



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 6322/11

לפני: כבוד השופט ס' ג'ובראן
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' סולברג

המערער: אלכסנדר צבטקוביץ'

נגד

המשיב: היועץ המשפטי לממשלה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
מיום 1.8.11 בתה"ג 32196-01-11 שניתן על ידי כבוד
השופט א' כהן

תאריך הישיבה: ה' בתמוז התשע"ה (25.6.2012)

בשם המערער: עו"ד גלית פז; עו"ד דבורה אביטבול; עו"ד ניק
קאופמן; עו"ד ודים שוב

בשם המשיב: עו"ד גל לברטוב

פסק-דין

השופט ס' ג'ובראן:

בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד השופט א' כהן) הכריז על המערער כבר
הסגרה לבוסניה והרצגובינה בגין עבירה של השמדת עם. על החלטה זו הגיש המערער
ערעור לבית משפט זה, הוא הערעור שלפנינו.

רקע עובדתי ודיוני

1. ביום 18.1.2011 הגיש המשיב עתירה לבית המשפט המחוזי בירושלים
שבמסגרתה ביקש להכריז על המערער, אזרח ישראלי מאז שנת 2006, כבר הסגרה

בהתאם לחוק ההסגרה, התשי"ד-1954 (להלן: חוק ההסגרה). העתירה הוגשה בעקבות בקשה שהגישה ממשלת בוסניה והרצגובינה למדינת ישראל להסגיר לידיה את המערער בגין מעורבותו בפשע השמדת עם במסגרת מעשי טבח שבוצעו באזור העיירה סרברניצה בשנת 1995, וזאת בהתאם לאמנה האירופית בדבר הסגרה (כתבי אמנה 647, כרך 17, 87).

2. בעתירה נטען כי למערער הוצא צו למעצרו בגין עבירה של רצח עם וכן בגין עבירות של פשעים נגד האנושות, לפי סעיפים 171-172 לחוק הפלילי בבוסניה והרצגובינה. העתירה מתארת באריכות את הרקע שהוביל לביצוע המעשים המיוחסים למערער וכיוון שהרקע מתואר באריכות אף בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, אביא אך את תמציתו להלן. אוסיף, כי יש לזכור שהתיאור שמובא בפסק הדין אינו מתיימר להיות תיאור היסטורי של אותה מלחמה והמעשים הנוראים שבוצעו במסגרתה, אלא תיאור תמציתי שכל מטרתו היא הבהרת העובדות העומדות בבסיס בקשת ההסגרה, ככל שאלו רלבנטיות לשאלות הנדרשות הכרעה בפסק הדין. הרקע שתואר בעתירה התבסס על דו"ח של האו"ם משנת 1999 וכן על פסקי דין שונים של הטריבונל הבינלאומי הפלילי המיוחד ליוגוסלביה לשעבר (להלן: ICTY). כידוע, במהלך השנים 1992-1995 פרצה התנגשות אלימה בין העמים השונים שהרכיבו את הרפובליקה של יוגוסלביה לשעבר, לאחר שבשנת 1991 הכריזו קרואטיה, סלובניה ומקדוניה על עצמאותן מהרפובליקה. בשנת 1992 הכריזה גם בוסניה על פרישתה מהרפובליקה, ובעקבות זאת הכריז המיעוט הסרבי במדינה על רפובליקה סרבית בוסנית עצמאית בשם "רפובליקת ספרסקה". עקב אירועים אלה פרצו קרבות בין היחידות של הצבא הסרבי בוסני החדש (VRS) לבין הצבא הבוסני. האירועים שעומדים בבסיס העתירה התרחשו באזור שבו נמצאת העיירה סרברניצה, מובלעת בתוך השטח הסרבי, מנותקת משאר שטחי המדינה שבה היה רוב מוסלמי. בחודש אפריל 1993, הורתה מועצת הביטחון של האו"ם על כך שהמובלעת תהפוך לאזור בטוח, מפורז ובחסות כוחות האו"ם. יחד עם זאת, הכרזה זו לא הובילה לרגיעה בלחימה. שיחות השלום שהתנהלו במהלך שנה וחצי לא פתרו את הסכסוך והלחימה באזור הלכה והחריפה. ביוני 1995 סגרו הסרבים באופן מוחלט את הדרכים לסרברניצה והחלו בהתקפה. העיירה נפלה סופית בידי הכוחות הסרבים ביום 11.7.1995.

בעקבות זאת, תושבים בוסנים רבים נמלטו מהמקום והגיעו לבסיס האו"ם בכפר סמוך. לפי הערכות מדובר על כ-20,000 בני אדם, רובם נשים וילדים. בכל אותה העת, הקיפו כוחות סרבים את המקום ומנעו אספקה של מזון, מים ותרופות. לבסוף, הוסכם בין הסרבים לבין כוחות האו"ם כי הפליטים יפוננו באוטובוסים והסרבים יקבלו

שליטה על המחנה. כתוצאה מכך, הפרידו הסרבים בין הנשים, הילדים והקשישים לבין הגברים בגילאים 17-65. הנשים, הילדים והקשישים הובלו באוטובוסים אל מחוץ לאזור הסרבי, אל עבר השטח שהיה בשליטה בוסנית. כ-15,000 איש, רובם גברים, ניסו להימלט מהמובלעת אל עבר השטח הבוסני, אך הכוחות הסרבים פעלו במטרה למנוע את הבריחה, בין היתר, באמצעות ארטילריה. כל הגברים, אלו אשר הופרדו מהיתר במחנה האו"ם, אלו שניסו להימלט ואלו שהסגירו עצמם לידי הסרבים, רוכזו באתרים שונים בסביבת העיירה סרבניצה. בין הימים 12-22 ביולי 1995 נרצחו אותם גברים בשיטתיות. לפי נתוני הצלב האדום, נרצחו באותם ימים כ-7,475 איש אשר נקברו בעשרות קברי אחים.

בעתירה נכתב עוד כי המערער היה באותה תקופה חייל ביחידת החבלה העשירית של הצבא הסרבי, יחידה מטכ"לית שתפקידה היה לבצע פעולות קומנדו מקומיות. מפקד היחידה באותה תקופה היה קולונל בשם מילורד פלמיס (Pelemis) המכונה מיסו (Miso) (להלן: פלמיס), ושני מפקדי הפלוגות בתך היחידה היו פרנק קוס (Kos) (להלן: קוס) שפיקד על פלוגת ביילניה ויוקה לוקה (Luka) שפיקד על פלוגת וולסניצה. ביום 16.7.1995 השתתפה היחידה בהוצאה להורג שתוארה לעיל, והקבוצה שעליה נמנה המערער, ביחד עם שבעה חיילים נוספים, השתתפה ברצח של כ-1,000 גברים בוסנים מוסלמים בחוות ברניבו. לפי המתואר בעתירה, הגברים הגיעו למקום באוטובוסים, חלקם כשידיהם כפותות ועיניהם מכוסות, הועמדו בשורות ונורו באמצעות נשק חם. החיילים הסרבים עברו בין הפצועים על מנת לוודא שאיש לא נשאר בחיים. החיילים הנוספים שהשתתפו באותו אירוע, למעט המערער היו: דרון ארדמוביץ' (Erdemovic) (להלן: ארדמוביץ'), מרקו בוסקיץ' (Boskic) (להלן: בוסקיץ'), פרנק קוס, ג'וליאן וולאסטימיר (Vlastimir), בראנו גויקוביץ' (Gojkovic) (להלן: בראנו), סטאנקו סבנוביץ' (Savanovic) וזוראן גורונייה (Goronja).

3. לעתירה שהגיש המשיב צורפו, בין היתר, הראיות הבאות:

(א) עדותו של ארדמוביץ' בפני ה-ICTY ביום 4.5.2007 בפסק הדין בעניין פופוביץ' ואח' (The Prosecutor v. Vujadain Popovic et al, case IT-05-) (להלן: עניין פופוביץ') (חלק 6 לנספח D לבקשת ההסגרה). כפי שעולה מבקשת ההסגרה, ארדמוביץ' שירת יחד עם המערער ביחידת החבלה העשירית והשתתף אף הוא באירוע שהתרחש בחוות ברניבו. ארדמוביץ' הועמד לדין בגין פשעי מלחמה, הורשע בעקבות הודאתו במסגרת הסדר טיעון ונגזרו עליו חמש שנות מאסר. כחלק מעדותו באותו היום תיאר ארדמוביץ' כי הוא וחיילים

נוספים, שביניהם המערער, נסעו ביום 16.7.1995 לחוות ברנייבו, ושם הודיעו להם כי יגיעו למקום אוטובוסים עם אזרחים תושבי המקום ושעליהם להוציאם להורג. ארדמוביץ' הוסיף ותיאר כי החיילים הובילו את האנשים מחוץ לאוטובוס בקבוצות של עשרה בכל פעם, ירו בהם בגבם בהתאם לפקודות שקיבלו, וכי כל החיילים שנכחו במקום מילאו אחר הפקודה. לפי תיאורו, הירי נמשך בצורה כזאת מהשעה עשר בבוקר ועד לשעה שלוש או ארבע אחר הצהריים. עוד תיאר ארדמוביץ' כי בשלב מסוים הציע המערער להשתמש במקלע מסוג M-84, במטרה לזרוז את התהליך. לאחר שפעלו כעצתו על שתי קבוצות של אנשים, היו שהתנגדו להמשך השימוש במקלע, שכן הוא הותיר פצועים רבים שהתחננו כי יהרגו אותם. לפי ההערכה שמסר ארדמוביץ' באותה עדות, נרצחו באותו יום בין 1,000 ל-1,200 גברים בוסנים מוסלמים.

(ב) עדותו של ארדמוביץ' במסגרת פסק הדין בעניין 19190ביץ', מיום 7.5.2007 (חלק 7 לנספח D). באותה עדות מסר ארדמוביץ' את שמות החיילים שהיו עמו בחוות ברנייבו באותו היום, ואת הרקע האתני שלהם, והזכיר גם את שמו של המערער.

(ג) הודעתו של עד המכונה Z1 שנמסרה ביום 29.4.2010 בפני חוקר ממשד התובע הכללי של בוסניה והרצגובינה (חלק 67 לבקשה המשלימה). אותו עד, בחלקים הרלבנטיים של הודעתו, סיפר כי בכירים בצבא הסרבי כינסו את חיילי היחידה והודיעו להם כי יש כוונה להוציא להורג את כל האסירים מסרברניצה וכי היחידה תיקח חלק בפעולה זו. פלמיס, מפקד היחידה, מינה את קוס ואת בראנו כמפקדים וצירף אליהם חיילים נוספים, וביניהם המערער. אותו עד העיד כי מטרת הפעולה הובהרה לאותם שמונה חיילים וכי הוסבר להם גם שבאתרים נוספים בסביבה מוחזקים אסירים אחרים שבהם יטפלו יחידות אחרות. העד ממשיך ומתאר כי ביום 16.7.1995 הם נסעו לחווה ליד העיר פיליציה וכשהגיעו לשם, הסבירו להם קוס ובראנו שבקרוב יגיעו אוטובוסים ועליהם אסירים מסרברניצה ושיהיה עליהם להרוג אותם. העד סיפר כי האוטובוסים הגיעו בתדירות של כעשרים דקות, כי נוסעיהם הורדו מהם בקבוצות של עשרה, וכי כל קבוצה הובלה למרחק של כמה עשרות מטרים והוצאה להורג בירי, כאשר החיילים עברו בין הקורבנות ווידאו את מותם של הפצועים. העד תיאר את האנשים שנורו כבגילאים 18-60, רובם אזרחים ועיניהם מכוסות. עוד תיאר אותו עד כי המפקדים שנכחו במקום הורו לכל אחד מהנהגים ומהשוטרים הצבאיים להרוג לפחות אדם אחד, והם עשו כך.

העד סיפר כי כל האירוע נמשך כ-10 שעות ולהערכתו נהרגו במהלכו בין 600 ל-700 איש. העד סיפר כי אף אחד מהחיילים לא הביע התנגדות לבצע את מעשי הירי, למעט ארדמוביץ', וקוס אמר לו כי אם הוא אינו מעוניין לבצע את הפקודות הוא יוצא להורג יחד עם האסירים. לבסוף, סיפר העד כי לאחר שחזרו החיילים לעיר פיליפיה, נמסר להם כי יש אסירים נוספים המוחזקים בעיר ושיש להוציא גם אותם להורג. קוס ובראנו ענו כי יחידתם ביצעה את הפעולה כברניבו וכי הם אינם מעוניינים לבצע פעולה נוספת. העד זיהה את המערער מתמונות שהוצגו בפניו.

(ד) הודעתו של פרנק קוס מיום 8.5.2010 שנגבתה בידי חוקר מטעם ה-ICTY (חלק 62 לבקשה המשלימה). קוס הודה כי פיקד על פלוגה ביחידת החבלה העשירית. הוא סיפר כי ביום 16.7.1995 התקשר למשרדי היחידה קולונל שאמר שדרושים לו חיילים למשימה בוולסנציה. מאוחר יותר הגיעו למקום פלמיס וחיילים נוספים שקראו לו ואמרו שהוא ושבעה חיילים נוספים ייסעו לפיליפיה על מנת לשמור על האסירים שיובאו לשם. קוס העיד כי לא הבין מה עליהם לעשות עם האסירים שהגיעו לחווה באוטובוסים ואמר כי אם המערער כבר עשה כן בעבר הוא צריך לדעת איך לעשות זאת. עוד תיאר קוס כי המערער וחייל נוסף הציעו להשתמש במקלע על מנת להרוג את האסירים וכי המערער הוא זה שהציב את המקלע בעמדה והנחה חייל אחר לירות באמצעותו. קוס העיד אף הוא כי בעקבות השימוש במקלע התעורר ויכוח בין החיילים שכן השימוש בו גרם לסבל בקרב הקורבנות. קוס תיאר כי לאחר הירי עבר אחד החיילים בין הקורבנות והמית את הפצועים בריית אקדח. קוס העריך כי באותו היום נרצחו בחווה כ-650-700 אנשים.

