

חוק זכויות החולה בפסיקת בית-המשפט העליון: בחינה אמפירית של הביטוי שניתן לחוק בשיח המשפטי על- אודות חובותיהם של המטפל והמוסד הרפואי וזכויות המטופל

נילי קרקו-אייל* ודניאל שפרלינג**

חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, קובע הסדר מקיף בדבר הזכויות הנתונות למטופל אשר פונה לקבלת טיפול רפואי או נזקק לו, ובדבר החובות המוטלות על המטפל והמוסד הרפואי בשורה ארוכה של נושאים. אף שחלק לא-מבוטל מהזכויות הקבועות בחוק זכויות החולה הוכרו עוד לפני חקיקתו, ואף שהחוק עצמו הותיר את הדין הקודם על כנו, נודעה לחקיקתו חשיבות מכרעת. בחלוף כמעט שלושה עשורים מאז נחקק, מתעורר הצורך לבחון, בכלים אמפיריים-מעשיים, את הביטוי שניתן לחוק בשיח המשפטי שהתקיים בבית-המשפט העליון על-אודות חובותיהם של המטפל והמוסד הרפואי וזכויות המטופל. לפיכך מחקר זה מבקש להשיב על שתי שאלות: (1) איזה משקל ניתן לחוק בשיח המשפטי על-אודות חובות וזכויות אלו? (2) כיצד נתפס החוק בשיח משפטי זה, וכיצד הוא הומשג והוצג בו? נקודת המוצא של שאלות אלה נוגעת בשילובן של שלוש מסגרות מושגיות העוסקות בתפקיד המשפט: המשפט כאמצעי ישיר או עקיף להסדרת התנהגות; המשפט כאמצעי להגנה על זכויות הפרט; והמשפט כסמל המבטא את הערכים המשותפים לחברה.

מחקר זה עושה שימוש בגישה המתודולוגית של Empirical Legal Studies כדי ללמוד אם קיימת הלימה בין עיגון חובותיהם של מטופלים וזכויותיהם של מטופלים בדבר חקיקה אחד, מקיף ומפורט, לבין הביטוי שניתן לחוק בשיח המשפטי שקיים בית-

* דוקטור למשפטים, מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל.

** S.J.D., B.A. (Philosophy), פרופסור חבר, החוג לסיעוד, אוניברסיטת חיפה.

המשפט העליון בחובות וזכויות אלו. שיטת המחקר כללה ניתוח איכותני וכמותני של כל 75 פסקי-הדין הרלוונטיים של בית-המשפט העליון שאותרו באמצעות מאגר "נבו". המחקר מעלה כי המשקל שניתן לחוק בעיצובן של החובות המוטלות על מטפלים ומוסדות רפואיים ושל הזכויות הנתונות למטופלים מוגבל. אומנם, הוא אוזכר בפסיקת בית-המשפט העליון ברוב פסקי-הדין הרלוונטיים, אך בעיקר כמקור משפטי נוסף, וההיקף שהוקדש לדיון בו היה מצומצם. זאת ועוד, החוק הומשג בפסיקה בעיקר כבעל אופי סמלי, ופחות כאמצעי ישיר להסדרת התנהגות הנשען על תמריצים כספיים או עונשיים.

מבוא. א. חקיקת חוק זכויות החולה. ב. המסגרת התיאורטית. ג. תוכנית המחקר: 1. מתודולוגיה; 2. שדה המחקר; 3. שיטת המחקר; 4. מבנה המחקר; 5. מהימנות המחקר; 6. מגבלות המחקר. **ד. ממצאים:** 1. מספר האזכורים של חוק זכויות החולה בפסיקת בית-המשפט העליון בכללותה ועל-פי חלוקה נושאת; 2. האופן שבו המשיג בית-המשפט העליון את סעיפי החוק שאוזכרו; 3. נפח הדיון בחוק זכויות החולה בפסקי-הדין לפי חלוקה נושאת. **ה. דיון. ו. סיכום.**

מבוא

יחסי מטפל-מטופל, ובלבם החובות המוטלות על המטפל כלפי המטופל והזכויות הנתונות למטופל במהלך הטיפול הרפואי ובקשר אליו, השתנו באופן ניכר במאה השנים האחרונות. עד לאמצע שנות החמישים של המאה העשרים רווחה הגישה שלפיה על המטופל להפגין אמון מוחלט במטפל, לנהוג בציינתנות ולהותיר שאלות באשר לטיפול הרפואי למקצוע הרפואה. באמצע שנות החמישים של המאה העשרים התגלעו סדקים בתפיסה זו. אלה סימנו את תחילתו של תהליך שבמסגרתו התגבשה התפיסה כי אדם אשר נזקק לטיפול רפואי או מקבל טיפול רפואי הוא בעל זכויות.¹ תהליך זה התרחש בכמה זירות, וביניהן הזירה המשפטית. תחילה הוכרו זכויות אלו במשפט באמצעות הפסיקה. בשלב מאוחר יותר – משנות השבעים ואילך – עיגנו מדיניות מערביות רבות את הזכויות האלה גם בחקיקה. חלקן אימצו הסדר חוקי מקיף שאופיו כשל מגילת זכויות חולה, ואילו במדינות אחרות הסתפק המחוקק בהסדרת זכויות המטופל בהקשר טיפולי מסוים או בהתייחס לזכות מסוימת.²

R. Kaba & P. Sooriakumaran, *The Evolution of the Doctor-Patient Relationship*, 5 1
INT'L J. SURGERY 57 (2007).

JACOB P. OLEJARCZYK & MICHAEL YOUNG, PATIENT RIGHTS AND ETHICS (2021); ראו 2
EUROPEAN COMMISSION, PATIENTS' RIGHTS IN THE EUROPEAN UNION: MAPPING

המגמה של הסדרת זכויות החולה בחקיקה לא פסחה על המשפט הישראלי. בשנת 1996 נחקק חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: החוק).³ החוק קבע הסדר מקיף בדבר הזכויות הנתונות למטופל אשר פונה לקבלת טיפול רפואי או נזקק לו, ובדבר החובות המוטלות על המטפל והמוסד הרפואי בשורה ארוכה של נושאים.⁴ אף שחלק לא-מבוטל מהזכויות הקבועות בחוק זכויות החולה הוכרו עוד לפני חקיקתו – בפסיקה, בהוראות חוק ספציפיות ובחוזרים של משרד הבריאות⁵ – ואף שהחוק עצמו הותיר את הדין הקודם על כנו,⁶ הייתה לחקיקתו חשיבות משולשת. ראשית, לראשונה עוגנו כל זכויותיו של המטופל בדבר חקיקה אחד. כך, אם לפני חקיקת החוק הוסדרו זכויות המטופל בעיקר באמצעות הפסיקה ובאמצעות הוראות חוק פזורות, עתה הן עוגנו בהסדר חקיקתי מיוחד. שנית, חלק מהסוגיות אשר לא הוסדרו מפורשות בדין הקודם או הוסדרו בו באופן חלקי בלבד זכו עתה בהסדר מפורט ומקיף.⁷ שלישית, חלק מההסדרים שאימץ החוק שונים מאלה שאומצו בדין הקודם, ומבטאים לפיכך איזון שונה בין האינטרסים הרלוונטיים.⁸

מהלך זה של הסדרת חובות המטפל וזכויות המטופל בחקיקה מקיפה וסדורה הוצג ונתפס כבעל חשיבות רבה. כך, יוזמי החוק ומנסחיו הדגישו בכמה הזדמנויות את

EXERCISE 43 (2018); Hajrija Mujovic-Zornic, *Legislation and Patients' Rights: Some Necessary Remarks*, 26 MED. & L. 709, 711 (2007).

- 3 חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327.
- 4 על כוונת המחוקק לעגן בחוק הסדר מקיף בדבר הזכויות הנתונות למטופל אשר פונה לקבלת טיפול רפואי או נזקק לו מלמדת פסקת המטרה הקבועה בס' 1 לחוק, הקובע כי "חוק זה מטרתו לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי ולהגן על כבודו ועל פרטיותו".
- 5 כך, למשל, איסור ההפליה במתן שירותים רפואיים מצא ביטוי בס' 1 ו-21 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994; החובה לקבל את הסכמתו מדעת של המטופל וזכותו של החולה לאוטונומיה הוזכרו כבר בע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל, פ"ד מז(2) 497, 509 (1993); על חובת המטפל לנהל רשומה רפואית עמד בית-המשפט בע"א 612/78 פאר נ' קופר, פ"ד לה(1) 720, 724 (1980); וזכותו של החולה לקבל את דוח ועדת הבדיקה שמונתה בעניינו הוכרה ברע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 526 (1995).
- 6 ראו ס' 1(29) לחוק זכויות החולה. לדיון מקיף בשאלת היחס בין ההסדר שאומץ בפרק ד לחוק לבין הדין לפני חקיקתו ראו נילי קרקן-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 272-280 (2008) (להלן: קרקן-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת).
- 7 בכלל אלה באו הסוגיות הבאות: זכות המטופל לקבל מידע על-אודות זהותו ותפקידו של כל אדם המטפל בו (ס' 6 לחוק); הזכות לנוכחות של מלווה בטיפול הרפואי (ס' 6א לחוק); הזכות לדעה נוספת (ס' 7 לחוק); הזכות להמשך טיפול נאות (ס' 8 לחוק); הזכות לטיפול רפואי במצב של חירום רפואי או סכנה חמורה (ס' 11 לחוק); והזכות לבדיקה רפואית בחדר מיון (ס' 12 לחוק).
- 8 עם הסדרים אלו נכללים, למשל, ס' 14 לחוק, העוסק באופן קבלת הסכמה; ס' 15 לחוק, הקובע חריגים לחובה לקבל הסכמה; וס' 24, 13(ד), 15(2), 18(ד) ו-20(א)(5), המסדירים את הקמתן, מינוין וסמכויותיהן של ועדות אתיקה.

החשיבות הרבה שיש להסדרת זכויותיהם של מטופלים בחקיקה.⁹ יתרה מזו, הצעת החוק עוררה עניין רב עוד בטרם החלו דיוניהן של ועדות הכנסת בניסוחה, גופים רבים נטלו חלק בדיוני הוועדה משהחלו, ועם פרומו עורר החוק דיון ער על-אודות חשיבותו, חדשנותו, הוראותיו והשלכותיו.¹⁰

על רקע זה, ומשחלפו כמעט שלושה עשורים מאז נחקק, אנו מבקשים לבחון בכלים אמפיריים-כמותניים את הביטוי שניתן לחוק בשיח המשפטי שהתקיים בבית-המשפט העליון על-אודות חובותיהם של המטפל והמוסד הרפואי וזכויות המטופל.¹¹ שאלה זו היא העומדת בלב המחקר, והיא נחלקת לשתי שאלות-משנה: ראשית, איזה משקל ניתן לחוק בשיח המשפטי על-אודות חובות וזכויות אלו; שנית, כיצד נתפס החוק בשיח משפטי זה, וכיצד הוא הומשג והוצג בו. בדרך זו אנו מבקשים ללמוד איזה תפקיד ניתן לחוק על-ידי בית-המשפט העליון בעיצובן של החובות המוטלות על מטופלים ומוסדות רפואיים ושל הזכויות הנתונות למטופלים.

בניגוד למחקרים קודמים בנושא – אשר עסקו באופן עיוני בהסדר המשפטי שנקבע בחוק, בהשפעתו על הדין שקדם לו ובפרשנותו¹² – מחקר זה עושה שימוש בכלים אמפיריים-כמותניים, ומטרתו היא תיאורית. בכך גם טמונה חדשנותו. המאמר אינו מבקש לפרש או לבקר את הכללים המשפטיים שאומצו בחוק, אלא לבחון במבט כללי את הביטוי שניתן להסדר זה בשיח המשפטי.¹³

למחקר שישה פרקים: הפרק הראשון יעסוק בחקיקת חוק זכויות החולה; בפרק השני תוצג המסגרת התיאורטית של המחקר; בפרק השלישי תוצג תוכנית המחקר;

9 קרקו-אייל דוקטרינת ההסכמה מודעת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 263.

10 שם, בעמ' 259–260.

11 לטעמים להגבלת המחקר לנושא זה ולפסיקת בית-המשפט העליון ראו להלן תת-פרק 2.

12 ראו, למשל, אליאב שוחטמן "על דרישת ההסכמה המודעת בהפסקות הריון" **משפטים** כט 737 (1998); אליקים רובינשטיין "על הרפואה ועולם המשפט בישראל" **המשפט** ח 645 (2003); נעמה ויצ'נר "ועדות כחול לבן – על ועדות האתיקה שבחוק זכויות החולה" **ביו-אתיקה כחול לבן – ביו-אתיקה ומשפט רפואי בישראל** 257 (גיל סגל עורך התשע"ה); יצחק בנאי "החלת הוראות חוק זכויות החולה על חולי הנפש" **רפואה ומשפט** 28, 15 (2003).

13 למחקר דומה, הכולל נתונים על-אודות מספר הפעמים שבהם דנה הפסיקה בחוק, ראו משה זיידנבאום "חוק זכויות החולה בפסיקת בית המשפט העליון – תריסר שנים לחוק" **רפואה ומשפט** 39, 21 (2008). עם זאת, מחקרו של זיידנבאום שונה מהמחקר העומד ביסוד מאמר זה בשלושה עניינים: ראשית, הנתונים הכמותיים המובאים במחקרו מתמקדים במספר הפעמים שבהם סעיף חוק מסוים אוזכר על-ידי בית-המשפט, ואינם עוסקים, נוסף על כך, באופן שבו המשיגה הפסיקה את תפקיד החוק; שנית, מחקרו של זיידנבאום מבקש לבחון את הפרשנות שניתנה לחוק בפסיקה, וככזה עניינו הוא תוכן הכללים שנקבעו בו והפרשנות שניתנה להם על-ידי בית-המשפט – סוגיה אשר נעדרת לחלוטין מהמחקר הנוכחי; ושלישית, נתוני המחקר של זיידנבאום מתייחסים לעשור הראשון לאחר חקיקת החוק, בעוד המחקר הנוכחי מתייחס לפסיקה שניתנה במהלך שני עשורים וחצי לאחר חקיקת החוק.

בפרק הרביעי יוצגו ממצאי המחקר; בפרק החמישי ייערך דיון בממצאי המחקר; והפרק השישי יציג את מסקנות המחקר ויסכם אותו.

א. חקיקת חוק זכויות החולה

חוק זכויות החולה, אשר תהליכי חקיקתו החלו בשנות השמונים המאוחרות והסתיימו בשנת 1996, גיבש לכלל דבר חקיקה אחד חמש הצעות חוק פרטיות.¹⁴ החוק קבע הסדר מקיף בדבר הזכויות הנתונות למטופל אשר פונה לקבלת טיפול רפואי או נזקק לו,¹⁵ והטיל על מטפלים שורה של חובות כלפי מטופלים. עם אלה נמנות החובות והזכויות הבאות: הזכות לקבל טיפול רפואי בהתאם לתנאים וההסדרים הנוהגים במערכת הבריאות בישראל והזכות לקבל טיפול רפואי ללא התניה בשעת חירום;¹⁶ הזכות לקבל טיפול רפואי נאות;¹⁷ האיסור להפלות מטופל;¹⁸ חובת המטפל להזדהות;¹⁹ הזכות לנוכחות מלווה בטיפול הרפואי;²⁰ הזכות לחוות-דעת נוספת;²¹ הזכות לקבל מבקרים;²² הזכות לכבוד ולפרטיות;²³ הזכות להמשכיות הטיפול;²⁴ החובה לקבל את הסכמתו מדעת של המטופל לטיפול הרפואי;²⁵ החובה לנהל רשומה רפואית וזכות החולה לקבל מידע מהרשומה הרפואית;²⁶ החובה לשמור על סודיות רפואית;²⁷ וזכות המטופל לקבל את ממצאיה ומסקנותיה של ועדת בדיקה שהוקמה בעניינו.²⁸

אף שחלק לא-מבוטל מהחובות המוטלות על המטפל והמוסד הרפואי ומהזכויות הנתונות למטופל הוכרו כאמור עוד בטרם נחקק החוק – בפסיקה, בהוראות חוק

14 ראו בדברי ההסבר להצעת חוק זכויות החולה, התשנ"ב–1992, ה"ח 359, 360 (להלן: הצעת חוק זכויות החולה). את חמש הצעות החוק הפרטיות יזמו חברי הכנסת שושנה ארבלי-אלמוזלינו, מיכאל בר-זוהר, גדעון גדות, רן כהן ויאיר צבן.

15 ס' 1 לחוק זכויות החולה.

16 שם, בס' 3.

17 שם, בס' 5.

18 שם, בס' 4.

19 שם, בס' 6.

20 שם, בס' 6א.

21 שם, בס' 7.

22 שם, בס' 9.

23 שם, בס' 10.

24 שם, בס' 8.

25 שם, בס' 13.

26 שם, בס' 17–18.

27 שם, בס' 19.

28 שם, בס' 21.

- ספציפיות ובחוזרים של משרד הבריאות – ואף שהמחוקק היה מודע למצב דברים זה,²⁹ חקיקת החוק נתפסה והוצגה כשלב היסטורי בהגנה על זכויותיהם של חולים.³⁰
- עיון בדברים שנאמרו בשלבי החקיקה השונים מלמד כי כמה גורמים הניעו את יוזמת החקיקה: ראשית, הכרת המשפט הישראלי בזכויות-היסוד של האדם ובצורך להגן עליהן בכל תחומי החיים ובהקשרים שונים,³¹ אשר בהמשך לה הדגישו יוזמי החוק את החשיבות המיוחדת שיש לעיגון זכויות-היסוד של המטופלים בחקיקה, וזאת לנוכח חולשתם הפיזית והנפשית, תלותם בצוות המטפל ופערי הידע בין הצדדים;³² שנית, עיגוןן של זכויות חולה בחקיקה ייעודית ומקיפה במדינות מערביות אחרות;³³ שלישית, השינוי החברתי והאתי שחל בתפיסת מעמדו של המטופל, והמעבר מגישה פטרנליסטית לגישה המדגישה את זכותו של המטופל לאוטונומיה ולזכויות-יסוד נוספות.³⁴
- תובנה מעניינת נוספת שעולה מעיון בדבריהם של יוזמי החוק היא שהם ראו בחוק משום "מגילת זכויות חולה", ושלידים מטרתו העיקרית היא הצהרה על זכויותיהם של מטופלים ועיגוןן. גישה זו הוצגה מפורשות על-ידי חברת הכנסת שושנה ארבל-אלמוזלינו, שאמרה כי "הגיע הזמן שזכויות החולה תרוכזנה במסגרת של חוק אחד הקובע את מגילת זכויות החולה".³⁵ הטענה כי החוק נתפס כ"מגילת זכויות חולה" מוצאת חיזוק נוסף באזכורה של הצהרת ליסבון (WMA Declaration of Lisbon on the Rights of the Patient)³⁶ בדיון שהתקיים במליאת הכנסת לקראת הקריאה הראשונה. מסמך אתי זה, המצהיר על זכויותיהם של מטופלים ועל החובות המוטלות על מטופלים, שימש השראה לחקיקת חוק זכויות החולה.³⁷
- תפיסת החוק כמגילת זכויות חולה וככזה שמטרתו העיקרית היא הצהרה על זכויות מטופלים ועיגוןן באה לידי ביטוי בניסוח החוק עצמו. כך, פסקת המטרה קובעת כי "חוק זה מטרתו לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי ולהגן
-
- 29 ראו בדברי ההסבר להצעת חוק זכויות החולה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 360.
- 30 ראו, למשל, פרוטוקול ישיבה 398 של הכנסת ה-12, 3839 (17.3.1992) (דבריה של חברת הכנסת עדנה סולודר).
- 31 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", בחיפה, פ"ד נג(4) 526, 611 (1999); פרוטוקול ישיבה 349 של הכנסת ה-11, 3933 (29.7.1987); הצעת חוק זכויות החולה, התש"ן-1990, פ/731/12 (להלן: הצעת חוק זכויות החולה, התש"ן-1990).
- 32 שם; הצעת חוק זכויות החולה, לעיל ה"ש 14.
- 33 הצעת חוק זכויות החולה, התש"ן-1990, לעיל ה"ש 31; פרוטוקול ישיבה 398 של הכנסת ה-12, לעיל ה"ש 30, בעמ' 3836-3838.
- 34 הצעת חוק זכויות החולה, התש"ן-1990, לעיל ה"ש 31.
- 35 ראו שם, בסוף דברי ההסבר להצעת החוק.
- 36 WMA Declaration of Lisbon on the Rights of the Patient (1981), available at <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-lisbon-on-the-rights-of-the-patient/>.
- 37 פרוטוקול ישיבה 398 של הכנסת ה-12, לעיל ה"ש 30, בעמ' 3836-3837 (דבריו של חבר הכנסת רן כהן).

על כבודו ועל פרטיותו".³⁸ נוסף על כך, החוק אינו קובע מהן התוצאות המשפטיות של הפרת חובה או איסור הקבועים בו.³⁹ מכלל זה יוצאים שני מקרים שבהם קבע המחוקק מהן הסנקציות המוטלות על מטפל שהפר את החובות המוטלות עליו: הפליה של מטופל בניגוד לסעיף 4 לחוק והפרת החובה לנהל רשומה רפואית לפי סעיף 17 לחוק.⁴⁰ בהעדר התייחסות מפורשת לתוצאות המשפטיות שיש להפרת הזכויות האחרות הקבועות בחוק, עשויות לעמוד למטופל הטוען שזכויותיו על-פי החוק הופרו עילות תביעה מכוח דינים כלליים: דיני הנזיקין (בעיקר עולת הרשלנות והפרת חובה חקוקה) ודיני החוזים.⁴¹

התפיסה של חוק זכויות החולה כמגילת זכויות אינה מפתיעה. השפעת המשפט על תחום היחסים שבין מטפל למטופל ועל ההיבטים האתיים הכרוכים בו נעשתה בראש וראשונה באמצעות מוסד הזכויות.⁴² מוסד זה שיקף תפיסה חברתית מוסכמת וסמלית הנוגעת באיזון האתי הראוי שביחסי מטפל-מטופל לנוכח הפגיעות וחוסר התקווה המאפיינים לא אחת מצבים אלו.⁴³

התנועה לכיוון זכויות המטופל נעשתה בעיקר באמצעות פסיקה וחקיקה נקודתיות בנושאי בריאות, והיא צברה את כוחה גם לנוכח כתיבה בספרות המשפטית אשר הבהירה את מקומו של מוסד הזכות בתיאור היחסים שבין מטפל למטופל. ריכוז הזכויות למגילה שלמה, המופיעה בדבר חיקוק אחד, הוסיף למשקלם המוסרי של האינטרסים השונים העומדים בבסיסה של מערכת היחסים הזאת, ונתן להם הגנה חזקה יותר – מכוח המשפט ומעצם הלגיטימיות שהוא נהנה ממנה.

במדינת ישראל קיבלה התנועה לכיוון זכויות המטופל ביטוי נוסף, הקשור להשראה החוקתית ששרתה על ניסוח החוק עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והתגברות תוקפן הנורמטיבי של הזכויות לכבוד, לאוטונומיה, לפרטיות, לשלמות

38 ס' 1 לחוק זכויות החולה.

39 ודוק, במהלך חקיקת החוק עמדו הדוברים על החשיבות שיש בהטלת סנקציות על מטפלים לשם הסדרת התנהגותם והגנה על זכויות מטופלים, אלא שהדבר לא קיבל ביטוי מפורש בחוק עצמו. ראו פרוטוקול ישיבה 269 של ועדת העבודה והרווחה, הכנסת ה-12, 9 (11.6.1991). לחקיקת זכויות הכוללת הוראות חוק מפורשות וספציפיות בדבר עילות תביעה, תרופות וסנקציות, ראו, למשל, ס' 12, 14 ו-15 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998.

40 ראו ס' 28 ו-28א לחוק זכויות החולה.

41 נילי קרקו-אייל "דוקטרינת 'ההסכמה מדעת' – עילת התביעה הראויה מקום שבו הופרה זכות המטופל לאוטונומיה" הפרקליט מט 181, 208 (2006); ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פ"ד סה(3) 164, 190-193, 266, 269 (2012).

42 Daniel Sperling, *Law and Bioethics: A Rights-Based Relationship and Its Troubling Implications*, in 11 LAW AND BIOETHICS: CURRENT LEGAL ISSUES 52 (Michael Freeman ed., 2008).

43 שם, בעמ' 60.

גופנית ועוד.⁴⁴ ביטוי זה משתקף בסעיף המטרה שבחוק (סעיף 1), שלפיו מטרת החוק היא "לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי ולהגן על כבודו ועל פרטיותו".

באמצעות חקיקה כזאת, טוען למשל גוסטיין, נעשה שימוש במשפט ככלי אסטרטגי לאכיפת הרעיון של שלמות פרסונלית של פרטים שזכויותיהם נשללו על-ידי מוסדות חברתיים או שסבלו מיחס מפלה ומקפח.⁴⁵ רעיון זה מאגד בתוכו תפיסה קרטזיאנית המקדמת שילוב של האדם (person) עם גופו. הוא מתייחס לכמה רכיבים: שלמות ביולוגית, הכוללת את זכותו של האדם שלא ישחיתו את גופו (או חלקיו); שלמות במובן של אחדות רצונית, הבאה לידי ביטוי בגוף ובחלקיו השונים; שלמות במובן הפנומנולוגי, דהיינו, באופן שבו האדם תופס את העולם ומבינו כיצירה שלמה באמצעות גופו; ושלמות במובן של קשר בין-אישי, המתאפשר דרך הגוף ובאמצעות חלקיו השונים.⁴⁶ במובנו המשפטי, הרעיון של שלמות גופנית משקף את התפיסה שכל אדם זכאי להגנה על מסגרת הגוף שלו מפני פגיעה שנעשית ללא הסכמה וללא הצדקה. כך, חקיקתו של חוק זכויות החולה שיקפה את הצורך לעגן את זכויותיהם של חולים ומטופלים אשר מפאת מצבם המיוחד נחשפו לפגיעה בזכויותיהם.⁴⁷ החוק עומד על זכות המטופל לקבל טיפול רפואי נאות שמגן על כבודו ופרטיותו ואשר מאפשר לו לקיים בחירות חופשיות שיגדירו ויעצבו מחדש את גבולות גופו בעודו שרוי באינטראקציה עם מטפל רפואי.

ב. המסגרת התיאורטית

השאלה מה התפקיד שהיה לחוק זכויות החולה בעיצובן של החובות המוטלות על המטפל והמוסד הרפואי ושל הזכויות הנתונות למטופל, ואיזה ביטוי ניתן לו בפסיקה, קשורה לשאלה הכללית יותר בדבר תפקידיו האפשריים של המשפט. כתיבה תיאורטית ענפה הוקדשה לדיון בשאלה זו, והתייחסות לכל הגישות שהוצגו במסגרתה אינו אפשרי ואף אינו נחוץ. ההחלטה באיזו מהגישות שעסקו בסוגיה יש לדון שיקפה את שאלת המחקר ואת שאלות-המשנה שנגזרו ממנה. לפיכך הדיון יתמקד בגישות הבאות: הראשונה – המשפט כאמצעי ישיר או עקיף להסדרת התנהגות; השנייה – המשפט

44 דנה בלאנדר, כרמית הבר ומרדכי קרמניצר **כבוד האדם: זכות חיה בטיפול הרפואי** 323–335 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2020).

45 L. Gostin, *The Ideology of Entitlement: The Contemporary Function of Law and Its Application to Psychiatry*, in *PSYCHIATRY—LAW AND ETHICS* 74 (A. Carmi, S. Schneider & A. Hefez eds., 1986).

46 Gerald P. McKenny, *The Integrity of the Body: Critical Remarks on a Persistent Theme in Bioethics*, in *PERSONS AND THEIR BODIES: RIGHTS, RESPONSIBILITIES, RELATIONSHIPS* 353 (Mark J. Cherry ed., 1999).

47 אמנון כרמי **בריאות ומשפט** כרך א 818 (2003).

כאמצעי להגנה על זכויות הפרט; והשלישית – המשפט כסמל המבטא את הערכים המשותפים לחברה.

מעיון בספרות העשירה שעסקה בשאלה מהם תפקידיו של המשפט עולה כי המשפט נתפס על-ידי כותבים רבים כאמצעי להסדרת התנהגות, לשם שמירה על הסדר הציבורי או הביטחון או לשם השגת מטרה חברתית אחרת (למשל, מְרוּב רווחה חברתית מצרפית). על-פי גישה זו, מטרת המשפט היא להניע פרטים, ארגונים ומוסדות לשנות את ההיקף או האופן שבו הם מקיימים פעילויות מסוימות.

הסדרת התנהגות באמצעות המשפט יכולה להיעשות במישרין או בעקיפין.⁴⁸ כללים משפטיים מסדירים התנהגות באופן ישיר באמצעות הטלת איסורים ומגבלות על התנהגויות מסוימות ואימוץ סנקציות (פליליות ואזרחיות) על הפרתן, או באמצעות מתן הטבות למי שאימצו התנהגויות מסוימות. שיטה זו להסדרת התנהגות מבוססת על ההנחה שפרטים הם רציונליים מטבעם ומונעים על-ידי הרצון לקדם אינטרסים אישיים או לְמָרַב את האושר האישי. לכן, אם המשפט הגדיל או הפחית את העלות של פעילות מסוימת, פרטים רציונליים ישנו את התנהגותם ויתאימו אותה לכלל הקבוע בחוק, כדי להימנע מסנקציות או כדי ליהנות מהטבות.⁴⁹ מייצגת בולטת של תפיסה זו היא הגישה הקלסית של משפט וכלכלה, המתמקדת בתפקיד ההרתעה של המשפט כאמצעי לְמָרַב הרווחה החברתית המצרפית.⁵⁰

אלא שכללים משפטיים יכולים כאמור להסדיר את התנהגותם של פרטים גם באופן עקיף. כותבים שאימצו גישה אקספרסיבית למשפט (expressive function) טוענים כי המשפט מסדיר התנהגות לא באמצעות הטלת סנקציות, כי אם באמצעות מסרים הנותנים ביטוי לערכים חברתיים והצהרה על התנהגויות רצויות.⁵¹ כותבים אלו מצביעים על

48 Lon L. Fuller, *Law as an Instrument of Social Control and Law as a Facilitation of Human Interaction*, 1975 BYU L. REV. 89; Amin George Forji, *The Correlation Between Law and Behaviour as Pillars of Human Society*, 6 IJPS 84, 85–87 (2010); STEVEN VAGO, *LAW AND SOCIETY* 19–21 (7th ed. 2003).

49 Robert E. Scott, *The Limits of Behavioral* ; 92–90 ו' 84 בעמ' 48, Forji לעיל ה"ש 48, *Theories of Law and Social Norms*, 86 VA. L. REV. 1603, 1603 (2000).

50 ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני-הנויקין" *משפטים* כב 421, 426–425 (1993).

51 Richard H. McAdams, *An Attitudinal Theory of Expressive Law*, 79 OR. L. REV. 339, 339 (2000); Dhammika Dharmapala & Richard H. McAdams, *The Condorcet Jury Theorem and the Expressive Function of Law: A Theory of Informative Law*, 5 AM. L. & ECON. REV. 1, 5 (2003); Lawrence Lessig, *The Regulation of Social Meaning*, 62 U. CHI. L. REV. 943, 964–73 (1995); Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. PA. L. REV. 2021, 2026–35 (1996); Cass R. Sunstein, *Social Norms and Social Roles*, 96 COLUM. L. REV. 903, 953–55 (1996); Alex Geisinger, *A Belief Change Theory of Expressive Law*, 88 IOWA L. REV. 35, 44 (2002); Iris Bohnet & Robert D. Cooter, *Expressive Law: Framing or Equilibrium Selection?* 19 (UC Berkeley Sch. of L., Pub. L. & Legal Theory, Working Paper No. 138, 2003), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=452420 [<http://perma.cc/EZ3Z-GM6G>]; Richard H. McAdams & Eric B. Rasmusen, *Norms and the Law*, in

דרכים שונות שבאמצעותן ההשפעה האקספרסיבית של המשפט פועלת. יש שמצביעים על התמריץ לזכות בהערכה חברתית או להימנע מגינוי חברתי ככוח המניע פרטים להתאים את התנהגותם לזו המוצגת על-ידי החוק כראויה (attitudinal approach).⁵² אחרים טוענים כי רצונם של פרטים למלא את חובתם האזרחית ולהיתפס על-ידי אחרים כמי שמצייתים לחוק צפוי להניע אותם להתאים את התנהגותם לנורמות הקבועות בחוק – תהליך שסופו בשינוי עמדותיהם באשר להתנהגות הראויה.⁵³ גישה אחרת מציגה כללים משפטיים כמספקים נקודת מיקוד (focal point) במקרים שבהם נדרש שיתוף-פעולה בין פרטים. נקודת מיקוד זו מאפשרת לפרטים לבחון את התנהגות העבר של אחרים, ומהווה בסיס לפיתוח ציפיות באשר להתנהגות העתידית של אחרים – תהליך שסופו בהתאמת התנהגותם לנקודת המיקוד שסיפק החוק (co-ordinational theory).⁵⁴ תפיסה אחרת של המשפט מדגישה את תפקידו ההגנתי (protective function). על-פי גישה זו, המשפט מעניק לפרט זכויות מסוימות (זכויות-יסוד חוקתיות או זכויות קונקרטיות) על-מנת להגן עליו ועל האינטרסים שלו מפני פרטים אחרים והמדינה.⁵⁵ ההגנה על זכויות אלו נעשית באמצעות קביעת כללים משפטיים המטילים חובות על צדדים שלישיים כלפי הפרט המחזיק בזכויות המוגנות.⁵⁶ דוורקין, המזוהה עם גישה זו, רואה במשפט מערכת של זכויות סובייקטיביות, תוך שהוא מתמקד באופן כמעט בלעדי בפונקציה ההגנתית של המשפט.⁵⁷

HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS 1573, 1589 (A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell eds., 2007); Alex Geisinger & Michael Ashley Stein, *A Theory of Expressive International Law*, 60 VAND. L. REV. 77, 84 (2007).

ראו, למשל, McAdams, לעיל ה"ש 51, בעמ' 340 ו-342.

ראו Robert Cooter, *Models of Morality in Law and Economics: Self-Control and Self-Improvement for the "Bad Man" of Holmes*, 78 BU L. REV. 903, 904–05 (1998); Robert Cooter, *Expressive Law and Economics*, 27 J. LEGAL STUD. 585, 585–586, 593 (1998); Robert Cooter, *Do Good Laws Make Good Citizens? An Economic Analysis of Internalized Norms*, 86 VA. L. REV. 1577, 1587–88, 1592–94, 1581, 1597–98, 1604 (2000).

Richard H. McAdams, *A Focal Point Theory of Expressive Law*, 86 VA. L. REV. 1649, 1663–1672 (2000); RICHARD H. McADAMS, THE EXPRESSIVE POWERS OF LAW: THEORIES AND LIMITS 29, 62, 82, 92 (2015); Jean-Robert Tyran & Lars P. Feld, *Why People Obey the Law: Experimental Evidence from the Provision of Public Goods* (CESifo Working Paper No. 651, 2002), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=290231 [<https://perma.cc/U8S5-3QKA>].

Wibren van der Burg, *The Expressive and Communicative Functions of Law, Especially with Regard to Moral Issues*, 20 LAW & PHIL. 31, 33, 34 (2001).

שם, בעמ' 34–35.

RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 22 (1978); Michigan Law Review, *Dworkin's "Rights Thesis"*, 74 MICH. L. REV. 1167 (1976).

התפיסה כי המשפט הוא אמצעי להגנה על זכויותיהם של פרטים אומצה על-ידי מלומדים שונים, שפיתחו תיאוריות מבוססות-זכויות של המשפט הפרטי. תפיסה זו מבקשת להבין את המשפט הפרטי באמצעות הזכויות הנתונות לפרט אחד אל מול פרט אחר. המאפיין הייחודי של תיאוריות אלו הוא שהן מבוססות על תפיסה קנטיאנית של זכויות, שלפיה מקורן של הזכויות הנתונות לפרט הוא בהיותו סוכן מוסרי או בתפיסת החירות שלו. בהתאמה, תיאוריות אלו רואות במשפט מערכת של חובות שהאחד חב לאחר, ולא אמצעי להשגת מטרות חברתיות, כגון מְרוּב הרווחה החברתית המצרפית.⁵⁸ מייצגה הבולט של גישה זו הוא וינריב, שטען כי את המבנה של המשפט הפרטי יש להבין באמצעות רעיון הצדק המתקן של אריסטו. על-פי גישה זו, אם פרט אחד הפר את זכותו הקנטיאנית של האחר, הפר את השוויון בין הצדדים וגרם לו נזק, אזי תפקידו של המשפט הפרטי הוא לתקן את חוסר השוויון ולהשיב את המצב לקדמותו.⁵⁹ לפיכך יש תפקיד חשוב בהשגת מטרה זו. גישה מבוססת-זכויות רואה בתרופת הפיצוי אמצעי לאכיפת הזכות שהופרה. גישה זו מכירה בכך שפסיקת פיצוי לניזוק אינה משיבה לו בדיוק את הדבר שאבד, אך במקרים שבהם אי-אפשר או אין זה ראוי לאכוף את הזכות עצמה, פיצוי מהווה תחליף לזכות שאבדה ("הדבר הטוב ביותר הבא") ומשקף את ערכה של הזכות שהופרה.⁶⁰

אחרים הדגישו את תפקידו הסמלי של המשפט (symbolic function). על-פי גישה זו, המשפט אינו אמצעי להסדרת התנהגותם של פרטים או להגנה על זכויות, אלא כלי לביטוי קולקטיביות מוסרית הלובשת את הצורה של ערכים ונורמות המשותפות לחברי הקהילה.⁶¹ גישה זו רואה במשפט משום השתקפות של תפיסות חברתיות על-אודות "טוב" ו"צדק", ותופסת את תפקידו כזיהוי המרקם התרבותי, הציפיות האידיאולוגיות והתפיסות המוסריות של חברה מסוימת ומתן ביטוי להם. לפיה יש למשפט הכוח הסמלי לגנות את העבר ואת חוסר הצדק שבו, וכך לתרום ליצירת זהות מוסרית מאוחדת חדשה.⁶² ודוק, אף שמיממה זו אינה ייחודית לחקיקה, לחקיקה יש בה תפקיד חשוב, וזאת מכמה טעמים: היא נקבעת על-ידי מוסדות שאמורים לייצג את הקהילה הפוליטית;

58 Donal Nolan & Andrew Robertson, *Rights and Private Law*, in RIGHTS AND PRIVATE LAW 1 (Donal Nolan & Andrew Robertson eds., 2012); Stephen A. Smith, *Duties, Liabilities, and Damages*, 125 HARV. L. REV. 1727, 1729 (2012)

59 Ernest J. Weinrib, *Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice*, 2 THEORETICAL INQUIRIES L. 107, 113 (2001)
Peter Cane, *Corrective Justice and Correlativity in Private Law*, 16 OXFORD J. LEGAL STUD. 471, 473 (1996)

60 Nolan & Robertson, לעיל ה"ש 58, בעמ' 20.

61 LAWRENCE M. FRIEDMAN, *THE LEGAL SYSTEM—A SOCIAL SCIENCE PERSPECTIVE* 19, 29 (1975)

62 Jiří Příbáň, *On Legal Symbolism in Symbolic Legislation: A Systems Theoretical Perspective*, in SYMBOLIC LEGISLATION THEORY AND DEVELOPMENTS IN BIOLAW 105 (Bart van Klink, Britta van Beers & Lonneke Poort eds., 2016); van der Burg, לעיל ה"ש 55, בעמ' 39–40.

היא ניתנת לשינוי, ועל-כן היוותרה ללא שינוי מסמל את העובדה שהקהילה ממשיכה לדבוק בערכים המעוגנים בה; מאחר שהיא תוצר של בחינה וניסוח זהירים, היא מבטאת רעיונות וערכים מסוימים בבהירות רבה יותר מאשר טקסטים אחרים.⁶³

כפי שעולה מדברים אלו, לפחות חלק מהגישות הדנות בתפקידו של המשפט סבורות כי לפסיקת פיצוי לתובע ולהטלת חובת הפיצוי על הנתבע יש תפקיד בהשגתן של מטרות המשפט או לפחות של מטרות המשפט הפרטי: גישות התופסות את המשפט כאמצעי להסדרת התנהגותם של פרטים רואות בפיצוי דרך אפשרית אחת להניע פרטים רציונליים להתאים את התנהגותם לנורמה המשפטית; גישות התופסות את המשפט כאמצעי להגנה על זכויות רואות בפיצוי תחליף לזכות שנפגעה, ובהתאמה בהטלת חובת הפיצוי משום אכיפה של הזכות; וגישות המתמקדות בתפקידו הסמלי של המשפט רואות סנקציות משפטיות כבעלות ערך סמלי כשלעצמן, מאחר שהן מבטאות ומחזקות את הייצוג הקולקטיבי של הערכים שהכלל המשפטי מבטא.⁶⁴

הדיון בתרופת הפיצוי לא יהיה שלם אם לא נתייחס לתפקיד שיש לה בדיני הנזיקין. אולם בטרם נתייחס לסוגיה זו חשוב להבהיר את הקשר שבין דיני הנזיקין לבין חוק זכויות החולה. קשר זה מקורו בשניים. ראשית, לפני חקיקת חוק זכויות החולה היה לדיני הנזיקין תפקיד חשוב בהתפתחותן של חלק מהחובות והזכויות הקבועות עתה בחוק. כך, למשל, החובה לקבל את הסכמתו מדעת של המטופל צמחה מתוך עוולת התקיפה ועוולת הרשלנות.⁶⁵ כאמור, עילות תביעה אלו ממשיכות לעמוד לרשות מטופל אף לאחר חקיקת החוק.⁶⁶ שנית, כפי שכבר הסברנו, חקיקת החוק כשלעצמה העניקה למטופל עילת תביעה נזיקית נוספת, והיא העילה של הפרת חובה חקוקה.⁶⁷ מכאן עולה שלדיני הנזיקין ולתרופת הפיצוי הנפסקת מכוחם יש קשר הדוק להסדר שנקבע בחוק.

משכך, ראוי לומר דברים על מטרותיהם של דיני הנזיקין ועל תפקידו של הפיצוי הנזיקי. מלומדים מודרניים של דיני הנזיקין רואים בהם מנגנון להקצאת נזקים שמטרותיו הן אחת מאלה או כולן יחדיו: מרוב הרווחה החברתית המצרפית, השגת צדק חלוקתי או השגת צדק מתקן. על-פי גישות אלו, לפיצוי הנזיקי יש תפקיד ככל שהוא צפוי לתרום להשגת אחת המטרות האלה לפחות.⁶⁸ גישה אחרת – שמייצגיה העיקריים הם גולדברג וזיפורסקי – מתמקדת במושגים redress ו-civil recourse. על-פי גישה זו, דיני הנזיקין עוסקים בעוולות משפטיות שבגינן המשפט מעניק לניזוקים זכות לתביעה אזרחית – זכות לתבוע כדי לקבל תרופה. גישה זו רואה את דיני הנזיקין כמנגנון שנועד להעצים את

63 van der Burg, לעיל ה"ש 55, בעמ' 40 ו-42.

64 Příbání, לעיל ה"ש 62.

65 נילי קרקו-אייל "המשפט כאמצעי לשינוי חברתי – המקרה של דוקטרינת 'ההסכמה מדעת'" האם המשפט חשוב? 417, 423–424 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות 2010); קרקו-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 272–280.

66 ראו לעיל ה"ש 6 והטקסט שלידה.

67 ראו לעיל ה"ש 41 והטקסט שלידה.

68 Yotam Kaplan, *In Defense of Compensation*, 70 ALA. L. REV. 573, 588–95 (2018).

הניזוק ולאפשר לו לדרוש פיצוי מהמעוול, ואת הפיצוי היא רואה לפיכך כרכיב יסודי והכרחי של דיני הנזיקין.⁶⁹

ג. תוכנית המחקר

1. מתודולוגיה

הגישה המתודולוגית שבה נשתמש במחקר הנוכחי היא זו של Empirical Legal Studies (להלן: ELS). גישה זו מבקשת לבחון בכלים אמפיריים דוקטרינות וכללים משפטיים כדי להבין את האופן שבו המערכת המשפטית פועלת.⁷⁰ חוקרים המאמצים גישה זו עושים שימוש בשיטות מחקר אמפיריות – כמותניות ואיכותניות – על-מנת להבין תופעות משפטיות.⁷¹ כאן טמון גם ייחודה. בניגוד לחוקרים המבקשים להבין תופעות משפטיות באמצעות הצגת הדוקטרינה המשפטית, פרשנותה וביקורתה, מתודולוגיה זו רואה בדוקטרינה המשפטית מקור לנתונים ולהנחות אמפיריות שיש לבחון אותן בשיטות מחקר אמפיריות.⁷²

בהקשר של המחקר שלפנינו, מתודולוגיה זו תשמש כלי להערכת הביטוי שניתן לחוק זכויות החולה בפסיקת בית-המשפט העליון במסגרת השיח המשפטי על-אודות חובותיהם של המטפל והמוסד הרפואי וזכויות המטופל. באופן ספציפי יותר, אנו מבקשים לעשות שימוש במתודולוגיה זו כדי ללמוד אם יש הלימה בין המהלך החשוב והמשמעותי של עיגון חובותיהם של מטפלים וזכויותיהם של מטופלים בדבר חקיקה אחד, מקיף ומפורט, לבין הביטוי שניתן לחוק בשיח המשפטי שקיים בית-המשפט העליון בחובות וזכויות אלו.

בצד אימוץ המתודולוגיה המחקרית של ELS שאבנו השראה מהגישה של "משפט בפעולה" (law in action), ששורשיה נעוצים בגישה הריאליסטית למשפט.⁷³ על-פי

69 שם, בעמ' 596; John C.P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky, *Torts as Wrongs*, 88 TEX. L. REV. 917, 985–86 (2010).

70 Theodore Eisenberg, *Why Do Empirical Legal Scholarship?*, 41 SAN DIEGO L. REV. 1741, 1741 (2004).

71 Shari Seidman Diamond & Pam Mueller, *Empirical Legal Scholarship in Law Reviews*, 6 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 581, 582–83 (2010).
Felicity Bell, *Empirical Research in Law*, 25 GRIFFITH L. REV. 262 (2016).
דיון בשאלה אם מתודולוגיה מחקרית זו כוללת רק מחקר כמותני או גם מחקר איכותני חורג מגבולות המאמר. לדיון בשאלה זו ראו שם; Mark C. Suchman & Elizabeth Mertz, *Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism*, 6 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 555, 555, 558 (2010).

72 שם, בעמ' 555 ו-560; Bell, לעיל ה"ש 71.

73 David Nelken, *Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in Sociology of Law*, 4 LEGAL STUD. 157, 166–69 (1984).

גישה זו, יש להבחין בין "המשפט עלי ספר" (law in books) לבין הפרקטיקה שמאמצים סוכנים משפטיים (למשל, עורכי-דין ושופטים), כמו-גם סוכנים שאינם משפטיים (למשל, פרטים ותאגידים), במקרים רלוונטיים (למשל, במקרה של סכסוך משפטי בין צדדים) – הבחנה המבטאת את התפיסה שהמשפט והפועלים במסגרתו מכוונים למציאות אמפירית.⁷⁴ בהקשר של המחקר הנוכחי משמעות הדבר היא שאנו מבקשים לבחון אם יש פער בין המהלך החשוב של עיגון חובות מטפלים וזכויות מטופלים בהסדר חקיקתי מקיף, מפורט וסדור, לבין האופן שבו הסדר זה הוצג, הומשג ויושם בפסיקה בית-המשפט העליון.

2. שדה המחקר

במחקר נכללו פסקי-דין שענו על כל ארבעת הקריטריונים הבאים:

א. פסק-הדין עסק במחלוקת שנושאה העיקרי הוא בריאות, ונוסף על כך התקיימו בו שני התנאים המצטברים הבאים:

1. עניינה של המחלוקת שהובאה לפני בית-המשפט הוא חובותיהם של המטפל או המוסד הרפואי כלפי המטופל וזכויות המטופל כלפי מי מאלה. ההחלטה להגביל את המחקר לנושא זה מבוססת על ההבנה שנושאים רבים עשויים להשפיע על זכויות המטופל באופן עקיף. הבנה זו, כמו-גם הצורך לתחום את היקפו של המחקר, חייבו איתור של קריטריון שיאפשר זיהוי ותיחום של הנושאים שייכללו במחקר. מאחר שעיקרו של חוק זכויות החולה מוקדש לדיון בחובותיהם של המטפל או המוסד הרפואי כלפי המטופל וזכויות המטופל כלפי מי מאלה, הוחלט לתחום את המחקר לנושא זה.

2. חוק זכויות החולה אוזכר בפסק-הדין או לחלופין ההסדר הקבוע בחוק רלוונטי למחלוקת שהובאה לפני בית-המשפט, אף אם החוק לא אוזכר בפסק-הדין.

תנאים מצטברים אלו הביאו לידי כך שבמסד הנתונים של המחקר לא נכללו הנושאים הבאים, גם אם היה להם קשר עקיף לנושא של זכויות המטופל וחובותיהם של המטפל או המוסד הרפואי: הסדרת העיסוק ברפואה (הכשרה, רישוי, שימוש בתארים, ענישה); היקף סל שירותי הבריאות והזכות לטיפול רפואי הנתונה למטופל מכוחו; תקנוני קופות-חולים; תקנונים והכרעות של ועדות חריגים; היתר להפעלת מוסד רפואי; תביעות על-פי חוק לפיצוי נפגעי גזות; זכותן של קופות-חולים לשיבוב; היתר לשיווק מוצרי בריאות; וסוגיות שעניינן בריאות הציבור ואשר הסמכות להסדרתן נתונה למדינה.

נוסף על כך לא נכללו במסד הנתונים פסקי-דין שהמחלוקת שנדונה בהם עסקה בזכויותיהם של מתמודדי-נפש שעל הטיפול בהם חל חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א–1991. ההחלטה לא לכלול פסקי-דין אלו במסד הנתונים התבססה על

74 שם, בעמ' 157 ו-166–169, Bell; לעיל ה"ש 71, בעמ' 264.

- קיומו של הסדר חוקי ספציפי שמסדיר באופן מפורט היבטים רבים של הזכויות הנתונות למטופל, ואשר גובר על ההסדר הכללי שנקבע בחוק זכויות החולה.
- ב. פסק-הדין ניתן על-ידי בית-המשפט העליון. ביסוד הבחירה להתמקד בפסקי-דין של בית-המשפט העליון עמדו שני טעמים: האחד, החשיבות שיש להחלטות הניתנות על-ידי בית-המשפט העליון – העומד בראש מערכת המשפט בישראל – בעיצוב תחומי משפט שונים, והסמכות הנתונה לו ליצור תקדימים וכללים מחייבים; והאחר, ריבוי פסקי-הדין שעוסקים בתחום הבריאות או שאוזכר בהם חוק זכויות החולה בפסיקתן של כלל ערכאות השיפוט, ומגבלות הזמן והתקצוב שהחוקרים כפופים להן. האפשרות לקיים את המחקר על מדגם של פסקי-דין מהערכאות הנמוכות נבחנה, אך נשללה בשל הקושי ליצור מדגם מייצג.⁷⁵
- ההחלטה להגביל את מסד הנתונים לפסקי-דין של בית-המשפט העליון באה לידי ביטוי בהגדרת שאלת המחקר, וזו הותאמה למגבלות המחקר ולמסד הנתונים שעמד ביסודו.
- ג. בית-המשפט קיים דיון מהותי במחלוקת שהובאה לפניו. לא נכללו במסד הנתונים מקרים שבהם הצדדים הגיעו לפשרה או פסקי-דין שבהם המחלוקת לא נדונה לגופה מטעמים דיוניים – למשל, העתירה נדחתה על הסף, נדחתה בקשה לקיים דיון נוסף, נדחתה בקשה לרשות ערעור או נדחתה בקשה לאישור תובענה ייצוגית.
- ד. מועד מתן ההחלטה בפסק-הדין הוא בין תאריך פרסומו של חוק זכויות החולה ברשומות (12.5.1996)⁷⁶ לבין המועד שבו החלה כתיבת המאמר (1.2.2022) (להלן: תקופת המחקר).

3. שיטת המחקר

המחקר עושה שימוש בשיטה אמפירית-כמותנית, ומבקש למדוד, בכלים כמותניים, את הביטוי שניתן לחוק זכויות החולה בשיח המשפטי שקיים בית-המשפט העליון. במסגרת זו ייעשה שימוש במספר הפעמים שבהם אוזכר החוק בפסיקת בית-המשפט העליון (ככלל או בדרך מסוימת) ובנפח הדיון שהוקדש לחוק ככלים מרכזיים לבחינת הביטוי שניתן לחוק בשיח המשפטי על-אודות חובותיהם של המטפל והמוסד הרפואי וזכויות המטופל.

75 חיפוש במאגר "נבו" תחת הנושא "בריאות" בתאריכים הרלוונטיים למחקר, ללא הגבלת ערכאות, הניב 910 תוצאות, וחיפוש אזכורים של חוק זכויות החולה בתאריכים הרלוונטיים למחקר וללא הגבלת ערכאות הניב 2,152 תוצאות. אף שניתן להניח שיש חפיפה מסוימת בין הקבוצות, מדובר עדיין במספר רב מאוד של החלטות.

76 אף שהחוק נכנס לתוקפו רק שלושה חודשים לאחר שנחקק, הנחנו שלעצם חקיקתו הייתה עשויה להיות השפעה על הפסיקה, אף שלא היה בו כדי לחייב את בית-המשפט לפני כניסתו לתוקף.

השימוש בנתונים כמותניים מסוג זה כדי להעריך את ההשפעה שיש למקור משפטי על השיח המשפטי בספרות או בפסיקה אינו חדש.⁷⁷ ביסודה של שיטה זו עומדת ההנחה שאם כותב בחר לאזכר מקור, הוא עיין בו, סבר שהוא רלוונטי לדיון והושפע מן האמור בו בדרך מסוימת (גם אם הוא אינו מסכים עימו). לפיכך אזכורו של מקור משפטי מעיד כי למקור זה הייתה השפעה על השיח המשפטי במרחב המסוים שהכותב משתייך אליו. בהמשך לכך, ככל שהמקור המשפטי זוכה במספר רב יותר של ציטוטים כך ניתן להניח שהשפעתו על השיח המשפטי רבה יותר.⁷⁸

ההנחה שאזכור מקור משפטי מעיד על השפעתו על השיח המשפטי נתמכת באופיו של השיח המשפטי, הנסמך על תקדימים, חוקים ואסמכתאות אחרות. בשיח המשפטי, הפניה למקור משפטי וציטוטו משמשים לעיתים קרובות אמצעי לביסוס ההכרעה או המסקנות שאליהן הגיע הכותב.⁷⁹ בהתאמה, הפניה למקור משפטי וציטוטו – בין בהסכמה ובין בהסתייגות – מעידים על הרלוונטיות שניתנת לו בשיח המשפטי, ומספר רב של הפניות וציטוטים למקור משפטי מסוים יכולים ללמד על המשקל שניתן לו בעיצוב הדין בתחום מסוים.⁸⁰

הרציונל העומד ביסודה של שיטה זו תומך בהנחה נוספת ששימשה אותנו במחקר, והיא שיש קשר בין נפח הדיון במקור משפטי מסוים לבין השפעתו של אותו מקור על השיח המשפטי. ממש כשם שאזכור מקור משפטי מסוים מעיד שהכותב סבר כי מקור זה רלוונטי לדיון והושפע מן האמור בו בדרך מסוימת, כך ניתן להניח שככל שהכותב מצא את המקור המשפטי רלוונטי יותר או בעל חשיבות רבה יותר למחלוקת או לסוגיה שהונחה לפניו, הדיון בו יתפוס נפח גדול יותר, בין אם הכותב מסכים עם האמור במקור משפטי זה ובין אם לאו. מכאן שניתן להניח שיש קשר בין נפח הדיון במקור משפטי מסוים לבין השפעתו של אותו מקור על השיח המשפטי.

4. מבנה המחקר

במחקר נעשה שימוש במאגר המשפטי הממוחשב "נבו". החיפוש הוגבל לפסקי-דין שניתנו על-ידי בית-המשפט העליון בתקופת המחקר.

77 William M. Landes & Richard A. Posner, *The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study*, 36 J.L. & ECON. 385, 391 (1993); Richard A. Posner, *The Theory and Practice of Citations Analysis, with Special Reference to Law and Economics 2* (John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 83, 1999).

78 Ronen Perry, *The Relative Value of American Law Reviews: A Critical Appraisal of Ranking Methods*, 11 VA. J.L. & TECH. 1, 21–23 (2006).

79 לטענה זו ראו Posner, לעיל ה"ש 77, בעמ' 6–7.

80 לטענה זו ראו שם. לשימוש במספר האזכורים בפסיקה ככלי להערכת ההשפעה שיש למקור משפטי על הפסיקה, ולרציונל העומד ביסודה של שיטת מחקר זו, ראו יורם שחר, מירון גרוס וחנן גולדשמידט "מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית-המשפט העליון – ניתוח כמותי" **משפט וממשל** ז' 243, 246 (2004).

למחקר היו כמה שלבים:

א. **בשלב הראשון** ערכו החוקרים חיפוש במאגר הממוחשב "נבו" על-פי הגדרות החיפוש החלופיות הבאות: (א) נושא "בריאות" – חיפוש זה הניב 225 פסקי-דין; (ב) אזכור חוק זכויות החולה – חיפוש זה הניב 208 פסקי-דין. החיפוש לא הוגבל להליך מסוג מסוים. על-כן בתוצאות נכללו הליכים שהובאו לפני בית-המשפט העליון בשבתו כערכאת ערעור (הליכים אזרחיים והליכים פליליים) וכן הליכים שהובאו לפניו בשבתו כבית-המשפט הגבוה לצדק (עתירות).

ב. **בשלב השני** יצרו החוקרים את מאגר פסקי-הדין שעליו יתבסס המחקר.

- מתוך 225 פסקי-הדין שהניב החיפוש תחת הנושא "בריאות" איתרו החוקרים פסקי-דין שבהם לכללים המשפטיים שנקבעו בחוק זכויות החולה הייתה עשויה להיות רלוונטיות להכרעה במחלוקת. ההחלטה אילו פסקי-דין ייכללו בקטגוריה זו התבססה על הנושאים המוסדרים בחוק זכויות החולה ועל השאלה אם היה באיזה מהכללים הקבועים בחוק ביחס לנושאים אלו כדי לתרום לפתרון המחלוקת שהובאה לפני בית-המשפט. כדי לענות על שאלה זו עשו החוקרים שימוש בידע הרב שצברו ממחקריהם הקודמים בתחום הבריאות. בסך-הכל אותרו 104 פסקי-דין שענו על קריטריון זה.

- מתוך 208 פסקי-הדין שבהם אוזכר חוק זכויות החולה איתרו החוקרים פסקי-דין שבהם אוזכר החוק בקשר לטיפול, שירות או אביזר רפואיים, ואלה עמדו בלב המחלוקת שהובאה לפני בית-המשפט. בסך-הכל אותרו 52 פסקי-דין שענו על קריטריון זה ואשר לא נכללו בקבוצה הראשונה.

מבין 156 פסקי-הדין שאותרו בשלב זה זוהו פסקי-דין העוסקים בחובות המוטלות על המטפל או המוסד הרפואי כלפי המטופל ובזכויות המטופל כלפי מי מהם. בסך-הכל אותרו 75 פסקי-דין העונים על קריטריון זה, ואלה מהווים את מסד הנתונים של המחקר.

ג. **בשלב השלישי** הוזנו פסקי-הדין הנכללים במסד הנתונים של המחקר (בסך-הכל, כאמור, 75 פסקי-דין) לטבלה שכללה את פרטי המידע הבאים: מספר ההליך; שמות הצדדים; מועד מתן פסק-הדין; נושא המחלוקת שהובאה לפני בית-המשפט; ואזכור או העדר אזכור של החוק.⁸¹ ההחלטה לכלול בטבלה נתון בדבר מספר הפעמים שבהם אוזכר החוק בפסיקה התבססה על ההנחה המתודולוגית שהוצגה למעלה בדבר קיומו של קשר בין מספר האזכורים של מקור משפטי לבין השפעתו של אותו

81 ודוק, השאלה שנבחנה בשלב זה הייתה אם בית-המשפט העליון אזכר את חוק זכויות החולה בחלק הדיון של ההחלטה. בהתאמה, לא נכללו אזכורים של החוק אשר הופיעו בטענות הצדדים, כפי שהובאו בפסקי-הדין על-ידי בית-המשפט, אך לא הופיעו לאחר-מכן בחלק הדיון. כמו-כן לא נכללו אזכורים של החוק אשר הופיעו בהחלטת הערכאה קמא, כפי שהובאה בפסקי-הדין על-ידי בית-המשפט העליון, אך לא הופיעו לאחר-מכן בחלק הדיון.

מקור על השיח המשפטי. בתום הזנת המידע לטבלה הופקו נתונים כמותיים באשר לכל אחד מפרטי המידע.⁸²

ד. **בשלב הרביעי** יצרו המחברים טבלה נוספת שאליה הוזנו פסקי-דין שבהם אוזכר חוק זכויות החולה על-ידי בית-המשפט העליון (בסך-הכל 64 פסקי-דין). בטבלה נכללו פרטי מידע שעשויים להעיד על הביטוי שניתן לחוק זכויות החולה בפסיקת בית-המשפט העליון בעיצוב חובותיהם של המוסד הרפואי או המטפל כלפי המטופל וזכויות המטפל כלפי מי מהם.

ההכרעה אילו פרטי מידע יש לכלול בטבלה זו התבססה על שני קווים מנחים: האחד, ההנחה המתודולוגית שהוצגה למעלה ולפיה אזכור מקור משפטי מעיד על ההשפעה שיש לו על השיח המשפטי. השני, הגישות התיאוריות בדבר תפקידיו של המשפט, כפי שהוצגו בפרק ב של המאמר.

בהתאמה, נכללו בטבלה זו פרטי המידע הבאים: מספר ההליך, שמות הצדדים ומועד מתן פסק-הדין; נושא המחלוקת המשפטית שהובאה לפני בית-המשפט; הסעיפים מחוק זכויות החולה שאוזכרו בפסק-הדין; אם החוק אוזכר על-ידי בית-המשפט כמקור היחיד של החובה או הזכות הנדונות בפסק-הדין או שמא רק כמקור אחד מני כמה; אם החוק הוצג על-ידי בית-המשפט כזה אשר התנהלותם של המטפל או המוסד הרפואי בתחום הרלוונטי; אם החוק הוצג על-ידי בית-המשפט כזה אשר הצהיר על קיום הזכות; ואם החוק הוצג על-ידי בית-המשפט כמעניק למטופל עילת תביעה או תרופה. בתום הזנת המידע לטבלה הופקו נתונים כמותיים באשר לכל אחד מפרטי המידע.⁸³

ה. **בשלב החמישי** יצרו המחברים טבלה שאליה הוזנו פסקי-דין שבהם שימש חוק זכויות החולה מקור משפטי של החובה או הזכות הרלוונטיות נוסף על מקורות משפטיים אחרים. בצד מספר ההליך ושמות הצדדים כללה הטבלה את פרטי המידע הבאים: נושא המחלוקת שהובאה לפני בית-המשפט; מספר המילים שהוקדשו לדיון המשפטי בחובה או הכלל הרלוונטיים; ומספר המילים שהוקדשו לדיון בחוק זכויות החולה. נתונים אלו שימשו לאחראי-מכן כדי לקבוע איזה נפח מתוך הדיון המשפטי – באחוזים – הוקדש לחוק זכויות החולה.⁸⁴ ההחלטה לעשות שימוש בקריטריון של נפח הדיון התבססה על הטענה, אשר ביססנו אותה קודם, שלפיה ככל שנפח הדיון במקור משפטי מסוים גדול יותר כן ניתן להניח שהשפעתו על השיח המשפטי הייתה רבה יותר.

התהליך שבאמצעותו נאספו הנתונים שנכללו בטבלה זו והאופן שבו נקבע נפח הדיון בחוק מחייבים הסבר. תהליך זה נחלק לארבעה צעדים: בצעד הראשון זיהינו את כל פסקי-הדין שבהם אוזכר החוק בצד מקור משפטי נוסף, ואלה הוזנו לטבלה. הבחירה להתמקד בפסקי-דין אלו נבעה מההנחה שבמקרים שבהם היה החוק המקור

82 תוצריה של טבלה זו נכללים בטבלה 1, שתוצג בהמשך.

83 תוצריה של טבלה זו נכללים בטבלה 2, שתוצג בהמשך.

84 תוצריה של טבלה זו נכללים בטבלה 3, שתוצג בהמשך.

המשפטי היחיד שאוזכר על-ידי בית-המשפט, התבסס הדיון כולו על החוק. לעומת זאת, במקרים שבהם אזכר בית-המשפט כמה מקורות משפטיים, תפס כל אחד מהמקורות חלק מנפח הדיון המשפטי, כך שניתן להעריך את הנפח היחסי שתפס החוק בדיון. בצעד השני סומנו הפסקאות שבהן דן בית-המשפט בסוגיה הקשורה לנושא המחקר – כלומר, חובות המטופל על המטפל או המוסד הרפואי וזכויות הנתונות למטופל כלפי מי מהם – ונקבע (באמצעות שימוש בכלי של "ספירת מילים") כמה מילים הקדיש בית-המשפט לדיון זה. בצעד השלישי זיהו החוקרים את החלק שבו דן בית-המשפט בחוק זכויות החולה, וקבעו (שוב, באמצעות הכלי של "ספירת מילים") כמה מילים הקדיש בית-המשפט לדיון בחוק. בצעד הרביעי והאחרון חושב חלקו היחסי של הדיון בחוק זכויות החולה (באחוזים) מהדיון שערך בית-המשפט בסוגיה הרלוונטית. הממצאים שנאספו באשר לכל פסק-דין אוגדו לקבוצות על-פי נושא המחלוקת שהובאה לפני בית-המשפט, ובצד כל קבוצה צוין ממוצע נפח הדיון שהקדיש בית-המשפט לחוק זכויות החולה.

5. מהימנות המחקר

על-מנת להבטיח את מהימנות המחקר, ערכו החוקרים את חיפוש פסקי-הדין ואיסוף הנתונים באופן עצמאי. עוזר-מחקר שתפקידו היה לסייע בהיבטים הטכניים של המחקר סקר באופן מדגמי את פסקי-הדין שנכללו במסד הנתונים ואימת את המידע שנאסף. כל פסקי-הדין שנותחו נבחרו בהסכמת שני המחקרים, לאחר כמה דיונים שערכו בעניין.

6. מגבלות המחקר

למחקר חמש מגבלות:

ראשית, המחקר מבקש לבחון את הביטוי שניתן לחוק בפסיקה במסגרת השיח המשפטי על-אודות חובות המטופל וזכויות המטופל בכלים כמותניים. המחקר אינו בוחן מה הביטוי שניתן לחוק בשיח המשפטי שהתקיים בפסיקה – למשל, באמצעות ראיונות עם שופטים ועורכי-דין – אף ששיטת מחקר זו עשויה לספק ממצאים מדויקים יותר. ההחלטה להסתפק בכלים כמותניים, ולא לערוך מחקר איכותני, נעוצה במורכבותו של מחקר מן הסוג האחרון ובמשאבים הנוספים שהוא מחייב.

שנית, המחקר מוגבל לפסקי-דין שניתנו על-ידי בית-המשפט העליון, ואינו מקיף את כלל הערכאות המשפטיות. על-אף החשיבות שיש לפסיקת בית-המשפט העליון בעיצובן של חובות המטופל וזכויות המטופל, אלה הושפעו גם מפסיקת בתי-המשפט בערכאות הנמוכות, שאינה נכללת במחקר. כפי שכבר ציינו, ההחלטה להגביל את המחקר לפסיקת בית-המשפט העליון נעוצה במספרם הרב של פסקי-הדין שניתנו על-ידי כלל הערכאות, במגבלות הזמן והתקציב שהחוקרים כפופים להן ובמשקל הרב שיש לפסיקת בית-המשפט העליון בעיצוב המשפט.

שלישית, המחקר מתמקד בסוג אחד של מסמכים משפטיים – פסקי-דין. הוא אינו בוחן את הביטוי שניתן לחוק בספרות העוסקת במשפט ורפואה, בדיונים בקוד האתי של רופאים או בקוד עצמו, או בפורמים אקדמיים ומדינתיים העוסקים בזכויות מטופלים (למשל, כנסים אקדמיים וועדות הכנסת). זאת, אף שמקורות אלו עשויים לזרוע אור על הביטוי שניתן לחוק בשיח המשפטי על-אודות חובותיהם של המטפל והמוסד הרפואי וזכויות המטופל במשפט הישראלי, ולהשלים את הידע הקשור להשפעת החוק על המשפט הנוהג הלכה למעשה. עולה מכאן שהמחקר אינו מתיימר לבחון את הביטוי שניתן לחוק בשיח המשפטי בכל זירות המשפט. מטרתו צנועה יותר, והיא בחינת הביטוי שניתן לחוק בשיח המשפטי על-אודות חובותיהם של המטפל והמוסד הרפואי וזכויות המטופל בזירה השיפוטית.

רביעית, המחקר בוחן את הביטוי שניתן לחוק זכויות החולה בהחלטות בית-המשפט. הוא אינו בוחן את הביטוי שניתן לחוק בשיח המשפטי שהתקיים בכתבי הטענות של הצדדים או את היחס בין הביטוי שניתן לחוק בכתבי הטענות של הצדדים לבין המשקל שניתן לו בהחלטה. זאת, אף שנתונים מסוג זה עשויים לזרוע אור על הביטוי שניתן לחוק בשיח המשפטי על-אודות חובותיהם של המטפל והמוסד הרפואי וזכויות החולה. מחקר מסוג זה רחב בהיקפו מהמחקר המוצע, ומחייב משאבי זמן וכוח-אדם נוספים. משכך, הוחלט להותירו לבחינה נפרדת.

חמישית, במסד הנתונים של המחקר נכללו רק הליכים משפטיים שהתובענה שהוגשה בהם נדונה והוכרעה לגופה. לא נכללו בו הליכים שהסתיימו בפשרה מבלי שנדונו והוכרעו על-ידי בית-המשפט. אכן, בחינת שיקולי הצדדים בהחלטה אם להתפשר אם לאו עשויה להאיר את ההשפעה שהייתה לחוק בשיח המשפטי על-אודות חובותיהם של המטפל והמוסד הרפואי וזכויות המטופל. עם זאת, מדובר במחקר שונה לחלוטין במהותו מהמחקר הנדון, המבוסס על מסד נתונים ושיטת מחקר שונים. לפיכך הוחלט להותירו לבחינה נפרדת. בהמשך לכך הוגבלה שאלת המחקר לביטוי שניתן לחוק בשיח המשפטי שהתקיים בפסיקת בית-המשפט העליון, ונוצרה הלימה בין היקף המחקר לשאלת המחקר.

ד. ממצאים

1. מספר האזכורים של חוק זכויות החולה בפסיקת בית-המשפט העליון בכללותה ועל-פי חלוקה נושאת

הממצא הראשון שעולה מהמחקר הוא מספר פסקי-הדין שבהם אוזכר חוק זכויות החולה – בסך-הכל ובחלוקה על-פי נושאים. מתוך 75 פסקי-הדין שנכללו במסד הנתונים של המחקר, אוזכר חוק זכויות החולה ב-64 מקרים (שהם 85.33% מכלל פסקי-

הדין). בה-בעת, החוק לא אוזכר ב-11 מקרים (שהם 14.66% מכלל פסקי-הדין) על-אף הרלוונטיות של הכללים הקבועים בו להכרעה במחלוקת שהובאה לפני בית-המשפט. חלוקה נושאית של פסקי-הדין העלתה כי היחס בין מספר פסקי-הדין שבהם אוזכר חוק זכויות החולה לבין מספר פסקי-הדין שבהם הוא לא אוזכר משתנה על-פי נושא המחלוקת שהובאה לפני בית-המשפט. ממצא זה עולה מטבלה 1.

טבלה 1: היחס בין מספר פסקי-הדין שבהם אוזכר החוק לבין מספר פסקי-הדין שבהם הוא לא אוזכר, לפי נושא המחלוקת

נושא המחלוקת שהובאה לפני בית- המשפט	מספר פסקי-הדין שבהם אוזכר החוק	מספר פסקי-הדין שבהם החוק לא אוזכר	סה"כ פסקי- הדין
הזכות לבחור במטפל	—	2	2
דוקטרינת ההסכמה מדעת ⁸⁵	35	7	42
החובה לנהל רשומה רפואית	17	1	18
סודיות המידע הרפואי	3	—	3
זכות המטופל למידע מהרשומה הרפואית	4	—	4
זכות המטופל לפרטיות	2	—	2
הזכות לחוות-דעת נוספת	1	—	1
הזכות לנוכחות אדם נוסף במהלך טיפול רפואי או הזכות להתנגד לנוכחות אדם נוסף	1	—	1
איסור הפליה	1	1	2
סה"כ	64	11	75

כפי שעולה מהנתונים המובאים בטבלה 1, החוק אוזכר על-ידי בית-המשפט ב-100% מהמקרים שעסקו בנושאים הבאים: סודיות המידע הרפואי, זכות המטופל למידע מהרשומה הרפואית, זכות המטופל לפרטיות, הזכות לחוות-דעת נוספת והזכות לנוכחות אדם נוסף בטיפול הרפואי. שיעור גבוה של אזכורים של החוק נמצא גם בפסקי-דין שעסקו בחובה לנהל רשומה רפואית (94.44%). שיעור נמוך יותר – אך עדיין גבוה – של אזכורים של החוק נמצא בפסקי-דין שנושא המחלוקת בהם היה דוקטרינת ההסכמה מדעת (83.33%). לבסוף, שיעור המקרים שבהם אוזכר החוק בנושא של איסור הפליה

85 בקטגוריה זו נכללו מקרים שבהם נדונו חובת הגילוי המוטלת על המטפל, החובה לקבל את הסכמת המטופל לטיפול, הזכות לסרב לטיפול רפואי, כפיית טיפול רפואי על מטופלים והסכמה לנתיחה לאחר המוות.

עמד על 50% בלבד. בנושא הזכות לבחור במטפל לא אזכר בית-המשפט את החוק כלל, אף שהוא היה רלוונטי להכרעה במחלוקת שהובאה לפני בית-המשפט.

2. האופן שבו המשיג בית-המשפט העליון את סעיפי החוק שאוזכרו

שאלה נוספת שבחנו היא כיצד הומשגו סעיפי החוק על-ידי בית-המשפט באותם מקרים שבהם אוזכר החוק. הבחירה בקטגוריות ההמשגה התבססה על המסגרת התיאורטית שהוצבה בפרק ב, ואשר במסגרתה הוצגו גישות שונות באשר לתפקידיו של המשפט. בהלימה לגישות אלו נוצרו קטגוריות ההמשגה הבאות: החוק הוצג ככלי להסדרת התנהגותם של מטפלים; החוק הוצג כביטוי הצהרתי של הזכויות הנתונות למטופל; החוק הוצג כהסדר תרופתי, כלומר, כהסדר שלהפרת הוראה מהוראותיו יש תוצאות משפטיות.⁸⁶ לצד חלוקה זו יצרנו חלוקה נוספת לשתי קטגוריות: החוק הוצג כמקור המשפטי היחיד של הזכות או החובה המשפטיות הרלוונטיות; החוק אוזכר כמקור משפטי אחד מבין כמה מקורות משפטיים של החובה או הזכות הרלוונטיות – למשל, פסיקה או חקיקה אחרת.⁸⁷ הנתונים שנאספו מוצגים בטבלה 2.

טבלה 2: אזכור סעיפי החוק לפי בלעדיות הסעיף כמקור ואופן המשגתו

סעיף החוק ⁸⁸	מספר האזכורים	החוק הוצג כמקור בלעדי	החוק הוצג כמקור נוסף	החוק הוצג ככלי להסדרת התנהגותם של מטפלים	החוק הוצג כביטוי הצהרתי	החוק הוצג כהסדר שיש לו תוצאות משפטיות
סעיף 1 (מטרת החוק)	9	5	4	2	2	
סעיף 4	4		4			3

86 בהקשר זה יש להעיר שתי הערות חשובות. ראשית, אותו סעיף עשוי להיות מוצג באותו פסק-דין – ולעיתים אף על-ידי אותו שופט – ככזה שמסדיר את יחסי מטפל-מטופל ובה-בעת ככזה שמצהיר על עצם קיומה של הזכות. שנית, סעיף חוק הוגדר כמסדיר את יחסי מטפל-מטופל במקרים שבהם הציג אותו בית-המשפט כקובע קווים מנחים להתנהלותם של המטפל או המוסד הרפואי. לעומת זאת, במקרים שבהם הסתפק בית-המשפט בקביעה כי החוק "מעגן" זכות הנוגעת בדבר, "קובע" אותה או "מכיר" בה, הוגדר החוק כביטוי הצהרתי של זכויות המטופל. מטבע הדברים לא הייתה ההבחנה פשוטה תמיד.

87 ודוק, אותו סעיף חוק עשוי להיות מאוזכר כמה פעמים באותו פסק-דין – פעם אחת על-ידי שופט אחד כמקור הבלעדי של החובה או הזכות, ופעם נוספת על-ידי שופט אחר כמקור נוסף של החובה או הזכות. במקרים כאלה נכללו שתי הגישות בטבלה, אף שמדובר באותו פסק-דין.

88 מכלל הסעיפים שנבחנו הוצא ס' 2 לחוק, שהוא סעיף ההגדרות.

1	3	1	4	2	6	(איסור הפליה) סעיף 5 טיפול רפואי (נאות)
		1	1		1	סעיף 6 א (זכות לנוכחות מלווה)
	1	1	1	2	3	סעיף 7 (דעה נוספת)
	2	3	1	2	3	סעיף 10 (שמירה על פרטיות המטופל)
8	13	29	21	9	30	סעיפים 13–15 ⁸⁹ (הסכמה מדעת)
16		18	16	2	18	סעיף 17 (חובת ניהול רשומה רפואית)
1	1	3	2	1	3	סעיף 18 (זכות המטופל למידע רפואי)
	1	2	1	2	3	סעיפים 19–20 (סודיות רפואית)
2	3	7	6	2	8	חוק זכויות החולה
28	29	67	61	27	9088	סה"כ

כמה ממצאים חשובים עולים מהנתונים המרוכזים בטבלה זו. ראשית, מבין כלל המקרים שבהם אוזכרו סעיפי החוק בפסיקת בית-המשפט העליון, ב-30.68% הוצג סעיף החוק כמקור המשפטי היחיד של החובה או הזכות הרלוונטיות. לעומת זאת, ב-69.32% מהמקרים הוצג סעיף החוק כאחד מבין כמה מקורות משפטיים של החובה או הזכות הרלוונטיות. הצגת סעיף החוק רק כמקור משפטי נוסף של החובה או הזכות הנוגעות בדבר, להבדיל ממקור משפטי בלעדי שלהן, בולטת במיוחד בשני מקרים: סעיפים 13–15 לחוק, העוסקים בדוקטרינת ההסכמה מדעת; וסעיף 17 לחוק, העוסק בחובת ניהול רשומה רפואית.

שנית, ב-76.14% מסך המקרים שבהם אוזכר החוק בפסיקת בית-המשפט העליון הוצג סעיף החוק ככלי המסדיר את התנהגותם של מטפלים. לעומת זאת, ב-32.95%

89 ההחלטה לכלול בקטגוריה זו את כל סעיפי החוק המשתייכים לפרק ד לחוק, שכותרתו "הסכמה מדעת לטיפול רפואי", אינה אקראית. אף שכל אחד מהסעיפים עוסק בהיבט אחר של הסכמה מדעת לטיפול הרפואי, שלושת הסעיפים שלובים זה בזה, ויחדיו הם יוצרים את ההסדר החוקי המנחה בסוגיה. לפיכך סברנו שהתייחסות נפרדת לכל אחד מהסעיפים תהיה מלאכותית.

90 סך מספרי האזכורים של סעיפי החוק הנכללים בטבלה זו (88) גבוה ממספר פסקי-הדין שבהם אוזכר החוק (64), וזאת מאחר שבחלק מפסקי-הדין אוזכר יותר מסעיף חוק אחד.

מסך המקרים הוצג סעיף החוק כביטוי הצהרתי של החובה או הזכות הרלוונטיות. המקרים היחידים שבהם הוצג סעיף החוק כביטוי הצהרתי של החובה או הזכות הנדונות מספר רב יותר של פעמים מהמקרים שבהם הוא הוצג כמסדיר את התנהגותם של מטפלים הם סעיפים 4 ו-5 לחוק, העוסקים באיסור הפליה ובחובה לספק טיפול רפואי נאות. בכל שאר המקרים מספר הפעמים שבהם הוצג סעיף החוק ככלי המסדיר את התנהגותם של מטפלים היה רב ממספר הפעמים שבהם הוא הוצג כביטוי הצהרתי של החובה או הזכות הרלוונטיות או שווה לו. בולטים בהקשר זה סעיפים 13-15 וסעיף 17 לחוק, העוסקים בחובה לקבל את הסכמתו מדעת של המטופל ובחובת המטפל לנהל רשומה רפואית. במקרים אלו מספר הפעמים שבהם הוצג סעיף החוק כמסדיר את התנהגותם של מטפלים היה גדול באופן משמעותי ממספר המקרים שבהם הוא הוצג כביטוי הצהרתי של חובות וזכויות אלו.

שלישית, ב-31.82% מהמקרים שבהם אוזכר החוק עמד בית-המשפט על התוצאות המשפטיות שיש להפרת הוראה מהוראותיו. בולטים בהקשר זה סעיפים 13-15 ו-17 לחוק, העוסקים בחובה לקבל את הסכמתו מדעת של המטופל ובחובת המטפל לנהל רשומה רפואית, שאותם נטה בית-המשפט להציג כבעלי תוצאות משפטיות.

3. נפח הדיון בחוק זכויות החולה בפסקי-הדין לפי חלוקה נושאת

כלי נוסף שבאמצעותו ביקשנו לבחון את המשקל שניתן לחוק בעיצוב חובותיהם של המטפל והמוסד הרפואי וזכויות המטופל הוא נפח הדיון שהוקדש לחוק בפסקי-דין שאזכרו כמה מקורות משפטיים. הממצאים שנאספו מוצגים בטבלה 3.

טבלה 3 : נפח הדיון בחוק זכויות החולה בפסקי-הדין לפי חלוקה נושאת

נושא המחלוקת שהובאה לפני בית-המשפט	נפח הדיון בחוק
דוקטרינת ההסכמה מדעת	8.7%
החובה לנהל רשומה רפואית	2.8%
סודיות המידע הרפואי	18.05%
זכות המטופל למידע מהרשומה הרפואית	16.1%
הזכות לנוכחות מלווה בטיפול רפואי	13.09%
נפח ממוצע	11.74%

עיון בממצאים אלו מלמד כי במקרים שבהם אוזכר החוק רק כמקור משפטי נוסף של החובה או הזכות הנדונות, נפח הדיון בו לא היה רב. נתון זה נמצא בכל קבוצות הנושאים, כך שהנפח הממוצע שהוקדש לדיון בחוק היה קטן, ועמד על 11.74% בלבד. אף שמגמה זו מאפיינת את כל הנושאים שנבחנו, בנושאים מסוימים תפס הדיון בחוק

נפח גדול יותר מאשר באחרים. עם נושאים אלו נכללים סודיות המידע הרפואי, זכות המטופל למידע מהרשומה הרפואית והזכות לנוכחות מלווה בטיפול הרפואי. לעומת זאת, בנושא החובה לנהל רשומה רפואית היה נפח הדיון בחוק נמוך במיוחד, ונפל באופן משמעותי מהממוצע. נושא נוסף שבו היה נפח הדיון בחוק נמוך מהממוצע הוא החובה לקבל את הסכמתו מדעת של המטופל.

ה. דיון

ממצא ראשון העולה מהמחקר הוא שברוב המקרים שבהם אוזכר חוק זכויות החולה בפסיקה הוא לא נתפס כמקור יחיד לחובותיהם של המטפל והמוסד הרפואי ולזכויות המטופל. ליתר דיוק, בשני שלישים מהמקרים הוצג החוק רק כמקור משפטי נוסף לחובות וזכויות אלו, ורק בשליש מהמקרים הוא הוצג כמקור משפטי יחיד. ממצא זה אינו מפתיע, והוא משקף את האופן שבו נוצרו ועוצבו החובות המוטלות על המטפל והמוסד הרפואי והזכויות הנתונות למטופל במשפט הישראלי.

כאמור, עוד בטרם נחקק חוק זכויות החולה הכיר המשפט הישראלי בחלק מהזכויות הקבועות בו, וזאת באמצעות הפסיקה והוראות חוק פזורות. יתרה מזו, כפי שראינו, גם משנחקק לא היה בחוק כדי לגרוע מהוראות כל דין אלא במקרים שבהם אומצה בו נורמה הגוברת על הדין הקודם. אכן, החוק איגד את זכויות החולה תחת דבר חקיקה אחד, ובעניינים מסוימים אף קבע הסדר משפטי חדש או שונה מזה שאימץ הדין ערב חקיקתו. עם זאת, כאשר הוא נבחן כמכלול, אי-אפשר לתארו כזה אשר יצר, *de novo*, את מערכת החובות והזכויות החלות ביחסים שבין מטפל או מוסד רפואי לבין מטופל. נכון יותר לתארו כבעל חשיבות סמלית, הטמונה במתן ביטוי חקיקתי לשינויים שחלו בתפיסות החברתיות על-אודות אופיים של יחסי מטפל-מטופל, ובראשם דחיית התפיסה הפטרנליסטית ואימוץ התפיסה כי המטופל הוא בעל זכויות. אכן, תפיסת החוק כבעל חשיבות סמלית באה לידי ביטוי עוד בתהליכי חקיקתו, שבמסגרתם התייחסו אדריכלי החוק מפורשות לקיומה של חקיקת זכויות קודמת.

מכאן עולה שפסיקת בית-המשפט העליון, הנוטה להציג את החוק רק כמקור משפטי נוסף לחובות המוטלות על המטפל והמוסד הרפואי ולזכויות המטופל, לא רק משקפת את המצב המשפטי שנוצר עם חקיקת החוק, אלא גם מבטאת ומחזקת את אופיו הסמלי של החוק.

ממצא מעניין נוסף הוא מספר הפעמים הכולל שבהם אוזכר החוק בפסיקת בית-המשפט העליון. כפי שעולה מהנתונים שהובאו, בית-המשפט העליון אזכר את חוק זכויות החולה בכ-85% מפסקי-הדין שנכללו במסד הנתונים של המחקר. כאשר ממצא זה עומד לבדו, וכאשר הוא נבחן לאור ההנחה המתודולוגית שמספר האזכורים של מקור משפטי מעיד על השפעה שהייתה לו על השיח המשפטי, ניתן ללמוד ממנו שלחוק הייתה השפעה לא-מבוטלת על השיח שהתקיים בפסיקה באשר לחובות המוטלות על המטפל והמוסד הרפואי ולזכויות החולה.

אלא שבחינת ממצא זה בצד ממצאים נוספים מציעה כי המשקל שניתן לחוק בעיצובן של חובות וזכויות אלו היה מוגבל יותר. ראשית, בחלק מפסקי-הדין (כ-15%) לא אוזכר החוק כלל, וזאת אף שהוא התווה הסדר חקיקתי מקיף וחדש באשר לחובות החלות על המטפל והמוסד הרפואי ולזכויות הנתונות למטופל, ועל-אף הרלוונטיות שלו לדיון. כעולה מההנחה המתודולוגית שהונחה במסגרת שיטת המחקר, ממצא זה עשוי ללמד כי במקרים אלו סבר בית-המשפט כי אין באזכור החוק כדי לתרום לשיח המשפטי. שנית, בכל פסקי-הדין שבהם אזכר בית-המשפט העליון את החוק רק כאחד מבין כמה מקורות משפטיים היה ממוצע נפח הדיון שנערך בו נמוך, ועמד על קצת יותר מ-10% בלבד. כאשר ממצא זה נבחן לאור ההנחה המתודולוגית שיש קשר בין נפח הדיון המוקדש למקור משפטי לבין השפעתו של אותו מקור על השיח המשפטי, הוא מציע כי ההשפעה שהייתה לחוק על השיח המשפטי מוגבלת יותר.

בחינת הנתונים בדבר מספר האזכורים של החוק בפסיקה, בדבר אזכור החוק כמקור יחיד או נוסף ובדבר נפח הדיון בחוק, על-פי חלוקה נושאת או על-פי חלוקה לסעיפי חוק, זורעת אור נוסף על ההשפעה שהייתה לחוק על השיח המשפטי שעסק בחובות המוטלות על המטפל והמוסד הרפואי וזכויות המטופל.

כפי שעולה מממצאי המחקר, החוק אוזכר ביותר ממחצית פסקי-הדין שעסקו בנושא מן הנושאים הבאים: החובה לקבל את הסכמתו המודעת של המטופל, האיסור להפלות, זכות המטופל למידע מהרשומה הרפואית, חובת המטפל לערוך רשומה רפואית, זכות המטופל לפרטיות, הזכות לחוות-דעת נוספת והזכות לנוכחות מלווה בטיפול הרפואי. כאשר נתון זה עומד לבדו, ניתן לכאורה ללמוד ממנו כי בנושאים אלו הייתה לחוק השפעה של ממש על השיח המשפטי.

אלא שכאשר בוחנים לצד ממצא זה את הממצא בדבר נפח הדיון בחוק, מתגלית תמונה מורכבת יותר. בחלק מהנושאים נמצא מתאם בין מספר האזכורים של החוק לבין נפח הדיון בו. עם אלה נמנים פסקי-דין שדנו בסוגיות הבאות: זכות המטופל למידע מהרשומה הרפואית, החובה לשמור על סודיות רפואית והזכות לנוכחות מלווה בטיפול הרפואי. אולם במקרים אחרים אין מתאם בין מספר הפעמים שבהן אוזכר החוק לבין נפח הדיון בו. כך, למשל, בעוד ברוב המקרים שעסקו בחובה לקבל את הסכמתו מדעת של המטופל אוזכר חוק זכויות החולה, נפח הדיון בו במקרים שבהם הוא אוזכר בצד מקורות משפטיים נוספים היה נמוך מנפח הדיון הממוצע בחוק (שהיה נמוך כשלעצמו). פער גדול בין מספר האזכורים (הרב) של החוק לבין נפח הדיון (המועט) שהוקדש לו נמצא גם במקרים שבהם נדונה חובת הרופא לנהל רשומה רפואית.

את הפער הקיים בשני הנושאים הללו בין מספר הפעמים הרב שבהן אוזכר החוק לבין נפח הדיון המועט בו ניתן לייחס לעובדה שעוד לפני חקיקת החוק הוסדרו נושאים אלו, לפחות באופן חלקי, באמצעות כללים שנקבעו בפסיקה.⁹¹ כפי שעולה מממצאי

91 ראו, למשל, את פסקי-הדין הבאים, שעסקו בדוקטרינת ההסכמה מדעת וקבעו כללים בדבר החובה לקבל הסכמה מהמטופל והחובה למסור לו מידע – סוגיות שהוסדרו מאוחר יותר בס' 13 לחוק זכויות החולה: ע"א 67/66 ב-רחי נ' שטיינר, פ"ד כ(3) 230 (1966);

המחקר, גם לאחר חקיקת החוק המשיכו בתי-המשפט לעצב את החובות המוטלות על המטפל והמוסד הרפואי ואת זכויות המטופל בנושאים אלו באמצעות כללים פסיקטיים שנשמכו על פסיקה קודמת. הסעיפים הרלוונטיים של חוק זכויות החולה אוזכרו כמבטאים את הכלל שנקבע כבר בפסיקה, והדיון בהם היה מועט. ממצא זה מדגיש אף הוא את התפיסה הסמלית של החוק בפסיקת בית-המשפט העליון.

מסקנה נוספת העולה מממצאי המחקר היא שבית-המשפט העליון תיאר את הכללים המשפטיים הקבועים בחוק באמצעות המונח "הסדרת התנהגות" מספר רב יותר של פעמים מאשר באמצעות המונח "הגנה/הצהרה על זכויות". מגמה זו בלטה ביתר שאת במקרים מסוימים (החובה לקבל את הסכמתו מדעת של המטופל וחובת המטפל לנהל רשומה רפואית). מכאן ניתן ללמוד שבית-המשפט העליון נטה לראות בחוק (ובסעיפים מסוימים במיוחד) אמצעי להסדרת התנהגותם של מטפלים. ממצא זה מעניין בהתחשב בנוסחו של סעיף 1 לחוק, המציין כי מטרת החוק היא "לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי ולהגן על כבודו ועל פרטיותו", ובהתחשב בתיאור החוק על-ידי יוזמיו כ"מגילת זכויות חולה". כך, בעוד עלי ספר הוצג החוק כמבקש להצהיר ולהגן על זכויותיהם של מטופלים, הלכה למעשה נטה בית-המשפט העליון לתאר את החוק כמבקש להכווין את התנהגותם של מטפלים.

משמצינו כי בית-המשפט העליון נטה לראות את החוק כאמצעי להכוונת התנהגותם של מטפלים, עולה שאלה נוספת, והיא אם החוק נתפס והוצג על-ידי בית-המשפט העליון כאמצעי ישיר להסדרת התנהגותם של מטפלים או כאמצעי עקיף. כפי שראינו בפרק א של המאמר, החוק לא קבע אילו סנקציות יוטלו על מטפל או מוסד רפואי שיפרו את חובותיהם או לאילו תרופות יהיה המטופל זכאי במקרה של הפרת זכויותיו אלא בשני מקרים: האחד, סעיף 4, הקובע את איסור ההפליה; והאחר, סעיף 17, הקובע את החובה לנהל רשומה רפואית. בכל שאר המקרים הוסדר הנושא של "סנקציות ותרופות" באמצעות דינים כלליים, דוגמת דיני הנזיקין ודיני החוזים. בהעדר הסדר תרופתי, הכללים המשפטיים הקבועים בחוק לובשים אופי אקספרסיבי, ועיקרם הוא מתן ביטוי חקיקתי לזכויות המטופל ולחובות המוטלות על המטפל.

עיון בממצאי המחקר מלמד כי תפיסה זו של החוק אומצה גם על-ידי בית-המשפט העליון. אף שבית-המשפט נטה לאפיין את החוק כאמצעי להסדרת התנהגותם של מטפלים ומוסדות רפואיים, ואף שחלק מהתביעות הסתיימו בפסיקת פיצוי לתובע, הדיון בחוק, ככל שהתקיים, לא התייחס ברוב המקרים לתוצאות המשפטיות הכרוכות בהפרת כלל מן הכללים הקבועים בו. כפי שראינו, רק בשליש מהמקרים שבהם אזכר בית-המשפט את החוק נמצאה התייחסות לתוצאות המשפטיות של הפרת הכללים הקבועים בו. יתרה מזו, כמעט כל המקרים שבהם התייחס בית-המשפט לתוצאות המשפטיות של

ע"א 560/84 נחמן נ' קופת חולים של הסתדרות העובדים בארץ ישראל, פ"ד (מ) 384 (2) (1986); עניין רייבי, לעיל ה"ש 5. עוד ראו את פסק-הדין הבא, הקובע את חובת המטפל לנהל רשומה רפואית – חובה שעוגנה מאוחר יותר בס' 17 לחוק: ע"א 5049/91 קופת חולים של הסתדרות הכללית נ' רחמן, פ"ד מט(2) 369 (1995).

הפרת הוראות החוק עסקו באחד משני נושאים בלבד: המטפל הפר חובה המוטלת עליו מכוח דוקטרינת ההסכמה מדעת או המטפל הפר את החובה לנהל רשומה רפואית. מדברים אלו עולה כי אף-על-פי שבית-המשפט העליון נטה לתאר את החוק ככלי להסדרת התנהגותם של מטפלים ומוסדות רפואיים, ברוב המקרים הוא לא קשר מאפיין זה לסנקציות שניתן להטיל על מטפל או מוסד רפואי במקרה שאלה הפרו הוראה מהוראותיו. ממצא זה מציע כי ככל שבית-המשפט ראה בחוק אמצעי להסדרת התנהגותם של מטפלים ומוסדות רפואיים, פסקי-הדין שיצאו מתחת ידו משקפים תפיסה אקספרסיבית של החוק, כלומר, תפיסה הרואה בחוק כלי המסדיר את התנהגותם של מטפלים ומוסדות רפואיים באמצעות כוחן ההצהרתי של הנורמות הקבועות בו, ולא באמצעות סנקציות משפטיות.

על-אף נטייתו של בית-המשפט להציג את החוק כאמצעי להסדרת התנהגותם של מטפלים ומוסדות רפואיים, לא התעלם בית-המשפט מתפקידו ההגנתי של החוק, כלומר, מהיותו מערכת של כללים משפטיים שנועדו להגן על המטופל ועל זכויותיו הסובייקטיביות. כפי שעולה מהמחקר, בשליש מכלל המקרים תיאר בית-המשפט העליון את החוק כמזהיר על החובה המשפטית המוטלת על המטפל ועל הזכות הנתונה למטופל. יתרה מזו, בשני נושאים נטה בית-המשפט להציג את החוק כאמצעי להגנה על זכויות המטופל, ולא כאמצעי להסדרת יחסי מטפל-מטופל: איסור הפליה, הקבוע בסעיף 4 לחוק; והזכות לטיפול רפואי נאות, הקבועה בסעיף 5 לחוק.

בה-בעת, נטייתו של בית-המשפט לא לדון בסנקציות המשפטיות הכרוכות בהפרת הוראה מהוראות החוק מציעה כי תפקידו ההגנתי של החוק נסמך בעיקר על כוחו ההצהרתי. כפי שראינו, התייחסות מפורשת לתוצאות המשפטיות שיש להפרת הוראות החוק נמצאה רק בשליש מהמקרים שבהם טען התובע להפרת זכות מזכויותיו. לכן, גם אם בפועל הסתיים פסקי-הדין בפסיקת פיצוי למטופל בגין הפגיעה בזכויותיו, כלומר בתיקון חוסר השוויון ובמתן תחליף לזכות שאבדה, כוחו ההגנתי של החוק לא נקשר בהכרח לסנקציות המוטלות על מי שהפר את הוראותיו. גישה זו עולה בקנה אחד עם הצגת החוק כמגילת זכויות חולה על-ידי מי שיזמו את חקיקתו.

ממצא נוסף שראוי להתעכב עליו הוזכר כבר במסגרת הדיון בממצאים אחרים, אולם בשל חשיבותו נעמוד עליו בנפרד. כפי שעולה מנתוני המחקר, בית-המשפט העליון לא נטה לתאר את החוק כמקור לסעד שיינתן למטופל או לסנקציה שתוטל על המטפל או המוסד הרפואי. כפי שכבר ציינו, רק בשליש מהמקרים שבהם אוזכר החוק התייחס בית-המשפט לתוצאות המשפטיות של הפרת הוראה מהוראותיו. יתרה מזו, הרוב המכריע של המקרים שבהם נמצאה התייחסות לחוק כאל מקור לסעד או לסנקציה עסקו בהפרת החובה לקבל את הסכמתו מדעת של המטופל או בהפרת החובה לנהל רשומה רפואית. המסקנה העולה מדברים אלו היא שפסיקת פיצוי למטופל הטוען להפרה של זכות מזכויותיו או הטלת סנקציה על מטפל שהפר הוראה מהוראות החוק לא הוצגו על-ידי בית-המשפט העליון כרכיב יסודי והכרחי של ההסדר שנקבע בחוק. נראה שכלל שבית-המשפט תפס את החוק כמנגנון להעצמת מטופלים, הוא תיאר אותו כעושה כן באמצעות

קביעת נורמות התנהגות והצהרה על זכויות מטופלים, ולא באמצעות פסיקת פיצוי למטופל או הטלת סנקציה על המטפל.

ממצא זה עומד בסתירה מסוימת לעובדה שעם חקיקת החוק קמה למטופלים הטוענים להפרת הוראה מהוראות החוק עילת תביעה בעוולת הפרת חובה חקוקה, וזאת נוסף על עילות תביעה אחרות שעמדו להם עוד לפני חקיקתו ואשר המשיכו לעמוד לרשותם אף לאחר-מכן (למשל, עוולת הרשלנות).⁹² במילים אחרות, אף שלמטופלים הטוענים להפרת זכות מזכויותיהם על-פי החוק נתונה האפשרות לקבל סעד, בתי-המשפט מיעטו להתייחס לחוק כאל מקור לסעד או לסנקציה. אלא שממצא זה אינו מפתיע. הוא משקף את נוסח החוק, אשר נמנע מלאמץ הסדר תרופתי ייחודי, ואת התפיסה שהציגו מנסחיו, שלפיה עסקינן ב"מגילת זכויות חולה".

ו. סיכום

חוק זכויות החולה עיגן לראשונה את החובות המוטלות על מטפלים ומוסדות רפואיים ואת הזכויות הנתונות למטופלים בדבר חקיקה אחד, מקיף וסדור. החוק, שחקיקתו הוצגה כשלב היסטורי בהגנה על זכויות מטופלים, תואר על-ידי יוזמיו כמגילת זכויות חולה, שמטרתה הצהרה על זכויותיהם של מטופלים ומתן ביטוי לשינוי שחל בתפיסת יחסי מטפל-מטופל. התפיסה שלפיה החוק מהווה מגילת זכויות חולה באה לידי ביטוי בפסקת המטרה שאומצה בסעיף 1 לחוק וכן בהעדרו של הסדר תרופתי ייחודי.

בחלוף יותר מעשרים שנים מאז נחקק, הפסיקה שהצטברה בנושא מספקת הזדמנות לבחון איזה ביטוי נתן בית-המשפט לחוק בעיצובן של החובות המוטלות על מטפלים ומוסדות רפואיים ושל הזכויות הנתונות למטופל.

ממצאי המחקר עולות שתי מסקנות עיקריות. ראשית, המשקל שניתן לחוק בעיצובן של החובות המוטלות על מטפלים ומוסדות רפואיים ושל הזכויות הנתונות למטופלים מוגבל. כפי שראינו, לאחר חקיקתו אוזכר החוק בפסיקת בית-המשפט העליון ברוב פסקי-הדין הרלוונטיים, אלא שבחינת האופן שבו הוא אוזכר (כלומר, כמקור משפטי יחיד או נוסף) והנפח שהוקדש לדיון בו מלמדת כי המשקל שניתן לו בפועל בעיצובן של חובות וזכויות אלו הייתה בפועל מתונה או מוגבלת. ממצא זה מציע כי החוק נתפס בפסיקה בעיקר כביטוי סמלי של החובות המוטלות על מטפלים ומוסדות רפואיים ושל הזכויות הנתונות למטופלים.

שנית, בית-המשפט העליון נטה להציג את החוק כאמצעי להסדרת התנהגותם של מטפלים ומוסדות רפואיים במידה רבה יותר מאשר כאמצעי להגנה על זכויותיהם של מטופלים. עם זאת, בין שהחוק הוצג כאמצעי להסדרת התנהגות ובין שהוא הוצג כאמצעי להגנה על זכויות מטופלים, ברוב המקרים לא קשר בית-המשפט את המאפיינים הללו של החוק לסנקציות הכרוכות בהפרת הוראה מהוראותיו. כך, מהפסיקה עולה

92 ראו לעיל ה"ש 6 והטקסט שלידה, וכן לעיל ליד ה"ש 65–67.

התפיסה שתפקידו של החוק כאמצעי להסדרת התנהגות או ככלי להגנה על זכויותיהם של מטופלים מבוסס בעיקר על כוחן האקספרסיבי של הנורמות הקבועות בו. מדברים אלו עולה כי על־אף החשיבות הסמלית הרבה שניתנה לחוק זכויות החולה ותפיסת חקיקתו כצעד היסטורי בהגנה על זכויות מטופלים, המשקל שניתן לו בפסיקה בעיצובן של החובות המוטלות על מטפלים ומוסדות רפואיים ושל הזכויות הנתונות למטופלים היה מוגבל, ושמר במידה לא־מבוטלת על אופיו הסמלי של החוק. גם במקרים שבהם הוצג החוק כבעל נפקות מעשית, בדמות הסדרת התנהגותם של מטפלים, שיקפה הפסיקה את אופיו האקספרסיבי, ומיעטה לתאר אותו כאמצעי ישיר להסדרת התנהגות המבוסס על תמריצים כספיים או עונשיים. כך הומשג החוק בפסיקת בית־המשפט העליון כבעל תפקיד סמלי ואקספרסיבי בעיקרו.