



ק"פ 51200/01/19 - גזעון קורן נגד נדב דוידוביץ

בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ק"פ 51200-01-19 קורן נ' דוידוביץ

לפני כבוד השופט עלאא מסארווה	הקובל:
גזעון קורן	נגד
נדב דוידוביץ	הנאשם:

ב"כ הקובל: עו"ד עמית דולב ואח'

ב"כ הנקבל/נאשם: עו"ד דרור ארד איילון ואח'.

החלטה

1. הנאשם מבקש מבית המשפט שיורה על ביטול כתב קובלנה לפי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982 (להלן "החוק").

2. בדיון מיום 15.7.20 העלה הנאשם טענה מקדמית לפיה הגשת הקובלנה הפרטית כרוכה באכיפה בררנית ולכן דינה להתבטל. הצדדים טענו בהרחבה, בעל פה ובכתב והפנו לפסיקה רלוונטית, כאשר עיקר טענותיהם התמקדו בשאלה האם ניתן להחיל את דוקטרינת ההגנה מן הצדק- ובפרט טענה לאכיפה בררנית- במסגרת הליך הקובלנה הפרטית.

טיעוני הצדדים

3. לטענת הנאשם, הקובל בחר בו מתוך קבוצת אנשים המעורבים בפרשה נושא הקובלנה וזאת ללא הסבר ואף משיקולים זרים. לטענתו, אישומים 1 ו-2 לכתב הקובלנה מתייחסים לשני מכתבים שנשלחו על ידי חברי וועדת האתיקה שנחתמו על ידי חמישה אנשים שרק אחד מהם הוא הנאשם (שאר החתומים צורפו לכתב הקובלנה כעדים). לגבי האישום השלישי, טוען הנאשם כי המדובר בפוסט שהועלה בפייסבוק המפנה לכתבה בעיתון, ולמרות זאת האשם הופנה לנאשם לבדו ולא לאחראים על הכתבה עצמה. עוד טוען הנאשם, כי הפרשה נושא הקובלנה התפרסמה בקנדה ובישראל מבלי התנהל הליך פלילי כנגד אף אחד מהמפרסמים מלבד הנאשם כאן.



4. הנאשם הפנה לפסיקה וטען כי הליך הקובלנה הפלילית הינו הליך פלילי לכל דבר, בו הקובל נכנס בנעלי המדינה ומניע את ההליך במקום המדינה וככזה אין הצדקה שדינו יהיה שונה מדין הליך פלילי "רגיל", רק משום שכתב האישום הוגש על ידי אדם פרטי ולא על ידי המדינה.

5. לטענת הנאשם, טענת האכיפה הבררנית ישימה גם לקובלנה פלילית פרטית ולעיתים אף ביתר שאת שכן היא חיונית אף יותר בפינה זו של המשפט, כיוון שהקובל אינו נהנה מחזקת התקינות המנהלית ואין כל בקרה על שיקול דעתו. על כן, לשיטת הנאשם, נדרשת זהירות מוגברת בהפעלת הכוח השיפוטי נגד הנאשם אשר נבחר להיות במעמד זה על ידי אדם פרטי.

6. לטענת הקובל, טענת אכיפה בררנית אינה יכולה להישמע שעה שהמאשים הוא קובל פרטי. הקובל הפנה להחלטות שיפוטיות בהן נפסק כי טענת האכיפה הבררנית לא חלה בהליך הקובלנה הפלילית הפרטית לאחר שהמחוקק נתן בידי אדם פרטי את הסמכות והזכות לפתוח בהליך זה. לשיטת הקובל, טענת האכיפה הבררנית יכולה להישמע רק כאשר המדובר במאשימה שהינה רשות מנהלית ממנה מצופה לפעול בצורה שוויונית. החלטותיו של קובל פרטי אינן כפופות לכללים אליהם כפופה הרשות המנהלית (התביעה הכללית).

7. עוד טוען הקובל כי גם לו ניתן היה להעלות טענת אכיפה בררנית בקובלנה הפרטית, הנטל להוכיח את הטענה כי ההעמדה לדין של חלק מהמעורבים התבססה על שיקולים לא עניינים, מוטל על הנאשם ולצורך כך נדרש בירור עובדתי מעמיק שטרם נעשה, על כן יש לדחות את הטענה בשלב זה של ההליך.

8. לבסוף טוען הקובל כי טענת האכיפה הבררנית נדחתה זה מכבר על ידי היועץ המשפטי לממשלה. נמסר כי הנאשם הגיש בקשתו לעיכוב הליכים כאשר הנימוק המרכזי עליו נשענה הבקשה היה אותה טענה לאכיפה בררנית. לדברי הקובל, משהיועץ המשפטי דחה את הבקשה, הרי שטענת האכיפה הבררנית כבר נידונה והוכרעה.

דין והכרעה

קובלנה פרטית

9. המחוקק אפשר לאדם פרטי להגיש קובלנה פלילית פרטית בסעיף 68 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן החוק):

"על אף האמור בסעיף 11 רשאי כל אדם להאשים בעבירה מן המנויות בתוספת השניה על ידי הגשת קובלנה לבית המשפט".

10. המחוקק אף הדגיש בסעיף 70 לחוק כי הקובל נכנס בנעלי של התובע בהליך הפלילי כאשר קבע:



"הוראות חוק זה הנוגעות לכתב אישום יחולו על קובלנה, בשינויים לפי הענין; בכל מקום שמדובר בכתב אישום גם קובלנה במשמע, ובכל מקום שמדובר בתובע גם קובל במשמע, אם אין כוונה אחרת משתמעת".

11. הינה כי כן, הליך הקובלנה הפרטית הינו הליך פלילי לכל דבר והוא החריג לכלל לפיו המאשימה הינה המדינה האמונה על האינטרס הציבורי בהליך הפלילי.

הגנה מן הצדק - אכיפה בררנית

12. אכיפה בררנית הינה אחת הטענות המקדמיות הנכללות בטענת ההגנה מן הצדק בסעיף 149(10) לחוק, לפיו:

לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן - (10) הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים **בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית**.

13. בע"פ 6922/08 **פלוגי נגד מדינת ישראל**, חזר בית המשפט העליון על המבחן התלת שלבי שנקבע בע"פ 4855/02 **בורוביץ נגד מדינת ישראל** 6922/08 גם לאחר שחוקקה דוקטורינת ההגנה מן הצדקה כטענה מקדמית.

"בהתאם למבחנים שנקבעו בעניין בורוביץ, בשלב הראשון על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליך בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני בוחן בית-המשפט אם קיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יפגע פגיעה קשה בתחושת הצדק וההגינות. אציין כי בהלכת בורוביץ דובר ב"פגיעה חריפה", בעוד החוק נוקט לשון "סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". כך או כך, בשלב זה, מאזן בית-המשפט בין האינטרסים השונים שהוזכרו לעיל, בהתחשב בנסיבות הקונקרטיות של התיק. רק אם נוכח בית המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה קשה בתחושת הצדק וההגינות, יעבור הוא אל השלב השלישי ויבחן האם ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים יותר מתונים ומידתיים מאשר ביטולו של כתב-האישום (עניין בורוביץ', עמ' 807)."

14. בית המשפט העליון ברע"פ 1955/12 **שאול נמרי נ' משה בנימיני**, קבע כי יש מקום לבטל קובלנה פלילית פרטית מחמת הגנה מן מהצדק ואף התייחס להצעת החוק לביטול מוסד הקובלנה הפרטית לאור האפשרויות העומדות בפני הקובל חלף הגשת קובלנה פרטית והחשש ממניעים פסולים בהגשת קובלנה. כבוד המשנה לנשיא השופטת מ' נאור (כתוארה אז) ציינה: "**אחד מחסרונותיה הרבים של הקובלנה הפלילית הפרטית הוא היעדר שיקול דעת כזה. לאחרונה הוגשה הצעת חוק לבטל את מוסד הקובלנה הפרטית (ראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 67) (ביטול קובלנה), התשע"א-2011, ה"ח 615). דברי ההסבר להצעת החוק מבהירים היטב את הרקע להצעה. על**



יסוד ניסיוני - ובעיקר ניסיוני השיפוט כשופטת שלום - אני רואה בברכה את הצעת החוק האמורה. בין כך ובין כך - אין בחוק איסור לשון הרע פטור המוענק לנפגע עבירה. את תרופותיו בגין העבירה שפגעה בו עליו להשיג אך ורק במסגרת הדין".

15. לעניין טענת ההגנה מן הצדק נקבע בפסק דין נמרי, מפי כבוד השופטת ד' ברק-ארז:

"אכן גם אני סבורה כי במקרים מתאימים - כשקובלנה פלילית מוגשת לאחר שכבר הוגש בעבר כתב אישום באותו עניין, כמו בענייננו - ניתן להעלות טענה של הגנה מן הצדק. אחד המצבים שהוכרו בפסיקתו של בית משפט זה לקבלתה של טענת הגנה מן הצדק היה מצב של "רדיפה" (ראו: ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 370, 221 (1996)). כאשר אדם נדרש לחזור ולעמוד למשפט פלילי באותו עניין, יש בכך משום "רדיפה" לכאורה".

16. גם בית המשפט המחוזי בעק"פ 53255-06-16 מצליח ואח' נ' שפירא ואח', אישר ביטול קובלה פלילית שהוגשה בבית משפט השלום בכפר סבא, מחמת הגנה מן הצדק. בית המשפט המחוזי מרכז קבע כי קיימת הצדקה במקרים מסויימים להורות על ביטול קובלנה פרטית אם, למשל, בית המשפט מתרשם שההליך הפלילי (הפרטי) משמש מנוף לקידום טענות אישיות ולא שהאינטרס הציבורי הוא העומד מאחורי ההליך.

17. על יסוד האמור, דעתי שהמסגרת של "הגנה מן הצדק" שנועדה לטהר את ההליך הפלילי, ולמנוע שימוש פסול בו, מצדיקה הפעלתה, ולעתים ביתר שאת, בהליך של קובלנה פרטית. ההלכות בעניין צמצום ההתערבות בשיקול דעתה של הרשות המנהלית ושל התביעה הכללית בפרט, אינן ישימות לגבי קובל פרטי בעוד הסיכון להרשעה פלילית מתקיים בשני המקרים. הנאשם הוא אותו הנאשם בין אם מאשימתו היא התביעה הכללית או קובל פרטי. הנאשם זכאי להגנה כי ההליך הפלילי, כל הליך פלילי, יופעל נגדו שלא בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית. דווקא העדר כפיפותו של הקובל הפרטי לחובות המנהליות ולכללי המנהל הציבורי מחייב הקפדה כי ההליך הפלילי הפרטי לא ינוצל כקידום לחפור בו בסכסוכים אזרחיים.

18. לאחר שקבעתי כי יש להחיל את דוקטורינת ההגנה מן הצדק על הקובלנה הפרטית, אדון כעת בשאלה האם הנאשם עומד בתנאים להחלת טענת האכיפה הבררנית. במאמר מוסגר אציין כי אין לעובדה שהיועץ המשפטי לממשלה דחה בקשת הנאשם לעיכוב ההליכים כשהנאשם טען בה לאכיפה בררנית כי למנוע העלאת הטענה בבית המשפט. אין קשר בין הדברים. מדובר בשני פורום שונים. ברי שאם היועץ המשפטי היה מקבל את הטענה לא היה מתנהל הליך משפטי, ואולם אין בהכרעת היועץ (שאיננה בפניי) בדחיית בקשה לעיכוב ההליכים להשליך על שיקול דעתו של בית המשפט.

19. חזרה לטענה המהותית. בית המשפט העליון עמד על מהותה של טענת האכיפה הבררנית בע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ, מפי כבוד השופט ע' פוגלמן:



"אכיפת הדין נגד אדם אחד והימנעות מאכיפתו נגד אחרים - כאשר מדובר במקרים דומים - היא אכיפה בררנית (selective enforcement). אכיפה בררנית יכולה לקבל ביטוי באחד משני מופעים: הראשון, החלטה להעמיד לדין רק חלק מן המעורבים בפרשה נדונה; השני, החלטה להעמיד לדין בשעה שבפרשות אחרות שעניינן דומה לא הוגשו כתבי אישום. ענייננו שלנו נמנה - לפי הטענה - על הסוג השני. כך או כך, המשותף לשני פניה של הטענה הוא כי סמכות האכיפה הופעלה נגד אחד ולא נגד אחרים, ללא כל טעם טוב להבחנה ביניהם. בלשונו של השופט י' זמיר: "אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא" (בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד נגד (3) 289, 305 (1999) (להלן: עניין זקין)). בעניין בורוביץ הוטעם כי ההכרעה בשאלה אם העמדתם לדין של חלק מן המעורבים בביצוע עבירה הינה בבחינת אכיפה חלקית מותרת או שמא בבחינת אכיפה בררנית פסולה, תהא לרוב תלויה - כפי שצוין בפרשת זקין - בבירור השאלה אם הרשות הבחינה בין המעורבים על יסוד שיקולים ענייניים (שם, בעמ' 814). בצד האמור הוסיף בית המשפט וציין:

"איננו רואים מקום לפסול את האפשרות - שמטבעה תהא נדירה ביותר - שההכרעה בשאלת קיומה של אכיפה בררנית פסולה תיגזר מנסיבות מיוחדות אחרות, ולאו דווקא מן הקביעה שהחלטת התביעה התבססה על מניע זדוני או על שיקולים פסולים מובהקים. כך מתבקש מאופי הביקורת השיפוטית שמפעיל בית-המשפט לגבי החלטת התביעה להגיש כתב-אישום רק נגד חלק מן המעורבים בביצועה של עבירה. ובדומה לאמת המידה שעל-פיה בית-המשפט מנחה את עצמו לעניין ביקורתן של החלטות מינהליות אחרות, אף בביקורת החלטותיה של התביעה עשוי בית-המשפט לבטל כתב-אישום שהוגש - מטעמי הגנה מן הצדק - אם אכן שוכנע כי בנסיבותיו של המקרה הנתון ההחלטה להאשים את פלוני ושלא להאשים את אלמוני חורגת בבירור ממיתחם הסבירות" (שם, בעמ' 814-815).

20. בית המשפט העליון דן שוב בטענת האכיפה הבררנית בע"פ 3507/19 מדינת ישראל נגד עבד אלסמד בורקאן, מפי כבוד השופט ג' קרא שפסק:

"תחילה, על הנאשם להניח תשתית ראייתית ראשונית ולהראות כי לכאורה בוצעה אבחנה בלתי ראויה בין שווים, אז - יעבור הנטל לסתור לכתפי הרשות. בע"פ 6328/12 פרץ נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (10.9.2013), נחלקו הדעות בשאלת הרף הראייתי הנדרש, כאשר הנשיא (כתוארו אז) א' גרוניס והשופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן סברו כי על הנאשם להראות "כי לאורך זמן ובאופן שיטתי (או קרוב לכך) קיבלו הרשויות המינהליות במקרים דומים החלטות שונות מאלה שנתקבלו במקרה שלו" (וראו גם: ע"פ 6237/12 ג'ולאני נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 16 לפסק דינו של השופט ח' מלצר (6.9.2016). ולעומתם, סבר השופט ע' פוגלמן כי די במקרים ספורים, ולעיתים אף במקרה אחד, כדי להעביר את הנטל לכתפי הרשות, בשל היתרון שיש לה בנגישות למידע (עניין פרץ, פסקה 38). (ראו גם: בג"ץ 4922/19 נוה נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (9.12.2019) (להלן: עניין נוה) שם עמד השופט י' עמית על "הגוונים השונים", כלשונו, ביחס לרף הראייתי



הנדרש לערעור חזקת התקינות המנהלית ולהעברת הנטל אל הרשות; וכן השופט ד' ברק-ארז במאמרה "אכיפה בררנית: מן הזכות לסעד", הסיניגור 200 (2013)(להלן: ברק-ארז)). על מנת לעמוד בנטל הראייה יכול הנאשם לעשות שימוש במאגרי המידע המשפטיים, הנחיות פרקליט המדינה, להגיש בקשה לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי או בקשה לפי חוק חופש המידע (עניין נוה, פסקה 32; ברק-ארז, עמוד 17).

21. בסעיף 24 לתגובתו, טוען הקובל כי הנאשם נבדל מיתר המפרסמים בכך שהיה הגורם הדומיננטי בפרסומים. ובלשון התגובה:

"יובהר כבר עתה: עניינו של הנאשם כאן שונה מהותית מעניינם של יתר המפרסמים ומחלקם בפרסומים. השוני הוא ניכר, מהותי וקרדינלי. הנאשם הינו הגורם המחולל והדומיננטי בפרסומים המכפישים, הוא המרכז והליבה של ההכפשות, הוא זה שייצר ומייצר את ההכפשות, הוא המקור להן והוא מוביל אותן וגורר אחרים אחריו ומסתתר תחת שמותיהם. הבחירה להתמקד בו היא איפה מוצדקת, מתבקשת ולגיטימית, לנוכח חלקו בפרסומים והשוני בינו לבין המפרסמים האחרים. בוודאי שאין לגזור דין שווה לו ולהם. והדברים יוכחו."

22. הקובל טוען אפוא כי הגשת הקובלנה כנגד הנאשם משקפת בחירה עניינית. לטעמו, הנאשם הוא המפרסם העיקרי ולכן הוגשה הקובלנה נגדו לבדו. מנגד טוען הנאשם כי טענות הקובל ביחס להיות הנאשם "הרוח החיה" חסרות בסיס:

"אין בכל בחומר שנמסר להגנה, שבסופו של דבר ממנו צריכה להגיע ההוכחה הנדרשת, כל ראייה לכך שהוא "הרוח החיה" או "היוזם והמקדם".

23. **חרף האמור, הקובל טוען כי יעלה בידו להוכיח דבריו. בנסיבות אלה, אינני יכול לחסום את הקובל מראש ולקבוע א-פריורית כי טענתו להבחנה עניינית בין הנאשם לאחרים דינה להידחות. אמנם הנאשם טוען כי מדובר בדברים חסרי בסיס ראייתי וכי הם עלו אך "בלהט הטיעון", אך גם הכרעה בתת-מחלוקת זו מחייבת היחשפות לחומר הראיות.**

24. בהקשר זה אפנה לדבריו של כבוד השופט י' גת בק"פ 21216-08-16 רפואה אהרונוביץ נ' **זמיר**, מתוך הסכמה מלאה לדברים:

"לאחר שבחנתי את טענות הצדדים, את נסיבות העניין ואת הפסיקה הרלוונטית, באתי למסקנה כי אין בטענת ההגנה האמורה כדי להוביל לביטול כתב הקובלנה בשלב זה. לנוכח מאפייניו של הליך הקובלנה כהליך פלילי לכל דבר ועניין, שהנו בעל פוטנציאל לפגיעה ממשית בזכויות יסוד של הנקבל, סבורני כי יש להטיל על הקובל הפלילי את החובות המתחייבות ממעמדו זה, במישור הפלילי והמנהלי, והכל בשינויים המחויבים מכך שסמכויותיו ומשאביו אינם כשל המדינה. במסגרת זו, סבורני כי החלטה על הגשת כתב קובלנה לא יכולה להיות מפלה והיא חייבת לעמוד בכללי המשפט הפלילי והמנהלי בעניין איסור אכיפה בררנית, במסגרת טענת הגנה מן הצדק. עם זאת, בדומה להחלטה של המדינה בעניין



הגשת כתב אישום, וביתר שאת ביחס לקובל פרטי, לא כל יחס שונה הוא בהכרח יחס מפלה. ככל שישנו הסבר הגיוני, ענייני, סביר ומידתי ליחס השונה, הרי שלא מדובר ביחס מפלה או באכיפה בררנית. במקרה דנן, הקובלת טוענת לקיומו של שוני מהותי בין מעשי הנקבלת לבין מעשי האחרים, מבחינת דומיננטיות, יוזמה, היקף וחומרה. נכון לשלב זה, לא ניתן לסתור את טענות הקובלת, ועל כן, גם בעניין זה נדרשת שמיעת ראיות כדי לבסס את טענת האכיפה הבררנית."

25. אבהיר עוד: גם לאחר שיוכח- אם יוכח- שהנאשם נבדל מהאחרים מבחינה הדומיננטיות (לרעה), עדיין תישאר הדלת פתוחה בפניו לטעון לאכיפה בררנית, ואולם, עליו להניח מסד עובדתי יציב עליו תושתת הכרעתי לכאן או לכאן. בהעדר הסכמה לגבי העובדות שברקע הטענות המשפטיות, אין מנוס מניהול המשפט.

26. אשר על כן, ומכל האמור לעיל סבורני כי דין הבקשה להידחות בשלב זה. טרם נשמעו הראיות בתיק וטרם נבחן חלקו של הנאשם ביחס למעורבים האחרים בפרשה, ולכן לא ניתן לקבוע מראש כי החלטתו של הקובל כרוכה באכיפה בררנית פסולה להבדיל מאכיפה חלקית מותרת או אף אכיפה בררנית בעוצמה שאינה מצדיקה ביטול כתב הקובלנה. נסיבות הבחירה בנאשם, על מניעה, יתבררו במהלך המשפט, ורק אז ניתן להגיע להכרעה מושכלת.

27. לאחר שיתבררו הדברים במסגרת הליך ההוכחות, נשמרת כמובן זכותו של הנאשם להעלאת טענת האכיפה הבררנית בהמשך, ככל שהוא סבור שעניינו אינו שונה מהמפרסמים האחרים.

28. סוף דבר, הבקשה נדחית, אך שמורה לנאשם הזכות להעלותה מחדש במהלך המשפט.

ניתנה היום, כ"ב ניסן תשפ"א, 04 אפריל 2021, בהעדר הצדדים.