

עפ"א 629/03/17 - מדינת ישראל נגד מבורך גרבי

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"א 629-03-17 מדינת ישראל נ' גרבי
תיק חיצוני:

כבוד השופטת תמר שרון נתנאל	בפני
מדינת ישראל	מערערת
	נגד
מבורך גרבי	משיב

פסק דין

1. זהו "גלגול שני" של ערעור, שהגישה המדינה, על פסק דין שניתן על ידי בית משפט השלום בחדרה (כבוד ס. הנשיא, השופט א' גופמן) בתיק רע"ס 29243-08-13.

בכתב האישום שהוגש נגדו בתיק קמא, הואשם המשיב בעבירה של **עיסוק בעסק ללא רישיון** - עבירה לפי סעיף 4 ו-14 (א) לחוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968 (להלן: "**החוק**"). 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**')."

2. תחילה, בהכרעת דין שניתנה על ידו ביום 16.03.2016, זיכה בית משפט קמא את המשיב מכל אשמה, בקבעו כי "**המאשימה לא הוכיחה מעבר לכל ספק סביר שלנאשם לא קיימת ההגנה של סעיף 14(ג) לחוק רישוי עסקים**" (להלן: "**הכרעת הדין הראשונה**").

המדינה ערערה על הזיכוי הנ"ל (עפ"א 495-05-16, להלן: "**הערעור הראשון**"). הערעור נשמע בפניי ובפסק דין שניתן על ידי ביום 5.10.16, ביטלתי את הכרעת הדין הראשונה והוריתי על החזרת העניין אל בימ"ש קמא, על מנת שיקבע ממצאי מהימנות ועובדה החסרים בהכרעת הדין שניתנה על ידו וכן הורתי, כי לאחר שיעשה כן, ישקול מחדש את הראיות ואת המסקנות המתחייבות מהן, וינמק קביעותיו.

3. בסעיף 31 לפסק הדין בערעור הראשון, פרטתי את הראיות לגביהן לא נקבעו ממצאים, כאמור, כדלקמן:

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 המערערת 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 הדין), אולם הוא לא התייחס לסתירה הקיימת בין הטענות 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, ובהתייחס לטענה 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' 8-6 לפרו' קמא).

4. בנוסף ציינתי (בסעיף 33 לפסק הדין), כי 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 ואף לא דן בטענתה בדבר היות הבקשה לרישיון עסק הודאת בעל דין, אשר יוצרת השתק שיפוטי, המשתיק את המשיב מלטעון אחרת. הוריתי לבימ"ש קמא לדון גם בטענות אלה.

5. בהכרעת דין שניתנה על ידי בית משפט קמא ביום 24.1.17, השלים בית משפט קמא חלק מההשלמות שנדרשו כמפורט לעיל ושב וזיכה את המשיב מהעבירות שיוחסו לו בכתב האישום, הפעם - מחמת הספק (להלן: "**הכרעת הדין השנייה**"). המערערת שבה וערעה גם על הכרעת דין זו - הוא הערעור דנן.

6. העובדות הצריכות לעניין מפורטות בפסק הדין שניתן בערעור הראשון ולמען הסדר הטוב אחזור עליהן, בקצרה:

טענתו של המשיב בבית משפט קמא הייתה, כי אין ולא היה לו מעולם. קשר לעסק. הוא לא עסק בו ולא ניהל אותו, לא בעצמו ולא באמצעות מורשה. המשיב אישר שהוא קיבל את המקרקעין והמבנה הבנוי עליהם מעיריית חדרה, אך טען שהוא מסר אותם לידי גיסו, מר יותם מדינה, אשר הקים את העסק מראשיתו, ניהל את העסק והתפרנס ממנו, בעוד שלמשיב אין, ולא היה, כל קשר לעסק. משכך טען המשיב, כי בהעדר כל קשר לעסק, לא ניתן להרשיעו בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום.

7. במקביל להגשת האישום נגד המשיב, בבית משפט קמא, הוגש ע"י המאשימה כתב אישום נגד מר בנימין ניסנוב, בגין ניהול אותו עסק ממש והוא הורשע על פי הודאתו בניהול עסק ללא רישיון (תיק רע"ס 29231-08-13). למשמעות הרשעה זו אתייחס בהמשך.

קביעותיו ומסקנותיו של בית משפט קמא

הקביעות בהכרעת הדין הראשונה

8. בהכרעת הדין הראשונה קבע בימ"ש קמא, עובדתית, כי:

א. בשנת 2001 קיבל המשיב לידיו את המקרקעין וחתם על הסכם מול העירייה (ת/1), לפיו הוא שכר את המקרקעין מהעירייה לשם הקמת עסק לממכר פירות וירקות, על ידו.

ב. ניתן למשיב היתר שימוש למשך 36 חודשים (ת/3).

ג. רק בשנת 2012 "התעוררה" העירייה והחלה לברר את נושא רישיון העסק.

ד. בשנת 2013 הוגשה נגד המשיב תביעה לפינוי ולסילוק יד מהמקרקעין.

ה. המשיב חתום על בקשה להיתר בניה וכן על בקשה לרישיון עסק מיום 5.8.13.

ו. בכל הביקורות שנערכו במקום, המשיב לא נכח בעסק.

ז. בפועל, העסק פעל שנים רבות ללא רישיון. בנימין ניסנוב נדון בעבירות של ניהול העסק ללא רישיון, הודה ודינו נגזר.

ח. ניסנוב טען בבימ"ש קמא, שהמשיב הוא בעל המקרקעין בלבד ואיננו מנהל את העסק, אשר הועבר לאחרים.

ט. המערערת לא הציגה ראיות לגבי זהות מי ששילם את התשלומים על העסק, לרבות תשלומי ארנונה, חשמל ומים ולא הוצג הסכם השכירות עם ניסנוב.

9. בימ"ש קמא סבר, שאין די בכך שהמשיב רשום כבעל העסק, ואף אין די בכך שהוא הגיש בקשת לקבלת רישיון עסק, כדי לקבוע שהמשיב לא היה שותף רדום, או שהוא קיבל רווחים מהעסק.

לפיכך קבע בימ"ש קמא, כי המערערת לא הוכיחה מעל לספק סביר, שלמשיב לא קיימת הגנה מכוח סעיף 14(ג) לחוק רישוי עסקים וזיכה את המשיב מכל אשמה.

הקביעות בהכרעת הדין השנייה

10. כאמור - בהכרעת הדין השנייה זיכה בית משפט קמא את המשיב מחמת הספק ולהלן התייחסותו לנושאים בגינם הוחזר התיק אליו:

א. בהתייחס לסעיף 3א' דלעיל, קבע בית משפט קמא בסעיף 4 להכרעת הדין השנייה, כי המשיב לבד הוא שחתם על הבקשה לרישיון עסק (ת/9), בה נרשמו כבעלי העסק, הדס ומבורך ג'רבי (הוא המשיב) וכן ניסנוב בנימין.

בית משפט קמא העדיף את עדותה של גב' יצחקי באשר לנסיבות החתימה על הבקשה לרישיון עסק, על פני עדותם של ניסנוב ושל המערער, היינו - כי רק המערער ולא ניסנוב, הגיע אליה על מנת לחתום על הבקשה. כן נקבע, כי המשיב חתם על הבקשה לקבלת רישיון עסק "על פי דרישת העירייה או מי מטעמה".

בימ"ש קמא ציין, כי גב' יצחקי אישרה בעדותה שלעסק היו שני בעלים - הנאשם וניסנוב, אך קבע כי מסקנתה של גב' יצחקי בדבר כך שגם המשיב היה הבעלים של העסק התבססה רק על כך שהוא היה זה "אשר בא למלא את הבקשה לרישיון עסק", הא ותו לא וכי אין די בכך.

ב. בהתייחס לסעיף 3ב' דלעיל, היינו - בנוגע לשאלת תשלום סכום חודשי בסך 7,000 ₪, מניסנוב למשיב, ציין בית משפט קמא את הסתירות שבין עדותו של ניסנוב בפניו ובין גרסתו של עד זה במשטרה. בהודעתו במשטרה אישר ניסנוב שהוא משלם למשיב, כל חודש במזומן, סך של 7,000 ₪ ואילו בבית המשפט טען כי הוא הבעלים היחיד של העסק ואמר שכאשר מסר לרשות שהמשיב הוא בעל העסק, הוא התכוון לבעלות על המבנה בלבד וכאשר דיבר על התשלום של 7,000 ₪, הוא התכוון שהוא שילם את הסכום ליותר מדינה ולא למשיב.

בית משפט קמא ציין שהוא מעדיף את עדותו של ניסנוב במשטרה על פני דבריו בבית המשפט. עם זאת קבע ביהמ"ש, כי מאחר שדברי העד בפני הרשות הם עדות יחידה, ללא חיזוק ממקור אחר, הוא איננו יכול לקבוע ממצא על פיהם ולכן נותר ספק אם הסכום אמנם שולם למשיב או למדינה.

