

"ספק נפשות להקל": בין עונש המוות לזיכוי של דמיאניוק מחמת הספק

יהודית דורי דסטון*

מאמר זה מצביע על הקשר, הבלתי מוצהר, בין רמת הענישה הקבועה בחוק בגין עבירה מסוימת לבין הרף הראייתי הנדרש כדי לבסס הרשעה בעבירה זו. המאמר מדגים קיומו של קשר זה באמצעות דיון במשפטו של איוון דמיאניוק, הנאשם האחרון שעמד לדין במדינת ישראל בגין עבירות של פשע כלפי העם היהודי, פשע כלפי האנושות ופשע מלחמה, לפי סעיף 1 לחוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"י-1950 - ובתום הליך משפטי ארוך, זוכה בדינו. הטיעון המרכזי המוצג במאמר הוא כי זיכוי של דמיאניוק מחמת הספק הוא במידה רבה תולדה של עונש המיתה שהיה מוטל על כף המאזניים, וכי אילו אפשר החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם הטלת עונש חמור פחות, ייתכן כי בית המשפט העליון היה מותיר את הרשעתו של דמיאניוק בבית המשפט המחוזי על כנה.

כפי שידגים המאמר, תוצאת ההליך הפלילי כנגד פושע מלחמה נאצי העומד לדין בישראל יכולה להיות אחת משני קצוות בלבד: זיכוי הנאשם או הרשעתו וענישתו בעונש החמור ביותר בספר החוקים - עונש מוות. השאיפה לעשיית משפט צדק עשויה היתה לתמוך גם באפשרות של תוצאת ביניים, כגון הרשעה בדין אגב השתת עונש חמור פחות, וממילא אגב הנמכת הסף הראייתי. ברם, הקביעה הברורה בחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, שלפיה מי שהורשע בעבירות המנויות בסעיף הראשון בו "דינו - מיתה", היא במידה רבה קביעה הצהרתית ונועדה להביא לידי

* שופטת בית משפט השלום בירושלים. המאמר נכתב בתקופה שבה שימשה המחברת פוסט-דוקטורנטית במכון יעקב רובינסון להיסטוריה של זכויות אינדיבידואליות וקולקטיביות, האוניברסיטה העברית בירושלים. המחברת מבקשת להודות לפרופ' אדם חפרי-וינוגרדוב, פרופ' יפעת וייס, ד"ר רבקה ברוט, פרופ' דן דינר, פרופ' דן פורת, פרופ' ליאורה בילסקי ופרופ' אלון הראל שקראו טיוטות קודמות של מאמר זה, וכן לפרופ' עמרי ידלין ולחברי מערכת כתב העת "מעשי משפט" על הערותיהם המועילות.

ביטוי את תפיסתו הערכית והחינוכית של המחוקק הישראלי, שלפיה אין מחילה על פשעי הנאצים. קביעה זו יצרה קושי, שכן היא לא הביאה בחשבון קשת של מעשים שיכולים להיחשב עבירות לפי חוק זה, כמו גם מנעד של נאשמים שעשויים היו לעמוד לדין בישראל. יתר על כן, קשר הגורדי בין עונש המוות (והממד החינוכי-ההצהרתי שלו) לבין סבירותו של הספק (במובנו המשפטי) הביא לתוצאה של זיכוי מחמת הספק, תוצאה שבמידה רבה לא הגשימה את מטרות החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם.

מבוא

מאמר זה יעסוק בקשר הגורדי שבין קביעת עונש מוות כעונש חובה לצד עבירה פלילית מסוימת, לבין סיכויי ההרשעה של נאשמים בביצוע אותה עבירה. הטיעון המרכזי של המאמר הוא שקביעת עונש מיתה כעונש חובה לצד עבירה פלילית מעלה, גם אם באופן בלתי מוצהר, את הרף הראייתי של "מעל לספק סביר" הנדרש לצורך הרשעת נאשם בפלילים למדרגה גבוהה מאוד, ועל כן מפחיתה את סיכויי ההרשעה בגין אותה עבירה. כלומר, עונש המוות המרחף מעל ההליך הפלילי עשוי, באותם מקרים, להביא דווקא לזיכוי הנאשם בדין. טענה זו מודגמת במאמר באמצעות ניתוח ביקורתי של החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"י-1950¹ ובחינה של תוצאת משפטו של ג'ון איוון דמיאניוק, שנוהל בהתאם להוראות אותו חוק. כפי שיוצג במאמר, יש מקום לסברה כי בית המשפט העליון זיכה את דמיאניוק מחמת הספק בעטיו של עונש המוות שהיה מוטל על כף המאזניים; לו היה דמיאניוק צפוי לעונש חמור פחות, כגון עונש מאסר, ייתכן בהחלט כי בית המשפט העליון היה מותיר את הרשעתו בבית המשפט המחוזי על כנה.

עונש המוות שהושת על דמיאניוק בבית המשפט המחוזי מצד אחד, וזיכוי מחמת הספק בבית המשפט העליון מן הצד האחר, מדגימים שניהם את הקושי האינהרנטי הטמון בהעמדתם לדין של פושעי מלחמה נאצים בישראל. תוצאת ההליך הפלילי כנגד פושע מלחמה נאצי העומד למשפט באחת מן העבירות החמורות לפי החוק לעשיית דין – פשע כלפי העם היהודי, פשע כלפי האנושות ופשע מלחמה – יכולה להיות אחת משני קצוות בלבד: זיכוי הנאשם ושילוחו לחופשי, או הרשעתו וענישתו בעונש החמור ביותר בספר החוקים. השאיפה להגיע לחקר האמת במסגרת ההליך המשפטי עשויה היתה לתמוך גם באפשרות של תוצאת ביניים, שהיא הרשעה בעבירה תוך השתת עונש חמור פחות מעונש המוות (וממילא תוך הנמכת הסף הראייתי). ברם, המחוקק, שראה לנגד עיניו את הממד ההצהרתי והחינוכי שבהבאת פושעי מלחמה נאצים לדין, לא השאיר פתח לקיומה של תוצאה אחרת. משפט דמיאניוק, שבסופו זוכה הנאשם מחמת הספק וכך חמק מאימת עונש

1 החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"י-1950, ס"ח 57.

המוות שריחף כצל מעל ההליך, מדגים אפוא היטב את המתח שבין מטרת המשפט הפלילי (לברר את אשמתו או חפותו של נאשם) לבין מטרותיו ההצהרתיות של עונש המוות (להוקיע מקרב החברה האנושית את מי שביצע פשע שאין עליו כפרה). זהו סדר הדיון במאמר: בפרק הראשון אדון בעונש המוות הקבוע בחוק לעשיית דין, שהוא במידה רבה עונש הצהרתי, וקביעתו נועדה להביא לידי ביטוי את תפיסתו הערכית והחינוכית של המחוקק שלפיה אין מחילה על פשעי הנאצים. קביעה זו יצרה קושי, שכן היא לא הביאה בחשבון מנעד של נאשמים שעשויים היו לעמוד לדין בישראל על פי חוק זה. בפרק השני אדון באופן שבו התמודדו בתי המשפט המחוזיים עם צילו של עונש המוות שריחף מעל ראשיהם של שני נאשמים יהודים שהועמדו לדין על פי החוק לעשיית דין, מתוך תפיסה שמדובר בעונש חובה שאין לבית המשפט שיקול דעת שלא להטילו במקרה של הרשעה, וכן אבחן בקצרה את ההתייחסות לעונש המוות במשפט אייכמן. בהמשך אדון בהתמודדות עם עונש המוות שהיה מוטל על הכף במשפט דמיאניוק, הן מנקודת מבטה של התביעה הן מנקודת מבטו של בית המשפט. בפרק השלישי של המאמר, אדון ברף ההוכחה של "מעל לספק סביר", כפי שנקבע בפסק דינו של בית המשפט העליון בענין דמיאניוק. בפרק הרביעי אבחן את התלות ההדדית בין מידת ההוכחה הנדרשת בפלילים לבין מידת הענישה וזאת הן בהתבסס על המשפט הפוזיטיבי הן בהתייחס למודלים תיאורטיים המציעים מדרג של נטלי הוכחה בפלילים. בפרק החמישי של המאמר אטען כי עונש המוות שהיה צפוי לדמיאניוק (ואף נגזר עליו בפועל על ידי הערכאה הדיונית) הציב את הרף הראייתי של "מעל לספק סביר" במקום גבוה מאוד, באופן שהביא לזיכוי מחמת הספק. בסיכום המאמר אבקש לטעון כי קשר הגורדי שבין קביעת עונש מוות כעונש חובה, להבדיל מעונש מקסימלי, לבין הרף הראייתי של "מעל לספק סביר" אינו ייחודי למקרה של החוק לעשיית דין; לפחות במישור התיאורטי, קושי זה הוא נחלתם של כל אותם הליכים פליליים הנסבים על עבירות שלצידן קבוע עונש מוות כעונש חובה, ובפרט אלה שהדיון המשפטי בהם מתמקד בסוגיית הזיהוי.

א. "הבית הזה אינו מוכן לוותר על הטלת עונש מוות על פושעים נאצים": קביעת עונש המוות בחוק לעשיית דין

בראשית שנת 1954 בוטל עונש המוות במדינת ישראל ביחס לעבירת הרצח.² מאז, ספר החוקים הישראלי כולל ארבעה סוגי עבירות שלצידן נקבע עונש המוות: עבירות טרור, על פי תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945; עבירות בגידה, על פי חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 וחוק העונשין, התשל"ז-1977; עבירה לפי סעיף 1

2 החוק לתיקון דיני עונשין (ביטול עונש מוות על רצח), התשי"ד-1954, ס"ח 146 (להלן: החוק לביטול עונש מוות). לדיון בחוק זה ראו עמיחי רדזינר ורבקה ברוט "מסע ומשא לביטול עונש המוות על עבירת הרצח" **עיוני משפט** מז(2) 475 (2024).

לחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, התש"י-1950;³ ועבירות לפי סעיף 1 לחוק לעשיית דין. בעוד שבשני המקרים הראשונים מדובר בעונש מקסימום, בשני המקרים האחרונים מדובר בעונש חובה, אשר לא מותיר כל שיקול דעת לבית המשפט בגזירת העונש.

מבין ארבעת סוגי העבירות, לאורך שבעים וחמש שנותיו של המשפט הישראלי, נעשה עד כה שימוש רק בעונש המוות הקבוע בחוק לעשיית דין.⁴ חוק זה נחקק בשנת 1950, מתוך מטרה ליצור בסיס נורמטיבי להעמדתם לדין של פושעים נאצים, לצד אלה שהחוק כינה "עוזריהם" – מי ששימשו בתפקידי קאפו ושוטרים במטרה היהודית ונחשדו בשיתוף פעולה עם הנאצים.⁵ גולת הכותרת של החוק לעשיית דין היא שלוש העבירות החמורות ביותר המנויות בסעיף 1 לו, שלשמן הוא נחקק: "פשע כלפי העם היהודי", "פשע כלפי האנושות" ו"פשע מלחמה". נאשם המורשע בעבירות אלה צפוי לעונש מוות.⁶ בעת שנדונה לראשונה בבית המחוקקים הצעת החוק לביטול עונש המוות, בחודש יולי 1950, היה החוק לעשיית דין בשלבי חקיקה, וההשלכות ההדדיות בין החוקים הובאו בחשבון. אף שבדיונים על החוק לביטול עונש מוות התגלעו חילוקי דעות חריפים, על סוגיה אחת היתה הסכמה גורפת: גם מי ששלל כל הצדקה לעונש המוות סבר שיש להותירו על כנו ביחס לפושעי המלחמה הנאצים.⁷ הנימוק המרכזי לכך, כפי שבא לידי ביטוי בדבריהם של רוב חברי הכנסת, הוא הנימוק הגמולי. היטיב לבטא זאת שר המשפטים דאז פנחס רוזן, באומרו:

- 3 חוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, התש"י-1950, ס"ח 42 (להלן: החוק למניעת השמדת עם).
- 4 לדיון נפרד ראוייה פרשת משפטו והוצאתו להורג של מאיר טוביאנסקי, שהועמד למשפט בפני בית דין שדה ב-30 ביוני 1948 באשמת בגידה נגד ישראל, והוצא להורג בפני כיתת יורים. להרחבה ראו ענת שטרן לוחמים במשפט: השיפוט הצבאי בישראל במלחמת העצמאות 106–114 (2021); שבתי טבת "כיתת יורים בבית ג'יז" בית המשפט: חמישים שנות שפיטה בישראל 30–33 (דוד חשין ואח' עורכים 1999). לאפשרות של שימוש עתידי בעבירת הבגידה לצורך העמדה לדין בישראל, ראו יותם ברגר ואלדר גילרן "ריבונות כערך מוגן בדין הפלילי" רשות הרבים (2023).
- 5 לדיון במשפטי הקאפואים ראו רבקה ברוט באזור האפור: הקאפו היהודי במשפט – משפטים של יהודים משתפי פעולה עם הגרמנים (2019); DAN PORAT, BITTER RECKONING: ISRAEL ; TRIES HOLOCAUST SURVIVORS AS NAZI COLLABORATORS (2019); איתמר לוין קאפו באלנבי: העמדת יהודים לדין בישראל באשמת סיוע לנאצים (2016).
- 6 למעשה, גם נאשם המורשע בעבירת רצח "רגילה" לפי סעיף 2(ו) לחוק זה צפוי לעונש מיתה, שכן גם לאחר חיקוקו של החוק לביטול עונש מוות קבע המחוקק, בסעיף 300(ב) לחוק העונשין, כי "מי שהורשע ברצח לפי סעיף 2(ו) לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם תש"י-1950, דינו-מיתה". זהו למעשה הגלגול האחרון של החוק לתיקון עונש מוות.
- 7 ד"כ 27.3.1950, 1149; ד"כ 24.7.1950, 2281–2296, 2311; ד"כ 27.11.1951, 480–483; ד"כ 16.2.1954, 917–918.

