

נו א נ ר י ם

שוב על השפעת החנינה על ההסגרה¹

מאת

פרופ' ש"ז פלר

1. הבהרה טרומית. 2. חומר פנימי נוסף. 3. משמעות ההבדלים הנורמטיביים.
4. הסתייגות מגירסתו של ד"ר גריטצנר. 5. המיקום המשפטי של השאלה. 6. סיב
- הפיליות הכפולה הנדרשת על-פי סעיף 2 פסקא 1 לאמנת ההסגרה.
7. היחס כלפי הפליליות הכפולה in concreto. 8. היקף הפליליות הכפולה in concreto על-פי אמנת ההסגרה. 9. סיכום.

1. הבהרה טרומית

כל הדיון יכול להתייחס אך ורק להשפעת החנינה שהוענקה במדינה המתבקשת על התחייבותה להסגיר לידי מדינה אחרת אדם, שהוחשד בה או חוייב בה על עבירה, ואשר, אילו צריך היה ליתן את הדין עליה במדינה המתבקשת, היתה חלה עליו חנינה. לגבי היבט זה של השפעת החנינה, מתעוררות שאלות משפטיות ושאלות של מדיניות ענישה.

לא כן החנינה שהוענקה במדינה המבקשת – חנינה זו שוללת מעיקרה מהמדינה כל לגיטימציה לבקש הסגרת אדם שהחנינה חלה עליו. שכן, כל ה-ratio של בקשת מדינה להסגיר אדם לידיה, היא רק לאפשר למדינה זו לממש את זכותה להביאו על עונשו בגין העבירה שביצע, ואילו החנינה במדינה המבקשת מפקיעה את זכות הענישה – בכל שלבי מימושה – בשל עבירה עליה חלה החנינה. לכן, אם, למרות זאת, תגיש מדינה בקשת הסגרה לידיה בשל עבירה, שלגביה אותה מדינה העניקה חנינה קודם לכן, ודאי כי המדינה המתבקשת תראה את עצמה משוחררת מכל התחייבות להסגיר את האדם אשר את הסגרתו מבקשים; שכן, הבקשה הינה חסרת אובייקט לגיטימי. וזאת, ללא צורך בהוראה מפורשת לכך; שהרי גם בלעדיה לא היה הדין שונה. די בכך שכל ההסדרים בדבר הסגרה – במישור הלאומי או הבינלאומי – מכריזים על היות ההסגרה צורה מצורות העזרה ההדדית הבינמדינתית בעניינים פליליים, שטעמה ומטרתה הם להביא את העברייני הנמלט על עונשו בשל עבירתו², ואילו החנינה במדינה המבקשת מונעת בה מכל וכל הגשמת מטרה זו.

לסיכום, הדיון בהשפעת החנינה על ההסגרה מתמקד סביב לחנינה במדינה המתבקשת

1 זו תוספת לרשימתי "על רטרואקטיביות דיני ההסגרה ועל השפעת החנינה עליה", שפורי-סמה במשפטים, כרך ד', חוברת 2, עמ' 403-419.

2 ראה למשל: ס' 1 לאמנה האירופית בדבר הסגרה, 1957; ס' 2(2) לחוק ההסגרה, תשי"ד-1954.

בלבד, שכן לחנינה במדינה המבקשת תוצאות משפטיות חד-משמעיות, כאמור, שאינן מוטלות בספק.

2. חומר פנימי נוסף

לאחר פירסום רשימתי "על רטרואקטיביות דיני ההסגרה ועל השפעת החנינה עליה"³, הגיעו לידי הסקירות⁴, שהוגשו ל-European Committee on Crime Problems (ECCP)⁵ במפגש⁶ שהתקיים בין ה-15 ל-17 בספטמבר 1971 והוקדש לבדיקת הבעיות שהתעוררו מן הקיום יחד של האמנות האירופיות⁷ בעניינים פליליים ומישומן. הדגש הושם, בעיקר, על ההבדלים הנורמטיביים שבין האמנות האמורות, תוך מגמה להסביר את משמעותם ולהתאם ביניהם, ולא על קשיי פרשנות של הוראות כל אמנה ואמנה, שהם תמיד צפויים, כדבר כמעט בלתי נמנע⁸.

3. משמעות ההבדלים הנורמטיביים

ובכן, בדיקה השוואתית של נורמות האמנות הללו מגלה, לפי דבריו של אחד המשתתפים, Dr. H. Grützner, בסקירתו⁹, שני סוגים של הבדלים: האחד, הוא תוצאה של הסדר

- 3 ראה את מראה המקום בהערה 1 דלעיל.
- 4 הסקירות הוגשו על-ידי Prof. Hulsman – הולנד, Dr. Grützner – גרמניה המערבית, H. Brydensholt – דנמרק. הן נושאות על שעריהן את הציון "Restricted", והועברו לידי המחבר על-ידי משרד החוץ.
- 5 הוועדה האירופית לעניינים פליליים היא גוף קבוע על-ידי המזכירות הכללית של ה-Council of Europe.
- 6 במפגש השתתפו נציגי 13 מדינות: אוסטריה, איטליה, בלגיה, בריטניה הגדולה, גרמניה המערבית, דנמרק, הולנד, טורקיה, לוקסמבורג, נורבגיה, צרפת, שוודיה ושווייץ. היו גם משקיפים וביניהם ד"ר מאיר רחון, היועץ המשפטי של משרד החוץ מטעם ישראל.
- 7 הכוונה לשש האמנות האירופיות בדבר שיתוף פעולה בעניינים פליליים:
 - European Convention on Extradition, 13.12.1957;
 - " " " Mutual Assistance in Criminal Matters, 20.4.59;
 - " " " the Punishment of Road Traffic Offences, 30.11.1964;
 - " " " the Supervision of Conditionally Sentenced or Conditionally Released Offenders, 30.11.1964;
 - " " " the International Validity of Criminal Judgments, 28.5.1970;
 - " " " the Transfer of Proceedings in Criminal Matters, 1971 (Draft).
- 8 כפי שעולה מן הרשימה דלעיל, האמנה האחרונה עדיין בשלב של הצעה ואף פורסמה, בינתיים, גירסה 1972 (ראה: Revue Internationale de Droit Penal, No. 1-2/1971, pp. 267-281). ידוע בוודאי כי ישראל הצטרפה לשתי האמנות הראשונות שברשימה זו (ראה: כתבי אמנה 647, כרך 17, עמ' 87 וכתבי אמנה 648, כרך 17, עמ' 119).
- 9 כפי שעולה מסקירתו של Dr. Heinrich Grützner שכתרתה: "Co-ordination problems arising out on the practical application of the six European Conventions already in existence in the field of criminal law".

שב.

גבול מפורש של אותו נושא בשתי אמנות שונות או יותר, והשני, הוא תוצאה של הסדר מפורש של נושא מסוים באמנה אחת כשאמנה אחרת עוברת עליו בשתיקה. במסגרת הסוג האחרון של הבדלים ניתן להבחין שוב בשני תת-סוגים של הבדלים: האחד, משקף לאקונה נורמטיבית באותן אמנות בהן אין הנושא מוסדר, לאקונה הניתנת להשלמה בדרך של גזירה שווה מן האמנות בהן הנושא מוסדר במפורש, והשני, כולל את המקרים בהם מחברי האמנות נמנעו במתכוון מהסדרת הנושא באחדות מהן, לעומת הנותרות, כדי לא להגביל את התחייבותיהן של המדינות המתקשרות, לענין הנושא שאין באותן אמנות הסדר לגביו. כדוגמה לתת-סוג זה, מביא ד"ר גריטצנר את שתיקת האמנה האירופית בדבר הסגרה, 1957, (להלן אמנת ההסגרה), בנושא השפעת החנינה על ההתחייבות להסגיר, לעומת ההסדרים בנושא זה הכלולים באמנות אחרות. כדבריו של ד"ר גריטצנר:

"... cases where the question was intentionally not dealt with so as not to limit obligations under the Convention, e.g. the question relating to the effects of an amnesty in the requested State on its obligation to extradite..."¹⁰

ואמנם, בעוד שבאמנת ההסגרה אין כל הסדר לעניין השפעת החנינה במדינה המתבקשת על התחייבותה להסגיר, הרי באמנה האירופית בדבר הפיקוח על עבריינים נידונים על תנאי או משוחררים על תנאי, 1964, בס' 7, פסקא 1(e)¹¹ נקבע שעל המדינה המתבקשת לדחות פנייה של מדינה אחרת להפעלת הפיקוח האמור, אם הנידון נחקר במדינה המתבקשת בלבד ולא דווקא במדינה המבקשת. גם האמנה האירופית בדבר ענישת עבירות התעבורה, 1964, בס' 9 פסקא 1(e)¹², קובעת כי החנינה במדינה המתבקשת מונעת נקיטת הליכים משפטיים לשם ענישת עבירות עליהן חלה החנינה עקב בקשה של מדינה אחרת בעלת האמנה; וכן נקבע באמנה האירופית בדבר נפקותם הבינלאומית של פסקי-דין פליליים, 1970, בס' 10 פסקא 1¹³, כי השפעת החנינה על פסקי-דין פליליים זרים כהשפעתה על פסקי-דין של בתי המשפט הארציים; וזאת, לעומת הצעת האמנה האירופית בדבר העברת הליכים בעניינים פליליים, בה אין כל התייחסות מפורשת להשפעת החנינה במדינה המתבקשת על התחייבותה ליטול על עצמה את ניהול ההליכים האמורים¹⁴.

ובכן, לפי דבריו של ד"ר גריטצנר, שתיקת אמנת ההסגרה בדבר השפעת החנינה במדינה המתבקשת על התחייבותה להסגיר היתה מכוונת, ולא סתם לאקונה שניתן

10 שם, בעמ' 2.

11 הרי זו לשון ההוראה האמורה: "(e) if the offender has benefited under an amnesty or a pardon in either the requesting or the requested State"

12 לשון הוראה זו זהה מילולית עם ההוראה המובאת בהערה 11 לעיל.

