



עפ"א 495/05/16 - מדינת ישראל נגד מבורך גרבי

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 495-05-16 מדינת ישראל נ' גרבי

תיק חיצוני:

בפני כבוד השופטת תמר שרון נתנאל

מדינת ישראל ע"י פרקליטות מחוז חיפה (אזרחי)

מערער

נגד

מבורך גרבי ע"י עו"ד סגל יוסף ו/או אילנה סגל-גבסי ואח'

משיב

פסק דין

1. לפני ערעור המדינה (להלן: "**המערערות**"), על הכרעת דינו של בית משפט השלום בחדרה (כבוד סגן הנשיא, השופט אביהו גופמן), מיום 16.03.2016, בתיק רע"ס 29243-08-13, במסגרתה הוחלט לזכות את המשיב מהעבירה שיוחסה לו בכתב האישום.

2. בכתב האישום שהוגש נגד המשיב בתיק קמא, ביום 18.08.2013, הואשם המשיב בעבירה של **עיסוק בעסק ללא רישיון** - עבירה לפי סעיף 4 ו-14 (א) לחוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968. בכתב האישום נטען, כי "**הנאשם עוסק ו/או משמש כמנהל בעצמו ו/או באמצעות מורשהו בעסק מסוג ממכר מזון, פירות וירקות + מספרה, הממוקם ברח' הפרדס 4-6 בשכונת בית אליעזר בחדרה הידוע גם כגוש 7730, חלקה 101 בחדרה (להלן: 'העסק')**".

3. בדיון שהתקיים בפני בית משפט קמא, ביום 01.05.2014, לא כפר המשיב בכך שהעסק טעון רישוי לפי חוק רישוי עסקים, אך טען כי אין ולא היה לו מעולם קשר לעסק, הוא לא עסק בו ולא ניהל אותו בעצמו ולא באמצעות מורשה. עוד טען המשיב, כי הוא קיבל את המקרקעין מעיריית חדרה, ומסרם בידי גיסו, מר יותם מדינה, אשר הקים את העסק מראשיתו, ניהל את העסק והתפרנס ממנו, בעוד שלמשיב אין כל קשר לעסק. משכך טען המשיב, כי בהעדר כל קשר לעסק, לא ניתן להרשיעו בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום.

כן טען המשיב להגנה מן הצדק, שעיקרה שיהיו בהגשת כתב האישום. טענה זו נדחתה על ידי בימ"ש קמא ואין היא נושא לדיון בערעור זה.

4. יצוין, כי במקביל להגשת התביעה נגד המשיב בבית משפט קמא, הוגש ע"י המאשימה ברע"ס 29231-08-13 כתב אישום נגד מר בנימין ניסנוב, בגין אותו עסק ממש והוא הורשע על פי הודאתו



בניהול עסק ללא רישיון.

5. כאמור, ביום 16.03.2016 ולאחר שמיעת הראיות בתיק והגשת סיכומים, החליט בית משפט קמא לזכות את המשיב מהעבירה שיוחסה לו בכתב האישום, בקבעו כי **"המאשימה לא הוכיחה מעבר לכל ספק סביר שלנאשם לא קיימת ההגנה של סעיף 14 (ג) לחוק רישוי עסקים"**.

הכרעת הדין בבימ"ש קמא:

