



ע"פ 5121/17 - אילן טסלר נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5121/17

לפני: כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט י' אלרון

המערער: אילן טסלר

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בירושלים
מיום 13.10.2016 ב-ב"ש 10424/07 שניתנה על ידי
כב' השופט י' נועם

תאריך הישיבה: י"ד בטבת, התשע"ח (1.1.2018)

בשם המערער: עו"ד ניר שנידרמן; עו"ד ד"ר קרין קלוז-גולר

בשם המשיבה: עו"ד יפית רושנק

פסק-דין

עמוד 1



השופט י' אלרון:

פתח דבר

במוקד הערעור ניצבת פרשת רצח מצמר ומתוכנן בקפידה החובקת שלוש יבשות. המערער - אשר רצח את רעייתו בפרו בשנת 1997 - נידון למאסר עולם בגרמניה בשנת 2002 ומרצה את יתרת עונשו בישראל למן שנת 2007.

לשיטת המערער, שעונשו נקצב בישראל ל-30 שנות מאסר, יש לאפשר לו להתייצב בפני ועדת השחרורים בחלוף 15 שנים מתחילת מאסרו, כקבוע בדין הגרמני. זאת, חלף הזכות לעשות זאת רק לאחר נשיאת שני שלישים מתקופת מאסרו - דהיינו 20 שנים - כפי שמורה הדין הישראלי (סעיף 5 לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001 (להלן: חוק שחרור על תנאי)).

אפתח בהבאת תמצית הפרשה, כפי שזו נסקרה בפסק דינו של בית המשפט הגרמני אשר הרשיע את המערער בעבירת הרצח וגזר את דינו למאסר עולם.

פרשת הרצח

1. המערער, אזרח ותושב ישראל, הכיר בשנת 1992 את ד"ר אורסולה גלוק (להלן: המנוחה), אזרחית גרמניה, אשר שהתה בישראל למשך מספר שנים לצורך לימודי דוקטורט במכון ויצמן. בין השניים נרקם קשר רומנטי, אשר ידע במרוצת השנים קשיים שונים, במידה רבה בשל תאוות הבצע של המערער. השניים נישאו בניו יורק בשנת 1995 והמשיכו להתגורר בעיר זו. בשלהי שנת 1996, רקח המערער תוכנית שסופה ברציחתה האכזרית של המנוחה. זאת, מתוך שאיפה לזכות בתשלומי פוליסת ביטוח החיים של המנוחה, שהוא היה מוטב לה.
2. על מנת להוציא אל הפועל את מזימתו, הציע המערער למנוחה לנסוע עימו למאצ'ו פיצ'ו שבפרו, מתוך ידיעה כי למנוחה עניין רב בביקור ביעד זה, ומתוך אמונה כי ריבוי מעשי השוד האלימים במדינה זו, כמו גם תפקודן המוגבל של רשויות האכיפה - יקלו עליו להסוות את מעשיו ולחמוק מאשמה. על אף שהמנוחה העדיפה להגיע למאצ'ו פיצ'ו באמצעות רכבת, דאג המערער, אשר היה אמון על תכנון הנסיעה, להביא לכך שהם יעשו את הדרך למקום רגלית, דרך מסלול הליכה המכונה "שביל האינקה". בערבו של יום 6.1.1997, הציבו השניים את אוהלם המשותף באתר מחנאות שומם, חרף חששה של המנוחה מפני לינה במקום מבודד זה. למחרת, בעלות השחר, ירה הנאשם בראשה של המנוחה מטווח קצר, באמצעות אקדח 9 מ"מ אשר הוטען בקליעי hollow point. שישה ימים לאחר מכן, הלכה המנוחה לעולמה.
3. לאחר שנפטר המערער מנשקו, בסמוך לירי, נתקל באקראי בתיירת. המערער, שבגדיו וידיו היו מגואלים בדמה של המנוחה, ביקש מתוך בהלה את עזרתה של התיירת. זו ציינה כי בקרבת מקום מצויה קבוצת מטיילים ובה רופא וחובש, אך המערער, אשר חשש כי הענקת טיפול רפואי למנוחה עשויה להציל את חייה ובכך לסכל את תוכניתו, העדיף להיוותר בגפו והודה לתיירת בנימוס. מספר שעות לאחר מכן, הגיעה קבוצת המטיילים למקום הרצח. כאשר

עמוד 2



נשאל על ידי חברי הקבוצה לאשר התרחש, הסביר המערער כי המנוחה והוא הותקפו בידי שני שודדים בשעות הבוקר המוקדמות, וכי במהלך השוד נורתה המנוחה בראשה. תיאור זה עורר את חשדותיו של מדריך קבוצת המטיילים, שכן לא היה ידוע לו על אירועי ירי דומים שהתרחשו ב"שביל האניקה". בהמשך היום, בעוד הקבוצה ממתינה למסוק אשר יפנה את המנוחה לבית חולים, תושאל המערער על ידי קצין משטרה שהגיע למקום לנוכח הדיווח על תקרית הירי. המערער נחקר בפרו מספר פעמים נוספות, אך לא עלה בידן של רשויות החקירה המקומיות לפענח את הרצח.

4. לאחר שגופת המנוחה הועברה למינכן, פתחה התביעה המקומית בחקירת הרצח. המערער, אשר נחקר בתחילה כעד בפרשה, נעצר ביום 13.4.1999 עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו. בתום משפטו, הורשע המערער ברצח המנוחה בידי בית המשפט המחוזי במינכן ביום 22.1.2002, ונידון למאסר עולם בלתי קצוב. בפסק הדין הודגש כי מעשיו של המערער טומנים בחובם חומרה יתרה, לנוכח התכנון הקפדני שקדם להם, מטרתם הכלכלית הנלווה, והניצול הבוטה של יחסי האמון ששררו בינו לבין המנוחה אשר היה כרוך בהם. ערעור שהגיש המערער לבית המשפט הפדרלי בגרמניה נדחה בהחלטה מיום 12.3.2006.

בקשת המערער לנשיאה ביתר עונשו בישראל

5. ביום 30.7.2003 הביע המערער בפני הרשויות הישראליות בגרמניה את רצונו לשאת ביתר עונשו בישראל, ובהמשך הגיש בקשה מתאימה לרשויות המוסמכות בגרמניה (להלן: בקשת ההעברה). משזו התקבלה לבסוף, לאחר ערעור, הוציא שר המשפטים צו להעברת המערער לישראל על פי סמכותו בסעיפים 8 ו-9 לחוק לנשיאת עונש מאסר במדינת אזרחותו של האסיר, התשנ"ז-1996 (להלן: החוק), ומכוחו הועבר המערער לישראל ביום 28.11.2007 והושם במשמורת.

6. בכך לא התמצה ההליך, שכן על פי הוראת סעיף 10(א) לחוק, נדרש בית המשפט המחוזי בירושלים להורות בצו על נשיאת יתרת מאסרו של המערער בישראל. בהתאם, עתר היועץ המשפטי לממשלה לבית משפט קמא ביום 20.12.2007 על מנת שיוורה כאמור. בפתח הדיון, אשר התקיים ביום 20.1.2008, הצהיר בא כוח המערער כי בדעתו להגיש בקשה לשם הבאת מרשו לפני ועדת השחרורים בחלוף 15 שנות מאסר. לאחר שהצדדים באו בדברים, הוסכם ביניהם להותיר סוגיה זו לעת מצוא, ולאפשר למערער להגיש בקשה לעיון חוזר לאחר ההכרעה בהליך שהתנהל באותה העת בבית משפט זה. בפרשה אחרת ע"פ 1548/18 מלכה נגד היועץ המשפטי לממשלה (27.1.2018) (להלן - פרשת מלכה). משהוסרה סוגיה זו מהפרק, נתן בא כוח המערער את הסכמתו לבקשה לפי סעיף 10(א) לחוק, ובהתאם קיבלה בית משפט קמא (השופט (כתוארו אז) י' נועם) בהחלטתו מאותו היום.

יצוין כי בשלב מאוחר יותר, נקצב עונשו של המערער ל-30 שנות מאסר בידי נשיא המדינה, בהתאם לסמכותו שבסעיף 11(ב) לחוק-יסוד: נשיא המדינה.

ההליך בבית משפט קמא

7. ביום 19.7.2015 הגיש המערער בקשה לעיון חוזר בהחלטת בית משפט קמא מיום 20.1.2008. בבקשתו עתר לכך שיותר לו להתייצב בפני ועדת השחרורים בחלוף 15 שנות מאסר, כפי שמורה הדין הגרמני, וזאת בהסתמך על



חוות דעת משפטית שאותה הגיש. המשיבה, אשר התנגדה לבקשה, הגישה מצדה הבהרות על אודות הדין הגרמני, בהתבסס על מכתב שהועבר אליה ממשרד המשפטים במחוז בוואריה שבגרמניה.

8. תחילה, סקר בית משפט קמא את הוראותיה של האמנה בדבר העברת נידונים (Convention on the Transfer of Sentenced Persons) (להלן: האמנה)), אשר נחתמה ביום 21.3.1983 בידי המדינות החברות במועצת אירופה, כמו גם על ידי מדינות נוספות. מדינת ישראל אשררה את האמנה ביום 24.9.1997, והיא נכנסה לתוקף ביום 1.1.1998 (כתבי אמנה, כרך 45, מס' 1324) ונקלטה לדין הישראלי מכוח סעיף 3 לחוק. לאחר שבחן את האמנה ואת פרשנותה הנוהגת, מצא בית משפט קמא כי ככלל, נתפסים דיני השחרור על תנאי ממאסר כחלק מאכיפת העונש, ולפיכך חולשים עליהם דיני המדינה הנעברת. עוד צוין כי גישה זו הולמת את לשון סעיף 11(א) לחוק, המורה כי על אסירים המועברים לישראל לשם נשיאת יתרת עונשם "יחולו הוראות כל דין החלות על נשיאת מאסר או על שחרור ממאסר".

9. בית משפט קמא הוסיף כי פרשנות זו נתמכת היטב בתכליתם של דיני העברת הנידונים. בפרט עמד בית משפט קמא על מורכבותו של הליך השחרור על תנאי ממאסר; על יחסי הגומלין בינו לבין פרמטרים ייחודיים לשיטת המשפט של המדינה האוכפת, כדוגמת הרכב הוועדה, שיקוליה, וטיבה של תקופת המבחן שעליה היא מוסמכת להורות; ועל החשיבות שבהותרת ההחלטה בדבר שחרור על תנאי ממאסר לשיקול דעתה הבלעדי של המדינה המבצעת, שהיא זו אשר נדרשת לקלוט את האסיר לחיים אזרחיים סדירים לאחר שחרורו. בית משפט קמא אף העיר כי להחלת הדין הישראלי יתרון מעשי, שכן הכפפת הכרעת ועדת השחרורים הישראלית לדין הגרמני הייתה מקשה על ההליך המתנהל לפניו.

