

# שילובן של טענות תרבותיות במערך הסייגים לאחריות הפלילית מודל משולב

גיא בן דוד \*

מבוא

על תרבות ותרבות

חלק ראשון: ההיבט התיאורי של המודל המשולב

- א. סייג הכורח
  - ב. סייג הצורך
  - ג. סייג ההגנה עצמית
  - ד. סייג הטעות במצב הדברים
  - ה. סייג הטעות במצב המשפטי
  - ו. סייג אי שפיות הדעת
  - ז. זוטי דברים
- חלק שני: ההצדקות לקיומו של מודל משולב
- א. הרציונל לקיומו של מודל משולב
  - ב. היתרונות בהכרה בתרבות הנאשם במסגרתו של מודל משולב
  - ג. החסרונות בהכרה בתרבות הנאשם במסגרתו של מודל משולב
- סיכום של דברים

מבוא

במסגרת מאמר זה, אדון בשילובן של טענות תרבותיות במסגרת הסייגים לאחריות הפלילית. הדיון יתמקד בנאשמים בני תרבויות מיעוט, הנבדלים מתרבות הרוב במדינה בה הם חיים, ולימים מבצעים מעשה פלילי בהשפעת תרבותם. ההכרה ברקעו

---

\* דוקטור, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. מרצה מן החוץ (עמית הוראה), הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן. ברצוני להודות למורתי היקרה פרופ' רות קנאי, על שהאירה את דרכי בלימודי הדוקטורט וכן לד"ר שוקי שגב וחברי כתב העת מאזני משפט על הערותיהם.

התרבותי של נאשם המשתייך לתרבות מיעוט, מכונה "הגנה תרבותית" (cultural defense). הביטוי הגנה תרבותית, משמעו הכרה ברקעו התרבותי של נאשם המשתייך למיעוט תרבותי כסוג של "הגנה" בהליך הפלילי. באופן כללי, המונח אינו מצומצם אך להגנה במובן של סייג לאחריות הפלילית, בהיבט הפונקציונלי שלו, אלא דווקא להיבט המילולי הפשוט, לפיו יש ברקע התרבותי של הנאשם כדי להעניק לו כל סוג של הגנה.<sup>1</sup>

קיימות שלוש דרכים עיקריות להכרה בתרבות הנאשם בהליך הפלילי; דרך אחת היא לחוקק סייג פורמאלי של הגנה תרבותית בדומה ליתר הסייגים לאחריות הפלילית המצויים בפרק ה'1 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.<sup>2</sup> דרך שנייה היא להכיר בתרבות הנאשם אך בשלב גזר הדין, כשיקול לקולא בענישה. דרך שלישית היא להכיר בטענות תרבותיות כשהן משולבות ברכיבי הסייגים לאחריות הפלילית. כל אחת משלוש הדרכים טומנת בחובה יתרונות וחסרונות על פני רעותה. במסגרת מאמר זה, אדון בדרך השלישית. אבחן את יכולתם של הסייגים, להוות אכסניה ראויה לשילובם של גורמי השפעה תרבותיים, במקרים בהם הנאשמים משתייכים לקבוצת מיעוט תרבותית. להלן אכנה דרך זו מודל משולב.<sup>3</sup> מודל זה, כשמו כן הוא: מודל המשלב ושוזר טיעונים תרבותיים ברכיבי הסייגים לאחריות הפלילית.

חלקו הראשון של הדיון, יתמקד בהיבט התיאורי של המודל המשולב. במסגרת דיון זה אתמקד בסייגים מסוג אי שפיות הדעת, העדר השליטה, כורח, צורך, הגנה

1 בספרות המשפטית ניתן למצוא הגדרות שונות למונח זה, המבטאות כולן רעיון דומה של הכרה בתרבות הנאשם במסגרות השונות של ההליך הפלילי. רבין וואקי מגדירים את המונח הגנה תרבותית כ"טענה הנטענת במסגרת משפט פלילי, מטעם נאשם, שהוא חבר בקבוצת מיעוט או בן לתרבות הזרה לתרבות הרוב, לפיה יש לזכותו, או להפחית באחריותו, וזאת מהטעם שמעשהו בוצע לאור או על רקע תרבותו, ערכי הקבוצה אליה הוא שייך ומנהיגה, וזאת בתנאי שהנאשם התחנך בפועל בתרבות זו וספג אותה, והטענה נטענת בתום-לב". ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין (2008) 612. המלומדים Norgen & Nanda מגדירים הגנה תרבותית באופן הבא: "A cultural defense holds that persons socialized in a minority of foreign culture who regularly conduct themselves in accordance of their own culture's norms, should not be held fully accountable for their conduct that violates official law, if these individuals' conduct conforms to the prescription of their own culture. The intention of a cultural defense in a criminal case is to negate or mitigate criminal responsibility where acts are committed under a reasonable, good faith belief in their propriety based upon the actor's heritage or tradition". Jill Norgaan & Serena Nanda *American Culture Pluralism and the Law* (3rd ed., 1996) 175. הגדרה אחרת ניתן למצוא במאמרו של John C. Lyman לפיה: "A cultural defense will negate or mitigate criminal responsibility where acts are committed under a reasonable, good faith belief in their propriety, based upon the actor's cultural heritage or tradition." John C. Lyman "Viable Doctrine or Wishful Thinking" 9 *Crim. Just.* (1986) 87, 88.

2 להלן: חוק העונשין.

3 הדיון נערך על פי הסייגים לאחריות הפלילית הקיימים בשיטת המשפט בישראל, אולם הוא משלב חומר ממקורות אחרים ודן באב טיפוס של כל סייג.

עצמית, טעות במצב העובדתי, טעות במצב המשפטי וזוטי דברים. חלקו השני של הדיון יתמקד בהצדקות להכרה בתרבות הנאשם במסגרת המודל המשולב. הכרה בתרבות הנאשם במסגרת מודל זה, עולה בקנה אחד עם עקרון האשם, אינה מצריכה משאבים או הסדרה חקיקתית של סוגיה זו ומעבירה מסר ראוי לחברה בכללותה ולקהילה התרבותית אליה משתייך הנאשם.

### על תרבות ותרבות

המושג "תרבות" פותח לראשונה על ידי אנתרופולוגים לקראת סוף המאה התשע עשרה. תרבות הוגדרה בהרחבה לראשונה בשנת 1871 על ידי האנתרופולוג הבריטי טיילור (Sir Edward Burnet Tylor). על פי הגדרתו תרבות היא אותה שלמות מורכבת הכוללת את הדעת, האמונות, יצירות האמנות, החוק, המוסר, המנהגים ושאר הסגולות וההרגלים הנרכשים על ידי האדם השייך לחברה.<sup>4</sup> ההגדרות המאוחרות למונח תרבות נטו לאבחן בצורה ברורה בין ההתנהגות בפועל לבין הערכים, האמונות, ותפיסות העולם המופשטות המסתתרות אחר התנהגות זו.<sup>5</sup> במילים אחרות, תרבות אינה רק ההתנהגות הנראית לעין, כי אם האידיאלים, האמונות והערכים המשותפים, שבני האדם מפרשים באמצעותם את חוויותיהם והמשתקפים גם בהתנהגותם.<sup>6</sup> חייה של כל קבוצה תרבותית עשיר במנהגים, פרקטיקות, אמונות ומשמעויות המייחדות ומיוחדות לאותה קבוצה תרבותית. התרבות מעצבת את האמונה, ההתנהגות והתודעה של מי שנמנה עימה; היא מציידת את האדם בתבניות יסוד של תפיסה הכרתית וערכית של העולם ושל מעמדו בו<sup>7</sup> והיא נטמעת בנו משום שהיא מלווה אותנו משחר

4 Edward B. Tylor *Animism in the Making of Man: An Outline of Anthropology* (V.F. Calvinton ed., 1931). מאז זמנו של טיילור, הוגדר המונח "תרבות" פעמים רבות על ידי אנתרופולוגים, פסיכולוגים וסוציולוגים. ההגדרות היו כה רבות עד שבשנת 1952 נאספו למעל ממאה הגדרות למונח זה. ראו רשימת הגדרות המובאות בספרו של קליפורד גירץ פרשנות של תרבויות (יואש מייזלר תרגם, 1990) 16.

5 ויליאם האבילנד (William Haviland) למשל, הגדיר את המונח תרבות כמערכת של כללים או ערכים, אשר הגשמתם על ידי בני חברה מסיימת מניבה התנהגות המצויה בתחום הנחשב בעיני בני אותה חברה לראוי ומקובל. ראו ויליאם האבילנד, אנתרופולוגיה תרבותית (מהדורה שמינית, תשנ"ט) 49–50. הגדרה דומה ניתן למצוא אצל רוברט לוין (Robert A. LeVine), אשר הגדיר את המונח תרבות כדלקמן: "A shared organization of ideas that includes the intellectual, moral, and aesthetic standards prevalent in a community and the meanings of communicative actions" Robert Levine "Properties of culture: An Ethnographic View" *Culture Theory: Essays on Mind, Self and Emotion* (Richard A. Shweder & Robert A. LeVine eds., New York, 1984) 67.

6 שם, שם.

7 מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר "הרהורים על רב תרבותיות בישראל" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (תשנ"ח) 67.

ילדותנו. תהליך הנחלתה מדור לדור מכונה בשם תרבות (enculturation). למעשה, בתהליך זה של תרבות, הסטנדרטים והמשמעות מופנמות ומוטמעות באישיות האדם ובדרך זו מעצבת התרבות את זהותו ומתבנת את חשיבתו ואופן התנהגותו.<sup>8</sup> כאשר בן תרבות מיעוט מבצע מעשה פלילי, מכוחו של תכתובת תרבותי, הרי שניתן לטעון כי התרבות פגעה או כרסמה ביכולת הנאשם לבחור בין ביצוע המעשה הפלילי לבין ההימנעות ממנו. ככל שעקרון האשם מהווה תנאי לנשיאה באחריות פלילית, הרי שיש ליתן ביטוי לפגיעה ולכרסום במידת האשמה של הנאשם, במקרה בו המעשה הפלילי נעשה בהשפעת רקעו התרבותי.

עקרון האשם הינו עקרון יסוד במשפט הפלילי.<sup>9</sup> על פי עקרון זה, אין עבירה בלא אשמה (*nullum crimen sine culpa*). יסוד האשמה הוא הלך נפש מסוים אצל מבצע העבירה, ההכרחי להתהוות העבירה הפלילית.<sup>10</sup> האשמה היא הגדרה של יחסו של עושה העבירה במישור התודעתי, כלפי הערך החברתי המוגן על ידי איסורה.<sup>11</sup> הצבת הבחירה החופשית כעקרון-העל של דיני העונשין מחייבת, כי תהא לפרט האפשרות לבחור בין ביצועה של העבירה ובין אי-הביצוע, כלומר בחירה בין המותר לבין האסור.<sup>12</sup> פרופ' פלר מציין כי המניע לעבירה או המטרה הספציפית שלשמה נעברה העבירה, עשויים לגוון את האשמה לחומרה או לקולא, ובכך להשפיע על האינדיבידואליזציה של תגובת החברה לעשיית העבירה.<sup>13</sup> ככלל, פחיתות באשמה, משמיעה תגובה חברתית פחותה יחסית, לעומת מקרה דומה עם רמת אשמה גבוהה יותר. לדוגמא, בעבירות המתה, השוני בין רמות שונות של אשמה, מביא לתוצאות שונות ביחס לתגובה החברתית העונשית. לפיכך, כאשר יכולת הבחירה של הנאשם (בין המותר לאסור) נפגמה בשל רקעו התרבותי, הרי שיש בכך כדי להשליך על מידת האשמה של הנאשם העומד לדין. במקרה זה, אשמתו המוסרית של אותו נאשם, פחותה ביחס לנאשם אחר אשר בצע

8 Alison Dundes Renteln *The Cultural Defense* (New York, 2004) 12

9 ראו מרדכי קרמניצר "עקרון האשמה" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 109; מרים גור-אריה "סטיות מעקרון האשמה" מחקרי משפט יג 129 (תשנ"ו); ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך א, תשמ"ד) 39–44. ניתן לראות את עקרון האשמה כביטוי לחשיבה ליברלית וכערך חשוב במשפט הפלילי במדינות ליברליות. יחד עם זאת, בשל חשיבותו של עקרון זה ובשל ההבחנה בין עקרון ספציפי זה שמקורו במשפט הפלילי, לבין יתר ההנמקות הכלליות שמקורן בתיאוריה הפוליטית הליברלית, מצאתי לנכון לייחד לו דיון נפרד.

10 Francis Bowes Sayre "Mens Rea" 45 *Harv. L. Rev.* (1932) 974.

11 פלר כרך א, לעיל הערה 9, בע' 42. יורם רבין ויונתן לבני מנסחים עקרון זה כך: "אין זה מוצדק להטיל על אדם אחריות פלילית כאשר בנסיבות העניין לא ניתן היה לצפות ממנו באופן סביר לנהוג אחרת". יורם רבין ויונתן לבני "התסמונת הפוסט-טראומטית כטענת הגנה במשפט הפלילי" עתיד לראות אור בכתב העת דין ודברים (2010). רבין ולבני עושים שימוש במינוח מדויק יותר לעקרון האשמה והוא "עקרון האחריות המוסרית" בו עשה שימוש עדי פרוש. ראו עדי פרוש "אחריות מוסרית, אחריות פלילית, וערך כבוד האדם" מחקרי משפט יג (תשס"ו) 87.

12 גבריאל הלוי תורת דיני העונשין (כרך ב, תשס"ט) 37.

13 פלר כרך א, לעיל הערה 9, בע' 44.

את אותו מעשה, שלא בהשפעת תכתיב תרבותי כלשהו. התרבות כתהליך מכוון, לא רק שמנווטת ומתבנת את החשיבה, התודעה וההתנהגות, אלא היא מצמצמת את אפשרויות הבחירה לפעולה ובכך היא פוגעת ביכולת ומידת הבחירה של הנאשם לפעול אחרת. אף אם תיאורטית עמדו לרשותו של הנאשם חלופות אחרות לפעולה, הרי באופן מעשי, ספק אם הן ריאליות ושימושיות.

זה המקום להבהיר כבר עתה, כי אינני טוען כי נאשם אשר פעל מכח תכתיב תרבותי, נעדר רצון חופשי. בני אדם הם אנשים אוטונומיים ומחוננים בכח יוצר. אולם, תיתכנה נסיבות בהן התהליך המכוון של התרבות יוביל לגריעה ולעיתים ממשית ברמת האשמה המוסרית של הנאשם. לאשמה משקל נכבד גם במישור האינדיבידואליזציה של תגובת החברה לעבירות שכבר בוצעו, מבחינת חומרתה המעשית. היינו, לפי עקרון זה, אין להטיל על אדם אחריות פלילית או עונש מעבר למידת האשמה שלו.<sup>14</sup> הסייגים לאחריות הפלילית פוטרים את הנאשם מנשיאה באחריות פלילית, במידה והוא יעורר ספק סביר שמא מעשהו נעשה בתנאי של סייג מסוים. במקרים אלו, עוקר הסייג את הפליליות הלכאורית של המעשה, ובהעדר אשמה, הרי שאין הצדקה לנשיאה באחריות פלילית. על מנת שבית המשפט יקבע אם התנהגותו של נאשם המשתייך לתרבות מיעוט, נעשתה בתנאי של סייג, הרי שעל בית המשפט להיחשף לרקעו התרבותי, כנתון אינהרנטי שיש בו ללמד על נסיבות ביצוע העבירה ולהשליך על מידת האשמה של הנאשם.

### חלק ראשון: ההיבט התיאורי של המודל המשולב

#### א. סייג הכורח

##### א.1. הרציונל של סייג הכורח

סייג הכורח ממוקם בסעיף 34יב' לחוק העונשין. עניינו בשלילת פליליותו של מעשה עבירה כלשהי, שנעשה תחת איום של פגיעה חמורה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו של עושה המעשה או זולתו. הטעם לכך הוא שמעשה העבירה נכפה על העושה באיום, שהעמידו בסיכון, שהדין אינו מחייב אותו לשאת בתוצאות מימושו.<sup>15</sup> ביצוע מעשה בתנאי סייג הכורח נכפה על העושה, ומציבו במצב של אונס תוך צמצום ניכר של חופש הבחירה. בניגוד לסייג העדר השליטה המאופיין בהעדר שליטה על תנועות הגוף, במקרה של "כורח" קיימת שליטה על תנועות הגוף, וקיימת אפשרות

14 עקרון האשם מעוגן אף במישור החוקתי, ראו ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מ"י, פ"ד נו(5) 529 (2002) כמו כן ראו, אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5, 17.

15 יעקב קדמי על הדין בפלילים (חלק ראשון, מהדורה מעודכנת, תשס"ה) 539.

בחירה, אמנם מצומצמת, אך בגבולות מסוימים הינן קיימות.<sup>16</sup> היה ואותו מאום נכנע לאיום, הרי שעשה כן לאחר שבחר לפעול בקו התנהגות מסוים תוך שקילה בין שתי רעות: מילוי אחר דרישת המאיים והסתכנות במימוש האיום. הדרישה היא כי הסכנה הנשקפת מהאיום תהא מוחשית וכן הפגיעה הצפויה (בחיי של המאיים, בחירותו, בגופו או ברכושו או באלה של הזולת) תהא חמורה.<sup>17</sup> הדוגמא הקלאסית של מצב אשר נופל בגדרי סייג הכורח, הינו פקיד בנק המאיים על ידי שודד, המכוון את אקדחו לעבר רתו של הפקיד, ומורה לו למלא את השק בכסף. הרעיון העיקרי של סייג הכורח הוא שהמעשה נעשה על פי דרישה ספציפית של המאיים, ולא מתוך בחירתו של העושה. זוהי למעשה ההבחנה בין הכורח (duress) לבין "כורח נסיבות" (circumstantial duress), המתאפיין בכך שהעושה היה זה שבחר בעשיית המעשה, כדי להיחלץ מסכנה הנובעת ממצב דברים נתון אליה הוא נקלע.<sup>18</sup>

א.2. שילובן של טענות תרבותיות במסגרת סייג הכורח מקרים המצדיקים שילוב של רקע תרבותי אל תוך סייג הכורח אמורים להיות מובחנים ממקרים של כורח ללא סממנים תרבותיים. נעמוד על הבחנה זו משני צידיו של סייג הכורח: הצד העובדתי והצד הנפשי.

א.3. שילובם של פקטורים תרבותיים בצד העובדתי של סייג הכורח הצד העובדתי של סייג הכורח בא, בין היתר, לידי ביטוי במהות האיום. מהות האיום מתבטא במושא הסכנה הטמונה באיום, בחומרת הסכנה ובעיתוי האפשרות של הוצאת הסכנה מן הכח אל הפועל. טול מקרה בו אחד מזקני השבט, מורה לפלוני לבצע מעשה, הנופל לגדרו של איסור פלילי, שאם לא כן, ינודה אותו פלוני מהשבט, יגורש ואולי אף ייכלא. אם ננתח את המסכת העובדתית, תוך שאנו מנטרלים את הסממנים התרבותיים מתוכה, הרי ברי כי מקרה זה לא יוכר כְּמָה שנופל נסיבתית תחת סייג הכורח. נידוי חברתי או שבטי, אינו נחשב למושא סכנה אשר בעטיו יש לנהוג על פי הדרישה המאיימת. אולם, אם ננתח את העובדות בהקשר התרבותי, הרי שנידוי חברתי, מבחינת אותו מאום, היא פגיעה חמורה בחירותו, המהווה ערך שיש להגן עליו לפי סעיף 34 יב לחוק העונשין.

מקרה אחר, הוא פרקטיקה נפוצה בקרב שבטים מסוימים לפיהם על אֵם המשפחה לצלק באמצעות תער את פני ילדיה הקטנים, כסימן שייכות לאותו שבט. נניח כי אֵם

16 ע"פ 118/53 מנדלברוט נ' היועמ"ש, פ"ד י(1) 281, 318 (1953).

17 במקביל לרכיבי סייג הכורח חלה גם הדרישה הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין, כי המעשה שנעשה תחת כורח יהיה סביר, בנסיבות העניין, לשם מניעת הפגיעה, וכן קיימת המגבלה של כניסה מודעת למצב לפי סעיף 34 לחוק העונשין.

18 פלר כרך ב, לעיל הערה 9, בע' 373. כורח נסיבות הינו למעשה סייג הצורך שבסעיף 34 יא' לחוק העונשין.

זו היגרה למדינה מערבית, והמשיכה לחיות בתוך קהילתה התרבותית המבודדת. עוד נניח כי בראש הקהילה עומד זקן השבט, אשר כולם סרים למרותו. בהנחה שאותה אָם תסרב לבצע את אותו מעשה, הרי שהיא תאלץ לעמוד מול איומו של זקן השבט או הקהילה, שאם לא תנהג לפי דברו, רכושה יישלל ויחולט לטובת הקהילה. האיום של ראש הקהילה על אותה אישה, הוא בגדר איום מוחשי, שנשקפה ממנו סכנה מוחשית של פגיעה חמורה ברכושה. לו היינו מנטרלים את האלמנטים התרבותיים, ברי כי בית משפט לא היה מוכן להכיר בסייג "הכורח" בגין מעשה של תקיפה חבלנית כאשר נידוי חברתי עומד על הפרק. העובדה כי ראש הקהילה מהווה דמות סמכותית שעל פיו יישק דבר, וכי המשמעות של נידוי חברתי לאישה אשר אינה מתקשרת עם הסביבה החברתית הרחבה מלבד קהילתה, כמוה כהטלת כליון, ולכל הפחות פגיעה חמורה ברכושה ואף בחירותה. ההקשר התרבותי, ככל שהוא קשור ושזור במסכת העובדתית, מהווה רכיב חיוני להבנת מעשה הנאשם, ולסיווגו כמעשה שנעשה בתנאי של "כורח". לו היינו מתעלמים מההקשר התרבותי של אותה מסכת עובדתית, הרי שהמעשה היה מוגדר כעבירה פלילית ועל הנאשם היה לתת את הדין על כך.

4. א. שילובם של פקטורים תרבותיים בצד הנפשי של סייג הכורח  
 הצד הנפשי של סייג הכורח מתבטא ביחס הנפשי של המאויים בשעת ביצוע המעשה שנצטווה לעשותו, כלפי הנתונים האובייקטיביים בהם מותנה הצד העובדתי של הסייג.<sup>19</sup> פרופ' פלר מתאר יחס זה כבעל שלושה מאפיינים;<sup>20</sup> אפיון ההפתעה, לפיו המאויים מצא עצמו לפתע לפני דרישה בליווי איום לבצע מעשה אסור בחוק הפלילי. אפיון נפשי אחר הוא היווצרות חשש בליבו של המאויים כי האיום אכן ממשי ואמור להיות מוצא מיד אל הפועל, אם הוא לא יציית לדרישה. פרופ' פלר מציין כי הדרישה היא לחשש שיהיה גם סביר, כלומר שגם אדם מן הישוב היה מעריך את האיום באותו אופן, מבחינת מהותו, סיכויי מימושו ועיתוי הגשמתו. דרישת הסבירות, אשר היתה מוחלטת בסעיף 21 לחוק העונשין, עובר לתיקון 39, הושמטה לאחר התיקון מסעיף 34 יב'. אולם, דרישה זו לא נעלמה אלא מצויה היא בסעיף 34 טז' וחלה על סייג "הכורח" "הצורך" ו"ההגנה העצמית". לפי סעיף 34 טז', כל אחד מהסייגים הללו, לא יחול כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה. אמנם, ככל שהדבר נוגע לסייג "הכורח" מדובר באותה דרישה של סבירות, אולם יש צורך לבצע הבחנה לגבי מושא הסבירות. אם עובר לתיקון 39, היה צורך כי החשש של המאויים יהיה סביר, הרי שלאחר תיקון 39, יש צורך שהמעשה שהמאויים עשה, יהיה סביר בנסיבות העניין.

