

ת.א. 6121-01-13

28736
7.2.13

בבית המשפט המחוזי
במחוז מרכז

בעניין :

1. אצדה וולדס לאסי, ת.ז. 00321167041

משד' הדקל 3206/4 בית שמש

2. זירו בליינש, ת.ז. 32116697

משד' הדלק 3204 בית שמש

3. טסדה טפאץ', ת.ז. 324412022

מרח' הנירית 204 ירושלים

שלושתן ע"י ב"כ עוה"ד אלירן סופר ו/או רונית בימבליך

ו/או אוריאל גניהר ו/או נחמי מייזליש-וולק

מרח' ז'בוטינסקי 7, מגדל משה אביב (קומה 41), רמת גן 5250

טל': 03-5757553, פקס: 03-6120143

המבקשות

- נ ג ד -

1. קופת חולים כללית

רח' ארלוזורוב 101, תל אביב

2. מכבי שירותי בריאות

רח' המרד 27, תל אביב

3. קופת חולים מאוחדת

רח' אבן גבירול 124 תל אביב

המשיבות

תובענה עפ"י חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו – 2006

נושא התביעה:

382,530,000 (שלוש מאות שמונים ושניים מליון, חמש

אומדן נזק לקבוצה:

מאות ושלושים אלף שקלים).

בקשה לאישור תביעה כייצוגית

המבקשות מתכבדות בזאת להגיש לבית המשפט הנכבד בד בבד עם הגשת התביעה העיקרית בתיק דנן (להלן – "התביעה"), בקשה לאישור התביעה כייצוגית, וזאת בהתאם להוראות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, (להלן – "החוק") ולתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע-2010.

- כתב התביעה מצ"ב כנספח A לבקשה זו.
- תצהיריהן של המבקשות, 1-3, מצ"ב כנספח B 1-3 בהתאמה, לבקשה זו.

קבוצת התובעות אותה מתבקש בית המשפט הנכבד לאשר למבקשות לייצג תוגדר באופן הבא, בכפוף לאישורו של בית המשפט הנכבד:

"כלל הנשים האתיופיות אשר טופלו בזריקות למניעת הריון מהסוג הידוע כ- דפו פרובה (DEPO PROVERA) (להלן – "הזריקה"), וזאת על ידי קופות החולים הנתבעות ו/או רופאי הנתבעות ו/או עובדי הנתבעות או בהתאם להנחיות הנתבעות, וזאת במהלך 7 השנים שקדמו להגשת תביעה זו".

פרק א': הצדדים

1. המבקשת מס' 1, ילידת 1969, עלתה מאתיופיה לישראל בשנת 1999, ומועסקת כפועלת ניקיון.
2. המבקשת מס' 2, כבת 38, עלתה מאתיופיה לישראל בשנת 1999, ומועסקת כפועלת ניקיון.
3. המבקשת מס' 3, כבת 42, עלתה לישראל מאתיופיה בשנת 2002.
4. המשיבה מס' 1 הינה קופת חולים כמשמעותה בדין אשר במועדים הרלוונטים לתביעה ביטחה את התובעות 1, 2 ו-3.
5. המשיבה מס' 2 הינה קופת חולים כמשמעותה בדין אשר במועדים הרלוונטים לתביעה ביטחה את התובעת 2.
6. המשיבה מס' 3 הינה קופת חולים כמשמעותה בדין אשר במועדים הרלוונטים לתביעה ביטחה את התובעת 2.

7. ענינה של בקשה זו הוא בנוהג בלתי ראוי, בלתי חוקי, בלתי מוסרי וגזעני בעליל, שעודנו קיים ועומד בקרב קופות החולים בישראל, ואשר מטרתו היא לפקח על רמת הילודה של בנות העדה האתיופית באמצעות מתן זריקות למניעת הריון מהסוג הידוע כ- דפו פרובה (DEPO PROVERA) (להלן – "הזריקה").
8. אלמלא היו בידי המבקשות ראיות ברורות לקיומו של נוהג זה, כמו גם לסבל, לפגיעה בבריאות ולעוגמת הנפש להם גרם – ניתן היה לפטור את האמור לעיל כעוד תיאורית קונספירציה אחת, פרי רוחו של הוזה הזיות. אלא שלמרבית הצער אין הדבר כך. במדינת ישראל, במאה העשרים ואחת, בתוככי מערכת הבריאות הציבורית האמורה להיות גאוות כולנו – שורר נוהג המזכיר ימים אפלים במשטרים חשוכים. וכך, בימינו אלה ובקרבתנו, ניתנות זריקות בעלות פוטנציאל לגרימת נזקים חמורים ביותר – לא על בסיס של התוויה רפואית מתחייבת אלא על בסיס של צבע עורן והשתייכותן העדתית של מקבלות הזריקות.
9. להבנת הנושא ראוי להביא הסבר קצר על מהות זריקת הדפו-פרובה, והשימוש בה. הזריקה היא תכשיר למניעת הריון המבוסס על אנלוג של ההורמון פרוגסטרון, הגורם למניעת תהליך הביוץ. בכך אין כל ייחוד שכן הורמון זה עומד בבסיס של מרבית תכשירי המניעה. ייחודה של הזריקה היא בצורת נטילתו. בניגוד לרוב המכריע של תכשירי מניעת הריון (למעט התקן תוך רחמי שאינו בגדר תרופה) אותם נוטלת המשתמשת עצמה לפי בחירתה, אורלית (דרך הפה) ועל בסיס יומי, הרי הזריקה מוזרקת לגוף האישה אחת ל- שלושה חודשים, וזאת ע"י רופא באחת ממרפאות קופות החולים.
10. כפי שנראה בהמשך בקשה זאת, וכפי שאנו למדים מן העלון למשתמשת המצורף לאריזת הזריקה, וכפי שעולה גם מחוות הדעת של פרופ' אלכסנדר נרי המצורפת לבקשה זו (נספח א' ו- ב' בהתאמה) - הזריקה מוגדרת כתרופת ברירה אחרונה, היינו תרופה הניתנת רק כאשר:

"... יש אינדיקציה רפואית למניעת הריון ולא ניתן להשתמש באמצעים אחרים למטרה זו".

הסיבה לכך נעוצה בתופעות הלוואי הקשות שתפורטנה בהמשך תובענה זו.

11. וכאמור בחוות-דעתו של פרופי נרי:

"לקחת חתך של אוכלוסיה מסויימת בלבד, לא עולות מאזורים אחרים (כעולות מתימן ו/או ארצות אירופה) העדר הסברים לעולות מאתיופיה ביחד לאמצעי המניעה השונים, העדר בדיקה רפואית שלהן, ולפי תצהיריהן גם הוראות לזריקות דפו פרוורה על ידי רופאי משפחה ובדיקת רופא נשים בהמשך, נראה לי כדבר חמור הדורש התייחסות. כאדם וכרופא אני רואה בהתנהגות הממסד הרפואי גישה שאינה עומדת בסטנדרטים רפואיים וזאת בדרגה בעלת

חומרה רבה". (הדגשת הח"מ)

12. מהאמור לעיל מתחייב כי הזריקה תינתן לאחר בדיקה אינדיבידואלית ומקפת של כל משתמשת, ורק כאשר נשללת לקיחת תכשירים אחרים. אלא שכאשר מדובר בנשים בנות העדה האתיופית, הנוהג שהשתרש במרפאות קופות החולים הנתבעות הנו להפעיל מכבש לחצים על המשתמשות לקבל דווקא את הזריקה ולא כל אמצעי אחר, וזאת ללא בדיקה כאמור, ללא מתן הסבר על קיום חלופות לזריקה, ללא מתן מידע על תופעות הלוואי הכרוכות בנתינתה (ולעתים גם תוך הטעייה מכוונת לגבי תופעות אלה) ומכאן שגם ללא הסכמה מודעת של המטופלות.

13. מטרתו של נוהג נפסד זה יכולה להיות אחת בלבד: מתן הזריקה ע"י הרופאים השותפים לנוהג זה, ביחד עם פעולתה ארוכת הטווח החורגת אף מתחום שלושת החודשים, נתנה לממסד הרפואי את השליטה על פוריות האישה האתיופית והכוונתה למטרות הממסד, שהן כמסתבר צמצום הילודה בקרב עדה זו. כאמור במחקרה של גבי חדווה אייל "דפו פרווה – אמצעי למניעת הריון הניתן באמצעות זריקה, על מדיניות השימוש בקרב נשות הקהילה האתיופית בישראל", המצורף לבקשה זו כנספח ג':

"היחס הפטרוני כלפי הנשים האתיופיות והחשש של המדינה מפני ריבוי ילודה בקרב אוכלוסיה עניה ושחורה, גרם לגופים הממונים בישראל, כמו הסוכנות היהודית והממסד הרפואי לפעול לכאורה בשם בריאות הנשים, אך בפועל בהתאם לתפיסות ורצון הממסד לניהול התא המשפחתי בקהילתן. כתוצאה מכך, וכפי שהודגם בדו"ח זה, נמנעו מהנשים גישה למידע רפואי והתאמה לצרכיהן האישיים ומעל הכל צומצמו במידה ניכרת יכולת הבחירה שלהן וזכותן להחליט על גופן וחייהן".

14. כמובן שאין המבקשות יכולות לספק הוראות כתובות לנהוג כאמור, אך אין בכך כלום. במהלך השנים התפרסמו מחקרים, מאמרים, כתבות טלוויזיה, ועוד המאשרים את האמור לעיל.

15. כך, למשל, בתחקירה של העיתונאית גל גבאי בתוכנית "ואקום" בערוץ חינוכית 23, סוקרו בצורה נרחבת ובליווי עדויות חיות של נשות העדה, הנוהג הנפסד הגובל בטיהור אתני, של מתן הזריקה לנשים.