13 הרי זו לשון ההוראה האמורה: "3. Either may exercise the right of amnesty or pardon"

14 למרות שיתכן להסיק מהוראות ס' 7 פסקא 1 וס' 10(a) להצעה, כי החנינה שוללת את הזכות לבצע את ההליכים המבוקשים; שכן, הוראות ס' 7 פסקא 1 קובעות כי:

"1. Proceedings may not be taken in the requested State unless the offence in respect of which the proceedings are requested would be an offence if com-

למלאה בדרך האנאלוגיה; ומסקנתו מכך היא, כי, התחייבותה של מדינה בעלת אמנת ההסגרה להסגיר אדם, איננה מתבטלת בשל כך שאילו צריך היה האדם ליתן את הדין באותה מדינה, היה נהנה מחנינה שהוענקה בה על עבירתו; והרי מסקנתו המפורשת של ד"ר גריטצנר לענין זה:

"An amnesty is not mentioned in the Extradition Convention as a ground for refusing extradition and therefore does not affect the obligation to extradite."¹⁵

אולם, יש לציין כי מסקנה זו שונה במקצת בנימתה מן המינימום שהוקנתה על ידי ד"ר גריטצנר עצמו, בפתח דבריו, לשתיקת אכזת ההבטחה בדבר השפעת החנינה על ההתחייבות להסגיר, כאילו השתיקה מכוונת אך ורק לכך שלא להגביל את החופש של מדינות בעלות האמנה בדבר הסגרת אדם אשר העבירה המיוחדת לו, ושבגללה מבקשים את ההסגרה, היא מסוג העבירות שהוענקה עליהן חנינה במדינה המתבקשת; כלומר, רוצה המדינה – תסגיר, אינה רוצה – תסרב להסגיר, הכל לפי מדיניותה והסקפותיה המספטיות בדבר הסגרה. הפעם, ד"ר גריטצנר הינו החלטי – השתיקה, מינימומה כי חובת ההסגרה שרירה וקיימת במלואה. עוד נעמוד על הקשר

mitted in its territory and when, under these circumstances, the offender would be liable to sanction under its law."

ואילו סעיף 10(a) קובע כי:

"The requested State shall not take action on the request:

(a) if the request does not comply with the provisions of Articles 6, paragraph 1, and 7, paragraph 1."

ברי לכל, כי החנינה היא אחת העילות אשר שוללות כל יכולת משפטית להביא עוד את העבריין על עושהו.

לדעתו של ד"ר גריטצנר תישלל הזכות האמורה מכוח הוראות סעיף 11(j) להצעה דווקא. "Save as provided in Article 10 the requested State may not refuse acceptance of the request in whole or in part, except in any one or more of the following cases:

....

(j) if proceedings would be contrary to the fundamental principles of the legal system of the requested State;"

ואילו, אליבא דד"ר גריטצנר, "...if prosecution is no longer admissible as the result of an amnesty, prosecution contrary to the amnesty provisions would be incompatible with the fundamental principles of the legal system of the requested State" (מסקנתו של ד"ר גריטצנר, בעמ' 10).

15 הסקירה של ד"ר גריטצנר, בעמ' 10. מסקנה זו מובעת גם בעמ' 13, תוך דיון על דרכי תיאום בין האמנות השונות, כאשר הוראה הקיימת באמנה אחת חסרה ברעותה. אחת הדרכים לכך היא השלמת החסר באמצעות חקיקה לאומית; אולם לדעתו של ד"ר גריטצנר, אין דרך זו יפה לגבי כל המקרים. שכן, לעיתים, עשוי המחוקק הלאומי לפגוע בכך בהסדר שהיה רצוי דווקא למחברי האמנה, למרות שהביעו את רצונם זה בשתיקה, ולא בהוראה מפורשת – כגון שתיקת אמונת הסגרה לענין השפעת החנינה על ההתחייבות להסגיר. לכן גורס ד"ר גריטצנר וחוזר וגורס כי: "...it is not possible to complete the Extradition Convention by a domestic statute providing that extradition will not be granted if the State in question has proclaimed an amnesty" (p. 15).

שוב על השפעת החנינה על ההסגרה

בין מסקנותיו של ד"ר גריטצנר לבין העובדה כי השתיקה האמורה מקפלת בתוכה כוונה מסוימת.

לעומת גירסתו של ד"ר גריטצנר, סובר משתתף אחר במפגש — פרופ' M. L. H. Hulsman — כי עקרון מעקרונות היסוד של שיתוף פעולה בין-מדינתי בדבר המלחמה בעבריינות — לרבות הסגרת עבריינים — הוא כי:

"The aim of a common criminal policy should be to ensure that an individual who has committed or is accused of having committed an offence with international aspects does not find himself at a disadvantage in relation to the machinery of justice as compared with a person who has committed or is accused of having committed an offence which has no such international aspects."¹⁶

אם נצא מהנחתו של ד"ר גריטצנר ונקבל את מסקנותיו, ודאי כי ניתן להסכים לדעתו של השופט חיים כהן בפסק-דינו בפרשת הקשטטר י, לפי דעה זו, החנינה שהוענקה בישראל על סוג העבירות עליו נמנית העבירה שבגללה נתבקשה הסגרתו של הקשטטר לידי אוסטרית, איננה גורעת מחובתה של ישראל להסגירו, כל זמן שמתקיימים התנאים שנקבעו באמנת ההכרה אשר ישראל ואוסטריה צדדים לה; ובלבד שהעבירה עדיין ענישה באוסטריה, ואילו החנינה במדינת ישראל היא, מבחינתה של אוסטריה, אקט של ריבון זר, אשר שורשה בשיקולים לאומיים מיוחדים, חברתיים-פוליטיים פנימיים. כל אלה מונעים מן החנינה בישראל להקרין אל מעבר לגבולות המדינה ואין בחנינה זו כדי להכשיל את הפעלת סמכות השיפוט של אוסטריה על העברייני. לכן, היה על מדינת ישראל לקיים את התחייבותה להסגיר את הקשטטר, למרות שאילו היה נאשם בישראל על עבירות מסוג שבגללן ביקשה אוסטריה את הסגרתו, היתה חלה לגביו החנינה משנת 1967.

ברם, אם נסכים לעקרון היסוד שהוצג על-ידי פרופ' הלסמן, כי אז קשה להסתייג ממה שאמרתי ברשימתי האמורה על פסק הדין של השופט ח' כהן, דהיינו כי:

"היקף סמכותה של המדינה המתבקשת בדבר הסגרה כפוף להיקף סמכותה בדבר שפיטה ישירה, אילו היה המבקש שפיט במדינה על העבירה שבגינה מבקשים את ההסגרה"¹⁸.

16 סקירתו של פרופ' הלסמן, עמ' 7.

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

18 ראה את מראה המקום בהערה מס' 1 דלעיל, בעמ' 417.

למעשה, תיווה זו, כוחה יפה לגבי כל צורה של עזרה הדדית בינלאומית בעניינים פליליים, כשהיא כרוכה בהגבלת זכויות היסוד של הפרט או בשלילתן — לו גם הזמנית. בתיווה זו נתקלנו — ממש בשעת ההגהה של רשימה זו — בספר *Problems Arising from the Practical Application of the European Convention of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Council of Europe — Strasbourg, 1971). גם לאמנה זו הצטרפה ישראל (ראה כ"א 648, כרך 17, עמ' 119). אומר בספר זה Roger Dussaix ביחס לתנאי ביצוע בקשוח לחיקור דין (letters rogatory) לשם חיפוש אחר נכסים או תפיסתם של נכסים: "Since these particular measures involve coercion and interfere with individual rights and constitutional freedoms, no State could allow such methods to be used

ראיתי מחובתי להביא בפני הקוראים, אמנם בתכלית התמציתיות, את המשתמע מן החומר הנוסף שלא היה לגד עיני כשכתבתי את הרשימה האמורה, במיוחד באשר באחת הסקירות הכלולות בחומר זה מובעת דעה המבוססת, לפי ידיעתו של בעל הסקירה, על "כוונת המחוקק" של אמנת ההסגרה; ואין ספק בכך כי אין האמור ברשימתי יכול לדור בכפיפה אחת עם דעה זו.

אולם, בטרם אדון בשאלה האם "כוונת המחוקק" אליה מתייחס ד"ר גריטצנר — בגירסתו המקפידה או הפורשת כאמור — יכולה לשמש, ללא ביטוי מפורש, כבסיס לפרשנות של אמנת ההסגרה, עלי להודות כי מבדיקה — במידה שעלה בידי לעשותה — של עבודות ההכנה, שקדמו לנוסח הסופי של אמנה זו, לא נובע באופן חד משמעי כי, אכן, שתיקת המחוקק בדבר השפעת החנינה במדינה המתבקשת על התחייבותה להסגיר גיר היתה מכוונת לשלול מן החנינה כל השפעה בנידון. לפני ה- Documents (working papers) של המושב השישי מן המנין של הוועדה המייעצת של ה- Council of Europe שהתקיים בין ה- 20–29 במאי 1954.¹⁹ בדיון וחשבון שהוגש למועצה בענין כריתת אמנה אירופית בדבר הסגרה²⁰, המלווה בהצעת אמנה²¹, מוקדש פרק מיוחד גם להשפעת ההתיישנות על ההסגרה²², בו מנותחות הגישות השונות לפתרון שאלה זו; לסיכום, הוצע הפתרון שבס' 10 הנוכחי לאמנת ההסגרה, פתרון שהוצג כהולם את ה- Harvard Draft Convention²³ ואת האמנה בדבר הסגרה בין צרפת לבין הרפובליקה הפדרלית הגרמנית 1951.²⁴ בקונטקסט זה מצויין ב- working papers כי אמנה אחרונה זו:

"had also an acceptable provision concerning the effect of amnesty, following which extradition can be refused."²⁵

more freely in the service of a foreign country's criminal justice than in that of its own" (בעמ' 44).

אם עקרון זה כוחו יפה לגבי חיפוש אחרי נכסים או תפיסתם, לא כל שכן הוא מתחייב לעניין חיפוש אחרי אדם ומעצרו.

19 Vol. III doc. 232 to 263, Strasbourg, 1954.

20 שם, מסמך מס' 234, עמ' 445.

21 שם, בעמ' 537–545.

22 שם, בעמ' 470–472.

23 הצעה זו הוכנה במסגרת The Harvard Research in International Law, ראה: American Journal of International Law, XXIX, no. 1 and 2, January and April, 1935, Part II, Official Documents.

24 פתרון זה הוא שהחנינה שהוענקה במדינה המתבקשת על סוג העבירות עליו נמנית העבירה שבגללה מבקשים את ההסגרה, משתררת מדינה זו מן ההתחייבות להסגיר, באותם מקרים שבהם עבירה זו נתפסת גם בסמכות השיפוט של בתי המשפט של המדינה האמורה. כבר ברי כי אין בכך שלילה כוללת של השפעת החנינה על התחייבותה להסגיר, כל זמן שלא באה, במדינה המבקשת, כל עילה שתשלול שם את סמכותה להגשים את האחריות הפלילית של העברין.