10. בהמשך, התייחס בית משפט קמא לפסק דינו של בית משפט זה בפרשת מלכה, עליו השליך כל צד את יהבו. אדרש לפרשה זו בהרחבה בהמשך חוות דעתי, ואולם אציין כבר עתה, בקצירת האומר, כי מקרה זה עסק באסיר ישראלי אשר נידון בבריטניה למאסר עולם, והועבר לישראל לשם נשיאת יתרת עונשו. במוקד פרשת מלכה עמדה השאלה אם יש לתת תוקף להחלטה שיפוטית שהתקבלה בבריטניה, המכונה Tariff, בה נקבע עבור האסיר מועד פרטני שבו יהיה רשאי להתייצב לראשונה בפני ועדת השחרורים. בפסק דינו הדגיש בית משפט קמא כי פרשת מלכה – בה השיב בית משפט זה לשאלה האמורה בחיוב – שונה מענייננו. זאת, משנקבע בפרשה זו כי רכיב ה-Tariff הבריטי מהווה חלק מגזר הדין, אשר נקבע בסמוך אליו, בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של האסיר. בכך, הוסבר, הוא נבדל באופן מהותי מהדין הגרמני, בו הוראת חוק הקובעת פרק זמן אחיד וגורף בן 15 שנים, שלאחריו רשאי אסיר העולם לעתור לשחרורו המוקדם. משכך, קבע בית משפט קמא כי לא ניתן להחיל את התוצאה שנקבעה בפרשת מלכה על המערער, אלא יש להכפיף את שחרורו על תנאי ממאסר להוראות הדין הישראלי.

11. לבסוף, דחה בית משפט קמא את טענת המערער שלפיה לא היה מודע לכך שהסכמתו לשאת ביתרת עונשו בישראל תשפיע על זכאותו לשחרור מוקדם, תוך שציין כי טפסי ההסכמה עליהם חתם המערער ביום 30.7.2003 הבהירו כי נשיאת יתרת המאסר בישראל תהיה בהתאם לדיני העונשין של ישראל "בקשר לנשיאת עונש מאסר או קיצורו", וכי תחולתן של ההוראות המקבילות שבדין הגרמני – תפקע. כן הוזכר מכתב שנשלח לבאת כוחו של המערער בגרמניה, שבו הוער כי לאחר העברת אסיר לישראל חל עליו הדין הישראלי, וכן פורטו ההשלכות הנובעות מכך על שחרור המוקדם של אסירי עולם. לנוכח האמור, פסק בית משפט קמא כי המערער לא הוטעה באשר למשמעות העברתו לישראל, וכי לא נפל כל פגם בהסכמתו.



12. המערער, אשר לא השלים עם הכרעת בית משפט קמא, הגיש ביום 27.11.2016 עתירה לבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, ובה דרש לאכוף את ההתחייבויות אשר ניתנו לו, לטענתו, בנוגע למועד שחרורו ממאסר (בג"ץ 9153/16). ואולם, בעקבות דין ודברים שקיים עם המשיבה, הגישו הצדדים הודעה משותפת ובה התבקשה מחיקת העתירה, תוך הסכמה כי המערער יביע את השגותיו כלפי הכרעת בית משפט קמא במסגרת ערעור. ביום 5.4.2017 ניתן פסק דין בעתירה המורה, כמבוקש, על מחיקתה. מכאן – הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים בערעור

טענות המערער

13. לעמדת המערער, יש להביא את עניינו בפני ועדת השחרורים על פי פרק הזמן הקבוע בדין הגרמני – דהיינו בחלוף 15 שנים ממועד תחילת מאסרו.

14. המערער סבור כי על מדינת ישראל, בתור המדינה האמונה על ביצוע עונש המאסר, להכפיף את נוהלי ועדת השחרורים לדין הנוהג במדינה שבה נשפט. שלא כבית משפט קמא, גורס המערער כי עניינו דומה לפרשת מלכה, ולפיכך ראוי כי תוצאת ההליכים תהיה אף היא זהה. לטענתו, תוצאה אחרת תפר את התחייבויותיה של מדינת ישראל במסגרת סעיף 10.2 לאמנה, שלפיה לא יהיה בהעברת אסיר כדי להחמיר בעונש שנגזר עליו במדינה השופטת.

15. המערער חולק על קביעת בית משפט קמא שלפיה יש לראות בהליכי השחרור על תנאי כחלק מאכיפת העונש ולא כחלק מהעונש גופו. לעמדתו, מצוי משך המאסר בליבה של סוגיית העונש. המערער מציין כי הוראת החוק העוסקת בשחרור מוקדם מהווה חלק בלתי נפרד מחוק העונשין הגרמני, וטוען כי בתי המשפט אשר גוזרים את דינם של מורשעים מתחשבים מראש בהליכי השחרור על תנאי. כך, למשל, נסיבות מקלות המופיעות בגזר הדין עשויות לשפר את סיכוייו של האסיר לזכות בשחרור מוקדם. לשיטת המערער, השיקולים אשר מנחים הליכים אלה – מידת החומרה של העבירה שביצע האסיר ומידת מסוכנותו – דומים בטיבם לשיקולי הענישה הרגילים, ולפיכך ניתן לראות בדיון בבקשה לשחרור מוקדם משום המשך של גזר הדין.

16. לבסוף, טוען המערער כי נפל פגם בהסכמתו לנשיאת יתרת מאסרו בישראל. המערער עומד על הפער הניכר בין משך מאסרו אילו היה נותר בגרמניה, שם משוחררים אסירי עולם לאחר 15 עד 20 שנות מאסר באופן ממוצע, לבין זה הצפוי לו בישראל, שבה סיכוייו להשתחרר לאחר 20 שנות מאסר נמוכים. המערער גורס כי פיתח ציפייה לכך שמעברו לישראל לשם נשיאה בעונשו לא יוביל להחמרה בעונשו, וזאת בין היתר על סמך מצגים שהוצגו לו בידי הרשויות בישראל. לדבריו, בהתקשרויות השונות שנערכו בין באי כוחו וקרוביו לבין גורמים ישראלים רשמיים נמסר להם כי שחרורו המוקדם יהיה תלוי אך בהתנהגותו הטובה ויתאפשר כעבור 20 שנים לכל המאוחר.

טענות המשיבה

17. המשיבה סומכת את ידיה על הכרעת בית משפט קמא, ומבקשת להותיר על כנה את התוצאה שעליה הורה.



18. המשיבה חולקת על גישת המערער בדבר הדמיון בין עניינו לבין פרשת מלכה. בהקשר זה מציגה המשיבה את עמדת משרד המשפטים של מחוז בוואריה שהועברה לידיה, שלפיה לא נקבע מועד להתייצבותו של המערער בפני ועדת השחרורים כחלק מגזר דינו; ומדגישה את נקודות השוני בין הדין הגרמני לבין הדין הבריטי, כפי שהוצגו גם בפסק דינו של בית משפט קמא. לנוכח האמור, סבורה המשיבה כי לא ניתן לראות בהסדר השחרור על תנאי שבדין הגרמני חלק אינטגרלי מגזר הדין בעל אופי פרסונלי, אלא הוראה כללית הנוגעת לאופן ביצוע העונש ולאכיפתו. זאת ועוד, המשיבה מפנה לפסק דין שניתן על ידי בית המשפט הפדראלי העליון בגרמניה, אשר מאשש עמדה זו וקובע כי ההכרעה בדבר שחרורו המוקדם של אסיר עולם נמנית עם מלאכת אכיפת עונשו. כמו כן גורסת המשיבה כי הכרעתו של בית משפט קמא מתיישבת היטב עם התכליות הניצבות בבסיס האמנה, אשר מבקשת להסמיך את המדינה הקולטת את האסיר לקבוע את התנאים הנוגעים לשיקומו ולהשתלבותו בחברה.

19. אשר למודעותו של המערער להשלכות העברתו לישראל, תמימת דעים המשיבה עם האמור בהחלטת בית משפט קמא, שלפיה הובהר למערער באופן חד-משמעי מהמסמכים שעליהם חתם וממגעיו עם הרשויות בישראל, כי יוכפף לדין הישראלי בכל הנוגע לתנאי שחרורו המוקדם.

20. בתום הדיון בערעור ביום 1.1.2018, התרנו לבאי כוח המערער למסור הודעה מעדכנת בתוך 7 ימים בהתייחס למסמך שהוגש לעיונו, ואשר היה קיים ספק אם הונח בפני בית משפט קמא, אם לאו. משהודעה כאמור לא הוגשה, התייתר הצורך בהכרעת סוגיה דיונית זו.

על כן, אפנה עתה להכרעה בערעור.

דיון והכרעה

21. אקדים ואציין כי לאחר בחינה מעמיקה של טענות הצדדים בעל פה ובכתב, הגעתי לכלל מסקנה כי יש לדחות את הערעור – וכך אציע לחבריי לעשות. לשיטתי, לא עלה בידי המערער להצביע על טעם ממשי שבעטיו יש לסטות מקביעותיו הבהירות והמנומקות של בית משפט קמא, אשר היטיב לנתח את היבטיהן השונים של השאלות הטעונות הכרעה והגיע למסקנות מבוססות ומשכנעות.

22. שני נושאי מחלוקת עיקריים ניצבים לפתחנו: האחד, ברירת הדין החל בהליכי השחרור על תנאי של המערער; השני, שאלת הפגם בהסכמת המערער לנשיאה ביתרת עונשו בישראל.

23. על פני הדברים, ניתן היה לומר כי די בהפרכת טענת הפגם על מנת להכריע את הערעור כולו, שכן לכאורה נחרץ דינו של המערער משהסכים להחלט דיני השחרור על תנאי הנוהגים בישראל, אף אם הוראות החוק והאמנה מורות אחרת.