אנו בדרך כלל שוללים את המניעים של נקמה ותגמול, בתור יסוד להענשת הפושע [...] אך אין להתעלם מן העובדה שהאנושות אינה מסוגלה כנראה להתעלות לרמה גבוהה כל כך שתוכל לוותר על הנקמה והתגמול לגבי בוגדים, כשם שהבית הזה אינו מוכן לוותר על הטלת עונש מוות על פושעים נאצים, ועל אלה המתחייבים בפשע של השמדת עם.⁸

עמדה דומה באה לידי ביטוי גם בדבריהם של חברי הכנסת הראשונה בעת הדיון בהצעת החוק לעשיית דין במליאת הכנסת ובדיוני ועדת המשנה. היה מי שסבר שיש להטיל על הפושעים הנאצים את העונש החמור ביותר, עונש מוות, ואין להסתפק בעונשים קלים יותר, שכן "לו היו היטלר, הימלר וגבלס נשפטים לפי החוק הפלילי שלנו – לא היו מוציאים אותם להורג, אלא היו נדונים רק למאסר עולם".⁹ לצד זאת, לעונש המוות היתה גם משמעות מעשית: למנוע מצב שבו דווקא מדינת ישראל תקל בעונשם של הפושעים הנאצים בהשוואה למדינות אחרות. היה גם מי שטען מעל במת הכנסת כי יש לקבוע את עונש המוות כברירת המחדל, שאם לא כן "יכול להיות אבסורד כזה, שנאצי הראוי לעונש מוות בארצות אחרות באירופה, ימצא רק דרך אחת להינצל והיא: לברוח לארץ ישראל, פה יהיה בטוח. כאן עיר מקלט מעונש מוות".¹⁰

לטענתי, עונש המיתה הקבוע בחוק לעשיית דין הוא עונש חובה, ואין לבית המשפט כל שיקול דעת להשית עונש קל ממנו. עמדתי זו נשענת בראש ובראשונה על לשון החוק: "אדם שעבר עבירה אחת מאלה", כך קובע סעיף 1 לו, "דינו – מיתה". לעומת לשון ברורה זו, בהצעת החוק הוצע לקבוע כי מי שיורשע באחת משתי העבירות בקטגוריה הראשונה "צפוי לאותו עונש שצפוי לו האשם ברצח, או

8 ד"כ 2311, 24.7.1950.

9 ד"כ 1149, 27.3.1950.

10 שם, בעמ' 1155–1156. דברים אלה (בעת הדיון בכנסת ביום 27.3.1950) לא היו דברים בעלמא; ייתכן שהתיאור של פושע נאצי הבורח דווקא לישראל כדי למצוא בה מקלט נשען על סיפורו של הסלובקי אנדריי בניאק, שהגיע ארצה עם אשתו היהודייה ביום 4.12.1949 בדרכו לקנדה, במטרה לחמוק מהעמדה לדין. בסמוך למועד הגעתו ארצה נחשד בהתעללות ביהודים והסתה נגד העם היהודי במהלך מלחמת העולם השנייה בצ'כוסלובקיה. ב-14 במאי 1951 נפתח משפטו בבית המשפט המחוזי בחיפה, ובראשית יוני הוא זוכה מכל אשמה, ועזב את הארץ עם אשתו. משפטו של בניאק היה המשפט הראשון שהתנהל לפי החוק לעשיית דין, שנחקק חודשים ספורים לפני פתיחת החקירה בעניינו. ראו חנה יבלונקה "החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם: היבט נוסף לשאלת הישראלים, הניצולים והשוואה" **קתדרה** 82, 146 (התשנ"ז); DAN PORAT, *Changing legal Perceptions of 'Nazi Collaborators' in Israel 1950-*; 1972, in JEWISH HONOR COURTS: REVENGE, RETRIBUTION AND RECONCILIATION IN EUROPE AND ISRAEL AFTER THE HOLOCAUST 303, 310 (Laura Jockusch & Gabriel N. Finder eds., 2015), PORAT; eds., 2015), בעמ' 70–74.

לעונש קל מזה¹¹. במועד הגשת הצעת החוק, העונש שהוטל על עבירת הרצח היה עונש מיתה, כלומר על פי נוסח הצעת החוק עונש המוות הצפוי למבצע העבירה הוא עונש מקסימלי. כאמור, באותה עת כבר קיימה הכנסת דיונים בנוגע לביטולו של עונש המוות; ייתכן שבשל כך המחוקק לא הסתפק בנוסח העמום של הצעת החוק, אלא קבע במפורש את העונש. אין בנמצא כל הסבר לשאלה מדוע החוק, כפי שהתקבל בסופו של דבר, השמיט את האפשרות לגזור על מי שביצע עבירה לפי סעיף 1 לחוק עונש קל מעונש המוות. לשוני מהותי זה בין הצעת החוק לבין החוק אין זכר בדברי הכנסת, בפרוטוקולים של דיוני ועדת המשנה או בדברי ההסבר לחוק. מכל מקום, ההשוואה בסוגיית העונש בין הנוסח של הצעת החוק לבין נוסח החוק, מלמדת כי המחוקק אכן התכוון לגזור עונש מיתה כעונש חובה, ללא מתן שיקול דעת לבית המשפט להטיל עונש קל ממנו.

הטענה המשמעותית ביותר של מי שסובר שעונש המוות אינו עונש חובה כי אם עונש מקסימלי, נסמכת גם היא על לשון החוק. לפי טענה זו, העובדה שהמחוקק לא ציין במפורש בסעיף 1 לחוק "עונש מיתה-ועונש זה בלבד" (כמקובל במקרים אחרים) מלמדת כי לא מדובר בעונש חובה. ואולם, טענה זו מתעלמת מההקשר ההיסטורי של החקיקה. בעת שנחקק החוק לעשיית דין עמד בתוקפו סעיף 42(1) לפקודת החוק הפלילי, 1936, הקובע כי "אם העבריין נתחייב במעשה פשע שנענשים עליו בעונש מות, לא יוטל עליו אלא עונש מות, מלבד אם החוק מורה במפורש אחרת". ממילא, לא נצרך המחוקק באותה עת לציין במפורש כי עונש המוות הוא עונש חובה. רק ארבע שנים לאחר מכן נחקק החוק לתיקון דיני עונשין (דרכי ענישה), התשי"ד-1954, שקבע בסעיף 1 את העיקרון שלפיו העונשים הקבועים בחוק הם עונשי מקסימום.

ראיה מרכזית נוספת לכך שעונש המוות הקבוע בסעיף 1 הוא עונש חובה, מצויה גם באפשרות להקל בעונשו של נאשם בנסיבות מסוימות, באופן שעונשו לא יפחת מעשר שנות מאסר, לפי סעיף 11 לחוק לעשיית דין. אילו היה עונש המוות עונש מקסימום בלבד, לא היה צורך בהוראת סעיף 11, ואף לא היה צורך בקביעת עונש מינימום של עשר שנות מאסר לחריג זה. חיזוק מאוחר נוסף לטענה זו, נמצא בהחרגתו המפורשת של החוק לעשיית דין מתחולת סעיף 35א לחוק העונשין, המאפשר הקלה בעונשו של אדם שהורשע בעבירה שדינה עונש חובה, בנסיבות מקלות מיוחדות.

התבוננות על הענישה הקבועה בחוק למניעת השמדת עם, שנחשב ל"אחיו התאום" של החוק לעשיית דין, עשויה גם כן לשפוך אור על השאלה הפרשנית בדבר

11 קטגוריה זו כוללת את העבירות "פשע כלפי האנושות" ו"פשע מלחמה". בהצעת החוק לא היתה קיימת עבירה של פשע כלפי העם היהודי. ראו הצעת חוק לעשיית דין בנאצים ובעווריהם, התשי"ד-1950, ה"ח 119, 119 (ההדגשה הוספה).

היותו של עונש המוות עונש חובה.¹² לשונו של החוק למניעת השמדת עם, כמו גם דבריו של יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט בעת שהובא החוק לקריאה שלישית במליאת הכנסת,¹³ מלמדים כי עונש המוות הקבוע בחוק זה אינו רק עונש מקסימום שיוטל במקרים קיצוניים, אלא כי המקרים שבהם לא יוטל עונש מוות על מי שיוורשע בעבירה של השמדת עם הם היוצא מן הכלל המעיד על הכלל. היותם של החוק לעשיית דין והחוק למניעת השמדת עם חוקים דומים בתוכנם ובמטרתם, תומכת במסקנה הפרשנית שלפיה גם עונש המוות בחוק לעשיית דין אינו עונש מקסימום בלבד, אלא עונש חובה.

כוונת המחוקק להשית דווקא עונש מוות על הפושעים הנאצים ועוזריהם נלמדת במישור נוסף גם על דרך של השוואה לחקיקה מקבילה בעולם שעסקה בהעמדה לדין של פושעי מלחמת העולם השנייה, אשר לא ייחדה את עונש המוות כעונש חובה. כך, סעיף 27 לחוקת בית הדין הבין-לאומי בנירנברג קבע כי בהרשיעו את הנאשם, יוכל בית הדין להטיל עליו גזר דין מוות או עונש אחר, בהתאם לשיקול דעתו של בית הדין.¹⁴ גם החוק שנחקק בגרמניה מיד לאחר המלחמה על ידי בעלות הברית לא קבע את עונש המוות כעונש חובה על העבירות המנויות בו (פשע כלפי האנושות, פשע מלחמה, פשע כנגד השלום וחברות בארגון עוין), אלא מנה מגוון עונשים שניתן להשית על נאשמים שהורשעו בדינם: מיתה, מאסר לתקופות שבין שנה ועד מאסר עולם, עבודת פרך, חילוט רכוש, השבת נכסים שהושגו באופן בלתי חוקי ושלילת חלק או כל זכויות האזרח.¹⁵ זה המקום להדגיש כי בעניינים רבים אחרים (כולל למשל הגדרת העבירות) נשען החוק לעשיית דין על החקיקה הבין-לאומית העוסקת בסוגיה זו.¹⁶ על רקע זה, מתבררת המסקנה כי השוני בין העונשים הקבועים בחקיקה הבין-לאומית ובזו הישראלית נעשה בכוונת מכוון, וכי לא בכדי פילס המחוקק הישראלי נתיב אחר, עצמאי.

קביעתו של עונש מוות בחוק לעשיית דין כעונש חובה מעוררת קשיים, הן במישור הנורמטיבי הן במישור הראייתי. בהיבט הראשון, הנורמטיבי, קביעה זו מניחה מראש כי בכל המקרים, העבירות של פשע כלפי העם היהודי, פשע כלפי האנושות ופשע מלחמה, הן חמורות באופן שמצדיק להמית את מבצען. היא אינה

12 ראו הצעת חוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, התש"י-1949, ה"ח 27, 37. ראו גם ד"כ 21.3.1950, 1103-1104.

13 ראו דבריו של ח"כ נחום ניר-רפלאקס בד"כ 29.3.1950, 1230-1231: "העונש המאכסימאלי והיחידי לאשם בהשמדת עם הוא – מוות. אולם במסיבות המקילות האמורות – העונש המינימאלי הוא עשר שנות מאסר".

14 Charter of the International Military Tribunal.

15 Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, Dec. 20, 1945, 3 OFF. GAZETTE CONTROL COUNCIL FOR GER. 50.

16 Orna Ben Naftali & Yogev Tuval, *Punishing International Crimes Committed by Persecuted: The Kapo Trials in Israel (1950s-1960s)*, 4 J. INT'L CRIM. JUST., 128, 130-35 (2006).