25 ראה: Council of Europe, Consultative Assembly, sixth ordinary session (first part), 20th–29th May, 1954, Documents, working papers, III, Doc. 232 to 263, p. 471. ראוי לציין כי בהצעה שהוצעה אז, הסעיף המתייחס להתיישנות — ס' 7 — לא נקט לשון אוסרת, כפי שנוקט ס' 11 לאמנת ההסגרה, בדבר הסגרת אדם אם נתיישנה העבירה או נתיישן העונש שבגללם מבקשים את ההסגרה. בס' 7 הנ"ל נאמר: "Extradition may

שוב על השפעת החנינה על ההסגרה

אין כל דיון אחר – לו גם במלה אחת נוספת – בענין השפעת החנינה על ההתחייבות להסגיר ואין גם כל הסבר שהוא, מדוע אין מציעים או מדוע אין צריך להציע הסדר מפורש בהצעת האמנה האירופית בענין זה. כלום שתיקה כפולה זו – גם בהוראות המוצעות וגם בדברי ההסבר – משקפת בהכרח כוונה חד-משמעית שלא לייחס כל השפעה לחנינה על ההסגרה?

4. הסתייגות מגירסתו של ד"ר גריטצנר

עם כל הכבוד לגירסתו של ד"ר גריטצנר, ותהא היא מושחתת אף על "כוונת המחוקק", קשה לאמץ אותה וליתן לה תוקף משפטי, בקונטקסט הנוכחי של אמנת ההסגרה, כלומר, בהעדר בסיס נורמטיבי מפורש – בבחינת חריג – המחייב לכך. אפילו בחרו מחברי אמנת ההסגרה לחוקק בדרך השתיקה, ייתכן ותייבים להיאחז בעובדה זו ולראות בשתיקה לאקונה דווקא, המצריכה מילוי תוכן על-ידי פרשנות רציונאלית, במקום להיתלות בכוונות נסתרות.

אולם, לפני הבדיקה לגופו של הענין, שאלה לאו דווקא ריתורית: כיצד להסביר את העובדה כי באף אחת מן האמנות האירופיות בדבר שיתוף פעולה בעניינים פליליים – כשאמנת ההסגרה היא דווקא הראשונה ביניהן – אין כל ביטוי מפורש לאותה "כוונת המחוקק". אדרבה, איפכא מסתברא – ברובן, ביטוי מפורש לגישה ההפוכה, דהיינו ביטול ההתחייבות לשיתוף פעולה מטעם המדינה המתבקשת כשהוענקה בה חנינה על סוג העבירות עליו נמנית העבירה שבגללה מבקשים את העזרה המשפטית, ואילו במיעוטן של אמנות אלה – והוא העיקר – קיימת שתיקה, הנחשבת כלאקונה מקרית, לגבי אפקט זה של החנינה. כלום, אין הדבר אומר דרשני?

ובכן, נחשלים מן הכוונות הנסתרות ונבדוק בדיקה שנייה את השאלה כיצד יש לפרש את שתיקת אמנת ההסגרה בדבר השפעת החנינה במדינה המתבקשת על התחייבותה להסגיר את האדם המבוקש, פרשנות המתיישבת עם רוח האמנה עצמה, וכן עם יתר האמנות, אשר עמן היא מהווה מכלול אחד של דברי חקיקה בינלאומיים בדבר עזרה משפטית בעניינים פליליים.

5. המיקום המשפטי של השאלה

כדי להשיב לשאלה זו, ראוי אולי לאתר תחילה את הסוגיה המשפטית הכרוכה בהסדרת ההסגרה – כאחת הצורות של שיתוף פעולה, במישור הבינלאומי, בעניינים פליליים – סוגיה עליה נמנית השאלה של השפעת החנינה על ההסגרה²⁶.

"Extradition shall not be granted when... be refused when...". שינוי זה בא להדגיש ביתר שאת את ההשקפה כי מקום שורוע המדינה אינה מוסמכת להשיג את העברייין למענה, היא אינה יכולה לפעול אף למען מדינה אחרת. 26 בהקשר זה כדאי, כאן, להעיר הערה – לאו דווקא טכנית – בנוגע למיקום הסתייגותה של מדינת ישראל לס' 9 לאמנת הסגרה – ההסתייגות הבאה לומר, שישראל לא תיענה לבקשת הסגרה אם המבוקש נבחן במדינה המבקשת על המעשה שבגללו מבקשים את ההסגרה. הסתייגות זו – אשר שורשה בהוראות ס' 8(3) לחוק ההסגרה, תשי"ד-1954,

סוגיה זו היא סוגיית הפלילות הכפולה – double criminality – המת-
בטאת בדרישה, שהמעשה יהא בר עונשין לפי דין המדינה המבקשת ודין המדינה
המתבקשת כאחד. אולם, כידוע, יש להבחין בין פלילות כפולה in abstracto לבין
פלילות כפולה in concreto.

הפלילות הכפולה in abstracto מסתפקת בקיום נורמה אוסרת על המעשה, בשתי
המדינות; כלומר, די בכך שהמעשה יהא מוגדר כעבירה לפי הנורמות הספציפיות
המגדירות את העבירות השונות למיניהן, בשתי מערכות המשפט, של המדינה המבקשת
והמדינה המתבקשת.²⁷

לעומת זאת, הפלילות הכפולה in concreto מצריכה, נוסף לכך, התמלאות כל יתר
התנאים, האובייקטיביים והסובייקטיביים, הנגאטיביים והפוזיטיביים, בהם תלויה היווצ-
רות האחריות הפלילית לפי ההוראות הכלליות של דיני העונשין של שתי
המדינות האמורות, כאשר הפלילות הכפולה in abstracto הינה רק מרכיב אחד –

והבאה, כנראה, ליתן ביטוי מפורש גם למה שמסתתר מאחורי השתיקה המכוונת של
אמנת הסגרה בדבר השפעת החנינה על ההסגרה – הוצמדה לס' 9 לאמנה זו. אולם,
סעיף זה נושא את הכותרת של "non bis in idem" – בתרגום עברי "אין דנים פעמיים
בשל מעשה אחד" – והוא קובע את הנפקות המשתקת של מעשה-בית-דין לגבי האדם
המבוקש ובשל המעשה שעליו מבקשים את הסגרתו, או של ההחלטה שלא לפתוח בהליכים
נגדו על המעשה האמור או להפסיק אותם, כאשר מדובר במעשה-בית-דין או בהליכים
פליליים במדינה המתבקשת.

אם כך הוא הדבר, מה השייכות של החנינה לענין ה-"non bis in idem"? מה גם שהסעיף
דן במעשה-בית-דין ובהליכים פליליים במדינה המתבקשת, בעוד שההסתייגות מתייחסת
לחנינה במדינה המבקשת דווקא!

27 מובן כי אין מבקשים חפיפה בכינוי, ב-nomen juris, של העבירה ואף לא שימוש במינוח
זה בהגדרתה ולא מבנה זהה שלה; הרי אין לצפות לכך שתחיקות של מדינות שונות
תהיינה מותאמות עד כדי כך שתשתמשנה באותם מושגים ומונחים ושאותם יסודות יהיו
לפיהן בדיוק אותה עבירה. למשל, המעשה של משיכת שיק ללא כיסוי יכול להיות במדינה
אחרת עבירה של מירמה, בין יתר המעשים הנופלים בגדר עבירה זו לפי הגדרתה החוקית;
או מעשה המוגדר כרצח במדינה אחת, יכול להיות עבירה של הריגה בלבד במדינה אחרת;
או התנהגות הנופלת בגדר עבירה ספציפית מושלמת לפי החוק הפלילי של מדינה אחת
תהווה, לפי החוק הפלילי של מדינה אחרת, ניסיון לעבירה ספציפית אחרת, על-פי הנורמות
הכלליות בלבד, אולם, ניסיון עניש. העיקר הוא שהמעשה, על יסודותיו השונים, יהיה
בבחינת התנהגות פלילית לפי החוק הפלילי אשר בתוקף בכל אחת משתי המדינות –
המבקשת והמתבקשת. ראה את פסקי הדין המאלפים לעניין זה של השופטים זוסמן וח' כהן
בע"פ 205/73 ס' א' רוש ג' מי, (פד"י כ"ז (2) 365): "אין דורשים שתהא זהות גמורה
או חופפות מוחלטת של העבירות על-פי חוקיהן של שתי המדינות... החוקים הפליליים
אינם זהים בכל, ודרישת חופפות מוחלטת היתה עושה הסכמי הסגרה פלסטר. מה שדרוש
הוא, כי המעשה המיוחס למבוקש יהא עבירה לפי חוק המדינה המבקשת, ויהא אחד עם זה
גם עבירה לפי חוקי ישראל...". (מפסק-דין של השופט זוסמן, בעמ' 369 מול אות
השוליים ה' ובעמ' 371 מעל אות השוליים א'). ומוסיף השופט ח' כהן: "תמים דעים אני
עם חברי הנכבד מ"מ הנשיא, שיש לפרש את סעיף 2(2) לחוק ההסגרה כאילו מתייחס הוא
לאו דווקא לעבירות כפי שהן מוגדרות בחוק הפלילי, אלא למעשים אשר נחשבים
לפליליים גם לפי חוקי ישראל, אף שהעבירות המוגדרות, שבתחומן נכנסים מעשים אלה,
שונות בטיבן ובהגדרתן מן העבירות אשר בהן מואשם הנאשם במדינה האחרת" (בעמ' 373
מול אות השוליים א'). ההדגשה אינה במקור).

אמנם הראשוני והבסיסי — של הפליליות הכפולה in concreto. כך, הפליליות הכפולה in concreto דורשת התחשבות — לפי שתי מערכות המשפט יחדיו — גם בתנאי הכושר הפלילי, מבחינת הגיל ושפיות הדעת, בתנאים בהם נוצרת האחריות הפלילית בשל העבירות הבלתי מוגמרות או בשל שותפות לדבר עבירה; כמו כן, מחייבת הפליליות הכפולה in concreto, התחשבות בסייגים למיניהם לאחריות פלילית, כגון הגנה פרטית, צורך, הכרח, צידוק, התיישנות וכד', בפטורים השונים מאחריות פלילית, כגון מחמת חרטה בדבר שידול²⁸ או כגון הפטור בדבר אחריות השולח על פירסום שעשה שלוחו למלים שיש בהן כדי להמריד²⁹, וכיוצא באלה עליות אחרות לשלילת פליליות ההתנהגות או לשיחרור מאחריות פלילית עבורה.

יתרה מזו, הפליליות הכפולה in concreto במלוא היקפה, מקפלת בתוכה גם את היבט השפיטות. הרי ברוב המקרים, אין למדינה המתבקשת סמכות שיפוט³⁰ משלה על העבירה המיוחסת למבוקש. במקרה זה, על המדינה לערוך מעין "המרת הנתונים" — reconversion³¹ — ולבדוק אם הוּזְקָה — של המבוקש או של העבירה — למדינה המבוקשת ואשר הקנתה לה סמכות שיפוט על הענין, היתה מקנה סמכות שיפוט גם למדינה המתבקשת, אילו אותה זיקה היתה מתקיימת, mutatis mutandis, כלפי מדינה זו. במלים אחרות ותוך הדגמה, אם המדינה המבקשת מבססת את סמכות השיפוט שלה על כך שהעבירה נעברה בשטח ריבונותה או, למרות שנעברה מחוץ לשטח זה, הסמכות מבוססת על מעמדו המיוחד — היותו אזרח המדינה או תושב בה — של עושה העבירה או של קרבתה, או על טיב אינטרס המדינה שנפגע על-ידי ביצוע העבירה, כי אז תבדוק המדינה המתבקשת אם זיקה מאותו סוג היתה מקנה גם לה, לפי כלליה היא, סמכות שיפוט על אותה עבירה. המרת נתונים זו מיועדת איפוא לבדוק קיום סמכות שיפוט היפותטית, במקרים שאין סמכות שיפוט בפועל. למשל, אם מדינה א' מבקשת את הסגרתו של אדם — שאינו אזרחו ואף לא תושב בה — על מעשה ריבוי נישואין שביצע מחוץ לגבולותיה, כי אז תבדוק המדינה המתבקשת אם היא עצמה מוסמכת לשפוט אדם, שאינו אזרחו או תושב בה, על עבירה כאמור, שביצעה מחוץ לשטח ריבונותה. ואמנם, ניתן בהחלט להצדיק את הגישה, לפיה אין המדינה המתבקשת חייבת להושיט עזרה משפטית המתבטאת בנקיטת הליך כה חמור כמעצרו של המבוקש ומסירתו בכוח הזרוע למדינה אחרת כדי שתכפה עליו אחריות פלילית, כאשר סמכות השיפוט בענין של מדינה זו, מושתתת על כללים שאינם מקובלים על מדיניות הענישה של המדינה המתבקשת באשר לתחולה האקסטרטריטוריאלי של החוק הפלילי הלאומי³². גישה זו

28 התנאי שבו מסתיים ס' 25 לפקודת החוק הפלילי, 1936.

29 הוראות ס' 61(ג) לפקודת החוק הפלילי, 1936.

30 כדי למנוע סירבול סיגנוני לא צירפתי, אולם יש לצרף להלן, לכל מה שנאמר ביחס לקיום נורמה אוסרת ולסמכות השיפוט, גם את הסמכות לאכוף את העונש, לאחר שאדם חוייב בדין באופן סופי, במידה שאין התייחסות מפורשת לכך. שכן, ההסגרה פועלת גם לצרכי הוצאה לפועל של עונשים ולא תמיד לשם העמדה לדין.

31 ראה את סקירתו של פרופ' D. Oehler, ב־ *Revue Internationale de Droit Pénal*, No. 3-4/1968, p. 401.

32 השוה: H. Schulz, "Rapport général provisoire sur la question IV pour le X Congrès International de droit pénal," No. 3-4/1968, *Revue Internationale de Droit Pénal*, p. 804.

באה לידי ביטוי מפורש בס' 7, פסקא 2 לאמנת ההסגרה, הקובע כי במקרה בו העבירה המיוחסת למבוקש נעברה מחוץ לשטח ריבונותה של המדינה המבקשת, תהא המדינה המתבקשת רשאית לדחות את הבקשה להסגרה, אם לא היתה לה סמכות שיפוט משלה על עבירת-חוץ מאותו סוג, על-פי תחיקתה היא. חוק ההסגרה הצרפתי נוקט גם הוא עמדה כגון זו.³³

ובכן, הפליליות הכפולה in concreto במלוא היקפה, מורכבת משלושה רכיבים מצטרפים:

האחד: קיום נורמה אוסרת על המעשה במערכת המשפט של המדינה המבקשת ושל המדינה המתבקשת כאחת – הוא דרישת הפליליות הכפולה in abstracto. השני: הדרישה שהמעשה, המוגדר כאמור באופן ערטילאי כעבירה פלילית, יהא עניש באופן קונקרטי גם תוך התחשבות בכל התנאים הכלליים בהם תלויה היווצרות אחריות פלילית והוצאת עונש לפועל, לפי שתי מערכות המשפט – של המדינה המבקשת ושל המדינה המתבקשת כאחת.

השלישי: הדרישה שהמעשה יהא שפיט על-פי כללי סמכות השיפוט הטריטוריאלית והאקסטרה-טריטוריאלית של שתי מערכות המשפט כאמור, תוך שימוש בשיטת "המרת הנתונים" ההיפותטית, הנזכרת לעיל.

כלומר, סיגון כפול מכל הבחינות על-פי שתי המערכות הנורמאטיביות, ורק המעשה העומד במבחן הבדיקה הכפולה הזאת יקיים אחר הדרישה של פליליות כפולה in concreto.

אין כל צל של ספק, כי עניין הספעת החנינה במדינה המתבקשת על התחייבותה להסגיר אדם אשר, אילו היתה לה זכות שפיטה וענישה משלה עליו, היה נהנה מן החנינה, הוא ענין השייך לסוגיית הפליליות הכפולה – במסגרת הרכיב השני הנ"ל; באמנת ההסגרה, סוגיה זו מוסדרת בהוראות ס' 2, פסקא 1.³⁴ מובן כי, אילו היו הוראות אלה קובעות דרישת פלילית כפולה in abstracto בלבד, שוב לא היה נפקא מינה אם הוענקה חנינה במדינה המתבקשת על העבירה שבגינה מבקשים את ההסגרה, ואם לאו. שכן, במקרה זה, השאלה היחידה היא אם המעשה מוגדר באופן ערטילאי כעבירה פלילית לפי דיני המדינה המבקשת והמתבקשת ותו לא; רק אם הדרישה היא in concreto, יש לבדוק, בנוסף לכך, אם המעשה הינו עניש גם לפי התנאים הכלליים בהם תלויה הענישה, ביניהם גם שלא חלה חנינה בשל ביצועו.

6. טיב הפליליות הכפולה הנדרשת על-פי ס' 2, פסקא 1 ל"אמנת ההסגרה"

ובכן, מה טיב דרישת הפליליות הכפולה לפי סעיף זה? פליליות כפולה in abstracto, או, שמה, in concreto? ככל הנראה, אין חילוקי דעות על כך שהוראות אלה קובעות

33 ס' 3 לחוק ההסגרה מה-10 במרס 1927.

34 לכן, אם כבר רצתה ישראל לנסח הסתייגות לאמנת ההסגרה לגבי השפעת החנינה על ההסגרה, הסתייגות זו היתה צריכה להתייחס לס' 2 לאמנה ולא לס' 9 שלה; שכן, ס' 2 הוא, כאמור, הסעיף הקובע את דרישת הפליליות הכפולה, אשר התמלאותה תלויה, בין השאר, גם בכך אם המבוקש נידון על העבירה שבגינה מבקשים את ההסגרה, הן במדינה

שוב על השפעת החנינה על ההסגרה

את הדרישה של פליליות כפולה בצורתה *in concreto* דווקא. נוסח הוראות הסעיף, באחת השפות האוטנטיות:

“Extradition shall be granted in respect of offences punishable under the laws of the requesting Party and of the requested Party...”

מצביע על כך במפורש, תוך שימוש בביטוי — “offences punishable”. כלומר, לא רק “עבירה” באשר היא מוגדרת בתור שכזו בסעיף ספציפי של החוק הפלילי, אלא גם “בת עונשין”, מבחינת התנאים הכלליים בהם תלויה היווצרות האחריות הפלילית ומימושה, וכמובן גם מבחינת סמכות השיפוט עליה; בקצרה *jus puniendi* מלא. גם ד”ר גריטצנר חוזר ומסכים, כדבר שאינו מוטל בספק, כי הפליליות הכפולה הנדרשת לפי אמנת ההסגרה היא מסוג ה-*double criminality in concreto*.³⁵

7. היחס כלפי הפליליות הכפולה *in concreto*

בנושא ההסגרה, קשה להסתייג מן הדיקא *in concreto*, של דרישת הפליליות הכפולה ולהסתפק בצורתה *in abstracto* הטהורה. שכן, אם נסתפק בכך, ייתכן שבקשה להסגרה תימצא קבילה, כאשר אין, או אין עוד, למדינה המבקשת כל זכות לתבוע לדין או לאכוף עונש בנידון, או אין לה כלל סמכות שיפוט על העבירה. למשל, כאשר מעשהו של המבוקש מוגדר, אמנם, כעבירה בסעיף ספציפי של החוק הפלילי, אולם, הוא ביצע את המעשה כאשר, על-פי הגורמות הכלליות של אותו חוק, היה עדיין מתחת לגיל העונשין, או היה,

המבקשת והן במדינה המתבקשת, וזאת, כאשר השפעת החנינה במדינה המבקשת הינה, לדעתי, מחוץ לכל חילוקי דעות; הרי חנינה כאמור מבטלת כל עילה להביא עוד את האדם על עונשו ובכך היא מבטלת את עצם העילה להסגרה. כל השאלה היא, איפוא, אם החנינה במדינה המתבקשת יש לה אותה נפקות משפטית.

35 “One of the most important conditions for the application of the convention, with the exception of the Mutual Assistance Convention, is that the offence in question should be punishable in both States... The Extradition Convention (Article 2), the Enforcement Convention (Article 4(1)) and The Prosecution Convention (Article 7(1)) require that the offence committed should be punishable in both States” (עמ’ 5 לסקירה, ההדגשה שלנו). באשר לאמנה בדבר עזרה הדדית בעניינים פליליים, אמנם אין, כמצופה, כל הוראה כללית לפיה תידרש פליליות כפולה של המעשה אשר ביחס אליו מבקשים את העזרה המשפטית; אולם, כשמדובר בבקשה לחיקור דין לשם חיפוש נכסים או תפיסתם — (commission rogatoire — rogatory letter) — שהיא צורה מיוחדת של הושטת עזרה משפטית בעניינים פליליים — לא תהא חייבת המדינה המבקשת להעתיר לבקשה אלא אם: “...the offence motivating the letters rogatory is punishable under both the law of the requesting Party and the law of the requested Party” (ס’ 5, פסקא 1 לאמנה). באשר לטיב *in concreto*, של דרישת הפליליות הכפולה לצרכי הסגרה, ראה גם את סקירתו של H. H. Brydenshold, *Ratification of the European Conventions in the Field of Penal Law*, p. 3, No. 3-4/1968, *Internationale de Droit Pénal*, את סקירותיהם לוועידה העשירית של האגודה הבינלאומית למשפט פלילי של פרופ’ V. M. Rangel (עמ’ 482), של פרופ’ G. Levasseur (עמ’ 563), של פרופ’ H. Schulz ששימש כפרופסור כללי (עמ’ 799) ואח’.

