

בפני כבוד השופט חיים טובי
קבוע להגשת סיכומים



1 התובע
הנתבע שכנגד 1

1. שמעון לב

2 התובעת
הנתבעת שכנגד 2

2. מיכל יקל

3 התובע

3. נסים נסים

4 התובעת

4. ציפורה נסים

5 התובע

5. יצחק כהן

כולם ע"י ב"כ עו"ד י. בוכבינדר
מרח' מודליאני 14, תל-אביב
טלפון: 03-6910049 פקס: 03-6953964

- נ ג ד -

1 הנתבעת

1. עיריית תל-אביב

ע"י ב"כ עו"ד א. שרקון
מרח' שד"ל 8, תל-אביב
טלפון: 5662808, פקס: 5662801

2 הנתבע
התובע שכנגד

2. יורם שדה, ת.ז. 008516734
ע"י ב"כ עוה"ד שמואל ליאור ו/או גדי בר-און
שמענס ברח' היצירה 3 (בית ש.א.פ.), רמת-גן 52521
טלפון: 03-6134436, פקס: 03-6134463

סיכומים מטעם הנתבע 2 והתובע שכנגד

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד (מיום 21.7.04), מוגשים בזה הסיכומים מטעם הנתבע 2 והתובע שכנגד, מר יורם שדה.

גדי בר-און, עו"ד
ב"כ הנתבע 2 והתובע שכנגד

1. מן העובדות הפשוטות והברורות, כפי שהוכחו לבית המשפט הנכבד במהלך הדיון, וכפי שיוכח בהן בית המשפט הנכבד במו עיניו בעת שיקיים את הסיוך במקום, עולה בבירור, כי אין כל הצדקה להסיר את הצמחיה נשוא התביעה (להלן: "הצמחיה"). ההיפך הוא הנכון: יש לדאוג להמשך שימורה במתכונתה הנוכחית באמצעות ציווי כמבוקש בכתב התביעה שכנגד. להלן יפורטו בהרחבה הנימוקים לדחיית התביעה (וכפועל יוצא מכך, גם לקבלת התביעה שכנגד).

עמדת עיריית תל-אביב שלא להסיר את הצמחיה היא סבירה ואין כל עילה להתערב בה

2. הוכח במשפט, כי עד למועד הגשת התביעה היתה לעיריית תל-אביב עמדה ברורה ביחס לצמחיה, הצומחת בשטח שבאחריותה, ולפיה הצמחיה אינה יוצרת כל הפרעה או מיטרד, ואין מקום להסירה. ראו: 1/נ, 2/נ. עמדה זו, אשר גובשה לאחר בדיקה של מכלול היבטי העניין, והמתיישבת גם עם מכתבו של ראש העירייה מר שלמה להט (נספח ז' לתצהיר מר שדה), עם תמיכתה של העירייה בגן יצחק שדה לאורך השנים, ועם הסיוכים הנערכים מטעמה של העירייה באתר ההנצחה (ראו להלן), היא עמדה נכונה, מוצדקת וסבירה, ואין מקום להתערב בה או לשנותה (וראו להלן).

3. בהקשר זה חשוב לציין, כי אין לראות בדו"ח הפקח מטעם האגף לשיפור פני העיר (מיום 2.6.02) משום שינוי במדיניותה של עיריית תל-אביב ביחס לצמחיה. בראש וראשונה, המדובר בגורם זוטר, שהוכח כי אינו בקי כלל ועיקר במכלול השיקולים הנוגעים לצמחיה (ראו בתחתית עמ' 32).

יתר על כן: הוכח במשפט, כי הצמחיה קיימת עשרות שנים, ובמתכונתה הנוכחית לפחות 15 שנים (!) (די לשם כך לעיין בתצלום האוויר מיום 9.9.87, אשר צורף לתצהיר מר שדה כנספח י; וראו גם סעיף 32 לתצהיר מר שדה; סעיף 7 לתצהיר גב' נעמי כהן; סעיף 5 לתצהיר מר סגל).

והנה, הפעם הראשונה בה האגף לשיפור פני העיר מסר דו"ח למר שדה ולממ"י בגין הצמחיה, היתה יום אחד בלבד לפני המועד בו היה על העירייה להגיש את כתב הגנתה בתביעה. ואמנם, לכתב ההגנה (מיום 3.6.02) צורף העתק דו"ח הפקח מן היום הקודם בניסיון להתמודד עם הטענות שבכתב התביעה. הדו"ח אף היווה בסיס להודעות לצד שלישי שהגישה העירייה באותו מועד כנגד מושאי הדו"חות (מר שדה וממ"י), אף זאת בניסיון להתמודד עם התביעה.

ברור אפוא, כי הדו"ח הראשון שניתן אי פעם כנגד מר שדה (מאת פקח ותיק, העובד בתחום כל העיר תל-אביב יפו כבר 30 שנה – ע' 32) לא היה אלא תגובה נמהרת לכתב התביעה שהוגש נגד העירייה, בגדר ניסיון להתמודד עם הטענות לפיהן העירייה לא התייחסה לתלונות התובעים, ובהחלט לא נקיטת עמדה רצינית ומחושבת. לפיכך, אין לראות בכך שינוי המדיניות.

יצוין, כי לא רק הפקח, אלא גם העד שהחליטה העירייה להביא מטעמה בתיק זה, מר קרני, כלל לא הכיר את הרקע המיוחד של המקום, והוא הודה כי נודע לו לראשונה בשנת 2003 (בעת ביקור כבי השופטת ניב במקום), כי המדובר בגן הזיכרון ליצחק שדה!!! (ע' 31).

4. כידוע, הכלל הוא שאין בית המשפט מחליף את שיקול דעת הרשות המינהלית בשיקול דעתו, זולת אם חרגה הרשות המינהלית ממיתחם הסבירות, וכי בית המשפט יפעיל ריסון שיפוטי בטרם התערבות בהחלטותיה של הרשות המינהלית. בכל הכבוד הראוי, במקרה דנן לא חרגה עיריית תל-אביב ממיתחם הסבירות כשהחליטה שוב ושוב על אי הסרת הצמחיה, ולפיכך אין מקום כי בית המשפט הנכבד יתערב בעמדה זו.

להלן נראה, כי ההחלטה שלא לפגוע בצמחיה היא ההחלטה הסבירה היחידה בנסיבות העניין, כך שברור, בבחינת קל וחומר, שאין כל מקום לקבל את התביעה להסיר את הצמחיה.

בחינת מכלול האינטרסים והשיקולים מוליכה למסקנה חד משמעית כי אין להסיר את הצמחיה

5. להלן נבחן את מכלול האינטרסים הקשורים בהסרתה ובאי הסרתה של הצמחיה, ונראה כי משקלם של האינטרסים עליהם מסתמכים התובעים הינו זניח, אם בכלל, בעוד האינטרסים שבשמירת הצמחיה במתכונתה הנוכחית הינם בעלי משקל מכריע. בנסיבות אלה, נוטה האיזון שבין מכלול האינטרסים באופן ברור וחד משמעי לטובת אי הסרת הצמחיה.

6. התובעים הצביעו על כמה נימוקים, אשר לשיטתם מצדיקים הסרת הצמחיה: ראשית, הנימוק התחבורתי והצורך הבטיחותי במדרכה; שנית, הנימוק בדבר "מיטרד"; שלישית, הנימוק הציבורי ("תפיסת חזקה בשטח ציבורי"); ורביעית, הנימוק של "מקור לסכסוך שכנים". להלן נתייחס לכל אחד מן הנימוקים בנפרד, ונראה כי המדובר בנימוקי סרק נעדרי כל משקל של ממש.

7. הנימוק התחבורתי והצורך הבטיחותי במדרכה –

הוכח במשפט, כי במקום שבו צומחת הצמחיה אין כל צורך אמיתי במדרכה. ואמנם, כפי שייזכר בית המשפט הנכבד במו עיניו בעת הסיור במקום, הצמחיה צומחת בקצהו של רחוב קטן ללא מוצא, בצידה הצפוני של סובה ענקית שקוטרה כ- 16 מטרים (ראו גם מר וינהבר, עמ' 9 ש' 7), במקום שבו קיים שדה ראייה רחב ביותר (מר וינהבר, ע' 9 ש' 20), והמשמש מכוניות אך ורק לסיבוב על מנת לצאת מן הרחוב.

קרי, המדובר במקום שבו תנועה דלילה ביותר של מכוניות (מר וינהבר, עמ' 9 ש' 14), הנוסעות במהירות נמוכה מאוד (מר וינהבר, עמ' 9 ש' 19), כאשר לרשותן עומדת סובה בהיקף רחב ביותר ותנאי נהיגה אופטימליים. הצורך הבטיחותי במדרכה בנסיבות אלה אינו קיים כלל.

8. ואמנם, מסקנה זו מתבקשת מן העובדות שהוכחו למעלה מכל ספק במשפט:

א. כפי שהוכח במשפט, הסובה "המסוכנת", שסביבה "חייבת" להיות מדרכה, שימשה בעיקר למשחקים של ילדי הרחוב, למדורות ל"ג בעומר (גבי ניסים, ע' 16 ש' 24), ואפילו מסיבת חתונה וחופה נערכה שם בשנת 1996!! (ראו: נספח א לתצהיר מר שדה; גבי ניסים בע' 16 ש' 26). מה עוד צריך על מנת להמחיש את האבסורד שבטיעון ה"בטיחותי"?

ב. יתר על כן: התובע 1 עצמו דרש ממר שדה בכתב "לאפשר לילדים כולל התאומים לשחק כדורגל במורד הרחוב" (נספח יז לתצהיר מר שדה, בסעיף 6 לרשימת "הדרישות")!

עינינו הרואות: אותו אדם, שזועק בקולי קולות נגד ה"סכנה" שיוצרת הצמחיה, המאלצת כביכול את הילדים ללכת ב"כביש מסוכן", הוא-הוא האיש, שדרש לאפשר לילדים לשחק ברחבה זו כדורגל. הכיצד ניתן אפוא להתייחס ברצינות לטענתו, כי העדר המדרכה "מסכן" את הילדים, כאשר הוא עצמו דרש בתוקף לאפשר להם לשחק בסובה? לעניין זה ראו גם עדות גבי ניסים, ולפיה גם נכדיה משחקים בחופשיות בסובה (ע' 16 ש' 25).

ג. אין פלא אפוא, כי אפילו מומחה התחבורה מטעם התובעים, מר וינהבר, העיד כי "אני לא רואה מפגע להולכי רגל" (ע' 9 ש' 10).

ד. האמור מקבל משנה חיזוק מן הראיות שהובאו בדבר השימוש, או ליתר דיוק, העדר השימוש, במדרכה שהוקמה לפני שנים אחדות בחלקה הדרומי של הסובה (למשל, סעיף 7 לתצהיר מר שדה, סעיף 8 לתצהיר גבי נעמי כהן, סעיף 7 לתצהיר מר סגל).

בית המשפט הנכבד, שיבקר במקום, יבחין בוודאי בנקל, כי הנטייה הטבעית של אדם המגיע לסובה ומבקש להתקדם לכיוון מערב הינה לרדת מן המדרכה וללכת בקו ישר, ולא להלך בצמוד לשולי הסובה על גבי המדרכה שבצד דרום.

המדרכה במקום זה הינה אפוא מיותרת לגמרי, ובודאי שאין בה כל צורך בטיחותי/תחבורתי.

9. אם לא די בכל האמור לעיל, יש להעמיד דברים על דיוקם. במקום שבו צומחת הצמחיה (פרט לשני המטרים הראשונים ממערב לשער בית משפחת שדה) מעולם לא היתה מדרכה. גבי ניסים עצמה נאלצה להודות בחקירתה הנגדית, כי היו במקום אבני שפה, אך מדרכה סלולה לא היתה שם ("היא לא היתה מרוצפת, רק לפני שנתיים או שלוש עשו חלק מהמדרכה אספלט" - ע' 16 ש' 6-7, וכן בעמ' 16 ש' 20).

יוצא אפוא, כי אין עסקינן בתביעה "להשבת המצב לקדמותו", כמבוקש בתביעה, כי אם בתביעה חדשה, שיש לבחון את ההיגיון ואת הסבירות שבה בטרם נענים לה.

10. על חוסר ההיגיון שבטענה ה"בטיחותית" עמד אפילו מר וינהבר, שאישר כי חל איסור שהחלק האחורי של פגוש הרכב המתמרן יפלוש לשטח המדרכה (ע' 9 ש' 24). בכך סתר מר וינהבר את טענתו העיקרית ולפיה "אני רואה מפגע למסתובבים במכוניות" (ע' 9 ש' 10), שהרי גם אם תוקם במקום מדרכה, עדיין יעמוד לרשות המכוניות המסתובבות בדיוק אותו שטח העומד לרשות כיום, שכן המדרכה אינה מיועדת לצרכי תימרון המכוניות.

לא למותר לציין, כי בהמשך עדותו ציין מר וינהבר בהגינותו, כי קיימות במקום בעיות נוספות ואחרות לחלוטין, כגון מכוניות החונות בשולי הסובה, ועמודים המוצבים שם (ע' 10 ש' 18, עמ' 10 ש' 20, וכן בעמ' 9 ש' 27 לעניין הסיבה לאי היכולת לבצע פניית פרסה רצופה). דא עקא, שמר וינהבר לא הצליח לבודד את מרכיב הצמחיה, ולהראות כי הסרתה תפתור בעיה בטיחותית כלשהי. ההיפך הוא הנכון: מר וינהבר אפילו הודה, כי "אם הצמחיה לא מכסה את האספלט אז אין בעיה של המכוניות להסתובב ברצף אחד" (ע' 10 ש' 20-21). והלא זה בדיוק המצב: הצמחיה כלל אינה חורגת לתוך האספלט.

11. הנימוק בדבר קיומו של "מיטרד" –

במשפט הובר, כי הטענה כאילו הצמחיה יוצרת "מיטרד ליחיד" הינה טענת סרק. הצמחיה מרוחקת כמה עשרות מטרים ממקרקעיהם של התובעים, ומשום כך אינה יכולה להיחשב בשום אופן כמפריעה להנאתם ממקרקעיהם (יתרה מזאת, לאחרונה ממש מכר התובע 5 מר כהן, שמעולם לא התגורר ברחוב, את ביתו ברחוב זכרון קדושים).

12. חשוב להדגיש, כי בסיכומיהם, בפרק הדן ב"מיטרד ליחיד", זנחו התובעים את הטענה כאילו הצמחיה מסתירה להם את הנוף לים, ולא חזרו עליה, ולא בכדי.

ראשית, הסתרת חלק מן הנוף לים כלל אינה כשלעצמה בגדר "מיטרד ליחיד". כידוע, אחד מיסודות עולת המיטרד ליחיד הינו קיומו של **נזק מסוג מיוחד**, קרי "הפרעה של ממש" (ראו: סעיף 44(א) לפקודת הנוזיקין (נוסח חדש), התשכ"ח-1968; טדסקי, דיני הנוזיקין תורת הנוזיקין הכללית, עמ' 175 פסקה 116(ג)). במקרה דנן, לא הוכחה כל "הפרעה של ממש", אפילו תתקבל הטענה (הבלתי נכונה), כי הצמחיה מסתירה במשהו את הנוף.

שנית, הוכחו בבירור ובאופן פוזיטיבי כל אלה:

א. התובעים כלל אינם יכולים לראות את הצמחיה מביתם (ראו התצלום שצורף כנספח ג' לתצהיר מר שדה; סעיף 10 לתצהיר מר שדה; עדות מר כהן בע' 20 ש' 22-23; עדות מר לב בע' 25: "את הבית לא רואים בתצלום, רק את הגג");

ב. התובעים מעולם לא העלו כל טרזנייה כנגד צמחים אחרים הצומחים מול אפס ממש ומסתירים באמת את הנוף לים (ראו: סעיף 10 לתצהיר מר שדה);

ג. עומד לרשות התובעים נוף פתוח לים מצד אחר של ביתם (לכיוון דרום), כך שלא נגרמת להם כל הפרעה אמיתית (סעיף 10 לתצהיר מר שדה);

ד. אם יתעקשו התובעים לעמוד דווקא במקום שממנו ניתן לראות את הצמחיה, כגון על גג ביתם, הרי גם אז הצמחיה לא תסתיר להם כלל את הנוף והם יוכלו לראות את הנוף מעליה, וזאת בשל הפרש הגבהים הרב שבין הגג לבין הצמחיה, כמו גם בשל העובדה כי הרחוב בנוי בשיפוע חד לכיוון הים.

13. ברור אפוא, כי הטענה בדבר קיומו של מיטרד נופלת מתוך עצמה.

14. הנימוק הציבורי ("תפיסת חזקה בשטח ציבורי") –

עוד בטרם נבחן טיעון זה לגופו נזכיר, כי עניין לנו בתביעה אזרחית, ולא בהליך מינהלי. התובעים אינם רשאים אפוא לבוא לבית המשפט הנכבד בטענות "ציבוריות" וכמייצגי אינטרס הציבור, כי אם אך ורק כמי שנפגעים בעצמם ובאופן אישי.

וידגש: היה בידי התובעים לפעול גם בהליך המינהלי, דוגמת הגשת עתירה מינהלית כנגד עיריית תל-אביב. ראו: סעיפים 2 ו-15 לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 ופרט 8 לתוספת הראשונה לחוק, שכותרתו "רשויות מקומיות", והמתייחס ל"החלטה של רשות מקומית". ואולם, התובעים בחרו שלא לפעול במסלול מינהלי, ואין הם יכולים להישמע כיום בטענות שמקומן אך ורק בבית המשפט לעניינים מינהליים, אם בכלל.

15. זאת ועוד: הנימוק ה"ציבורי" נשמע תמוה (בלשון המעטה!) כשהוא בא מפיהם של מי שמודים בפה מלא, כי הם עצמם השתלטו על שטחים ציבוריים שמאחורי ביתם, גידרו אותם, בנו בהם, והציבו בהם פריטים ובהם ספסלים כבדים ואף מסלעות (ראו פירוט בסעיף 35(ג) להלן).

16. יתר על כן: הוכח במשפט, כי התובעים אכן אינם מייצגים אלא את עצמם, ובהחלט לא את הציבור. ואמנם, מרבית תושבי הרחוב (או בעלי בתים ברחוב), שכמה מהם אף טרחו למסור תצהיר עדות ראשית, תומכים בהשארת הצמחיה במתכונתה הקיימת (ראו: תצהירי מר סגל וגבי נעמי כהן, וכן נספח ד' לתצהיר מר שדה).

17. ולגופו של עניין: שלא כמעשי התובעים, אשר גידרו ו/או השתלטו על שטח ציבורי לשימוש עבור עצמם בלבד, אין הצמחיה מגדילה ולו בסנטימטר את השטח הפרטי העומד לרשות משפ' שדה.

אין חולק, כי הצמחיה צומחת בגבול שבין מקרקעיו של מר שדה לבין הרחוב, ואינה משמשת לשם הרחבת חלקתו של מר שדה.

18. כל חטאו של מר שדה הינו כי הוא מטפח צמחיה, המתפשטת כבר עשרות שנים באופן טבעי (ואשר הגיעה לממדיה הסופיים, באשר כיום היא מוקפת אספלט מכל עבריה).
- הצמחיה מוסיפה נוי לרחוב והינה מקור הנאה לכלל הציבור, ובהחלט לאו דווקא למר שדה, ואין כל הבדל בינה לבין העצים והצמחים שנטעת ושותלת העירייה בשטחים ציבוריים אחרים, דוגמת רחובות וגנים.
19. כאן המקום להדגיש, כי העירייה אכן מוסמכת להשתמש בשטח ציבורי שייעודו "רחוב" גם לגינון, כעולה בעליל מחוק העזר לתל-אביב-יפו (שמירת הסדר והניקיון), התש"ס-1980, שהעתקו צורף לכתב ההגנה מטעם העירייה.
- ואמנם, המונח "רחוב" מוגדר בסעיף ההגדרות שבחוק העזר כ"דרך, נתיב להולכי רגל.... כיכר או גן...". והמונח "גן" מוגדר כ"גן ציבורי, חורשה או שדרה וכל מקום אחר ברחוב שצמחים צומחים בו, בין שהוא גדור ובין שאינו גדור".
20. יתר על כן, התובעים מצידם כלל לא הוכיחו, כי קיימת מניעה חוקית או תכנונית כלשהי לקיומה של הצמחיה במקום בו היא נמצאת. לאור ההגדרה בחוק העזר הנ"ל היו התובעים חייבים להוכיח באופן פוזיטיבי, כי אכן הצמחיה אינה תואמת את המצב התכנוני, ואולם, בנטל זה המוטל עליהם הם לא עמדו. אגב, העובדה שבתשריט מסוים מצוינת בקו אבן השפה, שאמנם קיימת שם, המפרידה בין הסובה לבין השטח המגוון, בהחלט אינה הוכחה ליעוד התכנוני של השטח כמדרכה דווקא.
21. מן האמור לעיל ברור, כי גם הנימוק ה"ציבורי" אינו יכול להועיל לתובעים.
22. הנימוק של "מקור לסכסוך שכנים" –
- בכל הכבוד הראוי, נימוק זה הוא המופרך מכל הנימוקים שבהם משתמשים התובעים. מופרכותו ברורה כבר מן העובדה, כי המקור האמיתי והיחיד לסכסוך הינו הפגיעות המכוונות והחוזרות ונשנות של בני הזוג לב בצמחיה.
- ברור לחלוטין, כי התלונות במשטרה כנגד בני הזוג לב אינן ולא היו תלונות סרק.
- יתר על כן, אם אמנם עשרות הפגיעות בצמחיה באמצעות הרכב הן "בלתי נמנעות" ו"בטעות", כטענת מר לב ואשתו, הכיצד זה לא הוגשה מעולם כל תלונה נגד שום אדם אחר זולת מר לב ואשתו? והכיצד זה שום אדם אחר לא פגע ברכבו מעולם בצמחיה (כולל מר נסים המתגורר ברחוב עשרות שנים, כעדותה של אשתו בעמ' 18 ש' 21)? והכיצד זה הצליח לפתע מר לב לחדול מן הפגיעות ה"בלתי נמנעות" לאחר שהוזהר על ידי המשטרה (בתחתית ע' 25)? וכיצד בדיוק הצליחו בני הזוג לב להימנע תמיד מפגיעה בכלי הרכב שהוצבו להגנה על הצמחיה (עדות מר לב בע' 27 ש' 13), הגם שרדיוס הסיבוב שעמד לרשותם הוקטן בהרבה עקב כך?
23. נימוק זה שבו משתמשים התובעים הינו אפוא זעקתו של הקוזאק הנגזל, ויש בו ניסיון שקוף להפוך סיבה ומסובב, שהרי בני הזוג לב הם שגורמים במעשיהם הרעים והפליליים להגשת התלונות במשטרה, ולא להיפך!
- משכך, ברור כי בפנינו ניסיון נואש של התובעים לנטרל במשהו את הצילומים החד משמעיים כפי שנקלטו בעדשת מסרטת הוידאו, כמו גם את עדותה הברורה של גבי נעמי כהן בתצהירה אודות ההתנגשויות המכוונות בצמחיה ואודות שבירת שיח המלוח על ידי גבי יקל, ואת העובדה שאין להקל בה ראש, ולפיה גבי יקל עומדת לדין על מעשיה הפליליים כנגד הצמחיה (ראו: תחילת עדות גבי יקל בע' 29).
- לעניין זה הננו להפנות את בית המשפט הנכבד במיוחד לקטע בקלטת, אשר בו נראה בבירור רכבם של בני הזוג לב מבצע סיבוב בסובה מבלי להתקרב אפילו כדי 3 מטרים לצמחיה (וגם מבלי לעלות על המדרכה שבצד הדרומי של הסובה...). כן ראו את עשרות הפגיעות בצמחיה המתועדות בקלטת, ושנעשו בעליל במכוון ואף בהתרסה.
24. זאת ועוד: הוכח במשפט, כי מר שדה עשה כל שלאיל ידו על מנת להימנע מהגשת תלונות במשטרה, ואף הודיע שוב ושוב על נכונותו לבטל את התלונות כנגד התחייבות של מר לב ואשתו להימנע מהמשך מעשיהם המכוונים (ראו גם נספחים יז, יז2 לתצהיר מר שדה). ואולם, דבריו נפלו על אוזניים ערלות, ובני הזוג לב סירבו בתוקף להתחייב כי יפסיקו לפגוע בצמחיה!
25. טענות התובעים כנגד מר שדה, על כך שנאלץ להציב מסרטת וידאו כאמצעי הגנה עצמית מובהק, ועל כך שנאלץ לפנות למשטרה על מנת להגן על הצמחיה מפני מעשי אלימות בלתי

חוקיים, הן בגדר אבסורד מוחלט, ובוודאי שמתקיימת בהן המימרה "הפוסל במומו פוסל". לא הצמחיה היא הבעיה, כי אם אלה הפוגעים בה בכוונה תחילה!

26. מכל מקום, אין בטענות התובעים בהקשר זה כל עילה להתערבות בית המשפט הנכבד, שכן כפי שמודה מר לב עצמו, מאז הזהירה אותו המשטרה הוא נמנע מלפגוע בצמחיה (ואמנם, מאותו מועד מתייחדת הפגיעה בצמחיה לגבי לב בלבד).

יוצא אפוא, כי הואיל וקיימת בידי התובעים, לפי דבריהם הם, האפשרות להימנע מפגיעה בצמחיה, אין הצדקה או עילה להסירה מן הטעם של "מקור לסכסוך שכנים".

27. כאן המקום להדגיש, כי בני הזוג לב חזרו בהם מן הטענה המרכזית שלהם, ולפיה הם "נאלצו" כביכול להתנגד לצמחיה בגלל התלונות שהגיש נגדם מר שדה במשטרה. ואמנם, הוכח במשפט שמכתבי התלונה כנגד הצמחיה החלו עוד בשנת 1999, קרי לפחות שנתיים בטרם הוגשה התלונה הראשונה למשטרה!!!

28. די באמור עד כה על מנת להביא לדחיית התביעה, שכן כפי שהראינו, לבד מטענות סרק טכניות-פורמליסטיות, לא קיים כל נימוק מהותי, ענייני וראוי לשמו המצדיק מתן צו להסיר את הצמחיה.

מסקנה זו מקבלת משנה תוקף כאשר בוחנים את הנסיבות הרלבנטיות הנוספות, הממחישות היטב את חשיבותה הציבורית הרבה של הצמחיה, ואת הצורך להגן עליה ולהימנע מלפגוע בה.

חשיבותה של הצמחיה

29. אין חולק, כי הצמחיה צומחת בחזית הבית בו התגורר מפקד הפלמ"ח, האלוף יצחק שדה. מר שדה העיד גם (ועדותו לא נסתרה), כי הצמחיה התפשטה מתוך הגן שנטע אביו במו ידיו, ויתרה מכך: כי מקורה בצמחים שנטע האלוף שדה עצמו. יוער, כי הצמחיה התפשטה מתוך גן יצחק שדה אל עבר השטח הציבורי באופן טבעי, ולא נשתלה שם על ידי מר שדה (בתחתית ע' 5 לעדות מר שדה, ס' 5 לתצ' מר סגל).

זאת ועוד: הבית והגן מהווים אתר הנצחה לאומי ומוכר להנצחת זכרו ומורשתו של האלוף שדה, ומתקיימים בו כל השנים ביקורים וסיורים מודרכים של הציבור הרחב ללא תשלום (התשלום היחיד משולם עבור ההדרכה וישירות לגוף המארגן, ולא למר שדה).

על הערך ההיסטורי של המקום, ובכלל זה ערכה של הצמחיה כחלק אינטגרלי מן האתר, ראו ת/12, כמו גם נספחים ו, 11-31 לתצהיר מר שדה (מכתבי משרד הביטחון, המועצה לשימור אתרים, עמותת דור הפלמ"ח, עמותת אהלי פלמ"ח, המרכז להכרת תל-אביב).

30. יתר על כן: עיריית תל-אביב עצמה, באמצעות העמותה לתיירות שלה, מקיימת באתר סיורים מודרכים, ואף מסייעת למשפחת שדה בייעוץ גנני כבר עשרות שנים.

ברור אפוא, כי רק גורם, המכיר את האתר, יכול להעריך נכונה את משמעותה ההיסטורית והציבורית של הצמחיה ואת חשיבותה, ולא להתייחס אליה (כפי שעשו הפקח והעד מטעם העירייה) בצורה חד מימדית לחלוטין כאל "צמחיה הפולשת לרחוב ומהווה מכשול לרבים".

31. הצמחיה מהווה אפוא חלק אינטגרלי (לא במובן הקנייני אלא במובן של שימור מורשת יצחק שדה) מאתר ההנצחה, ופגיעה בה פירושה פגיעה באתר, שממנו נהנים מדי שנה מאות מבקרים.

משום כך, פגיעה בצמחיה משמעה פגיעה בציבור בכלל, ולא רק במשפחת שדה, המקיימת מפעל חיים לטובת הציבור ולשם הנצחת מפקד הפלמ"ח ללא כל תמורה או סיוע כלכלי של ממש.

32. כאמור, בעדויות שהובאו מטעם מר שדה הובהר, כי הצמחיה מקורה בצמחים ששתל יצחק שדה עצמו, ומשום כך חשיבות שימורה וטיפוחה. עוד הובהר, כי הצמחיה מהווה את חזית בית יצחק שדה, ומשום כך חשיבותה לאופיו של הגן כגן אותנטי-היסטורי, לאווירה השורה בו ולהנאת המבקרים ממנו, וכן להגנה על הגן מפני פולשים ומפני מציצים למיניהם. הוכח, כי הצמחיה אף תורמת להגנה על המצוק ולחיוזוקו. ראו עדויות מר שדה, מר דני קרוון (חתן פרס ישראל), מר יוסי גולדברג (המדריך מטעם עיריית תל-אביב), ד"ר יעקב ניר, מר יוסף סגל.

אין כל צידוק לעקור נטוע, ולמחות צמחיה נדירה, המבלבלת לתפארת בתנאי אקלים קשים ביותר בסמוך לחוף הים התיכון. במיוחד אמורים הדברים בהתחשב בכך, שהצמחיה קיימת כבר עשרות שנים, ובמתכונת הנוכחית לפחות כ- 15 שנים (ראו אפילו עדות מר לב בראש ע' 28, וכן

ההפניות בסעיף 3 דלעיל), והסרתה תפגע פגיעה מיותרת בתכלית באתר בעל ערך לאומי, היסטורי, תיירותי ואסתטי (מה גם שכאמור, לצמחיה עצמה יש ערך אמיתי משל עצמה).

33. התוצאה מכל האמור לעיל היא, שקיים אינטרס ציבורי מובהק וראשון במעלה שלא להסיר את הצמחיה של האתר ההיסטורי, אשר גובר על האינטרס ה"ציבורי" במדרכה עליו נסמכים התובעים, ואשר הלכה למעשה אינו קיים כלל.

מניעות, חוסר תום לב וחוסר ניקיון כפיים

34. לנימוקים לגופו של עניין אשר פורטו לעיל, והמחייבים דחיית התביעה, יש להוסיף גם שיקולי צדק ויושר, המובילים אף הם למסקנה כי דין התביעה להידחות. במיוחד אמורים הדברים בהתחשב בכך, שבפנינו תביעה אזרחית-פרטית, ולא תביעה ציבורית, כמפורט לעיל.

35. להלן נסקור בקצרה כמה עובדות (נוסף על אלה שפורטו כבר, כגון בסעיפים 8(ב), 24 דלעיל) שבית המשפט הנכבד מתבקש להביא בחשבון בטרם יחליט להושיט סעד לתובעים:

א. הוכח, שהתביעה נועדה כל כולה "לחסל חשבונות" עם מר שדה, ואין לה ולא כלום עם סבל או נזק שנגרמים כביכול לתובעים.

ואמנם, אילו הוטרדו התובעים באמת ובתמים ממפגעי בטיחות חמורים וממחסור במדרכה בסמוך לביתם, היו ודאי מרימים קול זעקה כנגד המפגע הבטיחותי החמור שבסמוך מאוד לביתם, ברחוב בת-ים בקטע שבין רחוב זכרון קדושים לבין הים (ובית המשפט הנכבד מוזמן להיווכח בכך בעצמו בעת הביקור במקום). ראו סעיף 13 ונספח ה' לתצהיר מר שדה.

במקום האמור לא קיימת מדרכה, הגם שרחוב בת-ים הוא רחוב צר, המשמש כעורק תחבורה, ובו נוסעות מכוניות במהירות גבוהה יחסית לכיוון חוף הים. יודגש, כי רחוב בת-ים משמש את תושבי רחוב זכרון קדושים, ובכלל זה את התובעים, על מנת לרדת לחוף הים הסמוך (עדות גבי ניסים, ע' 17 ש' 8: "הם הולכים דרך הכביש הראשי").

והנה, למרבה הפלא, חרף פניות חוזרות ונשנות של התובעים לעירייה בקשר לצמחיה, הם לא מצאו לנכון לפנות ולו פעם אחת בקשר למפגע זה (למשל, גבי ניסים, ע' 17 ש' 10).

ב. זאת ועוד: הוכח במשפט, שהתביעה הנוכחית הינה רק חוליה אחת בשרשרת של התנכלויות של התובעים למר שדה, שכללה הפצת מכתבים שונים לאינספור גופים ורשויות, ובהן דרישות לנקיטת פעולות נגד מר שדה ונגד גן יצחק שדה (ראו נספח טז לתצהיר מר שדה), ואף דברי דיבה שונים (התנצלותו של אחד התובעים, מר ניסים, צורפה לתצהיר מר שדה כנספח טו3, ומכתב דיבה לדוגמה צורף כנספח טו2); הטרדת סיורים (סעיף 50 (ה) ונספח כב לתצהיר מר שדה), ועוד.

למרבה הפלא, החלה שרשרת ההתנכלויות בסמוך מאוד למועד הגשת התנגדותו של מר שדה לתוכניות הבניה (הבלתי חוקיות) של מר כהן (ע' 19 ש' 25 ואילך, נספח יד לתצהיר מר שדה). קודם לכן, היה מר שדה מיודד מאוד עם מר לב (שבין היתר אף הקדיש לו את ספרו בחודש ספטמבר 1998 – נספח יג לתצהיר מר שדה), ואף שוחח בידידות כמה פעמים גם עם מר כהן (עדות מר כהן, עמ' 19 ש' 20).

לא למותר לציין, כי התובעים לא הצליחו לנפק כל הסבר ראוי לשמו ל"מקורות" שבסמיכות הזמנים דלעיל...

ג. התובעים עצמם משתלטים, על פי הודאתם, על שטחים ציבוריים הסמוכים לביתם (בני הזוג לב בנו קירות לא חוקיים, גידרו שטח שמאחורי ביתם, גיננו אותו והציבו בו מסלעות: מר לב בראש עמ' 26, גבי ניסים בע' 17 ש' 18-16; בני הזוג ניסים הציבו ספסלי קבע על המדרכה בכניסה לביתם – ע' 17 ש' 12; וראו נספח יא לתצהיר מר שדה). לא למותר לשוב ולהזכיר, כי אלה האנשים הזועקים מרה כנגד "השתלטות" מר שדה על שטח ציבורי... דומה, כי אין גבול לציניויות ולחוצפה.

ד. בני הזוג לב ניסו לעשות דין לעצמם, ואף לייתר את הצורך בהליך המשפטי הנוכחי, כאשר נטלו את החוק לידיהם, ופגעו פעם אחר פעם, במכוון ובברוטליות, בצמחיה במטרה לגרום למותה ולהציק למר שדה. מי שעושה דין לעצמו, ומבצע עבירות פליליות, אינו יכול לצפות שבית המשפט יושיט לו סעד. היענות לתביעה אף תהווה מתן פרס לאלימות ולביריונות.

ה. התובעים נקטו בהליך בלתי כשר, בכך שלא צירפו את מר שדה כנתבע בתביעתם, כמי שעלול להיפגע, הגם שידעו בבירור כי הצמחיה מקופחת על ידו ומשמשת כחזית ביתו.

בדיעבד הסתבר, כי התובעים לא היו רחוקים מלהצליח ב"תרגיל" שנקטו: העירייה העדיפה להותיר את ההכרעה בתיק לשיקול דעת בית המשפט הנכבד, ואלמלא קיבל מר שדה את דו"ח הפקח ביום 2.6.02, הוא לא היה יודע כלל אודות קיומו של ההליך המשפטי. סביר להניח, כי במקרה כזה היה ניתן לתובעים בקלות ובמהירות כל מבוקשם, ללא התנגדות של ממש מצד העירייה, ומבלי שלמר שדה היה יומו בבית המשפט.

יצוין עוד, כי התובעים נמנעו גם מלציין בכתב התביעה, כי הצמחיה נשוא תביעתם הינה צמחיה ותיקה שמקורה באתר לאומי היסטורי, ובכך ניסו להטעות את בית המשפט.

36. המסקנה המתבקשת מן האמור לעיל ברורה ביותר: התובעים מנועים ומושקפים מלטעון כנגד הצמחיה, והם אינם זכאים כלל לסעד מבית המשפט הנכבד. בית המשפט הנכבד מתבקש אפוא שלא להיענות לתביעה משוללת תום לב, ולתובעים שאינם נקיי כפיים.

התיישנות, ויתור, שיהוי

37. אם לא די בכל הנימוקים כמפורט לעיל, נראה להלן כי דין התביעה להידחות גם מנימוקי סף. ואמנם, כפי שהוכח במשפט, הצמחיה קיימת במתכונתה הנוכחית לפחות מסוף שנות ה-80. ראו סעיף 3 לעיל. חרף עובדה זו, נמנעו התובעים מלפעול נגדה לכל הפחות עד שנת 1999, ונמנעו מהגשת תביעה לבית המשפט הנכבד עד שנת 2002.

38. בהתנהגותם האמורה גילו התובעים את דעתם, כי הצמחיה אינה מפריעה להם באמת ובתמים, וכי אם וככל שהיא בכלל מפריעה להם, הם מחלו על ההפרעה האמורה. בנסיבות אלה גם אין לקבל את טענתם, כאילו התנגדותם לצמחיה נובעת ממניעים ענייניים.

39. בית המשפט הנכבד מתבקש להביא בחשבון גם את השנים הארוכות בהן קיימת הצמחיה במתכונתה הנוכחית מבלי שאיש פצה פה, את הציפיות הלגיטימיות של מר שדה, ואת ההשקעות הרבות שהשקיע בצמחיה ובטיפוחה כחלק מטיפוח האתר הפתוח לציבור (ראו גם בסעיף 53 לתצהירו). התוצאה היא, כי איזון האינטרסים נוטה בבירור כנגד כל פגיעה בצמחיה.

40. בהתחשב בנסיבות כמתואר לעיל, התביעה גם התיישנה, וגם מטעם זה דינה להידחות.

41. הערות לסיום ולהשלמת התמונה:

א. בהחלט אין מתקיימות במקרה דנן יסודות העוולות עליהם נסמכים התובעים - מיטרד ליחיד, רשלנות והפרת חובה חקוקה. במיוחד יודגש, כי עוולות הרשלנות והפרת חובה חקוקה הן "עוולות מסגרת", שיש לצקת בהן תוכן בהתאם לנסיבות כל מקרה לגופו. בהתחשב במכלול העובדות והנסיבות כמתואר לעיל - אין שום הצדקה להפעיל את שיקול הדעת השיפוטי ולקבוע כי העירייה נהגה שלא כדין וביצעה עוולה בהימנעותה מהסרת הצמחיה. על אי קיומו של מיטרד ליחיד במקרה דנן עמדנו בהרחבה לעיל.

ב. לעניין החומה הקבורה בתוך הצמחיה והאמור בסעיף ד בעמ' 7 לסיכומי התובעים יצוין, כי מרבית חומת הגן בהחלט איננה קיימת כיום, ולמעשה כבר מסוף שנות ה-50 (גבי ניסים: "הגדר היתה אבני כורכר, פעם משאית הפילה את זה" - ע' 16 ש' 10-11; סעיף 5 לתצהיר מר יוסף סגל; ע' 3 ש' 1 ו-9 לעדות מר שדה). בית המשפט הנכבד מוזמן להיווכח בכך מתוך הבית בעת הביקור במקום.

ג. לעניין הנימוק הגיאולוגי יצוין, כי עד התביעה מר שני לא טרח כלל לבחון מקרוב את המצוק בחלקו המתמוטט, קרי מבית משפחת שדה (ע' 11 ש' 21) ומצידו התחתון הקרוב לים (ע' 12 ש' 2). מר שני אף העיד על עובדות משנת 1949, עליהן הוא ביסס את חוות דעתו (עמ' 11 ש' 24), הגם שהודה כי התוודע לראשונה למצוק לצורך הכנת חוות דעתו. זאת בניגוד לד"ר ניר (הגיאולוג מטעם מר שדה), המכיר את המצוק כבר שנים רבות.

42. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על דחיית התביעה ועל קבלת התביעה שכנגד.

עוד מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את התובעים כולם, ובאופן מיוחד ומובדל את הנתבעים שכנגד, בתשלום הוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד בצירוף מע"מ כחוק.

גדי בר-און, עו"ד

ב"פ הנתבע 2 והתובע שכנגד