא-מעוצב¹⁷ נהפכה לחלק מהמשפט הקנוני של ימי-הביניים, והשמדתו של עובר מעוצב שנשמה באפו הוגדרה כמעשה רצח.¹⁸ ההבחנה החשובה בין עובר מעוצב לבין עובר לא-מעוצב נקלטה במשפט המקובל ונותרה חלק ממנו אפילו לאחר נצחון הפרוטסטנטיות ומלחמת-האזרחים של המאה השבע-עשרה, והיא מופיעה בחיבוריהם של המחברים הקלסיים של העידן הפרוטסטנטי¹⁹ (אשר לחלק מהם נתייחס להלן).

לפני שנתעמק בעמדת המשפט המקובל, נקדים במקצת את המאוחזר ונדגיש כי יש הבדל משמעותי בין עמדת המשפט הקנוני לבין העמדה שאומצה על-ידי המחברים הקלסיים של המשפט המקובל מן המאה השבע-עשרה ואילך. כפי שנראה להלן, השופט Edward Coke, ואחרים בעקבותיו, לא התייחסו להשמדת עובר מעוצב כאל מעשה רצח. במובאה המפורסמת ביותר בהקשר זה, שאותה נביא בהמשך הדברים, מסווג Coke הפלה כזו כ-*great misprision*, דהיינו כעברה חמורה, אך לא כמעשה רצח. כדי להאשים ברצח דרש Coke כי העובר יצא חי מרחם האם. מדוע סטה המשפט המקובל מעמדתו של המשפט הקנוני בהקשר זה?

כאמור, בעקבות המשפט הקנוני, העמדה במשפט המקובל הקדום הייתה שיש לראות בעובר מעוצב "אדם" לעניין עבירות ההמתה, וזאת ללא קשר לשאלה אם מצא את מותו ברחם אמו או לאחר לידתו.²⁰ אולם, בשל חוסר בידע רפואי על שלבי התפתחותו של העובר במהלך ההיריון, וכן בשל העדרם של אמצעים טכנולוגיים שיאפשרו לזהות את מצבו הבריאותי של העובר ברחם, היה אפשר לקבוע כי בעת הפגיעה בו היה העובר חי – קרי, היה עובר מעוצב – רק באמצעות צפייה בו לאחר היוולדו ויציאתו מרחם אמו. קשיים טכנולוגיים אלה הקשו גם את הוכחת קיומו של

16 סינקלר, שם, בעמ' 249–250. סינקלר מניח (שם, בעמ' 251) כי הסיבה לשינוי הדרמטי בהצגת הדין המקראי בעניין הריגת עובר בזמן ההיריון נעוץ בתפיסה היוונית של העובר ובהשלכותיה המוסריות והמשפטיות של תפיסה זו, שניתן למצוא להן עיגון גם בכתביו של אריסטו, אשר פיתח בכתביו על מדע הטבע את ההבחנה בין עובר מעוצב לבין עובר לא-מעוצב.

17 הביטוי "עובר מעוצב" הוא תרגום של הביטוי באנגלית: "fetus which was formed or animated".

18 בסופו של דבר, בשנת 1869, ביטלה הכנסייה הנוצרית באופן רשמי את ההבחנה בין עוברים מעוצבים לבין עוברים לא-מעוצבים, והתקבעה העמדה הנוצרית האוסרת הפלה ככל שלב. על כך ראו אצל סינקלר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 253.

19 שם.

20 Charles I. Lugini, *When Abortion Was a Crime: A Historical Perspective*, 83 U. DET. MERCY L. REV. 51, 52 (2006): "The history of the common law reveals that laws against homicide protected all human beings, including unborn children".

קשר סיבתי בין הפגיעה בעובר (שאיננה בעודו ברחם) לבין מותו.²¹ כך, למשל, לא הייתה אפשרות לשלול טענות שלפיהן מותו של העובר לא נגרם בשל הפגיעה בו, אלא בשל גורמים אחרים במהלך ההיריון, או שמותו נגרם בעקבות לידתו או במהלכה.²²

בהתבסס על הרפואה של אותם ימים, השלב המוקדם ביותר שבו היה אפשר לקבוע את חיותו של העובר – קרי, לקבוע את קיומו של עובר מעוצב – היה השלב שבו האם חשה את תנועותיו של העובר ברחמה (שלב שזכה בכינוי quickening).²³ אולם מכיוון שגם לגבי עובר שעבר את שלב ה-quickening היה קשה לספק הוכחה חותכת להיותו חי בזמן הפגיעה, נקבע במשפט המקובל כי אין בראיה זו די להרשעה בהמתת "אדם". מכיוון ששאלות ראייתיות אלה באו על פתרון רק מרגע היוולדו של העובר, ובשל הרצון להימנע מהאשמות ומהרשעות שגויות, נקטו שולי ביטחון רחבים, ונקבע כלל ראייתי שלפיו עובר ייחשב "אדם" רק לאחר לידתו. כלל זה זכה בכינוי The Born Alive Rule (להלן: BAR).²⁴

ודוק: עיון במקורותיו של הכלל והתחקות אחר הסיבות שהובילו לאימוצו במשפט המקובל מעלים כי הכלל נשא אופי ראייתי, והתפתח כאילוץ שנבע מהדלות הרפואית והטכנולוגית של אותם ימים.²⁵ על רקע אופיו הראייתי, לא היה בו כדי לשקף תפיסה חברתית או ערכית בקשר לקדושת חייו של העובר או לגבי השאלה מאימתי יש לראות בו "אדם", ובוודאי לא היה בו כדי לשקף תפיסה המצמצמת את

-
- Sandra L. Smith, *Fetal Homicide: Woman or Fetus as Victim? A Survey of Current State Approaches and Recommendations for Future State Application*, 41 WM. & MARY L. REV. 1845, 1847 (1999) 21
- Clarke D. Forsythe, *Homicide of the Unborn Child: the Born Alive Rule and Other Legal Anachronisms*, 21 VAL. U. L. REV. 563, 575–576 (1987) 22
- Joanne Pedone, *Filling the Void: Model Legislation for Fetal Homicide Crimes*, 43 COLUM. J. L. & SOC. PROBS. 77, 81–82 (2009): "Based on the common law understanding of fetal development, 'there was no evidence of life until quickening'" 23
- Forsythe, לעיל ה"ש 22, בעמ' 579–580. כך יוצא שיתכן מצב שבו עובר לא יגיע לשלב ה-quickening אולם ייוולד חי ומייד ימות, ואז הפוגע בו צפוי להיות מורשע בעבירת רצח – שם, בעמ' 591. דהיינו, אין להתחשב בשאלת סיכויי של העובר לשרוד בחיים, אלא די בכך שהוא נולד חי. 24
- ההשקפה כי ההצדקה ל-BAR הייתה ראייתית, ולא מהותית, מקובלת כיום על דעתם של רוב המלומדים. ראו, למשל, Lugosi, לעיל ה"ש 20, בעמ' 53–55 (והאסמכתות המובאות שם). כן ראו: Mary Lynn Kime, *Hughes v. State: The Born Alive Rule Dies a Timely Death*, 30 TULSA L.J. 539 (1995) במאמר זה המחברת סוקרת, בין היתר, את פסק-הדין מקרווליינה הדרומית בעניין *State v. Horne*, 319 S.E.2d 703, 704 (S.C. 1984), אשר גם ממנו עולה כי מדובר בכלל בעל אופי ראייתי: "The South Carolina Supreme Court in *State v. Horne* held that an action for criminal homicide could be maintained for the death of a viable unborn child. The court applied the state homicide statute to a stillborn child, implicitly acknowledging the 'Born Alive' Rule to be evidentiary in nature" (שם, בעמ' 551). 25

ההגנה על העובר במשפט הפלילי.²⁶

ה-BAR כלל שני עקרונות-משנה:

1. עברות ההמתה חלות רק על קורבן שהוא "אדם", והוא מוגדר כזה רק מעת שיצא חי מרחם אמו (כלל-משנה זה – כלל-המשנה הראשון – יכונה להלן "אדם מעת לידתו").

2. עברות ההמתה חלות גם על מצבים של פגיעה בעובר (בכל שלב בהתפתחותו), אך זאת רק אם הוא נולד חי ("אדם") ומת לאחר-מכן (כלל-משנה זה – כלל-המשנה השני – יכונה להלן "נפגע, נולד ומת").

יש המצביעים על כך שה-BAR היה חלק מהמשפט המקובל החל בשלהי המאה השלוש-עשרה,²⁷ ואילו לפי אחרים הכלל נקלט במשפט המקובל רק בתחילת המאה הארבע-עשרה.²⁸ כך או כך, מאז נקלט ה-BAR, הוא נהפך לחלק בלתי-נפרד מדיני ההמתה במשפט המקובל.

אולם, בשל התפיסה שביקשה להגן על אדם בכל שלב ושלב בהתפתחותו, מחד גיסא, ובשל הקשיים הראייתיים שתוארו, מאידך גיסא, נקבע, בנפרד מה-BAR, כי יש להעניש גם בגין המתת עובר שלא נולד חי. כתוצאה מכך נעשתה הבחנה בין שתי עברות שונות:²⁹

• לגבי הפוגע בעובר אשר נולד חי אך לאחר-מכן מת נקבע כי אפשר להעמידו לדין

26 Forsythe, לעיל ה"ש 22, בעמ' 564. למקורות נוספים שלפיהם הכלל הוא ראייתי באופיו ראו, למשל: Alison Tsao, *Fetal Homicide Laws: Shield Against Domestic Violence or Sword to Pierce Abortion Rights?*, 25 HASTINGS CONST. L.Q. 457, 460–461 (1997): "The primitive state of medicine during the common law period necessitated the 'born alive' rule. First, the medical profession considered it impossible to determine whether a fetus was capable of independent existence before the baby was born. Second, doctors could not accurately determine the cause of death of a fetus, thereby destroying the requisite causation element necessary to prove a murder"; Kristin Savell, *Is the 'Born Alive' Rule Outdated and Indefensible?*, 28 SYDNEY L. REV. 625, 630–631 (2006).

27 Forsythe, לעיל ה"ש 22, והאסמכתות המובאות שם בהערה 84. עם זאת, עיון במובאות שם מעלה כי במאה השלוש-עשרה אין התייחסויות ספציפיות ל-BAR, אלא יש עיסוק בנושא של המתת עובר באופן כללי, ורק החל במאה הארבע-עשרה מוצאים אזכורים מפורשים של ה-BAR. ראו גם Lugosi, לעיל ה"ש 20, בעמ' 53. האזכור המדויק הראשון של ה-BAR מיוחס למלומד Home, אשר עמד בתחילת המאה הארבע-עשרה על הכלל שלפיו: "Of infants killed ye are to distinguish, whether they be killed in their mothers womb or after their births; in the first case it is not adjudged murder; for that none can judge whether it be a child before it be seen, and known whether it be a monster or not". A. HORNE, *THE MIRROR OF JUSTICES* 209 (John Byrne & Co., 1903). לעיל, בעמ' 581.

28 Pedone, לעיל ה"ש 23, בעמ' 80 ("The 'born alive' rule has been part of the common law since the early 1300s" והאסמכתות המובאות שם בהערה 10).

29 כפי שנראה להלן, התייעוד החשוב הראשון של ההבחנה בין שתי העברות נמצא אצל: 3 EDWARD COKE, *INSTITUTES OF THE LAWS OF ENGLAND* 58 (1648).

- בגין מותו של אדם (בהתאם לכלל "נפגע, נולד ומת"); ואילו –
 לגבי הפוגע וגורם למותו של עובר שלא נולד חי נקבע כי אפשר להסתפק, מהבחינה הראייתית, בהוכחת היות העובר "אדם" באמצעות שלב ה-quickening, ובעקבות זאת להעמיד את הפוגע לדין בעבירה של המתת עובר, שהייתה פחותה בחומרתה מעבירת ההמתה של אדם.³⁰

בשל הרצון לנהוג במידת הזהירות ובשל דרישה ראייתית קפדנית, נקבעה דרישת הוכחה קפדנית יותר (נולד חי) לעבירה החמורה יותר ודרישה קפדנית פחות (quickenning) לעבירה החמורה פחות.

פסק-דין ישן מפורסם שניתן בשנת 1601 ואשר אימץ את הכלל "נפגע, נולד ומת" הוא עניין *Sims*.³¹ במקרה זה תקף הנאשם אישה הרה וגרם להפלת ילדתה, אשר נולדה בחיים ומתה לאחר-מכן. בית-המשפט אימץ את הכלל במילים מפורשות ובלתי-משמעות לשני פנים, תוך שהוא עומד על מקורותיו הראייתיים:

"[T]he difference is where the child is born dead, and where it is born living, for if it be dead born it is not murder, for non constat, whether the child were living at the time of the batterie or not, or if the batterie was the cause of the death, but when it is born living, and the wounds appear in his body, and then he dye, the batteror shall be arraigned of murder, for now it may be proved whether these wounds were the cause of the death or not, and for that if it be found, he shall be condemned."³²

אלא שההתייחסות המצוטטת ביותר במשפט המקובל להגנה על חייו של עובר באמצעות המשפט הפלילי, ואגב כך גם לכלל "נפגע, נולד ומת" כחלק מה-BAR, נמצאת בכתביו של השופט Edward Coke מאמצע המאה השבע-עשרה, אשר היוו את "[ה]קובץ הרשמי והמוסמך של המשפט המקובל".³³ וכך כתב Coke:

"if a woman be quick with a childe, and by a potion or otherwise

30 עבירה זו קיימת במשפט האנגלי עד היום, והיא קרויה child destruction. אנו נעסוק בה להלן ליד ה"ש 75 ואילך. יש לשים לב שכיום אין עוד שימוש במבחן ה-quickenning. במקום זאת, העבירה המודרנית דורשת להוכיח "קטילת עובר" שמת בטרם השיג קיום עצמאי נפרד מהאם אך היה "בעל יכולת להיוולד בחיים" (בחוק נקבעה חזקה שלפיה עובר בגיל היריון של 28 שבועות ומעלה הוא "בעל יכולת להיוולד בחיים").

31 R. v. Sims, (1601) 75 Eng. Rep. 1075. בפרשה זו שימש Coke בתפקיד התובע הכללי. על פסק-הדין ראו, בין היתר: GERARD CASEY, BORN ALIVE: THE LEGAL STATUS OF THE UNBORN CHILD IN ENGLAND AND THE U.S.A. 19 (2005).

32 עניין *Sims*, שם, בעמ' 1076.

33 סינקלר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 253.

killeth it in her wombe, or if a man beat her, whereby the childe dyeth in her body, and she is delivered of a dead childe, this is a great misprision³⁴ and no murder; but if the childe be born alive and dyeth of the potion, battery, or other cause, this is murder; for in law it is accounted a reasonable creature, *in rerum natura*, when it is born alive."³⁵

Coke הסביר כי אם נגרמה לעובר פגיעה קטלנית והוא מת ברחם אמו, אזי הפגיעה בו מוגדרת עוון אך לא רצח, אולם אם העובר נולד חי ורק לאחר-מכן מת כתוצאה מהפגיעה בו, אזי מדובר ברצח.³⁶ מצד אחד ביקש Coke להבהיר את עמדתו של המשפט המקובל, שלפיה קיומו של שלב ה-quickening מספק הוכחה להיותו של העובר חי (עובר מעוצב), אך מצד אחר הוא ביקש להדגיש כי לצורך העברה של רצח רק לידה של תינוק חי מספקת את ההוכחה הנדרשת כי התינוק היה בגדר "אדם" חי בזמן הפגיעה בו.³⁷ לקראת סוף המאה השמונה-עשרה הלך בעקבות Coke גם

34 ביטוי אשר מקבילו באנגלית המודרנית הוא misdemeanor, קרי, עברה של עוון, הפחותה מפשע.

35 ראו Coke, לעיל ה"ש 29, בעמ' 58. ראו גם Pedone, לעיל ה"ש 23, בעמ' 82. אף שאמירתו של Coke היא הידועה ביותר והמצוטטת ביותר בקרב מלומדים ובפסיקה (כנראה בשל מעמדו הרם כיוצר הקובץ הראשון המוסמך של המשפט המקובל), נטען כי הרעיון הכללי הופיע אצל מלומדים קדומים יותר. ראו, למשל: JOHN KEOWN, ABORTION, DOCTORS AND THE LAW: SOME ASPECTS OF THE LEGAL REGULATION OF ABORTION IN ENGLAND FROM 1803 TO 1982, 4 (2002): "Means also cites Sir William Staunford (1509–1558) and William Lambard (1536–1601), who observed that a child, until it is born, is not a creature *in rerum natura* and may not therefore be a victim of homicide".

36 Pedone, לעיל ה"ש 23, בעמ' 82.

37 Lugosi, לעיל ה"ש 20, בעמ' 54. עם זאת, היו מלומדים אחרים באותה תקופה, כגון William Staunford ו-Matthew Hale, אשר סברו, בניגוד ל-Coke, כי הכלל נושא אופי מהותי (ולא ראייתי) שלפיו עובר לפני הלידה אינו בגדר "אדם" על כל המשתמע מכך (ראו Lugosi, לעיל, בעמ' 55, אשר בעקבות Coke ומלומדים נוספים מתייחס לדעות אלה כאל טעות). ממחקרו של סינקלר (לעיל ה"ש 12, בעמ' 254) ניתן להבין, אם כי לא באופן מפורש, כי לדעתו הכלל נושא אופי מהותי, שמשמך חזרה של המשפט המקובל אל המסורת המקראית. סינקלר גם מוצא לכך תימוכין בספרות הקלסית של המשפט המקובל: "הקביעה שאין השמדתו של עובר מעוצב נחשבת] לרצח היא החידוש של מעצבי המשפט המקובל בתקופה הפרוטסטנטית, ויש לציין את המקור לקביעה זו בספרו של Hawkins. על פי Hawkins, קביעה זו מתאימה לעמדת תורת משה: 'And in this respect [...] the Common Law seems to be agreeable to the Mosaic' והן Hawkins מאמצים את דין המקרא וגישת המשפט העברי להשמדת עובר במובן זה שאף אחד מהם אינו מחשיב זאת כרצח, גם אם העובר הגיע לשלב העיצוב. ואכן, Hawkins מציין מפורשות את 'תורת משה' כתמיכה בגישה זו." בהערות-שוליים 71 מציין סינקלר כי המקור לדברים אלה הוא: 1 WILLIAM HAWKINS, A TREATISE ON THE PLEAS OF THE CROWN 80 (London, 1716): "And in this Respect also, the Common

Blackstone, אשר כתב כך :

"[T]he person killed must be 'a reasonable creature in being, and under the king's peace,' at the time of the killing... To kill a child in its mother's womb, is now no murder, but a great misprision: but if the child be born alive, and dieth by reason of the potion or bruises it received in the womb, it seems, by the better opinion, to be murder in such as administered or gave them."³⁸

לסיכום, בשל הקושי להוכיח שהעובר היה חי ברחם בזמן הפגיעה, נוצרה חזקה ראייתית בדמות ה-BAR, שלפיה לצורך עבירות ההמתה (homicide) עובר הוא "אדם" ו"יצור חי" רק מרגע לידתו. מאז נאמרו הדברים לראשונה, ובמשך יותר משלוש מאות שנה, התבסס ה-BAR, על שני כללי-המשנה שלו, במשפט המקובל.

במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה כבר היו הכללים בדבר ההגנה על העובר שהתפתחו למן ימיו של Coke מבוססים במשפט המקובל ללא עוררין.³⁹ אלא שחרף הצדקתם הראייתית, נקלטו הכללים אל תוך המשפט הפלילי המודרני שמחוץ לאנגליה – הן בפסיקה והן בחקיקה – ככללים מהותיים, ונהפכו, כפי שיפורט בהמשך, לחלק בלתי-נפרד מעבירות ההמתה בדיני העונשין של מדינות המשפט המקובל. נסביר.

במהדורה הראשונה של ספרו המפורסם והמשפיע, שראה אור בשנת 1877, סיכם

Law seems to be agreeable to the *Mosaical*, which as to the Purpose is thus expressed: 'If Men strive and hurt a Woman with Child, so that her Fruit depart from her, and yet no Mischief follow, he shall be surely punished, according as the Woman's Husband will lay upon him, and he shall pay as the Judges determine; And if any Mischief follow, then thou shalt give Life for Life' אולם למיטב ידיעתנו, גישתו זו של סינקלר אינה משקפת את גישתם של רוב המלומדים שחקרו את ה-BAR, אשר סבורים כי הכלל התפתח ככלל ראייתי. אפשרות נוספת היא שלאחר שנים רבות שבהן התגבש הכלל הראייתי, הסב Hawkins את תשומת-הלב לעובדה שבסופו של דבר הכלל בתקופתו מתאים או דומה לכלל העולה מן ההלכה היהודית, וזאת מבלי לקבוע את הסיבות לכך, אשר יכלו עדיין להיות מעוגנות בדיני הראיות, ולא במשפט המהותי.

38 4 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 198 (Oxford, 1765). לגישה זו היו שותפים מלומדים רבים נוספים. ראו Forsythe, לעיל ה"ש 22, בעמ' 586–587, ודעות המלומדים המובאות שם.

39 ראו בהקשר זה את הסקירה המקיפה של דוחות מלכותיים, דברי מלומדים ופסיקה רלוונטית מפיו של לורד Mustill בעניין: Attorney General's Reference (No. 3 of 1994), 3 All E.R. 936 [1997]. יש לציין כי ה-BAR השתרש במשפט המקובל לא רק בהקשר הפלילי, אלא גם בהקשרים משפטיים אחרים, כגון דיני הירושה. אולם דיון בהיבטים הלא-פליליים של הכלל חורג מהמסגרת המוגדרת של המאמר, ולכן לא נעסוק בהם כאן. לדיון בפן הנזיקי של הכלל ראו, למשל: Ian R. Kerr, *Pregnant Women and the "Born Alive" Rule in Canada*, 8 TORT L. REV. 713 (2000).

