



ת"פ 15265/03/11 - מחלקה משפטית ארצית לתיקי מכס ומע"מ - תל אביב נגד חב' קסם היבוא בע"מ, דקל בן לולו, ליאור שלומן - נדון, מישל מאיר בן חיים - נדון

בית משפט השלום בבאר שבע

ת"פ 15265-03-11 מחלקה משפטית ארצית לתיקי מכס ומע"מ - תל אביב נ' בן לולו ואח'

בפני	מחלקה משפטית ארצית לתיקי מכס ומע"מ - תל אביב
המאשימה	
נגד	
הנאשמים	1. חב' קסם היבוא בע"מ 2. דקל בן לולו 3. ליאור שלומן - נדון 4. מישל מאיר בן חיים - נדון

החלטה

בקשת הנאשמים 1 ו- 2 לפסול את המותב מלשבת בדין. הבקשה נדונה ביום 21.2.2021. בשל דיון שהשתהה בבקשות לתיקון הפרוטוקול של אותה ישיבה, והחלטות שניתנו בעניין זה ביום 7.3.2021 וביום 8.3.2021 לא ניתנה החלטתי זו קודם לכן.

לאחר ששקלתי את הבקשה מצאתי כי יש לדחות אותה וזאת מן הנימוקים שלהלן.

רקע וההליך שנוהל עד כה

1. כתב האישום מייחס לנאשמים עבירות לפי חוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975 ופקודת המכס [נוסח חדש]. מדובר במספר רב של עבירות בארבעה אישומים מפורטים, ואין זה המקום לחזור עליהם. עוד בכתב האישום שני נאשמים נוספים שעניינם הסתיים זה מכבר, ואינם חלק מהדיון היום ומהבקשה דנן.

2. הנאשמת 1 חברה שעסקה ביבוא בבעלותו ובניהולו של הנאשם 2. למען הנוחות בהחלטה זו ייקראו הנאשם 2 והנאשמת יחד: "**הנאשמים**" וזאת מבלי להתייחס לנאשמים 3 ו- 4 שעניינם הסתיים כאמור. ביום 6.5.2018 ניתנה הכרעת דין בעניינם של הנאשמים במסגרתה זוכו הנאשמים באישומים הראשון והשלישי על פי כתב האישום והורשעו באישומים השני והרביעי.

3. עובר להכרעת הדין ולאחר הגשת הסיכומים נקבעו שלוש ישיבות בניסיון להביא את הצדדים להסכמות [בימים 8.3.2018, 25.3.2018, 17.4.2018]. ניסיון זה לא צלח, ובסופו של יום ניתנה הכרעת דין מנומקת ביום 6.5.2018. עמוד 1



4. ביום 19.8.2018 [ולאחר הכרעת הדין] הוגשה בקשה להעיד בשנית את הנאשם 2, במסגרתה הובאו ציטוטים מתוך הדיון האחרון שהתקיים עובר למתן הכרעת הדין [17.4.2018], ואשר נטען מאוחר יותר כי הוקלט. יצוין כי בעת הגשת הבקשה דבר ההקלטה לא הובהר לאשורו והדבר לא הונח בפני בית המשפט על ידי ההגנה אשר עשתה שימוש בציטוטים שנלקחו מתוך תמלול של הקלטת סתר של הדיון מיום 17.4.2018.

בקשה זו נדחתה ובסופו של יום טענו הצדדים לעונש וגזר הדין ניתן ביום 8.12.2019, זאת לאחר שנתנו לנאשמים מספר הזדמנויות להסיר מחדלים.

5. על פסק הדין שיצא מלפני הוגשו ערעורים מצד הצדדים. הנאשמים הגישו ערעור כנגד הרשעתם בדין וכנגד העונש שנגזר עליהם, ואילו המאשימה ערערה נגד הזיכויים. במסגרת הערעור טענו הנאשמים בין היתר כי יש בידם הקלטה של הדיון מיום 17.4.2018 [להלן: "**הקלטת הסתר**"], וכי בית המשפט הבטיח תוצאה שונה מזו שניתנה בסופו של יום. עוד טענו טענות שונות באשר למשמעות הדבר בעיקר טענה של הגנה מן הצדק מטעמים של הסתמכות, פגיעה בכללי הצדק הטבעי וכיוצ"ב. בקשת הנאשמים כי הקלטת הסתר והתמלול שנלווה לה יתקבלו כראיה בהליך הערעור נדחתה כמו גם טענותיהם הנסמכות על אותה הקלטת סתר, כדברי בית המשפט בפסק הדין שלערוור [בעמ' 117-118 לפסק הדין]:

"אכן, מקיום ישיבות שכאלו ע"י מותב הדין בתיק העיקרי, עולה קושי של ממש. הליך גישור אינו צריך להתקיים בפני המותב הדין בתיק, ואשר צריך ליתן הכרעת דין. אין מקום להרחיב בעניין זה, והבעייתיות העולה מכך ברורה. לצד זאת, אין בכך כדי לגרוע מהמסקנות בהכרעת הדין, ואין בכך כדי פגיעה בהגנת הנאשם, או כדי יצירת אינטרס הסתמכות מצידו בגין דברים שנאמרו במהלך דיונים אלו. לצד ביקורת על התנהלות שכזו, אשר לא היתה צריכה להתקיים, אין בכך כדי להביא למסקנות להן טענו ב"כ קסם ודקל ארוכות, על הפגיעה בזכויות, בכללי הצדק הטבעי, ובדבר אינטרס הסתמכות של נאשם. הכרעת הדין לבסוף התייחסה לראיות, והגם שערעורים עליה מתקבלים, אין בניהול בשלושת הישיבות האמורות כדי להביא למסקנה בדבר קיומה של הגנה מן הצדק. ככל שנאמרו ע"י בית משפט קמא אמירות אשר היו שונות מקביעותיו בהכרעת הדין, אין בכך כדי יצירת הסתמכות. יודגש, כי הדברים נאמרו לאחר שנטענו הטענות, הובאו הראיות והוגשו הסיכומים. 45. במסגרת הערעור הוגשה בקשה להגשת תמלול של הקלטה שביצע נאשם 2, דקל, לדיון השלישי מבין שלושת הדיונים האמורים, אשר התקיימו לאחר שנשמעו הסיכומים, דיון מיום 17.4.18. מהבקשה עולה כי נאשם 2 - דקל, ביצע הקלטת סתר של ישיבת 17.4.18. נטען כי דקל לא היה מודע לכללי ההתנהלות המקובלים באולם הדיונים, והודיע על ביצוע ההקלטה לבאי כוחו רק בדיעבד. לבקשה צורף התמליל אשר הגשתו מתבקשת, צורף תצהיר של דקל, ותצהירי שני עורכי דין אשר נכחו בדיון.

ההקלטה אשר בוצעה ע"י דקל הינה הקלטת סתר, אולם, אינה עולה לכדי האזנת סתר.

ואולם, מדובר בהקלטה אשר הינה בניגוד לכללים הדיוניים בהליך משפטי. סעיף 68' לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), מתייחס לבקשת בעל דין להקלטת דיון ולמתן הוראות ע"י בית המשפט במקרה זה. מובן, כי הקלטת דיון ללא קבלת היתר אינה מותרת, וזו היא בבחינת הקלטת סתר. יש להפנות בעניין זה לחוות דעת 1/19 של נציב תלונות הציבור על שופטים, מיום 10.4.2019, אשר אמנם הנסיבות אשר נדונו במסגרתה שונות, אך האמור שם רלבנטי לענייננו. המעשה שנעשה בביצוע ההקלטה בסתר ע"י דקל אינו מעשה מותר, ויש בו כדי פגיעה בכללים הדיוניים בהליך המשפטי. משלא חל על הקלטה זו כלל העדר הקבילות לפי חוק האזנת סתר, יש לבחון האם יש מקום להתיר הגשת הקלטה זו ותמלולה, והאם לאפשר התייחסות לתוכנה. המסקנה בבחינת מכלול הנסיבות, הינה כי אין לאפשר זאת. המעשה שנעשה נוגד את הכללים הדיוניים ונעשה בסתר, וללא קבלת אישור בית המשפט. קבלת תוצר מעשה שכזה, צריך להיות שמור לנסיבות חריגות ביותר, ולמצב דברים בו בלא שיתקבל, יפגעו באופן חמור זכויות של נאשם או גורם אחר. הכלל צריך להיות שלא לקבל תוצר של מעשה אשר נעשה בניגוד לכללים הדיוניים, בסתר וללא קבלת אישור בית המשפט, וקבלתו צריכה להיות שמורה לנסיבות חריגות ביותר כאמור.



אין לאפשר כי "חוטא יצא נשכר", מקום שאין מדובר באותן נסיבות חריגות כאמור. וגם בעניין זה יש להפנות לחוות הדעת 1/19 האמורה (סעיף 30 לחוות הדעת).

6. עם קבלת הערעורים של המדינה והרשעת הנאשמים באישומים נוספים, בוטל גזר הדין שיצא מלפני מותב זה והתיק הוחזר לשם גזירת הדין מחדש.

טענות הצדדים

7. **באי-כוח הנאשמים** עתרו לפסילת מותב זה מלשבת בדין בשלב זה, וניסו להתמקד בעילת פסילה שנוצרה מרגע שניתן גזר הדין. על פי הטענה העילה לא נולדה קודם לכן, וכדבריהם:

"... הפער בין מה שביהמ"ש אומר שהוא נכון לבין מה שאנו אומרים שהוא נכון שומט את הקרקע המוסרית מתחת ליכולת של מותב זה לדון בתיק. אני שב על ההזמנה שלי, ואנו נמשיך קדימה במאורת הארנב הזאת..."

על פי הטענה בית המשפט קבע בגזר דינו כי הדברים שצוטטו הוצאו מהקשרם, אך ניתן לשמוע בהקלטת הסתר כי לא כך הדבר. נטען כי בית המשפט לא סייג את עצמו, ובישיבה אחרת אף הוצע לסיים את ההליך בכופר. בסופו של יום, מבקשים הנאשמים לסמוך על התנהלות זו של בית המשפט טיעון של הגנה מן הצדק שיכול ויביא להקלה בעונש, וזה איננו יכול לעלות בפני המותב שיצר את הנסיבות האמורות שכן בית המשפט איננו יכול ל"שפטה עצמית".

8. עוד נטען בהקשר של גזר הדין כי בית המשפט קבע שמדובר ב"תרמית בינלאומית" המחייבת מתחם ענישה גבוה מזה לו עתרה המאשימה, למרות שאין לדבר זכר בהכרעת הדין. הפער בין הדברים שנאמרו בהקלטת הסתר ובין תוצאות גזר הדין והרטוריקה שלו, יוצר חשש ממשי למשוא פנים.

9. לבסוף ציינו באי כוח הנאשמים את רשימת המניעויות של בית המשפט ולפיה בית המשפט מנוע מלדון בתיקים של חברת רמי לוי שיווק השקמה והחברות הנלוות. נטען כי חברת אימפופיקס שבבעלות הנאשם 2 תבעה את חברת קופיקס, שהייתה בבעלות הרלוונטית בזמנים הרלוונטיים, בסכום של 21 מיליון ₪. כדי לבסס טענה זו, וכדי להצביע על כי בית המשפט היה מודע לעניין הפנה לפרוטוקול הוכחות בו על פי הנטען הוזכר העניין, למוצגים שהוגשו **כראיות לעונש** מטעם ההגנה [נ/70], ולעדויות של עד ההגנה לעונש, עו"ד מזור, אשר הזכיר את התביעה האמורה בעדותו במסגרת הראיות לעונש. בנסיבות אלה, ביקשה ההגנה כי בית המשפט יגלה את מהות הקשר עם חברת רמי לוי שיווק השקמה והחברות הנלוות.

כבר כאן יצוין כי עיון בפרוטוקול דיון ההוכחות אליו הפנתה ההגנה מעלה כי הדברים האמורים לא הוזכרו בו. המדובר בפרוטוקול מיום 11.12.2016, ובעדותו של מר גבזון. שם ציין העד שהוגשה תביעה כנגד הנאשם על ידי חברת כפר השעשועים (בעמ' 159 ש' 21-26). לא עלתה כל טענה בדבר תביעה של חברת אימפופיקס נגד חברת קופיקס, והדברים עלו רק בשלב הראיות לעונש כאמור לעיל.



10. כדי לתמוך בטענותיהם ביקשו באי-כוח הנאשמים כי בית המשפט יקבל כראיה תצהיר מטעמו של הנאשם 2 באשר להשתלשלות העניינים מנקודת מבטו; את הקלטת הסתר של הדיון מיום 17.4.2018 ואת התמלול שלה; צילום מסך של התכתבות בין הנאשם 2 ובין בא-כוחו בה צוין כי בית המשפט הציע כופר; אסופת כתבות אשר מצביעה על כך שרמי לוי או חברה מטעמו רכשו את השליטה או את הבעלות בחברת קופיקס.

11. **באת-כוח המאשימה מתנגדת לבקשות ההגנה.**

12. לטענת המאשימה שלושת הדיונים שנוהלו לאחר הגשת הסיכומים התקיימו בהסכמה מלאה של הנאשמים ובאי כוחם ולא נשמעה כל הסתייגות מצידם לקיום הדיונים האמורים; להיפך, אלה שיתפו פעולה באופן מלא, זאת בניגוד לטענתם בפני ערכאת הערעור כי לא הסכימו לכך ולא שיתפו פעולה עם הדיונים.

נטען כי בית המשפט לא הביע שום עמדה שיש בה גמירות דעת. בית המשפט סייג את עצמו, חזר ואמר שאיננו מבטיח דבר, והבהיר כי איננו מבטיח לנאשם שלא ייכנס לכלא. לטענת המאשימה ההגנה נתלית בדיון אחד ואחרון שהוקלט מתוך שלושה שהתקיימו ומתעלם משני הדיונים שקדמו לו באופן שמוציא את הדברים מהקשרם. המאשימה הפנתה לטענותיה בפני ערכאת הערעור לעניין אופן השתלשלות הדברים וטענה כי דרך הצגת הדברים על ידי ההגנה איננו נכון.

13. המאשימה טענה לשיהוי ניכר בהעלאת טענת הפסלות, וכי הטענה נטועה בהחלטות בית המשפט שלא נשאו חן בעיני ההגנה.

14. לטענת המאשימה ההגנה מנסה להלך אימים על בית המשפט.

15. ביחס למוצגים שביקשה ההגנה להגיש, הביעה המאשימה כאמור התנגדות. ביחס להקלטה טענה כי ערכאת הערעור כבר הכריעה בנושא; ביחס לתצהיר של הנאשם 2 טענה כי: "בתצהיר מופו טים דברים שאינם נכונים, ואני אומרת זאת בלשון עדינה."; ביחס לכתבות טענה כי אין להן ערך ראיתי, שכן ייתכן והן מוזמנות ואין דרך לברר זאת; ביחס לרשימת המניעויות של בית המשפט השאירה את העניין לשיקול דעתו של בית המשפט.

דיון והכרעה

הבקשה להגיש ראיות

16. יש לדחות את הבקשה לקבל מוצגים לתיק בית המשפט במסגרת הבקשה דנן.



17. לטענת ההגנה ישנה מחלוקת בין בית המשפט ובין ההגנה באשר להשתלשלות העניינים בכלל ובדין מיום 17.4.2018 בפרט, ומאחר והוא סומך את טענת הפסילה על אותו הטיעון הוא מבקש להגיש מוצגים שיתמכו בטענותיו העובדתיות, שכן הנטל על מי שטוען נגד פרוטוקול או נגד קביעת עובדתית של בית המשפט גבוה [ע"פ 2749/14 ברק גאון נ' מדינת ישראל (18.4.2014)].

18. ראשית, אין עוד רבותא עניינית ומשפטית להצעות שהועלו עובר להכרעת הדין שיצאה מלפניי, ולפסק הדין שניתן שכן זה שונה על ידי בית המשפט המחוזי, וזהו המסד המשפטי והעובדתי שעומד לדין היום.

שנית, נראה, לאור דברי באת-כוח הנאשמים כפי שנאמרו לפרוטוקול בעמ' 505 ש' 32 והלאה לעמ' 506 ש' 10, שאין מחלוקת אמיתית בין הצדדים באשר לדרך התנהלות הדברים. באת-כוח הנאשמים טענה כי בית המשפט סייג את עצמו ואף העיר להגנה על החולשה בתיזה שהציגה. דברים אלה מתיישבים עם הדברים שנכתבו בסעיף 83 לגזר הדין שניתן:

"ראשית יש לציין כי ברי לכל בר-דעת העוסק בתחום, וגם לנאשם 2 שכן הדברים הובהרו מפורשות, כי מדובר בדין שהתקיים בניסיון להביא את הצדדים לפשרה אשר בסופו של יום לא הבשילה. לא נאמרו דברים אשר הצביעו על גמירת דעת של בית המשפט לעניין התוצאה הסופית. הדין לא הוקלט על ידי בית המשפט והדברים לא נרשמו בפרוטוקול הדין. הדברים המצוטטים בכתב הוצאו מהקשרם ולא בפעם הראשונה [ראה למשל החלטה בבקשת ההגנה להבאת ראיות נוספות לאחר הכרעת דין שניתנה ביום 6.9.2018 בעמוד 467 לפרוטוקול שורות 12-23]. הדברים שנאמרו אינם רלוונטיים עוד במעמד גזירת הדין, ואף לא היו רלוונטיים במעמד הכרעת הדין. אלה דברים שכוחם יפה, באופן מוגבל, בניסיון להביא צדדים לפשרה."

19. בנסיבות האמורות אין מקום לקבל ראיות נוספות.

20. לעניין הקלטת הסתר והתמלול אציין למעלה מן הצורך, כי הנאשמים טענו טענות אלה גם בהליך הערעור, וגם שם ביקשו להגיש את הקלטת הסתר והתמלול לה. בית המשפט דחה את הטענות ואין מקום לטענות אלה שוב היום. טענות אלה נדחו גם לגופן ונקבע שזכויותיהם של הנאשמים לא נפגעו, כך גם נדחתה טענתם להגנה מן הצדק. שיקול נוסף לדחות את הבקשה להגיש את הקלטת הסתר והתמלול שלה הוא נימוקי בית המשפט המחוזי: "שלא ייצא חוטא נשכר".

התצהיר עצמו נמצא במחלוקת עובדתית עמוקה עם המאשימה. בנסיבות אלה, ומשאין מקום בהליך זה לבירור עובדתי, ונראה שגם אין בו צורך, אני דוחה את הבקשה לעניין התצהיר, הקלטת הסתר והתמלול.

באשר לכתבות המצביעות על כי חברת רמי לוי שיווק השקמה רכשה זכויות כלשהן בחברת קופיקס - אין מקום לקבלן, וניתן להניח לצורך דיון זה, כי הדבר נכון לזמנים הרלוונטיים. אין מקום להידרש לראיות בעניין זה.

רשימת המניעויות של בית המשפט היא ידיעה שיפוטית ובוודאי אין מקום להידרש לראייה בעניין זה. אין מחלוקת כי חברת רמי לוי שיווק השקמה והחברות הנלוות הופיעו ברשימת המניעויות של בית המשפט בזמנים הרלוונטיים.



בקשת הפסילה

21. סעיף 77א(א) בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 קובע עילת פסלות כללית כדלהלן: "שופט לא ישב בדין אם מצא, מיזמתו או לבקשת בעל דין, כי קיימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט". דיני הפסלות נועדו לקדם את אמון הציבור במערכת השפיטה [לימור זר-גוטמן "ניגוד עניינים אצל שופטים: בין דיני פסלות שופט לאתיקה" **ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה ופוליטיקה** 429, (2009); השווה רע"פ 9017/16 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (2.7.2018)]. עוד נקבע כי: "דיני הפסלות עניינם באמון הציבור במערכת השפיטה ובחיזוקו המתמיד של אמון זה. לפסילת שופט יש השלכות על השופט עצמו, על האינטרס הציבורי, על האמון במערכת השפיטה, וכמובן, על האינטרס של בעלי הדין בהליך" [ע"א 7175/16 **אברהים חיזבון נ' אחמד מוחמד עוואד** (6.12.2016)].

22. האינטרסים המוגנים בהסדר זה הם - הצדק, השוויון, ההליך ההוגן, עצמאות השופט, יעילות ההליך ואמון הציבור בשפיטה. המדובר בעצמאות אישית של השופט, ואי תלות במי מן הצדדים. זוהי החובה השיפוטית, שכן אין לשופט מורא פרט למורא הדין [ר' ע"א 8743/04 **משה בר-נר נ' אשר רוט, עו"ד** (20.12.2004)].

23. המבחן לפסלות שופט הוא קיומן של נסיבות אשר יש בהן ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט מצד המותב הדין בתיק. חשש זה צריך להיות מבוסס; יש להראות כי קיים בסיס אובייקטיבי לחשש זה ולא אך חשש סובייקטיבי למשוא פנים [ע"פ 4284/19 **לורי שם טוב נ' מדינת ישראל** (23.7.2019)]. מדובר בשאלת יכולת השופט לשבת בדין [יגאל מרזל "פסלות שופט: האתגר של מראית פני הצדק למבחן החשש הממשי למשוא פנים" **ספר שטרסברג-כהן** 229 (2017)]. "הליכי פסלות צופים פני עתיד ומטרתם היא לבחון האם השופט יכול להמשיך ולשבת בדין או שמא יש להעביר את הדיון בהליך המתנהל בפניו למותב אחר . . ." [ע"א 8104/20 פלוגי נ' פלוגי (21.2.21)].

24. כבר כאן אציין כי הנאשמים לא הביאו כל ראיה, פרט לטענות בדבר תחושותיו הסובייקטיביות של נאשם 2, אשר למעשה מבטאות מורת רוח מפסקי הדין, כי קיים חשש ממשי למשוא פנים, ועל כן יש לדחות את הבקשה.

25. הטיעון כי בית המשפט קבע קביעות שונות במסגרת גזר הדין הוא למעשה טענה לדעה קדומה. יש להבחין בין דעה קדומה לבין דעה קודמת, "רק כאשר דעה קודמת הופכת להיות נחרצת וסופית, ללא אפשרות סבירה של שכנוע ושינוי, הרי היא דעה קדומה. ורק דעה קדומה יוצרת אפשרות ממשית של משוא פנים שיש בה כדי לפסול שופט" [ע"פ 1988/94 **דני בראון נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(3) 608 (1994)].

ועוד יש לציין כי דעה קודמת שונה מעניין אישי מבחינת נטל הראיה: בעניין אישי חזקה היא שהשופט נגוע במשוא פנים; לעומת זאת, בדעה קודמת חזקה היא שהשופט אינו נגוע במשוא פנים; ולא קל לסתור חזקה זאת ולהוכיח כי דעה קודמת היא דעה קדומה, שיש בה כדי לפסול את השופט [ר' ההחלטה בעניינו של בראון דלעיל בעמ' 623-624].

אין בגיבוש עמדה או דעה להוות עילת פסילה, יש צורך בהוכחה כי דעתו של השופט "נעולה" ואין סיכוי שתשתנה במהלך המשפט: "השאלה אם בעניין מסוים אכן נוצרה אפשרות כזאת, אינה מוכרעת לפי התרשמותו של



אדם הנוגע לעניין, אף לא לפי מראית פני הדברים בעיני הציבור הרחב, אלא לפי שיקול הדעת המקצועי של בית המשפט המחליט בשאלת הפסילה. בית-משפט זה, להבדיל מאחרים, מצויד בהכשרה ובניסיון הדרושים כדי להחליט אם אכן נבצר מן השופט להמשיך ולדון בעניין במידת האובייקטיביות הראויה" [בג"ץ 2148/94 **אמנון גלברט נ' נשיא בית המשפט העליון**, פ"ד מח(3) 573 (1994); השוו יגאל מרזל "פסלות שופט: האתגר של מראית פני הצדק למבחן החשש הממשי למשוא פנים" **ספר שטרסברג-כהן** 229 (2017)].

26. ההגנה קובלת נגד אמירות שונות בגזר הדין שיצא מלפני בית המשפט, ובין היתר נגד ההתייחסות למעשי הנאשמים בהם הורשעו כ"תרמית בינלאומית". על פי הטענה הפער בין ההצעות שהועלו בדיון שהוקלט ובין התוצאה הסופית של גזר הדין שומטים את הקרקע תחת יכולתו של מותב זה לשבת בדיון בעניינם של הנאשמים.

האמירות המיוחסות לבית המשפט במסגרת הדיונים שהתקיימו עובר להכרעת הדין ולאחר הגשת הסיכומים נוגעות לשאלות משפטיות. אמירות אלה אינן רלוונטיות עוד, מאחר והכרעת הדין שעומדת היום לשם גזירת הדין מחדש היא שונה וניתנה על ידי ערכאת הערעור.

הליכי פסלות אינם דלת אחורית לערעור על גזר הדין [ע"א 2310/20 **פלוני נ' פלונית** (9.7.2020)]. גזר הדין שיצא מלפני, הוא לב ליבה של העבודה השיפוטית, הוא מתייחס לערכים המוגנים, מדיניות הענישה, לנסיבות שונות של ביצוע העבירות, נסיבותיהם של הנאשמים, וכולל הכרעה עונשית, אשר בבירור לא הייתה לרוחם של הנאשמים.

27. תיקים מוחזרים לא אחת על ידי ערכאת הערעור לערכאה קמא כדי להשלים את מלאכת השיפוט לאחר שנמצא שיצאה טעות תחת ידו. למשל אם נקבע כי נפלה טעות בהכרעת הדין [בזיכוי או בהרשעה], או בהתנהלות [לדוגמה לשם שמיעת עדים שבקשה בעניינם נדחתה בערכאה קמא], או לשם השלמה [שעה שמתגלות ראיות חדשות לדוגמה]. בכל אותם מקרים, בית המשפט קמא סיים מלאכתו, קם מכיסאו ונדרש לשבת עליו שוב ולשקול מחדש את העניין שבפניו. מדובר בעניין שגרתו, הנוגע אף הוא ללב העבודה השיפוטית, וחזקה על שופט מקצועי שיוכל לחזור בו ממצאים שמצא, קביעות שקבע, והכרעות שהכריע [ר' ע"פ 7724/02 **יוסף צבי נ' מדינת ישראל** (3.10.2002)].

28. הביקורת שמתח בית המשפט המחוזי על התנהלות בית המשפט **בניהול ההליך** היא עניין שבעשייה השיפוטית, והיא מגלמת גם את ההירארכיה השיפוטית, ובוודאי איננה מקימה חשש ממשי למשוא פנים. הערות אלה בדבר ההתנהלות בוודאי אינן קשורות לנאשמים. ככל שתועלנה טענות רלוונטיות לעניין זה, ככל שהן צומחות מתוך הערות בית המשפט המחוזי ומהנסיבות, אלו תישקלנה בעתיד. למעלה מן הצורך אעיר, כי בית המשפט איננו נדרש ל"שפיטה עצמית" לשם שקילת הטענות, אלא למקצועיות משפטית ושיפוטית [ר' לעניין זה גם ע"פ 1609/19 **שי שוראקי נ' מדינת ישראל** (6.3.2019)].

29. ההגנה טענה ארוכות בדבר הגדרת דיון יום 17.4.2018 כ"גישור" והפנתה לשורה של פסקי דין לפיהם, על פי הנטען "גישור סותר שיפוט" ולהיפך. טיעון זה נגוע בשיהוי משמעותי שכן בית המשפט לא התבקש לפסול עצמו לאחר ניהול אותו דיון שהתקיים לפני הכרעת הדין, או אחרי הכרעת הדין ועובר לטיעון לעונש - אלא היום ובדיעבד, ולאחר שהתקבלה הכרעתה של ערכאת הערעור, ומטעם זה בלבד יש לדחות אותו.



לגופו, טיעון זה אינו רלוונטי עוד לאחר שניתן פסק דין של בית המשפט המחוזי והוא הבסיס להכרעות מכאן והלאה.

עניין אישי ממשי

30. באי-כוח הנאשמים טענו כי מרשימת המניעויות של בית המשפט ניתן ללמוד שמותב זה מנוע מלדון בעניינים הנוגעים לחברת רמי לוי שיווק השקמה והחברות הנלוות לה. נראה כי כוונת ההגנה היא לטעון שבשל אותו קשר, ומאחר והתפרסם שחברת רמי לוי שיווק השקמה רכשה זכויות בחברת קופיקס אותה תבעה חברה שבבעלותו או שליטתו של הנאשם 2, בית המשפט מצא לנכון להחמיר עמו.

31. הטענה הועלתה באופן שאיננו ברור או מזוקק, ומדובר בדברים שהופרחו בעלמא, אין להם כל בסיס והם נעדרי אחיזה במציאות.

32. אין למותב זה "עניין אישי" בהליך דן או בתוצאותיו כהגדרתו בסעיף 77א(1)(2) בחוק בתי המשפט. סעיף זה קובע כי שופט לא ישב בדין כאשר "יש לשופט ענין כספי ממשי או ענין אישי ממשי בהליך או בתוצאותיו, בצד להליך, בבא כוחו או בעד מרכזי, או שלבן משפחה מדרגה ראשונה של השופט יש ענין כספי ממשי או ענין אישי ממשי בהליך או בתוצאותיו, בצד להליך או בבא כוחו".

"סעיף זה מקים חזקה חלוטה ולפיה אם יש לשופט או לבן משפחתו מדרגה ראשונה ענין כספי או אישי ממשי בהליך או בתוצאותיו בצד להליך או בבא-כוחו, יש בכך כדי לפגום באובייקטיביות השיפוטית. . . הגישה שאומצה בהקשר זה בפסיקה היא, אפוא, כי יש לפרש את המונח "ענין ממשי" על פי מבחן החשש הממשי למשוא פנים, תוך מתן משקל לקשר שבין הענין האישי ובין השופט וההליך שבו נתבקשה פסילתו"

[ר' ע"פ 566/21 אמיר ברמלי נ' מדינת ישראל (16.2.2021)].

33. רשימת המניעויות של בית המשפט אכן כללה בעבר את חברת רמי לוי שיווק השקמה והחברות הנלוות לה, וזאת בשל קשר אישי של בית המשפט עם בכירים בחברה. אין לבית המשפט כל ענין עסקי, כלכלי או אחר בתוצאות העסקיות של חברה זו או באלה של החברות הנלוות לה, מותב זה איננו מחזיק במניות או בזכויות אצל מי מהחברות הנ"ל, ובנסיבות אלה אין למותב זה או למי מבני ביתו "ענין אישי" בחברות אלה. חברות אלה, והקשר בינן ובין הנאשמים, לא היו רלוונטיות להכרעה בתיק שהתנהל בפניו, ובוודאי לא היו צד להליך. בנסיבות אלה, הדבר אינו מקים עילת פסילה, ולא היה מקום ל"גילוי נאות" בזמן ניהול ההליך, וכך גם היום.

מעבר לצורך אעיר כי גם טיעון זה לוקה בשיהוי ניכר שכן את רשימת המניעויות ניתן היה לברר בעבר.

יש לדחות גם טענה זו.



מראית פני הצדק

34. מדובר בשאלת המראית של המשך ישיבת השופט בדיון [יגאל מרזל "פסלות שופט: האתגר של מראית פני הצדק למבחן החשש הממשי למשוא פנים" **ספר שטרסברג-כהן** 229 (2017)].

מראית פני הצדק עשויה להצדיק פסילת שופט אך במקרים חריגים ביותר "... שבהם הנסיבות שתוארו עוררו אי נוחות שהצדיקה "ולו בשל מראית פני הצדק", החלפת השופט בשופט אחר. . . **מראית זו "אינה אלא ההשתקפות הסובייקטיבית של ההליך בלב בעל הדין ובלבות הציבור כולו** . . .". [ע"א 3345/17 **אמנון סלע נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ** (20.6.2017); ר' גם ע"פ 5/17 **חסן אלגדאמי נ' מדינת ישראל** (9.1.2017); ר' גם ע"פ 2194/17 **חיפה כימיקלים בע"מ נ' עיריית חיפה** (15.3.2017)].

35. אין להעדיף את מראית הצדק על עשיית הצדק [ר' ע"פ 1988/94 בעניין בראון הנ"ל, בעמ' 628]. ככלל, ככל שלא קיים חשש אובייקטיבי למשוא פנים גם אין עילת פסלות בשל מראית פני הצדק [ע"א 5210/16 **פלונים נ' הכשרה חברה לביטוח בע"מ** (16.8.2016)]; "הלכה היא כי אין להרחיב את השימוש בטענת מראית פני הצדק כעילת פסלות, שכן אז נימצא מרוקנים מתוכן את הילכות הפסלות שפותחו בבית-משפט זה. . . אכן, ישנה חשיבות כי הצדק לא רק יעשה אלא גם יראה, אך אמת-המידה לפסלות שופט איננה צומחת מהשאיפה למראית פני הצדק. **"השאלה איננה מה הרושם שיוצר בציבור הרחב או מה תגובתו של האדם הסביר"** [ע"פ 4223/02 **אוסמה עליאן נ' מדינת ישראל**, נו(4) 655 (2002); ר' גם ע"א 9108/08 **פלוני נ' פלונית** (9.12.2008)].

36. נראה כי טענה זו התמצתה בדבריו של בא-כוח הנאשמים בדיון מיום 21.2.2021 ולפיהם: "... לא יכולה להיות מחלוקת שנוצר מתח רב בין המותב שיושב בדיון ובין הנאשם, וגם לא יכולה להיות מחלוקת שמראית פני הצדק מצדיקה העברת התיק למותב אחר. . .".

אותו "מתח רב" איננו חלקו של בית המשפט. למותב זה אין כל ספק כי הוא יכול לדון בעניינים של הנאשמים ללא מורא וללא משוא פנים, גם כיום. ישיבה בדיון הינה חובה ולא זכות או פריבילגיה. אין מדובר בבחירה נוחה. העובדה כי המלאכה השיפוטית איננה נוחה, אינה מתירה לשופט להימנע ממנה, גם כשנקרית בדרכו ההזדמנות לעשות כן. השופט הוא עבדו של הציבור ולו הוא חב את נאמנותו ומרצו. ההימנעות מהחובה לשבת בדיון היא שתפגע באמון הציבור [ר' לעניין זה ע"פ 5756/95 **עדנאן עתאמנה נ' מדינת ישראל** (17.12.1995); ע"פ 1478/97 **מדינת ישראל נ' חן דוד**, פ"ד נא(4) 673, 677 (1997); וכן ע"א 4160/96 **אורי שחר נ' יצחק מושנוב** (29.7.1996)].

אמון הציבור במערכת ייפגע אם יחליט בית המשפט לפסול את עצמו מאחר שצד לדיון בחר לתקוף את בית המשפט או את התנהלותו בגין המלאכה השיפוטית ובשל תוצאות שאינן נוחות לו. לעניין זה אין אלא לצטט את כב' הנשיאה השופטת חיות:

"... עיקרון יסודי בדיני הפסלות, בין לפני תיקון 38 לחוק ובין לאחריו, הוא שאין לאפשר לבעל דין לקבוע מי יפסוק בעניינו או להחליפו כאוות נפשו באמצעות פרובוקציות... אחרת, כפי שכבר נפסק, יתאפשר לכל בעל דין שדעתו אינה נוחה מן המותב הדן בעניינו, לייצר לעצמו בדרך זו



"עניין אישי ממשי" ובכך "יפתח פתח רחב לכל בעל דין לבחור את המותב המתאים לו". . .

[ר' ע"פ 566/21 בעניין ברמלי הנ"ל].

לאור כלל האמור אני דוחה את הבקשה.

קובעת לטיעון לעונש ליום 29.4.2021 בשעה 15.00.

המזכירות תמציא החלטתי לצדדים.

זכות ערעור בתוך חמישה ימים.

ניתנה היום, ב' ניסן תשפ"א, 15 מרץ 2021, בהעדר הצדדים.