(ה) הודעתו של זוראן אוברנוביץ' (Obrenovic) (להלן: אוברנוביץ') מיום 16.9.2004 (חלק 12 לנספח D). אוברנוביץ', שהיה חייל ביחידת החבלה העשירית, העיד כי נאמר לו שעל החיילים יהיה להגיע לאזור זבורניק וכי שם יש אנשים רבים שיש לחסלם. אוברנוביץ' סירב לטענתו להשתתף במשימה, אך נאמר לו כי יצטער על כך שסירב למלא פקודה של גנרל מלאדיץ' (Mladic) (המפקד העליון של הצבא הסרבי בוסני, ה-VRS). עוד סיפר אותו עד כי ביום 16.7.1995, נאמר לבראנו לאסוף את חייליו, כולל את פרנק קוס, והם מילאו רכב בנשק ובתחמושת. אוברנוביץ' מעיד כי החיילים שישבו ברכב ידעו מה עומד להתרחש שכן הם היו עדים לסירובו להשתתף במשימה. כמו כן, סיפר

העד כי היו שמועות רבות אודות הוצאות להורג קודמות ולכן הוא ידע בוודאות שהמשימה היא הוצאה להורג של אסירים.

(1) הודעתו של דראגאן טודורוביץ' (Todorovich) מיום 22.6.2005 (חלק 23 לנספח D). אותו עד שירת בשנתיים האחרונות של המלחמה ביחידת החבלה העשירית והיה אחראי בעיקר על נושא התחזוקה. העד סיפר כי מייג'ור פיקנץ' (Pecunac), שהיה עוזרו של גנרל מלאדיץ' (להלן: פיקנץ'), פקד על מספר חיילים וביניהם המערער לצאת למשימה. העד סיפק לחיילים מזון, מים, תחמושת, משגרי רקטות ומקלע מסוג M-84. טודורוביץ' אמר בעדותו כי לא ידע מה אירע במהלך המשימה ואף לא שאל.

(2) הודעתו של המערער בפני חוקרים מטעם ה-ICTY מיום 18.10.2005 (חלק 60 לבקשה המשלימה). המערער אישר בהודעתו כי בחודש יולי 1995 הוא היה חייל ביחידת החבלה העשירית ותיאר כי היה נהג ביחידה. כפי שמתואר בהודעתו, תפקידו באותו אירוע שהתרחש בחווה הסתכם בהסעת החיילים למקום, ואיסופם בחזרה לאחר שסיימו את משימתם. המערער תיאר כי ראה שהגיע אוטובוס למקום, כי ירדו ממנו גברים שהובלו אל מאחורי בניין שהיה במקום וכן תיאר כי שמע קולות ירי. המערער מוסיף כי לא ראה שירו באסירים, אך הניח שכך קרה. המערער אישר כי הגיעו למקום אוטובוסים נוספים וכי גם מהם הורדו אנשים ונשמעו יריות. המערער הכחיש כי היה מעורב בהוצאה להורג וכי העלה את הרעיון להשתמש במקלע, כפי שהעיד ארדמוביץ'.

(ח) עדותו של קורבן לירי בשם האמו האסיק (Hasic) (להלן: האסיק) בפני ה-ICTY מיום 16.9.2006 במהלך המשפט בעניינו של פופוביץ' (חלק 18 לנספח D). האסיק העיד כי הוא ובני משפחתו נמלטו מסרברניצה, כי הכוחות הסרבים הפרידו בין הנשים והילדים לבין הגברים וכי הגברים הובלו לבית ספר באיזור, ממנו הוצאו אנשים ונרצחו. הגברים שנותרו הועלו לאוטובוסים והגיעו למקום שבו נשמעו קולות ירי. האסיק העיד כי ראה מחלון האוטובוסים גברים שמובלים על ידי החיילים הסרבים לשדה שבו היו גופות וכיצד החיילים יורים באותם האנשים. הוא מתאר כי הורד מהאוטובוס כשידיו כפותות, כי נאלץ לפסוע בין הגופות עד שהגיע למקום ההוצאה להורג והצטווה לעמוד כשגבו מופנה לחיילים. האסיק שכב במקומו לאחר שירו לעברו וראה כיצד החיילים בדקו האם נותרו פצועים והרגו אותם. הוא מתאר כי ראה שבעה טורים של

גברים שהוצאו להורג באותה צורה. כמו כן, תיאר האסיק כי שמע את אחד מהחיילים אומר "ביצענו השמדת עם, כמו השמדת העם ב-Jasenovac בשנת 1941".

(ט) עדותו של קורבן לירי, Q, בפני ה-ICTY מיום 14.4.2000 במהלך משפטו של קרסטיץ' (חלק 22 לנספח D). העד העיד אף הוא כי נמלט מסרברניצה בחודש יולי 1995 ומספר כי נתפס על ידי החיילים הסרבים ונלקח לבית ספר באזור. הוא הובל למגרש כדורגל, שבו היו כ-1500 גברים מוסלמים. לאחר מכן, הוסעו הגברים באוטובוסים למקום אחר, כשהם מלווים בחיילים סרבים חמושים. הוא מתאר כי במהלך הלילה נשמעו יריות וגברים הורדו מהאוטובוס ולא חזרו אליו. למחרת, הפעיל נהג האוטובוס את החימום באוטובוס והשאיר את הנוסעים בתוכו ללא מים. אף בלילה לאחר מכן, שבו שהו הגברים באולם ספורט בבית ספר, הוצאו אנשים מהאולם ולא חזרו. ביום 16.7.1995 יצאו האנשים מהאולם, הועלו על אוטובוסים וידיהם נקשרו. האוטובוס הגיע לאחו, שבו ראה העד גופות רבות, וכן ראה כי החיילים הוציאו גברים כפותים מהאוטובוסים וירו בהם. כשהגיע תורו לעמוד במקום המיועד, הוא הפיל עצמו לקרקע בעת שהחלו לירות וראה כי מי שאמר שנפצע נורה במקום. העד מתאר כי במשך ארבע שעות לאחר מכן ירו הסרבים בקבוצות של אנשים וכי עשרה חיילים השתתפו בהוצאה להורג באמצעות מקלע מסוג M-84.

4. ביום 1.8.2011 קיבל בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד השופט א' כהן) את העתירה וקבע כי מתקיימים בענייננו כל התנאים הקבועים בחוק ההסגרה. בית המשפט דחה את כל הטענות שהעלה המערער בתשובתו לעתירה, כפי שיפורט להלן.

5. ראשית, דחה בית המשפט את טענת המערער בדבר קיומו של הסייג הקבוע בחוק ההסגרה ועניינו תקנת הציבור. בהקשר זה התייחס בית המשפט לראיות שהציג המערער בדבר מצבם של בתי הסוהר בבוסניה והרצגובינה בכלל ובית הסוהר שבו הוא צפוי להיות מוחזק, בפרט. לאחר שעייין באותם דו"חות, קבע בית המשפט כי הם אכן מציגים תמונה מדאיגה וכי החשש שהביע המערער לשלומם אינו בגדר חשש תיאורטי בלבד. בהגיעו למסקנה זו התייחס בית המשפט גם לכך שמדובר במקרה הסגרה ראשון לבוסניה והרצגובינה. עם זאת, קבע בית המשפט כי אין להימנע מהסגרתו של המערער. זאת, שכן יש להפעיל את הסייג של תקנת הציבור רק במקרה חריג ומקרה זה אינו עונה על דרישה זו. עוד הוסיף בית המשפט כי הימנעות מהסגרה עשויה לפגוע ביחסיה הבינלאומיים של ישראל עם בוסניה והרצגובינה. עוד קבע בית המשפט המחוזי בהקשר

זה כי בעבירות חמורות הימנעות מהסגרה עשויה לפגוע באינטרס הציבורי וזאת ביחוד בעבירה שבגינה מתבקשת הסגרתו של המערער. לאור כל זאת קבע בית המשפט כי יש לקבוע מספר תנאים להסגרת המערער, שיהיה בהם כדי להבטיח את שלומו. לפיכך, הורה בית המשפט כי המערער יוחזק באגף נפרד מכלל האסירים ויזכה לפיקוח ושמירה צמודה. עוד הורה בית המשפט כי ההסגרה תותנה בביקורים קונסולריים תכופים.

עוד בהקשר זה, דחה בית המשפט את טענות המערער הנוגעות למערכת המשפטית בבוסניה והרצגובינה ולשוני בין המשפט הפלילי הנוהג בה לבין זה הנוהג בארץ. בית המשפט קבע כי השוני עליו הצביע המערער, שעיקרו בכך שבבוסניה והרצגובינה בית המשפט הוא זה שממנה את הסניגור לנאשמים ולא כל חומר הראיות מועבר לידי הסנוגרים, אינו שוני מהותי ואין בו כדי לשלול "את עקרונות הצדק וההגינות המשפטית מן ההליך המשפטי הבוסני" (בפסקה 28). עוד נקבע, כי אין להסיק מהבדלים אלה כי מערכת המשפט בבוסניה והרצגובינה אינה פועלת לפי סטנדרטים של משפט הוגן. באשר לחשש הראשון שהציג המערער, קבע בית המשפט כי גם בארץ עד שנת 1996 בית המשפט היה הגוף שמינה את הסניגור לנאשם ולא ניתן היה לומר כי בשל כך נמנעה מהנאשם זכותו למשפט הוגן. עוד נקבע, כי בבית המשפט בבוסניה והרצגובינה, כאשר מתנהל הליך העוסק בפשעי מלחמה, מכהנים גם שופטים מארצות אחרות וכי ההליך מתנהל בהתאם לסטנדרטים בינלאומיים. עוד התייחס בית המשפט בהקשר זה לכך שמהמסמכים שהגיש המשיב עולה כי מדינות נוספות, ובהן ארה"ב, הולנד וספרד הסגירו לבוסניה והרצגובינה מבוקשים בגין עבירות של פשעי מלחמה, כולל חיילים ששירתו עם המערער ומואשמים באותו מעשה.

לבסוף, דחה בית המשפט אף את טענת המערער שלפיה קיים חשש קונקרטי לכך שהוא לא יזכה להליך הוגן מהטעם שעד תביעה מרכזי, ארדמוביץ', אינו צפוי להעיד במשפטו ולא יחקר בחקירה נגדית. בהקשר זה קבע בית המשפט כי המערער לא ביסס טענה זו ומדובר בטענה ספקולטיבית. נוסף על כך, קבע בית המשפט כי ממילא, גם אם השיטה המשפטית בבוסניה והרצגובינה מאפשרת להגיש הודעות ללא חקירה נגדית, אין בכך כדי למנוע את הסגרתו. זאת, בין היתר, שכן גם השיטה הישראלית מאפשרת בתנאים מסוימים לקבל אמרת עד שניתנה מחוץ לבית המשפט אף כאשר אותו עד אינו מגיע למסור עדות. למעלה מן הצורך, הוסיף וקבע בית המשפט, כי ניתן להגיע למסקנה בדבר דיות הראיות במקרה זה אף בלי להסתמך על עדותו של ארדמוביץ'.

נוכח כל האמור לעיל, דחה בית המשפט את טענת המערער ככל שהיא נוגעת לסייג בדבר תקנת הציבור וקבע כי אין ממש בטענותיו בכל הנוגע להגינות ההליך

הצפוי לו לפני בית המשפט בבוסניה והרצגובינה. בשולי הדברים, הוסיף בית המשפט כי ההסגרה מותנית בכך שבית המשפט בבוסניה והרצגובינה יישם את פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם בשאלה האם נגזרו בבוסניה והרצגובינה עונשים כבדים יותר מהעונשים שהיו בתוקף בעת שבוצעה לכאורה העבירה.

6. שנית, דחה בית המשפט את טענת המערער כי הבקשה אינה מבוססת על תשתית ראייתית מספיקה וקבע כי הראיות שצורפו מהוות תשתית ראייתית המצדיקה את המשך בירור המקרה בבוסניה והרצגובינה וכי יש בהן "אחיזה לאישום" במובנו של סעיף 9 לחוק ההסגרה, הן מבחינת היסוד העובדתי, הן מבחינת היסוד הנפשי. בכל הנוגע ליסוד העובדתי, קבע בית המשפט כי ישנן די ראיות לכאורה לכך שהטבח בחוות ברניבו הוא מעשה של רצח עם. זאת, בין היתר, בהתבסס על פסקי הדין של ה-ICTY. בית המשפט הסתמך על ראיות נוספות שצורפו לבקשת ההסגרה וביניהן הודעותיהם של ניקוליץ' ואוברנוביץ', ודירקטיבות שונות, שמהן עולה כי המטרה המוצהרת הייתה להוציא להורג את הגברים המוסלמים הכשירים במובלעת סרברניצה. לאחר שבחן את חומר הראיות, קבע בית המשפט כי ישנן ראיות לכאורה לכך שמעשי הרצח שבוצעו בחוות ברניבו עולים כדי רצח עם, שמטרתו טיהור אתני של המובלעת מהאוכלוסייה המוסלמית. בית המשפט דחה את טענת המערער שלפיה מדובר לכל היותר במעשה בודד של רצח שבויי מלחמה, וקבע כי מדובר באחת מפעולות חיסול שהתבצעו באותם ימים שתוכננו באופן שיטתי וכחלק ממדיניות מאורגנת.

