



ע"פ 2601/22 - יעקב נחימוב נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

ע"פ 2601/22

לפני:

כבוד הנשיאה א' חיות

המערער:

יעקב נחימוב

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל

ערעור על החלטתו של בית משפט השלום באשקלון
מיום 11.4.2022 בת"פ 42371-09-17 שניתנה על
ידי סגנית הנשיא ע' חולתא

בשם המערער:

עו"ד רונן חליוה

פסק-דין

ערעור על החלטת בית משפט השלום באשקלון (סגנית הנשיא ע' חולתא) מיום 11.4.2022 בת"פ 42371-09-17 (להלן: ההליך) שלא לפסול עצמו מלדון בעניינו של המערער.

1. ביום 11.3.2019 הוגש נגד המערער כתב אישום המייחס לו עבירות של תקיפת בת זוג לפי סעיף 382(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977; של איומים לפי סעיף 192 לחוק העונשין; של תקיפה בנסיבות מחמירות לפי סעיף 382(ג) לחוק העונשין; ושל היזק לרכוש במזיד לפי סעיף 452 לחוק העונשין.

למערער שני ילדים קטינים (להלן: הקטינים), ושניהם בחזקתו.

2. המערער כפר במיוחס לו, ובתום ניהול הוכחות הורשע ביום 29.6.2020 בשורת עבירות אלימות ואיומים כלפי אשתו לשעבר. במעמד הדיון, ולאחר הקראת הכרעת הדין, ביקש ב"כ הנאשם כי ייערך תסקיר מטעם שירות המבחן "כך שבפני בית המשפט יעמדו המלצות שיתייחסו לא רק ל[מערער] עצמו, אלא גם למידע נוסף שקשור לילדים הקטינים".



המותב דחה את הבקשה וקבע, בין היתר, כי אין מקום לבחון "הליך טיפולי או שיקומי שעשוי להיות רלוונטי לעונש, וזאת לאור עמדתו של ה[מערער] ביחס למעשים שבהם הורשע".

3. ביום 27.7.2020 התקיים דיון שבו טענו הצדדים לעונש. ב"כ המערער טען כי מרשו מפרנס לבדו את שני הקטינים ואת אמו, וכי מאסרו של המערער יגרום לו ולכל הסובבים אותו "תסבוכת כלכלית עצומה", וכן יגרום לפגיעה בלתי הפיכה בקשר בין הקטינים ובין אמם.

בתום הדיון נתן המותב החלטה בה הורה לממונה על עבודות השירות להגיש חוות דעת בעניין התאמתו של המערער לריצוי עונשו בדרך של עבודות שירות.

4. ביום 19.10.2020 גזר המותב את עונשו של המערער לארבע שנות מאסר בפועל יחד עם מאסרים מותנים, קנס ופיצוי לנפגעת העבירה. בגזר הדין קבע המותב, בין היתר, כי:

"בהיעדר קביעות ברורות ומפורשות כי הטלת עונש מאסר על [המערער] תגרום נזק מיוחד לקטינים, לא ניתן לשלול ודומה כי בית המשפט אף חייב, מבחינה נורמטיבית, להניח כי לפחות בטווח הארוך, יהיה בענישה ההולמת את חומרת המעשים, להעביר מסר נורמטיבי, מיטיב ומקדם גם כלפי הילדים באופן שיתרום באופן חיובי לפיתוחם כבוגרים עצמאיים ונורמטיביים המשוחררים מעולה של השקפת עולם פסולה ובזויה, המעודדת ומאפשרת אלימות כלפי נשים במסגרת המשפחתית".

5. המערער ערער על פסק הדין לבית המשפט המחוזי בבאר שבע (סגן הנשיאה א' ביתן והשופטים ג' שלו ו'י' דנינו), וביום 7.4.2021 התקבל הערעור בהסכמת הצדדים. בפסק הדין בערעור נקבע, בין היתר, כי "בהתנהלות [המותב] לאחר מתן הכרעת הדין נפלו מספר שגגות, שבגינן מוצדק לבטל את גזר הדין ולהשיב את התיק לבית המשפט קמא לצורך שמיעת טיעונים לעונש וגזירת הדין". בהקשר זה קבע בית המשפט המחוזי כי היה על המותב להזמין תסקיר של שירות המבחן לפני גזירת הדין, וכי בענייננו "הנחיצות המובהקת" נעוצה, בין היתר, בכך שהמותב "נחשף לעובדה שהמערער מגדל את שני הילדים הקטינים של המתלוננת ושלו כהורה יחידני, ולא הוצגה לבית המשפט קמא כל התייחסות באשר לגורל הילדים עם שליחתו למאסר", ובכך שהמערער נעדר עבר פלילי. בית המשפט המחוזי הוסיף כי המותב שגה בקבעו כי לא הוכחה הפגיעה בקטינים, מאחר שמדובר בטענה שאינה צריכה הוכחה בנסיבות, וכי היה על המותב לבחון את העניין אף מיוזמתו. בהקשר זה הוסיף בית המשפט המחוזי כי "לא מצאנו טעם בהערות של [המותב] כי יש להניח שלפחות בטווח הארוך, הענישה שהוטלה על המערער תעביר מסר מיטיב ומקדם גם לילדי המערער".

