

## על עונש המוות בכלל ועל עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור בפרט

מאת

בועז סנג'רו\*

**א. מבוא. ב. עונש המוות.** 1. כללי; 2. שאלות מקדמיות; (א) האם הזכות (המוחלטת?) לחיים שוללת את עונש המוות; (ב) האם זכות האדם (המוחלטת?) לכבוד מקימה לו זכות שלא יוטל עליו עונש אכזרי, בלתי אנושי או משפיל, לרבות עונש המוות; (ג) האם למדינה אין זכות להוציא אדם להורג; (ד) האם קיימות זכויות שעל פגיעה בהן לא נצא ידי חובת הענישה ללא הטלת עונש מוות; 3. ההצדקה המוסרית לענישה הפלילית, מטרתיה ושיקוליה; 4. טיעונים גמוליים בעד ונגד עונש המוות; (א) עונש המוות הוא גמולו של הרוצח; (ב) ההתנגדות לנקם; (ג) עונש המוות משבש את הפרופורציה בין עונשי העבירות השונות; (ד) עונש המוות אינו פרופורציוני לעבירת הרצח; (1) חייהם של כל שני אנשים הם שונים; (2) פרק הזמן הארוך שבין גזר-הדין להוצאה להורג כרוך בסבל נפשי עצום לנידון; (ה) לא כל אשמת הרצח מוטלת על הרוצח; (ו) ההלכה היהודית ועונש המוות; (ז) דעת הקהל כמשקפת את תפיסת החברה באשר לגמול הצודק; 5. טיעונים תוצאתיים בעד עונש המוות; (א) כללי; (ב) הרתעה וחינוך; (ג) שלילת יכולת הרוצח לשוב ולרצוח; (ד) חיזוק הרגשת הביטחון החברתי; (ה) חובת המדינה להגן על אזרחיה; (ו) מניעת נקמה פרטית ומעשי ליניץ; (ז) התחשבות ברגשות קרובי הקרבן; (ח) דעת הקהל כמשקפת את תפיסת החברה באשר לתועלת שבעונש המוות; (ט) עלותה הכספית של האלטרנטיבה – מאסר עולם;

\* דוקטור, מרצה מן המניין במכללה האקדמית למשפטים (רמת-גן). תחילתו של מאמר זה בעבודה סמינריונית שכתבתי בשנת 1988 בהדרכת פרופ' רות גביוון, והנני מודה להן על הערותיהן המועילות והן על הצעתה דאז להפוך את העבודה למאמר. תודתי נתונה גם לד"ר רינת קיטאי וכן לעורכת-הדין אלינה ברגר על הערותיהן המועילות לטיוטה של המאמר.

6. טיעונים תוצאתיים נגד עונש המוות; (א) כללי; (ב) האפשרות הנוראית של טעות; (ג) חוסר האפשרות להטיל עונש מוות בצורה שוויונית והוגנת (והרהורים עגומים על המציאות האמריקנית); (ד) עונש המוות פסול אם אלטרנטיבה לו משיגה מטרותיה בפחות סבל; (ה) לעונש המוות השפעות שליליות על החברה: זלזול בערך חיי האדם וברוטליות; (ו) עונש המוות מביא להאשמה בעבירה קלה מזו שנעברה ואף לזיכוי אשמים; (ז) עונש המוות פוגע בתדמית המדינה; (ח) עונש המוות גורם סבל לחפים מפשע; (ט) התועלת העתידית שיכולה החברה להפיק ממורשע הנוחר בחיים; (י) מחיר עונש המוות במונחי זמן וכסף; 7. סיכום ביניים. ג. **עונש המוות במדינת ישראל**; 1. כללי; 2. השמדת עם ועשיית דין בנאצים ובעוזריהם; 3. בגידה בשעת מלחמה; 4. חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955; 5. תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945; (א) כללי; (ב) אופן הדין; (ג) עמדת התביעה הצבאית – החלטות הממשלה; (ד) פסיקת בתי-המשפט הצבאיים; (ה) תיקון החקיקה? ד. **עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור**;  
 1. כללי; 2. טיעונים גמוליים בעד ונגד עונש המוות; (א) עונש המוות הוא גמולו של מבצע הרצח הטרוריסטי; (ב) דעת הקהל כמשקפת את תפיסת החברה באשר לגמולו של מבצע הרצח הטרוריסטי; (ג) ההלכה היהודית ועונש המוות בגין הרצח הטרוריסטי; 3. טיעונים תוצאתיים בעד עונש המוות; (א) בלתי אפשרי לקיים עונש של מאסר עולם לטרוריסט במדינת ישראל; (ב) הרתעה; (ג) שלילת יכולת הטרוריסט הרוצח לשוב ולרוצח; (ד) חובת המדינה להגן על אזרחיה;  
 (ה) כליאת טרוריסטים – הזמנת חטיפות של ישראלים ויהודים; (ו) הסכנה של לקיחת החוק בידיים; (ז) אפשרות הטעות מצומצמת; (ח) דעת הקהל כמשקפת את תפיסת החברה באשר לתועלת שבעונש המוות לרוצחים טרוריסטים;  
 4. טיעונים תוצאתיים נגד עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור; (א) יהיה בלתי אפשרי לבצע את גזר-הדין; (1) ממשלת ישראל תיאלץ להחליף את הנידונים למוות בבני ערובה; (2) שבווינו שיימצאו בידי המחבלים בעת ההוצאה להורג יירצחו; (3) יופעלו על ממשלת ישראל לחצים בין-לאומיים כבדים; (ב) עונש המוות יסב נזקים למלחמתה של מדינת ישראל בטרור; (1) הטרוריסטים לא ייכנעו עוד; (2) המוצאים להורג ייהפכו ל"גיבורים קדושים" ולמודל לחיקוי; (3) בזמן ההליך המשפטי ישתדלו המחבלים לחטוף בני ערובה לצורך עסקת חליפין;  
 (4) עונש המוות יביא להקשחת ארגוני המחבלים; (5) עמדת אנשי ביטחון ו"עמדת מערכת הביטחון"; (ג) עונש המוות עלול לגרום להפליה בין יהודים לערבים; (ד) עונש המוות יסב למדינת ישראל נזקים מדיניים; (1) העמקת הקרע בינינו לבין שכנינו והכבדה על תהליך השלום; (2) פגיעה בתדמית מדינת ישראל ובתדמית החברה הישראלית. ה. **אחרית דבר**.

## א. מבוא

"סנהדרין ההורגת אחד בשבוע [שבע שנים, ב' ס' נקראת חובלנית.  
ר' אלעזר בן־עזריה אומר: אחת לשבעים שנה. ר' טרפון ור' עקיבא  
אומרים: אילו היינו בסנהדרין לא נהרג אדם מעולם.  
רבן שמעון בן גמליאל אומר: אף הן מרבין שופכי דמים בישראל"  
(משנה, מסכת מכות, א', י').

משנה זו שבחרתי לפתוח בה את המאמר מלמדת שהוויכוח בין תומכי עונש המוות לבין מתנגדיו רחוק מלהיות חדש. ההתנגדות לעונש המוות, שבעבר היה אחד מהעונשים המקובלים ביותר לעבירות חמורות, גדלה באופן משמעותי במאה הי"ח, עם התפתחות רעיון ההומאניזם שתבע הערכה וכבוד לכל אדם באשר הוא אדם והתייחסות אל האדם כתכלית בפני עצמה. הייתה זו תגובה לשימוש המאסיבי שנעשה בעונש המוות באותה תקופה. באנגליה, למשל, הכיל החוק הפלילי 2000<sup>1</sup> עבירות שעונשן מוות, ובצרפת – למעלה מ-100. כמות זו של עבירות שעונשן היה מוות מלמדת שעונש זה לא יוחד לעבירות החמורות ביותר. ואכן, גם בגין עבירות פשוטות יחסית, כגון כריתת עץ בגן או במטע, התחברות עם צוענים וגניבת רכוש שערכו עולה על שילינג אחד, נקבע בחוק האנגלי (שנודע בכינויו "The Bloody Code") עונש מיתה<sup>1</sup>.

גם כיום עונש המוות אינו מהווה תופעה שולית בעולמנו. אמנם למעלה ממחצית מדינות העולם ביטלו עונש זה – בין בחקיקה ובין למעשה, אך על־פי נתוני ארגון Amnesty International, בשנת 2000 הוצאו להורג בעולם לפחות 1,457 בני־אדם ב-28 מדינות, ולפחות 3,058 בני־אדם נידונו למוות ב-65 מדינות. המדינות המובילות במספר ההוצאות להורג הן סין (לפחות 1,000, וכפי הנראה הרבה יותר); איראן (לפחות 75); ערב־הסעודית (לפחות 123); עיראק (מאות הוצאות להורג, אם כי חלק ניכר מהן מחוץ למערכות השיפוט והענישה הממוסדות) וארצות־הברית (85)<sup>2</sup>.

1 על ריבוי העבירות שעונשן מוות בחוק האנגלי במאה הי"ח ראו למשל י' בזק **הענישה הפלילית** (הוצאת דביר, תשמ"א) 95-96; ש'ג' שוהם וג' שביט **עבירות ועונשים – מבוא לפנולוגיה** (עם עובד, תש"ן) 149-151 וכן נאום שר המשפטים דאז פנחס רוזן בפני הכנסת בעת הקריאה הראשונה של החוק לחיקון דיני עונשין (ביטול עונש מוות על רצח), תשי"ד-1954, ד"כ 6 (תש"י) 20, 30.

2 Introduction – Amnesty International Report 2001 (פורסם גם באינטרנט: <http://www.amnesty.org>). בתכנית הטלוויזיה "רואים עולם" אשר שודרה ב-14.7.2001 דווח כי

העיסוק בעונש המוות אינו נחלתם הבלעדית של המשפטנים<sup>3</sup>. מדובר בראש ובראשונה בשאלה ערכית הטעונה עיון פילוסופי מעמיק. כמו כן יש לשאלה זו השלכות רבות שהן בתחום הדיון של אנשי מדעי החברה. ואכן, כמות החומר שנכתב בנושא היא עצומה, ולשני הצדדים לוויכוח – תומכי עונש המוות ומתנגדיו – טיעונים משכנעים רבים, הן ערכיים והן מעשיים. אמנם מרבית הכתיבה בנושא היא של מתנגדי עונש המוות<sup>4</sup>, אולם כפי שמציין בהגינות Bedau, מגדולי מתנגדי עונש המוות בדורנו, גם להגנת עונש המוות נחלצו בשנים האחרונות אנשי מוסר ואקדמיה רבים<sup>5</sup>. דבריהם מהווים המשך לפילוסופים גדולים כמו רוסו, קאנט, הגל ומיל<sup>6</sup>, אשר תמכו בעונש המוות.

מטרת המאמר היא בחינה הן של עונש המוות בכלל והן של גזירה אחת מתוך השאלה הכללית של עונש המוות – עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור<sup>7</sup>. להתמקדותי זו שתי סיבות עיקריות: האחת – האינטואיציה הראשונית שלי (ודומני כי גם של רבים אחרים), ולפיה זהו מקרה מיוחד, ולפיה גם המתנגדים עקרונית לעונש המוות עשויים לתמוך בעונש זה אם ייוחד לרצח בפעולת טרור. במאמר זה אנסה לבחון אם אינטואיציה זו נכונה היא. השנייה – אקטואליות הנושא במדינת ישראל בימינו נוכח פגיעתם הרעה של טרוריסטים באזרחיה והדרישה המועלית לגזור עליהם עונשי מוות. יצויין כי בהבדל מהכתיבה השכיחה באשר לעונש המוות, שבה מבקשים הכותבים לשכנע את הקוראים לתמוך בעונש המוות או (בדרך-כלל) להתנגד לו (בהתאם להשקפתם של הכותבים), מטרתי אינה לשכנע את הקורא לגבש עמדה הדומה לשלי, ובהתאם לכך אשתדל מאוד לדון באופן האובייקטיבי ביותר האפשרי (במגבלות

בסין הוצאו להורג כ-3 החודשים האחרונים 1,781 בני-אדם, לרבות בגין עבירות קלות יחסית כגון "הפרעה לבורסה", מרמה, שימוש במטבע זר וכד'.

3 ביקורת נכונה על בית-המשפט בשל התייחסותו לבעיית עונש המוות כאל שאלה משפטית גרידא ללא היזקקות לדיונים מתחומי הפילוסופיה ומדעי החברה שנערכו בנושא, מתח Pannick. ראו D. Pannick *Judicial Review of the Death Penalty* (London, 1982) 220-234.

4 מדובר באלפי מאמרים וספרים בנושא.

5 ראו H.A. Bedau (editor) *The Death Penalty in America* (Oxford, 1982) 307.

6 ד"אן ד'אק רוסו על האמנה החברתית או עקרוני המשפט המדיני (בתרגום אור, מאגנס תשט"ז).

עמ' 51 ואילך; Immanuel Kant *The Metaphysical Elements of Justice, Part I (Of The Metaphysics of Morals)* (Translated by Ladd, Indianapolis, 1965) 86, 102-107; Hegel's "Capital Punishment" *Philosophy of Right* (Oxford, U.S., 1967) 71, 246-247 של John Stuart Mill בספר *Public and Parliamentary Speeches* (ed. by J.M. Robson and B.L. Kinzer, Univ. of Toronto press, 1988) 266.

7 על הסיבה להגבלת הדיון לרצח בלבד ועל ההגדרה של פעולת טרור אעמוד בהמשך.

אנושיות) בכל אחד ואחד מהטיעונים המשמעותיים האפשריים – הן בעד עונש המוות והן נגד עונש המוות.

## **ב. עונש המוות – בחינה כללית**

### **1. כללי**

תחילה אדון בכמה שאלות מקדמיות שתשובה מסוימת על כל אחת מהן עשויה לייתר את כל הדיון בטיעונים בעד ונגד עונש המוות. לאחר מכן אעמוד על מטרות הענישה הפלילית, שכן עליהן לעמוד לנגד עינינו בעת הדיון בטיעונים השונים. רק אז יהיה ניתן להתייחס בצורה רצינית לטיעונים עצמם, כשחלוקתם תהיה לטיעונים גמוליים מול טיעונים תוצאתיים. בעשותי כן אתיחס אך ורק לעונש מוות בגין נטילת חיים. לדעתי, אין כל מקום אפילו לדיון בשימוש בעונש זה בגין עבירות אחרות, ואשתדל לשכנע בכך בהמשך. אציין כי לצורך הדיון בטיעונים התוצאתיים, ובמיוחד בתועלתיים שביניהם, תתייחס ההשוואה למאסר העולם, שהוא האלטרנטיבה העונשית המקובלת לעונש המוות בגין עבירת הרצח.

### **2. שאלות מקדמיות**

לעונש המוות אופי מיוחד מאוד המתבטא בין היתר בשלילה מוחלטת, בלתי הפיכה ובלתי ניתנת לתיקון של זכויות אדם בסיסיות ביותר מהנענש. בהקשר זה עולות כמה שאלות שהן מקדמיות במובן זה שתשובה חיובית עליהן תחרוץ את גורל הוויכוח בעד או נגד עונש המוות.

#### **(א) האם הזכות (המוחלטת?) לחיים שוללת את עונש המוות**

אין חולק שהזכות לחיים נמנית עם זכויות האדם הבסיסיות ביותר. הדבר נקבע במסמכים רבים, לאומיים ובין-לאומיים<sup>8</sup>, ומקובל על כל ההוגים בדורנו. גם אין חולק שעונש המוות פוגע בזכות לחיים. אולם טבעם של זכויות וערכים שהם לעתים מתנגשים ביניהם, ואז יש לסייג אותם, או לפחות את חלקם. מכאן, שהשאלה הבסיסית איננה אם קיימת זכות לחיים, אלא האם הזכות לחיים היא זכות מוחלטת. הטיעון המועלה בהקשר

8 כגון בסעיף ג' להכרזה הבין-לאומית על זכויות האדם משנת 1948 ובסעיף 6 להצהרת האו"ם משנת 1976.

זה הוא שהזכות לחיים אינה סובלת סייגים, שכן אחרת איש לא יוכל לטעון לזכותו לחיים<sup>9</sup>. ברוח דומה נטען כי עונש המוות מכחיש את הזכות לחיים<sup>10</sup> והורס אותה<sup>11</sup>. מהי זכות מוחלטת? מגדירים "זכות מוחלטת" כזכות שאינה נסוגה מפני שום זכות אחרת בהתנגשות ביניהן<sup>12</sup>. לדעתי, אין זכויות מוחלטות כלל<sup>13</sup>. אולם לצורך דיוננו די בקביעה שהזכות לחיים אינה מוחלטת. לומר שזוהי זכות מוחלטת, פירוש הדבר שאסור לפגוע בה בכל הנסיבות ומכל סיבה שהיא. הדבר מוביל לשלילת הלגיטימיות של נטילת חיי אדם אחר במלחמה (לרבות מלחמת מגן), מהפכה (לרבות מהפכה כנגד משטר עריץ ומדכא) והגנה עצמית<sup>14</sup> (שלילת הכלל "הבא להרגך השכם להרגו"). לצורך הדיון הנוכחי די לנו בכך שישנם הקשרים, כגון הגנה עצמית, שבהם מקובל לחשוב שהזכות לחיים אינה מוחלטת. אפשרות אחרת היא להגדיר זכות מוחלטת כזכות שאינה נסוגה מפני שום זכות אחרת ולראות בזכותו של אדם אחר לחיים כזכות שאינה אחרת. כך ייתכנו מצבים שבהם הנסיבות מחייבות לבחור בין הזכות לחיים של אדם אחד לבין הזכות לחיים של אדם אחר, כשהזכות לחיים נותרת מוחלטת במובן זה שהיא גוברת על כל זכות אחרת, שאינה הזכות לחיים.

יש הטוענים כי הרוצח, בכצעו מעשה רצח, איבד את זכותו לחיות<sup>15</sup>. ייתכן שגם המעטים הסבורים כי הזכות לחיים היא זכות מוחלטת יקבלו את הטיעון, באופן הזה: הזכות לחיים היא אמנם מוחלטת, אך בכל מקרה ספציפי יש לבדוק אם היא בכלל קיימת. לגבי הרוצח אין זכות זו קיימת, שכן בכצעו את מעשה הרצח, בלוויית האשמה הגבוהה הנדרשת בעבירה זו, איבד את זכותו (ואולי ניתן לראותו כמוותר עליה).

9 ראו, למשל "Some Reflections on the Immorality of Capital Punishment" H.H. Cohn (לא פורסם, עמ' 2 לעותק שבידי).

10 *United States of America, The Death Penalty* (Amnesty International Publications, 1987) 182, 189. כללית, אציין כי עמדת מחברי הספר היא חד-צדדית (כנגד עונש המוות) באופן המחייב זהירות בהסתמכות עליו.

11 עמ' 220, 233 לספרו של Pannick הנ"ל בה"ש 3.

12 A. Gewirth "Are There Any Absolute Rights?" 31 *Phil. Q.* (1981) 91.

13 לעמדה דומה ראו א' ברק **פרשנות במשפט** (הוצאת נבו, תשנ"ד) כרך 3 (**פרשנות חוקתית**) עמ' 361, 369 ואילך. לעומת זאת במשפט הגרמני נתפסת הזכות לכבוד כזכות מוחלטת – שם, עמ' 318-319.

14 לביסוס הלגיטימיות של ההגנה העצמית, בכלל, ושל ההגנה העצמית בכוח קטלני, בפרט, ראו הדיון בררישת הפרופורציה אשר בעמ' 203 ואילך לספרי **הגנה עצמית במשפט הפלילי** (הוצאת נבו, תש"ס).

15 E. Van Den Haag "In Defence of the Death Penalty: A Legal-Practical Analysis" 14 *Crim. L. Bull.* (1978) 51. N.N. Kitrie, E.H. Zenoff *Sanctions*, (המאמר מופיע גם בספר *Sentencing and Corrections. Law, Policy and Practice* (Mineola, New York, 1981) 324, (337).

יצוין כי ערך חיי האדם מזיז את הטיעונים של שני הצדדים לוויכוח. כך, למשל, נעשה ניסיון לבסס תמיכה בעונש המוות תוך הצגה של סדרת השאלות הזו: אם אין דבר שאדם עלול להיות מומת בגללו, היכול להיות משהו שראוי למות עבורו? אם אין כזה – היש ערך מוסרי שראוי לחיות עבורו? האם חיים, שאין דבר חשוב מהם עצמם, הם בעלי ערך גבוה? האם החיים עצמם הם ערך מוסרי שאסור לוותר עליו לעולם? האם מערכת ערכים שבה חיים – לא משנה איך חיים אותם – נעשים הטוב הגדול ביותר, מעלה את ערך חיי האדם או מורידה אותו?<sup>16</sup>

כפי שאטען בהמשך<sup>17</sup>, לעולם לא יהא זה מוצדק להעניש אדם מעל לגמול המגיע לו. דומני שניתן להסכים כי נטילת חיי אדם בגין עבירה שביצע שאינה רצח אדם אחר היא מעל ומעבר לגמולו של אותו אדם. למסקנה זו ניתן להגיע גם על-ידי שקלול משתנים שמקובל להביא בחשבון בעת התנגשות בין שתי זכויות<sup>18</sup>: החשיבות היחסית של הזכות; עוצמת הפגיעה בזכות; הסתברות מימוש הסכנה; אמצעים חלופיים למניעת הסכנה או לצמצומה. הזכות לחיים היא כה חשובה, והפגיעה בה על-ידי עונש המוות היא כה חמורה וודאית, עד כי ברור כי על הזכות המתחרה להיות חזקה מאוד. אם זכות מתחרה זו היא זכות המדינה להעניש את העבריין בעונש מיתה, והיות שזכות זו ניזונה מחומרת מעשהו של העבריין, על מעשה זה להיות כה חמור עד כי אין לקבל עבירה שאינה רצח<sup>19</sup> כמזינה זכות כזו<sup>20</sup>.

יתרה מזו, לאחר לבטים רבים באתי לכלל דעה כי הגם שהזכות לחיים אינה מוחלטת, בכל זאת היא חזקה דייה כדי לשלול את עונש המוות כמעט לחלוטין. הפגיעה של עונש המוות בזכות לחיים, בערך חיי האדם ובקדושתם, היא כה גדולה, עד כי ככלל<sup>21</sup> יש לשלול עונש זה. מסקנתי זו דומה מבחינת המבנה למסקנתם של רבים –

16 Van Den Haag שם, עמ' 336-337. וראו נאומו של Mill הנ"ל בה"ש 6.

17 ראו להלן פרק ב3/.

18 ראו למשל מאמר של Gewirth הנ"ל בה"ש 12 וראו והשוו R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (London, 1977), א. ברק, **לעיל** ה"ש 13, עמ' 369 ואילך.

19 כוונתי היא לנטילת חיי אדם בדרגת האשמה הגבוהה ביותר – כוונה תחילה, וללא נסיבות מיוחדות, שהן בדרך כלל מטרה חיובית, כגון המתת חסד, המתת אדם על-פי בקשתו, הגנה עצמית תוך חריגה מהתנאים הקבועים לה בחוק.

20 ברוח זו קבע בית-המשפט העליון האמריקני בפסק-הדין הידוע בעניין *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977) כי עונש מוות בגין אינוס אינו חוקתי, ובדומה נקבע בעניין *Eberheart v. Georgia* 433 U.S. 917 (1977) כי עונש המוות בגין חטיפה אינו חוקתי – ראו H.A. Bedau (editor) *The Death Penalty in America* (Oxford, 1997) 186.

21 להוציא אולי מקרים מיוחדים מאוד כגון פשעי הנאצים, השמדת עם ואולי-אולי גם רצח טרוריסטי, אשר יידונו בהמשך (בפרקים ג' ו-ד').

אשר תידון בפרק הבא – ולפיה עונש המוות הוא אכזרי באופן מוחלט, כך שיש לשלול אותו נוכח זכות האדם לכבוד, אף אם אינה זכות מוחלטת. למעשה, סבורני כי מיקום מרבית הדיונים בעונש המוות ב"משבצת" של הזכות לכבוד ולא ב"משבצת" של הזכות לחיים נובע מכך שבחוקה האמריקנית לא נשלל עונש המוות ולא נשללה לחלוטין האפשרות של נטילת חיי אדם, אלא נשללה – בתיקון ה-8 לחוקה – ענישה שהיא אכזרית ("cruel and unusual punishment"). לפיכך הדרך לתקוף את חוקתיות עונש המוות במשפט האמריקני הייתה באמצעות התיקון ה-8. מבחינה תאורטית, ערכית ועקרונית, ייתכן מאוד שה"משבצת" המתאימה יותר לשלילת עונש המוות היא דווקא הזכות לחיים.<sup>22</sup>

**(ב) האם זכות האדם (המוחלטת?) לכבוד מקימה לו זכות שלא יוטל עליו עונש אכזרי, בלתי אנושי או משפיל, לרבות עונש המוות**

מבין הזכויות שמקובל לכלול תחת הכותרת "זכויות האדם", הזכות לכבוד היא זכות שקשה להפריז בחשיבותה. רעיון ההומאניזם שהתפתח באירופה במאה הי"ח ותבע הערכה וכבוד לכל אדם באשר הוא אדם התקבל בהדרגה על כל החוגים הנאורים בעולם המערבי, והטביע את רישומו גם על דרכי הענישה ועל הפילוסופיה של הענישה.<sup>23</sup> יש הגורסים כי הזכות לכבוד היא זכות האדם הבסיסית ביותר, שממנה ניתן לגזור את כל יתר זכויות האדם.

אילו הייתה הזכות לכבוד מוחלטת, הייתה התשובה לשאלה שהוצגה בכותרת פרק זה חיובית, משום שעונש המוות פוגע בכבודו של הנידון. חיים כהן כתב כי אפילו יש זכות או אפילו חובה של המדינה להעניש עבריינים, ואפילו מצריך הדבר הגבלת החירויות, על כל העונשים לסגת מפני דיכוי כבוד האדם.<sup>24</sup> דברים אלה ניתן להבין

22 כך, למשל, נשלל עונש המוות באופן ישיר ומפורש בסעיף 102 לחוקה הגרמנית – ראו א' ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיני)" **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 19 (ה"ש 81).

**במשפט הבינ-לאומי**, אמנם סעיף 6 לאמנה הבינ-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, העוסק בזכות לחיים והמתייחס לעונש המוות, אינו שולל לחלוטין את עונש המוות אלא רק מגבילו ל"פשעים החמורים ביותר", אך עונש זה נשלל למעשה בקרב המדינות שהצטרפו ל"פרוטוקול האופציונלי השני" שהתקבל ב-1989 – ראו ל' סבה "זכויות האדם ומערכת הענישה – האם שנות ה-90 הניבו שתי מהפכות חוקתיות?" **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 197 וההפניות המופיעות שם וראו W.A. Schabas *The Abolition of the Death Penalty in International Law* (Cambridge, 1997) 147 (Chap. 4).

23 ראו, למשל, עמ' 95 לספרו של בזק הנ"ל בה"ש 1.

24 במאמרו הנ"ל בה"ש 9 (עמ' 4 לעותק שבידי).



בשני אופנים: לפי פירושה האחד, גורס ח' כהן כי הזכות לכבוד היא זכות מוחלטת. לפי פירושה השני – הסביר יותר לדעתי – הזכות לכבוד מונעת עונשים שפגיעתם בכבוד האדם היא קיצונית. על משמעות הפירוש השני לדבריו אעמוד בהמשך. בשלב זה יצוין כי ראיית הזכות לכבוד כזכות מוחלטת היא נדירה מאוד<sup>25</sup>, ויוזכר כי לדעתי אין זכויות מוחלטות כלל<sup>26</sup>.

אם מקבלים שהזכות לכבוד אינה מוחלטת, ניתן להמשיך ולטעון שיתכן עונש אכזרי, בלתי אנושי או משפיל למרות קיומה של הזכות לכבוד, שכן זכות זו מתנגשת לעתים בזכויות אחרות, כגון בזכות המדינה להעניש עבריינים. אולם דיוננו לא יהיה שלם ללא התייחסות לטיעון אחר הבא לידי ביטוי בין היתר בדברי ח' כהן לפי הפירוש השני שהצעתי להם לעיל. הטיעון הוא שנוכח קיומה של הזכות לכבוד אין להטיל עונש שהוא אכזרי, בלתי אנושי או משפיל **באופן מוחלט**. אבאר דבריי האחרונים. קיימת גישה שלפיה לא זו בלבד שאין להטיל עונש שהוא אכזרי מבחינת הפרופורציה לעבירה שבוצעה (כלומר, מעבר לגמול הצודק), אלא גם אין להטיל עונש שהוא אכזרי באופן אבסולוטי – כלומר, מעבר לסף מסוים<sup>27</sup>. קשה לקבוע סף מדויק זה, אך מקובל להצביע על עונש שנמצא מעליו – עינויים. העינויים הם מעשה רע מנקודת הראות המוסרית. הם אינם מכובדים, אינם אנושיים ומזיקים לא רק למעונה אלא גם למענה, לכן אין לענות אדם אפילו אם הדבר מהווה גמול צודק למעשהו<sup>28</sup>.

האם עונש המוות הוא אכזרי באופן אבסולוטי שכזה? החוויה של נידונות למוות והוצאה להורג היא סבל עצום. יש להביא בחשבון את זמן ההמתנה הרב עד ביצוע גזר-הדין, וגם ההוצאה להורג עצמה כרוכה לעתים בסבל רב<sup>29</sup>. הובעה הדעה כי בכל דרך של הוצאה להורג יש דרגה בלתי מתקבלת על הדעת של אכזריות מנטאלית ופיזית<sup>30</sup>. את הרגשת הנידון למוות היטיב לתאר דוסטויבסקי בספרו "אדיוט". מכיוון שדוסטויבסקי עצמו חווה חוויה דומה כשהוגלה לסיביר, הובל לגרדום, וברגע האחרון

25 זוהי עמדת החוקה הגרמנית – ראו עמ' 318-319 לספרו של ברק הנ"ל בה"ש 13 וראו עמ' 19 (ה"ש 81) למאמרו הנ"ל בה"ש 22.

26 ראו הדיון בזכויות מוחלטות אשר בפרק ב2 / (א) שלעיל.

27 ראו, למשל, I. Primorac "On Capital Punishment" 17 *Isr.L.Rev.* (1982) 133, 150.

28 סמוך לאחר הקמת המדינה נחקק חוק ביטול עונש מלקות, תש"ו-1950 (ס"ח 261). וראו גם בג"ץ

5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נג(4) 817.

29 ראו, למשל, עמ' 186-187 לספר של ארגון אמנסטי הנ"ל בה"ש 10.

30 עמ' 220, 233 לספרו של Pannick הנ"ל בה"ש 3.

ממש, כשהרובים כבר כווננו לעברו, הוכרז שדינו הומתק<sup>31</sup>, סבורני שלדבריו גם ערך לבר־ספרותי, מלבד ערכם הספרותי הגדול. וכך הוא כותב<sup>32</sup>:

"...נתאר לנו, למשל, משפט־עינויים; יש יסורים, יש פצעים, מכאובי־גוף, כל זה משכיח את עינויי הנפש, ורק פצעי הגוף יענוך עד כי תמות. והמכאוב הגדול, הגדול במכאובים, אולי אינו בפצעי הגוף, אלא בזה, שהנה אתה יודע ברור, כי בעוד שעה, ואחרי־כן, בעוד עשר דקות, אחר־כך בעוד מחצית הדקה, אחר: הנה, הנה – תעוף נשמתך מגופך, ולא תהא עוד אדם, וזה ודאי, ודאי; העיקר שזה – ודאי. הנה אתה מטיל ראשך תחת הסכין ממש, שומע איך שהיא נחתת ומזמזמת על ראשך – רבע שניה זה הוא האיום מכל. יידע, לא מדמיוני לבד הוצאתי זאת, כך דיברו רבים! ... וכאן נוטלים את התקוה האחרונה, שעמה קל פי עשרה למות – נוטלים **בודאות**; כאן פסק־דין. ובזה שודאי לא תימלט – בזה, בזה כלולה כל אימת הכאב, וגדול מכאב זה אין בעולם. קחו איש־צבא בשעת הקרב והעמידוהו אל מול עצם פי התותח וירו בו – הוא עוד יקוה כי יחיה, אך אם תקראו לפני איש צבא זה **פסק־דין ודאי**, מיד יצא מדעתו, או יגעה בככי. מי אמר לכם, כי יש בטבע האדם לשאת זאת, ולא יתקפנו שגעון? למה התעללות כזאת, התעללות־פראים, מיותרת, התעללות־חינם? אולי יש בעולם אדם אשר קראו לפניו פסק־דינו, נתנוהו להתענות, ואחר אמרו לו: 'לך, נסלח לך'. אדם שכזה, אפשר, היה יכול לספר... לא, לעשות כך לאדם אסור!"

יש הסבורים כי הרע המוסרי בעונש המוות דומה לזה שבעונשים שבוטלו, כגון עינויים, והוא פגיעה בכבוד האדם<sup>33</sup>. לפי גישה זו, העיקרון המוסרי של אי־אכזריות מכתוב הימנעות מוחלטת מהטלת עונש זה. אחרים גורסים כי עונש המוות אינו אכזרי במובן אבסולוטי, בהבדל מעינויים<sup>34</sup>. הפרשנות שניתנה לתיקון השמיני לחוקת ארצות־הברית על־ידי בית־המשפט העליון האמריקני ביחס לעונש המוות עשויה לחזק את העמדה האחרונה.

### האיסור על "Cruel and Unusual Punishment" שבתיקון ה־8 לחוקה האמריקנית

31 ראו, למשל, האנציקלופדיה העברית, כרך י"ב 209-210.

32 פ'מ' דוסטויבסקי **אידיוט** (עם עובד, תשל"ח) 26-27.

