



בית המשפט המחוזי מרכז

19/06/2012

ת"צ 33359-06-12 זבידה נ' בית חולים
בילינסון ואח'

מספר בקשה (רִקֵּם הַפֶּלֶב): 1
טלפון מרכז מידע: 077-2703333

אישור על פתיחת בקשה
مُصادقة على تسجيل طلب

ניזון אישור כי ביום (نُصادق بهذا أنه في يوم) 19 יוני 2012 בשעה (بالساعة) 08:51 הוגשה בקשה מסוג (قَدِّم طلب من نوع): אישור תובענה כתובענה ייצוגית בקשה של מבקש 1 אישור תובענה כתובענה ייצוגית בחיק (بقضية) ת"צ 33359-06-12 זבידה נ' בית חולים בילינסון ואח'.

מספר הבקשה הוא (رقم الطلب هو): 1.

בכל פנייה לבית המשפט בנוגע לבקשה זו, יש לציין את מספר הבקשה.
كُل مراجعة للمحكمة المتعلقة في الطلب عليك أن تذكر رقم الطلب.



בית המשפט המחוזי מרכז

19 יוני 2012

ת"צ 33359-06-12 זבידה נ' בית חולים
בילינסון ואח'

אישור פתיחת תיק

مصادقة على تسجيل قضية

ניתן אישור כי ביום (תֻּصادק بهذا بأنه في يوم) 19 יוני 2012 בשעה (الساعة) 08:45 נפתח בבית משפט זה (سجلت في المحكمة قضية تحمل الرقم) ת"צ 33359-06-12 זבידה נ' בית חולים בילינסון ואח'.

יש להמציא את כתב הטענות הפותח לבעלי הדין שכנגד, בתוך 5 ימים, בדואר רשום עם אישור מסירה, אלא אם כן הורה בית המשפט אחרת.

عليك تسليم لائحة الادعاء للطرف الآخر خلال 5 ايام بالبريد المسجل مع وصل تبليغ إلا إذا أمرت المحكمة غير ذلك.

פסקי דין והחלטות מתפרסמים באתר האינטרנט של מערכת בתי המשפט בכתובת www.court.gov.il

ובעניין שבין:

1. זבידה יחיא ת.ז. 310004072

ע"י עו"ד אסף נוי ו/או עו"ד עיסא יוסף

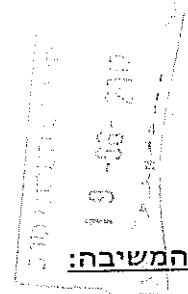
ו/או עו"ד אירית רסלס ו/או טל אייכנר

כולם מרח' רוטשילד 57 ת.ד 899 כפר סבא

טל: 072-2305152 פקס: 09-7677850

- נ ג ד -

המבקשים



1. בית חולים בילינסון

רח' ז'בוטנסקי 39 פתח תקווה

2. שירותי בריאות כללית

מרח' ארלוזורוב 101 תל-אביב מיקוד 62098 ת.ד. 16250

המשיבות

מהות התביעה: כספית - נזיקת

סכום התביעה של כל תובע: 100,000 ש"ח

סכום התביעה ביחס לכל הקבוצה: 15,000,000

בקשה לאישור תובענה כתובענה ייצוגית:

בהתאם להוראות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "החוק"), מתבקש בית המשפט הנכבד כדלקמן:

א. להכיר בתובענה אשר הוגשה בתיק העיקרי (להלן: "התביעה") אשר מוגשת בד בבד עם הגשת בקשה זו, כתובענה ייצוגית, בשם כל אדם בישראל אשר ביצע בדיקת אנדוסקופיה בבית החולים ביילנסון ונקרא לבצע בדיקת איידס הואיל והמכשור בו בוצעה הבדיקה לא עבר חיטוי כנדרש (להלן: "הבדיקה").

ב. בית המשפט מתבקש לקבוע בהתאם לסעיפים 10(א)(1)-14 לחוק, כי הקבוצה בשמה מוגשת התובענה הייצוגית תכלול כל אדם אשר נקרא לבצע בדיקת איידס הואיל והמכשור בו בוצעה הבדיקה לא עבר חיטוי כנדרש.

ג. לקבוע בהתאם לסעיף 14(א)(2) לחוק כי המבקשים יהיו התובעים הייצוגיים וכי ב"כ החתומים על בקשה זו יהיו באי כוחם המייצגים.

ד. לקבוע בהתאם לסעיף 14(א)(3) לחוק כי עילות התובענה הייצוגית הן, בין היתר, הפרת הסכם והטעיה לפי דיני החוזים, לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט תשל"ט-1979, הסתרת מידע במתכוון, היצג רשלני, רשלנות והפרת חובה חקוקה לפי פק' הנזיקין (נוסח חדש), הפרת חוק זכויות החולה התשנ"ו-1996, הפרת ח"י: כבוד האדם וחירותו, פגיעה באוטונומיה וניצול מצוקת הצרכן/המטופל.

ה. לקבוע בהתאם לסעיף 14(א)(4) לחוק כי הסעד המבוקש הוא פיצוי כל חבר בקבוצת המבקשים, בגין הנזק שנגרם לו בקשר עם עילת התביעה, כלומר השלמת הפיצוי

המגיע לכל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור, בהתאם לסעיף 20(ג) לחוק.

- ו. להורות בהתאם לסעיף 25 לחוק, כי ההחלטה בבקשה זו תפורסם באופן שיקבע ע"י ביהמ"ש הנכבד.
- ז. לפסוק לטובת המבקשים המייצגים שיפוי ופיצוי מיוחד, כאמור בסעיף 22 לחוק, לנוכח הטרחה והסיכון שבהגשת התביעה וניהולה, התועלת שבהגשת התובענה לכלל חברי הקבוצה בשם המבקשים המייצגים, להכיר בתובענה ולנוכח החשיבות הציבורית שיש בהגשת התובענה.
- ח. לפסוק לטובת עו"ד המייצגים את המבקשים, בעד הטיפול בתובענה לרבות הבקשה לאישור, שכ"ט מיוחד, בהתאם לאמור בסעיף 23 לחוק.
- ט. לאשר בהתאם לסעיף 13 לחוק, את התובענה כתובענה ייצוגית, בכל שינוי שביהמ"ש הנכבד יחליט עליו ביחס לבקשה, הכל כפי שיראה בפני בית המשפט הנכבד ראוי להבטחת ניהול הוגן ויעיל של התובענה הייצוגית.
- י. לחייב המשיבות בהוצאות הדיון בבקשה זו, לרבות שכ"ט עו"ד.

ואלה נימוקי הבקשה:

ראשית הדברים:

1. תביעה זו נוגעת לכ - 150 מטופלים במחלקת אף-אוזן-גרון בבית החולים בילינסון בפתח תקווה אשר זומנו לבית החולים לבדיקת דם, לאחר שעלה החשש כי נחשפו לנגיף ה-HIV בעת טיפול במחלקה, וקיים סיכון שנדבקו באידס.
2. בדיקה שבוצעה בבית החולים באחרונה העלתה כי אחד המכשירים במחלקה - אנדוסקופ המשמש לבדיקת ריריות האף - לא עבר חיטוי כהלכה בהתאם להמלצות משרד הבריאות. במכשיר טופל לפני חודש נשא איידס, ובבית החולים הוחלט לזמן את כלל המטופלים שעברו בדיקה במכשיר לבדיקה יומיים אחריו, כדי לוודא שלא נדבקו בנגיף. בבית החולים מסבירים כי רק לפני מספר ימים נודע כי המטופל הוא נשא של נגיף ה-HIV זה שלושה חודשים.
3. ע"פ פרסומים של בית החולים בתקשורת אמר ד"ר בועז תדמור, מנהל בית החולים כי "בית החולים החליט לנקוט משנה זהירות ולזמן את המטופלים לבדיקה, החלטה שהתקבלה בהתייעצות עם מומחים בתחום ובתיאום עם משרד הבריאות. נסביר למטופלים שלדעתנו אין להם מה לחשוש, ובמקביל נתייחס באופן רציני לסיכון, ניקח אחריות על מה שנעשה, וניטול בדיקת דם כדי לוודא שלא היה מעבר של זיהומים באמצעות המכשיר".
4. בעניין זה יובהר כי הנהלת בית החולים שיגרה ביום ראשון 17.6.12 בשעות הצהריים מכתבים למטופלים המזמנים אותם לבדיקות, באמצעות שליח.
5. בית החולים הבהיר כי הבדיקה המתבצעת באמצעות המכשיר שלא חוטא כראוי נועדה לאתר גידולים בקרב אנשים הסובלים מכאבי ראש והועלה אצלם חשד לסינוסיטיס. "אנדוסקופ הוא מכשיר מורכב עם רמות סיכונים משתנות, בהתאם לגודל המכשיר, החללים המצויים בו והמגע האפשרי עם דם המטופל במסגרת הבדיקה",
6. ברור הוא כי בית החולים הוא המופקד על הפיקוח על חיטוי המכשור ומהווה הגורם הבלעדי ממנגנון הפיקוח האופרטיבי של הבדיקה. במסגרת תפקידו, היה ממונה מקצועית על עובדי בית החולים, פיקוח על עבודתם והיה צריך להדריךם לחיטוי המכשור ולפתור בעיות בהתאם לצורך, לרבות באמצעות פרסום הוראות, נהלים

והנחיות. בתוקף תפקידו היה אחראי לפקח ולוודא כי הבדק יעמוד בתפקידיו וביעדי כפי שפורטו בהוראות משרד הבריאות, היה אחראי על התורה של בטיחות הבריאות בבית החולים, וקבע את המדיניות לגבי הפיקוח וביצוע הבדיקה ע"פ נהלי משרד הבריאות, הרופא הסביר ומערך הרפואה בארץ ובעולם.

7. בתקופה הרלוונטית היה בית החולים ונציגיו מודעים:

- לייחודיות ולרגישות הרבה של הכנסת גוף זר לגופם של הנבדקים.
- למק העצום שייגרם לחייהם ולבריאותם של הנבדקים במידה ויתרחש מצב דומה לאמור בתביעה זה.
- לכך שמטרת הבדיקה הפיקוח והחיתוי של המכשור הוא, בין היתר, לוודא כי במכשור הנכנס לגופם של הנבדקים בוצע חיתוי וזאת כדי למנוע הפצת מחלות בישראל.

למרות האמור לעיל, בתקופה הרלוונטית בית החולים ונציגיו:

- חרגו מביצוע נהלים.
- לא הקפידו על בדיקה ממשית של חיתוי המכשור.
- לא ייחסו את החשיבות הראויה לביצוע הבדיקות הנדרשות, במיוחד כאשר מדובר במכשור שנכנס לגופם של נבדקים.

8. לא זו אף זו, הובהר ע"י בית החולים כי במכשור לא בוצע חיתוי משך למעלה מחודש כאשר ברור הוא כי בין בדיקה לבדיקה חייב להיות מבוצע הליך דומה ובכך העבירו המכשור בתוך גופם של כ- 150 אנשים. לקרא ולא להאמין.

9. נהלי משרד הבריאות מחייבים התייחסות לכל מטופל כאילו היה נשא של מחלה מדבקת, ובהתאם לכך מחייבים חיתוי וסטריליזציה של מכשור רפואי בין מטופל למטופל.

10. העובדה כי פורסם שבאחד המקרים המוכרים בארה"ב, בינואר 2008 התברר כי מספר מטופלים נדבקו בנגיף הפטיטיס C לאחר שעברו בדיקת אנדוסקופיה במרפאה בדרום מדינת ניואדלה, במכשיר שלא חוטא כהלכה בוודאי יש בה כדי להביא לחרדה עצומה בקרב הנבדקים.

נושא התובענה:

11. עניינה של תובענה זו, והבקשה לאישורה כתובענה ייצוגית, היא בהודעת הנהלת בית החולים ביילינסון ששיגרה מכתבים למטופלים המזמנים אותם לבדיקות, בשל בדיקה פולשנית אשר מתבצעת באמצעות מכשיר שלא חוטא כראוי נועדה לאתר גידולים בקרב אנשים הסובלים מכאבי ראש והועלה אצלם חשד לסינוסיטיס ועשוי להדביקם במחלת האיידס.

12. המשיב 1 בית החולים ביילינסון הנו חלק מרכז רפואי רבין. המרכז הרפואי רבין הוא מרכז רפואי בבעלות שירותי בריאות כללית, נמצא בפתח תקווה ומורכב מבית חולים ביילינסון ומבית חולים גולדה שרון. זהו המרכז הרפואי השני בגודלו בישראל, אחרי בית החולים יסבי בתל השומר. הוא משתרע על שני קמפוסים ברחבי העיר - המרכזי ברח' זאב זבוטינסקי שם שוכנים בית החולים ביילינסון ומרכז שניידר לרפואת ילדים בישראל, והקטן יותר ברח' קרן כימת לישראל שם נמצא "בית חולים גולדה שרון". שני בתי החולים אוחדו למרכז אחד ב-1998 שנקרא על שם ראש הממשלה יצחק רבין. בית החולים מטפל בלמעלה מחצי מיליון חולים בשנה שמגיעים מישראל אך גם מהמדינות השכנות ומתרחשות הפלסטיניות. נולדים בו כל שנה כ-9,000 ילדים. הוא כולל 37 חדרי ניתוח ומכיל בסך הכול 1,300 מיטות. מרכז רבין הוא המרכז החשוב ביותר להשתלזה ולטיפול בניתוח בישראל. מנהלו של המרכז הרפואי הוא ד"ר ערן הלפרן.

13. המשיב 2 שירותי בריאות כללית (או בשמה הראשוני, "קופת חולים הכללית של העובדים העבריים בארץ ישראל"), הוא ארגון הבריאות השני בגודלו בעולם¹¹. למרות

שמאז חקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי בשנת 1995, ירד אחוז המבוטחים ב"כללית" מתוך כלל האוכלוסייה בישראל, שירותי בריאות כללית היא קופת החולים הגדולה במדינה. היא מעניקה את שירותיה, נכון לשנת 2009, ליותר מ-50% מתושבי המדינה. שירותיה הרפואיים ניתנים באמצעות למעלה מ-1300 מרפאות, 14 בתי חולים, כ-400 בתי מרקחת ומאות מכונים ומעבדות.

14. בתביעה ספציפית זו כל אישום כנגד המשיב 1 מתאים גם כנגד המשיב 2 ולהיפך. בכל מקום שיואשם רק אחד הצדדים יש לראות האישום גם כלפי הצד השני.

