

ע"פ 52755/02/17 - הנאא טוויל, זינאט בורקאן נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי ירושלים

ע"פ 52755-02-17 טוויל ואח' נ' מדינת ישראל

תיק חיצוני: ב"ש 6549/16

בפני כבוד השופטת חנה מרים לומפ

מערערות על ידי עו"ד זיאד קעואר

1. הנאא טוויל

2. זינאט בורקאן

נגד

מדינת ישראל

משיבה על ידי עו"ד מוריה דודי- וייס

פסק דין

לפניי ערעור על החלטת בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים (כבוד השופט אמיר דהאן) מיום 13.2.17 בב"ש 6549/2016 (להלן **בית משפט קמא**) במסגרתה דחה בית משפט קמא את התנגדות המערערות לבקשת המשיבה למתן צו הריסה לפי סעיף 1212(1) ו- (5) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה - 1965 (להלן **החוק**).

רקע

- ביום 4.7.16 המשיבה הגישה שתי בקשות למתן צו הריסה לפי סעיף 1212(1) וסעיף 1212(5) לחוק במסגרת ב"ש 6549/16 וב"ש 6550/16. בבקשה נאמר כי במועד בלתי ידוע, ולפני שנת 2002 או בסמוך לכך, נבנו בשכונת ראס אל עמוד על ידי המערערות שני מבנים בני שתי קומות (מבנה מס' 22 ומבנה מס' 23) בשטח של 220 מ"ר כל אחד ללא היתר והאחראי לביצוע העבודות אינו ידוע ואין דרך לאתרו. לבקשה צורף תצהירו של מר שי נחמיה, מפקח בניה, של מר יוסי משה, מנהל מרכז המידע התכנוני ושל גברת אפרת כהן, מנהלת המחלקה לרישום זכויות והפקעות באגף נכסי העיריה. יוער כי הדיון בשתי הבקשות אוחד במסגרת הדיון בב"ש 6549/16.
- ביום 8.9.16 המערערות הגישו את התנגדותן לבקשת המשיבה משלושה טעמים: לא בוצעה עבירת בניה במקום, המקרה הנדון לא נופל בגדרו של סעיף 1212(1) ו- (5) לחוק כך שהמערערות הן המשתמשות והאחראיות על הנכס והמשיבה לא הצביעה על סיבה המצדיקה טעם מיוחד או עניין ציבורי חשוב להריסת המבנה דן מכוח סעיף 212 לחוק.
- ביום 28.9.16 המשיבה הגישה בקשה למחיקת התנגדות לפיה אין למערערות זכות עמידה שאמנם הוגש תצהיר הכולל טענה סתמית ביחס לזיקת המערערות בקרקע, אולם לא צורף כל מסמך או אישור רשמי המאשר את בעלותן בקרקע, כך שהנטל הראשוני הרובץ עליהן להוכחת זכויותיהם בקרקע, לא התקיים. לפיכך, למערערות אין זכות עמידה מאחר שלא הוכחה זיקתן לנכס באמצעות צירוף מסמך או אישור רשמי המאשר את בעלותן בקרקע ועל כן אין

בגדר "נפגע" ממתן הצו ודי בכך כדי לדחות את התנגדותן על הסף.

4. ביום 2.11.16 המערערות הגישו תגובתן לבקשת המשיבה למחיקת ההתנגדות. לטענתן, מדובר במקרקעין בלתי מוסדרים ובלתי רשומים על כל המשתמע מכך, אין הליך של הסדר שחל לגבי מקרקעין אלה ובנוסף אין רישום מכל מין וסוג אצל רשם המקרקעין או פקיד ההסדר, כך שאין באפשרותן לצרף מסמך רשמי כלשהו כמבוקש. למעלה מן הצורך, המערערות טענו שתמיד המשיבה הסתפקה בתצהיר שהוגש מטעם המתנגד למתן הצו על מנת להמיר את ההליך לכתב אישום ומעולם לא נדרש לצרף או להגיש מסמך רשמי בדבר בעלות המתנגד במקרקעין.

