



## **בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים**

**ע"פ 1548/13**

לפני: כבוד השופט ח' מלצר  
כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט צ' זילברטל

המערער: יניב מלכה

נגד

המשיב: היועץ המשפטי לממשלה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ירושלים (כב' השופט כ' מוסק) מיום 29.01.2013 בתיק נמ"ב-1103/02

תאריך הישיבה: כ"ב באייר התשע"ג (02.05.2013)

בשם המערער: עו"ד יחיאל גוטמן; עו"ד ראפת אבו-זלאם

בשם המשיב: עו"ד אביעד אליה

### **פסק-דין**

השופט ח' מלצר:

1. לפנינו ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט כ' מוסק) ב-נמ"ב 1103-02. הערעור הוגש מכח הוראות סעיף 10(ד) לחוק לנשיאת עונש מאסר במדינת אזרחותו של האסיר, התשנ"ז-1996 (להלן: חוק נמ"ב, או החוק), המקנה זכות ערעור על החלטות בדבר צווים שהוצאו לפי סעיף 10(א) לחוק והורו על נשיאת מאסר בישראל של אסיר שנידון לעונש מאסר במדינה אחרת (להלן: צו נשיאת מאסר זר בישראל).

2. לדיון שנערך בפני בית המשפט המחוזי הנכבד בתיק, מושא הערעור, ולהחלטה בו – קדמה שורה של הליכים קודמים, וביניהם: החלטה של בית המשפט המחוזי הנכבד בירושלים (כב' השופט מ' גל) מתאריך 01.02.2002 ב-ב"ש 1103/02, במסגרתה ניתן, ביחס למערער, בפעם הראשונה, צו לנשיאת מאסר זר בישראל;

החלטות ופסקי דין בעתירות אסיר שונות, שהגיש המערער בנוגע להחלטות בעניין קציבת עונשו וכן פסק דין של בית משפט זה מתאריך 25.12.2012 ב-בג"ץ 6109/12, שבעקבותיו הוחזר הדיון לבית המשפט המחוזי הנכבד לדיון בצו נשיאת המאסר הזר של המערער – בישראל. בסופו של אותו הליך התקבלה ההחלטה, מושא הערעור שלפנינו.

נוכח מורכבות הדברים אפתח בתיאור רקעה של הפרשה ושל ההתפתחויות השונות שחלו בה.

השתלשלות העניינים

3. בתאריך 19.03.1999 הורשע המערער, שהוא אזרח ישראלי, בבית משפט פלילי בלונדון, בריטניה, על-ידי חבר-מושבעים, ברצח של מי שהיתה חברתו, גב' קדמבה סימונס ז"ל, בלונדון בשנת 1998. המערער נידון שם על-ידי בית המשפט הפלילי לעונש של מאסר עולם. ערעור שהגיש המערער לבית המשפט לערעורים בבריטניה – נדחה בשנת 2000.

4. בתאריך 02.03.2000 הודיע המערער (לאחר שחתם על הטפסים הנדרשים לצורך זה, בפני הקונסול הכללי של ישראל בבריטניה באותה תקופה) על רצונו לרצות את עונש המאסר שהושת עליו בבית המשפט האנגלי – בישראל. בתאריך 03.04.2000 הגיש המערער בקשה רשמית בנושא זה לרשויות הרלבנטיות בבריטניה. במהלך מספר חודשים, בשנים 2000-2001 התנהלה התכתבות בין הרשויות בבריטניה לבין הרשויות בישראל בנוגע לבקשתו האמורה של המערער – ובסופו של דבר, בסוף ינואר 2002, הועבר המערער לישראל מכח "צו להעברת אסיר זר למדינת אזרחותו", שהוצא לפי סעיף 8 לחוק נמ"ב והיה חתום בידי שר המשפטים הישראלי.

5. ביני לביני, בתקופה שלאחר "התנעת" הליך המעבר לישראל על-ידי המערער, אך טרם העברתו של המערער לארץ – הגיש המערער (בתאריך 18.08.2000) לרשויות המתאימות בבריטניה מסמך שבמסגרתו העלה טיעונים שונים, על מנת שיונחו בפני "מזכיר המדינה" בבריטניה, ויילקחו בחשבון במסגרת הקביעה של המרכיב המשפיע על משך ריצויו של מאסר עולם בבריטניה, מרכיב המכונה שם: "Tariff" (הסוגיות בדבר מהותו, משמעותו ומעמדו הנורמטיבי של ה-Tariff – מצויות בליבת הערעור שלפנינו ואלבן אותן בהרחבה בהמשך). מכל מקום, עוד טרם שאושרה העברתו של המערער לישראל – נקבעה לו תקופת Tariff של 13 שנים.

6. בתאריך 01.02.2002 אישר כאמור בית המשפט המחוזי בירושלים את בקשת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה לו בעקבות העברתו של המערער ארצה בהתאם לסעיף 10(א) לחוק נמ"ב, והוציא ביחס למערער "צו לנשיאת עונש מאסר במדינת אזרחותו של האסיר". בגדר הצו נקבע כי המערער ירצה בישראל עונש מאסר עולם, שתקופת מניינו מיום מעצרו של המערער בבריטניה (בחודש יוני 1998). יצוין כי בהליך זה, שהתקיים בפני בית המשפט המחוזי הנכבד – המערער לא היה מיוצג על-ידי עורך-דין והוא הצהיר באותו דיון כי הוא מסכים לרצות את עונש המאסר במדינת ישראל. המערער הוסיף ואמר: "הבטיחו לי כי העונש כאן ייקצב כפי שנקצב באנגליה. אם יהיה צורך אעורר נושא זה בהמשך". בא כוח המדינה הגיב לכך ואמר בדיון, כי לא הובטח למערער דבר לעניין קציבת העונש, זולת התחייבות המדינה לרשויות בבריטניה שאם ייקצב עונש למערער, הוא לא יפחת מ-13 שנה. עוד הוסיף בא כוח המדינה וטען באותו דיון כי שאלת קציבת העונש אינה חלק מהשלב הנוכחי של ההליך.

7. בתאריך 21.12.2005 דנה ועדת שחרורים מיוחדת בישראל בעניינו של המערער (על פי הוראת סעיף 29(א) לחוק שחרור על תנאי ממאסר, התשס"א-2001 (להלן: חוק שחרור על תנאי)) – והמליצה לנשיא המדינה, על קציבת עונשו של המערער ל-30 שנות מאסר. בעקבות המלצה זו הגיש המערער עתירת אסיר לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, בטענה שעונשו כבר נקצב בבריטניה ל-13 שנים (במסגרת קביעת ה-"Tariff"). עתירה זו נדחתה.

במסגרת בקשת רשות ערעור שהגיש המערער לבית משפט זה על ההחלטה בעתירת האסיר הנ"ל (ב-רע"ב 7985/06) – המותב שדן בבקשה ראה לדחות את הדיון, עד שכב' נשיא המדינה יקבל החלטה בנושא. כב' הנשיא קיבל את המלצת ועדת השחרורים המיוחדת וקצב את עונשו של המערער ל-30 שנות מאסר. מסיבה שאיננה ברורה – הסוגיה המשפטית העקרונית שהועלתה על-ידי המערער במסגרת ה-רע"ב הנ"ל – לא חזרה לפתחו של בית משפט זה, על מנת שימשיך וידון בבקשת רשות הערעור שתוארה בפסקה זו, והמערער לא עמד על כך.

8. לאחר שהמערער סיים לרצות תקופה של 13 שנים במאסר, יצרו באי-כוחו הנוכחיים של המערער קשר עם רשויות הכליאה הרלבנטיות וטענו ששלילת חירותו של המערער – איננה חוקית עוד, לשיטתם. בחודש אוגוסט 2012 הגישו באי-כח המערער עתירה לבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (בג"ץ 6109/12 הנ"ל) – בעילה של "הביאס קורפוס". במסגרת זו המערער עתר לשחרורו המידי בטענה שיש לקבוע שהעונש שהושט עליו בבריטניה עמד על 13 שנות מאסר בלבד (בהתאם ל-

(Tariff). בעת הדיון בעתירה הוצע לצדדים מתווה מסוים, בגדרו יגיש המערער בקשה נוספת לכב' נשיא המדינה לקציבת עונשו ואכן כך נעשה ובתאריך 06.12.2012 נקצב עונשו של המערער ל-28 שנות מאסר, חלף 30 שנות המאסר שהיו קצובות לו לפני כן.

9. ההחלטה הנ"ל של כב' נשיא המדינה לא הניחה את דעתו של המערער – והוא שב וביקש הכרעה מבית המשפט (במסגרת בג"ץ 6109/12). בפסק-דינו מתאריך 25.12.2012 האריך בית משפט זה את המועד לערעור על ההחלטה הראשונה שהוצאה בעניינו של המערער בגדרו של ב"ש 1103/02 (זו ניתנה כאמור ב-01.02.2002, ובמסגרתה ניתן כאמור הצו מכוחו מוחזק המערער במאסר מאז ועד היום), דן בעתירה שהיתה לפניו כבערעור על אותה החלטה, והחליט להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי הנכבד – לצורך בירור, לגוף העניין, של טענות המערער בדבר אופן היישום הנכון של הוראות חוק נמ"ב בעניינו.

10. לאחר שהדיון הוחזר לבית המשפט המחוזי הנכבד, הוא בחן את הסוגיה העקרונית שהועלתה וקבע, בהחלטתו מתאריך 29.01.2013, מושא הערעור שלפנינו, כי המערער ימשיך לרצות את עונש מאסר העולם המלא (שהוטל עליו בבריטניה) – בישראל, כשתחילת המאסר תמנה החל מיום 12.06.1998. עוד קבע בית המשפט המחוזי הנכבד כי בהתאם לסעיף 11 לחוק נמ"ב, יחולו על עונש מאסר העולם שהושת כאמור על המערער – הוראות הדינים של מדינת ישראל לעניין שחרור ממאסר, כלומר הוא יוכל לפנות כאן לוועדת שחרורים מיוחדת בבקשה לשחרור מוקדם – רק במועדים ובאופן שלפיהם רשאי לעשות כן כל אסיר עולם אחר המרצה עונש זה בישראל, שעונשו נקצב (דהיינו בעקרון רק לקראת תום שני שלישים מהתקופה שנקצבה לו).

נימוקיו של בית המשפט המחוזי הנכבד

11. בית המשפט המחוזי הנכבד ביסס את החלטתו על שני אדנים:

ראשית בית המשפט המחוזי הנכבד סבר כי התוצאה שתוארה לעיל מתחייבת משילוב של הוראות חוק נמ"ב, יחד עם הוראות האמנה הבינלאומית בדבר העברת נידונים (Convention On the Transfer of Sentenced Persons) (שתקרא להלן: האמנה בדבר העברת נידונים, או: האמנה, ותתואר בהרחבה בהמשך). בית המשפט המחוזי הנכבד סבר כי על מנת ליישם גזר דין של מאסר עולם, שנקבע בצדו Tariff בבריטניה – יש אמנם לבצע "התאמה" מסוימת, כפי שמתירה האמנה, ואולם "התאמה" זו צריכה לבוא לידי ביטוי במסגרת מנגנון קציבת העונש בישראל, המוסדר בישראל על פי חוק

שחרור על תנאי. עמדה זו באה לידי ביטוי בדברי בית המשפט המחוזי הנכבד, שהתנסח כדלקמן:

"מדובר אפוא בהתאמה הנדרשת, שהרי גם על פי המצב באנגליה לא הובטח כלל כי המשיב ירצה 13 שנות מאסר בלבד, או מספר אחר כלשהו של שנות מאסר. גם באנגליה הדבר היה נתון להחלטת הגופים המינהליים, או המשפטיים שהיו אמורים לדון בקציבת עונשו של המשיב בבוא העת ולא לפני חלוף 13 שנות מאסר" (פיסקה 15 להחלטה).

זאת ועוד – אחרת. בית המשפט המחוזי הנכבד ציין כי גם אם הוא היה קובע שה-Tariff מהווה חלק מעונש המאסר – היה בכך רק כדי להשפיע על "מהות שיקול הדעת שיש להפעיל בעת בחינת המשך ריצוי עונש המאסר בחלוף 13 שנים", ולא על "אופי ההליך עצמו". מכאן עולה כי בהתלבטות אם ה-Tariff מהווה חלק מעונש המאסר, או שמא "מדובר בנושא הקשור לאופן ריצוי המאסר וקציבת המאסר, שעל כך חלות הוראות סעיף 11 לחוק [חוק הנמ"ב – ח"מ] – דומה שבית המשפט המחוזי הנכבד אימץ את האפשרות השניה, כפי שניתן ללמוד מקביעתו, שלפיה: "בשלב זה של בחינת הדברים, סבורני כי יש לאמץ את הוראות סעיף 11 לחוק".

שנית בית המשפט המחוזי הנכבד הגיע למסקנה כי התוצאה הראויה נשענת על המשקל הרב שיש לייחס, לתפיסתו, למודעות של המערער לכך שעונש מאסר העולם שנגזר עליו בבריטניה – ירוצה בישראל על-פי הדינים החלים בארץ, לרבות אלו הדנים בשחרור מוקדם (כאשר במועד שבו המערער הגיש את בקשתו לעבור ולרצות את מאסרו בישראל – ניתן היה לקצר את עונשם של נידונים למאסר עולם בישראל, אך ורק באמצעות מנגנון של חנינה), ולהסכמה שלו לקבל עליו מצב משפטי זה. בית המשפט המחוזי הנכבד ציין בהקשר זה, את הדברים הבאים:

"המצב המשפטי אז היה, שמי שנדון למאסר עולם יוכל לזכות לקיצור עונשו אך ורק על ידי מנגנון של חנינה. מכאן עולה, כי בעת שהמשיב [המערער כאן – ח"מ] חתם על המסמכים, ולאור תוכנם, הוא היה מודע כי מנגנון זה יחול עליו. לכן, הסכמה זו של המשיב אולי מעלה תמיהה, אולם אינני סבור כי היא חסרת היגיון, שכן יתכן שהמשיב העדיף ריצוי מאסר בישראל על פני ריצוי באנגליה, תוך תקווה כי הרשויות בישראל יביאו בחשבון את עונש המינימום שנקבע לו באנגליה..." (פיסקה 40 להחלטה).

לצד אמירה זו הדגיש בית המשפט הנכבד קמא עוד כדלקמן:

"לדברים אלה [העוסקים באדן הראשון לביסוס התוצאה – ח"מ] יש להוסיף את ידיעת המשיב [המערער כאן – ח"מ], כפי שקבעתי לעיל, באשר לדין בישראל ורצונו לרצות את המאסר בישראל כאשר אופן ומשך ריצוי המאסר כפופים לדין בישראל"

על התוצאה ועל הקביעות הנ"ל שבפסק-דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד בירושלים הוגש כאמור הערעור שלפנינו.

טענות המערער בערעור

12. בהודעת הערעור שהגישו באי-כח המערער, הם פרסו משנה סדורה בדבר אופיו של ה-Tariff והדרך שבה יש, לשיטתם, להתייחס בישראל לגזר דין של מאסר עולם שהושת בבריטניה, המלווה בקביעה של Tariff.

אתאר להלן את טענותיהם המרכזיות של באי-כח המערער, כפי שבאו לידי ביטוי בהודעת הערעור ובעיקרי הטיעון שהוגשו מטעמם. זה המקום לציין כי בין שלל השגותיהם הועלו גם טיעונים המכוונים כנגד נימוקי בית המשפט המחוזי הנכבד, ביחס להסכמתו של המערער לריצוי עונש מאסר עולם בישראל על-פי הדינים החלים כאן (ראו פסקה 17 שלהלן). כפי שאראה בהמשך – כל ההנמקה המתבססת על "הסכמתו" של המערער איננה רלבנטית לעיקר המחלוקת שבפנינו (המערורות סוגיות בתחום החירות, המאסר ומתקלי הדינים), מה גם שהיא הועלתה בשלב שבו לא ניתן היה כבר "להחזיר את הגלגל לאחור" ולפיכך לא אדרש להשגות אלו בפירוט בהמשך.

13. באי-כח המערער מתארים בהודעת הערעור את האופן שבו הם מבינים את פסק-דינו של בית המשפט קמא הנכבד. לשיטתם, בית המשפט הנכבד קמא קיבל את הטענה שה-Tariff הוא חלק בלתי-נפרד מגזר הדין שנפסק בבריטניה, כפי שעולה, לגישתם, מדבריו של בית המשפט המחוזי הנכבד עצמו לעניין הצורך לבצע "התאמה", אשר לוקחת בחשבון את ה-Tariff. על אף שהם הבינו את פסק-הדין של בית המשפט המחוזי הנכבד באופן הנ"ל, בכל זאת פירטו באי-כח המערער, לשם הסרת ספקות, את הוראות החוק ופסקי הדין הרלבנטיים בסוגיה, שראו אור בבריטניה ובבית הדין האירופי לזכויות אדם (European Court of Human Rights). כל אלה מביאים, לשיטתם, למסקנה כי:

"ה-Tariff הוא העונש עצמו ואין בלתו, ורק סכנה עתידית שנשקפת מהמערער לשלום הציבור יכולה למנוע את שחרורו לאחר סיום ריצוי 13 שנות מאסר".

נוכח העובדה שאדון מאוחר יותר בהרחבה בהוראות החוק ובפסיקה הרלבנטית לשאלה זו, אינני רואה צורך להביא פה את מלוא דברי באי-כח המערער בעניין זה. אסתפק בכך שאציין כי טענת באי-כח המערער בהקשר האמור היא שעל אף הקביעה הראשונית הנ"ל (המתחייבות לגישתם גם מהמשפט המשווה הרלבנטי) – בית המשפט המחוזי הנכבד טעה בהבנת מלוא הנפקות המשפטית של הקביעה כי יש לכבד את ה-Tariff, וביישום של קביעה זאת לענייננו. לתפיסתם, בית המשפט המחוזי הנכבד שגה בקביעת המנגנונים שיכולים לשמש כ"התאמה" של שיטת ה-Tariff – לדין הישראלי. לגישתם, הקביעה כי המנגנונים המוסדרים בדין הישראלי של "קציבת עונש" ו-"דיני השחרור המוקדם" (ובמצב הנורמטיבי הקודם – גם "דיני החנינה" לבדם) – יכולים לשמש תחליף ראוי להסדר הבא לידי ביטוי ב-Tariff – איננה עומדת במבחן הביקורת. באי-כח המערער אף משיגים על הקביעות כי סעיף 11 לחוק נמ"ב רלבנטי פה וכי הוא חלק מהליך ה"התאמה" של העונש הזר – לדין הישראלי, וטוענים כי סעיף זה נועד להסדיר את השלב שלאחר ביצוע ההתאמה, דהיינו כי הוא עוסק באופן היישום של הסנקציה שנקבעה בלבד. באי-כח המערער סבורים איפוא כי בית המשפט המחוזי הנכבד ניסה ללכת בדרך ביניים, שהתייחסה אמנם בצורה כלשהי ל-Tariff, אך לא כיבדה את המשמעות האמיתית שלו. גישה זו, לשיטת באי-כח המערער – איננה מתיישבת עם החוק, האמנה, הפסיקה וההגיון.