בית המשפט הוסיף וקבע כי הוא דוחה את טענת המערער כי לא נטל חלק בירי אלא רק היה נהג וקבע כי הראיות שהוצגו בעניין מעורבותו של המערער בירי עולות לאין שיעור על הנדרש לצורך הסגרתו. בין היתר, התבסס בית המשפט בעניין זה על עדויותיהם של שלושה מחיילי היחידה שבה שירת המערער (ארדמוביץ', קוס ו-Z1) שבהן נאמר באופן מפורש כי המערער נמנה עם החיילים שביצעו את הירי, ושניים מהם אף סיפרו כי הוא זה שהציע לעשות שימוש במקלע מסוג M-84 במטרה לזרז את ההרג. בית המשפט התייחס לסתירות שהציג המערער בעדויות אלו, אך קבע כי אין בהן כדי לערער את התשתית הראייתית, ודינן להתברר במסגרת ההליך העיקרי. בית המשפט דחה את טענת המערער שהועלתה בהקשר זה, כי ייתכן והרשויות בבוסניה והרצגובינה לא העבירו את כל חומר הראיות הרלבנטי שהיה ברשותם, ובכללו חומר שמלמד על חפותו. בהקשר זה קבע בית המשפט כי ההלכה היא כי המדינה המבקשת אינה מחויבת להעביר את כל חומר הראיות שברשותה אלא רק להציג ראיות המשקפות את התשתית הראייתית הקיימת נגד המבוקש. עוד קבע בית המשפט כי במקרה זה עומדות הראיות

הקיימות ברף האמור ולא נקטו במניפולציות אסורות במטרה לעוות תשתית זו לרעת המערער.

בית המשפט דחה גם את טענות המערער בהקשר של היסוד הנפשי הנדרש להוכחת העבירה. בהקשר זה קבע בית המשפט כי העבירה של השמדת עם דורשת כוונה מיוחדת שהיא למעשה דרישה כפולה שלפיה יש להוכיח בשלב הראשון כוונה להשמיד קיבוץ לאומי, אתני, גזעי או דתי; ובשלב השני להוכיח כי הכוונה להשמיד את אותו קיבוץ נבעה אך מכך שהם משתייכים לאותו קיבוץ. בעקבות זאת בחן בית המשפט האם מתקיים במקרה זה היסוד הנפשי הנדרש וזאת בשני מישורים, במישור ההכרתי בחן בית המשפט האם ישנן ראיות לכך שהמערער היה מודע לכך שהוא מבצע השמדת עם, ובמישור החפצי בחן בית המשפט האם למעשיו של המערער נלוותה הכוונה המיוחדת שתוארה לעיל. בכל הנוגע למישור המודעות, קבע בית המשפט כי ישנן די ראיות לכך שהמערער היה מודע לכך שהרצח שהתבצע בחוות ברנייבו אינו פעולה נקודתית אלא חלק מרצח עם של המיעוט המוסלמי, המתבצע במקביל בכל האזור. בקביעתו זו התבסס בית המשפט, בין היתר, על עדותו של החייל Z1, ממנה עולה כי מטרת הפעולה הוסברה לחיילים בטרם עזבו את הבסיס ואף הוסבר להם כי באסירים אחרים המוחזקים באזור "תטפלנה" יחידות אחרות. כמו כן, קיבל בית המשפט את עמדת המשיב, שלפיה לא נדרשת מודעות מלאה לתוכנית וכי ניתן להסתפק במודעות לעיקריה.

בכל הנוגע למישור החפצי, קבע בית המשפט כי ישנן ראיות מספיקות לכך שהמערער היה מודע לכך שמעשיו יתרמו להגשמת התוכנית של השמדת הקיבוץ המוסלמי במובלעת וכי לעניין זה ניתן להיעזר בחזקה שלפיה אדם מודע לתוצאה הטבעית של מעשיו. בענייננו, כך קבע בית המשפט, יש יסוד לכאורי לקיומה של החזקה ולכך שהמערער היה מודע לכך שהשתתפותו בהריגת קבוצה גדולה של גברים מוסלמים תשפיע על שרידות הקבוצה. בכל הנוגע לדרישת הכוונה המיוחדת בעבירה של רצח עם, קבע בית המשפט כי די בנסיבות האירוע כדי לבסס יסוד לכאורי להתקיימותה. זאת, שכן ירי במשך כעשר שעות במאות גברים מוסלמים, באופן שיטתי ומאורגן, מלמד לכאורה על כוונה לגרום לתוצאה של השמדת הקיבוץ המוסלמי בסרברניצה. למערכת נסיבות אלה מתווספת, כך קבע בית המשפט, "חזקת הכוונה" שלפיה אדם מתכוון לתוצאות של מעשיו, ובענייננו התוצאה היא השמדת הקיבוץ המוסלמי, באשר הוא. בית המשפט דחה בהקשר זה את טענת המערער שלפיה פעל בהתאם לפקודות ומתוך רצון להגן על חייו שלו, שכן טענה זו אינה מבוססת. בית המשפט הוסיף וקבע כי אין כל ראיה לכך שהמערער, בניגוד לאחרים, הביע התנגדות

להשתתף ברצח, ולעומת זאת ישנן ראיות לכך שביקש לזרוז את ההוצאה להורג באמצעות שימוש במקלע. לסיכום סוגיה זו קבע בית המשפט כי לא נדרש בשלב זה להוכיח את היסוד הנפשי מעבר לקיומו של ספק סביר, אלא די בהצגת ראיות מספיקות לקביעה כי ישנה אחיזה לאישום. בשולי הדברים, קבע בית המשפט כי חומר הראיות מספיק גם להוכחת היסוד העובדתי והיסוד הנפשי של עבירת הרצח.

7. שלישית, דחה בית המשפט שתי טענות נוספות שהעלה המערער. האחת, עניינה בהבטחה שלטונית. בהקשר זה טען המערער כי הובטח לו בחקירתו בפני חוקרי ה-ICTY כי לא יועמד לדין. בית המשפט דחה טענה זו בקבעו כי לא מדובר בהבטחה שלטונית שלא להעמידו לדין, וממילא לא מדובר בהבטחה המחייבת את ממשלת בוסניה והרצגובינה, שאינה כפופה ל-ICTY. עוד מעבר לנדרש, קבע בית המשפט כי המערער לא הפליל עצמו באותה חקירה ולכן לא נגרם לו נזק, וכי אף אם היה מדובר בהבטחה שלטונית מחייבת, עדיין ניתן להשתחרר ממנה בשל האינטרס הציבורי המשמעותי בהעמדתו לדין. הטענה השנייה עניינה בקיומו של הסייג להסגרה העוסק בעבירה צבאית. בית המשפט דחה טענה זו בקבעו כי העבירה של השמדת עם אינה עונה על הגדרת העבירה הצבאית הקבועה בחוק ההסגרה, שכן גם אדם שאינו אזרח יכול לבצע.

לאור כל זאת קבע בית המשפט כי הוא מקבל את העתירה ומכריז על המערער כבר הסגרה לבוסניה והרצגובינה בגין העבירה של השמדת עם. זאת, בהתקיים התנאים הבאים: התחייבות של ממשלת בוסניה והרצגובינה לשמור על בטחונו של המערער, להחזיקו באגף נפרד ומאובטח בכל מתקן כליאה שבו ישהה, לאפשר ביקורים קונסולריים תכופים של נציגי השגרירות הישראלית, ובמידה והמערער יורשע לפעול לפי האמור בפסק דינו של בית הדין האירופי לזכויות אדם בנוגע לשאלת הטלת עונשים כבדים יותר מהעונשים שהיו נהוגים בעת שבוצעה העבירה.

טענות הצדדים

8. בפתח פרק זה אציין כי קראתי בעיון את עיקרי הטיעון של שני הצדדים ואת נימוקי הערעור, על נספחיהם המשתרעים על פני עמודים רבים. בפרק זה יוצגו טענות הצדדים בתמצית על מנת להציג תמונה של עיקר המחלוקת העומדת להכרעה, ובמסגרת הדיון אדרש לטענות ביתר פירוט והעמקה, ככל שהדבר יידרש.

9. המערער, ככלל, חוזר על הטענות שהעלה לפני בית המשפט המחוזי ועיקרן בשני נושאים מרכזיים: תקנת הציבור ודיות הראיות.

המערער טוען כי הסגרתו לבוסניה והרצגובינה תביא לפגיעה בתקנת הציבור. אף טענה זו ניתנת לחלוקה לשני נושאים עיקריים. הראשון, עניינו בתנאי הכליאה בבתי הסוהר בבוסניה והרצגובינה ובפרט החשש לחייו במידה ויוסגר. השני, עניינו במערכת המשפט הנהוגה בבוסניה והרצגובינה ובפגיעה בזכותו לניהול הליך הוגן בכלל ובהתנהלות הרלבנטית למשפט הצפוי להתנהל בעניינו במידה ויוסגר, בפרט. בכל הנוגע למצב בבתי הסוהר בבוסניה והרצגובינה חוזר וטוען המערער כי מדובר במצב מחפיר, הן מהבחינה הפיסית, הן מהבחינה של שמירה על שלום האסירים וביטחונם האישי. המערער מסתמך על קביעתו של בית המשפט המחוזי בעניין זה שלפיה אכן מצטיירת תמונה מטרידה בכל הנוגע למתרחש בבית הכלא שבו הוא צפוי להיכלא. עוד טוען המערער כי מהודעה שהועברה למשיב נראה כי בוסניה והרצגובינה אינה מתכוונת לקיים אחר הערבויות שנקבעו בפסק הדין של בית המשפט המחוזי ובייחוד אחר התנאי לפיו הוא יוחזק באגף נפרד ומאובטח.

בכל הנוגע לפגיעה הצפויה לטענתו בזכותו לנהל הליך הוגן בבוסניה והרצגובינה טוען המערער מספר טענות. ראשית, טוען המערער כי העד המרכזי נגדו, ארדמוביץ', אינו צפוי להעיד במשפט שיתנהל בעניינו במידה ויוסגר, והוא לא יהיה רשאי לחקור אותו בחקירה נגדית. בהקשר זה מתבסס המערער על החלטה של בית המשפט בבוסניה והרצגובינה, בהליך שבו הועמדו לדין חיילים שהשתתפו באירוע בחוות ברניבו. בהחלטה נכתב כי עדויותיו של העד ארדמוביץ' שניתנו בהליך שהתקיים בפני ה-ICTY יוגשו מבלי שהוא יעיד בבית המשפט. נוכח זאת, טוען המערער כי הפגיעה הצפויה בזכותו לנהל הליך הוגן במידה ויוסגר אינה רק פגיעה אפשרית, אלא היא פגיעה קרובה לממשית. המערער מדגיש כי מדובר בעד מרכזי ובעבירה חמורה וכי מניעת האפשרות לחקור אותו פוגעת בזכותו לחקור בחקירה נגדית, זכות המוגנת בדין הבינלאומי. המערער מתייחס גם לעדות חדשה יותר של ארדמוביץ' שניתנה בחודש פברואר האחרון, שממנה, כך הוא טוען, ניתן ללמוד כי הוא לא נוכח בתדריך לאנשי היחידה שבו נאמר כי הם ישתתפו בהוצאה להורג של אסירים. המערער מתייחס לסתירות נוספות שנמצאות כביכול, בין עדותו האחרונה של ארדמוביץ' לבין עדויות קודמות שמסר ובין עדות זו לבין גרסתו שלו לאירועים.

שנית, טוען המערער כי זכותו להליך הוגן תיפגע בשל בעיות מסוימות בשיטה המשפטית הנהוגה בבוסניה והרצגובינה. בהקשר זה מתייחס המערער, בין היתר, להיעדר עצמאות השופטים במדינה, ולכך שהנאשמים אינם זוכים לעיין במלוא חומר החקירה. המערער מבקש כי נוסף על הערבויות שקבע בית המשפט המחוזי, שכן לטענתו הן אינן מספיקות להבטיח את זכויותיו במידה ויוסגר. המערער מדגיש עוד כי לא די בקביעת ערבויות אלא יש להבטיח כי המדינה המבקשת תקפיד למלא אחריהן ובכך לא די בנסיבות המקרה בפגישות קונסולריות תכופות אלא יש צורך בליווי צמוד של נציג מטעם מדינת ישראל בכל ההליך המשפטי.

בכל הנוגע לדיות הראיות טוען המערער טענות במספר מישורים. ראשית, טוען המערער כי עוצמת הדרישה לדיות הראיות משתנה בהתאם לחומרת העבירה. בענייננו, כיוון שמדובר בעבירה חמורה במיוחד, ואף ניתן לומר שמדובר בעבירה החמורה ביותר, כך לטענת המערער, הנטל המוטל על המדינה להוכיח את קיומן של ראיות לכאורה להוכחת האישום הוא נטל כבד במיוחד. שנית, טוען המערער, לגופו של עניין, כי התשתית הראייתית שצורפה לבקשת ההסגרה אינה מספיקה ואינה ממלאת אחר הדרישה לראיות לכאורה הנדרשות לצורך היענות לבקשת ההסגרה. עיקר טענותיו של המערער בהקשר זה מופנה להוכחת היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של רצח עם. לטענתו, אף בהנחה שיוכח כי אכן השתתף באירוע שהתרחש בחווה, שבו הוצאו להורג מאות גברים מוסלמים, אין בעובדה זו כשלעצמה כדי ללמד על כך שהתגבש אצלו היסוד הנפשי הנדרש לקיומה של העבירה. עוד בהקשר זה טוען המערער כי לא הוכחה קיומה של תוכנית להשמדת הבוסנים המוסלמים בסרברניצה וממילא לא הוכח כי היה מודע לקיומה של תוכנית זאת וכי פעל למען מימושה.

