



בבית המשפט העליון

רע"ב 4787/14

לפני : כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג

המבקש : היועץ המשפטי לממשלה

נגד

המשיב : משה בן איבגי

תאריך הישיבה : י"א באב התשע"ד (7.8.2014)

בקשת רשות ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים מיום 24.6.2014 בעת"א 36669-12-13, שניתן על-ידי כבי השופט י' עדן

בשם המבקש : עו"ד יובל קפלינסקי ; עו"ד גלית גרינברג ; עו"ד אביעד אליה

בשם המשיב : עו"ד ששי גז ; עו"ד יואל צור ; עו"ד טליה גרידיש ; עו"ד רונאל פישר ; עו"ד רות בלום-דוד ; עו"ד ירון זמר

פסק - דין

השופט נ' סולברג:

תקופת ימי מאסרו של האסיר משה בן איבגי במוקד המחלוקת: האם יש להביא במניין את תקופת שהייתו מאחורי סורג ובריח בארגנטינה?

1. בקשת רשות ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים בעת"א 36669-12-13 (כבוד השופט יואל עדן) מיום 24.6.2014, בגדרו התקבלה עתירתו של בן איבגי ונקבע כי יש לנכות מתקופת מאסרו בישראל בגין עבירות שביצע בטרם נמלט ובגינן הוסגר – 29 ימים שבהם היה נתון

בארגנטינה במעצר לצורך הסגרה, וכן גם 1,524 ימים שבהם היה נתון במעצר או במאסר בגין עבירות שאותן ביצע בארגנטינה, ובו-זמנית היה נתון במעצר לצורך הסגרתו לישראל.

רקע עובדתי

2. בן איבגי נדון ביום 24.10.1994 בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בשבתו כבית משפט לנוער ל-16 שנות מאסר בגין רצח בכוונה תחילה, רצח תוך ביצוע עבירה, קשירת קשר לבצע פשע ונשיאת נשק שלא כדין (תפ"ח 45/94; להלן: תיק הרצח). ערעורו על חומרת העונש נדחה (ע"פ 6839/94).

3. במהלך חופשה ממאסרו בתיק הרצח ביצע בן איבגי עבירות של שוד מזוין בחבורה, ניסיון לשוד מזוין בחבורה, קשירת קשר לביצוע פשע ושיבוש הליכי משפט. בגין העבירות הללו נדון ביום 30.5.2000 בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו ל-5 שנות מאסר בפועל ושנתיים על-תנאי, כמצטבר לעונש המאסר בתיק הרצח (ת"פ 10316/98; להלן: תיק השוד). ערעורו על חומרת העונש נדחה (ע"פ 5036/00).

4. בשנת 2004 – בטרם השלים לרצות את עונש המאסר בתיק הרצח, ועוד לא החל לשאת בעונש המאסר בתיק השוד – במהלך מחופשה ממאסרו, נשא בן איבגי את רגליו ונמלט לארגנטינה.

5. גם בארגנטינה הסתבך בן איבגי בפלילים, והורשע בתיק אחד בעבירות של החזקת סמים, החזקת נשק מלחמתי ושימוש במסמך מזויף; ובתיק שני הורשע בהחזקת מסמך זיהוי מזויף ובעבירות נלוות (להלן: התיקים הארגנטינאיים). בכל אחד משני התיקים הארגנטינאיים נדון בן איבגי ל-3 וחצי שנות מאסר. בתיק הראשון ריצה את העונש באופן חלקי, בתיק השני נשא בתקופת המאסר במלואה.

6. במקביל לחלק מתקופות מעצרו ומאסרו שם בגין התיקים הארגנטינאיים, נתון היה בן איבגי גם במעצר לצורך הסגרתו לישראל. בתיק הארגנטינאי הראשון היה זה מיום 15.10.2004 עד יום 12.2.2007. במהלך תקופה זו – ביום 27.12.2006 – החליט בית המשפט העליון בארגנטינה לדחות את בקשת ההסגרה, אולם בן איבגי נותר עדיין במעצר לצורך הסגרה עד ליום 12.2.2007. מיום 12.2.2007 עד ליום 23.3.2007 היה בן איבגי נתון במעצר במסגרת התיק הארגנטינאי הראשון בלבד, ולא לצורך הסגרה. עונשו נגזר כאמור ל-3 וחצי שנות מאסר, אך הוא שוחרר בחלוף 890 ימי מעצר – מיום 15.10.2004 עד יום 23.3.2007 – שנוכו מתקופת המאסר.

7. ביום 28.3.2007 חודשו הליכי ההסגרה בארגנטינה. מיום זה עד יום 19.4.2007 (שבו שוחרר בתנאים מגבילים) נתון היה בן איבגי במעצר רק לצורך הסגרה. לאחר שהפר את התנאים, הוצא נגדו ביום 3.6.2009 צו מעצר.

8. במסגרת התיק הארגנטינאי השני (ולא לצורך הסגרה) נתון היה בן איבגי במעצר מיום 14.5.2010 עד יום 17.5.2010. לאחר ששבו וחודשו הליכי ההסגרה, נתון היה בן איבגי במעצר מקביל (גם לצורך הסגרה) מיום 17.5.2010 עד יום 13.11.2013. לאחר הרשעתו בתיק הארגנטינאי השני ביום 3.6.2011, נדון בן איבגי ל-3 וחצי שנות מאסר החל מיום מעצרו (14.5.2010), ונשא בעונש במלואו.

9. ביום 8.5.2012 נעתר בית המשפט העליון הארגנטינאי באופן חלקי לבקשת ההסגרה למדינת ישראל: נדחתה הבקשה להסגרה לשם ריצוי יתרת עונש המאסר בתיק הרצח; בהתייחס לתיק השוד, הוסגר בן איבגי בגין עבירות השוד וניסיון השוד, אך לא בגין עבירות הקשר לביצוע פשע ושיבוש הליכי משפט.

10. ביום 13.11.2013 סיים בן איבגי לרצות את עונש המאסר בגין התיק הארגנטינאי השני, ומיום 14.11.2013 עד מועד הסגרתו לישראל (20.11.2013) שוב היה נתון במעצר לצורך הסגרה. משהוסגר, החל בן איבגי בריצוי עונש המאסר בישראל בגין העבירות הנ"ל בתיק השוד.

11. כדי להכריע במחלוקת עלינו להבחין בין שלושה:

(א) מעצר במסגרת הליך ההסגרה בלבד (להלן: מעצר לצורך הסגרה);

(ב) מעצר במסגרת הליך ההסגרה במקביל למעצר או למאסר במסגרת התיקים הארגנטינאיים (להלן: מעצר מקביל);

(ג) מעצר או מאסר במסגרת התיקים הארגנטינאיים בלבד (להלן: מעצר ארגנטינאי).

12. משהתברר לבן איבגי כי אין בכוונת המדינה לנכות מתקופת מאסרו אלא את ימי מעצרו בארגנטינה לצורך הסגרה בלבד – ולא את ימי המעצר המקביל – הגיש את עתירתו לבית המשפט המחוזי.

עיקרי פסק הדין של בית המשפט המחוזי

13. בית המשפט המחוזי קבע כי הוראת סעיף 11 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 היא החולשת על הסוגיה הנדונה, ועל בסיס פרשנותה הכריע במחלוקת בשאלת ניכוי ימי המעצר המקביל שבהם נשא בן איבגי. בית המשפט המחוזי עשה כן בהסתמכו על הלכת סויסה: "... יש לקבוע כי סעיף 11 לחוק העונשין מורה על ניכוי התקופה שבה שהה אסיר נמלט במעצר בחוץ לארץ לצורכי הסגרתו לישראל לשם המשך ריצוי עונשו מיתרת תקופת המאסר אשר עליו לרצות על פי גזר הדין שניתן טרם הסגרתו" (רע"ב 4865/04 מדינת ישראל נ' סויסה, פ"ד ס(2) 57, 66 (28.6.2005)).

14. בית המשפט המחוזי פסק, כי "... העקרונות אשר הביאו לפרשנות סעיף 11 לחוק העונשין על ידי בית המשפט העליון בנסיבות שעמדו בפניו בענין הילכת סויסה, השונות חלקית מבענינו, ישימים ותקפים גם בענינו, ומביאים הם לתוצאה פרשנית לפיה יש לנכות ימי מעצר גם אם במקביל רוצה בהם מאסר" (פסקה 9 לפסק הדין). על שלושה אדנים השתית בית המשפט המחוזי את פסיקתו-זו:

(א) לשון החוק. הלכת סויסה פֵרשה את מילותיו של סעיף 11 לחוק העונשין – "היה נתון שם במעצר בגללה" ככוללות "מעצר בגין הליכי ההסגרה בגין העבירה עליה הוטל עליו עונש בישראל" (פסקה 10 לפסק הדין). לשיטת בית המשפט המחוזי, פרשנות זו "... יוצקת תוכן רחב טווח לטיטואציות בהן יש להחילו, ובהעדד החרגה מפורשת או עקיפה למקרים שונים, הרי שאין לומר כי לשון החוק אינה מאפשרת את הפרשנות האמורה" (שם).

(ב) פרשנות הדין בפלילים. בהתבסס על הוראת סעיף 34 לחוק העונשין, על רקע ערכי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קבע בית המשפט המחוזי - "... כי יש לבחור בפרשנות המקלה עם העותר [בן איבגי], היא הפרשנות לפיה יש לנכות ימי מעצר בגין הסגרה גם אם רוצה בגינם מאסר. דעתי היא כי לשון החוק כלל אינה מתיישבת עם הפרשנות האחרת. ואולם, גם אם ניתן היה לומר כי פרשנות סעיף 11 לחוק העונשין יכולה "לסבול" את פרשנות שני הצדדים, דהיינו גם את פרשנות המשיב [היועץ המשפטי לממשלה], לפיה אין לכלול מקרים בהם נאשם שוהה במאסר במדינה זרה, במקביל להליכי מעצר לצרכי הסגרה, הרי שסעיף 34 לחוק העונשין מחייב בחירה בפרשנות המקלה עם אסיר" (פסקה 12 לפסק הדין).

(ג) היקש מהוראת סעיף 45(ב) לחוק העונשין, שעניינה ב"מאסר חופף". אילו הוטלו על בן איבגי עונשי התיקים הארגנטינאיים בישראל, כשברקע גזר הדין בתיק השוד, כי אז, בהעדר הוראה אחרת של בית המשפט, היה בן איבגי מרצה עונש מאסר אחד, של התקופה הארוכה. כיוון שכך, משמעות הימנעות מניכוי ימי המעצר המקביל היא – "... כי לא נאפשר לנאשם מימוש אפשרות אשר היתה יכולה לקום לו אילו היה נדון על העבירות האחרות בישראל ולמעשה מצבו מורע אל מול מי שנדון בישראל" (פסקה 13 לפסק הדין).

15. אלו הם עיקרי נימוקי פסיקתו של בית המשפט המחוזי לנכות מתקופת מאסרו של בן איבגי בישראל את תקופת מעצרו בארגנטינה; הן את ימי המעצר שלצורך ההסגרה, הן את ימי המעצר המקביל. מכאן בקשת רשות הערעור שלפנינו.

תמצית נימוקי בקשת היועץ המשפטי לממשלה

16. היועץ המשפטי לממשלה טוען כי פסק הדין של בית המשפט המחוזי שגוי ביחס לשלושת אדניו, במה שנוגע להסתמכותו על הוראות סעיפים 11, 34 ו-45 (ב) לחוק העונשין. לפי הנטען, פסק הדין אינו עולה בקנה אחד עם הפרשנות המילולית והתכליתית הראויה, אינו נדרש כדבעי לשיקולי מדיניות משפטית, ואינו עומד במבחן הסבירות. סעיף 11 לחוק העונשין, כפי שפורש בהלכת סויסה, אינו מאפשר ניכוי ימי מעצר מקביל, אלא רק ימי מעצר לצורך הסגרה – אותם ימים שבהם הליך ההסגרה הוא החוצץ בין העצור לבין חירותו. לטענת היועץ המשפטי לממשלה, פסק הדין חרג באופן מהותי מגדרי הלכת סויסה – אשר, כשלעצמה, נתקבלה על אף הנימוקים שהעלתה המדינה נגד החלת סעיף 11 לחוק העונשין בקשר להסגרה. לבית משפט זה נתונה הסמכות ומסור שיקול הדעת לשוב ולשקול את נכונותה של הלכת סויסה כשלעצמה, ומכל מקום הרציונלים שבבסיסה אינם תקפים לעניינו של בן איבגי במה שנוגע לניכוי ימי המעצר המקביל, להבדיל מניכוי ימי המעצר לצורך ההסגרה.

תמצית נימוקי תגובת בן איבגי

17. בן איבגי טוען כי דין בקשת הרשות לערער להידחות, וכי יש להותיר את פסק הדין של בית המשפט המחוזי על כנו. בן איבגי מצדד בפרשנותו של בית המשפט המחוזי לסעיף 11 לחוק העונשין. ברם, אף אם תידחה פרשנות בית המשפט המחוזי, לטענתו, בא עניינו בגדר סעיף 11 גם לפי המבחן שהציע היועץ המשפטי לממשלה, משום שהמעצר לצורך ההסגרה היווה את החיץ בינו לבין חירותו. התיקים הארגנטינאיים הם תולדה של הליך ההסגרה, והליך זה גם השפיע על תנאי המעצר והמאסר בתיקים הללו. זאת ועוד, קמה בעניינו של בן איבגי, לטענתו, מחוייבות פרטנית במישור הבינלאומי, מכוח מכתבי התחייבותה של המדינה כלפי הרשויות בארגנטינה, התחייבויות שאלמלא ניתנו לא היה בן איבגי מוסגר מארגנטינה לישראל. גם מכוח דברי בית המשפט הפדראלי בארגנטינה מיום 20.11.2013 קמה מחוייבות כלפי בן איבגי, לפי טענתו. בן איבגי הטעים כי לחריגה ממחוייבויות אלה נודעת משמעות קשה במישור יחסיה הבינלאומיים של המדינה, מעבר לנפקות כלפיו באופן אישי. לבסוף ציין בן איבגי, כי יתכן וכבר עתה מאסרו בלתי-חוקי, משום שהסגרתו

נעשתה ביחס לשתיים מארבע העבירות מושא תיק השוד, בעוד תקופת מאסרו הכוללת ביחס לכל העבירות שבהן הורשע בתיק השוד, נותרה בעינה.