14. בכל הנוגע לקביעת מהותו של מוסד ה-Tariff, באי-כח המערער טוענים כי בית המשפט המחוזי הנכבד שגה כשלא דן בהחלטתו בפירוט בחוות-דעתו של המשפטן המומחה, Edward Fitzgerald QC, שאותה הציגו באי-כח המשיב, ואשר לפיה: מדינת ישראל מחמירה שלא כדין את גזר הדין האנגלי. באי-כח המערער סבורים כי משפטן זה הינו מהאנשים הבקיאיים ביותר בבריטניה, ואף בעולם, בכל הנוגע להעברת אסירים בין מדינות ולמעמד הנורמטיבי של מאסר עולם, הכולל Tariff, בבריטניה.

באי-כח המערער מציינים כי מחוות הדעת הנ"ל עולה, במקטע הראשון שלה, כי גזר דין של מאסר עולם בבריטניה מתחלק ל-2 תקופות:

(א) התקופה העונשית, שהיא למעשה ה-Tariff.

(ב) התקופה המניעתית, החלה לאחר סיום ריצוי תקופת ה-Tariff, שבה האסיר ממשיך לרצות את עונשו בכלא רק ככל שהוא מסוכן לשלום הציבור.

נוכח אבחנה זו נאמר בחלקה השני של חוות דעתו של Fitzgerald QC כי המרת עונש מאסר עולם, עם Tariff בצדו, שנגזר בבריטניה – בעונש מאסר עולם, שיש לגביו רק אפשרות לקציבת העונש (כפי שהוחלט, לגישתם, בהחלטה, מושא הערעור) – מהווה החמרה של הסנקציה המקורית שהושתה. פעולה זו אסורה, לתפיסתם, על-פי סעיף 10 לאמנה בדבר העברת נידונים.

באי-כח המערער מפנים בהקשר זה גם לפסקי-דין של בתי המשפט בבריטניה ולכאלה שניתנו בבית הדין האירופי לזכויות אדם, המלמדים, להבנתם, על המהות של מוסד ה-Tariff בבריטניה (ראו פסקי-הדין ב: *Stafford v. United Kingdom* [2002] ECHR 46295/99 (להלן: עניין סטפורד); *Regina (Anderson) v. Secretary of State for the Home Department* [2002] UKHL 46 (להלן: עניין אנדרסון). כן מפנים באי-כח המערער למשפט משווה, ובין היתר לפסקי-הדין שניתנו בבית המשפט לערעורים בצפון אירלנד ובבית הדין האירופי לזכויות אדם (ראו: *Re McCabe* [2007] NICA 35 ו-*McCabe v. UK* [2012] ECHR 17233/08 (להלן: עניין מק'קייב 1 ו-עניין מק'קייב 2, בהתאמה; וביחד: פרשת מק'קייב)). לשיטת באי-כח המערער, יש בפסקי-דין אלה כדי לשמש השראה לבית המשפט הישראלי בדבר הפתרון הנכון והראוי בסוגיה המיוחדת שלפנינו (גם לפסקי-דין אלה ולחומר משווה נוסף ואחר, שלא הוצג על ידי הצדדים, אתייחס בהרחבה בהמשך). באי-כח המערער סבורים כי יש להעניק מקום נכבד בהקשר זה לפסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם, כחלק מהמגמה של שיטת המשפט הישראלית לכבד סטנדרטים משפטיים בינלאומיים ואירופאים, וטוענים כי בית המשפט המחוזי הנכבד שגה בכך שלא העניק חשיבות מספקת להשפעה נדרשת זו.

15. טענה נוספת של באי-כח המערער היא כי בית המשפט המחוזי הנכבד שגה כאשר לא נקט בפרשנות המגשימה, לשיטתם, את תכלית חוק הנמ"ב והאמנה, שהיא: "מתן אפשרות לאסיר שנשפט במדינת חוץ לרצות את עונשו במדינת אזרחותו בסביבה מוכרת וקרוב לבני משפחתו" (באי-כח המערער הפנו בהקשר זה למאמרה של אביגיל ון-קרפלד "העברת אסירים זרים לריצוי עונשם במדינות אזרחותם" מגמות בקרימינולוגיה: תיאוריה, מדיניות ויישום (לכבוד ד"ר מנחם הורוויץ בהגיעו לגבורות) 381 (מ' חובב, ל' סבה ומ' אמיר עורכים, 2003) (להלן: ון-קרפלד, העברת אסירים זרים)). עוד סבורים באי-כח המערער כי נוכח האופי הפלילי של החוק והאמנה – הרי שיש להחיל כאן את הכלל בדבר העדפת הפרשנות המקלה עם הנאשם (הקבוע כיום בסעיף 34א לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין)).

16. באי-כח המערער טענו עוד כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שלא נתן משקל ראוי לשינוי חקיקה חדש שהונהג בבריטניה המביא לתוצאה שאסיר עולם זר, שתקופת ה-Tariff שלו פגה – מגורש מבריטניה באופן אוטומטי ומיידית. שינוי החקיקה הנ"ל בא-לידי ביטוי בשילוב של מספר חוקים: ה- Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012, שסעיף 119 לו מתקן את ה-Crime (Sentences) Act 1997 ומסמך את מזכיר המדינה בבריטניה לגרש אסיר בעל אזרחות זרה בסיום תקופת ה-Tariff (ששמה שונה עתה ל: "Minimum Term"), והנחיות מינהליות שהוציא משרד המשפטים הבריטי (ה-Tariff Expired Removal Scheme), לפיהן, בהיעדר תנאים מוציאים מסוימים (כגון: כשהאסיר חב בפיצוי כספי, או כשתלויים ועומדים נגד האסיר הליכים פליליים נוספים) – קיימת חובה לגרש את האסיר מבריטניה בתום תקופת ה-Tariff (עתה ה-Minimum Term כאמור).

17. טענות נוספות של באי-כח המערער כוונו כנגד הקביעות שהיו קשורות למודעותו ולהסכמתו של המערער לכך שעונש מאסר העולם שנגזר עליו בבריטניה, שבצדו נקבע Tariff – ירוצה בישראל כמאסר עולם עם אפשרות לשחרור מוקדם רק לפי דיני השחרור המוקדם בישראל. בתוך טענות אלו שזורות טענות משנה רבות, ועל פיהן גורסים באי-כח המערער כדלקמן: בית המשפט המחוזי הנכבד שגה בקביעתו העובדתית הנוגעת למודעתו של המערער ביחס לאופיו ולאורכו של עונש המאסר שירצה בישראל; בית המשפט המחוזי הנכבד טעה בהתעלמו מהטענה שהסכמת המערער, ככל שניתנה, או התקיימה, היתה מנוגדת לתנאים הקבועים בחוק ובאמנה ולפיכך היא בטלה.

כפי שאבהיר בהמשך ביתר פירוט – לגישתי, שאלת הסכמתו של המערער להעברתו לישראל איננה מעלה ואיננה מורידה עוד, בכל הנוגע להכרעה בסוגיה האמיתית שלפנינו. לפיכך, כפי שציינתי לעיל, אין צורך בשלב זה לפרט יותר את טענות באי-כח המערער בהקשר האמור.

18. באי-כח המערער העלו מספר טענות נוספות, אשר סבורני כי גם אותן אין צורך ללבן בהרחבה במסגרת הדיון בערעור – זאת מאחר שאין בכוחן של חלק מהן להשפיע על התוצאה בערעור, או שניתן לדחותן בקצרה. דין דחיה דומה חל גם על חלק מהטענות האחרות שהוצגו בשמו של המערער – מהטעם שמדובר בטענות עובדתיות, הדורשות בירור מורכב, אשר נוכח התוצאה המוצעת על-ידי בערעור – הן מתייתרות ממילא בשל שיקולי יעילות. אזכיר איפוא טענות אלה בקיצור נמרץ בלבד להלן – ואביא מיידית בצדן את הנימוקים לדחייתן:

(א) הטענה הראשונה בהקשר זה גורסת שבית המשפט המחוזי הנכבד שגה כאשר התעלם מכך שלמערער לא היה ייצוג משפטי בהליכי העברתו לישראל. האמת ניתנת להיאמר כי אכן נפל פגם בכך שהמערער לא היה מיוצג במסגרת ההליכים הללו, לרבות בהליך הראשון שהתקיים בבית המשפט המחוזי בירושלים (בשנת 2002) – ראו: סעיף 15(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 וכן סעיף 18(ב) לחוק הסנגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995. במספר מדינות בעולם קבוע בחוק כי במסגרת הליך של אישור העברה ויישום גזר-דין זר לאחר ההעברה – יש לאפשר לנידון המועבר להיות מיוצג על-ידי סניגור ואף למנות לו סניגור במידת הצורך. עיינו: MICHAL PLACHTA, TRANSFER OF PRISONERS UNDER INTERNATIONAL INSTRUMENTS AND DOMESTIC LEGISLATION: A COMPARATIVE STUDY, 401 (1993) (להלן: PLACHTA). בית משפט זה אף עמד על כך בפסק-דינו ב-בג"ץ 6109/12 הנ"ל, בקבעו כדלקמן:

"אנו תמימי דעים עם עמדת הסנגוריה הציבורית, שהצטרפה להליך כ"ידיד בית המשפט", שראוי היה שבהליך שהתקיים בפני בית המשפט המחוזי יהיה לעותר, הנאשם דאז, סנגור. העותר, שלא היה מיוצג, היה מודע לצורך ללבן את השאלה כיצד יש להמיר את העונש, אך החליט, מטעמיו שלו, לעורר את הנושא רק "בהמשך". התביעה מצידה ציינה כי השאלה איננה חלק מהשלב הנוכחי של ההליך בדבר נשיאת העונש בישראל. כך, התעוררה המחלוקת למעשה רק כעבור שנים רבות ולא לובנה במועד בו צריכה הייתה להתברר." (ההדגשה שלי – ח"מ)

יחד עם זאת סבורני כי העובדה שהמערער היה מיוצג במסגרת ההליך, מושא הערעור שלפנינו וכי המערער המתין לסיום תקופת ה-Tariff כדי להעלות את ההשגות לגבי אי-הסכמתו כביכול ונפקויותיה – יש בה כדי לרפא, בנסיבות, פגם זה, ולו במסגרת הדוקטרינה של בטלות יחסית (לתקפותה של דוקטרינת הבטלות היחסית בפלילים – עיינו: ע"פ 1523/05 פלוני נ' מדינת ישראל, בפיסקה 50 (02.03.2006); רע"פ 2413/99 גיטפון נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673, 685 (2001); ע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 793, 805-806, 817-816 (1996); ע"פ 6972/09 אבוטבול נ' מדינת ישראל (27.02.2012)).

(ב) הפגם הנ"ל – משליך במידת-מה גם על טענות באי-כח המערער לעניין מודעותו והסכמתו של המערער להשלכות של המעבר לישראל על ריצוי עונשו (בשל ההנחה שהיעדר הייצוג הפחית את הבנתו של המערער את המצב המשפטי לאשורו), ואולם מאחר, שכפי שציינתי לעיל – הנושא הועלה רק בתום 13 שנים למאסר, כאשר

לא ניתן היה כבר להחזיר את המערער לבריטניה, אין אני סבור כי לשאלת המודעות וההסכמה השלכה מיידית וישירה על הסוגיה האמיתית שלפנינו.

זה המקום להזכיר כי במסגרת העתירה ב-בג"ץ 6109/12 הנ"ל, הגישה הסניגוריה הציבורית בקשה להציג עמדה כ"ידיד בית המשפט" בנוגע לשתי סוגיות: סוגיית היעדר הייצוג בהליכים לפי חוק נמ"ב ו-שאלת התוקף של הסכמה של אדם לוותר על חירותו, לרבות לעניין הקשיים החוקתיים העולים מכך. כפי שהדגשתי לעיל, סוגיות אלה אינן מצריכות דיון מעמיק במסגרת פסק-דין זה נוכח התוצאה המוצעת, ולכן אמנע מפירוט נוסף כאן ואשאיר הדברים בצריך עיון, מה גם שיש לקוות שלהבא בהליכים לקראת הוצאת צו נשיאת מאסר בישראל – האסיר יהיה מיוצג.

(ג) טענות נוספות של באי-כח המערער עוסקות במסרים שהועברו, לכאורה, למערער על-ידי מי שהיה בתקופה הרלבנטית קונסול ישראל בבריטניה. מסרים אלו מקימים, לשיטת באי-כח המערער, הבטחה שלטונית המחייבת את המדינה (או לחילופין "השתק רשות"). סוגיה זו, אשר התעוררה כבר במסגרת ההליכים הקודמים שהתקיימו בפרשה, מושא הערעור שלפנינו, חופפת בחלקה לסוגיית ההסכמה של המערער (ככל שהטענות בדבר דברי הקונסול נועדו לסתור את הטענה בדבר המודעות של המערער לסיכונים הטמונים בהעברה), אך היא מעלה גם שאלות בנוגע למחויבות של המדינה לעמוד מאחורי הבטחות שניתנו (אם ניתנו) על-ידי גורם רשמי שלה, במסגרת הליכי ההעברה. מכל מקום, הסוגיה הנ"ל מעוררת גם היא מחלוקת עובדתית קשה. נוכח התוצאה שאותה אני מציע – הנני סבור כי אף פה אין צורך להיכנס לעובי הקורה, שכן מעיון בכל החומר שהוצג לנו דומה עלי שלכל היותר רשאי היה המערער להבין שההבטחה הנטענת תואמת את הסעד שאותו אני ממליץ להעניק לו ממילא במסגרת הערעור.

סיכום עמדת באי-כח המערער

19. ניתן איפוא לסכם את טיעוניהם הרלבנטיים של באי-כח המערער, הדורשים הכרעה בערעור, באופן הבא:

ה-Tariff מהווה חלק מהעונש שנגזר על המערער בבריטניה, ולפיכך לפי חוק נמ"ב והאמנה – יש ליישם בישראל את גזר-הדין באותו אופן שהוא היה מיושם בבריטניה (שכן פתרון אחר יביא, לגישתם, להחמרה של גזר-הדין שהושת במקור על המערער). לתפיסת באי-כח המערער, אם המערער היה ממשיך לרצות את עונשו

בבריטניה, לאחר תום תקופת ה-Tariff בת 13 השנים – הוא היה משוחרר בתום התקופה הנ"ל ומגורש לישראל. לפיכך, לשיטתם, התוצאה הראויה היא כי יש לשחרר את המערער גם מכלאו בישראל – לאלתר. באי-כח המערער טוענים לחילופין כי יש לבצע "התאמה" של גזר-הדין שנגזר בבריטניה – לחוק הישראלי. תוצאת ה"התאמה" הראויה, לגישתם, היא כי יש לאפשר למערער לבוא בפני וועדת שחרורים, שתבחן אך ורק את מסוכנותו לציבור, כך שכלל שייקבע שהמערער איננו מסוכן לציבור – הוא ישוחרר לאלתר.

תשובות המשיב

20. עמדת בא-כח המשיב, כפי שהובאה בעיקרי הטיעון מטעמו ובמסגרת הדיון שהתקיים בפנינו, מבקשת להשיב לטענות באי-כח המערער במספר מישורים, וביניהם: ניתוח מושג ה-Tariff (לרבות ניתוח הפסיקה הרלבנטית בבריטניה ובבית הדין האירופי לזכויות אדם ביחס למושג זה); ניתוח חוק נמ"ב והאמנה בדבר העברת נידונים, ויישום הוראות החוק והאמנה לגבי רכיב ה-Tariff (לרבות ניתוח של מושג ה"התאמה" של העונש שנגזר במדינה השופטת – לעונש שירוצה במדינה המבצעת; הערה: המונחים מדינה שופטת ומדינה מבצעת מוגדרים באמנה, כך שהם מייצגים, בהתאמה, את המדינה שבה נגזר דינו של האסיר המועבר ואת המדינה שבה עתיד האסיר לרצות את עונשו לאחר ההעברה); דיון ברכיב ההסכמה של המערער לתנאי ההעברה לישראל, ובירור נפקות היעדר הייצוג של המערער בעת הליכי העברתו לישראל.

אתאר עתה ביתר פירוט את טענות בא-כח המשיב, במישורים השונים הנ"ל.

ניתוח מושג ה-Tariff

21. בא-כח המשיב, בהסתמכו על עמדת הרשויות בבריטניה (כפי שהיא נלמדת, לשיטתו, מהתכתבויות שהמדינה ניהלה עם אותן רשויות בנושא זה), מציין כי ה-Tariff הינו למעשה: "חלק מגזר-הדין הקובע מהי התקופה המינימאלית שעל האסיר יהא לרצות לפני שתישקל שאלת שחרורו המוקדם". בא-כח המשיב מדגיש בהקשר זה גם כי: "שחרורו של אסיר בתום תקופת ה-Tariff אינו מובטח, ולמעשה יתכן שישאר אסיר עוד תקופה ממושכת, או אף עד לשארית ימי חייו, וזאת מכח אותו גזר דין עצמו".

בין יתר ההתכתבויות שניהלה המדינה עם הרשויות הרלבנטיות בבריטניה, מציין בא-כח המשיב את פנייתה של ישראל לבריטניה בנסיון לבחון את האפשרות

שישראל תראה ב-Tariff בן 13 השנים כאילו היה מדובר בעונש מאסר עולם שנקצב ל-13 שנים (תוך המלצה שלא לשחרר את המערער שחרור מוקדם לפני תום תקופה זו). פנייה זו נענתה, לגישת הפרקליטות, בסירוב מצד הרשויות בבריטניה. בא-כח המשיב מציין עוד כי בשאלת הניתוח של מוסד ה-Tariff – יש לתת משקל מכריע לעמדת הרשויות בבריטניה, שכן הוא רואה באותן רשויות (וביתר דיוק, ביחידת העברת האסירים הבינלאומית של בריטניה (Cross Border Transfer Section)) את הגורם המוסמך להציג בפני רשויות מדינת ישראל את המצב החוקי בבריטניה בהקשר זה. מכל מקום, בא-כח המשיב סבור כי פסקי הדין הזרים, אליהם הפנו באי-כח המערער, או חוות דעת המומחה שהם הגישו – אינם יכולים לשמש בסיס לקביעה שיש לשחרר את המערער, שכן הדבר עלול להביא להכבדה שלא לצורך על הליך העברת האסירים ואף לרתיעה של מדינות מיישום האמנה אל מול ישראל. לשיטתו, פסקי-הדין של בתי-המשפט בבריטניה ושל בית הדין האירופי לזכויות אדם, אליהם הפנו באי-כח המערער – אינם מובילים למסקנה שה-Tariff הוא רכיב בגזר-הדין, שמשמעותו חורגת מקביעת המועד המינימאלי שלאחריו תתאפשר בחינת שחרורו המוקדם של אסיר. בא-כח המשיב מציין כי גם לאחר הפסיקה החדשה בבריטניה ושינויי החקיקה שם, שקבעו כי סמכות קביעת ה-Tariff צריכה להיות נתונה לבית המשפט הגוזר את הדין (ולא למזכיר המדינה, שהוא רשות מינהלית) – עדיין אין מקום לראות ב-Tariff כחלק מהעונש, כי אם רכיב העוסק בשאלת השחרור המוקדם בלבד.