אפשרות זו עלתה בפרשת מלכה, שם נדרש חברי, השופט (כתוארו אז) ח' מלצר, לשאלה אם די בהסכמתו של אסיר להעברתו כדי להכשיר פגמים שנפלו במילוי הוראות האמנה. לשיטתו, התשובה לכך היא בשלילה, וזאת על סמך



שלושה נימוקים: במישור החוקתי, הוסבר כי מאחר שבהגבלת חירות עסקין, לא ניתן להתנות על הוראותיה של האמנה בהיעדר מקור מפורש לכך בדין; במישור התכליתי, הודגש כי התניה כאמור אינה מתיישבת עם מטרותיהם של דיני העברת הנידונים, המציבים לנגד עיניהם את טובת האסיר; ובמישור הבינלאומי, הוער כי תוצאה זו עלולה לסתור את מחויבותיה של מדינת ישראל כלפי יתר מדינות האמנה ולפגוע במעמדה (ראו שם, פסקה 36).

24. דברים בהירים אלה מקובלים עליי במלואם, ולא נותר לי אלא לאמצם כמות שהם. לפיכך, אדרש תחילה לברירת הדין החל על המערער דנן, ורק לאחר שאמצא כי החלת הדין הישראלי אכן מתיישבת עם הוראות החוק והאמנה – אפנה לבחון אם נפל פגם בהסכמת המערער לתוצאה זו.

25. ואולם, טרם שאדון בשאלת ברירת הדין לגופה, אבקש לסקור בקצרה את פרשת מלכה, שאליה התייחסו הצדדים בהרחבה בטיעוניהם בנושא זה.

פרשת מלכה

26. עניינה של פרשת מלכה באזרח ישראלי – יניב מלכה – אשר הורשע ברצח בידי בית משפט בריטי ונידון למאסר עולם. לבקשתו, הועבר מלכה לישראל לשם נשיאה בעונשו. במקביל להליכי הטיפול בבקשה, פנה מלכה לרשויות בבריטניה על מנת שיקבעו עבורו פרק זמן המכונה Tariff שלאחריו יובא בפני ועדת השחרורים, אשר תקצב את יתרת עונשו בהתאם להערכת מסוכנותו לציבור. בעניינו של מלכה נקבע Tariff בן 13 שנים, והצדדים היו חלוקים באשר למעמדו ולזכויותיו בחלוף תקופה זו, בהיותו אסיר בישראל. לשיטת מלכה, השארתו במאסר מעבר לתקופה הנקובה ב-Tariff אינה חוקית, ולפיכך עתר לשחררו, ולחלופין לאפשר לו להתייצב לאלתר בפני ועדת השחרורים. המשיבה, מנגד, סמכה את ידיה על הכרעת בית המשפט המחוזי, אשר קבע כי על מלכה יחול הדין הישראלי לעניין האפשרות לשחרור מוקדם ממאסר.

27. בפסק דינו המקיף והמפורט, קבע חברי השופט (כתוארו אז) ח' מלצר כי יש להביא את עניינו של מלכה בפני ועדת השחרורים על פי פרק הזמן המנוי ב-Tariff. למסקנה זו הגיע לאחר שניתח את אופיו של מוסד ה-Tariff על פי הדין הבריטי, ומצא כי הוא מהווה חלק אינהרנטי מגזר הדין וממהלך הענישה, אשר מוגדר על פי נסיבות הפרטניות של אסיר העולם ועל פי נסיבות העבירה שביצע, ומושתת על שיקולי גמול והרתעה. לנוכח האמור, ולאחר שקבע כי יש לפרש את מוסד ה-Tariff כרכיב בגזר הדין אף לפי הוראות הדין הישראלי והדין הבינלאומי, הפנה לסעיף 10 לאמנה, הנחלק לשניים: סעיף 10.1 חל בנסיבות שבהן קיימת מאליה התאמה של דיני המדינה המבצעת (קרי ישראל) לטיב ולמשך גזר דינה של המדינה השופטת (קרי בריטניה); בעוד סעיף 10.2 מתייחס לנסיבות שבהן נדרשת התאמה נוספת. מאחר שרכיב ה-Tariff זר לדין הישראלי, נקבע כי עניינו של מלכה נמנה עם קבוצת המקרים השנייה, ולפיכך נכנס בגדרי סעיף 10.2 לאמנה. לאחר בחינת עמדת המשפט המשווה בפרשות דומות, נפסק כי התוצאה אשר תשקף התאמה מיטבית היא הבאת מלכה לפני ועדת השחרורים בחלוף 13 השנים שנקבעו ב-Tariff, תוך שהוועדה תוסיף למניין שיקוליה את הצורך בכיבוד הוראות האמנה, כמו גם את הזמן אשר חלף בין תום תקופת ה-Tariff לבין המועד שבו ניתן פסק הדין.

יצוין, להשלמת התמונה, כי בקשתה של המשיבה לדיון נוסף בפסק דין זה נדחתה בידי הנשיא דאז א' גרוניס (דנ"פ 2161/14 היועץ המשפטי לממשלה נ' מלכה (3.4.2014) (להלן: דנ"פ מלכה)). ובסופו של דבר ועדת



השחרורים המיוחדת שעניינו של מלכה הובא בפניה דחתה את בקשתו לשחרור מוקדם ועתירה ובר"ע שמלכה הגיש כנגד החלטת הדחיה הנ"ל סורבו (ראו: רע"ב 5906/14 יניב מלכה נ' ועדת השחרורים המיוחדת בית סוהר איילון (11.01.2014)).

ובחזרה לעניינו.

חלק א: ברירת הדין

28. על מנת לברר את זהותו של הדין החל על הליכי שחרורו על תנאי של המערער לאחר העברתו לישראל, אציג תחילה את המסגרת הנורמטיבית בעניין העברת נידונים למדינת אזרחותם לשם נשיאה ביתרת עונשם. מאחר שמסגרת זו נפרשה בהרחבה בפרשת מלכה (ראו שם, פסקות 28-31), אסתפק בהבאת עיקרי הדברים.

המסגרת הנורמטיבית – דיני העברת נידונים

29. לדיני העברת הנידונים תכלית הומניטארית, ומטרתם לאפשר לאסיר לשאת בעונשו במדינת מולדתו, ובתוך כך להימנע משהות מאחורי סורג ובריח במדינה זרה, הנחשבת קשה יותר "בשל הריחוק מהמשפחה, הקשיים הנובעים מאי ידיעת השפה, חוסר התמצאות במנהגי המקום שלרוב הם שונים מאלה שהאסיר רגיל להם בארץ שבה הוא אזרח, וכן בשל בעיות חברתיות אחרות" (דברי ההסבר להצעת חוק העברת אסירים לנשיאת עונש מאסר בארצותיהם, התשנ"ו-1996, ה"ח 794, 794 (להלן: דברי ההסבר לחוק); ראו גם: בג"ץ 9382/12 אשור נ' השר לביטחון הפנים, פסקה 9 (27.2.2014)).

30. כאמור, שני רבדים נורמטיביים השלובים זה בזה מרכיבים את דיני העברת הנידונים החלים בישראל: האמנה, מחד גיסא; והחוק, מאידך גיסא. עוד ראוי לציין כי על פי סעיף 9 לאמנה, ישנן שתי דרכי פעולה חלופיות לאכיפתם של גזרי דין בידי המדינה הקולטת את האסיר – לפי האחת, אשר מכונה "אכיפה מתמשכת" ("continued enforcement"), ממשיכה מדינה זו את אכיפת עונש המאסר שהוטל על האסיר במדינה שבה נשפט; לפי השנייה, אשר מכונה "המרת גזר הדין" ("conversion of sentence"), מומר העונש שהוטל בידי המדינה השופטת בעונש שאותו משיתה המדינה הקולטת בהתאם לחוקיה. הבחירה בין שתי דרכים אלו מסורה לכל מדינה המצטרפת לאמנה. לעניינו, רלוונטית חלופת האכיפה המתמשכת, לנוכח הצהרתה של מדינת ישראל במעמד הצטרפותה לאמנה כי תפעל על-פיה.

31. בשלב זה, אבקש לעמוד על הבחנה חיונית בין שני ממדים בדיני העברת הנידונים הנוהגים בישראל: ממד העונש וממד האכיפה. כפי שאראה להלן, מהבחנה זו נגזרת במישורן זהותו של הדין החל, ולפיכך ניכרת חשיבותה להכרעת הערעור שלפנינו.

32. ממד העונש – חלופת האכיפה הנמשכת, אשר נוהגת בישראל, כובלת את המדינה המבצעת "לטיבו המשפטי ולמשכו של גזר הדין כפי שנקבעו על ידי המדינה השופטת" (סעיף 10.1 לאמנה). כפי שמבואר ב- Explanatory



Report to the Convention on the Transfer of Sentenced Persons (להלן: דברי ההסבר לאמנה; לדיון על אודות מעמדו הנורמטיבי של מסמך זה ראו פרשת מלכה, פסקה 29), תנאי ה"טיב" מתייחס לסוג העונש, בנסיבות שבהן חוקי המדינה השופטת מגדירים קשת עונשים הכרוכים בשלילת חירות; ותנאי ה"משך" מתייחס לפרק הזמן שנקבע בגזר הדין, תוך התחשבות בחלק העונש אשר נישא טרם ההעברה, ובהחלטות שהתקבלו לגבי קיצורו (ראו שם, פסקה 49). ניתן להיווכח, אם כן, כי היבטים המזוהים עם גזר הדין ועם מלאכת הענישה בכללותה – נועדו להיוותר כמות שנקבעו על פי דיניה של המדינה שבה נשפט האסיר.

לצד זאת, ומתוך הכרה בכך שבין מערכות הענישה בשתי המדינות עשויים להיות הבדלים מהותיים, מותירה האמנה אפשרות חלופית להתאמת גזר הדין לדיניה של המדינה המבצעת, ובלבד שלא יהיה בכך משום החמרה של העונש אשר הוטל במקור (סעיף 10.2 לאמנה; ראו גם דברי ההסבר לאמנה, פסקה 50).

33. ממד האכיפה – בעוד בכל הנוגע לעונש ולרכיביו הנלווים, שולטים בכיפה דיניה של המדינה שבה נשפט האסיר – לא כך ביחס לאכיפת גזר הדין, אשר מצויה תחת הפררוגטיבה של המדינה הנעברת וכפופה לחוקיה. ביטוי מובהק לעמדה זו מצוי בסעיף 9.3 לאמנה, שלפיו "אכיפת גזר הדין תוסדר על-ידי המדינה המבצעת, והיא לבדה תהיה מוסמכת לקבל את כל ההחלטות המתאימות". בדומה מבהיר ספר העזר בנושא העברת נידונים (Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons (להלן: ספר העזר)), אשר פורסם בידי האו"ם בשנת 2012 במטרה להוות מקור ידע בתחום ולעודד מדינות לאמץ הסדרים מתאימים, כי חוקיה של המדינה המבצעת הם שיחלשו על אכיפת העונש (ראו שם, עמ' 51). בדין הישראלי, משלים סעיף 11(א) לחוק את הוראותיה של האמנה, בקובעו כי משהורה בית משפט ישראלי על נשיאת יתרת המאסר בישראל, יחולו על מאסר זה "הוראות כל דין", משמע – הדין הישראלי (דברי ההסבר לחוק, עמ' 799).

