

# מדינת ישראל

## משרד המשפטים

### ייעוץ וחקיקה

ירושלים: עברי

לועזי

תיקנו: תיק

סימוכין: סימוכין

לכבוד

נמענים

שלום רב,

הנדון: בחינה חוקתית של הטלת עונש מוות על עבירת רצח בנסיבות של טרור  
סמך: סימוכין

### א. רקע

1. הצעת חוק העונשין (תיקון – גזר דין מוות למורשע בנסיבות טרור), התשע"ח-2017 (4638/20/פ) (להלן: הצעת החוק או ההצעה), מבקשת לקבוע כי מי שהורשע ברצח בנסיבות של מעשה טרור, כהגדרתו בחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (להלן: חוק המאבק בטרור), דינו – מיתה. כן מבקשת ההצעה להטיל על שר הביטחון להורות למפקד צה"ל באזור לקבוע בצו כי סמכותו של מותב של בית משפט צבאי באזור לגזור עונש מוות תהיה בדעת רוב (ולא פה אחד) וכי לא ניתן יהיה להקל בעונשו של מי שנגזר עליו עונש מוות בגזר דין סופי בבית משפט צבאי באזור. בחוות דעת זו נרצה לטעון כי אף שהתכליות העומדות בבסיס ההצעה ראויות, הרי שנוכח עוצמת הפגיעה בזכויות יסוד הגלומה בהצעה, כפי שיפורט, ובשים לב לאמצעים שפגיעתם פחותה, המתווה המוצע בה אינו עומד במבחני פסקת ההגבלה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

Commented [LW1]: דנה, אנה דייקי פסקה זו

2. **דומה** כי אין חולק כי ענישה באמצעות הוצאה להורג של העבריין, כוללת באופן טבוע פגיעה קשה ביותר בזכות לחיים, ובזכות לכבוד. עונש המוות, שולל את הזכות לחיים באופן בלתי הפיך, שאינו ניתן לתיקון או לחנינה. קדושת החיים מעוגנת בתפיסה החוקתית הדמוקרטית ובמסורת היהודית גם יחד. לקיחת חייו של אדם, אף אם הוא הרוצח הנתעב ביותר, היא הפגיעה הקשה ביותר בזכות לחיים. יתרה מכך, יש להביא בחשבון את העובדה שמערכת המשפט אינה חפה מטעויות. ישנה סכנה כי אדם שהוצא להורג, יתברר כחף מפשע בדיעבד, ודומה כי אין צורך להכביר במילים באשר למידת הפגיעה באדם חף מפשע שהמדינה הרשיעה ואף הוציאה להורג, **בטעות נוראית**. כמו כן, ענישה כאמור פוגעת גם פגיעה אנושה בזכות לכבוד, משמדובר במעשה הכולל סבל בלתי אנושי הן בשלב ההמתנה לעונש, והן בשלב הביצוע. לפיכך, נקודת המוצא לדיון זה, היא בפגיעה הקיימת בשתי זכויות היסוד, ובעוצמה קשה ביותר. [האם כדאי לציין את **הפגיעה בשוויון**? בפסיקה זרה הדבר מוזכר]

3. בבואנו לבחון את חוקיות ההצעה להחיל עונש מוות בישראל כיום, יש להביא בחשבון במסגרת מבחני פסקת ההגבלה את מטרות הענישה בדיון הישראלי, הדיון הבינלאומי ומגמות ומחקרים בעולם לעניין זה. כבר בפתח הדברים נציין, כי הצעת החוק מנוגדת למגמה העולמית לביטול עונש המוות. מגמה זו החלה בשנות השישים של המאה הקודמת, והובילה למעשה לכך שכל מדינות המערב, פרט לארה"ב, ביטלו את עונש המוות. גם בארה"ב בעשורים האחרונים שבע מדינות ביטלו את עונש המוות. נציין עוד כי על אף שישראל לא ביטלה את עונש המוות הקיים בצד מספר עבירות בחוק העונשני ובתקנות ההגנה, ישראל נתפסת בפורומים בין לאומיים כמדינה אשר בפועל אינה מפעילה עונש מוות.

4. על רקע זה הצעת חוק המבקשת להטיל עונש מוות מחייבת בחינה חוקתית קפדנית במיוחד לפי סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בחוות דעת זו, נעמוד על מטרות הענישה על פי המשפט בישראל, בחינת תכלית החקיקה לאור מטרות אלו, מבחני המידתיות בפסקת ההגבלה וקביעות הנוגעות לחוקתיות עונש המוות במדינות אחרות.

### ב. מטרות הענישה

5. מטרות הענישה המקובלות הן גמול, שיקום, התרעה ומניעה (ראו למשל רות קנאי, "הבניית שיקול הדעת של השופט מחקרי משפט טו, 147 בעמ' 151). המחוקק הישראלי בחר בחלק הכללי של חוק העונשין בסימן הבניית ענישה מבין מטרות אלו להדגיש התכלית הגמולית בכך שקבע כעיקרון מנחה את עיקרון **ההלימה** – יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג ומידת העונש המוטל עליו. משמעות עיקרון ההלימה היא כפולה: מחד, העונש צריך להיות העונש "שמגיע" לנדון על העבירה שעבר ולבטא את הסלידה ושאת הנפש שהחברה מפגינה כלפי המעשה, ומאידך עליו להיות מידתי ולהעניש אדם לפי חומרת מעשיו ותו לא (קנאי, שם בעמ' 155).

6. עיקרון ההלימה הוא גלגול של עיקרון הגמול:

**Commented [AS2]:** מה שחסר לי במסגרת חוה"ד, ויכול להיות שזה בגלל שזה לא משתלב באופן טבעי במבחני החוקתיות הרגילים, היא האמירה החד משמעית שנטילת חיים אינה יכולה להיות אמצעי ענישה לגיטימי של הריבון. בעיניי הטיעון החזק ביותר כנגד עונש מוות הוא אמירה עקרונית לפיה כוחו של הריבון חייב להיות מוגבל בהתאם למגבלות הטבעיות שלו: מדובר במערכת אנושית שהאפשרות לטעות היא חלק בלתי נפרד ממנה, וכפי שאין ביכולתו של הריבון להעניק חיים כך אין הוא יכול להסמיק את עצמו ליטול חיים (הוא לא אלוהים בקיצור). נטילת חיים אינה אמצעי ענישה אלא היא אמצעי נקם, ובאותה מידה ניתן היה לטעון שבשם תכלית הגמול יכולה המדינה לאנוס אנשים או לחבול במי שביצע עבירת חבלה.

זה לא שזה לא נאמר בכלל – זה נאמר פה בהקדמה ובהמשך קצת ביחס למבחן המידתיות – אבל בעיניי זה קצת הולך לאיבוד, והבחינה הדוקטורית של מבחני החוקתיות קצת מחלישה את הטיעון באופן כללי כי היא מתמקדת בתכלית בלבד (ובדרכים להגשמתה), עבוד שהאמירה היא שללא כל קשר לתכלית – יש דברים שאסור לריבון לעשות אותם נקודה. אני לא בטוחה אם זה משתייך סכמטית למבחן המידתיות או למקום אחר או שאולי זה "אקסטרטוריאלי" אבל זה נראה לי באופן אישי משהו שצריך לעמוד בבסיס חוות הדעת.

**Commented [DY3]:** איל – האם ניתן לטעון שעוצמת הפגיעה באדם חף מפשע גדולה יותר?

**Commented [DY4]:** לדעתי זה מזור להוסיף גם פגיעה בשוויון. (להרוג אותך זה בסדר, אבל לא באופן לא שוויוני?)

איל – מה דעתך?

