

# האחריות הפלילית בגין המתת עובר בעקבות רע"פ 7036/11 מדינת ישראל נ' חורי; דנ"פ 3080/14 חורי נ' מדינת ישראל

יורם רבין ויניב ואקיי

## "החֶסֶר המתואר, אשר מותיר את העובר ללא הגנה עצמאית מפני מוות או חבלה, מהווה בעיה מוסרית"

ישירה בגין המעשה של המתת עובר (או בגין גרימת חבלה לעובר) כפי שיש בחלק מהשיטות הזרות. נוסף על כך, במשפט הישראלי אין גם עבירה של תקיפת אישה הרה או גרימת חבלה לאישה הרה (כפי שקיימת במדינות שונות בארצות-הברית). אמנם, במשפט הישראלי קיימת עבירה של הפסקת היריון,<sup>5</sup> 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 מכאנת בעובר עצמו, שאינה נעשית במסגרת טיפול רפואי של הפלה.<sup>6</sup>

החֶסֶר המתואר, אשר מותיר את העובר ללא הגנה עצמאית מפני מוות או חבלה, מהווה בעיה מוסרית. החסר מורגש, למשל, על רקע קיומם של פסקי דין העוסקים במקרים של תקיפת נשים הרות, שבהם לא מוענק כל מעמד משפטי לעובר, וזאת בין אם מצא את מותו עקב תקיפת אמו, בין אם מצא את מותו בשל תקיפה ישירה כלפיו.<sup>7</sup>

## הגנה על חייו של העובר במשפט המשווה

עמדתו של המשפט המקובל הקדום הייתה, כי יש לראות בעובר (לפחות בשלבים מתקדמים) כ"אדם" גם לצורך עבירות ההמתה. אולם בשל בעיות ראייתיות שנבעו מאילוצים רפואיים וטכנולוגיים שלא אפשרו לספק

## העדר הגנה לעובר במשפט הפלילי בישראל

שמעון גילה כי לאה נושאת ברחמה את בנו הלא רצוי והתגבשה בלבו כוונה לגרום למוות. את זממו הוציא שמעון אל הפועל באמצעות דקירת סכין בבטנה של לאה. בעקבות כך מצא העובר את מותו ברחם. במקרה כזה אין כל קושי להטיל על שמעון אחריות פלילית בגין גרימת חבלה ללאה. אך האם ניתן להטיל עליו אחריות פלילית בגין גרימת מותו של העובר? בדיני העונשין של ישראל התשובה לכך שלילית.<sup>2</sup> שיטת המשפט הישראלית משתייכת לקבוצה של שיטות משפט, שבהן הביטוי "אדם" המתאר את הקורבן בעבירות ההמתה אינו כולל עובר.<sup>3</sup> עקב כך, עבירות ההמתה אינן חלות על מצבים של המתת עובר (שמת ברחם).<sup>4</sup> במשפט הישראלי אין עבירה עצמאית, המטילה אחריות פלילית

## "שיטת המשפט הישראלית משתייכת לקבוצה של שיטות משפט, שבהן הביטוי 'אדם' המתאר את הקורבן בעבירות ההמתה אינו כולל עובר. עקב כך, עבירות ההמתה אינן חלות על מצבים של המתת עובר (שמת ברחם). במשפט הישראלי אין עבירה עצמאית, המטילה אחריות פלילית ישירה בגין המעשה של המתת עובר (או בגין גרימת חבלה לעובר) כפי שיש בחלק מהשיטות הזרות. נוסף על כך, במשפט הישראלי אין גם עבירה של תקיפת אישה הרה או גרימת חבלה לאישה הרה (כפי שקיימת במדינות שונות בארצות-הברית)"

5 ס' 313 לחוק העונשין.  
6 את זאת ניתן ללמוד מן העובדה שס' 313 לחוק העונשין ("איסור הפסקת היריון") ממוקם בסימן ב (לפרק י), העוסק כולו בנושא של "הפסקת היריון". ס' 312-321 לחוק העונשין ממקמים את הדין כולו בהקשר הרפואי - הפסקת היריון באישור (ס' 314 לחוק העונשין), קיומה של ועדה המאשרת הפלות (ס' 315 לחוק העונשין), הרכבה של הוועדה (ס' 315 לחוק העונשין), סמכותה של הוועדה (ס' 316 לחוק העונשין), צורך בביצוע הפלה מיידית על-ידי רופא (ס' 317 לחוק העונשין) וכדומה. על כך שהחוק עוסק בהפלה בהקשר הרפואי ניתן ללמוד גם מדברי ההסבר לחוק.  
7 ראו: ע"פ (מחוזי חי') 2638/01 מדינת ישראל נ' מרגלית (פורסם בנבו, 1.5.2002), אשר מהווה דוגמה שבו חתן בית המשפט את הפגיעה (בעובר) בעקיפין, דרך עיני האם וזכותה להוראת. במקרה זה גרם התוקף להפלתו של עובר שהיה בשבוע ה-21. בסקירת טענות הצדדים נכתב: "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" (שם, פס"ל לפסק הדין).

1 פרופ' יורם רבין הוא דיקן בית הספר למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למנהל. ד"ר יניב ואקיי הוא מנהל מחלקת עררים בפרקליטות המדינה. לדיון מפורט יותר בנושא רשימה זו ראו: יורם רבין ויניב ואקיי "ההגנה על העובר במשפט הפלילי" משפט ועסקים יט 1 (2015).  
2 פסקי הדין בעניין חורי אינם עוסקים במצב דברים זה אלא במצב בו העובר נפגע ברחם אמו, נולד ולאחר מכן נפטר. רע"פ 7036/11 מדינת ישראל נ' חורי (פורסם בנבו, 24.4.2014) (להלן: "רע"פ חורי"); דנ"פ 3080/14 חורי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.11.2014) (להלן: "דנ"פ חורי").  
3 ראו: ס' 308 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.  
4 ראו: ת"פ (מחוזי ב"ש) 8001/99 מדינת ישראל נ' מוסא, פס"ל 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 שרצח' אפשרי כלפי 'אדם' בלבד, ואדם נחשב לכזה רק 'משעה שיצא הולד כולו חי מבטן אמו'."

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".<sup>9</sup> בפסיקה שבאה בעקבות התיקון קבע בית המשפט העליון של קליפורניה, כי אין בעבירה כל דרישה לכך שהעובר יהיה בשלבי התפתחות מתקדמים, וכי די להוכיח שגילו של העובר היה יותר מ-7-8 שבועות.<sup>10</sup> בעקבות קליפורניה הלכו מדינות נוספות. אפשר לזהות כמה צורות שונות של "Fetal Homicide Laws". בחלקן שונתה ההגדרה של "person" כך שתכלול גם "unborn child in utero";<sup>11</sup> במדינות אחרות נקבע בחוק, כי עבירות ההמתה חלות גם על עובר שמת ברחם;<sup>12</sup> באחרות נקבע, כי עבירות ההמתה יחולו על "אדם" או על "עובר";<sup>13</sup> יש מדינות שחוקקו עבירות המתת עובר ברחם נפרדות, אך זהות לאלה של המתת אדם - עבירות המכונות "Feticide Laws".<sup>13</sup> להבדיל מהמדינות שציינו לעיל, שבהן תוקנו עבירות ההמתה במפורש, במדינת מסצ'וסטס נעשה השינוי בפסיקה, אשר פירשה את התיבה "אדם" בעבירות ההמתה ככוללת גם "עובר".<sup>14</sup> לסיכום, 34 מדינות בארצות-הברית קבעו, כי לענין עבירות ההמתה העובר נכלל בהגדרת "אדם". במדינות אלה, גרימת מותו של עובר מהווה עבירה של המתת אדם. עבירות אלה זכו בכינוי "Fetal Homicide Laws".<sup>15</sup> 23 מבין אותן 34 מדינות רואות בעובר "אדם" החל בשלבי התפתחותו הראשונים,<sup>15</sup> 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