בכל הנוגע לפסק-הדין שניתן על ידי בית המשפט האירופי לזכויות אדם בעניין מק'קייב 2 – בא-כח המשיב טוען כי אין ללמוד היקש מפסק-דין זה, שכן הוא עוסק, לשיטתו, בהליך העברת אסירים "פנימי", שהתבצע בין שני חלקי הממלכה המאוחדת, להבדיל מהליך של העברת אסירים בינלאומית, ובשל כך הוא מבוסס וכפוף לכללים שונים "פנימיים", ולא בין-מדינתיים.

ניתוח חוק נמ"ב והאמנה, יישום הוראותיהם לגבי רכיב ה-Tariff וסוגיית ה"התאמה"

22. בא-כח המשיב מפנה גם הוא לאבחנה שיש באמנה בין ההתייחסות לעצם העונש שנגזר במדינה השופטת, שאותו ניתן "להתאים" לדיני המדינה המבצעת, כל עוד אין בכך החמרה של העונש המקורי (לפי סעיף 10 לאמנה) – לבין היישום (או ה"אכיפה") של נשיאת העונש, שהוא כפוף, על פי סעיף 9(3) לאמנה, לשיקול דעת הגורמים המוסמכים במדינה המבצעת, שיפעלו בהתאם לחוקים ולכללים של המדינה המבצעת. מאחר שה-Tariff נתפס על-ידי בא-כח המשיב כמרכיב שבא בתחום השחרור המוקדם (ולפיכך הוא חלק מהיישום של נשיאת העונש) – הוא סבור כי לא נדרשת כאן

כל "התאמה" ויש לפעול בעניינו של המערער בהתאם לדיני השחרור המוקדם בישראל (בא-כח המשיב מפנה בהקשר זה גם לדברי ההסבר לאמנה (סעיף 9, פסקה 47), שם נאמר כי יש לפרש באופן רחב את ההפניה לדין של מדינת היעד במקרים של "יישום העונש"). בא-כח המשיב מבקש ליישב גם את הסתירה שנפלה, לטענת באי-כח המערער, בין חלקים שונים של ההחלטה, מושא הערעור. לגישתו, השימוש של בית המשפט המחוזי הנכבד במושג "התאמה" מתייחס רק ל"כיבוד דרישתה של המדינה הגוזרת את הדין", כלומר להבטחה שעונשו של המערער לא יפחת מ-13 שנים.

הסכמתו של המערער והיעדר הבטחה שלטונית

23. בא-כח המשיב סומך את ידיו על קביעת בית המשפט קמא הנכבד, כי יש ליתן כאן משקל משמעותי להסכמה של המערער לעבור לישראל, שנעשתה מתוך מודעות לסיכונים הטמונים במעבר זה, לרבות לעניין המועד שבו הוא יוכל לעמוד בפני ועדת שחרורים מיוחדת והדין שיחול עליו בהקשר זה. בא-כח המשיב חוזר בהרחבה על השתלשלות העניינים שהתרחשה פה במכלול, ממנה עולה, לשיטתו, כי המערער אכן היה מודע לסיכונים שעמדו בפניו וקיבל את החלטתו לעבור לישראל באופן מושכל. בא-כח המשיב סבור כי הסכמתו המודעת של המשיב למעבר לישראל – מחזקת את העמדה שהוא צריך לשאת בהשלכות של אותו מעבר. מאחר, שכפי שצינתי כבר לעיל, אינני סבור כי יש בסוגיית ההסכמה כדי להשליך על השאלה העיקרית שבפנינו – לא ארחיב עוד בתיאור ראש טיעון זה של בא-כח המשיב.

סוגיית הייצוג של המערער

24. עמדת בא-כח המשיב בעניין זה היא כי גם אם נפל פגם בשל היעדר ייצוג של המערער (באמצעות עורך-דין) בשלבים מוקדמים של הליכי העברתו לישראל – הרי שפגם זה נרפא נוכח ייצוגו של המערער בהליכים מאוחרים יותר, לרבות במסגרת ההליך, מושא הערעור. גישה זו מקובלת עלי בנסיבות, כאמור בפסקה 18 שלעיל.

סיכום עמדת המשיב

25. את עמדת המשיב, הרלבנטית למחלוקת הדורשת למעשה הכרעה בערעור, ניתן לסכם איפוא באופן הבא:

רכיב ה-Tariff איננו חלק מהעונש שנגזר על המערער בבריטניה, אלא רכיב העוסק בשאלת השחרור המוקדם שלו. מאחר שמדובר ברכיב שהוא חלק מ"יישום" גזר-הדין – אין צורך ב"התאמת" גזר-הדין הבריטי לדין הישראלי, ועל המערער לרצות

את עונש המאסר שנגזר עליו, בהתאם לקציבת עונש זה על-ידי כב' נשיא המדינה בישראל. לשיטת בא-כח המשיב, רק לאחר שיחלפו שני שלישים מהעונש שנקצב לו – המערער יוכל לבוא בפני ועדת שחרורים מיוחדת, שתשקול את השיקולים שהיא שוקלת ברגיל בנושאים אלה ביחס לאסירי עולם, שעונשם נקצב.

26. עתה לאחר שהוצגה השתלשלות העניינים וכן הנתונים והטיעונים הרלבנטיים להכרעה במכלול – אעבור לליבון הדברים.

#### דיון והכרעה

27. לאחר עיון בכל החומר הנרחב שהוצג לנו, שמיעת טיעוני הצדדים וסקירת חומר משווה רב הגעתי למסקנה כי דין הערעור להתקבל באופן חלקי, כמפורט בפסקאות 58-64 שלהלן וכך אציע לחבריי שנעשה. ההנמקה תובא מיד בסמוך והיא תתמקד בשלוש סוגיות:

- (א) משמעות ה-Tariff – האם הוא חלק מגזר הדין הבריטי, אם לאו.
  - (ב) בהנחה שה-Tariff הוא חלק מגזר הדין הבריטי – מה פירוש הדבר ומה נפקות יש לכך בעת ריצוי העונש האמור של המערער בישראל לאחר העברתו ארצה.
  - (ג) המסקנות וההשלכות מההכרעה בסוגיות (א) ו-(ב) – על ערעורו של המערער.
- אציין כי נוכח אופייה הפלילי של המאטריה – במקרים של פירושים סבירים חלופיים לפי התכלית – העדפתי להכריע בעניין לפי המקל יותר עם המערער (הנידון). השוו: סעיף 34כא לחוק העונשין; דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אסד (07.06.2004); דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן (02.03.2009).

אפרט עתה ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

#### המסגרת הנורמטיבית

28. המסגרת הנורמטיבית לבחינת הסוגיות שלפנינו – מתוחמת על-ידי הוראות חוק נמ"ב ועל-ידי האמנה בדבר העברת נידונים (Convention on the Transfer of Sentenced Persons), אשר נוסחה על-ידי מועצת אירופה ונחתמה בשטרסבורג בתאריך 21.03.1983 על-ידי כל מדינות מועצת אירופה (למעט: מונקו) ומדינות אחרות בעולם, ונכנסה לתוקף בתאריך 01.07.1985. האמנה אושררה בבריטניה בתאריך 01.08.1985

ונכנסה לתוקף לגבי ישראל, שהצטרפה אליה, בתאריך 01.01.1998 (פורסמה בכתבי אמנה, כרך 45, מס' 1324).

אביא תחילה את הוראות האמנה (כנוסחה בעברית), הרלבנטיות לענייננו, וכן את הצהרת מדינת ישראל ביחס אליה (ההדגשות בנוסח וההשמטות הן שלי – ח"מ):

#### 1. הגדרות

למטרות אמנה זו:

- (א) 'גזר-דין' פירושו כל עונש או אמצעי הכרוך בשלילת חירות לפי צו בית משפט לפרק זמן מוגבל או בלתי מוגבל בשל ביצוע עבירה פלילית; [...]
- (ג) 'מדינה שופטת' פירושו המדינה שבה הוטל גזר הדין על האדם אשר ניתן להעבירו, או אשר הועבר; [...]
- (ד) 'מדינה מבצעת' פירושו המדינה שאליה ניתן להעביר את הנידון, או שאליה הועבר, על מנת לשאת את גזר-דינו; [...]

#### 3. תנאים להעברה

- 3.1 ניתן להעביר נידון לפי אמנה זו רק בתנאים הבאים: [...]

(ד) אם ניתנה הסכמת הנידון להעברה [...]

- 3.3 כל מדינה רשאית, בעת החתימה, או במועד הפקדת מסמך האשרור, הקבלה, האישור או ההצטרפות שלה... לציין כי בכוונתה לשלול את החלת אחד הנהלים לפי הוראות סעיף 9.1 (א) ו-(ב) ביחסיה עם צדדים אחרים.

#### 7. הסכמה ואימותה

- 7.1 המדינה השופטת תבטיח כי האדם הנדרש לתת את הסכמתו להעברה בהתאם לסעיף 3.1 (ד) יעשה זאת מרצונו החופשי ומתוך ידיעה מלאה של ההשלכות המשפטיות הנובעות מכך [...]

#### 9. השלכות ההעברה במדינה המבצעת

- 9.1 הרשויות המוסמכות של המדינה המבצעת:

(א) ימשיכו את אכיפת גזר הדין לאלתר או באמצעות צו בית משפט או צו מינהלי, לפי התנאים הקבועים בסעיף 10; או

(ב) ימירו את גזר-הדין, באמצעות הליך שיפוטי או מינהלי, להחלטה של אותה מדינה, ובכך יחליפו את הסנקציה שהוטלה במדינה השופטת בסנקציה הקבועה בחוק של המדינה המבצעת [...]

- 9.3 אכיפת גזר הדין תוסדר על-ידי המדינה המבצעת, והיא לבדה תהיה מוסמכת לקבל את כל ההחלטות המתאימות.

### 10. אכיפה מתמשכת

10.1 במקרה של אכיפה מתמשכת, המדינה המבצעת תהיה כבולה לטיבו המשפטי ולמשכו של גזר-הדין כפי שנקבעו על-ידי המדינה השופטת.

10.2 אולם, אם בטיבו או במשכו אין גזר דין זה תואם את חוק המדינה המבצעת, או אם חוקיה דורשים זאת, אותה מדינה רשאית, בצו בית משפט או בצו מינהלי, להתאים את הסנקציה לעונש או לאמצעי הקבועים בחוק שלה לגבי עבירה דומה. אשר לטיבם, האמצעי או העונש, יעלו, במידת האפשר, בקנה אחד עם אלה שהוטלו על-ידי גזר-הדין המיועד לאכיפה. הם לא יחמירו, בטיבם או במשכם, את הסנקציה שהוטלה במדינה השופטת, ולא יעלו על המירב הקבוע בחוק המדינה המבצעת. [...]

14. המדינה המבצעת תסיים את אכיפת גזר-הדין עם קבלת הודעה מהמדינה השופטת על כל החלטה או צעד שכתוצאה מהם גזר הדין חדל להיות בר-אכיפה. [...]

### הצהרת ישראל

(א) בהתאם לסעיף 3, ס"ק 3 לאמנה, מדינת ישראל מצהירה כי בהתאם לסעיף 9.1 (א) ו-10 לאמנה זו, האכיפה בישראל של פסק-דין זר המטיל עונש מאסר, או ריצוי של מאסר נותר, תימשך אחרי שבית משפט בישראל פסק בעניין אכיפת עונש המאסר או שארית תקופת המאסר בישראל.

הנה כי כן האמנה מורה בסעיף 9.1 שבה על שני מסלולים אפשריים להעברתו של נידון מהמדינה שבה נגזר דינו – לריצוי מאסרו במדינת אזרחותו:

מסלול אחד, המפורט בס"ק (א), הוא המסלול של "אכיפה מתמשכת" (שלפיו המדינה המבצעת ממשיכה לאכוף את גזר-הדין המקורי שנגזר על הנידון על-ידי המדינה השופטת), והמסלול השני, המפורט בס"ק (ב), הוא המסלול של "המרת גזר-הדין" (שלפיו המדינה המבצעת ממירה את גזר הדין שנפסק במדינה השופטת – בגזר-דין חלופי של המדינה המבצעת, ומחליפה את הסנקציה שנגזרה על הנידון במדינה השופטת – בסנקציה המוגדרת בחוקיה של המדינה המבצעת).

באמנה קיימים כללים מפורטים לביצוע ההעברה – על-פי כל אחד מהמסלולים הנ"ל. בסעיף 3.3 לאמנה נקבע כי מדינה יכולה לקבוע ולהצהיר מראש, על-פי איזה מהמסלולים הנ"ל היא מתכוונת לפעול. כפי שעולה מההצהרה של מדינת ישראל (המצורפת לאמנה במסגרת הפרסום בכתבי האמנה), מדינת ישראל הצהירה כי היא תפעל על-פי המסלול של "אכיפה מתמשכת". עוד נקבע בהצהרה כי תפקידו של בית המשפט בישראל יהיה לפסוק רק בעניין "אכיפת העונש", אך אין זה מתפקידו להמיר את גזר-הדין באחד חדש.

29. מסלול האכיפה המתמשכת, שהוא כאמור המסלול שעל-פיו מיושמת האמנה בישראל, מוגדר בסעיף 10 לאמנה. על פי סעיף זה המדינה המבצעת כבולה לטיבו המשפטי ולמשכו של גזר-הדין שנגזר על-ידי המדינה השופטת (להלן: גזר הדין המקורי), אולם אם גזר-דין זה איננו תואם, בטיבו או במשכו, את חוקיה של המדינה המבצעת – המדינה המבצעת רשאית "להתאים" את הסנקציה שנקבעה בגזר הדין המקורי לעונש, אשר יעלה בקנה אחד, במידת האפשר, עם החוק של המדינה המבצעת, ובלבד שהעונש המותאם לא יחמיר, בטיבו או במשכו, את הסנקציה שנקבעה בגזר-הדין המקורי מחד גיסא, ולא יעלה על העונש המירבי הקבוע בחוק של המדינה המבצעת מאידך גיסא.

יצוין עוד כי ביחס לאמנה נכתבו גם "דברי הסבר" ("Explanatory Report") (להלן: דברי ההסבר לאמנה). בכל הנוגע ל"דברי הסבר" לאמנות בינלאומיות – קיים חוסר בהירות בפסיקה ובספרות אם הם מהווים חלק מה"קונטקסט", המשמש לפירוש האמנה (שאז הם באים בגדרי סעיף 31(2) לאמנת וינה בדבר דיני אמנות (אמנת האמנות), 1969 The Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 (להלן: אמנת האמנות), או שמא יש לראותם כחלק מ"עבודות ההכנה" (Travaux Préparatoires) של האמנה. במקרה האחרון ניתן לעשות בהם שימוש פרשני רק לצורך אישוש הפרשנות העולה מלשון האמנה (או טקסטים אחרים הבאים בגדרי סעיף 31 לאמנת האמנות), או כאשר הלשון האמורה – מעורפלת, או מביאה לתוצאה אבסורדית (זאת בהתאם לסעיף 32 לאמנת האמנות) (למעמדן הפרשני של עבודות הכנה, ראו: בג"ץ 785/87 עפ"נ נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 1, 15-17, 36 (1988); יורם דינשטיין אמנות בינלאומיות 142-149 (1974); MALCOLM N. SHOW, INTERNATIONAL LAW 932-938; Richard K. Gardiner (2008, 6<sup>th</sup> ed.)). בספרו על משפט בינלאומי, מצדד פרופ' Richard K. Gardiner באפשרות ש"דברי ההסבר" באים בגדר החומרים המנויים בסעיף 31 לאמנת האמנות (ראו: (2003) 87 (RICHARD K. GARDINER, INTERNATIONAL LAW), ואולם בפסיקה הבריטית שעסקה באופן ספציפי באמנה בדבר העברת נידונים, נקבע כי דברי ההסבר לאמנה מהווים משום "עבודות הכנה" בלבד, מאחר שנוסחו על-סמך דיוני הועדה שהכינה את האמנה (ראו: Regina v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Read [1989] AC 1014). מכל מקום מאחר שבעניינו דברי ההסבר לכל היותר מחזקים את הפרשנות העולה באופן טבעי מלשון האמנה – אין לדעתי נפקות רבה לאבחנה זו, ובמידת הצורך אפנה בהמשך הדברים ל"דברי הסבר" אלו.

30. אופן ביצוע ההעברה של נידון – לריצוי עונשו בישראל, מוסדר בחוק לנשיאת עונש מאסר במדינת אזרחותו של האסיר. אביא איפוא להלן גם ציטוט מהסעיפים הרלבנטיים לענייננו מתוך חוק זה (ההדגשות בנוסח וההשמטות הן שלי – ח"מ):

#### 1. הגדרות

בחוק זה –

"אסיר" – מי שנתון במאסר, למעט עצור;  
 "מאסר" – מאסר בפועל, לרבות החזקת אדם במעון נעול, במוסד לעבריינים צעירים, במוסד לטיפול רפואי או במוסד פסיכיאטרי, בין בהוראה של בית משפט בסיומו של הליך פלילי ובין בהוראה של רשות של מדינה אחרת המוסמכת להחליט בענין פלילי;  
 "מדינה אחרת" – מדינה, או גוף אחר המפורט בתוספת, המעבירים אסיר כדי שישא את מאסרו בישראל...  
 "השרים" – שר המשפטים והשר לבטחון הפנים.

#### 2. העברת אסיר לנשיאת מאסר במדינה שבה הוא אזרח

(א) אזרח ישראלי שהוא אסיר במדינה אחרת ניתן להעבירו לישראל, כדי שישא את מאסרו בישראל, על פי הוראות חוק זה.

#### 3. אמנה או הסכם מיוחד

העברת אסיר ממדינה אחרת לישראל או מישראל למדינה אחרת, תיעשה לפי אמנה דו-צדדית או רב-צדדית שמדינת ישראל והמדינה האחרת צדדים לה...

#### 4. הסכמות

(א) העברת אסיר לפי חוק זה תיעשה רק בהסכמת האסיר, מדינת ישראל והמדינה האחרת. [...]  
 (ב) האסיר יתן את הסכמתו בכתב ובשפה המובנת לו. [...]  
 (ה) השרים מוסמכים להסכים, בשם מדינת ישראל, להעברת אסיר כאמור בסעיף קטן (א).

