



פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס' 71 :

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה מסביר :

מדוע חובה על הכנסת להימנע מקידום החקיקה בנושא עונש מוות למחבלים?

פורסם בתאריך 20.1.2026

תקציר

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה קורא לכנסת להימנע מקידום החקיקה בנושא עונש מוות למחבלים, חקיקה העומדת בסתירה למחויבויות המוסריות, החוקתיות והבין-לאומיות של מדינת ישראל.

הפורום קובע שאם תתקבל החקיקה המוצעת להטלת עונש מוות בישראל ובשטחים, יהיה בכך כתם על המורשת המוסרית של מדינת ישראל ועל זהותה כמדינה יהודית ודמוקרטית. עונש מוות אינו הולם מדינה המחויבת לזכויות האדם ולמהות האדם כמי שנברא בצלם. זהו אמצעי ענישתי חמור, קיצוני ומוחלט, שההצדקה העיקרית המוצגת לו – הרתעת רוצחים – אינה נתמכת במחקר מדעי, כל שכן בנוגע לטרוריסטים. הסופיות של עונש המוות אף אינה מאפשרת תיקון במקרה של טעות – וטעויות אכן קורות, גם בהליכים שתוצאתם הוצאה להורג, וודאי בהליכים בעניינים ביטחוניים שלוקים בהגנות דינויות מופחתות.

עמדת **הפורום** היא, שאם תתקבל הצעת החוק להטלת עונש מוות, הכרוכה בפגיעה שאין חמורה ממנה בזכויות אדם יסודיות, יהיה בכך כדי להפר הוראותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עונש מוות סותר חזיתית את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: הוא כופר באיסור היהודי לשפוך דמים ובקדושת האדם כמי שנברא בצלם, והחלתו המפלה אינה יכולה להיות לתכלית ראויה. יתר על כן, בנסיבות הקיימות, עונש מוות ככלל, ועונש מוות חובה בפרט, אינו מידתי כלל, שכן לא ניתן להצביע על קשר משכנע בינו ובין המטרות לשמן הוא לכאורה נועד; יש אמצעים חמורים פחות ממנו שיכולים להשיג מטרות מציאותיות של ענישה בעבירות טרור במידה קרובה של אפקטיביות; ונזק, הנובע מן המוחלטות הסופית שלו שאינה מאפשרת תיקון, גדול מן התועלות המיוחסות לו.

לבסוף, הפורום מתריע שחקיקת עונש המוות תהייה כרוכה בהפרה של מחויבויות רבות של מדינת ישראל לפי המשפט הבין-לאומי – הן בדיני זכויות האדם, הן בדיני המלחמה, והן בהסכמי האסוציאציה של ישראל עם האיחוד האירופי. קבלת החוק תבודד את ישראל מקהילת המדינות הדמוקרטיות בעולם, שרובן המכריע זנחו זה מכבר את הכלי העונשי הזה, ונדרו שלא להשיב אותו לפעולה.

1. רקע

ביום 10.11.2025 אישרה הכנסת בקריאה ראשונה שתי הצעות חוק בנושא "עונש מוות למחבלים"¹. לפי ההצעות, המצויות כעת בהכנה לקריאה שניה ושלישית בוועדה לביטחון לאומי של הכנסת, חוק העונשין יתוקן כך שבתי משפט בישראל יחויבו להטיל עונש מוות על מי ש"גורם בכוונה או באדישות למותו של אזרח ישראל כשהמעשה נעשה מתוך מניע של גזענות או עוינות כלפי ציבור, [...] ומתוך מטרה לפגוע במדינת ישראל ובתקומת העם היהודי בארצו". כן קובעות ההצעות, ששר הביטחון יורה למפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון לתקן את הצו בדבר הוראות ביטחון החל באזורים אלה ולקבוע כי בבתי המשפט הצבאיים ניתן יהיה להטיל עונש מוות ברוב דעות של השופטים הגוזרים את הדין, ושלא ניתן יהיה להקל בעונש מוות שהוטל כאמור.

ביום 14.1.2026 הופץ בוועדה לביטחון לאומי נוסח מוצע לדיון מטעם ח"כ סון הר-מלך, אשר כולל עדכונים ושינויים רבים לגרסה שאושרה בקריאה הראשונה.² בין היתר, הנוסח החדש קובע שבהליך פלילי בישראל ניתן יהיה (לא חובה) להטיל עונש מוות נגד מי שהורשע בעבירת רצח של "אזרח או תושב ישראלי" כחלק מ"מעשה טרור" (לפי הגדרתו בחוק המאבק בטרור, תשע"ו-2016). בבתי המשפט הצבאיים בשטחי יהודה ושומרון, לעומת זאת, הנוסח החדש קובע את עונש המוות כעונש חובה בכל עבירה של גרימת מוות בכוונה, שניתן להטילו גם ברוב דעות של מותב, בכל דרגה, וללא אפשרות הקלה או שינוי.

נוסף לכך כולל הנוסח החדש הוראות מפורטות בדבר ביצועו של עונש מוות לפי כל דין המתיר להטיל עונש כזה. בין היתר נאמר שעונש מוות יבוצע בתלייה בידי סוהר, שדבר המוות ייקבע בידי "גורם מוסמך", שיוטל חיסיון על זהות המעורבים בהליך ההוצאה להורג ותוענק להם ולמדינה חסינות מכל דין בגין ההוצאה להורג, וכן שבמקרה של סתירה ל"הוראת דין אחרות" (כך במקור), יגברו הוראות החוק המוצע. לבסוף, הנוסח החדש גם מונה את מטרות החקיקה: "(1) הגנה על מדינת ישראל ואזרחיה (2) הרתעת האויב (3) פגיעה בתמריץ של האויב לבצע חטיפות או לקחת בני ערובה על מנת לבצע עסקאות לשחרור מחבלים".

יהיה הנוסח המדויק שיקודם לבסוף אשר יהיה, אלה היבטיו העיקריים: (1) החזרה לספר החוקים הישראלי את עונש המוות בגין עבירת רצח בנסיבות מסוימות, 72 שנים לאחר שנמחק ממנו בהסכמה רחבה בכנסת;³ (2) קביעת עונש מוות חובה בהקשרים מסוימים; (3) ייחוד עונש המוות למבצעי עבירות נגד ישראלים בלבד; (4) פערים בדיני עונש המוות בין בתי המשפט האזרחיים בישראל ובתי המשפט הצבאיים בשטחים.

בנייר זה הפורום מבקר את החקיקה על כל ראשיה וקורא לכנסת להימנע מאימוצה. שימוש בעונש מוות הוא מעשה פסול מוסרית, מוקשה חוקתית, ועומד בסתירה למגמות בעולם ולמחויבותיה של ישראל לפי המשפט הבין-לאומי. אישור החקיקה יצרף את ישראל למועדון – הולך וקטן – של מדינות שרובן המכריע אינן דמוקרטיות ושהזכות לחיים בהן אינה מקודשת, בניגוד מוחלט למסורת המשפטית הישראלית ולזהותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

2. העיקרון המוסרי: אסור ליטול חיים של אחר

א. עונש מוות סותר את זהותה המוסרית של מדינת ישראל

מדינת ישראל ירשה את עונש המוות מהמשטר המנדטורי שקדם לה ושבתקופתו הוטלו ובוצעו הוצאות להורג. אך סמוך להקמתה עשתה מדינת ישראל דבר יוצא דופן עד מאוד כאשר הממשלה הגישה לכנסת, ביולי 1949, הצעת חוק ובה שני סעיפים בלבד, שהראשון בהם קבע: "לא יהיה עונש מוות במדינה".