אם נבחן את סוגיית "ההגנה התרבותית" הנופלת לגדר סייג הכורח, הרי שעובר

19 שם, בע' 383.

20 שם, שם.

לתיקון 39, ניתן לטעון כי מה שיתפרש כחשש סביר באשר למהותו של האיום, סיכויי מימושו ועיתוי הגשמתו, על ידי בן תרבות מסוימת, לא יתפרש ככזה על ידי אדם אחר שאינו שייך לאותה תרבות מיעוט. קושי זה אינו בא על פתרונו גם לאחר תיקון 39, שכן הדרישה הינה כי המעשה (הפלילי) של המאויים יהיה סביר בנסיבות העניין. ניתן לטעון, לפי הדוגמא שציינו לעיל, כי צילוק פניו של ילד קטן (כסממן לשיוך שבטי-תרבותי-קהילתי מסוים) כתגובה לאיום בפגיעה ברכושה של אימו של אותו קטין, לא יתפרש כמעשה סביר בנסיבות העניין. הסבירות של אותו מעשה חייבת להתפרש בהתאם לרקע התרבותי של אותה אִם אשר ברבות הימים תואשם בעבירה של תקיפת קטין. אם בית המשפט לא ייחשף לרקע התרבותי של הנאשמת, הרי שיקשה עליו להעריך את אופי המעשה הפלילי, את משמעותו של האיום שהינו קונקרטי לגבי אותה נאשמת השייכת לתרבות מסוימת ואת השקילות שעל אותה נאשמת לבצע ביחס לאותו איום.

האפיון הנפשי השלישי אותו מציין פרופ' פלר הוא ההערכה השכלית שהדרך הראויה ביותר למנוע את מימוש האיום, היא להיכנע, ולציית לדרישה לבצע את המעשה האסור.<sup>21</sup> פרופ' פלר מציין כי אף בנקודה זו אין המחוקק מסתפק בהערכה לפי הפוטנציאל השכלי של האדם שנקלע למצוקת הברירה. ההערכה הנדרשת כאמור צריכה להיות גם לפי הפוטנציאל של "אדם מן היישוב". אף באשר למאפיין זה, קיים קושי באותם מקרים הנופלים לגדרה של "ההגנה התרבותית". ההערכה השכלית מושפעת מגורמים רבים, מהדרך בה אדם גדל, הערכים עליהם הוא חונך, החברה בה הוא חי, מידת המוסר החברתי בקהילה בה הוא חי ועוד. אין ספק, כי ההערכה השכלית יכולה להיות שונה בין פרטים שונים בתרבויות אחרות, דבר אשר מצריך ומצדיק את הצגת הרקע התרבותי של אותו אדם, על כל המשתמע מכך. לפיכך, גם השאלה האם לא היתה לנאשם דרך אחרת לפעול, צריכה להישקל לאור הרקע התרבותי של הנאשם. להלן אדגים את דבריי האמורים באמצעות שני פסקי דין: אמריקאי וישראלי.

#### א.5. פסק הדין בעניין *Gaviria*

בעניין *United States v. Gaviria*,<sup>22</sup> סייעה הנאשמת ממוצא קולומביאני לבעלה להחזיק סמים בביתם. בית המשפט ציין כי מעשי הנאשמת נעשו תוך תלות ושליטה מוחלטת על ידי בן זוגה. שליטתה זו, הסביר בית המשפט, היא תוצאה של מכלול גורמים ביניהם ניצול פיזי ופסיכולוגי, נורמות תרבותיות ותלות כלכלית.<sup>23</sup> הנאשמת נאלצה לסור למרותו של בן זוגה, וזאת בהתחשב בתרבות הפטריארכאלית הקולומביאנית בה גדלה. לנוכח עובדות אלו, דן בית המשפט בהגנת הכורח, וקבע כי הגנה זו אינה עומדת לזכות הנאשמת. בין הטעמים לכך הוא שבמקרים של כורח הנאשם צריך לעמוד בפני בחירה

21 ש.ם.

22 804 F. Supp. 476 (1992) (להלן: עניין *Gaviria*).

23 ש.ם, בע' 478.



מיידית ומובהקת בין ביצוע עבירה פלילית לבין להיות חשוף לנזק חמור לעצמו או לצד שלישי, ללא כל דרך אפשרית להימלט.<sup>24</sup> יחד עם זאת, בית המשפט מצא לנכון להתחשב בנתונים לפיהם הנאשמת היתה אישה מוכה, התלויה בכך זוגה ומחויבת לסור למרותו, וזאת על רקע התרבות הפטריארכאלית אליה השתייכה. התחשבות זו מצאה את ביטויה בהקלה בענישה. השופט ויינסטין מציין בהחלטתו בעניין *Gaviria*, כי המעשים של הנאשמת לא היו תוצאה של החלטה רציונלית חופשית, וזאת בשל, בין היתר, הרקע התרבותי הקולומביאני שלה, אשר הכתיב ציות לבן הזוג.<sup>25</sup> ניתן לטעון, כי לו הגנת ה"כורח" היתה מנוסחת בצורה פחות נוקשה, הרי שבית המשפט עשוי היה להכיר בהגנה זו תוך שהוא בוחן את מעשי הנאשמת באספקלריה רחבה המשקללת בין יתר הנתונים את עצם השתייכותה לתרבות מסורתית פטריארכאלית שהכתיבה ציות לבן הזוג, כמקרה פרטי של כורח.

#### א.6. עניין בשיר

בע"פ 2130/95 בשיר נ' מדינת ישראל,<sup>26</sup> הן בית המשפט בערעורה של פאטמה בשיר, אשר התגוררה עם שתי אחיותיה, במאהל מבודד בגליל, יחד עם דודן, אשתו השנייה של אביהן ושלושת ילדיה. פטמה עסקה, יחד עם האחרים, בגידול עדרי צאן של המשפחה. המאהל היה רחוק ממקום יישוב כלשהו, ללא דרכי גישה סלולות וללא חיבור לרשת המים, החשמל או הטלפון. הנאשמת שהתה במאהל עד לאירוע נושא האישום כחמש עשרה שנים כשהיא חיה שם בנייתוק כמעט מוחלט מן העולם החיצון, תוך שחייה מתנהלים על פי הוראותיהם של האב והדוד. לימים, ביקש אביה מדודו לחסל את אשתו השנייה ואת ילדיה. סמוך לאחר וויכוח עם אשתו השנייה, עזב האב את המאהל והנאשמת ליוותה אותו. כאשר הלכו יחדיו, הודיע האב לנאשמת כי יש לחסל את המנוחה עד לביקורו הבא, וכי אם לא יבוצע הדבר, הוא יפגע בה. הנאשמת צייתה לדברים אלו, ויחד עם הדוד, המיתה את המנוחה ואת שלושת ילדיה, באמצעות אבנים ומוט מעץ. לאחר מכן הביאה הנאשמת מיכל סולר ושרפה את הגופות בהוראת דודה. הנאשמת הורשעה בבית המשפט המחוזי בארבע עבירות של רצח ונדונה לארבעה מאסרי עולם. במסגרת ערעורה לבית המשפט העליון טענה, כי פעלה בשל כורח האיומים שאיימו עליה אביה ודודה כי ימיתו אותה אם לא תציית להם ותסייע בהמתת המנוחה וילדיה. איומים אלה היו איומים ממשיים בהתחשב במערכת יחסי התלות והכניעה ששררה בין הנאשמת לבין אביה ודודה. הנאשמת ראתה באיומי אביה ודודה, לנוכח העבר, איום אמיתי והאמינה כי היא עומדת בפני סיכון לחייה. בית המשפט העליון דחה את טענת הכורח, בין היתר משום הנאשמת לא ענתה על דרישת הכורח כי המאיום היה אנוס לעשות את המעשה, שבגינה מתבקשת הגנת

24 שם, שם.

25 שם.

26 ע"פ 2130/95 בשיר נ' מ"י, פ"ד נא(3) 456 (1997) (להלן: עניין בשיר).

הכורח. בית המשפט התחשב בכך שהאיום היה מוחשי, אולם דחה את הטענה כי המערערת היתה אנוסה לעשות את אשר עשתה במועד שבו נעשה הדבר. בית המשפט ציין כי המונח "אנוס" מלמד כי מדובר בעשיית מעשה בשל מצב של חוסר ברירה. מצב שבו על הנאשם לבחור, בין עשיית המעשה הנדרש – נושא האיום – בו במקום, לבין מימוש האיום גם אם זה אינו מידי. מקום שבו נותרת למאויס האפשרות להימנע מעשיית המעשה נושא האיום בו במקום, ולנקוט בדרך אחרת למניעת מימושו של האיום, כגון על ידי פנייה לשלטונות, אין לראותו כמי שהיה אנוס לעשותו.<sup>27</sup> בית המשפט שלל מהנאשמת את הגנת הכורח משום שמצא כי הנאשמת לא היתה אנוסה לבצע את המעשים.

ניתן לטעון כי מדובר במקרה יחסית קל, שכן הסיטואציה של כורח היתה קיימת, גם מבלי שנתחשב ברקע התרבותי של הנאשמת. אלא שהרקע התרבותי של הנאשמת מהווה גורם מהותי, לשם הקביעה אם לנאשמת, בנסיבות המסוימות הקשורות לרקע התרבותי שלה, היתה דרך אחרת לפעול. אין חולק כי לא ניתן להתעלם מהרקע התרבותי של הנאשמת ונסיבות חייה, לפיהן היא חיה במאהל, מבודדת מהעולם החיצון, ללא אמצעי מחיה בסיסיים כשהיא נתונה למרות אביה ודודה. רקע זה הכתיב לנאשמת ציות לאביה ללא עוררין, כל שכן, שהיא נתונה לאיומים ממשיים לפגיעה בחייה מצידו.

סבורני כי בהתחשב ברקע התרבותי של הנאשמת, ובנסיבות חייה, ניתן אף לטעון כי הנאשמת היתה אנוסה לבצע את מעשי ההמתה. קשה לקבל את הטענה, כי הנאשמת יכולה היתה לבחור שלא לבצע את מעשי הרצח ולהתלונן במשטרה. אמנם, לנאשמת היתה קיימת תיאורטית יכולת בחירה, אולם היא לא היתה ריאלית במקרה דנן. הרקע התרבותי של הנאשמת, לא מנע ממנה לבחור באלטרנטיבה אחרת, אולם הוא צמצם את יכולת הבחירה שלה באופן ממשי. לפיכך, ניתן לטעון כי הרקע התרבותי של הנאשמת השפיע על יכולת הבחירה שלה וגרם לכך שהחלטה לבצע את מעשי ההמתה, לא הייתה תוצאה של חשיבה רציונאלית חופשית. אלא, שהחלטה כזו עלולה להוביל לתוצאה שאינה ראויה, לפיה תזוכה פטמה בשיר מארבע עבירות של רצח. לפיכך, על אף שבית המשפט היה מודע לרקע התרבותי ולנסיבות חייה של הנאשמת, הרי שהוא לא הגמיש את מבחן האינוס כאחד מיסודות הגנת הכורח ומצא כי הנאשמת לא היתה אנוסה לבצע את המעשה, כשלמקרא עובדות פסק הדין, ניתן היה לסבור גם אחרת.

נראה כי הקושי הקיים, נובע בין היתר, מעצם העובדה כי מדובר בעבירת הרצח כשלצידה עונש מאסר עולם חובה. ייתכן כי לו היה מדובר בעבירות שונות, חמורות פחות, כשאין בצידן עונש חובה, הרי שבית המשפט יכול היה להתחשב ברקע התרבותי של הנאשמת ובנסיבות חייה, ולהעניק לכך ביטוי במסגרת הענישה. אולם

27 שם, בע' 466–467 (פסק דינו של השופט קדמי).

כלי זה איננו קיים כשמדובר בעבירת הרצח, אלא אם כן מעשיה של הנאשמת חרגו במידה מועטה, בנסיבות העניין, מתחום הסבירות הנדרשת, כהוראת סעיף 300א(ב) לחוק העונשין.

מן המקובץ לעיל, עולה כי ניתן להעלות ולשלב טענות תרבותיות כשהן נוגעות לסייג הכורח. לעיתים ההתחשבות ברקע התרבותי של הנאשם, יש בה כדי להסביר מצב של אינוס לפעול כפי שהנאשם פעל. ישנה חשיבות להיחשפותו של בית המשפט לרקעו התרבותי של הנאשם, כשנתון זה הינו מהותי ואינהרנטי לקביעת אחריותו הפלילית, שכן שילובם של גורמי השפעה תרבותיים ברכיבי הסייג, הן העובדתיים והן הנפשיים, עלולים להובילנו למסקנה כי הנאשם אכן פעל בתנאים של כורח, כמקום בו לו היינו מנטרלים מידע חיוני זה, הרי שלא מן הנמנע שהיינו מגיעים לתוצאה משפטית שונה לגמרי.<sup>28</sup>

28 סעיף 2.09 ל-Model Penal Code and Commentaries (להלן: MPC), דן בסייג הכורח. לפי ה-MPC, הגנת הכורח תוכר במקרים בהם המאיום נצטווה לעשות מעשה תחת שימוש או האיום בשימוש בכל בלתי חוקי (unlawful force) אשר הופנה כלפיו או כלפי אדם אחר, כאשר אדם סביר במצבו לא יכול היה להתנגד לו.

#### Section 2.09. Duress:

“(1) It is an affirmative defense that the actor engaged in the conduct charged to constitute an offense because he was coerced to do so by the use of or a threat to use unlawful force against his person or the person of another that a reasonable firmness in his situation would have been unable to resist.”

לפי ה-MPC, סייג הכורח רחב יותר מסייג הכורח בשיטה הישראלית. אין הוא דורש שמתוך האיום תשקף סכנה מוחשית של פגיעה חמורה בחייו, חירותו, בגופו או רכושו שלו או של זולתו. במקרים בהם אדם טוען כי פעל תחת ציווי תרבותי (בין שבצדו סנקציה ובין אם לאו), ומתגונן בסייג הכורח, הרי שהגנה זו תצלח כל עוד הוכח כי הכח או האיום בהפעלתו הינו בלתי חוקי, וכי אדם סביר לא יכול היה להתנגד לאותו כח או ציווי. הקושי נוצר כאשר אדם פועל תחת ציווי תרבותי, בשל סנקציה, אשר איננה מהווה כח בלתי חוקי. במקרה של ציווי תרבותי, המלווה בסנקציה כגון נידוי מהקהילה, חרם או שלילת זכויות או פריבילגיות קהילתיות כלשהן, הרי שסנקציות כאלו לרוב לא תוכרנה ככח בלתי חוקי. יחד עם זאת, באם השימוש בסנקציה או האיום בה, מהווים כח בלתי חוקי כלפי המאויים או צד ג, הרי שאין צורך בדרישה נוספת כמו מיידיות הסכנה, מוחשיות האיום או דרגה מסוימת של פגיעה. לפי ה-MPC די בכך כי הכח התרבותי יוכר כבלתי חוקי, וכי אדם סביר בנעליו של הנאשם, לא יכול היה להתנגד לאותו כח בלתי חוקי, או האיום בשימוש בו. מבחן האדם הסביר בסייג הכורח, חייב לקחת בחשבון את הרקע התרבותי של הנאשם. הרקע התרבותי מהווה גורם מהותי להגנת הכורח, שכן עסקינן בציווי תרבותי. לפיכך, המבחן האובייקטיבי צריך להיות מיושם כך שהוא מתייחס לאדם סביר מתרבות הנאשם. הקושי הנוצר הוא, שמכח ציווי תרבותי אדם יכול לפגוע בערכים שהמדינה מעוניינת להגן עליהם ולשמור מפגיעה בהם. טול לדוגמא מקרה בו אדם מצלקת את פני ילדיה הקטינים כסממן תרבותי והשתייכות לשבט מסוים, ובצידו של אותו ציווי קיימת סנקציה לפיה, מי שאינו פועל על פי נוהג תרבותי זה, צפוי לנידוי מהקהילה התרבותית. האינטרס של המדינה, להגן על שלמות גופם של קורבנות, בייחוד כאשר מדובר בילדים קטינים חסרי ישע. מכאן שמבחן אובייקטיבי של אדם סביר מתרבות הנאשם יש בו כדי להעניק הגנה לנאשם המשתייך לאותה תרבות. עם זאת, בהעדר קיומם של חסמים, כגון דרישה למוחשיות או מיידיות הסכנה, או חומרת הפגיעה, הרי שבנקל נבחין בתופעה של מדרון חלקלק, אשר עלול להיווצר מכח

## ב. סייג הצורך

## ב.1. הרציונל של סייג הצורך

סעיף 34 לחוק העונשין, העוסק בסייג "הצורך", דן בשלילת פליליותו של מעשה, שהיה דרוש באופן מידי להצלת חייו, חירותו גופו או רכושו של עושה המעשה או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון. כל זאת כאשר לא היתה לעושה המעשה דרך אחרת להשגת התכלית האמורה. במצב של צורך עומדים אפוא, זה מול זה, שני אינטרסים לגיטימיים, שהצלת האחד הנתון בסכנה, מצריכה הקרבה, חלקית או מלאה, של האחר.<sup>29</sup> סייג הצורך כמו סייג הכורח, נעשה בתנאים של אילוץ, אשר יש בהם לפגוע באינטרס חברתי לגיטימי של הזולת. אולם, בניגוד לכורח בו העושה מבצע את המעשה המדויק עליו נצטווה על ידי המאיים, הרי שבמקרה של צורך עסקינין בצירוף נסיבות במצב נתון, אשר הכתיב לעושה את דרך פעולתו. השוני הנגזר מהבדל זה נעוץ במרחב שיקול הדעת שיש לעושה בכל אחד מהמצבים. בעוד שבמצב של כורח שיקול הדעת הוא צר ביותר, הרי שבמקרים של צורך שיקול הדעת, אמנם מוגבל הוא לאור לחץ הנסיבות, אך הוא קיים במידה רחבה יותר מזו שנעשה תחת מצב של כורח.

דוגמא קלאסית למצב של צורך, הוא הימלטותו של פלוני מחיה טורפת אשר רודפת אחריו, כאשר הדרך היחידה להיחלץ מסכנת פגיעה בחייו, היא להתפרץ לדירה שבבניין קרוב למקום האירוע תוך שהוא שובר את דלת הבית. מעשיו של פלוני עונים על יסודותיהן של שתי עבירות. האחת, התפרצות לדירת מגורים, והשנייה היא גרימת היזק במזיד לדלת הבית. מעשיו של פלוני מוצדקים בנסיבות אלו, שכן החברה תעדיף לספוג את הפגיעה בקניינו של אלמוני אל מול מניעת נזק גדול יותר, שהוא פגיעה בגופו או סיכון חייו של פלוני.

פרופ' פלר מציין שלושה שיקולים עיקריים המחייבים להוציא את המעשה הנעשה במצב של צורך ממניין התופעות העברייניות, תוך שלילת פליליותו של המעשה: (1) ראיית המעשה כהולם את אמות המידה של התנהגות סבירה בתנאים דומים של רוב הציבור; (2) תועלת חברתית, מבחינת המאזן בין הפגיעה שנמנעה לבין זו שנגרמה; (3) העושה אינו ראוי לשיוך לקהילת העבריינים, שכן לא גילה כל יוזמה עבריינית, הואיל והעשייה נכפתה עליו על ידי תנאי הצורך.<sup>30</sup>

ההכרה בציוויים תרבותיים, גם במקום בו קיימת פגיעה בערכים שהמדינה הליברלית מעוניינת להגן עליהם, לקדמם, לשמור ולשמר אותם.

29 פלר כרך ב, לעיל הערה 9, בע' 387.

30 שם, בע' 390–391. יש לציין כי גם לגבי סייג הצורך מתקיימים שלושה חריגים: (1) כניסה למצב בהתנהגות פסולה כאמור בסעיף 34 לחוק העונשין; (2) חריגה מן הסביר כאמור בסעיף 34 לחוק העונשין; (3) החובה לעמוד בסכנה או באיום כאמור בסעיף 34 לחוק העונשין.

## ב.2. ההבחנה בין צורך מצדיק לצורך פוטר

בעקבות ההבחנה בין סייג פוטר לסייג מצדיק, מצביעים פרופ' אנקר ופרופ' קנאי, על ההבחנה שבין הצורך המצדיק לבין הצורך הפוטר, הקיימת בכמה מדינות במשפט הקונטיננטלי כדוגמת גרמניה ושבדיה.<sup>31</sup> גישת הצורך הפוטר שמה את הדגש על האילוץ. כלומר, המצב הקשה בו היה הנאשם נתון כאשר הנסיבות לחצו עליו ואנסו אותו לפעול כפי שפעל. כתוצאה מתפיסה זו, המשפט אינו רואה בנאשם כנושא באשם עבור העבירה, על אף העובדה שהוא לא מנע רעה גדולה יותר. לעומת זאת, גישת הצורך המצדיק רואה בצורך ענייני של בחירה בין שתי רעות, כאשר הנאשם בחר ברע במיעוטו. הגנה זו היא הגנה מסוג של הצדק. מעשה שבתנאים רגילים הוא עבירה, מוצדק במקרה מסוים מפני שהוא מביא יותר תועלת מהנזק שהוא גורם. המחוקק הישראלי לא הבחין בין שני סוגים אלו של צורך, והכליל את שניהם בחוק תחת סעיף 34א לחוק העונשין. עובדה זו יש בה כדי להחיל את סייג הצורך המצדיק והפוטר גם כאשר הנאשם גרם לרע במיעוטו וגם במקרים בהם היה נתון לאילוץ קשה.

## ב.3. ההגנה התרבותית כמקרה פרטי של צורך פוטר

במקרים של צורך מדובר באירוע אשר יצר סכנה לערך חברתי נתון, כשמניעת התממשות הסכנה, הצריכה את הפגיעה באינטרס לגיטימי של אחר. ייתכנו אירועים מסוימים אשר הבנתם כנסיבות מאלצות (במובן של צורך פוטר) או שמא כאלו אשר הצריכו מהעושה לבחור בין שתי הרעות (במובן של צורך מצדיק) תלויה בהקשר התרבותי של המעשה.

בקרב מדינות אסיה קיים נוהג הקרוי Coining (מלשון מטבע) לפיו כאשר ילד חולה במחלת השפעת, מחממים מטבע עד שהיא לוהטת, ומעסים עימה את גופו של הקטין. פרקטיקה זו משאירה חבורות זמניות על גופו של הילד, אולם נועדה להבריא את הקטין ממחלת השפעת. פרקטיקה זו נהוגה מזה שנים, ואלו אשר מאמינים בסגולותיה הרפואיות נוהגים לפיה. היה וננטרל את הסממן התרבותי מאותה פרקטיקה, הרי שמקרה זה עונה על יסודות של עבירת התקיפה. אם פלוגית תבצע מעשה זה, הרי שתוכל לטעון לסייג הצורך, שכן בעצם מעשיה היא העדיפה את הרע האחד, והוא גרימת חבורות זמניות לילדה, מפני הרעה האחרת, והיא הרעה במצבו הבריאותי של ילדה ואולי אף כדי סכנת חיים. סייג זה הוא בבחינת צורך מצדיק. נניח כעת כי מי שמבצעת את הפרקטיקה היא אדסניה, המשתייכת לקהילה תרבותית אשר אינה מאמינה ברפואה מערבית, ומתנגדת להחדרה של חומרים כימיים

31 אהרון אנקר ורות קנאי "הגנה עצמית וצורך לאחר תיקון מספר 37 לחוק העונשין" פלילים ג (תשנ"ג) 4, 24. פרופ' אנקר ופרופ' קנאי מצביעים על ההבחנה הקיימת בסעיפים 34 ו-35 לחוק הגרמני, כאשר הראשון נותן הגנה של הצדק והשני הגנה של פטור. הבחנה דומה קיימת גם בחוק הפלילי השבדי, כאשר סעיף 4 לפרק 24 של ה-Bir דן בהגנה של הצורך המצדיק, ואילו סעיף 5 שלאחריו, דן בצורך הפוטר.