#### 10. אישור נשיאת המאסר

(א) הועבר אסיר לישראל, לפי חוק זה, יורה בית המשפט על פי בקשת היועץ המשפטי לממשלה, על נשיאת המאסר או יתרת המאסר בישראל, הכל כפי שיפורט בצו.

(1א) בצו כאמור בסעיף קטן (א) רשאי בית המשפט לקצר את תקופת המאסר שעל הנידון לשאת בישראל, ולהעמידה על תקופת המאסר המרבית שנקבעה בדיני העונשין של ישראל לעבירה שבשלה הוטל העונש, ובלבד שניתן לעשות כן לפי הסכם שבין מדינת ישראל לבין המדינה שבה הוטל העונש.

(ב) בוטל מאסרו של האסיר, נחון האסיר בחנינה פרטית או כללית או קוצרה תקופת המאסר במדינה האחרת, והודעה על כך נמסרה לשר המשפטים, יודיע על כך

לבית המשפט, ובית המשפט יורה על שחרור האסיר או על קיצור תקופת מאסרו, לפי הענין. [...]  
(ד) צו בית המשפט לפי סעיפים קטנים (א) ו-(ג) ניתן לערעור כפסק דין בפלילים.

11. (א) ציווה בית המשפט כאמור בסעיף 10, יחולו הוראות כל דין החלות על נשיאת מאסר או על שחרור ממאסר, על מאסר לפי חוק זה.

עינינו הרואות כי חוק נמ"ב קובע, בסעיף 3 שבו, כי העברת אסיר ממדינה אחרת לישראל – תיעשה לפי אמנה, שמדינת ישראל ומדינה אחרת צדדים לה ובכך הוא מפנה למעשה, בהקשר לענייננו, לאמנה בדבר העברת נידונים, עליה חתומה ישראל מול מדינות אחרות (לרבות בריטניה).

החוק חוזר על חלק מהוראות האמנה (כמו הצורך בהסכמה של המדינות השופטת והמבצעת, וכן של הנידון שהעברתו מתבקשת – כתנאי להעברה), וכן מסדיר באופן קונקרטי נושאים שהוגדרו באופן כללי באמנה (כך למשל: סעיף 11(א) לחוק, אשר מגדיר את תחולת הדין הישראלי על נשיאת מאסר (או שחרור ממאסר) מכח צו לפי חוק נמ"ב – מהווה הסדרה של העיקרון המובא בסעיף 9.3 לאמנה, שלפיו אכיפת גזר הדין תוסדר על-ידי המדינה המבצעת). ואולם, חלק מהעקרונות שנקבעו באמנה אינם מוסדרים במפורש על-ידי החוק, ותחולתם בדין הישראלי היא מכח סעיף 3 לחוק, אשר מפנה כאמור לאמנה. דוגמה לכך מצויה בעקרון ה"התאמה" של גזר-הדין המקורי לחוקי המדינה המבצעת (סעיף 10.2 לאמנה), אשר איננו מוסדר באופן מפורש בחוק. דרך קליטה שכזו, הנותנת תוקף משפטי פנימי להוראות של אמנה בינלאומית היא אפשרית בנסיבות מסוימות, כמו זו שלפנינו. השוו: סעיף 21(א) לחוק ההסגרה, התשי"ד-1954; סעיף 36 לפקודת הדואר [נוסח חדש], התשל"ז-1976 (שבוטלה); ועתה: סעיפים 55, 56(ב), 82, 83 ו-90(ב)(4) לחוק הדואר, התשמ"ו-1986; ע"א 589/82 אינשורנס קורפוריישן אופ אינגלנד לימיטד נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 309, 313-319 (1987); חוק התובלה האווירית, התש"ם-1980; ד"נ 36/84 טייכנר נ' אייר פראנס, פ"ד מא(1) 589 (1987) (להלן: עניין טייכנר); רובי סיבל, משפט בינלאומי, עמ' 31 (2003).

אציין עוד כי גם תקנות העברת אסירים לארצותיהם, התשנ"ח-1997 מסדירות היבטים מסוימים של המכלול, ואולם אין תקנות רלבנטיות לענייננו, המעוררות את הצורך להביאן כאן בלשונן.

31. בשלב זה של הדיון מן הראוי שנשים בפנינו גם את התכלית של חוק נמ"ב ושל האמנה, על מנת שזו תנחה אותנו בהמשך הדיון. על התכלית של ההסדרים הנ"ל עמד

המישנה לנשיא, השופט מ' חשין, ב-בג"ץ 3315/04 שיטרית נ' בית המשפט המחוזי בירושלים, פ"ד (2) 413 (2005) (להלן: עניין שיטרית). אביא איפוא את הדברים במלואם:

"על תכליתה של הוראת סעיף 10(א) ניתן ללמוד מתכליתה של האמנה, אשר ממנה נגזר החוק (ראו לעיל, פסקה 16). מדברי הפתיחה של האמנה עולה, כי תכלית ההסדר של העברת אסירים לנשיאת עונש מאסר בארצותיהם היא לפתח את שיתוף הפעולה הבינלאומי בתחום המשפט הפלילי, תוך קידום מטרות הצדק והשיקום החברתי של אסירים. על-פי האמנה, הגשמת יעדים אלה מחייבת ליתן לזרים, שחירותם נשללה מהם עקב עבירה פלילית שעברו, הזדמנות לרצות את עונשם בתוך החברה שלהם, וכי הדרך הטובה ביותר להשיג מטרה זו היא בהעברתם למדינותיהם. אף דברי ההסבר להצעת חוק העברת אסירים לנשיאת עונש מאסר בארצותיהם (הוא שמו של החוק לנשיאת עונש מאסר בהצעת החוק) מלמדים על תכלית דומה. דברי ההסבר להצעת החוק (ה"ח תשנ"ו, 794) מדגישים את התרחבות התופעה של הרשעת אדם במדינה שאין הוא אזרח בה ושאינן הוא מתגורר בה דרך קבע, ואת הקשיים המיוחדים הנלווים לנשיאת עונש המאסר במדינה שאינה מדינת העבריה. קשיים אלו נובעים מריחוק מן המשפחה, מאי ידיעת השפה, ומחוסר התמצאות במינהגי המקום שלרוב שונים הם מאלה שהאסיר מורגל בהם בארצו. דברים בעניין תכליתו זו של החוק לנשיאת עונש מאסר אמרנו לאחרונה בדנ"פ 8612/00 חיים הרמן ברגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(5) 439, 458, בהעזרנו בתכלית זו לפירושו של חוק ההסגרה:

'תכלית החוק היא למנוע מעבריהן סבל יתר שהוא עלול לשאת בו בהידרשו לרצות עונש מאסר הרחק ממשפחתו, מקרוביו ומידידיו, בקרב אנשים שאורחותיהם אינה אורחותיו, שמנהגיהם אינם מנהגיו, שדרכם אינה דרכו, ששפתם אינה שפתו, שמאכליהם אינם מאכליו. כליאתו של אדם בכלא, בידודו של אסיר מן העולם, הטלתו אל סביבה שלא הכיר ולא ידע, עונש קשה הוא לעצמו ומביא הוא סבל רב על האדם. לא יחא זה לא נכון ולא ראוי אם נוסיף סבל על סבל, בהטילנו על אסיר לשאת עונש מאסר תוך התמודדות יומיומית, שעה-שעה, התמודדות שאין לה סוף, עם סביבה ועם אנשים שאינם בני-מינו, אנשים זרים לו באורחותיהם, במנהגותיהם ובשפתם. כך יהפוך סבל המאסר לסבל בלתי-נסבל, וההתמודדות עם הבלתי נודע להתמודדות קשה-מנשוא. לפני זמן-מה בא לפנינו ערעורו של אדם סיני אשר נאשם בגניבה ונדון למאסר של שנים מספר. הסתבר לנו כי אותו סיני אין לו קרוב ומודע בארץ; כי אין איש מבקר אותו בכלא; כי אין איש בכלא שהוא יכול לשוחח עימו; כי איש הוא לעצמו מבוקר-עד-ערב. נתנו דעתנו לכל

אלה והחלטנו להקל בעונש המאסר אך מטעם זה של הבדידות. אדם הוא חיה חברתית; טול ממנו חברת-אדם ונטלת ממנו את טעם החיים. כך באשר למאסר, ובוודאי כך אם נביא במנין שיקולינו את תכלית שיקומו של האסיר והתערותו מחדש בחברה שהוא חי בה. בחינה זו של עונש המאסר תלמדנו כי תכלית השיקום תושג באורח מיטבי רק אם נטיל על אסיר לרצות עונש מאסר במדינה שבה אמור הוא לחיות עם תום תקופת המאסר'.

עולה מן האמור, כי תכליתו של החוק לנשיאת עונש מאסר הינה, בראש ובראשונה, להקל על הקשיים הנובעים מהיותה של המדינה בה הוטל העונש זרה לאסיר, ולעשות לקידום שיקומו של האסיר בהעברתו לריצוי עונשו בסביבה מוכרת לו, בה אמור הוא להשתלב לאחר שיחרורו; בחברה אליה הוא משתייך, בקרוב לבני משפחתו, ולהקל עליו את נשיאת העונש. (שם, בפסקה 49; כן עיינו: ון-קרפלד, העברת אסירים זרים, 381).

32. טרם שאמשיך בדיון, מתחייבת הערה מקדמית ביחס למקומם של המשפט הבריטי, והמשפט המשווה בכלל, במסגרת הדיון בסוגיות שלפנינו. מאחר שעל-פי הוראות האמנה יש לכבד את העונש שהושת על הנידון המועבר – במדינה השופטת, ולאוכפו במדינה המבצעת (גם אם נדרשת התאמה), מבלי להחמיר אותו מבחינת טיבו ומשכו – הרי שקיים צורך להבין במקרים מסוימים מהו העונש. על מנת לעמוד על טיבו המדויק של העונש יש איפוא צורך לפנות לדין הפנימי של המדינה השופטת. מבחינה זו, מתחייבת פנייה לדין הבריטי (ולפסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם – ככל שהיא מבהירה את הדין בבריטניה) – בכל הנוגע להבנת טיבו של העונש המקורי שהושת על המערער (מאסר עולם עם Tariff בן 13 שנה). האופן שבו מתייחס הדין הבריטי לעונש זה – הוא שמחייב גם את מדינת ישראל בבואה לאכוף את העונש המקורי, ולפיכך גם בית משפט זה כפוף למשמעותו של ה-Tariff בבריטניה. לעומת זאת, בכל הנוגע לפרשנות האמנה ולאופן ה"התאמה" הראוי של העונש המקורי לחוק הישראלי (ככל שנדרשת "התאמה" כזו), הרי שפנייה לפסיקה זרה (לרבות פסיקה בבריטניה) – היא בחזקת שימוש ב-"משפט משווה", שנועד להעניק "השראה" בלבד ולא כמקור משפטי מחייב (עיינו: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 403 (1997)). יחד עם זאת, יצויין כי בהקשר של פרשנות אמנות בינלאומיות, יש מקום מיוחד לאסמכתאות הזרות, שהרי הדבר אמור להביא להאחדה במימוש האמנה. עם זאת אף כאן זהירות מסוימת מתחייבת ובהקשר זה נאמרו הדברים הבאים:

"גם פסיקה זרה הינה כלי עזר לפרשן, אך ראוי ליישמה בזהירות, שכן בתי המשפט הזרים בחלק מהמקרים,

השתמשו לא מעט בהבחנות המקובלות במשפטם שלהם בלבד" (ראו: עניין טייכנר, בעמ' 634, פסקה 14 לפסק-דינו של השופט ד' לוין).

33. סוגיה נוספת שמצריכה התייחסות מקדמית היא אופן הוכחת הדין הבריטי במקרה שלפנינו. כלל ידוע הוא כי במרבית מדינות המשפט המקובל הדין הזר הוא עניין שבטובדה, שהוכחתו אמורה להיעשות באמצעות הצגת ראיות (ראו: ע"א 36/50 שור נ' ויצמן, פ"ד ח(1) 612, 615 (1954); רע"א 3924/01 Hess Form Licht Company נ' הנדסת חשמל כללית בע"מ (10.02.2002); רע"א 8887/04 קושניצקי נ' הארגון למימוש האמנה לביטחון סוציאלי ישראל מערב גרמניה (14.06.2005); לתחולה של כלל זה במישור הפלילי – ראו: ע"פ 8019/96 עמיר נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 459, פסקאות 17-16 לפסק-דינו של השופט א' מצא (1999); מ"ח 4362/07 בשן נ' מדינת ישראל (01.06.2008); כן עיינו: מנשה שאוה "טיבו ואופן הוכחתו של הדין הזר במשפט האנגלו-אמריקאי ובמשפט הישראלי" עיוני משפט ג 725 (1973) (להלן: שאוה "הוכחת הדין הזר"); לדיון מורכב יותר ברציונלים של כללי ברירת הדין, לרבות בהקשר של הוכחת הדין הזר – עיינו לאחרונה: סיליה וסרשטיין פסברג משפט בין-לאומי פרטי כרך א 206-212, 483 (2013)).

יחד עם זאת, ראוי לציין כי במקרים שבהם עומדות בפני בית המשפט עדויות, או גישות סותרות בעניין הדין הזר, יש הטוענים כי קיימת לבית המשפט סמכות להכריע בשאלת הדין הזר, תוך עיון באסמכתאות הרלבנטיות. בהקשר זה אמר פרופ' שאוה ז"ל, במאמרו הנ"ל, את הדברים הבאים:

"[בית המשפט] יכול לנהוג כמו לגבי כל עובדה: כלומר, אם אחת משתי העדויות אינה מהימנה ומצדיקה פסילתה – יקבל את האחרת... כאשר העדויות הסותרות עומדות באותה דרגת מהימנות, יכול השופט לבחון בעצמו את האסמכתאות, אליהן הפנו העדים-המומחים (אך לא לעיין באסמכתאות אחרות), כדי להגיע למסקנה הנכונה."

(שאוה "הוכחת הדין הזר", בעמ' 745)

גם לשאלה מי יכול להיחשב מומחה לעניין הדין הזר ניתנה תשובה בפסיקה, כאשר נקבע כדלקמן:

"דין זר ניתן להוכחה על-ידי עורך-דין, שופט, משפטן וכן על-ידי "אדם אחר" אף אם אינו משפטן, אשר מפאת מקצועו או עיסוקו ניתנת לו הזדמנות לרכוש ידיעות בדין הזר..." (ע"א 5664/93 זהבה כנען נ' United States of America, פ"ד נא (1) 114, פסקה 3 לפסק-דינה של

השופט ט' שטרסברג-כהן (1997) וההפניות שם (להלן: עניין כנען); כן עיינו: ע"א 6796/97 ברג יעקב ובניו (רהיטים) בע"מ נ' Berg East Imports Inc., פ"ד נד(1) 697, פסקה 4 לפסק-דינה של השופטת (כתארה אז) ד' בייניש (2000) (להלן: עניין ברג (רהיטים) בע"מ).

ראוי לציין בהקשר זה גם את דבריו של פרופ' שאוה ז"ל במאמרו הנ"ל, אשר התקבלו אף הם בפסיקה (בעניין ברג (רהיטים) בע"מ), שלפיהם:

"הכלל במשפט האנגלי, ובעקבותיו גם במשפט הישראלי, הוא כדלקמן:  
מומחה לדין הזר יכול להיות –

(1) עורך דין (או שופט), העוסק או עסק בפרקטיקה במסגרת אותה שיטת משפט שמדובר בה; או

(2) משפטן, התופס עמדה רשמית, הדורשת – ומשום כך גם מניחה – ידיעה משפטית במסגרת אותה שיטת משפט, שמדובר בה (גם כאשר לא עסק בפרקטיקה); או

(3) אדם אחר (אף אם אינו משפטן), אשר מפאת מקצועו או עיסוקו ניתנה לו ההזדמנות לרכוש לו ידיעה בחוק הנדון.

(שאוה "הוכחת הדין הזר", בעמ' 739-740)

34. עתה, לאחר שסקרתי את הדין הנוהג לעניין הוכחת דין זר – אפנה לבחינת האופן שיש לנהוג בו במקרה שלפנינו.

באי-כח המערער המציאו חוות-דעת מומחה לדין הזר מטעם Edward Fitzgerald QC (להלן: עו"ד פיצג'רלד), שהוא "באריסטר" (Barrister) אנגלי, המתמחה בדיני עונשין בכלל, ובמיוחד הוא בעל ניסיון בייצוג אסירי עולם ובדיני העברת נידונים (יצויין כי חוות-הדעת שצורפה לערעור, אשר כנראה גם עמדה בפני בית המשפט המחוזי הנכבד, היא חוות-הדעת שהוגשה במקור במסגרת בג"ץ 6109/12 הנ"ל, כפי שהדבר עולה מתוכן חוות-הדעת). בא-כח המשיב, מנגד, המציא לבית המשפט תכתובות שנערכו בין נציגי מדינת ישראל לבין בעלי תפקידים ברשויות הבריטיות האמונות על טיפול בהעברת נידונים על-פי האמנה (מכתבים מתאריכים 15.03.2001 ו-26.03.2004, שנכתבו על-ידי Graham Wilkinson (להלן: מר ווילקנסון) ששימש בעת כתיבת המכתבים כראש היחידה להעברת אסירים בבריטניה) ושני מכתבים נוספים מהתאריכים: 07.09.2012 ו-27.07.2013, החתומים על-ידי אותו מר ווילקנסון (שהחזיק בעת כתיבת אותם מכתבים בתואר: Head of Foreign National Offender Policy – Offender Safety, Rights & Responsibilities Group, National Offender Management Services)).

כאמור, בא-כח המשיב גורס כי העמדה המחייבת בדבר מהותו של הדין בבריטניה – היא עמדת הרשויות שם, כפי שהיא נלמדת, לשיטתו, מהמכתבים של מר ווילקנסון. עמדה זו של בא-כח המשיב לא נומקה בפרוטרוט והוא אף לא הפנה למקור משפטי, המחייב בלעדית גישה שכזו. לפיכך אין בידי לקבל עמדה זו כפשוטה, ואולם בחרתי להתייחס בהמשך למהות הדברים ולא לפגמים פרוצדוראליים שיתכן ונפלו אצל שני הצדדים בהוכחת הדין הזר. ארחיב ואנמק בהקשר זה להלן.

