



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 781/15

לפני :

כבוד הנשיאה אי' חיות
כבוד המשנה לנשיאה חי' מלצר
כבוד השופט ני' הנדל
כבוד השופט עי' פוגלמן
כבוד השופט יי' 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 ביני"ל תמוז בע"מ"

נגד

המשיבות :

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

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה :

כ"ד בטבת התשע"ט (1.1.2019)

בשם העותרים :

עו"ד חגי קלעי ; עו"ד אוהד רוזן

בשם המשיבה 1 :

עו"ד נחי בן אור

בשם המשיבה 2 :

עו"ד אביטל סומפולינסקי

פסק-דין חלקי

הנשיאה א' חיות:

1. האם יש לאפשר לזוגות בני אותו המין ולגברים יחידים בעלי זיקה גנטית ליילוד הסדר פונדקאות בישראל על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק ההסכמים)? זוהי השאלה העומדת לדיון ביתר העתירה שבפנינו.

ביום 3.8.2017 ניתן על ידי בית משפט זה פסק דין חלקי בעתירה דנן (להלן: פסק הדין החלקי הראשון), ולפיו נדחתה עתירתן של העותרות 5-6 – נשים יחידות אשר אינן מסוגלות לשאת הריון או לעשות שימוש בביציותיהן לשם הבאת ילד לעולם – להרחיב את הגישה להסדר הפונדקאות בישראל הקבוע בחוק ההסכמים כך שיחול גם על מקרים שבהם אין זיקה גנטית בין ההורים המיועדים ובין היילוד. בית המשפט קבע בפסק הדין החלקי הראשון כי קיומה של זיקה גנטית בין היילוד ובין אחד לפחות מבין ההורים המיועדים הוא תנאי בלעדיו אין להסדר פונדקאות על פי חוק ההסכמים. יתרת העתירה התייחסה להרחבת הסדר הפונדקאות כך שיחול גם על בני זוג מאותו המין ועל גברים יחידים בעלי זיקה גנטית ליילוד, כבקשת העותרים 1-4 – שני זוגות גברים המבקשים להביא ילד לעולם. בעניין זה נקבע בפסק הדין החלקי הראשון כי משהונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ז-2017 שאושרה בקריאה ראשונה (להלן: הצעת התיקון לחוק משנת 2017), יש להשעות את המשך הדיון בעתירה לתקופה בת ששה חודשים לשם מיצוי הליך החקיקה האמור. בית המשפט היה ער לכך שאותה הצעה על-פי נוסחה אין בה מענה ליתרת העתירה, אך למרות זאת סבר כי בטרם תוכרע יתרת העתירה יש לאפשר להליך החקיקה למצות את עצמו וזאת בתוך פרק זמן סביר, כמפורט בפסק הדין החלקי הראשון.

2. ביום 18.7.2018, כשנה לאחר מתן פסק הדין החלקי הראשון, התקבל בקריאה שניה ושלישית חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ח-2018 (להלן: התיקון לחוק משנת 2018), ועל פיו הורחב מעגל הזכאים להסדר פונדקאות על פי חוק ההסכמים כך שהגדרת "ההורים המיועדים" שבחוק כוללת מעתה גם נשים יחידות שבשל בעיה רפואית אינן מסוגלות להתעבר ולשאת הריון או שהריון עלול לסכן משמעותית את בריאותן. הגדרת "ההורים המיועדים" לא הורחבה באופן המאפשר לבני זוג מאותו המין ולגברים יחידים לבקש לעשות שימוש בהסדר. משכך, נדרשנו לקיים דיון המשך בעתירה והצדדים אף השלימו את טיעוניהם בכתב, בין

היתר, בהתאמה למצב המשפטי שנוצר בעקבות התיקון לחוק משנת 2018. עתה אנו נדרשים להכריע ביתרת העתירה.

הסדרת טכניקות פיריון והולדה בישראל והשתלשלות ההליכים בענייננו

3. אנו חיים בעידן מרגש של חידושים ופיתוחים מדעיים וטכנולוגיים המשפיעים ואף משנים באופן משמעותי את חיינו. חידושים אלה לא פסחו על תחום הפיריון וההולדה ובעשורים האחרונים אנו אכן עדים לשימוש הולך וגובר בטכניקות של פיריון והולדה אשר בזכותן יכולים אנשים שהיו בעבר חסרי תקווה לממש את כמיהתם ולהיות הורים. אכן, מאז נולדה התינוקת הראשונה מתהליך הפריה חוץ-גופית בשנת 1978 באנגליה, נולדו ברחבי העולם אינספור ילדים באמצעות טכניקה זו וכן באמצעות טכניקות נוספות שפותחו. ייחודו של הליך הפונדקאות הוא בכך שנשיאת ההריון מתאפשרת באמצעות גורם שלישי – האישה הפונדקאית (להלן: הפונדקאית) – אשר ברחמה מושתלת ביצית מופרית. בהליך של פונדקאות מלאה שאותו אימץ חוק ההסכמים הישראלי אין לפונדקאית קשר גנטי כלשהו לעובר שאותו היא נושאת והאישה הנושאת "משמשת היא מעין-פונדק – מעין-אכסניה – לביציות המופרות ולעובר, ומכאן כינויה "פונדקאית" (בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 429, 419 (2002) (להלן: עניין משפחה חדשה)). מודל אחר של "פונדקאות חלקית" אשר בו מופרית הפונדקאית באמצעות הזרעה מלאכותית מזרעו של האב המיועד מוכר בחלק ממדינות העולם ואף זכה להתייחסות בספרות המשפטית (ראו, למשל, Philipp M. Reuss, *Surrogacy, in* ROUTLEDGE HANDBOOK OF INTERNATIONAL FAMILY LAW 227 (Barbara Stark and Jacqueline Heaton ed., 2019) (להלן: Reuss)).

רבות נכתב על אודות הקשיים והדילמות הכרוכים בהליך הפונדקאות בשל ההיבטים החברתיים, המוסריים, האתיים, הדתיים והמשפטיים הכרוכים בו (ראו בהרחבה, האמור בפסק הדין החלקי הראשון, פסקה 13 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ט' ג'ובראן וההפניות הרבות שם; בפרט ראו: נופר ליפקין ואתי סממה "ממעשה הרואי למוצר-מדף: נורמטיביזציה זוחלת של פונדקאות בישראל" משפט וממשל טו 435, 485-480 (2013) (להלן: ליפקין וסממה)).

4. סקירה השוואתית תמציתית מלמדת כי המענה שניתן לאפשרות השימוש בהסדרי פונדקאות שונה ממדינה למדינה. כך, ישנן מדינות דוגמת צרפת, גרמניה, איטליה ושוויץ אשר אסרו באופן גורף את השימוש בפונדקאות וחלקן אף אינן מכירות בהורות אשר נוצרה בהליך כזה שנערך מחוץ לגבולות המדינה ומסרבות להעניק זכויות להורים

וליילוד. מדינות אחרות דוגמת הולנד, בלגיה, אירלנד, ארגנטינה וקולומביה, אינן מסדירות את הסוגיה, לחיוב או לשלילה. חלקן אינן כוללות הסדר חיובי בכל הנוגע לפונדקאות אלטרואיסטית, והסדרת מעמד היילוד וההורים במקרים שבהם נעשה שימוש בפונדקאות הינו על פי הדין הכללי במדינה או על פי כללים מינהליים (Katarina Trimmings and Paul Beaumont, *Parentage and surrogacy in a European perspective*, in EUROPEAN FAMILY LAW VOLUME III: FAMILY LAW IN A EUROPEAN PERSPECTIVE (להלן: Trimmings and Beaumont), 232, 252 (Jens M. Scherpe ed., 2016)). חלק מהמדינות שוללות ואף מטילות איסור פלילי על פונדקאות בתשלום. לעומת זאת ישנן מדינות דוגמת אוסטרליה, קנדה, חלק ממדינות ארצות הברית, אנגליה ותאילנד, שהסדירו בחוק את השימוש בפונדקאות בהליכים אלטרואיסטים בלבד, ויש מדינות שהסדירו את הדבר בהליכים בתשלום דוגמת גיאורגיה, יוון, אוקראינה, רוסיה וחלק ממדינות ארצות הברית. מדינות מסוימות ובהן יוון, גיאורגיה, רוסיה ותאילנד מגבילות את הגישה להסדר פונדקאות לזוגות הטרוסקסואלים או לנשים בלבד, בעוד אחרות ובהן חלק ממדינות אוסטרליה, חלק ממדינות ארצות הברית, ואנגליה, מאפשרות גישה גם לגברים ולבני זוג מאותו המין (ראו, בין היתר: EUROPEAN FAMILY LAW VOLUME II: THE CHANGING CONCEPT OF 'FAMILY' AND CHALLENGES FOR DOMESTIC FAMILY LAW (Jens M. Scherpe ed., 2016); Reuss, 235-237; Trimmings and Beaumont; Celsea E. ; HANDBOOK OF GESTATIONAL SURROGACY (E. Scott Sills ed., 2016) Caldwell, *Baby Got Back: Enforcing Guardianship in International Surrogacy Agreements When Tragedy Strikes*, 49 U. MEM. L. REV. 847, 858-863 (2019); Tiffany L. Palmer, *The Winding Road to the Two-Dad Family: Issues Arising in Interstate Surrogacy for Gay Couples*, 8 RUTGERS J. L. & PUB. POL'Y 895 (2011)).

5. עם חקיקתו של חוק ההסכמים בשנת 1996 הוסדרה בישראל לראשונה סוגיית הפונדקאות בחקיקה ראשית. הרקע לחקיקתו של החוק כמו גם ההליכים השונים שהתנהלו בעניינו פורטו בהרחבה בפסקי דין קודמים שניתנו בבית משפט זה (ראו: עניין משפחה חדשה, 431-435; בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 4 לחוות דעתי (18.9.2014) (להלן: עניין משה); פסק הדין החלקי הראשון, פסקה 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן; להרחבה נוספת על אודות הסדר הפונדקאות הישראלי ראו: חיים אברהם "הורות, פונדקאות, והמדינה שביניהן" חוקים ט 171, 195-175 (2017)). בתמצית יצוין כי בשנת 2002 בעניין משפחה חדשה קרא בית המשפט למחוקק "כי ייתן דעתו על מצוקתן של נשים יחידות כעותרת; כי ישקול בכובד-ראש, אלה-כנגד-אלה, טעמים המחייבים וטעמים השוללים החלתו של החוק על נשים יחידות וכי יכריע

בשאלה לגופה כך או אחרת" (עניין משפחה חדשה, בפסקה 52 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין). בחלוף כשמונה שנים, משנות חוק ההסכמים בנוסחו המקורי על כנו, הגישו העותרים 1-2 עתירה בנושא (בג"ץ 1078/10 ארד פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (28.6.2010)) אשר נמחקה, תוך שמירת טענות הצדדים, בעקבות הקמת ועדה ציבורית בראשותו של פרופ' שלמה מור יוסף לנושא ההסדרה החקיקתית של הפריזון וההולדה (להלן: ועדת מור יוסף). בחודש מאי 2012 פרסמה ועדת מור יוסף את המלצותיה ובכל הנוגע לסוגיית הגישה להליכי פונדקאות, סברה דעת הרוב בוועדה כי יש להרחיב את הזכאים לעשות שימוש בטכנולוגיה זו ולכלול בהם גם אישה יחידה שיש לה בעיה רפואית המונעת נשיאת הריון. עוד סברה דעת הרוב כי יש לאפשר לגברים יחידים גישה להסדר, אך זאת רק במסלול פונדקאות אלטרואיסטי ללא כוונת רווח (ראו: פסק הדין החלקי הראשון, פסקה 39 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (ס' ג'ובראן)). דעת המיעוט בוועדה סברה מנגד כי יש לשנות את החוק כך שתתאפשר בישראל פונדקאות אלטרואיסטית בלבד, ותיאסר כל פונדקאות מסחרית. בעקבות המלצות הוועדה הגישה הממשלה בשנת 2014 את הצעת חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014 (להלן: הצעת התיקון לחוק משנת 2014). על פי הצעה זו התאפשרה הגישה להליך פונדקאות מסחרי גם לגבר או לאישה יחידים. ההצעה עברה בכנסת בקריאה ראשונה, אך לא קודמה ומשלא הוחל עליה דין הרציפות, עברה הצעת התיקון לחוק משנת 2014 מן העולם לאחר הבחירות לכנסת ה-20 שהתקיימו בשנת 2015. כתוצאה מכך, נותר נוסחו המקורי של חוק ההסכמים על כנו גם בחלוף שלוש עשרה שנים מיום שניתן פסק הדין בעניין משפחה חדשה ועל רקע זה הוגשה בשנת 2015 העתירה דנן.

6. הדיון הראשון בעתירה התקיים ביום 1.3.2016 ובעקבותיו הגישו העותרים עתירה מתוקנת בה נוסף פרק הנוגע לפרשנות ולחוקתיות של חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 (להלן: חוק תרומת ביציות). כפי שכבר הוזכר לעיל, ניתן ביום 3.8.2017 פסק הדין החלקי הראשון, אשר דחה את העתירה ככל שהיא נוגעת לעותרות 5-6, תוך דחיית טענתן כי יש לאפשר גם למי שאינו בעל זיקה גנטית ליילוד לפנות בבקשה לאישור הסכם לנשיאת עוברים אל ועדת האישורים שהוקמה מכוח החוק (להלן: ועדת האישורים). יתרת העתירה הנוגעת להרחבת ההסדר כך שיחול גם על גברים יחידים או בני זוג מאותו המין, נותרה תלויה ועומדת בשל הליך חקיקה נוסף שהתקיים בכנסת באותו שלב. הליך זה – ואף זאת כבר צוין לעיל (ראו פסקה 2) – התכנס בסופו של יום לתיקון לחוק משנת 2018, שהרחיב את הגדרת "הורים מיועדים" והחיל את הסדר הפונדקאות על נשים יחידות בלבד ומשכך, נמשך הדיון ביתרת העתירה ועליה נסוב פסק הדין החלקי השני, שנתן היום.

7. הוראות חוק ההסכמים הרלבנטיות לענייננו כנוסחן היום פיצלו בסעיף 1 את הגדרתם של "הורים מיועדים" לשתי הגדרות נפרדות – "הורים מיועדים שהם בני זוג", המוגדרים כ"איש ואישה שהם בני זוג, המתקשרים יחד עם אם נושאת לשם הולדת ילד"; ו"אם מיועדת יחידה", שהיא "אישה בלא בן זוג, המתקשרת עם אם נושאת לשם הולדת ילד". סעיף 2 לחוק קובע מספר תנאים לביצוע הפריה חוץ-גופית לשם השתלת ביצית בפונדקאית ובהם: כי ההפריה תבצע על פי הסכם לנשיאת עוברים שאישרה ועדת האישורים; כי הביצית אינה של הפונדקאית; כי הזרע המשמש להפריה הוא של האב המיועד, או בעניינה של אם מיועדת יחידה – כי הביצית שבה נעשה שימוש היא שלה; וכי ההפריה החוץ-גופית והשתלת הביצית נעשות במחלקה מוכרת. סעיף 4(א) לחוק מוסיף וקובע כי יש לצרף אל הבקשה, בין היתר "חוות דעת רפואית של רופא מומחה בדבר אי-היכולת של האם המיועדת להתעבר ולשאת הריון עקב ליקוי רפואי, או כי הריון עלול לסכן משמעותית את בריאותה" (סעיף 4(א)(2) לחוק). בסעיף 5 לחוק נקבעו תנאי סף שונים המתייחסים להורים המיועדים וכן לאישה שתוכל לשמש כפונדקאית (ראו: סעיף 5(א) לחוק) ובכללם הגבלת השימוש בהסדר הפונדקאות להורים מיועדים שאין להם יותר משני ילדים משותפים ולאם מיועדת יחידה שאין לה יותר משני ילדים גנטיים (ראו: סעיף 5(א)(ג1)(ב) לחוק, אך ראו סעיף 20(ד) לחוק, המאפשר לשר הבריאות לקבוע החל מיום 1.8.2023, באישור ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת (להלן: ועדת העבודה), כי המספר המרבי של ילדים יעמוד על שלושה).

8. הוראות חוק ההסכמים דהיום מאפשרות, אם כן, לבני זוג איש ואישה או לאישה יחידה להגיש בקשה לוועדת האישורים לאשר הסכם לנשיאת עוברים עם אישה פונדקאית. זאת בתנאי שלאם המיועדת בעיה רפואית להתעבר או לשאת הריון. על פי המתווה שבחוק ההסכמים, ועדת האישורים אינה מעורבת בהליך ההתקשרות בין הפונדקאית להורים המיועדים, אך היא קבעה קווים מנחים לעריכת ההסכם (ראו: הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים "קווים מנחים להסכם נשיאת עוברים – מההיבט המשפטי" (יוני 2019) (www.health.gov.il/DocLib/pon_tofes13.pdf) (להלן: מסמך הקווים המנחים)). ועדת האישורים מפקדת על בחינת הבקשה ועל אישור ההסכם לאחר ששוכנעה כי הוא עומד בתנאים הקבועים בחוק. כמו כן, נקבע בחוק כי ההסכם לנשיאת עוברים יחתם על ידי הצדדים בפני הוועדה (סעיף 5(ב) לחוק). התמורה לפונדקאית שעליה הסכימו הצדדים משולמת לה על ידי ההורים המיועדים. כמו כן נושאים ההורים המיועדים בהוצאות הרפואיות והביטוחיות הנלוות, שאותן אין הביטוח הרפואי הממלכתי מכסה.

9. דבר חקיקה נוסף הקשור בקשר הדוק לענייננו הוא, כאמור, חוק תרומת ביציות. חוק זה מסדיר את תרומת הביצית לאישה למטרת הולדה כאשר היא "אינה מסוגלת בשל בעיה רפואית להתעבר מביציות שבגופה, או שיש לה בעיה רפואית אחרת המצדיקה שימוש בביציות של אישה אחרת לשם הולדת ילד, לרבות בדרך של השתלת הביציות באם נושאת לפי חוק ההסכמים" (סעיף 11 לחוק תרומת ביציות). חוק זה נועד "להסדיר את ההיבטים השונים הכרוכים בשאיבה ובתרומה של ביציות בישראל, ואת השימוש בביציות אלה" והוא נחקק בשנת 2010 בעת שנוסחו של חוק ההסכמים הנזכר בו היה עדיין בנוסח המקורי טרם התיקון לחוק משנת 2018 (להרחבה בעניין הרקע לחקיקתו של חוק תרומת ביציות, ראו עניין משה, פסקה 5 לחוות דעת). הוראת סעיף 13(ה)(2) לחוק זה מוסיפה וקובעת כי השתלת ביציות בגופה של נתרמת או של פונדקאית תעשה רק אם רופא מצא כי "הנתרמת אינה מסוגלת בשל בעיה רפואית להתעבר מביציות שבגופה, או שיש לה בעיה רפואית אחרת המצדיקה שימוש בביציות של אישה אחרת לשם הולדת ילד". כלומר, בהתאם לחוק תרומת ביציות, תנאי סף לתרומת ביצית עבור הליך פונדקאות הוא כי התרומה מיועדת לאישה אחרת שאינה מסוגלת לעשות שימוש בביציותיה שלה בהליך הפונדקאות. עוד יצוין, כי במהלך השנים ניתן אישור למספר יחידות הפריה חוץ גופית בישראל לעשות שימוש בביציות שנתרמו והופרו בחו"ל במרפאות שאושרו לשם כך, ולהשתילן בישראל בגופן של נתרמות או של פונדקאיות ככל שקיימת זיקה גנטית לאב המיועד (ראו: חוזר מנהל רפואה מס' 39/2005 "תרומת ביצית מחו"ל" מיום 27.10.2005).

הקביעות הרלבנטיות לענייננו בפסק הדין החלקי הראשון

10. בפסק הדין החלקי הראשון נקבע, כאמור, כי הדרישה בחוק לקיומה של זיקה גנטית בין הילוד ובין אחד מההורים המיועדים, אינה לוקה באי-חוקתיות. נקבע כי הדרישה לקיומה של זיקה גנטית אינה פוגעת בזכות החוקתית לשוויון בשל קיומה של הבחנה רלבנטית בין אנשים אשר יכולים לתרום חומר רבייה לשם יצירת העובר לאלה שאינם יכולים לעשות כן (להרחבה: ראו פסקאות 24-28 לפסק הדין). אשר לזכות להורות, נקבע כי זו אכן נפגעת בשל הדרישה לזיקה גנטית בין היילוד לאחד מהוריו המיועדים וזאת משום ש"היקפה של הזכות להפוך להורה משתרע על כלל הטכניקות הרפואיות השונות שמסייעות להולדה; בתוך כך, זכות זו כוללת גם את האפשרות להפוך להורה בדרך של פונדקאות" (פסקה 31 לפסק הדין). ואולם, לאחר בחינת אותה הפגיעה על פי תנאי פסקת ההגבלה נקבע בפסק הדין החלקי הראשון כי הוראות החוק בהקשר זה אינן לוקות באי חוקתיות. משסוגיה זו אינה נוגעת ישירות לדיון ביתרת העתירה, ניתן להסתפק בתמצית הדברים שנקבעו בהקשר זה בפסק הדין החלקי הראשון. לעניין התכלית

נקבע כי חוק ההסכמים נועד להסדיר את קיומו של הליך הפונדקאות בישראל לשם הגשמת הזכות להפוך להורה, תוך הבטחת כבודה ושלומה של הפונדקאית והסדרת מעמד היילוד וזיקתו להורים המיועדים (פסקאות 36-39 לפסק הדין החלקי הראשון). תכלית זו, כך נקבע, היא ראויה, באשר המטרות החברתיות העומדות בבסיס חוק ההסכמים הן חשובות ומצדיקות פגיעה מסוימת בזכויות אדם (פסקה 40 לפסק הדין החלקי הראשון). כמו כן נקבע כי הפגיעה בזכות להורות בשל הדרישה לזיקה גנטית צולחת את מבחני המידתיות (ראו פסקאות 41-43 לפסק הדין החלקי הראשון).

בשולי פסק הדין החלקי הראשון התייחסו המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן וכן הנשיאה מ' נאור בהערות אגב לסוגיה העומדת בפנינו עתה לדיון במסגרת יתרת העתירה והנוגעת להרחבת הגישה אל הסדר הפונדקאות שבחוק ההסכמים גם לבני זוג מאותו המין ולגברים יחידים. המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן ציין כי הוא מתקשה "להסכין למצב דברים שבו נמנע מיחידנים ומזוגות חד-מיניים להגשים את זכותם להפוך להורים על ידי התקשרות בהסכמי פונדקאות, שעה שלאחיותיהם ולאחיהם ההטרסקסואלים מוקנית זכות זו". עוד ציין המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן כי מדובר ב"הסדר הנחזה להיות מפלה, אשר קשה להלוס אותו" וכי העדפה כאמור "מפנה עורף לערך כבוד האדם, המנוי בחוקי היסוד של מדינת ישראל, ולעיקרון השוויון הנגזר ממנו" (פסקה 46 לפסק דינו). המשנה לנשיאה ס' גובראן הוסיף וציין "מתקשה אני למצוא טעם רלוונטי בהבחנה בין נשים יחידניות לבין גברים יחידנים בכל הנוגע למימוש הזכות להפוך להורה [...] ברי כי עיקרון השוויון חולש גם על השוני המגדרי בין נשים לגברים, ודומני, מבלי לקבוע מסמרות בדבר, כי הגבלת הגישה לטכניקות רפואיות להולדה למגדר אחד ולא למגדר אחר – מעלה תהיות" (פסקה 49 לפסק הדין). הנשיאה מ' נאור ציינה אף היא בחוות דעתה, אך מבלי לקבוע מסמרות בענין, כי "אכן, אין להתעלם מהסיכונים והקשיים הפיזיים, הרגשיים והאתיים העשויים להתעורר בהליכי פונדקאות. עם זאת, משהותרה בישראל התקשרות בהסכמי פונדקאות תחת פיקוח ובקרה, איני רואה לכאורה הצדקה להבחנה בין נשים עם בעיה רפואית לבין גברים יחידים או זוגות גברים לעניין זה. שתי קבוצות אלה אינן יכולות להביא ילדים לעולם, אלא באמצעות טכנולוגיות פריון והולדה מלאכותיות. לצד זאת, לא הוצגו לנו נתונים עובדתיים המלמדים על כך שהרחבת ההסדר בחוק תוביל בהכרח להגדלה משמעותית של הביקוש לפונדקאות בישראל. פרט למגדר אין איפוא הבדל מהותי בין הקבוצות, ומכל מקום – זאת עיקר – הן ועדת מור-יוסף והן המשיבות עצמן לא טענו כי קיים הבדל כזה" (פסקה 6 לחוות דעתה, ההדגשות במקור).

סוגיות אלה מונחות עתה לפתחנו.

11. העותרים, שני זוגות גברים, טוענים כי ההסדרים הקבועים בחוק ההסכמים ובחוק תרומת ביציות פוגעים בזכותם לחיי משפחה והורות, בזכותם לשוויון וכן בחופש החוזים הנתון להם כ"זכות חוקתית הנגזרת מהזכות לכבוד האדם" (פסקה 82 לעתירה המתוקנת). לטענתם, ככל שהדבר נוגע למתן גישה להסדר הפונדקאות על פי חוק ההסכמים, אין שוני רלבנטי המצדיק יחס שונה לגברים יחידים ולזוגות שאינם הטרוסקסואלים. לגישתם הפגיעה בזכויות החוקתיות שפורטו אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, שכן שלילת המודל המשפחתי של בני זוג מאותו המין ושל גברים יחידים נוגדת את אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה; אינה מקדמת תכלית ראויה; ואינה צולחת את מבחני המידתיות. על כן, סבורים העותרים כי יש לפרש את הסדר הפונדקאות הקבוע בחוק ההסכמים כהסדר המקיים את זכויות האדם והמאפשר גם לגברים יחידים ולבני זוג מאותו המין להגיש בקשות לאישור ועדת האישורים. לחלופין, וככל שפרשנות כזו אינה אפשרית, מבקשים העותרים כי ינתן סעד חוקתי ה"קורא אל תוך החוק" (Reading-in) הוראות אשר יאפשרו את הרחבת ההסדר כך שיחול גם על גברים יחידים ובני זוג מאותו המין, או סעד משולב של פרשנות מקיימת ושל "קריאה אל תוך החוק". לחלופי חלופין, מבקשים העותרים כי בית המשפט יורה על ביטול ההגדרות שבחוק ההסכמים ובחוק תרומת ביציות שמדירות אותם מן ההסדר, ועל השלמת הלקונה שתיווצר בשל כך, בהתאם להוראות חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 (להלן: חוק יסודות המשפט).

12. ועדת האישורים והכנסת טוענות מנגד כי הגם שמובנת כמיהתם של העותרים לממש את הורותם באמצעות הסכם לנשיאת עוברים תוך הסתייעות בתרומת ביצית, אין בכך כדי להצדיק התערבות שיפוטית בחקיקה ראשית של הכנסת. לשיטתן, אין במקרה דנן פגיעה בזכות חוקתית, שכן הפגיעה בזכות להורות אינה בליבת הזכות אלא בהיבטים המצויים ב"פריפריה" של זכות זו ובכל הנוגע לזכות לשוויון נטען כי קיימת שונות רלבנטית בין נשים, אשר להן בעיה רפואית שבגינה אין באפשרותן לממש את זכותן להורות עם זיקה גנטית ליילוד בדרך שאינה פונדקאות, לגברים אשר בפניהם פתוחות דרכים אחרות לממש זכות זו. המשיבות מוסיפות וטוענות כי גם בהנחה שמתקיימת פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות, מדובר בפגיעה העומדת בתנאי פסקת ההגבלה. לשיטתן, התכלית הרפואית שעומדת בבסיס ההסדר היא תכלית ראויה המשקפת את מורכבותו ואת הבחירה לצמצם את ההסתייעות בפונדקאות רק למקרי קצה רפואיים. עוד נטען כי הפגיעה הטמונה בהסדר – ככל שיש כזו – צולחת את מבחני המידתיות. לבסוף, טוענות המשיבות כי הסעדים שאותם ביקשו העותרים מעוררים קשיים משמעותיים וכי בשים לב

לתיקון לחוק משנת 2018 שהתקבל אך לאחרונה, לא ניתן להעניק להסדר פרשנות מקיימת או להרחיבו באמצעים אחרים.

ד"ר

13. השאלה העומדת בפנינו אינה האם יש לאפשר או לאסור את השימוש בפונדקאות בישראל לצורך הבאת ילדים לעולם. סוגיה זו הוכרעה על ידי המחוקק כבר בשנת 1996 בעת שחוק ההסכמים מצא את מקומו בספר החוקים שלנו. בכך בחר המחוקק הישראלי לרתום את הטכנולוגיות המתקדמות בתחום הפריזון וההולדה שפותחו בעשורים האחרונים לטובת הגשמת אחת הכמיהות העמוקות ביותר של בני אנוש להוליד ילדים, להיות הורים ולהקים משפחה. על בחירתו זו של המחוקק הישראלי יש לברך, שכן כפי שעולה מן הסקירה ההשוואתית שפורטה לעיל, יש עדיין מדינות מפותחות בעולם אשר בחרו עד עצם היום הזה שלא להסדיר את הנושא. אך משהועלו בפנינו בעתירה דנן טענות בדבר חוקתיות חלק מפרטי ההסדר הנורמטיבי שגובש ובדבר פגיעתו בזכויות יסוד, אף בנוסחו שלאחר התיקון לחוק משנת 2018, אין אנו פטורים מלבחון אותן ולכך נפנה עתה.

פגיעתו של הסדר הפונדקאות בזכויות חוקתיות

14. זכויות היסוד העיקריות אשר לפגיעה בהן טוענים העותרים הן הזכות להורות והזכות לשוויון. לשיטתם, הזכות החוקתית להורות כוללת גם את הזכות להגשימה במסגרת תא משפחתי מסוים ובאמצעות טכניקת הולדה מסוימת. על כן, מניעה גורפת החלה על גברים יחידים ועל בני זוג מאותו המין להגיש לוועדת האישורים בקשה לאישור הסכם לנשיאת עוברים, מהווה – כך הטענה – פגיעה מהותית בזכות להורות ולא פחות מכך בזכות לשוויון בהעדר שוני רלבנטי בינם ובין נשים יחידות וזוגות הטרנסקסואלים אשר להם מאפשרים חוק ההסכמים וחוק תרומת ביציות גישה להסדר הפונדקאות. לטעמם של העותרים, הזכות לשוויון במהותה משמיעה לנו כי יש לבחון את רצונו ושאיפתו של האדם להפוך להורה ללא התחשבות במאפייניו המגדריים או בנטייתו המינית, ואין להגביל את הגישה להסדר הפונדקאות תוך צמצום תכליתו לתכלית רפואית בלבד.

מנגד, סבורות המשיבות כי הסדר הפונדקאות הישראלי אינו פוגע בזכותם החוקתית של העותרים להורות, שכן הוא אינו עוסק בליבת הזכות הזו אלא בהיבטים פריפריאליים שלה קרי ביכולת הבחירה של האדם כיצד לממש את זכותו להורות. הכנסת מוסיפה בהקשר זה כי לשיטתה יש להבחין בין ההיבט השלילי של הזכות להורות – הגנה

על האזרח מפני התערבות של המדינה ביכולתו הטבעית להוליד ולהתרכות – להיבט החיובי של הזכות – הטלת חובה על המדינה לסייע לפרט בהגשמתה. הכנסת סבורה כי הגישה להליך הפונדקאות כאפשרות לממש את הזכות להורות כלולה בהיבט החיובי של הזכות ועל כן היא אינה מצויה בליבת הזכות החוקתית. אשר לשוויון, המשיבות סבורות כי במקרה דנן קיימת שונות רלבנטית בין נשים שלהן בעיה רפואית לשאת הריון ובין גברים המבקשים לעשות שימוש בהסדר הפונדקאות, וכי הבחנה זו אינה מבוססת על מגדר, אלא נובעת "מההבדלים האנטומיים-פיזיולוגיים שבין נשים וגברים" (פסקה 3 לתגובה המשלימה מטעם הכנסת מיום 12.2.2019). ועדת האישורים מוסיפה וטוענת כי בהינתן תכליתו הרפואית של ההסדר, הרחבת תחולתו תבוא בהכרח על חשבונן של נשים שלהן בעיה רפואית לשאת הריון.

15. אקדים מסקנה לביאור ואומר – מקובלת עלי טענת העותרים כי הוראות חוק ההסכמים וכן הוראות חוק תרומת ביציות, ככל שהן קשורות אליו, המחריגות מתחולתן גברים יחידים ובני זוג מאותו מין, פוגעות בזכותם להורות ובזכותם לשוויון.

הפגיעה בזכות להורות

כפי שנקבע מפורשות בפסק הדין החלקי הראשון, היקפה של הזכות להפוך להורה – הנגזרת מן הזכות לחיי משפחה ומזכותו של כל אדם לכבוד – "משתרע על כלל הטכניקות הרפואיות השונות שמסייעות להולדה; בתוך כך, זכות זו כוללת גם את האפשרות להפוך להורה בדרך של פונדקאות" (פסקה 31 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן). היא נתונה לכל אדם ללא תלות בזהותו המגדרית, בנטייתו המינית או בשאלה האם הוא חי ביחידות או בזוגיות ועם מי. אכן, ההבחנה בין ליבת הזכות ובין רבדים המצויים ב"פריפריה" של הזכות שעליה עמדו המשיבות, היא הבחנה שיש לה עוגן בפסיקה ובספרות (ראו פסקה 26 לחוות דעתי בעניין משה), אך הבחנה זו אינה משליכה אלא על עוצמת הזכות הנפגעת ועל האופן שיש לאזן בינה ובין זכויות ואינטרסים אחרים. היא אינה שוללת את דבר קיומה של פגיעה בזכות החוקתית להורות בהינתן היקפה ומוטת פרישתה (ראו: עניין משה, פסקה מ"א לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין). עמדת הכנסת המבקשת להבדיל מבחינת החובה המוטלת על המדינה בין ההיבט השלילי (מניעת הזכות להורות) להיבט החיובי (סיוע בהגשמת הזכות להורות) היא הבחנה המעוררת קשיים לא מבוטלים, אך לצורך ההכרעה בסוגיות העומדות לדיון בפנינו אין צורך להידרש אליה. זאת מן הטעם הפשוט כי יתרת העתירה דנן עניינה במה שהכנסת מכנה ההיבט השלילי של הזכות. עמד על כך בית משפט זה בעניין משפחה חדשה בדחותו טענה דומה שהועלתה שם על ידי המדינה ובקובעו כי:

"הזכות להורות זכות היא מסוג של חירות – זכות היא שאין חובה בצדה המוטלת על הזולת – בעוד שפונדקאות מחייבת מעורבותם של צדדים שלישיים. ... ואולם נפלא ממני כיצד אוצל הבדל זה על ענייננו. ענייננו עתה אין הוא בהטלת חובות כלשהן על המדינה (או על צד שלישי כלשהו) אלא בבקשת העותרת כי לא ייאסר עליה להחל בתהליך של פונדקאות. איסור שהמדינה מטילה עליה להידרש לתהליך של פונדקאות, כך טוענת העותרת, הוא הפוגע בזכותה להורות, ותשובתה של המדינה הנסמכת על ההבחנה שבין זכות-חופש לבין זכות שבצדה חובה ממילא לאו תשובה היא" (עניין משפחה חדשה, בע"מ 448-449; ראו עוד: ורדית רביצקי "הזכות להורות בעידן ההפריה הטכנולוגית" דילמות באתיקה רפואית 137, 141 (רפאל כהן אלמגור עורך, 2002) (להלן: רביצקי); איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ילדים זה שמחה": הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות על ידי בני זוג בני אותו מין" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 395, 400 (עינב מורגנשטרן, יניב לושינסקי ואלון הראל עורכים, 2016)

הנה כי כן, בניגוד לעמדת המשיבות, מניעת הגישה מגברים יחידים ומבני זוג מאותו המין אל הסדר הפונדקאות הקבוע בחוק הישראלי פוגעת בזכותם החוקתית להורות.

הפגיעה בזכות לשוויון

הזכות לשוויון היא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969)) ולאחר כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, קבע בית משפט זה לא אחת כי היא נגזרת מכבוד האדם בהיותה "קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פסקה 38 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (2006) (להלן: עניין חוק טל הראשון); ראו גם: בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פסקה 39 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק (2006) (להלן: עניין עדאלה); בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פסקה 11 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (23.2.2012) (להלן: עניין ניר); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פסקאות 45-46 (22.5.2012) (להלן: עניין נסר)). עוד נקבע כי הפגיעה בזכות לשוויון נבחנת על פי מבחן התוצאה, ולא רק על פי הכוונה העומדת בבסיסה (עניין עדאלה, פסקה 51 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק; כן ראו, בין היתר, ע"מ 343/09

הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, 46 (2010) (להלן: עניין הבית הפתוח); בג"ץ 4948/03 אלחנתי נ' שר האוצר, פ"ד סב(4) 406, פסקה 27 לפסק-דין (2008); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 116 (1995) (להלן: עניין מילר)). כמו כן מכיר המשפט הישראלי בקיומן של קבוצות, ובהן הקהילה הלהט"בית, שההתייחסות אליהן "חשודה" לכתחילה כמפלה והפליה זו מהווה פגיעה ב"גרעין הקשה" של הזכות לשוויון (עניין הבית הפתוח, בעמ' 51-52).

16. הסדר הפונדקאות כנוסחו לאחר התיקון לחוק משנת 2018, אינו מאפשר לגברים יחידים ולבני זוג מאותו המין את הגישה אליו. בכך, לטענת העותרים, מופלים לרעה המשתייכים לאוכלוסיות אלה לעומת נשים יחידות ולעומת זוגות הטרנסקסואלים אשר הוגדרו בחוק ההסכמים כ"הורים מיועדים", אשר להם מתאפשרת הגישה להסדר זה בכפוף לתנאי הסף הקבועים בחוק ובהם הצגת חוות דעת רפואית המאשרת כי אין ביכולתה של האם המיועדת להתעבר ולשאת הריון עקב ליקוי רפואי, או כי הריון עלול לסכן משמעותית את בריאותה (סעיף 4(א)(2) לחוק ההסכמים). על מנת למקד את הדיון, מן הראוי לבחון מהן הקבוצות השונות אשר לגביהן נטענת בהקשר זה טענת ההפליה. הקבוצה הראשונה והמובהקת היא קבוצת הגברים היחידים, תהא נטייתם המינית אשר תהא, אשר אין מתאפשר להם הסדר פונדקאות באמצעות ביצית המופרית מזרעם. לאורך כל טיעוניהם מתייחסים העותרים לקבוצה נוספת של בני זוג מאותו המין בלא להבחין בהקשר זה בין בני זוג גברים לבנות זוג נשים. ההתייחסות בעתירה לקבוצה זו היא "רזה" יחסית ואינה מפורטת אך נראה כי ניתן לתמצת את הטענה בכך שזוגות הטרנסקסואלים הופכים שניהם להורים על פי הסדר הפונדקאות הקבוע בחוק ההסכמים, ככל שמתקיים התנאי שבסעיף 2(2) לחוק ההסכמים המחייב כי "הזרע המשמש להפריה חוץ-גופית במסגרת ביצוע ההסכם הוא של האב המיועד". זאת גם כאשר אין לאשה זיקה גנטית ליילוד והיא נזקקת לתרומת ביצית המופרית מזרעו של בן זוגה. בכך מתאפשרת לבת הזוג הורות אוטומטית מכוח זרעו של בן זוגה. לעומת זאת בני זוג מאותו המין – נשים או גברים – אינם זוכים למעמד כזה. לגבי גברים מדובר בפגיעה כפולה משום שלא ניתנת לאיש מהם גישה להסדר הפונדקאות וממילא אין איש מהם זוכה להורות, בין מכוח תרומת ביצית מופרית מזרעו שלו ובין מכוח מערכת היחסים עם בן זוגו. לגבי בנות זוג מאותו המין, לכל אחת מהן מתאפשרת גישה להסדר זה כ"אם מיועדת יחידה", בכפוף לתנאים הקבועים לעניין זה בחוק ההסכמים ובהתקיים זיקה גנטית בינה ובין היילוד. אך הגם שהגדרת "אם מיועדת יחידה" על פי התיקון לחוק משנת 2018 אינה מוציאה אישה המקיימת זוגיות עם אישה אחרת, הרי שבשונה מזוגות הטרנסקסואלים, בת הזוג אינה מוכרת כהורה ליילוד בעקבות מימוש כזה של הסדר הפונדקאות.

הדיון יתמקד, אפוא, בשני ראשים אלה של טענת ההפליה. האחד, הפלייתם של גברים לעומת נשים והשני, הפליית בני זוג מאותו המין לעומת זוגות הטרנסקסואלים.

17. עמדת המשיבות היא כי קיומה של בעיה רפואית אשר מונעת מנשים להרות או לשאת הריון מהווה שוני רלבנטי המצדיק התייחסות שונה אליהן לעומת גברים יחידים. טענה זו מתבססת על ההבדלים הפיזיולוגיים שבין נשים לגברים, קרי – על העובדה שנשים, בדרך הטבע, מסוגלות לשאת הריון ולהוליד ילדים, ואילו גברים אינם מסוגלים לעשות כן. האם שוני זה אכן רלבנטי ככל שמדובר במתן אפשרות גישה להסדר הפונדקאות?

לטעמי התשובה לכך שלילית.

ראשית, יש להסיר מן הדרך את הטיעון שהעלו המשיבות כאילו בית משפט זה כבר הכיר בעניין משה בכך שבעיה רפואית מקימה שוני רלבנטי לעניין השימוש בטכנולוגיות המסייעות לפיריון ולהולדה. אין הנדון דומה לראיה. כזכור, בעניין משה עמדה לדיון עתירתן של שתי נשים, בנות זוג, שביקשו להרות תוך שימוש בטכנולוגיה של הפריה חוץ גופית, אשר באמצעותה תושלל ביצית מופרית של ליאת שאינה יכולה לשאת הריון, ברחמה של דנה אשר מבחינת מצבה הרפואי לא נזקקה לתרומת ביצית. לעומת זאת, הדיון בענייננו נסוב על גברים אשר ללא תרומת ביצית אין באפשרותם להגשים את זכותם להורות, בין כיחידים ובין במסגרת התא המשפחתי שלהם כבני זוג מאותו המין.

