



בית המשפט המחוזי חיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

בפני כב' השופט יגאל גריל, ס. נשיא

המבקשת:

עינב אברהמי

ע"י ב"כ עוה"ד עמוס האוזנר

נגד

המשיבות :

1. התיאטרון העירוני חיפה בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד שלמה כרוב וגב' יעריית איל

2. עיריית חיפה

באמצעות המחלקה המשפטית

ע"י ב"כ עוה"ד גב' ימית קליין

החלטה

- א. בפניי בקשה לאישור הגשת תובענה ייצוגית כנגד התיאטרון העירוני חיפה (להלן: "התיאטרון") וכנגד עיריית חיפה (להלן: "העיריה") בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.
- ב. המבקשת, עורכת דין במקצועה, המרבה, לדבריה, לצפות בהצגות תיאטרון, טוענת כי ביום 13.10.2009 צפתה בהצגה "המקום ממנו באתי" (להלן: "ההצגה") בתיאטרון חיפה, המופעל על-ידי המשיבה מס' 1 והמוחזק במשותף עם המשיבה מס' 2.
- לטענת המבקשת, לאורך חלק ניכר מן ההצגה התקיים עישון על הבמה, תוך חשיפת הקהל לעישון בתוך אולם קטן (אולם מס' 3 היכול לאכלס עד 158 אנשים), תוך הפרת החוק האוסר על עישון במקומות ציבוריים ותוך פגיעה בבריאותם של הצופים והשחקנים.
- לדברי המבקשת, יום למחרת ההצגה, פנתה במכתב למנכ"ל התיאטרון, מר דרור גרבר, ולגורמים שונים בעיריה, וזאת מתוך הנחה כי העניין יוסדר על-ידם והעישון על הבמה יופסק. אולם, בתשובה קיבלה מכתב מב"כ התיאטרון, לפיו העישון על הבמה צריך להיות פטור מהוראות החוק. העיריה במכתב התשובה מטעמה אימצה את עמדת ב"כ התיאטרון.
- לטענת המבקשת, העישון על הבמה הינו בניגוד לחוק למניעת עישון במקומות ציבוריים והחשיפה לעישון, תשמ"ג-1983 (להלן: "חוק למניעת עישון"), המטיל אף אחריות על המחזיקה במקום הציבורי למנוע את העישון בו.



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

- 1
2 לטענת המבקשת, כאשר מתבצע מעשה רצח במסגרת עלילת ההצגה, כשם שאין רוצחים
3 בפועל את אחד השחקנים על מנת להיות נאמנים למציאות, כך על מנת להדגים הדלקה של
4 סיגריה – אין מקום להפיץ את רעלי הסיגריה תוך הפרה בוטה של החוק למניעת עישון.
5
6 ג. העילות עליהן מבססת המבקשת את התביעה שאת אישורה כייצוגית היא מבקשת הן:
7
8 1. הפרת חובה חקוקה הקבועה בסעיף 1 ובסעיף 2 לחוק למניעת עישון.
9
10 2. הפרת חובת הזהירות לפי סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין.
11
12 3. סיוע למעשה תקיפה.
13
14 ד. הסעד המבוקש הינו פסיקת פיצוי בסכום של 1,000 ₪ לכל אדם שצפה בהצגה ויצפה בהצגה
15 "עד לסיום התביעה" (סעיף 11 לבקשה), כאשר להערכת המבקשת מדובר בכ-3,800 אנשים,
16 כך שסכום התביעה הוא 3.8 מיליון ₪.
17
18 ה. התיאטרון הגיש תגובה מפורטת לבקשה.
19
20 בתגובת התיאטרון נטען, כי התיאטרון הוא תאגיד שבשליטתה של עיריית חיפה (המשיבה
21 מס' 2) ומופעל שלא למטרות רווח.
22
23 ב"כ התיאטרון טוען כי התיאטרון נוקט את כל האמצעים העומדים לרשותו על מנת למנוע
24 עישון בתחומו. אולם החוק למניעת עישון, לפי דברי ההסבר להצעת החוק, לא נועד לאסור
25 את העישון באופן גורף, אלא למנוע מצבים בהם העישון במקום ציבורי מהווה מטרד לציבור
26 הלא מעשן.
27
28 לטענת ב"כ התיאטרון, ההצגה מבוססת על המחזה The Old Neighborhood מאת המחזאי
29 האמריקני דיוויד מאמט. בהצגה השחקנית אורלי זילברשץ מדליקה סיגריה למשך 5½ דקות
30 בלבד במערכה השנייה, כמו בסצנה שבמחזה המקורי. על כן, לטענתו, המדובר בתביעה
31 קנטרנית שהינה בבחינת מהומה רבה על לא מאומה, המהווה בבחינת "מעשה של מה בכך"
32 לפי סעיף 4 לפקודת הנזיקין.
33
34 טוען ב"כ התיאטרון שבמשך כל תקופת הרצתה של ההצגה בתיאטרון לא נשמעה ולו טענה
35 אחת מצד הצופים באשר להצגה, למעט תלונת המבקשת.



בית המשפט המחוזי חיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

- 1
2 זאת ועוד, דרישתה של המבקשת לשינוי ההצגה מהווה התערבות בלתי סבירה ושלא לצורך
3 בחופש האומנות והיצירה, המהווה נגזרת של חופש הביטוי ונמנה על חירויות היסוד בעלות
4 מעמד חוקתי (בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד
5 (5) 661, בעמ' 677; בג"ץ 6126/94 גיורא סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817).
- 6 לטענת ב"כ התיאטרון, חופש היצירה משתרע עד הגבול שממנו ואילך מתקיימת פגיעה באופן
7 לא מידתי והדברים מוגבלים במבחנים של סבירות ומידתיות. עישון סיגריה אחת הינו רחוק
8 מגבול זה.
- 9
- 10 ב"כ התיאטרון טוען כי לא יעלה על הדעת שכוונת המחוקק היתה לאסור עישון במסגרת
11 גילום דמות בהצגה בתיאטרון. המחוקק אסר על עישון של הציבור בתיאטרון, ולא אסר על
12 עישון כחלק מהתוכן האומנותי.
- 13
- 14 לטענת ב"כ התיאטרון קבלת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית תביא לפגיעה בלתי מידתית
15 בחופש האומנותי ובחופש היצירה הנמנים על חירויות היסוד בישראל.
- 16
- 17 עוד טוען ב"כ התיאטרון, כי המבקשת נעדרת עילת תביעה אישית, שכן החוק למניעת עישון
18 מאפשר רק לרשות לנקוט בהליכים פליליים מכוחו, ואין היחיד זכאי לתבוע פיצוי ממפר
19 החוק. אם ברצונה של המבקשת לילך בהליך האזרחי, אזי עליה להוכיח נזק. אולם, לטענתו,
20 המבקשת לא הוכיחה קיומו של נזק כלשהו למי מבאי התיאטרון, ואפילו לא נזק לכאורה.
21 כאשר הצעה לתיקון החוק, לפיה תהא אפשרות לפיצוי ללא הוכחת נזק למי שנחשף לעישון
22 במקום ציבורי – נדחתה.
- 23
- 24 לטענת ב"כ התיאטרון לא מתקיימת עוולת הרשלנות במקרה דנן, שכן המבקשת לא הוכיחה
25 חובת זהירות קונקרטי, וזאת היות שלא ניתן לומר שתיאטרון סביר לא היה מעלה הצגה
26 שיש בה סצנה אחת של עישון סיגריה על-ידי שחקן אחד.
- 27
- 28 עוד טוען ב"כ התיאטרון כי גם לא מתקיימת עוולת התקיפה, שכן המבקשת לא הראתה
29 שנעשה שימוש בכוח במתכוון נגד גופו של אדם בניגוד להסכמתו.
- 30
- 31 בדיון שנערך בפניי ביום 14.3.2010, הודיעה ב"כ עיריית חיפה, עו"ד גבי קליין, כי היא
32 מצטרפת לתגובה שהוגשה מטעם התיאטרון, וזאת לאחר שלא הוגשה מטעם העירייה תגובה
33 לבקשה לאישור התובענה כייצוגית.
- 34
- 35 בדיון חזר ב"כ המבקשת על האמור בבקשה, וטען כי עישון כפוי גם לזמן קצר עלול לגרום
36 למוות. ב"כ המבקשת מבקש להביא ראיה לכך מפסק דינו של בית המשפט העליון האמריקני



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

- 1 בפרשת Olympic Airways, שם דובר על חולה אסתמה שהושב שלוש שורות מאזור עישון
 2 במטוס וכתוצאה מכך הוא נפטר. לטענת ב"כ המבקשת, הונחה תשתית עובדתית רצינית לכך
 3 שהמדובר בנזק רציני, אף אם העישון הינו לזמן קצר בלבד. לדבריו, הרעלים המזיקים של
 4 הסיגריה המודלקת במהלך ההצגה, מזיקים בדיוק כפי שמזיקים רעלים של כל סיגריה.
 5
 6 לטענת ב"כ המבקשת, מתן פטור שאינו כתוב בחוק לבתי תיאטרון מפני החוק למניעת עישון,
 7 הוא בגדר מדרון חלקלק.
 8
 9 ב"כ המבקשת ביקש להפנות לפסק דינו של בית המשפט לערעורים במדינת קולורדו מיום
 10 *Curious Theater Co. v. Colo. Dep't of Pub. Health & Env't*, 216 P.3d) 20.3.2008
 11 וכן לפסק דינו של בית המשפט העליון של מדינת קולורדו מיום
 12 *Curious Theatre Co, v, Colo. Dep't of Pub. Health & Evn't*, 220 P.3d) 14.12.2009
 13 (Col. 2009), 544), שלטענתו קבעו כי העישון אסור אף שהוא נעשה על-ידי שחקן במסגרת
 14 גילום דמות בהצגה (הערה: בפסק דינו של בית המשפט לערעורים נכתב שם התיאטרון
 15 כ-"Curious Theater", ואילו בפסק הדין של בית המשפט העליון של מדינת קולורדו נכתב:
 16 "Curious Theatre". על אף ששתי צורות הכתיב נכונות, בהיות הראשונה צורת הכתיב
 17 האמריקנית והשנייה צורת הכתיב הבריטית, אציין שבאתר התיאטרון מופיע שם התיאטרון
 18 כך: "Curious Theatre" (עיינו: <http://www.curioustheatre.org>).
 19
 20 ח. המבקשת הוסיפה וטענה בדיון כי "נזק" מוגדר בפקודת הנזיקין לא רק כנזק רפואי, או
 21 בריאותי, אלא יש נזקים נוספים כדוגמת חוסר נוחות, ומשכך ברי שנגרם נזק.
 22
 23 ט. בדיון חזר ב"כ התיאטרון על האמור בתגובתו.
 24
 25 לטענתו, פסקי הדין אליהם הפנה ב"כ המבקשת, עוסקים במקום בו דובר במחדל שהאמונים
 26 על אכיפת החוק למניעת עישון במקומות ציבוריים לא אכפו אותו. אולם, בענייננו השאלה
 27 שונה לחלוטין, שכן התיאטרון סבור שאין מקום לאכוף עישון שהוא חלק מן הצגה, במיוחד
 28 כשהמדובר בעישון הנמשך 5½ דקות באולם שיש בו מערכת אוורור.
 29
 30 לטענת ב"כ התיאטרון, התיאטרון אוכף את החוק למניעת עישון בצורה מוחלטת, אולם אין
 31 מקום להחיל את החוק למניעת עישון על עישון כחלק מן הצגה.
 32
 33 ב"כ התיאטרון סבור, שמכיוון ואין המדובר בהגברת אכיפה, אין מקום להגשת תובענה
 34 ייצוגית, שכן עותר יחיד יכול להביא את העניין לפתחו של בית המשפט, אם הוא סבור שיש