15. קבוצת התובעים הינה כל אדם בישראל אשר לגופם הוכנס מכשור ללא חיטוי שהוכנס טרם לכן לגופו של אדם אחר הנגוע במחלת האיידס. הקבוצה נפגעה, בין היתר, בשל פגיעה קשה בזכותם לאוטונומיה באשר לזכותם להחליט מה יכניסו לגופם. חברי הקבוצה נדרשו לבצע בדיקת איידס אשר סביר ולא היו נדרשים לעולם לעשות, או לחילופין לחיות בפחד מתמיד כי חלו במחלה הנוראית.

16. בעניין מחלה זו יובהר כי איידס (AIDS; ראשי תיבות באנגלית: Acquired Immune Deficiency Syndrome, תסמונת הכשל החיסוני הנרכש) היא מחלה נגיפית קשה של מערכת החיסון, הנגרמת על ידי נגיף ה-HIV המועבר בין בני אדם בעיקר ביחסי מין ובמגע של דם נגוע בנגיף עם דם הנבדק, על פי ההערכות, יותר מ-25 מליון בני אדם מתו מהמחלה ב-30 השנים האחרונות. לאיידס אין כיום תרופה או חיסון, אך החל מאמצע שנות ה-90 נמצא בשימוש טיפול תרופתי המאפשר לחיות עם המחלה במשך שנים רבות, ועל כן כיום המחלה נחשבת למחלה כרונית, להבדיל מסופנית.

17. חיפוש בפורומים שונים באינטרנט העלה כי חברי הקבוצה כמו גם המבקש אינם יודעים נפשם מרוב לחץ, בהלה, וחייהם הפכו גיהנום עקב מחדלי המשיבים..

18. אין כל ספק, כי זכותו של כל חולה לדעת על איכות המוצר אותו הוא מכניס לגופו, והכנסת מוצר בעל איכות ירודה ו/או מוצר ללא חיטוי הנחזה למוצר בעל איכות טובה נקי ובלתי מסוכן מהווה פגיעה קשה באוטונומיה על גופו. על-כן באם המשיבים היו מפרסמים כי המוצר לא עובר חיטוי בין בדיקה לבדיקה, סביר כי המבקש כמו גם ציבור הנבדקים האחרים לא היו מבצעים הבדיקה ולחלופין מבצעים הבדיקה בבית חולים אחר, בו ההקפדה על הכללים הנה בראש סדר העדיפויות.

19. הסעד הנדרש הינו פיצוי של 100,000 ₪ לכל תובע בקבוצה אשר פגעו לו באוטונומיה, התרשלו כלפיו ע"פ פק' הניזקין (נוסח חדש), הטעו אותו ופעלו בניגוד לסעיף 13 לחוק זכויות החולה וגרמו לו נזקים ובין היתר לצורך לבצע בדיקה שמעולם לא היה עושה, לחיות בחרדה לתקופה ארוכה בה תוצאות בדיקת האיידס אינן ודאיות לעוגמת נפש וחרדה כפי שיפורט להלן.

20. בדיקה זו הינה שכיחה מאוד ונפוצה, על כן דרושה זהירות מיוחדת ופיקוח מתמיד באשר לאיכותה.

21. באם המשיבים היו מפרסמים הסיכונים ואיכות החיטוי סביר שהמבקש כמו גם שאר חברי הקבוצה היו נמנעים מההסכמה להחדיר המכשור לגופם ובכך היה נמנע מהם סבל, חרדה ועוגמת נפש.

22. המבקשכמו גם הקבוצה בשמה הוא מגיש את הבקשה לתביעה ייצוגית היא: לא ידעו אודות איכות הבדיקה עקב מחדלם של המשיבים מאי תדירות הצוות הרפואי.

23. יובהר וידגש כי מיד עם מתן הפרסום החל מחול שדים בקרב הנבדקים אשר לא ידעו נפשם מרוב דאגה, ההודעות בפורמים ובעיתונות ופרסומים סותרים ומעורפלים

שהתפרסמו בכל זאת בכלי התקשורת בדבר הסיכוי לחלות באיידס והתופעות שיכולה לגרום הבדיקה תרמו אף הם לחרדה והאימה שחשו הנבדקים ביום מתן ההודעה ולאחר מועד זה.

24. זאת ועוד יודגש ויובהר כי בקשה זו יוצאת מנקודת הנחה כי אף אחד מקבוצת הנבדקים לא יחלה במחלת האיידס.

25. פועל יוצא של האמור הוא כי לגופם של המבקשים לרבות חברי הקבוצה הוכנס מכשור השונה מהותית ממה שידעו עליו ובכך נעשתה פגיעה קשה באוטונומיה של גופם.

26. מטרתה של התובענה היא לפצות את חברי הקבוצה בתובענה זו, בגין נזקים ממוניים, לא ממוניים, ונפשיים שנגרמו להם עקב הפרת חובותיהן של המשיבים, העדר הסכמה מדעת לטיפול רפואי לפי סעיף 13 לחוק זכויות החולה- התשנ"ו 1996, פגיעה בזכות לאוטונומיה על גופם שנגרמה לחברי הקבוצה, היינו שלילת זכותו היסודית של האדם לשלוט על הנעשה בגופו, כפי שהוכרה בפסיקה.

27. בעניין גודל הקבוצה יובהר כי פורסם כי המדובר בקבוצה של כ- 150 אנשים.

הודאת בעל דין:

28. כאמור, תביעה זו עניינה במאה וחמישים נבדקים אשר בוצעה בהם בדיקה במיכשור שלא עבר חיטוי.

29. העובדה כי הנהלת בית החולים שיגרה מכתבים למטופלים המזמנים אותם לבדיקות, מהווה הודעת בעל דין.

30. זאת ועוד מנהל בית החולים טען מפורשות כי הבדיקה המתבצעת באמצעות המכשיר שלא חוטא כראוי נועדה לאתר גידולים בקרב אנשים הסובלים מכאבי ראש והועלה אצלם חשד לסינוסיטיס. "אנדוסקופ הוא מכשיר מורכב עם רמות סיכונים משתנות, בהתאם לגודל המכשיר, החללים המצויים בו והמגע האפשרי עם דם המטופל במסגרת הבדיקה לא עבר חיטוי משך 150 בדיקות, מאז נבדק חולה איידס.

31. עוד הודה בית החולים כי זימן את המטופלים לבדיקה, החלטה שהתקבלה בהתייעצות עם מומחים בתחום ובתיאום עם משרד הבריאות כדי לוודא שלא היה מעבר של זיהומים באמצעות המכשיר.

32. לאור האמור לעיל הרי שקיימת הודאת בעל דין לכל הנטען בתביעה זו.

עילות התביעה:

33. המבקש והקבוצה יטענו כי המשיבים או מי מהם הטעו אותם בכל אחד מהמעשים ו/או המחדלים כדלקמן:

- ביצעו בדיקה תוך ידיעה ו/או חשש כי האנשים בהם בוצעה הבדיקה חשופים לסיכון מוגבר באשר לאיכות הבדיקה.
- לא הודיעו ו/או לא פרסמו בפני הנבדקים כי הם חשופים לסיכון מוגבר.
- לא הזהירו את הנבדקים כי הם חשופים לסיכון מוגבר ללקות בתופעות לוואי לרבות מחלת האיידס.
- הסתירו ו/או טשטשו את עצם הידיעה ו/או החשש כי הנבדקים חשופים לסיכון מוגבר ללקות בתופעות והשלכות רפואיות לרבות מחלת האיידס עקב העובדה

כי ידעו או היה עליהם לדעת כי המכשור אינו עובר חיטוי בין בדיקה לבדיקה, כל זאת תוך עצימת עיניים מודעת, וחשיפת הנבדקים לסיכון מוגבר ללקות בסיכונים המפורטים ובכללם מחלת האיידס.

- בשים לב כי גם באם לא יחלו במחלת האיידס חשופים הם למחלות זיהומיות אחרות אשר לעולם לא ידעו האם הנם תוצאה של חוסר החיטוי האמור.

45.1 פעלו ביודעין לבצע בדיקות תוך שידעו ו/או היה עליהם לדעת כי ההמכשור לא עובר חיטוי וכי חוסר החיטוי חושף הנבדקים לסיכון מוגבר ללקות בתופעות לוואי ולנזקים לרבות מחלת האיידס.

45.2 פעלו ברשלנות ו/או בחוסר זהירות, למרות שהיה עליהם לצפות את הנזק ולא נקטו באמצעים סבירים למניעתו.

45.3 בחוסר חיטוי המכשור כמתחייב, סיכנו המשיבים את אורך חייהם של מאה חמישים חולים.

45.4 המשיב 1 לא אפשר לקבוצה מסלול רפואי אחר.

34. המבקש יטעו כי במעשיהם ו/או במחדליהם הנ"ל הפרו המשיבים או מי מהן את הוראות, חוק זכויות החולה ו/או חובות חקוקות, ובין היתר את ההוראות הבאות:

46.1 חוק זכויות החולה:

א. חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, בסעיף 13, מדבר על הסכמה מדעת של מטופל לקבלת טיפול רפואי. אולם, לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת. לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטופל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורך סביר, כדי לאפשר לו להחליט האם להסכים לטיפול שהוצע.

ב. ע"א 2781/93 מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים כרמל בחיפה, תק-על 99(3) 547, קישרה כבוד השופטת ביניש בין אי ההסכמה מדעת לבין הפגיעה באוטונומיה של המטופל, וכלשונה: "על מנת שהסכמתו של חולה לטיפול רפואי שעתיד להיעשות בגופו תהיה הסכמה מדעת, יש לספק לו מידע הולם על מצבו, על מהות הטיפול המומלץ ומטרתו, על הסיכונים והסיכויים הטמונים בו ועל אלטרנטיבות טיפוליות סבירות לטיפול האמור".

ג. זאת ועוד, "שאלת הקשר הסיבתי כאשר הנזק נגרם שלא מטיפול רשלני, אלא עקב היעדר מידע מספיק לקבלת הסכמה מדעת של המטופל, היא שאלה סבוכה לעצמה. משהכרנו בהתנהגות רשלנית כזו מצד הרופא כגורם אפשרי לנזק, הרי המבחן לעניין זה יהיה האם החולה, אילו קיבל את המידע המלא, היה מקבל על עצמו מרצון את הטיפול המוצע". פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין ע"א 6153/97 יובל שטנדל נ' פרופ' יעקב שדה, פ"ד נו(4) 746, עמ' 756-757, מביאה כבוד השופטת דליה דורנר את דבריה של השופטת ביניש בפס"ד דעקה: "על מנת שהסכמתו של חולה לטיפול רפואי שעתיד לעשות בגופו תהיה הסכמה מדעת, יש לספק לו מידע הולם על מצבו, על מהות הטיפול המומלץ ומטרתו ועל אלטרנטיבות טיפוליות סבירות לטיפול האמור".

ד. מוסיפה כבוד השופטת ד. דורנר בפס"ד יובל שטנדל, כי ההסכמה מדעת לטיפול מבוססת על שקלול של חיוניות הטיפול וסיכויי הצלחתו, מצד אחד, עם תדירות הסיבוך האפשרי ומידת חומרתו, מצד שני. זהו מאזן הסיכויים והסיכונים. לדוגמא סביר שמטופל יסכים לטיפול הרפואי היחיד האפשרי להצלת חייו, גם אם הסיבוך האפשרי עקב הטיפול הוא חמור ואף תדיר. כן סביר הוא שמטופל יתנגד לקבלת טיפול רפואי לצורך ריפוי ליקוי שאפשר להמשיך ולחיות עימו כאשר סיכויי הצלחת הטיפול אינם וודאיים, גם אם הסיבוך האפשרי אינו שכיח ודרגת חומרתו נמוכה. הזיקה בין פרטי המידע הרלוונטיים מגדירה את היקף הגילוי הנדרש, ומחייבת מתן

מידע מלא על סיכויי ההצלחה. ככל שהטיפול אינו חיוני, כך כוללת חובת הגילוי מתן מידע מפורט יותר.

ה. בע"א 4623/07 ד.ר. ליפשיץ יצחק נ' מלימובקה אומר ביהמ"ש: "הכלל שנקבע בפסיקה הינו כי היקף הגילוי והיידוע ייגזר מציפייתו הסבירה של החולה, דהיינו על הרופא למסור למטופל "את האינפורמציה שאדם סביר היה נדרש לה כדי לגבש החלטה אם להסכים לטיפול המוצע".¹

ו. בת.א 1589/01 פלוני נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו), אומר ביהמ"ש: "לזכות לקבל מידע רפואי משנה תוקף כאשר דברים אמורים בנוגע לטיפול רפואי שתוצאותיו עלולות להשפיע על אורח חיו ואיכות חיו של המטופל. עוד נקבע בקשר למבחן זה מנקודת ראותו של הרופא כי "אל לו לשים את עצמו במקום המטופל" (שם בעמוד 767).

ז. הציפייה הסבירה של החולה משליכה, אם כן, על היקפה של חובת הגילוי מצד הרופא. בתי המשפט עמדו על המבחנים ל"ציפייה סבירה זו": "מבחן ציפייתו הסבירה של החולה אינו תמיד קל ליישום. החולים עצמם אינם עשויים מקשה אחת- יש מביניהם המעוניינים במידע רב, אחרים מעדיפים להתנחם באי הידיעה... היקף המידע הטעון גילוי נגזר, בין היתר, מתוחלת הסיכון הכרוך בטיפול (מכפלת הסתברותו ושיעורו) ומהסיכוי הצומח ממנו...".²

בהתאם נפסק כי ככל שהטיפול אינו חיוני, חובת הגילוי כוללת מתן מידע מפורט יותר. עוד נקבע בעניין הציפייה הסבירה של החולה כי: "בעת שבא בית המשפט להעריך את אותה ציפייה סבירה... אין לדרוש מן הרופאים שהיקף ההסברים למטופל יהיה מוחלט, ויכלול סיכונים רחוקים ובלתי משמעותיים".³ ומוסיף בית המשפט ואומר⁴ ככל שהסיכון אשר לא נמסר לחולה על דבר קיומו הוא חמור יותר מבחינת הפגיעה האפשרית בחולה, וככל שהסתברות התרחשותו גבוהה יותר, הרי שעוצמת הפגיעה באוטונומיה של החולה חמורה יותר.

כאמור ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, הוכר לראשונה בע"א דעקה. בית המשפט העליון עמד בהרחבה על מהותו של הנזק ועל הטעמים להכרה בו כנזק בר פיצוי: "כפי שכבר ציינתי לעיל, לא קיומה בנסיבות העניין החובה לקבל את הסכמתה מדעת של המערערת לביופסיה שבוצעה בכתפה. בכך, נפגעה זכותה היסודית של המערערת כאדם לכבוד ולאוטונומיה. האם יש בעובדה זו כדי להקים למערערת זכות לפיצוי, אפילו לא נגרם לה נזק גוף כתוצאה מאי-קבלת הסכמתה המודעת?