וכך, מדינה צעירה, שאך זה סיימה את הקשה שבמלחמותיה, ושהייתה נתונה עדיין בסכנה קיומית, עם ריבונות מעורערת – ביטלה את עונש המוות מתוך הבנה כי אמצעי זה אינו מוצדק מוסרית ואינו מועיל אף בנסיבות

¹ הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 159) (עונש מוות למחבלים), התשפ"ו-2025, ה"ח 1159, עמ' 8; הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 160) (עונש מוות למחבלים), התשפ"ו-2025, ה"ח 1159, עמ' 9.

² הצעת חוק עונש מוות לקריאה שנייה ושלישית מטעם המציעה ח"כ לימור סון הר-מלך, חומרי רקע לשיבת הוועדה לביטחון לאומי של הכנסת מיום 14.1.2026. https://fs.knesset.gov.il/25/law/25_ls_bk_10820238.pdf

³ ראו עמיחי רדזינר ורבקה ברט "מסע ומשא לביטול עונש המוות על עבירת הרצח" עיוני משפט מז(2) 475 (2024).

הקשות שהיו בקום המדינה.⁴ זאת בתקופה בה במרבית מדינות העולם, כולל הדמוקרטיה האירופיות, עונש המוות היה עדיין בתוקף (אף כי בוצע לעיתים נדירות).

על רקע הטראומה של עולי הגרדום שהוצאו להורג כטרוריסטים על ידי השלטון הבריטי, על רקע רתיעתו של המשפט העברי מהריגה שיפוטית ("סנהדרין קטלנית" הוא שם הגנאי לסנהדרין החורצת דין מוות אחת ל-70 שנה, ואף זאת בניגוד לעמדתו של רבי עקיבא), על רקע השאיפה להיות "אור לגויים", ההסכמה על ביטול עונש המוות חצתה מחנות פוליטיים ואידיאולוגיים. אף שההתנגדות לעונש המוות לא הייתה אוניברסלית,⁵ הרי שבדיונים בכנסת ההסכמה לביטולו הייתה מקיר לקיר: תמכו בכך החרדים והקומוניסטים, הרביזיוניסטים, הליברלים והסוציאליסטים. תנועת "חירות" הכריזה כי מדובר בעניין מצפוני מן המעלה הראשונה, מחוץ למאבק הפוליטי. ח"כ הרב יצחק מאיר לוי, שעמד בראש סיעת "אגודת ישראל", הצהיר:

בזמן שהחיים בעולם נעשו זולים ואיבדו את ערכם האמיתי הן באומות העולם והן בישראל, חשוב שנוכח עד כמה יקרים אצלנו חיי אדם. עם ביטול עונש המוות אנו מביאים לידי ביטוי שיש לעשות הכל לא לסלק את האדם מעל במת החיים; ודווקא מדינת ישראל, המופיעה כנושאת הערכים המוסריים באנושות, צריכה להוכיח זאת לעולם כולו.⁶

גם בהמשך, הגם שעמדה מול סיכונים ביטחוניים קיומיים קשים ואף שנאבקה בטרוריסטים רצחניים משלל ארגונים שביצעו את החמורים והמזוויעים שבפשעים, לא סתתה מדינת ישראל ממחויבותה לחיים. ולראייה, שגם כאשר נידונו רוצחים למוות בערכאות צבאיות במהלך השנים – כתריסר – העונש לא בוצע מעולם.⁷

ברבות הימים, מדינות רבות נוספות הגיעו למסקנה דומה כי עונש המוות הוא עונש פסול, לאחר שהן התנסו בו ונוכחו, בין היתר, בתוצאותיו המאכזבות (מהבחינה ההרתעתית) והפסולות (מבחינה המוסרית). שהרי אם נטילת חיים היא פסולה – כך גם נטילת חיים בידי המדינה. וכך, עוד ועוד מדינות הכירו בכך, שאף לגבי הגרועים שבעבריינים והגרועים שבאויבים, להפוך להיות מדינה קטלנית, מדינה הורגת, היא פגיעה בראש ובראשונה במדינה עצמה. מדינות האיחוד האירופי ביטלו לחלוטין את עונש המוות, ובאירופה הוא קיים כיום רק בבלרוס. הדמוקרטיה הליברלית היחידה שבה מוחל כיום עונש מוות היא ארצות הברית, אך זאת בשל היסטוריה ספציפית של השיטה הפדרלית והמדינות השונות, כאשר עונש המוות פוחד גם שם, והניסיון של ארצות הברית עם שפיטת טרוריסטים מאז 2001 והכישלון של השיפוט הצבאי בגואנטנמו, ודאי שאינו מודל לחיקוי. גם בבתי המשפט הבינלאומיים הפליליים, הדנים בחמורים שבפשעים לרבות הפשע של השמדת עם, לא קיים עונש מוות.

אף בעניינו של אייכמן, פנתה בזמנו קבוצת נשות ואנשי רוח לנשיא המדינה, בבקשה שלא להוציא להורג.⁸ עמדתם הייתה שכניעה לרגשות הזעם והנקמה תהיה ניצחון של אויבי ישראל עליה. לא לחינם הוצאתו להורג של אייכמן מהווה אבן דרך במחויבותה של מדינת ישראל לחיים. עונש המוות מעולם לא הפך בישראל לבנאלי. הצעות חוק שמוגשות מעת לעת להפעלתו נתפסות כלא יותר מריטואל פוליטי. מדינת ישראל ייחדה את עונש המוות, בפועל, אך ורק לרוע הרדיקלי של השואה. זו הסמליות שלו, אבן דרך בתקומת ישראל. כל שימוש אחר בו יהפוך אותו לבנאלי, ימסמס את הייחוד שישראל קבעה לפשעי השואה, שהענישה עליהם אינה כאף דבר אחר שהמדינה עושה.

אמת, קיים פיתוי רב להחיל עונש מוות על טרוריסטים. הוא נותן ביטוי לזעם המוצדק, לתחושת גוננות (שגויה, כפי שנראה להלן), לסגירות – המפגע יעלם מן העולם ולא יהיה עוד כקוץ בבשרינו. על הפיתוי הזה יש להתגבר. עלינו לשאת בגאון את המסר החד-משמעי של מקימי מדינת ישראל מכל קצוות הקשת האידאולוגית, הפוליטית

⁴ ראו עוד להלן בה"ש 6.

⁵ דוד בן גוריון חשב שעונש המוות ואף מימושו חיוניים למניעת מעשי רצח, אונס וביזה, בעיקר מצד חיילים כלפי אוכלוסייה ערבית. ראו שם, ה"ש 30 בעמ' 485, וכן עמ' 508-509.

⁶ ד"ר 16.2.1954, 918.

ראו עוד שם, בעמ' 915, את דברי ח"כ יעקב שפירא (בשם ועדת החוקה, חוק ומשפט): "אולם אני מוסיף ואומר שלא רק המסורת העתיקה שלנו היתה נגד עונש מוות, אלא גם המסורת החדשה שלנו היתה נגד עונש מוות. אחד הצעדים הראשונים שעשתה בשטח זה הממשלה, עוד בימי מועצת המדינה הזמנית, היתה הבטחה שלא להוציא לפועל פסק-דין של מוות עד שהכנסת תחליט על כך."

⁷ ירון אונגר **עונש המוות – רקע תיאורטי וסקירה משווה** (הכנסת, הלשכה המשפטית, תחום חקיקה ומחקר משפטי 2013) בעמ' 34-32 (להלן: "דו"ח ה-מ.מ.מ.").

⁸ תום שגב **המיליון השביעי: הישראלים והשואה** 341 (1991).

והדתית שעשו את המעשה החלוצי והמוסרי, וכן את האיפוק המוצדק ומעורר הכבוד של מדינת ישראל במהלך שנים ארוכות של מלחמה בטרור רצחני.