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

- 1 לעשות זאת, שכן אין מחלוקת שהחוק חל על קהל המבקרים בתיאטרון. לטענתו, מקום
2 שתחולת החוק היא השאלה שבמחלוקת, ולא מחדל באכיפתו, הדרך לבירור אינה בדרך של
3 תובענה ייצוגית.
- 4
- 5 לטענת ב"כ התיאטרון, החוק למניעת עישון הוא במהותו חוק פלילי, ובמידה והיועץ המשפטי
6 לממשלה מחליט שלא להגיש כתב אישום, אזי התרופה למי שחושב ששיקוליו של היועץ
7 המשפטי היו מוטעים, היא הגשת עתירה לבג"ץ, אולם אין כל צורך בבירור העניין בדרך של
8 תובענה ייצוגית.
- 9
- 10 ב"כ התיאטרון טען שעישון על הבמה במהלך הצגה, כמוה כהתערטלות על הבמה בזמן הצגה,
11 שכאשר היא נעשית כחלק מיצירה, איש לא יעלה על הדעת שיש מקום להפעיל את המשפט
12 הפלילי.
- 13
- 14 לטענת ב"כ התיאטרון במדינת קולורדו נאסר בחוק במפורש עישון שהוא חלק מהצגה, ושם
15 נדונה בבית המשפט השאלה האם ראוי לפסול חוק זה בשל היותו נוגד את התיקון הראשון
16 לחוקה האמריקנית. לטענתו, נפסק שם שבמידה ומדינה החליטה בחוק שהיא אוסרת את
17 העישון שהוא חלק מהצגה – זו זכותה של המדינה ואין להתערב בכך.
- 18
- 19 לטענת ב"כ התיאטרון, אין מקום ללמוד בדבר קיומו של נזק מפסקי דין האמריקניים אליהם
20 מפנה ב"כ המבקשת, אלא יש מקום לחוות דעת רפואית בעניין. אולם, חוות דעת כזו לא
21 הוגשה מטעם המבקשת.
- 22
- 23 י. ב"כ עיריית חיפה הצטרפה לדבריו של ב"כ התיאטרון, והוסיפה כי עיריית חיפה סבורה,
24 שבנסיבות העניין, בהן העישון הוא חלק מהצגה, אין מקום להפעיל את סמכות הפיקוח
25 המסורה לעיריית חיפה.
- 26
- 27 יא. בשל המחלוקת בין הצדדים בדבר משך הזמן בו נמשך עישון הסיגריה על-ידי השחקנית,
28 הוריתי כי ב"כ התיאטרון ימסור לב"כ המבקשת עותק של תקליטור הוידאו, על מנת שיהא
29 ניתן לברר כמה זמן נמשך למעשה עישון הסיגריה.
- 30
- 31 בהודעתו מיום 17.3.2010 מסר ב"כ המבקשת כי משך העישון בתקליטור ה-DVD שהועבר
32 אליו הוא כ-6 דקות, כאשר לדבריו המדובר בפרק זמן המהווה 10% ממשך ההצגה האורכת
33 שעה אחת בדיוק.
- 34
- 35 יב. ביום 19.4.2010 החלטתי כי ראוי יהא לקבל את עמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין
36 שבמחלוקת בהליך זה.



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

- 1
- 2 ביום 13.5.2010 הגישה ב"כ היועץ המשפטי לממשלה בקשה למתן ארכה להגשת עמדת היועץ
- 3 המשפטי עד ליום 27.7.2010, היות ולדבריה עתידה להתכנס ישיבה בהשתתפות כלל הגורמים
- 4 הרלוונטיים, וזאת במטרה לגבש המלצה שתועבר ליועץ המשפטי לממשלה. בהחלטתי מאותו
- 5 היום, נעתרתי לבקשה באופן חלקי, והוריתי כי העמדה תוגש עד ליום 27.6.2010.
- 6
- 7 ביום 23.6.2010 הגישה ב"כ היועץ המשפטי לממשלה בקשה שניה למתן ארכה של 30 יום,
- 8 וזאת היות ולדבריה טרם הושלם הליך גיבוש העמדה, נוכח עומס עבודה.
- 9
- 10 בהחלטתי מיום 23.6.2010 הארכתי את המועד להגשת העמדה עד ליום 7.7.2010.
- 11
- 12 ביום 7.7.2010 הגישה ב"כ היועץ המשפטי לממשלה הודעה לפיה, היועץ המשפטי לממשלה
- 13 לא ראה לנכון להתייצב בהליך, וזאת בין היתר, משום שההיבטים המשפטיים הרלוונטיים
- 14 הובאו בפני בית המשפט בכתבי הטענות מטעם הצדדים הישירים להליך.
- 15
- 16 יג. ביום 29.7.2010 הודיע ב"כ המבקשת כי התובע הכללי של מדינת קולורדו הודיע ביום
- 17 24.5.2010, שבית המשפט העליון האמריקני סירב לקיים דיון בבקשת התיאטראות בעניין
- 18 פסק-הדין שניתן על-ידי בית המשפט העליון של מדינת קולורדו. לפיכך, לטענתו, פסקי הדין
- 19 של שלוש הערכאות ממדינת קולורדו, שקבעו כי איסור העישון חל גם לגבי עישון על הבמה,
- 20 הינם חלוטים.
- 21
- 22 יד. לאחר שעיינתי בטיעוניהם המפורטים של ב"כ הצדדים, הן בכתב והן בעל-פה, ובאסמכתאות
- 23 שהוגשו על-ידי באי כוח הצדדים, הגעתי למסקנה כי דין הבקשה להידחות.
- 24
- 25 טו. סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות, המפנה לתוספת השניה לחוק, קובע רשימה סגורה של
- 26 עניינים בהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית. סעיף 1 לתוספת השניה קובע כי ניתן להגיש תובענה
- 27 ייצוגית כנגד "עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בהקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם
- 28 התקשרו בעסקה ובין אם לאו". בתיק זה, התיאטרון והעיריה אינם חולקים על כך
- 29 שהתיאטרון עונה להגדרת "עוסק", וכי המבקשת הינה לקוח.
- 30
- 31 טז. בסעיפים 4 ו-8 לחוק תובענות ייצוגיות, קבועים התנאים לאישורה של תובענה כייצוגית.
- 32
- 33 סעיף 4(א) לחוק, קובע כי על התובע הייצוגי להיות בעל עילת תביעה אישית:
- 34



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

1 "אלה רשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית כמפורט
2 להלן:

3 (1) אדם שיש לו עילה בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א),
4 המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות
5 לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם - בשם אותה קבוצה;
6 (2) "...

7
8 כמו כן, קובע סעיף 4(ב) לחוק:

9
10 "לענין סעיף זה, כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק –

11 (1) בבקשה לאישור שהוגשה בידי אדם כאמור בסעיף קטן (א)(1) - די בכך
12 שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק;
13 "...

14
15 דהיינו, על המבקש את אישורה של תובענה כתובענה ייצוגית להראות שרשאי הוא להגיש
16 בקשה לאישור תובענה ייצוגית לפי הוראות סעיף 4 לחוק תובענות ייצוגיות, וכן שנגרם לו
17 לכאורה נזק.

18
19 בענין דרישת קיומה של עילת תביעה אישית, כתב כב' השופט א. רובינשטיין בע"א 3955/04
20 עו"ד רייזל נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, תק-על 2005(3) 58, בעמ' 62 (מיום 4.7.2005,
21 בפיסקה ו(2) של פסק הדין):

22
23 "כאמור, כדי לפסוע אל תוך עולמן של התובענות הייצוגיות, תנאי בסיסי הוא
24 קיומה של עילת תביעה אישית. בהעדרה של עילה כזו, דין התובענה להימחק
25 או להידחות על הסף, וממילא לא ניתן לאשרה כתובענה ייצוגית. על התובע
26 המבקש להיות תובע ייצוגי, לשכנע את בית המשפט - במישור הראייתי ולא
27 רק במישור הטיעוני - במידת הסבירות הראויה, שקמה לו לכאורה עילת
28 תביעה (ע"א 2967/95 מגן וקשת נ' טמפו, פ"ד נא(2) 312, 329-330, השופטת
29 שטרסברג-כהן). הדברים מדברים בעדם: תביעה ייצוגית היא מנוף הטעון
30 בסיס ארכימדי, שאם לא כן תלויה התביעה הייצוגית על בלימה."



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

- 1 יז. במקרה דנן אין חולק על כך שהמבקשת צפתה בהצגה הנ"ל בתיאטרון וכי השחקנית אורלי
2 זילברשץ הדליקה סיגריה ועישנה אותה במשך כ-6 דקות, והמבקשת נחשפה לעישון זה.
3
- 4 ב"כ המבקשת טען בדיון כי המבקשת ישבה בהצגה באחת השורות האחרונות של אולם
5 התיאטרון, ואף על-פי-כן היא חשה היטב בעשן הסיגריה (עמ' 3 לפרוט', ש' 20-21).
6
- 7 יח. ב"כ התיאטרון טוען כי היחיד אינו זכאי לתבוע פיצוי מכוח החוק למניעת עישון, אלא רק
8 הרשות מוסמכת לקנוס את מי שמפר את החוק.
9 אין בידי לקבל טענתו זו של ב"כ התיאטרון.
10
- 11 בעניין זה אין לי אלא להפנות לדבריו של כב' השופט א. רובינשטיין ברע"א 9615/05 **אירית**
12 **שמש נ' פוקצ'טה בע"מ** (פורסם באתר "נבו", מיום 5.7.2006, בפיסקה ה(4) של פסק הדין):
13
- 14 "אכן, הרשויות צריך שיעשו מלאכתן כפי שהטיל עליהן המחוקק בפיקוח
15 ובאכיפה. ואולם, כבדותה ואיטיותה של פעולת הרשויות מצדיקה לפתוח
16 פתח ל"אכיפה אזרחית", כך שהאזרח האיכפתי המבקש לשמור את בריאותו
17 ובריאות הציבור יוכל להשפיע אף הוא לתקנת הרבים."
18
- 19 (עינינו גם: דברי כב' השופט י. ענבר בת"א (מחוזי י-ם) 9307/07 **דן מן נ' פוקצ'טה בע"מ**
20 (פורסם באתר "נבו", מיום 2.7.2008, בפיסקה 11 של פסק הדין); ובדבריה של כב' השופטת
21 מ. נדב בת"צ (מחוזי מרכז) 4398-09-08 **ליטבין נ' בלה שלומקין בע"מ** (פורסם באתר "נבו",
22 מיום 26.1.2009)).
23
- 24 יט. זאת ועוד, ברע"א 9615/05 **אירית שמש נ' פוקצ'טה בע"מ** (פורסם באתר "נבו", מיום
25 5.7.2006) (להלן: "**עניין אירית שמש**"), עמד כב' השופט א. רובינשטיין בפסק דינו, על הזכות
26 למחות כנגד חשיפת לעשן הסיגריות, שם הביא גם את דעות גדולי התורה וחכמי הפסיקה
27 בסוגיה.
28
- 29 כב' השופט א. רובינשטיין (שם, בפיסקה ה(5) של פסק הדין) מביא את דבריו של הרב אליעזר
30 יהודה ולדנבר (**ציץ אליעזר**, ט"ו, ל"ט, ט'), שכתב:
31