**Commented [DY5]:** לילך – לאחר שחשבתי שוב על הדברים – צריך להבין טוב יותר למה הכוונה בתכלית הגמולית. אני לא מצליחה להבין האם ההלימה נועדה להשיב למורשע את מה שמגיע לו, לתת מזור לקורבן, לתת מזור לחברה? או נועדה לוודא שלא מענישים בחומרה יותר?

**אביגיל: דנה, עיקרון ההלימה הוא עיקרון של פרופורציונליות.** הוא אומר שעונשו של אדם צריך להיות תחום בראש ובראשונה לחומרה של מעשיו ורק בתוך הטווח הזה אפשר לקחת בחשבון שיקולים תועלתניים יותר כמו הרתעה או הרחקה מהציבור.

"בתיקון 113 לא פסח המחוקק על עיגון סטטוטורי של מטרות הענישה, כתחנת מוצא בדרכו אל הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה. על-פי דברי ההסבר: "החוק המוצע בא לעגן ב**חוק העונשין**, התשל"ז-1977 (להלן – החוק), את עקרונות הענישה שעל השופט להתחשב בהם ולקבוע את האיזונים ביניהם" (שם, בעמוד 446). מקרב מטרות הענישה השונות, תיקון 113 מעניק בכורה, אם כי לא בלעדיות, לעקרון ההלימות, הוא – עקרון הגמול (**ע"פ 1523/10** פלונית נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו], דברי השופט רובינשטיין בפסקאות י"ז-י"ט (18.4.2012)). על-פי עקרון זה, העונש הראוי לעבריין נגזר ממידת אשמו ומחומרת מעשיו, ובלשונו של **חוק העונשין**: "העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו..." (סעיף 40ב). זהו העקרון המנחה." (השופט סולברג **בע"פ 8641/12 מוחמד סעד נ' מדינת ישראל**)

7. בצד העיקרון המנחה ישנה התייחסות בהבניית הענישה גם למטרות של שיקום, הרתעה ומניעה. תכלית ההרתעה בענישה מעוגנת בסעיפים 140 (הרתעת היחיד) ו-140 (הרתעת הרבים) לחוק העונשין, תשל"ז – 1977 (להלן – חוק העונשין) בסימן 1א לחוק זה, אשר עוסק בהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה. בסימן זה קבועים העקרונות המנחים על בסיסם תוטל ענישה על אדם שהורשע בפלילים. לפי הסעיפים הנ"ל בית המשפט רשאי להתחשב בהרתעה האישית של העבריין והרתעת הרבים בגזירת עונשו ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם **העונש ההולם**. סעיפים אלה קובעים, כי אם מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הנאשם/הרבים (לפי העניין), וכי יש סיכוי של ממש שהטלת עונש מסוים תביא להרתעה כאמור, רשאי הוא להתחשב בשיקול זה, ו"בלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם". מלשון החוק עולה, כי לתכלית ההרתעה ניתן משקל מוגבל, בשני היבטים מצטברים: ראשית, שיקול זה רלוונטי רק אם אכן יש סיכוי של ממש בהגשמת התכלית ההרתעתית. שנית, וחשוב מכך, גם התכלית ההרתעתית אינה מאפשרת ואינה מצדיקה חריגה ממתחם **העונש ההולם**.

### ג. תכלית הצעת החוק – תכלית הרתעה

8. בדברי ההסבר להצעת החוק מודגשת **התכלית ההרתעתית** שבהחמרת הענישה וקביעת עונש מוות למעשה רצח בנסיבות של טרור: "הצעת חוק זו נועדה ליצור הרתעה משמעותית בקרב מבצעי פעילות טרור, בידעם כי ישראל מחמירה את מדיניותה ואינה מתפשרת עוד על ביצוע פשע מסוג זה". עם זאת, כאמור, ישנן תכליות נוספות לענישה, ביניהן התכלית הגמולית שבאה לידי ביטוי בעיקרון ההלימה, מניעה ושיקום. על אף שלא נטען בהצעה כי היא מבוססת על עיקרון הגמול, יש לבחון האם העונש המוצע עולה בקנה אחד עם מטרות הענישה וביניהן עיקרון ההלימה.

**Commented [DY6]:** בהמשך להערת למעלה – לא ברור לי אם ניתן להקיש באופן ישיר בין העקרון המנחה לבין התכלית. אני חושבת שצריך להבהיר את הנקודה הזו יותר.  
**אביגיל:** דנה לא כ"כ הבנת את השאלה. העקרונות המנחים בענישה הם במילים אחרות גם התכליות של הענישה, כפי שכתוב פה – תכלית הגמול/הלימה היא זו בעלת המשקל הגבוה ביותר מבין תכליות הענישה.

**Commented [DY7]:** בהמשך להערות קודמות – מכאן עולה שהתכלית ההרתעתית למעשה פחותה מעקרון ההלימה. אסור לחרוג ממנו, אולם מותר לתת עונש חמור יותר גם אם אינו מרתיע? זה בעצם סותר את האמור בועדת גולדברג שצריך לקבוע את העונש המינימלי שמספק הרתעה, לא?

בסקירה של העולם מתייחסים במפורש לחזרה מהתכלית של הגמול ויצר נקמה – כך בקולומביה ואנגליה לפי מה שפורט למטה. האם ניתן לטעון זאת גם לגבי שיטת המשפט הישראלית?  
**אביגיל:** נראה לי שאמירה כזאת צריך לוודא מול נעמה/אוסנת.

9. הגם שהתכליות של הרתעה והלימה הן תכליות ראויות, שכפי שצוין לעיל מפורטות בחלק הכללי של חוק העונשין, יש לבחון האם מתקיים קשר רציונאלי בין התכלית לאמצעי הנבחר – כלומר האם האמצעי אכן יוביל להגשמת התכלית; האם האמצעי הנבחר הוא האמצעי שמידתו פחותה; והאם האמצעי הנבחר עומד במבחן המידתיות 'הצר' כלומר שמידת התועלת בו עולה על הפגיעה הנגרמת בעקבותיו.

10. לגבי התכלית של הרתעה יש לבחון האם השטת עונש מוות כמוצע תממש את מטרתה, כלומר תהווה כלי הרתעה שימנע מאדם לבצע רצח בנסיבות של טרור. ויודגש, **ככל שלא ניתן יהיה להצביע על נתונים (להבדיל מהנחות או השערות) המבססים את העמדה לפיה עונש מוות ירתיע אנשים השוקלים לבצע מעשה רצח בנסיבות של טרור, הרי שלא מתקיים מבחן הקשר הרציונאלי בין התכלית הזו לבין האמצעי המוצע בהצעת החוק, ומכאן שהצעת החוק אינה עומדת בבחינה החוקתית.**

11. לעמדת חלק מגורמי הביטחון, ביניהם שירות הביטחון הכללי ומשטרת ישראל, המהלך לא יתרום להרתעה ואף עלול ליצור אפקט הפוך. בהקשר זה יש לציין שעמדתם של הגורמים המקצועיים המוסמכים היא העמדה לפיה עלינו לערוך את הבחינה החוקתית<sup>1</sup>.