35. באי-כח הצדדים הציגו, כאמור, עמדות שונות של בעלי מומחיות בדין הבריטי בהקשר הרלבנטי. דומני כי הן המומחה מטעם באי-כח המערער, עוה"ד פיצג'רלד והן נושא-המשרה הבריטי, שעמדתו הוצגה לבית המשפט המחוזי הנכבד, מר ווילקנסון – יכולים שניהם להיחשב כמומחים לדין הבריטי הרלבנטי (הראשון נכנס בהגדרה של: "עורך דין, העוסק בפרקטיקה במסגרת שיטת המשפט שמדובר בה"; והאחרון נכנס בהגדרה של: "משפטן, התופס עמדה רשמית, הדורשת – ומשום כך גם מניחה – ידיעה משפטית במסגרת אותה שיטת משפט", ראו: שאוה "הוכחת הדין הזר"; עניין ברג (רהיטים) בע"מ).

מעיון בפרוטוקול הדיון שהתקיים בפני בית המשפט המחוזי הנכבד עולה כי שני הצדדים לא ביקשו לחקור בחקירה נגדית – כל צד את מי שהוצג כמומחה של הצד השני (מה גם שמכתביו של מר ווילקנסון לא הוגשו על דרך של חוות-דעת מומחה), מכאן שהצדדים קיבלו על עצמם שהם מוכנים לראות כמספק מבחינתם את הנדרש לצורך הוכחת הדין הזר. לפיכך אסתפק בעמדות שהוצגו על-ידי הצדדים ובסקירת האסמכתאות אליהן הופנינו, אותן בחנתי בצד חומר השוואתי רלבנטי נוסף – לשם הסקת המסקנות המתחייבות.

כבר בשלב זה אציין כי מקריאת החומר האמור עולה כי הפער הממשי בין הדעות המובאות במסמכים הנ"ל – איננו כה רב, כפי שגרסו באי-כוח הצדדים, וניתן להכריע בהן גם בעזרת קריאת ההפניות הנ"ל וניתוחן. הדבר חשוב במיוחד לצורך הסוגיה הראשונה שתוארה בפיסקה 27(א) שלעיל, כאשר הסוגיות השניה והשלישית הנזכרות שם (שתוארו בס"ק (ב) ו-(ג)) כפופות ממילא לשיקול דעתו של בית המשפט "המקומי" (הישראלי) ולפרשנות שיש ליתן לחוק הנמ"ב ולאמנה אצלנו.

עתה משהנחתי את התשתית העובדתית והנורמטיבית הנדרשת לצורך הדיון – אוכל לעבור לליבון הסוגיות היחודיות המתעוררות במקרה שלפנינו.

סוגיית הסכמתו של המערער לתנאי המעבר לנשיאת עונשו בישראל וסוגיית הבטחותיו של הקונסול הישראלי בבריטניה

36. בית המשפט המחוזי הנכבד הקדיש, כאמור, חלק נכבד מהחלטתו – לשאלת הסכמתו של המערער לעבור לישראל ולשאת את עונשו כאן. הסכמה זו ניתנה, על-פי תפיסתו של בית המשפט המחוזי הנכבד, מתוך מודעות לסיכון שעונש המאסר ייאכף בהתאם לדין הישראלי, לרבות בכל הנוגע לשאלת מועד התייצבותו של המערער בפני וועדת שחרורים מיוחדת. הדיון בסוגיה הנ"ל הצריך את בית המשפט המחוזי להידרש לראיות שונות בנוגע למסרים שהועברו למערער בעת תהליך המעבר לישראל ובאשר למידת ההבנה שלו את הסיכויים והסיכונים שהיו טמונים בתוצאת המעבר. בעקבות קביעותיו של בית המשפט המחוזי הנכבד בנושא זה, גם הצדדים הקדישו חלקים ניכרים מטענותיהם בפנינו לסוגיה וכך עשתה בשעתו גם הסניגוריה הציבורית, שביקשה בזמנו להצטרף לבג"ץ 6109/12 הנ"ל (נוכח התוצאה אליה הגיע בית המשפט שם – הוא לא נדרש כמובן לבירור טענות הסניגוריה הציבורית בהקשר זה).

על אף דיון נרחב זה, אני סבור, כפי שציינתי לעיל, כי הנפקות שיש ליתן למידת ההסכמה וההבנה של המערער למעבר ולתוצאותיו – היא מצומצמת ביחס להכרעה הנדרשת בערעור שלפנינו, וכי גם בהקשרים שבהם ישנה נפקות כלשהי לעניין – ממילא אין מחלוקת אמיתית בין הצדדים. במה דברים אמורים:

סעיף 4(ב) לחוק וכן סעיף 3.1(ד) לאמנה מציבים את ההסכמה של הנידון להעברתו לנשיאת מאסרו במדינת אזרחותו – כתנאי להעברה. סעיף 7.1 לאמנה אף קובע את אחריותה של המדינה השופטת להבטיח כי ההסכמה הנ"ל של הנידון ניתנה "מרצונו החופשי ומתוך ידיעה מלאה של ההשלכות המשפטיות הנובעות מ[ההעברה]". הסכמתו של הנידון להעברה מהווה אם כן תנאי הכרחי להעברה, אך לשיטתי לא ניתן להסתמך על ההסכמה הנ"ל ולראות בה מעין תחליף למילוי הוראות האמנה ככתבן וכלשונן (באספקטים המהותיים המוסדרים בה). לא ניתן איפוא לקבל את הטענה של המשיב כי המערער "מושקע" מלטעון כנגד מה שהוא מזהה כפגיעה בזכויות שהאמנה מעניקה לו (או בזכויותיו החוקתיות הבסיסיות כאסיר בישראל) – רק משום שהוא היה מודע, כביכול, מבעוד מועד, לסיכון שפגיעה כזו בזכויותיו עלולה להתרחש והוא הסכים לכך. שלושה טעמים עומדים בבסיס עמדתי האחרונה:

(א) החוק והאמנה – אינם מציינים תנאי כזה לתחולת ההוראות המצויות בהם, ולפיכך הוספת תנאי שכזה – בדרך פסיקתית – איננה עומדת לכאורה בדרישות "פיסקת ההגבלה" שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והרי מדובר פה בנטילה, או

בהגבלה של חירותו של אדם על דרך של מאסר, או בכל דרך אחרת, כמשמעם בסעיף 5 לחוק היסודי האמור.

(ב) המטרות שעומדות בבסיס חוק נמ"ב והאמנה – אינן מתיישבות, על פני הדברים, עם הטיעון שהסכמה יכולה לרפא כביכול פגמים במימוש הוראות האמנה (ראו תיאור התכלית של הסדרים אלו בפיסקה 31 שלעיל; ליחס בין תכלית האמנה לבין דרישת ההסכמה, עיינו גם: PLACHTA, בעמ' 356). ער אני לכך שקיימת גם פסיקה נוגדת של בית המשפט הצרפתי לערעורים בפריז בנושא, שקבע כי בית המשפט בצרפת, בבואו ליישם גזר-דין שהושת על אזרח צרפתי בשבדיה, איננו כפוף להחלטות שהתקבלו בשבדיה בנוגע למועד שחרור על-תנאי של הנידון, וכי בהסכמתו של הנידון לעבור לצרפת – הוא וויתר למעשה על חלק מהפריבילגיות, להן היה זכאי בשבדיה (Cour d'Appel de Paris, No. 8821/87 (09.03.1988), אשר מובא ב-PLACHTA, בעמ' 439, ה"ש 526) ואולם מוכן אני להניח לטובת המערער, שהסכמה כזו, אפילו ניתנה במקרה שלפנינו – איננה מחייבת ככזו לשם הכרעה בערעור.

(ג) מדינת ישראל והמערער אינם הצדדים היחידים ל"סכסוך", שכן למדינת ישראל ישנה מחויבות גם כלפי המדינה השופטת (במקרה הנוכחי כלפי בריטניה) – לכבד את האמנה (והוא הדין במחויבות ישראל כלפי כל יתר מדינות האמנה הנוספות), שאחרת מדינת ישראל עלולה להיתפס ככזו שאיננה מכבדת את האמנה (ומדינות האמנה האחרות עלולות לחשוש לפעול בעתיד יחד עם מדינת ישראל על-פי האמנה).

מכל מקום, בכל הנוגע לעצם קיומה של הסכמה מצד המערער לעבור ולרצות את עונש מאסרו בישראל – במוכן של ההסכמה כתנאי הכרחי לאישור ההעברה – נדמה כי אין מחלוקת בין הצדדים שהמערער אכן רצה בהעברה והסכים לה, ולפיכך גם אין מחלוקת על עצם התקפות של ההעברה ככזו. הנה כי כן, אינני רואה צורך, כפי שצינתי לעיל, להידרש לטענות הרבות שהובאו בפנינו בסוגית הסכמתו ומודעותו של המערער לתנאי ההעברה, שהרי מוכן אני להניח כאמור שאפילו ניתנה הסכמה כזו – אין היא מחייבת אותו מעבר לאמור בחוק ובאמנה, שכן אם תאמר אחרת – תמצא מוסיף שלא כדין להוראות הדין. יתר על כן, כפי שהבהרתי לעיל – אין להעלות טענות שכאלו לאחר שעברה תקופת ה-Tariff, שהרי בנסיבות שכאלו – לא ניתן עוד "להחזיר את הגלגל לאחור" ולהשיב את המערער לבריטניה ולפיכך לא ראוי לאפשר למערער ליהנות מהטוב שבשתי השיטות המשפטיות.

ניתן לפיכך לעבור איפוא עתה למהות, ובכך אעסוק מיד.

37. הבנת טבעו של מוסד ה-Tariff בבריטניה, היא העומדת למעשה בבסיס הערעור שלפנינו. השאלה החשובה היא האם ה-Tariff מהווה חלק מ"טיבו" של העונש, או שמא, כטענת בא-כח המשיב, ה-Tariff הוא רק רכיב העוסק בשאלת השחרור המוקדם של נידון למאסר עולם בבריטניה, אך איננו חלק מהעונש. כפי שהובהר לעיל, על שאלה זו יש לענות על יסוד התפיסה של הדין הבריטי עצמו את מוסד ה-Tariff.

כמתואר לעיל, העמדה המוצגת בחוות-הדעת של המומחה מטעם המערער, היא שה-Tariff הוא רכיב אינטרגלי בגזר-הדין, המגדיר את התקופה המקסימלית שבמהלכה ניתן לשלול את חירותו של הנידון – על יסוד שיקולי הגמול וההרתעה, שעומדים בבסיס הסנקציה שהוטלה עליו. בתקופה שלאחר תום ה-Tariff, כך לפי שיטת המומחה מטעם באי-כח המערער, ההצדקה היחידה להמשך הגבלת חירותו של הנידון – היא הגנה על הציבור מפני מסוכנותו, ככל שהוא אכן מהווה סיכון לציבור. לפיכך, על-פי חוות-הדעת האמורה, עם תום תקופת ה-Tariff יש להביא את הנידון בפני ועדת שחרורים שתבחן אם הנידון מהווה סיכון לציבור. באי-כח המערער מפנים, כאמור, גם לפסקי-הדין ב: עניין סטפורד, עניין אנדרסון ופרשת מק'קייב – המחזקים, להבנתם, את עמדתם זו.

38. עמדה שונה מוצגת ומפורטת במכתביו של מר ווילקנסון ועליה סמך בא-כח המשיב את ידיו בטיעונו בפנינו. גישה זו באה לידי ביטוי באופן המפורש ביותר במכתב של מר ווילקנסון מתאריך 24.03.2004. אביא איפוא חלק מדבריו בלשון המקור:

"The tariff is the part of the life sentence that must be served in prison as a punishment for the offence committed and as a general deterrence to others. The tariff is therefore a minimum period a prisoner must serve in prison before being considered for release on life licence. Once the tariff has been served the Parole Board will consider whether or not the prisoner should be released. The prisoner will only be released if the Parole Board believes that he is no longer a risk to the public. It is possible, therefore, that a prisoner serving in custody for the rest of his life; although in practice only the most serious cases, usually those involving multiple acts of murder, will require a prisoner to remain in custody for the rest of his life"...

מר ווילקנסון מתייחס במכתבו הנ"ל גם לתיקוני החקיקה שנעשו בבריטניה בשנת 2003 (במסגרת ה-Criminal Justice Act, 2003), שבגדרם הועברו סמכויות

קביעת ה-Tariff, שהיו נתונות לפני כן למזכיר המדינה – לבתי המשפט, וכן הועתק שיקול הדעת בדבר שחרורו של אסיר שתקופת ה-Tariff שלו הסתיימה – ממזכיר המדינה לוועדת השחרורים (Parole Board).

במכתבו מחודש יולי 2012 חוזר מר ווילקנסון על הדברים שמסר במכתב הנ"ל משנת 2004. במכתב זה מתייחס מר ווילקנסון לתקופת ה-Tariff כ: "appropriate punitive term". כן מתייחס מר ווילקנסון במכתב זה לפסקי-הדין בעניינים סטפורד ו-אנדרסון, וכן לתיקון החקיקה שנעשה בבריטניה בשנת 2003, אותו תיאר כבר במכתבו משנת 2004. יחד עם זאת, מר ווילקנסון מדגיש במכתב זה כי אסיר עולם, אשר סיים לרצות את תקופת ה-Tariff – איננו משוחרר באופן אוטומטי, אלא רק לאחר החלטה של וועדת השחרורים כי הוא איננו מהווה עוד סיכון לציבור ולפיכך יש לשחררו.

במכתבו של מר ווילקנסון מחודש ספטמבר 2012, אשר נכתב בתשובה למספר שאלות שהוצגו לו על-ידי הנציגים הישראליים, הוא מציין כי פסקי-הדין בפרשת מק'קייב עוסקים בהעברת אסירים בתוך גבולות הממלכה הבריטית המאוחדת, תחום אשר מוסדר על-ידי חקיקה שונה, ולפיכך אין ללמוד מעניין זה – לענייננו.

עוד אציין כאן כי מכתבו המוקדם של מר ווילקנסון מחודש מרץ 2001 עוסק בשאלתה שהופנתה אליו מטעם נציגי מדינת ישראל, בעניין האפשרות שעונשו של המערער יומר לעונש מאסר בן 13 שנים (בכפוף להתחייבות של המערער שלא לבקש את שחרורו המוקדם על-פי דיני השחרור המוקדם בישראל ולהמלצה של הנציגים הישראליים לוועדת השחרורים בישראל – שלא לשחרר את המערער בשחרור מוקדם). כפי שעולה ממכתבו הנ"ל של מר ווילקנסון, רשויות בריטניה התנגדו להצעה האמורה, וזאת בשל החשש כי חרף כל ההבטחות והמאמצים – המערער עלול היה להשתחרר לפני תום תקופת ה-Tariff, שנתפסה כתקופה המינימאלית שעל המערער לרצות בכל מקרה מאחורי סורג ובריה (והנה עוד ראה לכך שהסכמת האסיר, או הבטחתו – איננה נחשבת כמחייבת). נראה כי המאפיין של ה-Tariff, שעולה ממכתב זה, הוא היותו ביטוי לתקופה המזערית (המותאמת באופן פרטני לנידון ולמעשיו), שעל נידון למאסר עולם לרצות מאחורי סורג ובריה, אך אין ללמוד ממכתב זה, בהכרח, בדבר עמדת הרשויות בבריטניה ביחס לתקופה המירבית שעל הנידון לרצות.

אם לסכם את עמדתו של מר ווילקנסון, נראה כי הוא רואה ב-Tariff חלק מגזר-דין של עונש מאסר עולם, שנועד לשמש, מחד גיסא, כתקופה המינימאלית, אשר נידון שהורשע בגין רצח – חייב לרצות מאחורי סורג ובריה, ומאידך גיסא, ככזה התוחם את

התקופה שבה ניתן להחזיק נידון במאסר על יסוד ההצדקות של גמול והרתעה. לאחר תקופה זו, כך על-פי מר ווילקנסון, שחרורו של הנידון נתון לשיקול דעתה של וועדת השחרורים – והבסיס לשיקול דעתה הוא הערכתה בדבר הסיכון שהנידון עדיין מהווה לציבור ולחברה. הנה כי כן גם בבריטניה אין בטחון שנידון למאסר עולם בגין רצח ישוחרר בוודאות לאחר ריצוי תקופת ה-Tariff, אלא רק שעניינו ייבחן בחלוף אותן שנים. במידה וועדת השחרורים לא תורה על שחרור האסיר, בשל היותו מסוכן לציבור כאמור – עניינו יחזור וייבדק מחדש מדי שנתיים.

39. עמדת המשיב, המסתמכת בעיקרה כאמור על גישת הרשויות בבריטניה, הינה כי העונש שהושת על המערער הינו עונש מאסר עולם (ללא תאריך סיום) וכי ה-Tariff מהווה רק רכיב בהליכי השחרור המוקדם בבריטניה, שאותם הוא משווה להליכים על-פי חוק השחרור על תנאי שלנו. בא-כח המשיב טוען כי גם העובדה שה-Tariff נקבע בשנים האחרונות על-ידי רשות שופטת (מאז פסקי-הדין בעניינים סטפורד ו-אנדרסון ותיקון החוק הבריטי ב-2003) – איננה הופכת אותו לחלק מגזר הדין. מכל מקום, בא-כח המשיב סבור כי מאחר שה-Tariff בעניינו של המערער נקבע על-ידי מזכיר המדינה, שהוא רשות מינהלית (לפני תיקון החוק בבריטניה בנושא זה), הרי שיש להסיק מכך כי למצער ה-Tariff שנקבע למערער – איננו חלק מגזר-הדין שהושת עליו.

40. לאחר שהרחבתי בתיאור עמדות הצדדים דומה עלי כי בכל הנוגע להבנת טבעו של מוסד ה-Tariff – אין למעשה פער גדול מדי בין עמדתו של עו"ד פיצג'לד, מטעם המערער, לבין עמדתו של מר ווילקנסון, מטעם המשיב (ודוק: גם אם ישנו שוני מסוים בין גישותיהם בכל הנוגע לשאלה בדבר אופן הפעולה הנדרש על-פי האמנה, הרי שממילא סוגיה זו איננה מצויה בתחום מומחיותם הבלעדית, באשר שאלה זו איננה חלק מהדין הבריטי הטעון הוכחה, כי אם חלק מהדין הישראלי, אשר אימץ את האמנה). ארשה לעצמי איפוא לסכם הדברים, כפי שהם עולים מחוות-הדעת של המומחים ומהאסמכתאות אליהן הפנו הצדדים, ומהבנתי שלי את המכלול לאחר עיון בכל החומר הנ"ל.

