

**בש"פ 4804/17 - אמיר ברמלי נגד מדינת ישראל, קלע - הקרן לעידוד
יזמות (בישראל) בע"מ בפירוק, רוביקון ביזנס גרופ בע"מ, קרן קלע
לבטוחות והשלמות הון בע"מ, עפר ישראל**

בית המשפט העליון

בש"פ 4804/17

לפני:
העורר:
כבוד השופט מ' מזוז
אמיר ברמלי

נגד

המשיבים:
1. מדינת ישראל
2. קלע - הקרן לעידוד יזמות (בישראל) בע"מ בפירוק
3. רוביקון ביזנס גרופ בע"מ (בפירוק)
4. קרן קלע לבטוחות והשלמות הון בע"מ
5. עפר ישראל

ערר לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח
משולב], התשמ"ב-1982 על החלטת בית המשפט
המחוזי בתל אביב-יפו (השופט ח' כבוב) מיום
14.5.2017 בת"פ 52446-06-16

תאריך הישיבה: כ"ו בתמוז התשע"ז (20.7.2017)

בשם העורר: עו"ד איל רוזובסקי; עו"ד סיון רמות;

עו"ד ליאור רייכרט

בשם המשיבה 1: עו"ד נעמי גרנות; עו"ד חנה קורין

עמוד 1

1. ענייננו בכתב ערר שכותרתו "כתב ערר לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי", בו משיג העורר על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (השופט ח' כבוב) מיום 14.5.2017 בת"פ 52446-06-16.

2. נגד העורר, איש עסקים במקצועו, הוגש בבית המשפט המחוזי כתב אישום בן 3 אישומים, ולפיו בתקופה הרלבנטית לאישומים היה העורר "היזם, הרוח החיה והגורם הדומיננטי והמחליט" במשיבות 2-4, חברות אשר עיקר עיסוקן הוא בהשקעות, מתן הלוואות וגיוס כספים ממשקיעים. כתב האישום, אשר תוקן 3 פעמים, מייחס לעורר ביצוע של מאות רבות של עבירות שעניינן קבלה במרמה של כספי משקיעים, גניבתם והלבנתם; הצעה לציבור ללא תשקיף; הטעייה של הרשות לניירות ערך; ומשיכת כספים ללא אישור מקרן קלע להשקעות בע"מ, חברה ציבורית שמניוטיה נסחרות בבורסה לניירות ערך ואשר המשיבה 3 הייתה בעלת השליטה בה.

3. לטענת העורר, חרף האישומים החמורים המיוחסים לו, בחרה הרשות לניירות ערך (להלן: הרשות), אשר ניהלה את החקירה בפרשה, לזמן לחקירה במשרדי הרשות רק 17 משקיעים שהשקיעו בחברות שבשליטת העורר ואשר עדותם הינה רלבנטית לכאורה לאישומים נגדו, מתוך 386 משקיעים הכלולים ברשימת עדי התביעה שבכתב האישום (להלן: המשקיעים). ביחס ליתר המשקיעים - 369 במספר - הסתפקה הרשות בשליחת שאלון כתוב כללי ואחיד הכולל 18 שאלות בלבד. משקיעים אלה לא זומנו לחקירה "פרונטלית" במשרדי הרשות, ומשכך לא נגבתה מהם כל הודעה כתובה. לשאלונים שנשלחו מטעם הרשות נלווה מכתב אזהרה, בו צוין בין היתר כי "במידה והגיליון והמסמכים אשר אתה נדרש לצרף לא יתקבלו בחזרה במשרדי רשות ניירות ערך תוך 14 יום ממועד משלוח מכתב זה, או במידה והשאלות לא יענו במלואן, יישקל זימונך למשרדי המחלקה למטרת גביית עדות" (ההדגשה במקור).

4. ביום 21.3.2017 הגיש העורר בבית משפט קמא בקשה שהוכתרה כ- "בקשה מקדמית", במסגרתה טען כי הכללתם ברשימת העדים של 369 המשקיעים הנ"ל, אשר נחקרו באמצעות שאלונים במקום בחקירה פרונטלית, פוגעת בזכותו של העורר להליך הוגן, מהווה פגם או פסול בכתב האישום ומביאה לכך שההליך הפלילי ינוהל תוך סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. משכך, טען העורר, יש לבטל את כתב האישום מכוח סעיפים 149(3) ו- (10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: ה"ח"פ) או לזכות את העורר מכוח סמכותו הטבועה של בית המשפט. לחלופין, טען העורר כי הכללת אותם המשקיעים ברשימת עדי התביעה מהווה פגם או פסול בכתב האישום בהיותה סותרת לכאורה את הוראת סעיף 77(א) לח"פ, הקובעת כי "לא יגיש תובע לבית המשפט ראייה ולא ישמיע עד אם לנאשם או לסניגורו לא ניתנה הזדמנות סבירה לעיין בראייה או בהודעת העד בחקירה, וכן להעתיקם, אלא אם ויתרו על כך", ומשכך יש למחוק מרשימת עדי התביעה את 369 המשקיעים שלא נחקרו. לחלופי חלופין, נטען כי בטרם יחויב העורר להשיב לאישום, יש לחייב את התביעה, לפי סעיף 74(ב) לח"פ ומכוח סמכותו הטבועה של בית המשפט, לזמן לחקירה את 369 המשקיעים האמורים.

5. עם תום הדיון בבקשת העורר שנערך ביום 28.3.2017, קבע בית משפט קמא כי בשלב זה הוא אינו רואה מקום לקבל את טענותיו המקדמיות של העורר, אך "משום חשיבות הסוגיה המשפטית שהועלתה על ידי ההגנה", החלטה מפורטת יותר בבקשה תינתן בהקדם. יצוין כי ביום 4.5.2017 הורה בית משפט קמא, בהסכמת הצדדים, על תיקון כתב האישום, באופן שיימחקו ממנו 39 מעדי התביעה מבין המשקיעים אשר לא נחקרו במשרדי הרשות.

6. ביום 14.5.2017 ניתנה החלטתו המפורטת של בית משפט קמא בבקשתו המקדמית של העורר, במסגרתה נדחו כלל הסעדים (לרבות החלופיים) להם עתר העורר. בית המשפט קבע כי מזכותו של נאשם להליך הוגן נגזרת זכותו לכך שהרשות החוקרת תגבה מעדים במשפטו גרסה מלאה, ממצה ולא תמציתית, וזאת כדי שהנאשם לא יופתע מדברים שנמסרים על ידי העדים בבית המשפט. עם זאת, קבע בית המשפט, יש לאזן זכות זו אל מול הכורח שבחקירת עדים באמצעות שאלון חלף גביית הודעה במסגרת חקירה פרונטלית, מקום בו המעשים המיוחסים לנאשם בוצעו לכאורה כלפי מאות קרבנות, כגון במקרה דנן, באופן שעריכת מאות ואף אלפי חקירות פרונטליות "תהפוך את ההליך המשפטי לבלתי יעיל בעליל" ותפגע "פגיעה בלתי מידתית ביכולתה [של הרשות] להמשיך ולנהל חקירות בתיק זה ובתיקים אחרים" (שם, בפסקאות 37-38). עוד קבע בית המשפט, כי לא הוצגה כל ראיה לכך שהשאלונים שנשלחו למשקיעים היו מוטים באופן ש"מזהם" את העדות שתניתן על ידם במשפט או פוגע ביכולתם למסור גרסת אמת, וכי ממילא טענותיו של העורר בדבר השפעת השאלונים על מהימנות העדים תיבחנה בתום ההליך המשפטי, ולא בשלב הטענות המקדמיות.

זאת ועוד, בית המשפט קבע כי אין חובה לבצע חקירה אך ורק בדרך המתוארת בסעיף 2(1) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) (להלן: פקודת העדות או הפקודה), לפיו "קצין משטרה בדרגת מפקח ומעלה, או כל קצין אחר או סוג אחר של קצינים המורשים בכתב, בדרך כלל או במיוחד, על ידי שר המשפטים, לערוך חקירות על ביצוע עבירות, רשאי לחקור בעל-פה כל אדם המכיר, לפי הסברה, את עובדותיה ונסיבותיה של כל עבירה, שעליה חוקר אותו קצין משטרה או אותו קצין מורשה אחר כנ"ל ורשאי הוא לרשום בכתב כל הודעה, שמוסרה אדם הנחקר כך". בית המשפט קבע, בהסתמך בין היתר על ההחלטה בענין כהן (ת"פ (מחוזי ת"א) 40207/04 מדינת ישראל נ' כהן (12.1.2005)), כי חקירה בעל פה הינה סמכות שברשות החוקר, וכי בנסיבות מסוימות יכול החוקר לבחור בחקירה באמצעות מילוי שאלונים תחת חקירה פרונטלית. כן נקבע, גם כן בהתבסס על ענין כהן, כי ניתן לראות בשאלון כאמור "הודעת עד בחקירה" לפי סעיף 77(א) לחסד"פ, ומשכך ניתן לכלול את ממלא השאלון ברשימת עדי התביעה שבכתב האישום. על כן, קבע בית המשפט כי דרך החקירה בה נקטה הרשות אינה מצדיקה את קבלת טענותיו המקדמיות של העורר, מה גם שהסעד המבוקש של מחיקת עדים מרשימת עדי התביעה הינו סעד מרחיק לכת שבית המשפט ייטה שלא להעניקו. לצד זאת ציין בית המשפט כי כאשר עדים אלה יתייצבו לפני בית המשפט וייחקרו על ידי בא כוח הנאשם, יוכל בית המשפט לבחון את השלכות אופן גביית העדויות על המשקל שיש לייחס להן.

7. על החלטה זו של בית משפט קמא משיג העורר במסמך רחב יריעה הנושא כאמור את הכותרת "כתב ערר לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי", המחזיק לא פחות מ-65 עמודים (וכרך נספחים עב כרס). לטענת העורר, הערר דנן מוגש כערר בזכות לפי סעיף 74(ה) לחסד"פ, וזאת מאחר שאחד הסעדים החלופיים להם עתר העורר בבית משפט קמא היה חיובה של הרשות לזמן חלק מעדי התביעה לחקירה פרונטלית מכוח סעיף 74(ב) לחסד"פ, באשר הודעתם בחקירה של עדים אלה מהווה חומר חקירה שאמור היה, לפי הטענה, להימצא בידי התביעה. לחלופין, טוען העורר כי יש להתיר לו, באופן חריג, להשיג על ההחלטה אף שמדובר בהחלטת ביניים בהליך פלילי, וזאת נוכח "השלכותיה וקשיותה של הסוגיה שבענייננו, המחייבות את בחינתו של בית משפט נכבד זה כבר בשלב הנוכחי".

לגופו של ענין, חוזר למעשה העורר על טענותיו לפני בית משפט קמא. נטען כי בהעדפת חקירתם של המשקיעים באמצעות שאלונים חלף חקירה בעל פה, נפגעה היכולת להגיע לחקר האמת בפרשה דנן, וכן נמנעה מהחוקר האפשרות להתרשם באופן בלתי אמצעי ובזמן אמת מהנחקר. לטענת העורר, הליך זה מונע ממנו ומסנגוריו גם את היכולת ללמוד את גרסתם של עדי המפתח ולהתכונן לחקירתם הנגדית בבית המשפט. לבסוף נטען, כי סעיף 77(א) לחסד"פ אוסר על העדת עדי תביעה אם לנאשם או לסנגורו לא ניתנה הזדמנות סבירה לעיין בהודעת העד

בחקירה ולהעתיקה, כאשר לפי סעיף 2(1) לפקודה, "הודעת עד בחקירה" היא אך ורק מסמך המתעד בכתב הודעה שנמסרה לחוקר במסגרת חקירה בעל פה. משכך, טוען העורר, השאלונים שמולאו אינם מהווים "הודעת עד בחקירה", ולכן אין לכלול ברשימת עדי התביעה את כל אותם העדים אשר מילאו שאלונים כאמור מבלי שנגבתה מהם הודעה במשרדי הרשות.

מנגד, בתגובתה לערר טוענת המדינה כי החלטת בית משפט קמא מושא הערר הינה "החלטת ביניים בפלילים" שעליה אין זכות להשיג אלא בסופו של ההליך, וכי בנסיבות הענין היא אינה נכנסת לגדר אותם חריגים נדירים שנמנו בפסיקה המאפשרים ערעור על החלטת ביניים. כמו כן, טוענת המדינה כי אף אם אחד מהסעדים החלופיים להם עתה העורר בבית משפט קמא הינו לפי סעיף 74(ב) לחסד"פ, הרי שאין בכך כדי לזכות את העורר בערר בזכות לפי סעיף 74(ה) לחסד"פ על שלושת הסעדים שביקש, אשר השניים העיקריים מתוכם נטענו כטענה מקדמית מכוח סעיף 149 לחסד"פ, ולא כבקשה לפי סעיף 74(ב). עוד טוענת המדינה, כי גם לו הייתה קמה לעורר זכות ערר לפי סעיף 74(ה) לחסד"פ, הרי שאין מקום להורות לרשות לחקור בעל פה את העדים שמילאו את שאלוני החקירה, באשר סעיף 74(ב) לחסד"פ "אינו מעניק סמכות לבית המשפט להורות לרשויות ליצור חומר חקירה חדש שטרם בא לעולם".

8. בדיון בעל פה שנערך לפני חזרו באי כוח הצדדים על עיקרי טיעוניהם בכתב, תוך מיקוד, לבקשתי, בשאלת זכותו של העורר להגיש ערר על החלטת בית משפט קמא לפי סעיף 74(ה) לחסד"פ.

דיון והכרעה

9. לאחר עיון הגעתי למסקנה כי דין הערר להידחות.

א. העדר ערעור על החלטת ביניים בהליך הפלילי

10. כידוע, בהליך הפלילי, בניגוד להליך האזרחי, אין זכות להשיג על "החלטת ביניים" או "החלטה אחרת" בדרך של ערר או ערעור אלא במסגרת ערעור על פסק הדין הסופי, למעט במקרים חריגים וספציפיים שנקבעו במפורש בחוק (ע"פ 217/64 קפלן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(1) 360, 357 (1965); ע"פ 121/88 מדינת ישראל נ' דרוויש, פ"ד מה(2) 677, 663 (1991), להלן: ענין דרוויש; רע"פ 6016/06 קובן נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (17.7.2007), להלן: ענין קובן; ע"פ 3996/15 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 18 (10.11.2015); בג"ץ 179/17 ביטון נ' בית המשפט המחוזי בירושלים, פסקה 7 (9.1.2017), להלן: ענין ביטון; ויעקב קדמי על סדר הדין בפלילים 1837 (מהדורה מעודכנת, 2009), להלן: קדמי).

11. חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט) מגביל את הזכות והסמכות לערעור בהליך פלילי לערעור על פסק דין בלבד, להבדיל מ"החלטה אחרת" (סעיפים 41 ו-52). וכפי שנקבע פעמים רבות בפסיקתו של בית משפט זה -

"זכות הערעור אינה זכות הנקנית אוטומטית, או הקמה כאילו על אתר עקב עצם שפיטתו של אדם על-ידי ערכאה שיפוטית ראשונה כלשהי או לאחר התדיינות לפנייה; היא נולדת אך ורק מכוחה של הוראה מפורשת שבחוק, היוצרת

בהעדר הוראה בחוק החרות, זכות הערעור איננה יכולה להיווצר מכוח דברו של בית המשפט בלבד...

כדי להקים זכות זו דרושה הוראה של החוק החרות, ובהעדרה של הוראת חוק, אין הזכות קיימת... (בג"ץ 87/85 ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד מב(1) 353, 360-362 (1988)).

וראו גם: ע"פ 426/87 שוקרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 732, 735-736 (1988); בש"פ 658/88 חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 670, 680 (1991), להלן: ענין חסן; ובג"ץ 1082/02 המוסד לביטוח לאומי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נז(4) 465, 443 (2003).

12. בין ההוראות החקוקות המעטות המעניקות זכות לערור או לערער על החלטות ביניים בהליך פלילי ניתן למנות את הוראת סעיף 147 לחסד"פ, הדנה בערעור על החלטה בטענת פסלות שופט; את הוראת סעיף 74(ה) לחסד"פ, היא הרלבנטית לבקשה דנן, הדנה כאמור בערר על החלטה בענין עיון בחומר חקירה; וכן את סעיף 53 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, להלן: חוק המעצרים), המאפשר לערור על החלטה בענין הנוגע למעצר והחלטות נלוות לכך, ואת סעיף 38א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פקודת מעצר וחיפוש) המאפשר לערור על החלטת בית משפט בנושא תפיסת חפצים. מעבר להוראות חקוקות קונקרטיות המעניקות במפורש זכות ערר או ערעור כאמור, אינה מוקנית לצדדים להליך פלילי זכות להשיג על החלטת ביניים בהליך פלילי, וממילא גם אינה מסורה לבית המשפט סמכות לדון בערעור או ערר כזה. הטעם העומד ביסודו של הכלל המגביל הנ"ל הוא:

"הרצון לרכז את העניינים הנידונים במסגרת התיק הפלילי לכדי מסלול אחד, שבבסיסו עומד החשש מפני פיצול הליכים בלתי נסבל, התמשכות הליכים, סרבול והארכת הדיונים וכן עינוי דין נוסף לנאשם בפלילים" (ענין קובן לעיל. וכן: בג"ץ 361/67 גולדנברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב(1) 365, 369-370 (1968), להלן: ענין גולדנברג; ענין דרוויש, בעמ' 677-678).

13. כאמור, בהעדר הוראה ספציפית המעניקה זכות ערר או ערעור על "החלטה אחרת" (החלטת ביניים) בהליך פלילי, להבדיל מפסק דין, לא קיימת זכות כזו, ובית המשפט אינו מוסמך לדון בערר או ערעור כזה, או לתת רשות להגשת ערר או ערעור על החלטה כזו (המ' 455/66 (בג"ץ 209/66) שר המשפטים נ' קמיאר, פ"ד כ(3) 608, 610 (1966), להלן: ענין קמיאר). עם זאת, ראוי להעיר כי לענין סיווגה של החלטה כ"פסק דין" או כ"החלטה אחרת", לא כותרתה הפורמלית של ההחלטה הנדונה היא הקובעת. סיווג ההחלטה יוכרע לפי בחינה מהותית דו-שלבית שיערוך בית המשפט, במסגרתה תיבחן שאלת סופיותה של החלטה, כמו גם עוצמת הקשר שבין ההחלטה שעליה משיגים לבין נושא המחלוקת העיקרית שבין הצדדים:

"ההבחנה בין פסק דין לבין החלטה אחרת, הן בהליך אזרחי, הן בהליך פלילי כזה שלפנינו, נעוצה בשניים: ראשית, יש לבחון האם הכרעתו של בית המשפט סיימה את בירור המחלוקת הכוללת שבין הצדדים והאם הכרעת בית המשפט באופן סופי ביחס לסעדים שנתבקשו במסגרת התובענה. סיום הדיון בתיק עם מתן ההחלטה יהווה שיקול מרכזי התומך בסיווגה כ'פסק דין' (ראו בש"פ 658/88 חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 670 (1991) (להלן: ענין חסן); ע"א 2817/91 מימון נ' שאולי, פ"ד מז(1) 152 (1993)). שנית, יש לבחון את תוכנה ונושאה של החלטה. בקשה שנושאה טפל לנושא המחלוקת העיקרית תסווג במרבית המקרים כ'החלטה אחרת'. יצוין כי שלב זה של ההבחנה בין 'פסק-דין' ל'החלטה אחרת' רלוונטי בעיקר להחלטות שניתנו לאחר מתן פסק-דין (ראו: ד"ר יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי

766-768 (מהדורה שביעית, 1995) (להלן: זוסמן); ע"פ 2525/05 זינלוב נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(2) 2585 (2005) (להלן: עניין זינלוב)). " (עניין קובן לעיל).

בהתאם לכך נקבע, למשל, בעניין חסן כי החלטתו של בית המשפט בערכאה ראשונה כי עד הוא סרבן ולפיכך יש להטיל עליו עונש מאסר לפי סעיף 5 לפקודת בזיון בית משפט, הינה בגדר "פסק דין", ולפיכך מוענקת לעד זכות לערער עליה. זאת, קבע בית המשפט (בלשונו של השופט א' ברק), מאחר ש"בקביעתה של הערכאה הראשונה יש משום סיום ההליך כל הנוגע לסירובו של העד הסרבן להעיד. 'התיק' הזה - סגור" (שם, בעמ' 693). בדומה לכך, נקבע בעניין חילף (רע"פ 8274/99 חילף נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 433 (2000)) כי נוכח "סופיותה" של החלטה הדוחה בקשה להארכת מועד להגשת ערעור על פסק דין פלילי, הרי שגם החלטה כזו תסווג כ"פסק דין" לענין הזכות לערער עליה.

לעומת זאת, בעניין מרדינגר (בש"פ 8735/09 מרדינגר נ' מדינת ישראל (11.11.2009)) נקבע כי אין מקום לסווג כ"פסק דין" החלטה הדוחה בקשה למחיקה על הסף של הודעת ערעור שהוגשה ללא נימוקים, מאחר ש"אין מדובר בהחלטה המסיימת את ההליך, שלאחריה לא יתאפשר עוד לעוררים לשוב ולתקוף את נכונותה" (שם). בעניין קובן נדונה שאלת סיווגה של החלטה שבגדרה נדחתה בקשתו של המבקש לביטול החלטת בית המשפט לדחות את ערעורו מחמת אי התייצבותו של המבקש לדיון. בית המשפט העליון קבע כי אמנם "דחייתה של בקשה מעין זו סותרת את הגולל על הדיון בתיק", אולם אין לראות בה "פסק דין", "באשר היא עוסקת בנושא שהוא טפל לנושא פסק הדין העיקרי" (שם, בפסקה 8).

ודוק: הקביעה כי החלטה מסוימת תסווג כ"פסק דין" ולא כ"החלטה אחרת", גם כאשר נדמה אולי כי הסיווג כ"פסק דין" הינו פרי "מאמץ פרשני" - אינה מהווה חריג לכלל הקשיח לפיו אין ערעור על החלטת ביניים בהליך הפלילי, כי אם יישום של הכלל לפיו זכות הערעור מוגבלת ל"פסק דין", להבדיל מ"החלטה אחרת". כאמור, חוק בתי המשפט אינו מקנה זכות לצדדים לערער על "החלטה אחרת" בהליך פלילי, או סמכות לבית המשפט להעניק רשות להגשת ערעור על החלטה כזו, ומשכך תנאי הכרחי לדיון שכזה הינו סיווגה של החלטה כ"פסק דין", להוציא כאמור החריגים המפורשים בחוק.

14. בקביעת סיווגה של החלטה כ"פסק דין" או כ"החלטה אחרת" יש ליתן משקל גם לתכלית של הכלל השולל ערעור ביניים בפלילים - יעול ההליך הפלילי ומניעת עינוי דין. בהתאם לכך, אין מקום לעקיפת הכלל על ידי מתן פרשנות מרחיבה או מלאכותית להוראות החקוקות המוגבלות המעניקות זכות ערר על החלטות ביניים בהליכים פליליים, ויש להקפיד כי ערר לפי הוראות אלה אכן יוגבל אך לסוגי החלטות לגביהם העניק המחוקק במפורש זכות ערר. בהתאם לכך, מקום בו נאשם ביקש לערור על החלטת בית המשפט שדחתה את בקשתו להורות למשטרה לבצע השלמת חקירה בטענה שמדובר בערר בגדר זכותו לערור על "ענין הנוגע למעצר" (לפי סעיף 53(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, להלן: חוק המעצרים), נדחה הערר על הסף, תוך שנקבע בין היתר כי -

"...תוצאה זו מבטיחה שהעניינים נושאי הערר הם אכן אלה בגינם הוקנתה על ידי המחוקק הראשי זכות הערר. בד בבד נשמר המבנה הבסיסי של ההליך הפלילי, והעיקרון שאין ערעור על החלטות ביניים, מקום שלא הוקנתה זכות לכך. אם לא תאמר כן, ניתן יהיה לטעון במקרים רבים לקשר רעיוני עקיף בין החלטות שונות של בית משפט לשאלת המעצר הגם שזו האחרונה לא עומדת להכרעה באותם מקרים, ומצאנו את עצמנו מסכלים את התכלית בדבר סיום יעיל ומהיר ככל הניתן של המשפט..." (בש"פ 6393/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (22.9.2010)).

ואכן, בית משפט זה הדגיש לא אחת - בפסיקה שנראית כמעט מובנת מאליה - כי סעיף 74(ה) לחסד"פ "מאפשר להגיש ערר רק על החלטה של בית-המשפט בעקבות בקשה שהוגשה על-ידי נאשם לפי סעיף 74(ב), היא בקשה לקבוע שחומר מסוים הוא חומר חקירה", וכי הוא אינו מאפשר להגיש ערר על החלטה של בית-המשפט לפי הוראת דין אחרת (בש"פ 3403/98 סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 620, 624 (1990)). כן ראו: בש"פ 687/96 גיל נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(3) 811, 804 (1999); בש"פ 8467/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 458, 454 (2000); בש"פ 3696/11 חנוכה נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (23.5.2011); וכן קדמי, בעמ' 1011).

15. אשר על כן, המבקש להשיג על החלטת ביניים של בית המשפט במסגרת הליך פלילי, אשר אינה מהווה "פסק דין" ואינה בגדר אחד מאותם חריגים הקבועים במפורש בחוק, עליו להמתין ולכלול את השגתו על אותה החלטה, ככל שימצא לנכון, במסגרת ערעור על פסק הדין הסופי באותו הליך.

ב. תקיפת החלטת ביניים בהליך פלילי במסגרת עתירה לבג"ץ

16. כאמור, בהעדר הוראה בחוק החרות, אין זכות לערר או ערעור על החלטת ביניים בהליך פלילי, ובית המשפט של ערעור אינו מוסמך לדון בערר או ערעור כזה. עם זאת, כידוע, נתונה לבית המשפט גבוה לצדק הסמכות לדון "בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר", וכן מוסמך הוא "לתת צווים לרשויות המדינה..., לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות במילוי תפקידיהם כדין" (סעיפים 15(ג) ו-15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה, מקודם: סעיף 7 לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957). אלא שעוד לפני למעלה מיובל שנים הבהיר בית משפט זה כי לא יאפשר לעקוף את הכלל שאין ערעור ביניים בהליך פלילי על ידי עתירה לבג"ץ נגד בית המשפט או נגד רשויות התביעה:

"למעשה מוצא העותר את עצמו מקופח על-ידי כך שאין בידו האפשרות לערער לפני בית-המשפט המחוזי על החלטת-ביניים זו, בה נדחתה טענתו הטרומית. ואולם משנקבע בסעיף 29 לחוק הנ"ל שברשות בית-המשפט ניתן לערער על החלטת-ביניים במשפט אזרחי, ואילו על החלטת-ביניים במשפט פלילי לא ניתן לערער אפילו ברשות, לא ייתכן שכל החלטת-ביניים שכזאת תשמש בדרך עקיפין, בשל עתירה המופנית כלפי היועץ המשפטי כבעל-דין, פניה לבית-משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק" (בג"ץ 142/64 מחויטי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 449, 451 (1964)).

ובמקום אחר:

"כידוע, אין ערעור על החלטות ביניים של בית המשפט הדיוני בפלילים, גם לא ברשות, אך אין לפרש העדר זכות כזאת כפתיחת שעריה של בית המשפט הגבוה לצדק. לפיכך, אפילו בהנחה שיש לטענותיו של העותר, כולן או בחלקן, על מה שיסמכו, עניין הוא לערכאה הערעורית לדון בו במסגרת של ערעור על פסק הדין, לכשיינתן" (בג"ץ 164/87 דגני נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 812 (1987)).

עמדתי על הלכה זו לאחרונה ממש בענין ביטון הנזכר לעיל כדלקמן:

"כידוע, בהליך הפלילי בחר המחוקק שלא להקנות זכות להשיג על החלטות ביניים, בדרך של ערר או ערעור, למעט במקרים חריגים שנקבעו במפורש בחוק, ועל כן הדרך להשיג על החלטות אלה היא במסגרת ערעור על פסק הדין
עמוד 7

הסופי. מטעם זה, עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק אינה יכולה לשמש 'נתיב חלופי' לתקיפת החלטת ביניים בהליך פלילי לשם עקיפת הכלל השולל ערעור על החלטות ביניים בהליך פלילי, והיא תידחה על הסף. זאת, למעט במקרים חריגים שבחריגים - כאשר מדובר בשאלה שבסמכות (עניינית) היורדת לשורשו של ענין, או כשמדובר בענין מהותי ועקרוני אשר הכרעה מאוחרת בו עלולה להסב נזק בלתי הפיך (בג"ץ 398/83 אביטן נ' הרכב שלושה שופטים, פ"ד לז(3) 467 (1983); בג"ץ 583/87 הלפרין נ' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים, פ"ד מא(4) 683 (1987); בג"ץ 11038/07 בן אריה נ' היועץ המשפטי לממשלה (13.2.2008); בג"ץ 1382/13 פלוני נ' בית המשפט המחוזי בחיפה (27.2.2013); בג"ץ 669/15 גריב נ' כבוד השופט עינת רון (2.2.2015); ורבים זולתם).

וראו עוד: ענין קמיאר, בעמ' 611-612; ענין גולדנברג, בעמ' 368-370; בג"ץ 687/78 לוי נ' כבוד השופט מ' בוכויץ, פ"ד לג(1) 389 (1979); בג"ץ 398/83 אביטן נ' הרכב שלושה שופטים, פ"ד לז(3) 467, 470-471 (1983); בג"ץ 565/85 סביחי נ' בית המשפט המחוזי חיפה, פ"ד לט(4) 356, 355 (1985); בג"ץ 6371/94 דרעי נ' בית המשפט המחוזי בירושלים, פ"ד מט(1) 133, 135 (1995); בג"ץ 6876/01 ברלאי נ' שופטת בית משפט השלום בתל-אביב (18.11.2001); בג"ץ 2522/02 עטיה נ' בית המשפט המחוזי, פסקה 4 (24.4.2002); גור נ' בית המשפט המחוזי בתל-אביב (2.3.2003); בג"ץ 8808/04 אפק נ' פרקליטות מחוז תל-אביב (27.10.2004); בג"ץ 3209/06 שורפי נ' בית המשפט המחוזי בתל אביב (17.4.2006); בג"ץ 11038/07 בן אריה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה ד (13.2.2008); בג"ץ 7456/09 מידברג נ' בית משפט השלום בראשון לציון, פסקה 5 (21.1.2010); בג"ץ 8501/11 גבר נ' כב' השופט רון, פסקה 6 (15.12.2011); בג"ץ 669/15 גריב נ' השופטת רון, פסקה 3 (2.2.2015); בג"ץ 1382/13 פלוני נ' בית המשפט המחוזי בחיפה, פסקה 9 (27.2.2013); ע"פ 3996/15 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 19 (10.11.2015); ובג"ץ 8551/16 שר נ' בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, פסקה 15 (11.12.2016), להלן: ענין שר).

17. כאמור, בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק ידון בעתירה נגד בית משפט או נגד רשויות התביעה בענין הנוגע להחלטת ביניים בהליך פלילי רק "במקרים חריגים שבחריגים - כאשר מדובר בשאלה שבסמכות (עניינית) היורדת לשורשו של ענין, או כשמדובר בענין מהותי ועקרוני אשר הכרעה מאוחרת בו עלולה להסב נזק בלתי הפיך" (ענין ביטון לעיל).

ואכן, המקרים בהם מצא בית משפט זה לראוי לדון בהחלטת ביניים בהליך פלילי במסגרת עתירה, הם חריגים וספורים (ראו למשל: בג"ץ 603/76 רוט נ' בית משפט השלום ת"א-יפו, פ"ד לא(2) 757, 759 (1977); בג"ץ 541/81 בז'ו נ' שופט בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, פ"ד לה(4) 807, 810 (1981); בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר שבע, פ"ד סא(3) 93, 130-132 (2006)).

18. להשלמת התמונה אעיר בהקשר הנוגע לענין דנן, כי עד שנת 1995 לא היה קבוע בחסד"פ הליך של פניה לבית המשפט לבירור טענות נאשם בנוגע ל"חומר חקירה", וממילא גם לא נקבע הליך של ערר על החלטת בית המשפט לענין זה. הליכי הפניה והערר לפי סעיפים 74(ב) ו- (ה), יחד עם תיקונים אחרים, הוספו לחסד"פ בתיקון מס' 19 לחוק, וזאת בעקבות המלצתו של בית משפט זה בענין אנג'ל (ע"פ 633/83 אנג'ל נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(4) 593 (1983)). מעניין לציון כי הצעת החוק הממשלתית כללה אך את הסדרת הפניה לבית המשפט לקבלת חומר חקירה, תוך ציון בדברי ההסבר כי השגה על החלטה כזו תוכל להיכלל רק בערעור על פסק הדין (ה"ח תשנ"ג 274), ואולם בדיונים בכנסת הוסף גם סעיף 74(ה) הקובע זכות ערר על החלטת בית המשפט (ס"ח תשנ"ה 164).

א. במסגרת הליך פלילי אינה מוקנית זכות לערר או לערעור על החלטה שאינה בגדר "פסק דין", ואין סמכות לבית המשפט לדון בערעור או בערר שכזה או לתת רשות להגישו; זאת, למעט באותם מקרים בהם נקבעה זכות כזו במפורש בחוק, כגון לענין פסלות שופט או לענין "חומר חקירה" (סעיפים 147 ו-74(ה) לחסד"פ), או על החלטה בענין הנוגע למעצר והחלטות נלוות לכך (סעיף 53 לחוק המעצרים), או לענין תפיסת חפצים (סעיף 38א לפקודת מעצר וחיפוש). הדרך היחידה לערער על החלטות ביניים בהליך פלילי לגביהן לא הוענקה במפורש זכות כזו, היא במסגרת ערעור על פסק הדין הסופי בהליך.

ב. בית המשפט הגבוה לצדק מוסמך אמנם לדון בהשגות נגד החלטת ביניים של בית משפט או החלטה של רשות מרשויות התביעה הנוגעות לניהול ההליך הפלילי, במסגרת עתירה נגד רשויות אלה, ואולם הוא לא יעשה שימוש בסמכותו זו אלא במקרים חריגים שבחריגים, כאשר מדובר בשאלה שבסמכות עניינית היורדת לשורשו של ענין, או כאשר מדובר בענין מהותי ועקרוני אשר הכרעה מאוחרת בו עלולה להסב נזק בלתי הפיך והתערבותו של בית המשפט דרושה למען הצדק.

ג. ומן הכלל אל הפרט

20. העורר משיג כאמור על דחיית הבקשה המקדמית שהגיש בבית משפט קמא, במסגרתה עתר ל-3 סעדים חלופיים: ביטול כתב האישום מכוח סעיפים 149(3) ו- (10) ו-150 לחסד"פ או מכוח סמכותו הטבועה של בית המשפט; לחלופין - מחיקת כל עדי התביעה שלא נחקרו בחקירה פרונטלית מרשימת עדי התביעה מכוח הוראות סעיף 149(3) ו-150 לחסד"פ; ולחלופי חלופין - חיוב התביעה, מכוח סעיף 74(ב) לחסד"פ, לזמן לחקירה את המשקיעים האמורים. עינינו הרואות, מבין שלושת הסעדים שביקש העורר ואשר נדחו במסגרת החלטת הביניים של בית משפט קמא, רק הסעד החלופי השלישי (זימון המשקיעים לחקירה) התבקש בגדר בקשה לפי סעיף 74(ב) לחסד"פ.

21. אשר לשני הסעדים הראשונים, גלוי וברור לעין כי השגות העורר בעררו על החלטת בית משפט קמא לדחות את בקשותיו שבגדר שני סעדים אלה - ביטול כתב האישום, ולחלופין, מחיקת כל עדי התביעה שלא נחקרו בחקירה פרונטלית מרשימת עדי התביעה - חורגות לחלוטין ממסגרת ערר לפי סעיף 74(ה) לחסד"פ, המוגבל רק להחלטה של בית משפט שניתנה בבקשה שהוגשה לפי סעיף 74(ב), היינו - בקשה להורות לתביעה להתיר לנאשם עיון בחומר חקירה שלא הועמד לרשותו. משכך, ברי שערר העורר בנוגע לשני סעדים אלה הוגש שלא כדין ודינו להידחות על הסף.

22. באשר באשר לסעד החלופי השלישי לו עתר העורר, בגדרו ביקש כי בית המשפט יורה לרשות לזמן לחקירה בעל פה את עדי התביעה שלא נחקרו באופן פרונטלי, אין ממש בערר. סעיף 74(ב) לחסד"פ קובע כי -

"נאשם רשאי לבקש, מבית המשפט שאליו הוגש כתב האישום, להורות לתובע להתיר לו לעיין בחומר שהוא לטענתו חומר חקירה ולא הועמד לעיונו".

ככלל, הזכות לעיון בחומר חקירה ולהעתיקו מתייחסת ל"חומר החקירה... שנאסף... בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום שבידי התובע". עם זאת נפסק כי לא כל חומר שנאסף בחקירה מהווה בהכרח "חומר חקירה", שכן

במהלך חקירה עשוי להיאסף גם חומר שיסתבר שאינו "נוגע לאישום". ההכרעה בשאלה אם חומר פלוני מהווה "חומר חקירה" תיעשה אפוא באופן פרטני "על-פי טיבו של החומר ומידת זיקתו לסוגיות הנדונות בהליך הפלילי אשר במסגרתו הוא מבוקש" (בש"פ 11042/04 פלוני נ' מדינת ישראל (30.12.2004)). ראו גם: בש"פ 3099/08 אברהמי נ' מדינת ישראל (23.2.2009); בש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר (23.1.2014); ובש"פ 5335/16 מדינת ישראל נ' מלק (19.7.2016)), כאשר המבחן הוא של רלבנטיות החומר בו מדובר (בג"ץ 233/85 אל הוזייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט(4) 124 (1985); בש"פ 1355/98 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 1 (1998); בש"פ 7064/08 מדינת ישראל נ' ברקו (13.8.2009); ובש"פ 2886/16 גורבאן נ' מדינת ישראל (11.5.2016)).

לצד זאת, המונח "חומר חקירה" לענין סעיף 74 לחסד"פ יכול שיכלול גם חומר רלבנטי אשר לא נאסף בידי הרשות החוקרת ואינו בידי התביעה, אך לתביעה יש שליטה עליו. חומר כזה נכלל בגדר חובת התביעה להעמידו לרשות ההגנה. מקום שמדובר בחומרים שאינם בידי התביעה או בשליטתה אך הם רלבנטיים לאישום, פתוחה בפני הנאשם הדרך להגשת בקשה לבית המשפט הדין בתיק העיקרי להוצאת צו לפי סעיף 108 לחסד"פ אשר יורה למחזיק בחומרים המבוקשים להמציאם לבית המשפט (בש"פ 2837/13 אוחיון נ' מדינת ישראל, פסקאות 11-12 (2.5.2013); בש"פ 5400/01 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 2 (6.8.2001)). לעומת זאת, נפסק כי בגדרו של סעיף 74 לחסד"פ ניתן לדרוש עיון בחומר קיים בלבד, ואין סעיף זה מהווה מקור נורמטיבי להורות לתביעה או לרשויות החקירה ליצור ראיות חדשות או לערוך פעולות חקירה נוספות או משלימות (בש"פ 8221/12 אימאם נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (20.11.2012)). וכן ראו בש"פ 5722/96 דורפמן נ' מדינת ישראל, פסקה 3(א) (19.8.1996); בש"פ 1800/12 סרור נ' מדינת ישראל, פסקה 2 (11.7.2012); בש"פ 141/13 רוטנמר נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (7.1.2013); בש"פ 9363/05 נדג'ר נ' מדינת ישראל, פסקה 2 (10.10.2005); ובש"פ 4533/17 מדינת ישראל נ' זאודי, פסקה 15 (14.6.2017)).

23. בענייננו, העורר מבקש כי בית המשפט יורה לרשות לזמן לחקירה ולגבות הודעות מכ-330 משקיעים אשר מילאו את השאלונים שנשלחו להם מאת הרשות, כתחליף לחקירה פרונטלית, ונכללו ברשימת עדי התביעה. מבלי צורך ללנקוט עמדה לגבי הדרך בה בחרה הרשות לנקוט, ברור בעיני כי בקשתו זו של העורר (לחלופי חלופין), חורגת במובהק מגדר הסמכות לפי סעיף 74(ב) לחסד"פ, וממילא מגדר הזכות לערר לפי סעיף 74(ה). אשר על כן, בדין נדחתה הבקשה על ידי בית משפט קמא, וממילא גם דין הערר לענין זה להידחות.

אעיר בשולי הדברים ולמעלה מן הצורך, כי גם לגופו של ענין אינה מקובלת עלי עמדתו של העורר לפיה "הודעת עד" לעולם צריכה להיות בדרך המלך של גביית הודעה בכתב מעד היושב מול חוקר. יש לזכור כי פקודת העדות היא חיקוק משנת 1927, היינו מלפני 90 שנים, וסעיפיה הרלבנטיים זכו לעדכון לאחרונה בשנת 1944. מאז חקיקת הפקודה חלו שינויים מהותיים בדרכים בהם ניתן לגבות הודעת עד, לרבות בדרך של הקלטה או צילום מרחוק בטכנולוגיות שונות ועוד. בנסיבות אלה אין מקום לפרשנות מילולית דווקנית. זה לא מכבר הזכרתי את דבריו הידועים של קרדוזו לענין פרשנות חקיקה ישנה (רע"א 2223/14 קצין התגמולים נ' פלוני, פסקה 9 לחוות דעתי (17.1.2017)), כדלקמן:

We do not inquire... what the legislature willed a century ago, but what he would have willed if" he had known what our present conditions would be" (B. N. Cardozo, *The Nature of Judicial Process* 84 (1921, Yale University Press

פרשנות מהותית ותכליתית של הפקודה מחייבת לשים את הדגש על התכליות, הערכים והזכויות שהוראות הפקודה, יחד עם הוראת סעיף 77 לחסד"פ, נועדו להבטיח, ולא על הדרך הטכנית של אופן גביית העדות. ואכן, בית משפט קמא בחן את טענות העורר לגופן ולא מצא כי בנסיבות הענין נפגעה הגנתו של העורר בשל אופן גביית העדויות של חלק מעדי התביעה באמצעות שאלונים, אך יחד עם זאת מצא להוסיף, כפי שכבר ציינתי לעיל, כי כאשר עדים אלה יתייצבו לפני בית המשפט ויחקרו, יוכל בית המשפט לבחון את השלכות אופן גביית העדויות על המשקל שיש ליחס להן.

24. ולבסוף, אינה מקובלת עלי גם טענת העורר כי "השלכותיה וקשיותה של הסוגיה שבענייננו" מחייבות את בחינת טענותיו כבר בשלב הנוכחי בגדר הערר שהגיש. אין חולק כי ההחלטה מושא הערר אינה בגדר "פסק דין" אלא החלטת ביניים בהליך פלילי, אשר אינה נתונה לערעור, וגם בפועל ההליך בו נקט העורר לא היה הגשת ערעור פלילי על פסק דין אלא כאמור ערר (בש"פ) לפי סעיף 74(ה) לחסד"פ. למותר לומר שאף אם היה העורר מגיש השגותיו במסגרת ערעור פלילי, דין הערעור היה להידחות על הסף, בהעדר סמכות, באשר אין מדובר כאמור בהחלטה שהיא בגדר "פסק דין", ולענין זה אין נפקא מינה ל"השלכותיה וקשיותה של הסוגיה שבענייננו".

העורר גם לא הגיש את השגותיו על החלטת בית משפט קמא במסגרת עתירה לבג"ץ, וממילא השאלה, האם אכן "השלכותיה וקשיותה של הסוגיה שבענייננו", כנטען, מצדיקות בירורה כבר בשלב זה על ידי בית משפט זה בגדר סמכותו כבית המשפט הגבוה לצדק - אינה יכולה להתברר במסגרת הערר (בש"פ) שהוגש. אעיר עם זאת, כי על פני הדברים, נוכח המבחנים המחמירים והמצמצמים שנקבעו כאמור בפסיקה להתערבות בית המשפט הגבוה לצדק בהחלטות ביניים בפלילים, קשה להניח שבית משפט זה היה נזקק לעתירה. השאלות שמעלה העורר, שחלקן ראויות לכאורה לבירור, תוכלנה להתברר בדרך המלך במסגרת ערעור שיוגש, ככל שיוגש, על פסק הדין הסופי שיינתן בהליך זה, ואין הצדקה לבררן בדרך עקיפה במסגרת עתירה לבג"ץ.

25. סוף דבר: הערר נדחה.

ניתנה היום, י"ז באב התשע"ז (9.8.2017).

שׁוֹפֵט