Stephen את ה-BAR (על שני כללי-המשנה שלו), בפרק שדן בעברות ההמתה, במילים הבאות:

"A child becomes a human being within the meaning of this definition, when it has completely proceeded in a living state from the body of its mother, whether it has or has not breathed, and whether the navel string has or has not been divided, and the killing of such child is homicide, whether it is killed by injuries inflicted before, during, or after birth."⁴⁰

כפי שנראה בהמשך הדברים, הגדרתו של Stephen לא נשארה עלי ספר. היא חדרה גם להצעת החקיקה המרכזית של אותה תקופה: הצעת הקוד הפלילי האנגלי משנת 1880, אשר Stephen היה הרוח החיה בוועדה ששקדה על ניסוחה. הצעת קוד זו נדחתה אומנם באנגליה עצמה, אולם שימשה בסיס לקודיפיקציה של המשפט הפלילי במושבות רבות שהיו תחת השלטון הבריטי.

Stephen לא ייחד דברי הסבר בספרו או בהצעת הקוד שלו לטיבם של הכללים – אם הם מהותיים או ראייתיים. בשל כך אי-אפשר לדעת כיום מה הייתה השקפתו.⁴¹ אלא ש-Stephen היה המשפטן הפלילי הבולט בדורו, ולכן ניתן להניח כי הוא היה מודע לדרך התפתחותם של כללי ה-BAR – מימי Coke, דרך Blackstone ועד ימיו – בעיקר בשל כך שהדברים נכתבו באופן מפורש בשני ספרי-המפתח של האחרונים. לנוכח זאת ניתן לחשוב על שני תהליכים שתרמו להפיכתם של הכללים למהותיים. ראשית, בשל העובדה שהדיון בכללי ה-BAR היווה חלק בלתי-נפרד מדיני ההמתה במשפט המקובל, בחר Stephen לשבץ את כללי ה-BAR בספרו על המשפט הפלילי המהותי,⁴² ולאחר-מכן גם בהצעת הקוד (שהייתה אף היא קודקס של משפט פלילי מהותי). לנוכח זאת נתפסו הכללים, בסופו של דבר, כחלק מהמשפט הפלילי המהותי. שנית, הקוד משנת 1880, אשר שימש כאמור בסיס לקודיפיקציה של המשפט הפלילי במושבות רבות, התנתק במידה מסוימת מהמשפט המקובל (הפלילי), שהיה יציר-כפיהם של שופטים אנגליים שישבו באנגליה, וקיבל חיים משל עצמו. כללי ה-BAR שנקבעו בו נהפכו בשל כך לחלק בלתי-נפרד ממנו ומהחוקים השונים של המושבות שאימצו את הקוד, ברובו או בחלקו, וכפי שנראה בהמשך, האופי הראיתי שעמד בבסיס הכללים לפני מאות שנים נשכח כנראה (דוגמה טובה לכך היא ישראל, ועוד

JAMES FITZJAMES STEPHEN, A DIGEST OF THE CRIMINAL LAW (CRIMES AND PUNISHMENTS) 138 (1st ed. 1877) 40

לא מצאנו בכתביו של Stephen רמז להשקפתו בעניין זה. 41

Stephen כתב גם ספרים על משפט פלילי דיוני. ראו, למשל: JAMES FITZJAMES STEPHEN, A DIGEST OF THE LAW OF EVIDENCE (Boston, Little, Brown & Co. 1886); JAMES FITZJAMES STEPHEN, A DIGEST OF THE LAW OF CRIMINAL PROCEDURE IN INDICTABLE OFFENCES (London, Macmillan & Co. 1883) 42

נעמוד על כך בהרחבה בהמשך).⁴³

לסיכום, במשפט המקובל הביטוי "אדם" המתאר את הקורבן בעברות ההמתה אינו כולל עובר, ולפיכך התפתחו בו שתי עברות נפרדות: **האחת**, עברת המתה (homicide) בגין פגיעה בעובר שנולד חי אך לאחר-מכן מת (כלל-המשנה השני של ה-BAR: "נולד, נפגע ומת"); **והאחרת**, עברה של המתת עובר שמת ברחם. נבחן להלן את ההסדרים השונים שנקבעו בשיטות המשפט השונות לצורך הגנה על חייו של העובר במשפט הפלילי.

2. עברות ההמתה הרגילות ("נפגע, נולד ומת")

ההתפתחות ההיסטורית ותוארה לעיל – לרבות ההתפתחות שבעטייה נהפכו כללי ה-BAR מראייתיים למהותיים – היא הסיבה לכך שברוב מדינות המשפט המקובל השתמרה ההבחנה בין "עובר" לבין "אדם", והביטוי "אדם" המתאר את הקורבן בעברות ההמתה אינו כולל עובר. עם זאת, ברוב המדינות הללו קיים הכלל שלפיו עברות ההמתה הרגילות חלות על פגיעה בעובר שנולד חי ולאחר-מכן מת. להלן נסקור את המצב המשפטי בכמה מדינות שבהן כלל זה חל.

באנגליה אישר בית-הלורדים את תקפותו של הכלל הוותיק "נפגע, נולד ומת" בפסק-דין מנחה שניתן בשנת 1997. פסק-הדין ניתן בהליך מיוחד של בקשה מצד התובע הכללי למתן חוות-דעת בשאלה משפטית המופנית אל בית-הלורדים.⁴⁴ השאלה המשפטית באותו עניין נגעה במקרה של אדם שתקף ודקר באמצעות סכין אישה הרה שנשאה ברחמה את ילדתו הביולוגית. האם אושפזה לאחר התקיפה עם פציעות בפנים, בגב ובבטן התחתונה, מבלי שאובחנה בבטנה כל פגיעה בעובר, אולם כ-17 ימים לאחר התקיפה, וכתוצאה שלה, כרעה האישה ללדת לידה מוקדמת (בסביבות השבוע ה-22 עד ה-24 להיריון). בניגוד לקביעה המוקדמת הסתבר כי בילדה שנולדה ניכרו סימני פגיעה מן התקיפה לפני הלידה, ו-121 ימים לאחר הלידה היא נפטרה כתוצאה מכשל ריאתי שנגרם מן הלידה המוקדמת. הנאשם הודה כי תקף את האם בכוונה לגרום לה נזק, אך טען כי לא התכוון לגרום נזק לעובר. למרות זאת הורשע הנאשם בהריגתה של הילדה, בהתבסס על הכלל "נפגע, נולד ומת", שכן הוכח כי הלידה מתה כתוצאה מפגיעות שנגרמו לה על-ידי מעשהו של הנאשם לפני הלידה. ערעור שהוגש על ההרשעה נדחה.

לאחר הערעור הפנה התובע הכללי בקשה מיוחדת לבית-הלורדים למתן חוות-דעת בשאלות משפטיות שונות שהתעוררו מן המקרה. בחוות-דעתו אימץ בית-הלורדים פה אחד את הכלל "נפגע, נולד ומת", תוך שהוא מצטט את אמירתו

43 אך הוא לא נשכח לגמרי. כפי שראינו לעיל ועוד נראה להלן, במחצית השנייה של המאה העשרים, לאור מחקרים היסטוריים, עמדו מלומדים שונים – ובעקבותיהם גם שופטים בפסיקה – על אופיו הראייתי של ה-BAR, ולנוכח זאת נשמעה ביקורת על נחיצותו, בעיקר בארצות-הברית. על כך ראו להלן בתת-פרק ב1.

44 עניין *Attorney General's Reference*, לעיל ה"ש 39.

המפורסמת של השופט Coke שהובאה לעיל.⁴⁵ בית-הלורדים קבע כי אף שהכלל שניסח Coke לא היה מקובל בזמנו על כל מלומדי המשפט, הוא נהפך לכלל המחייב במהלך המאה השמונה-עשרה, ומאז לא קמו עליו עוררין באנגליה.⁴⁶ אולם בעוד שאת הכלל הוותיק "נפגע, נולד ומת" קיבל בית-הלורדים כמובן מאליו, סוגיית היסוד הנפשי הצריכה דיון מורכב יותר. השאלה שעליה התבקש בית-הלורדים לענות הייתה אם במקרה שבו מעשה הפגיעה פוון כלפי האם יש להרשיע את הנאשם בעברה של רצח העובר (שנולד חי אך לאחר-מכן מת) או רק בעברה של הריגה. בהקשר של שאלה זו סירב בית-הלורדים להחיל על המקרה את דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת, ולהעתיק את הכוונה מהאישה אל העובר ומהעובר אל הילד לאחר לידתו, וזאת מן הטעם שדוקטרינה זו אינה מאפשרת העתקה כפולה (double transfer).⁴⁷ עקב כך נקבע כי במקרה כזה ניתן להרשיע את הנאשם רק בעברה של הריגה מסוג של "גרימת מותו של אדם על-ידי פעולה שלא כדין ומסוכנת העלולה לגרום פגיעה לאחר", שכן בעברת ההריגה הפעולה "שלא כדין" אינה צריכה להיות מכוונת כלפי הקורבן דווקא, ולכן אין צורך להיזקק לדוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת. על קביעה זו בנוגע ליסוד הנפשי נמתחה ביקורת מצד מלומדים,⁴⁸ אשר הביעו את הדעה כי בניגוד לקביעתו של בית-הלורדים, היה אפשר במקרה זה להרשיע ברצח.⁴⁹ כיום, באנגליה, גרימת מותו של עובר ברחם אמו אינה יכולה לבסס עברת המתה רגילה. עם זאת, הכלל "נפגע, נולד ומת" ממשיך לעמוד בתוקפו באנגליה, ולכן פגיעה בעובר בעודו ברחם שבעקבותיה העובר נולד חי אך לאחר-מכן מת מהפגיעה

45 שם, בעמ' 942.

46 שם (וראו גם את ההפניות הרבות שם לדברי מלומדים ולפסיקה).

47 על דוקטרינת המחשבה הפלילית המועברת (או הכוונה המועברת) באופן כללי ראו רבין וואקי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 415–427.

48 Jeremy Horder, *Transferred Malice and the Remoteness of Unexpected Outcomes from Intentions*, CRIM. L. REV. 383 (2006). במאמרו זה הביע Horder את דעתו (שם, בעמ' 388) כי בניגוד לקביעה של בית-הלורדים, אין מדובר במקרה זה ב"העתקה כפולה" של הכוונה, אלא במקרה רגיל של "כוונה מועתקת": "Quite simply, malice cannot be transferred from the mother to the foetus, because – as the House of Lords was at pains to point out – an unborn foetus cannot be the victim of murder. That being so, an intent against a mother that is in law 'murderous', can no more be changed into such an intent against her unborn baby, than English pounds can (now) be changed into French francs. The only possible transfer of malice is the transfer from the mother to the baby subsequently born alive; and that is a single transfer of malice, from one person who can be the victim of murder to another such person"

49 ראו, למשל: JOHN CYRIL SMITH & BRIAN HOGAN, CRIMINAL LAW 493 (13th ed. 2011): "Oddly, the house of Lords went on to hold that it was manslaughter of the child by the unlawful and dangerous act of stabbing the mother – which looks exactly like transferred malice. Moreover, the act was not merely unlawful and dangerous – it was done with the *mens rea* of murder and, as it is acknowledged that it caused the death of the child, it is hard to see why it is not murder"

יכולה לבסס עֵבֶרַת המתה. במקרה השכיח שבו מעשה האלימות הופנה כלפי האם ניתן להרשיע בעֵבֶרַת של הריגה בלבד.⁵⁰ כאשר התקיפה נעשתה מתוך כוונה ישירה להמית את העובר, וזה נולד חי ומת בשל התקיפה, ניתן להרשיע ברצח.⁵¹ בדיני העונשין של אוסטרליה אוימץ הכלל "אדם מעת לידתו" בפסק-הדין בעניין *Hutty*.⁵² גב' *Hutty*, אישה לא-נשואה בת תשע-עשרה, ילדה תינוקת לא-רצויה. לטענת התביעה, הלידה התרחשה בשירותים כאשר הנאשמת עמדה על רגליה, התינוקת נפלה על הרצפה, והנאשמת איבדה את השליטה העצמית וגרמה לפגיעות בראשה של התינוקת באמצעות רגליה. לפי חוות-הדעת הפתולוגית, התינוקת נפטרה מייד לאחר הלידה מהפגיעות שנגרמו לראשה. השופט *Barry*, בהנחתו את המושבעים, אימץ את הכלל "אדם מעת לידתו" של המשפט המקובל, כפי שנקבע כאמור במשפט האנגלי, והנחה את המושבעים לגבי ההגדרה של "אדם" לעניין עֵבֶרַת ההמתה:

"The first charge you will have to consider is whether the Crown has established to your satisfaction beyond reasonable doubt that the prisoner murdered her child. Murder can only be committed on a person who is in being, and legally a person is not in being until he or she is fully born in a living state..."⁵³

בעקבות זאת אוימץ באוסטרליה גם כלל-המשנה השני של ה-BAR – "נפגע, נולד ומת" – בכמה פסקי-דין, לרבות בעניין *Iby* משנת 2005.⁵⁴ במקרה זה נהג המערער (*Iby*) ברכב גנוב במהירות מופרזת ופגע במכונית שבה נהגה אישה בשבועה-38 להריונה. האישה נלקחה לבית-החולים, ובניתוח חירום קיסרי ילדה תינוק במצב קשה. לב התינוק המשיך לפעום, והוא נשם במשך כשעתיים לאחר הלידה, אך

25 HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND §§ 1–426 (James Peter Hymers Mackay of Clashfern ed., 5th ed. 2010); 26 HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND §§427–792 (James Peter Hymers Mackay of Clashfern ed., 5th ed. 2010). "2. Offences against the person / (1) Homicide / (i) In general / 94. Person in being: On a charge of murder or manslaughter it must be shown that the person killed was one who was in being. It is neither murder nor manslaughter to kill an unborn child while still in its mother's womb although it may constitute the statutory offences of child destruction or abortion. If however, the child is born alive and afterwards dies by reason of an unlawful act done to it in the mother's womb or in the process of birth, the person who committed that act cannot be convicted of murder but he may be convicted of manslaughter"

ראו *SMITH & HOGAN*, לעיל ה"ש 49, בעמ' 492: "Where D intentionally causes injury to, or attempts to kill, the foetus, but the child is born alive and dies of the injury sustained, D has caused the death of a person in being – the *actus reus* of murder"

R. v. Hutty, [1953] VLR 338 (Austl.) 52

שם, בעמ' 339. 53

R. v. Iby, [2005] 63 NSWLR 278 (Austl.) על פסק-דין זה ראו *Savell*, לעיל ה"ש 26. 54

בדיקות הראו פעילות חשמלית מוחית נמוכה עד אפסית. לבסוף, כשעתיים לאחר הלידה, הוכרז התינוק מת, לאחר שלא היה אפשר עוד לאתר דופק בליבו. המערער הועמד לדין והורשע בגרימת נזק גופני כבד לאם ובהריגתו של התינוק. בערעור שהוגש לבית-המשפט העליון של New South Wales טען המערער כי יש לזכותו מהריגת התינוק, מאחר שהאחרון לא נולד בחיים ולכן אינו בגדר "אדם" היכול להיחשב קורבן של עברת הריגה. בפסק-הדין שניתן בערעור נשען בית-המשפט על עקרונות המשפט המקובל האנגלי,⁵⁵ אישר את קליטתו של הכלל "אדם מעת לידתו" למשפט הפלילי האוסטרלי בשנת 1953 (בעקבות פסק-הדין בעניין *Hutty*),⁵⁶ ובהמשך לכך דחה את הערעור על עברת ההריגה של התינוק בהתבסס על הכלל "נולד, נפגע ומת".⁵⁷

בהונג-קונג⁵⁸ אומץ הכלל "נפגע, נולד ומת" בשנת 1963 בפסק-דין אשר עסק בתגרה שבמהלכה דקר הנאשם אישה הרה בחודש התשיעי. בעקבות הדקירה כרעה האישה ללדת, ותינוקה נפטר לאחר שלושה ימים. במסגרת הערעור על ההרשעה בעברת ההריגה, אימץ בית-המשפט את הכלל "נפגע, נולד ומת" בהתבסס על פסיקה אנגלית מן המאה התשע-עשרה:

"In our view, when a baby is born alive but subsequently dies as a result of injury inflicted on it whilst in its mother's womb, the person inflicting those injuries may, when the other ingredients of murder or manslaughter are present, be convicted of such a crime in respect of that child."⁵⁹

פסק-הדין של בית-המשפט של הונג-קונג, שהקדיש דיון מעניין גם לשאלה אם היסוד הנפשי הרלוונטי במקרה זה יכול לבסס רק הריגה או גם רצח, זכה בתשומת-לב

-
- 55 עניין *Iby*, שם, פס' 25–28 לפסק-הדין של השופט Spigelman.
- 56 השופט Spigelman מפנה בהקשר זה (שם, בפס' 42) לפסק-הדין האנגלי בעניין *Poulton*, משנת 1832, אשר כבר בו הנחה השופט את המושבעים כי השאלה אם העובר נולד בחיים תלויה בעיקר בעדותו של הצוות הרפואי. ראו: *R. v. Poulton*, [1832] 172 Eng. Rep. 997.
- 57 עניין *Iby*, לעיל ה"ש 54. כלל זה אושר גם בפסק-דין משנת 2010. ראו: *Barrett v. Coroner's Court of South Australia*, [2010] SASFC 70 (Austl.).
- 58 הונג-קונג הייתה מושבה בריטית עד 1 ביולי 1997, שאז הושבה לשלטון סיני. תחת המדיניות של "מדינה אחת, שתי שיטות", הונג-קונג נהנית ממידה רבה של אוטונומיה תחת השלטון הסיני, וממשיכה לקיים מערכות משפט, מטבע, מכס והגירה משלה.
- 59 *R. v. Kwok Chak Ming (No.2) v. The Queen*, [1963] H.K.L.R. 349, 354–355. ראו גם: *Kwok Chak Ming (No. 1)*, [1963] H.K.L.R. 226.

ובהתייחסויות בספרות⁶⁰ ובפסיקה מאוחרת באנגליה,⁶¹ ובסקוטלנד.⁶² **סקוטלנד** היא מדינה נוספת שבא אומץ הכלל "נפגע, נולד ומת" בפסיקה. בהתבסס על עקרונות המשפט המקובל נקבע כי אם נאשם פגע בעובר, והלה נולד חי אך לאחר-מכן מת כתוצאה מהפגיעות שספג כאשר היה עובר, אזי אותו נאשם גרם מוות ל"אדם", ומכאן שניתן להעמידו לדין בגין עבירת המתה.⁶³ בהצעה משנת 2003 לקוד פלילי חדש לסקוטלנד הוצע להשאיר את המצב המשפטי המתואר על כנו.⁶⁴ ה-BAR על שני עקרונות-המשנה שלו – הכלל "אדם מעת לידתו" והכלל "נפגע, נולד ומת" – חל במשפט הפלילי בקנדה מכוח קביעה מפורשת בחוק. סעיף 223 לקוד הפלילי של קנדה, אשר מהווה חלק מהפרק העוסק בעבירות ההמתה, קובע כדלקמן:

- "(1) A child becomes a human being within the meaning of this Act when it has completely proceeded, in a living state, from the body of its mother, whether or not
- (a) it has breathed;
- (b) it has an independent circulation; or
- (c) the navel string is severed.
- (2) A person commits homicide when he causes injury to a child before or during its birth as a result of which the child dies after becoming a human being."⁶⁵

60 מאמר שראה אור באנגליה באותה שנה הוקדש כולו לניתוח פסק-הדין. ראו: R.W. MICHAEL JACKSON, CRIMINAL LAW IN HONG KONG 163, 296, 492, 499 (2003). Cannon, *Born Alive*, 1963 CRIM. L. REV. 748. ראו גם:

61 בית-הלורדים התייחס לפסק-הדין האמור מהונג-קונג בעניין *Attorney General's Reference*, לעיל ה"ש 39, בעמ' 949.

62 *McCluskey v. HM Advocate*, [1989] S.L.T. 175 (Scot.).

63 שם.

64 ERIC CLIVE, PAMELA FERGUSON, CHRISTOPHER GANE & ALEXANDER MCCALL SMITH, A DRAFT CRIMINAL CODE FOR SCOTLAND WITH COMMENTARY 86 (2003).

65 CANADA CRIMINAL CODE R.S.C. 1985, c. C-46. § 223. ההלכה בקנדה בקשר ל-BAR נקבעה בפסק-הדין המנחה של בית-המשפט העליון של קנדה בעניין *R. v. Sullivan*, [1991] 63 C.C.C. 3d 97 (Can.). בפרשה זו נידון עניינן של שתי מערעות אשר שירותיהן נשכרו כדי לסייע לאישה הרה ללדת בבית. לשתיים היה ניסיון מסוים בסיוע בלידות ביתיות, אך לא הייתה להן כל הכשרה רפואית פורמלית. לאחר תהליכי לידה של חמש שעות, שבמהלכן ניסו השתיים ליילד את התינוק, פונתה האישה ההרה לבית-החולים, שם הוצא התינוק מת מתעלת-הלידה. נסיגות ההחייאה לא הועילו. נגד השתיים הוגש כתב אישום בגין גרם מוות ברשלנות (של אדם), אך בית-המשפט העליון של קנדה אישר את הזיכוי מעברה זו, לאחר שקבע כי בהתאם לס' 223 לקוד הפלילי

ניו-זילנד היא מדינה נוספת שינקה במישרין מהמשפט המקובל של אנגליה. סעיף 159 לחוק הפלילי בניו-זילנד, הנושא את הכותרת *Killing of a child*,⁶⁶ מאמץ את ה-BAR על שני עקרונות-המשנה שלו, והוא זהה, בשינויי נוסח קלים (שאינם משנים את המהות), לסעיף 223 לקוד הפלילי של קנדה.

