



ע"פ 8464/18 - אלעד גבאי, אברהם גבאי נגד מדינת ישראל

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייט

ע"פ 8464/18

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות

המערער: 1. אלעד גבאי
2. אברהם גבאי

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים מיום
25.11.2018 בתפ"ח 14343-05-18 שניתנה על ידי
כבוד השופט א' אברבנאל

בשם המערער: עו"ד דוד יפתח

פסק-דין

זהו ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט א' אברבנאל) מיום 25.11.2018 בתפ"ח 14343-05-18, שלא לפסול עצמו מלדון בעניינם של המערער.

1. ביום 7.5.2018 הוגש לבית המשפט המחוזי בירושלים כתב אישום נגד המערער (להלן: כתב האישום). המערער 2 הוא אביו של המערער 1. כתב האישום מייחס למערער 1 (להלן: אלעד) ביצוע עבירות של ניסיון רצח,

עמוד 1



חבלה חמורה בנסיבות מחמירות, נשיאת נשק ושיבוש הליכי משפט; ולמערער 2 (להלן: אברהם) ביצוע עבירה של שיבוש הליכי משפט. כמתואר בכתב האישום, ביום 27.9.2017 ירה אלעד בצוותא עם חברו דור בוחבט (להלן: בוחבט) לעבר שניים. לאחר האירוע, כך על פי הנטען בכתב האישום, פעלו המערערים כדי למלט את אלעד מפני המשטרה, ובמסגרת זו הכין אברהם לאלעד דרכון שיאפשר לו להימלט מישראל ותדרך אותו באשר לאופן בו עליו לנהוג כדי לשבש את חקירת המשטרה בעניינו. לאחר הגשתו נותב כתב האישום לטיפולו של הרכב שופטים שבו חבר השופט א' אברבנאל. במקביל הוגש לבית המשפט המחוזי בירושלים כתב אישום נגד בוחבט (תפ"ח 14056-05-18; להלן: כתב האישום הנוסף), שנותב להרכב אחר.

2. עוד בטרם ניתנה תשובת המערערים לאישומים נגדם עתרה המשיבה בשני התיקים להורות לבאי כוח המערערים ובוחבט להשיב לידיה תקליטור ובו חומר שבעניינו הוצאה תעודת חיסיון לפי סעיף 45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות). המשיבה טענה כי התקליטור הועבר אליהם בשגגה. המערערים (ובוחבט) התנגדו לבקשה. ביום 8.8.2018 קיים בית המשפט (השופט א' אברבנאל) דיון בבקשת המשיבה. בפתח הדיון שאל המותב את הצדדים אם קיימת לטעמם מניעה לכך שהדיון בבקשה יתקיים לפניו. בא כוח המערערים השיב כי "מלכתחילה סברתי שההרכב צריך לדון בזה [...] דבר אחד בטוח, יותר טוב שכל ההרכב שומע את הכל". לעמדה זו הצטרף גם בא כוחו של בוחבט, ובית המשפט החליט על אתר כי הדיון בבקשה ימשיך להתנהל בפניו. במהלך הדיון הצביע בא כוחו של בוחבט על הקושי שעלול להיווצר מכך שהבקשה נדונה על ידי השופט א' אברבנאל אשר נמנה עם חברי ההרכב שדן בכתב האישום שהוגש נגד המערערים. במענה לכך הבהיר בית המשפט כי עליהם לטעון כמיטב יכולתם "בלי להתחשב בזוהרתו של המותב הדן בבקשה זו כמי שדן בתיק העיקרי, שאלה שניתן יהיה להעלות בהמשך הדרך". בשלב מסוים הורה בית המשפט על המשך הדיון במעמד צד אחד, בנוכחות המשיבה בלבד. במהלך חלק זה של הדיון נחשף המותב לתכנים שנכללו בתקליטור וקיבל הסברים בעניין זה מבאת כוח המשיבה ומקצין מודיעין שהשתתף בדיון. בתום הדיון במעמד באת כוח המשיבה, הציג בית המשפט לבא כוח המערערים ולבא כוחו של בוחבט את עיקרי הדברים שנאמרו בפניו בדיון הסגור והצדדים העלו טענות נוספות, ובהחלטתו מאותו היום קיבל בית המשפט את בקשת המשיבה והורה לבא כוח המערערים (ולבא כוחו של בוחבט) להשיב לידיה את התקליטור ועותקיו.

3. על רקע זה עתר בא כוח המערערים בדיון שהתקיים בהליך העיקרי ביום 6.9.2018 לפסילת השופט א' אברבנאל. בקשה זו נדחתה, כאמור, בהחלטה מיום 25.11.2018. בית המשפט הטעים כי ההליך בעניין התקליטור התקיים בפניו בלבד (ולא בפני כל חברי המותב) לנוכח דחיפות הבקשה והעובדה שהוגשה בסמוך לתחילת פגרת בתי המשפט. הודגש כי בפתחו של הדיון נשאלו הצדדים אם יש לדעתם מניעה מלקיימו שלא בפני כל חברי המותב שדן בהליך העיקרי. לגופם של דברים נקבע כי עיון בחומר חסוי במעמד צד אחד אינו מגבש מיניה וביה עילה לפסילת המותב, וכי על הטוען לכך להראות כי המותב נחשף ל"מסה קריטית" של ראיות בלתי קבילות שעלולה להיות להן "השלכה ישירה" על נושא הדיון באופן המחייב את פסילתו. לאחר שבית המשפט עיון בחומר החסוי בשנית, נפסק כי מידת הרלוונטיות שלו לעניינם של המערערים ולאירועים המופיעים בכתב האישום נמוכה ומשכך אין בו כדי להקים עילת פסילה. עוד קבע בית המשפט כי נוכח טיבו של החומר החסוי אין גם משקל רב לכך שרק אחד מחברי המותב שדן בהליך העיקרי נחשף אליו. נקבע, כי הוא הדין באשר לטענה כי עצם קיום דיון במעמד צד אחד יש בו כדי להביא לפסילת המותב.

4. מכאן הערעור שלפניי, בו שבים המערערים על טענותיהם וגורסים כי יש לפסול את השופט א' אברבנאל מלשבת בדין בהליך העיקרי לאחר שנחשף לחומר החסוי שבתקליטור וקיים באופן חריג דיון במעמד צד אחד שבו שמע



הסברים מבאת כוח המשיבה. זאת, בפרט שעה שטרם ניתן מענה לכתב האישום ופסילת השופט א' אברבנאל לא תביא לעיכוב ההליך העיקרי. הודגש כי דברים אלה מתחדדים בשים לב לאמירותיו של השופט א' אברבנאל במהלך הדיון שהתקיים ביום 8.8.2018 בעניין זהות המותב שידון בבקשה בעניין התקליטור, וכן לנוכח העובדה שההליך בעניין התקליטור היה הליך חריג שאינו מעוגן בפקודת הראיות.

5. עיינתי בערעור על נספחיו ובאתי לידי מסקנה כי דינו להידחות. היחשפות המותב לחומר ראיות בלתי קביל אין די בה כשלעצמה כדי להביא לפסילתו, ורק במקרים חריגים בהם נחשף השופט ל"מסה קריטית" של ראיות שאינן קבילות יש מקום להורות על פסילתו מלשבת בדיון (ע"פ 1950/14 פריג נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (10.4.2014) (להלן: עניין פריג)). הלכה זו כוחה יפה גם למקרים שבהם דן אותו מותב בעתירה לגילוי ראיה חסויה בהתאם לסעיפים 46-45 לפקודת הראיות (ע"פ 1102/06 נביטסקי נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (19.2.2006)), ולמצבים שבהם מתקיים בפני המותב דיון במעמד צד אחד הנוגע להליך הפלילי (עניין פריג, פסקה 8). זאת, בפרט שעה שלאחר הדיון שהתקיים במעמד צד אחד נמשך הדיון במעמד שני הצדדים וניתנה לצד שכנגד אפשרות לטעון את טענותיו, כפי שהיה בענייננו (שם). כעולה מהחלטת בית המשפט קמא, מידת הרלוונטיות של החומר החסוי בתקליטור היא נמוכה, ואינה עולה כדי "מסה קריטית" של ראיות המגבשת עילת פסילה. אף בפני לא הבהירו המערערים מה מידת הרלוונטיות של החומר בתקליטור ומה מידת עוצמתו הראייתית - אם בכלל - בהליך העיקרי המתנהל בעניינם, עד כי היחשפותו של השופט א' אברבנאל אליו מקימה עילת פסלות.

אשר על כן, הערעור נדחה.

ניתן היום, ח' בטבת התשע"ט (16.12.2018).

ה נ ש י א ה