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

במסגרת הגדרה זו, ניתנה הגנה לאינטרסים בלתי מוחשיים רבים. כך, ניתן פיצוי בגין נזק לא רכושי – למשל, כאב וסבל – הכרוך בנזק גוף שנגרם לניזוק. נוכח רוחבה הניכר של הגדרה זו, נפסק כי פגיעה בנוחות גופנית, סבל ופחד, גם אם אין להם כל ביטוי פיזי, וגם אם אין הם מתלווים לפגיעה פיזית כלשהי, עשויים להוות נזק בר-פיצוי בניזיקין (ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון (להלן – עניין גורדון [20]), בעמ' 139). על-פי גישה זו, מגנה פקודת הנזיקין [נוסח חדש] גם "...על האינטרס של הניזוק בנפשו, בנוחותו ובאושרו" (שם, בעמ' 141). לפיכך, נקבע כי למי שהוטל כתוצאה מהליך פלילי אשר נבע כתוצאה מנקיטה רשלנית של הליך פלילי מוטעה כנגדו, עומדת זכות לפיצוי בגין פגיעה זו כלפי הרשות התובעת (שם).

¹ ראו גם ע"א 434/94 ברמן נ' מור-המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205, 214. ע"א 4960/01 סידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית (לא פורסם) פסקאות 11-12.

² ראה עניין סידי, בעמוד 7.

³ ראה עניין ליפשיץ.

⁴ ראו עניין דעקה שם בעמודים 573-575.

בשורה של פסקי־דין שניתנו לאחר אותה פרשה, הלכו בתי־המשפט בדרך דומה ופסקו פיצויים בגין פגיעות באינטרסים לא מוחשיים של תובעים בניזקין. כך נקבע כי הנזק המוראלי ועוגמת הנפש שנגרמו לבעל זכות יוצרים עקב הפרת זכותו, הינו נזק ברי־פיצוי (ראו פסקי־דין של המשנה לנשיא השופט ש' לוי, בע"א 4500/90 הרשקו נ' אורבך [21], בעמ' 432). כך נפסק גם לגבי הפגיעה בכבודו ובחירותו של אדם, הטבועה בעצם אשפוזו בכפייה ושלא כדין בבית חולים לחולי נפש (פסקי־דין של השופט נתניהו בע"א 558/84 כרמלי נ' מדינת ישראל (להלן – עניין כרמלי [22]), בעמ' 772). באופן דומה, נקבע כי הסבל שנגרם לאישה, הטבוע בעצם העובדה שבעלה גירש אותה בעל כורחה, מהווה נזק ברי־פיצוי (ראו פסקי־דין של השופט גולדברג בע"א 1730/92 מצראווה נ' מצראווה [23], בפסקה 9 לפסקי־הדין). אני סבור, על רקע זה, כי יש לראות גם בפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בביצוע פרוצדורה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המודעת, משום נזק ברי־פיצוי בדיני הנזיקין. הפגיעה, שלא כדין, ברגשותיו של אדם כתוצאה מאי־כיבוד זכותו היסודית לעצב את חייו כרצונו, מהווה פגיעה ברווחתו של אותו אדם, והיא נכנסת לגדר הגדרת "נזק" האמורה. זאת, בין שנראה בה משום פגיעה ב"נוחותו" של אדם, ובין שנראה בה משום "אבדן או חיסור כיוצאים באלה", כלשון הגדרת נזק בסעיף 2 לפקודה. אכן, עמדנו על מרכזיותה של הזכות לאוטונומיה בעיצוב זהותו וגורלו של האדם בחברה שבה אנו חיים. ראינו את חשיבותה של זכות זו ליכולתו לחיות כפרט חושב ועצמאי. מתבקשת המסקנה כי זכות זו היא חלק חיוני, בלתי נפרד, באינטרס של אדם "בנפשו, בנוחותו ובאשרו", אשר הפגיעה בו עשויה לזכותו בפיצוי נזיקין.

בהקשר של תובענות ייצוגיות, הוכר ראש נזק זה ע"י בית המשפט העליון בע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' ראבי תאופיק, פ"ד (4) 637: "הנזק שטוען לו ראבי הוא נזק לא ממוני: תחושות שליליות ותחושות של גועל. הנזק הלא ממוני שהתובע טוען לו מאופיין בתחושת הגועל הנובעת מכך שמדובר בסליקון, על כל המטען האסוציאטיבי המלווה חומר זה. לדעתי, נזק מסוג זה הוא לכאורה נזק ברי־פיצוי. הטעיה בדבר תכולת החלב במקרה זה היא לכאורה בגדר פגיעה באוטונומיה של הפרט. אנו עוסקים במוצר מזון. זכותם של צרכנים היא לקבוע מה יכניסו לפיהם ולגופם וממה יימנעו. מי שרוצה למשל לצרוך רק מזון כשר, ויסתבר לו בדיעבד שהמזון שהוצג תוך הטעיה איננו כזה, יחוש תחושת גועל ופגיעה באוטונומיה שלו. כך יחוש גם מי שצורך רק מזון אורגני, והתברר לו בדיעבד שמזון שפורסם כמזון אורגני איננו כזה. מי שמבקש לקנות חלב דל שומן דווקא לא יסכין עם כך שימכרו לו תוך הטעיה חלב שבו שיעור השומן גבוה, ולהפך. בכל המקרים הללו ובמקרים רבים אחרים שניתן להעלות על הדעת, ישנה פגיעה באוטונומיה של הפרט, אף שאין עמה נזק גוף או סכנה ממשית לנזק גוף".

ברור לכלי עולמא כי אם לגבי תחושת הגועל, הכיר בית המשפט העליון בבנזק ממשי, קל וחומר שזנזק ממשי מעצם החדרת מכשור שהיה בגופו של חולה איידס מהווה פגיעה באוטונומיה של הפרט.

46.2 סעיפים 35-36 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש):

סימן ד': רשלנות

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

36. החובה האמורה בסעיף 35 מוטלת כלפי כל אדם וכלפי בעל כל נכס, כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים להיפגע ממעשה או ממהדל המפורשים באותו סעיף".

המבקשים יטענו כי המשיבות במעשיהן ו/או במחדליהן הפרו את החובה כלפיהם, גרמו להם לנזק- ודי בכך כדי לפצותם, ואפילו לא יעלה בידם להוכיח את הקשר הסיבתי העובדתי ויתקיים קשר הסתברותי לנזק, שכן בד"נ 4693/05 בית החולים כרמל חיפה נ' עדן מלול (פורסם בנבו), נפסק כי במקרים מסוימים של עמימות סיבתית יתכנו חריגים לכלל של הוכחה ע"פ "מאזן ההסתברויות", בנסיבות בהן הפתרון הרגיל אינו נותן מענה הולם, ובאותם המקרים יעשה שימוש בחריג של פיצוי לפי הסתברות.

המשנה לנשיאה השופט א' ריבלין: עד כה התמודדה הפסיקה עם העמימות הסיבתית תוך קביעת מבחנים המתמקדים במקרה הבודד, ותוך חתירה להשגת צדק פרטני. לשיטתו של השופט ריבלין ראוי להגדיר את מבחן החריגה מכלל מאזן ההסתברויות לכלל של פיצוי-לפי-הסתברות בדרך שאינה מצויה במישור של המקרה הבודד כי אם במישור רחב יותר ע"י איתור הטיה נשנית. תוצאה זו היא הרע במיעוטו. לצורך כך דורש הוא את התקיימותם של ארבעה יסודות: מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטיה עקבית בהחלטת כלל מאזן ההסתברויות. במקרים אלה, ובהם בלבד, ניתן יהיה לשיטתו, לחרוג מן הכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות ולחייב בפיצוי גם את מי שהסיכוי לכך שגרם לנזק בהתרשלותו נמוך למדי. בעובדות המקרה דנן, יש כדי להצביע על קושי של עמימות סיבתית אולם אין בהן, כשהן לבדן, כדי לקיים את מבחן ההטיה הנשנית המהווה את אבן הבוחן להמרת הכלל המסורתי של מאזן ההסתברויות בכלל של פיצוי-לפי-הסתברות.

השופט מ' נאור: חולקת על דעתו של השופט ריבלין באשר לטיבו של המבחן התוחם את גבולות חריג הפיצוי לפי הסתברות בנסיבות של סיבתיות עמומה. לשיטתה, קיימות הצדקות לפתרון בעיית הסיבתיות העמומה בדרך של פיצוי לפי הסתברות במקרה הבודד, בנסיבות המתאימות, עפ"י המתווה שפסקה בערעור נשוא הדיון הנוסף (להלן: עניין מלול), כאשר לצורך כך אין דרישה להראות כי מדובר בחלק מתופעה היוצרת "הטיה נשנית". עם זאת, לשיטתה, את חריג האחריות היחסית יש להחיל לעת הזו בדיני הנזיקין רק לגבי ניזוקים וביחס לתביעות בגין נזקי גוף בלבד. (בפסקה 7 חזרת השופט נאור על המסגרת הרעיונית שהציגה בעניין מלול לפסיקת פיצויים לפי הסתברות). לגישתה, השיטה המוצעת על ידי מביעה עמדה ערכית, לפיה במקרים של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק יש להעדיף "את יעד צמצום עוצמת הטעות המשפטית ביחס לניזוק הבודד, על פני יעד של צמצום כמות הטעויות המשפטיות". היא סבורה על כן שגם אם אין לחלוקת הקשר הסיבתי ביסוס "בעולם המציאות", יש לקיים חלוקה של סיכויי הטעות גם בסטייה מהאמת העובדתית לשם "האמת המשפטית" הראויה, לתת בכך תשובה "צודקת" ו"להגשים את התפקיד של ביהמ"ש להכריע בסכסוך הכרעה צודקת". השופט נאור עורכת הבחנה בין קטגוריות שונות של סיבתיות עמומה. הקבוצה הראשונה היא עמימות ביחס לגודל הנזק. הקבוצה השנייה – קבוצת ביניים – היא סיבתיות עמומה ביחס לזהות המזיק. הקבוצה השלישית היא סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. הקבוצה הרביעית – אף היא קבוצת ביניים – שעניינה סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק. ענייננו בעניין מלול הינו רק ביחס לקבוצה השלישית. קרי קיימת אי-וודאות מובנית בשאלה אם בכלל הנתבע, בהתרשלותו, גרם לנזק כלשהו. להבנתה, המבחן התוחם המוצע על המשנה לנשיאה חל בקטגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק; הוא אינו נועד להתמודד עם הקטגוריה שנדונה בעניין מלול, קרי, סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. לפיכך ואף שהיא נוטה לאמץ את עמדתו של המשנה לנשיאה כפתרון לקטגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק, היא מבקשת להשאיר את "מבחן ההטיה הנשנית" בצריך עיון, בכל הנוגע לקטגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק. השופט נאור עומדת על ההצדקות השונות לפתרון בעיית הסיבתיות העמומה בדרך של פיצוי לפי הסתברות במקרה הבודד ובראשן שיקולי הצדק המתקן. בנוסף, נמנו שיקולים נוספים בהם שיקול של הרתעה אופטימאלית וכן בצמצום עוצמת הטעויות המשפטיות. בהמשך עומדת השופט נאור על אמות המידה לפיצוי לפי הסתברות במקרה הבודד. בחישוב הפיצוי אין מניעה להתבסס על ראיות סטטיסטיות או בדרך של אמדן. כל זאת, כאמור, כאשר הוכחה התרשלות ספציפית של הנתבע כלפי התובע וקיימת סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. במצבים בהם מתקיים מאזן הסתברויות רגיל, יחול הכלל הרגיל של "הכלל

או כלום". יישום אמות מידה עקרוניות אלו לפיצוי לפי הסתברות במקרה בודד לענייננו, מוביל למסקנה כי בדין נפסק פיצוי חלקי במקרה הקונקרטי של המשיבים. השופט א' רובינשטיין: אכן, מקרים של הטיה נשנית כשיטת המשנה לנשיאה הם דוגמה טובה לקבוצה בה ראוי להחיל דוקטרינה של פיצוי לפי הסתברות, אך בסופו יום מקובלת עליו עמדת השופט נאור, כי אין לצמצם את הדוקטרינה רק למקרים נדירים אלה. מסיבה זו מצטרף הוא לדעתה, הן בסוגיית סיווג המקרים בהם יעשה שימוש בדוקטרינה של אחריות יחסית, והן ביתר הסוגיות שנדרשה להן (ובפרט, אופן יישום הדוקטרינה במקרים בהם הוכחה הסתברות כללית של למעלה מ-50%, והמשך החלתה של דוקטרינת הפיצוי בגין אבדן סיכויי החלמה). בפסק-דינו השופט רובינשטיין בין היתר, מביא מבט מהמשפט העברי לעניין ההכרעה במקרי ספק, לעניין פרשנות, על אקטיביות ופסיביות שיפוטית במשפט העברי.

השופט ע' ארבל: מצטרפת לחוות דעתה של השופטת נאור בכל הנוגע להתפרשותה של הדוקטרינה של פיצוי לפי הסתברות, על עיקרי טעמיה. לשיטתה, יש להמשיך ולפתח את דיני הנזיקין כך שיספקו מענה אופטימאלי, מבחינת כל מטרות דיני הנזיקין, גם למצבים מסוג זה. נקודת האיזון במקרים מעין אלו צריכה להשתנות ולהעביר את הדגש אל התרשלות הנזיק. כאשר זו מוכחת, לצד נזק של הניזוק התמים, משיג חריג האחריות היחסית באופן המיטבי ביותר את מטרותיהם של דיני הנזיקין, וממילא גם פתרון צודק יותר במקרה הספציפי.