ביתר פירוט טוען המערער כי כלל לא הוכח שהאירוע שהתרחש בסרברניצה אכן עונה על ההגדרה של רצח עם כפי שהיא מקובלת במשפט הבינלאומי, ולכל היותר ניתן לראות בו כביצוע פשע נגד האנושות מסוג של טיהור אתני. זאת, בין היתר, שכן העבירה של רצח עם דורשת יסוד נפשי מיוחד שהוא כוונה להשמיד השמדה גמורה או חלקית של קיבוץ לאומי, אתני, גזעי או דתי באשר הוא קיבוץ כזה. בענייננו, כך טוען המערער, לא הוכחה כוונה כאמור. לפיכך, טוען המערער כי שגה בית המשפט בכך שקבע כי התרחש בסרברניצה רצח עם ובכך שהסתמך לצורך קביעתו זו על פסקי דין זרים ודו"ח של האו"ם. למעלה מכך, טוען המערער כי ממילא לא ניתן להסיק מהראיות שעליהן התבסס בית המשפט כי בוצע רצח עם בסרברניצה, להבדיל ממעשה רצח המוני שלכלל היותר עולה כדי פעולה מכוונת של פינוי האוכלוסייה המוסלמית מהשטח. עוד בהקשר זה טוען המערער כי שגה בית המשפט המחוזי בכך שביסס את מסקנתו בדבר

קיומו של היסוד הנפשי במקרה זה, הדורש כוונה מיוחדת, על חזקת הכוונה. לטענתו, התוצאה הטבעית של ירי במאות גברים היא מוות, ואכן חזקה כי מי שירה בהם התכוון להמיתם, אך לא ניתן לקבוע כי כוונתו הייתה להביא להשמדת הקיבוץ אליו הם משתייכים, באשר הוא כזה, וכראיה, המובלעת המוסלמית באזור עדיין קיימת. לטענת המערער, לכל היותר ניתן לייחס לו מעשה של ביצוע פקודה בלתי חוקית בעליל שכן הוא היה חייל זוטר ולא היה מודע כלל לקיומה של תוכנית להשמדת עם, ככל שאכן הייתה תוכנית כזו, ובכל מקרה ידע שאם לא ימלא אחר הפקודות שקיבל נשקפת סכנה לחייו. המערער טוען שבניגוד להנחה של בית המשפט המחוזי, הוא לא ידע מהי מטרת המשימה בטרם יצאו החיילים לדרך ואף לא ידע על אירועים אחרים מסוג זה שהתרחשו באותו איזור.

עוד בהקשר הראייתי, טוען המערער, בין היתר, כי הראיות שהועברו לישראל וצורפו לבקשת ההסגרה הן ראיות חלקיות וסלקטיביות. לטענתו, קיימות ראיות נוספות, חיוניות, שייתכן ויש בהן כדי לתמוך בטענת חפותו, אך הן לא הועברו עם בקשת ההסגרה. כך, בין היתר, טוען המערער כי עדותו הראשונה של ארדמוביץ' לא הועברה וייתכן שיש בה כדי לסתור פרטים שמסר בעדויות מאוחרות יותר. לפיכך, טוען המערער כי שגה בית המשפט המחוזי בכך שלא נענה לבקשתו להורות למשיב לצרף את הראיות החסרות לבקשת ההסגרה על מנת שהתמונה הראייתית תהיה שלמה ומדויקת.

טענות המשיב

10. מנגד, סומך המשיב את ידיו על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ועל נימוקיו. לטענתו, קביעתו של בית המשפט המחוזי שלפיה הראיות שצורפו לבקשת ההסגרה מקיימות את הדרישה הקבועה בסעיף 9 לחוק ההסגרה, היא קביעה מבוססת אשר אין מקום להתערב בה. ראשית, טוען המשיב כי לא ניתן לקבל את בקשת המערער כי בית המשפט יקבע כי כלל לא אירע רצח עם בסרברניצה ביולי 1995. לטענתו, מדובר בדיעה שיפוטית ובכל מקרה הובאו די ראיות המלמדות על כך שהאירוע בחוות ברניבו היה חלק משורה של מעשי רצח דומים ומתוכננים העונים להגדרה של רצח עם, כפי שנקבע במספר ערכאות בינלאומיות ומדינתיות כמו גם בדו"ח מטעם האו"ם שהוכן בנושא.

שנית, בכל הנוגע למעורבותו של המערער בטבח ובקיומו של היסוד הנפשי, טוען המשיב כי ישנן ראיות לכאורה המקימות אחיזה לאישום בהתאם לרמת ההוכחה שנקבעה בפסיקתו של בית משפט זה. בכל הנוגע ליסוד העובדתי, טוען המשיב כי ישנן

די ויותר ראיות הקושרות את המערער לביצוע המעשים, וביניהן הודעות של חיילים מיחידתו שלקחו אף הם חלק במעשה הטבח בחוות ברנייבו. בנוסף, ישנן ראיות, כך לטענת המשיב, המלמדות על כך שמעשי הטבח היו מעשים מתוכננים. מבחינה משפטית, טוען המשיב כי כדי לקבוע שמדובר בהשמדה של חלק מקיבוץ די אם יוכח כי השמדת אותו חלק הייתה בעלת פוטנציאל ממשי להביא לפגיעה אנושה עד כדי סיכון המשך קיומו של שאר הקיבוץ. בענייננו, טוען המשיב כי מחומר הראיות עולה כי הכוחות הסרבים ריכזו ורצחו מספר מקסימאלי של גברים שניסו להימלט, וכי ההוצאות להורג והניסיונות להסתיר את קברי האחים לא היו מקריים אלא תוצאה של תכנון שיטתי שמטרתו חיסול אוכלוסיית הגברים המוסלמים במובלעת. עוד בהקשר זה, דוחה המשיב את טענת המערער שלפיה לכל היותר מדובר ב"טיהור אתני". בכל הנוגע לקיומה של תוכנית מדינית לרצח עם, טוען המשיב כי לפי פסיקתו של ה-ICTY תוכנית כזו אינה מהווה יסוד מיסודות העבירה של רצח עם, אך למעלה מכך, הוכח במקרה זה שאכן הייתה קיימת תוכנית כאמור.

באשר ליסוד הנפשי, טוען המשיב כי יש די ראיות לכאורה להוכחתו ברמה הנדרשת בהליך ההסגרה. לטענתו, די במקרה זה בבחינת עצם המעשה שביצע המערער ונסיבותיו כדי לקבוע כי היסוד הנפשי התקיים לכאורה. כך, בין היתר, טוען המשיב כי ישנם שני עדים שסיפרו כי ידעו על מטרת המשימה לפני שביצעו אותה ואחד מהם אף סיפר כי ידעו שיחידות אחרות קיבלו משימות זהות, כי המערער היה, לכאורה, מודע לכך שלא מדובר בפעולה נקודתית וכי הנרצחים הם אזרחים ולא חיילים. עוד טוען המשיב כי אין ראיות לכך שהמערער התנגד לביצוע המעשים או שהביע מורת רוח מהפקודה שקיבל. נוסף על כך, טוען המשיב כי צדק בית המשפט המחוזי בהסתמכו על "חזקת הכוונה" וכי ניתן להסיק ממעשיו של המערער כי הוא התכוון לתוצאה הטבעית שנבעה ממעשהו והיא השמדת הקיבוץ המוסלמי בסרברניצה. לבסוף, טוען המשיב כי אין לקבל את טענת המערער בכל הנוגע לסתירות בין הראיות השונות שכן אין בכך כדי לפגום בדיותן והן תתבררנה במהלך ההליך העיקרי ככל שיהיה בכך צורך.

שלישית, לטענת המשיב יש לדחות את טענת המערער שלפיה הראיות שצורפו לבקשת ההסגרה הן ראיות סלקטיביות בלבד. לטענתו, די בראיות שצורפו כדי לספק תשתית ראייתית לכאורית מספקת לשלב ההסגרה. למעלה מכך, לטענת המשיב הרשויות בבוסניה והרצגובינה הבהירו כי חומר הראיות שהועבר מייצג בצורה נאמנה ולא מניפולטיבית את חומר הראיות המצוי ברשותם. לבסוף, מלין המשיב על כך שהמערער צירף מסמכים וראיות לעיקרי הטיעון מבלי שאלו הוגשו לערכאה הדיונית או הועברו לעיונו ומבלי לבקש אישור לכך. למעלה מכך, לטענת המשיב בהליכי

הסגרה אין למבוקש זכות להגיש ראיות מטעמו במטרה לסתור את הראיות שצורפו לבקשת ההסגרה.

בעניין טענותיו של המערער העוסקות בסייג תקנת הציבור, טוען המשיב כי אף אלו דינן להידחות. בכל הנוגע להבדלים בין שיטות המשפט – הישראלית וזאת הנהוגה בבוסניה והרצגובינה – טוען המשיב כי אין בהבדלים אלה כדי להצביע על פגיעה בתקנת הציבור. למעלה מכך, לטענתו, הפרוצדורה הפלילית הנהוגה בבוסניה והרצגובינה היא סבירה והוגנת. לגופו של עניין, טוען המשיב כי אף אם העד ארדמוביץ' לא יעיד במשפט אין בכך כדי לגרוע מהתשתית העובדתית המונחת נגד המערער. זאת, בין היתר מהטעם שגם בישראל ניתן במקרים מסוימים להגיש הודעות של עד שאינו מעיד ובית המשפט בבוסניה והרצגובינה יפעיל את שיקול דעתו באשר למשקל שיינתן לעדות זו. עוד טוען המשיב כי אין מקום להיענות לבקשת המערער להוסיף בטוחות נוספות על אלו שנקבעו.

דיון והכרעה

11. שתי סוגיות מרכזיות טעונות הכרעה במקרה שלפנינו. הראשונה עניינה בשאלת דיות הראיות שצורפו לבקשת ההסגרה; השנייה, עניינה בשאלה האם יש בהסגרתו של המערער לבוסניה והרצגובינה כדי לפגוע בתקנת הציבור. אקדים ואומר כי בכל הסוגיות הללו מקובלות עלי המסקנות אליהן הגיע בית המשפט המחוזי ולא מצאתי כי טענותיו של המערער מגלות עילה המצדיקה התערבות בפסק דינו.

דיות הראיות

12. סעיף 1 לחוק ההסגרה קובע כי "לא יוסגר אדם הנמצא בישראל לידי מדינה אחרת אלא לפי חוק זה". אין חולק כי בענייננו מתקיימים התנאים המקדמיים להסגרה המנויים בסעיף 2 לחוק ולפיכך לא ארחיב בעניין זה. המחלוקת בענייננו נסבה סביב התנאי הקבוע בסעיף 9 לחוק לפיו יש להוכיח את קיומו של בסיס ראיתי אשר על פיו ניתן היה להעמיד את המבוקש להסגרה לדין בישראל בגין אותה עבירה:

הכרזת מבוקש כבר-הסגרה 9. (א) הוכח בשעת הדיון בעתירה לפי סעיף 3, כי המבוקש נתחייב בדין על עבירת הסגרה במדינה המבקשת, או כי יש ראיות שהיו מספיקות כדי להעמידו לדין על עבירה כזאת בישראל, וכי נתמלאו שאר התנאים

הקבועים בחוק להסגרתו – יכריז בית המשפט, כי המבוקש הוא בר-הסגרה...".

לפי הפסיקה, סעיף זה מחייב את בית המשפט לבדוק האם חומר הראיות שצורף לבקשת ההסגרה עולה עד כדי "אחיזה לאישום" (ע"פ 308/75 פסחוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 449, 460 (1977)), והאם הוא מצדיק את המשך בירור אשמתו של המבוקש במדינה המבקשת (ראו למשל: ע"פ 6717/09 אוזיפה ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם), 6.12.2010, בפסקה 9 לפסק הדין וההפניות המובאות שם; להלן: עניין אוזיפה)). נדמה כי יש צורך לשוב ולהזכיר כי אין זה מתפקידו של בית המשפט הדין בבקשת הסגרה לבחון את שאלת אשמתו או חפותו של הנאשם. לכן, נקבע, בין היתר, כי "... אין בית המשפט נדרש בגדרו של הליך ההסגרה לבחון את מהימנותן ומשקלן של הראיות עליהן נסמכת בקשת ההסגרה. זאת בתנאי שמדובר בראיות שאינן חסרות ערך על פניהן" (שם). נדמה, כי על אף הלכות מושרשות אלה, הצדדים בתיק שלפנינו, בטיעוניהם בכתב ובעל פה, נדרשו לראיות במידת פירוט והעמקה העולה על הנדרש בהליך ההסגרה. לפיכך, אציין כבר בשלב זה, כי על אף טענות הצדדים, לטעמי אין צורך במקרה זה בקביעת קביעות נחרצות באשר להתקיימותם של היסודות הנדרשים להוכחת העבירה המיוחסת למערער. זאת, שכן כאמור, כל שמוטל עלינו לבחון במסגרת פסק דין זה הוא האם יש די בראיות שצורפו לבקשת ההסגרה כדי להצדיק את המשך הבירור המשפטי בערכאות המתאימות, ואין זה מתפקידנו לקבוע האם המערער אכן אשם בעבירה שיוחסה לו.