(כגון כדורים, תרופות וזריקות) לגוף. עוד נניח, כי מבחינה רפואית אין סגולות רפואיות לשפשוף של מטבע על גוף אדם. עם זאת אדסניה מאמינה בכך בשל אמונתה התרבותית. ביצוע הפרקטיקה האמורה מבחינתה של אדסניה, איננו בחירה בין שתי רעות, אלא מצב נסיבתי של אילוץ תרבותי אשר דחקו בה לפעול כפי שהיא פעלה. מעשיה של אדסניה ייפלו לגדרו של הצורך הפוטר.<sup>32</sup> אם הבחירה של אדסניה ופלוניית בפרקטיקה היא של הרע במיעוטו לשתיהן יעמוד סייג הצורך המצדיק. אם הפרקטיקה אינה מרפאה בפועל, אך כך נהוג לחשוב ולהאמין בתרבותה של אדסניה, יעמוד לה (אך לא לפלוניית) הצורך הפוטר. התרבות היא היוצרת את ההבחנה בין הצורך המצדיק לצורך הפוטר במקרה זה.

ב.4. דרישת השקילות של סייג הצורך לאור המדרג הערכי התרבותי של הנאשם סייג הצורך עוסק בהתנגשות שבין שני אינטרסים לגיטימיים, ועל כן סייג זה יוכר במקום בו הפגיעה באינטרס הלגיטימי היתה שקולה. הגבלה זו של שקילות היא ביטוי ערכי של עיקר מהות הצורך כסייג לפליליות המעשה. פרופ' פלר מציין לעניין זה כי מעשה של אדם הפוגע באינטרס לגיטימי של צד שלישי, הוא נטול פליליות רק בהעדר דרך אחרת פחות מזיקה, כדי למנוע את הפגיעה באינטרס לגיטימי של אותו אדם, וכן כאשר הרעה האפקטיבית שנגרמה אינה בלתי שקולה כנגד הרעה הפוטנציאלית שנמנעה.<sup>33</sup>

במקרים בהם מעורבים אלמנטים תרבותיים כחלק מהמסכת העובדתית, יש צורך, כבכל מקרה של צורך, לבחון את השקילות, וזאת כתנאי להענקת הסייג האמור. נשאלת השאלה על פי איזה מדד תִּבְחַן אותה שקילות. האם על פי המדד הערכי של תרבות הרוב שבאותה מדינה או על פי המדד הערכי של התרבות אליה משתייך הנאשם? הרי תיתכנה קבוצות תרבותיות אשר המדרג הערכי היררכי לעיתים נתפס כאנומאלי לשיטת תרבות הרוב שבאותה מדינה.

דוגמא לכך היא הנוהג של רצח על חילול כבוד המשפחה הנהוג בקרב קבוצות מסוימות של אוכלוסיות ערביות.<sup>34</sup> על פי ההשקפה והתפיסה התרבותית של קבוצות

32 יש לציין כי אם הבחירה בביצוע המעשה היא בחירה של הרע במיעוטו ואכן ביצוע המעשה היה בגדר הרע במיעוטו, אזי ללא כל קשר לרקע התרבותי, גם לפלוניית וגם לאדסניה יעמוד סייג הצורך המצדיק. הצורך הפוטר ייזקף לזכותה של אדסניה, במקרה בו הפרקטיקה אינה מרפאה אולם מכח האמונה התרבותית נהוג להאמין כי היא מרפאה.

33 פלר כרך ב, לעיל הערה 9, בע' 401. ראוי לציין כי על פי המצב המשפטי היום, עדיין נדרשת שקילות המצויה בתוך דרישת הסבירות.

34 לעניין רצח על רקע חילול כבוד המשפחה ראו חסאן מנאר "הפוליטיקה של הכבוד: הפטריארכיה, המדינה, ורצח נשים בשם כבוד המשפחה" מין מגדר פוליטיקה (דפנה יוראלי עורכת, 1999); Wendy M. Gonzalez "International Watch: Karo Kari: Honor Killing" 9 *Buff. Women's L. J.* (2000-2001) 22; Rachel A. Ruane "Murder in the Name of Honor: Violence Against Women in Jordan and Pakistan" 14 *Emory Int'l L. Rev.* (2000) 1523

אלו, במידה וקיימת פגיעה בכבוד המשפחה כתוצאה מהתנהגות של אחת מנשות המשפחה, יש להמית את אותה אישה שחיללה את כבוד המשפחה. על פי מדרג היררכי ערכי זה, הכבוד קודם לחיים. כאשר מקרים אלו מבוצעים במדינת ישראל, אשר קדושת החיים הינה ערך עליון, הרי שקיימת התנגשות בין המערך הערכי של אותה קבוצה תרבותית, לבין המדרג הערכי המאפיין את הנורמות המשפטיות והחברתיות בישראל. במקרה ספציפי זה, ניתן לטעון כי כבוד איננו ערך ראוי להגנה בסייגים מסוג של אילוץ ועל כן לא תעמוד לנאשם שכזה סייג הצורך. אולם, תיתכנה תרבויות שונות בהן המדרג שבין הערכים המוגנים במסגרת סייג הצורך (חיים, חירות, גוף ורכוש) שונה מזה המוכר לנו במציאות החברתית והמשפטית. הקושי נובע מכך שסעיף 34 יב מונה ערכים ראויים להגנה, אך הוא אינו מונה באופן דומה רשימה של ערכים שבהם ניתן לפגוע על מנת להציל את אותם אינטרסים לגיטימיים שבסכנה. יתרה מכך, הסעיף אף אינו מורה על קורלציה מהותית שבין הערכים המוגנים לבין אלו שניתן לפגוע בהם. עובדה זו מאפשרת לנאשם, אשר הרקע התרבותי שלו המתאפיין במדרג ערכי שונה מזה המוכר לנו, לטעון כי רקע זה השפיע על מאזן השקילות שביצע. מאזן שקילות זה שהושפע מהרקע התרבותי של הנאשם שונה ממאזן השקילות של אדם מן הישוב. השאלה היא כיצד תמדד אותה שקילות היא עניין שבמדיניות משפטית, שכן בית המשפט לא ייאות להכיר בפגיעה בערך תרבותי המקודש לרוב החברה, רק משום שבני תרבות אחרים, אינם מייחסים לו כל חשיבות ומעדיפים על פניו אינטרס אחר, פחות ערך על פי המדרג הערכי שבאותה מדינה.<sup>35</sup>

ב.5. דרישת הסבירות שבסייג הצורך על רקע השוני התרבותי  
סייג הצורך בדומה לסייג הכורח וההגנה העצמית כפוף לדרישת הסבירות שבסעיף 34טז לחוק העונשין.<sup>36</sup> דרישת הסבירות משמעה כי הדרך בה בחר העושה כדי למנוע את התממשות הסכנה הטמונה באירוע אליו נקלע הינה סבירה.<sup>37</sup> אין די בכך שהעושה ראה את הדרך בה פעל כדרך סבירה, וכי הפגיעה באינטרס הלגיטימי היתה שקולה, אלא יש צורך שזו היתה דרכו גם של אדם סביר מן הישוב. במילים אחרות, על מעשה ההצלה לעמוד במבחן אובייקטיבי של סבירות בנסיבות העניין. עניין זה מובילנו לאחת הסוגיות הנכבדות שבמסגרת המשפט הפלילי כאשר למיהותו של אותו אדם סביר. דיון זה מקבל משנה תוקף, במקרים בהם נאשם פעל, לאור הרקע התרבותי שלו, וברבות הימים מעשה זה נמדד על פי מדד של סבירות. נשאלת השאלה מיהו אותו אדם סביר שעל פיו תאמד פעולתו של הנאשם. התשובה לכך, נעוצה בשאלה

35 יש לציין כי הן בסייג הכורח והן בסייג הצורך, התרבות משפיעה על המדרג הערכי, ופועל יוצא מכך היא אינהרנטית לשאלת הסבירות.

36 שאלת הסבירות משותפת לסייג הצורך, הכורח וההגנה עצמית. עם זאת, הדיון בה ייעשה בנפרד לגבי כל אחד מהסייגים, תוך הצגת נקודות ודוגמאות ייחודיות לאותו סייג.

37 פלר כרך ב, לעיל הערה 9, בע' 405.

אחרת, לא מיהו האדם הסביר, אלא כיצד בית המשפט רואה לנכון באותה העת לעצב את אותו אדם סביר כמודל שיפוטי.

כבר בשנת 1963, בע"פ 181/62 גראמה נ' הי"מ,<sup>38</sup> מיאן בית המשפט העליון להכיר במטען התרבותי של הנאשם אשר גרם לו לליקוי מסוים, ושהובילו להתנהג בדרך אחת ויחידה, זו שהכיר בתקופת חייו בתימן. הדרישה של בית המשפט באותה התקופה, מוסברת על רקע רצונותיו ומאָויו ליצירתו של עם אחד ומאוחד ולבנייתו של אדם ישראלי חדש.<sup>39</sup> פרופ' יורם שחר מבהיר כי גראמה הוצב בפני דרישה קטגורית שאיום בצידה: כי יצרוף עצמו ומייד בכור ההיתוך ויבקע משם בדמותו של האדם הישראלי הטיפוסי ההולך ונוצר בארץ, מעין אדם סביר אקוויטבילי אשר יותר משהוא ישנו, מן הראוי שיהיה, שאם לא כן, לא ייושע על ידי דמותו של האדם הסביר באף אחת מן הצמתים של האחריות הפלילית אליהן הוא עלול להיקלע.<sup>40</sup> פרופ' שחר גורס כי:

"כיום, מעל לארבעים שנה מאז פסק הדין [בעניין] גראמה, לא ניתן לפסול את שונותה של קבוצה זו או אחרת כחוב על חשבון העתיד, שכן מה שמוצדק היה בשלבי התהוותה של חברה חדשה, מוצדק פחות בשעה שהחברה עומדת בתהליכי התבגרותה, ובודאי שיהיה מוצדק פחות, ככל שיחלוף הזמן."<sup>41</sup>

סקירת הפסיקה, מעלה, כי מאז נפסק עניין גראמה לא התרכך בית המשפט והמשיך לאחוז בעמדתו השמרנית והנוקשה, למעט מספר בקיעים אשר ניתן לראותם כחריגים ושאינם משקפים את עמדת בית המשפט.<sup>42</sup> יתרה מכך, עמדתו של השופט שמגר בע"פ 686/80 סימן טוב נ' מ"י,<sup>43</sup> מראה כי בית המשפט העליון מוסיף מימד ערכי של "שמץ מן הרצוי" לדמותו של האדם הסביר כביטוי למדיניות משפטית המאומצת על ידו.<sup>44</sup> מכאן, שהאדם הסביר הינו תשקיף של ערכים ותפיסות חברתיות רצויות, נקיות מכל שוני מנהגי או תרבותי, תוך שהוא מהווה כלי בידי בית המשפט להעלאת רף התנהגותם של אנשים רגילים למעלה גבוהה יותר. אדם סביר שכזה, אין פלא כי הוא אינו מתקנטר, אינו רוצח לעולם ואינו מאבד את עשתונותיו.

הביקורת שמותח פרופ' שחר על מבחן האדם הסביר, כמו גם מלומדים אחרים, מקבלת משנה תוקף במקרים של נאשמים אשר שייכים לקבוצות מיעוט תרבותיות,

38 פ"ד יז 925 (1963) (להלן: עניין גראמה).

39 יורם שחר "האדם הסביר והמשפט הפלילי" הפרקליט לט (תש"ז) 78, 83.

40 שם, שם.

41 שם, בע' 84.

42 דוגמאות לבקיעים זמניים אלו ניתן למצוא לדוגמא בהערת אגב של השופטת בן פורת בע"פ

553/77 תומא נ' מ"י, פ"ד נ(3) 141 (1978) וכן לאחר מכן בעמדתו של הנשיא ברק בדנ"פ

1042/04 ביטון נ' מ"י (טרם פורסם) (2006) (להלן: עניין ביטון).

43 פ"ד לו(2) 253 (1982).

44 שם, בע' 264.



אשר אורח חייהם, ערכיהם, והנורמות עליהן גדלו והתחנכו שונות ונבדלות, לעיתים אף באופן קיצוני, מאלו של תרבות הרוכב באותה מדינה. במקרים בהם הנאשם העומד לדין שייך לקבוצת מיעוט תרבותית, והמעשה שבצע מושפע מהרקע התרבותי שלו, הרי בהתאם למצב המשפטי כיום, כל אימת שמעשהו, רכיב ממעשהו או רכיב מהסייג אשר לו הוא טוען, צריך להיאמד על ידי האדם הסביר, הרי שבית המשפט לא יאות להתחשב באותה שונות תרבותית, ככל שזו השפיעה על מעשהו, מתוך מדיניות משפטית ברורה, של אכיפת סטנדרט התנהגות אחיד וגבוה אף מעבר לזה של האדם המצוי.

עניין נוסף אשר יש בו כדי לקפח את הנאשם השייך לתרבות מיעוט, נעוץ בתחולתו של האדם הסביר על סוג האנשים אותם הוא אמור לייצג. הדבר נעוץ בטרמינולוגיה השונה באשר לאדם הסביר. לעיתים מתואר האדם הסביר כאדם ממוצע, לעיתים כטיפוסי ופעמים אחרות כרגיל. האדם הממוצע, מסביר פרופ' שחר, יכול להתקיים בחברה הטרוגנית המורכבת ממגוון של קבוצות ופרטים, בלא שתהיה בה קבוצת רוב אחת.<sup>45</sup> אדם שכזה אינו מתאים לרוב החברות הרב תרבותיות ובכללן ישראל, אשר מורכבת מקבוצת רוב אחת. לעומתו, האדם הרגיל מתקיים בחברה הומוגנית בה יש קבוצת רוב גדולה. אדם זה יכול להתקיים אם יש בעולם המציאות פרטים אמיתיים כמותו, במספר העולה בהרבה על גודלה של מחצית האוכלוסייה בחברה בה הוא מתקיים.<sup>46</sup> מכאן, למדים אנו, שאף מבחינה תיאורטית אותו אדם סביר, שהינו "גולם שהוקם על ידי הדין",<sup>47</sup> אינו משקף קבוצות מיעוט תרבותיות, או פרטים הנמנים עם קבוצות אלו, ועל כן קשה לקבל ולקבוע את סבירות מעשיו של הנאשם השייך לקבוצת מיעוט תרבותית, כאשר האדם הסביר, בכל צורותיו וכינויו, אינו מתיימר לייצגו.

#### ג. סייג ההגנה עצמית

##### ג.1. הרציונאל של סייג ההגנה העצמית

עניינו של סייג ההגנה העצמית, המצוי בסעיף 34 לחוק העונשין, בשלילת פליליותו של מעשה שנעשה כלפי תוקף במטרה להדוף תקיפה שלא כדין, מצדו. זאת כאשר המעשה עומד בתנאים שנקבעו בעניין זה בגוף הסעיף.<sup>48</sup> סייג ההגנה העצמית כפוף לחריגים הבאים: (1) כניסה למצב הקבוע בסיפא של סעיף 34 (השונה והמצומצם מהקבוע בסעיף 34ד); (2) דרישת הסבירות הקבועה בסעיף 34טז; (3) חובה לעמוד בסכנה או באיום הקבועה בסעיף 34טו.

45 שחר, לעיל הערה 39, בע' 84.

46 שם, שם. בדנ"פ 983/02 יעקובוב נ' מ"י, פ"ד נו(4) 385, 393 (2002), מציין השופט חשין כי האדם מן הישוב והאדם הסביר הינם חלף דיבור.

47 השופט עציוני בע"פ 876/76 ויינגרטן נ' מ"י, פ"ד לב(2) 39, 40 (1978) וכן השופט זוסמן בע"פ 478/72 פנקס נ' מ"י, פ"ד כז(2) 617, 622 (1972).

48 קדמי, לעיל הערה 15, בע' 514.

הרציונאליים העומדים בבסיס הסייג הם שמירה על סדר חברתי-משפטי, אשמתו של התוקף וכן כיבוד האוטונומיה של הנתקף כאשר נפגע אינטרס לגיטימי שלו או של הזולת. המחוקק הישראלי קבע רשימה סגורה של ערכים שעליהם מוצדקת ההגנה העצמית. רשימה זו כוללת את חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו.<sup>49</sup> ייחודה של ההגנה העצמית, בהשוואה לסייגי אילוף אחרים, מתבטא, כאמור, באדם כמקור הסכנה (תוקף), המבצע תקיפה בליווי אשמה – כשהוא אחראי (אחריות פלילית) לתקיפה – ובהפניית הכח המגן כלפי התוקף האחראי עצמו.<sup>50</sup>

התנאים העומדים בבסיס סייג ההגנה העצמית מכתיבים כי המעשה שעשה העושה היה נחוץ באופן מידי לצורך הדיפת התקיפה ושנשקפה ממנה סכנה מוחשית,<sup>51</sup> של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או רכושו, שלו או של זולתו. על פי גישתם של פרופ' אנקר ופרופ' קנאי, אין הכוונה לתקיפה כמשמעותה בסעיף 378 לחוק העונשין, אלא הכוונה לתקיפה במובן הרחב יותר, לפיה מדובר "בכל התנהגות המעמידה בסכנת פגיעה את הערכים המוגנים שנקבעו בסעיף".<sup>52</sup> גם פרופ' פלר מציין כי מדובר "בכל מעשה זדוני, שעלול לפגוע באחד מן האינטרסים הלגיטימיים עליהם מותרת, והטעון הדיפה לשם מניעת הפגיעה בהם או לשם מניעת ההשלמה של הפגיעה בהם".<sup>53</sup>

כאמור, סייג ההגנה העצמית כפוף לשתי מגבלות. המגבלה הראשונה קבועה בסיפא של 34 לחוק העונשין ("גרימת התקיפה בהתנהגות פסולה") ולפיה "אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים". המגבלה השנייה קבועה בסעיף 34טז לחוק העונשין היא דרישת הפרופורציה. מדרישה זו עולה כי כאשר תגובתו של אדם במסגרת הגנה עצמית הינה בלתי סבירה ומעל הדרוש, הרי שאדם כזה עלול למצוא עצמו חב בפלילים. כמצוין בסימן הדין בסייג הצורך והכרח, דרישת הסבירות נקבעת על סמך מבחן אובייקטיבי.<sup>54</sup> לפי גישתם של פרופ' אנקר ופרופ' קנאי, קיימת דרישה

49 מול הגישה הישראלית, המונה רשימת ערכים סגורה הראויים להגנה, קיימת גישה אחרת לפיה יש להגן במסגרת הגנה עצמית על כל אינטרס לגיטימי של הנתקף. גישה זו ניתן למצוא בקודקסים פליליים שונים בעולם כדוגמת זה של יוון, הולנד, נורבגיה, סין, קוריאה, ספרד, איטליה ועוד. לעומת שתי גישות אלו ניתן למצוא גישת ביניים, כמו זו המצויה בסעיף 34 לחוק הגרמני, המונה רשימה של ערכים, אולם בסופה של רשימת הערכים הראויים להגנה, ניתנת הגדרה כללית של כל אינטרס חוקי אחר. פרופ' אנקר מציין כי ניסוח זה, של פרט וכלל והגבלת הכלל עצמו לאינטרס חוקי אחר, נותן לבית המשפט את הכלים להבחין בין האינטרסים השונים כרצוי. ראו לעניין זה אהרון אנקר הכרח וצורך בדיני עונשין (תשל"ז) 112.

50 בועז סנג'רו הגנה עצמית במשפט הפלילי (תש"ס) 160. לדעה שונה, ראו אנקר וקנאי, לעיל הערה 31, בע' 10.

51 הדיבור "סכנה מוחשית" מבטא את אופיו של הסיכון הטמון בתקיפה כסיכון העומד להתממש, להבדיל מסיכון ערטילאי, שהוא בחזקת איום רחוק. ראו קדמי, לעיל הערה 15, בע' 519.

52 אנקר וקנאי, לעיל הערה 31, בע' 7-8.

53 פלר כרך ב, לעיל הערה 9, בע' 420.

54 יחד עם זאת נקבע כי "סבירות ההתנהגות נקבעת על סמך הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה

נוספת של שקילות מסוימת בין הפגיעה שנגרמה לפגיעה שנמנעה,<sup>55</sup> וכי ניתן לקרוא את דרישת השקילות מתוך דרישת הסבירות שבסעיף 34טז.<sup>56</sup>

ג. ההבחנה שבין הגנה עצמית לבין הגנה עצמית מדומה לצורך מאמר זה, חשובה האבחנה שבין הגנה עצמית, שמנינו את יסודותיה לעיל, לבין הגנה עצמית מדומה. סייג מדומה קיים, במקרה בו אדם מבצע מעשה, בהנחה מוטעית, כי הוא עושה את אותו מעשה במצב דברים שמספק את הדרישות להתהוות הסייג, ואילו, לאמיתו של דבר, הוא עשה את המעשה בתנאים רגילים.<sup>57</sup> דוגמא להגנה עצמית מדומה ניתן לראות בע"פ 54/49 הי"מ נ' עסלה.<sup>58</sup> אדם יצא מביתו בערב, וטרם צאתו מסר לידי אשתו רובה לצורך התגוננות מפני אחרים. במהלך הלילה שמעה האישה דפיקות על הדלת. מששאלה "מי שם?" לא נענתה, אלא שאז הבחינה באדם ניגש לחלון והחל לטפל בפתיחת התריס. עסלה דימתה שגבר זר מנסה לפרוץ לביתה ולאנוס אותה, ועל כן נטלה את הרובה לידיה וירתה 3 יריות קטלניות דרך התריס. בדיעבד התברר כי המנוח הינו בעלה. בית המשפט מצא כי טעותה של גברת עסלה היתה סבירה, ועל כן עמדה לה טענת הטעות.

נוכח עמדתו של המשפט הפלילי, לפיה יש צורך באשמה על מנת שאדם יישא באחריות פלילית, הרי שיש להתחשב במצב הדברים המוטעה בו הנאשם האמין. פרופ' סנג'רו מציין את החשיבות שבהכרה של סייג מדומה במקרים של הגנה עצמית משני טעמים.<sup>59</sup> האחד, המצב הקשה – מצב של אילוף – שבו על העושה להחליט במהירות אם להפעיל כח מגן. השני, העבירה החמורה שניתן לעיתים לייחס לעושה אם נתעלם מטעותו, כך שניתן ליחס לו עבירת כוונה או לכל הפחות עבירה של מחשבה פלילית. השאלה המרכזית באשר להגנה עצמית מדומה, היא אם די בעצם הטעות כדי לפטור את העושה מאחריותו לעבירה, או שמא יש לדרוש גם שטעותו תהיה סבירה.<sup>60</sup> הדעות על כך חלוקות, כפי שמציגן פרופ' סנג'רו.<sup>61</sup> המצדדים בדרישה של סבירות הטעות כתנאי למתן פטור בהגנה עצמית מדומה, כדוגמת המשפט האמריקאי המצוי,

והמקרה, שבגדרן נותנים את הדעת למצב הלחץ והמצוקה שבו נתון הנתקף, ראו ע"פ 1520/97 חדד נ' מ"י, פד"י נה(2) 337, 353 (2000)

55 אנקר וקנאי, לעיל הערה 31, בע' 15.

56 פרופ' אנקר ופרופ' קנאי מציינים כי המקור לאי הוספתה של דרישת השקילות בתיקון 37 של חוק העונשין, נעוץ באי הבנתם של חברי הכנסת בדיון בקריאה הראשונה והשנייה את דרישת השקילות בהגנה עצמית. חברי הכנסת פרשו דרישה זו כאילו משמעותה היתה שאסור למתגונן לגרום לתוקפן נזק חמור יותר משזה עמד לגרום לו. לכן הם נקטו בעמדה שאין להעמיד תנאי של שקילות, וכך ניתן להניח שטעות זו הונצחה גם בתיקון 39. ראו שם, בע' 15–16.

57 פלר כרך ב, לעיל הערה 9, בע' 539.

58 פ"ד ד 497 (1950) (להלן: עניין עסלה).

59 סנג'רו, לעיל הערה 50, בע' 329–337.

60 שם, בע' 329.

61 שם, בע' 330–337.

מבססים את עמדתם בצורך והרצון לעודד בדיקה וזהירות מבלי למהר להשתמש בכח. החשש שבהעדר דרישה של סבירות, לא יהססו אנשים, ובמיוחד פחדנים, להפעיל כח שלעיתים קרובות עלול להיות קטלני. התוצאה של עמדה זו ביחס לעניין עסלה היא, שלו היה נקבע שטעותה של עסלה היתה רשלנית ולא סבירה, הרי שהיתה מורשעת בעבירת הריגה ואולי אף ברצח. מנגד, אלו המתנגדים לדרישה של סבירות הטעות, כדוגמת המשפט האנגלי, מבססים את עמדתם בכך ששלילת הדרישה האמורה עשויה לנבוע מעמדה, לפיה אין הבדל ערכי-מהותי בין רכיבי העבירה לרכיבי הסייגים. נימוק נוסף הוא אשמתו הנמוכה, אם בכלל, של העושה. התוצאה של עמדה זו, היא כי עסלה לא היתה נושאת באחריות פלילית. אל מול שתי הגישות הקיצוניות הללו, קיימת גישת הביניים, לפיה יש מקום לדרישת הסבירות, רק שמדובר בעבירת רשלנות. דוגמה להליכה בדרך ביניים זו מצויה בסעיף 30.9(2) ל-Model Penal Code האמריקני וכן בסעיף 34 לחוק העונשין.<sup>62</sup> על פי גישה זו, לא ניתן לייחס לעסלה אחריות בגין עבירה של מחשבה פלילית, אך ניתן יהיה לייחס לה אחריות לעבירת רשלנות, אם ימצא בית המשפט שאכן עסלה נהגה מתוך רשלנות ולא בסבירות. להבחנה זו שבין הגנה עצמית להגנה עצמית מדומה ישנה חשיבות, כפי שתוברר בהמשך, באותם מקרים בהם טעותו של הנאשם נובעת מאמונה שמקורה בתרבות אליה הוא משתייך.

ג.3. שילובן של טענות תרבותיות במסגרת סייג ההגנה העצמית על מנת שנאשם המשתייך לקבוצת מיעוט תרבותית, יוכל להתגונן בסייג ההגנה העצמית, יש צורך לחשוף את בית המשפט לרקע התרבותי, ככל שהדבר מהווה ראייה רלבנטית, באשר לקיומו של הסייג תחתיו הוא פעל. בדרך זו משלבים אנו את הרקע התרבותי של הנאשם, כגורם אינהרנטי, על מנת שבית המשפט אכן יתרשם כי מדובר במקרה שנעשה תחת נסיבות של הגנה עצמית.

טענתי היא, כי שילובן של טענות תרבותיות בסייג ההגנה העצמית (שאינה מדומה), מטרתה להראות בין היתר, כי הרקע התרבותי של העושה, הוא זה שהביאו להגן על אחד הערכים המנויים בסעיף החוק, ועל כן להדוף תקיפה שלא כדין. ניתן להבין את המעשה בצורה נכונה, רק אם נחשף לרקע התרבותי של הנאשם ונבין את הקונסטלציה בה הנאשם פעל.

דוגמא למקרה בו נשלב טענה תרבותית במסגרת סייג ההגנה העצמית היא זו: נניח כי אדם בודהיסט, אשר חי בישראל, בונה לעצמו מקדש מאולתר בו הוא מניח את פסל הבודהה שלו. הבודהיסט פוקד מקום זה מידי יום, שם הוא מתפלל, ומקריב מנחות לבודהה. על פי אמונתו, הבודהה הינו האל אשר יש לשרתו, ומנגד הוא זה אשר שומר ומגן עליו. נניח כי פלוני יהודי חרדי, שומע על המקרה ומתכוון לנתן את פסל הבודהה. הוא נוטל פטיש כבד בידיו ופוסע לעבר אותו מקדש. פלוני מבחין

62 להבדיל מהחוק אשר היה קיים בתקופת פסק הדין בעניין עסלה.

באותו בודהיסט כורע ברך ומתפלל לפסל הבודהה. באותה השעה, קרב פלוני לעבר הפסל, מניף את הפטיש שהוא אוחז בידו לעבר הפסל בכוונה לנתצו, אולם אז מבחין בו הבודהיסט, קם על רגליו, ודוחף את פלוני בכל כוחו, על מנת לסכל את הפגיעה בפסל הבודהה שלו. נניח כי כתוצאה מכך פלוני נופל ארצה, ראשו נחבט בחוזקה ברצפה, ולבסוף נפטר.

היה וננתח את המקרה, ללא ההקשר התרבותי, הרי שלא תעמוד לבודהיסט סייג מסוג של הגנה עצמית. סביר כי בית המשפט לא יהיה מוכן להכיר בכך קטלני כהגנה על פסל. כל עוד פלוני לא התכוון לתקוף את הבודהיסט, אלא רק לנתץ את פסל הבודהה, הרי שמעשהו של הבודהיסט ייתפס כבלתי שקול ובלתי סביר. אולם, אם ננתח את המצב לאשורו, לרבות ההקשר התרבותי שלו, הרי שנגיע לתוצאה שונה. רכיב התקיפה, כפי שציינו לעיל, חולש על כל התנהגות המעמידה בסכנת פגיעה את אחד הערכים המוגנים בסעיף. הערכים המוגנים בחוק הינם חיים, חירות, גוף או רכוש. במצב זה נשקפה סכנה לפסל הבודהה, שכידוע אינו "סתם פסל", אלא הוא האל שבו הבודהיסט מאמין.

יתרה מכך, מדובר ברכושו של הבודהיסט, כאשר ערכו של פסל זה לא יסולא בפז. גם רכיב המיידיות נענה בסיטואציה שלעיל. מבחינתו של אותו מאמין דתי, הרי מדובר במעשה שקול ואפילו סביר. ברי כי הסבירות אשר תבחן על ידי האדם הסביר תחטיא את המטרה של עשיית צדק אישי. הרי לא ייתכן לבחון את מעשיו של הבודהיסט, תוך שאנו מנטרלים את הרקע התרבותי והדתי שלו ככל שזה השפיע על עשיית המעשה. תתכן סיטואציה שבה ההקשר התרבותי של הנאשם, אינו מעלה ואינו מוריד לעניין ביצוע המעשה. טול את אותה דוגמא שלעיל, כאשר פלוני מתכוון לתקוף את הבודהיסט בשל היותו כזה. במקרה זה, מניף פלוני את פטישו לעבר ראשו של הבודהיסט, שהודף אותו בחוזקה. במקרה זה, הרקע לביצוע מעשה התקיפה של פלוני התוקף, הוא היותו של הנתקף משתייך לקבוצה תרבותית-דתית מסוימת. אולם אין במעשה ההגנה העצמית של הבודהיסט, כדי להעלות או להוריד לעניין ביצוע העבירה. הרקע התרבותי מצוי אי שם ומרחף על האירוע, אך הוא אינו אינהרנטי לביצוע המעשה.

### ג.1.3.1. חומרת הסכנה על פי מדד תרבות הנאשם

להבדיל מסייג הצורך הדורש קיומה של סכנה חמורה כדי שתותר הפגיעה, שכן לא מדובר בתוקף אשם, הרי שהגישה באשר לסייג ההגנה העצמית שונה. לפי גישה זו, אין לדרוש חומרת מינימום של הסכנה הנשקפת לנתקף.<sup>63</sup> מכך אין להסיק, שתותר כל פגיעה בכל עצמה שהיא, כדי למנוע פגיעה ולו הקלה ביותר (לדוגמא לרכוש). פרופ'

63 סנג'רו, לעיל הערה 50, בע' 174.

אנקר ופרופ' קנאי, מוצאים את האיזון הנ"ל מכח דרישת הסבירות אשר טומנת בחובה אף את דרישת השקילות המתבקשת.<sup>64</sup>

במקרים של הגנה תרבותית, לעיתים חומרת הסכנה לערך, נלמדת ממהותו של אותו ערך, בהקשר התרבותי שלו. בדוגמא שלעיל, יתכן שפגיעה בגופו של אדם, רק משום שרצה לפגוע בפסל, לא תוכר כפגיעה שקולה. אולם ההקשר התרבותי, המיוחס לאותו רכוש, במידה זו שאיננו סתם פסל או רכוש במובן הפשטני שלו, אלא הוא טומן בחובו תכנים, סגולות, כוחות ואף מהווה סמל דתי, יש לפרש את רכיבי סייג ההגנה העצמית בהקשרם התרבותי. פרשנות לרכיבי הסייג זו איננה תואמת את ההקשר הפשוט והמקובל בקרב תרבות הרוב אשר מוצאת את ביטויה בהערכתו של האדם הסביר. יתרה מכך, כפי שציינו בדיון בסייג הצורך,<sup>65</sup> החוק אינו מורה על קורלציה מסוימת בין הערך המוגן לערך הנפגע, דבר אשר מעמיד את המדרג הערכי המצוי במסגרות המשפטיות שלנו בסימן שאלה, לאור העובדה שבתרבות מיעוט מסוימת "המדרג הערכי" שונה.

עניין נוסף, הוא הסתברות התממשות הסכנה. על פי גישתו של פרופ' סנג'רו, הכרחי להתחשב, מלבד בחומרת הנזק הצפוי לאינטרס לגיטימי בשל תקיפתו הבלתי חוקית של התוקף, גם בהסתברות שסכנה זו אכן תתממש. אין כל טעם להעריך את הסכנה על בסיס הנזק העלול להתרחש בלבד, אלא יש לשקלל בהערכתה גם את סבירות התרחשותה.<sup>66</sup> די להזכיר את הנאשם בעניין גראמה, שהאמין בכוחות נסתרים ובשדים, ובממשותן של אותן קללות שהטיל עליו המכשף המקומי. על פי תרבותו של גראמה, אין חולק כי ישנה סכנה כי אימיו של המכשף יתמשו, במידה ולא ימיתו.

ג. 2.3. דרישת השקילות כמצע גמיש לשקלולם של אינטרסים תרבותיים משמעותה המרכזית של דרישת השקילות, היא שלעיתים נדרש הנתקף שלא להתגונן למרות התקיימותה של הנחיצות, וזאת משום שמחיר ההתגוננות גבוה מידי.<sup>67</sup> כפי שמציין פרופ' אנקר, "לפעמים חייב אדם לסבול את נזקו כשהדרך היחידה למנעו אינה שווה את המחיר".<sup>68</sup> במקרה זה, הרי שאותו מחיר נבחן באספקלריה חברתית רחבה. במקרים של הגנה תרבותית, ייתכן כי מחיר ההתגוננות, הגם שזו מופרזת, הוא מחיר סביר בעיני אותה תרבות. ייתכנו מקרים, שמשקלם של האינטרסים התרבותיים, דווקא יביאו לפיחות מסוים בערך האינטרסים של התוקף. נקודה זו חשובה לנוכח גמישותה היחסית של דרישת השקילות שבמסגרת ההגנה העצמית. דווקא גמישותה היא הנותנת

64 אנקר וקנאי, לעיל הערה 31, בע' 13–15.

65 ראו דיון בסייג "הצורך", לעיל טקסט נלווה להערות 33–35.

66 סנג'רו, לעיל הערה 50, בע' 175.

67 שם, בע' 203.

68 אנקר, לעיל הערה 49, בע' 114.

כי ניתן יהיה להתאימה למקרים ולשיקולים מיוחדים, כגון רכוש בעל ערך תרבותי רב או פגיעה כבדוגמא לעיל בפסל הבורדה. גמישותה של דרישת השקילות בהגנה עצמית הינה חיונית, שכן להבדיל מסייג הצורך בו נעשה איזון בין אינטרסים לגיטימיים, הרי שבהגנה העצמית ישנם שיקולים נוספים המצויים על כפות המאזניים כגון אשמתו של התוקף; שמירה על אוטונומיה של הנתקף; ושמירת הסדר החברתי. ניתן לסבור כי במסגרת מבחן זה, ראוי כי בית המשפט יתחשב באינטרסים נוספים של הנתקף במקרים של הגנה תרבותית, כאשר הכח המגן שהופעל, נועד להגן על אינטרס בעל ערך תרבותי רב. לא מן הנמנע, כי דרישת השקילות תהווה גם אכסניה לאינטרסים תרבותיים כלליים כגון הזכות לתרבות, פלורליזם תרבותי ורב תרבותיות.<sup>69</sup> איזון ראוי של כל האינטרסים שבעניין עלול להוביל לתוצאה לפיה, הכח המגן שהופעל בהקשר התרבותי של המעשה הינו בבחינת מחיר סביר.

### ג. 3.3. פסק הדין בעניין *Romero*

ההחלטה בעניין *People v. Romero*<sup>70</sup> היא דוגמא למקרה בו טענה תרבותית נדחתה כבלתי רלבנטית כאשר לסטנדרט המעשה האובייקטיבי הנדרש לסייג ההגנה העצמית בארצות-הברית. בשעות המאוחרות של ה-3 באוגוסט 1995, חצה הנאשם, מייקל רומרו, את הכביש עם קבוצה של חברים, ביניהם אחיו הקטן. באותה העת נסע בכביש, רכב הנהוג על ידי אלכס ברנאל, אשר כמעט ופגע ברומרו, חבריו ואחיו הקטן. כאשר כמה מחבריו של רומרו צעקו לעבר הנהג, יצא ברנאל מהרכב והחל להתעמת עם רומרו. השניים החלו לריב עד אשר נפל ברנאל ארצה. כאשר החל רומרו ללכת, קפץ עליו ברנאל מאחור. רומרו הסתובב, שלף סכין מבגדיו, דקר את ברנאל בליבו והמיתו. בתמיכה לטענת ההגנה העצמית לה טען רומרו, ניסה הנאשם להציג עדות מומחה של סוציולוג אשר תשפוך אור על כנופיות הרחוב וערך הכבוד בתרבות ההיספאנית. בא־כוחו של רומרו הצהיר שהסוציולוג יעיד על ארבעה דברים: ראשית, שלכנופיות רחוב ישנה הבנה מיוחדת לגבי הציפייה מהם; שנית, על פי התרבות ההיספנית, ללוחמי הרחוב, אין יכולת נסיגה; שלישית, התרבות ההיספאנית מבוססת על כבוד; ורביעית, כי בתרבות ההיספאנית לאדם ישנה אחריות לדאוג לאחר, מה שמסביר את תפקידו של רומרו להגן על אחיו הצעיר, ואת הציפייה ממנו, כאחיו הבכור, לדאוג ולהגן על אחיו הקטן.<sup>71</sup> רומרו טען, כי כבן בכור במשפחה, היתה ציפייה ממנו כי יגן על אחיו הקטן, ובשל כך פעל הוא במסגרתה של הגנה עצמית.<sup>72</sup> בית המשפט לערעורים בקליפורניה אישר את הקביעה של בית המשפט בערכאה הנמוכה אשר סרב לקבל את הראייה התרבותית בנסיבות דנן. בית המשפט לערעורים

69 הדבר נכון גם לסייג ה"צורך" בו קיימת דרישה של שקילות.

70 81 Cal Rptr. 2d 823 (Cal. Ct. App. 1999) (להלן: עניין *Romero*).

71 שם, בע' 827.

72 שם, בע' 826.

קבע כי אי התחשבות בראייה התרבותית לא גרמה לנזק כלשהו,<sup>73</sup> היות ומדובר בראייה "בלתי רלבנטית באופן מובהק", ככל שהיא נוגעת לתפקידם של לוחמי הרחוב בהגנה על כבוד המשפחה בתרבות ההיספאנית.<sup>74</sup> נטען שהראיה בלתי רלבנטית משום שלא היה בכוחה לשפוך אור על השאלה האם הנאשם אכן האמין כי הוא או אחיו, אכן היו בסכנה מיידית, והאם האמונה היתה סבירה באופן אובייקטיבי.<sup>75</sup> לא ניתן לומר באופן חד משמעי, מה היתה תוצאת פסק הדין, לו אכן היה נקבע כי תרבות הנאשם גרמה לרומרו להאמין כי הוא נתון בסכנה מיידית. אולם די בהצהרה של בית המשפט כפי שהובאה לעיל, על מנת לרמז, כי בית המשפט היה נאות להתחשב, או לכל הפחות לשקול ואף כבוד ראש, את הטענה התרבותית הקשורה לתרבות ההיספאנית לה היה שייך הנאשם.

4.ג. שילובן של טענות תרבותיות במסגרת ההגנה העצמית המדומה בשילוב של טענות תרבותיות בסייג ההגנה העצמית המדומה, מתכוון אני לאותם מקרים בהם הנתקף התגונן, בדמותו מצב דברים מסוים, בהשפעת הרקע התרבותי שלו. מכאן, שהגנה עצמית מדומה תתקיים כאשר קיימת טעות במצב הדברים. דוגמא לכך היא פסק הדין בעניין גראמה,<sup>76</sup> אשר ניתן לראותו כמצב משולב זה. יוסף גראמה המית אדם אשר החשיבו ל מכשף מקומי, וזאת משום שנהג לקלל, לאיים עליו ולגזול את רכושו. הייחוס של אותם כוחות מאגיים למכשף המקומי הן פרי אמונתו התרבותית של גראמה. כשקרב המכשף לעבר גראמה וקלל אותו, חשש גראמה מממשותם של אותם איומים וקללות בשל הכוחות המאגיים שייחס לאותו מכשף והמיתו. הרקע התרבותי של גראמה, אשר גרם לו להאמין במכשפים ושדים, הביאו להמית את אותו קורבן, לאחר שחשש כי יבולע לו, אם לא ימיתו. במקרים בהם הרקע התרבותי של הנאשם, הביאו לידי הנחה מוטעית כי הוא מבצע את מעשהו בתנאים שהוא דימה שהם כאלה, הרי שקמה חובה מצד בית המשפט לברר את מצב הדברים שדימה הנאשם. במקרים אלו, העובדה כי הנאשם האמין במצב דברים מסוים לאור הרקע התרבותי שלו, מצביעה על כנותה של אותה טעות. התחשבות במטען התרבותי של הנאשם, ככל שזה הביאו לדמות מצב נתונים נתון, שבפועל אינו כזה, נחוצה אף להערכת הסבירות של אותו כח מגן שהפעיל העושה.

73 שם, בע' 824.

74 שם, שם.

75 שם, בע' 827–828. בית המשפט דחה את הטענות התרבותיות בטענה: "The evidence regarding honor, like the evidence of street fighter mentality, is not relevant on whether deadly force was warranted under the circumstances...the question of the defendant's honor was irrelevant to whether defendant was in actual fear of death or great bodily injury, and whether his fear was objectively reasonable"

76 לעיל הערה 38.



ג.1.4. פסק הדין בעניין *Croy*

דוגמא נוספת למקרה המשלב טענה תרבותית עם סייג ההגנה העצמית המדומה ניתן למצוא בפסק הדין האמריקאי *People v. Croy*.<sup>77</sup> פטריק קרוי, יליד המקום, התגורר בצפון קליפורניה, באזור אשר התאפיין בקונפליקטים ממושכים בין ה"לבנים" לבין ילידי המקום. קרוי ושני קרוביו נרדפו על ידי 27 שוטרים וזאת לאחר ששדרו חנות לממכר אלכוהול. קרוי נהג ברכבו עד לביתה של סבתו. כאשר הגיע לשם, השיל את חולצתו מעל גופו וחלץ את נעליו, כלוחם אינדיאני, נטל לידי רובה וירה בקציין משטרה אמריקאי. קרוי הורשע בשנת 1979 בעבירה של רצח מדרגה ראשונה ונידון לעונש מוות. בית המשפט העליון שבמדינת קליפורניה, בטל את ההרשעה והחזיר את הדין לבית משפט קמא לדיון מחדש. במשפט החדש, הציג סניגורו של קרוי טיעון אשר נסב סביב ההגנה התרבותית בהקשר של סייג ההגנה העצמית. נטען כי קרוי סבל מהפלייה, ובמהלך שנות חייו חונך שלא לבטוח ברשויות הלאומיות (משום שהמתיישבים הלבנים טבחו באינדיאנים במאה ה-19). עקב כך, הניח קרוי כי חייו היו נתונים בסכנה. במהלך עדותו, הסביר קרוי, כי בשל ההפליה שחוו האינדיאנים הילידים באזור מזה שנים, הוא לא האמין כי היתה לו אפשרות להיכנע. לגישתו, המשטרה רצתה להורגו וזאת בשל אמונתו, שהיתה מעוגנת מבחינה תרבותית, לפיה המשטרה נועדה לפגוע ולהכחיד את האינדיאנים. סניגורו של קרוי הציג בפני בית המשפט עד מומחה אשר העיד על גזענות, על הטבח שבוצע באינדיאנים הילידים וההפליה אשר היתה נהוגה במשך שנים מצד המתיישבים הלבנים כנגד הילידים.<sup>78</sup>

ההגנה טענה כי קרוי פעל מתוך הגנה עצמית, שכן פחדו מפני פגיעה מיידית היה כן. השופט התיר את קבלת הראייה התרבותית, וקבע כי הרקע התרבותי הינו רלבנטי כל אימת שהוא היה מצוי בתודעה של הנאשם והשפיע על המחשבה הפלילית שלו. במהלך ביצוע המעשה האסור. בסופו של ההליך, לאחר כחמישה חודשים של דיונים, קיבל חבר המושבעים את גרסתו של הנאשם, וקבע כי קרוי זכאי מכל האישומים.

<sup>77</sup> 710 P.2d 392 (Cal. 1985) (להלן: עניין *Croy*). כמו כן ראו ניתוח של פסק הדין במאמרה של רנטלן: "A Justification of the Cultural Defense as Partial Excuse" 2 *Southern Cal. Rev. L. & Women's Stud.* (1993) 437. בשנת 1986, בניו יורק, ירה ברנרד גץ, אדם לבן בן 37, במספר בחורים צעירים שחורים ברכבת התחתית של ניו יורק. גץ טען כי עשה זאת מתוך הגנה עצמית. השאלה שעלתה, בין היתר, היתה האם הגזע של הנתקף הפוחד צריך להיות רלבנטי לסייג של הגנה עצמית. ניתן לאבחן את המקרה של גץ מהמקרים של הגנה עצמית המובאים בסימן זה, שכן גץ השתייך לתרבות הרוב ששיטת המשפט מייצגת אותה. לעומת זאת, במקרים של הגנה תרבותית, הנאשם אשר מתגונן בסייג של הגנה עצמית משתייך לתרבות המיעוט, והשאלה היא האם שיטת המשפט המייצגת את תרבות הרוב, צריכה להתחשב בתרבות המיעוט של הנאשם, לצורך סייג ההגנה העצמית. דיון נרחב בפרשת ברנרד גץ ובסוגיות שפסק הדין מעלה ראו: George P. Fletcher *A Crime of Self Defense: Brenhard Goetz and the Law on Trial* (Chicago, 1990).

<sup>78</sup> עניין *Croy*, שם, בע' 455.

המסקנה העולה מפסק הדין היא כי רקע תרבותי במקרים של הגנה עצמית מדומה הוא נתון חיוני כאשר יש בו כדי להשפיע על התודעה של הנאשם על פיה הוא פעל.

#### ג.5. תסמונת האישה המוכה

השימוש בתסמונת האישה המוכה בא להגמיש את הקריטריונים הנוקשים שבסייג ההגנה העצמית, ולהתאימם לסיטואציה הנפשית המיוחדת שבה נמצאת אישה מוכה. השימוש בתסמונת לא נועד להקים סייג חדש, אלא להציג את התגובה של האישה המוכה אשר פוגעת לבסוף בכך זוג המתעלל, כתגובה טבעית ונורמאלית לאדם שנקלע בחיים לסיטואציה לא נורמאלית.<sup>79</sup> רוב המחקרים והשופטים מצדיקים שימוש בכך קטלני לצורך סייג ההגנה העצמית רק בעת עימות כאשר האדם ניצב בפני איום של סכנה חמורה לפגיעה בגופו או חייו. במרבית המקרים בהם נשים קמות על בעליהן, הן פועלות במסגרת תנאי הסייג. אולם קיימים מקרים בהם נשים מוצאות מתחולת הסייג, אם משום שהן פגעו בכך הזוג המתעלל במהלך סיטואציות נטולות עימות ואם משום שפעולתן היתה בלתי מידתית ביחס לסכנה שהועמדו בה באותה העת.

סניגורים, באמצעות עדים מומחים, עושים שימוש בתסמונת האישה המוכה על מנת לתמוך בסייג של הגנה עצמית, או על מנת לזכות בהקלה של עונש מופחת בעבירה של רצח כעולה מסעיף 300א לחוק העונשין. כאשר טוענים לתסמונת האישה המוכה כחלק מסייג ההגנה העצמית, המטרה להראות שהנאשמת האמינה כי הסכנה לחייה היתה מוחשית ומיידית, על אף שבין הזוג המתעלל היה ישן באותה העת או שלא הכה אותה ברגע הקודם למעשה קטילתו על ידה. התסמונת גורסת כי אישה אשר היתה חשופה לאלימות מתמשכת, יודעת אימתי האלימות עומדת לקרות, על אף שזו לא עשתה מעשה שיש בו כדי לקנטר את הבן זוג. יתרה מכך סנגורים עושים שימוש בתסמונת על מנת להוכיח מדוע הכח הממית היה בנסיבות העניין חיוני.<sup>80</sup> לפי התיאוריה, האישה מסוגלת לומר מתי האלימות תהא ברוטאלית במיוחד בטרם התקיפה תחל.<sup>81</sup> הואיל וניסיונותיה של האישה המוכה לקום ולעזוב את בן הזוג המתעלל או להפסיק את האלימות לא צלחו בעבר, הרי שהדרך היחידה שנותרת לאותה אישה היא להמית את בן הזוג אשר התעלל בה.<sup>82</sup>

#### ג.5.1. "ההגנה התרבותית" ו"תסמונת האישה המוכה"

קיים קשר בין הרקע התרבותי לבין תופעת תסמונת האישה המוכה. בתרבויות מסוימות, ניתן להבחין בסוגים שונים, תופעות שונות, וחומרות שונות של התסמונת.

79 ראו ת"פ (מחוזי נצרת) 29/94 מ"י נ' בוחבוט, פ"מ (תשנ"ח) (1) 272.

80 ראו: Robert F. Schopp et al. "Battered Woman Syndrome, Expert Testimony and the Distinction Between Justification and Excuse" 1994 *U. Ill. L. Rev.* 45, 52-53.

81 שם, בע' 52.

82 שם, בע' 53.

הרקע התרבותי מהווה גורם חיוני להבנת התסמונת באותן תרבויות אשר הובילה לתוצאה הקטלנית של בן הזוג המתעלל מצד אותה אישה. פסק הדין בעניין *Nguyen v. State*<sup>83</sup> הינו דוגמא למקרה אשר נעשה בו ניסיון לשלב טענה תרבותית במסגרת תסמונת האישה המוכה.

*Nguyen* היתה אישה וייטנאמית, אשר לאורך שנים חוותה השפלות ואלימות מילולית מצד בעלה ובתה החורגת. באחד הימים, משהודיע לה בעלה כי הוא עומד להתגרש ממנה, נטלה *Nguyen* רובה ופצעה באמצעותו את בעלה ובתה החורגת.<sup>84</sup> במהלך המשפט ניסתה ההגנה להציג את תסמונת האישה המוכה בשילוב טענה המתייחסת לתרבות הוייטנאמית אליה השתייכה הנאשמת. לפי טיעון זה, הנאשמת חשה לכודה בנישואין היות ולפי תרבותה, גירושין היו מובילים לנידויה החברתי.<sup>85</sup> יתר על כן, ההגנה טענה כי לפחדה של הנאשמת היה ביסוס תרבותי, היות וההתעללות המילולית אשר חוותה מצד בעלה ובתה החורגת יצרו בקרבה פחד, דבר אשר אדם שנולד בארצות-הברית לא התנסה בכך. בית המשפט בערכאה הראשונה, סרב לשמוע עדות מומחה אשר היה בה כדי לתמוך בהגנת הנאשמת. חבר המושבעים הרשיע את *Nguyen* בעבירה של תקיפה חמורה. סניגורה של הנאשמת ערער בפני בית המשפט לערעורים, אשר דחה את הערעור מהסיבה שהנאשמת היתה חשופה להתעללות מילולית ולא לאלימות פיזית. כאשר להבדל התרבותי בין התרבות האסיאתית לאמריקאית, סבר בית המשפט כי אין זה נחוץ כי חבר המושבעים יבין את התגובה של הנאשמת להתנהגותו המשפילה של בעלה, תוך שהוא מתנגד עקרונית לכך שתפיסות וייטנאמיות צריכות להשפיע על האנליזה של בית המשפט.<sup>86</sup>

ההגנה ערערה בפני בית המשפט העליון של מדינת ג'ורג'יה, אשר הביע את אי הסכמתו עם קביעתו של בית המשפט לערעורים לפיה התעללות מילולית או רגשית, אינה מהווה מצע להעלאת הטענה בדבר תסמונת האישה המוכה. בית המשפט קבע כי אם ההתעללות הינה קיצונית מידי והיא מלווה באמונה סבירה בנחיצות של הקרבן בשימוש בכח, הרי שדי בכך כדי להעלות את טענת תסמונת האישה המוכה. לגבי המקרה דנן, קבע בית המשפט, כי הראייה בדבר ההתעללות הפסיכולוגית שחוותה הנאשמת, לא הגיעה לרמה הקיצונית של התסמונת. כמו כן, בית המשפט לא הסכים עם הקביעה של בית המשפט לערעורים לפיה הטענה התרבותית הנוגעת לתרבות הנאשמת לעולם אינה רלבנטית, אולם ציין כי במקרה ספציפי זה הטענה התרבותית אכן בלתי רלבנטית.<sup>87</sup>

83 (1999) 520 S.E. 2d 907 (Ga.) (להלן: עניין *Nguyen*).

84 שם, בע' 908.

85 847-848 (1998) 505 S.E. 2d 846 (Ga. Ct. App.) *Nguyen v. State*.

86 שם, בע' 846.

87 עניין *Nguyen*, לעיל הערה 83, בע' 908: "The expert testimony proffered by the defense showed the loss of status, humiliation and possible adverse spiritual consequences to appellant and her family from her husband's failure to maintain appellant's proper

מפסיקתו של בית המשפט העליון במדינת ג'ורג'יה ניתן להסיק כי הוא הותיר דלת פתוחה לשימוש ברקע התרבותי של נאשם או נאשמת, וזאת בתנאי כי ההגנה אכן תראה שמדובר בטענה אמיתית ומבוססת, וכי תוכח הרלבנטיות שבטענה התרבותית להתנהגות הפלילית של הנאשם.

ג.2.5. הקונפליקט שבין ההגנה התרבותית לתסמונת האישה המוכה אסטרטגיות ההגנה על נאשמים אשר תרבותם היוותה נסיבה עובדתית חשובה במעשיהם הפליליים, ומנגד על נשים מוכות אשר המיתו את בן זוגן המתעלל, נראות על פניהן כדומות. ההגנה התרבותית כמו גם ההגנה על האישה המוכה אינן הגנות פורמאליות, אולם שתיהן משלבות את הרקע האישי של הנאשם ואת הניסיון שלו עם תיאוריות מסורתיות של המשפט הפלילי. יתרה מכך, שתי ההגנות משקפות את הרגישות החברתית הגוברת באשר לקבוצות מסוימות: מיעוטים ונשים.<sup>88</sup> האסטרטגיה העומדת בבסיסה של ההגנה התרבותית נראית על פניה, כמי שדומה לאסטרטגיה בבסיסה ההגנה על האישה המוכה, היות ושתיהן עושות שימוש בנסיבות האישיות של הנאשם על מנת להפחית את אחריותו הפלילית.<sup>89</sup> במסגרת הטענה להגנה תרבותית, סניגורים עושים שימוש ברקע התרבותי של הנאשם על מנת לשפוך אור על מצבו הנפשי או על מצב הדברים העובדתי המיוחד הקיים בהקשר התרבותי שלו. הרקע התרבותי של הנאשם משולב ונשזר בתוך הסייגים המסורתיים הקיימים בחוק. כמו ההגנה התרבותית, אסטרטגיית ההגנה על האישה המוכה אשר המיתה את בן זוגה המתעלל, עושה שימוש בסייג ההגנה העצמית, הקיים בחוק, על מנת לטעון כי הנאשמת לא צריכה להיתפס כאחראית בפלילים למעשיה.

מאידך, ניתן לטעון כי המדיניות אשר אופפת כל אחת מהאסטרטגיות, זו של ההגנה התרבותית וזו של ההגנה על האישה המוכה, מצויות בקונפליקט, בכך שהאלימות בתוך המשפחה, אשר תסמונת האישה המוכה מכירה בה, היא ברת מחילה ומונצחת על ידי ההגנה התרבותית. קידום הערך של פלורליזם תרבותי באמצעות ההגנה התרבותית חותר תחת ההכרה החברתית בבעיית הנשים המוכות. החברה המערבית ניסתה בשני העשורים האחרונים לזהות את הבעיה של אלימות במשפחה וניסתה לפעול במישורים שונים על מנת למנעה, להוקיעה ולהגן על האישה

position in the household. However, there was no evidence that individuals sharing appellant's cultural background would believe themselves to be in danger of receiving any physical harm as a result of such loss of status and disrespectful treatment. While we can envision rare situations in which such evidence might be relevant to assist the jury in understanding why an accused acted in the way he or she did, that situation is not present in this case"

88 ראו: Pieter A. Carstens "The Cultural Defense in the Criminal Law" 99 *Harv. L. Rev.* 1293, 1299 (1986).

89 שם, שם.

אשר שרויה במסגרת אותה תסמונת. הגנה על האישה המוכה היא חלק מהמאבק של הקהילה המשפטית לפתור את אי הצדק שנשים מוכות נתקלו במשך שנים רבות. מאידך, ניתן לטעון שההגנה התרבותית עושה שימוש בסייגים המסורתיים שבחוק, על מנת לסייע לאנשים מתרבויות מיעוט ביניהם גברים מהגרים אשר פגעו בנשותיהם וילדיהם. באופן אירוני, לעיתים קרובות נשים וילדים אלו היגרו למדינה מערבית כדי לברוח מדיכוי שהם חוו במדינות המוצא שלהם. לכן קידום של שונות תרבותית דרך ההגנה התרבותית מקדם באופן ישיר או עקיף אלימות בתוך המשפחה.<sup>90</sup>

נאשמים אשר טענו להגנה תרבותית זכו בחלק מן המקרים להקלה משמעותית באישומים בהם הורשעו או שהושטו עליהם עונשים קלים. כתוצאה מכך חברים הנמנים עם הקהילות של אותם נאשמים, פִּרְשוּ את החלטות בית המשפט כסלחניות לגבי אלימות במשפחה, כפי שמדינות המוצא שלהם היו סלחניות לאותן עבירות. עובדה זו יש בה כדי לחתור תחת מוסד ההרתעה שבענישה ולעודד ביצוע מעשי אלימות כנגד בני משפחה בכללן נשים. מעבר לכך, המסר אשר מועבר לילדים הגדלים במשפחות בהן קיימת אלימות, היא כי המדינה סובלנית לאותה אלימות, דבר אשר עלול להוביל לתהליך בו אותם ילדים גדלים והופכים בעצמם לבעלים מכים או נשים מוכות.<sup>91</sup>

מנגד, ניתן לטעון שההגנה התרבותית באה להיטיב ולהכיר בחולשות נאשם אשר פעל לאור רקעו התרבותי, ללא כל הבחנה אם מדובר בגבר מכה או אישה מוכה. לראייה, פסק הדין בעניין *Nguyen* מהווה הוכחה לכך, כי דווקא האישה המוכה היא זו אשר ההגנה התרבותית נועדה להיטיב עימה ולחזק את מעמדה המשפטי.

#### ד. סייג הטעות במצב הדברים

##### 1.1. מאפייניה ויסודותיה של הטעות במצב הדברים

1.1.1. הטעות כמעין סייג לאחריות הפלילית  
 הטעות במצב הדברים אינה סייג אלא תמונת ראי של דרישת היסוד הנפשי. כאשר הטעות במצב הדברים מתייחסת ליסודות הסייג (למשל בהגנה עצמית) הרי עסקינן בסייג אמיתי.

90 ש.ם.

91 ש.ם.

ד.1.2. היסוד הנפשי של הטועה טעות במצב הדברים אינה אלא תמונת ראי של דרישות היסוד הנפשי. לכן בעבירות הדורשות מחשבה פלילית, טעות כנה במצב הדברים שוללת את קיומה של המחשבה הפלילית ומביאה לזיכוי הנאשם. בעבירות המסתפקות ביסוד נפשי של רשלנות, הטעות חייבת להיות כנה וסבירה. באשר לעבירה של אחריות קפידה, מוטל על הנאשם הנטל להראות, כי אכן נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה.<sup>92</sup> במקרים בהם הטעות הינה לגבי מצב דברים המבטא צד עובדתי של סייג לאחריות הפלילית, שהרי עסקינן בסייג מדומה עקב טעות כאמור. כפי שנקבע בפסיקה, דינו של סייג מדומה כמו כל סייג ממשי אחר.<sup>93</sup> ראוי לציין כי על אף שנאשם טעה, בכך שהוא מצוי במסגרתו של סייג ועל כן פעל כפי שפעל, ועל אף שדי בכך שטעותו תהא כנה, הרי הלכה למעשה, משמשת הסבירות מבחן לכנות האמונה במצב הדברים המוטעה.<sup>94</sup>

ד.2. שילובן של טענות תרבותיות במסגרת סייג הטעות שבמצב הדברים שילובה של טענה תרבותית במסגרתה של הטעות במצב העובדתי, תעשה באותם מקרים בהם הנאשם פעל לאור מצב דברים שדימה אותו על רקע תרבותו. היינו, העושה נסמך על תרבותו כנסיבה חיצונית שהביאה אותו להאמין במצב דברים שאיננו כזה במציאות. ההנחה של אותו עושה היא מוטעית, ועל כן עיקר טענתו קשורה וכוּרוכה בין שני אלמנטים יסודיים: הטעות והתרבות. אל תוך הטעות במצב הדברים משלבים אנו את הרקע התרבותי של הנאשם, כך שהעושה עשה מעשה בהנחה מוטעית. רצונו הוא כי בית המשפט יבין את המצב העובדתי שהוא האמין בו על רקע תרבותו כמקרה של טעות.

ד.1.2.1. תרבות הנאשם כמלמדת על כנותה של הטעות במצב הדברים על הנאשם השייך לקבוצת מיעוט תרבותית, כמו כל נאשם אחר, ליצור ספק בכך שאכן פעל תחת סייג. במקרים של הגנה תרבותית, יכול הנאשם להציג את תרבותו בכלל, ואת הנורמות והערכים עליהם גדל וחונך ושהוטמעו באישיותו במהלך חייו בפרט, כמקור לפנותה של הטעות. הבסיס לטענה זו היא כי מדובר בטעות סובייקטיבית של נאשם השייך לקהילה תרבותית מסוימת. בהתאם לאמונות ולתפיסות המציאות המגובשת של קהילה זו פעל. אמונתו של הנאשם, על אף שזו היתה מוטעית, היתה כנה ואפילו סבירה בהתאם לשיוך התרבותי שלו שהובילו להאמין במצב דברים נתון

92 כאמור בסעיף 22(ב) לחוק העונשין.

93 ראו עניין עסלה, לעיל הערה 58; ע"פ 34/52 הי"מ נ' אהרונוביץ', פ"ד ח(2) 647 (1954). כן ראו פלר כרך ב, לעיל הערה 9, בע' 538-542.

94 ראו דנ"פ 1294/96 משולם נ' מ"י, פ"ד נב(5) 1 (1998); ע"פ 2534/93 מליסה נ' מ"י, פ"ד נא(2) 609 (1999); קדמי, לעיל הערה 15, בע' 559-560.

כזוה, על אף שאדם אחר, אשר שייך לתרבות הרוב, אשר ערכיה באים לביטוי בחוק הפלילי, יתבונן, במקרים מסוימים, על הסיטואציה באופן שונה, ועל כן יגיב אחרת.

ד.2.2. מעמדו המשפטי היחסי של הטועה התרבותי אל מול העושים אשר פעלו תחת הסייגים האחרים מצבו המשפטי של הטועה ביסודות הסייג,<sup>95</sup> כאשר מקורה של הטעות בתרבותו, טוב יותר, באופן יחסי, מאשר יתר העושים אשר פעלו תחת סייג אחר אליו שולבה תרבותם. הסיבה נעוצה בכך, שבסייגים לאחריה הפלילית, בית המשפט כחלק ממדיניות משפטית, יכול לשלול את קבלתו של המעשה שנעשה תחת נסיבות תרבותיות לאחר הפעלת שיקול דעת נורמטיבי. ראינו כי בחלק מהסייגים, נבחנת סבירותו של המעשה על ידי האדם הסביר. מבחן זה, טומן בחובו שיקולים מן המצוי, ויותר מכך מן הרצוי. התוצאה הידועה היא, שבכמעט כל המקרים שמוכאים בפני בית המשפט, למעט חריגים, מסתיימים במסקנה שהאדם הסביר לא היה נוהג כפי שהנאשם נהג, ועל כן נשמט הסייג תחת רגליו של הנאשם. לעומת זאת, במקרים של טעות במצב הדברים, כל שהנאשם יצטרך לעשות, הוא להציג בפני בית המשפט טענות תרבותיות אשר יש בהן כדי ללמד על טעותו הכנה של הנאשם. בית המשפט אינו נדרש להעריך את סבירותה של אותה טעות (כל עוד לא מדובר ברשלנות), ועל כן הוא אינו יכול להחזיר אלמנטים ערכיים בקביעתו. מצב זה, משפר את מעמדו של הטועה התרבותי בפני בית המשפט, ומקדם את מצבו המשפטי לקראת הכרה בהגנה התרבותית ככל שזו משולבת בטעות במצב העובדתי.

ד.3.2. פסק הדין בעניין *Moua* אחת הדוגמאות בפסיקה, לשילובה של טענה תרבותית במסגרת סייג הטעות במצב העובדתי, כשהטעות היא לגבי יסודות העבירה ולכן שוללת את קיומה של מחשבה פלילית, היא פסק הדין האמריקאי *People v. Moua*.<sup>96</sup> עסקינן בפרקטיקה תרבותית אשר היתה נהוגה בין היתר על ידי שבט המונג (Hmong) מחבל לאוס, הקרויה: marriage by capture. מדובר בנוהג, אשר מקורו בלאוס, ואשר דווח פעמים רבות, במספר מדינות בארצות הברית.<sup>97</sup> על פי נוהג זה, גבר אשר היה רוצה לשאת אישה, היה צריך לקחתה מבית הוריה לבית הוריו, וזאת לאחר ערב בו הוחלפו מתנות בין הצדדים. על מנת להוכיח לגבר את מוסריותה וצניעותה של האישה, אמורה היא למחות ולהתנגד לבעילתה, על אף רצונה והסכמתה האמיתית לכך. על הגבר לקחת את האישה בכח לבית הוריו, על מנת

<sup>95</sup> בכותבי "טועה תרבותי" כוונתי לנאשם אשר המקור לטעותו הינו תרבותו. על משקל זה, ניתן להבין את יתר המונחים במאמר זה אשר מצויים בצמידות למונח תרבות כגון "ראייה תרבותית", "טענה תרבותית" וכד'.

<sup>96</sup> (Unreported Decision) (Cal. Super. Ct. 1985) Case No. 3125972-0 (להלן: עניין *Moua*).

<sup>97</sup> ראו: "Kidnapping or Marriage Tradition?" *Wash. Times* (7.11.91) A8.

להפגין את נחישותו, ולשהות עימה שם שלושה ימים, כשלב מקדים בהליך הנישואין. לאחר הליך זה, ישנו משא ומתן בין שתי המשפחות בנוגע לנישואין.<sup>98</sup> פסק הדין בעניין *Moua* עוסק במקרה בו יושמה בפרקטיקה תרבותית זו בקליפורניה. בחור בן 21 בשם קונג מואה מעוניין היה להינשא לבחורה בת 18 בשם סנג. הניסיון הראשון של מואה לקחת את סנג מבית הוריה, במסגרת אותו נוהג, לא צלח, הואיל והוריה התנגדו לכך. עקב כך, הגיע מואה עם חבריו לקולג' בו למדה סנג והשליכוה על רכב הטנדר אשר היה ברשותם. חבריה האמריקנים של סנג, אשר היו עדים למתרחש, הזעיקו את המשטרה. משעצרו השוטרים את הרכב הודיעה להם סנג כי מדובר בבעלה וכי נוכחותה ברכב הינה על דעתה ובהסכמתה.<sup>99</sup> זמן קצר לאחר מכן, החליטה סנג להגיש תלונה במשטרה כנגד מואה על כך שחטף אותה ובצע בה מעשה אינוס. בית המשפט בקליפורניה, צריך היה להחליט האם לקבל את הטענה התרבותית כראיה בדבר טקסי נישואים הנהוגים בשבט המונג.<sup>100</sup> מואה סבר, לכאורה באופן מוטעה, כי סנג הסכימה להינשא לו בכך שביטאה את מחאתה והתנגדותה הצפויה, במסגרת אותה פרקטיקה של *marriage by capture*.<sup>101</sup> לו היה מדובר בנאשם שלא השתייך לתרבות שבט המונג, ברי כי לא ניתן היה לטעון לטעות, שכן המתלוננת אכן התנגדה למעשה. המתלוננת אמרה "לא" והתכוונה ל"לא". אלא הקושי שמקורו בתרבות המתלוננת והנאשם, נעוץ בכך, שבמסגרת אותה פרקטיקה, כאשר האישה אומרת "לא" הרי שהיא מתכוונת ל"כן". מכאן, שגבר אינו יכול לדעת אימתי האישה אומרת "לא" ואכן מתכוונת ל"לא", ואימתי כשהיא אומרת "לא" היא מתכוונת ל"כן". הטעות היא טעות כנה ואמיתית, שמקורה בתרבות הנאשם בכלל ובנוהג של *Marriage by capture* בפרט.<sup>102</sup> לו המקרה הקלאסי של נוהג זה, היה נדון בישראל, הרי שמואה היה יוצא זכאי בדין, מחמת טעות כנה, שמקורה בתרבות הנאשם והמתלוננת. אולם,

Dierdre Evans-Pritchard & Alision Dundes Renteln "The Interpretation and Distortion of Culture: A Hmong 'Marriage by Capture' Case in Fresno, California" 4 *S. Cal. Interdisciplinary L. J.* (1994) 1

99 שם, בע' 12.

100 שם, בע' 26. לתובע היה קושי להוכיח את התנגדותה של המתלוננת שכן קשה היה להסביר לחבר המושבעים מדוע סנג סרבה להתלוות לשוטרים והעדיפה להישאר עם מואה. יתרה מכך, עדויותיה בבית המשפט לא היו עקביות, דבר אשר כרסם באמינותה. בשל כך, גובש הסדר טיעון בין הצדדים, במסגרתו נמחקו מכתב האישום האישומים בגין אונס וחטיפה, והנאשם הודה בעבירה של כליאת שווא ונידון לעונש של 3 חודשי מאסר וכן לקנס כספי בסך \$1000.

101 שם, בע' 9-12.

102 יש לסייג את פסק הדין בעניין *Moua*, בכך שהוא איננו מקרה קלאסי של אותו נוהג. ראשית, מואה לא לקח את סנג מבית הוריה. שנית, במקרה דנן סנג אמרה לנאשם "לא" אולם התכוונה ל"כן". עובדה היא משהחשה המשטרה למקום, שם פגשו את הנאשם והמתלוננת, הביעה המתלוננת את הסכמתה להישאר עם הנאשם, אולם לאחר מכן, התלוננה כנגד הנאשם, בטענה כי באומרה "לא" הרי שהתכוונה ל"לא". לאור המצב הראייתי הבעייתי אליו נקלעה התביעה, בייחוד לאור העובדה כי המתלוננת הביעה את הסכמתה בפני השוטרים להישאר עם הנאשם, הגיעה התביעה להסדר טיעון עם הנאשם.



המקרה ארע במדינת קליפורניה, שם החוק דורש כי על הטעות להיות סבירה מבחינה אובייקטיבית. לפיה, אדם סביר אשר היה שומע את מחאותיה והתנגדותה של סג, לא היה סבור כי היא הסכימה לחטיפה ולמעשה האינוס, על אף שאדם סביר משבט המונג, כן היה חושב כך.

קונפליקט זה, מצביע על הקושי שיוצרת הדרישה במספר חוקים פליליים בעולם, כי על הטעות להיות סבירה ולא רק כנה, במקרים בהם הטעות של העושה מקורה בתרבותו. יישום דווקני של מבחן סבירות אובייקטיבית, נכון ומקובל, כל עוד הנאשם הינו אדם אנגלו סקסי או אירופאי, והאדם הסביר מייצג ומשתייך לאותה תרבות כמו זו של הנאשם. אולם, כאשר מדובר בנאשם אשר שייך לתרבות מיעוט, וברצוננו לבחון ולקבוע אם טעותו היתה כנה וסבירה, הרי שאותו אדם סביר, שאינו משתייך לתרבות הנאשם, הוא למעשה דמות פיקטיבית אשר בינה לבין הנאשם אין כל דבר במשותף. מכאן שלא ברור כיצד דמותו של האדם הסביר אמורה להוות אמת מידה לכנותה וסבירותה של טעות שנעשתה על ידי נאשם המשתייך לתרבות מיעוט, כשהאדם הסביר אינו מתיימר ליצגה.

#### ה. סייג הטעות במצב המשפטי

הטעות במצב המשפטי כסייג לאחריות הפלילית אינו קיים בכל מדינה ואף באותן מדינות בהן קיים סייג שכזה, הרי שהתנאים להכרה בו שונים.<sup>103</sup> סעיף 34 לחוק

<sup>103</sup> סעיף (3) 2.04 ל-MPC, כולל סייג של טעות במצב משפטי, אלא שהסייג מונה מספר מצבים מסוימים, לפיהם תתקבל טענה של טעות במצב המשפטי. במצב זה, יהא קשה יותר לשלב טענה תרבותית, שאין בה כדי להעלות או להוריד מאותו מצב נתון, עליו הורה המחוקק.

#### 2.04 Ignorance or Mistake

(1) Ignorance or mistake as to a matter of fact or law is a defense if:

- (a) the ignorance or mistake negatives the purpose, knowledge, belief, recklessness or negligence required to establish a material element of the offense; or
- (b) the law provides that the state of mind established by such ignorance or mistake constitutes a defense.

(2) Although ignorance or mistake would otherwise afford a defense to the offense charged, the defense is not available if the defendant would be guilty of another offense had the situation been as he supposed. In such case, however, the ignorance or mistake of the defendant shall reduce the grade and degree of the offense of which he may be convicted to those of the offense of which he would be guilty had the situation been as he supposed.

(3) A belief that conduct does not legally constitute an offense is a defense to a prosecution for that offense based upon such conduct when:

- (a) the statute or other enactment defining the offense is not known to the actor and has not been published or otherwise reasonably made available prior to the conduct alleged; or
- (b) he acts in reasonable reliance upon an official statement of the law, afterward

העונשין, קובע כי אדם יישא באחריות פלילית, הגם שלא ידע על קיומו של האיסור הפלילי אותו הוא הפר, או שמא לא הבין את אותו איסור, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר. הוראה שכזו, מהווה תשובה מקדמית, לאותם מקרים בהם נאשמים המשתייכים לקבוצות מיעוט תרבותיות, יועמדו לדין בגין הפרה של החוק הפלילי, ויטענו כי לא ידעו על האיסור הפלילי אותו הם הפרו, או שמא לא הבינו את אותו איסור. נקודת ההשקה שבין האספקט התרבותי לבין הכלל הקבוע בסעיף 34 טמונה דווקא בסייג לאותו כלל, המצוי בסיפא של סעיף זה.

#### ה.1. הטעות הבלתי נמנעת באורח סביר

החריג הקבוע לכלל שבסעיף 34 רישא לחוק העונשין, מהווה למעשה את הסייג לאחריות הפלילית, לפיו אדם לא יישא באחריות פלילית אם טעותו במצב המשפטי היתה בלתי נמנעת באורח סביר. פרופ' מרים גור אריה עומדת על טיבה של אותה טעות בלתי נמנעת באורח סביר, לפיה יש לבדוק אם האדם אשר בצע את יסודות העבירה נקט בכל האמצעים הסבירים העומדים לרשותו, כדי לברר את היקף האיסור.<sup>104</sup>

#### ה.2. תרבות הנאשם כמדד להיותה של הטעות בלתי נמנעת באורח סביר

ייתכנו מקרים בהם נאשמים המשתייכים לתרבויות מיעוט, יפעלו מתוך טעות במצב המשפטי, הן משום שלא ידעו על האיסור והן משום שלא הבינו את משמעותו. טול מקרה בו אדם היגר משבט מסוים במדינת עולם שלישי לישראל, לארצות הברית או לכל מדינה מערבית אחרת, כאשר בין מדינת מוצאו למדינה אליה הוא הגר, קיים פער תרבותי ניכר. נניח כי בתקופה הראשונה לחייו באותה מדינה, בטרם הספיק להיטמע או לכל הפחות להיודע לתרבות הדומיננטית האחרת והשונה משלו, פעל על פי פרקטיקה תרבותית שהיתה מקובלת במדינת מוצאו. אותו פלוני לא ידע כי נוהג זה אסור על פי החוק הפלילי באותה מדינה אליה היגר. העובדה כי אינו דובר את השפה באותה המדינה ואינו מתקשר עם הזולת היא הנותנת כי למעשה הטעות בדבר קיומו של אותו איסור הינה בלתי נמנעת באורח סביר. אין חולק, כי טיבה של אותה טעות כבלתי נמנעת באורח סביר תלוי בנסיבות הספציפיות של הנאשם המסוים. די בכך אם נטען כי פלוני הגר יחד עם בתו כבת 20 לאותה מדינה מערבית. נניח כי בתו

determined to be invalid or erroneous, contained in (i) a statute or other enactment; (ii) a judicial decision, opinion or judgment; (iii) an administrative order or grant of permission; or (iv) an official interpretation of the public officer or body charged by law with responsibility for the interpretation, administration or enforcement of the law defining the offense.

(4) The defendant must prove a defense arising under Subsection (3) of this Section by a preponderance of evidence.

104 מרים גור-אריה "הסתמכות על עצה מוטעית של עורך דין: האם פוטרת מאחריות פלילית" עלי משפט ב (תשס"ב) 33, 44.

סטודנטית באוניברסיטה יוקרתית ולימים שניהם בצעו את אותו נוהג תרבותי. בעוד שטעותו של פלוני תהא בלתי נמנעת באורח סביר, הרי שהתוצאה כאשר לטעותה של בתו תהא שונה לגמרי. העובדה כי בתו הינה סטודנטית, דוברת שפת המדינה באופן רהוט, מתרועעת עם חברה השייכת לתרבות הרוב ומתוודעת מעצם לימודיה לנורמות שבאותה מדינה, היא הנותנת כי טעותה במצב המשפטי לא תחשב כבלתי נמנעת באורח סביר.

דוגמא אחרת קיצונית יותר עוסקת בפלוני שהינו קניבל החי בשבט נידח במקום מסוים בעולם. לאחר שקבוצה של מדענים גילתה את השבט, החליטה "לייבאו" לאחת המדינות המערביות, ושיכנה אותו במעיין "שמורה". באחד הימים נתקף פלוני ברעב, והדמות הראשונה בה הבחין הוא אחד המדענים שבשמורה. פלוני הורג את המדען ולאחר מכן אוכל את גופתו. פלוני מועמד לדין באשמת רצח, אולם טוען טענה של טעות במצב המשפטי, לפיה לא היתה לו כל דרך לדעת שאכילת בני אדם במקום זה אסורה, שכן הובא מספר ימים קודם לכן ממקום שם היה מקובל לאכול בני אדם. דוגמא זו מראה כי ההכרה בטענות תרבותיות במסגרת סייג הטעות במצב המשפטי, יש בה כדי ללמד לעיתים על טעותו הבלתי נמנעת באורח סביר של הנאשם.

#### 1. סייג אי שפיות הדעת

##### 1.1. הרציונל של סייג אי השפיות

סייג אי השפיות ממוקם ככל יתר הסייגים לאחריות הפלילית בסימן ב לפרק ה1 לחוק העונשין. אולם, סייג זה אינו דומה ליתר הסייגים, לא ברציונל העומד בבסיסו ולא בתוצאות האופרטיביות הצפויות לנופל בגדרו. מערכת האיסורים הפליליים נועדה להזהיר על מקור הסכנה הנשקפת לערכים החיוניים לקיום החברה ולהתפתחותה התקינה, להרתיע בעלי תודעה חברתית רדודה מפני הפרתם ולקבוע את אמות המידה של תגובת החברה לאי כיבודם. מבחינת הנעדר כשרות פלילית, אין משמעות לסנקציה שמציבה מערכת האיסורים הפליליים ולאמנט ההרתעה הגלום בה. סייג אי השפיות מהווה תנאי מוקדם לנשיאה באחריות הפלילית, ועניינו במי שאינו נכנס כלל לטרקלין התופעה העבריינית.<sup>105</sup>

105 ע"פ 2947/00 מאיר נ' מ"י, נר(4) 636, 646–647 (2002) (להלן: עניין מאיר). גם פלר מסווג את השפיות כתנאי מוקדם לנשיאה באחריות פלילית. ראו פלר כרך א, לעיל הערה 9, בע' 62.

## 2.1. סיווגו של סייג אי השפיות כפטור

מקובל לראות בסייג אי השפיות סייג מסוג של פטור.<sup>106</sup> התפיסה היא כי המעשה הינו אסור ואיננו מוצדק ואף על פי כן הנאשם נעדר כל אשמה. התכלית המונחת ביסוד סייג אי השפיות היא הרצון להימנע מלהעניש אדם, אשר בשל מחלת נפש או ליקוי שכלי, הוא חסר הבנה של מעשיו או חסר יכולת של ממש לשלוט במעשיו.<sup>107</sup> הבסיס המוסרי של סייג זה הוא כי אין ענישה מוצדקת ללא היבט גמולי, ואין לגמול לנאשם מבלי שיישא באחריות פלילית, כאשר אחריות זו מבוססת על יכולת קוגניטיבית או רצונית מינימאלית. לפיכך, נאשם אשר נעדר יכולת שכזו איננו יכול לשאת באחריות הפלילית, ואיננו צריך להיענש.<sup>108</sup>

## 3.1. ההבחנה בין הפגיעה ביכולת הקוגניטיבית לבין הפגיעה ביכולת השליטה

סעיף 34 ח' לחוק העונשין מבחין בין שני מצבים שונים המוחלים בגדר סייג אי השפיות. החלופה הראשונה של הסעיף עוסקת בפגיעה ביכולת הקוגניטיבית, כאשר המבחן לכך הוא מבחן הבנת טיב המעשה או ידיעת פסלותו, לנוכח מחלת הנפש או פיגור שכלי. החלופה השנייה של סעיף זה עוסקת בפגיעה ביכולת השליטה (דחף לאו בר כיבוש), כאשר המבחן לכך הוא מבחן היכולת להימנע מעשיית המעשה או המחדל.<sup>109</sup> ההבחנה האנליטית בין שני סוגים אלו של פגיעות, הקוגניטיבית מחד,

106 אחת ההבחנות הנפוצות שבין הסייגים השונים, היא ההבחנה בין הצדקים (Justifications) לפטורים (Excuses). על אף שכיחותה של הבחנה זו, נושאת היא בדרך כלל אופי תיאורטי בלבד וחשיבות מעשית חלקית. הצדק הוא מצב המצדיק, מבחינת דיני העונשין, עשיית מעשה בנסיבותיו המיוחדות, אשר עשייתו בנסיבות רגילות היתה נופלת בגדר עבירה פלילית. בסייגים מסוג של הצדק, הנוק אשר נגרם על ידי המעשה (המוצדק), נתפס ככזה אשר יש למנוע ככל האפשר, אולם תחת נסיבות מיוחדות, רואים את משקלו כפחות ערך אל מול הצורך למנוע נזק גדול יותר או לקדם אינטרס חברתי, בעל ערך רב יותר. לעומתו, סייג מסוג של פטור מאופיין בכך שהמעשה עדיין ייחשב כבלתי חוקי, אולם הנאשם פטור מאחריות פלילית בשל תנאים לפיהם הוא אינו נתפס כבעל אשמה פלילית למעשהו. בין הפטורים ניתן למנות את סייג אי השפיות, העדר השליטה, כורח ושכרות שלא מדעת ולא מרצון. לכל אחד מסייגי הפטור, ישנו מבנה פנימי זהה: ליקוי מסוים הגורם לפטור מאחריות. הליקוי הוא התנאי הלא רגיל של המבצע בעת ביצוע העבירה. עוד נטען כי הליקוי יכול להיות חיצוני (כמו בכורח) או פנימי (כמו מחלת נפש), ובעל טווח ארוך (מחלת נפש) או טווח קצר (אוטומטיזם, היפנוזה, שכרות וכדומה). אותו נאשם אינו פטור בשל הליקוי, אלא בשל תוצאת הליקוי שהיא היווצרותו של מצב בו הנאשם פטור מאחריות פלילית. כאשר מדברים על הצדק, השלכתו היא כאמור על פליליות המעשה, בעוד שמדברים על פטור, השלכתו היא על האחריות הפלילית, עקב פליליותו דווקא של המעשה. לדיון נרחב באשר להבחנה בין סייגים מסוג של פטור לסייגים מסוג הצדק ראו ג'ודי ברודר זוטי דברים (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן, תשס"ב) 217–231.

107 ע"פ 3795/97 פלוני נ' מ"י, נד(3) 103 (2000).

108 Stephen J. Morse "Excusing the Crazy: The Insanity Defense Reconsidered" 58 S. Cal. L. Rev. (1985) 777, 783.

109 קדמי, לעיל הערה 15, בע' 486.

והפגיעה ביכולת השליטה מאידך, מהווה מסגרת ראויה להבחנה בין מקרים של הגנה תרבותית אשר ניתן לסווגם לאחת הקטגוריות הללו.

#### 4.1. תוצאו של סייג אי השפיות

תוצאו של סייג אי השפיות הוא כי הליכים כנגד הנאשם יופסקו והוא יוכרז כתחליף לזיכוי כלאו בר עונשין. החוק יוצר מעמד מיוחד לנאשם אשר נקבע כי אינו בר עונשין, מעמד שאינו זיכוי ואינו הרשעה, שכן הדין הפלילי אינו מנתח את התנהגותו על פי הכלים שבהם מנותחת התנהגותו של אדם בריא בנפשו שעבר עבירה פלילית – על יסודה העובדתית והנפשי. אין תמה שהמחוקק מצא לנכון להגדיר סטאטוס ייחודי לנאשם, אשר ביצע את העבירה בזמן שלקה בנפשו, בהשתמשו במונח לא-בר-עונשין. מונח זה מבטא את מובחנותו של הנאשם חולה הנפש מנאשמים אחרים ואת הצורך להגן עליו ועל החברה מפניו באמצעים ייחודיים שמפעיל המשפט בעניינו.<sup>110</sup>

#### 5.1. שילובן של טענות תרבותיות במסגרת סייג אי שפיות הדעת

טענת ההגנה התרבותית בהקשר של אי שפיות הדעת, תבוא על מקומה באותם מקרים בהם מעוניינים אנו להכיר בליקויים נפשיים ספציפיים אשר ניתן להבינם על רקע התרבותי של הנאשם, או כאלו אשר נוצרו על רקע המעבר הטראומטי בין שתי תרבויות שונות.

כאמור, סייג אי שפיות הדעת מהווה תנאי מוקדם לנשיאה באחריות הפלילית. על מנת שסייג זה יקום יש צורך במחלת נפש אשר פגמה ביכולת הקוגניטיבית או ביכולת השליטה של הנאשם. ההגנה התרבותית, ככל שזו משולבת בסייג אי שפיות הדעת, תסוב סביב הטענה לפיה מהגרים חדשים אשר מגיעים מארץ מוצאם היישר למדינה, חווים קשיים הסתגלותיים, הגורמים לחלק מהם לליקויים או טראומות נפשיות. ככל שהמעשה הפלילי נובע מאותה טראומה או ליקוי נפשי, הרי לכאורה ניתן לטעון להגנה זו, שכן לא ניתן לנתק את המצב הפסיכולוגי של הנאשם מתרבותו, היות ושניהם שזורים זה בזה.<sup>111</sup> טענה זו מצביעה על מצב עובדתי לפיו לרוב מדובר בנאשם אשר גדל והתחנך בארץ מוצאו, בה הנורמות החברתיות והערכים שונים באופן מהותי מהערכים והנורמות החברתיות במדינה אליה הוא הגר. ישנם מצבים בהם הנורמות והערכים מוטמעים ומוטבעים באישיותו של הנאשם בצורה עמוקה, עד כדי כך שהוא אינו יכול להטמיע נורמות חברתיות שונות. במצב זה, הנאשם למעשה נעדר יכולת ממשית להטמיע את הנורמות הבאות לביטוי במשפט הפלילי של המדינה בה הוא חי, ועקב כך הוא אף נעדר יכולת של ממש להבין את הפסול שבמעשהו.<sup>112</sup>

110 עניין מאיר, לעיל הערה 105, בע' 647.

111 על טענה של פוסט טראומה כטענת הגנה משפטית ראו רבין ולבני, לעיל הערה 11.

112 סעיף 34 לחוק העונשין מדבר גם על הבנה של טיב המעשה, אולם במקרים של הגנה תרבותית, החלופה של לדעת את הפסול שבמעשה, מתאימה יותר מאשר למקרה של הבנת טיב המעשה.

הפסיקה בישראל התייחסה לביטוי "חוסר יכולת של ממש" וקבעה כי אין מדובר בחוסר שליטה מוחלטת של היכולת או חוסר הבנה וחוסר בחירה מוחלט, אלא גריעה ממשית ממנה.<sup>113</sup> אולם, הקושי העיקרי נעוץ בדרישה לקיומה של מחלת נפש, וזו בלבד, אשר תוצאותיה באות לביטוי באותו פגם קוגניטיבי או רצייטי. היה והנאשם לוקה במחלת נפש, הרי העובדה כי מקורה של מחלה זו ברקע התרבותי שלו, אינה מורידה או מעלה לעניין קיומו של סייג אי השפיות. היה והרקע התרבותי של הנאשם, גרם לליקוי או טראומה נפשית, הרי שעל פי הפסיקה הישראלית, לא די בכך, כל עוד זו לא הגיעה לכדי מחלת נפש. מכאן ששילובן של טענות תרבותיות ברכיבי סייג אי השפיות אינה אפשרית.

יחד עם זאת, יש לציין, כי לאחר תיקון 39 לחוק העונשין, ניתן לגלות בפסיקה ניצנים לתפיסה שלפיה התנאים לסייג באים לביטוי בסימפטומים המסוימים של הליקוי, ולא דווקא בעצם הגדרתה של המחלה כמחלת נפש.<sup>114</sup> היינו השאלה היא עד כמה שללו תסמיני הליקוי הנפשי שממנו סבל הנאשם את יכולתו לגבש מחשבה פלילית ועד כמה נושא הליקוי הוא פסיכוטי.<sup>115</sup>

על פי קודקסים פליליים במדינות שונות, אין צורך שמקורם של אותם פגמים יהא במחלת נפש, אלא די בליקוי נפשי. דוגמאות לכך ניתן למצוא בחוק הפלילי השווייצרי המשחרר מאחריות פלילית לא רק את מי שלקה במחלת נפש אלא גם את מי שהיה לו פגם בכוחותיו הנפשיים.<sup>116</sup> החוק הפלילי בדנמרק פוטר אף הוא מאחריות פלילית גם את מי שסובל מדפקטיביות ניכרת.<sup>117</sup> החוק הפלילי בבלגיה פוטר מאחריות פלילית את מי שאחז בו טירוף אשר שלל ממנו את האפשרות לשלוט במעשיו.<sup>118</sup> באופן דומה

113 ראו ע"פ 8220/02 ברוכים נ' מ"י, פ"ד נח(5) 724 (2004) וכן את פסקי הדין המצוטטים בפסק הדין זה, ע"פ 2788/96 אבליים נ' מ"י, פ"ד נב(3) 183 (1998) וכן ע"פ 9258/00 נטרלשוילי נ' מ"י, פ"ד נו(2) 673 (2002).

114 ע"פ 7761/95 אבו חמאד נ' מ"י, פ"ד נא(3) 245, 249 (1997).

115 ע"פ 5266/05 זלנצקי נ' מ"י, (טרם פורסם) פסק דין מיום 22.2.07, פסקות 31–32 של השופטת ארבל. כמו כן ראו מאמרם של רבין ולבני, לעיל הערה 11. רבין ולבני מאמצים את הגישה המרחיבה את תחולת הסייג לא רק למקרים בהם הנאשם לקה במחלת נפש, אלא גם למקרים בהם התקיימו סימפטומים אשר עיוותו לחלוטין את תפיסת המציאות של הנאשם, חרף העובדה כי תסמינים אלו לא היו תוצאה של פסיכוזה. הנחת מוצא זו, מהווה בסיס להכרה באירועים טראומטיים (תסמונת פוסט טראומטית) אשר עשויים להביא להופעתם של תסמינים המעוותים לחלוטין את תפיסת המציאות, והם יכולים לעמוד בקריטריונים הנוקשים של המבחן הקוגניטיבי של סייג אי השפיות, חרף העובדה שהתסמונת הפוסט טראומטית, אינה מוגדרת כפסיכוזה אלא כנוירוזה בלבד. באופן דומה "אירועים טראומטיים עשויים אף לגרום להתנהגות אימפולסיבית השוללת לחלוטין את יכולת השליטה של הפרט על מעשיו. עם זאת, חשוב לזכור, כי מקרים אלו הם חריגים יחסית, וזאת בשל הדרישה לאיון טוטאלי של יכולת השליטה או הקוגניציה".

שם, ראו סעיף 2 לפרק ה.

116 יעקב בזק אחריותו הפלילית של הלקוי בנפשו (מהדורה שלישית, 1985) 125–126.

117 שם, בע' 126.

118 שם, בע' 125.

ניתן לציין את ה ALI Model Penal Code, שגם שם הדרישה היא למחלת נפש, אולם ניתן להסתפק גם בליקוי נפשי בלבד.<sup>119</sup> בהינתן הדגש על הסימפטומים ולא דווקא על עצם הגדרת המחלה כמחלת נפש, הרי שהדבר מהווה מצע לכאורי לשילובן של טענות תרבותיות במסגרת סייג אי השפיות, מקום בו הרקע התרבותי של הנאשם גרם לתהליך נפשי מסוים, המתאפיין בסימפטומים בעלי אופי פסיכוטי.<sup>120</sup> אולם, מנגד ניתן לטעון כי מדובר באבחנה רפואית פסיכיאטרית וכל עוד הנאשם לוקה במחלת נפש או סימפטומים פסיכוטיים והוא עונה על יתר התנאים הקבועים בסעיף 34 לחוק העונשין, הרי שייקבע כי הוא לאו בר עונשין, והסיבה לעצם הגיעו למצב נפשי זה, אין בה כדי להעלות או להוריד מאחריותו הפלילית.

#### 6.1. פסק הדין בעניין גראמה

אחד המקרים הידועים בפסיקה הישראלית שבו נידון שילובו של הרקע התרבותי של הנאשם בסייג "אי שפיות הדעת" הינו פסק הדין בעניין גראמה, שהוזכר לעיל.<sup>121</sup> יוסף גראמה עלה מתימן בראשית שנות החמישים, כשהוא בן 35. הוא חי עם משפחתו בקרב קהילת יוצאי תימן ועבד כחקלאי למחייתו. גראמה למעשה חי תוך בידוד ערכי וחברתי, ככל שזה התייחס לחברה הישראלית שאינה נמנית עם בני קהילתו. המציאות היום יומית שלו היתה מושפעת מאורחות חייו ואמונותיו כפי שאלה היו במדינת מוצאו, תימן. בקהילת היהודים יוצאי תימן היתה נפוצה האמונה בכישוף, בשדים שבכוחם להזיק לבני האדם, כאשר גראמה האמין אף הוא באדיקות בכוחות אלו. במשך שנים, נאנק גראמה תחת עולו של מכשף מקומי, אשר נצ'ל את אמונתו וסחט ממנו טובות הנאה שונות בתמורה לנכונותו לוותר על איומיו להרוג את בני משפחתו של גראמה ולגרום לו נזקים שונים. אמונתו של גראמה באותו מכשף ניזונה בין השאר מהעובדה, כי גם בתימן וגם בארץ, נודע המכשף כאדם העוסק בתורת הנסתר והמרפא חולים בדרכי כישוף. גראמה האמין באמיתותם של אותם איומים, דבר שהוביל להפטר מרכושו, אלא שיום אחד לא נותר לו עוד רכוש להעביר לרשותו של המכשף, והלה פתח בסדרה של אימרות, אשר לדידו של גראמה, היו מובילות למותו המידי אילו הניח למכשף לסיימן. על מנת לסכל סכנה זו של מוות מידי וודאי בעיניו, הרג גראמה את המכשף בו במקום, והועמד לדין באשמת הריגה. פרופ' יורם שחר

119 שם, שם. מבחן ה ALI קובע כי:

"The defendant is not responsible if at the time of his conduct as a result of mental disease or defect, he lacked substantial capacity either to appreciate the criminality of his conduct or to conform his conduct to the requirements of the law." *Model Penal Code (1926); Model Penal Code and Commentaries (1980)*

120 באופן דומה, רבין ולבני משתימים את ההכרה ב"תסמונת פוסט טראומטית" כמשולבת בסייג אי השפיות. ראו רבין ולבני, לעיל הערה 11.

121 עניין גראמה, לעיל הערה 38.

מצביע על המלכוד המשפטי בו היה נתון גראמה.<sup>122</sup> גראמה לא יכול היה לטעון להגנה עצמית, שכן היה נענה כי בפועל לא היה נתון לסכנת מוות. אילו היה טוען כי טעה וחשב כי הוא נתון לסכנה שכזו, הרי שהיה נדרש להראות כי טעותו היתה סבירה,<sup>123</sup> ואילו היה עונה כי היתה סבירה בעיניו, היה נענה כי אין היא סבירה בעיני הישראלי הסביר. כתוצאה מכך, נאלץ גראמה להישען על טענת אי השפיות. גראמה אכן היה שונה מאוד מן המודל האנושי "הנורמאלי". אלא שאילו היה ישראלי "נורמאלי" משכנע את רופאיו ואת שופטיו כי פעל תוך אמונה אמיתית בשדים ורוחות ובסכנת המוות הנשקפת מאיומו של אותו מכשף, מן הסתם היה נחלץ מבית האסורים ומשוכן אחר כבוד בבית החולים.<sup>124</sup> אלא שגראמה לא היה ישראלי "נורמאלי" ועל כן בית המשפט לא שוכנע כי הוא היה בלתי שפוי ושלחו לשבע שנות מאסר בפועל. מרכזו של אותו מלכוד מתמצה בכך "שבאשר גראמה שונה מן המודל האנושי הרגיל, אין הוא זוכה להגנה המסורה למודל האנושי הרגיל בלבד, ובאשר הוא שונה מן המודל האנושי הרגיל, אין הוא זוכה לפטור מאחריות המסור למי שחריגותו עולה כדי מחלה".<sup>125</sup> גראמה, טוען פרופ' שחר, לוקה בשל המטען התרבותי שמטמיעה בו קבוצתו התרבותית, ובשל כך שהתנהג בדרך היחידה שהותירה לו תמונת העולם שהביא מבית אימו.<sup>126</sup>

יתר על כן, הישענות סניגורו של גראמה על סייג אי השפיות לא הייתה הדרך הנכונה להגן על הנאשם. מוטב היה לו לסניגור לטעון טענת הגנה של טעות במצב הדברים. היטיב לתאר זאת פרופ' מאוטנר בהבחינו בין שני מצבים: מצב בו אדם מורשע בדין משום שקיים פגם מוסרי בהתנהגותו, ומצב בו אדם מורשע משום שתפיסת הפסיקה שלו לקויה.<sup>127</sup> אליבא דמאוטנר, גראמה הורשע בדינו אף על פי שעולמו המוסרי לא היה לקוי, אפילו על פי תפיסתו של המשפט הפלילי הישראלי המכיר בזכותו של אדם להגן על חייו ועל חיי בני משפחתו הקרובים לו. גראמה הורשע משום שתפיסת הפסיקה שלו היתה שונה מהפסיקה המערבית של שופטיו והפסיכיאטרים שדנו בעניינו:

"להבדיל מהפסיקה המערבית, המאמינה כי קיימת סכנה לחייו של אדם מקום שאדם אחר עומד לשגר אל גופו קליע באמצעות כח הירי של אקדח או רובה, האמין יוסף גראמה, שקיימת סכנה לחייו מקום שאדם אחר עומד לשגר אל גופו שדים ורוחות באמצעות כוחות הכישוף שלו. הרשעתו והענשתו של גראמה

122 שחר, לעיל הערה 39, בע' 82.

123 יש לציין כי הדרישה להיותה של הטעות סבירה נבעה אז מכח סעיף 17 לחוק העונשין. דרישה זו לא קיימת לאחר תיקון 39, בסעיף 34 לחוק העונשין.

124 שחר, לעיל הערה 39, בע' 82.

125 שם, שם.

126 שם.

127 מנחם מאוטנר "שכל ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז (תשנ"ט) 11, 66.



לא היו אפוא מכוונות לתקן את מושגי ה"טוב ורע" שלו, אלא ללמדו פסיקה נכונה.<sup>128</sup>

יתר על כן, פרופ' מאטונר מסב את ליבנו לדרך בה השופט אגרנט סיפר את סיפור האירוע העומד ביסוד פסק הדין בעניין גראמה. דרך שנועדה לתמוך בתוצאה אליה הוא הגיע, לפיה גראמה היה שפוי ועל כן הוא אחראי למעשיו.<sup>129</sup> מאטונר מסביר כי פסק דינו של השופט אגרנט מושתת על שני צירים; ציר המצב הנפשי של גראמה וציר ההקשר התרבותי שגראמה חי בו. ציר המצב הנפשי הוא הציר העיקרי בו נשקלה בפסק הדין, שאלת חפותו או אשמתו של גראמה. השאלה העיקרית בה התחבט אגרנט היא אם בשעת הקטילה היה גראמה במצב פסיכוטי שמשמעו, כי גראמה פעל מתוך אי שפיות ועל כן אינו אחראי בפלילים, לבין היותו במצב נורוטי, שפירושו כי גראמה היה שפוי ועל כן אחראי למעשיו. מסקנתו של אגרנט היא כי גראמה היה נתון במצב נורוטי בלבד. מעבר לציר הנפשי המרכזי בפסק הדין, טוען פרופ' מאטונר מתפתח ציר נוסף הוא ציר ההקשר התרבותי שגראמה חי בו:

"ציר זה הוא ציר משני בדיונו של השופט אגרנט בפסק הדין, ואף על פי כן הוא מתפרץ מדי פעם לציר העיקרי של הדיון, הוא הציר הנפשי, ומבקש לכובשו".<sup>130</sup>

מאטונר מציין כי השאלה שהיתה צריכה להתעורר במסגרת הדיון בציר ההקשר התרבותי, היא אם היה ניתן להטיל אחריות פלילית לאחר שגראמה פעל בתום לב, במסגרתן של הבנות המקובלות בסביבתו התרבותית בה גדל וחי על אודות הדרך בה העולם פועל. אולם, כבר בשלב מוקדם בפסק הדין השופט אגרנט חוסם את אפשרות התעוררותה של השאלה הזאת בפסק הדין במלוא עוצמתה הנוקבת.<sup>131</sup> השופט אגרנט מסב את הדיון על הציר הנפשי:

"המערער הוא אדם הסובל מהפרעות נפשיות... הפלוגתא העיקרית... אם אותן הפרעות הגיעו לדרגה של 'מחלת נפש'. לדעתי זוהי השאלה היחידה, ששומה עלינו לפסוק בה בקשר לערעור על ההרשעה".<sup>132</sup>

היינו, השופט אגרנט מסלק את הציר התרבותי, היינו את התרבות שהתדפקה על הדלת ולא מאפשר לה להיכנס. בכך הוא מרכז את הדיון סביב הציר הנפשי, ומכריע על סמך ציר זה לבדו.

128 שם, שם.

129 שם, בע' 61-66.

130 שם, בע' 63.

131 שם, שם.

132 עניין גראמה, לעיל הערה 38, בע' 929 וכן ראו ציטוט ממאטונר, שם.

7.1. הקושי היישומי בשילובן של טענות תרבותיות במקרים של אי שפיות פסק הדין בעניין גראמה מדגיש למעשה את הקושי היישומי בשילובן של טענות תרבותיות בסייג אי השפיות. הקושי נעוץ בעובדה, שעל פי תרבותם של נאשמים אלו, אין הם לוקים במחלת נפש, אלא התנהגותם היא תוצר של אמונה כנה ואמיתית באמיתותן וממשותן של אותן אמונות (כמו אמונתו של גראמה בשדים ומכשפים). רוצה אני לומר, שבמידה ועניינו של גראמה היה נדון בתימן, הרי שאז יכול היה גראמה להישען על כל סייג רלבנטי אחר מלבד אי שפיות הדעת. יתרה מכך, גם על פי מבחנים קליניים מערביים אין נאשמים אלו לוקים במחלת נפש, שכן מדובר במי שתרבותו הכתיבה לו להאמין באמונות שונות, אשר ברבות הימים הניעו אותו לפעול בצורה אחרת ממה אשר מצופה ממי שאינו נמנה עם אותה תרבות. בכך, אין כדי להעיד על מחלת נפש, אלא כמעשה התואם מערכת של אמונות מסוימות אשר מקורן בתרבות הנאשם.

טענת אי השפיות תוכר, רק במידה ונאשם השייך לתרבות הרוב במדינה, היה מאמין באמונות אשר מקורן בתרבויות הזרות לתרבות הנאשם. במקרה של גראמה, לו היה גראמה טוען את אותן טענות, בשינוי עובדתי אחד, לפיו גראמה נולד והגיע ממדינה אשר אינה מאמינה בשדים וכישופים, הרי שאז טענת אי השפיות היתה צולחת, בתנאי שמקורה במחלת נפש. אולם אז "ניקינו" את האלמנט התרבותי מטענת אי השפיות, ולמעשה נוצרה טענה רגילה של אי שפיות הדעת ללא סממן תרבותי. במילים אחרות, שאז הרי מדובר בסייג נקי של אי שפיות נטול הגנה תרבותית.<sup>133</sup>

8.1. המסר שבהכפפת תרבות הנאשם לסייג אי שפיות הדעת ברוב המקרים ניתן להניח כי הנאשמים המעלים טענה של הגנה תרבותית הינם שפויים לחלוטין, בהתאם לסטנדרט התרבותי שלהם וכן על פי סטנדרטים קליניים מערביים. אי הכרה ברקע התרבותי כפי שהוא והשפעתו על התנהגות הנאשם, יוביל במקרים מסוימים, לעיוות עובדתי באשר למצבו הנפשי של הנאשם. יתרה מכך, יצירת הקשר בין הרקע התרבותי של הנאשם לסייג אי השפיות, במובן מסוים יש בו כדי להעליב את אותה תרבות אשר הנאשם נמנה עימה.<sup>134</sup> הכפפת טיעונים הנוגעים לתרבותו של הנאשם בהקשר של אי שפיות הדעת עלולה להשמיץ באופן סימבולי את דרך החיים האחרת של האנשים האחרים. מנקודת המבט של אותה תרבות יש היגיון במעשים: הם הגיוניים ואף לעיתים מוסריים. אם נכפיף את הרציונל של אותם מעשים ונקשור אותו

133 פרופ' ציו, דוגלת במודל הצדקי של הגנה תרבותית, כאשר אחת הטענות היא שמודל שכזה מונע שימוש בפיקציות משפטיות. לטענתה יהיו מקרים בהם השימוש בסייג של אי השפיות במקרים של הגנה תרבותית הינו בכחינת פיקציה משפטית, רק משום שלא יהיה כלי אחר מתאים יותר, לסיטואציה המשפטית הנתונה. ראו: Elaine M. Chiu "Culture As Justification, Not Excuse" 43 *Am. Crim. L. Rev.* (2006) 1317.

134 ראו: Carstens, לעיל הערה 88, בע' 1296.

במובן מסוים למחלות נפש, לא רק שהדבר יביא להעלבה ולהשמצה של אותה תרבות, אלא גם יעביר מסר שהשקפת העולם של אותן תרבויות מעוותת. לסיכום, הקביעה אם אדם מסוים לוקה במחלת נפש (משפטית) או בעל סימפטומים פסיכויטיים, היא קביעה שבפסיכיאטריה, על אף שהחלטה הסופית נתונה בידי בית המשפט. בסופו של יום, נאשם יוכל לטעון לסייג אי השפיות, אם טענה זו מגובה בחוות דעת פסיכיאטרית, ובית המשפט מסיק כי הנאשם עומד בתנאים של סעיף 34 לחוק העונשין. העובדה כי התרבות השפיעה על מצבו הנפשי אף אם זו היתה הגורם הבלעדי לכך, אינה מעלה או מורידה, לעניין קביעת האחריות הפלילית ומסקנת בית המשפט באשר למצבו הנפשי של הנאשם. יתר על כן, לא מצאתי מקרה טהור בו היתה התגוננות על פי סייג אי השפיות בשילוב של טענות תרבותיות, ומכאן אני מסיק כי יקשה לראות בסייג אי השפיות, אכסניה מתאימה לשילובן של טענות תרבותיות.

## ז. זוטי דברים

### ז.1. מהותם של זוטי הדברים

כלל זוטי הדברים, המצוי בסעיף 34 לחוק העונשין, נועד להתאים את ההגדרה הפורמאלית של העבירה הפלילית לתוכנה הענייני מבחינת סף האנטי חברתיות בה מותנית תופעה עבריינית.<sup>135</sup> במקרה של זוטי דברים, מידת האנטי חברתיות היא כה נמוכה עד שיש בה כדי להוציא את אותו מעשה מגדר ההגדרה הפורמאלית של העבירה.

### ז.2. שילובן של טענות תרבותיות במסגרת סייג זוטי הדברים

ז.2.1. מקובלותו של נוהג תרבותי, כמדד לראיית המעשה הפלילי כמצוי בתחומם של זוטי הדברים

ייתכנו מקרים, לפיהם אדם השייך לקבוצת מיעוט מסוימת, ייבצע מעשה מסוים, אשר עוד במדינת מוצאו, גילם המעשה, על יסודותיו העובדתיים והנפשיים, מעשה פלילי, אולם בשל האופי האנטי חברתי הנמוך ביחס לאותו מעשה במדינת מוצאו, הוכנס המעשה לתוך גדר הזוטי דברים. לימים, אותו אדם עובר לחיות במדינה מערבית, שם המעשה אינו נחשב לקל ערך, בשל אופייה של אותה חברה, אשר מגלמת אנטי חברתיות גבוה יותר, ביחס למעשה זה. השוני שבין רמות האנטי חברתיות המיוחסות למעשה שבין שתי התרבויות הוא זה המוציא את אותו מעשה, מגדרם של זוטי דברים ומעביר אותו למקומן של העבירות הפליליות הענישות. במקרה זה, יצטרך בית המשפט להתמודד עם טענה, לפיה מדובר במעשה קל ערך על פי תרבותו של הנאשם, ועל כן אין למצוא אותו אשם בעבירה פלילית בגין המעשה. לטעמי, יש

135 פלר כרך ב, לעיל הערה 9, בע' 615.

אכן מקום לקבל טענה שכזו בהתחשב ביתר האינטרסים המעורבים, כגון ביצוע עבירה ללא קורבן, עבירה שאינה מגלמת נזק או שהנזק הוא קטן, מעשה שהאנטי חברתיות העולה ממנו הוא גבולי שבין זוטי הדברים לבין הגדרת המעשה כעבירה ענישה. דוגמא למקרה מעין כזה ניתן למצוא בפסק הדין האמריקאי *State of Main v. Muhamad Kargar*.<sup>136</sup>

#### ז.2.2. פסק הדין בעניין *Kargar*

מוחמד קרגר היגר עם משפחתו לארצות הברית מאפגניסטן. הוא חי בארצות הברית ארבע שנים עד לקרות האירוע דנן. בנו הצעיר של מוחמד, רמדאן, נולד בארצות הברית. קרגר הואשם בשתי עבירות של תקיפה מינית חמורה לפי החוק של מדינת מיין, על כך שבשתי הזדמנויות שונות נישק את איבר מינו של בנו הקטין.<sup>137</sup> החוק במדינת מיין אוסר על כל מגע בין פה של מבוגר לבין איבר מין של ילד.<sup>138</sup> הסעיף אינו דורש יסוד של כוונה או סיפוק מיני, אלא מסתפק במודעות למעשה, כך שברגע שקרגר הודה, שאכן נישק את איבר מינו של בנו בשתי הזדמנויות הללו, הרי שהודה בכל האלמנטים של העבירה, על אף טענתו כי עשה כן כדי להראות את חיבתו ואהבתו לילדו.

ההגנה טענה שפעולתו של קרגר לא נחשבה לאסורה או מינית לפי החוק האסלאמי, ועל כן קרגר לא ידע שהמעשה שלו בלתי חוקי בארצות הברית. יתרה מכך, קרגר טען כי מעשהו נופל לגדרו של חוק ה-*De Minimis* (זוטי דברים) בשל אופיו של אותו מעשה.<sup>139</sup> טענה זו נתמכה במכתבים מפרופ' באוניברסיטת אריזונה, מנהל לשכת המידע של המוג'הידין האפגאני ואיש דת בקהילה המוסלמית של מדינת מיין, שהסבירו

136 679 A 2d 81 (Me. 1996) (להלן: עניין *Kargar*).

137 מעשה אחד התייחס לכך שבוצע כאשר בנו היה בן 9 חודשים, ומעשה אחר שבנו היה בן 15 חודשים, עת הפשיטו לפני השינה ונישק את איבר מינו של בנו.

138 Me Rev. Stat. Ann. Tit. 17-a, 253 (1)(B) (West Supp. 1988).

139 מדינת מיין היא אחת מ 5 מחוזות שיפוט אשר אימצו את חוק ה-*De minimis*. חוק זה מקורו ב M.P.C סעיף 2.12 הקובע כי:

"The court shall dismiss a prosecution if, having regard to the nature of the conduct charged to constitute an offense and the nature of the attendant circumstances, it finds that the defendant's conduct:

(1) was within a customary license or tolerance, neither expressly negatived by the person whose interest was infringed nor inconsistent with the purpose of the law defining the offense: or

(2) did not actually cause or threaten the harm or evil sought to be prevented by the law defining the offense or did so only to an extent too trivial to warrant the condemnation or conviction: or

(3) presents such other extenuations that it cannot reasonably be regarded as envisaged .by the legislature in forbidding the offense"

שנשיקה של הורה על איבר המין של ילדו, אינו נחשב כמעשה מיני, אלא למעשה תמים ומקובל בתרבות האסלאמית.<sup>140</sup>

בית המשפט קבע שמעשהו של קרגר עונה על יסודותיה של עבירת תקיפה מינית. בית המשפט קבל את הטענה לפיה קרגר לא חפש סיפוק מיני אך קבע שהכוונה אינה רלבנטית בעבירה שכזו. לגבי הטענה כי המעשה היה תמים, נקבע כי טענה זו אינה רלבנטית במסגרת חוק ה-*De Minimis*, לפיה קרגר ביסס את טענתו. טענה נוספת מצד ההגנה לפיה לא נגרם כל נזק לילד, נשללה אף היא משום שלפי סעיף (B)(1)253 לחוק, העוסק בתקיפה מינית, נזק הוא הנחה שמונחת בעצם המעשה עצמו.<sup>141</sup> בית המשפט דחה את הטענות הנוגעות לתרבות האסלאמית שקרגר הציג, והשית עליו 18 חודשים מאסר על תנאי ותקופת מבחן של 3 שנים, אליה התלוותה דרישה כי קרגר ילמד אנגלית. על אף שלא הושת עליו מאסר בפועל, לפי החוק הפדראלי הרשעה בשתי עבירות חשפה אותו לשלילת זכויות, שהחמורה מכולן היא גירושו מארצות הברית.<sup>142</sup>

קרגר ערער לבית המשפט העליון של מדינת מיין וזה בטל פה אחד את שתי ההרשעות וקבע שהקביעה של בית המשפט קמא, לפיה תרבות הנאשם אינה רלבנטית להגנתו, היא מוטעית. מטרת ה-*De Minimis* להציג דרגה רצויה של גמישות ביישום החוק.<sup>143</sup> בית המשפט ציין כי כוונת המחוקק, בעבירות של תקיפה מינית איננה למעשה תמים, כך שנגיעה תמימה, כמו במקרה דנן, אין להכיר בה כבעלת אופי פלילי.<sup>144</sup> יתרה מכך, קבע בית המשפט, כי מדובר במעשה ללא קורבן, אשר היה מקובל בתרבות הנאשם. כל אלו בתוספת התוצאות החמורות שבהרשעת הנאשם, פועלות לכיוון זיכוי של הנאשם.<sup>145</sup>

עינינו רואות, כי טענת הנאשם, לפיה המעשה שעשה, נחשב כמקובל, במדינת מוצאו, בהתחשב בעובדה כי לא נגרם כל נזק לילד, אלא ההיפך, המעשה היה ביטוי לגילויי חיבה, לרבות הנזק שהיה נגרם לנאשם, לו ההרשעה היתה נותרת על כנה, הובילו את בית המשפט ליחס את המעשה האמור לזוטי דברים. אין ספק, כי תרבותו של הנאשם, היוותה ראייה משמעותית לכך שאין מדובר במעשה בעל אופי מיני, והיא זו אשר נטלה את העוקץ העומד בבסיס העבירה של תקיפה מינית.