עוד טענו המערערות לחוסר תום לב המשיבה משום שהיא מודעת לזיקתן, בעלותן או חזקתן של המערערות במקרקעין שנלמד במסגרת ה"פ 29355-09-13 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' נסאר ואח' (להלן **פסק דין של בית המשפט המחוזי**), ואף על פי כן היא הגישה בקשה למתן צו הריסה לפי סעיף 212 לחוק בטענה שקרית כי האחראי לביצוע העבודות אינו ידוע. עוד ציינו המערערות כי המשיבה 1 היא המחזיקה הבלעדית וללא התנגדות כלשהי ממאן דהו מזה עשרות שנים במקרקעין. ידוע שבמקרים בהם הזכויות במקרקעין אינן רשומות כלל בפנקסי המקרקעין על סוגיהם, החזקה היא הראייה הבלעדית לבעלות במקרקעין, כך שמערערת 1 מחזיקה ומשתמשת במקרקעין מזה עשרות שנים כך שלכל הפחות קמה החזקה לפיה היא הבעלים במקרקעין. טענה נוספת שהעלו המערערות היא ביחס להתיישנות, שעצם החזקת המערערות במקרקעין משך עשרות שנים ללא התנגדות כלשהי היא מקרה קלאסי של התיישנות רוכשת, כאשר בהתאם לחוק המקרקעין התיישנות במקרקעין בלתי מוסדרים היא 15 שנה בעוד שהמערערות מחזיקות ומשתמשות במקרקעין עשרות רבות של שנים. המשיבה לא הציגה בדל של ראיה שעלולה לסתור את הטענה שהמערערות הן בעלות במקרקעין ובמבנה והסתפקה בהפרחת טענות שונות ומשונות בדבר אי קיומה של זכות המעמד למערערות כאשר המשיבה עצמה ניהלה כנגד מערערת 1 הליך משפטי בבית המשפט המחוזי לתפיסת החזקה במקרקעין, כך שלכל הפחות המשיבה יודעת ומודעת לעובדה שהמערערות הן המחזיקות במקרקעין ובמבנה. לפיכך, המערערות ביקשו לדחות את בקשת המשיבה.

5. כבוד השופטת תמר נמרודי בהחלטתה מיום 13.11.16 קבעה שלאחר שצורפה הבהרה בנוגע לזיקת המערערות בנכס, הטענות ככל שהיו יתבררו במסגרת הדיון שנקבע ליום 13.2.17.

6. במאמר מוסגר יאמר כי ביום 15.9.13 המשיבה הגישה בקשה למתן צו למסירת חזקה במקרקעין מופקעים מכוח סעיף 8 לפקודת הקרקעות נגד המערערות במסגרת **פסק דין של בית המשפט המחוזי**. המשיבה עתרה למתן הצו בנוגע לחלק ממגרש 7 לפי תב"ע 2668 בשכונת ואדי קדום בירושלים. מגרש 7 הוא אחד המגרשים המיועדים על פי תוכנית תב"ע לשמש כשטח לבניין ציבור, כאשר לפי התוכנית אמור לקום על מגרש זה בית ספר הכולל 27 כיתות לימוד.

7. בית המשפט המחוזי (כב' השופט רם וינוגרד) בהחלטתו מיום 15.3.16 קבע מספר קביעות, וביניהן קבע כי לא עלה בידי המשיבים שם, ובהם שתי המערערות כאן, להוכיח כי קמה להם זכות קניין כלשהי במקרקעין. המערערות לא הציגו מסמך כלשהו המעיד על זכותם במקרקעין, והטענה כי מדובר במקרקעין שבבעלותם נסמכת אך ורק על הבל פיו של

המצהיר מטעמם.

8. על החלטה זו הוגשה לבית המשפט העליון בקשה לעיכוב ביצוע וכב' השופט י' דנציגר בע"א 3697/16 קיבל את הבקשה ביום 31.8.16 ונתן צו עיכוב ביצוע כלפי פסק הדין של בית המשפט המחוזי עד לדיון בערעור לכשיקבע.

9. בהחלטה מיום 13.2.17 בית המשפט קמא דחה את התנגדות המערערות לבקשת המשיבה למתן צו הריסה לפי סעיף 212 לחוק.