סיכום ביניים

34. עד כה הצגתי, ברמת הפשטה כללית, את צמד ממדיהם המשלימים של דיני העברת הנידונים הנוהגים בישראל. להבחנה זו, כפי שהובהר, שמורה חשיבות מכרעת בערעור דנן, שכן על-פיה נקבעת זהותו של הדין החל על האסיר לאחר העברתו. כך, למשל, היבטים המשותפים לממד העונש, כדוגמת משך המאסר, ימשיכו ככלל ללוות את האסיר, משל מעולם לא יצא את שעריה של המדינה שבה נשפט; ומנגד – היבטים הנמנים עם ממד האכיפה, כדוגמת תנאי הכליאה, יגזרו מתוך דיניה של המדינה שאליה הועבר.

35. כיצד, אם כן, יש לסווג את דיני השחרור על תנאי ממאסר? כפי שיפורט להלן, עיון במגוון רחב של מקורות חקיקתיים, פסיקתיים וספרותיים, מלמד על נטייה מובהקת להגדירם כנמנים עם ממד האכיפה, ובהתאם להכפיפם להוראות החוק הנוהגות במדינה הקולטת את האסיר.

דיני השחרור על תנאי וסיווגם

36. ככלל, מורים דברי ההסבר לאמנה כי את הפנייה לדיניה של המדינה האמונה על ביצוע העונש יש לפרש "באופן רחב" ("in a wide sense"). יתרה מכך, דברי ההסבר לאמנה אף נוקבים באופן מפורש בדיני השחרור על



תנאי כדוגמה להקשר שבו יש להישען על חוקיה של מדינה זו (ראו שם, פסקה 47).

לסוגיה זו נדרש בהרחבה ספר העזר, במסגרת תת-הפרק העוסק בדיני אכיפת המאסר החלים על האסיר לאחר העברתו. לאחר שמובהר כי למדינה המבצעת מסורה הסמכות הבלעדית לקבל את מכלול ההחלטות בנושא אכיפת העונש, ובכלל זאת החלטות הנוגעות לכליאת האסיר והחלטות הנוגעות לשחרורו המוקדם, מכיר ספר העזר בכך שמצב דברים זה עשוי להוביל לתוצאות אשר ייתפסו כבלתי הוגנות מבחינתו של האסיר. זאת, משום שבעקבות המעבר עשוי האסיר לשאת בעונשו בתנאי כליאה קשים יותר, ולאורך תקופה ממושכת יותר מאשר במדינה שבה נשפט. חרף האמור, מודגש כי בית הדין האירופי לזכויות אדם לא פסק לזכותם של נידונים אשר העלו טענות ממין זה (ראו שם, עמ' 51).

37. ואכן, עיון בפסיקותיו של בית הדין האירופי לזכויות אדם ממחיש כי אף בהן נתפסים דיני השחרור על תנאי כחלק מאכיפת גזר הדין. אציג להלן מספר דוגמאות לגישה עקבית זו.

כך, עוסקת פרשת Müller v. the Czech Republic, no. 48058/09, ECtHR (Fifth Section), Decision of 06.09.2011 באסיר אשר נידון למאסר עולם בגרמניה, והועבר בהמשך לצ'כיה – מדינת אזרחותו. טענתו של האסיר, לה דמיון רב להשגות שהעלה המערער דנן, הייתה כי בצ'כיה יוכל לזכות לשחרור מוקדם רק לאחר שישלים 20 שנות מאסר, בעוד בגרמניה עמדה בפניו האפשרות לעשות כן בחלוף 15 שנים. בית הדין דחה את עתירתו, תוך שהטעים כי שינוי בתנאי השחרור על תנאי אינו אלא חלק מאכיפתו של העונש. לפיכך, אין האסיר זכאי להגנתו של סעיף 7 לאמנה האירופית לזכויות אדם, אשר אוסר על הטלת עונש החורג בחומרתו מהעונש שניתן היה להטיל במועד ביצוע העבירה.

בפרשת Veermäe v. Finland, no. 38704/03, ECtHR (Fourth Section), Decision of 15.03.2005 הובא עניינו של אסיר אשר הורשע בבית משפט בפינלנד ונידון לתשע שנות מאסר. הרשויות המקומיות ביקשו לגרשו לאסטוניה, מדינת אזרחותו, ואולם האסיר התנגד לכך בשל ההבדלים בדיני השחרור על תנאי בין שתי המדינות: על פי הדין הפיני, קמה הזכאות לשחרור מוקדם כבר בחלוף מחצית מתקופת המאסר, ומנגד מחייב הדין האסטוני כי האסיר יישא לכל הפחות בשני שלישים מתקופת מאסרו. בית הדין קבע כי אין בפער זה כדי להוות הפרה של זכויות האסיר בעת העברתו בין המדינות, תוך שהבהיר כי גישה אחרת עלולה לקעקע את התכליות הניצבות בבסיס האמנה:

"To lay down a strict requirement that the sentence served in the administering country should" not exceed the sentence that would have to be served in the sentencing country would also thwart the current trend towards strengthening international cooperation in the administration of justice, a trend which is reflected in the Transfer Convention and is in principle in the interests of the persons concerned [...] Accordingly, the possibility of a longer period of imprisonment in the administering State does not in itself render the deprivation of liberty arbitrary as long as the sentence to be served does not exceed the sentence imposed in the original criminal proceedings."

למסקנה דומה הגיע בית הדין בפרשת Szabó v. Sweden, no. 28578/03, ECtHR (Second Section), Decision of 10 עמוד



(Final) of 27.06.2006. באותו עניין הובאה לפני בית הדין תלונתו של אסיר ממוצא הונגרי, אשר נידון בשבדיה ל-10 שנות מאסר בגין הרשעתו בעבירות סמים. בניגוד לרצונו, הועבר האסיר לשאת ביתרת עונשו בהונגריה. בכך, איבד את זכאותו להתייצב בפני ועדת השחרורים בחלוף שני שלישים מתקופת מאסרו, כהוראת הדין השבדי, ונאלץ להמתין את תקופת הזמן המקבילה על פי הדין ההונגרי - ארבע חמישיות ממשיך המאסר. אף בנסיבות אלו, כאמור, לא נמצא כי יש משום קושי חוקי.

38. הנה כי כן, נמצאנו למדים כי לא זו בלבד שהדין הבינלאומי מפורש בדברי ההסבר ובספר העזר באופן ההולם את גישת המשיבה ואת פסיקתו של בית משפט קמא, אלא שזוהי אף גישתו ארוכת השנים של בית הדין האירופי לזכויות אדם, אשר חזר ושנה כי דיני השחרור על תנאי ממאסר הם מעניינה של המדינה שבה מתבצע עונש המאסר, אף אם יש בכך כדי להביא להארכה אפשרית בפרק הזמן שבו מצוי האסיר מאחורי סורג וברית.

39. מקור השראה נוסף שאליו ניתן לפנות בענייננו הוא האמנה בין ארצות הברית לבין קנדה בנושא העברת נידונים (Treaty Between the United States of America and Canada on the Execution of Penal Sentences, Mar. 2, 1977, U.S.-Can., 30 U.S.T. 6263 (להלן: אמנת ארצות הברית-קנדה)). בדומה לאמנה האירופית, אף אמנת ארצות הברית-קנדה קובעת כי לאחר העברת האסיר, תהיה הנשיאה ביתרת עונש המאסר כפופה לדיניה של המדינה הנעברת. זאת ועוד, בלשון האמנה מובהר כי האמור לעיל מקיף הוראות הנוגעות לקיצור תקופת מאסרו של האסיר (ראו שם, סעיף IV.1).

סוגיה זו ניצבה בלב פסק דינו של בית המשפט הפדרלי לערעורים בארצות הברית בפרשת Verner v. U.S. (Parole Comm'n, 150 F.3d 1172 (10th Cir. 1998) (להלן: עניין Verner)). באותו מקרה, נידונה דרישתו של אסיר עולם, אשר החל לשאת בעונשו בקנדה והועבר בהמשך לארצות הברית, להתייצב בפני ועדת השחרורים בחלוף 25 שנים, כהוראת הדין הקנדי. בית המשפט לא נעתר לבקשתו, בקובעו כי על סמך סעיף IV.1 לאמנת ארצות הברית-קנדה, האסיר אינו רשאי להסתמך על דיני שחרור מוקדם שאינם חלק מחוקיה של המדינה שבה נקלט. עוד צוין כי במועד העברתו לארצות הברית טרם הבשילה זכותו לשחרור מוקדם על פי הדין הקנדי, ולפיכך יש לראות בהסכמתו להעברה כוויתור על זכות זו (עניין Verner, עמ' 1176-1177).

40. לבסוף, יוטעם, כי המחוקק הישראלי נדרש ברחל בתך הקטנה לשחרורם על תנאי של אסירים המועברים ממדינה זרה לישראל. כך, מורה סעיף 11(א) לחוק כי "ציווה בית המשפט כאמור בסעיף 10, יחולו הוראות כל דין החלות על נשיאת מאסר או על שחרור ממאסר [ההדגשה הוספה - י' א'], על מאסר לפי חוק זה".

41. לשיטתי, רצף האסמכתאות שפורטו לעיל אינו מותיר מקום לספק באשר לסיווגם של דיני השחרור על תנאי ממאסר כחלק מממד האכיפה. בעוד עמדת המשיבה נשענת על תשתית משפטית מוצקה ואיתנה, לא עלה בידו של המערער להצביע על מקור נורמטיבי ממשי הקושר בין דינים אלה לבין ממד העונש - זולת פרשת מלכה, שאליה אשוב בהמשך. התוצאה המתבקשת, אם כן, היא כי יש להחיל על הליכי שחרור מוקדם ממאסר את דיניה של המדינה שבה מבוצע העונש.

42. לא זו בלבד שתוצאה זו מתחייבת מתוך הדין הנוהג - היא אף נתמכת בידי טעמים תכליתיים. כפי שהסביר בית משפט קמא, אך הגיוני הוא כי מדינת אזרחותו של האסיר, שאליה ישוחרר, היא שתקבע בחוקיה את התנאים שבהם עמוד 11



יידרש לעמוד על מנת לזכות בשחרור מוקדם, וזאת על מנת לאפשר את שיקומו ולוודא כי לא נשקף ממנו סיכון לאחר שחרורו (ראו פסקה 20 לפסק הדין קמא).