כמו כן, מצורפות כתבות העוסקות בפרשה קשה זו:

כתבה מתוך אתר האינטרנט YNET מתאריך 6/12/12 שכותרתה: "דילוד הילודה של הפלאשמורה: ענף של תורת הגזע"

כתבה מתוך אתר האינטרנט של "הארץ", מתאריך 9/12/12 שכותרתה: "עולות מאתיופיה: איימו עלינו שלא נעלה לארץ אם לא נסכים לקבל זריקה נגד היריון"

העתק הדיסק והכתבות, מצ"ב כנספח ד'.

16. מנתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, עולה כי בפועל הצליח הנוהג הנפסד להשיג את מטרתו, באופן שחלה מגמת ירידה משמעותית, ניכרת ומתמדת בשיעור הילודה בקרב הנשים האתיופיות.
כך, לשם ההמחשה:

בשנת 1996 הגיע מספר הלידות הממוצע לאשה אתיופית ל- 4.6
בשנת 1999 הגיע מספר הלידות הממוצע לאשה אתיופית ל- 3.9
בשנת 2010 הגיע מספר הלידות הממוצע לאשה אתיופית ל- 2.55

לוחות הלמ"ס לתקופות הרלוונטיות, מצ"ב כנספח ה'.

17. גולת הכותרת היא במכתב ששגר לפני ימים מספר מנכ"ל משרד הבריאות פרופ' רוני גמזו אל קופות החולים, ואשר תוכנו פורסם בעיתון "הארץ" מיום 27/01/2013, בו נאמר בין השאר:

"אני מבקש להנחות להבא את כל רופאי הנשים העובדים בקופה ועם הקופה שלא לחדש מרשמים של דפו פרוברה לנשים ממוצא אתיופי או

נשים אחרות שמכל סיבה יש חשש שמא לא הבינו את השלכות הטיפול".

גמזו מוסיף וכותב כי :-

"יש לתת את הזריקה רק לאחר שיחה עם המטופלת בה יבקש הרופא להבין מדוע יש שימוש באמצעי מניעה בכלל ובזה בפרט, האם היא מבקשת להימנע מהריון מרצונה החופשי והאם היא מבינה את תופעות הלוואי למול אמצעי מניעה אחרים".

העתק הפרסום מצורף כנספח ו'.

18. על אף הסתייגויות בגוף הפרסום, שמטרתן לטעון כי אין מדובר בהודאה, ברור שמעצם הפרסום ומן הצורך בו כי הפרקטיקה הנפסדת אותה בה הפרסום לשנות אכן הייתה קיימת ונוהגת.

19. אולם מעבר לתחקירים, לכתבות ולמכתב קיימות עדויותיהן של המבקשות עצמן, כמפורט בתצהירים המצורפים לבקשה לאישור התביעה כייצוגית. עדויות אלה הן הבסיס העובדתי להליך זה.

פרק ג' – רקע עובדתי

20. על מנת להקל את העיון בבקשה יובא ראשית דבר הרקע העובדתי המשותף לכל המבקשות ולאחר מכן תובא התייחסות אינדיווידואלית לכל אחת מהן.

21. הדברים המשותפים לכל המבקשות הינם: כולן נשים הנמצאות בתקופת הפריון בחייהן, כולן נשואות וכולן אמהות לילדים.

22. המבקשות הן ילידות אתיופיה, אשר עלו ארצה מבצעי העלאת גלות אתיופיה לישראל, בתקופה שבין השנים 1999-2002.

22.1 כל אחת מן המבקשות הייתה חברה באחת ואו ביותר מקופות החולים המשיבות כפי שיפורט בהמשך.

- 22.2 כל המבקשות קיבלו, בין השאר, טיפול תרופתי למניעת היריון. בכל המקרים הטיפול שניתן היה מתן זריקה מסוג "דפו-פרוברא", הניתנת ברציפות אחת לשלושה חודשים.
- 22.3 כל המבקשות קיבלו את הזריקה בהתאם להחלטת שלוחי המשיבות 1-3 אשר נמסרה להם כהתוויה ולא כהצעה, בלא שנשאלו ובלא שהוצעה להן כל דרך אחרת למניעת ההיריון, וכאשר נאמר להן באופן עקרוני שראוי להן שלא להיכנס להריונות נוספים.
- 22.4 בדיעבד, כל המבקשות סבלו גופנית ונפשית, כתוצאה מקבלת הזריקות וחן מצטערות על כך שלא ניתנה להן הברירה להשתמש באמצעי מניעת היריון אחרים ואף שעודדו אותן בכלל להשתמש בכאלה.
- 22.5 ראוי לציין כי בקרב העדה האתיופית, אליה משתייכות המבקשות, יילודה נחשבת כערך עליון והקמת משפחה גדולה מייצגת מעמד ועוצמה. לפיכך, בנות העדה ובמיוחד כאלו שעלו לארץ בבגרותן, ראו בעצם שימוש באמצעי מניעת היריון מעשה פסול, לא שיתפו נשים נוספות, אפילו קרובות משפחה, ולעיתים אף בעלים בעצם נטילת אמצעי המניעה, וכתוצאה מכך ובשל היותן מנותקות מההוויה הישראלית היו תלויות לחלוטין ברופאיהן לגבי כל הקשור בנושא זה.

המבקשת מס' 1 - אצדה וולדס לאסי

23. המבקשת מס' 1 עלתה לארץ בשנת 1999, בהיותה כבת 33, מאתיופיה (שירת, תיגראי).
- החל משנת 2003, נרשמה המבקשת 1 כחברה במשיבה מס' 1, וטופלה במרפאת קופ"ח כללית בבית שמש.
- רופא המשפחה שטיפל במבקשת היה עובד המשיבה מס' 1, ד"ר גרשון בן דניאל, מומחה לרפואה פנימית וגריאטריה.
- בתקופת הרשמה במשיבה 1 הייתה המבקשת אם לשישה ילדים ובאחד מביקוריה אצל ד"ר בן דניאל, הוא אמר לה שלא כדאי לה להיכנס שוב להיריון, וכי יש לה זריקה שתמנע לידת ילדים נוספים בעוד שאם לא תיקח אותה יוולדו לה ילדים נוספים, דבר שלדבריו אינו רצוי.

24. היות והמבקשת 1 פחדה מזריקות, היא שאלה את ד"ר בן דניאל האם ניתן להימנע מקבלת הזריקה, אך נאמר לה כי זה האמצעי היחידי ואם לא תסכים לקבל את הזריקה, תמשיך להיכנס להיריונות.
25. מאז 2003 ועד היום, ממשיכה המבקשת 1 לקבל את הזריקה אחת לשלושה חודשים (העתק מרשם רפואי מצ"ב כנספח ז').
26. על אף העובדה שהייתה המבקשת מגיעה לרופא הנ"ל בתדירות קבועה ועל אף העובדה כי התלוננה בפניו על תופעות קשות בעקבות קבלת הזריקה, לא הפנה הרופא את תשומת ליבה של המבקשת לכל חלופה אחרת וכמו כן אמר לה כי לא יכול להיות שהזריקה היא זו שגרמה לה לתופעות וכי עליה להוסיף ולקבל את התרופה.
27. התופעות אליהן התלוננה המבקשת הן אלו – כאבי ראש קשים, נפיחות בבטן, כאבים בגוף, עצבנות ודיכאון.
28. התנהלות זו חזרה על עצמה תקופה ממושכת, אך פעם אחרי פעם הרופא הכחיש את קיומו של קשר כלשהו בין הזריקה לתלונותיה ושכנע אותה כי תמשיך לקבל את הזריקה. אם כי בשלב מאוחר יחסית הפנה את המבקשת להתייעצות אצל רופא נשים, בפועל לא ביצע כל מעקב לוודא שאכן הגיעה להתייעצות כזו, ולמרות זו ועל אף העובדה כי בפועל לא התייעצה התובעת עם רופא נשים המשיך ברציפות במתן הזריקה, ובהכחשת כל קשר בינה לבין התופעות.
29. בעלון לצרכן של הזריקה, אשר נבדק ואושר על ידי משרד הבריאות, נאמר, בין השאר, כי "דפו פרווברה היא תכשיר למניעת היריון, לשימוש כאשר יש אינדיקציה רפואית למניעת היריון ולא ניתן להשתמש באמצעים אחרים למטרה זו" (הדגשת הח"מ).
- כמו כן, נאמר באותו עלון כי לפני התחלת השימוש בזריקות דפו פרווברה על המשתמשות לעבור בדיקה גניקולוגית מקיפה וכי יש לחזור עליה בכל שנה.
- בנוסף נאמר בעלון, כי השימוש בזריקה עלול לגרום לתופעות לוואי וביניהם שיבוש במחזור הנורמלי, דימום בלתי סדיר ובלתי צפוי, אל - וסת, שינויים במשקל הגוף, כאבי ראש, סחרחורות, בחילות, כאבי בטן, עצבנות ודיכאון. ועוד. אם תופעות אלו אינן חולפות תוך זמן קצר ממליץ העלון כי יש לפנות לרופא.

30. המבקשת שאינה מסוגלת לקרוא את העלון הרפואי בעברית, וגם אינה מודעת לעצם הצורך בעיון בו קודם לקבלת טיפול הרפואי, פנתה לרופא ביוזמתה, כאמור לעיל, והביאה לידיעתו את קיום התלונות אשר בהתאם לאמור בעלון ניתן בבירור לקשרן עם קבלת הזריקה.

וכך לא זו בלבד שד"ר בן דניאל לא הזהיר את המבקשת מפני האפשרות לתופעות לוואי אלו, אלא גם כאשר קיומן הובא לידיעתו התכחש להן הרופא ושכנע את המבקשת להמשיך ולקבל את הזריקה.