כאמור, הקוד הפלילי של קנדה והחוק הפלילי בניו-זילנד יונקים במישרין מהמשפט המקובל של אנגליה, כפי שהשתקף בעבודותיו של המלומד Stephen בסוף המאה התשע-עשרה.⁶⁷ אפשר להקדים במעט את המאוחר ולציין כי נוסחו של סעיף 223(1) לקוד הפלילי של קנדה וכן נוסחו של סעיף 159(1) לחוק הפלילי בניו-זילנד זהים לנוסחו של סעיף 308 לחוק העונשין הישראלי, וכפי שנראה בהרחבה בהמשך, הסיבה לכך היא שהשלושה יונקים מאותו מקור – המשפט המקובל של סוף המאה התשע-עשרה.⁶⁸

הכלל "נפגע, נולד ומת" (כחלק מה-BAR) הוא הדין עד היום גם בשמונה מדינות **בארצות-הברית**, ואלה הן: אורגון, הוואי, ורמונט, מונטנה, מיזורי, ניו-ג'רזי, ניו-יורק ומחוז קולומביה.⁶⁹ ה-BAR אומץ גם על-ידי ה-MODEL PENAL CODE, אשר קובע במפורש את כלל-המשנה הראשון ("אדם מעת לידתו"). אף שאין בו כל התייחסות מפורשת לכלל-המשנה השני ("נפגע, נולד ומת"), צוין בדברי ההסבר כי ההגדרה מבקשת להחיל את הכלל כנהוג במשפט המקובל, ומכאן המסקנה בדבר קיומו של הכלל המשלים "נפגע, נולד ומת".⁷⁰

מעניין שהמצב המשפטי המתואר חל גם במדינות קונטיננטליות המנותקות ממסורת המשפט המקובל. כך, למשל, **בצרפת**, שעל המצב המשפטי החל בה בהקשר זה ניתן ללמוד מפסק-הדין האירופי לזכויות האדם בעניין *Vo*.⁷¹ העובדות הרלוונטיות בעתירה זו היו כדלקמן: העותרת, גב' *Vo*, שהייתה בחודש השישי להריונה, הגיעה בחודש נובמבר 1991 לבית-החולים בעיר ליון לצורך בדיקת היריון מתוכננת. באותו יום הגיעה לבית-החולים אישה אחרת, בעלת שם משפחה זהה, לצורך הסרת התקן למניעת היריון. כאשר הרופא שהיה אמור להסיר את ההתקן לאישה האחרת קרא בחדר הקבלה לגב' *Vo*, הייתה זו העותרת שנענתה לקריאתו. לאחר שהבחין כי העותרת מתקשה בשפה הצרפתית, ולאחר שבדק את התיק הרפואי,

של קנדה, הביטוי "אדם" כולל רק עובר שנולד חי. בית-המשפט קבע כי בנסיבות המקרה ניתן להרשיע את המערערות בעבירה של גרם חבלה ברשלנות (לאישה), אך לא בעבירה של גרם מוות ברשלנות (של התינוק).

66 Crimes Act 1961, § 159 (N.Z.).

67 ראו STEPHEN, לעיל ה"ש 40, וכן הצעת הקוד משנת 1880 (The Draft Bill of 1880), המכונה The Stephen Code.

68 על כך ראו להלן ליד ה"ש 127–140.

69 ראו Pedone, לעיל ה"ש 23, בעמ' 83 ו-87.

70 2 MODEL PENAL CODE AND COMMENTARIES (OFFICIAL DRAFT AND REVISED COMMENTS) 11, § 210.0(1)(c) (The American Law Institute 1980).

71 *Vo v. France*, 2 Eur. Ct. H.R. 577 (2004).

החליט הרופא לנסות להסיר את ההתקן ללא בדיקה מוקדמת. במהלך הטיפול השגוי והרשלני ניקב הרופא את שק מי השפיר של העותרת, ופעולה זו גרמה לאובדן מי שפיר ברחמה, ובסופו של דבר גררה גם הכרח לבצע הפלה של עובר, אשר נפטר לפני צאתו מהרחם.

בעקבות השתלשלות העניינים המתוארת הגישו העותרת ובן-זוגה תלונה פלילית בגין "גרם מוות ברשלנות" (unintentional homicide) וכן תביעה אזרחית בגין הפגיעה שנגרמה לעותרת, אשר מנעה ממנה את האפשרות לעבוד במשך שלושה חודשים. בפסק-הדין של הערכאה הראשונה (בית-המשפט הפלילי בליון) זופה הרופא מעבֵרת ההמתה שיוחסה לו. בית-המשפט לערעורים בליון הפך את ההחלטה, והרשיע את הרופא בעבֵרה של גרם מוות ברשלנות. הרופא ערער על ההרשעה לבית-המשפט הגבוה לערעורים של צרפת (court of cassation), וזה הפך שנית את ההחלטה וזיכה את הרופא, לאחר שקבע כי עובר אינו "אדם" לעניין עבֵרות ההמתה שבקוד הפלילי הצרפתי.

לאחר שהערכאה הגבוהה בצרפת אמרה את דברה, פנתה העותרת לבית-הדין האירופי לזכויות אדם, והעלתה לפניו את הטענה כי סירובה של מערכת המשפט בצרפת לסווג את מעשה ההמתה של עובר כ"גרם מוות ברשלנות" עולה כדי הפרה של סעיף 2 לאמנה האירופית לזכויות אדם משנת 1950, המעגן את הזכות לחיים.⁷² נוסף על כך ולחלופין טענה העותרת כי על צרפת מוטלת החובה לתקן את החוק הפלילי ולחוקק סעיף חוק אשר יקבע כי מעשה הגורם מוות לעובר יהווה עבֵרה פלילית. בעקבות זאת נדרש בית-הדין האירופי לזכויות אדם לדון בשאלה אם סעיף 2 לאמנה האירופית לזכויות אדם חל גם על עובר ברחם אמו. אלא שבפסק-דינו נמנע בית-הדין מלהכריע בשאלה "אדם מאימתי?", וקבע כי מדובר בסוגיה שכל מדינה (הכפופה לאמנה) רשאית לענות עליה במסגרת שיקול-דעתה. את הימנעותו מהכרעה ביסס בית-הדין על שני טעמים: הראשון, הסוגיה של מועד תחילת החיים לא הוכרעה על-ידי רוב המדינות שאישרו את האמנה, ובפרט לא בצרפת, שם השאלה מהווה

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4 72
 : הקובע כדלקמן, 1950, E.T.S. No. 005, 213 U.N.T.S. 221, art. 2

1. Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.
2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:
 - (a) in defence of any person from unlawful violence;
 - (b) in order to effect a lawful arrest or to prevent escape of a person lawfully detained;
 - (c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection."

עדיין מושא לדיון ציבורי; השני, אי-אפשר למצוא במדינות אירופה קונסנזוס לגבי ההגדרה המדעית והמשפטית של מועד ראשית החיים. ומהי עמדתו של המשפט הצרפתי במקרה שבו העובר נפגע ברחם אך נולד ומצא את מותו לאחר-מכן בשל הפגיעה? אף שלא אלה היו העובדות בעניין Vo, סקר בית-הדין האירופי בפסק-דינו שלוש פרשיות שונות שבהן קבע בית-המשפט הגבוה לערעורים בצרפת כי גרימת מוות לעובר בעודו ברחם אינה מהווה עבֶרת המתה לפי הקוד הפלילי הצרפתי, אך במקרה שבו העובר נולד חי ולאחר זמן קצר מת כתוצאה מן הפגיעה, ניתן להאשים את העושה בעבֶרת המתה של אדם.⁷³

3. העבֶרה של המתת עובר

במדינות שונות שבהן הביטוי "אדם" אינו כולל עובר, ואשר חל בהן הכלל "נפגע, נולד ומת", קיימת במקביל גם עבֶרה עצמאית של המתת עובר, אשר חלה על מצב שבו העובר נפגע ומת ברחם. כפי שראינו, גם עבֶרה זו נשענת על מסורת המשפט המקובל.⁷⁴ דוגמה לכך יכולה לשמש אנגליה, שבה נחקקה העבֶרה של המתת עובר ברחם – הקרויה child destruction – בשנת 1929.⁷⁵ עבֶרה זו, שנוסחה עומד בתוקפו עד

73 עניין Vo, לעיל ה"ש 71, ס' 29 ו-30. ראו את הסיכום בס' 83 לפסק-הדין:

"The court observes that the French Court of Cassation, in three successive judgments delivered in 1999, 2001 and 2002... considered that the rule that offences and punishment must be defined by law, which required criminal statutes to be construed strictly, excluded acts causing a fatal injury to a foetus from the scope of Article 221-6 of the Criminal Code, under which unintentional homicide of 'another' is an offence. However, if, as a result of unintentional negligence, the mother gives birth to a live child who dies shortly after being born, the person responsible may be convicted of the unintentional homicide of the child..."

74 ראו את הציטוטים של Coke ושל Blackstone לעיל ליד ה"ש 35 ו-38, בהתאמה.

75 Infant Life (Preservation) Act 1929. כזכור, לפי המשפט המקובל, לגבי הפוגע וגורם למותו של עובר שלא נולד חי היה אפשר להסתפק, מהבחינה הראייתית, בהוכחת היות העובר "אדם" באמצעות שלב ה-quickening, ובעקבות זאת להעמיד את הפוגע לדיון בעבֶרה של המתת עובר, שהייתה פחותה בחומרתה מעבֶרת ההמתה של אדם. עם זאת, ואף בניגוד לכך, ראוי לעמוד בהקשר זה על המצב המשפטי ששרר בין הימים שבהם עמדה בתוקפה ההלכה של המשפט המקובל (כפי שבאה לידי ביטוי בדבריהם של Coke ו-Blackstone) ועד לחוק ה"ל משנת 1929. סינקלר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 254–255, מסביר כי לפי החקיקה האנגלית במאה התשע-עשרה, בניגוד לעמדת המשפט המקובל, "הריגת עובר נחשבה לפשע שבגיננו יש להטיל עונש מוות, ובמובן הזה, החוק החוקק עלה בחומרתו על המשפט המקובל. ב-1803 Lord Ellenborough's Act, נקבע שמי שגורם להפלה שעה שהאישה נושאת ברחמה תינוק מעוצב ה'מגלה סימני חיים' הוגדרה כעברה חמורה שעונשה מוות. אולם מצב זה לא נשאר זמן רב, ובקובץ החוקים הוויקטוריאני העיקרי של המשפט הפלילי האנגלי, Offences Against the Person Act 1861, הושמטו הן עונש המוות בגין השמדת עובר המגלה סימני חיים והן ההבחנה בין

היום,⁷⁶ מטילה עונש של מאסר-עולם (או מאסר לתקופה קצרה יותר) על מעשה⁷⁷ של "קטילת עובר" שמת בטרם השיג קיום עצמאי נפרד מהאם אך היה "בעל יכולת להיוולד בחיים".⁷⁸ החוק קובע חזקה שלפיה עובר בגיל היריון של 28 שבועות ומעלה הוא "בעל יכולת להיוולד בחיים".⁷⁹ בקשר לעברה זו החוק מספק הגנה מפני הרשעה לאדם שגרם למות העובר בתום-לב לצורך שמירת חייה של האישה ההרה.⁸⁰ יש לציין כי העברה של "קטילת עובר" מקיימת חפיפה מסוימת (במישור של היסוד העובדתי) עם העברה של ביצוע הפלה (לא-חוקית). ההבדל הוא שהעברה של ביצוע הפלה מקיפה את כל תקופת ההיריון, ואילו העברה של קטילת עובר מקיפה רק את תקופת ההיריון מהשבוע ה-28 ואילך.⁸¹

הודו היא מדינה נוספת שבה קיימת עברה של המתת עובר. עם זאת, ההגנה על חייו של העובר באמצעות המשפט הפלילי בהודו – שהינה מושבה בריטית לשעבר – מהווה דוגמה לסטייה מן ההסדר הקלסי של המשפט המקובל הבא לידי ביטוי ב-BAR ובכלל-המשנה השני שלו "נולד, נפגע ומת". בקוד הפלילי ההודי, עברות ההמתה הרגילות⁸² חלות רק על קורבן שהוא "אדם", ואילו המתה של עובר מגבשת עברה עצמאית נפרדת, וזאת בין שהוא מת ברחם האם ובין שהוא נולד חי ורק לאחר-מכן מת.⁸³ עברה זו קבועה בסעיף 315 לקוד הפלילי ההודי, אשר קובע כך:

העובר המעוצב לעובר הלא מעוצב... אף על פי כן, הקשר בין ההתפתחות הביולוגית של העובר למעמדו המשפטי נותר חלק מהמשפט האנגלי, והוא חזר למשול בכיפה בחוק הנ"ל משנת 1929.

76 ראו HALSBURY'S, לעיל ה"ש 50: (2) Offences related to / (2) Offences against the person / homicide / (iv) Child destruction, abortion concealment of birth / 118. Child destruction"

77 נקבע כי עברה זו אינה ניתנת לביצוע על-דרך מחדל. ראו: R. v. Shepherd, [1862] Le. & Ca. 147 (CCR). בפרשה זו נקבע (שנים לפני שהייתה קיימת עברה של "קטילת עובר") כי על אמה של אישה הרה לא מוטלת כל חובת עשה להיעזר באישה מיילדת בעת הלידה.

78 Infant Life (Preservation) Act 1929, § 1(1).

79 Infant Life (Preservation) Act 1929, § 1(2). נוסף על כך נקבע בהלכה כי אם התינוק היה יכול, אילו נולד, לנשום דרך ריאותיו שלו ללא חיבור לאם, אזי הוא היה "בעל יכולת להיוולד בחיים". ראו: Rance v. Mid-Downs Health Authority, [1991] 1 Q.B. 587, [1991] 1 All E.R. 801, שם נקבע כי עובר בגיל היריון של 18–21 שבועות לא היה "בעל יכולת להיוולד בחיים".

80 Infant Life (Preservation) Act 1929, § 1(1).

81 WILLIAMS, לעיל ה"ש 1, בעמ' 12.

82 בקוד הפלילי ההודי עברות ההמתה קבועות ב- Act No. 45 of 1860, PEN. CODE (1860). Vol. 1, §§ 299–308.

83 K.D. GAUR, TEXTBOOK ON THE INDIAN PENAL CODE 569 (4th ed. 2009).

"Whoever before the birth of any child does any act with the intention of thereby preventing that child from being born alive or causing it to die after its birth, and does by such act prevent that child from being born alive, or causes it to die after its birth, shall... be punished with imprisonment of either description for a term which may extend to ten years, or with fine, or with both."

כלומר, אם אדם פגע בעובר לפני שנולד באופן שגרם למותו, בין לפני הלידה ובין לאחריה, הוא יורשע בעברה מיוחדת שעונשה המרבי הוא מאסר עד עשר שנים (ולא בעברת המתה רגילה).⁸⁴ עברה זו מצמצמת את ההגנה על חייו של העובר בהשוואה לכללים הרגילים של המשפט המקובל (למשל, בהשוואה למצב באנגליה). ראשית, בניגוד לשיטות משפט שבהן חל ה-BAR, בהודו אין תחולה לעברות ההמתה הרגילות גם במצב של "נולד, נפגע ומת". שנית, במצבים של המתת העובר ברחם העונש המרבי הוא מאסר עד עשר שנים, וזאת בניגוד לעונשים החמורים יותר שנהוג להטיל בגין עברה זו במקומות אחרים, כגון מאסר-עולם באנגליה. פעמים, בשיטות משפט שבהן הביטוי "אדם" בעברות ההמתה אינו כולל עובר, קיימת עברה של המתת עובר ברחם אשר מוגבלת למצבים שבהם העובר מת במהלך הלידה. למעשה, תנאי זה מצמצם את העברה למצבים של ביצוע הפלה לא-חוקית. כך המצב, למשל, בקנדה⁸⁵ ובניו-זילנד.⁸⁶ אלא שהדין בעברה של ביצוע הפלה לא-חוקית חורג ממסגרת המאמר, ולא נעסוק בה כאן.

4. העברה של תקיפת אישה הרה

84 GAUR, שם, מפרט בהקשר של עברה זו את התופעה התרבותית הרווחת בהודו של שימוש בטכנולוגיות מודרניות, כגון על-קול (אולטרסאונד), ככלי לזיהוי עוברים ממין נקבה לצורך השמדתם/הריגתם.

85 ראו CANADA CRIMINAL CODE R.S.C. 1985, c. C-46, § 238, אשר נושא את הכותרת "Killing unborn child in act of birth":

"(1) Every one who causes the death, in the act of birth, of any child that has not become a human being, in such a manner that, if the child were a human being, he would be guilty of murder, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life.

(2) This section does not apply to a person who, by means that, in good faith, he considers necessary to preserve the life of the mother of a child, causes the death of that child."

86 ראו ס' 182 לחוק הפלילי של ניו-זילנד (Crimes Act 1961, § 182 (N.Z.)), אשר נושא את הכותרת "Killing unborn child", ואשר דומה מבחינה מהותית לס' 238 לקוד הפלילי של קנדה המובא לעיל בה"ש 85 (שני הסעיפים דומים עד-מאוד, בשינויי נוסח קלים, פרט להבדל אחד: בניו-זילנד ניתן להטיל על עברה זו עונש מרבי של ארבע-עשרה שנה, ואילו בקנדה ניתן להטיל על עברה זו עונש מרבי של מאסר-עולם).

במדינות שונות שבהן הביטוי "אדם" אינו כולל עובר, פגיעה בעובר מוצאת את ביטויה במסגרת העברה של תקיפת אישה הרה (שהיא עברה חמורה יותר מעברה של תקיפה רגילה).

כך המצב, למשל, בתשע מדינות בארצות-הברית,⁸⁷ שבהן המתת עובר מוצאת את ביטויה במישור הפלילי בהחמרת הענישה המושתת על מי שהתנהג באלמות כלפי אישה הרה והביא לידי מות העובר שנשאה ברחמה. עברות אלה מתמקדות בפגיעה באם ההרה ובנזק שנגרם לה, ובמסגרתן רואים אותה כקורבן היחיד, ללא כל תלות בגילו של העובר ובשאלה אם הוא מת ברחם או לאחר שנולד. רוב העברות האלה מוגדרות כעברות מסוג "תקיפה", וכפועל יוצא מכך העונש בגינן חמור פחות – לעיתים באופן משמעותי – בהשוואה לאפשרויות האחרות שפורטו לעיל, כגון עברות ההמתה הרגילות (homicide)⁸⁸ או העברות המיוחדות של המתת עובר.

הגם שבמשפטן הפלילי של מדינות אלה חייו של העובר אינם זוכים אלא בהגנה מצומצמת, וההתייחסות לנזק שנגרם בעקבות מותו מקילה באופן יחסי, יש בעברות אלה כדי לתת ביטוי מפורש בחוק הפלילי לנזק המיוחד שנגרם לאישה הרה בעקבות מות העובר שנשאה ברחמה.

דוגמה להסדר מסוג זה ניתן למצוא בסעיף 208-C לקוד הפלילי של מדינת מיין, הנושא את הכותרת Elevated aggravated assault on pregnant person. וכך קובע הסעיף:

"A person is guilty of elevated aggravated assault on a pregnant person if that person intentionally or knowingly causes serious bodily injury to a person the person knows or has reason to know is pregnant. For the purposes of this subsection, 'serious bodily injury' includes bodily injury that results in the termination of a pregnancy."

פרק ב: הסדרים שבהם הביטוי "אדם" כולל גם עובר

1. הביקורת על ה-BAR

בעקבות ההתפתחות הטכנולוגית במהלך המאה העשרים החלו להישמע דברי ביקורת בנוגע להצדקתו ולנחיצותו של ה-BAR) Born Alive Rule). נטען כי בעידן

87 איווה, דלוור, ויומינג, מיין, ניו-המפשייר, ניו-מקסיקו, קולורדו, קונטיקט וקרוליינה הצפונית.

88 Pedone, לעיל ה"ש 23, בעמ' 90-91.

שבו ניתן לאבחן את מצבו של העובר כבר בשלבים מוקדמים של התפתחותו אין עוד הצדקה לכלל, וראוי לבטלו.⁸⁹ כזכור, ה-BAR ענה על צורך ראייתי, שהיה נכון לזמן היווצרותו ואינו קיים עוד. מרגע שמדע הרפואה, ועימו הטכנולוגיה, התפתחו עד לנקודה שבה כבר אפשר להתחקות אחר שלבי התפתחותו השונים של העובר ולנטר את מצבו, החלו מחוקקים במדינות שונות בארצות-הברית לזנוח את הכלל. כך, למשל, עמד בית-המשפט לערעורים של מדינת אוקלהומה על ארכאיותו של הכלל:

"Advances in medical and scientific knowledge and technology have abolished the need for the born alive rule."⁹⁰

ביקורת בנוסח דומה השמיע גם בית-המשפט העליון של מדינת מסצ'וסטס:

"The rationale offered for the rule since 1348 is that 'it is difficult to know whether [the defendant] killed the child or not [...]... That is, one could never be sure that the fetus was alive when the accused committed his act... Medical science now may provide competent proof as to whether the fetus was alive at the time of a defendant's conduct and whether his conduct was the cause of death... We do not consider... [fear of speculation] a sufficient reason for refusing to consider the killing of a fetus a homicide."⁹¹

2. ביטול ה-BAR והחלת עבירות ההמתה על גרימת מוות לעובר

הביקורות שצוינו לעיל, ואחרות נוספות, הניבו בעשורים האחרונים שינויי חקיקה ברוב מדינות ארצות-הברית. חלוצה הייתה מדינת קליפורניה. בשנת 1970 תוקן החוק בקליפורניה באופן שהחיל את עבירות ההמתה הרגילות גם על קורבן שהוא "עובר". התיקון חל גם על עבירת הרצח, שבה נקבע כי "רצח" הוא "unlawful killing of a human being, or a fetus, with malice aforethought"⁹². בפסיקה שבאה בעקבות התיקון קבע בית-המשפט העליון של קליפורניה כי אין בעברה כל דרישה לכך

89 שם, בעמ' 82–83 והאסמכתות המובאות שם.