מביאה בחשבון את המנעד הרחב של המעשים שעשויים להיות עבירה על פי חוק זה, כאשר לא בכל המקרים מוצדק לגזור עונש מוות על מי שהורשע בביצוע של אותם מעשים. יתר על כן, היא גם אינה מביאה בחשבון את אפשרות קיומו של טווח לינארי של מבצעי עבירה: היטלר ואייכמן מצד אחד, אך גם קאפואים ואנשי משטרה יהודים מצד אחר. על כל אלה, אם יורשעו בדינם, השית החוק גזר דין שווה: עונש מיתה. בהיבט השני, הראייתי, מיקומו של עונש המוות בקצה העליון ביותר של מתחם הענישה עלול ליצור, לפחות במקרים מסוימים, קשיים מעשיים בהוכחת האשמה, בפרט במקרים שבהם במוקד הדיון המשפטי ניצבת שאלת זהותו של הנאשם ומידת מעורבותו בביצוע הפשעים. לאמיתו של דבר, כפי שאדגים בהמשך המאמר, כזה הוא המקרה של משפט דמיאניוק.

מדוע אם כן בחר המחוקק הישראלי לקבוע עונש מוות כעונש חובה? התשובה לכך היא שבמישור ההצהרתי מדובר בראש ובראשונה בעונש חינוכי, המשקף את תפיסתו הערכית של המחוקק ביחס לפשעי הנאצים. מדינת ישראל, שראתה עצמה כנציגת העם היהודי, לא היתה יכולה להרשות לעצמה לקבוע עונש חמור פחות. יש להניח כי בקביעה זו ראה המחוקק לנגד עיניו את פושעי המלחמה הנאצים הבכירים, ככל שהיתה תקווה כי אלה יובאו לדין במדינת ישראל. נדמה כי אף שמשפטי הפעולה – יהודים ושאינם יהודים – היו חלק מיעדיו של החוק, לא הובאה בחשבון (ולמצער אין לכך ביטוי בדיוני הוועדות ובמליאת הכנסת) האפשרות שעונש זה יוטל גם עליהם.

ב. "בשעה שמפרשים את החוק, העונש צריך להיות נגד עיני השופט": הטלת עונש מוות על נאשמים שהורשעו בביצוע עבירות לפי החוק לעשיית דין

שאלת תחולתו של עונש המוות הקבוע בחוק לעשיית דין כעונש חובה הגיעה לפתחו של בית המשפט הישראלי בפעם הראשונה בענין הקאפו היהודי יחזקאל אינגסטר, שהועמד לדין בשנת 1951 בבית המשפט המחוזי בתל אביב. כתב האישום ייחס לו חמש עבירות לפי החוק לעשיית דין, מהן עבירה אחת של פשע מלחמה, עבירה אחת של פשע כלפי האנושות ושלוש עבירות של חבלה חמורה באדם נרדף. בפסק הדין, שניתן ב-4 בינואר 1952, הוחלט ברוב דעות של השופטים אבישר ולוין להרשיע את אינגסטר בעבירה של פשע כלפי האנושות ובשתי עבירות של חבלה חמורה ועבירות נוספות, ולזכותו מיתר האישומים (כולל מעבירת פשע מלחמה). גזר הדין שניתן באותו היום השית על הנאשם עונש מיתה, גם כן בדעת רוב. קריאת גזר הדין לא מותירה מקום לספק: תוצאה זו נקבעה בליט ברירה, ותוך הבעת מורת רוח כלפי המחוקק שכפה על בית המשפט לגזור עונש מוות, ללא הותרת פתח לשיקול דעת מצד בית המשפט. במילותיו של גזר הדין:

מאחר שהרשענו את הנאשם בפשע כלפי האנושות אין החוק משאיר בידינו כל ברירה בלתי אם לדון את הנאשם למיתה. תוצאה זו היא למורת רוחנו כיון שאנו סבורים כי מן הראוי היה שהמחוקק ישאיר לבית המשפט את הסמכות לדון נאשם שהורשע בפשע גם לעונש קל יותר, וזה משתי בחינות: (א) ברור למדי שלא הרי פושע שהוא עצמו נאצי או הזדהה עם המשטר הברברי של הנאצים המרושעים כהרי פושע כנאשם זה שבעצמו היה נרדף וחי בתנאים בלתי אנושיים כמו קורבנותיו. (ב) לא כל מעשי הפשעים כנגד האנושות דומים בחומרתם ובאכזריותם [...].¹⁷

דעת הרוב הוסיפה וציינה כי אילו היתה הברירה נתונה בידי השופטים, הם היו גוזרים על הנאשם עונש של עשר שנות מאסר או אף פחות מכך, נוכח מצבו הבריאותי הקשה. השופט לם, לעומת זאת, החזיק בדעת מיעוט, הן לענין הכרעת הדין הן לענין גזר הדין. באשר להכרעת הדין, לדעתו היה על בית המשפט לזכות את הנאשם גם מעבירת פשע כלפי האנושות. חשוב מכך לענייננו, באשר לגזר הדין סבר השופט לם כי אין חובה לגזור על הנאשם מיתה, אלא יש לבית המשפט שיקול דעת לגזור עליו עונש של עשר שנות מאסר בלבד. גם השופט לם הסכים כי עונש המוות הוא עונש חובה (ובצדק, לשיטתו), אך במקרה זה נמצא לו פתרון משפטי שימנע את החלתו של עונש המוות על הנאשם: החלת החריג הקבוע בסעיף 11(ב) לחוק. לפי חריג זה, ניתן להמתיק את עונשו של נאשם שנמצא חייב בדינו, אם העבירה נעברה מתוך כוונה למנוע, והיא עשויה היתה למנוע, תוצאות חמורות יותר מאלה שנגרמו.¹⁸

למקרא פסק הדין מתקבל הרושם שעונש המוות "נכפה" על בית המשפט, בשל כך שהמחוקק לא הותיר פתח לקביעת עונש קל מזה. ואכן, בחתימת גזר הדין הוסיף בית המשפט הערה חריגה: "אנו ממליצים פה אחד בפני נשיא המדינה להביא בחשבון את המסיבות שצויינו לעיל ולהמתיק את עונשו של הנאשם כפי שימצא לנכון".¹⁹ אינגסטר ערער על הכרעת הדין ועל גזר הדין לבית המשפט העליון. בדיון בפני הרכב השופטים, טען פרקליט המחוז אוריאל גורניצקי כי טעה בית המשפט

17 פ"ח (מחוזי ת"א) 9/51 **היועץ המשפטי לממשלה נ' אינגסטר**, פ"מ ה' 152, 178–179 (1952).

18 שם, בעמ' 179–180. לניתוח פסק דינו של השופט לם על רקע מעורבותו כחבר ועדת החוקה, חוק ומשפט בעת חקיקת החוק לעשיית דין, כמו גם על רקע הביוגרפיה שלו כניצול דכאו, ראו Yehudit Dori Deston & Dan Porat, *A Prisoner, Legislator, and Jurist: Joseph Lamm's Legal Legacy in Relation to the Nazis and Nazi Collaborators (Punishment) Law, 1950* 37(1) HOLOCAUST AND GENOCIDE STUD. 74 (2023).

19 ענין **אינגסטר**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 180. יש לציין כי סעיף 13 לחוק לעשיית דין מורה, בניגוד לכך, כי לא ניתן לחון נאשמים שהועמדו לדין בהתאם לחוק.

קמא בהרשיעו את המערער בעבירה של פשע כלפי האנושות, והוסיף כי "בשעה שמפרשים את החוק, העונש צריך להיות נגד עיני השופט".²⁰ תובנה זו הנחתה גם את ערכאת הערעור. זמן קצר לאחר שנידון למוות, ביטל בית המשפט העליון את הרשעתו של אינגסטר בעבירת פשע כלפי האנושות, הותיר את ההרשעות בעבירות האחרות על כנן, וגזר עליו עונש מצטבר של שנתיים מאסר בלבד. פסק דינו של בית המשפט ניתן ללא נימוקים, וככל הנראה לא ניתן פסק דין משלים גם לאחר מכן.²¹ בסופו של דבר, אינגסטר לא ריצה אפילו את מלוא עונש המאסר שנגזר עליו, שכן כשלושה חודשים לאחר גזר הדין בערעור, בחודש יולי 1952, הוא קיבל חנינה בשל מצבו הבריאותי. ימים אחדים לאחר שחרורו מהכלא, הוא הלך לעולמו.²²

תוצאת משפטה של אלזה טרנק, אשר אף היא הועמדה לדין בשל מעשים שביצעה בהיותה קאפו במהלך המלחמה, מהווה תמונת ראי למשפטו של אינגסטר. טרנק הואשמה בביצוע עבירות של פשע מלחמה, פשע כלפי האנושות, ועבירות נוספות, בהיותה ממונה על בלוק 7 במחנה הנשים אושוויץ-בירקנאו במחצית השנייה של שנת 1944. פסק הדין בעניינה ניתן כשלושה שבועות בלבד לפני מתן פסק הדין בעניינו של אינגסטר, ביום 14 בדצמבר 1951.²³ בית המשפט הרשיע את טרנק בעבירות של תקיפה הגורמת חבלה גופנית ממש ובעבירות של תקיפת עצורות במקום הסגר, אך זיכה אותה מעבירות של פשע מלחמה ופשע כלפי האנושות, ולא בכדי. מקריאת פסק הדין עולה בבירור כי בית המשפט נמנע מלהרשיע את הנאשמת בשתי העבירות החמורות בשל העובדה שעונש מיתה בצידן. בקונסטרוקציה משפטית מתוחכמת, תוך השוואה לחומרת עבירות דומות ולעונש הקבוע בגינן בחוקת בית הדין הביין-לאומי בנירנברג, הגיע בית המשפט למסקנה כי מעשיה של הנאשמת לא עולים כדי העבירות פשע מלחמה ופשע כלפי האנושות, כפי שהן

20 פרוטוקול הדיון בכתב ידו של הנשיא משה זמורה, מצוטט אצל לוין, לעיל ה"ש 5, בעמ' 290.
21 ע"פ 5/52 אינגסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה (7.4.1952) (לא פורסם). עותק מפסק דין זה, בכתב יד, ובחתימת השופטים, מצוי בתיק "דמיאניוק – עונש מוות – חומר רקע" בתיקי משרד המשפטים ארכיון המדינה גל-21613/1 (להלן: תיק עונש מוות). בפסק הדין צוין כי "את נימוקינו לפסק דין זה ניתן לחוד", אך פסק הדין המשלים לא פורסם מעולם. ראו יהודית דורי דסטון **משפט דמיאניוק: סופה של עשיית הדין בנאצים ובעוזריהם במדינת ישראל** 234–235 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", האוניברסיטה העברית 2017) (להלן: דורי דסטון **משפט דמיאניוק**). כן ראו יהודית דורי דסטון **המשפט האחרון: משפט דמיאניוק והסוף לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם במדינת ישראל** 245–246 (צפוי להתפרסם 2025).
22 עדית זרטל **האומה והמוות – היסטוריה זיכרון ופוליטיקה** 109 (2002); לוין, לעיל ה"ש 5, בעמ' 292.
23 פ"ח 2/52 היועץ המשפטי לממשלה נ' טרנק, פ"מ ה' 142 (1952). לדיון בפסק הדין, ראו רבקה ברוט "האזור האפור של שיתוף פעולה בבית המשפט" **תיאוריה וביקורת** 40, 157 (2012); ברוט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 380–401.

מוגדרות בחוק הישראלי, וכי עונש המוות הקבוע בחוק מוכיח כי המחוקק התכוון שעבירות אלה כוללות רק מעשים בעלי דרגת חומרה גבוהה במיוחד.²⁴ משפטיהם של טרנק ואינגסטר התנהלו בבית המשפט המחוזי בתל אביב באותה עת, בהרכבים שונים, ובספר הפסקים המחוזיים פורסמו שני פסקי הדין זה אחר זה. יש לשער כי שני המותבים ידעו על ניהולו של המשפט האחר, ובכל זאת בחרו בשתי דרכי התמודדות שונות עם "העול" שהטיל עונש המוות הקבוע בחוק על כתפיהם. בביקורת פסיקה שפורסמה זמן קצר לאחר מכן, נכתב כי בעוד בענין אינגסטר "הרוב בהרכב זה הראה תמימות אורתודוקסית, אם ניתן להתבטא כך בכל הכבוד, וסרב להתנות את ההרשעה בגזר הדין: תחילה התעלם מן העונש, ובדק אם יש מקום להרשעה, ומשמצא שיש מקום להרשעה והרשיע – לא נרתע ממילוי חובתו", הרי שבענין טרנק "ברח בית המשפט מן המערכה, אם אפשר להתבטא כך בכל הכבוד, ע"י הבעת הדעה שעונש המיתה שנקבע בחוק מוכיח שלא התכוון המחוקק אלא לעבירות בעלות דרגות חומרה גבוהה בלבד".²⁵ כמובן, אף אחת מן הדרכים הללו אינה חפה מקשיים. תובנה זו הביאה לשינוי מדיניות בהתנהלות התביעה בהגשת כתבי אישום נגד נאשמים לפי חוק זה. החל מחצי שנה לאחר מכן, לא הועמדו עוד לדין יהודים בעבירות לפי סעיף 1 לחוק (להבדיל מעבירות אחרות).²⁶ התנהלות זו של התביעה קשורה במובהק לפרשות אינגסטר וטרנק, ולהבנה כי הרשעת נאשמים יהודים בעבירות של פשע כלפי האנושות ופשע מלחמה תביא בהכרח להטלת עונש מוות – תוצאה קשה לכל הדעות.

