

בתי המשפט

א 173524/02	בית משפט השלום תל אביב-יפו	
04/04/2005		
	כב' השופט חיים טובי	בפני:

-

הנתבעים:
 1. לב שמעון
 2. יקל מיכל
שכנגד

הנתבעים

3. נסים (אורי) נסים
 4. נסים ציפורה
 5. כהן יצחק
 כולם ע"י ב"כ עוה"ד י. בוכבינדר
 - נ ג ד -

הנתבעים:
 1. עיריית תל אביב
 ע"י ב"כ עוה"ד א. שרקון
 2. יורם שדה
 ע"י ב"כ עוה"ד ג. בר און

התובע שכנגד

פסק - דין

רקע עובדתי.

1. התובעים 1-5 (להלן – "הנתבעים") הינם בעלי זכויות הבעלות והמחזיקים של בתי מגורים צמודי קרקע הבנויים בצידי רחוב זיכרון קדושים בתל אביב (להלן – "הרחוב").
2. הרחוב הינו רחוב ללא מוצא בקצהו המערבי, המשתרע לאורך של כ-80 מטרים למן רחוב בת ים במזרח ועד לצוק כורכר הגובל בקצהו המערבי של הרחוב (להלן – "המצוק") היורד מערבה אל שפת הים. המצוק מצוי בחלקה 38 בגוש 7115 הרשומה על שם רשות הפתוח בלשכת רישום המקרקעין (להלן – "חלקה 38"). לבסוף יצויין כי בקצה המערבי של הרחוב, בחלק ללא המוצא, קיימת כיכר המשמשת כסובה לכלי רכב (להלן – "הכיכר" או "הסובה").
 [ראה תרשים ת/8 וכן תמונות נספח ג' לכתב התביעה].

3. הנתבעת 1 הינה הרשות המקומית שבתחום שיפוטה מצוי הרחוב וחלקה 38 (להלן – "הנתבעת" או "העירייה").

4. הנתבע 2, מר יורם שדה (להלן – "הנתבע" או "שדה" או "התובע שכנגד") הינו בנו של האלוף יצחק שדה ז"ל מפקד הפלמ"ח, המחזיק ובעל זכויות הבעלות בבית המצוי בציוד הצפון מערבי של הרחוב (להלן – "בית משפחת שדה") והבנוי על חלקה 10 בגוש 7115 (להלן – "חלקה 10").

5. לשלמות התמונה העובדתית יצויין כי בתיהם של התובעים 1-4 גובלים עם הסובה בצד דרום מזרח ואילו ביתו של התובע 5 צמוד לבית משפחת שדה ממזרח וגובל לסובה מצפון.

מקור הסכסוך.

6. משפחת שדה מגדלת ומטפחת מזה שנים רבות את שיח המלוח הצומח בתוככי חלקה 10 וחלקה 38 (שתי החלקות יקראו להלן יחדיו – "המקרקעין"). הצמח, המשתרע לאורך של כ-20 מ' ומתנשא לגובה מירבי של עד כ-5 מטרים מעל פני הכביש, גולש מתוך המקרקעין אל עבר המדרכה, מכסה אותה ואף צומח היישר מתוכה. בנוסף מגדלת משפחת שדה – בשטח המדרכה הסמוך לכניסה לביתם – צמחים נוספים מסוגים שונים.

7. כתוצאה מגידול וטיפוח שיח המלוח והצמחיה האחרת (להלן – "הצמחייה"), השטח הציבורי אשר נועד לשמש כמדרכה ולמעבר להולכי רגל בחלק הצפוני של הכיכר – החל מהקצה המערבי ביותר של הכיכר וכלה בפינה הצפון מזרחית שלה, בסמוך לשער הכניסה לבית משפחת שדה (להלן – "המדרכה") – מכוסה כליל בשיח המלוח הצומח, כאמור, מתוך המדרכה ו/או גולש אליה מן המקרקעין.

8. יוצא, אפוא, שבמחצית הדרומית של היקף הכיכר קיימת מדרכה ואילו במחצית הצפונית של היקף הכיכר אין כיום מדרכה אלא אבני שפה בלבד. המשמעות המעשית מהמתואר הוא כי המעבר להולכי רגל בציוד הצפוני של הרחוב נעשית תוך ירידה לכביש.

9. צמיחתו של שיח המלוח בשטח המדרכה מהווה אפוא מקור סיכסוך בין השכנים, אשר הונח לפתחו של בית המשפט בתיק זה.

בהיות הרחוב ללא מוצא בציוד המערבי, נאלצים התובעים 1+2 לבצע סיבוב פרסה בכיכר בדיוק במקום בו צומחת הצמחייה, זאת על מנת להחנות את רכבם בצמוד לביתם המצוי, כאמור, בציוד הדרומי של הרחוב.

במקרים בהם נגע פגוש רכבם בשיח המלוח הגיש הנתבע תלונות במשטרה בעילה של היזק לרכוש במזיד. בגין עילה זו הוגשה ע"י הנתבע תלונה אף כנגד התובע 3 בטענה שחתך בזדון ענפים מהשיח.

10. התובעים 3 ו-5, אשר קצה נפשם מן הסיכסוך המתמשך בעטייה של הצמחייה, פנו לגורמים שונים בעירייה בדרישה שזו תפעל להסרת הצמחייה הצומחת מן המדרכה ולגזום שיח המלוח הגולש אליה מן המקרקעין. דרישת התובעים לא נענתה ומכאן התביעה.

העתירות והליכי ביניים.

11. בכתב תביעתם מיום 02.05.02 עתרו התובעים לחייב הנתבעת להסיר את הצמחייה הגדלה במדרכה והגולשת אליה מחלקה 10, לגזום את שיח המלוח הגדל בחלקה 38 עד לגובה המעקה הבנוי בקצה הרחוב ולתקן המדרכה, כך שניתן יהא להולכי רגל להלך בה.

12. בכתב הגנתה מיום 03.06.02 טענה העירייה לחוסר יריבות בינה לבין התובעים בהטעימה כי מקור הסיכסוך הינו בין השכנים בינם לבין עצמם כאשר שורשו בצמחייה הגדלה בחלקה 10 שבבעלות מר שדה ובחלקה 38 שבבעלות רשות הפתוח. מכאן שעל התובעים היה להגיש תביעתם כנגד בעלי המקרקעין בלבד או למצער לצרפם כנתבעים נוספים. הנתבעת הגישה הודעה לצד שלישי בו עתרה לחייב את רשות הפיתוח ומר שדה, לשפותה בגין כל הוצאה שתחוייב בה – אם תחוייב – בתביעה העיקרית.

13. בעקבות הגשת ההודעה לצד ג' הגיש הנתבע בקשה (בש"א 121897/02) בה עתר לצרפו לתביעה כנתבע נוסף. לטענתו, מעבר לעובדת היותו הבעלים של חלקה 10 – ממנה גולש שיח המלוח למדרכה – הוא אף מחזיק כדין בחלקה 38 המהווה גן זיכרון לזכר אביו האלוף יצחק שדה ז"ל, כאשר הגן הינו חלק מאתר הנצחה לאומי למפקד הפלמ"ח. לנוכח טענת מר שדה כי הינו המחזיק ובעל זכויות אף בחלקה 38 הודיעה הנתבעת על מחיקת ההודעה כנגד רשות הפיתוח כמו גם על הסכמתה לצרף את מר שדה כנתבע נוסף. חרף התנגדות התובעים לצירופו של מר שדה כנתבע, הורתה כב' השופטת מארק בהחלטה מיום 29.09.02 על צירופו של מר שדה כנתבע נוסף והלה הגיש כתב הגנה במועד שנקצב לו.

ייצויין כי הגם שמר שדה צורף כנתבע נוסף לתביעה, לא עתרו התובעים לתקן את כתב התביעה כמתחייב, זאת לנוכח עתירתם (סעיף 17 ד' לכתב התביעה) למתן כל סעד אחר כפי שייראה בעיני בית המשפט.

14. בד בבד עת הגשת כתב הגנה הגיש הנתבע תביעה שכנגד כנגד התובעים 1 ו-2 (להלן – "הנתבעים שכנגד") בה עתר לצוות על אלה האחרונים להימנע מפגיעה בצמחייה שבשטח הציבורי, בין בעצמם ובין באמצעות מי מטעמם.

15. הגם שלא מצאתי בתיק ביהמ"ש החלטה המורה על מחיקת ההודעה לצד ג' כנגד מר שדה, פטורים אנו מלדון בעתירה זו הואיל וזו נזנחה בסיכומי טענות הנתבעת [ר' לעניין זה ע"א 447/92 רוט נ' אינטקונוטיננטל קרדיט קורפריישן פ"ד מ"ט (2) 102]. לפתחינו מונחות, איפוא, התביעה העיקרית והתביעה שכנגד.

טענות הצדדים.

16. לטענת התובעים, על העירייה כרשות מקומית מוטלת האחריות והחובה להסיר את הצמחייה משטח המדרכה, זו הצומחת במדרכה עצמה וזו הגולשת אליה מן המקרקעין. בהימנעותה מעשות כן מפרה העירייה – כך לתובעים – חובה חקוקה בין היתר את הוראות פקודת העיריות (נוסח חדש) ותקנות התעבורה התשכ"א – 1961. עוד טענו התובעים כי העירייה במחדליה יוצרת הפרעה של ממש לשימוש הסביר של התובעים בבתייהם בין היתר בכך שהינה מאמצת את המטרד והמכשול, בידועין, תחת אשר תנקוט באמצעים הדרושים על מנת להסירו. לדברי התובעים, מחדלי הנתבעת כאמור גורמים להם נזק של ממש ומגבשים את העילה של מטרד ליחיד ואת עוולת הרשלנות.
17. מנגד טענה העירייה כי יש לסלק התביעה כנגדה על הסף מחמת העדר עילה ו/או העדר יריבות הואיל ואין היא בעלת הדין הנכונה והדרושה בתובענה. הגם שהמדובר בתביעה שעיקרה סכסוך שכנים, טיפלה העירייה בפניות התובעים באופן תקין ומקצועי ואף ביצעה סיורים ופגישות בשטח במעמד הצדדים, בניסיון לסיים הסיכסוך בדרכי נועם. העובדה כי טרם נתקבלה החלטה במוסדותיה בעניין נשוא התביעה אין בה כדי ללמד על העדר טיפול בפניות התובעים. לגופו של עניין טענה הנתבעת כי על פי חוק העזר לתל אביב יפו (שמירת הסדר והנקיון) התש"ב – 1980 (להלן – "חוק העזר") האחריות להסרת הצמחייה ולמניעת התפשטותה מוטלת על הבעלים ו/או המחזיקים של המקרקעין, שמתוך שטחם היא מתפשטת אל עבר שטח המדרכה. עם זאת, חרף העדר אחריות מצידה להסרת הצמחייה כאמור ולמרות עמדת העירייה כי הצמחייה אינה יוצרת מטרד או הפרעה כלשהי, שלחה העירייה בתאריך 02.06.02 לנתבע ולרשות הפתוח דרישה לגיזום הצמחייה כמתחייב מסעיף 5 לחוק העזר (ר' תע"צ נ/4).
18. בכתב הגנתו טען הנתבע כי דין התביעה להדחות מחמת התיישנות ו/או שיהוי ו/או ויתור באשר הצמחייה קיימת במקום משך עשרות בשנים, בלא שנטען ע"י מי מהתובעים טענת מטרד או כל טענה אחרת. עוד טען הנתבע כי התביעה הינה טורדנית וקנטרנית שכן הצמחייה אינה יוצרת מטרד או הפרעה כלשהי ומרבית תושבי הרחוב מתנגדים לפגיעה בה. במקום בו צומחת הצמחייה לא הייתה מעולם מדרכה ואף אין צורך אמיתי בה. הצמחייה בעלת ממדים קטנים וצומחת בשולי כיכר עגולה רחבת ידיים ואין היא מונעת מכלי רכב ומהולכי רגל מלנוע בחופשיות ובבטחה בכיכר. הנתבע טען עוד, כי הצמחייה מהווה פנינת טבע ייחודית הממלאת תפקיד חיוני בהגנה על המצוק מפני סחיפה, הרס ומפולת. לבסוף טען הנתבע כי לצמחייה חשיבות רבה לשימורו של אתר ההנצחה לזכר יצחק שדה ז"ל בהיותה חלק מגן הזיכרון באתר, ואף יוצרת חיץ טבעי בין הגן לרחוב, המבטיח שמירה על פרטיות אתר ההנצחה והגנה מפני אורחים לא רצויים.

19. בכתב התביעה שכנגד טוען התובע שכנגד כי הנתבעים שכנגד, עשו דין לעצמם ופגעו בצמחייה, בכוונת מכוון, ובכלל זה חיתוכה, הרעלתה, רמיסתה והתנגשות בה באמצעות כלי רכב.

במעשים אלה, מבצעים הנתבעים שכנגד עוולות של השגת גבול, מטרד, רשלנות והפרת חובה חקוקה ואף מהווים הם עבירה פלילית. בשל כל אלה עותר התובע שכנגד למתן צו אשר יורה לנתבעים שכנגד להימנע מכל פגיעה בצמחייה. את נזקיו הממוניים ביקש התובע שכנגד לתבוע בתביעה נפרדת ובשל כך עתר למתן רשות לפיצול סעדים.

20. בכתב ההגנה לתביעה שכנגד הכחישו הנתבעים שכנגד כאילו פגעו בצמחייה ואין צריך לומר שלא עשו זאת במתכוון ומתוך זדון.

עוד טענו הנתבעים שכנגד, כי הצמחייה מצוייה מחוץ לגבולות חלקה 10 ו-38, ברחוב ובמקום ציבורי, כך שלא נתקיימו יסודות העוולות המיוחסות להם. לבסוף טענו הנתבעים שכנגד כי אין לחייבם בהוצאות התובע שכנגד אשר משקיע מזמנו וממונו בטיפול מכשול ומטרד ברשות הרבים.

דיון ומסקנות.

21. מטענות הצדדים המפורטות לעיל עולה כי ארבע הן השאלות הצריכות הכרעה בתיק זה ואלו הן:

- א. ההוכח כי הצמחייה הגולשת מתוך חלקות 10 ו-38 לרשות הרבים, מהווה מטרד ליחיד או מפגע כטענת התובעים.
- ב. מה נפקות יש לטיפול צמח המלוח כחלק מגן הזיכרון והאם חיוני הוא ליציבות המצוק כטענת הנתבע.
- ג. האם מוטלת על העירייה חוב על פי דין להסרת הצמחייה, ואם כן האם הפרה חובתה.
- ד. האם – אם לאו – הוכחה התביעה שכנגד.

22. אקדים ואומר כבר מבראשית כי הלכה נודעת היא מימים ימימה שזכותו של הציבור להשתמש ברחוב ציבורי בכל אתר ואתר בלא שיופרע, ואל לו לפרט לנהוג ברחוב כרצונו תוך שלילת השימוש בו מן הציבור כולו. בע"א 187/52 הלפרין נ' עיריית תל אביב פ"ד ח' 219 קבע בית המשפט העליון כדברים האלה:

"זכות הציבור לשימוש ברחוב ציבורי קיימת לגבי כל זרת אדמה שבו ולכן נובעת הרשות להסרת מכשולים מעצם הימצאם ברחוב, אפילו לא הגיעו לממדים של מטרד ממש. פקודת העיריות מסמיכה את העירייה להסיר מכשול סתם ואינה מחייבת אותה לשקול באיזו מידה נגרם על ידי המכשול מטרד ציבורי במונח הטכני של המונח".

הנה כי כן, זכותו של הציבור להלך באורח חופשי ובטוח בכל אתר ואתר בדרך ציבורית בלא שיופרע על ידי מכשול בדרך, אשר יחסום המעבר בה.

בענייננו, אין חולק כי הצמחייה מצויה בשטח ציבורי. הנתבע הצהיר בריש גלי כדברים האלה: **"אני לא הכחשתי מעולם שהצמחייה נשוא המשפט נמצאת בשטח שהיא מחוץ לגבולות**

החלקה שנחשב לשטח ציבורי. אני מסכים שזה שטח ציבורי ואת ההגדרה היא דרך ציבורית...." (עמ' 2 לפרוטוקול מיום 21.07.04 שורות 3-5).

לא זו אף זו, בניגוד לטענת הנתבע בתצהירו (סעיף 6 לנ/7) כאילו במקום בו צומחת הצמחייה לא הייתה מעולם מדרכה, מחומר הראיות עולה ברורות כי הייתה גם הייתה כזו, אולם ברבות השנים הצמחייה כיסתה המדרכה כליל כך שנותרו אך אבני השפה. מהתצלום אשר צורף לתצהיר התובעת 4 (נספח לת/4) נראית בתה של זו האחרונה עומדת בסמוך לשער ביתה של משפחת שדה ובו נראית המדרכה אשר הייתה קיימת במקום. למעשה הנתבע עצמו בחקירתו הנגדית הודה – אם כי בשפה רפה – כי בעבר הייתה קיימת במקום מדרכה וכלשונו "..... אני לא יודע מה יש מתחת לצמחייה, הייתה שם מדרכה" (עמ' 3 לפרוטוקול מיום 21.07.04 שורה 24).

משהוכח כי שיח המלוח הגולש מן המקרקעין חוסם את הדרך הציבורית אשר שימשה מעבר להולכי רגל (ר' הגדרת מדרכה בסעיף 48 לחוק העזר) ברי כי הדבר מהווה מכשול בדרך ציבורית.

נראה, אפוא, על פני הדברים כי התובעים – כחלק מן הציבור – זכאים לכך שהמכשול יוסר אף אם זה אינו מגיע לכדי מטרד של ממש. ברם סבורני כי התובעים השכילו – מחד – להוכיח כי ההפרעה הנגרמת להם מקיומה של הצמחייה במדרכה הצפונית מגעת לכדי מטרד של ממש, ומאידך לא שוכנעתי כי קיים אינטרס לגיטימי בעל חשיבות חברתית רבה, המצדיק המשך קיומו של המטרד.

קיומו של מטרד ליחיד.

23. ייאמר מיד כי לא מצאתי ממש בטענת התובעים כי הצמחייה הגדלה והמיתמרת לגובה של 5 מטרים מעל פני הכביש, מסתירה וחוסמת את הנוף הנשקף מבתי התובעים לכיוון הים.

לא זו בלבד שבתי המשפט לא הכירו בפגיעה במראה הנוף מביתו של מחזיק כהפרעה העשויה לבסס תביעה בשל מטרד [ר' ע"א 255/59 תעשיית שעם דוד ושות בע"מ נ' אלרועי, פ"ד י"ד 177; ע"א 17/62 לטוביציקי נ. פלר פ"ד י"ז 287], אלא שנתברר במהלך שמיעת הראיות כי הצמחייה אינה חוסמת הנוף כלל ועיקר.

ע/ת 5/5 מר יצחק כהן בחקירתו הנגדית העיד כי "ביתי הוא נמוך מתחת לבית הנשקף בחלק השמאלי של הבניין" (פרוטוקול מיום 29.01.04 עמ' 20). ברי אפוא כי חסימת הנוף הנשקף מביתו של התובע 5 לא נגרמת בעטייה של הצמחייה. כך גם באשר לחסימת הנוף מביתם של התובעים 1+2. מהתצלום אשר צורף לתצהיר הנתבע (נספח ב' לנ/7) עולה ברורות כי בשל מיקום ביתם של התובעים 1+2 לא נשקף הנוף לים.

יתר על כן, מהביקור שערכתי במקום בהעדר הצדדים (בהתאם להסכמתם מראש) נוכחתי לדעת כי גם לכשתגזם הצמחייה הגולשת אל מחוץ לגבולות חלקה 10, הרי יכול וזו תגדל ותיתמר בתוככי החלקה לממדים גבוהים יותר ותחסום את נוף הים. הפועל היוצא מהאמור הוא כי הסרת הצמחייה הגולשת אל השטח הציבורי לא תמנע את הסתרת הנוף כך שאין מקום להתערבות שיפוטית בשל הפגיעה – שאינה קיימת – במראה הנוף.

24. לא כך אמורים הדברים באשר לטענת התובעים להיות הצמחייה מכשול ברשות הרבים. לבד מן העובדה המוכחת – אשר אינה שנויה במחלוקת – כי הצמחייה מונעת מעבר הולכי רגל במדרכה הצפונית, מצאתי כי קיומה של הצמחייה במדרכה מהווה מפגע בטיחותי ומקור לסכסוך שכנים מתמשך – הפרעות ומפגעים המגיעים לכדי מטריד של ממש. במה דברים אמורים.

סעיף 44 לפקודת הנזיקין מגדיר את העוולה של מטריד ליחיד בהאי לישנא "א) מטריד ליחיד הוא כשאדם מתנהל בעצמו או מנהל את עסקו או משתמש במקרקעין התפוסים על ידו באופן שיש בו הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין של אדם אחר או להנאה סבירה מהם בהתחשב עם מקומם וטיבם...."

מהוראת הסעיף האמור עולה כי שלשה הם יסודותיה של עוולת המטריד ליחיד שבהתקיימם קמה לתובע זכות תביעה בגין עוולה זו.

א. התנהגות או פעילות אקטיבית של הנתבע.
ב. פגיעה באינטרס התובע – קרי הפגיעה לשימוש סביר במקרקעין או הנאה סבירה מהם.

ג. הפרעה של ממש באינטרס המוגן של התובע.

[ראה: המלומד ד. קרצ'מר "מטרדים", בעריכת ג. טדסקי, עמ' 41].

ומן הכלל לנידון דידן. נראה לי כי בענייננו השכילו התובעים להוכיח התקיימותם של שלשת יסודותיה של עוולת המטריד.

פעילות אקטיבית של הנתבע.

25. אין חולק על כך כי מר שדה מגדל את צמח המלוח ומטפח אותו לממדים כאלה אשר בעטיים הצמח גולש מתוך המקרקעין אל עבר המדרכה ואף מטפח הצמחייה האחרת הגדלה מתוככי המדרכה.

פעילותו של מר שדה הינה פעילות אקטיבית אותה הוא מבצע בעצמו, כחלק מטיפוח הגן בחלקה 10, וכלשונו – "הצמחייה נשוא התביעה והתביעה שכנגד אינה צמחייה סתם כי אם המדובר בחלק חשוב ובלתי נפרד מאתר ההנצחה לזכרו של האלוף יצחק שדה".

משהצהיר הנתבע בפה מלא כי הוא ורעייתו מטפחים את הצמחייה הגולשת מחלקתו לרשות הרבים ואף הצדיק צמיחתה לממדיה כפי שהיא כיום, ברי כי נתקיים אף היסוד הנפשי הדרוש – אם זה דרוש – להיווצרותה של עוולת המטריד [ר' קרצ'מר, שם, עמ' 73].

מהות אינטרס התובעים במקרקעין.

26. מקובלת עלי הדיעה לפיה יש לפרש את השימושים וההנאות שאדם מפיק במקרקעין בצורה רחבה [קרצ'מר, שם, עמ' 54]. ברי כי מי אשר בנה ביתו בעמל ובאהבה, עניין רב לו

בהגנה על רכוש זה מפני פגיעה פיזית אבל גם מפני פגיעה אשר תגביל את יכולתו לשבת בקרקע בלי הפרעה לנוחותו, בטיחותו ובריאותו.

בענייננו מצאתי כי מניעת מעבר הולכי רגל, בדרך אשר נועדה לכך, לעבר המצוק ונוף היס הנשקף ממנו, מהווה פגיעה באינטרס לגיטימי של התובעים הגרים ברחוב.

והדברים קל וחומר. הפוגע בזיקת הנאה המעניקה זכות מעבר בשטח פרטי נמצא מעוול כלפי בעל הזכות וחס כלפיו בשל מטרה ליחיד, קל וחומר כשמדובר בהצבת מכשול בדרך ציבורית המהווה חלק מהרחוב בו אדם דר, המיועדת לשמור על בטיחותו.

כפי שהבהרנו לעיל התובעים, בהיותם חלק מן הציבור, זכאים להשתמש ברחוב בהיותו רשות הרבים, באופן חופשי ובלא כל הפרעה. במיוחד אמורים הדברים כאשר המדובר במדרכה אשר נועדה לשימושם של הולכי רגל.

מניעת השימוש האמור מהתובעים באמצעות טיפוח הצמחייה אל מחוץ לגבולות חלקת הנתבע, מהווה פגיעה באינטרס התובעים במקרקעין השייך לציבור כולו ולשימוש, לצרכי תנועה ומעבר.

מהות הפגיעה בתובעים.

27. היסוד השלישי הדרוש להיווצרותה של עוולת המטרד ליחיד הוא קיומה של הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין או הנאה סבירה מהם.

"ממשיות ההפרעה" "זו חייבת להיות מוחשית ולא קלת ערך, מהותית ולא חולפת" וסבירות ההנאה מן המקרקעין נבחנת על פי אמת מידה אובייקטיבית בהתחשב בטיב הנכסים והשימוש שנעשה בהם, הסביבה בה הם מצויים והחברה השוכנת בה [ראה: ע"א 44/76 אתא חברה לטקסטיל בע"מ נ' שורץ פ"ד ל (3) 785 בעמ' 795,796].

בענייננו טענו התובעים כי הצמחייה החוסמת את המעבר אשר נועד להולכי רגל פוגעת בהנאה הסבירה מהשטח הציבורי, מהווה מפגע תחבורתי ובטיחותי ומהווה מקום לסכסוך מתמשך רווי כעסים בין התובעים לנתבע.

נבחן טענות אלה אחת לאחת.

28. אקדים ואומר כי לא קיבלתי את עמדת המומחה מטעם התובעים מר אפרים וינהבר אשר קבע בחוות דעתו (כמוצג ת/1) כי עקב קיומה של הצמחייה ושאר המכשולים המצויים במקום מגבילים מאוד את אפשרות כלי רכב לבצע פניית פרסה בסובה וכי מרבית הנהגים נדרשים לתמרן אחורנית 2-3 פעמים על מנת לבצע הפנייה.

לעניין זה טוב מראה עיניים מהלך נפש.

בביקורי במקום נוכחתי לדעת כי רחבת הכיכר גדולה ולא השתכנעתי כי אין אפשרות לבצע סיבוב פרסה בכיכר בלא פגיעה במדרכה הצפונית, בקטע בו היא נחסמת כיום על ידי צמח המלוח.

מסקנה זו נובעת מניסיונות – חוזרים ונשנים – שנעשו במכוניתי וכולם נתבצעה פניית הפרסה במהלך אחד בלא צורך בנסיעה לאחור.

בהחלט ייתכנו מקרים בהם מכונית ארוכה במיוחד תאלץ לבצע תמרונים על מנת להסתובב בכיכר, אך אלה הם החריגים שאינם מצביעים על הכלל.

לא כך הם פני הדברים באשר למפגע הבטיחותי לו טוענים התובעים.

מצאתי כי קיומו של צמח המלוח הגולש אל המדרכה ומכסה אותה כליל מהווה סכנה מוחשית לשלום הציבור בכלל ולתובעים בפרט.

אני דוחה על הסף את קביעתו של המומחה מטעם הנתבע פרפי' מהללאל דוד (עה/3) אשר העיד כהאי לישנא: "החסימה כיום אינה מהווה סיכון ביטוחי (צ.ל. בטיחותי – ח.ט.), מכיוון שאני מצפה מכלי רכב שנמצאים שם לשים לב. אני לא רואה בכך סיכון שהולך רגל הולך בכביש. נהג שנוהג שם ויוצא מנקודת הנחה שהולך רגל לא הולך על המדרכה, אני מעדיף מצב שמראש לא הייתה מדרכה ברחוב הנדון אין מרסני מהירות, צריך לצפות מהנהג שיפעיל שיקול דעת נכון, שיהיה זהיר וידע שמדובר ברחוב מגורים ולא יפתח מהירות ברחוב הזה.... אני מצפה מהנהג שיבין באיזה סביבה הוא מתפקד ויתנהג כאילו יש שם מרסן מהירות" (פרוטוקול מיום 03.06.04 עד 34-33). לקרוא ולא להאמין.

האומנם סבור המומחה המכובד כי יש להפקיד את ביטחונם של הולכי רגל בידי האוחזים בהגה ולהסתמך על שיקול דעתם שידעו לנהוג במהירות נמוכה בהעדר תמרור המורה על היות הרחוב "רחוב משולב"? האומנם יש להשלים עם מצב שחיי הולכי הרגל יהיו תלויים בהרגלי הנהיגה של האוחזים בהגה? תמהני!

העובדה כי לא קיימים ברחוב מרסני מהירות ואין בנמצא תמרור המורה על הגבלת מהירות בו לזו המחויבת ב"רחוב משולב" (30 קמ"ש), היא הנותנת כי יש צורך אמיתי בקיומה של מדרכה בצד הצפוני של הרחוב זאת על מנת לשמור על ביטחונם של הולכי הרגל.

למעשה חזר בו – אם כי בשפה רפה – עה/3 והסכים כי "יתכן שברחוב זיכרון קדושים יפתיע רכב הולכי רגל. עלול לקרוא (צ.ל. "לקרות" – ח.ט.) שנהג יכול לסכן הולכי רגל". (שם, עמ' 34).

המסקנה המתבקשת מהאמור לעיל אחת היא: העדרה של מדרכה בצד הצפון מערבי של הרחוב עקב צמחייה המכסה אותה, גורמת להפרעה של ממש הואיל והיא מהווה סיכון בטיחותי להולכי רגל ובכלל אלה לתובעים.

30. בבדיקת חומרת ההפרעה מן הראוי לבחון את השפעותיה על חייהם של הסובלים ממנה קרי התובעים.

כאן המקום לפרוס את מערכת היחסים העכורה העולה מכתבי הטענות, מתצהירי העדים ועדותם.

התובע 1 מתאר בתצהירו כי בכל פעם שמשפחת שדה סברה כי פגוש רכבו נגע בשיח הנושק לכביש "במקרה כזה, מיד מוגשת כנגדי תלונה למשטרה ע"י משפחת שדה בעילה של היזק לרכוש במזיד ואני מוזמן לחקירה במשטרת יפו.... עד למועד הגשת כתב תביעה זה, הוגשו כנגדי למשטרה 11 תלונות בנושא זה.... ואני זומנתי למשטרה להיחקר, תחת אזהרה, שמונה פעם באותו העניין. במרבית הפעמים אף נעצרתי ושחררתי בערבות" (סעיפים ד' ו' לת/6).

כך גם עולה מתצהירו של מריוס גולדשטיין, קצין משטרה בדימוס, כי על רקע ההתנגשויות של בני הזוג לב (התובעים 1+2) בשיח, הוגשו תלונות רבות ונפתחו תיקי חקירה כנגד התובע 1. זה האחרון אף נעצר בשל החשש כי "הוא ואשתו מהווים אינם ממשי לשלומם וביטחונם של דיירי האזור ובמיוחד של בני הזוג שדה" (סעיף 5 לנ/6).

הדעת אינה סובלת מצב שצמחייה המהווה מפגע בטיחותי ברשות הרבים תגרום לסבל כה רב למתגוררים ברחוב, משל המדובר בחשדות לפגיעה מכוונת בנכס המצוי בשטח הפרטי של הנתבע.

הרחוב שייך לכלל הציבור וזכות בעלי הבתים כולם להינות מהשימוש בו במידה שווה. לא יעלה על הדעת כי שימוש במכונת בסובה על ידי מי מהתובעים יגרור אחריו תלונות למשטרה ולעיתים אף למעצר מיותר.

הסרתה של הצמחייה מרשות הרבים תמנע סיכון בטיחותי להולכי רגל ותעקור משורש את הסכסוך המתמשך בין התובעים לנתבע.

חשיבותה ו/או תועלתה של הצמחייה לכלל הציבור.

31. חרף היות הצמחייה מכשול בדרך וסיכון בטיחותי להולכי רגל טוען הנתבע כי קיימת חשיבות ציבורית רבה להמצאות הצמחייה ברשות הרבים, ובשל כך יש להעדיף את האינטרס הציבורי ולהותיר הצמחייה על מכונה (ראה: פרוטוקול מיום 21.7.04 עמ' 2). לטענת הנתבע לצמחייה חשיבות רבה לשימורו של אתר ההנצחה לזכר מפקד הפלמ"ח האלוף יצחק שדה ז"ל, בהיותה חלק מגן הזיכרון באתר.

עוד טען הנתבע כי "הצמחייה יוצרת חיץ טבעי בין גן הזיכרון לבין הרחוב ובכך היא

מגנה

עליו מפני חדירת אורחים לא רצויים. לא זו בלבד אלא שהוא (החיץ) מבטיח "שמירה על פרטיות אתר ההנצחה, ומונע מעוברי אורח להציץ פנימה" (ר' סעי' 25, 24 לנ/7). אומר על אתר, כי טענה זו האחרונה מוטב היה לו לא הייתה נשמעת כלל ועיקר. הגנה על פרטיות אתר ההנצחה, ככול שתהא בעל חשיבות ציבורית, אין בה כדי להכשיר פגיעה בביטחונם של הולכי הרגל ובכלל אלה התובעים.

יתר על כן, מחומר הראיות עולה כי קיימת במקום חלופה מתאימה היכולה ליתן מענה הולם לחציצה בין האתר לרחוב.

משהוצג לנתבע התצלום בו מופיעה בתה של התובעת 4 כשהיא עומדת ליד החומה החוצצת בין הגן לרחוב (נספח 7 לת/4) משיב מר שדה "החומה שאתה מתאר קבורה בתוך השיח והיא קיימת... החומה היום קיימת והיא קבורה בתוך השיח, אם נוריד את השיח החומה תישאר, ותחצוץ מהגן לדרך".

הנה כי כן, אין כל צורך בצמחייה הגדלה במדרכה ו/או הגולשת אליה מחלקה 10 על מנת שתהווה חיץ בין האתר לרחוב.

באשר להיות הצמחייה חלק מגן הזיכרון טען הנתבע כי הצמחייה נשוא התביעה מקורה בצמחים (שיח המלוח, עצי אשל וצמחים נוספים) ששתל אביו במו ידיו (סעיף 18 לנ/1). מנגד הציגו התובעים פרסומים (ת/12) אודות הגן, בהם נכתב כי יצחק שדה שתל בגן עצים, פרחים ודשא. כן הציגו התובעים תצלום אוויר (ת/10) בו נראית הסובה, שנה טרם פטירת האלוף שדה ז"ל, נקייה מצמחייה.

אף אם אניח כי הצמח נשתל על ידי מפקד הפלמ"ח, ברי כי שימורו של הגן לזכרו מוגבל לגבולותיה של החלקה.

יתר על כן, מחוות דעתה (ת/3) ומעדותה של המומחית מטעם התובעים האגרונומית זיוה חת עולה כי הצמחייה, בחלקה, צומחת מתוככי המדרכה (ר' פרוטוקול מיום 29.01.04 עמ' 15 שורה 13), כך שחלקו של הצמח המהווה מכשול ברשות הרבים, אין לו ולו שורש משותף עם הצמחייה הגדלה בתוך חלקה 10 אשר נשתלה על ידי האלוף שדה. הגם שאין חולק על חשיבותו הלאומית וערכו ההיסטורי והחינוכי של אתר ההנצחה לזכרו של מפקד הפלמ"ח, לא מצאתי כי הצמחייה הגדלה במדרכה ו/או החוסמת את המעבר בה, מהווה חלק מן האתר וכי הסרתה תפגום במשהו בגן הזיכרון.

32. לא קיבלתי אף את טענתו האחרת של הנתבע כי לצמחייה הגדלה ברשות הרבים חשיבות

ציבורית בכך שהיא מסייעת ליציבות שפת רכס המצוק ומונעת מפולת.

הנתבע סמך יתדותיו לעניין זה על חוות דעתו של ד"ר יעקב ניר, יועץ בגיאולוגיה ימית וחופית (נ/10), לפיה נופה ושורשה של הצמחייה מגנה על המצוק מפני הרוח והמליחות השוררים במקום, כמו גם מפני חלחול מים תת קרקעיים ועיליים הזורמים לעבר המצוק. דא עקא, שבחקירתו הנגדית הודה מר ניר כי בחוות דעתו התייחס לצמחייה שמעבר לסובה ואף הסכים לכך שהתקנת מדרכה מכוסה באספלט מהווה פתרון טוב יותר מבחינת המצוק וכלשונו **"כשאתה שואל אותי מה יותר בטוח למצוק, אם כיסוי באספלט או בצמחייה – אז אני אומר שמכסים זה ברור שזה יותר טוב מצמחייה אבל זה לא אותו דבר"** (פרוטוקול מיום 03.06.04 עמוד 38).

את שאמר המומחה מטעם הנתבע "בחצי פה", קבע המומחה מטעם התובעים – המהנדס אברהם שני – באופן נחרץ. בחוות דעתו קבע המהנדס שני כי **"יש הפרדה מוחלטת בין הסובה לבין המצוק וכל אשר נמצא על הסובה אינו יכול להשפיע על יציבות המצוק.... סילוק שיח המלוח מהסובה לא ייחשף ולו ס"מ אחד של המצוק"** (סעיף 4 לת/2). בחקירתו הנגדית עמד מר שני על דעתו ושב והעיד נחרצות – **"...מבחינת יציבותו של המצוק – לצמח אין שום קשר ליציבותו.... יש קיר המפריד בין הסובה לבין המדרון אין שום סיבה לשיח הנמצא מעבר לקיר הזה כי ישפיע על המדרון...."** (פרוטוקול מיום 29.01.04 עמ' 13).

נמצא, אפוא, כי לדעת שני המומחים הצמחייה הגדלה במדרכה אין בינה לבין יציבותו של המצוק ולא כלום. הסרתה של הצמחייה והתקנת מדרכה מכוסה אספלט, עשויה אף להועיל למניעת פגיעה במצוק.

33. המסקנה העולה מן האמור והמקובץ לעיל היא כי הוכחו יסודותיה של עוולת המטרד

ליחיד והנתבע נמצא מעוול כלפי התובעים בעוולה זו.

הואיל והנתבע לא השכיל להוכיח כי קיימת חשיבות ציבורית כלשהי לצמחייה המהווה מכשול ברשות הרבים, מן הדין להעתר לסעד המבוקש בתביעה ולהורות על הסרתה.

התיישנות שיהוי וויתור.

34. לא מצאתי ממש בטענת הנתבע כי יש לדחות התובענה מחמת התיישנות. משבאתי לכלל

מסקנה כי הצמחייה הגדלה ו/או המשתפלת מהמקרקעין אל המדרכה הצפונית מהווה מטרד לתובעים, עניין לנו בהפרעה ומכשול בדרך ציבורית המתחדשים מידי יום ביומו.

בנסיבות אלה ברי כי התביעה להסרתה של הצמחייה אינה מתיישנת (ראה גם סעיף 46 לפקודת הנזיקין).

כך גם אמורים הדברים באשר לטענת השיהוי ו/או הויתור. מחומר הראיות עולה כי התובעים או מי מהם פנו אל הנתבע עוד טרם הוגשה התביעה בדרישה להסרת השיח מן המדרכה.

וכך העידה עה/4 הגב' נסים "כשהמדרכה התחילה להתכסות כל הזמן פעלנו, כל הזמן משנת 61'. היינו ביחסי שכנות טובים איתם ותמיד הערנו להם יפה" (עמ' 16 לפרוטוקול מיום 29.01.04).

מעדות זו – אשר לא נסתרה – עולה כי משך שנים, עוד טרם הגיעה הצמחייה לממדיה כיום, סבלו השכנים מקיומה של הצמחייה ברם ניסו לפתור הבעיה בדרכי נועם מחוץ לכותלי ביהמ"ש.

כך או כך, לא מצאתי כי הוכחו טענות הויתור ו/או השיהוי ואלה נותרו בגדר טענות בעלמא.

אחריות העירייה.

רשלנות ומטרד ליחיד

35. ייאמר מיד כי אין אני מקבל את טענת התובעים לפיה העירייה התרשלה כלפיהם בכך שעצמה עיניה מראות, אימצה את המכשול והמטרד ודחתה פניותיהם בנימוקי סרק ובסחבת מכוונת.

סבורני כי לא הונחה תשתית ראייתית להוכחת התנהגות רשלנית מצד הנתבעת ו/או מי מעובדיה.

הגם שהתובעים פרשו בפני ביהמ"ש תכתובת ענפה של דיירי הרחוב עם מי מגורמי העירייה, מצאתי כי זו האחרונה פעלה באופן ראוי בנסיבות העניין, מתוך ניסיון למצות הליך של פשרה בין התובעים לנתבע.

במה דברים אמורים.

בתאריך 11.01.99 שיגר התובע 3 מכתב אל הלשכה לפניית הציבור בעירייה (נספח נ' לכתב התביעה) ובו דרישה להסרת הצמחייה אשר שתלו משפחת שדה, המסתירים את נוף הים.

לא זו בלבד שהעירייה לא התעלמה מפנייה זו אלא שבתאריך 21.03.99 – לאחר בדיקה בשטח – נשלח מענה לפונה מטעם מנהל המוקד העירוני ופניות הציבור (נספח ח' לכתב התביעה) בו נאמר כי המקום נמצא מטופח ומטופל ואין בכוונת העירייה לעקור הצמחייה.

כך גם אמורים הדברים באשר לפנייתו של התובע 5 במכתבו מיום 10.07.04 אל מנהל המחלקה לפניית הציבור של הנתבעת, בו נדרשה זו האחרונה לגזום לאלתר השיח הגדל בסובה בקצהו המערבי של הרחוב.

תגובת העירייה לא בוששה לבוא. במכתב מיום 19.07.01 נענה התובע 5 כי פנייתו מטופלת והיא הועברה לבדיקת הנוגעים בדבר (נספח י' לכתב התביעה).

יתר על כן, בכתב התביעה גופו טענו התובעים (סעיף 5,6 שבו) כי הנתבעת ערכה שני ביקורים במקום בנוכחות חלק מן התובעים, בימים 20.08.01 ו-19.11.04.

בתום הביקור הראשון הודיע עה/1 מר קרני, מנהל המחלקה לשיפור גנים ונוף בעירייה (להלן – "מר קרני"), לתובעים כי עליו לשמוע את טענותיהם של משפחת שדה טרם תנקוט העירייה בצעד כזה או אחר (ראה: סעיף 3 לנ/3).

חרף טענותיו של מר שדה בדבר החשיבות הציבורית של הצמחייה, הבהיר מר קרני לנתבע כי בהיות הצמחייה פולשת אל עבר השטח הציבורי, קיימת סבירות גבוהה כי ייאלץ לגזום אותה בהיותה מכשול ברשות הרבים (סעיף 4 לנ/3).

הגם שהניסיון הראשון להביא את הצדדים לידי פשרה לא צלח, יזמה העירייה ביקור נוסף במקום במעמד הצדדים, אך גם ביקור זה לא הביא לידי הסדר שיאה מקובל על דעת שני הצדדים (ר' סעיף 7 לנ/3).

הנה כי כן, העירייה לא התעלמה כלל ועיקר מתלונות התובעים. זו האחרונה ניסתה באמצעות עובדיה למצוא נוסחה אשר תביא הסכסוך לידי גמר, בנועם ועל דרך הפשרה.

אין אני מוצא פסול בהתנהגות העירייה אשר בקשה למצות תחילה את דרך הפשרה טרם תנקוט בפעולה אקטיבית להסרת המכשול בהתאם לסמכותה על פי הדין. לעניין זה מקובלת עלי עדות מר קרני בתשובה לשאלת ביהמ"ש באמרו "**אנחנו מסירים מפגע שמהווה מטריד בשטח ציבורי, אבל כאן יש נוסטלגיה מצד אחד ומצד שני חשבנו ליישב העניין בפשרה בין השכנים, בעזרת שירותיה הטובים של העירייה**" (פרוטוקול מיום 03.06.04 עמי 30 שורה 6).

חרף העובדה כי לדעת מר קרני השיח הגדל במדרכה מהווה מכשול ברשות הרבים ויש להסירו (שם, עמ' 31 שורה 16), לא מצאתי כי הניסיונות שנעשו על ידי העירייה על מנת למצות הליך של פשרה בין הצדדים, מהווה "עצימת עיניים" ו/או התעלמות מדעת מקיומו של המכשול ברשות הרבים.

הפועל היוצא מן האמור לעיל הוא כי התובעים לא השכילו להוכיח שהעירייה או מי מעובדיה פעלו באופן בלתי סביר בבדיקת תלונותיהם, בהתחשב בנסיבות מקרה זה.

36. משבאתי לכלל מסקנה כי העירייה לא התעלמה מפניות התובעים באשר לקיומה של הצמחייה המהווה מכשול ברשות הרבים, ממילא אין לייחס לה ביצועה של עוולת המטרד ליחיד.

אין חולק על כך כי העירייה לא פעלה באופן אקטיבי ליצירתו של המכשול וכי זה האחרון נוצר באופן אקטיבי על ידי הנתבע.

משלא מצאתי כי הנתבעת "עצמה עיניה" מקיומו של המכשול ברי כי אין מקום לקבוע כי זו האחרונה "אימצה את המכשול" באופן שיש ליחס לה ביצועה של עוולת המטרד ליחיד כלפי התובעים [ראה לעניין זה: ד. קרצ'מר, שם, עמ' 48].

אני דוחה, אפוא, את טענת התובעים כאילו הנתבעת עוולה כלפיהם בעוולת המטרד ליחיד.

הפרת חובה חקוקה.

37. לא כך אמורים הדברים באשר לטענת התובעים לפיה הנתבעת הפרה את הוראות פקודת העיריות (נוסח חדש) ואת הוראות חוק העזר, ובכך קמה להם עילת תביעה כנגדה בעוולת הפרת חובה חקוקה.
סבורני כי בעניין זה הדין עם התובעים.

38. אני דוחה על הסף את טענת ב"כ הנתבעת בסיכומי טענותיו כי אין מוטלת על העירייה החובה על פי הדין להסיר צמחים ולפקח על צמיחתם של שיחים מרשות היחיד לרשות הרבים.

חובתה של העירייה לדאוג למעבר חופשי וללא מכשולים ברחובותיה איננה מוטלת בספק. סעיף 235 לפקודת העיריות, בפרק הדין ב"חובותיה של העירייה" קובע לאמור –
"בעניין רחובות תעשה העירייה פעולות אלה... (3) תמנע ותסיר מכשולים והסגת גבול ברחוב".

בית המשפט העליון פסק מקדמא דנא: "סעיף 235 לפקודת העיריות מראה בעליל כי העירייה היא הגוף אשר עליו הטיל המחוקק את האחריות להחזקת הרחובות הציבוריים ומשום כך מסר לה גם את הסמכות, תוך כדי מילוי חובתה זו, למנוע הסגת גבול, ולהסיר מכשולים ומפגעים הגורעים מהנאת הציבור. במוסרו לעירייה סמכות זו, לא יצר המחוקק כל זכות חדשה, אלא רק העניק לה את הסמכות לייצג את הציבור בשמירה על זכויותיו הקיימות ברשות הרבים" [ע"א 187/82 הלפרין נ. עיריית תל אביב פ"ד ח' 219].

להיקף חובתה של הרשות המקומית בכל הנוגע למניעת מכשולים והסרתם ולהסגת גבול "ברחוב" נדרש הנשיא (בדימוס) שמגר ברע"פ 6795/93 אגדי נ' מדינת ישראל פ"ד מח (1) 705 בקובעו כי "...החובה למנוע מכשולים שיש בהם כדי ליצור סיכון לעוברים ושבים "ברחוב" כהגדרתו בפקודת הפרשנות [נוסח חדש], היא כללית וחלה על כל רחוב. מניעת הסכנה לאדם ולרכוש העולה מן המכשול, במקום בו עובר הציבור, ניצבת בראש דאגתם של המחוקק ושל העירייה שהוסמכה על ידיו" (שם עמ' 709).

הנה כי כן, על העירייה מוטלת חובה מכח החוק להסיר כל מכשול והסגת גבול על מנת לאפשר מעבר חופשי ובטוח לתושבים ולבאים בשעריה, בשטחים הציבוריים או כאלה המוגדרים כציבוריים.

אין אפוא, שחר לטענת ב"כ הנתבעת כי אין מוטלת על העירייה חובה על פי הדין להסיר מכשול ברשות הרבים שמקורו ברשות היחיד. המחוקק לא הבחין בין מכשול המצוי בדרך ציבורית לזה הגולש אליה משטח שהינו בבעלות פרטית.

טענת ב"כ הנתבעת בסיכומי טענותיו (סעיפים 10 ו-15) כי החובה להסרת המפגע הינה של הנתבע כבעל ואו כמחזיק במקרקעין מהם גולשת הצמחייה אל המדרכה "ולא של העירייה מכוח תפקידה כרשות מקומית" – אין לה על מה שתסמוך.

אכן, על פי סעיף 39 (ב) לחוק העזר – שעניינו "מכשול ברחוב" – רשאי ראש העירייה לדרוש מכל אדם, להסיר מכשול אשר הוא או מי מטעמו יצר ברשות הרבים, ברם סעיף 44 לחוק העזר קובע כי לראש העיר הסמכות לסלק "כל דבר הנמצא ברחוב בניגוד לסעיף 39", אף אם מקורו של המכשול הוא מרשותו של הפרט.

הפועל היוצא מהאמור הוא כי על העירייה מוטלת חובה שבחוק להסיר המפגע אשר נוצר כתוצאה מגלישת שיח המלוח מתוך חלקות 10 ו-38 אל המדרכה.

39. חרף חובת העירייה להסיר את שיח המלוח מן המדרכה, זו האחרונה נמנעה מעשות כן. אין חולק כי עמדת העירייה עובר להגשת התביעה דן הייתה כי הצמחייה אינה יוצרת מטרד או הפרעה לתובעים ובשל כך נמנעה מלהפעיל סמכותה להסרתו של השיח (ראה סעיף 15 לסיכומי הנתבעת), ובגין כך נאלצו התובעים לעתור לביהמ"ש לקבלת סעד להסרת הצמחייה.

רק בעקבות הגשת התביעה (02.05.02) מצאה העירייה לנכון לשגר לנתבע ולרשות הפיתוח הודעה ובה דרישה לגזום את ענפי העצים והשיחים הגולשים לעבר המדרכה (ראה: נספחים א' ו- ב' לנ/4 מיום 02.06.02).

הגם שב"כ הנתבעת הצהיר חזור והצהר במהלך שמיעת הראיות כי העירייה תכבד כל החלטה שתיתן על ידי ביהמ"ש, אין בהצהרה זו כדי להסיר מהעירייה את האחריות להסרת הצמחייה בהתאם לחובתה על פי הדין.

משהטיל המחוקק על העירייה את החובה לאפשר לתושבים ולאלה הבאים בשעריה שימוש חופשי ומעבר בטוח ברשות הרבים, שומה היה על הנתבעת להפעיל סמכותה – חובתה, ולהסיר הצמחייה המהווה מכשול, הפרעה ומטרד לתובעים.

40. לא קיבלתי את טענת ב"כ הנתבעת בסיכומי טענותיו כי התובעים לא הוכיחו קיומו של נזק אשר נגרם להם כתוצאה משיח המלוח (סעיף 8 סיפא לסיכומים).

סעיף 2 לפקודת הנוזיקין מגדיר "נזק" מהו. "אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם טוב או חיסור מהם, וכל אובדן או חיסור כיוצא באלה".

על אי הנוחות המגעת לכדי הפרעה ממשית הנגרמת לתובעים מקיומו של שיח המלוח עמדתי בהרחבה בפרק בו דנתי בעוולת המטרד.

ברם על אי נוחות נוספת הנגרמת לתובעים מהצמחייה הגולשת לרשות הרבים ניתן ללמוד מתצהיריהם ועדותיהם של התובעים, מהם עולה כי הנתבע מגן על הצמחייה באמצעות מצלמת וידאו המוצבת בחלקה 10 ומצלמת משך שעות ארוכות את אותו השיח והכיכר באופן המהווה הטרדה ופגיעה בפרטיותם.

לו הייתה העירייה מפעילה את סמכותה ומסירה את הצמחייה לאלתר ברי כי הייתה נמנעת מן התובעים אי הנוחות וההפרעה דלעיל.

41. מן המפורט לעיל עולה כי התובעים השכילו להוכיח קיומם של ארבעת יסודותיה של עוולת הפרת חובה חקוקה הקבועים בסעיף 63 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש].

משלא מילאה הנתבעת את חובתה ולא הסירה את המכשול – הלוא הוא שיח המלוח – המונע מעבר במדרכה, הפרה חובה זו כלפי התובעים והינם זכאים לסעד המבוקש על ידם בגין הפרת חובה זו [ראה: סעיף 63 (ב) לפקודת הנוזיקין. וראה גם ע. שירה, **הפרת חובה חקוקה**, בעריכת ג. טדסקי, עמ' 29].

התביעה שכנגד.

42. משבאתי לכלל מסקנה כי שיח המלוח והצמחייה האחרת "הגולשת" מחלקות 10 ו- 38 אל המדרכה, מהווה הפרעה, מכשול ומטרד לתובעים ויש להסירה, ברי כי אין להיעתר לסעד המבוקש בתביעה שכנגד קרי לצוות על הנתבעים שכנגד להימנע מכל פגיעה בצמחייה. משתוסר הצמחייה נשוא התביעה ממילא – בהעדרה – לא תהא פגיעה בה. ברם למעלה מן הצריך אומר כי לא מצאתי ממש בתביעה שכנגד לגופה ודינה להידחות. בתביעתו סומך התובע שכנגד יתדותיו על כך שהנתבעים שכנגד גרמו היזק בזדון לרכושו תוך ביצוע עוולת של הסגת גבול במקרקעין, מטרד ליחיד ולציבור. לא זו בלבד שלא הוכח כי הנתבעים שכנגד גרמו לצמחייה נזק כלשהו ובוודאי שלא הוכח "נזק בנדון", אלא שנתברר כי הצמחייה מצויה בשטח הציבורי מחוץ לגבולות חלקות 10 ו- 38 ובכך נשמט הבסיס תחת רגלי התביעה שכנגד. הכיצד תיתכן ביצועה של עוולה בגין הסגת גבול ו/או מטרד כאשר הצמחייה מהווה מכשול ברשות הרבים השייך לציבור כולו? תמהני!

סוף דבר.

43. נוכח כל האמור לעיל אני מקבל את התביעה בעיקרה ודוחה את התביעה שכנגד. אני מוצא כי הנתבע חב כלפי התובעים בגין עוולת המטרד והנתבעת חבה כלפי התובעים בגין עוולה של הפרת חובה חקוקה. לא מצאתי כי התנהגות העירייה, בנסיבות העניין, עלתה כדי התרשלות וממילא אין לייחס לה ביצועה של עוולת המטרד ליחיד. הגם שמצאתי כי הנתבעת עוולה כלפי התובעים בכך שלא מילאה חובתה כלפיהם עובר להגשת התביעה, ברי כי המעוול העיקרי כלפי התובעים הינו הנתבע אשר יצר את המכשול ברשות הרבים וסירב במפגיע להסירו, כולו או חלקו. כאן המקום לציין כי ביהמ"ש יצא מגדרו על מנת להביא את הצדדים להסדר פשרה לפיה תוסר חלק מן הצמחייה באופן שהמדרכה תגלה ולו באופן חלקי. למרבה הצער הנתבע סירב להסדר שיהא בו כדי לסיים הסכסוך כולו בדרכי נועם ובדרך הפשרה, כך שלא היה מנוס ש"הדין יקוב את ההר". היות הנתבע האחראי העיקרי ליצירת המטרד ודרך התנהלותו בתיק זה, נלקחו בחשבון בקביעת גבוה ההוצאות והשיעור בו ישא כל אחד מן הנתבעים בהן.

44. אני קובע אפוא כדלקמן:

- א. הנני מורה לנתבע 2 לבצע את הפעולות שלהלן תוך 60 יום מהיום:
- (1) להסיר את שיח המלוח והצמחים האחרים מעל פני המדרכה אשר בקצה רחוב קדושים ת"א, אלה הצומחים מתוכה ואלה הגולשים אליה, מחלקה 10 בגוש 7225 – כך שהמדרכה כולה תיחשף.
 - (2) לגזום את שיח המלוח הצומח בחלקה 38 בגוש 7225 זאת עד לגובה המעקה שבקצה המערבי של הרחוב, באופן שלא יגלוש לעבר המדרכה.

- ב. היה והנתבע לא יבצע את המצווה בסעיף א' לעיל בפרק הזמן האמור, הנני מורה לנתבעת 1 למלא אחר הצו האמור, לביצוע תוך 90 יום מהיום.
- ג. אני מחייב הנתבעים לשלם לתובעים הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין בסכום כולל של 20,000 ₪ כולל מע"מ בהתאם לחלוקה הבאה.
הנתבעת 1 תשלם לתובעים סך של 6,000 ₪.
הנתבע 2 ישלם לתובעים סך של 14,000 ₪.
היה והסכום הנ"ל לא ישולם תוך 30 יום מהיום, יתווספו עליו הפרשי הצמדה וריבית חוקית מהיום ועד התשלום המלא בפועל.

המזכירות תשלח עותק מפסק הדין לב"כ הצדדים - בדואר.

ניתן היום כ"ד באדר ב', תשס"ה (4 באפריל 2005) בלשכתי, בהעדר הצדדים.

טובי חיים - שופט

קלדנית: אורנה עוזרי