

7/9/04 (ק"ר)

התובעים:

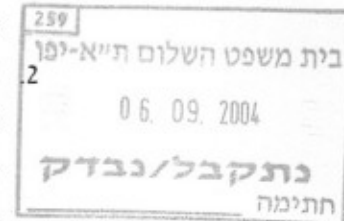
1. שמעון לב
2. מיכל יקל
3. נסים (אורי) נסים
4. ציפורה נסים
5. יצחק כהן

ע"י ב"כ עוה"ד יצחק בוכבינדר
רח' מודיליאני 14, ת"א 64687
טל' 6910049 פקס 6953964

נגד

הנתבעים:

1. עיריית תל אביב - יפו
ע"י ב"כ עוה"ד אילן שרקון ואח'
רח' שד"ל 8, ת"א 65786
טל' 5662808 פקס 5662801
יורם שדה
ע"י ב"כ עוה"ד גדי בר-און ואח'
רח' היצירה 3, ר"ג 52521
טל' 6134436 פקס 6134463



סיכומים מטעם התובעים

בית המשפט מתבקש לתת צווים כמבוקש בכתב התביעה שבכותרת ובנוסף לחייב את הנתבעים, ביחד ולחוד, בהוצאות משפט ובשכ"ט עו"ד בתוספת מע"מ, וזאת מהנימוקים המפורטים להלן:

מבוא

1. כתב התביעה הוגש ביום 2.5.02 כנגד הנתבעת 1 (להלן: "העירייה"). בכתב התביעה, התבקש בית המשפט להורות לעירייה להסיר את שיח המלוח וצמחים אחרים מעל פני המדרכה בחלק הצפוני של הכיכר אשר בקצה רח' זיכרון קדושים, ת"א (להלן: "הצמחייה" ו- "המדרכה" בהתאמה), לתקן ולשקם את המדרכה במקום ולבצע כל פעולה אשר כתוצאה ממנה לא תשוב הצמחייה לכסות את המדרכה ולא תמנע מעבר של הולכי רגל במקום.

לטענת התובעים, הצמחייה מבטלת את המדרכה במקום, מהווה מכשול ומקור לסכנה בטיחותית, לרבות סכנת שריפה, מסתירה את נוף הים הייחודי לשכונה, מהווה מקור למטרד ולהפרעה של ממש לשימוש הסביר בביתם ולהנאה הסבירה ממנו ומקור לסכסוך שכנים שלא לצורך.

התובעים ביססו את תביעתם על שלוש עילות תביעה מרכזיות - הפרת חובה חקוקה, רשלנות ומטרד ליחיד.

2. כתב התביעה הוגש כנגד העירייה לאחר שבמשך למעלה משלוש וחצי שנים (התיעוד הראשון לפניית התובעים הוא מיום 11.1.99 - נספח ז' לכתב התביעה) פנו התובעים פעמים רבות אל גורמים שונים בעירייה בבקשה כי זו תפעל על פי סמכותה ותסיר את הצמחייה מעל פני המדרכה אך העירייה נקטה בסחבת בלתי סבירה ובלתי מוסברת, לא טיפלה באופן מיידי בהסרת המפגע, דחתה את התובעים פעמים רבות בהלך ושוב ובנימוקי סרק עד שלבסוף לא נותרה בידי התובעים הברירה אלא לפנות לבית המשפט.

3. להפתעת התובעים, ביום 2.6.02, יום אחד לפני הגשת כתב הגנתה, ולאחר שבמשך שנים רבות לא נעשה דבר מהותי בנושא, שלחה סוף סוף העירייה אל השטח את מפקח חוקי העזר מטעמה מר צמח אהרוני אשר בדק ורשם שתי הודעות/ דרישות לבעלים של חלקות 10 ו-38 הסמוכות לכיכר לפי חוק עזר לתל אביב-יפו (שמירת הסדר והניקיון), התש"ס - 1980 (נ/4).
- בהודעה אל מינהל מקרקעי ישראל, הבעלים של חלקה 38 בגוש 7115, רשם "ענפי עצים ושיחים הגדלים בשטח הרחוב. הצמחייה סבוכה חוסמת מסגרת שטח הרחוב במדרכה ובמגרש הסמוך אליו ומהווים מכשול לרבים" ובהודעה לנתבע 1 (להלן: "שדה"), הבעלים של חלקה 10 בגוש 7115, רשם "ענפי עצים ושיחים הגדלים בחצר הבית בולטים לרחוב מעל המדרכה ועליה ומהווים מכשול לרבים".
- בסעיף הדרישה, רשם המפקח צמח בהודעה למינהל מקרקעי ישראל "לגזום ענפי העצים והשיחים הגדלים ברחוב ובמגרש, לנקות השטחים ולסלק האשפה, למניעת מכשול ברשות הרבים" ובהודעה לשדה רשם, "לגזום ענפי העצים ושיחים הבולטים לרחוב מעל המדרכה ועליה למניעת מכשול לרבים".
4. בנוסף, שלחה העירייה לשדה ולמינהל מקרקעי ישראל הודעת צד ג' וטענה, בסעיף 4 (ד) להודעה, כי היא רואה את הצמחייה כמפגע אך, לטענתה, האחריות להסיר את המפגע חלה על הבעלים של החלקות הסמוכות.
- מאוחר יותר, לאחר שהתברר לעירייה ולבית המשפט כי המחזיק בפועל בחלקה 38 הוא שדה, ולא מינהל מקרקעי ישראל, נמחקה בהסכמה ההודעה לצד ג' כנגד מינהל מקרקעי ישראל ואילו ההודעה לשדה כצד ג' + ההודעות/ דרישות של המפקח צמח לשדה לפי חוק העזר העירוני נותרו בעינן (החלטת בימ"ש מיום 29.9.02).
5. בכתב ההגנה טען שדה, אשר הצטרף מאוחר יותר לבקשתו כנתבע 2, כי אין להסיר את הצמחייה מהטעם שהיא מהווה פנינת טבע ייחודית ומטופחת, ממלאת תפקיד חיוני בהגנה על יציבות המצוק, בעלת חשיבות רבה לאתר ההנצחה לזכר אביו האלוף יצחק שדה ז"ל, מגנה על אתר ההנצחה ואין בקיומה כל סכנה בטיחותית או הפרעה.
- לאחר צירוף שדה כנתבע, לא ביקשו התובעים לתקן את כתב התביעה, וזאת בהסתמך על סעיף 17(ד) לכתב התביעה שם התבקש בית המשפט ליתן כל סעד אחר כפי שייראה בעיני בית המשפט ובכלל זה גם סעד כנגד הנתבע הנוסף שדה.
6. בקדם המשפט השלישי קבע בית המשפט כי " ... הנני להביע את עמדתי כי אופן עמדתו של הנתבע על דעתו כי זכותו לגדל צמחייה הפולשת לשטח ציבורי הינה קנטרנית ... " (החלטה מיום 29.4.03) ומאוחר יותר, לאחר ביקור בית המשפט במקום, " ... הוסבר לצד ג' כי שימור הבית כפוף לגבולותיו, ואין הוא יכול לתפוס החזקה במדרכה ... " (החלטה מיום 20.5.03).
7. ביום 8.3.04, לאחר שהתקיימו 6 ישיבות בית משפט (בסה"כ התקיימו 8 ישיבות בית משפט), לרבות ביקור של בית המשפט במקום, בר"ע בבית המשפט המחוזי וישיבת הוכחות אחת, ביקשה העירייה במסגרת בקשה בכתב לסווגה כנתבעת פורמלית ולפטור אותה מהתייצבות למשפט ומהבאת ראיות מטעמה. למעשה, הודיעה בכך העירייה כי היא מסירה כל התנגדות לסעדים המבוקשים בכתב התביעה.
- בהודעתה, הותירה העירייה את התובעים, אנשים פרטיים אשר זכותם כי העירייה דווקא תפעל במלוא המרץ והנחישות למימוש זכויות המגיעות להם ולציבור הרחב על פי דין, להתמודד לבד עם טענותיו של שדה, להשקיע זמן, כסף ומאמץ בניסיון להסיר צמחייה אשר, גם לדעת העירייה עצמה, מהווה מפגע ומכשול המונח ברשות הרבים.
8. ואכן, שדה המשיך להתנגד להסרת הצמחייה ולאור דבריו בבית המשפט כי " ... אני מסכים שזהו שטח ציבורי, ואת ההגדרה היא דרך ציבורית ... לא קיבלתי רשות מאיש לגדל צמחייה בדרך ציבורית (עמ' 2 לפרוטוקול מיום 21.7.04 שורות 5-8) ... לא הכחשתי שהצמחייה התפשטה ואני טיפחתי את הצמחייה הזו (עמ' 2 לפרוטוקול מיום 21.7.04 שורות 30-31) ... אני לא יודע מה יש מתחת לצמחייה, הייתה שם מדרכה ... " (עמ' 3 לפרוטוקול מיום 21.7.04 שורות 23-24), מתבקש בית המשפט לקבוע כי התנגדותו של שדה היא טורדנית או קנטרנית ואין בטענותיו, לרבות בעדויות המומחים מטעמו, כל דבר המתיר המשך קיום המפגע ועצימת עיניים מתפיסת חזקה ייחודית של אדם פרטי בשטח ציבורי, במדרכה ובדרך ציבורית.

יתרה מכך, בית המשפט מתבקש לקבוע כי אין לאפשר את המשך ניכוס אמצעי ציבור לשימושו הפרטי והבלעדי של אדם, אשר מטפח מכשול ברשות הרבים, הורס ומבטל מדרכה ודרך ציבורית, וכל זאת לצורך טיפוח גדר חיה אשר תחצוץ, לטענתו, בין הרחוב לבין גן זיכרון פרטי שהקים וטיפח בחלקות 38 ו-39 אשר בגוש 7115 (ראה שרטוט ת/8) - אתר אשר לפי דברי שדה עצמו " ... לא הוכרז באופן פורמלי, לא הכריזו עליו כאתר להנצחה לאומי ... " (עמ' 2 לפרוטוקול מיום 21.7.04 שורות 1-2).

9. לאור האמור לעיל, ולאור יתר המפורט להלן, יש להורות כמבוקש בסעיף הסעדים של כתב התביעה וזאת מהטעם שהתובעים עמדו בנטל השכנוע והצליחו להביא ראיות ולהוכיח את כל היסודות המקימים את עילות התביעה ומהטעם ששדה, הגורם היחיד שנותר כעת מתנגד להסרת הצמחייה, לא הצליח להעמיד הגנה ראויה, לא עמד בנטל השכנוע ולא הביא כל ראיה שיש בה כדי להשמיט את הבסיס מתחת לראיות התובעים.

הפרת חובה חקוקה

10. על העירייה מוטלת החובה להסיר את שיח המלוח מעל המדרכה, לפקח על צמיחתו מרשות היחיד אל רשות הרבים ולתקן את המדרכה, ובהימנעותה מלעשות כן היא מפרה חובה חקוקה ובין היתר היא מפרה את הוראות פקודת העיריות [נוסח חדש], לרבות סעיפים (1)235, (2)235, (3)235, (1)242, (6)242, (11)249, (12)249 והוראות תקנות התעבורה, התשכ"א - 1961, לרבות תקנה 114, איננה אוכפת ואיננה מקיימת את הוראות חוק עזר לתל אביב-יפו (שמירת הסדר והניקיון), התש"ם - 1980.

על שדה מוטלת החובה להימנע מלהפריע לתנועת עוברי דרך על המדרכה, להימנע מלהציב מפגע ברחוב ובדרך ציבורית, להימנע מלגדל ולטפח צמחייה באופן הגורם אי נוחות, סכנה והפרעה לעוברים ושבים או לרכב, ובעשותו כן הוא מפר חובה חקוקה ובין היתר הוא מפר את תקנה 114 לתקנות התעבורה, התשכ"א - 1961 ואת הוראות חוק עזר לתל אביב-יפו (שמירת הסדר והניקיון), התש"ם - 1980, לרבות סעיפים (א)2, 3 ו-39 (א)1 לחוק.

הפרת החובה החקוקה ע"י העירייה וע"י שדה גורמת לתובעים לנזק מוחשי וביטוי לנזק מתקבל בהרחבה בתצהירי התובעים ובעדותם בבית המשפט. התובעים סבורים כי גובשו כל יסודות עולת הפרת חובה חקוקה וכי נתגבשה האחריות של הנתבעים, ביחד ולחוד, במסגרת עוולה זו.

רשלנות

11. על פי כל דין מוטלת על העירייה האחריות והחובה להסיר את שיח המלוח הצומח מתוך המדרכה, לתקן את המדרכה, לשקמה ולאכוף את החוק והסדר באזורים הציבוריים הנמצאים בשליטתה ובפיקוחה.

למרות זאת, הוכח כי העירייה התרשלה כלפי התובעים, לא עשתה כל מעשה שרשות מקומית סבירה היתה עושה באותן הנסיבות, לא עקרה את השיח, לא תיקנה את המדרכה במקום ולא אכפה את החוק והסדר, למרות שזאת חובתה שבדין לעשות כן ולמרות שבמחדליה היא גרמה נזק לתובעים. יתרה מכך, העירייה היתה צריכה לצפות כי התובעים יפגעו וכי ייגרם להם נזק, כתוצאה ממחדליה, ולמרות זאת היא עצמה את עיניה, במשך שנים, אימצה את המכשול והמטרד ודחתה את פניות התובעים, פעם אחר פעם, בסחבת, בנימוקי סרק ובהלך ושוב ללא כל סיבה סבירה נראית לעין.

א המחוקק הפקיד בידי העירייה את הסמכות לדאוג לחוצות העיר, כמו גם לשלומם, ביטחונם ואיכות חייהם של תושבי העיר. בנוסף, הפקיד המחוקק בידי העירייה סמכויות רבות לשמירה על הסדר והניקיון של השטחים הציבוריים שבתחום שיפוטו. הסמכויות שהעניק המחוקק לעירייה מקנים לה חופש, מרחב פעולה וסמכויות אכיפה (עמ"מ 1112/03 ישראל טויטו ואח' נ' עיריית ת"א ואח', דינים מחוזי לג(8) 447).

1. על העירייה מוטלת החובה מכוח סעיף 235 לפקודת העיריות לאפשר לתושבים ולבאים בשעריה שימוש חופשי ומעבר בבטחה בשטחים הציבוריים.
2. העירייה מצווה לשמירה על הסדר, הניקיון, התקינות התברואתית והמראה האסתטי של הרחובות, הדרכים הציבוריות והכיכרות שבתחום שיפוטה (ראה סעיף 44 לחוק העזר העירוני המקנה לראש העיר סמכות לסלק " ... כל דבר הנמצא ברחוב בניגוד לסעיף 39 ...").
3. באיזון האינטרסים שבין אינטרס שדה להגנה על פרטיות אתר ההנצחה הפרטי שהקים בגן ביתו ובשטחים הציבוריים שבסמוך לו, שלא כדון, לבין אינטרס שלטון החוק והקביעה כי במדינת חוק אין אדם יכול לעשות דין לעצמו, נוטה הכף לכיוון אינטרס שלטון החוק ואין להשלים עם פגיעה מתמשכת בשלטון החוק באופן של תפישת חזקה ייחודית בשטחים ציבוריים, ברחוב ובדרך ציבורית על ידי אדם פרטי ולצרכיו הפרטיים.
4. עצימת עיניים מהסגת גבול, ממכשול וממטרד ברשות הרבים, שתיקה והיעדר פעולה אקטיבית מצד הרשות השלטונית כנגד השתלטות על שטחים ציבוריים ללא היתר, עלולה ליצור בציבור הרחב תחושה של אזלת יד הרשות, הפקרות ואנרכיה.

ג לאור חובתה של העירייה לסלק מן הרחוב כל דבר המהווה מכשול, מטרד והסגת גבול ומהרגע שהמחוקק קבע את סמכות העירייה לפנות מכשולים מהרחוב ולמנוע הסגת גבול, אין העירייה יכולה לעצום את עיניה ובעשותה כן היא מתרשלת כלפי התובעים וכלפי הציבור הרחב הבא בשערי שטח שיפוטה.

יתרה מכך, לאור החובה החוקית המוטלת על העירייה ולאור הסמכות הבלעדית שהעניק לה המחוקק בעניין רחובות, אין היא יכולה לעמוד מהצד ולהניח לאזרחים מן השורה לכלות את כוחם, מרצם וכספם בניסיון להשיג את מה שהחוק הסמיך את העירייה להשיג בעבורם וגם בכך התרשלה העירייה כלפי התובעים וגרמה להם לנזק רב.

ד. והדברים נכונים במיוחד כאשר העירייה עוצמת את עיניה ופועלת בניגוד מוחלט לחובתיה " ... סעיף 235 לפקודת העיריות מראה בעליל כי העירייה היא הגוף אשר עליו הטיל החוק את האחריות להחזקת הרחובות הציבוריים ומשום כך מסר לה גם את הסמכות, תוך כדי מילוי חובתה זו, למנוע הסגת גבול ולהסיר מכשולים 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 ... 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 באיזה מידה נגרם על יד המכשול מטרד ציבורי במונח הטכני של המילה " ... " (ע"א 187/52 ישראל הלפרין נ' עיריית ת"א ואח' פ"ד ת, 219).

וכן, " ... רשות אינה יכולה לברוח מעובדות, היא צריכה להתמודד איתן בצורה אמיצה ובעיקר בצורה ישרה ותמת לב ... " (עתמ 1635/03 עמותת שער שמעון ו- 20 אח' נ' ראש עיריית תל אביב-יפו רון חולדאי ואח', טרם פורסם).

ולבסוף, " ... כאשר גוף מנהלי מסרב לעשות שימוש בסמכות עליו לבסס סירוב זה באמות מידה מקובלות. עליו להראות כי ההחלטה נעשית משיקולים סבירים וכי אין בה שרירות והפליה או עילות הפוסלות מעשה מנהלי ... " וכך, " ... הקניית סמכות מחייבת נקיטת עמדה ובעל הסמכות ייחשב כחוטא אם השאיר את הסמכות כאבן שאין לה הופכין. הפעלת שיקול הדעת אינה חובה ערטילאית אלא בעלת משמעות מעשית. במקום שאין הרשות מפעילה שיקול דעת בימ"ש יכול לצוות להפעילה ... " (בג"צ 297/82 עזרא ברגר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29).

12. למרות שאין חובה להוכיח כי צמחייה הצומחת על מדרכה ומהווה מפגע ומכשול ברשות הרבים מהווה גם מטרד, לצורך חיוב העירייה לפעול מיידית להסרתה מן הרחוב ולמניעת הסגת גבול קרחוב (ע"א 187/52 הלפרין נ' עיריית תל אביב יפו, פ"ד ח' 219), הוכיחו התובעים בתצהיריהם ובעדותם בבית המשפט כי הצמחייה מהווה מטרד ומקור להפרעה של ממש לשימוש הסביר ולהנאה הסבירה של התובעים מביתם, ומהסביבה הקרובה לביתם, בהתחשב במקום מגוריהם וטיבם (ראוי לציין כי לא נדרשת כאן הוכחת נזק מהטעם שבתביעה הנוכחית אין דרישה לפיצויים).
13. מתצהיריהם ומעדותם בבית המשפט עולה כי התובעים מצאו את עצמם בני ערובה של שיח המלוח ושל שדה אשר מגן בחירוף נפש על שיח המלוח, ממרר את חייהם, מגביל את תנועותיהם בסביבה הקרובה לביתם, בולש ומתחקה אחר תנועותיהם באמצעות מצלמת וידאו הפועלת במשך 24 שעות ביממה ומגיש עשרות תלונות סרק למשטרה בכל פעם שהוא חושב שמי מהתובעים נוגע בשיח וגורם לו נזק - כלומר, מדובר בהפרעה מוחשית, ולא קלת ערך, הפרעה מהותית ולא חולפת, הפרעה הפוגעת בזכותם של התובעים לשימוש סביר בביתם ולהנאה סבירה ממנו, בהתחשב במיקומו וטיבו.
14. בית המשפט מתבקש לבחון את תוצאות המעשה, ולא את טיב המעשה עצמו, ולקבוע כי מדובר בהפרעה ממשית הפוגעת בנוחות הפיזית ובקיום האנושי ההוגן של התובעים ולכן תוצאתה היא מעשה עוולה (ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' זאב שורץ פ"ד (3) 785, 796).
15. למעלה מן הצורך מובהר בזאת כי לאור סעיף 46 לפקודת הנוזיקין אין כל טעם בטענותיו של שדה כי הצמחייה היתה קיימת במקום שנים רבות קודם לכן וכי אף אחד, למעט התובעים, לא פנה אליו בנושא ולא ביקש להסיר את הצמחייה. כמו כן, לאור סעיפים 107 ו-113 לחוק המקרקעין אין גם כל טעם בטענות שדה לשיהוי ולהתיישנות.
- בנוסף, אין גם כל טעם בטענות הסרק של שדה בסעיף 39 לתצהירו לפיהן לולא היה מתנגד לתוכניות הבנייה של התובע 5 לא היו התובעים מבקשים להסיר את הצמחייה, מהטעם שמדובר בעדות שבסברה ובהסקת מסקנות השמורה לבית המשפט בלבד ומהטעם ששדה עצמו העיד " ... התובעים או מי מהם לא אמרו לי שהם מתנגדים לצמחיה בגלל שאני מתנגד לתוכניות הבנייה של מר כהן. כל מה שאמור בתצהירי בעניין הזה זו פרשנות נכונה שלי ... " (עמ' 5 לפרוטוקול מיום 21.7.04 שורות 5-7)
16. משהוכח קיומו של מטרד מהותי, זכאי הנפגע בדרך כלל כי יושט לו סעד שיש בו כדי להחזיר את המצב לקדמותו, היינו סעד שיש בו כדי להביא לסילוקו ההחלטי של המטרד ע"י איסור המשכו (ע"א 44/76 הנ"ל בעמ' 815) ולכן מתבקש בית המשפט גם מהטעם הזה להורות כמבוקש בסעיף הסעדים של כתב התביעה.

לא הוצגה כל ראיה אשר יש בה כדי להשמיט את הבסיס מתחת לראיות התובעים

17. ראיות העירייה תומכות בדרישות התובעים -

- א. למרות הודעת העירייה מיום 8.3.04 הציגה העירייה שתי ראיות התומכות, למעשה, בדרישת התובעים להסיר את הצמחייה מעל פני המדרכה:
1. תעודת עובד הציבור של המפקח צמח (4/3) ועדותו בבית המשפט שלא נסתרה לפיה הצמחייה ברחוב מהווה מכשול לרבים " ... כתבתי "מהווים מכשול לרבים". המדרכה הייתה חסומה ע"י ענפי שיחים בצד הקדמי - מע' של הבית שיוצאים מעל המדרכה. השארתי הודעה לגיזום וטיפול והלאה למחרת פגשתי את הגב' זיוה יריב שאמרה לי שהיא תדאג שזה יישאר כך כי זה יפה וזה אחר אמרתי לה שהיא חייבת לגזום ... " (עמ' 32 לפרוטוקול מיום 3.6.04 שורות 17-13) וכן, " ... איפה שאני רואה מדרכה אני מטפל, איפה שאני לא רואה מדרכה אני לא מטפל ... " (עמ' 32 לפרוטוקול מיום 3.6.04 שורה 26).
 2. עדותו של מר אריק קרני בתצהיר (3/3), עדות אשר לא נסתרה, לפיה " ... בתום הפגישה הבהרתי לו כי הצמחייה בריאה ויפה, אך מכיוון שהיא פולשת אל עבר השטח הציבורי, סבירות גבוהה כי, ייאלץ לגזום את הצמחייה הצומחת בחלק השטח הציבורי ... " (סעיף 4 לתצהיר) וכן, " ... בנוהל העירוני, על פי רוב, אדם אשר משטחו הפרטי צומחת צמחייה ויוצאת אל שטח ציבורי ומהווה מפגע לרבים מקבל מאגף הפיקוח העירוני אזהרה לפי מבוקש גיזום הצמחייה. כמו שקיבל במקרה זה מר יורם שדה ... " (סעיף 5 לתצהיר). ובבית המשפט העיד בעדות שלא נסתרה " ... לדעתי צריך להוריד את השיח כדי לגלות את המדרכה לשימוש ציבורי ... " (עמ' 31 לפרוטוקול מיום 3.6.04 שורה 16).

בכתב ההגנה, תמך שדה את התנגדותו להסיר את הצמחייה בחמש טענות עיקריות. אפרט להלן כיצד לא הצליח שדה להביא כל ראיה ממשית אשר יש בה כדי לשמוט את הבסיס מתחת לדאיות התובעים.

א הצמחייה איננה פנינת טבע ייחודית אלא צומחת על מדרכה ומהווה מכשול ברשות הרבים -

הוכח כי הצמחייה צומחת על מדרכה ודרך ציבורית, חוסמת והורסת את המדרכה ואיננה מאפשרת להולכי רגל להלך במקום בבטחה ובחופשיות. בנוסף, הוכח כי מדובר בסבך של צמחייה אשר הלכה והתפשטה במקום במשך השנים רק כתוצאה מפעולותיהם של שדה ובני משפחתו אשר נוהגים להשקות את הצמחייה, לגזום ולטפח אותה ורק בזכות מאמציהם הבלתי נלאים התפשטה הצמחייה והגיעה לממדיה כיום.

כמו כן, הוכח שאין כל קשר בין הפרחים העצים והדשא ששתל יצחק שדה ז"ל (ת/12) לבין שיח המלוח הגדל כיום על המדרכה וכי פחות משנה לפני מותו ושנים רבות מאוחר יותר, הכיכר בקצה רחוב זכרון קדושים הייתה נקייה לחלוטין מצמחייה - עד אשר התחיל שדה לטפח את הצמחייה ולאפשר לה להתפשט לכל אורך המדרכה בחלק הצפוני של הכיכר (ראה תצלומי האוויר משנת 1951 ואילך ותמונות שצורפו לכתב התביעה ולתצהירי התובעים).

ב הסרת הצמחייה לא תפגע ביציבות מצוק הכורכר שמעבר לסובה -

1. בסעיף 4.3 לחוות דעתו (ת/2) אומר המומחה מטעם התובעים אברהם שני, אשר מבסס את חוות דעתו גם על קידוח ניסיון שביצע 30 מ' צפונית לסובה (נספח א' לת/2) כי "יש הפרדה מוחלטת בין הסובה לבין המצוק וכל אשר נמצא על גבי הסובה אינו יכול להשפיע על יציבות המצוק לא מבחינת יציבות המדרון ולא מבחינת חשיפת המדרון לאירוזיה...". בסעיף 4.5 לחוות דעתו הוא אומר כי "סילוק שיח המלוח מהסובה לא קשור לפני המצוק ולכן לא ישפיע בשום אופן על יציבותו וחשיפתו, כתוצאה מסילוקו של השיח הנ"ל, לא יחשף ולו ס"מ אחד של מצוק...".

2. בבית המשפט העיד המומחה שני, בעדות שלא נסתרה, כי " ... מבחינת יציבותו של המצוק - לצמח אין שום קשר ליציבותו. הצמח מונע קרוזיה. יש קיר המפריד בין הסובה לבין המדרון. בתוך הסובה יש חלק קטן מאוד שבו השיח פולש לסובה, למדרכה ... בחלק הדרומי של הסובה - אין פלישת שיח ... אין שום סיבה לשיח הנמצא מעבר לקיר הזה כי ישפיע על המדרון... " (עמ' 13 לפרוטוקול מיום 29.1.04 שורות 7-3) וכן, " ... הצמחייה מגינה רק על סחף של קרקע עליונה ולא מגינה על התמוטטויות, סחף עליון לא יכולה להיווצר התמוטטות... " (עמ' 14 לפרוטוקול מיום 29.1.04 שורות 16-17) " ... הסכנה העיקרית של המצוק זה בעיה של גלי הים שמכים בו וממוטטים אותו... " (עמ' 13 לפרוטוקול מיום 29.1.04 שורות 10-11).

3. לעומת דבריו המוצקים והמבוססים על בדיקה בפועל של המומחה אברהם שני, התברר כי חוות הדעת של הגיאולוג דר' יעקב ניר לוקה בחסר, הן מהטעם שהוא מתייחס לצמחייה הצומחת מעבר לסובה, על המדרון ולא על המדרכה, הן מהטעם שהוא לא ביצע כלל קידוח ניסיון במקום והן מהטעם שהתברר כי טענתו המרכזית בחוות הדעת המעודכנת מיום 26.9.03, בעניין בורות הספיגה, איננה מבוססת על בדיקה כלל אלא על מידע שמסר לו בע"פ שדה, אשר לא הוכח כי בדק בפועל את בורות הספיגה בשכונה.

וכך העיד דר' ניר בבית המשפט " ... הצילומים שמצורפים לחוות דעתי הם צילומים של הצמחייה שמעבר לסובה. חוו דעתי מתייחסים לצמחייה שמעבר לסובה... " (עמ' 37 לפרוטוקול מיום 3.6.04 שורות 21-22) " ... הסובה מופרדת בקיר. יש הפרדה... " (עמ' 37 לפרוטוקול מיום 3.6.04 שורה 29) " ... לא עשיתי מיפוי של בורות הספיגה ברח' זכרון קדושים... קיבלתי את המידע הזה ממשפחת שדה בעל פה... לא בדקתי את בורות הספיגה... לא בדקתי את מפלס המים בבור הספיגה... " (עמ' 37 לפרוטוקול מיום 3.6.04 שורות 3-6) וכן, " ... לא ביצעתי קידוחי ניסיון על גבי המצוק. לא מכיר את מבנה הקרקע מתחת לסובה... " (עמ' 37 לפרוטוקול מיום 3.6.04 שורה 16).

לבסוף, מודה דר' ניר כי בהיבט של יציבות המצוק, הפתרון של הסרת הצמחייה וכיסוי השטח המיועד לשמש כמדרכה באספלט או בכל חיפוי אחר עדיף על פני השארת הצמחייה " ... כשאתה שואל אותי מה יותר בטוח למצוק, אם כיסוי באספלט או בצמחייה - אז אני אומר שמכסים אז ברור שזה יותר טוב מצמחייה... " (עמ' 37 לפרוטוקול מיום 3.6.04 שורות

הוכח כי שיח המלוח צומח מתוך השטח המיועד לשמש כמדרכה והוא מופרד מן המתחם אותו מכנה שדה "גן יצחק שדה" ואינו מהווה כלל חלק מאתר ההנצחה הפרטי שהקים שדה לזכרו של אביו.

יתרה מזאת, הוכח כי בסמוך למועד פטירתו של יצחק שדה ז"ל, וזמן רב מאוחר יותר, לא היתה כלל צמחייה על הסובה ולכן אין כל קשר בין העצים הפרחים והדשא ששתל האלוף יצחק שדה ז"ל בשנים 1949-1952 לבין שיח המלוח הצומח כיום על המדרכה.

1. בתשריט שהוצג בפני שדה בבית המשפט (ת/8) סימן שדה באדום את גבולות המתחם שהוא עצמו מכנה "גן יצחק שדה" ובצהוב סימן את השטח בו צומח שיח המלוח וניתן לראות בבירור ששדה עצמו מבין ויודע כי השיח צומח על שטח הנמצא מחוץ למתחם "גן יצחק שדה" ולכן אינו מהווה חלק מהמתחם. ובבית המשפט העיד " ... אני מסכים אתך שאבי שתל עצים פרחים ודשא (עמ' 3 לפרוטוקול מיום 21.7.04 שורה 15) ... הגן לא נראה כמו בזמנו של אבי, אלא נראה כמו שצריך היה להראות, אם אבי היה חי היה ממשיך ולגדל את הצמחייה ..." (עמ' 3 לפרוטוקול מיום 21.7.04 שורות 12-13)

2. המומחית מטעם התובעים, האגרונומית זיוה חת, אמרה בחוות דעתה מיום 25.8.03 שלא נסתרה (ת/3) כי " ... מדובר בשיחים מסוג מלוח הגדלים בשטח המדרכה ... שיחים אלה נטועים בתוך המדרכה הציבורית ושורשיהם נטועים בשטח המדרכה ... " (עמ' 1 לחוות הדעת) " ... קבוצה נוספת של צמחי מלוח נטועה בתוך השטח הפרטי מעבר לגדר הבית וכן מעבר לגדר המדרכה הגובל במצוק הים ... " (עמ' 2 לחוות הדעת). ובעדותה שלא נסתרה בבית המשפט " ... יש קבוצה של שיחים שנמצאים בחוף, ויש צמחייה שנמצאת בפנים ... יש שיחים למטה שיש להם שורשים עצמאיים ... " (עמ' 15 לפרוטוקול מיום 29.1.04 שורות 10-13)

3. לבסוף, ניתן ללמוד מדברי שדה עצמו בעדותו בבית המשפט כי הוא זה אשר ניכס לעצמו דרך ציבורית, ללא היתר כדן, וקבע כי שטח זה, והצמחייה הצומחת עליו, הם חלק בלתי נפרד מאתר ההנצחה הפרטי " ... אני מסכים שזה שטח ציבורי, ואת ההגדרה היא דרך ציבורית (עמ' 2 לפרוטוקול מיום 21.7.04 שורה 5) ... לא קיבלתי רשות מאיש לגדל צמחייה בדרך ציבורית (עמ' 2 לפרוטוקול מיום 21.7.04 שורה 8) ... כך אני רואה את הדברים שהגדר החיה היא של בתי ... " (עמ' 4 לפרוטוקול מיום 21.7.04 שורה 29).

ד. קיימת חומה הקבורה כיום בתוך הצמחייה והיא זו אשר אמורה להפריד בין "גן יצחק שדה" לבין הרחוב -

בסעיף 24 לתצהירו מספר שדה כי הצמחייה חיונית מהטעם שהיא יוצרת חיץ טבעי בין גן הזכרון לבין הרחוב ומגינה על הגן מפני חדירת "אורחים לא רצויים" ומאפשרת לשמור על פרטיות אתר ההנצחה.

דא עקא, ששדה לא סיפר את כל האמת בתצהירו ורק בבית המשפט התברר כי עמוק עמוק בתוך הצמחייה קבורה חומה - החומה המקורית שמפרידה בין חלקה 10 וחלקה 38 לבין הסובה - וכי חומה זו היא אשר מיועדת להפריד בין החלקות 10 ו-38 לבין הרחוב ולא הצמחייה נשוא כתב התביעה, אשר נמצאת בצד החיצוני של החומה, ברחוב.

כאשר הוצגה בפני שדה תמונה (ת/11) בה רואים את הבת של התובעת 4 עומדת ליד חומה, הודה שדה כי " ... החומה שאתה מתאר קבורה בתוך השית, והיא קיימת ... החומה היום קיימת והיא קבורה בתוך השית, אם נוריד את השיח החומה תישאר, ותחצוץ מהגן לדרך ... " (עמ' 3 לפרוטוקול מיום 21.7.04 שורות 6-1).

אז לשם מה בכלל צריך שדה לגדל צמחייה על השטח הציבורי הנמצא מעבר לחומה המפרידה בין החלקות 10 ו-38 לבין הסובה?! מדוע שדה אינו יכול לגדל צמחייה בצד השני של החומה, בתוך חלקה 10 שבעלותו המלאה ולהשאיר את המדרכה נקייה ופתוחה לשימוש הציבור הרחב?! מדוע שדה אינו מסתפק בחומה הקיימת, אשר ייעודה המקורי והטבעי "חיץ ושמירה על פרטיות", ובמקום זה משתמש בשטחי ציבור ובמדרכה למטרות פרטיות?!

בתצהיריהם ובעדותם בבית המשפט חזרו התובעים, פעם אחר פעם, בעדות שלא נסתרה על הטענה כי הצמחייה מהווה מכשול ומקור לסכנה בטיחותית, ומאלצת אותם ואת ילדיהם הקטנים להלך על הכביש שלא לצורך. גם מומחה התחבורה מטעם התובעים, מר אפרים וינהבר, חזר על הטענה שמדובר במקור לסכנה בטיחותית והמומחה פרופ' דוד מהלל מטעם שדה לא סתר טענה זו ואף הודה בסכנה הקיימת להולכי הרגל במקום:

1. מר אפרים וינהבר אמר בחוות דעתו (ת/1) מיום 25.8.03 " ... אנשים ההולכים לתומם אל נקודת התצפית במדרכה הצפונית של רחוב זכרון קדושים נתקלים באזור רחבת הסבוב בצמחייה סבוכה אשר מחייבת אותם לרדת אל הכביש. מצב זה מסוכן למבוגרים ולא כל שכן לילדים אשר נאלצים להסתכן בין מכוניות חונות ובין מכוניות אשר מתמרנות בנסיעה אחורנית ... (עמ' 2 לחוות הדעת) ... המצב הקיים מסוכן, אינו חוקי ומפריע ... " (עמ' 3 לחוות הדעת). ובבית המשפט העיד בעדות שלא נסתרה " ... לדעתי צריך לגזום את השיח על מנת לאפשר את הפרסה (עמ' 10 לפרוטוקול מיום 29.1.04 שורה 17) ... האנשים שהולכים לאורך המדרכה הצפונית, נאלצים לקראת רחבת הסיבוב לרדת את האספלט ואין אפשרות להשתמש במדרכה הצפונית. זהו מצב מסוכן ... " (עמ' 11 לפרוטוקול מיום 29.1.04 שורות 9-10).

2. המומחה מטעם שדה, פרופ' מהלל, העיד בבית המשפט כי " ... אני ביקרתי במקום, אין מדרכה שמאפשרת מעבר הולכי רגל, אבל היא קיימת שם באיזה שהוא מקום ... ישנם צמחייה שמכסה את המדרכה ... המדרכה קיימת אבל אי אפשר לעבור ... " (עמ' 33 לפרוטוקול מיום 3.6.04 שורות 14-3). בהמשך עדותו, בהגינותו הרבה, הודה פרופ' מהלל כי " ... ברחוב הנדון אין מרסני מהירות ... יתכן שברחוב זכרון קדושים יפתיע רכב הלכי רגל, עלול לקרוא שנהג יכול לסכן הולכי רגל ... " (עמ' 34 לפרוטוקול מיום 3.6.04 שורות 7-1).

כלומר, גם לדעת שני המומחים, זה של התובעים וזה של שדה, המצב ברחוב זכרון קדושים מסוכן להולכי רגל ואין טעם לסמוך רק על שיקול הדעת של הנהג הישראלי שידע שמדובר ברחוב מגורים ולא יפתח מהירות ברחוב הזה, אלא יש להסיר את הצמחייה, לחשוף את המדרכה ולשקם אותה כך שתשמש לייעודה ותאפשר להולכי רגל להלך בבטחה על מדרכה ולא על כביש.

לסיכום

19. בע"א 187/52 הנ"ל נקבע כלל כי " ... זכות הציבור לשימוש ברחוב ציבורי קיימת לגבי כל זרת אדמה שבו, ולכן נובעת הרשות להסרת מכשולים מעצם הימצאם ברחוב, אפילו לא הגיעו לממדים של מטריד ממש ... " לכן, גם אם יש מקום להתייחס בהבנה מסוימת לרצון של שדה, המתנגד היחיד להסרת הצמחייה, לטפח גן זיכרון פרטי בחצר ביתו ובחלקות 38 ו-39 הסמוכות לחצר ביתו, עדיין במהלך העניינים התקין, ועל פי כל דין, לא היו התובעים צריכים לעשות יותר מאשר להודיע פעם אחת בלבד למוקד העירוני של עיריית תל אביב על קיומו של מפגע ומכשול ברשות הרבים. לעומת זאת, עקב רשלנות העירייה ועקב הימנעותה הבלתי מוסברת והבלתי סבירה מלאכוף את החוק והסדר, נגררו התובעים שלא לצורך לתוך הליך משפטי ארוך, יקר ומיגע בניסיון להסיר את המפגע והמכשול מעל פני המדרכה בקצה רחוב זכרון קדושים.

ראוי להדגיש כי התובעים, בלית ברירה, לא יכלו לקבל את הצעות הפשרה של בית המשפט מהטעם שחששו להישאר בני ערובה של שדה, ושל שיח המלות, ולא רצו שיישאר ולו ס"מ אחד של שיח המלוח על פני המדרכה ובשליטה מלאה ומוחלטת של שדה, וזאת לאור ניסיונם המר ולאור התלונה הנוספת שהגיש שדה למשטרה בחודש אוקטובר 2003 למרות התחייבותו שלא לבצע שום הליך כנגד התובעים עד להכרעה שיפוטית (ראה התחייבות בהחלטה מיום 29.4.03).

אשר על כן, מתבקש בית המשפט להורות כמבוקש בכתב התביעה. בנוסף, מתבקש בית המשפט לחייב את הנתבעים, ביחד ולחוד, בהוצאות לדוגמא או, לכול הפחות, לאפשר לתובעים להוכיח בפניו את ההוצאות הכספיות העצומות אשר הוציאו בפועל במהלך הדיון המשפטי בניסיון להשיג את אשר חובה היה על העירייה ועל שדה לבצע על-פי כל דין וללא צורך בהתערבות בית משפט כלל.

יצחק בוכבינדר, עו"ד
ב"כ התובעים