12. דומה כי עמדה זו תואמת את עמדת גורמי הביטחון שהניחה את הבסיס לשינוי עמדת המדינה בנוגע להריסת בתים של מחבלים שמתו במהלך הפיגוע, כפי שאושרה בבית המשפט. כמתואר "על רקע ריבוי הפיגועים החמורים, שבוצעו בחודשים האחרונים על-ידי ארגוני טרור קיצוניים, ולנוכח הכרזותיהם הפומביות של ארגונים אלה על כוונתם להוסיף ולבצע פיגועים רצחניים נוספים גם בעתיד. בנסיבות אלו רואה המשיב צורך חיוני להרתיע מועמדים בכוח לביצוע פיגועי התאבדות. למסר המושמע באוזני מחבל כזה, שבמותו אגב ביצוע פיגוע יגרום לפגיעה קשה גם בבני-משפחתו המתגוררים עמו, תהיה, לדעת גורמי הביטחון, משמעות מרתיעה. ולעומת זאת, אם יוברר כי מותו של מחבל-מתאבד יהווה תנאי מספיק להשאת בית מגוריו על תלו, עלול הוא לבחור בפיגוע התאבדות דווקא; וכך, במקום שירותע המחבל מפני ביצוע פיגועים רצחניים, תושג לגבי היפוכה של הרתעה, והוא יתעודד לבצעם<sup>2</sup>."

<sup>1</sup> וראו בגץ 6026/94 עבד אל רחים חסן נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון  
<sup>2</sup> שם, פסקאות 9 – 10 לפסק דינו של השופט מצא.

13. לשם השלמת התמונה נציין כי עמדה זו של גורמי הביטחון עולה בקנה אחד עם

מחקרים אקדמיים בתחום, ואף עם מסקנות וועדות ציבוריות בישראל. **דו"ח הוועדה** הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים שבראשות השופטת בדימוס דליה דורנר מחדש נובמבר 2015 ציין כי בניגוד לאינטואיציה החזקה הקיימת בציבור ולעיתים גם בקרב העוסקים בתחום, המחקרים הרבים שבחנו את תיאוריית ההרתעה לא מצאו קשר בין חומרת הענישה להרתעה. לפיכך, מקובל כיום על מרבית הקרימינולוגים כי ככלל, החמרה בעונשי מאסר אינה מקדמת **הרתעה**. כן צוין בדוח ועדת דורנר כי ועדת גולדברג לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין משנת 1997 הגיעה למסקנה, על בסיס עמדה מחקרית זאת, "שקיים טעם חוקתי להתנגדות להחמרה בענישה ככלי ליצירת הרתעה כללית. ייתכן שהחמרה מסוג זה אינה עומדת במבחניה של פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".<sup>4</sup> כאמור לעיל, אף בתיקון לחוק העונשין משנת 2012 נקבע כי שיקול ההרתעה הוא בעל משקל מוגבל ביותר, ואינו יכול לסגת מפני עיקרון ההלימה.

14. מחקרים שנעשו ברחבי העולם לא הצביעו על כך שעונשי מוות מרתיעים בני אדם מפני ביצוע עבירות.

15. בשנת 2007 התקבלה החלטה בעצרת הכללית של האו"ם לגביי השעיית השימוש בעונש מוות.<sup>3</sup> ההחלטה התבססה על דו"ח של האו"ם,<sup>4</sup> שם נמנו סיבותיהן של המדינות שביטלו את עונש המוות. חלק מהסיבות המנויות הן אכזריות העונש, הפגיעה בזכויות אדם וחוסר ההוכחה לכך שעונש מוות מהווה הרתעה טובה יותר מאשר דרכי ענישה פוגעניות פחות. המסקנה לפיה אין יתרון הרתעתי בעונש מוות על פני ענישה אחרת, עלתה ממחקרים שערך ארגון אמנסטי עבור האו"ם וכן מחקרים בקנדה וגרמניה, שהדגימו ירידה במספר מקרי הרצח דווקא לאחר ביטול עונש המוות. בנוסף, מדינות כמו קולומביה, ציינו שהסיבה לביטולם את עונש המוות היא זניחת תיאוריית הגמול כאלמנט מרכזי במערכת העונשין והשמת דגש על שיקום. גישה זו עלתה גם בדיונים בפרלמנט באנגליה לקראת ביטול עונש המוות על עבירת הרצח. שם דובר על כך כי הסיבה המוצדקת היחידה לעונש מוות היא אם הדבר הכרחי לביטחונה של החברה, והוסבר כי גמול ורגש נקמה אינם מהווים מצע מספיק, מה גם שאין בהם משום שיוכך הכאב של המשפחה והחברה על האובדן שחוותה.<sup>5</sup>

16. נציין כי ישנם מחקרים הצביעו על כך כי במדינות שביטלו את עונש המוות לא עלתה, ולמעשה אף ירדה, כמות מעשי הרצח. **באוסטרליה**, עונש המוות בוטל באמצע שנות השישים, בין השנים 1993-2005 שיעור הרציחות המדווח **ירד**. **בקנדה**, לפני ביטול עונש המוות שיעור הרציחות היה במגמת עלייה; בשנת 1975 שיעור מעשי הרצח עמד על 3.02 למאה אלף איש. בשנת 1976 בוטל עונש המוות, ובשנת 2003 שיעור הרציחות עמד על 1.73 למאה אלף איש, שזו ירידה של 44 אחוז משנת 1975.<sup>6</sup> **בניגריה**, נערך מחקר בשנת 1987 שלא מצא שום דפוס עקבי במערכת היחסים בין מספר ההוצאות להורג

**Commented [DY8]:** העתקתי את החלק הזה מהחוור שכתבה לילך. האם כדאי לעבות? בכל מקרה צריך להוסיף הפניות למאמרים ולדוחות המגבים את הטענה הזו.

**Commented [LB9]:** אני חושבת שהמשפט מדגיש את הפער בין עונש מאסר לעונש מוות, שהוא שונה באיכותו, ולכן לא בהכרח ניתן ללמוד מהאמור לענייננו. חוזרת על ההצעה להתחיל מדוח גולדברג בטיעון.

**לא הבנתי, וגם לא הצלחתי למצוא את דוח גולדברג באינטרנט – תוכלו להעביר אלי? (דנה)**

**Commented [LB10]:** בוטל באמצע שנות השישים... מה קרה 30 שנה? זה יכול להיות טיעון מגמתית להתייחס רק לשנים אלה.

מסכימה עם ליאנה, ובנוסף – יש כאן הרבה שנים הפרק -

**Commented [LB11]:** השימוש בנתונים כפי שמוצג, נראה חסר. כאשר חולפות 30 שנה, ייתכנו סיבות נוספות לירידה במספר מקרי הרצח- שינוי תרבותי, אכיפה, חקיקה ועוד. זה נראה קצת תלוש בפרק זמן כזה, לטעון שזה נובע מביטול העונש עשרות שנים קודם.

**אני מסכימה עם ליאנה – לכן הוספתי את המשפט שמטה בפיסקה 23.**

<sup>3</sup> UNGA Resolution 62/149 (2008)

<sup>4</sup> the report of the Third Committee (A/62/439/Add.2)

<sup>5</sup> Hansard, HC Deb 21st December 1964 vol 704 col 908.

<sup>6</sup> Ibid, p. 325

שבוצעו לבין מקרי הרצח או השוד המזוין. בחלק מהתקופות הייתה התאמה בין עלייה בהוצאות להורג לבין עלייה בפשע, ובתקופות אחרות לא הייתה התאמה כאמור. מעבר לכך, לאחר כניסתו של עונש המוות לעבירת השוד המזוין ב-1970 הייתה עלייה במספר מקרי השוד המזוין.<sup>7</sup> נתונים דומים מופיעים בדוח נציב האו"ם לזכויות אדם.<sup>8</sup> הדוח מצביע על כך שבמדינות בהן לא קיים עונש מוות, יש פחות מקרי רצח באופן כללי, מאשר במדינות בהן יש עונש מוות.