הטיעון המוסרי המרכזי נגד עונש המוות נוגע אפוא לגבולות הכוח של המדינה: למדינה אין זכות ליטול חיי אדם, אלא במצבים חריגים של הגנה עצמית מיידית. הוצאה להורג אינה אקט של הגנה אלא של נקמה ממוסדת, והיא מרחיבה את תחום האלימות הלגיטימית של המדינה מעבר לנדרש ולראוי. המתה משפטית, גם כשהיא עטופה בהליך סטרילי ומבוקר, משדרת פחות בערך חיי האדם ופוגעת לא רק בנידון אלא במדינה ובחברה המבצעות אותה. כדבריו של אלבר קאמי:

לפתע מתברר כי ההיפך הוא הנכון, כי העונש אינו מעורר פחות שאט נפש מן הפשע, וכי רצח חדש זה לא זו בלבד שאינו מכפר על הפגיעה בגופה של החברה אלא מוסיף עליה כותם חדש.⁹

ב. אין הוכחות שעונש מוות מרתיע

טיעון מרכזי המוצג להצדקת הצעת החוק להטלת עונש מוות הינו שהענישה הקיימת – המבוססת בעיקר על מאסרים באורכים שונים – לא מרתיעה דיה מפני ביצוע פיגועים, ולכן נדרש להחמירה.¹⁰ אלא שהראיות המחקריות בנושא זה מורות, אם בכלל, לכיוון ההפוך. ככלל, המחקר האמפירי שנעשה בעולם בנושא לאורך העשורים האחרונים, התקשה לזהות קשר סיבתי ברור בין השימוש בעונש מוות ותמריצי הפשיעה של רוצחים.¹¹ בספרות מקובל אפוא לכנות את הטיעון הזה "מיתוס האפקט המרתיע",¹² באשר הוא אינו מבוסס בראיות מדעיות מספקות.

בהקשר של עונש מוות לרוצחים הפועלים ממניעים פוליטיים-אידיאולוגיים, ובפרט מניעים דתיים מסוג זה, הספק באשר לאפקט המרתיע של עונש מוות גדול אף יותר, שכן לא אחת פעולות הטרור נעשות מתוך היגיון מרטירי, הרואה במוות מטרה נאצלה. כך מציין למשל פרופ' ג'פרי פינג, אחד החוקרים המובילים בעולם בנושא התוצאות של עונש מוות (התרגום שלנו):

במקרה של טרור, הוצאה להורג עלולה לשמש תמריץ מעוות. ההיגיון של ההרתעה נשען על ההנחה שפושעים הם רציונליים ופועלים מתוך אינטרס עצמי, וכי מטרותיהם גמישות ורגישות הן לעלות והן לתועלת. עבור רוב בני האדם, מוות בהוצאה להורג הוא גורל שיש להימנע ממנו. אולם טרוריסטים רבים רואים בהוצאה להורג עיקרון או מרטריות. עבור מי שמבצעים מעשי טרור המונעים מאמונות דתיות, ההוצאה להורג מציעה מרטריות וגמול בעולם הבא. לפיכך, הוצאה להורג של טרוריסטים עשויה דווקא לתת השראה לאלימות טרוריסטית במקום להרתיע מפניה.¹³

⁹ אלבר קאמי *הרהורים על הגיליוטינה* 28 (1957) (הוצאת כרמל, 2008).

¹⁰ ראו דברי ההסבר להצעות החוק, לעיל ה"ש 1.

¹¹ לממצאי מטא-ניתוח של המחקר בנושא, ראו Daniel S. Nagin & John V. Pepper, *DETERRENCE AND THE DEATH PENALTY 2* (eds.; Washington, DC, National Academies Press, 2012) <https://www.nationalacademies.org/read/13363/chapter/2>. למחקר המצביע על חוסר היכולת לבסס זיקה סיבתית בין עונש מוות ושיעורי רציחות, ראו, למשל, Franklin Zimring, Jeffrey Fagan & David T. Johnson, *Executions, Deterrence and Homicide: A Tale of Two Cities*, 7 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 1 (2010).

¹² Carolyn Hoyle & Roger Hood, *Deterrence and Public Opinion*, in MOVING AWAY FROM THE DEATH PENALTY ARGUMENTS, TRENDS AND PERSPECTIVES 68 (Ivan Šimonović ed., 2015); RUDOLPH J. GERBER & JOHN M. JOHNSON, *THE TOP 10 DEATH PENALTY MYTHS* 62-86 (2007).

¹³ Jeffrey Fagan, *Deterrence and the Death Penalty in International Perspective*, in MOVING AWAY FROM THE DEATH PENALTY: ARGUMENTS, TRENDS AND PERSPECTIVES 84, 95 (Ivan Šimonović ed., 2015) ("In the case of terrorism, execution can be a perverse incentive. The logic of deterrence rests on the assumption that criminals are rational and act in their own self-interest, and that their goals are elastic and sensitive to both cost and reward. For most people, death by execution would be a fate worth avoiding. But many terrorists view execution as a form of principle or martyrdom. For those who commit acts of terrorism motivated by religious beliefs, execution offers martyrdom and rewards in the afterlife. Thus, executions of terrorists could well inspire rather than deter terrorist violence").

אכן, התפיסה שעונש מוות אינו מרתיע טרוריסטים פלסטיניים, ואולי אף מייצר תמריצים מעוותים המעודדים פעילות טרור, היא שעמדה ביסוד העמדה העקבית של גופי הביטחון הישראליים נגד שימוש בכלי זה לאורך השנים.¹⁴

ג. טעות בעונש מוות – בלתי הפיכה

הכוונה לחוקק עונש מוות בישראל חייבת להביא בחשבון את העובדה שעונש זה יוטל על ידי מערכת אנושית שעלולה לטעות, ושבמסגרת זו יוצאו להורג גם חפים מפשע. סכנה מוחשית זו מהווה טעם עצמאי להתנגדות להצעת החוק.

ב- 3.7.1950 הציג שר המשפטים פנחס רוזן בפני הכנסת את הצעת החוק הממשלתית לביטול עונש המוות. לאחר שדן בקושי שבנימוק ההרתעה, אמר רוזן כך:

”אך גם אם נניח שאין פה עונש המוות עונש המפחיד פושעים אחרים – ואני רוצה להניח זאת לצרכי הוויכוח – הרי אין שיקול זה יכול לעמוד נגד שיקול אחר והוא: שהוצאה להורג הוא מעשה שאין להשיבו. ייתכן שבהוצאת אדם להורג הפחדת באמת, אך ייתכן גם ייתכן שהוצאת להורג אדם חף מפשע. לעולם אין אנחנו יכולים להיות בטוחים שבית-המשפט לא טעה בהרשיעו בדין.”¹⁵

מובן שמערכת המשפט, ככל מערכת אנושית, עלולה לטעות ולהרשיע חפים מפשע. טענה זו, שבעבר היה קשה להוכיחה, זכתה לאישוש משמעותי ביותר מאז מהפכת ה-DNA, שהביאה עמה את היכולת להשוות פרופילים גנטיים של מי שהורשע וטוען לחפותו לממצאים מזירת העבירה. הקמת פרויקט החפות בניו-יורק בראשית שנות ה-90 של המאה הקודמת, ומאוחר יותר פרויקטים דומים ברחבי ארצות הברית ובעולם, הביאה לזיכויים של נאשמים רבים מאוד שישבו בכלא שנים ארוכות – חלקם באגפי הנידונים למוות, ממתנייים להוצאתם להורג. במרשם החפות האמריקאי, הפועל בשיתוף אוניברסיטת מישיגן, מנויים לא פחות מ-246 מקרים של זיכויים לאחר שאדם הורשע בפסק דין חלוט ונדון לעונש מוות.¹⁶ המרכז למידע על עונש המוות מונה לפחות 202 מקרים כאלה מאז שנת 1973. על כל שמונה אנשים שהוצאו להורג בתקופה זו, הוכחה חפותו של אדם נוסף מתוך שורת הנידונים למוות.¹⁷ מספרים אלה משקפים רק מקרים של הרשעות שווא שנתגלו. קיימת תמימות דעים בין מומחים שמדובר בקצה הקרחון, ושהמספרים האמיתיים גבוהים בהרבה.¹⁸

כל הרשעה של חף מפשע היא עוול מוסרי. שחרור מכלא ומתן פיצויים לאחר שנים ארוכות של כליאה לא יוכלו לפצות באופן מלא על אובדן שנים של חירות. ואולם, ברור כי הרשעה של חף מפשע הכוללת גם את הוצאתו להורג היא מצמררת במיוחד.¹⁹ בעולם בו ברור שמערכת המשפט יכולה לטעות, העובדה שעונש המוות הוא בלתי הפיך, היא כשלעצמה טיעון חזק נגד השימוש בעונש זה. ואכן, טיעון זה השפיע על הפסקת השימוש בו במקומות רבים בעולם.