33 ראו, למשל, H.A. Bedau "The Death Penalty: Social Problem and Social Justice" *Arizona* 767 (1977) *St. L.J.* (המאמר מופיע גם בספר הנ"ל בה"ש 5, והקוראים מופנים בעיקר לעמ' 333).

34 ראו, למשל, עמ' 150 למאמרו של פרימוראץ הנ"ל בה"ש 27.

התיקון ה-8 לחוקת ארצות-הברית אוסר, בין היתר, ענישה אכזרית ויוצאת דופן (בלתי רגילה). האיסור על עונש בלתי רגיל הוא מוזר. ראשית, אם עונש מהווה גמול צודק, הוא מוצדק מוסרית גם אם הוא "בלתי רגיל". שנית, ברגע שמטילים בפועל עונש מסוים, או לפחות כשמטילים אותו לעתים מזומנות, הוא הופך לעונש "רגיל".

ייתכן שהביטוי "unusual" הינו ניסיון לא מוצלח של מתקני החוקה האמריקנית לקבוע איסור על עונשים אכזריים ובלתי אנושיים או משפילים. כך, נקבע בסעיף ה' להכרזה הבין-לאומית בדבר זכויות האדם משנת 1948 כי "לא יהיה אדם נתון לעינויים, ולא ליחס או לעונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים". כך, כנראה, פירש השופט Brennan בעניין (1972) *Furman*<sup>35</sup> את הביטוי "unusual" שבתיקון ה-8 לחוקה. זאת ניתן להסיק מתוך אחד מארבעת העקרונות שעל פיהם קבע Brennan שיש לבחון אם עונש פוגע בכבוד האדם ומנוגד לחוקה האמריקנית – העיקרון הראשון, שלפיו אסור שהעונש יהיה חמור עד כדי כך שיהיה בו משום השפלה של כבוד האדם, וכי עונשים המבטאים התייחסות לאדם לא כאל אדם אלא כאל אובייקט להתעללות הם בלתי אנושיים. ברם העיקרון השלישי שקבע Brennan, ולפיו אסור שהעונש החמור יהיה בלתי מתקבל על דעת החברה באותו זמן, מרמז דווקא על פירוש הביטוי "unusual" כמעט כפשוטו. והרי יהיה קשה (אם כי לא בלתי אפשרי) לטעון כנגד עונש המבוצע הלכה למעשה כי הוא בלתי מתקבל על דעת החברה באותו זמן, שהרי חברה זו עצמה מבצעת אותו הלכה למעשה<sup>36</sup>.

מכל מקום, אין ספק שמרכז הכובד בתיקון ה-8 לחוקה האמריקנית לעניין הגבלת הענישה הוא האיסור על עונשים אכזריים. אם כן מהו התוכן שיצק בית-המשפט העליון של ארצות-הברית לתוך איסור זה? אפתח דווקא ב"שורה התחתונה" של פסיקתו – עונש המוות אינו מנוגד לחוקה בכלל ולתיקון ה-8 בפרט<sup>37</sup>. אמנם בעניין (1970) *Ralph v. Warden*<sup>38</sup> (במדינת Maryland) נפסק שעונש המוות שנגזר שם היה "אכזרי ובלתי רגיל", אך זאת בשל חוסר הפרופורציה שבינו לבין העבירה – אונס שלא ניטלו בו חיי הקרבן ואף לא הועמדו בסכנה.

35 (1972) 92 S.Ct. 2726, 408 U.S. 239. *Furman v. Georgia*

36 שני העקרונות הנוספים שקבע השופט Brennan הם העיקרון האוסר על המדינה הטלת עונש חמור מתוך הפליה ובאופן שרירותי והעיקרון האוסר שהעונש יהיה מופרז (בלתי נחוץ במובן זה שניתן להשיג את מטרתו תוך שימוש בעונש חמור פחות) – ראו שם.

37 לעניין זה ראו הפתיח לפרק העוסק בכך אשר בעמ' 247 ואילך לספרו של Bedau (1982) הנ"ל בה"ש 5 והפתיח לפרק המקביל אשר בעמ' 183 ואילך לספרו האחרון (1997) הנ"ל בה"ש 20.

38 (1970) 438 F. 2d 786 (4<sup>th</sup> Cir., 1970), *Ralph v. Warden*, וראו עמ' 248 לספרו של Bedau הנ"ל בה"ש 5.

פסק-הדין המרכזי בסוגיה ניתן בעניין *Furman* (1972)<sup>39</sup>, ובו נפסק שעונש המוות כפי שהיה מוטל באותו זמן – החלטה לחיים ולמוות בידי חבר מושבעים ללא הדרכה מספקת וללא קריטריונים מספיקים – הינו "אכזרי ובלתי רגיל", בניגוד לתיקונים ה-8 וה-14 ("equal protection of the laws") לחוקה. שופטי הרוב נקטו חמש דרכים שונות ולכן קשה עד בלתי אפשרי לאתר את המכנה המשותף ביניהם. ייתכן שעמד לנגד עיניהם מצב שבו הוטל עונש המוות בעיקר על קבוצה מסוימת (עניים לא לבנים). על פסק-הדין נמתחה ביקורת קשה והוא הביא לשינויים חקיקתיים במדינות השונות. מחוקקי המדינות נקטו שתי דרכים להכשרת עונש המוות: האחת – הפיכתו לעונש חובה (mandatory); השנייה – הפיכתו לתוצאה של *guided discretion*, על-ידי קביעה בחקיקה אילו מורשעים יידונו לעונש מוות ואילו למאסר עולם. ב-*Model Penal Code* של המכון האמריקני למשפט הומלץ על הדרך השנייה, וגם הוועדה לרפורמה של חקיקה פדראלית פלילית אימצה אותה בדוח משנת 1971<sup>40</sup>. פסקי-דין נוספים הראויים לציון הם פסק-הדין שניתן בעניין *Gregg v. Georgia* (1976)<sup>41</sup>, ובו נפסק שעונש המוות כשלעצמו אינו נוגד את החוקה, ופסק-הדין בעניין *Woodson v. North Carolina* (1976)<sup>42</sup>, ובו נפסק שעונשי מוות מנדטוריים, אפילו בגין עבירת הרצח, מנוגדים לחוקה<sup>43</sup>. כפי שמצייין *Bedau*<sup>44</sup>, פסקי-הדין בעניין *Furman* ובעניין *Woodson* אינם מלמדים שעונש המוות מנוגד לחוקה האמריקנית, שכן בראשון דובר בשיקול-דעת לא נכון של הערכאה הנמוכה ובשני דובר בעונש חובה. עמדת בית-המשפט העליון האמריקני היא שעונש המוות אינו אכזרי ויוצא דופן, ורק שינוי פרסונלי בהרכב בית-המשפט בתוספת מעבר זמן עשויים להביא לשינוי בפסיקה זו<sup>45</sup>.

39 לעיל, ה"ש 35.

40 ראו עמ' 250 לספרו של *Bedau* הנ"ל בה"ש 5.

41 *Gregg v. Georgia* 428 U.S. 153 (1976).

42 *Woodson v. North Carolina* 428 U.S. 280 (1976).

43 בדומה, נפסק בעניין *Roberts v. Louisiana* 428 U.S. 325 (1976) שעונש מוות מנדטורי בגין רצח שוטר אינו חוקתי, ונפסק בעניין *Sumner v. Shuman* 483 U.S. 66 (1987) שעונש מוות מנדטורי בגין רצח נוסף שמבצע אדם השפוט למאסר עולם בגין רצח קודם אינו חוקתי. חיבור ההלכות שנקבעו בפסקי-הדין הנ"ל בעניין *Woodson*, *Roberts* ו-*Sumner* מוליך לתוצאה הברורה כי עונש המוות אינו חוקתי אם נשלל מהשופטים שיקול-הדעת כך שהעונש הוא עונש חובה, וזאת אפילו כשמדובר בעבירה חמורה (רצח) המבוצעת בנסיבות מחמירות במיוחד – ראו עמ' 186 לספרו האחרון של *Bedau* הנ"ל בה"ש 20.

44 עמ' 251 לספרו הנ"ל בה"ש 5; עמ' 183 ואילך לספרו האחרון הנ"ל בה"ש 20.

45 לעמדות שלפיהן יש לקבוע כי עונש המוות הוא עונש אכזרי ויוצא דופן, ולפיכך מנוגד לחוקה האמריקנית, ראו D.A.J. Richards "Constitutional Interpretation History and the Death Penalty" 71 *Cal. Law Rev.* (1983) 1372 (המאמר פורסם גם בעמ' 214 ואילך לספרו האחרון של

התוצאה היא שמאז שנת 1976, שבה הסיר בית-המשפט העליון האמריקני את המחסום שמנע הוצאות להורג, ועד שנת 2000 (שבה הוצאו להורג 85 בני-אדם) הוצאו להורג בארצות-הברית 683 בני-אדם<sup>46</sup>. בדוח אמנסטי משנת 2001 נטען כי ארצות-הברית מפרה סטנדרטים בין-לאומיים בכך שמוצאים בה להורג גם נאשמים הלוקים בשכלם, נאשמים שהיו קטינים (מתחת לגיל 18) בזמן ביצוע העבירה, וכאלה שלא זכו לייצוג משפטי הולם (במיוחד מציינים את תופעת הסניגור הממונה המנמנם בעת המשפט). בהקשר זה יצוין כי בשנים האחרונות הוסט עיסוקה של הפסיקה האמריקנית מהשאלה הכללית של חוקתיותו של עונש המוות נוכח התיקון ה-8 לחוקה אל השאלות הספציפיות של הפעלתו כנגד מפגרים וכנגד מי שעברו את העבירה בהיותם קטינים, וכן כנגד מי שלא זכו לייצוג משפטי הולם<sup>47</sup>.

### השפעה אפשרית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

העשור שמאז חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>48</sup> הניב התבטאויות אחדות בספרות המשפטית הישראלית באשר להשלכתו האפשרית של חוק היסוד על סוגיית עונש המוות במשפט הישראלי<sup>49</sup>. חיים כהן כתב כך:

"בראש סולם ערכי 'כבוד האדם' עומדת קדושת החיים. בלעדי חיי אינן שום כבוד יכול להועיל לאדם... איסור הפגיעה בחיי אדם, כעקרון-יסוד

H.A. Bedau "Why the Death Penalty is a Cruel and Unusual Punishment" (עמ' 232 ואילך לספרו של Bedau הנ"ל בה"ש 20). לעמדה הפוכה, שלפיה עונש המוות אינו עונש אכזרי ויוצא דופן ואינו מנוגד לחוקה האמריקנית ראו E. Van Den Haag "The Death Penalty Once More" 18 U. of Cal. – Davis L. Rev. (1985) 957 בעמ' 445 ואילך לספרו האחרון של Bedau הנ"ל בה"ש 20).

46 ראו הפרק העוסק בעונש המוות בארצות-הברית אשר ב-Amnesty International Report 2001 הנ"ל בה"ש 2.

47 שם. לעניין הסוגיה של קטינים יצוין כי במשפט הישראלי – כבמשפט הבין-לאומי – סעיף 25(ב) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א 1971- (ס"ח 134) קובע כי "אדם שהיה קטין ביום ביצוע העבירה, לא יוטל עליו עונש מוות".

48 ס"ח תשנ"ב 150.

49 לפרשנות חוק היסוד והשפעתו על המשפט הפלילי – מלבד המאמרים הנזכרים להלן בה"ש 50-52 ראו גם, למשל, י' קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **משפטים** כה (תשנ"ה) 129; מ' אלון "חוקי היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית – סוגיות במשפט הפלילי" **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 27.

של המשפט הציבורי, משמעותו הראשונה היא איסור הטלת עונש מוות<sup>50</sup>.

דבריו אלה צוטטו בהסכמה במאמרו של פרופ' אהרן ברק<sup>51</sup>. במאמר אחר כתב ברק כך<sup>52</sup>:

"...יש מקום להעלות את השאלה, אם עונש מוות – אם יוטל על-ידי המחוקק בעתיד – יעבור את פסקת ההגבלה. קיימת ספרות השוואתית השוללת אפשרות זו [בהערת שוליים מפנה הכותב לפסיקת בית-המשפט העליון האמריקני בהבדל מהמצב הקיים במשפט הגרמני, ב' ס']. על-פיה, חקיקה בדבר עונש מוות עשויה להיכשל בכל אחת מהתחנות של פסקת ההגבלה [בהערת שוליים מפנה הכותב לפסק-דין של בית-המשפט החוקתי של דרום אפריקה, ב' ס']. קשה יהיה לו במיוחד לעבור את הדרישה כי אין הפגיעה למעלה מן המידה הדרושה".

לדעת חיים כהן, "השאלה אם חוק שינהיג עונש-מוות יהא 'נועד לתכלית ראויה', לא תצטרך להתעורר כל עיקר: חוק כזה לא יעבור כבר את המבחן הראשון, שהרי אין הוא 'הולם את ערכיה של מדינת ישראל'<sup>53</sup>.

מכאן לשתי הערות: ראשית, פועלו העיקרי של חוק היסוד הוא באשר לחקיקה עתידית. אלא שכפי שניווכח בהמשך<sup>54</sup>, בדין הישראלי כבר קבועות הוראות חוק המאפשרות לבית-המשפט לגזור עונש מוות. הוראות אלה אינן ניתנות לביטול אפילו קובעים שאינן מתיישבות עם חוק היסוד. עם זאת לא מן הנמנע שחוק היסוד, אם אכן יפורש כשולל את עונש המוות בד בבד עם העיגון של הזכות לכבוד כזכות חוקתית, יבטיח שבית-המשפט ימשיך להימנע מלהפעיל את עונש המוות הקבוע בספר החוקים<sup>55</sup>. שנית, אין זה מובן מאליו כי זכות האדם לכבוד – גם משעוגנה כזכות חוקתית – מקימה לו זכות שלא יוטל עליו עונש מוות בהיותו עונש אכזרי, בלתי אנושי

50 ראו ח' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: עיונים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט/ספר יובל (תשנ"ד) 9, 25-26.

51 ראו א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ג-תשנ"ד) 271, 280 וראו עמ' 432 לספרו של ברק הנ"ל בה"ש 13.

52 עמ' 5, 19 למאמרו של ברק הנ"ל בה"ש 22. ברוח זו כותב גם לסלי סבה – ראו עמ' 189 ואילך למאמרו הנ"ל בה"ש 22.

53 עמ' 27-28 למאמרו של ח' כהן הנ"ל בה"ש 50.

54 בפרק ג' שלהלן.

55 בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מ.י., פ"ד מט (4) 589 נקבע כי גם חוקים שנחקקו לפני חוק היסוד ואשר אינם כפופים להוראותיו יפורשו לאור הוראות חוק היסוד.

ומשפיל. כפי שראינו לעיל, בית-המשפט העליון האמריקני, אשר דן בשאלה זו ממש, הגיע למסקנה אחרת.

עמדתי שלי היא כי עונש המוות הוא אכן עונש אכזרי מדי, ולפיכך רצוי שבית-המשפט שלנו – אם וכאשר יידרש לסוגיית עונש המוות – ככלל<sup>56</sup> לא יאמץ את עמדתו של בית-המשפט האמריקני. עם זאת, מכיוון שאין תמימות דעים בשאלה זו, ויש רבים הסבורים אחרת, לא ניתן לייתר את המשך הדיון בשיקולים השונים בעד ונגד עונש המוות.

### (ג) האם למדינה אין זכות להוציא אדם להורג

רוסו כתב כי האמנה החברתית שבני-האדם כורתים ביניהם כדי לקיים חיי חברה תקינים מכילה, וצריכה להכיל, התחייבות של כל אזרח לקבל עליו דין מוות אם ייתפס במעשה רצח, כי תמורת התחייבות זו הוא מקבל ביטחון שלא יהיה טרף לרוצחים<sup>57</sup>. בהקשר זה כתב Beccaria<sup>58</sup>:

“What manner of right can men attribute to themselves to slaughter their fellow beings? Certainly not that from which sovereignty and the laws derive. These are nothing but the sum of the least portions of the private liberty of each person; they represent the general will, which is the aggregate of particular wills. Was there ever a man who can have wished to leave to other men the choice of killing him? Is it conceivable that the least sacrifice of each person's liberty should include sacrifice of the greatest of all goods, life? And if that were the case, how could such a principle be reconciled with the other, that man is not entitled to take his own life? He must be, if he can surrender that right to others or to society as a whole”.

דרך אחת לתקוף את הטעון של בקריה היא להעמיד בשאלה את הבסיס הפילוסופי שלו – התאוריה ההסכמית של התחייבות פוליטית. כך עשה הגל באמרו<sup>59</sup>: “The state is not a contract at all”. אך גם אם מקבלים כי ההתחייבות הפוליטית מבוססת – לפחות

56 ראו החריגים האפשריים הנ"ל בה"ש 21.

57 עמ' 51 ואילך לספרו הנ"ל בה"ש 6.

58 45 C. Beccaria *On Crimes and Punishments* (U.S., 1963, originally published in 1764).

59 עמ' 71 לספרו של Hegel הנ"ל בה"ש 6.

חלקית – על הסכמת האזרחים, עדיין חשוף טיעונו של בקריה לתקיפה<sup>60</sup>. ראשית, ההסכמה להיות מוצא להורג מתוארת על-ידי כהתאבדות. הדבר מוצג כמעשה לא הגיוני וההתנגדות מקבלת חיזוק נוסף מתחום המוסר – איסור מוסרי על התאבדות. איסור זה שנוי במחלוקת, אך טיעון בקריה חשוף לביקורת גם אם מסכימים עמו בנקודה זו. ניתן לדבר על התאבדות מקום שזכותי לחיים מופקדת בידי אחרים ללא קשר למעשי ולבחירתי. אולם בענייננו ההסכמה מותנית בכיצוע הפשע שעונשו מוות. בהקשר זה כתב רוסו כך: "כל אדם יש לו הזכות לסכן את חייו כדי לשמור עליהם. כלום שמענו פעם, שמי שמשליך את עצמו דרך החלון, כדי להינצל משריפה, אשם באיבוד עצמו לדעת?". שנית, אשר לתיאור בקריה את ההסכמה נושא דיונו כמעשה בלתי סביר, הרי שניתן לטעון שחוקים, לרבות פליליים, אמורים להיות צודקים, ושהגמול הצודק בגין רצח הוא עונש המוות. לעניין הסבירות כתב רוסו כך: "החווה החברתי נועד לשמור על קיומם של הכורתים את החווה. מי שרוצה בתכלית, רוצה גם באמצעים, ואת האמצעים הללו אין להפריד מסכנות אחרות, ואפילו מאבידות אחרות"<sup>61</sup>.

שאלה מעניינת אחרת היא זכותו של אדם להתנגד לביצועו של עונש מוות אשר נגזר עליו כדין. עמדתו הידועה של סוקראטס (על-פי אפלטון) הייתה שחובתו של אדם להסכים לכך שיבוצע כלפיו עונש המוות שנגזר עליו<sup>62</sup>. לפיכך דחה סוקראטס את הפצרות ידידו קריטון למלט נפשו תוך בריחה מהכלא, בנימוק שהפרת החוק, שלו הסכים בעצם הישארותו במדינה, תערער את הסדר החברתי-משפטי ותגרום עוול. דוד הד מתייחס לקביעתו של הובס, שלפיה יהא זה פרדוקסלי אם האדם יוותר על זכותו הטבעית להגנה עצמית<sup>63</sup>, שכן האדם אינו מסוגל, מבחינה פסיכולוגית, שלא להתנגד למעשי אלימות המופנים כלפיו, אפילו אם הם מוצדקים נורמטיבית<sup>64</sup>. לדעת הד, לא ייתכן הסכם רציונלי שבו אדם מקבל על עצמו את האפשרות שיוטל עליו עונש מוות ומוותר על זכותו להתנגד לביצועו. כך מבקש הד, תוך התבססות על אותם הרעיונות של הובס: האמנה החברתית (כנימוק לתמיכה בעונש) והזכות הטבעית להגנה עצמית, להגיע לתוצאה הפוכה מזו שהוא מייחס להובס; לשלילה של עונש המוות במקום התמיכה בו. לדעתי, ניתן וצריך להבחין בין הסכמה לקיומו של עונש המוות – שהיא דווקא אפשרית – לבין ויתור על ההתנגדות לביצועו בפועל במתנגד – שאכן נראה כי

60 לטיעון כזה ראו עמ' 139-140 למאמרו של פרימוראץ הנ"ל בה"ש 27.

61 עמ' 51 לספרו של רוסו הנ"ל בה"ש 6.

62 אפלטון, **משפטו ומותו של סוקראטס** (שוקן, 1979) עמ' 57 ואילך (קריטון).

63 ת' הובס, **לויטן** (בתרגום אור, מאגנס, תשכ"ב) פרק 28 עמ' 304, פרק 14 עמ' 123-124. על הזכות

הטבעית להגנה עצמית, הנשמרת כלפי המדינה גם לאחר כינונה, ראו עמ' 103 ואילך לספרי **הגנה**

**עצמית במשפט הפלילי** (נבו, תש"ס).

64 D. Heyd "Capital Punishment: A Comment" 25 *Isr. L.Rev.* (1991) 481



אין לו ערך משמעותי נוכח ייחודו של עונש המוות, שאין אחריו דבר מנקודת ראותו של הנידון<sup>65</sup>. בעוד שמדבריו של הד עולה כי זכותו של הנידון למוות להתנגד לביצוע העונש מהווה צידוק (justification), ייתכן לראותה כפטור (excuse) בלבד: להבין ולסלוח אך לא להצדיק את ההתנגדות<sup>66</sup>.

חיזוק לטיעונו הנ"ל של בקריה ניתן למצוא בדבריו של חיים כהן<sup>67</sup>. לשיטתו, למדינה הכוח להוציא להורג רוצחים או בוגדים כשם שיש לה הכוח לצאת למלחמה. אך העובדה שהכוח הזה קיים (למעשה או להלכה או למעשה ולהלכה) לא משפיעה בהכרח על אי-המוסריות שבהפעלתו. כשם שאין הצדקה מוסרית למלחמה אגרסיבית, כך אין הצדקה מוסרית לחיסול אויביה הפנימיים של המדינה. ככל שהכוח גדול יותר, יש להשתמש בו בצמצום רב יותר; ככל שהמחוקק רוצה שיכבדו את חוקיו, עליו לפעול בעצמו על-פיהם.

לעתים מתואר עונש המוות כ"רצח ליגאלי" המבוצע על-ידי המדינה<sup>68</sup>. אלא שחוקים המטילים קנס, מאסר או הוצאה להורג, אף שלעתים קרובות הם זהים **פיזית** לפשעים הנענשים, אינם פשעים מבחינה מוסרית. ההבדל בין פשעים לבין מעשים חוקיים אינו פיזי אלא חוקי. אילו היה תקף הטיעון שלפיו במערכת משפט הכוללת עונש מוות קיימת סתירה פנימית בכך שהמערכת אוסרת רצח אך מתירה לעצמה לרצוח, היה הטיעון מוכיח הרבה יותר מכפי שמבקשים מתנגדי עונש המוות להוכיח באמצעותו. היה ניתן לטעון טיעון זה לגבי סוגים אחרים של ענישה: מאסר (מנוגד להגנה החוקית על החירות), קנס (על הקניין) וכו'. אין לדבר על המדינה כרוצחת, שהרי המילה "רצח" מכילה אלמנטים של חוסר חוקיות וחוסר מוסריות שבנטילת חיי אחר. והרי זוהי בדיוק השאלה – האם עונש המוות מוצדק מוסרית אם לאו<sup>69</sup>. את התשובה לשאלה האחרונה אנסה לגבש בהמשך המאמר, אולם דומני שטענה מקדמית שלפיה עונש המוות מהווה רצח המבוצע על-ידי המדינה, ללא זכות לכך, דינה להידחות מהטעמים שהובאו לעיל. שהרי מדובר, בעצם, בטיעון מעגלי המניח את המבוקש.

65 יצוין כי הד אמנם מזכיר האפשרות להבחנה כזו, אך שולל אותה ללא הנמקה של ממש – שם בעמ' 483-484. ברוח זו כתב Kant כך "No one suffers punishment because he has willed the punishment, but because he has willed a punishable action. If what happens to someone is also willed by him, it cannot be a punishment" (עמ' 105 לספרו של Kant הנ"ל בה"ש 6).

66 ראו הפרק "ההבחנה בין צידוק (justification) לבין פטור (excuse)" אשר בעמ' 29 ואילך לספרי **הגנה עצמית במשפט הפלילי** (נבו, תש"ס).

67 ראו מאמרו הנ"ל בה"ש 9 (עמ' 2 לעותק שבידי).

68 לטיעון ברוח זו, שלפיו עונש המוות מהווה רצח המבוצע על ידי המדינה, ראו **חיים כהן, שיחות עם מכאל ששר** (כתר 1989) 163-164.

69 לטיעון שכזה ראו עמ' 142 למאמרו של פרימוראץ הנ"ל בה"ש 27.

### (ד) האם קיימות זכויות שעל פגיעה בהן לא נצא ידי חובת הענישה ללא הטלת עונש מוות

הזכות הבאה בחשבון בעניין זה היא כמובן הזכות לחיים. כפי שאראה בהמשך<sup>70</sup>, יש תימוכין לדעה כי גמולו הצודק של הרוצח הוא עונש המוות. קיים כאן מתח דיאלקטי: מחד גיסא, הרצון להבליט ולהדגיש את חשיבות הערך של חיי אדם דווקא על-ידי הטלת עונש מוות שמשמעות הטלתו היא שהערך של חיי אדם כה חשוב עד כי יש להגיב על פגיעות חמורות<sup>71</sup> בו באמצעי הקיצוני של עונש המוות, ומאידך גיסא, ניתן לטעון שקיפוח חיים על-ידי המדינה במעשה מחושב ומכוון פוגע בערך חיי האדם.

Hegel כתב באשר לעבירת הרצח כי מכיוון שהחיים הם מלוא ההיקף של קיומו של אדם, אין עונש אחר מלבד מוות שערכו מספיק גדול<sup>72</sup>. ניתן להשיב על השאלה שבכותרת פרק זה בחיוב אם מקבלים שתי עמדות ביניים: האחת – הגמול הצודק של הרוצח הוא עונש המוות; השנייה – חובתה של החברה להטיל על העבריין עונש שהוא בדיוק<sup>73</sup> כגמולו. בעוד שעם עמדת הביניים הראשונה נוטה אני להסכים, אינני יכול לקבל את העמדה השנייה המובילה, בין היתר, לאניסת אנסים, לתקיפת תוקפים ולהטלת מום באלו שעשו כן לאחרים. כפי שאראה בפרק הבא, אין מקובלת כיום גישה גמולית טהורה לענישה, כשם שנדחתה הגישה התועלתית הטהורה. הגמול הינו רק אחת משתי מטרות הענישה העיקריות. הגמול קובע את רמת הענישה המרבית ההולמת כל עבירה, אולם רק "גמולן נוקשה" נעצר כאן וטוען שעל החברה להטיל על כל אדם את העונש המגיע לו לפי גמולו. מקובל להפחית מהעונש הנקבע על-ידי הגמול משיקולים תועלתיים ומשיקולים נוספים.

שאלה אחרת היא מהי חובת המדינה כלפי אזרחיה אם עונש המוות דרוש (מבחינה תועלתית) לחיזוק הגנתה על חייהם. במקרה כזה, אם מקבלים ההנחה שהגמול הצודק של הרוצח הוא אכן עונש המוות, ייתכן לבסס טיעון המוביל לתשובה חיובית על השאלה שבכותרת פרק זה. אולם טיעון זה מניח שתי הנחות המהוות תשובות מסוימות (חיוביות וטעונות הוכחה) לשתי השאלות הגדולות של הדיון בעונש המוות: האם עונש המוות מהווה גמול צודק על מעשהו של הרוצח והאם עונש המוות כדאי לחברה מבחינה תועלתית. בשאלות אלה ארון כשאעמוד על הטיעונים השונים בעד ונגד עונש המוות.

### 3. ההצדקה המוסרית לענישה הפלילית, מטרותיה ושיקוליה

70 בפרק 4/ (א).

71 "חמורות" – בהבדל, למשל, מהעמדה בסכנה בלבד.

72 עמ' 247 לספרו הנ"ל בה"ש 6.

73 "בדיוק" – ללא אפשרות של הפחתה וללא אפשרות של "תרגום" למספר מסוים של שנות מאסר.

בטרם דנים בהצדקה המוסרית של עונש המוות, הכרחי דיון מקדמי בהקשר הרחב יותר: מהי ההצדקה המוסרית של הענישה? מה הופך כאב, סבל ומחסור, הכרוכים בכל עונש, למוצדקים מוסרית, בניגוד לכאב, סבל ומחסור שמחוץ למוסד העונש? מקובל למיין את הדוקטרינות שהוצעו על-ידי הפילוסופים לאורך ההיסטוריה בנוגע לשאלה זו לשתי קבוצות עיקריות – תועלתיות וגמוליות<sup>74</sup>.

דובר מרכזי של אסכולת הגמול היה Kant<sup>75</sup>. לשיטתו, מוטלת על החברה חובה מוסרית מוחלטת להעניש את העבריין בגין העבירה שעבר. חובה מוסרית – בהבדל מהצדקה או סמכות להעניש, וללא קשר לתועלת וללא פשרות. את מידת העונש יש לקבוע לפי העיקרון של "מידה כנגד מידה" (lex talionis). אין כל הצדקה להעניש אדם א' כדי להרתיע אדם ב'. העונש הוא תכלית לעצמו וכל אדם הוא תכלית לעצמו.

הנקודה המרכזית באסכולת התועלתית היא ההרתעה. תכלית ההרתעה הודגשה בעיקר על-ידי Bentham<sup>76</sup>, שראה במטרה רציונלית-תועלתית זו את התכלית המוצדקת היחידה לענישה. בענייננו – עונש המוות – מדובר כמובן בהרתעת הרבים ולא בהרתעת הפרט, שהרי המוצא להורג חדל לחיות. מטרה תועלתית נוספת היא שלילת יכולת העבריין לעבור עבירות נוספות (incapacitation)<sup>77</sup>.

התועלתנות מגשימה מדיניות ומביטה קדימה, בעוד שהגמול מגשים צדק ומביט לאחור<sup>78</sup>. כל אחת משתי התאוריות, כשלעצמה, הינה בעייתית מאוד. החסרונות הבולטים של התאוריה התועלתית הם: השימוש בפרט כאמצעי להשגת מטרה חברתית (הרתעת הרבים), הסכנה של ענישת אדם מעל ומעבר לגמולו הצודק, היעדר נימוק לשלילת הענישה של חפים מפשע, ואבדן ההצדקה לענישה אם מתברר שאינה אפקטיבית. החיסרון הבולט של התאוריה הגמולית הוא הקושי לקבל את הגמול לבדו כהצדקה מספקת לגרימת הסבל שבענישה. לפיכך, בקביעת מטרות הענישה יש לשלב גמוליות עם תועלתנות<sup>79</sup>.

74 ראו, למשל, עמ' 134 למאמרו של פרימוראץ הנ"ל בה"ש 27.

75 עמ' 99 ואילך ("The Right to Punish") לספרו הנ"ל בה"ש 6.

76 *The Collected Works of Jeremy Bentham* (General Editor J.H. Burns, London, 1970) 76

p. 158 ff. וראו גם ג'ון סטיוארט מיל **התועלתיות** (בתרגומו של אור, מאגנס, תשל"ב) עמ' 134 ואילך.

77 על מטרה זו יורחב להלן בפרק ב/5(ג).

78 כפי שמציין, למשל, חיים כהן במאמרו הנ"ל בה"ש 9 (עמ' 6 לעותק שבידי).

79 ראו H.L.A. Hart *Punishment and Responsibility/ Essays in the Philosophy of Law* (Oxford, 1968) 1-28

לענישה, אך גם אם רואים כהצדקה הכללית לענישה את התועלת, יש להגביל את הענישה במגבלות שמציב הגמול, וזאת בשלב של הצדקת עונש מסוים לעבריין מסוים במקרה מסוים, שלב המכונה על-ידי Hart בשם "Distribution" (דהיינו, כלשונו "Retribution in Distribution").

הגישה המקובלת בימינו ביחס להצדקת הענישה ולמטרותיה היא שהגמול הינו הסף העליון של העונש שניתן להטיל על העברייין, כאשר משיקולי תועלת ניתן או צריך (על פי ההשקפה) להסתפק בפחות ממנו. אם ניתן להשיג את מטרות הענישה באמצעים שפגיעתם בפרט חמורה פחות הרי זה עדיף. על העונש להיות גם צודק וגם יעיל. צודק באופן מלא הוא עונש המשיג את מטרות הענישה במינימום ההכרחי של סבל אנושי, וכמובן בלי לעבור את הסף הגמולי. נקודת המוצא בדיונים שלהלן בטענות בעד ונגד עונש המוות תהיה שרק אם עונש המוות מוצדק מבחינה גמולית יש מקום (וצורך) לדון בהצדקתו התועלתית.

בהבדל מהשאלה של הצדקת הענישה, קיימת גם השאלה מהם שיקולי הענישה שעל בית־המשפט לשקול בכואו לגזור את העונש לאחר ההרשעה. על שאלה אחרונה זו מקובל כיום להשיב שמדובר בארבעה שיקולים: גמול, הרתעה, מניעה ושיקום. בהמשך תבחנה גם השפעותיהם של שיקולים אלה על שאלת עונש המוות.

