

# א ג ב ה פ ט י ק ה

## על רטרואקטיביות דיני ההסגרה ועל השפעת החנינה עליה

(ע"פ 587/71 הנס הקשטטר נ. מדינת ישראל, כ"ו פד"י (1), 241)

בע"פ 587/71 (להלן משפט הקשטטר), דן השופט ח. כהן בשתי שאלות משפטיות חשובות — האחת, תחולת דיני ההסגרה לאור משפט המעבר, השנית, השפעתה של חנינת העבירה במדינה המתבקשת על היותה של אותה עבירה עבירת-הסגרה. השאלות הללו התעוררו, כיון שהבקשה מטעם ממשלת אוסטרליה, שהמערער יוסגר לידיה, מתיחסת לעבירות שנעברו באוסטרליה בתקופה שבין השנים 1962—1964. למרות שאין חולק על כך, שהעבירות בהן נאשם המערער באוסטרליה עבירות-הסגרה הן, כמשמעותן בסעיף 2(2) לחוק ההסגרה, תשי"ד—1954 (להלן חוק ההסגרה), ושקיים בין אוסטרליה לבין ישראל הסכם<sup>2</sup> (להלן האמנה האירופית) הקובע הדדיות בהסגרת עבריינים — כנדרש בסעיף 2(1) לחוק ההסגרה — למרות אלה, צריך היה בית המשפט העליון ליתן את דעתו על המשמעות המשפטית של שני מאורעות שהתרחשו בין המועד בו נעברו העבירות שבגינן מבוקש המערער, לבין המועד שבו נדונה בקשת ההסגרה: המאורע הראשון — ביטול, מכוח סעיף 28 לאמנה האירופית, של האמנה הדו-צדדית משנת 1961 בין אוסטרליה לבין ישראל להסגרת עבריינים<sup>3</sup> (להלן האמנה הדו-צדדית), שעמדה בתוקף, בשעת עשיית העבירות, עד לכניסתה לתוקף לגבי ישראל, ביום 26 בדצמבר, 1967, של האמנה האירופית. המאורע השני — החנינה, מכוח חוק החנינה, תשכ"ז—1967 (להלן חוק החנינה), אשר היתה חלה על ההליכים הפליליים בשל העבירות שנעברו על ידי המערער, אילו היו הן ענישות לפי דיני מדינת ישראל. המאורע הראשון הצמיח את טענת המערער, שמשבוטלה האמנה הדו-צדדית, הקודמת, אין היא יכולה עוד לשמש בסיס להסגרת בגין עבירות שנעברו בזמן שעמדה בתוקף, ואילו האמנה האירופית איננה יכולה לחול למפרע, בשל עבירות שנעברו לפני תחילת תקפה. המאורע השני הצמיח את טענת המערער שמשאסר חוק החנינה כל הליך פלילי בשל עבירה — אשר החנינה חלה עליה — שנעברה לפני ה-5 ביוני 1967, אין עוד לנקוט הליך מסוג זה לגביה, שכן גם הליכים לפי חוק ההסגרה, הליכים פליליים הם ביחס לעבירה, אשר בגינה מבקשים את ההסגרה.

1 ע"פ 587/71 הנס הקשטטר נ. מדינת ישראל, כ"ו פד"י (1), עמ' 241.

2 האמנה האירופית בדבר הסגרה, כ.א. 647, כרך 17, עמ' 87.

3 אמנת הסגרה בין מדינת ישראל ובין הרפובליקה האוסטרית, כ.א. 454, כרך 13, עמ' 1.

בית המשפט העליון, מפי השופט ה. כהן, דחה את שתי הטענות. עצם דחיית הטענה הראשונה נראית לנו, אולם הבעיות אותה היא מעוררת מצריכה, לדעתנו, דיון במסגרת מושגית הולמת יותר, העשויה לשמש רקע עקרוני גם לפתרון של שאלות משפטיות אחרות מאתה סוגיה; אשר לטענה השנייה, קשה לנו להסכים לדחייתה, למרות הנימוקים הכבדים בהם היא נומקת. לכן, גידון להלן בטענות אלה לפי סדרן, וכן בפתרונות שנתן להן בית המשפט העליון ובהשגותינו לגביהם.

### 1. מדוע חלות הוראות ההסגרה גם על עבירות שנעברו טרם עמדו הוראות אלה בתקפן?

נתייחס לשאלה זו מן הפרט אל הכלל, כלומר, תחילה נדון במצב המיוחד, שבמשפט הקשטטר — כאשר לא חלה כל הפסקה בקיום הסדרי הסגרה בין ישראל לבין אוסטריה, החל משנת 1961 ועד למועד הדיון בבקשת ההסגרה בגין עבירות שנעברו בתקופה שבין השנים 1962—1964. אחר כך נדון בשאלה הכללית — מה הדין כאשר לפני כן לא היה קיים כל הסדר, דו-צדדי או רב-צדדי, בין המדינות הנוגעות בדבר, לענין ההסגרה.

1. המשמעות של הוראת ביטול של הסדר קודם, הנמצאת בתוך דבר הסדרו מחדש של אותו ענין. בפיסקאות 1 ו-2 לסעיף 28 לאמנה האירופית, הוראות הקובעות כדלקמן:

"1. אמנה זו מבטלת לגבי הארצות שעליהן היא חלה, את הוראותיהם של חתיים, אמנות או הסכמים דו-צדדיים המסדירים את ענין ההסגרה בין שני צדדים מתקשרים.

2. הצדדים המתקשרים לא יהיו רשאים לערוך ביניהם הסכמים דו-צדדיים או רב-צדדיים אלא לשם השלמתן של הוראות אמנה זו או כדי לסייע בהחלתם של העקרונות הכלולים בה".

אין אנו רואים צורך להיכנות מכך שבנוסח האוטנטי האנגלי של פסקה 1, מופיע המונח "supersedes" שתרגומו הנכון, כפי שמעיר השופט ה. כהן, הוא "באה במקום" ולא "מבטלת", כפי שתורגם בנוסח הישראלי. גם לא היינו רואים צורך להיכנות מכך, אילו בנוסח הצרפתי — שגם הוא, כמו הנוסח האנגלי, אוטנטי — היה מופיע המונח "remplace", שהוא המקביל ל-"supersedes" באנגלית, במקום המונח "abroge", המופיע למעשה ואשר תירגומו הנכון הוא דווקא "מבטלת", כפי שתירגמוהו לעברית. הענין הוא של תוכן ולא של דיקדוקי ענין.

ברור, ללא כל צל של ספק, כי לגבי המדינות, שעמדו קודם לכן בהתחייבויות הסכמיות דו-צדדיות בדבר הסגרה, באה האמנה האירופית ליתן ביטוי להסדר הסכמי רב-צדדי בין כל הצדדים, שהתקשרו באמצעותה, כהמשך, מבחינת הצורה ההסכמית של ההתקשרות, להסכמים הדו-צדדיים בהם התקשרו קודם לכן, ובמקומם; כאילו נכרתו הסכמים דו-צדדיים חדשים, אשר תוכנם זהה, בין כל שתי מדינות הנמנות על המתקשרים באמנה האירופית.

מבחינת צורת ההתקשרות אין האמנה האירופית באה לשנות מאומה לגבי המדינות שהיו קשורות קודם לכן בהתחייבויות הסכמיות דו-צדדיות; כלומר, הסדר הסכמי לפני כן והסדר הסכמי בהמשך, לאחר מכן, מכיון שהאמנה החדשה,

על רטרואקטיביות דיני ההסגרה ועל השפעת החנינה עליה

הרב-צדדית, מסדירה את ענין ההסגרה על כל היבטיו, מובן כי אין עוד מקום להסכמים הדו-צדדיים הקודמים, שבין המדינות שהצטרפו לאמנה האמורה; כלומר, יתא המינוח שבו השתמשו בנוסחים השונים — האנגלי והצרפתי, שהם בשפת המקור, והישראלי, שהוא בתירגום בלבד — של האמנה האירופית, כאשר יהא, מבחינת התוכן אמנה זו "באה במקום" ההסכמים הדו-צדדיים הקודמים, על כל השווה והשוונה שביניהם, לבין האמנה החדשה, כאשר לעניין סוגי עבירות-ההסגרה לא חל שינוי לגבי ישראל. זוהי משמעות הוראת הביטול — אם אמנם ביטול בה — שבפיסקא 1 לסעיף 28 לאמנה. משמעות זו מקבלת חיזוק עוד יותר בהוראה שבפיסקא 2 לאותו סעיף, הבאה לקבוע כי המתקשרים לאמנה לא יוכלו עוד לסטות מן הכללים והעקרונות שנקבעו באמנה, על דרך הסכמים דו-צדדיים או רב-צדדיים אחרים.

ובכן, אם מבחינת צורת ההתקשרות בדבר הסגרה, בין אוסטרית לבין ישראל, לא חל כל שינוי באשר לקיום הסדר הסכמי בלתי פוסק מאז שנת 1961, ואם מבחינת התוכן אין שינוי לגבי סוגי עבירות-ההסגרה בכל התקופה, והעבירות המיוחדות למערער נעברו בתקופה זו והן גם נמנות עם הסוגים האלה, כי או טענתו הראשונה של המערער אין לה על מה שתסמוך. ההמשכיות המלאה, באשר לקיום הסדר הסכמי בדבר הסגרה ובאשר להיותן של העבירות המיוחדות למבוקש עבירות-הסגרה, משמיתה את הקרקע מתחת לכל טיעון, שלפיו אין להיעתר לבקשת הסגרה המבוססת על האמנה החדשה, כאשר העבירות נעברו בזמן שעמדה בתוקף האמנה הקודמת. במלים אחרות, אף לא היה מקום להידרש לשאלה, אם הוראות המתייחסות להסגרה חלות למפרע ואם לאו.

2. אופן תחולתן של הוראות ההסגרה. מכיון שהשופט ח. כהן בנה את פסק-דינו לגבי הטענה הראשונה של המערער, כשדחה אותה, על הפרופוזיציה לפיה "בהעדר הוראה מפורשת לסתור, חלות אמנות ההסגרה למפרע אף בשל עבירות שנעברו לפני תחילת תקפן"<sup>4</sup>, נתיחס גם אנו לדיון במישור זה; מה גם, שנקיטת עמדה בענין זה טומנת בחובה פתרון כללי לשאלה, כלומר גם למקרה שבו הבקשה להסגרה נוגעת לעבירה, שנעברה בזמן שלא היה קיים כלל הסכם ההסגרה בין ישראל, כמדינה מתבקשת, לבין המדינה שבשטחה בוצעה העבירה, או שלא היה קיים אף חוק הסגרה, ואילו ההסכם והחוק באו לאחר מכן. מוזכרות כמה אסמכתאות<sup>5</sup> לפרופוזיציה האמורה, והשופט חורף את הדין על סמך אנאלוגיה בין הליכי מעצר לבין הליכי הסגרה. אימר השופט: "עבר אדם עבירה ולאחר מכן נעצר על מנת שיועמד לדין בגינה, אין שומעים לטענתו שמעצרו בלתי-חוקי וטא באשר החוק שקבע את דרכי המעצר נכנס לתקפו רק לאחר שעשה את מעשה העבירה — ואין נפקא מינה שחוק המעצר אינו בגדר חוק "דיוני" כמשמעותו הדוקנית של מונה

4 משפט הקשטור, עמ' 244, מול אות השוליים ב'.

