



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 781/15

לפני :
כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית

העותרים :
1. איתי ארד-פנקס
2. יואב ארד-פנקס
3. פלוני
4. פלוני
5. פלונית
6. פלונית
7. עמותת "אבות גאים"
8. סוכנות "פונדקאות בינ"ל תמוז בע"מ"

נ ג ד

המשיבות :
1. הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על
פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור
הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996
2. הכנסת

הודעה מעדכנת מטעם המשיבה 1 מיום 6.7.2021;
תגובת העותרים מיום 8.7.2021

בשם העותרים :
עו"ד חגי קלעי
בשם המשיבה 1 :
עו"ד רן רוזנברג; עו"ד מוריה פרימן
בשם המשיבה 2 :
עו"ד אביטל סומפולינסקי

פסק-דין משלים

הנשיאה א' חיות:

1. ביום 27.2.2020 ניתן פסק דין חלקי בעתירה דנן (להלן: פסק הדין החלקי) ונקבע כי הסדר הפונדקאות המעוגן בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק ההסכמים) ובהוראות הקשורות אליו בחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 (להלן: חוק תרומת ביציות), אינו חוקתי. זאת, משום שהסדר מחריג מתחולתו גברים יחידים ובני זוג מאותו מין, תוך פגיעה בלתי מידתית בזכותם להורות ובזכותם לשוויון (פסקה 32 לחוות דעתי).

בכל הנוגע לסעד, הוחלט, בדעת רוב, כי נוכח מורכבות הסדר הפונדקאות המצריך "הסדרה מפורטת, מדוקדקת והוליסטית המתכתבת עם מכלול החוקים העוסקים ברבייה ופריון" יינתן למחוקק פרק זמן של 12 חודשים לצורך קידום תיקון חקיקה ש"יבטא מחויבות לזכותם לשוויון ולהורות של גברים יחידים ובני זוג מאותו מין". כן נקבע, כי ככל שלא יבוצע במהלך תקופה זו תיקון חקיקה כאמור, יינתן על דינו פסק דין משלים אשר במסגרתו נורה על מתן סעד אופרטיבי (פסקה 37 לחוות דעתי). השופט ע' פוגלמן, לעומת זאת, סבר כי יש להורות על בטלות חלקיו המפלים של הסדר הפונדקאות כבר במסגרת פסק הדין החלקי, תוך השעיית הצהרת הבטלות לפרק זמן של 12 חודשים.

2. ביום 1.3.2021, בחלוף שנה ממועד מתן פסק הדין החלקי, ביקשה המשיבה 1, הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (להלן גם: ועדת האישורים), להאריך את פרק הזמן שנקצב למתן פסק דין סופי בהליך עד ליום 1.12.2021, במטרה לאפשר קידום פתרון חקיקתי שירפא את הפגמים החוקתיים שנפלו בהסדר הפונדקאות. המשיבה 1, שלעמדתה הצטרפה גם הכנסת, ציינה בהקשר זה כי משרד הבריאות נדרש להתמודד בשנה האחרונה עם התפשטות נגיף הקורונה ובנסיבות חריגות אלה לא עלה בידו להשלים את תיקוני החקיקה הנדרשים, שהם סבוכים ומצריכים שקלול של כלל ההיבטים וההשלכות המעשיות הכרוכים בהרחבת הגישה לפונדקאות לאוכלוסיות נוספות. בהקשר זה צוין כי בתחילת חודש דצמבר 2020 התקיים דיון בין-משרדי בהשתתפות נציגי משרד הבריאות, משרד הרווחה, רשות האוכלוסין וההגירה והייעוץ המשפטי לממשלה בעניין יישום פסק הדין החלקי, ובו הוסכם על התנעת תהליך היועצות עם צוות חשיבה בנוגע למתווה החקיקה המתאים. עוד נטען כי התפזרות

הכנסת ה-23 ביום 23.12.2020 מהווה "שינוי נסיבות משטרי משמעותי" שתומך אף הוא בבקשת הארכה. העותרים התנגדו לבקשת המשיבה 1 וסברו כי על בית המשפט להעניק סעד אפקטיבי שייכנס לתוקף באופן מיידי, ולמצער ליתן פסק דין סופי אשר יקבע את מועד כניסת הסעד לתוקפו.

3. ביום 10.3.2021 הורינו למשיבות להגיש הודעת עדכון מטעמן עד יום 1.7.2021 ביחס להתקדמות תהליכי החקיקה. ביני לביני, נערכו בחירות לכנסת ה-24 והוקמה הממשלה ה-36. עתה מעדכנת המשיבה 1 כי נערכה ישיבה בראשות שר הבריאות הנכנס ביום 30.6.2021, ובעקבותיה הובהר כי "בעת הנוכחית אין היתכנות פוליטית מעשית לקידום הליכי חקיקה בסוגיה הנדונה". עוד צוין בהודעת המשיבה 1 כי ככל שבית המשפט יורה על מתן סעד אופרטיבי, מבקש שר הבריאות שתינתן תקופת התארגנות לצורך היערכות הגורמים הרלוונטיים לשם יישומו, באופן שייתן מענה הולם למכלול הסוגיות המורכבות שעל הפרק. לצד זאת, היועץ המשפטי לממשלה שב והדגיש כי עמדתו העקרונית היא שנוכח מורכבות הסוגיה ורגישותה, דרך המלך להסדרתה היא באמצעות קידום תיקון חקיקה. העותרים מצידם טוענים כי בשים לב לעמדת המשיבה 1, ברי כי בשלה העת למתן פסק דין סופי בעתירה. עוד מוסיפים העותרים כי בנסיבות העניין ובחלוף למעלה משנה מפסק הדין החלקי, אין מקום ליתן תקופת התארגנות נוספת בטרם ייכנס הסעד לתוקפו.

4. כפי שצוין בפסק הדין החלקי, בשל חשיבותו של הדיאלוג החוקתי בין רשויות השלטון ובשל המורכבות הכרוכה בשינוי הסדר הפונדקאות, מוטב היה לו נתן המחוקק דעתו לפגמים שנפלו בהסדר הקיים, תוך תיקון הוראות חוק ההסכמים וחוק תרומת ביציות בהתאם. במסגרת קידום תיקון חקיקה כאמור ניתן היה לשקול באופן מקיף וסדור את ההיבטים שעליהם עמדה המשיבה 1 בהודעת העדכון מטעמה מיום 1.3.2021, ובכלל זה: הגנה על נשים פונדקאיות; צמצום הפגיעה בנשים הנזקקות לפונדקאית מסיבות רפואיות; הסדרה מקיפה של הליך קבלת תרומת ביצית; ושקילת אפשרויות דוגמת הגבלה על גובה התשלום לפונדקאית, הסדרת "מודל פונדקאות אלטרואיסטי" או הגבלת מספר הילדים שניתן להביא לעולם באמצעות פונדקאית. על רקע מורכבות זו אכן ניתנה למחוקק שהות של למעלה משנה כדי להידרש לסוגיות האמורות. ואולם, במהלך תקופה זו לא הייתה התקדמות של ממש בכל הנוגע לתיקוני החקיקה הנדרשים, ובינתיים נמשכת הפגיעה הקשה בזכותם לשוויון של גברים יחידים ובני זוג מאותו מין ובזכותם להורות – זכות אשר לגביה נקבע זה מכבר כי היא מצויה "ביסוד-כל-היסודות, בתשתית-כל-התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם" (בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת

עוברים, פ"ד נז(1) 419, 447 (2002)). לא למותר להזכיר כי כבר בשנת 2010 הגישו העותרים 1-2 עתירה נגד החלטתה של המשיבה 1 שלא לאשר להם הליך פונדקאות – עתירה שנמחקה בעקבות הקמת ועדה ציבורית בראשותו של פרופ' שלמה מור יוסף לנושא ההסדרה החקיקתית של הפריון וההולדה. העתירה שלפנינו הוגשה בשנת 2015. היא תלויה ועומדת למעלה משש שנים, ובמסגרת הדיון בה ניתנו פסקי דין חלקיים בשנת 2017 ובשנת 2020. בנסיבות אלה, לא ניתן להשלים עם המשך הפגיעה הקשה בזכויות אדם הנגרמת כתוצאה מהסדר הפונדקאות הקיים, ו"משהופרה זכות חוקתית יש להכיר בסעד חוקתי הנגזר ממנה" (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 590 (2005)).

לכשהובהר בהודעת המדינה מיום 30.6.2021 כי משרד הבריאות שותף לעמדה שבהסדר הקיים נפלו פגמים אך בשל "חוסר היתכנות פוליטית" לא ניתן לקדם פתרון חקיקתי מתאים בעת הזו – יש להעניק סעד אופרטיבי לעותרים.

5. בפסק הדין החלקי עמדתי על הקשיים הכרוכים במתן הסעדים החוקתיים שנתבקשו על ידי העותרים (פסקאות 35-37 לחוות דעתי). עם זאת, לנוכח הנסיבות החריגות שתוארו לעיל; הפגיעה הקשה הנגרמת בשל כך בליבת זכויות אדם; והעקרון לפיו "יש לשאוף למציאות שבה קשיים נקודתיים נענים בסעדים נקודתיים, תוך שמירת המסגרת הכוללת של החוק ככל הניתן" (בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 13 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל (22.9.2014), אציע לחבריי כי נורה על ביטול ההגדרות אשר מדירות באופן גורף מהסדר הפונדקאות גברים יחידים ובני זוג מאותו מין – קרי, הגדרת "הורים מיועדים", "הורים מיועדים שהם בני זוג" ו"אם מיועדת יחידה" שבסעיף 1 לחוק ההסכמים (להלן: ההגדרות) – תוך הימנעות מפגיעה נוספת במרקם החקיקה (ראו: בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 350 (2006); אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" משפט ועסקים כ 301, 350-351 (2017) (להלן: סעדים חוקתיים)). לשיטתי וכפי שאפרט להלן, לאחר ביטולן של הגדרות אלו, ניתן לפרש את יתר הוראות חוק ההסכמים וחוק תרומת ביציות בהתאם לאמות המידה שהותו בפסק הדין החלקי ולחזקה לפיה כל דבר חקיקה מבקש לקדם זכויות אדם ולא לפגוע בהן (ע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה(4) 529, 561 (1991); בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פסקה 46 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (13.9.2017); להצעה לסעד דומה, המשלב בין בטלות

חלקים מן החוק לפרשנות יתר הוראותיו, ראו: בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פסקאות 8-15 לחוות דעתו של השופט פוגלמן (15.4.2015).

6. בהתאם לאמור בפסק הדין החלקי ולעקרון השוויון, ניתן להצביע על שתי אמות מידה עיקריות שלפיהן יש לפרש את הוראות הסדר הפונדקאות: הראשונה – יש להימנע מפרשנות העומדת בסתירה לזכות לשוויון ולזכות להורות, אשר תחסום את גישתם של גברים יחידים ובני זוג מאותו מין להסדר; והשנייה – יש להחיל את הוראות ההסדר, במידת האפשר ובשינויים המחויבים, באופן שוויוני. כפי שנקבע בפסק הדין החלקי, קבוצת השוויון הרלוונטית בכל הנוגע להסדר הפונדקאות היא "כל מי שסובל ממגבלת פרויון אשר על פי סוגה וטיבה ניתנת לפתרון רק על ידי פניה להליך פונדקאות" ובהיבט זה, כך צוין, שורר "שוויון מלא בין אישה הסובלת מבעיה רפואית [...] לבין גבר" (פסקה 7 לחוות דעתו של השופט פוגלמן; ראו גם: פסקה 5 לחוות דעתו של השופט הנדל). לפיכך, ככל שבעתיד תעלנה שאלות ביחס לפרשנות הראויה של איזו מהוראות הסדר הפונדקאות, הגורמים הרלוונטיים יידרשו לפרש את ההוראה בהתאם לאמות מידה פרשניות אלה. כך למשל, את הביטוי "הורים מיועדים" המופיע בחוק ההסכמים ניתן לפרש ככזה המתייחס לבני זוג הטרוסקסואליים, בני זוג מאותו מין, אישה יחידה וגבר יחיד, ואת הביטוי "נתרמת" שבחוק תרומת ביציות ניתן לפרש ככזה המתייחס גם ל"נתרם" (ראו: סעיפים 5-6 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981). באופן דומה, את הדרישות הרפואיות בחוק ההסכמים (סעיף 4(א)(2) לחוק) ובחוק תרומת ביציות (סעיף 11 וסעיף 13(ה)(2) לחוק) יש לקרוא ככאלה שאינן חלות ביחס לגברים יחידים וזוגות גברים, שכן כל פרשנות אחרת תחסום באופן גורף את גישתם של אלה להסדר הפונדקאות; ולהבדיל – את הוראת סעיף 5(א)(ג1)(ב) לחוק ההסכמים, המגבילה את הגישה להסדר הפונדקאות למי שיש לו שני ילדים לכל היותר, יש לפרש ככזו החלה לא רק על "אם מיועדת יחידה", כלשון הסעיף, אלא גם על גברים יחידים.

7. יודגש כי ביטול ההגדרות מותיר את מכלול ההסדרים הקבועים בחוק ההסכמים ובחוק תרומת ביציות על כנם, והרחבת הגישה להסדר הפונדקאות לאוכלוסיות נוספות כמפורט לעיל, איננה שוללת את התכלית של אסדרת הליך הפונדקאות בישראל ("לאסדר את קיומו של הליך הפונדקאות בישראל על מנת להגשים את הזכות להפוך להורה, תוך שמירה על כבודן ושלומן של הנשים הנושאות, ואסדרת מעמד היילוד וזיקתו להורים המיועדים") או את תכליתו הרפואית ("לתת מענה למקרים של נשים שיש להן בעיה רפואית אשר בגינה הן אינן יכולות להתעבר או לשאת הריון"; פסקה 23 לחוות דעתי בפסק הדין החלקי). לפיכך, במקרה דנן ניתן לומר כי "החלק התקף עומד על רגליו הוא וממשיך להגשים את התכלית החקיקתית,

ולו באופן חלקי" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 414 (1997)).

8. אין לכחד, עם זאת, כי מחיקת ההגדרות בחוק ההסכמים מרחיבה את הגישה להסדר הפונדקאות באופן שמשאיר "בידי ועדת האישורים שיקול דעת רחב ביותר – שלא לומר, מוחלט – בכל הנוגע לאישור בקשות אף שוועדה זו נועדה מיסודה להיות ועדה יישומית [...]". (פסקה 36 לחוות דעתי בפסק הדין החלקי). קושי זה מצביע על הצורך בהתקנת תקנות וגיבוש הנחיות מתאימות שיקבעו את הקריטריונים ואת תהליכי העבודה שעל פיהם תפעל ועדת האישורים (על הצורך בתקנות והנחיות לצורך צמצום שיקול הדעת של גופים מנהליים ראו: רע"פ 1057/99 יוחייב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נג(3) 365, 379-380 (1999); רע"פ 3676/08 זנו נ' מדינת ישראל, פסקה 37 (27.7.2009)). שר הבריאות עצמו ציין במכתב מיום 4.7.2021 אשר צורף להודעת העדכון מטעם המשיבה 1 מיום 6.7.2021, כי "ניתן ליצור את האיוונים הנדרשים לשם הגנה על מכלול הזכויות בהליך זה, באמצעות קביעת קווים מנחים להפעלת שיקול דעתה של ועדת האישורים [...], וזאת במסגרת החוק הקיים, ולאחר שתינתן הכרעתו הסופי של בית המשפט העליון".

משכך, אציע לחבריי ליתן שהות של שישה חודשים בטרם ייכנס הסעד המוצע לתוקפו, וזאת על מנת לאפשר התארגנות מנהלית מתאימה (להלן: תקופת הביניים). עם זאת, כדי להימנע מפגיעה נוספת בזכויות היסוד של גברים יחידים ובני זוג מאותו מין, אציע כי ביחס לאוכלוסיות אלה לא תובא בחשבון תקופת הביניים לצורך חישוב "הגיל הקובע" לעניין מגבלת הגיל המקסימאלי שבסעיף 5(א)(ג1)(א) לחוק ההסכמים ובסעיפים 11 ו-13(ה)(1) לחוק תרומת ביציות (ראו בהקשר זה: טעדים חוקתיים, בעמ' 370-373). למותר לציין כי עד לכניסת הסעד לתוקפו, פתוחה בפני הכנסת האפשרות לחוקק תיקוני חקיקה בהתאם לקביעות בית המשפט בפסק הדין החלקי ולאמות המידה שהותוו בפסק דין זה.

9. סיכומם של דברים: שש שנים התנהלה בפנינו העתירה שבכותרת ומשנקבע כי ההסדר אינו חוקתי, "העדר היתכנות פוליטית" אינו יכול להצדיק את המשך הפגיעה הקשה בזכויות יסוד. כפי שהיטיב לציין, השופט (כתוארו אז) מ' חשין: "והפליה, ידענו, היא הרע-מכל-רע [...] אין פלא בדבר אפוא שבכל אתר ובכל דור עשו ועושים בני החברה הנאורים להעלמתה ולמיגורה של ההפליה. והמלחמה היא מלחמה מתמדת, מלחמת יום-יום" (בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 503

(1996). דברים נכוחים אלה ראוי שינחו את דרכם של הגורמים הרלוונטיים בבואם לפרש את ההסדר שבפנינו.

10. אשר על כן, אציע כי בתוך שישה חודשים ממועד מתן פסק דין זה תבוטלנה ההגדרות "הורים מיועדים", "הורים מיועדים שהם בני זוג" ו"אם מיועדת יחידה" שבסעיף 1 לחוק ההסכמים, ולאחר ביטול ההגדרות תפורשנה הוראות חוק ההסכמים וחוק תרומת ביציות בהתאם לאמור בפסקה 6 לעיל. עוד אציע כי בהינתן התוצאה האמורה ופרק הזמן הממושך שבמהלכו התנהלה העתירה, נחייב את המשיבה 1 בהוצאות העותרים ובשכר טרחת עורך דין בסך 30,000 ש"ח.

ניתן היום, ב' באב התשפ"א (11.7.2021).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימ')

ה נ ש י א ה

ש ו פ ט

ש ו פ ט