**"במשפט המקובל התבסס במאה השבע-עשרה הכלל שזכה לכינוי The Born Alive Rule (להלן: ה-BAR). הכלל הכיל שני עקרונות משנה: האחד, שעבירות ההמתה חלות רק על קורבן שהוא 'אדם', אשר מוגדר ככזה רק מעת שיצא חי מרחם אמו. עקרון המשנה השני של ה-BAR החיל את עבירות ההמתה על מצבים של פגיעה בעובר, אך זאת רק אם לאחר הפגיעה הוא נולד חי, ומת לאחר מכן. עקרון משנה זה הרחיב למעשה את תחולת ההגנה של עבירות ההמתה מ'אדם' גם לגבי עובר, בכפוף לכך שהוא נולד חי ורק לאחר מכן מת (נכנה עקרון משנה זה להלן: 'נפגע, נולד ומת')**

ראיות חותכות להיותו של העובר חי ברחם, התבסס במאה השבע-עשרה הכלל שזכה לכינוי The Born Alive Rule (להלן: ה-BAR). הכלל הכיל שני עקרונות משנה: האחד, שעבירות ההמתה חלות רק על קורבן שהוא "אדם", אשר מוגדר ככזה רק מעת שיצא חי מרחם אמו. עקרון המשנה השני של ה-BAR החיל את עבירות ההמתה על מצבים של פגיעה בעובר, אך זאת רק אם לאחר הפגיעה הוא נולד חי, ומת לאחר מכן. עקרון משנה זה הרחיב למעשה את תחולת ההגנה של עבירות ההמתה מ'אדם' גם לגבי עובר, בכפוף לכך שהוא נולד חי ורק לאחר מכן מת (נכנה עקרון משנה זה להלן: 'נפגע, נולד ומת').<sup>8</sup> עקרון משנה זה אומץ במדינות המשפט המקובל, ובהן אנגליה, אוסטרליה, סקוטלנד, קנדה, ניו-זילנד, הונג-קונג, בחלק ממדינות ארצות-הברית וגם במדינות קונטיננטליות כגון צרפת.

בעקבות ההתפתחות הטכנולוגית במהלך המאה העשרים החלו להישמע דברי ביקורת בנוגע להצדקתו ולנחיצותו של ה-BAR. נטען, כי בעידן שבו אפשר לאבחן את מצבו של העובר כבר בשלבים מוקדמים של התפתחותו אין עוד הצדקה לכלל, וכי ראוי לבטלו. ביקורת זו הולידה שינוי חקיקה במדינות שונות בארצות-הברית, שהרחיבו את ההגנה המשפטית על חייו של העובר. החלוצה הייתה מדינת קליפורניה. בשנת 1970 תוקן החוק בקליפורניה באופן שהחיל את עבירות ההמתה הרגילות גם על קורבן

8 הביטוי "נפגע, נולד ומת" נטבע על-ידנו במחקרנו: רבין וואקי, לעיל ה"ש 1, ואומץ ברע"פ חורי, לעיל ה"ש 2.

9 Cal. Penal Code § 187(a) 9  
 10 People v. Davis, 872 P.2d 591, 602 (Cal. 1994)  
 11 ראו, למשל: במדינת אלבמה (1975) 13A-6-1 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  
 12 ראו, למשל: במדינת אריזונה (1102-1105-13 Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-1105-1302)  
 13 ראו, למשל: במדינת אילינוי (5/9-3/2, 5/9-2/1, 5/9-1.2 Ill. Comp. Stat. §§ 5/9-1.2, 5/9-2/1, 5/9-3/2); במדינת נברסקה (28-388 Neb. Rev. Stat. § 28-388 וכן 28-394 Neb. Rev. Stat. § 28-394), אשר חוקק בשנת 2011 וקבע את העבירה של "motor vehicle homicide of an unborn child"; במדינת ג'ורג'יה (16-5-80 Ga. Code Ann. § 16-5-80)  
 14 ראו: (1984) 1328 (Mass. 1984) Commonwealth v. Cass, 467 N.E.2d 1324, 1328 (Mass. 1984)  
 15 (1989) 536 N.E.2d 571 (Mass. 1989) Commonwealth v. Lawrence, 536 N.E.2d 571 (Mass. 1989)  
 16 אוחיו, 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.

## “בפסק דין עקרוני קבעו שלושת שופטי ההרכב, כי יש לקבל את הערעור ולהרשיע את הנאשם בעבירה של גרם מוות ברשלנות. נקבע, כי יש לאמץ בישראל את ההיגיון שבבסיס ה-BAR וכי ניתן להרשיע אדם בעבירה של גרם מוות ברשלנות במצב של ‘נפגע, נולד ומת’”

עובדתי והן משפטי, בין מעשיו של חורי ובין מותו של היילוד; (3) מאחר שעבירת המתה 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.<sup>20</sup> 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 ברחם אמו. קרי, כשמעשה העבירה נעשה במי שבאותה עת לא היה מוגדר עדיין כ’אדם’ בסעיף 308 לחוק העונשין?”<sup>21</sup> 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 של “אדם”, 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. בפסק דין עקרוני קבעו שלושת שופטי ההרכב, כי יש לקבל את הערעור ולהרשיע את הנאשם בעבירה של גרם מוות ברשלנות.<sup>22</sup> נקבע, כי יש לאמץ בישראל את ההיגיון שבבסיס ה-BAR וכי ניתן להרשיע אדם בעבירה של גרם מוות ברשלנות במצב של “נפגע, נולד ומת”. אגב קביעה חשובה זו נדונו בפסק הדין כמה נושאים חשובים - חלקם בעלי אופי תקדימי. על נושאים אלו נעמוד להלן.

ה-quickening),<sup>16</sup> ואילו אחרות מציבות את קו הגבול בשבוע ה-28 (של ה-viability).<sup>17</sup> במדינות אחדות נקבע, כי עובר הוא אדם גם בשלבים מוקדמים יותר של ההיריון.<sup>18</sup> כפי שנראה בהמשך הדברים, למשפט המשווה בסוגיה זו חשיבות רבה בהקשר הישראלי.

### פרשת חורי

#### א. העובדות

כאמור, בישראל, לא קיימת עבירה עצמאית של המתת עובר. בנוסף, גם השאלה אם ניתן להעמיד אדם לדין בגין עבירת המתה במצב של “נפגע, נולד ומת” לא הייתה ברורה במשך שנים רבות - עד שנדונה והוכרעה בפרשת חורי. הנאשם (חורי) נהג ברכבו באופן רשלני, ולאחר שלא הבחין מבעוד מועד בעצירתו של הרכב שנסע לפניו, סטה עם רכבו אל התיב 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 14 שעות מלידתו נפטר היילוד כתוצאה מן הפגיעות שנגרמו לו בתאונה. חורי הואשם, בין היתר, באחריות פלילית לעבירה של גרם מוות ברשלנות (סעיף 304 לחוק העונשין) בגין גרימת מותו של היילוד.

#### ב. האפשרות להרשיע במצב של “נפגע, נולד ומת”

פרשת חורי נדונה לראשונה בפני בית משפט השלום בצפת.<sup>19</sup> 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

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

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

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

19 ת”פ (שלום צפת) 05-1188-05 מדינת ישראל נ’ חורי (פורסם בנבו, 18.11.2009).

20 ע”פ (מחוזי נצ’) 43-10 חורי נ’ מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.3.2011).

21 שם, פס’ 23 לפסק דינו של השופט קולה.

22 רע”פ חורי, לעיל ה”ש 2.

**”בית המשפט העליון, מפי השופט ג’ובראן, קבע, שיש להשיב בשלילה לשאלה זו, וכי דרישה של עיתוי עלולה, במקרים מסוימים, להביא לתוצאות משפטיות לא רצויות. נקבע, כי מציאות הדברים אינה תמיד מצדיקה דרישת זיקה של עיתוי בין הנסיבה ובין ההתנהגות, והדבר מחייב בחינה נפרדת לכל עבירה”**

**”השאלה היא, אם לשם השתכללות היסוד העובדתי נדרש כי הנסיבה ‘אדם’ תתקיים דווקא במועד ההתנהגות הפסולה (הפגיעה ברכבה של אם העובר), או שמא היא יכולה להתקיים במועד מאוחר יותר, ולכל המאוחר במועד קרות התוצאה המזיקה. בית המשפט המחוזי, בדעת הרוב, קבע, כי המועד הקובע להתקיימות הנסיבה הוא שעת ההתנהגות”**

של עיתוי עלולה, במקרים מסוימים, להביא לתוצאות משפטיות לא רצויות. תוצאות אלה עלולות להתקיים במקרים שבהם בפרע הזמן שבין ההתנהגות ובין התוצאה, באה לעולם הנסיבה. נקבע, כי מציאות הדברים אינה תמיד מצדיקה דרישת זיקה של עיתוי בין הנסיבה ובין ההתנהגות, והדבר מחייב בחינה נפרדת לכל עבירה ועבירה. כדי להכריע האם נדרשת זיקה של עיתוי בעבירה נקבעו כמה אמות מידה: **אמת מידה אחת** היא הערך החברתי המוגן על-ידי העבירה. במסגרת זו יש לבחון אם דרישת זיקה של עיתוי מקדמת הגנה ראויה על הערך החברתי המוגן בעבירה. כך, למשל, בעבירה של קבלת דבר במרמה, נדרש לשם התקיימותה, שבעקבות פעולת המרמה (ההתנהגות) התקבל (תוצאה) דבר (נסיבה). ייתכנו מצבים שבהם כתוצאה מפעולת המרמה יתקבל ה”דבר” במועד מאוחר ממועד סיום ההתנהגות. במצבים אלה דרישת זיקה של עיתוי בין הנסיבה להתנהגות תמנע הגנה על הערך החברתי המוגן, הוא רכושו של הפרט.<sup>24</sup> **אמת מידה שנייה** היא סיווג העבירה כ”התנהגותית” או כ”תוצאתית”. ככלל, בעבירות תוצאתיות הפגיעה באובייקט הפיזי של העבירה היא מאוחרת להתנהגות המחוללת את התוצאה. במקרים אלה ייתכנו מצבים, שבהם הנסיבה לא תתקיים בשעת ההתנהגות המחוללת, אלא במועד התוצאה המזיקה, הקבועה בהגדרת העבירה. תפקידה של הנסיבה במקרים כאלו מתמקד באפיון התוצאה המזיקה, ובהם אין חשיבות לשאלה אם אותה נסיבה לא התקיימה עוד בשעת ההתנהגות, אלא בשעת התוצאה.<sup>25</sup> **אמת מידה שלישית** היא תפקידה של אותה נסיבה בעבירה. ככלל, כאשר הרכיב הנסיבתי מתפקד כרכיב המתווה את האופי הפלילי של ההתנהגות הקבועה בעבירה, ניתוק בזמן של הנסיבה מן ההתנהגות, כלומר העדר זיקה של עיתוי, עלול לשלול

### ג. “זיקת העיתוי” - פרשנות הרכיב הנסיבתי של העבירה

פסק דינו של בית המשפט המחוזי, והטעם שעמד בבסיס ההחלטה של דעת הרוב לזכות את חורי מהעבירה של גרם מוות ברשלנות, הולידו בבית המשפט העליון את הדיון המעמיק ביותר שנערך עד כה ברכיב הנסיבתי של העבירה. נסביר: היסוד העובדתי של עבירת גרימת מוות ברשלנות כולל שלושה רכיבים: **הרכיב ההתנהגותי**, שהוא מעשה הפגיעה (שמגולם בביטוי “הגורם”); **הרכיב הנסיבתי** “אדם”, שאינו שייך לתהליך הגרימה ולכן אינו שייך לרכיב ההתנהגותי; ו**הרכיב התוצאתי** שבא לידי ביטוי בתיבה “מותו”. המחלוקת התגלעה בשאלת מועד התקיימותה של הנסיבה “אדם”. השאלה היא, אם לשם השתכללות היסוד העובדתי נדרש כי הנסיבה “אדם” תתקיים דווקא במועד ההתנהגות הפסולה (הפגיעה ברכבה של אם העובר), או שמא היא יכולה להתקיים במועד מאוחר יותר, ולכל המאוחר במועד קרות התוצאה המזיקה. בית המשפט המחוזי, בדעת הרוב, קבע, כי המועד הקובע להתקיימות הנסיבה הוא שעת ההתנהגות. עמדה זו סמך בית המשפט המחוזי על הגדרתו של המלומד פלר לרכיב הנסיבתי של היסוד העובדתי, אשר כוללת “זיקה של עיתוי” בין קיומו הרכיב הנסיבתי לבין התקיימותו הרכיב ההתנהגותי.<sup>23</sup> מהגדרה זו יוצא, שכאשר הרכיב הנסיבתי מתקיים במועד אחר ממועד התקיימות הרכיב ההתנהגותי, לא מתגבשת עבירה. זאת, אף אם יסודות העבירה התקיימו כולם, כל אחד כשלעצמו.

האם מתחייב מכך שלעולם לשם התקיימות עבירה תהא “זיקה של עיתוי” בין הרכיב הנסיבתי לרכיב ההתנהגותי? בית המשפט העליון, מפי השופט ג’ובראן, קבע, שיש להשיב בשלילה לשאלה זו, וכי דרישה

24 רע”פ חורי, לעיל ה”ש 2, פס’ 34 לפסק דינו של השופט ג’ובראן. 25 שם, פס’ 35 לפסק דינו של השופט ג’ובראן.

23 על פי הגדרה זו, הרכיב הנסיבתי הוא מערכת נתונים “המצויים במציאות האובייקטיבית בשעת ההתנהגות המהווה רכיב של היסוד העובדתי שבאותה עבירה”. ראו: ש”ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 376 (1984).

את היותה של ההתנהגות אסורה מבחינת הדין הפלילי. דוגמה לכך היא הנסיבה של העדר ההסכמה בעבירת האינזסט. התקיימותה של נסיבה זו (העדר הסכמה) במועד אחר מן ההתנהגות האסורה (הבעילה) - אינו מקנה לאותה התנהגות מימד פסול ואסור. במילים אחרות, ההתנהגות כשלעצמה היא לא אחת בבחינת "אקטוס" בלבד, אשר ההתרחשות הנסיבתית הקבועה בעבירה הופכת אותו ל"ריאוס". לפיכך, את הצורך במזיגה בזמן של הנסיבה וההתנהגות יש לבחון בשים לב לתפקידה של הנסיבה בעבירה הנדונה ולמשמעות ניתוקה מן ההתנהגות. כאשר בהעדר זיקה של עיתוי נשלל האופי הפלילי הדרוש מן ההתנהגות יש מקום לדרוש זיקה זו.<sup>26</sup>

האם נדרשת זיקה של עיתוי בין הנסיבה ובין ההתנהגות בעבירה של גרימת מוות ברשלנות? השופט ג'ובראן קבע, כי בחינה של כל אחת מאמות המידה שלעיל מובילה למסקנה, שאין הכרח לקיומה של דרישה זו. **ראשית**, עבירה זו היא עבירה תוצאתית. עיתוי ההתרחשות של התוצאה הוא מעבר למיצוי של הרכיב ההתנהגותי. בשל פער בזמן בין ההתנהגות ("הגורם") ובין התרחשות התוצאה ("מותו") - דרישת זיקה של עיתוי בין ההתנהגות ("הגורם") ובין הנסיבה ("אדם") תותר ללא הגנה מקרים שבהם האדם בא לאוויר העולם לאחר ההתנהגות האסורה, אך מת עקב התקיימותה;<sup>27</sup> **שנית**, תפקידה של הנסיבה "אדם" בעבירה קשור לתיבת התוצאה ולא להתנהגות. היותו של הקורבן בגדר "אדם" אינו חלק מתהליך הגרימה, המבטא את ההתנהגות האסורה. הוא גם אינו מקנה אופי פלילי מיוחד להתנהגות. תפקידה של הנסיבה "אדם" היא לאפיין את התוצאה המזיקה הנדרשת לשם התגבשות העבירה, ולפיכך אין הכרח לדרוש שתתקיים כבר בעת ההתנהגות;<sup>28</sup> **שלישית**, ההגנה על הערך החברתי המוגן בעבירה של גרימת מוות ברשלנות שוללת צורך בדרישת זיקה של עיתוי. עבירה זו נמנית עם עבירות ההמתה, שתכליתן היא הגנה על חיי אדם. בעבירות אלה, "הוצאה של מעשה שגרם בסופו של דבר למותו של אדם - כגון המצב של 'נפגע, נולד ומת' - אל מחוץ

לתחום פרישתן של עבירות ההמתה מנוגדת לתכלית העומדת בבסיסן".<sup>29</sup> דברים אלה נכונים לא רק במצב של עובר שנפגע, נולד ומת כתוצאה מההתנהגות האסורה, כמו במקרה הנוכחי, אלא גם במקרים שבהם בשעת ההתנהגות כלל לא היה עובר, אך ברבות השנים הוא נולד והפך ל"אדם".<sup>30</sup> סיכומו של דבר, יישומן של שלוש אמות המידה הוביל את השופט ג'ובראן למסקנה, שדרישת זיקה של עיתוי בין הנסיבה ובין ההתנהגות בעבירה של גרימת מוות ברשלנות אינה נדרשת. לאור כך, ואגב דחייתן של כמה טענות נוספות שנטענו על-ידי המשיב ונדחו,<sup>31</sup> התקבל ערעורה של המדינה, פסק דינו של בית המשפט המחוזי בוטל, והמשיב הורשע בעבירה של גרם מוות ברשלנות.<sup>32</sup>

#### ד. משפט משווה העולה כדי "קונצנזוס גלובאלי"

כדי לתמוך בתוצאה של פסק הדין גייס בית המשפט את המשפט המשווה באופן כללי, ואת העילה החדשנית של "קונצנזוס גלובאלי" באופן מיוחד. יש להעיר, כי זכות ראשונים לשימוש בטענה של "קונצנזוס גלובאלי" שמורה לשופט ריבלין בטרם פרישתו, אך שימוש בה - למיטב ידיעתנו בפעם השנייה בלבד - הוא עדיין בגדר חידוש.<sup>33</sup> השופט ג'ובראן סוקר את מקורותיו של ה-BAR במדינות המשפט המקובל. הוא מציין את המדינות השונות שבהן אומץ עיקרון המשנה "נפגע, נולד ומת". בנוסף, הוא מסביר, כי במדינות שבהן הכלל לא קיים (או שכבר בוטל), אומצו הסדרים חלופיים, המגנים על חייו של העובר - כגון אימוץ עבירה של המתת עובר, או החלת עבירות ההמתה הרגילות גם על קורבן שהוא עובר. מסקנתו היא, כי לא ניתן להצביע ולו על שיטת משפט אחת שלפיה יש לזכות נאשם מעבירה של גרימת מוות במצב של "נולד, נפגע ומת". עמדה אחידה זו - כך לדעתו של ג'ובראן - עולה כדי קונצנזוס גלובאלי, שמן הראוי ליתן לו משקל מתאים, תוך התייחסות לגורמים ולנימוקים שהובילו ליצירתו. ואכן, לקיומו של קונצנזוס גלובאלי ביחס ל"נולד,

29 רבין וואקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 43.

30 רע"פ חורי, לעיל ה"ש 2, פס' 40 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

31 למשל, טענות לגבי פגיעה בעקרון החוקיות או טענות לגבי "מזל מוסרי" שהיקפה המצומצם של הרשימה מאפשר לנו אך להזכיר.

32 הלכת חורי כבר יושמה בערכאות הדיוניות, ראו למשל: ת"ד (שלום י-ם) 13-01-1987 מדינת ישראל נ' בן סיימון (פורסם בבנו, 20.1.2015).

33 ראו: ע"א 1326/07 המר נ' עמית, פס' 34 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בבנו, 21.5.2014).

26 שם, פס' 36 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

27 שם, פס' 38 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. לשם המחשה, מביא ג'ובראן את פרשת ורסאי. שם, בעקבות התמוטטות רצפת אולם השמחות קיפחו את חייהם 23 בני אדם ובהם תינוק בן שלוש, אשר בעת תכנון ובניית המבנה, כעשור לפני כן, לא ענה על ההגדרה "אדם", אלא רק בעת התרחשות התוצאה הקטלנית.

28 שם, פס' 39 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

**”לא ניתן להצביע ולו על שיטת משפט אחת שלפיה יש לזכות נאשם מעבירה של גרימת מוות במצב של נולד, נפגע ומת’. עמדה אחידה זו - כך לדעתו של ג’ובראן - עולה כדי קונצנזוס גלובאלי, שמן הראוי ליתן לו משקל מתאים, תוך התייחסות לגורמים ולנימוקים שהובילו ליצירתו. ואכן, לקיומו של קונצנזוס גלובאלי ביחס ל’נולד, נפגע ומת’ יש להעניק משקל כבד, ובשל העדרם של טעמים חזקים המצדיקים סטייה מקונצנזוס זה - קליטתו של הכלל ’נפגע, נולד ומת’ היא צעד מתחייב”**

אכן, 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’.<sup>38</sup> 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 לנו, כי ההלכה העקרונית שנקבעה בפרשת **חורי**, שבמסגרתה אומץ הכלל ’נפגע, נולד ומת’, צפויה להישאר עמוני שנים ארוכות.

נפגע ומת” יש להעניק משקל כבד, ובשל העדרם של טעמים חזקים המצדיקים סטייה מקונצנזוס זה - קליטתו של הכלל ’נפגע, נולד ומת’ היא צעד מתחייב.<sup>34</sup>

## ה. עתירה לדין נוסף

על פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **חורי** הוגשה עתירה לדין נוסף. עתירה זו נדחתה על-ידי המשנה לנשיא נאור (כתוארה אז), אשר עמדה, בין השאר, על כך, כי ’הלכת בית המשפט העליון עולה בקנה אחד עם לשונו המפורשת של החוק, ועם תכליתו של האיסור הפלילי העומד בבסיסו - ההגנה על חיי אדם’.<sup>35</sup>

## המלצות לתיקון החוק

הכלל ’נפגע, נולד ומת’ שאומץ בפרשת **חורי** מעניק הגנה לחייו של העובר רק במישור צר (בהתקיים מצב של ’נפגע, נולד ומת’). עדיין, בחוק העונשין הישראלי אין הגנה ממשית על חיי עובר בשלל מצבים אחרים, וקיים פער בין ההגנה על עובר לבין ההגנה על חיי אדם. דעתם של שלושת שופטי בית המשפט העליון לא הייתה נוחה ממצביאות אנומלית זו, ושלושתם המליצו למחוקק לבחון את הצורך בתיקון החקיקה, באופן שתוענקה הגנה גם לעובר המצוי ברחם אמו, כפי שהדבר מקובל במרבית שיטות המשפט האנגלו-אמריקניות.<sup>36</sup> השופטת ברק-ארז הרחיבה בעניין זה והוסיפה, כי ’החקיקה אינה חייבת לנקוט עמדה בסוגיה השנויה במחלוקת האם עובר הוא ’חיי’ אלא להגן על הערך החברתי המיוחס לכך שלעובר יש לפחות פוטנציאל חיים, כמו גם על האוטונומיה של אמו באותם מקרים שבהם היא חפצה, ואף מייחלת לכך שיבוא לאוויר העולם, ולכן יכולה לצאת נשכרת מהגנת החוק על פרי בטנה. חקיקה כזו יכולה, כמובן, לקבוע פטור מאחריות ביחס לאם, בהתאם לגישה הנוהגת בחקיקה במסגרת דיני ההפלות’.<sup>37</sup>

34 ובכך אימץ השופט ג’ובראן את הצעתנו להישען על עילה זו ועל המסקנות העולות ממנה. ראו במחקרנו: רבין וואקי, לעיל ה”ש 1, בעמ’ 53-54.

35 דנ”פ **חורי**, לעיל ה”ש 2, פס’ 30.

36 רע”פ **חורי**, לעיל ה”ש 2, פס’ 61 לפסק דינו של השופט ג’ובראן, בפסק דינו הקצר של השופט שהם, ובפס’ 9-10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

37 שם, פס’ 9 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

38 ראו: משרד המשפטים דין-וחשבון הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה 53 (2011).