#### 4. טיעונים גמוליים בעד ונגד עונש המוות

##### (א) עונש המוות הוא גמולו של הרוצח (העונש "המגיע לו")

האם עונש המוות הוא אי פעם גמול מתאים לעבירה שבוצעה ולכן מגיע וצודק? התומכים הקלאסיים משיבים בחיוב לגבי עבירת הרצח. הייחוד של פשע זה קשור בייחוד הערך שנהרס בכוונה – חיי אדם. יש המצמצמים זאת לרצח בכוונה תחילה<sup>80</sup> ויש המרחיבים גם לנטילת חיי אדם באדישות. ככל שמצמצמים את גדר העבירה שעונשה מוות, עולה חומרתה ומתחזק הטיעון שלפיו עונש המוות הוא־הוא הגמול הצודק בגינה.

ידועים הפסוקים בתנ"ך ובמקורות דתיים אחרים בסגנון של "נפש תחת נפש", אולם כיוון מחשבה שכזה אינו מחייב השקפת עולם דתית. ניתן לומר שאם אנו רוצים לחיות כדי לחוות ולהבין ערכים אחרים, דבר אינו שווה ערך לנטילת חיי אדם מלבד נטילת חיי הרוצח. כל עונש אחר יהיה פחות מהפרופורציוני, מגיע וצודק. שכן, כל עוד הרוצח חי, לא משנה כמה קשים חייו, עדיין יוכל לחוות ולהבין. התומך הקלאסי של הגמוליות, Kant, כתב כך<sup>81</sup>:

"If, however, he has committed a murder, he must die. In this case, there is no substitute that will satisfy the requirements of legal justice.

80 ראו ההבהרה אשר בה"ש 19 דלעיל.

81 עמ' 102 לספרו הנ"ל בה"ש 6.

There is no sameness of kind between death and remaining alive even under the most miserable conditions, and consequently there is also no equality between the crime and the retribution unless the criminal is judicially condemned and put to death...

...Even if a civil society were to dissolve itself by common agreement of all its members (for example, if the people inhabiting an island decided to separate and disperse themselves around the world), the last murderer remaining in prison must first be executed...".

אף אני סבור כי עונש המוות הוא גמולו של הרוצח. אולם אינני מקבל את הטענה המועלית לעתים, ולפיה ללא עונש המוות יהיו הרוצחים לעבריינים היחידים שיקבלו עונש הנופל מגמולם<sup>82</sup>. כאמור, מקובלת עליו הגישה שלפיה משיקולים תועלתיים ומשיקולים אחרים ניתן ואולי אף צריך להפחית לעתים מהעונש הגמולי, והדבר נעשה בפועל לגבי מספר לא קטן של עבירות.

### (ב) ההתנגדות לנקם

זהו כמובן טיעון של מתנגדי עונש המוות. חיים כהן מציין כי בני-אדם תרבותיים השתחררו מהנקם של "עין תחת עין" ורואים זאת אפילו כבלתי מוסרי<sup>83</sup>. מבחינים בין נקם פרטי לציבורי, אך יש הסבורים שמכל הנקמות הנקמה הציבורית היא הגרועה ביותר: מה שאדם עלול לעשות מתשוקה או דחף חולני, עושה כאן המדינה בתכנון ובאיטיות על-ידי ההליך הפלילי. מנגד הובעה הדעה כי סיפוק פסיכולוגי מנקם עשוי להיות מוטיבציה אנושית לגיטימית, נטולת פסול מוסרי. מה גם שיש תועלת חברתית בנקמה המכוונת על-ידי החוק כאלטרנטיבה לנקמה פרטית של החשים נפגעים<sup>84</sup> (טיעון זה יידון כמובן במסגרת הטיעונים התועלתיים). הטיעון המכריע בנקודה זו הוא, לדעתי, שאין לייחס פגם מוסרי לחוק כלשהו רק בשל המוטיבציה של חלק או אפילו כל התומכים בו. אם עונש המוות מוצדק מוסרית, המוטיבציה של תומכיו אינה רלוונטית.

### (ג) עונש המוות משבש את הפרופורציה בין עונשי העבירות השונות

טיעון זה של מתנגדי עונש המוות הוא פיתוח מתוחכם יותר של הטיעון הקודם – ההתנגדות לנקם. מבחינים בין שני עקרונות של פרופורציה: Equivalence

82 לטענה כזו ראו, למשל, עמ' 137-138 למאמרו של פרימוראן הנ"ל בה"ש 27.

83 במאמרו הנ"ל בה"ש 9 (עמ' 6-7 לעותק שבידי).

84 עמ' 335-336 למאמרו של Van Den Haag הנ"ל בה"ש 15.

Differentials-ר. לפי הראשון בוחנים אם עונש מסוים הוא המתאים ביותר לעבירה מסוימת, ולפי השני משווים בין עבירות שונות, וככל שהעבירה חמורה יותר, על העונש בגינה להיות חמור יותר. הטענה של מתנגדי עונש המוות היא שתמיכה בעונש זה היא מתן פרשנות מקפידה לעיקרון הראשון, אך ספק אם הדבר מתיישב עם עקרון הפרופורציה השני – בין העבירות השונות – שכן אין תומכים רציניים לנקם זהה (identical talio) לגבי עבירות אחרות (אניסת אנשים, תקיפת תוקפים, הטלת מום באלו שעשו כן לאחרים וכו')<sup>85</sup>. אולם לדעתי אין הכרח לתת פירוש דווקני לעקרון הפרופורציה בין העבירות השונות. ניתן בהחלט להגן על עמדה שלפיה העונש החמור ביותר – עונש המוות – יוטל על החמורה שבעבירות – הרצח. יתרה מזו, עצם הנכונות שלנו להוריד רמות ענישה מהסף הגמולי משיקולים תועלתיים מהווה נסיגה הכרחית ומוצדקת מפירוש דווקני לעיקרון זה, ולהפך, עמידה על קיום קפדני של עקרון הפרופורציה בין העבירות השונות תוביל לחוסר אפשרות להתחשב בשיקולי תועלת בענישה.

#### (ד) עונש המוות אינו פרופורציוני לעבירת הרצח

לטיעון זה של מתנגדי עונש המוות שני ראשים:

##### (1) חיייהם של כל שני אנשים הם שונים

הטענה היא שהיות שחיי כל שני אנשים (לרבות חיי הרוצח והנרצח) הם שונים מבחינות חשובות רבות, כגון גיל, בריאות, מצב פיזי ומנטאלי, אין בדרך כלל (או אפילו לעולם לא) פרופורציה נכונה בהטלת עונש המוות<sup>86</sup>. אולם לדעתי עובדת השוני בחיי כל שני אנשים אינה משנה כהוא זה את היותם בעלי ערך שווה. כל המסורת ההומניסטית והדמוקרטית במחשבה האתית, החברתית והפוליטית בזמן המודרני מבוססת על הרעיון שכל בני-האדם, כבני-אדם, שווים הם<sup>87</sup>. ביטוי מרכזי לכך במשפט הוא עקרון השוויון בפני החוק. אם לא רוצים לוותר על עיקרון זה, קשה לקבל את הטענות הנדון.

##### (2) פרק הזמן הארוך שבין גזר-הדין להוצאה להורג כרוך בסבל נפשי עצום לרוצח עד כי העונש אינו פרופורציוני לעבירת הרצח

85 L. Sebba "On Capital Punishment – A Comment" 17 *Isr.L.Rev.* (1982) 391, 395-398

86 עמד על טיעון זה חיים כהן במאמרו הנ"ל בה"ש 9 (עמ' 6 לעותק שבידי).

87 לעמדה כזו ראו, למשל, עמ' 143 למאמרו של פרימוראץ הנ"ל בה"ש 27.

הובעה הדעה כי פרופורציה בין עבירת הרצח לבין עונש המוות קיימת רק במקרה של רוצח שהבהיר לקרבן זמן ניכר מראש מתי יירצח (בתוספת ההנחה שהקרבן האמין שאכן יירצח, כמובן)<sup>88</sup>. מנגד נטען כי טיעון זה אינו תוקף את עונש המוות עצמו, אלא דרך מסוימת של ביצועו, המקובלת בימינו. כך, מציינים כי בעבר ב"מערב הפרוע" של ארצות-הברית תלו את המורשע מיידית, ואומרים כי זמן ההמתנה אינו חלק מעונש המוות עצמו ויש לבחון מחדש את הפרוצדורה של ביצוע עונש זה<sup>89</sup>.

דעתי בעניין זה שונה. פרק הזמן נושא דיונונו נובע מהצורך בהליך משפטי שיקטין ככל האפשר את האפשרות הנוראית של טעות, שעליה אעמוד בהמשך, ולכן, לדעתי, אין אפשרות מעשית לצמצום דרסטי שלו. היות שאין טעם רב לדון בעונש מוות תאורטי, יש לראות בהמתנה, על הסבל הכרוך בה, חלק מעונש המוות בן ימינו. ברם, להערכתו, אין בתוספת זו לסבלו של הנידון למוות כדי לשלול את הפרופורציה בין הרצח לבין עונשו. ראשית, להערכתו זוהי תוספת שאינה משמעותית מאוד בהשוואה לסבל העצום הכרוך ממילא בעצם עונש המוות. שנית, לתוספת סבל זו מטרה מוסרית ממדרגה ראשונה – צמצום האפשרות הנוראית של טעות. שלישי, אם מתעקשים על שקילה של העונש מול הפשע, כביכול מדובר בגדלים מתמטיים, ייתכן שמול תוספת זו לסבל של הנידון יש להציב את הסבל שגרם לכל אדם בחברה החושש לחייו בשל רצח זה. כמו כן בחלק מהמקרים ניתן להציב על כפות המאזניים את הסבל הנוסף שנגרם לקרבן הרצח אשר נרצח בנסיבות אכזריות במיוחד. לבסוף, קשה לקבוע בוודאות כי עדיפה לכל נידון למוות האלטרנטיבה – מוות מיידית – על פני חיים תוך המתנה לגזר-הדין.

כדי שלא להישאר ברמת הדיון התאורטי בלבד, תוך התעלמות מהמציאות, הכרחי ליתן דעתנו על המצב הקיים בארצות-הברית, שבה מבוצע עונש המוות גם בימינו. המצב הוא, בקליפת אגוז, מה שמכנים "The Death Row" – תור ארוך של אלפי נידונים למוות הממתינים שנים מספר לביצוע גזר-הדין. Bedau עומד בספרו על כמה השלכות שליליות של מצב זה, לרבות התנאים הפיזיים הלא טובים שבהם מוחזקים הנידונים

88 ראו, למשל, A. Camus "Reflections on the Guillotine" in *Resistance, Rebellion and Death*, (trans. by J. O'Brien, N.Y. 1974) 199.

89 ראו, למשל, עמ' 144 למאמרו של פרימוראץ הנ"ל בה"ש 27. בסעיף 78(ב) ל"הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש" של פלר וקרמניצר (משפטים יד (תשמ"ד) 127, 152, 215) נקבע כי "ביצוע עונש מיתה יהיה תוך שנה מן היום שבו פסק הדין שבו הוא נגזר נהיה חלוט", ובדברי ההסבר נאמר "כדי לא להאריך יתר-על-המידה את עינויי ההמתנה". הוראה כזו טרם נקבעה בחוק הישראלי. לבסוף ב-1996 Antiterrorism and Effective Death Penalty Act הגביל המחוקק האמריקני הפדרלי את הליכי ה"הביאס קורפוס" במטרה להשיג אפקטיביות גדולה יותר של עונש מוות לטרוריסטים. אך אין להתלהב מחקיקה חדשה זו – ראו ה"ש 256 שלהלן.

למוות<sup>90</sup>. יש הסבורים כי התור הארוך להוצאה להורג הוא מעין פשרה בין מתנגדי עונש המוות לבין תומכיו<sup>91</sup>.

שלף בוחן שתי אפשרויות ל"חיסול" תור הממתנים בארצות-הברית, ודוחה את שתיהן. האפשרות האחת – הוצאות להורג מהירות יותר. לפי חישוביו, פתרון זה אינו מעשי, שכן תידרשנה 8 הוצאות להורג בכל יום עבודה במשך שנה תמימה, ובתקופה זו יידונו למוות 200 נאשמים נוספים. האפשרות השנייה – הפחתת מספר הנידונים למוות – מעוררת גם היא קשיים: כיצד ייקבע מי בכל זאת יומת? ומה תהיה האלטרנטיבה לעונש המוות? שהרי גם מאסר עולם ללא אפשרות לשחרור מוקדם הוא, לדעתו, עונש אכזרי<sup>92</sup>.

את הדיון בפרופורציה שבין עונש המוות לפשע שבגיניו הוא מוטל אסיים בשתי הערות: ראשית, כפי שכתב רוטנשטרייך, "יקשה עלינו לומר אם עונש של כך וכך שנות מאסר הוא פרופורציוני לפשע, כי אמת המידה במקרה כזה אינה מוגדרת וברורה. אך אם מדובר ברצח, כלומר בנטילת חיים מאדם, כי אז נטילת חיים מהנוטל היא מידה כנגד מידה משום שהמקביל הפרופורציונאלי של חיים שניטלו באלימות הוא חיים שינטלו..."<sup>93</sup>. הערה שנייה היא שבעוד שאינני מקבל את הטענות שלפיו עונש המוות אינו פרופורציוני לעבירת הרצח, מקבל אני טענות אלו כשהוא מופנה כנגד עונש מוות המוטל בגין עבירות אחרות, חמורות פחות. למרבה הצער, במדינות רבות גם בימינו מוטלים עונשי מוות אף בגין עבירות אחרות<sup>94</sup>.

#### (ה) לא כל אשמת הרצח מוטלת על הרוצח

בעת הדיון בכנסת על החוק לתיקון דיני עונשין (ביטול עונש מוות על רצח), תשי"ד-1954 נאמרו דברים רבים ברוח זו. שר המשפטים דאז רוזן גרס כי<sup>95</sup>: "בצדק אמרו, שהמדינה בבואה לשפוט את הפושע אינה פטורה מלפשפש במעשיה ולראות מה היא עשתה, ומה אולי יכלה לעשות ולא עשתה כדי להפוך בעוד מועד את הפושע

90 עמ' 310 ואילך לספרו האחרון, הנ"ל בה"ש 20.

91 L. Sheleff "The Death Penalty – Response" 25 *Isr. L. Rev.* (1991) 512, 513.

92 שם, עמ' 513-514.

93 ראו הרשימה שפרסם נתן רוטנשטרייך בעיתון "מעריב" בתאריך 5 בנובמבר 1984. יצוין כי רוטנשטרייך דווקא מתנגד לעונש המוות, ולכן הוא מציג את המצב שתיאר, שלפיו הפרופורציה מתקיימת רק באמצעות עונש המוות, כפרדוקסלי.

94 על מצב מצער זה, שעדיין קיים במדינות רבות, ראו, למשל, Amnesty International Report 2001, הנ"ל בה"ש 2.

95 ד"כ 6 (תש"י) 2032.



המסוכן לאזרח מועיל". חבר-הכנסת רובין אמר<sup>96</sup>: "עם כל האשמה שיש להטיל על הפושע, אנו מבינים יפה שהמשטר החברתי הקיים הוא המוליד את הפשע", וחבר-הכנסת משה סנה אף הרחיק לכת<sup>97</sup>: "בחברה מעמדית המיוסדת על ניצול אדם בידי אדם ועל קיפוח תנאי-הקיום של רוב האוכלוסיה – המשטר הוא הגורם העיקרי לכל הפשעים, והפושעים אינם אלא קורבנותיו ולפיכך אין המשטר זכאי להענישם בעונש המקסימאלי". ניתן לזהות בדברים אלה טיעון שלפיו מבצעי עבירות שעונשן מוות הם תוצר של תנאים חברתיים מסוימים המעודדים התנהגות עבריינית, כגון אבטלה, עוני, בית רע, אלכוהוליזם וכו'.

טיעון זה ניתן להבין בשתי דרכים<sup>98</sup>: לפי האחת, הרוצחים אינם אשמים כלל בפשעיהם. אך אם כך, אותו טיעון חל גם לגבי כל יתר העבריינים, קטנים כגדולים, כך שטיעון זה חובק יותר משטועניו רוצים שיקיף. ודוק, הטיעונים נגד עונש המוות צריכים להיות כאלה שאינם חלים על כל עונש, אלימות וסמכות. קושי נוסף הוא שכידוע יש עבריינים שלא גדלו ב"בתי-ספר-לפשע". לפי הפירוש השני, הטיעון הוא שהחברה שותפה לפשע, לצד הפושע עצמו. תשובה שהוצעה לכך היא שאין זה טיעון נגד עונש המוות, שכן כשיש תנאים ונסיבות מיוחדים ההרשעה היא בהריגה ולא ברצח<sup>99</sup>. בסופו של דבר מגיעים אנו לשאלה הרצינית – האם אנו רואים את בחירתו של האדם (לרבות העבריין) כחופשית או דוגלים בטרמיניזם. בעניין זה גרס ישעיהו ליבוביץ כך<sup>100</sup>:

"לפני שופט, שהוא מבחינת השקפתו הפילוסופית דטרמיניסט קיצון, מובא פושע וברור לו שפושע זה לא יכול היה שלא להיות פושע. האם הוא יכול לשפוט אותו או לא, מבחינת הכרתו הפנימית? אני סבור שכן. ואפשר לנמק זאת בשני אופנים שהם שונים זה מזה, אבל גם משלימים זה את זה: לא ייתכן דטרמיניזם למחצה. אם אני אומר שפושע זה לא יכול היה שלא להיות פושע, אינני יכול שלא לחייב אותו על פי החוק. אפשר להסתכל על כך בצורה אחרת... ולומר שהשופט אומר: הבעייה העצומה של חופש הבחירה אינה עומדת לשיפוטי... אם המומחה יגיד לי שאדם זה אינו שפוי בדעתו ואין מושג הרצון חל עליו, אז הוא כמובן פטור ואדון אותו להיות סגור בבית-משוגעים, אבל אם עשה-מה-שעשה

96 שם, עמ' 2281.

97 ד"כ 17 (תשי"ד) 918.

98 ראו עמ' 147 למאמרו של פרימוראץ הנ"ל בה"ש 27.

99 שם.

100 ישעיהו ליבוביץ על עולם ומלואו, שיחות עם מיכאל ששר (כתר, 1988) 145.

מרצונו, אז השאלה האם הרצון חופשי או לא אינה עומדת כלל לשיפוט. אם עשה אדם משהו מרצונו, הוא אחראי על כך לפני השופט".

אף שדבריו של ליבוביץ מוסכים על השופט, הגיונם יפה גם לגבי המחוקק. כן יש לשים לב לעובדה שכל משפטנו הפלילי מבוסס על הרעיון של בחירה חופשית. עם זאת טיעון אפשרי הוא שאף שאין די בספקות הקיימים לגבי חירות הרצון כדי לשלול את הענישה בכללותה, די בהם כדי להצדיק ויתור על העונש הכבד ביותר.

### (ו) ההלכה היהודית ועונש המוות

לתמיכה בעונש המוות מציינים את עצם קיומן בתורה של ל"ו עבירות שמיתת בית-דין חלה עליהן, וטוענים כי כדי לבטא את קדושת חיי האדם, המקרא מצווה על נטילת חיי הרוצח<sup>101</sup>. בימינו, כפעם בפעם היו שהתיימרו לייצג את עמדת ההלכה<sup>102</sup> או את עמדת היהדות הדתית<sup>103</sup>. לאחרונה זכינו לניתוחים מפורטים ומעניינים של ההלכה היהודית ויחסה לעונש המוות<sup>104</sup>. חיים כהן הביע דעתו כי עונש המוות חדל, עוד בתקופת התלמוד, מהיות "ערך" חיובי ביהדות, וכי פסילת עונש המוות נעשתה לערך יהודי. לפי ניתוחו, "מתגלה מעין גלגול, מטאמורפוזה, של המיתות האמורות בתורה, הנהפכות בידי חז"ל לבלתי-אכיפות, ונדחות מפני עונשים חלופיים"<sup>105</sup>. החכמים קבעו דרישות דיוניות וראייתיות שבאו למנוע – למעשה – הוצאות להורג שיפוטיות. חיים כהן רואה בכך "מאמץ אינטלקטואלי ומשפטי כביר של חכמינו הקדמונים לבטל עונש המוות בישראל, וזה הלקח הטוב שנתנו לנו"<sup>106</sup>. הצורך במכשירים דיוניים וראייתיים שכאלה היה חזק במיוחד בשים לב לעובדה שעונש המוות הוא – לפי ההלכה התנאית – עונש חובה, ללא שיקול-דעת לבית-הדין לגזור עונש אחר<sup>107</sup>. כך, למשל, נקבע כי הודאת

101 ראו, למשל, פ' דייקן (דיקשטיין) **דיני עונשין בישראל ובעמים, בעבר ובהווה** (הוצאת ביה"ס הגבוה למשפט וכלכלה, אוני' ת"א, 1957) 1259. לרשימה חלקית של העבירות שדינן בתורה מוות ראו ה"ש 26 שבעמ' 231-232 למאמרו של לורברבוים הנזכר להלן בה"ש 104. וראו שם עמ' 252-253.

102 כך, למשל, דברי שאקי ב"חד וחלק" מיום 5.2.1969 וב"ידיעות אחרונות" מיום כ"ב באב תשל"א (אוגוסט, 1971).

103 כך, למשל, דברי חבר-הכנסת ורהפטיג, ד"כ 6 (תש"י) 2282.

104 ראו ח' כהן "עונש המוות – ערך יהודי?" **תרכות דמוקרטית** 1 (תשנ"ט) 37; י' לורברבוים "על רצח, עונש המוות והאדם כצלם אלוהים בספרות חז"ל" **פלילים** ז (תשנ"ט) 223.

105 כהן, שם, עמ' 37.

106 שם, עמ' 51.

107 ראו עמ' 232 למאמרו של לורברבוים הנ"ל בה"ש 104.

הנאשם אינה קבילה והפללה עצמית אינה אפשרית; אין חובה להעיד כנגד הנאשם; נדרשים שני עדי ראיה; חקירת העדים צריכה להיות מדוקדקת עד כי במשפטי ניאוף יש לחקרום אם ראו בעיניהם חדירה ממש ("כמכחול בשפופרת"); ראיות נסיבתיות אינן קבילות ולא ניתן לבסס עליהן הרשעה; הכללים לפסילת עדים הם גורפים והשיא – דרישה של התראה, המתקיימת רק במקרה הנדיר (או, בתיאור אחר – הספרותי) של עדי התראה המעידים שהנאשם שמע מפייהם שמעשהו אסור ושעונשו הוא המיתה המסוימת הקבועה לו (סקילה, שריפה, הרג או חנק), והמעידים שהנאשם הבהיר להם בלשון מפורשת שחרף התראתם בכוונתו לבצע את הפשע. אכן, כל אחת מהמגבלות הדיוניות והראייתיות הנ"ל עשויה להכשיל הרשעתו של אדם, וצירופן מונע הרשעה (כמעט) לחלוטין<sup>108</sup>. יצוין כי ביטול ישיר ומפורש של עונש המוות כפי הנראה לא היה ניתן להיעשות על-ידי החכמים, שהרי עונש המוות קבוע בתורה<sup>109</sup>.

לורברבוים מייחס את עמדתם הנ"ל של החכמים, המצמצמת מאוד את האפשרות לגזור עונש מוות, להבנתם את הרעיון המקראי בדבר בריאת האדם בצלם אלוהים. בהתאם, הוא מסביר את העמדות השונות המובאות במשנה המפורסמת ממסכת מכות העוסקת ב"סנהדרין חובלנית", שבה פתחתי מאמר זה, כך<sup>110</sup>: "נראה כי המחלוקת בין רבי עקיבא לרבי אליעזר לגבי רעיון הבריאה בצלם עומדת ביסוד גישותיהם השונות לעונש המוות. רבי עקיבא, שאימץ את רעיון הבריאה בצלם במובנו האיכותי, רואה בשפיכות דמו של כל אדם – צדיק כרשע – 'מיעוט דמות'<sup>111</sup>, ולכן, אילו ישב בסנהדרין, 'לא היה נהרג אדם מעולם'. רבי אליעזר, לעומתו, שולל תאוסופיה זו, ולכן אין הוא מוצא סיבה לא להמית. לדעתו, מיתת בית-דין אינה ממעטת את הדמות, ובמקרה של הרוצח, היא ממעטת שפיכות דמים. רבן שמעון בן גמליאל ורבי אליעזר מדגישים את הצורך החברתי בהרתעה ובמניעה, צורך שאינו מתנגש בערך שהם

108 ראו עמ' 236 למאמרו של לורברבוים הנ"ל בה"ש 104 והעמודים הקודמים לו; עמ' 43-46 למאמרו של ח' כהן הנ"ל בה"ש 104.

109 כך, למשל, נאמר בתורה "ולא תקחו כופר לנפש רוצח אשר הוא רשע למות, כִּי־מות יומת" (במדבר לה, לא); "כי הדם הוא יחניף את הארץ ולא־רץ לא־יכופר לדם אשר שופך־בה כִּי־אם בדם שופכו" (במדבר לה, לג).

110 עמ' 251 למאמרו של לורברבוים הנ"ל בה"ש 104.

111 מיוחסת לרבי עקיבא הדרשה הזו: "דרש ר' עקיבא כל מי ששופך דמים מעלה עליו כאילו מיעט הדמות, מה טעם? שופך דם האדם וגו' ("באדם דמו ישפך כי בצלם אלהים עשה את האדם" – השלמה שלי, על־פי בראשית ט', ו', ב' ס'), מה טעם כי בצלם אלהים עשה את האדם". לדעת לורברבוים, משמעות המונח "דמות" היא כפולה: האל (הפיגורטיבי) והאדם, ויש לפרש דברי ר' עקיבא כך: פגיעה באדם – שהוא בצלם האל – כמוה כפגיעה באל הנוכח בדמותו – עמ' 239-240 למאמרו הנ"ל בה"ש 104.

מייחסים לאדם, אלא דווקא משתלב בו. לדידם, 'ערך' זה אינו מושגת כנראה על התפיסה כי האדם עשוי בצלם".  
 לבסוף, טענה מעניינת של תומכי עונש המוות היא שכל ההגבלות על הטלת עונש המוות והדיבורים על "סנהדרין חובלנית" נוגעים לרצח "רגיל" ולא לרצח הטרוריסטי, אשר יידון בחלקו השני של המאמר<sup>112</sup>.

### (ז) דעת הקהל כמשקפת את תפיסת החברה באשר לגמול הצודק

זהו טיעון של המצדדים בעונש המוות, שכן דעת הקהל הייתה ונשארה בעד עונש זה. מסקרי דעת קהל שנערכו בארצות-הברית עולה תמונה חד-משמעית של תמיכה גדולה (כ-70%) בעונש המוות<sup>113</sup>. אשר לדעת הקהל במדינת ישראל, בעוד שרוב הציבור אינו תומך בעונש מוות בגין רצח, רובו הגדול של הציבור תומך בעונש מוות למחבלים רוצחים<sup>114</sup>.

שאלה היא אם דעת הקהל משקפת את תפיסת החברה לגבי הגמול הצודק או לגבי העונש המתאים מבחינה תועלתית. בסקרי דעת קהל בארצות-הברית בדקו שאלה זו, והנימוקים הנפוצים בקרב הנשאלים היו, לפי סדר שכיחותם: א. זהו "העונש המגיע"

112 ראו ה"ש 275 שלהלן והטקסט המפנה אליה.

113 ראו, למשל, עמ' 174 לספר של ארגון אמנסטי (שבהחלט אינו חשוד בתמיכה בעונש המוות) הנ"ל בה"ש 10 והסקירה הערכנית יותר אשר במאמרם של P.C. Ellsworth & S.R. Gross, שכותרתו: "Hardening of the Attitudes: Americans' Views on the Death Penalty" (המאמר פורסם בעמ' 90 ואילך לספרו האחרון של Bedau, הנ"ל בה"ש 20). כך עולה גם מן הסקרים האמריקניים העדכניים שעליהם דווח ב"הארץ" מיום 12.6.2001.

114 על-פי סקר מכון "פור"י" שפורסם בעיתון "הארץ" בתאריך 20.3.1985; סקר מכון "טלסקר" שפורסם בעיתון "חדשות" בתאריך 25.10.1985; סקר מכון "טלסקר" שפורסם בעיתון "חדשות" בתאריך 29.5.1987. בסקרים אלה נשאלו המרואיינים אך ורק באשר לרצח טרוריסטי, ושיעור התמיכה נע בין 71.4% לבין 73.1%.

מכיוון שהסקרים שאיתרי במערכות העיתונים היו כולם משנות השמונים של המאה העשרים ולא משנות התשעים, פניתי למכוני הסקרים בניסיון לאתר סקרים עדכניים יותר. נמסר לי שכפי הנראה לא הוזמנו סקרים כאלה על-ידי מערכות העיתונים בשנות התשעים. עם זאת הציע לי מכון פור"י בע"מ לערוך סקר עדכני. ביקשתי להפריד בין שתי שאלות, ולהלן תוצאות הסקר שנערך ביום 23.8.2001 בקרב 515 נשאלים: שאלה ראשונה: "האם אתה בעד או נגד עונש מוות על רצח?" – 34.3% השיבו "כן"; 45.9% השיבו "לא"; 19.8% השיבו "לא יודע". שאלה שנייה: "האם אתה בעד או נגד עונש מוות למחבלים שרצחו אזרחים?" – 69.2% השיבו "כן" (כפליים!); 22.3% השיבו "לא"; 8.5% השיבו "לא יודע". אם לתמצת ממצאים אלה, הרי שבעוד שהציבור הישראלי הוא נגד עונש המוות בגין עבירת הרצח, הרי שהוא בעד עונש המוות בגין הרצח הטרוריסטי.

("חיים כנגד חיים") ב. הרתעה כללית ג. מניעה (incapacitation) והגנת החברה מפני העברייני<sup>115</sup>. מתנגדי עונש המוות יכולים כמובן לטעון שהנשאלים לא השיבו תשובות אמיתיות לשאלה זו, אך זו טענה די דחוקה.

חיים כהן<sup>116</sup> מתייחס לטענה שלפיה "מוסריות" או "אי־מוסריות" יש לקבוע על־פי הקונסנסוס, בהביעו הדעה שמוסר הרבים אינו בהכרח המוסר האמיתי, ושהמניע של המצביעים בעד מוסריות עונש המוות – נקמה – שולל את הקרדיט של הצבעתם. טענתו הראשונה היא בעייתית בחברה דמוקרטית. ומיהו שיקבע מהו אכן "המוסר האמיתי"? ייתכן שתשובה מסוימת לקושי זה היא שיש להגביל בענייננו את כוחו של הרוב כדי להגן על זכויות היסוד.

הרלוונטיות של דעת הקהל מצאה ביטוי מסוים (אם כי חד־כיווני) גם בפסיקה האמריקנית. בפסק־הדין המנחה בעניין *Furman*<sup>117</sup> נקבע על פי התיקון ה־8 לחוקה (האוסר עונשים אכזריים ויוצאי דופן) כי אסור שהעונש החמור יהיה בלתי מתקבל על דעת החברה באותו זמן ומנוגד להשקפותיה.

ייתכן שעל המנהיגות הפוליטית להוביל בכיוון של ביטול עונש המוות, ודעת הקהל תשתנה בעקבות הביטול. ארגון אמנסטי דוגל בגישה כזו שלפיה מדיניות ציבורית צריכה להוביל את דעת הקהל בעניינים של זכויות אדם וענישה<sup>118</sup>.

לבסוף, יוזכר טיעון מתנגדי עונש המוות, ולפיו אי־הלגיטימיות המוסרית של עונש זה משתקפת בתיעוב של הציבור כלפי מבצעי העונש<sup>119</sup>. מנגד נטען כי תיעוב זה מופנה כלפי התליין, בעוד שאם "המצפון המוסרי המקובל" היה נגד עונש המוות, היה התיעוב מופנה כלפי המחוקק או השופט או המושבעים, שכן הם האחראים לעונש המוות<sup>120</sup>.

## 5. טיעונים תוצאתיים בעד עונש המוות

### (א) כללי

115 ראו, למשל, סקירתם של Ellsworth & Gross הנ"ל בה"ש 113.

116 במאמרו הנ"ל בה"ש 9 (עמ' 8 לעותק שבידי).

117 ה"ש 35 דלעיל.

118 ראו עמ' 177 לספר הנ"ל בה"ש 10.

119 כך, למשל, מספרים כי חבר־הכנסת זלמן שזר – לימים הנשיא השלישי במדינת ישראל – הציע שכל אחד ישאל את עצמו אם היה משיא את בתו לתליין: אם אינך רוצה בו בכיתך, סימן שאתה רואה במעשהו "משהו טמא מאד" (מתוך מאמרו של יהודה קורן ב"ידיעות אחרונות", 25.2.1994).

120 כך, למשל, גרס פרימוראץ בעמ' 149 למאמרו הנ"ל בה"ש 27.

המסקנה לפיה עונש המוות הוא הגמול הצודק לרוצח הינה רק הכרחית לצורך הטלת עונש זה, אך בהחלט אינה מספיקה. נדרש גם שהעונש יהיה מוצדק מבחינה תוצאתית. זאת משתי סיבות. האחת – מן הסף העליון של הענישה, שהוא הגמול, מותר להפחית משיקולי תועלת, כמו גם לשם שיקום או חסד. השנייה – עונש צודק באופן מלא הוא עונש המשיג את מטרות הענישה במינימום ההכרחי של סבל אנושי, וכמובן מבלי לעבור את הסף הגמולי.