13. המערער טוען בפתח דבריו כי במקרה זה אין ליישם כלשונן את ההלכות הקבועות בדיני ההסגרה שהתפתחו בפסיקתו של בית משפט זה באשר לדיות חומר הראיות. זאת, שכן לטענתו מדובר בעבירה חמורה, החמורה ביותר בספר החוקים ולכן על המדינה לוודא ביתר שאת כי אכן קיימות די ראיות לכאורה להוכחת אשמתו של המבוקש. אכן, אין חולק על כך שהעבירה המיוחסת למערער היא עבירה חמורה וכי יש לבחון את חומר הראיות ביסודיות, אך כך יש לעשות בכל מקרה ומקרה, ולא רק בענייניו של המערער. לפיכך, לא שוכנעתי כי יש לשנות את ההלכה שנקבעה בעניין זה ולהתאימה לעבירה שבה מואשם המערער. יחד עם זאת, אין בכוונתי לקבוע קביעות נחרצות בעניין זה שכן לטעמי חומר הראיות שצורף לבקשת ההסגרה לא רק עונה על התנאי שהציבה הפסיקה, כפי שיפורט להלן, אלא יש בו גם כדי להוות "ראיות מוצקות וחד משמעיות" כפי שעולה מהתנאי אותו מבקש המערער שניישם בעניינו (פסקה 9 לעיקרי הטיעון).

14. כאמור, על פניו נראה כי הראיות שצורפו לבקשת הסגרתו של המערער מקיימות את הדרישה הקבועה בסעיף 9 לחוק. ראשית, אין בידי לקבוע כקביעה נחרצת כי מעשי הטבח שבוצעו בגברים המוסלמים באזור סרברניקה בחודש יולי 1995 אינם עונים על ההגדרה של רצח עם, כפי שביקש המערער שנקבע. מקובלת עלי המסקנה כי לעניין הסגרתו של המערער ניתן לומר כי לכאורה בוצעה עבירה של רצח עם, ואדגיש כי כאמור מדובר רק בקביעה שלפיה יש להמשיך ולברר עניין זה בבוסניה והרצגובינה ולא אמירה חד משמעית באשר להתקיימותה של העבירה. שנית, מקובלת עלי קביעתו של בית המשפט המחוזי שלפיה ישנן די ראיות לכאורה להוכחת מעורבותו של המערער בירי שהתרחש בחוות ברניבו. שלישית, שוכנעתי כי ישנן די ראיות לכאורה אף להוכחת היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של השמדת עם. לבסוף, לא מצאתי ממש בטענות המערער בכל הנוגע לראיות נוספות שלא צורפו בבקשת ההסגרה. אדון להלן ביתר פירוט במסקנותיי אלו.

דיות הראיות – האם התרחשה השמדת עם

15. בדו"ח של האו"ם משנת 1999 (נספח D חלק 46 לבקשת ההסגרה) מתואר בפירוט כיצד נכנסו הסרבים לשטחים שהוגדרו כשטחים בטוחים, הפרידו בין הנשים והילדים לבין הגברים וריכזו את הגברים במקומות שונים באיזור. החל מה-14.7.1995 העלו הסרבים את הגברים המוסלמים על אוטובוסים והובילו אותם לאתרים שונים ששימשו כאתרי הוצאה להורג. אחד מאותם אתרים היה חוות ברניבו, שהיא הרלוונטית לענייננו. עוד נכתב בדו"ח כי ישנן ראיות חזקות לכך ש 4,000-5,000 גברים מוסלמים הוצאו להורג במהלך אותם שלושה ימים ונקברו בקברי אחים. בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ), במסגרת פסק הדין בהליך שעסק ביישום האמנה למניעת רצח עם על הסכסוך בין בוסניה והרצגובינה לבין סרביה ומונטנגרו, קבע כי הפעולות שביצעו הכוחות הסרבים בסרברניצה עולות כדי פעולות של רצח עם, שכן הן בוצעו מתוך כוונה להשמיד בחלקו את הקיבוץ המוסלמי בבוסניה Bosnia and Herzegovina (v. Serbia and Montenegro (2007), para. 297). ה-ICTY קבע כי רצח המוסלמים באיזור עולה עד כדי רצח עם (ראו למשל בעניין 1999וביץ, בפסקה 863; וכן פסק הדין בערעור בעניינו של Kristic – (2004) – Procecutur v. Kristic, IT-98-33-A, para. 37). בית המשפט הפדרלי בארה"ב, קבע אף הוא כי הרצח של אלפי גברים מוסלמים בסרברניצה הוכר כרצח עם (United States v. Boskic, 545 (F.3d 69 (2008)).

16. המערער טוען כי אין ראיות לכך שהייתה תוכנית, מדיניות כוללת, שמטרתה הייתה להרוג את כל הגברים המוסלמים באזור, וכי בהיעדר תוכנית לא ניתן לקבוע שאירע רצח עם. בטיעונו זה מסתמך המערער, בין היתר, על מלומד בשם שאבס (Schabas). אלא, שטיעונים מסוג זה, שאף הם נתמכו בתיאוריה שהציג אותו מלומד, נדחו על ידי ה-ICTY, אשר קבע כי: "a plan or policy is not a statutory element of the crime of genocide" (עניין פופוביץ', בפסקה 828). במסגרת הליך זה אין צורך להכריע בין התפיסות השונות, וכמובן אין בכך כדי להביע עמדה באשר לשאלת פרשנות העבירה בהתאם לדין הישראלי, שכן לטעמי די בכך שקיימות דעות שונות כדי להגיע למסקנה שלפיה אין למנוע את הסגרתו של המערער אך בשל העובדה שלטענתו לא הוכחה קיומה של תוכנית מדינית כוללת לביצוע רצח עם. אך מעבר לכך, אף אם נאמץ את עמדת המערער באשר לדרישה לקיומה של תוכנית, ישנן לטעמי ראיות לכאורה, שניתן ללמוד מהן על קיומה של תוכנית כאמור. כך, למשל, קצין בשם ניקוליץ' (Nikolic) העיד כי ביום 12.7.1995 הוא נפגש עם קצינים אחרים וכי באותה פגישה נאמר לו כי הגברים המוסלמים יופרדו מהנשים והילדים, יוחזקו באזור ברטונק ויוצאו להורג. באותה פגישה דנו במקומות מתאימים לשכן את הגברים שיגיעו לאזור וכן באתרים שיוכלו לשמש כאתרי הוצאה להורג. כמו כן, הוא מתייחס לפגישה נוספת, למחרת היום, שבה השתתפו אנשים אחרים וגם בה דנו באופן פתוח בכך שהכוונה היא להוציא להורג את המוסלמים באזור. באותה פגישה דובר על לוגיסטיקה, תחבורה וסיוע בטחוני (נספח D חלק 48). קצין נוסף, בשם דראגן אוברנוביץ' (Obrenovic), מסר אף הוא כי ההוראות שקיבל הן להוציא להורג את האסירים המוסלמים וכי מדובר בהוראות שהגיעו ממלאדיץ' וכי מפקד החטיבה מודע להן (נספח D חלק 50). אוברנוביץ' אמר באותה הודעה כי הורו לו לא להשאיר רישומים על הפעולות שקשורות לרצח או לדבר על כך ברדיו. בהינתן כל זאת, נדמה כי ישנן די ראיות לכאורה לכך שהפעולה שבה היה מעורב המערער לא הייתה פעולה חד פעמית, יוזמה מקומית, אלא חלק ממהלך מתוכנן היטב שכלל יחידות שונות של הצבא ושמטרתו הייתה חיסול האוכלוסייה המוסלמית באזור סרבניצה.

17. אף ביתר טענותיו של המערער בכל הנוגע להוכחת ביצוע רצח עם בסרבניצה לא מצאתי ממש. כך, לטעמי, אין ממש בטענתו שלפיה לא ניתן לקבוע כי מדובר לכאורה ברצח עם שכן הנשים והילדים השייכים למיעוט המוסלמי הורשו לעזוב. לטענתו, מדובר למעשה בגירוש בכוח של אוכלוסייה המשתייכת לקיבוץ מסוים מאזור נתון וגירוש זה אינו רצח עם כי אם טיהור אתני (פסקה 64 לנימוקי הערעור). עוד ממשיך וטוען המערער כי "המוסלמים הבוסניים בסרבניצה אינם מהווים 'חלק'

מהקיבוץ המוסלמי הבוסני" כפי שדורשת ההגדרה לעבירה של רצח עם (פסקה 66 לנימוקי הערעור). בעניין זה נכתב כי:

"פשע השמדת עם יכול שיתבצע גם כאשר הכוונה היא להביא להרס חלק של קבוצה מוגנת. משמעות הוראה זו היא כי אין צורך להוכיח כי מבצעי הפשע התכוונו להשמיד את כל הקבוצה, אך יש להוכיח כי הם ראו באותו חלק של הקבוצה שהם התכוונו להשמיד, יחידה נפרדת שאת קיומה יש לחסל. כך, השמדת עם יכולה להתבצע גם אם היא מכוונת להשמיד את יהדות אירופה אך לא את יהדות ארצות-הברית, או, כפי שקרה ביוגוסלביה לשעבר, את המוסלמים בסרברניצה, אך לא את המוסלמים בבוסניה" (ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 276 (2006)).

ה-ICTY התייחס אף הוא לטענות מסוג זה וערכאת הערעור אימצה את הקביעה של הערכאה הדיונית שלפיה רצח של קבוצה כה גדולה של גברים מוסלמים, בהינתן האופי הפטריארכאלי של החברה המוסלמית באזור, יוביל בסופו של דבר להיעלמותה של הקהילה המוסלמית. בית הדין התייחס גם לטענה שלפיה לא מדובר ברצח עם שכן הנשים והילדים הורשו לעזוב ודחה אותה בכך שקבע כי ניתן לראות בגירוש הכפוי כחלק מהרצון של הסרבים "לנקות" את השטח מהאוכלוסייה המוסלמית. עוד צוין כי ייתכן וההחלטה שלא לרצוח את הנשים והילדים התקבלה מתוך חשש מדעת הקהל הבינלאומית ומתוך המחשבה כי יהיה קל יותר להסתיר או להסוות כפעולה צבאית את רצח הגברים מאשר רצח של נשים וילדים (עניין קריסטטיק, פסקאות 28-31).

18. אכן, צודק המערער בכך שקביעות שיפוטיות שקבעו בתי משפט זרים אינן מחייבות אותנו. עם זאת, ניתן ללמוד מפסקי דין אלו על הפרשנות הניתנת לעבירה של רצח עם, עבירה המנוסחת באופן זהה בחוק הישראלי, באמנה הבינלאומית ובחוקה של ה-ICTY. פסקי הדין הניתנים בערכאות הזרות, בין אם המדינתיות ובין אם הבינלאומיות, הם אחד מהמקורות לפרשנותו של הדין הבינלאומי ואין כל פסול בהיעזרות בפסיקה זו בבואנו לפרש את החוק הישראלי. כמובן, שכל זאת בגדר השראה בלבד ולא בגדר דין מחייב (ראו למשל: ע"א 245/85 אנגלמן נ' קליין, פ"ד מג(1) 772, 787 (1989)). זאת ועוד, אשוב ואזכיר כי מדובר בהליך הסגרה, במסגרתו יש לבחון האם יש בראיות בסיס לאישום ובתוך כך אין לטעמי מניעה בהסתייעות בפסקי דין זרים, זאת בייחוד כאשר מדובר בפסקי דין הדנים באותן נסיבות שבשלן מבוקשת הסגרתו של המערער. לבסוף, נראה כי המערער עצמו מסתמך בטיעונו על פסקי דין

של ערכאות בינלאומיות שונות כמו גם על דוחות שהוגשו לאו"ם בנושאים שונים (למשל בפסקאות 32 ו-46 לעיקרי הטיעון מטעמו).

19. אשר על כן, מקובלת עלי מסקנתו של בית המשפט המחוזי שלפיה ניתן לקבוע כי הפעולה שהתרחשה בחוות ברנייבו הייתה, לכאורה, אחת מפעולות חיסול רבות שהתנהלו באזור באותו פרק זמן, פעולות אשר תוכננו באופן שיטתי במטרה להשמיד את אוכלוסיית הגברים המוסלמים בסרברניצה.

דיות הראיות – מעורבותו של המערער והיסוד הנפשי

20. בכל הנוגע להיבט העובדתי, נטען בפני בית המשפט המחוזי כי המערער שימש כנהג ולא השתתף במעשי ההרג, וזו אותה גרסה שמסר המערער בפני חוקרי ה-ICTY בשנת 2005. בערעור שלפנינו לא התמקד המערער בפן זה, אלא ביסוד הנפשי שבו אדון בהמשך. בית המשפט המחוזי דחה טענה זו וקבע כי הראיות שהוצגו בפניו עולות "לאין שיעור" על הנדרש בבקשת הסגרה. לאחר שעיינתי בראיות הרלבנטיות אין לי אלא להצטרף לקביעה זאת. על מנת להגיע למסקנה בדבר מעורבותו של המערער, די לטעמי בכך שמספר חיילים ששירתו עם המערער והיו איתו בעת שבוצע הירי בחוות ברנייבו, הזכירו את שמו כמי שנכח במקום (בוסקיץ', ארדמוביץ', Z1 וקוס). יתרה מכך, שניים מהם, ארדמוביץ' וקוס, ציינו כי המערער הוא שהציע להשתמש במקלע מסוג M-84 על מנת לירות בגברים המוסלמים (עדותו של ארדמוביץ' מיום 4.5.2007 צורפה כחלק 6 לנספח D לבקשת ההסגרה והראיון עם קוס צורף כנספח 62 לבקשה המשלימה). עוד אוסיף, כי די לטעמי בדבריהם של קוס והעד Z1 כדי לשמש כראיות לכאורה להשתתפותו של המערער בירי, וזאת אף מבלי להסתמך על עדותו של ארדמוביץ'.