41. דומה שה-Tariff הוא חלק אינטגרלי מגזר-דין של מאסר עולם, המוטל בבריטניה על נידונים שהורשעו בעבירת הרצח. תקופת ה-Tariff, אשר נקבעת באופן פרטני ביחס לכל נידון, היא התקופה המינימלית, אשר במסגרתה ניתן לשלול מהנידון את חירותו על יסוד הצדקות של גמול והרתעה. ניתן איפוא לומר כי תקופת המאסר הקבועה ב-Tariff היא תקופה מספיקה על מנת להרתיע מביצוע של עבירת רצח בנסיבות דומות לאלו שבגינן הורשע אותו נידון. כן ניתן לומר כי לאחר ריצוי תקופת

ה-Tariff – בא לסיפוקו מרכיב הגמול ככזה. יחד עם זאת, גם לאחר תום תקופת ה-Tariff הנידון אמור להמשיך ולרצות עונש מאסר בפועל, כל זמן שהוא נחשב עדיין כמי שמהווה סיכון לציבור הבריטי (התקיימותו של נתון זה, או שלילתו צריך להיקבע על-ידי וועדת שחרורים שם, שבפניה יש להביא את הנידון מיד עם תום תקופת ה-Tariff, וכל עוד לא שוחרר – מדי שנתיים).

כאמור, לצורך יתר בהירות, אתייחס עתה ל"הסטוריה" של רכיב ה-Tariff, לאסמכתאות אליהן הפנו הצדדים ולחומר ההשוואתי הנוסף בו עיינתי.

42. בעבר נקבע ה-Tariff בבריטניה על-ידי מזכיר המדינה, שהוא רשות מינהלית, לאחר קבלת חוות-דעת מגורמים נוספים, אשר לא חייבו אותו בהמלצותיהם. יצוין בהקשר זה כי גם סמכות השחרור בתקופה שלאחר תום ה-Tariff, אשר חלקה המהותי מצוי כיום בסמכות וועדת השחרורים, היתה נתונה בעבר, באופן מלא, למזכיר המדינה.

המצאותן של הסמכויות הנ"ל אצל מזכיר המדינה – הועמדה למבחן בפני בית הדין האירופי לזכויות אדם במסגרת עניין סטפורד. באותו מקרה דובר באסיר משוחרר ברשיון (שהורשע קודם לכן ברצח ונידון למאסר עולם), אשר הפר את תנאי הרשיון, בכך שביצע עבירות מרמה. אותו אסיר הורשע בגין עבירות המרמה ונידון למספר שנות מאסר. בתום שנות המאסר הנ"ל – מנע מזכיר המדינה את שחרורו של סטפורד, מכוח היותו אסיר עולם (אשר שוחרר קודם לכן ברשיון בלבד). לאחר מאבקים משפטיים ממושכים בפני רשויות המשפט בבריטניה, הגיש סטפורד עתירה לבית הדין האירופי לזכויות אדם, שם הוא טען כי בשל היעדר קשר מספק בין עבירות המרמה לבין עונש מאסר העולם שהושת עליו בגין הרצח, יש לראות בהשאתו במאסר לאחר שסיים לרצות את עונשו בגין עבירות המרמה – כשרירותית וכבלתי-מוצדקת.

בית הדין האירופי לזכויות אדם בחן בקפידה בעניין סטפורד את מבנה הענישה של אסירי עולם שהורשעו ברצח בבריטניה (עבירה שבגינה עונש מאסר עולם הוא חובה בבריטניה על-פי חוק, להבדיל מעונש כזה המושת מכח שיקול דעתו של בית המשפט בעבירות אחרות) ופסק כי ההחלטה של מזכיר המדינה – להשאיר את סטפורד בכלא, על רקע החשש שהוא יבצע בעתיד עבירות נוספות בלתי-אלימות – היוותה הפרה של האמנה האירופית לזכויות אדם (או בשמה הרשמי: האמנה להגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד). הנימוק של בית הדין היה שבהיעדר קשר מספק בין ההרשעה המקורית ברצח, לבין הסיכון שיוחס לסטפורד (של ביצוע עבירות מרמה נוספות) – המשך החזקתו בכלא היתה שרירותית. עוד נקבע שם כי נפל פגם גם בכך שההחלטה

שלא לשחרר את סטפורד בתום המאסר בגין עבירות המרמה – לא היתה החלטה של גוף שיפוטי ושנמנעו מסטפורד מנגנוני הגנה חיוניים (כמו שימוע בעל-פה) הנדרשים בהליך פלילי ומובטחים באמנה האירופית לזכויות אדם.

חשובות יותר לענייננו, לצד התוצאה של פסק-הדין, הן מספר קביעות של בית הדין האירופי לזכויות אדם בנוגע למהותו של מוסד ה-Tariff בבריטניה. בין היתר נאמרו שם הדברים הבאים (בפיסקה 79):

"The Court considers that it may now be regarded as established in domestic law [in Britain – H.M.]... as regards the nature of tariff-fixing. It is a sentencing exercise. The mandatory life sentence does not impose imprisonment for life as a punishment. The tariff, which reflects the individual circumstances of the offence and the offender, represents the element of punishment... This conclusion is reinforced by the fact that a whole life tariff may, in exceptional cases, be imposed where justified by the gravity of the particular offence".

וכן (בפיסקה 87):

"The Court has found above that the tariff comprises the punishment element of the mandatory life sentence. The Secretary of State's role in fixing the tariff is a sentencing exercise, not the administrative implementation of the sentence of the court as can be seen in cases of early or conditional release from a determinate term of imprisonment. After the expiry of the tariff, continued detention depends on elements of dangerousness and risk associated with the objectives of the original sentence of murder".

[לתיאור "היסטורי" של הסוגיה עד לפסק הדין בעניין סטפורד ובתקופה שמיד

לאחריו, עיינו: STEPHEN LIVINGSTONE, TIM OWEN, ALISON MACDONALD, PRISON LAW, 450-476 (3<sup>rd</sup> ed., 2003) (להלן: PRISON LAW)].

43. בעקבות פסק-הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין סטפורד הועלתה לדיון בבריטניה (ונטענה בפני בית הלורדים בעניין אנדרסון) השאלה בדבר סמכותו של מזכיר המדינה לקבוע את ה-Tariff. פרטי המקרה האחרון היו כאלה: אנדרסון הורשע בגין רצח כפול, נידון למאסר עולם ונקבעה לו, על-ידי מזכיר המדינה, תקופת Tariff ארוכה מזו שעליה המליץ שופט הערכאה המבררת. אנדרסון עתר לביקורת שיפוטית כנגד החלטה זו של מזכיר המדינה (עוד לפני ההחלטה בבית הדין האירופי בעניין

סטפורד), בטענה שהפעלת הסמכות לקביעת ה-Tariff בידי מזכיר המדינה, מונעת ממנו את הזכות (המוגנת אף היא על-ידי האמנה האירופית לזכויות אדם), שעניינים פליליים יוכרעו על-ידי טריבונל בלתי-תלוי, לאחר שימוע.

בית המשפט האנגלי בערכאה הראשונה דחה את עתירתו, וגם ערעור על החלטה זו לבית המשפט לערעורים – נדחה. החוק הבריטי בעת הדיון בבית המשפט לערעורים הקנה את הסמכות לקביעת ה-Tariff במקרים של מאסר עולם חובה – למזכיר המדינה. בית המשפט לערעורים רמז בפסק דינו כי ייתכן שיש מקום לשינוי הכללים בעניין זה, אך מאחר שבית המשפט לערעורים היה מודע לכך ששאלה דומה עומדת להיות מוכרעת בבית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין סטפורד – הוא העדיף שלא להתערב עובר להכרעה שם – ודחה כאמור את הערעור. בעקבות פסק-הדין בעניין סטפורד – בית הלורדים, אשר אליו הגיש אנדרסון בקשת רשות ערעור, נאות לדון בטענותיו, וקבע כי מאחר שמזכיר המדינה איננו טריבונל, ואף איננו עצמאי (מהרשות המבצעת) – הוא איננו יכול לקחת חלק בקביעת ה-Tariff, מבלי שהדבר יעמוד בסתירה להוראות האמנה האירופית לזכויות אדם. יחד עם זאת, בהתאם לדין בדבר זיקות הגומלין שבין בית הדין האירופי לזכויות אדם לבין הדין הפנימי בבריטניה, נקבע בפסק הדין של בית הלורדים בעניין אנדרסון כי הסעד היחיד שיכול להנתן במקרה זה הוא הצהרה כי סעיף החוק הרלבנטי (סעיף 27 ל-Criminal (sentences) Act 1997) – סותר את הוראות האמנה האירופית לזכויות אדם. הצהרה זו הפנתה למעשה את הסוגיה לפרלמנט הבריטי על מנת שזה ישקול את תיקון החוק.

במסגרת פסק-הדין בעניין אנדרסון נאמרו, בין היתר, הדברים הבאים, החשובים לענייננו (פיסקה 13 לפסק-דינו של הלורד בינגהם):

"What happens in practice is that, having taken advice from the trial judge, the Lord Chief Justice and departmental officials, the Home Secretary assesses the term of imprisonment which the convicted murderer should serve as punishment for his crime or crimes. That decision defines the period to be served before release on licence is considered. ***This is a classical sentencing function.*** It is what, in the case of other crimes, judges and magistrates do every day". (ההדגשה שלי – מ"מ)

וכן (בפיסקה 24):

"It is clear beyond doubt that the fixing of a convicted murderer's tariff, whether it be for the remainder of his days or for a relatively short time only, involves an assessment of the quantum of punishment he should undergo".

44. בעקבות פסק-הדין בעניין אנדרסון, תוקן ה-Criminal (Sentences) Act 1997 הבריטי ונחקק סעיף 269 (והתוספות 21 ו-22) ל-Criminal Justice Act 2003 (להלן: CJA 2003). ההסדר החקיקתי החדש (המוסדר בשילוב של החוקים הללו) מטיל על בית המשפט לבחון אם יש להוציא צו המורה על תחולה של הליכי שחרור מוקדם (במסגרתם נבחנת מסוכנותו של הנידון), לגבי נידון מסוים, לאחר תקופה המשקפת את החומרה של העבירה (או את חומרתה, בשילובה עם עבירות אחרות) ואת אינטרס הגמול. בית המשפט יכול להורות במקרים של עבירות חמורות במיוחד שהליכי השחרור המוקדם לא יחולו כלל לגבי הנידון (ומשמעות הדבר הינה שהנידון יישאר במאסר עד יום מותו). יצוין כי בהסדר החקיקתי החדש – לא נעשה יותר שימוש בביטוי "Tariff", והתקופה שכונתה בעבר Tariff מכונה כעת כאמור: "minimum term", או "part of the sentence", או "relevant part". עוד יצוין כי ההסדר החדש חל לגבי גזרי-דין שנגזרו לאחר כניסתו לתוקף של סעיף 269 ל-CJA 2003, כאשר הוראות מעבר מורכבות (המופיעות בתוספת 22 ל-CJA 2003) מסדירות את הטיפול בנידונים שעונשם נגזר לפני כניסת הסעיף הנ"ל לתוקף. ההסדרה של אופן קביעת ה-relevant part (באמצעות עונשי מוצא ושיקולים מובנים להקלה, או החמרה של עונשי המוצא) נעשית כיום במסגרת תוספת 21 ל-CJA 2003.

45. עניין נוסף שיש ליתן אליו את הדעת כאן הוא הנפקות שיש להעניק לעובדה שעונשו של המערער שלפנינו – נגזר בשנת 2000, ושה-Tariff בעניינו נקבע על-ידי מזכיר המדינה (ולא על-ידי גורם שיפוטי). בא-כח המשיב טוען, בשל עובדה זו, כי גם אם יש לראות כיום את ה-Tariff בבריטניה כחלק מגזר-הדין, הרי שאין לעשות כן באשר לגזר-הדין, שבו נקבע ה-Tariff ביחס למערער. טענה זו אין בידי לקבל. השאלה מהו ה-Tariff היא שאלה מהותית, שיש לתת עליה את הדעת בעת קביעת תנאי ההעברה. הנה כי כן לכל היותר ניתן לטעון כי יש לבחון את הסוגיה בהתאם לדין שהיה תקף בעת שעניינו של המערער הובא לראשונה בפני בית המשפט המחוזי הנכבד בירושלים – בתאריך 01.02.2002 ב-ב"ש 1103/02 (זאת נוכח המסגרת הדיונית שבאמצעותה הובא עניינו של המערער לדיון מחודש – כפי שעולה מהחלטת בית משפט זה ב-בג"ץ 6109/12; ראו פירוט נוסף בפיסקאות 6-10 לעיל).

מהסקירה שהובאה לעיל מתבקש כי כבר בעת שעניינו של המערער הובא בפני בית המשפט המחוזי הנכבד בפעם הראשונה (בתאריך 01.02.2002) – מוסד ה-Tariff נתפס בדין הבריטי כחלק מגזר-הדין, במסגרת הליך הענישה, והשאלות שהיו שנויות במחלוקת עסקו בנפקות של תפיסה זו לגבי סמכותו של מזכיר המדינה לקחת חלק בקביעת ה-Tariff. כך, בין היתר, הוצגו הדברים במסגרת הדיון בבית המשפט

לערעוירים בבריטניה, אשר דן בעניינו של אנדרסון בסוף שנת 2001 (עובר לפסק-הדין בעניין סטפורד) (להלן: עניין אנדרסון 2). בפסק-דין זה (בפיסקה 16) נכתב כדלקמן:

"The first step in Mr. Fitzgerald's argument is that the tariff-fixing exercise in the case of a mandatory life prisoner is either a sentencing exercise or is so closely analogous to a sentencing exercise that any difference is of no significance. As to the categorization exercise, as a matter of domestic law I have no doubt Mr. Fitzgerald is right".  
(*Regina (Anderson) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] EWCA 1698)

זה המקום לציין עוד כי בית המשפט לערעורים בבריטניה הפנה בעניין אנדרסון גם לפסק-דין נוסף של בית הלורדים (*R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Pierson* [1998] AC 539), שם נאמרו (כבר בשנת 1997) בהקשר שלפנינו הדברים הבאים (בעמ' 585):

"The undeniable fact is that in fixing a tariff in an individual case the Home Secretary is making a decision about the punishment of the convicted man. In any event, a majority holding in *Regina v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Venables* [1997] 3 W.L.R. 23 concludes the matter. Lord Goff of Chieveley held that the Home Secretary is 'exercising a function which is closely analogous to a sentencing function with the effect that, when so doing, he is under a duty to act within the same constraints as a judge will act when he is exercising the same function'..."

[עיינו גם במאמר המתאר את מהותו של ה-Tariff ואת מיקומו בהליך השחרור המוקדם בבריטניה, כבר בשנת 1984, שנים רבות לפני העברת התפקיד של קביעת ה-Tariff ממזכיר המדינה – לרשות השופטת (Mike Maguire, Frances Pinter & Catherine Collis, *Dangerousness and the Tariff – The Decision-Making process in Release From Life Sentences*, 24 BRIT. J. CRIMINOL. 250, 267 (1984)). באותו מאמר מתואר ה-Tariff כקוצב: "Time for the crime" והובעה כבר אז ביקורת על חלקו הבלתי-מספק, לשיטת המחברים, של בית המשפט בקביעת תקופת המאסר דה-פקטו במסגרת העונש הכולל של "מאסר העולם"; עיינו עוד: David Hirschman, *Parole and the Dangerous Offender*, in DANGEROUS PEOPLE 137, 141 (Nigel Walker ed., 1996). [(PRISON LAW, 461-476].

46. נראה איפוא לכאורה שכבר בעת שעניינו של המערער נבחן לראשונה בישראל – ה-Tariff נתפס בבריטניה כחלק מגזר-הדין, או כרכיב הדומה במהותו לגזר-דין.

עתה עלינו לעבור לפיכך לניתוח עניינו של המערער על פי הוראות החוק והאמנה. כאן עולות מספר סוגיות-משנה ואדון בהן על-פי סדרן.

האם ה-Tariff הוא חלק מגזר-הדין, או שמא מדובר בהוראת יישום (או אכיפה) של גזר-הדין – במשמעות החוק והאמנה

47. כפי שעולה מתיאור המסגרת הנורמטיבית המסדירה את המקרה שלפנינו – הקביעה בסוגיה אם הוראה מסוימת שנקבעה ביחס לנידון (או היתה תקפה לגביו) במדינה השופטת היוותה חלק מגזר-הדין – יש לה חשיבות רבה בעת ריצוי העונש במדינה המבצעת, אליה הועבר האסיר. אם ההוראה בה מדובר היא חלק מגזר-הדין, כי אז היא כפופה להוראות סעיף 10 לאמנה (העוסק באימוץ ו"התאמה" של גזר-הדין של המדינה השופטת – לדיני המדינה המבצעת), ואולם אם אותה הוראה היא חלק מאופן היישום (או: האכיפה) של גזר-הדין, אז יחולו עליה הוראות סעיפים 9.3 לאמנה ו-11(א) לחוק נמ"ב (העוסקים באכיפה ויישום של גזר-הדין במדינה המבצעת, על-פי חוקי המדינה המבצעת). הנה כי כן במקרה שלפנינו יש לבחון אם ה-Tariff שנקבע למערער בבריטניה, מהווה חלק מגזר-הדין לעניין החוק והאמנה, או שמא מדובר בהוראה המשתלבת רק במסגרת מנגנון האכיפה של גזר-הדין. ודוק: בשונה מהדיון בפרק הקודם, שעסק בהכנת מהותו של ה-Tariff בבריטניה – שם הוכרעה השאלה, בהכרח, על בסיס הדין הבריטי – הרי שכאן התשובה לשאלה איננה כפופה בלעדית להשקפת הדין הבריטי, אלא גם לדין הישראלי ולהוראות האמנה (אף שהיא נשענת על משמעותו של ה-Tariff בבריטניה, כפי שנתבררה בראש הפרק הקודם). כפי שהראיתי שם, ה-Tariff בבריטניה הוא, באופן כללי, לכאורה, רכיב בגזר-דין של מאסר עולם, הקובע את טיבה ומשכה של תקופת זמן שאותה יש לרצות ואשר מבטאת את תקופת הענישה המתחייבת משיקולי הגמול וההרתעה. בצד זה – זוהי התקופה המזערית שעל נידון לרצות מאחורי סורג ובריה (כפוף לשיקולים של סיכונים לשלום הציבור, הנובעים הימנו) ויתרת מאסרו תלויה בהערכת מסוכנותו לציבור, על פי שיקול-דעתה של ועדת השחרורים הבריטית.

נוכח תיאור זה של ה-Tariff, דומה כי גם לצרכי האמנה וחוק נמ"ב – אין מנוס מלסווג את ה-Tariff כחלק מגזר-הדין, ובהתאם להחיל עליו מכח סעיפים 3 ו-10 לחוק נמ"ב את הוראות סעיף 10 לאמנה. עוד אציין בהקשר זה, כי אין בידי לקבל את ההשוואה, שבא-כח המשיב מבקש לערוך בין מוסד ה-Tariff בבריטניה לבין ההסדרים שבחוק שחרור על-תנאי שלנו (שילוב הוראות פרק ה' לחוק זה, עם סעיף 5 שבו) – שהם אכן הסדרים העוסקים באכיפה של גזר-דין ואינם מהווים חלק אינטגרלי ממנו.