נוכח האמור, הציע בית המשפט המחוזי לצדדים כי גזר הדין יבוטל וכי התיק יוחזר לבית המשפט קמא לקבלת תסקיר ושמיעת טיעונים לעונש. הצדדים הסכימו להצעה זו והמשיבה הסכימה גם לתיקון כתב האישום בשל התיישנות חלק מהעבירות שבהן הואשם המערער. משכך ביטל בית המשפט המחוזי את גזר הדין, הורה לשירות המבחן להגיש לבית משפט השלום באשקלון תסקיר שיתייחס, בין היתר, למצבם של הקטינים וקבע כי לאחר קבלת התסקיר יטענו הצדדים לעונש על בסיס הכרעת הדין המתוקנת.

6. בעקבות הערעור, ביום 8.4.2021 נתן המותב החלטה בה הורה לשירות המבחן להגיש תסקיר לעונש עד ליום 23.5.2021 ונקבע מועד לשמיעת טיעונים לעונש ליום 10.6.2021.



ביום 18.5.2021 הוגש תסקיר מטעם שירות המבחן. בהמשך לכך, הגישו הצדדים בקשות שונות לדחיית הדיון שנקבע לשמיעת הטענות לעונש מסיבות שונות, ובהן, בין היתר, הודעת המשיבה כי לא תוכל להתייצב לדיון בבית משפט השלום בבאר שבע, שאליו עבר המותב בינתיים. לבסוף, ביום 19.7.2021 נתן המותב החלטה כי הדיון יתקיים ביום 30.11.2021 בבית משפט השלום בבאר שבע, וקצב מועדים להגשת טענות כתובים לעונש.

7. לאחר שהמשיבה הגישה את טענותיה הכתובים לעונש, ביום 29.9.2021 הגיש ב"כ המערער הודעה בה טען, בין היתר, כי "אין בטיעוני [המשיבה] כל התייחסות לבקשה להעברת התיק למותב אחר, נוכח הנסיבות שנוצרו". כמו כן ביקש ב"כ המערער כי יוגש תסקיר משלים מאחר שהמערער השתלב בינתיים בהליך טיפולי.

בו ביום נתן המותב החלטה בה ביקש כי ב"כ המערער יפנה אותו לבקשת פסלות או לבקשה להעברת ההליך למותב אחר אם הוגשה כזאת "ונעלמה בטעות מעיני בית המשפט". המותב הוסיף כי ככל שלא הוגשה בקשה כאמור ובכוונת המערער להגישה, המועד לעשות כן הוא עד ליום 5.10.2021. כמו כן קבע המותב כי יוגש תסקיר נוסף עד ליום 1.11.2021.

8. למחרת, ביום 30.9.2021, הגיש המערער "בקשה לשינוי מותב", בה טען כי בית המשפט המחוזי קבע שנעשו בתיק "מספר טעויות" אך נמנע "מטעמי כבוד" מלפסול את המותב מלהמשיך לדון בהליך, "לאחר שהובהר כי [למערער] זכות בדיון לבקש זאת". המערער טען עוד כי "נוכח מסת הטענות והשגגות לרבות תוכן הביקורת אשר נמתחה בערעור", הוא סבר שהמותב ישקול מיוזמתו אם ראוי שימשיך לדון בהליך משיקולים של מראית פני הצדק. לטענת המערער, התבטאויות המותב כלפיו "קשות ביותר" וספק אם המותב יוכל לקבל את השינוי בנסיבות ואת הביקורת שנמתחה כלפיו ב"לב פתוח ובנפש חפצה". נטען כי המותב גיבש דעה קדומה בנוגע למערער, וכי מראית פני הצדק מחייבת את החלפת המותב לגזירת העונש.

כמו כן לטענת המערער התסקיר שהגיש שירות המבחן לא התייחס להשלכות על הקטינים, חרף הוראת בית המשפט המחוזי, ובינתיים השתלב המערער בהליך טיפולי, ומשכך יש להפנותו לבחינת הליך שיקומי "בהתאם להמלצת שירות המבחן".

9. המשיבה הודיעה כי היא מתנגדת לבקשת המערער להחלפת המותב, וביום 18.10.2021 נתן המותב החלטה בה קבע כי הצדדים ישלימו את טענותיהם בנוגע לבקשה להחלפת המותב בדיון הקבוע ליום 30.11.2021.

במועד זה, טענו הצדדים בעניין פסלות המותב, וב"כ המערער טען, בין היתר, כי בית המשפט המחוזי מתח ביקורת קשה על המותב שלא שוקפה בפרוטוקול הדיון בערעור, וכי בית המשפט המחוזי הפנה אותו להגיש את בקשת הפסלות למותב. לטענתו, מסיבה זו נקבע בפסק הדין בערעור כי ההליך יוחזר "לערכאה הדיונית" ולא פורש כי ההליך יוחזר למותב. בהתייחסו למועד הגשת בקשת הפסלות טען ב"כ המערער כי סבר שהמותב יפסול את עצמו מיוזמתו, אך לאחר שלא נעשה כן – הגיש את הבקשה. ב"כ המשיבה, מצדה, חזרה על התנגדותה לבקשת הפסלות וטענה, בין היתר, כי בית המשפט המחוזי התכוון שההליך יוחזר לטיפולו של המותב.

10. ביום 11.4.2022 דחה המותב את בקשת הפסלות. בפתח החלטתו ציין המותב כי "בשל תקלה בלשכתי,



החלטה זו לא פורסמה במערכת בתום כתיבתה. תקלה זו התגלתה היום, וכעת מפורסמת ההחלטה, באיחור. עם הצדדים הסליחה". לגופו של עניין קבע המותב כי מצב שבו גזר דין מבוטל בערעור וההליך מוחזר לצורך גזירת עונש חדש לאותו מותב אינה חריגה, וכי כאשר ערכאת הערעור סבורה שיש להחזיר את ההליך למותב אחר מזה שגזר את העונש – הדברים נכתבים במפורש. כמו כן הפנה המותב לפסיקה שלפיה יש להבחין בין "דעה קודמת", ל"דעה קדומה" המתקיימת רק כשהיא נחרצת ללא אפשרות סבירה לשינוי, ורק אז קם חשש ממשי למשוא פנים. בענייננו, כך הבהיר המותב, אמנם יש לו "דעה קודמת" בעניינו של המערער – שהרי המותב שמע ראיות בהליך וכתב הכרעת דין מנומקת ש"תקפה ועומדת גם כיום", בכפוף לעבירות שנמחקו בערעור מחמת התיישנות. עם זאת, המותב הדגיש כי דעתו אינה "נעולה" בנוגע לגזר הדין, וכי כאשר יגש לגזירת העונש מחדש יעשה זאת "תוך שמיעת טיעון לעונש מחדש ועל בסיס נתונים וטיעונים, שחלקם השתנו", ובהתאם יגזור את העונש לפי הנתונים שיובאו בפניו.

לצד האמור הוסיף המותב כי בקשת הפסלות הוגשה בשיהוי משמעותי, זמן רב לאחר מתן פסק הדין בערעור, ובינתיים אף הוגשו בקשות שונות להכרעת המותב וניתנו על ידו החלטות. המותב קבע כי לא ניתן לקבל את הטענה שהמערער המתין לכך שהמותב יפסול את עצמו, ומכל מקום – התברר לצדדים כי המותב אינו מתכוון לעשות כן לאחר שהורה לצדדים להגיש טיעונים כתובים לעונש.

11. מכאן הערעור שלפני, בו מפנה המערער לפסק הדין של בית המשפט המחוזי בו נקבע כי נפלו מספר שגגות המצדיקות את ביטול גזר הדין. לטענתו, בערעור עלו "דברים חריגים" שלא תועדו במלואם, ולפיכך הצדדים קיבלו את המלצת בית המשפט המחוזי, כאמור לעיל. המערער טוען כי "הצטרפותן של כלל 'השגגות'" עם "אמירות נחרצות וקשות כלפיו", מחייבות את פסילת המותב. המערער טוען כי אין אפשרות שהמותב יחזור בו מאמירותיו הקשות כלפי המערער וכלפי התלויים בו. לטענתו, המותב שגה בקבעו שאין בענייננו דבר חריג, מאחר שדברי המותב כי מאסרו של המערער ייטיב עם ילדיו "טוב ולא היו נאמרות כלל", והותירו את המערער ובא-כוחו "המומים". לפי המערער התבטאות זו מלמדת על "דעה מוקדמת וקדומה כאחד" והיא מתווספת לאמירות קשות נוספות.

באשר לעיתוי הגשת בקשת הפסלות טוען המערער כי על פי הדין החלטה בבקשת פסלות יש לתת "לאלתר" וחרף כך המותב נתן את ההחלטה בבקשת הפסלות רק בחלוף מספר חודשים מהגשת הבקשה, ומשכך "לא ברור כיצד שופט יכול לבקר את ההגנה בשיהוי". מכל מקום, לטענת המערער הבקשה כלל לא הוגשה בשיהוי וכי הוא ציפה שהמותב ישקול "בכובד ראש" את הביקורת שהופנתה כלפיו ויזום את העברת ההליך בלא שתוגש בקשה.

12. עיינתי בערעור על נספחיו, ובאתי לידי מסקנה כי דינו להידחות. טענותיו של המערער מתמקדות בכך שגזר הדין שנתן המותב בוטל על-ידי ערכאת הערעור, וחרף קביעותיו של המותב בעניינו, ההליך הוחזר להמשך טיפולו. חזון נפרץ הוא שערכאת הערעור אף כשהיא מתערבת בגזר דין שניתן מחזירה את ההליך לטיפולו של אותו המותב לצורך גזירת עונש חדש. כבר נפסק כי התערבות בגזר-הדין היא בלבד אין בה כדי להוביל מניה וביה, לפסילת המותב, אלא יש לבחון אם קם חשש ממשי למשוא פנים (ראו והשוו: ע"פ 6119/20 בושרי נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (8.9.2020)). בענייננו, לא מצאתי כי קם חשש כזה. המערער טוען כי התבטאותו של המותב שלפיה אפשר שמאסרו ייטיב עם הקטינים, מלמדת כי דעתו של המותב "נעולה" נגדו. התבטאות זו אכן הייתהמיותרת וטוב היה אלמלא נכתבה, ובית המשפט המחוזי אף ציין מפורשות כי "לא מצא טעם" בהתבטאות הזו. ואולם, פרט לכך המערער לא פירט מהן אותן "אמירות קשות" המצדיקות את פסילת המותב לשיטתו. ככל שמדובר בקביעות שבהכרעת הדין, בצדק ציין המותב כי הכרעת הדין לא בוטלה, וברי כי הקביעות שבה אינן יכולות להצדיק את פסילת המותב. ומכל מקום – אף אם היה ההליך מועבר למותב אחר לצורך גזירת העונש, היה אותו מותב מסתמך על הכרעת הדין, בכפוף לעבירות שנמחקו



מחמת התיישנות במסגרת הערעור. המותב הוסיף והבהיר כי דעתו אינה "נעולה" וכי ישמע את הטענות לעונש על בסיס הנתונים החדשים שיוצגו בפניו, לרבות תסקירי שירות המבחן, וחזקה עליו כי כך אכן יעשה.

13. העובדה כי בית המשפט המחוזי קבע שנפלו בגזר הדין מספר "שגגות" אינה מצדיקה את פסילת המותב. כבר נפסק כי הליכי פסלות שופט אינם האכסניה המתאימה להעלאת טענות נגד תוכן ההחלטות השיפוטיות הניתנות על-ידי השופט היושב בדין לשם כך קיים המסלול הערעורי. (ראו והשוו: ע"פ 2153/22 בנימין נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (30.3.2022)). בענייננו, המערער העלה בערעור בפני בית המשפט המחוזי את טענותיו בדבר שגגות שנפלו בפסק דינו של המותב, ואלה התקבלו בחלקן. אין להלום מצב שבו ההחלטות השיפוטיות שאינן מקימות עילת פסלות כשלעצמן, תיצורנה עילת פסלות אך מהטעם שערכאת הערעור מצאה כי נפלו שגגות באותן החלטות והיא עשתה לתיקון.

14. נוכח המסקנה שאליה הגעתי מתייתר הצורך להכריע בשאלה אם טענת הפסלות הועלתה בשיהוי, אך ראיתי להעיר כי סעיף 146(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, מורה שטענת פסלות תועלה "לפני כל טענה אחרת". בנסיבות אלה, דומה כי אכן נפל שיהוי בהעלאת הטענה חודשים לאחר שניתן פסק הדין בערעור ולאחר שהמערער הגיש למותב בקשות שונות. ספק בעיני אם העובדה שהמותב לא הכריע בבקשת הפסלות לאלתר כמצוות סעיף 77(ב) לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984, יכולה לרפא את השיהוי שדבק בהעלאת טענת הפסלות, אך נוכח המסקנה שאליה הגעתי – איני רואה צורך לקבוע מסמרות בעניין.

מכל הטעמים המפורטים, הערעור נדחה.

ניתן היום, כ"ד באייר התשפ"ב (25.5.2022).

ה נ ש י א ה