17. **בארה"ב**, מחקר שנערך בכמה מדינות שכנות בארה"ב (על מנת לנסות לצמצם את האלמנטים החברתיים העלולים להשפיע על הסטטיסטיקה), בדק את הקשר בין שיעור מעשי הרצח במדינה לבין שיעור ההוצאות להורג שבה. במחקר נמצא כי לא קיים קשר ליניארי בין כמות ההוצאות להורג שבמדינה לבין מספר קורבנות הרצח.<sup>9</sup> בשנת 2000 נמצא כי ב-10 מתוך 12 המדינות שבהן לא הונהג עונש מוות בארה"ב קיים שיעור מעשי רצח נמוך מהממוצע הלאומי.<sup>10</sup> בוצעו מחקרים רבים נוספים בארה"ב, אך אף אחד מהמחקרים הללו לא הוכיח, עקב בעיה מתודולוגית אינהרנטית במחקר, את קיומו של אפקט ההרתעה.<sup>11</sup>

18. הגם שניתן לטעון כי קשה לזקק מה הם המשתנים שגרמו לירידה במקרי רצח לאורך השנים, דומה כי מהמחקרים שנסקרו לעיל עולה כי לכל הפחות אין מתאם בין הטלת עונש מוות לבין הרתעה [מפני ביצוע מעשי רצח]. הסבר אפשרי להעדר המתאם ניתן, בספרות קיימת גם תיאוריה לפיה עונש מוות עשוי להוביל לעלייה באלימות ובשיעור ביצוע הפשעים שדינם מוות, זאת כיוון שהרג על ידי המדינה נתפס כמתן לגיטימציה ללקיחת חיים כפעולה נקמה.

19. מחקרים בנוגע להרתעה בענישה באופן כללי, כמו גם הרתעה באמצעות עונש מוות, מייחסים את עיקר אפקט ההרתעה לסיכוי העבריין להיתפס ולא לעונש שייגזר עליו אם ייתפס. [במילים אחרות, אכיפה אפקטיבית אשר מביאה עבריינים לחשוש כי ייתפסו ויועמדו לדין, היא בעלת משמעות מרתיעה יותר, מאשר העונש שהם חוששים שיושת עליהם בתום ההליך].

20. יודגש כי הטיעון לפיו עונש מוות אינו מרתיע עבריינים אידיאולוגיים הנכונים ממילא למות במהלך ביצוע העבירה, תקף ביתר שאת. הוכחה לכך ניתן לראות באירועי גל הטרור האחרון, במהלכו שיעור המחבלים שנהרגו במהלך ביצוע או ניסיון ביצוע מעשה רצח היה גבוה, ובכל זאת הדבר לא תרם להרתעה ולמניעה של מעשי טרור נוספים.

21. בהקשר זה יש לציין כי **באתר אמנסטי** נאמר שגורמים רשמיים שעוסקים במאבק בטרור מצביעים על כך שבהקשר של טרור באופן ספציפי, עונש מוות עשוי להפוך את

**Commented [LB12]:** מה ההנמקה שאנחנו מציעים לכך? אולי יש משהו במסר המזלזל שמעבירה המדינה לגבי חיי אדם?

**אביגיל:** אני לא חושבת שזאת ההנמקה. אני חושבת שההנמקה היא שהמדינות היחידות שבהן קיים עונש מוות אלה מדינות עולם שלישי/דיקטטורות שבהן באופן כללי יש ערכי מוסר וסדר ציבורי מעורערים יותר, וארה"ב – שבה כל אחד יכול לשאת נשק.

**Commented [LB13]:** מספר הקורבנות איננו נתון זהה למספר מעשי הרצח.

**Commented [DY14]:** קושי נוסף שיש עם המחקרים הללו – הוא שהם מתמקדים מהיחודיות של רצח עקב מעשי טרור.

אני מודה שאני הייתי מצמצמת קצת את הסקירה של כלל המחקרים האלה, להבנתי ניתן לטעון טענה לפיה עבירת רצח אידיאולוגי היא בעלת מאפיינים שונים מהותית מעבירת רצח אחר, ולכן המחקרים הללו אינם תקפים בהכרח לסוג כזה של עבירות – לא?

משיחה עם נעמה זה היחודיות שהיא הדגישה בעבירות טרור:

1. זו פשיעה שחותרת במכוון תחת סדרי המשטר ממש, תחת כל קיומו של הסדר החברתי. ולכן הפגיעה חמורה יותר, כי פוטנציאל הנזק הוא גדול יותר.

2. ארגון טרור הוא מושך עבור אוכלוסייה נורמטיבית. הפעילות שלהם מאד אטרקטיבית, יש יכולת לגייס עבריינים חדשים.

**Commented [DY15]:** אני לא יודעת האם הטיעון הזה נכון לעבירות אידיאולוגיות ויותר מכך לעבירות שהעבריין לוקח בחשבון את אפשרות המיתה בעת ביצוען.

**Commented [DY16]:** על מה הם מבססים את הטענה הזו? לילך, את יכולה להעביר לנו את ההפניה?

<sup>7</sup> P.328-329

<sup>8</sup> <http://www.ohchr.org/EN/newyork/Documents/Death-Penalty-and-the-Victims-WEB.PDF>

<sup>9</sup> Richard Lempert, 'The Effect of Executions on Homicides: A New Look in an Old Light' *Crime and Delinquency* 29 (1983), pp. 88-115 at 100-101

<sup>10</sup> Hood and Hoyle, p. 330. ראו גם נתונים בנוגע למקרי רצח במדינות בהן קיים עונש מוות לעומת מדינות בהן עונש כזה אינו קיים, באתר - <https://deathpenaltyinfo.org/deterrence-states-without-death-penalty-have-had-consistently-lower-murder-rates>

<sup>11</sup> Ibid, p. 336

הנאשמים ל"קדושים מעונים" והזיכרון שלהם הופך להפצה נוספת של האידיאולוגיה שלהם. לפי תפיסה זו לא זו בלבד שעונש מוות אינו יהווה הרתעה עבורם, אלא שהוא עשוי להתיישב עם אידיאולוגיה המניעה אותם.

22. כמו כן, עולה חשש מפני ביצוע פעולות תגמול.

לאור האמור, ובשים לב לכך שהתכלית המתוארת בדברי ההסבר הינה תכלית ההרתעתית הצעת החוק אינה חוקתית. זאת משום שהאמצעי הפוגעני שנבחר בה אינו מידתי, שכן הוא אינו מוביל לתוצאה המיוחלת והיא הגברת ההרתעה מביצוע מעשי טרור.

- האם יש נתונים לגבי מאסר עולם – אם הוא עונש מרתיע? במחקר שפורסם בשנת 2015 על ידי שירות בתי הסוהר, עלה כי שיעור הרצידיביזם של אסירים שהורשעו בביצוע עבירות נגד חיי אדם, ושבנו לבצע עבירות כאלה בעתיד הוא נמוך ביותר.

[https://www.gov.il/BlobFolder/guide/mamrim/he/72-87\\_0.pdf](https://www.gov.il/BlobFolder/guide/mamrim/he/72-87_0.pdf)

### ג. תכלית הגמול

למעלה מן הצורך, נבחן את הצעת החוק לאור תכלית 'ההלימה'. ויודגש תכלית זו אינה באה לידי ביטוי בדברי ההסבר להצעת החוק, ומשכך ספק אם אכן זו התכלית שהצעת החוק מבקשת לקדם. הדיון החוקתי בנייתוח תכלית זו הינו מורכב. מדובר בטשטוש משפטי כמעט לא נגוע. דומה כי טרם נערך דיון חוקתי מעמיק בשיטת המשפט הישראלית בפגיעה בזכות יסוד חוקתית לשם השגת תכלית זו. בהיבט זה עלינו לסלול דרך שטרם נחרשה. יחד עם זאת, אין מנוס מבחינה חוקתית אף של תכלית כזו. שיש למצוא לה תשובה בעולם המשפט.

23. תכלית ההלימה במשפט הפלילי מעוגנת בסעיף 40 לחוק העונשין, והיא מהווה את העיקרון המנחה בענישה: "העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת משה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו (בסימן זה – העיקרון המנחה)".

24. במשפט הפלילי בשים לב לעקרון זה הציעה הממשלה בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ו-2015 לקבוע ענישה מחמירה של מאסר עולם חובה לרצח בנסיבות מחמירות, הכוללות אף רצח ממניע של טרוח, אולם כוללת שורה של נסיבות מחמירות נוספות, ביניהן: רצח לאחר תכנון או לאחר הליך ממשי של שקילה, רצח קטין על ידי האחראי לו, רצח חסר ישע, רצח ממניע של גזענות או עוינות כלפי ציבור, רצח שנעשה באכזריות מיוחדת או תוך התעללות גופנית או נפשית בקורבן. אם כן, לפי שיטת המשפט הישראלית נכון להיום תכלית ההלימה מקבצת תחתיה שורה של נסיבות מחמירות. ספק אם ניתן לומר שתכלית זו מאפשרת החמרה עבור רצח בנסיבות של מעשה טרור בלבד. לצד זאת נזכיר שנפגעי עבירת טרור מקבלים סל שיקום מהמדינה

**Commented [DY17]:** זו עמדת הגורמים הביטחוניים? את הנקודה הזו צריך להעביר לחלק של העלות – תועלת.

**Commented [AS18]:** האם הסיבה היא לא משום שזה לא משיג את המטרה בלי קשר למידתיות? הרי אם הבנתי נכון – זה נופל כבר במבחן הראשון ובכלל לא מגיע למבחן המידתיות

**Commented [DY19]:** לילך יש לכם נתונים על כך?

**האם זה נכון לגבי עבירות טרור? הבנתי שההנחה היא הפוכה – בעבירות טרור הסיכוי לשיקום הוא נמוך.**

**Commented [AS20]:** אני לא בטוחה שנדרש הדיסקליימר הזה. לא כי הוא לא נכון, רק כי הוא משדר קצת חוסר ביטחון בעיניי שלא משרת את מטרת חוות הדעת.. נראה לי שאפשר פשוט להגיד את מה שנראה לנו שנכון להגיד בכל הנוגע לתכלית הגמול בלי הדיסקליימר. וממילא מדובר כביכול ב"למעלה מן הצורך" שהרי התכלית המוצהרת של הצעת החוק כבר נפלה על ההתחלה..

**Commented [DY21]:** מדוע יחס הולם מפורש כגמולי בעצם? ניתן לקרוא את העקרון הזה ככזה הקובע שהעונש אינו יכול להיות מוגזם – לא?

**Commented [DY22]:** לילך תוכלי להרחיב על החלק הזה?

**Commented [DY23]:** לאחר השיחה שלי עם נעמה, אני לא בטוחה שטיעון הזה נכון ומתיישב עם חוק המאבק בטרור.

**Commented [DY24]:** אל מי כדאי לפנות לצורך הרחבה על סל השיקום של נפגעי טרור? למה זה רלוונטי? (לילך)

לא בטוחה שזה רלוונטי – אולי ניתן לבנות טיעון לפיו מבחינת הגמול של משפחת הקורבן, ישנן דרכים נוספות לעזור לה. אביגיל: אני נוטה לכיוון של להשמיט את ההתייחסות לסל השיקום.. אני לא חושבת שהוא קשור לשאלת העונש שמייע למחבל (אלא יותר לכך שקרבנות טרור נתפסים כקרבנות רדומליים ששילמו מחיר בשם המדינה כולה – שהיא בעצם מי שמוקפת בעבירת טרור). וזה גם עלול לעורר אנטיגוניזם

נזכיר, כי לא מוכרת לנו מדינה בעולם בה עונש מוות מוטל על רצח בנסיבות של טרור. בארה"ב, במדינות מסוימות, עונש מוות מוטל על מורשעים בעבירות רצח מדרגה ראשונה.

אני חושבת שלצד תכלית הגמול יש לציין את תכליות השיקום ותקנות השבים – ולציין כי המתנה מונעת למעשה את האפשרות של נאשם לתקן דרכיו, כמו גם מאיינת את נוהג החנינה ואת עקרון תקנות השבים. אני יודעת שלגבי שמוסד החנינה הוכר כנוהג חוקתי בארץ – האם ניתן לומר זאת גם לגבי עקרון תקנת השבים?

הקשר הרציונאלי - קשה לעמוד לענות אתעל השאלה אם עונש המוות יהווה גמול הולם לאדם שביצע מעשה טרור. שהרי כיצד ניתן למדוד את הסבל והפגיעה בקורבן שנגרמים מעשה טרור, לאדם שנהרג או נפצע בפיגוע טרור רצחני, בקרובים לו, ובחברה החיה בצל איום מתמיד של מעשי טרור שכאלה? לצורך הדיון כעת אנו מוכנים להניח כי מבחן הקשר הרציונאלי מתקיים במידה מספקת לאור תכלית זו, ולהמשיך את הניתוח החוקתי מנקודה מוצא זו.

כעת עלינו לבחון אם האמצעי שנבחר הינו אמצעי שמידתו פחותה. יישומו של מבחן זה אף הוא מורכב מאד. שאלה היא האם כל אמצעי הענישה הפיסים העולים על הדעת הם אמצעי הענישה שניתן לבחון במסגרת מבחן זה, או שמא ישנם עונשים שבשיטת המשפט שלנו אינם אפשריים. האם הוצאה להורג בעינויים הוא אמצעי ענישה שניתן להביא בחשבון בעת עריכת המבחן? ככל שכן, לכאורה עונש מוות הינו אמצעי שמידתו פחותה. אולם אם הוצאה להורג בעינויים אינה נמצא בסל העונשים שניתן להטיל על אדם במשפט הישראלי, אזי דומה כי עונש מוות אינו מהווה אמצעי שמידתו פחותה, אלא האמצעי הפוגעני ביותר. בהיבט זה יש לזכור כי במשפט הישראלי לא קיימת ענישה פיסית. ככל שהיתה קיימת, מדוע שלא לסרס מורשעים בעבירות מין, או לכרות ידי גנבים?

גם אם נניח שעונש מוות הינו אמצעי שמידתו פגיעתו פחותה, מנגד, כיצד ניתן למדוד את הפגיעה של אדם שבית המשפט מורה על הוצאתו להורג, או את התועלת החברתית שנגרמת מהוצאה להורג כזו. האם יש נתונים לגבי האם ענישה עוזרת לנפגע העבירה? עוזרת לשיקום שלו? נתונים אחרים שיכולים להיות רלוונטיים?

האם נעשה סקר לגבי הדעה הרווחת בציבור בהקשר זה? - ככל שמתקיים הקשר הרציונאלי לשם השגת תכלית זו, עלינו לבחון האם מדובר באמצעי שמידתו פחותה לשם השגת התכלית המתוארת. האמצעי הנבחר צריך לפגוע בזכות המוגנת במידה הפחותה האפשרית להשגת המטרה, רק אם לא ניתן להשיג את אותה המטרה באמצעי פוגעני פחות ניתן להצדיק את השימוש באמצעי הדרסטי.

26. עלות-תועלת –

**Commented [LB25]** מה הטעון הזה בא להגיד? זה מחדד את הייחודיות לכאורה של מדינה בסכסוך עמוק וכו'. האם אנחנו חושבים שאין מאפיינים חמורים במיוחד לרצח שהוא טרור, לעומת רצח אחר?

**Commented [DY26]** לילך – האם ישנם נתונים אודות עבריינים אידיאולוגיים שעברו שיקום? זה יכול לחזק / להחליש את שאלת אפשרות השיקום. אני לא מכירה נתונים על שיקום עבריינים, אפשר לשאול את שמרית (לילך) לראות: יש קושי עם שיקום של עבריינים אידיאולוגיים, ולכן אני חושבת שנתונים לא מאוד יעזרו.