במה דברים אמורים: סמכות קציבת העונש בישראל, שהיא אקט נשיאותי, נחשבת כמעשה של "חסד ורחמים" (ראו: בג"ץ 9631/07 כץ נ' נשיא המדינה, פסקה 17 (14.04.2008)). לפיכך לא ניתן להשוות בין סמכות זו לבין מוסד ה-Tariff, שאיננו מבוסס בבריטניה על מידת הרחמים, כי אם על מידת הדין והצדק. מעבר לכך, סעיף 5 לחוק שחרור על-תנאי (אשר מתייחס רק לנידונים, שעונשם נקצב), קובע תקופה מזערית אחידה (נשיאת שני שלישים מהעונש שנקצב), שרק לאחריה יכול עניינו של הנידון לבוא בפני וועדת השחרורים. גם בכך נבדל ההסדר שלנו מה-Tariff, אשר נקבע באופן פרטני לגבי כל נידון ונידון. הבדל זה – יש גם בו כדי ללמד על השוני בטיבם של שני ההסדרים.

48. בחינה של השאלה שהצבנו לעיל אגב פניה למשפט המשווה – מעלה מסקנות דומות. כך למשל, במקרה דומה לזה המצוי כעת לפנינו, הועבר אסיר עולם מבריטניה לארצות-הברית, על בסיס האמנה (ראו: Michael Austin v. United States Parole Commission 448 F.3d 197 (2<sup>nd</sup> Circuit, 2006)). לאסיר העולם נקבע בבריטניה Tariff של 24 שנים. בהגיע אסיר העולם הנ"ל לארצות הברית, בחנה ה-Parole Commission שם (שהיא הגוף האמון על קביעת משכו של מאסר עולם בארצות-הברית) את המאפיינים של אסיר העולם האמור ושל העבירות בגינן הורשע על-פי הקווים המנחים (Guidelines) המחייבים בארצות-הברית, וקבעה כי עונש מאסר העולם שיוטל עליו יהיה ללא אפשרות לשחרור מוקדם (תוך התעלמות מה-Tariff). בית המשפט לערעורים בארצות-הברית (ב-2<sup>nd</sup> Circuit) קבע כי ה-Parole Commission – פעלה בניגוד לאמנה, כשיישמה את הקווים המנחים כלשונם, והחזיר את העניין ל-Parole Commission, על מנת שתקבע משך זמן חדש למאסר, שיתאם את גזר-הדין המקורי (לרבות ה-Tariff), וזאת לא רק בהסתמך על הקווים המנחים האמריקאיים. לתפיסתי יש לפסק-דין זה "השפעה השראתית" על עניינו – השוו: י.מ. אפלבוים "השראה טרנסאטלנטית" הפרקליט כא 170 (1964).

49. מקרה אחר במשפט המשווה מדגים את המצב ההפוך, כאשר הסדר מסוים הקיים במדינה השופטת איננו חלק מגזר-הדין, אלא הסדר העוסק באכיפת גזר-הדין ויישומו. באותו מקרה, דובר בנידון, אזרח אסטוניה, אשר הורשע בפינלנד בעבירות סמים. מדינת פינלנד ביקשה את העברתו לאסטוניה, חרף סירובו לעבור (בהתאם להוראות פרוטוקול מרחיב, שאיפשר העברת נידונים למדינת אזרחותם ללא הסכמתם במקרים מוגדרים). התנגדותו של הנידון במקרה זה למעבר לאסטוניה היתה נעוצה בהבדלים בשיטת השחרור המוקדם בין הארצות. בעוד שבפינלנד קיימת אפשרות לשחרור מוקדם לאחר ריצוי של מחצית מעונש המאסר, באסטוניה ניתן להשתחרר רק

לאחר ריצוי של שני שלישים מאותו מאסר. בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע שכל עוד שהעונש שהנידון ירצה במדינה המבצעת איננו חורג מהעונש המקורי שנגזר על הנידון במדינה השופטת – אין כאן הפרה של האמנה. יוצא כי אין מניעה עקרונית שנידון ירצה במדינה המבצעת תקופת מאסר ארוכה יותר מזו שהיה צפוי לרצות בפועל במדינה השופטת (יחד עם זאת, בית הדין ציין כי הוא איננו שולל את האפשרות שבמקרים קיצוניים, גם החמרה חריגה במיוחד של העונש "דה-פקטו" יכולה להיחשב להפרה של האמנה האירופית לזכויות אדם). ראו: *Veermæ v. Finland* [2005] ECHR: Admissibility Decision, Application No. 38704/03.

50. להבדיל מה-Tariff עצמו, שהוא כאמור חלק מגזר-הדין, שונה הדין ביחס להסדר אחר אליו התייחסו באי-כח המערער, שלפיו, כיום (מאז תיקון החוק בבריטניה) כאשר מדובר באזרח זר, המרצה שם עונש של מאסר עולם – הוא מגורש מבריטניה בתום תקופת ה-Tariff (להלן: הסדר הגירוש; ראו את טענות באי-כח המערער המתוארות בפיסקה 16 שלעיל, שלפיהן בהתאם להסדר הגירוש, לו היה העותר נשאר בבריטניה הוא כבר היה משוחרר ומגורש לישראל "אוטומטית"). הסדר הגירוש, הינו הסדר העוסק באופן מובהק באופן היישום של גזר-הדין ולפיכך יש להחיל עליו את הוראות סעיף 9.3 לאמנה וסעיף 11(א) לחוק בהקשר של נשיאת מאסר, או שחרור ממאסר. מכאן שהוראת סעיף 11 לחוק הנמ"ב, המחילה על ההסדרים הנ"ל את הדין הישראלי – אין בה כדי לסייע למערער. לפיכך, בישראל – אין לנהוג על-פי הסדר הגירוש, אשר איננו מוכר ככזה בדין הישראלי. אין איפוא מקום לקבל את טענות באי-כח המערער, המסתמכות על הסדר הגירוש, ומבקשות לראות במערער כאילו הוא המשיך לשהות בבריטניה, על אף שעבר לריצוי עונשו בישראל. זאת ועוד – אחרת. הסדר הגירוש מבוסס על ההנחה שלאחר הגירוש – הנידון איננו עוד מסוכן יותר לציבור הבריטי, ואולם שאלה לעצמה היא האם הוא עדיין מסוכן לציבור במדינה אליה גורש, או הועבר. מכאן שגם מטעם זה הסדר הגירוש איננו רלבנטי בכל הנוגע להמשך ריצוי גזר-הדין הבריטי בישראל, מכח צו נשיאת המאסר (שאישר את ההעברה ארצה טרם שהסדר הגירוש הבריטי בא בכלל לעולם).

לסיכום: הבחירה אותה עשה בשעתו המערער (אשר אף העניקה לו יתרונות לא מעטים) – איננה מאפשרת לו לאחוז עתה את המקל "משני קצותיו".

51. כאמור בפרק העוסק במסגרת הנורמטיבית, סעיף 10 לאמנה מסדיר את אופן האימוץ (ובמידת הצורך, ההתאמה) של גזר-הדין שנפסק במדינה השופטת – על-ידי המדינה המבצעת (וזאת על-פי מסלול ה"אכיפה המתמשכת", שהוא כאמור המסלול שנבחר על-ידי מדינת ישראל בעת הצטרפותה לאמנה). כן הובהר לעיל כי חוק נמ"ב איננו מסדיר נושא זה במישרין, אלא רק באמצעות הפניה לכללי האמנה, בסעיף 3 לחוק. לשם הנוחות אביא כאן שוב את הוראות סעיף 10 לאמנה:

**"אכיפה מתמשכת**

10.1 במקרה של אכיפה מתמשכת, המדינה המבצעת תהיה כבולה לטיבו המשפטי ולמשכו של גזר-הדין, כפי שנקבעו על-ידי המדינה השופטת.

10.2 אולם, אם בטיבו או במשכו אין גזר דין זה תואם את חוק המדינה המבצעת, או אם חוקיה דורשים זאת, אותה מדינה רשאית, בצו בית משפט או בצו מינהלי, להתאים את הסנקציה לעונש או לאמצעי הקבועים בחוק שלה לגבי עבירה דומה. אשר לטיבם, האמצעי או העונש, יעלו, במידת האפשר, בקנה אחד עם אלה שהוטלו על-ידי גזר-הדין המיועד לאכיפה. הם לא יחמירו, בטיבם או במשכם, את הסנקציה שהוטלה במדינה השופטת, ולא יעלו על המירב הקבוע בחוק המדינה המבצעת."

על מנת שניתן יהיה לפעול בהתאם להוראות סעיף 10.1 לאמנה (כלומר, יישום ללא כל התאמה) – נדרש שהסנקציה שנקבעה במסגרת גזר-הדין הזר, תהיה מסוג הסנקציות המוסדרות בחוקיה של המדינה המבצעת. כך, לדוגמא, אם היה מוטל בבריטניה עונש מאסר קצוב של 5 שנים – לא היה כל קושי לאמץ גזר-דין זה ולהורות על מימושו בישראל על דרך של "אכיפה מתמשכת". במקרה שלפנינו, גזר-דינו של המערער, כפי שנגזר בבריטניה, מכיל רכיב שהוא זר לשיטת המשפט הישראלית – ה-Tariff. למעשה, מידת ה"זרות" של גזר-הדין הבריטי לדין הישראלי, במקרה שלפנינו, הינה רבה יחסית. כפי שהובהר לעיל, עונש מאסר העולם שהושת על המערער בבריטניה מחולק לשתי תקופות – תקופה ראשונה שהיא עונשית והרתעתית ותקופה שנייה שהיא מניעתית. עונש מאסר העולם בישראל, איננו מחולק באופן דומה, ולמעשה, עונש מאסר העולם בישראל – לכל אורכו – מבוסס על כלל שיקולי הענישה ואלה כרוכים יחד בערבוביה (גמול; הלימה; הרתעת היחיד והרבים; הגנה על הציבור ושיקום). יתרה מזאת, הגבלת חירות על בסיס מניעתית בלבד הינה נדירה בישראל (השוו: חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט-1979). נראה איפוא כי נדרשת כאן "התאמה" לפי סעיף 10.2 לאמנה.

52. העקרון המרכזי של מנגנון ה"התאמה", המוסדר בסעיף 10.2 לאמנה, קובע כי הסנקציה המותאמת איננה יכולה להחמיר, מבחינת משך הסנקציה והטיב שלה – את הסנקציה שנקבעה על-ידי המדינה השופטת. ודוק: מנגנון ה"התאמה" הנדרש פה שונה ממנגנון ה"התאמה" המוסדר במסגרת סעיף 10(א) לחוק נמ"ב, העוסק במקרים שבהם העונש שנקבע בגזר-הדין המקורי הינו חמור יותר מהעונש המירבי הקבוע בחוק הישראלי. מאחר שמנגנון ה"התאמה" המוסדר בסעיף 10(א) לחוק נמ"ב הינו למעשה מנגנון של מעין הקלה בעונש, הוא איננו עוסק ממילא בחשש שהסנקציה המותאמת תחמיר את גזר-הדין המקורי, ואולם במקרה שלפנינו מדובר בסיטואציה של "סימטריה הפוכה".

זה המקום להעיר – בית משפט זה טרם נדרש בעבר לבחון את אופן ביצוע ה"התאמה" של גזר-דין זר על-פי סעיף 10.2 לאמנה, שלא בהקשר של סעיף 10(א) לחוק נמ"ב (לפסקי-דין שעסקו בהפעלת מנגנון ה"התאמה" המוסדר בסעיף 10(א) לחוק נמ"ב, ראו: ע"פ 2788/08 אטיאס נ' מדינת ישראל (06.05.2010); עניין שיטריט). לפיכך, במסגרת בחינת סוגיית ה"התאמה" הנדרשת במקרה שלפנינו – האמורה להיזקק לסעיף 10.2 לאמנה – אתייחס גם למשפט המשווה, ולאופן שבו מתבצעת "התאמה" זו במדינות אחרות. כמובן שגם בהקשר זה – להבדיל מהפנייה לדין הבריטי בנוגע לבירור מהותו של ה-Tariff – סקירת המשפט המשווה, נועדה אך ורק לשם "שאיבת השראה" וככלי עזר פרשני בלבד לפירוש האמנה.

53. המקרה הקרוב ביותר לענייננו במשפט המשווה (מעבר לזה האמריקאי הנזכר בפסקה 48 שלעיל) עוסק דווקא באופן שבו התמודדה בריטניה בשנת 2011 עם מקרה שבו אזרח בריטי שהורשע ברפובליקה של אירלנד (להלן: אירלנד) בגין רצח ונידון שם למאסר עולם – הועבר לבריטניה מכוח האמנה (ראו פסק-הדין ב: *Norman Hull v. Regina* [2011] EWCA Crim 1261 (להלן: עניין נורמן האל)), אשר לא אוזכר על-ידי מי מהצדדים). מאחר שבאירלנד לא נהוגה שיטה של קביעת Tariff, או הפרדה אחרת בין ה"פן העונשי" של מאסר העולם לבין ה"פן המניעתי" שלו – הרשויות בבריטניה עמדו מול השאלה, כיצד יש "להתאים" את עונש מאסר העולם שנגזר על הנידון באירלנד – לשיטה הבריטית. הנידון טען באותו מקרה כי מאחר שבאירלנד ניתן להתייצב בפני ועדת שחרורים לאחר שבע שנות מאסר – הרי שיש לקבוע בעניינו Tariff של שבע שנים. בית המשפט סבר, לעומת זאת, כי לא ניתן לעשות כן, שהרי על פי השיטה בבריטניה – בתום ה-Tariff, ועדת השחרורים תהיה חייבת להתייחס אל הנידון כאל מי שסיים לרצות את ה"חלק הגמולי" של גזר-הדין, והדבר איננו משקף את מהות גזר-הדין האירי, אשר איננו מפריד, כאמור, בין חלקים שונים של תקופת מאסר בהתאם

לתכליות הענישה השונות (במובן זה השיטה האירית דומה יותר לשיטה הנוהגת בישראל). בית המשפט בבריטניה הסתמך איפוא על מחקר שבחן את האורך הממוצע של תקופת המאסר טרם שחרור על-תנאי באירלנד של מי שנידונו למאסר עולם (18 שנים) וקבע כי יש לקבוע את ה-Tariff לפי תקופה זו, דבר שיבטיח עמידה בכללי האמנה, בכל הנוגע לאי-החמרה של העונש המקורי. בנוגע ל"תהליך ההתאמה", בית המשפט לערעורים בבריטניה אמר את הדברים הבאים:

"[T]he administering state may adapt the sanction to the nearest equivalent available under its own law, provided that this does not result in more severe punishment or longer detention"...

וכן:

"The task of the administering state under Article 10.2 is, when adapting a sentence, as far as possible to bring correspondence between the 'punishment' which would have been imposed in the sentencing state and (the remainder of) the sentence to be served in the administering state. That will require a reasoned judgment as to the likely duration of the custodial element of the sentence had the sentence been served in the sentencing state"...

זאת ועוד, אף שוועדת השחרורים באירלנד מוסמכת לשקול שיקולים רבים ומגוונים (לרבות: האופי והחומרה של העבירות; תקופת המאסר שהנידון כבר ריצה לפני בואו בפני הועדה; מידת האיום והסיכון שהנידון מהווה לציבור או לאנשים מסוימים; עבר פלילי; חשש מבריחה; התנהגות בכלא) – בית המשפט בבריטניה יישם את גזר-הדין על-פי השיטה הבריטית, לאמור, קביעת תקופת Tariff (ארוכה יחסית) שלאחריה הנידון יבוא בפני ועדת שחרורים, שתשקול רק שיקולים העוסקים במסוכנותו של הנידון. בהקשר זה נאמרו שם הדברים הבאים:

"It will be seen that although the Irish court has ruled that the punishment element of the sentence of life imprisonment subsists throughout the duration of the sentence, the matters which the minister is enjoined to consider before authorizing temporary release include factors relating both to the gravity of the offence and to the risks posed by the offender's release..."

There is [...] no justification for a conclusion that a minimum term of 7 years should be fixed in order to provide the Parole Board of England and Wales with the opportunity immediately to consider the Appellant's release. Such a course would not have been calculated to bring correspondence between the nature and duration of the

punishment or sanction since the Parole Board in England and Wales would be required to assume that the punishment and deterrent element of the sentence had already been fulfilled".

54. בעניין נורמן האל, בית המשפט לערעורים בבריטניה הפנה גם לסעיפים 49-50 לדברי ההסבר לאמנה. אביא איפוא להלן גם את הסעיפים הנ"ל מתוך דברי ההסבר לאמנה:

"49. Where the administering State opts for the "continued enforcement" procedure, it is bound by the legal nature as well as the duration of the sentence as determined by the sentencing State (paragraph 1): the first condition ("legal nature") refers to the kind of penalty imposed where the law of the sentencing State provides for a diversity of penalties involving deprivation of liberty, such as penal servitude, imprisonment or detention. The second condition ("duration") means that the sentence to be served in the administering State, subject to any later decision of that State on, for example, conditional release or remission, corresponds to the amount of the original sentence, taking into account the time served and any remission earned in the sentencing State up to the date of transfer.

50. If the two States concerned have different penal systems with regard to the division of penalties or the minimum and maximum lengths of sentence, it might be necessary for the administering State to adapt the sanction to the punishment or measure prescribed by its own law for a similar offence. Paragraph 2 allows that adaptation within certain limits: the adapted punishment or measure must, as far as possible, correspond with that imposed by the sentence to be enforced; it must not aggravate, by its nature or duration, the sanction imposed in the sentencing State; and it must not exceed the maximum prescribed by the law of the administering State. In other words: the administering State may adapt the sanction to the nearest equivalent available under its own law, provided that this does not result in more severe punishment or longer detention. As opposed to the conversion procedure under Article 11, under which the administering State substitutes a sanction for that imposed in the sentencing State, the procedure under Article 10.2 enables the administering State merely to adapt the sanction to an equivalent sanction prescribed by its own law in order to make the sentence enforceable. The administering State thus continues to enforce the sentence imposed in the sentencing State, but it does so in accordance with the requirements of its own penal system".

55. עתה לאחר שתיארת את אופן ההתמודדות שנקט בה המשפט המשווה בסוגיית ה"התאמה" של גזר-דין שהשית מאסר עולם (לרבות בהקשר של התאמה משיטה ללא Tariff – לשיטה הכוללת מנגנון של Tariff) – אעבור לבחינת סוגיית ה"התאמה" במקרה שלפנינו.

