

**מדינת ישראל**  
**משרד המשפטים**

מחלקת ייעוץ וחקיקה (פלילי)

י"ג באב תשע"ה

29 ביולי 2015

אל: משתתפי הישיבה

**הנדון: טיוטת תזכיר חוק העונשין (איסור עינויים) – מצע לדיון**

ביום ..... צפויה להתקיים ישיבה בראשות עו"ד עמית מררי, על מנת לדון בסוגיות שעלו במסגרת גיבוש טיוטת תזכיר חוק העונשין (איסור עינויים). מטרת הישיבה ללבן סוגיות אלו על מנת שניתן יהיה להעביר בעקבותיה טיוטת תזכיר מוכנה לאישור המשנים ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי ובינלאומי) ולקדם את תיקון החקיקה, בהתאם להוראת היועץ המשפטי לממשלה. ככל שיוותרו סוגיות לא פתורות, הן יועברו להכרעת המשנים.

**בישיבה נרצה לדון בסוגיות שקיימת לגביהן מחלוקת, כמו גם בסוגיות נוספות שנראה שיש לדון בהן לשם גיבוש התזכיר:**

**1. מניע של הפליה לעומת מניע של גזענות:**

הגדרת פשע העינויים באמנת העינויים קובעת בין השאר יסוד נפשי של ביצוע העינויים "מכל סיבה ששורשיה בהפליה מכל סוג שהוא".

(א) **עמדתנו היא** כי אין מקום לעשות שימוש ב'מניע של הפליה' כיסוד נפשי בעבירה פלילית בחוק העונשין. המונח 'הפליה' אינה מניע לפעולה אלא היא מהווה פעולה בפני עצמה – מתן יחס שונה מטעמים לא לגיטימיים (כשמדובר בהפליה פסולה). כמו כן, השימוש ב'מניע של הפליה' בחוק העונשין הוא חסר תקדים, כאשר קיים מניע בעל משמעות קרובה בסעיף 144 לחוק העונשין. שימוש במונחים שונים באותו החוק עשוי אף הוא לעורר שאלות לגבי ההבדל בין הסעיפים וההצדקה להבדל זה. משום כך, אנו סבורים שיש לנסח את עבירת העינויים באופן שישתלב בהקשר הכללי של החוק ולהתחבר להגדרות דומות שכבר קיימות בחוק.

**סעיף 144 לחוק העונשין קובע את הנסיבה המחמירה של עבירות ממניע גזענות או עוינות כלפי ציבור:**

144. (א) העובר עבירה מתוך מניע של גזענות כהגדרתה בסימן א' או של עוינות כלפי ציבור מחמת דת, קבוצה דתית, מוצא עדתי, נטיה מינית או היותם עובדים זרים, דינו – כפל העונש הקבוע לאותה עבירה או מאסר עשר שנים, הכל לפי העונש הקל יותר.

(ב) בסעיף זה, "עבירה" – עבירה נגד הגוף, החירות או הרכוש, עבירה של איומים או סחיטה; עבירות של בריונות ותקלות לציבור ושל מטרדים הכלולים בסימנים ט' ו"א בפרק זה, ועבירה בשירות הציבור וכלפיו הכלולה בפרט ט' סימן ד', הכל למעט עבירה שהעונש שנקבע לה הוא מאסר עשר שנים ומעלה.

**הגדרת 'גזענות' בסימן א' לאותו פרק היא:**

"גזענות" – רדיפה, השפלה, ביזוי, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסיה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני;

## מדינת ישראל משרד המשפטים

עם זאת, כזכור, במסגרת גיבוש תזכיר חוק פשעים נגד האנושות התקיים דיון לגבי ניסוח פשע הרדיפה. באותו הקשר הוחלט לבסוף לא להיצמד למניע הקבוע בסעיף 144 לחוק העונשין, מכיוון שאין זהות בין בסיסי הגזענות בפשע הרדיפה ובין בסיסי הגזענות והעוינות בסעיף 144 ומכיוון שיש בסיסים שמופיעים בסעיף 144 ועשויים לעורר בעייתיות במישור הבינלאומי. משכך, הוחלט באותו הקשר לנסח את המניע בפשע הרדיפה כך:

"מתוך מניע של גזענות כהגדרתה בסעיף 144 א או של עוינות כלפי ציבור מחמת דת, מגדר, תרבות או דעה פוליטית".

