



ע"פ 4603/17 - דוד אדרי, שי בן דוד נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

ע"פ 4603/17

ע"פ 4627/17

לפני: כבוד השופט י' דנציגר

1. דוד אדרי

2. שי בן דוד

המבקשים:

נ ג ד

מדינת ישראל

המשיבה:

בקשה לעיכוב ביצוע עונשי המאסר שהושתו על
המבקשים בת"פ 13643-04-14 מיום 27.4.2017
בגזר דינו של כבוד השופט ח' כבוב

ט"ז באב תשע"ז (8.8.17)

תאריך הישיבה:

בשם המבקש 1: עו"ד נוית נגב; עו"ד איריס ניב סבאג;

עו"ד ערן אלהרר; עו"ד מור סמואל-שחר

בשם המבקש 2: עו"ד ירון קוסטליץ; עו"ד יואב סטשבסקי

בשם המשיבה: עו"ד אבי ארוניס; עו"ד ורד מושקובסקי

החלטה

עמוד 1



מונחות לפני שתי בקשות לעיכוב ביצוע עונשי מאסר שגזר בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (המחלקה הכלכלית) (השופט ח' כבאבוב) ביום 27.4.2017 על שני המבקשים, במסגרת ת"פ 13643-04-14.

כללי

1. בפתח הדברים יצוין כי הכרעת הדין בעניינם של המבקשים נפרשת על פני 290 עמודים ואילו גזר הדין מחזיק 61 עמודים נוספים; הודעת הערעור של המערער בע"פ 4603/16, דוד אדרי (להלן: אדרי) מונה 219 עמודים ואילו הודעת הערעור של המערער בע"פ 4627/16, שי בן דוד (להלן: בן דוד) מונה 73 עמודים. בהחלטתי זו אשתדל לקצר ככל הניתן, מבלי להיכנס לנבכי הפרשיות הסבוכות מבחינה עובדתית, כלכלית ומשפטית, אף כי קראתי בעיון את הדברים. אורכן ומורכבותן של הטענות אף השפיעו על פרק הזמן שחלף עד למתן החלטתי.

2. כתב האישום, הכולל שלושה אישומים נפרדים, מתייחס למעשים שבוצעו במחצית השנייה של שנת 2007 ובסוף שנת 2008, היינו, לפני כעשור. כתב האישום הוגש נגד שני המבקשים וכן נגד שניים נוספים – אהרון נבון וסער וינטראוב (להלן: נבון ווינטראוב בהתאמה), אשר זוכו על ידי בית המשפט המחוזי מהאישום היחיד שיוחס להם (האישום הראשון).

תמצית כתב האישום

3. אעשה כמיטב יכולתי לתמצת את עובדות כתב האישום, כאשר במסגרת החלטה זו, ולמען הקיצור, לא יבוארו מונחים שונים הנוגעים לאישומים. לצורך הבהרות ניתן לפנות להכרעת הדין (סעיפים 14-19). העובדות יתוארו בקווים כלליים בלבד.

4. אדרי שימש, בין השנים 2007-2009, מנהל מחלקת ברוקראז' בפסגות ניירות ערך בע"מ (להלן: פסגות ני"ע), חברה פרטית בבעלות מלאה של פסגות בית השקעות בע"מ. בן דוד שימש בתקופה הרלוונטית מנהל חדר מסחר ברוקראז' בפסגות ני"ע והיה יד ימינו של אדרי. שניהם סוחרים בניירות ערך בעלי מומחיות במסחר באגרות חוב. בתקופה הרלוונטית ניהלה פסגות ני"ע את כספי קבוצת פסגות, בין היתר, באמצעות חשבון נוסטרו מס' 130025 (להלן: חשבון פסגות), שנוהל על ידי אדרי ובן דוד אשר היו אחראיים על כל פעילות המסחר בחשבון.

למען הסדר הטוב יצוין כי נבון ווינטראוב עבדו בתקופה הרלוונטית בדויטשה ניירות ערך ישראל בע"מ (להלן: דויטשה בנק), האחד כמנהל חדר מסחר והשני כסוחר בניירות ערך בחדר המסחר.

5. לפי הנטען באישום הראשון, ביום 29.8.2007 פרסמה יחידת ניהול החוב הממשלתי במשרד האוצר, בין היתר, "מכרז החלף" שנקבע ליום 4.9.2007 בשעה 15:30, במסגרתו הנפיקה המדינה את ניירות הערך הבאים: ממצ"מ 610; ממש"ק 217; ממש"ק 1026 וממשל משתנה 817 (להלן: ניירות הערך המונפקים) וכנגדם אסף משרד האוצר את נייר הערך גליל 5501 (להלן: נייר הערך הנאסף).



6. פסגות השתתפה במכרז באמצעות עושה השוק הראשי דויטשה בנק, ודויטשה בנק השתתף בו גם עבור עצמו.

7. בכתב האישום נטען, כי אדרי ובן דוד רקמו תכנית מרמית לפיה, הם יפעלו בצוותא חדא להעלות שער נייר הערך הנאסף (או למניעת ירידתו) ובמקביל להורדת שערי ניירות הערך המונפקים (או למניעת עלייתם), תוך ניצול העוצמה הכלכלית של חשבון פסגות, וזאת על מנת להשפיע על יחס ההמרה וליצור להצעתם עדיפות במכרז. בכתב האישום נטען כי אדרי ובן דוד שיתפו את נבון ווינטראוב בתכנית התרמית. לפי הנטען בכתב האישום, העלאת שערו של נייר הערך הנאסף התבצעה באמצעות רכישות בהיקף נרחב, לרוב בשערים גבוהים משערי העסקאות הקודמות, לרבות עסקאות רכישה משמעותיות בשלב הנעילה. מן העבר השני, הורדת שעריהם של ניירות הערך המונפקים התבצעה על ידי מכירות בהיקף נרחב בשערים נמוכים משערי העסקאות שקדמו להן, לרבות עסקאות מכירה משמעותיות בשלב הנעילה.

8. הצעתה של פסגות אכן קיבלה עדיפות בולטת במסגרת המכרז, כאשר ביחס למרבית ניירות הערך המונפקים התקבלה מלוא הכמות שהציעה פסגות. בתום המכרז דויטשה בנק רכש גם כמות נוספת של חלק מהאג"ח מעבר לכמות בה זכה, בין בעבורו ובין בעבור פסגות, בהתאם למנגנון ה-Green Shoe.

9. לטענת המאשימה, כתוצאה ממעשיהם התרמיתיים של הנאשמים הפיקו חשבון פסגות וחשבון דויטשה בנק רווחים משמעותיים שהוערכו במיליוני שקלים, על חשבון המדינה. מכיוון ששכרם של אדרי ובן דוד הורכב משכר בסיס ומבונוסים שהושתתו, בין היתר, על רווחי הנוסטרו, הפיקו המבקשים טובת הנאה ממעשיהם התרמיתיים.

10. לפי הנטען באישום השני, במהלך דצמבר 2008 פעלו אדרי ובן דוד להעלות את שערו של אג"ח קונצרני מסוג דלק נדל"ן סדרה ה' (להלן: אג"ח דלק נדל"ן), זאת באמצעות רכישת האג"ח לחשבון פסגות במחירים גבוהים משערי העסקאות האחרונות בבורסה. באמצעות פעולות המכירה הצליחו המבקשים להעלות את שערו של אג"ח דלק נדל"ן מ-17 ל-25. הם עשו זאת במטרה להבטיח מימושה של עסקה שסוכמה בינם לבין מנכ"ל דלק נדל"ן, לפיה דלק נדל"ן תרכוש, ביום 31.12.2008, מחשבון פסגות כמות גדולה של אג"ח דלק נדל"ן בהיקף של 20 מיליון ערך נקוב במחיר 25. לאחר ביצוע העסקה, ולאחר ששער האג"ח החל לרדת בכ-8%, ביצעו אדרי ובן דוד עסקאות רכישה שהעלו את שער האג"ח, דבר שהוביל לכך שלחשבון פסגות היו החזקות משמעותיות ביותר באג"ח דלק נדל"ן, ושווי החשבון עלה ביותר מ-41% משווי קודם לתחילת הפעילות התרמיתית. גם פעילות תרמיתית זו, שהובילה לעלייה בשווי חשבון הנוסטרו, הובילה להגדלת הבונוס ששולם למבקשים כחלק משכרם.

11. האישום השלישי מתייחס לאדרי בלבד, ולפי הנטען בו, אדרי ניצל את גישתו לחשבון פסגות ועשה בחשבון זה שימוש (על דרך של רכישות שהביאו לעליית שערים של ניירות ערך מסוימים) על מנת להפיק רווחים בחשבונותיו הפרטיים, על ידי מכירתם של אותם ניירות ערך.

12. האישומים התבססו הן על נתוני המסחר והן על שיחות מוקלטות – השיחות בחדר המסחר מוקלטות כדבר שגרתי ובנוסף חלק מהשיחות הוקלטו בהאזנות סתר – מהן נלמדה הכוונה התרמיתית. כמו כן הגישה המאשימה חוות דעת של מומחים.

הכרעת הדין בקליפת אגוז

13. האישום הראשון - בית המשפט המחוזי סקר את הראיות שהוצגו בעניין האישום הראשון, וכן את טענות ההגנה של הנאשמים. המומחית מטעם המאשימה הסיקה בחוות דעתה כי לפעילות המסחר שבוצעה על ידי המבקשים הייתה השפעה, ברמות שונות, בכל ניירות הערך הנבחנים ובכיוונים המשפרים עבורם את שער ההמרה, מלבד פעילותם בתאריך 4.9.2007 באג"ח 217 ובאג"ח 1026. בית המשפט המחוזי קיבל את מסקנותיה האמורות של המומחית. בכך, נקבע, הרימה המאשימה את הנטל להוכיח את רכיב ההשפעה בפועל. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי המאשימה הוכיחה את רכיב הכוונה להשפיע על שער ניירות הערך, וזאת כנלמד מתמלילי השיחות המוקלטות, מחקירת המבקשים ברשות לניירות ערך ומנתוני המסחר. בסופו של דבר, בא בית המשפט לכלל מסקנה כי המאשימה עמדה בנטל להוכיח את התקיימות רכיבי עבירת התרמית לפי סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק ניירות ערך), ביחס לפעילותם של המבקשים, אולם לא כך לגבי נבון ווינטראוב. קביעה זאת מתייחסת לחמישה ניירות ערך מתוך ששה שצינו בכתב האישום: אג"ח 5501; אג"ח 610; אג"ח 1026; אג"ח 5480 ואג"ח 5481. בית המשפט זיכה את המבקשים מביצוע עבירת תרמית בניירות ערך ביחס לאג"ח 217 והרשיע אותם בחמש עבירות תרמית בניירות ערך לפי סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות ערך ביחד עם סעיף 29 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) (ביצוע בצוותא). בנוסף, הרשיע בית המשפט המחוזי את המבקשים בעבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 415 ביחד עם סעיף 29 לחוק העונשין.

14. בית המשפט המחוזי התייחס גם לטענה מקדמית של הגנה מן הצדק - אכיפה בררנית - שהעלו המבקשים על רקע העובדה שמנהליהם של המבקשים - רועי ורמוס ושי ירון (להלן: המנהלים או ורמוס וירון) - לא הועמדו לדין, זאת על אף שהמאשימה התבססה על שיחות שהתקיימו בין המבקשים לבין המנהלים כהוכחה לפליליות המעשים. בד בבד, הדגישו המבקשים כי הם אינם סבורים שהיה מקום להעמיד לדין את המנהלים שכן במעשיהם, כמו גם במעשי המבקשים, לא נפל רבב. בית המשפט המחוזי קיבל את נימוקי המאשימה לפיהם החלטותיה בנוגע להעמדה לדין התבססו על שיקולים ענייניים בלבד. לטענת המאשימה, לאחר שקילת העניין בכובד ראש התקבלה החלטה שאין די ראיות לעמוד במבחן סיכוי סביר להרשעת המנהלים בעבירת תרמית. נפסק כי המבקשים לא הציגו ראיות לכך ששיקול זה לקה בחוסר סבירות קיצוני או שנבע ממניעים זרים, ולפיכך, נדחתה הטענה לאכיפה בררנית.

15. האישום השני - גם בעניינו של אישום זה סקר בית המשפט את הראיות שהציגה המאשימה - הקלטות השיחות, הודעות המבקשים בחקירותיהם ברשות, נתוני המסחר וחוות דעת מומחה מטעמה, וכנגדן את טענות המבקשים. בית המשפט המחוזי ציין כי אין מחלוקת בדבר השפעת פעילותם של המבקשים על שער אג"ח דלק נדל"ן בימים הרלוונטיים לאישום. עוד קבע בית המשפט המחוזי, כי עלה מהראיות שהמבקשים פעלו במטרה להשפיע על שער של אג"ח דלק נדל"ן כאמור. עוד נמצא, כי הוכח מניע לפעילותם של המבקשים להשפיע על שער האג"ח, אשר יש בו כדי להוות ראיה נסיבתית להוכחת עבירת התרמית. נוכח האמור לעיל, קבע בית המשפט המחוזי כי המאשימה עמדה בנטל להוכיח, מעבר לספק סביר, התקיימות כל רכיבי עבירת תרמית בניירות ערך לפי סעיף 54(א)(2) לחוק ניירות ערך ולכן הרשיע את המבקשים גם באישום השני.

16. האישום השלישי - בית המשפט המחוזי קבע כי המאשימה הוכיחה מעל לספק סביר את התקיימותם של יסודות העבירה של מרמה והפרת אמונים בתאגיד, לפי סעיף 425 לחוק העונשין וכן את התקיימות יסודות העבירה של תרמית בניירות ערך לפי סעיף



54(א)(2) לחוק ניירות ערך, ולכן הרשיע את אדרי בשתי עבירות אלה.

גזר הדין

17. בגזר הדין, שניתן ביום 27.4.2017, סקר בית המשפט המחוזי בהרחבה את עדויות האופי שהובאו לטובתם של המבקשים וכן מכתבים שהוגשו בעניינם. גם המבקשים עצמם דיברו בפני בית המשפט. הקו המנחה של העדויות היה כי מדובר בשני אנשים נורמטיביים, שתרמו בדרכים רבות לחברה, עד אשר לפני כעשור חלה תפנית חדה בחייהם עת החלה החקירה הגלויה בעניינם. ההליך הפלילי המתקיים בעניינם מאז נותר כפצע פתוח שלא הגליד. המבקשים הדגישו את ההשפעה הרעה של ההליך, לרבות הפרסומים השליליים שנלוו לכך, על שמם הטוב ועל בני משפחתם הקרובים. עוד טענו המבקשים, כי נגרם להם עינוי דין המתבטא בכך שעל אף שהחקירה הגלויה בעניינם נפתחה בשנת 2010, והם אף ויתרו על עריכת שימוע, בכל זאת כתב האישום נגדם הוגש רק בשנת 2014, ביחס לאירועים שתחילתם בשנת 2007. עוד הדגישו המבקשים את העובדה כי מדובר במצב חריג שבו שכירים הורשעו ללא שמנהליהם כלל עמדו לדין.

18. המאשימה הדגישה את נסיבות ביצוע העבירות, את התחכום הרב הגלום בהן, את הרווח הכספי שהפיקו המבקשים (לרבות העובדה שהמניע היה בצע כסף) והפגיעה שנגרמה לשוק ולציבור. עוד ציינה את העובדה שהמבקשים ניצלו את גודלו והדומיננטיות של בית ההשקעות. כן הדגישה את העובדה שמדובר בשלוש פרשיות נפרדות. בנוסף, הצביעה המאשימה על ההבדלים בין שני הנאשמים, מבחינת בכירות, תמריץ ודומיננטיות.

19. בית המשפט המחוזי קבע כי כל אחד מהאישומים דן באירוע נפרד, ולכן יש לקבוע מתחם ענישה הולם ביחס לכל אחד מהם.

20. ביחס לאישום הראשון גזר בית המשפט המחוזי על אדרי את רכיבי העונש הבאים: (1) מאסר בפועל לתקופה של 30 חודשים; (2) 15 חודשי מאסר על תנאי, והתנאי הוא שלא יעבור תוך 3 שנים על אחת העבירות בהן הורשע; (3) קנס כספי בסך 2.5 מיליון ש"ח או 15 חודשי מאסר תחתיו. על בן דוד נגזרו רכיבי העונש הבאים: (1) מאסר בפועל לתקופה של 24 חודשים; (2) 15 חודשי מאסר על תנאי, והתנאי הוא שלא יעבור תוך 3 שנים על אחת העבירות בהן הורשע; (3) קנס כספי בסך של 1.5 מיליון ש"ח או 15 חודשי מאסר תחתיו.

21. ביחס לאישום השני גזר בית המשפט המחוזי על אדרי את רכיבי העונש הבאים: (1) מאסר בפועל לתקופה של 12 חודשים; (2) 10 חודשי מאסר על תנאי, והתנאי הוא שלא יעבור תוך 3 שנים על אחת העבירות בהן הורשע; (3) קנס כספי בסך 500,000 ש"ח או 10 חודשי מאסר תחתיו. על בן דוד נגזרו רכיבי העונש הבאים: (1) מאסר בפועל לתקופה של 9 חודשים; (2) 8 חודשי מאסר על תנאי, והתנאי הוא שלא יעבור תוך 3 שנים על אחת העבירות בהן הורשע; (3) קנס כספי בסך של 250,000 ש"ח או 10 חודשי מאסר תחתיו.



22. ביחס לאישום השלישי גזר בית המשפט המחוזי על אדרי את רכיבי העונש הבאים: (1) מאסר בפועל לתקופה של 24 חודשים; (2) 10 חודשי מאסר על תנאי, והתנאי הוא שלא יעבור תוך 3 שנים על אחת העבירות בהן הורשע; (3) קנס כספי בסך 1.5 מיליון ש"ח או 15 חודשי מאסר תחתיו.

23. בית המשפט המחוזי קבע כי אין מקום לשקול הטלת עונשים חופפים במלואם בשלושת האישומים, אך עם זאת לא ראה מקום לקבוע שהעונשים יצטברו אחד לשני במלואם. בסופו של יום, גזר בית המשפט המחוזי על אדרי מאסר בפועל לתקופה כוללת של 54 חודשים ואילו על בן דוד מאסר בפועל לתקופה כוללת של 30 חודשים. סכומי הקנס שהוטלו באישומים השונים הם במצטבר, כך גם המאסרים חלף הקנס והמאסרים המותנים.

24. המבקשים הגישו ערעור הן על הכרעת הדין ועל על גזר הדין.

הבקשה לעיכוב ביצוע

אדרי

25. לעניין סיכויי הערעור, טען אדרי - הן בכתב והן בעל פה באמצעות באת כוחו עו"ד נויט נגב - כי בפיו טענות רציניות וכבדות משקל כנגד הכרעת הדין של בית המשפט קמא. אין מדובר בערעור על ממצאי עובדה ומהימנות, שכן בבית המשפט המחוזי לא הייתה מחלוקת עובדתית של ממש. המחלוקת נוגעת לשאלות של פרשנות ולשאלה המשפטית האם המעשים נכנסים לגדר העבירה של השפעה בתרמית על ניירות ערך. לפי הנטען, הערעור מגובה בטענות חזקות, משפטיות, המבוססות על קביעות שנקבעו בהכרעת הדין עצמה, וסיכויי להתקבל גבוהים. מדובר בטענות מהותיות, היורדות לשורש ההרשעה, והן בעלות פוטנציאל ממשי להשפיע באופן מהותי על תוצאת הערעור, ולהוביל לזיכוי המלא.

26. לפי הנטען, הערעור באישום הראשון עוסק בשאלות משפטיות מהותיות, הנוגעות לקביעת גבולות עבירת התרמית בניירות ערך ופרשנות יסודותיה, בראש ובראשונה היסוד הנפשי. מדובר במקרה ראשוני ותקדימי, בו הורשעו סוחרים בניירות ערך בגין ביצוע פעולות אמיתיות שעמדה מאחוריהן הצדקה כלכלית. עוד טען אדרי, כי אופן הסקת המסקנות המרשיעות באישום הראשון, המרכזי, הוביל להרשעה חסרת בסיס והיגיון על פניה, אף לפי קביעותיו של בית המשפט קמא עצמו בהכרעת הדין. המסקנות המרשיעות נקבעו תוך התעלמות מראיות וטענות הגנה, ובפרט מהטענות לגיטימיות של הפעולות (כאשר בית המשפט עצמו קבע - ביחס לבנו ווינטראוב - כי ההתארגנות למכרז ההחלף הייתה לגיטימית). לדברי אדרי, ההרשעה נבעה מהיפוך הנטל המוטל על המאשימה והטלתו על כתפי ההגנה. בנוסף, הערעור מופנה נגד היישום של התשתית המשפטית ששימשה לקביעת ממצאים להרשעה. יישום נכון היה מוביל לזיכוי של אדרי. חלק מרכזי מהערעור הוא על הפרשנות השגויה, לשיטת אדרי, שנתן בית המשפט קמא לשיחות המוקלטות. עוד מופנה הערעור כלפי הסתמכותו של בית המשפט המחוזי על חוות הדעת של מומחית המאשימה, שבית המשפט עצמו קבע כי היא נגועה בניגוד עניינים. עו"ד נגב הוסיפה כי זיכויים של המבקשים ביחס לנייר ערך 217 מטיל בספק רב את קיומה של תכנית תרמיתית ביחס ליתר ניירות הערך ואת ההרשעה כולה.

27. לטענת אדרי, גם אופן הסקת המסקנות המרשיעות באישום השני הוביל להרשעה חסרת בסיס וחסרת היגיון. קביעות היסוד



של בית המשפט המחוזי עצמו שללו את המסקנה בדבר כוונה תרמיתית ואת ההיגיון שבהרשעה וחייבו את זיכוי המבקש. עוד טוען אדרי, כי ביסוד ההרשעה באישום השלישי עמדה שגיאה משפטית מהותית ששימשה עמוד התווך של ההרשעה כולה: בית המשפט קבע כי אדרי פעל בניגוד עניינים בהשקעה במק"מ, שהוא נייר ערך המונפק על ידי המדינה. זאת כאשר על פי חוק, פעילות בניירות ערך כאלה, הוחרגה במפורש מתחום ניגוד העניינים של מנהלי השקעות.

28. אדרי מוסיף וטוען, כי ביחס לאישומים הראשון והשני עומדת לו טענת הגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית, אל מול מנהליו, טענה המחייבת את זיכוי. עו"ד נגב טענה, כי אם צדק בית המשפט קמא בפרשנות שנתן לשיחות המוקלטות, הרי בוודאי שמן הראוי היה להעמיד גם את המנהלים לדין ומכאן שהתקיימה פה אכיפה בררנית. מנגד, אם שגה בית המשפט בפרשנות השיחות, היינו, השיחות הן לגיטימיות, אזי ברי כי יש לזכות את המבקשים.

29. אשר לגזר הדין, טענה עו"ד נגב כי נפלה טעות משפטית בהטלת עונש מצטבר.

30. אדרי מדגיש, כי הוא אינו מסוכן כלל לציבור ואין בסיס לייחס לו מסוכנות לציבור או חשש להימלטות. לאדרי שלושה ילדים קטנים. הוא נעדר עבר פלילי. העבירות שבביצוען הורשע בוצעו לפני כעשר שנים. הוא לא שהה במעצר ואף לא הוטלו עליו תנאים מגבילים במהלך המשפט למעט הפקדת ערבות בנקאית. במהלך משפטו אף יצא לחו"ל מספר פעמים. לאחר הכרעת הדין הוצא נגדו צו עיכוב יציאה מהארץ. עו"ד נגב הדגישה כי המאשימה השתתה ארבע שנים עד שהוגש כתב אישום. עוד היא ציינה כי לבית המשפט המחוזי נדרש פרק זמן בן שנה וחצי לכתוב את פסק הדין. נוכח עובדות אלה, האינטרס של ריצוי מיידי של העונש פוחת.

31. עוד נטען, כי אמנם תקופת המאסר אינה קצרה, אך בעבר עוכב ביצועם של עונשי מאסר ממושכים יותר. אדרי מדגיש כי מורכבות התיק והצפי להתמשכות הליכי הערעור מהווים סיבה משמעותית לעיכוב ביצוע העונש. בנסיבות אלה, אם לא יעוכב ביצוע העונש, הוא עלול לרצות תקופת מאסר משמעותית בטרם יינתן פסק דין סופי בעניינו. משקלו של שיקול זה מתעצם, כך נטען, כאשר קיימות טענות כבדות משקל היורדות לשורש ההרשעה.

בן דוד

32. בן דוד - בטענותיו בכתב וכן בעל-פה באמצעות בא כוחו עו"ד ירון קוסטליץ - מדגיש אף הוא את העובדה שהיה משוחרר בערובה ובתנאים מגבילים לאורך כל ההליך, את היותו נטול עבר פלילי והיעדר חשש להימלטות או אי התייצבותו לריצוי עונש המאסר. הבקשה מוגשת, לדבריו, על מנת שלא לסכל את זכות הערעור ועל מנת שלא ייגרם לו נזק בלתי הפיך, שיתבטא בכך שירצה את מרבית תקופת מאסרו ובסופו של יום יזוכה.

33. בן דוד טוען כי הוא מעלה בערעורו טענות כבדות משקל נגד הרשעתו, הראויות להישמע. מדובר בשאלות משפטיות מהותיות ביחס להיקפה של עבירת התרמית והתקיימות יסודותיה במקרה דנן. לטענת בן דוד, בעניינו לא נחצה הקו הדק המבחין בין פעילות לגיטימית שמבצע שחקן דומיננטי בשוק ההון על מנת להשיא רווחיו כדת וכדין, לבין פעילות מרמית פלילית של השפעה באופן מלאכותי על שער ניירות ערך. עוד נטען, כי בית המשפט המחוזי העניק לשיחות המוקלטות פרשנות שגויה, שאינה מתיישבת עם



ממצאיו של בית המשפט. בן דוד מוסיף וטוען, כי זיכוי המבקשים מהעבירות ביחס לאג"ח 217 משפיע על יתר ניירות הערך ומחייב זיכוי מעבירת התרמית ביחס אליהם. עוד נטען, כי אותם טעמים שהובילו את בית המשפט לזכות את נבון ווינטראוב מחייבים את זיכויים של המבקשים, שכן קריסת התיזה של התכנית התרמית ביחס אליהם מלמדת שכלל לא הייתה תכנית תרמיתית. בן דוד אף הוא מדגיש את העובדה שמנהליו, ורמוס וירון, שהיו מודעים בזמן אמת לכל הפעולות שביצעו המבקשים, כלל לא הועמדו לדין. לטענת עו"ד קוסטליץ, לא ניתן להפריז בחשיבותה של עובדה זו, אשר מובילה למספר מסקנות חילופיות: ראשית, תוצאה זו עומדת בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית והיא מחייבת את ביטול כתב האישום; שנית, אם המנהלים לא עמדו לדין אזי אין פה תכנית תרמיתית ויש לזכות גם את המבקשים; לכל הפחות, הדעת אינה נותנת שעובד שכיר ייכנס למאסר בעוד שהמנהל והתאגיד שבו עבד לא יועמדו כלל לדין פלילי.

עוד טוען בן דוד, כי עמדת הרשות לניירות ערך משנת 2014 המחדדת את המותר והאסור פורסמה רק שנים לאחר האירוע ולכן יש לאפשר למבקשים ליהנות מהספק.

34. בן דוד טוען כי ביחס לאישום השני הוא "נוכח-נפקד". שמו כמעט ולא נזכר בהכרעת הדין ביחס לאישום זה (פעמיים סך הכל, לעומת שש עשרה פעמים בהן מוזכר אדרי). נשאלת השאלה, כיצד ניתן להרשיע את בן דוד כאשר אינו צד לאף שיחה. עו"ד קוסטליץ הוסיף וטען כי בפסק הדין ישנן שתי קביעות עובדתיות שמפריכות את התיזה כולה: לא מדובר בעסקה שהייתה אמורה להתבצע באופן עתידי אלא ניתן היה לבצע אותה בכל רגע. כמו כן, אין חולק כי על מנת להשפיע על השער, העסקה הייתה צריכה להתבצע במסגרת הבורסה. אולם ההסכמה שהעסקה תתבצע דרך הבורסה נסגרה יום לפני ביצועה.

35. לחילופין, טוען בן דוד כי יש להקל באופן משמעותי בעונש שהוטל עליו.

36. מבחינת השיקולים שיש לשקול במסגרת בקשה לעיכוב ביצוע עונש מאסר; בן דוד טוען, כי לא מדובר בערעור סרק אלא בערעור מהותי, הנשען על נימוקים כבדי משקל, המעלה טענות הראויות להישמע. הערעור אינו מופנה כלפי ממצאי עובדה ומהימנות (בן דוד מדגיש כי אין כל קביעת מהימנות ביחס אליו בפסק הדין), אלא נגד המסקנות שהסיק בית המשפט קמא ונגד הפרשנות שנתן לראיות שבכתב, לרבות תמלילי השיחות המוקלטות. לדברי עו"ד קוסטליץ, די בכך שהערעור הוא משפטי כדי ללמד על סיכוייו.

37. שני המבקשים הפנו בבקשותיהם למקרים אחרים בהם בית משפט זה עיכב ביצוע של עונשי מאסר, אף ארוכים מאלה שנגזרו בענייננו (כגון: ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (18.5.2011); ע"פ 8465/15 בן זקן נ' מדינת ישראל (2.2.2016); ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל (15.9.2014); בנוסף, בן דוד הפנה להחלטה שניתנה לאחרונה בע"פ 220/17 דנקנר נ' מדינת ישראל (9.1.2017), שם עוכב - בהסכמה - ביצועו של עונש מאסר של שנתיים).

38. בן דוד ציין עוד, כי הוא נשוי ואב לשלושה ילדים וכי הוא נמצא במצב בריאותי לקוי אשר צפוי להחמיר במידה וישהה בכלא. לבן דוד עבר עשיר ויוצא דופן בתרומה לעמותות ולאנשים פרטיים. אין כל חשש להימלטות מאימת הדין וממילא בתיק של עבירות כלכליות אין שיקול של מסוכנות.



39. בן דוד הדגיש עוד את חלופת הזמן מאז ביצוע המעשים; את העובדה שחלפו שלוש שנים מהמועד שנקבע לשימוע ועד שהוגש כתב אישום ואת משך הזמן שארך עד למתן פסק הדין בבית המשפט המחוזי. כמו כן, ציין את משך הזמן שצפוי לחלוף עד הכרעה בערעור, נוכח מורכבות התיק. מכל אלה עולה, כי הבקשה עומדת בכל הקריטריונים שהוצבו בפסיקה לעיכוב ביצוע עונש מאסר עד שמיעת הערעור.

טענות המשיבה

40. המשיבה טוענת – הן בתשובתה בכתב והן בעל-פה באמצעות בא כוחה עו"ד אבי ארוניס – כי הבקשה אינה מגלה כל עילה לחריגה מן הכלל המורה כי עונש מאסר ירוצה לאלתר, שכן לא הוצגו נסיבות מיוחדות שמשקלן גובר על האינטרס הציבורי באכיפה מיידית. לטענת המשיבה, הכרעת הדין מבוססת בעיקרה על ממצאי עובדה ומהימנות, ובפרט ממצאי מהימנות שליליים כלפי אדרי, דבר המחליש את סיכויי הערעור. המשיבה מוסיפה כי אין מדובר בהכרעת דין תקדימית כלל ועיקר, שכן היא מצטרפת לשורה של הכרעות קודמות שעסקו במאפייני העבירה של השפעה בתרמית על ניירות ערך בדרך של "עסקאות אמיתיות".

41. המשיבה טוענת עוד כי על המבקשים הוטלו תקופות מאסר ממושכות, שכלל לא מעכבים את ביצוען עד להכרעה בערעור. לדבריה, כל אחד מהאישומים לבדו מצדיק עונש מאסר משמעותי, מכאן שגם אם יתקבל הערעור באופן חלקי, אין חשש ממשי שהערעור יהפוך לתיאורטי. מדובר, לטענתה, במעשים חריגים בחומרתם, דבר שניתן לו ביטוי בגזר הדין.

42. בתגובתה, נותנת המשיבה ביטוי להבדלים הקיימים, לשיטתה, בין המבקשים לבין נבון ווינטראוב, הבדלים המצדיקים, לגישה, את הרשעתם של אלה מזה וזיכויים של אלה מזה, מבלי שיש סתירה בין הדברים. כמו כן, עמדה על ההבדלים בין המבקשים לבין המנהלים, אשר הצדיקו, לטענתה, את אי העמדתם של המנהלים לדין, וכן מבהירים, מנגד, מדוע לא נפל פגם בהחלטתה להעמיד את המבקשים לדין.

43. המשיבה מדגישה בתגובתה כי עיכוב ביצוע עונש מאסר ייוחד למצבים שבהם מתקיימים תנאים חריגים שמשקלם גובר במקרה נתון על האינטרס הציבורי שבאכיפה מיידית של הענישה. לגישה, בחינת הקריטריונים שנקבעו בפסיקה מורה בבירור שעל המבקשים להתחיל בריצוי עונשם לאלתר, כפי שיתואר בקצרה להלן: ראשית, לשיטת המשיבה, הכרעת הדין מבוססת בעיקרה על ממצאי עובדה ומהימנות ומכאן שסיכויי הערעור נמוכים מאוד. לשיטתה, לא מדובר בהרשעה תקדימית ודאי שלא הרשעה גבולית. לדבריה, תמלילי השיחות המוקלטות מלמדים בבירור על הכוונה התרמיתית להשפיע על שערי ניירות ערך. יתרה מכך, לדבריה, בית המשפט המחוזי שמע את המבקשים מעידים במשך ימים ארוכים על אודות תוכן של השיחות, וקבע ממצאי מהימנות שליליים בנוגע לגרסאות המבקשים, ויש בכל אלה כדי להקטין עד מאוד את סיכויי הערעור. המשיבה מדגישה עוד את חומרתם של המעשים והנסיבות, ואת הפגיעה הקשה בשוק ההון.

44. לבסוף, המשיבה מודה כי אכן בעלי הדין והאינטרס הציבורי כולו היו יוצאים נשכרים אילו ההליכים היו מתנהלים מהר יותר, אולם לא נובע מכך שיש להוסיף ולדחות את התוצאה האופרטיבית. יתרה מכך, לגישת המשיבה, בדחייה נוספת יהיה כדי להנציח את הנזק ואף להחמירו. בנוסף, עומדת המשיבה על כך שההליכים ארוכים בעבירות כלכליות הם פעמים רבות בבחינת הכרח בלי יגונה,



אולם מתן עיכוב ביצוע אך בשל התמשכות ההליכים סופו יהיה שעיקוב הביצוע יהיה לכלל בעבירות כלכליות.

45. המשיבה אינה מכחישה כי המבקשים נעדרי עבר פלילי והתנהלותם במהלך ההליכים הייתה ללא דופי. בנוסף, המשיבה אינה מייחסת למבקשים מסוכנות כלשהי. עם זאת, המשיבה מציינת כי לא זיהתה נסיבות אישיות ייחודיות המצדיקות חריגה מהכלל של התחלה מיידית של ריצוי עונש המאסר.

דיון והכרעה

46. אינטרסים שונים – ציבוריים ופרטיים כאחד – כרוכים בסוגיה של עיכוב ביצוע עונש מאסר שנגזר על מי שהורשע בדין. כך, מצד אחד, נהוג לומר כי קיים אינטרס ציבורי בביצוע מידי של העונש, זאת כאשר חזקת החפות אינה עומדת עוד למי שהורשע בדין; מצד שני, ישנו אינטרס ציבורי שלא לשלול חירותו של אדם אשר הרשעתו אינה סופית, נוכח הסיכוי שבערעור תתברר חפותו.

47. הוראת המחוקק היא, ככלל, שעונש מאסר יבוצע מיד לאחר מתן גזר הדין. הגשת ערעור על פסק הדין אין בה כשלעצמה כדי לעכב את ביצוע המאסר, אלא הדבר נתון לשיקול דעתו של בית המשפט. בע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 241, 277 (2000) (להלן: הלכת שוורץ) עמד בית משפט זה על השיקולים והאינטרסים שבית המשפט יבחן בעת דונו בבקשה לעיכוב ביצוע, מבלי שהדבר מהווה רשימה סגורה, והם:

(1) חומרת העבירה ונסיבות ביצועה - ככל שהעבירה ונסיעות ביצועה חמורות יותר, גדל האינטרס הציבורי באכיפה מיידית של המאסר;

(2) אורך תקופת המאסר שהושתה על הנידון - כאשר תקופת המאסר היא קצרה ביחס למועד שבו צפוי להישמע הערעור, קיים חשש כי הנידון ירצה את עונשו בטרם יישמע ערעורו. כמו כן, אורך תקופת המאסר עשוי להשפיע על הערכת החשש להימלטות מהדין. חומרת העונש גם מלמדת על חומרת העבירה;

(3) טיב הערעור וסיכויי הצלחתו - ככל שיש בידי הנידון להראות כי ערעורו מושתת על נימוקים מוצקים יותר, גוברת ההצדקה להימנע מאכיפה מיידית של גזר הדין בטרם יתברר הערעור. על השופט לבחון את טיב הטענות שבערעור ואת סוגן, ולהעריך את הפוטנציאל הגלום בהן להשפיע על תוצאות הערעור;

(4) עברו הפלילי של הנידון והתנהגותו במהלך המשפט - אין מדובר בשיקול העומד בפני עצמו אולם נסיבות אלה יכולות להצביע על מידת הסכנה הנשקפת לציבור משחרורו של הנידון ועל קיומו של חשש להימלטותו מהדין;

(5) נסיבותיו האישיות של הנידון - הנסיבות האישיות עשויות לשמש משקל נוסף להחלטה לעכב את ביצוע המאסר עד להכרעה עמוד 10

בערעור;

(6) ערעור בדבר חומרת העונש - ככלל, בערעורים המופנים אך ורק כנגד חומרת העונש הנטייה תהיה שלא לעכב את ביצוע המאסר.

אדון ביישום קריטריונים אלה על נסיבות המקרה דנן, בשים לב לטענות הצדדים כפי שפורטו לעיל.

48. חומרת העבירה ונסיבות ביצועה - המשיבה טוענת כי מדובר בפרשה חמורה ביותר של תרמית בניירות ערך אשר העבירות במסגרתה בוצעו תוך ניצול גודלו וכוחו של בית ההשקעות בו עבדו המבקשים, ופגעו בשוק ההון ובמדינה כאחד (בייחוד בהקשר של מכרז ההחלף). המבקשים, לעומת זאת, טוענים כי מדובר בהתנהלות בעלת הצדקה כלכלית וכן מדגישים את הקו הדק המבדיל בין התנהלות תרמיתית לגיטימית, אשר לטענתם לא נחצה במקרה דנן.

אכן, העבירות בהן הורשעו המבקשים הן עבירות כלכליות חמורות, אשר בוצעו בתחכום רב ובהיקף כספי ניכר, תוך פגיעה בשוק ההון ובאוצר. בהקשר זה, ככל שהעבירה חמורה יותר, כך גדל האינטרס הציבורי בהרתעה אפקטיבית מפני ביצוע עבירות דומות על ידי אחרים. עם זאת, בנסיבות המקרה דנן, נוכח העובדה שהמעשים בוצעו לפני כעשור, דומה כי אינטרס ההרתעה המתבטא בריצוי מיידי של העונש מאבד ממשקלו. אשר לחשש שהביעה המשיבה כי עיכוב ביצוע יהפוך להיות "כלל" בנסיבות של עבירות כלכליות, אינו סבור כי זהו המצב. אולם בנסיבות המקרה דנן, בהן התנהלות המשיבה עצמה הביאה לעיכוב ניכר בבירור ההליך, יש ליתן לחלוף הזמן משקל בהיבט ההרתעתי. כמו כן, כאשר מדובר בעבירות כלכליות מסוג זה הרי שה"מסוכנות" של המבקשים אינה קשורה בהכרח בחומרתן של העבירות, ולמעשה, המשיבה עצמה אינה חולקת על היעדר מסוכנותם של המבקשים (ודוק: לא בכל מקרה שבו מדובר בעבירות כלכליות, וודאי בעבירות תרמית, ניתן לומר כי לא גלומה בנאשם מסוכנות, אולם קביעה זו נכונה לנסיבות המקרה דנן).

49. אורך תקופת המאסר שהושתה על המבקשים - גם בהקשר זה חלוקים הצדדים: מצד אחד, טוענת המשיבה כי מדובר בעונשי מאסר משמעותיים, אשר אין חשש כי המבקשים יסיימו לרצותם בטרם יוכרע הערעור. בהקשר זה המשיבה מדגישה כי מדובר במספר אישומים שכל אחד מהם מצדיק תקופת מאסר משמעותית כך שגם אם יזכו המבקשים מאישום אחד או אם יקוצר עונשם במידת מה, עדיין תהיה הצדקה למאסר. מן הצד השני, טוענים המבקשים כי גם בנסיבות שבהן היה מדובר בעונשים ארוכים יותר, עיכב בית משפט זה, לעתים, ביצוע עונשי מאסר (והאסמכתאות הובאו לעיל). ואכן, כפי שציינתי בע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, פסקה 40 (18.5.2011), כאשר סיכויי הערעור אינם קלושים, אזי גם אם תקופת המאסר אינה קצרה, עשוי לגבור הצורך בהגנת הזכות לחירות, בשים לב ליתר השיקולים הצריכים לעניין.

יתרה מכך, לא ניתן להתעלם מהיקפו של התיק וממורכבות הסוגיות המתעוררות בו. אף שהמשיבה טוענת כי אין מדובר בהכרעת דין תקדימית, הרי שהתנהלותה של המשיבה עצמה - ובכלל זה פרק הזמן שחלף עד להגשת כתב אישום - מלמדת על גודלו והיקפו של התיק. כך גם פרק הזמן שחלף בטרם ניתנה הכרעת הדין על ידי בית המשפט המחוזי. נדמה לי כי לא יהיה זה מופרך לצפות כי עד שהדין בערעור יישמע ולאחר מכן יוכרע בבית משפט זה צפוי לחלוף פרק זמן משמעותי נוסף [לעניין התחשבות בשיקול של חלוף עמוד 11]



הזמן ממועד ביצוע העבירה ועד הגשת כתב האישום והכרעה בתיק, אם כי בהקשר של הקלה בעונש, ראו: ע"פ 7475/14 מהדי נ' מדינת ישראל, פסקאות 15-16 והאסמכתאות שם (25.12.2014).

50. טיב הערעור וסיכויי הצלחתו – בין בעלי הדין ניטש ויכוח האם הערעור דנן הוא ערעור "משפטי" או "עובדתי" באופיו; בעוד המשיבה טוענת כי הכרעת הדין נסמכת על ממצאי עובדה ומהימנות הרי שהמבקשים טוענים כי למעשה כמעט ולא הייתה מחלוקת עובדתית בבית המשפט קמא וכי הערעור שלהם מבוסס על טיעונים משפטיים מוצקים, הנוגעים לפרשנותה ומידת התפרשותה של עבירת התרמית בניירות ערך ובפרט היסוד הנפשי הנדרש של כוונה. בהקשר זה, הגם שאכן בהקשר של האישום השני התייחס בית המשפט קמא לממצאי מהימנות הנוגעים לאדרי, וניתן להסיק מהאמירות שם כי ממצאים אלה מתייחסים לכלל האישומים, הרי שככלל, נוטה אני להסכים עם המבקשים כי בנסיבות המקרה אין מדובר בערעור "עובדתי" מובהק באופיו והוא בעיקרו "משפטי". כפי שנקבע בהלכת שוורץ, כאשר הערעור מתמקד בשאלות משפטיות, שניתן לקבוע ברמה לכאורית כי הן מעוררות קושי ממשי, יהיה בכך, בדרך כלל, כדי להצביע על ערעור המצדיק את עיכוב הביצוע עד לביורו. בנוסף, גם אם הכרעת הדין דנן נסמכת – מטבע הדברים – על ממצאים עובדתיים, הרי שהיא מתבססת ברובה על ראיות שמטיבן אין לערכאה הדיונית עדיפות על ערכאת הערעור בפרשנותן (הכוונה לתמלילי השיחות; לנתוני המסחר; הודעות הנאשמים בחקירתם; וחווות דעת המומחים). לחריגים לכלל אי ההתערבות ראו: ע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (8.9.2011); ולעניין החריג הנוגע לעיון בראיה חפצית, כגון תמלילי הקלטה, ראו: רע"פ 3352/06 בוזגלו נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (12.6.2008). כל זאת באשר לטיבו של הערעור.

אשר לסיכויי הערעור, אני סבור כי לכל הפחות ניתן לומר שהערעור אינו מופרך על פניו ואין מדובר בערעור סרק. המבקשים העלו טענות כבדות משקל בנוגע להיקפה והתפרשותה של עבירת התרמית בניירות ערך, ובפרט בכל הנוגע להוכחתו של היסוד הנפשי. אשר לטענת האכיפה הבררנית, לא ראיתי מקום ליתן לה משקל משמעותי, אולם היא קיימת ברקע הדברים. כל האמור לעיל מבוסס, כמובן, על התרשמות לכאורית מהטענות ואין בו כדי לקבוע מסמרות כלשהם בנוגע לערעור לגופו.

יצוין, כי אין מדובר בערעור המופנה כנגד גזר הדין בלבד, כך ששיקול זה אינו מטה את הכף לעבר דחיית הבקשה.

51. עברם הפלילי של המבקשים והתנהגותם במהלך המשפט – המבקשים נעדרו עבר פלילי ואף המשיבה אינה מכחישה כי התנהגותם במהלך המשפט הייתה נטולת דופי. במלים אחרות, החשש להימלטותם של המבקשים מהדין הוא נמוך וגם היעדר מסוכנותם אינו מוטל בספק.

52. נסיבות אישיות – דומני כי במקרה דנן אין מדובר בנסיבות אישיות חריגות אצל מי מהמבקשים שיש בהן כדי להשפיע על עיכוב הביצוע. בן דוד אמנם הצביע על בעיות בריאותיות מסוימות, אולם ככלל אין הן מצדיקות, כשלעצמן, את דחיית ביצועו של עונש המאסר.

סיכום

53. לאחר ששקלתי את כל השיקולים דלעיל, אני סבור כי הכף נוטה לכיוון עיכוב ביצוע עונש המאסר של המבקשים. השיקולים



המרכזיים שהיטו את הכף הם סיכויי הערעור, שאינם קלושים לטעמי, וזאת לצד מורכבותן של הסוגיות ופרק הזמן שצפוי ככל הנראה לחלוף עד להכרעה בערעור, אשר עלול לייתר חלק ניכר מהערעור, אם תתקבלנה טענותיהם של המבקשים. יודגש, איני מקל ראש בעבירות בהן הורשעו המבקשים. מדובר בעבירות כספיות בהיקף ניכר אשר כרוך בהן תחכום רב ואשר גלום בהן נזק ממשי ופגיעה בפעילות התקינה של השוק. עם זאת, אין חולק כי המבקשים נעדרי מסוכנות, אף לא בהיבט הכלכלי. בנוסף, אני סבור, כי אפקט ההרתעה - הפרטני והציבורי כאחד - יושג בנסיבות העניין גם אם יידחה עונש המאסר.

54. נוכח כל האמור, הגעתי למסקנה כי בנסיבות המקרה, גוברים השיקולים המטים את הכף לטובת עיכוב ביצוע עונשי המאסר בפועל שהוטלו על המבקשים, עד להכרעה בערעורים, וכך אני מורה.

ניתנה היום, ט' באלול התשע"ז (31.8.2017).

ש ו פ ט