אכן, אף אני סבור כי תוצאה זו מתיישבת היטב עם טיבם של דיני השחרור על תנאי, אשר מציבים כנדבך מרכזי את יחסי הגומלין שבין האסיר לבין החברה שאליו הוא מבקש להיות משוחרר (ראו: סעיף 10(ב) לחוק שחרור על תנאי; רע"ב 10412/07 נג'מי נ' ועדת שחרורים מיוחדת, פסקה 14 (22.3.2010); נתנאל דגן שחרור מוקדם ממאסר: הסמכות המשחררת ושיקול דעתה בעיצוב העונש 36-45 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר אילן, התשע"ד)). על כל חברה לעצב על פי ערכיה והעדפותיה, באמצעות נציגיה בבית המחוקקים, את דיני השחרור על תנאי החולשים על האסירים המאכלסים את מתקני הכליאה בארצה. מתן דריסת רגל לשיטות משפט זרות בהכרעה רגישה זו – כמוצע על ידי המערער – עלול לחתור תחת תכליתם השיקומית של דינים אלה, לעורר מתחים דיפלומטיים, לפגוע בריבונותה של המדינה הנעברת ולהרתיעה מפני קליטת אסירים שנשפטו במדינה זרה.

43. משהגעתי למסקנה שלפיה דיני השחרור המוקדם ממאסר נמנים, ככלל, עם ממד האכיפה, עלי להוסיף ולהידרש למנגנון המסוים אשר קבוע בדין הגרמני, ולבחון אם מסקנה זו עומדת בעינה אף ביחס אליו. כפי שמלמדת פרשת מלכה, לשם בירור זה יש לעמוד על האופן שבו נתפסים דיני השחרור המוקדם ממאסר על פי הדין הגרמני עצמו (ראו שם, פסקה 32). כידוע, בניגוד להוראות הדין הישראלי, אשר אינן נחשבות עובדה הטעונה הוכחה (ראו סעיף 57 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971) – ההסתמכות על דין זר מחייבת כתנאי מקדים את הוכחתו (ראו למשל ע"א 7884/15 רייטמן נ' Jiangsu Overseas Group Co Ltd, פסקה 31 (14.8.2017)). בהתאם, אסקור בקצרה את הוראות הדין הגרמני הצריכות לענייננו, כפי שפורטו בחוות דעתו של המומחה מטעם המערער, ד"ר חאלד גנאים (להלן: חוות הדעת). בהמשך, אתן דעתי למקורות שמהם ביקש כל צד להיבנות ביחס לסיווגה הראוי של הוראת השחרור המוקדם הקבועה בסעיף a57 לחוק העונשין הגרמני, ובתוך כך אעמוד על קווי הדמיון והשוני שבין הוראה זו לבין מוסד ה-Tariff שבו עסקה פרשת מלכה.

שחרור על תנאי של אסירי עולם בדין הגרמני

44. המערער הורשע על פי סעיף 211 לחוק העונשין הגרמני (Strafgesetzbuch), שבגינו מוטל עונש מאסר עולם חובה. בפסק דין מכונן משנת 1977 קבע בית המשפט החוקתי הפדראלי בגרמניה כי עונש מאסר העולם אינו בלתי חוקתי כשלעצמו, ואולם הוסיף כי העיקרון החוקתי של כבוד האדם מחייב קיומה של פרוצדורה סטטוטורית אשר תאפשר לאסירי עולם לזכות בשחרור מוקדם (BVerfGE 45, 187).

בהתאם לכך, תוקן חוק העונשין ונוסף לו סעיף a57, אשר מאפשר להורות על שחרור על תנאי של אסיר עולם, בהתקיימם, בין היתר, של התנאים המצטברים הבאים: האסיר ריצה 15 שנות מאסר; חומרת אשמתו אינה מצדדת בהמשך ריצוי העונש; וניתן להצדיק את קיצור העונש בהתחשב באינטרס הציבורי ובשיקולי ביטחון הציבור (ראו: חוות הדעת, עמ' 4-6; Dirk Van Zyl Smit, *Outlawing Irreducible Life Sentences: Europe on the Brink*, 23 Fed. Sent'g Rep. 39, 40 (2010)).

בפסיקה מאוחרת הובהר כי על בית המשפט הגוזר את דינו של אסיר העולם להתייחס באופן מפורש לחומרת העבירה, על מנת שממצא זה ישמש את בית המשפט אשר מכריע בשאלת השחרור על תנאי (BVerfGE 86, 288). בית



המשפט הדין בשחרור על תנאי, מצדו, אמון על שקלול מכלול הנתונים הרלוונטיים, תוך שהוא נסמך בין היתר על חוות דעת מומחה בדבר מסוכנותו של האסיר לציבור. בהתאם לכך, קוצבת ערכאה זו את משך הזמן שעל האסיר להמשיך לשאת בעונשו, מעבר לתקופה המנדטורית בת 15 השנים (חוות הדעת, עמ' 14-15).

45. עקרונות אלה, אשר לקוחים כאמור מתוך חוות הדעת שהוגשה בידי המערער, מאפשרים להבחין כבר עתה בין הדין הגרמני לבין הדין הבריטי, ולהקשות באופן ניכר את עוצמת טיעוניו של המערער, המבקש להחיל על עניינו את תוצאת פרשת מלכה. כפי שהוטעם שם, ייחודו של מוסד ה-Tariff נעוץ בכך שפרק הזמן הקבוע בו מותאם לכל נידון באופן פרטני, על פי נסיבותיו (ראו שם, פסקה 47). בעניינו של סעיף a57, מן העבר השני, ניכר כי אין המדובר בהוראה דומה, אלא בקביעה גורפת וכוללנית שלפיה יהיה כל אדם הנושא עונש מאסר עולם בגרמניה זכאי שתישקל אפשרות שחרורו המוקדם לאחר 15 שנים.

לשון אחר: בעוד בפרשת מלכה בוצעה פעולה אקטיבית שיש בה כדי להשפיע על תקופת המאסר עוד בטרם העברת האסיר לישראל – היינו, קביעת ה-Tariff – במקרה שלפנינו יצא המערער את מערכת הכליאה הגרמנית בלא קביעה פרטנית בעניינו. לפיכך, יש לראות בזכאותו על פי סעיף a57 "בלתי בשלה" במועד העברתו, כלשונו של בית המשפט האמריקני בעניין Verner שנזכר לעיל. משנה תוקף לכך מצוי בתשובתו מיום 11.1.2016 של משרד המשפטים במחוז בוואריה לפניית משרד המשפטים הישראלי, שבה התבקשה עמדתו של הראשון ביחס לטיעוני המערער בהליך זה (להלן: מכתב 11.1.2016). כפי שמובהר במכתב, למערער לא נקצבה תקופה מינימלית לנשיאה בעונשו טרם העברתו:

"In the present case, such period was never set since Mr. Tesler was transferred to Israel already".before a decision was made. A minimum period was thus not fixed for Mr. Tesler

46. זולת מאפיינים אלה, שיש בהם כדי לשלול את הזיקה הנתענת בין סעיף a57 לבין ממד העונש, ניתן למצוא בחומר שלפנינו אסמכתאות נוספות לזיהוי עם ממד האכיפה.

ראשית, לא מן הנמנע לציין כי הערכאה שלידה מסורה ההכרעה על פי סעיף a57 מכונה בעגה המקומית "בית המשפט לאכיפת ענישה" (ראו למשל חוות הדעת, עמ' 9; מכתב 11.1.2016, עמ' 5).

שנית, ניכר מתוך חלופת המכתבים בין המשיבה לבין הרשויות בגרמניה, כי לתפיסתן העקבית מצויה שאלת שחרורו המוקדם של אסיר, המועבר למדינה אחרת לשם נשיאה בעונשו, תחת אחריותה הבלעדית של מדינה זו. כך, למשל, מציין משרד המשפטים של מחוז בוואריה במכתב ששלח ביום 16.1.2008, סמוך לפני הדיון לפי סעיף 10(א) לחוק בעניינו של המערער, כי סעיף a57 אינו צפוי לחול בנסיבותיו. זאת בהתאם לסעיף 9.3 לאמנה, משהועבר לישראל לשם נשיאה ביתרת עונשו. סעיף זה, כזכור, מצוי בלבו של ממד האכיפה, בהגדירו כי המדינה הקולטת את האסיר תהא מוסמכת – היא לבדה – לקבוע את ההסדרים הנוגעים לאכיפת עונשו.

שלישית, בטיעוניה הפנתה המשיבה לפסק דין שניתן בבית המשפט העליון הפדראלי בגרמניה העוסק בפרשנותו של סעיף a57, ובפרט נדרש לטיבה של הקביעה בדבר "החומרה המיוחדת של האשמה" בידי השופט הגוזר את דינו של



הנאשם. במסגרת הכרעתו הדגיש בית המשפט העליון כי קביעה זו "אינה מהווה רכיב שיטתי של פסק הדין בנושא האשמה ושל גזירת הדין [...] זו החלטה שיש לקבל בהליך האכיפה [...] קביעת חומרת האשמה לא נועדה למדידת הענישה, כי אם להכנת החלטה בדבר השהיית המשך האכיפה של ענישה זו" (GSSt 2/94, פסקה 24). הנה כי כן, הגם שהחלטה לפי סעיף 57a מבוססת על קביעה המנויה בגזר הדין בדבר חומרת האשמה, הבהיר בית המשפט העליון כי אין בכך כדי לשייך את הליך השחרור על תנאי לממד העונש, אלא יש לייחס לו אופי אכיפתי מובהק. בהכרעה זו אף יש כדי להפריך את טענתו של המערער, אשר השליך את יהבו על הזיקה בין הקביעות המנויות בשולי פסק הדין שניתן בעניינו לבין סיכוייו לזכות בשחרור מוקדם ממאסר, וביקש ללמוד מכך כי המנגנון הקבוע בסעיף 57a נושא אופי עונשי.