### (ב) הרתעה וחינוך

כפי שיעלה מן הדיון שלהלן, יהיה נכון לרונ בהרתעה ובחינוך בכפיפה אחת, שכן הדברים שלובים זה בזה, וההפרדה ביניהם עשויה להיות מלאכותית. אין ספק שההרתעה והחינוך הם ממטרותיה החשובות ביותר של הענישה<sup>121</sup>. הטיעון שלפיו עונש מוות נחוץ ויעיל להרתעת הפרט מפני ביצוע מעשי רצח ולחינוכו הינו ללא ספק הטיעון התוצאתי (וגם התועלתי) המרכזי של תומכי עונש המוות. חשיבותו הגדולה של גורם זה הביאה בעקבותיה מחקרים והתנבאויות רבים. ניתן למצוא כמעט את כל קשת הגישות האפשריות, החל מגישה שלפיה עונש המוות מרתיע מאוד, וכלה בגישה שלפיה הרתעתו חלשה מאוד. המעניין הוא שלרבות מהגישות השונות גם "תימוכין סטטיסטיים". הכיצד? "תימוכין סטטיסטיים" אלו "מתחרים ביניהם" במספר הליקויים המתודולוגיים שמהם הם סובלים.

אפתח בכמה הערות והבהרות. ראשית, יש לציין כי המדובר, כמובן, בהרתעת הרבים בהבדל מהרתעת הפרט, שכן אין משמעות להרתעת המת. שנית, יש לדייק ולשאול אם עונש המוות מרתיע יותר, פחות או באופן שווה ביחס לאלטרנטיבה המקובלת לו – מאסר העולם. שהרי אין חולק שעונש המוות אכן מרתיע.

שלישית, שאלה חשובה היא על מי מוטל כאן **נטל ההוכחה** – על תומכי עונש המוות – להוכיח שהוא מרתיע ומחנך (חינוך חיובי, כמובן) יותר מהאלטרנטיבה לו, או על מתנגדי עונש זה – להוכיח שאין הוא מרתיע ומחנך יותר מהאלטרנטיבה זו. ישנם טיעונים רציניים לשני הכיוונים בנקודה זו<sup>122</sup>. במציאות ייתכן שהשאלה תהא תלויה במצב המשפטי הקיים: אם עונש המוות קיים בחוק ושואפים לביטולו, מן הסתם יידרשו יוזמי השינוי להוכיח טענתם, ולהפך. אך ייתכן כי בשל המאפיינים הייחודיים של עונש המוות, לרבות הסבל הרב שהוא גורם לא רק לעבריין אלא גם לאחרים והיותו בלתי

121 ראו למשל 94 *N. Walker Sentencing – Theory Law and Practice* (London, 1985).

122 כך, למשל, ח' כהן מביא את עמדת הארט שלפיה נטל ההוכחה הוא על תומכי עונש המוות, ומצטרף לדעתו – במאמר הנ"ל בה"ש 9 (עמ' 4 לעותק שבידי). וראו, למשל, Van Den Haag הגורס בדיוק ההפך – בעמ' 334 למאמרו הנ"ל בה"ש 15.

הפיך גם נוכח טעות, יש להטיל את נטל ההוכחה על תומכיו<sup>123</sup>. מנגד נטען כי מכיוון שעורך חיי הקרבן הפוטנציאלי (שאותם ניתן אולי להציל באמצעות הרתעת הרוצח הפוטנציאלי תוך שימוש בעונש המוות) גדול מאוד וערך חיי הרוצח שהורשע קטן, גם אם אין ודאות שעונש המוות ירתיע, יש להשתמש בו בניסיון להציל את חיי הקרבן הפוטנציאלי<sup>124</sup>. זאת ועוד, אם תתעורר השאלה במסגרת של דיון בחוקתיותו של חוק חדש נוכח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אזי ההלכה היא שלאחר שהוכחה הפגיעה בזכות המוגנת, נטל ההוכחה כי מתקיימים התנאים המפורטים בפסקת ההגבלה (תכלית ראויה; מידתיות) מוטל על הטוען לחוקתיותו של דבר החקיקה הפוגע<sup>125</sup>. כפי שאראה בהמשך, הבעיות המחקריות מביאות למצב שבו נטל ההוכחה הוא כפי הנראה גורם מרכזי בסוגיה כולה.

נפנה לשאלה נושא דיוננו – האם נכון שעל-ידי עונש המוות, ורק על-ידי עונש זה, ניתן לצמצם ולמנוע חלק ממעשי הרצח. האינטואיציה (שלי לפחות) אומרת שהוצאה להורג היא הדבר הגרוע ביותר שעלול לקרות לאדם, ולכן האיום האפקטיבי ביותר לצורך הרתעה. ברוח זו כתב Stephen את הדברים האלה<sup>126</sup>:

“No other punishment deters men so effectually from committing crimes as the punishment of death. This is one of those propositions which it is difficult to prove, simply because they are in themselves more obvious than any proof can make them”.

ההיגיון אומר כי במקרים שבהם המתת אדם נעשית בצורה מחושבת וקרה – שקילת סיכויים מול סיכונים – וכאשר העושה מביא בחשבון את האפשרות שיתפס, עונש

123 כך מעלה Hart בספרו הידוע *Punishment and Responsibility* (ה"ש 79 דלעיל, בעמ' 71) את השאלה מהו האופי והמשקל של ההוכחה שעונש המוות נחוץ לרווחת החברה. מהי ההוכחה שיש לו כוח הרתעתי ייחודי בהשוואה לאלטרנטיבה של מאסר. וראו נימוקיו של Hart שם, עמ' 89. זאת ועוד, לשיטתם של חלק ממתנגדי עונש המוות, אפילו אם עונש זה מרתיע, אך השפעתו קטנה יחסית, כך שהוא מונע רציחות ספורות בלבד במדינה גדולה כארצות-הברית, אזי השיקולים נגד עונש המוות גוברים על שיקול ההרתעה – ראו, למשל, עמ' 131 לספרו האחרון של Bedau הנ"ל בה"ש 20.

124 עמ' 450 למאמרו של Van Den Haag הנ"ל בה"ש 45.

125 כזו הייתה דעת הרוב בע"א 6821/93 **בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיחופי**, פ"ד מט(4) 221.

126 ראו 753 *Fraser's Magazine* (1864) 69 *Stephen "Capital Punishments"*, כמצוטט בעמ' 86 לספרו של Hart הנ"ל בה"ש 79. וראו שם התמודדותו של Hart עם טיעונו של Stephen.

המוות אכן מרתיע. ועדה מלכותית שנתמנתה באנגליה לדון בשאלת עונש המוות<sup>127</sup> ציינה כי את השפעתו המרתיעה של עונש המוות יש לחפש לא רק במחשבותיהם של רוצחים בכוח, אלא גם בהשפעתו הממושכת והמתמדת של עונש זה – החריג בחומרתו ובמהותו – היוצרת בלב הציבור יחס של רתיעה עמוקה ממעשה רצח. עוד יש לציין שהמשפט הפלילי מניח הנחה כללית שעונשים חמורים יותר מרתיעים יותר. לבסוף, לצד חומרת העונש יש ליתן את הדעת גם על הוודאות, על המהירות ועל הפרסום של הטלתו וביצועו<sup>128</sup>.

### המחקרים הסטטיסטיים

מחקרים רבים נערכו במשך השנים בשאלת האפקטיביות הייחודית של הרתעת עונש המוות<sup>129</sup>. רוב המחקרים היו בעלי אחת משלוש צורות אלה: א. השוואת מספר מקרי ההמתה באזורי שיפוט קרובים שבחלקם בוטל עונש המוות ובחלקם הושאר על כנו. ב. השוואה באותו מקום, לפני ביטול או הנהגה של עונש המוות ואחריהם. ג. השוואת המקרים באותו מקום מיד לפני גזר־דין מוות או הוצאה להורג ומיד אחריהם<sup>130</sup>. הבעיות המתודולוגיות שמהן סבלו המחקרים היו רבות, כשהעיקרית – הקושי לבנות "קבוצת ביקורת" נוכח נדירות הרציחות וההוצאות להורג. בעיה מוזרה אחרת היא שמשום מה בדקו חוקרים רבים את השינויים במספר ההמתות במקום לבדוק את השינויים במספר הרציחות.

המחקר הידוע ביותר, שרוב המחקרים שבאו בעקבותיו מתייחסים אליו, הוא מחקר של Erlich משנת 1975<sup>131</sup>. ארליך הגיע למסקנה שכל הוצאה להורג מפחיתה את מספר

127 ראו פסקה 68 של ה-Royal Commission Report on Capital Punishment (London, 1953) המצוטטת גם בעמ' 87 לספרו של Hart הנ"ל בה"ש 79 וראו שם התמודדותו של Hart עם טיעון הוועדה.

128 לדיון מפורט במרכיבים אלה ראו, למשל W.C. Bailey & R.P. Peterson "Murder, Capital Punishment, and Deterrence: A Review of the Literature" המאמר פורסם בעמ' 135 ואילך לספרו האחרון של Bedau הנ"ל בה"ש 20.

129 לסקירות של מחקרים אלה ראו רשימתם של Bailey & Peterson הנ"ל בה"ש 128 וראו H. Zeisel "The Deterrent Effect of Death Penalty: Facts v. Faith" in P.B. Kurland (ed.) *The Supreme Court Review* 317-343 (מופיע גם בעמ' 116-137 לספרו של Bedau הנ"ל בה"ש 5).

130 ראו והשוו לעמ' 83 ואילך לספרו של Hart הנ"ל בה"ש 79.  
131 I. Erlich "The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death" 63 *The American Economic Review* (1975) 397 לביקורת על מחקרו של ארליך, ראו, למשל A. Blumstein, J. Cohen, D. Nagin (eds.) *Deterrence and Incapacitation: Estimating the*



ההמתות בשנים שלאחריה, ובכך סתר מחקרים קודמים. על מחקרו של ארליך נמתחה, כמובן על כל מחקר אחר בסוגיה), ביקורת. ראשית, ארליך הראה שבשנים 1969-1962 (שבהן לא הופעל עונש המוות) היו יותר רציחות לשנה מאשר בשנים 1961-1962 (שבהן הופעל עונש המוות). אולם נטען שבשנים 1969-1962 כלל הפשיעה הייתה ברמה גבוהה יותר מאשר בשנים קודמות. יתרה מזו, נטען שארליך נכשל בניסיונו להסביר את השינויים הרבים בשיעור הרציחות ובשיעור ההוצאות להורג בתוך פרק הזמן הראשון (1961-1933). להגנת מחקרו של Erlich נטען כי בעוד שהוא החל דרכו כ-abolitionist המתנגד לעונש המוות, הן החוקרים שביקרו את ממצאיו והן החוקרים שטענו לממצאים שלפיהם עונש המוות אינו מרתיע, כולם כאחד מתנגדים אידאולוגית לעונש המוות, ולפיכך יש לפקפק באובייקטיביות שלהם ושל הממצאים שלהם<sup>132</sup>.

מבין המחקרים הרבים שלא מצאו אפקט הרתעתי המיוחד לעונש המוות ראוי לציון מחקרו של Stellin<sup>133</sup>. ישנו אפילו מחקר שבו נמצא שעונש המוות גורם דווקא לעלייה במספר הרציחות<sup>134</sup>. מחקר זה עשוי לשרת את הטיעון שלעונש המוות השפעה שלילית על החברה, טיעון שיידון בהמשך.

## תאוריות

מלומדים רבים שהניחו שלעונש המוות אין אפקט הרתעתי מיוחד (הנחה שכאמור שנויה במחלוקת בין החוקרים), ניסו להסביר זאת, שכן ההיגיון הצרוף או לפחות האינטואיציה הם שלעונש המוות דווקא יש אפקט כזה. Beccaria<sup>135</sup> הציע הסבר פסיכולוגי: משך הזמן של העונש חשוב לעניין ההרתעה יותר מחומרתו משום שאנו רגישים יותר לרשמים חלשים החוזרים ונשנים מאשר להלם חזק אך קצר. אדם המרצה

338 *Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates* (Washington, 1978) 59 (מופיע גם בעמ' 338

לספרם של Zenoff & Kittrie הנ"ל בה"ש 15). וכן ראו עמ' 164-166 לספר של ארגון אמנסטי הנ"ל

בה"ש 10. וראו עמ' 141 ואילך למאמרם של Bailey & Peterson הנ"ל בה"ש 128.

132 ראו עמ' 449 למאמרו של Van Den Haag הנ"ל בה"ש 45.

133 T. Stellin "Capital Punishment" *Encyclopedia Britannica*, 1965 ed., vol. 4, 848-849. ראו

לסקירה של המחקרים המאוחרים יותר ראו רשימתם של Bailey & Peterson הנ"ל בה"ש 128. וראו

גם G. Rahav "The Deterrent Effect of the Death Penalty: A Cross-National Study" 6 *Isr.*

*Studies in Criminology* (1983) 193.

134 ראו מחקרם של Bowers & Pierce שממצאיו מובאים בעמ' 162 לספר של ארגון אמנסטי הנ"ל

בה"ש 10.

135 **לעיל** ה"ש 58, עמ' 169-170.

מאסר עולם מהווה עדות חיה לפעולת החוק. <sup>136</sup>Bentham גרס אחרת. לדעתו, חומרת העונש דווקא חשובה מאורכו לצורך הרתעה, אולם בעוד שעונש המוות מרתיע את רוב הציבור, הרי שהעבריינים הקלאסיים, שאותם נועד העונש להרתיע, חוששים לאבד את חייהם הקשים והמרים פחות מיתר הציבור.

קיימת טענה כי מכיוון שבפועל מוטל עונש המוות רק לעתים נדירות, הוא אינו מרתיע<sup>137</sup>, שכן מקובלת הדעה שוודאות העונש חשובה לעניין ההרתעה לא פחות מחומרתו. אך יש לזכור שכשלא מוטל עונש מוות מוטל מאסר עולם (להוציא המקרים שבהם בשל עונש מוות חובה קבעו מושבעים זיכוי, שאז נובעת הבעיה מהיות עונש המוות עונש חובה), ולכן יש לבחון אם האפקט ההרתעתי של הטלת עונש מוות בחלק מהמקרים ועונש מאסר עולם ביתרתם גדול ממקרה שבו כל המורשעים ברצח נידונים למאסר עולם. יש לציין שהיום, בהבדל מבעבר, בשל אמצעי התקשורת המשוכללים בעידן המודרני לא ניתן להרתיע על-ידי חוק שאינו מופעל.

בנאומו בכנסת בעת הדיון בחוק לתיקון דיני העונשין (ביטול עונש מוות על רצח), תשי"ד-1954 - בחן שר המשפטים דאז רוזן את המניעים השכיחים לרצח<sup>138</sup> על-מנת להוכיח שמכיוון שבמרבית המקרים המניע הוא כזה שהפועל על פיו בדרך כלל אינו מורתע מהעונש הצפוי לו, הרי שלעונש המוות אין אפקט הרתעתי מיוחד. טיעון זה, שנטען גם על-ידי רבים אחרים, לקוי לדעתי. מה הפלא שאלו שאכן רצחו פעלו מתוך מניעים שההרתעה אינה משפיעה על הפועלים מתוכם? השאלה הנכונה היא אם חלק מאלו שלא רצחו היו רוצחים אלמלא ההרתעה שבעונש המוות. על תשובה שלילית לשאלה זו ניתן לבסס את הטיעון הנדון. עם זאת אם מקבלים את הגישה הדטרמיניסטית, השנויה במחלוקת<sup>139</sup>, ניתן לפקפק ביעילות ההרתעה. אך במקרה זה מדובר בתקיפת המטרה ההרתעית של הענישה בכלל.

## חינוך

אשר להרתעת הרבים שלא על דרך ההפחדה אלא על דרך ההטמעה ועל-ידי חיזוק ערכים חברתיים שעליהם מבקשים להגן, קיים כאן מתח דיאלקטי. מחד גיסא, הרצון להבליט ולהדגיש את חשיבות הערך העליון של חיי האדם דווקא על-ידי הטלת עונש מוות, שמשמעות הטלתו היא שהערך של חיי אדם כה חשוב עד כי על פגיעות חמורות

J. Bentham "Principles of Penal Law" in *Works* (ed. By J. Bowring, N.Y., 1962) vol. 1, 136-445.

137 כך, למשל, גרס בזק בעמ' 100-101 לספרו הנ"ל בה"ש 1.

138 ד"כ 6 (תש"י) 2031-2032.

139 ראו פרק ב/4 (ה) שלעיל.

בו יש להגיב באמצעי הקיצוני של עונש מוות. מאידך גיסא, ניתן לטעון שקיפוח חיים על-ידי המדינה במעשה מחושב ומכוון פוגע בערך של חיי האדם. בהקשר זה עולה טיעון מתנגדי עונש המוות, שלפיו לעונש זה השפעה שלילית על החברה. טיעון זה יידון להלן בנפרד.

### השפעת הבעיות המתודולוגיות של המחקרים בנושא על הדיון בסוגיה

הבעיות המתודולוגיות הן רבות ומשמעותיות. כך, למשל, הטיעון, שלפיו חוסר שינוי במספר ההמתות למרות שינוי מבחינת קיומו או ביטולו של עונש המוות מוכיח שלעונש המוות אין אפקט הרתעתי מיוחד, מהווה פרשנות של נתונים סטטיסטיים שאינה בהכרח נכונה. הרתעת אדם מלבצע מעשה מסוים עשויה ללווה צורות רבות, כגון השפעה עליו שלא יבצע את המעשה, שיעשה אותו במקום אחר, שידאג לכך שאחר יבצע את המעשה או השפעה עליו למצוא דרך אחרת לסיפוק תשוקתו. קשה מאוד להראות באמצעות סטטיסטיקה שעונש שנועד להרתיע אינו משיג אף אחת מאפשרויות אלה.

בשל הערכים החשובים המעורבים בסוגיה והסיכון הגדול שבטעות, מחקר בנושא נדרש לעמוד בסטנדרטים חמורים מאוד של הוכחה. אולם בשל המספר המצומצם של ההמתות והמספר המצומצם עוד יותר של ההוצאות להורג, המחקר המצומצם-בהכרח, כמעט בוודאות לא יעמוד בסטנדרטים אלו. לכן סביר להניח ששום מחקר בנושא לא יביא לממצאים שישפיעו או שיהיו צריכים להשפיע השפעה רצינית על מעצבי המדיניות (קרי, המחקקים)<sup>140</sup>. לפיכך שאלת הרתעתו של עונש המוות עשויה להיות מוכרעת לפי עמדתנו בשאלה המקדמית אשר נדונה לעיל: על מי מוטל נטל ההוכחה בדבר הרתעתו של עונש המוות.

### (ג) שלילת יכולת הרוצח לשוב ולרצוח

רוסו כתב כי "אין זכות להמית, ואפילו למען יראו וייראו, אלא את מי שאי-אפשר להשאירו בחיים בלא לסכן את שלום החברה"<sup>141</sup>. אין ספק שעונש המוות מהווה שלילה מוחלטת של יכולת העבריין לשוב ולעבור עבירות נוספות. מאסר, ואפילו מאסר עולם, אינו שולל אפשרות זו. ייתכן שהרוצח שנידון למאסר עולם יקבל חנינה, ייתכן שישוחרר לאחר תקופה מסוימת, ייתכן שיברח, וייתכן שיצא לחופשה. רבים גרסו כי הסכנה הצפויה לציבור משמירת חיי הרוצח גדולה בהרבה מהאפשרות ומהציפייה שאותו רוצח יחזור למוטב.

140 למסקנה דומה ראו עמ' 342 לספרם של Blumstein, Cohen & Nagin הנ"ל בה"ש 131.

141 עמ' 53 לספרו הנ"ל בה"ש 6.

יתרה מזו, גם בין כותלי בית הסוהר עצמו עלול הרוצח לשוב ולרוצח, אסירים וסוהרים. הבעיה אינה תאורטית, ומקרים של רציחות שביצעו אסירים השפוטים למאסר עולם בגין רצח בין כותלי בית הכלא הביאו אצלנו לכמה יוזמות חקיקה שתאפשר הטלת גזר-דין מוות על רוצחים מסוג זה<sup>142</sup>. הטענה היא שלאסיר כזה אין הרבה מה להפסיד ולכן הסכנה שישבו וירצח גדולה<sup>143</sup>.

Bedau מציע נכונה להבחין בין incapacitation לבין prevention: שלילת יכולתו של אדם לעבור עבירה נוספת באמצעות עונש המוות אינה בהכרח מונעת עבירה כלשהי, שהרי ייתכן שגם לו נותר בחיים לא היה אותו אדם עובר עבירה נוספת<sup>144</sup>. כן מביא Bedau בספרו מחקרים אמריקניים המצביעים על כך ששיעור המועדות של רוצחים אינו גבוה<sup>145</sup>. בהקשר זה מעניין במיוחד הוא מחקרם של Sorensen ו-Marquart<sup>146</sup>. במחקר זה נבדקו העבירות הנוספות שביצעו מאות אסירים שהיו במעמד של נידונים למוות בשנת 1972 ושגזר-דין המוות לא בוצע כלפיהם נוכח החלטת בית-המשפט העליון האמריקני בפרשת Furman. נמצא כי מבין 558 האסירים, 7 שבו ורצחו (מתוכם 6 בין כותלי בית הסוהר), וכי במשך הזמן זוכו 4 מה-558 משהתברר שהרשעותיהם היו מוטעות. מסקנת המחקרים היא שהנידונים למוות אינם מהווים סכנה משמעותית לחברה אם יוטל עליהם מאסר עולם, וש"מכה מקדימה" שבה היו מוצאים להורג כל ה-558 הייתה אמנם מונעת 7 רציחות, אך הייתה גם כרוכה בהוצאה להורג של 4 חפים מפשע. במקומותינו, בזק מביא בספרו התפלגות של מקרי רצח במדינת ישראל על פי המניע למעשה<sup>147</sup> ומצביע על כך ש-43% מהמקרים בוצעו על רקע אישי-רגשי בין אנשים ששררו ביניהם יחסי קרבה (אהבה, שכנות, משפחה). מכך שרוב הרוצחים אינם בעלי הרשעות קודמות ואינם רוצחים מקצועיים, מבקש הוא ללמוד שבאי-הוצאתם להורג אין כל סכנה לציבור. נראה כי מסקנה זו של חוסר כל סכנה לציבור מפני אדם שביצע רצח מרחיקת לכת היא מדי. טיעון נוסף של בזק הוא שאת טיעון שלילת היכולת ניתן לטעון

142 דברי שר המשטרה בכור שטרית בדיון בחוק לתיקון דיני העונשין (ביטול עונש מוות על רצח), תשי"ד-1954, ד"כ 6 (תש"י) 2302; הצעות שר המשטרה שלמה הלל בשנת 1972 ("מעריב" מיום 18.5.1972) ובשנת 1977 ("מעריב" מיום 9.2.1977); דברי מפכ"ל המשטרה אריה איבצן שהובאו ב"מעריב" מיום 1.1.1984 וכתבה בנושא ב"הארץ" מיום 5.1.1988.

143 עדיין ייתכן שיפסיד אפשרויות כגון חנינה, קציבת העונש, יציאה לחופשה.

144 ראו עמ' 130 לספרו האחרון הנ"ל בה"ש 20.

145 0.3% מהרוצחים המשוחררים שבו ורצחו – ראו שם עמ' 132. וראו שם עמ' 176 ואילך.

146 ראו J.W. Marquart & J.R. Sorensen "A National Study of the Furman – Commuted Inmates: Assessing the Threat to Society from Capital Offenders" המאמר פורסם בעמ' 162

ואילך לספרו האחרון של Bedau הנ"ל בה"ש 20.

147 ראו עמ' 99-100 לספרו הנ"ל בה"ש 1.

גם ביחס לשודדים, פושעי מין, פורצים וכו', והרי איש אינו מציע להטיל עליהם עונש מוות. אין לקבל טיעון זה. יודגש, שיקולי התועלת רלוונטיים רק עד לסף העליון שהוא הגמול הצודק. לכן מה שניתן לדיון לגבי רוצח (עונש המוות) אינו עולה כלל לדיון לגבי השודד, עבריין המין והפורץ.

לבסוף, בספר של ארגון אמנסטי<sup>148</sup> נטען שמבין המשוחררים "on parole" שיעור המועדות של הרוצחים הוא מהנמוכים ביותר. עם זאת יש לזכור כי המשוחררים "on parole" הם רק חלק מהמורשעים ברצח, ובחירתם אינה מקרית.

#### (ד) חיזוק הרגשת הביטחון החברתי

הטענה היא שעונש המוות מחזק את הרגשת הביטחון של האזרחים שלא יהיו חשופים לרצח<sup>149</sup>. אך קיימות בעניין זה הערכות מנוגדות, שכן יש הסבורים כי הרגשת הביטחון דווקא נחלשת נוכח עונש המוות<sup>150</sup>. להערכתי, לטיעון בלתי מוכח זה משקל קטן מאוד – אם בכלל – במאזן הטיעונים בעד ונגד עונש המוות.

#### (ה) חובת המדינה להגן על אזרחיה

כדי לקבל טיעון זה יש לקבל את ההנחה שעונש המוות אכן מגן על הציבור ביתר יעילות מהאלטרנטיבה לו. אם מקבלים הנחה זו, ניתן לטעון שענישה זו אינה רק זכות של המדינה, אלא גם חובתה, שכן הגנת האזרחים מוטלת עליה<sup>151</sup>. הבעיה עם טיעון זה היא שפעולתו מוגבלת: אם הנחתו אינה נכונה הוא נופל, ואם היא נכונה אין בו צורך רב אף שהוא מוסיף משקל מה לטיעונים בעד עונש המוות. כמו כן מקובל כי חובת המדינה אינה מוחלטת – וחוזרת שאלת עונש המוות למקומה.

#### (ו) מניעת נקמה פרטית ו"מעשי לינין"

בנאומו בכנסת בעת הדיון בחוק לתיקון דיני העונשין (ביטול עונש מוות על רצח), תשי"ד 1954- הביא שר המשפטים דאז רוזן ממצאים של ועדת מומחים שהכינה דוח

148 ראו עמ' 168 לספר הנ"ל בה"ש 10.

149 ראו, למשל, עמ' 1261 לספרו של דייקן הנ"ל בה"ש 101.

150 כך, למשל, בקונגרס סרקוסה (1987) אשר יוחד לעונש המוות הביע Bedau דעתו שהרגשת הביטחון נחלשת נוכח עונש המוות, ולעומתו הנציג הצ'כי העריך כי בארצו עונש המוות מחזק את הרגשת הביטחון. על שנאמר בקונגרס זה למדתי מרשימותיו של פרופ' מרדכי קרמיניצר, אשר השתתף בו.

151 ראו, למשל, עמ' 1261 לספרו של דייקן הנ"ל בה"ש 101 וכן ראו עמ' 337 למאמרו של Van Den Haag הנ"ל בה"ש 15.

לבקשתו<sup>152</sup>. בין מסקנות הוועדה – "...יש להניח כמעט בוודאות, שמשיוודע לאלמנטים הללו ביטול עונש המוות, נעמוד לפני סכנה חמורה של גל רציחות – בחלקן מתוך חישובים של גאולת דם ובחלקן סתם בדרך עשיית דין לעצמם...". נראה כי בשנותיה הראשונות של המדינה ראו במנהג גאולת הדם סכנה ממשית, והדבר משתקף גם בדברי חברי-הכנסת<sup>153</sup>. הסברה הייתה שבארצנו סכנה זו גדולה במיוחד. כפי שאראה בהמשך, כיום קיים חשש דומה – מלקיחת החוק לידיים לצורך עשיית דין במחבלים.

מנגד, בקונגרס סרקוסה (1987) אשר יוחד לעונש המוות העיד נציג אמריקני כי באופן פרדוקסלי הנתונים בארצות-הברית מצביעים על מגמה הפוכה – מרבית "מעשי הליניץ" מתרחשים במדינות שקיים בהן עונש המוות. והטעם – "למה לחכות? הרוצח ממילא בן מוות..."<sup>154</sup>.

### (ז) התחשבות ברגשות קרובי הקרבן

הנחה מקדמית היא שקרובי הקרבן אכן מעוניינים במוות הרוצח. הנחה זו אינה פשוטה<sup>155</sup> ולמעשה יש כאן גורם של מקריות: במה מעוניינים קרובי הקרבן הספציפי. טיעון זה חלש גם משום שאין לו קשר ישיר למטרות הענישה הפלילית. עד כמה שיש בו מרכיב גמולי – הוא נדון בשאלת גמולו הצודק של הרוצח, ועד כמה שיש בו מרכיב תועלת של חשש מנקמה פרטית – גם מרכיב זה נדון לעיל בנפרד.

### (ח) דעת הקהל כמשקפת את תפיסת החברה באשר לתועלת שבעונש המוות

בדיון דלעיל בטיעון שלפיו דעת הקהל בעד עונש המוות משקפת את תפיסת החברה לגבי הגמול הצודק, הועלתה השאלה אם דעת הקהל משקפת תפיסה גמולית או תועלתית. כאמור, בסקרי דעת קהל בארצות-הברית נמצא כי תמיכת הציבור בעונש המוות מושתתת על: א. התפיסה שלפיה זהו "העונש המגיע" ב. הרתעה ג. הגנת החברה (סדר הנימוקים הוא לפי מידת ההסתמכות עליהם). עד כמה שתמיכת הציבור בעונש המוות נובעת משיקולים תועלתיים, עשויה היא להוות משקל מוגבל נוסף לטיעוני המצדדים בעונש המוות. מוגבל – שהרי השאלה המרכזית היא אם העונש מרתיע, ולא אם הוא נחשב למרתיע. במחקרים שנערכו בארצות-הברית נמצא כי מרבית

152 ד"כ 60 (תש"י) 2031.

153 ראו דבריהם של חברי-הכנסת בן-צבי, שטרית ואזניה בדיון באותו חוק – ד"כ 6 (תש"י) 2284, 2034 וד"כ 17 (תשי"ד) 912 (בהתאמה).

154 ה"ש 150 דלעיל.

155 לדעה הפוכה ראו עמ' 171-172 לספר של ארגון אמנסטי הנ"ל בה"ש 10.

הנשאלים מאמינים באפקטיביות של עונש המוות בהרתעה מפני ביצוע עבירות<sup>156</sup>. כן מצביעים המחקרים על כך שהציבור האמריקני חושש מהאפשרות שהנידונים למאסר עולם ישוחררו במסגרת של "Parole" או במסגרת אחרת<sup>157</sup>.

### (ט) עלותה הכספית של האלטרנטיבה – מאסר עולם

הדיון בנקודה זו מעביר אותנו אל הטיעונים התוצאתיים נגד עונש המוות, שכן הוא נטען על-ידי שני הצדדים לוויכוח. טיעון המצדדים בעונש המוות היה מאז ומתמיד שהחזקת הרוצח בבית סוהר משך שנים רבות עולה ממוון רב<sup>158</sup>. לאחרונה משתמשים בטיעון זה דווקא מתנגדי עונש המוות. טענתם כי עלות עונש המוות גבוהה בהרבה מעלות מאסר העולם<sup>159</sup> מבוססת על העובדה הנכונה שההליך המשפטי במקרים שבהם צפוי עונש המוות, במציאות המשפטית הקיימת בארצות-הברית, הוא ארוך, מסורבל ויקר יותר, מחשש לטעויות בלתי ניתנות לתיקון. עם זאת יש להוסיף לעלות של החזקת אדם במאסר עולם את עלות משפטו, שהיא אמנם נמוכה מעלות משפט שבו מוטל עונש מוות, אך רחוקה מלהיות מבוטלת. גם החזקת אדם חף מפשע במאסר עולם היא טעות נוראית, המחייבת מיצוי הבירור המשפטי עד תום<sup>160</sup>. לפיכך, לדעת, אין לייחס משקל גדול לטיעון העלות הכספית.

## 6. טיעונים תוצאתיים נגד עונש המוות

### (א) כללי

- 156 עמ' 95 ואילך למאמרם של P.C. Ellsworth & S.R. Gross הנ"ל בה"ש 113.
- 157 ראו עמ' 118 ואילך למאמר R.C. Dieter "Sentencing for Life: Americans Embrace Alternatives to the Death Penalty" אשר פורסם בעמ' 116 ואילך לספרו האחרון של Bedau הנ"ל בה"ש 20. על המצב השונה בישראל ראו ה"ש 114 דלעיל.
- 158 כך, למשל, שר המשטרה לשעבר בכור שטרית, אשר תמך בעונש המוות, טען שהחזקתו של אסיר שנידון למאסר עולם "עולה לחברה בממון רב – במזון, בשמירה ובסידורים בבית-הסוהר" (רשימתו של יהודה קורן ב"דיעות אחרונות", 25.2.1994).
- 159 ראו עמ' 170 לספר של ארגון אמנסטי הנ"ל בה"ש 10; עמ' 333 למאמרו של Bedau הנ"ל בה"ש 33 והשוו להערכתו השונה בעמ' 317, 98 לספרו האחרון הנ"ל בה"ש 20. וראו R.C. Dieter "Millions Misspent: What Politicians Don't Say About the High Costs of the Death Penalty" (המאמר פורסם בעמ' 401-414 לספרו האחרון של Bedau הנ"ל בה"ש 20).
- 160 כך, למשל, נטען כי במציאות האמריקנית מרבית אסירי העולם בהליכים משפטיים, כגון "הביאס קורפוס", וכי לפיכך העלות הכוללת של מאסר העולם היא גבוהה משל עונש המוות – ראו עמ' 451 למאמרו של Van Den Haag הנ"ל בה"ש 45.

מן הראוי לפתוח בקביעה המתודולוגית החשובה שלפיה על הטיעונים נגד עונש המוות להיות כאלה שאינם שוללים כל עונש, אלימות או סמכות, שכן אז רוחב הטיעון מהווה את חולשתו העיקרית.

### (ב) האפשרות הנוראית של טעות

"אדרוש ביטולו של עונש המוות עד אשר יוכיחו לי שהאדם מחונן בדעת שאינה טועה לעולם" (הגנרל לאפאייט).