**Commented [AS27]** הפסקה הזאת קצת מזכירה לי את הדיסקליימר... לא הייתי נכנסת כ"כ להתלבטות, אלא אומרת מקסימום שמתבטע הדברים שאלת היחס בין חומרת מעשה לחומרת עונש כרוכה מטבעה בהיבטים ערכיים שקשה לענות עליהם בכלים משפטיים גרידא – משהו כזה.. וממשיכה להתמקד בשאלת הלגיטימיות של האמצעי – בלי קשר למעשה העבירה – שכפי שכתבתי לעיל היא בעיניי במוקד.

**Commented [AS28]** לא בטוחה שלזה התכוונת אבל משהו הושט שם בניסוח אז ניחסתי...

**Commented [AS29]** כפי שכתבתי לעיל, בעיניי הנקודה הזאת היא במוקד העניין וכרגע היא נראית לי קצת בשוליים במסגרת חוות הדעת.

**Commented [DY30]** אולי ניתן להתייחס לפס"ד העינויים? (אני לא מכירה אותו עדין לעומק) אביגיל: אני לא בטוחה לאיזה פס"ד את מכוונת (יש אחד שניתן רק לאחרונה ויש פסיקה קודמת) אבל באופן כללי, אם אני לא טועה, כל הפסיקה של בנק בנושא עינויים תמיד התייחסה לעינויים כאמצעי תקרה ולא כאמצעי ענישה. אני לא חושבת שאי פעם נעשה שימוש בעינויים כאמצעי ענישה... ככה שעל פניו לא רלוונטי לכאן.

**Commented [DY31]** האם נכון? תוכלו להרחיב?

**Commented [AS32]** ?

**Commented [AS33]** נראה לי שיש פה התמקדות בהיבטים שלא צריך להתמקד בהם

**Commented [AS34]** דנה לילך ביקשה שתפרטי את מבחן המידתיות ביחס לתכלית הגמול – אני מניחה שהכוונה לחלק הזה. העיקרון מופיע אבל לא היישום שלו.



מנתוני המרכז למידע על עונש מוות<sup>12</sup> עולה כי בארה"ב משנת 1973 155 אנשים שחפותם הוכחה שוחררו מעונש מוות שנגזר עליהם. ממחקר שפורסם על ידי סמואל גרוס מאוניברסיטת מישיגן בשנת 2014 עלה כי למעשה המספרים גבוהים יותר: 4.1% מאלו שהוצאו להורג היו חפים מפשע, כלומר כ-340 אנשים.<sup>13</sup> במהלך ההיסטוריה של מדינת ישראל, הופעל עונש המוות פעמיים – אחת מהן היתה בבית דין שדה בשנת 1948 בעניינו של טוביאנסקי, שנשפט בגין בגידה ונמצא חף מפשע לאחר הוצאתו להורג. המקרה של טוביאנסקי והנתונים שהוצגו לעיל מעידים על הבעיה האינהרנטית שבעונש המוות – האפשרות של טעות בהכרעת הדין כאשר העונש בלתי הפיך.

עלות תועלת, טיעון אפשרי נוסף: מעבר לפגיעה בזכויות האדם שהוצא להורג, יש לתת את הדעת לכך ששחרור אסירים הוא כלי המצוי בידי הממשלה בבואה לקיים משא ומתן עם אויבים, בין אם לשם החזרת שבויים ונעדרים ישראלים, ובין אם כחלק ממשא ומתן להסדר קבע. המתה של מורשע בנסיבות טרור כמוצע מפקיעה במידה רבה כלי זה מידיה של הממשלה, ובכך עלולה לפגוע בתועלת הכללית מקום בו היתה רוצה הממשלה לערוך עסקה שכזו.

#### ד. המשפט הבינלאומי ומדינות העולם

1. כאמור, המגמה בעולם היא אחת: ביטולו של עונש המוות. עונש המוות בוטל ונאסר לביצוע ב-104 מדינות בעולם. ב-7 מדינות לא קיים עונש מוות לפשעים רגילים בעת שלום ושלושים מדינות נחשבות כדה פקטו דוגלות בביטול ולא מקיימות הוצאות להורג.<sup>14</sup> כל מדינות המערב ביטלו את עונש המוות החל משנות ה-60 ועד שנות ה-90 של המאה הקודמת: אנגליה באופן סופי בשנת 1969, קנדה בשנת 1976, אוסטרליה בשנת 1984 ואיטליה בשנת 1994. כיום, פרט לארה"ב, עונש מוות מקובל בסין, קונגו, ערב הסעודית, ניגריה, פקיסטן ומדינות נוספות.

**Commented [LW35]** מציינת טוב את עמדת כי אין לא נכון לטעון את הטיעון על שחרור מחבלים בעסקאות, כי זה אחד הנימוקים של המציעים להצדקת עונש מוות ליאנה: בעיני גם זה לא טיעון עצמאי. הוא צריך להיות מובלע רק כאופציה, כאשר מדובר על חלופה של מאסר עולם אמיתי ואז אפשר להציע, כאמצעי שפגיעתו פחותה, לטפל בעניין זה. (גם לא משהו בעיני).

**אביגיל:** חד משמעית חושבת שכדאי למחוק את ההתייחסות לעסקאות שחרור שבויים. זה סדין אדום לדעת.

**Commented [AS36]** דנה לילך ביקשה לשלב את ההתייחסות למשב"ל במבנה של שאר חוה"ד – מה שרלוונטי למבחי החוקתיות שייכנס לשם ומה שלא (למשל הפרת התחייבויות בי"ל) שיופיע בנפרד.

<sup>12</sup> <https://deathpenaltyinfo.org/documents/FactSheet.pdf>

<sup>13</sup> <https://www.scientificamerican.com/article/many-prisoners-on-death-row-are-wrongfully-convicted/>

<sup>14</sup> ACT 50/5740/2017, Amnesty International April 2017, pp. 42-43

2. כפי שפורט לעיל, מרבית מדינות העולם ביטלו את עונש המוות במהלך חקיקתי. עם זאת, ישנם מקרים ספורים בהם קבעו בתי משפט חוקתיים כי עונש המוות אינו חוקתי. כך למשל, בית המשפט החוקתי **בדרום אפריקה** בשנת 1995 קבע כי עונש המוות אינו חוקתי, מאחר שהוא פוגע בזכות לחיים, לכבוד ולשוויון בפני החוק, המעוגנות בפרק השלישי לחוקה.<sup>15</sup> בית המשפט נימק את החלטתו במספר נימוקים: ראשית, עונש מוות הוא עונש אכזרי ולא אנושי. אכזריותו נובעת לא רק מעצם ההוצאה להורג אלא גם מהמתנת הנידון להחלטה בעניינו שעשויה להתמשך זמן רב; שנית, לא נמצאה הוכחה מבוססת כי עונש מוות מרתיע יותר מאשר עונש של מאסר עולם. בית המשפט לא הסתפק בהערכה לפיה עונש מוות מטבעו מרתיע, וקבע כי לאור האכזריות שבעונש המוות לא די בטיעון מעין זה על מנת להצדיקו; שלישית, ההליך הינו שרירותי וגורם לאי שוויון בפני החוק; רביעית, השיקול של גמול אינו מספיק כדי לשלול זכויות בסיסיות של אדם כגון הזכות לחיים. הזעם המוסרי כנגד מעשיו הנפשעים של העבריין יבוא לידי ביטוי במאסר עולם או במאסר הממושך שייגזר עליו, ואין צורך דווקא בעונש מוות די להגשים את התכלית הזו; חמישית, עונש מוות הוא בלתי הפיך וטמון בו סיכון של שליחת אדם חף מפשע למוות.

3. **בקנדה** בית המשפט העליון ביטל החלטה של שר המשפטים הקנדי להסגיר שלושה חשודים צעירים ברצח לארה"ב, ללא התחייבות מארה"ב כי אלו לא יעמדו בפני עונש מוות.<sup>16</sup> בית המשפט קבע כי החלטת ההסגרה למדינה בה יכולים הצעירים לעמוד בפני עונש מוות מעלה קשיים חוקתיים שונים, וזאת בהתבסס על סעיף 7 לחוקה העוסק בזכות לחיים, חירות וביטחון. בית המשפט קבע כי ההסגרה למדינה זרה, אם תיושם, פוגעת בזכות לחירות ולביטחון הנאשמים, וכי פגיעה זו אינה בהתאם לעקרונות הצדק הבסיסי (fundamental justice) המעוגנים בסעיף 7 לחוקה. בית המשפט מציין כי בקנדה בוטל עונש המוות והוא נכלל בתוך האיסור על עונשים אכזריים ובלתי הפיכים. חקיקה זו כמו גם חתימתה של קנדה על אמנות בין לאומיות השוללות עונש מוות מעידה כי בקנדה עונש מוות נתפס כעונש שאינו עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק הטבעי. עוד מציין בית המשפט את החשש מהרשעות שווא והנזק הפסיכולוגי שנגרם לאלו הנידונים למוות, גם במצב בו בסופו של דבר חפותם מתבררת. שיקולים אלו הביאו את בית המשפט למסקנה כי הסגרה ללא תנאים למדינה זרה אינה לגיטימית, למעט מקרים חריגים והמקרה הנוכחי אינו חריג כזה.

4.

5. להלן נסקור בדין הבינלאומי לא קיים עונש מוות, בבית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג העונש המרבי על פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות הוא מאסר עולם.

<sup>15</sup> Makwanyane and Mchunu v The State (Constitutional Court 6 June 1995 (case CCT 3/94)

<sup>16</sup> <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1842/index.do> United States v. Burns

Commented [DY37]: לילך מדוע הוספת את החלק הזה כאן למעשה? אפשר להעביר למקום אחר (לילך)

אני אעביר מחר (דנה)

6. באיחוד האירופאי חל איסור על מדינות לגזור עונש מוות, ומאז 1994 נדרש, כתנאי מקדים, מהמדינות המעוניינות להצטרף לאיחוד לדגול בביטול עונש מוות בין אם זה יורה או זה פקטו.<sup>17</sup> פרוטוקול 6 לאמנת זכויות האדם האירופית שהתקבל כבר בשנת 1983 ביטל את עונש המוות בזמן שלום, וקבלת פרוטוקול 6 היא תנאי להצטרפות למועצת אירופה.

7. בפרוטוקול 13 לאמנה האירופאית לזכויות אדם על ביטול עונש מוות,<sup>18</sup> נכתב בהקדמה כי הזכות לחיים היא זכות בסיסית במדינה דמוקרטית, ועונש מוות (בכל סיטואציה, בין אם שלום ובין אם במצב מלחמה) מהווה סכנה לזכות זו ולזכותם לכבוד של בני אדם. בפסקי דין של בית הדין האירופאי לזכויות אדם שעסקו בהסגרת נאשם למדינה בה קיים עונש מוות, נקבע כי עונש מוות, על כל דרכי ביצועו, כרוך בגרימת כאב פיזי ונפשי (בעקבות הידיעה והציפייה על המוות הקרב מידי המדינה).<sup>19</sup> כמו כן, האסיפה הפרלמנטרית של האיחוד האירופאי קבעה כי ביצועו של עונש מוות מהווה עינוי ועונש לא אנושי ומשפיל כהגדרתו בסעיף 3 לאמנה האירופאית לזכויות אדם.<sup>20</sup> בית הדין האירופאי לזכויות אדם פסק כי סעיף 3 לאמנה האירופאית לזכויות אדם לא מכיל שום הוראה עבור חריגים וסטייה מן ההוראה אינה מאושרת גם במקרה של מצב חירום ציבורי המאיים על המדינה. האיסור על עינוי ועונש לא אנושי ומשפיל הוא אבסולוטי ולכן ההתנהגות של האדם וטבע העבירה שביצע אינם רלוונטיים לאיסור.<sup>21</sup> (חוזרת על הערתי לעניין הפגיעה בכבוד האדם שצריכה להיות מובאת בתחילת הטקסט).

8. באמנה נגד עינויים משנת 1984, אמנה שישראל חתומה עליה, נקבע כי לא ניתן לסטות מן ההוראה האוסרת על עינויים. אחת מן ההגדרות באמנה ל"עינויי" היא 'מעשה אשר באמצעותו נגרם במכוון לאדם כאב או סבל חמור, בין אם פיזי, בין אם מנטלי, במטרה להענישו על מעשה שהוא או אדם שלישי ביצע או נחשד בביצועו, מקום שכאב או סבל כאמור נגרמים בידי עובד ציבור או אדם אחר הממלא תפקיד רשמי. לפי ההגדרה המונח 'עינוי' אינו כולל כאב או סבל הנובעים, או טבועים בענישה לפי החוק.<sup>22</sup>

9. בפרוטוקול משנת 2003 המתקן את האמנה האירופאית לדיכוי הטרור (1977) הוסף לסעיף 4 של האמנה תת סעיף האומר כי דבר באמנה לא יפורש כמחייב מדינה חתומה להסגיר

Commented [LB38]: כדאי לפשט את המשפט, קצת לא ברור.

שיניתי לפי ההגדרה שקראתי באמנה. אנג - אסף - יש ההגדרה כוללת הנחת המבוקש לא? אם יוכר שעונש מוות הוא עונש חוקי, הוא לא ייחשב בעינוי ולא יהווה סתירה לאמנה, לא?

<sup>17</sup> Parliamentary Assembly Resolution 1253 (2001), ¶13

<sup>18</sup> Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and

Fundamental Freedoms, concerning the abolition of the death penalty in all circumstances

<sup>19</sup> Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom, application no. 61498/08, p. 52; Al Nashiri v.

Poland, no. 28761/11, judgment of 24 July 2014, para. 577.

<sup>20</sup> Parliamentary Assembly Resolution 1253 (2001), ¶11

<sup>21</sup> Saadi v. Italy [GC], no. 37201/06, § 127, ECHR 2008

<sup>22</sup> Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, entry into force 26 June 1987

אדם למדינה בה קיים עונש מוות בלי ההבטחה הדיפלומטית מצד המדינה כי לא תגזור עונש מוות על הנאשם.<sup>23</sup>

10. במספר פסקי דין של בית הדין האירופאי לזכויות אדם, אשר דנו בהסגרת נאשם במעשי טרור, נקבע כי לא זו בלבד שאין חובה על מדינה, אלא אף יש איסור על מדינה להסגיר אדם מבלי לקבל אישור דיפלומטי כי לא ייגזר עליו עונש מוות, שכן עונש זה והכרוך בו גובל בעינויים ומעשים לא אנושיים ומשפילים.

11. לאור האמור במישור המשפט הבינלאומי נציין כי לעמדת המחלקה הבינלאומית הצעת החוק אינה עולה בקנה אחד עם מחוייבויותיה של ישראל בהתאם לאמנות זכויות האדם של האו"ם, עם הפרוטוקול האופציונלי השני לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות. [כדאי להרחיב בהתאם לנספח חוות הדעת שהוכן על ידי המחלקה הבינ"ל] ליאנה: וככל שיש מימד של המשמעות הספציפית לפעול בניגוד להתחייבויות בנושא זה, לציין אותו.]

12. ישנם מחקרים המעלים את ההשערה כי החומרה של עונש המוות עלולה להוביל למספר נמוך יותר של הרשעות מאשר עונש חמור פחות. לראייה באנגליה, בוולס ובקנדה, לאחר ביטול עונש המוות כמות ההרשעות ברצח לעומת הריגה עלתה.<sup>24</sup> הסבר אפשרי לכך, הוא בזהירות יתר שנוקט בית המשפט בהליך פלילי, בידועו שסופו של ההליך בהוצאת הנאשם להורג.]

**Commented [DY39]:** אסף – ההערות האלה למעשה מופנות אליך – תוכל בבקשה להרחיב אם אתה מוצא לנכון?

**Commented [DY40]:** צריך לחשוב איפה למקם את הטיעון הזה – הטיעון הוא שעונש מוות חובה יוביל לפחות הרשעות ולכן למעשה לא תהיה הרתעה? אם לא מדובר בעו אביגיל: זאת תופעה מוכרת שכשמנסים לכפות על בתי המשפט – הם משתמשים בסמכות להרשיע בעבירה אחרת כדי לחמוק מכך (למשל עונשי מינימום...) ולכן אפשר לומר – מבחינת הניתוח החוקתי – שזה עוד ספק לגבי השגת המטרה.

13.

#### פסקת סיכום?

[מזכירה להתייחס גם לחלקים האחרים של ההצעה – שלילת הזכות לחנינה הטלת עונש ברוב דעות]

במסגרת הצעת החוק מוצעים גם הסדרים פרוצדורליים ביחס לסמכות הטלת עונש מוות, לפיהם בית המשפט יהיה מוסמך להטיל עונש מוות גם ברוב דעות ולא פה אחד כפי שקובע הדין הקיים, וכן כי תישלל הזכות לחנינה מנאשם שנגזר עליו עונש מוות. לאחר שבחנו את שאלת החוקתיות של עונש המוות כשלעצמו נתייחס כעת לחוקתיות של הסדרים אלו בהצעת החוק. מבחינת ההסדרים עולה כי אף הסדרים אלו כשלעצמם אינם חוקתיים, וכי הם מהווים החמרה אפילו ביחס להסדרים הקיימים במדינות ארה"ב שבהן נהוג עונש מוות.

<sup>23</sup> Protocol amending the European Convention on the Suppression of Terrorism, European Treaty Series - No. 190 (2003), p. β

<sup>24</sup> The Death Penalty- A worldwide perspective, Roger Hood and Carolyn Hoyle, ch. 9- The Question of Deterrence, pp. 319-320 ('Hood and Hoyle')

**הטלת עונש מוות ברוב דעות:** לפי הדין הקיים לבית המשפט הצבאי סמכות להטיל עונש מוות בגין עבירות מסוימות, אך ישנן מגבלות פרודצורליות ביחס לסמכות זו, בכלל זה הוראה לפיה לא יוטל גזר דין מוות על ידי בית משפט צבאי אלא אם הוא ניתן פה אחד על ידי מותב של שלושה שופטים.<sup>25</sup> הוראה זו, כמו יתר המגבלות הפרודצורליות הקבועות בדין ביחס לעונש מוות, נועדה לבטא את הזהירות היתרה שיש לנקוט בה ביחס לשימוש בסמכות הטלת עונש מוות ואת החובה לעשות שימוש בכל האמצעים העומדים לרשות המערכת על מנת לוודא שלא ייעשה שימוש שגוי בסמכות זו. בשונה מעונשים שאינם בלתי הפיכים, לגביהם די בגזר דין שניתן בדעת רוב על מנת להטילם, ביחס לעונש מוות דעת היחיד השיפוטית צריכה לפעול לטובת הנאשם ולמנוע את הוצאתו להורג.

Formatted: Font: Bold, Complex Script Font: Bold

התיקון המוצע שלפיו די בגזר דין שניתן בדעת רוב על מנת להטיל גזר דין מוות על נאשם מצמצמת את ההגנה הפרודצורלית הניתנת לערך החיים ולמניעת פגיעה בלתי מוצדקת בו. צמצום כזה אינו משרת את תכליות הענישה כלל, במיוחד בהתחשב בכך שגזר דין מוות כשלעצמו אין בו כדי להגשים את תכלית ההרתעה כאמור לעיל, ובכל מקרה ודאי שלא מדובר באמצעי שפגיעתו פחותה לשם הגשמת תכליות הענישה, שהרי מדובר בהחמרה של האמצעים הקיימים. גישה זו מתיישבת גם עם הדין הקיים במדינות ארה"ב שבהן נהוג עונש מוות. בלמעלה מ-70% מהמדינות שבהן נהוג עונש מוות בארה"ב (22 מתוך 31), כמו גם במערכת הפדרלית, נדרש גזר דין פה אחד של כל חבר המושבעים על מנת לגזור את דינו של הנאשם למיתה, ואם חבר המושבעים לא הגיע להחלטה פה אחד, עונשו של הנאשם נגזר באופן אוטומטי למאסר עולם. ואולם גם במדינות בהן חוסר הסכמה בקרב חבר המושבעים אינו מוביל באופן אוטומטי למאסר עולם, על פי רוב לא קיימת סמכות להטיל גזר דין מוות ברוב דעות, אלא קיימת סמכות לקיים משפט חוזר ביחס לעונש (שגם בו נדרש להגיע להסכמה פה אחד) או שהסמכות לגזור את העונש נתונה לבית המשפט הדין בהרכב ולא לחבר המושבעים, אך גם הרכב זה, אם הוא מוסמך להטיל גזר דין מוות, מוסמך לעשות זאת פה אחד בלבד. יוצא אפוא כי למעט בשלוש מדינות, לא קיימת בארה"ב סמכות להטיל גזר דין מוות שלא פה אחד (בין אם מדובר בחבר מושבעים ובין אם מדובר בהרכב שופטים).

Formatted: Font: Bold, Complex Script Font: Bold

**הסמכות לחנינה או להמתקת העונש ביחס לגזר דין מוות:** הסמכות לחון או להמתיק עונש קיימת ביחס לעונשים באופן כללי ואינה ייחודית לעונש מוות, והיא מבטאת את האפשרות שנסבות או שיקולים שונים יצדיקו את ההתחשבות באדם שנדון בפלילים ואת ההקלה עמו. ברי כי לא יעלה על הדעת לשלול סמכות זו דווקא ביחס לעונש החמור ביותר בספר החוקים, שביחס אליו היא החיונית ביותר. למותר לציין כי הוראה כזו אינה משרתת כל תכלית מתכליות הענישה ובטח שלא מהווה אמצעי מידתי לשם הגשמת תכליות אלו.

מבחינה של הדין הקיים במדינות ארה"ב נראה כי לא קיימת מדינה בארה"ב שבה לא קיימת סמכות להמתיק את עונשו של מי שנדון לגזר דין מוות, אם כי קיימים הבדלים פרודצורליים בין המדינות השונות ביחס לאופן הפעלת סמכות המתקת העונש. יתרה מכך, מאז שנת 1976 (אז עוגן מחדש עונש המוות בחקיקה של מדינות רבות בארה"ב) נעשה שימוש בסמכות המתקת העונש כלפי 286 נידונים למוות, כאשר בחלק מהמקרים מדובר היה בהמתקה של עונשם של קבוצה של נידונים למוות באופן גורף. מכאן שההוראה המוצעת היא חסרת תקדים אפילו ביחס למדינה המערבית היחידה בעולם שבה נהוג עדיין עונש מוות.

<sup>25</sup> סעיף 165 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651), תש"ע-2009.

**ד. סיכום**

בברכה

שולח

העתק:  
מכותבים