מאז פרשות אלה ובמשך כעשור לא נעשה שימוש בעונש המוות הקבוע בחוק לעשיית דין – עד להבאתו של אדולף אייכמן לדין. כידוע, משפט אייכמן היה ההליך הפלילי הראשון והיחיד בישראל שבו הוטל ובוצע גזר דין מוות על נאשם לפי החוק לעשיית דין. בהטילו על אייכמן עונש מיתה, ציין בית המשפט המחוזי כי: "שקלנו בדבר העונש הראוי לנאשם, מתוך הרגשה עמוקה בנטל האחריות המוטלת עלינו, והגענו לכלל דעה שלשם הענשת הנאשם והרתעת אחרים יש להטיל עליו את העונש המכסימלי הקבוע בחוק".²⁷ מילותיו המפורסמות של פסק הדין בערעור מחזקות קביעה זו:

- 24 ענין טרנק, לעיל ה"ש 23, בעמ' 147–148.
- 25 מופלה "החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, תש"י-1950 (תולדות כשלון חרוץ)" הפרקליט ט 61, 66–67 (התשי"ג).
- 26 החל מחודש יוני 1951 לא הוגשו עוד כתבי אישום שכללו עבירות לפי סעיף 1 לחוק, למעט שלושה מקרים בודדים, באחד מהם זוכה הנאשם ובשניים אחרים בוטלו האישומים בעבירות אלה כחלק מהסדרי טיעון. ראו Porat, *Changing legal Perceptions*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 312–313.
- 27 ת"פ (י-ם) 40/61 היועץ המשפטי לממשלה נ' אייכמן, פ"מ מ"ה 3, 269 (1961). יש לציין כי במסגרת טיעוני התביעה לעונש טען התובע גדעון האוזנר כי עונש המוות הינו עונש חובה ולא עונש מקסימום, ולראיה פרש את ההיסטוריה החקיקתית של החוק לעשיית דין. בית המשפט המחוזי לא קיבל טענה זו, וקבע כי אמנם עונש המוות היה עונש חובה בעת חקיקת

בקבעו, בשנת 1950, את העונש המכסימלי האמור בחוק הנ"ל, לא היה המחוקק הישראלי יכול לתאר לעצמו פושע גדול יותר מאדולף אייכמן, ואם אין רצוננו לעשות פלסתר את רצונו של המחוקק, עלינו להטיל על אייכמן את העונש המכסימלי שנקבע בסעיף 1 של החוק, הוא: עונש מיתה.²⁸

הפעם הבאה (והאחרונה עד כה) שבה נדרשה מערכת המשפט להתמודד עם האפשרות של הטלת עונש מוות על נאשם בפלילים, היתה במשפטו של ג'ון איוון דמיאניוק, שנפתח בספטמבר 1986 בבית המשפט המחוזי בירושלים.²⁹ כתב האישום שהגיש התביעה לבית המשפט ביקש להרשיעו בעבירות של פשע כלפי העם היהודי, פשע כלפי האנושות ופשע מלחמה ובעבירות נוספות לפי החוק לעשיית דין. על פי כתב האישום שירת הנאשם בשנים 1942-1943 כוואכמן (שומר) במחנות ההשמדה טרבלינקה וסוביבור והיה אחראי על הפעלת תאי הגזים במחנה טרבלינקה. הנאשם נהג להכות את קורבנותיו היהודים בדרכם לתאי הגזים, באכזריות רבה ובעזרת כלי משחית שהיו ברשותו. כמו כן התאכזר הנאשם לעובדי הכפיה היהודים במחנה והפיל את חיתתו עליהם. בשל כך הם כינו אותו "איוון האיום".

שאלת עונש המוות הצפוי לדמיאניוק, אם יורשע בדינו, עלתה עוד בשלביו המוקדמים של המשפט. ערב הגשת כתב האישום פנה דניס גולדמן, מנהל המחלקה לעניינים בין-לאומיים בפרקליטות המדינה, שניהל את תיק דמיאניוק בשלב בקשת ההסגרה, אל שר המשפטים, היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה במכתב שנועד "להעלות לדיון את שאלת העונש שתבקש התביעה הכללית להטיל על דמיאניוק, אם וכאשר יורשע בדין".³⁰ במכתבו פרש גולדמן בפני הממונים עליו את משנתו, שלפיה אם יורשע דמיאניוק, יש לעתור לעונש של מאסר עולם ולא עונש מוות (שכן לעמדתו לא מדובר בעונש חובה על פי החוק לעשיית דין). גולדמן העלה נימוקים כלליים נגד הטלת עונש מוות במישור העקרוני, ובאופן קונקרטי נגד הטלתו במקרה של דמיאניוק. הנימוק הראשון שהציג נסב על חלוף הזמן מאז ביצוע העבירות. בהקשר זה כתב גולדמן: "אין כיום להמית פושע מסוגו של דמיאניוק. אדם בן 66 הינו יצור אנושי אחר מן הצעיר בן ה-22, שביצע את העבירות. בקביעת

החוק לעשיית דין, אך עם חקיקתו של החוק לתיקון דיני עונשין (דרכי ענישה), התשי"ד-1954 הפך עונש המוות בחוק לעשיית דין לעונש מקסימום. להרחבה ראו דורי דסטון **משפט דמיאניוק**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 236-237.

28 ע"פ 336/61 **אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד טז 2032, 2100 (1962).

29 בית המשפט המחוזי דן בתיק זה בשבתו בהרכב מיוחד על פי סעיף 2 לחוק בתי המשפט (עבירות שעונשן מוות), התשכ"א-1961, ס"ח 325.

30 סעיפים 2-3 למכתבו של דניס גולדמן (22.7.1986) מתיק "דמיאניוק – בית משפט מחוזי 1986 שוטף 2" בתיקי משרד המשפטים ארכיון המדינה גל-21598/3 (להלן: מכתבו של גולדמן).

העונש הראוי, לא נוכל, לדעתי, להתעלם מן הזמן שחלף מאז מלחמת העולם השנייה".³¹

הנימוק השני הוא אפשרות קיומה של טעות שבדין בשאלת זיהוי הנאשם, גם אם מדובר באפשרות "רחוקה ותיאורטית".³² הנימוק השלישי קשור להיותו של דמיאניוק "בורג קטן במכונת ההשמדה הנאצית", בלשונו של גולדמן. לדבריו:

בניגוד לאייכמן והדומים לו, לא השתתף דמיאניוק (ואף לא היה מסוגל להשתתף) בתכנון הרצח של העם היהודי או בהקמת המערכות הדרושות לביצוע המזימה האיומה. דמיאניוק היה איכר פשוט, בריון סדיסטי, ששירת את אדוניו הנאציים בהתלהבות. במצב של חצי שכרות מתמדת, עשה דמיאניוק את מעשי הרצח שתוכננו ואורגנו על ידי מפקדיו הגרמניים. אף אחד מן הגרמנים האלה לא נדון למוות. אין לשכוח כי בהתחלת הפרשה היה גם דמיאניוק שבוי בידי הגרמנים. דמיאניוק הוחזק בתנאים קשים ביותר במחנה שבוים שבו מתו אלפים מרעב. נכונותו להצטרף לכוחות שגוייסו על ידי הגרמנים הצילה אותו ממצב זה. אין להקל ראש בפני המעשים שביצע דמיאניוק ואין לפטור אותו מעונש. אך חייבים אנו להביא בחשבון את הדרך שבה הגיע דמיאניוק לטרבלינקה, כאשר אנו שוקלים האם לבקש להטיל עליו עונש מוות.³³

הנימוק הרביעי והאחרון הוא נימוק עקרוני של מתנגדי עונש המוות, גולדמן ביניהם. לעמדתו, "לעיתים קיים צורך להמית אדם, למשל, במלחמה או בפעולה נגד מחבלים. אוכל אף להבין ניצול שואה שיורה ברוצח נאצי לשעבר. אך לא אוכל לקבל כי מחובתנו לקחת אדם ולהמיתו בתלייה כחלק מהליך משפטי מסודר".³⁴ שאלת עונש המוות הוסיפה להעסיק את פרקליטי התביעה לאורך ניהול ההליך. במסמך שכותרתו "שיקולי מדיניות בענין עונשו של איוון דמיאניוק", שהוכן (כעולה מתוכנו) בשלב שלפני מתן הכרעת הדין, הוצגו נימוקים בעד ונגד דרישת התביעה להטיל עונש מוות על הנאשם. בין היתר, נטען שם כי גזר דין מוות לדמיאניוק יפגע בתפיסתה של מדינת ישראל כמדינה מוסרית, שהוציאה עד כה להורג רק את אייכמן; כי גזר דין זה יגרום נזק תדמיתי לישראל וכי דמיאניוק ייתפס כ"ישו חדש"; כי דרישת עונש המוות תגרור לחצים בין-לאומיים ותמנע הסגרות עתידיות של פושעי מלחמה לישראל; וכי הדבר יתמוך בקולותיהם של אלה הקוראים להשיב את עונש המוות לספר החוקים הישראלי גם בעבירות רצח "רגילות". מנגד, נטען כי רק העונש החמור ביותר – שהוא עונש מוות – יכול

31 שם, סעיף 7 למכתבו של גולדמן.

32 שם, סעיף 8 למכתבו של גולדמן.

33 שם, סעיפים 9–10 למכתבו של גולדמן.

34 שם, סעיף 11 למכתבו של גולדמן.

להיחשב כגמול צודק; כי יש להוקיע את דמיאניוק מתוך החברה האנושית; כי יש לכבד את רצון המחוקק שהורה על גזר דין מוות במקרה של העבירות שביצע דמיאניוק; כי עונש המוות עשוי להרתיע מפני ביצוע עבירות דומות בעתיד; וכי "המדינה פועלת בשם הקרבנות ובשם הניצולים, הניצולים מצפים לעונש מוות ויראו בעונש מאסר עולם עלבון".³⁵ במסמך נוסף, שכותרתו "טיעון לעונש: ההיבט המהותי", הובאו נימוקים להטלת עונש מוות על הנאשם עצמו (להבדיל מטיעונים כלליים של תומכי עונש המוות). ראשית, תוך השוואה לפשעים שביצע אייכמן ולגזר הדין שהושת עליו, טענה התביעה כי "הנאשם הכניס במו ידיו מאות אלפי נפשות אל תוך תאי הגזים. מידת אחריותו המשפטית והמוסרית אינה נופלת מזו של מי ששלח לטרבלינקה את הרכבות".³⁶ נוסף על כך, נטען כי "אדם אשר הוציא עצמו מחברת בני אנוש – חייבים להוקיעו מתוכנו. אין מקומו בין החיים".³⁷ עוד נטען כי מדינת ישראל מייצגת את הנספים, ובשם עליה לדרוש להשית על הנאשם את העונש החמור ביותר: "אין אנו רשאים היום למחול בשם קרבן אחד בטרבלינקה".³⁸ לבסוף נטען כי לנימוק הגמולי של הנקמה מתווסף גם נימוק תועלתני של הרתעה: "העונש החמור ביותר שאנו מבקשים מביהמ"ש לגזור על הנאשם נועד גם להזהיר כלפי העתיד: מי שישתתף ברצח עם בעתיד בכל רמה שהיא מסתכן במתן הדין בחייו".³⁹ ואכן, לאחר שהרשיע בית המשפט המחוזי את דמיאניוק בהיותו איוון האיום מטרבלינקה, הוא דן אותו למיתה. בית המשפט הבהיר כי טענותיה של התביעה בדבר היותו של עונש המוות עונש חובה הן "הגיוניות", אך הוסיף, בתמצית בלבד, כי "סבורים אנו כי מקום שהמחוקק מבקש לקבוע עונש פלוני כעונש חובה ולשלול מבית המשפט כל שיקול דעת לעניין העונש, עליו לומר כן במלים מפורשות (כמו למשל בסעיף 300 (א) לחוק העונשין)".⁴⁰ למקרא דברים אלה, נדמה שבית המשפט גמר בדעתו להשית במקרה זה את העונש החמור ביותר המתאפשר על פי החוק, ועל כן לא נתן דעתו לכל היבטיה של הסוגיה.⁴¹ בגזר דינו קבע בית המשפט כי הפשעים שביצע הנאשם אינם מתיישנים, והם עומדים למעלה מן הזמן. הגם ש"אלף מיתות לא יכפרו על מעשיו" ו"יד בשר ודם קצרה למדוד לנאשם כמידתו" השית בית המשפט עונש מוות על הנאשם, בהיותו "תליין ראשי שבמו ידיו הרג רבבות ועינה

35 תיק עונש מוות, לעיל ה"ש 21, עמ' 8 למסמך "שיקולי מדיניות בעניין עונשו של איוון דמיאניוק".

36 תיק עונש מוות, לעיל ה"ש 21, סעיף 1 למסמך "טיעון לעונש: ההיבט המהותי" (להלן: מסמך הטיעון לעונש).

37 שם, סעיף 3 למסמך הטיעון לעונש (הניקוד הוסף).

38 שם, סעיף 4 למסמך הטיעון לעונש.

39 שם, סעיף 5 למסמך הטיעון לעונש.

40 ת"פ (י-ם) 373/86 מדינת ישראל נ' דמיאניוק, פ"מ תשמ"ח(ג) 1, 369 (1988) (להלן: עניין דמיאניוק מחוזי).

41 דורי דסטון משפט דמיאניוק, לעיל ה"ש 21, בעמ' 243.

והשפיל והתעלל והתאכזר ורדף אומללים בנפש חפוצה".⁴² עונש המוות נגזר אפוא על דמיאניוק מטעמים משפטיים – שכן החוק מצווה על עונש מוות למי שעבר את העבירות שבהן הורשע (ולו כעונש מקסימום, לפי פרשנותו של בית המשפט המחוזי) – אך גם מטעמים סמליים או הצהרתיים. מדינת ישראל, שראתה עצמה כמייצגת את הנספים ואת הניצולים, לא היתה יכולה להרשות לעצמה שלא לדרוש עבור הנאשם את העונש החמור ביותר בספר החוקים.

אלא שכידוע, הערעור שהגיש דמיאניוק על פסק הדין לבית המשפט העליון התקבל, ובתום הדיון בערעור – שנמשך שש שנים – הוא זוכה מחמת הספק. משזיכה בית המשפט העליון את דמיאניוק, הוא לא נדרש כלל לשאלה אם עונש המיתה הקבוע בחוק הוא עונש חובה. תחת זאת, הדיון הנורמטיבי המרכזי בפסק דינו של בית המשפט העליון היה ברף ההוכחה של "מעל לספק סביר", ובאי-התקיימותו בנסיבותיו של תיק זה. ברף הוכחה זה ובפרשנותו על ידי בית המשפט העליון אעסוק כעת.

ג. "מבחן השכל הישר וניסיון החיים": רף ההוכחה של מעל לספק סביר בפסק הדין בענין דמיאניוק

כידוע, במשפט פלילי נדרשת מן התביעה מידת הוכחה העולה כדי שכנוע של בית המשפט מעל לכל ספק סביר. ההצדקה לכלל ראייתי זה טמונה בהעדפת זיכוי של מי שהינו ספק אשם, על פני הרשעתו של מי שהוא ספק חף מפשע. הכלל הראייתי של הוכחת האשמה "מעל לספק סביר" מבטא אפוא איזון אינטרסים שבו ניתן משקל מכריע לאינטרס ההגנה על החף מפשע, למרות המחיר החברתי הכבד הנובע מכך. איזון זה מוצדק גם מנקודת המבט של הניתוח הכלכלי של המשפט, לנוכח א-סימטריה בין האפשרות של הרשעה מוטעית, שיש לה עלויות גבוהות יותר (לרבות אבדן חירות וסטיגמה חברתית) לעומת האפשרות של זיכוי שגוי.⁴³

בפסיקה ובספרות המשפטית נעשו נסיונות רבים להגדיר ולכמת את רף ההוכחה של "מעל לספק סביר".⁴⁴ ההגדרה המקובלת היא כי רף הוכחה זה דורש רמה גבוהה של ודאות לצורך הוכחת העובדות המתוארות בכתב האישום, אך לא בטחון ודאי.⁴⁵

42 ענין דמיאניוק מחוזי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 371.

43 Doron Teichman, *Convicting with Reasonable Doubt: An Evidentiary Theory of Criminal Law*, 93 NOTRE DAME L. REV. 757, 765–66 (2018).

44 ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW 172–173 למשל – ראו למשל (2005) 78. להצגת המודלים ההסתברותיים להגדרת הספק הסביר ראו רון שפירא "המודל ההסתברותי של דיני הראיות חלק א – ביקורות מסורתיות" **עיוני משפט** יט 205 (1994); רון שפירא "המודל ההסתברותי של דיני הראיות: חלק ב – הלוגיקה ההכרתית" **עיוני משפט** כ 141 (1996). למודלים המתארים את תהליך ההכרעה במשפט הפלילי באופן שאינו מתמטי, ראו יניב ואקי **מעבר לספק סביר – גמישות ההוכחה בדין הפלילי** 83–132 (2013).

45 שם, בעמ' 40, והאזכורים שם בה"ש 5.

הספק הסביר הוא למעשה נקודת האיזון של נטל השכנוע: אם שוכנע בית המשפט כי תמונת הראיות כולה מתיישבת עם גרסת התביעה, עליו להרשיע את הנאשם, ואילו אם הציג הנאשם גרסה אפשרית לחפותו, אף אם אין גרסה זו משכנעת יותר מהגרסה העולה מראיות התביעה, על בית המשפט לזכותו מחמת הספק.⁴⁶

מענין לציין כי המידה הגבוהה הנדרשת להוכחת האשמה ("רמה גבוהה של ודאות", כאמור) קשורה באופן היסטורי לעונש המוות. במהלך המאה השמונה-עשרה, עונש המוות היה עונש מקובל בגין עבירות רבות, חלקן נחשבות לעבירות קלות יחסית, כמו למשל גניבת רכוש שערכו זעום. בשל החשש מהטלת עונש שאינו בר-תיקון, התקבע במשפט הפלילי סטנדרט הוכחה גבוה מאוד. בהמשך, למרות ביטולו ההדרגתי של עונש המוות כעונש חובה על מרבית העבירות וקביעת עונשי מקסימום במקומו, הן בשיטת המשפט הישראלית הן בשיטות משפט אחרות נשאר רף ההוכחה הראייתי המחמיר של "מעל לספק סביר" על כנו.⁴⁷

פסק הדין בענין **דמיאניוק** היה אחד המקרים הראשונים בפסיקה הישראלית שבהם הוקדש דיון מקיף לשאלת מהותו ושיעורו של "הספק הסביר". כפי שהובהר בפסק הדין, הכלל המשפטי של הספק הסביר מבוסס על תפיסות ערכיות וחברתיות. בית המשפט סקר גישות שונות שהוצגו בפסיקה ובספרות להגדרת המושג "ספק סביר". אחת מהן גורסת כי אמת המידה של "מעל לכל ספק סביר" תשתנה בהתאם לחומרת העבירה. בהקשר זה הפנה בית המשפט לפסק הדין בפרשה משפטית אחרת שעסקה בשואה – משפט **קסטנר**⁴⁸ – שאף בו נדונה שאלת גמישותו של הרף הראייתי. במסגרת הדיון בסוגיית נטל ההוכחה המוטל על נאשם במשפט דיבה הטוען להגנת "אמת דיברתי",⁴⁹ התעוררה השאלה אם הוא נדרש להוכיח את טענתו מעל לכל ספק המתקבל על הדעת, על פי רף ההוכחה הנהוג במשפט פלילי, או שמא ניתן להסתפק ברף הוכחה נמוך יותר, לפי "מאזן ההסתברויות", כמקובל בהליך אזרחי. בית המשפט קבע כי נטל ההוכחה הראוי הוא רף הוכחה של "אפשרות גבוהה", הנמצא גבוה יותר מהנטל המקובל במשפט האזרחי, אך נמוך מהנטל המקובל במשפט הפלילי. בהקשר זה, בית המשפט התייחס לאפשרות של גמישות בקביעת נטל ההוכחה: "זאת ועוד, אף אחד משני המבחנים האמורים איננו מבחן החלטי, ובתחום כל אחד מהם עלולה להשתנות מידת ההוכחה הדרושה ממקרה למקרה, הכל לפי רצינות הענין השנוי במחלוקת. רצוני לומר: במידה שהעבירה,

46 ראו למשל ע"פ 20/51 פודמסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה' 1187, 1196 (1951).

47 ואקי, לעיל ה"ש 44, בעמ' 195.

48 ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד, פ"ד יב' 2017 (1958) (להלן: ענין קסטנר).

49 באותה תקופה, הגנת "אמת דיברתי" היתה מעוגנת בס' 205 לפקודת החוק הפלילי, 1936, אשר על פיו נחשב פרסום המהווה הוצאת שם רע לאדם, לפעולה בלתי חוקית, אלא אם כן היו הדברים המפורסמים נכונים, וטובת הציבור חייבה את פרסומם.

נשוא הדיון הפלילי, עולה בחומרתה, כך תגדל גם מידת ההוכחה, הדרושה לגביה".⁵⁰

בפסק הדין בענין דמיאניוק דן בית המשפט בקצרה בקושי שבאימוצו של כלל ראייתי המתאים את נטל השכנוע על פי חומרת העבירה, כפי שנעשה בענין קסטנר. בית המשפט עמד על הקושי העיקרי בכך: כלל זה אינו בוחן את הראיות על פי תוכן המהותי, אלא על פי מבחן המטרה אשר לה הן מיועדות, כלומר השאלה אם הראיות הללו נועדו לתמוך בהרשעה של נאשם בעבירה בדרגת חומרה א' או בדרגת חומרה ב'. שימוש בכלל כזה עלול להוביל לתוצאה בלתי רצויה, שלפיה, גם כאשר מדובר במערכת נסיבות זהה, במקרה אחד ייקבע כי מתקיים ספק סביר ובמקרה אחר ייקבע כי איננו מתקיים, וזאת בהתאם לחומרת העבירה. בסופו של הדיון, לא הכריע בית המשפט בשאלה אם כלל ראייתי זה ראוי, שכן שוכנע כי בעניינו של דמיאניוק "המדובר, אליבא דכולי עלמא, בעבירה מן החמורות ביותר".⁵¹ בנקודה זו החמיץ בית המשפט הזדמנות היסטורית לדון לעומק בשאלת התאמתה של מידת ההוכחה לחומרת העבירה, ולהכריע בה.

כך או כך, בסיכומו של הדיון בגישות השונות להגדרת הספק הסביר הגיע בית המשפט לנוסחה שלפיה, לצורך זיכיון של נאשם מחמת הספק, די לו כי יעורר ספק, כלומר יציג גרסה אשר לכאורה אינה מתיישבת עם התקיימותם של יסודות האישום. לצד זאת, נקבע כי הספק שמעורר הנאשם צריך להיות "סביר", במובן זה שגרסתו מתקבלת על הדעת ואינה רחוקה מן המציאות. בית המשפט הדגיש כי הספק הסביר נבחן "לפי אמות המידה הרציונאליות המקובלות עלינו. בביטוי 'סביר' טמונים הסיון והמיון בין עניינים שיש להם אחיזה הגיונית במציאות לבין דברים שהם ספקולציות נעדרות תשתית".⁵² במילים אחרות, החידוש המשפטי של פסק הדין בענין דמיאניוק היה הדגשת הממד האובייקטיבי של הספק הסביר. כפי שנקבע, הספק צריך להיות מבוסס על הסבר רציונלי המעוגן בחומר הראיות ואשר ביכולתו להציב סימני שאלה ביחס לאמיתות הגרסה שהועמדה נגד הנאשם, או לחלופין לגרום לכך שמבחינה אובייקטיבית לא ניתן יהיה לדחות את גרסת הנאשם כדמיונית, תיאורטית או בלתי אפשרית. בית המשפט סיכם את הדיון המשפטי באומרו "מבחן הספק הסביר הוא אפוא מבחן השכל הישר וניסיון החיים".⁵³

מכאן עבר בית המשפט ליישום הדיון הנורמטיבי על המסכת הראייתית בפרשה זו. בית המשפט קבע כי במקרה זה קיימים שני מעגלים של ראיות: המעגל הראשון נוגע לשירותו של דמיאניוק כוואכמן של הס"ס ביחידת טריוניקי. במעגל זה נכללים מסמכים גרמניים שונים המעידים כולם על כך שדמיאניוק שירת, בניגוד להכחשתו

50 ענין קסטנר, לעיל ה"ש 48, בעמ' 2036. לדיון בעקרון גמישות ההוכחה ראו ואקי, לעיל ה"ש 44, בעמ' 391.

51 ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221, 651 (1993).

52 שם, בעמ' 652.

53 שם, בעמ' 653.

העקיבה, כוואכמן במבצע ריינהרד. מעגל הראיות השני עוסק בהיותו של דמיאניוק מפעיל תאי הגזים בטרבלינקה. במעגל זה כלולות כל העדויות של עדי הזיהוי, שנמצאו מהימנות על ידי בית המשפט. נקבע, כי אילו ניצבו עדויות אלה לבדן, לא היתה כל הצדקה להתערבותה של ערכאת הערעור בהרשעתו של דמיאניוק.

מה עורר אפוא את ה"ספק הסביר" אצל בית המשפט? בשלב הערעור הוגשו בהסכמה ראיות נוספות שהובאו מרוסיה ומאוקראינה, וביניהן מספר ניכר של הודעות ורישומי פרוטוקול של עדויות של ואכמנים שנחקרו בשעתו בברית המועצות, וחלקם אף העידו בהליכים משפטיים. ברוב ההודעות הללו נאמר שמפעיל תאי הגזים בטרבלינקה היה ואכמן בשם איוון מרצ'נקו. חלק מן ההודעות כללו גם מסדרי זיהוי שבהם זיהו הוואכמנים את דמותו של איוון מרצ'נקו על פי תמונתו שצורפה לגיליון האישי ביחידת טרווניקי, ולא היה כל דמיון בין תמונת מרצ'נקו לבין תמונת דמיאניוק. אחד מן הוואכמנים גם הזכיר בהודעתו כי היהודים כינו את מרצ'נקו בשם "איוון האיום". לנוכח מכלול ראיות אלה העלתה הסנגוריה את התזה שלפיה מפעיל תאי הגזים בטרבלינקה לא היה דמיאניוק אלא ואכמן בשם איוון מרצ'נקו. תזה זו התקבלה על דעתו של בית המשפט כאפשרית, ועל כן עוררה ספק סביר בגרסת התביעה.

ואולם, מידת ה"סבירות" של הספק שהתעורר אצל בית המשפט בשל אותן הודעות נתונה לפרשנות. הודעות אלה, אשר גילו טפח וכיסו טפחיים, הציבו בפני בית המשפט קשיים ראייתיים לא מבוטלים. כל הוואכמנים שהודעותיהם הוגשו לבית המשפט הוצאו להורג או נפטרו, כך שלא ניתן היה לזמנם למתן עדות בבית המשפט. ענין זה פגע באופן מהותי במשקלן הראייתי של ההודעות. בית המשפט הדגיש כי הערכת אמיתותן ואמינותן של ההודעות הכתובות הללו היא מלאכה קשה, שכן לא נשמעה כל עדות שיהיה בה כדי לשפוך אור נוסף על המסמכים מעבר למה שנכתב בהם. לא הובאו ראיות על מידת האותנטיות של המסמכים, לא הובאה עדות של מי שברשותו היו המסמכים, מניין באו ומהי שרשרת החזקה בהם מיום היווצרותם ואף לא הובאו עדויות של גובי ההודעות בקשר לנסיבות גבייתן ולמצבם המנטלי של מוסרי ההודעות בעת שמסרו אותן. יתר על כן, היעדר עדות של מקבל ההודעה לא אפשר מענה על שאלות חשובות ביותר, למשל, באיזו מידה היה אזכור השמות של ואכמנים אחרים בגדר הפעלת זיכרון עצמאית של העד או תשובה לשאלות ספציפיות שנשאל? במילים אחרות, לא ידוע אם הנחקרים נשאלו, למשל, "מי היו הוואכמנים שהפעילו את תאי הגזים?" או שמא "האם הכרת את מרצ'נקו שהפעיל את תאי הגזים?". לכך היתה כמובן משמעות רבה מבחינת משקלן הראייתי של ההודעות. מתוכן ההודעות גם עולה כי רוב הוואכמנים שנחקרו ביקשו להמעיט בחלקם האישי בפעולות ההשמדה, ואף עובדה זו הקשתה על בית המשפט להתרשם מאמינות דבריהם.

לאור הקשיים הללו, האפשרות שהודעות אלה יעוררו אצל בית המשפט ספק בגרסת התביעה, ספק שיהיה סביר דיו כדי לזכות את הנאשם, אינה מובנת מאליה.

בית המשפט מצדו היה מודע לקושי המתעורר בקבלת ההודעות ומנה בפסק הדין כמה "אפשרויות תיאורטיות הכרוכות בעניין אמינות המסמכים", כלשוננו, ובין היתר ציין אפשרות של זיופם על ידי גורמים בעלי אינטרס בזיכוי של הנאשם. חלופה נוספת שהועלתה על ידי בית המשפט היא שההודעות הללו מתיישבות גם עם גרסת התביעה, שכן ייתכן שדמיאניוק ומרצ'נקו עבדו שניהם בהפעלת תאי הגזים בפרקי זמן שונים. ברם, אף על פי שלא נשללו האפשרויות התאורטיות הללו, קבע בית המשפט כי די בהודעות הנוספות שהוגשו כדי לעורר ספק סביר:

נותר ערפל. הסניגוריה, די לה כמובן בהעלאת ספקות, והמדינה כנראה לא יכולה הייתה לסייע בדינו בהבהרת התעלומה. להלכה ולמעשה, נותרנו, על-כן, ככל שהדבר נוגע למסמכים והרשום בהם, עם ניחושים והשערות. השאלות והתהיות הן רבות ואין להן מענה, וייתכן מאוד שלעולם לא יהיה להן מענה, שהרי חלק מן הוואכמנים הוצאו להורג ואחרים נפטרו בינתיים [...], וכל יום שחולף מקטין את הסיכוי לקבלת הבהרה. אולם עלינו להכריע עתה, אם יש בקובץ ההודעות של הוואכמנים שהוגשו בשלב הערעור כדי לעורר ספק סביר, אשר ממנו רשאי המערער ליהנות. תשובתנו לכך היא חיובית.⁵⁴

חרף הקשיים בקבלת ההודעות החליט אפוא בית המשפט לקבלן כראיה, ומשהחליט לקבלן, הוא ניצב בפני שתי מערכות עובדתיות סותרות: מצד אחד עמדה גרסתם של עדי הזיהוי, מרביתם ניצולי טרבלינקה, שזיהו את דמיאניוק כאיוון האיום; מצד אחר עמדו הודעותיהם של הוואכמנים, שייחסו את הפעלת תאי הגזים לוואכמן אחר בשם איוון מרצ'נקו. התביעה לא הציגה הסבר המיישב את הודעותיהם של הוואכמנים עם גרסתם של עדי הזיהוי (אם על ידי זימון חוזר של העדים ואם בדרך אחרת). כדי ליישב בין שתי המערכות העובדתיות הללו דרוש היה, אליבא דבית המשפט, נדבך ראיתי נוסף, כגון ראיה המבטלת את אמינות ההודעות או את אמינותן, או ראיה המבהירה כי היו כמה מפעילים לתאי הגזים בפרקי זמן שונים, או תזה שלפיה היה בטרבלינקה ואכמן בשם מרצ'נקו, אך קשירתו להפעלה של תאי הגזים היא המצאה מאוחרת או בלתי מדויקת. לבית המשפט לא הוצגה אף לא אחת מאלה, ולכן הוא קבע כי אין ביכולתו ליישב בין הגרסאות הסותרות, זו של עדי הזיהוי וזו העולה מהודעות הוואכמנים, וכי נותר ספק סביר בדבר שלמותה של מערכת ראיות אחת ויחידה המחייבת את הרשעת הנאשם כאיוון האיום, מפעיל תאי הגזים. טיבו של ספק זה תואר בחתימת פסק הדין במילים הבאות:

הודעות אלו לא ידענו כיצד באו לעולם ומי הרה אותן; אך קיבלנו אותן לפני ולפנים משורת הדין והדיון. ומשהיו לפנינו, החל הספק

54 שם, בעמ' 661–662.

מכרסם בתודעתנו השיפוטית, שמא המערער אינו איוון האיום מטרבלינקה. מכוחו של כירסום זה, שידענו טיבו אך לא את פשרו, מנענו עצמנו מלהרשיע את המערער על זוועות טרבלינקה.⁵⁵

השאלה מה ייחשב ל"ספק סביר" בהקשר של נאשם שמעל ראשו מרחף עונש מוות, נותרה ללא תשובה חד-משמעית בפסק הדין. התוכן שיש ליצוק למונח זה נגזר מהתרשמותו הכללית של בית המשפט, בהתאם למבחן העמום של "השכל הישר וניסיון החיים". ייתכן כי אלמלא ריחף עונש מוות מעל ראשו של דמיאניוק, היה מתגמד אותו "ספק סביר" שבגיניו זוכה והופך ל"ספק" בלבד, ספק שאינו סביר ואינו מתקבל על הדעת, והתוצאה היתה שדמיאניוק היה נמצא אשם בדינו, מורשע ונדון לעונש קל מעונש מוות, כגון עונש מאסר לתקופה ממושכת. ברם, החוק לעשיית דין לא הותיר לבית המשפט כל שיקול דעת בקובעו עונש מוות כעונש חובה. התוצאה המתבקשת היא שאותו "סף בטחון" בדמות הספק הסביר הוצב במקום גבוה מאוד, כך שכמעט בלתי אפשרי היה לעבור אותו.

ד. סבירותו של הספק כתלויה בחומרת העונש הצפוי לנאשם

במישור הנורמטיבי, הרף הראייתי של "מעל לספק סביר" הוא בינארי ומשקף משטר הכרעה של "הכל או כלום". אם בית המשפט לא השתכנע שהראיות שהוצגו עוברות סף זה, עליו לזכות את הנאשם, ואילו אם שוכנע כי די בהן כדי לעבור אותו, עליו להרשיעו ולגזור את דינו בהתחשב בעונש הקבוע לצד העבירה שביצע. בספרות המשפטית נדונו הצדקות שונות לרף הוכחה אחיד, קשיח וגבוה במשפט הפלילי, ובהן המחיר הגבוה של הרשעה שגויה וחומרתה של הסנקציה הפלילית (שלילת חירות ואף שלילת החיים במקרה של עונש מוות), תפיסתו של המשפט הפלילי כעוסק ב"דיני נפשות" (בהשוואה למשפט האזרחי העוסק ב"דיני ממונות"), פערי הכוחות בין המדינה לנאשם ועוד. מנגד, בעשורים האחרונים החלו להישמע קולות הקוראים להגמיש את רף ההוכחה בפלילים ולהתאימו לאופי העבירה המיוחסת לנאשם ולחומרת העונש הצפוי בגינה, לרבות על דרך של אימוץ "משטר הכרעה הסתברותי" – שעל פיו גובה העונש הוא פועל יוצא של מידת הסתברות האשם. בין ההצדקות שהוזכרו בספרות למשטר הסתברותי, ניתן למנות את מזעור העלויות של הרשעות שווא, שיקולי הרתעה, שיקולי גמול, שיקולים מוסדיים ושיקולים התנהגותיים.⁵⁶

55 שם, בעמ' 677.

56 טליה פישר "ענישה הסתברותית" עיוני משפט לב 515, 537–575 (2011); ואקי, לעיל ה"ש 44, בעמ' 137–142, 182–209, 435–478; David Enoch & Talia Fisher, *Sense and Sensitivity: Epistemic and Instrumental Approaches to Statistical Evidence*, 67 STAN. L. REV 557, 565–71 (2015); Ehud Guttel & Doron Teichman, *Criminal Sanctions in the Defense of the Innocent*, 110 MICH. L. REV. 597, 600 (2012); Henrik Lando, *The Size of the Sanction*

כך או כך, הלכה למעשה, בעוד ההנחה המסורתית היא שמשמעותו של הרף הראיתי של "מעל לספק סביר" דומה בכל ההקשרים הפליליים שבהם היא נדונה, פרקטיקות משפטיות מקובלות מלמדות על קיומה בפועל של תלות הדדית בין מידת השכנוע של השופטים או המושבעים באשמו של הנאשם לבין חומרת העונש שהם משיתים עליו.⁵⁷ לזיקה זו יש שורשים היסטוריים. כך למשל, על פי הפרקטיקה הפלילית שהיתה נהוגה בימי הביניים, ניתן היה לבסס את אשמתו של נאשם במידת ודאות חלקית בלבד, באמצעות עדות יחידה, אך בהתאמה להשית עליו עונש בשיעור חלקי בלבד.⁵⁸ אחד הביטויים המובהקים הקיימים כיום לזיקה בין מידת ההוכחה למידת העונש, הוא דוקטרינת הספק השיורי (Residual Doubt) הנהוגה בשיטת המשפט האמריקאית במקרים שבהם צפוי עונש מוות למבצע העבירה. על פי דוקטרינה זו, קיומו של ספק כלשהו בשאלת האשם, עשוי להוות שיקול (גם אם לא סטטוטורי) להקלה בענישה ולהמרת גזר הדין מעונש מוות למאסר עולם. מעניין לציין כי על פי מחקרים אמפיריים שנערכו בארצות הברית, גם במדינות שבהן דוקטרינת הספק השיורי אינה חלה באורח פורמלי, נמצא כי חבר המושבעים התאים בפועל את מידת השכנוע הנדרשת באשר לשאלת האשם בשלב קביעת העונש.⁵⁹ על פי פרקטיקה משפטית נוספת, המדגימה גם היא את יחסי הגומלין שבין הרף הראיתי לרמת הענישה, חבר המושבעים אינו מקבל מידע בקשר לעונש הצפוי לנאשם, אם יורשע בדינו. לעיתים קרובות הוצדקה פרקטיקה זו בנסיון למנוע מהנאשם להשפיע על חבר המושבעים לזכותו בדינו בשל חומרת העונש, או להיפך, למנוע מהתביעה או מבית המשפט לשכנע את חבר המושבעים להרשיע את הנאשם בנימוק שהעונש הצפוי לו קל יחסית.⁶⁰ דוגמה נוספת לדרישת רף ראיתי גבוה יותר בהתאם לחומרת העונש, הפעם מן המשפט הישראלי, היא הוראת החוק המורה על קיומו של ערעור אוטומטי במקרה של פסק דין המטיל על הנאשם עונש מוות.⁶¹ בספרו "מעבר לספק סביר – גמישות ההוכחה בדין הפלילי" טוען ניב ואקי, כי בחינת המשפט הפוזיטיבי הישראלי מגלה כי הלכה למעשה גם הוא מקיים משטר הוכחה גמיש, שעל פיו דרגת השכנוע הנדרשת מבית המשפט משתנה על פי חומרת העבירה.⁶² לטענתו, עיון בפסיקה מלמד כי במסגרת הערכת הראיות בהליכים

Should Depend on the Weight of the Evidence, 1(2) REV. L. & ECON. 277 (2005); Talia Fisher, ; 761–759 בעמ' 43, לעיל ה"ש 43, Teichman, *Convicting with Reasonable Doubt Conviction Without Conviction*, 96 MINN. L. REV. 833, 868 (2012); Talia Fisher, *Half the Guilt*, 22 THEORETICAL INQUIRIES L. 87 (2021); Talia Fisher, *The Economic Case for Conviction Multiplicity*, 27(4) INT'L J. EVID. & PROOF 260 (2023).

57 פישר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 523.

58 שם, בעמ' 517–518.

59 שם, בעמ' 526.

60 Guttel & Teichman, לעיל ה"ש 56, בעמ' 606.

61 סעיף 202 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב–1982, ס"ח 1043 (1982).

62 ואקי, לעיל ה"ש 44, בעמ' 389.

פליליים, בתי המשפט הישראליים מבחינים לעיתים (גם אם באופן סמוי) בין סוגי העבירות לפי חומרתן, וכי הרף הראייתי של "הספק הסביר" עולה ככל שהעונש הצפוי על ביצוע העבירה חמור יותר.⁶³ באופן קונקרטי, ואקי הבחין בין גמישות ב"מידת ההוכחה", לבין גמישות ב"כמות ההוכחה". על פי החלופה הראשונה, יש לעיתים צורך לקבוע דרגות ביניים של רף הוכחה, בין הרף האזרחי של מאזן ההסתברויות לבין הרף הפלילי של מעל לספק סביר, ואילו על פי החלופה השנייה, ניתן לדרוש, בעבירות חמורות במיוחד, ראיות רבות יותר לצורך הרשעה ודאית (הגם שרף ההוכחה של "הספק הסביר" ייוותר ללא שינוי). לשיטתו של ואקי, בעוד שלא ניתן לקבוע בפירוש שבתי המשפט בישראל מצדדים בחלופה הראשונה של דרגות ביניים, הרי שיש סממנים ברורים לכך שבתי המשפט נוהגים בפועל על פי החלופה השנייה, קרי דורשים כמות רבה יותר של ראיות ככל שמדובר בעבירה חמורה יותר, שהעונש עליה חמור יותר. לאור ממצא זה, טוען ואקי כי את רף ההוכחה המסורתי של "מעבר לספק סביר", החליפה הפסיקה ברף של "מעבר לספק סביר בנסיבות הענין".⁶⁴

בהקשר זה, מענין במיוחד להצביע על הדוגמאות שמביא ואקי מפסיקתו של הנשיא מאיר שמגר. אמנם, בענין **דמיאניוק**, שמגר, שישב בראש הרכב השופטים בערעור, לא הביע עמדה מפורשת באשר לקשר בין מידת הוודאות של ביצוע הפשעים לבין עונש המוות. עם זאת, כפי שמציג ואקי, בהקשרים אחרים הביע שמגר תמיכה בעמדה הדורשת להתאים את רמת ההוכחה הנדרשת (מבחינה כמותית) לחומרת העבירה הנדונה. לפחות במקרה אחד שמגר אף סבר כי יש קשר הדוק בין מידת ההוכחה הנדרשת לבין רמת הענישה הקבועה לצד העבירה הנדונה.⁶⁵ בריאיון שערכתי עם הנשיא שמגר, לאחר פרישתו, שאלתיו על הזיקה בין הרף הראייתי של הספק הסביר לבין חומרת העונש במקרה של משפט **דמיאניוק**, והוא הביע דעתו כי אף שאין במידת העונש לבדה כדי להשפיע על הרף הראייתי של הספק הסביר, בכל זאת במקרה שבו צפוי לנאשם עונש מוות מן הראוי לבחון את הראיות בחינה זהירה יותר.⁶⁶

63 שם, בעמ' 403. דורון מנשה וסיון ביבר טוענים, כי הגם שיש בפסיקה אמירות של שופטים שניתן לפרשן כהגבהת רף ההוכחה בעבירות חמורות, הרי שהמגמה המאפיינת את פסיקת בתי המשפט בשנים האחרונות היא דווקא להקל עם התביעה בהוכחת האשמה באותן עבירות, גם אם הדבר לא נעשה באמצעות הנמכה מפורשת של רף ההוכחה. ראו דורון מנשה וסיון ביבר "ביקורת ספרות: מעבר לספק סביר – גמישות ההוכחה בדין הפלילי / יניב ואקי" **משפטים על אתר** ז, 4, 18–22 (2015).

64 ואקי, לעיל ה"ש 44, בעמ' 397–406.

65 שם, עמ' 400–401. ראו גם ע"א 744/76 **שרתיאל נ' קפלר**, פ"ד לב(1) 113, 121–122 (1977); ע"פ 543/79 **נגר נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(1) 113, 132 (1981); עש"מ 3725/91 **בכרך נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(5) 401, 409 (1991).

66 ריאיון עם מאיר שמגר (ירושלים 27.10.2013).

במישור האמפירי, הקשר בין רמת הוודאות הנדרשת להוכחת האשמה לבין חומרת העבירה והעונש הצפוי בגינה זכה לתשומת לב מחקרית מצד משפטנים וחוקרים מתחום מדעי החברה. במחקרים אמפיריים שונים נשאלו שופטים, חברי חבר מושבעים, סטודנטים ואזרחים לגבי רמת ההסתברות שתידרש לשם הרשעת נאשם "מעל לכל ספק סביר" בעבירות שדרגת חומרתן שונה. תוצאות המחקרים הצביעו על קשר הדוק בין חומרת העונש הפוטנציאלי לבין הנטיה לזכות את הנאשם. ככל שהעונש המונח על כפות המאזניים במקרה של הרשעה חמור יותר, כך פורשה דרישת הסף הראייתי הנחוץ לצורך הרשעה באופן מחמיר יותר, קרי נדרשה רמת שכנוע גבוהה יותר באשמת הנאשם.⁶⁷ מחקר שנערך בארצות הברית במחצית שנות השבעים הדגים באופן ספציפי את התלות שבין מידת הענישה למידת הראיות הנדרשת בנסיבות שבהן העונש הצפוי לנאשם במקרה של הרשעה הוא עונש מוות. ממחקר זה עלה כי קיומו של עונש מוות כעונש חובה על ביצוע עבירה העלה באופן ניכר את הסף הראייתי הנדרש על ידי חבר המושבעים לצורך הרשעה באותה עבירה.⁶⁸

ה. "הספק לא נמוג": הזיקה בין זיכוי של דמיאניוק מחמת הספק לעונש המוות

הקשר שבין נטל ההוכחה במשפט הפלילי לבין עונש המוות שהיה צפוי לדמיאניוק היה נוכח, גם אם באופן בלתי מודע, בהליך הערעור של דמיאניוק בבית המשפט העליון, ולטענתי הוא שהביא לזיכוי של דמיאניוק מחמת הספק בתום ההליך. כפי שתואר, בעת שנדון ערעורו של דמיאניוק בבית המשפט העליון, גזר דין מוות היה מוטל על הכף. בשלב זה הוגשו לבית המשפט ראיות חדשות הכוללות את הודעות הוואכמנים. על פי הרטוריקה בפסק הדין, הודעות אלה יצרו אצל בית המשפט את הספק הסביר, קרי העלו תזה אפשרית התומכת בכך שהנאשם אינו איוון האיום. האם אכן ראיות אלה יצרו ספק סביר בזהותו של איוואן האיום? קשה ואף בלתי אפשרי להשיב על שאלה זו.⁶⁹ הנשיא שמגר עצמו כתב, שנים רבות לאחר פסק הדין, כי נותר בליבו ספק אם היתה זו ההכרעה הנכונה, קרי, אם הספק המשפטי היה במקומו. שנים לאחר מתן פסק הדין, כשנפגש עם אחד הניצולים שהעידו במשפט,

67 פישר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 521–522 והאזכורים שם בה"ש 23–28; ואקי, לעיל ה"ש 44, בעמ' 406–410; Guttel & Teichman, לעיל ה"ש 56, בעמ' 601–604. והשוו. Shawn D. Bushway & Allison D. Redlich, *Is Plea Bargaining in the 'Shadow of the Trial' a Mirage?* 28 J. QUANT. CRIMINOLOGY 437 (2012).

68 Phoebe C. Ellsworth & Lee Ross, *Public Opinion and Judicial Decision Making: An Example from Research on Capital Punishment*, in CAPITAL PUNISHMENT IN THE UNITED STATES 152, 169 (Hugo Adam Bedau & Chester M. Pierce eds., 1976).

69 ראו והשוו עמנואל גרוס "בשולי הפסיקה – פסק דין דמיאניוק וחקר האמת" פלילים ד 299, 309 (1994).

ניסה הנשיא שמגר לתאר בפניו את מהותו של אותו ספק משפטי, ואת ספקותיו לגבי עצם התקיימותו:

למשפט יש כללים משלו [...] היינו מול מצב שהביאו מאה עדויות בכתב, ולא יכולתי, כשופט, לומר שזה לא מעורר בי ספק. לכל אדם יש כללים מסוימים, שהוא חייב ליישם בכל הנסיבות. בית משפט חייב לפעול על פי הכללים הללו, ואם אסור שיישאר ספק סביר, אתה צריך להיות שלם עם עצמך ולהחליט. אין פירוש הדבר שההחלטה לא כרסמה בי.⁷⁰

בספרו האוטוביוגרפי, בחתימת הדיון הקצר בנושא משפט דמיאניוק, הוסיף שמגר:

אכן, גם מי שחושב, כמוני, שבית המשפט הוא המקום הנכון להגיע לחקר האמת, יודע שיש דברים שהמשפט האנושי אינו יכול להם. אסור שתהיה לנו יומרה לשלמות. תכונת השלמות אינה מוענקת לבני תמותה. [...] זה היה המשפט הקשה ביותר להחלטה ולהכרעה, והמשפט הקשה ביותר שחוויתי בימי חיי. הספק לא נמוג, והוא ירדוף אותי עד יומי האחרון.⁷¹

לאמיתו של דבר, שאלה קשה זו, אם ראוי היה שאותן הודעות תעוררנה בליבו של בית המשפט את הספק הסביר שיביא לזיכוי של הנאשם, אינה רלוונטית למאמר זה. מלאכת השפיטה היא הליך מחשבתי המתקיים באופן שונה אצל כל שופט; לפחות בחלק מן המקרים מצבור ראיות מסוים עשוי להביא שופט אחד למסקנה אחת, ואילו שופט אחר עשוי להסיק מסקנה אחרת.⁷² לפיכך, אין נפקות לטענה שהודעות הוואכמנים לא היו צריכות לעורר אצל בית המשפט ספק במידת אשמתו של הנאשם; די בכך שבאותו זמן ובפני אותו מותב הן עוררו ספק בליבו של בית המשפט, ועל כך מצהיר פסק הדין בפירוש. לעומת זאת, יש בהחלט רלוונטיות לבחינת המצב המנטלי של שופטי בית המשפט העליון שישבו בדין וזיכו את דמיאניוק מחמת הספק. מה גרם לאותו ספק להתעורר בליבם? ובעיקר, האם היה קשר בין עונש המוות המוטל על הכף לבין היווצרותו של הספק?

לא ניתן להשיב על שאלות אלה תשובות מוחלטות; האל לבדו חופש כל חדרי בטן, רואה כליות ולב. גם אם ניתן וצריך היה לנמק את הספק בפסק הדין, לא בהכרח אפשר היה להגדיר את מקורו החמקמק. אולם, הקשר ההדוק בין הרף הראייתי של מעל לספק סביר לבין עונש המוות, כפי שנדון והודגם במאמר,

70 מאיר שמגר תם ולא נשלם – פרקי חיים 175 (כרמית גיא עורכת 2015).

71 שם, בעמ' 175–176.

72 ראו למשל Theodore Eisenberg, Talia Fisher & Issi Rosen-Zvi, *Does the Judge Matter? Exploiting Random Assignment on a Court of Last Resort to Assess Judge and Case Selection Effects*, 9 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 246 (2012).

והמחקרים האמפיריים שנדונו לעיל ואשר מצביעים על קשר הדוק בין חומרת העונש הפוטנציאלי לבין הנטיה לזכות את הנאשם, מספקים תימוכין לסברה שצלו של עונש המוות הוא שהטה את הכף לטובת זיכוי של דמיאניוק מחמת הספק. ייתכן כי אילו נדון דמיאניוק לעונש קל מעונש המוות, לא היה בית המשפט העליון מזכה אותו, ולחלופין, אילו החוק לעשיית דין היה מאפשר לגזור עונש קל יותר, לא היה בית המשפט העליון מתערב בהכרעת הדין של בית המשפט המחוזי אלא רק מקל בעונש, בדומה לדוקטרינת הספק השיורי הנהוגה בארצות הברית בעבירות שעונש מוות בצדן. אפשרות אחרת היא שבית המשפט העליון היה מרשיע את הנאשם בעבירות המיוחסות לו בהיותו ואכמן בטרונניקי ובסוביבור (כפי שאכן קרה בסופו של דבר, שני עשורים לאחר מכן, בגרמניה),⁷³ ובמקרה זה – שבו אין ראיות למעשי רצח ספציפיים שביצע דמיאניוק כמו ידיו – היה מטיל עליו עונש חמור פחות מעונש המוות, אילו אפשר זאת החוק.

האפשרות התיאורטית של התאמה בין מידת השכנוע של בית המשפט באשמת הנאשם לבין מידת העונש נזכרה באופן ספציפי גם בקשר לפרשת דמיאניוק. עם זיכוי של דמיאניוק, טען איתמר ורהפטיג כי לנוכח הספק שהתעורר בליבו של בית המשפט למקרא הודעות הוואכמנים, מן הראוי היה להטיל על הנאשם עונש מאסר ולא לפטור אותו בלא כלום. לדבריו, ניתן ליצור תלות בין רמת הראיות לרמת הענישה, באופן שיתקיימו שני מסלולי דיון בפלילים, בדומה לדין הפלילי במשפט העברי. על פי המסלול האחד, שאותו כינה "מסלול הדין", בית המשפט פועל על פי משטר הכרעה של "הכל או לא כלום". על פי המסלול האחר, אם סבור בית המשפט שהנאשם ביצע עבירת רצח, אך אינו משוכנע בכך באופן סופי, יש בסמכותו לגזור על הנאשם ה"כמעט אשם", כהגדרתו של ורהפטיג, עונש קל יותר מעונשו של הרוצח, במיוחד אם הספק איננו בזיהוי הנאשם אלא בהוכחת כל הרכיבים הדרושים להרשעה.⁷⁴ ורהפטיג הציג כמה דוגמאות לקיומו של המסלול השני במשפט העברי; הדוגמה המובהקת ביותר היא גזירת "עונש כיפה" (עונש מאסר בתנאים קשים מאוד) על נאשם ברצח, שאשמתו לא הוכחה באופן מספק דיו כדי לגזור את דינו למיתה.⁷⁵ במאמר תגובה למאמרו של ורהפטיג, שכותרתו "חצי עבירה=חצי צדק", ביקר אריה ברנע את ההצעה (שלאחר מעשה) להרשיע את דמיאניוק ולגזור עליו עונש קל

73 על משפטו הגרמני של דמיאניוק, וההשוואה בינו לבין משפטו הישראלי, ראו Yehudit Dori Deston, 'When one Door Closes, Another Opens': The Demjanjuk Trials in Israel (1986-1993) and in Germany (2009-2011), 14 LESSONS AND LEGACIES 86 (2021).

74 איתמר ורהפטיג "על 'משפט דמיאניוק' – תגובה למאמרו של אריה ברנע" מחקרי משפט יא 209, 207 (1994).

75 על פי המשפט העברי, עונש זה הוטל על עבריינים שביצעו עבירות קשות במיוחד, אך לא ניתן היה להטיל עליהם עונש מיתה בשל פגם ראיתי שנפל בהליך, כגון מי שרצח שלא בהתראה, או כשלא קיימים שני עדים. ראו למשל בבלי, סנהדרין פא, ע"ב; משנה תורה, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק ד, הלכות ח-ט; משנה תורה, הלכות סנהדרין, פרק יח, הלכה ד. להרחבה בנושא עונש הכיפה ראו מנחם אלון "המאסר במשפט העברי" ספר יובל לפנחס רוזן 171, 176–178 (חיים כהן עורך 1962).

מעונש המיתה. לדבריו, משמעות הכלל הראייתי של מעל לספק סביר אינה שראיה קלה יותר מוכיחה חלק מהאשמה, אלא שאין היא מוכיחה דבר. לדעתו, אין זה ראוי "לייעץ לבית המשפט ללכת בדרכי המכס ולפתוח בישראל שני מסלולי משפט: האחד – לשם הרשעה וענישה חמורה משהוכחה אשמתו של נאשם מעל לכל ספק סביר; והאחר – לשם הרשעה וענישה בינונית משהצטברו נגד נאשם ראיות קלות יותר, כדי לצאת 'חובת' הרשעתו למקרה שאשם הוא".⁷⁶

הגם שיש טעם בטיעוניו, דברי הביקורת של ברנע מתאימים למשטר הוכחה בינארי של "הכל או לא כלום", אשר לפיו שלב גזירת העונש מנותק לגמרי משלב הכרעת הדין, באופן שמידת ודאותה של האשמה אינה משליכה על מידת העונש. לעומת זאת, האפשרות שהציע ורהפטיג עשויה היתה להתקבל על פי מודל הכרעה היוצר מתאם בין מידת הראיות למידת העונש או על פי דוקטרינת הספק השיורי שתוארה לעיל. במקרה כזה, אם ה"ספק" שהתעורר אצל שופטי בית המשפט לא היה בעל ממדים המצדיקים זיכוי של הנאשם, היה אותו ספק מקבל את ביטוי היחסי במידת העונש. ואולם, אפשרות כזו של עונש מופחת לא התאפשרה כלל לפי החוק לעשיית דין.

סיכום

החוק לעשיית דין נתפס כבעל ממד הצהרתי, כנושא קולם של הנספים והניצולים, המבקשים נקמה. עונש המוות הקבוע בחוק הוא אחד הביטויים לממד הצהרתי זה, ומכאן אופיו הבלעדי. אלא שתיאוריות משפטיות מסוימות עשויות היו לתמוך דווקא ביצירת מודל ענישה מדורג. לו היה החוק לעשיית דין מאפשר הטלת עונש חמור פחות מעונש המוות בגין אחת מהעבירות החמורות הכלולות בסעיף הראשון לחוק, ייתכן שניתן היה להטיל על נאשמים פוטנציאלים עונש מאסר לתקופה ממושכת, ובכך להגשים את מטרתו המשפטית של החוק לעשיית דין. ברם, מצד אחד הטלתו של עונש המוות מתחייבת על פי החוק, ומצד אחר, באופן מעשי, נוכחותו של עונש זה מציבה את הרף הראייתי של "מעל לספק סביר" במקום כה גבוה, עד שכמעט אין זה אפשרי שלא לזכות מחמת הספק נאשם הטוען לטעות בזיהוי. קשר הגורדי בין עונש המוות (והממד החינוכי-ההצהרתי שלו) לבין סבירותו של הספק (במובנו המשפטי) הביאו במקרה של משפט דמיאניוק, שהיה המשפט האחרון שהתנהל לפי החוק לעשיית דין, לתוצאה של זיכוי מחמת הספק, תוצאה שבמידה רבה לא הגשימה את מטרות החוק.

הדיון בסוגיית הענישה על פי החוק לעשיית דין רחב יותר מהדיון במשפט דמיאניוק עצמו, ונוגע גם לפוטנציאל ההעמדה לדין של פושעי מלחמה נאצים באופן כללי. שלוש העבירות החמורות בחוק לעשיית דין כוללות אמנם הגדרות של

76 אריה ברנע "חצי עבירה=חצי צדק: תגובה לתשובתו של איתמר ורהפטיג" מחקרי משפט יא 215 (1994).

מעשים ספציפיים, אך מנעד המעשים הללו הוא רחב מאוד. כך למשל בהגדרת "פשע מלחמה" כלולים הן מעשה של "שוד רכוש ציבורי או פרטי" הן "רציחת בני אוכלוסיה אזרחית של ארץ כבושה". העונש על השני המעשים הללו הוא זהה: עונש מוות. המקרה של דמיאניוק עצמו מדגים היטב את הבעייתיות הכרוכה בכך: בית המשפט המחוזי שהרשיע את דמיאניוק על כך שהוא איוון האיום מטרבלינקה, אשר הביא להמתתם בגז של מאות אלפי יהודים, והתעלל באכזריות רבה בעובדי הכפייה היהודים – גזר את דינו למיתה. לו היה בית המשפט העליון מרשיע את דמיאניוק על כך ששימש ואכמן ביחידת טרווניקי, בסוביבור או במחנות רגנסבורג ופלוסנבורג – אפשרויות שנדונו בפסק הדין – הרי שגם אז, בהתאם להוראת סעיף 1 לחוק, היה דינו נגזר למיתה, אף שלא היה ידוע על מעשי רצח או התעללות ספציפיים שביצע בקורבנותיו. תוצאה היפותטית זו היא בעייתית, במיוחד על פי ההצדקה הגמולית לענישה, שכן לא דומה דינו של הוואכמן "איוון האיום" מטרבלינקה לדינו של ואכמן אנונימי מסוביבור.

לאמיתו של דבר, הכללתם של כל מי שהורשעו בביצוע פשעים על פי סעיף 1 לחוק לעשיית דין בקבוצה אחת – קבוצת הנדונים למוות – נראית כתוצאה שאינה מתקבלת על הדעת. אך זוהי בדיוק המשמעות המעשית של החוק לעשיית דין: הן אייכמן, הן דמיאניוק (בשלב הדינוי שבו נקבע שהיה איוון האיום מטרבלינקה) והן הקאפו היהודי יחזקאל אינגסטר נדונו כולם למיתה על פי הוראות החוק. תוצאה קשה זו נובעת מהיעדרם של מדרג או גמישות ענישה בחוק, אשר לפחות מבחינה משפטית היה הגיון רב ביצירתם. ואולם, שנים מועטות לאחר השואה, מדרג ענישה כזה לא התקבל על דעתו של המחוקק, שראה לנגד עיניו את ההיבט ההצהרתי והחינוכי של החוק: אמירה ברורה ומפורשת שאין כל מחילה על פשעים אלה. כאמור, ביטוי לכך נמצא בקביעת עונש מוות כעונש חובה על פי החוק, ובאופן פרדוקסלי, הוא זה אשר הקשה על יישום מטרותיו של החוק לעשיית דין במקרה של משפט דמיאניוק.

הקושי האינהרנטי להביא להרשעת נאשמים, הטמון בנקודת המפגש שבין עונש המוות והרף הראייתי של "מעל לספק סביר", אינו ייחודי למקרה של החוק לעשיית דין. לאמיתו של דבר, לפחות במישור התיאורטי, קושי זה הוא נחלתם של כל אותם הליכים פליליים הנסבים על עבירות שלצידן קבוע עונש מוות כעונש חובה; הוא אף מתעצם כאשר הנאשם טוען לטעות בזיהוי. אפשר אפוא שהמקרה של משפט דמיאניוק, ובפרט תוצאתו של ההליך, עשויים ללמד דבר או שניים על דיונים משפטיים וציבוריים עדכניים באפשרות של השבתו של עונש המוות לספר החוקים הישראלי.⁷⁷

77 ראו למשל, מבלי להביע עמדה, הצעת חוק העונשין (תיקון – עונש מוות למחבלים), התשפ"ג–2023, (פ/2198/25). כן ראו Ron Dudai, *Restraint, Reaction, and Penal Fantasies: Notes on the Death Penalty in Israel, 1967–2016* 43(3) LAW & SOC. INQUIRY 862 (2018).