זהו, לדעתי, הטיעון התוצאתי החזק ביותר כנגד עונש המוות, ולטעמי – אף המשכנע שבכלל הטיעונים, לרבות הגמוליים<sup>161</sup>. הטיעון הוא שהטעות היא חלק בלתי נפרד מההליך המשפטי, ושהיות שעונש המוות ייחודי הוא, אין להשתמש בו. לעונש המוות מאפיינים ייחודיים אחדים: ראשית, לא זו בלבד שעונש המוות הוא בלתי הפיך – כמו רוב העונשים האחרים – אלא הוא גם בלתי ניתן לתיקון. את כל יתר העונשים ניתן לבטל לפחות חלקית או לכל הפחות להציע פיצויים לחף מפשע שנענש, ובכך לגרום לו הנאה מוסרית מסוימת. שנית, לעונש המוות נלווה הפחד מהבלתי נודע. בהבדל מיתר העונשים, איש לא חווה עדיין עונש מוות ודיווח עליו לאחר מכן. שלישית, עונש המוות מסמל דחייה מוחלטת של הפרט על-ידי החברה, המוצאת שאינו ראוי לחיות. מבין מאפיינים אלו, הדומיננטי ביותר לנושא דיוננו הוא כמובן הראשון – חוסר האפשרות לתקן את המצב, אפילו חלקית, אם וכאשר מתגלה טעות. מהי מידת הסכנה<sup>162</sup>? כבר בשנות החמישים עמד בית-המשפט העליון, מפי השופט אגרנט, על כך ש:

"...מטבע הדברים לא קיימת, וטרם נוצרה, באיזו ארץ שהיא מערכת משפט העשויה לפעול בשלמות וללא תקלה ולעשות צדק מוחלט בכל

161 בפסק-הדין שניתן בת"פ (י"ם) 373/86 מ.י. נ' דמיאניוק, פ"מ תשמ"ח ג 371, נאמר: "אכן מודעים אנו לסכנה שבגזירת עונש – שאין לו הישבון. זהו אחד הטעמים החשובים של הדוגלים בביטול עונש המוות מעיקרו".

162 עיקרי הדברים לקוחים מעמ' 99 ואילך למאמר שכתבתי יחד עם פרופ' מרדכי קרמניצר, "המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון" **עלי משפט א** (תש"ס) 97. וראו גם מ' שלף "על סופיות הדיון ועל עשיית צדק במשפט פלילי: הרהורים נוגים על משפט חוזר, ערעור פלילי וחנינה" **קרית המשפט א** (תשס"א) 133.



מקרה ומקרה... אף השופטים, בהיותם אך בני אדם, עלולים לטעות מדי פעם בפעם"163.

השופט חיים כהן כתב כך :

"כל עוד מופקדת השפיטה בידי בשר ודם, אי-אפשר למנוע טעויות – ועשיית צדק ומניעת עוול אינן עולות בקנה אחד עם כללי הסופיות. אפילו נאמר שניתן לגלות בעקרון הסופיות צדק פורמלי, צדק מהותי אין בו"164.

בדין וחשבון של הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר נאמר כך165 :

"לא נוכל לעולם לדעת כמה הרשעות שווא אירעו, שהתגלותן נמנעה. בעניין זה איש באמונתו יחיה, יש שירבה בהערכת המקרים ויש שימעיט בה".

באנגליה פורסם בשנת 1993 הדוח של ועדת Runciman<sup>166</sup>, שהוקמה בעקבות חשיפת הרשעות השווא הידועות של "הארבעה מגילפורד" ו"השישה מבירמינגהם". היום, לאחר עשרות שנים של הכחשה, מכירים גם האנגלים בקיומם של טעויות ועיוותי דין.

בארצות-הברית פורסם מחקר מקיף מאוד של Bedau ושל Radelet<sup>167</sup>. החוקרים התמקדו אך ורק במקרים שבהם היה העונש מוות, או לפחות היה סיכון ממשי לעונש מוות. הם החמירו מאוד במבחנים שלהם, כך שרק כשסביר מאוד להניח שמדובר בהרשעת שווא הם מצרפים את המקרה למניין. בכל זאת הם מוצאים לא פחות משלוש מאות וחמישים מקרים כאלה בארצות-הברית במאה העשרים עד לשנת 1987. מדובר בממוצע של ארבעה מקרים בשנה. בעשרים ושלושה מהם הוצאו המורשעים להורג.

163 בג"ץ 175/50 ראובן נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד ה 737, 751.

164 ח' כהן "ואשיבה שופטיך כבראשונה", ספר חמי גבריהו – מחקרים במקרא ובמחשבת ישראל (ירושלים, תשמ"ט, בעריכת לוריא) 1, 16.

165 דין וחשבון של הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר (בראשות השופט אליעזר גולדברג, 1994) עמ' 54.

166 *The Royal Commission on Criminal Justice*, Chairman: Viscount Runciman of Doxford CBE FBA, Report, Presented to Parliament by Command of Her Majesty, (July 1993, London).

167 H.A. Bedau & M.L. Radelet "Miscarriages of justice in Potentially Capital Cases" 40 *Stan. L. Rev.* (1987) 21.

עשרים ושניים שוחררו סמוך מאוד למועד שנקבע להוצאתם להורג בכיסא החשמלי. מכיוון שבלתי אפשרי להגיע במחקר כזה לכל המקרים, ברור שישנם מקרים נוספים. בספר משנת 1994 כבר עומדים המחברים על למעלה מ-400 מקרים במאה העשרים, שמהם לפחות שני תריסרים של הוצאות להורג של חפים מפשע<sup>168</sup>. מחקר אחר – של אריה רטנר – חשף שבע מאות הרשעות של חפים מפשע בארצות-הברית. כפי שמציין המחקר, מטבע הדברים אנו יודעים רק על חלק מהמקרים – אלה שבהם נחשפה האמת<sup>169</sup>.

מקור אחרון ואמין במיוחד שיוזכר כאן הוא ה-"Innocence Project" שייסדו המלומדים Scheck ו-Neufeld בשנת 1992 ב-Cardozo Law School. בעיקר במסגרת פרויקט זה, וכן מחוצה לו, זוכו על בסיס בדיקות D.N.A. מאז 1989 ועד היום לא פחות מ-66 אסירים שהורשעו ברצח או באונס בארצות-הברית ובקנדה ושנידונו למאסר עולם או לעונש מוות<sup>170</sup>. כפי שכתב שלף, "השאלה איננה אם קיימות טעויות, אלא מה כמותן, כיצד להפחית את מספרן, ומה לעשות כאשר הן מתגלות"<sup>171</sup>.

במקום אחר עמדתי – יחד עם פרופ' מרדכי קרמניצר – על מקורותיה העיקריים של סכנת ההרשעה של חפים מפשע<sup>172</sup>. המקור המרכזי הוא כפי הנראה ההרשעה על סמך הודאה בלבד – שהצענו לה תחת הכתר המסורתי "מלכת הראיות" את התואר ההולם יותר "קיסרית הרשעות השווא". מקורות עיקריים נוספים הם השיטה האדברסרית, פאסיביות השופט ותפקידו של התובע בהליך הפלילי; העלמת ראיות "מזכות" על-ידי המשטרה או התביעה או אפילו בידוי ראיות; הימנעות המשטרה מלחקור בכיוונים אחרים, כגון טענת אליבי וטענות "מזכות" אחרות; טעויות של עדים, דעות קדומות וזדון; טעויות של שופטים; ראיות נסיבתיות מטעות ועוד<sup>173</sup>. באותו מקום עמדנו גם על הקושי העצום בגילוייה ובחשיפתה של הטעות לאחר ההרשעה<sup>174</sup>.

- 168 ראו הדיווח על הספר, *In Spite of Innocence* (1992) אשר בעמ' 315 לספרו האחרון של Bedau הנ"ל בה"ש 20.
- 169 A. Rattner *Convicting the Innocent: When Justice Goes Wrong* Ph. D. Dissertation (Ohio State University, 1983); A. Rattner "Convicted but Innocent: Wrongful Conviction and the Criminal Justice System" 12 *Law and Human Behavior* (1988) א' רטנר "הרשעות שלא בצדק: טעויות במערכת המשפט" פלילים ג (תשנ"ג) 262.
- 170 הממצאים נסקרו בהרצאה שנשא Barry C. Scheck ב-17.6.1999 באוניברסיטת תל-אביב במסגרת סמינריון בנושא הרשעות שווא שארגנה הסניגוריה הציבורית.
- 171 ל' שלף "תיקונו של עיוות-דין" הפרקליט מא (תשנ"ג-תשנ"ד) 346.
- 172 ראו עמ' 101 ואילך למאמרנו הנ"ל בה"ש 162.
- 173 ראו הפירוט שם, עמ' 101-110.
- 174 שם, עמ' 110-111.

במקומותינו ידוע המקרה של מאיר טוביאנסקי, אשר כחודש לאחר קום המדינה נידון למוות על-ידי בית-דין שדה לאחר שנמצא אשם בריגול. הוא הוצא להורג מיד, בלי שניתן לו לערער על פסק-הדין. שנה מאוחר יותר הוכחה חפותו, וראש-הממשלה דאז דוד בן-גוריון הכיר בכך<sup>175</sup>. אמנם לא דובר שם בפסק-דין של בית-משפט, וכן מדינת ישראל הייתה רק בראשית דרכה, אך הרושם העז של המקרה נותר חרות בזיכרון, ומקרה זה הוזכר פעמים רבות במהלך דיונים שונים בכנסת ובממשלה בעניין עונש המוות. כאמור, אין הטיעון בדבר אפשרות הטעות, בצורתו החזקה, מניח מקרי טעות במציאות הקיימת בלבד, אלא מניח שהטעות היא אינהרנטית להליך המשפטי. קביעות השופט הן קביעות הסתברותיות בלבד, ומותירות מקום לספק. הכרה באפשרות של טעות יש בעצם קיומו של מוסד המשפט החוזר.

הובעה הדעה שטיעון אפשרות הטעות אינו טיעון נגד עונש המוות אלא נגד ההליכים, ופעולתו אינה לביטול עונש המוות אלא לשיפור ההליכים<sup>176</sup>. התשובה לכך היא שעונש המוות אינו ניתן להצדקה אלא אם יש פרוצדורה צודקת להטלתו<sup>177</sup>. באותה רוח נטען כי השאלה שמכתיבה המציאות היא אחת: האם עלינו להמית את אלה שנבחרו על-ידי ההליך המשפטי כפי שהוא. עונש מוות אינו מופשט ולכן השאלה החשובה אינה מה דעתנו על הזכות המופשטת להוציא להורג. יתרה מזו, נטען כי אין גם משמעות לשאלה "מהו יחסך לעונש המוות אילו השיטה הייתה מושלמת?" שכן "שיטה מושלמת" היא דמיון בלבד, שאינו אפשרי פוליטית וחברתית<sup>178</sup>.

בהקשר זה של שיפור ההליכים יש להזכיר את הצעתו של שלף, שלפיה עד לביטולם של העונשים שהוא מכנה "Ultimate Penalties" – עונש המוות, מאסר עולם, עינויים פיזיים – יש להסדיר ביקורת על עונשים קיצוניים אלה באמצעות בית-משפט בין-לאומי, אשר יביא ל-"super due process". שלף עצמו מציין שתי בעיות קשות בהצעתו:

175 ראו סקירתו של יוסי מלמן תחת הכותרת "טוביאנסקי הכריע את הכף", "הארץ", 23.1.1996; כתבה ב"מעריב" מיום 29.7.1985 וכן עמ' 98 לספרו של בוק הנ"ל בה"ש 1. על-פי מלמן, כשנדונה בממשלה הצעת החוק לביטול עונש המוות, סיפר ראש-הממשלה דאז דוד בן-גוריון לשרים על מקרהו הטראגי של טוביאנסקי, והדבר תרם לגיוס תמיכתם של השרים בהצעת החוק. עוד על פרשת טוביאנסקי ראו ע"פ 24/50 ד"ר אברהם גורלי נ' היוהמ"ש, פ"ד ה' 1145, 1148.

176 ראו, למשל, עמ' 145 למאמרו של שלף פרימוראץ הנ"ל בה"ש 27.

177 ראו, למשל, עמ' 393 למאמרו של סבה הנ"ל בה"ש 85.

178 ראו C.L. Black, Jr. "Death Sentences and Our Criminal Justice System" (פורסם, בין היתר, בעמ' 359 לספרו של Bedau הנ"ל בה"ש 5), שם, עמ' 360.

האחת – ריבונות המדינות; השנייה – האומנם יצליח בית-משפט בין-לאומי שכזה נוכח כישלון בית-המשפט העליון האמריקני<sup>179</sup>.

מלבד ההצעות לשיפור ההליכים, הוצעה גם אפשרות של גזירת עונש מוות אך ורק במקרים נטולי הספקות. מנגד ניתן לטעון כי ספק אם ניתן לאתר מקרים נטולי ספקות, וכי שיטה כזו לא תהא צודקת, שכן ההחלטה אם להטיל עונש מוות תהא תלויה בחוזק הראיות במקום באופי הפשע, ובכך ייפגע עקרון הפרופורציה שבין העבירה לעונש<sup>180</sup>. להצעה לקיים את עונש המוות במקרים נטולי הספקות – כגון תפיסת הרוצח "על חם" בעת ביצוע הרצח – נשוב ונדרש להלן בהקשר שבו היא מתחזקת – הרצח הטורריסטי. כאן ברצוני לעמוד על הבחנה חשובה בין השופט לבין המחוקק. כשהשופט מחליט החלטה ספציפית להטיל עונש מוות, החלטתו מבוססת על ביטחונו (הסובייקטיבי, אך השריר והקיים) באשמת הנאשם. אולם החלטת המחוקק בסוגיה היא החלטה עקרונית, המתקבלת תוך מודעות לכך שתוצאתה האפשרית היא המתת חפים מפשע. משום כך זוהי החלטה קשה מאוד, שיש בה נטילת אחריות כבדה על תוצאותיה האפשריות. מנגד, ייתכן שיש לשופט מידת הביקורתיות המאפשרת לו לדעת שלמרות ביטחונו (הסובייקטיבי) באשמת הנאשם, עלול הוא לטעות (אובייקטיבית).

כנגד השיקול של אפשרות הטעות הועלתה הטענה כי כשם שאיש אינו מציע להפסיק את פעילות המשאיות שמפעילה הממשלה אף שהן ממיתות מדי שנה בתאונות דרכים מספר עוברי אורח חפים מפשע העולה על מספר החפים מפשע הנידונים למוות, כך יש להתייחס גם אל טעויות אפשריות בגזירת עונש המוות<sup>181</sup>. ברם לדעתי יש הבדל מוסרי עצום בין המתת חף מפשע בשגגה, ברשלנות או אפילו בפזיזות (תאונת דרכים) לבין המתת המכוונת (הוצאה להורג).

כאמור, טיעון זה של מתנגדי עונש המוות משכנע מאוד, ולא פלא שהיו שראו בו את הטיעון המכריע בסוגיה כולה. כך, למשל, בנאומו בכנסת בדיון בחוק לתיקון דיני העונשין (ביטול עונש מוות על רצח), תשי"ד 1954-, הציג שר המשפטים דאז רוזן טיעון זה כמכריע בעיניו, ובדיון באותו חוק הובעה הדעה כי "מוטב לשחרר מעונש מוות מאה פושעים מלחייב אחד נקי מפשע"<sup>182</sup>. בהקשר של עונש המוות קבע הרמב"ם כי עדיף זיכויים של אלף חוטאים על פני מותו של חף מפשע אחד<sup>183</sup>, ונוכח העוול הנורא

L. Sheleff "The Death Penalty – Response" 25 *Isr. L. Rev.* (1991) 512, 523; L. Sheleff 179  
*Ultimate Penalties* (Columbus, Ohio, 1987) Chap. 14.

ראו, למשל, הצעת פרימוראץ (לעיל ה"ש 27, עמ' 145) ותשובת סכה (לעיל ה"ש 85, עמ' 393).

181 כן טען Van Den Haag בעמ' 451 למאמרו הנ"ל בה"ש 45.

182 דברי השר רוזן, ד"כ 6 (תש"י) 2034-2033; דברי חבר-הכנסת מרדכי נוווק (המזרחי), ד"כ 17 (תשי"ד) 918.

183 הרמב"ם, **ספר המצוות** (הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים, תשי"ח) עמ' שב.

שבהמתת חף-מפשע<sup>184</sup>, דעתי היא שאין במספר שנקב משום הפרזה כלשהי. זאת ועוד, ייתכן מאוד שכדי לאפשר בכל זאת להרשיע אשמים, רצוי לוותר כליל על עונש המוות, ולו מטעם זה – של אפשרות הטעות – בלבד.

### (ג) חוסר האפשרות להטיל עונש מוות בצורה שוויונית והוגנת

על חשיבותו הרבה של עקרון השוויון בפני החוק דומני כי אין צורך לעמוד בהזדמנות זו. בפסק-הדין של בית-המשפט העליון האמריקני בעניין *Furman*<sup>185</sup> נקבע כי אחד מארבעת העקרונות שלפיהם יש לבחון אם העונש אינו פוגע בכבוד האדם הוא העיקרון האוסר הטלת עונש חמור מתוך הפליה ובאופן שרירותי. ודוק, מדובר בשני פגמים נפרדים. הפליה היא כמובן פסולה, אך גם הטלה מקרית – ולפיכך גם שרירותית – של עונש המוות פסולה היא<sup>186</sup>.

ארגון אמנסטי בדק את אופן הטלת עונש המוות בארצות-הברית, וממצאיו הרלוונטיים לנושא דיוננו הם כדלקמן<sup>187</sup>: א. קיימת השפעה חזקה של הגזע – בעיקר של הקרבן – על הטלת עונש המוות. רובם המכריע של הנידונים למוות ושל המוצאים להורג רצחו לבנים, אף שמספר הנרצחים – לבנים מול שחורים – דומה. הסבר חלקי שניתן לכך – הקרבנות הלבנים מועדים להירצח בעבירות שעונשן מוות (capital homicides) יותר מהשחורים. ב. לתובעים שיקול דעת רחב מדי באשר להטלת עונש המוות, ורק במיעוט המקרים שבהם החוק מאפשר עונש מוות הם דורשים עונש זה. גורמים כגון לחץ בקהילה, משאבים כספיים ודעת הקהל המקומי בסוגיית עונש המוות משפיעים עליהם. ג. חלק מהמוצאים להורג קיבלו ייצוג רע ושטחי בבית-המשפט. גם לדעת בוק המובאת בספרו, "העונש אינו מופעל בצורה סדירה והוגנת אלא בצורה שרירותית, כאילו על-פי גורל. אין קנה מידה אנושי שלפיו אפשר לקבוע כי דווקא אותם מקרים ספורים שבהם הוציאו את הנאשמים להורג הם החמורים ביותר בין אלה שנידונו להורג, שהרי כל אלה שנידונו להורג נידונו כך בשל עבירות חמורות ביותר"<sup>188</sup>. קיימת טענה שארצות-הברית אינה מצליחה להטיל את עונש המוות בצורה צודקת, שוויונית

184 על טעמיו של עקרון ההגנה על חף מפשע (לאו דווקא נוכח עונש המוות) ראו רינת קיטאי **משמעות חזקת החפות מעבר למידת ההוכחה במשפט הפלילי**, חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, אושר על-ידי סנט האוניברסיטה העברית בתשס"א (2001) עמ' 55-61. וראו גם א' שטיין "הצעת החוק בדבר החלפת סעיף 10 א' לפקודת הראיות" **מחקרי משפט** י (תשנ"ג) 157, 163-166.

185 ה"ש 35 דלעיל.

186 ראו עמ' 247 ואילך לספרו האחרון של Bedau הנ"ל בה"ש 20.

187 עמ' 182-185 לספר הנזכר לעיל בה"ש 10.

188 עמ' 104 לספרו הנ"ל בה"ש 1.

והוגנת<sup>189</sup>, וקיימת השערה שהדבר מצביע על כך שיש משהו אינהרנטי פגום בעונש זה. גם הליך החנינה העשוי לבוא לאחר גזר־הדין עלול להחריף את חוסר השוויון. למעשה, ניתן לשער כי החשש מהטלת עונש המוות באופן שרירותי ומפלה עמד מאחורי פסק־הדין המרכזיים שניתנו בפרשות *Coker ו־Roberts, Woodson, Furman*, ושעליהם עמדנו לעיל<sup>190</sup>, שהרי בכולם דובר בנאשם שחור ובקרבן לבן. מטבע הדברים החשש מהפליה מתחזק כשמדובר במדינות הדרום של ארצות־הברית<sup>191</sup>.

Van Den Haag, התומך בעונש המוות, מנתח את סוגיית ההפליה כך<sup>192</sup>: הטיעון המסורתי היה שלנאשם שחור סיכויים גבוהים הרבה יותר להיות מוצא להורג. הטיה זו הצטמצמה עם השנים, ויש לצמצם את ההטיה וההפליה ולא את השימוש בעונש המוות. לכך נוסף טיעון חדש יחסית, ולפיו לנאשם שרצח קרבן לבן סיכויים גבוהים באופן משמעותי להיות מוצא להורג בהשוואה לנאשם שרצח קרבן שחור. ברם, לשיטתו של Van Den Haag, זוהי הפליה בין קרבנות, שאינה רלוונטית לאחריות הפלילית. מכיוון שרוב הקרבנות השחורים נרצחים על־ידי שחורים, ומכיוון ששיעור ניכר (לא פרופורציונלי) מקרבנות הרצח הם שחורים, אזי – לשיטתו – מדובר בעצם בהפליה בין שחורים (הפליה לרעה של אלה המוצאים להורג, או הפליה לטובה של אלה שאינם מוצאים להורג). אשר להפליה זו, לשיטתו עדיף לעשות צדק (ולגזור עונש מוות כשהו העונש ההולם) לפחות בחלק מהמקרים ולא לוותר כליל על עשיית צדק (ולהימנע לחלוטין מעונש זה) רק משום שיש מקרים שבהם אין הוא נעשה. על ניתוחו של Van Den Haag חולק Bedau, הסבור שניתוח זה הוא מנותק לחלוטין מההיסטוריה של הפסיקה האמריקנית, במיוחד במדינות הדרום של ארצות־הברית<sup>193</sup>. התייחסותי שלי – הן לניתוחו של הראשון והן לניתוחו של האחרון – תובא להלן תחת הכותרת "הרהורים עגומים על המציאות האמריקנית".

בעניין *McCleskey v. Kemp* (1987) הציגה הסגוריה בפני בית־המשפט העליון האמריקני נתונים סטטיסטיים המצביעים על כך שעונש המוות מוטל בארצות־הברית באופן בלתי שוויוני<sup>194</sup>. בפסק־הדין, שניתן ברוב של חמישה שופטים מול ארבעה,

189 כך, למשל, נקבע בפרק העוסק בעונש המוות בארצות־הברית אשר ב־ Amnesty International Report 2001 הנ"ל בה"ש 2.

190 ראו הדיון בפסיקה האמריקנית אשר בפרק 2/ב).

191 ראו עמ' 249 ואילך לספרו האחרון של Bedau, הנ"ל בה"ש 20.

192 במאמרו הנ"ל בה"ש 45.

193 עמ' 457 ואילך ("A Reply to Van Den Haag") לספרו האחרון של Bedau הנ"ל בה"ש 20.

194 *McCleskey v. Kemp* 481 U.S. 279 (1987) וראו תוצאות מחקר בנושא המובאות בעמ' 268 ואילך

לספרו האחרון של Bedau (הנ"ל בה"ש 20) תחת הכותרת: "Death Penalty Sentencing Research: Indicators of Racial Disparities (U.S. General Accounting Office)".

נקבע שלא הוכח שהפליה גזעית היא המסבירה את ההחלטות באשר להעמדה לדין, להרשעה ולגזירת עונש מוות בפסיקה של מדינת Georgia (נושא פסק-הדין). יתרה מזו, נקבע כי יש להוכיח הפליה מכוונת כלפי הנאשם הספציפי על מנת שהטענה תתקבל. טיעון נוסף בהקשר זה הוא שנאשמים עניים אינם זוכים לייצוג הולם של סנגורים טובים, שכן אף כי יש חובה למנות סנגור לנאשם בעבירה שדינה מוות, חלק מהסנגורים הממונים אינם מעניקים לנאשמים ייצוג הולם. לפיכך נוצר מצב שבו עונש המוות מוטל לא על הפשעים הגרועים ביותר, אלא הוא מוטל נוכח ייצוג על-ידי הסנגורים הגרועים ביותר. לעניין זה מובאות מהמציאות האמריקנית דוגמאות של סנגורים שיכורים, מנמנמים ורשלנים לצד רשויות מדינה שאינן מוכנות להשקיע בייצוג הולם את המשאבים הכספיים הדרושים<sup>195</sup>.

לדעתי, במקום שבו אכן כזו היא המציאות, ועד שתשונה כך שכל נאשם יזכה להליך הוגן לרבות ייצוג הולם, יש להימנע מהטלת עונש המוות ולו מטעם זה בלבד. למעשה, מתקשר הטיעון האחרון באופן ישיר אל הגורם המרכזי בעיני הפועל נגד עונש המוות – הלא היא האפשרות הנוראית של טעות והרשעת חף מפשע, שבה עסקנו בפרק הקודם. מנגד, הועלתה הטענה כי אמנם עונש המוות מופנה כלפי בעלי השכלה נמוכה וכלפי עניים יותר מכלפי בעלי השכלה גבוהה, עשירים ובעלי השפעה, ובארצות-הברית – הרבה יותר כנגד שחורים, אולם מצב כזה קיים גם לגבי כל יתר העונשים<sup>196</sup>. מכאן, שאם הטיעון נושא דיוננו תקף, הוא מביא לביטול כל העונשים. והרי על הטיעונים נגד עונש המוות להיות כאלה שאינם שוללים כל עונש, אלימות או סמכות, שכן קשה להעלות על הדעת קיום חיי חברה תקינים ללא שימוש באמצעים אלה.

טיעון נגד נוסף של תומכי עונש המוות עשוי להיות שבית-המשפט העליון האמריקני, אף שקבע, כאמור לעיל, עיקרון של איסור הטלת עונש חמור מתוך הפליה ובאופן שרירותי, בכל זאת מכשיר הוא את עונשי המוות המוטלים בארצות-הברית. תומכים אחרים בעונש המוות מציעים ליצור שוויון בהטלת העונש לא באמצעות ביטולו, אלא באמצעות הטלתו גם על לבנים, ובמיוחד על לבנים שרצחו שחורים<sup>197</sup>. לבסוף, טיעון נוסף נגד עונש המוות הוא כי בעוד שלגבי כל העונשים קיימת מידה מסוימת של הפליה באופן הטלתם, עונש המוות הוא עונש מיוחד במינו בשל האופי של

195 ראו S.B. Bright "Counsel for the Poor: The Death Sentence Not for the Worst Crime but for the Worst Lawyer" 103 *Yale Law Journal* (1994) 1835 (המאמר מופיע גם בעמ' 275

ואילך לספרו האחרון של Bedau הנ"ל בה"ש 20).

196 ראו, למשל, עמ' 146 למאמרו של פרימוראץ הנ"ל בה"ש 27; עמ' 250 לספרו האחרון של Bedau הנ"ל בה"ש 20.

197 ראו מאמרו של Van Den Haag הנ"ל בה"ש 45.

לקיחת "תפקידו של אלוהים" שיש לקביעה על מי יוטל העונש, ולכן, בהיעדר אפשרות להטיל עונש זה בצורה שוויונית, יש להימנע לחלוטין מלהטילו.

### הרהורים עגומים על המציאות האמריקנית

כאן ברצוני להעלות על הכתב השערה בלתי מוכחת שיש לי, אשר לצערי הלכה והתחזקה ככל שהתעמקתי בנושא עונש המוות בכלל ובמשפט האמריקני בפרט. אמנם מבחינה משפטית ומבחינה מוסרית פועלת העובדה שעונש המוות נגזר בארצות-הברית בעיקר על שחורים שרצחו לבנים, לביטולו של עונש זה. אולם מבחינה חברתית ופסיכולוגית, ייתכן מאוד שזהו ההסבר לכך שעונש המוות עדיין מיושם באופן שכיח בדמוקרטיה האמריקנית. אבאר דבריי האחרונים: לדעתי, כל ההתייחסות לעונש המוות במשפט ובחברה האמריקניים מושפעת מאוד מכך שהלבנים (שהם הרוב) תופסים עונש זה כעונש המוטל על שחורים (עניים) ומגן על הלבנים (אמידים) מפניהם. עם כל ההתקדמות בכיוון של שוויון שחלה באפיקים הרשמיים כגון החקיקה, עדיין קיימות בציבור האמריקני תפיסות גזעניות. ייתכן שהמחשבה על הזכות לחיים של נאשם שחור אינה כמחשבה על הזכות לחיים של אדם לבן. ייתכן שזהו ההסבר לכך שעונש המוות לא נשלל במשפט האמריקני כעונש אכזרי ובלתי אנושי. ייתכן שהאפשרות הנוראית של טעות מדאיגה פחות על רקע התפיסה הגזענית משהו: הרי הסיכון של טעות אינו מוטל "עליו", אלא "עליהם". חוסר החמלה שביחסה של החברה האמריקנית לעונש המוות, בהבדל בולט מעמדותיה הליברליות וההומניות בתחומים אחרים, הופך למובן יותר בשים לב לתפיסה הגזענית. כך ניתן להסביר גם את ההוצאות להורג של מי שהיו קטינים בזמן ביצוע העבירות ושל מפגרים. ודוק, ייתכן מאוד שמדובר בתחושה של מעין-מלחמה: העבריינים (העוברים עבירות שבגינן ניתן לגזור עונש מוות) הם בדרך כלל שחורים (עניים) המסכנים את האזרחים שומרי החוק (הלבנים, האמידים). תחושה זו מתחזקת במדינות מסוימות של ארצות-הברית. במצב שכזה אולי הופך עונש המוות לאטרקטיבי, כאמצעי הנתפס כיעיל במעין-מלחמה זו.

הנה כי כן, ייתכן שתפיסות גזעניות הן העומדות מאחורי התמיכה הקיימת בחברה האמריקנית בעונש המוות והן המסבירות את יחסה לשיקולים שונים נגד עונש המוות (לרבות הזכות לחיים, הזכות לכבוד ואפשרות הטעות), כמו גם לשיקול נושא דיונו הנוכחי: חוסר האפשרות להטיל עונש מוות בצורה שוויונית והוגנת. ייתכן שמצב בלתי שוויוני זה לא כל כך מטריד חלק משמעותי מבני החברה האמריקנית.

### (ד) עונש הוא פסול אם אלטרנטיבה לו משיגה מטרותיו בפחות סבל

לטעון מתנגדי עונש המוות שלפיו עונש המוות פסול משום שהאלטרנטיבה לו – מאסר עולם – משיגה מטרותיה בפחות סבל, שתי הנחות יסוד: האחת – מאסר עולם משיג את מטרות עונש המוות; השנייה – מאסר עולם הוא עונש אכזרי פחות מעונש מוות. שתי



ההנחות רחוקות מלהיות פשוטות. יתרה מזו – קיימת ביניהן זיקת גומלין: כדי לחזק את ההנחה הראשונה מציעים מתנגדי עונש המוות החמרה של מאסר העולם, ובכך מחלישים הם את ההנחה השנייה.

אפתח בהנחה הראשונה. אם מקבלים שעונש המוות הוא הוא גמולו הראוי של הרוצח, ברור כי מאסר עולם אינו משיג את המטרה הגמולית. כך כתב Kant<sup>198</sup> כי "There is no sameness of kind between death and remaining alive even under the most miserable conditions"

אולם רק "גמולנים נוקשים" נעצרים כאן, ומקובל שמשיקולי תועלת יש לרדת מן הסף הגמולי. כך כתב רוסו למרות תמיכתו העקרונית בעונש המוות, כי "אין זכות להמית, ואפילו למען יראו וייראו, אלא את מי שאי-אפשר להשאירו בחיים בלא לסכן את שלום החברה"<sup>199</sup>. כך נקבע בארצות-הברית בפסק-הדין המנחה בעניין Furman<sup>200</sup> איסור על עונש מוגזם, הגורם סבל ללא צורך, כגון כשיש עונש חמור פחות המשיג אותן מטרות (אך נזכור כי בית-המשפט העליון האמריקני אינו פוסל את עונש המוות).

כדי להשיב על השאלה אם מאסר עולם משיג את המטרות התוצאתיות של עונש מוות יש לנקוט עמדה ביחס לכל אחד מהטיעונים התוצאתיים בעד עונש המוות שעליהם עמדנו לעיל. סביר להניח שהמסקנה לא תהיה שמאסר עולם משיג את כל המטרות העולות מטיעונים אלה (למשל, את מטרת שלילת היכולת – incapacitation – אין הוא משיג בצורה מוחלטת), אולם ייתכן לגרוס שדי ב"קירוב טוב" לכך כדי לשלול את עונש המוות. גם בהקשר זה עולה שאלת נטל ההוכחה שכבר עמדנו עליה לעיל<sup>201</sup>.

כדי שהעונש מאסר עולם יהווה אלטרנטיבה רצינית יותר לעונש המוות, הועלו במקומותינו הצעות מספר להחמרתו, כגון הצעה למאסר עולם חמור במיוחד – נטול הקלות וללא הפחתת שלישי בגין התנהגות טובה<sup>202</sup>, והצעה לשלב עבודת פרך במאסר<sup>203</sup>. אולם הצעות כאלה עלולות להפוך עונש זה לחמור לא פחות מעונש

198 עמ' 102 לספרו הנ"ל בה"ש 6. אצלנו הביע שר המשפטים לשעבר רוזן את הדעה כי אם אלטרנטיבה אכזרית פחות משיגה מטרותיו של עונש מסוים, העונש אינו מוסרי – ד"כ 6 (תש"י) 2312.

199 ראו עמ' 53 לספרו של רוסו הנ"ל בה"ש 6. ניתן לפרש דברים אלה כך שמול עיניו של רוסו עמדה המטרה של שלילת יכולת הרוצח לשוב ולרצוח (incapacitation) בלבד ולא גם של הרתעת הרבים.

200 ראה ה"ש 35 דלעיל.

201 ראו פרק ב/5 (ב) דלעיל וראו Pannic בעמ' 233 לספרו הנ"ל בה"ש 3.

202 למשל, על הצעה כזו של חברת-הכנסת שולמית אלוני דווח בכתבה של ע' דיסנצ'יק על עונש המוות בעיתון "מעריב" מיום 26.7.1985.

203 למשל, הצעה כזו של העיתונאי נתן דונביץ' במוסף עיתון "הארץ" מיום 11.5.1979.

המוות<sup>204</sup>. בחלק ממדינות ארצות-הברית נעשתה בחקיקה הבחנה בין מאסר עולם המאפשר "Parole" לאחר עשר-עשרים שנים, לבין מאסר עולם כפשוטו, שאינו מאפשר "parole" ("life-without-parole (LWOP) statutes"), הקבוע בחוק לרצח מדרגה ראשונה שאין גוזרים בגינו עונש מוות<sup>205</sup>.

וכאן אנו מגיעים להנחה השנייה של טועני הטיעון נושא דיונו, ולפיה מאסר עולם הוא עונש חמור פחות מעונש המוות. האומנם? הובעה הדעה כי חייבים לצייד את מאסר העולם ב-"Parole" וב-"Release" כדי שלא ייהפך לחמור מעונש המוות<sup>206</sup>. האסיר סובל צער וייסורים משך שנים רבות: אבדן החירות, הניתוק מהבית, מהמשפחה ומהחברים, הוויתור על ההרגלים, הכפיפות לפיקוח ולמשמעת, הידיעה המדכאת על העולם החופשי הסמוך – שאליו אינו יכול להגיע, מעשי אלימות ברוטליים בין אסירים ועוד ועוד. קיימת דעה כי מאסר עולם ללא אפשרות של שחרור מוקדם ("אור בקצה המנהרה") נוגד את כבוד האדם<sup>207</sup>. רבים עמדו על אכזריות מאסר העולם ויש אפילו הטוענים כי נוכח אכזריות מאסר העולם יש לאפשר לנידון למאסר עולם להיות מוצא להורג אם הוא בוחר בכך<sup>208</sup>.

מנגד Beccaria, כתב כי כנגד הטיעון שלפיו מאסר העולם חמור ולפיכך גם אכזרי כעונש המוות, ניתן לומר כי אמנם אם מצרפים את כל רגעי האומללות שיוצר מאסר

204 להשלמת התמונה הנורמטיבית הישראלית יצוין כי סעיף 41 לחוק העונשין, תשל"ז 1977 - מעמיד את הביטוי "מאסר עולם" שבחוק על 20 שנות מאסר בלבד, כך שרק "מאסר עולם חובה" נותר כמאסר עולם כפשוטו של הביטוי. על-פי סעיף 300א אשר הוסף לחוק העונשין, מוסמך בית-המשפט להקל מעונש מאסר העולם אם הרצח בוצע בנסיבות המיוחדות המפורטות בסעיף. גם סעיף 35א מאפשר להקל מעונש חובה, אך לא כשמדובר בעבירת הרצח.

205 עמ' 180 ואילך לספרו האחרון של Bedau הנ"ל בה"ש 20.

206 עמדות כאלה הובעו, למשל, על-ידי הדוברים בישיבה הקרימינולוגית של קונגרס סרקוסה (1987) – ה"ש 150 דלעיל.

207 ראו, למשל, עמ' 280 למאמרו של ברק הנ"ל בה"ש 51; כך החליט בית-המשפט החוקתי בגרמניה – ראו שם; ראו עמ' 190 למאמרו של סבה הנ"ל בה"ש 22 וראו שם על הפסיקה הקנדית.

208 ראו, למשל, ליאון שלף בספרו הנ"ל בה"ש 179; דברי חבר-הכנסת רוזן, ד"כ 6 (תש"י) 2032; דברי חבר-הכנסת ב. שטרית, שם, עמ' 2303. יתרה מזו, הובעה הדעה שעצם המאסר (לאו דווקא מאסר עולם) הוא עונש קשה ביותר או אפילו קשה מדי – ראו, למשל, ח' כהן, לעיל ה"ש 68, עמ' 167-165. מעניין לציין את התנאים הקשים של עונש מאסר העולם המתואר בהלכה היהודית כתחליף לעונש המוות. "כל אלו הרצחנים כונסין אותם לכיפה". ה"כיפה" היא אכזרית הן מבחינת שטח המחיה לאסיר ("מאי כיפה? – מלוא קומתו"; "ואין לו שם מקום להתפשט ולא לישון") והן מבחינת תזונתו ("לחם צר ומים לחץ") – ראו עמ' 50 למאמרו של ח' כהן הנ"ל בה"ש 104 והאסמכתאות הנזכרות שם. הנחמה היא שכפי הנראה מדובר, כדברי מנחם אלון, ב"פרשנות משפטית גרידא למוסד משפטי שכבר לא נהג למעשה" – ראו שם ה"ש 101.

העולם, עונש כזה יכול להיות אפילו אכזרי יותר, אולם הסבל מתפרס על פני תקופה ארוכה יותר. מאסר העולם מטיל אימה על הצופה – המצרף בדמיונו את מכלול הרגעים האלה – יותר מאשר על הנענש, החי את הרגע<sup>209</sup>.

על אכזריות עונש המוות כבר עמדנו לעיל בעת הדיון בשאלת היות עונש המוות אכזרי ובלתי אנושי<sup>210</sup>. אסתפק כאן בהוספת קטע נוסף של דוסטויבסקי, הפעם מתוך ספרו "החטא ועונשו"<sup>211</sup>, שבו נוקט הסופר עמדה ברורה בשאלה נושא דיונונו (האם ההנחה כי עונש המוות חמור ממאסר העולם נכונה היא?):

"איפה זה, – הירהר ראסקולניקוב, בלכתו הלאה, – איפה זה קראתי על אחד שנידון למוות, שמדבר או חושב, שעה לפני מותו, כי אילו נזדמן לו לחיות באיזה מקום, בפיסגה, בראשו של כף, בשטח צר כל-כך, שאין בו מקום בלתי אם להציב שתי רגלים, ומסביב תהומות, אוקיינוס, אפלת-עד, בדידות-נצח וסערת-נצח, ואנוס היה להישאר כך, בעמדו בתחום של אמה אחת, כל החיים, אלף שנים, כל ימות-עולם, – הרי מוטב לחיות כך מאשר למות כעת! ובלבד לחיות, לחיות ולחיות! יהיו החיים ככל אשר יהיו – ובלבד לחיות! ... אך זו אמת! אל-אלוהים, איזו אמת! ...".

לסיום הדיון בטיעון זה יודגש כי קבלת ההנחה, הסבירה מאוד – לדעתי, כי עונש המוות חמור ממאסר העולם, אינה מחייבת קבלת הטיעון כולו, שכן הנחה הכרחית נוספת שלו היא שעונש המאסר משיג (לפחות בקירוב טוב) את המטרות שמשיג עונש המוות.

#### (ה) לעונש המוות השפעות שליליות על החברה: זלזול בערך חיי האדם וברוטליות

Beccaria גרס כי לעונש המוות השפעה שלילית על החברה בהיותו דוגמה לברבריות ולזלזול בחיי אדם<sup>212</sup>. ברוח דומה כתב חיים כהן כי הלקח מעונש המוות הוא שעל אלימות יש להשיב באלימות<sup>213</sup>. אשר לערך חיי האדם, קיים כאן מתח דיאלקטי, שכבר

209 עמ' 48-49 לספרו של Beccaria הנ"ל בה"ש 58.

210 ראו פרק ב/2(ב) דלעיל.

211 הוצאת הקיבוץ המאוחד, תשל"א, עמ' 136-137.

212 עמ' 50 לספרו הנ"ל בה"ש 58.

213 במאמרו הנ"ל בה"ש 9 (עמ' 8 לעותק שבידי).

עמדתי עליו לעיל, בין הבלטת ערך זה והדגשתו, דווקא על-ידי הטלת עונש המוות שמשמעות הטלתו היא שערך זה חשוב עד כי על פגיעות חמורות בו יש להגיב באמצעי הקיצוני ביותר, לבין האפשרות שקיפוח חיים על-ידי המדינה במעשה מחושב ומכוון יפגע בערך של חיי אדם. השאלה אינה תאורטית, אלא יש כאן לדעתי מקום לבדיקה אמפירית של משמעות עונש המוות בעיני הציבור. התשובה לשאלה אם עונש חוקי נותן דוגמה של ברבריות, תלויה בתשובה לשאלה איך נתפס ההבדל המוסרי בין הפשע לעונש. הטענה שדי בזהות הפיזית ביניהם כדי שתהיה זהות מוסרית היא הנחת המבוקש. רוטנשטרייך כתב כי עונש המוות יוצר השליה של איזון: חיי הרוצח כנגד חיי הנרצח, והסדר שב על כנו<sup>214</sup>. כאן יש לבחון אמפירית הן אם אכן נוצרת השליה זו והן אם תפיסה כזו של איזון מסוים אכן פוגעת בערך של חיי האדם. במחקרים שבחנו את השינוי במספר הרציחות מיד לאחר כל הוצאה להורג נמצאו ממצאים מנוגדים, כך שאין להיושע מהם<sup>215</sup>.

שתי טענות אחרות של מתנגדי עונש המוות בהקשר זה נראות לי סבירות: האחת – ייתכן שדווקא קיום עונש המוות מעודד אנשים בעלי נטיות התאבדותיות או דחפים חולניים לפרסום או להסתכנות לבצע מעשי רצח, והשנייה – להוצאות להורג בפומבי השפעה שלילית על החברה<sup>216</sup>. לכן סביר להניח שאף שמבחינה הרתעתית צרה היה עדיף להוציא להורג בפומבי, בכל זאת רצוי לוותר על הפומביות, ששכרה בהפסדה.

#### (ו) עונש המוות מביא להאשמה בעבירה קלה מזו שנעברה ואף לזיכוי אשמים

נטען כי העונש הקשה וכן העלות והאורך של הליכי גזר-דין מוות עשויים להרתיע תובעים מלהאשים ברצח מדרגה ראשונה אף שבוצע רצח כזה<sup>217</sup>. יתרה מזו, ההיסטוריה המשפטית האנגלית מלמדת כי הסלידה מעונש המוות עלולה להביא למצב שבו יזוכו אשמים<sup>218</sup>. יצוין כי עונש מוות שאינו עונש חובה מצמצם מאוד סכנה זו.

#### (ז) עונש המוות פוגע בתדמית המדינה

214 ברשימתו ב"מעריב" מיום 5.11.1984.

215 ראו עמ' 153 למאמרם של Bailey & Peterson הנ"ל בה"ש 128. כן ראו מחקרם של Bowers & Pierce הנזכר בעמ' 163 לספר הנ"ל בה"ש 10, ומנגד ראו מחקרו של ד"ר פיליפס, ב"מעריב" מיום 7.10.1980.

216 כך נטען בישיבה הקרימינולוגית של קונגרס סרקוסה הנ"ל בה"ש 150. וראו עמ' 315-317, 384-400 לספרו האחרון של Bedau הנ"ל בה"ש 20.

217 ראו, למשל, עמ' 170 לספר הנ"ל בה"ש 10.

218 ראו, למשל, עמ' 1263 לספרו של דייקן הנ"ל בה"ש 101; עמ' 95 לספרו של בזק הנ"ל בה"ש 1.

הטענה היא שאין זה נאה שהמדינה תחזור על המעשה שהיא עצמה פוסלת (נטילת חיי אדם)<sup>219</sup>. על עיקרו של טיעון זה כבר עמדתי לעיל בעת הדיון בזכות המדינה להוציא אדם להורג, וכפי שציינתי שם, חולשתו הגדולה של הטיעון היא בכך שהוא חל על מרבית העונשים. דרך פשטנית יותר לטעון את הטיעון של פגיעה בתדמית המדינה היא הצגת השאלה "לאיזה מדינות רוצים אנו להדמות?". כך אמר שר המשפטים דאז רוזן בדיון בכנסת בחוק לביטול עונש המוות כי "עם קבלת חוק זה נצמד גם אנו, הצעירה והקטנה במדינות, צעד הנובע מגישה הומאנית יותר לפושע"<sup>220</sup>. דברים ברוח זו השמיעו גם אחרים<sup>221</sup> במנותם שמות של מדינות דמוקרטיות שביטלו את עונש המוות ושמות של מדינות לא דמוקרטיות המקיימות אותו. טיעון זה חלש מאוד לדעתי. ראשית, ישנן דמוקרטיות המקיימות את עונש המוות (ארצות-הברית למשל). שנית, בשאלה רצינית כשאלת עונש המוות עלינו לטפל טיפול רציני יותר מאשר אימוץ אוטומטי של עמדת מדינות אלו או אחרות בסוגיה.

#### (ח) עונש המוות גורם סבל לחפים מפשע

הטענה היא שלעונש המוות השפעה מדכאת, ושהוא גורם סבל רב לקרוביו ולמכריו של הנידון למוות, לכל הנוטלים חלק בהליכי המשפט וההוצאה להורג – לרבות השופטים, העדים והפרקליטים – לאסירים ולסוהרים שבבית הסוהר שבו מוחזק הנידון, ואפילו לחברה כולה. על טיעון זה ביחס לסבל הנגרם לשופטים עמד שר המשפטים דאז רוזן באמרו: "אין להטיל את השיקול בחיי אדם מסויים ובמקרה מסויים, על מספר אנשים מצומצם – זהו כשלעצמו תפקיד קשה שאין בני-אדם רגילים צריכים לקבל על עצמם, ואין המדינה צריכה להטיל עליהם"<sup>222</sup>.

#### (ט) התועלת העתידית שיכולה החברה להפיק ממורשע הנוותר בחיים

על טיעון (דחוק מאוד – לדעתי) זה עמד בזק בספרו, והביא כתמיכה את סיפורם הידוע של ליאופולד ולב שתורמו תרומה מסוימת לחברה ברצותם מאסר עולם<sup>223</sup>. מנגד היו

219 אצלנו נטענה הטענה, בין היתר, על-ידי נתן רוטנשטרייך (ב"מעריב" מיום 30.7.1985) ועל-ידי מנחם אמיר (ב"דבר" מיום 6.1.1984).

220 ד"כ 6 (תש"י) 2035.

221 כך, למשל, התבטא Jescheck בקונגרס סרקוסה הנ"ל בה"ש 150.

222 ד"כ 17 (תשי"ד) 913 (קריאה שנייה של החוק לתיקון דיני העונשין (ביטול עונש מוות על רצח), תשי"ד-1954).

223 ראו עמ' 98-99 לספרו הנ"ל בה"ש 1.

שהעריכו את הסכנה הצפויה לציבור משמירת חיי הרוצח כגדולה בהרבה מהאפשרות ומהציפייה שאותו רוצח יחזור למוטב ואף יתרום לחברה<sup>224</sup>. מצדי אוסיף כי לצורך ביסוס רציני של טיעון כזה אין די בדוגמה בודדת (ליאופולד ולב), או אפילו בדוגמאות ספורות, כשם שאין משקל רב לטיעון הפוך, הנתמך בדוגמה של רוצח שנידון למאסר ובעת ריצוי מאסרו רצח כמה אסירים וסוהרים.

ייתכן שהכוונה בטיעון זה היא בעצם לאפשרות של שיקום העבריין. אלא שכאשר מדובר בעבירות החמורות המיוחדות שדין מוות (בהנחה שאנו עוסקים בשיטת משפט שבה עונש המוות הוא חריג ביותר) שיקול השיקום אינו חזק. זאת, בין היתר משום שסיכויי הצלחתו של השיקום קטנים יחסית (לפחות בחלק מהמקרים הרלוונטיים), משום שהאלטרנטיבה אינה שחרור אלא מאסר עולם (והמחקרים מלמדים שהמאסר אינו משקם) ומשום שמשקלו של שיקול השיקום יהיה בענייננו קטן בהשוואה לשיקולי הענישה האחרים – הגמול, ההרתעה והמניעה – שבעבירות החמורות שדין עלול להיות מוות הם שיקולים חזקים מאד.

#### (י) מחיר עונש המוות במונחי זמן וכסף

טענת מתנגדי עונש המוות היא שהליך גזר-דין המוות ארוך ויקר מאוד, וכי עדיף להפנות את משאביו לתחומים יעילים יותר של אכיפת החוק<sup>225</sup>. על טיעון זה כבר עמדנו לעיל בעת הדיון בטיעון מצדדי עונש המוות שלפיו דווקא מאסר העולם הוא היקר יותר.

#### 7. סיכום ביניים

אדגיש שוב כי, לדעתי, השאלה הגמולית קודמת לשאלה התוצאתית. דהיינו, אם ורק אם עונש המוות הוא גמולו הראוי של הרוצח, אזי יש מקום וצורך לדון בשיקולים התוצאתיים. להערכתי, החזקים שבטיעונים בעד עונש המוות הם הטיעון שלפיו זהו גמולו של הרוצח וטיעון ההרתעה, והמכריעים שבטיעונים נגד עונש המוות הם אפשרות הטעות, הזכות לחיים והזכות לכבוד. עמדתי האישית היא שמבחינה גמולית עונש המוות הוא-הוא העונש הראוי לרוצח, אולם נוכח האפשרות הנוראית של טעות, בשים לב למאפייניו המיוחדים של עונש המוות שעליהם עמדתי לעיל, ולאור הזכות לחיים והזכות לכבוד, ככלל יש להימנע כאן מענישה ברמה הגמולית. מדובר בעונש אכזרי מאוד ומדי.

224 ראו, למשל, עמ' 1261 לספרו של דייקן הנ"ל בה"ש 101.

225 ראו המקורות הנ"ל בה"ש 159.

הגבלת הרציחות שעונשן מוות לפשעים מיוחדים במינם מחזקת את הטענות בעד עונש המוות ומחלישה את הטענות נגדו. הערכה כללית זו אינה מוגבלת לטענות התוצאתיים, אלא חלה גם (ואולי בעיקר) על הטענות הגמוליים. הפשעים הבאים בחשבון בהקשר זה הם הפשע השמדת עם, פשעי הנאצים, רצח בפעולת טרור, ואולי גם רצח המבוצע על-ידי רוצח המרצה מאסר עולם. הערכה זו מקשרת חלק זה של המאמר אל חלקיו הבאים – בחינה קצרה של עונש המוות במדינת ישראל, שכפי שאראה מוגבל למקרים מיוחדים מן הסוג האמור בלבד, וההתמקדות בסוגיית עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור. בהתמקדות זו יעמדו לנגד עינינו הטענות הכלליים בעד ונגד עונש המוות, שעליהם עמדנו בחלקו הראשון של המאמר.

## ג. עונש המוות במדינת ישראל

### 1. כללי

מדינת ישראל מהווה "abolitionist de facto"<sup>226</sup> (מבטלת למעשה) של עונש המוות, שכן פרט לצורך אייכמן לא בוצע בה בפועל עונש זה. מעמדה זה עשוי להשתנות אם תשתנה מדיניות התביעה הצבאית, שעליה אעמוד בהמשך.

עם הקמת מדינת ישראל ירשנו משלטון המנדט הבריטי עונש מוות, בין היתר בגין עבירת הרצח, שלגביה היה זה עונש חובה. אך כבר בשנת 1949 הוכנה הצעת חוק לביטול עונש המוות במדינה. שר המשפטים דאז – רוזן, מינה ועדה שדנה בנושא והמליצה על צמצום מספר העבירות שדינן מוות ועל הסתמכות על אפשרות החנינה ביתר המקרים<sup>227</sup>. הוועדה התנגדה לביטול מוחלט של עונש המוות, וכך גם מרבית חברי-הכנסת, ולכן אף שהצעת החוק הייתה גורפת יותר, החוק שהתקבל בסופו של דבר ביטל את עונש המוות רק באשר לעבירת הרצח. בהתאם שונה שם החוק שהופיע בהצעת החוק – "חוק ביטול עונש מוות, תש"ט 1949-228" – ל"חוק לתיקון דיני העונשין (ביטול עונש מוות על רצח), תשי"ד 1954-229". המצב המשפטי הנוכחי במדינת ישראל

226 בקונגרס סרקוסה הנ"ל בה"ש 150 הגדיר נציג ארגון אמנסטי מונח זה כאי-ביצוע של עונש המוות משך עשר השנים האחרונות לפחות.

227 ראו ד"כ 6 (תש"י) 2030.

228 ה"ח 159.

229 ס"ח 74. יצוין כי בעת הדיון בכנסת בהצעת החוק המתינו שמונה נידונים למוות לתוצאות הדיון – דבר שהשפיע על חלק מחברי-הכנסת – ראו דייקן בספרו הנ"ל בה"ש 101 עמ' 1257.

הוא שעונש המוות קיים בספר החוקים בעיקר לגבי מעשי רצח מיוחדים. להלן אעמוד על האפשרויות השונות הקיימות במשפטנו להטלת עונש מוות.

## 2. השמדת עם ועשיית דין בנאצים ובעוזריהם

בחרתי לדון בחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, תש"י 1950-230 ובחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, תש"י 1950-231 בכריכה אחת, שכן שניהם עוסקים באותה מאטריה. ההבדל הוא שהראשון מכוון לעבר ואילו השני לעתיד, ולכן מטרתו אינה רק גמול אלא גם הרתעה<sup>232</sup>. עם זאת מקובל כי בשני החוקים גם יחד המטרות העיקריות הן הגמול<sup>233</sup> וההיבט ההצהרתי, ולא המטרות התועלתיות (אם כי להיבט ההצהרתי חשיבות חינוכית בלתי מבוטלת). כפי שציין נכונה דייקן<sup>234</sup>, "פושעים מסוג זה מהווים יוצאים מן הכלל בהכרה המשפטית הבינלאומית. רבים מגדולי-המדע, המתנגדים בדרך כלל לעונש מוות... סבורים שלפושעים מסוג זה דין אחר". עמדה כזו הביעו גם כמה חברי-כנסת בעת הדיון בחוקים נושאי דיונו<sup>235</sup>, ואין פלא שהחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם התקבל בכנסת פה אחד.

בפסק-הדין שניתן בעניינו של הצורך אייכמן התייחס בית-המשפט לטענה אפשרית שלפיה גם עונש המוות ממילא נופל מגמולו של הנאשם, בכתבו (ההדגשות במקור):

"...ידענו יפה יפה, מה דל ומה חיוור יהיה גזר-מיתה זה, לעומת מיליוני המיתות-משונות שגזר הוא על קורבנותיו. כשם שאין שם בשפת בני-אדם, כדי לכנות בו מעשים כמעשי המערער, כך גם אין עונש בחוקי בני-אדם, שיהא הולם בחומרתו את אשמת המערער. אך ידיעתנו כי כל מידה

230 ס"ח 281.

231 ס"ח 137.

232 ראו דברי שר המשפטים דאז רוזן בד"כ 3 (תש"י) 314. ואולם השוו לעמדה שלפיה גם לחוק העוסק בפשעי הנאצים מטרה הרתעתית – ת"פ 40/61 היוהמ"ש נ' אייכמן (פורסם על-ידי מרכז ההסברה במשרד ראש-הממשלה) עמ' 285.

233 ראו דברי השופט חשין המובאים בעמ' 1266 לספר הנ"ל בה"ש 101.

234 שם, עמ' 1258.

235 ראו, למשל, דברי חברת-הכנסת גולדה מאירסון (כשמה אז), ד"כ 3 (תש"י) 1105, ודברי חברת-הכנסת יוחנן בדר, ד"כ 3 (תש"י) 318.



שתימדד למערער לא תשווה, וכל שילם ועונש שיוטל עליו לא יספיק – ידיעה זו, אסור לה שתניע אותנו דווקא להקל בעונשו של זה...<sup>236</sup>.

החוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם מבוסס על ה"אמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם" שקיבלה עצרת האומות המאוחדות ביום 9 בדצמבר 1948. רוב המעשים הקבועים בחוק כעבירות נכנסים ממילא לגדרן של העבירות הפליליות הרגילות, והכוונה להשמיד קבוצה שלמה או חלק ממנה באשר היא קבוצה מסוימת היא אשר הופכת את המעשים לפשעים מיוחדים לפי החוק הבינ-לאומי<sup>237</sup>.

הן בהצעת החוק העוסקת בפשעי הנאצים והן בהצעת החוק העוסקת בפשע השמדת עם לא דובר מפורשות בעונש המוות אלא ב"עונש שצפוי לו האשם ברצח"<sup>238</sup>, אולם בעקבות הדיון המקביל בחוק לתיקון דיני עונשין (ביטול עונש מוות על רצח) גרסו רוב חברי-הכנסת שבחוקים נושאי דיוננו יש לדבר מפורשות על עונש מיתה.

לבסוף, יצוין כי נפסק בעניין אייכמן כי החוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), תשי"ד-1954, הקובע כי העונש שנקבע בדין הוא עונש מרבי, חל גם על עונש המיתה שבחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, אף שנחקק אחריו<sup>239</sup>. כן יצוין, כי הדיון מתבצע על-פי חוק בתי המשפט (עבירות שעונשן מוות), תשכ"א-1961-240 שנחקק לקראת משפט אייכמן.

236 ע"פ 336/61 אייכמן נ' היהמ"ש, פ"ד טז 2033, 2100. דברים אלו צוטטו בהסכמה גם בת.פ. (י"ם) 373/86 מדינת ישראל נ' דמיאניוק, פ"מ תשמ"ח ג 371. לדעה חריגה, שלפיה אין מקום לעונש המוות אפילו לגבי פשעי הנאצים החמורים ביותר, ראו ח' כהן, לעיל ה"ש 68, עמ' 164.

237 ראו הסבר שר המשפטים דאז רוזן, ד"כ 3 (תש"י) 314. אפשרות מעניינת שהועלתה היא להשתמש בחוק זה לענישת טרוריסטים, שכן די לצורך ענישה על פיו בכוונה להשמיד קבוצה מסוימת (ראו, למשל, דברי חבר-הכנסת בדר בד"כ 3 (תש"י) 318, רשימתו של יוסף דן "להקדים מכה – למכה" ("ידיעות אחרונות", 16.6.1974); דברי ראש-הממשלה לשעבר דוד בן-גוריון המובאים ב"ידיעות אחרונות" מיום 6.1.1969). יצוין כי לשון החוק סובלת פרשנות כזו, שכן סעיף 1(א) לחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, תש"י-1950 מגדיר "השמדת עם" כך: "אחד המעשים המפורטים להלן שנעשה בכוונה להשמיד, השמדה גמורה או חלקית, קיבוץ לאומי, אתני, גזעי או דתי (להלן: 'קיבוץ'), באשר הוא קיבוץ כזה". עם זאת ספק רב אם אופיו המיוחד מאוד של חוק זה תואם את הסוגיה נושא דיוננו.

238 ראו סעיף 1(א) (2) להצעת החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, תש"י-1950, ה"ח 119 וסעיף 4 להצעת החוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, תש"י-1949, ה"ח 37.

239 ראו עמ' 284-285 לפסק-הדין הנ"ל בה"ש 232. בית-המשפט חזר על הלכה זו, בעניין דמיאניוק, לעיל ה"ש 161, עמ' 369.

240 ס"ח 24.

### 3. בגידה בשעת מלחמה

בסימן ב', העוסק בבגידה, לפרק ז' לחוק העונשין, תשל"ז 1977- (העוסק בביטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים) קבוע עונש מיתה בגין העבירות לפי סעיפים 97 (פגיעה בריבונות המדינה או בשלמותה), 98 (גרם למלחמה) ו-99 (סיוע לאויב במלחמה). בכל הסעיפים הללו אין זה עונש חובה אלא עונש חלופי לעונש מאסר העולם. סעיף 96 מגביל את עונש המוות על-פי כל העבירות הללו למקרים שבהם נעברה העבירה ב"תקופה שבה מתנהלות פעולות איבה צבאיות של ישראל או נגדה" (חריג לכך – בסעיף 99(ב)). סעיף 123 לחוק מגביל הגשת האישומים בעבירות אלה לאישומים המוגשים בידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו בכתב. עונש מיתה בגין בגידה בשעת מלחמה מקובל על חלק ממתנגדיו העקרוניים של עונש המוות, ועל כמה מהסיבות לכך עמד שר המשפטים דאז רוזן כשנימק את אי-ביטול עונש זה בהצעת החוק לביטול עונש המוות<sup>241</sup>.

### 4. חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו 1955-

סעיף 43 לחוק זה קובע שמונה עבירות שדינן מוות אם ורק אם נעברה העבירה בתקופת לחימה. רוב המעשים המפורטים בסעיף הם מעשי בגידה, ובכך דמיון רב לסעיפי חוק העונשין שעמדנו עליהם לעיל. כן יש לציין את סעיף 197 לחוק השיפוט הצבאי, הקובע בית-דין מיוחד לצורך הדיון בעבירות שעונשן מיתה. אולם ברצוני להסתייג מאוד מהאפשרות שסעיף 43 הנ"ל ישמש להטלת עונש מוות על חייל שלא ביצע מעשה בגידה אלא מעשה המעיד על פחדנות גרידא. אפשרות כזו קיימת בעיקר בסעיף 43(1) ("באופן מחפיר, מסר לאויב מקום שהגנתו הופקדה בידו או נטשו נוכח האויב"). דעתי היא שאת המוטיבציה להילחם אין להשיג על-ידי איום בעונש המוות. יתרה מזו, סבורני שעונש המוות הוא מעל ומעבר לגמולו של החייל הפחדן.

### 5. תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945

#### (א) כללי

שריד מנדטורי זה עדיין קיים במשפטנו, וחבל שאינו מוחלף בחקיקה מודרנית יותר.

241 ראו ד"כ 6 (תש"י) 2034: "הרוצח מקפח נפש אחת, ואילו הבוגד מתנקש בדם האומה כולה... השפעתו של גורם ההפחדה רבה יותר על הבוגד מאשר על הרוצח... כאן חובת המדינה להגן על הכלל, להגן על עצמה, שקולה כנגד חובתה להגן על הפרט מפני טעות אפשרית במשפטו... אנו נמצאים עדיין במצב חירום ומוקפים אויבים ואיננו יודעים מה ילד יום. אין השעה כשרה עדיין לביטול עונש, שאולי עשוי לשמש מכשיר בידי בית-המשפט להגנת המדינה ולבטחונה".

בעבר היה קבוע עונש מיתה בתקנות 58, 59 ו-60, אך שתיים מהן בוטלו. כיום קיים עונש המוות בתקנה 58, המגדירה ארבע קבוצות מעשים שזה עונשם. ביקורתי העיקרית על ניסוחה הארכאי של תקנה זו הוא שניתן להטיל על-פיה עונש מוות גם על מי שכלל לא רצח<sup>242</sup>. נוסף על כך היא יוצרת מצב אבסורדי שניתן להטיל בו עונש מוות רק על רצח שבוצע תוך שימוש בנשק חם<sup>243</sup>.

### (ב) אופן הדיון

תקנות ההגנה הן סעיפי החוק העיקריים שעל-פיהם נשפטים מחבלים. בשטחים המוחזקים מתבססים גם על סעיף 51(א) לצו בדבר הוראות ביטחון, תש"ל-1970, הדן בגרימת מוות בכוונה. בצו זה כמה מגבלות על הטלת עונש מוות: נדרש שבהרכב בית-המשפט ישבו לפחות שני שופטים שהם קצינים בעלי הכשרה משפטית; נדרשת החלטה פה אחד; אין מקבלים הודאה באשמה אלא על התובע להוכיחה ולא ניתן לגזור מוות על נאשם שבעת ביצוע העבירה היה בן פחות מ-18 שנים<sup>244</sup>. לאחר גזר-הדין קיים הליך אוטומטי של ערעור ואחריו קיים הליך אוטומטי של עיון בעונש – ללא צורך בבקשת חנינה<sup>245</sup>. עמדתה העקבית של התביעה הצבאית במשפטים אלו היא אי-דרישה של הטלת עונש המוות.

### (ג) עמדת התביעה הצבאית – החלטות הממשלה

ביום 29 באוקטובר 1967 החליטה ממשלת ישראל כך: "מחליטים: עד לקבלת החלטה חדשה להורות ליועץ המשפטי לממשלה ולפרקליט הצבאי הראשי כי הפרקליטים

242 סעיף 58 קובע עונש מוות על שורה של עבירות, לרבות נשיאת נשק או תחמושת, ואף על חברות ב"קבוצה או חבר של בני אדם, שחבר אחד או יותר מהם עברו, בזמן היותם חברים לקבוצה או לחבר או עוברים על התקנות האלה". הטלת עונש מוות בגין עבירות אלה תהווה הפרה של סעיף 2(6) לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, המגביל את עונש המוות ל"פשעים החמורים ביותר" –ראו המקורות הנזכרים בעמ' 197-198 למאמרו של סבה הנ"ל בה"ש 22.

243 ב-18.2.1992, בעקבות רצח חיילים במאהל טירונים בנשק קר (קילשון וכד'), הועלתה בכנסת הצעה לתיקון החוק – ונדחתה.

244 ראו גם עופר בן חיים, "עונש המוות בפסיקת בתי-המשפט הצבאיים בישראל ובאיזורים המוחזקים", משפט וצבא 10 (תשמ"ט) 35, 41.

245 על-פי סעיף 47 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, גזר-דין של בית-משפט צבאי טעון "קיום" בידי הרמטכ"ל ועל-פי סעיף 55 הרמטכ"ל רשאי לשנותו בהמשך. כפי שמציין סבה בעמ' 198 למאמרו הנ"ל בה"ש 22, בכך מקוימת (ואף למעלה מזה) דרישת סעיף 4(6) לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, הקובע שלכל נידון למוות הזכות לבקש חנינה או הקלה בעונש.

והתובעים הצבאיים המופיעים בבתי-המשפט ובבתי-דין צבאיים יודיעו בקשר לגור הדין שאינם דורשים הטלת עונש מוות על הנידונים<sup>246</sup>. ביום 4 באוגוסט 1974 קיבלה הממשלה החלטה חדשה החוזרת על הקודמת, אך מוסיפה לה תוספת חשובה: "הממשלה תראה את עצמה חפשית לחזור ולדון בכל עת בשאלת יישומה של ההחלטה הנ"ל למקרה קונקרטי". בכך לא תמה השתלשלות הדברים. בתאריך 22 בפברואר 1976 קיבלה הממשלה החלטה, ולפיה: "מחליטים: ... להסמיך את הוועדה שנתמנתה על-ידי ראש-הממשלה על-פי החלטה 362 מיום ה-17 במארס 1974 להחליט בסמכות הממשלה, שיותר לתובע הצבאי לבקש הטלת עונש מוות על-ידי בית-המשפט הצבאי". על חוקיות החלטה זו נמתחה ביקורת, שכן דובר בוועדה סודית, שאפילו חברי הממשלה לא ידעו את הרכבה<sup>247</sup>. בהחלטת הממשלה בנושא משנת 1979 ניתנה יד חופשית לתביעה הצבאית לדרוש עונש מוות למחבלים שביצעו מעשיהם באכזריות מיוחדת, בתנאי שתינתן הסכמת היועץ המשפטי לממשלה והדבר יתואם עם גורמים מדיניים<sup>248</sup>. מאז החלטה זו טרם דרשה התביעה הצבאית הטלת עונש מוות<sup>249</sup>. בשנת 1985 סוכם בין שר המשפטים, שר הביטחון והיועץ המשפטי לממשלה שהתביעה הצבאית תוכל לנהוג לפי שיקול דעתה העצמאי<sup>250</sup>. שר המשפטים לשעבר משה ניסים הביע הדעה שהפרקליט הצבאי הראשי איננו רוצה לקחת על עצמו אחריות לנקיטת צעד כזה. מכאן הצעתו לתת לו גיבוי מדיני<sup>251</sup>. נוכח מצב זה יזמו כמה חברי-כנסת, כפעם בפעם, קביעה ספציפית בחוק של עונש מוות למחבלים שרצחו<sup>252</sup>. עד היום לא השתנה מצב זה.

#### (ד) פסיקת בתי-המשפט הצבאיים

- 246 ראו דברי ראש-הממשלה לשעבר מנחם בגין בד"כ 85 (תשל"ט) 2510 ואילך (ישיבה רי"ט, 9.5.1979) וכן כתבה ב"מעריב" מיום 4.5.1979.
- 247 ראו דברי ראש-הממשלה לשעבר מנחם בגין, שם, עמ' 2511.
- 248 כתבה ב"מעריב" מיום 9.8.1987.
- 249 בן חיים בה"ש 64 של מאמרו הנ"ל בה"ש 244 מדייק: "להוציא מקרים ספורים בהם תובעים צבאיים, בניגוד להנחיות שקיבלו, עתרו במרומז להטלת עונש מוות".
- 250 סקירתו של זאב סגל ב"דיעות אחרונות", 2.11.1988.
- 251 ריאיון עמו ב"הארץ" מיום 18.10.1985.
- 252 למשל, יוזמת השר משה ארנס, "הארץ" מיום 10.9.1985.

במספר קטן<sup>253</sup> של מקרים נגזר בכל זאת עונש מוות בבית-המשפט הצבאי, אך מעולם לא בוצע: בחלק מהמקרים נהפך פסק-הדין בערעור, ובחלקם ניתנה חנינה. מעניינים במיוחד הם המקרים שבהם בית-המשפט הצבאי בערכאה הראשונה גזר עונש מוות (או שרק חלק משופטיו צידדו בהטלתו) אף שהתביעה הצבאית לא דרשה עונש זה. במקרים רבים מתחו השופטים ביקורת חריפה על הימנעות התביעה הצבאית מלדרוש עונש מוות, כקבוע בחוק. במקרים אחדים קבעו השופטים כי אם במקרה כה חמור אין דורשים עונש מוות, זוהי התעלמות גמורה מקיומו בספר החוקים<sup>254</sup>.

### (ה) תיקון החקיקה?

אסיים דווקא בנקודה "טקטית"<sup>255</sup>. המצב המשפטי בישראל ביחס לעבירות טרור רחוק מלהיות מושלם. כפי שנוכחנו, ניסוחן של תקנות ההגנה (שעת חרום) 1945 לקוי מאוד, וכך צמוד עונש המוות גם לעבירות שאינן רצח. כמו כן הפרוצדורה המיוחדת לעבירות שדינן מוות הקבועה בחוק לצמצום האפשרות הנוראית של טעות דלה למדי. לכאורה היה על מתנגדי עונש המוות לתקוף מצב משפטי זה ולפעול לשינויו, אולם, כאמור, מהווה ישראל abolitionist de facto (מבטלת למעשה) של עונש המוות, ודווקא תיקון המצב המשפטי בתחום זה עשוי להעניק לעונש זה מעמד שכרגע אין לו, ולהוות איתות לרשות התובעת ולרשות השופטת בדבר יקיצת העונש הרדום. לכן, פרדוקסלית-לכאורה, עדיף למתנגדי עונש המוות שלא להעיר שדים מרבים.

253 בן חיים (לעיל ה"ש 244) מונה בסקירתו שלושה מקרים לפני 1967, חמישה מאז 1967 ועד פרסום מאמרו בתשמ"ט, ושלושה נוספים שלגביהם לא איתר מסמכים אלא אך דיווחים בעיתונות. הנתונים המובאים להלן בתת-פרק זה ללא הפניה אחרת הם על-פי סקירתו הנ"ל של בן חיים.

254 בעניין זה מעניינים דבריו של בית-המשפט המחוזי בירושלים בעניין דמיאניוק, אם כי נסבו על עונש המוות הקבוע בסעיפים 1 לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, תש"י1950-, 3001- (ב) לחוק העונשין, תשל"ז1977-: "...אבל כל עוד קיים העונש בספר החוקים, מצווה בית-המשפט – בלא קשר להשקפות האישיות של השופטים על עונש המוות – לתת לו קיום במקרה המתאים" (עמ' 371 לפסק-הדין הנ"ל בה"ש 161). בן חיים במאמרו הנ"ל בה"ש 244 מותח ביקורת על כך שביט-המשפט הצבאי אינו מפעיל שיקול-דעת עצמאי באשר לעונש, אלא מכפיף עצמו לעמדת התביעה ונגזר באופן אוטומטי מאסר עולם ולא עונש מוות (שם, בעמ' 65-67). עם זאת, מכיוון שכפי שנוכחנו לעיל, מאחורי עמדת התביעה עומדת עמדת הממשלה, ולאור השיקולים כבדי המשקל העומדים מאחורי עמדת הממשלה ושאליהם נתייחס בחלקו הבא של המאמר, נראה שעמדת בית-המשפט הצבאי היא סבירה.

255 שעליה עמד פרופ' קרמניצר ברשימותיו מקונגרס סרקוסה (1987) הנ"ל בה"ש 150.

#### ד. עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור

##### 1. כללי

כאמור, בחרתי להתעמק בסוגיה זו משתי סיבות עיקריות: האחת – האינטואיציה שלי (ולמעשה – גם של רבים אחרים), ולפיה זהו מקרה מיוחד, העשוי להצדיק עונש מוות גם בעיני המתנגדים עקרונית לשימוש בעונש זה. הסיבה השנייה להתמקדותי היא אקטואליות הנושא במדינת ישראל כיום נוכח פגיעתו הרעה של הטרור והדרישה הציבורית להטיל עונש מוות על מחבלים שרצחו.

כפי שכבר ציינתי, לא אדון בעונש מוות בגין מעשה שאינו רצח, שכן לדעתי יהיה זה מעל ומעבר לגמולו של העבריין. גם כשמדובר במי שמשתייך לארגון טרור, עדיין יש לבחון היטב את חומרת מעשהו ואת דרגת אשמתו ולהימנע מלהטיל עליו עונש העולה על גמולו, כפי שעשה לאחרונה המחוקק האמריקני הפדרלי ב־ Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996.<sup>256</sup>

הגדרתי את הנושא כמתייחס ל"רצח בפעולת טרור" ולא ל"רצח המבוצע על ידי טרוריסט", שכן גם טרוריסט עלול לרצוח שלא במסגרת פעילות טרוריסטית, ובמקרה כזה לא מתאפיין מעשהו במטרה המיוחדת האופינית לרצח בפעולת טרור. כפי שעולה מדבריי האחרונים, מהווה התייחסות מיוחדת לרצח בפעולת טרור חריג לכלל של המשפט הפלילי, שלפיו יש להתמקד בבחירתו של העבריין לפגוע בערך החברתי המוגן על ידי איסור העבירה, ולא במניעיו או במטרותיו (בהבדל מכוונתו)<sup>257</sup>. בהמשך אבחן אם יש מקום לחריג זה.

256 בחוק זה, המהווה תיקון ל-United States Code, אשר תוקן בעקבות פיצוץ הבניין הפדרלי באוקלהומה ב-1995, שבו מצאו את מותם 168 בני־אדם, נקבעו הוראות המאפשרות, בין היתר, גם גזירת דין מוות בגין המתה הנגרמת (אפילו ברשלנות בלבד!) מעבירות קלות יחסית (לרבות הריסת מבנה) הקבועות באותו דבר חקיקה – ראו, למשל, סעיף 702 לחוק המתקן המוסיף את סעיף 2332b לחוק העיקרי. בדומה מביא סעיף 708 לחוק המתקן לכך שסעיף 844 לחוק העיקרי (המתוקן) מאפשר כיום לגזור עונש מוות על עבריין המפוצץ בניין ממשלתי, מתוך אמונה שהוא ריק מאדם ובכוונה לגרום נזק לרכוש בלבד, וגורם בטעות למותו של אדם.

257 להבחנה בין המונחים "מניע", "מטרה" ו"כוונה" ראו מאמרי "היהפכו המטרות למניעים? ומה צפוי להלכת הצפיות? (עוד על 'בכוונה לפגוע' כסימן ייחוד של עבירת לשון־הרע ועל פרשנות המשפט הפלילי)" **משפטים** יח (תשמ"ח) 337, עמ' 339 ואילך וכן מאמרי "להטוטנות פרשנית בפלילים? ומיתת נשיקה לכלל הפרשנות המצמצמת? (עוד על 'בכוונה לפגוע' בעבירת לשון הרע)" **משפטים** כט (תשנ"ט) 723.

בטרם אפנה לרון בטיעונים השונים בעד ונגד עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור, עליי לעמוד על המאפיינים המיוחדים של רצח זה. מאפייין בולט הוא האופי הא-פרסונלי של הרצח: היעדר כל זיקה בין הרוצח לבין הקרבן, מקריות הבחירה של הקרבן ועקב כך היעדר תרומה כלשהי של הקרבן לרציחתו. הרצח הטרוריסטי הוא בעל אפקט מחריד במיוחד מבחינת כלל הציבור, שכן כל אחד מהמשתייכים אליו (או לפחות אל קטגוריית השיוך של הקרבן מקום שהיא רלוונטית בעיני הטרוריסט, כגון דת ולאום) היה עלול להיות קרבן ועלול להיות כזה בעתיד, ואין כמעט דבר שהוא יכול לעשות כדי למנוע זאת. הרצח הטרוריסטי מהווה גם שימוש חמור וקיצוני בחיי אדם כאמצעי להשגת מטרה. רצח מסוג זה הוא התקפה על כלל ועצם החיים החברתיים<sup>258</sup>.

כדי להבחין בין ענישת רצח "רגיל" לבין ענישת הרצח הטרוריסטי, יש כמובן להגדיר את הרצח הטרוריסטי. פופולרית הטענה שקשה מאוד לעשות זאת, שכן מה שנתפס על-ידי א' כפעולת טרור, נתפס על-ידי ב' כמלחמת חופש. לדעתי, אין קושי מיוחד בהגדרת הרצח הטרוריסטי, ודאי לא יותר מהקושי בהגדרת עבירות פליליות אחרות. Thornton מציע את ההגדרה הבאה לטרור<sup>259</sup>:

"A symbolic act designed to influence political behavior by extranormal means, entailing the use or threat of violence".

דינשטיין משתמש בהגדרה שנוסחה באמנה שנערכה בג'נבה עוד בשנת 1937<sup>260</sup>:

"It defines the expression 'act of terrorism' to mean a criminal act directed against a state and intended to create a state of terror in the minds of particular persons, a group of persons or the general public".

הגדרה מוצלחת יותר (לטעמי) התקבלה בכנס הראשון של "מכון יונתן" (1979):

"הטרור הוא התקפה שיטתית ומכוונת על חפים מפשע, שנועדה להטיל פחד לשם השגת מטרות מדיניות".

258 כך, למשל, נכתב בספר שערך נתניהו: "בנקודה זו נפרד הטרוריסט מעל המין האנושי. הוא מכריז מלחמה טוטאלית על החברה, שעליה הוא קורא תיגר. בעיניו כל אדם הוא מטרה לגיטימית. תינוק הוא טרף כשר; הרי בסופו של דבר ייתכן, שיגדל ויהיה חייל. הוא הדין לגבי אימו של התינוק; היא עלולה ללדת את ה"חייל" שלעתיד לבוא; הטרוריסט לא יחוס על איש: תינוק כזקן, גבר כאישה, אזרח כמנהיג" (הטרור – כיצד יוכל המערב לנצח (ב' נתניהו עורך, ספרית מעריב, 1987) עמ' 28).

259 T. P. Thornton "Terrorism and the Death Penalty" (המאמר מופיע בעמ' 181 לספרו של Bedau הנ"ל בה"ש 5; ההגדרה לקוחה מעמ' 182).

260 Y. Dinstein "International Criminal Law" 20 *Isr. L. Rev.* (1985) 206, 220-221

המילה "מכוונת" נועדה להבחין בין קרבנותיו של הטרור לבין אזרחים הנהרגים במקרה במלחמה<sup>261</sup>.

כך או אחרת, באיזו הגדרה שלא נבחר, יש כמובן לסייגה למעשי רצח בלבד, מהסיבה הגמולית שעמדת עליה לעיל. כלומר, יש לשלב הגדרה של "מעשה טרור" בהגדרת עבירת הרצח. דומני שהדרך לעשות זאת היא הוספת מטרה מיוחדת של "הטלת פחד לשם השגת מטרות מדיניות" להגדרת הרצח.

ועתה – לטיעונים בעד ונגד עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור. ראשית, יש להדגיש שכל הטיעונים הכלליים בעד ונגד עונש המוות – הן הגמוליים והן התוצאתיים – חלים גם על הסוגיה שלפנינו. אולם עוצמתם משתנה בהתאם למאפייניו המיוחדים של הרצח הטרוריסטי. כמו כן מיתוסים אליהם טיעונים אחרים. להלן אעמוד אך ורק על הטיעונים האחרים – המיוחדים לסוגיה שלפנינו – ועל אותם טיעונים כלליים אשר עוצמתם בסוגיה שלנו שונה מאוד מעוצמתם במסגרת הדיון הכללי בעד ונגד עונש המוות. אשר לטיעונים מן הסוג האחרון – יש לקראם בצמוד ובהמשך ישיר לנאמר לעיל על טיעונים אלה בדיון הכללי. התמקדותי תהיה בטיעונים המתאימים במיוחד למציאות הישראלית. ככלל, אציין כבר עתה כי בשאלה הגמולית מצאתי הסכמה רחבה כי עונש המוות הוא אכן גמולו של הטרוריסט הרוצח. רבים מהמעידים על עצמם כמתנגדים עקרונית לעונש המוות תומכים בו לגבי הרצח הטרוריסטי, או לפחות מסכימים שזהו גמולו של הטרוריסט הרוצח<sup>262</sup>. לפיכך עיקר הדיון יתמקד בטיעונים התוצאתיים בעד ונגד עונש המוות, ובעיקר בתועלתיים שבהם.

## 2. טיעונים גמוליים בעד ונגד עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור

### (א) עונש מוות הוא גמולו של מבצע הרצח הטרוריסטי

ראשית, מופנים הקוראים לאמור לעיל בדיון הכללי בטיעון הגמולי<sup>263</sup>. כל האמור שם חל גם על הסוגיה שלפנינו, עם חיזוק נוסף הנובע מהתפיסה שלפיה מעשה הטרוריסט הרוצח חמור ממעשה הרוצח ה"רגיל", ולפיכך גמולו גבוה עוד יותר. הרצח הטרוריסטי

261 עמ' 27 לספר הנ"ל בה"ש 258. הגדרה אחרת, שאינני מציע ללמוד ממנה לענייננו, מצויה בסעיף 1 לפקודת מניעת טרור, תש"ח-1948 (ע"ר תש"ח, תוס' א', עמ' 73): "ארגון טרוריסטי" פירושו חבר אנשים המשתמש בפעולותיו במעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או באימים במעשי אלימות כאלה". הגדרה זו היא רחבה מאוד ומדי, וכוללת גם, למשל, חבורה של שודדים.

262 ראו, למשל, מאמרו של פרופ' אמנון רובינשטיין, "הארץ" 31.5.1987.

263 ראו פרק 4/א).



מהווה שימוש חמור וקיצוני בחיי אדם להשגת המטרה ומצביע על יחס אנטי-חברתי קיצוני ביותר של העושה כלפי ערך חיי האדם.

מאפייניו המיוחדים של הרצח הטרוריסטי הביאו את הרוב המכריע של הכותבים בנושא למסקנה שעונש המוות הוא הגמול הצודק. תחושה זו היא כה חזקה עד כי השופט בזק לא דן כלל בספרו העוסק בענישה הפלילית בשיקול הגמולי בשאלת עונש המוות בגין רצח טרוריסטי, אלא קובע<sup>264</sup>: "השאלה איננה איפוא שאלה מוסרית, שכן מבחינה זו התשובה ברורה לחלוטין" (מהקשר דבריו עולה שכוונתו לכך שהשאלה אינה גמולית, שכן היא לדעתו תועלתית, והרי גם התורה התועלתית תורת מוסר היא). פרופ' ישראל אלדד הביע הדעה שמבחינה מוסרית-גמולית עונש המוות הוא העונש הראוי לטרוריסט הרוצח, ושבמקרה זה השיקול הגמולי הוא כה חזק עד כי גם אם אין עונש זה מרתיע, יש בכל זאת להפעילו<sup>265</sup>. כן הובעה הדעה כי עונש המוות הוא אף פחות מגמולו של הרוצח הטרוריסטי, שכן "נקמת דם של ילד קטן עוד לא ברא השטן", אך יש לקיים לפחות עונש זה<sup>266</sup>.

פרופ' אמנון רובינשטיין, המעיד על עצמו שהוא מתנגד עקרונית לעונש המוות, מסביר במאמרו מדוע לגבי הרצח הטרוריסטי הוא דווקא בעד עונש זה<sup>267</sup>. במאמר זה הוא עומד על כמה בעיות ייחודיות לישראל, שמהן זו הנוגעת ישירות לשיקול הגמולי נושא דיונו היא ש"מעשי הברוטליות שמבצעים רוצחים גזעניים הגיעו לדרגה כזו של חייטיות, שאין לה שום דומה ושום תקדים בפעולותיהן של קבוצות טרוריסטיות אחרות – כולל הגרועות שבהן...". מסכים אני כי הגמול בגין רצח טרוריסטי הוא אכן עונש המוות, אך לא עם ההנמקה המבוססת על ברוטליות וחייטיות מעשי המחבלים הרוצחים. שהרי, ייתכן בהחלט שרצח לא-טרוריסטי יבוצע בברוטליות ובחייטיות גדולות, וייתכן אף שרצח טרוריסטי יבוצע שלא בברוטליות ובחייטיות. כך שההבחנה אינה נובעת מעוצמתן של הברוטליות והחייטיות, אלא, כאמור, מהמטרה המיוחדת לרצח הטרוריסטי.

264 עמ' 102 לספרו הנ"ל בה"ש 1.

265 ריאיון עמו ב"הצופה" מיום 31.5.1974.

266 מאמרו של דיסנצ'יק ב"מעריב" מיום 26.7.1985 והשוו עם הציטוט מפסק-הדין בעניין אייכמן אשר בטקסט המפנה לה"ש 236 דלעיל.

267 ראו מאמרו "על עונש המוות" שפורסם ב"הארץ" מיום 31.5.1987. במאמר זה עמד פרופ' רובינשטיין על תמיכתם של אישים נוספים בעונש מוות לטרוריסטים רוצחים; אישים שהוא רואה בהם ליברלים: פרופ' רייכמן, פרופ' פרידמן וזאב שיף.

כאמור, גם מתנגדים לעונש המוות נוטים לתמוך בו כשהוא מסויג לרצח הטרוריסטי, בהתבסס על השיקול הגמולי. יתרה מזו, גם המתנגדים אצלנו לעונש מוות לטרוריסטים מסכימים בדרך כלל לכך שמבחינה גמולית מתאים עונש המוות לרצח הטרוריסטי<sup>268</sup>. מנגד טוענים המתנגדים לעונש המוות גם במקרה של הרצח הטרוריסטי, כי אין רצח זה מיוחד באופן המצדיק ענישה שונה שלו (בהשוואה לרציחות אחרות). כך הביע השופט חיים כהן הדעה כי "כל פשע שונה מרעהו, ואפשר גם לומר, שיותר גרוע להרוג אדם מתוך קנאה או תאוות בצע מאשר מתוך מניע אידיאליסטי"<sup>269</sup>. ברוח דומה התייחס חבר-הכנסת שריד להחלטת הממשלה משנת 1979, המאפשרת לתובעים הצבאיים לדרוש עונש מוות במקרים של מעשי רצח אכזריים במיוחד, באמרו: "האכזריות היא מן הדברים שאין להם שיעור. ייאמר להם כי כל מעשה רצח בכוונה תחילה, בלי יוצא מן הכלל, הוא אכזרי מאין כמוהו"<sup>270</sup>.

כותבים אחדים עמדו על הדמיון שבין מעשהו של הטרוריסט הרוצח לבין הפשע של השמדת עם בכלל ופשעי הנאצים בפרט<sup>271</sup>. אף שלדעתי רחוקה השוואה זו מלהיות מדויקת, בכל זאת ייתכן כי ניתן ללמוד ממנה שיש מקום להבחין בין סוגים שונים של רצח, בהתאם למטרות שהוא נועד להשיג. כותבים אחרים עמדו על חוסר העקביות שבין מדיניות ממשלת ישראל בדבר המתת הטרוריסטים בבסיסהם, לבין אי-ענישתם בעונש מיתה לאחר שכבר רצחו ונתפסו<sup>272</sup>. אמנם אין להשוות בין לחימה בשטח לבין ענישה

268 נוסף על המקורות שהוזכרו לעיל בפרק זה, ראו, למשל, רשימתו של רוזנבלום ב"דיעות אחרונות" מיום 2.8.1985.

269 בריאיון עמו שפורסם ב"הארץ" מיום 30.12.1983.

270 ד"כ 85 (תשל"ט) 2513. ברם תיתכן בהחלט המתה בכוונה תחילה בנסיבות מיוחדות, שבהן אין היא החמורה שבהמתות נוכח מטרה חיובית: המתת חסד, המתת אדם על-פי בקשתו, הגנה עצמית תוך חריגה מהתנאים הקבועים לה בחוק.

271 למשל, דברי יצחק טוניק ודברי ע. הלל ב"מעריב" מיום 26.4.1979. אהרן פאפו הביע הדעה כי "יש הבדל גדול וברור בין רוצחים 'פרטיים', שהם עבריינים בתוך החברה, הפושעים כלפי פרט זה או אחר מתוך מניעים אישיים, לבין רוצחים 'אידיאולוגיים' של יהודים ויהדות – כגון הנאצים בדור שעבר, והמחבלים בדורנו" (רשימתו "בזכות עונש המוות" ב"מעריב" מיום 4.1.1984 וכן רשימתו "ענישה ההולמת חובה מוסרית" ב"מעריב" מיום 29.4.1979). וראו ה"ש 237 דלעיל בדבר האפשרות שהועלתה להשתמש בחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, תש"ל-1950- לענישת טרוריסטים.

272 למשל, דברי יצחק שלו ב"מעריב" מיום 26.4.1979 ודברי חברת-הכנסת גאולה כהן ב"הארץ" מיום 30.12.1983. ברשימתו "מוות כן, פס"ד מוות – לא?" שפורסמה ב"דיעות אחרונות" מיום 11.8.1985 כתב חברת-הכנסת רחבעם זאבי, בהתייחסו להפצצות – המוצדקות לדעתו – של בסיסי המחבלים בלבנון, כך: "איפה הצדק ואיפה ההגיון? מי שרק התגייס לארגון המחבלים, מי שרק ביקר במפקדה או בבסיס, מי שגר בשכונת לבסיס המחבלים – דינו מוות! אבל מי שכבר עשה את

על ידי בית-המשפט, ובכך חולשתו של הטיעון האחרון, אולם ייתכן שניתן ללמוד משהו מהלגיטימיות של הריגת המחבלים אפילו לפני שרצחו – בבסיסהם – על גמולם הצודק של מבצעי רצח טרוריסטי.

### **(ב) דעת הקהל כמשקפת את תפיסת החברה באשר לגמולו של מבצע הרצח הטרוריסטי**

הקוראים מופנים לדיון הכללי לעיל בנושא זה<sup>273</sup>. אציין רק כי לגבי עונש המוות למבצע הרצח הטרוריסטי קיימת בציבור תמיכה רחבה יותר (בשיעור כפול) מן התמיכה הנמוכה יחסית הקיימת לגבי הרוצח ה"רגיל"<sup>274</sup>. למעשה, ההקשר היחיד שבו מועלית כפעם בפעם במקומותינו הדרישה לגזירת עונש המוות, הוא הרצח הטרוריסטי. כאמור, לגבי התפיסה כי עונש המוות הוא אמנם גמולו של מבצע הרצח הטרוריסטי, מצאתי הסכמה רחבה גם בקרב אנשי רוח, אקדמאים ופוליטיקאים שהתבטאו בנושא.

### **(ג) ההלכה היהודית ועונש המוות בגין הרצח הטרוריסטי**

היו שטענו כי הקשיים הרבים שמערימה ההלכה על הטלת עונש מוות, שעליהם עמדנו לעיל, נוגעים לרוצח ה"רגיל" ואינם תופסים לגבי הרוצח הטרוריסט – שלו דין של "רודף" שיש להרגו<sup>275</sup>.

## **3. טיעונים תוצאתיים בעד עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור**

### **(א) בלתי אפשרי לקיים עונש של מאסר עולם לטרוריסט במדינת ישראל**

זהו טיעון כללי, המזין את כל יתר הטיעונים התוצאתיים בעד עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור, ומחזקם בהשוואה לטיעונים התוצאתיים בעד עונש המוות בכלל, שעליהם עמדנו לעיל. הטיעון הוא שכפעם בפעם מצליחים ויצליחו המחבלים לחטוף

הגרוע מכל – הרג, רצח, מיקש, ירה, שחט ודקר אזרחים יהודים – אסור לתבוע מבית-המשפט שימצה איתו את הדין? אסור לתבוע שיידון למיתה?!". בעת כתיבת מאמרי זה (2001) מדובר בשיח הציבורי ב"מדיניות החיסולים".

273 ראו פרק ב(1)/4(1) דלעיל.

274 69% מול 34% – ראו הנתונים המלאים המובאים לעיל בה"ש 114.

275 ראו פרק ב(1)/4(1) דלעיל וראו רשימתו של פרופ' שאקי ב"חד וחלק" מיום 5.2.1969 ועמדתו של הרב נתן צבי פרידמן המובאת במאמרו של מנחם ברש ב"דיעות אחרונות" מאוגוסט 1971 (כ"ב אב תשל"א).

ישראלים או לפחות יהודים, וכי לממשלת ישראל לא תהיה בררה אלא לשחרר מחבלים שפוטים במסגרת של עסקת חליפין. טיעון זה צבר תנופה רבה בעקבות "עסקת ג'יבריל", שנערכה ב-20 במאי 1985, ושכמסגרתה שחררה ישראל 1,150 מחבלים, חלקם רוצחים שהיו שפוטים למאסר עולם, בתמורה לשחרור 3 שבויי מלחמה ישראלים. שחרור מחבלים בתחום ארץ-ישראל – כפי שנעשה בעסקה זו – מהווה פגיעה חמורה במלחמה בטרור. שנה לאחר העסקה דווח בעיתונות כי "הרחוב הערבי חולק כבוד רב למחבלים המשוחררים והם נחשבים לאורחי כבוד באירועים ציבוריים. הם נהפכו בלי להתאמץ לדוגמה לצעירים ערבים רבים ביהודה ושומרון"<sup>276</sup>. גם כשמשוחררים המחבלים מחוץ לגבולות ארץ-ישראל, עדיין נוגס שחרורם נגיסה רצינית בעונשי מאסר העולם הנגזרים במדינה על מחבלים שרצחו.

כפי שמציין פרופ' אמנון רובינשטיין, "בישראל לא קיים בפועל עונש של מאסר-עולם כתחליף לעונש-מוות... משום שבפועל נאלצת ישראל להחליף רוצחים... בעסקות-חליפין..."<sup>277</sup>. נימוק זה הביא אישים רבים כרובינשטיין, קולק ואחרים<sup>278</sup> לצדד בעונש המוות למחבלים שרצחו. חיים צדוק הביע הדעה כי "הרצון למנוע מעצמנו אפשרות של שחרור רוצחים אינו נימוק להנהגת עונש מוות"<sup>279</sup>. זוהי הצגה לא מדויקת של טיעון מצדדי עונש המוות למחבלים רוצחים, שכן אין חולק שאין די בחוסר האפשרות לבצע מאסר עולם; אלא הטיעון המלא של המצדדים מתבסס על כך שעונש המוות הוא גמולו של המחבל הרוצח, וכי השיקול התוצאתי של חוסר האפשרות לקיים מאסר עולם מוביל לכך שגם מבחינה תועלתית יהיה זה מוצדק להטיל עליו עונש כגמולו.

כותבים אחדים הביעו הדעה שניתן וצריך לשקם את עונש מאסר העולם, כך שתהיה אלטרנטיבה רצינית (ועדיפה – לדעתם) לעונש המוות. כך כתב פרופ' ראובן ירון, בהתייחסו לדבריו הנ"ל של פרופ' רובינשטיין, כי אין להניח כי עסקות החליפין ייערכו גם בעתיד, אלא יש לחדול מעסקות אלה, ו"כך ישוקם עונש מאסר העולם"<sup>280</sup>. היו שהציעו אף חיזוק מדיניות כזו בחקיקה מתאימה, ולפיה לא יהיה ניתן לשחרר רוצחים שפוטים<sup>281</sup>.

276 כתבה ב"מעריב" מיום 9.5.1986.

277 במאמרו הנ"ל בה"ש 267.

278 למשל, ה"ש 267 דלעיל; דברי ראש-עיריית ירושלים לשעבר טדי קולק ב"ידיעות אחרונות" מיום 13.10.1987 ורשימתו של יוסף לפיד ב"מעריב" מיום 21.12.1984.

279 ברשימתו "גרדומים ותועלת" ב"דבר" מיום 5.6.1987.

280 רשימתו של ירון "נגד עונש מוות" ב"הארץ" מיום 10.1.1987. וראו, למשל, מאמרו של אברהם פכטר ב"חדשות" מיום 15.10.1985.

281 למשל, רשימתו של צדוק הנ"ל בה"ש 279.

**(ב) הרתעה**

ראשית, מופנים הקוראים לדיון הכללי בטיעון ההרתעה שמהווה עונש המוות<sup>282</sup>. גם בסוגיה שלפנינו – שאלת השפעתו המרתיעה העודפת של עונש המוות על הטרוריסטים בהשוואה לעונש מאסר העולם – נחלקות הדעות. כוח רב שואב טיעון ההרתעה בסוגיה שלפנינו מן הטיעון הקודם שדנו בו – ולפיו אין אפשרות לקיים עונש מאסר עולם לטרוריסט במדינת ישראל.

חלק ממתנגדי עונש המוות – גם לגבי טרוריסטים שרצחו – טוענים כי ההרתעה פועלת על טרוריסטים פחות מאשר על פושעים אחרים. כך, נטען שהאיום בעונש המוות לא ירתיע טרוריסטים הנלחמים בצורה טוטאלית בסדר פוליטי או חברתי<sup>283</sup>. משה דיין חיווה דעתו שהמוות לא ירתיע רבים מהטרוריסטים, שכן "הם נהרגים בהמוניהם במלחמות עם צה"ל והדבר אינו מונע מאחרים להצטרף אל שורותיהם"<sup>284</sup>. עמדות דומות הביעו גם אחרים<sup>285</sup>. אולם אחרים הביעו הדעה כי עונש המוות עשוי להרתיע את הטרוריסטים<sup>286</sup>, והבהירו כי די אם ירתיע חלק מהם<sup>287</sup>. היו שגרסו שנוכח ההחרפה של פעולות הטרור על בית-המשפט להחמיר הענישה – כמקובל במקרים של עבריינות גואה – על-ידי הטלת עונש מוות על טרוריסטים רוצחים<sup>288</sup>. לבסוף, ייתכן מאוד שהתופעה המצערת החדשה של ריבוי המחבלים המתאבדים מוליכה למסקנה שספק גדול אם ניתן להרתיע את אותם מחבלים שממילא בחרו במוות מידי. ואפילו ייתפס המחבל המתכוון להתפוצץ עם קרבנותיו ויועמד לדין, ספק אם ימצאו תומכים רבים לגזירת עונש המוות בגין ניסיון רצח שלא התממש. עם זאת, ייתכן שניתן להרתיע את אלה "המשלחים" את

282 לעיל פרק 5/ב).