בעת ביצוע המעשה, במצב של הגנה עצמית, צורך או הכרח; או כאשר הבקשה להסגרה הוגשה לאחר שחלה התיישנות לגבי העבירה עצמה או לגבי העונש; או כאשר הוענקה חנינה במדינה המבקשת בשל העבירה שבגינה מדינה זו הגישה את הבקשה להסגרה; או שהעבירה בוצעה מחוץ לשטח המדינה המבקשת ולפי טיב העבירה או תנאי ביצועה אין לבתי המשפט של מדינה זו סמכות שיפוט עליה. ברם, משמתבטלת העילה להביא את האדם על עונשו, או כאשר אין כלל סמכות שיפוט על העניין, נעלמים כאמור ה-*ratio* של ההסגרה והבסיס המשפטי שלה כאחד³⁶; ומכאן נובעת המסקנה כי, מטבע הדברים, מתבקשת תמיד בדיקת פליליות המעשה *in concreto*, לפחות לאור דין המדינה המבקשת. כלל אלמנטארי זה בא לידי ביטוי מפורש במסקנות הקונגרס הבינלאומי העשירי למשפט פלילי, שהתקיים ברומא (29 בספטמבר – 5 באוקטובר 1969), בהן נאמר בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים כי:

"It is therefore obvious that the act, in order to legitimate the extradition, must be punishable *in concreto* in the requesting State."³⁷

לעומת זאת, ייתכן לגרוס, כי דרישת פליליות המעשה לאור דין המדינה המתבקשת איננה חייבת להיות בעלת אותו היקף כפליליות המעשה לאור דין המדינה המבקשת. המרחיקים לכת יכולים גם לגרוס, כי, מבחינת דין המדינה המתבקשת, מספיקה הפליליות *in abstracto* בלבד, כאשר מובטחת פליליות *in concreto* מבחינת דין המדינה המבקשת; על-פי גישה זו, די בכך שבמדינה המתבקשת המעשה מוגדר באופן פורמאלי כעבירה פלילית. שכן, לפיה אין הצדקה לכך שעבריו, אשר נמלט למדינה אחרת, ינצל את העובדה שבמדינה זו היתה לו עילה להשתחרר מאחריות, אילו היו מעמידים אותו שם לדין על עבירתו. אולם, לענייננו חשוב יותר לעמוד על המשתמע מהוראותיה של אמנת ההסגרה לגבי היקף הפליליות הכפולה *In concreto*.

8. היקף הפליליות הכפולה *in concreto* על-פי אמנת ההסגרה

למעשה, זוהי שאלת השאלות בה דנה רשימה זו. כאמור, הכל תמימי דעים שהפליליות הכפולה על-פי אמנת ההסגרה איננה *in concreto* כלפי המדינה המבקשת בלבד, ושלא די בכך שכלפי המדינה המתבקשת היא תהא *in abstracto*. דבר זה עולה כללית מן הקונטקסט בו משתמשים בס' 2 פסקא 1 לאותה אמנה במושג *punishable*, כפי שהסברנו לעיל, ובאופן ספציפי מלשונו של ס' 10 לאמנת ההסגרה הקובע, כי "לא יוסגר אדם

36 ראה: סקירתו של D. Oehler, *Revue Internationale de Droit Pénal*, No. 3-4/1968, p. 403; סקירתו של H. von Weber, "שב, בעמ' 446; סקירתו של H. Feraud, "שב, בעמ' 544; סקירתו של G. Levasseur, "שב, בעמ' 564; וכן בראפורט הכללי של H. Schulz בו נאמר: "Il est absolument incontesté que le fait incriminé doit être punissable *in concreto* par la loi de l'Etat requérant, faute de quoi une demande d'extradition n'aurait aucun sens" (p. 799).

37 ראה סעיף IV למסקנות התייחסות לנושא הרביעי – שהיה על סדר יומו של הקונגרס – "הבעיות האקטואליות של ההסגרה" *Revue Internationale de Droit Pénal* No. 1-2/1970, p. 13. סעיף זה של המסקנות דן בסוגיית ה"פליליות הכפולה".

שוב על השפעת החנינה על ההסגרה

כאשר נתישנה העבירה או נתישן העונש, לפי דיני הצד המבקש או הצד המתבקש³⁸. אולם, בעוד שלגבי ההתיישנות ישנה הוראה מפורשת, לגבי השפעת החנינה אין באמנת ההסגרה דבר וחצי דבר. ובכן, כיצד מתפרשת שתיקה זו? האם אין הפרשנות המתבקשת של השתיקה דוחה את הכוונות המיוחדות אשר ייתכן שהסתתרו מאחוריה, במקור? לתשובה החיובית לשאלה זו נגיע:

- בדרך לימוד על-פי גזירה שווה מן ההסדרים המפורשים של אותו נושא — הוא השפעת החנינה במדינה המתבקשת על התחייבותה להושיט את העזרה הנדרשת — באחדות מן האמנות לעזרה הדדית בעניינים פליליים;
- מן התוכן בו מולאו הלאקונות המקריות — שאין מעמידים מאחוריהן כל כוונה — לגבי אותו נושא באמנות אחרות מן האמורות;
- מן ההסדרים המפורשים של נושא דומה במהותו לנושא דיונו באותה אמנת הסגרה;
- מן המשקל הוזה של החנינה ושל ההתיישנות לעניין דרישת הפליליות הכפולה.

א. פרשנות על-פי גזירה שווה, כדי למלא את הלאקונה, ולא פרשנות *per a contrario*. בין האמנות האירופית בדבר עזרה הדדית בעניינים פליליים, ישנן אחדות אשר מתייחסות מפורשות להשפעת החנינה במדינה המתבקשת להושיט את העזרה, על התחייבותה לכך, לעומת אמנת ההסגרה השותקת בנושא זה. ההסדרים המפורשים דומים זה לזה ללא יוצא מן הכלל. כיצד ניתן איפוא ליישב את השתיקה האמורה עם ההסדרים המפורשים הללו, לרקע ההנחה, כי עדיף פתרון רציונלי על-פי הכתוב על פתרון המבוסס על כוונה נסתרת.

ובכן, באמנה האירופית בדבר הפיקוח על עבריינים נידונים על תנאי או משוחררים על תנאי, 1964 — בס' 7, פסקא 1(e)³⁹ — נקבע, כי החנינה במדינה המתבקשת מבטלת את התחייבויותיה על-פי אמנה זו. מכאן התוצאה, כי במקרה של אדם, שנידון על תנאי או אשר משוחרר על תנאי מריצוי יתרת עונשו במדינה א', ואשר בשלב מסוים מקום מגוריו הקבוע הינו בשטח ריבונותה של מדינה ב' — כששתי המדינות צדדים לאמנה — תראה את עצמה מדינה זו משוחררת מן החובה להיענות לבקשת מדינה א' להבטיח את הפיקוח על אותו אדם בדבר קיום התנאי האמור, או לכפות עליו את ריצוי העונש, משכיטלה המדינה המבקשת את החיוב על תנאי או את השיחרור על תנאי; וזאת, מכיוון שאילו היה אותו אדם נתון במצב האמור על סמך פסק-דין של המדינה המתבקשת, היה הוא נהנה מחנינה שהוענקה בה על העבירה. למעשה, גם במקרה כגון זה ייתכן לטעון, כי אין להקנות לחנינה, אשר כל עניינה הוא של מדיניות פנימית, אפקטים חוץ-מדינתיים. הרי אותו אדם נשפט על העבירה מחוץ לשטח ריבונותה של המדינה, ומדינה ב' נתבקשה, בהפקיד של ייצוג בעיקר, להשגיח על הנידון בדבר קיום תנאי חיובו או שיחרורו, או להפעיל נגדו את העונש שהוטל, או אשר ממנו שוחרר

38 מובן כי בכך באה לידי ביטוי דרישת הפליליות הכפולה *in concreto* גם לאור דיני המדינה המתבקשת אף מבחינת השפיטות הכפולה — כאמור בס' 7, פסקא 2 לאמנת ההסגרה, באופן ישיר יותר.

39 ראה: הערה 11 לעיל.

על תנאי. ואם בכל זאת קובעים, כי החנינה במדינה המתבקשת מבטלת את התחייבותה לפעול כאמור, פירוש הדבר כי ישנו שיקול אחר, בעל משקל רב יותר, המחייב הוצאה זו; שכן, קשה להסביר את הקביעה האמורה כיצא מן הכלל. ואם בכלל עסקינו, הרי לפיו כל זמן שנדרשת פליליות כפולה in concreto ללא סייגים, אין המדינה רשאית לגקוט הליכים פליליים בבחינת עזרה משפטית המושטת למדינה אחרת, במצבים בהם, אילו היתה לה סמכות ישירה, היתה החנינה משתקת כל הליך כאמור. אין גם לבסס גישה שונה לגבי ההסגרה – כהליך פלילי – לעומת הגישה לגבי הליכי ההשגחה, על קיומם, כביכול, של שוני במידת החומרה של שני סוגי הליכים אלה, ביחס לאדם אשר כלפיו הם מופנים. הלא מעצרו של אדם על-פי בקשת ריבון אחר ומסירתו לריבון זה על מנת שישפט שם, או שייכלא שם לשם גשיאת עונשו, אינם הליכים פחות חמורים, מאשר הליכי ההשגחה על אדם בדבר קיום התנאי בו הוטל עליו, בחו"ל, מאסר, או בו שוחרר שם מנשיאת יתרת מאסרו; ואם כך הוא הדבר, מה עשוי להצדיק את ההפליה באשר להשפעת החנינה במדינה המתבקשת על כל אחד משני סוגי ההליכים הנ"ל? על כל פנים, השתיקה בלבד לגבי ההתחייבות להסגיר איננה יכולה לשמש בסיס לכך, ושוב אין יסוד סביר לכך שההוראה המפורשת תיראה כחריג לכלל.

כמו כן אין להסיק, לדעת, מסקנה אחרת מהשוואת השתיקה של אמנת ההסגרה לענין השפעת החנינה במדינה המתבקשת על התחייבותה להסגיר, גם עם ההוראה המפורשת באותו ענין שבאמנה האירופית בדבר ענישת עבירות התעבורה, 1964, ס' 9, פיסקא 1(c)⁴⁰. לפי הוראה זו, המדינה המתבקשת משוחררת מן ההתחייבות להוציא לפועל כל החלטה של חירב בגין עבירת תעבורה שנעברה בשטח מדינה אחרת, צד לאמנה, אם הוענקה בה – במדינה המתבקשת – חנינה על סוג זה של עבירות. אין לשמוע לאו לגבי ההסגרה מכלל ההן ביחס לעבירות התעבורה כאמור; אדרבא, בהעדר הוראה מפורשת נוגדת, הפרשנות המתחייבת היא דווקא על-פי אנאלוגיה, שכן הרקע וההגיון הם משותפים ועמדתו עליהם במסגרת הדיון ההשוואתי הקודם.

זו היא גם המסקנה המתחייבת מהשוואת השתיקה של אמנת ההסגרה, עם ההוראה המפורשת שבאמנה האירופית בדבר הנפקות הבינלאומית של פסקי-דין פליליים, 1970, ס' 10, פיסקא 3⁴¹, לפיה נפקות החנינה במדינה המתבקשת כנפקות החנינה במדינה המבקשת, על ההוצאה לפועל של פסקי-דין פליליים.

מאלף הדבר, כי בכל האמנות האירופיות בדבר עזרה הודית בעניינים פליליים, בהן יש הוראה מפורשת ביחס להשפעת החנינה במדינה המתבקשת על התחייבותה להושיט את העזרה, ההסדר הינו אחיד והוא שהחנינה מבטלת את ההתחייבות האמורה; מאלף גם שכל האמנות הללו נוסחו לאחר שנוסחה אמנת ההסגרה.

לדעת, אפשר לסכם, בקודה זו, כי אין כל הגיון ענייני להבחין בין סוגי העזרה ההודית אשר לגביהם קובעות האמנות האירופיות מפורשות, כי החנינה שהוענקה במדינה המתבקשת מפקיעה את התחייבותה להושיט את העזרה המוסדרת בהן, לבין ההסגרה – כסוג אחר של עזרה הודית בעניינים פליליים – אשר לגביה האמנה האירופית בדבר הסגרה איננה קובעת כל כלל מיוחד בעניין זה. אם הרקע והמטרה של

40 ראה: הערה 12 לעיל.

41 ראה: הערה 13 לעיל.

שוב על השפעת החנינה על ההסגרה

העזרה הם זהים, עלינו לראות את השתיקה כלאקונה ולמלאה על דרך הפרשנות באנא-לוגיה ולא לפי השיקול *per a contrario*.

למעשה, נקודת המוצא למציאת הפתרון לשאלתנו היא בצורה בה מוסדרת דרישת הפליליות הכפולה, אשר אליה שייך הנושא של השפעת החנינה במדינה המתבקשת על התחייבותה להושיט עזרה משפטית. כאשר האמנות הנ"ל – הן אלה אשר מסדירות מפורשות את השפעות החנינה והן אמנת ההסגרה השותקת בנושא זה – דנות בעניין הפליליות הכפולה, כולן כאחת מסדירות את ה-*double criminality* בצורתה *in concreto* באותם מונחים ובאותו היקף.⁴² המשותף בקביעת הדרישה הוא שהמעשה יהא *punishable* לפי שתי מערכות המשפט – של המדינה המבקשת ושל המדינה המתבקשת כאחת, ללא כל סייג, ועל משמעות המושג *punishable* כבר עמדנו. והו הבסיס של ההסדרים המפורשים והבלתי מפורשים, וכאשר בסיס זה משותף הוא – ללא סייגים – כי או גם הצומח ממנו הינו בהכרח משותף, ללא הבדל אם הוא מפורש ואם לאו.

ב. פרשנות אמנת ההסגרה על-פי גזירה שווה מפרשנות ההצעה לאמנה האירופית בדבר העברת הליכים בעניינים פליליים (1972).⁴³ גם בהצעת אמנה זו, הדנה בסוג אחר של עזרה הדדית בעניינים פליליים, אין כל התייחסות להשפעת החנינה במדינה המתבקשת על ההתחייבות להושיט אותה עזרה למדינה המבקשת. הצעת אמנה זו פורשה, בנקודה האמורה, על דרך האנאלוגיה, כפי שאנו מציעים לנהוג לגבי אמנת ההסגרה. ד"ר גריטצנר, הקובע, כי השתיקה שבאמנת ההסגרה משמעותה העדר כל השפעה לחנינה במדינה המתבקשת על התחייבותה להסגיר, גורס גירסה שונה לחלוטין באשר למשמעות השתיקה של הצעת האמנה הנ"ל באותו ענין.⁴⁴ הוא סובר כי, למרות השתיקה, החנינה במדינה המתבקשת מבטלת את זכותה ליטול על עצמה, לפי בקשת מדינה אחרת, את ההליכים לשם הבאת אדם על עונשו; זאת, מכוח ס' 11(j) להצעה האומר, כי המדינה המתבקשת תהא זכאית לסרב לבקשת מדינה אחרת, אם ההליכים

42 ס' 4 לאמנה האירופית בדבר הפיקוח על עבריינים, נידונים על תנאי או משוחררים על תנאי, 1964, קובע: "The offence... shall be one punishable under the legislation of both the requesting and the requested State".

ס' 2, פסקא 1 לאמנה האירופית בדבר ענישת עבירות התעבורה, 1964, קובע: "The road offence must be punishable under the laws of both the State of the offence and the State of residence".

ס' 4, פסקא 1 לאמנה האירופית בדבר הנפקות הבינלאומית של פסקי-דין פליליים, 1970, קובע: "The sanction shall not be enforced by another Contracting State unless under its law the act for which the sanction was imposed would be an offence if committed on its territory and the person on whom the sanction was imposed liable to punishment if he had committed the act there".

ס' 2, פסקא 1 לאמנה האירופית בדבר הסגרה, 1957, קובע: "Extradition shall be granted in respect of offences punishable under the laws of the requesting Party and of the requested Party...".

43 ראה את נוסח ההצעה, כולה, ב-, 1-2/1971, *Revue Internationale de Droit Pénal*, p. 267.

44 ראה הערה 14 לעיל.

נוגדים את העקרונות הבסיסיים של סדרי החברה והמשטר שלה. ואילו, קובע ד"ר גריטצנר, כיוון שהליכים פליליים נפסקים עקב חנינה, כל היענות של המדינה המתבקשת לבקשה ליטול על עצמה הליכים פליליים בניגוד לחנינה שהוענקה בה, תהא בלתי מתיישבת עם העקרונות של סדרי החברה והמשטר שלה.⁴⁵ אולם, קביעה כל כך גורפת ופסקנית, כוחה יפה לגבי כל הליך פלילי, כולל המעצר לשם הסגרה וההסגרה עצמה, שהם, לכל הדעות, באותה מידה, הליכים בעניינים פליליים ואפילו מן החמורים ביותר. ואם, אמנם, הליכים פליליים בעניין אשר חנינה חלה עליו, הם בניגוד לעקרונות סדרי החברה והמשטר במדינה נאורה, כי אז ודאי, שאין לאל ידה של שתיקת החוק בגידון להזניח עקרונות אלה. לכן, אם אמנת ההסגרה אינה אלא שותקת לענין השפעת החנינה במדינה המתבקשת על התחייבותה להושיט את העזרה המשפטית המוסדרת בה, כי אז עקרונות סדרי החברה והמשטר – אף אליבא דד"ר גריטצנר – מחייבים, כפתרון חד משמעי, ביטול התחייבות זו. אלא, שד"ר גריטצנר מוכן להקנות עדיפות לכוונת המחוקק שלא באה לידי כל ביטוי מפורש, ואילו, לדעתו, אין סטיה מן העקרונות אלא מכוח הוראה מפורשת, וכל לאקונה יש להשלימה תוך דליה מן העקרונות דווקא, שהם ודאי סבירים וידועים יותר מאשר כוונות נסתרות.

מובן כי השיקול של תקנת הציבור הינו בעל משקל במלאכת הפרשנות של דברי החקיקה, הלאומיים והבינלאומיים כאחד. ואמנם, נתאר לעצמנו כי מדינה, המקיימת יחסי הדדיות הסכמית בדבר הסגרה עם ישראל, היתה מבקשת מישראל הסגרת אדם בהתאם לכל ההוראות המפורשות הנוגעות לענין. אולם, מתברר כי המדינה המבקשת מייחסת לאותו אדם מעשה שבשעה שנעשה טרם הוגדר בחוק מדינה זו כעבירה פלילית, אלא שהמדינה הקנתה לחוק האמור תחולה רטרואקטיבית. יש להניח, כי בקשת ההסגרה תידחה בישראל, למרות שהמעשה הינו בגדר עבירת-הסגרה בשעת הדיון בבקשה ואפילו היה, לפי דיני מדינת ישראל דווקא, בבחינת עבירה פלילית גם בשעת עשייתו. זאת, כיוון שכל ענישה רטרואקטיבית סותרת את סדרי החברה והמשטר בישראל ומשום כך גם אין היא בת חורין ליתן יד לכל מדינה אחרת להגשים ענישה כזאת, אפילו יצרה לעצמה את הכלי התחוקתי לעשות כך ואפילו בהעדר סימוכין מפורשים לדחיית בקשת הסגרה כאמור, הן באמנה בין ישראל לבין אותה מדינה והן בחוק ההסגרה הפנימי; תקנת הציבור בישראל, סתם, מתנגדת לענישה רטרואקטיבית ישירה ולכן היא שוללת גם את ההסגרה לשם ענישה מסוג זה.

עמדתי על חשיבותו של השיקול הנ"ל, במיוחד בהעדר הוראה מפורשת שתסדיר את העניין, רק הודות למשקלו המצטבר לשיקולים הנותרים המובאים ברשימה זו. אולם, לדעתי, גם במקרה בו נגשים לבדיקת המשמעות של שתיקת אמנת ההסגרה לענין השפעת החנינה במדינה המתבקשת על התחייבותה להסגיר, לעומת משמעות השתיקה של אמנות אחרות באותו נושא, הגורם הקובע הינו, שוב, ההיקף שנקבע באותן אמנות לדרישת הפליליות הכפולה. מבחינה זו, שתי האמנות האירופיות – אמנת ההסגרה והצעת האמנה בדבר העברת הליכים פליליים (1972) – כאחת, מסדירות את הדרישה של ה-double criminality בהיקפה in concreto, וללא כל סייג באשר להשפעת החנינה במדינה המתבקשת על התחייבות להושיט את צורות העזרה המשפטית המוס-

45 ראה סקירתו של ד"ר גריטצנר, בעמ' 10.

שוב על השפעת החנינה על ההסגרה

דרות בהן⁴⁶. כל זמן שהיקף זה אינו שונה, גם ההשפעה האמורה חייבת להיות זהה; כך שפירוש השתיקה בהצעה הנ"ל כוונה יפה גם לגבי השתיקה באמנת ההסגרה, לענין השפעת החנינה.

ג. פירוש השתיקה שב"אמנת ההסגרה" לגבי השפעת החנינה במדינה המתבקשת על התחייבותה להסגיר, לאור ההסדר – באותה אמנה ממש – של השפעת גורמים משפטיים אחרים, דומים במהותם לחנינה, על אותה התחייבות. באותה אמנת ההסגרה – השותקת לגבי השפעת החנינה – מוסדרת במפורש השפעת ההתיישנות במדינה המתבקשת על התחייבותה להסגיר אדם. ס' 10 לאמנת ההסגרה קובע כי "לא יוסגר אדם אם נתיישנה העבירה או נתיישן העונש, לפי דין הצד המבקש או הצד המתבקש".

כבר עמדתי על כך⁴⁷, כי אין האפקט של החנינה על העבירה או על העונש נופל מזה של ההתיישנות עליהם. לכן, קשה להבין מדוע ההתיישנות העבירה או העונש במדינה המתבקשת תבטל את התחייבותה להסגיר, ואילו החנינה במדינה זו תשאיר את ההתחייבות האמורה על כנה, כאילו לא קרה מאומה.

אמנם, ההתיישנות מוקנית מראש, עם עשיית העבירה או עם החיוב בדין עליה. חניני גם שותף לתפיסה⁴⁸ לפיה ההתיישנות היא ענין מהותי, המתלווה אל המעשה, או אל העונש עצמו, מלכתחילה, כאשר, עם חלוף תקופתה, נעלמת עצם הזכות המס' ריאלית של המדינה כלפי מי שעבר את העבירה⁴⁹. זהו האפקט האיכותי של הגורם הכמותי הטמון במשך הזמן האופייני להתיישנות. ברם, לא ההצמדה מראש של תקופת ההתיישנות מסויימת לכל עבירה ועונש, מקנה להתיישנות את המהותיות, אלא השלכותיה על הזכויות והחבויות ההדדיות, המולדות על-ידי מעשה העבירה או על-ידי גזירת עונש עברה. כלום ניתן אף להעלות על הדעת, כי ביטול איסור פלילי אינו ענין מהותי, מכיוון שאין קובעים מראש⁵⁰, עם הגדרת המעשה כעבירה פלילית, גם תקופה לאיסור? לכן קשה להניח, כי משום כך תיעתר מדינה לבקשת הסגרה בשל מעשה אשר האיסור עליו בוטל בה⁵¹, למרות שבשעת עשייתו עדיין היה המעשה בגדר עבירה גם במדינה זו, וכמובן הוא היה נשאר בבחינת עבירה במדינה המתבקשת. כך גם קשה להניח, כי מדינה תסגיר אדם בשל עבירה אשר בשעת עשייתה היתה עבירה הסגרה בשתי המדינות – המתבקשת והמתבקשת – ואילו בשעת הדיון בבקשה להסגרה, חדל המעשה מלהיות עבירה הסגרה במדינה המתבקשת בלבד, למרות שהאיסור עליו נשאר שם

46 ראה את תוכן התוראות הרלבנטיות בהערה 42 לעיל. ראה גם הערה 14 לעיל.

47 ראה: "על רטרואקטיביות דיני ההסגרה ועל השפעת החנינה עליה", משפטים, כרך ד' 417, 403 ו'418.

48 ראה את דעתו של השופט ח' כהן בע"פ 290/63 נא'פ"ג נ' הירח"ב, פד"י י"ח (2) 570.

49 ראה ש"ז פלר, "ההתיישנות בפלילים לאור משפט המעבר", הפרקלים, כ"ג חוברת ב', עמ' 204–220.

50 פרס לעבירות בניגוד לחוק חירום.

51 אמנם, לפי ס' 14(ב) (4) לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], תחולתו של חוק פלילי מבוטל היא אולטרא-אקטיבית והוא מוסיף לחול לאחר ביטולו גם לגבי מעשים שנעשו לפני כן, גם כאשר המעשים כבר אינם בגדר עבירה או כאשר העונש עבורם הומתק. זוהי גישה עונשית מוזרה למדי; אולם קרוב לוודאי כי אין סעיף זה מופעל גם לענין ההסגרה. גישה זו מקובלת בעולם רק לגבי עבירות על חוק חירום, שהוא בגדר lex temporalia, ולכן הוא מחייב תחולה אולטרא-אקטיבית.

על כנו. מאידך גיסא, אין חולק על כך כי כל אלה – ביטול עבירות או שינוי במעמדן כעבירות-הסגרה וכן גם ההתיישנות עבירות ועונשים – הם ענין של מדיניות הריכוז, אשר שורשיה ושיקוליה לאומיים גרידא; ובכל זאת, מכירים בהשלכותיהן אל מעבר לגבולות המדינה, במידה שהדבר נוגע להסגרת אדם לידי מדינה אחרת. כמו כן, גם אם ידוע מראש מתי תבוא ההתיישנות, אין הדבר כן לגבי תיקון בדיני העונשין כאמור. עולה איפוא, כי לא השיקולים הפנים-מדיניים שביסוד הענקת חנינה, ולא העובדה שאין הענקתה כרוכה בשום זמנים קבועים מראש, לא אלה ולא זו אינם יכולים לשלול מן החנינה את השלכותיה הבינלאומיות, תוך הבחנה בינה לבין ההתיישנות.⁵²

ואמנם, כלום וויתור המדינה על הכוח לתבוע לדין או לכפות את העונש, אם משך תקופת זמן מסוימת – היא תקופת ההתיישנות – לא הופעלו כוחות אלה, הוא רדיקאלי יותר מאשר הויתור שהוכרזו אגב חנינה? ובייחוד, מהו משקלה המיוחד של ההתיישנות במדינה המתבקשת, ביחס לזכותה של מדינה אחרת – המבקשת – להפעיל את הכוח לתבוע לדין או לכפות עונש שנגזר על-ידי בית-משפט שלה, לעומת החנינה באותה מדינה מתבקשת, כדי שניתן יהא לגרוס כי אין החנינה יכולה לפרוס את תוצאותיה אל מעבר לגבולות המדינה, ואילו ההתיישנות כן מקרינה את כוחה אל מחוץ לארץ? בקצרה: מה מצדיק ייחוס אפקט לאומי בלבד לחנינה לעומת הקניית אפקט בינלאומי להתיישנות? ככלות הכול, אין ההתיישנות יותר מאשר מעין חנינה כללית, המוענקת מראש, אם תחלופנה תקופותיה השונות בהתאם לטיב העבירה.

אם כך הוא הדבר, כלום אין זה טבעי יותר למלא את הלאקונה ביחס לחנינה על-פי גזירה שווה מן האמור במפורש לגבי ההתיישנות, מאשר לגרוס כי מכלל ה"הן" ביחס להתיישנות יש לשמוע "לאו" לגבי החנינה? האם אין ההגיון גובר אף על כוונות נסתרות לו גם דרישת מעשיות? העקביות הרציונאלית מחייבת לומר, כי אם ההתיישנות במדינה המתבקשת חוסמת את ההסגרה, כי אז מן הדין שהאפקט של החנינה לא יהא שונה.⁵³

ד. משקל זהה לחנינה ולהתיישנות לענין דרישת הפליליות הכפולה. המסקנה אליה הגענו לעיל מתבקשת גם מן היחס הביקורתי לדרישת הפליליות הכפולה *in concreto* במלוא היקפה. כפי שרמזנו לעיל, הרי אף שאין חולקים על דרישת הפליליות-*in concreto* במלוא היקפה⁵⁴ במדינה המבקשת, אין תמימות דעים באשר לנחיצות פליליות *in concreto* באותו היקף גם במדינה המתבקשת. ניתן לגרוס, כי במדינה זו די היה בפליליות *in abstracto* בלבד⁵⁵, או בפליליות *in concreto* מוגבלת וממוחנת. גם במקרה זה, היחס כלפי ההתיישנות והחנינה הינו אחיד⁵⁶, כלומר, אם אין רואים טעם

52 ראה את הספקות ב" C. Lombois, "Droit Pénal International," 1971, Dalloz, pp. 482-483.

53 השווה: Jacques Lemontey, *Du rôle de l'autorité judiciaire dans la procédure d'extradition passive*, p. 175; S. D. Bedi, *Extradition in International Law and Practice*, pp. 202-203.

54 הוזה אומר, קיום איסור, קיום סמכות וכן העדר כחסום כלשהו להפעלת הזכות לתבוע או לכפות את העונש.

55 הוזה אומר קיום גורמה אוסרת בלבד, על המעשה שבגיניו מבקשים את ההסגרה.

56 ראה את סקירותיהם לקונגרס העשירי של האגודה הבינלאומית למשפט פלילי, של: H. Grützner, *Revue Internationale de Droit Pénal*, No. 3-4/1968, p. 386;

שוב על השפעת החנינה על ההסגרה

שהחנינה תהווה חסימה בפני הסגרה, כי אז הוא הדין ביחס להתיישנות. ביטוי מפורש לכך ניתן במסקנות של הקונגרס העשירי של האגודה הבינלאומית למשפט פלילי; לאחר שנקבע שם, כי היה רצוי להסתפק בפליליות *in concreto* מוגבלת במדינה המתבקשת, נאמר במפורש, כי לענין קיום התחייבותה להסגיר⁵⁶, יש לוותר על כל התחשבות, הן בחנינה שהוענקה במדינה זו והן בהתיישנות שחלה לפי דיניה. במלים אחרות, אם יש לצמצם את דרישת הפליליות במדינה המתבקשת, כי אז היחס לגבי החנינה וההתיישנות הינו שווה, ובוודאי שאין כל טעם לחייב את השיוויון בין החנינה וההתיישנות כאשר מחייבים את השפעתן על ההתחייבות להסגיר, ולשלול שיוויון זה כאשר שוללים השפעה זו.

9. סיכום

ראיתי חובה לעצמי להוסיף את הדברים דלעיל למה שכתבתי קודם לכן בדבר השפעת החנינה במדינה המתבקשת על התחייבותה להסגיר, מן הטעמים דלהלן:

מקור מוסמך לכך בא להזכיר, כי שתיקת האמנה האירופית בדבר הסגרה, 1957, לגבי ההשפעה האמורה, איננה לאקונה, אלא מכוונת לומר, כי מהעדר כלל חיובי ביחס להשפעה זו, יש לשמוע לאו לגביה, וכי, עקב כך, התחייבותה של המדינה המתבקשת להסגיר אדם, בעינה עומדת, למרות שהעילה עליה מבוססת בקשת ההסגרה נתפסת, *mutatis mutandis*, בגדר חנינה שהוענקה במדינה זו.