47. על סמך המפורט לעיל, אני קובע כי אין יסוד לסטות ממסקנתו של בית משפט קמא בדבר אי-תחולתו של סעיף 57a על הליכי שחרורו המוקדם של המערער ממאסר, משעבר לישראל לשם נשיאה ביתרת עונשו. בחינה פרטנית של הדין הגרמני מראה כי בהתאם לתפיסה המקובלת במשפט המשווה בדבר טיבם של דיני השחרור על תנאי, אף שיטת משפט זו רואה בהם חלק ממלאכת אכיפת העונש. חוות הדעת שהגיש המערער על אודות הדין הגרמני אינה מעלה ואינה מורידה ממסקנה זו. אף חלקה האחרון, שבו נדרש המומחה לנסיבותיו הפרטניות של המערער, מתמצה בניסיון לקרקע את הערכת משרד המשפטים של מחוז בוואריה בדבר משך המאסר שהיה צפוי לו אלמלא מעברו לישראל. אם כן, בהיעדר כל אסמכתא קונקרטית מתוך הדין הגרמני שעליה יכול המערער להתבסס, אני סבור כי טענותיו נותרות בעלמא.

ברירת הדין - סיכום

48. כעולה מהאמור לעיל, הצגתי תחילה את המסגרת הנורמטיבית בדבר ברירת הדין החל על אסיר אשר מועבר למדינת אזורותו לשם נשיאה בעונשו. בהקשר זה, הבחנתי בין הוראות הדין הנוגעות לממד העונש, אשר מבקשות להמשיך ולהחיל על האסיר את הכרעתה של הערכאה שבה נשפט, בהתאם לדין הנוהג במדינת המוצא; לבין ההוראות הנוגעות לממד האכיפה, אשר מסור במלואו למדינת היעד ולחוקיה. לאחר מכן, פניתי לבחון כיצד נהוג לסווג את דיני השחרור על תנאי ממאסר, ומצאתי כי הגישה העקבית אשר מובעת במקורות חקיקתיים, פסיקתיים וספרותיים רלוונטיים רואה בהם חלק מממד האכיפה, אשר כפוף בהתאם לדיניה של המדינה האמונה על ביצוע העונש. לבסוף, סקרתי את ההסדר הפרטני בנושא שחרור מוקדם ממאסר של אסירי עולם, הקבוע בסעיף 57a לחוק העונשין הגרמני, ועמדתי על כך שאף לפי פרשנותו הפנימית של דין זה - נתפס ההסדר כחלק מאכיפת העונש.

49. אדגיש, למען הסר ספק, כי אף שהתוצאה שאליה הגעתי שונה לכאורה מזו שהתקבלה בפרשת מלכה - אין השתיים סותרות זו את זו. כפי שהתבהר לאורך הדיון שלעיל, לא ניתן להקיש לעניינו מההכרעה שהתקבלה ביחס למוסד ה-Tariff, בשל השוני בין הדין הבריטי לבין הדין הגרמני. בעוד ניתוח הדין הבריטי לימד כי קביעת Tariff נמנית עם ממד העונש, ומשום כך מחויבת מדינת ישראל בהתאמת משך המאסר להכרעה מוקדמת זו - למערער דנן נקבע עונש מאסר עולם בלתי קצוב, ולא עמדה לו במועד מעברו לישראל לשם נשיאה ביתרת עונשו כל זכות קנויה ובשלה להשתחרר במועד מוקדם יותר. משכך, אין בתוצאה המוצעת על ידי משום החמרה בעונש שנגזר על המערער, ויש לדחות כאמור את טענתו להפרת מחויבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל. לסיכום נקודה זו, יפים דברי הנשיא א' גרוניס בדנ"פ מלכה, אשר הדגיש כי הגם שנקבעה בפרשת מלכה הלכה חדשה, השלכותיה ביחס למקרים עתידיים



מתוחמת:

"פסק הדין עוסק אך ורק באופן בו יש לקלוט עונש מאסר עולם שנגזר במדינה בה נהוגה שיטה דומה לזו שהייתה נהוגה באנגליה, בדרך של קביעת רכיב של Tariff או רכיב דומה לו. פסק הדין לא קבע הלכה ביחס למקרים אחרים" (דנ"פ מלכה, פסקה 5).

50. לנוכח האמור, אני נכון לקבוע כי בהתאם לסעיף 9.3 לאמנה ולסעיף 11(א) לחוק, אשר מורים כזכור כי אכיפת העונש תהיה מסורה לאחריות המדינה הנעברת, ותתנהל בהתאם לחוקיה - יהיה זה הדין הישראלי אשר יהיה בר-תוקף בהליכי השחרור המוקדם ממאסר של המערער, לרבות ביחס למועד שלאחריו ניתן יהיה לשחררו.

אפנה עתה להכרעת נושא המחלוקת השני בערעור זה, שעניינו בטענת המערער לפגם שנפל בהסכמתו להעברתו לישראל לשם נשיאה ביתרת עונשו.

חלק ב: שאלת הפגם בהסכמה

51. אין עוררין על כך שחוקיותה של העברת אסיר למדינת אזורותו מותנית, בין השאר, בהסכמתו (ראו גם פרשת מלכה, פסקה 36). בדין הבינלאומי, מונה סעיף 3.1 לאמנה דרישה זו במסגרת רשימה מצטברת של תנאים הכרחיים לשם ביצוע ההעברה. כפי שמבואר בדברי ההסבר לאמנה, הטעם לחיוב בהסכמה נובע מאליו מתוך מטרתה - להקל על שיקומם של אסירים - אשר תיפגע בנסיבות של העברה כפויה (שם, פסקה 23). בדין הישראלי, מופיעה דרישת ההסכמה בסעיף 4 לחוק, שלשונו כדלקמן:

"4. (א) העברת אסיר לפי חוק זה תיעשה רק בהסכמת האסיר, מדינת ישראל והמדינה האחרת.

(ב) האסיר יתן את הסכמתו בכתב ובשפה המובנת לו. [...]"

52. בעניינינו, שורש המחלוקת אינו נעוץ בהסכמתו של המערער לעצם ההעברה, אלא במידה שבה ניתנה הסכמה זו תוך מודעות למלוא השלכותיה. לשיטת המערער, לא הובא לידיעתו מכלול המשמעויות של הנשיאה ביתרת עונשו בישראל, בפרט בהקשר לזכאותו לשחרור מוקדם. בנסיבות האמורות, אם כן, הוא סבור כי נפל פגם בהסכמתו, באופן אשר שולל את חוקיותה של ההעברה כולה. כזכור, טענה זו נדחתה בידי בית משפט קמא, אשר קבע על סמך חומר הראיות שהונח בפניו כי המערער נתן את הסכמתו להעברה לאחר שהובהר בפניו כי יהיה כפוף לדין הישראלי בכל הנוגע לשחרור על תנאי ממאסר.

טרם שאכריע במחלוקת זו, אבקש לתת דעתי לסוגיה מקדמית שהועלתה בפסק דינו של בית משפט קמא.



53. בשולי קביעתו כי לא נפל פגם בהסכמתו של המערער, ציין בית משפט קמא כי "על-פי סעיף 12 לחוק הוא [המערער - י' א'] מנוע מלהשמיע טענות על פגמים בהסכמתו להעברתו לישראל" (פסק הדין קמא, פסקה 24). אין בידי לקבל גישה זו.

54. סעיף 12 לחוק, שכותרתו "השתק טענות", מורה כדלקמן:

"הובא אסיר לישראל לפי חוק זה, לנשיאת עונש מאסר שהוטל עליו במדינה אחרת, לא תישמע טענה [...] שהאסיר חוזר בו מהסכמתו להעברה שניתנה לפי הוראות סעיף 4".

עמדתי ביחס לפירוש הוראה זו שונה מזו של בית משפט קמא. אכן, סעיף 12 קובע כי אל לו לאסיר לחזור בו בדיעבד מהסכמתו לביצוע ההעברה, וזאת על מנת "למנוע התדיינות שלא לעניין" (דברי ההסבר לחוק, עמ' 799). ואולם, ענייננו אינו בחרטה "סתם", כי אם בטענה שלפיה לכתחילה נעדרת ההסכמה תוקף, מאחר שניתנה מחמת מצג שווא מטעה מצדן של רשויות אכיפת החוק. לעניין זה, ניתן להקיש מהחובות השונות אשר מוטלת על רשויות התביעה והחקירה, כרשויות מנהליות, כלפי נחקרים, ובהן חובת ההגינות הכללית וחובת תום הלב (ראו ע"פ 1292/06 תורק נ' מדינת ישראל, פסקות 30, 75 (20.7.2009)). כמו כן ניתן ללמוד מהדין הנוהג ביחס לחזרת נאשם מהודאה במסגרת הליך פלילי, אשר אף לפי הגישה המחמירה אשר הובעה בדעת מיעוט בפסיקה - יש להתירה בנסיבות של פגם ברצון (ראו ע"פ 3754/91 מדינת ישראל נ' סמחאת, פ"ד מה(5) 798, 804 (1991)). לנוכח האמור, הדעת אינה נותנת כי בנסיבות שבהן מתחוויר לאסיר כי הסכמתו לעבור לישראל לשם נשיאה ביתרת עונשו בטעות יסודה - יהיה הוא מושתק מהעלאת כל טענה ביחס להסכמה זו.

55. סיכומם של דברים אלה הוא כי אין בהוראת סעיף 12 לחוק כדי לייתר את הדיון בטענותיו של המערער בדבר תוקפה של הסכמתו, ויש להידרש אליהן לגופן.

56. ואולם, כפי שאראה להלן, עיון בתשתית הראייתית אשר הונחה לפני בית משפט קמא מלמד כי לא נפלה כל שגגה בתוצאה שאליה הגיע. אף לשיטתי, ניכר כי קיומו דרישותיו של הדין בעניינו של המערער, אשר הבין את משמעותו המלאה של מעברו לישראל, ואף על פי כן הביע לאורך תקופה ארוכה את רצונו בכך ופעל ללא לאות על מנת להגשימו.

אעמוד עתה בקצרה על שורת הראיות אשר מבססות קביעה זו, ובתוך כך אסביר כיצד הן מתיישבות עם הוראות החוק, כמו גם עם תקנות העברת אסירים לארצותיהם, התשנ"ח-1997 (להלן: התקנות), אשר הותקנו מכוח סעיף 17 לחוק, ואשר להן חשיבות לענייננו.

הראיות בדבר הסכמת המערער



57. לפי תקנה 7(א) לתקנות, מחויב נציג מדינת ישראל במדינה שבה נידון אזרח ישראלי לעונש מאסר לבקרו, ולמסור לו הודעה בדבר זכותו לפי החוק לבקש לשאת בעונשו בישראל. נוסח ההודעה קבוע בטופס 6 שבתוספת לתקנות, והוא נחלק לשניים. בחלקו העליון של הטופס, מוצגות זכויותיו של האסיר, ובהן ההבהרה הבאה:

"(6) עליך לדעת שלאחר שתעבור למדינת ישראל תשא את יתרת העונש שהוטל עליך בהתאם לדין הקבוע לענין נשיאת עונש מאסר וקיצורו במדינת ישראל, לרבות לענין קיצורו של העונש".

בחלקו התחתון של הטופס, נדרש האסיר לאשר בחתימתו את קבלת ההודעה, ולציין אם ברצונו לבקש את העברתו לישראל.

בעניינו, נמסרה הודעה זו לידי המערער ביום 30.7.2003 בידי נציגת המדינה בגרמניה. במועד זה חתם המערער על הטופס כאישור לקבלת ההודעה, וציין כי הוא מעוניין לבקש את העברתו לישראל.

58. עוד רלוונטית לדיונו תקנה 8(ב) לתקנות, אשר עוסקת באופן קבלת הסכמתו של האסיר להעברתו. וכך נכתב בתקנה זו:

"(ב) הנציג הישראלי יסביר לאסיר, בטרם יתן את הסכמתו להעברה לישראל, את התוצאות של הסכמה כאמור לפי דיני ישראל ויחתים אותו על אישור קבלת המידע האמור; הנציג הישראלי יסביר לאסיר את אלה:

[...]

(2) המשך נשיאת העונש בישראל ייעשה בהתאם לדין הקיים בישראל לענין נשיאת עונש מאסר וקיצורו, והדין החל במדינה שבה הוטל העונש יפסיק לחול עליו [...]"

נוסח האישור המוזכר בתקנה 8(ב) קבוע בטופס 8 שבתוספת לתקנות, ואף הוא נחלק לשניים: בחלקו העליון של הטופס נדרש האסיר לאשר כי הסכמתו ניתנת לאחר שהוסברה לו משמעותה המשפטית, לרבות בסוגיית תחולת הדין הישראלי עליו, כמצוין בתקנה 8(ב)(2) שצוטטה לעיל. בחלקו התחתון של הטופס נדרש הנציג לאשר כי אכן ניתן הסבר זה לאסיר.

בעניינו, נחתם הטופס כדין הן על ידי המערער, הן על ידי נציגת המדינה, ביום 30.7.2003.

59. הנה כי כן, צירופם של מסמכים אלה מלמד, באופן אשר אינו משתמע לשני פנים, כי הסכמתו של המערער אכן ניתנה תוך מודעות לתחולת הדין הישראלי על זכאותו לשחרור על תנאי ממאסר.

60. ואולם, אפשר שלא היה די בהסכמה זו כשלעצמה. לדידי, קיים ספק אם ניתן לצפות מאסיר פלוני כי יצולל לעומקם של דיני השחרור על תנאי במדינה שבה נשפט ובמדינה שאליה העברתו מתבקשת, מבלי שניתן לו יעוץ משפטי



במעמד חתימתו על המסמכים שנמנו לעיל. בהיעדר ייעוץ כאמור, קיים חשש שמא תחמוק מתודעתו של האסיר העובדה כי הסכמתו כרוכה, מטבעה, בהארכת פרק הזמן שלאחריו יוכל להתייצב בפני ועדת השחרורים.

בהקשר זה, מאירת עיניים עמדתה של הסניגוריה הציבורית בבקשה שהגישה להצטרפות כ"דיד בית המשפט" באחד מההליכים בעניינו של המערער בפרשת מלכה. לשיטת הסניגוריה, מאחר שלהעברת אסיר השפעה ניכרת על משך מאסרו ועל תנאיו, ובהיותה כרוכה בדיניהן של מדינות שונות - יש להעמיד לו ייצוג במסגרת הליך אישור נשיאת מאסרו בישראל לפי סעיף 10 לחוק (ראו: בקשה מטעם הסניגוריה הציבורית להגיש עמדה כ"דיד בית המשפט" בבג"ץ 6109/12 מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלה
www.justice.gov.il/Units/SanegoriaZiborit/Documents/יניב20%מלכה.pdf). יצוין כי בית משפט זה העיר בפסק דינו באותו הליך כי עמדתה של הסניגוריה הציבורית מקובלת עליו (ראו בג"ץ 6109/12 מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 5 (25.12.2012)).

61. האם ראוי להטיל חובת ייצוג גם בשלב הראשוני שבו מביע האסיר, בעודו במדינה הזרה, את הסכמתו לשאת ביתרת עונשו בישראל? אני סבור כי ההכרעה בשאלה כבדת משקל זו אינה נדרשת במקרה שלפנינו. כזכור, הליכי הטיפול בבקשת ההעברה שהגיש המערער ארכו שנים ספורות, שבמהלכן הסתייע בייצוג משפטי לשם ניהול מגעיו מול הרשויות בגרמניה ובישראל. בחינת ההתכתבויות שנערכו במסגרת מגעים אלה, מסירה לטעמי כל חשש שמא לא היה המערער ער למלוא משמעותה של הסכמתו. בכך דומה עניינו במידה מסוימת לפרשת מלכה, בה סבר חברי השופט (כתוארו אז) ח' מלצר כי יש בייצוג המערער בשלב הערעור כדי לרפא את הפגם הנובע מאי-ייצוגו בפני הערכאה הדיונית (ראו שם, פסקה 18(ב)).

62. בין ההתכתבויות האמורות ראוי לציון מכתבה של מנהלת המחלקה הבינלאומית בפרקליטות המדינה, עו"ד עירית קאהן, לבאת כוחו הגרמנית של המערער, אשר נשלח ביום 21.11.2004 (להלן: מכתב 21.11.2004). מכתב זה בא בתגובה לפנייתו של המערער, אשר ביקש מהרשויות בישראל להבהיר למקבילותיהן בגרמניה כי העברתו לא תוביל לקיצור עונשו.

במכתבה מפרטת עו"ד קאהן את השלכותיה המשפטיות של העברת אסיר לישראל, בהגישה כי לאחר ההעברה כפופה נשיאת העונש לדיני המאסר הישראליים (במקור "Israeli prison regulations"). אשר לשאלת קיצור העונש, מובהר במכתב זה כי על פי הדין הישראלי, באפשרות האסיר לפנות לנשיא המדינה לאחר שבע שנות מאסר בבקשה לקצוב את עונשו ל-30 שנות מאסר, וכי האחרון אינו נוהג לקבוע תקופת מאסר קצרה יותר. עוד היא מוסיפה כי אסירים עשויים לזכות, בנוסף, בקיצור של שליש מעונשם בשל התנהגות טובה; ומדגישה, ביחס לאסירי עולם, כי הדבר אינו יכול להתבצע טרם נשא האסיר ב-20 שנות מאסר, לכל הפחות.

אם בכך לא די, בהמשך המכתב מצוין כי הגם שהרשויות בישראל נוהגות לפנות למקבילותיהן הזרות בעת שנבחנת בקשת חנינה, מוכרעת הבקשה על פי שיקול דעתם של הגורמים המוסמכים לכך בישראל. לשם המחשה, מוזכר עניינם של שני אסירים אשר הועברו בעבר מגרמניה לישראל. באותו מקרה, על אף שעמדת הרשויות בגרמניה הייתה כי יש לשחררם משנשאו במחצית מתקופת מאסרם - הם נאלצו להתייצב בפני ועדת השחרורים רק בחלוף שני שלישים ממשך המאסר, משנדחתה בקשתם לחנינה בידי נשיא המדינה.



בסיכום דבריה, מצהירה עו"ד קאהן כי מדינת ישראל ערבה לכך שתמשיך באכיפת מאסר העולם שנגזר על המערער, ושנשיאת העונש תיעשה בהתאם לדיני המאסר הישראליים.

63. עינינו הרואות, אפוא, כי לא זו בלבד שלמערער עצמו הובהר, בלשון כללית, כי העברתו לישראל משמעה הכפפתו לדיני השחרור על תנאי הקבועים בחוקיה; אלא שאף הוסבר לבאת כוחו, באופן ממוקד ומפורש, כי על פי דינים אלה לא יוכל להשתחרר ממאסרו בטרם ישלים ריצוי של 20 שנות מאסר. אף על פי כן, לא חדל המערער ממאמציו להביא להעברתו לישראל, ועשה את כל אשר לאל ידו לטובת שכנוע הרשויות בגרמניה להיעתר לבקשתו.

64. זאת ועוד, ניתן אף להבחין כי בשלבים המאוחרים של הליכי ההעברה חלחלה לתודעתו של המערער עצמו ההבנה בדבר תנאי השחרור המוקדם שיחולו עליו.

כך, ביום 2.1.2007 פנה המערער בכתב למחלקה הבינלאומית בפרקליטות המדינה, על מנת שזו תסייע במגעיו מול הרשויות בגרמניה. במסגרת מכתב זה הציע המערער לציין בפני משרד המשפטים הגרמני כי "משרד המשפטים הישראלי לא ימליץ על חנינה לפני שיעברו 20 שנות מאסר", וביקש להדגיש כי "לא יהיה לי קל לקבל חנינה מהירה [...] בישראל אסירי עולם יושבים בדרך כלל 30 שנים".

65. השתלשלות האירועים המתוארת לעיל אינה מותירה צל של ספק בדבר הסכמתו מדעת של המערער. במסגרת הדיון שנערך לפנינו הצבנו קושי זה, אשר עולה בבירור מחומר הראיות, בפני באי כוחו. לעמדתם, יש לפרש את הדברים על רקע הקשרם, ולתת משקל מכריע למצגים שונים שהוצגו בפני המערער ונציגיו מפיהן של אנשי הרשויות בישראל. במצגים אלה – כך לשיטתם – היה כדי לטעת בו תקוות שווא לכך שיוכל להשתחרר בתום 15 שנות מאסר בשל התנהגותו הטובה לאורך מאסרו. לטענה זו אדרש עתה.

מצגי השווא הנטענים

66. אקדים ואציין כי לא מצאתי שיש בטענת מצגי השווא כדי להקהות את עוצמת הראיות המעידות על הסכמתו מדעת של המערער להעברתו. לא זו בלבד שהמערער התקשה לתמוך טענה זו בראיות בכתב, אלא שאף באסמכתאות הבודדות שהיה בידו להציג אין כדי לבסס, כהוא זה, קיומו של מצג שווא שהיה בו כדי להטעותו.

67. תחילה, מבקש המערער להסתמך על מכתבו של עורך דינו הגרמני, פטר גוטמן. על פי זה האחרון, בפגישה אשר התקיימה במשרד המשפטים הישראלי ביום 6.7.2005, הובהר לנציגיו של המערער כי בישראל נהוג לרצות עונש של 30 שנות מאסר בגין רצח, אך במקרה של התנהגות טובה ניתן לנכות מכך שליש. עו"ד גוטמן מוסיף, במכתבו, כי מאחר שבגרמניה היה נדרש המערער לרצות עונש מאסר של כ-20 שנים, הרי שלהבנתו מותר לבצע בישראל ניכוי של שליש מעונש זה.

אף אם אניח לקשיים הראייתיים הבולטים של מסמך זה, אשר הועבר לבאי כוחו של המערער ביום 8.2.2017 – קרי למעלה מ-11 וחצי שנים לאחר השיחה שעליה מתיימר מחברו להעיד – אינני סבור כי יש בו כדי לסייע למערער.



מסקנתו של עו"ד גוטמן, שלפיה ניתן יהיה לנכות שליש מתקופת המאסר המשוערת שהמערער היה עשוי לרצות בגרמניה, לאחר הקיצור לפי סעיף 57א - אינה מוסברת, ואינה מתיישבת בנקל עם השכל הישר. זאת ועוד, כלל לא ברור כיצד משרתת עמדה זו את טענתו העיקרית של המערער. שהרי כיצד יכול המערער לטעון כי לא היה ער לכך שישוחרר על תנאי בכפוף להוראות הדין הישראלי, בעוד עורך דינו סבור כי ניתן יהיה לנכות שליש מתקופת מאסרו - הוראה אשר לקוחה מתוך דין זה?

68. בהמשך, מביא המערער לשם תמיכה בטענותיו את תצהירו של אביו מיום 20.11.2016. במסגרת התצהיר מתייחס האב לפגישה האמורה מיום 6.7.2005, ומעיד כי נאמר לו שמאחר שבנו צפוי לרצות בגרמניה עד 20 שנות מאסר, הרי שלא יפגע כתוצאה ממעברו לישראל, שכן ניתן יהיה לשחררו תוך פרק זמן זהה בשל התנהגות טובה. עוד מדגיש האב בתצהירו, כי נציגי משרד המשפטים הזכירו את סוגיית ההתנהגות הטובה בלבד כתנאי לניכוי שליש מעונשו של המערער, ולא התייחסו לתנאים נוספים לשחרור מוקדם ממאסר.

אף בדברים אלה אין כדי להועיל למערער, שכן אין בהם כדי ללמד שהוא יוסיף להיות כפוף לתקופת 15 השנים הקבועה בדין הגרמני לאחר העברתו לישראל. אדרבה, ההתייחסות לשחרורו האפשרי בחלוף 20 שנים, בכפוף להתנהגותו הטובה, מלמדת כי כברירת מחדל יידרש לשאת ב-30 שנות מאסר. מכאן משתמע בנקל, כי הזכות אשר עמדה לו בגרמניה לבקש להשתחרר לאחר 15 שנים תפקע עם מעברו לישראל, וכי תחתיה יעמדו לו הזכויות המוקנות לכל אסיר בישראל.

69. לבסוף אציין כי המערער טוען להסתמכות על שני מקורות נוספים, שמהם למד לכאורה כי שחרורו המוקדם יותנה בהתנהגותו הטובה בלבד. האחד, מכתב 21.11.2004 הנזכר לעיל, בו מציינת מנהלת המחלקה הבינלאומית בפרקליטות המדינה כי אסירי עולם עשויים לזכות בניכוי שליש מתקופת מאסרם בגין התנהגות טובה; השני, מדריך ההליכים של האמנה (Convention on the Transfer of Sentenced Persons (ETS 112) - A GUIDE TO PROCEDURES) - מסמך עזר משנת 2013 בו מפורטים הסברים של מדינות שונות החתומות על האמנה ביחס לאופן יישומה. במסגרת החלק המוקדש לישראל, מסבירה המדינה כי ככלל, עשוי אסיר ישראלי להיות זכאי לקיצור של עד שליש מעונשו בשל התנהגות טובה.

במובלע, גורס המערער כי בניגוד לכל אסיר ישראלי, יש להחריגו מהוראותיו של חוק שחרור על תנאי ומאמות המידה המפורטות בו לשם זכאות לשחרור מוקדם (ראו סעיפים 5, 9 ו-10 (ב) לחוק שחרור על תנאי), ותחת זאת להסתפק בהצבת תנאי אחד בודד - התנהגות טובה. טענה זו יש לדחות מכל וכל, משאין בציטוטים האמורים, המבוססים על חלקי דברים שנמסרו בהקשרים בלתי רשמיים ובלתי מחייבים, משום "הבטחה מנהלית" שיש בה כדי לכבול את רשויות אכיפת החוק. כפי שקבע בית משפט זה בעבר, "האינטרס הציבורי בחופש פעולתה של הרשות מחייב כי זו לא תיתפס על כל אמירה בעלמא. רק כאשר מתכוונת הרשות להקנות תוקף משפטי מחייב להתבטאויותיה, וכך מובנים דבריה על-ידי מקבל ההבטחה, קם האינטרס שהרשות תעמוד בדיבורה ותמלא את התחייבויותיה" (ע"א 6620/93 עיריית רמת-גן נ' גולומב, פ"ד נא(2) 363, 370-371 (1997)). בענייננו, ברי לכל כי אין באמירות שצוטטו לעיל כדי לשקף כוונה להיטיב עם המערער לפני משורת הדין.

שאלת הפגם בהסכמה - סיכום



70. לאחר עיון מעמיק בחומר הראיות, מסקנתי היא כי בדין דחה בית משפט קמא את טענת המערער לפגם בהסכמתו להעברתו לישראל. כפי שצינתי, המסמכים שהונחו לפנינו מלמדים כי המערער, כמו גם נציגיו השונים, היו מודעים לכך שהעברתו לישראל כרוכה בויתור על זכויותיו לשחרור על תנאי על פי הדין הגרמני, ואף כי הובהרה להם משמעותו המלאה של ויתור זה. לפיכך, לא נותר לי אלא לקבוע כי הסכמתו של המערער ניתנה כדין, ואין בכוחו לחזור ממנה.

71. משלא מצאתי כי יש ממש בטענותיו של המערער ביחס לשני נושאי המחלוקת בערעור זה, הרי שאם תישמע דעתי נדחה את הערעור, ונותר על כנו את פסק דינו של בית משפט קמא.

בטרם סיום

72. לאורך חוות דעתי זו נדרשתי להכריע בדבר ברירת הדין החל על המערער בהליכים לשחרורו על תנאי ממאסר, וביחס לתוקפה של הסכמתו לשאת ביתרת עונשו בישראל. התוצאה שאליה הגעתי הושתתה על ניתוח אמות המידה המשפטיות המתאימות, ועל יישומן על נסיבות המקרה שלפנינו. דיון זה נערך, מראשיתו ועד סופו, בהתעלם מהמעשים שאותם ביצע המערער, שכן כדבריו המהדהדים והנכוחים של מ"מ הנשיא ח' כהן, "שערי בית-משפט זה פתוחים לרווחה לפני כל אדם, ויהא הוא הנבזה והמסוכן והמושחת שבפושעים" (בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה (3) 113, 130 (1980)). ואולם, טרם חתימה, ולנוכח נסיבותיה החריגות של הפרשה שבה עסקינן, לא אוכל שלא לתת דעתי להקשר שבעטיו נידון המערער לכתחילה למאסר עולם. אדגיש כי דברים אלה הם בגדר הרהורי לב המובאים למעלה מן הצורך, וברי כי אין בהם כדי לכבול את דעתו של גורם זה או אחר אשר יידרש לדון בעתיד בעניינו של המערער.

73. מעשיו של המערער, אף ביחס לעבירה החמורה במיוחד שבה הורשע, הם קשים ומחרידים ביותר. נטילת חייה של אישה, שחטאה היחיד היה שקשרה את גורלה בזה של המערער ונתנה בו את אמונה, כל זאת בעבור בצע כסף – משקפת שפל מוסרי מן המעלה הראשונה. בקור רוח מוחלט ותוך תכנון מוקדם ומפורט לפרטי פרטים, הונה המערער את המנוחה להרחיק עימו עד לגבעה מבודדת בהרי פרו. שם, הוציא אל הפועל את מזימתו הזדונית והנקלית, תוך שהוא מכוון לראשה של המנוחה אקדח הטעון בקליע hollow point, שפגיעתו חריפה במיוחד. אף לאחר שקליע אקדחו פילח את ראשה, לא נתקף ולו שמץ של חרטה, ועשה ככל שלא ידו על מנת להפקירה אל מותה ולחלצו מאימת הדין.

74. נקל להבחין, אם כן, כי המערער שלפנינו הוא-הוא אותו "נבזה, מסוכן ומושחת שבפושעים", כדבריו של מ"מ הנשיא ח' כהן. עוצמתה של שיטתו המשפטית היא בפתיחת שערי בית המשפט לרווחה בפניו, כל אימת שבפיו טענה בדבר חוקיות מאסרו – וכך אכן עשינו; אך חובתה, לצד זאת, היא בסגירתם של שערי בית האסורים בפניו משהתבררה חוקיות זו. שחיתותו האנושית של המערער מצדיקה שלילה ממושכת וקשה של חירותו. כך מורה שורת הדין, וכך מנחה צו המצפון.

סוף דבר



75. אציע אפוא לחבריי לדחות את הערעור, ולקבוע כי המערער יהיה זכאי לעתור לשחרור על תנאי ממסר על פי אמות המידה הקבועות בדין הישראלי, החל מחלוף 20 שנים ממועד תחילת מאסרו - ואף לא יום אחד קודם לכן.

ש ו פ ט

השופט י' מינץ':

מסכים אני לחוות דעתו המפורטת והמעמיקה של חברי השופט י' אלרון.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתו המקיפה והמפורטת של חברי, השופט י' אלרון. בנסיבות העניין האבחנה המוצעת על ידו בין מה שעמד - עובדתית ומשפטית - ברקע מה שנפסק ב-ע"פ 1548/13 מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלה (27.01.2014) לבין המקרה שלפנינו - מקובלת עלי (עיינו גם: דנ"פ 2161/14 היועמה"ש נ' מלכה (03.04.2014)).

באשר להערותיו של חברי בסייפא לחוות דעתו (בפרק: בטרם סיום), אני מעדיף שלא להביע עמדה כדי להשאיר שיקול דעת מלא בבוא היום לוועדת השחרורים המיוחדת.

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' אלרון.

ניתן היום, כ"ד באדר התשע"ח (11.3.2018).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה