תביעות בגין נזקי עישון:
האתגר של דיני הנזיקין בעידן העוולות ההמוניות

מאת

אריאל פורת*

העולם המודרני משופע במזיקים המוניים המבצעים עוולות המוניות וגורמים נזקים לבני אדם רבים. מאמר זה מבקש להראות שדיני הנזיקין המסורתיים, במתכונתם המוכרת לנו, אינם מתאימים לעידן העוולות ההמוניות ונדרש להתאימם לעידן זה. לפיכך, מוצעות במאמר דרכי התאמה אפשריות, תוך התמקדות בתביעות נגד יצרני הסיגריות כמקרה פרדיגמטי של עוולות המוניות.

בפרק הראשון מוצגת אי-התאמתם של דיני הנזיקין המסורתיים לעידן העוולות ההמוניות. עיקר מטרתו של פרק זה היא להמחיש כיצד שינוי דיני הסיבתיות במקרים של עוולות המוניות – כך שניתן יהיה להטיל אחריות על מעוול המוני בשיעור ההסתברות שגרם לנזקיו של התובע – מקדם את המטרה ההרתעתית של דיני הנזיקין ואף עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן הגלומים בדינים אלה.

בפרק השני נבחנות בעיות של סיבתיות המתעוררות בתביעות נגד יצרני הסיגריות, ומיושמות לגביהן מסקנות הפרק הראשון. הפתרון הישיר המוצע בפרק זה הוא כי בתי משפט יפסקו לתובעים פיצוי לפי ההסתברות שנזקיהם נגרמו על ידי יצרן הסיגריות הנתבע (בהנחה שהתנהגותו העוולתית הוכחה). נוסף על כך ייבחנו פתרונות עקיפים, פחות רדיקליים, העולים בקנה אחד עם כללי הסיבתיות הקיימים, שיש בהם כדי להביא לעתים לתוצאות דומות לאלה המושגות על ידי הפתרון הישיר.

בפרק השלישי נדונות כמה בעיות הנוגעות להתנהגותם של המזיק ושל הניזוק – בעיות העלולות להתעורר בתביעות נגד יצרני הסיגריות. בפרק זה מוצעות שלוש התאמות שיש לבצע בדיני הנזיקין הנוהגים בעת שמחילים אותם על עוולות המוניות. ההתאמה הראשונה עניינה העברת נטל הראיה, במצבים מסוימים, מהתובע אל הנתבע; ההתאמה השנייה מתמקדת באופי הקיבוצי של יצירת הסיכון על ידי המעוולים ההמוניים, וכן בצורך להטיל אחריות על מעוול המוני גם במצבים שמניעת הנזק הייתה אפשרית וסבירה רק אם היה מתקיים שיתוף פעולה בינו לבין מעוולים המוניים אחרים;

* דיקאן ופרופסור מן המנין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. אני מודה לזהר גרסטל על עזרתה במחקר, וכן לעמרי ידלין, לאסף יעקב ולמערכת משפטים על הערותיהם המועילות. מאמר זה הינו עיבוד של הרצאה שניתנה בכנס בנושא עוולות המוניות שארגן המכון למחקרי חקיקה ומחקר השוואתי ע"ש הארי ומיכאל סאקר ונערך ביום 18.6.2000.

ההתאמה השלישית נוגעת לאופי הקיבוצי של ההיחשפות לסיכון ההמוני, ובצורך לצמצם עקב כך את המקרים שבהם תוכר הגנת האשם התורם למעוולים המוניים.

מבוא. א. עוולות המוניות ודיני הנזיקין המסורתיים. ב. תביעות בגין נזקי עישון ובעיות של סיבתיות. 1. פתרונות ישירים; 2. פתרונות עקיפים; ג. תביעות בגין נזקי עישון ושאלת התנהגותם של המזיק הניזוק. 1. בעיות של מידע; 2. האופי הקיבוצי של יצירת הסיכון; 3. האופי הקיבוצי של ההיחשפות לסיכון; ד. סוף דבר.

מבוא

עוולה המונית מתאפיינת בכך שהיא גורמת נזק לבני אדם רבים על ידי חשיפתם לסיכון אחד או לכמה סיכונים דומים. במקרים רבים, תוצאותיה של עוולה המונית אינן מובחנות בעת ביצועה אלא זמן ניכר לאחר מכן. לעתים קרובות אותה עוולה המונית מבוצעת על ידי יותר ממזיק אחד. דוגמא נפוצה לעוולה המונית היא ייצור ושיווק של תרופה בעלת פוטנציאל סיכון רב, המתגלה שנים לאחר שהשתמשו בה; דוגמא אחרת היא חשיפה מוגברת של עובדים לקרינה או לחומרים רעילים.

למרבה הצער, העולם המודרני משופע במזיקים המוניים המבצעים עוולות המוניות וגורמים נזקים לבני אדם רבים. אנו מצויים עתה בעידן העוולות ההמוניות; עידן זה החל לפני שנים רבות, אך אותותיו במשפט ניכרים רק בעשורים האחרונים. רוב התביעות בגין נזקים המוניים בארצות-הברית הוגשו בשני העשורים האחרונים, ובכתי המשפט בישראל – החל משנות ה-90. דוגמאות אחדות לתביעות בגין נזקים המוניים בישראל הן תביעות של עובדים שנחשפו לקרינה רדיואקטיבית בכור הגרעיני; תביעות של עולים מצפון-אפריקה, שהוקרנו בשנות ה-50 על ידי עובדי משרד הבריאות לשם הדברת מחלת הגזזת; ובשנים האחרונות – תביעות נגד יצרני סיגריות בגין נזקי עישון. מדיווחים עיתונאיים עולה כי תביעות עתידיות אפשריות הן תביעות נגד חברות הטלפונים הסלולריים בגין נזקי קרינה, תביעות של לוחמי השייטת בגין חשיפתם לחומרים רעילים בעת אימוני צלילה בנחל הקישון ועוד.

מאמר זה מבקש להראות שדיני הנזיקין המסורתיים, במתכונתם המוכרת לנו, אינם מתאימים לעידן העוולות ההמוניות ונדרש להתאימם לעידן זה. ההתאמה יכולה להיעשות בדרך חקיקתית אך גם בדרך פסיקתית. בארצות-הברית אכן נעשו ניסיונות התאמה כאלה על ידי בתי המשפט, אם כי באופן חלקי בלבד. במאמר מוצעות דרכי התאמה אפשריות, תוך התמקדות בתביעות נגד יצרני הסיגריות כמקרה פרדיגמטי של עוולות המוניות (מבלי להביע דעה לגופו של הסכסוך המשפטי הקיים בעניין זה, עקב אי-ידיעת העובדות הרלבנטיות לאשורן).

בפרק הראשון תוצג אי-התאמתם של דיני הנזיקין המסורתיים לעידן העוולות ההמוניות. במסגרתו יוצגו גם הפתרונות שנתנו בתי משפט בארצות-הברית במקרים מסוימים של עוולות המוניות. עיקר מטרתו של פרק זה היא להמחיש כיצד שינוי דיני

הסיבתיות במקרים של עוולות המוניות – כך שניתן יהיה להטיל אחריות על מעוול המוני בשיעור ההסתברות שגרם לנזקיו של התובע – מקדם את המטרה ההרתעתית של דיני הנזיקין ואף עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן הגלומים בדינים אלה. לפיכך יראה פרק זה כי שינוי כללי הסיבתיות הקיימים בהקשרים של עוולות המוניות הוא הכרחי להשגת המטרות שלשמן נועדו כללים אלו מלכתחילה, בהקשרים של עוולות "רגילות".

בפרק השני ייבחנו בעיות הסיבתיות המתעוררות בתביעות נגד יצרני הסיגריות, ויישומו לגביהן מסקנות הפרק הראשון. הפתרון הישיר המוצע בפרק זה הוא כי בתי משפט יפסקו לתובעים פיצוי לפי ההסתברות שנזקיהם נגרמו על ידי יצרן הסיגריות הנתבע (בהנחה שהוכחה התנהגותו העוולתית). נוסף על כך ייבחנו פתרונות עקיפים, פחות רדיקליים, העולים בקנה אחד עם כללי הסיבתיות הקיימים ושיש בהם להביא לעתים לתוצאות דומות לאלו המושגות על ידי הפתרון הישיר.

בפרק השלישי יידונו – דיון ראשוני – בעיות אחדות הנוגעות להתנהגותם של המזיק ושל הניזוק, בעיות העלולות להתעורר בתביעות נגד יצרני הסיגריות. בפרק זה יוצעו שלוש התאמות שיש לבצע בדיני הנזיקין הנוהגים בעת שמחילים אותם על עוולות המוניות. ההתאמה הראשונה עניינה העברת נטל הראיה, במצבים מסוימים, מהתובע אל הנתבע; ההתאמה השנייה מתמקדת באופי הקיבוצי של יצירת הסיכון על ידי המעוולים ההמוניים, ובצורך להטיל אחריות על מעוול המוני גם במצבים שמניעת הנזק הייתה אפשרית וסבירה רק אם היה מתקיים שיתוף פעולה בינו לבין מעוולים המוניים אחרים; ההתאמה השלישית נוגעת באופי הקיבוצי של ההיחשפות לסיכון ההמוני, ובצורך לצמצם עקב כך את המקרים שבהם תוכר הגנת האשם התורם למעוולים המוניים.

הפרק הרביעי יסכם את הדיון ויציע מסקנות כלליות אחדות.

א. עוולות המוניות ודיני הנזיקין המסורתיים

על פי דיני הנזיקין המסורתיים אחריותו של המעוול כלפי הניזוק היא אינדיבידואלית. מכאן, שכדי שאדם יזכה בתביעה בגין נזק שנגרם לו, עליו להוכיח בבית המשפט – על פי מאזן הסתברויות – שהתנהגותו העוולתית של הנתבע היא שגרמה לנזקיו. מסתבר, שבמצבים של עוולות המוניות, הוכחת העוולתיות והסיבתיות פעמים רבות אינה קלה לתובעים, ולעתים היא אף בלתי אפשרית. עקב כך מעוולים המוניים אינם נושאים באחריות מלאה לנזקים שגרמו ולעתים אינם נושאים באחריות כלל – אף כשאין כל ספק בכך שהם אכן גרמו נזקים כבדים. שתי הדוגמאות הבאות, המבוססות על פסקי דין שנדונו בבתי משפט בארצות-הברית, ממחישות את הדברים. בדוגמא הראשונה ניצבות התובעות בפני קושי להוכיח את זהותו של המעוול – למרות שברור שהן נפגעו מהתנהגויות עוולתיות ואף ברור שהנתבעים השונים גרמו נזקים עוולתיים עצומים. בדוגמא השנייה, ניצבים התובעים בפני קושי להוכיח שנזקיהם הם תוצאה של עוולה,

על אף שאין כל ספק שהנתבעים גרמו נזקים עוולתיים בממדים ניכרים. על פי דיני הנזיקין המסורתיים דין שתי התביעות להידחות, משום שאיש מבין התובעות והתובעים אינו יכול להוכיח על פי מאזן הסתברויות שנזקיו נגרמו עקב התנהגותו העוולתית של נתבע ספציפי.

דוגמת ה-DES: יצרני תרופות בארצות-הברית ייצרו ושיווקו תרופה למניעת הפלות טבעיות. השימוש בתרופה יצר סיכון משמעותי שהבנות שתיוולדנה לנשים שהשתמשו בתרופה בעת הריונן ילקו בסרטן הרחם. יצרני התרופות התרשלו בכך ששיווקו את התרופה בלא בדיקות מספיקות, ועל אף שחשדו בדבר השפעתה הרעה של התרופה הסתירו חשדות אלה מן הציבור. נשים רבות לקו במחלה שנים רבות לאחר שאמותיהן צרכו את התרופה. מסתבר שאותה תרופה בדיוק יוצרה על ידי מאות יצרנים, ולכן במרבית המקרים לא יכלה התובעת להוכיח מי היה היצרן שייצר את התרופה שבה השתמשה אִמה.[1]

דוגמת ה-Agent Orange: במלחמת וייטנאם השתמש הצבא האמריקני בחומר כימי הנקרא Agent Orange לשם השמדת צמחיה. החיילים האמריקנים שנחשפו לחומר זה נחשפו גם לסיכון משמעותי ללקות עקב כך במחלות שונות; חיילים רבים אכן לקו בהן. יצרני החומר התרשלו בייצורו ובאי-אזהרה מפני הסיכון. רוב החיילים שלקו במחלות התקשו להוכיח שמחלתם נגרמה עקב החשיפה לחומר המסוכן ולא עקב סיבות אחרות שאינן קשורות בחשיפה זו.[2]

אלה הן רק שתי דוגמאות מני תביעות רבות המוגשות בשני העשורים האחרונים, בעיקר, בבתי המשפט בארצות-הברית. בדרך כלל הנתבעים הם יצרנים של מוצרים הנטענים להיות פגומים ומסוכנים. בין היתר הוגשו תביעות על ידי בני אדם שנפגעו מתרכיבי חיסונים פגומים,[3] מצריכת מנות דם פגומות,[4] מחשיפה לחומרים מסוכנים כמו אסבסט[5] וצבע,[6] מהשתלת סיליקון בחזה[7] וכמובן – מעישון.[8] לאחרונה אף נדונה

1 *Sindell v. Abbott Lab.*, 607 P.2d 924 (Cal., 1980).

2 *In re "Agent Orange" Prod. Liab. Litig.*, 597 F. Supp. 740 (N.Y, 1984), affr'd, 818 F.2d 145 (2d Cir, 1987).

3 *Sheffield v. Eli Lilly & Co.*, 192 Cal. Rptr. 870 (1983); *Shackil v. Lederle Lab.*, 561 A.2d 511 (N.J., 1989); *Morris v. Parke, Davis & Co.*, 667 F. Supp. 1332 (Cal., 1987).

4 *Doe v. Cutter Biological*, 971 F.2d 375 (9th Cir., 1992); *Ray v. Cutter Lab.*, 754 F. Supp. 193 (Fla., 1991); *Smith v. Cutter Biological*, 823 P.2d 717 (Haw., 1991).

5 *Goldman v. Johns Manville Sales Corp.*, 514 N.E.2d 691 (Ohio, 1987); *Case v. Fibreboard Corp.*, 743 P.2d 1062 (Okla., 1987); *White v. Celotex Corp.*, 907 F.2d 104 (9th Cir., 1990); *Wheeler v. Raybestos-Manhattan*, 11 Cal. Rptr. 2d 109 (1992); *Richie v. Bridgestone/Firestone, Inc.*, 27 Cal. Rptr. 2d 418 (1994).

תביעה של נפגעים משימוש בלתי חוקי בנשק כנגד יצרני נשק בטענה שאלו תורמים להתפתחותו של שוק שחור בסחר בנשק, שהביא לפגיעות בתובעים.[9]

מקרים אלה מעוררים שאלות דומות לאלה המתעוררות בהקשר של שתי הדוגמאות שהובאו לעיל. לעתים יכול התובע להצביע על קבוצה של מעוולים שאחד מביניהם גרם לנזקיו, אך אין הוא יכול להוכיח מיהו. מקרה ה-DES שייך לסוג זה של מקרים. באחדות מהמדינות בארצות-הברית הוטלה במקרה ה-DES אחריות קיבוצית, היינו: אחריות לפי נתח שוק על היצרנים השונים, כך שכל אחד מהם חויב לשאת בנזקיה של התובעת לפי נתח השוק שהיה לו בזמנים הרלבנטיים.[10] זאת, על אף שעל פי דיני הנזיקין המסורתיים היה דין התביעה להדחות, מכיוון שההסתברות ביחס לכל יצרן שהוא זה שגרם לנזקיה של התובעת נפלה מ-50% במידה ניכרת; אך מקרה ה-DES הוא חריג המלמד על הכלל. במרבית המקרים הנחזים כדומים למקרי ה-DES סירבו בתי המשפט האמריקניים להטיל אחריות. הם חזרו והדגישו, כי אחד המאפיינים של מקרי ה-DES הוא היותו של המוצר זהה אצל כל היצרנים. במקרים שבהם מאפיין זה לא התקיים נשמט הבסיס להטלת אחריות קיבוצית לפי נתח שוק.[11] כן הודגש, שכדי שתביעה המושתתת על אחריות קיבוצית תצליח, נדרש שלא תהיה כל אפשרות ממשית לתובעים לזהות את המעוול המסוים שגרם לנזקיהם. לפיכך, כאשר אירוע הנזק התרחש בסמוך להתנהגות העוולתית שהולידה אותו – ולא שנים רבות אחר כך, ועל כן הסיכויים של התובע להוכיח את תביעתו בדרך המסורתית לא היו תיאורטיים גרידא – נדחו התביעות.[12] מקרה שבו הוטלה אחריות קיבוצית בערכאה ראשונה – נוסף על

6 *Brenner v. Am. Cyanamid Co.*, 1999 N.Y. Misc. Lexis 440 (1999) [decision on appeal: *Brenner v. Am. Cyanamid Co.*, 699 N.Y.S.2d 848 (1999)]; *Jackson v. Glidden Co.*, 647 N.E.2d 879 (1994); *Setliff v. E.I. Du Pont De Nemours & Co.*, 38 Cal. Rptr. 2d 763 (1995).

7 *In the Matter of N.Y. State Silicone Breast Implant Litig.*, 631 N.Y S.2d 491(1995); *Lee v. Baxter Health Care Corp.*, 721 F. Supp. 89 (Md., 1989), aff. 898 F. 2d 146 (4th Cir., 1990).

8 *Rose v. The Am. Tobacco Co.*, 1997 N.Y. Misc. Lexis 662 (1997).

9 *Hamilton v. Accu-Tek*, 62 F. Supp. 2d 802 (1999).

10 ראו פסק-דין *Sindell*, הערה 1 לעיל; *Martin v. Abbott Lab.*, 689 P.2d 368 (Wash., 1984); *Collins v. Eli Lilly*, 342 N.W.2d 37 (Wis., 1984), cert. denied 469 U.S. 826 (1984); *Hymovitz v. Eli Lilly Co.*, 539 N.E.2d 1069 (N.Y., 1989).

11 בהנמקה זו נדחו תביעות בגין נזקים שנגרמו עקב חשיפה למוצרי אסבסט, שבהן לא ניתן היה לזהות את היצרן שמוצריו גרמו לנזק: ראו פסקי-דין *White*; *Case*; *Goldman*, הערה 5 לעיל. כן שימשה הנמקה זו לדחיית תביעה בגין נזקי השתלת סיליקון בחזה כשלא ניתן היה לזהות את יצרן הסיליקון שגרם לנזק: ראו פסק-דין *In the Matter of N.Y. State Silicone Breast Implant Litig.*, הערה 7 לעיל; ואף לדחייתה של תביעה בגין נזקי עישון שבה התובעים לא יכלו לזהות את יצרן הסיגריות שגרם לנזק: ראו פסק דין *Rose*, הערה 8 לעיל.

12 בהנמקה זו נדחו התביעה בגין נזקי השתלת הסיליקון והתביעה בגין נזקי העישון, הערה 11 לעיל.

מקרי ה-DES – היה מקרה יצרני הנשק שתואר לעיל. אלא שבית המשפט לערעורים קיבל את הערעור על פסק הדין בקבעו, שיצרני הנשק לא חבו חובת זהירות לתובעים וממילא אינם אחראיים לנזקיהם.[13] אחריות קיבוצית הוטלה גם במקרים מסוימים של חשיפה לצבע[14] ובמקרים מסוימים של נזק שנגרם עקב שימוש במנות דם פגומות.[15]

במקרים אחרים, הנחזים כדומים למקרי ה-DES אך שונים מהם בהיבט אחד חשוב, נדחו התביעות בזו אחר זו. במקרים אלו יכול היה התובע להצביע על קבוצה של בני אדם (בדרך כלל מדובר בחברות) שאחד מהם גרם לנזקיו בהתנהגות עוולתית, אך הוא לא היה יכול להוכיח התנהגות עוולתית של איש מבין חברי הקבוצה, וממילא גם לא קשר סיבתי בין התנהגותו של איש מהם לבין נזקיו. במקרים אלה שללו בתי המשפט האמריקניים מכל וכל הטלת אחריות קיבוצית. באותה מידה סירבו בתי המשפט להטיל אחריות קיבוצית כשנגרם לאדם נזק עקב שימוש בתרכיב חיסון פגום, והפגם היה בתהליך הייצור אצל היצרן המסוים הבלתי-מזוהה שגרם לנזק.[16] לעומת זאת, כשהתרכיב היה פגום בדגם, ודגם זה יוצר ונמכר על ידי כמה יצרנים, הוטלה אחריות קיבוצית; במקרה זה הקרבה והדמיון למקרי ה-DES ברורה מאליה.[17]

הדוגמא השנייה – דוגמת ה-Agent Orange – לא הוכרעה בבית המשפט שדן בה משום שהצדדים הגיעו לפשרה. מקרים אנלוגיים לדוגמא זו נתפסים כבלתי מתאימים להטלת אחריות משפטית, ומכל מקום לא ידוע לי על מקרה אחד שבו הוטלה אחריות על מעוול כשהתובעים השונים לא היו יכולים להוכיח על פי מאזן הסתברויות שנזקם

13 ראו פסק-דין *Hamilton*, הערה 9 לעיל. פסק הדין ניתן על ידי בית משפט פדרלי מחוזי. בבית המשפט הפדרלי לערעורים של המחוז השני נקבע כי יש להפנות את השאלות המשפטיות שהמקרה מעורר לבית המשפט לערעורים של מדינת ניו-יורק: 222 F.3d 36 (2nd Cir., 2000). בית המשפט לערעורים של מדינת ניו יורק קבע, כי הנתבעים לא חבו חובת זהירות לתובעים, וכן קבע, כי במקרה מעין זה אין תחולה לדוקטרינת האחריות הקיבוצית לפי נתח שוק. בית המשפט הפדרלי לערעורים של המחוז השני, בהסתמך על החלטתו של בית המשפט לערעורים של מדינת ניו-יורק, דחה את התביעות בשל העדר חובת זהירות: *Hamilton v. Beretta U.S.A. Corp.*, 264 F. 3d 21 (2001). כן ראו Frank J. Vandall, "O.K. Coraal II: Policy Issues in Municipal Suits Against Gun Manufacturers," 44 *Vill. L. Rev* 547 (1999); Timothy D. Lytton, "Tort Claims Against Gun Manufacturers for Crime-Related Injuries: Defining a Suitable Role for the Tort System in Regulating the Firearms Industry," 65 *Mo. L. Rev.* 1 (2000). להצעה להטיל אחריות קיבוצית על סוחרי סמים כלפי נפגעים מהסחר בסמים ראו Kevin G. Meeks, "From Sindell to Street Pushers: Imposing Market Share Liability on Illegal Drug Dealers," 33 *Ga. L. Rev.* 315 (1998); Joel W. Baar, "Let the Drug Dealer Beware: Market-Share Liability in Michigan for Injuries Caused by the Illegal Drug Market, " 32 *Val. U. L. Rev.* 139 (1997).

14 ראו פסק-דין *Jackson*, הערה 6 לעיל. במקרה אחר הוכרה אחריות קיבוצית בערכאה הראשונה, אך ערכאת הערעור סברה אחרת: ראו פסק-דין *Brenner*, הערה 6 לעיל.

15 ראו פסק-דין *Smith*; *Ray*; *Doe*, הערה 4 לעיל.

16 ראו פסקי-דין *Shackil*; *Sheffield*, הערה 3 לעיל.

17 ראו פסק דין *Morris*, הערה 3 לעיל.

היה תוצאה של החשפות לסיכון עוולתי בכלל, ולסיכון שיצר כלפיהם אותו מעוול בפרט.[18]

רתיעתם של בתי משפט בכל העולם מהטלת אחריות במקרים מסוג אלה שתוארו נובע מדבקות-יתר בכללי הסיבתיות של דיני הנזיקין המסורתיים. אלא שדיני הנזיקין, בתקופותיהם הפורמטיביות, לא נאלצו להתמודד עם האתגרים שמציב בפניהם כיום עידן העוולות ההמוניות. דיני הנזיקין המסורתיים מושתתים על תפיסה של אחריות אינדיבידואלית, שמצידה הושפעה מתפיסת הצדק המתקן מבית מדרשו של אריסטו. בבסיסם מצוי הקשר הבל-יינתק בין מזיק לניזוק. קשר זה משמעו שהניזוק יכול להיפרע מהמעוול שגרם לו נזק – וממנו בלבד. בדרך זו מתקן המעוול את העוול שגרם לו. לפיכך, לא ייתכן לחייב מעוול לפצות את מי שלא הוכח שניזוק על ידו גם אם הוכח שניזוק על ידי התנהגות עוולתית: חובת המעוול היא לתקן את העוול שגרם ולא עוולות אחרות. אכן, כללי הסיבתיות מבטיחים כי במקרה הפרדיגמטי שסביבו עוצבו דיני הנזיקין המסורתיים – מזיק אחד מול ניזוק אחד – רעיון זה יוגשם הלכה למעשה.[19]

אלא, שהרעיון כי המעוול חייב לתקן את מצבו של מי שניזוק על ידו אינו ניתן להגשמה בדרך הרגילה כשמדובר על עוולות המוניות. רעיון זה יוגשם דווקא אם ישונו כללי הסיבתיות הרגילים ויותאמו לעוולות ההמוניות. לעתים, כדי להשיג את המטרה שלשמה נוצרו כללים משפטיים, נדרש לשנות את הכללים: המטרה חשובה יותר מהכללים עצמם – אלמלא כן יהוו הכללים גולם הקם על יוצרו.

טול את דוגמת ה-DES. יצרנים גרמו בהתנהגויותיהם נזקים לאלפי נשים. הניזוקות מזוהות וכך גם המעוולים. קל לחשב איזה נזק גרם כל מעוול בהתאם לנתח השוק שלו. לא ניתן לדעת מיהן הניזוקות של כל אחד מהמעוולים. הקפדה על כללי הסיבתיות המסורתיים תביא לשחרור כל המעוולים מאחריותם, והניזוקות לא יקבלו פיצוי כלשהו. לעומת זאת, הטלת אחריות קיבוצית תביא לכך שכל המעוולים ישלמו פיצויים בשיעור הנזק שגרמו, והניזוקות יקבלו פיצוי בשיעור הנזק העוולתי שנגרם להן. חשוב מכך: בתשלום הפיצוי יאפשר כל מעוול, גם אם באופן עקיף, את פיצוי ניזוקותיו-שלו. שיטה של אחריות קיבוצית יוצרת מעין מנגנון שסופו לאפשר פיצוי לכל הניזוקות. המעוולים בתשלומיהם מאפשרים את הפעלתו. לטענתי, בכך מוגשם במלואו הרעיון הבסיסי הדורש מכל מעוול לתקן את מצבו של הניזוק שלו. התיקון הוא אמנם עקיף, אבל דרך

18 ראו הדיון אצל Richard Delgado, "Beyond *Sindell*: Relaxation of Cause-In-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs," 70 *Cal. L. Rev.* 881 (1982).

19 לתפיסה של צדק מתקן, המדגישה את הקשר הדו צדדי מזיק-ניזוק, ראו Ernest J. Weinrib, "Understanding Tort Law," 23 *Val. U. L. Rev.* 485 (1989); Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (1995); Ernest J. Weinrib, "Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice," 2 *Theoretical Inquiries in Law* 107 (2001). להצגת שיקולי הצדק המתקן בדיני הנזיקין ראו Izhak Englard, *The Philosophy of Tort Law* 7-20 (1993); אריאל פורת, "אחריות קיבוצית בדיני נזיקין", משפטים כג 331, 300-333 (תשנ"ד) (להלן: "אחריות קיבוצית").

אחרת – אין. בין אי-תיקון מצבו של הניזוק כלל לבין תיקון מצבו בדרך של השתתפות במנגנון המאפשר תיקון זה, הדרך השנייה טובה יותר. הטלת אחריות קבוצית, על אף שהיא מהווה סטייה דרמטית מכללי הסיבתיות הנוהגים, מגשימה היטב את רעיון הצדק המתקן שבבסיס דיני הנזיקין המסורתיים.