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

1 "וכמו כן שמעשנים במקומות ציבוריים יכול שפיר כל אחד ואחד מהנמצאים
 2 שם שחושש מזה לפיגוע בבריאותו למחות בידי המעשנים שלא יעשנו", וראו
 3 גם ציץ אליעזר י"ז, כ"א, וכן שם כ"ב, "שהעישון מסב הן למעשן והן לנמצא
 4 בקרבת המעשן שנהפך להיות מעשן פסיבי ויכול להינזק במידה מסוימת כמו
 5 המעשן עצמו", והמחבר מעודד מחאתם של מעשנים, שכן חלות האיסור היא
 6 "רק כשבאה מחאה על כך מהציבור, או אפילו מהיחיד"."

7
 8 בנוסף, בעניין זה כתב פרופ' א. שטיינברג א. שטיינברג, אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך
 9 ו' (1996), בערך "עישון":

10
 11 "מי שטוען שיכול להיגרם לו נזק ממשי משהייה במקום שמעשנים, ואפילו
 12 מי שרק מצטער מחמת עשן הסיגריות - דעת רוב ככל רבני דורנו, שיש לו כוח
 13 וזכות למחות במעשנים, ולדרוש מהם שיפסיקו לעשן באותו מקום; ואפילו
 14 אם המעשנים נמצאים בבית המדרש, וטוענים שייגרם להם ביטול תורה אם
 15 יצטרכו להפסיק לעשן - מכל מקום אסור להם לעשן שם, ועל המעשן, שהוא
 16 המזיק, להרחיק עצמו מהמקום הציבורי, וכמו כן יכול שכן למחות נגד
 17 מעשנים בבית משותף, כאשר עשן הסיגריות עובר מדירה לדירה. גם מי
 18 שהסכים לסבול את העישון - יכול לחזור בו ולמחות נגד המעשנים שיפסיקו
 19 את העישון. שיעור ההרחקה של המעשן במקום ציבורי או פרטי הוא בכדי
 20 שלא יזיק לפי ראות הבקאים, או כדי שיעור שלא יגיע העשן אל הזולת."

21
 22 כ. לעניין קיומו של נזק, טוען ב"כ המבקשת כי החוק למניעת עישון קבע בסעיף 1א כי העישון
 23 מזיק וגורם למוות, מחלות ולנכות:

24
 25 "מטרתו של חוק זה למנוע את העישון במקומות ציבוריים ואת חשיפת
 26 הציבור לעישון, הגורמת למוות, למחלות ולנכות."

27
 28 זאת ועוד, בדיון טענה המבקשת כי נזק אינו רק נזק בריאותי, אלא יש סוגים נוספים של
 29 נזקים, כגון חוסר נוחות, כפי שקבוע בפקודת הנזיקין.

30
 31 כא. מנגד טוען ב"כ התיאטרון כי המבקשת לא הראתה בבקשתה כי אכן נגרם לה, או למי מהקהל
 32 שנכח בהצגה – נזק כתוצאה מהדלקת הסיגריות על בימת התיאטרון, ואף לא נזק לכאורה.



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

1 לטענת ב"כ התיאטרון (בסעיף 65 של תגובתו לבקשה), התיאטרון מכיר בסכנות הנגרמות
2 בשל עישון סיגריות ובשל החשיפה לעישון ("עישון פסיבי"), עם זאת, קיומו של נזק העלול
3 להיגרם כתוצאה מן החשיפה לעישון – אינו מוחלט וודאי, והוא תלוי בין היתר במשך
4 החשיפה ובתדירות החשיפה.

5
6 מוסיף וטוען ב"כ התיאטרון, כי קיומה של ההצהרה בחוק למניעת עישון בדבר נזקי העישון,
7 אין בה כדי להעיד על קיומו של נזק בנסיבות המקרה בו עסקינן, גם לא נזק לכאורה.

8
9 בדיון הוסיף וטען ב"כ התיאטרון כי עניין קיומו של נזק הוא עניין לחוות דעת מומחה.
10 לדבריו, יש בידי חוות דעת בעניין, אולם בשל נסיבות שהוא אינו יכול לפרטן לפרוטוקול, אין
11 בידו אפשרות להגישה לבית המשפט (עמ' 6 לפרוט', ש' 20-23).

12
13 כב. על אף הנזקים המוכרים והידועים העלולים להיגרם עקב החשיפה לעשן סיגריות, שעל קיומם
14 ב"כ התיאטרון אינו חולק, קיים קושי ממשי להוכיח נזק שנגרם כתוצאה מחשיפה בודדת
15 לסיגריה, וזאת כפי שכתב כב' השופט רובינשטיין בעניין אירית שמש, בפסקה (6) של פסק
16 הדין:

17
18 **"בנסיבות הקיימות, עם זאת, יקשה מאוד – מטבע הדברים – להוכיח נזק**
19 **ספציפי מעישון, העשוי להתגבש לאורך שנים רבות. את גרימת הנזק –**
20 **כנדרש בסעיף 63(א) לפקודת הנזיקין – ניתן רק לשער על דרך "הסתברות**
21 **מצטברת".**

22
23 אולם, כפי שציננה המבקשת, פקודת הנזיקין מכירה גם בנזק של "חוסר נוחות", כפי שנקבע
24 בסעיף 2 של הפקודה:

25
26 **"נזק" - אובדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור**
27 **מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה;"** (ההדגשה שלי – י.ג.)

28
29 דהיינו, גם אובדן נוחות הוא נזק, וברי שלמבקשת נגרם אובדן נוחות כתוצאה מעישון
30 הסיגריה במהלך ההצגה, חוסר נוחות שהביאה לפנות לתיאטרון ולעירייה בעניין, ומשתשובתן
31 לא הניחה את דעתה, אף להגיש בקשה לאישורה של תובענה ייצוגית בעניין.



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח' 27 אוקטובר 2010

כג. כאמור, המבקשת מבססת את התביעה שאת אישורה כייצוגית היא מבקשת על שלוש עילות.

העילה הראשונה עליה היא מבקשת לבסס את התביעה היא הפרת חובה חקוקה הקבועה בסעיף 1 ובסעיף 2 לחוק למניעת עישון.

סעיף 1 לחוק למניעת העישון במקומות ציבוריים והחשיפה לעישון, התשמ"ג-1983, קובע:

"(א) לא יעשן אדם במקום המפורט בתוספת (להלן - מקום ציבורי).

(ב) לא יחזיק אדם במקום ציבורי כל מוצר טבק או כלי לעישונו כשהם דלוקים; בחוק זה, "מוצר טבק" - כהגדרתו בחוק הגבלת הפרסומת והשיווק של מוצרי טבק, התשמ"ג-1983.

(ג) שר הבריאות באישור ועדת העבודה והרווחה של הכנסת רשאי לשנות בצו את התוספת."

בתוספת לחוק "מקום ציבורי" מוגדר כך:

"1. אולם המשמש דרך כלל לבית קולנוע, לתיאטרון, לקונצרטים, לאופרה או למחול וכן חדר או אולם המשמש לדיון, להרצאה או לישיבות, וכן המסדרונות והאכסדרות..." (ההדגשה שלי - י.ג.)

דהיינו, החוק בישראל אוסר על עישון בתיאטרון.

סעיף 2 לחוק למניעת העישון, שכותרתו "חובות המחזיק של מקום ציבורי", קובע:

"(א) המחזיק של מקום ציבורי חייב לפקח ולעשות כל שניתן למניעת עבירות לפי סעיף 1(א) ו-1(ב) בתחום המקום הציבורי שבהחזקתו.

(ב) יראו את המחזיק של מקום ציבורי כמי שמילא אחר הוראות סעיף קטן (א), אם הוכיח כי עשה את כל אלה:

(1) פנה לאדם המעשן או המחזיק סיגריה, סיגרילה, נרגילה, סיגר או מקטרת כשהם דלוקים במקום ציבורי, בין בעצמו ובין באמצעות אחר מטעמו, לחדול מהמעשה האסור או נקט אמצעים סבירים כדי להבטיח מניעת עבירות לפי סעיף 1(א) ו-1(ב);

(2) התלונן, בין בעצמו ובין באמצעות אחר מטעמו, בפני המפקח כמשמעותו בסעיף 7, על הפרת הוראות סעיף 1(א) או (ב), או



בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח' 27 אוקטובר 2010

1 עשה מאמץ סביר לעשות כן, אם על אף פעולתו כאמור בפסקה
2 (1), נמשכה הפרת הוראה מההוראות האמורות.

3 (ג) כל רשות מקומית תפרסם באתר האינטרנט שלה או בדרך אחרת,
4 מספר טלפון שיהיה פעיל 24 שעות ביממה, לצורך הגשת תלונה
5 למפקח לפי סעיף קטן (ב)(2)."
6 (ההדגשה שלי – י.ג.)

7
8 מכאן שהחוק חל על התיאטרון בהיותו מחזיק של מקום ציבורי.

9
10 ב"כ התיאטרון אינו חולק על כך שהתיאטרון הוא מקום ציבורי בו חל החוק למניעת עישון.
11 עם זאת, הוא טוען שהחוק למניעת עישון אינו חל בנסיבות שהעישון נעשה כחלק מגילום
12 דמות בהצגה.

13
14 סבורני, כי מקומה של טענה זו להתברר במסגרת בחינת סיכויי ההכרעה בתביעה לטובת
15 הקבוצה, בהתאם להוראת סעיף 18(1) של חוק תובענות ייצוגיות, ולא במסגרת בחינת קיומה
16 של עילת תביעה אישית.

17
18 זאת ועוד, בעניין אירית שמש הכיר בית המשפט העליון בקיומה של עילת תביעה אישית בגין
19 הפרת חובה חקוקה, במקרה בו מופר החוק למניעת עישון (עניין אירית שמש, בפיסקה ה(4)
20 של פסק הדין):

21
22 "תביעה בעקבות הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין (נוסח
23 חדש) אף היא דרך לכך, בשעה שענייננו בנזק לאדם, המצטבר והולך. לא
24 למותר להזכיר שסעיף 63(ב) לפקודת הנזיקין קובע כי "בעניין סעיף זה
25 רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון
26 הוא לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם של בני אדם
27 בכלל או של בני אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני". אין ספק בכך
28 לענייננו באשר לחוק הגבלת העישון;"

29
30 משכך, למבקשת עומדת עילת תביעה אישית שעניינה הפרת החובה החקוקה הקבועה בסעיף
31 1 ובסעיף 2א של החוק למניעת עישון.

32
33 כד. העילה השניה עליה מבוקש לבסס את התביעה – היא רשלנות בהתאם להוראות סעיף 35
34 וסעיף 36 של פקודת הנזיקין.



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35

אמנם המבקשת הצביעה על קיומו של נזק, שעניינו "אובדן נוחות", אולם לא די בכך כדי לבסס רשלנות. סבורני, שלא ניתן לומר כי תיאטרון סביר לא היה מעלה הצגה בה שחקן במסגרת גילום הדמות מעשן סיגריה לפרק זמן של מספר דקות כפי שנעשה במקרה נשוא הדיון.

לפיכך, המבקשת אינה בעלת עילת תביעה אישית שעניינה רשלנות.

כה. העילה השלישית עליה מבוקש לבסס את התביעה הינה סיוע למעשה תקיפה.

עוולת התקיפה מוגדרת בסעיף 23 של פקודת הנזיקין [נוסח חדש]:

"(א) תקיפה היא שימוש בכוח מכל סוג שהוא, ובמתכוון, נגד גופו של אדם על-ידי הכאה, נגיעה, הזזה או בכל דרך אחרת, בין במישרין ובין בעקיפין, שלא בהסכמת האדם או בהסכמתו שהושגה בתרמית, וכן נסיון או איום, על-ידי מעשה או על-ידי תנועה, להשתמש בכוח כאמור נגד גופו של אדם, כשהמנסה או המאיים גורם שהאדם יניח, מטעמים סבירים, שאכן יש לו אותה שעה הכוונה והיכולת לבצע את זממו.

(ב) "שימוש בכוח", לענין סעיף זה - לרבות שימוש בחוס, באור, בחשמל, בגאז, בריח או בכל דבר או חומר אחר, אם השתמשו בהם במידה שיש בה להזיק." (ההדגשה שלי - י.ג.)

אמנם שימוש בכוח לפי עוולת התקיפה, כולל גם שימוש בכל דבר שיש בו להזיק, אולם עוולה זו דורשת כוונה ביחס למעשה, ומשכך המזיק לא יהא חב בעת שנהג בפזיזות או ברשלנות.

במקרה דנן, לא הוכח על-ידי המבקשת, אף לא לכאורה, שכוונת השחקנית היתה להשתמש בסיגריה כדי להזיק, משכך עוולת התקיפה אינה רלוונטית לענייננו.

כו. לסיכום ביניים: עלה בידי המבקשת להוכיח כי קיימת לה עילת תביעה אישית שעניינה הפרת חובה חקוקה.

כז. בנוסף לקיומה של עילת תביעה אישית, נדרשת המבקשת לעמוד בארבעת התנאים המצטברים המנויים בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות:

"בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

1 (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות
2 לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה
3 לטובת הקבוצה;

4 (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת
5 בנסיבות הענין;

6 (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל
7 בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה
8 בענין זה;

9 (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל
10 בתום לב.

11 (ההדגשה שלי – י.ג.)

12
13 על תכליתם של התנאים הנדרשים ממי שמבקש לייצג את הרבים במסגרת תובענה ייצוגית,
14 עמדה כבי' השופטת (בדימוס) ט. שטרסברג-כהן ברע"א 4474/97 טצת נ' זילברשץ, פ"ד נד(2)
15 577, בעמ' 586 :

17 "לאור החשיבות הציבורית הכללית של התובענה הייצוגית וההשפעה
18 שנודעת לה על חוג רחב של תובעים, ובשל הפוטנציאל הבעייתי והסכנות
19 השונות הטמונות במכשיר רב עוצמה זה, ראה המחוקק להנהיג מידה רבה
20 של פיקוח על השלבים השונים של ההליך המשפטי ולהציב בלמים בדמות
21 דרישות שונות, שעל התובע לעמוד בהן בטרם יקבל את האישור להיכנס
22 להיכלה של התובענה הייצוגית. ראשיתו של פיקוח זה בהליך הטרומי של
23 אישור הבקשה להגשת תובענה ייצוגית. כאן נדרש התובע לעמוד ברף גבוה
24 יותר של דרישות בטרם יורשה לייצג את הרבים. רף זה בא לידי ביטוי בנטל
25 ובמידת ההוכחה הנדרשים לצורך מילוי התנאים המקדמיים לאישורה של
26 התובענה כייצוגית. בפרשת מגן וקשת [1] נקבע, כי התובע המבקש לבוא
27 בשעריה של התובענה הייצוגית נדרש לעמוד במבחן מחמיר יותר בהשוואה
28 לתובע בתביעה רגילה המבקש למנוע את סילוקה על הסף. בהליך אישורה
29 של תובענה ייצוגית אין להסתפק בכך שהעובדות הנטענות בכתב-התביעה
30 מקימות עילת תביעה, ויש להוכיח את העובדות הנטענות באופן לכאורי."

31
32 דהיינו, עוד בשלב הבקשה לאישורה של התובענה כייצוגית, נדרשת המבקשת לשכנע את בית
33 המשפט במידת הסבירות הראויה, ולא על-פי האמור בכתב התובענה בלבד, כי היא עומדת
34 בתנאים המנויים בסעיפים 4 ו-8 לחוק, ועליה לשכנע את בית המשפט, באופן לכאורי, שקיים



בית המשפט המחוזי חיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

- 1 סיכוי סביר שהתובענה תוכרע לטובת חברי הקבוצה אותם היא מבקשת לייצג (עיינו גם
2 בדברי כב' השופטת (בדימוס) ט. שטרסברג-כהן בע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו
3 תעשיות בירה בע"מ, פ"ד נא(2) 312, בעמ' 329).
- 4
- 5 כח. לטענת ב"כ התיאטרון החוק למניעת עישון איננו חל כשהעישון הינו חלק מן הצגה, שכן
6 הטלת איסור על עישון במקרה זה, יש בה כדי לפגוע פגיעה קשה בחופש האומנות והיצירה.
7
- 8 בעניין זה, טוען ב"כ המבקשת שהחוק אינו מסייג את תחולתו במצב שהעישון נעשה במסגרת
9 הצגה. לדעתו, מתן פטור מעין זה עלול להוות מדרון חלקלק, שעשוי לאפשר עישון בבית קפה
10 או בפאב במסגרת מה שיוגדר כ"הופעה תיאטרלית" (עמ' 9 לפרוט', ש' 6-8).
- 11
- 12 בתשובה לכך, טוען ב"כ התיאטרון כי חופש היצירה משתרע עד הגבול שממנו ואילך
13 מתקיימת פגיעה בלתי מידתית בזכות אחרת. לכן, לא תותר חבטה בשחקן כחלק מהצגה,
14 אולם עישון סיגריה אינו עובר את הקו אותו לא יהא ניתן לחצות בשם חופש היצירה.
15
- 16 מוסיף וטוען ב"כ התיאטרון כי חופש האומנות והיצירה הוא נגזרת של חופש הביטוי הנמנה
17 על חירויות היסוד. הפגיעה בחופש האומנות והיצירה תיעשה רק במקרים קיצוניים וחריגים,
18 בהם מתקיימת ברמת הסתברות קרובה לוודאית פגיעה חמורה באינטרס ציבורי אחר, שלא
19 ניתן לסבול אותה בחברה דמוקרטית.
- 20
- 21 ב"כ המבקשת מפנה לפסק הדין של בית המשפט העליון של מדינת קולורדו מיום 14.12.2009,
22 שם נקבע ברוב של 6 שופטים מול 1, כי חשיבות מניעתה של הפגיעה בבריאות הקהל
23 בתיאטרון, עולה על סיפוק תאוות הביטוי של התיאטרון (עיינו סעיף 19 לתשובת המבקשת
24 מיום 10.3.2010)
- 25
- 26 בתשובה לכך טען ב"כ התיאטרון כי כל שנקבע הוא שאם מדינת קולורדו מחליטה להטיל
27 בחוק איסור על עישון שהוא חלק מהצגה, אזי זכותה לחוקק חוק מעין זה. אולם, בישראל לא
28 כך הדבר, שכן החוק אינו אוסר מפורשות על עישון בנסיבות אלה.
29
- 30 כט. הואיל והצדדים הרחיבו את טיעוניהם לעניין משמעות הפסיקה והחוק למניעת עישון במדינת
31 קולורדו, בכל הנוגע לעישון במסגרת הצגה, אדון בנושא.
32
- 33 טרם שאעבור לעסוק בסוגיה זו לגופה, אציין כי הבסיס לבחינתה של הסוגיה הנפרשת
34 בבקשה שבפניי הוא החוק והפסיקה בישראל, כאשר דבר החקיקה ודברי הפסיקה ממדינת
35 קולורדו, יכולים להוות לכל היותר מקור השראה. בעניין זה אני מפנה לדברים שכתב כב'



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

1 הנשיא (בדימוס) א. ברק (א. ברק), "החוקה האמריקנית והמשפט הישראלי", מבחר כתבים א
2 (תש"ס) 385, בעמ' 388-389):

3
4 "הפסיקה והספרות האמריקניים משמשים מקור השראה לפסיקה ולספרות
5 הישראלים. ודוק: נקודת האיזון הישראלית שונה לרוב מנקודת האיזון
6 האמריקנית, אך השיטה דומה. הניסיון החוקתי האמריקני מהווה השראה.
7 ושוב: אין הוא מחייב. השופט הישראלי חופשי במלאכת השיפוט מכל
8 השפעה זרה. בקוראו את הספרות האמריקנית עשו הוא לאמץ לעצמו "דעות
9 מיעוט" או "דעות רוב", ובלבד שהן ישקפו מה שנראה לו כערכים
10 משותפים."

11
12 ל. החוק למניעת עישון במקומות ציבוריים במדינת קולורדו - Colorado Clean Indoor Air
13 Act (C.R.S. § 25-14), נכנס לתוקפו ביום 1.7.2006. החוק קובע בסעיף (1) 25-14-204:
14

15 "Except as provided in section 25-14-205, and in order to reduce
16 the levels of exposure to environmental tobacco smoke, smoking
17 shall not be permitted and no person shall smoke in any indoor
18 area, including, but not limited to:

19 (a) Public meeting places;

20 (b) Elevators;

21 ...

22 (k) (I) Any place of employment that is not exempted.

23 ...

24 (x) Theaters;

25 ..."

26
27 דהיינו, החוק אוסר על כל אדם לעשן, בין היתר, בתיאטרון הנמצא בתוך מבנה.

28
29 סעיף 25-14-205 כולל חריגים לאיסור העישון, אולם עישון כחלק מהצגה אינו נמנה על
30 החריגים המנויים בסעיף זה.



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

1

2 כלומר, החוק למניעת עישון במדינת קולורדו אוסר על עישון בתיאטרון, ובניגוד לטענת ב"כ
3 התיאטרון, הוא אינו אוסר מפורשות על עישון שהינו חלק מהצגה, אלא הוא אוסר על עישון
4 באופן כללי בתיאטרון, וזאת מבלי לפרט בעניין.

5

6 הדבר דומה למצב החוקי אצלנו בישראל, לפיו סעיף 1 לחוק למניעת העישון במקומות
7 ציבוריים והחשיפה לעישון, התשמ"ג-1983, קובע:

8

9 **"(א) לא יעשן אדם במקום המפורט בתוספת (להלן - מקום ציבורי)..."**

10

11 כאשר בסעיף 1 של התוספת לחוק מובהר כי בהגדרת "מקום ציבורי" נכלל גם תיאטרון.

12

13 לא. באוקטובר 2006 שלושה תיאטראות הפועלים במדינת קולורדו הגישו עתירה לבית המשפט על
14 מנת שיצהיר כי האיסור על עישון כחלק מהצגה נוגד הן את חוקת מדינת קולורדו והן את
15 חוקת ארצות הברית, וזאת היות וברצונם היה להציג מחזות ובהם דמויות מעשנות.

16

17 הערכאה הראשונה דחתה את עתירתם ופסקה כי עישון, אף שהינו חלק מהצגה, אינו מהווה
18 "expressive conduct" הראוי להגנה במסגרת התיקון הראשון לחוקה האמריקנית. (אע"פ כי
19 התיקון הראשון לחוקה האמריקנית מבטיח, בין היתר, את חופש הביטוי בקובעו:
20 **"Congress shall make no law... abridging the freedom of speech..."**)

21

22 ראוי להסביר כי במילים "expressive conduct" הכוונה לצורת ביטוי המבטאת רעיון, או
23 רגש – וזאת מבלי להשתמש במילים.

24

25 בית המשפט לערעורים של מדינת קולורדו קבע בפסק דינו *Curious Theater Co. v. Colo.*
26 *Dep't of Pub. Health & Env't*, 216 P.3d 71 (Colo. App. 2008), בניגוד לערכאה
27 הראשונה, כי עישון על הבמה במסגרת הצגה הינו בגדר "expressive conduct", אולם הוא
28 הגיע למסקנה שהחוק האוסר עישון הינו חוקתי, היות והוא שוויוני כלפי תכנים שונים
29 ("content neutral"), החוק מכוון באופן צר להשגת מטרתו ("narrowly tailored"), והחוק
30 הינו לתכלית ראויה – שהיא הגנה על בריאותו של הציבור. לכן, החוק למניעת עישון אינו נוגד
31 את החוקה האמריקנית. על-כן, דחה בית המשפט לערעורים את הערעור.

32

33 התיאטראות לא השלימו עם פסק-דין זה והגישו עתירה לבית המשפט העליון של מדינת
34 קולורדו (*Curious Theatre Co, v. Colo. Dep't of Pub. Health & Evn't*, 220 P.3d 544)



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

- 1 דעת הרוב של בית המשפט העליון של מדינת קולורדו אישרה את פסיקתו של
2 בית המשפט לערעורים, אולם בניגוד לבית המשפט לערעורים שסבר כי עישון במסגרת הצגה
3 הינו "expressive conduct", סברה דעת הרוב שאין זה הכרחי להכריע בשאלה זו.
4 השופט Hobbs בדעת מיעוט סבר כי שופטי דעת הרוב אינם מעריכים כיאות את טבעו של
5 העישון כחלק מהצגה, שכן לדעתו, הסיגריה מאפשרת לשחקן להיטיב להביע את הדמות
6 אותה הוא מגלם. הוא סבור כי היכולת של שחקן להעביר את עלילת המחזה, להציג כיאות
7 את הדמות אותה הוא מגלם, וליצור את האווירה הנדרשת בהתאם לכוונת המחזאי –
8 מוגבלת עקב איסור העישון על הבמה. על כן, סבור השופט Hobbs, כי בחוק למניעת עישון
9 במדינת קולורדו חסר חריג למקרים מעין אלה, ועל כן החוק אינו מצומצם דיו.
10
11 ל.ב. התיאטראות הגישו לבית המשפט העליון האמריקני בקשה לדיון בפסיקתו של בית המשפט
12 העליון של מדינת קולורדו.
13
14 ביום 24.5.2010 הודיע התובע הכללי של מדינת קולורדו, שבית המשפט העליון האמריקני
15 סירב לקיים דיון בבקשת התיאטראות בעניין פסק הדין שניתן על-ידי בית המשפט העליון של
16 מדינת קולורדו (עיינו בהודעת התובע הכללי של מדינת קולורדו, שצורפה להודעתו של ב"כ
17 המבקשת מיום 29.7.2010).
18
19 על כן, טוען ב"כ המבקשת, שפסקי הדין של שלוש הערכאות ממדינת קולורדו, שקבעו כי
20 איסור העישון חל גם לגבי עישון על הבמה, הינם חלוטים, והוא מבקש לאמץ את קביעתם גם
21 בענייננו.
22
23 ל.ג. אציין כי המצב החקיקתי בארצות הברית לגבי איסור עישון כחלק מהצגה איננו אחיד.
24
25 במדינת קולורדו, כאמור, החוק הינו כללי ואוסר על עישון בתיאטרון, מבלי להתייחס למצב
26 בו העישון הינו חלק מהצגה. מצב דומה קיים במדינות נוספות בארצות הברית, כגון ביוטה
27 שם הוראות החוק ב-Utah Indoor Clean Air Act (U.C.A. 1953 § 26-38) לגבי תיאטרון
28 דומות להוראות החוק במדינת קולורדו. כך גם במדינת אילינוי במסגרת The Smoke Free
29 Illinois Act (ILCS 82 410) ובעוד מדינות (ובהן: איוהו (Iowa Code § 142D), ארקנסו
30 (Ark. Code. Ann. § 20-27), ג'ורג'יה (Ga. Code. Ann. § 31-12A), דלאוור (Del. Code)
31 (Ann. tit. 16, § 2903), מישיגן (2009 Michigan House Bill 4377), ניו-המפשייר (N.H.
32 (Rev. Stat. Ann. §§ 155:66 – 69), קונטיקט (Conn. Gen. Stat. § 19a-342) וקונס (H.B.
33 (2221 (Kan. 2010)).
34



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

1 לד. אולם ישנן מדינות בארצות הברית בהן המצב החקיקתי הינו שונה.

2

3 למשל, במדינת אריזונה התקבל בשנת 2006 חוק למניעת עישון במקומות ציבוריים -
4 Smoke-free Arizona act (Ariz. Rev. Stat. § 36-601.01). בחוק זה הוגדר בסעיף A(9)
5 מהו מקום ציבורי:

6

7 “ 'Public place' means any enclosed area to which the public is
8 invited or in which the public is permitted, including airports,
9 banks, bars ... theaters, and waiting rooms.”

10 (ההדגשה שלי – י.ג.)

11

12 דהיינו, בדומה לחוק בישראל, קובע החוק במדינת אריזונה כי תיאטרון הוא מקום ציבורי,
13 ואולם בסעיף B נקבע:

14

15 "Smoking is prohibited in all public places and places of
16 employment within the state of Arizona, except the following:

17

...

18

19 7. A theatrical performance upon a stage or in the course of a
20 film or television production if the smoking is part of the
performance or production."

21

(ההדגשה שלי – י.ג.)

22

23 דהיינו, החוק במדינת אריזונה מתיר עישון במסגרת הופעה בתיאטרון כאשר העישון הוא
24 חלק מן ההצגה.

25

26 לה. חקיקה דומה המחריגה את איסור העישון, במקרה והעישון הינו חלק מן ההצגה, קיימת גם

27 במדינת קליפורניה (Cal. Lab. Code § 6404.5), במדינת מיין (Me. Rev. Stat Ann. tit.)

28 1542 § 22), במדינת ניו-מכסיקו במסגרת Dee Johnson Clean Indoor Air Act (N. M.)

29 (Stat § 24-16-12(N)), במחוז קולומביה בו מצויה העיר וושינגטון (D. C. Code § 7-1708),

30 במסגרת Clean Indoor Air Act של מדינת איידהו (Idaho Code Ann. § 39-5503(1)(e)),



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

1 ובחוקים של מדינת אלסקה (Alaska Stat. § 18.35.310(b) ורוד-איילנד (R.I. Gen. Laws)
2 .(§ 23-20.10-6(b).

3
4 לו. במדינת מסצ'וסטס קובע החוק במפורש כי עישון אסור גם בתיאטרון (Smoking shall be
5 Mass. Gen. Laws ch. 270, §) (prohibited in workplaces ... theatre, concert hall ...
6 :22(b)(2), אולם הוא קובע חריגים בהם העישון מותר, ובהם (שם, בסעיף (6)(c)22):
7

8 **"By a theatrical performer upon a stage or in the course of a**
9 **professional film production, if the smoking is part of a**
10 **theatrical production, and if permission has been obtained from**
11 **the appropriate local authority;"**
12

13 דהיינו, במדינת מסצ'וסטס העישון על-ידי שחקן במהלך הצגה, כחלק מן ההצגה, הינו מותר,
14 אולם הדבר מותנה בקבלת אישור מוקדם מן הרשויות.

15
16 לו. במינסוטה העישון בתיאטרון כחלק מן ההצגה מותנה במתן הודעה מראש לנותני החסות של
17 התיאטרון ובציון דבר העישון בתוכניה של ההצגה ((9)144.4167 (Minn. Stat. :
18

19 **"Sections 144.414 to 144.417 do not prohibit smoking by actors**
20 **and actresses as part of a theatrical performance... Notice of**
21 **smoking in a performance shall be given to theater patrons in**
22 **advance and shall be included in performance programs."**
23

24 לח. במדינת ניו-יורק קובע החוק כי "מקום עבודה" בו העישון אסור כולל גם תיאטרון (N.Y.
25 Pub. Health Law § 1399-n(5), כאשר עישון מוגדר כהדלקת סיגריה, מקטרת או כל חומר
26 אחר המכיל טבק (שם, בסעיף קטן 8). סעיף q-1399, כולל חריגים לאיסור העישון, אך עישון
27 כחלק מהצגה בתיאטרון אינו נמנה עליהם. אולם, סעיף u-1399 מאפשר לרשות בריאות
28 מקומית להעניק פטור במקרים מסוימים.
29



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

1 בעקבות כך, קובע החוק העירוני של העיר ניו-יורק כי העישון מותר בתיאטרון כאשר:
2 N.Y.C. Admin. Code § 17-) "smoking may be part of a theatrical production"
3 (8)(a)503.

4
5 ט. מכאן שהמצב החקיקתי בארצות הברית אינו אחיד. קיים מספר לא מבוטל של מדינות
6 בארצות הברית שמצאו לנכון ליצור חריג לאיסור העישון במקרה והעישון הינו חלק מהצגה.

7
8 מ. באנגליה החוק הרלוונטי הוא Health Act 2006, הקובע לגבי עישון במהלך הופעה (בסעיף
9 (5)3):

10
11 **"For the purpose of making provision for those participating as**
12 **performers in a performance, or in a performance of a specified**
13 **description, not to be prevented from smoking if the artistic**
14 **integrity of the performance makes it appropriate for them to**
15 **smoke."**

16
17 דהיינו, לפי החוק האנגלי, במידה ושלמות היצירה האמנותית (או הישגה האמנותית)
18 מחייבת עישון על-ידי שחקן במהלך הופעה, אזי העישון מותר.

19
20 מא. לא בכדי החקיקה באנגליה ובמדינות שונות בארצות הברית קבעה חריג למצב בו העישון
21 מבוצע כחלק מהצגה. הדבר נובע מתפישה לפיה העישון כחלק מהצגה מוגן במסגרת חופש
22 הביטוי, בו נכללים גם חופש האומנות וחופש היצירה.

23
24 בית המשפט העליון אצלנו בישראל הרבה לפסוק בדבר חשיבותו ומעמדו של חופש הביטוי
25 כזכות יסוד בישראל.

26
27 עוד בראשית ימיה של מדינת ישראל כתב כב' השופט (כתוארו אז) ש. אגרנט ז"ל על חשיבותו
28 ומעמדו של חופש הביטוי בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז(2),
29 871, בעמ' 878 (להלן: "עניין קול העם"):

30
31 **"עד עתה עמדנו על האינטרס החברתי אשר העקרון של חופש הביטוי בא**
32 **להגן עליו - האינטרס של בירור האמת. ואולם חשיבותו של העקרון נעוץ גם**
33 **בהגנה שהוא נותן לאינטרס פרטי מובהק, דהיינו, לענינו של כל אדם, באשר**
34 **הוא אדם, לתת ביטוי מלא לתכונותיו ולסגולותיו האישיות ; לטפח ולפתח, עד**



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

1 הגבול האפשרי, את האני שבו ; להביע את דעתו על כל נושא שהוא חושבו
 2 כחינוי בשבילו ; בקיצור - להגיד את אשר בלבנו. כדי שהחיים ייראו כדאיים
 3 בעיניו (ראה ברקר, שם, עע' 14-19 ; וכן לסקי, Grammar of Politics, עע'
 4 102, 143, 144). למעשה, מבחינת המגמה של קיום אינטרס מיוחד זה,
 5 משמשת הזכות לחופש הביטוי לא רק אמצעי ומכשיר כי אם גם מטרה בפני
 6 עצמה, באשר הצורך הפנימי שמרגיש כל אחד לתת ביטוי גלוי להרהוריו הוא
 7 הוא מתכונותיו היסודיות של אדם. זאת ועוד, אם כי צירפנו לאינטרס האחרון
 8 את התואר "פרטי", הרי לאמיתו של דבר אף למדינה ענין בשמירה עליו,
 9 הואיל וכפי שאמר בזמנו השופט ברנדייס (Justice Brandies) במשפט, S.
 10 Whitney v. California (47 (648, Ct. Rep. 641. "המטרה הסופית של
 11 המדינה היא (בין השאר) לאפשר לבני אדם להיות חפשים לפתח את
 12 סגולותיהם" (to make men free to develop their faculties). על כן,
 13 אפילו ייצא מפיו של פלוני דיבור שהוא מחוסר ערך ישיר בשביל החברה או
 14 המדינה, אף-על-פי-כן, עשויה האמירה המסויימת להיות חשובה מבחינת
 15 המגמה לאפשר הבעה עצמית."

(ההדגשה שלי – י.ג.)

ובהמשך (שם):

20 "אם התעכבנו באריכות יתירה על הערכים שהם נושא הזכות לחופש הביטוי,
 21 הרי לא עשינו כן אלא כדי להדגיש את חשיבותה המכרעת של זכות עילאית
 22 זו, אשר ביחד עם בת זוגתה - הזכות לחופש המצפון - מהווה את התנאי
 23 המוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות. "תן לי, מעל לכל חופש
 24 אחר", כתב המשורר מילטון, בשנת 1644, בחוברתו המפורסמת לטובת חופש
 25 הביטוי, "את החופש לדעת, להביע ולהתווכח בחריפות ולפי המצפון". קרוב
 26 למאתים שנה לאחר מכן הטעים גם הוגה הדעות, י. ס. מיל : "אילו היו כל
 27 האנשים שבעולם זולת אחד בדעה אחת ורק אדם אחד היה בדעה נוגדת, לא
 28 היה להם יסוד להשתיקו יותר משהיה לו, אילו היה בידו הכוח, להשתיקם"
 29 ("on Liberty" פרק שני). ובימינו גרס השופט סקרוטון (Scrutton L. J.):
 30 "הנך באמת מאמין בחופש הדיבור, אם נכון אתה להרשותו גם לאנשים אשר
 31 דעותיהם נראות בעיניך, מוטעות ואף מסוכנות", (O'Brien; [1923], 2 KB.)
 32 (361, 382 Ex parte). יהיה, איפוא, השוני בערכם של הדיבורים הרבים
 33 והמגוונים אשר יהיה. ערכו הגבוה של האינטרס הכרוך בחופש הביטוי נשאר
 34 קבוע ואינו משתנה."



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

מב. על חופש הביטוי האמנותי כתב כב' השופט (כתוארו אז) א. ברק בבג"ץ 14/86 יצחק לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, בעמ' 432-433 (להלן: "עניין לאור"):

"חופש הביטוי הוא מערכי היסוד של משפטנו. הוא מהווה "זכות עילאית" בשיטתנו (השופט אגרנט, בג"צ 73/53, 87 [11], בעמ' 878). הוא שלוב וקשור במשטר הדמוקרטי. מאופיו הדמוקרטי של המשטר נובעת ההכרה בחופש הביטוי. חופש הביטוי הוא הנותן למשטר את אופיו הדמוקרטי. בלא דמוקרטיה אין חופש ביטוי, ובלי חופש ביטוי אין דמוקרטיה..."

ובהמשך, שם, בעמ' 433, נכתב:

"חופש הביטוי רחב הוא ומקיף (ראה פ' להב, "על חופש הביטוי בפסיקה בית-המשפט העליון" משפטים ז (תשל"ו-ל"ז) 375). זהו החופש להפיץ ולקבל ידיעות (בג"צ 243/62 [9]; זהו החופש לכתוב מחזות וסרטים ולהציגם; זהו החופש "לראות ולשמוע" (בג"צ 549/75 [17], בעמ' 763). חופש זה אינו רק החופש להביע דעות מקובלות. זהו גם החופש להביע דעות חורגות, אשר הרוב סולד מהן (ראה ע"ב 2/84, 3 [14], בעמ' 277). זהו החופש לא רק לשבח את השלטון, זהו גם החופש לבקר את השלטון (בג"צ 351/72 [18], בעמ' 814). זהו החופש ליצור כל יצירה, בין בעלת ערך אמנותי נשגב ובין ללא כל ערך אמנותי... חופש הביטוי הוא החופש של היוצר לפרוץ את סגור לבו, להניף כנף וליתן דרור למחשבתו. במשטר דמוקרטי, קיומה או חדלונה של יצירה הוא ביטוי לכוח הפנימי הטמון בה ולא ביטוי לכוח השלטון המפקח עליה." (ההדגשה שלי – י.ג.)

עוד כתב בעניין זה כב' הנשיא (בדימוס) מ. שמגר בבג"ץ 806/88 UNIVERSAL CITY SUTDIOS INC נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, בעמ' 27:

"התשתית המונחת ביסוד בדיקתנו היא הכלל הגדול של חופש הביטוי, ממנו צומחת, בין היתר, חירות היצירה האמנותית בתחום הספרותי ובתחום החזותי לצורותיו; לעניין זה אין, כמובן, נפקא מינה, אם היצירה לובשת לבוש של ניתוח עיוני-פילוסופי כתוב או של המחזה או של המחשה בדרך אחרת של מערכת נסיבות תיאורית, המשמשת רקע חזותי להבעת הדברים. פשוט, ברור ומקובל עלינו הוא, כי אדם רשאי להביע ברבים את רעיונותיו



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

1 ומחשבותיו, ובתוך אלו את פרשנויותיו לאירועים שבעבר, בהווה או בעתיד,
2 מבלי שיגבילוהו בכך. זהו המאפיין המרכזי לחירות המחשבה האנושית
3 וליכולתו של אדם להגיע לידי ביטוי עצמי.”

4
5 מג. זאת ועוד, חופש הביטוי אינו מצומצם לביטויים מילוליים בלבד, כך למשל כתבה בעניין זה
6 כב' השופטת (בדימוס) ד. דורנר בבג"ץ 5432/03 ש.י.נ - לשויון ייצוג נשים נ' המועצה
7 לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, בעמ' 81-82:

8
9 “בבחינת הזכות לחופש הביטוי, נקודת המוצא במשפטנו היא שכל ביטוי,
10 יהיה תוכנו אשר יהיה, “מכוסה” על-ידי ההגנה החוקתית. אכן, “חופש
11 הביטוי, כזכות חוקתית, משתרע על כל ביטוי. ‘ביטוי’ בהקשר זה הוא כל
12 פעילות המבקשת להעביר מסר או מובן. הוא משתרע על ביטוי פוליטי,
13 ספרותי או מסחרי...”

14 הביטוי הארוטי והפורנוגרפי (להלן, לשם הנוחות, ייקראו יחד: פורנוגרפיה)
15 – ובכללו, אף כל תיאור של אקט מיני, קל כקשה – אינו שונה בהקשר זה...
16 הוא מהווה חלק מן היצירה האנושית בתקופה המודרנית, מקדם את השיח
17 הציבורי, ומשפיע על העמדות המשתתפות בו. ואכן, העותרים עצמם,
18 המבטאים ללא ספק זרמים חשובים בחברה, יוצאים נגד תוצאותיהן
19 המזיקות של אותן העמדות שהתכנים הפורנוגרפיים מייצגים, ובכך מצהירים
20 למעשה על הביטוי הגלום בהם.”

21
22 מקביעה זו של בית המשפט העליון, הקובעת כי אף הביטוי הארוטי והפורנוגרפי מוגנים
23 במסגרת חופש הביטוי, ניתן ללמוד מקל וחומר שהביטוי האמנותי מוגן אף הוא. הביטוי
24 האומנותי יכול להיות, בין היתר, גם הדלקת סיגריה כחלק מהצגה, כמו המקרה בו עוסק
25 התיק שבפניי.

26
27 מד. אולם, חופש הביטוי אינו זכות מוחלטת וניתן להגבילו בהתקיים תנאים מסוימים כדי להגן
28 על אינטרסים חשובים אחרים. כך, למשל, במסגרת חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 –
29 איזן המחוקק בין חופש הביטוי לזכותו של אדם לשמור על כבודו ושמו הטוב.

30
31 עוד כתב בעניין זה כב' השופט (כתוארו אז) ש. אגרנט ז"ל בעניין קול העם, בעמ' 879:

32



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

1 "הזכות לחופש הביטוי אינה זכות מוחלטת ובלתי מוגבלת, אלא זכות יחסית,
2 הניתנת לצמצום ולפיקוח לאור המגמה של קיום אינטרסים מדיניים
3 חברתיים חשובים, הנחשבים בתנאים ידועים כעדיפים מאלה המובטחים
4 על-ידי מימוש העקרון של חופש הביטוי. תיחום התחומים לשימוש בזכות
5 לחופש הדיבור והפרסה (press) (כך במקור, הכוונה: "לחופש הדיבור
6 והעיתונות" – י.ג.) נעוץ, איפוא, בתהליך של העמדת ערכים מתחרים שונים
7 על כפות המאזניים ושל בחירתם, לאחר שקילה, של אלה אשר, לאור
8 המסיבות, ידם על העליונה."

9
10 כמו כן, כתב בעניין זה כב' הנשיא (בדימוס) א. ברק (א. ברק, "החוקה האמריקנית והמשפט
11 הישראלי", מבחר כתבים א (תש"ס) 385, בעמ' 388):

12
13 "לא פעם נתקל השופט במציאות הנורמטיבית, בה ערכי היסוד הנשאבים
14 מאופיו הדמוקרטי של המשטר אינם מתיישבים זה עם זה. "לעתים קרובות
15 נתקל השופט בערכים יסודיים הסותרים זה את זה. לא פעם נמצא כי בצד
16 עיקרון מצוי הניגוד לאותו עיקרון, וליד התזה מצויה האנטייתזה... עקרונות
17 היסוד של השיטה צועדים לא פעם זוגות זוגות, כאשר לכל אחד מהם כיוון
18 משלו" ...

19 חופש הביטוי עלול להתנגש בשלום הציבור, חופש הבחירה בבטחון המדינה,
20 חופש התנועה בסדר הציבורי. במצב דברים זה על השופט "לאזן" בין
21 הערכים המתנגשים. "איזון" הוא מטאפורה. משמעות ההכרה בחשיבות
22 היחסית של הערכים. הכרה זו אינה צריכה להיות מקרית ופטרנליסטית.
23 ראוי לה להיות עקרונית. רק כך היא תשקף את מהותו של המשטר
24 ותפישותיו היסודיות, תוך שתוכל להדריך באורה במצבים חדשים שיתעוררו
25 בעתיד. כמובן, לעתים האיזון נעשה על-ידי המחוקק עצמו. השופט יכבד
26 איזון זה, אך במקום שהמחוקק נמנע מלעסוק בשאלה, מוטל התפקיד המאזן
27 על בית המשפט עצמו."

28
29 השאלה היא איפוא האם האינטרס הציבורי של מניעת חשיפה לעישון במקום ציבורי גובר על
30 חופש הביטוי, כאשר במקרה דנן המדובר בביטוי של עישון סיגריה כחלק מן ההצגה?

31
32 מה. בישראל, כאמור, המחוקק אסר על העישון ב"מקום ציבורי" בסעיף 1 לחוק למניעת עישון,
33 כאשר ברשימת המקומות הציבוריים הקבוע בתוספת מנויים גם: "אולם המשמש דרך כלל
34 לבית קולנוע, לתיאטרון, לקונצרטים..." (ההדגשה שלי – י.ג.).



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

1

2 החוק למניעת עישון תוקן באופן מקיף במסגרת תיקון מס' 2 משנת 2007 (ס"ח תשס"ז מס'
3 2108, מיום 7.8.2007, בעמ' 446), דהיינו, לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו
4 במרץ 1992, ממנו נגזרת ההגנה על חופש הביטוי.

5

6 זאת ועוד, רשימת המקומות המוגדרים כ"מקום ציבורי" המופיעה בסעיף 1 של התוספת
7 לחוק, נקבעה בצו משנת 2001 (ק"ת תשס"א מס' 6102, מיום 1.5.2001, בעמ' 765).

8

9 אמנם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו פוגע בתוקפם של חוקים שהיו קיימים לפני
10 כניסתו לתוקף (סעיף 10 של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), כאשר החוק למניעת עישון
11 נחקק בשנת 1983. אולם, תיקון חוק קיים שנערך לאחר כניסתו של חוק היסוד – אינו חוסה
12 בצילה של פיסקת "שמירת הדינים" הקבועה בסעיף 10 של חוק היסוד (עיינו בדברי הנשיא
13 (בדימוס) מ. שמגר בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד
14 מט(4) 221, בעמ' 260-263, ובדברי כב' הנשיא (בדימוס), שם, בעמ' 429).

15

16 לפיכך, יש לבחון האם החוק למניעת עישון עומד בתנאים הקבועים בסעיף 8 של חוק יסוד:
17 כבוד האדם וחירותו (תנאי "פיסקת ההגבלה"), שרק בהתקיים תנאים אלה, ניתן לפגוע
18 בזכות המוגנת בחוק היסוד:

19

20 **"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של**
21 **מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או**
22 **לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו."**

23

24 סבורני שהחוק למניעת עישון אכן עומד בתנאים הללו הקבועים בפיסקת ההגבלה, שכן הוא
25 נחקק לתכלית ראויה, שהיא מניעת החשיפה לעישון העשויה לגרום לתחלואה ואף למוות (כפי
26 שנכתב בסעיף 1א לחוק למניעת עישון), הוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל, והוא אמנם
27 מגביל את העישון במקומות ציבוריים, אך אינו אוסר עליו באופן מוחלט, שכן הוא מתיר,
28 למשל, עישון ב"חדר נפרד לחלוטין שהוקצה לעישון בהפסקות בידי הנהלת המקום" (סעיף
29 1 של התוספת).

30

31 מו. ראינו, שבמדינות בהן רצה המחוקק להתיר את העישון כחלק מן ההצגה, נוכח החשיבות
32 שהוא ייחס לעישון כחלק מביטוי אומנותי במהלך הצגה, הוא קבע חריג מפורש בחוק. כך,



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

1 למשל נהג המחוקק באנגליה, ובמדינות קליפורניה, אריזונה, מסצ'וסטס, מינסוטה, מיין, ניו-
2 מכסיקו, איידהו, אלסקה, רוד-איילנד, מחוז קולומביה והעיר ניו-יורק.

3
4 המסקנה מן האמור לעיל היא שאילו רצה המחוקק הישראלי להתיר את העישון כחלק
5 מהצגה, הדבר היה נקבע במפורש בחוק או בתוספת לחוק.

6
7 המחוקק הישראלי לא רק שלא קבע חריג בחוק בעניין זה, אלא שבשנת 2001, תוקן סעיף 1
8 לתוספת והושמט המשפט: "ולמעט כאשר אין לציבור רשות כניסה אליהם בין בתשלום ובין
9 בלא תשלום". ממשפט זה ניתן היה להסיק, כי העישון מותר על הבמה, שכן הבמה בתיאטרון
10 אינה מקום בו לציבור רשות כניסה אליה – ואולם משפט זה הושמט בתיקון משנת 2001.

11
12 המסקנה העולה מכל האמור לעיל היא שהמחוקק בישראל אסר באופן גורף על עישון
13 בתיאטרון, ומכאן שהאיסור חל גם על עישון המבוצע כחלק מהצגה המועלית בתיאטרון.

14
15 מ.ז. אולם לא בכך מסתכמת הסוגיה הנדונה.

16
17 במקרה נשוא הדיון, הנזק שהוכח מתמצה באובדן נוחות, ולא הוגשה מטעם המבקשת חוות
18 דעת רפואית לגבי מידת הנזק הבריאותי הנגרם עקב העישון בהצגה נשוא הדיון. נזק זה, ככל
19 שהוא קיים, הינו קשה לשיעור, וזאת כעולה מדברי כבי' השופט א. רובינשטיין בעניין אירית
20 שמש (בפיסקה ה(6) של פסק הדין):

21
22 **"... יקשה מאוד – מטבע הדברים – להוכיח נזק ספציפי מעישון, העשוי**
23 **להתגבש לאורך שנים רבות. את גרימת הנזק – כנדרש בסעיף 63(א) לפקודת**
24 **הנזיקין – ניתן רק לשער על דרך "הסתברות מצטברת"."**

25
26 במקרה זה, על בית המשפט לבחון האם יש לאכוף את האיסור שקובע החוק למניעת עישון על
27 ההצגה נשוא דיון זה.

28
29 מ.ח. כעולה מעיון בפסיקת בית המשפט העליון, ידו של חופש הביטוי עשויה להיות על העליונה, אף
30 במקרים בהם הביטוי עצמו עשוי להוות, לכאורה, עבירה על החוק.



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

1 כך למשל, בסעיף 173 של חוק העונשין, תשל"ז-1977, נקבעה עבירה שעניינה פגיעה ברגשי
2 דת:

3 "העושה אחת מאלה, דינו - מאסר שנה אחת;

4 (1) מפרסם פרסום שיש בו כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם
5 הדתיים של אחרים;

6 (2) משמיע במקום ציבורי ובתחום שמיעתו של פלוני מלה או קול שיש בהם
7 כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתו או ברגשותיו הדתיים."
8

9 עם זאת, בבג"ץ 806/88 UNIVERSAL CITY SUTDIOS INC נ' המועצה לביקורת
10 סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, עסקה העתירה בהחלטתה של המועצה לביקורת סרטים
11 ומחזות לאסור על הקרנתו בישראל של הסרט "הפיתוי האחרון של ישו". סרט זה התיימר
12 לתאר את חייו של ישו מעת שהותו בירושלים ועד לצליבתו. בסרט קיימת סצנה אירוטית בה
13 נוטל חלק מי שמגלם את דמותו של ישו, ובה מובא תיאור של ניסיון פיתוי על-ידי השטן. עקב
14 כך, קבעה המועצה כי יש לאסור על הקרנתו של הסרט, זאת היות ויש בו כדי לפגוע ברגשותיו
15 הדתיים ובאמונתו של הציבור הנוצרי במדינת ישראל.
16

17 החלטה זו של המועצה לביקורת סרטים ומחזות בוטלה על-ידי בית המשפט העליון. באותו
18 עניין כתב כב' השופט (כתוארו אז) א. ברק (שהצטרף לדעתו של כב' הנשיא (בדימוס) מ.
19 שמגר) (שם, בעמ' 39):

21 "המחזה נושא עתירה זו פוגע, ללא ספק, ברגשות מאמינים נוצרים. חברי,
22 השופט מלץ, מצביע אף על פגיעה קשה במיוחד. עם זאת, פגיעות אלה אינן
23 עוברות את גבול המותר בחברה דמוקרטית, המבוססת על סובלנות ועל
24 פלוראליזם. במהלך הטיעון שאלנו את באת-כוח המשיבה, אם לדעתה הצגת
25 הסרט תהווה עבירה או פגיעה ברגשי דת (לפי סעיף 173 לחוק העונשין).
26 תשובתה הייתה בשלילה. נהפוך הוא: בהגינותה היא ציינה, כי יש לה
27 ליצירה ערך אמנותי משלה, ואין בה כל עבירה פלילית."
28

29 דהיינו, אף שהפגיעה ברגשי דת עשויה להיות עבירה פלילית, לא תמיד היא תיאסר, לאור
30 חשיבותו של חופש הביטוי ובמיוחד שהיא מהווה חלק מביטוי אמנותי.

31
32 מט. בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש-עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157, עסק בעותר שביקש לפרסם
33 בחוצות העיר ירושלים מודעות המגנות בלשון גסה ומעליבה את חבר-הכנסת יוסי שריד.



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

1 עיריית ירושלים דחתה את בקשתו של העותר למתן היתר להצגת המודעה, וזאת מן הטעם
2 שפרסום המודעה מהווה, לכאורה, עבירה על חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, ועל חוק
3 העונשין, תשל"ז-1977 (הכוונה, ככל הנראה, לסעיף 194(ב) של חוק העונשין, האוסר על
4 העלבת אדם במקום ציבורי). בג"ץ קיבל את העתירה, וקבע (שם, בעמ' 165):

5
6 **"אכן, לשונה של המודעה המתוקנת גסה ומעליבה, אלא שכידוע, חופש**
7 **הביטוי חל גם על ביטויים פוגעים ומרגיזים ואף שקריים."**

8
9 נ. זאת ועוד, סעיף 216 לחוק העונשין, אוסר על התנהגות **"באופן פרוע או מגונה במקום**
10 **ציבורי"**. התערטלות בפומבי עשויה להיחשב כהתנהגות **"מגונה במקום ציבורי"** (זאת במידה
11 שאין היא נעשית למטרה של גירוי, סיפוק או ביזוי מיני – שאם כן, הרי היא מהווה עבירה של
12 מעשה מגונה בפומבי, לפי סעיף 349 של חוק העונשין [עיינו: דברי כב' השופט (בדימוס) מ.
13 חשין בע"פ 6255/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 168, בעמ' 179-180]), וייתכן שהיא אף
14 מהווה פרסום והצגת תועבה לפי סעיף 214(א) של חוק העונשין, האוסר על פרסום או הכנה
15 לפרסום של פרסום תועבה, וכן אוסר על הצגה, ארגון או הפקת הצגת תועבה.

16
17 העתירה בבג"ץ 4804/94 **חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים**, פ"ד נ(5)
18 661, עסקה בהחלטת המועצה להתיר את הקרנת הסרט "אימפריית החושים" רק לאחר
19 שיושטמו ממנו מספר קטעים ותוך הגבלת ההקרנה למבוגרים בלבד. זאת היות והקטעים
20 אותם ביקשה המועצה להשמיט, היו לדעתה בעלי אופי פורנוגרפי, וקיימת ודאות קרובה
21 שיפגעו פגיעה קשה, רצינית וחמורה ברגשות הציבור ובמוסר החברתי.
22 אציין כי הסרט נשוא אותה עתירה עסק במערכת היחסים של נערה ומאהבה, הסובבת סביב
23 יחסי המין ביניהם, וחיפושם אחר סיפוק התאוה, כאשר הסרט מציג הצגה של האקט המיני.

24
25 כב' הנשיא (בדימוס) א. ברק כתב שם, בעמ' 679-680:

26
27 **"אך הכול מסכימים כי אם יש ליצירה ערך ספרותי, פוליטי או מדעי (רציני),**
28 **אין לאסור על פירסומה כיצירה פורנוגרפית. בכך ניתן משקל חוקתי לא רק**
29 **לחופש הביטוי בכלל, אלא לחופש הביטוי האמנותי. ניתן לראות בחופש זה**
30 **חלק מחופש הביטוי, "ממנו צומחת, בין היתר, חירות היצירה האמנותית**
31 **בתחום הספרותי ובתחום החזותי לצורותיו" (הנשיא שמגר בפרשת יוניברסל**
32 **סיטי [10], בעמ' 27). "חופש הביטוי הוא החופש של היוצר לפרוץ את סגור**
33 **לבו, להניף כנף וליתן דרור למחשבתו" (פרשת לאור [14] הנ"ל, בעמ' 433).**



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

1 ניתן לראות בו זכות חוקתית העומדת על רגליה היא. היא מבוססת על ראיות
2 האדם כיצור אוטונומי הזכאי למימוש עצמי הן כיוצר והן כנהנה מהיצירה."

3
4 עוד קבע כבי הנשיא (בדימוס) א. ברק (בדעת רוב) כי החלטתה של המועצה חורגת ממתחם
5 הסבירות, ועל כן דינה להתבטל (שם, בעמ' 687):

6
7 "על-פי אמות המידה הראויות, היה עליה לקבוע כי לאור חילוקי הדעות
8 בדבר ערכה האמנותי של היצירה, יש לסווגה לעניין דיוני המועצה כבעלת
9 ערך אמנותי; היה עליה לקבוע כי על בסיס מבחן היצירה בכללותה, אין מקום
10 להשמיט קטעים, אשר אילו עמדו בבדידותם ניתן היה להשמיטם כבעלי
11 אופי פורנוגרפי. החלטתה של המועצה חורגת ממיתחם הסבירות, ועל-כן
12 דינה להתבטל."

13
14 בדומה, קבעה כבי השופטת (בדימוס) ד. דורנר בבג"ץ 5432/03 ש.י.ן - לשויון ייצוג נשים נ'
15 המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, כי האיסור הקבוע בסעיף 214 של
16 חוק העונשין בדבר פרסום דבר תועבה, צריך להתפרש בצמצום וזאת נוכח מעמדו של חופש
17 הביטוי, וההגנה לה הוא זוכה, גם בשעה שהמדובר בביטוי פורנוגרפי. כבי השופטת (בדימוס)
18 ד. דורנר כתבה שם (בעמ' 82):

19
20 "אכן, הערך החברתי של הביטוי ביצירה הפורנוגרפית הוא נמוך, וככלל, הוא
21 אמצעי נחות להעברת מסריו ועמדותיו. פורנוגרפיה אף עלולה לפגוע ולהזיק
22 ועל-כן זקוקה היא לעיתים לריסונו של הדין הפלילי. בכך היא דומה לביטוי
23 הגזעני, הכלול אף הוא, לפחות לדעת הרוב בבית-משפט זה, בחופש הביטוי.
24 ראו ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (להלן: פסק-דין
25 אלבה), בע' 296-297. אך הנזק שבביטוי אינו מוציא אותו, ככלל, מגדר חופש
26 הביטוי. כך, אף האיסור הפלילי על פרסום והצגת פורנוגרפיה העולה כדי
27 "תועבה" אסורה (סעיפים 214, 214א לחוק העונשין), צריך להתפרש בצמצום
28 ולעמוד בתנאי פסקת ההגבלה (השוו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון,
29 פ"ד מט(4) 94 (להלן: פסק-דין מילר), בע' 138; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר
30 המשטרה, פ"ד נא(4) 1 (להלן: פסק-דין חורב), בע' 41; פסק-דין אלבה, בע'
31 294). מסקנתי היא איפוא כי גם הביטוי הפורנוגרפי נופל לגדר זכות היסוד
32 לחופש הביטוי..."



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

נא. המסקנה מכל האמור לעיל היא, כי הגבלה על חופש הביטוי הקבועה בחוק יש לפרש על דרך הצמצום, וזאת כפי שכתבה כב' השופטת (בדימוס) ד. דורנר בבג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, בעמ' 10:

"לאור מעמד בכורה זה של חופש הביטוי, יתפרשו חוקים המגבילים את חופש הביטוי "באופן מצמצם ותוך מגמה לתת לזכות האמורה קיום מירבי ולא לסייגה כהוא זה מעל ומעבר למה שמתחייב ברורות ומפורשות מדבר המחוקק" (השופט שמגר בע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ ואח' נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (להלן - פרשת הוצאת עתון "הארץ" [11], בעמ' 295; וראה גם בג"צ 896/87 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' רשות השידור ואח' [12]).

כשם שבדרך כלל אין אוסרים התערטלות כחלק מהצגה, אף שלכאורה היא עשויה להיחשב עבירה לפי חוק העונשין; וכשם שאין אוסרים ביטויים קשים ופוגעים כחלק מהצגה, כפי שנקבע בעניין המחזה "אפרים חוזר לצבא", בו הושווה הממשל הצבאי בשטחים לשלטון הנאצי (עניין לאור, לעיל); וכשם שבדרך כלל אין אוסרים הצגתו של מחזה מן הטעם שיש בו לפגוע ברגשי דת; כך גם בנסיבות המקרה דנן, משעה שהנוק מתמצה לכאורה באובדן נוחות (בהעדר חוות דעת רפואית הקובעת אחרת), ומשעה שהמדובר בעישון סיגריה אחת במשך כ-6 דקות, וזאת כחלק מגילום דמות במחזה, יש לפרש את החוק למניעת עישון באופן מצמצם, כך שהוא אינו חל על עישון הסיגריה על-ידי השחקנית במסגרת ההצגה נשוא הדיון.

נב. על יסוד כל האמור לעיל מסקנתי היא שהמבקשת לא עמדה בתנאי הקבוע בסעיף 8(1) של חוק תובענות ייצוגיות, לפיו עליה להראות שקיימת אפשרות סבירה כי השאלות אותן עוררה בתובענה יוכרעו לטובת הקבוצה.

הואיל והתנאים המנויים בסעיף 8 של חוק תובענות ייצוגיות הינם תנאים מצטברים – הרי שהמבקשת לא עמדה בנטל המוטל עליה.

נג. התוצאה מכל האמור לעיל היא שהבקשה לאישור הגשת התובענה כייצוגית – נדחת.

נד. בנסיבות העניין, נוכח התוצאה אליה הגעתי, חשיבותו הציבורית של הנושא הנדון במסגרת בקשה זו, ונוכח הצהרתה של המבקשת (בסעיף א(2) של בקשתה) כי היא מוותרת מראש על הגמול לתובע המייצג אותו פוסקים במידה והתובענה מתקבלת – סבורני שאין ליתן צו להוצאות, וכך אני מחליט.



בית המשפט המחוזי בחיפה

27 אוקטובר 2010

ת"צ 4050-12-09 אברהמי נ' התיאטרון העירוני חיפה בע"מ ואח'

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20

נה. על ב"כ המבקשת להודיע בכתב לבית המשפט **בתוך 21 יום מהיום**, עם העתקים ישירות לב"כ התיאטרון והעירייה, האם המבקשת מעוניינת להמשיך בהליכים במסגרת תביעה אישית. אם לא תינתן הודעה על-ידי ב"כ המבקשת, בהתאם לאמור לעיל, בתוך 21 יום מהיום – יינתן פסק-דין המוחק את ההליך שהוגש במסגרת ת"צ 4050-12-09.

המזכירות תמציא את העתקי החלטה לב"כ הצדדים וכן לפרקליטות מחוז חיפה (אזרחי) וזאת בדואר רשום.

המזכירות מתבקשת לשלוח העתק החלטה זו למנהל בתי המשפט לשם רישומה בפנקס תובענות ייצוגיות וזאת בהתאם להוראת סעיף 14(ב) לחוק תובענות ייצוגיות.

התיק יובא לעיוני **בתאריך 24.11.2010**.

ניתנה היום י"ט בחשוון תשע"א, 27 באוקטובר 2010, בהעדר הצדדים.

יגאל גריל, סגן נשיא