5 Moore, *Digest of International Law*, (1906) Vol. 4, p. 269; Hyde, *International Law*, (1922), Vol. 2, p. 50; Mercier, *L'Extradition*, 33 *Recueil des Cours*, (1930 — III), pp. 188-9; Harward, *Research in International Law, Extradition, Supplement to American Journal of International Law*, (1935), Vol. 29, p. 80; Peter Elman, *The Retroactivity of the U.S. — Israel Extradition Treaty*, (1966), *Is.L.R.*, p. 356; ד"ר י. בלום, "לשאלת תחולתם למפרע של הסכמי הסגרה", הפרקליט (1966), כרך כ"ב, עמ' 316.

זה... והוא הדין לענין ההסגרה... העובדה שחוק ההסגרה או אמנת ההסגרה טרם עמדו בתוקפם בשעה ש[הנאשם] עבר עבירתו, אין בה כדי לגרוע מתבותו ליתן את הדין, ואין בה כדי לפתוח לו פתח להימלט מן הדין".<sup>6</sup> התנאים היחידים הם שידובר במעשה אשר בשעת ביצועו היה בגדר עבירה פלילית לפי חוקי המדינה המבקשת ואשר, אילו בוצע בישראל, היה, באותה שעה, עבירה גם כאן, וכי בשעת הליכי ההסגרה, העבירה תהא עבירת-הסגרה; ואין נפקא מינה אם בהסכמי-ההסגרה אחדים אין כל הנראה מפורשת לענין זה,<sup>7</sup> בעוד שבהסכמים אחרים נאמר מפורשות כי הוראותיהם תחולנה גם לגבי עבירות שנעברו לפני תחילת תוקפם.<sup>8</sup> אין ללמוד כאן כל לאו מכלל ההון. מסקנה זו נראית לנו בהחלט, אולם לא כמסקנה הנובעת מן התחולה הרטרואקטיבית של אמנות ההסגרה כביכול, אם כי הוראותיהן, הקובעות את סוגי עבירות-ההסגרה, הן, לדעתנו, הוראות דיוניות, מטיבן ומטבען; וזאת, כיון שהגירסה לפיה כלל גדול הוא שהוראות דיוניות, תחולתן למפרע אפילו בפלילים, בטעות יסודה.

אולם, כיון שהשופט ח. כהן היסט להגדיר את ההוראות המסדירות את הליכי המעצר כהוראות דיוניות כמשמעותן הדוקנית של המושג, היסוס העיני להתחייב גם להוראות הנוגעות להליכי ההסגרה לרבות אלה הקובעות את עבירות-ההסגרה, יורשה לנו, תחילה, לגסות להבהיר, גם בהקשר זה,<sup>9</sup> את ההבחנה בין הוראות מהותיות לבין הוראות דיוניות; לאחר מכן, נעמוד על האי-דיוק שבאימרה כי הוראות דיוניות — תחולתן למפרע.

א. המושגים "מהותי" ו"דיוני" — בלשון המשפט של יום יום, מייחסים למונחים "מהותי" ו"דיוני" מובן יחסי ושווה, הכל בהתאם למושגים אותם באים הם לתאר ולהגדיר. כמעט בכל ענין נמצא היבט מהותי, השייך לעצם העניין ולתכנו, והיבט דיוני, השייך להליכי הגשמת הענין. בדרך כלל, ניתן לדון בבעיית ה"תוכן" ובבעיית ה"צורה" — לרבות צורת מימוץ התוכן — בכל מישור ומישור, כלומר במישור ה"מהותי" ובמישור ה"דיוני", גם יחד. שהרי לכל תוכן גם צורה משלו, צורה של קיום ומימוש. כך, גם במסגרת הענפים הפרוצידורליים של המשפט נוהגים להבחין, בעניינים שונים, היבט מהותי מסויים. למשל, בענין שיחרור הנאשם בערבות עד להכרעת הדין, זכותו של הנאשם לבקש את שיחרורו מופיעה כזכות מהותית, לעומת הדרך הפרוצידורלית בה בקשה זו ניתנת לטיפול. הוא הדין ביחס לזכות לערער<sup>10</sup> לעומת הדרך הטכנית של

6 משפט הקשטור, עמ' 245—246.

7 כמו באמנת האירופית.

8 כמו באמנות ההסגרה שעשתה ישראל עם איטליה (1957), צרפת (1958), שווייץ (1958), דרום-אפריקה (1959), בריטניה הגדולה (1960), אוסטריה (1961), שבדיה (1964).

9 ראה: ש. ז. פלר, "התתיישנות בפלילים לאור משפט המעבר", הפרקליט, כרך כ"ג, עמ' 204, בעמ' 207—208.

10 ע"פ 22/56 י. כהן נ. קצין התגמולים, מגרר הביטחון, י" פד"י, 1375; כאן רואה בית המשפט העליון את הזכות להגיש ערעור על פסק-דין, כזכות "מהותית". בשם ש"הכוח לתבוע — אמר בית המשפט — מהווה זכות בעלת-ערך ממדרגה ראשונה ולכן זכות 'מהותית'", כך גם, קובע בית המשפט העליון, "הכוח להגיש ערעור מהווה אף הוא זכות בעלת-ערך ממדרגה ראשונה ולכן זכות 'מהותית'" (בעמ' 1380—1381), שכן "אם רואים את התובע כבעל תרופת הערעור — הרי פירוש הדבר כי ניתן לו, בתנאים מסויימים, הכוח לתבוע בשנית את הזכות 'המטריאלית' שהוא טוען לה" (בעמ' 1380).

ייתכן לחלוק על מיון זה של הזכות להגיש ערעור. לא נשאל את השאלה מה טבעה של הזכות לערער כאשר בעל תרופת הערעור הוא הנתבע ולא התובע. אך, הניתוח של

על רטרואקטיביות דיני ההסגרה ועל השפעת החנינה עליה

מימוש זכות זו, או ביחס למקרים בהם מותר לערוך מעצר או חיפוש, על פי צו בית המשפט או בלעדי, לעומת ההליכים להגשמת פעולות אלה. מכאן עולה, כי אף בתחום הדיוני גופו יש ומבחינים בין המהותי, כהיבט בעל ערך ממדרגה ראשונה, לבין הדיוני, כהיבט בעל ערך משני או טכני יותר.

אך מינוח משפטי מדויק דורש שימוש נבדל יותר והולם יותר במונחים "מהותי" ו"דיוני", כווג ניגודי מבחינה איכותית, כאשר מונחים אלה מצביעים על השתייכות הקטגוריות המוגדרות על ידיהם לענף גפרד של המשפט — למשפט הסובסטנטיבי או למשפט הפרוצידורלי. רק בהקשר זה עשויים המושגים הנזכרים להקנות לקטגוריות המתוארות בהם את התכונות והתוצאות המשפטיות הנובעות מהשתייכות שכזאת.

באספקלריה זו, הוראות המגדירות אירועים או פעולות המצמיחים, המשנים או המפקיעים זכויות או חביות משפטיות, וכן הוראות אשר קובעות את הזכויות והחביות הללו, הן הוראות מהותיות. האירועים והפעולות וכן הזכויות והחביות, שצמחו, השתנו או פקעו בעקבותם, כלומר העילה ותוצאותיה, קיימות בפני עצמן, לפני כל הליך לשם קביעתן ומחוץ למסגרתו, אולם לא גם בלי אפשרות להוקק להליך שכזה. אבן הבוחן שבקביעת עילה משפטית ותוצאותיה היא במתן תשובה לשאלה "מה" קרה, "מה" ייתכן לדרוש ואחר "מה" יש למלא, כתוצאה מכך. משום כך, גם הנורמות המגדירות את העילה ואת תוצאותיה, הן נורמות מהותיות.

לעומת זאת, הנורמות אשר קובעות את דרכי ניהול הפעילות לשם קביעת אמיתות העילה ולמימוש תוצאותיה, הן נורמות דיוניות. אין להן קיום בפני עצמן, שכן הן מיועדות להבטיח את קביעתן הנכונה של העילה ושל תוצאותיה וכן את מימוש תוצאות אלה, בלבד. אבן הבוחן כאן היא מתן תשובה לשאלה "כיצד" יש לקבוע ולממש כל אלה.<sup>11</sup>

אין כל ספק, כי לאור האמור, הליכי המעצר וכן ההסגרה נמנים על התחום הדיוני, שכן "כמו המעצר כן ההסגרה באה כדי לכפות על הנאשם את קיום חבותו ליתן את הדין על עבירתו"<sup>12</sup>, כלשונו של השופט ח. כהן. אין להסגרה קיום בפני עצמה; היא שייכת לתחום האדייקטיבי, הצמוד לזיקה המשפטית שנוצרה עקב ביצוע עבירה.

הכוח לתבוע ושל הכוח לערער, זה לעומת זה, מעלה ומגלה טיב ותפקיד שונים לגמרי. הכוח לתבוע מקנה לזכות המטריאלית את התכונה להיות "משפטית" (הווה אומר מובטחת, באשר למימושה, על-ידי כוח תאכיפה של הריבון). כאן זה ענין של איות — של קיום או אי-קיום הזכות קטגורית משפטית; ואילו השאלה בפני כמה ערכאות ייתכן להגשים כוח זה, היא שאלה של כמות. רק כאשר נעדרת ערכאה כלשהי, נהפכת הכמות לאיכות, המתבטאת על-ידי שלילת הזכות המטריאלית גופה. הכוח לתבוע קיים בפני עצמו, לפני כל הליך לשם הגשמת הזכות המטריאלית המאופיינת על-ידי כוח זה ומחוץ למסגרת הליכים כגון זה (אך לא ללא-אפשרות להיזקק להם), ואילו הכוח לערער קיים רק במסגרת מהלך מימוש הזכות המטריאלית, כחוליה משרשרת הדרכים המיועדות להבטיח את קביעתה הנכונה של זכות זו. מכל מקום, קשה לדמות את העברת הנושא על דרכי הערעור מהמשפט הדיוני למשפט המהותי, בעוד שהכוח לתבוע הינו יסוד המשפטיות של כל המשפט המהותי. ראה את הדעה הנוגדת: ד"ר יואל זוסמן, פירי הדין האורחי, ת"א 1960, עמ' 412.

Salmond on Jurisprudence, 12th ed., p. 462: "Substantive law is concerned with the ends which the administration of justice seeks; procedural law deals with the means and instruments by which those ends are to be attained"

12 משפט הקשטטר, עמ' 245.