יודגש, כי מי שסבור שהסיכון לטעות בהרשעה בעבירות טרור נמוך יחסית – שוגה. למעשה המצב הפוך. ברובד הפסיכולוגי הבסיסי ביותר, מחקרים מראים כי מצבי קיצון עלולים להגביר הטיית-אנוש וליצור דינמיקה שבה דעות הסוטות מהקונצנזוס נשמעות פחות. כיוון שענייננו גזירת עונש על עבירות טרור חמורות, המעוררות זעם רב, גובר החשש לטעות – גם אם בתום לב – בשיקול הדעת של המעורבים בהליך המשפטי; ככל שהזעם הציבורי

¹⁴ ראו יואב ספיר "שלושה מישורי דיון על עונש המוות בעקבות אירועי השבעה באוקטובר" **ICON-S-IL Blog** (3.3.2024).

¹⁵ ד"כ תש"י, בעמ' 2033.

¹⁶ <https://exonerationregistry.org/Exonerations-in-the-United-States-Map#crimeState>

¹⁷ <https://deathpenaltyinfo.org/policy-issues/policy/innocence>

¹⁸ ראו יורם רבין ויניב ואקי **דיני עונשין** 189-188 (2022) וההפניות שם, בדגש על ה"ש 78.

¹⁹ יוזכר שהמקרה הראשון בו הוטל עונש מוות לאחר קום המדינה התברר כטעות טרגית. מדובר בהוצאתו להורג של מאיר טוביאניסקי לאחר שנשפט בבית דין שדה באשמה של בגידה במדינה. לימים התברר כי האשמה היתה אשמת שווא, דבר שהביא להכרה של המדינה בעוול הנורא שנגרם ולהתנצלותו של ראש הממשלה בן גוריון בפני משפחתו של טוביאניסקי. ראו מנחם פינקלשטיין "פרשת טוביאניסקי" **משפט וצבא** 20, 159 (תשס"ט). זכור כמובן גם המקרה של גיון דמיאניוק אשר הורשע בבית המשפט המחוזי באשמת היותו איוון האיום מטרבליניקה ונגזר עליו עונש מוות, אולם זוכה מאוחר יותר על ידי בית המשפט העליון, לאחר שהתעורר ספק בזהותו. בית המשפט המחוזי שהרשיע את דמיאניוק וגזר עליו עונש מוות כתב את הדברים הבאים: "אכן מודעים אנו לסכנה שבגזירת עונש – שאין לו הישבון. זהו אחד הטעמים החשובים של הדוגלים בביטול עונש המוות מעיקרו". ת"פ (י-ם) 373/86 **מדינת ישראל נ' דמיאניוק**, פ"מ תשמ"ח(ג) 15, 371 (1988). לפסק הדין בערעור ראו ע"פ 347-88 **דמיאניוק נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(4) 221 (1993).

יורגש יותר, יעלה אף החשש מהשפעה – מודעת או שאינה מודעת – ישירה עוד יותר על ההליך המשפטי. כמו כן, בשפיטה בעבירות טרור, חלים ככלל דינים מיוחדים שמקלים את המלאכה על רשויות החקירה והאכיפה, ומצמצמים עד מאוד את ההגנות הדיוניות של החשודים והנאשמים. כך, למשל, בעבירות אלה פעמים רבות מנוע החשוד מלפגוש את עורכי דינו לתקופות ארוכות, תקופות המעצר ארוכות יותר, החובה לתעד את החקירות מצומצמת יותר, ועל חלקים נרחבים מחומרי החקירה מוצאות תעודות חיסיון המונעות מההגנה לעיין בהם. כל אלה מגבירים את הסיכון להרשעות שווא דווקא בעבירות טרור, שלהן מיועד עונש המוות בחקיקה המוצעת. יתרה מכך, הצעת החוק אף קובעת הסדר חריג לפיו עונש המוות יבוצע בתוך זמן קצר – כביכול ממש מתוך מטרה לסכל את האפשרות שתתגלה הרשעת שווא ויתאפשר משפט חוזר.

3. המישור החוקתי: עונש מוות פוגע שלא כדין בזכויות אדם

א. שלילת הזכויות לחיים, לגוף, ולשוויון

עונש מוות שולל את הזכות החוקתית לחיים²⁰ ואת הזכות החוקתית לשלמות הגוף,²¹ המוגנות מפורשות בסעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. גם אם שמירת הדינים בחוק-היסוד מגינה על תקפן של הוראות מן העבר המחילות עונש מוות בנסיבות מסוימות, חקיקה חדשה חייבת לקיים את הוראות חוק היסוד האוסרות על פגיעה בזכויות אלה, שעומדות בראש מדרג הזכויות המוגנות בדמוקרטיה.

בנוסף, הצעת החוק יוצרת הסדר עונשי שהוא מפלה על פניו, ולכן היא גם פוגעת בזכות לשוויון, המוגנת במשפט החוקתי הישראלי כחלק מהזכות לכבוד האדם. לפי הצעת החוק, עונש מוות יוטל בישראל רק על מי שהורשע ברצח בנסיבות של מעשה טרור שקורבנותיו אזרחי ישראל או תושביה. במילים אחרות, **ההצעה מבחינה בין דם לדם, ללא הצדקה עניינית, ודווקא ביחס לעונש החמור ביותר האפשרי**. במציאות חיינו, תוצאתה הצפויה של החקיקה תהיה הפעלת עונש המוות כלפי פלסטינים שביצעו פיגוע רצחני נגד ישראלים, תוך שחרור ישראלים, שביצעו פיגוע זהה בחומרתו כלפי פלסטינים, מאימת עונש זה. אכן, גם בארצות הברית הראו מחקרים כיצד עונש המוות מופעל באופן לא שוויוני כך שהוא מוטל בפועל על מורשעים שחורים יותר מאשר על לבנים,²² ועל מי שרצחו לבנים יותר מאשר על מי שרצחו שחורים;²³ אלא ששם מדובר בתוצאה של הטיות נסתרות בעת הפעלת שיקול הדעת – ואילו בהצעת החוק הנוכחית ההפליה גלויה בלשון החקיקה עצמה.

ב. מבחני פסקת ההגבלה

כדי לעמוד במבחני החוקתיות, על חקיקה חדשה הפוגעת בזכויות מוגנות להלום את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, להיות לתכלית ראויה, ולקיים פגיעה מידתית באותן זכויות.²⁴ עונש מוות סותר חזיתית את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: הוא כופר באיסור היהודי לשפוך דמים ובקדושת האדם כמי שנברא בצלם אלוהים;²⁵ הוא שולל את מה שנתפס כערך יסוד ברוב המכריע של הדמוקרטיה בעולם; והוא סוטה מן המבנה הערכי העקבי של המשפט הישראלי, המאופיין במחיקת עונש המוות הן מספר החוקים הישראלי (לאחר ביטולו דה-פקטו עם הקמת המדינה), הן ממדיניות הענישה של בתי המשפט השונים, לאורך כל שנות המדינה.

²⁰ יניב רוזנאי והלל סומר "אם כל הזכויות": הזכות החוקתית לחיים" משפט ועסקים יט 565, 537 (2016).

²¹ אהרן ברק "הזכות החוקתית לגוף" ספר טירקל – פרקי הגות, עיון ומשפט 321, 334 (א' ברק, ק' כרמית יפת, א' רובינשטיין עורכים, 2020).

²² Scott Phillips, *Continued Racial Disparities in the Capital of Capital Punishment: The Rosenthal Era*, 50 HOUS. L. REV. 131 (2012).

²³ UNITED STATES OF AMERICA, THE DEATH PENALTY (Amnesty International Publications, 1987) 182-185.

²⁴ אכן, בהתחשב בכך שעונש מוות שולל לגמרי את החיים, ראוי לתהות אם ניתן להבינו כלל כ"פגיעה" בזכות, שרק היא מותרת בהתקיים תנאי פסקת ההגבלה. השוו רוזנאי וסומר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 571-572 (תיאור פסיקת בית המשפט החוקתי ההונגרי משנת 1999, שפסל אות עונש המוות משום שהוא מאפשר את "מחיקתם המוחלטת של של החיים והכבוד", ולא רק מגביל[ות] את תכנן המהותי של הזכויות").

²⁵ ראו יאיר לורברבוים **צלם אלוהים** 372-345 (2004).

כך כתב שופט בית המשפט העליון (בדימוס) חיים כהן:

"איסור הפגיעה בחיי אדם, כעקרון-יסוד של המשפט הציבורי, משמעותו הראשונה היא איסור הטלת עונש מוות. חיי אדם – גם חיי רוצח או בוגד במשמע. העובדה שהרוצח פגע בחיי אדם, אין בה כדי להצדיק פגיעה בחייו, לא מצד המדינה ולא בכלל. ואם תמצני לומר כי 'מות יומת הרוצח' ערך יהודי מובהק הוא, אף אני אשיב כי כבר חכמי המשנה עשו ככל יכולתם כדי להבטיח ששום פושע לא יומת: אין זאת כי אם סלדו מעונש המוות, ומוכנים היו לדחות מיצוות ההוצאה-להורג מפני הצלת חיי האדם. [...] לא זאת בלבד שעונש המוות חדל מהיות ערך יהודי, אלא ניתן לומר שפסילת עונש המוות נעשתה לערך יהודי. ופסילה זו היא גם ערך דימוקרטי מובהק: [...] דימוקרטיה של אמת מחייבת להגן על חיי מיעוט (הפושעים) מפני זעמו של הרוב."²⁶

אשר לתכלית ראויה – אף שהצעת החוק מציגה תכליות ברמת הפשטה גבוהה שהן לכאורה ראויות במנותק מן ההקשר (הגנה על הביטחון, הרתעה מביצוע פיגועים, פגיעה בתמריץ לביצוע חטיפות למטרות מיקוח), יש להבין שעונש המוות מבטא בראש ובראשונה תכלית קונקרטית של **ביטול מוחלט של האדם – המתתו על ידי המדינה בהליך משפטי עונשי**. ספק גדול אם ניתן להגדיר את התכלית ההרתעתית כראויה כאשר היא כרוכה בהמתת האדם כדרך להרתעת הרבים.²⁷ גם המתתו של אדם כדי למנוע את שחרורו מאוחר יותר בפיגוע מיקוח נראית כתכלית בלתי ראויה, שהרי היא מתייחסת אליו כמטבע עובר לסוחר, ולא כנשא של זכויות.

על כל פנים, בנסיבות הנוכחיות, עונש מוות הוא עונש **בלתי מידתי** לחלוטין. כידוע, כדי לקיים את דרישת המידתיות, על המחוקק להשתכנע שעונש המוות אמנם יכול להביא למימוש התכליות שנועדו לו – בפרט, הרתעה וחיזוק הביטחון; שאין אמצעי ענישתי אחר, שפגיעתו בזכויות פחותה מהמתת הנאשם, אשר יכול לממש את התכליות במידה דומה או קרובה; ושניתן להצדיק את חומרת הפגיעה בזכויות כתוצאה מהפעלת עונש מוות נוכח התועלת שתצמח ממנו למימוש התכליות. כפי שצינו לעיל, קיים ספק רב, בעולם ובישראל, באשר לכוחו המרתיע של עונש מוות בכלל, ובנסיבות של פשיעה על רקע אידיאולוגי בפרט. קיים אף חשש ששימוש בעונש מוות ייצור סיכונים ביטחוניים חדשים,²⁸ דוגמת פיגועי מיקוח לשחרור מהיר של מי שנדונו למוות (מסיבה זו ממילא לא ניתן להבטיח שעונש מוות יפחית את התמריץ לחטיפות); תעוזת יתר בפיגועי רצח נוכח ידיעת המבצעים שתוצאתם תהיה מוות כך או כך; ופעולות תגמול להוצאה להורג, בין היתר כלפי חטופים ושבוים ישראלים.

בתנאים אלה, לא ניתן להשתכנע ביכולתו של עונש המוות לממש את המטרות שלשמן לכאורה נועד, במידה הדרושה כדי לצלוח את המבחן החוקתי. כפי שציין השופט (כתארו אז) פוגלמן בהקשר קרוב: "אין להסתפק בהסתברות קלושה או תיאורטית בלבד, שכן האמצעי הפוגע צריך להוביל להשגת התכלית במידת הסתברות רצינית."²⁹

אכן, כאשר מדובר בעונש החמור ביותר האפשרי, שאין ממנו חזרה גם במקרה של טעות, מרווח הטעות החוקתי מצומצם מאוד, ונדרשת ודאות גבוהה במיוחד שעונש זה – **ורק** עונש זה – יכול לממש את מטרות החקיקה. **עצם קיומו של ספק באשר להיתכנות המימוש של מטרות החקיקה חייב להוביל לנטישת האמצעי הענישתי החמור ולהפעלת עונשים חמורים אחרים, שאינם מאופיינים במוחלטות האלימה שלו, תחתיו.**

²⁶ חיים כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודימוקרטיה – עיונים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט – ספר היובל 9, 26 (תשנ"ד) (הפניות הוסרו).

²⁷ מהטעם שהרתעת הרבים היא שימוש בלתי מוסרי באדם כאמצעי ירד קרנו של שיקול זה כאחד משיקולי הענישה, מאז תיקון 113 לחוק העונשין (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה). המשפט הישראלי מכיר בחמש תכליות לענישה פלילית: גמול, שיקום, מניעה, גינוי והרתעה (אסף הרדוף, **אשמים: טרילוגיה של משפט פלילי - כרך I דיני עונשין** (2025) פרק 49 בעמ' 725). בישראל, חוק העונשין קובע מדרג נורמטיבי בין חמש התכליות הללו. החוק מנחה את בית המשפט לקבוע את מתחם הענישה רק לפי הגמול, ומתיר חריגה משיקול זה רק מטעמי מניעה ושיקום (ס' 40-ב40 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). לעומת מניעה ושיקום, שיקולי הרתעה אינם מצדיקים חריגה ממתחם הענישה, וקל וחומר שאינם משפיעים על קביעתו – כוחם יפה רק לקביעת העונש בתוך מתחם הענישה הגמולי, ואף זאת רק אם ראה בית המשפט, בקביעה קונקרטית בהליך נתון, כי "יש סיכוי ממשי" שהחמרת העונש תרתיע את הנאשם או את הרבים (שם, בסעיפים 140-140).

²⁸ ראו יעקב (מנדי) אור ואח' **הצעת חוק העונשין (תיקון – עונש מוות למחבלים)** (מכתב ליו"ר הוועדה לביטחון לאומי מיום 25.11.2025), עמ' 4-2. https://fs.knesset.gov.il/25/law/25_ls_bk_9940736.pdf.

²⁹ בג"ץ 8425/13 **איתן נ' ממשלת ישראל** (22.9.2014), פס" 24 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

חמורה במיוחד ההצעה לכלול בהסדר עונש מוות חובה, בין בהליכים פליליים בבית המשפט האזרחי (לפי ההצעה שאושרה בקריאה ראשונה) ובין בהליכים ביטחוניים בבית המשפט הצבאי (לפי הנוסח המעודכן שהוצג בוועדה לאחרונה). שלילה כזו של שיקול הדעת השיפוטי (הכרוכה גם בשלילת שיקול הדעת התביעתי, שכן לפי ההצעה העונש יוטל גם אם לא התבקש), בפרט ביחס לעונש החמור ביותר בספר החוקים, מפרה את זכותם של נאשמים לענישה המתאימה לחומרת מעשיהם האינדיבידואליים, ואינה עומדת בדרישת המידתיות לשימוש באמצעי שפגיעתו הפחותה ביותר לשם מימוש תכלית החקיקה. אכן, אפילו היה עונש מוות אמצעי ענישתי מוצדק, חובה לצמצם את פגיעתו באמצעות שימור שיקול הדעת התביעתי והשיפוטי באשר להתאמתו לנסיבות המסוימות של כל מקרה.³⁰ יצוין כי גם באשר לעונשים חמורים פחות, המשפט הישראלי נוקט בגישת הענישה האינדיבידואלית ולכן נמנע משימוש בעונשי חובה.³¹

מעבר לקושי בעשיית צדק במקרים קונקרטיים, עונש חובה מביא גם לעיוותים בהליך הפלילי, ומחזק מאוד את ידי התביעה במשא ומתן להסדר טיעון. נאשמים רבים יעדיפו לוותר על טענות חפות משמעותיות ולא לעמוד בסיכון של עונש חובה – במיוחד כאשר המדובר בעונש המוות הבלתי הפיך.

יתר על כן, הסיכון של שימוש שגוי בעונש מוות דורש, לכל הפחות, החמרה בהליכים הדרושים להטלתו, ולא הקלה. עונש מוות הוא הסנקציה עם "עלות הטעות" הגבוהה ביותר האפשרית – הוא שולל את זכות האדם היסודית מכולן, והוא בלתי ניתן לתיקון במקרה של טעות. מסיבה זו, שימוש מידתי בכלי זה ייתכן, אם בכלל, רק בתנאים מחמירים במיוחד שמטרתם לצמצם ככל הניתן את היתכנות הטעות. מטעמים אלה נקבע, למשל, ערעור אוטומטי על עונש מוות במדינות רבות, ביניהן ישראל;³² ובארצות הברית מוחל סטנדרטי חוקתי של "heightened reliability" המחייב קיומם של תנאים דיוניים מחמירים, המכונים "super due process", בהליך משפטי שעשוי להוביל לעונש זה.³³ הצעת החוק הנדונה כיום בכנסת, לעומת זאת, מפחיתה הגנות דיוניות במקום להוסיפן, במיוחד בבתי משפט צבאיים: היא קובעת את עונש המוות כעונש חובה, מורה על ביטול הכלל לפיו גזר דין מוות יינתן רק פה אחד, מאפשרת הטלתו גם ללא בקשה מהתביעה, אוסרת על ביטולו או המתקתו, ומחייבת את ביצועו תוך זמן קצוב כדי למנוע בירור ממצה של טעויות וקיומו של משפט חוזר. גם מכל הטעמים האלה נכשלת כשלונו חרוץ ההצעה במבחן המידתיות.

ג. הליך החקיקה

חקיקה של הסדר ענישתי דרמטי וקיצוני כל כך – חידוש עונש המוות עבור עבירת רצח – מחייבת הליך חקיקתי יסודי ומעמיק, המתחשב בתשתית עובדתית בהירה ומשכנעת שתצדיק את המהלך.

מתבקש אפוא שחקיקה בעלת השלכות מערכתיות מעין זו תוכן, אם בכלל, כהצעת חוק ממשלתית המתכללת באופן מאורגן את עמדת גורמי המקצוע, ומתחשבת בעמדת הייעוץ המשפטי לממשלה וגורמי התביעה והאכיפה. תחת זאת, מקודמות החקיקה במסלול של הצעת חוק פרטית, בהעדר התמיכה המערכתית הדרושה.

³⁰ השו"ב בג"ץ 3390/16 עדאלה נ' הכנסת (8.7.2021), פסי' 28-29 לפסק הדין של השופט פוגלמן, שם נקבע ששלילה גורפת של זכויות סוציאליות מהוריהם של ילדים שהורשעו בעבירות ביטחון – מטעמי הרתעה – אינה עומדת במבחן המידתיות המחייב להשתמש באמצעי שפגיעתו פחותה. זאת, משום שניתן היה לחליפה בהסדר של בחינה פרטנית של התנהלות ההורה.

³¹ יצוין, כי לפני מספר שנים, במסגרת רפורמה מקיפה בעבירות ההמתה, יצר המחוקק מדרג של עבירת הרצח, כך שנקבע כי העונש של רצח ספונטני שבוצע באדישות או בכוונה הוא מאסר עולם – כעונש מירבי. עונש החובה נותר רק ברצח שבוצע בנסיבות מחמירות, ואף במקרים אלה הותר המחוקק "פתח מילוט" המאפשר לבית המשפט לקבוע שלא נתקיימה דרגת אשמה חמורה במיוחד ולהטיל עונש פחות. ראו ס' 301א(ב) לחוק העונשין.

³² ראו ס' 202 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 ("פסק דין המטיל עונש מוות יהא נדון בערעור אף אם הנאשם לא ערער עליו"); ס' 423 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 ("פסק דין של בית דין צבאי של ערכאה ראשונה המטיל עונש מוות ולא הוגש עליו ערעור על ידי מי שעונש זה הוטל עליו, רואים כאילו הוגש ערעור מטעמו"); ס' 156 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), תש"ע-2009 ("פסק דין של בית משפט צבאי של ערכאה ראשונה המטיל עונש מוות יהא נדון בערעור, אף אם הנאשם לא ערער עליו").

³³ לסקירה ראו Anna VanCleave, *The Illusion of Heightened Standards in Capital Cases*, 2023 U. ILL. L. REV. 1289, 1307-1316. יצוין שבמאמר מסבירה הכותבת שהגנות דיוניות אלה אינן מספקות, ובפועל בתי משפט מוצאים דרכים ליישמן בדרכים מעוותות או לעקוף אותן, כך שאין די בהן כדי להגביל באופן משמעותי את השימוש בעונש המוות.

מבחינת התשתית העובדתית שביסוד החקיקה, נראה שהחידוש העיקרי במקרה הנוכחי יחסית לניסיונות עבר לחוקק עונש מוות הינו שינוי בעמדת השב"כ ביחס לאפקט ההרתעתי הצפוי כתוצאה מן החוק. כפי שמתואר במסמך שהוגש לוועדה לביטחון לאומי, עליו חתומים שורה של בכירים לשעבר בשב"כ,³⁴ **משך שנים עמדתו המקצועית של השב"כ היתה שעונש מוות אינו צפוי ליצור הרתעה מפני ביצוע פיגועים, ולמעשה הוא עלול ליצור סיכונים ביטחוניים חדשים**. לאחרונה התחלפה עמדת השב"כ בנושא (עובדתית) זה. חוות הדעת המבטאת את ההערכה החדשה של השב"כ לא פורסמה, ולכן לא ניתן לדעת על אילו ראיות היא מבוססת, מה מקור ההיפוך בעמדת הארגון, ומה מידת המהימנות של העמדה החדשה. בנסיבות אלה, עצם ההסתרה של הבסיס העובדתי היחיד העומד בבסיס מהלך החקיקה הנוכחי יוצרת קושי חוקתי הפוגע בתקינות הליך החקיקה. בתי משפט חוקתיים ובינלאומיים רבים פסקו כבר כי בחקיקה הפוגעת בזכויות, נדרש הליך חקיקה מבוסס ראיות (evidence-based), כולל תשתית עובדתית מבוססת והערכות השפעה ביחס לנחיצות החוק והשפעותיו. כן נפסק כבר לא פעם שהעדר הליך חקיקה מסוג זה עשוי להיות שיקול מכריע במסקנה שהחוק אינו עומד בדרישות המידתיות.³⁵

אין זה מתקבל על הדעת כי תתקבל חקיקה כה חמורה על בסיס מידע שאינו מובא בפני הציבור ושאינו ניתן לבחון אותו בצורה מלאה. מבחינה זו, נזק "אגבי" משמעותי של החקיקה דנן הוא השרשת הליכי חקיקה שמקורם במידע עלום, מצידם של גורמי ביטחון חשאיים אך עוצמתיים, כיאה למשטרים סמכותניים.

4. עונש מוות סותר את המחויבויות של ישראל לפי המשפט הבין-לאומי

א. **עונש מוות מפר את דיני זכויות האדם**

אימוץ הצעת החוק עומד בניגוד לחובותיה של מדינת ישראל לפי הדין הבין-לאומי, ובראשן החובה לכבד ולהבטיח את הזכות לחיים. הזכות לחיים נחשבת לזכות יסוד במשפט הבין-לאומי. היא מעוגנת בין היתר בסעיף 6 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (להלן: "האמנה"), והיא מבין הזכויות המעטות באמנה שלא ניתן לגרוע מהן אפילו במצב חירום.³⁶ ישראל הצטרפה לאמנה בשנת 1991, ולפי הפרשנות המקובלת היא מחויבת לקיים את הוראותיה הן ביחס לאנשים הנמצאים בשטחה הריבוני והן ביחס לאנשים שנמצאים בשטחים הנתונים תחת שליטה אפקטיבית שלה, לרבות פלסטינים תושבי השטחים.³⁷

סעיף 6 לאמנה קובע כי לכל אדם יש זכות טבעית לחיים, אשר לא ניתן לשלול אותה באופן שרירותי. הסעיף אינו קובע איסור מוחלט על עונש מוות, אך הוא מתיר להטילו רק ב"מדינות שבהן לא בוטל עונש המוות".³⁸ הוועדה לזכויות אדם שפועלת מכוח האמנה ומוסמכת לפרש אותה קבעה כי לאור האמור, **מדינות שביטלו את עונש המוות שנהג בהן בעבר אינן רשאיות להשיבו על כנו**. כלומר, ביטול עונש מוות הוא מעשה בלתי הפיך. יתרה מכך, מדינות אינן רשאיות להפוך עבירה, אשר במועד אשרור האמנה או בכל עת לאחר מכן, לא נשאה עונש מוות, לעבירה שעונשה מוות, ואינן רשאיות לשנות תנאים בעבירה קיימת באופן שיאפשר הטלת עונש מוות בנסיבות שבהן לא ניתן היה להטילו בעבר.³⁹

³⁴ ראו לעיל ה"ש 27.

³⁵ Alberto Alemanno, *The Emergence of the Evidence-Based Judicial Reflex: A Response to Bar-Siman-Tov's Semiprocedural Review*, 1 THEO. PRACT. LEGIS. 327 (2013); Alberto Alemanno, *Courts and Regulatory Impact Assessment*, in HANDBOOK ON REGULATORY IMPACT ASSESSMENT (Claire A Dunlop and Claudio M Radaelli eds., 2016); Klaus Meßerschmidt, *Evidence-Based Review of Legislation in Germany*, 4 THEO. PRACT. LEGIS. 209 (2016); Ittai Bar-Siman-Tov, *The Dual Meaning of Evidence-Based Judicial Review of Legislation*, 4 THEO. PRACT. LEGIS. 107 (2016); Patricia Popelier and Josephine De Jaegere, *Evidence-Based Judicial Review of Legislation in Divided States: The Belgian Case*, 4 THEO. PRACT. LEGIS. 187 (2016); Rob van Gestel and Jurgen de Poorter, *Putting Evidence-Based Law Making to the Test: Judicial Review of Legislative Rationality*, 4 THEO. PRACT. LEGIS. 155 (2016); Patricia Popelier, *Evidence-Based Lawmaking: Influences, Obstacles and the Role of the European Court of Human Rights*, in PROCEDURAL REVIEW IN EUROPEAN FUNDAMENTAL RIGHTS CASES (Eva Brems and Janneke Gerards eds., 2017).

³⁶ האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966), סעיף 6 וסעיף 24.

³⁷ שם, סעיף 2(1).

³⁸ שם, סעיף 2(2).

³⁹ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, GENERAL COMMENT NO. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights & the Right to life, Paras. 33-34.

מכאן, שלאחר שישראל ביטלה את עונש המוות על עבירות רצח בשנת 1954, היא אינה רשאית להכניסו כיום מחדש לחוק העונשין, כפי שמוצע בהצעת החוק. כמו-כן, ספק רב אם היא רשאית לבטל את התנאים שנקבעו בצו בדבר הוראות בטחון ביחס להטלת עונש מוות בבית משפט צבאי, ובפרט את הדרישה שגזר הדין יוטל פה אחד.

בנוגע לבתי משפט צבאיים, הנוסח העדכני שנדון בכנסת קובע כי עונש המוות שיוחל בהם יהיה עונש חובה. לפי הוועדה לזכויות אדם, החובה לגזור עונש מוות הופכת את העונש לשירותי ופסול על פי האמנה, מכיוון שהיא שוללת את סמכות בית המשפט לשקול את הנסיבות הספציפיות של הנאשם ושל העבירה במקרה שלפניו.⁴⁰ לצד החובה לגזור עונש מוות, הצעת החוק מורה גם שלא ניתן יהיה להקל, להמיר, לשנות או לבטל עונש זה. קביעה זו מנוגדת לזכות המפורשת שמעניקה האמנה לנידונים למוות לבקש חנינה או המתקה של גזר הדין.⁴¹ בהקשר זה יש לציין, כי הזכות של נידון למוות בבית משפט צבאי לבקש חנינה מעוגנת גם באמנת ז'נבה הרביעית.⁴²

בנוסף לפגיעה הקשה בזכות לחיים, הצעת החוק פוגעת גם בזכות לשוויון המוגנת על ידי האמנה. כפי שצוין לעיל, ההצעה מטילה עונש מוות על מי שרצחו אזרחים ישראלים ממניעים לאומניים, אך אינה מטילה עונש כזה על אזרחים ישראלים שרצחו פלסטינים בנסיבות דומות. הפליה כזו בין מורשעים בעבירות פליליות על רקע לאומי-דתי-אתני אסורה הן לפי סעיף 2 לאמנה, המורה למדינות לכבד ולהבטיח את הזכויות המנויות בה, לרבות הזכות לחיים, ללא הפליה מכל סוג שהוא, והן לפי סעיף 26 לאמנה, שמעגן באופן ישיר את הזכות לשוויון.⁴³ בהקשר זה העירה הוועדה לזכויות אדם, כי די בכך שעונש המוות מושת בפועל בצורה לא פרופורציונלית על מיעוטים דתיים, גזעיים, ואחרים כדי לעורר חשש להפרת האמנה. קל וחומר, כך נראה, כאשר ההפליה נקבעת מראש בחוק עצמו.⁴⁴

ב. הכנסת אינה מוסמכת לחוקק הוראות עונשיות כלפי תושבי השטחים

הצעת החוק מעוררת קושי ממשי נוסף במישור המשפט הבין-לאומי, הנוגע להפעלת סמכות החקיקה של הכנסת בשטחים. לפי הדין הבין-לאומי, סמכות החקיקה בשטחים אלה מסורה למפקד הצבאי של האזור, ולו בלבד. הכנסת אינה הריבון בשטח זה, והיא אינה רשאית להחיל בו את חוקיה. כפי שציין בית המשפט העליון בפסק הדין שעסק בחוקתיות החוק להכשרת מאחזים ("חוק ההסדרה"), גם אם ניתן להצדיק חריגה מכלל זה במקרים שבהם הכנסת מבקש להחיל את חוקיה על אזרחים ישראלים שמתגוררים בשטחים, לא ניתן להצדיק חריגה כזו כאשר מדובר בחקיקה שמיועדת לחול בעיקר על השטח עצמו או על תושביו הפלסטינים, ובפרט כאשר יש לחקיקה האמורה "השלכות פוגעניות מרחיקות לכת על זכויות מהותיות של הפלסטינים באזור."⁴⁵

אמנם, אין בהצעת החוק החלה ישירה של חוקי הכנסת בשטחים, אלא קביעה כי שר הביטחון יורה למפקד צה"ל באזור להטמיע את הוראותיה בצו בדבר הוראות ביטחון. למרות זאת, אנו סבורים שגם החלה עקיפה של חוקי הכנסת באזור באמצעות מתן הוראות מפורטות, שאינן מותירות למפקד הצבאי כל שיקול דעת בהפעלת סמכותו החקיקתית – ובכלל זה מונעות ממנו להתחשב בדיני התפיסה הלוחמתית שמהם הוא יונק את כוחו בשטחים – חורגת באופן ברור מסמכות הכנסת לפי הדין הבין-לאומי. הממשלה והכנסת רשאיות להתוות מדיניות למפקד האזור ולקבוע את המסגרת המשפטית החוקתית והמנהלית שבתוכה הוא פועל, אך הן אינן רשאיות להיכנס בנעליו ולשמש כמחוקק בפועל בשטחים, גם אם הדבר נעשה בדרך עקיפה.

⁴⁰ *Id.* para. 37.

⁴¹ האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966), סעיף 4(6).

⁴² אמנת ז'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בזמן מלחמה (1949), סעיף 75. אמנם, עמדת ישראל הינה כי נוכח היעדר ריבון בשטחים עובר לכיבושו בשנת 1967, היא אינה מחויבת לכבד את כל הוראות אמנת ז'נבה בשטח זה, אך טענה זו שנויה במחלוקת.

⁴³ האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966), סעיף 1(2) וסעיף 26.

⁴⁴ ראו לעיל ה"ש 37, פסקה 44.

⁴⁵ בג"ץ 1308/17 עיריית סילוואד נ' הכנסת (9.6.2020), פס' 32 לפסק הדין של הנשיאה חיות. ראו גם יעל רונן "תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בגדה המערבית" *שערי משפט* ז' 149, 151 (תשע"ד).

ג. עונש מוות יפגע ביחסי ישראל עם הקהילה הבין-לאומית והאיחוד האירופי

החלת עונש מוות בבתי משפט בישראל ובשטחים בהתאם להצעת החוק ובניגוד למשפט החוקתי והבין-לאומי עלולה לגרום נזק ממשי למעמד הבין-לאומי של ישראל, ליחסי החוץ שלה, ולמעמדה בתכניות שיתוף הפעולה עם האיחוד האירופי.

כפי שצוין לעיל, הרחבת הנסיבות שבהן ניתן להטיל עונש מוות בישראל ובשטחים, ובפרט כאשר הדבר נעשה תוך הפליה על בסיס לאומי-דתי-אתני, צפויה לסמן את ישראל כמדינה שמתרחקת מהמגמות והנורמות המקובלות במשטרים דמוקרטיים, ובכך לפגוע ביחסיה עם מדינות רבות. פגיעה חמורה במיוחד עלולה להיגרם לשיתוף הפעולה ההדוק של ישראל עם האיחוד האירופי והמדינות החברות בו, שמתקיים במסגרת הסכם האסוציאציה שנחתם בין הצדדים.⁴⁶ קשה להפריז בחשיבותו של הסכם זה לכלכלה, לחברה, למדע ולביטחון בישראל. ההסכם מאפשר לישראל ליהנות מיתרונות רבים הדומים לאלה של מדינות החברות באיחוד, בין היתר בהיבטים של ייצוא פטור ממכס לאיחוד האירופי, שותפות מלאה בתכנית הורייזון למחקר ופיתוח מדעי, ועוד. ואולם, תוקפו של הסכם האסוציאציה מותנה בין היתר בכיבוד "הערכים המשותפים" המנויים בסעיף 2 להסכם, קרי, זכויות אדם ודמוקרטיה. בהקשר זה יש להדגיש כי לפי עמדתו העקבית והברורה של האיחוד האירופי, עונש מוות מהווה פגיעה חמורה בזכות לחיים ולכבוד ובאיסור על עינויים ועל הטלת עונש אכזרי ובלתי אנושי.⁴⁷ מכאן, שבהתאם לסעיף 2, אימוץ הצעת החוק עלול להוביל להגבלת ההטבות שמהן נהנית ישראל לפי ההסכם, או אף להשעייתן. אזהרות ברוח זו נשמעו בעבר מפי גורמים באיחוד האירופי ביחס להצעות חוק קודמות בנושא עונש מוות למחבלים,⁴⁸ והן רלוונטיות אף יותר להצעת החוק בגרסתה הנוכחית.

5. סיכום

ההתנגדות לעונש המוות, על אף קיומו דה-יורה בכמה דברי חקיקה, וייחודו דה-פקטו לפשעי השואה, הפכה ברבות השנים למאפיין מכוון של המוסריות הפוליטית של מדינת ישראל. ולכן יש להזהיר מכך שאם תתקבל הצעת החוק ועונש המוות יופעל בהתאם לה עלול לעלות הפיתוי להחילו על עבירות נוספות.

משך כל ימי המדינה עונש המוות היה מחוץ לתחום ביחס לנעשה אצלנו בבית, והוא גודר היטב אך ורק להקשר אחד: השואה. הבניה זו הבהירה עד כמה יוצא דופן ובלתי מתאים הוא עונש מוות במדינה מתוקנת – כל כך ככה עד שיש לשמרו אך ורק לנסיבות הרחוקות מרחק רב מדרכנו בארץ, כפי שהיו בשואה. קבלת הצעת החוק שוברת את הקיר המפריד הזה והיא עלולה להכניס את הטלת עונש המוות לארגז הכלים של המשפט הישראלי ולנרמל אותו. ומשם עלולה להיפתח הדרך לשימושים נוספים בו בהמשך הדרך.

עונש מוות יסתור את מורשתה המוסרית של מדינת ישראל, את המשפט החוקתי שלה, ואת מחויבותיה לפי המשפט הבין-לאומי. זוהי זהותנו, וכאלה אנו. אף את הראויים ביותר לעונש איננו מענישים בעונש שהוא כבר חורג מכל עונש, איננו חפצים להפוך עצמנו למדינה קטלנית, שכן הדבר יפגע בראש ובראשונה בנו. מכל הטעמים הללו, פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה קורא לכנסת לדחות את ההצעות בנושא ולהימנע מחקיקתן.

נייר זה נכתב על ידי:

פרופ' אורי אהרונסון, אוניברסיטת בר-אילן

פרופ' יונתן יובל, אוניברסיטת חיפה

ד"ר מיכל סליטרניק, המכללה האקדמית נתניה

פרופ' יואב ספיר, אוניברסיטת תל אביב

⁴⁶ ראו Euro-Mediterranean Agreement establishing an Association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the State of Israel, of the other part (נחתם ב-1995, נכנס לתוקף בשנת 2000).

⁴⁷ ראו COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, E.U. GUIDELINES ON THE DEATH PENALTY (2013).

⁴⁸ ראו, למשל, Lazar Berman, *Europe Warns Israel Against 'Game-Changer' Death Penalty Legislation*, TIMES OF ISRAEL (1 March 2023).