מכלל התנהגותו של ד"ר בן דניאל, עולה בבירור כי הוא היה איתן בדעתו לגרום למבקשת לקבל את הזריקות ויהי מה. זאת ללא קשר לכך כי נעדרה אינדיקציה רפואית לנתינתן, לא נעשו בדיקות קודמות טרם מתן הזריקות, לא נעשה מעקב גניקולוגי ולא הוצעה חלופה אחרת, גם לאחר שהיה ברור מן התגובות לזריקה כי הזריקה אינה מתאימה למבקשת.

המבקשת מס' 2 – זירו בליינש

31. המבקשת מס' 2 עלתה לארץ בשנת 1999, מאתיופיה (תיגראי).

32. המבקשת מס' 2 התחתנה באתיופיה בשנת 1995, שם נולדו חלק מילדיה.

33. עם עלייתה ארצה, נרשמה המבקשת 2 כחברה במשיבה 2, לאחר מכן עברה להיות חברה במשיבה 1, והחל משנת 2009 הינה חברה במשיבה 3.

34. לאחר עלייתה לארץ, ובכל קופות החולים בהם הייתה חברה, ניתנו למבקשת זריקות למניעת היריון, מבלי שהסבירו לה כי יש אפשרות להשתמש באמצעי מניעה אחרים ו/או מבלי שמסרו לה על תופעות הלוואי והסיכונים הכרוכים בקבלת הזריקה.

35. יתרה מכך, גם כאשר התלוננה המבקשת בפני המשיבות ו/או מי מטעמן, על תופעות לוואי קשות מהן היא סובלת, כגון השמנה, בטן נפוחה, דיכאון ועצבים, ואף כאשר מסרה למשיבות ו/או למי מטעמן כי היא חושבת שישנו קשר בין תופעות אלו לבין הזריקות אותן היא מקבלת, אמרו לה ש"אין מה לעשות" וש"אין טיפול או משהו אחר לתת". מצ"ב עותק המרשם כנספת ח'.

36. רק לאחר שעברה המשיבה הליך של כריתת רחם, הפסיקו לתת לה את הזריקות, משלא היה בכך כל צורך עוד.

המבקשת מס' 3 – טדסה טפאץ'

37. המבקשת מס' 3 עלתה לארץ בשנת 2002, יחד עם בעלה ושני ילדיה, מגונדר שבאתיופיה.
38. בעת עלייתה ארצה, היה בנה הגדול של המבקשת כבן 12 שנים, והצעיר כבן שנתיים.
39. טרם עלייתה, שהתה המבקשת בגונדר כ- 6 שנים. לאחר לידת בנה השני, החלו לתת למבקשת את הזריקה. תחילה, ניתנו לה הזריקות על ידי רופאים ואחיות מטעם הסוכנות היהודית, אשר אמרו לה כי באם ברצונה לעלות לישראל הרי שהיא חייבת לקבלן.
40. אנשי הסוכנות היהודית, לא נתנו למבקשת כל הסבר בדבר הסכנות ותופעות הלוואי הכרוכות בנטילת הזריקות, ואף לא יידעו אותן בכך שקיימים אמצעי מניעה נוספים בהן ניתן להשתמש, מלבד הזריקה.
41. כל שנאמר למבקשת היה אך ורק כי עליה להגיע מדי 3 חודשים לצורך קבלת זריקה, ויודגש כי טרם הזרקת הזריקה, לא נעשתה למבקשת כל בדיקה רפואית.
42. בשנת 2002, לאחר עלייתה לישראל, נקלטה המבקשת במרכזי קליטה בקרית שמונה ואילת השחר. בתקופה זו, הייתה המבקשת חברה במשיבה 1.
43. גם במהלך תקופה זו המשיכו לתת למבקשת את הזריקה, אף הפעם ללא מתן מידע מקדים אודות הסכנות ו/או תופעות הלוואי ו/או קיומם של אמצעי מניעה חלופיים, וללא ביצוע הבדיקות הרפואיות הנדרשות טרם הזרקתה.
44. המבקשת המשיכה לקבל את הזריקות בעת שהייתה בארץ, תקופה של כארבע שנים לפחות. בתקופה זו, דיווחה המבקשת לרופאיה על תופעות קשות מהן היא סובלת, וביניהן כאבי ראש, נפיחות בבטן, דיכאון והיעלמות של המחזור החודשי.
45. כאשר דיווחה המבקשת על תופעות אלו לרופא המטפל וביקשה מפורשות להחליף את הזריקה, נמסר למבקשת כי "אין ברירה" כי "אין תרופה אחרת" וכי היא חייבת להמשיך לקבל את הזריקות.

פרק ד' – המסגרת הנורמטיבית

46. התוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות, כוללת רשימה של עילות בגינן ניתן להגיש תביעה ייצוגית. העילות הקבועות בסעיף 1 לתוספת:

“(1) תביעה של צרכן כנגד עוסק, גם אם לא נכרתה ביניהם עסקה”

47. במקרה שלפנינו, אין עוררין כי המבקשות הינן “צרכן” כהגדרתו על פי חוק, ואילו המשיבות הינן “עוסק” כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, תשמ”א – 1981.

48. סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן, קובע כי עוסק הוא:

”עוסק” – מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוקו, כולל יצרן”

וכי עסקה היא:

”עסקה” – היא מכירת נכס או מתן שירות”

49. בהתאם לנקבע בפסיקה, הסעיף הנ”ל מתייחס לנושאים בעלי אופי צרכני במשמעות הרחבה של המושג, ועל כן ניתן להגיש תובענה ייצוגית אף בנושאים בהם העילה אינה נובעת מחוק הגנת הצרכן. ראה: ע”א 4696/08 גפני נ’ עמותת בעלי מוניות התחנה פ”ד פדאור גוגל 611-33-08

בפסק דין זה, הורחב ההסדר הקבוע בחוק הגנת הצרכן, באופן שהוא מאפשר הגשת תובענה ייצוגית נגד מוכר, ספק, יצרן, יבואן, או משווק של מוצר או שירות, בזיקה ליחסים שבינו לבין הלקוח, בין בתמורה ובין שלא בתמורה, לרבות בעניין הקודם להתקשרות ואף אם לא נערכה התקשרות בפועל. לפיכך, הפרט אינו מצמם את הגשת התובענה הייצוגית לעילות הקבועות בחוק הגנת הצרכן.

50. בת”צ (מחוזי ירושלים) 11319-04-11 גוגל נ’ יונתן בראונר פדאור גוגל 648-116-11 נפסק כי יש לפרש את המושג “לקוח” על פי פשוטו, דהיינו “מי שרכש נכס או קיבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו”.

51. לא תישמע טענה, לפיה המשיבות, קופות החולים, והמבקשות, אינן עונות להגדרה ולמונחים “עוסק” ו”לקוח”, בהתאמה, שכן אין חולק כי המשיבות “עוסקות” במתן שירותים כאמור בסעיף 21(א) לחוק בריאות ממלכת, תשנ”ד-1994, וכי

ליחסים אלו ישנו אופי צרכני לכל דבר ועניין. כך, למשל, לכל מבוטח ישנה האפשרות לבחור בין קופות החולים השונות. מספר המבוטחים בכל קופה וקופה משפיע על מעמדה ותקציבה. ישנה תחרות בין הקופות על קהל הלקוחות, ובדומה לכל עסק אחר, כל קופה וקופה מתחרה על השגת לקוחות נוספים על מנת להגדיל את מספר מבוטחיה ככל הניתן, וזאת באמצעים שונים כגון מידע בדבר שיפור השירות, מדיה, שיווק שירותי בריאות מעבר לקבוע בסל הבריאות דוגמת ביטוחים משלימים, ועוד.

52. לעניין זה, ובאשר לסיווג קופות החולים כ"עוסק", ראה בין היתר תל"א 1459/09 בניאן קורל נ' מכבי שירותי בריאות פדאור גוגל 321-3-12.

53. כמו כן, ובנוסף, יצויין, כי לא תישמע טענה לפיה קופות החולים הינן בבחינת "רשות", שכן כבר נפסק שקופות החולים אינן עונות על הגדרה זו. אין חולק, שקופות החולים אינן מהוות רשות מרשויות המדינה, וגם אינן רשות מקומית, וכי היא איננה גוף ציבורי הממלא תפקיד על פי דין.

54. כך למשל, נפסק בתל"א 1459/09 לעיל, כי קופות החולים אינן עונות על הגדרת "רשות" לפי חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000, מאחר והן אומנם מספקות שירותי בריאות על פי חוק לכלל הציבור, אולם מעבר לכך חלה עליהן מערכת דינים נוספת, שדינה כדין כל עוסק פרטי אחר, שמטרתו לספק שירותים לקהל לקוחותיו, ומערכת היחסים בינו לבין לקוחותיהן נשענות על חוזה ולא על פי חוק בלבד. על כן נקבע, כי הקופות אינן "רשות".

כך ובדומה, ולצורך ההמחשה, יצויין כי בבג"צ 6658/02 ד"ר משה נילי נ' שירותי בריאות כללית ואח' פדאור גוגל 339-1-03 קבעה כב' השופטת דורנר כי קופת חולים כללית איננה ממלאת תפקיד ציבורי על פי דין לעניין ס' 15(ד) לחוק יסוד: השפיטה, תשמ"ד-1984, הדומה מהותית להגדרת "רשות" כפי שהיא מופיעה בחוק בתי משפט מנהליים, תש"ס-2000.

55. כללם של דברים יודגש, כי בתי המשפט אישרו ומאשרים תביעות ייצוגיות והסכמי פשרה בתביעות ייצוגיות כנגד קופות חולים. ראה לעניין זה: ת"צ (ת"א) 2786/07 שרה ישראלי נ' מכבי שירותי בריאות בע"מ פדאור גוגל 512-46-10.

56. סעיף 4(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, קובע את רשימת הזכאים להגיש בקשה לאישור תביעה ייצוגית:

"אדם שיש לו עילה בתביעה או בעניין כאמור בסעיף 3 (א) המעוררות שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה".

57. במקרה שלפנינו, למבקשות, עילת תביעה אישית כנגד המשיבות, בעניין המעורר שאלות מהותיות המשותפות לכלל חברי הקבוצה.

פרק ה' – עילות התביעה

ה'1 – פגיעה באוטונומיה

58. זה מכבר הוכרה על ידי בתי המשפט בישראל זכותו של כל אדם לאוטונומיה על גופו, היינו להחליט על מעשיו ומאוויו בהתאם לבחירותיו ולפעול בהתאם לבחירות אלו. לשון אחר, לכל אדם חירות מפני התערבות בגופו ללא הסכמתו, והיא מעוגנת אף בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כאחד הביטויים החוקתיים לכבוד. הפרתה מקימה עוולה עצמאית העומדת על רגליה שלה.

59. כאמור לעיל, המשיבות ו/או מי ממטעמן העלימו מהתובעות הן את האפשרויות השונות העומדות לרשותן לעניין אמצעי מניעת ההריון הקיימים, הן את הסיכונים ותופעות הלוואי הכרוכים בשימוש בזריקה, וכן את העובדה כי בהתאם להנחיות יצרנית הזריקה הרי שעליה להיות מוצא אחרון למניעת הריון. בפועל לא אפשרו לאף אחת מהמבקשות לעשות בחירה והחלטה מושכלת בכל הנוגע לקבלת הזריקה.

60. המשיבות, במחדליהן, מנעו מהתובעות את המידע הנדרש עבורן על מנת להחליט באם ברצונן לקבל את הזריקה אם לאו.

61. בין השאר, פגעו המשיבות באוטונומיה של התובעות, בכך שלא נתנו להן מידע רפואי הדרוש באורח סביר לשם קבלת הסכמתן מדעת, לרבות אבחנה של מצבן הבריאותי, תיאור מהות הטיפול, הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, ובכלל זה תופעות הלוואי, כאב ואי נוחות הקשורים בו, טיפולים חלופיים, ועוד.

62. כתוצאה ממעשיהם ו/או מחדליהם של המשיבות ו/או מי מטעמן, נשללה בפועל מן המבקשות היכולת לשקול בצורה מודעת ומושכלת שימוש באמצעי מניעה חלופי,

לא ניתנה הסכמתן המודעת לטיפול שבוצע בהן, ונפגעה פגיעה ממשית זכותן לכבוד ולאוטונומיה על גופן.

63. ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה של הפרט נקבע על ידי בית המשפט העליון עוד בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים כרמל, חיפה, פ"ד נג (4) 526, ובאותו עניין נגע הנזק לקבלת טיפול רפואי ללא קבלת הסכמתו של המטופל, ובלא שפורטו בפניו הסיכונים האפשריים.

64. וכך נפסק מפי כב' השופט אור:

"השאלה הראשונה אשר יש להתייחס אליה בעניין זה היא האם הנזק הכרוך בפגיעה בכבודה של המערערת ובאוטונומיה שלה, הוא "נזק" כמובנו בפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. לדעתי, יש להשיב לשאלה זו בחיוב, המנוח "נזק" מוגדר בסעיף 2 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. הגדרה זו היא רחבה, ומתייחסת ל:

"אובדן חיים, אובדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם טוב, או חיסור מהם, וכל אובדן או חיסור כיוצאים באלה".

במסגרת הגדרה זו, ניתנה ההגנה לאינטרסים בלתי מוחשיים רבים. כך, ניתן פיצוי בגין נזק לא רכושני – למשל, כאב וסבל – הכרוך בנזק גוף שנגרם לניזוק. נוכח רוחבה הניכר של הגדרה זו, נפסק כי פגיעה בנחות גופנית, סבל ופחד, גם אם אין להם כל ביטוי פיזי, וגם אם אין הם מתלווים לפגיעה פיזית כלשהי, עשויים להוות נזק בר פיצוי בנזיקין (ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון (להלן – "עניין גורדון") בעמ' 139. על פי גישה זו, מגנה פקודת הנזיקין [נוסח חדש] גם "..." על האינטרס של הניזוק בנפשו ובנחותו ובאשרו".

65. ויפים לעניין זה דברי כב' המשנה לנשיאה (כתוארו אז) ריבלין בעניין ע"א 4576/08 ליה טטרה בן צבי ואח' נ' פרופ' יהודה היס ואח':

"הזכות לאוטונומיה, במובנה הרחב, כוללת גם את זכותו של אדם "לגבש את אישיותו באופן חופשי, כרצונו, לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתן, לבחור בחירותיו הרצוניות" וכיוצא באלה (ראו ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, 842 (1994)). עם זאת, האוטונומיה שהוכרה כחלק מראש הנזק של "פגיעה באוטונומיה" היא זו המתקשרת לזכותו של אדם על גופו, בזכות של אדם "כי יעזבוהו לנפשו" (ראו עניין דעקה, פס' 16 לפסק דינו של השופט ת' אור). זהו "ההיבט הפיזי" של הזכות לאוטונומיה. החירות מפני התערבות בגופו

של אדם ללא הסכמתו הוכרה כחלק מן ה"גרעין הקשה" של זכות האדם לשלוט בחייו ושל כבודו כאדם (שם, פס' 17-19; עניין ואתורי, בעמ' 182).

עצם עריכת פרוצדורה רפואית מסוימת ללא הסכמה מדעת פוגעת באוטונומיה של המטופל, והיא הנזק שנגרם לו. לפיכך, ככל שהתביעה היא לנזק בגין פגיעה באוטונומיה אין צורך כי המטופל יוכיח שהיה מסרב לטיפול אילו היה מקבל את מלוא המידע הרלוונטי לגביו, ואף אין צורך להראות כי נגרם למטופל נזק גופני. הפיצוי שנפסק בראש נזק זה משקף אך ורק את הפגיעה באוטונומיה – ואינו חופף לנזק שייטכן כי נגרם בעקבות הטיפול עצמו. גם במקרה שלפנינו, קבע בית המשפט המחוזי כי לצורך פסיקת פיצויים בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה אין צורך להוכיח את קיומו של קשר סיבתי בין היעדר ההסכמה לבין ביצוע הניתוח בפועל, שכן עצם עריכת הניתוח ללא הסכמה מדעת היא שיוצרת את הנזק. ודוק: בית המשפט המחוזי הדגיש כי אין הוא דן בעילה של פגיעה באוטונומיה, אלא בראש נזק של פגיעה באוטונומיה במסגרת עילת הפרת חובה חקוקה או עילת הרשלנות. מכאן שאין ממש בטענת המשיבים שלפיה קבע בית המשפט המחוזי קביעות סותרות בעניין זה.

כאמור, הדוקטרינה המכירה בפגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי התפתחה בתחילה במקרים שבהם ניתן טיפול רפואי ללא הסכמה מדעת, אך היא הוכרה גם במקרים נוספים, כגון במקרה של הוספת סיליקון לחלב ללא ידיעת הצרכנים (ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד נז(4) 673(2003)). עריכת ניתוח בניגוד לדעתו של הנפטר שהובעה בחייו הוזכרה כבר בעניין דעקה כביטוי להגנה על האוטונומיה של הגוף (ראו שם, בעמ' 589)...."

66. במסגרת דני"א 5636/11 פרופ' היס ואח' נ' ליה עטרה בן צבי ואח', נדחתה בקשת העותרים לקיום דיון נוסף על פסק הדין הנ"ל.

67. עוד מופנה בית המשפט הנכבד, בהקשר זה, לפסק הדין בת"א 1372/95 יורשי המנוח תאופיק ראבי ז"ל, המועצה הישראלית לצרכנות נ' תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, שם נפסק כי:

"עיקרה של זכות הפרט לאוטונומיה הינה הזכות "לגבש את רצונו כנראה לו על פי 'טובתו': הפרט הוא המחליט על 'טובתו'- שלו. 'טובתו' היא רצונו ורצונו הוא 'טובתו'" (דברי כב' השופט מ. חשין בדנ"א 7015/94 הנ"ל, שצוטטו בעניין דעקה, בפסקה 15 לפסק דינו של השופט ת. אור). זו הזכות לגבש החלטה באופן שקול, מושכל ומודע, בידיעת העובדות הנוגעות לדבר, האם להסכים למהלך מסויים (דברי כב' השופט ט. שטרסברג-כהן בעניין דעקה הנ"ל בפסקאות 33-34, ודברי כב' השופט ד. דורנר בע"א 434/94 ברמן נ' מור, המכון למידע

רפואי בע"מ, דינים עליון נ"ב 506, פסקה 9). פגיעה בכבוד ובאוטונומיה של הפרט כרוכה בנזק לא-ממוני שהוא בר-פיצוי, גם בלא נזק גופני, והוא המוכר כראש נזק עצמאי, הבא בגדרו של המונח "נזק" כהגדרתו בסעיף 1 לפקודת הנזיקין (כב' השופט ת. אור בפסקה 21 בעניין דעקה הנ"ל). בפרשת דעקה נקבע כי ההכרה בזכותו של החולה לפיצוי על הפגיעה באוטונומיה שלו, עשויה לתרום לכך שחובה זו תקויים הלכה למעשה (כב' השופט ת. אור בפסקה 22). כך קבע בית המשפט העליון בענייננו, לעניין הפגיעה באוטונומיה של הצרכן לקבוע מה יכנס לפיו ולגופו וממה ימנע (דברי כב' השופטת מ. נאור בפסקה 10 לפסק הדין בו אושרה התובענה הייצוגית).

ה' 2 העדר הסכמה מדעת - עוולת התקיפה

68. המבקשות תטענה כי משלא הסבירו להן מהן האפשרויות העומדות בפניהם למניעת הריון וכן את הסיכונים ותופעות הלוואי הכרוכות בנטילת הזריקה, וכן את האפשרות להשתמש באמצעי מניעה חלופי, ובכך למנוע את תופעות הלוואי והכאב, כי אז התגבשו יסודות עוולת התקיפה לפי פקודת הנזיקין ועל הנתבעות לפצות את התובעות בגין עוולה זו.
69. הסכמה מדעת טומנת בחובה אלמנט של הסכמה מצד המטופל - המבקשות בענייננו, וחובת גילוי מצד הרופא, ובמקרה שלפנינו - המשיבות ו/או מי מטעמן.
70. נפסק זה מכבר, כי על מנת לקבל הסכמה אמיתית של מטופל לטיפול המוצע, חובה על הרופא למסור לו מידע על היבטים שונים של הטיפול, ואי גילוי מידע רלוונטי לגבי הטיפול מקעקע את ההסכמה שניתנה לטיפול.
71. בית המשפט הנכבד מופנה, בעניין זה, לאמור בע"א 1303/09 מרגלית קדוש נ' בית החולים ביקור חולים ואחיפדאור גוגל 861-4-09 שם פסק בית המשפט העליון, כלהלן:

"הסכמה מדעת במסגרת עוולת התקיפה

הדוקטרינה של הסכמה מדעת נגזרה עד לשנות התשעים מעוולת התקיפה לפי סעיף 23(א) לפקודת הנזיקין. נוכח הדרישה ל"שימוש בכוח" בעוולת התקיפה, הוחלה הדוקטרינה בעיקר במצבים של ניתוחים וטיפולים פולשניים, מקום בו לא הוסברו למנותח הסיכונים בניצוץ הניתוח. כך,

בע"א 67/66 בר-חי נ' שטיינר, פ"ד כ(3) 230 (1966) (להלן: עניין בר-חי), הוריה של קטינה הסכימו לניתוח של הרחבת צוואר שלפוחית השתן, מבלי שהוסבר להם כי הניתוח כרוך בסיכון, שלמרבה הצער התממש, של ניקוב דופן שלפוחית השתן. נקבע כי היה על הרופא להעמיד את ההורים על הסיכון הממשי בביצוע הניתוח היות ונשאל אודות הסיכון בניתוח (וראו ד"נ 25/66 בר-חי נ' שטיינר, פ"ד כ(4) 327 (1966)). בע"א 560/84 נחמן נ' קופת החולים של ההסתדרות העובדים בארץ ישראל, פ"ד מ(2) 384 (1996) היה מדובר בבדיקה פולשנית לצורך מיפוי העורקים שגרמה לשיתוק ולבסוף למותו של המנוח. בע"א 3108/91 רייבי נ' ד"ר וייגל, פ"ד מז(2) 497 (1993) (להלן: עניין רייבי) היה מדובר בניתוח בחוליות עמוד השדרה שהביא לשיתוק ולאי שליטה על הסוגרים. בכל המקרים דלעיל, בחן בית המשפט את הפרת חובת הגילוי במסגרת עוולת התקיפה (עוד להחלת עוולת התקיפה בהיעדר הסכמה מדעת ראו דוד קרצ'מר "תקיפה וכליאת שווא" דיני הנזיקין - העולות השונות (ג' טדסקי עורך, 1981); עמוס שפירא "הסכמה מדעת לטיפול רפואי - הדין המצוי והרצוי" עיוני משפט יד 225, 227 (1989) (להלן: שפירא)).

סוף שנות השמונים ותחילת שנות התשעים, ועוד לפני חקיקת חוק זכויות החולה בשנת 1996, החלה להסתמן המגמה לראות בעוולת הרשלנות את הבסיס העיקרי לחובת הגילוי (ע"א 470/87 אלטורי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 146 (1993) שם היה מדובר בנזק בעקבות חיסון).

בעניין דעקה, עמדה השופטת ביניש (כתוארה אז) בהרחבה, על כך שראוי להגביל את השימוש בעוולת התקיפה למקרים קיצוניים בלבד, כמו טיפול שניתן בעל כורחו של המטופל או טיפול השונה מהותית מהטיפול לו הסכים המטופל. זאת, מאחר שעוולת התקיפה נתפסת כעולה בקנה אחד עם התנהגות אלימה ואנטי-חברתית, וככזו, אינה מהווה אכסניה מתאימה ליחסי רופא-מטופל. דומה כי גישה זו הלכה והשתרשה בפסיקה, אך אדגיש כי אין פסיקה מפורשת השוללת את השימוש בעוולת התקיפה והיא עדיין משמשת כבסיס לתביעה בגין היעדר הסכמה מדעת (וראו עניין שטנדל, בעמ' 759, שם הביעה השופטת דורנר את הדעה כי מתן טיפול רפואי תוך הפרה של חובת הגילוי, מהווה הן עוולה של תקיפה והן עוולה של התרשלנות). אף יש הגורסים כי דווקא הדגשת האוטונומיה של המטופל מחייבת חזרה לשימוש נרחב יותר בעוולת

התקיפה, בהיותה עוולה המציבה את המטופל במרכז התמונה (ראו אצל יעקב, גילוי נאות).

סיכומו של דבר, שכיום, לאחר חקיקת חוק זכויות החולה ועל רקע הפסיקה העניפה שדנה בחובת הגילוי במסגרת עוולת הרשלנות, הלך והועם זוהרה של עוולת התקיפה, אם כי אין מקום להספידה כבסיס לעילת תביעה (נילי קרקו-אייל "דוקטרינת 'ההסכמה מדעת' – עילת התביעה הראויה מקום שבו הופרה זכות המטופל לאוטונומיה" הפרקליט מט 181 (2006) (להלן: קרקו-אייל, עילת התביעה הראויה))

72. ברי, כי המקרה שבנדון, אשר עניינו בנוהג הבלתי ראוי, הבלתי חוקי, הבלתי מוסרי והגזעני בעליל, אשר למרבה הצער מתקיים בימינו אנו בקרב קופות החולים בישראל, ואשר מטרתו היא להקטין את מספר הילודים של בנות העדה האתיופית באמצעות מתן הזריקה, עולה אף כדי מקרה קיצוני, אלים ואנטי חברתי כלפי נשות העדה, המצדיק שימוש בעוולת התקיפה כבסיס לתביעה בגין העדר הסכמה מדעת. מה גם, שכאמור, מהווה עוולת התקיפה, גם כיום, ובהתאם לפסיקה, עילה בפני עצמה אף במקרים שאינם כה קיצוניים.

ה'3 חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996

73. בשנת 1996 נחקק חוק זכויות החולה, אשר נועד לעגן בחקיקה את העקרון של אוטונומיית החולה ולשנות את התנהגות הרופאים בנושא זה.

74. פרק ד' לחוק זכויות החולה, שכותרתו "הסכמה מדעת לטיפול רפואי", מעגן את החובה לקבל הסכמה מדעת לטיפול רפואי. בין היתר, קובע החוק כלהלן:

"13. הסכמה מדעת לטיפול רפואי

(א) לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה.

(ב) לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לענין זה, "מידע רפואי", לרבות -

(1) האבחנה (הדיאגנוזה) והסכות (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל;

(2) תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע;

(3) הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות;

(4) סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי;

(5) עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני.

(ג) המטפל ימסור למטופל את המידע הרפואי, בשלב מוקדם ככל האפשר, ובאופן שיאפשר למטופל מידה מרבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי תלות.

....

14. אופן מתן הסכמה מדעת

(א) הסכמה מדעת יכול שתהיה בכתב, בעל פה או בדרך של התנהגות.

(ב) הסכמה מדעת לטיפול רפואי המנוי בתוספת תינתן במסמך בכתב, שיכלול את תמצית ההסבר שניתן למטופל.

(ג) נזקק מטופל לטיפול רפואי המנוי בתוספת ונמנע ממנו לתת את הסכמתו מדעת בכתב, תינתן ההסכמה בפני שני עדים, ובלבד שדבר ההסכמה והעדויות יתועדו בכתב סמוך ככל האפשר לאחר מכן.

...

75. בע"א 1997/10 עמית צורף נ' ד"ר דניאל רוזנבאום ואח', קבע בית המשפט העליון, כבי' המשנה לנשיאה (כתוארו אז) ריבלין, לעניין העדר הסכמה מדעת על פי חוק זכויות החולה, כלהלן:

"סדרי הדין", או ההתנהלות הראויה, בהשגת הסכמה מדעת דורשים שיח בין הרופא למטופל. כפי שנפסק בע"א 9936/07 בן דוד נ' ד"ר ענטבי (22.2.11) (להלן: עניין ענטבי):

חובת התקשורת שבין רופא לבין מטופלו – בכל הקשור למצבו הרפואי של האחרון – שני צדדים לה. מצד אחד, ניצבת זכות המטופל לקבל תמונה מלאה על מצבו הרפואי, לרבות הסיכונים והסיכויים הטמונים בו וכן החלופות הרפואיות העומדות בפניו. זכות זו שזורה אף בזכותו של מטופל לאוטונומיה ולקבלת החלטות עצמאיות ומושכלות באשר לטיפול לו הוא זקוק. מהצד האחר, מוטלת חובת גילוי על הגורם המטפל כלפי מטופלו. עליו לשתף את המטופל ב"כל האינפורמציה שאדם סביר היה

נדרש לה כדי לגבש החלטה אם להסכים לטיפול המוצע" (ע"א 434/94 ברמן נ' מור- המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205; וראו גם ע"א 6153/97 שטנדל נ' פרופסור שדה, פ"ד נו(4) 746). אוסיף כי השיח הדינאמי האמור להתנהל בין השניים מסייע לא רק למטופל, להבין את מצבו ולהגיע להחלטות מושכלות, אלא גם למטפל, העשוי להיחשף כך למלוא הנתונים הרלוונטיים (ראו סעיף 18 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996).

יש לזכור, כי:

השיח אינו מצטמצם בנקודת זמן מזויקת שניתן להצביע עליה מראש. אל לרופא ליצור חיץ ולהותיר את החולה "מאחורי הפרגוד" עם מספר פתקי הצבעה, שההכרעה בהם מסורה לידי האחרון.

בדומה לנקבע בע"א 522/04 מרכז לייזר לנתוחי קרנית בע"מ נ' מחמד דיראוי (28.6.2005), חומרתו של העדר ההקפדה על הסכמה מדעת במקרה המדובר משולשת היא:

ראשית, חובתו של הרופא שלא לנצל את מעמדו, כוח השכנוע שלו ופערי המידע שקיימים בינו לבין המטופל על מנת לשלול ממנו את הבחירה החופשית המלאה בדבר צעדיו בהקשרים שחיוניים בעיקר עבורו ועבור יקיריו. המטופל איננו אובייקט בידי של הרופא. ההפך הוא הנכון – הרופא נועד להעניק שירות למטופל, שהוא הריבון ביחס לגופו. כפי שהטעים חברי, המשנה לנשיאה א' ריבלין, בעניין ענטבי:

"אף מקום בו נתון לרופא יתרון מובהק על-פני המטופל בשל הידע המקצועי שלו, עליו לנסות להקטין את הפער ככל האפשר על-ידי מתן הסבר שיאפשר למטופל לקבל החלטה מושכלת באשר לדרך הטיפול הרצויה... ראוי לזכור כי הפער ההולך ומצטמצם היום, בכל הנוגע לרמות הידע המקצועי, לרבות הידע הרפואי, שוב אינו מאפשר לרופא לשמור לעצמו את ההתלבטות בקשר לאפשרויות הטיפול ובוודאי לא את הנתונים שעשויים להישקל על-ידי החולה – לעתים במידה רבה של שיקול דעת מושכל..."

שלישית, ואולי חשוב מכל – מדובר בדוגמה מובהקת לניתוח אלקטיבי, שלא בא לפתור בעיה רפואית של ממש, אלא לשפר את איכות חייו של המנותח. כפי שנפסק בעניין שטנדל (ע"א 6153/97 שטנדל נ' פרופ' יעקב שדה, פ"ד נו(4) 746):

"ההסבר הנדרש לקבלת הסכמה מדעת לניתוח אלקטיבי – שאף בלעדיו ניתן לנהל אורח חיים רגיל – נכלל ברף העליון של חובת הגילוי, והוא כולל, נוסף על התייחסות לסיכויי ההצלחה, גם מתן אזהרה מפני הסיבוכים האפשריים, גם אם סיבוכים אלו נדירים..."

76. במקרה שבנדון, וכמפורט בהרחבה לעיל, נטלו המשיבות נשות עדה מסויימת, אותיופיות, הפעילו עליהן מכבש לחצים לקבל דווקא את הזריקה ולא כל אמצעי אחר, וזאת ללא בדיקה רפואית כנדרש, ללא מתן הסבר על קיום חלופות לזריקה,

ללא מתן מידע על תופעות הלוואי הכרוכות בנתינתה (ולעתים גם תוך הטעייה
מכוונת לגבי תופעות אלה) ומכאן שגם ללא הסכמה מודעת של המטופלות, ללא
שהבינו את השלכות הטיפול, ותוך הפרה בוטה ובולטת של הוראות חוק זכויות
החולה.

ה'4 - הפרת חובה חקוקה

77. בהתאם לסעיף 63 לפקודת הנזיקין:

"מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו. על פי כל
חיקוק למעט פקודה זו - והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או
הגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של
הנזק שאליו נתכוון החיקוק".

78. כאמור לעיל, סעיפים 14, 13 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו 1996 קובעים את
זכויותיהן של המבקשות בכל הקשור לקבלת הסכמה מדעת טרם מתן טיפול
רפואי, האופן בה צריכה להינתן ההסכמה מדעת והמשמעות של מתן טיפול רפואי
ללא הסכמה.

79. כי הפרת חובה חקוקה מהווה עילת תביעה המתאימה להידון במסגרת
תובענות ייצוגיות. וראה לעניין זה ת"צ 30284-01-10 שמעון דבוש נ' קונקטיב גרופ
בע"מ ואח' פדאור גוגל 898-118-11 שם נפסק כי לשם עמידה במבחן זה יש למלא
את הנתונים כלהלן:

"העוולה של הפרת חובה חקוקה קבועה בסעיף 63 לפקודת הנזיקין,
ולהוכחתה יש להוכיח את קיומם המצטבר של חמישה יסודות
פוזיטיביים ויסוד נגטיבי אחד - כי החובה מוטלת על המזיק מכוח
חיקוק, כי החיקוק נועד לטובתו של הנזיק, כי המזיק הפר את החובה
המוטלת עליו, כי ההפרה גרמה לניזוק לנזק, כי הנזק אשר נגרם הוא
מסוג הנזק אשר אליו התכוון החיקוק.

כן יש להוכיח כי החיקוק לפי פירושו הנכון, לא התכוון להוציא את
הסעד בנזיקין (ראה למשל: ע"א 119/86 קנה בתים בע"מ נ' הוועדה
המקומית לתכנון ובניה נתניה, פ"ד מו(5)727).

80. בעניינינו, הרופאים אשר טיפלו במבקשות היו בכל המועדים הרלוונטים לתביעה
זו עובדיה ו/או שלוחיה ו/או פעלו מכוחן של הנתבעות כאמור וכמפורט לעיל,

המשיבות במעשיהם ומחדליהם הפרו את חוק זכויות החולה הפרה בוטה והן אחראיות באחריות שילוחית למעשיהן ולמחדליהן לרבות הנזקים הלא ממוניים אשר נגרמו למבקשות לרבות הפגיעה באוטונומיה של המבקשות.

81. מכוח היחסים הקיימים בין המבקשות למשיבות, חייבות היו המשיבות להעניק למבקשות טיפול רפואי נאות ולהעסיק לצורך זה צוות מקצועי ומיומן. המשיבות הפרו חובה זו בנסיבות המזכות את המבקשות בפיצוי בגין הפרה זו.

ה'5 – הטעיה

82. המבקשות יטענו כי המשיבות ו/או מי מטעמן הטעו אותן בכל אחד מהמעשים ו/או המחדלים, בין היתר, כדלקמן:

א. הזריקו למבקשות את הזריקה תוך שהם מטעים אותן לחשוב כי לא קיימים אמצעי מניעה חלופיים ו/או

ב. הטעו את המבקשות באופן שלא הודיעו להן על תופעות הלוואי הנגרמות כתוצאה מנטילת הזריקה.

ג. המבקשות טענה כי גם כאשר דווחו על תופעות לוואי מטרידות וביקשו להפסיק השימוש בזריקות, הטעו אותן לחשוב כי אין כל קשר בין תופעות אלו לבין השימוש בזריקה, ותוך שנאמר להן ע"י הנתבעות ו/או מי מטעמן כי לא קיים אמצעי מניעה חלופי.

83. לעניין עילת ההטעיה, ראוי להביא את דברי כב' השופטת שטרסברג-כהן ברע"א 2837/98 שלום ארד נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת פדאור גוגל נד' 1-600 דברים היפים אף לנושא שבפנינו:

"הטעיה נוצרת כאשר קיים פער בין הדברים הנאמרים (או המוסתרים) לבין המציאות.

ההטעיה יכולה ללבוש שתי צורות: האחת, הטעיה במעשה על דרך של מצג שווא הכולל פרטים שאינם תואמים את המציאות, השניה, הטעיה במחדל, קרי אי גילוי פרטים מקום שיש חובה לגלותם"

84. במקרה שבנדון, המשיבות, הן במעשיהן והן במחדליהן, הטעו את המבקשות, העלימו מהן את המידע המלא והאמיתי באשר לזריקה אותה הן קיבלו, לא נתנו להן הסבר על קיום חלופות לזריקה, לא נתנו מידע על תופעות הלוואי הכרוכות בנתינתה והסיכונים שבה, לא בדקו את המבקשות, ויתרה מכך אף הטעו את המבקשות בצורה מכוונת לגבי תופעות הלוואי והכחישו כל קשר בין התופעות המדווחות לבין הזריקות.

פרק ו' – התביעה הייצוגית

85. המבקשות תטענה, כי הינן זכאיות שבית המשפט הנכבד יכיר בתביעתן כתביעה ייצוגית, בין היתר, מחמת שיש להן עילת תביעה אישית כנגד המשיבות, שהינה, הלכה למעשה, עילת תביעה זהה לזו שיש לכלל חברות הקבוצה כפי שתוגדר להלן.

הגדרת הקבוצה

86. בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להגדיר את קבוצת תובעות אשר יהיו מיוצגות לצורכי התובענה הייצוגית כלהלן:

"כלל הנשים יוצאות אתיופיה אשר טופלו בזריקות למניעת הריון מהסוג הידוע כ- דפו פרובה (DEPO PROVERA) (להלן – "הזריקה"), וזאת על ידי קופות החולים הנתבעות ו/או רופאי הנתבעות ו/או עובדי הנתבעות או בהתאם להנחיות הנתבעות, וזאת במהלך 7 השנים שקדמו להגשת תביעה זו".

87. לחלופין, ליתן לקבוצה כל הגדרה אחרת לפי שיקול דעתו, שכן כאמור בהתאם להוראות חוק התובענות הייצוגיות, רשאי בית המשפט הנכבד להגדיר את קבוצת התובעים, כאמור בסעיף 10(א) לחוק: "אישר בית המשפט תובענה ייצוגית, יגדיר בהחלטתו את הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה".

מספר חברות הקבוצה

ציבור החברות הכולל בכל אחת מן המשיבות 1-3, ומספרן המדויק של הנשים האתיופיות מבין כלל החברות בקופות החולים, הינו בגדר מידע מסווג של המשיבות אשר הן שומרות עליו בקפדנות.

מטבע הדברים, המספר המדויק ייודע לביהמ"ש הנכבד אם וככל שיוטל על המשיבות לגלותו. עם זאת, ישנם נתונים מספיקים על מנת לשכנע את ביהמ"ש הנכבד כי המספר מצדיק את אישורה של התביעה כתביעה ייצוגית. ולהלן הנתונים:-

א. במסגרת מחקרה של גבי חדווה אייל, נספח ג' לבקשה, נעשה ניסיון לאסוף נתונים בדבר מס' הנשים האתיופיות שקיבלו את הזריקה בקרב כל אחת מן המשיבות, בין השנים 2005-2008.

ב. כאמור במחקר, המשיבות 2-3 נמנעו מלשתף פעולה וממסירת המידע והנתונים המבוקשים.

ג. המשיבה 1, העבירה נתונים לפיהן מס' הנשים יוצאות אתיופיה שקיבלו את הזריקה בשנים הנ"ל, הינו כדלקמן:

השנה:	2005	2006	2007	2008
מס' הנשים:	992	2,174	2,693	2,759

ד. על מנת לשער בקירוב, ככל הניתן, את מספר הנשים יוצאות אתיופיה החברות במשיבות 2-3 ואשר קיבלו את הזריקה בשנים האמורות, ייעשה הדבר בהתאם ליחס הכללי שבין סך כל המבוטחים בקופות החולים, בהתאם לגודלן.

ה. כידוע, ומן המפורסמות הוא, כי המשיבה 1 הינה הקופה הגדולה ביותר, אשר חבריה מהווים כ- 54% ממבוטחי קופות החולים. במקום השני מצוייה המשיבה 2, עם כ- 24% מכלל המבוטחים, והמשיבה 3 במקום השלישי, עם כ- 13% מהמבוטחים.

ו. בהתבסס על כל הנתונים לעיל, ולצורך הגדרת הקבוצה, ייעשה חישוב מספר הנשים האתיופיות שקיבלו את הזריקה כלהלן: אצל המשיבה 2 לפי מחצית מן הנשים המבוטחות במשיבה 1 (כ- 24%), ואצל המשיבה 3 לפי שליש מן הנשים המבוטחות במשיבה 1 (כ- 13%).

סה"כ	המשיבה 3	המשיבה 2	המשיבה 1	
1,791	330	469	992	2005
3,985	724	1,087	2,174	2006
4,937	898	1,346	2,693	2007
920	1,379		2,759	2008
5,508				

ז. כאמור בדו"ח (נספח ג'), וכפי שמוכח באופן ברור בטבלה שלעיל, הרי שישנה מגמת עליה מתמדת במתן הזריקה לנשים יוצאות אתיופיה. כמו שניתן לראות, חלה עליה של פי 3 בקירוב במספר מקבלות הזריקה משנת 2005 לשנת 2008, ומשכך ניתן להעריך כי גם במהלך ארבע השנים שחלפו משנת 2008 ועד למועד הגשת התביעה, חלה עליה של לפחות פי 3 במספר מקבלות הזריקה בשנת 2012.

ח. יחד עם זאת, ולצורכי הזהירות בלבד, יועמד מספר מקבלות הזריקה בין השנים 2008-2012, על 5,508 בלבד, כפי שהיה בשנת 2008, דהיינו שבמהלך השנים 2008-2012 קיבלו את הזריקה 22,032 נשים.

ט. מכאן, שכלל הנשים האתיופיות שקיבלו את הזריקה בשבע השנים שקדמו להגשת התביעה עומד על כ- 38,253 נשים.

פרק ז' – הנזקים לקבוצה והסעדים המגיעים לכלל חברות הקבוצה

88. רק בדיעבד, אחרי שנים רבות של קבלת הזריקה, ומשנחשפה הפרשת באמצעי התקשורת נודע למבקשות, לתדהמתן הרבה, כי היו קורבן של גזענות חמורה וכי מטרת הטיפול בזריקות אשר ניתנו להן, היתה בפועל לפקח ולמזער את רמת הילודה שלהן ושל כלל בנות העדה האתיופית. עוד הוברר למבקשות כי מדינת ישראל אליה כה שאפו להגיע, איננה רוצה בילדיהן ונוהגת בהן מתוך גזענות, באופן המזכיר ימים אפלים במשטרים חשוכים.

89. הואיל וכמפורט לעיל, בקרב העדה האתיופית נחשבת הילודה כערך עליון והקמת משפחה גדולה מייצגת מעמד ועוצמה, והואיל ובנות העדה ראו בעצם שימוש באמצעי מניעת היריון מעשה פסול עליו אין מדברים, הרי שרק לאחר חשיפת הפרשה נדהמו המבקשות לגלות את היקף התופעה של מתן הזריקות באופן גורף לכלל הנשים יוצאות אתיופיה.

90. כל אלו ועוד, גרמו זעזוע עמוק למבקשות, אשר חשו מושפלות, מופלות, מבוזות, נחותות ואינן רצויות כאזרחיות שוות מעמד.
91. כאמור לעיל, סבלו כל המבקשות הן גופנית והן נפשית, כתוצאה מקבלת הזריקות, והן מצטערות על כך שלא ניתנה להן הברירה להשתמש באמצעי מניעת היריון אחרים, ואף שעודדו אותן, תוך הטעיה, להשתמש בכלל בכאלה.
92. משהובהר להן המצב לאשורו, נגרמו למבקשות עוגמת נפש, השפלה, תחושות ביזיון, נחיתות וחרדות בשל הצפוי להן בעתיד, צער וסבל ותסכול עקב העובדה שהולכו שולל.
93. כל אחת מהמבקשות זכאית לפיצוי בגין נזק לא ממוני כאמור לעיל בסכום של 10,000 ₪.
94. ע"פ הערכת המבקשות, ובשים לב לגודל הקבוצה, יוערך סך כל הנזק המגיע לקבוצה כלהלן:
- 10,000 ₪ X 38,253 = 382,530,000 (שלוש מאות שמונים ושניים מליון, חמש מאות ושלושים אלף שקלים).
- באי-כוח המבקשות ערים לחשיבות המיוחדת לכך כי תצהירי מבקשים יתמכו בכלל העובדות המבססות את הבקשה. עם זאת ברור הוא כי קיימות נסיבות בהן מבקשים כלשהם לא יהיו בעלי ידיעה אישית על עובדות מסויימות וגם לא ניתן יהיה להקנות להם ידיעה כזו. במקרים כאלה, הכללת עובדות אלה בתצהיר "על פי מיטב ידיעתי וכפי שנמסר לי ע"י יועצי המשפטי" מחטיאה את מטרת הצורך בתצהיר והופכת אותו למסמך שווא. במקרים אלה לפיכך, וכאשר עובדות מסוימות מעוגנות במסמכים רשמיים, בדברים שהם נחלת הכלל ("ידיעה שיפוטית") או חישובים אריתמטיים, או שעובדות אלה נמצאות בידיעתם הבלעדית של המשיבים בבקשות, אין הכרח לעגן אותן דווקא בתצהיר המבקש.
95. המבקשות תטענה, כי אין זה מן הנמנע שהנזק האמיתי אשר נגרם לחברות הקבוצה יהא גדול יותר מן הנזק הכללי שהוערך על ידי המבקשות.
96. המבקשות יבקשו להדגיש, כי עם קבלת הנתונים המדויקים המצויים בידי המשיבות, ניתן יהיה לחשב במדויק את הנזק שנגרם לכלל חברי הקבוצה.

יפים לעניינינו, דברי בית המשפט בת"א 1372/95 יורשי המנוח תאופיק ראבי ז"ל
המועצה הישראלית לצרכנות נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית
ישראלית בע"מ, אשר נזכר לעיל, שם נפסק, לעניין הנזק, כי:

"לעניין הערכת היקף הנזק, הבהיר כב' השופט ת. אור כי מדובר בנזק לא-ממוני, אשר בדרך כלל יקבע על דרך של אומדנה המבוססת על הערכת מכלול הנסיבות ועל התרשמותו של בית המשפט, בהדגישו כי "מדובר בפגיעה בזכות יסוד, שמחייבת קביעת פיצוי הולם, להבדיל מפיצוי סמלי" (פסקה 28). זו גם הדעה המובעת במאמרו של כב' השופט א. ריבלין, "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה", ספר שמגר, מאמרים, חלק ג', התשס"ג-2003, בעמ' 57. יש לזכור בהקשר זה כי פגיעה באוטונומיה של הפרט היא פגיעה בזכות יסוד חוקתית. בספרה של המלומדת ד' ברק-ארז, עולות חוקתיות, ההגנה הכספית על הזכות החוקתית, התשנ"ד, בעמ' 275-278, היא מביעה את הדעה כי הפיצוי בגין פגיעה בזכות חוקתית צריך להיות ממשי, ואל לו להיות נומינלי או סמלי, על מנת שלא לפחת את ערכה של הזכות, וכדי לתת ביטוי הולם להכרה בחשיבותן של תחושות כמו צער, עלבון והטרדה בשל הפרת הזכות; נקודת המוצא תהיה שנגרם לנפגע נזק בשל פגיעה בזכות יסוד חוקתית (וראה דעה דומה המובעת במאמרה של י' ביטון, "כאבים באזור הכבוד" – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות, משפט וממשך ט' (תשס"ו) 137; והשווה מאמרו הנ"ל של צ. קרן-פז, בעמ' 244-245, 266, התומך ב-"פיצוי צנוע עבור פגיעה באוטונומיה").

לצורך קביעת שיעור הפיצוי, על בית המשפט ליישם מבחן אובייקטיבי וסובייקטיבי משולב, המביא בחשבון כיצד היה חש אדם סביר בנסיבות המיוחדות של המקרה (דברי כב' השופטת ט. שטרסברג-כהן בפסקאות 45-46 ודברי כב' השופט ת. אור, בפסקה 7, בעניין דעקה הנ"ל). כב' השופט אור פסק כי ניתן להעניק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה של הפרט גם בהיעדר ראיות של ממש בעניין הנזק הלא-ממוני שנגרם, שכן קיומו של הנזק והיקפו עולים מעצם הפרת החובה על ידי המזיק (פסקה 29). לנקודה זו, כפי שיבואר בהמשך, חשיבות של ממש כאשר עוסקים אנו בתובענה ייצוגית המוגשת בשם מאות אלפי צרכנים, שבה אין דרך מעשית להוכיח באופן פרטני את הנזק האישי שנגרם כתוצאה מן הפגיעה באוטונומיה של הפרט.

51. כפי שהדגישה כב' השופטת ט. שטרסברג-כהן בעניין דעקה הנ"ל (פסקאות 36-37), הפגיעה באוטונומיה של הפרט מתרחשת באופן מיידי עם הפרת החובה למסור מידע מלא, והיא "פגיעה אינהרנטית להתנהגות העולתית", באופן שהקשר הסיבתי בין הפרת החובה לבין הפגיעה באוטונומיה טבוע בהפרת החובה. לכן, אין צורך להוכיח קשר סיבתי בין הפרת החובה לבין נזק ממשי שנגרם כתוצאה ממנה. הבסיס לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה של הפרט הוא עצם שלילת זכותו של המטופל או הצרכן לבחור בטיפול או במוצר הראוי לו. שלילת כוח הבחירה היא נזק עצמאי, גם אם לא גרמה לכל נזק נוסף, ואפילו יוכח כי המטופל היה מסכים לקבלת הטיפול, או שהצרכן היה מסכים לרכישת המוצר, גם לו ידע את כל העובדות לאמתן, אף כי לעניין היקף הנזק, עשויה להיות חשיבות לשאלת התוצאה (ר' מאמרו הנ"ל של צ. קרן-פז בעמ' 191, 197, 206-210, ומאמרו הנ"ל של א. ריבלין, בעמ' 44).

לכן, בעניין דעקה הנ"ל נפסק לתובעת פיצוי בסך של 15,000 ₪ בשל קבלת טיפול רפואי בהיעדר מידע נאות על הסיכונים והסיכויים הכרוכים בו, אף שנקבע כי הטיפול הרפואי שניתן לתובעת היה סביר, וכי סביר שהייתה מסכימה לקבלו לו הייתה מקבלת הסבר נאות. הפיצוי דלעיל, ניתן אך ורק בגין הפגיעה באוטונומיה של הפרט"

פרק ח - התקיימות התנאים לאישור התביעה כייצוגית

98. סעיף 8 (א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי: -

"9. (א) 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;

(2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין;

(3) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת;

הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בעניין זה;

(4) קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב;

99. להלן נעמוד על התקיימות תנאים אלו כסדרם.

מתקיימות שאלות משותפות

100. התנאי הראשון לאישור התביעה הייצוגית הינו כי התובענה מעוררת שאלות משותפות – לכלל חברי הקבוצות – של עובדה ומשפט.

101. מן הראוי להבהיר כי אין כל הכרח בדרישה לזהות בכלל השאלות המשותפות, ודי בכך ששאלות מרכזיות הן משותפות לכלל חברי הקבוצה. כך למשל נקבע ברע"א 8332/96 שמש נגד רייכרט, פ"ד נה(5) 276:

"אין לפרש את הדרישה לקיומן של שאלות של עובדה ומשפט המשותפות לקבוצה כדרישה לזהות מלאה בכל השאלות הטעונות הכרעה לגבי כל קבוצת התובעים. דרישה של זהות מוחלטת בכל השאלות הטעונות הכרעה, עובדתיות כמשפטיות, תסכל את תכלית התובענה הייצוגית ותהפוך את השימוש בה למשימה בלתי אפשרית, לפיכך, יש לאמץ גישה לפיה די בכך שהשאלות העיקריות, העומדות במוקד הדיון, תהיינה משותפות לחברי הקבוצה, ואין נפקא מינא אם מתקיים שוני בשאלה משנית זו או אחרת" (פסקה 15 לפסק דינה של כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן).

וראה בנוסף את שנקבע ברע"א 4556/94 טצת נגד זילברשץ פ"ד מט(5) 744 באופן הבא:

"אין כל צורך שכל השאלות המתעוררות ביחד לקבוצה תהיינה משותפות. די בכך שהיסוד המשותף מהווה מרכיב מהותי בהתדיינות. אם יש לאחד מהקבוצה עניין שהוא מיוחד לו – כגון נזק מיוחד – ניתן לבררו בשלב האינדיווידואלי, אשר יבוא לאחר סיום השלב הקבוצתי, ולאחר שנקבעה בו שאלת האחריות של הנתבעים" (פסקה 12 לפסק דינו של כבוד הנשיא א. ברק)

102. לעניינינו, איש לא יחלוק כי התובענה מעוררת שאלות רבות המשותפות לכלל חברות הקבוצה. בין היתר מדובר בשאלות המשותפות הבאות: -

א. לחברות הקבוצה עומדת עילות משפטיות זהות כלפי המשיבות, וזאת בעילות של פגיעה באוטונומיה, העדר הסכמה מדעת ותקיפה, הפרת חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 והפרת חובה חקוקה.

ב. לכלל חברות הקבוצה נגרם נזק שאינו ממוני, אותו ניתן לחשב באופן זהה או דומה באמצעות שיטות חישוב שאינן מסובכות כלל ועיקר.

ג. הכרעה בפסק דין לטובת הקבוצה תשרת את עניינה של כלל החברות בה, אשר תזכנה לפיצוי. כמו כן, ההכרעה תשרת היטב את דמותה של מדינת ישראל כמדינה בה אין מקום לגזענות ולמדינה שבתי המשפט שלה מוקיעים את תופעות הגזענות, ומקוממים את שמירת זכויות הפרט.

הדרך היעילה וההוגנת

103. התנאי השני הוא כי התובענה היא הדרך ההוגנת והיעילה להכריע בסכסוך בנסיבות העניין.

104. בהקשר זה, מן הראוי לחזור ולציין את המטרות שביסוד חוק תובענות ייצוגיות, המפורטות בו בסעיף 1 וכוללות בין השאר את המטרות של "אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו", "מימוש זכות הגישה לבית המשפט", "מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין" וכן "ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות". לעניינינו, יש באישור התביעה הייצוגית כדי להגשים את המטרות הנ"ל בכללותן.

105. ראשית, יש בהגשת תביעה ייצוגית זו בכדי לתרום משמעותית להרתעתן של המשיבות – ומעוולים כדוגמתה – מלפגוע בצורה חמורה בציבור כדוגמת המקרה נשוא תביעה זו.

106. שנית, תובענה זו היא הכרחית על מנת לממש את זכאותן לפיצוי של חברות הקבוצה כלפי המשיבות. סכום התביעה דנן אין די בו על מנת לתמרץ נשים לפתוח בהליך משפטי מורכב ומסובך כנגד גופים עוצמתיים במיוחד כדוגמת המשיבות, וראה בהקשר זה את הדברים שנאמרו ברע"א 4556/94 טצת ואח' נ' זילברשץ ואח' פ"ד מט(5) 774 בעמ' 784.

תום לב וייצוג הולם

107. לעניין דרישת תום הלב, הרי שתביעה זו הוגשה בתום לב בידי המבקשות אשר נפגעו ממעשיהן של המשיבות ומעוניינת לזכות בפיצוי המגיע להן וכן לפעול על מנת להרתיע את המשיבות מפני מעשים דומים בעתיד. מן הראוי לציין כי הפסיקה קבעה כללים מקלים לעניין דרישת תום הלב. כך למשל נקבע בה.מ. 141/95 ראבי נ' תנובה (פורסם בנבו) כי: -

"דרישת תום הלב אין משמעה דרישה לאלטרואיזם. ואם נמנע מן המומחים לדבר, כמו עורכי הדין, לטפל באופן רווחי בתביעות צרכניות - תמצא מטרת החוק, לעורר אכיפה אזרחית על די הצרכנים - מסוכלת".

לעניין הייצוג ההולם, הרי שהמבקשות הינן בעלות אמצעים כלכליים הנדרשים לשם ניהול ההליך. המבקשות תיוצגנה, בין היתר, על ידי באי הכוח החתומים מטה, שהינם בעלי ניסיון רב, המבטיח להעמיד לרשות הקבוצות ייצוג משפטי ככל שיידרש על מנת לממש את זכויות החברות בקבוצות כלפי המשיבות.

הסעדים המבוקשים

108. כללם של דברים, ברי כי מתקיימים כלל התנאים הנדרשים לצורך אישורה של התובענה כייצוגית וכי תובענה זו מגשימה את תכלית החוק.

109. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לעשות שימוש בסמכות המוקנית לו, ולהורות כלהלן:

109.1 לאשר את ניהול התביעה כתובענה ייצוגית, לדון בה ולהכריע לטובת המבקשות.

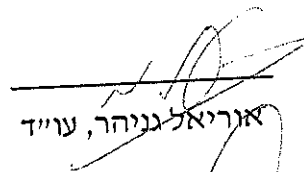
109.2 להורות על הדרכים להוכחת נזקם של יחידות הקבוצה ו/או לפסוק בהן לטובת חברות הקבוצה פיצוי לטובת הציבור בסך של לפחות 382,530,000 (שלוש מאות שמונים ושניים מליון, חמש מאות ושלושים אלף שקלים).

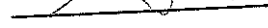
109.3 לפסוק פיצוי מיוחד למבקשות 1—3 בגין הטרחה והסיכון אותם נטלו על עצמן למען חברות הקבוצה.

109.5 להורות על תשלום שכר טרחה לעורכי הדין המייצגים בהתאם לשיקולים שפורטו לעיל.


רונית בימבליך, עו"ד


נחמי מייזליש-וולק, עו"ד


אוריאל גניהר, עו"ד


סופר אלירן, עו"ד

ב"כ המבקשות