90 Hughes v. State, 868 P.2d 730, 732 (Okla. Crim. App. 1994), כמובא אצל Pedone, לעיל ה"ש 23, בעמ' 83 (בה"ש 29).

91 Commonwealth v. Cass, 467 N.E.2d 1324, 1328 (Mass. 1984), כמובא אצל Pedone, לעיל ה"ש 23, בעמ' 84 (בה"ש 30).

92 CAL. PENAL CODE § 187(a). ראו אצל Pedone, לעיל ה"ש 23, בעמ' 88.

שהעובר יהיה בשלבי התפתחות מתקדמים, וכי די להוכיח שגילו של העובר היה מעל 8–7 שבועות.⁹³

בעקבות קליפורניה הלכו מדינות נוספות. ניתן לזהות כמה צורות שונות של "Fetal Homicide Laws". בחלקן שונתה ההגדרה של "person" כך שתכלול גם "unborn child in utero";⁹⁴ במדינות אחרות נקבע בחוק כי עברות ההמתה חלות גם על עובר שמת ברחם;⁹⁵ באחרות נקבע כי עברות ההמתה יחולו על "אדם" או על "עובר"; ויש מדינות שחוקקו עברות המתת עובר ברחם נפרדות אך זהות לאלה של המתת אדם – עברות המכונות "Feticide Laws".⁹⁶

להבדיל מהמדינות שצוינו לעיל, שבהן תוקנו עברות ההמתה במפורש, במדינת מסצ'וסטס נעשה השינוי בפסיקה, אשר פירשה את התיבה "אדם" בעברות ההמתה ככוללת גם "עובר".⁹⁷

לסיכום, שלושים וארבע מדינות בארצות-הברית ביטלו את ה-BAR – על שני כללי-המשנה שלו – וקבעו כי לעניין עברות ההמתה העובר נכלל בהגדרת "אדם". במדינות אלה, בעקבות זאת, גרימת מותו של עובר מהווה עברה של המתת אדם. עברות אלה זכו בכינוי "Fetal Homicide Laws". עשרים ושלוש מבין אותן שלושים וארבע מדינות רואות בעובר "אדם" החל בשלבי התפתחותו הראשונים,⁹⁸ ואילו שאר המדינות רואות בעובר "אדם" רק בשלבי התפתחות מאוחרים יותר. יש מדינות שמותחות את קו הגבול בין עובר לאדם בשבוע ה-16–18 להתפתחותו של העובר (שלב ה-quickening),⁹⁹ ואילו אחרות מציבות את קו הגבול בשבוע ה-28 (שלב ה-viability).¹⁰⁰ במדינות אחדות נקבע כי עובר הוא אדם גם בשלבים מוקדמים יותר של

93 People v. Davis, 872 P.2d 591, 602 (Cal. 1994).

94 ראו, למשל, במדינת אלבמה (ALA. CODE § 13A-6-1 (2006)) וכן במדינת אוהיו (OHIO REV. CODE ANN. § 2903.01 (West 2002)), שם "person" כולל גם "unborn member of the species Homo sapiens, who is or was carried in the womb of another".

95 ראו, למשל, במדינת אריזונה (ARIZ. REV. STAT. ANN. § 13-1102, § 13-1103, § 13-1104), § 13-1105.

96 ראו, למשל, במדינת אילינוי (ILL. COMP. STAT. §§ 5/9-1.2, 5/9-2/1, 5/9-3/2), במדינת נברסקה (NEB. REV. STAT. § 28-388) וכן NEB. REV. STAT. § 28-394, אשר חוקק בשנת 2011 וקבע את העברה של "motor vehicle homicide of an unborn child" וכן במדינת ג'ורג'יה (GA. CODE ANN. § 16-5-80).

97 ראו Commonwealth v. Cass, 536 N.E.2d ; 91 לעיל ה"ש, Commonwealth v. Lawrence, 571 (Mass. 1973).

98 אוהיו, אוקלהומה, איידהו, אילינוי, אלבמה, אלסקה, אריזונה, ג'ורג'יה, דקוטה הדרומית, דקוטה הצפונית, ויסקונסין, וירג'יניה, וירג'יניה המערבית, טקסס, יוטה, לואיזיאנה, מינסוטה, מיסיסיפי, נברסקה, פנסילוניה, קנזס, קנטקי וקרוליינה הדרומית.

99 וושינגטון, מישגן, נוודה, פלורידה ורוד-אייילנד. מדובר בשלב שבו העובר מתחיל לזוז ברחם – דבר שמתרחש לרוב לראשונה בין השבוע ה-16 לשבוע ה-18.

100 אינדיאנה, טנסי, מסצ'וסטס ומריילנד. מדובר בשלב שבו ריאותיו של העובר התפתחו במידה המאפשרת לו לנשום ולשרוד מחוץ לרחם.

פרק ג: ההגנה על חייו של העובר במשפט הישראלי

1. מבוא

שיטת המשפט הישראלית משתייכת לקבוצה של שיטות משפט שבהן הביטוי "אדם" המתאר את הקורבן בעברות ההמתה אינו כולל עובר. עקב כך, עברות ההמתה אינן חלות על מצבים של המתת עובר (שמת ברחם).¹⁰² במשפט הישראלי אין עברה עצמאית המטילה אחריות פלילית ישירה בגין המעשה של המתת עובר (או בגין גרימת חבלה לעובר) כפי שיש בחלק מן השיטות האחרות המשתייכות לאותה קבוצה. נוסף על כך, במשפט הישראלי אין גם עברה של תקיפת אישה הרה או גרימת חבלה לאישה הרה (כפי שקיימת במדינות שונות בארצות-הברית).¹⁰³ במשפט

101 כך, הדרישה בקליפורניה היא שהעובר הגיע לשבוע ה-7-8, ואילו בארקנסו נדרשים לעובר 12 שבועות כדי לחסות תחת עברות ה-"Fetal Homicide".

102 ראו ת"פ (מחוזי ב"ש) 8001/99 **מדינת ישראל נ' מוסא**, פס" 9 לפסק-דינה של השופטת יפה-כ"ץ (פורסם בנבו, 16.1.2000): "רבות נכתב בפסיקה ובספרות המשפטית על מעמדו המשפטי של העובר – אם כי תמיד בהקשרים שונים מההקשר הפלילי שלפנינו, שכן חוק העונשין פתר בעיה מוסרית זו בדרך פשוטה ביותר, משקבע 'רצח' אפשרי כלפי 'אדם' בלבד, ואדם נחשב לכזה רק 'משעה שיצא הולד כולו חי מבטן אמו'...".

103 חָסֵר זה בעברות של המתת עובר (כעברה עצמאית) ושל גרימת חבלה לאישה הרה מוגש בעיקר על רקע קיומם של פסקי-דין לא-מעטים של בתי-משפט השלום ובתי-המשפט המחוזיים (בעיקר בשבתם כערכאות ערעור) העוסקים במקרים של תקיפת נשים הרות, שבהם לא מוענק כל מעמד משפטי לעובר, וזאת גם מקום שהאחרון מצא את מותו עקב תקיפת אמו. דוגמה לפסק-דין שבו בחן בית-המשפט את הפגיעה (בעובר) בעקיפין, דרך עיני האם וזכותה להורות, הוא ע"פ (מחוזי חי') 2638/01 **מדינת ישראל נ' מרגלית** (פורסם בנבו, 1.5.2002). במקרה זה גרם התוקף להפלתו של עובר שהיה בשבוע ה-21. בסקירת טענות הצדדים נכתב (שם, בפס" 1 לפסק-הדין): "בעקבות ההרשעה דן בימ"ש קמא את המשיב בגזר דין... ל-18 חודשי מאסר, מתוכם שישה חודשי מאסר לריצוי בפועל... [בערעור] מלינה המדינה על כך שהעונש שהוטל על המשיב קל ממה שראוי היה להטיל עליו בנסיבות העניין, מבלי שניתן משקל ראוי לחומרת העבירה בה הורשע המשיב, תוך פגיעה בזכותה של המתלוננת להיות הורה" (ההדגשה הוספה). כמו-כן, בהחלטת השופטים (שהותירה את העונש על כנו) נאמר (שם, בפס" לב לפסק-הדין): "סבורים אנו שבמסגרת שיקולי הענישה ראוי היה לתת ביטוי לפגיעה הקשה במתלוננת" (ההדגשה הוספה). ראו בעניין זה גם את דבריה של השופטת לבנוני, שנאמרו במסגרת תביעת הנוזיקין שהגישה המתלוננת נגד התוקף – ת"א (שלום חי') 19415/02 **ציפורה נ' מרגלית**, פס" 12 (פורסם בנבו, 30.1.2005): "תקיפתה של אישה הרה, גם כאשר היא שרועה על הארץ, בבעיטות לעבר בטנה הנושאת את עובריה, והגורמת לכך שהיא מאבדת את עובריה, היא מקרה מובהק להשתת פיצויים עונשיים אשר יבטאו את שאט הנפש, הסלידה והגיגיו בגין הקלון והכיעור

הישראלית קיימת עברה של הפסקת היריון,¹⁰⁴ אך זו חלה, בהתאם לפרשנותה המקובלת, רק על הפלה במובנה המקובל, ואינה מיועדת לחול על מצבים שבהם העובר נפגע אגב תקיפה של האישה, מעורבות שלה בתאונת-דרכים או רציחתה, או על מצבים של פגיעה מכוונת בעובר עצמו שאינה נעשית במסגרת טיפול רפואי של הפלה.¹⁰⁵ נוסף על כך קיימת גם עברה של "המתת תינוק", אך גם זו אינה קשורה לענייננו.¹⁰⁶

לנוכח האמור, הדרך היחידה להטיל אחריות פלילית ישירה בגין מעשה שגרם מוות לעובר היא החלת עברות ההמתה שבחוק העונשין¹⁰⁷ – רצח, הריגה או גרם מוות ברשלנות – על המצב שאותו כינינו "נפגע, נולד ומת", קרי, על מצב שבו עובר שנגרמה לו פגיעה נולד חי אך לאחר-מכן מת כתוצאה מהפגיעה. כאמור, במצב כזה ניתן לטעון לכאורה כי הקורבן עונה על הגדרת הביטוי "אדם" כנדרש בעברות ההמתה שבחוק העונשין. האם המשפט הישראלי מאפשר הטלת אחריות פלילית במצב של "נפגע, נולד ומת"? נפתח את הדיון בשאלה זו בשני פסקי-הדין היחידים בישראל שעסקו בשאלה זו.

2. הפסיקה הסותרת בישראל

במישור הפלילי נדרשו בתי-המשפט בישראל לסוגיית האחריות הפלילית להמתת עובר בשני מקרים בלבד – שניהם בשנת 2011. בשני פסקי-הדין הללו הגיעו בתי-המשפט המחוזיים להכרעות סותרות. בטרם נפנה לנתח את שתי הפרשות, נציג את העובדות הרלוונטיות.

במעשהו של הנתבע. ברי כי פיצויים עונשיים אלו נועדו אף לשקף את השקפת בית המשפט באשר לנוזק הלא ממוני שהוסב לתובעת שאיבדה את פרי-בטנה."

104 ס' 313 לחוק העונשין.

105 את זאת ניתן ללמוד מן העובדה שס' 313 ("איסור הפסקת היריון") ממוקם בסימן ב (לפרק י), העוסק כולו בנושא של "הפסקת היריון". ס' 312–321 ממקמים את הדיון כולו בהקשר הרפואי – הפסקת היריון באישור (ס' 314), קיומה של ועדה המאשרת הפלות (ס' 314), הרכבה של הוועדה (ס' 315), סמכותה של הוועדה (ס' 316), צורך בביצוע הפלה מיידית על-ידי רופא (ס' 317) וכדומה. על כך שהחוק עוסק בהפלה בהקשר הרפואי ניתן ללמוד גם מדברי ההסבר לחוק. ראו הצעת חוק לתיקון דיני העונשין (הפסקת היריון), התשל"ו-1975, ה"ח 100. כך, למשל, בדברי ההסבר הכלליים להצעת החוק נכתב (שם, בעמ' 100): "מגמת הצעת חוק זו הינה לנקוט בדרך ביניים: מחד גיסא, להטיל אחריות פלילית על מי שמבצע הפלה, אך מאידך גיסא לפטור אדם מאחריות כזו אם נתמלאו מספר תנאים המפורשים בהצעת החוק. תנאים אלה כוללים, בעיקרם, ראשית, קיום עילה המצדיקה את ביצוע הנתוח, ושנית, נקיטה בהליכים מסויימים בקשר לעשיית ההפלה אשר מתפקידם להבטיח טיפול נאות ופיקוח מתאים על כך."

106 ס' 303 לחוק העונשין. סעיף זה מטיל עונש מופחת על אישה הגורמת מוות לתינוקה שלה אגב מצב של ערעור שיקול-הדעת הנובע ממשבר הקשור ללידה.

107 פרק י, סימן א ("גרימת מוות"), לחוק העונשין.

108. (א) פרשת חורי

חורי נהג ברכבו באופן רשלני, ולאחר שלא הבחין בעוד מועד בעצירתו של הרכב שנסע לפניו, סטה עם רכבו אל הנתיב הנגדי והתנגש חזיתית ברכבה של גב' שראל. בעת התאונה הייתה שראל בשבוע ה-32 להריונה. שראל נפגעה באופן קשה. בגין החבלות נגרמה לעובר שנשאה ברחמה מצוקה קשה, ושראל נזקקה לניתוח קיסרי דחוף. העובר נולד ללא רוח חיים, אך בעקבות ביצוע נמרץ של הנשמה ועיסוי לב הופיע דופק והחל שיפור במצבו. אלא שכעבור ארבע-עשרה שעות מלידתו, נפטר היילוד כתוצאה מן הפגיעות שנגרמו לו בתאונה. חורי הואשם, בין היתר, באחריות פלילית לעברה של גרם מוות ברשלנות (סעיף 304 לחוק העונשין) בגין גרימת מותו של היילוד.

המקרה נידון לפני בית-משפט השלום בצפת.¹⁰⁹ שופט בית-משפט השלום, השופט פיילס, הגיע לכלל מסקנה כי יש להרשיע את חורי בעבירת גרימת מוות ברשלנות. את מסקנתו זו ביסס השופט על שלוש קביעות: (1) יש לראות את העובר כמי שנולד חי, ועל-כן יש לראות בו "אדם" לפי סעיף 308 לחוק העונשין; (2) הוכח קשר סיבתי, הן עובדתי והן משפטי, בין מעשיו של חורי לבין מותו של היילוד; (3) מאחר שעבירת ההמתה היא עבירה תוצאתית, המועד הקובע להגדרת ביצוע העבירה הוא שעת המוות, ולא שעת ההתנהגות הפסולה, ובאותה עת היה הקורבן בגדר "אדם".

על פסק-הדין הוגש ערעור לבית-המשפט המחוזי בנצרת.¹¹⁰ הערעור צומצם לשאלה העקרונית הבאה: "האם ניתן להרשיע בעבירת גרימת המוות ברשלנות בהתאם לסעיף 304 לחוק העונשין, אדם שגרם למותו של ילוד, כאשר הפגיעה שהביאה למותו של הילוד אירעה בעודו עובר במעי אמו. קרי, כשמעשה העבירה נעשה במי שבאותה עת לא היה מוגדר עדיין כ'אדם' בסעיף 308 לחוק העונשין?"¹¹¹ שופטי הרוב בבית-המשפט המחוזי (השופטים קולה והלמן) קבעו כי יש לזכות את הנאשם, מן הטעם שבעת הפגיעה ברכב היה היילוד עדיין בגדר עובר (ולא אדם), ולפיכך לא מתקיים היסוד העובדתי הדרוש להרשעה בעבירה של גרם מוות ברשלנות. שופט המיעוט (השופט עילבוני) סבר כי יש להשאיר את ההרשעה על כנה. הטעם העיקרי להחלטתו היה שעבירה של "גרימת מוות" מחייבת את התקיימותה של הנסיבה "אדם" בעת התממשות התוצאה של המוות, ולא דווקא בעת ההתנהגות הפוגעת (ובלבד שמותו של האדם נגרם עקב ההתנהגות הפוגעת).

על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי ניתנה רשות ערעור לפני בית-המשפט העליון. הערעור עודדו תלוי ועומד.¹¹²

108 עניין חורי, לעיל ה"ש 3.

109 ת"פ (שלום צפת) 1188/05 מדינת ישראל נ' חורי (פורסם בנבו, 7.10.2010).

110 עניין חורי, לעיל ה"ש 3.

111 שם, פס' 23 לפסק-דינו של השופט קולה.

112 רע"פ 7036/11 מדינת ישראל נ' חורי. הדין בערעור נקבע לחודש ינואר 2014.

(ב) פרשת צ'ינצ'ולקר¹¹³

צ'ינצ'ולקר (להלן: הנאשמת) דקרה את גב' עטר כאשר זו הייתה בחודש השמיני להריונה, וגרמה למותה. הדקירות, שבעטיין איבדה עטר דם רב, יצרו מצוקה עוברית לעובר שנשאה ברחמה. במהלך פעולות ההחייאה של עטר בוצע ניתוח קיסרי, והיילוד נולד חי, אולם כעבור ארבעה ימים נפטר כתוצאה מן הפגיעות שנגרמו לו מהדקירות. הנאשמת הואשמה באחריות פלילית לעברה של רצח (לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין) בגין גרימת מותה של עטר, וכן בעברה של הריגה (לפי סעיף 298 לחוק העונשין) בגין גרימת מותו של היילוד.

המקרה נידון בבית-המשפט המחוזי בכאר-שבע.¹¹⁴ חרף העובדה שהצדדים הגיעו להסדר-טיעון, שבמסגרתו הודתה הנאשמת הן בעברת הרצח והן בעברת ההריגה, נדרש בית-המשפט לשתי טענות: האחת, שבעת ביצוע הדקירות שגרמו למותו של היילוד לא התקיים הרכיב הנסיבתי "אדם", הדרוש בעברת ההריגה; והאחרת, שיש צורך במזיגה בזמן (סימולטניות או בו-זמניות) בין הרכיב הנסיבתי לבין הרכיב ההתנהגותי.¹¹⁵ השופט אזולאי קבע כי המועד הקובע להגדרת ביצועה של עברת המתה הוא שעת המוות, ולא שעת המעשה הפסול, ובאותה עת כבר היה הקורבן בגדר "אדם". את קביעתו זו השעין השופט אזולאי, בין היתר, על ה-Born Alive Rule (ה-BAR), הנהוג במשפט המקובל.¹¹⁶ לעומתו, השופטות נצר ורז-לוי הסתפקו בהסכמה שהושגה בין הצדדים. הן נמנעו מלהכריע בטענות שלעיל, והחליטו להשאירן ב"צריך עיון".¹¹⁷ לנוכח האמור אימץ בית-המשפט את הסדר-הטיעון, והרשיע את הנאשמת פה אחד בעברות שיוחסו לה.

113 עניין צ'ינצ'ולקר, לעיל ה"ש 4.

114 שם.

115 הרשעתה של הנאשמת בעברה של הריגה בלבד בגין גרימת מותו של היילוד נסמכה כאמור על הסדר-טיעון. עם זאת, יש לשים לב כי בפסק-הדין האנגלי בעניין *Attorney General's Reference*, לעיל ה"ש 39, קבע בית-הלורדים כי אם התקיפה הופנתה נגד האישה (ולא ישירות נגד העובר), כפי שאכן אירע בענייננו, אזי ממילא ניתן להרשיע בעברה של הריגה בלבד. אולם ראו ביקורת על קביעתו זו של בית-הלורדים לעיל בה"ש 48.

116 עניין צ'ינצ'ולקר, לעיל ה"ש 4, בפסק-דינו של השופט אזולאי: "תמיכה נוספת למסקנה האמורה, היא במשפט המקובל האנגלי, שבו התקבל העיקרון של 'born alive rule', לפיו מוטלת אחריות פלילית על מי שגורם על ידי מעשה שנעשה בעובר בתקופת ההיריון למותו של היילוד לאחר שנולד חי..."

117 ראו שם, בפסק-דינה של השופטת רז-לוי: "באשר לעבירת ההריגה, הרי נוכח הודאת הנאשמת בעובדות כתב האישום המתוקן, מהן עולה כי הנאשמת הודתה כי גרמה למותו של התינוק בכך שהמיתה את אימו, כשהיא מודעת להיות המנוחה בהריון מתקדם, לאפשרות שייגרם מותו של הוולד לאחר היוולדו בשל אותן דקירות שדקרה את המנוחה, תוך שהיא אדישה לתוצאות מעשיה, וכאשר הוולד נולד חי ונפטר לאחר 4 ימים, מצאתי כי יש בהודאתה בעובדות האמורות כדי לכסס הרשעתה בעבירת ההריגה."

(ג) הקביעות הסותרות

השופטים בפרשת חורי ובפרשת צינצ'ולק שנודרשו לסוגיה הסכימו כי הדרישה לקיומו של "אדם" בעברות ההמתה השונות הינה רכיב נסיבתי, אך נחלקו בשאלת המועד שבו נסיבה זו צריכה להתקיים על פני ציר הזמן של העברה, קרי, אם הנסיבה "אדם" צריכה לקיים מזיגה בזמן עם הרכיב ההתנהגותי או שמא אפשר להסתפק בהתקיימותה במועד שבו התקיים הרכיב התוצאתי.

בעניין חורי קבעו שופטי הרוב בבית-המשפט המחוזי בנצרת כי לצורך הרשעה בעברת גרם מוות ברשלנות יש להוכיח מזיגה בין הרכיב הנסיבתי שבעברה ("אדם") לבין ביצוע ההתנהגות האסורה. היות שהנסיבה "אדם" התקיימה רק בשעת התרחשות התוצאה של המוות, ולא בעת ההתנהגות האסורה, קבעו שופטי הרוב כי יש לזכות את הנאשם. את ההחלטה לזכות ביסס בית-המשפט המחוזי על הקביעות העובדתיות והמשפטיות הבאות:¹¹⁸

- בעת הפגיעה לא היה העובר בגדר "אדם" (לפי סעיף 308 לחוק העונשין). העובר נהיה ל"אדם" רק לאחר הלידה.
- הרכיב "אדם" הוא רכיב נסיבתי.
- הרכיב הנסיבתי (קיומו של "אדם") צריך לקיים מזיגה בזמן עם הרכיב ההתנהגותי (הפגיעה).
- בנסיבות העניין לא התקיימה המזיגה הנדרשת בין הרכיב הנסיבתי לבין הרכיב העובדתי, ולפיכך יש לזכות את הנאשם מהעברה של גרם מוות ברשלנות.

לעומתם, שופט בית-משפט השלום בצפת בעניין חורי, שופט המיעוט מבית-המשפט המחוזי בנצרת בעניין חורי וכן השופט אזולאי מבית-המשפט המחוזי בבאר-שבע בעניין צינצ'ולק סברו כי המועד הקובע להתקיימות הנסיבה "אדם" הוא המועד שבו נגרמה תוצאת המוות של אותו אדם. בהתאם לכך הם קבעו כי יש להרשיע את הנאשמים בעברות ההמתה שיוחסו להם. שתי שופטות ההרכב בעניין צינצ'ולק החליטו לא להידרש לסוגיה, מן הטעם שהכרעה בה לא הייתה הכרחית. אנו מסכימים עם התוצאה שאליה הגיע בית-המשפט המחוזי בבאר-שבע בעניין

118 כתמיכה במסקנה שלפיה יש לזכות את הנאשם הסתמך שופט הרוב קולה גם על המשפט העברי (עניין חורי, לעיל ה"ש 3, פס' 52–61 לפסק-דינו של השופט קולה), אף שמסקנתו זו, על-פי עדותו שלו עצמו, הייתה מנוגדת לשתי חוות-הדעת המשפטיות של מומחי משפט עברי שהוגשו במיוחד לתיק זה ונידונו בפסק-הדין. ראו: "גרימת מוות ברשלנות של ילוד שנפצע בעודו עובר" (חוות-דעת של משרד המשפטים – המחלקה למשפט עברי, 6.7.2010), www.justice.gov.il/Units/MishpatIvri/HavotDaat/78ubar1.doc; "גרם מוות ברשלנות בעובר שנפטר לאחר לידתו" (חוות-דעת של המרכז ליישומי משפט עברי במכללה האקדמית נתניה), www.netanya.ac.il/ResearchCen/JewishLaw/AcademicPub/CriminalLaw/Pages/Mansl.aughter.aspx. ראו גם משה ויינפלד "המתת עובר – עמדתה של מסורת ישראל בהשוואה לעמדת עמים אחרים" ציון מב 129 (1977).

ציניצ'ולקר, וחולקים על התוצאה שאליה הגיע בית-המשפט המחוזי בנצרת בעניין חורי. כדי לבסס את דעתנו זו, אנו מבקשים לייחד דיון לשני נושאים: האחד, הביטוי "אדם" בסעיף 308 לחוק העונשין; והאחר, הביטוי "אדם" ופרשנותו בעברות ההמתה.

3. התיבה "אדם" בסעיף 308 לחוק העונשין

(א) סעיף 308 לחוק העונשין

עברות ההמתה שבחוק העונשין, כולן כאחת, דורשות שקורבן העברה יהיה "אדם". סעיף החוק המשמש נקודת מוצא לדיון בקורבן עברות ההמתה הוא סעיף 308 לחוק העונשין, הממוקם בפרק עברות ההמתה. הסעיף, הנושא את הכותרת "אדם – מאימתי", קובע כדלקמן:

"משעה שיצא הולד כולו חי מבטן אמו הריהו נחשב אדם לענין סימן זה, בין שנשם ובין שלא נשם, בין שיש לו מחזור דם ובין שאין לו, בין שנכרת חבל טבורו ובין שלא נכרת."¹¹⁹

הסעיף מגדיר את הביטוי "אדם" לצורך הפרק של עברות ההמתה, ומסמן את הנקודה על ציר הזמן שבה עובר נהפך לאדם ("משעה שיצא הולד כולו חי מבטן אמו...").¹²⁰ אולם ההגדרה אינה מספקת תשובה ישירה לשאלה אם לצורך הטלת אחריות בעברה של גרימת מוות יש לפגוע בקורבן כאשר היה כבר "אדם" או שמא אפשר להטיל אחריות כאמור גם אם הפגיעה בו אירעה כאשר הוא לא היה עדיין בגדר "אדם", אלא היה בגדר "עובר" בלבד. כיצד אם כן יש לפרש את סעיף 308 לחוק? כדי לסייע במלאכת הפרשנות של הסעיף, נפנה לתור אחר גלגוליו ומקורותיו ההיסטוריים.

119 בדין-וחשבון של "הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה", בראשותו של פרופ' מרדכי קרמיניצר, הוצא להמליץ למחוקק להשמיט את הסיפא של ס' 308, כדי שהסעיף המתוקן יקבע כך: "משעה שיצא הולד כולו חי מבטן אמו הריהו נחשב אדם לענין סימן זה." זאת, מן הטעם שהסיפא כולל הבחנות אשר לנוכח התפתחות המדע אין בהן כל צורך והן מיותרות. ראו הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה **דין-וחשבון** 53 (2011).

120 אחד מפסקי-הדין היחידים שניתנו בהקשר זה הוא תפ"ח (ת"א) 854/80 **מדינת ישראל נ' דולברג**, פ"מ התשמ"ז(2) 446 (1980). בפסק-דין זה נידונה השאלה מתי יש לראות את הולד ככזה שנולד "חי" לענין ס' 308 לחוק העונשין. נקבע כי השאלה אם הולד "חי" אם לאו היא שאלה שבמדע הרפואה, וכי סימן החיים המובהק המוכר הוא פעימות ליבו של העובר. עם זאת, בפסק-הדין אי-אפשר למצוא כל התייחסות לשאלה אם לצורך הטלת אחריות בעברה של גרימת מוות יש לפגוע בקורבן כאשר היה כבר "אדם" או שמא אפשר להטיל אחריות כאמור גם אם הפגיעה בו אירעה כאשר היה עדיין "עובר".

308 סעיף (ב) מקורותיו ההיסטוריים של סעיף

כידוע, חלקים גדולים של חוק העונשין, התשל"ז-1977, מהווים עד היום תרגום מדויק כמעט של פקודת החוק הפלילי המנדטורית משנת 1936. כפי שהראה שחר במאמרו הידוע,¹²¹ הוקתה של פקודת החוק הפלילי, 1936, בטיוטת קוד שחברה בשנות התשעים של המאה התשע-עשרה בקווינסלנד – שהייתה אז מושבה עצמאית למחצה ביבשת האוסטרלית – ואשר נחקקה בכמה שניונים כקוד הפלילי של קווינסלנד בשנת 1899.¹²² קוד זה אומץ על-ידי משרד המושבות הבריטי בלונדון כמודל העיקרי לקודיפיקציה של החוק הפלילי במושבות שתחת שליטת המשרד, ובמשך עשרות השנים הראשונות של המאה העשרים הוא נכפה בשיטתיות ובמרץ בלתי-נלאה על מושבות ושטחי חסות בכל רחבי האימפריה הבריטית, לרבות על ארץ-ישראל.¹²³ כעולה מן המחקר ההיסטורי, הקוד של קווינסלנד הוצע אחר כבוד ממושבה למושבה. בשנת 1904 הוא נחקק כקוד הפלילי של צפון ניגריה, ומשאוחדו חלקי ניגריה תחת השלטון הבריטי, הוא הוחל בשנת 1916 על כל חלקי ניגריה. בשנת 1925 שימש הקוד של קווינסלנד יסוד לטיוטת הקוד הפלילי שהוכנה במשרד המושבות בלונדון למושבות המזרח-אפריקאיות. נוסח מוקדם של אותה טיוטה הועבר לקפריסין ונחקק שם בשנת 1928, ופקודת החוק הפלילי שלנו ניוונה ישירות מן הקוד הקפריסאי.¹²⁴

התחקות אחר מקורותיו ושורשיו של סעיף 308 לחוק העונשין מגלה ממצאים מפתיעים. סעיף 308 מהווה תרגום מדויק של סעיף 220 לפקודת החוק הפלילי, 1936 (להלן: פקודת החוק הפלילי). וכך קבע סעיף 220 לפקודה:¹²⁵

"A child becomes a person capable of being killed when it has completely proceeded in a living state from the body of its mother, whether it has breathed or not, whether it has an independent circulation or not, and whether the umbilical cord is severed or not."

מקורותיו של סעיף 220 לפקודת החוק הפלילי מפותלים. המקור ההיסטורי הראשוני של סעיף 220 לפקודה הוא סעיף 162 להצעת הקוד הפלילי האנגלי משנת 1880,¹²⁶ אשר נשא את הכותרת *When a Child Becomes a Human Being*. הסעיף

121 יורם שחר "מקורותיה של פקודת החוק הפלילי, 1936" **עיוני משפט** ז 75 (1979).

122 Queensland Criminal Code Act 1899 (Qld) (Ausl.).

123 שחר, לעיל ה"ש 121.

124 שם, בעמ' 75–76.

125 נוסח הסעיף בהצעת החוק משנת 1933 היה זהה. ראו: Criminal Code Bill (1933), 367. THE PALESTINE GAZETTE 685, § 220 (Isr.).

126 The Draft Bill of 1880, לעיל ה"ש 67. על חשיבותה של הצעת הקוד הפלילי האנגלי ראו להלן בה"ש 128–129 ובטקסט שלידין.

עצמו קובע כך :

"A child becomes a human being within the meaning of this Act when it has completely proceeded in a living state from the body of its mother, whether it has breathed or not, whether it has an independent circulation or not, and whether the navel string is severed or not. The killing of such child is homicide when it dies in consequence of injuries received before during or after birth."

סעיף 162 של הצעת הקוד האנגלי משנת 1880 גיבש למעשה את הכלל המשפטי המחייב שהיה קיים באותה עת באנגליה – ה-Born Alive Rule (BAR) – לסעיף חוק אחד, שבו קובצו שני כללי-המשנה של ה-BAR:

1. לעניין הפרק של עבירות ההמתה נחשב הוולד "אדם" משעה שיצא כולו חי (בהתאם למבחנים הרפואיים שהיו מקובלים באותה עת) מרחם אמו (כלל "אדם מעת לידתו").

2. גרימת מותו של הוולד נחשבה עבירת המתה בין שהוולד מת מפגיעות שנגרמו לו לפני הלידה, במהלכה או לאחריה (כלל "נפגע, נולד ומת").

כפי שניתן לראות, סעיף 220 לפקודת החוק הפלילי כלל רק את העיקרון הראשון מבין השניים, שהיה מעוגן ברישא של סעיף 162 להצעת הקוד האנגלי. לעיקרון השני, שהיה מעוגן בסיפא של סעיף 162 להצעת הקוד (המשפט האחרון בסעיף זה), אין כל זכר בסעיף 220 לפקודת החוק הפלילי שלנו, ולכך נחזור בהמשך הדברים. נוסף על כך ובנוסף, הצעת הקוד הפלילי משנת 1880 קובעת עבירה מיוחדת של המתת עובר שטרם נולד – killing unborn child – בסעיף 205 לקוד. הוראה זו קובעת כדלקמן:

"Every one is guilty of a crime and liable to *penal servitude for life*, who causes the death of any child which has not become a human being, in such a manner that he would have been guilty of murder if such child had been born.

No one is guilty of any crime who, by means employed in good faith for the preservation of the life of the mother of the child, causes the death of any such child before or during its birth."

כפי שנוכחנו, הוראה זו שיקפה אף היא את המסורת של המשפט המקובל האנגלי, שלפיו גרימת מוות של עובר בטרם נולד הינה עבירה אם היא נעשתה בנסיבות שבהן היה העושה מורשע ברצח אילו נולד התינוק חי. יש לשים לב כי אף שעבירה זו חמורה (crime), מדובר בעבירה חמורה פחות מהעבירה של רצח, שדרשה קיומו של "אדם שנולד חי".

הצעת הקוד האנגלי משנת 1880 הייתה פרי עבודתה של ועדת משפטים, אשר ביקשה להציע לפרלמנט האנגלי קוד פלילי שלם שיחליף את אוסף ההלכות של המשפט המקובל כפי שהתפתחו במשך מאות שנים. הרוח החיה בעבודת הוועדה הייתה של המשפטן והוגה-הדעות Stephen, ונוסחו של סעיף 162 להצעת הקוד (כמו-גם נוסחם של סעיפים רבים אחרים בהצעה) בוסס על ספרו העיקרי בתחום המשפט הפלילי המהותי, שבו הפנה לפסיקה ולספרות שגיבשו את הכלל.¹²⁷ אלא שהצעת הקוד משנת 1880 לא התקבלה באנגליה בחוק, לאחר שנתקלה בהתנגדות עזה בפרלמנט האנגלי, בעיקר בשל העוינות המסורתית כלפי רעיון הקודיפיקציה.¹²⁸ למרות זאת זכתה הצעת הקוד בפרסום רב בכל רחבי העולם דובר האנגלית, ואף בעדנה מסוימת, לאחר ששימשה ביסס לקודיפיקציה של המשפט הפלילי במושבות שונות.¹²⁹ כגון בקנדה, שם אומצה הצעת הקוד במלואה כמעט). לענייננו חשובה העובדה שהצעת הקוד האנגלי משנת 1880 היוותה את אחד המקורות העיקריים לקוד הפלילי של קווינסלנד משנת 1899.

הקוד של קווינסלנד נכתב על-ידי סר סמואל ווקר גריפית, כאשר כיהן כנשיא בית-המשפט העליון של אותה מושבה,¹³⁰ ונותרו בידינו רישומים של הערותיו לטיוטת הקוד, שיכולים לסייע בהבנת הלך-מחשבתו.¹³¹ עיון ברישומים של גריפית מעלה כי את הפרק שנגע בעקרונות ההמתה בקוד של קווינסלנד ביסס גריפית על המשפט המקובל. בהקדמה לפרק זה כתב גריפית כך: "The provisions of this chapter are believed, except when otherwise stated, to express the Common Law". לנוכח ההערות שצורפו לטיוטת הקוד ברור כי את סעיף 162 להצעת הקוד האנגלי קלט גריפית אל תוך הקוד של קווינסלנד, אך פירק אותו לשני סעיפים: האחד הוא סעיף 292, והאחר הוא סעיף 294. בסעיף 292 לקוד של קווינסלנד נקבע כך:

127 STEPHEN, לעיל ה"ש 40. למן המהדורה הראשונה של הספר, שראתה אור בשנת 1877, חזר נוסח זה על עצמו בכל המהדורות. ראו, למשל, במהדורה השישית משנת 1904, בעמ' 175.

128 לסקירה היסטורית של הניסיון לערוך קודיפיקציה של המשפט הפלילי באנגליה ראו: 3 JAMES FITZJAMES STEPHEN, A HISTORY OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND 349 (1883).

129 JEROME MICHAEL & HERBERT WECHSLER, CRIMINAL LAW AND ITS ADMINISTRATION 1284 (1940): "[The Codes, that] the English denied to themselves, they gave with largess to their colonies and dependencies"; Normans Abrams, *Interpreting the Criminal Code Ordinance, 1936 – The Untapped Well*, 7 ISR. L. REV. 25 (1972).

130 על דמותו של גריפית ראו אצל שחר, לעיל ה"ש 121, בעמ' 81–82.

131 הערותיו של גריפית נכתבו לצד הסעיפים של טיוטת הקוד. ראו: Draft of a Code of Criminal Law (Brisbane 1897). אנו מבקשים בהזדמנות זו להודות לפרופ' שחר על שהפנה אותנו למקור זה, ועל הזמן הרב שהקדיש כדי לאתר את החומרים הרלוונטיים לחיבור זה.

"A child becomes a person capable of being killed when it has completely proceeded in a living state from the body of its mother, whether it has breathed or not, whether it has an independent circulation or not, and whether the navel string is severed or not."

לצד סעיף 292 לקוד של קווינסלנד, שכותרתו *being*, כתב גריפית¹³² "Bill 162", וכוונתו הייתה כי סעיף זה נלקח מסעיף 162 להצעת הקוד האנגלי של 1880. אכן, נוסחו של סעיף 292 זהה כמעט לנוסחו של סעיף 162 להצעת הקוד האנגלי, למעט המשפט האחרון בהצעת הקוד האנגלי,¹³³ שאותו הפריד גריפית והפך לסעיף 294 לקוד, שכותרתו *Death by acts done at childbirth*. וכך נקבע בסעיף 294 לקוד:

"When a child dies in consequence of an act done or omitted to be done by any person before or during its birth, the person who did or omitted to do such act is deemed to have killed the child."

גם לגבי סעיף זה מאזכר גריפית את סעיף 162 לקוד האנגלי כמקור,¹³⁴ אך כאן נוסח הסעיף שונה. משום-מה הרגיש גריפית צורך לנסח מחדש את כלל-המשנה השני של ה-BAR, אך מבחינה מהותית המשמעות נותרה זהה: אדם ייחשב כמי שגרם למותו של ילד גם אם מעשה הפגיעה נעשה לפני הלידה או במהלכה. נוסף על כך החליט גריפית לכלול בקוד של קווינסלנד גם את העברה של המתת עובר שלא נולד שבסעיף 205 להצעת הקוד האנגלי משנת 1880, והסעיף נהפך לסעיף 313 לקוד הסופי של קווינסלנד.¹³⁵

לסיכום, סעיפים 292, 294 ו-313 לקוד של קווינסלנד מקורם בהצעת הקוד האנגלי משנת 1880. סעיפים אלה קלטו אל תוך הקוד של קווינסלנד את עמדתו השלמה של המשפט המקובל ביחס להמתת עובר. משם המשכו הסעיפים לנדוד אל התחנות הבאות, ונקלטו בקוד הפלילי של צפון ניוגריה משנת 1904 ובקוד של ניוגריה

132 ההערות נרשמו לצד ס' 299 לטיוטת הקוד (Draft of a Code of Criminal Law), שם, בעמ' 120), שנהפך לס' 292 לקוד הסופי.

133 נוסף על כך הוא צירף את ההערה הבאה (שם): The provision as to independent circulation is probably a change in the law. כלומר, גריפית הבחין כי לקביעה זו בס' 162 להצעת הקוד האנגלי אין עיגון במשפט המקובל, כפי שהיה מוכר לו ככל הנראה מה-DIGEST של STEPHEN, לעיל ה"ש 40, שם קביעה זו חסרה.

134 הערה זו נרשמה לצד ס' 301 לטיוטת הקוד של קווינסלנד (Draft of a Code of Criminal Law), לעיל ה"ש 131), שנהפך לס' 294 לקוד הסופי.

135 בהערותיו על הצעת הקוד של קווינסלנד (שם, בעמ' 124) ציין גריפית במפורש כי המקור לס' 313 הנ"ל (ס' 321 להצעת הקוד) הוא ס' 205 להצעת הקוד האנגלי משנת 1880.

המאוחדת משנת 1916.¹³⁶ אלא שבתחנה הבאה שאליה נדד הקוד בדרכו אלינו – הקוד הפלילי של קפריסין משנת 1928¹³⁷ – נקלט רק סעיף 292 לקוד של קווינסלנד, אשר נהפך לסעיף 202 לקוד הפלילי של קפריסין, ואילו סעיפים 294 ו-313 לקוד של קווינסלנד הושמטו כלא היו. האחראי להשמטה זו הוא כנראה השופט הקולוניאלי בדימוס אלברט ארדהרט, אשר הופקד בשנת 1925 על ניסוחה של טיוטת קוד חדשה במשרד המושבות בלונדון. טיוטת הקוד של ארדהרט הועתקה, אגב השמטות, מהקוד הפלילי של ניגריה, ולמעשה מהקוד המקורי של קווינסלד. נוסח מוקדם של טיוטת קוד זו הועבר לקפריסין ונחקק שם בשנת 1928.¹³⁸ האם ההשמטות היו מכוונות ונבעו מהשקפה כלשהי? האם הן היו רשלניות או מבלי משים? את זאת כבר לא נוכל לדעת, שכן ארדהרט, בניגוד לקודמיו, סירב לצרף דברי הסבר שיטתיים לטיוטת הקוד שערך.¹³⁹

כאמור בראשית הדברים, פקודת החוק הפלילי של ארץ-ישראל משנת 1936 ניזונה ישירות מהקוד הפלילי של קפריסין משנת 1928, וחלקים נרחבים ממנה הועתקו מקוד זה.¹⁴⁰ לנוכח זאת התוצאה הסופית מובנת: השמטתם של סעיפים 294 ו-313 של הקוד של קווינסלנד מהקוד של קפריסין היא הסיבה לכך שסעיפים אלה נעדרו גם מפקודת החוק הפלילי שלנו משנת 1936. סעיף 220 לפקודת החוק הפלילי, שהוא כיום סעיף 308 לחוק העונשין, מעגן רק את כלל-המשנה הראשון של ה-BAR ("אדם מעת לידתו"), ואילו כלל-המשנה השני (הכלל "נפגע, נולד ומת"), שהיה מעוגן במפורש בסעיף 294 לקוד של קווינסלנד, נשמט בדרכו לארץ-ישראל ולא עוגן בסעיף 220 או בסעיף סמוך אחר בפקודת החוק הפלילי הארץ-ישראלית.

(ג) פרשנותו של סעיף 308

לשונו ומקורותיו ההיסטוריים של סעיף 308 מעלים כאמור כי הכלל השני המשלים של ה-BAR – "נפגע, נולד ומת" – נשמט בדרכו לארץ-ישראל מסעיף 220 לפקודת החוק הפלילי, ומכאן גם מסעיף 308 לחוק העונשין. עם זאת, לדעתנו, פרשנותו של סעיף 308, לנוכח מקורותיו ההיסטוריים ולאור המשפט המשווה, לא רק שאינה מונעת קליטה של הכלל "נולד, נפגע ומת" באמצעות הפסיקה, אלא אף תומכת בו. ה-BAR, על שני כללי-המשנה שלו ("אדם מעת לידתו" והכלל "נפגע, נולד

136 על הקוד הפלילי של צפון ניגריה משנת 1904, ועל הקוד הפלילי של ניגריה המאוחדת משנת 1916, ראו אצל שחר, לעיל ה"ש 121, בעמ' 92–96.