ג. בהתייחס לסעיף 3ג' דלעיל קבע בימ"ש קמא, כי מאחר שטיעונו של ניסנוב לעונש (בתיק רע"ס 29231-08-13) הושמעו במטרה לקבל הקלה בעונש, לא ניתן לסמוך על דבריו לפיהם העסק אינו שלו אלא "של מישהו אחר" ושהוא בסך הכול עובד בעסק.

ד. בהתייחס לסעיף 3ד' דלעיל יש לומר, כי גם בהכרעת הדין השנייה 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). דברים אלה לא הובאו על ידי בית משפט קמא, בשקלול הראיות על פיהם קבע כי לא הוכח שהמשיב איננו שותף רדום.

ה. כן קבע בית משפט קמא, בהכרעת הדין השנייה, כי המשיב אכן הגיע למקום העסק, אם כי לעיתים רחוקות.

11. אציין, כבר כאן, כי על אף קביעת בית משפט קמא, בהכרעת הדין השנייה, כי הוא מקבל את עדותה של גב' יצחקי, על פני עדותו של המשיב, לא התייחס בית משפט קמא לטענת המערערת לפיה עצם התייצבותו של המשיב אצל גב' יצחקי, כבעלים של העסק (יחד עם אשתו) וחתימתו, כבעלים, על הבקשה לרישיון עסק, מהווה הודאת בעל דין, על המשמעות שיש לתת לכך ואף לא התייחס לטענת המאשימה לפיה קם בכך השתק שיפוטי, המונע מהמשיב לטעון שאין לו קשר לעסק, טענה המנוגדת לאמור בבקשה לקבלת ההיתר, עליה חתם.

12. בית משפט קמא כלל לא דן בטענתה החלופית של המערערת, לפיה המשיב הוא, לכל הפחות, מסייע לניהול עסק ללא רישיון.

13. בסיכומה של הכרעת הדין **השנייה** קבע משפט קמא כדלקמן:

"במצטבר מן האמור, אני קובע שאין באמור לעיל כדי לשנות את מסקנתי בעבר וכי

המאשימה אכן לא עמדה בנטל המוטל עליה להוכיח מעבר לכל ספק סביר שהנאשם לא היה שותף רדום ו/או נטל חלק ברווחי העסק.

כפי שציינתי בהכרעת הדין הקודמת, גם אם הנאשם היה בעסק מספר פעמים במשך התקופה האמורה, אין בכך כדי לקבוע באופן חד משמעי שאכן הפעיל את העסק ו/או לא היה שותף רדום או נטל חלק ברווחי העסק.

גם באשר לעובדה שהוא חתום על הבקשה לרישיון עסק, וכי נרשם בבקשה שהוא בעל העסק אין בכך כדי לשלול מכל וכל את האפשרות שהכוונה הייתה לבעל המבנה. אשר על כן, אני קובע שהמאשימה לא הוכיחה מעבר לכל ספק סביר שלנאשם לא קיימת ההגנה של סעיף 14(ג) לחוק רישוי עסקים."

דין ומסקנות

14. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים בערעור זה ואף עיינתי בסיכומיהם ובטיעוניהם בפני בית משפט קמא (אליהם הפנו הצדדים), סבורה אני שיש להתערב בהכרעת הדין השנייה שניתנה על ידי בית משפט קמא ולהלן נימוקיי.

15. אפתח בכך שאציין את הידוע, אך אין זה למותר להזכיר, שוב; סעיף 212 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, מקנה לערכאת הערעור סמכות מפורשת להתערב בממצאיה ובמסקנותיה של הערכאה הדיונית, בקבעו, כי "בית המשפט רשאי להסיק מחומר הראיות שהיה לפני הערכאה הקודמת או לפניו, מסקנות שונות משהסיקה הערכאה הקודמת או לקבוע כי אין יסוד למסקנותיה".

חרף זאת, ומטעמים ראויים ונכונים, התגבש בפסיקה "כלל אי ההתערבות" שמשמעותו היא, כי, דרך כלל, ערכאת הערעור לא תתערב בממצאים של עובדה ומהימנות, שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית והדבר ייעשה רק במקרים חריגים. הטעם לכך נעוץ ביתרונה המובנה והברור של הערכאה הדיונית, השומעת את העדים ויכולה להתרשם מהם באופן ישיר ובלתי אמצעי, יתרון שאינו מצוי בידי ערכאת הערעור [ראו: ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 632 (5.10.2000); ע"פ 993/00 אורי שלמה נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205 (4.9.2002); ע"פ 6890/04 מקסים בלאוסוב נ' מדינת ישראל (13.9.2005)].

אין מדובר בכלל נוקשה וקיימים לו חריגים. חוט השני העובר דרך רוב החריגים הוא היותם מצבים בהם היתרון הדיוני של הערכאה הראשונה מאוין, או נחלש משמעותית.

כך, למשל, כאשר ממצאי הערכאה הדיונית נסמכים על שיקולי סבירות והיגיון; כאשר נפלו טעויות של ממש באופן הערכת העדויות וקביעת המהימנות; כאשר הובאו בפני הערכאה הדיונית עובדות ממשיות, לפיהן לא ניתן היה לקבוע את הממצאים שקבעה - ע"פ 604/16 עלאא בדארנה נ' מדינת ישראל (22.1.2017), פסקה 18; כך גם, כאשר הממצאים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית מתבססים על התרשמות מראיות "אובייקטיביות", כגון מסמך, חפץ,

עדות מצולמת וכיוצ"ב, שהן ראיות אשר ערכאת הערעור יכולה להתרשם מהן כמו הערכאה הדיונית - ע"א 7144/14 נתן מכנס נ' מעון רוחמה (3.9.2015); כך גם, במקרים בהם נפלו טעויות של ממש באופן הערכת המהימנות, או כשערכאת הערעור שוכנעה כי על פי הראיות הקיימות, לא יכולה הייתה הערכאה הדיונית לקבוע את הממצאים שקבעה - ע"פ 8630/14 פלוני נ' מדינת ישראל (19.2.2017), או כאשר מתגלים בפסק דינו של בית משפט קמא פגמים מהותיים, היורדים לשורש העניין, בהערכת הראיות ובקביעת העובדות - עא 4351/14 פלוני נ' קופת חולים של הסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל (8.11.2015); כך גם, כאשר מדובר במסקנות שהסיקה הערכאה הדיונית מהראיות שהובאו בפניה, כפי שהבהיר כבוד הנשיא גרוניס בע"פ 6073/11 סגל נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (11.6.2012): "לעניין קביעת עובדות היסוד, ובפרט קביעת עובדות על יסוד מהימנות של עדים, נותר לערכאה הדיונית יתרונה הברור והמובנה והכלל לגביהן נותר כלל אי ההתערבות במרבית המקרים. לעומת זאת, לעניין הסקת המסקנות הלוגיות מהתשתית העובדתית שנקבעה, פוחתת ההסתייגות של ערכאת הערעור מהתערבות בקביעות הערכאה הדיונית" וראו גם: ע"פ 8808/14 אלי פחימה נ' מדינת ישראל (10.1.2017).

16. ומן הכללים הנ"ל, אל הפרט - אל ענייננו אנו.

השאלה היחידה שבמחלוקת היא, האם המערערת הוכיחה שלא חל סעיף 14(ג) לחוק רישוי עסקים, תשכח-1968, הקובע: "**לא יאשם בעבירה לפי סעיף זה מי שעסק כשותף רדום או ללא נטילת חלק ברווחיו של העסק**".

לטעמי, משקלן המצטבר של הראיות שהובאו מחייב מסקנה לפיה המערערת עמדה בחובתה להוכיח את תנאי סעיף 14(ג) לחוק.

17. עיון בהכרעת הדין השנייה שיצאה תחת ידו של בימ"ש קמא מעלה, כי גם במסגרתה, בית משפט קמא לא נתן דעתו לעובדות מהותיות שהובאו בפניו ולא הביאן בחשבון שיקוליו. במיוחד לא נתן בית משפט קמא דעתו **למשקל המצטבר** של כל העובדות שהובאו בפניו ושל כל הממצאים שנקבעו על ידו ולתמונה הברורה המצטיירת מהן.

בנוסף, בימ"ש קמא לא דן בטענות משפטיות מהותיות שהעלתה המערערת, המביאות, בהכרח, ביחד עם העובדות והממצאים שבהכרעות הדין, למסקנה שונה מזו אליה הגיע בית משפט קמא.

18. בימ"ש קמא קבע בהכרעת הדין השנייה שהוא מעדיף את דבריה של גב' יצחקי, לפיהם המשיב היה זה שהגיע אליה למלא את הבקשה לרישיון עסק, ולא ניסנו (עדותה בישיבת יום 18.12.14 בעמ' 8 שו' 25 ובעמ' 9 שו' 8) מעצם קביעה זו עולה, כי עדויותיהם של המשיב ושל ניסנו בעניין זה לא היו עדויות אמת.

מסקנת בימ"ש קמא לפיה מעצם החתימה לא ניתן לשלול שהכוונה הייתה לבעל המבנה, סותרת את הכתוב, במפורש, בבקשה לרישיון עסק וכן סותרת את דברי המשיב עצמו, אשר אמר במפורש, כי הוא חתם על הבקשה בשל **דרישתה של טובה יצחקי שיגיע בעל העסק** (עמ' 26 לפרו' קמא שו' 2-3).

מעבר לדברים בעלמא, לא הייתה בפני בית משפט קמא ראייה כלשהי הסותרת את הכתוב, כל כך בבירור, בבקשת הרישיון, שם נכתב לא רק כי המשיב ואשתו הם הבעלים של העסק אלא גם כי ניסנוב הוא המנהל הראשי. חלוקת התפקידים בבקשה היא כה ברורה, ואינה מותירות כל מקום לפירושים, עד שמסקנה שונה, הנסמכת על טענה בעלמא, איננה יכולה להתקבל. מאחר שמדובר בהסקת מסקנה מהעובדות ולא התערבות בקביעתן, אין מניעה שערכאת הערעור תתערב בכך.

בית משפט קמא גם לא דן בטענת המערערת, לפיה הודאה זו יוצרת גם השתק שיפוטי. היינו - המשיב מושתק מלטעון בניגוד לאמור בבקשה, עליה חתם, אצל גב' יצחקי, אשר ביקשה את חתימתו כבעלים של העסק.

19. "כפי שציינתי לעיל", בפן המשפטי, בית משפט קמא לא דן בטענת המערערת לפיה הכתוב בבקשה לרישיון עסק בצירוף חתימת המשיב על הבקשה, מהווים בבחינת מעשה בית דין, המקים השתק שיפוטי אשר מונע מהמשיב לטעון אחרת בהליכים בפני בית המשפט, כך שהוא מנוע מלטעון שאין לו קשר לעסק.

בדין הפנה ב"כ המערערת, בעניין זה, אל ע"א 732/15 פקיד שומה נ' בנלי טל(21.03.2016), שם הובהר כי אדם המציג מצג מסוים בפני רשות מושתק מלטעון אחרת בבית המשפט וכך נאמר: "... דוקטרינת ההשתק השיפוטי אינה מוגבלת לטענות שהועלו בפני ערכאות השיפוט בלבד, והיא חלה אף על טענות עובדתיות סותרות שהועלו בפני הרשויות, ובכלל זה על טענות שהעלה נישום בפני רשות המיסים: 'אין צורך לשוב על ההלכה המושרשת לפיה בעל דין אשר טען טענה עובדתית מושתק מלטעון טענה הפוכה בגדר הליך אחר או בגדרי אותו ההליך. כלל זה, הידוע כ'השתק שיפוטי' נובע מחובתו של בעל הדין לפעול בתום לב, והוא חל גם כאשר מדובר בפעולות משפטיות הקודמות להליך המשפטי...".

בע"א 9056/12 יעל קינג נ' פקיד השומה ירושלים (4.8.2014) הובהר, כי ההשתק יכול לחול גם כאשר הטענה הקודמת, הסותרת, לא הניבה לטוען טובת הנאה, שכן הטענה נגזרת מעיקרון תום הלב והיא נועדה לשמור על טוהר ההליך המשפטי ולמנוע ניצולו לרעה.

בנסיבות האמורות לעיל, נוכח האמור בבקשת הרישיון ונסיבות חתימתה, כפי שהן נקבעו על ידי בית משפט קמא בהכרעת הדין השנייה, מושתק המשיב מלטעון שהוא איננו הבעלים של העסק ושניסנוב (הרשום, באותה בקשה, כמנהל הראשי של העסק), הוא הבעלים.

לא למותר לציין, בהקשר זה, כי גם בקשות לשימוש חורג, שהוגשו לגבי הנכס עוד בשנת 2001, הוגשו על ידי המשיב, בשמו של המשיב כבעל העסק.

מעבר לצריך אומר, כי גם אם נראה את הבקשה כראייה, ככל שאר הראיות ולא כהודאת בעל דין וגם אם נקבע כי המשיב אינו מושתק מלטעון בניגוד לאמור בבקשה, יש בכלל הראיות (שבקשת הרישיון היא חלק מהן) ובמשקלן המצטבר, כדי לקבוע מעל לספק סביר, כי המשיב הוא הבעלים של העסק ולדחות את טענתו לפיה הוא שותף רדום.

20. בית משפט קמא גם לא נתן דעתו לכך שהמשיב אישר בעדותו בפניו, שהוא "סידר את ההליכים הבירוקרטיים בעסק" (עמ' 25 ש' 8-9 לפרוטוקול) הלך למהנדס, למים, לחברת חשמל (עמ' 27 לפרו' קמא), הגיש תגובה להתנגדות המנהל לבקשה לשימוש חורג שהגיש בשנת 2013 ושילם את ההוצאות הכרוכות בהגשת הבקשות (עמ' 29 שו' 6-8 לפרו' קמא) ולא הביא עובדה זו בכלל הראיות עליהן סמך את הכרעת דינו.

21. אשר לתשלום החודשי בסך 7,000 ₪ - משקבע בימ"ש קמא, כי הוא מעדיף את הודעתו של ניסנוב בפני הרשות על פני עדותו בבית המשפט, היה עליו לשקול את הדברים האמורים בהודעה, נוכח כל שאר הראיות שבפניו. אמנם, מעבר לדבריו של ניסנוב בפני הרשות, לא היו בפני בית משפט קמא עדויות נוספות המוכיחות כי הסכום החודשי של 7,000 ₪ שולם למשיב, אך היו בפני הראיות המפורטות לעיל, אשר יש בהן כדי לסייע לעדותו של ניסנוב בפני הרשות ולחזק אותה. ראיות אלה המחזקות את עדותו של ניסנוב בפני הרשות ומסייעות לה, מחזקות גם את דבריו לפיהם הוא שילם סכום זה למשיב. [ראו: קדמי "**על הראיות**", חלק ראשון מהדורה משולבת ומעודכנת תש"ע-2009, עמ' 266 והפסיקה הנזכרת שם בה"ש 228].

הלכה היא, כי ראיות חיזוק, ואף ראיות סיוע, איננה צריכה להתייחס לכל מרכיבי עדותו של עד ודי אם היא מחזקת את עדותו בנקודה מהותית השנויה במחלוקת בין הצדדים ומסבכת את הנאשם במיוחד לו. הראיות שפורטו לעיל מהוות חיזוק לכלל עדותו של ניסנוב בפני הרשות, גם אם אין הן מתייחסות לשאלת התשלום דווקא ובכך, אם כי בעקיפין, הן מחזקות גם את דברי ניסנוב בפני הרשות, לפיהם הוא שילם את הסכום למשיב.

22. בכל מקרה ומקרה, ובפרט כאשר הראיות המובאות על ידי התביעה הן ראיות נסיבתיות, יש אמנם לבחון את משקלה של כל ראיה וראיה, אך יש גם לבחון את **מכלול** הראיות, את **משקלן המצטבר**. "כלל הוא שעל בית-המשפט להעריך משקלן של הראיות, בין שהובאו על-ידי הסניגוריה ובין שהובאו על-ידי התביעה, כמכלול אחד. כדברי הנשיא שמגר: "...בית המשפט חייב להתייחס למכלול הראיות כדי להעריך את משקלן וכדי לקבוע אם המכלול שוקל לחובת הנאשם מעל לכל ספק סביר" ... יסודו של כלל זה הוא בהיגיון. בית-משפט מוגבל בקביעת העובדות על-ידי הראיות הבאות בפניו. ראיה המתוספת למכלול, מגבירה או מחלישה את ההסתברות לקיומן של העובדות" - דנ"פ 3391/95 בן-ארי נ' מדינת ישראל פ"ד נא(2) 377 (9.6.1997).

גם כאשר כל ראיה וראיה, כשהיא עומדת בפני עצמה, אינה מוכיחה את אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר יש, לעיתים, במשקלן המצטבר של הראיות, כדי להסיר כל ספק בדבר אשמתו. ראו, למשל, דברים שנאמרו בעניין - ע"פ 7374/07 רן שמאי נ' מדינת ישראל (16.11.2009), שם נדחה ערעור על הרשעה בעבירות חמורות, תוך שביהמ"ש העליון הטעים כי:

"ואולם, גם אם הממצאים שקבע בית המשפט אינם מבססים את הרשעת המערער במיוחד לו, כשהם עומדים כל אחד בפני עצמו. יש לזכור כי בית המשפט השתית את מסקנתו על משקלן המצטבר של הראיות ועל המשמעות הנובעת להתלכדותן לכדי מסכת ראיותית שלמה (ראו, למשל: ע"פ 7593/08 ריטבלט נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), [1.9.2009]). צודק המערער בטענתו כי אין עדות ישירה לאירוע הירי וגם המשיבה אינה חולקת על כך שאיש מעדי התביעה לא

ראה את המערער עצמו יורה מן הרכב. אלא שכאמור, כוחה של הכרעה המבוססת על ראיות נסיבתיות נעוץ בסניגוריה הנוצרת הודות למסכת הכוללת, כך שעוצמתו של השלם גדולה מסכום עוצמתם הבריחה של כל אחד מן החלקים כשהם ניצבים בגפם ובנפרד זה מזה. כפי שציינתי בעניין אחר: 'המערער ניסה לתקוף את משקלה של כל ראיה בנפרד, אולם אין בכך כדי לסייע לו. זהו אופיין של הראיות הנסיבתיות. כשהן עומדות כל אחת לבדה, אין בכוחן להביא להרשעה, אך כשהן מתחברות ליצירת אותו פסיפס של ראיות, הרי שמשקלן הכולל הוא המבסס את ההרשעה' (ע"פ 9897/05 אלמגור נ' מדינת ישראל, פסקה 14 לפסק הדין ([פורסם בנבו], 23.11.2006) (להלן: עניין אלמגור). עוד בעניין הרשעה על יסוד ראיות נסיבתיות: עניין אלחרר, לעיל, בדגש על פסקה 15 לפסק הדין; ע"פ 1888/02 מדינת ישראל נ' מקדאד, פ"ד נו(5) 221, 227-228 (2002) (03.07.2002) (ההדגשה אינה במקור).

23. משקלן המצטבר של הקביעות העובדתיות שנקבעו על ידי בית משפט קמא והראיות שהובאו בפניו (שאינן שנויות במחלוקת) - העובדה שהמשיב היה זה ששכר את הנכס מהעירייה; האמור בבקשה לרישיון החתומה על ידי המשיב ונסיבות חתימתה (על פי עדותה של גב' יצחקי שבימ"ש קמא העדיף), דברי ניסנוב בפני הרשות (אותם העדיף בית משפט קמא על פני עדותו בבית המשפט), לפיהם הוא שילם למשיב תשלום חודשי בסך של 7,000 ₪ ולא פחות משמעותי מכך - טיפולו של המשיב (על פי הודאתו) בעניינים הביורוקרטיים של העסק ובכלל זה הגשת תגובה להתנגדות המנהל לבקשה לשימוש חורג שהגיש בשנת 2013 ואף שילם, כאמור (שוב - על פי הודאתו) את ההוצאות הכרוכות בהגשת הבקשות.

כל אלה, יחדיו, מעידים על נטילת חלק פעיל בענייני העסק וברווחיו ומביאים למסקנה אפשרית אחת בלבד והיא, כי המשיב איננו שותף רדום.

24. בשולי הדברים אציין, כי חרף האמור בסעיף 3(ד) רישא דלעיל, בימ"ש קמא לא התייחס, בהכרעת הדין השנייה, לענייניו של מדינה ולתמיהות העולות מעדויותיהם של המשיב, ניסנוב ומדינה בעניין הקשר של המשיב לעסק ולא קבע ממצאים כלשהם בנוגע לעדותו של מדינה בפניו ולפיקך לא הבאתי זאת בחשבון השיקולים שהביאוני למסקנותיי הנ"ל.

25. לא נעלמה מעיני ההלכה לפיה "התביעה אינה יוצאת [...] ידי חובת נטל השכנוע על-ידי הצגת תשתית ראיתית מרשיעה, אלא מוטל עליה לשלול כל הסבר המתיישב עם חפות הנאשם, העולה לכאורה ממכלול הראיות" (דנ"פ 3391/95 הנ"ל), אך אציין כי, בעניינינו, לא מצאתי כל הסבר השולל את התשתית המרשיעה ומתיישב עם חפות הנאשם.

כך, בנסיבות העניין, אין בעובדה שבכל הביקורות במקום המשיב לא נכח בעסק, או בכך שהמערער לא הביאה ראיות לגבי זהות מי ששילם את תשלומי הארנונה, החשמל והמים, כדי לערער את המסקנה המתחייבת מהראיות שהיו בפני בית משפט קמא.

מאחר שניסנוב, על פי הבקשה לרישיון, הוא המנהל הראשי, ממילא אין המשיב צריך להימצא הרבה בעסק. למעשה - עצם העובדה שהוא בכלל הגיע, מדי פעם, לעסק - גם אם לא בתדירות גבוהה, מצטרפת לשאר הראיות המצביעות על היותו שותף פעיל ותומכת בהן.

לגבי התשלומים השוטפים של העסק - מדבריו של ניסנוב בהודעתו פני הרשות, לפיהם הוא העביר למשיב 7,000 ₪ בחודש, **בכסף מזומן**, עולה שהיה הסדר כלשהו בין המשיב לבין ניסנוב, אשר לא קיבל ביטוי "רשמי" ובנסיבות אלה ממילא אין משמעות לשאלה מי רשום כמשלם את התשלומים השוטפים של העסק. בעניין זה אציין, כי בנסיבות אלה ונוכח עדותו של ניסנוב בבית המשפט (שנדחתה על ידי בית משפט קמא) אין פלא שניסנוב טען שההסכם אינו בידו ושמדינה טען שהוא קיבל את הסכום הנ"ל.

26. אציין כי, בנסיבות העניין ובנסיבות בהן נשמעו הטענות לעונש בתיק שהתנהל נגד ניסנוב, לא מצאתי פסול בכך שבימ"ש קמא בחר שלא לתת משקל לדברי בא כוחו של ניסנוב בטענות לעונש בעניינו של ניסנוב.

אוסף ואציין, כי לא מצאתי מקום להתייחס לשאלה אם המשיב יכול להיחשב כמסייע לניהול העסק ללא רישיון, על ידי ניסנוב והאם ניתן היה לקבוע כך, ללא שהמשיב הוזהר מראש בדבר אפשרות זו, שכן נוכח מסקנתי לפיה יש לקבוע כי המשיב לא היה שותף רדום, הדבר לא נדרש.

27. טענה נוספת שהעלה המשיב בבימ"ש קמא, היא טענת הגנה מן הצדק, אשר נדחתה על ידי בית משפט קמא, בהכרעת הדין הראשונה. כעת, לאחר שקבעתי, כי המשיב לא היה שותף רדום בעסק, יש צורך שאתייחס לטענה;

המשיב ביסס טענתו להגנה מן הצדק על "שיהוי", על כך שבמשך שנים הרשות, אשר רצתה לעזור לו, לא נקטה נגדו הליכים. לטענתו, הוא היה רשאי להניח שהרשות פועלת על פי חוק ובשתיקתה היא סיעה, למעשה, לדבר עבירה.

בית משפט קמא קבע, כי אי הפעלת סמכויותיה של רשות במועד אינה מבססת טענה של הגנה מן הצדק ואין היא יוצרת השתק או מניעות מפני אכיפת החוק, אלא במקרים קיצוניים, שהמקרה הז אינו נמנה עליהם. כן קבע בימ"ש קמא, כי לא הוכחה כל התעמרות או התנהגות נפסדת או שערורייתית, מצד הרשות, כנדרש בפסיקה. קביעותיו של בית המשפט קמא בעניין זה נכונות ותואמות את ההלכה ויש לאשרן.

28. עם זאת, נוכח כך שהמשיב ריצה עונש מאסר בן 6 שנים, החל משנת 2001 ונוכח כך שלא הובאה כל ראיה לכך שהוא פעל בעסק עד להגשת הבקשה לרישיון, יש לקבוע כי המאשימה לא הוכיחה שבתקופה שקדמה להגשת הבקשה הוא לא היה שותף רדום. לכן יש להרשיעו בדין רק לגבי התקופה המתחילה ביום 05.08.2013.

29. לאור כל האמור לעיל, אני מקבלת את הערעור וקובעת שהחל מיום 5.8.2013 היה המשיב שותף פעיל בעסק.

בהתאם - אני מרשיעה את המשיב בעבירה של ניהול העסק ללא רישיון, עבירה לפי סעיפים 4 ו-14(א) לחוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1948 וזאת - לגבי התקופה המתחילה ביום 5.8.13.

30. העניין מוחזר בזה לבית משפט קמא על מנת שישמע טיעונים לעונש ויגזור את הדין.

המזכירות תחזיר את תיק הנייר לבית משפט קמא.

ניתן היום, כ"ד תמוז תשע"ז, 18 יולי 2017, במעמד הנוכחים.