

Ephraim Abramson*
Tamar Hacker
Avraham Aberman
Yair Assael
Harry Grynberg °°
Jeffrey Rashba°
Yaron Shiff
Osnat Eliram*
Ami Hordes*
Haya Spiegel
Odeya Brick-Zarsky*
Rafi Shapiro
Dror Gidron
Yochai Shechter
Yehuda Shachroor
Efrat Klein-Freeman
Yishai Newman
Cedric Sabbah**
Hagit Charas
Yehudit Dori-Deston
Michal Isachar
Batya Mor

* Also admitted in New York

° Also admitted in Washington, D.C.

°° Also admitted in Australia

** Also admitted in Paris and Quebec

אפרים אברמזון ושות', משרד עורכי דין

EPHRAIM ABRAMSON & Co., Law Offices

אפרים אברמזון*
תמר הקר
אברהם אברמן
יאיר עשהאל
ירון שיף
ג'פרי ראש"א°
הרי גרינברג°°
אסנת אלירם*
עמי הורדס*
חיה שפיגל
אודיה בריק-ז'רסקי*
רפי שפירא
דרור גדרון
יוחאי שכטר
יהודה שחרור
אפרת קליין-פרימן
ישי נוימן
סדריק צבע**
חגית חרס
יהודית דורי-דסטון
מיכל יששכר
בתיה מור

* חבר לשכת עוה"ד בניו יורק

° חבר לשכת עוה"ד בוועינגטון DC

°° חבר לשכת עוה"ד באוסטרליה

** חבר לשכת עוה"ד בפריז ומחוז קוויבק

17 בדצמבר, 2008

לכבוד
מנהל בתי המשפט
רחוב כנפי נשרים 22
ירושלים 95464

לכבוד
היועץ המשפטי לממשלה
רחוב צלאח א-דין 29
ירושלים 91010

א.נ.,

הנדון: הסכם פשרה בת.א. 2399/07 (בש"א 18376/07)

בשם מרשתנו, קניונים בישראל בע"מ, הנתבעת בתובענה שבנדון והמשיבה בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, הרינו לפנות לכבודכם כדלקמן:

1. ביום 31.8.08 הוגשה לבית המשפט המחוזי בתל-אביב בקשה לאישור הסכם פשרה שהוגש בתובענה שהוגשה בתיק שבנדון (להלן – "התובענה").

2. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד (כב' השופטת רות רונן) מיום 10.11.08, ובהתאם להוראת סעיף 18(ג) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, מצורפים למכתב זה צילומים נאמנים למקור של המסמכים הבאים:

2.1. התובענה;

2.2. הבקשה לאישור התביעה כייצוגית;

2.3. התגובה לתובענה;

2.4. התשובה לתגובה;

- 2.5. הסכם הפשרה ;
- 2.6. הבקשה לאישור הסכם הפשרה ;
- 2.7. פרוטוקול הדיון והחלטת בית המשפט מיום 10.11.08 ;
- 2.8. העתק המודעות לעיתונות מיום 27.11.08.
- 3. פנייה זו מוגשת גם בשם ועל דעת ב"כ התובעת (המבקשת בבקשה לאישור התובענה כייצוגית), עוה"ד יוחי גבע.

בברכה,

 יאיר עשהאל עו"ד

העתק : עו"ד יוחי גבע (בפקס מס' – 03-7518635).

M:\KENYONS\עישון תביעה ייצוגית\פניה ליועמש ולמנהל בתי המשפט.docx.

בית משפט מחוזי תל אביב-יפו
א 2399/07
כהן לילי נ. קניונים בישראל

בבית המשפט המחוזי

בתל-אביב

ת.פתיחה: 16/09/07 סדר דין: רגיל

בעניין:

לילי כהן, ת"ז 10573244
מרח' ארלוזורוב 59 א', בת-ים

ע"י ב"כ עו"ד יוחי גבע,
מדריך זיבוטינסקי 5 (בית אבגד), רמת-גן, 52520,
טל': 7518477-03 פקס': 7518635-03.

התובעת

- נגד -

קניונים בישראל בע"מ, מ.ח. 51162828

הנתבעת

מרח' יוספטל 92, בת-ים, 59641

סכום התביעה: ₪ 25,000,000

מהות התביעה: ייצוגית – הצהרתית / כספית

כתב תביעה

(בהתאם לחוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו – 2006)

המבקשת מתכבדת בזאת להגיש לבית המשפט הנכבד, בד בבד עם הגשת התביעה העיקרית בתיק דנן, בקשה לאישור התביעה כייצוגית לפי הוראות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות").

כל ההדגשות בבקשה, אינן במקור, זולת אם מצויין במפורש אחרת.

הקבוצה אותה מתעתדת המבקשת לייצג הינה "קהל הלקוחות של קניון בת-ים אשר אינם מעשנים ואשר נחשפו שלא מרצונם לעשן סגריות בעת שהותם בשטח הקניון בתקופה שבין 1.1.04 ועד ליום הגשת התובענה דנן"

1. המבקשת, תושבת בת ים, הינה לקוחה של קניון בת ים, המבקרת מפעם לפעם בשטח הקניון על מנת להינות משירותיו.
 2. המשיבה, הנה הבעלים והמפעילה של קניון בת ים.
 3. עישון פסיבי מתרחש כאשר אדם שאינו נוהג לעשן שואף לריאותיו עשן מסיגריות או ממוצרי טבק אחרים שמעשנים אחרים, הנמצאים בקרבתו.
 4. מחקרים מראים כי העשן הנפלט לחלל האוויר מאזור הבעירה של הסיגריה ומפיו או אפו של המעשן, מכיל כמות כימיקלים דומה להרכב העשן שהמעשן עצמו שואף לריאותיו, על אף העובדה שהעשן נמהל באוויר הפתוח.
 5. בהתאם לנתוני האגודה למלחמה בסרטן, הרי שמידי שנה ושנה מתים בישראל כ-1,500 איש כתוצאה מחשיפה לעישון פסיבי, הגורם למחלות כמו סרטן הריאה, סרטן הלוע, סרטן הגרון, סרטן המעי הגס, סרטן שלפוחית השתן, סרטן הכליה, סרטן הלב, סרטן צוואר הרחם וכן מחלות לב, שבץ מוחי, מוות פתאומי ועוד.
- עמדת האגודה למלחמה בסרטן בישראל בעניין עישון פאסיבי מצ"ב כנספח "א" לבקשה זו.
6. על רקע הסכנות שבעישון פאסיבי, נחקק חוק הגבלת העישון שמטרתו להגן על הציבור שאינו מעשן מפני עישון פאסיבי במקומות ציבוריים. החוק מאזן בין חירותו (במובן החופלדיאני) של הפרט לחשוף עצמו מרצון לסכנות שבעישון, ובין העדר הזכות לחשוף אחרים, שלא מרצון, לאותן סכנות, לפחות ככל שמדובר ב-"מקומות ציבוריים" כהגדרתם בחוק.
 7. למרבה הצער, אכיפתו של חוק הגבלת העישון היא אינה משביעת רצון, וזאת בלשון המעטה. הלכה למעשה, הרשויות אינן מקצות די משאבים על מנת להביא לאכיפה של החוק. במצב הדברים הנוכחי, בעוד שמרבית בתי העסק בישראל אינם מקפידים על מילוי הוראות החוק הרי שכמות הקנסות (לבתי העסק ולמעשנים בהם) הינה מזערית.
 8. בנסיבות אלו, בהן הרשויות אינן מתפקדות, אין מנוס מאכיפה אזרחית של החוק. במהלך השנים האחרונות, הוגשו מספר מצומצם של תביעות בפני בתי משפט בערכאות נמוכות, תביעות שנפסקו בהן סכומים של מאות שקלים כאשר המגמה בפסיקה היא להעלות את רף הפיצוי.
 9. עם זאת, ברור כי קיימת בעייה אינהרנטית להגיש תביעות כגון דא, מקום בו סכום הפיצוי הינו קטן ואינו מצדיק לנהל מאבק משפטי אל מול גופים גדולים. בנסיבות אלו, רק במוסד התובענה הייצוגית יהיה כדי למגר את תופעת העישון במקומות ציבוריים.

10. המבקשת, נוהגת מידי פעם ופעם לבקר בקניון בת ים על מנת להינות מהשירותים שמציע הקניון, ובכלל זאת לטייל בשטח הקניון ולרכוש מוצרים בבתי הקפה הפזורים בו כמו גם ביותר התנויות.

- חשבוניות המעידות על רכישת מוצרים בשטח הקניון מצ"ב כנספה "ב" לבקשה זו.

11. המבקשת, אינה נוהגת לעשן ומעדיפה כי לא יעשנו בסביבותיה. המבקשת, סובלת מריחו של עשן הסיגריות והחשפות לעשן גורמת לה להרגשה כללית לא נעימה. כמו כן, המבקשת, כמי שמודעת לסיכון הבריאותי הטמון בעישון פאסיבי, מעוניינת להימנע מכך שייעשנו בסביבתה.

12. בביקוריה בקניון בת ים, נחשפה המבקשת, פעם אחר פעם, ללקוחות הקניון המעשנים בחופשיות, בכל שטח הקניון. במקרים רבים, חזתה המבקשת בעובדים של הקניון, ובעובדים העובדים בבתי מסחר בתחום הקניון, עומדים ומעשנים ללא כל הפרעה. בשטח הקניון, ממוקמות מאות מאפרות שכאילו אומרות למעשן הפוטנציאלי "בוא תעשן". בנוסף, אין בשטח הקניון שלטים בכמות מספקת על מנת לידע את קהל הלקוחות בדבר איסור העישון. השלטים הנמצאים בקניון, ממוקמים במיקום בו ממש בלתי אפשרי לראותם.

- תמונות המעידות על היקף התופעה בקניון מצ"ב כנספה "ג" לבקשה זו.

- תמונות בהן מצולמים עובדים בקניון מעשנים מצ"ב כנספה "ד" לבקשה זו.

13. פעמים רבות, פנתה המבקשת בעצמה (למשל, בעת שישבה בבית קפה) בבקשה להורות למעשנים שלא לעשן אבל נענתה בשלילה, גם כאשר ביקשה מהמלצריות שעבדו במקום לעשות כן.

14. מצב דברים זה אין לקבל: ביהמ"ש הנכבד יתבקש להורות למשיבה לפצות את המבקשת בגין הפגיעה באוטונומיה וההעמדה בסיכון בריאותי, כמו גם, בגין עוגמת הנפש שנגרמה לה עקב החשיפה לעשן הסיגריות.

15. המבקשת תיטען כי המשיבה, בהתנהלותה, נהגה ברשלנות וכן הפרה חובות חקוקות וכי כתוצאה נגרם למבקשת נזק בשל ההחשפות לעשן הסיגריות בתחומי קניון בת ים.

16. מן הראוי לציין כי בשלב של בקשה לאישור תביעה ייצוגית נדרשת המבקשת להוכיח כי עילות התביעה העומדות לה מתקיימות ברמה לכאורית בלבד. עמדה על-כך השופטת שטרסברג כהן בע"א 2967/95 מגן וקשת בע"מ נ' טמפו, פ"ד נא(2) 312 (פסקה 19 לפסק-דינה):

"נראה לי, כי על המבחן למילוי התנאים שבסעיף 54 מבחינת נטל ומידת ההוכחה, להיות אחד לכל סעיפיו המשניים, ולגבי כל התנאים הנדרשים מהתובע, ועליו לשכנע את בית המשפט במידת הסבירות הראויה ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד, כי הוא ממלא לכאורה את כל דרישות סעיף 54 א ולענייננו, שחראשונה בהן היא קיומה של עילה אישית כאמור בס' 54 (א). אין להעמיד דרישות מחמירות מדי, לענין מידת השכנוע, משום שאלה עוללות להטיל על הצדדים ועל בית המשפט עומס יתר בבירור הנושא המקדמי, דבר העלול

לגרום להתמשכות המשפט, לכפילות בהתדיינות ולרפיון ידיים של תובעים ייצוגיים פוטנציאליים. את כל אלה יש למנוע על ידי קריטריון מאוזן בנושא נטל ומידת ההוכחה הנדרשים מהתובע הייצוגי, שמצד אחד שלא יפטור אותו מחובת שכנוע ומצד שני לא יטיל עליו נטל כבד מדי.

17. סעיף 63 לפקודת הניקין קובע באופן הבא:

(א) מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק - למעט פקודה זו - והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, והחפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל החפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו.

(ב) לענין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם של בני-אדם בכלל או של בני-אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני.

18. עוולת הפרת חובה חקוקה חמישה יסודות (ראה פס"ד ועקנין בעמ' 139): (א) קיום חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק (ב) החיקוק נועד לטובתו של הניזוק (ג) המזיק הפר את החובה המוטלת עליו, (ד) ההפרה גרמה לניזוק נזק (ה) הנזק אשר נגרם הוא מסוג הנזקים אליו נתכוון החיקוק.

19. בין היתר, המשיבה, הפרה את החובות המוטלות עליה בהתאם לחוראות החוק להגבלת עישון, לשים שלטים בקניון בהתאם לאמור בתקנות שהוצאו מכוח החוק.

20. זאת ועוד, המשיבה הפרה את האיסור להציב במקום ציבורי שבחזקתה, מאפרה.

21. תחת זאת הציבה מאות מאפרות – לא אחת או שתיים.

22. סעי' 2 לחוק הגבלת עישון קבע באופן הבא:

"קביעת שלטים

(א) המחזיק למעשה של מקום ציבורי, למעט מעלית לנשיאת בני אדם בבית מגורים, יקבע בן שלטים המורים על איסור העישון, ויתחיקם במצב תקין.

(ב) יצרן או יבואן של מעלית המיועדת לנשיאת בני אדם בבית מגורים יקבע בה, לפני הכנסתה לשימוש, שלט המורה על איסור העישון במעלית.

(ג) שר הבריאות יקבע בתקנות בדבר צורתם של השלטים, מספרם, גודלם, תוכנם, דרכי קביעתם, המקומות שבהם יותקנו והחובה להאירם."

23. בתוספת הראשונה לחוק הגבלת עישון מוגדר מקום ציבורי כ-

" השטח הפתוח לציבור בקניון, למעט בית עסק המפורט במקום אחר בתוספת זו
ולמעט חדר עישון נפרד לחלוטין שהוקצה לעישון, אם הוקצה, ובלבד שיש בו
סידורי אוויר תקינים והעישון בו אינו גורם למטרד בחלקים אחרים של
המקום."

24. בהתאם לתקנות הגבלת עישון במקומות ציבוריים (התקנת שלטים) התשמ"ד 1984 חייבת המשיבה להציב שילוט מתאים בכל כניסה לתחומי הקניון וכן שלט אחד לכל 30 מטר אורך קיר (כולל חלונות-ראווה). בנוסף, על השלטים, להיות בגודל מינימום של 23 ס"מ על 20 ס"מ.

25. ביום 25.7.03, התקבל בכנסת תיקון מס' 2, לחוק הגבלת עישון במקומות ציבוריים, התשס"ז – 2007, ובו נקבע בין היתר:

איסור הצבת מאפרה במקום 22. "המחזיק של מקום ציבורי, לא יציב מאפרה במקום ציבורי שבהחזקתו, בהתאם למפורט בתוספת; בסעיף זה, "מאפרה" – כלי המיועד לשמש להשלכת אפר ושיירי מוצרי טבק לתוכו."

26. כפי שניתן לראות מהראיות שצורפו לעיל (נספחים ו-ז) המשיבה מפרה חובות אלו באופן בוטה. הפרת חובותיה אלו של המשיבה, במחדל, הינה למעשה, "אור ירוק" ומתן לגיטימציה לציבור המעשנים בקניון, ומעודדת בפועל המשך הפגיעה במבקשת ובחברי הקבוצה אותה היא מבקשת לייצג.

27. זאת ועוד, כאמור בתוספת הראשונה לחוק הגבת עישון, התיר המחוקק, להקצות חדר עישון, נפרד לחלוטין, ובתנאי, בין היתר, שהעישון בו אינו גורם למטרד בחלקים אחרים של המקום.

28. בנוסף לכל מעללי המשיבה, הרי שהוסיפה היא חטא על פשע, בכך שתלתה שלט כחול על הקיר עליו נכתב: "פינת עישון כאן מותר לעשן בגמר העישון נא לכבות את הסיגריה". כפי שניתן לראות מהתמונות המצורפות לבקשה זו, שלט זה נתלה בחלל הפתוח של אזור האוכל, אזור שהנו פתוח לציבור בקניון, ככל אזור אחר, ובוודאי שאיננו "חדר עישון נפרד לחלוטין...והעישון בו אינו גורם למטרד בחלקים אחרים של המקום".

29. לעניין התנאי השני ביסודות עוולת הפרת חובה חקוקה, הרי שאיש לא יחלוק כי החובה להציב שלטים נועדה לחגן על המבקשת ועל יתר הציבור שאינו מעשן המעוניין להימנע מחשיפה לעישון פאסיבי.

30. בשל הפרת החובה ע"י המשיבה נגרם למבקשת – כמו גם ליתר חברי הקבוצה – נזק בלתי ממוני המתבטא בפגיעה באוטונומיה של הפרט המוצאת ביטוי בהחשפות לא רצונית לעשן סיגריות, ולנזק בריאותי מצטבר, כמו גם עוגמת הנפש ויתר הרגשות השליליים הכרוכים בחשיפה כאמור.

31. נזקים בלתי ממוניים הוכרו בפסיקה כבני תביעה.

32. סעיף 2 לפקודת הנויקין מגדיר נזק באופן רחב כ- "אבדן חיים, אבדן נכס, נזכות, רוחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה."

33. נוסף על הוראת החוק כאמור, הרי שנוזקים בלתי ממוניים כבכדוגמת הפגיעה באוטונומיה של הפרט הוכרו כראויים להיתבע בתביעה ייצוגית גם בפסק-דינו של ביהמ"ש העליון **בעניין תנובה** (פסקה 11 לפסק-דינה של כב' השופטת נאור):

"ההדרת תוספת של סליקון לחלב בניגוד לתקן היא פגיעה באוטונומיה של הפרט... אינני סבורה שעלינו לקבוע, כי רק נזק ממוני יכול להצדיק תביעה ייצוגית. לחובע נגרם, לכאורה, נזק לא ממוני שאינו עניין של מה בכך, ודי בכך כדי להכשיר את תביעתו כתביעה ייצוגית."

בפסק-דינו של ביהמ"ש העליון בע"א 243/83 **עיריית ירושלים נ' אלי גורדון**, פ"ד לט(1) 113, נאמרו הדברים הבאים בהקשר להגדרת נזק (בעמ' 140):

הגדרה זו רחבה היא הן לעניין הפגיעות הנזכרות ברישא והן לעניין אלה הנזכרות בסיפא .. היא כוללת את כל סוגי הנזק, בין פיסי ובין שאינו פיסי, בין ממוני ובין שאינו ממוני. ביסוד ההגדרה עומדת המציאות המוחשית. היא משתרעת הן על נזק פיסי והן על נזק כספי; הן על פגיעה בתחושות גופניות ונזכות, שיש להן ביטוי פיסי, והן על פגיעה בתחושות גופניות ונזכות, שיש להן ביטוי פיסי. לא היה מקום, על-כן, מבחינת היקפו של המושג "נזק", שלא לכלול בחובו שלילת נזכות גופנית, סבל נפשי ופחד, שאין להם ביטוי פיסי.

34. כאמור, סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות קובע במפורש כי אין מניעה לתבוע בתביעה ייצוגית פיצוי בגין נזק שאינו ממוני:

"בית המשפט לא יפסוק בתובענה ייצוגית פיצויים בלא הוכחת נזק, למעט בתביעה כמפורט בפרט 9 בתוספת השניה, ואולם אין באמור כדי למנוע פסיקת פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממוני."

35. לעניינו, נגרמה למבקשת ולחברי הקבוצה פגיעה באוטונומיה, המוצאת ביטוי בחשיפתה הלא רצונית של המבקשת לעשן סיגריות, תוך העמדתה בסיכון בריאותי מוכח. לפגיעה באוטונומיה, נלווים כאמור רגשות שליליים נוספים כגון עוגמת נפש, חוסר נחת וכיוצ"ב, שהינם אף הם בני פיצוי.

36. הפגיעה באוטונומיה של הפרט הוכרה כבת-פיצוי בהקשרים שונים, ראה למשל ע"א 2871/93 **מיאסה עלי דעקה נ' בית חולים כרמל**, תק-על 99(3) 574 בהקשר של ביצוע הליך רפואי ללא הסכמה, ע"א 1338/97 **תנובה נ' ראבי**, פ"ד נו(4) 673 (להלן: **"בעניין תנובה"**) בהקשר של פגיעה ביכולתו של הצרכן להחליט מה להכניס לפיו. **בעניין דעקה** נאמרו הדברים הבאים באשר לראש נזק זה (עמ' 672-673):

"השאלה הראשונה אשר יש להתייחס אליה בעניין זה היא, אם הנזק הכרוך בפגיעה בכבודה של המערערת ובאוטונומיה שלה הוא 'נזק' כמובנו בפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. לדעתי, יש להשיב לשאלה זו בחיוב. המונח "נזק" מוגדר בסעיף 2 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש). הגדרה זו היא רחבה, ומתייחסת ל-'אבדן חיים, אבדן נכס, נזכות, רווחה גופנית או שם טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה'.

במסגרת הגדרה זו, ניתנה הגנה לאינטרסים בלתי מוחשיים רבים. כך, ניתן פיצוי בגין נזק לא רכוש - למשל, כאב וסבל - הכרוך בנזק גוף שנגרם לניזוק. נזכר רוחבה הניכר של הגדרה זו, נפסק כי פגיעה בנזכות גופנית, סבל ופחד, גם אם אין להם כל ביטוי פיזי, וגם אם אין הם מתלווים לפגיעה פיזית כלשהי, עשויים להוות נזק בר פיצוי בנזיקין (ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, (להלן - עניין גורדון, בעמ' 139). על פי גישה זו, מגנה פקודת הנזיקין [נוסח חדש] גם '... על האינטרס של הניזוק בנפשו, בנזכותו ובאישורו' (שם, בעמוד 141). לפיכך, נקבע כי למי שהוטל כתוצאה מהליך פלילי אשר נבע כתוצאה מנקיטה רשלנית של הליך פלילי מוטעה כנגדו, עומדת זכות לפיצוי בגין פגיעה זו כלפי הרשות התובעת (שם).

בשורה של פסקי דין שניתנו לאחר אותה פרשה, הלכו בתי המשפט בדרך דומה ופסקו פיצויים בגין פגיעות באינטרסים לא מוחשיים של תובעים בנזיקין. כך נקבע כי הנזק המוראלי ועוגמת הנפש שנגרמו לבעל זכות יוצרים עקב הפרת זכותו, הינו נזק בר פיצוי (ראו פסק-דין של המשנה לנשיא, השופט ש' לוי, בע"א 4500/90 הרשקו נ' אורבך, בעמ' 432). כך נפסק גם לגבי הפגיעה בכבודו ובחירותו של אדם, הטבועה בעצם אשפוז בכפייה ושלא כדין בבית חולים לחולי נפש (פסק דינה של השופטת נתיניהו בע"א 558/84 כרמלי נ' מדינת ישראל, (להלן - עניין כרמלי), בעמ' 772). באופן דומה, נקבע כי הסבל שנגרם לאשה, הטבוע בעצם העובדה שבעלה גירש אותה בעל כורחה, מהווה נזק בר פיצוי (ראו פסק דינו של השופט גולדברג בע"א 1730/92 מצראווה נ' מצראווה, בפיסקה 9 לפסק הדין).

הוא הדין בפגיעה בכבודו של אדם וברגשותיו, אשר מהווים ראש נזק עיקרי בעוללת התקיפה ובעוללה של כליאת שווא (ראו H. McGregor On Damages at p. 1024, 1026).

אני סבור, על רקע זה, כי יש לראות גם בפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בביצוע פרוצדורה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המודעת, משום נזק בר פיצוי כדיני הנזיקין. הפגיעה, שלא כדין, ברגשותיו של אדם כתוצאה מאי כיבוד זכותו היסודית לעצב את חייו כרצונו, מהווה פגיעה ברווחתו של אותו אדם, והיא נכנסת לגדר הגדרת 'נזק' האמורה. זאת, בין אם נראה בה משום פגיעה ב'נזכותו' של אדם, ובין שנראה בה משום 'אבדן או חיסור כיוצאים באלה', כלשון הגדרת נזק בסעיף 2 לפקודה. אכן, עמדנו על מרכזיותה של הזכות לאוטונומיה בעיצוב זהותו וגורלו של האדם בחברה בה אנו חיים. דאינו את חשיבותה

של זכות זו ליכולתו להיות כפרט חושב ועצמאי. מתבקשת המסקנה כי זכות זו היא חלק חיוני, בלתי נפרד, באינטרס של אדם בנפשו, בנחתו ובאושרו..."

37. דברים דומים באשר לזכות לאוטונומיה נאמרו ע"י כב' השופטת נאור בעניין תגובה, בעמ' 692:

"הטעיה בדבר תכולת החלב במקרה זה היא, לכאורה, בגדר פגיעה באוטונומיה של הפרט. אנו עוסקים במוצר מזון. זכותם של צרכנים היא לקבוע מה יכניסו לפיהם ולגופם וממה יימנעו. מי שרוצה, למשל, לצרוך רק מזון כשר, ויסתבר לו בדיעבד שהמזון שהוצג תוך הטעיה איננו כזה, יחוש תחושת גועל ופגיעה באוטונומיה שלו. כך יחוש גם מי שצורך רק מזון אורגני והסתבר לו בדיעבד שמזון שפורסם כמזון אורגני איננו כזה. מי שמבקש לקנות חלב דל שומן דווקא, לא יסכין עם כך שימכרו לו תוך הטעיה חלב שבו אחוז השומן גבוה, ולחפץ. בכל המקרים הללו ובמקרים רבים אחרים שניתן להעלות על הדעת, ישנה פגיעה באוטונומיה של הפרט, אף שאין עמה נזק גוף או סכנה ממשית לנזק גוף. לכל צרכן וצרכן העדפות בנוגע למזונותיו, העדפות המבטאות לעתים את האידיאולוגיה בה הוא מאמין כדרך לחיים נכונים או בריאים. אכן, זה שאינו שומר כשרות יוכל לומר לשומר הכשרות: מה קרה אם אכלת מזון שאינו כשר; לא נגרם לך כל נזק. לא זו השקפתו של מי שמבקש לשמור על כשרות או לאכול רק מזון אורגני או מזון דל שומן."

38. לעניינו, קיימת פגיעה חמורה באוטונומיה של הפרט המוצאת ביטוי בהחשפות לא רצונית לעשן סיגריות. אכן, כפי שקיימת לצרכן הזכות לאוטונומיה בדבר מה שייכנס לגופו דרך פיו, כך יש גם ללקוחו הקניין זכות לאוטונומיה בדבר האויר אותו הוא נושם: זכותו של המבקר בקניון היא להימנע מחשיפה לחומרים מסוכנים, דוגמת עשן סיגריות. פגיעה בזכות יסודית וטבעית זו נדרשת לזכות את הנפגע בפיצוי כספי.

39. סעיף 35 לפקודת הנזיקין קובע באופן הבא:

"עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות — הרי זו התרשלות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה."

סעיף 36 מוסיף בהקשר זה:

החובה האמורה בסעיף 35 מוטלת כלפי כל אדם וכלפי בעל כל נכס, כל אימת שאדם

סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים להיפגע ממעשה או ממחדל המפורשים באותו סעיף.

40. עוולת הרשלנות מורכבת משלושה יסודות: קיום חובת זהירות, הפרת חובת הזהירות וגרימה של נזק, ראה ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לו(1) 113, 122 (להלן: עניין ועקנין).
41. לעניין קיומה של חובת זהירות איש לא יחלוק כי המשיבה בעלת הקניון ו/או המפעילה אותו, חבה בחובת זהירות, הן מושגית והן קונקרטית, כלפי לקוחותיה, ובמסגרת זאת עליה לנקוט באמצעי הזהירות הנדרשים על מנת למנוע אירועים העשויים לגרום נזק – פיזי, ממוני, או בלתי ממוני – ללקוחות.
42. איש לא יחלוק כי היקפה של חובת הזהירות מושפע, בין היתר, מההוראות הקבועות בחוקים שונים ובכלל זאת חוקים שמטרתם למנוע גרימת נזקי עישון, כדוגמת חוק הגבלת עישון.
43. המשיבה חבה בחובת זהירות, מושגית וקונקרטית, גם כלפי המבקשת.
44. בעניין ועקנין, נקבע כי קיומה של חובת זהירות מושגית וקונקרטית נקבעות בהתאם למבחן הצפיות, במסגרתו יש לבחון האם אדם סביר מסוגל לצפות את הנזקים שגרמו.
45. לענייננו, המשיבה התרשלה בכך שלא פיקחה באופן מספק על אכיפת החוק להגבלת העישון, ובכלל זאת (מלבד אי הצבת השלטים בהתאם לנדרש) בכך שפעלה מיוזמתה והציבה מאפרות ברחבי הקניון המעניקות ללקוחות אפשרות נוחה לעשן, ולמעשה מזמינות את הלקוחות לעשות כן!
46. בהתאם לפסיקה, מוטל החובה על מזיק לנקוט באמצעי זהירות סבירים. כפי שנקבע בעניין ועקנין (בעמ' 131):

"חובתו של המזיק היא לנקוט אמצעי זהירות סבירים, ואחריותו מתגבשת, רק אם לא נקט אמצעים אלה. סבירותם של אמצעי הזהירות נקבעת על-פי אמות מידה אובייקטיביות, המגולמות באמירה, כי על המזיק לנהוג, כפי שאדם סביר היה נוהג בנסיבות העניין. אדם סביר זה אינו אלא בית המשפט, אשר צריך לקבוע את רמת הזהירות הראויה. רמת זהירות זו נקבעת על-פי שיקולים של מדיניות משפטית השאלה אינה, מהו האמצעי שמבחינה פיסית מונע נזק, אלא השאלה היא, מהו האמצעי שיש לדרוש כי ינקטו אותו בנסיבות העניין. על בית המשפט לאזן בין האינטרס של הפרט הניזוק לביטחון האיש, לבין האינטרס של המזיק לחופש פעולה, וכל זה על רקע האינטרס הציבורי בהמשכה או בהפסקתה של אותה פעילות. על בית המשפט להתחשב בסכנה ובגודלה. עליו להתחשב בחשיבותה החברתית של הפעולה. עליו לשקול את האמצעים הדרושים למניעתה"

47. לענייננו, לא ננקטו אמצעי הזהירות הנדרשים על מנת למנוע עישון ברחבי הקניון ואף ננקטו פעולות הפוכות – המעודדות עישון. באמצעים אלו היה מקום לנקוט במיוחד במקרה קונקרטי זה על רקע הסכנה העצומה שבהחשפות לעישון פאסיבי.

(1) העמדה בפסיקה – החשפות לעשן סיגריות במקומות ציבוריים מזכה בפיצוי

48. המגמה בפסיקה היא לפסוק פיצוי בגין החשפות לעשן סיגריות במקומות ציבוריים. עמדה זו מוצאת ביטוי הן בפסיקות ביהמ"ש העליון והן בפסיקות בתי משפט בערכאות נמוכות יותר.
49. ברע"א 9615/05 **אירית שמש נ' פוקציטה בע"מ** נדונה ע"י ביהמ"ש העליון תביעה ע"י לקוחה אשר סעדה במסעדה ונחשפה לעשן סיגריות.
50. ביהמ"ש העליון באותו עניין **קיבל** את הערעור שהוגש על פסק-דינו של ביהמ"ש המחוזי אשר פסק לתובעת סכום נמוך מידל. ביהמ"ש העליון (כב' השופט רובינשטיין) העמיד את גובה הפיצוי על סך 1,000 ש"ח תוך הדגשת חשיבותה של האכיפה האזרחית של החוק להגבלת עישון:

"אכן, הרשויות צריך שיעשו מלאכתן כפי שהטיל עליהן המחוקק בפיקוח ובאכיפה. ואולם, כבודותה ואיטיותה של פעולת הרשויות מצדיקה לפתות פתח ל"אכיפה אזרחית", כך שהאזרח האיכפתי המבקש לשמור את בריאותו ובריאות הציבור יוכל להשפיע אף הוא לתקנת הרכים. תביעה בעקבות הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנוזיקין (נוסח חדש) אף היא דרך לכך, בשעה שעניינו בנוק לאדם, המצטבר והולך. לא למותר להזכיר שסעיף 63(ב) לפקודת הנוזיקין קובע כי "בעניין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם של בני אדם בכלל או של בני אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני". אין ספק בכך לעניינו באשר לחוק הגבלת העישון".

- החלטה ברע"א 9615/05 מצ"ב **כנספת "ה"** לבקשה זו.

51. בת"ק (שלום ת"א) 10153/06 נדונה תביעה שהוגשה כנגד קניון דיזנגוף ע"י לקוח של הקניון שנחשף לעשן סיגריות בתחומו. ביהמ"ש באותו עניין קיבל את התביעה, ופסק לתובע סך של 4,500 ש"ח תוך שצינו הדברים הבאים:

"התובע העיד שבתחומי הקניון מוצבים שלטים האוסרים את העישון, אך מספרם, הגובה בו הם תלויים – כולם או חלקם – והמרחק ביניהם אינם עונים על דרישות החוק והתקנות שתוקנו על-פיו. על-פי הוראות החוק, חייבת הנתבעת להציב שילוט מתאים בכל כניסה לתחומי הקניון וכן שלט אחד לכל 30 מטר אורך קיר (כולל חלונות-ראווה). התובע העיד על כך שלא הוצב שילוט על-פי ההוראות האמורות, והוא אף צילם באחת מקומות הקניון צילום שניתן ללמוד ממנו על אי-הצבת שלט אחת לשלושים מטרים. נציג הנתבעת שהתייצב לדיון השיב לשאלתי שאינו יודע מה המרחק בין שלט אחד למשנהו. המסקנה העולה מן האמור, בהתחשב בהימנעות הנתבעת מהצגת ראיות סותרות בעניין זה, היא שהתובע הוכיח את הפרת הנתבעת בכל הקשור לשילוט.

אשר לטענות בדבר הפיקוח שעל הנתבעת לקיים על מנת לאכוף את הוראות החוק – קיימת מחלוקת, וקיים ויכוח, סביב השאלה עד כמה ניתן לחייב את מחזיק המקום הציבורי להפעיל סדרנים או מפקחים מטעמו על מנת לאכוף את האיסור, ומה עליו לעשות עם מבקשים הבוחרים לעשן בתחומי הקניון. אינני

נדרשת להכריע בשאלה זו, שכן לדעתי, הנתבעת פעלה בניגוד לרוח החוק בשני היבטים: האחר, בהציבה מאפרות ברחבי הקניון. אין ספק שמדובר בשדר הפוך מזה המשודר בשלטי איסור העישון. גם אם לטענת הנתבעת, יש להציב את המאפרות על מנת שהמבקרים יוכלו להניח בהן את הסיגריות שכיבו, עליה להציבן בכניסות לקניון, לכל היותר, אך לא בשטחים הציבוריים שבתוכן. ההיבט השני הוא העובדה שעובדים מטעם הנתבעת, גם אם אלה מועסקים באמצעות קבלנים חיצוניים, נוהגים לעשן בתחומי הקניון, אין ספק שבכל הקשור לאכיפת איסור העישון, מצויים בידי הנתבעת כל האמצעים לאסור את העישון על מי מעובדיה ועובדי קבלניה, ובמיוחד אלה המוצבים כאנשי ביטחון או שומרים. העובדה שעובדים כאלה צולמו מספר פעמים בידי התובע כשהם מעשנים ברחבי הקניון מובילה למסקנה שהנתבעת לא עשתה די על מנת לאכוף את האיסור. אין ספק שהעובדה שעובדים המזוהים עם הנתבעת מעשנים בתחומי הקניון משדרת שדר הפוך מרוח החוק למבקרים בו.

מנימוקים אלה, אני קובעת שהנתבעת הפרה את החובות המוטלות עליה לפי חוק הגבלת העישון במקומות ציבוריים.

אציין, שהדברים נכונים לתקופה אליה מתייחסת התובענה שבפניי. נראה שמאז הגשת התביעה, וככל הנראה, בעקבות פעולות נוספות בהן נקטו התובע או שכמותו, הוסיפה הנתבעת פעולות לאכיפת האיסור – וטוב שכך. ואולם, כאמור, תביעה זו שלפניי עוסקת בתקופה שקדמה לפעולות אלה.

אשר לנזק – אני מקבלת את עדות התובע, אשר נתמכה במסמכים הרפואיים שהגיש, על כך שנגרם לו סבל שניתן לראותו כסבל גופני בעקבות חשיפתו לעשן הסיגריות. די בכך כדי לחייב את הנתבעת לפצותו על נזק זה. בנוסף, נראה שהוכח, ברמת ההסתברות הנדרשת, כתוצאה מחשיפה לעשן הסיגריות נגרם נזק מצטבר לגוף האדם, גם אם לא ניתן לכמתו או להעריכו במדויק.

אשר-על-כן, לאחר שבחנתי את המסמכים הרפואיים שצירף התובע, אני מחייבת את הנתבעת לשלם לתובע פיצוי בסך 4,000 ₪, וכן הוצאות משפט, בסך 500 ₪. הסכום הכולל ישא הפרשי הצמדה וריבית, כחוק, מהיום ועד למועד התשלום המלא בפועל. ביצוע התשלום – בתוך 21 יום מהיום.

- החלטה בת.ק. 10153/06 מצ"ב כנספח "ו" לבקשה זו.

ראה בנוסף ת"ק 07-1303 סלע נ' אגאדיר נמל בע"מ המצ"ב כנספח "ז" לבקשה זו.

ת"ק 1169/07 רותם נ' קפה נטו המצ"ב כנספח "ח" לבקשה זו.

ת"ק 10118/06 סימן טוב נ' אוויטה המצ"ב כנספח "ט" לבקשה זו.

ת"ק 07-06-3658 אופיר נ' מזון בע"מ המצ"ב כנספח "י" לבקשה זו.

52. נגרם נזק ללקוחות הקניון אשר נחשפו לעשן סיריות בעת שהותם בשטח הקניון. כאמור לעיל, המבקשת מעריכה (בשמרנות) את קבוצת התובעים בכ-50,000 איש.
53. המבקשת תיטען כי יש לפצות כל חבר בקבוצה בגין הפגיעה באוטונומיה, ההעמדה בסיכון, הנזק הבריאותי המצטבר והרגשות השליליים הנלווים לכך, כמפורט לעיל. סכום הפיצוי המבוקש פר תובע הינו 500 ש"ח.
54. בחישוב כולל של חברי הקבוצה, מדובר בפיצוי בסך 25,000,000 ש"ח.
55. "דרך המלך" במתן סעד במסגרת תביעה ייצוגית הינה באמצעות פסיקת פיצוי אינדוידואלי לכל חבר בקבוצת התובעים. בהקשר זה, קובע סעיף 20(א) לחוק תובענות ייצוגיות באופן הבא:
- (א) הכריע בית המשפט בתובענה הייצוגית, כולה או חלקה, לטובת הקבוצה שבשמה נוהלה התובענה הייצוגית, כולה או חלקה, רשאי הוא במסגרת החלטתו על מתן פיצוי כספי או סעד אחר לחברי הקבוצה להורות, בין השאר, הוראה כמפורט להלן, לפי הענין, ובלבד שלא יהיה בכך כדי להכביד במידה העולה על הנדרש על חברי הקבוצה או על בעלי הדין:
- (1) על תשלום פיצוי כספי או על מתן סעד אחר, בשיעור ובאופן שיקבע, לכל אחד מחברי הקבוצה שהוכחה זכאותו לפיצוי או לסעד כאמור;
- (2) על כך שכל חבר קבוצה יוכיח את זכאותו לפיצוי כספי או לסעד אחר;
- (3) על תשלום פיצוי כספי בסכום כולל ועל אופן חישוב חלקו של כל חבר קבוצה, ובלבד שסכום הפיצוי הכולל ניתן לחישוב מדויק על יסוד הראיות שבפני בית המשפט; הורה בית המשפט על תשלום פיצוי כספי בסכום כולל כאמור, רשאי הוא להורות בדבר חלוקה בין חברי הקבוצה, באופן יחסי לנזקיהם, של יתרת הסכום שתיותר אם חבר קבוצה, אחד או יותר, לא דרש את חלקו, לא הוכיח את זכאותו לפיצוי או לסעד, לא אותר או שלא ניתן לחלק לו את חלקו מסיבה אחרת, ובלבד שחבר קבוצה לא יקבל פיצוי כספי או סעד אחר מעבר למלוא הפיצוי או הסעד המגיע לו; נותרה יתרת סכום לאחר החלוקה לחברי הקבוצה כאמור, יורה בית המשפט על העברתה לאוצר המדינה.
56. החוק קובע מנגנון גמיש במסגרתו יהא רשאי ביהמ"ש לקבוע כיצד ניתן יהיה להוכיח את נזקם האישי של החברים בקבוצה, כאשר בהתאם לסעיף 20(א)(3) יתרת הכספים – אשר לא יידרשו – תועבר לאוצר המדינה.
57. לחליפין, במידה ויתגלו קשיים באיתור חברי קבוצת התובעים, ניתן יהיה ליישם את עקרונות "הפיצוי לטובת הציבור" הקבועים בסעיף 20(ג) לחוק:

"מצא בית המשפט כי פיצוי כספי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות הענין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סכירה ובין מסיבה אחרת, רשאי הוא להורות על מתן כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, כפי שימצא לנכון בנסיבות הענין."

58. פסיקת סעד לטובת הציבור הוכרה גם כסעד ראוי בפסק-דינה של כבוד השופטת נאור בענין **תנובה נ' ראבי** (בעמ' 687):

"שאלת הסעד ושאלת הגדרתה של "הקבוצה" הן שאלות שיש ביניהן, כפי שנראה, קשר גומלין הדוק. בית המשפט עמד בצדק על כך שאין דרכם של צרכנים לשמור קבלות בגין רכישת החלב, ויהיה קושי במשפט עצמו בהבאת ראיות בידי תובעים פוטנציאליים. נראה לי שפתרון אפשרי לקושי בזיהוי חברי הקבוצה שסביר שאכן יתעורר הוא שייקבע פיצוי לטובת הקבוצה או לטובת הציבור ...

לבית המשפט סמכות רחבה לקבוע את הסעד, ועמדתי היא שגם כתביעות לפי חוק הגנת הצרכן ניתן לקבוע סעד לטובת הציבור או סעד לטובת הקבוצה."

59. את חישוב הסך הכולל של הפיצוי לחברי הקבוצה ניתן יהא לעשות באמצעות כלים סטטיסטיים או בדרך של אומדנא. כפי שנקבע למשל לאחרונה ע"י ביהמ"ש העליון בע"א 345/03 **רייכרט נ' יורשי המונח משה שמש ז"ל** (ניתן ביום 7.6.07):

"סיכומם של דברים עד כה, עקרונית ניתן לקבוע את הנזק בתובענות ייצוגיות בדרכים שונות אשר מיושמות בקשת רחבה של מצבים. מן הצד האחד עומדת, כנקודת מוצא, דרך ההוכחה הקבוצה בסעיף 20(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות ובתקנות ניירות ערך, לפיה מוכח הנזק באמצעות הגשת תצהירים על-ידי כל אחד מחברי הקבוצה. דרכי הוכחה נוספות, אשר קרובות במהותן להליך האינדיבידואלי, מבוססות על קביעת נזקו של כל אחד מחברי הקבוצה אך זאת, ללא ניהול הליך מפורט של הגשת תצהירים, אלא באמצעות חישוב כללי המבוסס על נתונים עובדתיים שאינם שנויים במחלוקת או ניתנים להוכחה פשוטה. ניתן, כמובן, לשלב בין שתי הדרכים, על-ידי התוויית נוסחה כללית שתיושם, לגבי כל אחד מיחיד הקבוצה, על-פי הנתונים המיוחדים הנוגעים לו. מן העבר האחר, קיימות דרכים נוספות לקביעת הפיצוי, המבוססות על קביעת סכום הנזק הכולל שנגרם לקבוצה כולה באמצעות שיטות שונות שפורטו לעיל. לבסוף, במקרים בהם לא ניתן לחשב את הנזק (אף שאין חולק כי נגרם), קיימת אפשרות לקבוע את סכום הפיצוי גם על דרך האומדנה."

60. לביהמ"ש הנכבד, הסמכות העניינית והמקומית לדון בתביעה, זאת לאור סכומה, ולאור מיקום עסקה של הנתבעת.

61. בד בבד עם תובענה זו, מוגשת בקשה להכיר בתובענה כתובענה ייצוגית.