56. נראה כי אחד המאפיינים הבסיסיים של גזר-הדין הבריטי, שהשית מאסר עולם וקבע Tariff – הוא האפשרות להשתחרר מהמאסר לאחר תקופת ה-Tariff, בכפוף לשיקולי מסוכנות הנבחנים בבריטניה על-ידי וועדת שחרורים. דומני, כי כל "התאמה" שלא תכלול מאפיין זה של גזר-הדין הבריטי, יהיה בה משום החמרה שלו, הן מבחינת משך זמן העונש והן מבחינת טיבו (במשמעות סעיף 10.2 לאמנה). נראה כי המשמעות של "התאמה" זו לענייננו היא שיש לראות את עונש המאסר שעל המערער לרצות כמכיל – מתוך עצמו – הוראה המאפשרת את הבאתו של המערער בפני וועדת שחרורים לאחר תום תקופת ה-Tariff.

57. כאמור לעיל, על-פי סעיף 5 לחוק שחרור על תנאי – עניינו של אסיר עולם יכול לבוא בישראל בפני וועדת שחרורים מיוחדת רק לאחר שהאסיר ריצה שני שלישים מעונשו. הוראת חוק זו איננה יכולה לעלות בקנה אחד עם הסנקציה שהושתה על המבקש בבריטניה – בשל רכיב ה-Tariff. הפתרון שמציעים באי-כח המערער הוא כאמור על דרך של "התאמת" הסנקציה שנגזרה על המערער בבריטניה לחוק הישראלי על-ידי מציאת "המכנה המשותף הנמוך" בין הסנקציות – לאמור: שחרורו של המבקש מיד בתום תקופת ה-Tariff. פתרון זה הינו מרחיק לכת יתר על המידה ופוגע באופן בסיסי בתכליות של העיצומים שהושתו על המערער בבריטניה, שכן ככל שהמערער עודנו מסוכן לציבור, הרי שעל-פי הסנקציה המקורית שהושתה עליו – היה עליו להמשיך ולהיות מוחזק מאחורי סורג וברית גם שם. תהליך ה"התאמה" הנדרש לפי האמנה איננו פשוט איפוא והוא מחייב, לעתים, לבצע "הכלאה" בין עונשים מ"מינים" שונים. במידה מסוימת – כזה הוא המקרה שלפנינו. אף על-פי שלשון האמנה מדברת על "התאמתה" של הסנקציה שנגזרה במדינה השופטת – לדין המדינה המבצעת, אני סבור כי במקרים מסוימים, כאשר הנסיונות "להתאים" את הסנקציה המקורית, שנפסקה במדינה השופטת לדין המדינה המבצעת גורמים לסנקציה המקורית לאבד את אופיה הבסיסי ואת תכליותיה – ניתן לבחון את האפשרות "להגמיש" את דין המדינה המבצעת במידה מוגבלת. טלו למשל, מצב שבו אסיר, שהושת עליו עונש במדינה השופטת – מועבר לריצוי עונש זה במדינת אזורותו, שבה מוגדר עונש מינימום (חמור מזה שהושת במדינה השופטת) בצד העבירה שבגינה הורשע האסיר במדינה השופטת. דומה שבמצב כזה לא יהיה מנוס מ"הגמשת" דיני המדינה המבצעת על-ידי חריגה לקולא

מעונש המינימום – וזאת נוכח הוראת סעיף 10.2 לאמנה, האוסרת על החמרה (אגב הליכי ההעברה) של טיבו, או משכו של העונש שהושט במדינה השופטת.

נראה כי בענייננו ה"התאמה" הנדרשת אכן מחייבת לחרוג מהוראות חוק שחרור על תנאי ולאפשר לוועדת השחרורים לבחון את עניינו של המערער כבר בשלב זה, אף שטרם ריצה שני שלישים מהעונש שנקצב לו על-ידי כב' נשיא המדינה, כאשר הבסיס המשפטי להתאמה זו נעוץ בהוראת סעיף 3 לחוק נמ"ב (המפנה כאמור להוראות האמנה) ובהוראות סעיף 10(ב) לחוק נמ"ב, המדבר בקיצור תקופת המאסר במדינה השופטת – מה שמצדיק בחינת הקיצור גם במדינה המבצעת.

הנה כי כן לשיטתי קיצור תקופת המאסר במדינה השופטת, כמשמעו בסעיף 10(ב) לחוק הנמ"ב, כולל גם אפשרות של קיצור תקופת המאסר וניתן לראות חלופה זו כבאה בגדר אחד מן הסייגים הבאים:

(א) סעיף 10.1 לאמנה, המדבר בכך שבמקרה של אכיפה מתמשכת – המדינה המבצעת תהיה כבולה לטיבו המשפטי ולמשכו של גזר הדין, כפי שנקבע על-ידי המדינה השופטת.

(ב) סעיף 10.2 לאמנה, המסדיר את עניין ה"התאמה" אגב כך שלא תהיה בה "החמרה", בהשוואה לטיבו, או משכו של העונש במדינה השופטת. אציין כי במהלך פרשני דומה צידדתי, בשינויים המחוייבים, ב-בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות בצה"ל (12.01.2011).

58. הנה כי כן, במסגרת ההתאמה הנדרשת יש להביא את המערער בפני וועדת השחרורים המיוחדת בישראל, אף טרם שנשא שני שלישים מתקופת המאסר שנקצבה לו. ארחיב את הדיון בפתרון זה ובמשמעויותיו להלן.

59. וועדת שחרורים בישראל הינה גוף מעין שיפוטי, אשר סמכויותיו קבועות בחוק שחרור על-תנאי. על וועדת השחרורים נאמרו בעבר הדברים הבאים:

"וועדת השחרורים היא גוף מעין-שיפוטי, המפעיל סמכויות סטטוטוריות. בעבר, סמכויות אלה נקבעו בחוק העונשין, התשל"ז-1977 ובפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, וזאת מבלי שפורטו בחוק השיקולים אותם רשאית הוועדה לשקול. הוראות חוקים אלו הוחלפו בשנת 2001 בהוראות חוק שחרור על-תנאי, אשר במסגרתו עוגנו לראשונה מכלול השיקולים שעל הוועדה לשקול, והנתונים להם יש להתייחס בגיבוש החלטותיה.

נקודת המוצא היא כי 'שיקוליה של ועדת השחרורים נקבעים על-פי המטרה החקיקתית הקבועה בדברי החקיקה המעגניים את סמכותה, ואין הוועדה רשאית לשקול שיקולים שהם זרים למטרות שלשמן הוקמה' (רע"ב 10349/08 מדינת ישראל נ' גנאמה (20.07.2009); ההדגשות במקור – ח"מ).

לאור האמור – דומה כי לא ניתן להכתיב לוועדה מראש את השיקולים שעליה לשקול ביחס למערער. באותו אופן לא ניתן להקים "אד-הוק", יש מאין, וועדה מסוג אחר, אשר תהיה מוגבלת לשקול אך ורק שיקולים בדבר מסוכנותו של המערער. עם זאת ראוי להבהיר את הזיקה שבין שיקולים אלה לטענות הכרוכות בחוק נמ"ב ובאמנה, על מנת לנסות וליתר התדיינויות בנושא זה בעתיד. פירוט הדברים יובא מיד בסמוך.

60. השיקולים שעל ועדת שחרורים מיוחדת לבחון בעת גיבוש החלטה בדבר שחרורו של אסיר קבועים בסעיף 9 לחוק שחרור על-תנאי. סעיף 9 לחוק האמור מגדיר תחילה את קבוצות השיקולים הנ"ל באופן הבא:

"שיקולי הועדה

9. בבואה להחליט אם ראוי אסיר לשחרור על-תנאי, תשקול הועדה את הסיכון הצפוי משחרורו של האסיר לשלום הציבור, לרבות למשפחתו, לנפגע העבירה ולביטחון המדינה, את סיכויי שיקומו של האסיר ואת התנהגותו בכלא..."

סעיף 10 לחוק שחרור על תנאי מגדיר שיקולים נוספים שהועדה רשאית לשקול:

"שיקולים נוספים להחלטת הועדה

10. (א) במקרים בעלי חומרה ובנסיבות מיוחדות שבהם סברה הועדה כי שחרורו של האסיר על-תנאי יפגע במידה חמורה באמון הציבור במערכת המשפט, אכיפת החוק ובהרתעת הרבים, משנוצר יחס בלתי סביר בין חומרת העבירה, נסיבותיה והעונש שנגזר על האסיר לבין תקופת המאסר שיישא האסיר בפועל אם ישוחרר, רשאית הועדה להביא בחשבון גם נתונים אלה בהחלטתה, נוסף על הנתונים המפורטים בסעיף 9; משקלם של הנתונים לפי סעיף קטן זה בהחלטת הועדה יפחת ככל שיגדל החלק מעונש המאסר שהאסיר כבר נשא.

(ב) ועדת שחרורים מיוחדת, בבואה להחליט בענין שחרור על-תנאי של אסיר עולם, תשקול, נוסף על שיקולים אחרים האמורים בחוק זה, האם חל באסיר שינוי בולט וממשי מבחינת הבנת חומרת מעשיו ומבחינת מוכנותו להשתלב בחברה ולתרום לה."

סעיף 10 לחוק שחרור על תנאי קיבע למעשה את עמדת הרוב בבג"ץ 89/01 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ועדת השחרורים, פ"ד נה(2) 838 (2001). לדיון בשיקולים שעל וועדת שחרורים להביא בחשבון – עיינו גם בפסק-דיני ב-בג"ץ 6067/11 הפרקליט הצבאי הראשי נ' הועדה הצבאית לעיון בעונש (02.02.2012).

61. השאלה הנשאלת איפוא עתה היא האם שקילת שיקולים נוספים על-ידי הועדה, מעבר לבחינת מסוכנותו של המערער – מהווה משום "החמרה" של העונש המקורי שנגזר על המערער בבריטניה, בין אם בטיבו ובין אם במשכו במשמעות סעיף 10 לאמנה. ככל שהדברים מוסבים על השיקולים המפורטים בסעיף 9 לחוק שחרור על-תנאי אני סבור כי במרבית המקרים – לא יהיה בהבאתם בחשבון של שיקולים אלה משום החמרה של העונש המקורי שנגזר על המערער. סיכויי שיקומו של נידון, כמו גם התנהגותו בכלא – הינם שיקולים הכרוכים בדרך-כלל עם שיקול המסוכנות של הנידון. בהקשר זה נפסק כבר בעבר כך:

"מקובלנו זה שנים רבות, כי על שניים אלה תיתן ועדת השחרורים את דעתה: על תקנת הכלל ועל תקנת הפרט. על הסכנה הצפויה לציבור אם ישוחרר האסיר מכלאו, מזה, ועל סיכויי שיקומו של האסיר, מזה. שניים אלה חד הם, ואותם נתונים ושיקולים יזינו אותם... תקנת הפרט ותקנת הכלל תלויות זו בזו. סיכויי שיקומו של האסיר והסיכונים לציבור ולביטחוננו כרוכים אלה באלה, ובדיקתם חייבת שתיעשה תוך בירור המשתנים שלענין" (בג"צ 4681/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' ועדת השחרורים – גוש צפון, פ"ד נא(4) 679, 684 (1997); ההדגשה שלי – ח"מ).

אשר לשיקולים המפורטים בסעיף 10 לחוק שחרור על תנאי – אני סבור שככל ששיקולים אלה יהיו בעלי משקל מרכזי בהחלטה שלא לשחרר את המערער – ייתכן שיהיה בכך משום "החמרה" של העונש המקורי שנגזר על המערער בבריטניה, מה שאין כן לגבי סעיף 5 סייפא לחוק שחרור על תנאי, המציב תנאי דומה לזה שנבחן בבריטניה.

בהקשר זה ראוי להביא דברים נוספים שנאמרו בעניין אנדרסון (בפיסקה 11 לפסק-דינו של הלורד בינגהם):

"In a written answer on 10 November 1997 (Hansard (HC Debates), 10 November 1997, cols 419-420) the Home Secretary (Mr. Jack Straw) addressing the same subject, stated:

'I take the opportunity to confirm that my approach on the release of adults convicted of murder once tariff has expired will reflect the policy set out in the answer given 27 July 1993. In particular, the release of such a person will continue to depend not only on the expiry of tariff and on my being satisfied that the level of risk of his committing further imprisonable offences presented by his release is acceptably low, but also on the need to maintain public confidence in the system of criminal justice...'

As already indicated, the need to maintain public confidence in the administration of criminal justice is a matter of which account is routinely taken when deciding how long a convicted murderer should remain in prison, as it is in the case of other serious offences. No issue arises in this appeal on Mr Howard's head (c) (the public acceptability of early release) ***upon which, the House was told, reliance has never in practice been placed.*** One must however question whether it could ever be lawful to continue to detain a convicted murderer who had served the punitive term judged necessary to meet the requirements of retribution and general deterrence and whose release was not judged by the Parole Board to present any significant risk of danger to the public".  
(ההדגשה שלי – ח"ח)

כן צוטטו בהסכמה בעניין אנדרסון הדברים הבאים מפסק-הדין בעניין סטפורד  
(בפיסקה 80):

"Reference has been made by Secretaries of State to a third element - public acceptability of release - yet this has never in fact been relied upon. As Lord Justice Simon Brown forcefully commented in the case of Anderson and Taylor (see paragraph 46), it is not apparent how public confidence in the system of criminal justice could legitimately require the continued incarceration of a prisoner who had served the term required for punishment for the offence and was no longer a risk to the public".

62. זה המקום להעיר ולהוסיף: אכן אין באפשרותנו להכתיב לוועדת השחרורים המיוחדת כיצד להפעיל את שיקול דעתה בעניינו של המערער, ואולם נראה ראוי בעיני שהוועדה תביא בחשבון שיקוליה גם את הצורך בכיבוד הוראות האמנה, כפי שפורשו עד הנה. בהקשר זה רצוי אף להזכיר את החזקה הפרשנית, שלפיה:

"בית-משפט ישראלי יפרש את החוק החרות שלנו באופן המונע ככל האפשר התנגשות בין החוק הפנימי ובין הכללים המוכרים של המשפט הבינלאומי, על מנת שהחוק הפנימי יעלה בקנה אחד עם התחייבויות המדינה לפי המשפט הבינלאומי...".

(ע"פ 131/67 קמילאר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 85, 112 (1968)).

כן יפים הדברים הבאים שנאמרו על-ידי השופטת ד' דורנר ב-ע"פ 3112/94

אבו-חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 422, 429 (1999):

"מקום שבו חוק מקנה לבית-המשפט שיקול-דעת לפגוע בהתחייבויות המדינה לפי אמנה בין-לאומית, יימנע בית-המשפט, ככלל, מן הפגיעה, ויפעיל את שיקול-דעתו בניגוד לאמור באמנה רק בנסיבות מיוחדות."  
(בהקשר של חזקת ההתאמה הפרשנית - עיינו גם: בג"ץ 2599/00 יתד - עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2002)).

מעבר לכך סביר הוא שהועדה תביא בחשבון שיקוליה גם את העובדה שהמערער ריצה עד היום עונש מאסר הארוך בכשנתיים וחצי מתקופת ה-Tariff שנקבעה לו.

הנה כי כן התוצאה אותה אני מציע מתחשבת בטיבו המשפטי של גזר הדין המקורי, שהושת על המערער במדינה השופטת. עם זאת, נותרה עדיין לדיון השאלה מה יעשה בהחלטת ועדת השחרורים המיוחדת לאחר שעניינו של המערער יובא בפניה. לכך אקדיש דברי בפיסקאות הבאות.

63. היה וועדת השחרורים המיוחדת תחליט להמליץ על שחרורו של המערער על תנאי מנשיאת יתרת מאסרו – תימסר הודעה על כך לשר המשפטים והחלטת הוועדה תובא לאישור בית המשפט המחוזי בירושלים מכח האמור בסעיף 10(ב) לחוק נמ"ב (בשינויים המחויבים מהעניין), או נוכח הצורך לשנות את הצו המקורי שהורה על נשיאת מאסרו הזר של המערער בישראל.

היה וועדת השחרורים המיוחדת תחליט שלא להמליץ על שחרורו של המערער על תנאי מנשיאת יתרת מאסרו – המערער, או בא-כח היועץ המשפטי לממשלה, יוכלו להגיש עתירה כנגד ההחלטה – לבית המשפט המחוזי שבמחוז שיפוטו נמצא בית הסוהר, שבו מוחזק המערער, וזאת מכח סעיף 25 לחוק שחרור על תנאי.

64. סוף דבר: אם תשמע דעתי, אציע לחברי לקבל את הערעור, במובן זה שעונשו של המערער "יותאם" לדין הישראלי באופן הבא: עניינו של המערער יובא בהקדם האפשרי בפני ועדת שחרורים מיוחדת, חרף העובדה שטרם ריצה שני שלישים מהעונש שנגזר עליו. הוועדה תוכל לשקול את כל השיקולים המותרים לה על-פי חוק שחרור על-תנאי, אך תביא במסגרת זו גם את הצורך בכיבוד האמנה, כפי שזו פורשה

בפסק-דין זה, וכן את העובדה שהמערער ריצה עד הנה תקופת מאסר ארוכה מתקופת ה-Tariff, שנקבעה לו בבריטניה. קביעותיה של הועדה תהיינה כפופות לאישור, או לביקורת שיפוטית, כמפורט בפסקה 63 שלעיל.

ש ו פ ט

#### השופט י' עמית:

אני מצטרף לפסק דינו רחב היריעה של חברי השופט מלצר.

ואחרי ככלות הכל, גם להגינות וגם להגיון יש מקום במועדון.

צא ולמד כי באנגליה, ברירת המחדל מבחינת המערער, היא שחרור בחלוף 13 שנה בכפוף לכך שהמערער אינו מסוכן לציבור. ואילו בארץ, ברירת המחדל היא במקרה האופטימלי שחרור בחלוף 20 שנה – אף זאת רק ובכפוף לקציבת עונש מאסר עולם ל-30 שנה בהתקיים השיקולים המפורטים בסעיף 29(ד) לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001 – ובכפוף להתקיימותם של שיקולים שונים כמפורט בסעיפים 9 ו-10 לחוק שחרור על תנאי.

פער של 7 שנות מאסר, במקרה האופטימלי, אינם עניין של מה בכך, ומבחינת המערער מה לו אם ה-Tariff הוא חלק מגזר הדין ומה לו אם הוא יישום או אכיפה של גזר הדין, הצורך "לסנכרן" בין שתי מערכות הדינים מדבר בעד עצמו.

מכל מקום, משהראה חברי ב"אותות ובמופתים" כי ענייננו בחלק מגזר הדין, התאמת הענישה מתבקשת מאליה, ואין לי אלא להביע תקווה כי ועדת השחרורים המיוחדת תתכנס בהקדם ותנחה עצמה בהתאם לאמור בפסק דינו של חברי.

ש ו פ ט

אני מסכים לפסק דינו המקיף והמפורט של חברי השופט מלצר ומצטרף לתקווה שהביע חברי השופט עמית כי וועדת השחרורים תכונס בהקדם ותדון בענייניו המיוחד של המערער בהתחשב, בין היתר, באמור בפסק דין זה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתן היום, כ"ו בשבט התשע"ד (27.01.2014).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט