

חוק ביטוח נפגעי חיסון - הלכה ואין מורין כן

בלהה כהנא*

תקציר

חוק ביטוח נפגעי חיסון נחקק בשנת 1989 במטרה לפצות כל אדם, בעיקר פעוטות שנפגעו מקבלת חיסון. העובדה שלמן חקיקת החוק ועד היום לא פסקה הוועדה שהוקמה מכוח החוק פיצוי אף לא לפעוט אחד, כמו גם העובדה שהוגשו לוועדה תביעות מועטות ביחס לצפי של מספר הנפגעים, בהתאם לנתונים שעמדו בפני מציעי החוק - הובילה אותי למחשבה שאחד משני הסברים אפשריים לסיטואציה לא ברורה זאת: או שאין ילדים שנפגעים כתוצאה מקבלת החיסון וחוק זה בטעות יסודו, או שהחוק כפי שהוא היום אינו מתאים לסיטואציה, ובשל כך אותם ילדים שחלו, אינם מקבלים פיצוי. במאמר בחנתי את שתי ההנחות ומקווה אני שעלה בידי להוכיח שהאפשרות השנייה היא המתקבלת על הדעת, דהיינו שהחוק כמות שהוא, בנוסחו היום, אין בו מענה לילדים שנפגעו, מה שמחייב כמובן את תיקון החוק. במאמר מובאת הצעה לתיקון החוק – הצעה שעשויה לפתור את הבעייתיות שבחוק ולתת מענה לאותם ילדים שנפגעו כתוצאה מקבלת החיסון וכיום אינם יכולים לקבל סעד על פיו.

* שופטת בדימי; ד"ר למשפטים (האוניברסיטה העברית); MBA (האוניברסיטה העברית). דוא"ל: bcahana@netvision.net.il

המחברת שמשה בתפקיד יו"ר ועדת המומחים על פי חוק ביטוח נפגעי חיסון, הנדון במאמר זה.

1. מבוא

חוק ביטוח נפגעי חיסון (להלן – החוק) נחקק בשנת 1989.¹ מטרתו הייתה לפצות אדם (בדרך כלל פעוט), שלקה במחלה כתוצאה מקבלת חיסון. למן אז, משך 18 שנה, לא ניתן ולו פסק דין אחד המזכה בפיצוי על פי החוק.² נתון זה יכול להוביל לאחת משתי מסקנות; מסקנה אחת, שהחוק מיותר, שהנחות המחוקק בעת שחוקק את החוק, כי יש סיכוי לפעוט שקיבל חיסון ללקות במחלה, הייתה הנחה מוטעית. מכאן שפעולת הרשויות הגובות כסף מכל הורה המחסן את הילד כדי לממן את החוק, בטעות יסודה, והכסף שנצבר (מיליוני

שקלים) חסר ייעוד. לפיכך ההלכה מיותרת ועל כן אין מורים על פיה. מסקנה אפשרית אחרת היא שהחוק הקיים, בשל פגמים וליקויים שבו, מחטיא את המטרה. במילים אחרות, אפשר שיש ילדים שלקו במחלה כתוצאה מקבלת החיסון, אולם החוק כמות שהוא אינו מאפשר להם לקבל פיצוי - לא מורים אפוא על פי ההלכה הואיל והיא אינה מתאימה. אם ההנחה הראשונה נכונה, יכול ויש מקום לבטל את החוק, או לכל הפחות להפסיק גביית הכסף מההורים. אם ההנחה השנייה נכונה, אזי יש מקום לתקן את החוק באופן שיהא בו להגשים את מטרתו. לטענתנו, מבין שתי המסקנות, השניה היא המסתברת יותר, הסיבה שלא נפסקו פיצויים נעוצה בליקויים מהותיים בחוק ותיקון שלו עשוי לשנות את המצב. לדעתנו, אין מקום לקבוע פוזיטיביטת שאין ילדים שחלו כתוצאה מקבלת החיסון.³

2. הרקע לחקיקת החוק

החוק נחקק בעקבות הצעת חוק פרטית⁴ אשר מספר הנחות היו ביסודה; האחת, שיש מספר לא מבוטל של

¹ למסקנה שונה מגיעים פרופ' אברהם סהר ופרופ' טלי שגיא. ראו א' סהר "לא עכברא גנב... על אמונות, מדע וחוק ביטוח נפגעי חיסון", התש"ן-1989 ותגובה למאמר שנכתבה על ידי פרופ' שגיא.

² הצעת חוק של ח"כ חיים רמון, הצעת חוק פיצויים לנפגעי חיסון, התשמ"ח-1987.

¹ בשמו המדויק חוק ביטוח נפגעי חיסון, התש"ן-1989. מאז נחקק החוק הוספה רשימת חיסונים בצו ביטוח נפגעי חיסון, התשנ"ה-1975, וכן הותקנו תקנות ביטוח נפגעי חיסון, התשנ"ב-1992 (להלן: "התקנות").

² למיטב ידיעתנו הוגשו לוועדה כ-10 תביעות. לבד מאחת, כולם נמחקו. יכול וחלק מהן הסתיימו בפשרה על פיה התובעים קיבלו פיצוי. מאחר ונתונים אלה חסויים, אין לנו כל ידיעה על כך. במאמר מוסגר נוסף שלא ברור לנו מכוח מה החיסון הזה. מטרתו, ככל הנראה, למנוע פאניקה ולמנוע העלאת הנושא של עלות תועלת של כדאיות החיסון – אף היא אינה נקיה מספקות. במסמך שהוגש לוועדה לזכויות הילד שבכנסת ישראל נכתב: "הוגשו לוועדה 19 תביעות בלבד: 5 הוכרו כנפגעי חיסון ופוצו בעשרות אלפי שקלים, 4 נדחו, 2 מהתובעים נפטרו ו-8 עדיין בטיפול". הנתונים נכונים למרץ 2004. נעמי מי-עמי, "חיסונים לילדים", הוגש לוועדה לזכויות הילד בכנסת ישראל (14.06.04) עמ' 4. לא נכתב מה מקור הנתונים ונעדר שהם אינם תואמים לנתונים שבדינו.

הנדבך השני בהצעת החוק היה ההכרה בחשיבות מתן החיסונים לשמירה על בריאות הציבור, ולמניעת התפשטות מחלות מדבקות ומגפות. שמירה על בריאות הציבור במובן צוין, מחייבת חיסון של 93% מהתינוקות. חיסון תינוקות הוא אינטרס ציבורי כללי ולא רק אינטרס פרטי של ההורה והילד הספציפי.⁸ מצב שבו אין גוף ציבורי שנוטל חסות על הילדים שנפגעו, עשוי להוות תמריץ שלילי למתן חיסונים ותמריץ שלילי שכזה עשוי לפגוע בבריאות הציבור כולו ולא רק בבריאות הפעוט הספציפי שאינו מתחסן.⁹

הנדבך השלישי עליו נשענת הצעת החוק, הוא ההכרה שהצדק וההגינות מחייבים שהכלל ישא בנטל הנופל על קרבן הפעילות שנועדה לטובת הכלל. רעיון זה של שוויון בחלוקת הנטלים החברתיים מבוסס על עקרון הסיכון החברתי, על פיו מוטלת על הרשות אחריות בניזקין, או חובת פיצויים, גם אם היא פעלה בסבירות כלפי מי שנפגע כאשר הפעולה שלו נועדה לקדם אינטרס ציבורי.¹⁰ במילים אחרות, כאשר אדם ניזוק עקב פעולה שלו, או של אחר, שנעשתה גם לצורך קידום טובת הכלל, ראוי, נכון, והוגן שהכלל ישא בנטל הכלכלי הנובע מפגיעת אותו אדם במהלך הפעילות. מאחר וחיסון תינוקות הנו אינטרס חברתי ולא רק אינטרס פרטי, כאשר תינוק ניזוק עקב קבלת חיסון, על הכלל לשאת בנטל הכלכלי כתוצאה מפגיעה זו ולפצות אותו.

התרכיבי. בשנים האחרונות, החל משנת 1988 עד עצם היום הסיכון ללקות במחלה תיאורטי, נוכח העדר תחלואה – אפס מקרים מדווחים" (פיסקה ה' 1 לפסק הדין).

בית המשפט לא מציין מה מקור האינפורמציה, אך ככל הנראה הדברים מבוססים על עדותו של ד"ר סלייטר, מנהל המחלקה לאפידמיולוגיה במשרד הבריאות, אשר בתחילת פסק הדין בית המשפט מתייחס לדבריו.

⁸ שם, ראו גם תוכניתה של גל גבאי "משהו מטפל בך – פרק 1 חיסון אוטומטי" ערוץ 8 (שדור ראשון ביום 06.01.2007, וכן ת"א (ב"ש) 1018/00. לעיל הערה 7.

⁹ בדיון בכנסת אמר ח"כ חיים רמון בהקשר זה "במצב זה שבו לא משרד הבריאות ולא רשויות אחרות לוקחים עליהם באופן טבעי את האחריות עלולים הורים להירתע כמובן מלחסן את ילדיהם בחיסון המשולש, יש לי תינוקות בבית ואני קצת קרוב לעניינים האלה. ההורים פשוט אומרים: הסיכון של אחד לאלף שיקרה לנו משהו ושרוס רשות לא תפצה אותנו על כך, הוא גדול ואנחנו לא מוכנים לחסן את הילדים". לעיל הערה 5. הדברים מקבלים משנה תוקף על רקע פעילות קיימת המעודדת אי מתן חיסונים. ראה אתר האינטרנט של ארגון חסון:

www.hisunim.com

¹⁰ ראה בסוגיה זו, ישראל גלעד "האחריות בניזקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" (חלק שני) משפט וממשל ג' 55, 85 (1995).

ילדים שנפגעים מדי שנה מחיסון. השניה, שכיסוי חיסוני המוני הוא הכרחי לשמירת בריאות הציבור, והשלישית, שהצדק וההגינות מחייבים מתן פיצוי לאלה שרגישים לחיסון ומתחסנים כחלק ממדיניות אשר באה לקדם את טובת הכלל.⁵

קודם להצעת החוק ובמקביל לה ניתנו החלטות שיפוטיות אשר קראו למחוקק לפעול לחוקק חוק שיעניק פיצוי לאותם ילדים שנפגעו כתוצאה מחיסון ואשר אין הם יכולים, או שיתקשו לזכות בסעד במסלול נזיקי רגיל.

2.1 הצעת החוק

ההנחה הראשונה עליה התבססה הצעת החוק היא – שיש פעוטות שנפגעים כתוצאה מקבלת החיסון, בעיקר החיסון המשולש (קרמת, צפדת, שעלת - DPT). על פי הנתונים שנמסרו בדיון בכנסת, מדי שנה נפגעים 1-3 לכל אלף תינוקות המקבלים חיסון, וחומרת הפגיעה כתוצאה מהחיסון היא בדרך כלל פגיעה קשה ביותר - מוות, פיגור שכלי עמוק, נכות של 100%, חירשות אילמות וכיוצא ב"ב".⁶ נמסר כי על פי נתונים שנאספו במשך 10 שנים משנת 1977 ועד השנה שקדמה להצעת החוק - 1986, נרשמו קרוב ל-200 מקרים של פגיעות נוירולוגיות אצל ילדים כתוצאה מקבלת החיסון - 49 מקרי הלם, 116 מקרי פרכוסים, 11 מקרים של דלקת מוח ומתוכם 6 פטירות.⁷

⁵ דברי הכנסת (כרך תשמ"ח 1987/8, עמ' 1242.

⁶ שם, שם.

⁷ שם, בעמ' 1243. החיסון המשולש החל להינתן בשנת 1957, משנת 1977 נעשה איסוף נתונים מלא.

בשנת 1977 דווח על 4 מקרי הלם, 4 פרכוסים, 4 דלקות מוח מתוכן 3 פטירות
בשנת 1978 דווח על 5 מקרי הלם, 8 מקרי פרכוסים, 2 דלקת המוח

בשנת 1979 דווח על 3 מקרי הלם, 10 מקרי פרכוסים

בשנת 1980 דווח על 3 מקרי הלם, 10 מקרי פרכוסים, 1 דלקת המוח

בשנת 1981 דווח על 3 מקרי הלם, 20 מקרי פרכוסים, 1 דלקת המוח, 1 פטירה

בשנת 1982 דווח על 4 מקרי הלם, 9 מקרי פרכוסים, 1 דלקת המוח

בשנת 1983 דווח על 5 מקרי הלם, 12 מקרי פרכוסים, 1 דלקת המוח

בשנת 1984 דווח על 3 מקרי הלם, 9 מקרי פרכוסים, 1 דלקת המוח

בשנת 1985 דווח על 11 מקרי הלם, 22 מקרי פרכוסים

בשנת 1986 דווח על 8 מקרי הלם, 12 מקרי פרכוסים, 1 דלקת המוח, 1 פטירה

סה"כ; 49 מקרי הלם, 116 פרכוסים, 11 דלקת המוח ומתוכם 6 פטירות

בת"א (ב"ש) 1018/00 אייל נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 16.11.05), מתייחסת השופטת מרוז לסיכוי ללקות בפוליו עקב קבלת חיסון והיא כותבת:

"במהלך השנים 1970-1988 אובחנו בישראל 9 (!) מקרים בהם לקו תינוקות במחלה כתוצאה מהחיסון

2.2 פסיקה שקראה למחוקק לפעול לחקיקת החוק

משנת 1957 עד חקיקת החוק הוגשו 17 תביעות נזיקין בגין החיסון המשולש: שתיים הסתיימו בפסקי דין שדחו את התביעות, שתי תביעות נמחקו וארבע תביעות הסתיימו בפשרה.¹¹

מאז הוגשו מספר תביעות במסלול הנזיקי, לא מצאנו ולו פסק דין אחד שהטיל חבות ברשלנות על המדינה בהקשר לחיסונים. ניתן להניח שחלק מן התיקים הסתיימו בפשרה שבמסגרתה פוצו תובעים על נזיקיהם.¹²

בפרשת **אלטורי**¹³ נדונה תביעה של תינוקת כבת ארבעה חודשים אשר קיבלה את החיסון המשולש וכעבור עשרה ימים נתגלו אצלה סמנים של פגיעה מוחית. הקטינה הגישה באמצעות הוריה תביעת נזקין נגד המדינה. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה לאחר שקבע שלא הוכח קשר סיבתי מאחר והסימנים לא נתגלו מיד לאחר מתן החיסון. אילו היו מתגלים בתוך יממה אחת, ההסתברות לקיום קשר סיבתי הייתה גוברת וסביר שבית המשפט היה מכיר שהפגיעה היא כתוצאה מקבלת החיסון. בית המשפט העליון הלך בעקבות בית המשפט המחוזי ודחה אף הוא את התביעה, אך בשולי הדברים קרא למחוקק לפעול:

“עם זאת יש להעיר, כי בהעדר תרופה נזיקית ראוי למחוקק לשקוד על גיבוש הסדר חקיקתי שיאפשר לנפגעים כאלה למצוא את תקנתם וסיועם מקופת הציבור.”¹⁴

¹¹ הנתונים מצויים בידי משרד הבריאות. אין כל אפשרות לקבלם ממקור אחר. תיקים שמתפרסמים הם רק תיקים שהסתיימו בפסק דין. אנו לא מצאנו תיקים מאלה המוזכרים. הנתונים לקוחים מתוך הדיון בכנסת. לעיל הערה 5.

¹² רשימה חלקית של תביעות שהוגשו: ת”א (י-ם) 3082/01 **בורוכוב נ’ קופת חולים של ההסתדרות** (לא פורסם, 26.04.07), ת”א (ת”א) 1909/88 **זכאי נ’ מדינת ישראל** (לא פורסם, 23.11.99).

¹³ ע”א 470/87 **אלטורי נ’ מדינת ישראל**, פ”ד מז (4) 146 (1993).

¹⁴ שם (ע”א 470/87), בעמ’ 154. הערה זו של בית המשפט זכתה לביקורת, שכן פסק הדין ניתן ביום 24.08.93 ואילו החוק נחקק ארבע שנים קודם לכן בשנת 1989. ר’ לדוגמא, אסף פוזנר “חוק גל כמשל – ההגנה על זכות הקניין” **משפטים** כח 581, 599 ה”ש 62 (1997). אומנם לפי הדברים שצוטטו לעיל אכן נראה שנעלם מעיני בית המשפט דבר קיומו של החוק, אולם ניתן להציע גם פרשנות אחרת לדברים אלה של בית המשפט. בפרשה זאת דחה בית המשפט את התביעה בהיעדר קשר סיבתי בין החיסון למחלה. החוק בנוסחו כיום אינו נותן מענה למקרה כמו זה. גם על פי החוק בנוסחו הקיים התובעת לא הייתה מקבלת פיצוי שכן החוק דורש הוכחת קשר סיבתי (להבדיל מרשלנות) ויכול ובית המשפט קרא למחוקק לתקן את החוק, פרשנות זו מאולצת ביותר, אך זו פרשנות שמתיישבת עם תפיסת עולמי

3. החוק ומאפייניו

שלוש מטרות הציב המחוקק לנגד עיניו בעת שנחקק החוק:

- (1) ליצור כלי חוקי להכרה באחריות הציבורית לגבי נפגעים אלה, (2) ליצור מנגנון דיון יעיל ומהיר בתביעות משפחות הנפגעים, (3) לאפשר פיצוי לנפגעים.”**¹⁵

אומר כבר כאן כי אף לא אחת ממטרות אלה הושגה. המטרה הראשונה הושגה לכאורה שהרי נחקק חוק, אלא שיישומו, כפי שיפורט בהמשך, הפך הישג זה לאות מתה. להלן נפרט את עיקרי החוק אל מול מטרות החוק, בהמשך תובא הביקורת שלנו על יישום החוק, אשר לטענתנו מחטיא את מטרות החוק ובהמשך נציע דרכים לתיקונו.

1) הכרה באחריות ציבורית לגבי הנפגעים

החוק מכיר בכך שנפגע חיסון זכאי לפיצוי אם סבל עקב החיסון מנכות; ליקוי גופני, נפשי, או שכלי וכן אם נגרמה פגיעה שהביאה למותו.¹⁶ כל שעל הנפגע להוכיח

לגבי הרצוי לעומת המצוי. בדיון בכנסת ציטט ח”כ חיים רמון פסק דין של השופט דיין מחיפה (כך במקור!) לא מצאנו פסק דין כזה ואנו מביאים את הדברים כפי שנאמרו בדיון בכנסת מפיו של ח”כ חיים רמון:

“הריני ממליץ בפני המחוקק לשקול אם נוכח הקשיים העומדים בפני התובעים בהוכחת תביעות מסוג זה אין מקום לחשוב על חקיקת חוק בארץ לפי מודל החוק האנגלי נראה שכאשר מתבצע חיסון המוני שהציבור בכללותו נהנה ממנו, יש לדאוג לפיצוי האחוז הקטן יחסית של נפגעים. לרבות המקרים המסופקים, שלפי דיני הראיות הרגילים אינם יכולים להצביע על קשר סיבתי ברור בין הזריקה לתופעות החולניות במסגרת חוק כזה שמגמתו סוציאלית, ניתן לנקוט אמת מידה ליברלית הרבה יותר מאשר במסגרת תביעת נזיקין רגילה.”

דברים אלו משקפים גישה על פיה יש לקבוע מבחנים שונים מאלו של דיני הנזיקין הרגילים להוכחת הקשר הסיבתי. ד”כ, לעיל הערה 5.

¹⁵ בתוספת לתקנות ביטוח נפגעי חיסון, התש”ן-1992, רשימת חיסונים שהחוק חל עליהם (1) חיסון משולש-קרמת-צפדת-שעלת (DPT) (2) חיסון שיתוק ילדים (3) חיסון משולב-תצבת-חזרת-אדמת (MMR) (4) חיסון אחר שניתן בהתאם לסעיף 19 לפקודת בריאות העם, הכוונה לחיסון עליו מכריז משרד הבריאות עקב חשש למגיפה. ולא חיסון שניתן עקב טיפול רפואי. יתרה מזו, חיסון עליו ממליץ משרד הבריאות, כמו חיסון נגד שפעת אינו מכוסה על פי החוק. בשנת 1995 נחקקה תוספת לחוק והוספו שני חיסונים (5) חיסון נגד דלקת קרום המוח הנגרמת על ידי *Hemophilus Influenzae* (6) וחיסון נגד דלקת כבד נגיפית *Hepatitis B*.

לאחרונה הוגשה הצעת חוק לתיקון נוסף של החוק - הצעת חוק ביטוח נפגעי חיסון (תיקון - הוספת חיסון השפעת), התשס”ז-2007 באופן שתיוסוף לתוספת (7) חיסון נגד שפעת *Influenza* (פורסם בס”ח התש”ן עמ’ 17).

בסך 15 ש. 20 בתשלום זה קונה המחוסן ביטוח שתנאיו מוסדרים בחוק והם כמפורט לעיל. קרן הביטוח מנוהלת על ידי ענבל, חברה לביטוח בע"מ, שהיא חברה ממשלתית, והמבוטחים הם כל המעורבים בפעולת החיסון. מודל זה הוא מודל סוציאלי ודומה למודל של חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975.

החוק מפצה רק נפגע הסובל מנכות. החוק אינו מפצה עקב נזק חולף, זאת, בניגוד להסדר הנזיקי הכללי המעניק פיצוי גם בגין נזק חולף.²¹ ההסבר לסטייה מההסדר הנזיקי הרגיל הוא זה הניתן לכל ההסדרים הסוציאליים, הסוטים מההסדר הנזיקי הרגיל. ההסדר הסוציאלי מבוסס על גישה של מתן פיצוי לכל נפגע, תוך שהוא מתעלם משאלות בדבר רשלנות, אשם ואשם תורם - "במחיר" של פיצוי נמוך. לכן, תקרת הפיצוי נמוכה משמעותית מפיצוי על פי פקודת הנזיקין, וכן שהפיצוי ניתן רק בגין נזק של ממש וצמיית ולא על נזק חולף.²²

החוק אינו קובע ייחוד עילה - תובע רשאי לבחור בין מסלול תביעה על פי פקודת הנזיקין (נוסח חדש), לבין מסלול תביעה מכוח החוק. תביעה במסלול אחד מאיינת את האפשרות להגיש תביעה במסלול האחר.

5 הפעלת החוק

בקרנות מקרה הביטוח, על המוטב להודיע על כך בהקדם למבטח, קרי, למשרד הבריאות (סעיף 3 א לחוק). ועדת המומחים תדון בתביעה ותקבע אם קיים קשר סיבתי בין מקרה הביטוח לבין החיסון (סעיף 3 ג לחוק). אם הוועדה קבעה שהפגיעה נובעת מהחיסון, תקבע את שיעור הנכות (סעיף 3 ד לחוק) ולאחר מכן, בתוך 30 יום, ישולמו תגמולי הביטוח שיחושבו על פי אחוזי הנכות שנקבעו (סעיף 4 לחוק).

המסלול אפוא נגיש, פשוט, ויעיל מאין כמותו, אלא שכפי שכבר רמזנו, הקשר בין המציאות להוראות החוק רחוק מאוד.

הוא קיום קשר סיבתי בין החיסון לבין הפגיעה (סעיף 4 א לחוק). בכך הכיר המחוקק באחריות הציבורית כלפי נפגע חיסון, שכן אין עליו להוכיח אלא קיום קשר סיבתי. הוא אינו נדרש להוכיח התרשלות, די בכך שהוא קיבל חיסון ונפגע כתוצאה מכך. יודגש שאין מקום לברר אם הייתה התרשלות במתן החיסון, עובר למתן החיסון (כגון שלא היה מקום ליתן את החיסון, כי הילד היה חולה במחלה אחרת), או לאחר החיסון (כגון אי-טיפול נאות בסימפטומים ידועים עקב קבלת החיסון). כל שיש לקבוע הוא קיום קשר סיבתי בין החיסון לבין הפגיעה.

2 יצירת מנגנון דיון יעיל ומהיר בתביעות משפחות הנפגעים

החוק עוקף את המסלול הנזיקי. דיון בתביעה על פי החוק מתקיים בפני ועדת מומחים, אשר חברה הם שופט שמונה על ידי שר הבריאות בהתייעצות עם נשיא בית המשפט העליון והוא היו"ר, ושני רופאים בעלי תואר מומחה בתחומים הנוגעים לנושא (סעיף 3 לחוק).¹⁷

פרוצדורה זו נועדה לאפשר קיום דיון מהיר ויעיל. ההנחה הייתה שוועדה מעין זו תתמחה בתביעות כאלו ועל כן הדיונים בה יהיו מהירים.¹⁸ להבנת, הואיל וגם יושבים בוועדה שני רופאים מומחים, ניתן לחסוך בהבאת חוות דעת מומחים מטעם הצדדים, מה שיכול כמובן לתרום גם כן לקיום דיון ענייני, יעיל ומהיר.¹⁹

3 לאפשר פיצוי לנפגעים

החוק קובע פיצוי קבוע ומוגדר. קביעה זאת מייצרת את הצורך להוכיח את גובה הנזק, מפשטת ותורמת לדיון ולעניין עצמו. החוק קובע פיצוי של 250,000 ש"ח (כ-100,000 דולר ארה"ב כשערו באותה עת) לנפגע הסובל מנכות מלאה (100%) ולמקרה מוות של מבוגר כתוצאה מחיסון, ופיצוי של 10,000 ש"ח בגין מקרה מוות של פעוט. הפיצוי בגין נכות בשיעורים נמוכים יותר, נגזר מהפיצוי בגין נכות מלאה בהתאם לגובה הנכות שנקבעה.

4 הוראות ייחודיות נוספות

החוק ממומן מכספי ביטוח של כלל מקבלי החיסון. כל מחוסן משלם אגרת חיסון בה כלולים גם דמי ביטוח

¹⁷ המחברת שמשה כיו"ר הוועדה בשנים 2005-2001.

¹⁸ ד"כ, לעיל הערה 5.

¹⁹ דברים אלו לא נאמרו בדיוני הכנסת, אך מדברי ההסבר לחוק ניתן להבין שזו הייתה כוונת המחוקק. זו גם הפרשנות הראויה לחוק. בפועל הדברים אינם מתנהלים בדרך זו. התייחסות לכך תהא בהמשך.

²⁰ 5 ש"ח צמודים למדד דצמבר 1989.

²¹ ראה: ע"א 1338/97 תנובה מרכז לשווק תוצרת חקלאית בישראל נ' תאופיק, פ"ד נז (4) 673 (2003).

²² על המייחד הסדרים סוציאליים לעומת הסדר נזיקי רגיל ראה: בלהה כהנא "השתלבות חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975 במערך החקיקה המסדירה עולות בניזיקין" (חיבור לשם קבלת תואר מוסמך, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2001).

4. ההנחה שאין ילדים שלקו במחלה כתוצאה מקבלת החיסון

4.1 רקע עובדתי

אחת משתי ההנחות שהעלינו בניסיון להבין מדוע עד היום לא ניתן על ידי הוועדה אף פסק דין המזכה בפיצוי על פי החוק הייתה, שאין ילדים שחלו כתוצאה מן החיסון. לדעתנו, הנחה זו אינה סבירה ויש לדחותה.

על פי הנתונים שהוצגו על ידי מציעי החוק נמסר, שמדי שנה כ-20 תינוקות סבלו מפגיעה נויורולוגית כתוצאה מהחיסון. אם היה שינוי כלשהו שיכול להוות בסיס לטענה כי מעת חקיקת החוק פחת מספר הפעוטות שנפגעו, או שכלל אין יותר תינוקות שנפגעים כתוצאה מקבלת החיסון, הנחה זו הייתה יכולה להתקבל.

הנחה כזאת יכולה להיות מבוססת על שינוי כלשהו שקרה למן חקיקת החוק בתרכיב החיסון או במדיניות החיסונים. לדוגמא; שהוכנס תרכיב חיסון שונה, בטוח יותר, או שטכניקת החיסון השתנתה, או שהמדיניות לגבי גיל המתחסנים השתנתה. עד כמה שידעיתנו מגעת, אף לא אחת מהנחות אלה תקפה עד ליום מתן פסק הדין על ידי הוועדה באוגוסט 2002.²³ למן אז חל שינוי בהרכב החיסון ולכך תהא התייחסות להלן. הנחה זו שאין יותר ילדים שעשויים להיפגע מקבלת חיסון יכולה גם להיות מבוססת על קיומן של גישות מדעיות חדשות, שלא עמדו בפני מנסחי החוק ואשר שוללות את הקשר בין אותן פגיעות שבעבר על פי השיטות המדעיות "הישנות" יוחסו לחיסון. גם התייחסות לאפשרות זו תהא בהמשך.

4.2 התרכיב המשולש

ההנחה היא שהתרכיב נגד שעלת שבחיסון המשולש הוא שעשוי לגרום לבעיות נויורולוגיות אצל הפעוטות, ועל כן ההתייחסות במסגרת הדיונים בשאלת הנזקים כתוצאה מהחיסון מתייחס בעיקרו לתרכיב והשפעתו.²⁴

שעלת (whooping cough, pertussis) היא מחלה מדבקת מאוד הנגרמת על ידי החיידק Bordetella Pertussis. המחלה מאופיינת בשיעול קשה והיא מסוכנת

²³ פסק הדין ניתן על ידי ועדת המומחים בבש"א 2646/98 פלונית נ' משרד הבריאות (לא פורסם, 29.08.02) (להלן: "פסק הדין").

²⁴ שם, פסקה 3. הדברים שיובאו להלן מבוססים על פסק הדין של הוועדה שנכתב על ידי הח"מ ושני המומחים חברי הוועדה.

לילדים בגיל שמתחת לארבע שנים, בגלל סיבוכים משניים שעשויים להביא לנזק מוחי המתבטא בפגיעות נויורולוגיות קשות. התרכיב נגד שעלת הכלול בתרכיב המשולש הוכנס לשימוש בישראל בתחילת שנות ה-50 של המאה הקודמת. החיסון ניתן בחודשיים הראשונים לחיים, ואף מוקדם יותר במקרה של מגיפה. החיסון ניתן שלוש פעמים במשך ששת החודשים הראשונים ומנה נוספת ניתנת בגיל 12 חודש. בעבר התרכיב היה מבוסס על חיידק שעלת שלם ומומת, ובו כל המרכיבים מעוררי החיסון. משנת 2002 נכנס לשגררת החיסונים בישראל תרכיב חיסון חדש, חיסון נטול-תאים (acellular), המבוסס על חלקי תא החיידק המעוררים את המערכת החיסונית של הגוף לייצר חיסון. החיסון נטול-התאים הונהג בישראל משנת 2002, והוא נחשב בטוח יותר מהחיסון המבוסס על תאי החיידק השלמים.²⁵

4.3 תגובות אפשריות לחיסון

התגובות למתן החיסון עשויות להיות קלות וחולפות: תופעות לוואי מקומיות ועליית חום או תגובות אלרגיות, כגון תפוחת עור וכאבי פרקים. התגובות עשויות להיות גם חמורות והן: הלם אנפילקטי, תופעה נדירה מאוד שעשויה להסתיים אף במוות; פרוקסים אשר עלולים להופיע תוך 48 שעות, לעיתים מלווים בעליית חום; אירועים של רפיון שרירים וחוסר תגובה לסביבה הוא אירוע נדיר אשר עלול להופיע תוך 24 שעות; חום גבוה מעל 50°C; ודלקת המוח, אשר עלולה להופיע תוך 72 שעות ונחשבת לסיבוך חמור במערכת העצבים.

תגובות של הלם אנפילקטי, דלקת מוח תוך שבעה ימים ורגישות למרכיבי התרכיב הם הוריות נגד להמשך סדרת החיסונים.²⁶

4.4 הקשר בין החיסון והתגובות האלרגיות

הקשר בזמן בין קבלת החיסון ותופעות לוואי, בהיעדר הסבר אטיולוגי לבד מתן החיסון, הביאו בעבר לראות בתרכיב את הגורם הסיבתי לתגובות אחרי מתן החיסון. החל משנות התשעים הגישה לסוגיה של הקשר בין התגובות האלרגיות למתן החיסון השתנתה, והמגמה שהלכה ורווחה היא שאין לראות בקשר בזמן בין מתן

²⁵ סקירה רחבה על כל הפן הרפואי הקשור בחיסון, התגובות בעולם נגד החיסון והתוצאות העגומות של שיעורי חיסון נמוכים באנגליה ובקנדה ראה במאמרו של פרופ' א' סהר, לעיל הערה 3.

²⁶ לעיל הערה 23.

4.5 גישות מדעיות חדשות לקשר בין הסיבוכים והחיסון

קבוצת חוקרים אוסטרלים בדקו את המבנה הגנטי של תינוקות שלקו באנצפלופתיה תוך 72 שעות מקבלת החיסון נגד שעלת והוכיחו שבתינוקות אלה קיימת מוטציה ספורדית של גן שהתגלה אצל תינוקות שסבלו מאפילפסיה מיוקלונית של גיל הינקות (Myoclonic Epilepsy of Infancy).³⁰ המחקר שפורסם בחודש יוני 2006 עורר הדים רבים ובעקבותיו הלכו גם חוקרים בקנדה ובאוניברסיטת ייל. פרופ' סהר מסכם את מסקנות המחקרים החדשנים הללו:

"בלשון הדיוטות במדע – הפרוכוסים והנזק המוחי המתרחשים לאחר חיסון נגד שעלת, קורים בתינוקות שחל אצלם שינוי ב"תעלת הנתרן" בתאי מוח, כתוצאה ממוטציה ספורדית בתת קבוצות הגן SCN1A. משמע – הפרוכוסים הבלתי נשלטים והנזק המוחי הצמית המתפתח בהמשך, אינם תוצאה של החיסון עצמו, כי אם תולדה של התהוות ספורדית של חריג גנטי. תינוקות בהם אירע שינוי זה במבנה הגנטי הופכים למועדים לפרוכוסים ולנזק מוחי. עליית החום, אשר לעיתים יש ומלווה קבלת חיסון, היא הגורם המעורר את התפרצות הפרוכוסים ואת תחילת תהליך הנזק המוחי. (הדגשה שלי ב. כ.) לא החיסון "אשם" בנזק המוחי – השנוי הגנטי שהתרחש בתינוק עצמו הוא הבסיס. מן ההיבט המדעי התהליך והמנגנון ברורים."

המחקר גילה, אפוא, שתינוקות הסובלים ממבנה גנטי מסוים עלולים לפתח אנצפלופתיה כתוצאה מקבלת החיסון. על פי מחקר זה, החיסון איננו גורם לתסמונת, אלא אם הוא ניתן לתינוקות הסובלים מהמום הגנטי המתואר. החיסון איננו אשם אפוא, המום הגנטי הוא האשם.

4.6 המסקנות המשפטיות הנובעות מהגישות המדעיות החדשות

מה עלינו להסיק מהמסקנות הרפואיות המתוארות לעיל? האם המסקנה שיש להסיק היא שבגין כך אין

³⁰ S.F. Berkovic, L. Harkin, J.M. שעמדו בראש צוות מדענים גדול ורב-תחומי.

החיסון והתגובות הנצפות אחרי מתן החיסון הוכחה לקשר סיבתי. רבות מן התופעות שנרשמו לאחר מתן החיסונים הוסברו כנובעות מסיבות אחרות: זיהום וירלי בו-זמני למתן החיסון, זיהומים בקטריאליים למיניהם, מומים מולדים, ליקויים מטבוליים ופגיעות במערכת העצבים, כולל תסמונת על שם West. תסמונת זאת מופיעה בדרך כלל בתינוקות בששת החודשים הראשונים לחייהם. בתקופה זאת התינוק מקבל את שלוש המנות הראשונות של התרכיב. בעבר הקשר העובדתי בין קבלת החיסונים לבין התופעות יצרו הנחה של קיום קשר משפטי בין החיסון לתופעות, כולל תסמונת על שם West. ואולם, כאמור, למן שנות התשעים, המגמה היא שלא לקשור עוד ביניהם. מגמה זו היא תולדה של מחקרים אפידמיולוגיים שבוצעו באנגליה ובארה"ב מסוף שנות ה-50 עד תחילת שנות ה-90 תוך שימוש בקבוצות ביקורת, בחלקם תקופה ממושכת עם מעקב עד 10 שנים. המידע הרלוונטי ביותר לסוגיית הקשר הסיבתי בין התרכיב והתגובות למתן החיסון מסוכם בחומר שמקורו ב-NCES אשר נוהל באנגליה בין השנים 76-79 עם מעקב נוסף של 10 שנים, ואשר פורסם בשנת 1991. המחקר הוציא מכלל קשר בין החיסון לתגובות אחרי החיסון, תופעות שונות אשר סווגו לחמש קטגוריות ובהם תסמונת על שם West. המחקר קבע שגילוי המחלה בסמוך למתן החיסון אינו מהווה ראיה לקשר סיבתי בין השניים.²⁷

על יסוד דברים אלו דחתה הוועדה תביעה של ילדה לקבוע קשר סיבתי בין התסמונת על שם West ממנה היא סובלת לבין החיסון.²⁸ אם כי, מן הראוי להדגיש שבאותו מקרה הדחייה הייתה קודם כל על בסיס עובדתי, לאחר שעלה מהתיק הרפואי שסימני התסמונת התגלו עובר למתן החיסון.²⁹

²⁷ ראה:

LUCY JOHNSON "WERE ALL OF THESE CHILDREN KILLED BY THE TRIPLE MMR JAB?" EXPRESS NEWSPAPERS JANUARY 13, 2000.

²⁸ לעיל הערה 23. כאמור הח"מ הייתה שותפה לכתיבת פסק הדין. ואעיר שגם בעת כתיבתו לא נחה דעתי בשאלת הקשר הסיבתי המשפטי. אולם כאשר הוועדה חייבת לפסוק על פי מאזן ההסתברות, לא היה מנוס מלהגיע לאותה המסקנה. אילו דרישת ההוכחה של הקשר הסיבתי הייתה שונה, כפי שאני מנסה לשכנע במאמר זה, אפשר היה להגיע למסקנה אחרת שכן אין מדובר בסוגיות לגביהן מסקנות רפואיות ברורות.

²⁹ לעיל הערה 23.

המסקנה המשפטית שיש להסיק, אין ספק שבמבחן משפטי מחקרים אלו מיטיבים דווקא עם הנפגעים הפוטנציאליים. יחד עם זאת, מאחר וטרם נאמרה המילה האחרונה בסוגיה זו, וכשם שלאחרונה פורסם מחקר חדש יכול בעוד זמן יפורסם מחקר אחר שמסקנותיו יהיו שונות, ומכל מקום מאחר ולא ברור כלל שמחקר חדש זה למרות חשיבותו יש בו לבסס תזה רפואית מדעית המקובלת על הכל, יש לתת פתרון חקיקתי שיהיה מנותק מתגלית כזו או אחרת, אך יהיה מחובר למציאות המעידה על בעייתיות בכל הקשור לסוגיה דנן - היינו לסיבוכים האפשריים כתוצאה מחיסונים.

4.7 המצב המשפטי באנגליה ובארה"ב

הערפל בסוגיה זו אינו ייחודי לשיטת המשפט הישראלית. גם באנגליה וגם בארצות הברית קיימים הסדרים חוקיים המעניקים פיצוי לנפגעי חיסון בלא צורך בהוכחת אשם. ההסדר באנגליה דומה להסדר במשפט הישראלי והוא בעייתי באותה מידה. ההסדר האמריקאי מתקדם יותר וליברלי יותר כלפי תובעים והוא תולדה של הבעייתיות שהוצגה לעיל.

הממלכה המאוחדת

באנגליה נחקק בשנת 1979 חוק המעניק פיצוי לנפגע חיסון ללא צורך בהוכחת אשם:³⁴ Vaccine Damage Payments Act 1979.³⁵ החוק מפצה כל ניזוק שלקה במחלה או סובל מליקוי גופני כתוצאה מקבלת חיסון המופיע ברשימת החיסונים הנספחת לחוק (בדומה לקיים בחוק הישראלי). הרשימה פתוחה וניתן להוסיף עליה מעת לעת. החוק מפצה נכים בעלי נכות קשה מעל 60%, על פי אמות המידה של חוק הביטוח הלאומי האנגלי. החוק אינו קובע ייחוד עילה וקובע מנגנון לטיפול בכפל פיצוי, הדיון מתקיים בפני בית דין מיוחד.

המבחן לקביעת קשר סיבתי בין מחלה לחיסון הוא מבחן ה-"balance of probability",³⁶ אשר מהאמור לעיל ברור שהוא מבחן בעייתי בהתייחס לסוגיה רפואית

מקום להטיל חבות? ודאי שהתשובה היא בשלילה. לטענתנו, המחקרים החדשניים הללו רק תומכים עוד יותר במסקנה שהבעיה היא ביישום החוק ולא בהיעדר תופעות עקב החיסון. המחקרים החדשים מוצאים את הסיבות לסיבוכים עקב חיסון, והסיבות שנמצאו יש בהם ליתן אנוחות רוחה רפואית, אך לא משפטית. הבנת הסיבות הרפואיות איננה פוטרת את המדינה מאחריות. שכן, כיום, יותר מבעבר, על פי מחקרים מובילים אלה, יודעים אנו שהחיסון אכן גורם לסיבוכים והקשר בין התופעות לחיסונים איננו רק קשר בזמן (קשר משפטי עובדתי), כי אם גם קשר סיבתי משפטי. ואם כך, הרי שהקשר הסיבתי בין החיסון לסיבוכים ברור והאחריות הנגזרת ממנה אף היא ברורה. על אחת כמה וכמה הדברים נכונים על פי ההסדר שבבסיס החוק, אשר מקים אחריות ובלבד שהוכח קשר סיבתי בין החיסון לבין הנזק. ואולם גם אם החוק היה מבוסס על הסדר משפטי של אחריות רגילה על פי פקודת הנזיקין, גם אז הייתה קמה חבות למדינה. שכן הליקוי המתואר במחקרים דלעיל הוא ליקוי אשר על המזיק לצפותו למרות חריגותו מכוח כלל עקרון הגולגולת הדקה:

"לפי דוקטרינה זו, על המזיק לשאת גם בתוצאות הנובעות מחריגותו של הניזוק שכן באופן כללי ידוע וצפוי כי אנשים שונים סובלים מחוליים ורגישויות שונים, אף אם פרטיהם של אלה משתנים מאדם לאדם".³¹

"ההנחה העומדת בבסיס עקרון הגולגולת הדקה היא כי ליצר הסיכון לא הייתה אפשרות בחירה – הוא לא יכול היה לדעת מראש דבר על "תכונות נסתרות" של קורבנו ועליו לקבל אותן כמות שהוא".³²

על תובע על פי החוק להוכיח קשר סיבתי. המחקרים החדשניים הללו מוכיחים זאת ודי בכך.³³ מסקנתו של פרופ' סהר במאמרו היא מסקנה רפואית, על פיה אכן אין "אשמה" כל שהיא בחיסון, אולם אין זו ³¹ ע"א 5404/98 גזית נ' גם זו לטובה, פדאור 05 (15) 801, 1 (2005).

³² דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד, פ"ד נו (4) 753, 721 (2003), וראה גם דנ"א 5343/00 קצין התגמולים נ' אביאן, פ"ד נו (5) 758, 732 (2002), רע"א 6270/98 פוטשניק ז"ל נ' קצין התגמולים, פ"ד נו (3) 725, 721 (2003), וע"א 785/80 עירית פתח תקוה נ' צרפתי, פ"ד לח (3) 39, 43 (1984).

³³ לו צריך היה לבחון קיומה של רשלנות, הרי שמדובר במקרה קלאסי של גולגולת דקה והפגם המולד הזה אינו פוטר את המחסינים מאחריות מקום שהוכחה רשלנות.

³⁴ על הרקע לחקיקת החוק ראה סהר, לעיל הערה 3.
³⁵ מטרת החוק:

"An act to provide for payments to be made out of public funds in cases where severe disablement occurs as a result of vaccination against certain diseases or of contact with a person who has been vaccinated against any of those diseases"

³⁶ סעיף 4 (5) לחוק.

Act, U.S.C. § 300aa, החוק מקל על ניזוקים גם במישור הפרוצדוראלי וגם במישור המהותי. התביעות נדונות בפני בית דין מיוחד וההקלה המשמעותית על נפגעים היא בקביעת חזקות לקשר סיבתי בין שורה של מחלות לחיסונים. החוק מונה רשימה של חיסונים, סיבוכים אפשריים ורשימה של חזקות היוצרות קשר סיבתי משפטי בין הנזק והחיסון.

בפרשת Knudsen⁴¹ בית הדין פירש משמעותן של החזקות שנקבעו בחוק וקבע שהחזקות יוצרות הנחה לקיום קשר סיבתי משפטי ועל המדינה מוטל הנטל לסתור קיומו של קשר כזה. גם אם יוכח שילד לקה במחלה וירלית כלשהי, עדיין חזקת הקשר הסיבתי מתקיימת ורק הוכחה של המדינה שהמחלה הווירלית והיא בלבד גרמה לנזק, תפטור את המדינה מאחריות. קיומה של מחלה וירלית סמוך למתן החיסון, אין די בה לשלול חזקת הקשר הסיבתי העובדתי, כל זאת כאשר המחלה או הליקוי הגופני מופיעים ברשימת החזקות. לעומת זאת, מחלה או ליקוי גופני שאינם מופיעים ברשימת החזקות, יוצרות הנחה שאין קשר סיבתי בינם לבין החיסון ועל הטוען אחרת הנטל להוכיח קיום קשר כזה.

שתי הנחות יסוד הביאו את בית הדין לפרש את החוק בצורה ליברלית כלפי ניזוקים. האחת, שחיסון הוא דבר חיובי והוא מועיל ביותר לרוב המכריע של הילדים, אלא שיש להכיר בעובדה שלמיעוט מהילדים החיסונים אינם דבר חיובי אלא דבר מזיק. השנייה, שאין זה מתפקידו של בית הדין לנסות ולהבין כיצד יתכן שחיסון שמועיל לרוב המכריע של הילדים, עשוי לגרום נזק לאחרים. לדידי בית הדין די בכך שקיימת הכרה שהחיסון שמועיל לרוב המכריע עשוי לגרום לנזק למיעוט קטן כדי להכיר בהם כניזוקים הזכאים לפיצוי, ולכן על ניזוק להוכיח קשר סיבתי עובדתי והימצאות המחלה או הסיבוך ברשימת החזקות.

5. הפגמים שבחוק הדורשים תיקון

ההנחה השניה שהעלנו בניסיון להבין מדוע עד היום לא ניתן על ידי הוועדה ולו פסק דין אחד המזכה בפיצוי על פי החוק הייתה שהפגמים שבחוק מקטינים עד מאוד את הסיכוי של תובע לזכות בפיצוי על פי החוק. מכאן, שאם החוק יתוקן, סביר להניח שילדים שנפגעו מהחיסון יזכו בסעד. לדעתנו, הנחה זו היא הנכונה ובדברים הבאים

⁴¹ Knudsen v. Secretary 35 F.3d 543 U.S. App.

זו, בה הגישות המדעיות שנויות במחלוקת.³⁷ בעבר נהגו בתי הדין לפצות נפגעים על בסיס התיאוריות המדעיות הישנות שקשרו בין חיסון לבין נזק מוחי ומחלות אחרות. אולם, מאמצע שנות התשעים, משהתגבשה הדעה המדעית ששללה את הנחת הקשר הסיבתי המשפטי על יסוד הקשר הסיבתי העובדתי, חדלו בתי הדין לקשור בין נזק מוחי ומחלות אחרות לקבלת חיסון.³⁸

אחד מפסקי הדין המפורסמים שניתנו באנגליה בסוגיה זו היה בפרשת Loveday v. Renton.³⁹ פסק דין זה ניתן בשנת 1985 כשעדיין דגלו בגישות הרפואיות הישנות, ולמרות זאת בית המשפט דחה את התביעה. באותה פרשה נדונה תביעה של ילדה באמצעות הוריה המאמצים כנגד יצרנית החיסון נגד שעלת וכנגד רופא הילדים. בית המשפט, כאמור, שלל קשר סיבתי בין הנזק המוחי של הילדה לבין החיסון, אך הדגיש שאין לקבוע "הנחות עבודה" בסוגיה זו ויש לדון בכל מקרה לגופו ובהתאם לנסיבות הספציפיות. הדחייה לא הייתה על בסיס קביעה עקרונית השוללת קשר בין נזק מוחי לחיסון, אלא על יסוד קביעות עובדתיות ורפואיות ספציפיות לאותו מקרה.

למן אז, כאמור, הגישה הרווחת היא שהחיסונים אינם טומנים בחובם נזק ובתי הדין אינם קושרים בין מחלות ותופעות לוואי שונות לחיסונים.⁴⁰

ארה"ב

בארה"ב נחקק בשנת 1986 חוק פדראלי ליברלי יותר מהחוק האנגלי, National Childhood Vaccine Injury

³⁷ ראה:

R. V THE VACCINE DAMAGE TRIBUNAL QUEEN'S BENCH DIVISION CO/118/84

R. V VACCINE DAMAGE TRIBUNAL QUEEN'S BENCH DIVISION CO/154/84

LORRAINE FRASER "GIRL DISABLED BY JABS IS REFUSED COMPENSATION" MAIL ON SUNDAY JUNE 11, 2000

³⁸ ראה: Johnson, לעיל הערה 27 וכן "פסק הדין" לעיל הערה 23. COURT OF APPEAL, 14 NOVEMBER 1985 (LEXIS)

³⁹ [2003] 2 FLR 1054 (FAM), [2003] RE C, EWHC 1376, בהליך זה נדונה בקשה של שני אבות להורות לבית המשפט על מתן חיסונים לילדיהם למרות התנגדות האמהות. בית המשפט קבע שהמבחן להתערבות הוא "best interest of the children". אם התועלת לא מספיק ברורה או שהסיכון גדול מדי, בית המשפט לא יתערב. בית המשפט אמר עוד שכאשר שני ההורים מסכימים שלא לחסן את הילדים, בית המשפט לא יתערב בשיקול דעתם. אולם כאשר מותירים את שאלת מתן החיסון לשיקול דעת בית המשפט – בהיעדר הסכמה בין ההורים, בית המשפט יתערב ויורה על מתן החיסון, מאחר ואין הוכחה מניסויי בע"ח שהחיסון יכול לגרום נזק או מוות, ואין גם הוכחות אחרות לטענה שהחיסונים עשויים לגרום נזק.

ננסה לשכנע שתיקון החוק הכרחי ויהיה בו כדי לשנות את המצב.

5.1 פניה למשרד הבריאות

הגשת תביעה על פי החוק נעשית בדרך של פניה למשרד הבריאות.

סעיף 3 לתקנות קובע:

"(א) קרה מקרה הביטוח, יודיע על כך המוטב בהקדם למבטח, לאחר שנודעה לו התרחשותו וכן יודיע על כך לשר הבריאות.
(ב) משנמסרה למבטח הודעה על קרות מקרה הביטוח ותביעה, בכתב, לתשלום תגמולי ביטוח, יפנה המבטח לשר הבריאות לשם מינוי ועדת מומחים".

כיצד יש להגיש את התביעה? למי יש לפנות במשרד הבריאות? אלו מסמכים יש לצרף? על שאלות אלה אין המחוקק משיב, ואילו במקרים אחרים המחוקק נדרש לזוטות כאלה. בהסדר דומה המתייחס לנפגעי גזת, בתקנות לפיצוי נפגעי גזת, תשנ"ד-1994 (הגשת תביעה, הכרה בנפגע, קביעת דרגת נכות, הרכבת ועדות וסדרי עבודתן), התשנ"ה-1975, קובע המחוקק שתביעה תוגש בהתאם לטופס שמצורף לתקנות.⁴² עניין זה הוא אמנם טכני אך חשיבותו נלמדת מהדרך בה מתנהלים הדברים כיום, והם שהופכים את העניינים הטכניים והלא מהותיים לכאורה, לחשובים ומהותיים ביותר.

הצעתנו היא לצרף לתקנות טופס להגשת תביעה. על הטופס להיות ידודתי, ועל הפונה יהיה למלא בו את הפרטים הטכניים הרלוונטיים. הקשר של משרד הבריאות לתביעות אלה צריך להיות בקבלת הטופס ובהעברתו לוועדת המומחים ולמבטח ובכך בלבד.

5.2 הנהלה המחייב תובע לצרף חוות דעת

לדעתנו, החוק אינו מטיל על תובע לצרף חוות דעת לתביעה. אך עד כמה שידענו מגעת, במשרד הבריאות השתרש נוהל על פיו מבקשים מתובע לצרף לפנייתו חוות דעת.⁴³

⁴² יוער שהביקורת שלנו תקפה גם ביחס לחוק פיצוי נפגעי עירוי דם (נגיף האיידס), התשנ"ג-1992. אף בחוק זה אין הוראות מפורטות לגבי תביעה לפיצוי חד-פעמי, אם כי יש טפסים המתאימים להגשת תביעה לקצבה.

⁴³ ראה התחקיר ששוודר בערוץ 8, לעיל הערה 8. בנוסף, בשנים האחרונות, בעקבות כתבה בעיתון שכותרתה הייתה "סיכון

יש להניח שנוהל זה הוא תוצאה של היעדר הוראות ברורות בחוק באשר לדרך הגשת התביעה וטיפול בה. לו נקבע בחוק הדרך להגשת תביעה, לא היה צורך לקבוע נהלים פנימיים. אלא שלדעתי, הדרישה להגשת חוות דעת אינה מתיישבת עם מטרת החוק ולא עם לשונו. דרישה זאת עשויה לחסום הגשת תביעות מתאימות מאנשים קשיי יום אשר הפרוטה אינה מצויה בכיסם ולמנוע מאנשים לממש זכותם על פי החוק.⁴⁴

ראיה לנוהל זה ולבעייתיות שבו הוא בהחלטתה של כבוד השופטת עירית כהן בפרשת חמזי.⁴⁵ התובע לא צירף לתביעה חוות דעת מטעמו, בית המשפט נתן לו ארכות חוזרות ונשנות שלא קוימו. בהחלטתו מציין בית המשפט שהתובע הודיע שהוא מתקשה לגייס מומחה מתאים ומתקשה לגייס כספים עבור חוות הדעת, ומשכך ומשלא הוגשה חוות דעת נמחקה התביעה.

הדרישה לצרף חוות דעת שעשויה להוות מחסום טכני להגשת תביעה איננה מתיישבת גם עם העובדה שהיא נדונה בפני ועדת מומחים, שבה יושבים שני מומחים בתחום, ועצם עובדה זאת מייצרת את הצורך בהגשת חוות דעת.

סעיף 3 לחוק הן בדרך הגשת התביעה קובע בין היתר:

"(ג) ועדת המומחים תדון בתביעה ותקבע אם קיים קשר סיבתי בין מקרה ביטוח לבין החיסון.

(ד) קבעה ועדת המומחים כי מקרה הביטוח נובע מחיסון, תקבע את אחוזי הנכות...".

לא מחושב "מעריב (סופשבוע) 13.06.03 ותוכנית הטלוויזיה המוזכרת שבה התראיינתי בהקשר לתפקידי כיו"ר הוועדה, פנו אליי טלפוניית מספר לא מועט של אנשים, שסיפרו שילדיהם נפגעו מחיסון. הם העלו בין היתר את הטענה שאינם יכולים לממן חוות דעת, ובלי חוות דעת כזו אינם יכולים להגיש את התביעה. הם העלו גם טרונות נוספות שאותן תרגמתי להצעות לתיקון החוק.

⁴⁴ שם, שם.
⁴⁵ בש"א (י-ם) 8332/04 חמזי (קטין) נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 23.05.06), השופטת עירית כהן משמשת כיום כיו"ר הוועדה מכוח החוק. התביעה נדחתה בשל כך שלא הוגשה חוות דעת מטעמו של התובע. בין היתר נכתב בהחלטה:

2. ביום 27.02.05 הודיע ב"כ המבקש כי הוא מעוניין להגיש חוות דעת של מומחה מטעמו וביקש לדחות את הדין.
3. למרות החלטות חוזרות ונשנות, המבקש לא הגיש חוות דעת מטעמו.
4. ביום 20.09.05 נדרש המבקש להודיע מדוע לא תמחק התביעה מחמת חוסר מעש. בתגובה הודיע ב"כ המבקש כי התקשה לאתר את תיקו הרפואי של הקטין וכן הוא התקשה לאתר מומחה ולגייס כספים עבור חוות הדעת."

מעוררת סוגיית הקשר הסיבתי העובדתי קשיים מיוחדים. בחלק מן המקרים הסיבה לפרוץ המחלה איננה ברורה, ואילו במקרים אחרים אנו יכולים לדעת כי אמנם הייתה רשלנות, אך קיימת אי ודאות בקשר לשאלה אם הרשלנות תרמה לקרות הנזק. הבעייתיות נעוצה בטיבו של הנזק, הן לנוכח העובדה שהידע הרפואי לגבי אטיולוגיה של מחלות הוא מוגבל והן מכיוון שמחלות וליקויים רבים עשויים להיות תוצאה של גורמים מספר.⁴⁹

ניתן להציע שלוש גישות להתמודד עם הבעייתיות בהוכחת קשר סיבתי משפטי:

האחת: להשאיר את המצב הנהוג כיום. אם תובע לא עומד בנטל הנדרש במשפט אזרחי יש לדחות את התביעה. במילים אחרות, יש להיות עקביים ולנהוג בהתאם לכללים המשפטיים הרגילים ולהחיל אותם גם על הסיטואציה המתוארת לעיל, כאשר גישה זו נותנת משקל יתר לאחידות המשפטית והולכת לקראת הנתבעים.

השנייה: להטיל על נתבע לשלם את מלוא הנזק, אלא אם כן הוא יוכיח שלא התרשל. היינו, להעביר את הנטל מכתפי התובע אל כתפי הנתבע בדומה להסדר של "כלל הדבר מדבר בעדו" או להסדר שבחוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980.

והשלישית: למצוא הסדר מיוחד לסיטואציה המיוחדת.

הסדר מיוחד אפשרי הוא לקבוע שאם רשלנות הנתבע הגדילה את הסיכון שהתובע יחלה במחלה יהיה מקום לפסוק לו פיצוי באופן פרופורציונלי להגדלת הסיכון.⁵⁰ הסדר אפשרי אחר הוא להותיר את כל סוגיית הפיצוי לשיקול דעת בית המשפט.

הגישה הראשונה, היינו לחייב תובע להוכיח קיום קשר סיבתי על פי מאזן ההסתברות, הוכיחה את עצמה כלא מתאימה לסיטואציה ולכן נותרו שתי הגישות האחרות כאופציות ריאליות.

הגישה השנייה המטילה אחריות על הנתבע גם אם לא עלה בידי התובע להוכיח קיומו של קשר סיבתי אינה

⁴⁹ שם, בעמ' 697.
⁵⁰ השופט שטרסברג-כהן, בדעת מיעוט נגד דעתם החולקת של הנשיא ברק והשופטת ביניש אימצה את הגישה השלישית. שם, שם.

השלב הראשון בדיוני הוועדה הוא בקביעת קשר סיבתי והשלב השני הוא בקביעת דרגת הנכות. אין בחוק אזכור לדרישה להגשת חוות דעת לעניין הקשר הסיבתי או לעניין הנכות. היעדר דרישות אלה נמצא גם בהסדרים לגבי נפגעי עירוי דם (איידס) ולגבי נפגעי גזות. שני הסדרים אלה דומים להסדר הנדון, ובהם התביעות נדונות בפני ועדות מומחים. ועדת המומחים היא שצריכה לקבוע את קיומו של קשר סיבתי, ובשלב השני עליה לקבוע את דרגת הנכות.⁴⁶

בכפוף לתיקון בדבר צירוף טופס להגשת תביעות, בו יפורטו המסמכים שעל התובע לצרף אין הכרח לקבוע פוזיטיבית שאין על תובע לצרף חוות דעת. אולם מאחר וזה הנוהג שהשתרש משך 18 שנים, חוששת אני שמוטב יהיה לעשות כן בדרך של תיקון סעיף 3 לתקנות, ולקבוע פוזיטיבית שאין התובע חייב לצרף חוות דעת לתביעתו (יובהר שאין בהצעה זו למנוע מתובע שחפץ להגיש חוות דעת לעשות כן).

5.3 קביעת הקשר הסיבתי

על הוועדה לקבוע קיום קשר סיבתי בין "מקרה הביטוח" לחיסון. קשר סיבתי נקבע על פי מאזן ההסתברות. אם מסתבר יותר שמקרה הביטוח הוא תוצאה של קבלת החיסון, יזכה התובע בפיצוי וכיון שבהליך אזרחי עסקינן. רמת ההוכחה הנדרשת היא של 51%.

הניסיון הוכיח שנטל זה כבד מדי ואיש לא הצליח להרימו. עוסקים אנו בשאלה אשר הגישות המשפטיות אליה שנויות במחלוקת ובמצב כזה, כאשר על התובע מוטל נטל ההוכחה, סיכויי אינם טובים, ועובדה היא שנטל זה לא הורם ולו פעם אחת.⁴⁷ השופטת שטרסברג-כהן בפרשת כהן⁴⁸, שעניינה בתביעת נזיקין בגין רשלנות רפואית, היטיבה להבהיר את הבעייתיות בהוכחת קשר סיבתי בתביעות רשלנות רפואית:

"כאשר נזקו של התובע הוא מחלה או ליקוי,

⁴⁶ החוק לפיצוי נפגעי גזות, תשנ"ד-1994 מורה לשר למנות ועדת מומחים לצורך הקביעה העובדתית האם התובע טופל בהקרנות (סעיף 8) וכן מורה למנות ועדת רפואית לשם קביעת דרגת הנכות (סעיף 9). מהתפסים המצורפים לחוק עולה בבירור שאין על התובע לצרף חוות דעת. מסקנה דומה עולה מעיון בסעיף 4 לחוק פיצוי נפגעי עירוי דם (נגיף האיידס).

⁴⁷ כפי שצינו כבר לעיל, יתכן שתובעים קיבלו פיצויים בהסדרי פשרה, אולם שום תובע לא הצליח להרים את הנטל ולזכות בפסק דין לטובתו.

⁴⁸ ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נג (2) 680 (1999).

והיא תהא רשאית לפסוק את מלוא סכום הפיצוי או את חלקו.

כנגד טענה אפשרית שלמתן שיקול דעת נרחב עשויה להיות עלות כלכלית גבוהה אשיב בשניים. ראשית, איני סבורה שיש בסיס לחשש זה הואיל וטרם חקיקת החוק דובר על 20 מקרים בשנה ולאחר שהוכנס לשימוש החיסון האֶפְּלוֹלְרִי הבטוח יותר, יש להניח שמספר הילדים הנפגעים נמוך יותר והכסף שהצטבר בקופה די בו לפצות את כל אלה שימצו זכותם על פי חוק ויגישו תביעה. שנית, אין כל מניעה לקבוע שהתיקון לעניין זה יהיה לתקופת זמן מוגבלת, והניסיון שיצטבר באותו פרק זמן יאפשר ניתוח של העלות הכלכלית של שיקול הדעת הנרחב הניתן לוועדה. אם יסתבר ששיקול הדעת הופעל באופן נרחב מדי, ניתן יהיה לשוב ולהגביל אותו לקביעת קשר סיבתי מוגדר או מחמיר יותר. אין לחשוש גם מניצול לרעה של החוק, שכן הקבוצה שנכנסת לגדריו ברורה ומוגדרת ומספרה כאמור לעיל, אינו גבוה. מעבר לכך, לטעמי, במקרים כגון דא מוטב לחטוא בכיוון של פסיקת פיצוי לילד ולמשפחה שגורלם לא שפר עליהם, והגם שאי אפשר לקשור זאת לחיסון ברמת הסתברות הנדרשת במשפט אזרחי, מאשר לפספס ילד אחד שמגיע לו פיצוי ובשל מכשולים פרוצדורליים כאלו ואחרים העומדים בדרכו, לא יקבל אותו.

הסקירה הרפואית שהוזכרה לעיל ומובאת בפירוט במאמרו של פרופ' סהר⁵⁴ מציפה את הבעייתיות בקביעת קשר סיבתי בין החיסון למחלה. הגישות השונות, התיאוריות והמחקרים החדשים מקשים לקבוע קיומו של קשר כזה, אך מנגד הם גם לא מאפשרים לשלול קיומו של קשר כזה. על כן, הפתרון המוצע בנתונים הקיימים, לרבות העובדה שהצטבר סכום נאה בקופה, נראה לי סביר והוגן.⁵⁵

זרה לשיטת המשפט שלנו, כזה הוא ההסדר של כלל הדבר מדבר בעדו אשר מטיל על הנתבע להוכיח שלא התרשל בהתקיימותם של מספר כללים וכזה הוא ההסדר בבסיסו של חוק האחריות למוצרים פגומים הקובע חזקה שהמוצר שגרם לנזק היה פגום.⁵¹ אימוץ גישה זו יאפשר התגברות על מכשול ההוכחה הקשה כל כך. אולם גישה זו טומנת בחובה הנחת יסוד של סכנה במתן חיסונים. הנחת יסוד כזו אינה רצויה היא עשויה להעביר מסר שלילי לציבור המתחסנים ושלא בצדק, שכן מספר הנפגעים הוא אכן קטן ומבחיני עלות תועלת מצביעים על יתרון ברור להמשך מתן החיסונים.⁵²

הגישה השלישית, היוצאת מנקודת הנחה שיש לקבוע הסדר מיוחד, היא הראויה לטעמנו. אנו היינו אף מרחיקים לכת ונותנים לוועדה שיקול דעת לקבוע קשר סיבתי ברמה כזו או אחרת. כוונתנו לכך שהוועדה תוכל לקבוע שקיים קשר סיבתי משפטי ולפסוק פיצוי מלא. הוועדה תוכל גם לקבוע, בהתאם לגישתה של כבוד השופטת שטרסברג-כהן בפרשת כהן, שקיימת אפשרות של "תרומה" של החיסון ברמה כזו או אחרת למחלה או לליקוי ולפסוק פיצוי בהתאם לאחוז התרומה.

ההצעה שהוצעה לקבוע שורה של חזקות כמו בארה"ב היא הצעה ראויה, אלא שעד היום היא לא באה לכלל יישום.⁵³ אנו סבורים שההסדר שהוצע על ידנו הוא פתרון ראוי ואולי אף מתאים יותר בשים לב לכך שמדובר בוועדה המורכבת משופט ושני מומחים בתחום. הותרת מרווח שיקול דעת ביחס לעצם הפיצוי וביחס לשיעור הפיצוי ימנע את הצורך בתיקון החזקות בהתאם למחקרים שהיו מובילים באותה עת ובעיקר יאפשר במקרים של ספק לפסוק חלק מהפיצוי.

ההצעה היא אפוא להותיר בפני הוועדה שיקול דעת נרחב לפסוק פיצוי לאחר שהוכח קיומו של קשר סיבתי עובדתי, קשר בזמן בין החיסון והתסמינים, כאשר שיקוליה יונחו משאלת קיום הקשר סיבתי משפטי

⁵¹ סעיף 3 (ב) לחוק, בסייג ש"נסיבות המקרה מתיישבות יותר עם המסקנה שהיה פגום מאשר עם המסקנה שהיה תקין".

⁵² לעיל הערה 9.

⁵³ ועדת משנה שמונתה על ידי פורום הנוזיקין בלשכת עורכי הדין המליצה לפורום הנוזיקין שמומחים ישראלים יבדקו את החזקות שבחוק הפדראלי של ארה"ב ויתאימו אותו למדינת ישראל. המלצות תת הוועדה ניתנו ב-16.01.05 אך עד היום לא ננקטה פעולה כלשהי בעקבות המלצות אלה (לשכת עורכי הדין בישראל, פורום הנוזיקין, וועדת המשנה לעניין חוק ביטוח נפגעי חיסון, תש"ן-1989 (מיום 16.01.05)).

⁵⁴ לעיל הערה 3.

⁵⁵ ראוי להעיר כי מועלות גם טענות כי המחקרים ממומנים על ידי משרד הבריאות והחברות המייצרות חיסונים. לשניהם אינטרסים ברורים לקבל תוצאות מחקר שישללו קשר סיבתי שבה ועולה כל העת בהקשר לדיון בנושא זה. באשר ליצרני החיסונים, הטענה המועלת היא שיש לה אינטרס כלכלי. באשר למשרדי הבריאות, הטענה המועלת היא שלמשרדי הבריאות אינטרס בחיסון המוני וב"דיכוי" הרעיונות והתנועות הדוגלות בגישה שאין לחסן בשל הסכנות שבחיסון. ראה "משהו מטפל בך", לעיל הערה 8, וכן ד' אבן, לעיל הערה 42. דברים אלה מבטאים את דעות הטוענים, ואין המחברת שותפה להם.

פיצוי לילד כזה. ביקשתי לשכנע בכוננות ההנחה השניה, שכשלים בניסוח החוק אינם מאפשרים להשיג את מטרתו. הצבעתי על כשלים אלו והצעתי הצעות לתיקון החוק. אני מאמינה שהצעות אלה ישיגו את המטרה שלשמה נחקק החוק ויאפשרו למשפחות שגורלן לא שפר עליהן, ושנכנסו לסטטיסטיקה כזו או אחרת של היפגעות מחיסון, לקבל ולו את הסכום הצנוע יחסית של הפיצוי שהחוק נותן להם ובכך להקל ולו במעט את המעמסה והסבל הכרוכים בגידול ילד פגוע.

ההצעות לתיקון הן בשלושה מישורים:

האחד, לפשט את הליך הגשת התביעה באופן שיצורף לתקנות טופס ידידותי שיוגש למשרד הבריאות והקשר של משרד הבריאות להליך יהיה טכני ויתמצה בהעברת הטופס לוועדה.

השני, לתקן את התקנות באופן שתוסף בו קביעה פוזיטיבית, על פיה אין על התובע לצרף לתביעה חוות דעת מטעמו.

השלישי, לתקן את החוק באופן שיותיר שיקול דעת נרחב לוועדה לפסוק פיצוי כאשר הוכח קיומו של קשר סיבתי עובדתי. שיקולי הוועדה יונחו משאלת קיום הקשר הסיבתי משפטי. במסגרת שיקול הדעת תוכל הוועדה לפסוק גם חלק מן הסכום.

5.4 אי-תחולה רטרואקטיבית

החוק לא חל רטרואקטיבית ואין לתמוה על גישה זו. יחד עם זאת, מאחר וילדים נפגעו גם קודם לחקיקת החוק, ומאחר ובקופת הביטוח הצטברו סכומים לא מבוטלים, הייתי מציעה לאפשר הכרה בתביעות של ילדים ביחס לאירועים שקרו בפרק זמן כזה, שאפשרויות הברירה של הקשר הסיבתי העובדתי והמשפטי יהיו אפשרויות והייתי מותירה גם בעניין זה שיקול דעת לוועדה.

6. סיכום

הלכה ואין מורין כן! – המרחק בין כוונת המחוקק למעשה החקיקה איננו מאפשר להורות את אשר המחוקק כיוון אליו. החוק במתכונתו הנוכחית אינו משיג את מטרתו, ולא בכדי הוועדה שקמה מכוחו דנה בתיקים ספורים ולא פסקה ולו פעם אחת פיצוי לנפגע מכוח החוק.⁵⁶ מצב דברים שכזה יכול לקיים שתי הנחות אותן הצבתי בפתחו של מאמר זה. האחת, שאין פעוטות שנפגעים מחיסון והחוק מיותר, והשניה, שהחוק בנוסחו מחטיא את מטרתו. ביקשתי במאמר זה לשלול את ההנחה הראשונה, ואני תקווה שהדבר עלה בידי. משמע ההנחה שאין פעוטות שנפגעים מחיסון ולכן גם לא נפסק מעולם

⁵⁶ נשוב ונדגיש את אשר אמרנו כבר לעיל, יכול ואף סביר להניח שמספר ילדים קיבלו פיצוי מכוח החוק בהסדרי פשרה, אך כיון שנתונים אלו חסויים אין אנו יודעים על כך, ראה הערה 2 לעיל.

הערות למאמר: אברהם סהר

מחברת המאמר מעידה על עצמה כי הסיבות לכתיבתו הייתה **"העובדה שלמן חקיקת החוק ועד היום לא פסקה הוועדה שהוקמה מכוח החוק פיצוי אף לא לפעוט אחד, כמו גם העובדה שהוגשו לוועדה תביעות מועטות ביחס לצפי של מספר הנפגעים, בהתאם לנתונים שעמדו בפני מציעי החוק"**.

אשר לחלק השני של הטיועון – עניין הצפי לעומת "נתוני העבר" – נעיר כי הדרך בה הוצגו הנתונים אינה מאפשרת להתחקות על דיוקם, ואולי ראוי להתייחס אליהם בהתאם. חשוב בהרבה הטיועון הראשון – מיעוט התביעות, וממנו המסקנה – ההצעה העיקרית שמעלה המחברת והיא של שינוי בדיני הראיות, שעשוי להקל על התובע על פי חוק ביטוח נפגעי חיסון, התש"ן-1989.

עניין זה חוזר ומעלה את הקושי שבהוכחת עניין שבמדע בבית המשפט. קשר סיבתי משפטי חייב להיות מבוסס על קשר סיבתי מדעי – השני הוא תנאי הכרחי אך בלתי מספיק לראשון. ההיפך אינו נכון.

אכן, למרות העמקת ההבנה המדעית של מנגנון הפרוכוסים והנזק המוחי שעלול לקרות לאחר מתן חיסון לתינוקות, עדיין רחוקה החברה מפתרון בעיית תופעות אלה, והמנגנון לפיצוי אלה הלוקים בסיבוכים אינו מושלם. בעיה זאת עדיין מעוררת ויכוח אף בארה"ב, בה מופעל הסדר הנראה כקרוב ביותר לאופטימאלי. אך עלינו לאבחן בצורה ברורה בין דרך המלך לבין החריג.

הונה ביום 06.03.2008 הודיעו הורי הילדה בת התשע Hanna Poling⁵⁷ כי שלטונות הבריאות הפדראליים של ארה"ב הכירו כי תשעה תרכיבי החיסון שניתנו בו זמנית לבתם חנה, בהיותה בת 19 חודש, גרמו להחמרה במצב בריאותה הבסיסי, שהיה תוצאה של קיומו (המולד) של עיוות במיטוכונדריה שבתאי הילדה. לאחר החיסון נצפה מקבץ תסמינים הנכללים בגדר האבחנה הכוללת של אוטיזם ("features of autism spectrum disorder").⁵⁸ על בסיס, וכתוצאה מאפשרות זאת, הוענק למשפחה פיצוי על ידי ה-National Vaccine Injury Compensation Program.⁵⁹

ההחלטה החריגה עוררה הדים בחוגי רפואה ומשפט. הדיון נסב על שני נושאים עיקריים:

1. ההכרה והפיצוי עלולים להתפרש כאות שחיסון של כלל האוכלוסייה כרוך בנזק,
2. אחרים מעריכים כי ההחלטה תפתח דלת למחקרים נוספים לזיהוי תת-אוכלוסיות פגיעות, בהן עלול להיות סיכון מוגבר.

המנהל למשאבי ושירותי בריאות של ארה"ב (US Health Resources and Services Administration - HRSA) הודיע מייד, כי למרות איסור פרסום פרטי המקרה ללא הסכמת המעורבים בו, בדק המנהל (HRSA) את המידע המדעי, ולא הצליח למצוא ביסוס מהימן לאפשרות כי מתן החיסון היה זה שגרם לאוטיזם. ועוד:

"HRSA has maintained and continues to maintain the position that vaccines do not cause autism and has never concluded in any case that autism was caused by vaccination".

מומחים בתחום מוטרדים מן האפשרות כי למרות שנסיבות המקרה המסוים של הילדה חנה היו חריגות ביותר, והתוצאה חריגה, עלולה הענקת הפיצוי להוליך למסקנה מוטעית בקרב הציבור כי חיסון עלול לגרום לאוטיזם.

ד"ר יואל ברמן, יו"ר הוועדה למוגבלויות התפתחותיות של האיגוד הפסיכיאטרי האמריקאי (American Psychiatric Association - APA), הדגיש את מכלול הנסיבות החריגות: העיוות המיטוכונדריאלי הנדיר, קבלה בו-זמנית של מספר תרכיבים, ולאחר מכן התפתחות תסמינים דמויי-אוטיזם. כל אלה עלולים שלא להיות מובנים לציבור לאור החלטת הממשל על הפיצוי.

ד"ר וו. רוברטס, מנהלת המחקר על אוטיזם ב-The Hospital for Sick Children שבטורונטו, הוסיפה:

"The confusion here is there may be an occasional child who has a very bad reaction to immunization – statistically it is about 1 in a population of 100,000. But as soon as parents hear of 1 case, not understanding the 1-in-100,000 statistic, they immediately think all immunization is bad..."

ד"ר רוברטס הביעה חשש כי כתוצאה מההחלטה תפחת היענות בציבור לחיסון תינוקות, אפשרות שעלולה לאיים על בריאות הציבור. בהפחתה להיענות חשים כבר כיום, בשל אמונות נטולות ביסוס מדעי. ההחלטה הנוכחית עלולה להגביר הפחתה זאת.

ואלה רק חלק מן ההתבטאויות.

יפים וקולעים למטרה דווקא דברי הסיכום של האגודה לאוטיזם של ארה"ב (Autism Society of America - ASA):

⁵⁷ ר' CAROLINE CASSELS, EXPERTS WEIGH IN ON US GOVERNMENT'S VACCINE INJURY RULING, MEDSCAPE MEDICAL NEWS, 14.03.2008 עיתון אינטרנטי זה הוא כלי ביטוי מוערך של האיגודים המדעיים הבכירים בתחומי רפואה שונים בארה"ב (ביניהם & Medscape Neurology & Neurosurgery).

⁵⁸ למעשה טענה מסוג "גולגולת דקה" במשפט הישראלי – טענה המועלית על ידי כב' השופטת כהנא במאמרה.
⁵⁹ ר' א. סהר, "לא עכברא גנב..." על אמונות, מדע וחוק ביטוח נפגעי חיסון, התש"ן-1989, "רפואה ומשפט" 36, יוני 2007, 105-110. ור' גם הערות שוליים 41-43 שם ואת הטקסט אליהן הערות מתייחסות.

"ASA believes that the science of autism causes and treatments needs to be more vigorously researched. We hope that primary decisions will be reached through thoughtful dialogue by parents and professionals on medical research and comprehensive treatment and services, not court rulings." (ההדגשה אינה במקור)

על אלה ייאמר – דברי אלוהים חיים.

ונחזור ונדגיש – לא היה ערעור על התוויות ומנגנון החוק האמריקאי – הענקת הפיצוי במקרה זה הייתה חריגה, לאחר שהוכרו הנסיבות החריגות של מתן החיסון, ולא מהכרה בקשר סיבתי.

בסמיכות זמנים פרסמה ביום 14.03.2008 הוועדה המייעצת לנוהלי חיסון בארה"ב (Advisory Committee on Immunization Practices - ACIP) המלצות חדשות לנוהל חיסון נגד חזרת, חצבת, אדמת ואבעבועות רוח (measles, rubella and varicella).⁶⁰ המלצות נתקבלו לאור ממצאי ניסוי קליני נרחב, בתרכיב המרובע,⁶¹ שנעשה על ידי גופי מחקר קליני נודעים בארה"ב. נבדקה היארעות פרכוסים בעקבות חום (febrile convulsions), לאחר הזרקת התרכיב המרובע ביחידה אחת, לעומת הזרקת החיסון המשולש MMR (חזרת, חצבת, אדמת) ותוספת נפרדת של חיסון נגד אבעבועות רוח (varicella) אף אם ניתנה בו ביום.

התברר באופן מובהק סטטיסטית, כי הייתה התקבצות של פרכוסים בימים 7-10, בכל אחת משתי דרכי החיסון. רק 16% מכל הילדים שפרכסו אושפזו. לא הייתה תמותה.

בין הילדים מקבלי החיסון המרובע הייתה היארעות הפרכוסים 9:10,000 ואילו בין מקבלי החיסון המשולש + חיסון נגד אבעבועות רוח (אף בו זמני), הייתה היארעות הפרכוסים 4:10,000.

הומלץ כי החיסון יינתן בשני שלבים – בגיל 12-15 חודש, ובגיל 4-6 שנים. ה-ACIP המליץ על העמקת המחקר. אנו מביאים את החלטת ה-AICP כלשונה:

"Combination MMRV vaccine is approved for use among healthy children aged 12 months-12 years. MMRV vaccine is indicated for simultaneous vaccination against measles, mumps, rubella, and varicella. ACIP does not express a preference for use of MMRV vaccine over separate injections of equivalent component vaccines (i.e., MMR vaccine and varicella vaccine)."

ולכך ארשה לעצמי להוסיף כי המאמר הקודם בנושא זה⁶² לא כוון לפן המשפטי של הסוגיה, אלא לביסוס המדעי עליו נשענת החלטה שיפוטית. בסיס זה חייב להיות מדויק ככל האפשר, והוא אכן עשוי להשתנות מעת לעת לאור התקדמות המדע, שכידוע מהירה מן השינוי שיכול לחול בדין. בסיס מדעי נכון פירושו קשר סיבתי עובדתי-מדעי נכון, ובלעדיו אין קשר סיבתי משפטי ראוי.

ולענייננו, אם אכן החום הגבוה הבא לאחר מתן חיסון, בתינוק בעל ליקוי גנטי נסתר, הוא הגורם לנזק המוחי, חובת הכול לנסות ולמנוע עליית חום. ואם הדרך לכך היא פשוטה – תרופה תמימה כ-Acamol – מותר לדרוש מתן שגרתי מונע של תרופה זאת לכל תינוק סביב מתן החיסון. דרישה זאת אינה מוגזמת, ומותר אף להטילה כחובה. ואף זאת – הורים שלא ימלאו אחר הנחיה זאת, אם וכאשר תוצא, יהיה מקום לראות במחדלם תרומה משמעותית לנזק, וגם יקשה עליהם להעלות טענת "גולגולת דקה" נגד יוזמי החיסון. החלופה – בדיקה גנטית של כל יילוד בטרם יינתן לו חיסון, על העלות העצומה הכרוכה בדבר,⁶³ היא נטל תקציבי על הציבור שאין לו הצדקה.

⁶⁰ MMWR Morbidity Mortality Weekly Report 2008;57:258-260.

⁶¹ ProQuad®, Merck & Co., Inc

⁶² ר' המאמר "לא עכברא גנב...", ה"ש 3 לעיל.

⁶³ ר' הערות פרופסור ט. שגיא למאמר "לא עכברא גנב..." שבה"ש 3.