

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7547/99

רע"א 4838/04

רע"א 5181/04

רע"א 5721/04

בפני : כבוד השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה
 כבוד השופטת מ' נאור
 כבוד השופטת א' חיות

המערערת בע"א 7547/99 : מכבי שירות בריאות

המבקשות ברע"א 4838/04 :
 1. Brown and Williamson Tobacco Corp.
 2. British American Tobacco Company Limited
 3. British American Tobacco (United Kingdom & Export)

המבקשות ברע"א 5181/04 :
 1. דובק בע"מ
 2. החברה הישראלית לסיגריות (ח.י.ס.) בע"מ
 3. אסקוט חברה לסיגריות בע"מ
 4. החברה הישראלית לטבק (מ.ט.) בע"מ

המבקשות ברע"א 5721/04 :
 1. Philip Morris USA Inc.
 2. Philip Morris International
 3. Philip Morris Products Int.

נ ג ד

המשיבות בע"א 5747/99 :
 1. דובק בע"מ
 2. החברה הישראלית לסיגריות (ח.י.ס.) בע"מ
 3. אסקוט חברה לסיגריות בע"מ

המשיבה והמשיבות הפורמליות ברע"א 4838/04 :
 1. שירותי בריאות קופת חולים
 2. Philip Morris USA Inc.
 3. Philip Morris International
 4. Philip Morris Products Int.
 5. דובק בע"מ
 6. החברה הישראלית לסיגריות (ח.י.ס.) בע"מ
 7. אסקוט חברה לסיגריות בע"מ
 8. החברה הישראלית לטבק (מ.ט.) בע"מ

המשיבה והמשיבות

- הפורמליות ברע"א 5181/04 :
1. שירותי בריאות קופת חולים
 2. Philip Morris USA Inc.
 3. Philip Morris International
 4. Philip Morris Products Int.
 5. Brown and Williamson Tobacco Corp.
 6. British American Tobacco Company Limited
 7. British American Tobacco (United Kingdom & Export)

- המשיבה והמשיבות
הפורמליות ברע"א 5721/04 :
1. שירותי בריאות כללית
 2. דובק בע"מ
 3. החברה הישראלית לסיגריות (ח.י.ס.) בע"מ
 4. אסקוט חברה לסיגריות בע"מ
 5. החברה הישראלית לטבק (מ.ט.) בע"מ
 6. Brown and Williamson Tobacco Corp.
 7. British American Tobacco Company Limited
 8. British American Tobacco (United Kingdom & Export)

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 15.9.1999 בת"א 2281/98 שניתן על ידי כב' השופט עדי אזר; ובקשות רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 16.2.2004 בבש"א 1628/03, בש"א 2685/03 ובש"א 1686/03 (ת.א. 1571/98) [פורסם בנבו] שניתנה על ידי כב' השופט יוסף שפירא

ברע"א 7547/99 בשם המערערות:
עו"ד גידי פרישטיק, עו"ד אלון גלרט

ברע"א 4838/04 בשם המבקשות:
עו"ד טוביה ארליך, עו"ד דוד זילר

ברע"א 5181/04 בשם המבקשות:
עו"ד גד נשיץ, עו"ד עזריאל רוטמן,
עו"ד איתן נשיץ, עו"ד שרון המר

ברע"א 5721/04 בשם המבקשות:
עו"ד ישראל קנטור, עו"ד דרור קדם,
עו"ד חגית אברהמי

ברע"א 7547/99 בשם המשיבות:
עו"ד גד נשיץ, עו"ד עזריאל רוטמן,
עו"ד איתן נשיץ, עו"ד שרון המר

- ברע"א 4838/04
 בשם המשיבה 1 :
 בשם המשיבות 2-4 :
 בשם המשיבות 5-8 :
- עו"ד ליפא מאיר, עו"ד עמוס האוזנר,
 עו"ד ישראל קנטור, עו"ד דרור קדם,
 עו"ד חגית אברהמי
 עו"ד גד נשיץ, עו"ד עזריאל רוטמן,
 עו"ד איתן נשיץ, עו"ד שרון המר
- ברע"א 5181/04
 בשם המשיבה 1 :
 בשם המשיבות 2-4 :
 בשם המשיבות 5-7 :
- עו"ד עמוס האוזנר, עו"ד ליפא מאיר,
 עו"ד ישראל קנטור, עו"ד דרור קדם,
 עו"ד חגית אברהמי
 עו"ד טוביה ארליך, עו"ד דוד זילר
- ברע"א 5721/04
 בשם המשיבה 1 :
 בשם המשיבות 2-5 :
 בשם המשיבות 6-8 :
- עו"ד עמוס האוזנר, עו"ד ליפא מאיר,
 עו"ד גד נשיץ, עו"ד עזריאל רוטמן,
 עו"ד איתן נשיץ, עו"ד שרון המר
 עו"ד טוביה ארליך, עו"ד דוד זילר

כתבי עת:

[אריאל פורת, "אחריות קיבוצית בדיני-נזיקין", משפטים, כרך כג \(תשנ"ד\) 311](#)
[ישראל גלעד, "על "הנחות עבודה", אינטואיציה", משפטים, כרך כו \(תשנ"ה-תשנ"ו\) 295](#)
[אריאל פורת, "תביעות בגין נזקי עישון", משפטים, כרך לג \(תשס"ג\) 477](#)
[סטיבן גולדשטיין, טליה פישר, "יחסי הגומלין בין תביעות", משפטים, כרך לד \(תשס"ד-תשס"ה\) 21](#)
[אלון קלמנט, "גבולות התביעה הייצוגית בעוולות", משפטים, כרך לד \(תשס"ד-תשס"ה\) 301](#)
[נינה זלצמן, "הטבת נזק גוף לפי", עיוני משפט, כרך ד \(תשל"ה-תשל"ו\) 621](#)
[אריאל פורת, אלכס שטיין, "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות", עיוני משפט, כרך כא \(תשנ"ח\) 191](#)

ספרות:

[א' ברק, פרשנות במשפט, כרך א, תורת הפרשנות הכללית \(1992\)](#)
[א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה \(התשנ"ג\)](#)
[א' ברק, פרשנות תכליתית במשפט \(תשס"ג\)](#)
[ר' פרי, אופקים חדשים במשפט - ריקושטים כלכליים \(תשס"ב\)](#)

להחלטה במחוזי (19-01-2001): [בשא 3171/00 עדנה גהל נ' קופת חולים כללית](#) שופטים: כבוד השופטת מרים מזרחי, עו"ד: ש' הורוביץ, ע' האוזנר, ליפא ליאור

להחלטה במחוזי (19-01-2001): [בשא 3171/00 עדנה גהל נ' קופת חולים כללית](#) שופטים: מרים מזרחי, עו"ד: ש' הורוביץ ואח', ע' האוזנר, ליפא ליאור

לפסק-דין במחוזי (26-07-2001): [עא 1295/00 קופת חולים כללית נ' r.j. reynolds](#) שופטים: עוני חבש, עו"ד: עמוס האוזנר, י. יוסיפוף ואח'

להחלטה במחוזי (31-10-2001): [בשא 7014/01 שירותי בריאות כללית נ' PHILIP MORRIS INC](#) שופטים: צבי זילברטל, עו"ד: האוזנר, פומרנץ, אברהמי, קנטור, נשיץ, בן דרור, ארליך, זילר

להחלטה במחוזי (16-02-2004): [בשא Philip Morris USA Inc 1628/03](#) שירותי בריאות כללית שופטים: יוסף שפירא, עו"ד: קנטור, אלחנני, נשיץ, ברנדיס, הרצוג, פוקס, נאמן, ליפא מאיר, עמוס האוזנר

| |
|--|
| <p>להחלטה במחוזי (22-11-2004): בשא 3227/02 קופת חולים כללית נ' זרה אוריאל גהל שופטים: יוסף שפירא, עו"ד: ל' מאיר, ע' האוזנר, ויינרוט</p> <p>להחלטה במחוזי (22-11-2004): בשא R.J. Reynolds Tobacco Company 3241/02 קופת חולים כללית שופטים: יוסף שפירא, עו"ד: אבי כהן, מאיר ליפא, עמוס האוזנר</p> <p>להחלטה במחוזי (08-06-2005): בשא Liggett & Myers Inc 3242/02 שירותי בריאות כללית שופטים: יוסף שפירא, עו"ד: ארדינסט, בן נתן, ליפא מאיר, עמוס האוזנר</p> <p>להחלטה במחוזי (02-11-2005): תא R.J REYNOLDS TOBACCO COMPANY 1571/98 שירותי בריאות כללית נ' שופטים: יוסף שפירא, עו"ד: האוזנר</p> <p>להחלטה במחוזי (03-11-2005): בשא A.T Industries P.L.C 3261/02 שירותי בריאות כללית שופטים: יוסף שפירא, עו"ד: טוביה ארליך, הרצוג, פוקס נאמן, עמוס האוזנר, ליפא מאיר</p> <p>לפסק-דין בעליון (20-11-2005): רעא R.J Reynolds Tobacco Company 10431/05 שירותי בריאות כללית שופטים: אשר גרוניס, עו"ד: כהן אבי, האוזנר עמוס</p> <p>להחלטה במחוזי (22-12-2005): בשא Lowes Corporation 3229/02 שירותי בריאות כללית שופטים: יוסף שפירא, עו"ד: יגאל ארנון, עמוס האוזנר, ליפא מאיר</p> <p>להחלטה בעליון (15-02-2006): רעא B.A.T Industries P.L.C 11418/05 שירותי בריאות כללית שופטים: אשר גרוניס, עו"ד: נאמן יעקב, האוזנר עמוס, ט' ארליך, ד' זילר</p> |
| <p>חקיקה שאוזכרה:</p> <p>תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984: סע' 100(1)</p> <p>חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994: סע' 6(א), 22, 61</p> <p>פקודת הנזיקין [נוסח חדש]: סע' 35, 36, 42, 56, 58</p> <p>חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981</p> <p>חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979: סע' 1, 4, 5, 7</p> <p>חוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), תשכ"ד-1964: סע' 2, 3, 5, 8, 9</p> <p>חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975: סע' 8, 8(א)</p> <p>חוק הנכים (תגמולים ושיקום), תשי"ט-1959 [נוסח משולב]: סע' 36(א), 2(2)</p> <p>חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981</p> <p>חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תשל"ל-1970</p> <p>חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006</p> <p>חוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), תשנ"ב-1992: סע' 2, 10</p> <p>חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995: סע' 323</p> <p>חוק שירות המדינה (גימלאות) [נוסח משולב], תשל"ל-1970: סע' 34</p> |
| <p>להחלטה בעליון (06-09-2009): רעא Brown and Williamson Tobacco corp 4838/04 ווא' נ' שירותי בריאות כללית שופטים: א' פרוקצ'יה, מ' נאור, א' חיות</p> |

מיני-רציו:

* בית המשפט העליון דחה ערעורים על דחיית תביעות של קופות החולים נגד חברות סיגריות, בטענה כי על החברות לשפותן על הוצאותיהן בגין טיפולים רפואיים שהעניקו לחבריהן שחלו עקב עישון סיגריות בקובעו, כי היותן של קופות החולים "ניזוקות" משניות מנזקי העישון הנגרמים לחולי העישון ובהעדר קרבה מספקת, לא צומחת חובת זהירות ישירה של חברות הסיגריות כלפי קופות החולים כמיטיבות נזק, ולכן דין תביעותיהן לסילוק על הסף.

* דיון אזרחי – סילוק על הסף – אימתי

* דיון אזרחי – סילוק על הסף – קבלתו

* נזיקין – הטבת נזקי גוף – הטבות מכוח חוק

* נזיקין – הטבת נזקי גוף – הטבה

* נזיקין – הטבת נזקי גוף – טיפולים רפואיים הניתנים על-ידי קופות החולים

* נזיקין – הטבת נזקי גוף – תביעת המיטיב את המזיק

דיון מאוחד בכמה ערעורים על דחיית תביעות של קופות חולים נגד חברות סיגריות שונות, בטענה כי על החברות לשפותן על הוצאותיהן בגין טיפולים רפואיים שהעניקו לחבריהן שחלו במחלות שונות עקב עישון סיגריות. הסוגיה המרכזית הנדונה היא האם בידי קופות החולים זכות תביעה כנגד חברות הסיגריות, בלא חובה להוכיח את אחריות חברות הסיגריות כלפי הניזוקים הספציפיים ואת נזקם הספציפי.

בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים, כב' השופטים פרוקצ'יה, נאור וחיות, דחה את הערעורים, בקובעו כדלקמן:

המסגרת הדיונית להליך שבפנינו הינה תקנה 100(1) [לתקנות סדר הדין האזרחי](#), לפיה רשאי בית המשפט לצוות על מחיקת כתב תביעה אם אין הכתב מראה עילת תביעה. המבחן לקיומה של עילת תביעה לעניין זה הוא האם התובע, בהנחה שיוכיח את העובדות הכלולות בתביעתו, זכאי יהיה לקבל את הסעד המבוקש על-ידו.

יש למחוק כתב תביעה על הסף בשל העדר עילה מקום שאפילו יוכיח התובע את כל העובדות המהותיות אשר פירש בו, לא יזכה בפסק דין, משום שאין לצדו חוק המטיל על הנתבע את החובה, עקב העובדות המפורשות בכתב התביעה, להיענות לתובע.

תכליתה של הוראה זו למנוע דיוני סרק והוצאת משאבי ציבור לשווא בניהול תביעות שאין להן תכלית. יחד עם זאת, הכרעה בגורל התביעה בטרם נשמעו ראיות וטיעונים לגופן של עילות התביעה מהווה אמצעי קיצוני, שיש בו כדי להגביל את נגישותם של תובעים לערכאות.

סעיף 22 [לחוק ביטוח בריאות ממלכתי](#) העוסק בהטבת נזק קובע, כי קופת חולים או נותן שירותים, שנתנו שירותי בריאות למי שחלה או למי שנפגע ממזיק, זכאים להיפרע את הטבת הנזק מהמזיק או ממבטחו, או מכל אדם אחר, בשל חבותם לפי כל דין או לפי כל חוזה ביטוח, בסכום ההוצאות אשר הוציאו בפועל למתן שירותי הבריאות למי שנפגע או שחלה כאמור.

הסעד ההצהרתי המבוקש על ידי מכבי, והסעד הכספי המבוקש על ידי שירותי בריאות, נועדו להביא לתוצאה שחברות הסיגריות תחויבנה בעלויות השירותים הרפואיים שקופות החולים נושאות בהן לצורך טיפול בתחלואת חברי הקופות הנגרמת בשל נזקי עישון שהחברות אחראיות להן. הסעדים

נועדו, אפוא, לפצות את הקופות על עלויותיהן במתן טיפולים רפואיים לניזוקים הישירים מנזקי העישון. מדובר, על כן, בתביעות קופות החולים בתורת מיטיבות נזקם של החולים, המבקשות להיפרע מחברות הסיגריות, בתורת המזיקות, את הטבת נזקן עקב עוולות שבצעו המזיקות כלפי המעשנים הניזוקים.

מבחינה מושגית, בהיותן מיטיבות נזק, קופות החולים אינן בגדר "ניזוק ישיר" ממעשי העוולות שבוצעו, לכאורה, בידי חברות הסיגריות כלפי ניזוקי העישון. נזקיהן, הנובעים מתחלואת העישון של חבריהן, הם בבחינת "נזק עקיף" או "נזק מישנה", הנגזר מנזקיהם של חברי הקופות שנפגעו בשל עישון הסיגריות. לולא נזקי הגוף שנגרמו למבוטחי הקופות עקב עישון הסיגריות, לא היה מתהווה נזק שעל הקופות להיטיבו, וממילא לא היה נגרם להן חסרון כס עקב כך. תביעות קופות החולים הן, אפוא, במהותן, תלויות נזקי הגוף שנגרמו לחבריהן.

יהא אשר יהא מעמדו של המיטיב מבחינת מידת מחויבותו להיטיב את נזקו של הניזוק, שלושה כללים מרכזיים עומדים ביסוד מערכת היחסים המשולשת מזיק-ניזוק-מיטיב. הכלל הראשון הוא – כי תביעת המיטיב כלפי המזיק אינה אמורה להטיל עליו אחריות כוללת החורגת מזו שהוא חב בה בגין הפרת אחריותו כלפי הניזוק. הכלל השני הוא – כי הניזוק אינו זכאי לפיצוי החורג מגבולות הנזק הכולל שנגרם לו: ראשית, המזיק חייב בפיצויים רק כשיעור הנזק שנגרם לניזוק. אין ההטבה צריכה לגרור אחריה חיוב גדול יותר של המזיק מכפי שהיה נושא בו אלמלא ההטבה. שנית, הניזוק זכאי לפיצוי שלא יפחת מנזקו, אך אין ליתן לו פיצוי כפל. הכלל השלישי הוא – כי למיטיב עומדת זכות שיפוי כלפי המזיק על ההטבה שהעניק לניזוק בגין נזק שנגרם לו מהפרת אחריות המזיק כלפיו, אולם שיעור השיפוי אינו יכול לעלות על שיעור הנזק שנגרם לניזוק ממעשי המזיק, והוא מוגבל להטבה שהוענקה בפועל.

מכח עקרונות אלה יוצא, אפוא, כי בבסיס מערכת היחסים המשולשת האמורה עומד היחס שבין המזיק לניזוק, המתבסס על הפרת אחריות הראשון כלפי השני בהיקף נזק מוגדר. כניסתו של המיטיב לתמונת היחסים שבין המזיק לניזוק אינה משנה את פני מערכת היחסים הבסיסית שבין הצדדים הישירים לעוולה, הנותרת כציר מרכזי עליו נשענת תביעת המיטיב לשיפוי נזקו מהמזיק. וכך, הניזוק יקבל את הטבת נזקו בשיעור נזקו הממשי, ולא למעלה מכך; המיטיב יקבל מהמזיק שיפוי של סכום ההטבה שהעניק לניזוק, אך זאת בגבולות אחריותו של המזיק ולא למעלה ממנה; ואילו המזיק ישא בחובת פיצוי כוללת על הנזק הממשי שגרם לניזוק, ולא מעבר לכך, וישפה את המיטיב רק עד לגבולות אחריותו, ולא מעבר לה.

תביעת המיטיב כלפי המזיק מותנית, ככלל, בהוכחת אחריותו המשפטית של המזיק כלפי הניזוק, בהוכחת הפרתה של האחריות, ובהוכחת הנזק שנגרם עקב הפרה. במסגרת זו, זכאי המזיק להעלות את טענות ההגנה שיש בפיו כלפי הניזוק, הן לעניין האחריות והן לעניין היקף הנזק.

העילות השונות עליהן התבססו הקופות – רשלנות (סעיפים 35 ו-36 לפקודת הניזוקין); מטריד לציבור (סעיף 42 לפקודה); תרמית (סעיף 56 לפקודה); שקר מפגיע (סעיף 58 לפקודה); והפרת חובות חקוקות למיניהן, מכח דיני הגנת הצרכן ודינים אחרים העוסקים בהגבלות על הפרסומת בעישון – כל כולן מדברות בחובות שהמזיק חב כלפי הניזוקים העיקריים, הם חולי העישון, והן אינן עוסקות בחובות המזיק כלפי הניזוק המשני, מי שמיטיב את נזקיו של הניזוק העיקרי. חסרה בכל אותן עילות מידת הקרבה הנדרשת בין המזיק לבין המיטיב, לצורך הקמת חובה מכח דיני הניזוקין לפעול או לחדול מלפעול בדרך מסוימת.

היותן של קופות החולים "ניזוקות" מישניות מנזקי העישון הנגרמים לחולי העישון, והיותן ממלאות תפקיד מכח החוק; היותן של נזק ההטבה בעל אופי כלכלי; והעובדה כי לקופות החולים עומדת עילה

סטטוטורית כלפי המזיקים מכח סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי – כל אלה מטים את הכף לעבר המסקנה המתבקשת כי נוכח העדר קרבה מספקת, לא צומחת חובת זהירות ישירה של חברות הסיגריות כלפי קופות החולים כמיטיבות נזק ולכן דין תביעותיהן לסילוק על הסף.

פסק-דין

השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה:

1. קופות חולים, המספקות שירותי בריאות לציבור, הגישו תביעות נגד חברות סיגריות שונות, בטענה כי על החברות לשפותן על הוצאותיהן בגין טיפולים רפואיים שהעניקו לחבריהן שחלו במחלות שונות עקב עישון סיגריות. הסוגיה המרכזית העולה לדיון בהליך זה היא האם בידי קופות החולים זכות תביעה ישירה כנגד חברות הסיגריות, בלא חובה להוכיח את אחריות חברות הסיגריות כלפי הניזוקים הספציפיים, ובלא חובה להוכיח את נזקם הספציפי שנבע מהעוולות שבוצעו כלפי כל אחד מהם, כנטען.

הסוגיה עולה בפנינו במסגרת טענות סף שהעלו חברות הסיגריות כנגד תביעות קופות החולים. עיקר טענות הסף הוא כי אין בידי הקופות עילת תביעה ישירה כנגד החברות, וכי בבחינת מיטיבות נזק, עליהן לעמוד בחובת ההוכחה הפרטנית המבססת את זכותן להיפרע מהחברות, בגבולות האחריות והנזק שהמזיק הספציפי חב בגינם כלפי הניזוק הספציפי, אלמלא הוטב נזקו על ידי המיטיב.

2. מספר הליכים הנוגעים לסוגיה זו אוחדו, ואלה הם:

ההליך בע"א 7547/99 [פורסם בנבו] נסב על תביעת מכבי שירותי בריאות נגד חברות הסיגריות, שהוגשה בבית המשפט המחוזי בתל אביב, ונמחקה על הסף לבקשת החברות בידי כב' השופט עדי אזור ז"ל. ההליך בבקשות רשות הערעור 4838/04, 5181/04, ו-5721/04 מתייחס לתביעה שיזמה שירותי בריאות כללית כנגד שלוש חברות סיגריות, שהוגשה לבית המשפט המחוזי בירושלים. גם בהליך זה בקשו חברות הסיגריות למחוק את התביעה על הסף, אך בקשותיהן נדחו, ובית המשפט (כב' השופט יוסף שפירא) פסק כי יש לדון בתביעה לגופה.

לפנינו, אפוא, שני הליכים העוסקים בשאלה דומה, המתנהלים בשני בתי משפט במחוזות שונים, שהאחד נמחק על הסף, והשני נותב לדיון במשפט לגופו. מכבי שירותי בריאות, שתביעתה נמחקה על הסף, הגישה ערעור על קביעה זו. חברות הסיגריות, שבקשתן לדחות על הסף את התביעה נגדן נדחתה, מבקשות רשות ערעור על החלטה זו.

3. עניינים אלה אוחדו לצורך הכרעה עקרונית בשאלה מה דינן של תביעות אזרחיות ישירות, המוגשות על ידי גופים המספקים שירותי בריאות כנגד חברות סיגריות, לפיצוי כספי על הוצאותיהן הרפואיות בגין הטבת נזקיהם הבריאותיים של חולים הנגרמים כתוצאה מעישון.

לצורך הדיון המאוחד, ניתנת בזה רשות ערעור למבקשות בשלוש בקשות רשות הערעור, ונדון בבקשות אלה כבערעורים מטעמן.

תמצית העובדות וההליכים

4. המערערת בערעור והמשיבה בבקשות רשות הערעור (להלן: קופות החולים) הינן גופים המספקים שירותי בריאות לחבריהם על פי [חוק ביטוח בריאות ממלכתי](#), התשנ"ד-1994 (להלן: חוק ביטוח בריאות ממלכתי). המשיבות בערעור והמבקשות בבקשות רשות הערעור הינן חברות שונות העוסקות בייצור ושיווק של סיגריות.

המערערת, מכבי שירותי בריאות (להלן גם מכבי), הגישה תובענה כנגד שלוש חברות סיגריות – דובק בע"מ, החברה הישראלית לסיגריות (ח.י.ס) בע"מ, ואסקוט חברה לסיגריות בע"מ (להלן ביחד דובק) – שהן יצרניות, יבואניות, ומשווקות של סיגריות, וכנגד מר זורח גהל, מנהל באותן חברות. בתובענתה, בקשה מכבי מבית המשפט טעד הצהרתי, לפיו דובק אחראית לפצותה על נזקיה בגין ההוצאות שהוציאה במתן שירותי בריאות לחבריה שחלו במחלות עקב עישון סיגריות המיוצרות, מיובאות או משווקות על ידה. דובק מצידה הגישה בקשה למחיקת התובענה על הסף מחמת היעדר עילה.

המשיבה בבקשות רשות הערעור, שירותי בריאות כללית (להלן גם שירותי בריאות), הגישה תביעה כנגד דובק, זורח גהל, ומספר חברות סיגריות זרות (כלל חברות הסיגריות בשתי התביעות תכוננה להלן חברות הסיגריות). בתביעתה, תובעת

שירותי בריאות סעד כספי, שעיקרו בפיצוי כספי שישולם על ידי חברות הסיגריות בגין עלויות טיפול שהיא השקיעה בנזקי גוף שנגרמו לחבריה עקב מחלות עישון בין השנים 1990-1998. סך הפיצוי נאמד בסכום של כ-7.6 מיליארד ש"ח, וכן נדרשו פיצויים עונשיים. שירותי בריאות תובעת גם סעד הצהרתי, לפיו חברות הסיגריות אחראיות ביחד ולחוד לכל הנזקים שייגרמו לה בעתיד בגין הטבת נזקי חבריה שנגרמו וייגרמו עקב מחלות עישון. כן היא עתרה להוצאת צווי מניעה וצווי עשה שעניינם איסור על הכללת חומרים מסוכנים בסיגריות, הפסקת שיווקן של סיגריות המכילות חומרים מסוכנים, חובת אזהרה של הציבור בדבר הסיכונים הטמונים בעישון סיגריות, ומניעת פרסומים שנועדו לעודד את העישון. חברות הסיגריות בקשו את מחיקת התביעה על הסף מחמת היעדר עילה.

5. טענתן המרכזית של קופות החולים בשתי התובענות הינה כי חברות הסיגריות יחדיו, בבחינת תעשייה שלמה וכוללת, ובאמצעות פעולות מתואמות ביניהן, גורמות להתמכרות המונית של חלקים רחבים באוכלוסיה לעישון סיגריות, ובכלל זה גם של חבריהן. פעולות החברות הן מכוונות ומתוכננות מראש, ונועדו להטעות במכוון את הציבור, ולהסתיר ממנו מידע חשוב בדבר הסיכון הטמון בעישון הסיגריות שהן מפיצות, תוך הפרת חובות גילוי החלות עליהן על פי החוק. בנסיבות אלה, אחראיות חברות הסיגריות, ביחד ולחוד, לתוצאות הישירות הנובעות מהתמכרות הציבור לעישון, אשר חובה היתה עליהן לצפותן מראש, ואשר נצפו על ידן בפועל. תוצאות אלה כוללות גם נזקי גוף קשים מהם סובלים המתמכרים לעישון, המתבטאים במחלות קשות וממושכות, וכן בעלויות הכרוכות בטיפול באותן מחלות ובמניעתן, שקופות החולים נושאות בהן. לטענת הקופות, בכך מבצעות חברות הסיגריות עוולות נזיקין ישירות כלפיהן, ובהן: רשלנות, תרמית, שקר מפגיע, והפרת חובת חקוקה. כן הן מבצעות מעשים המהווים עשיית עושר ולא במשפט. כן נטען, כי בנוסף לכל אלה, בידי הקופות גם עילת תביעה על פי [סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי](#), שעניינה בזכותן להיפרע מידי מזיק או מבטחו את הטבת הנזק המתבטאת בהוצאות שהוציאו בפועל למתן שירותי בריאות למי שנפגע עקב חבותו של המזיק על פי כל דין. עילה זו, על פי הטענה, הינה עילת תביעה ישירה, ולא עילת תחלוף (סברוגציה). מכאן, שהיא אינה חושפת את הקופות לטענות הגנה שעשויות היו לעמוד לחברות הסיגריות כלפי המבוטחים האינדיבידואליים, כגון אשם תורם והסתכנות מרצון, ואף אינה מצריכה לפרט בגידרה את נתוניו הקונקרטיים של כל מבוטח ומבוטח שנזקיו הוטבו, ולהוכיח בדרך פרטנית את אחריות חברות הסיגריות כלפי כל ניזוק בנפרד.

6. מנגד, טוענות חברות הסיגריות, כי לא עומדות לקופות עילות תביעה ישירות כלפיהן, שכן הקופות הן, לכל היותר, ניזוקים מישניים, ולא ניזוקים ישירים שכלפיהם מכוונות העילות הנטענות. על פי הטענה, מעמדן של קופות החולים בתביעות כלפי החברות הוא אך כמיטיבות נזקי הניזוקים הישירים, שהם חולי העישון. בתורת מיטיבות נזק, עילות התביעה שבידן תלויות ומותנות בהוכחת הנזק הספציפי שנגרם לניזוק ספציפי עקב הפרת חובתו של המזיק כלפיו, ואשר הוטב בידי המיטיב. תביעות קופות החולים בתורת מיטיבות נזק אינן כוללות את המרכיבים הנדרשים לצורך ביסוסן, משאין בהן כל התייחסות לאחריות הספציפית של חברות הסיגריות כלפי הניזוקים הספציפיים ולהגדרת נזקיהם נשוא ההטבה שנדרש שיפוי בגינה. עוד נטען, כי עולות הנזיקין שעל בסיסן הוגשו התביעות אינן מקימות אחריות ישירה של החברות כלפי קופות החולים, משאין קרבה ביניהן המגבשת אחריות כאמור. עילת התביעה היחידה העשויה לעמוד לזכות קופות החולים היא זו הנתונה להן בסעיף 22 ל**חוק ביטוח בריאות ממלכתי**; אולם עילה זו היא סברוגטיבית על פי טיבה, ואינה עילת שיפוי עצמאית. לצורך ביסוסה, על קופות החולים להוכיח בנפרד את זכאותו המשפטית של כל חבר קופה לסעד כלפי חברות הסיגריות, ולשם כך יש לבסס קיום חובה שהופרה מצד החברות, להתייחס לטענות הגנה שעשויות להיות בפיהן כלפי הניזוק, ולהעריך את הנזק הספציפי שנגרם לחולה העישון עקב הפרת חובת חברת הסיגריות כלפיו, ואשר הוטב על ידי הקופה. כתבי התביעה אינם כוללים כל פירוט שהוא של זהות החולים שנפגעו, ואין בהם כל התייחסות לחבות הספציפית של חברות הסיגריות כלפי הניזוקים ולהיקף הנזק הספציפי שנגרם על ידן לכל ניזוק, כנטען. התביעות נשענות על נתונים סטטיסטיים ומדגמיים בלבד, שאינם עונים על היסודות הנדרשים לביסוסן של עילות התביעה. על כן, דין התובענות להימחק על הסף.

7. בתובענה שהגישה מכבי, קיבל בית המשפט המחוזי בתל אביב את עמדת חברות הסיגריות, והורה על מחיקת התובענה על הסף מחמת העדר עילה. לעומת זאת, בתביעת שירותי בריאות, קבע בית המשפט המחוזי בירושלים כי שאלת קיומה של עילת תביעה בנסיבות ענין זה הינה שאלה מורכבת, השנויה במחלוקת פוסקים ומלומדים. בשל כך, ובהתאם להלכה הפסוקה, מן הראוי להכריע בה תוך ניהול משפט, ולאחר שמיעת ראיות וטענות הצדדים לגופם של דברים. לפיכך, בקשת המחיקה על הסף נדחתה, ובית המשפט הורה כי התביעה תתברר לגופה. כנגד החלטות אלה הוגשו הערעור ובקשות רשות הערעור שלפנינו.

להלן נעמוד ביתר פירוט על תוכן החלטות בתי המשפט קמא בנושא הדיון שלפנינו.

החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב למחוק את תביעת הקופה על הסף

8. בהחלטתו למחוק על הסף את תביעתה של מכבי, התייחס בית המשפט המחוזי בתל אביב לשתי עילות התביעה המרכזיות שעליהן הסתמכה קופת החולים – רשלנות והטבת נזק על פי סעיף 22 [לחוק ביטוח בריאות ממלכתי](#).

אשר לעוולת הרשלנות, נפסק כי עיקרה בתביעה ישירה של קופות החולים כנגד חברות הסיגריות, על בסיס הטענה כי החברות חבות זהירות ישירה כלפיהן לצפות, כיצרניות סבירות, את הנזק שייגרם לציבור מייצור סיגריות, ובתוך כך גם לקופות החולים, הסובלות נזק המתבטא בהוצאות הכבדות שהן נדרשות לשאת בהן כדי לטפל בנפגעי העישון. בית המשפט ראה קושי בביסוס עוולת הרשלנות, נוכח ריחוק הנזק בין היצרן לבין קופת החולים. לדבריו, הנזק הישיר ממעשי החברות נגרם למעשן, והוא בר פיצוי. אולם לא מתקיימת הקרבה הנדרשת בין יצרן ומשווק הסיגריות לבין קופת חולים. יצרן הסיגריות אינו צופה ואינו צריך לצפות את גרימת הנזק לקופת החולים הנובע מהוצאות הטיפוליים הרפואיים בחולי העישון; אפילו צפה נזק זה, או חייב היה לצפותו, עדיין הנזק רחוק מכדי לאפשר תביעה ישירה כזו כלפי הקופה. יתר על כן, לדברי בית המשפט, יש לראות את קופות החולים כמעין מבטחים של החולים, וכשם שאין לומר כי לחברת ביטוח קמה עילת תביעה ישירה ברשלנות כלפי המזיק בגין דמי הביטוח שהיא נדרשת לשלם למבוטחיה בשל הנזק שנגרם להם על ידי המזיק, כך אין לומר דבר דומה ביחס לקופות החולים.

מעבר לכל אלה, ניצבים שיקולי מדיניות משמעותיים התומכים במסקנה לפיה לא מתקיימת הקרבה הנדרשת בין חברות הסיגריות לבין הקופות לצורך עוולת הרשלנות. ראשית, הכרה בקרבה כזו תפתח פתח רחב מדי להגשת תביעות ביחס למוצרים מסוכנים נפוצים, על אף קיומה של הסכמה חברתית כללית בדבר שימוש נרחב בהם, כגון: כלי רכב, מזון מהיר, ומשקאות משכרים. שנית, הדבר יביא לשלילה גורפת של טענות הגנה מפי נתבעים, כגון אשם תורם, הסתכנות מרצון, הקטנת נזק, התיישנות, וטענות נוספות. לא ניתן, לדברי בית המשפט, להתיר תביעה ישירה של

הקופה, השוללת מהנתבעים טענות הגנה ממין זה. אין, אפוא, מקום להכרה בתביעת רשלנות ישירה של קופות החולים כנגד חברות הסיגריות.

יתר על כן, נפסק כי סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע הסדר סטטוטורי, המסדיר את זכותן של קופות החולים לשיפוי מהמזיק על הוצאותיהן במתן שירותי בריאות שנדרשו עקב הפרת חובותיו של המזיק כלפי החולה-הניזוק. לעמדת בית המשפט, ניתן להניח כי מדובר בהסדר שלילי, המונע מהקופות תביעות על פי דינים אחרים, מה גם שעילות תביעה על פי אותם דינים לא נועדו לחול על מערכת הנסיבות עליה מתבססות קופות החולים בתביעותיהן.

9. אשר לתביעת הקופה על פי סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, קבע בית משפט קמא, כי מדובר בבקשה לסעד הצהרתי, שעניינו בקביעה כללית כי דובק היא "מזיק" שביצע עוולות מסוימות, על מנת שניתן יהיה להגיש בעקבות הצהרה כזו כ-120,000 תביעות נוספות של כל אותם חברי הקופה שניזוקו, על פי הטענה, כתוצאה מעישון. לגישת בית המשפט, יש קושי רב בתובענה כזו, מן הטעם שהיא כרוכה בפגיעה קשה בזכות הנתבעים להתגונן. אלה אינם יודעים בפני מה ובפני מי הם מתגוננים, הם אינם יודעים באלו ניזוקים מדובר, ובאיזה שיעור נזק מדובר, ואין בידם להעלות טענות קונקרטיות ביחס לכל הוצאה רפואית שהוצאה על ידי הקופה בעניינו של ניזוק מסוים. לדבריו, סעיף 22 לחוק דן בהטבת נזק מסוימת ומוגדרת, המתייחסת לאדם מסוים שנפגע ממזיק ספציפי, שהפר את חובתו בהפרה שהיקפה מוגדר. לא ניתן ליישם הוראת חוק זו על תביעה כללית וערטילאית כמו זו שהוגשה כאן. לבסוף, נפסק כי הסעד ההצהרתי כלל אינו נחוץ למכבי, שכן יש בידיה להגיש תביעה כספית מלאה בגין כל אחד מחברי הקופה שנפגע מנזקי עישון, אשר נזקו הוטב על ידי הקופה, ואשר לטענת הקופה חברות הסיגריות הפרו חובה שבדין כלפיו. בית המשפט סירב לבקשת מכבי להתיר לה לתקן את התביעה על דרך הוספת תביעה ספציפית של חולה או חולים מסוימים, שכן, לגישתו, מדובר בתביעה שמהותה חדשה לחלוטין, להבדיל מתיקון התביעה המקורית.

החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים להותיר את התביעה בעינה ולדון בה לגופה

10. בהחלטה מפורטת ומנומקת, קבע בית המשפט המחוזי בירושלים כי תביעת שירותי בריאות עשויה לגלות עילה כנגד חברות הסיגריות, וכי ענין זה צריך להתברר

בדיון במשפט לגופו. לפיכך, אין למחוק את התביעה על הסף מחמת העדר עילת תביעה.

נקודת המוצא בהחלטה זו היא, כי מקום בו סוגיית קיומה של עילת תביעה נתונה במחלוקת מלומדים ופוסקים, יש להכריע בה לאחר דיון לגופה של התביעה, ולהימנע ממחיקת התביעה על הסף. שני נתיבי התביעה להם טענה קופת החולים – נתיב דיני הנזיקין ודיני עשיית עושר ולא במשפט, והנתיב הכרוך בסעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי – הינם מסלולים שקיומם בנסיבות ענין זה שנוי במחלוקת משפטית של ממש. לפיכך, יש להכריע בשאלות אלה במסגרת הדיון בתובענה לגופה.

11. בית המשפט התייחס לטענה לפיה סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי מהווה עילה ייחודית השוללת קיומן של עילות אחרות בידי קופות החולים. הוא הצביע לצורך כך על סעיף 61 לאותו חוק, הקובע כי החוק "בא להוסיף על הוראות כל דין ולא לגרוע ממנו", והסיק ממנו כי, על פניה, הוראה זו אינה מהווה הסדר שלילי, המונע מקופת חולים לבסס את תביעתה כלפי חברות הסיגריות גם על עילות תביעה אחרות מלבדה, כגון: רשלנות, תרמית, מטרד, והפרת חובה חקוקה, או עשיית עושר ולא במשפט. כן נקבע, כי אין לשלול מראש קיומה של קרבה משפטית בין קופת חולים לחברות הסיגריות, הנדרשת לצורך עוולת הרשלנות, וכי גם ענין זה צריך להתברר במשפט. בית המשפט הוסיף, כי עילת התביעה שבסעיף 22 לחוק אינה בהכרח עילת תחלוף, שבה עומדת הקופה בנעלי הנזיקין, אלא ייתכן כי מדובר בעילת תביעה עצמאית של קופת החולים, שאינה תלויה ומותנית בקיומה של עילת תביעה טובה בידי הנזיקין כלפי המזיק.

טענות הצדדים בערעורים

טענות קופות החולים

12. קופות החולים טוענות, כי עומדות להן עילות תביעה ישירות כנגד חברות הסיגריות, שלא דרך הנזיקים הספציפיים מעוולות חברות הסיגריות. עילות אלה הן שלוש: עילות מתחום דיני הנזיקין, המבוססות על עוולות שונות מכח פקודת הנזיקין (נוסח חדש) [להלן: פקודת הנזיקין]; עילה בגין עשיית עושר ולא במשפט; ועילה מכח סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. לטענתן, שאלת קיומן של עילות התביעה השונות מהווה, למצער, שאלה משפטית שיש לה פנים לכאן ולכאן. לפיכך, מן הראוי

שלא להכריע בה בשלב המחיקה על הסף, טרם שמיעת הראיות והטענות, אלא להותיר למשפט להתנהל לגופו.

הקופות מפרטות את עיקרי עילותיהן, אחת לאחת:

13. דיני הנזיקין: מכבי מתרכזת בטיעונה, לענין דיני הנזיקין, בעוולת הרשלנות. שירותי בריאות מוסיפה כי עומדות לה, לגישה, גם עילות תביעה כנגד חברות הסיגריות מכח אחריות לנזק שנגרם על ידי דבר מסוכן, מטרד לציבור, היפר חובה חקוקה, נזק ראייתי, תרמית, הטעייה על פי חוק הגנת הצרכן, ועוד. טענותיהן המרכזיות של קופות החולים לענין עילות התביעה הנטענות מכח דיני הנזיקין הן אלה:

14. ראשית, היחסים בין הקופות לבין חברות הסיגריות עומדות במבחני ה"קרבה", ה"שכנות", וחובת הזהירות, כפי שעוצבו בהלכה הפסוקה, לצורך גיבושה של עוולת הרשלנות. כך, ההסתברות לקרות הנזק היתה גבוהה ביותר. חברות הסיגריות ידעו שהעישון, אותו הן עודדו, וגרמו במכוון להתמכרות לו, גורם לתחלואה קשה בציבור, וכי קופות החולים תישאנה, בסופו של יום, בהוצאות הטיפוליים הנדרשים לריפוי חולי עישון שניזוקו. חברות הסיגריות היו בעמדה הטובה ביותר למנוע את הסיכון, כגון על ידי הימנעות מייצור סיגריות מסוכנות ומהטעיית הציבור בקשר להן. החברות הפיקו תועלת כלכלית רבה מהפעילות הזו, שגרמה לסיכון רב, כשאינן בצידה ערך חברתי חיובי שראוי להגן עליו. נטען, כי הנזק הכספי שנגרם לקופות החולים עקב הטבת נזקיהם של חולי העישון הוא רב, וכי נזק זה פגע ביכולתן להעניק טיפול רפואי ראוי לחולים אחרים. כמו כן, יש ליתן משקל מיוחד לכך שפעולות חברות הסיגריות היו מכוונות. הגורמים המייצרים ומפיצים סיגריות היו נמנעים ממכירת מוצרים מסוכנים, ומעידוד התמכרות האוכלוסיה לאותם מוצרים, אילו ידעו כי חלה עליהם אחריות ישירה כלפי נותני שירותי בריאות, שעיקרה במניעת הסיכונים הכבדים הנלווים לעישון הסיגריות המופצות על ידם. כל אלה מצביעים, על פי הטענה, על קיומו של אינטרס ציבורי מובהק לקבוע קיומה של חובת זהירות ברשלנות, הן מושגית והן קונקרטי, החלה על חברות הסיגריות כלפי קופות החולים.

עוד נטען, כי שיקולי מדיניות שונים תומכים במסקנה כי קיימת "שכנות" בין קופות החולים לבין חברות הסיגריות. מדיניות ראויה שמה לה למטרה שלא לאפשר ליצרן מוצר מסוכן לפעול במזיד להטעיית הציבור באשר לאופיו של המוצר אותו הוא

מייצר ומשווק, וחותרת למנוע ממנו מלבצע במכוון ובסתר פעולות הגורמות להתמכרות האוכלוסייה לאותו מוצר, המסכות נזק רב למתמכר. יש לחייב את אותו יצרן לפצות גופים כגון קופות החולים, אשר פועלים ללא כוונת רווח, ואשר כל משאביהם מופנים למתן שירותים רפואיים לחבריהם. כן נטען, כי בין סיגריות לבין מוצרים מסוכנים נוספים, כגון כלי רכב ומזון מהיר, קיימים הבדלים מהותיים. הניקוטין שבסיגריות הוא חומר ממכר, ויצרני הסיגריות פעלו במכוון להעצמת פעולתו; יתר על כן, פרט לנזקי העישון, לא קיימת בצד העישון כל תועלת חברתית; ועוד, עוצמתם של נזקי העישון גדולה לאין שיעור מנזקיהם של מוצרים אחרים, באופן שמצדיק אבחנה ביניהם.

עוד טוענות קופות החולים, כי קיימים הבדלים מהותיים בינן לבין מבטחים מסחריים רגילים. בניגוד למבטחים רגילים, קופות החולים אינן רשאיות לגבות פרמיות גבוהות יותר ממעשנים, או להפלות בין חבריהן בהתאם למידת אשם התורם בגרימת נזקיהם. קופת החולים אינה "קונה סיכון" כמבטח מסחרי, אלא כל תושב מקבל את השירות הרפואי המלא המגיע לו על פי החוק, בלא קשר לאשמו. לכן האנלוגיה למבטח מסחרי בענייננו אינה ישימה. ומכל מקום, גם ממבטח רגיל, המעניק למבוטח תשלום בגין נזק שנגרם לו, לא נשללת הזכות לתבוע את גורם הנזק בתביעת שיבוב.

15. לטענת קופות החולים, תביעותיהן כנגד חברות הסיגריות הן "ישירות" באופיין. מדגישה שירותי בריאות, כי תביעה מושתתת על נזק ישיר שנגרם לה על ידי חברות הסיגריות, ובכלל זה, על "נזקים מערכתיים" ישירים שנגרמו לה, כגון הצורך לבצע פעולות מניעה שונות עקב התנהלותן של חברות הסיגריות. לפיכך, אין מדובר בנזק מצרפי של המבוטחים, ולכן תביעות אלה אינן חשופות לטענות הגנה פרטניות – כגון אשם תורם, הסתכנות מרצון, והתיישנות – שעשויות היו לעמוד לחברות הסיגריות כנגד המעשנים עצמם. היסוד לתביעה ה"ישירה" הוא, כי בעת ביצוע מעשיהם או מחדליהם, חברות הסיגריות היו חייבות לצפות, ואף צפו, כי שיעור מסוים מכלל הציבור יעשן את מוצריהם; כי כתוצאה מכך, ייגרמו למעשנים נזקים בריאותיים; וכי נזקים אלה יגררו עלויות הכרוכות בטיפול רפואי – עלויות המוטלות על כתפי קופות החולים, מכח תפקידן על פי דין. מכאן, על פי הטענה, חלה אחריות ישירה על חברות הסיגריות כלפי קופות החולים לפצותן על נזקיהן, אף אם חלק מהניזוקים הסתכנו מרצון בכך שעישנו מהסיגריות שהופצו בידי החברות, או שחלות כלפיהם טענות הגנה אפשריות אחרות. עוד נטען, כי נוכח תפקידן של קופות החולים, כמעניקות למבוטחיהן

טיפול רפואי על פי דין, אין לאפשר טענות הגנה בדבר "אשם" כלשהו של מבוטחיהן, או לאפשר למזיקים להעלות כלפיהן טענות הגנה אחרות המכוונות כלפי הניזוקים.

16. עשיית עושר ולא במשפט: קופות החולים טוענות, כי הן נאלצו להגיש שירותי בריאות לחולי עישון רבים, אשר נפגעו בבריאותם עקב עוולות חברות הסיגריות, בעוד חברות אלה מתעשרות ממכירת מוצריהן המזיקים. הטבת נזקי הבריאות של חולי העישון מפחיתה מהפיצוי שהחברות חבות בו כלפי הניזוקים כשיעור ההטבה. יש בכך משום התעשרות שלא כדין של החברות כלפי קופות החולים בשיעור ההטבה. קיומה האפשרי של עילת תביעה מכח דיני עשיית עושר ולא במשפט די בה, לטענת קופות החולים, כדי להצדיק את בירור תביעותיהן לגופן.

17. סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי: לגישתן של קופות החולים, הוראת סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי מעניקה להן זכות תביעה ישירה ועצמאית כלפי מזיקים, בגידרה זכאיות הקופות לשיפוי מן המזיקים בגין הטבת נזק שהעניקו לחולי העישון. עילת תביעה זו מותנית בשלושה תנאים: קיומו של נזק למבוטח; קיומה של אחריות המזיק כלפי הניזוק; והטבת נזקו של המבוטח על ידי קופת החולים. הוראת חוק זו אינה מחייבת הוכחה פרטנית של אחריות המזיק כלפי כל ניזוק, ואף אינה מחייבת מתן הזדמנות לנתבעים להעלות טענות הגנה פרטניות המתייחסות לניזוקים, וזאת במובחן מטענות הגנה שהחברות רשאיות להעלותן כלפי קופות החולים עצמן. לגישת קופות החולים, מכיוון שעילת התביעה על פי סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי מבוססת על מצגיהן של חברות הסיגריות כלפי הציבור בכללותו, ועל נזקיהן הישירים של הקופות, אין כל רלבנטיות לצורך עילה זו לטענות הגנה אפשריות של חברות הסיגריות כלפי מעשנים ספציפיים, כגון הסתכנות מרצון ואשם תורם.

עוד נטען, כי תכליתו הכללית של חוק ביטוח בריאות ממלכתי היא לאפשר מתן שירותי בריאות ברמה המיטבית האפשרית לכל תושבי ישראל. כדי להגשים תכלית זו, יש לאפשר לקופות החולים להתמודד עם "מזיק-על", כדוגמת חברות הסיגריות, בתביעה ישירה, ולאפשר להן לקבל שיפוי של הסכומים שהוציאו מבלי להידרש לפרט את נתוניהם הפרטניים של המעשנים שניזוקו מהעישון, ומבלי להתחייב בהגשת מאות אלפי תביעות בשמם. יש גם להסתפק, לצורך הוכחת הנזק של חברי הקופות, בהבאת ראיות מדגמיות וסטטיסטיות שיצביעו על מספרם של חולי העישון ועל סכומי הוצאות שהקופות הוציאו לריפוי חולים אלה.

18. לגישתן של קופות החולים, סעיף 22 לחוק [ביטוח בריאות ממלכתי](#) אינו מהווה הסדר שלילי, המונע מהן אפשרות להגיש תביעות כנגד מזיקים על פי עילות תביעה המתבססות על דינים אחרים.

טענות חברות הסיגריות

19. לטענת חברות הסיגריות, תביעות הנזיקין הישירות שהגישו נגדן קופות החולים אינן יכולות לעמוד. זאת, ראשית, מטעמים של ריחוק הנזק. תביעות קופות החולים מושתתות על הפסד כלכלי רחוק ועקיף, שלגביו לא מתקיימת הקרבה הנדרשת לצורך גיבושה של עוולת הרשלנות. כן נטען, כי שיקולי מדיניות מטים את הכף כנגד הכרה בנזק מסוג זה שנגרם לקופות החולים כמקום עילת תביעה. הכרה בעילת תביעה כזו מביאה לשלילת טענות הגנה העומדות לנתבעים, דרך כלל, כנגד מעשנים אינדיבידואליים, כגון אשם תורם והסתכנות מרצון. כמו כן, קבלת עמדת קופות החולים בענין זה עלולה להביא לכך שכל יצרן של מוצרים מסוכנים – כגון מכוניות ואלכוהול – יהיה חשוף לתביעות מצד גורמים רחוקים. תוצאה כזו אינה רצויה כענין של מדיניות שיפוטית, המחייבת איזונים בין שיקולים שונים, והיא עלולה אף לגרום להצפת תביעות משפטיות.

שנית, טוענות חברות הסיגריות כי תביעות קופות החולים הן תביעות מיטיבות נזק, הקשורות קשר בל ינתק בקיום אחריות החברות כלפי הניזוקים הספציפיים, בהפרת האחריות, ובגרימת נזק עקב ההפרה, המהווה נשוא ההטבה. כדי לבסס תביעה מיטיב, יש הכרח בביסוס אחריות המזיק כלפי הניזוק, ובהוכחת הנזק הפרטני שנגרם לניזוק עקב ההפרה, שאותו היטיבה קופת החולים. הוכחת האחריות כאמור מותנית גם בטענות הגנה שיש למזיק כלפי הניזוק. בלא עמידה בחובת הוכחה זו, לא תצלחנה תביעות קופות החולים בתורת מיטיבות.

20. עוד טוענות חברות הסיגריות, כי לא תוכל לקום לקופות החולים גם עילת תביעה מכח דיני עשיית עושר ולא במשפט. חברות הסיגריות לא קיבלו דבר מקופות החולים, ועל כן הן אינן עונות להגדרת "זוכה" [שבסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט](#), התשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר). אף "טובת ההנאה" שהתובעות מבקשות כי תושב להן, קרי – הרווחים שהופקו ממכירת הסיגריות, לא באו מקופות

החולים, אלא מרוכשי הסיגריות. ועוד, לא הוכח כל קשר בין רווחיהן של חברות הסיגריות לבין הוצאות הטיפול הרפואי שהעניקו קופות החולים לחבריהן. יתר על כן, הטיפול הרפואי שמעניקות קופות החולים אינו בגדר התנדבות, אלא בגדר חובה הנובעת מן החוזה בינן לבין חבריהן ומחוק [ביטוח בריאות ממלכתי](#). לפיכך, קופות החולים לא פרעו חוב של אחר (חברות הסיגריות), אלא את חובן שלהן; ומשכך, הן אינן יכולות להיבנות מהוראות [הסעיפים 4 ו-5](#) לחוק עשיית עושר. ולבסוף, חוק עשיית עושר חל רק כאשר אין בחוק אחר הוראות מיוחדות לאותו ענין; בענייננו, סעיף 22 לחוק [ביטוח בריאות ממלכתי](#) מהווה הוראה מיוחדת, השוללת את תחולתו של חוק עשיית עושר לגבי תביעתן של קופות החולים כנגד חברות הסיגריות.

21. לגישתן של חברות הסיגריות, תביעות קופות החולים אינן יכולות לעמוד גם ככל שהן מתבססות על סעיף 22 לחוק [ביטוח בריאות ממלכתי](#). זאת, מאחר שהוראת חוק זו, כמו [החוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים \(הטבת נזקי גוף\)](#), התשכ"ד-1964 (להלן: חוק הטבת נזקי גוף) שקדם לה, מקנה לקופת חולים שהיטיבה נזק גוף של מבוטח עילה לתביעת תחלוף בלבד, שבה היא ניצבת בנעלי המבוטח. הוראה זו אינה מקימה עילת תביעה ישירה של הקופות כנגד חברות הסיגריות, שהיא בלתי תלויה בזכויות המבוטח. משמעות הדבר היא, כי קופות החולים נדרשות להוכיח את הקשר הסיבתי בין התנהגות חברות הסיגריות הנתבעות לבין הנזק שנגרם לכל אחד מהניזוקים הספציפיים שאת נזקיהם הן היטיבו. כמו כן, זכאותן של קופות החולים לשיפוי כפופה לכל טענות ההגנה שעשויות לעמוד לחברות הסיגריות כלפי המבוטחים, המגדירות את היקף אחריותן של החברות ואת היקף ההפרה והנזק. מטעמים אלה, תביעות כוללניות מסוג אלה שהוגשו על ידי קופות החולים אינן יכולות לעמוד; הן אינן כוללות את הנתונים החיוניים להוכחה ביחס לכל ניזוק וניזוק שנזקו, הקשור קשר סיבתי להפרת אחריות חברות הסיגריות כלפיו, מהווה תנאי הכרחי לביסוס התביעות.

חברות הסיגריות מוסיפות, כי אף אם תוגדר עילת התביעה העומדת לקופות החולים מכח סעיף 22 לחוק [ביטוח בריאות ממלכתי](#) כעילה "עצמאית" או "בעלת סממנים עצמאיים", ולא כעילה סברוגטיבית טהורה, עדיין תהיה זכות ההשבה על פי אותה הוראה תלויה בהוכחת אחריות החברות כלפי הניזוקים הספציפיים. לטענתן, לא ניתן, בכל מקרה, לעקוף בתביעת מיטיב את הצורך לפרט ולהוכיח את העובדות המהותיות המקימות עילת תביעה ספציפית של הניזוקים הספציפיים כלפי המזיקים הספציפיים.

22. עוד טוענות חברות הסיגריות, כי סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי מהווה הסדר שלילי, השולל מקופות החולים את האפשרות לתבוע החזר של הוצאות ההטבה על פי עילות תביעה מכח דינים אחרים. על פי הטענה, ההסדר בסעיף 22, בדומה ליתר מנגנוני השיבוב הסטטוטוריים, יוצר איזון ראוי בין זכויות הצדדים כולם: הוא מבטיח את זכות השיפוי של קופת החולים כלפי המזיק, בגין הוצאות רפואיות שהיא הוציאה עקב מעשה נזיקין שביצע המזיק כלפי הניזוק, הוא המוטב; מנגד, הוא אינו פורץ את גבולות מושגי היסוד בנזיקין, אלא מקנה למיטיב עילת תביעה קונבנציונאלית בגין נזקים ממשיים שנגרמו לו בשל מעשה נזיקין שבוצע כלפי המוטב. בדרך זו, גם זכויותיהם המשפטיות של המזיקים נשמרות, ולא נשללות מהם טענות הגנה העומדות להם כלפי הניזוקים. מנגנוני הגנה ואיזון אלה יתרוקנו מתוכן אם ניתן יהיה לעקפם באמצעות הכרה בקיומה של עילת תביעה ישירה בידי הקופות כלפי החברות, שאינה בנויה על האיזונים האמורים.

הכרעה

23. ההליך לפנינו הוא בעל אופי טרומי, ובו נטען כי תביעות קופות החולים אינן מגלות עילות תביעה כנגד חברות הסיגריות. הענינים המחייבים הכרעה הם אלה: במישור הדיוני – מהם השיקולים המנחים לענין מחיקת תביעה על הסף בשל העדר עילה; במישור המהותי – האם כתבי התביעה בשני ההליכים הנדונים אכן מציגים עילות תביעה הראויות לבירור לגופן. בגדרו של המישור המהותי, יש לחלק את הדיון לשני תחומים עיקריים: האחד – האם קמה עילת תביעה ישירה לקופות החולים כנגד חברות הסיגריות, בין בעילות שונות מכח פקודת הנזיקין ובין בעילה של עשיית עושר ולא במשפט. השני – האם קמה לקופות החולים עילת תביעה כלפי חברות הסיגריות מכח סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, מה טיבה של עילה זו, מהם התנאים להיווצרותה, והאם תביעות קופות החולים מניחות את התשתית המתאימה לצורך בירורה.

נבחן שאלות אלה, אחת לאחת.

המישור הדיוני

הליך המחיקה על הסף

24. המסגרת הדיונית להליך שבפנינו הינה [תקנה 100\(1\) לתקנות סדר הדין האזרחי](#), התשמ"ד-1984, לפיה רשאי בית המשפט לצוות על מחיקת כתב תביעה אם אין הכתב מראה עילת תביעה. המבחן לקיומה של עילת תביעה לענין זה הוא האם "התובע, בהנחה שיוכיח את העובדות הכלולות בתביעתו, זכאי יהיה לקבל את הסעד המבוקש על-ידו" ([ע"א 109/49 חברה להנדסה ולתעשייה בע"מ נ' מזרח שירות לביטוח, פ"ד ה 1585, 1591 \(1951\)](#)). יש למחוק כתב תביעה על הסף בשל העדר עילה מקום ש"אפילו יוכיח התובע את כל 'העובדות המהותיות' אשר פירש בו, לא יזכה בפסק דין, משום שאין לצדו חוק המטיל על הנתבע את החובה, עקב העובדות המפורשות בכתב התביעה, להיענות לתובע" (יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 384-385 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך, 1995)). תכליתה של הוראה זו למנוע דיוני סרק והוצאת משאבי ציבור לשווא בניהול תביעות שאין להן תכלית. יחד עם זאת, הכרעה בגורל התביעה בטרם נשמעו ראיות וטיעונים לגופן של עילות התביעה מהווה אמצעי קיצוני, שיש בו כדי להגביל את נגישותם של תובעים לערכאות. לכן, יש לנקוט בו בזהירות המתחייבת, ולהפעילו רק מקום שנעלה מספק שאין סיכוי, ולו קלוש ביותר, לקבלת התביעה, אם תישמע לגופה. יתר על כן, במסגרת חובת המידתיות הדיונית, ומשיקולי יעילות, מקום שבו ניתן לתקן את כתב התביעה כך שיגלה עילת תביעה, יש להעדיף פתרון זה על פני מחיקת כתב התביעה ([ע"א 1/62 כרמי נ' שעשוע, פ"ד טז 1190, 1199 \(1962\)](#); [ע"א 3755/03 בן חמו נ' טנא נגה \(שיווק\) 1981 בע"מ \(פורסם בבנו\), 12.9.2004](#)); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 166 (מהדורה תשיעית, 2007)). מחיקת התביעה בשל העדר עילת תביעה אינה מחסום בפני הגשת תביעה חדשה שתבסס על עילה מוכרת על פי הדין.

25. יש, ובקשה למחיקה על הסף מצריכה הכרעה בשאלות חוק נכבדות, ואף כאלה שטרם נדונו במישרין בהלכה הפסוקה. מצד אחד, קיימת גישה לפיה ראוי כי שאלות מסוג זה תיבחנה במשפט גופו, על רקע נתונים שיוכחו בפועל, ולא על יסוד הנחות עובדתיות בלתי מוכחות, שהליך מחיקה על הסף מחמת העדר עילה מניח את קיומן ([המ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה, פ"ד ח 1317, 1331 \(1954\)](#)) (להלן: ענין וינשטיין)). עם זאת, בית משפט זה נקט במשך שנים בגישה אחרת, ולא נסוג מבחינת שאלות עקרוניות, ובכלל זה שאלות הקשורות בסוגיית היקף האחריות בנזיקין, גם בשלב המקדמי של הליך למחיקת תביעה על הסף, וזאת מטעמי יעילות והוגנות כלפי הצדדים המתדיינים והציבור (ענין וינשטיין, שם; [ע"א 3510/99 ולעס נ' אגד, פ"ד נה \(5\) 826](#)

(2001); ע"א 429/82 מדינת ישראל נ' תמר סוהן, פ"ד מב(3) 733 (1988)). במיוחד כך הדבר, כאשר הערכאה הדיונית נכנסה לעובי הקורה, ומשאבים דיוניים רבים הושקעו על ידי הצדדים בליבון הסוגיה. בענייננו, השאלה העקרונית העולה בהליכים אלה נדונה לגופה בידי שופטי בתי המשפט המחוזיים, והושקעו בכירורה מאמצים ניכרים מצד כל הצדדים המעורבים בהתדיינות. בנסיבות אלה, נראה כי טעמי יעילות והוגנות ההליך המשפטי מצדיקים כי נכריע אף אנו בסוגיית מעמדן של עילות התביעה בתביעות קופות החולים כנגד חברות הסיגריות המונחות לפנינו, ולא נותיר הכרעה זו לבירור במסגרת דיון והכרעה בתביעות לגופן.

26. לצורך בירור סוגיית קיומן של עילות תביעה בהליכים שלפנינו, נניח כי טענות העובדה שהעלו קופות החולים בתביעותיהן הן עובדות שהוכחו במשפט. על פי הנחה דיונית זו, חברות הסיגריות, במשך השנים, נהגו במשותף, ובתיאום ביניהן, בפעולות מכוונות ומתואמות שנועדו לעודד התמכרות המונית לעישון סיגריות המיוצרות על ידן, תוך הסתרת מידע שהיה ברשותן בדבר הסיכון הבריאותי הטמון בשימוש בסיגריות. כן יש להניח, לצורך הענין, כי חשיפה לעישון סיגריות מהווה גורם המגביר את התחלואה במחלות קשות בקרב ציבור המעשנים, שעליהם נימנים גם חברים בקופות החולים; וכי בעקבות מחלות קשות אלה, שלקו בהן חבריהן, נאלצו קופות החולים להשקיע ממון רב במתן שירותי בריאות להטבת נזקי הגוף של החולים מקרב מבוטחיהם שנפגעו מנזקי העישון; הוא הדין בכספים שהושקעו על ידי הקופות לצורך ביצוע פעולות-מנע שנועדו להרחיק את הציבור מעישון. כן יש להניח, לענייננו, כי חברות הסיגריות יכלו לצפות, ואף צפו מראש, כי התנהגותן בייצור סיגריות המזיקות לבריאות, והפעולות שעשו לקידום מכירותיהן לציבור, עלולות לגרום נזק הן למעשנים, כניזוקים ישירים, והן לקופות החולים, כניזוקים מישניים, שתאלצנה להיטיב את נזקיהם הבריאותיים של חולי העישון.

27. לצורך השלמת מערכת ההנחות העובדתיות, יש לתאר בתמצית את הנתונים שמציגות הקופות בתביעותיהן לשם הוכחת עילותיהן:

הקופות אינן מתייחסות בתביעותיהן לחולי עישון ספציפיים, ואינן מתיימרות לזהות את המזיק הספציפי האחראי כלפי הניזוק הספציפי. אין בכתבי התביעה התייחסות לאחריית המזיק הספציפי כלפי הניזוק המסוים, להפרת האחריות, ולהיקף הנזק שנגרם לניזוק בגין ההפרה. אין גם פירוט של ההטבה שניתנה על ידי הקופה,

במסגרת שירותי הבריאות, לחולה העישון, ואין קישור כלשהו בין גובה ההטבה שניתנה לגובה הנזק הספציפי שנגרם לניזוק כתוצאה מהעישון.

בתביעת מכבי מובאים נתונים סטטיסטיים בדבר מספר נפגעים ממחלת הסרטן לסוגיה, תוך ציון האחוז של תרומת העישון לפרוץ המחלה במהלך שנים מסוימות. כן הוצגה טבלה של הוצאות הקופה לטיפול במחלת הסרטן לסוגיה (פרק ג' לכתב התביעה). בפריט של רפואה מונעת (סעיפים 10, 11 ו-12 לכתב התביעה) אין כל הערכה כספית של הוצאות הקופה שהוצאו בגין מרכיב זה.

בתביעת קופת חולים כללית, שבה נדרש סעד כספי של 7.605 מיליארד ש"ח, נטען כי אחוזים מסוימים מתחלואת הסרטן נגרמים מעישון (סעיף 74 לכתב התביעה), ומובאת טבלה של עלויות גלובליות לקופה בגין נזקים הנובעים מעישון לשנים 1990 עד 1998 עקב מחלות סרטן, כאשר בצד כל שנה מובא סכום כספי בלא פירוט. סיכומם של סכומים אלה מביא לסכום הסעד המבוקש בתביעה (סעיף 76 לכתב התביעה).

על בסיס הנחות אלה, יש לבחון האם כתבי התביעה בענייננו כוללים עילות תביעה משפטיות העשויות לזכות את קופות החולים בסעד מן הסעדים שהתבקשו על ידן.

גדר המחלוקת ותחימת השאלות המשפטיות הטעונות הכרעה

על אף רוחב היריעה, גדר המחלוקת בענייננו מתמצה בשאלות המרכזיות הבאות:

במישור המשפט המצוי –

ראשית, האם סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, בענין הטבת הנזק, מהווה הסדר של "ייחוד עילה" לענין תביעות קופות החולים כנגד המזיק; האם יש בו כדי לשלול מהקופות עילות תביעה אחרות כנגד המזיק, שמקורן בדינים אחרים?

שנית, אם התשובה לשאלה הראשונה היא בשלילה, ואין בסעיף 22 משום ייחוד עילה, האם קמות לקופות עילות תביעה ישירות כלפי חברות הסיגריות בנזיקין או בעשיית עושר ולא במשפט, מבחינת יסודות העילות שעליהן לבסס?

שלישית, מהי מהותה של עילת התביעה הנתונה בידי קופות החולים כלפי המזיק מכח סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, ומהם מרכיביה הטעונים הוכחה; האם כתבי התביעה של קופות החולים בענייננו מכילים את המרכיבים הנדרשים לצורך ביסוסה של עילה זו?

במישור המשפט הרצוי –

נסקור את הסוגיות המשפטיות העולות בענייני נזקים המוניים ודרכי ההתמודדות עימן במשפט ההשוואתי; ונבחן את הלקחים שיש להפיק מכך במסגרת המשפט הרצוי.

עילת "הטבת נזק" על פי סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי – האם הסדר "ייחוד עילה" השולל מהמיטיב עילות תביעה אחרות?

28. סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי מורה:

"הטבת נזק

22. קופת חולים או נותן שירותים, שנתנו שירותי בריאות למי שחלה או למי שנפגע ממזיק, זכאים להיפרע את הטבת הנזק מהמזיק או ממבטחו, או מכל אדם אחר, בשל חבותם לפי כל דין או לפי כל חוזה ביטוח, בסכום ההוצאות אשר הוציאו בפועל למתן שירותי הבריאות למי שנפגע או שחלה כאמור..."

שאלה היא, האם עילה זו לשיפוי בגין הטבת נזק הנתונה לקופות החולים שוללת מהן אפשרות הגשת תביעה כלפי מזיקים בעילות אחרות מכח דינים אחרים, העשויות להקנות להם סעדים. שאלה זו היא בעיקרה שאלה פרשנית של ההסדר החקיקתי, על פי נוסחו ותכליותיו.

29. סעיף 22 מדבר במעמדן של קופות החולים כמיטיבות נזקיהם של החולים, ובזכותן לתבוע מהמזיק שיפוי על הוצאות שהוציאו בתורת מיטיבות נזק. בעבר, הן בספרות המשפטית והן בפסיקה, ניכרה נטייה שלא להכיר במעמדו של מיטיב לתבוע מהמזיק שיפוי בגין הטבה שהעניק לניזוק, בלא הסדר מפורש שיתיר זאת בחוק. וכך

נקבע, כי בהעדר עילה הנתונה למיטיב בהוראת חוק ספציפית, לא תקום לו זכות תביעה כנגד המזיק: "משניתנה ההטבה על-פי חובה שבדין, שהוטלה על המיטיב, נכללה, בדרך-כלל, במעשה החקיקה, שמכוחו ניתנה ההטבה, זכות השבה למיטיב מאת המזיק... אך הטבה שניתנה על יסוד חובה שבחובה, או, בהעדר כל חובה, כמעשה של חסד, לא העניקה מעמד למיטיב, ביחסיו עם הניזוק" (דוד קציר פיצויים בשל נזק גוף כרך ב 1323 (מהדורה חמישית, 2003) (להלן: קציר נזק גוף); י' אנגלרד, א' ברק ומ' חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 659 (ג' טרסקי עורך, מהדורה שנייה, 1976) (להלן: תורת הנזיקין הכללית); דניאל פרידמן ונילי כהן "ריבוי חייבים" דיני חיובים – חלק כללי 214-215 (דניאל פרידמן עורך, 1994) (להלן: פרידמן וכהן "ריבוי חייבים"); נינה זלצמן "הטבת נזק גוף לפי חוק הטבת נזקי גוף: יחסי מזיק-מיטיב-מוטב" עיוני משפט ד 621, 622, 624 (התשל"ו) (להלן: זלצמן "הטבת נזק גוף"); ע"א 153/54 וידר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 1246 (1956); ע"א 134/56 הסוכנות היהודית לא"י נ' שכטר, פ"ד יא 1329 (1957) (להלן: ענין הסוכנות היהודית); ע"א 331/75 "מבטחים" מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ נ' פלאצי, פ"ד לב(1) 63, 67-68 (1977) (להלן: ענין "מבטחים"); ע"א 5557/95 סהר נ' אלחדד, פ"ד נא(2) 724, 737-738 (1997) (להלן: ענין סהר)).

הטעם העיקרי שניתן לאי-הכרה בזכות המיטיב כלפי המזיק בהעדר הסדר חקיקתי מפורש נבע מריחוקו של הנזק ביחסים שבין המיטיב למזיק, ומקיום ספק בקיומו של קשר סיבתי בין ההטבה שניתנה על ידי המיטיב לבין עוולת המזיק.

בענין הסוכנות היהודית נדונה, בין השאר, תביעת מעביד כנגד מזיק לפיצוי על משכורת ששילם לעובדו הניזוק שנפגע מהמזיק, וזאת על סמך עילה משפטית הבנויה על חבות נזיקית ישירה בין המעביד למזיק. הטענה נדחתה בהנמקה הבאה (מפי מ"מ הנשיא ש"ז חשין): "המשיב [המזיק] לא חב כל חובת זהירות כלפי [המיטיב]... נזק מסוג זה הוא מכל מקום מרוחק מדי ממקור הרשלנות. שום אדם בר-דעת לא היה צופה מראש נזק כזה, ולא יכול היה – ומשום כך לא חייב היה – לעשות כל מעשה סביר כדי למנועו. המעביד, שלא כנפגע עצמו... אינו בגדר 'שכן', שלו חייב המזיק חובת זהירות, ואינו בא בתחום הסכנה שעל המזיק לצפות לה..." (שם, בעמ' 1332).

בע"א 77/55 שכטר נ' הולצר, פ"ד י 124 (1956) העיר השופט ויתקון ביחס לתביעת מיטיב כנגד מזיק: "מעשה הנזק אינו ה-causa causans, הגורם המכריע

לקבלתה [של ההטבה], אלא ה-*causa sine qua non* בלבד" (שם, בעמ' 125; גד טדסקי "הטבת נזקי-גוף ע"י הלא אחראי לנזיקין" הפרקליט כא 237, 238 (1965) (להלן: טדסקי "הטבת נזקי גוף"); תורת הנזיקין הכללית, בעמ' 643). על פי גישה זו, לא מעשה הנזק, אלא החובה מן הדין או מכח חוזה, או מעשה התנדבות, הם שהניעו את המיטיב להעניק לניזוק את ההטבה, ומכאן שלא נוצרת יריבות בינו לבין המזיק המצדיקה תביעה ישירה לפיצוי על ההטבה, כך על פי עמדה זו. ואכן, ההנחה המקובלת היא, כי חוק הטבת נזקי גוף הוא שביסס לראשונה את מעמדו המשפטי של המיטיב כלפי המזיק – מעמד שעד לחקיקתו לא הוכר, או לפחות היה נתון בספק גדול (קציר נזק גוף, כרך ב, בעמ' 1328).

30. סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, הדומה בתוכנו ובמהותו לחוק הטבת נזקי גוף, מעלה את השאלה האם מלבדו, נתונה לקופות החולים זכות תביעה כלפי המזיק מכח עילות תביעה כלליות (תורת הנזיקין הכללית, בעמ' 646).

לכאורה, הספק שהיה קיים ביחס למעמד המיטיב לתבוע את המזיק קודם לחקיקת חוק הטבת נזקי גוף וחוק ביטוח בריאות ממלכתי מטה את הכף למסקנה שרק הסדרים חקיקתיים אלה הם המקנים למיטיב מעמד לתבוע בתביעה כזו. ומכאן, שאין עומדת לו אפשרות לתבוע על פי עילות מכח דינים אחרים. אולם מנגד, סעיף 8 לחוק הטבת נזקי גוף, הוא עצמו ניצב כנגד מסקנה זו, בקובעו כי חוק זה לא התכוון "לגרוע מזכותו של מיטיב לתבוע את הטבת הנזק לפי עילה אחרת, ובלבד שלא יגבה לפי כל תביעותיו יותר מסכום הטבת הנזק". משמע, החוק הכללי להסדרת מעמדו של מיטיב נזק גוף ראה לנגד עיניו אפשרות כי המיטיב יתבע את זכויותיו מהמזיק לא רק על פיו, אלא גם על פי עילות אחרות, ובלבד שלא יזכה בכפל פיצוי (זלצמן "הטבת נזק גוף", בעמ' 628). וכך, אף שבעבר, בטרם חקיקת החוק, הועמדה זכות התביעה של המיטיב כלפי המזיק, למצער, בספק, הרי משנחקק החוק, לא נשללה זכותו של המיטיב לתבוע גם מכח דינים אחרים.

עם זאת, ראוי לציין כי הטעמים שבשלם הוטלה זכות התביעה של המיטיב בספק קודם לחקיקת החוק עשויים להקרין במישרין על מידת הסיכוי של המיטיב לבסס עילת תביעה כנגד המזיק על פי הדין הכללי, מבחינת יכולת העמידה בהוכחת מלוא מרכיביה של העילה.

לקביעת חוק הטבת נזקי גוף בדבר העדרו של הסדר "ייחוד עילה" משמעות מהותית גם לעניינו של סעיף 22 לחוק [ביטוח בריאות ממלכתי](#), העוסק באותה מאטריה עצמה. חוק זה אמנם אינו כולל הוראה דומה לסעיף 8 לחוק הטבת נזקי גוף, אך מאידך, הוא קובע בסעיף 61 לו כי "חוק זה בא להוסיף על הוראות כל דין ולא לגרוע ממנו". קביעה זו, ביישומה לעניינו, עשויה לרמז על כך שסעיף 22 לא התכוון לשמש הסדר שלילי ביחס לעילות תביעה נוספות העשויות לעמוד למיטיב כלפי המזיק.

31. במבט כללי, יש והחוק עצמו מתייחס במפורש לשאלה האם ההסדר הקבוע בו יוצר "ייחוד עילה".

הוראה בולטת היוצרת "ייחוד עילה" היא זו שבסעיף 8(א) לחוק [פיצויים לנפגעי תאונות דרכים](#), התשל"ה-1975, הקובע: "מי שתאונת דרכים מקנה לו עילת תביעה על פי חוק זה... לא תהיה לו עילת תביעה על פי [פקודת הנזיקין](#) בשל נזק גוף, זולת אם נפגע בתאונה שנגרמה על-ידי אדם אחר במתכוון".

חוקי התגמולים השונים מכילים בדרך כלל התייחסות לשאלת קיומן של זכויות תביעה מכח דינים אחרים. על פי [חוק הנכים \(תגמולים ושיקום\)](#), התשי"ט-1959 [נוסח משולב], ניתן לנקוט בהליכים על פיו וגם על פי דין אחר, אך לא לגבות פיצויים על פי שניהם (סעיפים 36-36); עומר יעבץ חוק הנכים – חקיקה, פסיקה והבטים משפטיים 263-272, 276-282 (1999); [ע"א 507/79 ראונדנאף \(קורן\) נ' חכים, פ"ד לנ" \(2\) 757, 766-767, 797-799, 803, 806-807 \(1982\) \(להלן: ענין ראונדנאף\)](#); [ע"א 1162/96 וייס נ' מאק, פ"ד נג" \(2\) 79 \(1999\) \(להלן: ענין וייס\)](#). חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (סעיף 323) וחוק שירות המדינה (גימלאות) [נוסח משולב], התש"ל-1970 (סעיף 34) מחייבים ברירה בין הסדרי התגמול על פיהם, לבין ההסדרים על פי חוקים אחרים.

32. השאלה האם הוראת דין פלונית יוצרת "ייחוד עילה", ומונעת את תחולתם של הסדרי דין אחרים, מוכרעת, ברגיל, במסגרת הוראותיהם של דברי החקיקה הרלבנטיים. בקשר לחוקי התגמולים נאמר: "משהעמיד המחוקק, בצד דיני הנזיקין, מערכת פיצויים נוספת, נוצרים, מטבע הדברים, יחסי גומלין בין שתי המערכות, ומתעוררות שאלות של 'התנגשות דינים'. יש שההסדר מעניק לניזוק בחירה חופשית בין שתי המערכות; יש שההסדר הסטוטורי מעניק לניזוק אפשרות של צירוף המערכות, ויש

שהמבנה המשפטי מביא לשחרור הניזוק מאחריות בניזיקין... בסופו של דבר, נעשית ההכרעה בכל מקרה ומקרה על-פי הוראותיו הספציפיות של החיקוק הנוגע בדבר" (ענין ראונדנאף, בעמ' 797 (השופט ברק)).

כאשר החיקוק הרלבנטי אינו נותן מענה ברור וישיר לשאלה האם נוצר מכוחו "ייחוד עילה", מתהווה שאלה פרשנית מורכבת יותר, שיש לבחון אותה במשקפי הפרשנות התכליתית. אכן,

"האם כאשר חוק מסוים קובע כי מי שממלא אחר תנאים מסוימים בא בשעריו, פירוש הדבר כי מי שאינו ממלאם ואינו בא בשעריו לא יבוא בשערי שום חוק אחר?... שאלות אלה ואחרות תקבלנה מענה באמצעות פרשנות ראויה הנעשית על-פי תכלית החוק... המקרה הברור והקל הוא כאשר החוק האחר מכיל הוראה מפורשת המוציאה תחולת כל חוק אחר (למשל [סעיף 8 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים](#), תשל"ה-1975 הקובע 'ייחוד העילה' באופן שמי שמוקנית לו עילה על פי החוק, לא תהיה לו עילה על-פי [פקודת הנזיקין](#) [נוסח חדש]...)..." (רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. [יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב\(4\) 289](#), 418, 420 (1998) (השופט שטרסברג-כהן); השוו אהרן [ברק פרשנות במשפט כרך א](#) – תורת הפרשנות הכללית 467-469 (1992); אהרן [ברק פרשנות במשפט כרך ב](#) – פרשנות החקיקה 112-115 (1993); אהרן [ברק פרשנות תכליתית](#) במשפט 107-109 (2003)).

33. בענייננו, נראה כי סעיף 22 [לחוק ביטוח בריאות ממלכתי](#) לא התכוון לשלול מקופות החולים אפשרות לתבוע את הטבת נזקייהם על פי עילות אחרות מכח הדין הכללי, ככל שעילות כאלה עומדות להן מבחינת מהותן, ומבחינת היסודות הטעונים הוכחה כתנאי לקבלת סעד על פיהן. הטעמים העיקריים לכך הם בעיקרם אלה:

ראשית, הנחת המוצא היא כי ככל שהחוק לא קבע במפורש אחרת, אין זה ראוי לחסום תובע מהגשת תביעה על יסוד עילות שונות מהדין הכללי שהועמדו לרשות צד נפגע, כל עוד הוא אינו מקבל פיצויי החורג מנזקו הממשי. הנחה זו שואבת חיזוק מהתפיסה על פיה זכאי אדם לסעד על פי כל דין שהוא עומד בתנאיו, אלא אם כן הוגבל בכך. שנית, העילה בגין הטבת נזק האמורה בסעיף 22 [לחוק ביטוח בריאות ממלכתי](#) דומה בתוכנה ובתכליותיה לעילת הטבת הנזק על פי חוק הטבת נזקי גוף. חוק אחרון זה קובע במפורש כי קיום עילה למיטיב על פיו אינו שולל קיומה של עילה על פי חוק

אחר, ובלבד שלא ישולם לתובע על פי כלל תביעותיו יותר מסכום הטבת הנזק (סעיף 8). רעיון דומה ותכלית דומה בחוק מקביל ישימים גם לענייננו. ושלישית, מצטרף לכל אלה סעיף 61 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, המורה כי חוק זה בא להוסיף על הוראות כל דין אחר ולא לגרוע מהן. יוצא, אפוא, כי לא רק שאין בחוק ביטוח בריאות ממלכתי הוראה המייחדת את עילת המיטיב לעילה על פי סעיף 22 לחוק זה בלבד, אלא נקבע בו כי הוראות חוק זה, ועילה זו בכללן, באות להוסיף על הוראות כל דין אחר ולא למעט מהן.

שיקולים אלה, בהצטרבם, מטרים את הכף לעבר המסקנה כי עילת המיטיב כלפי המזיק על פי סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי אינה ייחודית, ולכן בצד עילה זו, פתוחות בפני המיטיב גם עילות אחרות כלפי המזיק מכח הדין הכללי. שאלה אחרת היא, מה נדרש מהקופות לצורך ביסוס עילותיהן מכח הדין הכללי ומכח סעיף 22 כדי לזכות בסעדים המבוקשים בכתבי התביעה.

עילות נזיקין ועשיית עושר ולא במשפט – האם עומדות לקופות החולים על פי כתבי התביעה?

סיווג תביעות קופות החולים

34. קופות החולים תובעות תביעה ישירה את חברות הסיגריות על העלויות שנגרמו להן עקב תחלואת חבריהן כתוצאה מעישון סיגריות, שחברות הסיגריות אחראיות, על פי הנטען, לגרימתה.

בפתיח לתביעת מכבי נאמר:

“עניינה של תובענה זו הוא עתירה למתן הצהרה לפיה הנתבעים אחראים לנזקי התובעת בגין הוצאות שהיא מוציאה עקב תחלואה הנגרמת מעישון סיגריות המיוצרות, מיובאות, ו/או משוקות ע”י הנתבעים”.

בסעיף 45(ג) לתביעת שירותי בריאות כללית נאמר:

“התובעת היא זו שנשאה בעול הכלכלי הכבד ובעלויות הטיפול בנזקי הגוף שנגרמו כתוצאה ממעשי הנתבעים”.

הסעד ההצהרתי המבוקש על ידי מכבי, והסעד הכספי המבוקש על ידי שירותי בריאות, נועדו להביא לתוצאה שחברות הסיגריות תחוייבנה בעלויות השירותים הרפואיים שקופות החולים נושאות בהן לצורך טיפול בתחלואת חברי הקופות הנגרמת בשל נזקי עישון שהחברות אחראיות להן. הסעדים נועדו, אפוא, לפצות את הקופות על עלויותיהן במתן טיפולים רפואיים לניזוקים הישירים מנזקי העישון. מדובר, על כן, בתביעות קופות החולים בתורת מיטיבות נזקם של החולים, המבקשות להיפרע מחברות הסיגריות, בתורת המזיקות, את הטבת נזקן עקב עוולות שבצעו המזיקות כלפי המעשנים הניזוקים.

35. אעיר במאמר מוסגר, כי קופות החולים טענו, בנוסף לנזקי הטבת הנזק העיקריים, הקשורים בשירותי בריאות שניתנו לחולי העישון, גם ל"נזקים מערכתיים" שנגרמו להן, לטענתן. עניינם של אלו, בעיקר, בשירותי הרפואה המונעת שהוענקו למבוטחים, שאף הם רכיב בשירותי הבריאות הניתנים על פי סל שירותי הבריאות (סעיף 6(א)(1) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי). שירותי הרפואה המונעת אינם מזהים תמיד עם ניזוק מסוים, וחלקם מוענק לטובת מבוטחים שכלל לא לקו בתחלואת עישון. בהקשר זה ציינו קופות החולים בדיקות שערכו לאיתור מוקדם של תחלואות עישון בקרב המבוטחים המעשנים, ארגון קורסים לגמילה מעישון, והפעלת מערך הסברה למניעת עישון, הכולל הפצת עלונים ופרסומים בתקשורת (סעיפים 10-12 לתביעת מכבי). השאלה האם נזקים מעין אלה – "נזקי המניעה" ("preventive loss") – הינם בגדר נזקים ברי תביעה, אינה פשוטה (רונן [פרי ריקושטים כלכליים](#) 13 (2002) (להלן: פרי ריקושטים); Paul D. Rheingold, *Mass Tort Litigation* 655 *passim* (1996); ; Ariel Porat & Alex Stein, *Tort Liability Under Uncertainty* 72, 114-15 (2001)). בין כך ובין כך, תביעות הקופות מושתתות, רובן ככולן, על שירותי הבריאות שנתנו לצורך טיפול בתחלואת העישון, ונראה כי עלות מערך המניעה הינה זניחה לעומתן. קופות החולים לא טרחו אף לציין את עלויותיו של מערך המניעה הכללי שהקימו, בניגוד לפירוט סכומי העתק שהשקיעו, לטענתן, בהטבת נזקי הגוף שנגרמו למבוטחיהן עקב מחלות העישון. נתייחס, אפוא, בהמשך, אל עיקרון של תביעות הקופות כאל תביעות המתבססות על נזק מישני של מיטיבות נזק לפרעון הטבת הנזק מהמזיק.

הקשר מזיק-ניזוק-מיטיב

36. הסוגיה בענייננו קשורה קשר מובהק למערכת המצבים בהם מתקיים קשר משולש בין שלושה גורמים – המזיק-הניזוק-והמיטיב – ונקבע היחס ביניהם. דרך התנהלותן של חברות הסיגריות גרמה, על פי ההנחה, לנזקי גוף בקרב חברי קופות החולים. קופות החולים העניקו, מכח חובתן החוקית, ועל חשבון תקציבן, שירותים רפואיים לחולים מבין חבריהן שחלו עקב נזקי העישון. בכך, מהוות קופות החולים מיטיבות נזקי גוף: הן ביצעו פעולות הטבה שנועדו לתקן נזקי גוף, למנוע החמרתם או למנוע היווצרות נזקים נוספים, או להקל על סבלם של הניזוקים (הגדרת "הטבת נזק" [בסעיף 2 לחוק הטבת נזקי גוף](#); סעיף 22 [לחוק ביטוח בריאות ממלכתי](#); פרי ריקושטיים, בעמ' 405). אכן, "בעקבות התרחשותו של מעשה נזק, עשויה לקום שורת פעולות של זרים למעשה, הקשורות בו במובן זה שאלמלא ארע לא היו נעשות כלל. אותם זרים הינם מיטיבי נזק, שכן פעולתו של כל אחד מהם באה מחמת הנזק, ומתוך כוונה להיטיבו" (זלצמן "הטבת נזק גוף", בעמ' 621). למעמדה של קופת חולים בתורת מיטיבת נזק התייחס בית משפט זה באומרו:

"הטיפולים הרפואיים שמקבל ויקבל הניזוק מקופת חולים הינם בגדר טובת הנאה שלה הוא זכאי מצד שלישי, המיטיב. המצב דומה לסיטואציה השכיחה, שבה מתקיימים שלושה גורמים בזירה: המזיק-הניזוק-והמיטיב, ומתעוררת שאלת היחסים – הזכויות והחובות – במישור יחסים משולש זה" (השופט אור בענין סהר, בעמ' 748).

37. מבחינה מושגית, בהיותן מיטיבות נזק, קופות החולים אינן בגדר "ניזוק ישיר" ממעשי העוולות שבוצעו, לכאורה, בידי חברות הסיגריות כלפי ניזוקי העישון. נזקיהן, הנובעים מתחלואת העישון של חבריהן, הם בבחינת "נזק עקיף" או "נזק מישנה", הנגזר מנזקיהם של חברי הקופות שנפגעו בשל עישון הסיגריות. לולא נזקי הגוף שנגרמו למבוטחי הקופות עקב עישון הסיגריות, לא היה מתהווה נזק שעל הקופות להיטיבו, וממילא לא היה נגרם להן חסרון כפי עקב כך. תביעות קופות החולים הן, אפוא, במהותן, תלויות נזקי הגוף שנגרמו לחבריהן.

על מהותו של נזק המישנה, ועל סיווגו כתלוי קשר סיבתי בנזק העיקרי שנגרם לניזוק העיקרי, עמד בית משפט זה, באומרו:

"סיווג ניזוקים כנפגעים עיקריים או כנפגעי-משנה הוא פועל יוצא של התחקות אחר אופיו של הקשר הסיבתי שבין הנזק שנגרם להם לבין ההתנהגות העוולתית. הניזוק העיקרי הוא מי שהפגיעה בו – בגופו או ברכושו – היא תוצאה ישירה של העוולה; הניזוק המשני הוא מי שנפגע כתוצאה מן הפגיעה שהוסבה לאחר. לכל פגיעה ישירה יכולות להיות כמובן מגוון של השלכות פריפריאליות, כאבן הנופלת למקווה מים והודפת סביבה מעגלים מתרחקים. הנפגעים בנפשם אשר צפו באירוע מהווים אך תת-קבוצה אחת של נפגעי המשנה. על הקבוצות האחרות נמנים, למשל, התלויים בניזוק, מיטיבי הנזק, מעבידו של הניזוק ונפגעים נוספים. הקו המקשר בין כל אלה הוא העובדה שהפגיעה בהם – מקורה בפגיעה באינטרס אחר, לא להם. פרט לכך, נראה שרוב השונה על הדומה ביניהם, ומשכך, חלים כללים שונים על קטיגוריות שונות של נפגעי משנה" (המשנה לנשיאה ריבלין בע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק, פסקה 22 (פורסם בנבו), 5.6.2007) (הדגשה לא במקור)).

קופות החולים הן, אפוא, בבחינת "ניזוקות מישניות", הטוענות לנזק שנגרם להן כתוצאה מפגיעה ומנזקים ישירים שהוסבו לאחרים.

מהותן של תביעות קופות החולים כמיטיבות נזק והיסודות המחייבים הוכחה

38. משסיווגנו את תביעות קופות החולים כתביעות מיטיבים, הבנויות על נזק מישני שנגרם להן כתוצאה מנזקיהם העיקריים של חולי עישון, יש להגדיר את היסודות המהותיים המרכיבים את עילותיהן של הקופות בתורת מיטיבים.

נקודת המוצא לענין זה היא, כי קופות החולים הינן מיטיבות נזק, שספגו נזק מישני הנגזר מנזקו הישיר של הניזוק-המוטב. הנחה זו כופפת את תביעת מיטיב הנזק לקיומה של אחריות משפטית של המזיק כלפי הניזוק, אשר נזקו, פרי הפרת אחריותו של המזיק, הוטב על ידי המיטיב. תביעת המיטיב, הנגזרת מאחריות המזיק כלפי הניזוק ומהנזק שנגרם מהפרתה, אינה עומדת על רגליה היא. היא קשורה ואחווה בקשר הדוק באחריות המזיק כלפי הניזוק ובהיקף הנזק שנגרם בעקבות הפרתה (דנ"א 5712/01 ברזני נ' בוק, פ"ד נז(6) 385 (2002); ע"א 1977/97 ברזני נ' בוק, פ"ד נה(4) 584 (2001)).

39. הסדרתו של משולש היחסים מזיק-ניזוק-מיטיב תוארה לא אחת כ"סבוכה" (ענין וייט, בעמ' 86; [ע"א 370/79 פרפלוצ'יק נ' מוטס, פ"ד לד \(3\) 551, 553 \(1979\)](#)). נהוג לסווגה כענף בדין העוסק בריבוי חייבים (פרידמן וכהן "ריבוי חייבים", בעמ' 173; שחר ולר [חוק חוזה הביטוח](#), תשמ"א-1981 כרך ב 257 (פירוש לחוקי החוזים מיסודו של ג' טדסקי, 2007) (להלן: ולר ביטוח)). המיטיב והמזיק עשויים למצוא עצמם מחוייבים יחדיו כלפי הניזוק, הגם שאופיים של החיובים שהם חבים לניזוק עשויים להיות שונים זה מזה. בעוד חיוב המזיק הוא לתשלום כסף, חיוב המיטיב כלפי הניזוק עשוי להשתקף במתן שירותים רפואיים ואחרים, ולא דוקא בתשלום כסף. ייחודו של ענף "מיטיבי הנזק" בתחום דיני ריבוי החייבים הוא שמקור החיוב של כל אחד מהחייבים כלפי הניזוק שונה זה מזה באופן מהותי. בעוד שחיובו של המזיק כלפי הניזוק נגזר מדיני הניזוקין, והוא מוחזק כמי ש"אחראי" לגרימת הנזק, חיובו של המיטיב נובע מהדין או מחוזה, והוא אינו מוחזק "אחראי" לנזק (פרידמן וכהן "ריבוי חייבים", בעמ' 91; [רע"א 1193/90 מדינת ישראל נ' הפול – חברות הביטוח הישראליות בע"מ, פ"ד מה \(4\) 230, 239-240 \(1991\)](#) (להלן: ענין "הפול")). הבדל חשוב זה משפיע על מערך השיקולים והאיזונים הנוגעים לזכויות הצדדים המעורבים. לעיתים, המיטיב אינו חייב להיטיב את הנזק כלפי הניזוק, והטבת הנזק על ידו נעשית בהתנדבות. היותו של מיטיב בבחינת מתנדב משפיע אף הוא על טיב האיזונים הנדרשים (זלצמן "הטבת נזק גוף"; טדסקי "הטבת נזקי גוף", בעמ' 255; אברהם מאיר "חוק לתיקון דיני הניזוקין (הטבת נזקי גוף)", תשכ"ד-1964 הפרקליט כא 502, 506 (1965) (להלן: מאיר "הטבת נזקי גוף"); גד טדסקי "הטבת נזקי גוף שבאו בגלל 'רשלנות' הניזוק" הפרקליט כא 371, 375-376 (1965) (להלן: טדסקי "רשלנות הניזוק")).

40. יהא אשר יהא מעמדו של המיטיב מבחינת מידת מחוייבותו להיטיב את נזקו של הניזוק, שלושה כללים מרכזיים עומדים ביסוד מערכת היחסים המשולשת מזיק-ניזוק-מיטיב. הכלל הראשון הוא – כי תביעת המיטיב כלפי המזיק אינה אמורה להטיל עליו אחריות כוללת החורגת מזו שהוא חב בה בגין הפרת אחריותו כלפי הניזוק. הכלל השני הוא – כי הניזוק אינו זכאי לפיצוי החורג מגבולות הנזק הכולל שנגרם לו: "ראשית, המזיק חייב בפיצויים רק כשיעור הנזק שנגרם לניזוק. אין ההטבה צריכה לגרור אחריה חיוב גדול יותר של המזיק מכפי שהיה נושא בו אלמלא ההטבה. שנית, הניזוק זכאי לפיצוי שלא יפחת מנזקו, אך אין ליתן לו פיצוי כפול" (ענין סהר, בעמ' 748; [ד"נ 24/81 חונוביץ נ' כהן, פ"ד לת \(1\) 413, 428-429 \(1984\)](#) (להלן: ענין

חוננוביץ); ע"א 61/55 מגן צ'טווד בע"מ נ' גרוסברג, פ"ד י 190 (1956). הכלל השלישי הוא – כי למיטיב עומדת זכות שיפוי כלפי המזיק על ההטבה שהעניק לניזוק בגין נזק שנגרם לו מהפרת אחריות המזיק כלפיו, אולם שיעור השיפוי אינו יכול לעלות על שיעור הנזק שנגרם לניזוק ממעשי המזיק, והוא מוגבל להטבה שהוענקה בפועל.

מכח עקרונות אלה יוצא, אפוא, כי בבסיס מערכת היחסים המשולשת האמורה עומד היחס שבין המזיק לניזוק, המתבסס על הפרת אחריות הראשון כלפי השני בהיקף נזק מוגדר. כניסתו של המיטיב לתמונת היחסים שבין המזיק לניזוק אינה משנה את פני מערכת היחסים הבסיסית שבין הצדדים הישירים לעוולה, הנותרת כציר מרכזי עליו נשענת תביעת המיטיב לשיפוי נזקו מהמזיק. וכך, הניזוק יקבל את הטבת נזקו בשיעור נזקו הממשי, ולא למעלה מכך; המיטיב יקבל מהמזיק שיפוי של סכום ההטבה שהעניק לניזוק, אך זאת בגבולות אחריותו של המזיק ולא למעלה ממנה; ואילו המזיק ישא בחובת פיצוי כוללת על הנזק הממשי שגרם לניזוק, ולא מעבר לכך, וישפה את המיטיב רק עד לגבולות אחריותו, ולא מעבר לה. על פי מקבילית כוחות זו, אין במתן ההטבה לניזוק כדי לשנות את האיזון הקיים על פי הדין בין המזיק לניזוק, והטבת נזקו של הניזוק – בין במלואו ובין בחלקו – אינה משנה מאיזונים אלה. אין בה כדי לשנות מן הכלל כי המזיק ישא בנטל הפיצוי רק בגבולות אחריותו, ואילו הניזוק לא יזכה בפיצוי החורג מהנזק שנגרם לו. כניסתו של המיטיב למערכת היחסים בין המזיק לניזוק הינה כ"גורם ביניים" העשוי לשנות, מבחינת המזיק, את היעד שאליו מכוונים כספי הפיצוי שהוא חב לניזוק, אולם אין בכך כדי לשנות את הדין המהותי בדבר מהות אחריותו של המזיק, והיקף הנזק בגין הפרתה, הנותרים בעינם (קציר נזק גוף, כרך ב, בעמ' 1311).

41. מעקרונות אלה נובעת המסקנה הבאה: ככלל, וככל שלא נקבע אחרת בדין, תביעתו של מיטיב כנגד מזיק לשיפוי נזקי ההטבה מותנית בהוכחת אחריותו של המזיק כלפי הניזוק, בבירור היקף הפרתה של אחריות זו, ובבחינת היקף הנזק שנגרם לניזוק הקשור קשר סיבתי להפרה. היקף השיפוי לו זכאי המיטיב מותנה בשיעור ההטבה שניתנה, ובכל מקרה אינו יכול לעלות על גבולות הנזק שגרם המזיק לניזוק עקב הפרת אחריותו כלפיו.

טעמי ההכרה בזכות המיטיב להיפרע את נזקו

טעמי ההכרה בזכות השיפוי של מיטיב כלפי מזיק מבהירים את מהות כפיפותה של תביעת המיטיב להוכחת אחריותו המשפטית של המזיק כלפי הניזוק.

הכרה בזכות השיפוי של המיטיב למניעת התעשרות שלא כדין של המזיק

42. מבין ההצדקות הרבות שהועלו להכרה בזכות השיפוי של מיטיב כנגד מזיק, נתמקד בשתיים מהמרכזיות שבהן (ולר ביטוח, כרך ב, בעמ' 249-256). הראשונה מביניהן נטועה בעקרונות של עשיית עושר ולא במשפט (רע"א 7817/99 אבנר איגוד לביטוח נ' קופת חולים מכבי, פ"ד נז(3) 49, 62 (2003) (להלן: ענין אבנר); ע"א 357/79 המוסד לביטוח לאומי נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד לה(1) 393, 399 (1980) (להלן: ענין המוסד לביטוח לאומי); פרידמן וכהן "ריבוי חייבים", בעמ' 184). לפיה, הכרה בזכות ההשבה של המיטיב מעוגנת בצורך למנוע התעשרות שלא כדין של המזיק על חשבון המיטיב (השוו: Hanoch Dagan & James J. White, *Government, Citizens, and Injurious Industries*, 75 N.Y.U. L. Rev. 354, 364 (2000) (להלן: Dagan & White)). הטבת נזק על ידי המיטיב "מעשירה" בראש ובראשונה את המוטב. אולם היא מעשירה גם את המזיק, שהרי כמידת ההטבה שהעניק המיטיב לניזוק, כך קטנה אחריותו של המזיק לפיצוי הניזוק על הנזק שהוטב. ההטבה מצמצמת, אפוא, את נזקו של הניזוק, ואלמלא חובת השיפוי החלה על המזיק כלפי המיטיב, הוא היה מתעשר על חשבון המיטיב, שלא על פי זכות שבדין, בשיעור ההטבה שניתנה לניזוק בגדרו של הנזק בר הפיצוי שנגרם לו (Charles Mitchell, *The Law of Contribution and Reimbursement* 119 (2003) (להלן: Mitchell)).

הרציונל של מניעת התעשרות שלא כדין של המזיק, העומד בבסיס ההכרה בתביעת המיטיב לשיפוי על נזק ההטבה, קושר אף הוא את תביעת המיטיב להוכחת אחריות המזיק כלפי הניזוק ולהגדרת היקף ההפרה ושיעור הנזק שנגרם בעקבותיה. שהרי, במצבים בהם אין למזיק אחריות משפטית כלפי הניזוק, כגון שלא הוכח קשר סיבתי בין העוולה שביצע לבין הנזק שנגרם, או שלא הוכח היקף הנזק שנגרם, ממילא לא הונח בסיס משפטי להנחה כי הטבת נזקו של הניזוק בידי המיטיב העשירה שלא כדין את המזיק. שהרי גם אלמלא ניתנה ההטבה, לא היה המזיק חייב לשלם פיצוי כלשהו לניזוק. הרציונל לתביעת המיטיב כלפי המזיק, המעוגן בתורת ההתעשרות שלא כדין, מניח, אפוא, כי תביעת המיטיב תתבסס על אחריות מוכחת של המזיק כלפי הניזוק, ועל היקף מוכח של נזק שנגרם לניזוק בעקבות הפרתה.

הכרה בזכות השיפוי של המיטיב להגשמת התכליות הכלליות של דיני הנזיקין

43. הצדקה נוספת להכרה בתביעת השיפוי של המיטיב כלפי המזיק נטועה בהגשמת התכליות של דיני הנזיקין. במצב הדברים הרגיל, שבו קיימת יריבות בין המזיק לבין הניזוק, מטילים דיני הנזיקין חובה על המזיק לשלם לניזוק פיצוי כספי בגין הנזק שנגרם לו באשמו. בכך מוגשמות מטרות מרכזיות של דיני הנזיקין – העמדת הניזוק, במונחים כספיים, ככל האפשר במצב בו היה נתון אלמלא מעשה הנזיקין; השתת עלות הנזק על המזיק בשל אשמו; ויצירת הרתעה יעילה של מזיקים פוטנציאליים מפני ביצוע עוולות (אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות" לאימוצה ויישומה" עיוני משפט כא 191, 198 (1998); תורת הנזיקין הכללית, בעמ' 28; [ע"א 10064/02](#) "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פסקאות 41-42 ([פורסם בנבו], 27.9.2005)).

כניסתו של מיטיב לתמונה הופכת את מצב הדברים למורכב יותר. בהטבת הנזק, משיב המיטיב את מצבו של הניזוק לקדמותו, בין כולו ובין בחלקו. בכך, מקיים המיטיב את התכלית העיקרית של דיני הנזיקין, להשיב את מצב הניזוק לקדמותו. הטלת חובה על המזיק לפצות את הניזוק בשיעור הנזק שכבר הוטב תביא לתוצאה של כפל פיצוי לניזוק, שהמשפט מבקש להימנע ממנה, בהיותה מנוגדת לעיקרון השבת מצב הניזוק לקדמותו ([ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו\(3\) 762, 777 \(1982\)](#)). היא עשויה אף להפחית מהתמריץ כלפי ניזוקים לנקוט באמצעי זהירות ולהימנע מאשם תורם (ולר ביטוח, כרך ב, בעמ' 253). מנגד, הגבלת חבותו של המזיק רק לגבולות יתרת הנזק שנגרם לניזוק, אשר לא הוטב, תביא אף היא לתוצאה לא רצויה. פרט לתכלית השבת מצבו של הניזוק לקדמותו, שהוגשמה באמצעות הטבת הנזק, תסוכלנה תכליותיו הנוספות של דין הנזיקין: המזיק לא ישא במלוא עלות הנזק שגרם באשמו; עלולה להיגרם הרתעת-חסר של מזיקים; ולא יוגשם במלואו עקרון הצדק המתקן (פרי ריקושטיס, בעמ' 711; קציר נזק גוף, כרך ב, בעמ' 1309-1314). הכללתו של המיטיב במערכת יחסים משפטית זו, והכרה בתביעתו כלפי המזיק לשיפוי בגין שיעור ההטבה שהעניק לניזוק בגבולות אחריותו של המזיק, הינה חיונית להגשמת מכלול תכליות דיני הנזיקין, והיא שמאפשרת את יצירת שיווי המשקל המאוזן והראוי בין הניזוק, שנזקו הוטב, לבין המזיק, שטרם נשא במלוא הנזק שהוא חייב בו בגין הפרת אחריותו.

השגת תכליות דיני הנזיקין על כל היבטיהם מחייבת מנגנון משפטי אשר יבטיח כי המזיק ישא במלוא הנזק שגרם לו, אך לא ישא בחבות פיצוי העולה על היקף אחריותו; כי הניזוק יקבל פיצוי בגין מלוא נזקו, בין מהמזיק, בין מהמיטיב, ובין משניהם, אך לא יזכה בכפל פיצוי; וכי המיטיב יזכה לשיפוי בגבולות ההטבה שהעניק לניזוק, אך לא מעבר לגבולות אחריותו של המזיק. וכך, "המזיק משלם את מלוא הנזק, ולא למעלה ממנו. אין מענישים אותו. הניזוק אינו מקבל פיצוי כפול. אין מעשירים אותו. המיטיב מקבל את הטבתו חזרה. ציפיותיו הסבירות מתגשמות, ואין הוא נותן מתנת חינם למזיק, שביקרו אין הוא חפץ" (דברי השופט ברק בענין חונוביץ, בעמ' 431).

רציונלים אלה עומדים ביסוד ההכרה בזכות ההשבה של המיטיב. נובע מהם, כי תביעת המיטיב להשבת ההטבה כפופה להוכחת קיומה של אחריות משפטית של המזיק כלפי הניזוק, ולחבות המזיק לפצות את הניזוק על נזק שנגרם לו עקב הפרת האחריות, בגבולות ההטבה שהוענקה. ויתור על דרישת ההוכחה של האחריות המשפטית החלה על המזיק כלפי הניזוק, כתנאי להכרה בזכות השיפוי של המיטיב, יפגע באיזון הפנימי שדיני הנזיקין יוצרים בין המזיק לניזוק, ויסכל את תכליותיו העיקריות. ויתור כזה עלול להוביל לחיובו של המזיק מעבר לתחומי אחריותו, וסופו לפגוע בדרישות הצדק וההגינות שדיני הנזיקין חותרים להגשימן (פרי ריקושטיס, בעמ' 715).

44. המסקנה המתבקשת מניתוח זה היא כי, ככלל, תנאי סף לגיבוש עילת התביעה של המיטיב כלפי המזיק הינו קיומה של אחריות משפטית של המזיק כלפי הניזוק ביחס לנזק שהוטב. בתביעת מיטיב כנגד מזיק לשיפוי של שווי ההטבה שהעניק לניזוק יש להוכיח, למצער, התנהגות עוולתית מצד המזיק כלפי הניזוק, וקשר סיבתי בין אותה התנהגות לבין הנזק שהוטב.

זהו הדין אף במשפט המקובל, מקדמת דנא. גם בגדרו, הוכחת אחריותו המשפטית של מזיק כלפי ניזוק הינה תנאי בלעדיו אין לגיבוש עילת התביעה של המיטיב כלפי המזיק (Mitchell, בעמ' 122-125; *Thompson & Norris Manufacturing Co. v. Haws*, (1895) 73 L.T. 369, 371 (C.A.); *Simpson & Co. v. Thomson*, (1877) (3 App. Cas. 279, 284 (H.L.)).

תביעת מיטיב כנגד מזיק: כפיפות התביעה לטענות הגנה מהותיות של המזיק כנגד הניזוק

45. שאלה נוספת הכרוכה באיפיונה של תביעת המיטיב כנגד המזיק הינה – מה מעמדן של ההגנות המהותיות העומדות למזיק כלפי הניזוק ביחס למעשה העוולה המיוחס לו; האם טענות אלה עומדות לו גם בתביעת המיטיב? לא למותר להדגיש, כי בענייננו נודעת חשיבות מיוחדת לטענות הגנה מסוג "אשם תורם" ו"הסתכנות מרצון" ביחסים שבין חברות הסיגריות לבין ציבור המעשנים הבוגרים.

46. ככלל, עקרון היסוד בדיני הנזיקין, לפיו המזיק חב במלוא הנזק שגרם לו על פי שיעור אחריותו, מחייב כי יותר לו להעלות טענות הגנה העומדות לו כלפי הניזוק, העשויות לפטור אותו מאחריות או להקטין את היקפה. טענות הגנה אלה בפי המזיק יפות לא רק בתביעת הניזוק כלפיו, אלא גם בתביעת המיטיב כלפיו לפיצוי על שיעור ההטבה שהעניק לניזוק.

כבר עמדנו על כך, כי ההסדרים השונים במשולש היחסים מזיק-ניזוק-מיטיב נשלטים בידי מספר עקרונות מרכזיים. עקרון מרכזי אחד הוא כי ההטבה אינה אמורה להרע את מצבו של המזיק ביחס למצב בו היה נתון אלמלא ההטבה; קיומה של הטבה אינו אמור לאפשר את חיובו של המזיק בנזק שהוא אינו אחראי לו. יישום עיקרון זה מוביל ממילא להכרה בטענות הגנה מהותיות שיש בפי המזיק כלפי הניזוק, ובקיומה של זכות להעלאתן לא רק בתביעה ישירה שבין הניזוק למזיק אלא גם בתביעת המיטיב כלפי המזיק. ככל שלא תוכר זכותו של המזיק להעלות את טענות ההגנה האמורות, עלול המזיק להימצא אחראי בהיקף אחריות רחב מכפי אשמו בפועל. חוק הטבת נזקי גוף מכוון לתוצאה המאפשרת למזיק להעלות כלפי המיטיב טענות הגנה העומדות לו ביחס לניזוק. זאת הוא עושה, ראשית, בהגדרו בסעיף 2 את זכותו של המיטיב להיפרע מהמזיק את הטבת הנזק "עד כדי סכום שהמזיק היה חייב למוטב על פי כל דין" בשל גרימת נזק הגוף, אלמלא הוטב הנזק על ידי המיטיב. חבות המזיק על פי כל דין נתחמת, בין היתר, בהתחשב בטענות הגנה שיש בפי המזיק כלפי הניזוק. יתר על כן, רמז למקומן של טענות הגנה כאלה בתביעת מיטיב מצוי גם [בסעיף 9](#) לחוק הטבת נזקי גוף, הקובע:

"בית המשפט הדין בתביעה לפי חוק זה רשאי, לבקשת המיטיב, לקבל כראיה על אחריות לנזק ועל רשלנות

תורמת כל קביעה לענין זה בפסק דין שניתן בתביעת פיצויים עקב אותו נזק ואין עליו ערעור עוד" (הדגשה לא במקור).

משמעות הוראה זו היא, כי בתביעת מיטיב כלפי מזיק להיפרע את כספי ההטבה, טענת הגנה בדבר רשלנות תורמת הינה חלק ממערך ההוכחה של אחריות המזיק וקביעת היקפה.

בהיות סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי דומה במשמעותו לזכות המיטיב על פי חוק הטבת נזקי גוף, יש להניח כי דין דומה חל גם בעניינו, על דרך האנלוגיה (ראו גם טדסקי "הטבת נזקי גוף", בעמ' 255; מאיר "הטבת נזקי גוף", בעמ' 506).

47. שאלה היא, האם יתכנו מצבים שבהם תהיה הצדקה לסטות מהעקרונות הנזכרים, ולאפשר ניהול תביעה של מיטיב כנגד מזיק תוך מניעת זכותו של האחרון להעלות טענות הגנה שיש בפיו כלפי הניזוק, כגון אשם תורם והסתכנות מרצון. כך, למשל, מקום שבו ביצע המזיק מעשה עוולה מכוון, בודעו שנזק שייגרם בעקבותיו יוטב על ידי המיטיב. וביתר שאת, כאשר מדובר במיטיב ציבורי, הפועל ללא כוונת רווח, המחוייב להיטיב גם נזקים של ניזוקים ברי אשם, ואינו רשאי להפלות בינם לבין ניזוקים תמי לב, בין בטיב השירות ובין במחירו. התשובות לשאלות אלה הן בשלילה. גם בנסיבות קיצוניות מעין אלה – אשר לטענת קופות החולים מתקיימות בעניינו – אין עילה בדין, ואין עילה במושגי הצדק המתקן, לסטות מהעקרון המחייב הכפפה של תביעת המיטיב כלפי המזיק להיקף הנכון של אחריות המזיק כלפי הניזוק. היקף האחריות כאמור משמעו – בחינת אחריותו של המזיק כלפי הניזוק, המוגדרת, בין היתר, בכפיפות לטענות הגנה שבפי המזיק כלפי הניזוק, העשויות לשלול את אחריותו או להקטינה. האיזון אליו חותר דין הנזיקין לא יושג בלא הגדרה מדויקת של אשמו של המזיק, תחומו והיקפו. הגדרה זו כפופה, בין היתר, לטענות הגנה, המקרינות על קיום האחריות ועל הגדרת היקפה. התעלמות מהן עלולה להוביל להטלת אחריות בלתי מידתית על המזיק, להרתעת-יתר, ולערעור שיווי המשקל הצודק בין כל הצדדים המעורבים. מסקנה זו נגזרת ממימושן של תכליות דיני הנזיקין, ומן האיזונים הנדרשים בגידרן.

48. מסקנה זו ישימה גם לרציונל הטמון בתביעת המיטיב כלפי המזיק הנקשר בדוקטרינה של מניעת התעשרות המזיק שלא כדין. התחשבות בטענות הגנה שבפי המזיק כלפי הניזוק מסייעת לתחום את גבולות אחריותו הנזיקית של המזיק, ורק בגידרה של אחריות זו הוא עשוי "להתעשר" על חשבון המיטיב אם לא ישפה אותו בגין ההטבה. כלל מניעת ההתעשרות שלא כדין של המזיק, המצדיק את תביעת השיפוי של המיטיב כלפיו, מתוחם לגבולות חבותו הנזיקית של המזיק, הנמדדת, בין היתר, בהתחשב בטענות ההגנה שבפיו. טעם זה הוא שהדריך את המחוקק האנגלי בחקיקת חוק ה-47, Civil Liability (Contribution) Act, 1978, הקובע כי הגנות המזיק כנגד הניזוק תחולנה גם בתביעת המיטיב כלפי המזיק (Mitchell, בעמ' 235).

49. יש להוסיף, כי ככל שלמיטיב עומדת טענה בדבר צמצום זכאותו להשבה מהמזיק עקב טענות הגנה שהוא מעלה, כגון אשם תורם מצד הניזוק, עקרונות עשיית עושר ולא במשפט עשויים להפנות אותו להיפרע מהניזוק-המוטב את שיעור ההטבה שהוענקה בגבולות הנזק שנגרם באשמו התורם של המוטב. במקרים מסוימים, כשמדובר במיטיב מתנדב, שאינו מחוייב בהטבה מכוח דין או חוזה, דיני עשיית עושר עשויים לאפשר לו לתבוע השבה מן המוטב ([סעיף 5](#) לחוק עשיית עושר). אשר למיטיב החייב בהטבת נזק על פי דין או חוזה, דרך כלל, ולמעט במקרים של גרימת נזק תורם מכוון מצד הניזוק, אין זה מקובל לאפשר לו לגבות מהניזוק השבה כשיעור אשמו התורם. בעבר, איפשר החוק להטבת נזקי גוף, על פי נוסחו [בסעיף 3](#), גם למיטיב החייב בהטבה לתבוע את המוטב בגין רשלנותו התורמת; אולם הוראת החוק בענין זה בוטלה [בסעיף 7](#) לחוק עשיית עושר, לאחר שזכתה לביקורת רבה (טדסקי "רשלנות הניזוק", בעמ' 375-376; מאיר "הטבת נזקי גוף", בעמ' 506; זלצמן "הטבת נזק גוף", בעמ' 646).

50. ניתן לסכם ולומר: תביעת המיטיב כלפי המזיק מותנית, אפוא, ככלל, בהוכחת אחריותו המשפטית של המזיק כלפי הניזוק, בהוכחת הפרתה של האחריות, ובהוכחת הנזק שנגרם עקב ההפרה. במסגרת זו, זכאי המזיק להעלות את טענות ההגנה שיש בפיו כלפי הניזוק, הן לענין האחריות והן לענין היקף הנזק ([ע"א 493/63 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים העבריים בישראל נ' קבוצת כנרת, פ"ד יח\(2\) 225 \(1963\)](#)) (השופט זוסמן); עמוס שפירא "תביעת שיפוי נגד מזיק שתביעת הניזוק נגדו נדחתה מחמת התיישנות" הפרקליט כ 308 (1964)).

טענת "עצמאות" העילות

51. קופות החולים, תוך הכרתן במעמדן כמיטיבות נזקי חולי העישון, ותוך מודעות לקשיים ההוכחתיים של אחריות החברות לנזקים האינדיבידואליים של החולים, ניסו לנתק את תביעותיהן מעניינם של הניזוקים בדרך של הצגת אחריות חברות הסיגריות כלפיהן כאחריות ישירה, שאינה קשורה באחריותן כלפי חולי העישון ואינה מותנית בה. נסיון זה נדון לכשלון. הטעם המרכזי לכך הוא כי העילות השונות עליהן התבססו הקופות – רשלנות (סעיפים 35 ו-36 לפקודת הניזוקין); מטריד לציבור (סעיף 42 לפקודה); תרמית (סעיף 56 לפקודה); שקר מפגיע (סעיף 58 לפקודה); והפרת חובות חקוקות למיניהן, מכח דיני הגנת הצרכן ודינים אחרים העוסקים בהגבלות על הפרסומת בעישון – כל כולן מדברות בחובות שהמזיק חב כלפי הניזוקים העיקריים, הם חולי העישון, והן אינן עוסקות בחובות המזיק כלפי הניזוק המישני, מי שמיטיב את נזקיו של הניזוק העיקרי. חסרה בכל אותן עילות מידת הקרבה הנדרשת בין המזיק לבין המיטיב, לצורך הקמת חובה מכח דיני הניזוקין לפעול או לחדול מלפעול בדרך מסוימת (על ריחוק הנזק בנסיבות של תביעת מיטיב-ניזוק, ראו ענין הסוכנות היהודית, בעמ' 1332).

52. בעוולת הרשלנות, נדרשים קיומה של חובת זהירות, מעשה או מחדל רשלני המנוגד לחובת הזהירות, וגרימת נזק כתולדה של קשר סיבתי להפרת חובת הזהירות (ע"א 145/80 ועקנין נ' מועצה מקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113 (1982)). שאלת קיומה של חובת זהירות מושגית וקונקרטיה המוטלת על חברות הסיגריות היא שאלה של מדיניות משפטית המתחשבת, בין היתר, במידת הקרבה שבין המזיק לבין הניזוק.

בענייננו, אין ספק שקיימת חובת זהירות מושגית וקונקרטיה של חברות הסיגריות כלפי הניזוקים הישירים מהעישון. המדיניות המשפטית שמה לה למטרה לגונן על הניזוקים הפוטנציאליים הישירים משימוש במצרך מסוכן, המסופק להם בידועין על ידי יצרנים, בכפוף להגנות שונות שיש בפי המזיקים כלפי הניזוקים. אך האם המדיניות המשפטית יוצרת חובת זהירות גם כלפי צדדים רחוקים ממקור הנזק ומקרבנותיו הישירים, כגון מיטיבי נזק למיניהם של ציבור המעשנים?

53. מבחן "השכנות", "הקרבה", או "הרעות" בוחן את קיומה של "זיקה מיוחדת, מסוגים שונים, בין המזיק לניזוק, כאמצעי לשליטה ולבקרה על גבולות האחריות על ידי הגבלת מעגלי הסיכון" (ישראל גלעד "על הנחות עבודה", אינטואיציה

שיפוטית ורציונליות בקביעת גדרי האחריות ברשלנות" משפטים כו 295, 322 (1996)).
 כאשר המזיק מצוי במעגל רחוק מהניזוק, לא צומחת, בדרך כלל, דרישה כי הוא
 יתחשב בהתנהגותו בניזוק הרחוק (ע"א 10078/03 שתיל נ' מקורות, חב' מים בע"מ
 (פורסם בבנו), 19.3.2007)). בע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח (3) 45, 66
 (1994) התייחס לכך בית המשפט (הנשיא שמגר) באומרו:

"בנסיבות שבהן הפעולה או האינטרס שבגינם מטילים
 חובת זהירות על נתבע 'רחוקים' יותר (עניינית ולא
 משפטית); כאשר מדובר באחריות בגין מחדל, להבדיל
 ממעשה; כאשר הנזק לא נגרם ישירות על ידי הנתבע,
 אלא על ידי צד ג'; כאשר מדובר בנזק כלכלי – בכל
 הנסיבות הללו, כל אחת בנפרד, ובמיוחד אם הן מופיעות
 באופן מצטבר – אין לגזור קיומה של שכנות מקיומה של
 צפיות" (שם, בעמ' 67).

וכדבריו של השופט Oliver בבית הלורדים:

"The essential question which has to be asked in
 every case, given that damage which is the essential
 ingredient of the action that has occurred, is whether
 the relationship between the plaintiff and the
 defendant is such – or, to use the favoured expres-
 sion, whether it is of sufficient 'proximity' – that it
 imposes on the latter a duty to take care to avoid or
 prevent that loss which has in fact been sustained"
 (*Murphy v. Brentwood D.C.*, [1991] 1 A.C. 398
 (H.L.)).

54. היותן של קופות החולים "ניזוקות" מישניות מנזקי העישון הנגרמים לחולי
 העישון, והיותן ממלאות תפקיד מכח החוק; היותו של נזק ההטבה בעל אופי כלכלי;
 והעובדה כי לקופות החולים עומדת עילה סטטוטורית כלפי המזיקים מכח סעיף 22
 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי – כל אלה מטים את הכף לעבר המסקנה המתבקשת כי
 נוכח העדר קרבה מספקת, לא צומחת חובת זהירות ישירה של חברות הסיגריות כלפי
 קופות החולים כמיטיבות נזק.

תביעותיהן הישירות של קופות החולים כנגד חברות הסיגריות הן, ביסודן,
 תביעות של "ניזוקים מישניים", הנגזרות מנזקיהם הישירים של הניזוקים הישירים
 כלפיהם חב המזיק חובת זהירות. תביעות הקופות אינן עומדות על רגליהן שלהן, אלא

הן קשורות ואחוזות בתביעותיהם הוירטואליות של הניזוקים כלפי המזיקים. ישנה קורלציה ישירה בין נזקי הניזוק הישיר לבין נזקי הניזוק המישני, ורק בדרך של קישור ביניהם ניתן לעמוד על היקף אחריותו של המזיק שהופרה כלפי הניזוק הישיר, ועל היקף הנזק שנגרם לניזוק הישיר עקב ההפרה, אשר הוא המקרין על הנזק שנגרם למיטיב. לא עומדת, אפוא, תביעה ישירה ברשלנות בידי קופות החולים כלפי חברות הסיגריות.

55. תוצאה דומה מתבקשת ביחס ליתר עילות התביעה שקופות החולים כללו בתביעותיהן. כך, למשל, עוולת מטרד לציבור עשויה להקים, אם בכלל, חובה ישירה של חברות הסיגריות כלפי הניזוקים הישירים – הם ציבור המעשנים (סעיף 42 לפקודה); הוא הדין בעוולת התרמית (סעיף 56 לפקודה), המכוונת כלפי הניזוק הישיר המוטעה על פי המצג הכוזב; כך הוא גם לגבי "שקר מפגיע" (סעיף 58 לפקודה), המכוון כלפי מי שהסתמך על השקר וניזוק, ואלו הם המעשנים; והוא הדין בהפרת חובות חקוקות על פי דיני הגנת הצרכן ודיני העישון. הוראות אלה מכוונות למנוע הפרת חובות חקוקות שנחקקו להגנתם של אנשים מסוימים אשר נפגעו מהן – קרי, הניזוקים הישירים, שהם בענייננו ציבור המעשנים. עוולות אלה אינן עוסקות באחריות המזיק כלפי המיטיב, בתורת הניזוק המישני. הסדרת היחסים בין המיטיב לבין המזיק מעוגנת בהסדר הסטטוטורי שבסעיף 22 [לחוק ביטוח בריאות ממלכתי](#), ובו מצויה תרופתו של המיטיב הזכאי לשיפוי על הטבה שהעניק לניזוק.

56. באופן דומה, נשללת קיומה של עילת עשיית עושר ולא במשפט בתביעת קופות החולים כלפי חברות הסיגריות. עילה זו מיועדת, מטבע הדברים, למניעת התעשרות שלא כדין. היא נועדה למנוע התעשרות של הנתבע "על חשבון" התובע (דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 62 (מהדורה שניה, 1998)). מקום שבו לא מתקיימת התעשרות שכזו, אין הצדקה להכיר בעילת תביעה מכוח דיני עשיית עושר. מהניתוח העקרוני של משולש היחסים מזיק-ניזוק-מיטיב, עילת התעשרות שלא כדין בידי מיטיב כנגד מזיק מוגבלת להיקף האחריות של המזיק כלפי הניזוק, וממילא, אחריות זו עומדת בבסיס העילה (לגישה לפיה תביעת מיטיב בעילה של עשיית עושר ולא במשפט הינה במהותה עילת סברוגציה רגילה, ראו: Dagan & White, בעמ' 375 ה"ש 90; *Steamfitters, Local Union No. 420 Welfare Fund v. Philip Morris, Inc.*, (No. 97-5344 (E.D. Pa. Apr. 22, 1998)).

57. תביעות קופות חולים הן, אפוא, תביעות מיטיבים, האחוזות בקשר שאינו ניתן לניתוק במשולש היחסים מזיק-ניזוק-מיטיב. לא ניתן להעמיד את דרישות הסעדים לשיפוי בגין ההטבות שנתנו הקופות למבוטחיהן על עילות עצמאיות מכח דיני הנזיקין ודיני עשיית עושר, המבקשות להינתק ממשולש היחסים הנדון. התשתית לדרישת השיפוי של הקופות מחברות הסיגריות כמזיקים מצויה בהסדר הסטטוטורי שבסעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, המקנה להן זכות תביעה ישירה כלפי החברות בהתקיים תנאים מסוימים.

58. מהניתוח שהובא עד כאן מתבקשות המסקנות הבאות:

ראשית, קופות החולים מבססות את תביעותיהן, בין היתר, על עילות מתחום הנזיקין ועשיית עושר ולא במשפט. מרביתן של העילות – בפרט אלה המתייחסות לתחום הנזיקין – אינן מתאימות, על פי אופיין, למערכת היחסים המשפטית בין קופות החולים, כניזוקים מישניים, לבין חברות הסיגריות. לא נוצרת, על פיהן, חובה משפטית ישירה של החברות כלפי הקופות.

שנית, אפילו הנחנו כי נוצרת חובה ישירה של החברות כלפי הקופות – למשל בעילה של עשיית עושר ולא במשפט – מעמדן של הקופות, גם בעילה כזו, הוא של מיטיבות נזק של חולי העישון אשר, כנטען, לקו בבריאותם עקב עוולות החברות.

בתורת מיטיבות נזק, עילות התביעה של קופות החולים – ותהא כותרתן אשר תהא – כרוכות באחריותו של המזיק כלפי הניזוק ומותנות באחריות זו ובהיקפה. גבולותיהן נתחמות על פי היקפה של אחריות המזיק הספציפי כלפי הניזוק הספציפי. היקף ההטבה שהקופות זכאיות לתבוע מחברות הסיגריות מותנה בבירור הנזק הספציפי שנגרם לחולה מעולת המזיק. יוצא, אפוא, כי יהא לבושה המשפטי של כל עילה אשר יהא, מדובר בתביעה של מיטיב, המבקש להיפרע מהמזיק את דמי הטבת הנזק ששילם לניזוק, במסגרת מערכת היחסים המשולבת מזיק-ניזוק-ומיטיב. בהעדר הסדר חקיקתי שונה, תביעת המיטיב בנויה על האחריות המשפטית של המזיק כלפי הניזוק ועל תיחומה של אחריות זו, בין היתר, כפרי טענות הגנה שיש בפי המזיק כלפי הניזוק. תביעות קופות החולים וזכותן לסעדים מותנות, אפוא, בהוכחת אחריות החברות כלפי הניזוקים האינדיבידואליים מבין חולי העישון, ובביסוס היקף הנזק האינדיבידואלי

שנגרם כתוצאה מהפרת האחיות. בלא עמידה בתנאים אלה תלויות התביעות על בלימה, ואינן ניתנות לביסוס משפטי.

59. עיון בכתבי התביעה של קופות החולים מלמד כי נעדרת בהן כל התייחסות לאחירות חברות הסיגריות כלפי ניזוקים אינדיבידואליים, וכי אין בהם פירוט של הפרות האחירות והיקף הנזק שנגרם בעקבות אותן הפרות. ממילא, הפיצוי הנדרש בגין הטבת הנזק שהעניקו הקופות לחולים מנותק מהגדרת הנזק הספציפי שנגרם על ידי החברות, כנטען. נתונים אלה הם חיוניים להגדרת היקפן הנכון של תביעות הפיצוי של המיטיבות. משכך, נעדרים כתביעות קופות החולים מרכיבים חיוניים הנדרשים לצורך ביסוסן.

לצורך גישור על הפער האמור, כללו קופות החולים בתביעותיהן נתונים סטטיסטיים ומדגמיים של מספר חולי העישון לזמן נתון על פי סיווג של סוגי מחלות, ושל עלויות הטיפול הכוללות באותם חולים. נתונים אלה אינם יכולים לשמש תשתית להוכחת היסודות הנדרשים לעילות שעניינן סעד של שיפוי בגין הטבת נזק, המותנה בביסוס אחירות המזיק הספציפי כלפי הניזוק הספציפי, בכפוף לטענות הגנה שבפי המזיק, ובכירור היקף הנזק שנגרם כתוצאה מהפרת האחירות, התוחם את היקף הסעד שהמיטיב זכאי לתבוע מהמזיק.

לפיכך, עילות התביעה מתחום הנזיקין ועשיית עושר ולא במשפט אינן יכולות לעמוד לקופות החולים, על פי כתבי התביעה במתכונתם האמורה.

עילת המיטיבות על פי סעיף 22 ל[חוק ביטוח בריאות ממלכתי](#)

60. עילת תביעה נוספת עליה מסתמכות קופות החולים נשענת על סעיף 22 ל[חוק ביטוח בריאות ממלכתי](#). הוראה זו, שנוסחה הובא לעיל, קובעת כי קופת חולים, שנתנה שירותי בריאות למי שחלה או נפגע ממזיק, זכאית להיפרע את הטבת הנזק מהמזיק בגדרי חבותו על פי דין, בסכום ההוצאות שהוציאה בפועל למתן שירותי בריאות לנפגע.

מאז חקיקת [חוק ביטוח בריאות ממלכתי](#), המזכה כל נפגע בטיפול רפואי באמצעות קופת חולים, הפך מתן הטיפול הרפואי על ידי הקופה להטבה שהיא בבחינת

חובה שבדין. לקופות החולים הוענקה זכות שיפוי מהמזיק בגין הוצאות הטיפוליים שהעניקו לניזוק, בגבולות אחריותו של המזיק לנזק שנגרם. במשולש היחסים מזיק-ניזוק-מיטיב, תמונת האחריות היא כדלקמן: המזיק חייב בפיצוי במלוא אחריותו לניזוק. אם הוטב הנזק, או חלקו, על ידי המיטיב, חייב המזיק בשיפוי המיטיב על סכום ההטבה בגבולות אחריותו. אם ההטבה פחותה משיעור הנזק, הוא חייב ביתרת שיעור הפיצוי כלפי הניזוק; אולם לעולם, שיעור הפיצוי הכולל שהוא חייב בו לא יעלה על שיעור אחריותו. הניזוק זכאי, מצידו, לפיצוי כולל שלא יעלה על נזקו. אם הוענקה לו הטבה מהמיטיב, מופחתת הטבה זו מסכום הפיצוי אותו חב המזיק כלפיו. בפירוש של סעיף 22 נשמרים כללי היסוד: המזיק אינו חייב בפיצוי כולל מעבר לגבולות אחריותו; הניזוק זכאי למלוא נזקו, אך לא מעבר לכך; והמיטיב זכאי לתבוע את המזיק לפיצוי בגין ההטבה שהעניק לניזוק, בגבולות אחריותו של המזיק, ולא מעבר לה:

“ההסדרים הנוגעים ל'משולש' היחסים האמור נשלטים על-ידי שני עקרונות מרכזיים שכבר עמדנו עליהם: ראשית, המזיק חייב בפיצויים רק כשיעור הנזק שנגרם לניזוק. אין ההטבה צריכה לגרור אחריה חיוב גדול יותר של המזיק מכפי שהיה נושא בו אלמלא ההטבה. שנית, הניזוק זכאי לפיצוי שלא יפחת מנזקו, אך אין ליתן לו פיצוי כפל...” (השופט אור בענין סהר, בעמ' 748 (הדגשה לא במקור)).

הענקת זכות השיפוי לקופות החולים על פי סעיף 22 [לחוק ביטוח בריאות](#)

[ממלכתי](#) מעבירה את זכויות הניזוק כלפי המזיק לידיה של קופת החולים, כשיעור ההטבה שניתנה על ידה בגין הנזק, כפי שנאמר:

“גם כאן חל עקרון הסברוגציה. גם כאן יש למנוע את המצב על פיו יחוייב המזיק לשלם לניזוק בגין הוצאות רפואיות, ואחר כך יהיה חשוף לתביעה מצד קופת חולים. שאם לא כן, יחוייב המזיק לשלם כפל הוצאות רפואיות, ובסופו של דבר ישא בתשלום פיצויים בשיעור העולה על סך כל הנזק של הניזוק. הדבר גם ימנע את המצב בו יקבל הניזוק גם טיפול רפואי חינם וגם את הוצאות עלותו, ועל ידי כך יקבל פיצויים בסכום העולה על הנזק שנגרם לו” (שם).

סעיף 22 [לחוק ביטוח בריאות ממלכתי](#) מתיישב עם הסימטריה הנדרשת ביחסי

המשולש מזיק-ניזוק-מיטיב: הניזוק אינו מפוצה על ידי המזיק בגין השירות הרפואי שקיבל ללא תשלום מקופת חולים, והוא אינו זכאי להיפרע מהמזיק על נזק שכבר

הוטב; המיטיב זכאי לקבל השבה של הטבת הנזק אך בגבולות האחריות והנזק שארע; ואילו המזיק אחראי לפיצוי – בין לניזוק ובין למיטיב, ובין לשניהם – בגבולות אחריותו ולא מעבר לה (ע"א 5690/98 מוניס נ' עאמר, פ"ד נו(3) 562, 567 (2002) (להלן: ענין מוניס); קציר נזק גוף, כרך ב, בעמ' 1386-1383). הנה כי כן, תביעת שיפוי המתבססת על סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי מותנית בקיום אחריות משפטית של המזיק כלפי הניזוק ובשיעורה של אחריות זו.

61. סעיף 2 לחוק הטבת נזקי גוף מבהיר את גבולות זכותו של המיטיב להיפרע מן המזיק:

“זכותו של מיטיב להיפרע מן המזיק

2. 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” (הדגשה לא במקור).

הוראה זו מבהירה את גבולות אחריותו של המזיק לפרוע את סכום ההטבה, ואת גבולות זכותו של המיטיב, שאינה יכולה לחרוג מהסכום שהמזיק היה חייב לניזוק אלמלא הוטב נזקו. משמעות הדבר היא כי טענות הגנה שבפי המזיק כלפי הניזוק עומדות לו גם כלפי המיטיב (ע"א 375/82 מרקוביץ נ' מונטיפיורי, פ"ד לט(2) 421, 428 (1985); ענין “מבטחים”, בעמ' 66). קיימת זיקה ברורה בין מעמדו של מיטיב על פי חוק הטבת נזקי גוף לבין זה של מיטיב על פי סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי (ענין סהר, בעמ' 740, 752; יצחק אנגלרד פיצויים לנפגעי תאונות דרכים 423 (מהדורה שלישית, 2005); קציר נזק גוף, כרך ב, בעמ' 1384). לפיכך, אותו דין חל גם על מיטיב על פי הוראה זו.

העקרון המגביל את זכותו של המיטיב להיקף חבותו של המזיק, ובכלל זה לטענות הגנה שיש לו כלפי הניזוק, נדון בהרחבה בספרות בעיקר ביחס לתביעות על פי חוק הטבת נזקי גוף, אולם הדבר מקריין באופן ישיר גם על מעמד קופות החולים כמיטיבות על פי סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

פרופ' זלצמן, במאמרה, מציינת:

"מהוראת סעיף 2 של חוק הטבת נזקי גוף משתמעות שתי דרישות: (1) קיומה של חבות נזיקית של המזיק כלפי המוטב בשל נזק הגוף שנגרם לו והוטב על ידי המיטיב התובע. (2) הגבלת היקפה של זכות השיפוי של המיטיב כלפי המזיק להיקף אחריותו הנזיקית של המזיק כלפי המוטב אלמלא ההטבה... ברור הוא, כי אם אין הנתבע אחראי כלפי המוטב, אף כלפי המיטיב הוא פטור. לפיכך, על התובע להוכיח את כל העובדות המהותיות הדרושות כדי להעמיד את זכותו של מי שיכול היה לתבוע את התשלום מן הנתבע אלמלא ההטבה, ורשאי הנתבע לכפור בזכותו של המיטיב על ידי שלילת חבותו כלפי המוטב. מכאן, טענות שהיו עומדות למזיק כהגנה בפני תביעת הנזיקין של המוטב, בהיותן טענות השוללות או הפוגמות בחבותו כלפיו – תעמודנה לו אף בתביעת המיטיב. כך, למשל, תישמע טענתו של הנתבע כי לא ביצע את מעשה העוולה, כי עומדת לו הגנה השוללת מן המעשה שביצע את הגוון העוולתי, או אף אם בוצעה העוולה על ידי אחר, אין הוא אחראי לעוולתו של זה. כמו כן, יוכל לטעון כי אף שהיה חייב כלפי המוטב, הרי פקעה חובתו בהסכם שנערך בינו לבין המוטב, בטרם ניתנה ההטבה, או מוצתה חובתו כלפי המוטב בחוב פסוק בטרם הוטב הנזק על ידי התובע... הדרישה השניה היא, כאמור, שזכות השיפוי לא תעלה בהיקפה על היקף אחריותו הנזיקית של המזיק, כלפי המוטב, אלמלא ההטבה..." (זלצמן "הטבת נזק גוף", בעמ' 630-633 (הדגשות לא במקור); ראו גם שם, בעמ' 625-626, 648; טדסקי "הטבת נזקי גוף", בעמ' 244, 255).

62. הפסיקה התמודדה עם השאלה, מה מידת עצמאותה של תביעת המיטיב על פי סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי – האם מדובר בתביעת תחלוף, שבה המיטיב עומד בנעלי הניזוק לכל דבר וענין, או שמא יש לתביעה זו אי אלו סממנים עצמאיים שאינם תלויים בהכרח במעמדו של הניזוק.

שאלה זו נדונה בענין אבנר, והושארה פתוחה. הנשיא ברק כתב באותו ענין:

"אבקש להשאיר בצריך עיון את קביעותיה של השופטת שטרסברג-כהן לעניין סיווגה המדויק של הזכות העומדת לקופת החולים מכוחו של סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות. מדובר בסיווג שהשלכותיו מרחיקות לכת לאור העובדה שפריט ההוצאות בטיפולים רפואיים הוא 'פריט נזק שאליו נזקק בית-המשפט כמעט בכל תביעת נזיקין על נזקי גוף'... הקביעה כי זכותה של קופת חולים להיפרע מהמזיק מכוחו של סעיף 22 לחוק היא זכות תחלוף אינה

נקייה מספיקות. זאת לאור המאטריה של ביטוח הבריאות הממלכתי, השונה מדיני הביטוח הכלליים... להכרעה בשאלה האם לפנינו זכות תחלוף, או זכות שיפוי בעלת סממנים עצמאיים, יכולה להיות השלכה על שורה של שאלות הנוגעות למערכת היחסים שבין המזיק, הניזוק והמיטיב. בין אלה ניתן למנות את שאלת נפקותו של מעשה בית דין בין הצדדים, שאלת ההתיישנות ועוד... השלכות אלה הן בעלות תחולה כללית, החורגת מתחומי המקרה הנדון. לכן, נוכל להותיר את ההכרעה בהן לעת מצוא" (שם, בעמ' 71-72).

63. השאלה האם עילת השיפוי בגין הטבת נזק על פי סעיף 22 [לחוק ביטוח בריאות ממלכתי](#) היא עילת תחלוף או עילה עצמאית, או שמא עילה מעורבת, אינה חופפת לשאלה האם ניתן להוכיח את תביעת המיטיב כלפי המזיק בלא ביסוסה של אחריות המזיק כלפי הניזוק, ובלא הוכחה בדבר הפרת האחריות והיקף הנזק שנגרם בעקבותיה. שאלת מעמדה של תביעת המיטיב ומידת עצמאותה עשויה להתייחס, למשל, לטענות הגנה דיוניות, כגון התיישנות ומעשה בית דין; אך נראה כי בכל הנוגע לחובת המיטיב להוכיח את היקף אחריות המזיק ואת היקף הנזק שגרם, עומד המיטיב בנעליו של הניזוק. הוא הדין ביחס לטענות הגנה של המזיק הקשורות קשר אינטגרלי להיקף אחריותו – כגון אשם תורם והסתכנות מרצון. תהא אשר תהא מידת עצמאותה של תביעת המיטיב על פי סעיף 22 לענין טענות דיוניות שונות, ואפשר אף לעניינים אחרים, בהיות תביעה זו נגזרת מתביעתו הוירטואלית של הניזוק כלפי המזיק, היא מחייבת הוכחה של אחריות זו ושל היקפה. מבנה הזכויות במשולש היחסים מזיק-ניזוק-מיטיב לא התכוון להטיל על המזיק לפצות את המיטיב בפיצוי החורג מעבר למסגרת אחריותו כלפי הניזוק. דבר זה נלמד, ראשית, מלשונו המפורשת של סעיף 22 לחוק עצמו, הקובע כי זכות הפירעון של קופת החולים מהמזיק הינה "בשל חבות[ו] לפי כל דין". משמע, זכות הפיצוי בגין הטבת הנזק מוגבלת לחבותו של המזיק על פי הדין. יתר על כן, נפסק כי גם כאשר עילת המיטיב מוחזקת כעילת שיפוי עצמאית, ביסודה מונחת עילתו של הניזוק כלפי המזיק. כך הוא, למשל, בהקשר לזכות השיפוי של המדינה לפי [חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה](#), התש"ל-1970, שהוגדרה כעילה "עצמאית". לגביה נפסק:

"לפנינו זכות שיפוי כלפי המזיק, שהוגדרה בפסיקה של בית-משפט זה כזכות עצמאית של המדינה, ולא כזכות דרך תחלוף (סברוגציה)... עם זאת, אין ספק כי ביסוד זכות השיפוי של המדינה מונחת עילתו של הנכה, כי

בלעדיה אין קיום לזכות המדינה" (ענין וייס, בעמ' 86-87 (הדגשה לא במקור)).

ברוח זו, נפסק גם בענין אבנר כי "אין ספק כי ביסוד זכות השיפוי של קופת חולים מונחת עילתו של הניזוק, כי בלעדיה אין קיום לזכותה שלה" (שם, בעמ' 62 (השופט שטרסברג-כהן)). משמעות הדבר היא, כי תביעת מיטיב כנגד מזיק צריכה לכלול, לכל הפחות, את הוכחת אחריותו המשפטית של המזיק כלפי הניזוק ואת היקפה של אחריות זו. אכן, הפרשנות שניתנה בפסיקה לתביעות שסווגו כתביעות שיפוי עצמאיות הינה כי גם לגביהן עומדת בעינה הדרישה לקיומה של אחריות משפטית של המזיק כלפי הניזוק, כתנאי להכרה בזכות התביעה של המיטיב ([ע"א 166/59 אפריאט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טו 1134 \(1961\)](#); [ע"א 75/87 אלחמד נ' מדינת ישראל, פ"ד מה \(4\) 277 \(1991\)](#); [ע"א 340/86 מדינת ישראל נ' כדורי, פ"ד מג \(4\) 195 \(1989\)](#)). כך נפסק בענין "הפול":

"משמעותה של העצמאות שבתביעת השיפוי לפי חוק הנכים היא, כי הסכום הרלבנטי לקביעת גובה השיפוי הוא גובה ההטבה... זאת כל עוד סכום ההטבה אינו גבוה מהסכום בו היה עלול המזיק להתחייב לפי החוק האחר, ולא גובה ההפסד או הרווח שתספוג המדינה-המיטיבה לפי חוקי התגמולים. כלומר, איננו עוסקים בתביעה שבה עוברת למדינה אותה זכות נזיקית עצמה שהיתה קודם לניזוק, ואשר במסגרתה ניתן להעלות כנגד המדינה טענות המשליכות על היקף חבותה בנזיקין, אלא ענייננו בתביעת שיפוי..."

טענת בא כוחו של המשיב בדבר אופיה העצמאי של תביעת השיפוי, משמשת, איפוא, כחרב פיפיות, שהרי ההלכה שצוטטה לעיל מחזקת את המגמה העומדת בבסיס דיני השיפוי – להשיב את דמי ההטבה כפי שהם בכפוף לסייג בדבר תיקרת השיפוי המופיע [בסעיף 36\(א\)\(2\)](#) לחוק הנכים, מבלי לפתוח כלל לדיון את הקביעה בדבר אחוזי הנכות אשר שימשה כיסוד להטבה. זכות השיפוי העצמאית אין משמעותה התעלמות מחבות שנוצרה על ידי דין אחר, שהרי כל תכליתה לחזור ולחייב את 'החייב העיקרי' (שם, בעמ' 239 (הדגשות לא במקור)).

64. אין צורך, גם בענייננו, לנקוט עמדה החלטית בשאלה האם זכות תביעה של מיטיב על פי סעיף 22 [לחוק ביטוח בריאות ממלכתי](#) היא זכות מסוג "תחלוף" או שמא זכות תביעה עצמאית, או אפשר – זכות מעורבת, שיש בה סממנים מכאן ומכאן.

החשוב לענייננו הוא שזכות תביעה זו קשורה וכרוכה ב"חבות[ו] לפי כל דין" של המזיק, כלשונו של סעיף 22 לחוק. ובדומה לכך, בסעיף 2 לחוק הטבת נזקי גוף – הדומה בתוכנו לענייננו – זכותו של המיטיב כלפי המזיק לשיפוי בגין הטבת הנזק היא בגבולות חבותו של המזיק כלפי הניזוק. יוצא מכך, שגם אם לתביעה על פי סעיף 22 עשויים להיות אי אלו אלמנטים עצמאיים בהקשרים כאלה ואחרים, הרי גרעין העילה המובנה בה בנוי על אחריות המזיק כלפי הניזוק-המוטב, הפרטה, וקיום נזק בגין הפרה זו. היקף האחריות תלוי, בין היתר, בטענות הגנה כלפי הניזוק – כגון אשם תורם והסתכנות מרצון – הפתוחות בפני המזיק גם בתביעת המיטיב כלפיו. הוראת שיפוי המיטיב על פי סעיף 22 לחוק לא התכוונה לסטות מהעקרונות הבסיסיים של משולש היחסים מזיק-ניזוק-מיטיב ומהאיזון הפנימי המושג באמצעותם.

מסקנות

65. מהניתוח שהובא עד כה עולות המסקנות הבאות: תביעות קופות החולים כנגד חברות הסיגריות הן, במהותן, תביעות של מיטיבות נזק כנגד מזיקים. אשר לעילות התביעה מתחום דיני הנזיקין, בהיות קופות החולים בבחינת "ניזוקות מישניות", לא מתקיימת מידת הקרבה הנדרשת לצורך יצירת חובה ישירה של החברות כלפיהן, שבכוחה להעמיד זכות תביעה ישירה לקופות נגדן.

אשר לעילות האחרות – מכח דיני עשיית עושר ולא במשפט, ומכח סעיף 22 לחוק [ביטוח בריאות ממלכתי](#) – בהיות תביעות קופות החולים כלפי חברות הסיגריות, במהותן, תביעות של מיטיבות נזק כנגד מזיקים, חלים עליהן הכללים האופייניים למסגרת משולש היחסים מזיק-ניזוק ומיטיב. הכלל הוא, כי תביעה מעין זו של מיטיב מוגבלת בהיקפה על פי שיעור אחריותו המשפטית של המזיק כלפי הניזוק. אחריות זו מושפעת, בין היתר, מטענות הגנה מהותיות של המזיק כלפי הניזוק הנוגעות להיקף אחריותו, ובהן אשם תורם והסתכנות מרצון. בתביעות פיצוי הקשורות בנזקי עישון, יש משמעות מיוחדת לטענות הגנה ממין זה.

66. כפיפותן של תביעות הקופות לאחריות המשפטית של חברות הסיגריות כלפי הניזוקים מצריכה הוכחה של אחריות זו כלפי הניזוקים הפרטניים, ובכלל זה של הנזק הספציפי שנגרם להם, המקרין על היקף ההטבה שניתן לתבוע בתביעת השיפוי.

תביעותיהן של קופות החולים אינן עומדות בתנאי בסיסי זה. בכתבי התביעה הן מציגות את עילותיהן, לסוגיהן, בצורה כוללנית וגורפת, בלא התייחסות לניזוקים ספציפיים כלל, ובלא כל נסיון להגדיר את מסגרות האחריות המשפטית, ואת הנזקים הרלבנטיים שנגרמו לכל אחד מהניזוקים שנזקיהם הוטבו, אשר עליהם מושתתת דרישת השיפוי. הנתונים הסטטיסטיים והמדגמיים שהובאו בכתבי התביעה אינם יכולים לגשר על הפער שנוצר בין דרישות הדין לבין דרך הצגתן של עילות התביעה.

תביעות אלה, במתכונתן הנוכחית, אינן יכולות לעמוד, משנפל בהן "פגם גנטי" היורד לשורשן. אין תכלית ואין תוחלת בדיון בתביעות אלה על פי הדין הקיים, בהעדר המרכיבים הבסיסיים החיוניים לתביעות – הגדרת היקפי האחריות של המזיקים הרלבנטיים כלפי כל ניזוק וניזוק שהטבות נזקיהם משמשות יסוד לתביעות השיפוי. בנסיבות אלה, ועל פי התבניות המשפטיות המקובלות כיום, אין מנוס מדחיית ערעורה של מכבי, ומקבלת ערעורי חברות הסיגריות בבקשות רשות הערעור.

התוצאה היא כי על פי הדין הנוהג, דינן של שתי התביעות של קופות החולים להימחק על הסף מפאת העדר עילה.

67. עם זאת, הגם שתביעות קופות החולים אינן מתיישבות עם דרישות הדין הקיים, הליך זה משקף פער עמוק, הטעון גישור, בין התבניות המשפטיות המוכרות במישור האחריות המשפטית והוכחתה, לבין צרכים מיוחדים העולים בסוגי תביעות שבהן אמות המידה המקובלות לקביעת אחריות ולהוכחתה אינן ישימות. כאלה הן תביעות "הנזקים ההמוניים" שתביעות קופות החולים, כמיטיבות, משתייכות אליהן. לייחודן של תביעות אלה, לקשיים שהן מעלות, ולצורך להידרש לפתרונות חקיקתיים לגישור הפער הקיים בין הדין המצוי לדין הרצוי בענין זה, אתיחס עתה.

משפט רצוי – צפי לעתיד

68. כפי שראינו, במשפט הנוהג מתחייבת, לצורך תביעת מיטיב כנגד מזיק, הוכחה פרטנית של אחריות המזיק כלפי הניזוק, כהיקפה הנמדד, בין היתר, על פי טענות הגנה שבפי המזיק כלפי הניזוק. תבנית משפטית זו בנויה, ביסודה, על משולש היחסים מזיק-ניזוק-ומיטיב, המתייחס למערכת יחסים פרטנית בין שלושה צדדים. במערכת כזו,

תביעת המיטיב כרוכה בהוכחת אחריות המזיק כלפי הניזוק, וממנה נגזרת זכות המיטיב להחזר ההטבה, כשיעורה בגבולות הנזק בר הפיצוי שהניזוק זכאי לו.

תבנית זו איננה מתאימה לתביעות מיטיבים שהן, ביסודן, "תביעות המוניות" הנוגעות למספר רב של ניזוקים שניזוקו ממקור דומה; המיטיבים, ובמקרה זה קופות החולים, מבקשים לקבל הטבה של נזקיהם המישניים ביחס למספר רב מאד של ניזוקים. התנאת תביעותיהם בהוכחת האחריות הפרטנית של המזיק כלפי כל ניזוק וניזוק עלולה לסכל מן היסוד את יכולתם לקבל את הסעד המבוקש. הקושי הכרוך בניהול תביעות פרטניות, ובהוכחת האחריות והנזק הפרטני בכל מקרה, עלול להפוך תביעות מיטיבים כאלה לאות מתה. מנגד, בתנאים של הענקת "הטבה המונית", הניזוקים מנועים מלתבוע את המזיק לפיצוי על אותו חלק מנזקיהם שהוטב על ידי המיטיב. וכך, עלולים יעדי דיני הנזיקין להיות מסוכלים: המיטיב שהיטיב את הנזק יתקשה להגשים את תביעתו לשיפוי מהמזיק; המזיק "יתעשר" שלא כדין בסכום ההטבה שזכות השיפוי בגינה לא תוכל להתממש; ובכך יתערער האיזון הפנימי במשולש היחסים מזיק-ניזוק-ומיטיב, בשל אילוצים קשים, הנובעים מאופייה ה"המוני" של תביעת השיפוי של המיטיב.

העוולות ההמוניות – שהתביעות שבפנינו משתייכות אליהן – אופייניות למצבים שבהם התנהגות עוולתית של גורם או קבוצת גורמים מביאה לכך שמגור אוכלוסיה גדול נחשף לחומר מסוכן, כגון חומר רעיל, כימי או ביולוגי, או לקרינה. דוגמא ידועה לכך היא נזקים שסבלו אנשים ברחבי העולם כתוצאה מחשיפה לאסבסט ולמוצריה. נזקי עישון הם דוגמא מוכרת נוספת, והוא הדין בנזקי קרינה ובנזקים המוניים עקב שימוש בתרופות פגומות. התפתחויות בעולם המודרני הביאו לכך שיצרנים בודדים מייצרים מוצרים, שבצד יתרונותיהם, עלולים לטמון בחובם סיכונים רחבי היקף. מוצרים אלה נצרכים על ידי אינספור צרכנים ברחבי העולם, ונזקיהם משפיעים על ציבורים גדולים. כך נוצרות העוולות ההמוניות הגורמות לנזקים המוניים.

69. עוולות המוניות, ובפרט אלה שיסודן בחשיפה המונית למקור סיכון משותף, מתאפיינות במספר גבוה של ניזוקים. לא פעם, נזקי החשיפה לחומר מסוכן אינם מידיים, ואינם ניתנים לגילוי מידי. לעתים הם כרוכים בתקופת חביון ארוכה (ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215, 229-230 (2004) (להלן: ענין מעיין צבי)). במקרים אלה, קיים קושי לקשור בבירור בין הנזקים שנגרמו לבין

החשיפה לחומר המסוכן. לעיתים, קיימת מחלוקת מדעית בדבר קיומו של קשר כזה (ענין מעיין צבי, שם). לא אחת, החשיפה לסיכון עשויה להתייחס למספר מעוולים שונים, ומתעורר קושי לשייך את נזקו של ניזוק קונקרטי למעוול מסוים (אלון [קלמנט](#) ["גבולות התביעה הייצוגית בעוולות"](#) המוניות" משפטים לד' 301, 308 (2004) (להלן: קלמנט "עוולות המוניות")).

מאפיינים אלה של העוולות ההמוניות מטילים צל כבד על האפשרות להעמידן לבירור משפטי. הניזוק עלול לעמוד בפני קשיים מהותיים באיתור המזיק האחראי לנזק שנגרם לו. הוא עלול להתקשות בהוכחת הקשר הסיבתי בין ההתנהגות העוולתית הנטענת לבין נזקו (ענין מעיין צבי, בעמ' 227-228). אפילו אם הוכח כי חשיפה לחומר מסוים גורמת לנזקים בהסתברות מסוימת, ניזוק פלוני יתקשה להוכיח שנזקו שלו נגרם כתוצאה מאותו חומר, ולא כתוצאה מגורמים אחרים. סוג אחר של קשיים טמון בפערי הכוחות הקיימים, לא אחת, בין הניזוק למזיק בעוולות אלה. גורם שיש ביכולתו ליצור מקור נזק המוני עשוי להיות בעל משאבים ניכרים; על פי רוב, מכלול הידע הקשור בגורמי הסיכון הקשורים בו יהיה מצוי בידיו ובתחום מומחיותו, ולא ימצא בידי הניזוק. יתרון נוסף העומד לצידו של המזיק נובע מאפשרותו לעשות שימוש חוזר במשאבי ההתדיינות (קלמנט "עוולות המוניות"; *David Rosenberg, The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System*, 97 Harv. L. Rev. 851, 855 (1984) (להלן: Rosenberg)).

70. המשפט המודרני מתמודד, מזה מספר עשורים, עם סוגיות הנוגעות לסוגים מסוימים של עוולות נזיקין, שהטיפול בהם בתבניות משפטיות מוכרות אינו נותן מענה ראוי לאיזון הנדרש בין תכליותיו השונות של דין הנזיקין. ארועי נזק המוניים נימנים על אותם עניינים, אך הם אינם ממצים את מגוון המצבים המצריכים גישורו של הפער בין המצב המשפטי הקיים למצב המשפטי הרצוי. רק לאחרונה, בענין עטן מלול ([דנ"א](#) [4693/05](#) ב"ח כרמל חיפה נ' מלול (פורסם בבנו), 29.8.2010) (להלן: ענין עטן מלול)), עלתה השאלה כיצד ניתן לגשר על פני הקושי המובנה בהוכחת הקשר הסיבתי בין התנהגות רשלנית לבין נזק רפואי שנגרם לאדם, כאשר לא ניתן באמצעים הקיימים לעמוד בחובת ההוכחה האזרחית על פי מאזן ההסתברויות (ראו לענין זה מבחנים שונים שהוצעו על ידי השופטת נאור והמשנה לנשיאה ריבלין). פסיקה זו מדגימה את הצורך בשכלול התבניות המשפטיות הקיימות, וביצירת תבניות משפטיות חדשות, שתאפשרנה להתמודד עם קשיים אינהרנטיים בביסוס עילת תביעה בנזיקין בעלת ייחוד

משלה, אשר בלא אמצעים מיוחדים בחקיקה, היא מועדת לכשלון. הצורך בכך נובע מן התודעה כי בהעדר התאמה של עקרונות המשפט לצרכים המשתנים של המציאות, עלולה להיגרם פגיעה בעקרונות הצדק המתקן. העדר פתרון עלול לגרום לעיוות, בהותרת הניזוק או המיטיב בלא סעד לו הם זכאים, בשל קושי מובנה לבססו עקב מאפייניה המיוחדים של התביעה. מחסום השגתו של הסעד פוגע בניזוק הישיר ובניזוק המישני, ואף יוצר כלפי הנתבע הרתעת-חסר. הדבר עלול לפגוע ב"תמריצים של הנתבע לנהוג בזהירות הנדרשת, ולהקטין את תוחלת הנזקים הנובעים מפעילותו" (המשנה לנשיאה ריבלין בענין מלול, פסקה 23). מצד שני, אם, עקב קוצר ידו של הדין הקיים, יידרש נתבע לשאת בנזקים שלא הוכחו לפרטיהם, החורגים מאלה שהוא גרם להם בפועל, ייווצר אי-צדק, וחשש להרתעת-יתר, העלולה לפגוע בתמריץ הנתבע לקיים פעילות העשויה להיות חשובה ומועילה. מצב מעין זה עלול להעשיר ניזוק מעבר לנזקו הממשי, ולפגוע בתמריץ ההרתעה כלפי הניזוק להימנע מהתנהגות שיש בה אשם תורם והסתכנות מרצון; הוא עלול להביא לשיפוי-יתר של המיטיב, מעבר לסכום ההטבה הראוי לשיפוי. בעיות אלה לא זכו לפתרון הולם במדינות השונות בלא התערבות חקיקתית.

71. מאפייניה של העוולה ההמונית מולידים מתח מובנה בין החשש לפגיעה בתכליות כללי האחריות בניזיקין, או תכליות דינים מהותיים אחרים, עקב חוסר יכולת מעשית לתבוע את המזיק בהינתן הכלים המשפטיים הקיימים; לבין החשש כי סטייה מכללי האחריות והראיות המקובלים עלולה לעלות בחומרת פגיעתה על התועלת הטמונה בסטייה. הנטייה לקדם את דרישות הצדק המתקן ואת גורמי ההרתעה מתמודדת, מצד אחד, עם החשש שאימוץ כללי אחריות והוכחה גמישים יותר עלול לגרום פגיעה בלתי מידתית בנתבעים פוטנציאליים, להרתעת יתר של פעילותם, להצפת בתי המשפט בתביעות, ולניצול לא יעיל של משאבים חברתיים. מנגד, קיים חשש שבלא מציאת פתרון, עלולה להיגרם פגיעה לא מידתית בניזוקים, שזכותם ליומם בבית המשפט עלולה להיפגע (Rosenberg; קלמנט "עוולות המוניות"; Steve Gold, *Causation in Toxic Torts: Burdens of Proof, Standards of Persuasion, and Statistical Evidence*, 96 Yale L.J. 376 (1986); אריאל ["פורת תביעות בגין נזקי עישון"](#): האתגר של דיני הנזיקין בעידן העוולות ההמוניות" משפטים לג 477, 478 (2003) (להלן: "פורת נזקי עישון"); סטיבן גולדשטיין וטליה ["פישר יחסי הגומלין בין תביעות המוניות לתובענות ייצוגיות: היבטים בסדרי דין"](#) משפטים לד 21 (2004)).

72. אחד הפתרונות שהוצעו בספרות האמריקאית להתמודדות עם עוולות המוניות הינו ניהול הליך קולקטיבי, בעיקר באמצעות המנגנון של תובענה ייצוגית. ההליך המוצע בנוי משלושה שלבים: בשלב ראשון, יוכח קיומה של אחריות משפטית של הנתבע כלפי קבוצת הניזוקים שבשמה מתנהל ההליך הקולקטיבי. בשלב שני, ייקבע היקף הנזק שנגרם לאותה קבוצה כמכלול עקב אשמו של המזיק. נתונים מדעיים סטטיסטיים עשויים לשמש כעוגן ראייתי אפשרי בשלב זה. מטרתו של שלב זה היא להגביל את היקף אחריותו של המזיק לנזק שהוא גרם לו בפועל, תוך שימור בסיס האחריות המסורתית בדיני הנזיקין (אריאל ["פורת "אחריות קיבוצית בדיני-נזיקין"](#) משפטים כג 311, 315 ה"ש 10 (2004); ["ע"א 8279/02](#) גולן נ' עזבון אלברט, פסקה 3 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 14.12.2006)). בשלב שלישי, יחוייב המזיק בסעד התואם את היקף הנזק שגרם. הסעד עשוי להשתקף בסכום פיצויים שיחולק בין חברי הקבוצה בהתאם לפרמטרים שייקבעו; או בסעד אחר, כגון הקמת קרן לפיצוי נפגעים נוכחיים או עתידיים (Rosenberg; Richard Delgado, *Beyond Sindell: Relaxation of Cause-in-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs*, 70 Calif. L. Rev. (1982) 881). אמנם, פתרונות אלה יביאו לכך שהניזוקים ה"אמיתיים" יפוצו בחסר, בעוד שיפוצו גם ניזוקים שאינם זכאים לכך. אולם, לגישתם של התומכים בהליך זה, תוצאה זו היא בבחינת רע במיעוטו מבחינת הניזוקים, ביחס לחלופה של היעדר פיצוי כלל, הצפויה מהיצמדות לכלים משפטיים מסורתיים. לתפיסת המצדדים בהליך הקולקטיבי המתואר, הוא עשוי להתגבר על בעיית מספרם הרב של הניזוקים, ועל הקושי בזיהויים; כמו כן, הוא מיועד לאפשר הכרעה בשאלות משותפות במיוחד, ולחסוך בכך במשאבים, להפוך את בירור העוולה לאפשרות מעשית, לאזן את פערי הכוחות בין הניזוקים למזיקים, ולקדם פשרות הוגנות (Bruce L. Hay & David Rosenberg, *"Sweetheart" and "Blackmail" Settlements in Class Actions: Reality and Remedy*, 75 Notre Dame L. Rev. 1377 (2000)).

73. בענייננו, מדובר בתביעה מורכבת במיוחד, היא תביעתו של מיטיב נזק המבקש, במסגרת תביעה כוללת, שיפוי על הטבת נזק שהעניק לציבור גדול של ניזוקים. התנאת התביעות בהוכחה פרטנית של אחריות המזיק כלפי הניזוק פוגעת ביכולת המעשית לממש את הזכות לסעד. יש בקושי זה משום פגיעה בתכליות דין הנזיקין.

לקושי הניצב בפני קופות החולים בתביעות שיפוי בגין הטבת נזקים המוניים ישנו היבט נוסף. קופות החולים אינן מיטיב "רגיל". הן מהוות גופים ציבוריים,

הפועלים על פי חוק, וללא כוונת רוח. כל תושבי ישראל חייבים להיות מבוטחים באחת מקופות החולים, והקופות, מצידן, חייבות להעניק להם באופן שוויוני את שירותי בריאות הכלולים בסל הבריאות. יוצא, אפוא, כי נזקי גוף בהיקפים משמעותיים, של כלל התושבים בישראל, מוטבים על ידי קופות החולים. סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי נועד לאפשר לקופות החולים להיפרע את הטבת הנזק מהמזיק, כדי להשיב להן עלויות של שירותי בריאות שהמזיק אחראי להם. יש אינטרס ציבורי ברור במימוש זכות השיפוי, שתגדיל את קופתה של קופת החולים ותאפשר לה לתת את השירותים שלמענם הוקמה. במקביל לכך, בעקבות הטבת נזק על ידי קופת חולים, נשללת זכותו של המבוטח-המוטב לקבל פיצוי מהמזיק בגבולות שיעורם של שירותי הבריאות שהוענקו לו (ענין סהר; ענין מוניס). שילוב מאפיינים אלה מוביל לכך שבכל מקרה שבו מעוול גורם לנזק קבוצתי, אשר אינו ניתן להוכחה פרטנית, או שהוכחה כזו כרוכה בקושי מיוחד, יותר שיעור משמעותי מהנזקים שהמזיק גרם, ואשר הוטבו על ידי קופות החולים, מחוץ לגדר אחריותו המשפטית הממומשת של המזיק (קלמנט "עולות המוניות", בעמ' 315). קופות החולים תתקשנה לתובעו, בשל היעדר האפשרות להוכיח את נזקי מבוטחיהן באופן פרטני. הניזוקים הפרטניים, מצידם – גם אם היו יכולים לעמוד בהוכחת אחריות המזיק והיקף הנזק שנגרם – שוב אינם זכאים לעשות כן, לאחר שנזקיהם הוטבו על ידי הקופה. נוצר, אפוא, חשש ממשי כי מזיקים שביצעו עוולות מרובות ניזוקים יחמקו מאחריות ביחס לחלק משמעותי מהנזקים שגרמו. מצב זה של הרתעת-חסר מעמיד בסכנה חמורה את זכויות היסוד לחיים, לשלמות הגוף ולאוטונומיה, שעליהן מבקשים דיני הנזיקין להגן (Rosenberg, בעמ' 878-879).

74. החובה להוכיח את אחריותו המשפטית של המזיק האינדיבידואלי כלפי כל ניזוק אינדיבידואלי, ואת גבולותיה של אחריות זו בהתחשב בטענות הגנה שבפי המזיק, הופכת את "התביעה ההמונית" של המיטיב לקשה עד מאד, אם לא לבלתי אפשרית. הדילמה היא – מהי התבנית המשפטית הראויה לסוג מצבים זה, אשר תגן בצורה יעילה והוגנת על האיזון הפנימי במשולש היחסים מזיק-ניזוק-ומיטיב. דילמה זו כרוכה הן בסוגיית האחריות ומרכיביה, והן בהיבט הראייתי, קרי – באלו אמצעים ראייתיים יש לאחוז על מנת לאפשר עמידה בחובת ההוכחה של "תביעה המונית", מבלי שזכויות מהותיות ודיוניות בסיסיות של הצדדים המעורבים תיפגענה. המשפט הקיים אינו נותן לכך תשובה. תבניות המשפט המוכרות אינן מספקות פתרון ראוי, שכן הן מביאות למצב שבו המזיק לא ייקרא לתת את הדין על נזק שגרם, בשל קשיי ביסוסה

של אחריותו ביחס לכל אחד מן הניזוקים. מצד שני, הכרה בתביעת מיטיב במסגרת של מעין "הוכחה קבוצתית" של אחריות המזיק, בהתבסס על ראיות מדעיות או סטטיסטיות כוללניות, עלולה לטשטש עד לבלי הכר את תמונת האחריות האמיתית המוטלת על המזיק, ולהביא לחיובו בדין בלא קשר הכרחי להיקף אחריותו. דרך זו לא תבטיח את זיהוי המזיק האמיתי; היא לא תעמוד בחובת ההוכחה של הפרת חובת המזיק כלפי הניזוק האמיתי, ותתקשה בהוכחת הקשר הסיבתי הנדרש שבין ההפרה לנזק הספציפי שנגרם. היא תתקשה בחילוץ הנזק הרלבנטי, המקרין על שיעור ההטבה שהמיטיב רשאי לתבוע. כיצד לפתור שאלות אלה – האם בדרך של ביסוס אחריות מוחלטת ללא אשם, או בדרך של הכרה ב"תביעה קבוצתית" המתבססת על "הוכחה קבוצתית" בדרך של ראיות סטטיסטיות, מדגמיות ואחרות, בלא דרישה להוכחה פרטנית של נזקי כל ניזוק וניזוק; וכיצד להבטיח איזון ראוי בין האינטרסים השונים של הצדדים בסוג תביעה כזה – כל אלה הן שאלות מדיניות מורכבות, שכל פתרון הכרוך בהן טומן בחובו השלכות מרחיקות לכת בהיבטים שונים. אלה הן שאלות מובהקות שבמדיניות חקיקתית, שיש להותירן למבטו הרחב של המחוקק ולהסדרה כוללת על ידו. במאמר מוסגר אציין, כי גישה דומה הבעתי בפרשת עדן מלול, הכרוכה אף היא בקושי למצוא מענה מספק במשפט הקיים לקשיים אינהרנטיים בהוכחת קשר סיבתי בניזיקין בהקשרים עובדתיים מסוימים.

בארצות העולם, ובמיוחד בארצות הברית, מתלבטים המשפט ובתי המשפט בשאלות אלה בכלל, ובנושא המיוחד הכרוך בהטבת נזקי עישון בפרט. נסיונות לפתרון הקשיים בלא חקיקה לא עלו יפה. חשוב, לצורך ענייננו, ובמבט צופה עתיד, לבחון בקצרה את ההתפתחויות שהתרחשו בתחום זה.

מבט השוואתי

75. נכון לעת זו, הליכים משפטיים כנגד חברות סיגריות בגין הטבת נזקי עישון התנהלו, בעיקרם, בארצות הברית (*Lisbeth Pedersen, Tobacco Litigation*) (Worldwide (2002)). נתמקד, אפוא, בעיקר בהתמודדותו של המשפט האמריקאי עם הליכים אלה.

תביעות בגין נזקי עישון הוגשו בארצות הברית, בעיקר על ידי מעשנים יחידים, החל משנות החמישים של המאה הקודמת. עד לשנות התשעים, תביעות אלה לא נחלו

כל הצלחה. משנות התשעים ואילך החלה מגמה של הגשת תביעות המתייחסות לנזקים כוללים של נפגעי עישון רבים; ובין השאר, תביעות מצד מיטיבי נזק, ובהם מדינות, ערים, ארגוני בריאות, מבטחים, איגודי עובדים, ואיגודים מקצועיים (Bryce A. Jensen, *From Tobacco to Health Care and Beyond – A Critique of Lawsuits Targeting Unpopular Industries*, 86 Cornell L. Rev. 1334, 1338-47 (2001)). נבחין בין שלושה מישורים בהם עסק המשפט האמריקאי בתביעות בגין נזקים המוניים הנובעים מעישון: האחד – הסדרי חקיקה מיוחדים; השני – תביעות מצד מדינות כנגד חברות סיגריות, שהסתיימו בהסדרי פשרה; השלישי – תביעות כנגד חברות סיגריות מצד מיטיבי נזק מסוגים אחרים.

חקיקה מיוחדת

76. בשנת 1994 נחקק בפלורידה חוק המקנה למדינה עילת תביעה ישירה כנגד חברות טבק (Medicaid Third-Party Liability Act, Fla. Stat. Ann. § 409.910 (West) (1995)). חוק זה שלל את תחולתן של טענות הגנה פרטניות, כגון אשם תורם והסתכנות מרצון. עוד נקבע בו, כי ניתן יהיה לעשות שימוש בראיות סטטיסטיות להוכחת מרכיבי התביעה, וכי כאשר התביעה מתייחסת לקבוצת נפגעים רחבת-היקף – ניתן יהיה להוכיח את הנזקים שנגרמו לקבוצה כולה, מבלי להצביע על פרטי הנפגעים שבהם מדובר:

“In any action under this subsection wherein the number of recipients for which medical assistance has been provided by Medicaid is so large as to cause it to be impracticable to join or identify each claim, the agency shall not be required to so identify the individual recipients for which payment has been made, but rather can proceed to seek recovery based upon payments made on behalf of an entire class of recipients...” (§ 409.910(9)(a)).

חוקים דומים נחקקו, כעבור זמן, גם במרילנד ובוורמונט (Md. Code Ann., Health-) (Gen. § 15-120 (Michie 2009); Vt. Stat. Ann. tit. 33, §§ 1904, 1911 (1998)). במסצ'וסטס נחקק חוק חדשני פחות (1994 Mass. Acts ch. 60 § 276); לדיון, ראו: Elizabeth A. Frohlich, *Statutes Aiding States' Recovery of Medicaid Costs from*

Tobacco Companies: A Better Strategy for Redressing an Identifiable Harm?, 21 (Am. J.L. & Med. 445 (1995).

77. חוקתיותו של החוק שנתקבל בפלורידה נבחנה בבית המשפט העליון המדינתי *Agency for Health Care Admin. v. Associated Indus.*, 678 So. 2d 1239 (Fl.) (1996). בית המשפט קבע שם, כי הוראת החוק השוללת את חובת מיטיב הנזק להציג את נתוניהם של הנפגעים הספציפיים כתנאי לביסוס אחריות המזיק נוגדת את הזכות החוקתית להליך הוגן; זאת, מאחר שהיא מסכלת את יכולתם של נתבעים להשיג על הוצאות שונות שהמיטיב הוציא בקשר לטיפול בניזוקים, למשל עקב מרמה, דיאגנוזה שגויה, או טיפולים רפואיים מיותרים (שם, בעמ' 1254). נקבע, על כן, כי הוראה זו היא בלתי-חוקתית ובטלה.

78. גם בפרובינציות של קנדה ננקט מסלול חקיקתי לצורך הסדרת תביעות מיטיבים בגין נזקי עישון: על בסיס המודל של פלורידה, בשנת 2000 נחקק בקולומביה הבריטית חוק המקנה לפרובינציה עילת תביעה ישירה כנגד חברות הסיגריות, תוך שלילת תחולתן של טענות הגנה פרטניות (*Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30*). חוקתיותו של החוק אושרה בבית המשפט העליון הפדרלי (*British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R.) (473). חוקים דומים נחקקו, בהדרגה, בכל יתר הפרובינציות הקנדיות (לסקירה, ראו: Jacob J. Shelley, *The Crown's Right of Recovery Act*, 18.3 Health L. Rev. 15 (2010)). מספר פרובינציות הגישו תביעות על יסוד החוקים האמורים, אך, ככל הידוע, תביעות אלה טרם נדונו לגופן.

תביעות מדינתיות – החלטות ביניים והסדרים מוסכמים

79. בשנות התשעים הגישו מרבית מדינות ארצות הברית תביעות כנגד חברות הסיגריות בגין הוצאות שהוציאו להטבת נזקיהם של ניזוקי עישון. במסגרת תביעות אלה, הסתייעו המדינות, בין היתר, באמצעים הבאים: ראשית, מקצת המדינות חוקקו חוקים מיוחדים, שנועדו בעיקר לשפר את סיכויי תביעותיהן (*Margaret A. Little, A Most Dangerous Indiscretion: The Legal, Economic, and Political Legacy of the Governments' Tobacco Litigation*, 33 Conn. L. Rev. 1143, 1147-49 (2001)). שנית, התביעות המדינתיות עוגנו, בין השאר, בעילת תביעה מיוחדת, המתבססת על

אינטרס "מעין-שלטוני" של המדינה ("parens patriae"). האינטרס המעין-שלטוני מוגדר בהרחבה, כעניינה של המדינה בבריאות, ברווחה ובאיכות החיים של אוכלוסייתה (*Alfred L. Snapp & Sons, Inc. v. Puerto Rico*, 458 U.S. 592, 602) (1982).

בשנים 1997-1998 הושגו הסכמי פשרה במכלול התביעות המדינתיות. תחילה הושגו פשרות פרטניות בין חברות הטבק לבין מדינות מיסיסיפי, פלורידה, טקסס ומינסוטה, בסכום כולל של כ-40 מיליארד דולר. בהמשך, הגיעו חברות הטבק ויתר המדינות להסדר כולל, המכונה Master Settlement Agreement (נוסח ההסדר זמין באתר <http://ag.ca.gov/tobacco/pdf/1msa.pdf>). במסגרת הסדר זה התחייבו חברות הסיגריות לשלם למדינות סכום של כ-206 מיליארד דולר עד לשנת 2025; כן נקבעו בהסדר הוראות נוספות, כגון מגבלות על פרסום ושיווק מצד חברות הטבק, צמצום פעילות השדולה מטעמן, ונקיטת פעילות למניעת השימוש בטבק על ידי קטינים.

הסכמי הפשרה הביאו את ההתדיינויות בין המדינות לבין חברות הטבק לסיומן בטרם ניתנו בהן הכרעות שיפוטיות סופיות. נעמוד בקצרה על מקצת מהחלטות הביניים שעמדו ברקע לכריתת הסכמי הפשרה.

80. במינסוטה קבע בית המשפט העליון המדינתי, כי ארגוני הבריאות (Blue Cross ו-Blue Shield) יוכלו לתבוע את חברות הטבק בעילות תביעה ישירות, על פי דיני הגנת הצרכן ועשיית העושר (*Minnesota v. Philip Morris, Inc.*, 551 N.W.2d 490) (Mn. 1996). בהחלטה אחרת, שניתנה בערכאה הדיונית, נקבע כי ניתן יהיה להיעזר בראיות סטטיסטיות לשם ניהול התביעה, מקום שבו דרך הוכחה פרטנית אינה מעשית, וככל שיוכח שהעוולה היוותה גורם מהותי לנזקם של התובעים (*Minnesota v. Philip Morris, Inc.*, No. C1-94-8565 (Mn. 2d Jud. Dist. Ct. Feb. 19, 1998).

בטקסס דחתה הערכאה הראשונה את עילות התביעה השונות שהמדינה טענה להן, למעט העילה המתבססת על האינטרס המעין-שלטוני של המדינה (*Texas v. Am. Tobacco Co.*, 14 F. Supp. 2d 956, 962 (E.D. Tx. 1997). באשר לאופן קביעת הנזק על פי עילה זו, נקבע כי ניתן יהיה להשתמש באמצעים סטטיסטיים; אך כי אמצעים אלה יידרשו לעמוד בדרישות הנובעות מן הזכות החוקתית להליך הוגן (שם, בעמ' 967-969).

גם בתביעתה של מדינת מסצ'וסטס נקבע, מפי בית המשפט העליון המדינתי, כי ניתן יהיה להשתמש בשיטות הוכחה סטטיסטיות לצורך הוכחת הקשר הסיבתי (*Commonwealth v. Philip Morris, Inc.*, No. 98J665 (Ma. Oct. 27, 1998)).

81. ככלל, גם באותם מקרים שבהם הוכרה עילת תביעה "ישירה" של המדינה התובעת כנגד חברות הסיגריות, הנחת המוצא נותרה כי היא תידרש להוכיח, בשלב זה או אחר, את הקשר הסיבתי בין העוולה לבין נזקיהם של הניזוקים-המעשנים; וכי במסגרת זו, היא תהיה חשופה לטענות הגנה שיעלו הנתבעים ביחס לניזוקים. כך, בית המשפט העליון של מדינת וושינגטון פסק כי המדינה רשאית לתבוע את הוצאותיה בתביעה ישירה, אך הוסיף כי יש לאפשר לנתבעים הזדמנות הוגנת להראות שהניזוקים לא הוטעו:

"Defendants must fairly be permitted to meet the state's allegations of misrepresentation, deception, and fraud by showing that Washington smokers were not misled" (*State v. Am. Tobacco Co., Inc.*, No. 96-2-15056-8 SEA (Wa. Super. Ct. July 23, 1998)).

הכרעה דומה התקבלה בתביעה שהגישה העיר סיינט לואיס שבמיזורי (תביעה זו לא נכללה בהסדר הפשרה הכולל, והיא מתבררת בערכאה הדיונית בימים אלה). בפרשה זו הוכר, באופן חריג, מעמדה של עיר לתבוע את חברות הטבק, תוך שנדחו טענות להעדר קרבה בין הצדדים. בית המשפט שלל גם את הצורך בצירוף המוטבים לתביעה; יחד עם זאת, הוא הורה לתובעת לספק מידע פרטני בנוגע לניזוקים הפרטניים שלגבי הטבת נזקיהם כוונה התביעה:

"Plaintiffs must, within the context of this lawsuit, even though not joining the individual patients for whose costs of care they seek to recover, provide reasonably specific identifying information with respect to each such patient" (*City of St. Louis v. Am. Tobacco Co.*, No. 982-9652 (Mo. 22d Jud. Cir. May 23, 2003)).

82. לשם השלמת הדברים יצויין, כי בתחומים דומים – אך שאינם כרוכים בנזקי עישון – מצאו בתי המשפט האמריקאיים, בשני עניינים, פתרונות שיפוטניים

להתמודדות עם "נזקים המוניים" מסוגים שונים. בפרשת התרופה *DES* (*Sindell v. Abbott Lab*, 607 P.2d 924 (Cal. 1980)) ייצרו ושיווקו יצרני תרופות בארה"ב תרופה למניעת הפלות טבעיות. השימוש בתרופה יצר סיכון משמעותי שבנות שתיוולדנה לנשים שהשתמשו בתרופה תוך כדי הריוןן תלקינה בסרטן הרחם. יצרני התרופות התרשלו בשיווק התרופות ללא בדיקות מספיקות, והסתירו את חשדותיהם בדבר הסיכון הנשקף מהתרופות מפני הציבור. אותה תרופה יוצרה על ידי מאות יצרנים, ולא ניתן היה להוכיח מיהו היצרן שייצר את התרופה שבה השתמשה אימה של התובעת. בחלק מהמדינות הוטלה אחריות קיבוצית על היצרנים, על פי מדד של נתח השוק היחסי שהיה לכל אחד מהיצרנים בזמן הרלבנטי. במרבית המקרים הדומים לענין ה-DES נדחו התביעות (פורת "נזקי עישון", בעמ' 480-481).

במקרה אחר, המכונה *Agent Orange*, השתמש הצבא האמריקאי במלחמת וייטנאם בחומר כימי הקרוי בשם זה להשמדת צמחייה. חיילים אמריקאיים שנחשפו לחומר זה חלו במחלות שונות, אך התקשו להוכיח קשר סיבתי בין המחלה לחשיפה לחומר המסוכן (*In re "Agent Orange" Prod. Liab. Litig.*, 597 F. Supp. 740 (N.Y.) (1984)). ענין זה לא הוכרע לגופו, שכן הושגה בו פשרה.

תביעות מצד מיטיבי נזק אחרים – דחייה בהעדר עילה

83. במבט כולל, הוגשו בארצות הברית מאות רבות של תביעות בגין נזקי עישון. חלק הארי מן התביעות לא נשא פרי. כך היה, במיוחד, בעשורים הראשונים לניהולן של תביעות כאלה (*Howard M. Erichson, The End of the Defendant Advantage in Tobacco Litigation*, 26 Wm. & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev. 123, 126 (2001)). גם בשנים האחרונות, תביעות בגין נזקי עישון, לרבות אלה המוגשות מטעם גופים ציבוריים, נדחות בעיקרן על הסף, מטעמים שונים (*Dagan & White*, בעמ' 360-363). לא נמצא מקרה שבו הוטלה אחריות על מעוול כשהתובעים השונים לא יכלו להוכיח על פי מאזן ההסתברויות שנזקם נגרם מחשיפה לסיכון עולתי בכלל, ולסיכון שיצר כלפיהם אותו מעוול בפרט (פורת "נזקי עישון", בעמ' 482-483).

84. בין השאר, בשורת החלטות ארוכה של בתי משפט פדרליים נקבע, כי יש לדחות, בהעדר עילה, תביעות ישירות כנגד חברות הסיגריות מטעם מיטיבי נזק שונים, דוגמת ארגוני עובדים, מבטחים, ובתי חולים (*Int'l Bhd. of Teamsters, Local 734*)

Health and Welfare Trust Fund v. Philip Morris, Inc., 196 F.3d 818 (7th Cir. 1999); *Laborers Local 17 Health and Benefit Fund v. Philip Morris, Inc.*, 191 F.3d 229 (2d Cir. 1999); *Oregon Laborers-Employers Health & Welfare Trust Fund v. Philip Morris, Inc.*, 185 F.3d 957 (9th Cir. 1999); *Steamfitters, Local Union No. 420 Welfare Fund v. Philip Morris, Inc.*, 171 F.3d 912 (3d Cir. 1999); *Allegheny Gen. Hosp. v. Philip Morris, Inc.*, 228 F.3d 429 (3d Cir. 2000); *Lyons v. Philip Morris, Inc.*, 225 F.3d 909 (8th Cir. 2000); *United Food & Commercial Workers Unions, Employers Health and Welfare Fund v. Philip Morris, Inc.*, 223 F.3d 1271 (11th Cir. 2000); *Tex. Carpenters Health Benefit Fund v. Philip Morris, Inc.*, 199 F.3d 788 (5th Cir. 2000); *Ass'n of Wash. Public Hosp. Dists. v. Philip Morris, Inc.*, 241 F.3d 696 (9th Cir. 2001). באחת ההחלטות, שבה נדחו באחת מספר תביעות כנגד חברות הסיגריות, הן מצד מבטחות והן מצד מדינות זרות, סיכם בית המשפט את עיקרי הטעמים לדחייה:

“The harms alleged by the funds and the nations are too remote from the defendants’ alleged wrongdoing... The alleged harm arising from payment of medical expenses by the funds and the nations is itself derivative of alleged injuries to individual smokers, and the alleged ‘infrastructure’ harms are even more remote than the damages for medical payments... It is difficult to know how smokers might have behaved with more complete information, a problem compounded by the fact that the tobacco companies would be stripped of many defenses that would be available in a subrogation action. Reliance on aggregate statistical proof... compounds the difficulties and does not alter the speculative nature of the claimed damages...” (*Serv. Employees Int’l Union Health & Welfare Fund v. Philip Morris, Inc.*, 249 F.3d 1068 (D.C. Cir. 2001)).

אחת התביעות שזכו לענין ציבורי הוגשה על ידי קבוצת ארגוני בריאות בניו יורק. בערכאה הראשונה נקבע, כי התובעים יוכלו להוכיח את תביעתם באמצעים סטטיסטיים, הנוגעים לקבוצת הניזוקים-המעשנים כולה (*Blue Cross & Blue Shield of N.J., Inc. v. Philip Morris, Inc.*, 113 F. Supp. 2d 345, 372-74 (E.D.N.Y. (2000)). בהמשך נדון בבית המשפט “מקרה מבחן” של אחד מארגוני הבריאות, ובסיומו פסק חבר המושבעים לחובתן של חברות הסיגריות; שיעור הנזק נקבע באמצעות מודל סטטיסטי, שהתייחס למדגם מקרב המוטבים (*Blue Cross & Blue Shield of N.J., Inc.*)

, ברם, (v. *Philip Morris, Inc.*, 178 F. Supp. 2d 198, 253-56 (E.D.N.Y. 2001). בערכאת הערעור נהפכה הקערה על פיה, ונקבע כי אין בין הצדדים קרבה מספקת על מנת שארגוני הבריאות יוכלו להיפרע את נזקיהם מחברות הסיגריות בתביעה ישירה (*Blue Cross & Blue Shield of N.J., Inc. v. Philip Morris USA, Inc.*, 818 N.E.2d) 1140 (N.Y. 2004); *Empire Healthchoice, Inc. v. Philip Morris, Inc.*, 393 F.3d (312 (2d Cir. 2004).

מחוץ לארצות הברית, נדונה בצרפת תביעה בגין הטבת נזקי עישון. התביעה הוגשה על ידי חברה צרפתית גדולה לביטוח רפואי (CPAM) כנגד מספר חברות סיגריות. התביעה נדחתה בהעדר עילה. בית המשפט לא קיבל את טענתה של התובעת לקיום עילה ישירה כנגד חברות הסיגריות, וקבע כי בידי התובעת להגיש אך תביעה סברוגטיבית, המושתתת על עילות התביעה של הניזוקים-המעשנים (Tribunal de) (Grand Instance de Saint Nazaire, R.G. No. 99/01204, Sept. 29, 2003).

85. הסקירה ההשוואתית האמורה מצביעה על הקשיים בהתמודדות עם הדילמה של תביעת מיטיב – המשקפת נזקים המוניים – כנגד מזיק או מזיקים, על פי תבניות המשפט הקיימות. היא מעידה על הקושי לפתור את הדילמה בכלים של המשפט הקיים. היא מעידה על כך שדיני הנזיקין המסורתיים אינם מתאימים לטפל בבעיות של נזקים המוניים. לגישתי, הדילמה אינה יכולה להיפתר באמצעים שיפוטיים ובלא התערבות המחוקק. נדרשת חקיקה אשר תטפל במצבים של עוולות המוניות ובמצבים אחרים של עמימות מובנית במישורי האחריות והנזק, המצדיקים עיצוב תשתית כללים שתאזן איזון ראוי בין האינטרסים של כלל הצדדים המעורבים והאינטרס הציבורי הכללי; כל זאת, במגמה להגשים באיזון זה את התכליות הבסיסיות של דיני הנזיקין ושאר הדינים הנוגעים בדבר, ותוך הסדרת כללי הראיות וההוכחה שיתאימו למצבים מיוחדים אלה.

בין לבין, קשה לראות כיצד ניתן, באמצעים שיפוטיים בלבד, ובלא הסדרה חקיקתית, לספק פתרונות ראויים לקשיים אלה, בלא לסטות סטייה מהותית ממושגי יסוד של הדין המהותי ושל דיני הראיות. החשש הוא כי פתרונות הלכתיים כאלה ואחרים לא יקיפו את מלוא היריעה, אלא יתמקדו בפתרון קושי אחד, תוך יצירת קשיים אחרים, שיפרו גם הם את שיווי המשקל הנדרש בין האינטרסים של המעורבים השונים. המדובר בדיני נזיקין חדשים שהמשפט הקיים אינו מכירם, וידו קצרה לפתחם בלא סיוע המחוקק. לשינוי הנדרש בדין עלולות להיות השלכות חברתיות, כלכליות,

ומוסריות כלליות, שמלאכת החקיקה הראשית היא שאמורה להעריכן ולשקללן. ההכרעה השיפוטית הפרטנית, הנדרשת למקרה הפרטני ולבעלי דין המייצגים את עניינם בלבד, אינה האמצעי הראוי לעריכת הרפורמה הנדרשת בתחום זה.

86. לסיכום הדברים:

כללי המשפט במשולש היחסים מזיק-ניזוק-מיטיב מותאמים כיום לתביעה האינדיבידואלית, המתנה את תביעתו של מיטיב נזק בהוכחת אחריותו של המזיק כלפי הניזוק, ובכירור היקף הנזק הפרטני שנגרם לניזוק עקב הפרת אחריותו של המזיק כלפיו בהתאם לדין.

כללים אלה אינם מותאמים לתביעות נזק המוניות – בין אלה המוגשות על ידי ניזוקים, ובין אלה המוגשות על ידי מיטיבי נזק. יש קושי ממשי לעגן תביעות מסוג זה בתבניות המשפט הקיימות, הן בפן המהותי והן בפן הדיוני-ראייתי, בלא שתתהווה סטייה מהותית עמוקה ממושגי המשפט הנוהגים במבנה הקיים. צורכי החיים והחברה בתקופה המודרנית מחייבים התאמה של המשפט לתופעת הנזקים ההמוניים, והסדרת כלים מתאימים להתמודדות עם תופעה זו, תוך שמירת האיזונים הראויים בין עניינם הלגיטימי של כל הצדדים המעורבים, ותוך הכרה בצורך להגן על האינטרס הציבורי הכללי ועל תכליותיהם הבסיסיות של הדינים הנוגעים בדבר. התאמת המשפט לצרכים האמורים ראוי שתבוא בדרך של הסדרה חקיקתית, אשר תגשים את מכלול התכליות האמורות. על החקיקה לגשר על הפער הקיים בין המשפט לבין החיים, בדרך מושכלת ומאוזנת. בלא הסדרה כזו, ערך ה"צדק המתקן" לא יבוא על סיפוקו.

מפאת חשיבותו, ראוי לתת לנושא זה את העדיפות הראויה לו במלאכת החקיקה.

תוצאה

87. ערעורה של מכבי על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב נדחה; ערעוריהן של חברות הסיגריות מתקבלים, והחלטת בית המשפט המחוזי בירושלים מתבטלת.

בנסיבות הענין אציע שלא ליתן צו להוצאות.

ש ו פ ט ת (בדימ')

השופטת מ' נאור:

1. גם לדעתי כדעת חברתי השופטת (בדימוס) פרוקצ'יה יש למחוק על הסף את התביעות שהוגשו לבית המשפט המחוזי. הדין אינו מאפשר להגיש את התביעות באופן שהוגשו.

2. הנחתנו בשלב זה חייבת להיות, כפי שבארה חברתי, כיוון שעסקינן במחיקה על הסף, כי כל הנטען בכתבי התביעה הוא אמת. אך הדרך בה בחרו התובעות – לא תצלח. אדגיש כי יתכן וניתן היה "לחלץ" מכתבי הטענות סעדים מסוימים אותם אין למחוק על הסף, כגון הבקשות לצווי מניעה שונים או הבקשות לצווי עשה שביקשה קופת החולים הכללית בתביעתה, ואולם, הדברים הם בשוליים של התביעות והם מתערבבים עד בלי יכולת להפריד בטענות בדבר נזקי גוף למבוטחי הקופה. אין זה תפקידו של בית המשפט לנסח עבור התובעים תביעה אחרת או "לחלץ" מתוך ים הטענות עניינים שאולי אין מקום להורות לגביהם על מחיקה. כמו חברתי, השופטת פרוקצ'יה, אתמקד כאן בחלקן המרכזי של התביעות – הטענות בעניין נזקי הגוף שעל פי הטענה נגרמו למבוטחיהן של הקופות באשם של הנתבעים, נזקים בגינם נשאו התובעות בהוצאות כספיות.

3. בהנחה האמורה לפיה הנטען בתובענות הוא אמת, מעלות התובענות עניינים הראויים לבירור. אך גם עניינים הראויים לבירור צריכים להתברר בדרך דיונית שהדין מאפשר לבררם, ולא בדרך שהוצעה בתובענות שלפנינו.

הענין הראשון בו יש להכריע הוא האם קיימת אפשרות תביעה "ישירה" בין קופות החולים למשיבים. השאלה בהקשר זה היא האם קיימת "קירבה" מספקת בין גופים אלו. כפי שהבהירה חברתי מדובר בשאלה של מדיניות משפטית ולאחר ששקלתי בדבר החלטתי להצטרף לעמדתה של חברתי לפיה אין קרבה מספקת בין הגופים. על כן גם לדעתי אין לקבל את טענות קופות החולים כתובעות "ישירות" ונותר לבחון האם

יש מקום לדון בטענות קופות החולים כניזוקות "עקיפות" ולמעשה כמטיבות של ניזוקים ספציפיים.

4. שני כתבי התביעה שלפנינו, אף שיש להם מכנים משותפים – שונים זה מזה. אני מבקשת להרחיב תחילה מעט בענין תביעת מכבי, תביעה שיש לה מאפיינים ייחודים המצדיקים, כשלעצמם, מחיקה על הסף. כפי שפירטה חברתי תביעת מכבי היא תביעה לסעד הצהרתי. הסעד ההצהרתי המבוקש הוא כי הנתבעים חבים בנזקי התובעת בגין הוצאות שהתובעת הוציאה, מוציאה ותוציא עקב טיפולי תחלואה בקרב חבריה הנגרמת בשל מעשי ומחדלי הנתבעים "הכל על פי המפורט בכתב התביעה". התובעת מניחה בתביעתה כי "בקשה למתן סעד הצהרתי תהווה את עיקר סלע המחלוקת וזאת תוך ייתור הצורך בבחינת סוגיית הנזק לעומקה בשלב זה כאשר ניתן להניח כי ימצא המנגנון לאומדנו ולהערכתו לאחר מתן הסעד ההצהרתי המבוקש". התובעת מציינת גם כי כפועל יוצא ממתן הסעד המבוקש (הסעד ההצהרתי) הנתבעים אשר יבקשו להקטין את נזקם ישתתפו "ככל הנראה" בפעולות האיתור והריפוי הכרוכות בתחלואה הנגרמת מעישון, ולדוגמא בהקמת מערך חדש לגילוי ואיתור נפגעי תחלואת עישון או בהקמת מערך חדש לגילוי ואיתור נפגעי תחלואת עישון או בהקמת מערך גמילה לקבוצות. בכתב התביעה מצוין, כי "מטרה זו ודומות לה לא יושגו בתביעה כספית גרידא". אף שאין המדובר בטעדים שהתבקשו, קשה שלא להתרשם כי יש כאן "איתות" לסעדים, שהם מסוג הסעדים אותם ניתן לפסוק להשקפתי בתביעה ייצוגית (ע"א 1338/97 [תנובה מרכז שיתופי לשוק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד נז\(4\) 673, 685-688](#) (2003)).

בסיכום התביעה מציינת מכבי כי אם, על אף האמור, יבחר בית המשפט שלא לקיים דיון במישור ההצהרתי בלבד "יתבקש בית המשפט הנכבד לדון בתובענה כתובענה לתשלום כספי ולחייב את הנתבעות לשלם לתובעת סכום כפי שימצא לנכון לנוכח עילות התביעה ועל פי העובדות שיובאו לפניו". מכבי איננה נוקבת בסכום כלשהו. היא גם אינה מציינת מי הם הנפגעים. דומני שדברים אחרונים אלה שצוטטו מצביעים על כך שמכבי ערה לכלל המושרש היטב לפיו אין דנים בתביעה לסעד הצהרתי מקום שניתן להגיש תביעה כספית (ראו: ע"א 227/77 [בנק ברקליס דיסקונט בע"מ נ' ברנר, פ"ד לב\(1\) 85 \(1977\)](#)). את תביעתה של מכבי ראוי היה למחוק על הסף ולו בשל כלל זה, וגם על כך עמד בית המשפט המחוזי בפסק דינו. תביעת מכבי

מעוררת בעיות נוספות, כגון הבקשה לסעד הצהרתי לפיה יש לחייב בנזקים שיגרמו בעתיד, אך אין צורך להאריך בעניין זה.

5. תביעתה של שירותי בריאות כללית, לעומת זאת, היא תביעה כספית אך גם לגביה תמימת דעים אני עם מסקנתה של חברתי כי יש למחוק אותה על הסף. אדגיש – מחיקה על הסף אין משמעותה נעילת שערים. אולם – מי שמבקש להיכנס בשער צריך לעשות כן בדרך שהדין מאפשר אותו.

6. כדי להבהיר את עמדתי ומאחר שכאמור אין לקבל את טענות קופות החולים כתובעות "ישירות" אלא רק כניזוקות "עקיפות" ולמעשה כמטיבות של ניזוקים, אדון תחילה במצב בו לא היה בנמצא מיטיב של הנזק (קופות החולים) והמעשנים עצמם היו מבקשים להעלות את תביעותיהם הכספיות בגין נזקי עישון. כיצד היה עליהם לפעול? על דרך העקרון פתוחות בפני ניזוקים כמה דרכים – הגשת תביעה אישית; הגשת תביעה קולקטיבית של תובעים רבים (אם מדובר במספר רב מאוד של תובעים דומה שניתן לכנות תביעה כזו "תביעה המונית"); או, הגשת תביעה ייצוגית.

7. כך על דרך העקרון. ואולם, הדרך של תביעה ייצוגית איננה פתוחה בפני הניזוקים במקרה זה של נזקי גוף כתוצאה מעישון. לאחר הגשתן של תביעות אלה חוקק [חוק תובענות ייצוגיות](#), התשס"ו-2006, הקובע רשימה סגורה של עניינים שניתן להעלותם בדרך של תובענה ייצוגית. ככלל, נזקי גוף אינם ביניהם. כפי שציין המשנה לנשיאה ב-[דנ"א 4693/05](#) ב"ח כרמל-חיפה נ' מלול (פורסם בנבו), 29.8.2010 (להלן: דנ"א מלול) כשהציע לאפשר פיצוי לפי הסתברות במקום שמתקיים מבחן ההטיה הנשנית:

"ייתאמר מיד, עם זאת, כי אין המדובר בהקבלה בין מבחן ההטיה הנשנית, המתווה את שיטת הפיצוי-לפי-הסתברות, לבין הליך התביעה הייצוגית. בשונה מהליך ייצוגי, התובע המבקש פיצוי-לפי-הסתברות אינו מייצג איש ואינו מבקש פיצוי אלא עבור עצמו בלבד. אולם אין לשלול שהכרה בקיומה של קבוצה מהסוג הנדון עשויה לסייע לתביעתם של תובעים אחרים הנמנים עליה ואף קיים הגיון בתביעה משותפת של חברי הקבוצה במקרים שהדבר מסתייע (יצוין כי בשיטת המשפט הישראלית לא קיים הליך של תובענה ייצוגית המבוסס על עילת נזיקית – וראו [חוק תובענות ייצוגיות](#), התשס"ו-2006)."
(ההדגשות הוספו – מ.ג.) (פסקה 28)

ובהמשך הדברים מדגיש המשנה לנשיאה :

"מבחן ההטיה הנשנית המוצע כאן, שאינו נתון תחת הליך דיוני של תובענה ייצוגית, אינו ממוקד רק במקרים של 'עוולות המוניות', ואפשר שלגבי מקרים המוניים של ממש ראוי לשקול פרוצדורות ייצוגיות. אולם לענייננו- עתה חשובה התפיסה כי במקרה המקיים את מבחן ההטיה הנשנית – גם אם לא מדובר בקבוצת ניזוקים 'המונית' – הפתרון של פיצוי יחסי לתובע הניצב בפני בית המשפט הוא המענה המיטבי לאור מכלול השיקולים שלעניין." (ההדגשות הוספו – מ.ג.) (פסקה 34)

בפיסקה 37 לחוות דעתי ב-דנ"א מלול ציינתי כי אני נוטה לאמץ את עמדתו של המשנה לנשיאה בעניין ההטיה הנשנית, אך הדברים הושארו בצריך עיון. גם עתה ניתן להשאירם כך. על דרך העקרון (ואעמוד על חריגים אפשריים) הנפגעים הספציפיים בענייננו לא יכולים היו להגיש בעניין (אלמלא הוטב נזקם) תביעה ייצוגית. אזכיר כי בעבר היו מי שסברו, ואני ביניהם, כי ניתן להגיש תביעות ייצוגיות גם מכוחה של תקנה 29 לתקנות [סדר הדין האזרחי](#), תשמ"ד-1984. התביעות שלפנינו הוגשו בטרם הוכרעה הסוגיה, אולם פסיקתו של בית משפט זה קבעה בסופו של דבר כי דרך זו אינה קיימת (ראו: דנ"א 5161/03 א.ש.ת ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד [ס\(2\) 196 \(2005\)](#)). לאחר פסק הדין חוקק [חוק תובענות ייצוגיות](#).

8. להעדר אפשרות להגיש תביעה ייצוגית בגין נזקי גוף יש חריגים אפשריים. הנושא הקרוב ביותר לענייננו הנזכר בחוק תובענות ייצוגיות הוא תביעה בקשר למיפגע סביבתי נגד הגורם המפגע, כאמור [בחוק למניעת מפגעים סביבתיים \(תביעות אזרחיות\)](#), תשנ"ב-1992. חוק זה תוקן במסגרת [חוק תובענות ייצוגיות](#) והוא כולל הוראות בענין ניהול תביעה קבוצתית. ניתן במסגרת חוק זה לתת צו להימנע ממצע שהיא זיהום סביבתי כהגדרתו בחוק [\(סעיף 2\)](#); לגבי מפגע סביבתי חוזר כהגדרתו בחוק ניתן להורות גם על פיצוי [\(סעיף 10\)](#) (ראו גם: אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית [בעוולות](#) המוניות" משפטים לד' (2) 301, 337-340 (2004)). לא אאריך כי תביעת שירותי בריאות כללית איננה תביעה לפי חוק זה.

9. ועוד: חריג אפשרי אחר מצוי במסגרת [חוק הגנת הצרכן](#), תשמ"א-1981 (לזיקה בין חוק הגנת הצרכן לבין [פקודת הנזיקין](#) ראו: [ע"א 1977/97 ברזני נ' בוק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה\(4\) 584](#), פסק דינו של הנשיא ברק (2001); [דנ"א 5712/01 ברזני נ' בוק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז\(6\) 385](#), דברי השופט חשין (2003)). לא נעלם מעיני שבכל אחת מן התביעות שלפנינו נזכר גם, ושוב בשוליים, [חוק הגנת הצרכן](#) (בתביעת מכבי ישנה הפניה לחוק במשפט אחד בעמ' 26 לכתב התביעה תחת הכותרת "עילות עקיפין", העוסק בטענות חלופיות; בתביעת הכללית נזכר הדבר בחצי משפט במסגרת סעיף 56 לכתב התביעה). כשלעצמי איני שוללת תביעה ייצוגית בגין נזקי גוף לפי [חוק הגנת הצרכן](#). אך, עניין זה עומד בשולי השוליים של התביעות כפי שנוסחו, ואי אפשר להפוך אותו למרכז התביעות.

10. הדרך האחרת הפתוחה בפני הנזוקים עצמם פרט לתביעה אישית היא, כאמור, ניהול תביעה "קולקטיבית" או, במקרה הצורך, תביעה "המונית" (על המשותף והמפריד בין תביעה ייצוגית ותביעה המונית ראו: סטיבן גולדשטיין וטליה [פישר "יחסי הגומלין בין תביעות המוניות לתובענות ייצוגיות: היבטים בסדרי דין" משפטים לד\(1\) 21 \(2004\)](#)). אכן, ניהול תביעה קולקטיבית הוא סבוך וקשה, ואולם בתי המשפט פיתחו דרכים להקטין את הקושי הנובע ממורכבות תביעות אלה. לעתים יש צורך בפתרונות יצירתיים כגון איחוד דיון בסוגיות מסוימות, והפרדתו לאחר מכן. תפקידו של השופט היושב לדין הוא לנווט את ההליך במסגרת ישיבת קדם משפט ולמצוא את הדרך הדיונית ההולמת לניהולו. עמדה על כך השופטת שטרסברג-כהן כשדחתה בקשת רשות ערעור על החלטה של בית המשפט המחוזי לדון במאוחד בתביעותיהם של שמונים תובעים, ולא בדרך של תובענה ייצוגית, בתביעות נגד חברת דובק. בית המשפט המחוזי ציין בהחלטתו כי חלק מן הפלוגתאות משותף לכל התובעים וחלק יהיה על כל תובע להוכיח באופן אינדיוידואלי. בקשת רשות הערעור על החלטה זו נדחתה בלא בקשת תגובה, וכך נקבע:

"תביעות נזיקין המוגשות על-ידי נפגעים רבים במספר כנגד גורם הנזק, הם חזיון נפרץ במקומותינו בין כאשר תאונה אחת גורמת לנפגעים רבים ובין כאשר קבלן גרם לנזק לדירותיהם של משתכנים רבים בפרויקטים מקיפים. בית המשפט משכיל למיין את הסוגיות העומדות לפניו ואת השאלות העובדתיות והמשפטיות המצריכות הכרעה ולהחליט איזה מהן תידונה יחד בין כל התובעים לבין הנתבעים ואיזה תידונה בנפרד בין כל תובע לבין הנתבעים.

בעניין שלפנינו, נראה כי חלק נכבד משאלות המתייחסות לאחריות (המושגית ואולי אף הקונקרטי) יתלבן במשותף לכל התובעים.

בידי הערכאה הראשונה הסמכות ושיקול הדעת להתוות את דרך ניהול התביעה, הפלוגתאות, סדר הבאת הראיות ועוד כהנה וכהנה שאלות שאופן ושלב ליבון, נתון לשיקול דעתה של הערכאה הראשונה. במקרה דנן יש הצדקה נוספת לשמיעה כפי שקבע בית המשפט שיש בה כדי להקל על ההתדיינות. הצדקה זו היא היות כל התובעים מיוצגים על-ידי עורך דין אחד.

ניתן לדחות את הבקשה מטעמיו של בית המשפט והחלטתו ומטעמים נוספים שניתן היה להוסיף. די לי בכך שיתרונותיה של השמיעה המשותפת עולה לאין ערוך על חסרונותיה.

(רע"א 2291/99 דובק בע"מ נ' ויסברג (פורסם בנבו), 13.5.1999)(להלן: עניין ויסברג).

11. ואולם, התביעה "הקולקטיבית" מתאפיינת בכך שיש בה תובעים קונקרטיים התובעים נזק מסוים שלטענתם נגרם שלא כדין על ידי הנתבע. בכך שונה היא מהתביעה הייצוגית בה יש רק תובע ייצוגי. גם אם תתקבל האפשרות לחייב באופן יחסי את הנתבע לפי מבחן ההטיה הנשנית כפי שהוצע ב-Dנ"א מלול, עדיין יהיה צורך לנקוב בשמותיהם של הנפגעים הקונקרטיים, ולהעלות טענות בעניין הנזק שנגרם לכל אחד מהם. על כך עמדה חברתי בהרחבה, ואין צורך לחזור.

12. התביעות שבפני אינן נושאות את הכותרת "תובענה ייצוגית" משום שהן תביעות של המיטיבים, ואולם משקבענו כי אין מקום לתביעה "ישירה" של קופות החולים הרי מאחורי תביעת כל אחת מתביעות קופות החולים מסתתרת למעשה תביעה ייצוגית, או אפילו פחות מזה, מפני שאין בהן אפילו תובע ייצוגי אחד שנטען שהייתה לו עילת תביעה (אלמלא הוטב נזקו על ידי התובעת). כפי שהזכירה חברתי, בית המשפט המחוזי סרב לבקשת מכבי להתיר לה לתקן את התביעה על דרך הוספת תביעה ספציפית של חולה או חולים מסוימים, שכן לגישתו מדובר בתביעה שמהותה חדשה לחלוטין להבדיל מתיקון התביעה המקורית. אילו בית המשפט היה מאפשר לצרף תובע קונקרטי אחד או אחדים, הדבר היה הופך את התביעה למעין תביעה ייצוגית, אך כאמור, אין בענייננו אפשרות בדין להגיש תביעה ייצוגית, לפחות לא באופן שהתביעות שלפנינו הוגשו. על כן – בצדק לא הותר התיקון. יתכן והגשת תביעה

אישית או תביעה קולקטיבית – הייתה מאפשרת ליצור השתקי פלוגתאות שהיו סוללים את הדרך לפשרה או לצמצום המחלוקות בתביעות פרטניות. אפשר וניתן לשקול הגשת "תביעת מבחן" (ראו והשוו: [ע"ע \(ארצי\) 220/03](#) ארגס נ' רשות הנמלים בישראל (פורסם בנבו), 28.2.2006)). אך תהא אשר תהא הדרך האופטימאלית לניהול תביעה קולקטיבית התביעות שלפנינו אינן כאלה.

13. אם כן, הנפגעים עצמם, יכלו לכל היותר להגיש תביעה קולקטיבית (דוגמת עניין ויסברג הנ"ל), או להגיש תביעות רבות ולבקש לאחדן. בתביעות כאלה הם היו יכולים לנסות להפעיל את עקרון ההטיה הנשנית עליו עמד המשנה לנשיאה ב-דנ"א מלול. האם הדין שונה הוא כיוון שמדובר בתביעה אחת של מיטיב (קופת החולים הרלבנטית)? בהיעדר אחריות "ישירה" התובעות באות בנעלי הנפגעים ולדעתי הדין אינו מאפשר להן יתרונות דיוניים שאינם עומדים לנפגעים עצמם. כלל הוא שאין אדם מעביר יותר ממה שיש לו. כשם שקבוצת נפגעים לא יכולה הייתה להגיש את התביעה באופן שהוגשה על ידי קופת החולים הרלבנטית (כלומר מבלי לתבוע את נזקיהם של ניזוקים קונקרטיים) אף קופות החולים אינן יכולות לעשות כן.

14. שקלתי בכובד ראש אם לאפשר לתובעים לתקן את תביעותיהם והגעתי לכלל מסקנה כי יש למחוק תביעות אלה, והכל תוך מתן אפשרות, אם התובעות ירצו בכך, להגיש תביעה חדשה. איני סבורה שעל בתי המשפט לעוץ לקופות החולים עצות כיצד לפעול: האם להגיש תביעה של מיטיב בגין נזקים של ניזוק קונקרטי, או תביעת מיטיב בגין מספר ניזוקים תוך בקשה לבררה כתביעת מבחן, כדי ליצור השתק פלוגתא; או האם במסגרת כזו יש לעשות שימוש בדוקטרינת ההטיה הנשנית עליה עמד המשנה לנשיאה ב-דנ"א מלול. התובעות הן גופים ציבוריים, והן נהנות מייעוץ משפטי. על התובעות לעשות הערכה מחודשת ולהחליט בעצמן כיצד לנהוג, לאור האמור ב-דנ"א מלול ולאור האמור בפסק דיננו זה. מחיקת התביעות כפי שנוסחו אינה לדעתי בגדר נעילת דלתות. התובעות יפעלו כחוכמתן, על סיכוייהן וסיכוייהן, כפי שעשו בהליך הנוכחי. אם יוגשו תביעות אחרות יתמודדו בתי המשפט עם טענות הצדדים. התובעות ביקשו לעשות קיצור דרך בלתי אפשרי, קיצור דרך הפוגע בזכויות הנתבעים לטעון טענות הגנה כמו הסתכנות מרצון או אשם תורם.

15. ולבסוף, לעניין הצורך בהסדרה חקיקתית: עניין ההטייה הנשנית, כשלעצמו, אינו מצריך לדעתי חקיקה. יחד עם זאת, כפי שפורט לעיל באשר לתביעה ייצוגית על נזקי גוף אכן לא ניתן, ככלל, להגישה בלא הסדרה חקיקתית. ניתן גם לשקול בחקיקה דרכים אחרות לפיצוי על נזק גוף (השוו לפסקה 5 סיפא לפסק דינה של הנשיאה ביניש ב-דנ"א מלול לגבי הסדרת הפיצויים במקרים מסוימים, כמו פיצוי לנפגעי גזות, בדרך של חקיקה). מכל מקום, התביעות שלפנינו, כפי שהן – דינן להימחק. כל שאוכל לומר הוא – זו אינה הדרך.

16. על כן מצטרפת אני למסקנתה של השופטת פרוקצ'יה כי דין התביעות שהוגשו לבית המשפט המחוזי להימחק על הסף.

ש ו פ ט ת

השופטת א' חיות:

1. כחברתיי אף אני סבורה שיש לדחות את ערעורה של מכבי שירותי בריאות (ע"א 7547/99) ולקבל את ערעוריהן של דובק בע"מ ויתר חברות הסיגריות (רע"א 4838/04, רע"א 5181/04 ורע"א 5721/04), דהיינו כי יש לאמץ את התוצאה אליה הגיע בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופט ע' אזר ז"ל) בעניין מכבי ולהורות כי דין תביעותיהן של קופות החולים להימחק על הסף.

2. עיקר הטעמים שהוליכו את חברתי השופטת א' פרוקצ'יה לתוצאה זו מקובלים עלי. כך מקובלת עלי עמדתה כי סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994 (להלן: חוק ביטוח בריאות), אינו קובע הסדר סטטוטורי שלילי המייחד לקופות החולים עילת תביעה לשיפוי על פיו בלבד. ממילא אין הוא מוציא עילות תביעה אחרות העשויות לעמוד לקופות על פי דין (ראו פסקה 33 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה והנימוקים המפורטים שם). כמו כן מקובלת עלי קביעתה כי אף שסעיף 22 לחוק ביטוח בריאות אינו חוסם כאמור מפני קופות החולים את הדרך לתבוע בעילות נזיקין או בעילה של עשיית עושר ולא במשפט, דין התביעות שהגישו קופות החולים במקרה דנן בהתבסס על עילות אלה להימחק על הסף משום שהן אינן מגלות עילה במתכונת שבה הוגשו, אפילו נניח לטובת קופות החולים (כשל השלב הטרומי שבו ניתנו ההחלטות נשוא הליכי הערעורים) כי הטענות העובדתיות שהועלו על-ידן

תוכחנה. בהקשר זה עמדה חברתי על כך שחלק הארי של הנזקים הנטענים על-ידי קופות החולים עניינם בהוצאות על טיפולים רפואיים שניתנו לחבריהן בשל תחלואים שנגרמו מנזקי עישון. חברתי ציינה כי הוצאות אלה הינן בבחינת "נזק עקיף" או "נזק מישנה" הנגזר מנזקיהם של חברי הקופות ניזוקי העישון ומשכך, יש לראות את קופות החולים כ"ניזוקות משניות" שתביעותיהן תלויות, במהותן, בנזקי הגוף שנגרמו למבוטחיהן (ראו פסקה 37 לפסק הדין).

סיווגן זה של קופות החולים כניזוקות משניות הוא אפשרי אך ראוי לציין כי סיווג זה לבדו אינן בו בהכרח כדי לשלול עילת תביעה ישירה. כך למשל היו מקרים שבהם הכיר בית משפט זה בעילות תביעה ישירות של ניזוקים משניים, שלא בגין הטבת נזקיו של הניזוק הישיר, בסוברו כי יש לכך הצדקה מבחינת המדיניות המשפטית הראויה (ראו: [רע"א 444/87 אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן ז"ל, פ"ד מד\(3\) 397](#) (1990); [ע"א 754/05](#) לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק (פורסם בנבן, 5.6.2007); [ע"א 9466/05](#) שוויקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבן, 16.3.2008)). אולם במקרה דנן - להבדיל מן ההלכות שפורטו לעיל - מדובר במובהק בסכומים שהוציאו קופות החולים להטבת נזקיהם של הניזוקים הישירים ובשל אופיו זה של הנזק הנטען על-ידי הקופות, ציינה חברתי כי מדובר ב"נזק מרוחק" שאין בו כדי להקים חבות ישירה מצד המזיק (חברות הסיגריות) כלפי הקופות כמיטיבות. חברתי הפנתה בהקשר זה לפסיקה אמריקאית, אשר דחתה בעקביות תביעות של צדדים שלישיים שנשאו בתשלומים ובהוצאות טיפול לניזוקי עישון וביססו את תביעותיהם נגד חברות הסיגריות על חבות ישירה בגין הנזק הכלכלי שנגרם להם. כה עקבית בהקשר זה היא גישתה של הפסיקה האמריקאית עד כי במאמר "*Reaching Equilibrium in Tobacco Litigation*" שפורסם לאחרונה ציינו מחבריו בהקשר זה כי:

"Third-party payor claims brought by insurance companies and other non-governmental entities are a dead issue".

(ראו James A. Henderson, Jr. and Aaron D. Twerski *Reaching Equilibrium* ; וראו גם אריאל [פורת "תביעות בגין נזקי עישון"](#): האתגר של דיני הנזיקין בעידן העולות ההמוניות" משפטים לג 477, 486, 494-495 (תשס"ג) (להלן: [פורת, תביעות בגין נזקי עישון](#))).

אכן, גם בענייננו וככל שקופות החולים מיטיבות את נזקיהם של ניזוקי העישון מכוח הדין, יש קושי לקבוע כי "הסיבה הקרובה" לנשיאה בתשלומים ובהוצאות הכרוכות בכך היא התנהגותן העוולתית של חברות הסיגריות (ראו והשוו [פורת, תביעות בגין נזקי עישון](#), 495).

3. אשר לשאלה האם סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות מקנה לקופות החולים תביעת תחלוף שלגביה באה קופת החולים ב"נעלי" הניזוק לכל דבר ועניין, לרבות בהיבטים דיוניים הנוגעים להתיישנות ומעשה בית-דין (כעמדתה של השופטת ט' שטרסברג-כהן ברע"א 7817/99 [אבנר איגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ נ' קופת חולים מכבי, פ"ד נז\(3\) 49 \(2003\) \(להלן: עניין אבנר\)](#)), או שמא מקנה הסעיף לקופות החולים זכות שיפוי בעלת סממנים עצמאיים (אפשרות שלא נשללה ונותרה בצריך עיון בעניין אבנר על-ידי הנשיא ברק והשופט טירקל). כחברתי השופטת א' פרוקצ'יה אני סבורה כי המקרה דנן אינו מצריך הכרעה בסוגיה זו ולענייננו די אם נאמר כי התביעה להטבת הנזק, הנתונה לקופות החולים על פי סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות, קשורה בטבורה לעילת התביעה של הניזוק כלפי המזיק למצער במובן זה שבהעדר חבות מצד המזיק כלפי הניזוק אין למיטיב זכות שיפוי. הדברים עולים בבירור מהוראת סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות עצמו הקובע כי:

"קופת חולים או נותן שירותים, שנתנו שירותי בריאות למי שחלה או למי שנפגע ממזיק זכאים להיפרע את הטבת הנזק מהמזיק או ממבטחו או מכל אדם אחר, בשל חבותם לפי כל דין או לפי כל חוזה ביטוח, בסכום ההוצאות אשר הוציאו בפועל למתן שירותי הבריאות למי שנפגע או שחלה כאמור. לענין סעיף זה ולענין [חוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים \(הטבת נזקי גוף\)](#), התשכ"ד-1964, "מזיק" - למעט קופת חולים או נותן שירותים" (לעניין ההבדלים בין תביעת תחלוף ותביעת שיפוי ולאפשרות כי תתקיים עילת שיפוי בעלת יסודות עצמאיים ותחלופיים במשולב ראו [רע"א 2368/08 אבנר-איגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ נ' מדינת ישראל \(פורסם בנבו\)](#), 10.7.2011).

4. התביעות שהגישו קופות החולים בענייננו לא הוגשו במתכונת של תביעות להטבת נזק כאמור. ממילא אין הן מפרטות בתביעותיהן את הזיקה שבין תביעות אלה לחבותן של חברות הסיגריות כלפי הניזוקים מעישון שאת נזקיהם היטיבו קופות החולים, וכפי שכבר צוין התבססו תביעותיהן של קופות החולים על עילות ישירות אשר לטענת קופות החולים קמות להן נגד חברות הסיגריות במנותק מחבותן של אלה כלפי ניזוקי העישון. גם בקשר לעילת התביעה על פי סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות הדגישו קופות החולים כי מדובר לגישתן בעילה ישירה שאינה קשורה לעילתם של ניזוקי העישון ובמתכונת זו העלו את טענותיהן (ראו סעיף 47 לסיכומיה של שירותי בריאות כללית; וסעיפים 37-41 לסיכומיה של מכבי). די בכך, כפי שצינו חברותיי, על מנת למחוק תביעות אלו על הסף.

5. חברתי השופטת א' פרוקצ'יה התייחסה בשולי פסק דינה תחת הכותרת "משפט רצוי – צפי לעתיד" לסוגיית העוולות ההמוניות והביעה את דעתה (בדומה לעמדה שהובעה על-ידיה עוד קודם לכן בדנ"א [4693/05](#) ב"ח כרמל-חיפה נ' מלול (פורסם בנבו), 29.8.2010) (להלן: דנ"א מלול) כי עוולות אלה מעוררות שאלות מורכבות של מדיניות וכי כל פיתרון הכרוך בהן טומן בחובו השלכות מרחיקות לכת בהיבטים שונים ועל כן "יש להותירן למבטו הרחב של המחוקק ולהסדרה כוללת על ידו". חברתי השופטת מ' נאור ציינה מצידה (ואף זאת בדומה לעמדה שהביעה בדנ"א מלול הנ"ל) כי היא נוטה לאמץ בהקשר זה את הגישה שהציג המשנה לנשיאה השופט א' ריבלין בדנ"א מלול לעניין מבחן ההטיה הנשנית. על-פי מבחן זה ניתן להכיר במסגרת של הלכה פסוקה בקיומו של חריג מצומצם לכלל המחייב הוכחת יסודות העוולה במאזן ההסתברויות, בהתקיים ארבעה יסודות: קיום מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטיה עקבית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות (ראו סעיף 22 ואילך לפסק דינו של המשנה לנשיאה בדנ"א מלול). כחברתי השופטת מ' נאור אף אני נוטה לאמץ את החריג האמור, אך דומני כי ההכרעה בשאלה זו וכן בשאלה האם יש להחיל את החריג לגבי תביעת מיטיבים המבססים את עילת תביעתם על חבות המזיק כלפי הניזוק, כל אלה אינם נדרשים במקרה דנן. קופות החולים לא ביססו את תביעותיהן על עוולה המונית או על הטיה נשנית ונראה כי מתן היתר לתיקון התביעות בהקשר זה אין לו מקום בנסיבות העניין ולו משום שמדובר בתביעות השונות תכלית השינוי מן התביעות שהגישו קופות החולים לכתחילה.

מן הטעמים שפורטו לעיל אני מצטרפת לפסק-דינה של חברתי השופטת א' פרוקצ'יה.

ש ו פ ט ת

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת (בדימ') פרוקצ'יה.

ניתן היום, י"א בתמוז תשע"א (13.07.2011).

(בדימ') א' פרוקצ'יה 54678313-7547/99

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת (בדימ')

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 04048380_R16.doc של מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)