



ע"פ 1970/23 - שרחביל חסן עלי נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

ע"פ 1970/23

לפני:

כבוד הנשיאה א' חיות

המערער:

שרחביל חסן עלי

נ ג ד

המשיבה:

מדינת ישראל

ערעור על החלטתו של בית משפט השלום בירושלים
בת"פ 67392-12-18 שניתנה ביום 3.3.2023 על-ידי
השופטת הבכירה ש' לארי-בבלי;
תגובת המשיבה מיום 29.3.2023

בשם המערער:

עו"ד אמיר עליאן

בשם המשיבה:

עו"ד שרית משגב

פסק-דין

ערעור על החלטת בית משפט השלום בירושלים (השופטת הבכירה ש' לארי-בבלי; להלן: המותב) מיום 3.3.2023 בת"פ 67392-12-18 שלא לפסול עצמו מלדון בעניינו של המערער.

1. ביום 30.12.2018 הוגש נגד המערער כתב אישום שבו יוחסו לו עבירות מרמה שביצע, לפי המיוחס לו, בשנת 2014. בהמשך, ביום 3.3.2019 תוקן כתב האישום נגד המערער ויוחסו לו עבירות מרמה נוספות וכן עבירות שיבוש הליכי משפט.



2. ההליך הועבר לטיפולו של המותב, וביום 10.9.2019 התקיים דיון שבו הודיע ב"כ המערער באותה העת (להלן: הסנגור הראשון) כי המערער כופר במיוחס לו.

בהמשך, ביום 14.6.2020 התקיים דיון הוכחות. בפרוטוקול הדיון מתועדים הדברים הבאים:

"[הסנגור הראשון]: אני מתנצל על הדברים שאמרתי ומבקש למחוק אותם מהפרוטוקול. טעיתי ואני מבקש להתנצל. לא התנסחתי נכון ואני מתנצל.

בית המשפט מוחק את המלל לבקשת הסנגור.

[הסנגור הראשון]: לאחר ששמעתי את דברי בית המשפט אני מבקש הפסקה כדי לצאת לדבר עם התובע.

לאחר הפסקה:

ב"כ הצדדים: הגענו להסדר טיעון במסגרתו כתב האישום יתוקן בשנית, [המערער] יחזור בו מכפירתו. אין הסכמה בין הצדדים לענין העונש.

[הסנגור הראשון]: [המערער] חוזר בו מכפירתו.

ב"כ [המשיבה]: מגיש כתב אישום מתוקן.

בעקבות זאת, ולאחר שהמערער הבהיר כי כתב האישום המתוקן והסדר הטיעון הוסברו לו - הרשיע המותב את המערער במיוחס לו בכתב האישום המתוקן, ונקבע דיון לצורך הטיעונים לעונש.

3. ביום 27.7.2020 הגיש המערער בעצמו בקשה לקבלת תסקיר מבחן בעניינו, ובו ביום ניתנה החלטה המורה לב"כ המערער לנמק את הבקשה ולצרף את עמדת המשיבה. עם זאת, נימוק ועמדת המשיבה לא הוגשו.

ביום 5.8.2020 התקיים דיון טיעונים לעונש, ובסופו ניתנה החלטת המותב ולפיה גזר הדין יימסר לצדדים ביום 13.10.2020.

4. ביום 25.8.2020 הגיש המערער בעצמו "בקשה דחופה לחזרה מהודאה ובקשה לשחרור עו"ד מייצוג", בה טען, בין היתר, לכשל בייצוג מצד הסנגור הראשון. לטענתו, הסנגור הראשון "היה מרבה לא להופיע והיה לא מעדכן את ה[מערער] אודות מועדי הדיונים". המערער טען כי התנהלות הסנגור הראשון גרמה ל"מתח נורא" בינו ובין המותב, עד שבדיון שהתקיים ביום 14.6.2020 "החל [הסנגור הראשון] לצרוח על כב' ביה"מ [...], ואף כב' ביה"מ הטיח ב[הסנגור הראשון] טענות". המערער הוסיף כי "מצב מתוח זה קיבל ביטוי חלקי בפרוטוקול ביה"מ אשר לפי בקשתו של [הסנגור הראשון] נמחק המלל מן הפרוטוקול". לטענת המערער, ההתרחשויות בדיון הובילו אותו "בשיחה עם [הסנגור הראשון] למסקנה לפיה במידה [ו]הוא לא יודה הוא יורשע בכל מחיר ויחטוף עונש כפול והכל כדברי [הסנגור הראשון]". לפי המערער, הוסברה לו ההודאה אך לא השלכותיה, ובנסיבות אלה ההודאה לא "ביטאה רצון חופשי ומושכל".



5. בהמשך לבקשת המערער שחרר המותב את הסנגור הראשון מייצוג, וביקש את תגובתו ואת תגובת המשיבה לטענות ולבקשה לחזרה מן ההודאה.

המשיבה התנגדה לבקשה, ואילו הסנגור הראשון לא הגיב לה.

6. ביום 16.11.2020 התקיים דיון בהליך, ובפתח הדיון הודיע ב"כ המערער שייצגו באותה העת, כי אם יותר למערער לחזור בו מהודאתו תוגש בקשה לפסילת המותב נוכח האמור "בבקשת ה[מערער] ביחס למעורבות בית המשפט בהליך המשא ומתן ולאור מה שכתב שהודאתו באה מפחד מבית המשפט ולאור דין ודברים שהתנהלו בינו לבין [הסנגור הראשון]".

בתום הדיון נתן המותב החלטה בה ציין כי "אכן מצער ש[הסנגור הראשון] לא טרח להגיב לכל החלטותי ולא הגיש את תגובתו לטענותיו הקשות של [המערער]". עם זאת, נקבע כי אין מקום להתיר למערער לחזור בו מהודאתו וכי נימוקים מפורטים יינתנו במסגרת גזר הדין.

7. ביום 17.2.2021 גזר המותב את דינו של המערער ל-40 חודשי מאסר בפועל; למאסר בן שמונה חודשים על תנאי למשך שלוש שנים; לפיצוי כספי לאחד המתלוננים; ולקנס כספי (להלן: גזר הדין המקורי).

8. המערער הגיש ערעור לבית המשפט המחוזי על הכרעת הדין ועל גזר הדין (ע"פ 7020-04-21), וביום 21.10.2021 נתן בית המשפט המחוזי בירושלים את פסק הדין הבא:

"1. המערער חזר בו מהערעור על הכרעת הדין ובהמשך לכך נדחה חלק זה של הערעור.

2. גזר הדין שביסוד הערעור מבוטל.

שירות המבחן מתבקש להגיש לבית [משפט] השלום תסקיר לצורך גזר הדין עד 20.2.2022 והדיון יחזור לבית משפט השלום לצורך קבלת התסקיר והמשך הדרך בעקבותיו".

9. ביום 1.2.2023 הגיש שירות המבחן תסקיר בעניינו של המערער, ובסיכומו המליץ לאפשר למערער מיצוי אפיק טיפולי טרם סיום ההליך, וציין בהקשר זה "נמליץ על דחייה לתקופת ניסיון בת 3 חודשים, לצורך בחינת אפשרות השתלבותו בקבוצה טיפולית. בתום התקופה נגיש תסקיר משלים ונגבש המלצתנו בהתאם".

ביום 5.2.2023 התקיים דיון בהליך ובפתח הדיון ביקש ב"כ המערער לאמץ את המלצת שירות המבחן ולאפשר למערער להתחיל את ההליך שהומלץ. ב"כ המשיבה התנגד לבקשה זו וביקש לטעון לעונש באותו הדיון. ב"כ המשיבה טען כי נוכח התסקיר "יתכן שיש מקום להפחתה קלה בעונש [...] אך לא מעבר לכך. דינו של המערער למאסר ואף למאסר ממושך".



10. בפרוטוקול הדיון מצוינים בהמשך לכך הדברים הבאים:

"[ב"כ המערער]: אני שומע את הערות בית המשפט הנכבד, יחד עם זאת, חשוב להדגיש שבית המשפט המחוזי ללא התנגדות [המשיבה] במסגרת הערעור והורה על קבלת תסקיר. אם הייתה כוונה שבתסקיר תהיה סקירה של העובדות היה אפשר לציין את זה במסגרת הטיעונים, אבל גם לא אני וגם לא חברי וגם לבית המשפט המחוזי התכוון לזה, אלא התכוון ששירות המבחן יתן המלצה, ושירות המבחן נתן המלצה, אם כן למה נשלח לתסקיר?"

לאחר דברים אלה, נתן המותב את ההחלטה הבאה:

"בלית ברירה, ועל אף שאינני סבורה שיש מקום לדחייה, הרי משהורה בית המשפט המחוזי שיש לקבל תסקיר בענייניו של [המערער], יש למצות את זכויותי בשירות המבחן.

אציין כבר עתה, שגם אם ישתלב [המערער] בהליך טיפולי אינני סבורה שיהיה בכך לשנות את העונש שנגזר עליו באופן קיצוני.

[המערער] ביצע את העבירות המיוחסות לו לפני 5 שנים ולא טרח לנסות ולשקם את דרכיו עד כה. אני בהחלט בעד שישקם את דרכיו, אולם הוא יוכל ודאי לעשות כן לאחר שירצה את העונש שיושת עליו" [להלן: ההחלטה מיום 5.2.2023].

11. ביום 20.2.2023 הגיש המערער בקשה כי המותב יפסול את עצמו מלשבת בדין בעניינו. המערער טען כי דברי בית המשפט לא נכללו בפרוטוקול באופן מלא, אך בדיון ציין שהמערער ראוי לעונש חמור "וכי לא יפחית מגזר הדין שהטיל בעצמו שבוטל בהחלטת בית המשפט המחוזי, אלא לכל היותר מספר חודשים ללא כל קשר מה יהיה ואיזה הליך טיפולי [המערער] יעבור". בהקשר זה הפנה המערער לדברי המותב בהחלטה מיום 5.2.2023, ולפיהם "גם אם ישתלב [המערער] בהליך טיפולי, אינני סבורה שיהיה בכך כדי לשנות את העונש שנגזר באופן קיצוני". המערער טען כי הדברים "מעודנים מאד" ביחס למה שאמר המותב, אך מכל מקום - גזר הדין בוטל בפסק הדין במחוזי; תסקיר שירות המבחן טרם הוגש; והצדדים טרם טענו לעונש, ואף על פי כן המותב כבר ציין מפורשות כי "אין טיעון או שיקול לרבות [שיקום], שיכול להביא להפחתת [העונש] מלבד מספר חודשים בודדים". המערער טען כי המותב התעלם מכך שגזר הדין בוטל, והודיע כי גזר דינו החדש של המערער יהיה "נגזרת של גזר הדין הקודם שבוטל", באופן המחייב את פסילתו.

המשיבה התנגדה לבקשה וטענה כי המותב העיר שנויבות העניין "בשים לב לאופי העבירות ומהות ההליך, יצדיקו הפחתה מה בעונש אך לא מעבר לכך". נטען כי מדובר בעמדה "שעולה בקנה אחד עם עמדת [המשיבה] ואינה מקימה עילת פסלות". לפי המשיבה המותב היה "רשאי לחוות דעתו בפני הצדדים", ואין מקום לקבלת הבקשה "שכל מטרתה לשם הקלה נוספת בעונש מעבר למספר חודשים בודדים לכל היותר, אותה צפוי לקבל ככל שאכן יצלח ההליך הטיפולי אותו [המערער] מתחיל כעת".

12. ביום 3.3.2023 דחה המותב את בקשת הפסלות. בפתח הדברים סקר המותב את השתלשלות ההליך



וקבע כי מדובר ב"נדבך נוסף [בניסיונות המערער] לדחות את הקץ ולהימנע מריצוי עונש בגין מעשיו". המותב ציין כי בהחלטה מיום 5.2.2023 הורה על הדחייה שביקש שירות המבחן "על אף שציינתי שאני עושה כן בניגוד לדעתי ועל מנת לדקדק בהחלטתו של בית המשפט המחוזי". המותב הדגיש בהקשר זה כי מאחר שהמערער לא התחיל בהליך טיפולי או שיקומי עד מועד הגשת התסקיר או במועד מוקדם יותר מאז ביצוע העבירות "הרי שדחייה בת שלושה חודשים לא תביא לשינוי המיוחל, ולכן היא מיותרת. שונה הדבר מנאשם שהחל בהליך טיפולי ומצוי בעיצומו, והדחייה המבוקשת על מנת שיסיים את שהתחיל". המותב הוסיף כי בשל אמור בתסקיר ומאחר שהמערער "מצוי בשלב ראשוני של לקיחת אחריות על מעשיו והכרה בהתנהלותו העבריינית", ציין בדיון כי גם אם יחל המערער בהליך שיקומי "לא יהיה לכך משקל רב במסגרת גזר הדין". המותב ציין כי בדיון פנה אל ב"כ המשיבה ושאל "מדוע הורה בית המשפט המחוזי על שליחת [המערער] לשירות המבחן לצורך קבלת תסקיר לאחר ש[הסנגור הראשון] ויתר על כך, ואם כך סברה ערכאת הערעור, מדוע החזירה אליו את התיק לגזירה מחדש, ולא גזרה את עונשו של [המערער] במסגרת הערעור. המדובר היה בשאלה אינפורמטיבית לחלוטין". המותב הוסיף והדגיש כי ההערות שמייחס לו המערער באו לידי ביטוי במלואן בהחלטתו. כמו כן קבע המותב כי אף שגזר הדין בוטל והמערער נשלח לשירות המבחן, "ההנמקות בבסיס גזר הדין, הערכים המוגנים ונסיבות ביצוע העבירה לא השתנו", וכי אין באמור "כדי להוות גמירות דעת של [המותב] לעניין העונש שיוטל על [המערער] בסופו של הליך, ואשר יביא בחשבון את האמור בתסקיר הסופי".

13. מכאן הערעור שלפני, בו חוזר המערער על טענותיו ומוסיף טענות רבות בנוגע להתנהלות שהוא מייחס לסנגור הראשון וליחסו של המותב אליו, ובכלל זאת כי נמחקו דברים מפרוטוקול הדיון שהתקיים ביום 14.6.2020, לבקשת הסנגור הראשון.

המשיבה סבורה כי דין הערעור להידחות. לטענתה, התבטאויות המותב אינן מלמדות על כך שדעתו "ננעלה" באופן ש"שום שיקול או טיעון לא יכול לשנותה". לפי המשיבה, בהחלטה מיום 5.2.2023 קבע המותב כי גם אם ישתלב המערער בהליך טיפולי לא יהיה בכך כדי לשנות את העונש שנגזר עליו "באופן קיצוני", אך לא נקבע כי אין כל טיעון העשוי לשכנעו לשנות את גזר הדין. בהקשר זה מדגישה המשיבה כי המותב קיבל את הבקשה לדחות את הדיון ולקבל תסקיר נוסף, ודחה את עמדת המשיבה לטעון לעונש לאלתר. המשיבה מפנה בהקשר זה להבהרת המותב בהחלטתו בבקשת הפסלות כי דעתו לא "ננעלה". המשיבה מוסיפה כי אין מקום לקבל את טענות המערער בנוגע להתבטאויות שאינן מופיעות בפרוטוקול, מאחר שלא הגיש בקשה לתיקונו ובפרט נוכח הבהרת המותב כי ההערות שמייחס לו המערער באו לידי ביטוי במלואן בהחלטה מיום 5.2.2023. המשיבה טוענת כי עשוי להיגרם סרבול ממשי ואובדן ניכר של זמן שיפוטי מהעברת ההליך המצוי בשלבים מתקדמים ביותר למותב אחר.

14. עיינתי בטענות הצדדים, ובאתי לידי מסקנה כי דין הערעור להתקבל. בפתח הדברים אבהיר כי אין מקום להידרש לטענות המערער הנוגעות להתרחשויות בעת שטיפל בעניינו הסנגור הראשון. טענות אלה עוסקות באירועים שהתרחשו לפני שנים, ואף לאחר שהחליף המערער ייצוג לא ביקש את פסילת המותב בשל האירועים הנוטעים, אלא קשר בין טענת הפסלות ובין ההחלטה בבקשתו להתיר לו לחזור מהודאתו, ולפיכך לא הגיש בקשת פסלות בנוגע לאירועים אלה. מדובר, על כן, בטענות שלא הועלו "מיד לאחר שנודעה ל[בעל הדין] עילת הפסלות", כמצוות סעיף 146(ג) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ודי בכך כדי לדחות את הטענות.



15. טענתו העיקרית של המערער היא כי לאחר שגזר הדין המקורי בוטל בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, הביע המותב את דעתו בצורה נחרצת בנוגע להשפעת תסקיר שירות המבחן על גזר הדין הצפוי להינתן וזאת טרם שראה את תסקיר שירות המבחן וטרם שנשמעו הטיעונים לעונש.

עיון בהחלטות המותב מגלה כי בהקשר זה יש ממש בטענות המערער.

16. אכן, נקודת המוצא בענייננו היא כי העובדה שהמותב דן בעבר בעניינו של בעל דין אינה פוסלת אותו, מניה וביה, מלשוב ולהידרש לעניין לאחר התערבות ערכאת הערעור (ראו: ע"פ 6119/20 בושרי נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (8.9.2020)). זאת, "בשל הנחת המוצא בדבר המקצועיות השיפוטית של השופט היושב בדין ופתיחות הדעת שבה עליו להידרש לטעויותיו שלו" (ע"א 2450/21 פלוני נ' פלוני, פסקה 9 (9.5.2021)). בענייננו, אין מחלוקת כי גזר הדין המקורי בוטל וכי בית המשפט המחוזי החזיר את הדין למותב על מנת שיגזור מחדש את עונשו של המערער לאחר שיקבל תסקיר מטעם שירות המבחן. מכאן נובע, כי על המותב לגזור את דינו של המערער בלב פתוח ובנפש חפצה לאחר שיידרש לתסקיר שירות המבחן שיוגש.

חרף האמור, המותב ציין בהחלטתו מיום 5.2.2023 כי ההחלטה לדחות את הדין על מנת לאפשר למערער "למצות את זכויותיו בשירות המבחן", מתקבלת "בלית ברירה" ובניגוד לדעתו, והוסיף והבהיר בהקשר זה בהחלטתו בבקשת הפסלות, "ברחל בתך הקטנה", כי "דחייה בת שלושה חודשים לא תביא לשינוי המיוחל, ולכן היא מיותרת" (ההדגשה הוספה). ההחלטה לאפשר למערער "למצות את זכויותיו בשירות המבחן", מחד, לצד הבהרה כי הדבר מיותר, מאידך - מעוררת קושי. אני סבורה כי דברים אלה, המצטרפים להבהרת המותב כי גם אם יחל המערער בהליך שיקומי "לא יהיה לכך משקל רב במסגרת גזר הדין", עלולים להתפרש באופן החורג מפתיחות הדעת המצופה מבית המשפט בעת שהוא ניגש לדון מחדש בסוגיה שבה התערבה ערכאת הערעור. בנסיבות אלה, ראוי כי המותב ימנע מלהמשיך לדון בהליך, ולו מטעמים של מראית פני הצדק.

17. אשר על כן, הערעור מתקבל והדין בגזירת עונשו של המערער בת"פ 67392-12-18 יועבר לטיפולו של מותב אחר.

ניתן היום, כ"ט בניסן התשפ"ג (20.4.2023).

ה נ ש י א ה