



עק"פ 53255/06/16 - דוד פול מצליח, שרה ארלט מצליח, מקס סגרון, דבורה אבה סגרון נגד גיל שפירא, יוסף אזגי, שפיר הנדסה אזרחית וימית בע"מ

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עק"פ 53255-06-16 מצליח ואח' נ' שפירא ואח'

לפני: כבוד הנשיא אברהם טל - אב"ד

כבוד השופטת זהבה בוסתן

כבוד השופט ד"ר שמואל בורנשטיין

המערערים

1. דוד פול מצליח

2. שרה ארלט מצליח

3. מקס סגרון

4. דבורה אבה סגרון

נגד

המשיבים

1. גיל שפירא

2. יוסף אזגי

3. שפיר הנדסה אזרחית וימית בע"מ

פסק דין

פתח דבר

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט השלום בכ"ס בק"פ 33807-02-15, לפיו בוטלה קובלנה פלילית שהוגשה על ידי המערערים כנגד המשיבים מחמת הגנה מן הצדק.

המערערים עותרים לביטול פסק הדין ומבקשים להורות לבית המשפט קמא לדון בקובלנה מהשלב בו הופסקה.

2. עניינה של הקובלנה בעבירות של הסגת גבול כדי לעבור עבירה ולהקניט והיזק בזדון.

3. על פי עובדות פסק הדין, המערערים הם הבעלים והמחזיקים במצטבר ב-33% מהזכויות במקרקעין הידועים כגוש 6587 חלקה 49, וכן ב-33% מהזכויות במקרקעין הידועים כגוש 6587 חלקה 274 ברעננה (להלן ביחד: "**המקרקעין**").

4. משיבה 3, חברת שפיר הנדסה אזרחית וימית בע"מ (להלן: "**חברת שפיר**"), משמשת כקבלן מבצע של פרויקט כביש 531/4 מחלף רעננה דרום (להלן: "**הפרויקט**"), שנבנה בסמוך למקרקעין. משיב 1 הוא מנכ"ל חברת שפיר ומשיב 2 הוא מנהל תחום המקרקעין והתשתיות בחברת שפיר.



5. בשלהי שנת 2013 נודע למערערים כי חברת שפיר אחסנה עודפי עפר מהפרויקט במקרקעין. לטענתם, חברת שפיר גידרה חלקים נרחבים מהמקרקעין והעבירה אליהם כ-200,000 קוב של אדמה וחומרי חפירה, כאשר ידוע לה כי עבודות אלה טעונות היתר בניה כדין וכי אין בידה היתר כאמור.
- המערערים טענו כי מעשים אלו נעשו בהוראת המשיבים 1 ו-2 ובידיעתם. לטענתם, פני הקרקע השתנו לחלוטין נוכח הכמויות האדירות של האדמה וחומרי החפירה שהועברו למקרקעין על ידי חברת שפיר.
6. המערערים פנו במכתב לחברת שפיר ובו דרשו את פינוי המקרקעין. כמו כן קיימו הצדדים מספר שיחות בעל פה בנושא.
7. ביום 19.1.14 הגישו המערערים תלונה כנגד המשיבים במשטרה וכתוצאה מכך הופנו הצדדים להליך גישור שהסתיים ללא הצלחה.
- ביום 18.8.14 הודיעה המשטרה על סגירת תיק החקירה בעילה של "אין אשמה פלילית".
- בהמשך, לאחר שהמערערים דרשו מהמשטרה לפתוח את התיק ולחקור את המשיבים, ולאחר שהמשיבים 1 ו-2 נחקרו, שבה המשטרה והודיעה למערערים כי הוחלט לא להעמיד לדין את המשיבים משום שנסיבות העניין אינן מצדיקות פתיחה בחקירה, שכן מדובר באירוע אשר ההליך הפלילי איננו מהווה מסגרת מתאימה לבירורו.
8. ביום 22.9.14 הגישו המערערים תביעה בסדר דין מקוצר (תא"ק 52700-09-14). במסגרת התביעה הגיעו הצדדים להסכמה, שקיבלה תוקף של פסק דין ביום 10.5.15, לפיה עודפי העפר יפונו. ואכן, על פי המערערים פינוי הקרקע הושלם תוך נשיאת חברת שפיר בהוצאות הפינוי.
9. ביום 15.2.15 הוגשה הקובלנה נושא פסק דין זה.
10. המשיבים הגישו ליועץ המשפטי לממשלה בקשה לעיכוב הליכי הקובלנה, בטענה כי הגשת הקובלנה מנוגדת לאינטרס הציבורי וכי מדובר ב"זוטי דברים".
- היועץ המשפטי לממשלה דחה את הבקשה וקבע כי לא נמצאה עילה ראויה לעיכוב ההליכים.
11. לבקשת עיכוב ההליכים, צורף מכתב מיום 9.11.15, שנשלח לחברת שפיר על ידי ב"כ המערערים, ובו נדרשים המשיבים לשלם 15,000,000 ₪ בתוך 30 ימים, שאם לא יעשו כן, ינקטו המערערים בכל האמצעים החוקיים העומדים לרשותם, לרבות פנייה לערכאות המתאימות. בפועל הסכום לא שולם ולא נפתח כל הליך אזרחי חדש על ידי המערערים, נכון למועד מתן פסק הדין.
12. המשיבים עתרו לבית המשפט קמא לביטול הקובלנה מטעמי הגנה מן הצדק. הם טענו גם לאי בהירות בכתב הקובלנה לגבי הקרקע בה התבצעו לכאורה העבירות הנטענות. עוד נטען כי עובדות כתב הקובלנה אינן מגלות עבירה.
- אליבא דמשיבים, הנסיבות הייחודיות של הפרשה אינן מגשימות את האינטרס הציבורי, וזאת מהטעמים הבאים: מדובר בקרקע חקלאית אשר לא היה בה שימוש כלשהו, כאשר חלק מן הקרקע הופקע זה מכבר לצורכי ציבור, ומשכך חלקם של המערערים בה אינו ברור; מדובר בפרויקט תשתיות אדיר מימדים שאין חולק על



חיוניותו למדינת ישראל; חברת שפיר ניסתה לאתר את בעלי הקרקע נשוא הקובלנה מבעוד מועד, כפי שאיתרה בעלי קרקע אחרים, אולם לא עלה בידה לאתרם; המערערים מסרבים לקבל דמי שימוש ראויים, כפי שקיבלו בעלי קרקע אחרים באזור, ותובעים סכומי עתק חסרי קשר למציאות; הקרקע פונתה לחלוטין תוך נשיאת חברת שפיר בעלויות הפינוי; משטרת ישראל הורתה בשתי הזדמנויות שונות על סגירתו של תיק החקירה, לאחר שחקרה את המעורבים וקבעה שההליך הפלילי אינו מתאים לבירור המחלוקת בין הצדדים; המערערים נמנעו מלהגיש ערר על ההחלטה שלא להעמיד את המשיבים לדין באמצעות רשויות התביעה; מדובר בכפל ובשילוש הליכים, שכן לבד מהתביעה שכבר הוגשה על ידי המערערים, המערערים גילו דעתם במכתבם שתביעה כספית עומדת להיות מוגשת על ידם בקרוב.

13. יש לציין כי לאחר שהסתיים הדיון בערעור, הגישו המערערים הודעה לבית המשפט לפיה "בשים לב להערת בית המשפט הנכבד במסגרת הדיון מיום 31.1.2017" הוגשה על ידם ביום 8.3.2017 תביעה כספית נגד חברת שפיר.

פסק הדין של בית משפט קמא

14. ניתן להעלות טענת הגנה מן הצדק, המועלית כדבר שבשגרה בכתבי אישום פליליים רגילים, גם ביחס לקובלנה, אף אם זו זכתה לגושפנקא של היועץ המשפטי לממשלה באמצעות דחיית בקשה לעיכוב הליכים בה.

15. מלכתחילה נראה כי האינטרס הציבורי שעומד ביסוד הקובלנה הינו מוחלש. זאת גם אין מתעלמים מכך שקיים אינטרס ציבורי חשוב לבירור המקרה, וקיימת חשיבות לכך שאגב ביצוע פרויקטים ציבוריים רחבי היקף יקפידו הגורמים המבצעים שלא לפלוש לד' אמות הפרט, בין אם זה עושה שימוש במקרקעיו בין אם לאו, ובוודאי כאשר מדובר בפלישה בסדר הגודל המתואר.

16. הרושם הוא שהמערערים נעים לסירוגין בין המישור הפלילי למישור האזרחי, כך שאלה כרוכים זה בזה. משכך, ואף אם צודקים המערערים בטענותיהם במישור האזרחי, אסור שהמשפט הפלילי ישמש בידם אמצעי מיקוח, שלא לומר אמצעי לחץ, לקבלת טענותיהם על ידי המשיבים.

17. בהליך האזרחי שכבר הוגש והסתיים, התמקדו המערערים בסעד שעניינו הפסקת הפלישה למקרקעין. תמוה הדבר שרק לאחר למעלה משנה מאז שהוגש הליך זה, וכחצי שנה לאחר שהסתיים, באה לעולם ההתראה בדבר נקיטת הליך אזרחי נוסף שמהותו סעד של פיצויים בגין הנזקים שהתגבשו סמוך לפינוי.

18. האינטרס הציבורי שבניהול ההליך, עם כל חשיבותו העקרונית, הינו אך ורק אצטלה ביד המערערים לניצול ההליך הפלילי למימוש אינטרס פרטי צר. על כן, באיזון בין אינטרס ציבורי זה, לבין הפגם שבהליך הפלילי, יש מקום להפסיק את בירור הקובלנה. ככל שיוגש הליך אזרחי נוסף, והמערערים ימצאו צודקים בטענתם בהיבט הכספי, ישוגר מסר רוחבי ומרתיע למבצעי פרויקטים ציבוריים להיזהר מלפגוע במקרקעיו הפרט, כך שגם בהעדר המשפט הפלילי, האינטרס הציבורי יוגשם ברובו.

19. לאור כל האמור יש לקבל את טענת ההגנה מהצדק ולהורות על ביטול הקובלנה.



נימוקי המערכים

20. בית המשפט קמא לא שמע את עדויות הצדדים וקביעתו התבססה על מסמכים בלבד. כשם שלא ניתן להרשיע על סמך חשדות והערכות, כך גם לא ניתן לבטל כתב אישום על בסיסם.
21. בית המשפט קמא שגה כאשר התעלם מכך שהמשיבים לא חלקו על עובדות כתב האישום, לפיהן הם פלשו שלא כדין למקרקעין ועשו בהם כבשלהם במשך למעלה משנתיים.
22. בית המשפט קמא התעלם מהחלטת היועץ המשפט לממשלה, אשר דחה טענות המשיבים, שהחליט שאין מקום לעכב את הדיון בקובלנה.
23. קובלנה פלילית במהותה נוגעת ליריבות בין מזיק לניזוק ומשיקה להליך האזרחי. בחלק ניכר מהמקרים, אם לא ברובם, המעשים מושא הקובלנה הפלילית מהווים אף בסיס לעילות תביעה מהמשפט האזרחי.
- בית המשפט קמא שגה, שקבע למעשה כי כל זמן שמחלוקת אזרחית מצויה במקביל להליך פלילי של קובלנה - יש לבטל את ההליך הפלילי. הקביעה כי כל אימת שקיימת מחלוקת אזרחית בין הצדדים לא ניתן להגיש קובלנה פלילית, שכן זו מהווה אמצעי לחץ להשגת המטרות האזרחיות - שומטת הלכה למעשה את התשתית הנורמטיבית להגשת קובלנות פליליות.
- קבלת גישת בית המשפט קמא נוגדת אף את מוסד התביעה האזרחית הנגררת.
24. ספק אם ניתן בכלל להעלות טענת הגנה מן הצדק בקובלנה פלילית, שכן מטרתה של טענה מקדמית של הגנה מן הצדק היא להתמודד עם מצב שבו רשויות המדינה נוהגות בצורה שיש בה משום התעמרות ורדיפה של הרשות את האזרח. בקובלנה פלילית בכלל, ובקובלנה דנן בפרט, יחסי הכוחות בין הצדדים אינם כיחסי הכוחות של התביעה מול הנאשם. בענייננו הגורם החזק יותר הוא דווקא המשיבים, שכן מדובר בחברת ענק שהתנהגה בבריונות, כך שהרציונל של הגנה מן הצדק אינו מתקיים.
25. בית משפט קמא שגה כשקבע כי המערכים נעו באופן פתלתל בין המישור הפלילי לאזרחי עד שלא ניתן לנתקם. סעד של סילוק יד ניתן במסגרת הליך של סדר דין מקוצר והאינטרס הראשון והחשוב של המערכים היה בשמירה על זכויות הקניין שלהם באמצעות תביעה לפינוי המשיבים ולאחר מכן הוגשה גם הקובלנה.
- המערכים מעולם לא כרכו בין ההליך האזרחי להליך הפלילי, ולא בכדי אין בנמצא כל ראייה התומכת בקביעה זו של בית המשפט קמא.
- במסגרת ההליך הפלילי לא דובר על דרישה כספית ולא נעשה שימוש בהליך זה כאמצעי לחץ פסול. ואילו בדרישה הכספית לא צוין הליך הקובלנה, שהיה תלוי ועומד, והמשך הליך זה לא הותנה בהיענות המשיבים לדרישה הכספית של המערכים.
26. לא ברור כיצד העובדה שטרם הוגשה תביעה כספית מהווה ראייה לכך שהקובלנה משמשת אמצעי



לחץ. גם אם המערערים היו מגישים את תביעתם במהלך הליך הקובלנה, היו נזעקים המשיבים וטוענים כי דווקא הגשת התביעה מעידה על לחץ פסול על המשיבים בניהול הליכים "כפולים" במישור הפלילי והאזרחי. למעשה, מעת הגשת הקובלנה קשה לחשוב על דרך פעולה שבה היו בוחרים המערערים במישור האזרחי שלא היתה גוררת טענות מצד המשיבים על אמצעי לחץ פסול.

27. לאור כל האמור, המקרה דנן אינו מסוג המקרים החריגים המצדיקים סעד קיצוני של ביטול כתב האישום. לא לחינם לא נמצא ולו פסק דין אחד נוסף המקבל טענה של הגנה מן הצדק בנסיבות דנן.

28. לאחר שהסתיים הדיון בערעור הגישו המערערים הודעה לפיה הוגשה על ידם תביעה כספית כנגד חברת שפיר.

תגובת המשיבים

29. חברת שפיר ניסתה לאתר את בעלי הקרקעות הסמוכות לאתר הפרויקט, אך לא הצליחה לאתר את כולם. הקרקע היחידה שהתעורר סימן שאלה לגבי הבעלות בה, היא זו בה עסקינן. המקרקעין הופקעו בחלקם ועלו שאלות מאחר שהבעלים הם אזרחים זרים.

30. עם קבלת פנייה ראשונה מהמערערים, הועלתה הצעה לתשלום דמי שימוש ראויים ונוהל משא ומתן שהופסק עם הגשת התלונה במשטרה. הסכסוך הופנה לגישור ובמסגרתו הציעה חברת שפיר הצעות סבירות. המערערים המשיכו להפעיל אמצעי לחץ ושלחו מכתב נוסף, בו ציינו כי הם שומרים על זכותם למסור מידע לתקשורת.

המשיבים ביקשו להפסיק את ניסיונות הסחיטה והציעו למנות מומחה חיצוני שיקבע את גודל הקרקע ואת שווייה, אולם המערערים הזדרזו והגישו הליך אזרחי, במסגרתו עתרו לקבלת סעד של פינוי.

במקום להגיש ערר לאור החלטת המשטרה לסגור את התיק מחוסר אשמה, בחרו המערערים להגיש תלונה נוספת נגד נושאי משרה בחברה, אך המשטרה החליטה שלא להעמידם לדין.

לאחר פינוי המקרקעין, לאור פסק הדין בתיק האזרחי, הוגשה הקובלנה הפלילית, והיועץ המשפטי לממשלה החליט שהוא אינו מעכב את ההליכים.

במכתבם הבא דרשו המערערים סכום של 15,000,000 ₪, סכום שהוא פי 75 מערך הקרקע שהינו 200,000 ₪. העובדה שעד היום לא נקטו בהליכים, בהתאם לאמור במכתבם, אומרת דרשני.

31. בית משפט קמא קבע בצדק כי המערערים עשו שימוש לרעה בהליכי משפט. ההליך הפלילי היווה אמצעי לחץ פסול על ידי המערערים ולא ככלי למימוש זכות כדין. רף ההוכחה במשפט פלילי גבוה לעומת המשפט האזרחי ועל כן בחרו להתחיל דווקא מההליך הפלילי.

32. בשורת פסקי דין בנסיבות דומות נקבע כי על מנת להימנע משימוש לרעה בהליכי בית משפט, שומה על הקובל להחליט באיזה הליך הוא נוקט, הפלילי או האזרחי.



דין והכרעה

33.

הקובלנה הפרטית היא חריג לכלל לפיו המאשים במשפט פלילי הוא המדינה.

סעיף 68 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: "**החוק**") קובע כי "על אף האמור בסעיף 11 רשאי כל אדם להאשים בעבירה מן המנויות בתוספת השניה על ידי הגשת קובלנה לבית המשפט".

מרבית העבירות המנויות בתוספת השנייה הן במהותן בעלות אופי של סכסוך פרטי בין פוגע לנפגע, שדרגת חומרתן אינה מהגבוהות ביותר, דוגמת תקיפה סתם, הסגת גבול, גרימת נזק לרכוש, פגיעה בפרטיות, פגיעה בקניין רוחני וכו'.

34.

בבג"צ 4957/08 **שורת הדין - Israel Law Center ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה** (17.10.2010) עמד בית המשפט העליון על מהותה של הקובלנה הפלילית ועל ההבחנה בין מעמדו של נפגע העבירה בהליך הפלילי לבין מעמדו במסגרת הליך הקובלנה (פסקאות 8-9 לפסק דינו של כבוד השופט א' פרוקצ'יה):

"גם אם נפגע העבירה הינו קרבן ספציפי, ההליך הפלילי נתפס ביסודו כענין שבין הציבור לבין הפוגע, ולא כענין משפטי שבין הפוגע לנפגע. גם אם לקרבן העבירה ניתן מעמד בהליך הפלילי, מעמדו ומשקלו נילווים בלבד להליך העיקרי, שבחזיתו עומדים המדינה והעברין, ובמרכזו ניצב האינטרס הציבורי הכללי. עניינו של קרבן העבירה כלפי העברין הפוגע מוסדר, בעיקרו, במסגרת ההליך האזרחי להטבת נזק שנגרם עקב ביצוע העבירה.

יסודותיו אלה של ההליך הפלילי כפופים לחריג מוכר והוא - הקובלנה הפלילית הפרטית, שעניינה מוסדר בסעיפים 68 עד 73 לחסד"פ. בגדרו של חריג זה, יכול הפרט, בתנאים ובנסיבות שנמצאו מתאימים לכך, לפתוח בהליך פלילי כנגד פרט אחר, ולנהלו. חריג זה מתבסס, בעיקרו, על ההנחה כי קיים סוג מסוים של עניינים שהיסוד הדומיננטי בהם כרוך ביחסים שבין המזיק והניזוק, אשר לגביהם ראוי לתת לפרט מעמד לנהל את ההליך הפלילי במקום שהמדינה אינה רואה לנכון לעשות כן.

...

כללו של דבר, נראה כי מוסד הקובלנה הפרטית נועד לתת מענה לסוג מסוים ומוגדר של עניינים פליליים, הנוגע לתחום היחסים שבין אדם לחברו, והוא משיק למשפט האזרחי, אף שמתלווה לו יסוד פלילי נורמטיבי. בשל אופי זה של העבירות, וחרף סיווגן כעבירות פליליות, עשויה הרשות הציבורית שלא לראות ענין ציבורי מיוחד באכיפתן, או להעמידן בסדר עדיפות נמוך לענין אכיפה. לפיכך, הותר המחוקק לאזרח את היוזמה לנהל את ההליך הפלילי בעבירות אלה במקום המדינה. בכך, העניק החוק לפרט אפשרות לעמוד על זכויותיו ולהוביל לאכיפת



החוק כאשר התביעה הכללית נמנעת מכך.

עוד הובהר בפסיקה כי הגם שעבירות שבגינן ניתן להגיש קובלנה פלילית נושאות סממנים של סכסוך אזרחי, במובן זה שלעיתים לנפגע יש אינטרס רב יותר בהשלטת החוק מאשר לרשות הציבורית, עדיין חייב הליך זה לשקף אינטרס ציבורי ראוי (ראו: ע"פ 2124/91 רון נ' כור תעשיות בע"מ, פ"ד מז(5) 289, 294-295 (1993) (להלן: "עניין רון")).

במקום אחר ציין בית המשפט העליון כי הקובלנה הפלילית מהווה מעין "יצור כלאיים" המערב מאפיינים פליליים לצד מאפיינים אזרחיים (רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט(6) 554, 618 (2005)).

35. אל מול יתרונויה של הקובלנה הפלילית, אשר מעניקה לניזוק הפרטי מעמד בהליך פלילי ומאפשרת לו להשמיע את קולו בהעמדה לדין, כאשר רשויות התביעה נמנעות מלעשות כן, היא טומנת בחובה קשיים לא מבוטלים.

בבש"פ 3503/91 שוברט נ' צפריר, פ"ד מז(4) 136, 141 (1992) (להלן: "עניין שוברט") התייחס בית המשפט העליון לקשיים אלו באומרו את הדברים הבאים:

"אך כנגד זאת מכבידה הקובלנה הפרטית עם הנאשם. היא מוגשת מבלי שהקובל חייב להגיש תחילה תלונה בגינה ומבלי שחייבת היא לעבור תחילה חקירה משטרתית מסודרת ובדיקת מצב הראיות בידי התביעה. לא חלה על הקובל החובה שבסעיף 74 לחוק להעמיד לעיון הנאשם את כל חומר החקירה שבידיו. עליו חלה רק מגבלה על הגשת ראיה בכתב שהייתה בידיו, אלא אם המציא לנאשם העתק ממנה (סעיף 79). קיים חשש לקובלנה חסרת יסוד מספיק בעובדות. קיים חשש שהקובל מונע מרגשי נקם או מעוניין להציק לנאשם או להטרידו. יש בקובלנות גם בזבוז זמן יקר של בית המשפט, בייחוד באותם מקרים שהקובל אינו מיוצג על ידי עורך דין ואינו יודע איך לנהל את הדין... יש גם זלזול מסוים בחשיבותה של הקובלנה הפרטית, שהרי היא לא נמצאה ראויה בעיני התביעה להגישה ואף לא, משהוגשה, ליטול את הניהול שלה לידי התביעה".

36. לאור האמור, מצא המחוקק לנכון להציב מגבלות על שימוש בכלי זה, שנועדו לאזן את כוחו של הפרט.

כך, ניתנה בידי התביעה האפשרות ליטול לעצמה את ניהול הקובלנה מידי הנפגע הפרטי, ככל שנסיבות העניין יחייבו זאת, ולהופכה לכתב אישום מטעמה (סעיפים 71-72 לחוק). לצד זאת ניתנה סמכות ליועץ המשפטי לממשלה לעכב את ההליך, אם ימצא שיהיה בכך כדי לשרת את האינטרס הציבורי.

כן נקבע כי הגשת קובלנה פלילית כנגד עובד מדינה בשל מעשים שעשה תוך כדי מילוי תפקידו תותנה בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה (סעיף 69 לחוק) (השוו: רע"פ 10857/08 סוכן נ' מדינת ישראל (20.8.2009) (להלן: "עניין סוכן")).

37. לאור החסרונות האמורים, נשמעים לא אחת קולות הקוראים לביטול מוסד הקובלנה הפלילית שהביאו



לניסוח הצעת החוק לביטול הקובלנה הפלילית (הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 67) (ביטול קובלנה), תשע"א - 2011) (להלן: "**הצעת החוק**").

במסגרת דברי ההסבר להצעת החוק, שפורסמו ביום 1.8.2011, צוין כי היא מסתמכת במידה רבה על קביעת הוועדה המייעצת לענין סדר הדין הפלילי בראשות כבוד השופט (בדימוס) אליהו מצא משנת 1997. על פי דברי ההסבר, הוועדה הביאה בחשבון את ההתפתחויות החקיקתיות השונות שחלו בשנים האחרונות, בהן חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והעלתה חשש שמא מתן אפשרות בידי אדם פרטי להעמיד אדם אחר בסיכון של הרשעה פלילית, עלולה להוות פגיעה בזכותו של אדם להליך הוגן.

התפתחות חקיקתית נוספת שנשקלה בהקשר זה הינה הוספת סעיף 34^ז לחוק העונשין במסגרת תיקון מס' 39, המעגן את הגנת "זוטי דברים" במשפט פלילי ובכך מטיל בספק בהצדקה העיקרית של הקובלנה, שהיא מתן אפשרות לנפגע להביא לדין פלילי את מי שפגע בו, מקום שרשויות התביעה אינן מוצאות עניין ציבורי בהעמדתו לדין.

עוד צוין בדברי ההסבר, כי מחקר שסייע לוועדה לגיבוש המלצותיה העלה כי במקרים רבים מוסד הקובלנה הפלילית עומד במקביל למסלול האזרחי, כגון בעבירות לשון הרע, או בעבירות איום ותקיפה.

38. אף בית המשפט העליון הביע את עמדתו בכל הנוגע להצעת החוק. וכך צוין מפי כבוד המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור ברע"פ 1955/12 **נמרי נ' בנימיני ואח'** (9.5.2013) (להלן: "**עניין נמרי**"), בפסקה 12 לפסק דינה:

"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 השיפוטי כשופטת שלום - אני רואה בברכה את הצעת החוק האמורה."

39. דומה בעינינו כי המקרה שלפנינו יכול להבהיר על שום מה ראה בית המשפט העליון ברכה בהצעת החוק לביטול מוסד הקובלנה הפלילית.

ראשית, לאור החלופות העומדות בפני מי שרואה עצמו נפגע ממעשיו של אחר - חלופות שהיו קיימות גם במקרה דנן - לאמור: הגשת ערר על החלטת המשטרה לסגור את התיק, או נקיטת הליך אזרחי (כפי שבסופו של דבר עשו המערערים). למותר להזכיר כי במסגרתו של הליך אזרחי נטלי ההוכחה קלים מאלה של הקובלנה הפלילית וסיכוייו של נפגע לקבל הכרה בנזקיו גבוהים יותר.

שנית לאור החשש, הקיים גם במקרה דנן, לפיו מניעי הקובל הם מניעים פסולים.

40. ואכן, בענייננו, מפירוט העובדות בנימוקי הערעור שהוגשו מטעם המערערים עולה כי במקביל לתכתובות ולניסיונות ההידברות בין הצדדים, הגישו המערערים תלונה בגין מעשי המשיבים במשטרה בינואר 2014, אלא שזו החליטה לסגור את התיק באוגוסט 2014. המערערים בחרו, מסיבותיהם, שלא להגיש ערר על החלטה זו, ובסמוך לכך, ביום 22.9.2014, פתחו בהליך אזרחי בבית המשפט השלום



בראשון לציון.

במקביל, ותוך כדי ניהול ההליך האזרחי, ביום 15.2.2015 הגישו המערערים את הקובלנה הפלילית.

ביום 10.5.2015 התקיים דיון בבית המשפט בתביעה האזרחית, ובמסגרתו הגיעו הצדדים להסכם פשרה, לפיו המשיבים ידאגו לפינוי עודפי העפר שמצויים על המקרקעין, הסכמה שקיבלה תוקף של פסק דין.

במקביל, במסגרת הליך הקובלנה הפלילית, החליט היועץ המשפטי לממשלה בבקשת המשיבים לעיכוב הליכים כי לא נמצאה עילה ראויה לעיכוב ההליכים (מכתב ב"כ היועץ המשפטי מיום 13.8.2015).

לאחר מכן, ביום 9.11.2015, ובד בבד לניהול הקובלנה הפלילית כאמור, שלחו המערערים מכתב למשיבים ובו דרשו לקבל ₪ 15,000,000 בגין עשיית שימוש שלא כדין במקרקעין והתעשרות שלא כדין הנובעת מכך. המערערים ציינו במכתבם כי ככל ולא ישולם הסכום בתוך 30 ימים מיום קבלת המכתב, הם יפעלו באמצעים החוקיים לשם שמירה על זכויותיהם, לרבות באמצעות פנייה לערכאות המתאימות.

בית משפט קמא הביע תמיהה על כך שחרף התראת המערערים בדבר פנייה לערכאות תוך חודש ימים, ועל אף שלא ניתן כל מענה מצד המשיבים להתראה זו, לא נפתח כל הליך, כאשר חלפו ששה חודשים מעת ההתראה.

בית משפט קמא למד מהתנהלות זו כי המערערים "נעו לסירוגין, באופן פתלתל ובמידה מסוימת מתעתע, בין המישור הפלילי למישור האזרחי, כך שנראה ששני אלה כרוכים זה בזה באופן שלא ניתן לנתקם, והכל כדי לשרת את רצונם למקסום תועלתם, תחילה בהיבט של פינוי המקרקעין, ובהמשך בעניין הפיצויים".

בנסיבות אלו מצא בית המשפט קמא כי המערערים עשו שימוש במשפט הפלילי כאמצעי מיקוח והפעלת לחץ על המשיבים.

41. אכן, בפסיקה הודגש לא אחת החשש מפני נקמנות אישית ושימוש בקובלנה ככלי ניגוח במאבק אזרחי (ראו עניין **סוכן** ועניין **רון**).

אף אנו, כדעת בית משפט קמא, סבורים כי הרושם העולה מהתנהלותם של המערערים הוא שההליך הפלילי שימש בידם כמנוף לקידום טענותיהם הכספיות.

אומנם בעקבות הערותינו במהלך הדיון הגישו המערערים תביעה כספית כנגד חברת שפיר כפי שעולה מהודעתם מיום 9.3.2017, אלא שאין בכך כדי לשנות מהרושם שהתקבל, ובצדק, על ידי בית המשפט קמא לפיו המערערים נעים "**לסירוגין, באופן פתלתל ובמידה מסוימת מתעתע, בין המישור הפלילי למישור האזרחי**", ואולי דווקא לחזק רושם זה. מכל מקום, עצם העובדה שהמערערים אכן עמדו על זכויותיהם והגישו תביעה אזרחית בגין הנזק שלטענתם נגרם להם, מלמדת כי אפשרות זו, שהיא חלופה ראויה יותר מזו של ניהול הליך של קובלנה פלילית, אינה רק אפשרות תיאורטית, אלא אף יצאה מן הכוח אל הפועל.

42. כידוע, נטייתו של ערכאת הערעור תהא שלא להתערב בקביעותיה של ידי הערכאה הדיונית,



שהרי "בית המשפט המחוזי אינו חליפו של בית-משפט השלום, והוא אינו דן בעניין תוך הפעלת שיקולים, אותם היה מפעיל, לו ישב מעיקרו כערכאה ראשונה" (דברי כבוד הנשיא שמגר בר"ע 152/84 מדינת ישראל נ' קריף, פ"ד לח(1) 839, 840 (1984)).

בית המשפט קמא מצא שעל אף שישנו אינטרס ציבורי חשוב לבירור המקרה, ניהול קובלנה פלילית יפגום בעקרונות הצדק וההגנות המשפטיות לאור המניע הנפסד העומד מאחורי הגשת הקובלנה. כך, בעמ' 5-6 לפסק הדין:

"לטענת הנאשמים, הקובלנה מהווה ניסיון ציני ובלתי קביל להליך עליהם אימים על מנת שהם ייכנעו לדרישותיהם הכספיות המופרזות של הקובלים, כאמור בשיעור של מיליוני שקלים, הכל תוך שימוש לרעה נפסד ופסול בהליכי משפט. לצערי הרב, קיים יסוד של ממש להעריך כי כך הם פני הדברים, ולא מדובר רק בתחושה סובייקטיבית של הנאשמים. אולי ניתן לומר את הדברים באופן פחות בוטה, כך שמדובר בניסיון לשפר את המיקוח מצד הקובלים כלפי הנאשמים במחלוקת ביניהם בדבר גובה הפיצויים בגין הפלישה שנעשתה. אולם, גם לשם כך לא נועד הליך פלילי, כך שמדובר במניע נפסד. משכך אל לו לבית המשפט להתיר את בירור ההליך הפלילי הנובע ממניע זה."

43. איננו מוצאים כל מקום להתערב בקביעותיו של בית המשפט קמא. המערערים אמנם טענו בפנינו כי לא רק שקיימת להם זכות פורמלית להגיש קובלנה פלילית, ועל זכות פורמלית זו אין חולק, אלא שהם רואים בכך עניין ציבורי, אך לא שוכנענו כי המניע הציבורי הנטען הוא העומד מאחורי ההליך בו נקטו, ואם כן - הרי שמדובר במניע משני בלבד. מכל מקום, אם אמנם מבקשים המערערים לדאוג לאינטרס ציבורי כלשהו במניעת פלישה למקרקעין, הרי שנראה לנו שבנסיבות המקרה שלפנינו אינטרס ציבורי זה יבוא על סיפוקו בהליך האזרחי בו נקטו המערערים.

44. איננו מתעלמים מכך שביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק, הוא צעד שיש לנקוט בו במקרים חריגים בלבד (ע"פ 8994/08 פלוני נ' מדינת ישראל (1.9.2009)), אולם אנו סבורים כי המקרה שלפנינו נופל בגדר אותם מקרים חריגים.

בדומה לעניין נמרי בו קיבל בית המשפט העליון את קביעות בית המשפט המחוזי בעק"פ (מחוזי ת"א) 27733-08-11 נמרי נ' בנימיני (24.1.2012), לפיה ניהול הליך של קובלנה פלילית לאחר שכבר הוגש בעבר כתב אישום באותו עניין, בניסיון להחזיר "דרך החלון" עניין שהסתיים "דרך הדלת", עומד בסתירה לחוש הצדק, ומהווה משום רדיפה והתעמרות לה לא ייתן בית המשפט יד. כך גם המקרה שלפנינו בו מהלכים המערערים "באופן פתלתל ובמידה מסוימת מתעתע, בין המישור הפלילי למישור האזרחי" וממילא קיים ספק בדבר המניע האמיתי העומד מאחורי הגשת הקובלנה.

45. לאור האמור, אנו דוחים את הערעור.

46. אשר לעתירת המשיבים להטלת הוצאות, אנו סבורים כי בנסיבות העניין אכן ראוי לפסוק הוצאות



לטובתם (ראו עפ"א 80159/02 (מחוזי תל אביב) **ישי נ' ארד** (25.9.2007)). לפיכך, המערערים
יישאו בהוצאות המשיבים בסך של 7,500 ש"ח.

ניתן היום, ד' אייר תשע"ז (30 אפריל 2017) במעמד ב"כ הצדדים.

שמואל בורנשטיין, שופט

זהבה בוסתן, שופטת

**אברהם טל, נשיא
אב"ד**