

עילה חוקתית לפיצוי נפגעי חיסון

(בעקבות ע"א (מחוזי מרכז) 19-04-26219 מדינת ישראל נ' אלמוני
(חסוי) שביטל את פסק הדין ת"א (שלום כ"ס) 14-03-54431
פלוני נ' מדינת ישראל)

מאת

יצחק אנגלרד*

המאמר עוסק בביקורת על פסק דין של בית המשפט המחוזי שביטל פסק דין של בית משפט השלום אשר הכיר, על יסוד עילה חוקתית, באחריות המדינה ללא אשם לנזק שנגרם לאדם ממתן חיסון. בית משפט השלום דחה תחילה את תביעת הנפגע בעילות לפי פקודת הנוזיקין בגין רשלנות והיעדר הסכמה מדעת. בהמשך הייתה השאלה המרכזית אם ניתן להעניק סעד לנפגע שסבל נזק כבד מן החיסון על יסוד עילה חוקתית, נוכח העובדה כי קיים חוק ביטוח נפגעי חיסון שהסדיר מתן פיצוי ללא אשם. בית משפט השלום הגיע למסקנה חיובית על יסוד המבחנים שהוזכרו בפסיקה של בית המשפט העליון בהקשר זה, דהיינו: מעשה שלטוני המטיל נטל לא מידתי על פרט מסוים, פגיעה חמורה בזכות חוקתית והיעדר סעד אפקטיבי, והנפגע נשאר אפוא נטול סעדים. בית המשפט גרס כי חוק ביטוח נפגעי חיסון אינו אפקטיבי משום שסכום הפיצוי מוגבל מאד, והוא מונע הגשת תביעה לפי החוק הזה אם הוגשה קודם תביעה לפי פקודת הנוזיקין, וכן ההפך. לפיכך היה הנפגע הנדון נשאר ללא סעד. בית המשפט המחוזי מבסס את מסקנתו בדבר ביטול פסק הדין קמא בעיקר על כך שהנפגע לא טען כי הוא זכאי לפיצויים על יסוד עוולה חוקתית, וכי הוא לא הוכיח על יסוד תשתית עובדתית מבוררת שחוק ביטוח נפגעי חיסון אינו נותן מענה אפקטיבי לנפגעי חיסון. לכן ההכרה בעילה חוקתית מאיינת את החוק ויוצרת "מסלול עוקף". הביקורת במאמר על פסק הדין המחוזי מתייחסת הן לקביעה של היעדר טיעון והן לקביעה של היעדר הוכחה בדבר מהות החוק במציאות. בעניין מהות החוק מובאת הספרות הענפה המוכיחה את כישלוננו של החוק לספק בפועל מענה מתאים לנפגעי חיסון ואת הסיבות לכך. כמו כן, מובאת לשם השוואה מסקנה דומה בנוגע לחוק האמריקאי הדומה לו. כן מוזכר פסק דין חדיש של בית הדין האירופי לצדק בעניין הקשר הסיבתי בין החיסון לבין הפגיעה, שהוא אחת הסיבות לאי-הצלחת החוקים הדומים. מכאן המסקנה כי כל עוד לא תיקן המחוקק שלנו את החוק כדי שימלא את מטרתו, החלתה של עילה חוקתית היא ראויה.

א. הרקע העובדתי ופסק דינו של בית משפט השלום. ב. פסק דינו של בית המשפט המחוזי בערעור; 1. ההנמקה במישור הדיוני לביטול פסק הדין קמא; 2. ההנמקה במישור המהותי לביטול פסק הדין קמא. ג. הערות ביקורת על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בערעור;

* פרופסור מן המניין (אמריטוס) הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; שופט בית המשפט העליון בדימוס.

1. ביקורת ההנמקה במישור הדיוני; 2. ביקורת ההנמקה במישור המהותי; 3. המצב במשפט האמריקאי ופסק דינו של בית הדין האירופי לצדק. ד. סיכום ומסקנות.

א. הרקע העובדתי ופסק דינו של בית משפט השלום

בצעד יצירתי קבע בית משפט השלום בכפר סבא, מפי השופט אלדרד נבו, כי המדינה חייבת לפצות אדם שנפגע קשות מחיסון משולש DTP עם חיסון פוליו יחד שאותם קיבל בשנת 1992 בגיל 14 חודשים.¹ תחילה קבע בית המשפט כי הוכח, במאזן ההסתברות, הקשר הסיבתי בין מתן החיסון לפגיעה המוחית הקשה שנגרמה לתובע.² עם זאת שלל בית המשפט את הטענות בדבר אחריותן של המדינה ושל קופת החולים הן בגין רשלנות במתן החיסון ובטיפול שניתן לו והן בגין היעדר הסכמה.³ במסקנות השליליות האלה הסתמך בית משפט השלום על פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת אלטורי נ' מדינת ישראל,⁴ שעסק גם הוא במתן חיסון משולש. בית המשפט העליון שלל, מפי השופט אליהו מצא, את הרעיון כי במתן החיסון יש משום התנהגות רשלנית: "טעמו של דבר הוא, שכל המומחים היו תמימי דעים כי הסכנות לבריאות הציבור הטמונות בהימנעות ממתן החיסון הינן גדולות וכבדות לאין ערוך מן הסיכון המזערי הכרוך בשימוש בתרכיב המצוי".⁵ כן שלל בית המשפט העליון את הטענה כי יש לחייב את המדינה באחריות בשל מחדלה להזהיר מראש את ההורים מפני הסיכון הכרוך במתן החיסון לילדיהם. וזה נימוקו: "כאן אין המדובר בהחלטה פרטנית למתן טיפול לחולה מסוים בשל מחלתו המוגדרת, אלא במתן חיסון המוני לכל הילדים הבריאים במטרה לחסנם מפני סכנותיה של מחלת ילדות קשה. כגון דא, אין ההורים כשירים, וממילא אינם נדרשים, לגבש החלטה פרטית אם ראוי להזיק את ילדם לחיסון".⁶ בית משפט השלום מעיר בהקשר ההסכמה מדעת כי חוק זכויות החולה נחקק לאחר המקרה הנדון לפניו, והוא מוסיף: "וייתכן שאם מקרה זה היה מתרחש לאחר שנכנס החוק לתוקפו, ניתן היה לבחון אותו בסטנדרטים אחרים. אולם ההלכה שקבע בית המשפט העליון בפסק דין אלטורי הנ"ל היא ההלכה המחייבת לאורה יש לבחון מקרה זה".⁷

- 1 ראו ת"א (שלום כ"ס) 54431-03-14 פלוני נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (פורסם בנבו, 10.3.2019) (להלן: פס"ד השלום).
- 2 כפי שנראה בהמשך דברינו, גם בקביעה זו של בית משפט השלום (שם) יש משום חידוש מעניין, נוכח העובדה כי בשתי ההחלטות היחידות של ועדת המומחים במסגרת חוק ביטוח נפגעי חיסון, התש"ן-1989, נשלל הקשר הסיבתי בין החיסון לפגיעה (ראו להלן ה"ש 42).
- 3 פס"ד השלום, לעיל ה"ש 1, פס' 18.
- 4 ע"א 470/87 אלטורי נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פ"ד מז(4) 146 (1993).
- 5 שם, בעמ' 151-152.
- 6 שם, בעמ' 153 השופט מצא מעיר בסוף חוות דעתו כי התוצאה של שלילת האחריות היא קשה עבור הנפגעת שמצבה מדאיב ומצער; והוא מוסיף כי בהיעדר תרופה נזיקית ראוי למחוקק לשקוד על גיבוש הסדר חקיקתי שיאפשר לנפגעים כאלה למצוא את תקנתם וסיועם מקופת הציבור. נראה כי מעיני השופט נעלמה מציאותו של חוק ביטוח נפגעי חיסון.
- 7 פס"ד השלום, לעיל ה"ש 1, פס' 18(ח). ברוח זו ראו גם ת"א (מחוזי ב"ש) 1018/00 חליבה נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פ"מ התשס"ד(1) 823 (2005).

לאחר שלילתה של אחריות המדינה בגין רשלנות דן השופט בקצרה בחוק ביטוח נפגעי חיסון, התש"ן-1989, המאפשר לאדם שנפגע ממתן חיסון לקבל פיצוי ללא הוכחת אשם.⁸ השופט העיר כי ייתכן שהנפגע לא פנה בתביעה לפי חוק זה משום שיש בו הגבלה על שיעור הפיצוי, או משום שסבר שסיכורו להוכיח את הקשר הסיבתי לפני ועדת המומחים נמוכים, או מסיבה אחרת. מכל מקום, החוק אינו מונע הגשת תביעה על פי פקודת הנזיקין. אולם סעיף 7 לחוק קובע כי לאחר שנפגע הגיש תביעה לפי פקודת הנזיקין, אין הוא רשאי עוד להגיש תביעה לפי החוק. נמצא לכאורה כי הנפגע הנדון אינו רשאי עוד להגיש תביעה לפי החוק. השופט הוסיף:

המדובר בסנקציה קשה כנגד מי שסבר כי הוא זכאי לפיצוי מעבר לקבוע בחוק הנ"ל ובסופו של דבר לא הצליח להוכיח את תביעתו. מטרת סעיף זה היא מניעת כפל הליכים והטלת האחריות על התובע שבחר באחד משני המסלולים, אך התוצאה של מגבלה זו קשה ובעלת השפעה על האופן שבו נבחנת תביעת הנזיקין, כפי שיוסבר להלן.⁹

וכאן עבר השופט לבחינת אחריותה של המדינה לנזק הנפגע ללא אשם מצידה.¹⁰ הוא הזכיר תחילה את דבריו של הנשיא אהרן ברק בפרשת **קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל**,¹¹ שבהם הוא מעלה את האפשרות – אם כי בלי לפסוק בסוגיה – של אחריות המדינה לנזק גם בהיעדר רשלנות, מכוח עילה חוקתית או מנהלית. בהמשך הביא שופט השלום את גישתו של בית המשפט המחוזי בפרשת **זידאן נ' מדינת ישראל**,¹² שבה הכיר באחריותה של המדינה לשאת בנזק שנגרם ללא אשם מפעולה שביצעה לטובת הכלל. בית המשפט המחוזי ציטט בהקשר זה, בין היתר, ממאמרה של דפנה ברק-ארוז התומכת בגישה זו.¹³ אולם כפי ששופט השלום ציין,¹⁴ על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בפרשת **זידאן** הוגש ערעור לבית המשפט העליון, ובעקבות הסדר פשרה בין הצדדים בוטל פסק הדין המחוזי.¹⁵

את הבסיס המשפטי למסקנתו בדבר חיוב המדינה לפצות את הנפגע על נזקיו מן החיסון מצא שופט השלום¹⁶ בדבריה של נשיאת בית המשפט העליון מרים נאור בפרשת **ישועה נ' מדינת ישראל**.¹⁷ הוא הסיק מהם כמה תנאים להכרה בעילת תביעה חוקתית: מעשה שלטוני המטיל נטל לא מידתי על פרט מסוים, פגיעה חמורה בזכות חוקתית והיעדר סעד אפקטיבי לפגיעה בזכות החוקתית, והנפגע יישאר אפוא נטול סעדים. לדעת השופט במקרה שלפניו, התובע עומד בכל המבחנים שנקבעו בפסיקה הנזכרת כדי שיהיה אפשר לפסוק לו פיצוי

8 פס"ד **השלום**, לעיל ה"ש 1, פס' 20–25.

9 שם, פס' 25.

10 שם, פס' 26–34.

11 ע"א 6296/00 **קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(1) 16, 23 (2004).

12 ת"א (מחוזי חי') 752/04 **עזבון זידאן נ' מדינת ישראל (משרד הביטחון)** (פורסם בנבו, 30.11.2011).

13 דפנה ברק-ארוז "עוללות חוקתיות בעידן חוקי יסוד" **משפט וממשל** ט 103, 117–118 (2005).

14 פס"ד **השלום**, לעיל ה"ש 1, פס' 29–30.

15 ע"א 9405/11 **מדינת ישראל נ' עזבון זידאן** (פורסם בנבו, 21.3.2013).

16 פס"ד **השלום**, לעיל ה"ש 1, פס' 31–33.

17 ע"א 7703/10 **ישועה נ' מדינת ישראל – מנהלת סל"ע**, פ"ד סז(1) 25, 53–54 (2014).

בגין פגיעתו מחיסון. התובע נפגע פגיעה מהותית קשה ממתן חיסון שנועד להבטיח את בריאות הציבור. לקובעי מדיניות החיסון ידוע כי מעטים ממקבלי החיסון ייפגעו. ידיעה זו מחייבת מציאת מנגנון אפקטיבי למתן פיצוי לנפגעים. כאן עבר השופט לבחינתו של חוק ביטוח נפגעי חיסון אם הוא נותן מענה אפקטיבי לפגיעה מחיסון. מסקנתו השלילית מתבססת על שלושה היבטים של החוק הנדון:¹⁸ ראשית, הסכום שנקבע בתקנות ביטוח נפגעי חיסון, התשנ"ג–1992 למקרה של נכות מלאה וקבועה (100% נכות) הוא כ-930,000 ש"ח. סכום זה רחוק מלתת מענה למי שנפגע פגיעה מוחית קשה ממתן החיסון; שנית, תקופת ההתיישנות בת שלוש השנים קצרה מהתקופה המצוינת בחוק ההתיישנות;¹⁹ שלישית, לפי הוראת סעיף 7 לחוק ביטוח נפגעי חיסון, נשללת הזכות לתבוע על פי חוק זה ממי שהגיש תביעה לפי פקודת הנזיקין, ללא קשר לתוצאת ההליך שנקט. התוצאה היא כי התובע הנדון שהגיש תביעה לפי פקודת הנזיקין נותר ללא אפשרות לתבוע על פי חוק ביטוח נפגעי חיסון, ולכן אם לא ייפסק לו פיצוי על פי עילה חוקתית, ייוותר ללא סעד. והשופט הוסיף: "הפגיעה בזכות החוקתית של התובע לשלמות גופו היא פגיעה קשה והדעה אינה סובלת מצב בו אדם שנפגע פגיעה כה קשה, לצורך אינטרס ציבורי, יישא לבדו בנזק שנגרם כתוצאה מאותה פגיעה. על החברה, שנהנית ממדיניות החיסונים שהביאה לפגיעה בתובע, לשאת בנזק זה". הוא מסיים באומרו: "הואיל ולדעת כל המומחים, הפגיעה כתוצאה ממתן החיסון נדירה, אין בקביעת סטנדרט אחריות כאמור לעיל כדי להטיל על קופת המדינה נטל כלכלי משמעותי".

השופט קובע כי הנזק של התובע הוא, לאחר הניכוי של תגמולי הביטוח הלאומי, קרוב ל-5,000,000 ש"ח, אך בשל סמכותו המוגבלת של בית משפט השלום, הסכום המרבי שניתן לפסוק הוא 2,500,000 ש"ח, בתוספת הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין.

ב. פסק דינו של בית המשפט המחוזי בערעור

המדינה הגישה ערעור על פסק הדין של בית משפט השלום לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד. הערעור נדון בהרכב של השופטות בלהה טולקובסקי, עירית כהן ומרב בן-ארי.²⁰ בפתח הדיון בערעור הציע בית המשפט לצורכי פשרה כי הערעור יתקבל, ואולם לפני משורת הדין יתאפשר למשיב להגיש תביעה לפי חוק ביטוח נפגעי חיסון, והתביעה תידון לגופה, מבלי שקביעות פסק הדין תחייבנה את ועדת המומחים בהליך התביעה לפי החוק.²¹ הצעת הפשרה נדחתה בידי המשיבים. מסקנתו של בית המשפט המחוזי הייתה כי יש לקבל את הערעור ולבטל את קביעתו של בית משפט קמא כי יש להכיר באחריות המדינה, ללא

18 פס"ד השלום, לעיל ה"ש 1, פס' 32.

19 המדינה מבטחת את מקבלי החיסון על יסוד פוליסת ביטוח שעליה חל חוק חוזה הביטוח, התשמ"א–1981. לפי הוראת ס' 31 לחוק זה, תקופת ההתיישנות של תביעה לתגמולי ביטוח היא שלוש שנים לאחר שקרה מקרה הביטוח; לפי חוק ההתיישנות, התשי"ח–1958, התקופה היא כידוע שבע שנים מיום שנולדה עילת התובענה.

20 ע"א (מחוזי מר') 26219-04-19 מדינת ישראל – משרד הבריאות נ' אלמוני (חסוי) (פורסם בנבו, 12.2.2020) (להלן: פס"ד המחוזי).

21 שם, פס' 10.

אשם, בגין נזקי החיסון. בית המשפט המחוזי גרס כי בית משפט קמא שגה בקביעתו, הן במישור הדיוני והן במישור המהותי.

1. ההנמקה במישור הדיוני לביטול פסק הדין קמא

לדעת בית המשפט המחוזי הטענה לפיצויים בגין עוולה חוקתית לא נטענה בכתב התביעה או בסיכומים מטעם המשיבים.²² אומנם בסיכומים נטען לפיצויים בגין פגיעה באוטונומיה, "ואולם לא נטען שם כלל ועיקר לפיצויים מכוח עוולה חוקתית". בית המשפט הוסיף:

נמצא אפוא כי המשיבים טענו שעל המדינה לפצות אותם בשל מדיניות החיסונים שנקבעה על ידה ואולם, לא נטען ב'רחל בתך הקטנה' לפיצויים ללא הוכחת אשם בשל עוולה חוקתית ואף לא הוכח כי מתקיימות בענייננו אותן נסיבות חריגות עליהן עמד בית המשפט העליון בעניין **ישועה** כמצדיקות הטלת אחריות על המדינה בגין עוולה חוקתית.

ובהמשך דבריו אמר בית המשפט:

בית המשפט קמא ציין בהקשר זה: "אינני מתייחס לאפשרות המעשית של נפגעי חיסון לקבל פיצוי באמצעות המנגנון שנקבע באותו חוק הואיל ולא הובאו ראיות בעניין זה, לא ביחס לאופן פעולת הוועדה ולא לשיעור המקרים שהוכרו על ידה מתוך כלל תביעות". הנטל להביא ראיות בשאלה זו מוטל על המשיבים, ויודגש, לא זו בלבד שהמשיבים לא הביאו ראיות להוכחת הטענה כי ההסדר שנקבע בחוק ביטוח נפגעי חיסון אינו מעניק סעד אפקטיבי אלא שהמשיבים לא טענו, בכתב התביעה או בסיכומים, כנגד ההסדר החקיקתי שנקבע בחוק ביטוח נפגעי חיסון או כי חוק ביטוח נפגעי חיסון אינו מקנה סעד אפקטיבי לנפגעי חיסון בכלל ולמשיב בפרט.

2. ההנמקה במישור המהותי לביטול פסק הדין קמא

עיקר פסק הדין המחוזי עוסק במה שהוא הגדיר להיות השאלה המהותית של ההכרה בעילת תביעה חוקתית לזכות הנפגע בשל קיומו של הסדר חקיקתי בדמות חוק ביטוח נפגעי חיסון. הדיון נפתח בקביעה כי השאלה של קיום עילה חוקתית לפיצויים ללא אשם טרם הוכרעה בפסיקה.²³ בית המשפט מסתמך בעניין זה על אמירות מתוך פסקי הדין בפרשות **קיבוץ מלכיה**,²⁴ **ישועה**,²⁵ ו**טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ**.²⁶ בהמשך דן בית המשפט המחוזי בשאלה המהותית של קיום המבחנים שנקבעו בפסיקה להכרה באחריות המדינה

22 שם, פס' 14.

23 לדיון בעניין זה ראו שם, פס' 16-20.

24 ראו עניין **קיבוץ מלכיה**, לעיל ה"ש 11.

25 ראו עניין **ישועה**, לעיל ה"ש 17.

26 ע"א 9185/03 **טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ**, פ"ד נח(1) 359 (2003).

ללא אשם בשל ההסדר בחוק ביטוח נפגעי חיסון.²⁷ בשל חשיבות העניין נביא במלואה את הנמקתו של בית המשפט לביטול פסק דינו של בית משפט השלום:²⁸

המשיבים לא טענו כנגד ההסדר החקיקתי שנקבע בחוק נפגעי חיסון או אופן יישומו ואף לא הוכיחו כי אין בהסדר החקיקתי שנקבע כדי ליתן מענה אפקטיבי לנפגעי חיסון בכלל ובאופן המצדיק הכרה בעילת תביעה חוקתית ללא אשם, חרף קיומו של הסדר חקיקתי, בפרט.

קביעת בית המשפט קמא כי ההסדר החקיקתי בחוק ביטוח נפגעי חיסון, אינו נותן מענה אפקטיבי לנפגעי חיסון, אינה מבוססת על תשתית עובדתית מספקת ואף בית משפט קמא ציין בהקשר זה שלא הובאו לפניו ראיות באשר לאפשרות המעשית של נפגעי חיסון לקבל פיצוי על פי החוק ובעניין דרך פעולת הוועדה ושיעור המקרים שהוכרו על ידה מתוך כלל התביעות (סעיף 32(ג) לפסה"ד). מעבר לצורך נציין שהמשיבים אף לא הוכיחו את טענתם כי המדינה חייבה את הורים ליטול את החיסון ולחסן את ילדיהם (סעיף 13 לסיכומים) ונראה שלא ניתן לגזור גזירה שווה מהנסיבות שנדונו בעניין **ישועה** (יישום תכנית ההתנתקות תוך פגיעה בקניינם של המערערים), כשמדובר בתכנית חיסונים שאינה רק לטובת הכלל אלא גם לטובת המתחסנים עצמם.

משלא נטען לפני בית משפט קמא כנגד ההסדר הסטטוטורי שנקבע בחוק ביטוח נפגעי חיסון ובהעדר תשתית עובדתית מבוררת, לא ראינו לדון בשאלה האם החוק נותן מענה אפקטיבי לנפגעי חיסון. באופן כללי נציין רק שהדין מכיר בהגבלת סכומי הפיצויים מקום בו נקבעה אחריות מוחלטת (ראו לדוגמה: חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, חוק לפיצוי נפגעי גזת, תשנ"ד-1994, חוק לפיצוי נפגעי עירווי דם (נגיף האיידס), תשנ"ג-1992), כמו גם בקביעה של בחירה בין מסלולי תביעה (ראו לדוגמה: חוק הנכים (תגמולים ושיקום)[נוסח משולב], תשי"ט-1959), וכן בקביעת תקופת התיישנות קצרה מזו הקבועה בחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, דוגמת תקופת התיישנות שנקבעה בחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981.

קביעת בית משפט קמא כי יש להכיר בעילה חוקתית, ללא הוכחת אשם, חרף קיומו של הסדר חקיקתי שנועד לפצות את מי שנפגע כתוצאה מקבלת החיסון, מאיינת הלכה למעשה את חוק ביטוח נפגעי חיסון ויוצרת "מסלול עוקף" לתביעה בגין נזקי חיסון, ללא הוכחת אשם ושלא על פי החוק לביטוח נפגעי חיסון. קביעה זו אינה מבוססת על תשתית עובדתית מספקת באשר לאפקטיביות של הסעד שנקבע בהסדר החקיקתי, ואינה מתיישבת עם

27 פס"ד המחוזי, לעיל ה"ש 20, פס' 20-27.

28 שם, פס' 23-27.

פסיקת בית המשפט העליון לפיה ההכרה בעילת תביעה חוקתית ללא אשם, תיוחד למקרים בהם אין הסדר חקיקתי ואין בידי הנפגע לזכות בסעד על פי הדין.

בסיום פסק הדין התייחס בית המשפט לשאלת קיום הקשר הסיבתי בין החיסון לפגיעתו של התובע.²⁹ הוא ציין כי קביעתו של בית משפט קמא מבוססת על כמה וכמה קביעות עובדתיות כמו גם על סמיכות הזמנים בין מתן החיסון להופעת סימני הפגיעה והיעדר הסבר אחר לפגיעה. אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאים עובדתיים אלא בנסיבות חריגות שאינן מתקיימות כאן. שאלת הקשר הסיבתי מוכרעת על בסיס ההסתברויות שלא כרמת ההוכחה הנדרשת לקביעה מדעית. סמיכות זמנים בין אירוע לנזק הנטען הוכרה בפסיקה כשיקול בעל משקל בקביעת הקשר הסיבתי. עד כאן הנמקתו של בית המשפט המחוזי.

ג. הערות ביקורת על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בערעור

בעיה ראשונה התעוררה אצלי כבר בהצעת הפשרה של בית המשפט כי לפנים משורת הדין יתאפשר למשיב להגיש תביעה לפי חוק ביטוח נפגעי חיסון.³⁰ לפי הוראת סעיף 7 לחוק זה, אדם שהגיש תביעה לפי פקודת הנזיקין לא יהיה רשאי להגיש תביעה לפי החוק. המשמעות היא כי במקרה כזה אין לוועדת המומחים סמכות לדון בתביעה על פי החוק. כלל ידוע הוא כי אין הצדדים יכולים להקנות בהסכמתם סמכות שיפוט עניינית למוסד שיפוטי.³¹ מחובתו של הגוף השיפוטי לעורר את שאלת סמכותו, ואין לו כל אפשרות לנהוג בעניין זה "לפנים משורת הדין". כאמור, העניין ירד מסדר היום בשל אי-הסכמת המשיבים להצעת בית המשפט.

לגופו של עניין בית המשפט המחוזי חילק, כאמור, את הנמקת מסקנתו לביטול פסק הדין קמא למישור דיוני ולמישור מהותי. נבחן בהמשך את נימוקיו השונים של בית המשפט המחוזי למסקנתו הסופית.

1. ביקורת ההנמקה במישור הדיוני

לדעתי, ההנמקה הדיונית המתבססת על היעדר טיעון מצד המשיבים אינה משכנעת. בית המשפט מזכיר את העובדה כי המשיבים טענו בכתב התביעה כי משרד הבריאות אחראי כאשר תיגוף נפגע וניזוק מחיסון, וכי אין לשלול את הזכויות של אותם הילדים שנפגעו ממדיניות החיסון של המדינה. כן מוזכר בפסק הדין המחוזי כי נטען שהקמת קרן פיצויים

29 שם, פס' 28–29.

30 ראו לעיל טקסט בסמוך לה"ש 21.

31 מבין הפסיקה בנושא זה, ראו בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד סא(1) 259 (2006); ע"א 11593/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' הקדש העדה הספרדית בעיה"ק צפת ומירון, פס' 10 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 17.10.2006); רע"א 7379/19 אליעזר נ' מגדל מקפת קרנות פנסיה וקופות גמל בע"מ, פס' 7 להחלטתו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 3.2.2020).

ממלכתית על ידי המדינה עבור ניווקי החיסון – משמעה כי המדינה מודעת להיותה חייבת ואחראית לפצות את הנפגעים מחיסון. כמו כן נטען לפיצויים בגין פגיעה באוטונומיה.³² לא השתכנעתי מנכונות קביעתו של בית המשפט כי מבחינה דיונית יש לבטל את פסק דינו של בית משפט קמא משום ש"לא נטען ב'רחל בתך הקטנה' לפיצויים ללא הוכחת אשם בשל עוולה חוקתית". הלכה פסוקה וקבועה היא כי בית משפט לערעורים רשאי לדון ולהחליט במקרה הצורך ולמען הצדק בטענה משפטית חדשה שלא נטענה, על רקע עובדתי נתון.³³ לכן גם אם נקבל את ההנחה – שאינה נקייה מספקות רציניים – שהמשיבים לא טענו את דבר אחריותה של המדינה לפיצויים ללא אשם, הרי אין מניעה כי בית המשפט לערעורים ידון בה. מה עוד שבית משפט קמא דן בעצמו בשאלה המשפטית הזאת במפורש ובהרחבה. ההיגיון מחייב שמה שמותר לערכאת הערעור אין למנוע מן הערכאה הראשונה. שאם לא כן נגיע למצב הדברים המשונה שהדין המהותי של בית המשפט המחוזי שונה מזה של בית משפט השלום.³⁴

יש לציין כי קיומו של הרקע העובדתי לעצם הבעיה המשפטית העקרונית עולה בביורור מן הנסיבות שנקבעו על דעת שתי הערכאות: קיים קשר סיבתי בין החיסון לבין פגיעתו המוחית הקשה של התובע, ובשל דחייתה של עילת תביעה לפי פקודת הנזיקין יישאר התובע ללא סעד בקשר לנזקו הגופני הכבד, אם לא ייפסק לו פיצוי על פי עילה חוקתית. אולם בית המשפט המחוזי ראה חסר דיוני-עובדתי מצד המשיבים באי-הבאתם ראיות להוכחת הטענה – במסגרת העילה החוקתית – כי ההסדר שנקבע בחוק ביטוח נפגעי חיסון אינו מעניק סעד אפקטיבי. לדעתי, אין לקבל גרסה זו, משום שהשאלה של הענקת סעד אפקטיבי מצד חוק פיצויים היא ביסודה שאלה משפטית שאינה טעונה הוכחה עובדתית קונקרטית. מאחר שבית המשפט המחוזי חזר על הנימוק של היעדר הוכחה פעמים אחדות בדונו במישור המהותי, אפרט בסמוך (בתת-פרק הבא) את נימוקיי לדעתי השונה. בסיכום דבריי: ההנמקה הדיונית לביטול מסקנתו של בית משפט השלום אינה עומדת בפני הביקורת.

2. ביקורת ההנמקה במישור המהותי

השאלה המהותית העיקרית שהעסיקה את בית המשפט המחוזי הייתה אם מן הדין היה להכיר בעילת תביעה חוקתית כאשר קיים הסדר חקיקתי בדמות חוק ביטוח נפגעי חיסון. בהקשר זה מצטט בית המשפט המחוזי את דבריו של שופט בית משפט השלום, כי אינו

32 פס"ד המחוזי, לעיל ה"ש 20, פס' 14.

33 תק' 462 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984; ובעתיד תק' 146 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: התקנות החדשות). ראו ע"א 4593/09 סעיד נ' יורשי סעיד, פס' 15 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (פורסם בנבו, 15.11.2011); ע"מ 146/04 דימנשטיין נ' ועד מקומי מושב משמר השבעה, פס' 20 לפסק דינו של השופט עדיאל (פורסם בנבו, 19.3.2006); רע"א 7669/96 עיריית נהריה נ' קוס, פ"ד נב(2) 214, 220 (1998).

34 אומנם מצב פרדוקסלי כזה קיים במשפטנו בעקרון התקדים המחייב שאינו חל על בית המשפט העליון (ראו יצחק אנגלרד מבוא לתורת המשפט 165-166 (מהדורה שנייה, 2019)), אך אין כל יסוד להחילו בסוגיה שלנו. מסקנה זו עולה גם מנוסח תקנה 462 לתקנות סדר הדין האזרחי ("ליתן כל החלטה שצריך היה ליתתה [...]"), (ההדגשה הוספה).

מתייחס לאפשרות המעשית של נפגעי חיסון לקבל פיצוי באמצעות מנגנון שנקבע באותו חוק, הואיל ולא הובאו לפניו ראיות בעניין זה, לא לאופן פעולת הוועדה ולא לשיעור המקרים שהיא הכירה בהם מתוך כלל התביעות.³⁵ בית המשפט המחוזי הוסיף כי הנטל להביא ראיות בשאלה זו מוטל על המשיבים, וכי אלה לא עמדו בנטל זה;³⁶ הוא קבע כי בהיעדר תשתית עובדתית מבוררת, אין הוא רואה לדון בשאלה אם החוק נותן מענה אפקטיבי לנפגעי חיסון.³⁷

לדעתי, אין לקבל את הגישה הרואה בשאלת התאמתו הכללית של חוק למטרותיו עניין של תשתית עובדתית שעל בעל הדין להוכיח כמו עובדה הקשורה לנסיבות הקונקריות של המקרה העומד לדיון. התשובה לשאלה זו נוגעת במישרין לפרשנותן של הוראות החוק הנדון, ויש שבית המשפט אף פונה למחוקק לתיקון המצב המשפטי. עובדה היא כי בתי המשפט עוסקים ביוזמתם בשאלות כאלה ודנים בהן בהרחבה בהסתמכם על הספרות הנוגעת לעניין, ולעיתים אף על הניסיון הבין-לאומי. מבין אין-ספור הדוגמאות מתוך הפסיקה המקומית אביא אחת: שאלת ההסכמה מדעת לטיפול רפואי, שהתעוררה דרך אגב גם במקרה הנדון כאן בנוגע לחיסון.³⁸ בתי המשפט דנו בהרחבה בכעיות הנוגעות להשפעתו של עקרון ההסכמה מדעת – במסגרת העילות החוקיות השונות – על המטופל, על הרופא ועל מערכת הרפואה. בהסתמך על הספרות המקצועית והמשפטית ועל הניסיון הבין-לאומי התייחסו השופטים לתופעות כגון הרתעת יתר, רפואה מתגוננת, עלות יתרה וכן לתגובות הנפשיות של מטופלים.³⁹ תופעות כלליות אלה, הקשורות להחלתן של הוראות חוקיות, הן היבטים משפטיים הנמנים על הידע השיפוטי.

לכן תמוהה היא בעיניי גישת השופטים במקרה הנדון שראו בשאלה העקרונית של התאמתו בפועל של חוק ביטוח נפגעי חיסון למטרותו תשתית עובדתית שעל התובע להוכיחה. והינה השאלה המעשית הזאת נדונה בהרחבה רבה בכמה עבודות, והמסקנה האחידה הייתה כי בפועל החוק בתור אמצעי למתן פיצוי לנפגעי חיסון הוא כישלון מוחלט. לכן לא היה כל צורך מצד בית המשפט לבחון בחינה מופשטת את פרטי החוק כדי להכריע בשאלה אם החוק נותן מענה אפקטיבי לנפגעי חיסון.

אתחיל בעובדה כי כוונת המחוקק הייתה ליצור כלי יעיל לפיצוי נפגעי החיסון. דבר זה עולה בבירור מהגשת הצעת החוק בידי חבר הכנסת חיים רמון לקריאה טרומית ולקריאה ראשונה,⁴⁰ וכן מהגשת הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית בידי יושבת ראש ועדת

35 פס"ד השלום, לעיל ה"ש 1, פס' 32(ג).

36 פס"ד המחוזי, לעיל ה"ש 20, פס' 14, 23–24.

37 שם, פס' 25.

38 ראו לעיל טקסט בסמוך לה"ש 6–7.

39 בין פסקי הדין הרבים שעסקו בשאלות אלה נזכיר שלושה של בית המשפט העליון שדנו בהן בהרחבה. ראו ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999); ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 5.3.2012); ע"א 8710/17 פלונית נ' שירות בריאות כללית (פורסם בנבו, 6.8.2019).

40 ראו הצעת חוק ביטוח נפגעי חיסון, התשמ"ח–1988, ה"ח 1891, 235–236; ד"כ 12, 1214, 1241–1244 (התשמ"ח); ראו גם את דברי שרת הבריאות ש' ארבליי-אלמוזלינו (שם). למען שלמות תמונת הרקע, אזכיר את שתי הישיבות של ועדת העבודה והרווחה שדנה בסעיפי החוק המוצע, ראו פרוטוקול ישיבה

העבודה והרווחה חברת הכנסת אורה נמיר.⁴¹ סימן מובהק לחוסר ההצלחה של החוק להשיג את מטרתו הן שתי החלטות היחידות של ועדת המומחים שפורסמו עד עתה.⁴² בשתייהן שללה הוועדה את הקשר הסיבתי בין החיסון לבין הפגיעה בילד (במקרה הראשון תסמונת וסט, ובשני תסמונת מוות בעריסה). נראה אפוא כי במשך שלושים השנה מאז חקיקת החוק לא ניתנה אף לא החלטה אחת מטעם הוועדה שהעניקה פיצויים לנפגע חיסון. עם זאת ידוע כי במקרים אחדים – אם כי גם הם מעטים יחסית – ניתנו פיצויים על יסוד הסכם פשרה בין המדינה לבין הנפגעים. אין נתונים בדוקים על מקרים אלה, בין היתר משום שעל הנפגעים היה לחתום על סעיף סודיות בהסכם האוסר עליהם לגלות את פרטי הפשרה.⁴³

אחד הקולות החזקים בדבר אי-הצלחתו של החוק להשיג את מטרתו היה קולה של עו"ד אילנה זינגל בשנת 2006. היא כותבת בעקבות פנייתה לוועדת המומחים: "ולאחר דיונים מתישים הגעתי למסקנה כי הוועדה לא ממלאת את יעדה, ועל ידי כך מחמירה הפגיעה בנפגעי החיסון; וכי החוק לא הצליח להגשים את המטרות לשמן נועד, הואיל ואף ילד לא זכה לפיצוי על פיו".⁴⁴ ברוח דברים אלה הוא גם מאמרה המקיף של השופטת בדימוס

מס' 460 של ועדת העבודה והרווחה, הכנסת ה-11 (24.5.1988); פרוטוקול ישיבה מס' 83 של ועדת העבודה והרווחה, הכנסת ה-12 (28.11.1989).

41 ישיבת הכנסת מיום 5.12.1989, ראו ד"כ 6, 756–757 (התש"ן).

42 המקרה הראשון: בש"א (שלום י-ם) 2646/98 פלוגית נ' משרד הבריאות היועץ המשפטי (פורסם בנבו, 29.8.2002); המקרה השני: בש"א (שלום י-ם) 5047/08 פלוגית נ' משרד הבריאות היועץ המשפטי (פורסם בנבו, 4.8.2008). החלטה שלישית, שנתנה יושבת ראש הוועדה, מחקה את התביעה בשל חוסר המעש המתמשך של המבקש-התיובע. ראו בש"א (שלום י-ם) 8332/04 חמוי (קטיין) נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.5.2006).

43 ביום 13.2.2007 התקיימה ישיבה של ועדת הכנסת המיוחדת לפניות הציבור בנושא התנהלותה של הקרן לפיצוי נפגעי חיסון, ראו פרוטוקול ישיבה מס' 34 של הוועדה לפניות הציבור, הכנסת ה-17 (13.2.2007). הוועדה דנה באי-ידיעת הציבור על קיום הקרן ובהיעדר ביטוח בנוגע לחיסון השפעת. כן מוזכר בה אי-הפרסום של מתן הפיצויים במקרים המעטים שבהם הוענק פיצוי, וגם חוסר השקיפות בדבר הסכום השמור בקרן. בהקשר זה ראוי להזכיר גם ישיבה קודמת של הוועדה שדנה, בעקבות שידור בטלוויזיה, בבעיות של נפגעי החיסון המשולש, כגון אי-מתן מידע להורים על הסיכונים ועל קיומה של קרן פיצויים, וכן בעניין מתן חיסון חדיש בטוח יותר. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 289 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-15 (26.3.2001). במשתתפים בדיון היה ראש שירותי בריאות הציבור במשרד הבריאות ד"ר אלכס לבנטל, שטען בתוקף כי מבחינה מדעית אין קשר סיבתי בין החיסון לבין פגיעות וסיבוכים. משתתפים אחרים חלקו עליו, ובהם הורים של ילדים שנפגעו (שם).

44 אילנה זינגל "נזקים נוירולוגיים שנגרמו בעקבות חיסון משולש" רפואה ומשפט 35, 195 (2006). השוו גם אילנה זינגל שתיקת הרופאים (2006). ביוזמת המחברת הוקמה בלשכת עורכי הדין ועדת משנה, שהגישה נייר עמדה שבו הצעה לאמץ את הגישה של המשפט האמריקאי (שם, בעמ' 197–198). על תוכן ההצעה ועל ההתפתחויות בתחום החיסון במישור המדעי ובמישור החקיקתי והמשפטי בארצות אנגלו-אמריקאיות, ראו אברהם סהר "לא עכברא גנב... – על אמונות, מדע וחוק ביטוח נפגעי חיסון, התש"ן-1989" רפואה ומשפט 36, 105 (2007). המחבר מציין כי החוק נשאר בפועל אות מתה, והוא מוסיף כי נייר העמדה הנזכר לא הובא, מסיבות לא ברורות, לפני הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין (שם, בעמ' 112). בעניין הקשר הרפואי המדעי, השוו גם את ההערות למאמר זה מטעם טלי שגיא (שם, בעמ' 116). המחברים גורסים כי לא החיסון עצמו גורם לנזק המוחי, אלא חריג גנטי. אולם עליית החום המלווה לעיתים את קבלת החיסון עשויה להיות הגורם המעורר את תחילתו של תהליך הנזק המוחי.

בלהה כהנא משנת 2008.⁴⁵ המאמר סוקר את הרקע לחוק ואת הוראותיו, את המצב המשפטי באנגלייה ובארצות הברית וכן את הקשר המדעי בין מתן החיסון לסיבוכים רפואיים. המסקנה היא כי החוק במתכונתו הנוכחית אינו משיג את מטרתו ויש לתקנו.⁴⁶ אולם את העבודה המקיפה ביותר בסוגיות השונות הקשורות לחוק עשתה שלי פרידמן במסגרת הדרישות לקבלת תואר מוסמך בניהול מערכות בריאות באוניברסיטת בן-גוריון בנגב.⁴⁷ המחקר נעשה בשיטה אינדוקטיבית, ומסקנותיו התבססו על ניתוח המידע שעלה מפרוטוקולים של דיוני הכנסת ומפרוטוקולים של ראיונות העומק עם מדגם של מרואיינים המייצגים את הגופים המעורבים בחיסון מתחום המשפט, הרפואה, המנהל ובריאות הציבור, וכן עם יחידים הטוענים כי ניזוקו מחיסון. בעניין השגת המטרה של מתן פיצוי לנפגעי חיסון, מסקנת המחקר היא זו: "בהתאם לעמדות רוב האינפורמנטים,⁴⁸ העדר מקרים בהם נפסק פיצוי על ידי הועדה מכוח החוק מעיד על 'כשלון החוק', קרי: כשלון השגת המטרה לפצות נפגעי חיסון. דחיית התביעות בנימוק של העדר קשר סיבתי בין חיסון לנזק, מצדיקה קריטריונים לקביעת קשר סיבתי השונים מהקריטריונים הרפואיים לפיהם פועלת הועדה כיום".⁴⁹ המחקר מצביע גם על הוראות נוספות בחוק המביאות לידי הימנעות מפנייה לוועדת המומחים, ובהן הגבלת הפיצויים וייחוד העילה.⁵⁰ בשלב זה ראוי לפנות להסדר במשפט האמריקאי שהשפיע גם על חקיקת החוק הישראלי. המסקנות שהוסקו בספרות בנוגע ליישומו ולהצלחתו של ההסדר הזה הן רלוונטיות מאוד לסוגיה הנדונה כאן.

3. המצב במשפט האמריקאי ופסק דין של בית הדין האירופי לצדק

בסוגיה של אחריות לנזקי חיסון בארצות הברית אפנה במיוחד למאמר ביקורתי מקיף מאת Mary S. Holland.⁵¹ מאמר זה סוקר בהרחבה את הרקע ואת התוכן של ה־National Childhood Vaccine Injury Act, 1986⁵² וכן את השינויים שעשה בו המזכיר של ה־U.S. Department of Health and Human Services (HHS) על פי סמכותו לפי החוק. המאמר מתייחס גם לפסק דין חדיש מאת בית הדין האירופי לצדק בקשר לאחריותו של יצרן החיסון.

- 45 בלהה כהנא "חוק ביטוח נפגעי חיסון – הלכה ואין מורין כן" **רפואה ומשפט** 38, 14 (2008).
- 46 השוו גם את הערותיו של אברהם סהר שפורסמו בסוף מאמרה של בלהה כהנא (שם, בעמ' 25), בנוגע לקשר המדעי בין החיסון לבין נזק מוחי.
- 47 ראו שלי פרידמן **חוק ביטוח נפגעי חיסון, תש"י-1989 בחינת יישום החוק בראי מטרותיו** (עבודת גמר לתואר "מוסמך בניהול מערכות בריאות", אוניברסיטת בן גוריון בנגב – הפקולטה לניהול, 2013), בהנחיית פרופ' נדב דוידוביץ'.
- 48 ראו שם, בעמ' 1, 30–31 (המחקר מציין כי לפי עמדת מיעוט, מטרת החוק איננה אלא הגנה על המדינה מפני תביעות נזיקין ורצונה של המדינה להתחזות למדינה נאורה ושוחרת צדק).
- 49 שם, בעמ' 1; וראו את המסקנות וההמלצות היישומיות (שם, בעמ' 76–77).
- 50 שם, בעמ' 71–73, 77.
- 51 ראו Mary S. Holland, *Liability for Vaccine Injury: The United States, the European Union and the Developing World*, 67 EMORY L.J. 415 (2018).
- 52 42 U.S.C. §§300aa-10 to 34 (2012).

אתאר בקצרה את תוכן המאמר ואת מסקנותיו שיש בהם, כאמור, עניין רב בנוגע למצב במשפטנו.

בדומה לחוק שלנו גם ההסדר האמריקאי מגביל את סכום הפיצויים לפי החוק.⁵³ כמו כן החוק קובע חובה להגיש את התביעה לפיצויים לנזקי גוף בתוך שלוש שנים מעת התופעה הראשונה של הפגיעה.⁵⁴

אולם בשני היבטים החוק האמריקאי מיטיב במידה מסוימת עם הנפגע, שלא כהסדר שלנו. בחוק מופיע לוח הכולל רשימה של חיסונים ופגיעות המתלוות להם, וכן לוח זמנים של הופעת הפגיעות האלה.⁵⁵ אם תובע מוכיח את קיום התנאים של הלוח, קיימת חזקה משפטית לטובתו כי החיסון גרם לפגיעה. על הנתבעת (שירותי הבריאות) לסתור את החזקה של קיום הקשר הסיבתי בהוכחה כי הפגיעה נגרמה מגורמים שאינם קשורים לחיסון.⁵⁶ עם זאת במקרה שהפגיעה או זמן ההופעה חורגים מן הקבוע בלוח, נטל ההוכחה בדבר קיום הקשר הסיבתי עדיין מוטל על התובע.⁵⁷ ההיבט השני השונה מן ההסדר הישראלי נוגע לייחוד העילה. הדין האמריקאי מאפשר עקרונית את הגשתה של תביעה אזרחית בנוזקין לפיצויים על פיגוע מחיסון, אך בהגבלות רבות ושונות. קודם כול, על הנפגע לתבוע לפי חוק פגיעת החיסון הנזכר משנת 1986. רק אם תביעתו נדחית, או החלטת המומחה המיוחד מתאחרת או אינה מספקת את התובע, רק אז רשאי הוא לפנות למערכת האזרחית בתביעת נזיקין.⁵⁸ אולם גם תביעות אלה, המכוונות נגד יצרן התרופה בגין פגמים בחיסון, כפופות מצידין למגבלות חוקיות המגבילות על היצרן. בפרשת Bruesewitz⁵⁹ נתן בית המשפט העליון של ארצות הברית, ברוב דעות, פרשנות מרחיבה מאוד לסעיף בחוק שהעניק חסינות ליצרני החיסון.⁶⁰ אחת התוצאות של פסק דין זה היא כי אין תמריץ ליצרני חיסונים להשקיע

- 53 שם, בס' 300aa-15(a)(2),(4),4) דולר חלה על מקרה של מוות ועל כאב וסבל, ואינה צמודה למדד. אך שלא כהסדר בישראל, אין הגבלה מיוחדת על אובדן הכנסה (שם, בס' 3).
 54 שם, בס' 300aa-16(a)(2). שלא כהסדר בישראל, הקטינות אינה משהה את ההתיישנות. במקרה של מוות התקופה היא שנתיים לאחר המוות או ארבע שנים מן התופעה הראשונה של הפגיעה שהביאה למוות (שם, 300aa-16(a)(3)). על הבעיה של תקופת ההתיישנות הקצרה במקרים שקשר הנוזק לחיסון מתגלה לאחר שנים, ראו Holland, לעיל ה"ש 51, בעמ' 435. המחברת מזכירה בהקשר זה את פסק הדין בפרשת (Fed. Cir. 2011) 1344-45, 654 F.3d 1322, Cloer v. Sec'y of HHS. בפרשה זו שללה דעת הרוב את זכותה של הנפגעת לפיצויים משום שהקשר של מחלתה (טרשת נפוצה) לחיסון נגד הפטיטיס נתגלה לאחר שלוש שנים מהופעת המחלה.
 55 לוח מופיע ב-42 U.S.C. §300aa-14(a).
 56 שם, בס' 300aa-13(a)(1), בשילוב עם ס' 300aa-11(c)(1).
 57 שם, בס' 300aa-13(a)(1), בשילוב עם ס' 300aa-11(c)(1)(C)(ii). בפרשת Hodges v. Sec'y of Dep't of Health & Human Servs., 9 F.3d 958, 961 (Fed. Cir. 1993) במקרה של מות תינוק, כי הנטל המוטל על התובע הוא באמת כבד. אך השוו את פרשת Cummings v. Sec'y of the Health & Human Servs., 90-3050V, 1996 U.S. Claims LEXIS 182 (Fed. Cl. Sep. 26, 1996), שבה הגיע בית המשפט למסקנה נוגדת בתוך כדי אבחון של ההחלטה בפרשה הקודמת.
 58 ראו 42 U.S.C. §300aa-21(a),(b).
 59 Bruesewitz v. Wyeth LLC, 562 U.S. 223 (2011).
 60 הכוונה היא להוראה החוקית, ראו 42 U.S.C. §300aa-22(b)(1). ראו את הסקירה הביקורתית המפורטת על פסק דין זה ועל רקעו אצל Holland, לעיל ה"ש 51, בעמ' 436-444; וכן ראו על רקע ההוראה

לפיתוח חיסונים בטוחים יותר.⁶¹ הגבלה מיוחדת בנוגע לאחריותם של יצרני תרופות וחיסונים נקבעה בחוק במקרה של אירוע שהוכרז עליו: "public health emergency".⁶² מכוח החוק הוקמה קרן מיוחדת לפיצוי נפגעים מאמצעי החירום.⁶³ בהכרזות על מצב חירום בריאותי היו אלה שהתייחסו לחיסונים נגד נגיפי האבולה והזיקה. ביום 31.1.2020 הכריז מזכיר שירותי הבריאות האמריקאי Alex M. Azar, על מצב חירום בריאותי בנוגע למגפת הקורונה.

מסקנת המחברת Holland היא כי ההסדרים האמריקאיים בנוגע לפיצוי נפגעי חיסון לא השיגו את מטרתם והם מלאי פגמים.⁶⁴ היא מסתמכת במסקנתה זו במיוחד על מחקר מעניין של Nora Freeman Engstrom, המצביעה על כמה וכמה בעיות הנובעות מן ההסדר החוקי ומהתערבותו של מזכיר שירותי הבריאות בתוכנו של לוח החיסונים והפגיעות.⁶⁵ עם בעיות אלה נמנים הימשכות ארוכת השנים של הדיונים, השיטה האדוורסרית והקשיים של הוכחת הקשר הסיבתי הנדרשת כעת ב-98% מן התביעות.⁶⁶

בשל חסרונותיו של ההסדר האמריקאי פנתה המחברת Holland לפסק דין חדיש של בית הדין האירופי לצדק שקבע כלל פרשנות מהותי בעניין מבחני הקשר הסיבתי בין חיסון לבין פגיעה במקבל החיסון.⁶⁷ הפרשנות של בית הדין מתייחסת להנחיה של האיחוד האירופי בנושא האחריות למוצרים פגומים.⁶⁸ הרקע לדיון היה תביעה מאדם שחלה בטרשת נפוצה לאחר שקיבל חיסון נגד צהבת.⁶⁹ התביעה הוגשה בצרפת נגד יצרן החיסון על יסוד הוראת סעיף 1386 לקובץ החוקים האזרחי, הקובעת כי היצרן אחראי אחריות חמורה לנוק שנגרם ממוצר פגום. בית המשפט הצרפתי בערכאה ראשונה החליט לטובת התובעים כי היצרן אחראי לנוק, אך בית המשפט לערעורים ביטל את פסק הדין. בית המשפט לקסציה החזיר את הדיון לבית משפט לערעורים אחר, שאישר שוב את הביטול. אז פנה בית המשפט

החוקית, שם, בעמ' 431–432. דעת הרוב ניתנה בידי השופט Scalia, ודעת המיעוט החולקת בחריפות ניתנה בידי השופט Sotomayor.

61 שם, בעמ' 444. בהמשך (שם, בעמ' 445–447), מביאה המחברת את המחקר האמפירי של Gayle DeLong, *Is "Delitigation" Associated with a Change in Product Safety? The Case of Vaccines*, 52 REV. INDUS. ORG. 1 (June 2017), המעיד כי בטיחות החיסון יורדת כשתביעות מצד נפגעי חיסון נמנעות.

62 42 U.S.C. §247-d-6d.

63 Countermeasures Injury Compensation Program, 42 C.F.R. §110 (2016). ראו את ניתוח ההוראות אצל Holland, לעיל ה"ש 51, בעמ' 447–451. המחברת עומדת גם על הבעיות החוקתיות של ההסדר (שם, בעמ' 450).

64 שם, בעמ' 451, 462.

65 ראו Nora Freeman-Engstrom, *A Dose of Reality for Specialized Courts: Lessons from the VICP*, 163 U. PA. L. REV. 1631 (2015).

66 תוצאה אחרונה זו באה בעקבות מחיקת פגיעות מסוימות מן הלוח בידי מזכיר שירותי הבריאות, שהביאה לביטול חזקת הסיבתיות (שם, בעמ' 1702–1703). בקשר לפגמי ההסדר, השווה גם Holland, לעיל ה"ש 51, בעמ' 432–435.

67 Case C-621/15, *N.W. v. Sanofi Pasteur MSD SNC* (June 21, 2017) (להלן: פרשת *N.W.*).

68 Council Directive 85/374, art. 4, 1985 O.J. (L 210) 29 (EEC).

69 ראו את התיאור המפורט של כל הליכי הדיון הממושכים בבתי המשפט הצרפתיים ובבית הדין האירופי, אצל Holland, לעיל ה"ש 51, בעמ' 451–456.

לקסציה לבית הדין האירופי לצדק בשאלות בדבר המבחנים לקביעת הקשר הסיבתי בין החיסון לפגיעה. השאלה הספציפית הייתה אם בית המשפט המדינתי רשאי להסיק סיבתיות גם בהיעדר הוכחה מדעית-רפואית. בית המשפט האירופי נתן תשובה חיובית בתנאי שבית המשפט יכול להגיע למסקנה של קיום קשר סיבתי בהסתמכו על "צורך של נסיבות שרצינותן, בהירותן והתאמתן מתירות לו לצאת מדרגה מספיק גבוהה של הסתברות כי מסקנתו תואמת את המציאות".⁷⁰

פסק הדין של בית הדין האירופי עורר תגובות, בחלקן נזעמות אך בחלקן גם שקולות.⁷¹ תגובה מעניינת בתגובות המאוזנות היא זו של פרופ' אלכס שטיין מבית הספר למשפטים בברוקלין – כתוארו אז.⁷² הוא קבע כי טעות היא לטעון שפסק הדין האירופי פתח את הסכר לתביעות מרובות בגין אחריות לחיסון. הוא הוסיף כי בתי המשפט עדיין יתחשבו בהוכחה רפואית אמינה כי החיסון הוא בטוח. לדעתו דאגות המדענים הן מופרזות ואינן מראות מודעות שלמה כיצד בתי המשפט והשיטה המשפטית פועלים ככללות.⁷³ מסקנתה של המחברת Holland בהקשר זה היא כי החלטתו של בית הדין האירופי לצדק יוצרת איזון נכון יותר בהתירה לפרטים להגיש תביעות בגין חיסונים פגומים לבית המשפט.⁷⁴

ד. סיכום ומסקנות

אם בארצות הברית הגיעו למסקנה כי ההסדר של פיצוי נפגעי חיסון לא השיג את מטרתו, הרי קל וחומר שההסדר המיוחד שלנו בישראל נכשל לחלוטין. במשך תקופה של יותר משלושים שנה לא ניתן אף לא פיצוי אחד לנפגע חיסון על יסוד החלטה חיובית של ועדת המומחים שהוקמה מכוח חוק ביטוח נפגעי חיסון. אין להסכים עם הנימוק העיקרי של בית המשפט המחוזי כי אין תשתית עובדתית מבוררת לכך שחוק ביטוח נפגעי חיסון אינו נותן מענה אפקטיבי לנפגעי חיסון. בית המשפט לא התייחס לספרות הענפה המוכיחה דבר זה. האפקטיביות של חוק היא מהות שאינה עניין עובדתי ספציפי שעל בעל דין להוכיח אלא עניין הנמנה עם ידיעה שיפוטית. בית משפט השלום הניח כי קיים קשר סיבתי בין החיסון לפגיעה על יסוד ראיות נסיבתיות. בית המשפט המחוזי העיר בקשר לזה כי אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב

70 פרשת *N.W.*, לעיל ה"ש 67, פס' 28.

71 ראו את פירוט התגובות השונות אצל Holland, לעיל ה"ש 51, בעמ' 457–460.

72 שם, בעמ' 458. המחברת מביאה מתוך דבריו של שטיין המוזכרים ברשימה אחרת. ראו Laura Castells & Declan Butler, *Vaccine Ruling from Europe's Highest Court Isn't as Crazy as Scientists Think – Media and Scientific Uproar over Admissible Evidence "Exaggerated"*, *Say Legal Scholars*, NATURE (June 28, 2017), <https://go.nature.com/30QDuT>

73 שטיין מסכם (שם): "If courts were to use scientific methods of proof in all cases in which they must determine disputed facts, they would hardly be able to make decisions and to deliver timely justice to people. Justice is generally best served when courts are free to admit whatever relevant evidence they wish and judge it on its own merits along with the rest"

74 Holland, לעיל ה"ש 51, בעמ' 462.

בממצאים עובדתיים אלא בנסיבות חריגות, וכי על פי הפסיקה שאלת הקשר הסיבתי המשפטי מוכרעת על בסיס מאזן ההסתברויות שלא כרמת ההוכחה הנדרשת לקביעה מדעית.⁷⁵ אולם הצורך בהוכחת הקשר הסיבתי בין החיסון לפגיעה הוא כאמור אחת הבעיות הקשות מבחינת הנפגעים הנאלצים להיזקק לוועדת מומחים.⁷⁶ סיבה נוספת להרתעת הנפגעים להיזקק לוועדת המומחים היא הסכום המוגבל שהוועדה יכולה להעניק. אם נצרף לזה את העיקרון של "ייחוד העילה", החל בעקבות עצם הגשת תביעה לוועדה או לבית משפט, אזי אין להתפלא שכל ההסדר אינו הוגן והוא עלול לפגוע בזכות חוקתית של הפרט. והינה, בנסיבות המקרה הנדון נגרם לנפגע מחיסון נזק בסך של קרוב לחמישה מיליון שקל. הוא הגיש תביעה לבית המשפט האזרחי ונכשל בתביעת הנזיקין בשל חוסר אשם מצד גורמי החיסון. אין כל ספק כי החיסון הוא עניין ציבורי המצדיק מתן פיצוי לנפגע פרטי.⁷⁷ נוסף על זה את קיומה של קרן ציבורית לא מנוצלת הניזונה מתשלומי המחסונים. לכן צדק בית משפט השלום שראה בנסיבות אלה מקרה חריג המצדיק להיזקק לאחריות המדינה ללא אשם על יסוד עילה חוקתית, לפי המבחנים שהוזכרו בפרשת **ישועה**.⁷⁸ כמו כן המחוקק מאפשר לתבוע מלכתחילה במסלול נזיקי במקום על פי חוק ביטוח נפגעי חיסון. לכן ההכרה בעילה חוקתית אינה בבחינת "מסלול עוקף" המאיין הלכה למעשה את חוק ביטוח נפגעי חיסון.⁷⁹ על המחוקק לתקן את החוק הזה כדי שימלא את מטרתו לפי כוונת המחוקק כפי שהיא עולה מיוזמי החוק⁸⁰. לשם כך יש לשנות את ההוראות הקיימות, בשלושה מישורים. על השינויים הנדרשים ניתן ללמוד מתוך הניסיון של שיטות המשפט השונות שהתמודדו עם בעיות דומות: המישור הראשון הוא הוכחת הקשר הסיבתי בין החיסון לפגיעה. אחת הסיבות לאי-מתן פיצויים על פי החוק נמצאת באי-יכולתם של התובעים להוכיח את הקשר הסיבתי-המדעי לשביעות רצונה של ועדת המומחים. אחת הדרכים לתיקון המצב היא הסדר של חזקות משפטיות לפי זמן הופעת הפגיעה כפי שקיים בארצות הברית. דרך אחרת (ואולי נוספת) היא קביעה מפורשת בחוק שניתן לקבוע את הקשר הסיבתי לפי ראיות נסיבתיות והסתברותיות, כפי שנקבע בפסק הדין של בית הדין האירופי, וכן בבתי המשפט במקרה הנדון במסגרת פקודת הנזיקין.⁸¹ בין המישורים השני והשלישי יש קשר ענייני. המישור האחד הוא הגבלת הפיצוי החמורה שנקבעה בתקנות למקרה של נכות מלאה, והפיצוי אפוא אינו נותן מענה לנפגע. התוצאה היא כי נפגע קשה יחליט לתבוע על יסוד עילה בנזיקין

75 פס"ד המחוזי, לעיל ה"ש 20, פס' 29.

76 השוו בהקשר זה, בש"א 5047/08, לעיל ה"ש 42, שם הוחלט כי על אף קשר הזמנים בין החיסון למות התינוקת אין קשר סיבתי בין החיסון לבין המוות.

77 השוו בהקשר זה את הצעת חוק לתיקון פקודת בריאות העם (מס' 34) (מדיניות חיסונים לאומית ותמריצים להתחסנות), התשע"ט-2019, ה"ח 833. הצעת החוק עברה קריאה ראשונה, אך לא הגיעה לחקיקה סופית בשל פיזור הכנסת ה-20.

78 ראו ה"ש 17 לעיל, והטקסט הסמוך אליה.

79 כדברי בית המשפט המחוזי בפס"ד המחוזי, לעיל ה"ש 20, פס' 26.

80 ראו לעיל ה"ש 40-41.

81 יש לציין כי בדיון הקצר של בית המשפט המחוזי בשאלת הקשר הסיבתי (לעיל בסמוך לה"ש 29), הוא הסתמך בעיקר על סמיכות הזמנים בין האירוע לנזק. לכן אין לדעת אם וכיצד לפי בית המשפט יכולה להיווצר, בהיעדר סמיכות זמנים, הסתברות לקשר הסיבתי.

העשויה לתת לו פיצוי מלא על נזקו. כאן אנו מגיעים למישור האחר: אם לא יעלה בידו להוכיח את אשמתו של הגורם המחסן, הוא יישאר ללא סעד כלשהו בשל הוראת החוק הקובעת את ייחוד העילה. כך קרה במקרה הנדון. לכן ראוי לתקן את החוק הן בהעלאת סכום הפיצוי והן בביטולו של עקרון ייחוד העילה. מכאן מסקנתנו שכל עוד לא נעשה הדבר, החלתה של עילה חוקתית היא ראויה ביותר.⁸²

82 בעניין סעד של פיצויים בגין פעולה שלטונית המטילה נטל חריג על הנפגע, ראו אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" **משפט ועסקים** כ 301, 400-414 (2017). אומנם ברק עוסק בחיסון המחויב על פי חוק, אך נראה לי כי בנסיבות הנדונות כאן הוא היה דוגל במתן פיצוי על פי עילה חוקתית.