283 למשל, עמ' 184 למאמרו של Thornton הנ"ל בה"ש 259.

284 על-פי הכתבה "עונש או נקם" שפורסמה במוסף "ידיעות אחרונות", שאותה מצאתי בארכיון עיתון "הארץ" ללא ציון של תאריך.

285 למשל, רשימתו של ירון הנ"ל בה"ש 280; רשימתו של צדוק הנ"ל בה"ש 279 ודברי חבר-הכנסת אבנרי בישיבה רי"ט של הכנסת מיום 9.5.1979, ד"כ 85 (תשל"ט) 2507.

286 למשל, דברי יהושע בן-ציון ב"מעריב" מיום 13.10.1987; דברי ישראל אלדד ב"הצופה" מיום 31.5.1974; דברי יוסף נדבה ב"דבר" מיום 6.1.1984 ורשימתו "דין מחבלים" ב"מעריב" מיום 23.12.1984; רשימתו של רוזנבלום ב"ידיעות אחרונות" מיום 2.8.1985 ורשימתו "הרתעה מוכחת ואמינה" של דיסנצ'יק, "מעריב" מיום 6.2.1985. כך, למשל, נכתב בספר בעריכת נתניהו: "בניגוד לדעה הרווחת, המקרים, שבהם ששים הטרוריסטים להתאבד, הם נדירים ביותר; רובם המכריע רוצה לחיות, ובעצם להימלט ללא עונש... עקרון ההרתעה פועל על הטרוריסט לא פחות משהוא פועל על כל אדם אחר" (עמ' 231, 232, 236 לספר הנ"ל בה"ש 258. יצוין כי אין הוא עוסק שם בענישה).

287 דבריו של משה ארנס המובאים בכתבתו של דן מרגלית ב"הארץ" מיום 10.9.1985.

288 רשימתו של יוסף לפיד ב"מעריב" מיום 21.12.1984.

המחבלים המתאבדים אל דרכם האחרונה, אם קיימות אפשרות חוקית ונכונות לגזור עונש מוות על "המשלחים".

### (ג) שלילת יכולת הטרוריסט הרוצח לשוב ולרוצח

ראשית, מופנים הקוראים לאמור בדיון הכללי בטיעון זה<sup>289</sup>. במסגרת הדיון הנוכחי בעונש מוות בגין רצח בפעולת טרור מתחזק טיעון זה מאוד, משתי סיבות עיקריות. האחת – הקושי לקיים מאסר עולם לטרוריסט במדינת ישראל והסיכוי הגבוה שהרוצח הטרוריסט ישוחרר בעסקת חליפין ויהווה שוב סכנה לחברה. השנייה – והמשמעותית יותר, לדעתי – היא המועדות (רצידיביזם): בעוד שלגבי רוצחים "רגילים" נטען כי רובם עשו זאת ממניעים אישיים כאלה שהסיכוי שישובו וירצחו קלוש ביותר, הרי שסביר להניח שחלק לא מבוטל מהטרוריסטים שישוחררו ישובו ויבצעו פעולות טרור – ואם יעלה בידם – גם ירצחו.

### (ד) חובת המדינה להגן על אזרחיה

מעבר לאמור בדיון הכללי בטיעון זה<sup>290</sup>, יש להוסיף נקודה המיוחדת לנושא דיוננו הנוכחי. הרצח הטרוריסטי הוא התקפה על כלל ועצם החיים החברתיים, ולכן ההתייחסות אליו כוללת יסודות של תגובה מתגוננת לאקט של מלחמה. ברוח זו אמר משה בן-זאב כי "מדינה הנאבקת על קיומה רשאית להשתמש באמצעים רבים וגם עונש מוות הוא, לדעתי, אמצעי לגיטימי"<sup>291</sup>.

אם (ורק אם) נכונה ההנחה שעונש המוות יתרום להגנה על הציבור מפני רציחות טרוריסטיות, מקבלים תוקף הדברים האלה: "תפקידו המובהק של השלטון הוא לשמור על שלום-הציבור ובמיוחד מסכנה חיצונית... הגנה זאת מתבטאת, בין השאר, בענישה ובמידות העונש... שלטון שאינו מגיב בצורה הולמת על פשעים כה נוראיים כאלה המתבצעים בעם היהודי – חוטא ליעודו כשלטון"<sup>292</sup>.

### (ה) כליאת טרוריסטים – הזמנת חטיפות של ישראלים ויהודים

289 ראו פרק 5/ג) דלעיל.

290 ראו פרק 5/ה) דלעיל.

291 ריאיון עמו ב"דבר" מיום 6.1.1984.

292 הציטוטים לקוחים מרשימתו של פאפו "ענישה ההולמת חובה מוסרית", "מעריב" מיום 29.4.1979.

דברים ברוח דומה מופיעים ברשימתו "כזכות עונש המוות", "ידיעות אחרונות" מיום 4.1.1984.

הטענה היא שהחזקת טרוריסטים רוצחים במאסר עולם מדרבנת את חבריהם לחטוף ישראלים, בפרט, ויהודים, בכלל, לצורך עסקות חליפין<sup>293</sup>. להערכתו, טיעון זה אינו חזק – שכן המחבלים ממילא חוטפים ישראלים ויהודים כל אימת שעולה הדבר בידיהם – כשם שטיעון מתנגדי עונש המוות, שעליו אעמוד בהמשך, ושלפיו הטלת גזר-דין מוות תאיץ חטיפות כאלה, חלש גם הוא. יתרה מזו, גם אם יוצאו הרוצחים הטרוריסטים להורג, עדיין יהיו בכתי הסוהר לא מעט טרוריסטים שביצעו עבירות שאינן רצח.

### (ו) הסכנה של לקיחת החוק בידיים

טיעון זה דומה לטיעון של מניעת נקמה פרטית ומעשי לינין' שעמדתי עליו לעיל ושאליו מופנים הקוראים<sup>294</sup>. בהקשר של נושא דיונונו, מלבד הסכנה הרגילה של נקמה פרטית על-ידי קרובי הקרבן, קיימות שתי סכנות נוספות: האחת – התפתחות תופעות מסוג הטרור היהודי (מה שכונה בשם הלא מוצלח "המתרת היהודית") והכהניזם<sup>295</sup>. על הבעיה השנייה – שהיא אולי חמורה עוד יותר – עמד פרופ' אמנון רובינשטיין, הרואה בה אחת משלוש הבעיות הייחודיות למדינת ישראל והמצדיקות עונש מוות לטרוריסטים רוצחים. וכך הוא כותב: "העדר כל עונש של ממש, אף לא עונש מאסר-עולם על מעשי-רצח מחרידים, עלול, חלילה, לקעקע את שלטון החוק ולהביא למצב בו הענישה מופעלת על-ידי אנשים שאינם מוסמכים, תוך כדי יצירת אקלים אנטי-משפטי מופקר. כבר ראינו ניצנים לכך בפרשת אוטובוס 300... ומי שמסתובב בארץ בעיניים פקוחות יודע כי אנו יושבים על סיר-לחץ העלול לעלות על גדותיו כל יום"<sup>296</sup>.

### (ז) אפשרות הטעות מצומצמת

מבחינת הסדר הלוגי, מקומו של הטיעון בדבר אפשרות הטעות הוא בטיעונים התוצאתיים נגד עונש המוות. ושם אמנם מיקמתי אותו בדיון הכללי דלעיל<sup>297</sup>. בהקשר שלנו בחרתי למקם הטיעון דווקא בקרב הטיעונים בעד עונש המוות בגין רצח בפעולת

293 ראו טיעון זה – בניסוחו הכללי – של C.L. Sulzberger המובא על-ידי Thornton במאמרו הנ"ל בה"ש 259.

294 ראו פרק ב(1)/5(1) שלעיל.

295 למשל, רשימותיו של דיסנצ'יק "עונש מוות עכשיו" ב"מעריב" מיום 26.7.1985 ו"הרתעה מוכחת ואמינה", "מעריב" מיום 6.2.1985 וכן דברי טדי קולק בריאיון ב"ידיעות אחרונות" מיום 13.10.1987.

296 במאמרו הנ"ל בה"ש 267.

297 ראו פרק ב(ב)/6(ב) דלעיל.

טרור. זאת, משום שישנה טענה ולפיה אפשרות הטעות אפסית היא לגבי חלק ניכר מהמחבלים הרוצחים – אלו מהם הנתפסים בשעת מעשה ("על חם")<sup>298</sup>. מכך שבהקשר של רצח בפעולת טרור משתמשים בטיעון המתבסס על אפשרות הטעות רק מצדדי עונש המוות – המצביעים על קלישות אפשרות זו – מסיק אני שגם מתנגדי עונש המוות – כולל בגין רצח בפעולת טרור – מקבלים הערכה זו (אם כי תיתכן גם מסקנה אחרת, סימפטית פחות, ולפיה אפשרות הטעות מדאיגה את מתנגדי עונש המוות פחות כשמדובר בפעולת טרור).

לסיום הדיון בנקודה זו – הבהרה והדגשה: הטיעון של אפשרות הטעות היה ונותר טיעון נגד עונש המוות – גם בסוגיה נושא דיוננו. אלא שבהקשר של רצח בפעולת טרור מתייזב מולו הטיעון שלפיו אפשרות הטעות היא מצומצמת, ופועל להחלשתו<sup>299</sup>.

298 למשל, הריאיון עם ישראל אלדד ב"הצופה" מיום 31.5.1974.

299 להחלשתו, אך לא לאיונו. כן יש ליתן את הדעת על סכנת המדרון החלקלק.



#### (ח) דעת הקהל כמשקפת את תפיסת החברה באשר לתועלת שבעונש מוות לרוצחים טרוריסטים

לא אחזור על שנאמר בדיון דלעיל בטיעון זה ברמה הכללית ושאליו מופנים הקוראים<sup>300</sup>. אציין רק כי בהקשר שלפנינו קיימים שני גורמים הפועלים לשינוי עוצמת טיעון זה: מחד גיסא, היות שבענייננו האמורים להירתע אינם נמנים עם בני החברה, ניתן ללמוד פחות מהערכת הציבור לגבי האפקט המרתיע של העונש. מאידך גיסא, דעת הקהל בענייננו תומכת בעונש המוות באופן מובהק מאוד.

#### 4. טיעונים תוצאתיים נגד עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור

##### (א) יהיה בלתי אפשרי לבצע את גזר־הדין

הטענה היא שבמדינת ישראל יהיה בלתי אפשרי לבצע גזר־דין מוות לטרוריסט שרצח, משלושה טעמים שאדון בהם בנפרד:

##### (1) ממשלת ישראל תיאלץ להחליף את הנידונים למוות בבני ערובה

הטענה היא שבפרק הזמן הארוך שבו מתנהל המשפט יחטפו המחבלים בני ערובה ישראלים או יהודים וממשלת ישראל תיאלץ לשחרר את הנידונים למוות תמורתם. טענה זו מתחזקת נוכח הנכונות שגילתה ממשלת ישראל בעבר לשחרר מחבלים – כולל רוצחים שפוטים – תמורת שבוינו, ושהגיעה לשיאה ב"עסקת ג'יבריל". על טענה זו עמדו מתנגדים רבים של עונש המוות<sup>301</sup> – כולל למחבלים רוצחים – המתארים דילמה קשה שבה תימצא ממשלת ישראל: הימנעות מביצוע גזר־הדין ובכך כניעה לסחטנות ויתור על ההרתעה, או ביצועו תוך סיכון חיי החטופים. נעשתה אף השוואה בין הצפוי לנו לבין הדרך שבה אילצו לוחמי האצ"ל את הבריטים לחדול מן ההוצאות להורג<sup>302</sup>.

300 ראו פרק 5/5(ח) דלעיל. וראו הנתונים אשר בה"ש 114 דלעיל.

301 למשל, חיים צדוק ברשימתו "גרדומים ותועלת" ("מעריב" מיום 5.6.1987) ו"עונש מוות למחבלים – החלטה לא שקולה" ("מעריב", 4.5.1979); אורי אבנרי בדבריו בישיבת הכנסת הנ"ל בה"ש 285; אברהם פכטר ברשימתו "כשהגרדומים בכרות קשה לסגת" ("חדשות", 15.10.1985); יוסף לפיד ברשימתו "הקוץ בעונש המוות" ("מעריב", 7.6.1987); יגאל לב ברשימתו "לתלות את השכל הישר" ("מעריב", 16.10.1987).

302 למשל, רשימתו של שלמה גזית "עונש מוות – נצחון למחבלים" ("מעריב", 20.12.1990) – "בקיץ 1947, בשיאו של המאבק בשלטון הבריטי, הועלו שלושה לוחמי אצ"ל לגרדום. למחרת ניתלו

מנגד טוענים רבים כי המחבלים ממילא חוטפים ורוצחים כל אימת שהם מצליחים<sup>303</sup>. כן נטען כי בהבדל מהמצב הקיים היום, שבו אנו נאלצים לשחרר מחבלים שפוטם תמורת חטופינו, נוכל להתפשר על פחות – המתקת העונש ממוות למאסר<sup>304</sup>.

### (2) שבוינו שיימצאו בידי המחבלים בעת ההוצאה להורג יירצחו

גם חשש זה, הדומה לקודמו, משותף למתנגדים רבים של עונש המוות<sup>305</sup>. מנגד נטען כי "המחבלים מעולם לא נרתעו מרצח שבויים. אם רצו – רצחו, ואם החליטו להשתמש בשבוי כקלף מיקוח – לא רצחו"<sup>306</sup>.

### (3) יופעלו על ממשלת ישראל לחצים בין-לאומיים קשים

החשש הוא מפני לחצים פוליטיים והומניטריים כבדים שיופעלו על ממשלת ישראל על-ידי גורמים שונים בעולם, כולל ידידים, ושיציבו אותה בפני הדילמה הלא רצויה – כניעה ללחצים והצטיירות כחלשה או ביצוע גזר-הדין ופגיעה בתדמית המדינה ובקשריה<sup>307</sup>.

על כך השיב ישראל אלדד כי "כאשר מדובר בשבויי מלחמה, אשר מעמדם מעוגן בהסכמים בינלאומיים, יש מקום להתערבות מסוג זה. אין כן בעניין העונש שמטילים על הרוצחים שפשעם נוגד כל חוק; זהו עניינה הפנימי של המדינה ואין כל מקום להתערבות חיצונית לגבי העונש. אין לחשוש מפני התערבות בינלאומית ואסור

בנתניה שני סרג'נטים בריטיים שנתפסו והוחזקו בידי האצ"ל כבני ערובה. צעד תגובה זה הביא לסופן של ההוצאות להורג של לוחמי המחתרת היהודית".

303 למשל, ריאיון עם רחבעם זאבי ב"מעריב" מיום 2.8.1985 ומאמר המערכת של "מעריב" מיום 4.3.1987. ברשימתו "להקדים מכה – למכה" ב"ידיעות אחרונות", מיום 16.6.1974, כתב, בהקשר זה, יוסף דן כך: "רציחות המחבלים לא החלו – ואף אינן מבוצעות עתה – כדי להציל את חבריהם מהכלא הישראלי. אירגוני החבלה אינם ארגוני צדקה, שנועדו להציל את חבריהם..."

304 למשל, ע' דיסנצ'יק "עונש מוות עכשיו", "מעריב" מיום 26.7.1985.

305 למשל, דברי עזר ויצמן ב"מעריב" מיום 29.9.1987; דברי דוד ליבאי ב"דבר" מיום 6.1.1984; רשימתו של אברהם פכטר הנ"ל בה"ש 280; דברי אורי אבנרי בישיבת הכנסת הנ"ל בה"ש 285 ודברי יגאל לב ברשימתו הנ"ל בה"ש 301.

306 מתוך ריאיון עם יהושע בן-ציון ב"מעריב" מיום 13.10.1987.

307 למשל, רשימתו של חיים צדוק הנ"ל בה"ש 279; רשימתו של נתן ילין-מור "גרדומים מגבירים הנכונות למאבק", "הארץ", 9.11.1969; דברי אורי אבנרי בישיבת הכנסת הנ"ל בה"ש 285.

להתחשב בלחצים כאלה<sup>308</sup>. כן הובעה הדעה כי בעקבות פגיעתו הרעה של הטרור במדינות רבות, נגמל העולם מסלחנותו המופלגת לקנאים<sup>309</sup>.

### **(ב) עונש המוות יסב נזקים למלחמה של מדינת ישראל בטרור**

באופן פוטנציאלי, זהו להערכתי אחד הטיעונים החזקים ביותר של מתנגדי עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור. שאלת השאלות היא כמובן אם הטיעון נכון, ואם כן מהו שיעור הנזק שייגרם למלחמה בטרור. מטבע הדברים, יש בסוגיה זו משקל רב להערכותיהם של אנשי הביטחון. הטענה נחלקת לכמה טענות-חששות משנה:

#### **(1) הטרוריסטים לא ייכנעו עוד**

החשש הוא שבעוד שבעבר נכנעו חלק מהמחבלים לכוחות הביטחון בעת פעולת הטרור על מנת להישאר בחיים, אם ידעו המחבלים שבכניעתם צפוי להם גזר-דין מוות, לא ייכנעו, וכדברי נתן ילין-מור "יילחמו ביתר חירוף נפש"; לחימה העלולה לעלות לנו בקרבנות נוספים<sup>310</sup>. חשש זה קיים כמובן לגבי טרוריסטים שכבר הספיקו לרצוח – הצפויים לעונש מוות. מנגד ניתן לטעון שאין דומה האיום במוות מידי הקיים במקרה של אי-כניעה לאיום של גזר-דין מוות, שאינו ודאי וכרוך בהליך ארוך למדי. כאמור באשר לשיקול ההרתעה, גם השיקול הנוכחי טעון, כפי הנראה, הערכה מחדש נוכח התופעה הנפוצה החדשה של מחבלים המפוצצים עצמם לדעת עם קרבנותיהם.

#### **(2) המוצאים להורג ייהפכו ל"גיבורים קדושים" ולמודל לחיקוי**

הטענה היא כי כל תנועה הרואה את עצמה כתנועה לשחרור לאומי זקוקה לקדושים מעונים שישמשו מופת חינוכי לחבריה וכוח משיכה לבני עמם הצעירים, וכי גרדומים בישראל יספקו קדושים מעונים כאלה לארגוני הטרור הפלסטינאים<sup>311</sup>. חשש זה אינו

308 בריאיון עמו הנ"ל בה"ש 298.

309 רשימתו של דיסנצ'יק הנ"ל בה"ש 304. בזמן ההגהה של מאמרי זה, היום – 11.9.2001 – בוצעו פעולות טרור רצחניות חסרות תקדים בערים ניו-יורק (מגדלי "התאומים") ושינגטון ("הפנטגון") ובמדינת פנסילבניה, אשר עשויות לאשש הערכה זו.

310 רשימתו של ילין-מור הנ"ל בה"ש 307 וראו גם דבריו של צדוק ברשימתו השנייה הנ"ל בה"ש 301; הריאיון עם ליבאי הנ"ל בה"ש 305 ודברי אבנרי בישיבת הכנסת הנ"ל בה"ש 285.

311 למשל, שתי רשימותיו של צדוק הנ"ל בה"ש 301; רשימתו של אמנון זכרוני "עונש מוות – תרומה לטרור", "חדשות" מיום 16.10.1985; דברי אבנרי בישיבת הכנסת הנ"ל בה"ש 285 ורשימתו של רן כסלו "אל תיתנו להם קדושים", "הארץ" 29.11.1994. ברשימתו "גלריית המרטירים הפלשתינאים"

ייחודי למציאות הישראלית בלבד<sup>312</sup>.

מנגד נטען כי מידת הפרסום והתהילה אינה קשורה בהכרח עם האופן שבו מוצא לוחם את מותו<sup>313</sup>, וכי טרוריסט "קדוש" מהווה איום קטן יותר מטרוריסט חי, בין שהאחרון מהלך בחירות ובין שהוא נתון במאסר<sup>314</sup>.

### (3) בזמן ההליך המשפטי ישתדלו המחבלים לחטוף בני ערוכה לצורך עסקת חליפין

על עיקריו של טיעון זה כבר עמדנו לעיל<sup>315</sup>.

### (4) עונש המוות יביא להקשחת ארגוני המחבלים

נתן ילין-מור ביקש ללמוד מהשפעת התליות על המחותרות היהודיות בתקופת שלטון המנדט על השפעתו הצפויה של עונש המוות על ארגוני המחבלים. וכך הוא כתב: "יש בפסק דין של מוות, אם הוא ניתן בעקבות מאבק לאומי, כדי לגרום להתעלותו של הנידון, ולהתפשטותו מרגשותיו הגשמיים... התליות משמשות למחותרת מכשיר לברירה טבעית: כל הירא ורך הלבב עורק ממנה. הנותרים אופיים מתחשל ומתקשה. מחותרת שלאחר תליות אינה דומה למחותרת שלפניהן. כושרה, העזתה ותכניותיה עולות בהרבה... האוכלוסייה הלא-לוחמת נכונה להגיש למחותרת סיוע בכל השטחים, אף תוך סיכון עצמי..."<sup>316</sup>.

("הארץ", 25.12.1990) כותב דני רובינשטיין כך: "נוכח הקריאה להטיל עונש מוות על מחבלים, ניסיתי לבדוק את התגובה שהיתה לכך בעבר אצל ערביי הארץ, או ליתר דיוק מי מעולי הגרדום הערביים הפכו לגיבורים לאומיים, ובכלל מהי תמונת גלריית הגבורה הפלשתינית. את שמם של מי מציינים בימי זיכרון, למי נקבעו אנדרטאות, על שם מי נקראו חוליות מחבלים ומבצעי חבלה, למי שרים שירי הלל עממיים, וכיוצא באלה ביטויים לציון גיבורי מיתוס לאומי". אמנם מסקנתו היא ש"אם תחליט ממשלת ישראל להוציא להורג מחבלים, תתארך רשימת חללי הקודש הפלשתינאים הגדושה בלאו הכי... הם ינצלו אותם למטרות גיוס ותגמול כפי שנהגו בעבר", אך העיון ברשימת ה"קדושים" ובנסיבות מותם לא בהכרח תומך במסקנה זו, ואולי אף ההיפך נכון (כפי שמציין הכותב עצמו, "רשימת חללי הקודש הפלשתינאים [ה]גדושה בלאו הכי").

312 ראו A.E. Evans and J.F. Murphy *Legal Aspects of International Terrorism* (Toronto, 1978) 525.

313 למשל, רשימתו של שאקי ב"חד וחלק" מיום 5.2.1969.

314 למשל, רשימתו של נדבה "דין מחבלים" ב"מעריב" מיום 23.12.1984.

315 ראו פרק ד/4(א).

316 ברשימתו הנ"ל בה"ש 307.

על כך שתי הערות: האחת – מצאתי הערכה שונה לחלוטין של "כוגר מחתרת" אחר<sup>317</sup>. השנייה – דומני שחשש זה של ילין-מור התאים אולי לשנת כתיבת דבריו – 1969. מאז ועד היום התקשחו ארגוני המחבלים ועברו לרציחות מתועבות ביותר, לרבות באמצעות מחבלים-מתאבדים רבים, שקשה לצפות החרפה נוספת שלהן.

### (5) עמדת אנשי ביטחון ו"עמדת מערכת הביטחון"

טענה כללית המחזקת את כל טענות המשנה שלעיל בדבר הנזקים שיסב עונש המוות למלחמה של מדינת ישראל בטרור, היא שזוהי גם עמדת אנשי ביטחון רבים ו"עמדת מערכת הביטחון". לדעתי, יש לתת משקל מיוחד להערכות אנשי הביטחון ול"עמדת מערכת הביטחון" בסוגיה נושא דיוננו.

אמנם רשימת אנשי הביטחון לשעבר – ברובם המכריע פוליטיקאים דהיום – המתנגדים לעונש המוות למחבלים רוצחים היא ארוכה<sup>318</sup>, אולם גם מצדדי עונש המוות יוכלו להרכיב רשימה נגדית<sup>319</sup>. משקל רב הרבה יותר נכון אני לייחס ל"עמדת מערכת הביטחון". מקובל לטעון ש"עמדת מערכת הביטחון" היא נגד עונש מוות למחבלים, וכי עמדה זו נובעת מהנזקים שיסב עונש זה למלחמה בטרור. בעיתונות ניתן למצוא כפעם בפעם אמירות כאלה<sup>320</sup>. לפיכך השתדלתי להתחקות אחר עקבותיה של "עמדת מערכת הביטחון"<sup>321</sup>. ביום 20 במארס 1978 הניח שר המשפטים על שולחן הממשלה מסמך שהכין היועץ המשפטי לממשלה, שבו נמנו 15 נימוקים בעד עונש מוות למחבלים

317 דבריו של מתייהו שמואלביץ בתכנית "מפגשים" כפי שדווחו על-ידי הדת בושס ב"הארץ" מיום 22.11.1985.

318 למשל, הרשימה "כל השרים 'הגנרלים' נגד עונש מוות למחבלים", "מעריב" מיום 2.8.1985. לרשימה זו ניתן לצרף עמדות של אנשים שהופקדו על ענייני הביטחון בצפון אירלנד, כפי שמציין ליאון שלף בספרו הנ"ל בה"ש 179.

319 למשל, דברי משה דיין ב"מעריב" מיום 8.7.1976; דברי משה ארנס הנ"ל בה"ש 287; מאמרו של רחבעם זאבי הנ"ל בה"ש 272.

320 למשל, ידיעה תחת הכותרת "מערכת הביטחון ממליצה: 'ענישה חמורה למחבלים – לא עונש מוות'" ("מעריב", 29.7.1985) ודיווחיהם של משה ריינפלד (6.3.1992), איתן רבין (27.11.1994) ורן כסלו (29.11.1994) ב"הארץ".

321 במאמרו "לקראת השנה השישית של נוכחות ישראל בשטחים המוחזקים" אשר פורסם בכתב-העת **בעיות בינלאומיות** יא (1972) כתב תא"ל (כדרגתו אז) שלמה גזית כך: "השיקול העיקרי שהנחה את מדיניותה של ישראל ואת מעשיה – הוא היעילות והתכליתיות של המלחמה במחבלים ודווקא מנקודת ראות זו נחברר, כי בהוצאה להורג עלול הנזק להיות גדול מן התועלת".

בתנאים מסוימים ו-15 נימוקים נגד. אך במסמך זה לא נקבעה עמדה<sup>322</sup>. עשור מאוחר יותר, ביום 21 באוקטובר 1987, דנה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בהנהגת עונש המוות למחבלים. בעיתונות נכתב כי "היועץ המשפטי לממשלה, פרופ' יצחק זמיר, הסביר לוועדה כי בכל הדיונים שהתקיימו במערכת הצבאית בנושא חקיקת עונש מוות, נלקחו בחשבון רק הטיעונים התועלתניים הבטחוניים, ולא ההיבטים המוסריים של עונש המוות. בסופו של דבר אמרו נציגי זרועות הביטחון השונות, כי לדעתם לא דרוש שינוי בחוק הקיים"<sup>323</sup>. כידוע, החוק הקיים מאפשר הטלת עונש מוות, כך שבאי-שינויו אין שלילה מוחלטת של עונש זה. אולם הרושם המתקבל הוא שאכן אין מתלהבים במערכת הביטחון מהטלת עונש מוות על מחבלים רוצחים. כאן מתבקש הסבר קצר למרכאות שבהן נתתי את הביטוי "עמדת מערכת הביטחון". מתקשה אני להאמין שקיימת אחידות דעות בקרב ראשי מערכת הביטחון. אולם, בסופו של דבר, הרושם הוא שאכן קיימת שם התנגדות להטלת עונש מוות על מחבלים, ועד כמה שהתנגדות זו נובעת מההערכה שלפיה עונש המוות יסב נזקים למלחמה בטרור, יש לה לדעת משקל רב.

### (ג) עונש המוות עלול לגרום הפליה בין יהודים לערבים

ראשית, מופנים הקוראים לדיון בטיעון הכללי בדבר "חוסר האפשרות להטיל עונש מוות בצורה שוויונית והוגנת" שלעיל<sup>324</sup>.

כידוע, אספקט חשוב של הצדק – האספקט הפורמלי – מתבטא בשוויון, כלומר באחידות הטיפול במקרים זהים מבחינת הנתונים הרלוונטיים להערכה מוסרית. בסוגיה שלפנינו, מכיוון שמדובר בסכסוך פוליטי – בין יהודים לערבים – כאשר אכיפת העונש תהיה בידי צד אחד לסכסוך – היהודים – מתעורר חשש שעונש המוות לא יוטל על יהודים גם אם יבצעו רצח בפעולת טרור, ומכל מקום, גם אם יוטל, לא יוצא לפועל. חשש זה מהווה טיעון משמעותי של מתנגדי עונש המוות<sup>325</sup>, וניתן לחזקו, למשל,

322 ידיעה תחת הכותרת "ועדה סודית ביותר, 3 ממשלות ו-51 החלטות בעניין עונש המוות" ("מעריב", 4.5.1979).

323 הדיווח מהכנסת ב"מעריב" מיום 22.10.1985.

324 ראו פרק 6/ג).

325 למשל, דברי חבר-כנסת וירשובסקי ב"על המשמר" מיום 24.5.1987; רשימתו של צדוק הנ"ל בה"ש 279 ורשימתו של זכרוני הנ"ל בה"ש 311.

בתוצאות סקר דעת קהל שלפיו חלק ניכר מהציבור תמך בחנינה לנידוני "המחתרת היהודית"<sup>326</sup>.

## ד) עונש המוות יסב למדינת ישראל נזקים מדיניים

טיעון זה נחלק לשני ראשים:

### 1) העמקת הקרע בינינו לבין שכנינו והכבדה על תהליך השלום

כותב ראובן ירון: "באווירה הקיצונית והדחוסי האופיינית למזרח התיכון, יש להניח כי התליות יגבירו את האיבה, יעמיקו תהומות ויגרמו שילהוב יצרים"<sup>327</sup>. על סכנה זו עמדו גם אחרים<sup>328</sup>.

### 2) פגיעה בתדמית מדינת ישראל ובתדמית החברה הישראלית

הובע החשש שתשומת הלב של דעת הקהל בעולם תוסט מאכזריות מעשי הזוועה של המחבלים אל "אכזריותה" של ישראל אם תוציא להורג "לוחמי חירות"<sup>329</sup>. יש הסבורים כי עונש המוות מציג את החברה המבצעת אותו כנקמנית ופוגע בסמכותה המוסרית לדרוש תמיכה ציבורית עולמית נגד אלימות<sup>330</sup>. היו שעמדו על התהודה והתגובות ברחבי העולם כל אימת שנגזר עונש מוות על צעיר, והסבו את תשומת הלב לכך שחלק ניכר מהטרוריסטים הרוצחים הם צעירים<sup>331</sup>. מנגד נטען, כאמור, כי בעקבות פגיעתו הקשה של הטרור במדינות רבות נגמל העולם מרחמים מופלגים כלפי טרוריסטים<sup>332</sup>.

326 סקר "מודיעין אזרחי" שפורסם ב"מעריב" מיום 30.8.1985, ולפיו 60% מהציבור תמך במתן חנינה לנידוני "המחתרת היהודית".

327 ברשימתו "נגד עונש מוות", "הארץ" מיום 10.1.1987.

328 למשל, דבריו של משה דיין, ה"ש 284 דלעיל.

329 למשל, רשימותיו של חיים צדוק הנ"ל בה"ש 301; רשימתו של פכטר הנ"ל בה"ש 301; רשימתו של זכרוני הנ"ל בה"ש 311 ודברי אבנרי בישיבת הכנסת הנ"ל בה"ש 285.

330 למשל, עמ' 525 לספרם של Murphy ו-Evans הנ"ל בה"ש 312.

331 למשל, "הטור שלי/נתן דונביץ", "הארץ" מיום 26.10.1987.

332 ראו ה"ש 309 דלעיל.

## ה. אחרית דבר

יודגש שוב כי עמדתו באשר לסוגיה הכללית של עונש המוות היא שהשאלה הגמולית קודמת לתוצאתית, דהיינו: אם ורק אם עונש המוות הוא גמולו הראוי של הרוצח, אזי יש מקום וצורך לדון בשיקולים התוצאתיים. אציין שוב כי עמדתו האישית היא כי עונש המוות הוא גמולו הראוי של הרוצח, אך ככלל יש להימנע כאן מענישה ברמה הגמולית, בעיקר בשל האפשרות הנוראית של טעות, בשים לב למאפייניו המיוחדים של עונש המוות ולאור הזכות לחיים והזכות לכבוד. מדובר בעונש אכזרי מאוד ומדי.

אשר לסוגיה הספציפית של עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור, הרי שהטיעונים החזקים ביותר נגדו הם, להערכתו, אותם הטיעונים הכלליים נגד עונש המוות שהוזכרו זה עתה (אם כי באשר לטיעון הכללי בעל ההשפעה הגדולה ביותר עליו – האפשרות הנוראית של טעות – בהחלט ניתן לצמצם מאוד סכנה זו אם מגבילים את תחום הדיון למקרים של טרוריסטים שרצחו ונתפסו "על חם", תוך כדי ביצוע פעולת הטרור). החזקים שבטיעונים בעד עונש מוות בגין רצח בפעולת טרור המיוחדים לסוגיה הספציפית הם, להערכתו, גמולו של הטרוריסט הרוצח, חובתה של המדינה להגן על אזרחיה והיעדרו (בפועל) של העונש האלטרנטיבי (מאסר עולם) במדינת ישראל. ייתכן שבמציאות הישראלית הקשה הדרך להבטיח את המשך ההמנעות מהטלת עונש נוראי זה, אפילו בגין רצח בפעולת טרור, היא שיקום הביטחון שמאסר עולם המוטל על טרוריסט שרצח אכן יבוצע.