הליכי ביניים

18. לבקשת היועץ המשפטי לממשלה, שהודיע על כוונתו להגיש בקשת רשות ערעור כשניתן פסק הדין, עיכב בית המשפט המחוזי את ביצועו למשך 15 ימים. בהמשך החליט בית משפט זה (השופט י' עמית) להמשיך ולעכב את הביצוע עד למתן החלטה אחרת. במועד הדיון החלטנו (השופטים י' דנציגר, י' עמית ונ' סולברג) ליתן צו ארעי לעיכוב ביצוע פסק הדין.

19. בפתח הדיון לפנינו הודענו על החלטתנו ליתן רשות לערער ולדון בערעור לגופו. עשינו כן מפאת השלכות הרוחב של הפרשנות שנתן בית המשפט המחוזי להוראת סעיף 11 לחוק העונשין.

דיון והכרעה

20. כאמור, לגבי תקופת שהייתו של בן איבגי מאחורי סורג ובריח בארגנטינה, לפני הסגרתו לישראל, יש להבחין בין שלושה:

(א) מעצר לצורך הסגרה. אין עוררין על כך שבהתאם להלכת סויסה יש לנכות את ימי מעצרו של בן איבגי בארגנטינה, ככל שנועדו להליך ההסגרה בלבד;

(ב) מעצר ארגנטינאי. אין עוררין על כך שאין לנכות את ימי מעצרו ומאסרו של בן איבגי בארגנטינה, ככל שנועדו לתיקים הארגנטינאיים בלבד.

(ג) מעצר מקביל. המחלוקת בין הצדדים נעוצה בכאן, בשאלת ניכוי ימי מעצרו של בן איבגי בארגנטינה שבהם נתון היה במעצר במסגרת הליך ההסגרה, ובמקביל נתון במעצר או במאסר במסגרת התיקים הארגנטינאיים.

21. נצמד אפוא להלן בעקבי הלכת סויסה, נבחן תחילה אם הגיונה לגבי מעצר לצורך הסגרה חל גם על מעצר מקביל, ונבדוק לאחר מכן אם קיים מקור חוקי חלופי לניכוי ימי מעצר מקביל.

22. מושפלות ראשונים: פרשנות תכליתית. כדברים האלה נאמרו ברע"פ 4717/11 סגא אנטרפרייז (ישראל) (1996) בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד התמ"ת (6.1.13), בהסתמך על אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני - פרשנות החקיקה (1993):

"תורת הפרשנות הנוהגת בשיטת המשפט הישראלית היא הפרשנות התכליתית. על פי תורה זו, דברי חקיקה, ובכלל זה החוק הפלילי, מתפרשים על פי תכליתם. התכלית היא האינטרסים והמטרות אותם מבקש דבר החקיקה להגשים... נקודת המוצא היא לשון החוק. המשמעות שיש ליתן לחוק תהא כזו שלשונו יכולה לסבול. יש לתור אחר משמעויותיו הלשוניות האפשריות של החוק, ומבין אלה לבחור במשמעות אשר מגשימה את תכלית דבר החקיקה בצורה הטובה ביותר... בדין הפלילי, מונחים אנו גם על פי עיקרון הפרשנות המקלה עם הנאשם, המעוגן בסעיף 34כא לחוק העונשין...".

23. נידרש אפוא תחילה למילותיו של סעיף 11 לחוק העונשין, במובן "הטבעי והרגיל", להבדיל מזה "החריג ויוצא הדופן" (אהרן ברק "על פרשנותה של הוראה פלילית" מחקרי משפט יז, 347, 350 (2002). כך מורה הסעיף:

"נשא אדם עונש בחוק לארץ על עבירה, או היה נתון שם במעצר בגללה, ינוכה העונש או תקופת המעצר מן העונש שעליו לשאת בישראל בשל אותה עבירה" (ההדגשה הוספה).

התיבה "בגללה" משמיעה לנו קשר סיבתי, ולפי הקשרה בסעיף כולו – בלעדיו אין. סמוך לפני הלכת סויסה נדון עניין דומה בבית המשפט המחוזי בירושלים (השופט א' אפעל-גבאי) בב"ש 6451/04 שאק נ' מדינת ישראל (5.10.2004). דברים נכוחים נאמרו שם בפסקה 6:

"העבירה שנעברה מחוללת הליכים פליליים שונים, ובהם הליכי הסגרה, מקום שאלה נדרשים בשל כך שמבצע העבירה חמק לארץ אחרת. מעצר לצרכי הסגרה הוא מעצר 'בגלל' העבירה. קיים קשר של סיבתיות ישירה בין העבירה שנעברה לבין הליכי ההסגרה הננקטים לשם הבאתו לדין של מבצע העבירה".

24. אותו מאפיין של סיבתיות במעצר לצורך הסגרה, אינו מתקיים במעצר מקביל, שבו התיק הפנימי במדינה שממנה מתבקשת ההסגרה כמוהו כמעין "גורם זר מתערב" אשר מנתק, ולמצער מטשטש, את הקשר הסיבתי שבין שהיית המבוקש להסגרה מאחורי סורג ובריח לבין העבירה שבגין ביצועה מבוקשת הסגרתו. היטב ניסח זאת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה: על מנת לבוא בגדרו של סעיף 11 הנ"ל נדרש כי שהותו של מבוקש

להסגרה מאחורי סורג ובריח תהיה נעוצה בהליך ההסגרה, וכי הליך ההסגרה הוא החוצץ בינו לבין חירותו.

25. מובנה הטבעי של התיבה "בגללה" – על-פי הלשון ועל-פי ההקשר בנוסח סעיף 11 – הוא בגלל העבירה ובגללה בלבד. גישת בית המשפט המחוזי, לפיה "החוק אינו מעמיד דרישה לכך שאדם היה נתון במעצר 'רק' בגלל העבירה עליה הוא נותן את הדין" (פסקה 12 לפסק הדין) נראית על פני הדברים מוקשית. דומה כי על מנת להביא מעצר מקביל בגדר הסעיף נדרש היה לייבא לתוכו מילה שתבטא כוונה שלא "רק" בגללה, אלא "לרבות (או גם) בגללה". כזאת לא נעשה, ונראה אפוא כי על-פי המובן הטבעי והרגיל פרשנותו של היועץ המשפטי לממשלה היא נכונה; זו של בן איבגי – דחוקה.

