



## בבית המשפט העליון

ע"פ 6909/21

לפני : כבוד הנשיאה א' חיות

המערערים :

1. כטייר עודה
2. שרחביל עודה
3. תייר עינאש
4. הישאם סדה
5. אברהים קזמאר
6. סעיד עודה
7. מג'דה שמלי
8. מוג'הד פריג'
9. מחמוד חמדאן
10. מוחמד בלאלו
11. אמין ג'אבר
12. מוחמד עראר
13. לואי מגארי
14. איימן ג'אבר
15. מוחמד בלאלו
16. עלי סרייפי
17. יצחק ברמוחה
18. מוהנד עיראקי
19. מוסנה אלשער
20. אושר סיבוני
21. מוראד בחירה
22. חמדאללה עראר

נגד

מדינת ישראל

המשיבה :

ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 12.10.2021 בתפ"ח 27442-01-18 אשר ניתנה על ידי כבי השופטים י' לוי, מ' בן ארי וי' טופף; תגובה מטעם המשיבה מיום 9.11.2021

- |                 |                       |
|-----------------|-----------------------|
| עו"ד משה שרמן   | בשם המערערים 1 ו-3 :  |
| עו"ד רצון דרחי  | בשם המערער 2 :        |
| עו"ד שילה ענבר  | בשם המערער 4 :        |
| עו"ד ווליד כבוב | בשם המערער 5 :        |
| עו"ד שחר חצרוני | בשם המערער 6 :        |
| עו"ד יעקב קהן   | בשם המערערים 7 ו-21 : |
| עו"ד שי נודל    | בשם המערער 8 :        |
| עו"ד נס בן נתן  | בשם המערער 9 :        |
| עו"ד שני מורן   | בשם המערער 10 :       |

בשם המערערים 11 ו-14 :	עו"ד משה יוחאי
בשם המערער 12 :	עו"ד אנואר פריג
בשם המערער 13 :	עו"ד חיים יצחקי
בשם המערער 15 :	עו"ד שי שורר
בשם המערער 16 :	עו"ד דוד ליבאי
בשם המערער 17 :	עו"ד נעמה אלחדד
בשם המערער 18 :	עו"ד שאדי נאטור
בשם המערער 19 :	עו"ד עינב יתח
בשם המערער 20 :	עו"ד איתי רוזין
בשם המערער 22 :	עו"ד שי טובים
בשם המשיבה :	עו"ד שרית חתוקה

### פסק-דין

ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (השופטים י' לוי, מ' בן-ארי וי' טופר) מיום 12.10.2021 בתפ"ח 18-01-27442 שלא לפסול עצמו מלדון בעניינם של המערערים.

רקע וטענות הצדדים בבקשת הפסלות

1. נגד המערערים, 22 במספר, הוגש כתב אישום המקיף 30 אישומים ובו מנויים כ-600 עדי תביעה. כתב האישום הוגש נגד חלק מהמערערים ביום 11.1.2018 ותוקן מאז מספר פעמים לבקשת התביעה. בכתב האישום הנוכחי מיוחסות למערערים או לחלקם עבירות שונות – ובהן רצח, חטיפה וסחיטה באיומים – במסגרת פרשה הנוגעת לארגון פשיעה שפעל במרכז הארץ החל משנת 2015 ואשר בראשו, כך לפי כתב האישום, עמד המערער 1.

ביום 22.1.2018 התקיים דיון הקראה, אך טרם נמסר מענה לכתב האישום ושמיעת הראיות טרם החלה (לפירוט בדבר השתלשלות העניינים בהליך ראו בש"פ 8459/20 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקאות 18-21 (28.1.2021)). לאורך ניהול ההליך בוצעו מספר שינויים בזהות חברי המותב. ביום 26.12.2019 הוחלט כי השופט טופר יכהן בהרכב, וביום 9.2.2021 הוחלפו שני שופטי ההרכב האחרים ותחתם מונו השופטים לוי ובן-ארי.

2. בפתח הדיון שהתקיים ביום 16.2.2021 ציין השופט לוי לפרוטוקול כי כל אחד משלושת חברי ההרכב דן בעבר בהליך או בהליכים קודמים הקשורים באופן זה או אחר להליך הנוכחי. בתגובה ציינו באי-כוחם של חלק מהמערערים כי בכוונתם לבקש את

פסילת חברי ההרכב. בקשת הפסלות הוגשה ביום 11.3.2021, ונטען בה כי כל אחד מחברי ההרכב נחשף ל"מסה קריטית" של חומרים בלתי-קבילים. עוד נטען כי "יש להתייחס למסה הקריטית המעוררת משוא פנים, באופן מצרפי, כמכלול המידע שאליו נחשפו שופטי ההרכב בנפרד". דיון בבקשת הפסלות התקיים ביום 5.10.2021 – לאחר מספר דחיות שנבעו, בין היתר, מהליך גישור שהתקיים במקביל אך לא נשא פרי.

3. אשר לשופט לוי: בבקשת הפסלות צוין כי השופט לוי דן בהליך שעסק בפרשה "מקבילה" לאירועים שבבסיס אחד האישומים (ת"פ 18-03-58213; להלן: תיק הנשק) – ושמע ביום 15.7.2019 את עדותו של ע"ד מדינה (להלן: א.א.), שהוא הע"ד "העיקרי" בהליך הנוכחי. המערערים הוסיפו כי ביום 26.6.2019, טרם שמיעת העדות בתיק הנשק, נעתר השופט לוי לבקשת המשיבה לשמיעת העדות בדלתיים סגורות עקב סיכון שנשקף לא.א. לטענת המערערים, במסגרת זו עיין השופט לוי במעמד צד אחד בחומר סודי ושמע עדויות מטעם אנשי הרשות להגנת עדים – והחומר שאליו נחשף השופט לוי "על פניו רלוונטי לנאשמים בתיק זה, ומשחיר את פניהם כמסוכנים לעד המדינה". באשר לחומר שאליו נחשף השופט לוי בעניין הסיכון הנשקף לא.א., טענה באת-כוח המערערים 4 ו-6 במהלך הדיון מיום 5.10.2021, בשם המערערים כולם, כי "אנחנו לא יכולים להעריך עד כמה בית-המשפט נחשף לחומר ומה כתוב שם", אך לשיטתה עצם העובדה שהשופט לוי נעתר לבקשה לשמיעת העדות בדלתיים סגורות מעידה כי החומר היה "משכנע" בעיניו (עמ' 148 שורות 7-9 לפרוטוקול).

באשר לתוכן עדותו של א.א., טענו המערערים כי עצם קיום הדיון בדלתיים סגורות, ללא נוכחות הנאשמים ובנוכחות שניים מהסניגורים בלבד, מעורר חשש כי בית המשפט נחשף לחומרים המשחירים את המערערים ואת באי כוחם. כן צוין כי פרוטוקול עדותו של א.א. הועבר להגנה כשהוא מושחר בחלקו כך שלא ניתן לעמוד על מלוא המידע שנחשף במסגרת העדות. במהלך הדיון טענה באת-כוח המערערים 4 ו-6 כי א.א. פירט על קשר שנוצר בינו ובין אחד הנאשמים בבית הסוהר "וכיצד גויס לארגון הפשיעה"; ייחס לחלק מהמערערים מעשה רצח שלא הוזכר בכתב האישום; וטען שחלק מעורכי הדין המייצגים בהליך דנן ניסו להשפיע עליו. המערערים ציינו כי השופט לוי אמנם לא קבע קביעות מהימנות בעניינו של א.א., שכן לאחר שמיעת העדות הודו הנאשמים בתיק הנשק בכתב אישום מתוקן, אך לגישתם העובדה שא.א. לא נחקר בחקירה נגדית "עלולה ליצור, על פניו, רושם כי מדובר בעדות אמת, ולעורר חשש למשוא פנים". עוד נטען במהלך הדיון כי השופט לוי כינה את המערער 1 בגזר הדין "עברייני בכיר" – ועובדה זו מעידה על גיבוש עמדה ביחס למערער 1 (עמ' 149 שורות 29-30 לפרוטוקול). כמו כן, בא-כוח המערערים 1 ו-3 ציין כי הוא נכח בדיון שבמהלכו נשמעה עדותו של

א.א וכי להתרשמותו – אילו סבר השופט לוי שא.א משקר, הוא לא היה מאשר את הסדר הטיעון (בעמ' 155 שורות 24-25 לפרוטוקול).

4. אשר לשופטת בן-ארי: צוין כי השופטת בן-ארי דנה בבקשת המערערים לעיון בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (בע"ח 23642-12-19; להלן, בהתאמה: הליך העיון וחוק סדר הדין הפלילי). הליך העיון נותב בתחילה לשופט ב' שגיא, אשר לא כיהן באותה העת בהרכב – אך לאחר שמונה השופט שגיא להרכב הדין בהליך העיקרי הודיעה המשיבה, בתגובתה מיום 30.12.2019 לבקשת העיון, כי עדיף שהבקשה לא תידון בפני שופט שדן בהליך. על רקע זה הורה השופט שגיא ביום 31.12.2019 על העברת הליך העיון לטיפולה של השופטת בן-ארי.

לטענת המערערים, במהלך דיונים שהתקיימו בהליך העיון בחודשים ינואר-פברואר 2020, ושבעקבותיהם נתנה השופטת בן-ארי שתי החלטות מהותיות בימים 23.1.2020 ו-12.3.2020, הוצג חומר חקירה וחומר מודיעיני "מפליל ביותר" שחלקו בלתי-קביל. בין היתר, כך המערערים, הוגשו קבצי שמע והאזנות סתר והשופטת בן-ארי אף פתחה את אחת התיקיות באקראי והאזינה לאחת השיחות שבה. עוד נטען כי השופטת בן-ארי עיינה ב"תיק רצח פתוח" שבמסגרתו נחקרו א.א וחלק מהמערערים כחשודים. לצד כל זאת הפנו המערערים לאמירה של השופטת בן-ארי בהחלטתה מיום 12.3.2020, שבה ציינה "חומר החקירה מצביע על [המערערים], לכאורה, כמי שביצעו את המיחוס להם בכתב האישום". לגישתם, אמירה זו מעידה על גיבוש דעה קדומה "בנוגע לליבת התיק".

5. במהלך הדיון מיום 5.10.2021 ציינה באת-כוח המערערים 4 ו-6 כי אומנם, באי-כוחם של כל המערערים הצהירו עוד ביום 11.10.2018 כי מקובל עליהם ש"כל הדיון בנושאי בקשות לפי סעיף 74 יידונו בפני ההרכב" (עמ' 36 שורה 2 לפרוטוקול הדיון מיום 11.10.2018). ואולם, לטענתה, בעת שניתנה ההסכמה לא ידעו באי-כוח המערערים אילו חומרים תציג המשיבה למותב שידון בבקשות, ויש לייחס משקל לעובדה שהמשיבה ידעה את טיב החומרים בעת שטענה כי ראוי שהליך העיון יידון לפני מותב שאינו דן בהליך העיקרי.

6. אשר לשופט טופף: נטען כי השופט טופף דן בחלק מהליכי המעצר עד תום ההליכים של שלושה מהמערערים (המערערים 2, 6 ו-18), ובתוך כך נחשף ל"מסה קריטית" של ראיות בלתי-קבילות המצדיקה את פסילתו. המערערים הבהירו כי הם לא ביקשו את פסילתו של השופט טופף בעת שמונה לדון בהליך ביום 26.12.2019, "אף

ש[ההגנה] היתה מודעת לשיבתו בהליכי המעצר – אך לטענתם אין מקום לדחות את בקשתם מחמת שיהוי. זאת, שכן המועד להעלאת טענת פסלות בהתאם לסעיף 146(א) לחוק סדר הדין הפלילי הוא "לאחר תחילת המשפט [...] ולפני כל טענה אחרת" – ובהינתן העובדה שטרם נשמעה התשובה לכתב האישום "ולא נטענה כל טענה אחרת", הרי שלא חלף המועד להעלאת טענת הפסלות. נוסף על כך טענו המערערים כי לאחרונה נוצרה עילת פסלות "חדשה ונוספת" בעניינו של השופט טופט, בעקבות שינוי המותב שהוביל לכך שהוא יושב בהרכב לצד שני שופטים שנחשפו אף הם לחומרים בלתי-קבילים.

7. על רקע כל האמור לעיל טענו המערערים כי קמה עילת פסלות לגבי כל אחד מחברי ההרכב בנפרד, לא כל שכן במצטבר, וכי קמה הצדקה לפסילתם לכל הפחות מטעמים של מראית פני הצדק. לגישת המערערים, "אילו היה כל המידע הזה מצטבר במוחו של שופט אחר, דומה שלא היה ספק כי הוא לא יכול לשבת בתיק" – ונוכח העבודה האינטנסיבית של חברי ההרכב זה עם זה, הרי שעניינו דומה, למעשה, למצב שבו שופט אחד נחשף לכל ה"מסה הקריטית". באשר לחלוף הזמן מאז היחשפות חברי ההרכב למידע, טענה באת-כוח המערערים 4 ו-6 במהלך הדיון ביום 5.10.2021 כי "ביחס לתיק הזה לא מדובר בזמן רב", שכן מדובר בהליך שאינו שגרתי ו"אלה חומרים שנחרטים בזיכרון" (עמ' 153 שורה 31 ועמ' 154 שורה 3 לפרוטוקול). עוד הדגישה באת-כוח המערערים 4 ו-6 כי בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מכהנים שופטים שטרם נחשפו לתיק, כך שאין מניעה לנתבו למותב אחר באותו בית משפט.

8. המשיבה, מצדה, התנגדה לפסילת חברי ההרכב וציינה כי יש לדחות את הבקשה על כל רכיביה. בפרט צוין באשר לשופט לוי, כי עדותו של א.א. בתיק הנשק נמשכה יום אחד בלבד, כי לא נקבעו בעניינו ממצאי מהימנות וכי חלף זמן רב מאז שמיעתה. כמו כן צוין כי החומרים שהוצגו לשופט לוי בדיון בעניין סגירת הדלתיים הם "שלושה מסמכים סודיים שהוגשו לפני למעלה משנתיים, [ו]עסקו בסיכון הגבוה הנשקף לעד המדינה"; וכי החלקים המושחרים בפרוטוקול הדיון שבו העיד א.א. עוסקים "בעניינים רפואיים של אחד הנאשמים" (עמ' 161 שורה 18, ועמ' 162 שורה 22 לפרוטוקול הדיון מיום 5.10.2021).

בהתייחסה לשופטת בן-ארי, סברה המשיבה כי הסכמת באי-כוחם של המערערים לכך שהדיון בבקשות לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי יתקיים בפני ההרכב, מצדיקה את דחיית טענות המערערים ביחס לשופטת בן-ארי, אף שהיא לא כיהנה בהרכב באותה העת. עוד הודגש כי קבצי השמע שהוצגו לשופטת בן-ארי הוגשו לה "לא לשמיעה

מהותית אלא בדיקה טכנית האם ניתן לאתר האזנות כאלו ואחרות, כך שהעיון של כב' השופטת בן-ארי הוא עיון טכני בלבד של האם ניתן לאתר אותן באופן כזה או אחר" (עמ' 165 שורות 11-12 לפרוטוקול הדיון מיום 5.10.2021). כן נטען כי החומרים שהוגשו "היו תיקים סגורים של עד המדינה" (שם, שורה 25) ולא עסקו במהימנות של מי מהנאשמים; וכי "בדיון לפי סעיף 74 לא הוגשו ידיעות מודיעיניות" (עמ' 169 שורה 5). אשר לשופט 910, צוין כי בקשת הפסלות בעניינו נגועה בשיהוי משמעותי, ומכל מקום כי הוא דן במעצרו של שלושה נאשמים בלבד ונחשף לחומרים בהיקף מצומצם שאין בו כדי להביא לפסילתו משמיעת התיק. לבסוף ציינה המשיבה כי הטענה בדבר הצטברות עילות הפסילה בקרב כלל שופטי ההרכב חותרת תחת עקרון העצמאות השיפוטית של כל שופט, וכי בהיעדר עילת פסלות פרטנית כלפי מי מחברי ההרכב אין מקום להכיר בעילה "מצטברת".

החלטתו של בית המשפט קמא

9. בית המשפט קמא דחה את בקשת הפסלות בהחלטה מיום 12.10.2021, ובמסגרתה התייחס כל אחד מחברי ההרכב לטענות שהועלו בעניינו. השופט לוי הדגיש כי העובדה ששופט דן בתיק אחר בעניינו של נאשם אינה מקימה כשלעצמה חשש ממשי למשוא פנים, וזאת אף אם שמע עד במשפט, נחשף לעברו הפלילי של הנאשם או קיים דיון במעמד צד אחד. על רקע זה נקבע כי שמיעת עדותו של א.א. אינה מעוררת "ולו חשש קל ששופט מקצועי יתקשה להדחיקו", וזאת במיוחד נוכח העובדה שלא נקבעו ממצאי מהימנות בעניינו. בנוסף ציין השופט לוי כי החומר שאליו נחשף במסגרת תיק הנשק "אינו מתקרב לרף המסה הקריטית", וזאת, בין היתר, על רקע העובדה שא.א. העיד במשך יום אחד בלבד ולא נחקר בחקירה נגדית, וכן על רקע חלוף הזמן מאז העדתו. עוד דחה השופט לוי את הטענה כי אישור הסדר הטיעון כמוהו כקביעת ממצאי מהימנות בעניינו של א.א., והדגיש כי הדיון במעמד צד אחד "עסק בסיכונים הנשקפים לחיי העד באם יתבקש להעיד בדלתיים פתוחות, ותו לא". לבסוף ציין השופט לוי "באשר לטענה, כי המותב עלול להיזכר בהמשך המשפט בתוכן המידע שהוצג בפניו, הרי שאף אם יתממש תרחיש זה, הרי שאין מדובר במסה קריטית המקימה חשש למשוא פנים [...]".

10. השופטת בן-ארי קבעה אף היא שלא מתקיימת בעניינה עילת פסלות. היא פירטה כי הליך העיון עסק בשתי בקשות עיקריות של המערערים. הראשונה שבהן עסקה בהיבטים טכניים הנוגעים לבקשה לקבל רשימה חלופית של חומרי חקירה בטענה שהרשימה שהועברה למערערים מסורבלת וקשה לתפעול. במסגרת זו הוגשו לבית המשפט "רשימות החומר במדיה דיגיטלית וסיכום ראיות בכתב"; הוקרנו רשימות חומרי

החקירה על גבי מסכים; והוצג תהליך ההתמצאות ברשימות "להבדיל משמיעת שיחות מלאות לצורך בחינת תכנן". עוד הדגישה השופטת בן-ארי כי מהחלטתה באותה הבקשה "לא עולה כי הועברו לעיוני פרפרזות אלא רק תעודת חיסיון וכן לא הוגשו ידיעות מודיעיניות". באשר לבקשת העיון השנייה, שבה נתבקשו חומרי חקירה הנוגעים למעורבים נוספים בפרשה ולעד המדינה – השופטת בן-ארי פירטה כי עיינה "בתיקי חקירה, פתוחים וסגורים, נגד עד המדינה בתיק, טיטת ההסכם שנערך עמו, עדויות 'הניקיון' שנגבו ממנו וגיליון הרישום הפלילי המלא".

כלל החומרים הללו, כך קבעה השופטת בן-ארי, אינם עולים כדי "מסה קריטית" המצדיקה את פסילתה. אמנם, כפי שטענו המערערים, חלקם נמנים עם החשודים במסגרת התיקים הפתוחים והסגורים בעניינו של עד המדינה, אך השופטת בן-ארי הדגישה כי "לא ניתן לערוך קישור כלפי מי [מהם] נפתחו התיקים, באילו עבירות נחשדו, ולכל היותר דומה הדבר לעיון בהרשעות קודמות, שכשלעצמו אינו מקים עילת פסלות אוטומטית, בוודאי כאשר החומר אינו נעוץ כלל בזיכרוני". הוא הדין, כך נקבע, באשר לתיק הרצח הפתוח שאליו התייחסו המערערים, שלגביו "אין בהחלטתו או בזיכרוני כל אינפורמציה בנוגע לחשדות וכלפי מי יוחסו". עוד הדגישה השופטת בן-ארי כי ההתבטאות בדבר קיומן של ראיות לכאורה לא הייתה בבחינת הבעת עמדה מצדה, אלא אך הפניה לקביעותיהם של מותבים אחרים שדנו בנושא.

11. השופט טופף קבע כי אין בדיוני המעצר שהתקיימו לפניו כדי להקים עילת פסלות. הוא פירט כי הדיון באשר למערער 2 היה "מצומצם בהיקפו" ובמהלכו הוגשו חומר חקירה "בהיקף מצומצם בהינתן המסגרת הדיונית שנדרשה"; כי במהלך הדיון בעניינו של המערער 6 "הצדדים הפנו לראיות שונות מתוך חומרי החקירה והוצגו נתונים מתוך תסקיר המעצר", אך באותה העת שאלת קיומן של ראיות לכאורה טרם נדונה וטרם הוכרעה; וכי הדיון בעניינו של המערער 18 עסק בשאלה אם ניתן לשחררו לחלופת מעצר. השופט טופף הוסיף והדגיש כי רצוי שהמותב הדין בהליכי מעצר לא ידון בהליך העיקרי, אך הדבר אינו מקים בהכרח עילת פסלות. בעניינו, כך ציין השופט טופף, "חלקי בהליכי המעצר היה מצומצם למדי, בהינתן שהתבקשתי לשמש אך כ'ממלא מקום', לצורך מתן מספר החלטות אד הוק, במהלך היעדרותו של המותב הקבוע שמונה לישיב בדין בהליכי המעצר בתיק זה". בנוסף הדגיש השופט טופף כי הוא לא נדרש לקביעת ממצאי מהימנות, ולא נדרש להעמיק בחומר החקירה "בהיקף הנדרש לצורך מתן החלטה בשאלת קיומן של ראיות לכאורה ביחס לכלל האישומים". נוכח כל זאת קבע השופט טופף כי לא הוכחה עילה לפסילתו, וזאת גם בשים לב לחלוף הזמן מאז דיוני המעצר האמורים ובהינתן הסבירות הגבוהה שהכרעה בהליך דנן תינתן רק בעוד מספר שנים.

12. לצד זאת דחו כל חברי ההרכב את הטענה לקיומה של "מסה קריטית מצטברת". השופט טופף ציין "חזקה על שופט מקצועי, שישכיל להתעלם כליל ממידע, שבסופו של דבר לא נתקבל כראיה במשפט, ולבטח שלא יחלוק אותו עם עמיתיו להרכב". השופט לוי, מצדו, סבר כי "אפשרי כי במצב דברים שבו נחשף כל אחד מחברי ההרכב לרף המתקרב ל'מסה קריטית' של ראיות בלתי קבילות, תתקיים הצדקה לפסילת ההרכב כמכלול" (ההדגשה במקור) – אך לא זה המקרה בענייננו. ברוח דומה, השופטת בן-ארי סברה כי אין בענייננו מקום לערוך "חיבור מלאכותי" בין החומרים שאליהם נחשף כל אחד מחברי ההרכב. לבסוף דחה ההרכב את הטענה כי עליו לפסול עצמו מטעמים של מראית פני הצדק; ובהקשר זה צוין כי על רקע נסיבותיו הייחודיות של ההליך דגן – לרבות מורכבותו והתמשכות ההליכים בו – "אין די בטענה בעלמא בדבר אפשרות לפגיעה במראית פני צדק על מנת להצדיק פסילת המותב על השלכותיה".

טענות הצדדים בערעור

13. בערעור שלפני טוענים המערערים כי ההליכים המקדמיים שבהם הכריעו חברי ההרכב, נותבו מלכתחילה לטיפולם מכיוון שהם לא ישבו בהרכב באותה העת – ועובדה זו "יצרה ציפייה והבנה בלב המערערים, כי שופטים אלה לא יישבו בדינם".

14. אשר לשופט לוי: המערערים מביאים ציטוטים מעדותו של א.א. בתיק הנשק, אשר כוללים, בין היתר, התייחסויות לארגון הפשיעה שבמוקד ההליך ואמירות ה"משחירות" חלק מבאי-כוחם של המערערים. עוד נטען כי "העד מסר פרטים רבים הנוגעים לאישומים בכתב האישום, לאורך שעות עדות רבות"; וכן כי המידע שהוצג בנוגע לסיכון שנשקף לא.א. הוא רלוונטי להליך דגן, מכיוון שחלק מהאישומים עוסקים "בתקיפת עד המדינה, באיזמים על חייו, ובאיזמים ופגיעה באחרים". באשר לשאלה איזה מידע הוצג לשופט לוי במעמד צד אחד, המערערים סבורים כי מדובר ב"חומר מודיעיני רב ומהותי הנוגע לסיכון חיי העד מצד [המערערים]" – ולשיטתם אין לייחס משקל לחלוף הזמן מאז שמיעת עדותו של א.א., שכן "שנתיים אינן פרק זמן בו מצופה משופט מקצועי לשכוח כליל את התרשמותו מעדות שנשמעה בפניו".

15. אשר לשופטת בן-ארי: המערערים טוענים כי הבקשה בהליך העיון נוסחה והוגשה מתוך הבנה כי היא תידון בפני שופט שאיננו חלק מן ההרכב השומע את התיק (פסקה 87 להודעת הערעור). זאת, שכן ביום 18.11.2019 נקבע שהבקשות לעיון בחומרי החקירה תוגשנה לשופט שגיא, אשר שלא כיהן באותה העת בהרכב. לטענת המערערים,



אילו ידעו כי המותב שידון בבקשה ידון גם בהליך העיקרי, הרי שהיו מכלכלים את צעדיהם אחרת. עוד מודגש כי במסגרת הליך העיון הוגשו לשופטת בן-ארי "התשתית הראייתית וקו ההגנה" בעניין אחד האישומים וכן "שלושה קרגלים" של חומרים ובהם עדות הניקיון של עַד המדינה; וכי השופטת בן-ארי עיינה בכונן הכולל את כל חומרי החקירה ו"אין לדעת עד כמה התרשמה כב' השופטת במהלך העיון מן החומרים לגופם, אף אם העיון נעשה לצרכים טכניים". אשר להתייחסותה של השופטת בן-ארי לקיומן של ראיות לכאורה, טוענים המערערים כי מצב שבו שופט מסתמך בהחלטותיו על הכרעה של מותב אחר הוא בלתי-ראוי כשלעצמו, ומכל מקום מדובר בהתבטאות שאינה מדויקת, שכן נכון לאותו השלב ניתנו החלטות בעניין הראיות לכאורה רק לגבי חלק מהמערערים. זאת ועוד: לטענתם, "קריאה מעמיקה" של החלטותיהם של שופטים אחרים בעניין חומר הראיות בתיק עולה כשלעצמה כדי "מסה קריטית" של חומר בלתי-קביל.

16. אשר לשופט טופט 1099: המערערים מדגישים כי השופט טופט 1099 דן בעניינם של שלושה מהנאשמים בתיק, "מהם שניים מרכזיים". בנוגע למערער 2, מפורט כי ביום 21.5.2019 התקיים לפני השופט טופט 1099 דיון בשאלה האם ישנן ראיות מספקות על מנת להותירו במעצר עד שמוותב אחר יכריע בסוגיית הראיות לכאורה; במהלך הדיון הוצגו, בין היתר, ציטוטים מתוך שיחות שהוקלטו. באשר למערער 6, ביום 7.5.2019 התקיים לפני השופט טופט 1099 דיון בשאלה אם ניתן לשחררו לחלופת מעצר, ובמסגרתו הוגש קלסר הכולל חקירות של עַד המדינה ותמלילי האזנות סתר. באשר למערער 18, ביום 23.6.2019 התקיים בפני השופט טופט 1099 דיון בשאלת קיומה של עילת מעצר בעניינו, והשופט טופט 1099 עיין בהחלטה שנתן מותב אחר בעניין הראיות לכאורה וכן נחשף לעברו הפלילי של המערער 18, להרשעותיו הקודמות ולתיקים פתוחים בעניינו. לשיטת המערערים, בשים לב לקביעותיו של השופט טופט 1099 בהליכי המעצר ולחומרים שאליהם נחשף, הכרעותיו בהליכי המעצר עלולות להשפיע גם על החלטותיו בנוגע לנאשמים האחרים. מכל מקום, נטען כי חומרי החקירה שהוגשו בעניינו של המערער 2 עולים כשלעצמם כדי "מסה קריטית" המצדיקה את פסילת השופט טופט 1099 מלדון בעניינו.

17. לטענת המערערים, אף אם שופטי ההרכב סבורים מבחינה סובייקטיבית שביכולתם "להתגבר" על המסה הראייתית שאליה נחשפו, או כי הם אינם זוכרים את פרטי המידע שהוצג להם – "אין בכך בלבד כדי להטות את הכף כנגד פסילתם", שכן אותו מידע עלול להשפיע על החלטותיהם באופן תת-הכרתי. לבסוף מבקשים המערערים להורות למשיבה להגיש במסגרת הערעור שלפני את "כל הדוחות הסודיים והמסמכים אשר הגישה לעיון שופטי בית המשפט קמא במעמד צד אחד במסגרת אותם הליכים מקדמיים".

18. המשיבה, מצדה, טוענת כי דין הערעור להידחות מן הטעמים שפירטה בפני בית המשפט קמא. באשר לשופט לוי, מדגישה המשיבה כי העובדה שאישר את הסכם הטיעון בתיק הנשק אין בה כדי להשליך על ההליך נושא ענייננו – שכן לצורך אישור הסדר הטיעון נדרש בית המשפט לבחון את הודאותיהם של הנאשמים באותו הליך, ולא את עדותו של עד המדינה. עוד מבהירה המשיבה כי המסמכים שהוגשו לשופט לוי במעמד צד אחד עסקו "בענייני אבטחה וכן בנושאים הקשורים בשמירת זהותם של עובדי הרשות להגנת העדים".

באשר לשופטת בן-ארי, המשיבה טוענת כי התגובה שהגישה בהליך העיון, שבה טענה כי יש לבררו בפני מותב שאינו דן בהליך העיקרי, הוגשה על רקע העיקרון שלפיו "רצוי, אך לא חובה" שבקשות לעיון בחומרי חקירה תתבררנה בפני מותב שאינו דן בהליך העיקרי. עוד עומדת המשיבה על טענתה כי השופטת בן-ארי לא נחשפה לחומר מודיעיני, והיא מדגישה שהחלטה הראשונה בהליך העיון הייתה בעלת אופי טכני בלבד והחלטה השנייה נתחמה לשאלה אם יש בתיקים האחרים של עד המדינה חומרים העשויים להוות חומר חקירה בהליך הנוכחי. נטען כי בנסיבות אלו, וכן נוכח חלוף הזמן מאז מתן ההחלטות בהליך העיון, לא התגבשה "מסה קריטית" שיש בה כדי להצדיק את פסילת השופטת בן-ארי. באשר לשופט טופף עומדת המשיבה על טענתה לפיה אין מניעה עקרונית לכך ששופט שדן בהליך המעצר של נאשם מסוים ידון גם בהליך העיקרי בעניינו, וטוענת כי נוכח ההיקף המצומצם של החומר שאליו נחשף השופט טופף וחלוף הזמן מאז הדיון בהליכי המעצר, לא הוכחה עילה לפסילתו.

דיון והכרעה

19. לאחר עיון בערעור ובנספחיו וכן בעמדת המשיבה, באתי לידי מסקנה כי דין הערעור להידחות ביחס לכל שופטי ההרכב. כהערה מקדמית אציין כי לא ראיתי מקום להורות על הגשת החומרים שהוצגו לשופטי ההרכב במעמד צד אחד בהליכים קודמים, שכן כפי שיובהר להלן, לצורך ההכרעה בערעור שלפניי די בטענות שהעלו הצדדים ובחומר שהוגש לבית המשפט קמא בהליך (ראו בהקשר דומה: ע"פ 566/21 ברמלי נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (16.2.2021)).

20. בקשות פסלות המוגשות נגד כל חברי ההרכב כמותב תלתא אינן דבר שבשגרה, על אחת כמה וכמה כאשר בקשת הפסלות מבוססת על טעמים שונים ביחס לכל אחד מחברי ההרכב. עם זאת, וחרף ניסיונם של המערערים לשוות לטענותיהם נופך חמור

במיוחד – לא שוכנעתי כי טענותיהם מקימות חשש ממשי למשוא פנים, כמשמעותו בסעיף 77א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

21. אשר לשופט לוי: כפי שנפסק לא אחת, העובדה שהמותב דן בעבר בפרשה עובדתית הקשורה לזו שבמוקד כתב האישום אינה מקימה כשלעצמה עילת פסלות (ראו, למשל: ע"פ 4587/19 בן דוד נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (9.9.2019)). בפרט נפסק כי "בדיון הפלילי קורה, לא אחת, שאותו עד מעורב בשורה של משפטים, הנשמעים על-ידי אותו שופט (למשל עד מדינה [...]), ואין כל צורך ואף אין כל אפשרות מעשית להבטיח, כי בכל אחד בין המשפטים יישב שופט שונה" (ע"פ 350/91 ממן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(2) 345 351 (1991)).

במקרים מעין אלו, נקבע כי יש לבחון בכל מקרה לגופו אם הוכח חשש ממשי למשוא פנים מצד המותב. זאת, בין היתר, תוך בחינת הקשר הענייני בין שני ההליכים, משך הזמן שחלף מהדיון בהליך הקודם, והמידה שבה האירועים מההליך הקודם זכורים למותב (ראו, למשל: ע"פ 5647/19 זגורי נ' מדינת ישראל, פסקה 3 (2.9.2019)). עוד נפסק כי ככל שההליך הקודם הסתיים בהרשעת הנאשמים על פי הודאתם, וללא קביעות מהימנות בנוגע למי מהמעורבים – תפחת הנטייה לקבוע שמתעורר חשש ממשי למשוא פנים באשר להליך שבו מועלית טענת הפסלות (ע"פ 3819/21 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (3.6.2021)). כך למשל, במקרה אחד נדחתה טענת פסלות של נאשמים שהמותב הדן בעניינם הרשיע את עד המדינה באותה הפרשייה, כחצי שנה לאחר הגשת כתב האישום בעניינם של הנאשמים, על בסיס הודאתו במסגרת הסדר טיעון. זאת, אף שבגזר דינו של עד המדינה התייחס המותב, בין היתר, "לחומרת המעשים המפורטים בכתב האישום" (ע"פ 7248/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (28.9.2017)).

22. כלל דומה נקבע בפסיקה לגבי תרחיש שבו המותב עיין בחומרים בלתי-קבילים או חסויים: עצם העיון אינו מקים עילת פסלות, ויש לבחון בכל מקרה לגופו אם מתקיים חשש ממשי למשוא פנים. לצורך כך, נפסק, יש להראות כי המותב נחשף ל"מסה קריטית" של ראיות בלתי-קבילות שממנה לא יוכל להשתחרר בבואו לדון בהליך ויש לפרט את החומר שאליו נחשף המותב ולהבהיר באיזה אופן צפוי המידע להשפיע על שיקול דעתו (ראו, למשל: ע"פ 4587/20 חאמד נ' מדינת ישראל, פסקה 3 (5.8.2020); ע"פ 3947/21 ביטון נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (4.7.2021)).

23. כפי שפורט לעיל, טענות המערערים מבוססות על העובדה שבמסגרת הליך קודם, ה"מקביל" לאחד משלושים האישומים בהליך הנוכחי, שמע השופט לוי עדות של

עד המדינה שצפוי להעיד בענייננו, ונחשף במעמד צד אחד לחומרים הנוגעים לסיכון שנשקף לעד. הבקשה לשמיעת העדות בדלתיים סגורות הוכרעה ביום 26.6.2019; ועדותו של א.א. בחקירה ראשית נשמעה ביום 15.7.2019 – למעלה משנה וחצי טרם מינויו של השופט לוי להרכב בהליך דנן ביום 9.2.2021. באותו הליך קודם (תיק הנשק), הורשעו הנאשמים על בסיס הסדר טיעון מבלי שנקבעו קביעות מהימנות ביחס לעד.

24. רבות מהטענות בדבר ההשפעות האפשריות של המידע שאליו נחשף השופט לוי, הועלו בעלמא וללא ביסוס מספיק. כך, באשר למידע שנחשף במהלך העדות, המערערים פירטו בהרחבה על מידע שמסר א.א., ואולם מידע זה חורג לא רק מגדרי תיק הנשק אלא גם מגדרי כתב האישום בענייננו, וכבר נפסק כי מידע שאינו רלוונטי לאישומים שבהם יידרש המותב לדון, אינו מקים כשלעצמו חשש ממשי למשוא פנים מצדו בניהול המשפט (ע"פ 790/21 צלאח נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (24.2.2021)). המערערים אף לא הסבירו כיצד מידע זה צפוי להשפיע על השופט לוי. לצד זאת, הטענות בדבר אמירות ה"משחירות" את המערערים או את באי-כוחם בנושאים הקשורים לכתב האישום, הועלו בכוללניות, וגם בהקשר זה לא פירטו המערערים מדוע הן עולות כדי "מסה קריטית" שממנה המותב לא יוכל להשתחרר. על רקע מכלול נסיבות העניין – ובפרט חלוף הזמן מאז שמיעת עדותו של א.א., והעובדה שהשופט לוי לא נדרש לקביעת מהימנותו – אינני סבורה כי שמיעת העדות מקימה עילת פסלות כלפי השופט לוי.

25. בכל הנוגע למידע שאליו נחשף השופט לוי במהלך הדיון בבקשה לשמיעת העדות בדלתיים סגורות: המערערים מפנים בהקשר זה למקרה שבו נפסק כי מותב שדן בבקשה לשמיעת עדות מוקדמת פסול מלדון בהליך העיקרי (ע"פ 2967/96 זינגר נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(4) 265 (1996) (להלן: עניין זינגר)), וזאת בשל "הקרבה היתרה" של האישום הפלילי והטעם המונח ביסוד הבקשה לעדות מוקדמת" – אישום בשיבוש הליכי משפט, ובקשה לשמיעת עדות מוקדמת עקב טענה לאיזמים על העד (שם, בעמ' 267). לגישת המערערים יש מקום להקיש מעניין זינגר לענייננו, שכן לחלקם מיוחסות עבירות נגד א.א. והסיבה לשמיעת עדותו בתיק הנשק בדלתיים סגורות הייתה הסיכון שנשקף לו.

26. אף בהנחה שקיים קשר בין הטעמים שבבסיס ההחלטה לשמוע את עדותו של א.א. בדלתיים סגורות, ובין חלק מהאישומים המיוחסים לחלק מהמערערים כאן – ואינני מביעה כל עמדה בסוגיה זו – לא כל קשר ענייני בין שני הליכים פליליים יקים עילת פסלות כלפי המותב מלדון בהליך המאוחר. כך למשל, בע"פ 1179/94 אשכנזי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 320 (1994) נקבע כי מותב שהרשיע את פלוני במתן שוחד אינו פסול מלדון בעניינו של אלמוני, שהואשם בלקיחת השוחד באותה פרשייה (ראו גם: ע"פ

42/89 חברת לב תעשיות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 295 (1989)). להבדיל, בעניין אחר נדונו במקביל שני תיקים הנוגעים לאותה הפרשייה בפני אותו המותב, אך בהסכם בעניינו של ע"ד המדינה נקבע שעדותו – אשר "משתרעת על מרבית שדה המריבה [...]" [ו]מתארת בפרטי פרטים את נסיבות האירוע [...]" – לא תשמש כראיה נגד הנאשם בתיק הראשון. בתרחיש כזה, נקבע כי המותב יוכל לדון בשני התיקים כל עוד ישמע את עדותו של ע"ד המדינה בתיק השני רק לאחר ההכרעה בתיק הראשון (ע"פ 6752/97 פרידן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 329 (1997) (להלן: עניין פרידן)).

27. כאמור, השופט לוי נחשף לחומרים הנוגעים לא.א כשנה וחצי טרם שמונה לכהן בהרכב בהליך הנוכחי – ובכך נבדל עניינו מעניין זינגר ומעניין פרידן, שם נדונה היחשפותו של המותב למידע בלתי-קביל תוך כדי ניהולו של ההליך העיקרי. בנוסף, השופט לוי הבהיר שהדיון בבקשה לשמיעת העדות בדלתיים סגורות הוגבל לשאלה אם נשקף לא.א סיכון, ומההחלטה נושא הערעור אף עולה כי המידע שאליו נחשף לא נחקק בזיכרונו. העובדה שהשופט לוי נעתר לבקשה לשמיעת העדות בדלתיים סגורות, אף היא אינה מוכיחה שהמידע שאליו נחשף עשוי להשפיע עליו עד כדי יצירת חשש כלשהו למשוא פנים, לא כל שכן חשש ממשי (ראו והשוו: ע"א 5733/21 פלוני נ' פלוני, פסקה 10 (30.8.2021)). נוכח כל זאת, ובפרט נוכח חלוף הזמן מאז הדיון בבקשה לשמיעת העדות בדלתיים סגורות, לא שוכנעתי כי המידע שאליו נחשף השופט לוי במסגרת זו מקים חשש ממשי למשוא פנים מצדו.

28. אשר להתייחסות למערער 1 כאל "עברייך בכיר" בגזר הדין בתיק הנשק: מעיון במערכת "נט המשפט" עולה כי מקור הכינוי הוא בכתב האישום המתוקן שהגישה המדינה באותו תיק ביום 18.11.2019, ואשר בעובדותיו הודו הנאשמים שם. לפיכך, העובדה שהשופט לוי תיאר את המערער 1 בהתאמה לאמור בכתב האישום, אף היא איננה מעידה על חשש ממשי למשוא פנים בנוגע להליך הנוכחי.

29. אשר לשופטת בן-ארי: תחילה יש לציין כי עניינו שונה ממקרים אחרים שבהם נחשף המותב לחומר חקירה בהליך קודם, שכן המערערים נתנו ביום 11.10.2018 את הסכמתם המפורשת לכך ש"כל הדיון בנושאי בקשות לפי סעיף 74 יידונו בפני ההרכב". בעשותם כן הסכימו המערערים, מסיבותיהם, לסטות מנקודת המוצא שבסעיף 74(ג) לחוק סדר הדין הפלילי, שלפיה בקשה לעיון בחומרי חקירה תובא "במידת האפשר [...]" בפני שופט שאינו דן באישום". הסכמת המערערים למתכונת דיונית זו, משפיעה בהכרח על טענת הפסלות בהליך שלפניי (ראו והשוו: ע"פ 3779/21 ישיבת אורחות תורה נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה כרמיאל, פסקה 10 (7.6.2021); ע"א 5406/20 מ.י. שחם

נדל"ן בע"מ נ' ברשן, פסקאות 19-22 (26.11.2020) (להלן: עניין מ.י שחם); ע"א 8916/20 פלוני נ' פלוני, פסקה 8 (21.2.2021)). המערערים טענו אמנם כי הליך העיון שהתקיים בפני השופטת בן-ארי, באופן ספציפי, נוהל מתוך ציפייה שהמותב שידון בו לא יכהן בהליך העיקרי, וכי הם היו מנהלים אותו באופן שונה אילו ידעו שזהות ההרכב תשתנה. אך טענה זו הועלתה בעלמא, ומבלי שפורט כיצד היו נוהגים אחרת אילו ידעו שהיא תדון בהליך העיקרי (השוו: עניין מ.י שחם, בפסקה 21). נוכח כל זאת, לא שוכנעתי כי העובדה שהליך העיון נוהל בפני מותב שלא כיהן בהרכב באותה העת, יש בה כדי להצדיק סטייה מהסכמתם העקרונית של המערערים.

30. למעלה מן הצורך אציין כי אף אילו הייתי מתעלמת מהסכמת המערערים בנוגע לאופן הדיון בבקשות לפי סעיף 74, אינני סבורה כי נסיבות העניין שלפנינו מצדיקות את פסילתה של השופטת בן-ארי. אשוב ואזכיר את נקודת המוצא שעליה עמדתי לעיל, לפיה היחשפות המותב לחומרים הקשורים לתיק במסגרת הליך קודם, איננה מקימה כשלעצמה עילת פסלות (באשר לעיון בחומרי חקירה באופן ספציפי, ראו, למשל: ע"פ 7731/20 ונונו נ' ועדה מקומית לתכנון ובנייה אצבע הגליל, פסקה 5 (15.11.2020); והשוו: ע"פ 7759/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (1.11.2009) (להלן: עניין פלוני)).

כאמור, השופטת בן-ארי דנה בשתי בקשות במסגרת הליך העיון. הראשונה, אשר הוכרעה בהחלטה מיום 23.1.2020, עניינה באופן סידור רשימת החומרים שהועברה להגנה. על רקע זה עיינה השופטת בן-ארי, בין היתר, ברשימת חומרי החקירה ובסיכומי הראיות, ואף פתחה באקראי קובץ שמע אחד על מנת לבחון את נוחות השימוש ברשימה. הוזה אומר, סיכום חומרי החקירה כמכלול אכן הועמד לעיונה של השופטת בן-ארי, אך היא לא נדרשה ליתן לגביו הכרעה מהותית כלשהי והוא נבחן לצורך הכרעה בטענה שהעלתה ההגנה בעניין ההיבטים הטכניים של הניווט במאגר חומרי החקירה. בנסיבות אלו, אינני סבורה כי החומר שהוגש במסגרת בקשת העיון הראשונה עולה כדי "מסה קריטית" המצדיקה את פסילתה של השופטת בן-ארי.

31. הבקשה השנייה שבה נדרשה השופטת בן-ארי לדון בהליך העיון, עסקה בחומרי חקירה הנוגעים לעד המדינה ולמעורבים נוספים בפרשה. במסגרת זו היא עיינה, בין היתר, בטיוטת הסכם עד המדינה, בתיקים סגורים בעניינו של א.א ובמספר תיקים פתוחים – בהם תיק רצח שבמסגרתו נחקרו חלק מן המערערים כחשודים (עמ' 15 להחלטה מיום 12.3.2020). המערערים, כאמור, טוענים כי השופטת בן-ארי נחשפה לחומר בהיקף משמעותי, לרבות פרפרזות של מידע חסוי, ולשיטתם יש בחומרים אלו כדי להשפיע על השופטת בן-ארי בבואה לדון בהליך. מנגד, השופטת בן-ארי עצמה הדגישה כי "החומרים

שנכנסו הם חומרי פ"א סגורים, חומרי החקירה בתיק הזה לא הובאו לעיוני. תיקי חקירה לא של המעורבים כאן" (עמ' 156 שורות 25-26 לפרוטוקול הדיון מיום 5.10.2021; ההדגשה הוספה); וכי "לא עולה כי הועברו לעיוני פרפרזות אלא רק תעודת חיסיון וכן לא הוגשו ידיעות מודיעיניות" (פסקה 99 להחלטת הפסלות; ההדגשה הוספה). באת-כוח המשיבה, מצדה, טענה אף היא כי רשימת הפרפרזות כלל לא הוגשה (עמ' 166 שורה 8).

32. אף אם לצורך הדיון בלבד אלך כברת דרך לקראת המערערים ואניח כי השופטת בן-ארי נחשפה למידע מודיעיני כלשהו הרלוונטי להליך העיקרי, לרבות רשימת הפרפרזות – יש להדגיש כי החלטותיה של השופטת בן-ארי בהליך העיון ניתנו כשנה טרם מינויה להרכב שדן בהליך העיקרי. בנוסף, השופטת בן-ארי ציינה, בדחותה את בקשת הפסלות, כי החלטות אלו ניתנו במהלך תפקידה כשופטת תורנית וכי "במסגרת זו עברו תחת ידי מאות רבות של בקשות ודיונים, כך שהחומר הנטען אף אינו נטוע בזיכרוני". נסיבות אלו מפחיתות, לגישתי, באופן משמעותי את ההסתברות שהחומר שאליו נחשפה השופטת בן-ארי בהליך העיון ישפיע על התנהלותה בהליך העיקרי. זאת, בשונה ממקרים אחרים שבהם המותב הדן בהליך העיקרי נחשף לחומרים בלתי-קבילים בעניינו של נאשם בזמן שההליך העיקרי מתנהל או בסמוך לכך (השוו, למשל: עניין פלוני, בפסקה 4; ע"פ 6792/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 3 (22.10.2018); ע"פ 236/21 מושיא נ' מדינת ישראל, פסקאות 6-7 (4.2.2021)).

33. לכך יש להוסיף כי לא מצאתי ממש בטענה שהתייחסותה של השופטת בן-ארי לקיומן של ראיות לכאורה בעניינם של המערערים, מעידה על "נעילת" דעתה בנושא. עיון בהחלטתה מיום 12.3.2020 מעלה בבירור כי מדובר באמרת אגב, אשר נסמכת על החלטותיהם של מותבים אחרים בדבר קיומן של "ראיות לכאורה" (ראו בעמ' 7 שורות 30-31 לאותה החלטה, שם צוין: "כאן המקום להזכיר, כי נקבע שקיימת תשתית ראייתית במסגרת החלטות בית משפט זה וכן במסגרת החלטות בערר, בנוגע למיוחס [למערערים] בכתב האישום"). אף אם צודקים המערערים בטענה כי אמירה זו אינה מדויקת כשלעצמה, מכל מקום אין בכך כדי להעיד על חשש ממשי למשוא פנים כלפי מי מהם (ראו והשוו: ע"א 6066/21 ליאב יזמות וניהול פרויקטים בע"מ נ' תורג'מן, פסקה 11 (3.11.2021)).

34. נוכח המפורט לעיל, לא שוכנעתי בקיומה של הצדקה לפסילת השופטת בן-ארי מלדון בהליך. עם זאת, אציין כי לא נעלמה מעיני העמדה שהביעה המשיבה ב"זמן אמת" ולפיה ראוי שהליך העיון לא יידון בפני שופט הדן בהליך העיקרי. בתגובתה לערעור שלפני טענה המשיבה כי עמדתה הובעה על רקע העיקרון הכללי שבא לידי

ביטוי בסעיף 74(ג) לחוק סדר הדין הפלילי – לפיו רצוי שבקשות מעין אלו לא תוגשנה למותב שדן בהליך העיקרי – אך הסבר זה מוקשה בעיניי שכן בתגובת המשיבה מיום 30.12.2019 הובהר והודגש כי עמדתה מוגשת "למקרא בקשה זו" ועל רקע החומרים הספציפיים שצפויים היו להיות מוגשים למותב שידון בה. עם זאת, משהגעתי למסקנה כי לא מתקיימת בענייננו עילה אובייקטיבית לפסילתה של השופטת בן-ארי, אין בהתנהלותה של המשיבה, אף שהיא מעוררת קושי בהיותה בלתי-עקבית, כדי להצדיק לבדה את קבלת הערעור (השוו: ע"פ 6545/21 קאהן נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ערד, פסקה 7 (20.10.2021)).

35. אשר לשופט טופף: כאמור לעיל, המערערים ידעו עוד ביום 31.12.2019 על מינויו של השופט טופף להרכב שידון בהליך העיקרי. למעשה, באי-כוחם אף הצהירו במהלך דיון שהתקיים באותו היום כי "אין מניעה כי כב' השופט טופף יהיה חלק מהרכב זה, אף שנתן חלק מההחלטות בהליך המ"ת" (עמ' 101 שורה 16 לפרוטוקול). אני סבורה כי מטעם זה בלבד ניתן לדחות את הערעור, ככל שהוא נוגע לשופט טופף. זאת, שכן אין מדובר בשיהוי גרידא בהעלאת הטענה אלא בהצהרה מפורשת של המערערים כי הם מסכימים לכך שהשופט טופף ידון בהליך, למרות שדן קודם לכן בחלק מהליכי המעצר (ראו האסמכתאות בפסקה 29 לעיל). מדובר אפוא בניסיון של המערערים, שאותו אין לקבל, להתנער בדיעבד מהסכמה מפורשת זו.

למעלה מן הצורך אוסיף כי אין לקבל בהקשר זה את טענת המערערים בדבר היעדר שיהוי. זאת, שכן הטענה שהעלו המערערים ולפיה המונח "תחילת המשפט" שבסעיף 146(א) לחוק סדר הדין הפלילי מתייחס למענה לכתב האישום, ולא – למשל – למועד ההקראה או למועד שבו נקבע המותב שידון בהליך, אינה נתמכת בפסיקה (ראו ע"פ 7412/02 ב' צ'רנוי נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 49, 52-53 (2002)). מכל מקום, אף לגופו של עניין לא שוכנעתי כי החומר שאליו נחשף השופט טופף בהליכי המעצר עשוי להצדיק את פסילתו. זאת, בין היתר, בשים לב להיקף החומר שעמד לעיונו, לטיב ההכרעות שנדרש ליתן במסגרת הליכי המעצר, ולחלוף הזמן מאז שניתנו החלטותיו בהליכים אלה (ראו והשוו: ע"פ 6422/18 ביבי נ' מדינת ישראל, פסקה 4 והאסמכתאות שם (15.10.2018)).

זאת ועוד: טענת המערערים בדבר התהוות עילת פסלות "חדשה" עקב מינוי השופטים לוי ובן-ארי לכהן לצדו של השופט טופף, למעשה איננה מכוונת נגד השופט טופף עצמו – שכן המערערים מודים כי אין מבחינתם מניעה לכך שהשופט טופף ידון בהליך לצד שני שופטים אחרים. משכך, טענה זו יכולה לכל היותר להוות חיזוק לפסילת



השופט לוי או השופטת בן-ארי, אך משהגעתי למסקנה כי לא קמה הצדקה לפסילת מי מהם – אין בטענה זו כדי להטות את הכף לטובת קבלת הערעור.

36. לפני סיום אציין כי אין בידי לקבל את הטענה לעילת פסלות "מצטברת" של כל חברי ההרכב כאחד. בספרות צוין אמנם כי "לעיתים, ייתכן שההתנהגות של כל שופט ושופט בנפרד אינה מבססת חשש [ממשי למשוא פנים], אולם הצטברות אירועים שונים עולה כדי חשש ממשי למשוא פנים מצד ההרכב כגוף אחד" (יגאל מרזל דיני פסלות שופט 385 (2006)). אך הודגש כי "נדרשות נסיבות יוצאות דופן על מנת שיהיה מקום לפסילת הרכב שלם בשל עילת פסלות מעין זו" (שם). בענייננו, המערערים לא הצביעו על נסיבות יוצאות דופן מסוג זה, וכל טענתם נטועה בסברה שבמהלך הדיון בהליך עלולים שופטי ההרכב לחלוק זה עם זה, במודע או שלא במודע, את המידע הבלתי-קביל שאליו נחשפו, כך שבמצטבר תיווצר "מסה קריטית". כפי שהובהר לעיל, אינני סבורה כי הטענות שהועלו מקימות חשש אובייקטיבי ממשי למשוא פנים, העשוי להצדיק את פסילתו של שופט, לא כל שכן שלושה שופטים. לפיכך, ומבלי להביע עמדה עקרונית באשר לאפשרות שתקום עילת פסלות נגד כל חברי ההרכב כאחד בשל "מסה קריטית מצטברת" – "מסה קריטית מצטברת" כזו לא הוכחה במקרה דנן.

37. מכל הטעמים שפורטו לעיל, אף לא ראיתי מקום להורות על פסילת מי מחברי ההרכב מטעמים של מראית פני הצדק.

אשר על כן, הערעור נדחה.

ניתן היום, י"ד בכסלו התשפ"ב (18.11.2021).

ה נ ש י א ה