אכן, הסדר הפונדקאות שנחקק בחוק ההסכמים, כנוסחו המקורי, נועד תחילה ליתן מענה לזוגות הטרנסקסואלים חשוכי ילדים "שאינם יכולים להפוך הורים בדרכי הטבע הרגילות" (ראו: עניין משפחה חדשה, בעמ' 437). אך כבר באותו פסק דין עמד בית המשפט על כך שהוראות החוק המייחדות את הסדר הפונדקאות לזוגות הטרנסקסואלים בלבד יש בהן לכאורה הפליה כלפי נשים יחידות – דוגמת העותרת באותו מקרה – שאין להן בן זוג, שהגישה להסדר זה נחסמת בפניהן. עם זאת, סבר בית המשפט בעניין משפחה חדשה כי אין להסיק מההכרה בהפליה כזו כי שומה על בית המשפט "להתערב לאלתר בחוק הפונדקאות" (שם, בעמ' 460). תחת זאת, בחר בית המשפט באותו עניין לפנות בקריאה אל המחוקק "כי ייתן דעתו על מצוקתן של נשים יחידות כעותרת; כי ישקול בכובד-ראש, אלה-כנגד-אלה, טעמים המחייבים וטעמים השוללים החלתו של החוק על נשים יחידות וכי יכריע בשאלה לגופה כך או אחרת" (שם, בעמ' 461). מאז שניתן פסק הדין בעניין משפחה חדשה בשנת 2002 ועד שהמחוקק נתן דעתו לסוגיה זו חלפו כשש עשרה שנים

רות זפרן "הזכות להורות בישראל – מימוש שוויוני בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים?" משפטים על אתר ח 1, 21 (2015)). על הבחנה זו ועל משמעותה עמד בית משפט זה בעניין משה שם ציין השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין כי "הדעת אינה נוחה מכך שהמדינה מפנה את אזרחיה להגשים את חלומותיהם וזכויותיהם במדינות אחרות" (פסקה נ"ג לחוות דעתו; כן ראו שם, פסקה 5 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר). ככל שהבחנה זו מבוססת על קיומו של צורך רפואי לעומת העדרו של צורך כזה, גלומה בה פגיעה באוכלוסיית הגברים המבקשים לעשות שימוש בהסדר הפונדקאות בדרך של קבלת תרומת ביצית אשר תופרה מזרעם. לטעמי, ככל שהדבר נוגע להעמדת טכנולוגיות הפריון וההולדה לטובת מימוש הזכות להורות גנטית של חשוכי ילדים, אין מקום לטענה כי השוני הנובע מן ההבדלים הפיזיולוגיים שיצר הטבע בין גברים לנשים מבסס שוני רלבנטי בין גברים לנשים השולל את אותה פגיעה. הבחנה כזו מבוססת, למעשה, על תפישה "טבעית" באשר לתפקידם של הליכי פריון והולדה (ראו: Drew Carter and Annette Braunack-Mayer *The Appeal to Nature Implicit in Certain Restrictions on Public Funding for Assisted Reproductive Technology*, BIOETHICS 25(8) 463, 465 (2011) (להלן: Neil Pickering *Naturally Conceived: The Idea*; כן ראו: Carter and Braunack-Mayer *of Natural in Moral Arguments About Assisted Conception, in CREATING THE CHILD: THE ETHICS, LAW AND PRACTICE OF ASSISTED PROCREATION* 111 (Donald Evans ed., 1996). תפישה זו יש בה כדי לקבע חוסר שוויון בזכות להורות גנטית בשל זהות מגדרית, ובלשונו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן בפסק הדין החלקי הראשון – היא עלולה לבסס "מעמד נורמטיבי גבוה יותר לכמיהה להורות של יחידה לעומת זו של יחיד" (שם, פסקה 49 לפסק-דינו). על פגמיה של תפישה זו, אשר הרציונלים שעליהם היא מבוססת עלולים להוביל גם להפליית נשים, עמד המלומד פנחס שיפמן במאמר ביקורת על פסק הדין בעניין משפחה חדשה בצינו:

"מבעד הציפוי הדק של שוויון מדומה מסתתרת שכבה עבה של תפיסה מגדרית: בית-המשפט חוזר לגישות חברתיות מקובלות המעדיפות אימהות על פני אבהות, הרואות בהבאת ילדים לעולם וגידולם עניין של נשים, ולא עניין של גברים, בהתעלם מן הביקורות הפמיניסטיות הידועות בסוגיה זו המראות שבכך טמון חלק מן ההפליית נגד נשים" (פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" עיוני משפט כח(3) 643, 669 (2005); כן ראו בהקשר זה: CATHARINE A. MACKINNON, *SEX EQUALITY* 1184-1218 (2nd Edition, 2007); עניין מילר, פסקאות 2-3 לחוות דעתה של השופטת ד' דורנר).

19. נקודת המוצא היא, אפוא, כי צמצום זכות הגישה בישראל אל הסדר הפונדקאות באופן המייחד אותו בחוק ההסכמים לנשים אשר להן בעיה רפואית להתעבר או לשאת הריון, תוך הדרת אוכלוסייה שלמה של גברים אשר יש בידם לקיים זיקה גנטית ליילוד – פוגעת בזכותם של גברים אלה לשוויון במימוש זכותם להורות. פגיעה מוגברת נגרמת בהקשר זה לקבוצת הגברים ההומוסקסואלים אשר מבחינתם פונדקאות היא במובנים רבים הדרך היחידה לממש הורות גנטית. המשיבות טענו בהקשר זה כי פתוחות בפני גברים אלה גם דרכים אחרות דוגמת הסכמי הורות משותפת או אימוץ, אך השימוש בדרכים אלה פתוח גם לנשים ועל כן אין בכך מענה לפגיעה בשוויון. זאת ועוד, אימוץ אינו מאפשר מימוש של הורות גנטית ומכל מקום מסלול האימוץ על ידי יחידים או על ידי בני זוג מאותו המין מיושם לעתים נדירות בלבד. מן הנתונים שהוצגו בהקשר זה על ידי המשיבה 1 בהודעתה המשלימה מיום 4.4.2017, עולה כי בין השנים 2012-2016 מתוך 548 מקרי אימוץ של ילדים שלא על ידי קרוב משפחה, רק 5 ילדים (0.9% מהמקרים) אומצו על ידי גברים יחידים או בני זוג מאותו המין. על כך יש להוסיף, כפי שאף ציינה המשיבה 1 בהגינותה, כי בהתאם להוראות הדין בעניין, בקשה לאימוץ ילד אשר אינה מוגשת על ידי בני זוג הטרוסקסואלים נבחנת רק מקום שבו לא ניתן למסור את הילד לאימוץ על ידי "איש ואשתו יחד", כלשון סעיף 3 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981. כתוצאה מכך, לדברי המשיבה 1 "הלכה למעשה, מדובר בילדים בגילאים מבוגרים יחסית, וכן בילדים מרקע מורכב או בעלי צרכים מיוחדים" (פסקה 17 להודעה המשלימה מטעם המשיבה 1 מיום 4.4.2017) (כן ראו עוד: צבי טריגר ומילי מאסס "לקראת הצבת הילד במשפחתו במוקד סוגיית האימוץ: מפנה חיוני להרחבת האימוץ להורים להט"בים" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 437, 454-456 (עינב מורגנשטרן, יניב לושינסקי ואלון הראל עורכים, 2016)).

החרגתה הגורפת של קבוצת הגברים ההומוסקסואלים מתחולתו של הסדר הפונדקאות נחזית כהפליה "חשודה", המייחסת מעמד נחות לקבוצה זו, ובכך גלומה פגיעה נוספת, קשה ומשפילה בכבוד האדם על בסיס מגדר או נטייה מינית (על ההכרה בזכויותיהם של מי שנטייתם המינית אינה הטרוסקסואלית בהקשרים שונים ראו: יותם זעירא וברק מדינה "לא שווים לבד: נטייה מינית, זהות מגדרית והזכות לשוויון" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 159, 176-188 (עינב מורגנשטרן, יניב לושינסקי ואלון הראל עורכים, 2016) ופסקי הדין הנזכרים שם; עוד ראו והשוו: רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, פסקה 25 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (16.11.2011)). רושם זה מתחזק נוכח דברים מפורשים שנאמרו בהקשר זה על ידי חברי כנסת שונים במהלך הדיונים שהתקיימו בוועדת העבודה על התיקון לחוק משנת 2018 (ראו לדוגמא, דברי חבר הכנסת מרדכי יוגב בישיבות

הוועדה מיום 22.1.2018, עמ' 15 ומיום 30.4.2018, עמ' 6-7, 13-15, 25; דברי חברת הכנסת יעל גרמן בישיבת הוועדה מיום 29.5.2018, עמ' 36).

20. משהגענו אל המסקנה כי הוראות חוק ההסכמים והוראות חוק תרומת ביציות ככל שהוא נוגע להסדר הפונדקאות, פוגעות בזכויות החוקתיות להורות ולשוויון, יש להוסיף ולבחון האם יש אפשרות ליתן מענה לפגיעה זו בדרך של הענקת פרשנות המקיימת זכויות אדם להוראות חוק אלה. ככל שהתשובה לכך שלילית, יש להוסיף ולבחון האם הפגיעה בזכויות שעליה עמדנו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

פרשנות מקיימת?

21. כלל הוא בשיטתנו המשפטית כי בהינתן שתי פרשנויות אפשריות לדבר חקיקה, האחת פוגעת בזכויות אדם והאחרת מקיימת אותן, יש להעדיף את הפרשנות המקיימת ונפסק כי "עמדה זו מבוססת [...] על הרצון להבטיח אחדות חוקתית ועל התפיסה הבסיסית, כי עדיפה פרשנות סבירה של חוק על פני הכרעה בשאלת חוקתיותו. אכן, כאשר דבר חקיקה ניתן למספר פירושים אפשריים, יש לבחור בפירוש המכיר בחוקתיותו של החוק (ובתוקף) על פני פירוש המביא לאי-חוקתיותו (ולביטולו)" (בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 814 (1996); כן ראו: בג"ץ 7146/12 אדם נ' כנסת ישראל, פ"ד סו(1) 717, 848 (2013) (להלן: עניין אדם); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 553 (1993)).

דא עקא, עיון בטענות העותרים שבפנינו מלמד כי אין בהן כדי להתוות דרך פרשנית אשר יש בכוחה ליישב בין הזכות להורות והזכות לשוויון של גברים ושל בני זוג מאותו המין ובין הוראות החוקים הנ"ל. נראה כי הלשון הברורה שבה נוקט חוק ההסכמים בהגדירו "הורים מיועדים שהם בני זוג" כ"איש ואישה שהם בני זוג, המתקשרים יחד עם אם נושאת לשם הולדת ילד" ו"אם מיועדת יחידה" כ"אישה בלא בן זוג, המתקשרת עם אם נושאת לשם הולדת ילד", אינה מאפשרת לראות בהחרגת עניינם של גברים ובני זוג מאותו המין לקונה הניתנת להשלמה בדרך פרשנית. מסקנה זו אף עולה, למרבה הצער, מן ההיסטוריה החקיקתית של התיקון לחוק משנת 2018 ובין היתר נוכח שינויי הנוסחים של הצעת התיקון לחוק משנת 2014 שכללה התייחסות לגברים יחידים לעומת הצעת התיקון לחוק משנת 2018 ששמטה את ההתייחסות אליהם, וכן נוכח הדיונים בהצעת התיקון לחוק משנת 2018 בוועדת העבודה ובמליאת הכנסת והדברים שנאמרו במהלכם, אליהם הפנינו לעיל (ראו פסקה 19). במצב דברים זה, הניסיון להעניק פרשנות

מקיימת להגדרת "הורים מיועדים" על פי נוסחו של החוק כיום יכפה על לשון החוק משמעות אשר היא אינה יכולה לשאת (ראו: ע"א 8569/06 מנהל מיסוי מקרקעין, חיפה נ' פוליטי, פ"ד סב(4) 280, 302-303 (2008)).

תנאי פסקת ההגבלה

22. פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובעת ארבעה תנאים אשר בהתקיים ניתן למצוא הצדקה לפגיעה בזכות החוקתית המוגנת על פיו. הפגיעה צריך שתהא בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו; על החוק להלום את ערכיה של מדינת ישראל; עליו להיות לתכלית ראויה; ועל הפגיעה בזכות להיות במידה שאינה עולה על הנדרש.

התנאי הראשון מתקיים בענייננו שכן מדובר בהסדר נורמטיבי המעוגן בחקיקה ראשית – חוק ההסכמים וחוק תרומת ביציות. התנאי השני מתקיים אף הוא ועמדנו על כך בפסק הדין החלקי הראשון בו נקבע כי "חוק ההסכמים מאסדר ומגשים הן את הזכות להפוך להורה בסיוע טכניקות רפואיות להולדה והן את ההגנה על הנשים הנושאות במסגרת הליכי הפונדקאות [...] ובכך מקדם החוק זכויות אדם. בנסיבות אלו [...] דומני כי חוק ההסכמים הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (פסקה 34 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן). דברים אלה יפים, בשינויים המחויבים, גם באשר לחוק תרומת ביציות, המהווה, בהתאם לאמור בפסק הדין החלקי הראשון, חלק מתבנית חקיקתית כוללת המסדירה את ההסתייעות בטכניקות רפואיות להולדה (שם, פסקה 38 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן).

תכלית ראויה

23. התנאי השלישי הנוגע לתכליתו של החוק העומד לבחינה, נדון בהרחבה במסגרת פסק הדין החלקי הראשון. בכל הנוגע לתכלית האובייקטיבית, נקבע כי יש לבחון את הוראות החוק בראי תכליתה של התבנית החקיקתית הכוללת שלה הוא שייך – קרי, שורת דברי החקיקה המאסדרים את ההסתייעות בטכניקות רפואיות להולדה (פסקאות 37-38 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן). נקבע כי תכליתו האובייקטיבית היא אסדרתית במהותה – "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" (שם). אשר לתכלית הסובייקטיבית, נקבע כי היא רחבה יותר מזו שנקבעה על ידי המשנה לנשיא מ' חשין בעניין משפחה חדשה, לפיה החוק נועד

לפתור את בעיות הפוריות של בני זוג הטרוסקסואלים בלבד, והיא נועדה "לאסדר את הסכמי הפונדקאות בישראל, לרבות מעמדם של ההורים המיועדים וזיקתם ליילוד, ולהגשים את הזכות להפוך להורה תוך שמירה על כבוד ובריאותה של האם הנושאת" (שם, בפסקה 36). עוד נקבע בפסק הדין החלקי הראשון כי הגם שלכתחילה ביקש המחוקק להגביל את הגישה להסדר הפונדקאות לזוגות הטרוסקסואלים, הרי ש"יש לבכר את התכלית הסובייקטיבית ההולמת את התכלית האובייקטיבית על פני זו הסותרת אותה" (שם, בפסקה 39), וזאת הן בשל חלוף הזמן מאז חקיקת חוק ההסכמים בשנת 1996 והשינויים החברתיים המשמעותיים שעברה החברה בישראל מאז, הן בהינתן העובדה שמדובר בהוראות חוק הנוגעות לזכויות אדם, אשר בעניינן יש מקום לבכר את משקלה של התכלית האובייקטיבית והן נוכח הכלל הפרשני שלפיו יש להעדיף תכלית חוק שאינה מפלה על פני תכלית חוק מפלה (שם).

במסגרת כתבי הטענות בפנינו, טענו המשיבות כי בעקבות התיקון לחוק משנת 2018 התחדדה תכליתו של החוק אל מעבר לרמת ההפשטה הגבוהה שבה נקט המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן בפסק הדין החלקי הראשון. לשיטתן, מהליך החקיקה ומהוראות ההסדר החדש עולה בבירור תכליתו הרפואית של החוק כחוק אשר נועד לתת מענה למקרים של נשים שיש להן בעיה רפואית אשר בגינה הן אינן יכולות להתעבר או לשאת הריון. באופן דומה, טענה הכנסת כי חוק תרומת ביציות נועד ליתן מענה לנשים שיש להן בעיה רפואית שבגינה הן אינן יכולות להרות ללא תרומת ביציות, וכי במסגרת פסק הדין בעניין משה נקבע כי תכלית זו היא תכלית ראויה. מנגד, טענו העותרים כי קיומה של תכלית רפואית נשללה במפורש בפסק הדין החלקי הראשון, עת נדחתה התכלית שעניינה העדפה של זוגות הטרוסקסואלים על פני הורים אחרים, וכי קריאה מחודשת של תכלית זו אל תוך החוק אינה ראויה ומניחה את המבוקש – פגיעה בזכות לשוויון ולחיי משפחה.

24. דומני כי ניתן לקבל את עמדת המשיבות לפיה התכלית הרפואית היא אכן אחת התכליות הסובייקטיביות שאותן ביקש המחוקק להגשים בהסדירו את סוגיית הפונדקאות, כעולה מהוראת סעיף 4(א)(2) לחוק ההסכמים, וכן מהוראות סעיפים 11 ו-13(ה)(2) לחוק תרומת ביציות (וראו גם דברי ההסבר לתיקון לחוק משנת 2018, ה"ח הממשלה 1141, בעמ' 1150; דבריה של היועצת המשפטית דאז למשרד הבריאות, עו"ד מירה היבנר, בישיבת ועדת העבודה מיום 12.12.2017, בעמ' 4, 6; ודבריה של חברת הכנסת נורית קורן, אשר הציגה את התיקון לחוק לקראת ההצבעה עליו בקריאה שניה ושלישית (דברי הכנסת, ישיבה מס' 359 מיום 17.7.2018, בעמ' 631)). ואולם, אין מקובלת עלי עמדת המשיבות כי זוהי התכלית היחידה שאותה ביקש החוק להגשים

כתכלית שאין בלתי, תוך שלילת כל תכלית אחרת. מכל מקום, כפי שטענו העותרים בצדק, ככל שכך הדבר כי אז קיימת סתירה בין התכלית הסובייקטיבית המצמצמת הזו לאחת התכליות האובייקטיביות המרכזיות שאותן נועד הסדר הפונדקאות להגשים ושעליהן כבר עמדנו בפסק הדין החלקי הראשון והיא – הגשמת הזכות להורות בכפוף לקיומה של זיקה גנטית לאחד ההורים המיועדים. בהתקיים סתירה כזו נקבע בפסק הדין החלקי הראשון כי "יש מקום לבכר את משקלה של התכלית האובייקטיבית (ראו: בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פסקה קטו וההפניות שם (13.6.2017); ע"ע"ם 4105/09 עיריית חיפה נ' עמותת העדה היהודית הספרדית בחיפה, פסקה 24 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (2.2.2012); אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 255, 421-427 (2003))." זאת בהינתן שמדובר בהוראות חוק הנוגעות לזכויות אדם ועל פי הכלל הפרשני שלפיו יש להעדיף תכלית חוק שאינה מפלה על פני תכלית חוק מפלה (פסקה 39 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן).

מידתיות הפגיעה

25. עמדנו, אם כן, על התכליות הראויות של הסדר הפונדקאות – "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". כמו כן עמדנו על כך שהתכלית הרפואית שקיבלה ביטוי בהוראות החקיקה, אינה חזות הכל. עתה יש להוסיף ולבחון האם ההסדר שנקבע על ידי המחוקק לאחר התיקון לחוק משנת 2018, לפיו נתונה הגישה לפונדקאות רק לזוגות הטרוסקסואלים ולנשים אשר להן בעיה רפואית להתעבר או לשאת הריון – עומד במבחני המידתיות.

תנאי המידתיות שהינו התנאי הרביעי הקבוע בפסקת ההגבלה נבחן בעזרת שלושה מבחני משנה: קיומו של קשר רציונאלי בין האמצעי שנבחר ובין המטרה המבוקשת ("מבחן הקשר הרציונאלי"); היעדרו של אמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית פחותה ("מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה"); וקיומו של יחס ראוי בין התועלת שתושג באמצעות החוק ובין הפגיעה שטמונה בו ("מבחן המידתיות במובן הצר") (ראו, בין רבים: בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג' (2) 728, 776 (1999); עניין חוק טל הראשון, פסקאות 57-61 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, עמ' 34 (12.9.2017) (להלן: עניין חוק הגיוס (2014)). הבחינה על פי מבחני המשנה אינה אמורה להוביל לתוצאה אחת ויחידה אשר היא ורק היא תיחשב חוקתית, או כפי שנפסק:

“שלושת מבחני המשנה המתוארים אינם מחייבים תמיד בחירה באפשרות אחת בלבד לשם הגשמתה של תכלית החקיקה. במקרים רבים, עשויות לעמוד לפני המחוקק כמה אפשרויות הנבדלות ביניהן בעוצמת הפגיעה בזכות החוקתית שעל הפרק ובמידת ההגשמה של תכליות החקיקה הרלוונטיות. כאשר קיימות אפשרויות שונות שעשויות לעמוד בדרישת המידתיות, נתון למחוקק מרחב תמרון חקיקתי, המכונה על ידינו “מתחם המידתיות”, שבתוכו רשאי המחוקק לבחור את האפשרות הנראית לו. גבולותיו של מתחם התמרון הנתון למחוקק במקרה קונקרטי נקבעים על ידי בית המשפט בהתאם למהות האינטרסים והזכויות העומדים על הפרק. בית המשפט יתערב בהכרעת המחוקק רק כאשר האמצעי שנבחר על ידיו חורג באופן ניכר מגדריו של מתחם התמרון החקיקתי הנתון לו והוא בלתי מידתי באופן ברור” (בג”ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ’ שר האוצר, פ”ד סג(2) 545, 623 (2009) (להלן: עניין הפרטת בתי הסוהר); כן ראו: עניין אדם, בעמ’ 802; בג”ץ 10662/04 חסן נ’ המוסד לביטוח לאומי, פ”ד סה(1) 782, 842 (2012) (להלן: עניין טס); אהרן ברק מידתיות במשפט 508-505 (2010)).

א. מבחן הקשר הרציונאלי

26. טיעוני המשיבות אינן מבססות קשר רציונאלי מובהק בין התכליות שאותן נועד הסדר הפונדקאות להגשים ובין ההסדר במתכונתו לאחר התיקון לחוק משנת 2018, המחיל אותו רק על זוגות הטרוסקסואלים ונשים שלהן בעיה רפואית להתעבר או לשאת הריון. מטיעוני המשיבה 1 עולה כי יש מחסור בתרומת ביציות בישראל, בין אם לצורך ביצוע הפריה חוץ גופית והשתלתן ברחם הנשים הנתרמות עצמן, ובין אם לצורך השתלתן ברחם הפונדקאית. כך, צוין כי בשנים 2016-2017 נתרמו בישראל בכל שנה כ-50 ביציות בלבד, וכי “נשים רבות בישראל, הזקוקות לתרומת ביצית, נאלצות להיעזר בתרומות המיובאות מחו”ל” (פסקה 28 להודעה המשלימה מטעם המשיבה 1 מיום 12.2.2019). לכאורה, יש בכך כדי לבסס את טענת המשיבות כי הרחבת הסדר הפונדקאות באופן המאפשר גישה אליו גם לאוכלוסיות דוגמת העותרים, עלולה להגביר את המחסור הקיים בביציות. ואולם, בצדק טוענים העותרים כי נתון זה אינו רלבנטי לביסוס קיומו של הקשר הרציונאלי הנטען. זאת משאין בפי המשיבות טענה לפיה תרומת ביצית שמקורה בישראל עדיפה על פני ביצית שמקורה מחוץ לישראל. כמו כן, אין בפי המשיבות טענה כי קיים מחסור של תרומת ביציות מחו”ל.