כבוד השופט אליהו מצא, פוסק לעניין שיעור האחריות החלקית והן לעצם הטלת אחריות חלקית בע"א 4384/90 ואתורי ואח' נ' בית החולים לניאדו ואח', פ"ד נא(2) 171, 191 בהי לישנא: "על המערערים, שסמכו את תביעתם על עוולת הרשלנות, רובץנטל השכנוע – בנוסף ליסוד הפרת החובה וליסוד הנזק – גם ליסוד הקשר הסיבתי. ברם, משהוכיחו את הנזק, ואם יעלה בידם להוכיח גם את הפרת החובה, יהיה בידי בית-המשפט לקבוע, על דרך האומדן השיפוטית, אם הייתה זו הפרת החובה אשר גרמה לנזק ועד כמה; משמע, שתיתכן גם הערכה הסתברותית אשר תוכל לשמש בסיס לחיוב המשיבים רק בחלק מן האחריות וממילא רק בחלק יחסי מן הנזק שנגרם למערערים עקב מות המנוחה. שיטה זו, שיושמה הלכה למעשה בע"א 437/73 עאיק (קטינה) נ' ד"ר רוזמריין ואח' [19] (ראו דברי השופט לנדוי בעמ' 231 בין אותיות השוליים א-ב), זכתה לביסוס עיוני מפורט (מפי השופט ש' לוין) בע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח וערעור שכנגד (להלן – פרשת פאתח [20]).

העולה מגישה זו הוא שהקשר הסיבתי בענייננו אינו טעון קביעה על-פי מבחני הסיבתיות המקובלים; כמבחן "הסיבה המכרעת" וכמבחן ה"צפיות". למבחנים אלה נזקקים לצורך חיובה (במלואה) או שלילתה (מכול וכול) של אחריות הנתבע לגרימת נזקו של התובע. הווי אומר: על-פי מבחנים אלה אין קשר סיבתי לחצאין והשאלה העומדת להכרעה היא אם התקיים קשר סיבתי אם לאו, בחינת "הכול או לא כלום" (כלשון השופט ש' לוין בפרשת פאתח הנ"ל [20], בעמ' 316). מבחנים אלה, המיועדים לאפשר הכרעה על-פי מבחן עודף ההסתברויות, אינם יאים למקרים בהם ניצב בית-המשפט בפני הצורך להעריך באורח היפותטי כיצד היה נוהג חולה פלוני אילו העמידוהו הרופאים מראש על הסיכון והסיכוי הטמונים בטיפול רפואי מסוים. בכגון דא עשוי בית-המשפט לשקול ולקבוע, על יסוד מכלול נסיבותיו של המקרה, כיצד עשוי היה החולה להגיב אילו קיבל את המידע והוצב בפני הברירה אם להיזקק לטיפול או להימנע ממנו. לצורך קביעה זו רשאי בית-המשפט להיזקק לדרך האומדן השיפוטית ולבסס את הערכתו על ההתנהגות שבנסיבות העניין ניתן היה לצפותה מחולה סביר

46.4 סעיף 41 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) – הדבר מעיד בעדו

בע"א 241/89 ישראל יפוט תשל"ג בע"מ נ' הנדלי ואח', פ"ד מט(1) 45 נפסק כי: "כדי לקיים את התנאי השני לתחולת הכלל 'הדבר מדבר בעדו' אין צורך להוכיח כי הנתבע שלט בנכס שגרם לנזק, שליטה שהיא רצופה ובלעדית. תנאי השליטה עשוי, לכאורה, להתקיים גם כשהנתבע איננו בעל החזקה הבלעדית בנכס. כן עשוי הוא להתקיים גם מקום בו החזיק הנתבע בנכס בעבר (למשל, במועד הרלוואנטי להתרשלות) אך חדל

מלהחזיק בו לפני התרחשות המאורע שגרם לנזק. המבחן הראוי לקיומה של שליטה איננו מבחן טכני-פורמאלי המבוסס על חזקה מלאה, רצופה ובלעדית בנכס המזיק, אלא מבחן ענייני-מעשי גמיש, הבוחן אם זיקתו המיוחדת של הנתבע לנכס המזיק מעידה לכאורה על היותו בעל היכולת הטובה ביותר למנוע את התרחשות התאונה. יכולת זו צריכה לנבוע מהסוג ומההיקף של החזקה שיש לנתבע בנכס במועד הרלוואנטי, לפי העניין, למעשה הרשלנות או להתרחשות הנזק. אם ניתן לקבוע - על-פי מאזן ההסתברויות כי לנתבע הייתה היכולת האמורה, כי אז ייראה הנתבע כבעל שליטה בנכס המזיק. בבואו לקבוע אם הנתבע הוא בעל שליטה, יידרש בית המשפט, מטבע הדברים, גם לשאלות הקשורות בחזקה שיש (או שהייתה) לנתבע בנכס: טיב זכותו להחזיק בו, עד כמה הפעיל למעשה את זכותו, כלום חזקתו (בהתחשב בחובת הזהירות שחלה עליו מכוחה) הייתה רלוואנטית לגרימת הנזק, האם היו מחזיקים (או בעלי גישה) נוספים זולתו, מה המשקל שיש לייחס לאפשרות שהנזק נגרם עקב מעשה של אדם אחר, ועוד. מבחן זה אינו תולה את קיומה של שליטה בתנאי-סף נוקשים; לא בלעדיות החזקה, ואף לא קיומה במועד התאונה דווקא, מהווים תנאים כאלה".

35. המבקשים יטענו כי אלמלא מעשיהן ו/או מחדליהן האמורים לעיל של המשיבות או מי מהן, הרי שקבוצת הנבדקים לא הייתה מבצעת הבדיקה האמורה ולא הייתה מסכנת עצמה במחלה חמורה הרבה יותר מהמחלה בגינה הגיעו לפתחו של בית החולים.

הגדרת הקבוצה, מספר החברים ונזקיהם:

36. המבקשים יטענו כי הינם זכאים שבית המשפט הנכבד יכיר בתביעתם כתביעה ייצוגית, בין היתר, מחמת שיש להם עילת תביעה אישית כנגד המשיבים עילת תביעה זו היא למעשה אותה עילת תביעה שיש לכל חברי הקבוצה, כפי שתוגדר להלן.

הגדרת הקבוצה:

37. בית המשפט הנכבד מתבקש להגדיר את קבוצת התובעים אשר יהיו מיוצגים לצרכי התובענה הייצוגית באופן הבא: כל אדם שביצע בדיקת אנדוסקופיה לאחר שנבדק אדם חולה איידס, ובדיקתו בוצעה באותו מכשיר ללא שזה עבר חיטוי.

מספר חברי הקבוצה:

38. כמאה וחמישים איש

הנזק לקבוצה:

39. הסעד הנדרש הינו פיצוי של 100,000 ₪ לכל תובע במכפלת מספר המשתמשים, דהיינו 15,000,000 ₪. כאמור הפיצוי הוא בגין פגיעה באוטונומיה, התרשלות, הטעייה, התנהגות בניגוד לאמור בחוק זכויות אשר גרמו לנזקים רבים והכל כפי שיפורט להלן.

נתקיימו התנאים לאישור התובענה כייצוגית:

40. המבקשים יטענו כי הם רשאים להגיש תביעה בשם כל חברי הקבוצה .
- סעיף 3(א) לחוק קובע לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השנייה או בעניין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית.
 - סעיף 4(א) לחוק קובע אלה רשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית כמפורט להלן: (1) אדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם - בשם אותה קבוצה;

ג. סעיף 8(א) לחוק קובע כי בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:

(1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה. המבקשים יטענו כי עילות התביעה נגד המשיבות, בשל הנזק שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה, מבוססות על אותן עובדות שהמשיבים טוענים לקיומם וכי יש אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות יוכרעו לטובת הקבוצה כולה. בנוסף, המשיבות הטעו את כלל חברי הקבוצה באופן אחיד, הטעיה כזו שנעשית באופן אחיד כלפי כלל הציבור ראוייה להתברר בתובענה ייצוגית⁵. היסודות המשותפים למבקשים וליתר חברי הקבוצה מהווים מרכיב עיקרי בהתדיינות זו. המערכת העובדתית והמשפטית, עליה מבוססת הבקשה, משותפת למבקש, ולכל חברי הקבוצה. על כן ברור כי שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה יוכרו לטובתה. מעבר לכך ההלכה הפסוקה מורה שלא נדרשת זהות מוחלטת של כל השאלות הטעונות הכרעה- העובדתיות והמשפטיות. לפיכך, די בכך שהשאלות העיקריות, העומדות במוקד הדיון, משותפות לחברי הקבוצה⁶. יצוין כי גם סעיף 20 לחוק קובע דרכים שונות לטפל בתביעה האישית של כל אחד מחברי הקבוצה, לאחר אישור התובענה כייצוגית. כך יש לעשות בענייננו. גם עילות התביעה האחרות- חוסר תום לב, הפרת חובה חקוקה ועשיית עושר ולא במשפט- מעוררות שאלות משותפות לכל חברי הקבוצה.

(2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין. בהקשר זה, מן הראוי לחזור ולציין המטרות שביסוד חוק תובענות ייצוגיות, המפורטות בו בסעיף 1, וכוללות בין השאר את המטרות של **"אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו"**, **"מינוש זכות הגישה לבית המשפט"**, **"ימתן סעד חולם לנפגעים מהפרת הדין"** וכן **"ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות"**.

לענייננו, יש באישור התביעה הייצוגית כדי להגשים את המטרות שצינו לעיל בכללותן. ראשית, יש בהגשת תביעה ייצוגית זו בכדי לתרום משמעותית להרתעה של המשיבות - ומעוולים כדוגמתה - מלפגוע בצורה חמורה בציבור במקרים כדוגמת המקרה נשוא תובענה זו. שנית, תובענה זו היא הכרחית על מנת לממש את זכאותם לפיצוי של חברי הקבוצה כלפי המשיבות.

זאת ועוד, יובהר כי גודלה של הקבוצה מצדיק הגשתה כתביעה ייצוגית.

(3) לעניין הייצוג ההולם, הרי שהמבקשים הינם בעלי אמצעים כלכליים הנדרשים לשם ניהול ההליך. המבקשים יוצגו ע"י הח"מ. ב"כ המבקשים הינו עו"ד בעל ותק וניסיון רב הן בתחום התובענות הייצוגיות והן בתחום דיני הנזיקין והרשלנות הרפואית. כמו כן, הח"מ מבטיח להעמיד לרשות הקבוצה ייצוג משפטי ככל שיידרש על מנת לממש את זכויות החברים בקבוצה.

(4) לעניין דרישת תום-הלב, הרי שתביעה זו הוגשה בתום-לב בידי המבקש אשר נפגע בצורה קשה ממעשיו של המשיב ומעוניין לזכות בפיצוי

⁵ ע"א 1977/97 ברגי נ' סויה-חברה ישראלית לתעשיות בע"מ ואח', פ"ד (4) 609, 613-611.
⁶ ע"א 8332/96 שמש נ' דן רייכרט ואח', פ"ד (5) 276, 296.

המגיע לו וכן לפעול על מנת להרתיע את המשיבה מפני מעשים דומים בעתיד.

41. עוד יוסיף המבקש והקבוצה ויטענו כי:

- א. המבקשים יטענו כי התביעה נשוא בקשה זו, בעלת עילת תביעה המבוססת על הטעיה אשר במסגרתה הוטעו המבקשים או מי מהם ע"י המשיבים או מי מטעמן, ואשר גרמו להם נזקים כמפורט לעיל.
- ב. מטרת התביעה היא לתקן את העוול שנעשה למבקשים כמו גם לשאר חברי הקבוצה, אשר במהלך התקופה הרלוונטית לא היו מודעים להטעיה ואשר סמכו ידיהם על יושרן, מקצועיותן וזהירותן של המשיבים או מי מהם.
- ג. המבקשים מאמינים בכנות ובלב שלם כי רבים סיכויי התביעה להתקבל.
- ד. המבקשים יטענו כי בינם לבין יתר חברי הקבוצה קיים אינטרס זהה וכי לא קיים כל ניגוד עניינים בינם.
- ה. מעשי המשיבות ומחדליהן הסבו למבקשים נזק רב מימדים ובעלי השלכות קשות בתחום הפיזי, הנפשי והכספי גם יחד.

42. אין בידי המבקשים נתונים המאפשרים עריכת אומדן מבוסס של הנזק הכולל שנגרם לקבוצת המבקשים. לאור העובדה שמדובר במס' רב של תובעים, ולאור סכומי הכסף הרלוונטיים, הדעת נותנת כי מדובר במיליוני שקלים רבים. ברור הוא בעניין זה כי כל מי שנדרש לבדיקת איידס נזק ליום חופש מהעבודה, ברור הוא כי בתקופה הרלוונטית עד קבלת התוצאות חיו לא יהיו כתמול שלשום, ברור הוא כי התרחשה בגופו פגיעה קשה באוטונומיה.

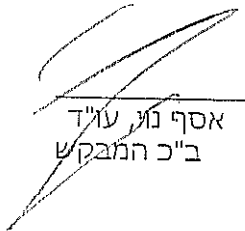
43. סעיף 4(ב) לחוק קובע כי "לעניין סעיף זה, כאשר אחד מיסודות העילה הוא נזק, די בכך שהמבקשים יראו כי לכאורה נגרם לו נזק- עניין אשר הוכח בבקשה שלפנינו.

44. כמו כן, יטענו המבקשים כי הם זכאים לסעד בשל העובדה שהמשיבים לא פעלו על מנת להקטין הנזק אשר נגרם לחברי הקבוצה בפעולה פשוטה ונדרש מאין כמוהה ברפואה, פעולת החיטוי.

45. לפיכך יתבקש בית המשפט הנכבד לאשר התביעה כתובענה ייצוגית, עבור הקבוצה שהגדרתה מתבקשת, שכן קיימת עילה משותפת וסעד משותף למבקשים ולשאר ציבור הצרכנים, ולחייב המשיבות בהוצאות הבקשה, לרבות שכ"ט עו"ד + מע"מ כחוק.

46. מן הדין ומן הצדק להעתק לבקשה.

תצהיר המבקש מצורף לבקשה ומהווה חלק בלתי נפרד ממנה.


אסף נור, עו"ד
ב"כ המבקש

**בבית המשפט המחוזי
בפתח תקווה**

ת"צ

ובעניין שבין:

1. זבידה יחיא ת.ז. 310004072

ע"י עו"ד אסף נוי ו/או עו"ד עיסא יוסף

ו/או עו"ד אירית רסלס ו/או טל אייכנר

כולם מרח' רוטשילד 57 ת.ד 899 כפר סבא

טל: 072-2305152 פקס: 09-7677850

התובע

- נגד -

1. בית חולים בילינסון

רח' ז'בוטנסקי 39 פתח תקווה

2. שירותי בריאות כללית

מרח' ארלוזורוב 101 תל-אביב מיקוד 62098 ת.ד 16250

הנתבעים

מהות התביעה: כספית – מיקית

סכום התביעה של כל תובע: 100,000 ש"ח

כתב תביעה

47. תביעה זו נוגעת לתובע מטופל במחלקת אף-אוזן-גרון בבית החולים בילינסון בפתח תקווה אשר זומן לבית החולים לבדיקת דם, לאחר שעלה החשש כי נחשף לנגיף ה-HIV בעת טיפול במחלקה, וקיים סיכון שנדבקו באיידס.

48. התובע מטופל של המחלקה האמורה נדרש לבדיקת האנדוסקופיה במסגרת טיפולים שוטפים במחלקה. מצ"ב מסמכים רלוונטיים.

49. בדיקה שבוצעה בבית החולים באחרונה העלתה כי אחד המכשירים במחלקה - אנדוסקופ המשמש לבדיקת ריריות האף - לא עבר חיטוי כהלכה בהתאם להמלצות משרד הבריאות. במכשיר טופל לפני חודש נשא איידס, ובבית החולים הוחלט לזמן את כלל המטופלים ובהם התובע שעברו בדיקה במכשיר לבדיקה יומיים אחריו, כדי לוודא שלא נדבקו בנגיף. בבית החולים מסבירים כי רק לפני מספר ימים נודע כי המטופל הוא נשא של נגיף ה-HIV זה שלושה חודשים.

50. ע"פ פרסומים של בית החולים בתקשורת אמר ד"ר בועז תדמור, מנהל בית החולים כי "בית החולים החליט לנקוט משנה זהירות ולזמן את המטופלים לבדיקה, החלטה שהתקבלה בהתייעצות עם מומחים בתחום ובתיאום עם משרד הבריאות. נסביר למטופלים שלדעתנו אין להם מה לחשוש, ובמקביל נתייחס באופן רציני לסיכון, ניקח אחריות על מה שנעשה, וניטול בדיקת דם כדי לוודא שלא היה מעבר של זיהומים באמצעות המכשיר".

51. בעניין זה יובהר כי הנהלת בית החולים שוגרה ביום ראשון 17.6.12 בשעות הצהריים מכתבים למטופלים המזמנים אותם לבדיקות, באמצעות שליח.

52. בית החולים הבחיר כי הבדיקה המתבצעת באמצעות המכשיר שלא חוטא כראוי נועדה לאתר גידולים בקרב אנשים הסובלים מכאבי ראש והועלה אצלם חשד לסינוסיטיס.

"אנדוסקופ הוא מכשיר מורכב עם רמות סיכונים משתנות, בהתאם לגודל המכשיר, החולים המצויים בו והמגע האפשרי עם דם המטופל במסגרת הבדיקה",

53. ברור הוא כי בית החולים הוא המופקד על הפיקוח על חיטוי המכשור ומהווה הגורם הבלעדי ממנגנון הפיקוח האופרטיבי של הבדיקה. במסגרת תפקידו, היה ממונה מקצועית על עובדי בית החולים, פיקוח על עבודתם והיה צריך להדריך לחיטוי המכשור ולפתור בעיות בהתאם לצורך, לרבות באמצעות פרסום הוראות, נהלים והנחיות. בתוקף תפקידו היה אחראי לפקח ולוודא כי הבדוק יעמוד בתפקידיו וביעדיו כפי שפורטו בהוראות משרד הבריאות, היה אחראי על התורה של בטיחות הבריאות בבית החולים, וקבע את המדיניות לגבי הפיקוח וביצוע הבדיקה ע"פ נהלי משרד הבריאות, הרופא הסביר ומערך הרפואה בארץ ובעולם.

54. בתקופה הרלוונטית היה בית החולים ונציגיו מודעים:

- לייחודיות ולרגישות הרבה של הכנסת גוף זר לגופם של הנבדקים.
- לנזק העצום שייגרם לחייהם ולבריאותם של הנבדקים במידה ויתרחש מצב דומה לאמור בתביעה זה.
- לכך שמטרת הבדיקה הפיקוח והחיטוי של המכשור הוא, בין היתר, לוודא כי במכשור הנכנס לגופם של הנבדקים בוצע חיטוי וזאת כדי למנוע הפצת מחלות בישראל.

למרות האמור לעיל, בתקופה הרלוונטית בית החולים ונציגיו:

- חרגו מביצוע נהלים.
- לא הקפידו על בדיקה ממשית של חיטוי המכשור.
- לא ייחסו את החשיבות הראויה לביצוע הבדיקות הנדרשות, במיוחד כאשר מדובר במכשור שנכנס לגופם של נבדקים.

55. לא זו אף זו, הובהר ע"י בית החולים כי במכשור לא בוצע חיטוי משך למעלה מחודש כאשר ברור הוא כי בין בדיקה לבדיקה חייב להיות מבוצע הליך דומה ובכך העבירו המכשור בתוך גופם של כ- 150 אנשים ובהם התובע. לקרא ולא להאמין.

56. נהלי משרד הבריאות מחייבים התייחסות לכל מטופל כאילו היה נשא של מחלה מדבקת, ובהתאם לכך מחייבים חיטוי וסטריליזציה של מכשור רפואי בין מטופל למטופל.

57. העובדה כי פורסם שבאחד המקרים המוכרים בארה"ב, בינואר 2008 התברר כי מספר מטופלים נדבקו בנגיף הפטיטיס C לאחר שעברו בדיקת אנדוסקופיה במרפאה בדרום מדינת נוואדה, במכשיר שלא חוטא כהלכה בוודאי יש בה כדי להביא לחרדה עצומה בקרב הנבדקים.

הצדדים:

58. התובע אזרח ישראלי אשר נזקק לבדיקה האמורה.

59. המשיב 1 בית החולים בילינסון הנו חלק מרכז רפואי רבין. המרכז הרפואי רבין הוא מרכז רפואי בבעלות שיתופי בריאות כללית, נמצא בפתח תקווה ומורכב מבית חולים בילינסון ומבית חולים גולדה שרון. זהו המרכז הרפואי השני בגודלו בישראל, אחרי בית החולים שיבא בתל השומר, הוא משתרע על שני קמפוסים ברחבי העיר - המרכזי ברח' זאב לבוטנינסקי שם שוכנים בית החולים בילינסון ומרכז שניידר לרפואת ילדים במזרח, והקטן יותר ברח' סרד קליינר לרפואת שם נמצא "בית חולים גולדה שרון". שני בתי החולים אוחדו למרכז אחד ב-1997 שנקרא על שם ראש הממשלה יצחק רבין. בית החולים מטפל בלמעלה מחצי מיליון חולים בשנה שמגיעים מ-100 אלף ארץ גם מהמדינות השכנות ומיחצות העולם. נולדים בו כל שנה כ-9,000 ילדים. הוא כולל 37 חדרי ניתוח ומכיל בסך הכול 1,300 מיטות. מרכז רבין הוא המרכז החשוב ביותר להשתלות ולטיפול בסרטן בישראל. מנהלו של המרכז הרפואי הוא ד"ר ערן הלפרן.

60. המשיב 2 שירותי בריאות כללית (או בשמה הראשוני, "קופת חולים הכללית של העובדים העבריים בארץ ישראל"), הוא גורם הכרזאות השני בגודלו בעולם¹. למרות שמאז חקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי בשנת 1995, ירד אחוז המבוטחים ב"כללית" מתוך כלל האוכלוסייה בישראל, שירותי בריאות כללית היא קופת החולים הגדולה במדינה. היא מעניקה את שירותיה, נכון לשנת 2009, ליותר מ-50% מתושבי המדינה. שירותיה הרפואיים ניתנים באמצעות למעלה מ-1300 מרפאות, 14 בתי חולים, כ-400 בתי מרקחת ומאות מכונים ומעבדות.

61. בתביעה ספציפית זו כל אישום כנגד המשיב 1 מתאים גם כנגד המשיב 2 ולהיפך. בכל מקום שיואשם רק אחד הצדדים יש לראות האישום גם כלפי הצד השני.

62. לגופו של התובע הוכנס מכשור ללא חיטוי שהוכנס טרם לכן לגופו של אדם אחר הנגוע במחלת האיידס. הפגיעה בתובע, בין היתר, הנה בשל פגיעה קשה בזכותו לאוטונומיה באשר לזכותו להחליט מה יכניס לגופו. התובע נדרש לבצע בדיקת איידס אשר סביר ולא היה נדרש לעולם לעשות, או לחילופין לחיות בפחד מתמיד כי חלה במחלה הנוראית.

63. בעניין מחלה זו יובהר כי איידס (AIDS; ראשי תיבות באנגלית: Acquired Immune Deficiency Syndrome, תסמונת הכשל החיסוני הנרכש) היא מחלה נגיפית קשה של מערכת החיסון, הנגרמת על ידי נגיף ה-HIV המועבר בין בני אדם בעיקר ביחסי מין ובמגע של דם נגוע בנגיף עם דם הנבדק. על פי ההערכות, יותר מ-25 מיליון בני אדם מתו מהמחלה ב-30 השנים האחרונות. לאיידס אין כיום תרופה או חיסון, אך החל מאמצע שנות ה-90 נמצא בשימוש טיפול תרופתי המאפשר לחיות עם המחלה במשך שנים רבות, ועל כן כיום המחלה נחשבת למחלה כרונית, להבדיל מסופנית.

64. הואיל וידוע הדבר כי בדיקת איידס והתוצאות האמורות בה רלוונטיות רק לאחר מספר חודשים מצוי התובע בפחת מתמיד.

65. התובע אינו יודע נפשו מרוב לחץ, בהלה, וחיו הפכו גיהנום עקב מחדלי המשיבים.

66. משפחתו אינה יושבת לידו.

67. משפחתו אינה אוכלת איתו.

68. אשתו אינה מוכנה לישון לידו ובוודאי שלא לנהל אורח חיים זוגי כפי שהיה בעבר.

69. אין כל ספק, כי זכותו של כל חולה לדעת על איכות המוצר אותו הוא מכניס לגופו, והכנסת מוצר בעל איכות ירודה ו/או מוצר ללא חיטוי הנחזה למוצר בעל איכות טובה נקי ובלתי מסוכן מהווה פגיעה קשה באוטונומיה על גופו. על-כן באם המשיבים היו מפרסמים כי המוצר לא עובר חיטוי בין בדיקה לבדיקה, סביר כי התובע לא היה מבצע הבדיקה ולחלופין מבצע הבדיקה בבית חולים אחר, בו ההקפדה על הכללים הנה בראש סדר העדיפויות.

70. הסעד הנדרש הינו פיצוי של 100,000 ₪ לתובע אשר פגעו לו באוטונומיה, התרשלו כלפיו ע"פ פק' הנזיקין (נוסח חדש), הטעו אותו ופעלו בניגוד לסעיף 13 לחוק זכויות החולה וגרמו לו נזקים ובין היתר לצורך לבצע בדיקה שמעולם לא היה עושה, לחיות בחרדה לתקופה ארוכה בה תוצאות בדיקת האיידס אינן ודאיות לעוגמת נפש וחרדה כפי שיפורט להלן.

71. בדיקה זו הינה שכיחה מאוד ונפוצה, על כן דרושה זהירות מיוחדת ופיקוח מתמיד באשר לאיכותה.

72. באם המשיבים היו מפרסמים הסיכונים ואיכות החיטוי סביר שהתובע היה נמנע מההסכמה להחדיר המכשור לגופו ובכך היה נמנע ממנו סבל, חרדה ועוגמת נפש.

73. התובע לא ידע אודות איכות הבדיקה עקב מחדלם של המשיבים מאי תדריך הצוות הרפואי.

74. יובהר וידגש כי מיד עם מתן הפרסום החל מחול שדים אצל התובע אשר לא ידע נפשו מרוב דאגה. ההודעות בפורמים ובעיתונות ופרסומים סותרים ומעורפלים שהתפרסמו בכל זאת בכלי התקשורת בדבר הסיכוי לחלות באידס והתופעות שיכולה לגרום הבדיקה תרמו אף הם לחרדה והאימה שחש התובע ביום מתן ההודעה ולאחר מועד זה.

75. זאת ועוד יודגש ויובהר כי תביעה זו יוצאת מנקודת הנחה כי התובע חלילה לא יחלה במחלת האיידס.

76. פועל יוצא של האמור הוא כי לגופו של התובע הוכנס מכשור השונה מהותית ממה שידע עליו ובכך נעשתה פגיעה קשה באוטונומיה של גופו.

77. מטרתה של התביעה היא לפצות את התובע בגין נזקים ממוניים, לא ממוניים, ונפשיים שנגרמו לו עקב הפרת חובותיהן של המשיבים, העדר הסכמה מדעת לטיפול רפואי לפי סעיף 13 לחוק זכויות החולה- התשנ"ו 1996, פגיעה בזכות לאוטונומיה על גופו, היינו שלילת זכותו היסודית של האדם לשלוט על הנעשה בגופו, כפי שהוכרה בפסיקה.

הודאת בעל דין:

78. כאמור, תביעה זו עניינה במכשור שלא עבר חיטוי .

79. העובדה כי הנהלת בית החולים שיגרה מכתב לתובע המזמן אותם לבדיקות, מהווה הודעת בעל דין.

80. זאת ועוד מנהל בית החולים טען מפורשות כי הבדיקה המתבצעת באמצעות המכשיר שלא חוטא כראוי נועדה לאתר גידולים בקרב אנשים הסובלים מכאבי ראש והועלה אצלם חשד לסינוסיטיס. "אנדוסקופ הוא מכשיר מורכב עם רמות סיכונים משתנות, בהתאם לגודל המכשיר, החללים המצויים בו והמגע האפשרי עם דם המטופל במסגרת הבדיקה לא עבר חיטוי משך 150 בדיקות, מאז נבדק חולה איידס.

81. עוד הודה בית החולים כי זימן את המטופלים לבדיקה, החלטה שהתקבלה בהתייעצות עם מומחים בתחום ובתיאום עם משרד הבריאות כדי לוודא שלא היה מעבר של זיהומים באמצעות המכשיר.

82. לאור האמור לעיל הרי שקיימת הודאת בעל דין לכל הנטען בתביעה זו.

עילות התביעה:

83. התובע יטען כי המשיבים או מי מהם הטעו אותו בכל אחד מהמעשים ו/או המחדלים כדלקמן:

- ביצעו בדיקה תוך ידיעה ו/או חשש כי האנשים בהם בוצעה הבדיקה חשופים לסיכון מוגבר באשר לאיכות הבדיקה.

- לא הודיעו ו/או לא פרסמו בפני הנבדקים כי הם חשופים לסיכון מוגבר.
- לא הזהירו את הנבדקים כי הם חשופים לסיכון מוגבר ללקות בתופעות לוואי לרבות מחלת האיידס.
- הסתירו ו/או טשטשו את עצם הידיעה ו/או החשש כי הנבדקים חשופים לסיכון מוגבר ללקות בתופעות והשלכות רפואיות לרבות מחלת האיידס עקב העובדה כי ידעו או היה עליהם לדעת כי המכשור אינו עובר חיטוי בין בדיקה לבדיקה, כל זאת תוך עצימת עיניים מודעת, וחשיפת הנבדקים לסיכון מוגבר ללקות בסיכונים המפורטים ובכללם מחלת האיידס.
- בשם לב כי גם באם לא יחלו במחלת האיידס חשופים הם למחלות זיהומיות אחרות אשר לעולם לא ידעו האם הנם תוצאה של חוסר החיטוי האמור.

45.5 פעלו ביודעין לבצע בדיקות תוך שידעו ו/או היה עליהם לדעת כי המכשור לא עובר חיטוי וכי חוסר החיטוי חושף הנבדקים לסיכון מוגבר ללקות בתופעות לוואי ולנזקים לרבות מחלת האיידס.

45.6 פעלו ברשלנות ו/או בחוסר זהירות, למרות שהיה עליהם לצפות את הנזק ולא נקטו באמצעים סבירים למניעתו.

45.7 בחוסר חיטוי המכשור כמתחייב, סיכנו המשיבים את אורך חייו של התובע.

45.8 המשיב 1 לא אפשר לתובע מסלול רפואי אחר.

84. התובע יטעו כי במעשיהם ו/או במחדליהם הנ"ל הפרו המשיבים או מי מהן את הוראות, חוק זכויות החולה ו/או חובות חקוקות, ובין היתר את ההוראות הבאות:

46.5 חוק זכויות החולה:

ח. חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, בסעיף 13, מדבר על הסכמה מדעת של מטופל לקבלת טיפול רפואי. אולם, לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת. לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטופל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורך סביר, כדי לאפשר לו להחליט האם להסכים לטיפול שהוצע.

ט. ע"א 2781/93 מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים כרמל בחיפה, תק-על 99(3) 547, קישרה כבוד השופטת ביניש בין אי ההסכמה מדעת לבין הפגיעה באוטונומיה של המטופל, וכלשונה: "על מנת שהסכמתו של חולה לטיפול רפואי שעתיד להיעשות בגופו תהיה הסכמה מדעת, יש לספק לו מידע הולם על מצבו, על מהות הטיפול המומלץ ומטרתו, על הסיכונים והסיכויים הטמונים בו ועל אלטרנטיבות טיפוליות סבירות לטיפול האמור".

י. זאת ועוד, "שאלת הקשר הסיבתי כאשר הנזק ניגרם שלא מטיפול רשלני, אלא עקב היעדר מידע מספיק לקבלת הסכמה מדעת של המטופל, היא שאלה סבוכה לעצמה. משהכרנו בהתנהגות רשלנית כזו מצד הרופא כגורם אפשרי לנזק, הרי המבחן לעניין זה יהיה האם החולה, אילו קיבל את המידע המלא, היה מקבל על עצמו מרצון את הטיפול המוצע". פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין ע"א 6153/97 יובל שטנדל נ' פרופ' יעקב שדה, פ"ד נו(4) 746, עמ' 756-757, מביאה כבוד השופטת דליה דורנר את דבריה של השופטת ביניש בפס"ד דעקה: "על מנת שהסכמתו של חולה לטיפול רפואי שעתיד לעשות בגופו תהיה הסכמה מדעת, יש לספק לו מידע הולם על מצבו, על מהות הטיפול המומלץ ומטרתו ועל אלטרנטיבות טיפוליות סבירות לטיפול האמור".

יא. מוסיפה כבוד השופטת ד. דורנר בפס"ד יובל שטנדל, כי ההסכמה מדעת לטיפול מבוססת על שקלול של חיוניות הטיפול וסיכויי הצלחתו, מצד אחד, עם תדירות הסיבוך האפשרי ומידת חומרתו, מצד שני. זהו מאזן הסיכויים והסיכונים. לדוגמא סביר שמטופל יסכים לטיפול הרפואי היחיד האפשרי להצלח חייו, גם אם הסיבוך האפשרי עקב הטיפול הוא חמור ואף תדיר. כן סביר הוא שמטופל יתנגד לקבלת

טיפול רפואי לצורך ריפוי ליקוי שאפשר להמשיך ולחיות עימו כאשר סיכויי הצלחת הטיפול אינם וודאיים, גם אם הסיכון האפשרי אינו שכיח ודרגת חומרתו נמוכה. הזיקה בין פרטי המידע הרלוונטיים מגדירה את היקף הגילוי הנדרש, ומחייבת מתן מידע מלא על סיכויי ההצלחה. ככל שהטיפול אינו חיוני, כך כוללת חובת הגילוי מתן מידע מפורט יותר.

יב. בע"א 4623/07 ד.ר. ליפשיץ יצחק נ' מלימובקה אומר ביהמ"ש: "הכלל שנקבע בפסיקה הינו כי היקף הגילוי והידוע ייגזר מציפייתו הסבירה של החולה, דהיינו על הרופא למסור למטופל "את האינפורמציה שאדם סביר היה נדרש לה כדי לגבש החלטה אם להסכים לטיפול המוצע".⁷

בוודאי שלו היה יודע התובע כי חייו יסוכנו עקב הבדיקה כשקיימת לו אלטרנטיבה בבית חולים אחר שאינה מסכנת את חייו לא היה מבצע הבדיקה בבילנסון.

יג. בת.א 1589/01 פלוני נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו), אומר ביהמ"ש: "לזכות לקבל מידע רפואי משנה תוקף כאשר דברים אמורים בנוגע לטיפול רפואי שתוצאותיו עלולות להשפיע על אורח חיו ואיכות חיו של המטופל. עוד נקבע בקשר למבחן זה מנקודת ראותו של הרופא כי "אל לו לשים את עצמו במקום המטופל" (שם בעמוד 767).

יד. הציפייה הסבירה של החולה משליכה, אם כן, על היקפה של חובת הגילוי מצד הרופא. בתי המשפט עמדו על המבחנים ל"ציפייה סבירה זו": "מבחן ציפייתו הסבירה של החולה אינו תמיד קל ליישום. החולים עצמם אינם עשויים מקשה אחת- יש מביניהם המעוניינים במידע רב, אחרים מעדיפים להתנחם באי הידיעה... היקף המידע הטעון גילוי נגזר, בין היתר, מתוחלת הסיכון הכרוך בטיפול (מכפלת הסתברותו ושיעורו) ומהסיכוי הצומח ממנו..."⁸.

בהתאם נפסק כי ככל שהטיפול אינו חיוני, חובת הגילוי כוללת מתן מידע מפורט יותר. עוד נקבע בעניין הציפייה הסבירה של החולה כי: "בעת שבא בית המשפט להעריך את אותה ציפייה סבירה... אין לדרוש מן הרופאים שהיקף ההסברים למטופל יהיה מוחלט, ויכלול סיכונים רחוקים ובלתי משמעותיים". ומוסיף בית המשפט ואומר⁹ ככל שהסיכון אשר לא נמסר לחולה על דבר קיומו הוא חמור יותר מבחינת הפגיעה האפשרית בחולה, וככל שהסתברות התרחשותו גבוה יותר, הרי שעוצמת הפגיעה באוטונומיה של החולה חמורה יותר.

כאמור ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, הוכר לראשונה בע"א דעקה. בית המשפט העליון עמד בהרחבה על מהותו של הנזק ועל הטעמים להכרה בו כנזק בר פיצוי¹⁰: "כפי שכבר ציינתי לעיל, לא קוימה בנסיבות העניין החובה לקבל את הסכמתה מדעת של המערערת לביופסיה שבוצעה בכתפה. בכך, נפגעה זכותה היסודית של המערערת כאדם לכבוד ולאוטונומיה. האם יש בעובדה זו כדי להקים למערערת זכות לפיצוי, אפילו לא נגרם לה נזק גוף כתוצאה מאי-קבלת הסכמתה המודעת?

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

במסגרת הגדרה זו, ניתנה הגנה לאינטרסים בלתי מוחשיים רבים. כך, ניתן פיצוי בגין נזק לא רכושי - למשל, כאב וסבל - הכרוך בנזק גוף שנגרם לניזוק. נזק רוחבה הניכר של הגדרה זו, נפסק כי פגיעה בנזכות גופנית, סבל ופחד, גם אם אין

⁷ ראו גם ע"א 434/94 ברמן נ' מור-המזקן למידע רפואי בע"מ, פ"ד מא(4) 205, 214. ע"א 4960/01 סידני נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית (לא פורסם) פסקאות 11-12.

⁸ ראה עניין סידני, בעמוד 7.

⁹ ראה עניין ליפשיץ.

¹⁰ ראו עניין דעקה י"ס בעמודים 573-575.

להם כל ביטוי פיזי, וגם אם אין הם מתלווים לפגיעה פיזית כלשהי, עשויים להוות נזק בריפיוני במיקור (ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון (להלן - עניין גורדון [20]), בעמ' 139). על-פי גישה זו, מגנה פקודת המיקור [נוסח חדש] גם "...על האינטרס של הניזוק בנפשו, בנוחותו ובאופיו" (שם, בעמ' 141). לפיכך, נקבע כי למי שהוטל כתוצאה מהליך פלילי אשר נבע כתוצאה מנקיטה רשלנית של הליך פלילי מוטעה כנגדו, עומדת זכות לפיצוי בגין פגיעה זו כלפי הרשות התובעת (שם).

בשורה של פסקי-דין שניתנו לאחר אותה פרשה, הלכו בתייהמשפט בדרך דומה ופסקו פיצויים בגין פגיעות באינטרסים לא מוחשיים של תובעים במיקור. כך נקבע כי הנזק המוראלי ועוגמת הנפש שנגרמו לבעל זכות יוצרים עקב הפרת זכותו, הינו נזק בריפיוני (ראו פסק-דין של המשנה לנשיא השופט ש' לין, בע"א 4500/90 הרשקו נ' אורבך [21], בעמ' 432). כך נפסק גם לגבי הפגיעה בכבודו ובחירותו של אדם, הטבועה בעצם אשפוזו בכפייה ושלא כדין בבית חולים לחולי נפש (פסק-דין של השופט נתניהו בע"א 558/84 כרמלי נ' מדינת ישראל (להלן - עניין כרמלי [22]), בעמ' 772). באופן דומה, נקבע כי הסבל שנגרם לאישה, הטבוע בעצם העובדה שבעלה גירש אותה בעל כורחה, מהווה נזק בריפיוני (ראו פסק-דין של השופט גולדברג בע"א 1730/92 מצראווה נ' מצראווה [23], בפסקה 9 לפסק-הדין). אני סבור, על רקע זה, כי יש לראות גם בפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בביצוע פרוצדורה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המודעת, משום נזק בריפיוני בדיני המיקור. הפגיעה, שלא כדין, ברגשותיו של אדם כתוצאה מאי-כבוד זכותו היסודית לעצב את חייו כרצונו, מהווה פגיעה ברווחתו של אותו אדם, והיא נכנסת לגדר הגדרת "נזק" האמורה. זאת, בין שנראה בה משום פגיעה ב"נוחותו" של אדם, ובין שנראה בה משום "אבדן או חיסור כיוצאים באלה", כלשון הגדרת נזק בסעיף 2 לפקודה. אכן, עמדנו על מרכזיותה של הזכות לאוטונומיה בעיצוב זהותו וגורלו של האדם בחברה שבה אנו חיים. ראינו את חשיבותה של זכות זו ליכולתו לחיות כפרט חושב ועצמאי. מתבקשת המסקנה כי זכות זו היא חלק חיוני, בלתי נפרד, באינטרס של אדם "בנפשו, בנוחותו ובאופיו", אשר הפגיעה בו עשויה לזכותו בפיצוי מיקור.

בהקשר של תובענות ייצוגיות, הוכר ראש נזק זה ע"י בית המשפט העליון בע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' ראבי תאופיק, פ"ד (4) 637: "הנזק שטוען לו ראבי הוא נזק לא ממוני: תחושות שליליות ותחושות של גועל. הנזק הלא ממוני שהתובע טוען לו מאופיין בתחושת הגועל הנובעת מכך שמדובר בסיליקון, על כל המטען האסוציאטיבי המלווה חומר זה. לדעתי, נזק מסוג זה הוא לכאורה נזק בריפיוני. הטעיה בדבר תכולת החלב במקרה זה היא לכאורה בגדר פגיעה באוטונומיה של הפרט. אנו עוסקים במוצר מזון. זכותם של צרכנים היא לקבוע מה יכניסו לפיהם ולגופם וממה יימנעו. מי שרוצה למשל לצרוך רק מזון כשר, ויסתבר לו בדיעבד שהמזון שהוצג תוך הטעיה איננו כזה, יחוש תחושת גועל ופגיעה באוטונומיה שלו. כך יחוש גם מי שצורך רק מזון אורגני, והתברר לו בדיעבד שמזון שפורסם כמזון אורגני איננו כזה. מי שמבקש לקנות חלב דל שומן דווקא לא יסכן עם כך שימכרו לו תוך הטעיה חלב שבו שיעור השומן גבוה, ולהפך. בכל המקרים הללו ובמקרים רבים אחרים שניתן להעלות על הדעת, ישנה פגיעה באוטונומיה של הפרט, אף שאין עמה נזק גוף או סכנה ממשית לנזק גוף".

ברור לכולי עלמא כי אם לגבי תחושת הגועל, הכיר בית המשפט העליון כבנזק ממשי, קל וחומר שנוזק ממשי מעצם החדרת מכשור שהיה בגופו של חולה איידס מהווה פגיעה באוטונומיה של הפרט.

46.6 סעיפים 35-36 לפקודת המיקור (נוסח חדש):

סימן ד': רשלנות

"35. עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו

משלה יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות – הרי זו התרשלות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה.

36. החובה האמורה בסעיף 35 מוטלת כלפי כל אדם וכלפי בעל כל נכס, כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים להיפגע ממעשה או ממחדל המפורשים באותו סעיף".

46.7 סיבתיות עמומה:

התובע יטענו כי המשיבות במעשיהן ו/או במחדליהן הפרו את החובה כלפיהם, גרמו להם לנזק- ודי בכך כדי לפצותם, ואפילו לא יעלה בידם להוכיח את הקשר הסיבתי העובדתי ויתקיים קשר הסתברותי לנזק, שכן בד"נ 4693/05 בית החולים כרמל חיפה נ' עדן מלול (פורסם בנבו), נפסק כי במקרים מסוימים של עמימות סיבתית יתכנו חריגים לכלל של הוכחה ע"פ "מאזן ההסתברויות", בנסיבות בהן הפתרון הרגיל אינו נותן מענה הולם, ובאותם המקרים יעשה שימוש בחריג של פיצוי לפי הסתברות.

המשנה לנשיאה השופט א' ריבלין: עד כה התמודדה הפסיקה עם העמימות הסיבתית תוך קביעת מבחנים המתמקדים במקרה הבודד, ותוך חתירה להשגת צדק פרטני. לשיטתו של השופט ריבלין ראוי להגדיר את מבחן החריגה מכלל מאזן ההסתברויות לכלל של פיצוי-לפי-הסתברות בדרך שאינה מצויה במישור של המקרה הבודד כי אם במישור רחב יותר ע"י איתור הטיה נשנית. תוצאה זו היא הרע במיעוטו. לצורך כך דורש הוא את התקיימותם של ארבעה יסודות: מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטיה עקבית בהחלט כלל מאזן ההסתברויות. במקרים אלה, ובהם בלבד, ניתן יהיה לשיטתו, לחרוג מן הכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות ולחייב בפיצוי גם את מי שהסיכוי לכך שגרם לנזק בהתרשלותו נמוך למדי. בעובדות המקרה דנן, יש כדי להצביע על קושי של עמימות סיבתית אולם אין בהן, כשהן לבדן, כדי לקיים את מבחן ההטיה הנשנית המהווה את אבן הבוחן להמרת הכלל המסורתי של מאזן ההסתברויות בכלל של פיצוי-לפי-הסתברות.

השופט מ' נאור: חולקת על דעתו של השופט ריבלין באשר לטיבו של המבחן התוחם את גבולות חריג הפיצוי לפי הסתברות בנסיבות של סיבתיות עמומה. לשיטתה, קיימות הצדקות לפתרון בעיית הסיבתיות העמומה בדרך של פיצוי לפי הסתברות במקרה הבודד, בנסיבות המתאימות, עפ"י המתווה שפסקה בערעור נשוא הדיון הנוסף (להלן: עניין מלול), כאשר לצורך כך אין דרישה להראות כי מדובר בחלק מתופעה היוצרת "הטיה נשנית". עם זאת, לשיטתה, את חריג האחריות היחסית יש להחיל לעת הזו בדיני הנזיקין רק לגבי ניזוקים וביחס לתביעות בגין נזקי גוף בלבד. (בפסקה 7 חוזרת השופטת נאור על המסגרת הרעיונית שהציגה בעניין מלול לפסיקת פיצויים לפי הסתברות). לגישתה, השיטה המוצעת על ידה מביעה עמדה ערכית, לפיה במקרים של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק יש להעדיף "את יעד צמצום עוצמת הטעות המשפטית ביחס לניזוק הבודד, על פני יעד של צמצום כמות הטעויות המשפטיות". היא סבורה על כן שגם אם אין לחלוקת הקשר הסיבתי ביסוס "בעולם המציאות", יש לקיים חלוקה של סיכויי הטעות גם בסטייה מהאמת העובדתית לשם "האמת המשפטית" הראויה, לתת בכך תשובה "צודקת" ו"להגשים את התפקיד של ביהמ"ש להכריע בסכסוך הכרעה צודקת". השופטת נאור עורכת הבחנה בין קטיגוריות שונות של סיבתיות עמומה. הקבוצה הראשונה היא עמימות ביחס לגודל הנזק. הקבוצה השנייה – קבוצת ביניים – היא סיבתיות עמומה ביחס לזהות המזיק. הקבוצה השלישית היא סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. הקבוצה הרביעית – אף היא קבוצת ביניים – שעניינה סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק. ענייננו בעניין מלול הינו רק ביחס לקבוצה השלישית. קרי קיימת אי-וודאות מובנית בשאלה אם בכלל הנתבע, בהתרשלותו, גרם לנזק כלשהו. להבנתה, המבחן התוחם המוצע על המשנה לנשיאה חל בקטגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק; הוא אינו נועד להתמודד עם הקטגוריה שנדונה בעניין מלול, קרי, סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. לפיכך ואף שהיא נוטה לאמץ את עמדתו של המשנה לנשיאה כפתרון לקטגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק, היא מבקשת להשאיר את "מבחן ההטיה הנשנית" בצריך עיון, בכל הנוגע לקטגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק. השופטת נאור עומדת על ההצדקות השונות לפתרון בעיית הסיבתיות העמומה בדרך של פיצוי לפי הסתברות במקרה הבודד ובראשן שיקולי הצדק המתקן. בנוסף, נמנו שיקולים נוספים בהם שיקול של הרתעה

אופטימאלית וכן בצמצום עוצמת הטעויות המשפטיות. בהמשך עומדת השופטת נאור על אמות המידה לפיצוי לפי הסתברות במקרה הבודד. בחישוב הפיצוי אין מניעה להתבסס על ראיות סטטיסטיות או בדרך של אמדן. כל זאת, כאמור, כאשר הוכחה התרשלות ספציפית של הנתבע כלפי התובע וקיימת סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. במצבים בהם מתקיים מאזן הסתברויות רגיל, יחול הכלל הרגיל של "הכל או כלום". יישום אמות מידה עקרוניות אלו לפיצוי לפי הסתברות במקרה בודד לענייננו, מוביל למסקנה כי בדין נפסק פיצוי חלקי במקרה הקונקרטי של המשיבים.

השופט א' רובינשטיין: אכן, מקרים של הטיה נשנית כשיטת המשנה לנשיאה הם דוגמה טובה לקבוצה בה ראוי להחיל דוקטרינה של פיצוי לפי הסתברות, אך בסופו יום מקובלת עליו עמדת השופטת נאור, כי אין לצמצם את הדוקטרינה רק למקרים נדירים אלה. מסיבה זו מצטרף הוא לדעתה, הן בסוגיית סיווג המקרים בהם ייעשה שימוש בדוקטרינה של אחריות יחסית, והן ביתר הסוגיות שנדרשה להן (ובפרט, אופן יישום הדוקטרינה במקרים בהם הוכחה הסתברות כללית של למעלה מ-50%, והמשך החלתה של דוקטרינת הפיצוי בגין אבדן סיכויי החלמה). בפסק-דין השופט רובינשטיין בין היתר, מביא מבט מהמשפט העברי לעניין ההכרעה במקרי ספק, לעניין פרשנות, על אקטיביות ופסיביות שיפוטית במשפט העברי.

השופטת ע' ארבל: מצטרפת לחוות דעתה של השופטת נאור בכל הנוגע להתפרשותה של הדוקטרינה של פיצוי לפי הסתברות, על עיקרי טעמיה. לשיטתה, יש להמשיך ולפתח את דיני הנזיקין כך שישפקו מענה אופטימאלי, מבחינת כל מטרות דיני הנזיקין, גם למצבים מסוג זה. נקודת האזיון במקרים מעין אלו צריכה להשתנות ולהעביר את הדגש אל התרשלות המזיק. כאשר זו מוכחת, לצד נזקו של הנזוק התמים, משיג חריג האחריות היחסית באופן המיטבי ביותר את מטרותיהם של דיני הנזיקין, וממילא גם פתרון צודק יותר במקרה הספציפי.

כבוד השופט אליהו מצא, פוסק לעניין שיעור האחריות החלקית והן לעצם הטלת אחריות חלקית בע"א 4384/90 ואתורי ואח' נ' בית החולים לניאדו ואח', פ"ד נא(2) 171, 191 בהי' לישנא: "על המערערים, שסמכו את תביעתם על עוולת הרשלנות, רובץ נטל השכנוע - בנוסף ליסוד הפרת החובה וליסוד הנזק - גם ליסוד הקשר הסיבתי. ברם, משהוכיחו את הנזק, ואם יעלה בידם להוכיח גם את הפרת החובה, יהיה בידי בית-המשפט לקבוע, על דרך האומדן השיפוטית, אם הייתה זו הפרת החובה אשר גרמה לנזק ועד כמה: משמע, שתיתכן גם הערכה הסתברותית אשר תוכל לשמש בסיס לחיוב המשיבים רק בחלק מן האחריות וממילא רק בחלק יחסי מן הנזק שנגרם למערערים עקב מות המנוחה. שיטה זו, שיושמה הלכה למעשה בע"א 437/73 עאיק (קטינה) נ' ד"ר רוזמרין ואח' [19] (ראו דברי השופט לנדוי בעמ' 231 בין אותיות השוליים א-ב), זכתה לביסוס עיוני מפורט (מפי השופט ש' לוין) בע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח וערעור שכנגד (להלן - פרשת פאתח [20]).

העולה מגישה זו הוא שהקשר הסיבתי בענייננו אינו טעון קביעה על-פי מבחני הסיבתיות המקובלים; כמבחן "הסיבה המכרעת" וכמבחן ה"צפיות". למבחנים אלה נזקקים לצורך חיובה (במלואה) או שלילתה (מכול וכול) של אחריות הנתבע לגרימת נזקו של התובע. הווי אומר: על-פי מבחנים אלה אין קשר סיבתי לחצאין והשאלה העומדת להכרעה היא אם התקיים קשר סיבתי אם לאו, בחינת "הכול או לא כלום" (כלשון השופט ש' לוין בפרשת פאתח הנ"ל [20], בעמ' 316). מבחנים אלה, המיועדים לאפשר הכרעה על-פי מבחן עודף ההסתברויות, אינם יאים למקרים בהם ניצב בית-המשפט בפני הצורך להעריך באורח היפותטי כיצד היה נוהג חולה פלוני אילו העמידו הרופאים מראש על הסיכון והסיכוי הטמונים בטיפול רפואי מסוים. בכגון דא עשוי בית-המשפט לשקול ולקבוע, על יסוד מכלול נסיבותיו של המקרה, כיצד עשוי היה החולה להגיב אילו קיבל את המידע והוצב בפני הבחירה אם להיזקק לטיפול או להימנע ממנו. לצורך קביעה זו רשאי בית-המשפט להיזקק לדרך האומדן השיפוטית ולבסס את הערכתו על ההתנהגות שבנסיבות העניין ניתן היה לצפותה מחולה סביר

בע"א 241/89 ישראל יפוט תשל"ג בע"מ נ' הינדלי ואח', פ"ד מט(1) 45 נפסק כי: "כדי לקיים את התנאי השני לתחולת הכלל "הדבר מדבר בעדו" אין צורך להוכיח כי הנתבע שלט בנכס שגרם לנזק, שליטה שהיא רצופה ובלעדית. תנאי השליטה עשוי, לכאורה, להתקיים גם כשהנתבע איננו בעל החזקה הבלעדית בנכס. כן עשוי הוא להתקיים גם מקום בו החזיק הנתבע בנכס בעבר (למשל, במועד הרלוואנטי להתרשלות) אך חדל מלהחזיק בו לפני התרחשות המאורע שגרם לנזק. המבחן הראוי לקיומה של שליטה איננו מבחן טכני-פורמאלי המבוסס על חזקה מלאה, רצופה ובלעדית בנכס המזיק, אלא מבחן ענייני-מעשי גמיש, הבוחן אם זיקתו המיוחדת של הנתבע לנכס המזיק מעידה לכאורה על היותו בעל היכולת הטובה ביותר למנוע את התרחשות התאונה. יכולת זו צריכה לנבוע מהסוג ומההיקף של החזקה שיש לנתבע בנכס במועד הרלוואנטי, לפי העניין, למעשה הרשלנות או להתרחשות הנזק. אם ניתן לקבוע - על-פי מאזן ההסתברויות כי לנתבע הייתה היכולת האמורה, כי אז ייראה הנתבע כבעל שליטה בנכס המזיק. בבואו לקבוע אם הנתבע הוא בעל שליטה, יידרש בית המשפט, מטבע הדברים, גם לשאלות הקשורות בחזקה שיש (או שהייתה) לנתבע בנכס: טיב זכותו להחזיק בו, עד כמה הפעיל למעשה את זכותו, כלום חזקתו (בהתחשב בחובות הזהירות שחלה עליו מכוחה) הייתה רלוואנטית לגרימת הנזק, האם היו מחזיקים (או בעלי גישה) נוספים זולתו, מה המשקל שיש לייחס לאפשרות שהנזק נגרם עקב מעשה של אדם אחר, ועוד. מבחן זה אינו תולה את קיומה של שליטה בתנאי-סף נוקשים; לא בלעדיות החזקה, ואף לא קיומה במועד התאונה דווקא, מהווים תנאים כאלה".

85. הנתבע יטען כי אלמלא מעשיהן ו/או מחדליהן האמורים לעיל של המשיבות או מי מהן, הרי שהוא עצמו לא היה מבצע הבדיקה האמורה ולא היה מסכן עצמו במחלה חמורה הרבה יותר מהמחלה בגינה הגיע לפתחו של בית החולים.

86. לפיכך יתבקש בית המשפט הנכבד לפסוק המובקש בתביעה זו ולחייב הנתבעים בהוצאות משפט, לרבות שכ"ט עו"ד + מע"מ כחוק.

אסף נוי, עו"ד
ב"כ המבקש

תצהיר

אני הח"מ, זבידה יחיא, בעל ת.ז. 310004072, לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת ואת האמת כולה, וכי באם לא אעשה כן אהיה צפוי/ה לעונשים הקבועים בחוק, מצהיר/ה בזאת, בכתב, כלהלן:

1. הנני עושה תצהירי זה בתמיכה לבקשה שהוגשה לבית המשפט המחוזי בפתח- תקוה, לאשר תביעה פרטית כתובענה ייצוגית עבור כלל חברי הקבוצה שלקחו חלק כמוני בבדיקת אנדוסקופיה שהתבצעה בבית החולים בילנסון ע"י רופאיו ואנ מוטעמו, שהינו המשיב 1 בבקשה לאישור התובענה הייצוגית, שתצהירי זה תומך בה.

העדים

2. הנני אזרח ישראלי.
3. מרכז רפואי רבין הוא מרכז רפואי בבעלות שירותי בריאות כללית, נמצא בפתח תקווה ומורכב מבית חולים בילנסון ומבית חולים גולדה השרון. זהו המרכז הרפואי השני בגודלו בישראל, אחרי בית החולים שיבא בתל השומר. הוא משתרע על שני קמפוסים ברחבי העיר - המרכזי ברח' זאב ז'בוטינסקי שם שוכנים בית החולים בילנסון ומרכז שניידר לרפואת ילדים בישראל, והקטן יותר ברח' קרו קיימות לישראל שם נמצא "בית חולים גולדה השרון". שני בתי החולים אוחדו למרכז אחד ב-1996 שנקרא על שם ראש הממשלה יצחק רבין.
- בית החולים מטפל בלמעלה מחצי מיליון חולים בשנה שמגיעים מישראל אך גם מהמדינות השכנות ומהרשות הפלסטינית. נולדים בו כל שנה כ-9,000 ילדים. הוא כולל 37 חדרים ניתוח ומכיל בסך הכול 1,300 מיטות. מרכז רבין הוא המרכז החשוב ביותר להשתלות ולטיפול בסרטן בישראל. מנהלו של המרכז הרפואי הוא די"ר ערן הלפרן.

ביצעתי את הבדיקה

4. אנדוסקופיה (Endoscopy) היא טכניקה כירורגית לבדיקה רפואית (ולעיתים ביופסיה ואף ניתוח פנימי) של גוף האדם, המתבצעת באמצעות החדרת צינור המכיל סיב אופטי ומצלמה, דרך פתחים טבעיים בגוף, או דרך חונך עובר.
5. האנדוסקופ הינו למעשה צינור פלסטי גלילי, שבתוכו סיבים אופטיים המקרינים אור לעבר הגוף, ומעבירים תמונות באמצעות מצלמת וידאו זעירה המותקנת בקצהו, לצד הנשקף לעיני המנתח וצוות הרופאים. ישנם סוגים שונים של אנדוסקופים, וכיום רווחים בשימוש הסוג הקשיח שעוביו עשוי להגיע לעד 10 מ"מ, והסוג הגמיש שעוביו כשני מילימטר בלבד.
6. בבדיקה זו ניתן לסרוק איברים פנימיים שונים, כמו ושת, קיבת ודרכי העיכול, (נסטרוסקופיה), קנה נשימה וסימפונות (ברונכוסקופיה), גרון ומיתרי הקול (לרינגוסקופיה) דרך הפה. מעי גס (קולונוסקופיה) דרך פי הטבעת. שלפוחית השתן ודרכי השתן (ציסטוסקופיה), נרתיק וצוואר הרחם (קולפוסקופיה) דרך איברי המין. הלבב ודרכי המרה (ERCP), חלל הבטן, כבד ואיברי המין הנשיים (לפרוסקופיה), דרך הטבור. חלל המפרקים בברך ובמרפק (ארטרוסקופיה) דרך חתך בעור הסמוך למפרק, היסטרוסקופיה רחם.
7. הבדיקה משמשת בעיקר למטרות אבחנה כמו גילוי מוקדם של גידולים סרטניים, גילוי עצמים שנשאפו לריאות, וגילוי כיבים ופוליפים במערכת העיכול, אולם ניתן להשתמש באנדוסקופ גם לצורך טיפול, בעיקר בתחומי האורולוגיה, האורטופדיה והגינקולוגיה, כמו למשל כריתת פוליפים, קשירת שחלות, כריתת רחם, כריתת כיס מרה, צריכת גידול בשלפוחית השתן או

- בפרוסטטה, ניתוחי ברכיים וניתוחי סינוסים. הבדיקה והטיפול בהתאם לסוגה ולכאב וחוסר הנוחות שהיא מעוררת, נעשית בזריקת טשטוש, בהרדמה מקומית, ולעתים אף הרדמה מלאה.
8. לשיטת אבחנה וטיפול זו יתרונות רבים על פני חדירה כירורגית רגילה, ובהן גרימת נזק מועט לגוף, החלמה מהירה של המטופל, מיזעור צלקות חיצוניות, עלות אשפוז נמוכה, אפשרות להתייעצות ובקרה של צוות גדול, שיש לו אינדיקציה כמו למנתח, ואף שיתוף פעיל בניתוח של מומחה שנמצא הרחק. ומאידך חסרונות נלווים כמו קושי בחיטוי של האנדוסקופ ואפשרות להדבקת חולים, אפשרות לפגיעה באיברים פנימיים ושדה ראייה צר של המנתח, שעלול לפגוע בקבלת החלטות ובניתוח.
9. למרות זאת היתרונות שבשיטה זו גוברים על החסרונות, ויש מגמה להכניס טכניקה זו במקום שהיא יכולה להחליף את הטכניקה הכירורגית המסורתית. לאחרונה התחילה טכניקה זו לחדור לתחום של הכירורגיה הפלסטית, ונעשים בה מספר סוגי ניתוחים כמו מתיחת מצח, מתיחת בטן, הגדלת חזה ומתיחת פנים.

הבדיקה - התגלית - הגברת הסיכון לתחלואה ולמוות

10. נדהמתי לגלות כי הבדיקה בוצעה ללא חיטוי נדרש בניגוד להוראות הרפואה הבסיסית ומשרד הבריאות ויותר מכך שבשל העובדה כי חולה איידס נבדק בטרם נבדקתי קיים סיכון ממשי שאחלה במחלה (להלן - "הסיכונים הבריאותיים הנגרמים עקב נטילת התרופה").
11. אציין כי האפשרות הנ"ל חמורה ולא היתה בידיעתי, כמו גם בידיעתם של יתר חברי הקבוצה, עד לחשיפתם בתקשורת בימים האחרונים.

חששות, עגמות נפש וליאוש

12. מאז שנודע לי על הסיכונים הבריאותיים הנגרמים עקב רשלנות בית החולים, אני חרד מאוד לבריאותי. הידיעה כי כתוצאה מהבדיקה עשוי להיות לי איידס (גם אם בסופו של יום יתגלה כי לא כך גורמת לי לעוגמת נפש רבה וליאוש.
13. אין לי ספק, כי לא הייתי מבצע הבדיקה אילו הייתי יודע את הסיכונים הבריאותיים החמורים הנגרמים עקב כך.

הנזק שנגרם לי

14. אני מבוהל מאד מאז התפוצצות הפרשה.
15. אשתי וילדי אוכלים בנפרד ואינם מתקרבים אלי.
16. אני עובד ומתעסק כל היום בעניין זה.
17. גם באם יתגלה כי אין לי איידס אצטרך להיות בפתח שמה יתגלה הדבר בעוד מספר חודשים.
18. כמובן שכל יחסים אינטימיים עם אשתי אינם באים בחשבון.

אישור התביעה כייצוגית

עילת תביעה אישית

19. יש לי עילת תביעה אישית כנגד המשיבה בבקשה לאישור התביעה כייצוגית, כמפורט בתצהירי זה.
20. עילת התביעה האישית שיש לי הינה אותה עילת התביעה של כל אחד מחברי הקבוצה כהגדרתה להלן.

הגדרת הקבוצה

21. קבוצת התובעים אשר יהיו מיוצגים לצורכי התובענה הייצוגית, הינה כמפורט להלן: אנשים שבצעו בדיקה זו בבילנסון והוזמנו לבדיקות איידס עקב המקרה.

מספר חברי הקבוצה

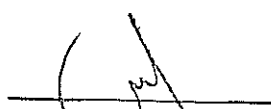
22. במהלך הדיון בבית המשפט, אעתור לחשיפת מלוא הפרטים המצויים בידי המשיבות, תוך מגמה להביא לברור מדויק של כלל חברי הקבוצה, לרבות הנזק שנגרם להם.
23. למיטב הבנתי ולפי ייעוץ משפטי שקיבלתי, המידע המדויק באשר לנתוני הכמויות נמצא אצל המשיבה עצמה.
24. ע"פ פרסומים מדובר בכ- 150 איש.
25. הוסבר לי מהות ההליך המשפטי בתביעה ייצוגית החובות והזכויות בגינה.

זהו שמי, לחלן חתימתי ותוכן תצהירי זה אמת.


חתימה

אישור

אני הח"מ עו"ד עיסא יוסף מאשר בזאת כי ביום 18.6.12, הופיעה בפני מר' זבידה יחיאית.ז. 310004072 ולאחר שהזהרתיו כי עליו לומר את האמת ואת האמת כולה וכי אם לא יעשה כן יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אשר אתרסנות תצהירו דלעיל וחתם עליו בפני.


עיסא יוסף עו"ד



מרכז רפואי רבין
בית חולים בילינסון

מחלקה לרפואה דחופה

מחלקה לרפואה ודאגה		רגישות
שעה	תזונה	
סוכר בגלוקומטר	תמימה	
שינויים חיוניים		
השעה		
חום PO		
חום PR		
דופק		
לחץ דם		
נשימות		
O ₂ /SAT		
VAS		
חתומה		

(Handwritten notes and signatures are present throughout the form.)

15:58 12/05/12 146729-12
53700 מברן עינים 0031000407-2
זכריא יחיא זבירה
054-7642403 כפר קאסם ת.ד. 31 15/04/81
עין כחב מחלה
0104 פתח-ת דן בילנסון
מכונת העתקה לזמן קצר

שעה: _____ שם הרופא/ה האחראי:

תלונות, תולדות המחלה ובדיקה גופנית: _____

[illegible]

המכתב (א) / ה'תש"ז - ירח קס"ה / אפריל

איד / ברור חיסון
הזמנת יועצים: תיקתק - חל - היליבא

$\frac{1}{2} \frac{d}{dt} \left(\frac{1}{2} m v^2 \right) = \frac{1}{2} m v \frac{dv}{dt}$
 $\frac{1}{2} m v \frac{dv}{dt} = \frac{1}{2} m v \frac{dv}{dt}$
 $\frac{1}{2} m v \frac{dv}{dt} = \frac{1}{2} m v \frac{dv}{dt}$
 $\frac{1}{2} m v \frac{dv}{dt} = \frac{1}{2} m v \frac{dv}{dt}$

ד"ר מרת חיה שניידר
אשת הרב משה שניידר
הרב משה שניידר

התלמיד: אברהם אביהם
אברהם אביהם
בית: 3-3
אברהם אביהם

[illegible]

יכוס והמלצות בשחרור: Loose Cornmeal / דפד

WOUND SUTURE
REMOVED.

שעה _____ והמלצה ל- _____ ימי
משתחררת/ת בתאריך _____
כתאריך _____

☐ משתחרר/ת במהלך _____ בתיאור _____
☐ מוכנה למרפאת בית החולים _____
☐ ממצאי הבדיקה והטיפול הוסברו: ☐ למטופל/ ☐ למלוויו _____
☐ לנישמות במחלקה _____ שעה _____

☐ הוראה לאשפוז במחלקה

☐ החולה עזב על דעת עצמו

☐ חתם על טופס עזיבה על דעת עצמו

☐ תעודה זו ניתנה על ידי לשם הנוחה כראוי לבית המעט, ו
כידוע כי יוסט, שלענין החוק הפלילי מדובר עדות שקר בשבוע
תעודה זו כשהיא חתומה על-ידי, כדן עזת בשבועה שנחת

כן ☐
לא ☐

מוצע בשעת	מוצע בשעת	שם הבדיקה	הוראה לבע
		שקיעת דם	
		כדוריות לבנות	
		המוגלובין	
		טסית	
		INR/PT	
		Urea	
		Creatinine	
		Glucose	
		Na	
		K	
		Ca	
		בילירובין	
		(AST) GOT	
		(ALT) GPT	
		LDH	
		Alk. Phos	
		Amylase	
		Lipase	
		CPK	
		Troponin	
		pH	
		PCO ₂	
		PO ₂	
		כי לבנות	
		כי אדומות	
		ויטרטים	
		חלבון	
		גלוקוז	
		אצטון	
		בילירובין/אורוביליגן	
		אוראה / אלקט	
		חלבית דם	
		סמל	

146729-12
מיון עינים
0031000407-2
זכרון
104 31 15/04/81
15:58 12/05/82
בי"ח בילינסון

□ כן, פרט:

שעה	טיפולים	חתימה	שעה	טיפולים	חתימה
	☐ חמצן			☐ גבס	
	☐ קטטר			☐ תפירה	
	☐ חונדה			☐ חבישה	
	☐ מוגיסור			☐ אחר	

[illegible]

הערה

שם היועץ/ת: _____

שעה:

[illegible][illegible]

$\rho(\lambda) = \frac{1}{\lambda}$

התימה וחזרתה.

[illegible]

שם היועץ:

שעה:

החלק, כפי שרואים.
החלק, כפי שרואים.

03-937-7143

2601
05/17/28
20328.70

מחתימה ותותבות

מחלקה לרפואה דחופה

רשימת	1002
-------	------

15:02 19/05/12 149311-12
53700 מ"ר עינים 0031000407-2
זכרון
כפר קאסם ת. 2619
054-7642403 31 15/04/81
מחלקה
פלוגת אחר עין
0104 דן, פתח-ת
בילינסון

סימנים חיצוניים		
השעה	15:00	
חום PO	5	
חום PR		
דופק	83	
לחץ דם	112/73	
נשימות		
O2/SAT		
VAS	5	
חתימה	(חתימה)	78

שעה	סוכר בגלוקומטר	חתימה

חוראה לבצע /	שם הבדיקה	בוצע בשעה	בוצע בשעה
	שקיעות דם		
	לבריות לבנות		
	המוגולובין		
	ספיח		
	INR/PT		
	Urea		
	Creatinine		
	Glucose		
	Na		
	K		
	Ca		
	בילירובין		
	(AST) GOT		
	(ALT) GPT		
	LDH		
	Alk. Phos		
	Amylase		
	Lipase		
	CPK		
	Troponin		
	pH		
	PCO ₂		
	PO ₂		
	Sat.		
	HCO ₃		
	B.E.		
	עמילזה		
	כי לבנות		
	כי אדומות		
	ניטרטים		
	חלבון		
	גלוקוז		
	אצטון		
	בילירובין/אורובילינג		
	אוראה / אלקסי		
	תרביית דם		
	Bhcg		
	Cross M.		

[illegible][illegible]

☐ החולה עזב על דעת עצמו
☐ חתם על טופס עזיבה על דעת עצמו
☐ כן
☐ לא
 (ראה נוהל "עזב על דעת עצמו")

תועדה זו ניתנה על ידי לשם הפטירה כראוי לבית המשפט, והריני מצהירה בזאת
 כי ידעתי היטב, שעליון ההודעה הפלילי בדבר גזימת שורה בשוואר בית המשפט, דין
 חשודים ונאשמים והחוקרים, וכן עליון ההודעה הפלילי בדבר גזימת שורה בשוואר בית המשפט, דין
 חשודים ונאשמים והחוקרים, וכן עליון ההודעה הפלילי בדבר גזימת שורה בשוואר בית המשפט, דין

מ.ד. 90929 # 2656
 צייר גילי טוסקד
 מח. עניינים
 טל: 9376104
 חותמת וחתומת רופא/ה משחררת: