

## ע"פ 5721/17 - מוחמד בן עבד אלפתאח חאג' יחיא נגד מדינת ישראל

### בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5721/17

לפני:  
המערער: כבוד הנשיאה מ' נאור  
מוחמד בן עבד אלפתאח חאג' יחיא

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על החלטת בית משפט השלום בכפר-סבא מיום  
6.7.2017 בת"פ 1583-05-17 שניתנה על ידי כבוד  
השופטת מ' גרינברג  
תגובת המשיבה מיום 8.8.2017

בשם המערער: עו"ד איהאב ג'לג'ולי; עו"ד משה מאור

בשם המשיבה: עו"ד יאיר חמודות

### פסק-דין

לפניי ערעור על החלטת בית משפט השלום בכפר סבא (כבוד השופטת מ' גרינברג) מיום 6.7.2017 להעביר את  
הדין בת"פ 1583-05-17 למותב אחר.

רקע

1. נגד המערער הוגש כתב אישום המייחס לו עבירות שונות לפי פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973. ביום 22.6.2017 התקיים דיון גישור בין הצדדים. הליך הגישור לא צלח, אך בסוף הדיון הודה המערער בעבירות שיוחסו לו שלא במסגרת הסדר טיעון. בתום דברים אלה החליט המותב לקבוע דיון לטיעונים לעונש בפניו. בתגובה להחלטה זו המשיבה ביקשה שהדיון יועבר למותב אחר לשם שמיעת הטיעונים לעונש. זאת משום שהמותב ניהל את הליך הגישור ובמסגרת זו, לטענת המשיבה, הביע דעתו על טיבן של העבירות המיוחסות למערער ועל סוגיות הקשורות למתחם הענישה הראוי. הבקשה להחלפת המותב נדחתה על ידי בית המשפט קמא (החלטה מיום 22.6.2017). ביום 27.6.2017 הגישה המשיבה בקשה חוזרת באותו עניין. בית המשפט קמא נעתר לבקשה זו וקבע שהמשך הדיון בתיק יישמע בפני מותב אחר (החלטה מיום 6.7.2017). זאת על אף שקבע שהבקשה לא הוגשה על פי סדרי הדין הקבועים בחוק.

על החלטה זו הוגש הערעור שלפניי.

#### טענות הצדדים

2. המערער הכיר בכך שבמקרים כמו המקרה דנן - בהם המותב שימש כמגשר במסגרת דיון מקדמי - יש על פי רוב חובה להעביר את המשך הדיון בתיק למותב אחר, אולם לשיטתו במקרה זה יש לנהוג אחרת עקב טעמים פרוצדורליים. המערער טען כי יש לראות בבקשת המשיבה להעביר את הדיון למותב אחר כבקשה לפסלות שופט, ועל כן זו כפופה להוראות החוק הרלוונטיות במקרים אלה. בהמשך לכך המערער טען שהבקשה החוזרת מטעם המשיבה לא הוגשה בהתאם לסדרי הדין הקבועים בחוק, ועל כן יש לראות את החלטת המותב מיום 22.6.2017 - שלא להעביר את הדיון למותב אחר - כחלוטה. לשיטת המערער במקרה זה לא קיימים טעמים מיוחדים המצדיקים סטייה מסדרי הדין הקיימים והפיכתה של החלטה חלוטה. לסיום המערער טען שלמרות שבהחלטה מיום 6.7.2017 נכתב לכאורה כי הוא נתן את הסכמתו לבקשת המשיבה להעברת הדיון, הרי שזו מעולם לא ניתנה ושאר מטעם זה יש לקבל את הערעור.

3. בתגובתה חזרה המשיבה על טענותיה כפי שפורטו בבקשה החוזרת מיום 27.6.2017. טענתה המרכזית של המשיבה היא שבמקרים בהם המותב היה מעורב בהליך גישור בין הצדדים, קיימת חזקה חלוטה המחייבת את פסלותו והעברת המשך הדיון למותב אחר. לשיטת המשיבה הבקשה החוזרת הוגשה טרם חלפו חמישה ימים ממועד ההחלטה הראשונה, פרק הזמן הקבוע בחוק להגשת ערעור על החלטת פסלות שופט (סעיף 147(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982), ועל כן זו כלל לא הייתה חלוטה. לחלופין המשיבה טענה כי אף אם קיימים פגמים

פרוצדוראליים מסוימים באופן בו הוגשה הבקשה החוזרת, והתקבלה החלטת בית המשפט קמא בעקבות כך, הרי שבמקרה זה יש טעם ראוי להתיר סטייה מכללים אלה. זאת נוכח החזקה החלוטה הקיימת לשיטתה במקרים כגון דא בכלל והתבטאויותיו של המותב במסגרת הליך הגישור לעניין מתחם הענישה בפרט.

דין

4. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים ובהחלטת בית המשפט קמא, הגעתי לידי מסקנה כי דין הערעור להידחות. בקשתה של המשיבה להחלפת המותב הוגשה בהסתמך על סעיף 143א(ה) לחוק סדר הדין הפלילי בו נקבע כי:

דין מקדמי (ה) לא הסתיים הדיון בכתב האישום במסגרת דיון מקדמי לפי סעיף זה, יעביר בית המשפט את הדיון בכתב האישום לשופט אחר שימשיך לדון בו [...]

בעניין זה נפסק כי הוראות הסעיף חלות אף בהליכי גישור, הגם שהליך זה אינו מצוין במפורש בלשון הסעיף, ושיש לראות בבקשה המוגשת לפי סעיף זה משום בקשת פסלות שופט (ע"פ 4877/13 עוידה נ' מדינת ישראל, פס' 6-9 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס (22.4.2014) (להלן: עניין עוידה)). בהתאם לכך הרי שעל בקשות אלו חלים סדרי הדין הרלוונטיים להליכי פסלות שופט. לעניינו יש לציין את הוראות סעיף 147 לחוק סדר הדין הפלילי הקובעות, בין השאר, כי על בעל דין המתכוון לערער על החלטת פסלות להודיע על כך מיד לבית המשפט ולהגיש את ערעורו תוך חמישה ימים. כמו כן יודגש כי בהתאם לקבוע בסעיף 77א(ג) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ערעור על החלטת פסלות יוגש לנשיא בית המשפט העליון. הוראות אלו הן שעומדות בבסיס טענותיו הפרוצדוראליות של המערער, אשר טען כי בקשתה החוזרת של המשיבה היא מעין ערעור פסלות שהוגש ללא הודעה ושלא לערכאה המתאימה – ועל כן ההחלטה המקורית הפכה חלוטה. במקרה דנן איני רואה צורך להכריע בשאלת הפגמים הפרוצדוראליים שנפלו לכאורה בהליך, שכן אף אם אניח שאלו אכן קיימים הרי שלדידי דינו של הערעור להידחות. לעניין זה יש לזכור שעל אף חשיבותם הרבה של כללי סדר הדין בכלל והפלילי בפרט, הרי שאלו מותרים מקום לשיקול דעתו של בית המשפט (ע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד א 5, 18-19 (1949); בש"פ 6292/00 חורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 523, 528-526 (2000); יעקב קדמי סדר הדין בפלילים: חלק שני – הליכים שלאחר כתב אישום כרך ב 2135-2129 (התשס"ט-2009)). לא למותר לציין שזו גם הייתה הגישה בפסק הדין בעניין עוידה, עת בית המשפט בחר לבחון המקרה לגופו על אף השיהוי שהיה קיים במקרה ההוא (שם, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס).

5. לשיטתי, במקרה זה קמה חזקה חלוטה המחייבת את החלפת המותב. בעניין עווידה פסק בית המשפט כי:

" לאור הדמיון בין הטעמים העומדים בבסיס ההסדר שבסעיף 143א(ה) לחוק סדר הדין הפלילי לבין הטעמים העומדים בבסיס דיני הפסלות, דומני כי סעיף 143א(ה) לחוק סדר הדין הפלילי יצר למעשה עילת פסלות סטוטורית, נוספת על העילות המפורטות בסעיף 77א(1). הסעיף מקים חזקה חלוטה, לפיה למצער במקרים בהם הושג הסדר טיעון חלקי, בנוגע להודאה בעובדות, בדרך כלל בכתב אישום מתוקן, נדרשת העברת הדיון מהשופט המגשר לשופט אחר, שלא השתתף בהליך המקדמי. [...]". (שם, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס)

סעיף 143א(ה) קובע אם כן חזקה סטוטורית המצטרפת לאלו הקבועות בסעיף 77א(1) לחוק בתי המשפט ומחייבת את החלפת המותב גם במקרים כגון דא, בהם הליך הגישור כשל לחלוטין (ע"פ 1061/16 רובינב נ' מדינת ישראל, פס' 7-9 לפסק דיני (11.2.2016)). זאת נוכח החשש למשוא פנים הקיים בעניינו של מותב אשר ישב בדיון מקדמי. חשש הנובע מאופיו המיוחד של דיון זה שנועד לעודד הידברות פתוחה בין הצדדים (ראו: דברי הסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 41) (דיון מקדמי), התשס"ה, ה"ח 158; עניין עווידה, פס' 9-11 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס). חזקה זו מייטרת את הצורך להוכיח חשש ממשי למשוא פנים במקרה הקונקרטי, ומצדיקה במקרה דנן את העברת הדיון למותב אחר ודחיית הערעור.

6. טרם סיום אתיחס בקצרה לטענתו של המערער כי בהחלטה מושא הערעור נכתב לכאורה כי בא כוחו נתן הסכמתו לבקשת המשיבה להעברת הדיון. כאמור המערער טען שהסכמה שכזו מעולם לא ניתנה והדבר מהווה טעם נוסף לקבלת הערעור. לאחר עיון בהחלטת בית המשפט קמא מיום 6.7.2017, אין בידי לקבל טענה זו. בהחלטה נכתב מפורשות כי הסכמת בא כוח המערער ניתנה באופן מהותי, קרי לגבי עצם טענתה של המשיבה כי במקרים כגון אלה יש על פי רוב להעביר הדיון למותב אחר, אך שהוא התנגד לבקשה זו מטעמים פרוצדוראליים. זוהי גם עמדת המערער כפי שהיא הובאה לפניי בערעור דנן ומכאן שטענותיו של המערער הובנו במלואן על ידי בית המשפט קמא טרם מתן החלטתו.

סוף דבר, דין הערעור להידחות.

ניתן היום, כ"ט באב התשע"ז (21.8.2017).

ה נ ש י א ה