טענה נוספת שהעלו המשיבות לגבי מבחן הקשר הרציונאלי היא כי קיים היצע נמוך של פונדקאיות וכי הדבר מעורר חשש שאם תורחב קבוצת הזכאים להגיש בקשה לאישור הסכם לנשיאת עוברים, ייווצר מחסור בפונדקאיות והדבר יוביל לעליית מחירים שתמנע מנשים שאינן בעלות אמצעים להסתייע בהסדר זה. עוד נטען כי חריגותו של הליך הפונדקאות והרצון למנוע מסחור של גוף האישה או של ביציות ולהגן על הפונדקאיות מפני הסיכונים הרפואיים, הכלכליים והרגשיים הכרוכים בהליך (ראו: ליפקין וסמחה, 485-480), כל אלה מקיימים קשר בין האמצעי שנבחר ובין תכליות ההסדר.

הנתונים הנוגעים לבקשות שהתקבלו בוועדת האישורים (זמין באתר ועדת האישורים – https://www.health.gov.il/DocLib/pon_tofes29.pdf) (נבדק לאחרונה ביום 3.11.2019) וכן הנתונים הנוגעים למספר הבקשות שהוגשו לקבלת מעמד בישראל עבור קטינים שנולדו בהליכי פונדקאות בחו"ל (נספח מש/3 להודעה המשלימה מטעם המשיבה 1 מיום 4.4.2017; אלמסי, בעמ' 8-10), אין בהם כדי ללמד בהכרח על המחסור הנטען בפונדקאיות. נתונים אלה, שעל חלקם כבר עמדנו לעיל, מלמדים כי בשנים 2016-2017 הוגשו לוועדת האישורים בכל שנה כ-105 בקשות לאישור הסכמים לנשיאת עוברים וכי באותן השנים הוגשו 504 בקשות לקבלת מעמד בישראל עבור קטינים שנולדו בהליכי פונדקאות בחו"ל. פילוח הנתונים הנוגעים לבקשות לקבלת מעמד בישראל, מלמד כי כ-65% מהן (328 בקשות) נפתחו על ידי בני זוג הטרוסקסואלים, כ-24% על ידי בני זוג מאותו המין, גברים או נשים (121 בקשות) והיתר, כ-11% יחידים, גברים או נשים (55 בקשות). לכאורה, ובייחוד בשים לב למספר הבקשות שנפתחו על ידי בני זוג הטרוסקסואלים, אכן יש בנתונים אלה כדי להצביע על מחסור בפונדקאיות בישראל. אך בהעדר מחקר המבסס את הסיבות אשר בגינן פנו בני זוג הטרוסקסואלים לפונדקאות בחו"ל, אין להסיק מכך בהכרח על קיומו של המחסור הנטען. כך, בהחלט יתכן כי מדובר בבני זוג הטרוסקסואלים אשר אינם עומדים בדרישות החוק ותנאיו, למשל לעניין הגיל, לעניין מספר ילדיהם המשותפים או לעניין האפשרות להפרות בזרעו של האב המיועד את הביצית שתישא הפונדקאית. כמו כן ייתכן כי ישנם זוגות הטרוסקסואלים הפונים לפונדקאות חו"ל "משיקולים של נוחות ורצון ברגולציה מקלה, [ו]על אף המשמעויות הכלכליות שנלוות להחלטה כאמור" (תצהירו של מר דורון ממת, מייסד סוכנות הפונדקאות "משפחת תמוז בע"מ", העותרת 8, אשר צורף להודעה המעדכנת מטעם העותרים מיום 3.3.2019). נתון נוסף העשוי ללמד כי אין מחסור בפונדקאיות וכי הביקוש מצד הזכאים והמעוניינים לבצע הליך פונדקאות בישראל בהתאם לחוק ההסכמים – נענה, הוצג על ידי העותרים בהודעה המעדכנת מיום 3.3.2019. להודעה זו צורף תצהירה של הגב' מירב לוי, מנהלת חברת התיווך בפונדקאות "מירב פונדקאות

חובקת – המרכז הישראלי לפונדקאות” ובתצהירה טוענת הגב' לוי כי בחמש השנים האחרונות, התקצר מאוד משך ההמתנה של ההורים המיועדים מיום פנייתם אל הסוכנות ועד להתקשרות עם פונדקאית. לדבריה, פרק זמן זה עומד כיום על טווח שבין חודשיים לארבעה חודשים והוא נדרש ממילא לשם בחינת התאמת הצדדים, השלמת החוזה וקבלת האישורים הראשוניים הנדרשים לשם הגשת הבקשה לוועדה. הגב' לוי מציינת כי לדעתה, הטעם לכך נעוץ בהרחבת מעגל הנשים הרשאיות לשמש כפונדקאיות על פי חוק ההסכמים – העלאת הגיל המקסימלי של אישה פונדקאית (מ-38 ל-39); הגדלת מספר הלידות הקודמות של האישה הפונדקאית (משלוש לארבע); והשינוי במדיניות הוועדה לעניין מתן אישור להסכמים לנשיאת עוברים עם פונדקאית נשואה. כפועל היוצא מכל אלה, סבורה הגב' לוי כי מספר הנשים הכשירות והמעוניינות להיות פונדקאיות עלה ובמקביל, כך נטען על ידה, כמעט שלא נוספו לאחר התיקון לחוק משנת 2018 נשים יחידות המבקשות לעשות שימוש בהסדר הפונדקאות על פיו וזאת, לטענתה, משום שמרביתן זקוקות גם לתרומת ביצית והדבר אינו מאפשר להן לעמוד בהוראות החוק גם לאחר שתוקן.

27. בהינתן האמור לעיל, מתעורר ספק באשר לקיומו של מחסור בפונדקאיות בישראל, כטענת המשיבות. כמו כן, אין בפנינו נתונים מדויקים ומלאים בכל הנוגע להיקף אוכלוסיית הגברים אשר יבקשו לעשות שימוש בהסדר. בהעדר נתונים אלה אין ביכולתנו לאמוד את ההשפעה אשר תהיה להרחבה כאמור והאם היא אכן תוביל למחסור בפונדקאיות (ראו בהקשר זה פסקה 6 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור בפסק הדין החלקי הראשון), אם כי ניתן בהחלט לשער שלפחות חלק מההליכים שבוצעו על ידי אוכלוסייה זו עד היום מחוץ לישראל יבוצעו בעתיד בישראל. כמו כן, יש טעם בטענת המשיבות כי צמצום מעגל הזכאים לפונדקאות בישראל מכיר בחריגותו של הליך הפונדקאות וברצון לאזן בין הצורך בקיומו של הליך זה ובין מניעת המסחר של גוף האישה ושל הביציות הנתרמות. עוד ניתן לקבל את טענת המשיבות לפיה צמצום מעגל הזכאים לפונדקאות בישראל תורם להקטנת הסיכונים הרפואיים והאחרים שלהם תחשפנה נשים כפונדקאיות בהליך זה.

סיכומו של דבר, הגם שלא הוכח קשר רציונאלי מובהק בין הסדר הפונדקאות במתכונתו הנוכחית ובין התכליות שאותן הוא מיועד להגשים, עלה בידי המשיבות להצביע על קשר רציונאלי מסוים בין הוראות ההסדר ובין חלק מן התכליות המהותיות שאותן הוא נועד לקדם. משכך אני נכונה להניח כי ההסדר צולח, ולו בדוחק, את מבחן המשנה הראשון.

28. במסגרת מבחן משנה זה עלינו לבחון האם אין בנמצא אמצעי אחר, שפגיעתו בזכויות אדם פחותה ואשר יוכל להגשים באותה מידה או במידה דומה את תכליות ההסדר (בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, בעמ' 42 (22.9.2014) (להלן: עניין איתן); עניין אדם, בעמ' 806; עניין ניר, בעמ' 29; עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 624). היחס אל הסדרים המונעים מאוכלוסייה מסוימת באופן גורף את הגישה אליהם הוא יחס חשדני כנקודת מוצא. על הטעם לכך עמד הנשיא א' ברק בצינו כי:

"הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. [...] כמובן, ייתכנו מצבים בהם הבדיקה האינדיבידואלית לא תגשים את תכליתו הראויה של החוק, ויש לנקוט באיסור גורף. עם זאת, בטרם מגיעים למסקנה זו יש להשתכנע, על בסיס נתונים ראויים, כי אין תחליף ראוי לאיסור הגורף. ..."

(עניין עדאלה, פסקה 69 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק)

כן ראו בהקשר זה, עניין חסן, בעמ' 849-850; והשוו: ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64, 107 (2005); בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פסקה 8 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (24.3.2009).

29. ההסדר שבפנינו מונע באופן גורף מגברים יחידים וכן מזוגות הומוסקסואלים את הזכות להגיש בקשה לאישור הסכם לנשיאת עוברים. העותרים סבורים, כי ניתן היה למצוא דרכים אחרות, שאינן על בסיס מגדר או נטייה מינית אשר תאפשרנה לקיים את תכליות החוק באמצעים שפגיעתם פחותה. כך, לדוגמא, נטען כי הגבלת מספר הילדים שהורים מיועדים יוכלו להביא לעולם בדרך של פונדקאות, או הסרת המגבלה בדבר היות הפונדקאית בת דתה של האם המיועדת, יוכלו לסייע בצמצום הפגיעה הנגרמת עתה בשל המניעה הגורפת שצוינה.

לשיטת המשיבות, ההצדקה לקיומה של המניעה הגורפת הכלולה בהסדר והחוסמת מפני גברים יחידים ומפני בני זוג מאותו המין את הגישה אליו, נעוצה בצורך להגן על הפונדקאיות ותורמות הביצית וכן בצורך להבטיח כי נשים אשר יש להן בעיה רפואית להתעבר או לשאת הריון, תוכלנה לממש את זכותן בפועל. לטעמן, כל אמצעי

אחר אשר יכלול הרחבה נוספת של האוכלוסייה אשר תהיה זכאית לפנות בבקשה לוועדה לשם אישור הסכם לנשיאת עוברים לא תאפשר הגשמה של תכליות ההסדר באותה המידה המתאפשרת על פי ההסדר במתכונתו הנוכחית. עוד טוענות המשיבות כי פתיחת ההסדר בפני גברים צפויה להגביר את הביקוש הן לתרומת ביציות והן לנשים פונדקאיות ולהוביל לעליית מחירים שתמנע מנשים שאינן בעלות אמצעים להסתייע בהסדר זה. כמו כן נטען שהדבר יקשה על ועדת האישורים לפקח על התחום ולהבטיח כי הסכמתה של אישה לשמש כפונדקאית ניתנת מרצונה החופשי ולאחר שקילת כלל המשמעויות וההשלכות של הסוגיה ולא מתוך שיקול כלכלי גרידא. הוועדה הוסיפה וציינה כי לגישה פונדקאות אלטרואיסטית אינה מהווה אמצעי חלופי מתאים, בעיקר בשל החשש שאין מדובר באלטרואיזם אמיתי, כי אם בהליך מסחרי בכסות של אלטרואיזם, ובשל החשש להתפתחותו של "שוק שחור" אשר בו זכויות הפונדקאיות לא תהיינה מוגנות. על כן, כך נטען, מודל כזה מחייב הסדרה מתאימה ומאוזנת רק לאחר שתיאסף תשתית עובדתית שתתמוך בכך. ועדת האישורים אף התייחסה לאפשרות להגביל את גובה התשלום המרבי לפונדקאיות ככלי להתמודדות עם החשש מפני עליית המחירים, אך ציינה את הקושי בפיקוח על הגבלה כזו, בשים לב להעדרה של הסמכה חוקית לבצעו.

30. בפתח הדיון עמדנו על כך שהסדר הפונדקאות מבקש "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". לגישתי, תכליות אלה, לרבות התכלית הרפואית שאף היא מגולמת בהן, ניתן להשיג באותה מידה באמצעים חלופיים שפגיעתם פחותה.

אכן, לא ניתן להפריז בצורך להגן על הנשים הפונדקאיות ואין להקל ראש בקשיים ובסיכונים שהן נוטלות על עצמן (ראו האמור לעיל בפסקה 3 וההפניות שם). על כן, נקבעו בהסדר הוראות ברורות שנועדו לוודא כי הפונדקאית המיועדת אכן מתאימה להליך וכי זכויותיה נשמרות. לטעמי, הוראות אלה די בהן לצורך השגתה של תכלית זו הנוגעת להגנה על הנשים הפונדקאיות וניתן ליישמן באותה מידה של אפקטיביות גם אם יורחב מעגל הזכאים לעשות שימוש בהסדר הפונדקאות. כך, נדרש על פי ההסדר במתכונתו היום כי אל הבקשה לאישור הסכם לנשיאת עוברים המוגשת לוועדת האישורים יצורפו חוות דעת רפואית בדבר התאמתה של הפונדקאית להליך נשיאת העוברים (סעיף 4(א)(3) לחוק) וכן הערכה פסיכולוגית של הפונדקאית ושל ההורים המיועדים בדבר התאמתם להליך (סעיף 4(א)(4) לחוק). עוד נדרשת הוועדה לוודא כי לא קיים חשש לפגיעה בבריאות הפונדקאית וכי כל הצדדים עשו את ההסכם לנשיאת עוברים בהסכמה ומרצון חופשי, בהבינם את משמעותו ותוצאותיו (סעיפים 5(א)(2) ו-

5(א)(1) (בהתאמה). בהקשר זה פרסמה ועדת האישורים את מסמך הקווים המנחים שכבר הוזכר לעיל ובו הוראות שונות הנוגעות להתקשרות בהסכם לנשיאת עוברים ובכללן חובת קיומו של ביטוח חיים עבור הפונדקאית; חיוב ההורים המיועדים לשאת בהוצאות הפונדקאית בשל אשפוז הנובע מהריון או בשל שמירת הריון; מתן אפשרות לפונדקאית שלא להמשיך את התהליך מבלי שהדבר יחשב הפרת הסכם אם עברה הפסקת הריון לאחר השליש הראשון. הנה כי כן, מנגנוני הבקרה הקיימים בחוק במתכונתו הנוכחית הינם הדוקים ואפקטיביים וניתן להמשיך ולקיימם באותה מידה גם אם יתאפשר לגברים יחידים ולבני זוג מאותו המין להתקשר בהסכמים לנשיאת עוברים.

אשר לטענה כי הרחבת זכות הגישה להסדר הפונדקאות תגביר את הביקוש וכי בהעדר גידול במספר הפונדקאיות, יאמירו מחירי ההליך ונשים אשר יש להן בעיה רפואית להתעבר או לשאת הריון אך מצבן הכלכלי אינו מן המשופרים, לא תוכלנה לעשות שימוש בהסדר (וראו בהקשר זה: דוח ועדת מור יוסף, בעמ' 57, 61). אני מוכנה להניח כי טענה זו אינה נטולת יסוד אך גם אם כך הדבר, ניתן להעלות על הדעת אמצעים אחרים אשר פגיעתם בזכויות פחותה מזו הטמונה באיסור הגורף החל על קבוצת הגברים, ואשר מגשימים באותה מידה או במידה דומה את התכליות שבבסיס חוק ההסכמים. אמצעי אחד למנוע עליית מחירים הוא קביעת מחיר מקסימלי לשירותי פונדקאות. ככל שמחיר כזה ייקבע בחוק, קשה לקבל את ההסתייגות שהעלתה ועדת האישורים בכל הנוגע לאפשרות הפיקוח ויש להניח כי פיקוח כזה יתקיים, ככל פיקוח אחר המתקיים מקום שבו נקבע בחוק מחיר מקסימלי. לא למותר לציין בהקשר זה, כי הצעת התיקון לחוק משנת 2014, אשר הייתה אף היא הצעת חוק ממשלתית, ביקשה להרחיב את הגישה להסדר הפונדקאות להורים יחידים (גבר או אישה) תוך הגבלת התשלום המרבי שישולם לפונדקאיות לסכום של 160,000 ש"ח (ראו: סעיף 10 להצעת התיקון לחוק משנת 2014 ודברי ההסבר שם). בהודעה המשלימה מיום 12.2.2019 שהגישה המשיבה 1 אף צוין כי זהו הסכום הרווח כיום בהסכמי פונדקאות הנערכים בישראל (פסקה 28 להודעה).

אשר לחשש ממחסור בפונדקאיות או בתרומת ביציות, הרי שמן האמור לעיל בכל הנוגע למבחן הקשר הרציונאלי קיים ספק עובדתי בדבר קיומו של מחסור כזה. אף אם ניתן לשער שהגידול בביקוש יהיה משמעותי, ישנם אמצעים נוספים שניתן לנקוט על מנת להקטינו, כגון הגבלת הגישה להסדר על פי קריטריון שוויוני. כך, ניתן להגביל את הגישה להסדר למקרים שבהם המבקשים יש להם ילד אחד לכל היותר. למעשה, זה היה נוסח הצעת התיקון לחוק משנת 2017 אך בסופו של דבר נקבע בתיקון לחוק משנת 2018 כי ההסדר יחול גם על מי שיש לו שני ילדים, ובעתיד יתכן שאף שלושה (סעיף 20(ד))

לחוק ההסכמים), וזאת תוך הדרה של גברים יחידים וזוגות הומוסקסואלים מן ההסדר. אפשרות זו המציגה קריטריון שוויוני לא זכתה להתייחסות בטיעוני המשיבות.

חלופה אפשרית נוספת היא הסדרה של פונדקאות אלטרואיסטית בישראל, כפי שהציעה ועדת מור יוסף – כלומר לאפשר לגברים יחידים ובני זוג בני אותו המין להתקשר עם פונדקאית בהסכם ללא כוונת רווח, אשר בו מודגשים ההיבטים החברתיים והאישיים של הליך הפונדקאות. פרט לעובדה שחלופה זו אינה מעלה, לכאורה, חשש לעליית מחירים או להגדלת הביקוש לפונדקאיות בתשלום, היא עשויה ליתן מענה לקשיים שהסדר הפונדקאות המסחרי מעורר (ראו: ליפקין וסמחה, בעמ' 489-490). חששה של ועדת האישורים ושל גורמי המקצוע במשרד הבריאות כי לא ניתן יהיה לפקח על כך שההליך הוא אכן אלטרואיסטי, והטענה כי נדרשת תשתית עובדתית שתמוך בקביעת מודל כזה, אין בהם בעיני כדי לשלול אפשרות זו על הסף. ראשית, המשיבה 1 מציינת בהודעתה מיום 12.2.2019 כי בימים אלה מתקיימת עבודת מטה במשרד הבריאות לשם בחינת הסוגיה. שנית, אף אם כטענת הוועדה מדובר במודל מסחרי לכל דבר ועניין במסווה אלטרואיסטי, ניתן להתמודד עם הקושי שהוצג – ככל שהוא קיים – באמצעים שהוזכרו לעיל בכל הנוגע לפונדקאות מסחרית (הגבלת סכום, פיקוח, או הקטנת הביקוש על סמך קריטריונים שאינם מין המבקש). זאת ועוד, כפי שפורט לעיל, ישנן מספר מדינות אשר מקיימות הסדר פונדקאות אלטרואיסטי (ראו פסקה 4 לעיל) והמשיבה 1 לא הציגה כל טעם מבורר מדוע מודל כזה אינו ישים בישראל, פרט להשוואה שערכה בין עלות ההסדר בישראל כיום ובין עלותו תחת הסדר אלטרואיסטי באנגליה (ראו והשוו: עניין הפרטת בתי הסוהר, פסקה 23 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור).

המסקנה העולה מן האמור לעיל היא כי הוראות ההסדר אינן עומדות במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, ועל כן הן אינן חוקתיות.

ג. מבחן המידתיות במובן הצר

31. לנוכח המסקנה שאלה הגענו ולפיה הסדר הפונדקאות אינו צולח את מבחן המשנה השני, ניתן היה לסיים כאן את הבחינה החוקתית ככל שהדבר נוגע למידתיות הפגיעה. למעלה מן הצורך אציין כי לטעמי אין מתקיים במקרה דנן גם מבחן המשנה השלישי הנוגע למידתיות במובן הצר. הפגיעה בזכות להורות ובזכות לשוויון הגלומה בהסדר הנוכחי היא משמעותית ונזקה רב ועמדנו על כך בפסקאות 14-19 לעיל.

אל מול הפגיעה האמורה, התועלת השולית הנובעת מהפעלת ההסדר הגורף במתכונתו הנוכחית מסתכמת לכל היותר בהקטנת הביקוש להסדרי פונדקאות וכפועל היוצא מכך, להקטנת החשש להאמרת מחירים ולפוטנציאל הפגיעה בפונדקאיות. הגם שאין להקל ראש בתועלת זו, האמצעים החלופיים שהוצגו לעיל משקלם בהקשר זה רב והם מוליכים אל המסקנה כי הנזק הנגרם כתוצאה מן המניעה הגורפת הקיימת בהסדר הפונדקאות כמתכונתו הנוכחית לגברים יחידים ולבני זוג מאותו המין להיזקק להסדר זה, עולה לאין שיעור על התועלת השולית שניתן להפיק ממנו (ראו והשוו: עניין איתן, פסקאות 66 ו-69 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן וההפניות שם).

32. סיכום ערך זה: הוראות ההסדר הנוכחי אשר מונעות מגברים יחידים ומבני זוג מאותו המין את הגישה אליו – אינן חוקתיות באשר הן פוגעות פגיעה בלתי מידתית בזכות לשוויון ובזכות להורות של קבוצות אלה.

הסעד

33. הפרק האחרון בהליך הבחינה החוקתי שהוביל אותנו אל המסקנה כי בפנינו חוק הפוגע שלא כדין בזכויות חוקתיות, עניינו בסעד אשר יש להושיט בעקבות מסקנה זו. באמצעות הסעד החוקתי ניתנים הגנה, ביטוי ואישוש (vindication) לזכות החוקתית, ובמובן זה הסעד והזכות כרוכים זה בזה. עם זאת, את הסעד החוקתי יש להתאים למטרותיו ולאופי הזכויות שנפגעות. במיוחד, יש ליתן על כך את הדעת באותם מקרים שבהם הפגיעה נגרמת על פי הסדר קיים שהינו הסדר מיטיב, ונובעת אך מתת-הכלה של קבוצות נוספות שראויות להיכלל בו (ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 754 (1994) (להלן: ברק – פרשנות חוקתית); אהרן ברק על תורת הסעדים החוקתיים משפט ועסקים כ 301, 356 (2017) (להלן: ברק – תורת הסעדים)). במקרה כזה, ביטול החקיקה המפלה ירפא את הפגיעה בשוויון בדרך של "השוואה כלפי מטה" (leveling down), שלרוב אינה רצויה. בעתירות חוקתיות אשר נדונו בפני בית משפט זה בעבר צוין על כן לא אחת כי "הקביעה כי חוק פוגע שלא כדין בזכות חוקתית, באשר הוא אינו מקיים את דרישות פסקת ההגבלה, אין משמעותה, מניה וביה, כי דינו של החוק בטלות, ולא לתר. לבית המשפט נתון שיקול דעת באשר לסעד הראוי במצב זה" (עניין עדאלה, פסקה 97 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק; כן ראו: עניין חוק הגיוס 2014, פסקה 100 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור). אכן, בענייננו, לא טענו העותרים כי יש לבטל את הסדר הפונדקאות כולו. ביטול כזה משמעותו במידה רבה "לשפוך את התינוק עם מי האמבט", בהינתן ההסדרים המיטיבים שנקבעו בו כבר מראשית ימיו ובאופן גובר והולך לאחר התיקון לחוק משנת 2018.

מהו, אפוא, הסעד המתאים וההולם במקרה דנן?

34. העותרים מעלים שלושה סעדים חלופיים אשר לגישתם יש בהם כדי לרפא את הפגם החוקתי שבו לוקה ההסדר. האחד נוגע למסלול הפרשני ואולם לגביו כבר צוין לעיל כי הוא אינו אפשרי נוכח הלשון המפורשת של דבר החקיקה העומד לדיון (ראו פסקה 21). הסעד השני שטוענים לו העותרים הוא סעד משולב של קריאת הוראות אל תוך החוק (reading-in) באופן שירחיב את הגדרת ההורים המיועדים וירפא את ההפליה שבה לוקה הגדרה זו על פי נוסחו הנוכחי של חוק ההסכמים. זאת במשולב עם סעד פרשני לפיו המונחים "ליקוי רפואי" ו"בעיה רפואית" אשר בחוק ההסכמים ובחוק תרומת ביציות יפורשו באופן המאפשר גם לגברים גישה להסדר. הסעד השלישי שמעלים העותרים, ככל שבית המשפט לא ייעתר למתן שני הסעדים האחרים שפורטו, הוא ביטול ההגדרות המפלות וביטול הדרישה הרפואית הכלולים בהסדר הפונדקאות כנוסחו דהיום, והשלמת החלל הנורמטיבי שנוצר בחקיקה שיפוטית והם מפנים בהקשר זה לחוק יסודות המשפט.

המשיבות מנגד סבורות כי המקרה דנן אינו עומד בתנאים שנקבעו בפסיקה לשם השימוש בדוקטרינה של קריאה אל תוך החוק או של ביטול חלק מהוראותיו והשלמת הלקונה בדרך של חקיקה שיפוטית, שכן מדובר בהרחבה משמעותית של ההסדר, שאינה פשוטה לביצוע וכרוכה בשינוי מכלול של איזונים הקבועים בחוק ההסכמים ובחוק תרומת ביציות. עוד נטען כי הרחבה כאמור אינה שומרת על מרקם החקיקה ומרחיבה באופן משמעותי את תכליותיה ואף מטעם זה, כך לטענת המשיבות, אין מקום לסעד המבוקש.

35. הדוקטרינה של "קריאה אל תוך החוק", מבקשת לקרוא לתוך ההסדר החוקי הלוקה באי-חוקתיות הוראות אשר יסירו את אי-החוקתיות וימנעו את הצורך בביטולו (ראו: עניין משה, פסקה 36 לחוות דעתי; ברק – פרשנות חוקתית, בעמ' 759-760). לכאורה, סעד זה מתאים לענייננו. באמצעותו ניתן לשמר את ההסדר הקיים במובן זה שהוא ימשיך לחול במלואו על כל קבוצות האוכלוסייה ועל כל המקרים בהתאם לנוסחו הנוכחי, ולצד זאת תורחב תחולתו של ההסדר והוא יחול בנוסף על הקבוצה אשר הוחרגה ממנו באופן מפלה תוך פגיעה בלתי מידתית בזכות לשוויון ובזכות להורות (ראו: שם, 760-765; עניין נסר, פסקאות 58-59 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש; בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 765-767 (1994)). בעניין נסר שבו הפעיל בית המשפט את הדוקטרינה של קריאה אל תוך החוק על מנת

לרפא הפליה בלתי חוקתית, מנה בית המשפט שורה של שיקולים שאותם יש לבחון בטרם תופעל הדוקטרינה האמורה. זאת מתוך הכרה שמדובר בסעד אשר נקודת החיכוך שלו עם סמכויות הרשות המחוקקת הינה בעצימות גבוהה ועל כן מתבקשת בעניין זה תחימה ברורה של גבולות והפעלה זהירה ואחראית של הדוקטרינה. השיקולים שמנה בית המשפט בהקשר זה בעניין נטר הם בעיקרם: מהי מידת ההרחבה הנדרשת; האם הרחבת ההסדר פשוטה לביצוע; מה תהיה עלות ההרחבה; והאם ההרחבה מגשימה את כוונת המחוקק מבלי שתהיה בה התערבות יתירה במרקם החקיקה (ראו שם, פסקה 59).

בחנתי את מכלול השיקולים הללו בענייננו ומצאתי כי הפעלת הדוקטרינה אינה פשוטה לביצוע. "קריאה לתוך החוק" במקרה דנן תדרוש ביצוע שינויים לא מעטים ביחס לשני דברי חקיקה – חוק ההסכמים וחוק תרומת ביציות. זאת ועוד, ניסוח מפורט אשר ישלול את הפליית הגברים היחידים ובני הזוג מאותו המין עשוי להצריך התייחסות לאמצעים שעליהם עמדנו לעיל (ראו הפרק הנוגע למבחן המשנה השני של המידתיות, בפסקה 30), אשר יש בהם כדי להגשים את מטרת הסדר הפונדקאות בדרך שפגיעתה בזכויות החוקתיות פחותה. התייחסות כזו הנוגעת, בין היתר, לקביעת מחיר מקסימלי לתשלום עבור פונדקאות; לאפשרות של פונדקאות אלטרואיסטית; לתרומת ביציות מחו"ל ועוד, משפיעה מטבע הדברים על מרקם החקיקה.

36. סעד הבטלות החלקית – הסעד החלופי השלישי שעליו עמדו העותרים – הוא סעד מרכזי ונפוץ בשיטתנו המשפטית. המדובר בסעד גמיש אשר באמצעותו מפריד בית המשפט בין חלקיו הבלתי חוקתיים של דבר החקיקה לחלקיו האחרים, וזאת ככל שהדבר אפשרי בנסיבות העניין ובהתחשב בתכלית החוק ובמרקמו (severance). כמו כן, יש בידי בית המשפט לקבוע את תחולתו של הסעד בזמן ואת המועד – מיידית או מושהה – שבו תיכנס הבטלות לתוקף (עניין עדאלה, בעמ' 351 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק; ברק – תורות הסעדים, בעמ' 364-370; יגאל מרזל "השעיית הכרזת בטלות" משפט וממשל ט 44-45 (תשס"ו)).

חרף גמישותו היחסית של סעד הבטלות החלקית, הפעלתו בענייננו אף היא אינה פשוטה. כך למשל תצריך הפעלת הסעד במקרה דנן את מחיקת סעיף ההגדרות בחוק ההסכמים, והדבר ישאיר, למעשה, בידי ועדת האישורים שיקול דעת רחב ביותר – שלא לומר, מוחלט – בכל הנוגע לאישור בקשות אף שוועדה זו נועדה מיסודה להיות ועדה יישומית, המופקדת על בחינת הבקשות ועל אישור ההסכמים המוגשים לה לאחר ששוכנעה כי הם עומדים באמות המידה ובתנאים שנקבעו בחוק. כמו כן, על פי מתכונת זו נראה כי תידרש השלמת חוסרים בדרך של חקיקה שיפוטית ועמדו על כך העותרים עצמם

בעת שפירטו את קווי המתאר של הסעד החלופי השלישי שלו עתרו. השלמת חוסרים בדרך זו אין בה כשלעצמה פסול והיא מוכרת במשפט, אך כאשר מדובר כבענייננו בהפעלת סעד חוקתי יש לחתור ככל הניתן לתוצאה אשר לא תצריך שימוש נרחב מדי בחקיקה שיפוטית בעקבות הפעלתו.

מהו, אם כן, הסעד אשר יינתן לעותרים?

37. שתי האפשרויות שעליהן עמדתי – קריאה אל תוך החוק ובטלות חלקית – אינן אופטימליות ככל שהדבר נוגע להסדר נושא העתירה. זאת נוכח מורכבותו המצריכה הסדרה מפורטת, מדוקדקת והוליסטית המתכתבת עם מכלול החוקים העוסקים ברבייה ופריון. עדיפה על כן האפשרות שהמחוקק ייתן דעתו לביקורת השיפוטית המפורטת בפסק דין זה ויעשה לתיקון נוסף ומשלים של חוק ההסכמים על מנת לרפא את ההפליה הבלתי חוקתית שבה הוא לוקה. התיקון הנוסף הנדרש ראוי כי יבטא מחויבות לזכותם לשיוויון ולהורות של גברים יחידים ובני זוג מאותו מין, וזאת במיוחד ביחס לפרק ההגדרות ולהוראה שעניינה אישור ההסכם בחוק ההסכמים, וכן ביחס להוראות הרלוונטיות הקובעות הגבלות על שאיבת ביציות, הקצאתן ושיתלתן בחוק תרומת ביציות. בנסיבות העניין ובהינתן מורכבות הנושא נראה כי מהלך כזה יש בו כדי להגשים בצורה הטובה ביותר את האחריות המשותפת של כל רשויות השלטון ביחס להגנה על זכויות אדם, והוא עולה בקנה אחד עם המגמה הכללית בבית משפט זה, המבוססת על התיאוריה הדיאלוגית של תרופות חוקתיות (ראו רונן פוליאק "החובה לחוקק: הצעה למתווה הדרגתי" משפטים 675, 678 (תשע"ח)).

אך, נוכח הפגיעה החמורה והנמשכת בזכות לשיוויון ולהורות הנגרמת לגברים יחידים ולבני זוג מאותו מין, ובהינתן העובדה כי עתירה זו תלויה ועומדת בפנינו משנת 2015 וכבר ניתן בה פסק דין חלקי ערב חקיקת תיקון החוק משנת 2018, אציע לקבוע כי ככל שהוראות החוק לא יתוקנו בתוך 12 חודשים מהיום יינתן על ידינו פסק דין משלים אשר במסגרתו נורה על סעד אופרטיבי, לפי אחד המסלולים המפורטים לעיל (ראו והשוו ההחלטה מיום 15.9.2010 בעניין נטר, שקדמה למתן פסק הדין הסופי משנת 2012; וראו גם חנן מלצר ואוריאל רוזנברג "התראת הבטלות: דוגמה לדרך האמצע של השופט א' רובינשטיין" ספר רובינשטיין (אהרן ברק, מרים ביטון, אילה פרוקצ'יה ורינת סופר עורכים, צפוי להתפרסם ב-2020)).

38. הסדר הפונדקאות בנוסחו הנוכחי פוגע פגיעה בלתי חוקתית בזכויות לשוויון ולהורות של גברים יחידים ושל בני זוג מאותו המין. אשר על כן, אציע לחברי להורות למשיבות להגיש הודעת עדכון אחרונה, וזאת עד ליום 1.3.2021. בהודעה האמורה יעדכנו המשיבות האם הפגמים החוקתיים שבהם לוקה ההסדר באו על תיקונם בהסדר שיויוני הולם. להודעה זו רשאים העותרים להגיש תגובה בתוך 30 ימים נוספים.

על בסיס הודעה זו והתגובות לה, ועל יסוד כל החומר שהוגש לנו עד כה, יינתן פסק הדין הסופי בעתירה זו.

ה נ ש י א ה

השופט ע' פוגלמן:

1. חברתי הנשיאה, השופטת א' חיות, קובעת בחוות דעתה כי הסדר הפונדקאות הנוכחי, הנוצר משילובן של הוראות חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק ההסכמים) וחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 (להלן: חוק תרומת ביציות), אשר אינו פתוח בפני גברים יחידים וזוג גברים, פוגע באורח בלתי מידתי בזכויות החוקתיות לשוויון ולהורות. אני מסכים להכרעתה זו ומצטרף לנימוקיה שאותם פירטה בחוות דעתה המקיפה. בכל שאמור בסעד שאותו היא מציעה, דעתי שונה. אילו דעתי הייתה נשמעת, היינו מורים על בטלות חלקיו המפלים של ההסדר החקיקתי, תוך השעייה של הצהרת הבטלות לפרק זמן של 12 חודשים, על מנת לאפשר לכנסת לחוקק הסדר שוויוני ומידתי.

פגיעה בשוויון – היעדר שוני רלוונטי ופגיעה בכבוד האדם

2. כידוע, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מגביל את כוחה של הכנסת לחוקק חוק הפוגע בשוויון שלא על פי תנאי פסקת ההגבלה, אם הפליה שגורם החוק קשורה בקשר "ענייני הדוק" לכבוד האדם (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 687-689 (2006) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון)). הכרעה זו קנתה שבייתה בפסיקתנו. עמדה על כך הנשיאה ד' ביניש באחת הפרשות:

"לא כל פגיעה בשוויון מהווה פגיעה בכבוד האדם וייתכנו פגיעות בשוויון שאינן עולות כדי פגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי ובחופש הבחירה של הפרט. התפתחות הזכות לשוויון כחלק מן הזכות לכבוד האדם במשפטנו מחייבת בחינה בכל עניין ועניין האם לפנינו פגיעה בשוויון שהיא גם פגיעה בכבוד האדם. אמנם, יכול שייטען כי מבחינה רעיונית כל פגיעה בשוויון מהווה פגיעה בכבוד האדם. לפי גישה זו, לא ניתן לדבר על 'כבוד האדם' מבלי שזה יכלול את הזכות לשוויון. כבוד – שאינו מבוסס על יחס שוויוני לשווים – אינו מכבד את האדם. גישה זו, שהיא הגישה הרחבה, לא התקבלה בפסיקתנו" (בג"ץ 8300/02 נטר נ' מחשלת ישראל, פסקה 45 (22.5.2012) (להלן: עניין נטר); אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 703-699 (2014) (להלן: ברק – כבוד האדם); לגישה שונה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות, ראו ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, 78 (2010) (להלן: עניין הבית הפתוח)).

3. על כן, מקום בו נטען כי חוק פוגע בזכות החוקתית לשוויון, שאלת ה"פגיעה" מחייבת בחינה דו שלבית: תחילה יש לבחון אם החוק קובע הבחנה שאינה מבוססת על שוני רלוונטי לעניין הנדון. אם התשובה לשאלה זו חיובית, החוק מפלה, ויש להוסיף ולבחון אם ההפליה קשורה בקשר "ענייני הדוק" לכבוד האדם:

"בכל מקרה שבו מועלית הטענה כי נורמה תת-חוקתית (חוק או הלכה פסוקה) פגעה בשוויון, ועל כן נפגעה הזכות החוקתית לכבוד האדם, יש לקיים – בגדרי השלב הראשון לבחינה החוקתית (השלב שבו נבחנת השאלה אם זכות חוקתית נפגעה) – בדיקה כפולה: ראשית, אם נפגעה הזכות לשוויון אילו זו הוכרה כזכות עצמאית. אם עניין לנו בשוני רלוונטי (לפי המבחנים השונים לקביעתו של שוני זה) לא נפגע השוויון, וממילא אין מתעוררת השאלה אם נפגעת הזכות החוקתית לכבוד האדם. אם תוצאתה של בדיקה זו היא כי השוויון נפגע, יש לעבור לבדיקה השנייה. עניינה של זו הוא אם הפגיעה בשוויון – כלומר ההפליה – קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם. אם התשובה היא בחיוב – קיים הקשר הענייני הנדרש – יש 'לעבור' לשלב השני של הבחינה החוקתית (שעניינו קיומה של הצדקה לפגיעה). זהו השלב שבה נבחנת מידתיות הפגיעה. אם התשובה היא בשלילה – אין קשר ענייני הדוק – נסתיימה הבחינה החוקתית" (ברק – כבוד האדם, בעמ' 697; ההדגשות במקור – ע' פ').

משכך, השאלה הראשונה לפתחנו היא אם ההבחנה הנוהגת בהסדר הפונדקאות הנוכחי, בין נשים הסובלות מבעיה רפואית (ללא קשר למצבן המשפחתי או נטייתן המינית) לבין גברים יחידים או גברים החיים בזוגיות חד מינית, היא רלוונטית לצורך

הזכאות לנגישות להסדר הפונדקאות (בהמשך הדיון, לשם הקיצור, אתייחס להבחנה האמורה כהבחנה בין גברים לבין נשים). אם נמצא כי התשובה לשאלה זו שלילית, נוסף ונבחן אם בנסיבות העניין עולים הדברים כדי פגיעה בכבוד האדם.

שוני רלוונטי לעניין הנגישות להליך פונדקאות

4. הליך הפונדקאות הוא הליך שבו אישה שאינה אמו של היילוד, נושאת ברחמה עובר שנוצר מהפריית ביצית של אישה אחרת, יולדת אותו, ומעבירה אותו לידי הוריו. הליך זה, נועד לסייע למי שאינו יכול להעמיד צאצאים בכוחות עצמו, כאשר הסיבה לכך יכולה לנבוע מקשיים בשלבים שונים של שרשרת הפיריון. על פי ההסדר הקיים, הליך הפונדקאות בישראל פתוח רק בפני אישה הסובלת מבעיה רפואית, שבגינה היא אינה יכולה להתעבר ולשאת את הריונה שלה. הדבר קבוע בסעיף 4(א)(2) לחוק ההסכמים, הקובע כי תנאי לאישור הסכם לנשיאת עוברים הוא "חוות דעת רפואית של רופא מומחה בדבר אי-היכולת של האם המיועדת להתעבר ולשאת הריון עקב ליקוי רפואי, או כי הריון עלול לסכן משמעותית את בריאותה". מכאן, כי גבר אינו יכול לפנות להליך פונדקאות.

5. המשיבות טענו כי "הטעם הרפואי" האמור הוא המצדיק את ההבחנה בין גברים לבין נשים בהקשר דנן. נטען כי הליך הפונדקאות נועד ליתן מענה לנשים שהן "מקרה קצה רפואי", כשאינן דרך רפואית אחרת לסייע להן להרות ולשאת הריון. לעומת זאת, גברים אינם פונים להליך פונדקאות עקב בעיה רפואית המונעת מהם להרות וללדת, אלא משום שברצונם להסתייע בטכנולוגיה רפואית קיימת שבכוחה לאפשר להם "להתגבר" על כך שאינם מקיימים תא משפחתי עם אישה שבכוחה לשאת ברחמה את ילדם. נטען אפוא כי מדובר בשני מצבים שונים לגמרי, ושוני זה – קיומה של בעיה רפואית לעומת היעדרה של בעיה רפואית – הוא המצדיק את ההבחנה הנקוטה בגדר ההסדר. להמחשת הטענה, נטען כי גם נשים שאינן סובלות מבעיה רפואית – ועל כן אינן זקוקות להליך פונדקאות כמענה רפואי – אינן זכאיות לפנות להליך פונדקאות.

6. לדידי, טענה זו אינה משכנעת והיא אף לוקה במידה רבה של הנחת המבוקש. מובן מאליו כי נשים וגברים, על רקע ההבדלים האנטומיים והפיזיולוגיים ביניהם, פונים להליכי פונדקאות בנסיבות שונות בתכלית. ככלל, אישה המבקשת להביא ילדים לעולם מניחה כי ביכולתה לעשות כן בדרך הדברים הרגילה, להתעבר מביצית שלה ולשאת הריון ברחמה. כשלמרכה הצער מתברר כי הדבר אינו אפשרי, פעמים רבות לאחר טיפולי פוריות ממושכים ומפרכים, היא מבקשת לפנות להליך פונדקאות, כ"מוצא אחרון" העשוי לאפשר לה להעמיד צאצא בעל זיקה גנטית אליה או אל בן זוגה. לעומת זאת, גבר

אינו פונה להליך פונדקאות עקב "בעיה רפואית" ו"כמוצא אחרון", ואף אפשר כי תהיה זו עבורו התחנה הראשונה במסע ההורות. ואולם, מן הדברים האמורים נובעת רק המסקנה כי ישנו שוני בין גברים לבין נשים לעניין יכולת ההולדה, וברקע האישי המוביל אותם לפנות להליך הפונדקאות. ואולם, השאלה לפתחנו איננה אם יש שוני בהיבטים האמורים, שאלה שהתשובה החיובית עליה מובנת מאליה. השאלה לפתחנו היא האם השוני האמור מצדיק את ההבחנה שנקט המחוקק לעניין הנגישות להליך הפונדקאות כדי להתגבר על הקושי בהליך ההולדה, המשותף לגבר ולאישה, גם אם מקורותיו שונים. נשוב בהקשר זה אל מושכלות היסוד:

"עקרון השוויון [...] משמעותו, כי יש להתייחס, לצורך המטרה הנדונה, יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלוונטיים לאותה מטרה [...] המושג 'שוויון' בהקשר זה, פירושו אפוא שוויון רלוונטי (relevant equality) והוא הדורש, לעניין המטרה הנדונה, 'טיפול שווה' (equality of treatment) כאלה אשר המצב הנתון מאפיין אותם. כנגד זה, תהא זו הבחנה מותרת, אם השוני בטיפול בבני אדם שונים ניזוק מהיותם נתונים, בשים לב למטרת הטיפול, במצב של אי-שוויון רלוונטי (relevant inequality) כשם שתהא זו הפליה, אם הוא ניזון מהיותם נתונים במצב של אי-שוויון, שאיננו רלוונטי למטרת הטיפול" (ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה (1) 7, 35 (1971); ההדגשה במקור – ע' פ').

7. בענייננו, "המטרה הנדונה" היא הליך הפונדקאות. כאמור, הליך זה מאפשר להתגבר על קשיי פריון בתהליך ההולדה הטבעי. משכך, קבוצת השוויון הרלוונטית היא כל מי שסובל ממגבלת פריון אשר על פי סוגה וטיבה ניתנת לפתרון רק על ידי פניה להליך פונדקאות ולא בדרך אחרת. בהיבט זה שורר לדידי שוויון מלא בין אישה הסובלת מבעיה רפואית שבגינה אינה יכולה להתעבר ולשאת את ילדה ברחמה, לבין גבר. שניהם נתונים במצב דברים שבו אין באפשרותם להתעבר ולשאת הריון בכוחות עצמם, והם נדרשים לסיועה של אם פונדקאית, שאינה אמו של היילוד, כדי להוליד ילד המקיים אליהם זיקה גנטית (ישירה או מכוח זיקה לבן הזוג). לפיכך, לא שוכנעתי כי הטעם הרפואי שעליו הצביעו המשיבות מגבש שוני רלוונטי בין נשים לבין גברים לעניין הנגישות להליך הפונדקאות.

8. מכאן גם ברור כי אין בטענת המשיבות שלפיה נשים שאינן סובלות מבעיה רפואית אינן זכאיות לפנות להליך פונדקאות כדי להוכיח כי ישנו שוני רלוונטי בין גברים לבין נשים בהקשר דנן. נשים אלו אינן זקוקות להליך פונדקאות כדי לממש את זכותן

להורות גנטית כמוסבר, והן יכולות לעשות כן בגופן שלהן, בדרך הדברים הרגילה. לכן הן כלל לא נמנות על קבוצת השוויון הנוגעת לענייננו.

9. טעם נוסף שעליו הצביעו המשיבות כמגבש שוני רלוונטי בין גברים לבין נשים הוא קיומן של חלופות המאפשרות לכאורה לגברים לממש את זכותם להורות גנטית שלא במסגרת הליך פונדקאות בישראל. לעניין זה התייחסו המשיבות לאפשרות לפנות להליכי פונדקאות בחו"ל או להסכמי הורות משותפת, שמשמעותם, ככלל, התקשרות הסכמית עם אישה שתלד את הילד, ותגדלו כאם, יחד עם אביו או אבותיו, על פי מתווה הסכמי מסוים. ברקע הדברים הוזכרה גם אפשרות האימוץ – הגם שמוסכם כי היא אינה מממשת את הזכות להורות גנטית.

10. גם נימוק זה – שלדידי הוא מהמוקשים שבטיעוני המשיבות – אינו מגבש שוני רלוונטי לצורך שאלת הנגישות להליכי פונדקאות בישראל. ראשית, אין חולק כי גם נשים הסובלות מבעיה רפואית – יחידות או חלק מזוג הטרוסקסואלי – יכולות לפנות להליכי פונדקאות בחו"ל, והדבר עלה בבירור מהנתונים שהוצגו לנו. כשם שהמשיבות לא רואות בכך טעם לשלול את זכותן של נשים אלו לפנות להליכי פונדקאות בישראל, לא יכול הדבר לשמש כנימוק לשלילת אפשרות זו מגברים. גם הטענה שלפיה גברים יכולים לפנות ל"הסכם הורות משותפת" אינה מסייעת. ראשית, המשיבות לא דקו פורתא בהבדל שבין נשים יחידות לבין נשים בזוגיות הטרוסקסואלית בהקשר זה, ונראה כי כשם שהאפשרות פתוחה לפני גברים (יחידים או בזוג), היא פתוחה גם לפני נשים יחידות, ואף על פי כן המשיבות אינן רואות בכך חלופה רלוונטית עבורן. אך לא זה העיקר לענייננו. העיקר הוא כי הסכם הורות משותפת אינו דומה כלל להורות הנובעת מהליכי פונדקאות. הסכם כאמור כולל "הכנסת" הורה נוסף אל התא המשפחתי, אמו של הילד, והוא עשוי לכלול גם חלוקת זמני שהייה בין ההורים. לעומת זאת, הסדר הפונדקאות מנתק את הקשר בין היילוד לבין האם הנושאת, כך שרק ההורים המיועדים הם הוריו של היילוד, לכל דבר ועניין (ראו למשל סעיפים 10 ו-12 (א) לחוק ההסכמים). מדובר בהבדל מהותי בנוגע למבנה התא המשפחתי המתהווה ולדרך התנהלותו. לכן גם ברור כי הסכם הורות משותפת ופונדקאות אינן חלופות "שוות" זו לזו, וכי הסכם כאמור אינו "מייתר" עבור גברים את הצורך בהליך פונדקאות. לטענות בדבר אימוץ לא ראיתי להתייחס שכן אימוץ אינו מאפשר לממש את הזכות להורות גנטית, וזאת אף מבלי להידרש לקושי הגלום בעצם העלאת הטענה בשים לב לנתונים שהוצגו על עצם פתיחתו של הסדר האימוץ לפני זוגות גברים (להרחבה ראו: יותם זעירא וברק מדינה "לא שווים לבד: נטייה מינית, זהות מגדרית והזכות לשוויון" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 159, 183-188 (2016)).

משמצאנו כי אין שוני רלוונטי המצדיק את ההבחנה הנקוטה בין גברים לבין נשים לעניין נגישות להליכי פונדקאות בישראל, המסקנה היא כי מדובר בהסדר מפלה. נוסף ונבדוק אם הפליה זו קשורה ב"קשר ענייני הדוק" לכבוד האדם.

"קשר ענייני הדוק" לכבוד האדם

11. למסקנה שלפיה ההפליה בין גברים לבין נשים במקרה דנן קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם ניתן להגיע בשני מסלולים – פרטני וקבוצתי. הטעם הפרטני נובע מן הקשר ההדוק שבין הבחירה להפוך להורה לבין כבוד האדם, והוא יפה לכל הגברים הנמנים על הקבוצה המופלית כאן, בלי קשר למצבם האישי ולנטייתם המינית. כבר נפסק כי:

"ביסוד הזכות לכבוד האדם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה שבה הוא חי; במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיסית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים" (עניין התנועה למען איכות השלטון, בעמ' 685).

דומה כי אין לך צמתים רבים בחייו של אדם, המבטאים את חירותו ומכוננים את זהותו, כמו הבחירה להפוך להורה. הרצון להפוך להורה היא מהכמיהות העמוקות ביותר של הנפש האנושית. עבור מי שחפץ בכך, הזכות להפוך להורה, לאהוב ילד, לגדלו, לדאוג לכל מחסורו, לחנכו, לטעת בו מטען חינוכי, ערכי ומוסרי, היא ביטוי ראשון במעלה לאנושיותו. הכרה שלמה וממשית בכבוד האדם ובערכם המוסרי של רצונותיו ושל בחירותיו, מחייבת להניח כי כמיהתו זו של גבר – יחיד או חלק מזוג גברים – אינה נופלת בעצמתה או בחשיבותה מכמיהתה של אישה הסובלת מבעיה רפואית. והנה, על אף שלגבי שניהם נסיבות החיים הן כאלו שהפונדקאות היא ההזדמנות העיקרית העומדת להם למימוש הזכות להורות גנטית במדינתם שלהם, בחר המחוקק להעניק אותה לנשים בלבד, ולסגור את השערים בפני גברים. בכך הציב בפניהם המחוקק מכשול קשה ביותר – לעתים בלתי עביר – לכתוב את אחד הפרקים החשובים בסיפור חייו של אדם: ההורות. משאלה הם פני הדברים, לא יכול להיות ספק כי ההפליה במקרה דנן קשורה בטבורה לכבוד האדם.

12. נדבך נוסף של הפגיעה בכבוד האדם קשורה לשתי קבוצות ההשתייכות שעליהן נמנים הגברים שאינם זכאים לפנות להליכי פונדקאות בישראל: גברים יחידים – תהא נטייתם המינית אשר תהא – וגברים המקיימים זוגיות חד מינית. אקדים ואעיר בהקשר זה כי הגם שככלל, גברים אינה קבוצה הסובלת מהפליה "גנרית", וביחסי הכוחות החברתיים הכלליים דווקא הנשים זקוקות להגנתו המסורתית של איסור ההפליה החוקתי, הרי שכבר נקבע כי בנסיבות מסוימות תתכן הפליה כלפי גברים. בפרט כך בהקשר של חיי המשפחה, שבו עדיין שוררות תפיסות מושרשות ופטריארכליות ביחס לתפקידם ההורי "הטבעי" של כל אחד מהמגדרים. עמדתי על כך באחת הפרשות:

"אין חולק כי מובנו הדומיננטי ו'ההיסטורי' של איסור ההפליה על בסיס מין הוא ההגנה על נשים. אף על פי כן, אין לדחות על הסף טענה להפליה מחמת מין של גברים. פסיקתנו הכירה בכך שאיסור ההפליה מחמת מין עשוי – במקרים המתאימים – לאסור גם על הפליית גברים, וזאת חרף היותם הקבוצה הנהנית מכוח חברתי ופוליטי עודף בהשוואה לנשים, שברגיל אינה חשופה להפליה [...] נפסק כי הפליית גברים תתכן כאשר ההבחנה היוצרת אותה מושתת על התייחסות סטריאוטיפית ובלתי עניינית בין גברים לבין נשים.

[...]

מן האמור עולה כי ככלל, הבחנה בין נשים לבין גברים שביסודה נימוקים סטריאוטיפיים, להבדיל משוני רלוונטי, היא הפליה פסולה שאינה יכולה לסכון, וזאת גם אם בצידה 'הטבה' עם ציבור הנשים שהן הקבוצה העיקרית המוגנת בגדר איסור ההפליה מחמת מין" (בע"מ 919/15 פלוני נ' פלונית, פסקאות 105-107 (19.7.2017)).

13. הקבוצה השנייה שעליה נמנים חלק מהגברים בענייננו היא קבוצת הגברים ההומוסקסואליים, בין אם חיים בגפם, בין אם בזוג. קבוצה זו היא קבוצה "חשודה" מובהקת ומוכרת, הסובלת מהפליה על רקע נטייתה המינית באופן היסטורי, ובהקשרים שונים. בהינתן שתי קבוצות ההשתייכות המאפיינות את הגברים שאינם זכאים לפנות להליכי פונדקאות, החשש המתעורר הוא כי אי הכללתם בגדרו של ההסדר נובעת מעצם השתייכותם לקבוצות האמורות, ומטעם זה בלבד. נזכיר כי מסקנה זו מתחייבת גם אם לא הייתה זו כוונת המחוקק, והדבר מסתבר במישור התוצאה בלבד (בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1, 32 (2006)).

14. כידוע, הפליה "גנרית" מעין זו – על בסיס מגדר ונטייה מינית – היא מקרה מובהק של הפליה ה"פוצעת אנושות בכבוד האדם" (בג"ץ 2671/98 טדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 658-659 (1998)). להפליה זו נודעת חומרה יתרה ומימד משפיל, בראש ובראשונה בגלל טיבה ועצמתה של הפגיעה שהיא גורמת לפרט. כפי שציין השופט י' עמית:

"ההפליה עשויה להוביל להשפלה ולפגיעה בכבוד האדם [...] בוודאי כך מקום שמדובר בהפליה 'גנרית' הנמצאת בגרעין הקשה של ההפליה בשל מאפיין בזהותו של אדם, כמו, בין היתר, דתו, גזעו או מינו [...] נאמר, כי [...] הפליה (אמיתית או מדומה) מוליכה אל תחושה-של-קיפוח ותסכול, תחושת-קיפוח ותסכול מישירים אל קנאה, ובבוא קנאה תאבד תבונה [...]"

נכונים אנו לשאת בעול ובסבל ובמצוקה אם נדע כי גם זולתנו כמותנו ועמנו, אך נתקומם ולא נשלים במקום שבו יקבל זולתנו – השווה לנו – את שאנו לא נקבל" (עניין הבית הפתוח, בעמ' 41-42).

15. מאפיין חמור נוסף של הפליה גנרית הוא פגיעתה בכלל הקבוצה שעליה נמנה הפרט הנפגע, עקב הנצחתן והעמקתן של תפיסות סטריאוטיפיות ופוגעניות כלפי הנמנים על קבוצה זו. צירופם של שני מאפיינים אלה – הפגיעה בפרט והפגיעה בקבוצה – היא ההופכת את הפלייתן של קבוצות חשודות לפוגענית במיוחד וראויה למיגור:

"מדיניות שלטונית כלפי קבוצה של אנשים עלולה להשפיע, באופן עקיף, על יחסו של הציבור לקבוצה זו. גורם חשוב הוא המסר, המפורש או המשתמע, שעולה מהחלטתו של השלטון לייחס מאפיינים כלשהם למי שנמנים עם הקבוצה הנדונה. החשש, שאת טיבו יש לברר, הוא שהמדיניות השלטונית תוביל להטמעה או לחיזוק של דעות קדומות בקרב הציבור באשר לתכונות שליליות כלשהן של בני הקבוצה [...] גורם חשוב בהקשר זה הוא המידה שבה הקבוצה הנפגעת כבר מצויה בעמדת נחיתות בשל דעות קדומות שליליות כלפיה.

[...]

עיקרה של הזכות החוקתית לשוויון, לפי התפיסה הנדונה כאן, היא מניעת פגיעה באוטונומיה של אדם לפעול באופן חופשי ממגבלות הנובעות מהשתייכותו לקבוצה חברתית מסוימת. הפגיעה באוטונומיה נגרמת כתוצאה משילוב של שני יסודות. היסוד האחד הוא שמדובר בהשתייכות קבוצתית שמקובל לסווגה כהשתייכות חשובה לזהותו של אדם [...] היסוד האחר הוא

שההסתמכות על ההשתייכות הקבוצתית נועדה לפגוע בבני הקבוצה או מבטאת ייחוס של תכונות שליליות מסוימות למי שנמנה עם הקבוצה.

[...]

זוהי מדיניות שמבטאת עמדה שלילית של השלטון כלפי תכונות חשובות מסוימות של בני הקבוצה המופלה" (ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" משפט וממשל יז 67, 86-89 (2016)).

16. יישומם של דברים אלה לענייננו ברור. בצד הפגיעה הקשה בכבודו של כל אחד מאותם גברים שהיו רוצים לפנות להליך פונדקאות והדבר נשלל מהם, הסדר הפונדקאות הנוכחי פוגע בכבודם גם בגלל המסר הפוגעני הטמון בו ביחס לקבוצה שעליה הם נמנים. בסופו של יום, בין אם הייתה זו כוונת המחוקק, בין אם לאו, ההסדר שאומץ מגלם בחובו תפיסות עומק חברתיות שלפיה "הורות נשית" עדיפה וראויה יותר על פני "הורות גברית", וכי משפחה המורכבת מאם ומאב או מאם בלבד היא משפחה "עדיפה" "ראויה" ו"רצויה" יותר ממשפחה המורכבת מגבר יחיד או משני גברים. זהו מסר שלטוני פוגעני, החוטא לחובתה הבסיסית של המדינה לכבד כל צורת חיים וכל תא משפחתי שמבקש אדם לעצמו.

תכלית החוק

17. בבואנו לבחון את תכליותיו של הסדר הפונדקאות איננו נדרשים להתחיל מבראשית. תחילה ישנה התכלית הרפואית, שעניינה מתן פתרון לאותן נשים הסובלות מבעיה רפואית, שהוגדרו על ידי המשיבות כ"מקרי קצה", הזקוקות להליך פונדקאות כדי לממש את זכותן להורות המקיימת זיקה גנטית לעובר (ישירה או עקיפה).

18. תכלית משנה נוספת שהוצגה היא שמירת היקפם המצומצם של הליכי הפונדקאות בישראל. לכך הוצגו שני נימוקים שלובים. הראשון הוא טיעון "המחסור". לפי זה, כבר כיום ישנן מעט נשים המוכנות לשמש כפונדקאיות בהשוואה לכמות המבקשות להיעזר בשירותיהן, ולכן נוצר מחסור בפונדקאיות. בדומה, ישנו מחסור גם בנשים המוכנות לתרום ביציות לטובת הליכי פונדקאות. מכאן, כי הרחבת מעגל הזכאים לגשת להליכי פונדקאות תעמיק את המחסור הקיים, ותקשה ביתר שאת על נשים הסובלות מבעיה רפואית להיעזר בהליכי פונדקאות. עוד בהקשר זה נטען כי הרחבת מעגל הזכאים תגדיל את הביקוש לפונדקאיות, והדבר יביא לעלייתם של מחירי

הפונדקאות, באופן שיגביל את הנגישות להליך הפונדקאות. נימוק נוסף, מזווית אחרת, הוא כי אם יגדל הביקוש והליך הפונדקאות אכן יתייקר, יגדל גם הפיתוי הכספי עבור נשים להסכים לשמש כפונדקאיות וכתורמות ביציות. החשש בהקשר זה הוא שנשים יסכימו לשמש בהליכים אלה, גם אם כיום הן אינן נכונות לכך, מבלי שיבינו די הצורך את המחיר הגופני והנפשי הכרוך בכך.

19. תכלית נוספת של הסדר הפונדקאות, כפי שציינה חברתי הנשיאה א' חיות, היא שמירת עיקרון ההורות הגנטית במסגרת הליכי הפונדקאות. מטעם זה, במסגרת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ח-2018 (להלן: תיקון מספר 2), הורחב ההסדר גם לנשים יחידות אך רק בתנאי שיעשה שימוש בביצית שלהן.

20. לבסוף, כפי שנקבע בפסק הדין החלקי, ישנה גם התכלית האסדרתית, המעוגנת בעיקרה בחוק הסכמים. עניינה של זו הוא ביצירתה של מסגרת חוקית נאותה לעריכת הסכמי פונדקאות, על המורכבות האינהרנטית הטמונה בהם, באופן המבטיח את שלומם ורווחתם של כל המעורבים בהליך הפונדקאות: האם הנושאת, היילוד וההורים המיועדים (לרבות אם יחידה).

אין חולק כי תכליות אלו כולן – התכלית הרפואית, צמצום היקפו של שוק הפונדקאות, שמירת עיקרון ההורות הגנטית ואסדרתם של הסכמי פונדקאות – הן תכליות ראויות.

21. ואולם, מעל דיוננו מרחפת שאלה נוספת והיא אם בעקבות תיקון מספר 2 יש לקבוע כי תכלית נוספת של הסדר הפונדקאות הנוכחי היא מתן מענה רק לזוגות הטרוסקסואלים ונשים יחידות, וסגירתו בפני גברים יחידים או כאלה המקיימים זוגיות חד מינית. כידוע, בעבר, בעניין משפחה חדשה, נקבע כי תכלית חוק הסכמים היא "לפתור בעיותיהם של בני-זוג, איש ואישה, חשוכי-ילדים, ובעיות אלו בלבד. החוק לא נתכוון לפתור בעיותיה של אישה חשוכת-ילדים שאין לה בן-זוג, אף לא בעיותיהם של איש שאין לו בת-זוג או של כל בני-זוג אחרים" (בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419, 439 (2002) (לעיל ולהלן: עניין משפחה חדשה)). באותו מקרה לא דובר בתקיפה חוקתית של חוק הסכמים, ולכן הדיון לא התעורר באספקלריה של דרישת התכלית הראויה בפסקת ההגבלה, אך נקבע כי זוהי תכלית ההסדר. לאחר מכן, בפסק הדין החלקי, קבע המשנה לנשיאה ס' גובראן, כי

התכלית שעניינה פתיחת הליכי הפונדקאות לזוגות הטרוסקסואליים בלבד אינה עוד חלק מתכלית החוק. לכך הוצגו שני טעמים: חלוף העתים והתמורות החברתיות שחלו מאז פסק הדין בעניין משפחה חדשה; והכלל שלפיו יש להעדיף תכלית סובייקטיבית העולה בקנה אחד עם התכלית האובייקטיבית שעניינה הגנה על זכויות האדם, על פני כזו הסותרת אותה (שם, פסקה 39).

22. פסק הדין החלקי ניתן ביום 3.8.2017. זמן קצר לפני כן, ביום 5.7.2017, הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ז-2017, שאושרה בקריאה ראשונה ביום 17.7.2017. לאחר מכן הועברה הצעת החוק לוועדת העבודה, הרווחה, והבריאות של הכנסת ה-20, שם התקיימו דיונים מקיפים בהצעת החוק. כפי שציינה חברתי הנשיאה א' חיות, בשלב זה עמדו לפני הוועדה אמירותיו המפורשות של בית משפט זה בפסק הדין החלקי בדבר החשש כי ההסדר המתהווה מגלם בחובו הפליה פסולה על בסיס מגדר ונטייה מינית. זאת ועוד, עיון בדיונים שהתקיימו בוועדה מלמדים – באופן שאינו משתמע לשתי פנים – כי סוגיית ההפליה עמדה במוקד הדיונים, ועוררה ויכוחים עזים (ראו למשל ארבעת דיוניה הראשונים של הוועדה מהימים 12.12.2017, 22.1.2018, 30.4.2018 ו-29.5.2018; זמין [כאן](#)). לאורך הדיונים כולם שבה ונשמעה הטענה כי אי הכללתם של גברים יחידים וזוגות גברים בגדרי ההסדר עולה כדי הפליה פסולה. אף על פי כן, בסופו של יום הכריע המחוקק להרחיב את ההסדר – אשר לפני התיקון היה פתוח רק לזוגות הטרוסקסואלים – רק ביחס לנשים יחידות, ולא לגברים. להכרעתו זו נתן ביטוי מפורש בלשון החוק, וסעיף ההגדרות בחוק המתוקן שנכנס לתוקפו ביום 26.7.2018, קובע כי "הורים מיועדים" הזכאים לפנות להליכי פונדקאות הם "הורים מיועדים שהם בני זוג וכן אם מיועדת יחידה". התיבה "הורים מיועדים שהם בני זוג" מוגדרת בכירור כ"איש ואישה שהם בני זוג", ו"אם מיועדת יחידה" מוגדרת כ"אישה בלא בן זוג".

23. ואם בהיסטוריה חקיקתית עסקינן, נזכיר כי בשנת 2014 פרסם משרד הבריאות את תזכיר חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשע"ד – 2014. בתזכיר הוצע לתקן את הגדרת "הורים מיועדים" כך שתכלול "איש או אשה שהם בני זוג או אשה או איש, תושבי ישראל, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד" (סעיף 1 לתזכיר). בדברי ההסבר שליוו את התזכיר צוין, בין היתר, כי מטרת התיקון היא "להרחיב את מעגל הזכאים לביצוע פונדקאות בישראל באופן שוויוני כך שגם נשים ללא בן זוג וגברים ללא בת זוג יוכלו לבצע את ההליך בישראל בתשלום כפי שאפשרות זו נתונה להורים מיועדים שהם איש ואשה שהם בני זוג". ביום 1.6.2014 אישרה הממשלה את החלטת ועדת השרים

לענייני חקיקה לאשר את תזכיר החוק, ודחתה ערר שהוגש עליה. בסופו של יום, הדברים לא הבשילו לכדי חקיקה (החלטה 1658 של הממשלה ה-33).

24. הנה כי כן, היסוד המפלה בחוק ההסכמים היה גלוי, ידוע וברור עת עסק המחוקק בחקיקתו של תיקון מספר 2. אף על פי כן, ההכרעה שהתקבלה הייתה להותיר את הנגעת המפלה בחוק, ולאמץ – ביודעין – הסדר חקיקתי המדיר מגדרו גברים יחידים וזוגות גברים. לפיכך, לא ניתן לשלול כי כוונת המחוקק הייתה לקבוע כי נוסף על תכליותיו האמורות שתוארו, תכלית נוספת של תיקון מספר 2 היא לאפשר רק לנשים – יחידות או בזוגיות הטרוסקסואלית – לפנות להליכי פונדקאות. תכלית זו, על פניה, היא תכלית מפלה ובלתי ראויה (השוו לבג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 662-665 (2002) (להלן: עניין אורון)).

25. לשיטת המשיבות, לא מדובר בתכלית עצמאית של ההסדר, אלא בפועל יוצא ובלתי נמנע של התכליות הראויות האחרות. ספק בעיני אם כך הדבר. מבחינה רעיונית-מושגית, מתן מענה לנשים הסובלות מבעיה רפואית אינו מחייב – כשלעצמו – שלילת מענה מאנשים נוספים (לטענות בהקשר זה במישור המעשי, להבדיל מהמישור הנורמטיבי, ובפרט לטיעון "המחסור", אתיחס בהמשך). גם שמירה על עיקרון ההורות הגנטית אינו מחייב את סגירת שערי הפונדקאות בפני גברים יחידים וגברים המקיימים זוגיות חד מינית, שכן אין כל קושי מעשי כי גברים יעמידו צאצא גנטי מזרעם שלהם במסגרת הליך פונדקאות. כך הדבר גם ביחס לתכלית האסדרתית, שכן המנגנונים שנקבעו בחוק ההסכמים כדי להבטיח את שלומם ורווחתם של כל המעורבים בהליך יחולו גם כשמדובר בהורה שהוא גבר יחיד או הורים שהם זוג גברים חד מיני.

על אף הספקות האמורים – שהם כבדי משקל – מוכן אני לא להכריע בשאלה אם ביסודו של הסדר הפונדקאות כמתכונתו כעת ניצבת גם תכלית עצמאית שעניינה הדרתם של גברים יחידים וזוגות הומוסקסואלים מגדרו של ההסדר. זאת, בהינתן שישנן גם תכליות ראויות מובהקות בבסיס ההסדר, ובשים לב למסקנתי במישור המידתיות. לפיכך, לצורך המשך הדיון מוכן אני להניח לצורך כי הסדר הפונדקאות מקיים את דרישת התכלית הראויה.

26. כמו חברתי הנשיאה א' חיות, גם אני סבור כי הסדר הפונדקאות הנוכחי אינו מידתי. תחילה לדרישת הקשר הרציונאלי. מובן מאליו כי ההסדר מגשים את כל התכליות הראויות שביסודו ביחס לנשים. הוא מאפשר מענה לנשים הסובלות מבעיה רפואית, הוא שומר על היקפו המוגבל של שוק הפונדקאות, הוא משמר את עיקרון ההורות הגנטית והוא מקיים את המסגרת האסדרתית הדרושה. אציין שבכל הנוגע לטיעון ה"מחסור" המתמקד בצורך לשמור על היקפו המוגבל של שוק הפונדקאות, מוכן אני להניח כי ישנו מחסור כאמור, וכי הרחבת מעגל הזכאים תעמיק מחסור זה ותקשה על נשים הסובלות מבעיה רפואית להסתייע בהליכי פונדקאות (הגם שלא נעלמו מעיני הערותיה של הנשיאה א' חיות בהקשר זה). משכך, דעתי היא כי ההסדר מקיים את דרישת הקשר הרציונאלי.

27. לעומת זאת, ההסדר אינו צולח כלל ועיקר את מבחן המידתיות השני שעניינו קיומו של אמצעי שפגיעתו בזכות הפרט פחותה, שכן דומה כי תכליות ההסדר ניתנות למימוש גם אם היה נבחר אמצעי חלופי שלפיו הן נשים הסובלות מבעיה רפואית, הן גברים יחידים וזוגות הומוסקסואלים יכולים לפנות להליך פונדקאות בישראל. כבר ציינתי כי פתיחת ההסדר לגברים אינה שוללת את המענה מנשים הסובלות מבעיה רפואית; היא אינה סוטה מעיקרון ההורות הגנטית; והיא אינה פוגעת בתכלית האסדרתית, בהינתן המנגנונים הקיימים ממילא בחוק להבטחת שלומן ורווחתן של הפונדקאיות.

28. הטענה היחידה שיש בה לכאורה ממש היא כי הרחבת ההסדר גם לגברים תעמיק את המחסור הקיים ותקשה בסופו של דבר על נשים הסובלות מבעיה רפואית להיעזר בהליכי פונדקאות. ברם, גם בעניין זה ישנו אמצעי חלופי מובהק והוא קביעת אמות מידה שוויוניות, הוגנות ורלוונטיות שעל פיהן תוכרע זכאותם של גברים ונשים הזקוקים לכך לפנות להליך פונדקאות לצורך מימוש זכותם להורות גנטית (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי ב 695-697 (2010)). מבלי לקבוע מסמרות, אמות מידה אלו יכולות לכלול פרמטרים שוויוניים שונים ובהם מספר הילדים של ההורים המיועדים (לרבות יחידים); משך ההמתנה להליך הפונדקאות עד כה ועוד כהנה וכהנה שיקולים שיימצאו כרלוונטיים על ידי הגורמים הצריכים לעניין. אשר לחשש מפני האמרת מחירים, הרי שכפי שציננה חברתי הנשיאה, א' חיות, גם לכך יתכנו פתרונות שונים.

הנה כי כן, הסדר הפונדקאות הנוכחי אינו צולח – ולו בדוחק – את מבחן המידתיות השני.

29. נוכח מסקנתי האמורה, ניתן היה לעצור את הבחינה החוקתית כבר בשלב זה. אף על פי כן, נוכח טיבה, עצמתה וחומרתה של הפגיעה בזכויות היסוד במקרה דנן, היורדת לשורשם של דברים, סבורני כי ראוי להוסיף ולקבוע כי הסדר הפונדקאות הנוכחי אינו מקיים גם את מבחן המשנה השלישי של מבחן המידתיות. אל מול הפגיעה החמורה בזכויות האדם שגורם ההסדר הנוכחי, לא ניצבת כל תועלת חברתית, ודאי שלא תועלת מובהקת בעוצמה הנדרשת כדי להצדיק הסדר שפגיעתו כה חמורה. כפי ששכתי וצינתי, התועלות החברתיות הנובעות מהגשמת תכליותיו הראויות של ההסדר – ובמרכזן סיוע לנשים הסובלות מבעיה רפואית במסגרת מפקחת ומאוסדרת – אינו שנויות במחלוקת. בה בעת, המשיכות לא הבהירו מהי אותה תועלת הנובעת ממניעת נגישותם של גברים להליך פונדקאות. ככל שהתועלת הנטענת ממוקדת במניעת העמקת המחסור הקיים על המשתמע מכך, הרי שתועלת זו אינה שקולה – אף לא בקירוב – לעצמת הפגיעה בזכויות היסוד ולעומקה של ההפליה בהסדר הפונדקאות הנוכחי. הנה כי כן, הסדר הפונדקאות אינו מקיים גם את מבחן המידתיות "במובן הצר".

מכל הטעמים האמורים, מסקנתי היא כי הסדר הפונדקאות הנוכחי אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה ועל כן הוא אינו חוקתי.

הסעד החוקתי המתאים בנסיבות העניין

30. משמצאתי כי הסדר הפונדקאות החדש, כפי שתוקן בתיקון מספר 2, אינו חוקתי, אפנה לדון בסעד החוקתי המתאים בנסיבות העניין. בנקודה זו, נפרדת דרכי מדרכה של הנשיאה, א' חיות. חברתי סבורה כי מורכבותו של הסדר הפונדקאות, מחייבת הסדרה "מפורטת, מדוקדקת והוליסטית" ועל כן עדיפה האפשרות שהמחוקק יפעל לתיקון נוסף ומשלים של חוק ההסכמים בראי הביקורת השיפוטית על ההסדר בפסק דין זה מבלי שיינתן סעד בשלב זה (פסקה 37 לחוות דעתה). עוד מוצע על ידה כי ככל שהוראות החוק לא יתוקנו בתוך 12 חודשים, יינתן על ידינו פסק דין משלים שבמסגרתו נורה על סעד לפי אחד המסלולים שפורטו בחוות דעתה.

31. דעתי שונה. אינני חולק על הצורך בהסדרה חקיקתית מפורטת שעליו עומדת חברתי; אולם להשקפתי, נוכח עצמתה וחומרתה של הפגיעה בזכויות היסוד במקרה דנן, ובהינתן ההיסטוריה של ההליך שלפנינו, שבמסגרתה כבר ניתן ביטוי ברור – בפסק הדין החלקי – לקשיים שהסדר הפונדקאות הנוכחי מעורר בקשר להפלייתם של גברים יחידים וזוגות גברים, אין מקום לשוב ולדחות את מתן הסעד החוקתי. כפי שציין בית משפט זה

בפרשה אחרת "אי-החוקתיות של חיקוק אינה עניין מופשט המונח בחללה של השיטה. זהו עניין קונקרטי המחייב הכרעה שיפוטית הקובעת תוצאות מעשיות מבחינת התחולה בזמן, במקום ובצדדים" (בג"ץ 450/97 תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 433, 441 (1998)). אעמוד על הדברים ביתר פירוט.

32. משמצא בית המשפט כי חוק פוגע בזכות מוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שלא על פי תנאי פסקת ההגבלה, עליו להוסיף ולקבוע מהו הסעד החוקתי המתאים בנסיבות העניין. ההצדקה למתן סעד חוקתי נובעת מן העיקרון המושרש שלפיו "מקום בו הזכות – שם הסעד", היפה גם בהקשר החוקתי (אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" משפט ועסקים כ 301, 312-317 (2017) (להלן: תורת הסעדים החוקתיים)); עמנואל גרוס תרופות חוקתיות 436-439 (1998) (להלן: גרוס); ובהקשר קרוב ראו: ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 593 (1995); ע"א 700/89 חברת החשמל ישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, 687 (1993)). הסעד החוקתי נותן ביטוי ממשי לזכות החוקתית ומבטיח את ההגנה האפקטיבית עליה. במובן זה, הזכות החוקתית והסעד החוקתי כרוכים זה בזה, ואין האחד מתקיים בלי השני. מקור נוסף להכרה בזכות לקבלת סעד חוקתי הוא פסקת הכיבוד הקבועה בסעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ובסעיף 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק) המורה כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה" (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 307-308 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי); תורת הסעדים החוקתיים, בעמ' 304-305; גרוס, בעמ' 438-439)). תכליתו המרכזית של הסעד החוקתי היא מתן סעד אפקטיבי לנפגע. מטרתו היא בראש ובראשונה לרפא את הפגיעה הבלתי חוקתית בזכויות הפרט, ולהשיב את מערכת היחסים בינו לבין השלטון למישור החוקתי הראוי לה. אגב כך משיג הסעד החוקתי תכליות נוספת שעניינן מתן תוקף (אישוש) לחוקי היסוד עצמם, והרתעה מפני פגיעות עתידיות נוספות בזכויות האדם שלא על פי תנאי פסקת ההגבלה (תורת הסעדים החוקתיים, בעמ' 322-325).

33. הסעדים החוקתיים שעליהם מוסמך בית משפט להורות במקרה שבו נמצא כי חוק הוא אינו חוקתי הם מגוונים. עיון במשפט המשווה מלמד כי ישנם סעדים חוקתיים שונים, שנועדו לרפא פגמים חוקתיים שונים, והם נטועים במסורות חוקתיות שונות (לסקירה מקיפה של סוגי הסעדים החוקתיים ראו: תורת הסעדים החוקתיים, בעמ' 421-344). סעדים אלה כוללים כמובן את סעד הבטלות על צורותיו השונות וסעד של "קריאה לתוך החוק" (reading in) – סעדים חוקתיים המוכרים גם בשיטתנו (לעניין קריאה לתוך החוק ראו עניין נטר, פסקאות 57-61; בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים

לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פסקאות 35-38 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות (19.9.2014)), וכן סעדים נוספים דוגמת פסילת ראיות, ציווי ועוד.

34. בישראל, המצויה בשלבים ראשוניים יחסית של גיבוש המסגרת החוקתית, מצוי הדיון והעיון בסוגיית הסעדים החוקתיים בראשיתו, ויש להניח כי הדברים יוסיפו ויתפתחו עקב בצד אגודל. הדיון בעתירה זו אינו מחייב כי נפרוש יריעה מלאה בעניין זה. לענייננו, די אם נאמר כי הסעד העיקרי שהתקבל והשתרש בשיטתנו המשפטית, והוא נוהג עמנו מאז החלה הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת, הוא סעד של בטלות. כפי שציין הנשיא א' ברק כבר בעניין בנק המזרחי:

"המסורת המשפטית שלנו מחייבת את המסקנה, כי התרופה על אי חוקתיות החוק היא בטלותו, וכי הסמכות לקבוע את דבר אי החוקתיות נתונה לבתי המשפט. אכן, כשם שחקיקת משנה הסותרת חוק היא בטלה ובית המשפט מוסמך להצהיר על כך, כך גם חקיקה ראשית הסותרת חוק יסוד בטלה ובית משפט מוסמך להצהיר על כך" (שם, בעמ' 418).

35. בהתאם לכך, במקרים שבהם שוכנע בית משפט זה כי חוק של הכנסת פוגע בזכות יסוד באופן שאינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, הוא הורה על בטלותו של החוק הפוגע (בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (12.9.2017); בג"ץ 8665/14 דסטת נ' הכנסת (11.8.2015); בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (15.4.2015); בג"ץ 7385/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (22.9.2014) (להלן: עניין איתן); בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פ"ד סו(1) 717 (2013); עניין נטר (שבו בצד סעד הבטלות נקבע לגבי שלושה מהישובים שעניינם נבחן כי יזכו בהטבת מס בדרך של "קריאה לתוך החוק" (reading in)); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (2012) (להלן: עניין חסן); בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1 (2012); בג"ץ 4124/00 יקותיאלי נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1) 142 (2010); בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500 (2010); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009); בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1 (2006); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' הכנסת, פ"ד נט(2) 481 (2005); עניין אורון; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999) (להלן: עניין צמח); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 414 (1997). להשלמת התמונה יוזכר גם עניין התנועה למען איכות השלטון, שם ניתנה

"התראת בטלות" במובן זה שנקבע כי אלמלא יחולו שינויים משמעותיים במסגרת יישומו של החוק, ספק רב אם יהיה בכוחו לצלוח בחינה חוקתית עתידית; עוד ראו גם בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (6.8.2017), שם הורה בית משפט זה על בטלותו של חוק מפאת פגם מהותי שנפל בהליך חקיקתו ולא בגין פגיעה בזכויות האדם).

36. לא בכדי סעד הבטלות הוא הסעד העיקרי – ועד כה, הכמעט בלעדי – במקרה שבו נמצא כי חוק אינו חוקתי. סעד הבטלות מיטיב להגשים את התכליות שבבסיס הסעד החוקתי שעליהן עמדנו קודם לכן. הוא מפסיק את הפגיעה הבלתי חוקתית בזכויות הפרט ומממש את חובת ההגנה עליהן המוטלת על כל אחת מרשויות השלטון. הוא מאשש את תוקפם של חוקי היסוד ואת העקרונות החברתיים הרחבים שבבסיסם, והוא מרתיע את המחוקק מפני פגיעות עתידיות בזכויות המוגנות שלא על פי תנאי פסקת ההגבלה. אף יש הטוענים כי הוראה על בטלותו של חוק כאשר נפגעה זכות מוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היא תוצאה המתבקשת מפרשנותו התכליתית של חוק היסוד עצמו (גרודס, בעמ' 441-442).

37. ויודגש, לסעד הבטלות גוונים שונים. בחירה בסעד הבטלות אינה משמיעה מאליה כי דבר החקיקה בכללו בטל, ובאופן מיידי. כבר צוין כי:

"הקביעה כי חוק פוגע שלא כדין בזכות חוקתית, באשר הוא אינו מקיים את דרישות פסקת ההגבלה, אין משמעותה, מניה וביה, כי דינו של החוק בטלות, ולא לתר. לבית המשפט נתון שיקול דעת באשר לסעד הראוי במצב זה [...] שיקול דעת זה משתרע הן לעניין הכרזת הבטלות עצמה והן לעניין מועד כניסת הבטלות לתוקף. בית המשפט אינו חייב להורות על ביטול החוק כולו. הוא רשאי להורות על הפרדתו של החוק, כך שיבוטלו אותן הוראות מן החוק הלוקות בפגם החוקתי, תוך הותרת יתר ההוראות בתוקפן. את זאת ראוי לעשות כאשר להוראות הנותרות קיים טעם עצמאי, ואין בהפרדה כדי להביא לשיבוש תכליתו של החוק [...] בית המשפט אף רשאי להורות על דחייה במועד כניסת הבטלות לתוקף. השעיה זו של הכרזת הבטלות נחוצה מקום בו בטלות בעלת תחולה מיידיית עלולה להביא לפגיעה קשה באינטרס הציבורי, וכן על מנת לאפשר למחוקק פרק זמן מתאים לקביעתו של הסדר חלופי אשר יעמוד בדרישות החוקתיות" (בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, בעמ' 350 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק (2006) (להלן: עניין עדאלה); וראו גם: עניין צמח, בעמ' 284; יגאל מרזל "השעיית הכרזת בטלות" משפט וממשל ט 39 (תשס"ו) (להלן: מרזל)).

לפיכך, כאשר מורה בית המשפט על בטלותו של דבר חקיקה רשאי הוא להפריד בין חלקיו החוקתיים לחלקיו הבלתי חוקתיים. הדבר יתאפשר אם בנסיבות המקרה ביטול חלקי של הוראות בחוק הוא אפשרי ועולה בקנה אחד עם תכלית החוק ועם מרקמו (עיקרון המכונה "עיפרון כחול" או "הפרדה" (severance)). עוד רשאי בית המשפט לקבוע מה תהיה תחולתה של הבטלות במימד הזמן (בטלות רטרואקטיבית, אקטיבית או פרוספקטיבית), ומה יהיה מועד תחילתה של הבטלות – מיידית או מושעית (עניין עזאלה, בעמ' 351 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק; תורת הסעדים החוקתיים, בעמ' 370-364; מרזל, בעמ' 44-45). ואכן, פעמים רבות בחר בית משפט זה להורות על דחיית תחילתה של בטלות חוק שעליה הורה משיקולים שונים שעניינם בין היתר, מתן שהות למחוקק לתקן את הפגם בהסדר (ראו למשל עניין חסון, בעמ' 852-853; עניין צמח, בעמ' 284), והתחשבות בהשפעתה הצפויה של בטלות החוק על צדדים שלישיים (עניין נטר, פסקה 54).

38. ויודגש הדגש היטב. לעולם מורים אנו על בטלותו של חוק כמוצא אחרון בלבד, לאחר שכלו כל הקצין ונמצא כי אין כל דרך – פרשנית או אחרת – להותיר את החוק שיצא תחת ידי המחוקק על כנו. סעד הבטלות הוא הסעד החריף ביותר שבכוחו של בית המשפט ליתן ועל כן מחויבים אנו במשנה זהירות, ריסון ואיפוק טרם נורה על בטלותו של חוק. ואולם, אם שוכנע בית המשפט כי אין בנמצא מתווה המרפא את היסוד הבלתי חוקתי שבחוק הנבחן, חובתו היא, במסגרת הדיאלוג החוקתי בין שלוש הרשויות, להורות על בטלות החקיקה. כפי שציינתי במקום אחר:

"לא נעלם מעינינו כי תוצאת פסק דיננו זה היא שאנו שבים ומבטלים חקיקה ראשית של הכנסת. ערים אנו לכובד משקלה של דוקטרינת הפרדת הרשויות. איננו מבקשים 'לחרוש שלא בהיתר בשדה של הרשות המחוקקת', ו'זהיר-זהיר נהלך עד שנורה על פסלותה של הוראה שבחוק הכנסת' [...] אלא שהסדרים שקבע התיקון החדש לחוק [...] פוגעים בצורה מהותית, עמוקה ויסודית בזכויות אדם. אין הם עומדים בתנאי פסקת ההגבלה, ואין הם צולחים את הביקורת החוקתית. משכך, לא ניתן אלא להכריז על בטלותם. לא ברצון עשינו זאת; מכוח חובתנו עשינו זאת" (עניין איתן, פסקה 212 לחוות דעת).