החלטת בית משפט קמא

10. ביום 13.2.17 התקיים דיון בבית המשפט קמא כאמור. בית המשפט קמא ציין שהפסיקה מחייבת כי על מנת שאדם ירכוש מעמד כלשהו בהתנגדות לבקשה לצו הריסה לפי סעיף 212, עליו להראות זיקה קניינית לנכס. שאלה זו נדונה בפני בית המשפט המחוזי, אשר קבע כי המערערות ושלושה בעלי דין נוספים לא הוכיחו כל זיקה לנכס ומשהוכרעה הפלוגתא, אין לבית משפט זה מקום להכריע בה בשנית, גם לא בהקשר התכנוני שבו היא נטענת. אכן, החוק מאפשר לכל אדם "הרואה עצמו נפגע", להתנגד, אך הפסיקה פירשה חקיקה זו בצורה חדה וברורה, כדורשת זיקה קניינית מוכחת, שכן אדם אשר השתלט על קרקע שאינה שייכת לו ואין לו זכות להחזיק או להשתמש בה, אינו זכאי להתנגד לצו הריסה כלפי בנייה בלתי חוקית באותה הקרקע מכוח החזקתו.

11. אשר לחוקיות הבנייה, בית המשפט קמא קבע שלא די בכך שאין התאמה בין אותו מבנה בן 220 מ"ר הדורש היתר ושנבנה במקרקעין לבין אותה תוספת מטבח ומרחב מוגן דירתי האמורה בהיתר בנייה המתעד את החלטת רשות הרישוי מיום 1.1.2004 ואשר בעלת ההיתר היא אחת המערערות בנדון, הרי שלבד מן המילים "ואדי קדום, סילוואן", אין כל זיהוי נכס בהיתר. קביעתו של בית המשפט המחוזי בדבר המסירה עוכבה על ידי בית המשפט העליון, אך קביעתו בדבר תוקפה הקנייני של ההפקעה איננה מעוכבת.

12. כן נקבע שהפקעה בתוקף עוקרת גם היא כל זיקה קניינית שמשמעותה שימוש במקרקעין, אף אם הייתה כזו טרם ההפקעה. זיקה זו עשויה להתעורר ולהקנות זכויות רק עם ביטול ההפקעה. מכאן שגם אם אין מוטלת כיום בשל העיכוב בע"א 3697/16 החובה על המערערות למסור את המקרקעין וחובה זו מעוכבת, הרי שאין הדבר מקנה להם זכות במקרקעין יש מאין.

13. אשר לטענת ההתיישנות, בית המשפט קמא קבע שעוד לא נסתרה ואפילו לא לכאורה הקביעה שמדובר בעבירת בנייה שהתיישנה, דבר המקיים עילה בפני עצמה, ושיסודה בסעיף 212(5) לחוק. נהפוך הוא, הטענה האמורה בכתבי הטענות מטעם המערערות היא כי המערערות מחזיקות במקרקעין, לרבות המבנים, שנים רבות מאוד.

14. לפיכך, דחה בית המשפט קמא את טענות

15. על החלטה זו הוגש הערעור דנן.

טענות הצדדים

16. לטענת ב"כ המערערות, בית המשפט קמא התעלם מן העובדה כי בית המשפט המחוזי בהחלטתו במסגרת ה"פ 29355-09-13 קבע שלמערערות יש חזקה במקרקעין בהתאם לפסקה 14 לפסק הדין. בית המשפט קמא קיבל קביעה מסוימת של בית המשפט המחוזי והתעלם מהקביעה הפוזיטיבית שהמערערות הן המחזיקות במקרקעין.

17. ב"כ המערערות הבהיר כי הוגש ערעור לבית המשפט העליון בע"א 3697/16 ובו המערערות ערערו בין היתר על הקביעה בבית המשפט המחוזי כי הן לא הוכיחו את זכויותיהן במקרקעין, שכן מדובר בזכויות במקרקעין שאינן רשומות כלל בפנקסי המקרקעין על סוגיהם, ועל כן החזקה היא הראייה הבלעדית לבעלות במקרקעין והפנה לפסיקה התומכת בטענותיו.

18. לטענת ב"כ המערערות, שגה בית המשפט קמא עת שקבע כי כל הרואה עצמו נפגע במסגרת הבקשה לפי סעיף 212 לחוק מוכרח להוכיח זיקה קניינית מוכחת לנכס. ב"כ המערערות הפנה לפסיקה לתמיכה בטענותיו וטען כי יש להעניק זכות עמידה רחבה מקום בו מדובר במבנה הקיים זמן רב, ובאנשים המתגוררים בו- אף אם ללא כל זכות שבדין- משך תקופה ארוכה. עוד הוסיף כי אין זה צודק למנוע ממנו להעלות את השגותיו טרם תינתן ההכרעה השיפוטית שעשויה להותיר אותו חסר בית. לדידו בית המשפט קמא פירש את הפסיקה באופן מוטעה מן היסוד שכן על פי הפסיקה והוראות הדין יש להעניק זכות עמידה רחבה.

19. לטענת ב"כ המערערות, החלטת בית המשפט קמא בעניין השתק פלוגתא לא רלוונטית למקרה שלפנינו וניתנה ללא סמכות שבדין תוך יישום מוטעה, שכן הכלל הוא כי ממצאים ומסקנות במשפט אזרחי לא יכולים לשמש ראיה במשפט פלילי והפנה לפסיקה לתמיכה בטענותיו.

20. עוד טען ב"כ המערערות שגם אם תתקבל קביעת בית המשפט קמא ביחס לסוגיית השתק פלוגתא, הרי שבית המשפט קמא נתן פרשנות שגויה ומוטעית למונח השתק פלוגתא והתנאים המצטברים לתחולתו כפי שיוסבר להלן: דחיית טענה מחמת "השתק פלוגתא" אפשרית רק אם הפלוגתא שבמחלוקת עלתה במשפט הראשון והוכרעה בקביעת ממצא פוזיטיבי ולא מהיעדר הוכחה. בענייננו בית המשפט המחוזי לא קבע שאין למשיבים זכויות במקרקעין אלא קבע שלא הוכח כי למערערות יש זכות במקרקעין.

21. מעבר לכך ב"כ המערערות הדגיש כי בית המשפט קמא התעלם מתצהירי המערערות המעידים על בעלותן במקרקעין ומנע מן המערערות להעיד

בפני בית המשפט קמא ולקבל את יומן. כך שבית המשפט קמא קיבל את בקשת המשיבה למתן צו הריסה לפי סעיף 212 לחוק ללא שנדרשה להוכיח התקיימות התנאים.

22. כמו כן, החלטת בית המשפט קמא קבעה הסדר דיוני חדש בעניין נטל ההוכחה שלא קיים במשפט הישראלי, כך שקבע שעל המערערות לסתור את טענות המשיבה למרות שהמשיבה הגישה בקשה למתן צו הריסה לפי סעיף 212 לחוק.

23. בדיון שב ב"כ המערערות על טיעוניהם בהודעת הערעור והדגיש שהחלטת בית המשפט קמא היא מוטעית מיסודה ויש להורות על ביטולה. הוא הפנה להחלטת בית המשפט העליון בע"א 3697/16 לפיה ניתן ביום 31.8.16 צו עיכוב ביצוע כלפי פסק הדין של בית המשפט המחוזי עד לדיון בערעור לכשיקבע, כך שהחלטת בית המשפט קמא עוקפת את החלטת בית המשפט העליון כאמור. לא ייתכן שבית המשפט לעניינים מקומיים ייתן החלטה להריסת מבנים כאשר בית המשפט העליון קבע שיש לעכב את ביצוע צו המסירה והדיון נדחה לחודש נובמבר.

24. עוד ציין ב"כ המערערות שבית המשפט קמא קבע ללא שמיעת עדים כי מדובר בפולשות שאין להן זכות להשמיע טענות או להתנגד לבקשה למתן צו הריסה. עוד שב על טענותיו שבית המשפט קמא קבע שמדובר בעבירת בנייה שהתיישנה ללא שמיעת עדים, בית המשפט קמא התעלם מהקביעה הפוזיטיבית בפסק דינו של בית המשפט המחוזי לפיה המערערות מחזיקות במבנים ובמקרקעין מזה תקופת מה והפנה לסעיפים הרלוונטיים בהודעת הערעור.

25. עוד טען ב"כ המערערות כי המשיבה תלתה יתרה בבקשה למחיקת התנגדות שהוגשה על ידה בע"פ 3249/05 (בר יוסף) שם נקבע כי מי שאין לו זכות במקרקעין אינו בגדר הרואה עצמו נפגע ולא יכול להתנגד לבקשה למתן צו הריסה. ב"כ המערערות טען שהמערערות הן בעלות זכות במקרקעין ועונות על ההגדרות בחוק ומעבר לכך, פסק הדין מתייחס לסעיף לבקשה לפי 238א לחוק, קרי, צו הריסה מנהלי וברע"פ 272/08 נקבע מפורשות שפסק הדין בעניין בר יוסף לא חל על הליכים לפי סעיף 212 לחוק, ויש להעניק זכות עמידה רחבה למי שפונה לבית המשפט לפי סעיף 212 לחוק. ברע"פ 272/08 הוכח שאין למשיבים זכות במקרקעין ולמרות זאת בית המשפט קבע שאין לדחות את בקשתם על הסף ויש ליתן להם את יומם בבית המשפט בשונה מהמקרה הנדון בו למערערות יש מסמכי בעלות וראייה להחזקה רבת שנים.

26. אשר לקביעת בית המשפט קמא שהמעשה הוא מעשה בית דין ויש השתק פלוגתא, ב"כ המערערות טען כי בית המשפט קמא סמך החלטתו על קביעה בהליך אזרחי העומדת בערעור בבית המשפט העליון והלכה ידועה היא שפסק דין בהליך אזרחי לא יכול לשמש ראיה בהליך הפלילי ולכל היותר מדובר בעדות שמיעה. עוד הפנה לפסיקה בת"פ 4/87 וב"ש 41/04 שם נקבע שבהליך לפי סעיף 212 לחוק נדרשת רמת הוכחה כפי הליך פלילי ואין המשיבה יכולה לטעון שסעיף 212 לחוק אינו הליך שבו נדרשת רמת הוכחה כמו בהליך הפלילי. כמו כן, החלטת כלל השתק פלוגתא הוא על קביעה פוזיטיבית ולא על היעדר ראיות. כן הדגיש שוב כי לא ניתן לסמוך על החלטת בית המשפט המחוזי כאשר עומד ערעור בעניין זה ופסק הדין עוכב על ידי בית המשפט העליון.

27. לטענת ב"כ המשיבה, המערערות לא הציגו ראיות אודות בעלותן על הקרקע, הן בענייננו, הן לפני בית המשפט המחוזי והן לפני בית המשפט העליון. לענין טענת ההשתק, ב"כ המשיבה טענה שסעיף 212 לחוק הוא אינו הליך פלילי ואינו הליך מנהלי, אלא הליך שיפוטי לקבלת הצו, הליך ביניים, הליך מעין פלילי. לדידה, בהחלטת בית המשפט קמא ההשתק עמד בארבעת התנאים שנקבעו בפסיקה. משמעות קבלת הערעור היא העברת מסר שגוי לציבור לפיו ניתן להתעלם מדיני התכנון והבנייה. גם ההיתר שהוצג לא מתייחס למבנה כולו ולכל היותר מתייחס לתוספת מטבח וממ"ד וממילא לא שייך למבנה נשוא הערעור. לסיום, ב"כ המשיבה הדגישה את האינטרס הציבורי שמהווה את הבסיס לקבלת הבקשה לפי סעיף 212 לחוק.

דין והכרעה

28. לאחר שעיינתי בתיק בית משפט קמא, בהודעת הערעור ושמעתי ברוב קשב את טענות ב"כ הצדדים, החלטתי לקבל את הערעור ולהשיב את התיק לדין בטענות גופן בבית משפט קמא.

29. בית המשפט העליון בע"א 3697/16 ביום 31.8.16 נתן צו עיכוב ביצוע **כמבוקש וכמוסכם על ידי הצדדים** המופנה כלפי פסק הדין של בית המשפט המחוזי בה"פ 29355-09-13 (כב' השופט רם וינוגרד) עד לדין בערעור לכשיקבע. הדיון בערעור קבוע לדין בחודש נובמבר 2017.

30. עיכוב ביצוע פסק הדין משמעותו היא עיכוב ביצוע אופרטיבי של מסירת המקרקעין לידי המפקיע מידי כל אדם המחזיק בהם, החלטת בית המשפט קמא הקובעת כי צו ההריסה שניתן על פי סעיף 212 לחוק יעמוד בתוקפו סותרת את מהות החלטת בית המשפט העליון לעיכוב ביצוע החלטת בית המשפט המחוזי (כב' השופט רם וינוגרד) לפיה על המערערות למסור למשיבה את החזקה במקרקעין הנדונים בענייננו.

31. לדידי, לא ניתן להפריד בין שאלת מסירת הקרקע לבין תוקפה הקנייני של ההפקעה, זאת משום שעיכוב הביצוע שניתן על ידי בית המשפט העליון מונע את מסירת המקרקעין על ידי כל אדם המחזיק בהם לידי המפקיע. יוצא אפוא, שקביעת בית המשפט קמא שצו ההריסה יעמוד בתוקפו תביא לידי כך שלא תינתן למערערות יומן בדין בערעור על החלטת בית המשפט המחוזי, אשר יהפוך לתיאורטי.

32. באשר לשימוש בסעיף 212 לחוק, מעיון בהוראות סעיף 212 לחוק עולה כי בית המשפט יהיה רשאי להורות על הריסת מבנה במקרה שבו נעברה עבירה על פרק י' לחוק, גם אם לא הורשע אדם בגין אותה עבירה, וזאת בין היתר אם לא ניתן למצוא את האדם שביצע את העבירה או שבלתי מעשי למסור לו את ההזמנה לדין, או שלא ניתן להוכיח מי ביצע את העבירה. זאת בהוכחת קיומם של שלושה תנאים: האחד, שנעברה עבירה שאילו הורשע בגינה אדם היה ניתן לצוות כאמור בסעיף 205 לחוק. השני, שהתקיימה אחת מחלופות (1) עד (5) שבסעיף 212 לחוק. בית המשפט העליון קבע תנאי שלישי - הוכח כי צו ההריסה מוצדק מטעמים של עניין ציבורי. (ראה למשל: רע"פ 8025/09 אלדבעאת נ' מדינת ישראל, 26.1.10

33. ההוראה המאפשרת ליתן צו נגד מי שלא הורשע בפלילים, היא חלק ממערך האכיפה של חוקי התכנון והבניה, כדרך נוספת למנוע מצב שבו החוטא יוצא נשכר.

"אכן, מטרתם של צווי הריסה לפי סעיף 212 אינה "עונשית". הם מכוונים כלפי המבנה ולא כלפי העבריין שהקימו. כבר נפסק לא אחת: "שתכליתו של צו הריסה לפי סעיף 212 הנ"ל היא, שמירת הסדר הציבורי ומניעת מטרד מן הציבור בשל עצם קיומו של מבנה בלתי חוקי... שאין בה משום נקיטה באמצעים כנגד עבריין בנייה, אלא בהסרת 'מכשול' לרבים במובן הרחב של המושג" (ע"פ 3490/97 יצחק נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, פ"ד נב(1) 136, 141 - השופט קדמי). ואולם, לא למותר לציין כי בעניין יצחק נאמר, כי בגדרי האינטרס הציבורי ניתן לשקול גם שיקולים מסוג "שלא יהא חוטא נשכר": "יהיו אפוא מקרים שבהם יגיע בית-המשפט לכלל מסקנה כי יש הצדקה ליתן צו הריסה לפי סעיף 212 הנ"ל בשל כך שבנסיבות המיוחדות למקרה, עומדת הותרת המבנה הבלתי חוקי על כנו בניגוד זועק 'לאינטרס הציבורי שחוטא לא יצא נשכר'; יהיו מקרים שבהם תהיה הצדקה למתן הצו במניעת ה'אנדרלמוסיה' שיוצרת בנייה ללא היתר ויהיו מקרים שבהם תימצא ההצדקה למתן הצו ב'מטרד' שיוצר המבנה שנבנה שלא כחוק" (עמוד 142). המחוקק הנחיל את סעיף 212 כדי להתגבר על המקרים שבהם אכיפה פלילית אינה אפשרית. על בתי המשפט לתת יד לרשויות כדי שהפקרות לא תשרור וכדי להבטיח שמרשת האכיפה ה"מעשית" לא יחמוק מבנה שלגביו ישנה "יתמות" אכיפתית, כעולה מחלופות הסעיף - קרי, חוסר אפשרות למצוא את מבצע העבירה או להזמין לדין, חילופי בעלי הבניין, חוסר אפשרות להוכיח מי ביצע את העבירה או שהלה הלך לעולמו, או אינו בר עונשין מסיבות שלא יהפכו את פעולתו לחוקית" (רע"פ 3072/11 - אלעזר קרבסי ואח' נ' מדינת ישראל).

34. ברע"פ 6136/12 ימין בן זקן נ' מדינת ישראל (ניתן 4.9.12), הרחיב בית המשפט העליון (כב' השופט א. רובינשטיין), וקבע כי "...יש ליתן משקל נכבד גם לפגיעה באינטרס הציבורי הנובעת מעצם הותרתו על כנו של מבנה בלתי חוקי בהיקף משמעותי. לטעמי שירוש בניה בלתי חוקית הוא הוא אינטרס ציבורי, ועל כן הנטל להראות שאין מקום להריסה מוטל על הטוען לכך. בבניה בלתי חוקית, על הריסה להיות הכלל והימנעות הימנה - החריג, שכמובן יתכן במקרים המתאימים".

35. אם כן, תכלית סעיף 212 לחוק היא לאכוף את דיני התכנון והבניה במטרה לשמור על הסדר הציבורי ולמנוע מטרד מהציבור בשל עצם קיומו של מבנה בלתי חוקי, שעה שלא ניתן לפנות לדרך המלך ולהעמיד לדין את מבצע העבירה מסיבות שונות המפורטות בסעיף זה.

36. אמנם מהבקשה למתן צו הריסה ללא הרשעה עולה שיש עניין ציבורי חשוב בביצוע ההריסה, שכן מדובר בקרקע המיועדת להקמת בית ספר, ומכאן שהתקיים התנאי השלישי בו רשאי בית המשפט להורות על

הריסת המבנה ללא הרשעה כאמור. מעבר לכך מדובר בבניה של שני מבנים כאשר בכל מבנה שתי קומות בהיקף נרחב של 220 מ"ר, עבירה המהווה מעצם היקפה מפגע שיש אינטרס ציבורי ראשון במעלה להביא להריסתו. אולם, לא התקיימו התנאים למתן הצו ללא הרשעה לפי סעיף 212 לחוק, שכן זהותם של מבצעי העבירה ידועה, שהרי המשיבה עצמה היא אשר בחרה לנהל הליך אזרחי כנגד המערערות ואחרים בקשר לאותה הקרקע ועל כן לא ברור כיצד היא טוענת כי זהות האדם שביצע את עבירות הבניה אינה ידועה. דרך המלך במקרה זה, ככל שהמערערות תיקחנה אחריות לביצוע העבירה, היא הגשת כתב אישום, והמשך ההליכים במסגרת תיק פלילי רגיל.

37. בשולי פסק הדין אוסיף כי משקבעתי שהתיק יוחזר לבית המשפט קמא נוכח העובדה שפסק הדין שניתן בבית המשפט המחוזי אינו חלוט והערעור תלוי ועומד בבית משפט עליון, מצאתי להשאיר בצריך עיון את שאלת השימוש בפסק דין אזרחי כראיה במשפט הפלילי כלל, ובמקרה זה בפרט כאשר ספק אם מתקיים הכלל של השתק פלוגתא, שכן בית משפט מחוזי קבע ממצא מהיעדר הוכחה ולא קבע מימצא פוזיטיבי.

38. מטעם זה, אני מחליטה לקבל את הערעור ולהחזיר את הדיון לבית משפט קמא על מנת שישמעו טענות המערערות ויבחנו המסמכים שהוצגו לפני ביום 12.6.17, וכן יבחן השימוש בסעיף 212 לגופו של עניין.

39. ביצוע צו ההריסה יעוכב עד למתן פסק דינו של בית משפט קמא.

המזכירות תשלח ההחלטה לב"כ הצדדים.

ניתן היום, ד' אב תשע"ז, 27 יולי 2017, בהעדר

הצדדים.