21. טענותיו של המערער בהקשר זה, כאמור, מתמקדות ביסוד הנפשי. בהקשר זה הוא טוען כי אין "ולו בדל של ראיה לכאורה" אשר תצביע על הכוונה הנדרשת לביצוע עבירה של רצח עם (סעיף 25 לעיקרי הטיעון). לטענתו, היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של רצח עם מוגדר בצמצום ודורש רצון להשמיד קיבוץ מסוים באשר הוא. עוד הוא טוען כי לא הוכח שהייתה לו כוונה להשמיד את האוכלוסייה הבוסנית-מוסלמית וממילא לא הוכח כי הייתה לו כוונה להשמיד אותה באשר היא. הוא מוסיף וטוען כי לא די במעשי הרג שיטתיים, אכזריים ככל שיהיו, על מנת לקיים יסוד זה ולפיכך שגה בית המשפט המחוזי בכך שביסס את הנמקתו על חזקת הכוונה. עוד נטען, כי חזקת הכוונה לא חלה במקרה זה שכן מהעובדה שהאוכלוסייה המוסלמית באזור עדיין קיימת

ניתן ללמוד שהכוונה לא הייתה להשמדה. יתרה מכך, המערער טוען כי כלל לא היה מודע לכך שהתרחש רצח עם ולכן ממילא לא היה יכול לשאוף להתקיימותו. לביסוס טענתו זו, מתייחס המערער, בין היתר, לכך שאוברנוביץ' ו-Z1 לא פירטו את שמות החיילים שהיו עדים להוראה שלפיה יש להוציא להורג שבויי מלחמה ולטענתו הוא לא היה בין אותם חיילים.

22. אין בידי לקבל טענות אלה ולא שוכנעתי כי אין ראיות לכאורה להוכחת אשמתו של המערער בעבירה המיוחסת לו. הכוונה בענייננו מוגדרת בסעיף 1 לחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, התש"י-1950, כ"כוונה להשמדה, השמדה גמורה או חלקית, קיבוץ לאומי, אתני, גזעי או דתי... באשר הוא קיבוץ כזה". פרשנותו של בית המשפט המחוזי ליסוד נפשי זה, היא כי יש לבחון האם המערער היה מודע לכך שהוא מבצע השמדת עם והאם הוא חפץ להשיג תוצאה זו – השמדת הגברים המוסלמים באשר הם כאלו (לעמדה שונה, שלפיה דרישת ה"כוונה המיוחדת" לצורך הוכחת היסוד הנפשי היא דרישה בעייתית, בייחוד במקרים כמו מקרה זה שבהם מועמד לדין חייל הטוען שמילא פקודות, ראו: Alexander Greenwalt "Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation" 99 COLUMBIA L. REV. 2259, 2279-2282 (1999)). פרשנות זו של בית המשפט המחוזי מקובלת עלי. אחזור ואדגיש, כי הדיון בעניין זה מתקיים אך ורק בהקשר של בקשת הסגרה ולצורך בחינת התנאי של דיות הראיות. הקביעות העקרוניות בעניין זה, ויישומן בכל הנוגע למערער, יתבצע, במידת הצורך, במדינה המבקשת בעת שמיעת התיק העיקרי.

23. בכל הנוגע לפן הראשון של דרישת הכוונה המיוחדת, מקובלת עלי עמדת המשיב שלפיה יש ראיות לכאורה להוכחת המודעות של המערער לכך שהוא נוטל חלק בביצועו של רצח עם. החייל Z1, בהודעה שמסר, סיפר שהוא ומספר חיילים נוספים עמדו בשעות הבוקר מחוץ למבנה בבסיס כאשר הגיעו למקום מספר קצינים וביניהם פיקנץ', שהיה, כאמור, עוזרו של מלאדיץ', מפקד צבא ה-VRS. פיקנץ' שוחח עם פלמיס, המכונה מיסו, מפקד היחידה אליה השתייך המערער. העד תיאר את הדברים הבאים: "Pećanac said, and Mišo confirmed, that all prisoners from Srebrenica would be liquidated. And that the 10th Sabotage Detachment will participate in this action" (עמוד 16 להודעתו, חלק 67 לבקשה המשלימה). באותה הודעה, בעמוד 44, אומר Z1 כי ידע באותו הזמן שהוצאות להורג נוספות יבוצעו במקומות אחרים על ידי יחידות אחרות וכי ידע על כך מפלמיס, מפקד היחידה. חייל נוסף ששירת ביחידתו של המערער, אוברנוביץ', מסר בראיון לחוקרי ה-FBI כי הוא סירב

להשתתף בפעולה שכן שמע על הוצאות להורג קודמות והבין כי זו מטרת הנסיעה לחווה. אוברנוביץ' אמר כי חיילים מהיחידה היו עדים לסירוב ולעימות בינו לבין מפקדו שהזהיר אותו שהוא יצטער על כך שהוא סירב לפקודה שהגיעה מגנרל מלאדיץ' (נספח D חלק 12). בכל הנוגע לפעולה עצמה, פרנק קוס אמר כי ידע שהאנשים שהוצאו להורג היו מוסלמים (עמוד 82 לחלק 62 לבקשה המשלימה), העד Z1 אמר שהם ידעו כי מדובר באסירים מסרבניקה (עמוד 23 לחלק 67 לבקשה המשלימה).

24. בנוסף, לא נעלמה מעיני העובדה כי ארדמוביץ' שהיה כאמור אף הוא בחווה יחד עם המערער, אמר כי לא ידע מה מטרת הפעולה עד שהגיע למקום (ראו למשל בחלק 69 לבקשה המשלימה השנייה, בעמוד חמש), וייתכן כי בסופו של דבר אכן תקבל גרסתו של המערער שלפיה יש להעדיף את עדותם של אלו שטענו כי לא שמעו את השיחה בין המפקדים או שלא הגיעה אליהם השמועה באשר ליתר ההוצאות להורג שהתרחשו באותם ימים. קביעה זו היא לא מתפקידנו. זאת, שכן כידוע, העובדה שישנן סתירות בין העדויות השונות אינה רלבנטית לדיון בבקשת ההסגרה, וסתירות אלה והשפעתן על קביעת התשתית העובדתית, ככל וישנה, תתבררנה במהלך הדיון בהליך העיקרי. יפים לעניין זה הדברים שכתב השופט מ' חשין בע"פ 2521/03 טירקיס נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(6) 337, 348-349 (2003) (להלן: עניין טירקיס):

"...מטרת הדיון בהליך שבפנינו אינה להכריע בשאלת חפותו או אשמתו של המערער, קרא לפסוק בשאלה אם חומר הראיות יש בו כדי להרשיע את המערער בעבירות המיוחסות לו אם לאו. תפקידו של בית-המשפט הוא לבדוק אם חומר הראיות מצביע על כך יש מקום לנהל משפט אשר בו תוכרע אשמתו או חפותו של המערער; אם יש בחומר הראיות אחיזה לאישום המיוחס למערער; אם החומר המצוי בידי התביעה הכללית מצדיק בירור אישומו של המערער בבית-משפט מוסמך...אכן, עוצמתן של הראיות הנדרשות להכרזתו של מבוקש להיותו בר-הסגרה אינה כעוצמת הראיות הנדרשת להרשעה בדיון. כך למשל סתירות בעדויות וביתר הראיות אינן צריכות בירור; אין מקום להעריך את חומר הראיות אם מהימן הוא אם לאו, ואף אין מקום לשקילתן של הראיות, ובלבד שאין הן חסרות ערך על פניהן...". (ההדגשה הוספה – ט' ג')

בענייננו, עדותו של Z1 שהובאה לעיל אינה חסרת ערך על פניה ודי בה, בשלב זה, כדי לקבוע שישנן ראיות לכאורה לכך שהמערער היה מודע למטרת הפעולה אליה הצטרף באותו יום. אוסיף כי מקובלת עלי גם קביעתו של בית המשפט המחוזי שלפיה אין צורך בהקשר זה להוכיח כי המערער ידע על כל פרטיה של ההשמדה או שהיה

מעורב בתכנונה אלא רק שהיה מודע לעיקריה. לפיכך, אין צורך לקבוע שישנן די ראיות לכאורה להוכיח כי המערער היה מודע לכל הפעולות שבוצעו באותה העת במסגרת השמדת האוכלוסייה המוסלמית בבוסניה. אוסיף, כי דרישה כאמור הייתה מציבה מכשול גבוה בפני הסגרתם של אלו שאינם בצמרת הפיקוד בעבירות מסוג זה, שכן אלו אשר מבצעים את הפקודות בשטח לרוב אינם מודעים לכל הפרטים הנוגעים לפעולת ההשמדה. בנוסף, המלומד שאבס מתייחס בספרו לכך שניתן להוכיח במקרים מסוימים מודעות באמצעות הדוקטרינה של עצימת עיניים, כאשר הנאשם יודע שהיה עליו לברר באשר לתוצאות מעשיו. כדוגמה, הוא מביא מקרה של שומר במחנה ריכוז שלא ידע שמתבצעים במחנה מעשים העולים כדי רצח עם, אך ניתן להראות שהוא עצם עיניו למה שהתרחש (William A. Schabas GENOCIDE IN INTERNATIONAL LAW 255 (2009) (להלן: שאבס)). יפים לעניין זה דברים שנכתבו בהקשר אחר על ידי ה- International Law Commission אך עוסקים אף הם בעבירה של השמדת עם:

“A subordinate is presumed to know the intentions of his superiors when he receives orders to commit the prohibited acts against individuals who belong to a particular group. He cannot escape responsibility if he carries out the orders to commit the destructive acts against victims who are selected because of their membership in a particular group because he was not privy to all aspects of the comprehensive genocidal plan or policy. The law does not permit an individual to shield himself from criminal responsibility by ignoring the obvious” (Report of the International Law Commission on the Work of its forty-eighth session, 1996, UN Doc. A/51/10, at p. 45).

בענייננו, כאמור, המערער, ביחד עם חיילים אחרים, השתתף באירוע שבו נרצחו מאות רבות של אזרחים מוסלמים, חלקם כפותרים בידיהם ועם כיסוי לעיניהם. אזרחים מוסלמים שנורו בגבם, בין באמצעות אקדח ובין באמצעות מקלע ולאחר מכן נקברו בקברי אחים. נהגי האוטובוס שהסיעו את המוסלמים למקום חויבו אף הם לירות כל אחד באסיר אחד, כדי להבטיח שלא יעידו נגד החיילים. חלק מהחיילים מיחידתו של המערער העידו כי ידעו מה מטרת הפעולה בטרם הגיעו למקום וכי ידעו שלא מדובר באירוע בודד. בנסיבות אלה, מקובלת עלי המסקנה כי ניתן לקבוע, לצורך הדיון בבקשת ההסגרה, כי מתקיימת ההנחה שלפיה המערער היה מודע לתוצאות מעשיו, שהן השמדת האוכלוסייה המוסלמית באזור סרברניציה, או לכל הפחות עצם עיניו מלראותן. אך קביעה זו לא מספיקה לצורך הוכחה לכאורית של היסוד הנפשי הנדרש

שכן, כאמור, יש צורך לבחון האם ישנן ראיות לכאורה גם לכך שהמערער חפץ בהתגשמותה של אותה תוצאה.

25. יסוד נפשי זה, של כוונה מיוחדת, הוא יסוד קשה להוכחה. לבית המשפט קשה, עד בלתי אפשרי, להתחקות אחר צפונות ליבו של אדם ולנסות לקבוע מה היו תחושותיו באשר למעשה שביצע. כפי שכתב המלומד שאבס בספרו הנזכר לעיל, התביעה בתיקים מסוג זה לא מביאה פסיכיאטרים כעדים מומחים על מנת לקבוע מה הייתה כוונת הנאשם (שאבס, בעמוד 264). לפיכך, במטרה להתגבר על קושי זה, עושה בית המשפט שימוש בחזקת הכוונה, שלפיה אדם מתכוון לתוצאות הטבעיות הנובעות ממעשיו. בהקשר של שימוש בחזקת הכוונה לצורך הוכחת היסוד הנפשי הנדרש בעבירת הרצח נקבע כי "משמעותה של החזקה היא שבהיעדר ראיות לסתור ובהתקיים נסיבות חיצוניות מתאימות מוחזק המבצע כמי שמתקיימת בו הכוונה באופן שהוא צפה את התוצאה ורצה בה" (ע"פ 228/01 כלב נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(5) 365, 375 (2003)).

26. אכן, מקובלת עלי טענת המערער שלפיה קשה יותר להוכיח את הכוונה המיוחדת הנדרשת לצורך הרשעה בעבירה של השמדת עם, מאשר לצורך הוכחת היסוד הנפשי הנדרש בעבירת הרצח. כמו כן, קשה עוד יותר להוכיח כוונה מיוחדת זו כאשר הנאשם הוא חייל שביצע פקודות ולא מנהיג, צבאי או מדיני, שהתבטא בפומבי באשר לכוונותיו. עם זאת, ועל אף הקשיים המתעוררים, מקובלת עלי המסקנה שלפיה ניתן לעשות שימוש בחזקה זו גם בענייננו. אדגיש, כי מסקנתי זו, בנוגע לשימוש בחזקת הכוונה, נוגעת לדיון בקביעת ראיות לכאורה לקיומו של היסוד הנפשי לצורך בקשת ההסגרה בלבד. אין בה כדי להשליך על הקביעה באשר לקיומו של היסוד הנפשי בהליך העיקרי, שהיא קביעה המצריכה דיון מעמיק יותר בראיות הקיימות ובשאלה אם די בהן, בנסיבות העניין, כדי להקים את חזקת הכוונה בענייננו. לטעמי, לצורך הדיון לפנינו, די בראיות הנסיבתיות הקיימות על מנת להקים חזקה זו ולקבוע שלכאורה חפץ המערער בהשמדת האוכלוסייה המוסלמית בסרברניצה, באשר היא (לשימוש בראיות נסיבתיות להוכחת יסוד הכוונה המיוחדת, ובכללן השמדת מספר גדול של בני הקבוצה, ראו: (Ilias Bantekas INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 210 (2010)). מסקנתי זו מבוססת בראש ובראשונה על היקף הנרצחים בפעולה שבה השתתף המערער, שנע בין 1,200-600 איש. אף אם נאמץ את המספרים הנמוכים יותר, מדובר במאות של גברים מוסלמים שהגיעו, כאמור, באוטובוסים, הועמדו בשורה ונורו מטווח קצר. מהראיות המצורפות לבקשת ההסגרה לא עולה כי המערער הביע התנגדות לפעולה, או להצטרפותו אליה, לא בטרם יצא אל החווה ולא במהלך פעולת הרצח. יתרה מכך, חלק מהעדויות מצביעות על כך שהמערער הציע "לייעל" את ההליך בכך שיעשה שימוש

במקלע מסוג M-84 (עדותו של ארדמוביץ', חלק 6 לנספח D; הודעתו של פרנק קוס, חלק 62 לבקשה המשלימה).

27. אחת מטענותיו של המערער היא שלא ניתן להשתמש במקרה זה בחזקת הכוונה, שכן לא ניתן לומר שהוא התכוון לתוצאה הטבעית של מעשיו – השמדת האוכלוסייה המוסלמית בסרברניצה – שכן זו כלל לא הושמדה. טענה זו מוטב היה לולא נטענה. יפים לעניין זה הדברים שנכתבו על יד ערכאת הערעור של ה-ICTY בעניין קריסטיק:

“In determining that genocide occurred at Srebrenica, the cardinal question is whether the intent to commit genocide existed. While this intent must be supported by the factual matrix, the offence of genocide does not require proof that the perpetrator chose the most efficient method to accomplish his objective of destroying the targeted part. Even where the method selected will not implement the perpetrator’s intent to the fullest, leaving that destruction incomplete, this ineffectiveness alone does not preclude a finding of genocidal intent (para. 32).”

כך גם בענייננו. העובדה שהמטרה – השמדת האוכלוסייה המוסלמית בסרברניצה באמצעות רצח הגברים וגירוש הנשים והילדים – לא הושלמה, מסיבות כאלו ואחרות, אין בה כשלעצמה כדי למנוע מבית המשפט הדין בבקשת ההסגרה לקבוע כי לכאורה התקיים היסוד הנפשי הנדרש בעבירה של השמדת עם.

דיות הראיות – תשתית ראייתית סלקטיבית

28. כאמור, המערער טוען כי התשתית הראייתית שהועברה היא חלקית וסלקטיבית וכי עדויות משמעותיות לא הועברו, כולל עדותו הראשונה של ארדמוביץ'. בית המשפט המחוזי מצא שלא לקבל טענה זו ומסקנתו זו מקובלת עלי ולא מצאתי מקום להתערב בה. כידוע, המדינה המבקשת את הסגרתו של אדם אינה מחויבת לצרף לבקשת ההסגרה את כל החומר הנמצא בידה. עליה לצרף את “אותם מסמכים שישקפו נאמנה את תמונת התשתית הראייתית הקיימת כנגד המבוקש, ללא מניפולציות אסורות, שיש בהן כדי לעוות תשתית זו” (ע”פ 7840/01 אקווה נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד נו(5) 680, 689 (2002); ראו גם בעניין אוזיפה, פסקה 9). בענייננו, כאמור, שוכנעתי כי ישנה תשתית ראייתית מספיקה לצורך הסגרתו של המערער ואף אם ייתכן וישנן ראיות

הסותרות ראיות מסוימות עליהן התבססתי בהחלטתי זו, סתירות אלה תתבררנה במהלך הדיון בהליך העיקרי. כך, נקבע לעניין זה בע"פ 4388/00 וייץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד(3) 98, 105 (2000) כי "טענתה של ב"כ המערער בדבר קיומן של ראיות נוספות, הסותרות את גרסתם של שלושת עדי הראייה... אינה נטולת משקל; אך זה נושא שאינו דורש את הכרעתו של בית המשפט כאן, בעת שהוא דן בבקשת הסגרה, אלא מסור לבית המשפט בקנדה, אשר יצטרך להעריך את העדויות שיונחו על שולחנו, ולהכריע בשאלת אשמו או חפותו של המערער". כך גם בענייננו.

29. לפיכך, לאור כל האמור לעיל, מסקנתי היא שצורפו לבקשת ההסגרה די ראיות כדי לספק את הדרישה הקבועה בסעיף 9 לחוק ההסגרה. לאחר שעיינתי בראיות אלה לא מצאתי מקום להתערב במסקנתו של בית המשפט המחוזי שלפיה מדובר בראיות אשר משקלן הכולל מטה את הכף לטובת המשך בירור אשמתו של המערער בפני בית המשפט המוסמך בבוסניה והרצגובינה.

תקנת הציבור

30. כאמור, אחת מטענותיו של המערער היא כי הסגרתו תפגע בתקנת הציבור ולכן מתקיים אחד הסייגים להסגרה הקבועים בחוק (סעיף 2(א)(8)). אף טענה זו דינה להדחות. כפי שנקבע לא פעם, תקנת הציבור הנבחנת במסגרת הליכי ההסגרה עניינה "...בעקרונות-יסוד, בהשקפות-עומק ובאינטרסים נעלים של החברה והמדינה, עקרונות, השקפות ואינטרסים שהם כה עקרוניים וכה בסיסיים עד שראויים הם כי נדחה מפניהם מעשה של הסגרה" (עניין סידקיס, בעמ' 346). כמו כן, הלכה היא כי טענה שעניינה פגיעה בתקנת הציבור תתקבל רק במצבים חריגים שבהם הפגיעה בנאשם היא "בעלת עוצמה וכוח מיוחדים" (ע"פ 2144/08 מונדרוביץ נ' מדינת ישראל, בפסקה 114 (טרם פורסם, 14.1.2010) (להלן: עניין מונדרוביץ)).

31. לאורן של הלכות אלה, נראה כי אין מקום בענייננו למנוע את הסגרת המערער מטעמים של פגיעה בתקנת הציבור. כאמור, טענתו של המערער בהקשר זה נחלקת לשני ראשים: הראשון, עניינו בטענותיו בנוגע לניהול ההליך בבוסניה והרצגובינה, ובפרט באשר להצגת הודעותיו של ארדמוביץ' מבלי שיעיד; השני, עניינו בתנאים הפיסיים הצפויים לו במידה ויוסגר והחשש לחייו ולשלומו. בשתי טענות אלה אדון כעת.

32. כאמור, המערער טוען כי האופן שבו ינוהל ההליך בבוסניה והרצגובינה, במידה ויוסגר, עולה עד כדי פגיעה בזכותו להליך הוגן, זכות המוכרת הן במשפט הישראלי, הן במשפט הבינלאומי. עיקר טענתו של המערער בהקשר זה מבוסס על כך שגרסתו של ארדמוביץ', עד מרכזי בפרשה, תוצג כראיה נגדו במשפט, מבלי שתינתן לו הזדמנות לחקור אותו בחקירה נגדית. לביסוס טענתו זו מצרף המערער החלטה מתיק אחר שבו עומדים לדין חיילים ששירתו עמו, שלפיה עדויותיו של ארדמוביץ' שנמסרו בפני ה-ICTY יימסרו מבלי שהוא יהיה נוכח במשפט. עוד נכתב בהחלטה, כי אם ההגנה תבקש לחקור אותו בחקירה נגדית, ניתן יהיה להעביר שאלות בכתב לבית המשפט, ובמידה ויוחלט שהן שאלות ענייניות, הן יועברו לארדמוביץ' למענה. לטענתו, הפגיעה בזכותו לחקור את ארדמוביץ' בחקירה נגדית פוגעת בזכותו להליך הוגן ועולה עד כדי פגיעה בתקנת הציבור ולכן מהווה עילה להימנעות מהסגרתו. עוד במסגרת טענה זו, מביא המערער ציטוטים מעדויות חדשות יותר של ארדמוביץ', שנמסרו בחודש פברואר 2012, ושיש בהן, לטענתו כדי לסתור עדויות קודמות שלו או עדויות של עדים אחרים, באופן אשר יסייע להגנתו.

33. לטעמי, טענה זו דינה להידחות. אמנם, כידוע, ועל כך אין חולק, הזכות להליך הוגן היא זכות חוקתית הנגזרת מהזכות לכבוד האדם, זכות החלה גם בהליך הסגרה (עניין מונדרוביץ, בפסקה 112). אך אין בקביעה זו כדי לסייע למערער, שכן לדעתי לא הוכחה פגיעה חמורה בזכות זו שיש בה כדי להצדיק את קבלת הערעור. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, לא בטוח כי ארדמוביץ' לא יעיד במשפטו של המערער. יתרה מכך, אף אם הוא לא יעיד, כפי שמסיק המערער מההודעה שצורפה לעיקרי הטיעון שהגיש, אין בכך כדי לפגוע בזכותו להליך הוגן. זאת משתי סיבות. ראשית, כאמור, מסקנתי בדבר קיומן של ראיות לכאורה מבוססת על עדויות נוספות מלבד עדותו של ארדמוביץ'. שנית, וזה העיקר, אף אם קיימים הבדלים בין ניהול ההליך הפלילי בארץ לבין ניהולו בבוסניה והרצגובינה, אין בכך כדי להצביע בכל מקרה על פגיעה בזכות להליך הוגן. כך, כתבתי בע"פ 8801/09 מאיו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 25 (טרם פורסם, 21.9.2010), כי:

"המערערים לא עמדו בנטל המוטל עליהם להוכיח כי יש חשש ממשי לכך שזכותם להליך הוגן תיפגע משפיטתם במערכת המשפט האמריקאית (ראו למשל עניין פיינברג, בעמודים 59-60)...השוני בין שיטות המשפט הישראלית והאמריקאית, כשלעצמו, אין בו בכדי להוות פגיעה בזכות להליך הוגן אלא הוא חלק בלתי נפרד מכל הליך הסגרה (ע"פ 740/09 שובייב נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 14.4.2010, בפסקה 8); פרשת רוזנשטיין,

בפסקאות 55-56). ...אף אם ייתכנו שינויים מסוימים בהיקף הזכויות הניתנות לנאשם בהליך הפלילי, בסדרי הדין או במדיניות הענישה, אין בכך על מנת להוות שוני כה מהותי אשר ניתן לראות בו כפגיעה בזכויות המערערים".

גם לפי שיטת המשפט הישראלית, ניתן במקרים מסוימים לקבל כראיה הודעה שמסר עד מחוץ לבית המשפט כאשר העד עצמו אינו מגיע למסור עדות (ראו סעיף 10א(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971; יעקב קדמי על הראיות 383 (2009)). אכן, ייתכן שוני בין הנסיבות שבהן ניתן לקבל אמרה כזו בישראל לבין אלו המאפשרות לעשות זאת בבוסניה והרצגובינה, אך לא מדובר בשוני מהותי אשר עולה עד כדי פגיעה בזכות להליך הוגן. בנוסף, כפי שעולה מהחלטת בית המשפט בבוסניה והרצגובינה בתיק אחר, המצורפת לעיקרי הטיועון מטעם המערער, בית המשפט אפשר לבאי כוחם של הנאשמים להעביר לעד שאלות בכתב באמצעותו. בכך, איזון בית המשפט בין הצורך להגן על מיקומו של ארדמוביץ', אשר מפאת דאגה לביטחונו האישי הועבר למדינה אחרת במסגרת הסכם עם ה-ICTY, לבין הזכות להליך הוגן של הנאשמים בהליך המתנהל בפניו. ייתכן, שבית המשפט בישראל היה מגיע למסקנה אחרת בהינתן אותם נתונים, אך אין בכך כדי להצביע על פגיעה בתקנת הציבור, אשר כאמור, שמורה למקרים חריגים שבהם הפגיעה בנאשם היא פגיעה חמורה במיוחד. אוסיף, כי בהקשר אחר קבעתי כי לא ניתן לקיים בחינה דווקנית באשר להליך גביית הראיות במדינה המבקשת, והאם הוא תואם התאמה מלאה לדין הישראלי. שכן, קבלת טענה מסוג זה "עלולה לרוקן מתוכן את חוק ההסגרה ולפגוע בתכליות לשמן התקשרה ישראל עם מדינות בהסכמי הסגרה, ובראשן המטרה של שיתוף פעולה בינלאומי במיגור הפשיעה והעמדתם של פושעים לדין בפורום הראוי לשפיטתם (ע"פ 3234/10 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, בפסקאות 13-14 (טרם פורסם, 16.1.2011)). כך גם בענייננו.

34. המערער מעלה טענות נוספות בכל הנוגע להליך הוגן, ובהן טענה לגבי היעדר עצמאות של הרשות השופטת בבוסניה והרצגובינה, וכן טענה לגבי היקף חומר החקירה המועבר לעיון הנאשמים. גם בטענות אלה לא מצאתי ממש, ואין בהן כדי להרים את הנטל המוטל על הטוען טענה של פגיעה בתקנת הציבור. אף אם יש שוני בהיקף החומר המועבר לעיון הנאשמים, ואף אם לא מדובר בחומר חקירה בהיקף הזהה לזה שמועבר בישראל, אין בכך כדי להצביע על פגיעה בתקנת הציבור. בית המשפט המחוזי קבע כי שוכנע, על בסיס המסמכים שהוצגו בפניו, שבית המשפט לפשעי מלחמה בבוסניה והרצגובינה מקיים הליך משפטי ראוי. זאת, בין היתר, על סמך

העובדה כי מכהנים בו שופטים ממדינות אחרות. מסקנה זו אליה הגיע בית המשפט המחוזי מקובלת עלי ולא מצאתי מקום להתערב בה. אוסיף, שכפי שציין בית המשפט המחוזי, מדינות אחרות כדוגמת ארה"ב, הסגירו מבוקשים בגין עבירות דומות לבוסניה והרצגובינה.

35. טענה נוספת שמעלה המערער במסגרת הפרק של תקנת הציבור, עניינה במצבם של בתי הכלא בבוסניה והרצגובינה. בהקשר זה חוזר וטוען המערער כי מדובר במצב מחפיר וכי קיימת סכנה לחייו. עוד טוען המערער כי בוסניה והרצגובינה אינה מתכוונת להחזיקו באגף נפרד ומאובטח, בהתאם לאמור בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. בית המשפט המחוזי, לאחר שבחן את שלל הראיות שהוצגו בהקשר זה קבע כך:

"לאחר שעיינתי בקפידה במסמכים הללו, אומר, כי התמונה המצטיירת מהם, הינה מטרידה למדי. הנתונים המופיעים בדוחות השונים, מלמדים, כי אין לרשויות הבוסניות שליטה על המתרחש בבית הכלא בו צפוי המשיב להיכלא וכי הסוהרים שם מתקשים לסכל מעשי אלימות בין קבוצות האסירים. בנוסף, עולה, כי התופעה של התנכלויות לאסירים על רקע אתני, הינה שכיחה באותו בית כלא, שמרבית האסירים בו הינם מוסלמים... לנוכח כל אלה, ובשים לב למוצאו הסרבי של המשיב והעובדה שהסגרתו מתבקשת בגין עבירה של רצח עם של גברים בוסנים מוסלמים, אני מוצא, כי החשש שהביע ב"כ המשיב לשלומו של המשיב, אינו בגדר חשש תיאורטי בלבד. ...לכך מצטרפת העובדה, שזהו מקרה הסגרה ראשון לבוסניה והרצגובינה..." (פסקה 22 לפסק דינו).

על אף קביעתו זו, החליט בית המשפט כי אין בחשש זה לשלומו של המערער כדי להימנע מהסגרתו. זאת, לנוכח השיקולים כבדי המשקל שעומדים מנגד וביניהם יחסיה של מדינת ישראל עם בוסניה והרצגובינה. בית המשפט הגיע לאיזון בין השיקולים הסותרים לפיו בוסניה והרצגובינה תתחייב להחזיק את המערער באגף נפרד ולספק לו פיקוח הולם ושמירה צמודה. המשיב צירף לעיקרי הטענות שלו מסמך ממשרד המשפטים בבוסניה והרצגובינה שבו יש התחייבות לוודא כי המוסד שבו ישהה המערער, בין במעצר ובין במאסר, ימלא אחר כל ההוראות הנוגעות לזכותו של המערער ולביטחונו. לטעמי, איזון זה אליו הגיע בית המשפט המחוזי הוא ראוי. זאת ביחוד נוכח החשיבות במוסד ההסגרה והבעייתיות שבהוספת תניות נוספות, כפי שמבקש המערער, מבלי להתערב באופן שבו המדינה המבקשת מנהלת את ההליכים המשפטיים שלה. עם זאת, יש לוודא כי הערבויות שנקבעו בפסק דינו של בית המשפט

המחוזי, ובכללן הדרישה כי המערער ישהה באגף נפרד ומאובטח, תתקיימנה. זאת, בין היתר, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, באמצעות ביקורים קונסולריים תכופים.

36. אשר על כן, לטעמי אין בהסגרתו של המערער כדי לפגוע פגיעה קשה בעקרונות יסוד של החברה הישראלית ואין היא בגדר מעשה בלתי צודק ובלתי ראוי בעליל. לכן אין כל הצדקה שלא להסגירו לבוסניה והרצגובינה מהטעם של פגיעה בתקנת הציבור.

מספר הערות בטרם סיום

37. המשיב טוען כי המערער צירף לעיקרי הטיעון שהגיש מסמכים חדשים, שלא הוצגו בפני בית המשפט המחוזי, וזאת בניגוד לדין וללא אישור. אכן, טוב היה עושה המערער לו היה מגיש בקשה מסודרת להוספת מסמכים אלה בטרם צירפם לעיקרי הטיעון שהגיש. זאת, בהליך ערעורי בכלל, ובהליך הסגרה בפרט. שכן בהליך הסגרה, "ככלל אין להתיר למבוקש להביא ראיות לסתור את ראיות התביעה – בערכאה הראשונה וממילא גם בערעור..." (ע"פ 2998/92 מנינג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(1) 573, 591 (1993)). אמנם, באותו עניין הובעה עמדה, מפי השופט (כתוארו אז) א' ברק, שלפיה במקרים מסוימים, שבהם יש בראיות המבוקש כדי "להוות תשובה ניצחת וחד-משמעית" לראיות שהוצגו נגדו, ניתן יהיה להתיר את הבאתן. לא זה המקרה שלפנינו. אוסיף, כי עיינתי בעיקרי הטיעון על נספחיהם ולא מצאתי באותן ראיות ומסמכים דבר שיש בו כדי לסייע למערער.

38. כאמור, אחת מהערבויות שנקבעו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי היא כי בית המשפט בבוסניה והרצגובינה יתחייב לפעול לפי האמור בפסק דינו של בית הדין האירופי לזכויות אדם. בעקבות זאת, במסגרת מסמך מיום 12.9.2011 שהועבר ממשרד המשפטים בבוסניה והרצגובינה, ניתנה התחייבות כאמור. עם זאת, מקובלת עלי עמדת המשיב לפי "חזקה על בית המשפט הבוסני שיפעל כמתחייב מהצהרת הרשויות בבוסניה והרצגובינה ומחוקתו, אף מבלי שבית משפט ישראלי יורה לו לעשות כן" (סעיף 207 לעיקרי הטיעון מטעם המשיב). לפיכך, נדמה כי אין צורך בהתחייבות זו ותנאי זה יוסר כתנאי להסגרתו של המערער.

38. לאחר כתיבת שורות אלה, הגיעה לידי הודעת עדכון מטעם המערער מיום 21.11.2012. במסגרת אותה הודעה הגיש המערער הכרעת דין של בית המשפט

בבוסניה והרצגובינה שבמסגרתה זוכו מעבירה של השמדת עם חיילים שלקחו חלק באירוע בחוות ברניבו. עיינתי באותה הכרעת הדין אך לא מצאתי כי יש בה כדי לשנות ממסקנתי. אכן, כאמור, ייתכן שבית המשפט בבוסניה והרצגובינה יגיע למסקנה שיש לזכות את המערער מהעבירה המיוחסת לו, מסיבות אלו ואחרות, אך אין זה רלבנטי כלל להכרעתנו במסגרת בקשת ההסגרה. זאת, שכן הסף הראייתי הנדרש בענייננו הוא שונה בתכלית מזה הנדרש לצורך הרשעה במסגרת ההליך העיקרי. אוסיף, כי החלקים מהכרעת הדין שצורפו מלמדים על כך שבית המשפט בבוסניה והרצגובינה בחן בקפידה את הראיות שהוצגו בפניו ולא התרשמתי כי מדובר בהליך שאינו הוגן, כפי שביקש המערער שנקבע.

סוף דבר

39. מסקנתי היא כי אין מקום להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי להכריז על המערער כבר הסגרה לבוסניה והרצגובינה בגין המעשים המתוארים בבקשת ההסגרה. לא שוכנעתי כי קיים טעם אשר יש בו בכדי להצדיק סירוב לבקשת ההסגרה, וכל טענותיו של המערער שהושמעו לפנינו תתבררנה בבית המשפט המוסמך. נדמה כי אין חולק על כך שהמעשים המיוחסים למערער הם מעשים נפשעים. אך, כאמור, אין זה מתפקידנו לשפוט האם הוא ביצע אותם, ואם כן, מהן המשמעויות המשפטיות העולות מכך. תפקידנו היחידי, הנובע ממטרתם של דיני ההסגרה, הוא לבחון האם ראוי להסגיר את המערער לצורך שפיטתו בפורום המתאים והראוי לכך, הוא בית המשפט לפשעי מלחמה בבוסניה והרצגובינה.

40. אשר על כן, לו תשמע דעתי דין הערער להדחות.

שׁוֹפֵט

השופט י' דנציגר:

אני מצטרף לפסק דינו של חברי השופט ס' ג'ובראן ולכל טעמיו המובילים למסקנה המתבקשת כי אין מקום להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי (כבוד השופט אמנון כהן) להכריז על המערער כבר-הסגרה לבוסניה והרצגובינה.

ברצוני להתייחס לבקשת המערער כי נוסף על הערבויות שקבע בית המשפט המחוזי, שכן לטענתו אין בהן כדי להבטיח את זכויותיו במידה ויוסגר, וכן לבקשת המשיב כי נסיר את ההתניה לפיה יפעל בית המשפט בבוסניה והרצגובינה בהתאם להנחיות בית הדין האירופי לזכויות האדם.

כזכור התנה בית המשפט המחוזי את ההסגרה בשלושה תנאים. תחילה פסק בית המשפט המחוזי כי "ניתן להפיג את החשש לבטחוננו של המשיב (המערער – י.ד.) באמצעות החזקתו באגף נפרד מכלל האסירים, שם יזכה לפיקוח הולם ולשמירה צמודה של הסוהרים" וכי תנאי זה יחול בכל מתקן בו יוחזק המערער לרבות בית המעצר (סעיף 25 לפסק הדין). עוד פסק בית המשפט המחוזי כי המערער יזכה ל"ביקורים קונסולריים תכופים של נציגי השגרירות הישראלית בבוסניה והרצגובינה" שיאפשרו לברר אם מתנכלים למערער והאם תנאי כליאתו הולמים (סעיפים 25, 26 ו-91א לפסק הדין). כן היתנה בית המשפט המחוזי את ההסגרה בכך שפסק הדין הבינלאומי בבית הדין האירופי לזכויות אדם, יחייב את בית המשפט הבוסני בגזירת דינו של המשיב, אם יורשע (סעיפים 30 ו-91ב לפסק הדין).

המערער טוען כי מאחר ולמדינת ישראל אין נציגות קבועה בבוסניה והרצגובינה בדמות שגרירות, לא ניתן יהיה להבטיח בפועל קיומן של פגישות קונסולריות תכופות. כן טוען המערער כי כדי להבטיח את קיום זכויותיו המשפטיות ואת עמידת המדינה המבקשת בהתחייבויותיה במישור זה, יש צורך בנוכחות של נציג מטעם מדינת ישראל במשפט עצמו.

המשיב אינו מתנגד לשני התנאים הראשונים אותם הציב בית המשפט המחוזי – הראשון, החזקת המערער באגף נפרד מכלל העצורים או האסירים, בכל מתקן בו יוחזק, שם יזכה לפיקוח הולם ולשמירה צמודה של הסוהרים; והשני, ביקורים קונסולריים תכופים אצל המערער – אך עותר לכך שנסיר את התנאי השלישי לפיו על בית המשפט בבוסניה והרצגובינה לפעול בהתאם להנחיות בית הדין האירופי לזכויות האדם.

נוכח העובדה שהמשיב אינו מתנגד לשני התנאים הראשונים אותם הציב בית המשפט המחוזי ניתן להותירם על כנם. סבור אני כי בהצבת שני תנאים אלו להסגרה הושג איזון ראוי בין הדאגה לשלומו של המערער לבין המטרות החיוניות הגלומות במוסד ההסגרה [השוו: ע"פ 250/08 פלוני נ' היועץ המשפט לממשלה (לא פורסם), (12.3.2009)].

באשר לבקשת המערער כי נורה על נוכחות נציג מטעם מדינת ישראל במשפט עצמו; לטעמי יש לדחות בקשה זו. איני רואה הצדקה לכך שמדינת ישראל תשקיע את כוח האדם והמשאבים היקרים הנדרשים לשם הצבת נציג מטעמה בדיונים שיתנהלו במשפטו של המערער. יש להניח שהמערער ייעזר בסנגור במהלך משפטו בבוסניה והרצגובינה, ושזה יידע להגן על זכויותיו של מרשו בצורה מסורה ומקצועית כפי שעשו באי כוחו בהליך שלפנינו.

באשר לתנאי השלישי, במסגרתו הורה בית המשפט המחוזי הנכבד כי תנאי להסגרה הוא כי ככל שיורשע המערער יחוייב בית המשפט בבוסניה והרצגובינה, בעת גזירת דינו של המערער, באמור בפסק דינו של בית הדין האירופי לזכויות האדם, סבור אני כי יש טעם רב בעמדת המשיב לפיה "חזקה על בית המשפט הבוסני שיפעל כמתחייב מהצהרת הרשויות בבוסניה והרצגובינה ומחוקתו, אף מבלי שבית משפט ישראלי יורה לו לעשות כן" (סעיף 207 לעיקרי הטיעון מטעם המשיב), ואם תשמע דעתי נורה להסיר תנאי זה.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן.

ניתן היום, ט"ו בכסלו התשע"ג (29.11.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט