

בפני הרכב הדיין והשופטים הנכבדים

אוניברסיטת בר אילן

תיק מספר : 01/19

בעניין

התובע : דניאל ברקוביץ

מר'ח' יהודה הלוי 36 דירה 8, נתניה

טל : 09-8323883

- נגד -

הנתבעת : אודל קולנר

מר'ח' יהודה הלוי 36 דירה 6, נתניה

טל : 09-8618660

כתב הגנה

המותב הנכבד מתבקש לדחות מכל וכל את תביעתו של התובע ולחייבו בתשלום הוצאות משפט ונזקי הנתבעת בגין התביעה, כדלהלן:

רקע עובדתי

1. משפחת הנתבעת, המונה את הנתבעת, בן זוגה וארבעת ילדיהם, עלתה לישראל מצרפת בתאריך 06/01/18, ועברה להתגורר בקומה השלישית בבית משותף שברחוב יהודה הלוי 36 בנתניה (להלן: "הבניין" או "הבית המשותף").
2. ככל הידוע לנתבעת, התובע מתגורר בקומה הרביעית באותו בית משותף מזה כעשר שנים.
3. סמוך לאחר העלייה לארץ התקשו הנתבעת ובן זוגה למצוא עבודה והדבר גרם להם קושי כלכלי ניכר.
4. זמן קצר לאחר עלייתה של המשפחה, פנתה גב' רחל אזולאי (חברת ילדות של הנתבעת מצרפת אשר הכירה את כישורי הבישול שלה) לנתבעת בבקשה שתבשל את מטעמיה לכבוד אירוע משפחתי שערכה ותקבל תשלום עבור טרחתה. הנתבעת שמחה על ההזדמנות לזכות בפרנסה לטובת משפחתה.
5. האירוע הוכתר כהצלחה ואנשים נוספים פנו וביקשו לשכור את שירותי הבישול של הנתבעת.

6. הנתבעת, אשר נוכחה לדעת בקושי למצוא עבודה ובהזדמנות שנקרתה לידה לפרנס את משפחתה, הקימה בחודשים שלאחר מכן עסק קייטרינג קטן בשם "מהמטבח של אודל" (להלן: "העסק").
7. למרות פעילות העסק במשך מספר חודשים לא פנה התובע לנתבעת בעניין זה, ודומה היה כי הדבר כלל לא הפריע לו.
8. רק כעבור מספר חודשים, פנה התובע אל הנתבעת בצעקת חמס, בדרישה שתפסיק את פעילות העסק בטענה כי ניהול העסק גורם לריחות לא נעימים, לכלוך בחדר המדרגות, עומס על פחי הבניין ולמעבר בלתי פוסק של לקוחות בכניסה לבניין ובחדר המדרגות.
9. התובע פנה לנתבעת בצורה אלימה וצווחנית בעוד הנתבעת בשל מחסום השפה, לא הבינה את המתרחש סביבה ותהתה האם מתנכלים לה בשל היותה עולה חדשה. הנתבעת חשה פגועה מהתנהגותו של התובע.
10. **כלל הטענות בנוגע למפגעים אלו מוכחות בתוקף.** ויובהר, עסקה של הנתבעת אינו בהיקף הגורם לריחות לא נעימים או לעומס בלתי-סביר על פחי האשפה. כמו כן, בעת הובלת שקיות האשפה אל הפחים, מקפידה הנתבעת כי אלו לא יגרמו לכלוך בחדר המדרגות. כך הייתה מקפידה גם לולא העסק, וככל בעל בית סביר בבניין משותף.
11. עוד יובהר, כי העסק אינו גורם לריבוי נכנסים ויוצאים, שכן הנתבעת בדרך כלל מכינה את התבשילים בביתה ומובילה אותם למקום האירוע, זהו טיבו של עסק קייטרינג. הנתבעת משתדלת לקיים את פגישותיה עם לקוחות בביתם, במקום האירוע או במקום אחר, על מנת שלא להפריע את שגרת חייהם של ילדיה בבית.
12. יודגש, כי כיום בעידן הטכנולוגי, עסקים מתפרסמים ומתנהלים בעיקר ברשתות החברתיות ובמרשתת (באינטרנט). כך גם הדבר בנוגע לעסקה של הנתבעת, וכפועל יוצא מכך כמעט ואין נכנסים ויוצאים מביתה, וודאי שלא מעבר לסביר בבניין מגורים.
13. הנתבעת, אשר לאורך כל התקופה בה הפעילה את העסק הקפידה לשמור על סדר וניקיון בחדר המדרגות ובאזור הפחים של הבית המשותף, חשה כי תלונותיו של התובע, בייחוד באשר לריבוי העוברים והשבים, אינן מוצדקות ונטענות שלא בתום לב. הנתבעת ניסתה לומר לו זאת פעם אחר פעם ולהגיע איתו להסכמות. למרבה הצער, בחר התובע להתעקש על עמדתו ולחרחר ריב.
14. הנתבעת אף שוחחה עם מספר שכנים נוספים בבית המשותף, ומהם שמעה כי הם כלל לא מרגישים בנוכחות העסק. לא זו אף זו, דיירי הבניין הם אלו שעזרו לנתבעת לפרסם את עסקה, המליצו על שירותיה ואף הזמינו ממנה מטעמים רבים. **לפיכך מוכחשת בתוקף הטענה כי התנהלות הנתבעת מסבה נזק כלשהו לדיירים. הנתבעת לא קיבלה אף פנייה למעט פנייתו של התובע.**

הכחשת נזקים בגין פתיחת העסק

15. מוכחשות מכל וכל הטענות בדבר נזקים הנגרמים בשל העסק. יש להניח, שאילו אכן היו נגרמים נזקים אלו, ובייחוד כשמדובר בנזקים גדולים, שאף הרמב"ם מודה כי לא ניתן לקנות בהם חזקה, כגון עשן וריחות רעים (פירוש המשנה, בבא בתרא ג, ח. החרבה להלן), להם טוען התובע, השכנים לא היו עוברים על כך בשתיקה ומתלוננים, ומשלא עשו כן, הרי שחזקה כי נזקים אלו לא מתקיימים.

מבלי לפגוע בטענה זו ומבלי לגרוע מכלליותה, תטען הנתבעת כדלהלן :

16. מוכחשת הטענה לפיה באפשרותו של התובע למחות על פתיחת העסק בשל נזקי עשן מהכיריים ו/או מהתנור, מהטעמים הבאים :

17. בהתייחסו לנזקי עשן, מציין השולחן ערוך כי המדובר בעשן תדיר, הנובע מ"כבשונות של נחתומין ושל יוצרים", ולא תנור או כירה שהיחיד אופה בהם (חו"מ קנה סעיפים לו-לז). השולחן ערוך מתייחס לתנורים דוגמת תנורים תעשייתיים, המפיקים עשן מרובה, שלא כן בענייננו.

18. כיום אין נזק כבד מעשן בשל בישול שכן, כידוע לכל, נהוג לבשל על כיריים או בתנור שאינם מדורה כבעבר. כמות העשן הנגרמת מבישול כאמור אינה מתקרבת לעשן הנגרם ממדורה (פתחי חושן, יג, יט, סעי' מג-מה). מעבר לכך, אף בתקופה בה היו מתקיימים ארובות להוציא את העשן כבר נאמר שאין יכולת לעכב את זולתו מחמת היזק עשן, וכך בכל מקום שניתן להתקין כך שלא יזיק (ערוך השולחן, קנה, סעיף ל).

19. נראה כי זה הדין שיש לאמץ בענייננו. הכיריים והתנור כיום אינם מוציאים עשן המזיק, ואין לעכב בידי הנתבעת לעשות בהם שימוש בעילה זו.

20. מוכחשת הטענה לפיה לתובע זכות לעכב את הקמת העסק בשל ריחות שיעלו מהבישולים במסגרתו.

21. ההלכה בעניין זה מדברת בבירור על ריחות רעים הנודפים מנבלות, עורות ובית הכסא (חושן משפט, סימן קנה; רקובר, איכות הסביבה, עמ' 61-60). ברי כי ריח של בישולים שהאדם רגיל בהם ואף נהנה מהם, אינם נחשבים כריח רע ואין בהם היזק. על כן, אין באפשרותו של התובע לעכב את הנתבעת בעילה זו.

22. מוכחש סעיף 14 לכתב התביעה מחוסר רלוונטיות. אין להשוות בית כנסת לדירת מגורים. דווקא מפני שתשובת מנחת יצחק עוסקת בבית כנסת, לא ניתן להסיק כי הוא מכיר בריחות תבשיל כריח רע. כפי שיוער להלן, מקורות אחרים בהלכה הכירו בריחות תבשיל כריח טוב. אלא, שיש היגיון בהרחקת ריחות כאלו מבית כנסת שכן הם עשויים, אולי, להסיח דעתם של המתפללים, לעורר תיאבונם וכיו"ב.

23. לא רק שההלכה אינה מחייבת להמנע מריחות כאלה, ההלכה אף מתייחסת לחשיבותו של הריח הטוב שהנשמה ניהנית ממנו (ברכות מג, עב; רקובר, עמ' 64). תבשילי הנתבעת מדיפים ריחות נעימים וטובים, אשר טובים לנפש האדם, וברי שאין לתבוע בגינם ולהיפך.
24. סעיף 15 לכתב התביעה מוכחש. התובע לא הוכיח כי הנתבעת קונה כמויות גדולות של בשר ודגים. בנוסף, דעת השו"ע שהובאה בכתב התביעה לא רלוונטית לענייננו, שכן ראשית לא מדובר בריחות המנויים שם, ושנית כיום יש מקררים ופתרונות אחסון אשר מאיינים את הריח. הנתבעת מאחסנת את המזון בקירור, והרוצה מוזמן לבוא לבקר ולהיווכח כי אין ריחות לא נעימים בביתה. אם בביתה אין ריחות כאלו, קל וחומר שאין השכנים סובלים מהם.
25. מוכחש הנתבעת בסעיף 16 מחוסר רלוונטיות. הרא"ש מדבר על מקרה בו האדם המעכב מוחזק כאיסטניסט, ומותר לו לדרוש את הרחקת המפגע. בענייננו, לא הוכח כי התובע איסטניסט, מה גם שכלל לא הוכח שמדירת הנתבעת נודף ריח כלשהו העלול להפריע לתובע.
26. מוכחשת הטענה לפיה ניתן לעכב בידי הנתבעת את פתיחת העסק בשל ריבוי הנכנסים והיוצאים והרעש הנגרם מכך. כאמור, העסק אינו כזה הגורם להגעת לקוחות מרובים. הנתבעת מכינה את התבשילים ומובילה אותם למקום האירוע.
27. מוכחשת הטענה לפיה ניתן לעכב בידי הנתבעת את פתיחת העסק בשל רעש המלאכה. ראשית, במשנה (בבא בתרא כ, ע"ב) נקבע כי ניתן למחות בשל רעש הנכנסים והיוצאים, אך אין למחות בשל רעש המלאכה. שנית, מלאכת הבישול אינה כזו הגורמת רעש גדול, כגון דפיקות פטיש וכיו"ב. מדובר ברעש סביר שספק אם בכלל ניתן לשמעו מחוץ לדירת הנתבעת.
28. הנתבעת בסעיף 19 לכתב התביעה מוכחש. הנתבעת לא תוכל להתפרנס מעסקה בעיר, שכן הדבר יגרום לה לעלויות רבות, שיעלו על הכנסותיה מהעסק.
29. מוכחש האמור בסעיף 20 לכתב התביעה מכל וכל. התובע מצייר תמונה שלא הייתה ולא נבראה. אדרבא, בשל החשיבות שהנתבעת מייחסת לזמן איכות עם משפחתה, היא משתדלת לעבוד בשעות הבוקר, בהן ילדיה נמצאים במסגרות. הנתבעת לא נוהגת לעבוד בשעות לילה מאוחרות.
30. מוכחשת הטענה שהמקרה דומה למובא במדריך להלכות שכנים, עמ' כ"ד (איסור הקמת מסעדה כאשר אחד השכנים מוחה על כך, פס"ד ירושלים ח"ג עמ' רכט). שם דובר על מסעדה, אשר בעטיה רבו העוברים והשבים בבניין המגורים והשכנים סבלו מהרעש. עולה שמדובר בעיכוב בשל ריבוי נכנסים ויוצאים, ואין עילה אחרת לעכב את פתיחת העסק, ואפילו לא משום היזק ראייה (תשובות הגאונים, קנט; כנסת הגדולה חו"מ קנו בהגה"ט אות ה').
31. כאמור, אין ולא צפויים להיות מבקרים רבים בדירת הנתבעת בשל העסק, מלבד, כאמור, לקוח אחד או שניים בשבוע לצורך הסדרת העסקה.

32. מוכחש הנטען בסעיפים 32-34 לכתב התביעה. התובע מביא דוגמאות העוסקות בעיבוד עורות ובית הכסא. ברור לכל כי דוגמאות אלו לא רלוונטיות לענייננו, וכי דברים אלו אינם ממהות העסק של הנתבעת.

בית משותף

33. לחלק העוסק בבתים משותפים בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן: "חוק המקרקעין"), תוקף הלכתי מכוח מנהג המדינה (ציץ אליעזר, טז, ס"ט סעיף ג), וכן נקבע בפסקי דין רבים, שהוראות "חוק בתים משותפים" (חלק ו בחוק המקרקעין), והתקנון המצוי המפורט בתוספת הראשונה לחוק זה, מחייבות מצד ההלכה שכן הדיירים נכנסים על דעת התקנון המצוי (ארץ חמדה גזית 70056; ארץ חמדה גזית 72113).

34. לפי התקנון המצוי, בעל דירה רשאי לעשות כל שינוי בדירתו שאינו פוגע ברכוש המשותף או בדירה אחרת או משנה את ערכם, ואינו צריך לשם כך את הסכמת האסיפה הכללית (סעיף 2 לתקנון).

35. כמפורט בהרחבה לעיל, הפעלת העסק אינה צפויה להסב נזק לרכוש המשותף או לדירות האחרות ואינה משנה את ערך הבניין או הדירות, ולפיכך מותרת.

36. אף ספק אם הפעלת העסק היא בגדר "שינוי" בדירה. הפעלת העסק היא בגדר שימוש בלבד, שאינו משנה דבר בדירה ו/או בבית המשותף, וקל וחומר שאין במקרה זה צורך לקבל את הסכמת האסיפה הכללית.

37. להרחבה בעניין זה ראו בפרק "משפט ישראלי-אזרחי" בחלק העוסק בהקמת עסק בדירה, להלן.

השתק בשל הסכמה שבשתיקה בחודשים האחרונים

38. לדעת הרמב"ם (פירוש המשנה בבא בתרא ג, ח), בנזקים שעשה אדם בשלו, וראהו חברו ושתק, משמע שמחל, ומכאן ואילך אינו יכול למחות. כך פסק גם הרמב"ן (בבא בתרא נט, א, ד"ה 'והוי'), וכן פסק השולחן ערוך (למשל בחו"מ קנה, סעיף לה).

39. תטען הנתבעת, כי כבר משעה שראה התובע את מעשי הנתבעת בעסקה הראשונה, ולא מחה, קנתה הנתבעת חזקה, ויותר לא יכול התובע למחות ורואים בו כמי שמחל.

40. לחילופין ומבלי לפגוע באמור, תטען הנתבעת כי קנתה חזקה בכל הפעמים הבאות שהפעילה את העסק והתובע לא מחה.

עסק לשם מצווה

41. הנתבעת תטען כי אין לעכב בידה מלפתוח את העסק שכן מטרתו לדבר מצווה.

42. כבר בגמרא, במסכת בבא בתרא, דף כ"א ע"א, נאמר כי אין לעכב משכנו ללמד תינוקות של בית רבן, משום שזו מצווה. הרחיבו הפוסקים ואמרו כי לא מדובר רק בלימוד תינוקות של בית רבן, אלא בכל דבר מצווה (חושן משפט, קנו, ג; ציץ אליעזר, י', כה, ל).
43. משפחת הנתבעת היא משפחה של עולים חדשים המתקשה למצוא מקור פרנסה. מתן אפשרות למשפחה זו להתפרנס על ידי פתיחת העסק, הינה מצווה של פרנסה.
44. תטען הנתבעת, כי אף שיש הרואים בהלכה זו כמתייחסת למצוות המוטלות על הכלל בלבד, ולא במצוות המוטלות על הפרט, כגון פרנסה (שו"ת חתם סופר, חו"מ צ"ב; ציץ אליעזר, שם), הרי שבמצב בו המשפחה נמצאת, מדובר בצדקה, שכן אם לא תהיה לה אפשרות להתפרנס, היא תיפול למעמסה על רשויות הרווחה. לכן מדובר במצווה המוטלת על הכלל.
45. עוד תטען הנתבעת, כי בכוונתה לתרום את שאריות האוכל לנזקקים, ומכאן מצווה נוספת הנובעת מהעסק, ועל כן אין למחות בידה. אף על פי שעיקר המאכלים הם לשימוש הלקוחות, הרי שמכיוון שחלקם למטרת צדקה, נחשב הדבר כמצווה (בדומה למקרה המובא במדריך להלכות שכנים, עמ' כ"ד).

כופין על מדת סדום

46. מבלי לפגוע בטענות שלעיל, תטען הנתבעת כי גם אם ימצא ביה"ד שהתובע יכול מעיקר הדין למחות ולעכב בידי הנתבעת מלהפעיל את העסק, הרי שיש לכפות עליו שלא לעשות כן מכוח כופין על מדת סדום.
47. כופין על מדת סדום הוא כלל הלכתי לפיו ביה"ד יכול לכפות על אדם לעשות חסד לזולת, כאשר אין הדבר כרוך בטרחה או הפסד, בחינת "זה נהנה וזה לא חסר".
48. מצאנו, שכופין על מדת סדום, בין היתר, כדי שיוכל אדם ליהנות ולהשתמש בחפציו באופן טוב יותר (למשל, בבא בתרא נט א).
49. יתרה מכך, גם כאשר יש לאדם טענה מדוע לעכב את זולתו מלעשות דבר מה, ולכאורה הראה שיש לו הפסד ולכן אין לכפות אותו, אם ביה"ד לא מקבל טענתו, ניתן לכפות אותו (שו"ת הרשב"א, חלק ב, מג).
50. בענייננו, וכפי שפורט לעיל בהרחבה, העסק אינו צפוי להסב נזק לשכנים.
51. אין מדובר בתדירות ורמת תעסוקה כה גבוהה עד כי ניתן לטעון לנזק כלשהו היוצא מכך. אם הנתבעת הייתה בעלת משפחה גדולה, ועקרת בית שאוהבת לבשל, יתכן שגם כך הייתה מבשלת בכמות כזו, וכי ניתן להעלות על הדעת שבמקרה זה יהיה סביר לדרוש ממנה לחדול מבישוליה!?
52. יתר על כן תטען הנתבעת כי העסק כאמור, מביא לתועלת רבה והוא בגדר צדקה – הן משום שהוא מביא לפרנסתם של המשפחה, משפחה של עולים חדשים המתקשים למצוא פרנסה, והן משום שהנתבעת מתכננת, כאמור, למסור כל עודפי אוכל שהם למשפחות נזקקות.

53. על כן, התעקשותו של התובע שלא לאפשר את המשך העסק היא משום מדת סדום, ויש לכפות עליו להתיר לנתבעת להמשיך בעיסוקיה.

לפנים משורת הדין

"לא חרבה ירושלים אלא על שדנו בה דין תורה" (בבלי, בבא מציעא, ל ע"ב)

54. לחילופין, תטען הנתבעת, כי גם אם מצד דין תורה התובע יכול למנוע ממנה לקיים את העסק, יש חובה לאפשר את המשך פעילות העסק משום 'לפנים משורת הדין'.

55. הדוגמא הקלאסית של "לפנים משורת הדין" עולה בסוגיה בבבא מציעא, כד ע"ב, העוסקת בהשבת אבדה. על פי שורת הדין, משהתייאש בעל האבדה מלמצוא אותה, יכול המוצא לקחת אותה לעצמו. ואולם, בסוגיה מסופר שאם בא המאבד ונותן סימנים, חייב המוצא להחזיר את האבדה, וזאת לפנים משורת הדין (לסוגיות נוספות ראו: בבא מציעא, ל ע"ב; בבא מציעא, פג ע"א).

56. לדעת חלק מהראשונים, בית הדין יכול, על-פי שיקול דעתו, לכפות על אדם לנהוג לפנים משורת הדין (המרדכי, בבא מציעא, פרק שני, סימן רנז – ומציין שכך פסקו גם ראב"ן וראב"ה; בעל הגהות מיימוניות, הלכות גזלה ואבדה, פי"א הלכה ז', אות ג').

57. מי שפסקו שניתן לכפות על לפנים משורת הדין, הצדיקו זאת בעיקר בפערים בין הצדדים, היינו שכופין עשיר לנהוג לפנים משורת הדין כשהתובע עני (ראו ב"ח על טור חו"מ, יב, ס"ק ד).

58. הנתבעת תטען כי מקרה זה מתאים לפסיקה כנ"ל. משפחתה של הנתבעת מתקשה למצוא פרנסה, כאמור. הפעלת העסק לא תגרום נקים כבדים ורבים, כמפורט בהרחבה לעיל. הדבר הראוי והנכון הוא לאפשר את המשך פעילות העסק, ובכך תתפרנס המשפחה בכבוד. התובע, מצדו, מסוגל ויכול לאפשר זאת ואין הדבר כרוך בויתורים רבים מבחינתו.

59. על כן, מתבקש ביה"ד הנכבד לחייב את התובע לפעול לפנים משורת הדין ולוותר על טענותיו בדבר סגירת העסק.

משפט ישראלי-אזרחי

עילות סף

60. **דין הבקשה להידחות מחמת חוסר סמכות עניינית** - לדידה של הנתבעת, דין התביעה דנא להידחות על הסף מפאת חוסר סמכות, שהרי שיקול-הדעת של בית המשפט להתערב בעניינים קנייניים מעין אלה מצומצם ביותר ועל כן על העתירה להידחות מחוסר סמכות. ראו לעניין זה סעיף 4 בפסק הדין בע"א 93/81 אהרן אליאס נ' יוחנן שיפר, פד"י לז(2) 444 (להלן: "עניין אליאס").

61. כלומר, אין מעניינו של הרכב נכבד זה לעסוק בסכסוך שכנים ובוודאי שאין מעניינו להתערב בתחום החיים הפרטי של אדם בביתו. חירותו של הפרט לעשות בביתו כרצונו ואין מעשיה הפרטיים של הנתבעת מצדיקים התערבות המשפט.

זוטי דברים – רב מהומה על לא מאומה

62. מטעמי זהירות בלבד, נטען כי אפילו ייקבע כי בטענות התובע יש ממש וכי לנתבעת לא עומדת הגנה שבדין מפני תביעה זו (מוכחש מכל וכל), יש לקבוע כי מדובר בזוטי דברים, עניין של מה בכך, 'De Minimis'.

63. סעיף 4 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] שכותרתו "מעשה של מה בכך" קובע:

"לא יראו כעוולה מעשה, שאילו היה חוזר ונשנה לא היה בו כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת, ואדם בר-דעת ומזג כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך".

64. מימים ימימה ידוע העיקרון כי "אין החוק נועד לזוטות De Minimis Non Curat Lex. יפים לעניין זה דברי המלומד אבישי אדד במאמרו "עקרון 'זוטי דברים' (De Minimis) כעקרון יסוד בהצעת חוק דיני ממונות התשס"ו-2006 (הקודקס האזרחי החדש) המשפט יב 121 (תשס"ז) בעמוד 122: "עקרון ה' De Minimis מיועד לאותם מצבים בהם נגרמה פגיעה מינימלית בזכותו של בעל דין... מושג ה'דבר של מה בכך' נועד להוציא מגבולות ההכרעה השיפוטית את כל אותן פגיעות שלא הותירו אחריהן נזק ממשי לנפגע... מחברי הצעת הקודקס ראו להפכו מעיקרון 'צדדי' לעקרון יסוד 'כללי'".

65. המלומד אדד עומד בעמ' 143-144 למאמרו על תכליות עקרון הזוטות. לדבריו, התכליות המרכזיות שהעיקרון נועד להגשים הן:

1" מניעת הצפת בתי המשפט על ידי יס' של תביעות בעילות שפגיעתן הנורמטיבית או הממונית הינה פעוטה.

2. צמצום הכוח להגיש תביעה למקרים בהם ניכרת פגיעה של ממש בזכות. במילים אחרות, מניעת שימוש לרעה בזכות.

3. חיסכון בעלויות הכוחות בניהול משפטים על לא מאומה".

66. בדנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' יהודית הורוויץ, נח (6) 289, 333 (2004) הובהר עקרון זה, כדלקמן:

"כלל עתיק יומין הוא שאין דרכו של בית-המשפט לעסוק בעניינים זעירים וקלי ערך, עניינים של מה בכך, 'זוטי דברים'... כך שאין דרכו לעסוק גם בפגיעה מזערית בזכות. כלל זה מקובל בשיטות משפט רבות, וגם בשיטתנו הוא חולש כל תחומי משפט שונים, בין מכוח הוראה מפורשת בחוק ובין מכוח הפסיקה".

67. לסיכום, התובע מתלונן על זוטי דברים באמצעות ניפוח חסר פרופורציות של תלונותיו הכוללות, בין היתר, את הריסת מרקם החיים המשותפים – לא פחות! בפועל, מדובר אך ורק על חוסר רצונו שעוברים ושבים יעשו שימוש במדרגות הבניין.

68. התובע משתמש לרעה במערכת המשפטית ובהליכי המשפט בנושא פגוע וחסר חשיבות ולכן על התביעה להידחות.

הקמת עסק בבית משותף

69. סעיף 38 לכתב התביעה מוכחש. הסוגיה שהועלתה בת"א (ראשל"צ) 3444/05 **ספטון אלונה נ' קכמן שולמית** (להלן: "עניין קכמן") אינה דומה לענייננו. בעניין קכמן דובר על שני גנים מרובי ילדים ומרובי רעש. אי הנוחות הנגרמת לכאורה בענייננו אינה עולה לכדי אי הנוחות המוצגת בפסק הדין. שם דובר על עוברים ושבים רבים הכוללים מספר רב של נפשות ובהם ילדי הגן והוריהם, נוסף על שימושים במחסן ובחצרות הבניין. אין הדבר כך במקרה הנדון. הנתבעת עוסקת בענייניה בביתה בלבד, בשקט, ללא תנועת אדם, אינה משתמשת בחצרות ולא במחסן של הבניין. אף השימוש במעברי המדרגות ובפחים, הינו שימוש סביר.

70. כפי שנאמר בעניין קכמן, בפסקה 11, "במקרה של משפחתון קטן המונה מספר קטן של ילדים ייחשב למעין משפחה "ברוכת ילדים" ולא יזקק להיתר לשימוש חורג". כך בענייננו, המקרה עולה לכדי משפחה מבורכת בישולים כמשפחה "ברוכת ילדים", ולכן אין היזקקות להיתר לשימוש חורג.

71. סעיף 39 לכתב התביעה מוכחש. מגמה רווחת כיום היא של עירוב שימושים בתכנון בישראל והשאיפה היא לקיים אזורי מגורים עם אזור מסחר שייתן שירות וממכר לקהילה המתגוררת בשכנות. אף נפסק בע"א (חי') 695-11-14 **מנדרין מוריה נ' שמאי ישעיהו ויינשטיין** סעיפים 23 – 28 לפסק הדין, כי ניתן לאפשר קיומו של בית קפה בבניין מגורים כאשר ניתן אישור לשימוש חורג ואף אם לא ניתן אישור חורג והאזור הינו מקום ראוי בו ניתן לקיים עסק מבחינה תכנונית. עסק הבישולים הקטן של הנתבעת קטן בהרבה מהעסק המדובר בפסק דין זה ועל כן אין מקום לסגור אותו.

72. סעיפים 40 – 42 לכתב התביעה מוכחשים. כפי שיפורט כדלהלן:

73. מוסכם, כי התקנון החל על הצדדים הוא התקנון המצוי.

74. הבית נבנה בתור דירת מגורים, אך הנתבעת, בעלת דירה בבית המשותף, משתמשת בחלק מדירתה להכנת מזון. ככל שהדבר היה למורת רוחו של התובע, הוא כאמור לא הלן על כך בחודשים הראשונים של פעילות הנתבעת.

75. לימים, התגבשו להן עוד עסקאות חד פעמיות לממכר מזון, אך יודגש כי לא נעשו שינויים במבנה, לא בתוך הדירה, וודאי שלא מחוצה לה.

76. התובע טוען שמעשה הנתבעת נוגד את הוראותיו של סעיף 2 לתקנון המצוי שבתוספת לחוק הנ"ל וזהו לשונו של סעיף 2 הנ"ל:

"א) בעל דירה אינו רשאי לעשות בדירתו שינויים או תיקונים הפוגעים ברכוש המשותף או מסכנים או עשויים לסכן את קיומו או משנים או עשויים לשנות את ערכו, אלא אם קיבל תחילה הסכמת האסיפה

הכללית של בעלי הדירות. לענין זה, "פגיעה ברכוש המשותף" - לרבות פגיעה בחזותו החיצונית התקינה והאחידה כפי שהיתה בעת גמר הבניה.

(ב) בעל דירה אינו רשאי לעשות בדירתו שינויים או תיקונים הפוגעים בדירה אחרת או מסכנים או עשויים לסכן את קיומה, או משנים או עשויים לשנות את ערכה, אלא אם קיבל תחילה הסכמת בעל הדירה האחרת.

(ג) כל שינוי או תיקון אחר רשאי בעל דירה לעשות בדירתו על דעת עצמו."

77. בפסד דינו של כבוד השופט זוסמן בד"נ 20/73, **שמע נ' סדובסקי**, פד"י כח(1) 730 (להלן: "עניין שמע"), נקבע כי ניהול עסק בדירת מגורים, בלא שהדבר יגרום שינויים ברכוש המשותף או בדירת השותפים, אינו נופל לגדרו של סעיף 2 לתקנון המוצע.

78. שינויים בדירה לעניין סעיף 2 לתקנון אינם שינויים בתוך הדירה ואינם שינויי ייעוד, אלא הם שינויים בגוף הדירה שבעטיין ניזוקה דירה אחרת או הרכוש המשותף (סעיף 6 לפסק דינו של השופט זוסמן בעניין שמע).

79. גם לפי דעת המיעוט של השופט כהן בפסק הדין בעניין שמע, בנוגע בשינויים בדירה, אין הדבר נוגע לענייננו, שכן הנתבעת לא גרמה לירידה בערך הדירות.

80. יש להדגיש שלא נעשה שינוי שימוש בדירה שכן היא עדיין משמשת למגורים, וכן לא נפגע הרכוש המשותף ולא נפגע ערכן של הדירות האחרות כאמור בסעיף 2.

81. בנוסף לכך, עפ"י ההגדרה בסעיף 52 לחוק המקרקעין, "דירה" אינה אלא שם נרדף ליחידה מיחידות של בית משותף ואף בית עסק, כך שאין להלין על פעילות הנתבעת מבחינה זו.

82. זכויות הקניין בבית משותף הן "**יציר כלאיים**", הן מקצת נפרדות ומקצת משותפות. בעליו של בית אחר אינו רשאי מכוח בעלותו, להזיק לבית שכנו. כיוצא בזה, שותף בבית משותף חייב לכבד את בעלותו הנפרדת של שותפו כאמור בס' 2(ב) לתקנון. על כן, על התובע לכבד את שימושה של הנתבעת בקניינה ולא להתערב בקניין שלא שלו (סעיף 4 לפס"ד השופט זוסמן בעניין שמע).

83. הרעיון של בית משותף בנושא **בעלות נפרדת** חייב לשמש לנו כמורה דרך. בזה שונה בית משותף ממקרקעין אחרים שבהם לפי סעיף 13 לחוק לא תינתן זכות בחלק מסוים של הנכס. משנתן המחוקק היתר ליצירת קניין נפרד בחלק מסוים של בית, קם הצורך להסדיר את היחסים בין השותפים ולצורך כך יש תקנון (ראו את פסד דינו של כבוד השופט זוסמן בעניין שמע).

84. אילו המחוקק היה רוצה לתת לבעל דירה זכות לגבי יעוד הדירות של שכניו-שותפיו, הוא לא היה מגביל את האיסור שבסעיף 2 לתקנון לאותם המקרים המוגדרים בו. במקרה כזה היינו מוצאים בתקנון הוראה הקובעת מראש את יעוד כל הדירות למטרה פלוגנית, כדרך הוראה המגבילה את דרכי השימוש ששוכר רשאי לעשות במושכר (סעיף 5 לפסק הדין בעניין שמע). לו הייתה הסכמה מצד דיירי הבניין בו

מתגוררת הנתבעת שיש להגביל את דרכי השימוש בדירות בבניין, היא הייתה מוצאת את ביטויה בתקנון הבית המשותף, אך סעיף כזה אינו נמצא כאמור, בתקנון המצוי שאומץ על ידי דיירי הבניין.

85. מעבר לכל זאת, גם אם בוצעו שינויים, הם בוצעו בדירת הנתבעת בלבד וכאמור בס' 2(ג) לתקנון המצוי בחוק המקרקעין, "כל שינוי או תיקון אחר רשאי בעל דירה לעשות בדירתו **על דעת עצמו**" (הדגשה לא במקור).

86. מוכחשת הטענה כי אין ביכולתה של הנתבעת להקים עסק בדירתה בשל כך שלא קיבלה את אישור האסיפה הכללית של הבית המשותף. נראה כי התובע בלבד מתנגד להקמת העסק, ומכאן ניתן להסיק כי יש הסכמה מצד רוב הדיירים וממילא הנתבעת הייתה מקבלת אישור כאמור באסיפה. על כך יפורט עוד להלן, החל מסעיף 105.

87. כפי שנטען בכתב התביעה בסעיף 45, אכן אין מדובר בפגיעה פיזית בבניין וברכוש המשותף, ומוכחשת אף כל טענה לכל פגיעה אחרת בדיירי הבניין וברכוש המשותף.

88. אין לייחס חשיבות לפגיעת השחיקה הנטענת על ידי התובע, שכן מדובר בשחיקה סבירה וטבעית של בניין סביר הנגרם על ידי הדיירים הגרים בבניין. כפי שאין לומר שמשפחה מרובת נפשות שוחקת את הבניין יותר ולכן צריכה לשלם וועד בית גבוה יותר. התובע טוען טענות אבסורדיות שאין לקבלן.

89. בניגוד לטענת התביעה, הלקוחות כאמור, כמעט ואינם נכנסים לבניין והנתבעת מנהלת את יחסיה עמם באמצעות טלפון, אינטרנט ומשלוחים.

90. סעיף 43 לכתב התביעה מוכחש. הנתבעת דיברה עם שכניה ואין הם "מרגישים בעיסוקה". לראייה, התובע הינו תובע יחיד מדיירי הבניין הפועל מכח עריצותו כלפי הנתבעת. אדרבה, דיירי הבניין הם כאמור, הממליצים העיקריים לעסקה של הנתבעת, ומכאן ראייה להסכמתם המשתמעת לפעילותה.

91. ע"א 515/65 **מנחם רבובסקי נ' מרדכי גלסברג**, פד"י (2) 290. אוזכר בצורה שגויה על-ידי התביעה בסעיף 43 לכתב התביעה. כפי שניתן לראות בעמודים 292 – 293 לפסק הדין, המקרה עוסק בשינויים שנעשו בזדון. זאת ועוד, מהות השינויים שונה לאין ערוך ממצבנו. שם מדובר על שבירת קיר, בניית כניסה נפרדת ובניית צינור ביוב חדש. השינויים, המוכחשים, לגביהם טוען התובע ממילא אינם עולים לכדי השינויים המוזכרים בפסק דין זה. אין להשוות הריסת קיר לריח בישול שהוא חלק טבעי מהחיים בבניין מגורים.

92. סעיף 44 לכתב התביעה מוכחש גם הוא. תלונות התובע אינן עלולות לידי פגיעה כפי שמוצגת בע"א 395/74 **יצחק לוי נ' רבקה סמואל**, פד"י כט (2) 039 (להלן: "עניין לוי"). בעניין לוי, בעמוד 45, לאחר המשפט שלכאורה תומך בטענת התביעה נאמר, "מכאן, ששאף לתפוס ברשתו גם מעשים שאין בהם פגיעה פיזית דוקא, אך בוודאי ובוודאי **שעל שלמותו הפיזית של הרכוש המשותף פרש המחוקק את חסותו**. גם מ"מ הנשיא בפסק-דינו בדיון הנוסף בעניין שמע הדגיש כי מצב המבנה הוא סטטי וכי הסעיף הנדון בא להבטיח את "שלמות המבנה ותקינותו" (הדגשים אינם במקור). משמע שתקינותו הפיסית של המבנה הוא הפרמטר המרכזי החולש מעל הכול, וכאשר מדברים על "פגיעה" מדברים על פגיעה

פיסית במבנה ולא על פגיעה ערטילאית ועל דברים בעלמא. כפי שנאמר בצדק בסעיף 45 לכתב התביעה בענייננו "לא מדובר בפגיעה פיזית", ולכן כלל אין פגיעה ברכוש המשותף.

פגיעה במרקם החיים המשותפים

93. זכותה של הנתבעת להמשיך בעיסוקה מעוגנת בחוק-יסוד: חופש העיסוק. על-פי סעיף 3 "כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד". מכאן, שהנתבעת רשאית לעסוק בעסקי הבישול.

94. על פי סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, "אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". התובע לא הוכיח שהפגיעה עולה בקנה מידה אחד עם התנאים המנויים לעיל.

95. כאמור בסעיף 47 לכתב התביעה, הזכות לקניין מעוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו הקובע כי אין לפגוע בקניינו של אדם. בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, מט (4) 221 (להלן: "בנק המזרחי"), פסקה י"ט, מפי השופט ברק (כתוארו אז), נקבע כי קניין הוא "כל אינטרס אשר יש לו ערך כלכלי". הקניין מבטיח לפרט חירות כלכלית, הוא מאפשר שיתוף בין בני אדם והפעלת האוטונומיה של הרצון הפרטי שלהם. מכאן הקשר בין ההגנה על כבוד האדם לבין ההגנה על הקניין. טענה זו רלוונטית לענייננו כפי שיוצג בפסקה הבאה.

96. בפסק-דין בנק המזרחי נקבע גם כי כל פגיעה בזכות לקניין מעבירה את מרכז הכובד של הבחינה החוקתית לפסקת ההגבלה. התובע הוא זה הפוגע בזכות הקניינית של הנתבעת ומונע ממנה לעבוד בעיסוקה **ומכאן שנשמטת הקרקע תחת סעיפים 47 - 48 לכתב התביעה.**

97. סעיף 48 לכתב התביעה מוכחש. הנתבעת לא נקטה פעולה העולה לכדי פגיעה בקניינו של התובע. למען הסר ספק, גם אם הפעולה הייתה עולה לכדי פגיעה, הנתבעת עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, בניגוד לכתוב בכתב התביעה. הבישול עולה לכדי תכלית ראויה שהיא פרנסת הנתבעת ומשפחתה והנתבעת פועלת במידה סבירה. בנוסף הקייטרינג אינו עולה לכדי עסק מסחרי גדול אלא מדובר בעסק ביתי קטן. בנוסף, הנתבעת פועלת מכוח חוק יסוד: חופש העיסוק שהינו שווה מעמד ואף גובר על חוק יסוד: כבוד האדם, דרכו מנסה התובע להלין על הנתבעת, אך ללא הצלחה.

98. סעיף 49 לכתב התביעה מוכחש. בנוסף לכל שפורט לעיל, למרות היותו של התובע בעל דירה בבית המשותף, הרי שלפי סעיף 14 לחוק המקרקעין התובע אינו יכול לגרום לאי נוחות ולנזק לאחר. התובע בתביעתו גורם לנתבעת נזק בסגירת העסק ובביטול פרנסתה. בנוסף, נגרמת אי נוחות לנתבעת עקב הצעקות והתלונות שהתובע מפנה כלפי הלקוחות ומפיץ מפה לאוזן. הדבר אף פוגע במוניטין של הנתבעת ועל כך הנתבעת אף דורשת פיצויים.

99. סעיפים 50 – 51 לכתב התביעה מוכחשים. בע"א 782/70 רדומילסקי נ' פרידמן, כה (2) 523, עמודים 526 – 527. נקבע כי אין התובע יכול לעמוד בצורה דווקנית על זכותו הקניינית ותוך חוסר תום לב מוחלט למנוע משכן שימוש סביר ברכושו הקנייני. במקרה דנן, התנהגותו של התובע משמשת דוגמה לעמידה דווקנית על זכות קניינית בחוסר תום לב אל מול זכותה החוקתית של הנתבעת לפעול כרצונה בדירתה הפרטית. יודגש כי לדרישת סגירת העסק של הנתבעת השלכות רבות ודרמטיות: התובע פוגע בפרנסה היחידה עליה מסתמכת משפחה שלמה של עולים חדשים. עוד פוגע התובע באיכות חייה של הנתבעת בתלונותיו האינסופיות ובצקותיו.

100. סעיפים 53 - 56 לכתב התביעה מוכחשים. פעולות הנתבעת אינן מהווה הפרעה לשימוש במקרקעין של התובע שכן הנתבעת משתמשת שימוש סביר ברכוש המשותף. הנתבעת כאמור, לא מבשלת בכמויות מסחריות אלא בכמויות כמשפחה "ברוכת ילדים" (עניין קכמן, פסקה 11). התובע מתלונן על זוטי דברים ובקנטרנות נגד הנתבעת ללא כל עילה ממשית.

101. לסיכום, הנתבעת משתמשת ברכוש המשותף שימוש סביר ואיננה פוגעת במרקם החיים המשותפים.

הסכמת דיירי הבניין

102. סעיף 52 לכתב התביעה מוכחש כפי שיפוט להלן:

103. סעיף 2(א) לתקנון המצוי בתוספת לחוק המקרקעין קובע כי אין לעשות כל מעשה הפוגע ברכוש המשותף, אלא אם כן התקבלה תחילה הסכמת האסיפה הכללית של בעלי הדירות. אין עוררים כי חדר המדרגות בו עוברים עוברי אורח הינו רכושם המשותף של כל בעלי הדירות.

104. אולם כאמור, הנתבעת פועלת במרחבה הפרטי בביתה בלבד ולא עושה פעילות מיוחדת ברכוש המשותף. הפעילות בביתה אינה עולה לכדי מצב בו היא צריכה לקבל את הסכמת כלל דיירי הבניין בגינה.

105. הנתבעת אינה אחראית לנזק או ללכלוך שנגרמים על-ידי דיירי הבניין האחרים ואורחיהם בחדר המדרגות. נזקי הבניין הם תוצאה משותפת של שימוש כלל דיירי הבניין.

106. לפני משורת הדין נוכיח שישנה הסכמה כללית של דיירי הבניין לפעילות העסק. לפי סעיף 1 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, הסכמה להסדר איננה צריכה להיות מפורשת, והיא יכולה להיות גם בהסכמה מכללית או הסכמה בהתנהגות. על כן, גם ההסכמה שבשתיקה של הדיירים עשויה להיות מספקת לשם הבעת נכונות להתיר לנתבעת להפעיל את עיסוקה בדירתה שבבניין (תא (ת"א) 1030/00 עמיה בע"מ נ' יזהר אשדות, סעיפים 39 – 41 לפסק הדין).

107. לכן משלא התנגדו דיירי הבניין באסיפה כללית לעיסוקה של הנתבעת נראה שהדבר מעיד על הסכמתם מכללית הנלמדת בחלוף הזמן (ס' 5 בעניין אליאס). אף ניתן לראות בשתיקתם כחווה בעל-פה.

108. בנוסף, דיירי הבניין עזרו לנתבעת בהקמת העסק ובפרסומו כנאמר בחלק העובדתי, ומכאן שהם מסכימים להקמת העסק, הסכמה משתמעת.

109. סעיפים 57 – 59 לכתב התביעה מוכחים כפי שיפורט להלן :
110. הנכס לא שינה את ייעודו שכן הוא עדיין משמש בעיקר כדירת מגורים.
111. על פי סעיף 151א(א) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, שימוש שאינו למגורים משמע כל שימוש שאינו למגורים, אינו לגן ילדים, לרבות פעוטון או מעון יום, או אינו לשירות רפואי ;
112. בענייננו אין מדובר במקרה העונה לדרישות הסעיף. הנתבעת עדיין דרה בנכס עם משפחתה ועסק המזון הינו שולי לשימוש העיקרי.
113. מכאן שהנכס המדובר לא שינה את ייעודו ואין איסור על הכנת מזון בחלק מהדירה.
114. אין מדובר בקבלת קהל המונית כפי שנדון בע"א 6291/95 **בן יקר בת נ' הוועדה המיוחדת, פ"ד א (2) 845-6**, שכן בענייננו מדובר בהזמנה אישית של מזון. עסקה של הנתבעת גם לא גורם לריח חריף ולא בהכרח יביא לכך שאנשים רבים יתהלכו בנכס. אופיו של העסק הוא כזה שהנתבעת בדרך כלל מובילה את האוכל לבתי הלקוחות, ורק לעיתים רחוקות אנשים מגיעים, לוקחים את האוכל והולכים.
115. בנוסף, כל בעל דירה רשאי לעשות שימוש סביר ברכוש המשותף הכולל את הפחים, חדר מדרגות. כל שכן במקרה דנן שהפח נמצא מחוץ לבניין ולא מהווה מטרד לשכנים.
116. בנוגע לריח האוכל שנטען כי מפריע לתובע - ריח של אוכל הוא סביר וצפוי בכל בניין.
117. בשולי הדברים, ולמען הזהירות בלבד תזכיר הנתבעת, שאף אם הייתה מוכחת פגיעה כזו או אחרת ברכוש המשותף, חלה חובת וויתור הדדי בשל החיים המשותפים. החיים בבית משותף מכילים פן פרטי כמו גם פן שיתופי. מדובר במקרה דנן בעולה חדשה חסרת תעסוקה, במשפחה קשת יום. יש להתחשב בכך במיוחד כאשר אין מניעה חוקית להקים עסק בבניין כאמור.
118. כאמור, לא מדובר על פגיעה ברכוש המשותף, ואם כן הפגיעה בתובע היא אפסית ואף נזק לא הוכח על ידו, ומכאן שלא קמה לו עילת תביעה. תימוכין לטענה ניתן למצוא בסעיף 31 לפסק הדין בעניין רוקר.

חוסר תום-לב

119. על-פי סעיף 14 לחוק המקרקעין, בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר.
120. על-כן, אין בזכותו הקניינית של התובע כדי להצדיק גרימת נזק לעסקה של הנתבעת והתנגדותו נגועה בחוסר תום-לב.

121. כפי שצוין זה מכבר, אין בכוחו של העסק לפגוע במרקם החיים בבניין המשותף או להוות פגיעה ברכוש המשותף ובערך הדירות בבניין, בהעדר התגבשותו של נזק ברור, היה על התובע להשהות את תביעתו עד לבירור המצב העובדתי. יתכן שבחלוף מספר חודשים ספורים, היו מתבדים חששותיו והוא היה מוצא כי העסק כלל אינו מפר את מרקם החיים המשותפים.

122. שנית, התובע כאמור, הוא השכן היחיד שמצא לנכון להתנגד להקמת העסק בדירת הנתבעת. ברי אם כן, כי שאר הדיירים אינם סבורים כי הדבר מהווה פגיעה כלשהי.

123. בהתנגדותו של התובע יש עמידה דווקנית על זכויותיו, העומדות לו לטענתו ולכאורה, ובניגוד לס' 14 לחוק המקרקעין ולחובת הוויתור ההדדי בבתים משותפים. כפי שהוצג בסעיף 82 לעיל, בית משותף הוא יצור כלאיים, בו משולבים הקניין הפרטי עם הקניין המשותף. על כן, התובע לא יכול להגביל את זכותה הפרטית של הנתבעת ולהחליט על סגירת עיסוקה.

124. התביעה הינה קנטרנית ואף ייתכן כי נגועה בהפליה ודעות קדומות כלפי הנתבעת כעולה חדשה. טבעי כי קבלת השונה והאחר עשויה להיות קשה לתובע, אך לא יתכן כי בית המשפט ייעתר לתביעתו הנגועה בכך.

רישוי עסקים

125. בניגוד לנטען בסעיפים 52 ו-58 לכתב התביעה, הנתבעת לא הסתירה דבר. השכנים ידעו שהיא עולה חדשה המקימה עסק חדש וחלק מהשכנים אף רכשו כאמור אוכל וממטעמים מהנתבעת. כעת הנתבעת נמצאת בהליך לקבלת היתר רישוי לעסוק בהכנת מזון ביתי בהליך מזורז לפי סעיף 1א6 לחוק. ובהמשך תקבל רישיון לפי חוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968.

126. סעיפים 60 - 66 לכתב התביעה מוכחשים כפי שיפורט להלן:

127. סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] קובע שאם אדם הפר חובה חקוקה, הרי שבצד הסנקציות להן הוא יהיה חשוף מצד רשויות השלטון, הפרת החובה החקוקה עשויה להוות עוולה נזיקית כלפי אדם אחר. אולם, לא כל הפרה של חובה חקוקה מעמידה לכל אדם עילת תביעה כנגד המפר. על מנת שתתגבש עילת תביעה, על התובע להוכיח כי החיקוק שהופר, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של התובע, וכי ההפרה גרמה לתובע לנזק, מסוגו או מטבעו של הנזק שאליה נתכוון החיקוק. אם לא עשה כן כי אז דין תביעתו יהיה להידחות, אפילו הוכיח, מעבר לכל ספק, שהנתבע הפר חובה חקוקה המוטלת עליו. הנתבעת טענה שחוק רישוי עסקים וחוק התכנון והבנייה נועדו להגן על הסדר הציבורי הכללי ולא נועדו לטובתו של אדם פרטי זה או אחר.

128. זאת ועוד, **התביעה לא הוכיחה כי נגרם נזק**. ריחות בישול הינם ריחות סבירים בכל משק בית. אדם שבוחר לגור בבית מגורים משותף, צפוי שיהיה חשוף לריח בישול. על כן הנטען בסעיף 63 לכתב התביעה לא הגיע לכדי בשלות.

129. לבסוף, תטען הנתבעת שאף הם התקיימו התנאים לקיומה של עוולת הפרת חובה חקוקה, אין די בכך כדי לקבל את התביעה. בפסק דין ע"א (ח"י) 695-11-14 **מנדרין מוריה נ' שמאי ישעיהו ויינשטיין**, סעיפים 25 – 28, בית המשפט המחוזי הכריע כי גם במקרה של הפרת חובה חקוקה כלפי המשיבים לא ייסגר בית העסק של המערערים אף במקרה של רישיון זמני. נקבע כי הנזק שייגרם למערערים כתוצאה מסגירת בית הקפה יעלה עשרות מונים על הנזק שנגרם למשיבים כתוצאה מהפעלתו, ולכן אושר לבעלי בית הקפה להפעילו עד למתן רישיון עסק קבוע. במקרה שלפנינו לא הופרה חובה חקוקה והנתבעת הינה עולה חדשה למשפחת עולים עם קשיי תעסוקה. כעת מתפרנסת משפחתה מעבודתה בעסק שסגירתו תביא למפלה כלכלית עבודה ועבור כל בני משפחתה. לאור זאת, על בית המשפט הנכבד לדחות את התביעה.

מפגע ריח ולכלוך והוכחת נזק

130. הנתבעת מכחישה כל הפרה נטענת של סעיף 3 לחוק מניעת מפגעים, התשכ"א-1961.
131. פעילות ביטול ביתית שבהגדרתה אינה מסחרית ואינה תעשייתית, אינה מהווה מטרד ואף שכיחה בבניין מגורים. ריח ביטול בבניין מגורים אינו בלתי סביר ואינו מהווה מפגע ריח.
132. ניתן לראות כי התביעה לא עמדה בנטל להוכיח קיומו של מפגע לפי חוק למניעת מפגעים, תשכ"א-1961. מעבר לנדרש. אף עם נגרם ריח שהתובע חווה כ"ריח רע" מביתה של הנתבעת ואף אם נוצר לכלוך, אלו לא עלו כדי מפגע ריח לפי חוק מניעת מפגעים. בפסק דין של בית המשפט העליון ע"א 10462/04 **פיקניק בע"מ נ' נכסי ד.ק.א בע"מ**, ס' 10 לפסק דינו של השופט ריבלין, נקבע בהרכב של שלושה שופטים כי מפעל פיקניק שמייצר מזון בבניין, אינו מהווה מטרד או מפגע לפי חוק מניעת מפגעים, קל וחומר כאשר מדובר בפעילות ביטול ביתית של אדם אחד.
133. התובע גם לא עמד בנטל להוכיח קיומו של מטרד ליחיד לפי סעיף 44 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], כנטען בסעיף 62 לכתב התביעה. מאחר שלא הוכיח "הפרעה מוחשית ומהותית לשימוש והנאה סבירים מהמקרקעין בהתחשב עם מיקום וטיבם". הוא אף לא הוכיח מפגע לפי החוק למניעת מפגעים, התשכ"א-1961 (להלן: החוק למניעת מפגעים), מאחר שלא הוכח קיומו של "ריח חזק או בלתי סביר" (כלשון סעיף 3 לחוק) מביתה של הנתבעת. באשר לפחים, הנתבעת לא הסיגה את הגבול ברכוש המשותף, אלא השתמשה בהם "שימוש סביר", שאינו מונע שימוש דומה מאחרים. בשל כך יש לפסוק כי התביעה לא הוכיחה שנגרם לה נזק כנדרש לצורך הוכחת התקיימותה של עוולת הפרת חובה חקוקה. התביעה גם לא הוכיחה כנדרש את גובה הנזק הנטען.

134. ייתכן וממכר תבשילים בבניין מגורים נתפס על ידי חלק מהאנשים כשימוש קרקע בלתי רצוי. אולם מדובר במקרה מובהק של "לא בחצרי" (NIMBY: Not In My Back Yard), שכן למרות שחלק מהאנשים אינם מעוניינים כי עסקים אלו יפעלו בשכונת אליהם כולם מסכימים כי הקהילה נהנית מעסקים לממכר אוכל ביתי מוכן, ואף יש ביקוש וקונים רבים לכך. אין חולק כי הפעילות של הנתבעת

הינה מבורכת ושכנים רבים נהנים ממטעמיה, ולאור העובדה שלא נגרם מטרד והפרעה מוחשית לסביבה יש לאפשר לה את המשך פעילותה בביתה.

לאור כל האמור לעיל, מתבקש ההרכב הנכבד:

135. לדחות את התביעה.

136. לשם הזהירות בלבד, אם ימצא כי יש להמציא אישורים מסוימים לשם הפעלת העסק, ייתן ההרכב הנכבד אורכה, לפרק זמן של 6 חודשים לפחות, שבמהלכם יתאפשר לנתבעת לפעול למען קבלת ההיתרים הנדרשים.

137. לחייב את התובע בפיצויים בגין הפגיעה בשמה הטוב ועגמת הנפש הרבה שגרמה התביעה לנתבעת.

138. להשית על התובע את הוצאותיה הריאליות של הנתבעת בגין התביעה בתוספת שכר טרחת עורכי-דין.

139. מן הדין ומן הצדק להיענות לבקשותיה אלה של הנתבעת.

הנתבעת