ההסגרה, והיא ההסגרה, נותנת תשובה לשאלה "כיצד" ניתן לממש את הזכות והחבות המרכיבות אותה זיקה. האלמנט המהותי הכרוך בהסגרה הוא רק בבחינת תנאי מוקדם, המתבטא בכך שבעת ביצועו היה המעשה, שבגינו מבקשים את ההסגרה, בגדר עבירה. לפי חוק המדינה המבקשת ולפי חוק המדינה המתבקשת גם יחד, ונשאר כזה, על פי שתי המערכות הנורמטיביות הללו, גם בעת הליכי ההסגרה. שכן, תנאי זה הוא הוא אשר יוצר ומחזיק בתקפה את הזיקה המשפטית המהותית של העבריין למדינה<sup>13</sup>, זיקה המתבטאת בזכות ובחבות, הקורלאטיביות, של המדינה ושל העבריין, שהוצמחו על ידי העבירה. והתווספו למערכת זכויותיהם וחובותיהם הקודמות, אף בטרם יינקט הליך כלשהו לשם מימושן ומחוץ לכל הליך שכזה<sup>14</sup>. תנאי מהותי זה הינו טרומי כאמור, ולמעשה הוא פועל יוצא של עקרון יסוד של דיני העונשין בכל מדינת שלטון החוק, לפיו אין עונשין אלא על-פי חוק שעמד בתקפו בעת עשיית העבירה<sup>15</sup>.

יתירה מזו, אפילו ההוראות הקובעות את סוגי עבירות ההסגרה, הינן הוראות דינויות, שכן הן מסדירות את דרכי המימוש של הזכות והחבות הקורלאטיביות האמורות, המרכיבות את הזיקה המשפטית הסובסטאנטיבית של העבריין למדינה המבקשת, עקב ביצוע עבירה מסוג זה בשיטחה. לא כל שכן, יתר ההוראות שבדיני ההסגרה, המסדירות ענינים של "כיצד" לממש אותה זכות וחבות, הן בבחינת הוראות דינויות. קיימים, אפוא, תחומים נפרדים ונבדלים של הוראות "מהותיות" מכאן, והוראות "דינויות" מכאן, בגבולות מדוייקים ביניהם.

ב"על ה"רטרואקטיביות" של ההוראות הדינויות. נתקלים תכופות באמירה האקסיומאטית כי הוראה דינוית תחולתה רטרואקטיבית. ברצוננו להציג את הדעה האחרת<sup>16</sup>, והיא שהכלל לגבי ההוראות הדינויות הוא שתחולתן הינה מיידית ופרוספקטיבית דווקא, ולא רטרואקטיבית.

מקובל לומר, כי ההוראות הדינויות הן רטרואקטיביות, שעה שמחילים חוק דינוי חדש, של שעת הליכי המשפט, לעומת החוק הדינוי הישן של שעת היווצרות המצב המשפטי מושא המשפט – הוא עילת התביעה – או של שעת הגשת התביעה. תפיסה זו, לדעתנו, בטעות יסודה כאמור.

שאלת הרטרואקטיביות או הפרוספקטיביות של נורמה משפטית איננה שאלה של יחס בין חוק לחוק, מבחינת תקופת היותם בתוקף בלבד – אף כי היא שאלה של תחולת החוק בזמן – אלא, היא, ראשית כל, שאלה של יחס בין זמן תקפה של הנורמה לזמן התרחשות הארוע עליו יש להחילה. לאור זאת, כדי להשיב נכונה על השאלה אם הנורמה הדינוית היא רטרואקטיבית או פרוספקטיבית בתחולתה, יש לבחון מהו האובייקט אותו מסדירה הנורמה, או, פשוט יותר, על מה יש להחילה. נושא ההוראה הדינוית אינו הגדרת עילת התביעה או קביעת התרופה המש-

13 באשר למדינה המבקשת, הזיקה שנוצרה הינה ישירה, ואילו באשר למדינה המתבקשת נוצרה זיקה בעקיפין – באמצעות המדינה המבקשת; אולם, מכוח העובדה שגם המדינה המתבקשת הגדירה את מעשהו של המבוקש כעבירה פלילית.

14 השווה עם דברי השופט ח. כהן במשפט הקשטטר, עמ' 245–246.

15 ראה משפט הקשטטר, עמ' 245.

16 ראה: P. Roubier, *Le Droit Transitoire* (Conflicts des lois dans le temps), (1960), 2e ed., p. 542.

על רטרואקטיביות דיני ההסגרה ועל השפעת החנינה עליה

פטית — על טיבה והיקפה — המתבקשת מאותה עילה. הגדרת העילה וקביעת התרופה לה הן נשוא הסדרתו של החוק המהותי. ההוראה הדיונית מסדירה אך ורק את דרך ניהול הפעילות המשפטית — ה"cursum curiae" — שבמסגרתה תיבדק אמיתות העילה ותקבע התרופה ההולמת לה. מכאן, שמושא ההוראות הדיוניות הוא רק הפעילות לשם קביעת אמיתות העילה ותוצאותיה על ידי הרשויות המוסמכות לכך, תוך הבטחת התנאים האופטימאליים לעשיית דין אמת וצדק; ניתן להוסיף על אלה גם את הפעולות לשם התוצאה לפועל של אותה תרופה. לכן, אין לייחס את החוק הדיוני העומד בתוקף בשעת הפעילות הפרוצידורלית, לחוק שעמד בתוקף בעת היווצרות עילת התביעה אובייקט המשפט או בעת הגשת התביעה לבית המשפט. אילו היו קובעים, כי עם ביצוע העבירה קונה העבריין לעצמו את הזכות להיחקר ולהישפט לפי הנורמות הדיוניות העומדות בתוקף בשעת ביצוע העבירה, גם אם ישתנו בינתיים, ניתן היה להגדיר תחולה זו כ"אולטרא-אקטיבית"; שכן, בצורה זו, הן חלות גם לאחר שפג תקפן.

אבל, כטענתנו, אין זכויות מוקנות בתחום הפרוצידוראלי ולכן, כאשר מישים את ההוראה הדיונית, העומדת בתוקף בשעת הפעילות הפרוצידורלית, על פעילות אקטוראלית, מן הנמנע להגדיר תחולת הוראה זו כרטרואקטיבית, על אף שבשעת היווצרות העילה נשוא המשפט היתה בתוקף הוראה דיונית שונה. הלא הנורמה הדיונית אינה חלה על העילה, אלא, כאמור, על הליכי קביעת אמיתותה ותוצאותיה.

הרי, כאשר עורכים חיפוש, גובים עדויות, מבצעים מעצר, או עורכים בדיקת הגופה של הקרבן — הכל לפי ההוראות העומדות בתוקף בזמן ביצוע הפעולות הללו — המדובר בפעולות אקטוראליות, שעליהן חל החוק האקטואלי, ולא בעילה המקורית, שלגביה מתנהל המשפט. ומדוע מחילים את החוק האקטואלי בלבד? כיון שהוא נחשב כטוב יותר, הקובע שיטות ודרכים משוכללות יותר, ואין השימוש בו עשוי לפגוע במאומה בזכות ובחבות המהותית שנוצרו עקב אותה עילה. לכן, באשר לעילה עצמה ולטיב והיקף התרופה הכרוכה בה יחול, בדרך כלל, החוק של זמן היווצרות העילה, על אף שבינתיים פג תקפו, ואילו לגבי ההליכים הפרוצידורליים יחול החוק הנמצא בתוקף בזמן ביצועם.

זאת ועוד; הפעילות הפרוצידורלית מורכבת מפעולות, הליכים ושלבים שונים, רצופים ובלתי ניתנים לחלוקה, הנתחמים, כל אחד, על ידי תחילה וסוף משלנו. כל חוליה משרשרת הפעילות הפרוצידורלית כפופה לחוק הדיוני, שבתוקף במומנט השלמתה — אם תוך מהלך הדיון חלו שינויים בחוק הדיוני — מבלי שתהא בכך כל רטרואקטיביות<sup>17</sup> ביחס למצב המשפטי של שעת הגשת התביעה. שהרי מחילים על כל הליכי המשפט או על כל שלב נפרד מהם — לפי הענין — את החוק האקטואלי ולא חוק מאוחר, הפועל באורח רטרואקטיבי. אסמכתא קולעת לענין זה מהווה פסק דינו של השופט הלוי<sup>18</sup>:

17 כלל זה נקבע בהוראה מיוחדת של החוק, השוללת מהחוק החדש, בדרך כלל, את הכוח הרטרואקטיבי; דהיינו ההוראה שבסעיף 14(ב)(2) לפקודת הפרשנות (נוסח חדש), אשר קובעת כדלהלן:

"(ב) חיקוק המבטל דין אין כוחו של הביטול יפה —

(1) .....

(2) להשפיע על פעולה קודמת של הדין המבוטל או על מה שנעשה או נגזר

כשזרה לפי אותו דין".

18 ע"א 135/63 כורי נ. כורי, י"ז פד"י, 1855, בעמ' 1870.

"הכלל כי חוק דיוני חל למפרע אינו מייחס, לפי דעתו, — אומר השופט הלוי — למחוקק כוונה להתערב בשלבים קודמים של הדיון ולהעביר תחת שבת ביקורתו הליכים שנעשו לפני תחילת החוק החדש... כל עיקרו של הכלל הנזכר אינו אלא לומר כי חוק המשנה את סדרי הדין תופס מיד וחל על כל דיון (ובמקרה של דיון שכבר הוחל בו — על המשך הדיון) המתנהל בבית המשפט אחרי כניסת החוק לתוקפו; מבלי לשים לב — וזהו טעם המלה 'למפרע' ומשמעותה בהקשר זה — לא למועד היולדה של עילת התביעה ולא למועד הגשת התובענה".

קיימות גם אסמכתאות לכך בפסיקה<sup>19</sup> האנגלית והאמריקנית, אשר קובעות במפורש כי אין לדבר על רטרואקטיביות כשמפעילים חוק דיוני חדש לגבי הליכים משפטיים תלויים ועומדים (pending litigations).

ניתן לתאר מקרים בהם, מטעמים מיוחדים, יקנה המחוקק לגורמות דינויות מסוימות גם תחולה למפרע; אך תהא זו יצירתו המיוחדת והמכוונת של המחוקק, כדי לסטות מן הכלל, ואנו — בכלל עסקינו.

המסקנה המתבקשת היא, איפוא, כי תחולתה של נורמה דינוית היא מדיית ופרוספקטיבית, כלומר היא חלה על הפעולות, ההליכים והשלבים השונים של תהליך השפיטה, מיד עם תחילת תקפה של ההוראה, ואין כל יחס אופראטיבי בין תחולה זו, לבין זמן היווצרות עילת התביעה בדיון, או מועד הגשתה. ואילו הרטרואקטיביות המיוחסת לתחולת הנורמה הדינוית סותרת את המציאות.

אם נכונה גם מסקנתנו הקודמת, כי ההסגרה היא בגדר הליך דיוני, כי אז דינה של טענתו הראשונה של המערער במשפט הקישטת צריך היה להיחרק על פי הכלל כי חוק ההסגרה או אמנות ההסגרה תחולתם מדיית, ולכן מאפשרים הם, מיד עם כניסתם לתוקף, נקיטת הליכים על פיהם גם לגבי עבירות שנעברו קודם לכן, ולא מפני שתחולתם היא "למפרע".

