

נזקים אפופי עשן – על אפשרות תביעת מיטיב נזק בגין עוולת חשיפה המונית בישראל בעקבות פסק הדין מכבי שירותי בריאות נ' דובק

מאת

רן המר וענבל ברוש*

א. מבוא; ב. עוולות המוניות; 1. הכשל בהתמודדות של דיני הניזקין עם עוולות המוניות; 2. תביעות נגד חברות הטבק כדוגמה לכשל; 3. הצורך להתמודד עם הכשל כדי לשרת את תכלית דיני הניזקין. ג. **הוכחת יסודות העוולה;** 1. הוכחת אחריותו של המזיק; 2. הבעייתיות בהוכחת סיבתיות בעוולות המוניות ופסיקה הסתברותית כפתרון אפשרי; 3. הוכחת הנזק וזיהוי הניזוק; 4. התמודדות עם טענות הגנה. ד. **זיהוי המזיק וריבוי מעולים;** 1. הקושי לקבוע את אחריותו של כל מעורל; 2. פתרונות אפשריים. ה. **תביעה של מיטיב נזק;** 1. תביעה של קופות החולים בכובען כמיטיבות נזק ממלכתיות כפתרון לניהול הליך קולקטיבי. **ו. סיכום.**

א. מבוא

ביולי 2011 דחה בית המשפט העליון את תביעת הניזקין הגדולה ביותר שהוגשה אי פעם בישראל. בע"א 7547/99 **מכבי שירותי בריאות נ' דובק בע"מ**¹ נדונו במאוחד תביעותיהן של קופות החולים מכבי שירותי בריאות ושירותי בריאות כללית נגד חברות המפיצות סיגריות בישראל. קופות החולים טענו בתביעותיהן כי על חברות הסיגריות לשפותן בגין הוצאות שהוציאו הקופות לשם טיפול בנזקים בריאותיים שנגרמו עקב עישון סיגריות.² ההליכים שאוחדו לדיון בערעור כללו תביעה של מכבי שירותי בריאות אשר בבית המשפט המחוזי בתל-אביב נמחקה על הסף לבקשת חברות הסיגריות,³ ותביעה של שירותי בריאות כללית שהוגשה לבית המשפט המחוזי בירושלים, ושם נדחתה בקשת המחיקה על הסף ונקבע כי יש לדון בתביעה לגופה.⁴

בבסיס תביעת קופות החולים עמדה הטענה כי חברות הסיגריות, כתעשייה כוללת ובתיאום ביניהן, גורמות במכוון להתמכרות המונית לעישון, תוך הסתרת מידע מהציבור בדבר הסיכונים הנלווים לו. לטענת קופות החולים, חברות הסיגריות אחראיות לתוצאות הישירות הנובעות מהתמכרות הציבור לעישון. תוצאות אלו כוללות נזקי גוף קשים למתמכרים ובהם מחלות קשות וממושכות, שגוררות עלויות טיפול גבוהות שבהן נושאות קופות החולים. הקופות טענו כי מפני שהן הגוף הסטטוטורי שנושא בעלויות הטיפול במעשנים, חברות הסיגריות מבצעות כלפיהן שלל עוולות ניזקין ישירות, וחייבות כלפיהן בשיפוי מכוח דיני הניזקין, מכוח דיני עשיית עושה ולא במשפט ומכוח סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי 1994.⁵

* ההארה נכתבה בהיותם של הכותבים סטודנטים לתואר ראשון במשפטים באוניברסיטת חיפה, ובמסגרת חברותם במערכת תשע"ב של כתב העת "הארת דין".

1 ע"א 7547/99 **מכבי שירותי בריאות נ' דובק** (פורסם בנבו, 13.7.2011).

2 עניין **דובק**, שם, בפס"י 1 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

3 ת"א (מחוזי ת"א) 2281/98 **מכבי שירותי בריאות נ' דובק** (פורסם בנבו, 15.9.1999).

4 ת"א (מחוזי י-ם) 1571/98 **שירותי בריאות כללית נ' Philip Morris USA** (פורסם בנבו, 16.2.2004).

5 שם, בפס"י 6–8 לפסק דינו של השופט שפירא; חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד–1994.

רן המר וענבל בורוש, "נזקים אפופי עשן – על אפשרות תביעת מיטיב נזק בגין עוולת חשיפה המונית בישראל בעקבות פסק הדין מכבי שירותי בריאות נ"דובק", **הארץ דין** 43 (תשע"ב)

חברות הסיגריות מצדן טענו כי אין לקופות החולים עילות תביעה ישירות כלפיהן ומעמדן הוא רק של מיטיבות נזקי מעשנים, שהם הניזוקים הישירים. עוד טענו חברות הסיגריות כי בתור מיטיבות נזק, עילות קופות החולים תלויות ומותנות בהוכחת נזק ספציפי שנגרם לניזוק ספציפי עקב הפרת חובתו של המזיק כלפיו. משלא צוינה בתביעות קופות החולים כל טענה בדבר אחריותן של חברות הסיגריות כלפי ניזוקים ספציפיים, ולנזק שנגרם להם, אין התביעה מגלה עילה והיא ראויה להימחק על הסף.⁶

בית המשפט העליון קיבל את טענות חברות הסיגריות וקבע כי לא שררה בין הצדדים הקרבה הנדרשת לביסוסה של זכות תביעה ישירה. נקבע כי במהותן, תביעות קופות החולים נגד חברות הסיגריות הן תביעות מכוח תחלוף (סברוגציה) כמיטיבות נזק, ולכן מוגבלות בהיקפן על פי שיעור אחריותו של המזיק כלפי הניזוק הישיר.⁷ בית המשפט מחק את התביעות על הסף בקבעו כי אין עילה לניהול תביעות אלו על פי הדין הקיים, וכי חסרים המרכיבים הבסיסיים החיוניים – הגדרת היקף אחריותו של המזיק הרלוונטי כלפי כל ניזוק וניזוק שהטבות נזקיהם משמשות יסוד לתביעות השיפוי.⁸ שלוש השופטות בהרכב הסכימו פה אחד כי במתכונתן הנוכחית, דין התביעות להימחק על הסף, ומבחינת הדין הרצוי היה ראוי כי יהיה מסלול דיוני מיוחד לתביעות בגין "עוולות המוניות" כגון זו.⁹

בהארת פסיקה זו ברצוננו להציג מתווה להגשת תביעה בגין עוולת חשיפה המונית, כגון תביעה בגין נזקי עישון על ידי קופות החולים בכובען כמיטיבות נזק. המתווה המוצע מבוסס על פסיקה ישראלית וכן על מחקר השוואתי, והוא לא בהכרח מחייב שינוי חקיקתי. תחילה נגדיר מהן עוולות חשיפה המונית, נציג את קשייה ההתמודדות של דיני הניזוקין המסורתיים עם עוולות אלו ונמחיש זאת בעזרת סקירה היסטורית של תביעות בגין נזקי עישון בארה"ב. לאחר מכן נתבסס על קביעתו של בית המשפט שמדובר בתביעת סברוגציה של מיטיב נזק,¹⁰ ונציג פתרון מעשי להוכחת יסודות העולה בכלל, ולקושי המובנה בהוכחת הקשר הסיבתי בפרט – מנגנון לשיפוי מיטיב הנזק בשיעור אחריותו של המזיק. לצד זאת נציע לאמץ קריטריון לחלוקת הנזק בין מזיקים במקרים של עוולות חשיפה המונית המאופיינות בריבוי מעוולים. נוסף על כך נדון במעמדן של קופות החולים בישראל כמיטיבות נזק ונציע דרך התמודדות קולקטיבית עם טענות הגנה מצד המעוול. כל זאת נועד לבסס את טענתנו כי ניתן וצריך לדון לגופן בתביעות של קופות החולים לשיפוי בגין הטבת נזקי עוולת חשיפה המונית.¹¹

ב. עוולות המוניות

תביעות בגין נזקי עישון נכללות בקטגוריה של "עוולות המוניות" (Mass Torts). עוולות אלו מאתגרות את דיני הניזוקין, בישראל ובעולם, כבר יותר מחמישה עשורים. עוולות המוניות מתאפיינות בנזק שנגרם לבני אדם רבים עקב חשיפה לסיכון משותף או לסיכונים דומים.¹² "עוולות חשיפה המונית" (Mass Exposure), או בשם אחר "עוולות רעילות" (Toxic Torts),

6 המסגרת הדיונית היא תק' 100(1) לתקנות סדר דין אזרחי, התשמ"ד-1984.

7 עניין **דובק**, לעיל ה"ש 1, בפס' 65-66 לפסק דינה של השופטת פרוקציה.

8 שם.

9 שם, בפס' 14-15 לפסק דינה של השי' נאור.

10 אנו בוחרים להסתמך על קביעתו של בית המשפט ולנתח את תביעות קופות החולים כתביעות מיטיב נזק, אך אנו סבורים כי יש טענות טובות התומכות בהכרה בקופות החולים כניזוקות ישירות. חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 מטיל חובה על ארגוני שירותי הבריאות הממלכתיים לטפל בתושבים ניזוקים מכל נזק שהוא. החוק הופך את קופות החולים לניזוקות הטבעיות בכל מקרה של עוולת חשיפה המונית. שאלת קיומה של עילת תביעה ישירה נדונה לעומקה בבתי המשפט המחוזיים, נדחתה בבית המשפט העליון ודחייתה אושרה גם בדיון נוסף. לאור ההתעמקות הרבה של בית המשפט בנושא, לא מצאנו טעם להרחיב את הדיון במסלול זה.

11 מטרת הארה זו איננה להביע דעה בדבר סיכויי הצלחתה של תביעה כזאת. ההארה מתמקדת בטענה כי ראוי לדון בתביעת מיטיב נזקי עוולת חשיפה המונית ואין לדחותה על הסף.

12 אריאל פורת "תביעות בגין נזקי עישון: האתגר של דיני הניזוקין בעידן העוולות המוניות" **משפטים** (ג)2, 477, 478 (2003).

רן המר וענבל בורוש, "נזקים אפופי עשן – על אפשרות תביעת מיטיב נזק בגין עוולת חשיפה המונית בישראל בעקבות פסק הדין מכבי שירותי בריאות נ" דובק", **הארץ דין** ז' 43 (תשע"ב)

מתאפיינות בנזקים שנגרמו לקבוצת אנשים גדולה עקב חשיפה לחומרים כימיים מזיקים.¹³ תביעות בגין נזקים שנגרמו מתרופות,¹⁴ מחשיפה לאסבסט או לעופרת, ולענייננו מנזקי עישון, הן דוגמאות לכך.¹⁵ עוולות חשיפה המונית מסכנות את חיי האדם, והן מהסיכונים החמורים של העולם המודרני. בימינו תעשיות רבות משתמשות בחומרים מזיקים, שחשיפה אליהם יכולה לגרום לנזק של ממש.¹⁶ הסיכון טמון במספר הניזוקים הפוטנציאליים בעוולות חשיפה המונית, שיכול להגיע למאות ואפילו למאות אלפים (אם לא מיליונים) של ניזוקים, המפוזרים מבחינה גיאוגרפית ואשר נזקיהם יכולים לבוא לידי ביטוי זמן רב לאחר מועד החשיפה לגורם המזיק, לעתים כעבור דור או יותר.¹⁷ במקרים רבים בדיקת הסיכון הנשקף מחומרים מסוימים איננה אפשרית לפני השיווק משום שהנזק אינו מתגלה מיד, וגם לאחר שנתגלה, אין למזיק כל תמריץ לחקור אותו או לדווח עליו, ולכן אין נקטות פעולות למזער אותו.¹⁸

1. הכשל בהתמודדות של דיני הנזיקין עם עוולות המוניות

למרות היקף הנזקים הפוטנציאליים,¹⁹ דיני הנזיקין מתקשים להתמודד עם עוולות חשיפה המונית.²⁰ על פי דיני הנזיקין הקלאסיים, אחריותו של מעוול כלפי ניזוק היא אינדיבידואלית. כלומר הניזוק צריך להוכיח כי המעוול הפר כלפיו חובת זהירות מושגית וקונקרטית, וכי על פי מאזן ההסתברות התנהגותו העוולתית של הנתבע היא שגרמה לנזקו הספציפיים.²¹ בתביעות רבות של חשיפה המונית, הוכחת יסודות העוולה קשה מאוד ולפעמים תובע אינדיבידואלי לא יוכל כלל להוכיחה.²²

הפסיקה חילקה את הקושי המשפטי בתביעה בגין עוולת חשיפה המונית לשלושה קשיים עיקריים:²³

הקושי הראשון נעוץ בהוכחת הקשר הסיבתי. במקרים רבים ישנו קושי מובנה ומהותי לבסס קשר סיבתי בין הנזק הספציפי לבין החשיפה לחומר המסוכן.²⁴ אף כשיש קשר פוטנציאלי, קשה לבסס קשר סיבתי בין ההתנהגות העוולתית לנזק שנגרם, בשל קיומם של גורמים חלופיים לאותו נזק.²⁵ כך, למשל, אף אם ישנם מחקרים סטטיסטיים מובהקים הקובעים כי לרבים מהפרטים שנחשפו לחומר המסוכן ייגרמו נזקים, עדיין ייתכן שניזוק ספציפי יתקשה או לא יוכל להוכיח כי נזקו

-
- 13 אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעוולות המוניות" **משפטים** לד(2) 301, 307 (2004). סוג נוסף של עוולות המוניות, תאונות המוניות (Mass Accidents), מתאפין באירוע אחד, בזמן ובמקום, שבמהלכו נגרם נזק למספר רב של ניזוקים. לדוגמה, קריסת רצפת אולם אירועים או שריפת ענק. במקרים כגון אלו אמנם מדובר במספר ניזוקים רב, אך אין כל בעיה מיוחדת לבסס קשר סיבתי, להגדיר את קבוצת התובעים או לחלק את האשם. מקרים אלו יכולים לקבל מענה בדיני הנזיקין הקלאסיים, ואף כי היה אפשר לפתח דוקטרינות שיעלו את ניהול התביעה, משיקולי היקף ההארה לא נרחיב את הדיון בהם. ראו שם, בעמ' 307.
- 14 Sindell v. Abbott Laboratories, 26 Cal. 3d 588 (1980).
- 15 קלמנט, לעיל ה"ש 13, בעמ' 308.
- 16 In re Northern, 434 U.S. 1090 (U.S. 1978); David Rosenberg, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System*, 97 HARV. L. REV. 849, 852–853 (1984).
- 17 קלמנט, לעיל ה"ש 13, בעמ' 308.
- 18 Rosenberg, לעיל ה"ש 16, בעמ' 854, וכן שם בה"ש 17.
- 19 על פי נתוני ארגון הבריאות העולמי, עישון גורם לאחד מכל שמונה מקרי מוות של אנשים בני 30 שנים ומעלה בעולם (WORLD HEALTH ORGANIZATION, GLOBAL HEALTH RISKS: MORTALITY AND BURDEN OF DISEASE ATTRIBUTABLE TO SELECTED MAJOR RISKS 21 (2009)).
- 20 Steve Gold, *Causation in Toxic Torts: Burdens of Proof, Standards of Persuasion, and Statistical Evidence*, 96 YALE L. J. 376, 376 (1986).
- 21 פורת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 479; ס' 36 לפקודת הנזיקין, התשכ"ח–1968.
- 22 פורת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 479.
- 23 דני"א 6181/11 **שירותי בריאות כללית נ' דובק**, בפס' 6 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 26.1.2012).
- 24 שם.
- 25 קלמנט, לעיל ה"ש 13, בעמ' 308; אריאל פורת "אחריות קיבוצית בדיני-נזיקין" **משפטים** כג 311, 385–384 (1994).

רן המר וענבל בורוש, "נזקים אפופי עשן – על אפשרות תביעת מיטיב נזק בגין עוולת חשיפה המונית בישראל בעקבות פסק הדין מכבי שירותי בריאות נ" דובק", **הארץ דין** 43 (תשע"ב)

האישי נגרם עקב החשיפה לאותו חומר.²⁶ במקרים כאלו אף שרבים מהניזוקים אכן ניזוקו עקב העוולה, אף לא אחד מהם יזכה לפיצוי.²⁷

קושי שני נעוץ בזיהוי המזיק והגדרתו. לעתים אמנם אפשר לקשור נזק הישר למוצר או לחומר מסוים, ובכל זאת ייתכן שאי-אפשר לזהות את היצרן הספציפי האחראי לנזק מתוך יצרנים רבים שייצרו אותו מוצר. גם במצב זה, עקב הקושי לשייך את נזקו של ניזוק ספציפי למעוול מסוים, לא יינתן סעד, אף כי ידוע שישנם מעוולים שגרמו נזק לרבים מקרב ציבור הניזוקים.²⁸

שני הקשיים הראשונים הולכים ומתעצמים ככל שיש פער זמן גדול יותר בין מועד החשיפה או המעשה המעוול לבין מועד גילוי הנזק, וזאת בשל העמימות העובדתית. קושי זה אינו ייחודי לעוולת החשיפה ההמונית, אך הוא בולט במיוחד בעוולות אלה בשל ההתגלות המאוחרת של הנזק המאפיינת אותן.

קושי שלישי נעוץ בניהול הליך קולקטיבי על ידי מספר רב מאוד של ניזוקים. אין בדין הישראלי מסלול יעיל לניהול הליך נגד מזיק המוני. מסלול התובענה הייצוגית סגור בפני תביעות בגין נזקי גוף,²⁹ ואין בחוק מסלול אחר המאפשר ניהול הליך קולקטיבי רחב היקף.³⁰ בהיעדר מסלול קולקטיבי, סביר כי ניזוקים יפנו לתביעות פרטניות. דא עקא, תביעות פרטניות אינן יעילות בשל אי-השוויון הניכר בין תובעים לנתבעים. כאמור, אין לתובע יכולת להוכיח את נזקו הספציפי ולפעמים גם אין ביכולתו להצביע על המזיק הספציפי בשל היחס הסיבתי המורכב ואופי הנזק, ולא זו בלבד אלא שמשאבי ההתדיינות של הצדדים אינם שווים.³¹ סביר להניח שנתבע בעוולה המונית יהיה תאגיד, או גוף גדול אחר, שהיכולת שלו לממן התדיינות משפטית עולה בהרבה על יכולתו של תובע אינדיבידואלי. יתרה מזו, ככל שמשקלן של השאלות המשותפות לכלל התובעים רב יותר, כך נתבע סדרתי יכול לנצל טוב יותר את האופי המצרפי של עוולת החשיפה ההמונית כדי להפחית פיצוי ולהרתיע תובעים פוטנציאליים.³² הנתבע הסדרתי מבסס עמדת עליונות ניכרת כלפי לתובעים נפרדים, בשל ידע שצבר בהתדיינות קודמות, ראיות שהביא, מומחים שנועץ בהם, ואפילו ערכאות שיש לנתבע קשרים מתמשכים עמו. בו בזמן תובע ספציפי יכול אולי לפנות לעורך דין מנוסה, אך יהיה עליו לשאת בעלויות הוכחת תביעתו הפרטנית, עלויות גבוהות לנוכח טיבה המורכב של התביעה, פערי המידע הניכרים והעלות הגבוהה של הכנת ראיות סטטיסטיות ואפידמיולוגיות.³³

פערי המידע חוזרים ומדגישים את שלושת הקשיים הללו, ומחזקת אותם הנטייה של המזיק להסתיר מידע. הנטייה של מזיק המוני להסתיר מידע חזקה מנטייתו של כל נתבע גדול ומוסדי אחר שנתבע על ידי אינדיבידואל, שכן בתביעה פרטנית בגין עוולה המונית, על הכף עומדת לא רק תוצאת התביעה האחת אלא הצלחת תביעותיהם של ניזוקים רבים.³⁴ לפיכך פערי המידע, הקושי להוכיח סיבתיות ולזהות את המזיק וחוסר היעילות הגלום בניהול תביעות פרטניות פועלים כולם לטובת המזיק ההמוני, שנהנה מיתרונות גודלו ו"מאיחוד תביעות דה פקטו", ואילו נתבעים ספציפיים אינם נהנים מהיתרונות הללו, ובלא מכשיר לתיאום בין התובעים, סיכויי הצלחתם נמוכים עד כדי הימנעות מהגשת התביעות.³⁵

26 ככל שהמחקר הסטטיסטי קבע כי הקשר ההסתברותי נמוך מ-50%.
27 דנ"א 4693/05 **בי"ח כרמל חיפה נ' מלול**, בפס" 22 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 29.8.2010).
28 קלמנט, לעיל ה"ש 13, בעמ' 308; עניין דנ"א **דובק**, לעיל ה"ש 23.
29 חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.
30 להרחבה ראה: קלמנט, לעיל ה"ש 13.
31 Rosenberg, לעיל ה"ש 16, בעמ' 902.
32 שם, בעמ' 904.
33 שם, בעמ' 903.
34 פורת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 499.
35 קלמנט, לעיל ה"ש 13, בעמ' 344.

רן המר וענבל בורוש, "נזקים אפופי עשן – על אפשרות תביעת מיטיב נזק בגין עוולת חשיפה המונית בישראל בעקבות פסק הדין מכבי שירותי בריאות נ" דובק", הארת דין ז 43 (תשע"ב)

2. תביעות נגד חברות הטבק כדוגמה לכשל

תביעות בגין נזקי עישון הן דוגמה טובה הממחישה את חסרונות הדין הקיים בהתמודדות עם מזיק האחראי לעוולת חשיפה המונית. רוב ההליכים המשפטיים שננקטו נגד חברות הטבק בעולם, התנהלו בארה"ב.³⁶ בספרות המשפטית נהוג לחלק את ההיסטוריה של תביעות נגד חברות טבק בארה"ב לשלושה שלבים:³⁷

השלב הראשון של תביעות נגד חברות טבק בארה"ב החל בשנות החמישים של המאה הקודמת. התביעות המוקדמות היו אינדיבידואליות והתבססו על אחריות למוצרים פגומים. הטענה הייתה כי סיגריות הן מוצר מסוכן מטיבו, וכי חברות הסיגריות יודעות על הסכנות הטמונות בעישון ואינן מזהירות את הציבור מפניהן. כך, עצם השיווק של סיגריות הוא בלתי סביר ורשלני.³⁸ כל התביעות המוקדמות נדחו, בין היתר בשל חוסר היכולת להוכיח קשר סיבתי בין עישון לסרטן במקרה האינדיבידואלי ובשל קבלת טענות של אשם תורם מצד הניזוקים.³⁹

השלב השני החל בהתעוררות מחודשת של תביעות בגין נזקי עישון בסוף שנות השמונים.⁴⁰ בשנים הללו התפרסמו מחקרים רפואיים בדבר התכונות הממכרות של ניקוטין, ואלה ערערו את עמדת הפסיקה שלפיה מעשנים שהתמכרו לסיגריות יכולים להלין רק על עצמם.⁴¹ בשני השלבים הראשונים ניהלו חברות הסיגריות מדיניות קשוחה של סירוב לפשרות והתשה דיונית, וניצלו את הקשיים שבדין הנזקי הקיים, את יתרונותיהם המובנים ואת טיבו המיוחד של ההליך. כך נוצר מצב שבו תביעות טבק לא קסמו לתובעים וכמעט נעלמו לחלוטין.⁴² אחרי 35 שנים של ליטיגציה, חברות הטבק עדיין לא שילמו ולו סנט אחד לתובע נזיקי, עובדה מפתיעה לאור הידע המדעי, שכבר נצבר אז, באשר לנזקי העישון וטיבן הממכר של סיגריות.⁴³

השלב השלישי של תביעות הטבק החל באמצע שנות התשעים ונמשך עד היום. בשנת 1997, במהלך שימוע בקונגרס האמריקני, נחשפו מסמכים שהוכיחו, לכאורה, כי החברות הסתירו מידע בדבר הסיכונים הגלומים בסיגריות ובדבר טיבו הממכר של הניקוטין. עובדות אלו אמנם סייעו לתובעים, אך בכל זאת תביעות אינדיבידואליות צלחו רק במקרים ספורים.⁴⁴ הסיבה המכרעת לשינוי שחל בשנות התשעים הייתה שהחלו להתפתח מסלולים דיוניים שאפשרו צירוף תביעות של ניזוקים רבים, כפי שכבר נעשה במקרים אחרים של עוולות המוניות.⁴⁵

בתקופה זו הוגשו כמה תביעות ייצוגיות גדולות נגד חברות הטבק.⁴⁶ רוב התביעות הייצוגיות לא הגיעו לדיון בבית המשפט והסתיימו בהסכמי פשרה.⁴⁷ גם גופים מדינתיים ביותר מ-40 מדינות בארה"ב החלו להגיש תביעות נגד חברות הטבק.⁴⁸ בבסיס התביעות עמדה הדרישה מתעשיית הטבק לשפות את המדינות בגין הוצאות הבריאות העודפות שהן מוציאות להטבת נזקי מעשנים.⁴⁹ אחרי המדינות, הוגשו תביעות רבות גם על ידי רשויות מוניציפליות, איגודי בריאות,

36 עניין **דובק**, לעיל ה"ש 1, בפס' 74–75 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
37 James A. Henderson & Aaron D. Twerski, *Reaching Equilibrium in Tobacco Litigation*, 62 S. C. L. REV. 67, 70 (2010-2011)
38 שם.
39 Henderson & Twerski; Robert L. Rabin, *A Sociolegal History of the Tobacco Tort Litigation*, 44 STAN. L. REV. 853, 855–856 (1992)
40 ה"ש 37, בעמ' 72.
41 Rabin, לעיל ה"ש 39, בעמ' 854.
42 שם, בעמ' 871.
43 Henderson & Twerski, לעיל ה"ש 37, בעמ' 74.
44 Rabin, לעיל ה"ש 39, בעמ' 874.
45 Henderson & Twerski, לעיל ה"ש 37, בעמ' 75. אמנם עוד קודם לכן התנהלו הליכים קולקטיביים בתביעות נגד כגון *agent orange*, ועופרת, אך לא בתביעות בגין נזקי עישון.
46 *Castano v. American Tabbaco Co.* 84 F.3d 734 (5th Cir., 1996).
47 Dagan & White, לעיל ה"ש 44, בעמ' 363.
48 שם.
49 דוגמה אחת לתביעה מפורסמת ראו: *Minnesota v. Philip Morris Inc.* (No. C1-9501324) (Minn. D. Ct., 1999).

רן המר וענבל בורוש, "נזקים אפופי עשן – על אפשרות תביעת מיטיב נזק בגין עוולת חשיפה המונית בישראל בעקבות פסק הדין מכבי שירותי בריאות נ" דובק", **הארץ דין** 43 (תשע"ב)

מבטחים ואפילו מדינות זרות שתבעו בארה"ב, וכולם ביקשו שיפוי בגין הטבת נזקי עישון.⁵⁰ מעט מדינות אף חוקקו חוקים שמטרתם להקנות למדינה ולגופים ציבוריים עילות תביעה ישירות נגד חברות הטבק.⁵¹ חלק מהמדינות הצליחו להשיג יתרונות דיוניים, בין היתר על ידי הכרה בעילות תביעה ישירות,⁵² קביעה כי אפשר להשתמש בראיות סטטיסטיות להוכחת קשר סיבתי⁵³ והכרה בדיון קולקטיבי בטענות הגנה, בחלוקה על פי קטגוריה.⁵⁴ בעקבות התביעות הללו פנו חברות הטבק לקונגרס האמריקני בבקשה לחתום על הסכם פשרה.⁵⁵ בהסכם הפשרה שנחתם בין חברות הטבק ל-46 ממדינות ארה"ב, נמחקו כל התביעות שהוגשו על ידי מדינות וגופים ציבוריים תמורת תשלום של 206 מיליארד דולרים פיצויים מצד חברות הטבק והסכמה לשלל הגבלות שיווק, פרסום, שתדלנות ומכירת סיגריות לקטינים.⁵⁶

בישראל, למיטב ידיעתנו, לא התקבלה תביעה בגין נזקי עישון נגד יצרני סיגריות. בסוף שנות התשעים אמנם הוגשה תביעה נגד דובק על ידי 80 חולי סרטן, אך הושגה פשרה בטרם החל שלב ההוכחות. הפשרה הושגה רק לאחר שבית המשפט העליון אישר את החלטתו של בית המשפט המחוזי כי ניתן לדון במאוחד בתביעותיהם של הניזוקים, וציין כי חלק מהפלוגות יידונו במשותף. הפשרה כללה הסכם שלפיו ייוקרו מחירי חפיסות הסיגריות והתמורה תועבר לקרן לפיצוי נפגעי עישון. לא הצלחנו לברר מדוע, אך אותה קרן לא הוקמה מעולם.⁵⁷

הניסיון מלמד אפוא שלמרות הידע שנצבר 40 שנה על נזקי העישון, פריצת הדרך קרתה רק כאשר בתי המשפט החלו לאשר הליכים קולקטיביים וסטו מדיני הנזיקין הקלאסיים. עד אז לא הוטלה אחריות על חברות הסיגריות, על אף הנזק הרב שגרמו. רק כאשר בתי המשפט ניאותו להעניק לניזוקים את היתרונות הדיוניים שצוינו לעיל, ובכך להגמיש את הדוקטרינה הקלאסית של דיני הנזיקין, התקבלה הפשרה שהטילה אחריות על חברות הסיגריות.⁵⁸ ההכרה בזכות התביעה של גופים מדינתיים, המבוססת על ראיות סטטיסטיות ואפידמיולוגיות, תרמה תרומה של ממש לשינוי, שכן לו התביעות הללו היו נדחות על הסף, לא היה נוצר תמריץ לחברות הסיגריות לנהל משא ומתן ולקבל עליהן את האחריות לנזקי העישון.⁵⁹

3. הצורך להתמודד עם הכשל כדי לשרת את תכלית דיני הנזיקין

ניכר כי חוסר היכולת של דיני הנזיקין הקלאסיים להתמודד עם עוולות חשיפה המונית בכלל, ועם תביעות בגין נזקי עישון בפרט, אינו מתיישב עם העקרונות והתכליות שבבסיס דינים אלו. אחת התכליות המרכזיות של דיני הנזיקין היא להגשים את עקרון הצדק המתקן.⁶⁰ לפי עיקרון זה, יש לתקן מצב עניינים שנוצר עקב פגיעה עוולתית של אדם בחברו.⁶¹ עיקרון זה מדגיש את זכותו של הניזוק ומחייב לפצות בשיעור הנזק שנגרם לו, כדי שישבו, ולו ברמה הרעיונית, למצב שבו היה אילולא נעשתה

50 Dagan & White, לעיל הי"ש 44, בעמ' 363.

51 עניין **דובק**, לעיל הי"ש 1, בפס' 75 לפסק דינה של השופטת פרוקציה; החוק בפלורידה שנפסל בהיותו בלתי חוקתי; במרילנד; בוורמונט; ב-BC. Margaret A. Little, *A Most Dangerous indiscretion: The Legal, Economic, and Political Legacy of the Governments' Tobacco Litigation*, 33 CONN. L. REV. 1143 (2001).

52 *Minnesota v. Philip Morris Inc.*, 551 N.W 2d 490 (Minn., 1996).

53 *Commonwealth of Ma. v. Philip Morris Inc. (No. 98-J-665)* (ma. App., 1998).

54 *Texas v. Am. Tobacco Co.*, 14 F. Sup. 2d 956 (E.D. Tx., 1997).

55 Dagan & White, לעיל הי"ש 44, בעמ' 364; עניין **דובק**, לעיל הי"ש 1, בפס' 80 לפסק דינה של השי פרוקציה.

56 Dagan & White, לעיל הי"ש 44, בעמ' 373; Master Settlement Agreement (Nov. 23, 1998) available at http://web.archive.org/web/20080625084126/http://www.naag.org/backpages/naag/tobacco/msa/msa-pdf/1109185724_1032468605_cigmsa.pdf

57 רע"א 2291/99 **דובק נ' ויסברג** (פורסם בנבו, 13.5.1999); שרה ליבוביץ דר "עשן בעיניים" **הארץ** (30.10.2003) <http://www.haaretz.co.il/misc/1.920674>

58 יש הטוענים כי הליך קולקטיבי הוא כלי "יעיל מדי" להשגת פשרה. הוא מאפשר לתובעים "לאיים" במשפט יקר ומסוכן וכך להשיג פשרה שבה הם זוכים לפיצוי החורג מהחבות האמיתית של המזיק. ראו: Bruce Hay & David Rosenberg, "Sweetheart" and "Blackmail" Settlements in *Class Actions: Reality and Remedy*, 75 NOTRE DAME L. REV. 1377 (1999-2000).

59 Dagan & White, לעיל הי"ש 44, בעמ' 737.

60 פורת, לעיל הי"ש 12, בעמ' 483.

61 פורת, לעיל הי"ש 25, בעמ' 331.

רן המר וענבל בורוש, "נזקים אפופי עשן – על אפשרות תביעת מיטיב נזק בגין עוולת חשיפה המונית בישראל בעקבות פסק הדין מכבי שירותי בריאות נ" דובק", **הארץ דין** 43 (תשע"ב)

העוולה.⁶² עיקרון בסיסי נוסף הוא עקרון ההרתעה ומטרתו להשפיע ולעצב התנהגות של פרטים בדרך של הרתעה ומניעה.⁶³ השאיפה היא להביא להרתעה מיטבית באופן שסך נזקי העוולות והוצאות מניעתן יהיה נמוך ככל האפשר. במובן זה, מטרת דיני הנזיקין איננה למנוע נזק בכל מחיר, כי אם לגרום למזיק להפנים את תוחלת הנזק הצפויה מפעולותיו. כך המזיק ינקוט את כל האמצעים המניעתיים, כל עוד עלותם נמוכה מתוחלת הנזק הצפוי.⁶⁴ תכלית ההרתעה אינה להבטיח את זכותו של הנזוק לפיצוי, אלא לתמרץ את הנזוק לתבוע את המזיק ולהביא להטלת סנקציה כדי להגשים אינטרס חברתי.⁶⁵ תכלית משנית, אך חשובה, של דיני הנזיקין היא להשיג יעילות דינית. על המערכת לשאוף להגשים את התכליות המהותיות של פיצוי והרתעה, תוך צמצום עלויות ליטיגציה למינימום האפשרי. מנקודת ראות תועלתנית, היעילות הפונקציונלית מוגשמת כאשר סכום כל עלויות העוולה – הנזק שנגרם, עלויות מניעה ועלויות אדמיניסטרטיביות – יצומצם למינימום האפשרי.⁶⁶

דבקות בכללי הסיבתיות הקלאסיים בהקשר של עוולות המוניות, והיצמדות לדרישת ההוכחה האינדיבידואלית מכל ניזוק, מאתגרות את השגת תכליות דיני הנזיקין.⁶⁷ בעוולות המוניות הקפדה על דרישת הוכחה פרטנית מביאה לשחרור המעוולים מאחריותם, ולפיכך התכלית ההרתעתית אינה מוגשמת. מצב שבו הנזוקים אינם מקבלים כל פיצוי אינו מתיישב עם עקרון הצדק המתקן. אמנם עקרון הצדק המתקן מחייב קשר ישיר בין המעוול לניזוק, ומחייב הוכחת כל מרכיבי העוולה בין המעוול לניזוק, אך אם הפעלת כללי הוכחה אלו מותירה את כל הנזוקים בלא פיצוי – כאשר הראיות המדעיות (הסטטיסטיות-אפידמיולוגיות) מראות מתווים מובהקים להיווצרות הנזק – דומה שיש לבחון ביתר קפידה את כללי ההוכחה הנהוגים.⁶⁸ גם באשר לדרישת היעילות, ככל שהדין מחייב הוכחת סיבתיות אינדיבידואלית אצל כל ניזוק וניזוק, כך ייווצר ריבוי הליכים ויטל עומס ניכר על המערכת הדינית. זאת ועוד, אי-הטלת אחריות על מזיק המוני פוגעת בשאיפה לגילוי האמת. למזיק המשוחרר מאחריות אין תמריצים לאסוף מידע ולחשוף את האמת, וכך נשמרת העמימות סביב תביעות הנזוקים.⁶⁹

בפרקים הבאים נציג פתרונות מעשיים לקשיים שדיני הנזיקין הקלאסיים מציבים להתמודדות עם עוולות חשיפה המונית. הפתרונות המוצעים יתמקדו בקטגוריה מסוימת של עוולות ובמערך מסוים של נסיבות, שלטעמנו יכול לקבל פתרון בדין הקיים. אנו נתמקד בנזק שנגרם מעולת חשיפה המונית, הוטב על ידי מיטיב נזק שהוא גוף ציבורי הפועל מכוח חוק, ונעסוק בראש הנזק של הוצאות רפואיות בלבד. אנו נכנה קטגוריה זו של מקרים בשם "הטבת חשיפה המונית", והניתוח שיובא בהמשך ידגיש את הסיבות לקביעת הקריטריונים הללו דווקא. במסגרת זו אנו סבורים שיהיה אפשר להטיל אחריות על מזיקים במקרי "הטבת חשיפה המונית" באופן שתוגשם התכלית המשולשת של דיני הנזיקין – צדק מתקן, הרתעה ויעילות.

62 Rosenberg, לעיל ה"ש 16, בעמ' 877. להרחבת הדין בעקרון הצדק המתקן ראו: ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW 56 (1995).

63 קלמנט, לעיל ה"ש 13, בעמ' 318.

64 אין תמימות דעים בספרות בעניין הדרך להשגת התכלית של הרתעה מיטבית. יש הסוברים כי משטר משפטי של רשלנות, המטיל אחריות על המזיק הפוטנציאלי, מביא להרתעה מיטבית, ואחרים סוברים כי ראוי להטיל אחריות על מונע הנזק הזול, כשוקל הנזק הטוב ביותר, ובכך להגשים את אותה תכלית. ראו: פורת "אחריות קיבוצית", לעיל ה"ש 25, בעמ' 346; ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנזיקין" **משפטים** כב 421 (1992).

65 קלמנט, לעיל ה"ש 13, בעמ' 318.

66 Rosenberg, לעיל ה"ש 16, בעמ' 888.

67 אמנם בשנים האחרונות ניתן לזהות "סדקים" בהיצמדות הפסיקה לכללי הסיבתיות הקלאסיים במקרים מסוימים, אך אין בכך כדי להתמודד עם מקרים של עוולות המוניות. עם הביטויים האחרונים והחשובים שנשמעו בבית המשפט העליון בשנים האחרונות לעניין הגמשת כללי הסיבתיות הקלאסית ניתן למנות את דעת המיעוט של השופטת נאור בע"א 1639/01 **קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב** (פורסם בנבו, 2.6.2004) ואת דעת המיעוט של השופטת נאור ודעת היחיד של השופט ריבלין בעניין **מלול**, לעיל ה"ש 27.

68 פורת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 483.

69 עניין **מלול**, לעיל ה"ש 27, בפס' 78 לפסק דינה של השופטת נאור.

רן המר וענבל בורוש, "נזקים אפופי עשן – על אפשרות תביעת מיטיב נזק בגין עוולת חשיפה המונית בישראל בעקבות פסק הדין מכבי שירותי בריאות נ"דובק", **הארץ דין** ז' 43 (תשע"ב)

ג. הוכחת יסודות העוולה

בפסק הדין בעניין **דובק** קבע בית המשפט כי העילה שקופות החולים יכולות להתבסס עליה בתביעתן נגד חברות הסיגריות היא עילה סברוגטיבית במהותה, בין שהיא מכוח סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי ובין שהיא מכוח דין אחר.⁷⁰ לפיכך נקבע כי תביעות קופות החולים אינן תביעות ישירות, כי אם תביעות מיטיבים הנסמכות על "תביעותיהם הווירטואליות של הניזוקים כלפי המזיקים" ואחוזות בהן.⁷¹ בית המשפט קבע כי מדובר במערכת יחסים משולשת של מזיק-ניזוק-מיטיב, וכניסתו של המיטיב לתמונת היחסים שבין המזיק לניזוק אינה משנה את פני מערכת היחסים הבסיסית שבין הצדדים הישירים לעוולה. לכן, במטרה לשמר את הקורלציה בין הניזוקים הישירים לזכות השיפוי של המזיק, בית המשפט קבע כי תביעת קופות החולים כמיטיב מותנת ומוגבלת בהוכחת אחריותו המשפטית של המזיק כלפי הניזוקים הישירים.⁷² החשש שבבסיס קביעה זו הוא כי הכרה בזכות שיפוי כללית למיטיב הנזק תרע את מצבו של המזיק ביחס למצב שבו היה נתון אלמלא ההטבה, שכן היא תגרור חבות הגבוהה מאחריותו האמיתית ותשלול ממנו את הזכות להתגונן בטענות הגנה כלפי הניזוקים הישירים.⁷³ לפיכך נקבע כי תביעת קופות החולים תצלח רק אם יוכחו המרכיבים האלה: הפרת אחריותו של המזיק כלפי הניזוקים בכפוף לטענות ההגנה שבפיו, היקף הנזק שנגרם לניזוקים, קשר סיבתי בין הפרת החובה לנזק ושיעור ההטבה שהעניק המיטיב לניזוק.⁷⁴ הנחת היסוד של בית המשפט היא שאי־אפשר להוכיח את היסודות הללו, תוך שימור הקורלציה בין הפרת אחריותו של המזיק לזכות השיפוי של המיטיב, בלי להוכיח את אחריות חברות הסיגריות כלפי הניזוקים האינדיבידואלים.⁷⁵

אנו גורסים כי ניתן לדון בתביעת מיטיב נזק בגין הטבת חשיפה המונית, ולהוכיח את כל יסודות העוולה באופן קולקטיבי, כאשר אפשר להוכיח מרכיבים מסוימים אף בלי לזהות ניזוקים ספציפיים, ולהסתפק בגילוי מידע סביר באשר למרכיבים אחרים. כל זאת ניתן לעשות תוך שימור הקורלציה בין זכותו של המיטיב לאחריותו של המזיק, בלי לחרוג ממנה ובלי לשלול מהמזיק את היכולת להעלות טענות הגנה. להלן נפרט עמדתנו זו.

1. הוכחת אחריותו של המזיק

בקביעת אחריותו של המזיק בעוולת הרשלנות מתעוררות שלוש שאלות הדורשות הוכחה. הראשונה – אם המזיק חב חובת זהירות לניזוק המושגי והקונקרטי על פי מבחן הצפיות. השנייה – אם המזיק הפר את חובת הזהירות המוטלת עליו, והשלשית – אם הפרת החובה היא שגרמה לנזק.⁷⁶ מבחינת הדין המהותי, אין קושי מיוחד במקרי הטבת חשיפה המונית לדרוש הוכחת חובת זהירות והפרתה. בית המשפט יכול לדון ולקבוע בדבר חובת הזהירות של המזיק כלפי קבוצת ניזוקים מסוימת, והצדדים יכולים להביא ראיות בדבר הפרתה של החובה וסטייה מסטנדרט הזהירות. לצורך בחינת הוכחת חובת הזהירות המושגית, בית המשפט מתמקד בהתקיימותה של צפיות טכנית ונורמטיבית על פי מבחן האדם הסביר וכלפי קבוצה של ניזוקים. לשם בחינת הוכחת חובת הזהירות הקונקרטית, על בית המשפט להתחשב בעובדותיו הקונקרטיות והמיוחדות של המקרה.⁷⁷ בעוולות חשיפה המונית, כמו תביעה נגד חברות הסיגריות, לא תמיד ניתן להצביע על נקודה אחת במקום ובזמן שבה משתכללת חובת זהירות זו. במקרים רבים יהיה מדובר בעוולה מתמשכת רבת שנים המשפיעה על ניזוקים רבים. ובכל זאת, עוולות חשיפה המונית מתאפיינות בזהות מושגית באשר לסוגיות המשפטיות והעובדתיות, זהות בנזקים

70 ס' 22 לחוק בריאות ממלכתי. במילים "דין אחר" הכוונה לחוק עשיית עושר ולא במשפט ששגם בו מדובר בתביעה סברוגטיבית עניין **דובק**, לעיל ה"ש 1, בפס' 36–37 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

71 שם, בפס' 54 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

72 שם, בפס' 51 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

73 שם, בפס' 46–48 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

74 שם, בפס' 49–50, 58–60 ו-65–66 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

75 שם, בפס' 65–66 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

76 ע"א 124/80 **ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש**, פ"ד לז' (1) 122 (1983).

77 שם, בעמ' 125.

רן המר וענבל בורוש, "נזקים אפופי עשן – על אפשרות תביעת מיטיב נזק בגין עוולת חשיפה המונית בישראל בעקבות פסק הדין מכבי שירותי בריאות נ" דובק", **הארץ דין** ז' 43 (תשע"ב)

ובנסיבות שבהן נגרם הנזק לניזוקים שונים. בעת קביעת אחריותו של המעוול והפרתה, אין קושי לדון בהפרתה של חובת זהירות קונקרטי, כמו גם מושגית, בנוגע לקבוצה כולה או תוך הגדרת תת-קבוצות בתוך קבוצת הניזוקים המוגדרות לפי מאפייני הניזוקים והנזקים הזהים במהותם.⁷⁸

2. הבעייתיות בהוכחת סיבתיות בעוולות המונית ופסיקה הסתברותית כפתרון אפשרי

לעומת שתי השאלות הראשונות, שעסקו בהוכחת החובה והפרתה, ושאלין קושי מיוחד להוכיח בעוולות חשיפה המונית, קשה להוכיח את הקשר הסיבתי בין המעשה העוולתי לבין הנזק שנגרם.⁷⁹ לדעתנו, ניתן להתגבר על הקושי להוכיח תביעת הטבת חשיפה המונית, ולהטיל אחריות על המזיק לנזק שגרם, אף בלי לבסס קשר סיבתי אינדיבידואלי בנוגע לכל ניזוק וניזוק.

הדרישה להוכיח קשר סיבתי אצל כל ניזוק וניזוק בעוולות חשיפה המונית איננה מציאותית, שכן אין אפשרות אמיתית להוכיח סיבתיות אינדיבידואלית. במקרים אלו אין בנמצא ראיות פרטיקולריות-אינדיבידואליות לעניין קביעת סיבתיות.⁸⁰ מחלות כגון סרטן אינן מספקות, בדרך כלל, ראיה לחומר שגרם להן, ובחינה רפואית של ניזוק אינדיבידואלי תתקשה לגלות גורם נזק בלעדי.⁸¹ רק במקרים נדירים ביותר ישנו רק גורם אפשרי אחד ובלעדי למחלה מסוימת. ברוב המקרים למחלות יש כמה מקורות אפשריים, וכל אחד מהם כשלעצמו היה יכול לגרום לנזק.⁸² במקרים של עוולות חשיפה המונית, מחקרים סטטיסטיים מתחום האפידמיולוגיה הם הראיות הטובות ביותר שיש, והם יכולים לסייע לקביעת השיעור היחסי של הנזק הניתן לייחוס לגורם העוולתי, אל מול גורמי רקע אחרים. מדע האפידמיולוגיה מבוסס על ניתוח של אוכלוסייה, ולא אינדיבידואלים, ולכן אינו מסייע בקביעת קשר סיבתי פרטני. בשל מגבלות המדע בימינו, אי-אפשר לקבוע אם נזקו של ניזוק אינדיבידואלי נגרם בשל הגורם הספציפי או גורם כללי.⁸³

בפסיקה נהוג להשתמש בביטוי "סיבתיות עמומה" לתיאור הקושי האינהרנטי להוכיח קשר סיבתי.⁸⁴ בהקשר של עוולות חשיפה המונית, סיבתיות עמומה באה לידי ביטוי בעמימות באשר לזהות הניזוק.⁸⁵ קבוצת ניזוקים עומדת אל מול שורה של גורמי סיכון, מהם בני אדם ומהם לא, ואי-אפשר לדעת מי מהניזוקים ניזוק מהגורם המעוול ומי ניזוק מגורמים אחרים שאין עמם אשם.⁸⁶ כאמור, מחקר סטטיסטי-אפידמיולוגי יכול להוכיח כי מספר מסוים של ניזוקים מתוך כלל הניזוקים אכן ניזוק עקב עוולת החשיפה המונית, אך עם זאת אי-אפשר לדעת מי הם אותם הניזוקים מתוך כלל התובעים.⁸⁷

78 כך נקבע בארה"ב כי ליצרן תרופה נגד כולסטרול הייתה אחריות לנזק של כ-5,000 ניזוקים, וכי כמה יצרניות של תרופת ה-DES, שמטרתה הייתה למנוע הפלות, אחראיות לנזקן של נשים שחלו בסרטן, וכי יצרן שסתומי לב מלאכותיים הפר את אחריותו כלפי ניזוקים שהושתלו בהם השסתומים. קביעה דומה התקבלה גם בפרשה המפורסמת של *In re "Agent Orange"*, 517 F.3d 76 (2d Cir. N.Y., 2008). גם הפסיקה ציינה כמה קטגוריות של האמריקני לנזקי גוף שנגרמו לחיילים ששירתו בווייטנאם. Deborah R. Hensler & Mark A. Peterson, *Understanding Mass Personal Injury Litigation: A Socio-Legal Analysis*, 59 BROOK. L. REV. 961, 977-1003 (1994).

79 ראו לעיל פרק ב.

80 Gold, לעיל ה"ש 20, בעמ' 384.

81 שם, בעמ' 379.

82 Rosenberg, לעיל ה"ש 16, בעמ' 856.

83 שם, בעמ' 857; Gold, לעיל ה"ש 20, בעמ' 380.

84 ע"א 8279/02 גולן נ' עזבון אלברט, פ"ד סב(1) 330, בפס' 2 לפסק דינו של השופט ברק (2006). להרחבת הדיון בנסיבות להיווצרות קטגוריות של סיבתיות עמומה ראו: ARIEL PORAT & ALEX STIEN, *TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY* (2001). גם הפסיקה ציינה כמה קטגוריות של סיבתיות עמומה. ראו: עניין **מלול**, לעיל ה"ש 27, בפס' 17 לפסק דינה של השופטת נאור.

85 שם, בפס' 31 לפסק דינה של השופטת נאור.

86 שם; שם, בפס' 4 לפסק דינו של השופט גיבראן; Richard Delgado, *Beyond Sindell: Relaxation of Cause-In-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs*, 70 CAL. L. REV. 881, 883 (1982).

87 עניין **מלול**, לעיל ה"ש 27, בפס' 31 לפסק דינה של השופטת נאור; עניין דני"א **דובק**, לעיל ה"ש 23, בפס' 7 לפסק דינו של השופט ריבלין.

רן המר וענבל בורוש, "נזקים אפופי עשן – על אפשרות תביעת מיטיב נזק בגין עוללת חשיפה המונית בישראל בעקבות פסק הדין מכבי שירותי בריאות נ"דובק", **הארץ דין** 43 (תשע"ב)

במשפט המשווה היו מקרים שבהם פתרו מצבים כאלה בפסיקת פיצויים יחסיים, לכל ניזוק, על בסיס הסתברותי.⁸⁸ גם בית המשפט העליון הישראלי נדרש זה לא כבר לשאלה זו. בדיון הנוסף בעניין **מלול** נדון הנושא של פסיקת פיצוי נזיקי על פי הסתברות בהרכב מורחב של תשעה שופטים.⁸⁹ בית המשפט אמנם דחה הצעה לקבוע חריג רחב של אחריות יחסית, אך המשנה לנשיאה ריבלין הציע חריג צר בדמות "מבחן ההטיה הנשנית" שזכה להסכמת רוב חברי ההרכב, אף שלא הוחל במקרה הקונקרטי.⁹⁰ מבחן זה קובע חריג שמאפשר פיצוי לפי הסתברות לניזוק אינדיבידואלי בהתקיים ארבעה יסודות: מזיק או קבוצת מזיקים, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטיה עקיבה בהחלת כלל מאזן ההסתברויות.⁹¹ מבחן זה אינו מתמקד במישור של המקרה היחיד, כי אם במישור הרחב יותר, ובוחן את קיומה של הטיה נשנית בקבוצה מסוימת של מקרים.⁹² המבחן מבוסס על ההבנה שביססנו לעיל, שבמקרים מסוימים, כאשר ישנו סיכון בעל אופי מצרפי כמו זיהום סביבתי, או מוצר העשוי להגביר סיכון שצרכנים חשופים לו גם ממקורות נוספים, וכאשר ישנה הטיה מובנית ושיטתית שאינה מאפשרת הוכחת קשר סיבתי במקרים פרטניים, אין לדרוש מניזוק אינדיבידואלי להוכיח קשר סיבתי עובדתי על פי מאזן ההסתברויות. לפיכך יש לפסוק לניזוק האינדיבידואלי פיצוי בשיעור הסיכוי לכך שזיקו נגרמו עקב מעשה העוולה.⁹³ דעת הרוב בעניין **דובק** נטתה לסברה כי ניתן להסתייע במבחן ההטיה הנשנית להוכחת תביעה קולקטיבית בגין נזקי עישון, וכך גם סבר בית המשפט בדיון הנוסף, אך בשני המקרים הותירו זאת ב"צריך עיון".⁹⁴

מבחן ההטיה הנשנית מתגבר על הקושי להוכיח קשר סיבתי פרטני בכך שהוא מסיק מהמישור הקולקטיבי ומפצה את הניזוק האינדיבידואלי לפי שיעור סיכוי הנזק היחסי החל על הקבוצה עליה נמנה הניזוק האינדיבידואלי. במקרי הטבת חשיפה המונית מבחן ההטיה הנשנית טעון שינוי, שכן לעומת תביעה אינדיבידואלית, כאן אין צורך לפסוק פיצויים ישירים לאף ניזוק ספציפי. במקרה של הטבת חשיפה המונית המיטיב הוא שזכאי לפיצוי, בשיעור הסיכוי היחסי, בגין כל קבוצת הניזוקים. מצב זה מאפשר אימוץ של כלל שיפוי הסתברותי בלי להגיע לתוצאה של החלת היתר והחלת החסר הכרוכות בשימוש במבחן ההטיה הנשנית. מדובר בשימוש מתון יותר בכלל פיצוי הסתברותי מזה שבמבחן ההטיה הנשנית, ולכן סביר שהפסיקה תיאזן לאמצו. שימוש במנגנון הסתברותי בקביעת גובה השיפוי בתביעות אלו יגשים את תכליות דיני הניזיקין במלואן ולא ב"קירוב" הדרוש למבחן ההטיה הנשנית.

כדי להמחיש נקודה זו, נניח כי מוגשת תביעה קולקטיבית על ידי קבוצת ניזוקים בגין חשיפה לגורם מזיק. על פי מבחן ההטיה הנשנית, אם חברי הקבוצה יכולים להצביע על מזיק בר אשם, על סיכון חוזר ומשותף, כגון מכירת סיגריות המגבירות את הסיכון לתחלואה בקרב הציבור, ועל כך שישנה הטיה עקיבה בהחלת כלל מאזן ההסתברות, כלומר שיש ידע המצביע על הגברת הסיכון בשיעור מסוים, אך אי־אפשר להוכיח זאת על פי כלל מאזן ההסתברות – כל ניזוק זכאי לקבל פיצוי הסתברותי בשיעור הסיכון שאליו נחשף.⁹⁵

הטלת אחריות במקרה כזה מביאה לידי כך שחלק מחברי קבוצת הניזוקים, שלא ניזוקו עקב החשיפה לגורם המזיק, יקבלו פיצוי אף שאינם זכאים לו לפי המבחן הקלאסי, ואילו חברי הקבוצה שניזוקו עקב העוולה יקבלו פיצוי נמוך מזה שהם

88 ס' 3: 103 (2) לעקרונות האירופאים; עניין **מלול**, לעיל ה"ש 27, בפס' 32 לפסק דינה של השופטת נאור; כך גם פסקו בתי המשפט לתובעים פיצוי יחסי בפרשת *sindell*, לעיל ה"ש 14 *Agent Orange*, לעיל ה"ש 78 (שהסתיים בפשרה).

89 עניין **מלול**, לעיל ה"ש 27.

90 שם, בפס' 45 לפסק דינו של השופט ריבלין ובפס' 35 לפסק דינה של השופטת נאור; עניין דני"א **דובק**, לעיל ה"ש 23, בפס' 8 לפסק דינו של השופט ריבלין.

91 עניין **מלול**, לעיל ה"ש 27, בפס' 22 לפסק דינו של השופט ריבלין.

92 עניין דני"א **דובק**, לעיל ה"ש 23, בפס' 21 לפסק דינו של השופט ריבלין.

93 שם, בפס' 8 ו-22 לפסק דינו של השופט ריבלין. עניין **מלול**, לעיל ה"ש 27, בפס' 34 לפסק דינו של השופט ריבלין. לא נעמוד בהארה זו על טיבו של מבחן ההטיה הנשנית, להרחבה בנושא המבחן הנ"ל, יתרונותיו וחסרונותיו עיינו בעניין **מלול**.

94 עניין **דובק**, לעיל ה"ש 1, בפס' 13 לפסק דינה של השופטת נאור ובפס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות; עניין דני"א **דובק**, לעיל ה"ש 23, בפס' 9 לפסק דינו של השופט ריבלין. לביקורת על מבחן ההטיה הנשנית ראו: אלון אגמון ואיתמר מצרי "עמימות יחסית: על הטלת אחריות יחסית כשהסיבתיות עמומה – היבטים של יעילות וצדק לאור הלכת מלול" **הארץ דין** (1) 20, 23–29 (2012).

95 עניין **מלול**, לעיל ה"ש 27, בפס' 24 לפסק דינו של השופט ריבלין; אגמון ומצרי, לעיל.

רן המר וענבל בורוש, "נזקים אפופי עשן – על אפשרות תביעת מיטיב נזק בגין עוולת חשיפה המונית בישראל בעקבות פסק הדין מכבי שירותי בריאות נ" דובק", הארת דין 43 (תשע"ב)

זכאים לו.⁹⁶ אם אנו מבינים את יצירת הסיכון כרכיב של נזק (המשתכלל לכדי נזק בר תביעה עם התממשות מחלה או חלילה מוות שעלולים לנבוע מאותו סיכון), הרי על המזיק מוטלת סנקציה בגובה הנזקים שגרם. הוא אינו נדרש לשאת באחריות החורגת מהיקף הנזק, כמתחייב מעקרון ההרתעה, והוא מפצה בשיעור הנזק שגרם לניזוקים, כמתחייב מעקרון הצדק המתקן. מנקודת ראותם של הניזוקים, רעיון הצדק המתקן אינו מתגשם במלואו, שכן חלק מהניזוקים יזכו לפיצוי יתר וחלקם לפיצוי חסר. אולם יש הטוענים כי בעולם של מידע חסר, אין דרך חלופית טובה יותר – הניזוקים מקבלים פיצוי כלשהו, ויש בכך כדי להשיב, בחלקו, את המצב לקדמותו. פיצויים מופחתים עדיפים מחלופה של היעדר אחריות. תהיה זו אפוא התוצאה האפשרית הקרובה ביותר להגשמת עקרון הצדק המתקן.⁹⁷

בהטבת חשיפה המונית, אין מדובר ביריבות מסורתית בין מזיק לניזוקים אלא במערכת יחסים משולשת של מזיק-ניזוק-מיטיב. במקרה זה, המיטיב ממילא מיטיב את כל נזקי חברי קבוצת הניזוקים, בלי קשר לגורם המחולל את המחלה או המוות, ולפיכך אין חשש לפיצוי יתר או חסר של ניזוקים מסוימים. מיטיב הנזק, בתורו, זכאי לשיפוי מהמזיק בגין ההטבה שהעניק לניזוקים בגובה הנזק שנגרם עקב התנהגות בת אשם של המזיק.⁹⁸ בעוללות חשיפה המונית ניתן להוכיח, כאמור, בעזרת ראיות סטטיסטיות ואפידמיולוגיות, כי אחוז או מספר מסוים של ניזוקים מתוך כלל חברי הקבוצה אכן ניזוקו עקב החשיפה לגורם המזיק, אך עם זאת, אי-אפשר לדעת מי הם הניזוקים הללו מתוך כלל חברי הקבוצה.⁹⁹ ובכל זאת, משניתן לעמוד על שיעור הנזק שנגרם לקבוצת הניזוקים עקב פעילותו העוולתית של המזיק, אין קושי מיוחד לעמוד על היקף השיפוי שהמיטיב זכאי לו. שיעור השיפוי שהמזיק חייב בו, ושהמיטיב זכאי לו, ייקבע באמצעות הכפלת עלויות הטבת נזקם של כל הניזוקים בשיעור אחריותו היחסית של המזיק לסיכון שיצר. במצב כזה נזקם של כל הניזוקים מוטב על ידי המיטיב, המזיק נושא באחריות מלאה לנזק שגרם, אך אינו חורג ממנה, והמיטיב משופה בדיוק בשיעור שהוא זכאי לו.

3. הוכחת הנזק וזיהוי הניזוק

לאחר שביססנו את טענתנו כי ניתן לדון בהפרת חובת הזהירות בהליך קולקטיבי וכי יש אפשרות לחייב את הנתבע באופן יחסי על בסיס העקרונות של מבחן ההטיה הנשנית, עדיין נותרנו עם שאלת כימות הנזק והגדרתו. תביעת המיטיב היא תביעה קולקטיבית, אך היא מתאפיינת בכך שהיא מתבססת על נזק שנגרם לניזוקים מסוימים.¹⁰⁰ לפיכך, וכדי למנוע מצב שבו המזיק נושא באחריות לעלות גבוהה מהנזק שגרם, על קופת החולים להוכיח במדויק את גובה הנזק שנגרם לניזוקים הישירים. על פניו, היה ניתן לדרוש שקופת החולים תמציא את רשימת הניזוקים המפורטת ותכלול בה את פירוט נזק הגוף שנגרם לכל ניזוק וניזוק, ואת עלות הטבת אותו נזק. אך המצב איננו כה פשוט, שכן מתווסף כאן שיקול הסודיות הרפואית.

חוק זכויות החולה קובע חובת סודיות בעניין פרטי החולה ומידע רפואי. מטפל או עובד מוסד רפואי ישמרו בסוד כל מידע הנוגע למטופל, שהגיע אליהם בתוך מילוי תפקידם או במהלך עבודתם.¹⁰¹ סעיף 20 לחוק זכויות החולה מונה כמה תנאים שבהם המטפל רשאי למסור את המידע הרפואי לאחר. לענייננו, מותר להעביר את המידע לאחר לצורך שימוש במידע

96 פורת, לעיל ה"ש 12.

97 שם, בעמ' 485; עניין מלול, לעיל ה"ש 27, בפס' 24 לפסק דינו של השופט ריבלין; אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג(3) 605, 635 (2000).

יש לציין כי לפי גישה אחרת, ניתן להתמודד עם בעיית הסיבתיות העמומה בעוללות חשיפה המונית בעזרת הדוקטרינה של נזק ראייתי. כלומר ניתן לראות במעוול מי שתרם להיווצרות הנזק וגם גרם לחוסר היכולת לזהות את מקור הנזק. על פי דוקטרינה זו, הניזוק יהיה זכאי לפיצוי בשווי הזכות לדעת במדויק מה גרם לנזקו. ראו: Ariel Porat & Alex Stien, *Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable*, 18 CARDOZO L. REV. 1891, 1924 (1996–1997). ראו גם: אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא(2) 191, 240 (1998). למיטב ידיעתנו, הקונסטרוקציה של נזק ראייתי לא שימשה בשום ערכאה במקרה של עוולת חשיפה המונית.

98 ע"א 5557/95 סהר חברה לביטוח נ' אלחדד, פ"ד נא(2) 724, 748 (1997).

99 עניין מלול, לעיל ה"ש 27, בפס' 33 לפסק דינה של השופטת נאור.

100 עניין דובק, לעיל ה"ש 1, בפס' 11 לפסק דינה של השופטת נאור.

101 ס' 19 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.

רן המר וענבל בורוש, "נזקים אפופי עשן – על אפשרות תביעת מיטיב נזק בגין עוולת חשיפה המונית בישראל בעקבות פסק הדין מכבי שירותי בריאות נ" דובק", **הארץ דין** 43 (תשע"ב)

בתביעה נגד חברות הסיגריות רק לאחר אישורו של המטופל. בקשה לקבלת אישור המטופל חייבת להתבצע על ידי המטפל או עובד המוסד רפואי שבו ניתן הטיפול. אם תועבר סמכות הפנייה לאחר, יהיה בכך משום הפרה של חובת הסודיות. הפרה של חובת הסודיות, על פי חוק הגנת הפרטיות, משמעה גם פגיעה בפרטיות של המטופל.¹⁰²

לנוכח חובת הסודיות, הטלת חיוב על קופות החולים לפרט את שמותיהם של הניזוקים הספציפיים מציבה, מבחינה מעשית, מחסום של ממש. בעוולות חשיפה המונית מדובר במספר ניזוקים רב מאוד, ונדרש מהרופאים המטפלים ליצור קשר עם כל אחד ואחד ממטופליהם ולבקש אישור פרטני, ולא זו בלבד אלא שלניזוקים המטופלים אין עניין לסייע לקופת החולים בתביעתה. חוק ביטוח בריאות ממלכתי מחייב את קופת החולים לספק שירותים רפואיים המיטיבים את נזקם של הניזוקים. קופת החולים אינה רשאית להתנות את מתן ההטבה בהגשת תביעה, והניזוקים זוכים לאותם שירותים רפואיים בלי קשר למידת האשם של המזיק. בקבלם את השירותים הרפואיים הם מאבדים את זכות התביעה בגין ההוצאות הרפואיות שביטוח הבריאות מכסה.¹⁰³ במצב נורמטיבי זה, ושלא כמצב בתביעות ישירות של ניזוקים בגין נזקי גוף, ניתן להבין מדוע ניזוקים רבים יעדיפו שלא לאפשר לחשוף את פרטיהם האישיים. על כן אם נדרש זיהוי הניזוקים הישירים, קופת החולים לא תוכל להיפרע במלוא היקף הוצאותיה מחברות הסיגריות, חברות הסיגריות לא יידרשו לפצות בגין הנזקים שגרמו, וציבור המבוטחים הוא שימשיך לשאת בעלות הנזק.

לדעתנו, ניתן לדרוש מקופת החולים להעביר מידע סביר על הנזקים שנגרמו לניזוקים הישירים, אף בלי לחשוף את זהותם המלאה. בית המשפט האמריקני, משהכיר במעמדה של עיר לתבוע את חברות הטבק בגין הנזקים שאלו גרמו לתושביה, קבע כי על התביעה לספק מידע ספציפי במידה סבירה בדבר הנזקים שנגרמו לניזוקים הישירים.¹⁰⁴ לענייננו, בית המשפט יכול לקבוע מהו גילוי סביר בנסיבות התביעה. ייתכן שניתן לדרוש מקופת החולים לספק רשימות מפורטות של נזקי העישון שנגרמו למטופלים, מספר השנים שכל מטופל עישן, ועלויות הטבת נזקו, תוך מחיקת שמות המטופלים. גם טבלאות מפורטות המפרטות את מספר הניזוקים, עלויות ההטבה ונתונים כגון גיל המעשן, מספר השנים שעישן וכדומה יכולות להספיק לשם הוכחת הנזק. מכל מקום יש לזכור כי בנסיבות החוק הישראלי, ומהסיבות שפירטנו לעיל, דרישת זיהוי הניזוקים הישירים כמוה כדחיית התביעה, ולכן על בית המשפט ליצור איזון ראוי ולדרוש רק את גילוי המידע הדרוש באופן סביר להוכחת הנזק.

4. התמודדות עם טענות הגנה

החשש האחרון שמובע בפסק הדין נוגע לטענות הגנה. החשש הוא כי קבלת תביעה ישירה של קופות החולים תפגע בזכויות הנתבעים לטעון טענות הגנה כגון הסתכנות מרצון ואשם תורם.¹⁰⁵ ואכן, משקיבלנו את קביעתו של בית המשפט שתביעת קופות החולים היא תביעת מיטיב, עיקרון מנחה הוא כי ההטבה אינה יכולה להרע את מצבו של המזיק ולגרור חבות גבוהה מזו שהיה חב בה אלמלא ההטבה.¹⁰⁶ במשולש היחסים, כאשר נגרם נזק באשמתו התורמת של הניזוק עצמו, זכות המיטיב אינה מוגבלת לאותו חלק מן ההטבה המתאים לשיעור האחריות של המזיק, והוא רשאי לקבל מן המזיק את מלוא

102 ס' (7)2, (8)2 ו-9 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

103 רונן פרי **ריקושטים כלכליים** 427-428 (2002).

104 Henderson & Twerski, לעיל ה"ש 37, בעמ' 77; (Miss. Cir., 2003) (No. 982-9652) City of St. Louis v. Am. Tobacco Co. בתחומים אחרים, בית המשפט האמריקני אף אישר את הוכחת הנזק על בסיס קולקטיבי ומצרפי כאשר היה אפשר להוכיח את שיעור הנזק על בסיס נוסחת חישוב מתמטית המשותפת לכל חברי קבוצת הניזוקים או על בסיס טכניקת דגימה שנמצאה סבירה בנסיבות המקרה. לעניין עוולות המוניות, בית משפט בטקסס אמנם קיבל את טענת התובעים וקבע כי יהיה ניתן להעריך את הנזק שנגרם לכ-3,000 נפגעי אסבסט על בסיס הערכה מדגמית והערכות מומחים, אך ערכאת הערעור קבעה כי השוני בין התובעים רב מדי מכדי שיאפשר דיון מצרפי. ראו: Fred Misko & Frank E. Goodrich, *Managing*: *Complex Litigation: Class Action and Mass Torts*, 48 BAYLOR L. REV. 1001, 1076-1077 (1996).

105 עניין **דובק**, לעיל ה"ש 1, בפס' 13-14 לפסק דינה של השופטת נאור.

106 שם, בפס' 46 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

רן המר וענבל בורוש, "נזקים אפופי עשן – על אפשרות תביעת מיטיב נזק בגין עוולת חשיפה המונית בישראל בעקבות פסק הדין מכבי שירותי בריאות נ" דובק", הארת דין ז 43 (תשע"ב)

הטבת הנזק, ובלבד שזכות השיפוי בכללותה לא תחרוג מהיקף הפיצוי שבו היה חב המזיק לולא ההטבה.¹⁰⁷ כפי שתואר בסקירה ההשוואתית, בתביעות בגין הטבת נזקי עישון יש חשיבות מיוחדת לטענות הגנה כגון אשם תורם, שכן אלו היוו חסם של ממש בפני תביעות בשלבים הראשונים של הליטיגציה נגד חברות הטבק.¹⁰⁸ לפיכך עולה החשש ששילת היכולת להעלות טענות כגון אלו עלולה להביא לשיפוי יתר של המיטיב מעבר לסכום ההטבה הראוי.¹⁰⁹ לדעתנו, ובלי להביע דעה בדבר סיכויי הצלחתן הצפויה של טענות ההגנה, ניתן להעלות טענות הגנה ולדון בהן במסגרת תביעת הטבת חשיפה המונית, בצורה קולקטיבית ועל בסיס חלוקה של הניזוקים הישירים לקטגוריות. לדעתנו, כפי שאין מקום לבדוק בדיקה פרטנית בסוגיית הקשר הסיבתי, כך לא ראוי לבדוק בדיקה פרטנית בסוגיית האשם התורם בהקשר הנדון בהארה זו, משום אופי העוולה ואופי טענות ההגנה.

דיני החיובים בישראל מכירים בכמה טענות הגנה שמזיק יכול לטעון כנגד ניזוק. הטענות העיקריות הרלוונטיות לעניין תביעות בגין נזקי עישון הן אשם תורם והסתכנות מרצון.¹¹⁰

טענת אשם תורם עולה במצבים שבהם הניזוק תרם בהתנהגותו לנזק שנגרם על ידי המזיק. ההגנה אינה פוטרת את המזיק מאחריות, אך היא יכולה לפטור אותו מפיצוי או לצמצם את הפיצוי. את קיומו של אשם תורם נהוג לבחון באמצעות שני מבחני משנה: מבחן האדם הסביר, כלומר אם נהג הניזוק כאדם אחראי ונקט זהירות סבירה, ומבחן חלוקת האשמה, שעל פיו בית המשפט ישקול מבחינה מוסרית את מעשי הרשלנות של המזיק והניזוק ויעריך את מידת האשמה המוסרית שלהם. כלומר בית המשפט ישווה, ויעריך מבחינת האשמה המוסרית, את מידתם ומשקלם של מעשיו ומחדליו של כל צד.¹¹¹ כאמור, עוולות חשיפה המונית מתאפיינות בשאלות משותפות רבות הנוגעות למספר רב של ניזוקים: כל הניזוקים הושפעו מאותה עוולה; ישנה זהות בשאלות הנוגעות לאחריותם של הנתבעים; נזקיהם של הניזוקים משתייכים לקבוצה סגורה ומצומצמת של נזקים. ניתן להגדיר תת-קבוצות בתוך קבוצת הנתבעים לפי טיב הנזקים או לפי מאפייני הניזוקים.¹¹²

בקביעת האשם התורם בתביעות בגין נזקי עישון שנדונו לגופן בארה"ב, בחן בית המשפט את בחירתם של מעשנים להתחיל או להמשיך לעשן אל מול הידע באותה תקופה בדבר הסיכונים הפוטנציאליים של עישון סיגריות. בית המשפט התחשב במרכיבים הממכרים שבסיגריות, שנטען כי הם מונעים ממעשנים להיגמל ולכן מפחיתים את מידת האשמה המוסרית שלהם.¹¹³

ניתן לראות כי בעת בחינת אשם תורם בעוולות חשיפה המונית כמו תביעות בגין נזקי עישון, השאלות הנבחנות משותפות לכל קבוצת הניזוקים ולא מנתחות את התנהגותו האינדיבידואלית של ניזוק זה או אחר. בארץ, טענת ההגנה, גם כאשר היא מועלת בהקשר אינדיבידואלי, נבחנת ברמה הקבוצתית, ובית המשפט משתמש במדד האדם הסביר. התנהגותו של ניזוק נמדדת אל מול מדד האדם הסביר, ולכן אם יחולקו הניזוקים לתת-קבוצות על בסיס קריטריונים מוסכמים כגון גיל תחילת העישון, שנת תחילת העישון וכדומה, לא תהיה משמעות לזהות התובע האינדיבידואלי ולמאפייניו האישותיים או לאופן ההתנהגות הפרטיקולרי שלו, כיוון שנתונו האובייקטיביים ייבחנו לנוכח המדד השיפוטי הנ"ל.

לגישתנו, כאשר דנים בעוולת חשיפה המונית, אין אפוא קושי לבחון שאלות של אשם תורם באופן קולקטיבי. לצורך הכרעה בשאלת האשם הקולקטיבי יוכל בית המשפט להעריך את שיעור החולים שיש להם אשם תורם, ולהפחית את הפיצוי בהתאם. הערכה זאת תתבצע על בסיס פילוח של קבוצת הניזוקים לתת-קבוצות רלוונטיות. בתביעה בגין נזקי עישון, יינתן משקל לנתונים סטטיסטיים כגון גיל תחילת העישון, מספר הסיגריות והשנים שבהן הניזוק עישן. ייתכנו, למשל, קביעות שאשם מוסרי של ניזוקים שהחלו לעשן בגיל מבוגר יהיה גדול יותר משל ניזוקים שהחלו לעשן כאשר היו קטינים. קביעה זו

107 נינה זלצמן "הטבת נזק גוף לפי חוק הטבת נזקי גוף: יחסי מזיק-מטיב-מוטב" עיוני משפט ד(3) 621, 647 (1975); גד טדסקי "הטבת נזקי גוף על-ידי הלא אחראי לנזיקין" הפרקליט כא 237, 255 (1965).

108 Rabin, לעיל ה"ש 39, בעמ' 855-856; Henderson & Twerski, לעיל ה"ש 37, בעמ' 72.

109 עניין דובק, לעיל ה"ש 1, בפס' 65-66 ו-70 לפסק דינה של השופטת פרוקציה.

110 יהודה אדר "הקטנת נזק ואשם תורם – הילכו שניים יחדיו:" משפט ועסקים י 381 (2009).

111 ע"א 73/86 שטרנברג נ' עירית בני-ברק, פ"ד מג(3) 343, 350-351 (1989).

112 קלמנט, לעיל ה"ש 13, בעמ' 309; Misko & Goodrich, לעיל ה"ש 104, בעמ' 1018.

113 Henderson & Twerski, לעיל ה"ש 37, בעמ' 71 ו-74.

רן המר וענבל בורוש, "נזקים אפופי עשן – על אפשרות תביעת מיטיב נזק בגין עולות חשיפה המונית בישראל בעקבות פסק הדין מכבי שירותי בריאות נ" דובק", **הארץ דין** 43 (תשע"ב)

מביאה לידי ביטוי את האפקט הממכר של עישון סיגריות ואת מידת אחריותם המוסרית של קטינים. ייתכן גם שאשם של ניזוקים שהחלו לעשן בשנות התשעים ואילך יהיה גבוה מאשם של מעשנים שהחלו לעשן בשנות החמישים והשישים, קביעה שתביא לידי ביטוי את הפערים בידע הרפואי בין התקופות.

טענת הגנה אחרת היא ההסתכנות מרצון: הטענה שהניזוק ידע והעריך את מצב הדברים שגרמו לנזק וכי הוא חשף עצמו לסיכון מרצונו.¹¹⁴ במשפט הישראלי נהוג לקבל טענת הגנה זו לעתים נדירות. נדרש קיומה של פעולה אקטיבית העשויה להעיד כי הייתה הסכמה מכללא להסתכן מרצון. בתי המשפט נוהגים להקשות על המזיק, ואינם ממהרים לקבל טענה זו.¹¹⁵ מבחני ההסתכנות מרצון הם מבחנים אינדיבידואליים וקשה ליישם בעולות המונית. לתפיסתנו, לאור הפרשנות המקובלת במשפט הישראלי, אין טענה זו מהווה מכשול.¹¹⁶ הטענה נדחתה במקרים רבים ונקבע שאף לחץ חברתי ודיכאון קיצוני מונעים את האפשרות לקבל את הטענה. לכן קשה להאמין שיהיה בה כדי להפחית את גובה הפיצוי.¹¹⁷ מדובר אפוא בקושי ברמה התיאורטית, ובמקרה שלנו יש ליישם שלה השפעות שוליות בלבד, שכן אין בטענה זו כדי לשנות במידה ניכרת את שיעור הפיצוי שאותו יידרשו המעוולים לשלם.

קושי נוסף המתעורר בהקשרן של טענות הגנה הוא יכולת הניזוקים עצמם להגיב על טענות המועלות נגדם. עם זאת, לגישתנו, כיוון שהתביעה מתנהלת בלא חשיפת שמותיהם של ניזוקים ספציפיים, ובלא ניתוח התנהגותם, בעיה זו אינה רלוונטית. גם אם בית המשפט יקבע כי הייתה מידת מה של אשם תורם או הסתכנות מרצון בקרב אחוז מסוים של החולים המעשנים, בכל זאת אין בקביעותו התייחסות לניזוק ספציפי כלשהו ואין פגיעה בשמו הטוב של הניזוק. זאת ועוד, במקרה זה הניזוקים אינם נושאים בעלויות ההטבה, והאינטרס להוכיח שלא היה אשם תורם או לא הייתה ההסתכנות מרצון הוא של מיטיב הנזק כיוון שהוא שנפגע מקבלת טענות ההגנה.

לסיכום הפרק, בית המשפט קבע כי תביעת קופות החולים היא תביעת סברוגציה במהותה והגדיר מרכיבים אחדים הטעונים הוכחה. על בסיס קביעה זו, ובלי להתייחס במישורן לסיכויי ההוכחה של תביעה בגין נזקי עישון, הראינו כי ניתן לדון בכל אחד ממרכיבי העוולה בהקשר של תביעה בגין הטבת חשיפה המונית. המלצנו לדון בתביעת מיטיב בגין הטבת חשיפה המונית, על כל מרכיביה, באופן קולקטיבי, בלי לחשוף את שמותיהם של הניזוקים ועל בסיס מסירת מידע סביר. הצענו לעשות כל זאת תוך שימור המתאם בין הפרת אחריותו של המזיק לזכות השיפוי של המיטיב ובלי למנוע מן המזיק את זכותו להתגונן. בפרקים הבאים נבחן כיצד ניתן להתמודד עם מקרים של ריבוי מעוולים בהקשר של הטבת חשיפה המונית ונדגיש את חשיבותה של זכות השיפוי בהקשר של תביעות קופת החולים.

ד. זיהוי המזיק וריבוי מעוולים

1. הקושי לקבוע את אחריותו של כל מעוול

הקושי הגלום במקרי הטבה המונית לא תמיד מתמצה בעמימות באשר לזהות הניזוק, שבה דנו לעיל. במקרים רבים ישנו גם קושי לזהות ולהגדיר את המזיק. אף שניתן לקבוע את גובה הנזק שנגרם עקב העוולה, ייתכן שאי־אפשר לזהות את היצרן הספציפי אלא רק קבוצה של מעוולים שאפשר לייחס להם התנהגות בת אשם.¹¹⁸ כלומר ייתכן שקשה לקבוע את היקף אחריותו של כל מעוול בנפרד, אף שידוע כי הוא משתייך לקבוצת מעוולים מוגדרת. לעניין תביעות עישון, אף אם אפשר

114 ס' 5 לפקודת הניזוקין.

115 ע"א 897/75 ווסטצ'סטר פייר אינשורנס קומפני נ' קורן, פ"ד לא(1) 660 (1976); ע"א 753/75 בלגה נ' עזבון טפט, פ"ד לב(1) 757 (1978); ע"א 6649/96 הסתדרות מדיציניית הדסה נ' עופרה גלעד, פ"ד נג(3) 529.

116 פורת, לעיל ה"ש 12, בה"ש 77.

117 עניין קורן, לעיל ה"ש 115, בעמ' 663; עניין גלעד, לעיל ה"ש 115, בעמ' 545.

118 עניין מלול, לעיל ה"ש 27, בפס' 24 לפסק דינה של השופטת נאור.

רן המר וענבל בורוש, "נזקים אפופי עשן – על אפשרות תביעת מיטיב נזק בגין עוולת חשיפה המונית בישראל בעקבות פסק הדין מכבי שירותי בריאות נ" דובק", הארת דין ז 43 (תשע"ב)

לקבוע כי מחלות המעשנים נגרמו עקב העישון, לא תמיד אפשר להצביע על יצרן מסוים שהתנהגותו העוולתית היא שגרמה לנזק.¹¹⁹ כיוון שעסקינן בתביעות הטבת חשיפה המונית, תביעת המיטיב מופנית כלפי כל חברי קבוצת המעוולים.¹²⁰

2. פתרונות אפשריים

פתרון שהתקבל בארה"ב בקביעת אחריותו של כל מעוול הוא מבחן האחריות לפי נתח השוק (market share liability). מבחן זה אומץ לראשונה בבית המשפט העליון של קליפורניה.¹²¹ המבחן קובע כי בהתקיים ארבעה תנאים¹²² אפשר לקבוע את היקף אחריותו העוולתית של כל יצרן על בסיס היקף מכירותיו היחסי לפי פילוח מדד נתח שוק.¹²³ ארבעת התנאים הם: (1) כל היצרנים הנתבעים ייצרו את המוצר הפוגעני בעת היווצרות הנזק; (2) המוצר דומה עד זהה אצל כל היצרנים, כלומר נדרשת רמת גנריות גבוהה בין מוצרי היצרנים; (3) אי־אפשר לקבוע מיהו היצרן הספציפי שייצר את המוצר שגרם לנזק של תובע ספציפי; (4) מספר רב (substantial share) של יצרנים, אשר ייצרו אותו מוצר פוגעני באותה תקופה, נתבעים בתביעה.¹²⁴

לענייננו, לא ברור אם סיגריות הן מוצר גנרי, ומכאן אף שמתקיימים התנאים האחרים, לא ברור אם ניתן להחיל את מבחן האחריות לפי נתח שוק כפשוטו. ייתכן שוני ברמת המסוכנות בין סיגריות המיוצרות על ידי כמה יצרנים – הרכב רעלים שונה או אף דרכי שיווק שונות, ובכללן שיווק לקטינים. אם אלה הם פני הדברים, שוני זה צריך לבוא לידי ביטוי בקביעת היקף אחריותו של כל יצרן.¹²⁵ לכן, ככל שישנה רמת מסוכנות דיפרנציאלית, יש להחיל במקרה של תביעות נגד חברות סיגריות קריטריון מורכב הכולל: קביעת שיעור אחריות טנטטיבי של כל יצרן לפי מבחן האחריות על בסיס נתח שוק, והתאמתו בדרך של העלאת מידת האחריות היחסית או הורדתה בהתחשב במבחן מידת האשם/ המסוכנות. כך, אף אם סוג סיגריה מסוים הוא הנמכר ביותר בשוק, אם הוכח כי סוג אחר של סיגריה מסוכן יותר לבריאות, הדבר יבוא לידי ביטוי בחלוקת האחריות בין היצרנים לשיפוי מיטיב נזקי העישון.

בעת קביעת מידת האשם היחסית של כל אחת מחברות הסיגריות, ולאחר שתוכח אחריותה העוולתית של התעשייה הפוגענית בכלל, בית המשפט יוכל להעביר את הנטל לחברות הסיגריות, ולכל יצרן סיגריות תינתן ההזדמנות להוכיח כי מוצריו מסוכנים פחות.¹²⁶ מכאן, שכל יצרן יחשוף אילו חומרים נמצאים בסיגריות שהוא מייצר, יביא מומחים אשר יעידו על תוכן ומידת המסוכנות של כל חומר בסיגריה, ואף סביר כי כל יצרן ינסה להוכיח כי המוצר של יצרן אחר מסוכן יותר מהמוצר שלו.¹²⁷ תוצאה זו היא רצויה לשיטתנו כיוון שהיא מביאה לגילוי מלא של החומרים המרכיבים את הסיגריה ומוספים בהליך ייצורה, ויוצרת תמריץ ליצרנים לשנות את הרכב הסיגריה כדי שתהיה מסוכנת פחות.

Dalmau Garcia, *Revisiting Payton v. Abbott Laboratories: Is Market Share Liability a Viable Theory of Recovery in Massachusetts*, 80 119 B.U. L. REV. 1127 (2000); פורת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 11; פורת, לעיל ה"ש 25, בעמ' 314.

120 קלמנט, לעיל ה"ש 13, בעמ' 309–310.

121 עניין *Sindell*, לעיל ה"ש 14.

122 Robert F. Daley, *Market Share Liability In DES And Lead Pigment Cases--Bridging The Gap: A Suggested Proposal To Apportion Liability In Lead Pigment Cases*, FINDLAW (Mar. 26, 2008), <http://library.findlaw.com/1999/Dec/1/130403.html>

123 Garcia, לעיל ה"ש 119.

124 בהחלט מבחן של אחריות לפי נתח השוק בתי המשפט נותנים משקל לאחריות הקיבוצית של כלל חברות הסיגריות ביצירת הנזק (לדוגמה, בכך שבאמצעות פרסומות השיאו את הציבור להאמין שסיגריות מעידות על מעמד חברתי גבוה). ראו: פורת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 501.

125 שם, בעמ' 488.

126 פורת, לעיל ה"ש 25, בעמ' 318–320. ניתן לבסס את העברת נטל הראיה על ס' 38 לפקודת הנוזיקין, שכן ניתן לטעון שסיגריות הן דבר מסוכן. לחלופין, ניתן להעביר את נטל הראיה מכוח ס' 41 לפקודה כאשר הדבר מעיד על עצמו. ניתן לטעון כי בשל היות מרכיבי הסיגריות חסויים, לא הייתה ידיעה של העובדות הספציפיות שהביאו לגרימת הנזק. עם זאת, קופות החולים יתקשו להוכיח כי סביר שחברות הסיגריות התרשלו יותר משסביר כי לא התרשלו.

127 פורת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 499–501. מלבד הוכחת מידת מסוכנות הסיגריה, ניתן לחייב כל יצרן סיגריות שלא לעשות מעשה עוולתי כלשהו בשלבי ייצור הסיגריות ושיווקן.

רן המר וענבל בורוש, "נזקים אפופי עשן – על אפשרות תביעת מיטיב נזק בגין עוללת חשיפה המונית בישראל בעקבות פסק הדין מכבי שירותי בריאות נ" דובק", הארת דין ז 43 (תשע"ב)

ה. תביעה של מיטיב נזק

1. תביעה של קופות החולים בכובען כמיטיבות נזק ממלכתיות כפתרון לניהול הליך קולקטיבי

תחום הבריאות במדינה, ובייחוד תפקידי קופות החולים הציבוריות, הוסדר על ידי המחוקק שהטיל על קופות החולים חובה לספק שירותי בריאות לכל תושב הזקוק להם. חוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע רשימה של תחומים שבהם חלה חובה על קופות החולים לספק שירותי בריאות על פי הקבוע בסל שירותי הבריאות.¹²⁸ זאת ועוד, חוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע כי תשלומי החברים, בין כהשתתפות עצמית ובין כתשלום עתי קבוע, יהיו אחידים ובלתי מפלים. מכאן שקופות החולים אינן יכולות לקבוע לשירותיהן מחיר משתנה מאדם לאדם. לענייננו, קופות החולים אינן יכולות לקבוע תעריף גבוה יותר למבוטחים המעשנים. כל מטופל ישלם אותו מחיר, בין שהוא מעשן ובין לאו.¹²⁹

מכוח רגולציה זו נוצר גירעון לקופות החולים ככל שהמדינה עצמה אינה משפה את קופות החולים או אינה מאפשרת גביית מס בריאות ריאלי, המכסה את סך הוצאות הטיפול הרפואי בישראל, ובכללו טיפול במחלות הנובעות מעישון. הואיל וחוק ביטוח בריאות ממלכתי אינו מאפשר לקופות החולים הציבוריות לקבל שיפוי מהחולים עצמם על ההפסדים הנובעים מטיפולים בעקבות עישון, והואיל והפסיקה האחרונה דחתה את ניסיון קופות החולים לקבל שיפוי מיצרני הסיגריות בגין הנזקים, נוצר למעשה כשל ברגולציה בתחום הבריאות. האחריות לטיפול בניזוקים הועברה בחוק לקופות החולים, בלי לתת להן אפשרות מעשית לתמחר את מנגנון הביטוח הרפואי באופן המביא בחשבון את הסיכונים הנשקפים מגורמים שונים. לפיכך קופות החולים סופגות את ההפסדים ובתורן מגלגלות אותם על ציבור המבוטחים ככל שהן יכולות, למשל באמצעות הורדת רמת שירותי הבריאות לכולם.¹³⁰

לדעתנו, המענה הראוי לכשל רגולטורי זה הוא שבית המשפט יאפשר לקופות החולים הציבוריות לתבוע את חברות הסיגריות המזיקות לשפות אותן על הוצאות הטיפול. בכך תתאפשר רגולציה הוגנת של תחום הבריאות שתכלול את זכות התביעה של קופות החולים מיצרניות הסיגריות. רגולציה זו אפשרית משום שקופות החולים ממלאות למעשה פונקציה שלטונית, בגלל מבנה החוק. קופות החולים ממלאות פונקציה שלטונית כאשר הן מטפלות בחולים בלא תשלום או בעלות מסובסדת. את פעילות קופות החולים הציבור משלם. בהקשר זה יש להדגיש כי קופות החולים הממלכתיות הן מוסדות ללא כוונת רווח, ולפיכך כל רווח מופק, מושקע שוב בציבור.

כאמור, תביעות רבות שהוגשו על ידי ניזוקים אינדיבידואליים בארה"ב נגד חברות הסיגריות והטבק, נדחו בשל חוסר היכולת של הנפגעים להוכיח התנהגות עוולתית מצד יצרני הסיגריות ומשום שהמידע בדבר סכנות העישון וההתמכרות הצפויה היה נחלת הכלל (common knowledge).¹³¹ תביעות אחרות שהוגשו בארה"ב על ידי מבטחי בריאות ושירותי בריאות, נדחו בשל היעדר עילה וסיבות נוספות כגון יכולת ארגונים אלו לקבוע פוליסה למבוטחים המותאמת להרגלי עישון והתנהגות אחרת.¹³² כאשר המדינות בארה"ב וגופים מדינתיים תבעו את חברות הטבק, תוצאת המשפט הייתה אחרת, וכפי שצינו בפרק ב להארה זו, הן הסתיימו בפשרות למיניהן.

128 ס' 5 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

129 ס' 1א8 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

130 לא רלוונטי לענייננו אם ההחזרים בגין הפסדי קופת החולים יתקבלו מהמדינה, שתשופה מתביעת יצרני הסיגריות המזיקים בעצמה, או שההחזרים יתקבלו בעקבות תביעה של קופת החולים את יצרני הסיגריות המזיקים.

131 Kirksey v. R.J Reynolds Tobacco Co., 168 F.3d 1039 (Ill. 7th Cir., 1999); Sanchez v. Liggett & Myers, Inc., 187 F.3d 486 (Tex. 5th Cir., 1999).

132 Oregon Laborers-Employers Health & Welfare Trust Fund v. Philip Morris, Inc., 185 F.3d 957 (Or. 9th Cir., 1999); United Food and Commercial Workers Union v. Philip Morris Inc., 239 F.3d 371 (11th Cir., 2000); Allegheny Gen. Hosp. v. Philip Morris Inc., 228 F.3d 429 (Pa. 3d Cir., 2000).

רן המר וענבל בורוש, "נזקים אפופי עשן – על אפשרות תביעת מיטיב נזק בגין עוולת חשיפה המונית בישראל בעקבות פסק הדין מכבי שירותי בריאות נ" דובק", הארת דין ז' 43 (תשע"ב)

לתפיסתנו, בארץ הגורם הנכון שצריך להגיש תביעות מסוג זה שהוגש בארה"ב הוא קופות החולים הממלכתיות. היות שקופות החולים אינן גוף עסקי, כי אם מוסד ללא כוונת רווח הפועל מכוח חוק כמיטיב הנזק הקבוע והממלכתי של כלל הציבור, מעמדן דומה, לדעתנו, למעמדם של הגופים המדינתיים שתבעו בארה"ב.¹³³ דרמהותיות של קופות החולים, והרגולציה המוחלת על קופות החולים, הן, לתפיסתנו, הסיבות לכך שקופות החולים הן הגורם המתאים לתבוע את יצרני הסיגריות בגין הנזק שהם גורמים לאוכלוסיית המעשנים בפרט, ולציבור בכללותו.

עד כה ביססנו את הטענה שתביעת קופות החולים את חברות הסיגריות היא תביעה אפשרית ונכונה. לפני סיום נציג טענה נוספת והיא שתביעה של מיטיב נזק היא המסלול היחיד שיכול לגרום לחברות הסיגריות להפנים את הנזקים שהן גורמות, שכן תביעה דומה, בגין נזקי עישון, לא תוגש על ידי תובעים ספציפיים. כמה נימוקים לטענה זו, הנוספים על אלו שפירטנו בהארה זו:¹³⁴

ראשית, בעקבות חקיקתו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי והטלת החובה על קופות החולים לספק שירותים רפואיים לחולים, גם במחלות הנובעות מעישון, האינטרס הכלכלי של החולים לתבוע את חברות הסיגריות אינו גדול. משקיבלו החולים טיפול במחירים מוזלים, או חינם, נשמת הבסיס לאינטרס לתבוע את חברות הסיגריות בגין הוצאות רפואיות (או, כאמור לסייע בתביעה כזו לגורם ציבורי). מכאן שאם לא תותר תביעת קופות החולים, הנושאות בהוצאות בעצמן ולכן בעלות האינטרס לתבוע, לא תוגש כל תביעה נגד חברות הסיגריות. הללו יוכלו להמשיך בהתנהגותן העוולתית ולהטיל את עלות הנזקים על הציבור.

ראש הנזק היחיד שיש לניזוקים מנזקי הסיגריות עניין לתבוע בגינו את היצרנים הוא קיצור תוחלת החיים, שהוא עיקר הפסדם של הניזוקים המעשנים. תביעה בגין קיצור תוחלת החיים של הניזוקים המעשנים תסיט את הדיון מהנזק שגרמו לציבור כולו דרך קופות החולים, שכן כאמור הציבור כולו למעשה נפגע מכך שקופות החולים נאלצות להוריד את רמת שירותי הרפואה כדי לשאת בעלויות הגבוהות של הטיפול במחלות הקשורות בעישון, בלי שיש בידן כלים לגבות פרמיה הקשורה לסיכון שבהתנהגות זו או אחרת. עם זאת נדגיש כי אין לזלזל בתביעת קיצור תוחלת החיים שתוגש, אם תוגש, כתביעה ייצוגית על ידי החולים עצמם. סיכויי התביעה יעלו אם לצדה יתאפשר לקופות החולים להגיש תביעה בגין ההוצאות הרפואיות, לאור היתרונות של קופות החולים כשחקן חוזר מומחה בתחום.

שנית, בשונה מהתובע היחיד, שבמקרים רבים אינו יכול להוכיח את תביעתו במאזן ההסתברויות, מיטיב נזק כגון קופות חולים וגופים מיטיבי נזק אחרים (גם אם פרטיים), יכול להוכיח את נזקיו במקום שבו התובע היחיד נכשל. למיטיב נזק מסוג זה יהיה קל יותר להוכיח את נזקו במאזן ההסתברות כאשר יטען כי 30% מחוליו, למשל, חלו בסרטן בעקבות העישון. זאת ועוד, כאשר תובע יחיד מגיש את תביעתו, קשה מאוד להוכיח מי מיצרני הסיגריות הוא שאחראי לנזק שנגרם לו, אם עישן יותר מסוג אחד של סיגריות בחייו, וקשה מאוד גם להוכיח את חלקו היחסי של כל יצרן בנזק שנגרם לתובע המעשן.¹³⁵ כאמור, סיכויי ההצלחה של ניזוק יחיד בתביעה נגד יצרני הסיגריות בגין נזקי העישון שנגרמו לו, הם נמוכים. לעומת זאת מיטיב נזק יכול לתבוע את כל יצרני הסיגריות, כפי שהדגמנו בפרק הקודם להארה זו, וסיכוייו לזכות בתביעה ולהביא להטלת האחריות על המזיק, גבוהים יותר.

133 בארה"ב ובקנדה הייתה חקיקה שנועדה לאפשר תביעה של מדינות את יצרני הסיגריות. החוקים שללו את תחולתן של טענות הגנה פרטניות כגון אשם תורם והסתכנות מרצון; נקבע כי יהיה אפשר להשתמש בראיות סטטיסטיות להוכחת מרכיבי התביעה; וכי יהיה אפשר להוכיח את הנזקים שנגרמו לקבוצה כולה כאשר התביעה נוגעת לקבוצת נפגעים רחבת היקף, בלי להצביע על פרטי הנפגעים שבהם מדובר. בפלורידה נקבע כי חקיקה זו אינה חוקתית והחוק הרלוונטי נפסל. בקנדה נקבע כי החוק חוקתי ובמדינות אחרות בארה"ב הנושא טרם הוכרע. מכל מקום, לא היה שימוש נרחב בחקיקה זו וברוב המדינות לא חוקקו חוקים ספציפיים שהקנו למדינות זכות תביעה מיוחדת – עניין **דובק**, לעיל ה"ש 1, בפס' 75–77 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

134 ראו לעיל פרק ב להארה.

135 פורת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 494–495.

רן המר וענבל בורוש, "נזקים אפופי עשן – על אפשרות תביעת מיטיב נזק בגין עוולת חשיפה המונית בישראל בעקבות פסק הדין מכבי שירותי בריאות נ"דובק", **הארץ דין** 43 (תשע"ב)

יש להדגיש עוד כי לתובע מוסדי יש הידע, המשאבים והאמצעים הטובים ביותר לנהל תביעת חשיפה המונית ויכולות טובות יותר לנהל ליטיגציה מורכבת שכזאת.¹³⁶

ו. סיכום

חסימת תביעתן של קופות החולים נגד חברות הטבק מבליטה את חוסר יכולתו של הדין הקיים להתמודד עם נזקי חשיפה המונית. בהארה זו ביקשנו להראות כי ניתן, בדרך של הרחבה דוקטרינרית מתונה, לדון בתביעה של מיטיב נזקי חשיפה המונית, כדי להביא לתיקון הנזק והרתעת המזיק. תחילה הגדרנו מהן עוולות המונית והצגנו את הכשל בהתמודדות של דיני הנזיקין, נכון להיום, עם עוולות מסוג זה. בהמשך הדגשנו את הקשיים הכרוכים בהוכחת הקשר הסיבתי, בריבוי המעוולים ובטענות ההגנה והצענו פתרונות אפשריים כדי שיתאפשר דיון בקטגוריה של תביעות הטבת נזקי חשיפה המונית בישראל. בהארה זו ניסינו להראות כי יש מקום לדון בתביעה כאשר היא ממלאת כמה תנאים מצטברים: (1) מדובר בתביעה בגין עוולת חשיפה המונית; (2) התובע הוא גוף הממלא פונקציה ציבורית; (3) התובע הוא מיטיב הנזק הקבוע מכוח חוק; (4) מדובר בתביעה בגין ראש נזק של הוצאות רפואיות בלבד. לשיטתנו, תכליות דיני הנזיקין – הרתעה, צדק מתקן ויעילות – מחייבות מתן אפשרות להגיש תביעה מסוג זה.

בהארה זו לא דנו בשאלה אם חברות הסיגריות רשלניות אם לאו, ולא חיווינו דעה באשר לטענות הגנה שביכולתן לטעון. גם לא דנו בשאלה אם למדינה יש כלים רגולטוריים אחרים בסוגיית העישון או אם אין מקום לשנות את מבנה חוק ביטוח בריאות ממלכתי. אנו ערים למורכבות סוגיות אלו, ואפשר שבשל מורכבות זו נרתע בית המשפט מלהיכנס בעובי הקורה ולפתח עוולה של חשיפה המונית לסיכון.

כל שביקשנו לטעון הוא כי אף אם צדק בית המשפט בקביעתו כי התביעה של קופות החולים איננה תביעה ישירה אלא תביעה מכוח תחלוף (סברוגציה), בכל זאת ניתן לדון בתביעה מצד קופות החולים, כגורם המתאים ביותר להגשת התביעה. לגישתנו, יש לדון בתביעת הטבת חשיפה המונית, בהתבסס על ראיות סטטיסטיות ואפידמיולוגיות, לדון קטגורית בטענות הגנה ולחלק את החבות בין המעוולים על בסיס קריטריון מורכב של נתח שוק ומידת אשם. בהחלט יכול להיות שבתביעה מסוג זה יקבע בית המשפט כי אין להטיל אחריות על חברות הסיגריות בגין נזקי עישון ושהמעשנים יכולים להלין רק על עצמם, אך לדעתנו, אין לחסום את הגשת התביעה על הסף ויש לדון בה לגופה.

136 ראו לעיל פרק ב.