140 עניין *Kargar*, לעיל הערה 136, בע' 83.

141 Nancy A. Wanderer & Catherine R. Connors "Culture and Crime: Kargcar and the Existing Framework for a Cultural Defense" 47 *Buffalo L. Rev.* (1999) 829, 839.

142 שם, בע' 840.

143 עניין *Kargar*, לעיל הערה 136, בע' 83.

144 שם, בע' 85.

145 שם, בע' 85-86.

3.2.ז. ברית המילה בדת היהודית כזוטי דברים רבין וואקי מציינים דוגמא ישראלית לשילובה של טענה תרבותית ביחד עם הסייג של זוטי דברים. דוגמא זו היא ברית מילה אשר מקובלת על הציבור היהודי כולו.<sup>146</sup> מנהג ברית המילה (חיתוך באיבר המין הגברי) מקיים את יסודות ההגדרה של תקיפה כאמור בסעיף 378 לחוק העונשין. עם זאת, מסבירים רבין וואקי, שניתן לראות בכרית המילה כמעשה קל ערך המקים הגנה של זוטי דברים, וזאת לאור ארבעת התנאים של הסייג:

"הראשון, טיב המעשה. ברית המילה גורמת, לכאורה לפצע קל המגליד במהרה; השני, נסיבות המעשה – חיתוך בפיקוחה של הרבנות הראשית ובתנאים סניטריים; השלישי, תוצאות המעשה – היעדר הוכחה של נזק לטווח ארוך; והרביעי, האינטרס הציבורי הנמוך בהעמדה לדין, לאור חשיבותו של המנהג ומקובלותו בדת היהודית ובתרבות היהודית במשך 2000 שנה."<sup>147</sup>

לגישתם של רבין וואקי, לא ניתן להשקיף על ברית המילה כעל מעשה תקיפה (של המוהל כלפי התינוק הנימול) במנותק מהקשרה התרבותי והדתי. התוצאה היא כי לאור ההקשר התרבותי ושילובו עם סייג זוטי הדברים, המנהג של ברית המילה כשלעצמו, אינו מצדיק העמדה לדין או הרשעה.

סבורני כי לא ניתן להכיר במנהג של ברית המילה כנופל לגדרם של זוטי הדברים. מעשה ברית המילה, עונה על יסודותיה של עבירה חמורה יותר מאשר תקיפה לפי סעיף 378 לחוק העונשין (שעונשה המקסימאלי הינו שנתיים מאסר). מעשה חיתוך באמצעות סכין עונה על עבירה של פגיעה בנסיבות מחמירות לפי סעיף 335(א)(1) לחוק העונשין כאשר העונש הקבוע בצידה של עבירה זו הינו 6 שנות מאסר. לטעמי, יקשה לראות עבירה חמורה שכזו, כל שכן כשהיא מבוצעת כלפי תינוק חסר ישע, כעבירה קלת ערך. שנית, לא ניתן להתעלם מהעובדה כי הכותבים משתייכים לתרבות הרוב בה נהוגה פרקטיקה זו, מה שעשוי להסביר את ראיית הכותבים כמעשה כנופל לגדרו של סייג זוטי הדברים. לגישתי, מדינות אינן נוהגות להתערב בקיומה של פרקטיקה זו, הואיל ומדובר בפרקטיקה שמעמדה הוא של ציווי דתי. לגישתו של פרופ' מאוטנר:

"כאשר מדינה ליברלית שוקלת אם להתערב בפרקטיקה תרבותית של קבוצה, שיקול חשוב הוא מקורה של הפרקטיקה: האם מדובר בפרקטיקה שמעמדה הוא של ציווי דתי או שמא בפרקטיקה שהיא בגדר נורמה תרבותית בלבד."<sup>148</sup>

146 רבין וואקי, לעיל הערה 1, בע' 626–628. דוגמא נוספת אותה מציינים רבין וואקי היא מנהג הכפרות.

147 שם, בע' 627.

148 מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת (2008) 376.

ההבדל נעוץ ביחסם של בני האדם לצייווי דתי בשונה מיחסם לנורמה תרבותית. בעוד שצייווי דתי נחשב כצייווי שמקורו באל ונתפס על ידי המאמינים כמגלם אמת מוחלטת, לרבות העובדה כי אי קיום של ציווי דתי נחשב לפגיעה באל וכמלווה בתגובה עונשית על ידי האל, הרי מעמדה של נורמה תרבותית שונה. האחרונה, נתפסת בדרך כלל כמעשה ידי אדם והפרה שלה אינה צפויה לתגובה מאלוהים.<sup>149</sup> אליבא דמאוטנר, כאשר מדינה ליברלית שוקלת התערבות בפרקטיקה תרבותית, הרי שיקולים של כבוד לבני האדם המקיימים את הפרקטיקה ושיקולים פרגמאטיים מחייבים זהירות מרבית כשמדובר בפרקטיקה בעלת מעמד של ציווי דתי.<sup>150</sup> לטעמי זה השיקול העומד לנגד עינין של מדינות בעולם, בהן מתקיימת הפרקטיקה של ברית המילה על ידי קבוצות מיעוט. מסופקני, אם מדינות אלו ייאותרו להכיר במעשה זה כנופל לגדרו של סייג זוטי הדברים.

### חלק שני: ההצדקות לקיומו של מודל משולב

בחלקו הראשון של המאמר דנתי בהיבט התיאורי של המודל המשולב. במסגרת דיון זה, בחנתי את יכולתם של הסייגים לאחריות הפלילית להוות מצע וכלי קיבול להכלתן של טענות תרבותיות. בדיון הבא, אציג את היתרונות והחסרונות של מודל זה.

#### א. הרציונל לקיומו של מודל משולב

על פי המודל האמור, נאשם אשר בצע עבירה פלילית על רקע תרבותי, יחסה תחת סייג לאחריות הפלילית, בתנאי שיעמוד בתנאי הסייג. שאלת ההכרה בתרבות הנאשם בשלב זה, מצטמצמת, להבנת המקרה ונסיבותיו בעיני המשתייך לתרבות זו. המידע התרבותי הוא אמצעי חיוני, בלעדיו לא ניתן יהיה בנסיבות העניין, להגיע לתוצאה ראויה וצודקת. ראינו כי במספר מקרים, רקעו התרבותי של הנאשם מהווה רכיב מהותי להבנת מעשיו, ואמת מידה חיונית לבחינת מידת אשמתו. ככל שעקרון האשם מהווה עקרון יסוד בהליך הפלילי, העשוי לגוון את מידת הנשיאה באחריות הפלילית, הרי שהתחשבות ברקעו התרבותי של הנאשם, ככל שיש בה כדי להשפיע על מידת אשמתו, הינה בלתי נמנעת, בדרך להשגת תוצאה צודקת וראויה.

היחשפותו של בית המשפט לרקעו התרבותי של הנאשם, בִּמְקוֹם בו רקע זה הינו רלבנטי, חיונית משום שבדרך זו יכול בית המשפט להבין ולאמוד את המשמעות האמיתית של מעשי הנאשם ואת האלטרנטיבות הריאליות שהיו לו, אם בכלל. קבלה

149 שם, שם.

150 שם.

של טענה תרבותית, תהא כפופה לדיני הראיות, ומשקלה של טענה זו ייקבע בהתאם להתרשמותו של בית המשפט בדבר כנותה ואמיתותה.

בשלב הראשון על בית המשפט לבצע הרמת מסך תרבותית, במטרה להיחשף לטענה התרבותית על כל המשתמע מכך. על בית המשפט לבחון את קיומם של תנאי הסייג, מנקודת מבטו הסובייקטיבית של הנאשם העומד לדין. בשלב השני, על בית המשפט לבחון את אמיתותה וכנותה של הטענה התרבותית (בהנחה כי זו רלבנטית), בכפוף לכללים שבדיני הראיות. ייתכן כי בית המשפט לא ייחס לטענה זו משקל כלשהו בין אם שלא התרשם מכנות הטענה, ובין אם שטענה זו לא בוססה כדבעי, או משום שטענה זו נסתרה על ידי ראיות אחרות.

### ב. היתרונות בהכרה בתרבות הנאשם במסגרתו של מודל משולב

ראשית, מודל זה אינו כרוך ביצירה של "סייג" חדש, או שימוש בכלים חדשים בזירה הפלילית, והוא בר יישום ללא צורך במשאבים מיוחדים. שנית, השימוש במסגרת הסייגים לאחירות הפלילית, יעשה לאחר שהנאשם עמד בתנאים החקוקים להתקיימותו של הסייג. בדרך זו, יהיה הנאשם פטור מנשיאה באחריות פלילית, מפני שהתקיימו הנסיבות היוצרות את הסייג, ולא מעצם השתייכותו לתרבות כזו או אחרת. רקעו התרבותי של הנאשם, מסייע לבית המשפט להתבונן על האירוע הפלילי, בעיני הנאשם; היינו, לאמוד את התנהגותו על רקע אותן נסיבות ובכללן רקעו התרבותי. המודל המשולב מאפשר לבחון את התנהגות הנאשם, בנסיבות של סייג כלשהו, באספקלרית רקעו התרבותי. מודל זה אינו מעניק לנאשם הגנה אך בשל השתייכותו לתרבות מיעוט מסוימת.

שלישית, היה ויזכר כי הנאשם אכן פעל בתנאים של סייג כלשהו, הרי שהזיכוי יעביר מסר, לפיו מעשה הנאשם אסור, אולם בסיטואציה המסוימת והייחודית אליה הוא נקלע, הרי שמעשיו נופלים תחת נסיבות הפטורות בדין. המסר שיועבר לקהילה התרבותית של הנאשם, על פי המודל המשולב הוא, שהמעשה או הפרקטיקה המדוברת הינם אסורים ומגונים. העובדה כי פלוני יצא זכאי בדין, אינה משמיעה זיכוי במקרה בו אלמוני יבצע את אותו מעשה. המעשה אינו מקבל חותם של אישור, שכן מסר שכזה יחתור תחת אחת ממטרות המשפט הפלילי, להרתיע את הציבור הרחב ובפרט את בני הקהילה אליה משתייך הנאשם.

המסר שבזיכוי הנאשם על פי המודל המשולב, שונה מהמסר אשר היה עשוי להתקבל, מכח מודל של סייג עצמאי של הגנה תרבותית (מודל של הגנה תרבותית מלאה). הבסיס לזיכוי על פי מודל של הגנה תרבותית מלאה, הוא תרבות הנאשם, בניגוד למודל המשולב לפיו הבסיס לזיכוי טמון בקיומו של סייג חקוק. ההתבוננות על הסיטואציה הסייגית הינה נקודת מבטו של הנאשם המשתייך לתרבות המיעוט, באותה הדרך בה אנו בוחנים סיטואציה (מעשה ושקילות) שנעשתה במצב של



טעות במצב דברים, כאשר הטעות היא לגבי נתוני הסייג (בדומה להגנה עצמית מדומה).<sup>151</sup>

יתרון רביעי למודל זה, נעוץ בעצם היותו מודל מתון. מודל זה מוצא את דרך הביניים, להכרה ברקע התרבותי של הנאשם, עד למידה בה ניתן לפטור את הנאשם מאחריות פלילית. מחד, הוא אינו מתעלם מתרבות הנאשם מקום בו נתון זה רלבנטי לביצוע המעשה הפלילי, ואף נאות להתחשב בו עד למידה בה הנאשם יהיה פטור מנשיאה באחריות פלילית. מאידך, הוא אינו מכיר בתרבות הנאשם, כבסיס לסייג עצמאי של הגנה תרבותית. מודל המכיר ברקעו התרבותי של הנאשם אך בשלב גזר הדין, נאות להכיר בתרבות הנאשם כמידע נוסף, כמו כל נתון אחר שיש בו להקל על עונשו של הנאשם לאחר שזה הורשע. הכרסום במידת האשמה, כשהוא פועל יוצא של רקעו התרבותי, יבוא לביטוי כשיקול לקולא בענישה. אולם, לעיתים יהא הנאשם משולל כל אשמה או בעל מידה נמוכה ביותר של אשמה, כך שלא יהיה זה צודק להרשיעו ורק להקל בעונשו.

יתרון חמישי למודל זה נעוץ בכך שעל פי המודל האמור, אין מכירים בפרקטיקות פוגעניות, רק משום שהנאשם פעל מכוחן של פרקטיקות תרבותיות. מודל זה אינו מאפשר קבלה של ערכים ונורמות תרבותיות, אשר מנוגדות לערכים ולנורמות של תרבות הרוב. על פי המודל המשולב המוצע, נאשם אשר פועל על פי תכתיב תרבותי מסוים, לא יהא פטור מאחריות פלילית. היינו הפרה של הנורמות, הערכים והעקרונות המוגנים במשפט הפלילי, לא תהא פטורה מנשיאה באחריות פלילית, אלא אם כן, המקרה נופל לאחד הסייגים הקבועים בחוק. הערכים והנורמות עליהן גדל והתחנך נאשם המשתייך לתרבות מיעוט, יבואו לביטוי רק במידה והמעשה נעשה בניסיון אשר מלכתחילה המחוקק החליט לפטור מאשמה. לפיכך, מודל זה אינו מאפשר פגיעה בזכויות ובחירויות של הפרט על מזבח העקרונות, הערכים והמוסר של אותה תרבות מיעוט. על פי מודל זה, אין מקום להכרה במעשים של רצח על רקע חילול כבוד המשפחה ופרקטיקות "פוגעניות" אחרות, אשר לא נעשו בתנאים של סייג כלשהו.<sup>152</sup>

יתרון שישי למודל זה טמון בסייג זוטי הדברים, דרכו ניתן להכיר במקרים פעוטי ערך כזוטות. בדרך זו, ניתן לבית המשפט שיקול דעת לפטור נאשם מאחריות פלילית, בהתחשב ברקעו התרבותי. זוטי הדברים מאפשר להעניק פטור מאחריות פלילית, בגין פרקטיקות תרבותיות, אשר אינן כרוכות בנזק ממשי, שאינן פוגעות בזכויות

151 ראו סעיף 34 לחוק העונשין הקובע כי: "העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאימתו כפי שדימה אותו. סעיף קטן (א) יחול גם עם עבירת רשלנות, ובלבד שהטעות היתה סבירה, ועל עבירה של אחריות קפידה בכפוף לאמור בסעיף 22(ב)."

152 הווה אומר, רצח אשר נעשה על רקע תרבותי, לא יוכר, אלא אם כן הנאשם פעל על פי סייג פורמאלי קיים, שלתוכו נשלב את הטיעונים התרבותיים, מנקודת מבטו של הנאשם (או תרבותו).

אדם, והאינטרס הציבורי אינו נפגע בצורה ממשית. למעשה, סייג זוטי הדברים יכול לשמש סוג של הגנה תרבותית עצמאית, אולם רק באותם מקרים אשר אינם מעוררים אנטגוניזם ערכי ומוסרי.<sup>153</sup> הכרעה זו יש ותעשה לאחר שבית המשפט ישקול ישקלל ויאזן את מכלול הזכויות, העקרונות, הערכים, האינטרסים וההשלכות האפשריות של נשיאה באחריות פלילית בגין המעשה האמור, ומנגד, מתן פטור לנאשם בגינו. מכאן, שסייג זוטי הדברים, כמו גם שיקול הדעת של התביעה שלא להעמיד לדין בהעדר עניין לציבור,<sup>154</sup> מהווים שניהם, מסננות ראויות לפיהן ניתן למנוע העמדה לדין או מתן פטור מאחריות פלילית לנאשמים שהועמדו לדין.

### ג. החסרונות בהכרה בתרבות הנאשם במסגרתו של מודל משולב

ניתן לטעון כי מודל זה אינו חדשני שכן הוא אינו מכיר ברקעו התרבותי של הנאשם כהגנה. המודל נשען על סייגים חקוקים ולא על תרבות הנאשם. עוד ניתן לטעון, כי המודל מאפשר שיקול דעת רחב מידי לשופטים, שלא להכיר בטענות התרבותיות, וזאת בניגוד לקיומו של סייג עצמאי של הגנה תרבותית, שיחייב את בתי המשפט לדון בטענות התרבותיות ולייחד להן דיון עצמאי. בעוד ששופט פלוני יאזן להכיר במעשה מסוים כנופל לגדרו של סייג זוטי הדברים הרי שופט אחר, בעל דעות שונות, יסבור אחרת. מנגד, ניתן לטעון ששיטת המשפט הישראלית, נוהגת על פי שיטת התקדים המחייב. די בהכרעה של בתי משפט בערכאות גבוהות על מנת לחייב את

<sup>153</sup> עמדה דומה נשמעה על ידי נשיאת בית המשפט העליון השופטת ביניש בע"פ 4596/98 פלונית נ' מ"י, פ"ד נד(1) 146 (2000) (להלן: עניין פלונית). פסק הדין בעניין פלונית עסק באם אשר הכתה את שני ילדיה לצורך מטרות חינוכיות. השופטת ביניש, הצביעה על קיומן של "מסננות" בשיטת המשפט הפלילי, ובין היתר ציינה את סייג זוטי הדברים אשר יתאים לאותם מקרים בהם מדובר במכות קלות ערך, שאין זה נכון להטיל על ההורים אחריות פלילית בגינם: "בנוסף, קיימות בדין הפלילי "מסננות" מספיקות, על-מנת שמקרים קלי ערך לא ייכנסו לגדרו. כך למשל ניתן בידי התביעה שיקול-דעת שלא להעמיד לדין בהיעדר עניין לציבור (סעיף 56 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982); כן מצויה בדין הפלילי הגנת "זוטי דברים" (סעיף 34 לחוק העונשין), שאף בה יש כדי למנוע הטלת אחריות פלילית בשל שימוש בכוח קל ערך של הורה כלפי ילדו. זאת ועוד: בדרך-כלל, מעשה שאדם בעל מזג רגיל לא היה בא בתלונה עליו איננו מהווה יסוד לאחריות פלילית. לכן, לדוגמה, לא כל נגיעה שגרתית של אדם בזולתו תגרור הטלת אחריות פלילית על מבצעה, גם אם תיכנס היא, לכאורה, בגדר יסודותיה הפורמאליים של עבירת התקיפה. מובן שיחסי הורה ילד כרוכים במגע פיזי מתמיד, ועל-כן מגע פיזי שגרתית בין הורה לילדו לא יהווה בסיס לעבירה פלילית. לגישתי, ניתן לסמוך על המסננות שהזכרתי, שבאמצעותן לא תוטל אחריות פלילית על הורה במקרים קלי ערך שאינם מצדיקים אכיפה במסגרת דיני העונשין." שם, בע' 187.

<sup>154</sup> סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 קובע: "(א) ראה תובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שאין במשפט עניין לציבור; ואולם ההחלטה שלא להעמיד לדין, בשל העדר עניין לציבור תהיה באישור בעל התפקיד כלהלן....."

הערכאות שמתחתן, לקבל טענות תרבותיות כשהן משולבות בתנאי הסייגים הקיימים. עוד ניתן לציין את טיעוניה הכלליים של הגישה המתנגדת להגנה תרבותית בכל מודל שהוא. טיעונים אלו מתייחסים בין היתר לקשיים יישומיים שבהכרה בתרבות הנאשם, כגון הקושי להגדיר תרבות והקושי של בית המשפט לקבוע באילו תרבויות נתחשב לצורך הקלה בדין ובאילו לאו. קושי נוסף טמון בקביעה אילו פרקטיקות תרבותיות יזכו להתחשבות ואילו לאו ואימתי ניתן לקבוע כי תרבות הנאשם השפיעה במידה ניכרת על מעשיו ואימתי היא מהווה רק תירוץ בדיעבד למעשיו. טיעון אחר, טמון בדרישה כי יש להחיל את החוק הפלילי על כולם באופן שווה (שוויון פורמאלי) ללא הקלות על בסיס שוני גזעי, תרבותי ודתי. מנגד, ניתן לטעון כי הכרה ברקע התרבותי של הנאשם, מקום שהדבר רלבנטי לקביעת האשמה, עולה בקנה אחד עם השוויון המהותי, אשר נועד להשיג תוצאה צודקת – היינו שוויון בתוצאה.

### סיכום של דברים

הבסיס לדיון במאמר זה נעוץ בהבנת תפקידה המכונן של התרבות בחיינו. התרבות מעצבת את האמונה, ההתנהגות והתודעה של מי שנמנה עימה. היא נטמעת בנו משחר ילדותנו בתהליך של תְּרָפוּת, בו הסטנדרטים והמשמעויות מופנמות ומוטמעות באישיותנו ובדרך זו היא מעצבת את זהותנו ומתבנת את חשיבתנו ואופן התנהגותנו. לתפקיד מכונן זה של התרבות, נודעת חשיבות במסגרת ההליך הפלילי, במקרים בהם נאשם בן תרבות מיעוט מבצע מעשה פלילי, בהשפעת רקעו התרבותי. במסגרת מאמר זה בחנתי את יכולתם של הסייגים לאחריות הפלילית להוות מצע לשילובן של טענות תרבותיות, הן בהיבט התיאורי והן בהיבט הנורמטיבי. העלאתן של טענות תרבותיות במסגרת הסייגים לאחריות הפלילית, מאפשרת לנאשם להסביר את תגובתו ואת הנסיבות הספציפיות שאפפו את מעשיו. מכוחן של טענות אלו, נחשף בית המשפט לראיות רלוונטיות ובאמצעותן יכול הוא להכריע ולקבוע האם המקרה שלפניו נופל לגדרו של סייג מסוים שלקיומו טען הנאשם. בדרך זו יכול בית המשפט להעריך נכונה את נחיצותם וסבירותם של מעשי הנאשם ולאמוד בדרך זו את עצם קיומה ומידתה של אשמתו הפלילית. ההכרה בטענות תרבותיות במערך הסייגים לאחריות הפלילית, עולה בקנה אחד עם עקרון האשמה, עקרון השוויון המהותי, כללים של צדק אישי ונועדה להבטיח לנאשמים המשתייכים לתרבויות מיעוט, הליך הוגן במערכת משפטית אשר מנוהלת על ידי תרבות הרוב. הנאשם יימצא פטור בדין, לאחר שיעמוד בתנאי הסייג, ולא בשל העובדה כי הוא משתייך לתרבות כזו או אחרת. באותם מקרים בהם נטענות טענות תרבותיות במסגרת המודל המשולב על בית המשפט לפרש ולאמוד את הסיטואציה הסייגית מנקודת מבטו של הנאשם, תוך שהוא מבצע הרמת מסך תרבותית, דרכה ייחשף לתרבות הנאשם, ככל שזו רלוונטית, כנה ואמיתית.