## II. ההשפעה של חנינת העבירה במדינה המתבקשת על הליכי ההסגרה

במכוון מתיחסים אנו, כאן, ל"חנינת העבירה" ולא לחנינת העבריין. חנינת העבריין, פירושה חנינה אינדיבידואלית לאחר החיוב בדיון, המוענקת על ידי נשיא המדינה. במקרה זה, דינה של העתירה להכרזת אדם כברי-הסגרה להידחות, כפי שנקבע במפורש בהוראת סעיף 1(18) לחוק ההסגרה, תשי"ד—1954. שכן, נשיא המדינה מוסמך להעניק חנינה — היא החנינה האינדיבידואלית in personam — רק לאחר שהעבריין גידון סופית בשל עבירתו; ואילו לפי ההוראה האמורה, "בית המשפט ידחה עתירה שהוגשה לו... אם המבקש הועמד לדין בישראל על מעשה העבירה שבגללו מבקשים את הסגרתו ונמצא זכאי או חייב...". כלומר, כיון שאין נשיא המדינה מוסמך לחון עבריין אלא לאחר חיובו בדיון והואיל ואדם שנשפט בישראל על עבירה, לעולם לא יהיה עוד ברי-הסגרה למדינה אחרת בגין אותה עבירה, ממילא העובדה שהוענקה חנינה אינדיבידואלית

*Watton v. Watton* (1866), L.R. 1 P & D. 227-228; *Untersinger v. U.S.* (1956), 181 19 F (2d), 953, 955-956

לאדם מונעת כל הליכי הסגרה גגדו ביחס לעבירה שעליה נחון. למעשה, האירוע המשפטי הרלבנטי הוא, במקרה זה, שהעברייני כבר נשפט על עבירתו בישראל והיות ובמדינת ישראל אסור להעמידו לדין שוב על אותה עבירה, אסור גם למדינת ישראל ליתן יד למדינה אחרת — לו גם על דרך ההסגרה — לנהוג כך כלפי אותו עברייני. להיבט זה של הענין משנה חשיבות עקרונית, שכן הוא משקף כלל יסודי רחב יותר בדבר הסגרה, שהוא: תגאי הכרחי — אולם עדיין בלתי מספיק — לקיים את הרשות להסגיר אדם למדינה אחרת, הוא, כי אילו היו חלים על המבוקש דיני המדינה המתבקשת, גיתן היה לנקוט כלפיו הליכים פליליים ישירים במקום לנקוט כלפיו הליכי הסגרה לריבון אחר. אולם, על כך ביתר פירוט להלן. באשר להבחנה בין החנינה של העברייני לבין "חנינת העבירה", מובן, כי גם החנינה של העבירה — היא החנינה הכללית *in rem* המוענקת על ידי הרשות המחוקקת — יכולה לתפוס את העבירה לאחר שהעברייני גידון עליה. אולם, מקרה זה ייבלע, גם הוא, בהיפותיזה של סעיף 8(1) הנ"ל לענין קבילות העתירה להכריז על הגידון כבר-הסגרה. שכן, רלבנטי הוא שהמבוקש כבר נשפט בישראל על עבירתו.

ברם, ייתכן שתהא השלכה לחנינה הכללית גם כאשר טרם חוייב העברייני בדין על עבירתו, או טרם ננקטו כלפיו הליכים פליליים כלשהם בגינה, או אף כאשר אין הוא שפוט בישראל כיון שביצע את העבירה מחוץ לשטח המדינה והיא — העבירה — אינה מסוג העבירות אשר, למרות זאת, גוררות אחריהן אחריות פלילית לפי דיני מדינת ישראל. דיוננו ייסוב דוקא על הנחה זו — שאיננה מכוסה על ידי הוראות סעיף 8(1) — הנחה המתבטאת בכך, שהמבוקש לא נשפט בישראל בשל העבירה שבגללה מבקשים את הסגרתו, אולם, אילו היה עליו לתת את הדין על העבירה לפי דיני מדינת ישראל, היתה עומדת לו הטענה שעבירה זו נתפסת בגדר החנינה. יחד עם זאת, לא נתעלם מן הצד המהותי המשותף לכל ההיפותיזות דלעיל.

וכעת נחזור להשפעת החנינה, במקרה כזה, על ההסגרה. ובכך, הטענה השניה של המערער במשפט הקשטטר היתה, כאמור, כי היות וסעיף 5(א) לחוק החנינה, תשכ"ז — 1967, קובע, כי לא יינקט הליך פלילי בבית משפט בשל עבירה שנעברה לפני ה-5 בחוגי 1967 — זולת עבירה אשר החנינה איננה חלה עליה מכוח סעיף 1(ג) לאותו חוק — והיות הליכי ההסגרה שננקטו נגד המערער הם בגדר הליכים פליליים ביחס לעבירות מסוגי העבירות אשר אילו היו מבוצעות בישראל, היתה חלה לגביהן החנינה, מטעמים אלה יש להפסיק גגדו כל הליך של הסגרה.

אין דעתנו נוחה מהנימוקים, אשר הדריכו את בית המשפט המחוזי ואת בית המשפט העליון — כל אחד ונימוקו הוא — לדחיית הטענה האמורה. אדרבא, לעניות דעתנו, היה מקום לקבלת הטענה, ומטעמה, דווקא, שלא להכריז על המערער כבר-הסגרה.

א. בית המשפט המחוזי דחה את הטענה משלושת הטעמים הבאים: ראשית, הליכי הסגרה אינם הליכים פליליים כמשמעותם בחוק החנינה; שנית, עבירות שנעברו בחוץ לארץ אינן "עבירות" כמשמעותן בחוק החנינה; ושלישית, לפי סעיף 7 לחוק החנינה "אין בחוק זה כדי לגרוע מכל תוצאה של עבירה", זולת אם נאמר כמפורש בחוק — ואין שום דבר מפורש בחוק החנינה האוסר או המגביל הליכי הסגרה.<sup>20</sup>

הטעמים הראשון והשלישי, בטעות יסודם בעליל. באשר לטעם הראשון, כיצד גיתן 20 ראה משפט הקשטטר, בעמ' 247, את תמצית הנמקה של בית המשפט המחוזי.

לגרוס, כי הליכי ההסגרה אינם הליכים פליליים? במה הם נבדלים, מבחינת טבעם, מהליכי המעצר, כהליכים פליליים הננקטים נגד מבצע עבירה? אין לנו אלא להשתמש בהשוואה שנעשתה על ידי השופט ה. כהן – במסגרת הנמקת הדחיה של הטענה הראשונה – בין שני הסוגים של ההליכים, כדי להגיע למסקנה, שהסיווג הטבעי של הליכי ההסגרה הוא בהליכים הפליליים. ואמנם, הליך פלילי הוא כל הליך שנעשה במסגרת תהליך הבאתו של הנאשם על עונשו בשל עבירתו, והסגרה איננה אלא הליך מסוג זה, אשר כל ייחודו הוא, שהנאשם נמסר ליתן את הדין בידי מדינה אחרת. זאת, לענין הטעם הראשון של בית המשפט המחוזי, ובתוספת להבחנה הכללית, שעשינו, קודם לכן, בין הוראות מהותיות לבין הוראות דיוניות.

באשר לטעם השלישי, נדמה לנו כי מן הנמנע להגדיר את ההסגרה כ"תוצאה" של עבירה, במשמעותה אשר בסעיף 7 לחוק החנינה. ההסגרה איננה תוצאה של עבירה, אלא הליך המאפשר את הגשמת התוצאות הכרוכות בעשייתה; דהיינו הליך המאפשר לכפות את הנאשם ליתן את הדין עליה. בית המשפט המחוזי יכול היה ללמוד מן החלק השני של סעיף 7 האמור, למה התכוון המחוקק בהתייחסו ל"תוצאה של עבירה"; בחלק זה, מתייחס החוק ל"פסול מלהחזיק או מלהשיג רשיון נהיגה הנובע מהרשעה לפי... " זוהי תוצאה של עבירה, כשם שתוצאה של עבירה יכולה להיות הפסול מלהיות עובד ממשלתי, החוקתו במוסד סגור של אדם הסובל מדחף לסמים מסוכנים, או החיוב לשלם פיצויים לניזוק בעבירה או לשלם הוצאות המשפט, או האיסור לעסוק בעיסוק מסויים אחר, או חילוט החפץ שבו נעברה העבירה, וכיוצא באלה תוצאות מהותיות אחרות; אך ההסגרה אינה נמנית עם תוצאות מהותיות, שכן היא הליך פרוצדורלי ולא תוצאה מהותית.

על הטעם השני של בית המשפט המחוזי – אין משמעות ה"עבירות" שנעברו בחוץ לארץ כמשמעותן לפי חוק החנינה – נתעכב תוך ניתוח הנמקת פסקי-הדין של בית המשפט העליון.

ב. ובכן, השופט ה. כהן סובר כי יש לפתור את השאלה של השפעת החנינה על הליכי ההסגרה, על בסיס היחס שבין חוק החנינה שהוא בבחינת *lex generalis*, לבין חוק ההסגרה, שהוא *lex specialis* לעומת החוק הראשון<sup>21</sup>. לפיכך, כל עוד החוק הרגיל – לו גם המאוחר יותר – אינו קובע מפורשות הוראה לגבי הענין המיוחד – במקרה דנן ההסגרה – יש לחפש את הפתרון בחוק המיוחד בלבד. והנה, בחוק ההסגרה ובאמנה האירופית אין כל הוראה מיוחדת לגבי השפעת החנינה, שהוענקה במדינה המתבקשת על הליכי ההסגרה. לעומת זאת, נמצא בסעיף 8(3) לחוק ההסגרה הוראה מיוחדת הנוגעת לחנינה והאומרת, שאם הנאשם "נחן על אותו מעשה עבירה או נמחל לו עונשו במדינה המבקשת" (ההדגשה שלנו), לא יוכרו כבר-ההסגרה; בעקבות הוראה זו, שבחוק ההסגרה הישראלי, הצטרפה מדינת ישראל לאמנה האירופית, תוך הסתייגות לסעיף 9 לאמנה זו, הסתייגות אשר לשונה היא כי "ישראל לא תיענה לבקשת הסגרה אם המבוקש נחן על אותו מעשה עבירה, או נמחל לו עונשו, במדינה המבקשת" (ההדגשה שלנו).

21 השופט לומד את היחס הזה מכך שחוק החנינה עוסק בכל ההליכים הפליליים, ואילו חוק ההסגרה דן רק בהליך אחד שהוא מסירת הנאשם בידי המדינה המבקשת על מנת שהנאשם יבוא שם על עונשו בגין עבירתו.

מכאן לומד השופט חיים כהן, כי לפי דיני ההסגרה החלים במדינת ישראל "אין חנינה שהיא רלבנטית לענין ההסגרה כי אם חנינה במדינה המבקשת בלבד"<sup>22</sup>. שכן, מכלל ה"הן" הנורמאטיבי, המתיחס למדינה המבקשת, יש לשמוע את ה"לאו" ביחס למדינה המתבקשת; והשופט גותן גם הסבר עניני לגישה זו. הפררוגאטיבה של רשויות המדינה לחון ולמהול היא טריטוריאלית בלבד, ואין היא, המדינה, מוסמכת לשחרר אדם מן החובה ליתן את הדין על עבירותיו בפניו בהי משפט נכריים ולפי דיני מדינותיהם; יחד עם זאת, אין המדינה יכולה לפטור את עצמה מחובת הסיוע המשפטי, שהתחייבה להושיטה למדינה אחרת<sup>23</sup>, כאשר שם לא התערב כל גורם משפטי המפקיע את זכותה של מדינה זו להביא את הנאשם לדין ולהענישו.

התגמקה דלעיל והבסיס הנורמאטיבי שלה, כמעט ואינם משאירים כל מקום לסברה אחרת. אולם, כאשר, בכל זאת, מתעוררת בלבו של המשפטן איזושהי הסתייגות או תחושה של אי גוהות ביחס לפתרון משפטי פלוני, פירוש הדבר כי מתחייבת בדיקה חוזרת של הענין, אשר תסיר את ההסתייגות או את תחושת אי-הנוחות לחלוטין, או שדווקא תוכיח את צדקתו, כתגובה ראשונית, ותראה כי עדיפה דווקא סברה אחרת; ואמנם, הגענו לסברה אחרת, ואלו טעמיה.

ג. ראשית כל, בתחום המשפט, יש להיזהר משנה וזירות מן השימוש בשיקול *per a contrario*, כלומר לשמוע מכלל ה"הן" ביחס לענין אחד את ה"לאו" ביחס לענין אחר, לו גם שני הענינים נמנים על אותה סוגיה משפטית.

במשפט הקשטטר עצמו, כאשר דן השופט חיים כהן בטענה הראשונה — לפיה אין לראות את המערער כברי-הסגרה, באשר האמנה האירופית טרם נכנסה לתקפה שעה שנעברו העבירות המיוחסות לו — קבע השופט, כי למרות שאין באמנה האירופית הוראה הקובעת, כי האמנה חלה גם על עבירות שנעברו לפני תחילת תקפה, כאשר מצינו הוראה מפורשת כזאת באמנה הדו-צדדית, הקודמת, עם אוסטריה וכן באמנות שעשתה ישראל עם מדינות אחרות (איטליה, צרפת, שווייץ, דרום-אפריקה, בריטניה הגדולה, שבדיה), למרות זאת, הוסיף השופט ואמר, כי "לענין האמנה האירופית, אינך יכול לשמוע שום לאו מכלל ההן שבאמנות הישראליות..."<sup>24</sup>. אמנם מנמק השופט ת. כהן את הסתייגותו זאת בכך, שלמשלת ישראל לא היתה כלל יד בניסוחה של האמנה האירופית, אשר ישראל הצטרפה אליה כעשר שנים לאחר ניסוחה, לעומת האמנות הישראליות הנ"ל, שבניסוחן נטלה ממשלת ישראל חלק ממש כמנסה ולכן, לכאורה, ההסתייגות מופיעה כספציפית בגלל השוני, שבין מגסחי שני הסוגים של האמנות — אמנות דו-צדדיות, אשר ישראל ניסחה אותן, מזה, ואמנה רב-צדדית, אשר ישראל הצטרפה אליה בלבד, מזה; "שהרי נביאים שונים הם, ואין רבותא בכך שמת-נבאים הם בסגנונים שונים"<sup>25</sup>.

עם כל זאת, יש להבין, כי הסתייגותו הספציפית האמורה של השופט מן השימוש בשיקול *per a contrario* בעינה עומדת, גם מבחינה עקרונית וכללית. הלא, בהוסיפו כי האמנה האירופית טעונה פירוש עפ"י המשפט והנהוג הבינלאומי, "ולפי מבחן זה אין ספק

22 משפט הקשטטר, בעמ' 249 מול אות השוליים א'.

23 שם, בעמ' 248 מול אות השוליים א'.

24 שם, בעמ' 246, בין אותיות השוליים ד' ו-ה'.

25 שם.

שהיא צריכה, אף בהעדר הוראה מפורשת לכך, לחול גם על עבירות שנעברו לפני תחולת תקפה לגבי מדינה פלוגית<sup>26</sup>, קובע, למעשה, השופט, כי הנביאים השונים שהתנבאו, מקור עקרוני משותף לנבואותיהם, ורק ה"סגנונים שונים". כלומר, בו בזמן שבאמנות הדו-צדדיות הג"ל, אשר ממשלת ישראל גטלה חלק בניסוחן, ניתן ביטוי מפורש לעקרון לפיו אמנת הסגרה חלה גם על עבירות שנעברו לפני תחילת תקפו, באמנה האירופית, סתם, אין דבר זה אמור במפורש, ואילו הפירוש אינו שונה כלל. כך, שעל רקע משותף זה — כשרק הסגנונות שונים — ניתן לגרוס כי אין לשמוע שום לאו לגבי האמנה האירופית מכלל ההן הנמצא באמנות הדו-צדדיות של מדינת ישראל, לא מכיון שהמדובר במקורות נורמטיביים שנוסחו על-ידי צדדים שונים, על אף השייכות המשותפת של המקורות הללו למערכת נורמטיבית בינלאומית אחידה.

לא זאת בלבד. כאשר מדינה מצטרפת לאמנה בינלאומית, רשאית היא לנסח הסתיי גויות והבהרות, כפי שאף עשתה ישראל לגבי מספר לא מבוטל של סעיפי האמנה האירופית. על דרך זו היתה יכולה ישראל להבהיר את הוראות האמנה, כך שלא יהא כל פער גם בין פירושה לפי המשפט והנהוג הבינלאומי, לבין הפירוש לפי המשפט והנהוג הלאומי. משלא עשתה כך, יש להסיק, כי פער כזה אף לא היה קיים, וכי פירוש תחולת האמנה האירופית על עבירות שנעברו לפני תחילת תקפה, אינו שונה מפירוש תחולת האמנות הישראליות כבחינה זאת, למרות שבאמנות הישראליות קיימת הוראה מפורשת לכך, ואילו באמנה האירופית אין כל הוראה דומה, ולמרות שאמנה זו כאמנות אלה, הן חלק מן המערכת הנורמטיבית של מדינת ישראל והבינלאומית, כאחד.

העיקר שבדברים אלה הוא, שהשיקול per a contrario, כשלעצמו, אינו בסיס לפרשנות; יש להעביר אותו תחת שבט הביקורת של העקרונות הנוגעים לעניין. ואמנם, לאחר שבדק את טענת המערער לאור העקרונות של המשפט הבינלאומי, קבע השופט חיים כהן, כי בעצם, טענה זו, המבוססת על השיקול האמור, אין לה על מה שתסמוך. ד. מסקנתנו זו לענין השימוש בשיקול per a contrario, ככלי פרשנות, מתחזקת עוד יותר לנוכח הלכת בית המשפט העליון בשאלה אם העדרו, בסעיף 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936 — הדן בהגנת ה"צורך" — של סייג דומה לזה הנמצא בסוף סעיף 17 לפקודה<sup>27</sup> — הדן בהגנת ה"הכרח" — מלמד על כך, כי הגנת ה"צורך", שלא כהגנת ה"הכרח", תעמוד לנאשם גם כאשר הוא העמיד את עצמו, מרצונו, במצב בו נאלץ לפעול בתנאי ה"צורך" כמתואר בסעיף 18 לפקודה.

כאן כבר אין המדובר אף ב"נביאים שונים" כשכל אחד מתנבא בסגנונו הוא. ה"נביא", על זהותו וסגנונו, הינו אחד — המחוקק המנדטורי חקק את שני הסעיפים הג"ל — והנבואות אף נתנבאו בנשימה אחת בזו אחר זו — שני הסעיפים נתקבלו בעת ובעונה אחת בשנת 1936 ומאז חקיקתם נשמרו ניסוחיהם המקוריים. אין כאן, איפוא, כל מקום לגירסה לפיה אינך יכול לשמוע שום לאו לגבי הסדר אחד מכלל ההן לגבי הסדר אחר, בגלל ששני ההסדרים הם פרי רצונם של שני מחוקקים שונים ומשום כך בלבד אין ליחס משמעות משפטית לשוני שבסגנון החקיקה.

26 שם, מזל אות השוליים ה'.

27 זו לשונו של הסייג: "בתנאי שהאדם שעשה את המעשה לא העמיד את עצמו מרצונו הטוב במצב שבו נעשה כפות להכרח כזה".

ובכן, למרות שמחוקק שני הסעיפים 17 ו-18 לפקודת החוק הפלילי, 1936, הוא אותו מחוקק, ולמרות שהם הוקקו אף בעת ובעונה אחת, קבע וחזר וקבע בית המשפט העליון<sup>28</sup> כי אין לשמוע שום "לאו" לגבי הגנת ה"צורך" מכלל ה"הן" לגבי הגנת ה"הכרח", וכי, למרות שאין סייג כאמור לגבי הגנת ה"צורך", גם הגנה זו לא תתפוס אם הטוען אותה יצר, הוא עצמו, את המצב המסוכן והביא, כך, כמו ידיו, את הצרה על ראשו. בהודמנויות אחרות הבענו את השגותינו על האופי הגורף של ההלכה<sup>29</sup>, אולם, הדגשנו וחזרנו על ההדגשה כי בית-המשפט העליון פסק באופן חד-משמעי כי השיקול per a contrario אינו יכול לשמש בסיס עצמאי לפרשנות נורמות משפטיות, וכי יש להיזקק לעקרונות הנוגעים לעניין המוסדר בהן, כדי לקבוע את פירושו הנכון. וזאת, הפעם, כשמדובר אף בנורמות שחוקקו על-ידי אותו מחוקק ובעת ובעונה אחת.

זאת ועוד. כלום התעורר ספק כלשהו בלב היופטים אם כשרה ההעמדה לדין ותהר-שעה של המשדל לעבירה או של המסייע לביצועה, אם כי המבצע העיקרי לא הועמד לדין או לא חוייב בו משום שנפטר בינתיים, או מחמת בריחתו מן הארץ, או מכל סיבה אחרת כגון זו? וזאת, כיון שבסעיף 27 לפקודת החוק הפלילי, 1936, נמצאת הוראה מפורשת המתירה את הדבר כלפי השותף לאחר מעשה, שעה שבפרק ה' לפקודה — הדין בכל צורות השותפות, כולל זו לאחר מעשה — אין כל הוראה מקבילה ביחס למסייע או למשדל? האם אף הועלתה אי פעם בפני בתי המשפט בישראל הטענה שמן הכלל "הן" לגבי השותף לאחר מעשה, יש לשמוע "לאו" לגבי שני סוגי השותפים הנותרים? וזאת, למרות שמסיבות שונות לא אחת מעמידים לדין בנפרד שותפים למיניהם לאותה עבירה. ברי כי השימוש בשיקול per a contrario, כשלעצמו, אין ביכולתו לספק את הפתרון הנכון; ההיזקקות לעקרונות הנוגעים לאחריות הצדדים לדבר עבירה, היא אשר תשמש אור לרגלינו בדרך לפתרון זה. בוודאי שאינן חסרות גם דוגמאות אחרות, המפריכות את ערכו העצמאי של השיקול האמור, ככלי פרשנות משפטית.

ה. ואם כך הוא הדבר, יורשה לנו הפעם לגרוס כי אין כל משמעות משפטית, גם לכך שסעיף 3(8) לחוק ההסגרה — ובעקבותיו ההסתייגות של ישראל לסעיף 9 לאמנה האירופית — מתייחסים לחנינה במדינה המבקשת בלבד, כתריס בפני הסגרה לידיה של הנאשם שנחן; אין לשמוע שום לאו לגבי החנינה שהוענקה במדינה המתבקשת, מכלל ההון לגבי החנינה שהוענקה על-ידי המדינה המבקשת, כיון שפירוש אחר נוגד את העקרונות. אולם, בעוד שהשופט ת. כהן חיפש ומצא תמוכין בעקרונות החנינה — השפעתה על ענישת המעשה על-פי דיני ישראל בלבד — נבדוק אנו את הענין לאור עקרונות ההסגרה דווקא, שכן בהסגרה עסקינן ולא בחנינה. ואמנם, מה שנאמר בפסק-הדין הקשטטר לגבי היקף נפקותה של החנינה, נכון הוא, ללא ספק, אולם, להסגרה גם עקרונות משלה, שמן הנמנע להתעלם מהם.

ובכן, ההסגרה, בבחינת הליך של סיוע משפטי למדינה אחרת בדבר הגשמת מדיניותה

28 ע"פ 202/70 שביט נ. כיינת ישראל, כ"ד פד"י (2), 325; ע"פ 410/71 הרכיז נ. מ"י, כ"ו פד"י (1), 6246.  
S. Z. Feller, "Defence of Necessity and its Limitations," *Is.L.R.*, Vol. 6, No. 3, 29  
1971, pp. 417-427; ש. ז. פלר, "הגנת ה'צורך' Stricto Sensu, כמצב השולל את פליליות  
המעשה", משפטים, כרך ד', חוברת 1, 1972, עמ' 5.

כלפי אלה שהפרו את דיניה הפליליים, היקף השימוש בה מצומצם, לעומת היקף ההליכי כיום אשר כל מדינה נוקטת בהם כלפי מפירי דיניה הפליליים שלה עצמה. כלל זה בא לידי ביטוי, ראשית כל, בדרישה הבסיסית של הפלילות הכפולה, על מנת שמעשה מסוים יהווה עבירת-הסגרה<sup>30</sup>; כלומר, תנאי הכרחי להסגרה הוא שהמעשה יהיה עניש לפי דיניה של המדינה המתבקשת ואין די בהיותו עבירה לפי דיני המדינה המבקשת. לא זו בלבד; עדיין אין כל המעשים הממלאים אחרי תנאי הפלילות הכפולה בבחינת עבירות הסגרה; תחומן הרבה יותר מצומצם, הן מבחינת טיבן והן מבחינת חומרתן<sup>31</sup>. כמו כן, אין מסגירים אלא על סמך יחס של הודיות בין המדינות, המבקשת והמתבקשת, ובשיטות משפט אחדות — כולל השיטה הישראלית — תנאי הוא שההודיות אף תהא קבועה בדרך הסכמית<sup>32</sup>; שאם לא כן, זכותו של העבריין לשבת בחופש ובחירות במדינה, למרות שעבר עבירה לפי דיניה של מדינה אחרת. ואילו על מנת להביא אדם לדין בפלילים על עבירה שעבר על-פי דיני המדינה, אין צורך בשום תנאי על פני עצם הפרת דיניה היא.

יתירה מואת, בפרטו את סעיף 2(2) לחוק ההסגרה, תשי"ד—1954, לפיו אדם הינו ברהסגרה אם הוא "נאשם או נתחייב כדין במדינה המבקשת על עבירה שאינה בעלת אופי מדיני ושאלו נעברה בישראל היתה עבירה מן העבירות הכלולות בתוספת לחוק זה", קובע — בצדק — השופט ת. כהן, כי יש לקרוא סעיף זה "כאילו מדובר בו בעבירה אשר בשעת ביצועה היתה בגדר עבירה פלילית לפי חוקי המדינה המבקשת ואשר, אילו נעברה בישראל, היתה בשעת ביצועה עבירה מן העבירות הכלולות...".<sup>33</sup> מדוע גורס זאת השופט, למרות שאין הדבר נאמר כך בנוסח הסעיף עצמו? מדוע, אפוא, יש לקרוא "כאילו מדובר בו..."? התשובה היא שאם הוגדר המעשה, בישראל, כעבירה רק לאחר עשייתו, כי אז, אפילו בוצע אותו מעשה בישראל, לא ניתן היה להעמיד את העושה לדין כאן; שהרי אין עונשין אלא על-פי חוק שעמד בתקופת בעת עשיית העבירה. עקרון זה — גורס השופט חיים כהן, בצדק — כוחו יפה, לא רק לגבי השפיטה בארץ, אלא גם לגבי ההסגרה לשם שפיטה במדינה אחרת, למרות ששם כן היה המעשה בגדר עבירה בשעת עשייתו.<sup>34</sup>

30 סעי' 2(2) לחוק ההסגרה, תשי"ד—1954.

31 למשל, אין מסגירים כשהמבוקש עבר עבירה בעלת אופי מדיני, וכן אין מסגירים אלא בגין עבירה אשר חומרתה מתבטאת בעונש שהוא מעל למינימום מסוים (ראה סעיף 2 לחוק ההסגרה, תשי"ד—1954, ואת התוספת לסעיף זה).

32 סעיף 2(1) לחוק ההסגרה, תשי"ד—1954.

33 משפט הקשטור, בעמ' 245 מול אות השוליים ד'.

34 ניתן לתאר גם מצב אחר שבו, בשעת עשיית המעשה היה הוא בגדר עבירה גם במדינה שבשטחה הוא בוצע וגם במדינת ישראל, כמדינה מתבקשת. אולם, בו בזמן שבמדינה המבקשת לא נשתנה החוק, בישראל בוטלה בינתיים העבירה. כיוון שלפי סעיף 14 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש), 1954, אין ביטול העבירה מבטל את הסמכות להביא את העושה לדין על מעשהו, לא ישפיע ביטול זה גם על הליכי ההסגרה בישראל, למרות שבשעת הליכים אלה חדל המעשה מלהוות עבירה במדינה זו. אולם, זוהי בבחינת תופעה מזוהה בגלל האולטרא-אקטיביות המוחלטת של דיני העונשין בישראל, ולא מפאת עקרונות ההסגרה. שכן, אין שמץ של ספק, כי במקרה הפוך — אילו היתה מדינת ישראל המבקשת ואילו ביטול העבירה היה מתרחש במדינה המתבקשת, שלפי חוקיה ביטול כזה מפקיע את האחריות הפלילית אף בגין המעשים שבוצעו לפני תחילתו — מדינה מתבקשת זו תדחה בוודאי את בקשת

על רטרואקטיביות דיני ההסגרה ועל השפעת החנינה עליה

מאלפת לענין זה גם התוראה המצויה בפיסקא 2 לסעיף 7 לאמנה האירופית; לפי הוראה זו, מקום שהעבירה בגינה מבקשים את ההסגרה נעברה מחוץ לטריטוריה של המדינה המבקשת תהא רשאית המדינה המתבקשת לסרב את הבקשה להסגרה אם אין לה, לפי דיניה הפליליים, סמכות לשפוט עבירות-חוץ מאותו סוג. כלומר, סימטריה המחייבת את המדינה המתבקשת לבדוק, ראשית, אם, בתנאים מקבילים, היתה, היא עצמה, מוסמכת לפתוח בהליכים פליליים ורק במידה מכסימלית זו מוסמכת היא גם להושיט סיוע למדינה אחרת שתפתח בהם.

משמעות הדברים, כי תנאי יסוד מינימאלי, טמון בכל המערכת הנורמאטיבית המתייחסת להסגרה, הוא שאין להסגיר אדם, אלא כאשר ניתן היה להעמידו לדין בישראל, אילו היו הלים עליו דיניה הפליליים; והוא תנאי מינימאלי, כיון שעליו מוסיפים עוד תנאים – מבחינת סוגי העבירות וחומרתן וכן מבחינת ההודיות בין המדינות, כאמור. פועל יוצא מכך הוא, שאם היתה מגיעה כלשהי לנקוט בהליכים פליליים נגד המבוקש, אילו היה עליו לתת את הדין על אותו מעשה לפי דיני מדינת ישראל, אין המדינה רשאית ליתן יד, אגב הליכי הסגרה, למדינה אחרת על מנת שהיא תנקוט כלפיו בהליכים פליליים. היקף סמכותה של המדינה המתבקשת בדבר הסגרה, כפוף להיקף סמכותה בדבר שפיטה ישירה, אילו היה המבוקש שפיט במדינה על העבירה שבגינה מבקשים את ההסגרה. או, בניסוח גיאומטרי: היקף סמכות המדינה בדבר הסגרה הינו עיגול פנימי בעיגול המסמל את היקף סמכות השיפוט של בתי-המשפט של אותה מדינה, אילו היה המבוקש שפיט בפניהם. ייתכן שהעיגולים יהיו גם חופפים מבחינות אחדות, אולם לעולם לא יהיה גדול העיגול המסמל את סמכות בתי המשפט של המדינה המתבקשת לנקוט הליכי הסגרה כלפי המבוקש, מהעיגול המסמל את סמכות בתי המשפט של אותה מדינה לנקוט הליכים פליליים ישירים נגד העבריין, אילו היה עניש לפי דיניה הפליליים.

תנאי יסוד זה מוצא את ביטויו גם בכך, שאם נתיישנה העבירה או נתיישן העונש לפי דיני ישראל, לא יוסגר האדם, למרות שלפי דיני המדינה המבקשת לא חלפה עדיין תקופת ההתיישנות. וזאת מאותו טעם, שאין המדינה צריכה ויכולה להושיט סיוע משפטי בצורת ההסגרה, אלא אם כן היתה סימטריה מושלמת וחד-זמנית, מבחינת הזכות לתבוע לדין, בין המדינה המבקשת לבין המדינה המתבקשת, למעט הגורם המיוחד, שהיקנה סמכות שיפוט על העבירה למדינה המבקשת בלבד. במלים אחרות, התנאים להסגרה הכרוכים במדינה המתבקשת אינם נופלים מאלה הכרוכים במדינה המבקשת; אדרבא, הם עולים עליהם.

אמנם, לגבי ההשפעה שיש להתיישנות העבירה או העונש על הליכי ההסגרה, נאמר הדבר במפורש בסעיף 28(2) לחוק ההסגרה, תוך התייחסות גם למדינה המבקשת וגם לזו המתבקשת, ואילו סעיף 38(3) לאותו חוק, הדן בהשפעה שיש לחנינה, אינו מזכיר אלא

ההסגרה. זאת, משום שמדינת ישראל, הפעם כמדינה מתבקשת, חדחה גם היא בקשה להסגרה, אם במדינה המבקשת בוטלה העבירה לאחר עשייתה, ואם אין שם אולטרא-אקטיביות כאמור, למרות שבמדינת ישראל היא קיימת וניתן היה להעמיד את המבוקש לדין, אילו היה הוא שפיט בבית משפט ישראלי.

את המדינה המבקשת. ברם, העיקר הוא מדוע נאמר מה שנאמר לגבי ההתיישנות? ואם הטעם למה שנאמר לגבי ההתיישנות מחייב מסקנות זהות גם לגבי החנינה, שלא מצאו את ביטויין המפורש, כאשר החוק התייחס אליה, שוב "אינך יכול לשמוע שום לאו מכלל ההן" כדברי השופט ח. כהן. ובאמת, מה השוני שבין החנינה הכללית לבין ההתיישנות? השניה הינה עובדה, אובייקטיבית, המתבטאת בחלוף תקופת זמן מסויימת מאז ביצוע העבירה או מאז גזר הדין. עובדה המיתרת את הפעלת האחריות הפלילית בגינה, ואילו הראשונה הינה אקט, סובייקטיבי, של השלטון, אשר בא להכריז על כך שאין עוד להפעיל את האחריות הפלילית בגין העבירה. התוצאה המשפטית היא זהה, כלומר אין המעשה עניש עוד; לכן, דין ההסגרה הוא אותו דין, בין שהעבירה התיישנה במדינה

המתבקשת ובין שהעבריין נחן עליה<sup>35</sup>. או טול גם את מקרה החסינות. אדם, הנהנה בישראל בחסינות פוליטית – מפאת היותו חבר כנסת או נשיא המדינה – מבצע עבירה בחוץ לארץ וחוזר ארצה, טרם הובא שם לדין בגין עבירתו. האם ניתן יהא לפתוח בישראל כלפינו בהליכי הסגרה – כשתבוקש הסגרתו – בתנאים רגילים, ללא התחשבות בהשפעת החסינות אשר ממנה המבוקש נהנה בארץ? כלום לא תצטרך המדינה להתחשב בדיוק באותם תנאים בהם היתה תלויה הפיטה בארץ אילו היתה מתבצעת העבירה בישראל? וזאת, למרות שאין כל התייחסות מפורשת להשפעת החסינות בארץ על ההסגרה לידי ריבון זר בגין עבירה שבוצעה בשטחו! מובן, כי גם לענין זה לא גוכל לשמוע כל לאו מכלל ההן לגבי ההתיישנות.

ז. לסיכום, באשר לתנאים הכרוכים במדינה המתבקשת על מנת להכריז על מבוקש כבר הסגרה:

— אין חולק על כך, כי החנינה שהוענקה בגין עבירת ההסגרה על-ידי המדינה המתבקשת, איננה משחררת את הנאשם מאחריות פלילית על אותה עבירה, לפי דיני העונשין של המדינה המבקשת<sup>36</sup>.

— מאידך גיסא, כלל גדול הוא, שסמכות המדינה המתבקשת בדבר הסגרה כפופה לסמכותה בדבר שפיטה ישירה, אילו היה העניין שפיט במדינה.

35 התבדל הקיים, לכאורה, בין התיישנות לחנינה בהיות הראשונה עובדה אובייקטיבית, ואילו האחרונה היא אקט סובייקטיבי של השלטון אשר על כן אינו יכול לחול על מדינה אחרת (ראה פס"ד הקשטמר, עמ' 248 בין אותיות השוליים ו', ז') איננו רלוונטי לענייננו. גם ההתיישנות, כמו החנינה עליה מדובר, הינה תוצאה של אקט חקיקתי של המוסד המחוקק המוסמך של המדינה, החל על סוג מסויים של עבירות ומזנע העמדה לדין בעבורן. בשני המקרים מדובר, על כן, בחוק המפקיע את זכותה של המדינה לנקוט צעדים משפטיים בגין עבירה שנעברה, כאשר אילמלא חוק זה יכולה היתה לנקוט אותם. מכאן גם טענתנו, שאין כל הבחנה רלוונטית לענייננו בין החנינה להתיישנות. ניתן אף להוסיף, כי האפקט של החנינה הוא ריקאלי יותר על ביטול העבירה מאשר זה של ההתיישנות, ועל כן ניתן ללמוד מדין ההתיישנות בדבר החנינה לא רק מגזירה שווה אלא אף מקל-וחומר. וראה עוד על מהותה המשפטית של החנינה הכללית: ש.ז. פלר, "הרהביליטציה", משפטים, כרך ב', עמ' 497, בעמ' 507, 508.

36 השאלה כיצד תוכל מדינה זו להטיל את האחריות הפלילית על הנאשם איננה שייכת לענין; יש מדינות בהם ניתן להעמיד לדין את הנאשם גם בהעדרו; ייתכן גם שהנאשם יגיע לידי רשויות המדינה המבקשת, בנסיבות אחרות כאשר באמצעות הסגרה. אולם, שוב, שאלה זו אינה לענין.

על רטרואקטיביות דיני ההסגרה ועל השפעת החנינה עליה

— שפיטות הענין במדינה זו, פירוש הדבר מעשה שהיה בגדר עבירה במדינה המת-  
בקשת בשעת ביצועו ועדיין לא התערב כל גורם משפטי שעשוי היה להפקיע את הזכות  
לתבוע בדין את הנאשם בגין אותו מעשה ובאותה מדינה, אילו היתה לה סמכות שיפוט  
על המעשה, הן מפאת ביצועו בשטח המדינה והן מסיבה אחרת.

— אין כל שוני, מבחינה זו, בין השפעת ההתיישנות על הזכות לתבוע לדין, לבין  
השפעת החנינה הכללית על ההליכים הפליליים.

— ההסגרה היא הליך פלילי, תוך סיוע למדינה אחרת להביא את המבוקש על עוגשו  
בגין עבירתו.

— לענין ההשפעה שיש לחנינה שהוענקה במדינה המתבקשת, על הליכי ההסגרה,  
אין לשמוע שום לאו מכלל ההן המתיחס למדינה המבקשת, או להתיישנות.

— לכן, החנינה על עבירת-הסגרה, שהוענקה במדינה המתבקשת — כמו ההתיישנות  
לפי דיניה — מונעת את ההסגרה, למרות שהאחריות הפלילית על העבירה לפי דיני  
המדינה המבקשת לא הושפעה על ידי כך במאומה.

פרופ' ש. ז. פלר

## אחריות מנהל לגבי מיזע פרטי בתחום פעילות החברה

([1972] 1 W.L.R. (Birmingham Assize) 443)

מנהל המקבל מידע באופן פרטי שלא בגדר תפקידו בחברה, אך המידע מתייחס לתחום פעולותיה של החברה, כלום מותר לו לנצל את המידע לתועלתו או חייב הוא להעבירו לחברה? חוזה דישן שנקרה למנהל בתחום פעילות החברה ואשר נותן החוזה מוכן להתקשר בו רק עם המנהל אישית ולא עם החברה, כלום רשאי המנהל להתקשר בחוזה ולעשות הרווחים לעצמו או יהיה עליו להעבירם לחברה? שאלות אלו עמדו לאחרונה במוקד פסק הדין שניתן באנגליה בענין *Industrial Development Consultants Ltd. v. Cooley*<sup>1</sup> ועוררו מחדש בכל חריפותה את השאלה איו הודמנות רואים כהודמנות של החברה אשר חובת הגאמנות אוסרת על המנהל לנצלה לתועלתו הפרטית. Cooley עבד כאדריכל בחברת גז ציבורית. הוא נשכר על-ידי החברה התובעת שעסקה במתן שירותי אדריכלות ותכנון פרוייקטים כמנהל וכמנהל-עסקים לתקופה של מספר שנים בתקווה שישגי לחברה חווים מהסקטור הציבורי ובמיוחד מחברות הגז. בגדר תפקידו בחברה התובעת ניסה Cooley לענין חברת גז בפרוייקט גדול מסויים, אך הדבר לא יצא לפועל, עקב מדיניות חברת הגז שלא להעסיק חברות תכנון. מאוחר יותר יצר מנהל בחברת הגז קשר עם Cooley ונתן לו להכין שאם יעמוד ברשות עצמו יקבל לידי את הפרוייקט שזכתה חברת הגז החליטה לבצעו בדחיפות. Cooley הכין תכניות לפרוייקט לחברת הגז, השיג שחרור מתפקידו כמנכ"ל בחברה התובעת באמתלה כוזבת, שפגעה בו מחלה, וקיבל אישית את תכנון הפרוייקט מחברת הגז. כנגד תביעת החברה להעביר לה הרווחים מהפרוייקט העלה Cooley הגנה כפולה. ראשית, חברת הגז יצרה עמו קשר באופן פרטי ולא בתפקידו כמנכ"ל החברה. המידע וההודמנות אינם, לכן, הודמנות של החברה, אלא הודמנות פרטית שלו. שנית, זוהי הודמנות שנבצר היה מהחברה להשיגה עקב מדיניות חברת הגז שלא להעסיק חברת תכנון<sup>2</sup>. מכיוון שכך, טען Cooley שלא הפר את חובת נאמנותו לחברה ואין לאחרונה כל עילה לזכות ברווחיו הפרטיים. יתר-על-כן, אם היה מגלה לחברה על דבר אפשרות החוזה במקום לגטלו לעצמו, התוצאה היתה שלא הוא אף לא החברה היו מצליחים להשיגו<sup>3</sup>. לא ייתכן שהחברה תזכה ברווחים על-פי החוזה דווקא כאשר לא גולה לה דבר החוזה.

1 [1972] 1 W.L.R. (Birmingham Assize) 443

2 מנהלי חברת הגז דהירו במשפט שלא היו מתקשרים בחוזה עם החברה התובעת עקב התנגדותם לחברות מסוג זה.

3 מנהל חברת הגז העיד גם שלו ידע ש-Cooley קשור בחוזה עם החברה התובעת לפיו עליו

#### אחריות מנהל לגבי מידע פרטי בתחום פעילות החברה

בית המשפט דחה טענותיו של Cooley אחת לאחת. ראשית, הכשירות היחידה בה מקבל מנהל מידע הנוגע לעסקי החברה היא כשירותו כמנהל בה.<sup>4</sup> עליו להעביר לחברה כל מידע הנוגע לענייני החברה. שנית, חובת האמון מחייבת את אי-ניצול ההודמנות בידי המנהל, אפילו כאשר אין בידי החברה לנצל ההודמנות זו. השאלה אינה אם במקרה של גילוי היתה החברה מצליחה לזכות בחוזה, אלא אם מפאת אי-הגילוי יותר למנהל לשמור על רווחים שבמקרה של גילוי לא היה זוכה בהם.<sup>5</sup>

ההלכה שקבע ביהמ"ש בענין Cooley יש בה משום חדשנות למרות שבית המשפט לכאורה רק מפעיל הלכות ידועות. זוהי הפעם הראשונה שקבע שאיסור ניצול ההודמנות חל גם על הודמנות שהגיעה למנהל באופן פרטי ולא בתוקף תפקידו בחברה. על חדשנותה של הלכה זו ניתן ללמוד מכך שבפסיקה אנגלו-סכסית מוקדמת נמצאים לפחות רמזים בכיוון של הלכה שונה.

כך בענין *Johnston v. Greene*<sup>6</sup> הוצע לאיש עסקים ידוע, מנהל במספר חברות, לרכוש באופן פרטי מניות בחברה מסוימת ופטנטים הקשורים בעסקי אותה חברה. איש העסקים העביר את המידע בדבר רכישת המניות לאחת החברות שנמנה על הנהלתן ואילו את הפטנטים רכש עבור ידידיו ושותפיו לעסקים וחלק מהם לעצמו. תביעה נגזרת שהגיש בעל מניות של החברה לה העביר המנהל את המידע בדבר רכישת המניות, לרווחים ממכירת הפטנט, נדחתה על-ידי ביהמ"ש העליון של מדינת דלוור. כדי להבין את הכרעת הדין בענין *Johnston v. Greene* ראוי להציג בקצרה את הדין האמריקני בשאלת גזילת הודמנויות על-ידי מנהל. הדין שהתגבש בארה"ב היה שיראו הודמנות כשייכת לחברה כשהיא מתייחסת לרכוש לגביו יש לחברה אינטרס קיים או ציפיה הנובעת מזכות קיימת או שהוא חיוני לקיומה של החברה.<sup>7</sup> ביהמ"ש העליון של מדינת דלוור הדגיש בענין *Johnston v. Greene* כי ההודמנות באה למנהל בכשירותו הפרטית אך הטעים גם שלא היה קשר הדוק בין עסקי החברה בשמה הוגשה התביעה ועסקי החברה שלגבי הפטנטים הנוגעים לה נסב המשפט. לחברה בשמה הוגש המשפט לא היה ענין או ציפיה ממשית לקבלת ההודמנות והיא לא היתה חיונית לקיומה. אמת, החברה באמצעות המנהל הנתבע התעניינה ברכישת הודמנויות, אך אין להסיק מכך כי יש לה "ענין מיוחד הדבק מכת דיני היושר לכל הודמנות פרטית העשויה לבוא

לתת לה הודעה מראש של ששה חודשים או שנה על התפטרותו לא היה מעסיק את Cooley אלא אם החברה התובעת היתה משחררת אותו.

"The defendant had one capacity and one capacity only in which he was carrying on business at that time. The capacity was as managing director of the plaintiffs. Information which came to him while he was managing director and which was of concern to the plaintiffs and was relevant for the plaintiffs to know, was information which it was his duty to pass on to the plaintiffs because between himself and the plaintiffs a fiduciary relationship existed..." [1972] 1 W.L.R. 443 at 451

*Id.* at 453-4 5

121 A. 2d 919 (Sup. Ct. Dl. 1956) 6

ראה, למשל, *Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co.*, 502 28 So. 199 (Ala. 1900) 7

לאחד ממנהליה בכשירותו הפרטית<sup>8</sup>. ביהמ"ש אף הקשה, לאיוז מן החברות השונות בהנהלתן כיהן על המנהל להעביר את ההודמנות?<sup>9</sup> גם בפרשה הקנדית הידועה של *Peso Silver Mines* \* התעוררה שאלת ההודמנות שבאה למנהל בכשירותו הפרטית, אך גם שם לא עמדה השאלה בנפרד ובמישרין להכרעה. בענין *Peso Silver Mines* דחתה מועצת המנהלים של חברת מכרות בתום לב הצעה לרכוש זכויות כרייה באדמות שכונות לאדמות החברה. מספר מנהלים רכשו את הזכויות לעצמם ועם רכישת השליטה בחברת המכרות הגישו הבעלים החדשים תביעה נגד אחד המנהלים להעביר לחברה הזכויות שרכשם. ביהמ"ש העליזין בקנדה קבע שלא חלה כל אחריות על המנהל, שכן לא עשה שימוש במידע פנימי וכן שהמגע עם המנהלים לרכוש את הזכויות שנוצר לאחר דחיית ההצעה על-ידי החברה נעשה עימם בכשירותם הפרטית ולא בכשירותם כמנהלים בחברה.

מגיתוח פרשיות *Johnston v. Greene* ו-*Peso Silver Mines* עולה גם השוני בין פרשיות אלו ופרשת *Cooley*. בענין *Cooley* ההודמנות היתה כזו שהחברה חפצה בה ביותר, עשתה מאמצים ניכרים להשיגה ואף העסיקה את *Cooley* בכוונה המפורשת שישגי הודמנויות מסוגה. אם להשתמש במונחים אמריקאיים, אמנם לא היתה לחברה ציפיה לקבל את ההודמנות מכוח זכות קיימת אך במידה רבה היתה ההודמנות חיונית לקיומה בשוק העסקים אליו ניסתה להדור. עוד יש להדגיש את תוסר תום לבו של *Cooley* שהתבטא בדרך בה השיג את שחרורו מתפקידו כמנכ"ל בחברה התובעת, דבר שהיווה תנאי להסגת החוזה באופן אישי. נוסף לכך הדגיש ביהמ"ש בענין *Cooley* שהאחרון הכין תכניות ראשונות לגבי הפרוייקט ומסרם לחברת הגו עוד בהיותו בשירות החברה התובעת. את כל העובדות האלו יש לקחת בחשבון בבוחנו את גבולות ההלכה שנפסקה בענין *Cooley*. ברור שההלכה אינה חלה על כל מידע שמקבל המנהל באופן פרטי, אלא צריך שהמידע יתייחס לתחום עיסוק החברה. ברם, אין זה ברור אם די בכך שהמידע יתייחס לתחום פעילות החברה או אפילו לתחום פעילותה העיקרי או שנדרש גם שיהיה לחברה ענין מיוחד באותו סוג של מידע<sup>10</sup>.

המשפט האנגלי והמשפט האמריקני צעדו זה כה בכיוונים שונים במקצת בשאלת דיני גזילת הודמנות של חברת המשפט האנגלי הדגיש שיסוד חובת הנאמנות הוא בכך שהמידע מקורו בחברה<sup>11</sup> בעוד שהמשפט האמריקני הדגיש את זכותה הקנינית של החברה להודמנות, בהיותה רכוש השייך לחברה, שיש לחברה ציפיה לגביו או החיוני לעסקיה. בארה"ב הושמעה דעה שביסוס דיני גזילת ההודמנות על הזכות הקנינית הוא בסיס צר מדי לקיום חובת הנאמנות. כדבריו הקולעים של המלומד האמרי-

8 121 A. 2d 919 at 924

9 58 D.L.R. (2d) 1 (1966).

10 אמנם ביהמ"ש בנסחו את ההלכה לא הדגיש את העובדה, כי *Cooley* נשכר כדי להשיג לחברה אותו סוג של חושים שהשיג בסופו של דבר לעצמו. ברם, ייתכן שהלכת *Cooley* תקבל פירוש מצומצם לאור עובדה זו.

11 *Regal (Hostings) Ltd. v. Gulliver* [1967] 2 A.C. 134 (N); [1942] 1 All.E.R. 378, H.L. באנגליה טרם נחתכה השאלה אם מידע הוא רכוש של החברה. ראה הגיתוח במאמרנו *Insider Trading in Israel and England*, (1972), 7 *Isr.L.Rev.* 215, 236-9 ולאחרונה פסה"ד בענין *North & South Trust Co. v. Berkeley*, [1971], 1 All.E.R. 980

#### אחריות מנהל לגבי מידע פרטי בתחום פעילות החברה

קני Ballantine "אין למצוא את הבסיס הנכון לעקרון בתפיסה של ציפיה או זכות רכושית, אלא בחוסר ההגינות בנסיבות הנתונות בכך שנאמן ינצל לטובתו הזדמנות שעה שענייני החברה קוראים להגנה צודקת. יש להחיל אמות מידה אחידות כדי לקבוע מה הוגן והולם את כללי היושר בכל סוג עניינים"<sup>12</sup>. גישתו של Ballantine אומצה במספר לא מבוטל של החלטות<sup>13</sup> והיא דוחקת את רגלי הגישה הרכושנית. מענין כי ביהמ"ש בענין Cooley נקט בגישה הדומה ביותר לזו שהובעה על-ידי Ballantine. את הקביעות בענין Regal כי האחריות קיימת כאשר המנהל מנצל לטובתו מידע שמקורו בחברה פירש ביהמ"ש כמתייחסות רק לעובדות אותו מקרה. העקרון עצמו, קבע ביהמ"ש, הוא רחב הרבה יותר והוא העקרון הבסיסי של דיני היושר "שאין להרשות לאדם להביא עצמו למצב שחובת נאמנותו תעמוד בניגוד לענינו האישי"<sup>14</sup>. עם מתן פסה"ד בענין Cooley התייצבו, איפוא, המשפט האנגלי והמשפט האמריקני בשורה אחת והמבחן המקובל על שניהם אינו עוד מבחן מכני (מקור ההזדמנות, או אינטרס רכושי לגביה) אלא מבחן במתכונת שהציע Ballantine.

בקובעו כי למרות שלחברה לא היה סיכוי ממשי לזכות בחוזה זכאית היא לרווחים על-פיו, הלך ביהמ"ש בענין Cooley בעקבות ההלכה שנקבעה בענין Regal<sup>15</sup> וזו המסתמנת בישראל בעקבות פסה"ד בענין אביעם<sup>16</sup>. כשם שבענין Regal הדגיש ביהמ"ש שאם התקבל טענת המנהלים לא יהיה להם כל תמריץ לנסות להשיג מקורות אשראי לחברה, אלא ישבו באפס מעשה ואח"כ יקטפו ההזדמנות לעצמם, כך הטעים ביהמ"ש בענין Cooley כי לא תשמע טענת מנהל, שמתפקידו היה לשכנע את גותן החוזה שיתקשר עם החברה, כי לא היה בכוח החברה להשיג חוזה זה<sup>17</sup>. ראוי עם זאת לציין שבארה"ב הוחלט במספר פסקי-דין שאם צד ג' מסרב למכור נכס לחברה רשאים המנהלים לרכוש אותו נכס לעצמם ובלבד שלא הם גרמו לסירוב צד ג' למכור לחברה<sup>18</sup>.

ד"ר א. יורן (יורקביץ')

12. Ballantine, *Corporations* 204 (1946).

13. ראה, למשל, *Durfee v. Durfee & Canning Inc.*, 80 N.E. 2d 522 (Mass. 1948).

14. *W.L.R.* 443 at 453 [1972].

15. ראה הערה 11 לעיל.

16. ראה פסה"ד בענין אביעם נ. מדינת ישראל, כ"ה פד"י (1), 665 ורשימתנו "השור נחסם בדישו", הפרקליט, כ"ח, עמ' 15, הבדוקת את השלכות פסק הדין לגבי אחריות מנהלי חברה.

17. *W.L.R.* 443 at 454 [1972].

18. ראה: *Pioneer Oil & Gas Co. v. Anderson*, 151 So. 161 (Miss. 1934); *Crittenden & Cowler Co. v. Cowler*, 72 N.Y.S. 701 (N.Y. 1901).