

## ע"פ 7513/22 - אונור קלש נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

ע"פ 7513/22

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות

המערער: אונור קלש

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 2.11.2022 בתפ"ח 28607-01-22 שניתנה על ידי כבוד השופט ש' מלמד

בשם המערער: עו"ד ליאור שביט

### פסק-דין

ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (השופט ש' מלמד; להלן גם: המותב) מיום 2.11.2022 בתפ"ח 28607-01-22, שבה נדחתה בקשת המערער לפסילת המותב מלדון בהליך.

1. ביום 13.1.2022 נפתח ההליך נושא הערעור דנן, שעניינו כתב אישום שהוגש נגד המערער ונאשם נוסף ובו מיוחסות למערער, בין היתר, עבירות של ניסיון רצח ואיומים. בתחילה נוהל ההליך על ידי הרכב תלתא בראשות השופט י' לוי, אך ביום 7.4.2022 ביקש המערער את החלפת ההרכב מכיוון שהליך נוסף שמתנהל בעניינו נדון בפני אותו ההרכב (תפ"ח 35851-11-21; להלן: התיק הפלילי הנוסף). על רקע זה הורה סגן הנשיא ב' שגיא ביום 10.5.2022 על העברת ההליך הנוכחי להרכב בראשות השופטת הבכירה ג' רביד.

2. במקביל, החל מחודש ספטמבר 2021 נדונו בפני המותב שלושה הליכי מעצר הנוגעים לפרשיות שבהן

עמוד 1

מעורב המערער. כך, ביום 5.9.2021 הוגשה בקשה למעצרו עד תום ההליכים של אדם שלגביו נטען כי במהלך האירוע נושא כתב האישום נגדו, הוא נהג ברכב ששייך למערער (מ"ת 6250-09-21) (להלן: הליך המעצר הראשון). בהליך התקיימו מספר דיונים, וביום 31.3.2022 נתן המותב החלטה שבה דן בשאלת קיומן של ראיות לכאורה ועילת מעצר. במסגרת תיאור הראיות והטענות שהוצגו בהליך, התייחס המותב למערער כאל "חברו של [הנאשם], מחזיק הרכב" וכאל מי ש"נחקר כחשוד בתיק הירי" מכיוון שאיים על המתלונן באותה פרשה.

ביום 15.11.2022 הוגשה בקשה למעצרו עד תום ההליכים של חמשת הנאשמים בתיק הפלילי הנוסף, ובהם המערער (מ"ת 35557-11-21) (להלן: הליך המעצר השני). ביום 10.5.2022 וביום 16.6.2022 נתן המותב החלטות בעניינם של שניים מהנאשמים האחרים, ובתוך כך התייחס למערער כאל מי שמעורב בפרשה נושא ההליך. לבסוף, ביום 13.1.2022 הוגשה בקשה למעצרו עד תום ההליכים של הנאשמים בהליך הנוכחי (מ"ת 28675-01-22) (להלן: הליך המעצר השלישי). הליך זה נוהל בתחילה על ידי השופט מלמד, אך ביום 15.5.2022 ניתנה החלטה המורה על העברתו למותב אחר "נוכח העובדה כי בית משפט זה מצטרף להרכב השופטת הבכירה רביד".

3. ביום 13.6.2022 התקיים דיון בהליך נושא הערעור דן בפני השופטת הבכירה רביד, השופט ע' מאור והשופטת מ' בן ארי. בהמשך, ביום 20.7.2022, נערך דיון בפני ההרכב הנוכחי (השופטים רביד, מאור ומלמד), ובפתחו ציין אחד מבאי-כוח המערער: "אנחנו נבקש הבהרה אם זו זהות ההרכב כי כב' השופט מלמד שפט בהליך המעצר". השופטת הבכירה רביד השיבה: "אנחנו לוקחים את הדברים בחשבון, כרגע ההרכב הוא לצורך הדיון היום". בא-כוח המשיבה, מצדו, הדגיש כי המותב נתן כבר בחודש מאי 2022 החלטה שממנה עולה כי ישמע את התיק העיקרי, וכי המערער לא העלה טענה כלשהי בנושא בזמן אמת.

ביום 1.9.2022 הגישו הנאשמים מענה לכתב האישום, ובהמשך ביקשו את דחיית הדיון הבא שנקבע בהליך. השופטת הבכירה רביד נעתרה לבקשה בהחלטה מיום 2.10.2022 שבה ציינה, בין היתר: "המזכירות תעדכן את יומן השופט מלמד". יום לפני מועד הדיון הגישו שני הנאשמים בקשה לקיום הדיון באמצעות מערכת היוועדות חזותית, והשופטת הבכירה רביד נעתרה לבקשתם.

4. בפתח הדיון, אשר התקיים ביום 31.10.2022, ביקש אחד מבאי-כוח המערער בעל פה כי השופט מלמד יפסול עצמו מלדון בהליך, מן הטעם שהמותב נחשף למידע הנוגע למערער במסגרת שלושת הליכי המעצר שתוארו לעיל. בהקשר זה הפנה בא-כוח המערער להחלטות שניתנו באותם הליכים בחודשים נובמבר 2021 - יוני 2022, וטען כי הקביעות שקבע המותב בנוגע למערער והחומר שאליו נחשף מקימים חשש ממשי למשוא פנים מצדו. בהקשר זה נטען, בין היתר, כי המותב "נחשף לעבר הפלילי"; כי "כל החומר נחשף" במסגרת הליכי המעצר, ובכלל זה מסמך שהוגדר בהמשך כחסוי כך שהוא לא יוגש להרכב שדן בהליך העיקרי; וכי ההחלטות שניתנו באותם הליכים קשורות בחלקן למערער ו"מייחסות" לו נתונים עובדתיים. בתגובה טען בא-כוח המשיבה, בין היתר, כי מכיוון שקיים קשר ענייני בין ההליך דן והתיק הפלילי הנוסף, "כל הרכב ייחשף ברמה שהשופט מלמד נחשף".

5. ביום 2.11.2022 נתן השופט מלמד החלטה אשר דוחה את הבקשה לפסילתו. בתוך כך סקר המותב את הליכי המעצר שבהם דן, כדלהלן:

הליך המעצר הראשון: הליך זה עוסק, כאמור, במעצרו של אדם שנהג ברכב שנטען כי היה בבעלות המערער.



בהחלטת הפסלות ציין המותב כי "במסגרת חקירתו של [המערער] הוא קשר עצמו לרכב, אולם, טען כי כל מה שנמצא ברכב אינו קשור אליו", וכי המותב עצמו לא נחשף לחומר ראיות הקשור למערער "מעבר לקריאת ההודעות" שלו - "לא מידע מודיעיני כפי שנטען בדיון ולא מרשם פלילי". עוד ציין המותב כי קרא את התיק כשנה קודם לכן, בחודשים אוקטובר - נובמבר 2021; וכי ההחלטה המהותית שנתן נכתבה כבר בחודש נובמבר 2021 והייתה "מוכנה להקראה", אך ניתנה רק ביום 31.3.2022 נוכח בקשת הצדדים לעכבה. המותב הוסיף והבהיר כי "מעבר לפרטים המצוינים בהחלטה זו איני זוכר דבר הקשור [למערער] בתיק זה", וכי "לא ניתן על סמך תיק זה לקבוע קביעות כלשהן הקשורות [במערער]".

הליך המעצר השני: מדובר, כאמור, בהליך שנפתח בעקבות הגשת כתב האישום בתיק הפלילי הנוסף. המותב הסביר כי בשבתו כשופט תורן קיים "דיון לראיות" לגבי שלושה מהנאשמים בפרשיה - אך לא בנוגע למערער, שכן הלה הסכים לקיומן של ראיות לכאורה בעניינו. עוד ציין כי למערער מיוחסים שניים מהאישומים באותה פרשה - האישום השני והחמישי - וכי המותב נחשף לראיות הנוגעות לאישום השני במסגרת הדיון בעניינם של שלושת הנאשמים האחרים; אך לא נחשף לחומר ראיות כלשהו ביחס לאישום החמישי. המותב הוסיף והדגיש: "מכיוון שלא דנתי בעניינו של [המערער], הרי שלא זכור לי שנחשפתי למרשם הפלילי שלו. בנוסף, לא זכור שהוצג לי או שהיה בתיק חומר מודיעיני כלשהו בהתייחס למי מהמשיבים באותו תיק". המותב הוסיף כי הליך המעצר השני "אינו קשור בצורה ישירה" להליך נושא הערעור דנן וכי "אופיו של התיק הוא שונה", ומשכך אין בהתרחשויות באותו הליך כדי ליצור "דעה מוקדמת" בנוגע למערער. בא-כוח המערער הפנה להחלטה שניתנה באותו הליך ביום 16.6.2022 כתימוכין לטענת הפסלות, אך המותב הדגיש כי אין בהחלטה זו "שום התייחסות" למערער מלבד החלק המפרט את עובדות כתב האישום, אשר כבר הובא בהחלטה קודמת מיום 10.5.2022.

הליך המעצר השלישי: המותב אמנם החל לדון בהליך זה, אשר עסק כאמור בעניינו של המערער, אך העביר את הדיון בו לשופט אחר ביום 15.5.2022. המותב ציין כי מעורבותו בהליך זה הייתה "שולית", והדגיש: "מלבד קיום דיונים שעניינם בקשות לדחיית הדיון, לא שמעתי דבר מהותי ובודאי שלא נחשפתי לחומרי החקירה מכל סוג שהוא. איני מכיר את התיק מעבר לאמור בכתב האישום. [...] מעבר לבקשות דחיה לא נחשפתי לדבר".

6. נוכח האמור קבע המותב כי לא הוכחה עילה לפסילתו. בתוך כך הדגיש המותב, בין היתר: "לא דנתי בשום שלב בעניינו של [המערער]. לא זכור לי שעיינתי כלל במרשם הפלילי של [המערער] [...] גם הטענה כי בית המשפט נחשף לחומרי חקירה מסוג מידע מודיעיניים אינה נכונה, דבר שאינו מוזכר בהחלטות ולא זכור לי כי ראיתי חומרים כאלו".

7. מכאן הערעור שלפניי, שבו נטען כי במסגרת חומר החקירה שהובא לעיונו של המותב בהליכי המעצר "שורבב שמו של המערער בצורה משמעותית". בתוך כך מצטט המערער בהרחבה מפרוטוקול הדיונים באותם הליכי מעצר, ומביא מדברי באי-כוח הצדדים ביחס למערער - ובהן, בין היתר, הטענה כי אירוע ירי מסוים עירב את רכבו של המערער; הטענה "יש פה גם דו"ח סודי שהגישו לשופט ואומרים [שהמערער] איים לשרוף את המקום" (דיון מיום 7.10.2021 בהליך המעצר הראשון); והתייחסות למערער כמעורב בהעברת נשק (דיון מיום 31.3.2022 בהליך המעצר השני).

עוד מצטט המערער מהחלטות שנתן המותב באותם הליכים. כך, למשל, בהחלטה מיום 31.3.2022 בהליך



המעצר הראשון התייחס המותב למערער כ"מחזיק הרכב" שטען כי נשק שנמצא ברכב אינו שייך לו, וכן ציין שהנאשם באותה פרשה "סבור שצוות החקירה אמרו [למערער] שאם לא יבוא להעיד אז יפקיעו לו את השליש" - התבטאות שממנה למד המערער כי המותב נחשף לעברו הפלילי. כמו כן, בהחלטה מיום 10.5.2022 בהליך המעצר השני ציין המותב כי האישום החמישי מייחס למערער עבירה של החזקת נשק; התייחס למערער כמי שהיה מעורב בקשירת קשר לאספקת אקדח לנאשם אחר; והפנה לראיות הנוגעות למערער, ובהן דו"ח ממצאי סריקת מכשיר הטלפון הנייד שלו.

8. נוכח האמור טוען המערער כי המותב נחשף "לכלל התשתית הראייתית בעניינו", בעקבות הגשת "כלל חומרי החקירה" ושמיעת טענות הצדדים בדיונים בעל פה. לגישת המערער, העובדה שהחומרים האמורים אינם זכורים למותב אינה מפגיגה את החשש כי "חשיפה כזו הייתה ברמת וודאות גבוהה". כמו כן, נוכח הקשר הענייני שקיים בין התיקים השונים, המערער סבור שאף אם החשיפה לחומרים באחד מהם לא הייתה מקימה עילת פסלות - ההיחשפות לחומרים בכל שלושת הליכי המעצר "מהווה צבר שלא ניתן להתעלם ממנו". על כן סבור המערער כי ראוי שההליך דן יתברר בפני הרכב שאינו כולל את המותב, ולו מטעמים של מראית פני הצדק.

9. עיינתי בטענות המערער ובאתי לידי מסקנה כי דין הערעור להידחות. בפתח הדברים ראוי לציין כי יש טעם לפגם בהתנהלותו הדיונית של המערער, אשר העלה באמצעות בא-כוחו טענת פסלות תמציתית בעל-פה - שבה צוין, במידה רבה בעלמא, כי המותב נחשף לחומר בלתי-קביל המצדיק את פסילתו - ובמסגרת הערעור הרחיב את היריעה באופן משמעותי תוך צירוף ציטוטים נרחבים מהחלטות ומדיונים שהתקיימו בהליכי המעצר. בעבר נפסק כי "אין להלום שימוש בערעור פסלות בתור 'מקצה שיפורים' לבקשת פסלות לאקונית, אשר במסגרתה נמנע המערער מלהביא את מלוא נימוקיו בפני המותב", וכי אין מקום להעלות לראשונה בערעור טענות שלמות לא ניתנה הזדמנות להתמודד עמן (ע"פ 1507/22 טרביאן נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (1.3.2022)) - ודברים אלו יפים לענייננו.

כמו כן, המערער ידע כבר בחודש מאי 2022 שהמותב ידון בהליך העיקרי בעניינו. אמנם, בהמשך התקיים דיון בהליך בפני הרכב שלא כלל את המותב, ובדיון מיום 20.7.2022 נמסר למערער ש"כרגע ההרכב הוא לצורך הדיון היום" - אך ביום 2.10.2022, כחודש לפני הגשת בקשת הפסלות, ניתנה החלטה שממנה עולה כי השופט מלמד ידון בהליך. לאחר מתן החלטה זו הגיש המערער בקשה בעניין קיום הדיון בהיוועדות חזותית, ורק במהלך הדיון ביום 31.10.2022 העלה בא-כוחו לראשונה את טענת הפסלות. בנסיבות העניין, ספק בעיניי אם התנהלות המערער מקיימת את הוראת סעיף 146(ג) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, שלפיה בעל דין נדרש להעלות טענת פסלות "מיד לאחר שנודעה לו עילת הפסלות" (ראו והשוו בהקשר זה: ע"פ 4817/22 מלון חוף בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (23.8.2022)).

10. לגופו של עניין: לא אחת נפסק כי העובדה שמותב דן בהליך מעצר בעניינו של בעל דין ובהמשך נדרש לדון בהליך העיקרי, אינה מקימה מניה וביה עילת פסלות. זאת, אף אם רצוי היה מלכתחילה להימנע משיבוץ המותב לדון בהליך העיקרי, ואף אם המותב נחשף לעברו הפלילי של אותו נאשם (ע"פ 4355/22 קימרי נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (7.7.2022) (להלן: עניין קימרי); ע"פ 6881/21 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (1.11.2021)). יש לבחון, אפוא, אם במקרה הקונקרטי שלפנינו קיים חשש ממשי למשוא פנים מצד המותב - עקב "מסה קריטית" של חומר בלתי-קביל שאליו נחשף, או עקב התבטאויות או החלטות שנתן. בהקשר זה יש ליתן משקל למכלול נסיבות העניין, ובכלל זה משך הזמן שחלף בין הדיון בהליך המעצר ובהליך העיקרי; טיב הראיות שאליהן נחשף המותב והשאלה אם הן עשויות להשפיע על ההליך העיקרי; וכן המידה שבה נחרתו האירועים הרלוונטיים בזיכרונו (ראו, למשל: עניין קימרי, בפסקאות 9-8; ע"פ 8084/20 חרב נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (26.11.2020)); ע"פ 7221/19 אלמקיאס נ' מדינת ישראל,

פסקה 3 (11.11.2019); והשוו: ע"פ 3947/21 ביטון נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (4.7.2021)). כמו כן, אין מקום להעלאת טענות בעלמא בעניין היחשפות המותב לראיות בלתי-קבילות, ובהקשר זה יש לפרט מהן הראיות שאליהן נחשף המותב ומדוע מדובר ב"מסה קריטית" שמצדיקה את פסילתו (ראו למשל: ע"פ 3856/21 בנטאמלק נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (16.6.2021) (להלן: עניין בנטאמלק)).

11. בענייננו, כאמור, המותב דן בעבר בשלושה הליכי מעצר הקשורים למערער. הליך המעצר הראשון, שבו המערער לא היה בעל דין, נדון בפני המותב כשנה טרם הגשת בקשת הפסלות, ואמנם ניתנה בו החלטה מהותית ביום 31.3.2022, אך המותב הבהיר כי ההחלטה נכתבה "והייתה מוכנה להקראה" בחודש נובמבר 2021 ופרסומה עוכב לבקשת הצדדים. עוד הבהיר המותב כי ככל שהדבר נוגע למערער, הוא נחשף רק להודעותיו ו"לא [ל]מידע מודיעיני כפי שנטען בדיון ולא [ל]מרשם פלילי". בהליך המעצר השני היה המערער בעל דין, אך הוא הסכים לקיומן של ראיות לכאורה בענייניו ומשכך לא נערך דיון מהותי בהקשר זה. המותב הבהיר בהחלטת הפסלות כי כתב האישום בתיק הפלילי הנוסף, שבעקבותיו נפתח הליך המעצר השני, אף שונה באופיו מהתיק דנן - וכי הוא אינו זוכר שנחשף במסגרתו למרשם הפלילי של המערער או ל"חומר מודיעיני כלשהו". לבסוף, הליך המעצר השלישי נפתח בעקבות כתב האישום בהליך הנוכחי והוגש כתשעה חודשים טרם הגשת בקשת הפסלות - אך מעורבותו של המותב בהליך התמצתה בטיפול בבקשות לדחיית מועד הדיון, והוא לא נחשף במסגרת זו "לחומרי החקירה מכל סוג שהוא".

12. אם כן, רבים מהאירועים ששימשו בסיס לבקשת הפסלות התרחשו לפני חודשים רבים, ומהפירוט שלעיל אף עולה כי המותב לא קיים דיון מהותי בעניינו של המערער, ולכל היותר נחשף לחומרים בלתי-קבילים הנוגעים אליו באופן עקיף, אגב הדיון בעניינם של נאשמים אחרים. שניים מבין שלושת הליכי המעצר אף עוסקים בפרשה שונה מזו שבעקבותיה נפתח כתב האישום בענייננו, וכאמור - המותב לא קיים דיון לגופו של עניין במסגרת ההליך השלישי. בנסיבות אלו, אינני סבורה כי העובדה שהמותב דן בשלושת הליכי המעצר הללו מקימה עילה לפסילתו (ראו והשוו: ע"פ 6909/21 עודה נ' מדינת ישראל, פסקאות 28-21 ו-31-32 (18.11.2021)). אף אם אקבל את טענת המערער כי המרשם הפלילי שלו אכן הוגש למותב באיזה מהליכי המעצר, אין די בכך כדי להקים עילת פסלות (השוו לנסיבות המקרה בע"פ 6422/18 ביבי נ' מדינת ישראל (15.10.2018)). בערעור נטען אמנם כי הוגשו למותב חומרים בהיקף משמעותי יותר מזה שתואר בהחלטת הפסלות, אך בשים לב לכוללניות שבה הועלתה טענה זו ונוכח חלוף הזמן מאז שהחומרים הוגשו, לכאורה, אין בכך כדי לשנות ממסקנתי (השוו: ע"פ 3856/21 בנטאמלק נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (16.6.2021); ע"פ 685/21 בן טוב נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (17.2.2021); עניין עודה, בפסקאות 23-24).

13. סיכומם של דברים - לא שוכנעתי כי מתקיימת בענייננו הצדקה לפסילת השופט ש' מלמד מלדון בהליך, אף לא מטעמים של מראית פני הצדק.

הערעור נדחה.

ניתן היום, ז' בכסלו התשפ"ג (1.12.2022).

ה נ ש י א ה