137 על הקוד של קפריסין ראו שם, בעמ' 105–112.

138 שם, בעמ' 75–76, 97–98.

139 שם, בעמ' 97.

140 Abrams, לעיל ה"ש 129, בעמ' 27, מציין במחקרו כי יותר מתשעים אחוז מהוראותיה של פקודת החוק הפלילי משנת 1936 הועתקו מהקוד הקפריסאי. על הקוד של קפריסין משנת 1928 כמקור העיקרי של פקודת החוק הפלילי, 1936, ראו גם אצל אליעזר מלחי תולדות המשפט בארץ ישראל 132 (מהדורה שנייה, 1953).

ומת"), התפתח לפני מאות שנים כעיקרון פסיקתי שמעולם לא עוגן באנגליה בחוק החרות. בהצעת הקוד האנגלי משנת 1880 היה ניסיון לקבוע את ה-BAR בחוק, אולם דחייתו של הקוד באנגליה על-ידי הפרלמנט בשנת 1880 סיכלה גם את עיגונו של ה-BAR בחוק. אימוצה של הצעת הקוד על-ידי משרד המושבות וכפייתה על מושבות שונות גרמו לכך שהכלל "נפגע, נולד ומת" נקבע בהן באופן מפורש בחוק (למשל, בחוקים הפלייליים של קווינסלנד, של קנדה ושל ניו-זילנד). אולם במשפט המקובל של אנגליה וכן במדינות נוספות המבוססות על המשפט המקובל (אוסטרליה, הונג-קונג וסקוטלנד), ואף במדינות קונטיננטליות שונות (כגון צרפת), הכלל מעולם לא נקבע בחוק, אלא אומץ בפסיקה כפרשנות תכליתית והגיונית של הביטוי "אדם" בעברות ההמתה. לנוכח כל האמור אנו סבורים כי אין משמעות רבה לשאלה – אשר כיום כבר אי-אפשר לתת לה תשובה מדויקת – אם ההשמטה של כלל-המשנה "נפגע, נולד ומת" מהטיטה ששימשה את המחוקק הארץ-ישראלי של פקודת החוק הפלילי, 1936, נעשתה מבלי משים או שמא באופן מכוון. לדעתנו, ממילא מדובר בכלל שאין מניעה לגזור אותו בדרך של פרשנות מתוך כלל-המשנה הראשון של ה-BAR – "אדם מעת לידתו" – בעיקר כאשר ברור כי שורשיו של סעיף 308 נטועים במשפט המקובל, וכי פרשנות כזו עולה בקנה אחד עם מסורת ארוכת-שנים של המשפט המקובל במדינות רבות.¹⁴¹

4. התיבה "אדם" בעברות ההמתה

(א) הגדרת הרכיב הנסיבתי

סעיף 18(א) לחוק העונשין, אשר מגדיר את היסוד העובדתי, מונה את הרכיב הנסיבתי כאחד מרכיביו של היסוד העובדתי, אך אינו מספק הגדרה כלשהי לרכיב זה. בהתאם להגדרה של פלר, הרכיב הנסיבתי כולל "נתונים המצויים במציאות האובייקטיבית בשעת ההתנהגות המהווה רכיב של היסוד העובדתי שבאותה עבירה, ללא כל תלות בהתנהגות זו או בהימנעות ממנה".¹⁴² נוסף על כך, וכחלק בלתי-נפרד מהגדרת הרכיב הנסיבתי, עמד פלר על כך ש"אין לרכיב הנסיבתי כל זיקה סיבתית לרכיב ההתנהגותי שבעבירה הנדונה".¹⁴³ בספרנו עמדנו על כך שמדובר בהגדרה שיווית שלפיה "נסיבה" היא יסוד מהמציאות האובייקטיבית, שאינו בגדר ההתנהגות

141 בניגוד לכך, לדעתנו, את העברה העצמאית של המתת עובר – killing unborn child – אי-אפשר לקלוט בדרך של פרשנות. הטעם לכך הוא שבעוד קליטתו של הכלל "נפגע, נולד ומת" מושתתת על פרשנות של הביטוי "אדם" בעברות ההמתה, קליטתה של העברה העצמאית של המתת עובר, ככזו, הינה בגדר השלמת "חֶסֶר" שאינו ניתן להשלמה בדרך של פרשנות. השלמה כזו תהא מנוגדת במפורש לעקרון החוקיות באופן כללי, ובפרט לס' 1 לחוק העונשין, אשר אוסר, בין היתר, חקיקה שיפוטית.

142 ש"ז פלר יסודות דיני העונשין כרך א 376 (1984).

143 ש.ש.

המהווה את הרכיב ההתנהגותי, ואינו נובע ממנה (הרכיב התוצאתי).¹⁴⁴ רכיב נסיבתי משתייך למערכת של נתונים המצויים במציאות האובייקטיבית אשר אין לעושה העברה כל שליטה בהם באמצעות הרכיב ההתנהגותי של העברה, ואין כל זיקה סיבתית בין הרכיב הנסיבתי לבין הרכיב ההתנהגותי הקבוע באותה עברה. מכאן שהרכיב הנסיבתי הוא נתון שאינו בגדר התנהגות של הנאשם (אינו בגדר פעילות מוטורית שרירית) ואינו בגדר תוצאה שנבעה מהתנהגות של הנאשם. קיימת אי-תלות בין הרכיב הנסיבתי לבין הרכיב ההתנהגותי, כך שהרכיב הנסיבתי מצוי מחוץ לשליטתו של העושה, וקיומו אינו תלוי בהתנהגותו של העושה. יש לחדד את אופיו השיורי של הרכיב הנסיבתי, ולעמוד על כך שמדובר בנתון בעברה¹⁴⁵ שהוא לא הרכיב ההתנהגותי (דהיינו, אינו מעשה, מחדל או החזקה), וגם אין הוא תוצאה שנגרמה מהרכיב ההתנהגותי, וכמובן גם לא ביטוי שמתאר את היסוד הנפשי הדרוש בעברה. הרכיב הנסיבתי יכול ללבוש צורות רבות, ותפקידו מגוון: הוא יכול ליצור פליליות, להחמיר פליליות קיימת או למתן אותה.¹⁴⁶ כמו-כן, לעיתים הנסיבה מתייחסת להתנהגות, ובעברות תוצאתיות יש שהנסיבה מתייחסת לתוצאה.

(ב) הרכיב "אדם" אינו רכיב נסיבתי במצב דברים של "נפגע, נולד ומת"

לדעתנו, בנסיבות העניין שנידונו בעניין חורי ניתן לטעון (לחלופין) כי הרכיב "אדם" אינו מהווה בהכרח רכיב נסיבתי. אכן, בהתאם להגדרה שלעיל (אשר אינה קבועה כאמור בחוק, אלא בספרות), הביטוי "אדם" בעברות ההמתה מהווה בדרך-כלל רכיב נסיבתי. כך, למשל, כאשר ראובן יורה בשמעון והורגו, הרכיב ההתנהגותי הוא הירייה (התנהגות מוטורית של הנאשם); הרכיב התוצאתי הוא המוות (תוצאה שנבעה מן ההתנהגות); ואילו "אדם" הוא רכיב נסיבתי, שהרי שמעון היה אדם לפני ההתנהגות – לפני הירייה – ובאופן בלתי-תלוי בה. למעשה, הרכיב "אדם" בעברות ההמתה מהווה נסיבה של מושא העברה, שכן עברות אלה עוסקות בהתנהגות המופנית כלפי אדם – המתת אדם. לשון אחר, היות הקורבן בגדר "אדם" אינו חלק מן ההתנהגות, אינו נובע מן ההתנהגות, אינו תלוי בהתנהגות, ולמעשה אינו מהווה חלק מתהליך הגרימה המוצא את ביטויו בהתנהגות האסורה. לנוכח כל האמור, הביטוי "אדם" מהווה בדרך-כלל רכיב נסיבתי של היסוד העובדתי.

אלא שאם מיישמים את ההגדרה הנ"ל על נסיבות המקרה שנידון בעניין חורי, יוצא שהביטוי "אדם" אינו מהווה "רכיב נסיבתי" בהתאם להגדרה המקובלת, שכן התנהגותו של הנאשם (הדריסה) מהווה את הסיבה הישירה להולדתו של העובר

144 רבין וואקי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 245.

145 הנתון הוא בדרך-כלל פיזי-עובדתי, אך לא בהכרח. למשל, הנתון "שלא כדין" (או דוגמתו) משמש רכיב נסיבתי בעברות רבות, אבל אין מדובר בנתון עובדתי, אלא בנתון נורמטיבי. יוצא אפוא שבאומרנו "נתון במציאות האובייקטיבית", מדובר לא רק במציאות הפיזית, אלא גם במציאות הנורמטיבית האובייקטיבית.

146 רבין וואקי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 251–253.

ולהיפכותו לאדם. כלומר, הביטוי "אדם" דווקא עונה במקרה זה על הגדרת הרכיב התוצאתי, שאפשר להגדירו "מותו של אדם". במקרה זה התנהגותו של הנאשם התערבה בתהליך הגרימה שהוביל ללידתו של האדם ולאחר-מכן למותו. בטרם החל תהליך הגרימה ולפני ההתנהגות האסורה, לא היה הקורבן בגדר "אדם", אלא עובר בלבד.

אנו מודעים לכך שדרך זו מעוררת קשיים, שכן נגזר ממנה שתפקידו של ביטוי מסוים בעברה – כרכיב נסיבתי או כרכיב תוצאתי – יכול להשתנות בהתאם לנסיבות המקרה. מתודת הכרעה זו מנוגדת להשקפה המקובלת, שלפיה ניתן להכריע בדבר תפקידו של כל רכיב בעברה בהתאם ללשון החוק וללא התייחסות לנסיבות המקרה. ייתכן שהבעיה נובעת מהגדרת הרכיב הנסיבתי בספרות, וייתכן שיש קושי מהותי לנתק את תפקידו של ביטוי בעברה ממערכת הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה. במקרה האחרון אפשר אף לטעון כי מיון של ביטוי בעברה נעשה תמיד בהתייחס למערכת של עובדות טיפוסיות, גם אם באופן בלתי-מודע. כך או כך, במסגרת זו אין בכוננתנו לערוך דיון מעמיק לגבי מהותו של הרכיב הנסיבתי והגדרתו, אלא רק להצביע על האפשרות למיין את הביטוי "אדם" כחלק מהרכיב התוצאתי, וזאת בהתבסס על ההגדרה המקובלת של הרכיב הנסיבתי.

(ג) לא נדרשת מזיגה בין הרכיב הנסיבתי "אדם" לבין הרכיב ההתנהגותי

טענתנו הבאה היא מסוג הטענות החלופיות. גם אם הטענה הקודמת ראויה להידחות, והרכיב "אדם" הינו בסופו של דבר רכיב נסיבתי, עדיין יש לקבוע, וזו טענתנו להלן, כי לא נדרשת מזיגה בין הרכיב הנסיבתי "אדם" לבין הרכיב ההתנהגותי. כאמור, הזיכוי בעניין חורי התבסס על קביעתה של דעת הרוב כי הרכיב הנסיבתי ("אדם") צריך לקיים מזיגה בזמן עם הרכיב ההתנהגותי (הפגיעה). אולם לדרישה זו אין כל עיגון בלשון החוק, והיא נסמכת, כפי שנראה להלן, על הגותו של פלר.

בהגדרה שנתן לרכיב הנסיבתי ציין פלר בכתביו כי "מדובר בנתונים המצויים במציאות האובייקטיבית בשעת ההתנהגות המהווה רכיב של היסוד העובדתי שבאותה עבירה, ללא כל תלות בהתנהגות זו או בהימנעות ממנה", וכן כי "בין הרכיב ההתנהגותי לבין הרכיב הנסיבתי זיקה כפולה – זיקה של עיתוי, המתבטאת בכך שמערכת הנתונים בהם נעוץ הרכיב הנסיבתי צריכה להתקיים בשעת ההתנהגות, וזיקה ערכית..."¹⁴⁷ הדוגמות המובאות על-ידי פלר בהמשך הדברים, שבהן הוא גם דורש את התקיימותה של הנסיבה בעת ההתנהגות, הינן עברות התנהגותיות שונות, כגון "ריבוי נישואין" לפי סעיף 176 לחוק העונשין,¹⁴⁸ "תקיפת שוטר" לפי סעיף 273

147 פלר, לעיל ה"ש 142, בעמ' 376 (ההדגשות הוספו).

148 "היות אדם נשוי שעה שנכנס לקשר נישואין נוסף, הוא הרכיב הנסיבתי שבעבירה של ריבוי נישואין לפי סעיף 176 לחוק העונשין" (שם, ההדגשה הוספה).

לחוק העונשין¹⁴⁹ וכדומה. אלא שלצד האמירות והדוגמות שפלר מציג, שהן לקוניות במקרה זה, לא נרשמה כל הנמקה עיונית כזו או אחרת לדרישת המזיגה. לנוכח זאת אנו מציעים להבין את דבריו לא כמצביעים על כלל כל-יעבור, אלא כמתארים "תופעה" או מצב, שאכן מתקיימים בדוגמות השונות שהוא מציג. אולם מעבר לכך, יש לשים לב כי פלר אינו מציג בהקשר זה ולו דוגמה אחת של עברה תוצאתית כלשהי או של עברת המתה שבהן נדרשת מזיגה כאמור (ויש לכך חשיבות להמשך הדברים). גם אנו בספרנו עמדנו על כך שייחכנו עברות שבהן מתחייב שהרכיב הנסיבתי יתקיים בשעת ההתנהגות, אולם ציינו כי ייתכנו עברות העשויות לדרוש התקיימותו של רכיב נסיבתי מאוחר להתנהגות.¹⁵⁰ לשיטתנו, חפיפה בזמן בין הרכיב ההתנהגותי לבין הרכיב הנסיבתי מאפיינת אומנם עברות רבות, אך לא את כולן – הכל בהתאם לדרישה הנגזרת מכל עברה ועברה, ובהתאם לתכליתה של העברה כפי שזו באה לידי ביטוי בערך החברתי המוגן על-ידיה.

בהשקפה זו, שלפיה קיימות עברות שבהן אין כל צורך להוכיח מזיגה בזמן בין הרכיב ההתנהגותי לבין הרכיב הנסיבתי, תומכים כנראה גם לוי ולדרמן, המביאים בספרם שני פסקי-דין שבהם הגיע בית-המשפט למסקנה זו.¹⁵¹ פסק-הדין הראשון הוא זה שניתן בעניין **חכם**.¹⁵² באותו מקרה קיבלו הנאשמים רישיון לייבוא חומרי-גלם שכלל תנאי שלפיו היה עליהם לייצא מחצית מהסחורה המעובדת (מאותו חומר-גלם). הנאשמים הפרו את התנאי האמור בכך שמכרו את כל הסחורה המעובדת בשוק המקומי. לכן הם הואשמו בייבוא סחורות ללא היתר, לפי סעיף 5(1) לחוק לתיקון פקודת הסמכויות בענין היבוא, היצוא והמכס (הגנה), התשי"ב-1952, הקובע כך: "היתה סחורה מושטת בניגוד לצו שניתן לפי פקודה זו... הסחורה עם כל אמצעי ההובלה שהשתמשו בהם להובלתה יוחרמו... היבואן של הסחורה... דינו – מאסר עד שתי שנים או קנס עד חמש מאות לירות או שני הענשים כאחד".¹⁵³ להגנתם טענו הנאשמים כי בין הרכיב ההתנהגותי "ייבוא" לבין הרכיב הנסיבתי "בניגוד לצו" לא התקיימה בו-זמנית נדרשת, שכן בשעה שביצעו את פעולת הייבוא היה בידם רישיון מתאים – שהרי פעולת הייבוא של הסחורה הנידונה הסתיימה והושלמה עם הבאתה לבית-המכס בארץ או לכל-המאוחר כאשר שוחררה מבית-המכס ונמסרה לרשותם של היבואנים הנאשמים. מכיוון שבשלב זה היו לנאשמים היתרים כדין, והתנאים הכלולים בהם טרם הופרו, הם לא עברו על האיסור. תוך שהוא עומד על תכליתה של העברה דנן, דחה בית-המשפט העליון טענה זו, וקבע כי אין כל סימוכין לדרישה

149 "בעבירה של 'תקיפת שוטר', לפי סעיף 273, הרכיב ההתנהגותי מתבטא במעשה 'תקיפה'... ואילו הרכיב הנסיבתי – היות הקרבן 'שוטר' והיותו 'במילוי תפקידו' – מתבטא בנתונים המצויים במציאות האובייקטיבית בשעת מעשה התקיפה..." (שם).

150 רבין וואקי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 246 (ה"ש 6).

151 יובל לוי ואליעזר לדרמן עיקרים באחריות פלילית 199–200 (1981).

152 ע"פ 156/58 היעוץ המשפטי לממשלה נ' חכם, פ"ד יג 651 (1959).

153 ב"ש 2(1) (ט) לאותה פקודה נאמר כי "להשיט", לעניין סחורה, פירושו – לייבאה.

לבו-זמניות בין הרכיב הנסיבתי לבין הרכיב ההתנהגותי בהגדרת העברה. יתר על כן, נקבע כי לשם הגשמת תכליתה של העברה של ייבוא סחורה לארץ "בניגוד לצו", אין להימנע מלהתייחס גם לתנאים שהופרו לאחר השלמתה של פעולת הייבוא.¹⁵⁴ בשל כך נקבע כי גם בהפרה "מאוחרת" של תנאי הכלול ברשיון ייבוא יש כדי להקנות לפעולת הייבוא של הסחורה, שבגינה נעשתה ההפרה, אופי של פעולת ייבוא הנוגדת את הוראות הצו במובן הכתוב בסעיף 5(1) לחוק לתיקון הפקודה. פסק-הדין השני הוא זה שניתן בעניין קרן קיימת לישראל.¹⁵⁵ כפי שכותבים לוי ולדרמן בספרם, גם במקרה זה הגיע בית-המשפט למסקנה כי הרכיב הנסיבתי ("בניגוד לתנאי שבחיתור") יכול להתקיים לאחר שהפעולה שבבסיס הרכיב ההתנהגותי כבר הסתיימה.¹⁵⁶ נראה כי זו גם דעתו של קרמניצר, אשר עמד על כך ש"אף כי בדרך כלל נסיבות העבירה קיימות בעת ההתנהגות, ההשקפה המקובלת היא שהנסיבה אינה חייבת להתקיים בעת ההתנהגות".¹⁵⁷

כאמור, אנו סבורים כי הדרישה למזיגה בזמן בין הרכיבים העובדתיים השונים המנויים בהגדרת העברה צריכה להיקבע ביחס לכל עברה ועברה באופן קונקרטי, ובהתאם לתכליתה של העברה כפי שזו באה לידי ביטוי בערך החברתי המוגן על-ידיה.¹⁵⁸

ניתן להעלות בדעתנו עברות שבהן עמידה על האינטרס החברתי המוגן בעברה תוביל מניה וביה לדרישה של מזיגה בזמן בין הרכיב הנסיבתי שבעברה לבין הרכיב ההתנהגותי. כזו היא, למשל, עברת האינוס הקבועה בסעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, האוסרת בעילת אישה "שלא בהסכמתה החופשית". האינטרס המוגן בעברה זו הוא רצונה החופשי של האישה בקיום יחסי מין. כל עוד נעשתה הבעילה תוך הסכמה, מדובר ביחסי מין נורמטיביים הנעשים מדי יום ביומו. אולם בעילה שנעשתה בניגוד לרצונה החופשי של האישה וללא הסכמתה הינה אסורה, ונחשבת אינוס, שדינו (במקרה הרגיל) מאסר עד שש-עשרה שנים. מכאן שבליבה של עברת האינוס עומד

154 עניין חכם, לעיל ה"ש 152, בעמ' 661.

155 ע"פ 87/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' קרן קיימת לישראל בע"מ, פ"ד יח(3) 203 (1964).

156 לוי ולדרמן, לעיל ה"ש 151, בעמ' 200.

157 ראו את הציטוט מספרו החדש של קרמניצר (אשר טרם ראה אור) בעניין חורי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 46. בציטוט המופיע בפסק-הדין הדברים מובאים ללא הסבר מפורט וללא דוגמות.

158 הערך החברתי המוגן הוא אינטרס ותכלית שחיוניים לקיומו של הפרט ולמימוש חירותו. הוא הגרעין של העברה הפלילית והלגיטימציה לקיומה. "כלל יסודי בדני העונשין הוא, שהתנהגות המוגדרת כעבירה פלילית תהיה אסורה לא רק משום שהמחוקק מאיים בעונש על ביצועה, אלא, קודם כל, משום שאיננה מתיישבת עם תודעת הציבור וערכיו." חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובעז שגור לשון הרע: הדין המצוי והרצוי 25 (2005). הערך החברתי המוגן באמצעות העברה הפלילית הוא "התכלית הראויה" המעוגנת בפסקת ההגבלה שבס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150. הערך המוגן הוא אפוא גם ערך חוקתי (שם).

יסוד אי-ההסכמה של האישה. במצב דברים זה קמה הדרישה כי רכיב אי-ההסכמה יתקיים בו-זמנית עם ההתנהגות האסורה, שכן בלעדי המזיגה בזמן בין הבעילה (הרכיב ההתנהגותי) לבין אי-ההסכמה (הרכיב הנסיבתי) לא מתקיימת כל פגיעה באינטרס המוגן (רצונה החופשי של האישה וזכותה לסרב לקיום יחסי מין).

לצד עברות שבהן ברורה הדרישה למזיגה בזמן בין הרכיב הנסיבתי לבין הרכיב ההתנהגותי שבעברה, יש עברות שבהן אין כל הצדקה לדרישה זו. זה המצב, בדרך-כלל, בעברות תוצאתיות (להבדיל מעברת האינוס, שהיא עברה התנהגותית, כידוע).

טלו, לדוגמה, את העברה של קבלת דבר במרמה הקבועה בסעיף 415 רישא לחוק העונשין. מדובר בעברה תוצאתית שבה המילה "במרמה" הינה הרכיב ההתנהגותי,¹⁵⁹ המילה "המקבל" הינה הרכיב התוצאתי, ואילו הרכיב הנסיבתי הוא "דבר".¹⁶⁰ כדי להרשיע בעברה זו, יש להוכיח כי בעקבות פעולת המרמה (התנהגות) התקבל (תוצאה) הדבר (הנסיבה). ייתכנו מצבים שבהם כתוצאה מפעולת מרמה יתקבל ה"דבר" בשלב מאוחר יותר, לאחר שהתנהגות המרמה עצמה הסתיימה. במצבים אלה בוודאי אין לדרוש מזיגה בזמן בין הרכיב ההתנהגותי לבין הרכיב הנסיבתי כתנאי להשלמת העברה. העברה תושלם כל אימת שהתקבל "דבר" בעקבות התנהגות של מרמה, ואין כל נפקות לשאלת העיתוי של קבלת הדבר – אם הוא התקבל בו-זמנית לפעולת המרמה, סמוך לאחריה או זמן רב לאחר סיומה. ניתן אף לחדד את חוסר ההיגיון של דרישת המזיגה בין הרכיב ההתנהגותי לבין הרכיב הנסיבתי בעברה זו באמצעות התרחיש הבא: נתאר פעולת מרמה שבגינה מועברים למבצע המרמה שטרות שהונפקו רק לאחר טענת המרמה. במצב כזה "הדבר" נוצר בתווך שבין מועד המעשה (טענת המרמה) לבין מועד התוצאה (קבלת הדבר). אי-אפשר למצוא הצדקה לזיכוי הנאשם במקרה כזה ולהרשעתו דווקא במקרה שבו השטר היה קיים והתקבל אצל העושה במועד המרמה. הבחנה כזו אינה משרתת את האינטרס המוגן של העברה, שהוא הגנה על רכושו של הפרט מפני מעשי רמאות – אינטרס שהפגיעה בו זהה בשני המקרים.

למעשה, בכל עברות ה"גרימה", כאשר הרכיב הנסיבתי מתאר את טיבה ומהותה של התוצאה, ייתכן מצב דברים שבו הרכיב הנסיבתי יתקיים לאחר מועד קיומה של ההתנהגות. עברות אלה מושלמות עם התרחשות התוצאה והתקיימות הנסיבה בצמוד לה, וזאת גם אם אלה התרחשו זמן מסוים לאחר סיום ההתנהגות.

מכאן נפנה להתייחסות פרטנית לסוגיה זו ביחס לעברות ההמתה. ראשית, במישור של לשון החוק, אין כל אחיזה לשונית לטענה כי בעברות ההמתה שבחוק העונשין הרכיב "אדם" מתייחס לרכיב ההתנהגותי של עברות אלה או שהוא צריך להתקיים במקביל אליו. נהפוך הוא. לשונן של כל עברות ההמתה שבחוק העונשין – עברת הרצח, עברת ההריגה והעברה של גרם מוות ברשלנות – מחייבת את התוצאה "מותו של אדם". מבחינה תחבירית הביטוי "אדם" מתאר את המוות, ולא את

159 להגדרתה של פעולת המרמה ראו ס' 414 לחוק העונשין.

160 להגדרת המונח "דבר" ראו שם.

ההתנהגות. בכך אנו מסכימים לדעתו של שופט המיעוט בעניין חורי, השופט עילבוני, אשר קבע כי יש להרשיע את המערער בעברה של גרם מוות ברשלנות, וזאת אף בהתבסס על לשונו הפשוטה של החוק: "מסקנתי זו נתמכת ונסמכת על מספר נימוקים. ראש וראשון בהם, הוא לשון הסעיף. המחוקק מצא לומר כי 'הגורם ברשלנות למותו של אדם' ולא 'הגורם ברשלנות כלפי אדם למותו של אדם'. לדעתי לשון הסעיף ברורה והמילה אדם, לא בכדי, נמצאת ב'תיבת התוצאה' ולא ב'תיבת ההתנהגות הרשלנית'".¹⁶¹ אכן, הטיעון הלשוני במקרה זה הוא חזק במיוחד, ונוטה לטובת הפרשנות שלפיה בעברות ההמתה בכללותן הביטוי "אדם" מתייחס לרכיב התוצאה, ולא לרכיב ההתנהגות. לשון החוק במקרה זה היא פשוטה, ועולה בקנה אחד עם צורת הביטוי הרגילה לתיאור התרחשות כזו בשפה העברית.

שנית, תוצאה זו נתמכת בניתוח המתבסס על הערך החברתי המוגן העומד בבסיסן של עברות ההמתה השונות שבחוק העונשין – חיי אדם והשמירה עליהם.¹⁶² הערך החברתי של חיי אדם הינו תכליתן של עברות ההמתה.¹⁶³ ניתוח לאור תכליתן של עברות ההמתה מוליך למסקנה כי גם עברות ההמתה נמנות עם העברות שאין בהן – ולא צריכה להיות בהן – כל דרישה למזיגה בזמן בין הרכיב ההתנהגותי לבין הרכיב הנסיבתי "אדם". מדובר בעברות שמבקשות למנוע התנהגות אשר פוגעת בחייו של אדם (או לכל-הפחות מסכנת את חייו). לנוכח זאת, הוצאה של מעשה שגרם בסופו של דבר למותו של אדם – כגון המצב של "נפגע, נולד ומת" – אל מחוץ לתחום פרישתן של עברות ההמתה מנוגדת לתכלית העומדת בבסיסן.¹⁶⁴ לכן גם במצב שבו

161 עניין חורי, לעיל ה"ש 3, בפסק-דינו של השופט עילבוני.

162 ראו אהרן ברק "על פרשנותה של הוראה פלילית" מחקרי משפט יז 347, 350 (2002): "חזקה חשובה היא זו הקובעת כי הדין הפלילי נועד להגשים זכויות אדם, כגון זכות לחיים, לכבוד, לחירות, לקניין ולביטוי" (ההדגשה הוספה).

163 מצד אחד, הערך החברתי של חיי אדם הינו "תכלית ראויה" כמוכנה בפסקת ההגבלה. המשמעות היא שחוקים המעניקים הגנה לחיי אדם, כגון עברות ההמתה השונות שבחוק העונשין, נועדו לתכלית ראויה, ולכן הם יכולים לפגוע בזכויות חוקתיות אחרות המעוגנות בחוק-היסוד (כגון החירות, הכבוד ולעיתים הרכוש), וזאת בהינתן עמידה ביתר תנאיה של פסקת ההגבלה (החוקים הפוגעים הולמים את ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ופגיעתם בזכויות החוקתיות אינה עולה על הנדרש). מצד אחר, הערך של חיי אדם הינו בעצמו מושא של זכות חוקתית, הלא היא "הזכות לחיים", הקבועה בס' 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. פגיעה בזכות לחיים מחייבת עמידה בארבעת תנאיה של פסקת ההגבלה שבס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

164 בהקשר זה אנו מסכימים עם הפרשנות התכליתית שהציע שופט המיעוט עילבוני בעניין חורי, לעיל ה"ש 3:

"נימוק נוסף לדעתי הוא מטרת החוק ותכליתו. יודעים אנו, כולנו, כי התנהגות מסוימת, אף אם היא מסתיימת בנקודת זמן מסוימת, עדיין יכולות להיות לה השלכות והשפעות במקום אחר או בזמן עתידי אחר. הדבר הוא אינהרנטי ומוכנה בתוך ההתנהגות עצמה. כל תוצאה שמתרחשת עקב אותה המשכיות טבעית של השפעת ההתנהגות, הרי היא תוצאה של ההתנהגות. אם בעת

ההתנהגות האסורה קדמה בזמן לעצם היותו של הקורבן "אדם" יש לקבוע כי עבֶרַת ההמתה הושלמה אם ההתנהגות גרמה בסופו של דבר למותו (של אדם). בשל כל אלה יהיה אפשר להרשיע נאשמים אשר ביצעו מעשים שגרמו למותם של בני-אדם גם אם המעשים נעשו עובר ללידתם של אותם בני-אדם. כך, למשל, יהיה אפשר להרשיע מהנדס בניין או בעלים של בניין שנמצא כי בהתנהגותם הרשלנית בעת הבנייה גרמו לקריסת הבניין ולמותם של ילדים, גם אם אלה טרם נולדו בעת בניית הבניין. כך אירע בפרשה המפורסמת של אולמי ורסאי.¹⁶⁵ רצפת בניין בן שלוש קומות שיציקתה נעשתה בשנת 1988 קרסה בשנת 2001 במהלך חתונה. עשרות חוגגים, אשר חלקם היו בעיצומם של ריקודים וחלקם ישבו ליד השולחנות, נפלו מגובה של שלוש קומות. באסון הכבד קיפחו את חייהם עשרים ושלושה בני-אדם, ושלוש מאות חמישים ושישה בני-אדם נפצעו. האחראים לבנייה הרשלנית של הרצפה הורשעו בעבֶרַת של גרם מוות ברשלנות (סעיף 304 לחוק העונשין) וחבלה ברשלנות (סעיף 341 לחוק העונשין). מקרי המוות והחבלות באסון אירעו בשנת 2001, כשלוש-עשרה שנים לאחר הבנייה הרשלנית. כלומר, הרכיבים התוצאתיים של העבֶרַת (מקרי מוות וחבלה) אירעו שנים רבות לאחר שהתקיימו הרכיבים ההתנהגותיים של העבֶרַת (פעולות הבנייה הרשלנית). יוצא שדרישה למזיגה בזמן בין הרכיב ההתנהגותי של בניית הרצפה לבין הרכיב הנסיבתי "אדם" הייתה צריכה להוביל לתוצאה הלא-הגיונית בעליל של זיכוי הנאשמים מעבֶרַת של גרם התוצאה

ההתנהגות הרשלנית היה עובר (שאינו אדם) אך עקב המשכיות ההשפעה של ההתנהגות הרשלנית, נגרם מותו של האדם שנולד מן העובר, הרי ברור – לדעתי – שאותה התנהגות גרמה למותו של האדם, ובכך סגי כדי לקיים את יסודות הסעיף המורה כי 'הגורם ברשלנות למותו של אדם', הן מבחינת לשונו הברורה והן מבחינת מטרתו ותכליתו: הגנה על חיי אדם, כל אדם, בעת התממשות התוצאה. והרי מדוע חיי אדם שנולד רק עתה לא תחסה [כך במקור] תחת הגנת הוראות החוק המגנות על חיי האדם? הפרשנות הנ"ל מתיישבת עם העובדה שעבירת גרימת מוות ברשלנות היא עבירה תוצאתית או עבירת 'גרימה'. הגורם ברשלנות למותו של אדם ייחשב בעיני הדין כמי שביצע את העבירה. הוא אשר נאמר, ההתנהגות והתוצאה אינן חייבות להתרחש ולהתממש באותו זמן ובאותו מקום. תחילתה של ההתנהגות הרשלנית יכולה להיות היום וכאן, אך השלכותיה והשפעותיה יכולות להימשך גם במקום אחר ובזמן אחר. משהתקיימה ההתרשלות וזו גרמה לתוצאה הצפויה, מותו של אדם, המתרשל ביצע את העבירה. אין להכניס ל'חובת ההתנהגות', שבסעיף החוק, בדרך של חקיקה שיפוטית, נסיבה (אדם) שהמחוקק לא מצא להכניס. האינטרס המוגן הוא הגנה על חיי אדם כהוא זה, בין אם היה בעת ההתרשלות ובין אם היה אחריה, האדם הוא אדם והאינטרס המוגן אותו אינטרס, הגנה על חיי אדם, מבלי להתחשב בעיתוי המקרי של לידתו לחיים. זו הפרשנות הנכונה לדעתי, וזו היא הפרשנות הראויה, המקיימת את מטרת החוק ותכליתו, ונותנת את ההגנה הראויה והמתחייבת על חיי האדם וזו לדעתי המדיניות שראוי כי תונהג ותחול בקרבנו."

165 ת"פ (מחוזי י-ם) 3120/02 מדינת ישראל נ' רון (פורסם בנבו, 31.5.2007); ע"פ 9815/07 רון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.11.2008).

(מוות או חבלה) ביחס לכל הקורבנות שהיו מתחת לגיל שלוש-עשרה בעת האסון, כאשר הם טרם נולדו במועד בניית הרצפה. למעשה, טענה כזו "מרוחקת" עד כדי כך שהיא לא עלתה כלל בראשם של הצדדים למשפט ולכן בצדק לא נידונה.¹⁶⁶ באופן דומה אין מניעה להרשיע בעברת המתה מי שיניח פצצה בבית-יולדות, אשר תפוצץ ותביא לידי מות התינוקות רק לאחר לידתם, גם מקום שהנחת הפצצה התרחשה עובר ללידתם. כך גם אין מניעה להרשיע אדם בעברה של שידול לרצח במקרה שבו שידל אישה הרה להרוג את ולדה לאחר לידתו (ובהנחה שעשתה כן), וזאת חרף העובדה שההתנהגות המשדלת התרחשה בשעה שהקורבן המיועד (הוולד) לא היה עדיין בגדר "אדם" (שכן הוא טרם נולד).¹⁶⁷

בכל המקרים שהוצגו נפגע האינטרס החברתי המוגן שבבסיסן של עברות ההמתה – פגיעה בחייו של אדם – ומבחינה זו אין מניעה לקבוע שהתגבשה עברת המתה. אין כל הצדקה להוסיף דרישה של מזיגה בין הרכיב ההתנהגותי לבין הרכיב הנסיבתי "אדם", או כל דרישה אחרת אשר אינה עולה בקנה אחד עם לשונו המפורשת של החוק וגם אינה נובעת באופן פרשני מתכליתו.

(ד) עקרון החוקיות וכלל הפרשנות המצמצמת

שופטי הרוב בעניין חורי לא חלקו על כך שהפרשנות שלפיה היסוד העובדתי של עברות ההמתה¹⁶⁸ (גרימת מוות של אדם) חל גם על המצב של "נפגע, נולד ומת" עולה בקנה אחד עם הערך החברתי המוגן של עברות המתה – הגנה על חיי אדם. אלא שלטענתם, גם העמדה הפוכה הינה תכליתית ועולה בקנה אחד עם הערך החברתי המוגן האמור. במצב כזה יש להעדיף לדעתם את הפרשנות האחרונה, שמשמעותה זיכוי הנאשם מהעברה של גרם מוות ברשלנות, וזאת מכוח כלל הפרשנות המצמצמת הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין. כך סיכמה את הדברים השופטת הלמן בפסק-דינה:

"המחוקק ראה לנכון לתחום את קו החיים ולהחיל את הגנת הדין הפלילי בעבירות שעניינן גדיעת חיים על ילוד מרגע צאתו מבטן אמו

166 בפסקי-הדין (שם) אי-אפשר למצוא כל פירוט לגבי גילם של הקורבנות שנפגעו באסון.

167 כך, למשל, נפסק באנגליה בעניין *Shephard*. המערער, שפרד, כתב לאישה הרה מכתב ובו שידל אותה להרוג את ילדה כאשר זה ייוולד. הוולד נולד חי, אך חרף השידול לא פוגעה בו האם לרעה. בגין מעשהו הורשע שפרד בבית-משפט בשידול לרצח. ערעור שהגיש על ההרשעה נדחה, ונקבע בו כי כדי להרשיע אדם בשידול לרצח, אין הכרח שאובייקט השידול יהיה חי בזמן השידול עצמו, ודי בכך שהוא נולד בחיים. ראו: *R. v. Shephard*, [1918–19] All E.R. Rep. 374, [1919] 2 K.B. 125. העברה שבה הורשע *inciting to murder*, לפי ס' 4 של ה- *Offences Against the Person Act 1861*. יש לציין כי בניגוד למצב דהיום בחוק העונשין הישראלי, כדי להרשיע בעברה זו לא היה צורך שהמשדול ירצח את הקורבן.

168 או במקרה שנידון שם – העברה של "גרם מוות ברשלנות".

ולא פרש הגנתו בצורה זהה על עובר טרם לידתו, לכך ייחד נורמות עונשיות אחרות. בכך הביע המחוקק כוונתו וגילה כי על פי תכלית החוק, אם המעשה האסור היה גורם למותו של העובר, מבלי שניתן היה לילדו חי או להחיותו לאחר היוולדו, לא היה עונה על הגדרת העבירה של גרם מוות ברשלנות.

מאידך, ניתן לפרש ולומר כי מטרת הנורמה המשפטית הנדונה הינה להגן על חיי אדם ולבטא את קדושת החיים. הגנה זו על חיי אדם ניתן לפרוש, מבחינה עניינית, גם על ילוד, אשר נפגע בהיותו עובר, אך מצא מותו לאחר שכבר ניתן היה להגדירו כ'אדם'.

במקרה כזה, שבו תכלית החוק מאפשרת באופן סביר שני פירושים, יש להעדיף את הפירוש המקל עם הנאשם, ולפיו, יבחן מושא העבירה בעת ביצוע המעשה האסור ולא בעת התוצאה.¹⁶⁹

אנו חולקים על מסקנה זו. כידוע, כלל הפרשנות המצמצמת, הקבוע כיום בסעיף 34כא לחוק העונשין, קובע כי יש להעדיף את הפירוש המקל רק במקרה שבו הדין ניתן לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו. כלומר, כלל הפרשנות המצמצמת מהווה כלל הכרעה רק בין פירושים סבירים שעולים בקנה אחד עם הערך החברתי המוגן. אלא שלדעתנו, הפרשנות שלפיה עבירות ההמתה דורשות מזיגה בין הרכיב ההתנהגותי לבין הנסיבה "אדם", ולכן אינן חלות על המצב של "נפגע, נולד ומת", אינה פרשנות סבירה, והיא אינה עולה בקנה אחד עם התכלית שבבסיסן של עבירות ההמתה. הטעמים לכך מפורטים בהרחבה לעיל, ותמציתם היא זו: הפרשנות הדורשת מזיגה בין הרכיב ההתנהגותי לבין הרכיב הנסיבתי של העבירה אינה מעוגנת כלל בלשון החוק; היא אינה עולה בקנה אחד עם ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 308 לחוק ועם פרשנותו בשיטת המשפט המקובל, והיא גם אינה מגשימה את התכלית של הגנה על חיי אדם, הניצבת בבסיסן של כל עבירות ההמתה. התוצאה היא שכלל הפרשנות המצמצמת אינו יכול להוות מקור חוקי להעדפתה של פרשנות זו על העמדה שלפיה עבירות ההמתה חלות גם על המצב של "נפגע, נולד ומת".

(ה) הטענה בדבר "המזל המוסרי"

שופטי הרוב בעניין חורי מעלים טענה נוספת התומכת בכך שאין להרשיע בעבירה של המתה במצבים של "נפגע, נולד ומת". טענתם זו מבוססת על ציטוט מתוך ספר חדש של קרמניצר העוסק בעבירות ההמתה, אשר טרם ראה אור. וזו הטענה, בלשונו של קרמניצר, כמצוטט בפסק-הדין:

"לטענת המבקרים, העיקרון המשלים מביא לאנומליה – במצב שבו התוקף היכה אישה הרה בביטנה, וגרם לפגיעה קטלנית לעובר, הדבר

169 עניין חורי, לעיל ה"ש 3, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת הלמן.

עולה לכדי עבירת המתה, אם העובר יצא מהרחם כשהוא חי, ומת כתוצאה מהמכה שנית מספר לאחר הלידה. אך אם אותה התנהגות בדיוק מצד הנאשם הייתה אפקטיבית יותר, מבחינה זו שהיא גרמה למותו המידי של העובר בעודו ברחם, לא התרחשה עבירת המתה. לטענתם, אחריות פלילית לא צריכה להיות תלויה בגורם זמן מקרי, אלא עליה להיגזר מאופי ההתנהגות העברנית עצמה... ניתן לחדד את האנומליה באופן הבא: פעמים רבות קובע המשפט הפלילי את רמת האחריות בהתאם לתוצאה שקרתה, מה שמותיר מקום למזל ולמקריות. לעומת זאת, ניתן לטעון שבענייננו, הבעיה חריפה יותר ומדובר באנומליה שמובנית בכלל המשפטי. רמת האחריות נקבעת בהתאם לתוצאה, אך התוצאה עומדת ביחס הפוך לאנטי חברתיות שבהתנהגות. זאת, מכיוון שמעבר למזל ולמקריות, ככל שהתנהגות יותר אנטי-חברתית – דהיינו ככל שתקיפתו של העושה הינה קשה ואינטנסיבית יותר – הסיכוי שהעובר ימות מיד, ברחם אימו, גדל, ודווקא במקרה זה גדל הסיכוי שהעושה יורשע בעבירה פחות חמורה.¹⁷⁰

טענה זו מבוססת על הטיעון של מתנגדי "המזל המוסרי", שלפיו יש לעשות מאמץ לטהר את דיני העונשין משאלות של מזל, ולבסס את הענישה על אשמתו של העושה, ולא על אקראיות שאין לו שליטה בה.¹⁷¹ אכן, התשובה לשאלה אם בעקבות הפגיעה מת הוולד ברחם או נולד חי ורק לאחר-מכן מת היא ברוב המקרים אקראית ותלויה במזל, וזאת גם במקרים שבהם קיימת כוונה מפורשת להשפיע על מהלך העניינים (שכן גם אז התשובה לשאלה אם התוצאה המכוונת מתרחשת אם לא לעולם מושפעת משילוב של גורמים שבשליטת המתכוון ושל גורמים שאינם בשליטתו). מתוך כך הסיקה דעת הרוב בעניין חורי כי יצירת כללים הפוכים – האחד של זיכוי (כאשר העובר מת ברחם אמו) והאחר של הרשעה (כאשר העובר נפגע, נולד ומת) – אינה רצויה, ותוביל לתוצאה האבסורדית לכאורה שמי שבהתנהגותו העצים את הפגיעה עד כדי גרימת מותו המידי של העובר יהא צפוי להרשעה בעבירה חמורה פחות ממי שגרם בהתנהגותו לפגיעה "מתונה יותר", במובן זה שהיא לא הביאה לידי מותו המידי של העובר.¹⁷²

170 שם, פס' 64 לפסק-דינו של השופט קולה.

171 דני סטטמן "הניסיון הפלילי לאחר תיקון 39 לחוק העונשין לאור בעיית המזל המוסרי" **מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין**, 11, 31 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010). לספרות העוסקת בהיבטים התיאורטיים של בעיית "המזל המוסרי" במשפט הפלילי ראו, למשל: Kimberly D. Kessler, *The Role of Luck in the Criminal Law*, 142 U. PA. L. REV. 2183 (1994). כן ראו את הספר MORAL LUCK (Daniel Statman ed., 1993), המקבץ מאמרים של כותבים שונים בנושא זה.

172 עניין חורי, לעיל ה"ש 3, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת הלמן.

לדעתנו, מסקנה זו שהסיקו שופטי הרוב בעניין **חורי** מדבריו של קרמניצר שגויה מכמה טעמים. ראשית, השתכללותן של עברות הכוללות בהגדרתן רכיב של תוצאה תלויה תמיד בגורמים שאינם בשליטתו של הנאשם, רוצה לומר, באקראיות ובמזל. השיטה הישראלית מעניקה משקל לתוצאה ומכירה בעברות תוצאתיות, ולכן במוכן זה היא מעניקה משקל לאקראיות ולמזל. תיקון מס' 39 לחוק העונשין¹⁷³ צמצם במידה מסוימת את האקראיות כאשר השווה את העונש על ניסיון לעבור עברה לעונש שניתן להטיל על העברה המוגמרת.¹⁷⁴ לנוכח זאת, גם במצבים של ניסיון בלבד לעבור את העברה ניתן כיום להטיל על העושה עונש השווה לזה המוטל בגין העברה המוגמרת. עם זאת, האקראיות היא עדיין חלק מדיני העונשין בישראל, ובמישור החשוב לענייננו, האקראיות היא עדיין חלק מרכזי בפרק של עברות ההמתה. כך, למשל, לגבי העברה של רצח יש משקל גדול לאקראיות ולמזל, וזאת בשל הפער בעונש בין עברת הרצח, שדינה מאסר-עולם-חובה (לפי סעיף 300 לחוק), לבין העונש על עברת הניסיון לרצח, שהוא עשרים שנה בלבד, וזאת מכוח ההוראה המיוחדת שבסעיף 305 לחוק (הנושאת את הכותרת "ניסיון לרצח"), אשר סוטה מדיני הניסיון הכלליים הקבועים בסעיפים 25–27 לחוק. בעברה של גרם מוות ברשלנות התלות באקראיות ובמזל גדולה אף יותר. עברת הניסיון היא עברה של מחשבה פלילית, ולכן בעברות רשלנות לא קיימת כלל עברת ניסיון. לנוכח זאת, אי-התרחשות התוצאה הנדרשת בעברה של גרם מוות ברשלנות – מוות של אדם – מובילה לזיכוי מוחלט של הנאשם מעברה זו. לסיכום נקודה זו, האקראיות שדעת הרוב בעניין **חורי** מצביעה עליה ומנסה לנטרלה אינה שונה באופן עקרוני מכל אקראיות אחרת המתעוררת בהקשר של עברות תוצאתיות של מחשבה פלילית בכלל (כגון עברת הרצח) ובהקשר של העברה התוצאתית של גרם מוות ברשלנות בפרט.

שנית, נטען כי המקרה שנידון בעניין **חורי** משקף אנומליה מיוחדת: "ככל שתקיפתו של העושה הינה קשה ואינטנסיבית יותר – הסיכוי שהעובר ימות מיד, ברחם אימו, גדל, ודווקא במקרה זה גדל הסיכוי שהעושה יורשע בעבירה פחות חמורה."¹⁷⁵ לדעתנו, מסקנה זו אפשרית ביחס למצבים מסוימים, אך היא אינה מחויבת (ביחס למצבים אחרים), ולכן אינה יכולה להתקבל כמסקנה כללית הנכונה תמיד. המצב שבו עובר נולד ומת רק לאחר הלידה יכול להיות תוצאה לא רק של חוזק המכה, אלא גם של נסיבות אקראיות אחרות, כגון שלב ההיריון של האישה הנפגעת, מיקום הפגיעה באישה (בבטן העליונה, בבטן התחתונה, בגב), מיקום

173 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994.

174 סטטמן, לעיל ה"ש 171, בעמ' 31: "אם התיקון התכוון להביא להשוואה גמורה של הניסיון ושל העבירה המושלמת, הוא לא השיג את מטרתו. ראשית, החוק עצמו כולל כמה סייגים המופיעים בסעיפים 27 ו-28, שאינם מתיישבים עם רפורמה 'קאנטיאנית' עקיבה של דיני הניסיון. שנית, גם לאחר התיקון בחוק העונשין נמנעים בתי המשפט מלהתייחס לניסיון שנכשל באותה חומרה כמו לניסיון שצלח, גם כאשר ברור שמזל בלבד מנע את הצלחת הביצוע."

175 עניין **חורי**, לעיל ה"ש 3, פס' 64 לפסק-דינו של השופט קולה.

הפגיעה בגופו של העובר וכדומה. לנוכח זאת, השאלה המתעוררת כאן אינה שונה באופן עקרוני מהאקראיות הרגילה הנוגעת בהשתכללותן של עברות תוצאתיות. **שלישית**, גם אם קיימת אנומליה מסוימת – קרי, אם מדובר לא במקרה רגיל של תלות במזל, אלא במקרה של תלות הפוכה במזל¹⁷⁶ – הדרך הנכונה לתקנה אינה באמצעות צמצום האחריות הפלילית וזיכוי של הנאשם במצב של "נפגע, נולד ומת". זאת, ראשית, מפני שאנומליה מסוימת היא במקרים רבים חלק בלתי-נפרד מקיומם של כללים משפטיים שונים. כל עוד הכללים מספקים תשובות טובות ברובם המכריע של המקרים, גם אם לא בכולם, קיומה של אנומליה במיעוט זניח של המקרים עדיף על ביטול הכללים. שנית, יש דרכים לתקן את האנומליה, או לפחות לצמצמה, מבלי לוותר על הכלל של הטלת אחריות למות "אדם" במצב של "נפגע, נולד ומת". הדרך הרדיקלית לתיקון הבעיה – וברור שמבחינה מעשית אין היא עומדת על הפרק בשלב זה¹⁷⁷ – היא ביטול התלות של עברות פליליות בקיומה של תוצאה, וביסוסה של האחריות הפלילית אך ורק על קיומה של התנהגות בת-אשם, ללא קשר לתוצאה כלשהי (מה שנהוג לכנות עברות התנהגותיות). דרך נוספת היא דווקא הרחבת האחריות, ויצירת אחריות פלילית גם למצבים של המתת עובר ברחם, כגון חקיקת העברה המיוחדת של המתת עובר הקיימת בשיטות שונות. הטעם לכך הוא שזיכוי במצב של "נפגע, נולד ומת" הוא זיכוי מגרימת מוות לקורבן שהוא "אדם", וזיכוי כזה עומד בניגוד לתכליתן של עברות ההמתה, המבוססות על הערך החברתי של הגנה על חיי אדם. הדרך האחרונה לתיקון האנומליה היא באמצעות התחשבות בשלב של גזירת העונש, קרי: מחד גיסא, הרשעה בגרימת מוות במצב של "נפגע, נולד ומת", כמתחייב מן ההגנה על הערך של חיי אדם; ומאידך גיסא, הטלת עונש נמוך יחסית, אשר ישקף את האנומליה הקיימת – אם קיימת – במצב המשפטי דהיום.

על כל אלה יש להוסיף גם **טעם רביעי**, שאינו קשור לנושא של המתת עובר. לדעת סטטמן, גם אילו היה אפשר לסלק לחלוטין את המזל מדיני העונשין, לא היה ראוי לעשות כן. סילוק כזה, בין היתר, היה נוגד באופן ברור את ציפיותיו של הציבור הרחב (למשל, שיהיה הברל בין ענישה בגין מעשי עברה שנשארו בגדר ניסיון לבין ענישה בגין עברות מושלמות), וסטטמן מראה כי ראוי לנסות להתחשב בציפיות כאלה. דומה, כך הוא כותב, כי טיהור מוחלט של המשפט ממזל הוא בלתי אפשרי ואף בלתי רצוי.¹⁷⁸

לסיכום, ניתוח עברות ההמתה לאור תכליתן ולאורם של עקרונות האחריות הפלילית מוביל למסקנה שבחוק הישראלי אין מניעה פורמלית ודוקטרינרית להרשיע

176 כלומר, כאשר יתר התנאים שווים, ככל שהמעשה חמור יותר כן הסיכוי לענישה חמורה יותר קטן.

177 שכן היא מחייבת את ביטול כל העברות התוצאתיות, לרבות עברות ההמתה השונות, באופן המנוגד הן למצב כיום והן לדין המוצע בדין-וחשבון של הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה, לעיל ה"ש 119, אשר התזכיר שנוסח על בסיסו כבר נמצא בהליכי חקיקה.

178 סטטמן, לעיל ה"ש 171, בעמ' 34.

אדם בעברת המתה של יילוד גם כאשר הפגיעה שהובילה למותו אירעה כאשר היה עדיין עובר, קרי, כאשר הוא לא ענה על הגדרת "אדם" כאמור בסעיף 308 לחוק העונשין. והעיקר, לדעתנו, זו גם המסקנה הראויה לאור פרשנות המבוססת על הערך החברתי המוגן על-ידי העברה (הגנה על חיי אדם). לנוכח זאת אנו סבורים כי המסקנה שאליה הגיעה דעת הרוב בעניין חורי שגויה.

סיכום

העיקרון הוותיק "נפגע, נולד ומת", אשר התפתח במשפט המקובל והיווה חלק מה-Born Alive Rule (BAR), מאפשר להעמיד לדין אדם בגין עברת המתה גם במצב שבו הוא פגע בעובר, וזה נולד חי ולאחר-מכן מת (בשל הפגיעה בהיותו עובר). כלל זה מקובל עדיין במדינות רבות, כגון אנגליה, קנדה, אוסטרליה, סקוטלנד, הונג-קונג וניו-זילנד. על ה-BAR, שנקבע לפני מאות שנים ככלל ראייתי, נמתחה ביקורת שלפיה הוא התפתח כאילוץ שנבע מהדלות הרפואית והטכנולוגית של אותם ימים, כך שכיום אי-אפשר עוד להצדיקו, שכן הטכנולוגיה בימינו מאפשרת לקבוע בביטחון את נקודת תחילת החיים בשלב מוקדם יותר מהלידה. הביקורת על הכלל שימשה מנוף בידי מחוקקים במדינות שונות להרחבת ההגנה על חיי העובר לשלבים מוקדמים מהלידה, ולקביעת עברות המתה מיוחדות למצבים שבהם התרחשה פגיעה/תקיפה שגרמה למות העובר ברחם.

כפי שהסברנו בהרחבה לעיל, ההגנה באמצעות המשפט הפלילי על חייו של עובר (וכן על עובר שנפגע, נולד ומת לאחר הלידה) נעשית כיום בשיטות משפט שונות באמצעות כמה טכניקות משפטיות:

א. **עברות ההמתה הרגילות** – בשיטות משפט שונות הכלל הוותיק "נפגע, נולד ומת" עומד עדיין בתוקפו. בשיטות אלה (למשל, באנגליה, באוסטרליה, בקנדה, בניו-זילנד, בסקוטלנד, בהונג-קונג ובצרפת) "עובר" אינו מהווה חלק מהביטוי "אדם" המתאר את הקורבן בעברות ההמתה, ולפיכך ניתן להעמיד לדין אדם בגין עברת המתה במצב שבו העובר נפגע ברחם רק אם הוא נולד תחילה חי (ובכך נהפך ל"אדם" על-פי ההגדרה) ולאחר-מכן מת בגלל הפגיעה. בשיטות משפט שונות (בעיקר במדינות שונות בארצות-הברית) שבהן תוקן החוק ונקבע כי גם "עובר" נחשב "אדם" (החל בשלב מסוים של ההיריון) ניתן כיום להעמיד לדין על עברות המתה בגין פגיעה בעובר בין שהוא מת ברחם ובין שהוא נולד חי ומת לאחר-מכן.

ב. **העברה המיוחדת של המתת עובר** – קיימות גם שיטות משפט שבהן חוקקה עברה עצמאית של המתת עובר במקביל לאפשרות להעמיד לדין בגין המתת עובר על עברות ההמתה הרגילות. כך, למשל, באנגליה. יש גם שיטות שבהן העברה העצמאית של המתת עובר ירשה את מקומו של הכלל "נפגע, נולד ומת". כך,

למשל, בהודו, שם קיימת עברה מיוחדת של גרימת מוות לעובר, אשר רלוונטית לכל המצבים של המתת עובר, קרי, גם למצב שבו העובר מת ברחמה של האם וגם למצב שבו הוא נולד חי ומת לאחר-מכן. יש לציין כי העברה העצמאית של המתת עובר ברחם היא בדרך-כלל פחותה בחומרתה מעברות ההמתה הרגילות של רצח או הריגה.

ג. **העברה של תקיפת אישה הרה** – מדינות שונות בארצות-הברית מעניקות הגנה לחייו של העובר באמצעות עברה מיוחדת של תקיפת אישה הרה (אשר גרמה למות עובריה).

המצב בשיטת המשפט הישראלית הוא ייחודי ואנומלי. פרט לעברה של ביצוע הפלה לא-חוקית, שאינו רלוונטי למירב המצבים השונים של תקיפה וגרימת מוות, אין בדיני העונשין הישראליים אפשרות להעמיד לדין אדם בגין גרימת מוות לעובר. במקרה של המתת עובר אי-אפשר להעמיד בארץ לדין על עברות ההמתה הרגילות (רצח, הריגה, גרם מוות ברשלנות), וזאת משום שהביטוי "אדם" שבסעיף 308 לחוק העונשין אינו כולל עובר. כמו-כן אין בישראל עברה עצמאית של המתת עובר, ואין גם עברה מיוחדת של תקיפת אישה הרה (אשר גרמה למותו של העובר).

נראה לנו כי קליטת העיקרון "נפגע, נולד ומת", אשר מקיף רק את מיעוט המקרים של המתת עובר, הוא עיקרון ראוי, **לפחות כעקרון-מינימום**, בעיקר לנוכח העובדה שבדיני העונשין של ישראל אין כל הגנה אחרת על חייו של עובר.¹⁷⁹ סעיף 308 לחוק העונשין קלט רק את עקרון-המשנה הראשון של ה-BAR – "אדם מעת לידתו". עקרון-המשנה השני – העיקרון "נפגע, נולד ומת" – לא נקלט בסעיף 308, שכן הוא הושמט מטיוטות הקוד שמהן ינקה פקודת החוק הפלילי המנדטורית משנת 1936. עם זאת, את עקרון-המשנה השני ראוי לקלוט בפסיקה, כפי שנעשה במדינות אחרות, וזאת כפרשנות תכליתית של הביטוי "אדם" שבסעיף 308 לחוק העונשין, אשר נובעת מהאינטרס החברתי המוגן שבבסיסן של עברות ההמתה – הגנה על חיי אדם. אימוץ עקרון-המשנה השני בפסיקתו של בית-המשפט העליון יעלה בקנה אחד עם הפרשנות שניתנה במדינות אחרות, כגון אנגליה, הונג-קונג ואוסטרליה, שם **הכלל קבוע עד היום בפסיקה**. הפרשנות שלפיה צריך לאמץ את העיקרון "נפגע, נולד ומת" בישראל עולה בקנה אחד עם ההיסטוריה החקיקתית: ראשית, חרף העובדה שהוא נקלט באופן חסר ולאחר השמטות לא-ברורות, סעיף 308 לחוק הישראלי יונק מהמשפט המקובל, שם הכלל קיים – כעקרון-מינימום – ברוב המדינות; שנית, אימוץ הכלל עולה בקנה אחד עם הנוהג שקיים כבר מאות שנים במסגרת המשפט המקובל, ואשר

179 בהקשר זה מתעוררת השאלה מדוע להסתפק בעקרון ה-BAR כעקרון-מינימום: מדוע לא ללכת צעד נוסף ולהחיל את עברות ההמתה גם על גרימת מוות לעובר שחיותו הוכחה באמצעים ראייניים מודרניים גם אם הוא נפטר ברחם (בדומה למצב במדינות שונות בארצות-הברית)? מובן שאיננו שוללים מהלך כזה, אלא שהוא כרוך בנקיטת עמדה מצד המחוקק בנושא, אשר צפוי להעלות מחלוקות ערכיות לא-קלות. לנוכח זאת, ומבלי לשלול מהלך חקיקתי, הכרה בכלל "נפגע, נולד ומת" – כעקרון-מינימום – עולה בקנה אחד עם דרישת הפרשנות המצמצמת בפלילים.

אומץ במדינות רבות היונקות ממסורת המשפט המקובל (כמו-גם במדינות קונטיננטליות, כגון צרפת). למעשה, איננו יכולים להצביע ולו על שיטת משפט אחת שלפיה יש לזכות נאשם מעבירה של גרימת מוות במצב של "נפגע, נולד ומת"; על-פי כל השיטות, למיטב ידיעתנו, יש להרשיע את הנאשם במצב זה, בין בעבירה של המתת אדם ובין בעבירה מיוחדת של המתת עובר. לפיכך, עד כמה שידיעתנו מגעת, אפשר בהחלט לומר כי הרשעה בגרימת מוות במצב כזה עולה כדי "קונסנזוס גלובלי", אשר "מן הראוי ליתן לו משקל מתאים, תוך התייחסות לגורמים ולנימוקים שהובילו ליצירתו".¹⁸⁰

יתר על כן, נוסחת האחריות הפלילית כפי שהתפתחה בישראל אינה חוסמת את קליטתו של העיקרון, והיא מאפשרת להרשיע בעבירות המתה נאשם שגרם למותו של "אדם" גם אם זה נפגע בעת היותו ברחם. כפי שהראינו לעיל, בניגוד לדעת הרוב בעניין חורי, אימוץ הכלל "נפגע, נולד ומת", וזיתור על הדרישה לבו-זמניות בין הרכיב ההתנהגותי (הפגיעה בעובר) לבין הרכיב הנסיבתי "אדם", עולים בקנה אחד עם התכלית הנובעת מהערך החברתי המוגן שבבסיסן של עבירות ההמתה: הגנה על חיי אדם. במובן זה, הפרשנות התכליתית של הדין הישראלי מובילה לתוצאה זהה לזו המוכרת לנו במדינות המשפט המקובל שבהן חל ה-BAR וכן במדינות קונטיננטליות כצרפת, שם אומץ ניתוח דומה.

לבסוף, אנו מבקשים להוסיף מילים מספר לגבי האפשרות שהמחוקק הישראלי יסדיר את ההגנה הפלילית על חייו של העובר. לכאורה, טוב היה עושה המחוקק אילו נחלץ להסדיר את הנושא בחוק – בין על-ידי הוספת הכלל "נפגע, נולד ומת" בסעיף 308 לחוק העונשין, בין באמצעות ניסוח של עבירה עצמאית חדשה שנושאה "המתת עובר ברחם", ובין בכל דרך מפורשת אחרת שתשקף את השקפותיה של החברה הישראלית בנושא טעון זה. אלא שאנו סבורים כי הסיכוי לכך נמוך למדי. כידוע, פרק עבירות ההמתה בחוק העונשין עומד לפני רפורמה. במסגרת הדין-וחשבון של "הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה", שכבר גובש לכלל תזכיר חוק, לא נערך כל דיון בעבירה של "המתת עובר", ולסעיף 308 הוצעה השמטה שאינה נוגעת בעיקרון "נפגע, נולד ומת".¹⁸¹ כל זאת לא בכדי. נראה לנו שחברי הצוות הבינו היטב כי נושא ההגנה על חייו של העובר במשפט הפלילי הוא טעון עד כדי כך שדיון בו יעכב את הרפורמה כולה, ולפיכך החליטו להשאיר את המצב כמות שהוא. לנוכח זאת נראה

180 ראו את דבריו של השופט ריבלין (שנכתבו בקשר לסוגיית ה"הולדה בעוולה") בע"א 1326/07 המר נ' עמית (פורסם בנבו, 28.5.2012), בפס' 34 לפסק-דינו: "קונסנזוס גלובלי אמנם אינו מחייב בשיטת משפטנו, ובמקרים המתאימים אף עשוי להימצא טעם טוב לסטות ממנו; אולם אין ספק כי מן הראוי ליתן לו משקל מתאים, תוך התייחסות לגורמים ולנימוקים שהובילו ליצירתו, ולבחון אם ראוי לאמצו גם במסגרת שיטת המשפט הישראלית. בסוגיה שבפנינו, אין מקום לסטות מן הקונסנזוס הגלובלי. שיטת המשפט הישראלית מקדשת את חיי האדם באשר הוא והיא חוסמת כל גריעה מערך החיים. חייו של אדם, כל אדם, טובים ממותו."

181 ראו לעיל ה"ש 119.

לנו כי פסיקה עקרונית שתינתן לגבי סעיף 308 לחוק, ולגבי מקומו של עקרון-המשנה "נפגע, נולד ומת", צפויה להישאר עימנו שנים ארוכות. מכאן גם החשיבות הצפויה של פסיקה כזו.