26. מבין השיטין עולה מפסק הדין של בית המשפט המחוזי מגמה פרשנית הרואה בהלכת סויסה מעין נקודת מוצא להמשך פיתוח הלכתי של ניכוי ימי מעצר בנסיבות משתנות, ולא היא. יש צורך במשנה-זהירות. הלכת סויסה באה לעולם כאילוץ, בדיעבד ולא מלכתחילה, ו'מתחה' את גדרי סעיף 11 בהקשר הנדון אולי עד הקצה. באופן מפורש אמר השופט (כתוארו אז) א' גרוניס בעניין סויסה כי "אין בלשונו של הסעיף דבר המלמד אם חל הוא אף על מעצר לצורכי הסגרה אם לאו" (פסקה 11). ברם, הצורך ליתן מענה הולם לעניין שעמד על הפרק, ובהעדר הוראת-חוק מתאימה יותר (נשקלה גם התאמתה של הוראת סעיף 43 לחוק העונשין לשמש מורה-דרך בעניין סויסה) נקבע שם: "עם זאת, הנימוקים הנזכרים לעיל מובילים לכלל מסקנה כי יש לפרש את הסעיף כך שיחול אף על מקרה כגון זה שלפנינו". למקרא הלכת סויסה דומני כי לא התכוונה להותיר את גדרי סעיף 11 פרוצים וליצוק לתוכו "תוכן רחב טווח לסיטואציות בהן יש להחילו" כהערכתו של בית המשפט המחוזי (פסקה 10). "החוק אינו מעמיד דרישה לכך שאדם היה נתון במעצר 'רק' בגלל העבירה עליה הוא נותן את הדין. החוק למעשה אינו מתייחס כלל לשאלת ריצוי מאסר בגין עבירה אחרת שנעברה במדינה האחרת, והינו 'אדיש' לאפשרות זו" (פסקה 12). דברים אלה של בית המשפט המחוזי, ומסקנות שהסיק מהם, מתעלמים מהרקע ומהצורך בהיזקקות לסעיף 11 מלכתחילה. "אדישות" סעיף 11 לחוק העונשין אינה מצדיקה גישה מקלה דווקא, של ניכוי ימי מעצר מקביל, ולו משום שבחוק העונשין עסקינן, ולא בחוק ההסגרה, שהוא המקום הטבעי להסדרת הנושא. סעיף 11 לחוק העונשין לא בא לעולם כדי לקדם את פני סצנת ההסגרה דווקא, וממילא לא דק פורתא בין מצבים אפשריים שבהם יהיו נתונים מבוקשים להסגרה.

27. נימוקי הלכת סויסה נתנו קריאת כיוון מצומצמת לקשת האפשרויות להחלתה. היא נומקה בין היתר בכך – "... שהאסיר הוחזק במעצר על-ידי המדינה המסגירה בעקבות

בקשת הסגרה של מדינת ישראל, ועל כן ניתן לראותו כמי ששהה במעצר ישראלי קונסטרוקטיבי" (פסקה 9); "... אילו נתקבלה עמדתה של המדינה, המשמעות הייתה התעלמות מתקופת המעצר בחוץ לארץ, אף שמדובר בעצם במעצר שניזום על ידי המדינה" (פסקה 12). אכן, דגל ישראלי מתנוסס מעל מעצר לצורך הסגרה. זהו מעצר "כחול-לבן"; לא כן לגבי מעצר מקביל. עליו מתנוסס, כפי שציין ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, בצוותא חדא – גם הכחול-לבן הישראלי, גם התכלת-לבן-צהוב הארגנטינאי.

28. אין הצדקה עניינית להחיל את הלכת סויסה על ימי מעצר מקביל. נכבדות דובר בעניין סויסה על הזכות החוקתית לחירות, בכלל זה על המגמה למנוע שרירות בניכוי ימי מעצר לצורך הסגרה, בשים לב למשך שונה של הליכי הסגרה במדינות שונות, ולצורך למנוע תקופת כליאה כוללת העולה על זו שנגזרה או על התקופה המרבית בגין העבירה הנדונה. אותו חשש לפגיעה בחירות אינו מתקיים במעצר המקביל, שהרי החירות מוגבלת ממילא מחמת המעצר או המאסר בגין התיקים הפנימיים. בענייננו אלו הם התיקים הארגנטינאיים, שמחמתם נמצא שם בן איבגי ממילא מאחורי סורג ובריה.

29. הלכת סויסה נומקה גם ברצון להבטיח מיצוי טענותיו של המבוקש להסגרה בהליכי ההסגרה, שלא יהיה בהול להסכים ולוותר על זכויותיו מחשש שכל יום במעצר לצורך ההסגרה יצטבר לעונש המאסר שישא בו לכשיוסגר, ושבדיעבד יסתבר לו כי לחינם היה עצור ימים ארוכים במסגרת הליך ההסגרה. ניכוי ימי המעצר לצורך הליך ההסגרה נוטל את העוקץ מן החשש האמור ותורם למוטיבציה של המבוקש להסגרה להתמודד עם הבקשה, למצות את טענותיו במישור הדיוני ובמישור המהותי, מבלי שהתארכות המעצר לצורך ההסגרה תרפה את ידיו. לעומת כן, מי שנתון במעצר מקביל, נמצא ממילא מאחורי סורג ובריה בשעה שהוא מתמודד עם בקשת ההסגרה, ושוב אין חשש לחיפזון יתר מצדו מבלי שימצה זכויותיו בהליך ההסגרה, רק כדי להימנע מהתארכות ימי הכליאה.

30. ברי גם כי אין להלום במישור הבינמדינתי מצב דברים שבו ניכוי ימי המעצר המקביל בישראל, יעשה את גזר הדין שניתן בארגנטינה כלא היה (עיון בסעיף 11א(א) לחוק ההסגרה, התשי"ד-1954, מלמד על מגמה זו: הסגרה זמנית של אסיר המרצה עונש מאסר בישראל אל המדינה המבקשת, כדי להעמידו לדין על עבירה אחרת שהואשם בה שם, מותנית בהחזרתו לאחר מכן לישראל כדי להשלים את ריצוי עונשו). לבד מכיבוד מחוייב של מערכת החוק והמשפט הארגנטינאית, מחייבים שיקולי גמול והלימה מסקנה לפיה ניכוי ימי המעצר המקביל, כדרך שנקט בה בית המשפט המחוזי, מעניק הקלה מפליגה ובלתי סבירה. אפשר להדגים זאת גם באמצעות "מורשע

נורמטיבי", שאינו נמלט מריצוי עונשו, לצד המורשע המוסגר: שניים ביצעו בצוותא שוד במדינה זרה, ונגזר עליהם עונש מאסר לתקופה זהה. האחד – זו לו הרשעתו הראשונה. האחר – אסיר שנמלט מישראל בטרם השלים את ריצוי מאסרו בגין עבירה חמורה קודמת. היה ויוסגר הישראלי, לפי שיטתו של בן איבגי, יש לנכות מיתרת מאסרו בישראל חלק מעונש המאסר הזר שאותו ריצה במקביל למעצרו בגין הליך ההסגרה. נמצא שבגין אותה עבירה נדונו שניים לעונש זהה. האחד, שאין לו עבר פלילי, ישא בעונש במלואו; האחר, שקופת שרצים תלויה לו על צווארו, ירצה תקופת מאסר קצרה יותר. הדבר הזה אינו צודק, ומנוגד לאינטרס הבסיסי שלפיו ירצו עבריינים עונשים ההולמים את מעשיהם. זאת ועוד: יש להרתיע מפני בריחה, ולא להמריץ אסיר להימלט. אין לאפשר מצב דברים שבו חוטא ייצא נשכר, שהימלטות עבריינין לחו"ל תשפר את מצבו. עליו לדעת כי אם ימלט ויעבור עבירות נוספות בנכר, יתן את הדין במלואו.

31. עינינו הרואות, שונות ממשית בין מעצר לצורך הסגרה לבין מעצר מקביל, רלוונטית לשאלת ניכוי ימי המעצר. בן איבגי סבור כי במצב הדברים הנתון, רווח והצלה יבואו לו מהוראת סעיף 34כא לחוק העונשין: "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין". בית המשפט המחוזי אכן קבע את תחולתו של סעיף זה בנסיבות העניין דנן, ומשכך מתחייבת לשיטתו "בחירה בפרשנות המקלה עם האסיר" (פסקה 12 לפסק הדין); קרי, ניכוי ימי המעצר המקביל. כשלעצמי, דומני כי זו שגיאה. אף אם בדוחק רב פרשנותו הלשונית של בן איבגי להוראת סעיף 11 לחוק העונשין יכולה להתקבל על הדעת, הרי שהגיונה ונימוקיה של הלכת סויסה אינם מאפשרים להחיל את הוראת סעיף 34כא לחוק העונשין, משום שפרשנותו של בן איבגי אינה סבירה לפי התכלית. נמצאנו למדים אפוא כי אין הצדקה לניכוי ימי מעצר מקביל.

32. סיכום ביניים: בשניים משלושת האדנים שעליהם השתית בית המשפט המחוזי את פסיקתו – לשון סעיף 11 לחוק ופרשנות הדין בפלילים – דנו לעיל, ומסקנתנו שונה: אין בכוחם לבסס את התוצאה. להלן נדון באדן השלישי: היקש מהוראת סעיף 45(ב) לחוק העונשין שעניינה ב"מאסר חופף".

33. סעיף 45(ב) לחוק העונשין – כותרתו "מאסר חופף" – זו לשונו:

"מי שנידון למאסר ולפני שנשא כל עונשו חזר ונידון למאסר, ובית המשפט שדן אותו באחרונה לא הורה שישא את עונשי המאסר, כולם או מקצתם,

בזה אחר זה, לא ישא אלא עונש מאסר אחד והוא של התקופה הארוכה ביותר.

34. בהיקש שביקש בית המשפט המחוזי לעשות כרוכים כמה וכמה תנאים: "אם נפליג אל עבר סיטואציה בה המאסרים שהוטלו על העותר בגין תיקיו בארגנטינה, היו מוטלים עליו בישראל, הרי שבהיעדר הוראה אחרת של בית המשפט, הוא היה נושא את העונש הארוך מבין השניים. בסיטואציה זו, אם עונשי המאסר אשר הוטלו בארגנטינה היו מוטלים על העותר בישראל, בזמן שמדצה הוא עונש אחר, אזי בהיעדר הוראה אחרת של בית המשפט, היה הוא מרצה את התקופה הארוכה. מצב הדברים בו העונש הוטל בחו"ל על ידי ערכאת מדינה אחרת, לא איפשר ריצוי רק של הארוך מבין השניים. אי הבאה בחישוב של פרק זמן בו במקביל למעצר בגין הסגרה רוצה בדיעבד מאסר, משמעותו כי לא נאפשר לנאשם מימוש אפשרות אשר היתה יכולה לקום לו אילו היה נדון על העבירות האחרות בישראל ולמעשה מצבו מורע אל מול מי שנדון בישראל" (פסקה 13). שרשרת ההתניות מדברת בעדה, ולחובת החלת חפיפה בין עונשיו של בן איבגי. בית המשפט בארגנטינה גזר את עונשו כראוי לו שם, על-פי שיטת המשפט הארגנטינאית, וכאמור לעיל, ניכוי בדיעבד בישראל שיעשה את העונש הארגנטינאי כלא היה – אינו ראוי במישור הבינמדינתי ולא מוצדק במישור הפרטני, כדי שחוטא לא יצא נשכר. אין בידי לקבל את עמדת בית המשפט המחוזי לפיה ראוי לעשות את ההיקש הנ"ל כדי שמצבו של בן איבגי לא יורע ביחס למצב המשפטי שהיה חל עליו אילו ביצע את העבירות הנוספות בישראל, ולא בארגנטינה, והיה נשפט כאן על ביצוען. בן איבגי עשה את מעשי העבירה שם, בארגנטינה, ואין לו להלין אלא על עצמו על מצב הדברים שהוא יצר. זאת ועוד. בית המשפט המחוזי ביקש להשוות את מצבו של בן איבגי למצבו של מי שהיה עובר אותן עבירות בישראל ונשפט עליהן כאן, אך בפועל העמיד את בן איבגי בעמדת יתרון על פני מי שאליו ביקש להשוותו. לגבי האחרון מסור שיקול דעת לבית המשפט אם לחפור את העונשים אם לאו; לגבי בן איבגי, לשיטת בית המשפט המחוזי, החפיפה המלאה – מוכרחת. ממילא גם נשמט הבסיס להיקש שביקש בית המשפט המחוזי לעשות. בעוד אשר בית המשפט המחוזי ביקש לשמר אפשרות לחפיפת העונש הגלומה בסעיף 45(ב), בפועל למד מקיומו של שיקול דעת בעניין דנן, על הכרח לעשות כן.

35. החלת סעיף 45(ב) הנ"ל לחוק העונשין על העניין דנן גם טומנת בחובה פגיעה בקוהרנטיות החקיקתית. סעיף 2(א) לחוק נשיאת עונש מאסר במדינת אזרחותו של האסיר, התשנ"ז-1996 קובע לגבי אזרח ישראלי שהוא אסיר במדינה אחרת, שאפשר להעבירו לישראל כדי שישא את מאסרו בישראל, וסעיף 10(ג) קובע, כי "בית המשפט רשאי לקבוע כי עונש המאסר שעל האסיר לשאת לפי סעיף זה, יהיה חופף, כולו או מקצתו, לעונש מאסר אחר שהוטל עליו בישראל". מכאן אנו למדים על שיקול דעת שביקש

המחוקק להפקיד בידי בית המשפט, וכאמור, על-פי פסיקת בית המשפט המחוזי שיקול הדעת הופך לחובה.

36. ההיקש איננו ישים אפוא, אך העיקר דומני נעוץ בכך שמערכת משפט צריכה לשקוד על ענישה הולמת בכלל, ועל מניעת תמריץ להימלטות בפרט. ענישה הולמת מחייבת בדרך כלל צבירת עונשים; חפיפתם היא היוצאת מן הכלל. לא בכדי בוטלה הוראת סעיף 45(א) לחוק העונשין במסגרת תיקון מספר 113, הוראה שקבעה ברירת מחדל של חפיפת עונשים במצב שבו הוטלו על נאשם כמה עונשי מאסר בהליך אחד. קל וחומר לגבי מצב כבענייננו, שבו הוטלו על נאשם כמה עונשי מאסר בהליכים שונים. זהו פועל יוצא מחוייב מעקרון ההלימה. אין אפוא גם בהוראת סעיף 45(ב) לחוק העונשין כדי לבסס את תוצאת פסק הדין בבית המשפט המחוזי בדבר ניכוי ימי מעצר מקביל.

37. מכאן לעוד טענות אחדות שטען בן איבגי בניסיון לבסס את תוצאת פסק הדין של בית המשפט המחוזי ולהביא לניכוי ימי המעצר המקביל: בן איבגי טוען כי בשעה שנעצר בארגנטינה לראשונה (שאז נתפס עליו בין היתר דרכון מזוייף), נמסר לו כי מעצרו מבוסס על הליך ההסגרה. לדבריו, התיק הארגנטינאי הראשון בא לעולם אך ורק כתוצאה ממעצרו זה לצורך ההסגרה (דבריו לא תואמים בכל פרטיהם לאמור בדברי בית המשפט הפדראלי בארגנטינה במסמך הנ"ל מיום 20.11.2013). גם לאחר שנגזר דינו בתיק הארגנטינאי השני, הושאר במקביל במעצר גם לצורך הסגרה. בהסתמך על חוות דעת מומחה, מנה בן איבגי בתגובתו לבקשת הרשות לערער שורה של זכויות הנתונות לאסיר, אשר מהן נמנע ממנו להנות אז שם, מחמת מעמדו כעצור לצורך ההסגרה. מדובר ביציאה לעבודה, חופשות, תנאי כליאה, שחרור מוקדם לצורך גירוש מהמדינה ועוד. בן איבגי הפנה גם לפסיקה הישראלית המתייחסת למצבו העדיף של אסיר על פני עציר, והדברים ידועים. דומני כי יש הפרזת-מה בתיאור אותן זכויות והטבות שהחמיץ בן איבגי בעת מעצרו המקביל בארגנטינה – חלקן מסופקות או מותנות בתנאים. לגבי האפשרות לשחרור מוקדם וגירוש – אולי היתה זו דווקא בעוכריו אילו מומשה, כי אז היה בן איבגי נאלץ כנראה לרצות בישראל גם את יתרת תקופת מאסרו בתיק הרצח. כך או כך, מכל מקום, מן הראוי להניח לטובתו כי אכן מעמדו כעציר לצורך הסגרה מנע ממנו הטבות מסויימות שלהן היה זכאי כאסיר בגין התיקים הארגנטינאיים. ברם, אין במצב דברים זה כדי להביא את המעצר המקביל בגדר סעיף 11 לחוק העונשין, ואין לומר כי הליך ההסגרה חצץ בין בן איבגי לבין חירותו.

38. סוגיה דומה נדונה בעניינו של אסיר שביקש לנכות מתקופת מאסרו בישראל (רע"ב 1372/06 ביטון נ' שירותות בתי הסוהר (19.7.2006)). ביטון שב לרצות עונש מאסר לא לפני שנמלט מבית הסוהר למדינה זרה, הוסגר, נמלט שנית, נעצר, הועמד לדין במדינה זרה על עבירה שביצע שם, ועם סיום משפטו הוסגר שוב לישראל. ביטון ביקש לנכות ממאסרו בישראל תקופה שבה התנהל נגדו משפט בחוץ לארץ ובמהלכה נתון היה במעצר, ונימוקו עמו: חלקה של מדינת ישראל, שלא הוכחש, בגירושו ממדינה זרה אחת לאחרת, שבה הועמד לדין, והיה כאמור נתון במעצר. בית משפט זה (השופט ס' ג'ובראן) פסק, כי אכן "מדינת ישראל איננה מתכחשת לכך, שתרמה בהעברת מידע ושיתוף פעולה עם גורמים זרים, לכך שהמבקש אותר בפיליפינים וגורש לתאילנד. כמו-כן, אין המדינה מתכחשת לכך, שנציגיה ליוו את תהליך גירושו של המבקש לתאילנד ואף היו מעורבים בכך שהוא גורש לתאילנד ולא לישראל. ברם, בכך אין כדי להצדיק ניכוי ממאסרו של המבקש, שכן מעצרו של המבקש בתאילנד נעשה על רקע עבירה אחרת - אשמת רצח - מזו שבגינה נאסר בארץ - עבירות של שוד מזוין ותקיפה הגורמת חבלה של ממש. בנסיבות אלה, אין זו לשונו של סעיף 11 לחוק העונשין, וזאת הגם שבמעצרו או בהבאתו לדין של המבקש קיימת מעורבות של גורמים ישראליים. מעשיו של המבקש בתאילנד לחוד ומעשיו של המבקש בארץ לחוד ואין כל הצדקה לנכות ממאסרו בגין מעשים שביצע בארץ את תקופת המעצר שריצה בגין מעשים אחרים שביצע בחוץ לארץ". דברים אלה יפים בשנינויים המחוייבים גם לענייננו, ומכל מקום, אין בהרעה מסויימת של תנאי מעצר לעומת תנאי מאסר כדי להצדיק ניכוי ימי מעצר מקביל. תרופה אפשרית לבן איבגי היא במישור אחר: לכשיבוא יומו לפני ועדת השחרורים בישראל, יוכל להביא נושא זה לפניו במסגרת המכלול, וזו תוכל לשקול ולעשות כחוכמתה בהתחשב בכלל נסיבות העניין.

39. משנשלל סעיף 11 לחוק העונשין כבסיס לניכוי ימי המעצר המקביל, נבדוק להלן האם מחוייבויות בינלאומיות שלהן טען בן איבגי – התחייבויות המדינה במכתביה לארגנטינה ומסמך בית המשפט הפדראלי הארגנטינאי – האם אלה מקימים בסיס חלופי לניכוי ימי המעצר המקביל בעניינו של בן איבגי?

40. בן איבגי טוען כי באופן מפורש התחייבה המדינה כלפי הרשויות בארגנטינה לנכות את כלל ימי מעצרו בארגנטינה לצורך הסגרה, לרבות מעצר מקביל. תחילה הפנה לסעיף 11(E) לחוק הארגנטינאי בדבר שיתוף פעולה בינלאומי בעניינים פליליים (כמצוטט ומתורגם בסעיף 78 לתגובתו לבקשת הרשות לערער), לפיו "... הסגרה לא תוענק... אם המדינה המבקשת לא תספק ביטחונות שיבטיחו שתחשיב את זמן שלילת החירות שיידרש לצורך הליך ההסגרה, כאילו בר ההסגרה ריצה אותו במהלך ההליך שהיווה את הסיבה לבקשה".

41. ראוי להעיר כבר עתה, כי על פני הדברים, לשון הסעיף הנ"ל עולה בקנה אחד עם הפרשנות שניתנה לסעיף 11 לחוק העונשין הישראלי בהלכת סוויסה. על כל פנים, בן איבגי הפנה למכתבו של מנהל המחלקה לעניינים בינלאומיים בפרקליטות המדינה מיום 20.7.2010, שבו התחייבה מדינת ישראל לפני רשויות ארגנטינה כהאי ליסנא (ההדגשה הוספה):

".. should Mr. Ben Ivgi be extradited to Israel, the Israeli authorities will deduct from his prison sentence **the time during which Ben Ivgi was detained in Argentina for the purpose of extradition (as opposed to the time during which he was detained because of local offences in Argentina) ...**"

להשלמת טיעונו הפנה בן איבגי למכתבו של היועץ המשפטי לממשלה מיום 26.8.2010 שנלווה למכתבו של שר המשפטים מאותו יום, ובו התחייבה מדינת ישראל כי (ההדגשות הוספו) –

" ... (3)...should Mr. Ben Ivgi be extradited to Israel, the Israeli authorities would be obligated, by law, to deduct from his prison sentence **the time during which Ben Ivgi was detained in Argentina for the purpose of extradition in accordance with article 11 of the Israel's Penal Law 5737-1977 which states the following...** (4)... the undersigned undertakes to ensure that the law in this matter will be applied ... (6) In order to fully comply with this undertaking, we have asked the attorneys representing **the State of Israel... in Argentina to ask the court for a report which will state exactly what was Mr. Ben Ivgi's period of detention in Argentina for the purpose of extradition ...**".

42. בן איבגי טוען – יש לומר בעלמא – כי מכתבים אלו נשלחו בשל דרישת הרשויות בארגנטינה להתחייבות מפורשת כי ינוכו כלל ימי המעצר שאותם ריצה בארגנטינה מתקופת מאסרו בישראל. טענתו העיקרית היא כי המכתב הנ"ל מאת מנהל המחלקה לעניינים בינלאומיים לא סיפק את הרשויות הארגנטינאיות ולא איפשר את ההסגרה, ולפיכך נשלח המכתב השני. השוני בנוסח – בפרט ההסתייגות הכלולה במלל שבסוגריים במכתב מנהל המחלקה לעניינים בינלאומיים, שמקומה נפקד במכתב היועץ המשפטי לממשלה – הוא המבסס את ההתחייבות לניכוי של ימי המעצר המקביל.

43. מנגד הבהירה המדינה כי הצורך במכתב נוסף נבע אך ורק מזהות החותם ומתפקידו הרשמי, להבדיל מן התוכן, קרי, מציפיית רשויות ארגנטינה לקבלת התחייבות מאת גורם מוסמך, לשיטתן. לפי עמדת המדינה, מבחינה מהותית תוכן

המכתבים זהה, שכן גדר ניכוי ימי המעצר בהתאם לסעיף 11 לחוק העונשין, בשים לב להלכת סוויסה, הוא כמתואר במכתב מנהל המחלקה לעניינים בינלאומיים, לרבות במבואר שם בסוגריים.

44. גבי דידי, אין ממש בטענותיו אלה של בן איבגי. היועץ המשפטי לממשלה הפנה במכתבו להוראת סעיף 11 לחוק העונשין. פרשנותה המוסמכת של ההוראה – בהתאם להלכת סוויסה – היא כמתואר במכתב מנהל המחלקה לעניינים בינלאומיים. הנוסח שונה; המהות זהה. אך טבעי הוא כי אישים שונים יבטאו באופן שונה אותה עמדה משפטית מחייבת. נחה דעתנו מהסברו של ב"כ היועץ המשפטי לממשלה לפיו דרישת הרשויות הארגוניאיות באשר לזהות נושא המשרה המתחייב לפנייה היא שהצריכה את הוצאת מכתב היועץ המשפטי לממשלה, בד בבד עם מכתבו של שר המשפטים.

(במאמר מוסגר אציין כי בן איבגי ציטט מסעיף 3 למכתב. עיון בהמשכו, בסעיף 6, מלמד כי ביוזמת היועץ המשפטי לממשלה התבקש דיווח מאת בית המשפט הארגוניאי, כדי לאפשר עמידה בהתחייבות. היועץ המשפטי לממשלה הבהיר כי הנתון המתבקש הוא ביחס לימי מעצר לצורך הסגרה. בכך שב במדוייק על גדר הימים – "...for the purpose of extradition..." – כפי שעשה גם מנהל המחלקה לעניינים בינלאומיים במכתבו, לפני המלל שבסוגריים).

45. בן איבגי הביע דאגה מן ההשלכות של הפרת ההתחייבות מצדה של המדינה, לשיטתו, במישור הבינלאומי. לבית המשפט המחוזי הגיש חוות דעת מומחה לעניין הדין הזר (וזו, לדבריו, לא נסתרה בחוות דעת נגדית מטעם המדינה) לתמיכה בעמדתו על כך שניכוי תקופת מעצר לצורך הסגרה בלבד מפר את תנאי חוק ההסגרה הארגוניאי, ובמצב זה לא היו רשויות ארגונינה נעתרות לבקשת ההסגרה. המומחה מציין בחוות הדעת כי אין לשאלה אילו מעצרים ומאסרים יש לנכות מענה בדין הארגוניאי ולמיטב ידיעתו גם לא בחוק הבינלאומי, ולפיכך נסמך על עקרון החוקיות כמו גם על ערכי החירות שבחוקה הארגוניאית ובחוק הבינלאומי.

46. דומני כי בהקשר זה נטל בן איבגי לעצמו עטרה להתגדל בה, תפקיד לא לו. בן איבגי איננו שומר החותם. על התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל בהקשר משפטי זה אמונים אנשי המחלקה הבינלאומית בפרקליטות המדינה, הם הגורם המקצועי, מתוקף תפקידם היו מעורבים ובקיאים בפרטי המגעים עם הרשויות הארגוניאיות, ונושאים באחריות. לדבריהם: "אין כל מקום לנכות מעונש המאסר גם את ימי המאסר שריצה במדינה זרה ושאין בינם לבין עבירות בישראל כל קשר. מדינת ישראל מעולם לא התחייבה שתעשה זאת, רשויות ארגונינה ככל הנראה לא היו מסגירות את העותר לו סברו

שיש לנכות יותר ימים" (עמוד 11 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי). חוות דעת המומחה לדין הזר מבקשת ליצור רושם כי צפויה תרעומת על ישראל בארגנטינה, אך הלכה למעשה לא הובאה לפנינו מפי האמונים על הנושא ולו ראשית ראייה לביקורת או לתרעומת כלשהי מצדה של ארגנטינה. אומר בתמצית: אין במכתבי ההתחייבות של ישראל לארגנטינה בסיס כלשהו להתחייבות מיוחדת בענייניו של בן איבגי. ההתחייבות איננה אלא למלא אחר הוראת סעיף 11 לחוק העונשין, כפי שפורש בהלכת סויסה. כאמור, ניכוי ימי מעצר מקביל אינו בא בגדרה.

47. בן איבגי רואה במסמך בית המשפט הפדראלי הנ"ל מיום 20.10.2013 משום החלטה מחייבת של בית המשפט הארגנטינאי, שאינה אך מוסרת מידע, אלא קובעת מסמרות בעניין ניכוי ימי המעצר. לטענתו, כך מחוייבת המדינה לפעול בענייניו. בגוף המסמך, מדגיש בן איבגי את המילים:

"... מאחר שמר משה בן איבגי נמסר לרשויות של מדינת ישראל, יש להוציא מסמך רשמי ממוען למשרד החוץ על מנת ליידעו על תקופת הכליאה שריצה מר משה בן איבגי ברפובליקת ארגנטינה, וזאת כדי שתנוכה מהתקופה שעליו לרצות בישראל בהתאם להתחייבות שנלקחה על פי סעיף 11, ס"ק e לחוק 24.767. בעניין זה, יש לדווח כי...".

ב"כ היועץ המשפטי לממשלה השיב מנגד, כי המסמך רק מוסר נתונים על אודות מספר הימים שבהם נכלא בן איבגי. אין בו הוראה על אודות היקף הניכוי. הדבר הזה נותר לשיקול דעת בית המשפט בישראל. העובדה שהמסמך מונה גם תקופות שאין חולק כי אינן רלוונטיות מלמדת כי לא התיימר לציין את התקופות שנועדו לניכוי. זאת ועוד, עמדת הרשויות בארגנטינה מציגה דווקא באור בעייתי החלטה ישראלית אשר תפחית מממשות עונש המאסר בגין התיקים הארגנטינאיים, שהרי "במספר מועדים במסגרת הליך ההסגרה הבהירו בתי המשפט בארגנטינה שעל העותר לקיים קודם את חובו כלפי החברה הארגנטינית לפני שיתאפשר הליך ההסגרה לצורך מילוי חובו של העותר כלפי ישראל" (עמוד 10 לפרוטוקול מיום 20.5.2014). בהתאם לכך, הושעתה הסגרתו בפועל של בן איבגי כמעט שנה וחצי מיום החלטת ההסגרה ועד למימושה, על מנת שיסיים לרצות את עונשו שם, בגין התיקים הארגנטינאיים.

48. גם בהקשר זה אין לקבל את טענתו של בן איבגי. בית המשפט המחוזי ציין כי לטעמו אין בפירוט הימים במסמך השופט הפדראלי משום "... הפרדה זיכוטומית בין ימי 'מעצר' וימי 'מאסר' כאשר ימי מעצר ניתן לנכות וימי מאסר לא, כטענת ב"כ המשיב. ניתן אף להסיק מנוסח ההחלטות כי ההפך הוא הנכון" (פסקה 8 לפסק הדין). כשלעצמי

דומני כי לא כך. הדעת נותנת, כי אילו סבר בית המשפט הארגנטינאי, כפי עמדתו של בן איבגי, כי יש לנכות את כלל תקופות מעצרו לצורך הסגרה, גם כאשר נשא בהן בחופף למאסר או למעצר בתיקים הארגנטינאיים, לא היה טעם ולא תכלית למנות בפרטי פרטים את קבוצות הימים במהלך תקופה של מספר שנים, תוך חלוקה, אגב תיאור השתלשלות האירועים, בין שלושה סוגי כליאה: לצורך הסגרה, מעצר מקביל ומעצר או מאסר פנים בגין התיקים הארגנטינאיים. פירוט זה מלמד, כי גם לשיטת כותב המסמך, קיימת נפקות ממשית להבחנה בין הסוגים השונים. בעוד בן איבגי מציין (בפסקה 42 לתגובתו לבקשת הרשות לערער), כי מדובר "... בסקירה ברורה של התקופות אותן יש לנכות ממאסרו בישראל" (ההדגשה במקור), הרי שלשיטתו-שלו כולל המכתב תקופות אשר במובהק אין לנכותם – תקופות המעצר או המאסר בגין התיקים הארגנטינאיים. משיצא פרט זה מן הכלל, לא על עצמו יצא ללמד, אלא על הכלל כולו יצא ללמד: כל התקופות המנויות במסמך צוינו במסגרת סקירת תולדות שלילת חירותו של בן איבגי בנכר – בין במאסר, בין במעצר, מכל סוג – אך אין במסמך הוראה לגבי תקופת הניכוי ואף לא ציפייה בהקשר זה.

49. בן איבגי טען עוד, כי מאסרו כבר כעת הוא בלתי-חוקי, בהינתן תנאי ההסגרה. בתיק השוד נדון בן איבגי כאמור ל-5 שנות מאסר, בעקבות הרשעתו ב-4 עבירות: שוד מזויין בחבורה, ניסיון לשוד מזויין בחבורה, קשירת קשר לביצוע פשע ושיבוש הליכי משפט. אולם, ארגנטינה נאותה להסגיר את בן איבגי רק בגין שתיים מן העבירות הללו – שוד בחבורה וניסיון שוד בחבורה. המדינה ניסתה, בנסיבות אלה, לבקש הבהרה לגזר הדין בתיק השוד על דרך של פניה לבית המשפט אשר גזר את הדין, כדי שיקבע מהו העונש בגין שתי העבירות הללו במובחן מן העונש הכולל. הבקשה נדחתה בהחלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (השופט ג' קרא) מיום 29.4.2014, ולפיכך טרם הוכרעה הסוגיה לגופה. ברם, יש להבחין בינה לבין מה שעל הפרק כאן, בין משך המאסר כולו, לבין ניכוי ימי המעצר המקביל. ענייננו-שלנו בגדרי ערעור זה בנושא האחרון, לא בראשון.

50. בשולי הדברים: הלכת סוויטה נסמכה על הוראת סעיף 11 לחוק העונשין כאילוץ ובלית ברירה, ובעקבותיה המחלוקת שבכאן אם להחילה גם על מעצר מקביל, אם לאו. בין לבין נדונו עוד כמה פרשות של הסגרה ושאלות של ניכוי ימי מעצר ומאסר. דומה כי מן הראוי להסדיר את הסוגיה הנדונה בחקיקה, ובמשפנה הראוי לה – בחוק ההסגרה. זאת, תוך מתן משקל הולם לעקרון ההלימה, ומענה לקשיי הלכת סוויטה, בעיקר במה שנוגע להעדר שיקול דעת לבית המשפט בסעיף 11 לחוק העונשין: משבא סוג של מעצר בגדרו של הסעיף – מתחייב ניכוי ימי המעצר, ומשאינו בא סוג

של מעצר בגדרו – נמנע הניכוי (ראו: דברי השופט (כתוארו אז) א' גרוניס בעניין סויסה (פסקאות 8 סיפא ו-13) והערותיה שם של השופטת א' פרוקצ'יה). לעיתים קוראים שיקולי צדק לפתרון ביניים, וכיום השער לפתרון שכזה – נעול. תיקון חקיקתי יבסס עצמו על מסד של נתונים עובדתיים ויחסוך הערכות וספקולציות שמצאו את דרכן זעיר פה זעיר שם בטיעוני הצדדים בעניין סויסה, בעניין דנן ובפרשות נוספות, כמה שנוגע להרתעה מפני הימלטות, התדיינות בהליכי הסגרה ועוד לרוב.

סוף דבר

51. שורת הדין מחייבת ניכוי ימי המעצר שבו היה נתון בן איבגי בארגנטינה לצורך הליך הסגרתו לישראל מתקופת מאסרו כאן; אין הצדקה לניכוי ימי המעצר המקביל, אותן תקופות שבהן היה בן איבגי נתון במעצר לצורך הליך הסגרתו לישראל, במקביל למעצר או למאסר במסגרת התיקים הארגנטינאיים. אציע אפוא לחברי לקבל את הערעור, לבטל את פסק הדין של בית המשפט המחוזי ולקבוע כי יש לנכות מתקופת מאסרו של בן איבגי 29 ימים בלבד.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט נ'עם סולברג.

ניתן היום, כ"ה באב התשע"ד (21.8.2014).

שופט

שופט

שופט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 14047870_O06.doc עב
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il