לאור כל האמור, אנו סבורים כי נכון יהיה להתאים את המניע שבעבירת העינויים למניע הקבוע בסעיף 144 בחוק העונשין. ככל שיש בעיה קונקרטית עם בסיסי הגזענות והעוינות שבסעיף זה, ניתן לבחון ביצוע התאמות או לחילופין היצמדות למניע שהוחלט עליו לגבי פשע הרדיפה (אם אכן יש בסיס רציונלי לקישור כזה).

**(ב) עמדת מחלקת יעוץ וחקיקה (בינלאומי) והמחלקה לתפקידים מיוחדים (בינ"ל) בפרקליטות (להלן – 'המחלקות הבינלאומיות')** היא כי קיימת חשיבות רבה בשימוש במונח "הפליה" כפי שנעשה באמנה נגד עינויים ולא להפנות לסעיף 144 לחוק העונשין. זאת, משני טעמים:

(1) העמדה העקרונית של המחלקות הבינלאומיות לפיה יש להיצמד ככל הניתן לטקסט אמנת העינויים.

(2) המניע הקבוע בסעיף 144 אינו מכסה את כל עילות ההפליה הרלוונטיות ולכן השימוש בו יביא לעיגון צר מדי של עבירת העינויים בדין הישראלי. כך למשל, הוא לא כולל מניע של עוינות כלפי אנשים עם מוגבלויות, שכמובן כשלעצמה מוכרת כעילת הפליה פסולה במשפט הישראלי והבינלאומי. עמדת המחלקות הבינלאומיות היא כי לא נכון לעשות שימוש ברשימה סגורה בהקשר זה, שכן באופן זה קיים חשש מובנה לאבד עילות הפליה מקובלות ורלוונטיות. לשם ההמחשה, סעיף 2 לאמנה בדבר זכויות פוליטיות ואזרחיות קובע רשימה פתוחה של בסיסי הפליה, שרחבה יותר מהמניע הקבוע בסעיף 144: "ללא אפליה מכל סוג שהוא, כגון מטעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת, דעה פוליטית, או אחרת, מוצא לאומי או חברתי, רכוש, יחוס או כל מעמד אחר (status)".

### 2. מטרה להעניש לעומת מניע של נקמה:

הגדרת פשע העינויים באמנת העינויים קובעת בין השאר יסוד נפשי של ביצוע העינויים "במטרה... להענישו על מעשה שביצעו או נחשד בביצועו, הוא או אדם שלישי...".

**(א) עמדתנו היא** כי לא נכון לעשות בהקשר זה שימוש במונח "להענישו", שכן מונח זה משמש, בחוק הפלילי בכלל ובחוק העונשין בפרט, לענישה על פי דין הנעשית על ידי בית המשפט. אמנם, בהגדרת המונח "עינויים" בנוסח התזכיר מוצע להבהיר – בדומה להבהרה הקיימת באמנה נגד עינויים – כי עינויים אינם כוללים כאב או סבל שנובעים מענישה על פי דין. אף על פי כן, יש מקום ליצור בידול טרמינולוגי ולעשות שימוש במונח אחר. בנוסף, אין זה רצוי שחלופת הענישה תחול בכל מקום שבו היתה חריגה מסוימת מהוראות הדין לגבי ענישה. זאת, לאור העובדה שהענישה תהיה מוזכרת כרכיב ביסוד הנפשי של העבירה, ורק ענישה "על פי דין" מוחרגת מהגדרת "עינויים". לפיכך, הוצע להגדיר את היסוד הנפשי האמור כיסוד נפשי של "מניע של נקמה על מעשה המיוחס לו או לאחר" – ולא מטרה.

## מדינת ישראל משרד המשפטים

(ב) עמדת המחלקות הבינלאומיות היא כי ההבהרה שבהגדרת "עינויים", לפיה לא מדובר בכאב או סבל שנגרמו כתוצאה מענישה על פי דין, נותנת מענה לקושי שהועלה. לחילופין, הן מציעות לעשות שימוש במונחים "כתגובה למעשה שביצעו או שנחשד בביצועו" או "כגמול על מעשה שביצעו או שנחשד בביצועו".

### 3. ביטול סעיף 277 – עבירת לחץ של עובד ציבור

סעיף 277 לחוק העונשין קובע כיום את עבירת לחץ של עובד ציבור:

277. לחץ של עובד ציבור

עובד הציבור העושה אחת מאלה, דינו - מאסר שלוש שנים:

- (1) משתמש, או מורה להשתמש, בכוח או באלימות נגד אדם כדי לסחוט ממנו, או מאחר שהאדם יש לו ענין בו, הודיה בעבירה או מידע בדבר עבירה;
- (2) מאיים על אדם, או מורה שיאיימו עליו, בפגיעה בגופו או בנכסיו, שלו או של אחר שהאדם יש לו ענין בו, כדי לסחוט מן האדם הודיה בעבירה או מידע בדבר עבירה.

(א) עמדתנו היא כי יש מקום לבטל את סעיף 277 נוכח קביעת עבירת העינויים. עבירת העינויים המוצעת מייטרת כמעט לחלוטין את סעיף 277(1), שכן היא כוללת את המטרות המנויות באותו סעיף קטן (וכן מטרות נוספות) ואף קובעת עונש חמור יותר באופן משמעותי. אמנם, עבירת העינויים מוגבלת למצבים שבהם נגרם כאב או סבל חמור, כך שברמה העקרונית סעיף 277 עשוי לחול על מקרים של גרימת סבל או כאב שאינם חמורים, שלא כלולים בעבירת העינויים. עם זאת, במצבים כאלה ניתן לעשות שימוש בעבירות האלימות הרגילות בחוק העונשין (תקיפה, גרימת חבלה וכו'), כך שעבירת העינויים תיוחד למקרים החמורים יותר של שימוש לרעה בכוחו של עובד הציבור. סעיף 277(2) למעשה מיותר כבר היום, נוכח קיומה של עבירת הסחיטה באיומים בסעיף 428 לחוק העונשין, הקובע עבירה של שבע עד תשע שנות מאסר, בין היתר, למי שמאיים בפגיעה שלא כדין בגופו של אדם או ברכושו כדי להניע אותו או אדם אחר לעשות מעשה או להימנע ממעשה שהוא רשאי לעשותו. כמו כן, העונש הקבוע בסעיף 428 אף הוא חמור משמעותית מזה הקבוע בסעיף 277 ויותר קרוב לעונש המוצע בגין עבירת העינויים.

יצוין, כי פרקליטות המדינה והמבתי"ן סבורים אף הם כי יש מקום לבטל את סעיף 277. למיטב ידיעתם לא נעשה עד היום שימוש בסעיף זה, וממילא השימוש בדין הפלילי יהיה במקרים החמורים יותר, כאשר במקרים הלא חמורים ניתן לעשות שימוש, כאמור, בעבירות האלימות הקיימות ובדין המשמעותי שחל על עובד הציבור. נעשתה גם פניה למח"ש לגבי השימוש בסעיף 277 שטרם נענתה. משטרה – נבקש לקבל, לקראת הישיבה, נתונים על תיקים בעבירה לפי סעיף 277 – הן תיקים שהסתיימו והן תיקים תלויים ועומדים.

(ב) עמדת המחלקות הבינלאומיות היא כי יש מקום להשאיר את סעיף 277 על כנו משיקולים בינלאומיים. לעמדתם, יש להותיר את עבירת לחץ של עובד ציבורי, על מנת שתחול על מעשים ברף אלימות נמוך יותר. באופן הזה יינתן לבתי המשפט כלי פרשני חשוב, שיאפשר ליצור הבחנה בין מעשים שנופלים בגדר עבירת העינויים לבין מעשים ברף הנמוך. השארת סעיף 277 על כנו תאפשר מצד אחד לשמר את העמדה במישור הבין-לאומי לפיה יש מעשים שאינם עולים לכדי עינויים בשל כך שאינם עומדים ברף החומרה הנדרש, ומצד שני תאפשר לישראל להתמודד עם טענות לפיהן

## מדינת ישראל

### משרד המשפטים

התנהגויות ברף הנמוך אינן מופללות – שכן ניתן יהיה לעשות שימוש בסעיף 277 לגבי אותם מקרים. כמו כן, הדבר יעגן מעין מקבילה לעבירת ill treatment הקבועה בסעיף 16 לאמנה נגד עינויים. גם **זעת הסניגוריה הציבורית** נוטה להסתייג מביטול סעיף 277, בשל הערך הדקלרטיבי שלו ומשום שיתכנו מקרים שלא יכנסו לגדר עבירת העינויים המוצעת ועבירות אחרות קיימות.

#### 4. יסוד נפשי של כוונה לגרום לכאב או לסבל בעבירת העינויים המוצעת

בטיוטת התזכיר מוצע לקבוע יסוד נפשי של כוונה לגרום לעינויים על ידי העושה. מכיוון שההתנהגות המופללת היא גרימת עינויים – קרי, גרימת כאב או סבל חמור – הרי שמדובר בעבירת תוצאה שניתן לקבוע לגביה יסוד נפשי של כוונה (קרי, רצון לגרום לתוצאה). הוספת דרישה זו נעשתה בין היתר נוכח החלופה של סבל או כאב נפשי בהגדרת העינויים. יסוד הסבל הנפשי ממילא מעורר קושי בהיבט הפלילי, מאחר שמדובר בדבר המצוי לעתים בנבכי נפשו של אדם ומשתנה מאדם לאדם, ולכן לכל הפחות יש מקום לדרוש כי עובד הציבור מתכוון לגרום לסבל זה. כמו כן, דרישת הכוונה מתיישבת עם הגדרת "עינויים" שבאמנת העינויים. מאחר שהרקע לתיקון החוק הוא איסור העינויים שבדין הבינלאומי, הרי שההנחה היתה שאין מקום לקבוע עבירת עינויים רחבה יותר בדין הישראלי מזו שקיימת בדין הבינלאומי. יצוין, כי דרישת הכוונה לא היתה כלולה בתזכיר החוק הממשלתי בנושא עבירת העינויים משנת 1999, אם כי התקבלה בשעתו הערה לתזכיר על כך שיש להוסיפה.

**לדעת עו"ד עומרי כהן מפרקליטות המדינה, יש להשמיט את יסוד הכוונה.** לדעתו, אין מקום להתנות את העבירה בכך שעובד הציבור חפץ בכאב או בסבל, אלא יש להחיל את העבירה גם על מי שביצע את העינויים מתוך מודעות לגרימת הסבל. זאת, על אחת כמה וכמה נוכח הביטול המוצע של סעיף 277. המשמעות היא שעובד ציבור שגורם לסבל נפשי מתוך אדישות ולא מתוך כוונה – לא עובר עבירה פלילית כלל. כמו כן, לדעת עו"ד כהן, אין מקום לכלול בעבירה אחת את שני סוגי הדרישות במישור הנפשי – גם יסוד נפשי של כוונה (לגרימת הכאב) וגם יסוד נפשי של מטרה/מניע (להוציא הודאה וכו'), מה שלמיטב ידיעתו לא קיים כיום בדין הפלילי הישראלי.

נציין, כי נושא נוסף שנבחן על ידינו הוא תיקון עקיף לחוק בתי משפט כך שתיקים הדנים בעבירת העינויים יידונו בבית המשפט המחוזי בדין יחיד ולא בהרכב. בעניין זה אנו ממתנינים לקבל את עמדת הרפרנטית הרלוונטית והנהלת בתי המשפט. אם מי מהמשתתפים מבקש להביע עמדה בנושא זה, הוא מוזמן לעשות זאת.

**ככל שיש הערות נוספות לתזכיר אנא העבירו אותן ככל האפשר לפני הישיבה על מנת שניתן יהיה לקיים לגביהן דיון מועיל.**

בברכה,

אביגיל סון-פלדמן, עו"ד  
יעוץ וחקיקה (פלילי)