הטלת אחריות קיבוצית במקרי ה-DES אף משרתת כראוי את מטרתם ההרתעתית של דיני הנזיקין. מטרה זו לא תוגשם אם יצרנים ידעו שגם אם המוצר שלהם יהיה פגום ויגרום לנזק לא ניתן יהיה לתבעם בנזיקין. אכן, בדרך כלל המטרה ההרתעתית של דיני הנזיקין מוגשמת כאשר כל מעוול מפצה את הניזוק שלו. בדרך זו מפנים כל מעוול את נזקי עוולתו, ודבר זה גורם לו מלכתחילה לנקוט אמצעים יעילים למניעת נזקים. אלא, שבמקרי ה-DES ודומיהם לא ניתן להטיל אחריות על מעוול כלפי הניזוק שלו. בין חלופה אחת הפוטרת את כל המעוולים מאחריות – ובכך נותנת "אור ירוק" לגרימת נזקים עוולתיים – לבין חלופת האחריות הקיבוצית, השנייה טובה עשרת מונים. הטלת אחריות קיבוצית תגרום לכך שכל מעוול יפנים בסופו של דבר את נזקי עוולתו, ותמריציו למנוע נזקים באופן יעיל ישופרו. אמנם אין זה פתרון המבטיח תמיד שהמעוול ישקיע באופן יעיל במניעת נזקים, אך בעולם של מידע חסר, שבו לא ניתן לשייך מעוול מסוים לניזוק מסוים, פתרון זה עדיף על פני כל פתרון אחר.[20]

בסוג המקרים הנחזים כדומים למקרי ה-DES, אך שונים מהם בכך שלא ניתן להוכיח בהם התנהגות עוולתית של איש מבין הנתבעים, קשה יותר להשתכנע שהטלת אחריות קיבוצית תהא מוצדקת. כך, אם רק אחד מבין היצרנים יצר את המוצר הפגום שגרם לנזק, הטלת אחריות על כל היצרנים תוביל לכך שגם יצרנים שאינם מעוולים ושלא גרמו כל נזק יחויבו בפיצויים. הדבר אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות של צדק מתקן, ואף עשוי להיות בעייתי מהבט ההרתעה. הותרת כללי הסיבתיות המסורתיים על כנם עשויה על כן להיות מוצדקת. עם זאת, לעתים, אף בסוג זה של מקרים תוצדק הטלת אחריות – אך זאת עקב גרם נזק ראייתי[21] או כאשר אירועים של גרם נזק עוולתי חוזרים ונשנים בתוך קבוצת הנתבעים, ואין מדובר באירוע חד-פעמי. מצבים אלה נדונו במקום אחר ולא ארחיב עליהם כאן את הדיבור.[22]

את שנאמר על מקרה ה-DES ניתן להסב על נקלה למקרה ה-Agent Orange. אף כאן תוביל דבקות בכללי הסיבתיות המסורתיים לשחרור מעוולים מאחריות נזיקית, כשאין כל ספק שגרמו נזקים כבדים. הטלת אחריות על כל מעוול כלפי כל תובע, בהתאם לסיכוי שנזקיו של התובע נגרמו על ידי המעוול הנתבע, תביא לכך שמעוולים יישאו בנטל של פיצוי התואם לנזק שגרמו בעוולתם. כך אם נניח, למשל, שבמקרה ה-Agent

20 שם, בעמ' 340-334, 357-349.

21 אריאל פורת ואלכס שטיין, "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי ודאות בגרימת נזקים", עיוני משפט כא 191 (תשנ"ח) (להלן: "נזק ראייתי"); Ariel Porat & Alex Stein, *Tort Liability Under Uncertainty* (2001) 160-206.

22 "אחריות קיבוצית", הערה 19 לעיל, בעמ' 342-341.

Orange ניתן להוכיח כי שלושים אלף מבין מאה אלף תובעים ניזוקו עקב החשיפה לחומר המסוכן, אך לא ניתן לדעת מי הם מבין מאת האלפים, הטלת אחריות על יצרני החומר כלפי כל תובע ותובע, בשיעור של 30% מנזקיו, תביא לכך שיצרנים אלה יישאו בפיצויים בשיעור הנזקים שגרמו לציבור בהתנהגותם העוולתית.

אמנם, בשונה ממקרי ה-DES, הטלת אחריות במקרה זה תביא לכך ששבעים אלף בני אדם שלא ניזוקו עקב החשיפה לחומר (אלא מסיבות אחרות) יקבלו פיצוי מיצרני החומר המסוכן על אף שאינם זכאים לו, ואילו שלושים אלף בני אדם שניזוקו עקב החשיפה לחומר המסוכן יקבלו פיצוי נמוך מזה שהם זכאים לו; ברם, בעולם של מידע חסר אין דרך חלופית לתיקון מצבו של ניזוק על ידי המעוול שגרם לנזקיו. הטלת אחריות בהתאם לסיכוי לגרם הנזק מתקנת את מצב ניזוקיו של המעוול הנתבע, ולו גם באופן חלקי. השתתפותו של המעוול במימון מנגנון הפיצוי תורמת לתיקון מצב זה. נכון שיש הזוכים מן ההפקר, אך נראה שהמעוול הנתבע אינו רשאי לבוא בטרוניה על כך, שכן הוא אינו נדרש לשאת ביותר מהנזקים שלהם גרם בעוולתו. הנה רואים אנו שוב כיצד סטייה מכללי הסיבתיות המסורתיים תואמת את עקרונות הצדק המתקן, שלפיהם נדרש המעוול לתקן את מצב הניזוק שלו.

דברים אלה מקבלים משנה תוקף כאשר הם נסבים על המטרה ההרתעתית של דיני הנזיקין. חיובם של יצרנים – או מעוולים המוניים אחרים כלשהם – בפיצויים בשיעור הנזק שגרמו לחברה, עדיף על פני פתרון המביא לפטור מלא של מעוולים אלה מאחריות נזיקית. מהבט ההרתעה אין כל הבדל בין מקרה ה-DES למקרה ה-Agent Orange: הצורך בהטלת אחריות דחוף בשניהם באותה מידה ממש.

ב. תביעות בגין נזקי עישון ובעיות של סיבתיות

תביעות בגין נזקי עישון מציבות אתגרים שונים בפני דיני הנזיקין המסורתיים הן בתחום הסיבתיות, הן בנוגע להגדרת אופיה של ההתנהגות שבגינה ראוי שתוטל אחריות נזיקית, והן באשר להגנות העומדות למזיק. למיטב ידיעתי, בארצות-הברית לא נתקבלה עד כה (אוקטובר 2000) בערכאה גבוהה תביעה של מעשנים או קרובי משפחותיהם נגד יצרני הסיגריות. במקרים אחדים הוחזר התיק להמשך דיון בבית המשפט דלמטה, כשהאפשרות להכיר בעילת התביעה לא נשללה באופן עקרוני.[23] במקרים אחרים נדחתה התביעה לגופה. דחיית התביעה התבססה בדרך כלל על כך שהתובע לא הצליח להוכיח התנהגות עוולתית מצד יצרני הסיגריות, וכן על כך שבעת שהתובע החל לעשן

23 *Insolia v. Philip Morris Inc.*, 216 F.3d 596 (7th Cir., 2000); *Tompkin v. American Brands*, 219 F.3d 566 (6th Cir., 2000) לדיון מקיף בתביעות נגד יצרני הסיגריות ולהצעת פתרונות משפטיים שונים ראו Jon. D. Hanson & Kile. D. Logue, "The Costs of Cigarettes: The Economic Case for Ex Post Incentive-Based Regulation," 107 *Yale L.J.* 1163 (1998)

התנהגות עוולתית מצד יצרני הסיגריות, וכן על כך שבעת שהתובע החל לעשן היה זה מן המפורסמות (common knowledge) שעישון מזיק לבריאות ואף עלול למכר.[24] גורלן של תביעות שהוגשו על ידי ביטוחי בריאות ושירותי בריאות נגד יצרני סיגריות בגין נזק כלכלי שנגרם להם עקב עישון לא שפר אף הוא, והן נדחו עקב העדר עילה.[25] זאת, בשונה מתביעות של מדינות ארצות-הברית נגד חברות הטבק, שהסתיים בשנת 1998 בהסדר פשרה שלפיו ישלמו יצרני הסיגריות למדינות השונות מאות מיליארדי דולרים.[26] ביולי 2000 פסק חבר מושבעים בפלורידה סכום פיצויים של 145 מיליארד דולר בתובענה ייצוגית של נפגעי עישון, ובעת כתיבת מאמר זה תלוי ועומד ערעור על פסיקה זו בפני ערכאת הערעור.[27]

תחילה אציג את הבעיות מתחום הסיבתיות העשויות לעלות בתביעות נגד יצרני הסיגריות. לאחר מכן אבחן את הקשיים העשויים להתעורר הן בנוגע לאופיה העוולתי של ההתנהגות שבגינה ראוי שתוטל אחריות נזיקית והן באשר להגנות העומדות למזיק. לצורך הדיון בבעיות הסיבתיות אניח כי הוכחה התנהגות עוולתית של יצרני הסיגריות וכי לא עומדת להם הגנה עקב התנהגות הניזוק. כן אניח, כל עוד לא נאמר אחרת, כי ההתנהגות העוולתית היא שגרמה לכך שהתובע הפך למעשן. ההתנהגות העוולתית של כל יצרן ויצרן יכול שהתבטאה בעצם ייצורן של הסיגריות, בהסתרת מידע מן הציבור, בפרסומת מטעה, בגרם התמכרות, באי-אזהרה או בכל דרך אחרת שעוולתיותה אינה מוטלת בספק. הנחתי היא שהתנהגויות עוולתיות אלה הן אינדיבידואליות, במובן זה שאין לראות את כל היצרנים כמי שיצרו סיכון אחד שלתוצאותיו אחראים כולם כמעוולים במשותף.[28]

24 *Allgood v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 80 F.3d 168 (5th Cir., 1996); *Kirksey v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 168 F.3d 1039 (7th Cir., 1999); *Glassner R.J .v. Reynolds Tobacco Co.*, 223 F.3d 343 (6th Cir., 2000); *Sanchez v. Liggett & Myers, Inc.*, 187 F.3d 486 (5th Cir., 1999).

25 *Int'l Bhd. of Teamsters v. Philip Morris Inc.*, 196 F.3d 818 (7th Cir., 1999); *Oregon Laborers-Employers Health & Welfare Trust Fund v. Philip Morris Inc.*, 185 F.3d 957 (9th Cir., 1999); *United Food & Commercial Workers Union v. Philip Morris Inc.*, 223 F.3d 1271 (11th Cir., 2000); *Laborer Local 17 Health & Benefit Fund v. Philip Morris Inc.*, 191 F.3d 229 (2d Cir., 1999); *Steamfitters Local Union No. 420 Welfare Fund v. Philip Morris Inc.*, 171 F.3d 912 (3d Cir., 1999); *Alleghney Gen. Hos. v. Philip Morris Inc.*, 228 F.3d 429 (3d Cir., 2000).

26 אתר החדשות של CNN באינטרנט: http://www.cnn.com/US/9811/16/tobacco.timeline.

27 אתר החדשות של ידיעות אחרונות באינטרנט: http://www.Ynet.co.il/articles/1,7340,L-33340,FF.html.

28 דוקטרינת ה-Enterprise Liability (להצגתה ראו הטקסט שליד הערה 61 להלן) התבססה, כפי הנראה, על רעיון של יצירת סיכון קולקטיבית, שלה היו שותפים כל היצרנים שהרכיבו את התעשייה הרלבנטית. בעניין *Sindell*, הערה 1 לעיל, נדחתה הטענה שכל היצרנים השתתפו יחדיו

הדיון שלהלן אינו עוסק בעילות תביעה אפשריות של מעשנים פסיביים, המעוררות בעיות מיוחדות;[29] כן לא יידונו שאלות של התיישנות העלולות להכריע לא אחת תביעות כנגד יצרני הסיגריות, ולא יידונו הכלים הפרוצדורליים לניהול תביעות אפשריות נגד חברות הטבק כגון תובענות ייצוגיות.[30] יידון המשפט המהותי בלבד.

1. פתרונות ישירים

מקרי העישון מעוררים בראש ובראשונה בעיות מעין אלה המודגמות באמצעות מקרה ה-Agent Orange.[31] טול מקרה של אדם שבמשך שנים רבות עישן סיגריות של יצרן מסוים אחד. הוא לקה בסרטן הריאה, ועתה הוא תובע בנזיקין את היצרן. נניח שהסיכוי שהתובע אכן לקה במחלה עקב העישון דווקא – ולא עקב סיבות אחרות שבינן לבין עישון אין ולא כלום – הוא 30%. על פי כללי הסיבתיות של דיני הנזיקין המסורתיים תביעתו תידחה. התוצאה תהיה שיצרני סיגריות, גם אם איש אינו חולק על כך שגרמו נזקים עוולתיים עצומים בעצם ייצורן ושיווקן של הסיגריות, לא יישאו במרבית המקרים באחריות נזיקית. על הבעייתיות בכך – הן מהבט של צדק מתקן והן מהבט ההרתעה – עמדתי בפרק הקודם. הפתרון ההולם לכך הוא הטלת אחריות על יצרן הסיגריות על פי ההסתברות שהתובע לקה במחלה עקב העישון.

מקרי העישון עלולים לעתים לעורר בעיות דומות לאלה המודגמות בסוגיית ה-DES. נשנה את הדוגמא הקודמת ונניח כי המעשן נפטר, כי עזבונו ותלוייו הם התובעים, וכי לא ניתן לדעת איזה סיגריות עישן. חוסר היכולת לזהות את היצרן של הסיגריות נובע מכך שהמנוח הפסיק לעשן שנים אחדות לפני מותו, ובני משפחתו מעולם לא ידעו איזה סוג סיגריות צרך. אפילו אם ניתן לקבוע כי סרטן הריאה שהביא למותו של המנוח נגרם בלי כל ספק עקב עישון, לא ניתן להצביע על היצרן המסוים שהתנהגותו העוולתית גרמה למוות. מקרה זה מקיים, אם כן, דמיון רב למקרה ה-DES: הטלת אחריות קיבוצית על כל יצרני הסיגריות לפי נתח השוק שלהם עשויה להוות פתרון הולם, התואם את עקרונות הצדק המתקן ומגשים את המטרה ההרתעתית של דיני הנזיקין. חשוב להדגיש כי הנחתי היא שכל יצרני הסיגריות הם מעוולים, ועל כן אין חשש שתוטל אחריות על יצרן שהתנהגותו היתה ללא דופי. דחיית תביעתם של העיזבון והתלויים תגרום לכך שבמקרים שבהם קרובים של בני אדם שנפטרו עקב עישון אינם

בצירת סיכון קולקטיבי, ונקבע כי דוקטרינת ה-Enterprise Liability אינה חלה כשמספר היצרנים הוא כה רב כבמקרי ה-DES.

29 למקרה שבו נדחתה תביעה של מעשן פסיבי, שטען כי בעת שישב בכלא נחשף שלא מרצונו לעשן סיגריות של חבריו, ראו *Smith v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 1997 U.S. App. Lexis 2263 (7th Cir., 1997). התביעה נדחתה מן הטעם שהתובע לא הוכיח כי הסיגריות הן מוצרים פגומים.

30 אך ראו להלן, הערה 55.

31 ראו פסק-דין *In re "Agent Orange" Prod. Liab. Litig.*, הערה 2 לעיל.

יכולים לזהות את סוג הסיגריות שעישנו הנפטרים, תידחה תביעתם. פתרון זה הוא בעייתי ביותר, כפי שנאמר כבר, הן מהבט הצדק המתקן והן מהבט ההרתעה.

נראה שהטלת אחריות קיבוצית במקרה הנדון צריכה להעשות בדרך שונה במקצת מזו שננקטה במקרי ה-DES. במקרי ה-DES היו מוצריהם של היצרנים השונים זהים, ועל כן בעלי סיכון זהה. לא כן במקרי יצרני הסיגריות. כידוע, לא כל הסיגריות זהות: יש מסוכנות יותר ויש מסוכנות פחות. עם זאת, בעת הטלת האחריות הקיבוצית, יש להתחשב לא רק בנתח השוק של כל יצרן, אלא אף במידת הסיכון שיש בכל סוג של סיגריות. כך ייתכן, למשל, שאפילו אם נתח השוק של יצרן אחד הוא גדול יחסית ליצרן אחר, הסיגריות של הראשון מסוכנות פחות משל האחר. נתון זה צריך שישפיע על הקצאת הנזקים בין היצרנים.

הפתרון המוצע, של חבות בפיצוי לפי נתח שוק תוך התחשבות במידת הסיכון שיש בכל סוג של סיגריות, ניתן ליישום אף במקרה שבו ההסתברות שהמוות נגרם כתוצאה מהעישון היא 50% או פחות.[32] כך, אם נניח, כמקודם, שהסיכוי שהמנוח נפטר עקב עישון הוא 30% בלבד, ואף נניח שאין אפשרות לזהות את יצרן הסיגריות שאותן צרך המנוח, הטלת אחריות לפי נתח שוק על כל יצרני הסיגריות כך שכל אחד מהם יישא בפיצוי בשיעור 30% מנזקי המוות, מוכפל בנתח השוק שלו – יביא לתוצאה ראויה מהבט הצדק המתקן ומהבט ההרתעה כאחד. כך, על כל פנים, אם נניח שהסיכון מהסיגריות של כל יצרן הוא זהה; אם לא כן יש להתחשב אף בנתון זה.

נשנה עתה את הדוגמא בדרך אחרת, ונניח כי התובע עישן סיגריות של חמישה יצרנים, וכי אלה ניתנים לזיהוי.[33] כן נניח שהוא עישן כמויות שוות, פחות או יותר, מכל סוגי הסיגריות, ושהסיכון שבסיגריות של כל יצרן היה זהה. לשם הפשטות נניח, כי אין ספק שהתובע לקה במחלה עקב עישון. האם על פי כללי הסיבתיות בדיני הנזיקין הנוהגים תוטל אחריות על היצרנים, ואם כן – כיצד? טיעון אחד של התובע יכול להתבסס על כך שכל אחד מיצרני הסיגריות הוא "גורם בלעדיו אין" לכל הנזק שאירע. כדי להצליח בטיעון זה יצטרך התובע להוכיח שלולא הסיגריות של היצרן האחד הנזק היה נמנע. נראה שהתובע יתקשה לעמוד בנטל הוכחה זה. טיעון שני יתבסס על כך שכל אחד מהיצרנים הוא גורם מספיק לנזק שאירע. הפעם יהיה על התובע להוכיח שכל אחד מהיצרנים היה גורם את הנזק שנגרם אפילו אם היה יחידי. אף בנטל הוכחה זה יתקשה התובע לעמוד. אם יצליח בכך, יהא עליו לשכנע את בית המשפט שבמקרה כזה של גורמים חלופיים לנזק יש להמיר את מבחן "הגורם בלעדיו אין" (או בכינויו האחר: מבחן "האלמלא") – שהוא המבחן הנפוץ ביותר לבחינת סיבתיות עובדתית – במבחן

32 אם אכן תאומץ שיטה של פסיקת פיצוי לפי הסתברות במקרים שבהם הראיות באשר לגרם הנזק הן סטטיסטיות בעיקרן, העקביות תחייב לנקוט דרך זו אף כשההסתברות גבוהה מ-50%, שאם לא כן קיים חשש משמעותי ליצירת אפקט של הרתעת יתר.

33 כך היה בעניין *Sanchez*, הערה 24 לעיל; התביעה נדחתה מסיבות שאינן מעניינו כאן.

ה"דיות", שלפיו די להראות שהנזק היה נגרם על ידי גורם עוולתי מסוים לו פעל לבדו כדי שתוטל עליו אחריות, אפילו אם אין הוא "גורם בלעדיו אין" לנזק.[34]

בית משפט שמרן, המקפיד על כללי הסיבתיות כעל קוצו של יוד, עשוי לדחות את התביעות אם ייכשל התובע בדרכי הטיעון שהוצגו לעיל. אם כך יעשה, תסוכל הרתעה יעילה ואף לא יוגשמו עקרונות הצדק המתקן. זאת, מכיוון שמעוולים הגורמים נזקים לחברה לא יישאו בנזקים במלואם, וניזוקים שנפגעו מהתנהגות עוולתית לא יזכו בפיצוי. הטלת אחריות על חמשת היצרנים, כך שכל אחד מהם יישא בחמישית מנזקיו של התובע, עשויה להוות פתרון הולם.

קיימת אפשרות סבירה שלתוצאה של הטלת אחריות יגיע גם בית משפט שאינו נכון להמיר את כללי הסיבתיות הקיימים בכללים חדשים מהסוג המוצע ברשימה זו: די בכך שיגלה גמישות מסוימת ביישומם של הכללים הקיימים. אכן, ניתן למצוא במשפט הנוהג סוגי טיעון נוספים על אלה שהוצגו לעיל, שאף זכו לגושפנקא שיפוטית במצבים מסוימים. כך, על פי סוג הטיעון השלישי יטען התובע במקרה הנדון שכל יצרן גרם לכל הנזק גם אם על פי הפרשנות הדווקנית של מבחן "הגורם בלעדיו אין" המסקנה היא שונה. טיעון זה יתבסס על כך שהנזק הוא אחד ואינו ניתן להפרדה, ועל כן כל היצרנים אחראים לגרימתו.[35] ניתן לבסס טיעון זה אף על קיומו של אפקט מצטבר לפעולתם הבו-זמנית של חמשת הגורמים – ועל כן יש לראות בכל אחד מהם "גורם בלעדיו אין" לכל הנזק, אפילו אם ברור שנזק כלשהו היה נגרם אף בלעדיו של כל אחד מהם.[36] סוג

34 ראו לעניין זה יצחק אנגלרד, "יסודות האחריות בנזיקין", בתוך דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 194 (מהדורה שנייה, בעריכת גד טדסקי, תשל"ז). כן ראו ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז(1) 113, 144, שם העלה השופט ברק את השאלה, אם לא ראוי, בנסיבות המתאימות, להחליף את מבחן "האלמלא" במבחן אחר, שלפיו יש לשאול אם הגורם בו מדובר היווה גורם יסודי ומהותי לנזק. לווריאציות שונות של מבחן הדיות ראו Richard W. Wright, "Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts," 73 *Iowa L. Rev.* 1001 (1988).

בע"א 248/86 עיזבון חננשוילי נ' רותם חברה לביטוח, פ"ד מה(2) 529, הוצעה טכניקה משפטית המגיעה לאותה תוצאה כמו מבחן הדיות במקרה של גורמים חלופיים לנזק או גורם חלופי וגורם היפותטי לנזק. על פי טכניקה זו, הגורם העוולתי השני חייב לפצות את הניזוק בשיעור נזקיו הפיזיים, שכן פיצויים בגין נזקים אלה זכאי היה הניזוק לקבל מהגורם הראשון אלמלא פעל הגורם השני. ראו אריאל פורת, "הגמשתה של דרישת הסיבתיות העובדתית לשם הרחבת היקף האחריות הנזיקית", בתוך ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א 240, 251-256 (בעריכת אריאל רחן-צבי, תשנ"ב) (להלן: "הגמשתה של דרישת הסיבתיות").

35 לשימוש בדרך הנמקה זו ראו, למשל, ע"א 22/75 אדרי נ' עזידיאן, פ"ד ל(1) 701; ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד(2) 89.

36 ראו "הגמשתה של דרישת הסיבתיות", הערה 34 לעיל, בעמ' 243-251.

טיעון רביעי ואחרון יתבסס על "חזקת שוויון הגורמים".[37] על פי טיעון זה, באין ראיה לסתור, כל מעוול ייחשב כמי שגרם לחלק שווה של הנזק. מכאן, שכל אחד מהיצרנים יישא בחמישית מנזקיו של התובע.[38] קיים סיכוי טוב שבית המשפט – שמצד אחד ער לקשיי ההוכחה השיטתיים הקיימים בתביעות בגין עוולות המוניות, ומצד שני אינו נכון לסטות מכללי הסיבתיות המסורתיים – לפחות יטה אוזן קשבת לטיעון השלישי או לזה הרביעי, ויטיל אחריות על יצרני הסיגריות בהתאם.

הקושי בהטלת אחריות עלול להתעורר אף אצל בית משפט כזה, אם נניח כי הסיכוי שהתובע חלה במחלה עקב עישון הנו 30%. במקרה זה מוצדק להטיל אחריות על היצרנים השונים כאשר סך הנזק שבו יזכה התובע יעמוד על 30% מנזקיו. ספק אם בית משפט השומר אמונים לכללי הסיבתיות המסורתיים ייאות לפסוק כאמור.

ניתן לסכם עד כאן ולומר שהטלת אחריות על יצרני הסיגריות בהתאם לסיכוי שהם שגרמו לנזקיו של התובע יגשים בצורה הטובה ביותר את עקרונות הצדק המתקן של דיני הנזיקין, ואף יעלה בקנה אחד עם המטרה ההרתעתית שלהם. דבקות-יתר בכללי הסיבתיות של דיני הנזיקין המסורתיים אינה משרתת כראוי את המטרות שלשמם נועדו. אני ער לכך שאף בארצות-הברית קיימת רתיעה מהטלת אחריות קיבוצית כשאין מדובר במוצרים זהים[39] – הסיגריות אינן מוצרים זהים – אך אני סבור שאין בכך מכשול להטלת אחריות קיבוצית, תוך התחשבות במידת הסיכון השונה בסיגריות, ואין בכך מכשול להטלת אחריות בהתאם לסיכוי שהתובע ניזוק מהיצרן הנתבע. החלופה להטלת אחריות במקרים אלה היא העדר אחריות, וזו אינה ניתנת להצדקה כלשהי.

37 הנטייה היא לנקוט דרך זו במקרים של נזקי רכוש ולא במקרים של נזקי גוף. היא ננקטה בע"א 304/68 גינוסר נ' דחאברה, פ"ד כג(1) 366 שעסק בנזקי רכוש, אך נדחתה על ידי שופטי הרוב בד"נ מלך נ' קורנהויזר, הערה 35 לעיל, שעסק בנזקי גוף. שופט המיעוט בעניין אחרון זה העדיף לפסוק פיצוי חלקי תוך שימוש ברעיון שוויון הגורמים, ובכך אימץ את דעת הרוב בגלגולו הראשון של פסק הדין בבית המשפט העליון, בע"א 448/83 קורנהויזר נ' מלך, פ"ד מב(2) 573. השימוש בחזקת שוויון הגורמים בהקשר למקרה הנדון בטקסט עלול להיתקל בהתנגדות, מכיוון שחזקה זו משמשת בדרך כלל לשם חלוקת אחריות בין נתבעים שהוכח כי גרמו לתובע בעוולתם נזק כלשהו.

38 באופן רגיל, עקב קיומן של תביעות השתתפות בין מעוולים, בסופו של דבר יישא כל יצרן בחמישית מהנזק, בין אם תוטל על כל יצרן אחריות כלפי התובע לחמישית מן הנזק ובין אם תוטל עליו אחריות למלוא הנזק. עם זאת, שתי השיטות עשויות להביא לתוצאות שונות כשקיימים קשיי גבייה מאחד או יותר מבין היצרנים. שתי השיטות אף יביאו לתוצאות שונות אם אחד מהגורמים לנזק אינו עוולתי; כך יהיה, למשל, אם התובע לקה במחלה עקב הצטברות של עישון ושל חשיפה לסיכון אחר, שאינו עוולתי. במקרה זה, הטלת אחריות על כל גורם לחלק מהנזק תביא לכך שהניזוק לא יזכה בפיצוי שיכסה את מלוא נזקיו.

39 לעיל, הטקסט שליד הערות 10-15.

2. פתרונות עקיפים

בתת-הפרק הקודם טענתי כי יש לוותר על הצורך בהוכחת סיבתיות על פי מאזן הסתברויות בתביעות נגד יצרני הסיגריות. נקודת המוצא של תת-פרק זה היא שטענה זו נדחית. ברצוני להציע עתה כמה כלים משפטיים שניתן לעשות בהם שימוש תוך שמירה על כללי הסיבתיות המסורתיים, ולהגיע באמצעותם לתוצאות דומות לאלה שהוצעו בתת-הפרק הקודם. המשפטן השמרן עשוי להרגיש נוח יותר עם כלים משפטיים אלה.

(א) פגיעה בְּסיכוי

תובע המשתית את עילת תביעתו על פגיעה בסיכוי מבקש לזכות בפיצוי בשיעור מכפלת נזקיו הקיימים או העתידיים בהסתברות שהם נגרמו או יגרמו עקב מעשה העוולה של הנתבע. בתי המשפט בישראל גילו אהדה מסוימת לשימוש בעילת התביעה של פגיעה בסיכוי, לפחות בהקשר לתביעות בגין רשלנות רפואית. במאמר נפרד דנתי בדוקטרינה משפטית זו, ואף עמדתי על יתרונותיו של משטר משפטי המכיר בה על פני משטר משפטי הדוחה אותה. בין היתר עמדתי על כך שדוקטרינת הפגיעה בסיכוי מונעת הרתעת חסר באותם תחומים שבהם מתרחשים יותר אירועי נזק שהסתברות גרימתם על ידי הנתבעים פחותה מ-50% מאשר אירועי נזק שהסתברות גרימתם על ידי הנתבעים גבוהה מ-50%. למותר לציין שתביעות המוניות בכלל, ותביעות נגד יצרני סיגריות בפרט, מקיימות תנאי זה.[40]

דוקטרינת הפגיעה בסיכוי בעייתית במיוחד כשאנו בוחנים אותה מהבט של צדק מתקן. הטלת אחריות על רופא לנזקיו הקיימים בהווה של חולה שהיה בטיפולו – כשהוכחה אמנם רשלנותו של הרופא, אך הסיכוי שהנזקים נגרמו עקב כך הוא, למשל, 30% – מביאה לתוצאה שהרופא יחויב בפיצוי בגין נזק, למרות שמרבית הסיכויים הם שלא גרם לנזק כלשהו. זאת ועוד: במציאות, או שהחולה ניזוק עקב רשלנות רפואית או שהוא לא ניזוק בגללה; ודרך ביניים, המכירה בנזק של 30%, אינה אלא פיקציה. המצב עשוי להיות שונה אם נשנה את הדוגמא ונניח כי ניתן להעריך שקיים סיכוי של 30% שבעתיד יגרום הרופא נזק לחולה עקב רשלנות. במקרה זה, פיצוי של 30% מהנזק העתידי הוא מוצדק מהבט הצדק המתקן. זאת, מכיוון שפיצוי זה משקף את פרמיית הביטוח שיידרש התובע לשלם אם יחפוץ לבטח את עצמו מפני הסיכון שבעתיד יתממש הסיכון שיצר כלפיו הרופא ברשלנותו, לכדי נזק סופי. לעתים זכאי התובע לפיצויים אף בגין הוצאות ממשיות שנגרמו לו עקב החשיפה לסיכון, או עקב הצורך להפחית את

40 אריאל פורת, "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי", עיוני משפט כג 605 (תש"ס) (להלן: "פגיעה בסיכוי").

הסיכון או להתגונן מפניו (כגון הוצאות בגין בדיקות רפואיות תקופתיות שנאלץ לעבור או בגין רכישת אמצעים המקטינים את הסיכון).[41]

מסקנות אלה ניתנות ליישום על תביעות נגד יצרני הסיגריות: אם התובע טרם ניזוק (או לפחות טרם התגבש הנזק הסופי שלו, ואין ודאות שיתגבש בעתיד), הוא יכול לבסס את תביעת הפיצויים שלו נגד יצרן הסיגריות שאותן צרך, בגין הסיכוי להינזק בעתיד עקב העישון. כך, אם סיכוייו ללקות בסרטן הריאה עקב העישון הם 30%, דוקטרינת הפגיעה בסיכוי עשויה להניב לו פיצויים בשיעור 30% מהנזק הסופי שעלול להיגרם לו. כפי שציינתי, סכום הפיצוי הוא שווה ערך להוצאה שתיגרם לתובע אם יחפוץ לבטח את עצמו מפני סיכון המחלה. כן, אם יעלה בידו להוכיח שהוציא הוצאות רפואיות או אחרות לשם הקטנת סיכוני המחלה, יהיה זכאי לפיצוי גם בגינן – בין אם בסופו של דבר ילקה במחלה ובין אם לאו. הוצאות אלה הן נזק העומד בפני עצמו, ודבר קיומו אינו תלוי בדבר התרחשותו של הנזק הסופי.

לכאורה עולה מדברי דלעיל כי עילת התביעה בגין פגיעה בסיכוי, במתכונתה הקיימת בדיני הנזיקין הנוהגים, צריכה להיכשל כשהתביעה היא בגין מחלה קיימת, שההסתברות שנגרמה עקב העישון היא 50% או פחות. כך על כל פנים, אם התשתית הרעיונית של דוקטרינת הפגיעה בסיכוי היא צדק מתקן ולא רק הרתעה. בצדק יטען הקורא שמסקנה זו מוזרה משהו. הטלת אחריות על היצרן לפי סיכוי תביא, בסופו של דבר, לכך שיצרני הסיגריות יישאו בפיצויים המשקפים את הנזקים שגרמו בפועל בהתנהגותם העוולתית, ואף יתרמו לפיצוי הניזוקים שלהם. הטלת אחריות כזו מוצדקת על כן מטעמי צדק מתקן והרתעה גם יחד. אכן, זו בדיוק הייתה טענתי בפרקים הקודמים של המאמר. כדי להשתכנע בה נדרש להסתכל על התמונה בכללותה ולא רק על תביעתו האחת של התובע המסוים העומד בפני בית המשפט. הסתכלות כוללת כזו מביאה למסקנה כי בתביעות בגין נזקי עישון ובמקרים אנלוגיים של תביעות בגין עוולות המוניות, פסיקת פיצוי בגין פגיעה בסיכוי מוצדקת – אפילו אם עלול להתעורר ספק בכך במקרים רבים אחרים.[42]

41 שם, בעמ' 628-632. סיווגה האנליטי של פרמיית הביטוח שייאלץ הניזוק לשלם כדי לבטח את עצמו מפני הסיכון שיצר כלפיו הנתבע הוא לכאורה "נזק כלכלי טהור". במשפט האנגלו-אמריקני קיימת רתיעה מסוימת מהטלת אחריות בגין נזק כלכלי טהור, אם כי במשפט הישראלי רתיעה זו פחותה. ראו תמר גדרון, "חובת הזהירות בעוולת הרשלנות ונזק כלכלי טהור" הפרקליט מב 126 (תשנ"ה). הטעם העיקרי לרתיעה זו הוא החשש מהרחבת חוג התובעים בגין אירוע נזיקי על כל המשתמע מכך. טעם אפשרי נוסף לנטייה שלא למהר ולהטיל אחריות בגין נזק כלכלי טהור הוא שנזק זה אינו נזק חברתי בעיקרו אלא נזק פרטי הנובע מ"העברה". ראו William Bishop, "Economic Loss in Tort," 2 *Oxf. J. Leg. Stud.* 1 (1982). טעמים אלה אינם רלבנטים לענייננו, מכיוון שהפיצוי הניתן לנתבע בגין פרמיית הביטוח שבה עליו לשאת עקב החשיפה לסיכון העוולתי, ניתן לו כדי שיוכל להגן על עצמו מפני נזק פיזי. במובן זה, הנזק הכלכלי הוא פרדיטי לנזק הפיזי ואינו "נזק כלכלי טהור". עקב כך נמוג החשש להטיל אחריות בגינו.

42 שם, בעמ' 634-637.

(ב) נזק ראייתי

דוקטרינת הנזק הראייתי מבוססת על כך שבמקרים מסוימים ראוי להטיל אחריות בנזיקין על מי שגרם בהתנהגותו העוולתית (הרשלנית, בדרך כלל) נזק ראייתי.[43] הנזק הראייתי לתובע מתבטא בכך שנשללו ממנו ראיות או מידע שהיה בהם כדי לסייע לו בניהול התביעה נגד גורם הנזק הראייתי או נגד אדם אחר.[44] הנזק הראייתי נאמד על פי השווי של המידע שנשלל מהתובע. שווי המידע תלוי בשני גורמים: ראשית, הסיכויים שהתובע היה מצליח בתביעה העיקרית אילו עמד לרשותו המידע; שנית, סכום הכסף שבו היה זוכה אילו הצליח בתביעתו העיקרית.

דוקטרינת הנזק הראייתי ניתנת ליישום פשוט וקל בתביעות נגד יצרני הסיגריות. נשוב לדוגמת המעשן התובע את היצרן של הסיגריות שצרך, והסיכויים שמחלתו נגרמה עקב העישון הם 30%. תובע זה יוכל לטעון כי היצרן גרם לו נזק ראייתי. נזק ראייתי זה מתבטא בכך שנשלל ממנו מידע באשר לגורם המחלה. קיים סיכוי של 30% שהמידע היה מביא למסקנה חד-משמעית שהנזק נגרם עקב התנהגותו העוולתית של היצרן וקיים סיכוי של 70% שהיה מביא למסקנה הפוכה. לפיכך, שוויו של המידע שנשלל מהתובע הוא 30% מהנזק הסופי: זה הסכום שהיה מוכן התובע לשלם כדי לזכות במידע ולדעת כיצד אירעו נזקיו (בהנחת ניטרליות לסיכון), בהנחה שאין הוא יכול לדעת מלכתחילה מה יהיה תוכנו של המידע.

כיצד נשלל המידע באופן עוולתי מהתובע? אילו היה בידי יצרן הסיגריות "נייר לקמוס" המאפשר להבחין בין בני אדם שניזוקו עקב העישון לבין בני אדם שלקו במחלה בלא כל קשר לעישון, והוא היה נמנע מלהעמידו לרשות התובע, נקל היה להבחין בנזק הראייתי שגרם היצרן לתובע; אך הנזק הראייתי נגרם לתובע אף בהעדר נייר הלקמוס הדמיוני, מכיוון שהיצרן הנחבע לא רק יצר סיכון עוולתי לגרם נזק פיזי לתובע, אלא אף שלל ממנו את האפשרות לדעת ממה הוא ניזוק. שלילת המידע התגבשה לכדי נזק משמעותי לאחר שהתובע לקה במחלה. מידע זה, כפי שצוין כבר, הוא שווה ערך לסיכוי שמחלתו של התובע נגרמה עקב העישון מוכפל בנזק הסופי שלו.[45]

43 ראו "נזק ראייתי", הערה 21 לעיל; Ariel Porat & Alex Stein, "Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable," 18 *Cardozo L. Rev.* 1891 (1997). לביקורת על מאמרנו ראו ישראל גלעד, "דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השכנוע?", משפטים ל (תש"ס) 315; Richard D. Friedman, "Dealing with Evidentiary Deficiency," 18 *Cardozo L. Rev.* 1961 (1997). לתגובתנו לביקורתו של פרופ' גלעד ראו אריאל פורת ואלכס שטיין, "דוקטרינת הנזק הראייתי: תגובה לביקורת", משפטים ל 349 (תש"ס) (להלן: "תגובה לביקורת"). כן ראו Porat & Stein, הערה 21 לעיל, שם.

44 הראיות והמידע יכונו להלן "מידע".

45 לדיון מפורט על יישומה של דוקטרינת הנזק הראייתי במקרים אנלוגיים לתביעות נגד יצרני הסיגריות ראו "נזק ראייתי", הערה 21 לעיל, בעמ' 205-207, 225-226.

דוקטרינת הנזק הראייתי עשויה לשמש כלי משפטי אפשרי להטלת אחריות על יצרני סיגריות אף בדוגמא קודמת שנדונה, שעל פיה לא ניתן לדעת מי מבין כמה יצרנים יצר את הסיגריות הקטלניות ששמו קץ לחייו של המנוח.[46] כאן, המידע ששלל כל אחד מהיצרנים מהתובעים הוא דבר מעורבותו שלו בגרם הנזק. התובעים היו מוכנים לשלם סכום כסף לכל יצרן כדי לדעת בוודאות אם הוא שגרם לנזקי המנוח. כך, אם הסיכוי שיצרן מסוים (נניח, מבין חמישה יצרנים) גרם לנזקיו של המנוח הוא 20%, התובעים היו מוכנים לשלם לו 20% מהנזק הסופי עבור המידע אם אכן הוא הגורם לנזק. זאת, מכיוון שקיים סיכוי של 20% שמידע זה יביא להם פיצוי מלא על הנזק מאותו יצרן, וסיכוי של 80% שלא יביא להם פיצוי כלל. טענה דומה ניתן לטעון נגד כל אחד מהיצרנים. בסופו של דבר, הפיצוי שיקבלו התובעים יכסה את מלוא הנזק, והתוצאה תהא זהה לזו המושגת על ידי הטלת אחריות קיבוצית.

יתרונה של דוקטרינת הנזק הראייתי הוא בכך שהיא מספקת בסיס משפטי לפסיקת פיצוי לפי סיכוי, הנתמך היטב לא רק בשיקולי הרתעה אלא אף בעקרונות של צדק מתקן. הכרה בעילת תביעה בגין נזק ראייתי אינה מחייבת נטישה של כללי הסיבתיות הקיימים בדיני הנזיקין המסורתיים. נהפוך הוא: דוקטרינת הנזק הראייתי נזקקת לכללי הסיבתיות המסורתיים ומעוגנת היטב אף בדיני הרשלנות.[47] הכרה בה מחייבת רק הכרה באב נזק חדש, הוא הנזק הראייתי.

(ג) נזק כלכלי של מיטיבים

דרך נוספת שניתן לנקוט לשם הטלת אחריות נזיקית על יצרני סיגריות היא תביעות של מיטיבים בגין נזק כלכלי שנגרם להם באופן ישיר עקב ייצור סיגריות. המדינה, קופות החולים ושירותי בריאות אחרים עשויים לטעון כי יצרני הסיגריות גרמו להם נזקים כלכליים הניתנים להוכחה: מאחר שעקב העישון יותר בני אדם לוקים במחלות שונות, ההוצאות הרפואיות של גופים אלה גדלו באופן ניכר.[48] מדינות שונות בארצות-הברית נקטו טיעון מסוג זה, וכפי שצוין לעיל, נסתיים הדיון בפשרה שלפיה שילמו יצרני הסיגריות – ועוד ישלמו – למדינות מאות מיליארדי דולרים.[49] השגת הפשרה עוררה בארצות-הברית גל של תביעות מצד שירותי בריאות וביטוחי בריאות נגד יצרני הסיגריות, שתבעו בגין הנזק הכלכלי שנגרם להם, לטענתם, עקב העישון. תביעות אלה,

46 לעיל הטקסט שליד הערות 31 ו-32.

47 ראו: "נזק ראייתי", הערה 21 לעיל, בעמ' 197-211; "תגובה לביקורת", הערה 43 לעיל.

48 כאמור לעיל, אני מתעלם כאן ולאורך כל המאמר מהשפעתם של דיני ההתיישנות על התביעות נגד יצרני הסיגריות.

49 הערה 26 לעיל. לדיון באפשרות של רשויות מקומיות לתבוע יצרני נשק בגין הנזק שנגרם עקב שימוש לא חוקי בנשק ראו פסק דין Coraal II, הערה 13 לעיל. להצעה לאפשר תביעות תחלוף (סובורוגציה) של מיטיבים כנגד יצרני הסיגריות, ולדרכים להבטחת זכותם של נפגעי העישון לפיצוי בגתון תביעות התחלוף, ראו Hanoch Dagan & James J. White, "Governments, Citizens, and Injurious Industries," 75 *N.Y.U L. Rev.* 354 (2000).

שכונו באחד מפסקי הדין כ-"me-too suits",[50] נדחו בזו אחר זו עקב העדר עילה. בתי המשפט נימקו זאת בכך שעילת התביעה של המיטיבים השונים יכולה להתבסס על סוברוגציה בלבד, ומכל מקום – ההתנהגויות העוולתיות של יצרני הסיגריות, גם אם היו כאלה, אינן "סיבה קרובה" לנזקיהם.[51]

עילת התביעה בגין נזקים כלכליים למיטיבים השונים באה להתגבר על בעיות בהוכחת הקשר הסיבתי שתוארו בפרקים הקודמים של המאמר.[52] בשונה מהתובע הבודד, שבמקרים רבים אינו יכול להוכיח את תביעתו על פי מאזן הסתברויות, המיטיבים השונים יכולים להוכיח את נזקיהם. כך, אם גוף גדול המעניק שירותי בריאות לבני אדם הלוקים בסרטן הריאה מוכיח כי 30% מחוליו ניזוקו עקב עישון, הוא אמור לזכות בתביעתו, מכיוון שהוכיח שעישון סיגריות גרם לו נזק כלכלי בשיעור של 30% מהעלות של הענקת טיפול רפואי לכל חולי סרטן הריאה. העובדה שאין ביכולתו להוכיח מי מבין חוליו הוא נפגע עישון אינה מעלה או מורידה. זאת ועוד: תביעתו של גוף כזה אמורה להצליח אף כשקיים יותר מיצרן סיגריות אחד. זאת, מכיוון שאף מבלי להזדקק לדוקטרינה כדוגמת האחריות הקיבוצית, יטען הגוף התובע שכל יצרן ויצרן גרם לו לנזק כלכלי ממשי, ששיעורו נקבע בהתאם לנתח השוק של כל יצרן ויצרן ובהתאם למידת הסיכון הכרוכה בעישון הסיגריות שאותן ייצר.

הכרה בעילת תביעה בגין נזקים כלכליים למיטיבים היא טובה מלא כלום. יש בה כדי ליצור הרתעה כלשהי ליצרני הסיגריות כמו גם למעוולים המוניים אחרים, גם אם ברור שדרך זו אינה דרך המלך. יש שיטענו כי יש בה מלאכותיות רבה, וכי מיטיבים אינם זכאים לתבוע כניזוקים עצמאיים – ולכן עליהם לתבוע כמיטיבי נזקי גוף, ולהראות מכוחו של מי בדיוק הם תובעים בכל מקרה ומקרה. מכאן, שעליהם להוכיח מי מבין החולים שטופלו על ידם לקו במחלה עקב עישון, ואף להראות מי היצרן שגרם למחלתו של כל חולה וחולה.[53] לפי קו טיעון זה, צפות ועולות שאלות הסיבתיות שהצגתי בפרקים הקודמים של המאמר, ותביעות המיטיבים אינן פותרות דבר.[54] תשובה אפשרית לטיעון זה היא שגם אם תביעותיהם של המיטיבים נגזרות מתביעותיהם של הניזוקים

50 כך כינה זאת השופט Easterbrook בפסק-דין *Int'l Bhd. of Teamsters*, הערה 25 לעיל.

51 ראו פסקי הדין שנזכרו בהערה 25 לעיל.

52 לבעייתיות לכאורה בהיות הנזק הנתבע "נזק כלכלי טהור", ראו הערה 41 לעיל.

53 ראו החלטתו של השופט ד"ר עדי אזר, בת"א (ת"א) 2281/98 מכבי שרותי בריאות נ' דובק בע"מ (לא פורסם, 15.9.1999) תקטה את קו ההנמקה הזה. זו אף המגמה העולה מן הפסיקה האמריקנית בענין, ראו פסקי-דין *Int'l Bhd. of Teamsters*; *Laborer Local 17 Health & Benefit Fund*, הערה 25 לעיל.

54 להוציא היתרון שיש לתובעים מוסדיים גדולים בניהול התביעה על פני תובע בודד. תביעות רבות בגין נזקי עישון נכשלו בין היתר עקב היתרון הכלכלי העצום שיש לנתבעים על פני התובעים: Robert L. Rabin, "A Sociolegal History of the Tobacco Tort Litigation," 44 *Stan. L. Rev.* 853 (1992).

הישירים, יש לקבל את תביעותיהם אם יוכיחו את סך ההטבות שסיפקו לקבוצת החולים נפגעי העישון – וזאת אף אם לא יעלה בידם להוכיח כל הטבה והטבה בנפרד. תביעה כזו, אם תוכר, תהא תביעת הטבות קיבוצית.[55]

אם תוכר עילת תביעה עצמאית של המיטיבים בגין הנזק הכלכלי שגרמו להם יצרני הסיגריות, יעלו שאלות עובדתיות שיערימו מכשולים קשים בפני תביעותיהם. ראשית, ייתכן שהמיטיבים קיבלו תשלום עבור השירותים הרפואיים שסיפקו. אם כך הדבר, תביעתם עלולה להידחות – ומכל מקום הסכום שקיבלו יקוזז מהוצאותיהם.[56] שנית, עשויה לעלות הטענה שגם אם המיטיבים השונים לא קיבלו תשלום, בסופו של דבר לא נגרם להם נזק כלכלי. זאת, מכיוון שאותם חולים שהגיעו אליהם עם מחלות שנגרמו עקב עישון – כגון סרטן הריאה – ונזקקו לשירותיהם, היו מגיעים אליהם במוקדם או במאוחר אף בלעדי מחלות אלה. העדר עישון מאריך כידוע את החיים, אך אינו מקנה בריאות עולם וחיי נצח.[57]

55 לשונם של חוק לתיקון דיני הנזיקין (הטבת נזקי-גוף), תשכ"ד-1964, (להלן: "חוק הטבת נזקי גוף"), ושל סעיף 22 לחוק בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, אינה שוללת אפשרות זו.
קיים דמיון מסוים בין עילת תביעה בגין הטבה קיבוצית לבין תביעה של כל חולי סרטן הריאה כקבוצה היכולה להוכיח את סך הנזק שנגרם לה, אך לא יכולה להוכיח את הנזק שנגרם לכל אחד מיחידיה. לכאורה, אם כל חולי סרטן הריאה היו ממחים את עילות התביעה האינדיבידואליות האפשריות שלהם לגוף הקונה מהם את עילות התביעה, היה הגוף הנמחה זכאי לקבל מיצרני הסיגריות פיצויים בשיעור הנזקים שנגרמו לכל חולי סרטן הריאה. התוצאה הייתה שיצרני הסיגריות היו משלמים פיצויים בשיעור הנזקים שגרמו, ואילו חולי סרטן הריאה, בעת שהיו ממחים את עילות תביעותיהם האפשריות, היו מקבלים פיצוי בהתאם להסתברות שלקו במחלה עקב עישון. הבעיה היא שקיים מחסום חוקי מפני אימוץ פתרון זה – סעיף 22 לפקודת הנזיקין. אף אם ניתן היה להמחות את עילות התביעה הייתה מתעוררת השאלה, האם הגוף הנמחה פטור מלהוכיח כל עילה ועילה שהומחתה לו בנפרד. לדעה כי ראוי לאפשר קיומו של שוק בו ממחים ניזוקים פוטנציאליים עילות תביעה נזיקיות אף בטרם התגבשו ראו Robert Cooter, "Towards a Market in Unmatured Tort Claims," 75 *Va. L. Rev.* 383 (1989).
לתוצאה דומה ניתן להגיע באמצעות הכלי המשפטי הפרוצדורלי של תובענה ייצוגית. איני דן בכלי משפטי זה כאן, אך אומר כי עיקר ייעודה של התובענה הייצוגית על פי המשפט בארץ הוא לחסוך הוצאות התדיינות ולא לפתור בעיות מתחום דיני הראיות או המשפט המהותי. למגבלותיה של התובענה הייצוגית בעניינו ראו סטיבן גולדשטיין, "תביעת-ייצוג-קבוצתית – מה ועל שום מה?", משפטים ט 416, 434 (תשל"ט); "אחריות קיבוצית", הערה 19 לעיל, בעמ' 384-385. לאפשרויות השימוש בתביעות ייצוגיות בתחום העוולות ההמוניות ראו George L. Priest, "Procedural Versus Substantive Controls of Mass Tort Class Actions," 26 *J. Leg. Stud.* 521 (1997).

56 להנמקה ברוח זו לדחיית תביעה של מיטיבים בגין נזק כלכלי ראו פסק-דין *Int'l Bhd. of Teamsters*, הערה 25 לעיל. בית המשפט מסביר שם, בין היתר, כי גופים המספקים ביטוחי ושירותי בריאות גובים פרמיות גבוהות ממעשנים, ואם יזכו בתביעותיהם נגד יצרני הסיגריות בגין נזקיהם הכלכליים, יפוצו פעמיים בגין אותו נזק.

57 להנמקה ברוח זו ראו פסק-דין *Int'l Bhd. of Teamsters*, הערה 25 לעיל.

לעומת זאת, אם תוכר עילת תביעה קיבוצית בגין הטבות, מכשולים אלו עשויים להעלם. עצם קבלת תשלום בגין הטבה שניתנה אינה מונעת תביעה של המיטיב כנגד המעוול.[58] גם הטענה שהמיטיב צפוי היה להוציא כספים לטיפול בחולי העישון אף אלמלא חלו במחלות אלה לא תהא כנראה טובה נגד מיטיב התובע בגין הטבות שנתן בפועל.[59] עם זאת, עילת תביעה בגין הטבות, קיבוצית או לא קיבוצית, עקב היותה בסופו של דבר תביעת סוברוגציה, תיתקל בטענה כי בעת פסיקת הפיצויים על בית המשפט להתחשב באשם התורם של הניזוקים. תביעה ישירה של המיטיבים מכוח עצמם, בגין הנזק הכלכלי שנגרם להם, עשויה לעקוף מכשול זה.[60]

58 עם זאת, תיתכן טענה שכאשר הניזוק שילם למיטיב עבור הטיפול הרפואי הומחתה לו עילת התביעה של המיטיב, ולפיכך רק הוא זכאי לתבוע בגין הוצאות הטיפול. במקרים מסוימים אכן הכירו בתי המשפט בהמחאה מכללא של זכויות המיטיב לניזוק; ראו ע"א 370/79 פרפלוצ'יק נ' מוטס, פ"ד לד(3) 551; ד"נ 24/81 חונוביץ נ' כהן, פ"ד לח(1) 413; ע"א 92/83 שמש נ' בר דוד, פ"ד מ(1) 225. השאלה אם אכן בוצעה המחאה מכללא או לא נענית בסופו של דבר בהתאם לשיקולי מדיניות משפטית. אם המדיניות המשפטית הטובה בענייננו היא להביא לחיובם של יצרני הסיגריות בפיצויים בגין הנזקים שגרמו, ובהנחה שבלעדי הכרה בעילת התביעה של המיטיבים חיובם בפיצוי לא יהיה אפשרי, ראוי שבית המשפט לא יסיק המחאה מכללא של זכויות המיטיב לניזוק.

זאת ועוד: על פי סעיף 4 לחוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), תשכ"ד-1964 (להלן: חוק הטבת נזקי גוף), "לענין חוק זה אין נפקא מינה אם המיטיב פעל לפי חובה שבדין או שבהסכם או שפעל בהתנדבות...". חובה מכוח הסכם באופן טיפוסי מלווה בתשלום של הניזוק למיטיב, ובכל זאת הנחת חוק הטבת נזקי גוף היא שלמיטיב עומדת עילת תביעה במקרה זה כנגד המזיק.

מובן, שכך או אחרת, מזיק לא יחויב פעמיים בגין אותם נזקים: אם אחריותו בגין ההטבה תהיה כלפי המיטיב, הוא יהיה פטור מפיצוי בגין הוצאות הריפוי או ההוצאות האחרות שנחסכו לניזוק עקב ההטבה.

59 נראה שהדבר עולה מלשונו של סעיף 2 לחוק הטבת נזקי גוף: "גרם אדם לזולתו נזק גוף, רשאי מי שהיטיב את הנזק להיפרע את הטבת הנזק מן המזיק עד כדי סכום שהמזיק היה חייב למוטב על פי כל דין בשל גרימת נזק הגוף אלמלא הוטב הנזק על ידי המיטיב". נראה שטענה כנגד מיטיב, שלפיה יש לקזז מסכום הפיצויים הוצאות שהיו נגרמות למיטיב בעתיד אף אמלא מחלות העישון, תיתקל באותה התנגדות שבה תיתקל טענה של מזיק נגד ניזוק כי הפיצויים שבהם הוא חייב בגין ההוצאות הרפואיות שנגרמו לניזוק בטרם נפטר מהפגיעה צריכים להיות מופחתים, מכיוון שקיימת הסתברות גבוהה שגם אמלא הפגיעה היה הניזוק מגיע ביום מן הימים לגיל בו היה נאלץ להוציא הוצאות של ריפוי וסיעוד.

60 ראו על כך פסק-דין *Int'l Bhd. of Teamsters v. Philip Morris Inc.*, הערה 25 לעיל. עם זאת, יכולה לכאורה לעלות טענה כי מיטיבים מסוימים זכאים במקרים מסוימים לתבוע את המעשנים כמי שאחראים באשמם לנזק שנגרם למיטיבים. אם טענה זו תקפה, יוכלו יצרני הסיגריות ששילמו למיטיבים לחזור למעשנים שלא שילמו למיטיבים ולתבוע מהם דמי השתתפות כמעוולים האחראים לנזק יחד ולחוד... טענה זו אינה סבירה בעיני, במיוחד כשהמיטיבים הם מבטחים או מעין-מבטחים של הניזוקים.

ג. תביעות בגין נזקי עישון ושאלת התנהגותם של המזיק והניזוק

מרבית הכתיבה בתחום העוולות ההמוניות מתמקדת בשאלות של סיבתיות. ההנחה המובלעת היא שככל שהדבר נוגע לאופי ההתנהגות העוולתית הנדרשת לשם הטלת אחריות, דיני הנזיקין המסורתיים מספקים פתרונות הולמים. לפיכך, השאלה אם נתבע שגרם נזקים המוניים התנהג התנהגות עוולתית צריכה להענות בחיוב אם הוא, למשל, התרשל, יצר מוצר פגום, הפר חובה חקוקה או יצר מטרד. השאלה אם התנהגותו הייתה עוולתית נבחנת במנותק מההקשר המיוחד שבו מתבצעות העוולות ההמוניות, כאילו היה מזיק "רגיל" הפועל אל מול ניזוק יחיד או ניזוקים אחדים.

אמנם, פה ושם נעשו ניסיונות ליתן משמעות להקשר המיוחד שבו פועל המעוול ההמוני בעת הגדרת ההתנהגות העוולתית הנדרשת לשם הטלת אחריות. כך, בעבר, בטרם הוכרה דוקטרינת ה-Market Share Liability, גילו בתי משפט בארצות-הברית נכונות להכיר בכך שהתנהגות של יצרנים המרכיבים יחדיו תעשייה מסוימת עשויה להקים אחריות משפטית של כל יצרן ויצרן כלפי מי שניזוק מהמוצר, כל עוד לא עולה בידו להוכיח שלא המוצר שלו הוא שגרם לנזק. לשם הטלת האחריות שימשה דוקטרינה משפטית שנקראה Enterprise Liability, וההנמקה להטלת האחריות על פיה הייתה שכל היצרנים הנתבעים דבקו בסטנדרטים לקויים של בטיחות שרווחו בתעשייה הרלבנטית ושיתפו פעולה בייצור ובתכנון של המוצר. על כן יש לראות את כולם ככאלו שיצרו את הסיכון והיו בעלי יכולת פיקוח עליו.[61] אחד התנאים לתחולת הדוקטרינה היה שמספר היצרנים המרכיבים את התעשייה אינו רב, ומטעם זה נקבע כי אין לה תחולה במקרי ה-DES.[62] במובן מסוים ניתן לראות בדוקטרינת ה-Enterprise Liability מעין הרחבה של רעיון האחריות המשותפת של מעוולים שפעלו יחדיו; ניתן אף לטעון שהיא באה להתגבר על בעיות של סיבתיות, ולא להגדיר מחדש את ההתנהגות העוולתית שבגינה ראוי להטיל אחריות על מזיק המוני.

התביעות נגד יצרני הסיגריות מעוררות שאלות רבות, משפטיות ועובדתיות, הן בנוגע להתנהגות המזיק והן בנוגע להתנהגות הניזוקים. שאלות אלה נסבות, בין היתר, על האזהרות שניתנו או שלא ניתנו מפני סכנות העישון וההתמכרות, על הסתרת העובדות מפני הציבור במשך שנים רבות – אם אכן הייתה כזו, על הפרסומת שניהלו יצרני הסיגריות כדי לעודד עישון, על השפעת הפרסומות על המעשנים, על אופן השימוש בחומרים ממכרים בעת ייצור הסיגריות, על היידע שרווח או לא רווח בציבור בעת שניזוקים החלו לעשן ועוד.

אין בכוונתי לעסוק כאן בשאלות אלה. בשורות הבאות אדון אך ורק בשתי בעיות הנוגעות להתנהגותו של המזיק, וכן בבעיה שלישית הנוגעת להתנהגות הניזוק. המשותף לשלושתן הוא שאופיו של התחום המשפטי במסגרתו הן נדונות – קרי: תחום

61 *Hall v. E.I. Du Pont De Nemours & Co., Inc.*, 345 F. Supp. 353 (N.Y, 1972).

62 ראו פסק-דין *Sindell v. Abbott*, הערה 1 לעיל.

העוולות ההמוניות – צריך לעצב את הפתרונות שיינתנו להן. הבעיה הראשונה נוגעת למידע באשר לעוולתיותה של ההתנהגות שבה מדובר; הבעיה השנייה עניינה האופי הקיבוצי של יצירת הסיכון העוולתי; והבעיה השלישית עוסקת באופי הקיבוצי של ההיחשפות לסיכון העוולתי. הדיון שלהלן הוא ראשוני בלבד, בבחינת ראשי פרקים לדיון מעמיק יותר שראוי שיתקיים בנושא חשוב זה.

1. בעיות של מידע

התביעות נגד יצרני הסיגריות מעוררות שאלות עובדתיות שהתשובות להן דורשות מידע המצוי באופן טיפוסי בידי היצרנים. כך, למשל, נשאלת השאלה אם יצרני הסיגריות ידעו על סיכוני העישון בתקופה שבה ידע זה לא היה נחלת הכלל, אם הם פעלו לשם הסתרת המידע מן הציבור או לשם סילופו, או אם הם נקטו טכניקות שהביאו לידי התמכרות הצרכנים לעישון. מתן מענה לשאלות אלה ודומות להן הוא חיוני לשם הערכת התנהגותם של היצרנים כעוולתית או כבלתי עוולתית – בעיקר לגבי התקופה שבה טרם הזהירו במפורש את הציבור מפני סיכוני העישון.

על פי דיני הנזיקין המסורתיים, על התובע הנטל להוכיח את עילת תביעתו. לפיכך, התובע הוא שצריך להוכיח שיצרני הסיגריות ידעו על סכנות העישון והסתירו אותן מהציבור, או שהם נקטו דרכים שונות להגברת ההתמכרות לעישון. מטבע הדברים יתקשה תובע יחיד לעמוד בנטל זה של הוכחה. המידע מצוי כולו בידי יצרני הסיגריות, וקיים חשש כבד שהם לא ימהרו לנדב אותו לתובעים. אמנם, סדרי הדין מספקים כלים אחדים שייעודם לאפשר את גילוי המידע, כגון פרוצדורות של גילוי מסמכים ועיון בהם; ברם כשמדובר בהתרחשויות שאירעו לפני שנים רבות, וכשקיים פער עצום בין עוצמתם הכלכלית של היצרנים-הנתבעים מצד אחד לבין זו של התובעים האינדיבידואליים מצד שני, כמעט לא קיים סיכוי שתובע יחיד יצליח במלחמתו נגד יצרני הסיגריות.[63] תמריציהם של יצרני הסיגריות להסתיר מידע חזקים במיוחד – הרבה מעבר לתמריץ של נתבע מוסדי אחר המנהל תביעה נגד "האדם הקטן" – מכיוון שעל הכף לא עומדת הצלחת תביעתו של תובע בודד אלא הצלחת תביעותיהם של רבים, העלולה לעלות ליצרני הסיגריות מאות מיליארדי דולרים ואף למוטט אותם כלכלית. אכן, ההיסטוריה של התביעות בגין נזקי עישון היא הראיה הטובה ביותר שכך הוא הדבר: במשך שלושה עשורים ניסו תובעים את כוחם בהגשת תביעות נגד יצרני הסיגריות, וכולם נכשלו.[64]

63 ראו, למשל, את עניין *Allgood*, הערה 24 לעיל, שם נכשלה התביעה – בין היתר עקב אי-יכולתו של התובע להוכיח שפרסומיהם של יצרני הסיגריות גרמו לו לעשן. כן ראו את פסק-דין *Insolia*, הערה 23 לעיל, שם הדגיש בית המשפט את הקושי העצום לדעת מה היה המידע שהיה נחלת הכלל לפני יותר מ-50 שנה.

64 ראו *Rabin*, הערה 54 לעיל.

אמצעי משפטי העשוי להקל את נטל ההוכחה של התובעים נגד יצרני הסיגריות הוא להשית על הנתבע את נטל הראיה שהתנהגותו לא הייתה עוולתית. העברת נטל הראיה תהא מוצדקת במקרים שבהם מדובר במוצר שלאור הידע הקיים בהווה ברור שרצוי היה לייצרו ולפתחו מלכתחילה באופן שונה, או להזהיר מלכתחילה אחרת מפני סיכוניו. אם יאומץ אמצעי משפטי זה, יהא על יצרני הסיגריות להוכיח שבשלבים השונים של ייצור הסיגריות ושיווקן הם לא התנהגו התנהגות עוולתית כלשהי. אם לא יעשו כן יונח כי התנהגותם הייתה עוולתית ותוטל עליהם אחריות משפטית לנזקי העישון.[65]

ניתן להשתית את העברת נטל הראיה על חוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980,[66] או למצער ללמוד מחוק זה אנלוגיה לענייננו. על פי חוק האחריות למוצרים פגומים, אם מוצר הוא פגום בדגם (או בתכנון) על פי הידע הטכנולוגי הקיים בהווה, עובר הנטל ליצרן הנתבע להוכיח שבעת שיצא המוצר משליטתו לא יכול היה, לאור הידע הטכנולוגי שהיה קיים באותה עת, לדעת שהמוצר אינו עומד ברמת בטיחות סבירה.[67] סיגריה, כפי היא מיוצרת היום, אינה, לדעתי, מוצר פגום כמשמעותו בחוק האחריות למוצרים פגומים;[68] אך אם תביעתו של מעשן נסמכת על הטענה כי התמכר לעישון לפני שנים רבות, בטרם הוזהר הציבור מפני סיכוני העישון, ניתן לסבור כי הסיגריות שיוצרו אז, בלא כל אזהרות, הן מוצר פגום לפי הידע הקיים היום. מכאן, שעל היצרן הנטל להוכיח שעל פי היידע שהיה קיים בזמנים הרלבנטיים לתביעה הוא לא יכול היה לדעת שהסיגריות אינן עומדות ברמת הבטיחות הסבירה.[69] זאת יעשה אם יראה, למשל, שבעת שיצר את הסיגריות (אותה עת שהתובע התמכר להן), לא ידע ולא

65 כלל "הדבר מדבר בעדו" (*res ipsa loquitor*) אינו חל בענייננו, מכיוון שכדי שיחול צריך בית המשפט להשתכנע שקיימת סבירות גבוהה יותר שהנתבע התרשל מאשר שלא התרשל. את זאת יתקשה התובע להוכיח. קיים אף ספק אם מתמלאים שני התנאים האחרים לתחולתו של הכלל; ראו סעיף 41 לפקודת הנזיקין. דוקטרינת הנזק הראייתי אף היא אינה חלה, מכיוון שכדי להחילה חייב התובע להוכיח התנהגות עוולתית של הנתבע ביצירתו של הנזק הראייתי. בנסיבות הנדונות יקשה עליו להוכיח זאת.

66 ס"ח 86 (להלן: "חוק האחריות למוצרים פגומים").

67 סעיף 4(א)(2) לחוק האחריות למוצרים פגומים.

68 הטעם לכך הוא כדלקמן: אם בוחנים את הסיגריה היום, הרי כשלעצמה אין בה ליקוי: רבים יגידו שלמרות סיכוניה הנאתם גדולה דיה כדי להצדיק את נטילת הסיכונים. כך גם באשר לאזהרות מפניה: נכון להיום ניתנות כנראה די אזהרות מפני סיכוני העישון, ואף ניתן להניח שהכל מודעים להם. לפיכך אני אף סבור שלא ניתן לתבוע יצרן סיגריות בגין נזק שנגרם למעשן "חדש", שבעת שהחל לעשן ידע בדיוק מה הוא מעשן ואיזה סיכונים הוא נוטל על עצמו. גישה זו עולה בקנה אחד עם עמדת בתי המשפט האמריקנים שדנו בענין; ראו: פסק-דין *Insolia*, הערה 24 לעיל, פסק-דין *Smith*, הערה 29 לעיל. ראו גם את פסק-דין *Kirksey*, הערה 24 לעיל, בו קבע השופט פתנר כי עצם זה שמוצר הוא ממכר אינו הופך אותו למוצר פגום, כל עוד תכונה זו לא הוסתרה מהצרכנים.

69 לפי סעיף 3(א)(2) לחוק האחריות למוצרים פגומים, העדר אזהרה מתאימה הופך את המוצר לפגום כמשמעותו בחוק.

יכול היה לדעת על סיכוני העישון או על סיכוני ההתמכרות, ולחלופין, אם יראה שבאותה עת סיכוני העישון וההתמכרות היו ידועים לכל ועל כן כל אזהרה הייתה מיותרת. באותו אופן, אם התובע יוכיח, למשל, שרמת הניקוטין בסיגריות שצרך בתקופה שבה התמכר לעישון הייתה גבוהה מהנהוג היום, יידרש היצרן להוכיח שבעת הייצור לא יכול היה לדעת שרמת הניקוטין משפיעה על הסיכון למעשן, או שהייתה לו סיבה טובה אחרת לייצר את הסיגריה באופן שבו אכן ייצרה.[70]

אני ער לכך שקיים ספק אם חוק האחריות למוצרים פגומים חל על מוצרים שיוצרו שנים רבות לפני שחוק זה נכנס לתוקף.[71] אני סבור שניתן לפרש אותו כבר-תחולה על נזקים שנגרמו לאחר שנכנס לתוקפו, גם אם המוצר יוצר קודם לכן. אני ער אף לכך שתקופת ההתיישנות הקבועה בחוק היא קצרה יחסית, ואף לכך שהחוק שולל אפשרות להגיש תובענה לאחר חלוף "עשר שנים מתום השנה שבה יצא המוצר משליטת היצרן".[72] אולם, גם בהנחה שחוק האחריות למוצרים פגומים אינו חל על סיגריות שיוצרו בעבר הרחוק, ניתן להקיש ממנו לענייננו, שכן הרציונל שבהעברת נטל הראיה בסוג המקרים הנדון כאן בעינו עומד.[73]

2. האופי הקיבוצי של יצירת הסיכון

השאלה אם התנהגותו של המזיק הייתה עוולתית אם לאו נבחנת על פי דיני הנזיקין המסורתיים באופן אינדיבידואלי. כך, כאשר עולה השאלה אם המזיק התרשל, ייבחנו אמצעי המניעה שיכול היה לנקוט לשם הפחתת הסיכונים מפעילותו אל מול הסיכונים שהיו נמנעים אילו נקט את אמצעי המניעה האמורים. על כן, אם יצרן סיגריות יכול היה להפחית את הסיכון מהסיגריות בשיעור של 100, ולשם כך היה עליו לנקוט אמצעי מניעה שעלותם 50 והוא לא עשה כן, יוסק כי התרשל. לעומת זאת, אם נדרשו ממנו אמצעי מניעה שעלותם 150 והוא לא עשה כן, יוסק שלא התרשל. על פי התפיסה הכלכלית של דיני הרשלנות, במקרה הראשון תוטל עליו אחריות נזיקית ואילו במקרה

70 להצעה להטיל אחריות על יצרנים של חומרים מסוכנים עקב כך שלא סיפקו מידע לציבור על סיכוני המוצר, אלא אם יוכיחו כי נזקי התובע, כולם או חלקם, לא נגרמו מן המוצר שיצרו, ראו Margaret A. Berger, "Eliminating General Causation: Notes towards a New Theory of Justice and Toxic Torts," 97 *Colum. L. Rev.* 2117 (1997)

71 ראו ע"א 241/89 ישראליפט (שרותים) תשל"ג נ' הינדלי, פ"ד מט(1) 45.

72 סעיף 6(ב) לחוק האחריות למוצרים פגומים.

73 אם כי ניתן לטעון שאין למהר בלימוד היקש מחוק הקובע אחריות מוגברת – כחוק האחריות למוצרים פגומים – לדיני הרשלנות, שהם הבסיס לתביעות כנגד יצרני הסיגריות. במקרים מסוימים הטילו בתי משפט בארצות-הברית אחריות נזיקית על יצרן של מוצר שלפי הידע הקיים בהווה נחשב לפגום בתכנון, מבלי שהוא הורשה לטעון להגנתו שבעת שייצר את המוצר לא ניתן היה לדעת את מידת הסיכון הטמונה בו. לא במקרה הוחלה גישה זו על מעוול המוני, יצרן של מוצרי אסבסט; ראו *Beshada v. Johns-Manville Prod. Corp.*, 447 A.2d 539 (N.J, 1982).

השני הוא יהיה פטור ממנה. נקל לראות שהטלת האחריות תיתן לו תמריץ מלכתחילה למנוע נזקים כאשר יעיל כלכלית לעשות כן, ולא למנעם כאשר מניעה אינה כדאית מבחינה כלכלית. בדרך זו יוצרים דיני הרשלנות, עבור יצרן זה, הרתעה יעילה.[74]

נניח עתה שפועלים בשוק חמישה יצרני סיגריות. במאמץ משותף, שעלותו 10 לכל אחד מהם, יש ביכולתם למנוע נזקי עישון של 100. מבחינה כלכלית רצוי היה שימנעו את הנזק וישקיעו יחדיו 50 במניעה של 100. עם זאת, עבור כל אחד בנפרד המניעה אינה אפשרית או שעלותה גבוהה מאוד, למשל: 150. שיתוף פעולה הוא אם כן קו הפעולה היעיל, שבחירה בו תביא למניעה אופטימלית של נזקי עישון. כלל משפטי של רשלנות, כדרך יישומו בדיני הנזיקין הנוהגים, עלול להביא לשחרורם מאחריות של יצרני הסיגריות שלא שיתפו פעולה, מכיוון שהתנהגותו של כל יצרן ויצרן תיבחן בנפרד. מלכתחילה לא יהיה ליצרנים תמריץ כלשהו לשתף פעולה, ועל כן לא תתבצע כל מניעה של נזקים. ההרתעה תהיה הרתעת חסר.

מודעות של בית המשפט לאופי הקיבוצי של הסיכון יכולה להביאו לכך שיתאים את דיני הרשלנות לתביעות בגין נזקים המוניים, הנוצרים על ידי כמה מעוולים. לפיכך, אם שיתוף פעולה היה קו הפעולה היעיל והוא לא ננקט, יטיל בית המשפט אחריות על כל חמשת היצרנים בגין נזקי העישון, ואלה יחולקו ביניהם – למשל, שווה בשווה (בהנחה שיש להם נתחי שוק זהים, והסיכון בסיגריות שהם מייצרים זהה אצל כולם). איום האחריות המשפטית יתמרץ אותם לנסות ולשתף פעולה. שיתוף הפעולה עלול אמנם להיכשל גם תחת איום האחריות המשפטית עקב בעיות של טפילות (freeriding) והוצאות עסקה אחרות, אך הסיכוי שיושג בסופו של דבר שיתוף פעולה בין היצרנים לשם מניעת נזקים יגדל בלא כל ספק.[75]

את הדברים שנאמרו עד כה ניתן לתרגם להמלצה ברורה: אין לקבל טענה של יצרן אחד שפעל בשוק כי לבד לא יכול היה לעשות דבר ועל כן אין בו אשם. טענה כזו יכולה להישמע רק מפיו של מזיק "רגיל", אך לא מפיו של מזיק המוני, שעם מזיקים אחרים שפעלו בשוק גרם נזקים כבדים. רק אם ישתכנע בית המשפט שאף בהתקיים שיתוף פעולה לא היה אפשר למנוע באופן סביר את הנזק – רק אז ראוי יהיה לפטור את המזיק מאחריות נזיקית בגין רשלנות.[76]

74 זוהי נוסחת הרשלנות הכלכלית, הקרויה על שמו של השופט האמריקני Learned Hand. טענתי היא שבתי המשפט בארץ משתמשים בנוסחה זו, לעתים בשמה ולעתים שלא בשמה. ראו ביתר פירוט אריאל פורת, "עוולת הרשלנות על פי פסיקתו של בית המשפט העליון מנקודת-מבט תיאורטית", בתוך ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 373, 382-384 (בעריכת אריאל רוזן-צבי).

75 ראו עוד על בעיות של שיתוף פעולה בסוג זה של מקרים: "אחריות קיבוצית", הערה 19 לעיל, בעמ' 352-353. אני ער לקושי אפשרי בטיעון הנדון, בהיבט של דיני ההגבלים העסקיים, העלולים לאסור שיתוף פעולה מהסוג שעל פי טענתי ראוי לעודד.

76 שאלה אחרת היא אם מוצדק להטיל אחריות מלאה על כל יצרן אף כלפי כאלה שניזוקו לא מהמוצר שלו. מתן תשובה חיובית לשאלה זו יביא להטלת עומס פיצויים כבד מאוד על היצרן

3. האופי הקיבוצי של ההיחשפות לסיכון

לא רק יצירת הסיכון העוולתי נושאת לעתים אופי קיבוצי אלא אף ההיחשפות לו. כמו שהאופי הקיבוצי של יצירת הסיכון צריכה להילקח בחשבון כך גם האופי הקיבוצי של ההיחשפות לו. אם נשקיף על תביעה כנגד יצרני סיגריות כתביעה נזיקית "רגילה", יש לטענת אשם תורם של הנתבעים סיכוי טוב להצליח במקרים רבים.[77] השאלה שישאל בית המשפט במקרים אלה תהיה אם אדם סביר היה מתחיל לעשן סיגריות, כשהוא יודע על אופיין הממכר ועל הסיכון הרב שהעישון טומן בחובו לבריאותם של בני אדם. האשם התורם, ממש כמו ההתנהגות העוולתית המקורית, נבחנת על פי דיני הנזיקין המסורתיים באופן אינדיבידואלי. על כן, ייתכן מאוד שהתשובה שתינתן לשאלת האשם התורם תהיה לא אחת כי אכן דבק במעשן-התובע אשם תורם.

בית המשפט אף עלול לדחות את התביעה במלואה עקב המודעות של המעשן לסיכוני העישון בעת שהחל לעשן, מכיוון שמודעות כזו עלולה לשלול לכאורה את העוולתיות בהתנהגותו של הנתבע או את הקשר הסיבתי בין עוולתיות זו לבין הנזק. כך, אם התובע טוען שהחל לעשן עקב הסתמכותו על פרסומות של יצרני הסיגריות שעודדו עישון, תביעתו עלולה להידחות אם יסתבר שהוא היה מודע לסיכוני העישון על אף הפרסומות המטעות. זאת, מכיוון שייטען כנגדו כי בנסיבות אלה לא בוצעה כלפיו כל עוולה או כי אין קשר סיבתי בינה לבין נזקיו.[78]

מודעות של בית המשפט לאופי הקיבוצי של ההיחשפות לסיכון עשויה להניב תוצאה שונה. כך, בית משפט הדן בשאלת האשם התורם צריך לשאול את עצמו כיצד השפיעה נורמת העישון בחברה על המעשן-התובע, וחשוב מכך – כיצד נוצרה נורמה זו ומי תרם להיווצרותה. אם יסתבר שיצרני הסיגריות תרמו בדרך בלתי ראויה להיווצרותה של הנורמה החברתית, וכי התובע הושפע ממנה, בית משפט המייחס חשיבות לאופי הקיבוצי של ההיחשפות לסיכון, כמו גם ליצירתו, עשוי לדחות את טענת האשם התורם.[79]

היחיד, במיוחד כשיש לו קושי לחזור אל היצרנים האחרים. לפיכך הייתי מציע להטיל על כל יצרן במקרה כזה אחריות קיבוצית לפי נתח שוק ובהתחשב בסיכון בסוג הסיגריות שיצר, אך לא מעבר לכך. ראו לעיל, הטקסט שליד הערות 31-33.

77 לא כן להגנת ההסתכנות מרצון, שעל פי הפרשנות שניתנה לה בפסיקה בארץ כמעט שאין לה תחולה. ראו, למשל, ע"א 987/75 ווסטצ'סטר פייר אינשורנס קומפני נ' קורן, פ"ד לא(1) 660; ע"א 753/75 בלגה נ' עזבון המנוח נתן טפט, פ"ד לב(1) 757.

78 בתי משפט רבים בארצות-הברית, שדנו בתביעות נגד יצרני סיגריות, ראו כקריטית את השאלה אם הידע על סיכוני העישון היה נחלת הכלל בעת שהתובע החל לעשן – קריטית עד כדי הכרעת גורל התביעה. ראו פסקי-דין: *Insolia*, הערה 23 לעיל; *Allgood*, הערה 24 לעיל; *Glassner R.J.*, הערה 24 לעיל; *Tompkin*, הערה 23 לעיל; *Sanchez.*, הערה 24 לעיל.

79 רציונל דומה יש לטעיף 66 לפקודת הנזיקין, שלפיו "מקום שגם התובע וגם הנתבע גרמו לנזק באשמם, אלא שהתנהגותו של הנתבע היא שהביאה לידי אשמו של התובע, רשאי בית המשפט

ד. סוף דבר

בשנת 1963 כתב Macaulay מאמר שבו טען כי דיני החוזים שבתי המשפט מחילים על סכסוכים חוזיים אינם מתאימים לעולם העסקים ולחיי המסחר של המאה ה-20. עקב כך מעדיפים רבים לפתור את סכסוכיהם החוזיים מחוץ לכתלי בתי המשפט, על פי נורמות אחרות, המתאימות לצרכיהם.[80] בעקבות Macaulay באה כתיבה ענפה שפיתחה רעיון זה בצורות שונות, ובין היתר קראה לבתי המשפט לפתח את דיני החוזים בהתאם לתמורות שחלו בעולם.[81]

צדדים חוזיים שאינם מרוצים מהמשפט שמחילים בתי המשפט על הסכסוכים ביניהם יכולים לתור אחר פתרונות חלופיים. הם יכולים להחליף את השופטים בבוררים המכירים היטב את צורכי המסחר והעסקים ויכולים לשחרר אותם מעולו של הדין המהותי; הם יכולים אף להתנות במקרים רבים על דיני החוזים הנוהגים ולהתאים אותם לצורכיהם.[82]

דרכים אלה אינן פתוחות בפני צרכניהם של דיני הנזיקין. ניזוקים בכוח אינם יכולים לבחור את הדין או את הדיין. אמנם, בהיותם חלק מציבור הבוחרים הם יכולים לנסות ולשנות את הדין דרך השפעתם על הגוף המחוקק, אך דרך זו אינה יעילה ביותר, והיא עלולה להיתקל בהתנגדויות נמרצות מצד גופים אינטרסנטיים בעלי עצמה, שמסיבות מובנות אינם מעוניינים בשינוי הדין. לכך מצטרפת תופעה נוספת – שהניזוקים, באופן טיפוסי, אינם מאורגנים ולא נהנים מכוח אלקטורלי רב. דברים אלו מקבלים משנה תוקף בתחום העוולות ההמוניות. אכן, הניסיון האמריקני מלמד שמחוקקים אינם מצליחים לפתור את הבעיות המיוחדות המתעוררות בתחום העוולות ההמוניות, והפתרונות באים בדרך כלל מבתי המשפט.

במאמר זה ביקשתי להצביע על התאמות מסוימות שהכרחי לבצען בדיני הנזיקין כשמחילים אותם על אירועים של נזק המוני. בעיקרו של דבר, הצעתי הייתה לאפשר הטלת אחריות על מעוול המוני בהתאם להסתברות שהוא זה שגרם בעוולתו לנזקיו של

להגדיל את הפיצויים שהנתבע היה חייב לשלם, אילולא הודאות סעיף 64, ובלבד שלא יעלו על הסכום שהיה חייב לשלם לולא גרם גם התובע לנזק באשמו".

80 Stewart Macaulay, "Non-Contractual Relations in Business," 28 *Am. Soc. Rev.* 55 (1963). כן ראו Stewart Macaulay, "An Empirial View of Contract," *Wis. L. Rev.* 465 (1985).

81 למשל, Ian R. Macneil, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations* (1980).

82 על הדרכים השונות שנוקטים אנשי עסקים כדי להתחמק מדיני החוזים שאינם תואמים את צורכיהם העסקיים ראו Lisa Bernstein, "Opting out the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry," 21 *J. Legal Stud.* 115, 134-135 (1992); Lisa Bernstein, "Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms," 144 *U. Pa. L. Rev.* 1765 (1996).

התובע, וכן להכניס כמה שינויים בכללים הנוגעים להגדרתה של ההתנהגות העוולתית ולהוכחתה, וכן להגדרת האשם התורם של התובע.

ההתאמות שהצעתי, בין אם ייעשו על ידי המחוקק ובין אם יאומצו על ידי בתי המשפט, יבטיחו את הגשמת יעודיהם המסורתיים של דיני הנזיקין: הרתעה וצדק מתקן. ביצוע ההתאמות יביא לשינוי מסוים בכללים הקיימים, אך זאת לשם השגת המטרות שלשמן נוצרו כללים אלה מלכתחילה. השינוי הוא, אם כן, במישור האמצעים אך לא במישור המטרות. בכך יתאים את עצמו המשפט למציאות וייענה לה.[83]

83 השוו אריאל רוזן-צבי, "על משפט ומציאות, עת לעשות הפרו תורתך" בתוך הפרקליט – ספר היובל 7 (1993).