6. ביהמ"ש קמא קבע, עובדתית, כי:
- בשנת 2001 קיבל המשיב לידי את המקרקעין וחתם על הסכם מול העיריה (ת/1), לפיו הוא שכר את המקרקעין מהעירייה לשם הקמת עסק לממכר פירות וירקות, על ידו.
 - ניתן למשיב היתר שימוש למשך 36 חודשים (ת/3).
 - רק בשנת 2012 "התעוררה" העירייה והחלה לברר את נושא רישיון העסק.
 - בשנת 2013 הוגשה נגד המשיב תביעה לפינוי ולסילוק יד מהמקרקעין.
 - המשיב חתום על בקשה להיתר בניה וכן על בקשה לרישיון עסק מיום 5.8.13.
 - בכל הביקורות שנערכו במקום, המשיב לא נכח בעסק.
 - בפועל, העסק פעל שנים רבות ללא רישיון. בנימין ניסנוב נדון בעבירות של ניהול העסק ללא רישיון, הודה ודינו נגזר. ניסנוב טען בבימ"ש קמא, שהמשיב הוא בעל המקרקעין בלבד ואינו מנהל את העסק, אשר הועבר לאחרים.
 - המערערת לא הציגה ראיות לגבי זהות מי ששילם את התשלומים על העסק, לרבות תשלומי ארנונה, חשמל ומים ולא הוצג הסכם השכירות עם ניסנוב.
7. בימ"ש קמא סבר, שאין די בכך שהמשיב רשום כבעל העסק, או אף הגיש בקשת לקבלת רישיון עסק, כדי לקבוע שהמשיב לא היה שותף רדום, או שהוא קיבל רווחים מהעסק.
- 14(ג) לפיכך קבע בימ"ש קמא, כי המערערת לא הוכיח מעל לספק סביר, שלמשיב לא קיימת הגנה מכוח סעיף 14(ג) לחוק רישוי עסקים וזיכה את המשיב מכל אשמה.

עיקר טיעוני המערערת בערעור:



8. ב"כ המערערת טען, כי מהראיות שהובאו בפני בית משפט קמא, עולה המסקנה, שהמשיב אכן קיבל חלק מהרווחים של העסק. המערערת מפנה בעניין זה לתשובותיו של העד ניסנוב בעדותו הראשונה תחת אזהרה (ת/10), אשר הוגשה לאחר שהוא הוכרז עד עוין.
9. ב"כ המערערת טען כי בימ"ש קמא לא הביא בחשבון את טיעוני ניסנוב לעונש בתיק רע"ס 29231-08-13, שם נטען, כי ניסנוב רק עובד בעסק, השייך למשיב. נטען, כי קיימים מקרים, ששותפים מנהלים עסק מבלי להימצא בו פיזית, אך עובדה זו אינה הופכת אותם ל"שותפים רדומים".
10. כן נטען, במסגרת חקירתו הנגדית של המשיב, (עמ' 25 ש' 8-9 לפרוטוקול) אמר המשיב עצמו כי הוא "סידר את ההליכים הבירוקרטיים בעסק", דבר המלמד, כי המשיב אינו בגדר "שותף רדום", שכן תפקיד של "סידור הליכים בירוקרטיים בעסק", לכל הפחות, הוא תפקיד שלא ניתן לבצע במצב בלתי פעיל, שהוא המצב המאפיין "שותף רדום".
11. המערערת טוענת עוד, כי קיים נגד המשיב **השתק שיפוטי** בשל העובדה, שהוא הציג מצגים לעירייה, העומדים בסתירה לטענותיו בהליך שנוהל בבית משפט קמא. בעירייה בחר המשיב להגיש על שמו בקשות לשימוש חורג בנכס עוד משנת 2001, ובחר להגיש ביום 05.08.2013 בקשה לקבלת רישיון עסק בה צוין במפורש כי הוא ואשתו הם הבעלים של העסק. לכן, כעת הוא מנוע מלטעון שאין לו כל קשר לעסק. בעניין זה, הפנה ב"כ המערערת לע"א 732/15 פקיד שומה נ' בנלי טל (מיום 21.03.2016).
12. ב"כ המערערת ציין, כי עדותה של הגב' יצחקי (מוצג ת/7 - הבקשה לרישיון עסק), בצירוף הודאתו של המשיב בכך שטיפל בהיבט הבירוקרטי של קיום העסק והעובדה שהעירייה מסרה את הנכס למשיב ולא לאחר, על מנת שהמשיב יפיק ממנו ערך, מוכיחים במקובץ, במידה הנדרשת, כי המשיב נטל חלק פעיל ובלתי רדום בניהול העסק במהלך השנים. נטען, כי המשיב נמנע מלהציג חוזה שכירות עם מדינה או ניסנוב וטען להסכם בעל פה, שתוכנו לא הוכח.
13. עוד נטען, לחילופין, כי אף אם נניח שעד יום 05.08.2013 המשיב היה בגדר "שותף רדום", הרי מהמועד בו בחר המשיב להגיש את הבקשה לרישיון עסק, הוא הפך לשותף פעיל ולכל הפחות היה על בית המשפט להרשיע אותו בגין תקופה זו.
14. ב"כ המערערת הוסיף, כי לאור הראיות שהונחו בפני כב' בית המשפט קמא, היה מקום להרשיע את המשיב לכל הפחות בתור "**מסייע**" לניסנוב בביצוע עבירת ניהול עסק ללא רישיון. ב"כ המערערת טען, כי בית משפט קמא התעלם מטענה זו, בדבר "סיוע לעבירה" וכלל לא דן בה, על אף שהיא נטענה בסעיף 98 לסיכומים שהגיש לבית משפט קמא. בין היתר נטען, בעניין זה, כי כאשר העמיד המשיב את הנכס לרשות מפעיליו הפיזיים היומיומיים כאשר האחריות לטיפול בחלק הבירוקרטי של העסק חלה



עליו, הוא שימש כשותף לכל דבר ועניין בהפעלת העסק, שכן בכך תרם המשיב, ביוזעין "לאפשרות הגשמת הצד המעשי בעבירה" של עיסוק בעסק ללא רישיון. מכאן, שאף אם הוא אינו שותף פעיל ומבצע עיקרי, הרי שהוא מסייע לביצוע העיקרי. לביסוס טענות אלו הפנה ב"כ המערער, להודאתו של המשיב בעניין זה ולחתימתו על הבקשה לרישיון.

15. ב"כ המערער הוסיף וטען, כי גם לפי טענת המשיב, לפיה הוא מסר את העסק למדינה, ללא תמורה, בשל אינטרס אישי שלו ואפשר לאחרים זולתו לחלוק בערך הכלכלי של הנכס, יש לקבוע שלא מדובר במי שאיננו נוטל חלק ברווחי העסק וזאת בין אם הועברו למשיב כספים מהעסק באופן שוטף, או רנדומלי, ובין אם לאו.

טיעוני המשיב

16. טיעוני המשיב הובאו בע"פ בישיבת יום 28.06.2016. ב"כ המשיב ציינה, שהיא חוזרת על האמור בסיכומים שהוגשו לבית משפט קמא והוסיפה, כי אין מחלוקת שמדובר בקרקע של עיריית חדרה, ואף אין מחלוקת שהקרקע הוקצתה בשעתו, בשנת 2001, למשיב. עם זאת, העד מטעם המערער מר מדינה העיד, שהוא קיבל את המקום מהמשיב, הקים את המקום מא' עד ת', בנה את המבנה, פתח את העסק, ופתח תיק עוסק מורשה.

17. לגבי יסודות העבירה, הפנתה ב"כ המשיב, לסעיפים הרלבנטיים בחוק רישוי עסקים, סעיפים 4 ו-14, ולאסמכתאות שהובאו במסגרת הסיכומים שהוגשו מטעם המשיב. ב"כ המשיב הדגישה בעניין זה, כי במובחן מחוק התכנון והבנייה, ששם יש אחריות קפידה על בעלים או על משכיר או על אדם שיש לו זיקה קניינית או אחרת לנכס, בחוק רישוי עסקים האיסור חל רק על אדם שעוסק.

18. עוד צוין, כי הפסיקה קבעה שקבלת דמי שכירות עבור השכרת מקרקעין, לא הופכת את בעל המקרקעין לעוסק, ואדם שמקבל דמי שכירות אינו נחשב מנהל עסק. בנוסף "שותף רדום" איננו נכלל בחוק רישוי עסקים וגם ידיעה כללית או ספציפית שמתנהל עסק ללא רישיון, איננה מקימה אחריות פלילית.

19. הוסיפה ב"כ המשיב וציינה, כי אפילו אם כל טענותיה של המערער היו נכונות, (מה שהוכחש) אין בכך כדי להביא להרשעה בעבירת ניהול עסק ללא רישיון. לשיטתה, המערער לא הוכיחה כלל מעבר לספק סביר את הרכיבים להם היא טענה כאשר היא ביקשה להסתמך על עדותה של גב' טובה יצחקי בעניין המשיב, ועל עדותו הראשונה של בנימין ניסנוב שהורשע בניהול עסק ללא רישיון, בכתב אישום נפרד.

20. ב"כ המשיב ציינה, כי עדותו של בנימין ניסנוב נסבה סביב דבריו שאמר בעדותו הראשונה, בה טען



שהוא משלם למשיב 7,000 ₪ דמי שכירות בחודש, ושהיה לכאורה הסכם שכירות בינו לבין המשיב. בעניין זה, הפנתה ב"כ המשיב לסיכומים שהוגשו מטעם המשיב לבית משפט קמא, מסעיפים 45 ואילך. ב"כ המשיב הבהירה בעניין זה, כי כלל לא הוכח שהמשיב קיבל דמי שכירות, וכשהעד בנימין ניסנוב התבקש להביא את הסכם השכירות ולהציגו, הוא טען שההסכם לא בידו. לדידה, גם לא הוכח, ברמת הספק הסביר שהנאשם קיבל דבר מה מהעסק או ממר בנימין ניסנוב.

21. ב"כ המשיב הפנתה לעדותו של מר מדינה אשר, בניגוד לעדותו של מר ניסנוב, העיד על עצמו שהוא קיבל אליו את דמי השכירות ולא נתן דבר למשיב. לדידה, יש להתייחס גם לכלל של עדות בניגוד לאינטרס שלו, שכן בסופו של דבר הוא העיד על עצמו שהוא גם האיש שקיבל את דמי השכירות של העסק, וגם הוציא חשבוניות בסוף החודש.

עוד טענה ב"כ המשיב, כי המערערת נמנעה מלהביא ראיות בדבר חשבוניות שהוצאו ולא הוכיחה שהמשיב קיבל סכום כלשהו ממר ניסנוב או ממישהו אחר. לטענתה, הוכח דווקא ההיפך, אך ממילא, אין זה משנה את התוצאה הסופית. לדבריה, העד ניר צור, גובה ההודעה מיום 05.08.2013, העיד בפני בית משפט קמא, בחקירתו הנגדית, שהוא לא יכול לשלול טענה של אדם שחתם בפניו, שטוען כי הוא אינו יודע לקרוא עברית למרות שהאדם חתום על ההודעה כמי שקרא אותה.

22. בעניין עדותה של גב' יצחקי, הפנתה ב"כ המשיב את כב' בית המשפט לסעיפים 68 ואילך לסיכומים שהוגשו מטעם המשיב בבית משפט קמא, לרבות הציטוטים, והדגישה, כי בבית משפט קמא כבר התקיים דיון נרחב בעניין זה. לדידה, כל הנאמר ע"י הגב' יצחקי בעדותה, נסמך על מסקנה ולא על ידיעה, ועל עדות שכזו לא ניתן להסתמך בהרשעה בפלילים. עוד הודגש, כי גם בעניין זה, נמנעה המערערת מהבאת ראיות המצויות בשליטת העדה מטעמה.

23. ב"כ המשיב חזרה והדגישה, כי הגשת בקשה לרישיון לניהול עסק כשלעצמה אינה מהווה בסיס להרשעה, כל שכן, כאשר הוכח שלמשיב או למי שהגיש את הבקשה, לא הייתה ואין מעורבות או זיקה כלשהי לעסק, פרט להגשת אותה בקשה לרישיון לניהול עסק. ב"כ המאשימה הבהירה, כי כדי שאדם יורשע בהסתמך על הגשת הבקשה, על כל האמור בה, צריך להיות מארג שלם של עובדות המצביעות על מעורבותו בניהול העסק, דבר שלא מתקיים במקרה דנן.

24. ב"כ המשיב הפנתה גם לחקירות שהתנהלו בפני בית משפט קמא בעניין זה, מהן עולה, לשיטתה, כי הגשת הבקשה עצמה לא נעשתה ביוזמת המשיב, אלא המשיב הונחה על ידי העירייה. מר ניסנוב הוא שהונחה על ידי העירייה להביא את המשיב ועדת העירייה העידה, שהוא בכלל הגיע ביוזמתו של ראש העיר. כלומר, הביאו את הנאשם לחתום על הבקשה, למרות שלא הייתה לו זיקה לעסק.

עוד הדגישה ב"כ המשיב, כי גם הגב' הדס גרבי לא הואשמה. בעניין זה, הפנתה ב"כ המשיב לסעיפים 88-101



לסיכומים שהוגשו בבית משפט קמא.

25. בעניין טענת הסיוע לעבירה, ביקשה ב"כ המשיב להדגיש, כי עבירת הסיוע לא נזכרה כלל בכתב האישום. לטענתה, המשיב לא הוזהר בגינה והיא לא עמדה בפניו. טענה זו, עלתה לראשונה בסיכומי המאשימה בבית משפט קמא. לדידה, גם לגופו של ענין, דין הטענה להידחות משום שגם בעבירת סיוע צריך יסוד נפשי והוא לא הוכח. אם נפסק שקבלת דמי שכירות אינו מהווה עבירה של ניהול עסק ללא רישיון כשברור שמקבל דמי השכירות מעמיד את הנכס לרשות מבצע העבירה, ברור שאין מקום במקרה הזה לבסס הרשעה של סיוע לעבירה.

26. בעניין טענת הגנה מן הצדק, הפנתה ב"כ המשיב לסעיף 116 ואילך, בסיכומים שהוגשו לבית משפט קמא, וציינה, כי גם מהטעם הזה, של טענת הגנה מן הצדק שנטענה מתחילת ההליך, היה מקום לזכות את הנאשם. לדידה, בית המשפט קמא, דחה טענה זו, כי הוא זיכה את המשיב ולא היה צורך להעמיק בכך.

תגובת המערערת לטענותיו של המשיב:

27. המערערת מפנה **לת/1** שהוגש לבית משפט קמא, בעניין החוזה שחתם המשיב עם העירייה. לדידה, המשיב היה אמור לשלם ₪ 740 על הנכס. מר ניסנוב טען שהוא משלם למשיב סך של 7,000 ₪ על הנכס, והפרש הסכומים הוא הרווח אותו מקבל המשיב מהעסק.

28. בעניין עבירת הסיוע, ב"כ המערערת טען, כי מדובר בעבירה פחותה מהעבירה העיקרית, והמשיב הוזהר בעבירה יותר חמורה. לדידו, ההלכה אומרת שבנסיבות כאלה אפשר להרשיע בעבירה פחותה יותר.

29. בעניין היסוד הנפשי הנדרש בעבירת סיוע, נטען, כי טענתה של ב"כ המשיב בעניין זה, איננה נכונה, שכן היסוד הנפשי כלל לא נדרש בעבירה העיקרית ועל כן גם לא נדרש בעבירה הפחותה יותר, היא עבירת סיוע.

דין:

30. לאחר ששקלתי בדבר, אינני רואה מנוס מהחזרת העניין אל בימ"ש קמא, על מנת שיקבע ממצאי מהימנות ועובדה החסרים בהכרעת הדין שניתנה על ידו ולאחר שיעשה כן, ישקול מחדש את הראיות ואת המסקנות המתחייבות מהן.

31. בסקרו את הראיות שהובאו בפניו, ציין בית משפט קמא ראיות שונות, שהובאו בפניו, אולם הן לא נדונו



בפרק הדיון ולא ניתן לדעת מהם הממצאים העובדתיים שנקבעו בהתייחס אליהן ומה משקל שנתן להן בימ"ש קמא, אם בכלל.

ואלה הן הראיות:

א. בבקשה לרישיון עסק שהוגשה בשנת 2013 (ת/9), עליה חתם המשיב, נרשם במפורש, כי המשיב (עם אשתו) הם בעלים של העסק ואילו ניסנוב הוא "מנהל ראשי".

גב' יצחקי העידה, שהמשיב הגיע אליה אישית, לעניין הבקשה וכי היא ציינה בפניו בעיות הקשורות לניהולו של העסק. עוד העידה, בניגוד לדבריו של המשיב, ניסנוב ומדינה, כי ניסנוב כלל לא הגיע אליה, אלא רק המשיב (ישיבת יום 18.12.14 בבימ"ש קמא עמ' 8 שו' 25 ועמ' 9 שו' 8).

בימ"ש קמא לא קבע ממצאי מהימנות בעניין זה - את עדותו של מי הוא מעדיף ואף לא התייחס לטענת המערער לפיה מדובר בהודאת בעל דין, על המשמעות שיש לתת לכך ואף לא לטענה בדבר קיומו של השתק שיפוטי, המונע מהמשיב לטעון בניגוד לאמור בבקשה לקבלת היתר, עליה חתם.

ב. העד ניסנוב, ציין בהודעתו הראשונה בפני הרשות, שהיה לו הסכם שכירות עם המשיב והוא שילם למשיב דמי שכירות בסך של 7,000 ₪ בחודש (ת/10). גם בהודעה שנגבתה ממנו כשנה לאחר מכן (ת/12) טען, שהמשיב הוא הבעלים של העסק ושהוא מנהל אותו, אך יחד עם זאת, טען שהוא עשה חוזה שכירות עם מדינה. בעדותו בביהמ"ש טען שההסכם היה עם מדינה ושהכסף שולם על ידו למדינה והוא הוכרז עד עוין.

המערערת ביקשה להעדיף את הודעתו הראשונה בפני הרשות, לפי סעיף 10א לפקודת הראיות, אולם בימ"ש קמא לא התייחס לכך, ואף נמנע מלהתייחס לסתירות נוספות הקיימות בין הודעתו הראשונה ובין גרסאותיו המאוחרות ולא קבע אם הוא מעדיף את עדותו של ניסנוב בביהמ"ש או בפני הרשות ומהם נימוקיו בעניין זה.

ג. בפני בימ"ש קמא הובאו טיעוניו של ניסנוב לעונש, במסגרת כתב האישום שהוגש נגדו בנוגע לעסק, שם טען בא כוחו של ניסנוב, כי העסק אינו שלו "אלא של מישהו אחר" (אותו מישהו, שהוא על פי עדות הגב' יצחקי, שם, המשיב דכאן) וכי ניסנוב "בסך הכל עובד אצלו" וכי ספק הוא אם, במצב דברים זה, יש לביהמ"ש סמכות לסגור את העסק (תיק רע"ס 29231-08-13, עמ' 12 לישיבת יום 4.11.14).

בימ"ש קמא אמנם ציין את טענתו של ניסנוב, בפניו, לפיה המשיב הוא בעל המקרקעין בלבד ואינו מנהל את העסק שהועבר לאחרים (פסקה אחרונה בעמ' 41 להכרעת הדיון), אולם הוא לא התייחס



לסתירה הקיימת בין הטיעונים לעונש שנטענו בתיק הנ"ל בו הודה ניסנוב והורשע, לבין עדותו של ניסנוב בפניו. בימ"ש קמא לא קבע כל ממצא של מהימנות או עובדה, בהתייחס לעדותו של ניסנוב בכלל ולטענה זו בפרט ולא התייחס לטענות המערערת בעניין זה.

ד. בימ"ש קמא לא התייחס לעדותו של מדינה בפניו ולסתירות שעלו בינה לבין חקירתו בפני הרשות ולא קבע ממצאים בעניין זה. כן נמנע בימ"ש קמא מלהתייחס לדברי המשיב עצמו בעדותו בפניו, לפיהם הוא טיפל בנושאים הביורוקרטיים - הלך למהנדס, למים, לחברת חשמל (עמ' 27 לפרו' קמא), הגיש תגובה להתנגדות המנהל לבקשה לשימוש חורג שהגיש בשנת 2013 ואף הודה שהוא שילם עבור ההוצאות הכרוכות בהגשת הבקשות (עמ' 29 שו' 6-8 לפרו' קמא).

32. כל שקבע בית משפט קמא, בהתייחס לעדויות העדים הוא: **"אכן בעדויות של העדים 'הורחק' הנאשם מניהול העסק, אך מאידך אין מחלוקת שהוא חתום על הבקשה להיתר בנייה וכן על הבקשה לרישיון עסק. אכן הנאשם בפועל לא ניהל את העסק אלא ניסנוב ומדינה אך נטען כי כרך עצמו בהפעלת העסק עם 'שוכרי' המקום, בעצם הגשת הבקשה לרישיון עסק, עליו (כך במקור) הוא חתם, והמעורבות שלו להשגת הרישיון".** בכך אין די. היה על בימ"ש קמא לקבוע ממצאי עובדה ומהימנות בכל אחד מהנושאים הנזכרים בסעיפים הנ"ל ולנמק קביעותיו.

33. בימ"ש קמא גם לא דן בכל טענותיה המשפטיות של המערערת, אשר היה ראוי לדון בהן. כך, למשל, הוא לא דן בטענתה החלופית של המערערת, לפיה המשיב הוא, לכל הפחות, מסייע לניהול עסק ללא רישיון; הוא לא דן בטענתה בדבר השתק שיפוטי.

אמנם, גם ערכאת ערעור יכולה לדון בטענות משפטיות שהערכאה המבררת לא דנה בהן, אולם ראוי ונכון הוא, שטענות אלה תידונה ותוכרענה ראשית כל, על ידי הערכאה הדיונית.

34. אבהיר, כי לו היה מדובר רק בטענות משפטיות שלא נדונו, או בקביעות שניתן לקבוע על פי מסמכים, לא הייתי מחזירה את העניין לבימ"ש קמא. אולם, משמדובר בממצאי מהימנות (בין היתר כאלה המתייחסים לסעיף 10א' לפקודת הראיות), היינו - ממצאים שרק הערכאה המבררת, אשר ראתה ושמעה את העדים יכולה לקבוע, אין מנוס מהחזרת העניין אליה.

כעת, כאשר ממילא מוחזר הדיון אל בימ"ש קמא, ידון בימ"ש קמא ויכריע גם בכל טענות המערערת בהן לא דן בהכרעת דינו נשוא ערעור זה.

35. לפיכך, אני מורה על ביטול הכרעת הדין שניתנה על ידי בית משפט קמא. העניין מוחזר בזה אל בית משפט קמא, על מנת שייקבע ממצאי מהימנות ועובדה בנושאים הנ"ל ולאחר מכן ישקול מחדש את כל הראיות שהובאו בפניו, ידון ויכריע בכל הטענות שהועלו בפניו על ידי המערערת, וכמובן - גם אלה שהועלו על ידי המשיב וישוב ויכריע את הדין, מחדש, לפי מיטב שיקול דעתו והבנתו, על בסיס כלל



הממצאים שיקבע וכלל המסמכים והעדויות אשר בפניו ועל פי הדין החל.

המזכירות תמציא את פסק הדין לב"כ הצדדים, תסגור את התיק ותחזיר את תיק קמא לבימ"ש קמא.

ניתן היום, ג' תשרי תשע"ז, 05 אוקטובר 2016, בהעדר הצדדים.