עם כל זאת, מן הנמנע להתעלם מכך, כי בכל יתר האמנות האירופיות בדבר עזרה הדדית בעניינים פליליים, בהן מצוי הסדר מפורש לגבי השפעת החנינה במדינה המתבקשת על התחייבותה להושיט את העזרה, אומץ פתרון הפוך והחנינה כאמור מבטלת התחייבות זו.

הבדיקה ההשוואתית של האמנות הנ"ל מגלה, כי גם לגבי אותן אמנות מאמנות אלה, בהן בדומה לאמנת ההפגרה, נעדר הסדר מפורש בנדון, פורשה שתיקתן כלאקונה מקרית, אשר יש למלאה על-פי גזירה שווה מן האמנות בהן נקבע הפתרון המפורש שהחנינה מפקיעה את ההתחייבות, ועל-פי העקרונות עליהם מושתתים סדרי החברה והמשטר.

שאלת ההשפעה של החנינה על ההתחייבויות ההדדיות של המדינות להושיט עזרה בעניינים פליליים מוצאת את תשובתה המחייבת רק תוך ניתוח הצורה שבה מוסדרת דרישת הפליליות הכפולה לשם מילוי התחייבויות אלה. האם די בפליליות כפולה *in abstracto* או שמא נדרשת פליליות כפולה *in concreto*? מה ההשלכה של ההס"ד המפורשים — כגון ההסדר לגבי ההתיישנות — ביחס לדרישת הפליליות הכפולה *in concreto* במדינה המתבקשת, על היבטי אותה דרישה שאין לגביהם הסדר מפורש? למעשה, המסקנות מן הבדיקה ההשוואתית של הוראות האמנות לעזרה הדדית למיניה,

F. Vogler, שם, בעמ' 425; G. Levasseur, שם, בעמ' 566; C. Vouyoucas, שם, בעמ' 593; G. Gianzi, שם, בעמ' 632; ואח', D. Oehler מבחין בין השפעת ההתיישנות לבין זו של החנינה.

"Conclusions sur la quatrième question — Les problèmes actuels de l'extradition," 57 *Revue Internationale de Droit Pénal*, No. 1-2/1970, p. 13.

מוסקות גם הן, אמנם בעקיפין, מן הגישה לנושא הפליליות הכפולה, על צורתה והיקפה. ענין השפעת החנינה במדינה המתבקשת על התחייבותה להסגיר שייך איפוא לתחום הפליליות הכפולה in concreto והוא כרוך קשר מיוחד, אורגני, בהשפעת ההתיישנות במדינה המתבקשת על אותה התחייבות להסגיר.

קשה לחלוק על כך שהשפעת החנינה על הכוח לתבוע או על הכוח להוציא עונש אל הפועל, הינה פחות ראדיקלית מאשר השפעת ההתיישנות על כוחות אלה; כן קשה למצוא כל בסיס עקרוני להבחנה בין החנינה לבין ההתיישנות באשר לאפקטים הביניים לאומיים של זו, לעומת האפקטים הלאומיים בלבד של האחרת.

ייתכן בהחלט לטעון למען צימצום דרישת הפליליות in concreto במדינה המתבקשת. הרי תפקידה של ההסגרה הוא להוריש עזרה משפטית בלבד, כך שאין מניעה לקיום החובה להסגיר, בכך שבמדינה זו הוענקה חנינה או חלפה תקופת ההתיישנות. אולם, אפשר גם לשלול השקפה זו ולטעון, כי אין המדינה חייבת ואף לא זכאית לנקוט בהליכי כים פליליים⁵⁸ למען מדינה אחרת, במקרים בהם היתה מנועה מלעשות כך למענה היא. אולם, תהא ההשקפה על הבעיה כאשר תהא, מן הנמנע להפריד בין החנינה וההתיישנות; או ששתיהן הן קריטריונים לקביעת הפליליות in concreto או שמתעלמים משתיהן גם יחד.

58 מחובתי להבהיר הבהרה נוספת גם בקשר למהות המשפטית של הליך ההסגרה. בע"פ 557/71 הקשטור נ' מ"י, פד"י כ"ו (1) 241, מהסס השופט ח' כהן להגדיר את הליך ההסגרה כ"הליך פלילי". ואלה דבריו לענין זה: "בו בזמן שחוק החנינה דן בכל ההליכים הפליליים, אין חוק ההסגרה דן אלא בהליך אחד ומיוחד, בין שניתן לקרוא גם לו בשם 'הליך פלילי' ובין אם לאו" (בעמ' 247, מול אות השוליים ה'). אותו היסוס בא לידי ביטוי בפסק-דינו בע"פ 205/73 רוס נ' מ"י, פד"י כ"ז (2) 365, בו הלשון: "אפילו תאמר שהליכי הסגרה הליכים פליליים הם, עלי-כל-פנים, אין הליכי ההסגרה באים להעניש: באים הם רק 'כדי לכפות על הנאשם את קיום חבותו ליתן את הדין' (שם [ע"פ 557/71], בעמ' 245) על מעשה שעשה, ולא כדי להענישו עוד" (בעמ' 372). הרי מעולם תפקידם של כל ההליכים הפליליים לא היה אלא לכפות על האדם את קיום חבותו ליתן את הדין במידה ויש עילה לכך; ואילו העונש עצמו בא מכוח הדין הסיבסטיבי המגדיר את העבירה ובצידה את העונש הצפוי בגין עשייתה. וזאת, למרות שקביעת העונש הינה, כשלעצמה, גם כן הליך בין ההליכים האמורים. אין ללמוד מכאן כל ניגוד מהותי בין הליך ההסגרה לבין ההליכים הפליליים למיניהם ואין מקום להיסוס כל שהוא לסווג אותו זה של הליכים. מובן, כי במסגרת הגשמת התפקיד הסופי, להליך ההסגרה גם תחת-תפקיד ספציפי, בדומה לתפקידים הספציפיים של הליכים פליליים אחרים – להושיט עזרה לריבון זר לכפות על אדם את קיום חבותו ליתן את הדין על עבירתו, עלידי מעצרו של אותו אדם ומסירתו לאותו ריבון. אולם, מוסיף השופט, כי אף לפי הגירסה שההסגרה הינה גם היא הליך פלילי, עדיין אין היא כפופה לעקרון החוקיות, אלא במדינה המבקשת בלבד. כלומר, דרישת הפליליות הכפולה, בה מתנה סעיף 2(2) לחוק ההסגרה, 1954, את הסגרת המבוקש, אינה מיועדת להגשים את עקרון החוקיות במדינה המבקשת; הדרישה "אינה באה למנוע ענישה ללא חוק, אלא היא באה למנוע ענישה עליפי חוק, כשהמעשה המדובר בו מצויה כשר וישר הוא לפי חוקי ישראל" (ע"פ 205/73, בעמ' 373). כלום, בהעדר הסדרי הסגרה, מוסרים את המבוקש לריבון זר ואף באורח בלתי מוגבל? או, שמא, דווקא או נמנעת כל ענישה, שכן שאלת ההסגרה מתעוררת רק כאשר למדינה שבשטחה נמצא העבריין אין סמכות להביאו על עונשו; ואילו ההסגרה באה דווקא לאפשר את ענישתו, אולם בתנאי המינימאלי שאילו בוצע המעשה במדינה המתבקשת להסגיר, היתה הוא מהווה עבירה גם שם. דרישת

שוב על השפעת החנינה על ההסגרה

על כן, תהא אשר תהא הכוונה שהסתתרה מאחורי גישת מנסחי אמנת ההסגרה, בשתקם לגבי השפעת החנינה במדינה המתבקשת על התחייבותה להסגיר, אין לשמוע לאו לגבי השפעה זו, מכלל ההן המפורש לגבי השפעת ההתיישנות. נהפוך הוא. אין מנוס מלראות את השתיקה האמורה כלאקונה, הסרת משמעות עצמית, אשר יש למלאה, על-פי גזירה שווה, מתוכן ההוראה המפורשת לגבי ההתיישנות.

אם, על-פי החוק המצוי, התיישנות העבירה או העונש במדינה המתבקשת משחררת אותה מן החובה להסגיר, הוא הדין באשר להשפעת החנינה במדינה המתבקשת על התחייבותה להסגיר.

כמעט ואין צורך לשוב ולציין, כי ההתייחסות להשפעת החנינה במדינה המתבקשת על התחייבותה של המדינה המתבקשת להסגיר אדם הינה מיותרת. באין זכות לתבוע או לכפות את העונש, ממילא נטולה בקשת ההסגרה יסוד כלשהו, ולכן גם ההסגרה עצמה נטולה כל לגיטימאציה.

הפילליות הכפולה לשם הסגרה באה בכך רק להבטיח, במישור הדיוני, את עקרון החוקיות, כלומר אם אין המעשה מהווה עבירה על-פי חוק המדינה המתבקשת, אין מדינה זו רשאית לפגוע בחירותו של האדם ובחופש תנועותיו על-ידי הסגרה לריבון זר. וזאת, שוב, כאשר אלמלא הסדרי ההסגרה, כן הנמנע היה לעצור כלל את הנאשם ולמסרו כאמור, אף אם היה מעשהו עבירה גם לפי דין המדינה שבשטחה הוא נמצא; ולא ההפך. לסיכום, הליך ההסגרה, מהותו המשפטית, לדעת, הליך פלילי מכל הבחינות, אשר תפקידו, כתפקידם של שאר ההליכים הפליליים, לכפות את קיום חבותו של האדם ליתן את הדין על עבירתו ואשר הוא – הליך ההסגרה – כפוף, כמו כל יתר ההליכים הפליליים, לעקרון החוקיות. אין לי אלא להתזיר את הקורא לדברי השופט ח' כהן עצמו בע"פ 557/71 הנ"ל, בעמ' 245: "הכלל של אין עונשין אלא על פי חוק שעמד בתקפו בעת עשיית העבירה, דין הוא בישראל... כיון שכך, יש לקרוא את סעיף 2(2) לחוק ההסגרה 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 בתוספת לחוק. פרשנות זו של חוק ההסגרה תבטיח שאיש לא יורשע בעבירה פלילית בשל מעשה או מחל שלא היה בגדר עבירה פלילית בשעת ביצועו" (כלשון סעיף 11(2) של התכרוה האוניברסאלית על זכויות האדם).

דברים אלה מדברים בעד עצמם. ראה לעניין זה גם I. A. Shearer, *Extradition in International Law*, p. 137.