

המתה כפעולה עונשית לשם משטור – המתה לשם הגנה על כבוד המשפחה?

חאלד גנאים* ומרדכי קרמניצר**

מה דינה של תרבות שאינה ליברלית?...
לפני ההכרה בזכותו של הנאשם לתרבותו
יש להגן על זכותו של הקורבן על חייו ועל
שלמות גופו. על כן, לסובלנות בחברה
הרב תרבותית יש גבולות. גבולות אלו
יקבעו על ידי איזון בין הגישה הרב
תרבותית לבין הגישה הליברלית... מובן
הוא כי באיזון זה מנהגים אלימים, כגון
נקמת דם, רצח "על רקע כבוד המשפחה"
וכדומה, יוצאים אל מחוץ ל"מגרש" הרב
תרבותי. אין שום דרך לקבל מנהג תרבותי
הנוקט דרך של אלימות קשה.²

אַחַר־י שְׁלֹא שָׁעָה
לְקוֹלוֹתֶיהָ הַמְתַּחַנְנִים
שָׁב וְהִאָּהֵל רִיק
אֵין בּוֹ חַיִּים
רַק עֲנָנָה שְׁחוֹרָה
קְשׁוּרָה לְרִגְלָיו,
כִּהָ דְרָאוֹן מְשַׁפָּחָה
עָטוּף וְנִצּוֹר
בְּצִיּוֹתָהּ הַמְּלֵא,
בְּקוֹל דְּמִיָּה
הַצּוֹעֲקִים
מִן הָאֲדָמָה¹

סעיף 301א(א)(5) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שהוסף במסגרת
תיקון מס' 137 לחוק, קובע כי אחד המעשים המוגדרים רצח
בנסיבות מחמירות, שדינו ככלל מאסר-עולם, הוא מעשה המתה
ש"נעשה כפעולה עונשית במטרה להטיל מרות או מורא ולכפות
אורחות התנהגות על ציבור". המקרה הנפוץ ביותר בקטגוריה זו –
אם כי לא היחיד – הוא רצח על רקע מה שנקרא "כבוד המשפחה".

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

** פרופסור מן המניין (אמריטוס), הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים,
ועמית-מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

תודתנו נתונה לליאל פלג וליתר חברי המערכת של **משפט וממשל** על הערותיהם
והצעותיהם, שתרמו לשיפור המאמר.

1 דורון מנשה "עננה שחורה" JOKOPOST.COM (5.12.2022)
<https://jokopost.com/thoughts/39504/>

2 ע"פ 10358/08 **אזברגה נ' מדינת ישראל**, פס' 8 (נבו 16.3.2010).

רצח זה הוא חלק מן התופעה הרחבה של אלימות כלפי נשים: בנות-זוג, אחיות, בנות ולפעמים אימהות. רצח על רקע מה שנקרא "כבוד המשפחה" הוא מעשה המתה של אישה, רווקה או נשואה, בשל קשת רחבה ובלתי-מוגדרת של התנהגויות הנתפסות על-ידי הממית כלא-מוסריות וכפוגעות ב"כבוד המשפחה". התגובה הרצחנית מתבססת ברוב המקרים על חשד, ברמות שונות, בהתנהגות שאינה מקובלת על הממית.

התופעה קיימת מקדמת דנא. ביסודה עומדת אלימות שמקורה בתפיסת האישה כנחותה, כאדם שמטבע ברייתו הוא בלתי-בשל ובלתי-בוגר ואשר יכולתו לתרום לחברה היא לכן מוגבלת מאוד, וכקניינו של הבעל, האח, האב או הבן. זאת, לעומת הגבר האלים, הנהנה מעליונות פיזית ומעמדית. בהתאם לתפיסה זו, האישה חייבת בציות גמור ובהיענות לכל דרישה או נורמה הנקבעות על-ידי הגברים, וטעונה ענישה כל אימת שהיא אינה עומדת בציפיות. תפיסה זו, והאמצעים לשימורה ולביסוסה, נועדו להנציח את ההגמוניה והעליונות הגבריות ואת שליטת הגברים בנשים. השינויים הרבים שהתרחשו במחצית השנייה של המאה העשרים, בעיקר אלה הנוגעים בחיזוק מעמדה של האישה, שיפרו את מצבה מבחינת מעמדה במשפחה ובחברה, והתגבשה ההכרה כי האישה אוחזת בזכויות שוות לזכויותיו של הגבר. עם זאת, נשים עודן סובלות מאלימות בתוך המשפחה, לרבות אלימות קטלנית, וזאת בכל החברות בנות-זמננו.

רצח על רקע מה שנקרא "כבוד המשפחה" – הנופל בגדר התופעה הכללית של המתה שנעשתה כפעולה עונשית במטרה להטיל מרות או מורא ולכפות אורחות התנהגות על ציבור – הוא המתה מוחמרת, קרי, רצח בנסיבות מחמירות. במעשה זה מתקיימים מאפיינים המחמירים מאוד את המגוונות שלו, ומכאן את אשמתו המוחמרת של הממית. רצח זה הוא בגדר דחיית הסדר המשפטי הנוהג בשני היבטים מרכזיים שלו: הן מבחינת הנחת-היסוד הבסיסית והחשובה ביותר שלו, שהיא שוויון ערך האדם; אך גם מבחינת המונופול של המדינה על קביעת הנורמות ועל אכיפתן. ההמתה על רקע מה שנקרא "כבוד המשפחה" היא קריאת-תיגר על המדינה והנהגת "סדר משפטי" הנוגד את הסדר המשפטי המדינתי המחייב. זהו ההפך הגמור ממדינת חוק. אין למדינה בררה אלא לעקור מן השורש, בדחייה מוחלטת ובלתי-מתפשרת, את ההתנהלות הזו, החותרת תחת סדרי-היסוד של המדינה וערכיה הבסיסיים ביותר. נוסף על כך, המתה על רקע מה שנקרא "כבוד המשפחה" פוגעת לא

רק בחיי האישה הספציפית ובזכותה לכבוד אנושי ולשוויון, אלא גם בזכויותיהן של כלל הנשים. המדינה חייבת לספק לנשים את ההגנה שהן ראויות לה. על המדינה להעניק לנשים הנמצאות בסיכון מיוחד את ההגנה התקיפה ביותר שיש ברשותה – ובאופן ברור וגלוי – כדי להבטיח את חייהן, את זכותן לחיות חיים חופשיים ומלאים, ואת חירותן מדיכוי עריץ, המשתמש בהפחדה אכזרית במעשי רצח. היא חייבת זאת לכלל הציבור, שאם לא כן יתערער אמונו בסדר המשפטי הקיים כסדר יחיד שיש לו תקפות מעשית, ולא רק נורמטיבית. היא חייבת זאת כדי לשמר את צביונה ואופייה כמדינת חוק דמוקרטית.

הקדמה. א. מהותו של תיקון מס' 137 לחוק העונשין. ב. פינוי הדרך לקראת דיון לגוף העניין: 1. אין מדובר בחופש דת; 2. אין תחולה להגנה תרבותית. ג. רצח רגיל או רצח חמור? 1. המתה הפוגעת פגיעה קשה בסדר החברתי-המשפטי ובשלטון החוק; 2. המתה הפוגעת בערכי-יסוד של החברה ובזכויות-היסוד של נשים, לרבות הזכויות לביטחון, לחירות, לאוטונומיה, לכבוד אנושי ולשוויון; 3. גורמים מחמירים נוספים ברצח על רקע "כבוד המשפחה"; 4. המתה על רקע "כבוד המשפחה" ושיקולי הענישה הרלוונטיים. ד. האם הנסיבה המחמירה לוקה בהיקף צר מדי? ה. המושג "כבוד המשפחה". ו. סיכום.

הקדמה

הרשימה מוקדשת לשופט ג'ובראן בתודה ובהוקרה על תרומתו הייחודית למשפט הישראלי, במיוחד בשורה של פסקי-דין מונומנטליים של מיעוט, שבהם היטיב מן הרוב להגן על זכויות האדם ועל ערך השוויון, ושהם לתפארת שיטת המשפט שלנו. הרשימה דנה במופע אחד מתוך התופעה הרחבה של אלימות כלפי נשים,³ ובמיוחד כלפי בת-זוג, אחות או בת – רצח על רקע "כבוד המשפחה". מדובר במעשי המתה של אישה, רווקה או נשואה, בשל קשת רחבה ובלתי-מוגדרת של התנהגויות הנתפסות על-ידי הממית כלא-מוסריות וכפוגעות ב"כבוד המשפחה",⁴ כגון קיום יחסי מין מחוץ

3 רצח על רקע "כבוד המשפחה" נעשה לפעמים גם נגד גברים – למשל, רצח בן משפחה שמתרועע עם גברים על רקע הומוסקסואלי. טלו, למשל, את מקרהו של הנער מטמרה שמתגורר במעון ללהט"ב בתל-אביב ואשר נדקר בכניסה למעון בכוונה להמיתו בשל נטייתו המינית – יהושע (ג'וש) בריינר ובר פלג "המשטרה מחפשת אחר אחיו של הנער שנדקר ליד מעון ללהט"ב בת"א" **הארץ** (26.7.2019) <https://www.haaretz.co.il/news/law/2019-07-26/ty-article/0000017f-e838-d62c-a1ff-fc7b330b0000>. ברם, מכיוון שהרוב המכריע של מעשי הרצח נעשים נגד נשים, הרשימה תמקד בהן.

4 ראו, בין היתר, Maria Gabriella Bettiga-Boukerbout, 'Crimes of Honour' in the Italian Penal Code: An Analysis of History and Reform, in 'HONOUR': CRIMES, PARADIGMS, AND VIOLENCE AGAINST WOMEN 230 (Lynn Welchman & Sara Hossain eds., 2005)

לנישואים, התנהגות הנחשבת בעיני הממית כמופקרת מבחינה מינית (למשל, לבוש לא-הולם לדעת הממית⁵ או בילוי עם חברות עד השעות המאוחרות), נישואים בין-דתיים או בין-עדתיים,⁶ סירוב לקיום יחסי מין עם הבעל, נישואים עם גבר שאינם מקובלים על הממית,⁷ מעשים אחרים שאינם כשלעצמם בעלי משמעות מינית אך אינם מקובלים על הממית, כגון עישון, עבודה מחוץ לבית,⁸ מגורים מחוץ לבית ההורים⁹ או טיול לבד.¹⁰ התגובה הרצחנית מתבססת ברוב המקרים על חשד, ברמות שונות, בהתנהגות שאינה מקובלת על הממית.¹¹ ייתכנו אף מצבים שבהם האישה היא קורבן לעברת מין – למשל, נאנסה – וקרובי-המשפחה ממיתים אותה בשל חילול "כבוד המשפחה", אף שהחילול נעשה על-ידי גבר.¹²

התופעה קיימת מקדמת דנא. ביסודה עומדת אלימות שמקורה בתפיסת האישה כנחותה, כאדם שמטבע ברייתו הוא בלתי-בשל ובלתי-בוגר ואשר יכולתו לתרום לחברה היא לכן מוגבלת מאוד, וכקניינו של הבעל, האח, האב או הבן.¹³ זאת, לעומת הגבר האלים, הנהנה מעליונות פיזית ומעמדית. בהתאם לתפיסה זו, האישה חייבת בציות גמור ובהיענות לכל דרישה או נורמה הנקבעות על-ידי הגברים, וטעונה ענישה כל אימת שהיא אינה עומדת בצפיפות. תפיסה זו, והאמצעים לשימורה ולביסוסה, נועדו להנציח את ההגמוניה והעליונות הגבריות ואת שליטת הגברים בנשים.

באשר להתייחסות לתופעה זו בהיבט הרצחני שלה, **בחברות מערביות** היא תוארה תחילה כפשעים של תשוקה (Crimes of Passion) או כפשעים מתוך מצוקה רגשית

- 5 ע"פ 4178/10 פרג' נ' מדינת ישראל (נבו 19.8.2013).
- 6 ע"פ 5203/98 חסון נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 274 (2002); ע"פ 5305/07 חסון נ' מדינת ישראל (נבו 6.9.2010); תפ"ח (מחוזי מר') 32359-07-17 מדינת ישראל נ' קרא (נבו 14.6.2021).
- 7 ע"פ 502/10 מחאמיד נ' מדינת ישראל (נבו 22.10.2012); ע"פ 4226/11 אבו חדיר נ' מדינת ישראל (נבו 15.2.2016).
- 8 תפ"ח (מחוזי מר') 5277-02-09 מדינת ישראל נ' פרג' (נבו 18.4.2010); ע"פ 1421/10 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 18.7.2012).
- 9 ע"פ 5673/06 סבילה נ' מדינת ישראל (נבו 17.4.2008).
- 10 ע"פ 10828/03 נג'אר נ' מדינת ישראל (נבו 28.7.2005).
- 11 ראו תפ"ח (מחוזי י-ם) 851/05 מדינת ישראל נ' שקיראת (נבו 19.1.2016), העוסק במקרה שבו רצח הנאשם שתי אחיות וניסה לרצוח אחות שלישית משום שאחות אחת חיללה לדעתו את "כבוד המשפחה" ואילו שתי האחיות האחרות ידעו על זה ושתקו. ראו גם AMNESTY INTERNATIONAL, PAKISTAN: VIOLENCE AGAINST WOMEN IN THE NAME OF HONOR (AI Index ASA 33/17/99, 1999).
- 12 ראו, בין היתר, סראב אבורביעה-קווידר ונעמי וינר-לוי "המרחב הפלסטיני, הישראלי והעצמי: מבט מחודש על זירות התמודדות של נשים פלסטיניות בישראל" המשפט טז (2011) 387, 375.
- 13 ראו, בין היתר, Purna Sen, 'Crimes of Honour', Value and Meaning, in 'HONOUR': CRIMES, PARADIGMS, AND VIOLENCE AGAINST WOMEN 42 (Lynn Welchman & Sara Hossain eds., 2005).

קיצונית (extreme emotional distress), ומרכז-הכבוד עבר מהצדקה או מעין הצדקה של המעשה להתחשבות מקילה על יסוד התפרצות רגשית ופגיעה ביכולת השליטה העצמית.¹⁴ זאת, תוך שימוש במונחים כגון "המתה על רקע רומנטי" או "המתה אינטימית".¹⁵ אולם במשפט המודרני היא נחשבת המתה מוחמרת, כפי שהדבר בא לידי ביטוי במשפט הגרמני ובמשפט הצרפתי. **בחברות מזרחיות** (כגון זו הערבית) התופעה נכללת בקטגוריה של פשעים על רקע כבוד (Crimes of Honor)¹⁶ ומכונה "המתה על רקע כבוד המשפחה" (Ehrtenmord – honor/shame killing),¹⁷ ושיטות משפט שונות הכירו בה כהמתה מוקלת.¹⁸

השינויים הרבים שהתרחשו במחצית השנייה של המאה העשרים, בעיקר אלה הנוגעים בחיזוק מעמדה של האישה, שיפרו את מצבה מבחינת מעמדה במשפחה ובחברה, והתגבשה ההכרה כי האישה אוהזת בזכויות שוות לזכויותיו של הגבר. עם זאת, נשים עודן סובלות מאלימות בתוך המשפחה, לרבות אלימות קטלנית,¹⁹ וזאת בכל החברות בנות-זמננו. כאמור, אין אנו דנים בתופעה זו כמלוא היקפה, אלא כנגזרת שלה – המתה אישה "כפעולה עונשית במטרה להטיל מרות או מורא ולכפות אורחות

14 ראו THOMAS A.J. MCGINN, PROSTITUTION, SEXUALITY, AND THE LAW IN ANCIENT ROME (2nd ed. 2003); EROL RUDOLF POHLREICH, "EHREN MORDE" IM WANDEL DES STRAFRECHTS (2009). במשפט הפלילי המודרני מעשה של ניאוף לא ייחשב כלל התגרות, ומכל מקום לא יהיה בו משום קנטור מפחית אשמה. ראו מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים **הרפורמה בעבירות ההמתה (2019) לאור עקרונות היסוד של המשפט ומחקר היסטורי והשוואתי** 415–419 (2020).

15 ראו, בין היתר, Dov Cohen & Richard E. Nisbett, *Field Experiments Examining the Culture of Honor: The Role of Institutions in Perpetuating Norms About Violence*, 23 PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. BULL. 1188 (1997), הטוענים כי במערב ארצות-הברית ובדרומה יש סובלנות מוסדית רבה יותר כלפי אלימות נגד נשים על רקע כבוד, כלומר, המוסדות אינם מטפלים בתופעות אלו בתקיפות כמו בשאר החלקים בארצות-הברית.

16 ראו, בין היתר, Lama Abu-Odeh, *Comparatively Speaking: The "Honor" of the "East" and the "Passion" of the "West"*, 1997 UTAH L. REV. 287.

17 ראו Andrzej Kulczycki & Sarah Windle, *Honor Killings in the Middle East and North Africa: A Systematic Review of the Literature*, 17 VIOLENCE AGAINST WOMEN 1442 (2011); Shahrzad Mojab, *The Politics of Culture, Racism, and Nationalism in Honour Killing*, 16 CANADIAN CRIM. LAW REV. 115 (2012); Nina Sekulovic, *Uses of Culture: Debating Honor Killings Cultural Defense and Its Consequences* (Graduate Thesis, Kadir Has University, 2016), שלפיהן הניסיון לשייך את התופעה לתרבות המזרחית נועד להנציח עליונות מוסרית של המערב על המזרח.

18 כגון זו של ירדן. במשפט הטורקי המתה זו הוגדרה בעבר המתה מוקלת (סעיף 462 לחוק העונשין הטורקי משנת 1926), אולם בעקבות תיקון לחוק העונשין התופעה מכונה "המתה על-פי מנהג", שהיא רצח בנסיבות מחמירות. ראו גם POHLREICH, לעיל ה"ש 14, בעמ' 184.

19 ראו, בין היתר, Arshad Khan Bangash, Rashid Khan & Fazal Ur Rahim Marwat, *Illiteracy and Its Relation with Honour Killing in Federally Administered Tribal Areas (FATA) of Pakistan*, 10 PAKISTAN J. CRIM. 107 (2018).

התנהגות על ציבור",²⁰ שהיא ברוב המקרים המתה על רקע "כבוד המשפחה". כבר כאן יש לציין כי התופעה קיימת בחברה הישראלית הכללית ובחברה הערבית בפרט, וכי אין מדובר בתופעה נדירה.²¹

מטרת הרשימה היא לדון באחת הנסיבות המחמירות שבסעיף 301א(א) לחוק העונשין (להלן: החוק) שעניינה המתה כפעולת ענישה ממשטרית, ובייחוד בתופעה של המתה על רקע "כבוד המשפחה", ולבחון את הגיונה. תחילה נעמוד על מהות התיקון שהוסיף את הסעיף האמור לחוק, ומשם נמשיך לפינולי הדרך לקראת דיון לגוף העניין, לאחר שניווכח כי התופעה של המתה על רקע "כבוד המשפחה" אינה קשורה כלל לחופש דת ואינה זכאית כלל להגנה תרבותית. מכאן יתחיל הטיפול בסוגיית ההצדקה להחמרה מיוחדת.²² דיון זה נחלק לארבעה חלקים: המאפיינים המחמירים של התופעה הכללית של המתה כפעולה עונשית ממשטרית – הפגיעה בסדר החברתי-המשפטי ובשלטון החוק; המאפיינים המחמירים הספציפיים שבתופעה הספציפית של המתה על רקע "כבוד המשפחה" – הפגיעה בערכי-היסוד של החברה ובזכויות-היסוד של נשים; גורמים מחמירים נוספים הגלומים בתופעה של המתה על רקע "כבוד המשפחה"; בחינה של שיקולי הענישה הרלוונטיים במקרים של המתה על רקע "כבוד המשפחה". לאחר-מכן נעבור לבחינת השאלה אם הנסיבה המחמירה הנדונה סובלת מהיקף צר מדי, ואחריה יבואו דיון במושג "כבוד המשפחה" וסיכום.

20 ס' 301א(א)(5) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

21 עדו אבגר ריכוז נתונים לקראת יום המאבק באלימות כלפי נשים (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2020); ג'רי אלמו קפיטל ריכוז נתונים על אלימות במשפחה בדגש על אלימות כלפי נשים (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2021); תמר תומר-פישמן יחס בתי המשפט לשונות תרבותית: תרבות וכוח במשפט (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", האוניברסיטה העברית בירושלים 2006); מנאר חסן "הפוליטיקה של הכבוד: הפטריארכיה, המדינה ורצח נשים בשם כבוד המשפחה" דפנה יזרעאלי ואח' מין מיגדר פוליטיקה 267 (1999); אדוה סומך רצח נשים בחברה הערבית בישראל (עבודת-גמר מחקרית (תזה) לשם קבלת התואר "מוסמך האוניברסיטה", אוניברסיטת חיפה 2019). יצוין כי התופעה של רצח על רקע "כבוד המשפחה" זכתה בדיון רחב של חוקרים מתחומי מדעי החברה, כגון סוציולוגים, קרימינולוגים וכדומה, אך אין בנמצא מחקר משפטי מקיף המתייחס לכל (או לפחות לרוב) ההיבטים המשפטיים של הנושא, לרבות הגנה תרבותית, זכויות האישה, סדר חברתי-משפטי, שיקולי ענישה ועוד. זהו המחקר המקיף הראשון בנושא.

22 המאפיין של אלימות נגד הקורבן במטרה להטיל עליו מרות או מורא ולכפות עליו אורחות חיים – דהיינו, פעולה אלימה כענישה ממשטרית – הוא מאפיין מחמיר בכל תופעה פלילית. מכיוון שהמשפט הפלילי מחייב הבחנה בין הצורות השונות של המתת אדם, או לפחות מצדד בהבחנה כאמור, מאפיין זה מופיע במפורש כמאפיין מחמיר. בתופעות פליליות שאינן זוכות כלל בהבחנה או בהבחנה רחבה, כגון תקיפות, לרבות תקיפות שגורמות חבלה של ממש או חבלות חמורות, מדובר במאפיין מחמיר ענישה, שמובא בחשבון בעת גזירת העונש הקונקרטי שיוטל על העושה. באופן דומה, המאפיין של אלימות בתוך המשפחה הוא מאפיין מחמיר ענישה, בין אם הוא מופיע במפורש בחוק ובין אם לאו.

א. מהותו של תיקון מס' 137 לחוק העונשין²³

לפני תיקון מס' 137 לחוק העונשין (להלן: תיקון מס' 137) הושתתו עברות ההמתה שבחוק על המשפט העות'מאני-הצרפתי והמשפט המקובל האנגלי מלפני מאות שנים.²⁴ הן הפסיקה והן הספרות המשפטית מתחו ביקורת חריפה, למשל, על ההגדרה הרחבה מאוד של המאפיין המחמיר של כוונה תחילה, על הרכיב של העדר קנטור,²⁵ על המאפיין המחמיר של המתה תוך ביצוע עברה אחרת או תוך הכנות לביצועה של עברה אחרת,²⁶ וכן על היסוד הנפשי של עברת הרצח, אשר התבטא – למעט המאפיין של כוונה תחילה – במחשבה פלילית רגילה, לרבות קלות-דעת.²⁷ הביקורות כללו קריאות למחוקק לערוך רפורמה מקיפה בנושא.²⁸

במאי 2007 מינה שר המשפטים דאז פרופ' דניאל פרידמן את "הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה" (להלן: הצוות), שעם חבריו נמנו מומחים ממחלקת ייעוץ וחקיקה של משרד המשפטים, מפרקליטות המדינה (פלילים), מהסנגוריה הציבורית ומן האקדמיה.²⁹ הצוות הגיש את הצעתו לרפורמה באוגוסט 2011.³⁰ הממשלה אימצה את הצעת הצוות והגישה הצעת חוק ממשלתית,³¹ שהבשילה בסופו של הליך לתיקון מס' 137.³² מדובר ברפורמה מקיפה בעברות ההמתה,³³ שנכנסה לתוקף ביום 10.7.2019.³⁴

-
- 23 חוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט–2019, ס"ח 230.
- 24 על ההיסטוריה של עברות ההמתה ראו אהרן אנקר "רצח תוך ביצוע עבירה: היחס בין העבירה האחרת לעבירת גרם-המוות" **מחקרי משפט** א 1 (1980); יורם שחר "כוונת המחוקק ב'כוונה-תחילה'" **מחקרי משפט** ב 204 (1982).
- 25 ראו דנ"פ 1042/04 **ביטון נ' מדינת ישראל**, פ"ד סא(3) 646 (2006); קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 205–206.
- 26 ראו ע"פ 4711/03 **אבו זייד נ' מדינת ישראל** (נבו) 15.1.2009; ע"פ 6026/11 **טמטאווי נ' מדינת ישראל** (נבו) 24.8.2015.
- 27 שם.
- 28 עניין **ביטון**, לעיל ה"ש 25; עניין **אבו זייד**, לעיל ה"ש 26.
- 29 לאחד מאיתנו (מרדכי קרמניצר) היה הכבוד לעמוד בראש הצוות.
- 30 ראו הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה **דין-וחשבון** (2011) (להלן: **דוח הצוות**).
- 31 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ו–2015, ה"ח הממשלה 166.
- 32 ראו פרוטוקול ישיבה 396 של הכנסת ה-20, 109 (1.1.2019).
- 33 אם כי לא מושלמת, שכן חסרה בה התייחסות לתופעות כגון המתת-חסד וגרם מוות ברשלנות בנסיבות מחמירות.
- 34 ההוראות המקילות שבתיקון מס' 137 נכנסו לתוקף כבר ביום הפרסום, דהיינו, ב-10.1.2019. ככלל, אין הדבר רלוונטי לדיונו, העוסק בנסיבה מחמירה, אולם תחולה מוקדמת זו בזמן עשויה בכל-זאת לבוא בחשבון כאשר המעשה מסווג כרצח בכוונה תחילה לפי הדין הישן (שאז העונש הוא מאסר-עולם-חובה) ואילו לפי הדין החדש הוא מסווג כרצח בנסיבות מחמירות לפי סעיף 301א(א)(5) אך מתקיימות נסיבות חריגות

התיקון יצר דרגות שונות לעברות ההמתה, ובתוך כך יצר לראשונה שתי דרגות של רצח: עברת רצח כהמתה בסיסית; ועברת רצח בנסיבות מחמירות כהמתה מוחמרת. סעיף 301א, הקובע את העברה של רצח בנסיבות מחמירות, כולל אחת-עשרה נסיבות שהתגבשות אחת (או יותר) מהן הופכת עברה של רצח לעברה של רצח בנסיבות מחמירות.

לפני תיקון מס' 137 סווגו מעשי המתה על רקע "כבוד המשפחה" כרצח בכוונה תחילה.³⁵ במסגרת תיקון מס' 137 לא אימץ המחוקק את ה"כוונה תחילה" כלשונה כמאפיין מחמיר בעברות ההמתה, ובמקומה אימץ, בסעיף 301א(א)(1) לחוק, את החלופה של המתה שנעשתה "לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה וגיבוש החלטה להמית". לראשונה הוסדרה התופעה המיוחדת של המתה על רקע "כבוד המשפחה" בסעיף 301א(א)(5) לחוק, שלפיו:

הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם באחת מהנסיבות המפורטות להלן, דינו – מאסר עולם ועונש זה בלבד:

...

(5) המעשה נעשה כפעולה עונשית במטרה להטיל מרות או מורא ולכפות אורחות התנהגות על ציבור.

המחוקק (בעקבות הצוות) קבע חלופה מיוחדת זו, ולא הסתפק בטיפול באמצעות החלופה המחמירה הכללית של המתה לאחר תכנון או שקילה, וזאת מסיבות שונות. ראשית, אומנם ככלל מעשה ההמתה על רקע "כבוד המשפחה" אינו נעשה באדישות או מתוך כוונה ספונטנית, אלא לאחר תכנון ושקילה, ולכן מבחינה זו הוא נופל בגדר הנסיבה המחמירה של המתה מתוכננת או שקולה.³⁶ אולם אין בנסיבה זו כדי לבטא את מלוא החומרה שבמעשה כזה, שכן המאפיין של תכנון ושקילה הוא מאפיין כללי אשר מחמיר בדרך-כלל אך חובק גם מקרים חריגים, כגון המתה מתוך רחמים והמתה מתוך ייאוש. הווה אומר: מדובר במאפיין שאין בו תמיד החומרה של אנטי-חברתיות³⁷

השוללות את החומרה המיוחדת של האשמה (שאז סעיף 301א(ב) מתיר לבית-המשפט לשנות את התוצאה להרשעה ברצח רגיל, שבו מאסר-העולם הוא רק עונש מרבי).

35 ראו ע"פ 3768/08 סלאמה נ' מדינת ישראל (נבו 7.11.2010). ראו גם תפ"ח (מחוזי ת"א) 52905-11-16 מדינת ישראל נ' אבו סרארי 28 (נבו 1.12.2020); תפ"ח (מחוזי חי') 41291-04-19 מדינת ישראל נ' ותד, פס' 74–88 (נבו 13.10.2021); עניין קרא, לעיל ה"ש 6, בפס' 278–288.

36 ס' 301א(א)(1) לחוק העונשין. ראו עניין אבו סרארי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 36; עניין ותד, לעיל ה"ש 35, בפס' 91.

37 האנטי-חברתיות של המעשה היא יסוד מהותי של העברה הפלילית. העברה מורכבת מיסוד עובדתי, מיסוד נפשי, מהעדר סייגים מצדיקים ומיסוד האשמה, שהוא העדר סייגים פוטרים. מבחינה מהותית, העברה מורכבת משני יסודות: אנטי-חברתיות ואשמה. האנטי-חברתיות מורכבת מן היסוד העובדתי של העברה, מן היסוד הנפשי של העברה ומיסוד של "בניגוד לדין", שהוא העדר סייגים מצדיקים. מדובר ביסוד שמבטא תחילה את הפגיעה

מובהקת ושל אשמה גבוהה במיוחד. לעומת זאת, החומרה של האנטי-חברתיות והאשמה בהמתה על רקע "כבוד המשפחה" היא מובהקת במיוחד. לשם כך נדרשת נסיבה מחמירה ספציפית. שנית, היה כאן רצון לשלוח מסר ברור וחרף לחברה בדבר החומרה והמגונות המיוחדות של התופעה הכללית של המתה כפעולה עונשית ממשטר. בכל הקשור לתופעה הספציפית שנופלת בגדרה – המתה על רקע "כבוד המשפחה" – המסר הזה מכוון בראש ובראשונה לאותם גברים שהם פושעים-בכוח (במיוחד משום שלפשע הזה יש רקע אידיאולוגי), אך גם לנשים כמי שטעונות הגנה מיוחדת (משום שהן קבוצה מוחלשת, משום שהסתברות הפגיעה בהן גבוהה מהסתברות הפגיעה בקבוצות אחרות, ובשל הקושי של המדינה לספק להן הגנה לפני הרצח) וראויות לסולידריות מצד החברה והמחוקק, וכן לקהילה בכללותה, כדי לחזק את ידיהם של אלה המתנגדים למעשים אלו ומוקיעים אותם מול מי שמגלים רמות שונות של תמיכה באותם מעשים. במיוחד נדרש לחזק את המוכנות לשתף פעולה עם גורמי החקירה באמצעות הוקעה חד-משמעית וחרیפה של המעשים. המסר מכוון לחברה בכללותה גם כיסוד חשוב במאבק על שוויון מעמדן של נשים בחברה, אשר הרצח על רקע "כבוד המשפחה" פוגע בו קשות. **שלישית**, האופי של המעשה כפעולת ענישה והמטרה המלווה אותו – הטלת מרות או מורא לשם כפיית אורחות התנהגות על ציבור – מחמירים מאוד את האנטי-חברתיות שבמעשה, וממילא גם את אשמת העושה. חומרה זו מבוססת על גישה עקרונית וכללית. לכן היא חלה לא רק על המקרה הספציפי של המתה במשפחה כדי לכפות אורחות התנהגות שמרניים, אלא גם על מקרים נוספים, כפי שיובהר להלן.³⁸ **רביעית**, חומרה מיוחדת זו מצדיקה את ראיית המקרים הנדירים של המתה כזו הנעשית באדישות (דהיינו, כאשר הכוונה היא לגרום חבלה חמורה מאוד, תוך אדישות כלפי אפשרות הגרימה של תוצאה קטלנית)³⁹ או בכוונה ספונטנית כמשתייכים גם הם לקטגוריה של רצח בנסיבות מחמירות. **חמישית**, חלופה זו היא חלק מהמדיניות הכללית של החוק, שנועדה לחזק את מעמדה של האישה ולהעניק לה את ההגנה הראויה לה. ברוח זו החוק מגדיר גם המתת אישה מוכה על-ידי בן-זוגה המתעלל כרצח בנסיבות מחמירות.⁴⁰

בערך החברתי המוגן – למשל, פגיעה בחיי אדם; ואחר כך את חומרת הפגיעה – למשל, פגיעה בערכים חברתיים נוספים על חיי אדם, כגון פגיעה בשלמות הגוף ובבריאות במקרה של המתה באכזריות או המתה תוך יצירת סכנה לחיי הזולת, וכן ההמתה נושא דיונו כאמצעי ענישה לשם משטור. על האנטי-חברתיות ראו קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 232–233.

38 ראו בהמשך ליד ה"ש 108 ואילך.

39 ראו מרים גור-אריה "הרפורמה המוצעת לעבירות ההמתה במשפט הישראלי לאור עקרון האשמה" **משפטים על אתר** ה' 1, 13–14 (2013), הסבורה אחרת בעניין זה. לדעתה, מקומה של תופעה זו הוא בעברת ההריגה (המתה בפזירות) בנסיבות מחמירות, שנופלת בגדר עברת הרצח הבסיסית, שדינה מאסר-עולם כעונש מרבי.

40 ס' 301א(א)(6) לחוק העונשין.

בסעיף 301א(א)(5) מדובר בתופעה של המתת אדם כפעולת ענישה פרטית על מעשה שעשה הקורבן, וזאת במטרה להטיל מרות או מורא ולכפות אורחות התנהגות על ציבור, כלומר, יש בו גם יסודות של השפלה ופגיעה בחירות. המקרה העיקרי שעמד לנגד עיניהם של הצוות והמחוקק הוא התופעה של המתה על רקע "כבוד המשפחה", וזהו אף המקרה הנפוץ שייפול בגדר החלופה, אולם אין זה המקרה היחיד, כאמור.⁴¹ הנסיבה המחמירה מבוססת על רכיבים המגבירים את האנטי-חברתיות שבמעשה ומעצימים את אשמת העושה, והם שההמתה היא בגדר ענישה שנועדה להטיל מורא ומרות ולכפות אורחות התנהגות. נסיבה זו מתקיימת במקרה של המתה על רקע "כבוד המשפחה", אולם היא אינה חלה רק על המסגרת המשפחתית ועל יחסי גברים כעבריינים ונשים כקורבנות. כאשר עבריינים סדרתיים מחסלים אדם הנחשד בשיתוף-פעולה עם גורמי אכיפת החוק, כגון השב"כ או המשטרה, על-מנת שהציבור יראה ויירא, הרצח נופל בגדר הנסיבה המחמירה הזו. הוא הדין ברצח "חינוכי ומרתיע" של מי שנמנה עם הקהילה הלהט"בית,⁴² וכך גם במקרה שבו אדם קיים יחסי מין עם נשים מחוץ למסגרת הנישואים ובניגוד לנורמות הדתיות של קהילה, ואז אנשי הקהילה, כגון אנשי משמרות הצניעות, המיתו אותו כמעשה ענישתי שנועד להפחיד אנשים ולהרתיעם מעשיית מעשים דומים.⁴³ יש לשים לב שהנסיבה המחמירה אינה מותנית בקיומו של רקע תרבותי למעשה הרצח. אפשר שאורחות החיים שהרוצח מבקש לכפות הם אורחות חיים שאינם נהוגים, וכאמור לא נדרש שהעושה יפעל על בסיס רקע תרבותי שבו צמח או מתוך הישמעות לנורמה תרבותית.⁴⁴ לפיכך אין לזהות את הנסיבה המחמירה עם התופעה הספציפית של רצח על רקע "כבוד המשפחה".

ב. פינוי הדרך לקראת דיון לגוף העניין

לפני הדיון בהצדקת ההחמרה המיוחדת יש להסיר מן השולחן שתי טענות: הראשונה, שמדובר במעשים החוסים תחת חופש הדת; והשנייה, שחלה על מעשים אלו הגנה תרבותית.

1. אין מדובר בחופש דת

41 ראו גם גור-אריה, לעיל ה"ש 39, בעמ' 17.

42 מקרה זה יכול לקיים גם את המאפיין המחמיר לפי ס' 301א(א)(4) לחוק העונשין – "המעשה נעשה מתוך מניע של גזענות או עוינות כלפי ציבור". העובדה שמקרה מסוים עשוי להיכלל בגדר נסיבה מחמירה נוספת אינה שוללת את ההזדקקות לנסיבה המחמירה שבה עסקינן, ככל שיש בה אפיון מחמיר ייחודי שהוא ספציפי ומובהק.

43 ראו מ"ת (מחוזי י-ם) 5925-12-21 מדינת ישראל נ' זאבי (נבו 14.3.2022).

44 ראו דוח הצוות, לעיל ה"ש 30, בעמ' 12.

משפט וממשל כו תשפ"ג המתה כפעולה עונשית לשם משטור – הגנה על כבוד המשפחה?

התופעה של רצח על רקע "כבוד המשפחה" נפוצה יותר במדינות מוסלמיות, כך שניתן לטעון כאילו שורשי ההתייחסות המצדיקה או המקילה הם בדת האסלאם, קרי, כאילו דת האסלאם מתירה המתה על רקע "כבוד המשפחה" או לפחות מקילה עימה. טענה זו אינה נכונה. נהפוך הוא: דת האסלאם אוסרת במפורש המתה אישה על רקע "כבוד המשפחה", ואף מתייחסת להמתה זו דווקא כאל המתה מוחמרת.⁴⁵ אין לפיכך מקום לטענה בדבר אמונה דתית כבסיס למעשה, וממילא מתייטר הדיון בהגנה או הפחתת אחריות על בסיס אמונה דתית.

נוסף על כך, כפי שנראה בהמשך, קיומה של תופעת הרצח על רקע "כבוד המשפחה" במדינות מוסלמיות מבוסס על מנהגים תרבותיים, ולא על האמונה הדתית, ואין למזג את טענת הרקע התרבותי עם ציווי דתי. זאת, בין היתר, משום ש"יחסם של בני אדם לצייווי דתי שונה מיחסם לנורמה תרבותית", כדברי מאוטנר, ומידת החיוב הדתי וכוחו עולים בהרבה על אלה של הרקע התרבותי.⁴⁶

2. אין תחולה להגנה תרבותית

נאשם במשפט פלילי עשוי להעלות טענה בדבר הגנה תרבותית שחלה על מעשהו. יש המייחדים את האפשרות להעלות טענה זו לחברים בקבוצת מיעוט או למשתייכים לתרבות אשר זרה לתרבות הרוב,⁴⁷ ואילו אחרים אינם מגבילים אותה כך.⁴⁸ מכל מקום, לפי שתי הגישות יש לזכות את הנאשם או להפחית מאחריותו אם עשה את מעשה העברה על רקע תרבותי, ערכי הקבוצה שהוא משתייך אליה ומנהגיה. זאת, בתנאי שהנאשם אכן התחנך בפועל בתרבות זו וספג אותה, ושהטענה נטענת בתום-לב.⁴⁹ העמדה הרווחת בספרות המשפטית היא שהגנה זו אינה מוכרת במשפט הישראלי בטענה העומדת לעצמה ושחלה על העברות הפליליות, להבדיל מהאפשרות להביאה

45 רצח על רקע "כבוד המשפחה" בשריעה האסלאמית אינו הנושא של מחקר זה, ולכן לא יזכה כאן בהתייחסות מורחבת, מהגם שדת האסלאם מתייחסת כאמור להמתה זו כאל המתה מוחמרת. לדיון בסוגיה זו ראו עבדאלכרים עבאס **רצח על רקע "חילול כבוד המשפחה" בראות הדין השרעי** (עבודת-גמר מחקרית (תזה) לשם קבלת התואר "מוסמך האוניברסיטה", אוניברסיטת חיפה 2020); AMIN A. MUHAMMAD, PRELIMINARY EXAMINATION OF SO-CALLED "HONOUR KILLINGS" IN CANADA 20–21 (Family, Children and Youth Section, Department of Justice Canada, 2010).

46 מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** 376 (2008). להבחנה בין רקע תרבותי לבין ציווי דתי יש סיבות נוספות. אחת מהן נעוצה בעובדה שהדתות – לעומת התרבות, שהיא סופגת-כל – מפעילות מסננות נורמטיביות משמעותיות, ויש להן זיקה חזקה למוסר.

47 ראו יורם רבין ויניב ואקי **דיני עונשין** כרך ב 1035 (מהדורה שלישית 2014).

48 ראו Kent Greenawalt, *The Cultural Defense: Reflections in Light of the Model Penal Code and the Religious Freedom Restoration Act*, 6 OHIO ST. J. CRIM. L. 299 (2008).

49 ראו רבין וואקי, לעיל ה"ש 47, בעמ' 1035–1036.

בחשבון במסגרת בחינת התקיימותם של יסודות העברה או התקיימותן של דוקטרינות משפטיות מקובלות, וגם זאת בהקשרים ספציפיים בלבד.⁵⁰

במשפטים אחדים⁵¹ העלו הסנגורים את טענת ההגנה התרבותית, בגורסם כי הממית פעל על-פי מנהג תרבותי של החברה שלו. לדידם, הרקע התרבותי של המעשה מפחית את האנטי-חברתיות והאשמה של הנאשם, ולכן פועלו אינו מבטא את ההמתה החמורה במיוחד, והוא זכאי לפיכך להתחשבות מקילה הן בהכרעת הדין, כך שההרשעה לא תהיה בהמתה מוחמרת, והן בענישה שתיגזר עליו, שתהיה פחותה. נוסף על כך, הממית פעל לשם הגנה על כבוד המשפחה, קרי למטרה חיובית, והחיוב שבמטרה מפחית את מידת הראויות לגינוי, ובהתאמה – את מידת אשמתו. יתרה מזו, המנהג התרבותי יצר לחץ חברתי על העושה להמית את הקורבן, אשר הקשה עליו את הציות לחוק, ולכן האשמה שלו פחותה.

דינן של טענות אלו להידחות. התחשבות מקילה בהגנה התרבותית נשללה מפורשות במשפטנו בהקשר של עברת הרצח ועברות אחרות הפוגעות בפרט, כפי שעולה מדבריו של השופט ג'ובראן שצוטטו בפתחו של מאמר זה.⁵² גם פרופ' גור-אריה, שמייחסת חשיבות להגנה התרבותית כמפחיתת את האשמה הפסיכולוגית, שוללת את ההתחשבות בהגנה זו בהקשר של המתת אדם, וזאת מטעמים נורמטיביים.⁵³

מעבר לדרוש נזכיר כי גם במקום צמיחתה של ההגנה התרבותית – ארצות-הברית – היא מופיעה בעיקר בכתיבה אקדמית. מידת השפעתה על הפסיקה שולית, והיא שולית אף יותר, עד כדי זניחה ממש, כאשר מתייחסים אליה כטענה העומדת ברשות עצמה.⁵⁴

50 ראו, בין היתר, גיא בן דוד "שילובן של טענות תרבותיות במערך הסייגים לאחריות הפלילית: מודל משולב" מאזני משפט 201 (2010); רבין וואקי, לעיל ה"ש 47, בעמ' 1035 ואילך; ליאון שלף "הגנה עניינית על 'הגנה תרבותית' – על המשמעות הממשית של רב-תרבותיות" סוציולוגיה ישראלית ד 87 (2002).

51 ראו עניין אזברגה, לעיל ה"ש 2; עניין נג'אר, לעיל ה"ש 10; ע"פ 6327/10 אבו מוסטפא נ' מדינת ישראל (נבו 17.7.2012); ע"פ 8828/08 ניאזוב נ' מדינת ישראל (נבו 3.2.2011); ע"פ 6313/11 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 1.12.2013); ת"פ (מחוזי מר') 17477-03-09 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו 9.5.2010); תפ"ח (מחוזי חי') 3005/06 מדינת ישראל נ' סלאמה (נבו 23.1.2008); ת"פ (מחוזי מר') 45648-02-12 מדינת ישראל נ' נאסר (נבו 9.8.2012).

52 עניין אזברגה, לעיל ה"ש 2.

53 ראו גור-אריה, לעיל ה"ש 39, בעמ' 17–19.

54 טלו את פסק-הדין האמריקאי בעניין People v. Kimura, No. A-091133 (L.A. Super. Ct. 1985), אשר פתח למעשה את הדיון בטענת הרקע תרבותי של העושה, ואף מוצג כבסיס להכרה בהגנה תרבותית כעילה לענישה מקילה. באותו מקרה דובר באישה יפנית שנולדה ביפן, שהתגוררה אומנם בארצות-הברית במשך ארבע-עשרה שנים אך דיברה בבית יפנית, ואשר הקשר החברתי שלה היה רק עם הקהילה היפנית, כלומר, היא נשארה נטועה בתרבות היפנית. לאחר שגילתה כי בעלה בגד בה במשך שלוש שנים, היא החליטה להתאבד ו"לקחת עימה" את שני ילדיה הקטנים. היא עצמה ניצלה, אולם ילדיה טבעו למוות. מעשה זה מבטא מנהג יפני בשם Oyako Shinju, שלפיו האישה הנבגדת – כמי שאיבדה את כבודה ואת טעם חייה – מתאבדת תוך שהיא "לוקחת עימה" את ילדיה, כדי

גם מי שתומכים בטענת ההגנה התרבותית⁵⁵ אינם מעניקים לה מקום מעבר לנתון שיש לעמוד היטב על משקלו בכל מקרה לפי נסיבותיו ולשקללו מול אינטרסים ציבוריים נוגדים. לא בכדי אי־אפשר למצוא בשיטות המשפט השונות את ההגנה התרבותית בין הסייגים לאחריות פלילית, ואף לא בפירוט של נסיבות מקילות. תמונה דומה עולה גם משיטות משפט שהכירו בתרבותו של העושה כמאפיין מקל אולם מאוחר יותר דחו את ההכרה הזאת, דוגמת המשפט הגרמני⁵⁶ והמשפט הטורקי.⁵⁷ גם לחסידי ההגנה

להצילם מחיים שאינם ראויים. על מנהג זה וההסברים לכך ראו Alison Matsumoto, *A Place for Consideration of Culture in the American Criminal Justice System: Japanese Law and the Kimura Case*, 4 J. INT'L L. & PRAC. 507 (1995); Julia P. Sams, *The Availability of the "Cultural Defense" as an Excuse for Criminal Behavior*, 16 *GA. J. INT'L & COMP. L.* 335, 348 (1986). האישה הורשעה בהריגה רצונית (voluntary manslaughter) – עברה שעונשה בין שלוש לאחת־עשרה שנים – וזכתה, במסגרת הסדר־טיעון, בענישה מופחתת של שנת מאסר, חמש שנות מבחן וחובה לעבור טיפול פסיכיאטרי, וזאת בהסתמך על חוות־דעת פסיכיאטרית שבה נטען לאי־שפיות זמנית, בהתחשב ברקע התרבותי של הנאשמת. במקרה זה ההשפעה של המנהג היפני היא מוגבלת, שכן הטעם המשפטי שניתן להקלה בעונשה היה אי־שפיות זמנית. זאת ועוד, ביסודו של דבר מדובר בהמתה מתוך ייאוש, אשר נחשבת – גם ללא קשר למנהג כלשהו – כמקרה של אשמה פחותה מאוד, המצדיקה הקלה ניכרת בעונש. ניתן לראות את השפעת המנהג בהענקת הַכוּונה לאישה, מבחינתה, לפעול כפי שפעלה, וכביסוס ראיתי להַגְיֵעה הייאושית שהובילה אותה לנסיון ההתאבדות ולהמתת ילדיה. ראו רבין וואקי, לעיל ה"ש 47, בעמ' 1034–1035. במשפט הישראלי מקרה כזה נתפס כהמתה מתוך ייאוש, שראויה להקלה. ראו קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 340; מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים "המתת המתעלל – המתה בנסיבות של אחריות מופחתת, לפי סעיף 301(א) ספר נאור (צפוי להתפרסם). ראו גם ע"פ 4688/09 ראב נ' מדינת ישראל (נבו) 29.12.2009, שבו הורשע הנאשם בניסיון לרצוח את אימו, שהייתה חולה במחלות רבות, מתוך רחמים ותסכול. העונש שהוטל עליו היה שנת מאסר אחת.

55 ראו *The Cultural Defense in the Criminal Law*, 99 HARV. L. REV. 1293 (1986).

56 הפסיקה הגרמנית קבעה בעבר כי בדיקת המגוונות המיוחדת הנדרשת בעברת הרצח מתחשבת בשיקולים רבים, לרבות המנהגים והתפיסות של העושה, ולכן ייתכן שבמעשה מסוים המגוונות המיוחדת אינה מתקיימת אף שאותו מעשה, אילו נעשה על־ידי גרמני, היה מגונה במיוחד. ראו, Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] Jul. 10, 1980, NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT [NJW] 2194, 1980 (Ger.); Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] Jan. 19, 1983, NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT [NJW] 55, 1983 (Ger.); Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] Jun. 6, 1997, STRAFVERTEIDIGER [StV] 565, 1997 (Ger.). מאוחר יותר, בסוף שנות התשעים של המאה העשרים, תיקן המשפט הפלילי הגרמני את עצמו, וחזר אל העמדה שלפיה השיפוט הנורמטיבי (להבדיל מתפיסת המציאות של העושה ומההשפעות התרבותיות על מצבו הרגשי) הוא של השיטה עצמה, ואין מייבאים לתוכה נורמות אחרות שאינן מקובלות עליה. נקבע כי "אמת־המידה היא השקפות הקהילה המשפטית של גרמניה, ולא השקפותיה האתיות של קבוצה אתנית שאינה מכירה בערכיה המוסריים והמשפטיים של קהילה משפטית זו". ראו Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] BGH NJW 2004, 1965; Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] Jan. 10, 2006, [NJW] 1008, 2006 (Ger.); Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] BGH

התרבותית כטענה עצמאית⁵⁸ ברור שכאשר באים לשקול אם להכיר בה יש חשיבות מובהקת לחומרת העברה ולאופייה – למשל, אם מדובר בעברה ללא קורבן, כגון שימוש בסמים קלים על רקע תרבותי, או שמא מדובר בעברה שגרמה נזק גופני או נפשי לאדם. כאשר מדובר ברצח של אדם (המתה של אדם בכוונה או באדישות) ובנסיבות שבהן יש חשיבות רבה להרתעה, ההגנה התרבותית נסוגה, גם לפי חסידיה, מפני חובת השמירה על הסדר הציבורי.

זאת ועוד, כאשר בוחנים את הרציונלים המצדיקים תמיכה בפלורליזם תרבותי – העשרת התרבות, קידום שוויון בין קבוצות חברתיות שונות, מחויבות של החברה לחירות, מחסום בפני עריצות – מורגש מייד שהמקרה שבו עסקינן ממוקם לחלוטין מחוץ למגרש. הפחתת אחריות במקרה זה לא רק שאינה מקדמת תכליות אלו, אלא היא סותרת אותן. לדעתנו, הנורמות העונשיות, בוודאי אלה הנובעות מן האמנה החברתית ומחובת המדינה להגן על הפרט, משקפות את התנאים ההכרחיים לקיומה של החברה ולהתפתחותה לפי כללי החברה המקובלים והשקפות הרוב הדומיננטי בה.⁵⁹ מכיוון שעמדות ומנהגים תרבותיים יכולים להיות מגוונים מאוד ולבטא תפיסות חברתיות ונורמטיביות שונות מאוד, המשפט הפלילי אינו יכול להכיר ברקע התרבותי של העושה כבסיס עצמאי להקלה בענישה. גישה אחרת תבטא חוסר אחריות חברתית ורלטיביזציה מרחיקת-לכת של ערכים ונורמות כלליות.⁶⁰ הרב-תרבותיות חייבת למצוא את מקומה בקומה השנייה, על בסיס מה שמצוי ביסודות ובקומה הראשונה, שהוא המינימום ההכרחי לקיום כלל-חברתי בצוותא. המינימום הזה הוא גם הדבק המאחד את כלל התרבויות השונות. בלעדיו הסדר החברתי-המשפטי צפוי להתפורר. לכן, בהתאם לגישה הרווחת בתפיסה הרב-תרבותית הליברלית, הזכות לתרבות, לרבות מנהגים, טעונה בחינה נורמטיבית. ככלל, היא עשויה לזכות בהתחשבות כל עוד היא מכבדת את זכויות הזולת ואינה נאכפת באמצעי אלימות.⁶¹ תפיסות ומנהגים תרבותיים הסותרים את הליכה

NSfZ 2006, 286, 288; WERNER BAUMEISTER, EHRENMORDE: BLUTRACHE UND
ÄHNLICHE DELINQUENZ IN DER PRAXIS BUNDESDEUTSCHER STRAFJUSTIZ 54 (2007)

57 לפי ס' 11(1)82 לחוק העונשין הטורקי משנת 2004, המתה על רקע "כבוד המשפחה" היא המתה על-פי מסורת או מנהג, הנחשבת רצח בנסיבות מחמירות.

58 ראו לעיל ה"ש 55.

59 ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 43, 51–52 (1984). ראו, לעומת זאת, מאוטנר, לעיל ה"ש 46, בעמ' 152–153.

60 ראו בן דוד, לעיל ה"ש 50, בעמ' 231; רבין וואקי, לעיל ה"ש 47, בעמ' 1035 ואילך; שלף, לעיל ה"ש 50. ראו גם את הדיון אצל Alison Dundes Renteln, *A Justification of the Cultural Defense as Partial Excuse*, 2 S. CAL. REV. L. & WOMEN'S STUD. 437, 482–85 (1993).

61 ראו אמנון רובינשטיין "שקיעתה, אך לא מותה, של הרב-תרבותיות" הפרקליט מט 47, 59–60 (2006); שלף, לעיל ה"ש 50, בעמ' 96. על ההתנגשות בין זכויות אדם לבין תרבות ראו גם, Unni Wikan, *Culture: A New Concept of Race*, 7 SOC. ANTHROPOLOGY 57, 63–64 (1999).

הערכית-ההומניסטית של החברה – ובראש ובראשונה את שוויון ערך האדם, חייו, חירותו וכבודו – ובוודאי כאלה המציבים תפיסה ליבתית נוגדת לא יזכו בהתחשבות מקילה. נראה כי עדיפותה המוסרית של התפיסה הליברלית עולה מן האופי האוניוורסלי, האינקלוסיבי (שאינו מדיר איש או אישה) והשווה של ההגנה על זכויות לפי תפיסה זו. עמדות גזעניות או מעין-גזעניות (שמתייחסות לקבוצות שאינן נכללות בהכרח בהגדרה של גזענות) הן דוגמה מובהקת למה שאינו בא בחשבון להקלה.

נוסף על כך, לא יוכל לזכות בהקלה מי שתובע לעצמו מה שהוא שולל מאחרים, כלומר, מי שתובע לעצמו התחשבות בתפיסתיו שלו, על יסוד תפיסה של סובלנות, בעודו נוקט עמדה אנטי-סובלנית קיצונית וכופר בזכותם של אחרים לתפיסות שונות משלו, לא כל שכן כאשר הוא מבקש לכפות את תפיסתו על אחרים בכוח ובאלימות קטלנית.⁶² כאשר מדובר בתפיסות או מנהגים הסותרים את הגרעין הערכי הקשה של המדינה, את לב ליבתה, אי-אפשר לפקפק בכוחה של המדינה לעמוד על מה שחיוני ויקר בעיניה.⁶³ במקרים אלו⁶⁴ שיקולים מן הסוג של מתן כבוד לתרבות שונה וצורך לשמר ולקיים אותה נהפכים לשיקולים זרים שאינם לעניין. נדרש ההפך הגמור מזה, ובכלל זה ביעור של מה שנמצא בסתירה מובהקת לעיקרי העיקרים. גישה אחרת תעניק מעין לגיטימציה ועידוד למה שראוי לשלילה גמורה. זאת ועוד, המדינה אינה מוסמכת כלל לפחת בחשיבותן ובערכן של זכויות-היסוד של הקורבנות, שכן היא חייבת להגן עליהן, לטפחן ולקדמן. קולעים לעניין זה דבריו הבאים של השופט ג'ובראן:

מנהג תרבותי שיש בו פגיעה בערכי יסוד בסיסיים אלו אינו מקובל בחברה ליברלית רב תרבותית... ויש לנהוג כלפיו בגישה של אפס סובלנות. אשר על כן, כאשר נטען כי גילוי אלימות נעשה על רקע תרבותי, אין מקום ליתן לכך משמעות במסגרת הדין הפלילי, וזאת מכיוון ש"המשפט הפלילי מהווה את הגבול העליון של הסובלנות, אשר מעבר לו התחשבות וסובלנות כלפי תרבויות לא ליברליות ולא סובלניות אינן בגדר הרצוי"..." אסור לתת לגישה הרב תרבותית לגבור על ערכים ליברלים בסיסים, ואין מקום לשמר ערכים שאינם הולמים זכויות אדם בסיסיות ובראשם את קדושת החיים ושלמות הגוף. "ברור הוא כי טיעון בדבר שונות ויחסיות תרבותית אינו יכול להיות מעטה להכפפתה של

62 ראו גם גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת-ישראל" **עיוני משפט** כז 23, 39–70 (2003). קל יותר להתחשב לקולא במי שמבקש התחשבות לעצמו, דוגמת סרבן מטעמי מצפון, לבין מי שחותר להשליט בכפייה את עמדותיו על החברה כולה או על חלק ממנה.

63 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 46, בעמ' 161.

64 לגבי ההיתכנות של תרבויות גזעניות ועברייניות.

קבוצה באוכלוסיה ולדיכוייה... ובוודאי לא להוות הצדקה לקלות הבלתי נסבלת של נטילת חיי אדם בשמו של ערך זה...⁶⁵

גם מנקודת-הראות של התרבות שהמעשים נעשים בשמה, שימור מנהגים רצחניים אינו עושה עימה חסד, שכן אלה מנהגים פסולים שמכפישם את התרבות ומוציאים לה שם רע. תרבות שמעצימה את השם הטוב ומציבה אותו מעל חיי אדם, שהוא הערך החברתי החשוב ביותר שהחברה והמשפט מכירים, היא תרבות שמבזה את עצמה. מנהג פסול כזה הוא לרועץ לתרבות הזו. יוצא אפוא שאין כלל מצע של ממש להתחשבות מקילה ברקע התרבותי שממנו יוצאות הרציחות הללו.

אף אם נתעלם מכל מה שנאמר עד עתה ונניח כי יש בסיס מוצק להכרה בהגנה תרבותית כמפחיתה מאחריות ברצח,⁶⁶ אין מקום להכיר בכך בהקשר של מעשי רצח לשם "כבוד המשפחה" הנעשים בחברה הערבית בישראל. הצדקה חזקה להכרה בהגנה תרבותית מתקיימת כאשר מדובר במי שפועל על בסיס מה שנתפס בעיניו (בטעות) כנורמה המשפטית המחייבת, דוגמת הזר אשר זה מקרוב בא לחברה או הבדווית הצעירה הנטועה לחלוטין בתוך תרבותה.⁶⁷ הווה אומר: כאשר המעשה אסור מבחינה

65 עניין **אזברגה**, לעיל ה"ש 2, בפס' 8. ראו גם עניין **נג'אר**, לעיל ה"ש 10, בפס' ד(4)(ו)6; עניין **אבו מוסטפא**, לעיל ה"ש 51; עניין **ניאזוב**, לעיל ה"ש 51, בפס' 25; ע"פ 6313/11, לעיל ה"ש 51, בפס' 17; ת"פ 17477-03-09, לעיל ה"ש 51, בפס' 11; תפ"ח **סלאמה**, לעיל ה"ש 51, בפס' 24; עניין **נאסר**, לעיל ה"ש 51, בפס' 10.

66 בהקשר זה יש לציין כי קיים פוטנציאל של שימוש לרעה בהגנת התרבות בהמתה על רקע "כבוד המשפחה". כך, למשל, חוק העונשין הטורקי סיווג עד שנת 2004, בסעיף 462, המתה על רקע "כבוד המשפחה" כהמתה בנסיבות מקילות, שזוכה בהקלה משמעותית בענישה. המציאות בטורקיה הייתה שגברים רבים שרצו להתגרש ונתקלו בסירוב של נשותיהם לגירושם בימו פגיעה ב"כבוד המשפחה". בעליהן של הנשים יצרו קשר עם גברים זרים ושידלו אותם להגיע ולהיכנס לחדר השינה של האישה. אחרי שהבמה הוכנה וההצגה הועלתה, הופיע "לפתע" בעלה של האישה, שהגיע כביכול "באקראי" לבית. הוא "נרעש" מן המחזה שנגלה לעיניו, המית לאלתר את אשתו, ואחר כך טען כי עשה זאת למען "כבוד המשפחה". ראו HAKAM HAKERI, DIE TÜRKISCHEN STRAFBESTIMMUNGEN ZUM SCHUTZ DES LEBENS DER PERSON IM VERGLEICH MIT DEM DEUTSCHEN RECHT 133 (1997).

יתרה מזו, ההגדרה הרחבה של תרבות עלולה לאפשר העלאת טענות אבסורדיות, טענות-סרק או טענות שראוי שלא יועלו כלל. קל למבצע של רצח או מעשה אלימות לטעון כי עשה זאת על רקע תרבותו. כך, למשל, סיפרה האנתרופולוגית הנורווגית המפורסמת אוני ויקן, שהופיעה במשפטים רבים: "A different type of call comes from some lawyers who phone and say: 'I have this client. He has beaten his wife (or murdered a man or something), but I understand it's his culture that... Would you please appear in court as an expert witness for the defence and say that?' And when I say I will not, this is not a question of culture, the lawyer usually proceeds: 'But do you think we can find somebody else who will say that this is his culture?' To which my answer is 'Certainly!'". ראו Wikan, לעיל ה"ש 61, בעמ' 57 (ההדגשה במקור).

67 ראו ע"פ 2130/95 **בשיר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(3) 456 (1997), שעסק במקרה של צעירה בדווית שהתגוררה במאהל מבודד, מנותק מהעולם החיצוני, יחד עם אחיותיה, דודה, אשתו השנייה של אביה ושלוש ילדיה של אותה אישה. חייה של הצעירה נוהלו

משפטית אך מנהג של קהילה מתיר אותו, כגון מילת נשים בקרב קהילות באפריקה, והעושה שהיגר זה מקרוב מחזיק בתרבות זו וסובר בטעות שמעשהו מותר, יש מקום להידרש לטענת טעות במצב משפטי.⁶⁸ אולם הרף שהכרה כזו מחייבת – במיוחד לשם פטור אך גם לשם הקלה בעונש – הוא רף נורמטיבי גבוה. יש לבחון לפיו אם נשללה (במקרה של פטור) או צומצמה במידה משמעותית (במקרה של הקלה בעונש) הציפייה המשפטית-החברתית שהעושה יכיר את הדין במדינה שבה הוא נמצא. ברור לעניין זה ההבדל בין מהגרים מקרוב באו, שאינם מכירים דיים את השיטה המשפטית החדשה מבחינתם, לבין מי שנולדו וגדלו במדינה, דוגמת הרוצחים הישראלים למען "כבוד המשפחה", שהם אזרחים ותיקים במדינה ועברו בה חבורות (סוציאליזציה). הללו חפים מכל טעות, ויודעים היטב כי מדובר במעשה פשע חמור ביותר. המקרה הפרדיגמטי השני הוא של מי שעבר חבורות עמוק בתרבות שבה המעשה שהוא עושה מתחייב מבחינה מוסרית, עד כדי כך שהוא מצדיק בעיניו את הפרת החוק. קשה לומר שהתיאור הזה הולם מי שהתחנכו בבת-ספר ישראליים ועברו חבורות בחברה הישראלית-הכללית במקביל לחבורות שלהם בחברה הערבית. יתר על כן, ניתן לפקפק מאוד בעוצמת החבורות הזו כאשר מדובר בתופעה שמקובלת רק על מיעוט קטן מאוד בחברה הערבית – תופעה שנתונה במחלוקת חברתית בקרב אותה קהילה, שנשללת על-ידי דתה של הקהילה, ואשר נמצאת בנסיגה עד כדי כך שרוב הקהילה דוחה אותה.⁶⁹ עובדה היא שעל רובן המכריע של ההתנהגויות המתירניות של נשים בחברה הערבית אין מגיבים ברצח. מכאן שככל שניתן לדבר על ציפייה חברתית-תרבותית, היא חלשה, ויש לעומתה ציפייה תרבותית וחברתית לנהוג כחוק. קשה אפוא לומר על רוצח כזה שהוא התחנך בפועל בתרבות המקדשת רצח כזה.⁷⁰ במצב דברים כזה אין הצדקה לפיחות באשמתו של העושה, גם מבלי להידרש לשאלת הראויות הנורמטיבית של פיחות כזה. אין לומר עליו שהוא פעל מתוך אילוץ המפחית את אשמתו. מדובר בשיקול או סיבה לעשיית

על-ידי אביה ודודה. האב והדוד הורו לה להשתתף בהמתת אשתו השנייה של אביה, והצעירה הייתה חייבת לציית להם.

68 ראו גם Kay Nehm, *Blutrache—Ein niedriger Beweggrund?*, in MENSCHENGERECHTES .STRAFRECHT: FESTSCHRIFT FÜR ALBIN ESER 419, 421 (Jörg Arnold et al. eds., 2005).

69 לדיון בהתייחסותה של החברה הערבית המודרנית בישראל לרצח על רקע "כבוד המשפחה" ראו סומך, לעיל ה"ש 21, בעמ' 22, 34 ו-44; רחל ורצברגר **רצח על חילול כבוד המשפחה** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2001). ראו גם את הצעת החוק של חבר הכנסת אחמד טיבי – הצעת חוק איסור שימוש בביטויים מעודדי אלימות, התשע"א–2010, ה"ח פ/2742/18 (להלן: הצעת החוק של חבר הכנסת טיבי) – שלפיה השימוש במונח "רצח על רקע כבוד המשפחה" במסגרת פרסום באמצעי תקשורת הוא מעשה אסור המטיל על המפר אחריות. כן ראו את דבריו של פרופ' מיכאל קרייני **ברוח הצוות**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 12.

70 בהתאם לדרישתם של רבין וואקי, לעיל ה"ש 47, בעמ' 1035–1036.

המעשה, ורב המרחק בין אלה לבין אילוף מפחית אשמה.⁷¹ זאת ועוד, מדובר בשיקול או סיבה שמולם התייצבו – או היו חייבים להתייצב – שיקולים הפוכים ונוגדים. עם זאת, ייתכנו מקרים חריגים שבהם רקע תרבותי או מנהג תרבותי יוצרים לחץ כבד וחריף על העושה לפעול, במיוחד אם העושה הוא אדם צעיר או פגיע מסיבות אחרות. במקרים כאלה היכולת הנפשית של העושה להימנע מלפעול מצומצמת מאוד, ולכן האשמה – הקשורה ליכולת הנפשית של העושה לפעול כדין – מצומצמת ופחותה. מקרים מעטים אלו מתייחסים למנהגים שעודם קיימים בקרב קבוצה של אנשים או לפחות בקרב חלק ממנה. במקרים חריגים אלו לא הרקע התרבותי הוא השיקול המפחית את האשמה, אלא הלחץ הנפשי, שמצמצם את היכולת הנפשית.⁷² מקרה כזה "יורד" מרמת הרצח בנסיבות מחמירות לרמת הרצח הרגיל, בהתאם לסעיף 301א(ב).

פרופ' גור-אריה מצרה על כך שהצוות והחוק נמנעו מלציין במפורש את ההמתה על רקע חילול "כבוד המשפחה", וגורסת כי הם "בחרו לטשטש את הרקע התרבותי... ונמנעו מהצפת הדילמה הכרוכה ברצח על רקע תרבותי... חוסר הנכונות להכיר בתרבות של קבוצת (או קבוצות) מיעוט הממשטרת, משפילה ומסכנת את חייהן של נשים ראוי שייעשה במפורש ובגלוי ולא יסתתר מאחורי החשש כי שלילה מפורשת של מנהגים תרבותיים מסוימים תיתפס כ'התנשאות תרבותית'".⁷³

על טענה זו של גור-אריה יש להשיב כי הביטוי "המתה על רקע חילול כבוד המשפחה" הוא מוטעה ומטעה, שכן אין מדובר בהגנה על "כבוד המשפחה",⁷⁴ ולכן חלופה זו אינה יכולה לכלול את הביטוי "כבוד המשפחה". גם על הצעה לנסח את החלופה בצורה שלא תכלול את המרכיב של "כבוד משפחה" – למשל, המתה על-פי מנהג או רקע תרבותי⁷⁵ – יש להשיב כי ברצח זה אין מקום כלל להתייחסות למה שנקרא "רקע תרבותי". הרקע התרבותי של העושה הוא גורם העשוי להשפיע על התנהגותו,

71 בהקשר זה יש לציין כי מידת הקושי לציית לנורמה נבחנת תחילה לפי מידת אשמתו הפסיכולוגית של העושה, אבל אין היא סוף-פסוק. עליה מורכבת האשמה הנורמטיבית. קשה לפורץ או לשודר להימנע מלהיאבק בבעלים החוקי – ובמידת הצורך לחבול בו או אף להמיתו – כדי להצליח בזממו ולהימלט מן הדין. אולם אין זה מתקבל על הדעת שהשיטה המשפטית תראה בקושי זה סיבה סבירה להפחתה ממידת אשמתו. להפך, ברור שכאשר משכללים את מושג האשמה על-ידי שיקולים נורמטיביים, יש לעשות כן לפי התפיסות הערכיות והנורמטיביות המקובלות בחברה בכללותה, ולא לפי תפיסות מעוותות המנוגדות לליבה הערכית. ראו קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 307–308.

72 טלו שוב כדוגמה את עניין *Kimura*, לעיל ה"ש 54. במקרה זה השפעתו של המנהג היפני על החלטתו של בית-המשפט הייתה מוגבלת, שכן הסיבה להקלה בעונש הייתה אי-שפיות זמנית. נוסף על כך, כפי שכבר צוין, מדובר בהמתה מתוך ייאוש, אשר נחשבת – גם ללא קשר למנהג כלשהו – כמקרה של אשמה פחותה מאוד, המצדיקה הקלה ניכרת בעונש. ראו קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 340; קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 54; עניין ראב, לעיל ה"ש 54.

73 גור-אריה, לעיל ה"ש 39, בעמ' 17–18.

74 ראו על כך להלן בפרק ה.

75 כפי שנעשה במשפט הטורקי – ראו לעיל ה"ש 57.

בבחירת סיבה למעשה, אך לא יותר מזה. כפי שיפורט בהרחבה בפרק הבא, טעם ההחמרה אינו הרקע התרבותי כשלעצמו, קרי "כבוד המשפחה", אלא מאפיינים מסוימים אשר קשורים אליו ומבטאים החמרה של האנטי-חברתיות ושל האשמה – המתה כאמצעי ענישה שנועד לכפות אורחות התנהגות.⁷⁶ מאפיינים אלו קיימים לא רק בהמתה על רקע "כבוד המשפחה", אלא גם במצבים נוספים, והם עשויים להתקיים גם לא על יסוד רקע תרבותי.⁷⁷ קיומו של רקע כזה אינו נדרש לשם התקיימות הנסיבה המחמירה. לכן שמו של ה"ילד" הותאם לטיבו. אין מדובר בדילמה, שכן אין זה ראוי ואין זה סביר כלל שטענת הרקע התרבותי תתקבל במקרים אלו כשיקול להקלה. מצד אחר, איש אינו יכול להחמיץ את העובדה שהנסיבה המחמירה הזו נועדה לתפוס בראש ובראשונה את המקרים הללו, המכונים לא בצדק "רצח על רקע כבוד המשפחה" – אותה תופעה שנועדה לכפות אורחות התנהגות על הנשים ואשר המחוקק גמר אומר לעוקרה מן השורש. לסיכום, נוסח החלופה, שלפיה מדובר בהמתה שנעשתה "כפעולה עונשית במטרה להטיל מרות או מורא ולכפות אורחות התנהגות על ציבור", מבטא נאמנה את התופעה החמורה במיוחד, שכוללת בתוכה את התופעה של המתה על רקע "כבוד המשפחה" או על-פי מנהג.

ג. רצח רגיל או רצח חמור?

רצח מוגדר בסעיף 300 כהמתת אדם "בכוונה או באדישות". מדובר בתופעה חמורה מאוד, אשר בית-המשפט מטיל בגינה עונש של מאסר-עולם כעונש מרבי או מאסר קצוב שלא יעלה על שלושים שנה, בהתאם לסעיף 311א. בהקשר זה יש לומר כי העונש של מאסר-עולם המוטל בגין רצח רגיל מיועד למקרי רצח חמורים במיוחד, המשתווים למעשה בחומרתם לרצח בנסיבות מחמירות.⁷⁸ מקרי רצח אלה הם נדירים. במילים אחרות, העונש על רצח הוא מאסר קצוב, למעט במקרים החריגים שחומרתם מצדיקה עונש של מאסר-עולם. לעומת זאת, רצח בנסיבות מחמירות הוא המתת אדם בכוונה או באדישות בהתקיים לפחות אחד המאפיינים המחמירים המצוינים בסעיף 301א(א), והעונש הוא מאסר-עולם-חובה. עם זאת, סעיף 301א(ב) מעניק לבית-המשפט שיקול-דעת לקבוע שחרף התקיימותו של מאפיין מחמיר, האשמה אינה חמורה במיוחד, ולכן ההרשעה תהיה דווקא ברצח רגיל. במקרה זה העונש יהיה בבירור פחות מאשר מאסר-עולם. אם כן, רצח רגיל הוא בדרך-כלל מעשה שהעונש עליו פחות ממאסר-עולם, למעט

76 ראו להלן בפרק ג.

77 נסיבה מחמירה זו מתקיימת גם במעשי רצח במסגרת ארגוני פשיעה שתכליתם להעניש, להטיל אימה ולכפות אי-שיתוף-פעולה עם רשויות החוק. היא מתקיימת גם לגבי מי שלא התחנך כלל בתרבות המקדשת רצח כמעשה ענישתי והתראתי אך מבצע רצח כזה משום ששולם לו כסף או מכל טעם אחר.

78 ראו ע"פ 1213/21 וואסה נ' מדינת ישראל (נבו 11.8.2022).

במקרים חריגים, ואילו רצח בנסיבות מחמירות מוביל לעונש של מאסר-עולם, למעט במקרים חריגים שבהם בית-המשפט רשאי, מכוח סעיף 301א(ב), להתייחס אל המעשה כאל רצח רגיל.

לדעתנו, רצח על רקע "כבוד המשפחה" כאמצעי ענישה קמטטר מתאפיין באנטי-חברתיות ואשמה חמורות במיוחד, המחייבות לראות בו רצח בנסיבה מחמירה, שהעונש עליו הוא מאסר-עולם-חובה. אין מקום בהקשר זה לחריג שבסעיף 301ב(ב), למעט, כאמור, במקרים החריגים שבהם מתקיים לחץ נפשי כבד וחריף אצל העושה. המתה על רקע "כבוד המשפחה" כפעולה עונשית לשם משטור פוגעת לא רק בחיי אדם, אלא גם בסדר החברתי-המשפטי ובשלטון החוק, וכן בזכויות-היסוד הנוספות של נשים, ובראשן הזכויות לביטחון, לחירות, לאוטונומיה, לכבוד אנושי ולשוויון, כך שיש בה אנטי-חברתיות ואשמה חמורות מאוד. נדון בדברים לפי סדרם.

1. המתה הפוגעת פגיעה קשה בסדר החברתי-המשפטי ובשלטון החוק

חיי אדם הם הערך החברתי החשוב ביותר שהמשפט מכיר. כל פגיעה בחיי אדם (המלווה ביסוד נפשי נדרש) היא תופעה אנטי-חברתית חמורה מאוד ואסורה, למעט במקרים שבהם קיים סייג מצדיק או פוטר. כל המתת אדם, במחשבה פלילית או ברשלנות, הינה אסורה, ומהווה פגיעה בסדר החברתי-המשפטי, על אחת כמה וכמה כאשר מדובר ברצח. אולם בהמתה מושא דיונו הפגיעה בסדר החברתי-המשפטי מיוחדת וחמורה יותר. אף שמעשה האישה מותר ופעמים רבות אף אין בו כל דופי, ולעיתים אפילו במקרים שבהם האישה לא עשתה דבר, העושה מחליט על דעת עצמו כי האישה עשתה מעשה שנוגד את קוד ההתנהגות של המשפחה, כפי שהוא קובע אותו, ובכך פגיעה ב"כבוד המשפחה", ופוסק בצורה שרירותית כי דינה מוות. זאת, אף שעונש המוות אינו מצוי למעשה בארסנל הענישה של המדינה. חשוב להדגיש כי אין מדובר כאן בעשיית דין פרטית כלפי מי שהפר את הדין, שגם היא מגונה במיוחד מפני שהיא פוגעת במונופול של המדינה על אכיפת החוק ובשלטון החוק, אשר כוללים מגנונים של שמירה על הליך הוגן וראוי כדי שלא יורשעו חפים מפשע. במקרה שבו עסקינן מדובר במי שמשרטטים לעצמם עולם "נורמטיבי" משלהם ואוכפים את ה"נורמות" האלה באמצעות מעשי רצח של ה"מפרות". העושה דוחה – מתוך מודעות מלאה וכוונה – את הסדר החברתי-המשפטי המדינתי של כלל החברה, ובמקומו מעמיד את הסדר האישי שלו. הוא אינו יכול להסתמך על תפיסה תרבותית אחידה או רווחת בקרב בני קהילתו, שכן רובם אינם שותפים לתפיסתו. העושה מעמיד אפוא את עצמו כמחוקק, כחוקר, כתובע, כשופט וכמוציא לפועל של גזר-הדין שהוא עצמו גזר. זאת, כאמור, אף שהמעשה אינו אסור, ולעיתים גם כאשר לא ברור כלל שהיה מעשה, שכן לפעמים התגובה הרצחנית מתבססת על חשדות שלא הוכחו (ואשר בחלק מן המקרים אף הופרכו מאוחר יותר). ההמתה מבטאת מעשה מובהק של ענישה פרטית. גם במקרה של תגובה פרטית על עברה (מה שלא מתקיים בענייננו) מדובר ב"הפקעת אכיפת החוק מידי

הרשויות השלטוניות המוסמכות... [וב]נטילת החוק לידיים, שאינה אלא התעמרות בחוק, זלזול בחוק והתעלמות ממנו".⁷⁹ על ענישה פרטית הבאה לידי ביטוי בגאולת-דם או בנקמת-דם אמר בית-המשפט דברים נכוחים ונוקבים: "חשוב לחזור ולהבהיר כי 'מסורת' ו'מנהג' מעורר סלידה כגון נקמת דם, אין בידנו לקבל ויש להוקיע אותו באמצעות ענישה מרתיעה ביותר".⁸⁰ זכותה של האישה לחיים גוברת בכירור על כל מנהג או מסורת.

ענישה פרטית, כפי שהיא מתקיימת ברצח על רקע "כבוד המשפחה", פוגעת בסדר המשפטי פגיעה מיוחדת, חמורה במיוחד, משום שהיא מבקשת להחליפו ולבוא במקומו. לכן היא בגדר התקפת-מצח נגדו. מדובר – ביודעין ובכוונת מכוון – ב"סדר משפטי" חלופי ומנוגד לסדר המשפטי של המדינה, אשר אמור להחליפו ולבוא במקומו. לפיכך זו קריאת-תיגר חמורה וחרפה נגד שלטון החוק. זאת ועוד, העושה מבצע את הרצח לא כאפיזודה חד-פעמית, אלא כדגם פעולה ראוי שהוא מזמין את האחרים לחקות, בבחינת "ממני תראו וכן תעשו". הרצח שלו מסמל קריאה לרצוח במצבים דומים, ומהווה אתגר לבני משפחתו ולבני קהילתו, שאמורים לנהוג כמוהו. הרצח נעשה כחלק משמירה על עליונות גברית ושליטה של גברים בנשים, לשם דיכוי, והוא אמצעי במאבק הפנים-קהילתי על קידום תפיסה זו מול תפיסה נוגדת, הדוגלת בחירות, באוטונומיה ובשוויון. אין מדובר במחלוקת על שולי הנורמות המחייבות; מדובר בהתקפה על הליבה הערכית של המדינה הדמוקרטית-הליברלית, על יסודותיה העמוקים ביותר ועל תמצית ה"אני מאמין" הערכי שלה. הרצח הוא ביטוי של מלחמת-תרבות על כל הקופה, שכן הוא כופר במדינה ובסמכותה, ומציב מול ערכיה ההומניסטיים תפיסה ערכית נוגדת. בדומה לתפיסה גזענית, גם בתפיסה המגדרית של הרוצחים לשם "כבוד המשפחה" אין מדובר ברקע תרבותי אשר ראוי ולו לקמצוץ של יחס של כבוד וכיבוד. ההפך הגמור הוא הנכון. פניו של מעשה הרצח אינם רק – ואולי אפילו לא בעיקר – אל העבר. פניו אל העתיד, ומבחינה זו עיקר המעשה הוא במסר המאיים והמפחיד שבו: אותם רוצחים מבקשים לזרוע פחד בקרב נשים, להטיל עליהן את מרותם כמי שמכתיבים להן את אורחות חייהן לפי הבנתם, באופן הגוזל את חירותן, כאילו להם ורק להם נתכנו עלילות החקיקה, והם הקובעים, באיומי רצח, מה מותר ומה אסור.⁸¹

79 ע"פ 865/09 חמאר נ' מדינת ישראל, פס' 5 (נבו 10.12.2009).

80 ראו עניין אזכר, לעיל ה"ש 2, בפס' 8.

81 ראו בהקשר זה עניין אבו סרארי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 37, שם נאמר כי "מעשה הרצח כבוצע על רקע אי שביעות רצונו של הנאשם מאורחות חייה של המנוחה ורצונו להטיל עליה את מרותו ולכפות עליה אורחות התנהגות שונים משלה אך מקובלים עליו... גם אם מדובר בוויכוח "תקופתי" כהגדרת ההגנה, אין בכך לשלול כי מעשה הרצח שבוצע במהלכו של הוויכוח נעשה במטרה להטיל מרות או מורא ולכפות אורחות התנהגות". במילים אחרות, המטרה של כפיית אורחות התנהגות על האישה ברצח על רקע "כבוד המשפחה" מבטאת אנטי-חברתיות ואשמה חמורות במיוחד, שמצדיקות את הגדרת המעשה כרצח בנסיבות מחמירות. ראו גם סומך, לעיל ה"ש 21, בעמ' 11–24.

לדברי קנט,⁸² הגוף המוסמך להעניש הוא זה שנמצא במיקום מדרגי עליון ביחס לנענש, וזו המדינה, שמפעילה את ריבונותה. אדם פרטי אינו רשאי להעניש את זולתו שנמצא באותו מעמד. ב"ביצוע העונש" מושא דיוננו יש ביטוי לתפיסה מעוותת של הרוצח שלפיה הוא עליון על הנשים שבמשפחה, עליון עד כדי כך (או שהן נחותות עד כדי כך) שחיייהן הם הפקר בידיו. לפי תפיסתו, כמו בימים קדומים,⁸³ האישה אינה אדם של ממש ואינה אדם מלא. ביחס אליו, חייה, גופה וחירותה אינם נחשבים. אין היא נהנית מהגנת המשפט, אלא מוכפפת לחסותם ולאפוטרופסותם של הגברים שבמשפחה, אשר אחראים לחינוכה ולמשמועה, עד כדי הוצאתה להורג. זאת ועוד, על הדמוקרטיה החוקתית מוטלת חובה פוזיטיבית להגן על חיי אדם. מקום שחיים אלו נמצאים בסיכון מיוחד, המדינה חייבת להתגייס להגנה מוגברת, בין היתר על-ידי ענישה מתאימה. יוצא אפוא שרצח על רקע "כבוד המשפחה" נעשה במטרה להטיל מרות או מורא על נשים ולכפות עליהן אורחות התנהגות, וככזה הוא מתאפיין במידה גדושה של אנטי-חברתיות, המתווספת על זו שברצח רגיל, ובחומרה גבוהה במיוחד של אשמה עקב כך. מקומו, לכן, במסגרת הרצח בנסיבות מחמירות. מכאן המענה לתמיהתה של גור-אריה באשר להצדקת ההחמרה במקרה של רצח על רקע "כבוד המשפחה".⁸⁴ השאלה אינה אם ההחמרה מוצדקת במקרה של רצח על רקע "כבוד המשפחה", אלא אם היא מוצדקת במקרה של רצח שנעשה כענישה במטרה להטיל מורא ולכפות אורחות התנהגות על ציבור. אלה הרכיבים של הנסיבה המחמירה, והם מצדיקים לדעתנו החמרה כאשר הם מתקיימים, בין שמדובר ברצח אישה על רקע "כבוד המשפחה" או בכל רצח אחר. התקיימות הנסיבה המחמירה אינה תלויה במיקום הרצח, כשם שהיא אינה תלויה בהתקיימות רקע תרבותי לרצח.

2. המתה הפוגעת בערכי-יסוד של החברה ובזכויות-היסוד של נשים, לרבות הזכויות לביטחון, לחירות, לאוטונומיה, לכבוד אנושי ולשוויון

לרצח מן הסוג הנדון יש השלכות קשות וחמורות על כלל הנשים המשתייכות לקהילה ועל מעמדן של כלל הנשים. כאשר מועבר מסר שלפיו כל התנהגות הנתפסת כמחשידה אישה בהפרה של נורמות עלולה להביא לידי רציחתה, זכותן של נשים לחיות בביטחון נפגעת קשות. סכנת מוות, על-ידי רצח, מרחפת מעל ראשן בכל אשר יפנו, ואין הן מסוגלות לדעת מראש אל-נכון מה במעשיהן מסכן את חייהן. אין זה תוצר-לוואי של הרצח, אלא חלק חשוב במטרתו של העושה, המבקש להטיל מורא על הנשים. מטרה זו של הרוצח מקרבת את הרצח הזה לרצח על רקע טרור, שעיקר יעדו להטיל פחד על

82 ראו (IMMANUEL KANT, METAPHYSIK DER SITTEN 158 (Karl Vorländer hrsg., 1947).

83 ראו McGINN, לעיל ה"ש 14, בעמ' 204; POHLREICH, לעיל ה"ש 14, בעמ' 59–62 ו-203–197.

84 גור-אריה, לעיל ה"ש 39, בעמ' 17–18.

ציבור (כמו־גם להפעיל לחץ על־מנת להשפיע על התנהגות, כמעין סחיטה), או למעשי רצח אחרים שנלווית אליהם פגיעה בביטחון ותחושה של פחד בקרב הציבור.⁸⁵ פגיעה קשה ובהיקף נרחב נגרמת גם לחירותן של נשים ולאוטונומיה שלהן, וגם פגיעה זו נגרמת בכוונת מכוון, במסגרת מטרתו של העושה להטיל עליהן מרות ולכפות עליהן אורחות התנהגות. הרוצח נוטל לידי חירות להכתיב לנשים את אורחות התנהגותן, ותובע מהן באיומי רצח לרקוד לפי חלילו. אין מדובר רק בהכתבת התנהגות לגבי מעשה זה או אחר, אלא בכפיית אורח חיים מסוים – שמרני, פטריארכלי, כזה שאינו מכיר כלל בעצמאותה של האישה, באוטונומיה שלה ובריבונותה על חייה. נשללת מן האישה זכות־היסוד לעצב במעשיה את בחירותיה ואת תפיסותיה, ולספר באופן זה את סיפור חייה. נגזלת מן הנשים זכותן להפקיע את עצמן מאורח חיים מסוים ולאמץ לעצמן אורח חיים אחר. זכות היציאה מתפיסה תרבותית מסוימת נשללת מהן באמצעות איום ברצח.⁸⁶

מעשי הרצח הללו פוגעים קשות בכבודן האנושי של נשים – בראש ובראשונה של הנרצחת אבל גם של כלל הנשים – בשלושה מובנים: בשלילת זכותן לאוטונומיה על חייהן; בתשתית הרעיונית שבבסיס הרצח – נחיתותה של האישה לעומת הגבר; ובהיות האישה־הקורבן אמצעי, שכן הרוצח מבקש להשתמש בנטילת חייה כאיום על אחרים – "למען יראו וייראו", ויפעלו בהתאם להשקפת־עולמו של הרוצח.

מעשי הרצח על רקע "כבוד המשפחה" פוגעים בזכותן של הנשים לשוויון. ביסודם כפירה מוחלטת ברעיון של שוויון האישה והחלפתו בנחיתות מוחלטת שלה. האישה אינה נתפסת כלל כאדם תבוני, שיש לו זכות לאוטונומיה אישית, לחירות ולכבוד. חמור מזה, מעשה הרצח מיועד לבסס את התפיסה האנטי־שוויונית הזו ולהבטיח שהיא תשלוט בכיפה. הרוצח הזה נושא עימו דגל של חוסר שוויון לנשים. הוא מכשול משמעותי במאבק הנמשך על מעמדן של נשים וזכותן לשוויון – מכשול שחובה לסלקו מן הדרך.

כאמור, אין מדובר כאן בהתמודדות עם תפיסה תרבותית סטטית ומנווליתית שרוצחי הנשים מבטאים, אלא במאבק תרבותי המנוהל על־ידי נשים וגברים נגד גברים המחזיקים בתפיסה מיושנת שדגלה בנחיתות טבעית ומובנית של האישה. מאוטנר מסב את תשומת־הלב לכך שכל תרבות משתנה כל העת.⁸⁷ אכן, תרבות היא עניין דינמי ומתפתח. הרוצחים פועלים בשמו של עבר שאבד עליו כלח, ומבקשים לשמרו בכוח קטלני, תוך התנכרות לכך שהתרבות השתנתה באופן יסודי. מדובר במאבק חברתי־

85 ראו ס' 301א(א)(11) לחוק העונשין; קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 313 ו־324–325.

86 יש משהו ציני ואף מעוות ביומרה לקדם תרבות של מיעוט באמצעות מעשי רצח של מיעוט אחר (ונשים הן מיעוט, גם אם לא מספרי) והפעלת טרור עליו. הוא הדין בטענה כי יש לכבד מנהג תרבותי של קבוצת מיעוט בשם השוויון, כאשר המנהג התרבותי מעוגן בעמדה אנטי־שוויונית מובהקת.

87 מאוטנר, לעיל ה"ש 46, בעמ' 375.

תרבותי בין ישן לחדש, בין ריאקציה לקדמה, בין אלימים לבין קורבנות של אלימות, בין רוצחים הנוטלים לעצמם כוח וסמכות שאין להם ומבקשים לשמור, באמצעות מעשי רצח, על מעמד של אדנות, עליונות ושליטה על אחרים, לבין מי שהן קורבנות פוטנציאליים לרצח וחשופות לאיום מתמיד ולכפייה. במאבק הזה המדינה אינה רשאית להיות ניטרלית; נהפוך הוא – עליה לבחור צד, ואת הצד הנכון, ולהתגייס לעזרתו. עליה להתייצב מלוא קומתה לצד הקורבנות, לצד הערכים הבסיסיים ביותר של החברה כולה, ושל החברה הערבית בתוכה, ונגד השקפת-עולם מעוותת שנועדה להנציח את דיכוי הנשים ואת נישולן מזכויות בסיסיות.

זאת ועוד, גישה רב-תרבותית ליברלית מיוסדת על הרעיון שאדם רשאי לעזוב את קהילתו ואת תרבותה ולחיות את חייו כרצונו.⁸⁸ חירות זו ראויה להגנה מלאה ותקיפה של החוק, שאם לא כן המשפט נותן למעשה יד לכפייה רצחנית של בעלי-אגרוף על קבוצה מוחלשת.

מכאן, רצח על רקע "כבוד המשפחה", כרצח שנעשה במטרה להטיל מרות או מורא ולכפות אורחות התנהגות על הנשים, הוא רצח המתאפיין בחומרה רבה ומיוחדת של אנטי-חברתיות ושל אשמה, המתווספות על אלה של רצח רגיל. כפי שפורט לעיל בהרחבה, ברצח זה גלומות פגיעות בסדר החברתי-המשפטי, בשלטון החוק, בערכי-היסוד של החברה ובזכויות האדם של נשים – הזכות לביטחון, הזכות לחירות, הזכות לאוטונומיה, הזכות לכבוד אנושי והזכות לשוויון – ומכאן שמדובר ברצח בנסיבות מחמירות.

3. גורמים מחמירים נוספים ברצח על רקע "כבוד המשפחה"

מעבר לדרוש נעמוד להלן על גורמים מחמירים נוספים המתקיימים תמיד או ככלל בתופעה הספציפית של רצח על רקע "כבוד המשפחה".⁸⁹ ראשית, הציפייה החברתית היא שבתוך המשפחה ישררו יחסי אהבה, אהדה, חמלה, דאגה וכבוד הדדי, וכי קשר הנישואים וקשר הדם יביאו "ברכה לעולם".⁹⁰ רצח על רקע "כבוד המשפחה" – קרי המתה של האישה, הבת או האחיות על-ידי הבעל, ההורה או האח – מהווה ניגוד חריף וקיצוני לכל אלה. אדם שאמור להיות דואג ואוהב נהפך לאויב ולמקפח חיים. יש בכך החמרה של האנטי-חברתיות שבתופעה.⁹¹

88 ראו גרשון גונטובניק "סובלנות במדינה יהודית ודמוקרטיה בראי פסיקתה של השופטת אילה פרוקצ'יה" **משפט ועסקים** יח 83, 90 (2014).

89 גורמים מחמירים אלו אינם קיימים בתופעה הכללית של המתה כפעולה עונשית קמטרת.

90 ע"פ 6428/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' יא (נבו 27.12.2010); ע"פ 6313/11, לעיל ה"ש 51, בפס' 17.

91 מכאן, אלימות בתוך המשפחה היא ככלל אלימות בנסיבות מחמירות. במקרים אחדים המחוקק מגדיר במפורש אלימות זו כאלימות חמורה (ראו, למשל, ס' 329(ב), 335(א)–

החמרה זו מתגברת כאשר הרצח נעשה בביתה של האישה – המקום שאמור להיות מצודתה הבטוחה והמוגנת. במילים אחרות, אל הפגיעה בחיי האישה מצטרפות הפגיעות בתחושת הביטחון והחיים בשלום ובביטחון של הקורבן ושל הקורבנות הפוטנציאליים.

האפשרות לבצע רצח כזה בבית תוך ניצול הזדמנות (למשל, כאשר הקורבן ישנה או כאשר דעתה מוסחת)⁹² יוצרת פיתוי, המתחבר לתחושת הרוצח שהוא נהנה מגיבוים של אנשים נוספים.⁹³ ביצוע עברה פלילית בנוכחות אנשים נוספים, התומכים בעברה, מפחית – ולפעמים מסכל לחלוטין – את האפשרות להתגונן ולהדוף את ההתקפה, מה שמקנה לעברה אופי חמור במיוחד.

במקרים לא-מעטים הקורבן-האישה ניצבת יחידה מול מעשה מאורגן ומתוכנן, המבוצע לפעמים על-ידי שניים או יותר.⁹⁴ מתכונת הביצוע מתקרבת לא אחת לביצוע של גזר-דין מוות. לא אחת הקורבן, לפני שהיא נרצחת, נהפכת לנרדפת שאין לה סיכוי להימלט מפני אלה המבקשים "לצוד" אותה על-מנת לרוצחה. למצבים אלו יש קרבה להמתה אכזרית, שהיא המתה מוחמרת במיוחד מבחינת האנטי-חברתיות והאשמה.⁹⁵ גם הידיעה על הקושי של הרשויות לאסוף ראיות, שהרוצח יכול גם לתרום לו, מהווה עידוד לביצוע הרצח. כאשר אפשרות גילוי העברה או תפיסת העושה קטנה יחסית, והמבצע אף תורם לכך, על המשפט להטיל ענישה חמורה כדי לקזז את הפיתוי לביצוע העברה.

מכיוון שמדובר לרוב במעשי רצח מתוכננים מראש, המבצעים מכינים מראש את זירת הפשע באופן שיקל עליהם לבצע את זממם. ההמתה נעשית לכן תוך ניצול פערי כוחות פיזיים לטובת המבצעים,⁹⁶ כך שיכולת ההתגוננות של האישה פחותה או אינה קיימת כלל. בכך מתגלה קרבה רבה להמתת חסר-ישע, שנחשבת המתה הכרוכה באנטי-חברתיות ואשמה חמורות במיוחד.⁹⁷

(ב), 351 ו-382(ב) לחוק העונשין), ואילו במקרים אחרים, שבהם הוא אינו עושה הבחנות כאלה, בית-המשפט מתחשב בשיקול זה כבסיס להחמרת הענישה.

92 שאז מדובר בהמתת חסר-ישע. על ההצדקה להחמרה במקרים כאלה ראו קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 305.

93 ביצוע עברה פלילית על-ידי שני אנשים או יותר הוא מאפיין מחמיר, בין שהוא מצוין במפורש בחוק ובין שמדובר בשיקול ענישה מחמיר בגזירת העונש. ראו גם ס' 335(א)(2), 335(ב)(5), 381(ג) ו-382(א) לחוק העונשין.

94 על ביצוע עברה בנוכחות אנשים נוספים ראו בהערה הקודמת.

95 על המתה אכזרית ראו קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 318–320; ע"פ 8363/19 גרנות נ' מדינת ישראל, פס' 12–16 (נבו 8.6.2021).

96 ע"פ 669/12 עמיאל נ' מדינת ישראל, פס' 3 (נבו 19.4.2012); ת"פ (שלום ב"ש) 20840-04-15 מדינת ישראל נ' אבו כף (נבו 13.1.2016).

97 ראו ס' 301א(8) לחוק העונשין. כן ראו קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 305.

תמונה דומה עולה גם מהתבוננות תרבותית או מגדרית על התופעה. מדובר במאבק בין בעלי הכוח הפיזי והאלימים בחברה לבין הצד החלש שאינו נוקט אלימות – נשות החברה. בחסות טענת־שווא שלפיה הם מייצגים את קהילתם ותרבותה, הרוצחים פועלים לשמור, באמצעות אלימות קטלנית, על ההגמוניה, השליטה והעליונות שלהם, ולהנציח הפליה ושעבוד של נשים כנחותות ונשלטות.⁹⁸ זאת, מתוך תפיסה מעוותת של "כבוד המשפחה",⁹⁹ שאותה הם גם אינם מחילים על עצמם.

מול כל הכוחות הדוחפים הללו נדרשת בלימה חזקה במיוחד באמצעות תגובה עונשית הולמת. רצח על רקע "כבוד המשפחה" הוא בבחינת שמן על מדורת האלימות בתוך המשפחה. האלימות במשפחה היא תופעה רחבה וחמורה במיוחד,¹⁰⁰ שמאמלת את קורבנותיה, ואשר מסיבות שונות מערכת אכיפת החוק מתקשה מאוד להתמודד איתה. יש מקום לחשש שהדיווח על מעשי רצח של נשים על רקע "כבוד המשפחה", במיוחד כאשר לא מתאפשר מיצוי הדין עם הרוצח, מהווה עידוד לאלימים למיניהם. לסיכום, רצח על רקע "כבוד המשפחה" מגלם בתוכו מאפיינים מחמירים רבים. אומנם, לא כל המאפיינים המחמירים מתקיימים בכל המקרים של רצח על רקע "כבוד המשפחה" – למשל, פערי הכוחות הפיזיים והיות האישה חסרת־ישע – אולם הם שכיחים למדי, ולכן יש מקום להביאם בחשבון כגורמים שאינם מצדיקים אומנם את ההחמרה כשלעצמם אולם יש בהם כדי לתמוך בה.

4. המתה על רקע "כבוד המשפחה" ושיקולי הענישה הרלוונטיים

העונש הפלילי הוא התגובה על ביצוע עברה פלילית. השיקולים הקובעים את הענישה הם שלושה:¹⁰¹ (1) גמול או עקרון ההלימה (סעיף 40ב לחוק העונשין); (2) מניעה אישית של העברייין עצמו, שכוללת בתוכה הרתעה והפחדה של העברייין המורשע מפני ביצוע עתידי של עברות פליליות (סעיף 140 לחוק), שיקום של העברייין, ככל שהוא רוצה ויכול להשתקם (סעיף 40ד לחוק), וכן מאסר של העברייין לשם הגנה על הציבור (סעיף 40ה לחוק); (3) מניעה כללית של הציבור, שכוללת בתוכה הפחדה והרתעה של הרבים

98 הזווית המגדרית, קרי העובדה שהעבריינים הם גברים ואילו הקורבנות הם נשים, אינה כשלעצמה מאפיין מחמיר, כפי שיפורט להלן בפרק ד, אולם השילוב של פערי הכוחות בין הצדדים עם נקיטת האלימות כאמצעי ענישה קמטטר הוא מאפיין מחמיר.

99 כפי שיוסבר להלן בפרק ה.

100 למעט מקרים מיוחדים ויוצאי־דופן, כגון המתה המתעלל. ראו קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 54; קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 345–351.

101 ראו גם דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין 8 (משרד המשפטים 1997) (להלן: דוח ועדת גולדברג); רות קנאי "הנחיות לקביעת גזר־הדין בפסיקת בית־המשפט העליון" משפטים כד 97 (1994); & Mordechai Kremnitzer Khalid Ghanayim, *Book Review: Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil [The General Part of the Criminal Law]*, 34 *ISR. L. REV.* 302, 308 (2000).

מפני ביצוע עתידי של עברות פליליות (סעיף 140 לחוק) וכן חיזוק של אמון הציבור
בנפקותם של האיסורים העונשיים.¹⁰²

כפי שהוכחנו לעיל בהרחבה, המתה על רקע "כבוד המשפחה" היא המתה עם אנטי-
חברתיות ואשמה חמורות במיוחד. בהתאם לשיקול הגמולי שבסעיף 40ב, המתה זו
ראויה לענישה חמורה במיוחד. די בכך להצדיק את העונש של מאסר-עולם-חובה. אולם
גם שיקולי הענישה הנוספים של מניעה כללית ומניעה אישית, אשר מובאים בחשבון
בגזירת עונשו הפרטני של העושה הקונקרטי, מצדדים ואף מחייבים ענישה חמורה, בין
שמדובר בשיקולי ענישה שמגלמים חומרה מיוחדת של אנטי-חברתיות או אשמה,¹⁰³
כגון מסופנות העושה המלווה באשמה, ובין שמדובר בשיקולי ענישה שנמצאים מחוץ
לאנטי-חברתיות או אשמה אך מובאים בחשבון בעת קביעת הענישה הראויה, כגון חיזוק
אמון הציבור במשפט.

כאמור, הרוצח על רקע "כבוד המשפחה" מבצע את הרצח לא כאפיזודה חד-פעמית,
אלא כדגם פעולה ראוי שהוא מזמין את האחרים לחקות, בבחינת "ממני תראו וכן
תעשו". העושה מוכן לרצוח במצבים דומים, וקורא לאחרים לנהוג כמוהו, למשל
במצבים שנועדו לשמור על העליונות והשליטה של גברים בנשים. יתרה מזו, מעשי
הרצח על רקע "כבוד המשפחה" הם חלק ממלחמת-תרבות שבה הגברים מנסים
להשליט את הנורמות התרבותיות שלהם על הנשים. נוסף על כך, וכאמור, פניו של
הרוצח אינם בעיקר כלפי העבר, אלא כלפי העתיד, שבו הוא מבקש לזרוע פחד בקרב
הנשים ולהטיל עליהן מרות ומורא, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בלשונו של המאפיין
המחמיר – "מטרה להטיל מרות או מורא ולכפות אורחות התנהגות". כלומר, יש בכך
משום שליחת מסר לנשים שלפיו התנהגות שלהן שאינה מקובלת על הגברים עלולה
להביא לידי רציחתן. מכאן שהמטרות והשיקולים של מניעה אישית ומניעה כללית
בענישה מחייבים ומצדיקים הטלת עונש חמור במיוחד של מאסר-עולם-חובה.

בניגוד לעמדתנו זו, תומר-פישמן גורסת כי בהמתה על רקע "כבוד המשפחה"
"מדובר במצבים לא שגורתיים אליהם נקלע הפרט וסביר שלא יתרחשו בשנית, כך
שלהרתעה אישית יהיה ערך מועט".¹⁰⁴ טענה זו אינה משכנעת, וכפי שהראינו לעיל,
ההפך הוא הנכון: אין מדובר במצבים לא-שגורתיים, אלא במצבים שכיחים למדי. מכיוון
שדי בחשד (בדרגות שונות) להתנהגות הסוטה מן הנורמות השמרניות מאוד של "מגיני
כבוד המשפחה", ה"הזדמנויות" לרצח הן רבות מאוד. מי שפועל מתוך מניע אידיאולוגי
עלול בהחלט לדבוק בתפיסתו ולחזור על מעשהו בהתקיים מצב עובדתי שמצדיק זאת
לשיטתו. הדברים אמורים במיוחד במי שרצח וחמק מאימת הדין. כאמור, מעשים
שעשויים להיתפס כמתירנות של נשים אינם נדירים כלל וכלל, ולכן נדרשת הרתעה

102 ראו גם Nicola Lacey, *Partial Defences to Homicide: Questions of Power and Principle in Imperfect and Less Imperfect Worlds...*, in *RETHINKING ENGLISH HOMICIDE LAW* 107, 111 (Andrew Ashworth & Barry Mitchell eds., 2000).

103 ולכן מובאים בחשבון בעת קביעת העונש ההולם את התופעה.

104 תומר-פישמן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 30.

אישית. מי שקיפח חיי אדם בהקשר זה, והוכיח בכך זלזול ניכר בערך של חיי אדם ורמה גבוהה של מסוכנות, עלול לרצוח שנית, גם בהקשר אחר (שאינו של "כבוד המשפחה"). מכאן שהענישה המחמירה דרושה גם לצורך הגנה על הציבור, ובמיוחד על הנשים. רוצח כזה הוכיח כי הוא מסוכן מאוד מבחינת זלזולו בחוק והפוטנציאל שלו לסכן חיי אדם בעתיד. מקומו של השיקול השיקומי הוא אך ורק בקביעת מתכונת הנשיאה בעונש, שבה יש ליתן משקל לצורך בשיקום נורמטיבי של אסיר כזה.¹⁰⁵

תומר-פישמן גורסת כי במקרה של המתה על רקע "כבוד המשפחה" העושה פועל מתוך מחויבות מוסרית או חברתית עמוקה, כך שלמעשה כוח ההרתעה של הדין הוא מועט, ולפיכך בהיבט של המניעה הפרטנית אין לצדד בענישה חמורה.¹⁰⁶ גם טענה זו יש לדחות, ואף לומר שאם הולכים לפי שיטה זו, ההפך הוא הנכון: אין מנוס למשפט אלא לעשות שימוש בכל כוחו – המעשי והסמלי – כדי להעמיד כוח משיכה נגדי מול אותה מחויבות של העושה. על כך יש להוסיף את הצורך בהרתעתם של רוצחים פוטנציאליים, בחיזוק אמון הציבור בסדר החברתי-המשפטי ובתרומה להרחבת ההתנערות החברתית מהתופעה. זאת, בשים לב לכך שמעשים מעין אלה פוגעים בסדר החברתי-המשפטי פגיעה קשה במיוחד. דרושה התנערות חד-משמעית וחרפה מן המעשים הללו גם כדי לעודד את מי שברשותם מידע על המעשים להתגבר על רתיעתם מלשתף פעולה עם רשויות החוק (לפני המעשה ואחריו), במיוחד לנוכח העובדה שעליהם לעשות זאת נגד קרובי-משפחה. לא נחזור על המסרים הנדרשים שענישה הולמת תעביר לציבור הקורבנות הפוטנציאליות (הזקוקות במיוחד לגיבוי ולסולידריות) ולכלל החברה. ענישה כזו נדרשת בגדר חובתה של החברה לדאוג במיוחד למי שמצויות ברמת סיכון מיוחדת, גבוהה משל אחרות, וכחלק מהמאבק הכללי על שוויון מעמדן וזכויותיהן של נשים.

צורכי ההרתעה הם מוחשיים וברורים. כאמור, אין מדובר במעשים נדירים הנעשים בנסיבות יוצאות-דופן, שלגביהם סכנת ההישנות אינה חמורה. להפך, מדובר במעשים שהמזנק (trigger) לעשייתם יכול להיות עניין של מה-בכך ומשתרע על קשת רחבה מאוד של התנהגויות רגילות של הקורבנות. כמו-כן, אין מדובר בהתנהלות בתוך קבוצה קטנה, אלא בציבור גדול. דווקא משום שהמעשה מגובה על-ידי אנשים נוספים, והעושים יכולים להצדיק את מעשיהם כמעשים ראויים לפי מסורתם, נדרשת הרתעה חזקה לשם נטרול הכוחות הרוחפים לביצוע מעשי רצח אלו.

ד. האם הנסיבה המחמירה לוקה בהיקף צר מדי?

105 שיקול השיקום יכול להיות מובא בחשבון גם בהמשך, בעת קציבת העונש של מאסר-עולם על-ידי נשיא המדינה.

106 תומר-פישמן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 30.

היו שטענו נגד הנסיבה המחמירה הזו כי לא ברור מדוע ההחמרה מצמצמת רק לנסיבות המתוארות בה, ואינה חלה על כלל המקרים של רצח נשים במשפחה.¹⁰⁷ רצח נשים במשפחה יכול להתבצע על רקעים שונים ובנסיבות מגוונות. חלקם יפלו בגדר נסיבות מחמירות שונות ההופכות את הרצח לרצח בנסיבות מחמירות (בעיקר רצח לאחר תכנון או שקילה או רצח של אישה מוכה לאחר מסכת התעללות נגדה), וחלקם לא. רצח כזה יכול שייפול גם בגדר המתה מוקלת במקרה של המתה אישה עקב הסכם התאבדות, שאז מדובר בהמתה מתוך ייאוש עם אשמה פחותה,¹⁰⁸ או במקרה של המתה אישה המתעללת בילדיה, בבעלה ו/או בהוריה. אי-אפשר לקבוע בהכללה שבכל מקרה של רצח (המתה בכוונה או באדישות) של אישה במשפחה יש חומרה מיוחדת המצדיקה את שיבוצו בקטגוריה שהעונש עליה הוא ככלל מאסר-עולם כעונש-חובה. מעשי רצח כאלה יכולים לכלול רציחות שבהן המגדר של הקורבן לא היה גורם מכריע או אפילו משמעותי ומשפיע. עצם העובדה שהפרסום על רצח כזה מעורר חרדה בקרב נשים כתוצאה אגבית של הפשע (אשר לא ברור כלל שעמדה לנגד עיניו של הרוצח בעת מעשהו) אינה מצדיקה כשלעצמה החמרה יוצאת-דופן, להבדיל מהיותה נתון רלוונטי לענישה שניתן להביאו בחשבון במסגרת העברה של רצח שעונשה המרבי הוא מאסר-עולם.

הנסיבה המחמירה של המתה כאמצעי ענישה לשם משטור, שנחקקה בסעיף 301א(5) לחוק, וגם הנסיבה המחמירה של המתה אישה מוכה לאחר התעללות על-ידי בן-זוגה, שבסעיף 301א(6) לחוק, מקיפות גורמים שונים להחמרה מהותית של האנטי-חברתיות והאשמה (גורמים שבאים לידי ביטוי בתודעתו של העושה ובמטרה שהוא חותר לקדם באמצעות מעשהו, במצבה של האישה המוכה, שדומה למצבו של חסר-ישע, וכן בהתעללות שהיא עוברת), ומכאן שמדובר בשתי תופעות שונות שמצדיקות לדעתנו החמרה מיוחדת, מן הסיבות שפורטו בהרחבה.¹⁰⁹ אנו מתקשים לראות מקרה אחר של רצח אישה במשפחה שנושא עימו מידה דומה של אנטי-חברתיות ואשמה, ולכן אין מקום לחשש שמא מקרה שווה-ערך בחומרתו אינו נכלל בגדר הנסיבות המחמירות. אי-אפשר, לדעתנו, להחמיר נורמטיבית את דינו של רצח על-סמך אפיונו כמבוסס על שליטה באישה או על תפיסת האישה כקניינו של הגבר, משום שהאפיון הזה הוא אמורפי מדי, ולא יהיה אפשר לקבוע במקרה נתון אם הנסיבה הזו מתקיימת אם לאו. קיים לכן חשש שהדיון בנסיבה כזו ייהפך לדיון באישיותו של הרוצח, ולא במעשהו. יש הבדל של ממש מבחינת החומרה בין רוצח אישה שמבקש

107 ראו רותם קדוש "מדרוג עבירות המתה, יסוד הקנטור ורצח נשים בידי בני זוג" **חוקים בקצרה** (2011); לרה צינמן "אלימות במשפחה: מאסר עולם לרוצחי נשים" **הארץ** (12.7.2020) <https://www.haaretz.co.il/opinions/2020-07-12/ty-article-opinion/premium/0000017f-f4c9-d887-a7ff-fced10770000>
התעלל" **הארץ** (21.1.2019) <https://www.haaretz.co.il/opinions/2019-01-21/ty-article-opinion/premium/0000017f-e820-d97e-a37f-ff658ea00000>.

108 ראו קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 54; קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 348.

109 ומכאן ההסדרה השונה של שתי החלופות.

להעביר מסר אנטי-חברתי באמצעות הרצח לבין רוצח אשר כל נושא המסר, המשמעות וההשלכות של מעשהו אינו עולה כלל על דעתו. אנחנו מסכימים כי רוצחי נשים רבים רואים את האישה כנחותה ואף כחפץ. למרבה הצער, אלה השקפות רווחות בקרב חוגים שונים בחברה, וראוי לפעול במישור החינוכי ובמישור הציבורי לשינוין. ניתן אף להניח שיחס כזה כלפי האישה אכן ממלא תפקיד בחלק ממקרי הרצח הללו, בעיקר בהחלשת העכבות ביחס להמתת אדם. למרות זאת, אין מקום לקביעת נסיבה מחמירה שתלכוד את הרוצחים הללו במסגרתה. ספק רב אם דיני עונשין מודרניים אמורים להוביל לחקר חדרי ליבו ההשקפתיים והערכיים של העושה. מעבר לכך, גם אם נלך בדרך זו, יהיה קשה עד-מאוד לדעת במקרה נתון אם התקיימה השפעה כזו אם לאו. יתר על כן, גם אם נצליח להוכיח שהיא התקיימה מעל לספק סביר, אם היא לא הייתה מניע לרצח או קשורה ישירות לתכליתו, אין לה מקום במסגרת ההחמרה הנורמטיבית. צריך להיזהר ולהישמר מפני ענישה בגין תפיסות ומחשבות, שהן מחוץ ליסוד הנפשי כפי שפותח וגובש בדיני העונשין.

באשר לטענה שכל רצח של אישה על-ידי גבר (לאו דווקא במשפחה) צריך להיות מוחמר בשל השלכותיו השליליות על כלל ציבור הנשים, בעינינו טענה זו מרחיקת-לכת, עד כדי מופרכת, וספק אם היא יכולה לעבור בחינה חוקתית. אין זה נכון שכל רצח של אישה על-ידי גבר, בלי קשר לנסיבותיו, כרוך מניה וביה באותה מידה של השלכות שליליות. נסיבה מחמירה הבנויה על השלכות שליליות שאינן חלק מההגניעה של העושה או מתכליתו, ואף אינן צריכות להיות בתודעתו בעת המעשה, היא מחוץ למילון של דיני העונשין ומחוץ לגדרו של המשפט המשווה. אין צריך לומר שמידת החומרה במקרה זה אינה דומה למידת החומרה שבנסיבה המחמירה שנחקקה.

זאת ועוד אחרת, אם מבקשים להשפיע על ההתנהגות באמצעות נסיבה מחמירה (ובמקרה דנן זו המטרה המוצהרת העיקרית – להיאבק בנגע של רציחות על רקע "כבוד המשפחה", שהן בגדר אמצעי ענישה שנועד לכפות אורחות התנהגות על ציבור הנשים), הסיכוי להצליח בכך גדל כאשר המסר ברור וממוקד – המתת נשים לשם משטור – לעומת מסר מפושט ועמום דוגמת רצח נשים. ההצדקה להחמרה מיוחדת חייבת להיות מובהקת וחזקה – העובדה שהמתה משמשת אמצעי ענישה שפוגע בסדר החברתי-המשפטי, בשלטון החוק, בערכי-היסוד של החברה ובזכויות-היסוד של נשים – ולא הצדקה רעועה כמו במקרה של רצח אישה כלשהי. זאת, הן מבחינה חוקתית (לפי תפיסה גמולית) והן מבחינת יכולת השפעה של הנסיבה המחמירה.

ה. המושג "כבוד המשפחה"

לפני סיכום אנו מבקשים להתייחס בקצרה למושג "כבוד המשפחה"¹¹⁰ לא בכדי הקפדנו להכניסו לתוך מירכאות. יש הצדקה מלאה לחשוד במושג הזה ולראות בו יותר מאשר תיאור ענייני. מדובר במסגור של התופעה שבא לקדם את יחסי הציבור הטובים שלה ולחולל אפקט של הכשרה – ולו חלקית – של השרץ. הזיקה היחידה של מעשים אלו לכבוד היא שהם מחללים את הכבוד של נשים, של המשפחה ואף של קהילה שלמה בתוך החברה. מלכתחילה אין מדובר באמת בכבודה של המשפחה, שהתביעה לשמור עליו אמורה לחול על כל המשתייך אליה – גברים ונשים. "כבוד המשפחה", אצל הנושאים את שמו לשווא, חסין מפני פגיעה על-ידי גברים: יהיו מעשיהם מבישים ומבזים ככל שיהיו, אין בהם כדי לפגוע ב"כבוד המשפחה" ולהזמין תגובה מענישה.¹¹¹ מדובר, לכל-היותר, בכבודם של הגברים במשפחה, ולמעשה לא של כולם, אלא רק של מי שנאבקים על עליונות מעמדם באמצעים רצחניים. ויותר משמדובר בכבודם, מדובר באדנותם, במעמדם העליון כשליטים הבלתי-מעוררים של הנשים, שאינן בנות-חורין כלל, וברצונם לקיים ולחזק מעמד זה של עליונות של מדכאים. מה שמתיימר להיות מעשה אלטרואיסטי אינו מצליח לחמוק מטיבו האגואיסטי – שימור כוח שליטה דכאני בידי של הרוצח, תוך זכייה בהערכה חיובית ובמעמד הכרוך בכך בקרב בעלי אותה תפיסה.

מתבקש לשאול: האם משפחה שנשלטת על-ידי גברים ביד ברזל המדכאת את הנשים בה, אשר חבות חובת ציות עיוור למרותם של הגברים, ראויה בכלל לכבוד? האם תפיסה שמחללת בריש גלי את כבודן של נשים באשר הן נשים יכולה להתנאות בכך שהיא מגינה על כבוד כלשהו? מתוך תפיסה מודרנית ניתן לפקפק בכך שכבודה של המשפחה יכול בכלל להיפגע על-ידי מעשים של בני משפחה שהם בגירים. הרעיון הזה נוגד את עקרון האחראיות האישית. ראיה לכך היא שבעת חקיקת חוק איסור לשון הרע, בשנת 1965, הכיר המחוקק הישראלי בלשון הרע על מת כפוגעת בבני משפחתו הקרובים, כלומר בכבוד המשפחה, אולם ברפורמה שנערכה בשנת 1967 שינה המחוקק

110 גם כדי לתת מענה לטענה שהעלאתה גור-אריה על כך שהחוק נמנע מלקרוא ל"ילד" בשמו. ראו לעיל ליד ה"ש 73.

111 כך, במקרים של ניאוף ממיתים בדרך-כלל את האישה הנואפת, ולא את הגבר השותף לניאוף, אף שבמקרים רבים חלקו של הגבר בניאוף שווה לחלקה של האישה, אם לא גדול יותר. הקורבן הוא ככלל נשים. מנתוני מחקר שנעשה לגבי פקיסטן נמצא כי 97% מהקורבנות של המתה על רקע "כבוד המשפחה" היו נשים, ורק 3% היו גברים – ראו Kenneth Lasson, *Bloodstains on a "Code of Honor": The Murderous Marginalization of Women in the Islamic World*, 30 WOMEN'S RTS. L. REP. 407, 419 (2009). ייתכנו מצבים שבהם לא ממיתים את הגבר השותף לניאוף מחשש למעשה נקם מצד משפחתו. ראו גם חסן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 282–284. מקרה של רצח או ניסיון לרצח של גבר על רקע "כבוד המשפחה", כחריג, הוא על רקע הנטייה המינית.

את עמדתו וקבע, בצדק, כי כבוד המשפחה, אם בכלל קיים, אינו מוגן במקרה זה משפטית.¹¹²

על דחיית המושג "כבוד המשפחה" ועל החשש מפני שימוש לרעה בו ניתן ללמוד מהתפתחות המשפט הישראלי. כאשר ערך המחוקק רפורמה בסייגי האילוץ לאחריות פלילית (הגנה עצמית, צורך וכורח), הוא הסיר את הכבוד מרשימת הערכים המוגנים באמצעות הסייגים, מחשש לשימוש לרעה בסייגים אלו, בין היתר במקרים של המתה על רקע "כבוד המשפחה".¹¹³

אבל גם אם נניח את ההפך, אי־אפשר לא לתהות: האם כבודה של המשפחה נפגע על־ידי לבוש בלתי־צנוע של אחת מבנותיה אך אינו נפגע על־ידי רציחתה? ברור ש"כבוד המשפחה" אינו מכוון למשפחה בעלמא או למשפחה באשר היא. נניח שמשפחה מסוימת תחליט ברוב מכריע של חבריה לטובת אורח חיים חופשי – האם הרוצחים יכבדו את דין המשפחה הזה או שמא הם יגיבו עליו במעשי רצח? מדובר אפוא באורח חיים מסוים, מסורת־שמרני, שרוב חברי המשפחה וחברות המשפחה (או חלק מהם) מבקשים לשמור עליו. בגישה רב־תרבותית יש לכבד תפיסה כזו, ולו מן הטעם שהיא תפיסתם – היא זהותם, היא כבודם. אולם גם המטרה הנעלה ביותר אינה מכשירה את כל האמצעים. ניתן לשמור על אופייה השמרני של המשפחה בדרכים שונות ומגוונות, ואף באמצעים קשים וחריפים, כגון הרחקת בת משפחה בגירה מבית המשפחה, החרמתה של הסוררת על־ידי משפחתה, פגיעה במעמדה כיורשת וכיוצא באלה. המדינה הליברלית הרב־תרבותית תכבד התנהלות כזו, גם אם היא אינה לרוחה. אבל כפיית אורחות התנהגות על־ידי רצח? ! על כך ייאמר – שומו שמיים!

זאת ועוד, בחברה רב־תרבותית כל קהילה חייבת לאפשר יציאה מתוכה (של מי שמבקשת לקיים אורח חיים אחר), גם אם היא גובה מחיר חברתי עליה. תפיסה רב־תרבותית כורתת את הענף שהיא יושבת עליו אם היא מגבה סגירות מלאה, ובמקרה שלנו – אם היא נוקטת גישה שלפיה "משורה ישחרר רק המוות". לא בכדי הציע חבר הכנסת אחמד טיבי לאסור פרסום תקשורת המאפיין אירוע אלימות כאירוע "על רקע רומנטי" או "על רקע כבוד המשפחה", ולקבוע כי הפרת האיסור גוררת אחריות נזיקת ואחריות פלילית.¹¹⁴

קולעים הדברים שכתב השופט עמית על "כבוד המשפחה":

מה לא נכתב ומה לא נאמר על ביטוי אומלל זה? לא "כבוד המשפחה" לפנינו, אלא "חוסר כבוד במשפחה". חוסר כבוד לאישה, חוסר כבוד לאוטונומיה של האדם וחוסר כבוד לערך החיים. להוותנו, הביטוי "כבוד

112 ראו ס' 5 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה–1965, לפני שינויו ברפורמה של שנת 1967; ס' 4 להצעת חוק לשון הרע, התשכ"ג–1963, ה"ח 286; חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוטו שנור דיני לשון הרע: הדין המצוי והדין הרצוי (מהדורה שנייה מורחבת 2019).

113 ראו חוק העונשין (תיקון מס' 37), התשנ"ב–1992; ד"כ 16.3.1992, 3740.

114 ראו הצעת החוק של חבר הכנסת טיבי, לעיל ה"ש 69.

המשפחה" הפך למילת קוד שמאחוריה מסתתרים דפוסי השפלה ודיכוי של האישה וקודים של התנהגות כלפי אישה שאין חלקנו עמם. הסניגור המלומד הדגיש בדיון בפנינו כי המדובר בתופעה החוצה גבולות-דת במגזר הערבי, אך בית משפט בישראל לא יאפשר לשאת את שם הרב-תרבותיות לשווא. הרב-תרבותיות נעצרת במקום של אלימות ופגיעה פיזית בכלל, ואלימות על רקע מגדרי בפרט... על בית המשפט, כמו גם כל הרשויות הנוגעות בדבר, להפגין מסר חד-משמעי ותקיף השולל את התופעה, שלא ליתן פתחון פה לטוען כי "קיימת תפיסה ממסדית מקילה עד כדי הפקרות לגבי רוצחי נשים בחברה הערבית"..."¹¹⁵

1. סיכום

המתה על רקע "כבוד המשפחה" היא בגדר דחיית הסדר המשפטי הנוהג בשני היבטים מרכזיים שלו: הן מבחינת הנחת-היסוד הבסיסית והחשובה ביותר שלו, שהיא שוויון ערך האדם; אך גם מבחינת המונופול של המדינה על קביעת הנורמות ועל אכיפתן. ההמתה על רקע "כבוד המשפחה" היא קריאת-תיגר על המדינה והנהגת "סדר משפטי" הנוגד את הסדר המשפטי המדינתי המחייב. זהו ההפך הגמור ממדינת חוק. אין למדינה בררה אלא לעקור מן השורש, בדחייה מוחלטת ובלתי-מתפשרת, את ההתנהלות הזו, החותרת תחת סדרי-היסוד של המדינה וערכיה הבסיסיים ביותר. נוסף על כך, המתה על רקע "כבוד המשפחה" פוגעת לא רק בחיי האישה הספציפית ובזכותה לכבוד אנושי ולשוויון, אלא גם בזכויותיהן של כלל הנשים. המדינה חייבת לספק לנשים את ההגנה שהן ראויות לה. על המדינה להעניק לנשים הנמצאות בסיכון מיוחד את ההגנה התקיפה ביותר שיש ברשותה – ובאופן ברור וגלוי – כדי להבטיח את חייהן, את זכותן לחיות חיים חופשיים ומלאים, ואת חירותן מדיכוי עריץ, המשתמש בהפחדה אכזרית במעשי רצח. היא חייבת זאת לכלל הציבור, שאם לא כן יתערער אמונו בסדר המשפטי הקיים כסדר יחיד שיש לו תקפות מעשית, ולא רק נורמטיבית. היא חייבת זאת כדי לשמר את צביונה ואופייה כמדינת חוק דמוקרטית. אין מתאים יותר מלסיים בציטוט הבא מדברי השופט ג'ובראן: "יש להילחם מלחמת חורמה במנהגים אלימים מעין אלו. אנו מחויבים לשמור על אמות מידה מוסריות בסיסיות, ובראשן קדושת החיים ושלמות הגוף"¹¹⁶. כך אכן נהג המחוקק בסעיף 301א(5) לחוק העונשין.

115 ע"פ סלאמה, לעיל ה"ש 35, בפס' 2 לפסק-הדין של השופט עמית. ראו גם תפ"ח (מחוזי חי') 37367-09-16 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 1 (נבו 3.7.2019).

116 ראו עניין אזכרה, לעיל ה"ש 2, בפס' 8.