39. כך ככלל וכך גם במקרה דנן, סבורני כי המסקנה מן הניתוח לעיל, בנקודת הזמן הנוכחית, היא כי יש לתת סעד בגין אי החוקתיות העולה מהסדר הפונדקאות. בפסק הדין החלקי שניתן על ידי בית משפט זה בסמוך לאישור ההצעה לתיקון חוק ההסכמים

בקריאה ראשונה בכנסת, הוצב סימן שאלה על ההבחנה הבלתי מוצדקת הנובעת מההסדרים נושא עתירה זו – בין מצבם של זוגות הטרנסקסואליים, שלהם ניתנה האפשרות להגשים את זכותם להפוך להורים באמצעות התקשרות בהסכמי פונדקאות לבין מצבם של היחידנים והזוגות החד מיניים, שאפשרות זו נשללה מהם. בהחלטה זו הבהיר בית משפט זה כי המשך הדרתם של גברים יחידים וזוגות גברים חד מיניים מהסדר הפונדקאות הנוכחי מעוררת ספק באשר ליכולתו של ההסדר לקיים את אמות המידה החוקתיות. כמתואר מעלה, הערות אלו עמדו בלב דיוני ועדת העבודה, הרווחה והבריאות בהצעת החוק האמורה, שבמסגרתם שבה ועלתה הטענה כי הוצאתם של גברים יחידים וזוגות גברים מתחולת ההסדר המתגבש תביא להפלייתם הפסולה (ראו פסקה 22 לעיל). חרף דברים אלה, בתיקון מספר 2 הותיר המחוקק את הנגע המפלה בחוק ההסכמים כפי שהיה ערב התיקון (ראו והשוו בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 1, בעמ' 105-106 לפסק הדין של השופט (בדימוס) א' א' לוי (2012)). בנסיבות אלו, ונוכח עצמת הפגיעה הגלומה במניעת נגישותם של גברים להליכי פונדקאות, הקשורה בטבורה לכבוד האדם, איני רואה הצדקה להוסיף ולהשהות את ההכרעה בסעד החוקתי ההולם לפגיעה זו (ויוער כי גם אם נקצוב את התקופה האמורה כהצעת חברתי, המציאות מלמדת, כי תקופה זו אינה בהכרח סוף פסוק).

40. מהו אפוא הסעד לפגיעה הבלתי חוקתית בזכויות שלפנינו? להשקפתי, כבמקרים אחרים שבהם נמצא כי חוק של הכנסת פוגע בזכות יסוד בניגוד לדרישות פסקת ההגבלה, גם בעתירה דנן יש להורות על בטלותם של החלקים הבלתי חוקתיים בהסדר הפונדקאות, כמוצע להלן (ואעיר כי אף אני כחברתי סבור כי הפעלת הדוקטרינה של "קריאה לתוך החוק" (reading in) בענייננו אינה חפה מקשיים). זוהי דרך המלך לרפא את ההפליה הקשה ואת הפגיעה בכבודם של גברים יחידים וזוגות גברים הנובעות מהסדר הפונדקאות הנוכחי, ובהינתן זכויות האדם העומדות על הפרק – זוהי אף התוצאה המתחייבת. כפי שציינתי, אני סבור כי במקרה דנן ניתן להורות על הפרדת חלקיו הבלתי חוקתיים של ההסדר מחלקיו החוקתיים, על ידי ביטולם של סעיפים מסוימים בכל אחד משני דברי החקיקה. בנסיבות העניין, הפרדה כאמור לא תפגע במסגרת החקיקתית, בתבניתם של החוקים, ובהגשמת תכליותיהם הראויות (תורת הסעדים החוקתיים, בעמ' 350-353). לאחר ביטולם של הסעיפים כמוצע על ידי, יותרו שני דברי החקיקה על כנם, באופן שיאפשר לנשים הסובלות מבעיה רפואית להמשיך ולפנות להליכי פונדקאות כפי המצב כיום. עם זאת, הסרתם של הסעיפים המפלים תאפשר לפרש את דברי החקיקה על פי כללי הפרשנות התכליתית המקובלים עמנו, באופן שיפתח את שעריו של הסדר הפונדקאות גם לגברים יחידים ולזוגות גברים. הנה כי כן, להוראות הנותרות "קיים טעם עצמאי, ואין

בהפרדה כדי להביא לשיבוש תכליתו של החוק" (עניין עדאלה, בעמ' 350). אלה הם אפוא הסעיפים שאותם אציע לבטל:

41. סעיפים בחוק ההסכמים:

- ביטול הגדרות:

הגדרות 1. "הורים מיועדים" – הורים מיועדים שהם בני זוג וכן אם מיועדת יחידה;

"הורים מיועדים שהם בני זוג" – איש ואישה שהם בני זוג, המתקשרים יחד עם אם נושאת לשם הולדת ילד;

"אם מיועדת יחידה" – אישה בלא בן זוג, המתקשרת עם אם נושאת לשם הולדת ילד;

- ביטול סעיף 4(א)(2):

בקשה לאישור הסכם 4 (א) (2) חוות דעת רפואית של רופא מומחה בדבר אי-היכולת של האם המיועדת להתעבר ולשאת הריון עקב ליקוי רפואי, או כי הריון עלול לסכן משמעותית את בריאותה;

42. סעיפים בחוק תרומת ביציות:

- סעיף 6(ב): ביטול המילים "עם נתרמת", כך שלאחר הביטול יהיה נוסח הסעיף כדלקמן, ללא המילים המסומנות כמחוקות:

הגבלות לעניין שאיבת ביציות והשתלתן 6 (ב) (2) לא תבוצע השתלת ביציות אלא בגופה של נתרמת, או בגופה של אם נושאת שהתקשרה עם נתרמת בהסכם לנשיאת עוברים לפי חוק ההסכמים.

- בפרק ג' ששמו "תרומת ביציות למטרות הולדה", המילים "סימן א': זכאות לתרומת ביציות" – תמחקנה.

- סעיף 13(ה)(2):

| | | |
|--|---------------|---|
| <p>(2) הרופא המטפל מצא כי הנתרמת אינה מסוגלת בשל בעיה רפואית להתעבר מביציות שבגופה, או שיש לה בעיה רפואית אחרת המצדיקה שימוש בביציות של אישה אחרת לשם הולדת ילד;</p> | <p>13 (ה)</p> | <p>אישור רופא אחראי להקצאת ביציות למטרות השתלה ולהשתלתן</p> |
|--|---------------|---|

43. בצד האמור, אציע כי בטלותם של הסעיפים האמורים תושעה, ותיכנס לתוקפה תוך 12 חודשים מיום פרסומו של פסק דין זה. זאת כדי ליתן לכנסת הזדמנות נוספת לתקן את הטעון תיקון באופן שייתן מענה לפגמים הבלתי חוקתיים שבהם לוקה ההסדר הקיים. אני סבור כי בכך ניתן ביטוי מספק להכרתנו בחשיבותו של הדיאלוג החוקתי בין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת, שיקול שעליו עמדה חברתי הנשיאה א' חיות, שבחשיבותו ובמרכזיותו איני כופר. כל זאת, בצד ההכרח להעניק תרופה לאי החוקתיות של הסדר הפונדקאות הקיים והפגיעה הקשה והנמשכת בזכויות היסוד לשוויון ולהורות של גברים יחידים וזוגות גברים הכרוכה בו.

44. סיכומם של דברים. לו דעתי הייתה נשמעת היינו מורים על ביטולם של הסעיפים המפורטים בפסקאות 41-42 לחוות דעתי. באיזון הכולל הייתי משעה את הצהרת הבטלות לתקופה של 12 חודשים, כדי לאפשר לכנסת להשלים את הליכי החקיקה. אדגיש כי אינני מתיימר לקבוע כי סעד הבטלות המושעת במתכונת המוצעת על ידי ייתן מענה לכל המחלוקות שעל הפרק או כי יש בו מענה שלם לכל קשת הסעדים שהתבקשה בעתירה. גם לטעמי, כאמור לעיל, נדרשת השלמת המלאכה על ידי הרשות המחוקקת. במובן זה, שותף אני להשקפת חברתי, הנשיאה א' חיות, כי מן הראוי שהכנסת תעשה לתיקון ההסדר באופן שיבטא מחויבות לזכותם לשוויון ולהורות של גברים יחידים וזוגות גברים. בה בעת, להשקפתי הגיעה העת להעניק לקבוצה האמורה סעד אפקטיבי מקום שבו נמצא כי נפגעו שלא כדין זכויות יסוד חוקתיות.

אף אני סבור כי אין מקום לעשות צו להוצאות נוכח מהות השאלות שעמדו להכרעתנו.

1. אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתה המקיפה של חברתי, הנשיאה א' חיות, ולתוצאה המוצעת על ידה לשלב הדיון הנוכחי.

נוכח חשיבות הנושא אצרף מספר הערות קצרות.

2. בפסק הדין החלקי שניתן בבג"ץ שלפנינו (להלן: פסק הדין החלקי הראשון) עמדתי על חשיבות הדיאלוג החוקתי בין בית משפט זה לבין רשויות השלטון, ובעיקר אל מול הכנסת. במסגרת זו הצגתי בתמציתיות את השקפתי בדבר היחסים הראויים בין הרשויות הנ"ל והצבעתי על האפשרויות השונות לקיום דיאלוג זה. דו-שיח מעין זה מתפרס, לגישתי, גם על שלב מתן הסעד החוקתי – כך שטיוב הדיאלוג הוא שיקול שיש להתחשב בו גם בעת בחירת הסעד החוקתי המתאים, שאף הוא אמור לעמוד בדרישותיה של "פיסקת ההגבלה" ולהיות גם מידתי (ראו: פסק הדין החלקי הראשון, בפסקאות 5-8 לחוות דעתי שם; אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" משפט ועסקים כ 301, 329 (2017)).

3. כשים לב לקביעותיי בפסק הדין החלקי הראשון, ולפיתוח שנעשה לאחר מכן במאמר: חנן מלצר ואוריאל רוזנברג "התראת הבטלות: דוגמה לדרך האמצע של השופט א' רובינשטיין" ספר אליקים רובינשטיין (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, מרים ביטון ורינת סופר עורכים, צפוי להתפרסם ב-2020) (להלן: מלצר ורוזנברג) – סבורני כי אף פה יש ליתן משקל למערכת היחסים בין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת, ולקבוע, כפי שהציעה חברתי, הנשיאה א' חיות, כי ראוי שהטיפול בקבוצות המודרות מהסדר הפונדקאות באופן בלתי חוקתי (גברים יחידים ובני זוג מאותו המין) – יובא לפיתחה של הרשות המחוקקת, כך שהסדר הפונדקאות יתוקן באופן המרפא את הפגמים הבלתי חוקתיים בהם הוא לוקה. ככל שהרשות המחוקקת לא תעשה כן בתוך תקופת 12 החודשים שקצבה חברתי, הנשיאה א' חיות – הרי שאז נידרש לבחור בין הפתרון של Reading-in – "קריאה אל תוך החוק" (השוו לחוות דעתה של השופטת א' חיות (כתוארה אז) ב-בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (18.09.2014), שדן בנושאים קרובים, וכן עיינו בחוות דעתי שם) לבין פתרונות אחרים, לרבות זה המוצע על ידי חברי, השופט ע' פוגלמן כאן. עם זאת, אני תקווה שבתום 12 החודשים הנ"ל – לא יתעורר הצורך בכל אלה, והרשות המחוקקת תרפא בעצמה את הפגיעות החוקתיות, שהכרנו בהן פה, וקבענו לגביהן כי אין הן עומדות בדרישות "פיסקת ההגבלה" החוקתית (עיינו עוד:

בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (06.09.2017), בפיסקה 11 לחוות דעתי; מלצר ורוזנברג, בפרק ג.3).

המשנה לנשיאה

השופט נ' הנדל:

1. אני מצטרף למסקנה של חבריי כי הסדר הפונדקאות הנוכחי אינו חוקתי בשל פגיעתו בזכות לשוויון. לעניין התוצאה, אני מצטרף לדעתה של חברתי הנשיאה א' חיות, כי יש להעניק לכנסת אפשרות לתקן את החוק, בטרם נידרש למתן סעד אופרטיבי. חברתי היטיבה להציג את ההיסטוריה החקיקתית של הסדר הפונדקאות ואת הרקע העובדתי והנורמטיבי של הליך זה, ולא מצאתי לנכון לחזור על הדברים. אציג להלן את הדגשים המרכזיים המובילים לשיטתי למסקנה של אי חוקתיות.

2. בשנת 1925, נערך במדינת טנסי שבארה"ב אירוע שזכה לשם "משפט הקופים" – משפט שבו הועמד לדין ג'ון תומאס סקופס, מורה בתיכון, משום שלימד את תורת האבולוציה. במסגרת המשפט, סנגורו המוערך של המורה, עורך הדין קלארנס דארו, חקר את התובע, ויליאם ג'נינגס בריאן, שהיה מועמד לנשיאות שלוש פעמים, כעד מומחה לתנ"ך ולדת. על-פי המחזה המבוסס על האירוע, "ינחל רוח" (מתוך משלי יא 29; (JEROME LAWRENCE & ROBERT E. LEE, INHERIT THE WIND (1955), דארו הפנה את בריאן למספר פסוקים בתנ"ך שבהם מתואר כיצד בני האדם מתרבים, ושאל אותו – האם מדובר באותם מעשים שבאמצעותם באים ילדים לעולם היום? בריאן השיב בחיוב, והוסיף בחיך עוקצני: אינני חושב שאנשי המדע שינו או שיפרו את הדרך שבה באים ילדים לעולם.

אמירה זו, שאמת הייתה בפיה לפני כמאה שנה, לא עמדה במבחן הזמן ואינה נכונה עוד. במחצית השנייה של המאה העשרים, התרחשו סביב נושא ההולדה שני שינויים דרמטיים: האחד, הוא שניתן לקיים יחסי מין מבלי להביא ילד לעולם; והשני, הוא שניתן להביא ילד לעולם מבלי לקיים יחסי מין. השינוי הראשון מתייחס לשכלולם של אמצעי מניעה; אך השינוי השני הוא הרלוונטי לענייננו. האפשרות להביא ילדים לעולם שלא באמצעות יחסי מין בלבד, אלא באמצעות טכנולוגיות של תרומת זרע, תרומת ביציות והפריה חוץ-גופית, ובאמצעות הסתייעות באם פונדקאית, מעוררת שאלות שחשיבותן ראשונה במעלה בתחומי המשפט, הרפואה, המוסר, האתיקה, הדת

והתרבות. בין היתר, היא מחייבת שינוי של הגדרות ההורות המוכרות לנו – הגדרות שעמדו איתנות כסלע במשך אלפי שנים.

לצד השינויים המדעיים וההתפתחויות של טכנולוגיות הולדה, ניכרים גם שינויים חברתיים ותרבותיים בתפיסת המשפחה. פרופ' דפנה הקר מאוניברסיטת תל-אביב החליטה לפני שנים מספר לשנות את שם הקורס "דיני משפחה" ל"דיני משפחות". שינוי השם משקף את שינוי פני החברה – אם בעבר המודל הנפוץ והכמעט-בלעדי של משפחה היה מבוסס על גבר ואישה נשואים שחיים ביחד, כיום ישנן יותר ויותר משפחות שבמרכזן עומדים בני זוג מאותו מין, הורה יחידני, בני זוג שאינם נשואים, או הורים שאינם חיים ביחד, גם לנוכח העלייה באחוזי הגירושין. שינויים חברתיים אלו אף הם מעניינו של המשפט.

השינויים המדעיים והחברתיים המתוארים לא פסחו על מדינת ישראל. גם בישראל נולדים תינוקות רבים באמצעות טכנולוגיות הולדה שונות, הן לגבר ואישה נשואים שחיים ביחד, והן להורים יחידנים או להורים מאותו מין. בעקבות זאת, המשפט הישראלי הכיר במודלים שונים של הורות. פתרון מרכזי שהתפתח בפסיקה להכרה בהורות של בני זוג מאותו מין הוא צו ההורות הפסיקתי, הניתן בשל קשר שזכה לכינוי "זיקה לזיקה": מצב שבו להורה אחד יש זיקה גנטית ליילוד ואילו להורה השני ישנה "זיקה" להורה הגנטי, בדמות זוגיות שהחלה עוד לפני ההיריון והלידה. מודל זה עומד ליד מודלים נוספים של הורות שהדין מכיר בהם: זיקה גנטית, זיקה פיזיולוגית ואימוץ (ראו: בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פס' 8 לחוות דעתי (1.4.2015)).

3. ומהמשפט בחזרה למדע. מודל חדש של הולדה שהתפתח בעולם בשנים האחרונות בעקבות טכנולוגיות חדשות הוא מודל של פונדקאות. במסגרת מודל זה, בני זוג (או יחיד) מבקשים להביא ילד לעולם, אך אין באפשרותם לשאת היריון, ועל כן הם מתקשרים בהסכם עם אישה שתישא את העובר ברחמה ותלד אותו, אך לה לא יהיה קשר הורי ליילוד. מודל זה מעורר קשיים אתיים לא מבוטלים. ישנם הסבורים כי רעיון זה כרוך מניה וביה בניצול של האישה הפונדקאית, בשל עצם השימוש ברחמה ו"קנייתו" לשם הבאת ילדים לאדם אחר, ובשל העמדתה בסיכונים הכרוכים בהליך זה; וישנם הטוענים כי רעיון זה מעלה חשש לניצול האישה הפונדקאית ופגיעה בטובתה, אם הסכמתה להליך אינה חופשית, בין היתר משום שהיא נובעת ממצוקה כלכלית, אם התמורה שניתנת לה אינה ראויה או אם בריאותה הגופנית או הנפשית נפגעת כתוצאה ממנו (ראו למשל: Alan Wertheimer, *Exploitation and Commercial Surrogacy*, 74 DENV.).

U. L. REV. 1215 (1997); נופר ליפקין ואתי סממה "ממעשה הרואי למוצר-מדף: נורמטיביזציה זוחלת של פונדקאות בישראל" משפט וממשל טו 435, 485-480 (2013) (להלן: ליפקין וסממה)). קשיים אלו הובילו מדינות רבות בעולם להטיל איסור גורף על פונדקאות, כמפורט בחוות דעתה של חברתי הנשיאה (ראו גם: ALEX FINKELSTEIN ET AL., SURROGACY LAW AND POLICY IN THE U.S.: A NATIONAL CONVERSATION INFORMED BY GLOBAL LAWMAKING 12-17 (2016)). המחוקק בישראל היה ער לקשיים ולביקורות על מודל הפונדקאות (ראו: מעין סודאי "פמיניזם משילוחי בישראל: פונדקאות כמקרה מבחן" מעשי משפט ט(2) 55, 64-68 (2018)), אולם החליט להתיר עריכת הסכמי פונדקאות מפקחים ובתנאים. כך, חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996 (להלן: חוק ההסכמים), קובע תנאי סף לעריכת הסכם פונדקאות (סעיף 5), לרבות תנאים הנוגעים לזהות האם הנושאת, מעמדה האישי וגילה, ומחייב את הצדדים להסכם פונדקאות לקבל את אישור הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים הממונה על-ידי משרד הבריאות (סעיף 2). בין היתר, הוועדה אמורה לוודא כי הצדדים התקשרו בחוזה מרצונם החופשי (סעיף 5(א)(ז1)) וכי זכויותיהם של היילוד ושל הצדדים להסכם אינן מקופחות (סעיף 5(א)(3)), ולאשר כל תשלום שיועבר לאם הנושאת (סעיף 6). עוד קובע החוק איסור פלילי על עריכה או ביצוע של הסכם פונדקאות שלא באישור הוועדה (סעיפים 7 ו-19).

ההליך דנן נסוב על הגדרת "הורים מיועדים" המעוגנת בסעיף 1 לחוק ההסכמים. הגדרה זו משרטטת את מעגל הזכאים להתקשר בהסכם פונדקאות. בנוסחו הראשוני של החוק, נכנסו למעגל זה רק נשים שחיות עם בן זוג, ושסובלות מבעיה רפואית המונעת מהן לשאת היריון. ביחס לנשים אלו, נדרש כי בן זוגן יספק חומר גנטי בדמות זרע. בתיקון משנת 2018, הוכנסו למעגל גם נשים שאינן חיות עם בן זוג. נשים אלו יכול שיהיו רווקות המבקשות להיות אימהות יחידניות, ויכול שתהיה להן בת זוג שעימה יבחרו לגדל את היילוד. ביחס לנשים אלו, נדרש כי הן יספקו חומר גנטי בדמות ביצית. גם לאחר תיקון זה, גברים שאינן להם בת זוג – בין אם הם רווקים ובין אם יש להם בן זוג – נותרו מחוץ למעגל, ונאסר עליהם להתקשר בהסכמי פונדקאות בישראל. על-אף יכולתם של גברים לתרום חומר גנטי בדמות זרע, חייבים הם להיות בקשר עם אישה הסובלת מבעיה רפואית כאמור, כדי להיכנס למעגל הזכאים שמשרטט החוק. השאלה המונחת לפתחנו בהליך זה היא האם ההבחנה שערך המחוקק בהגדרה האמורה, בין גברים לנשים, וכתוצאה מכך בין זוגות של גבר ואישה לבין זוגות של גבר וגבר, פוגעת בזכויות חוקתיות באופן שאינו עולה בקנה אחד עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

4. העותרים טוענים כי החוק פוגע בשתי זכויות חוקתיות: הזכות להורות והזכות לשוויון. אין חולק כי זכויות אלו הן זכויות יסוד הקשורות באופן הדוק לאוטונומיה של האדם, לכבודו ולחירותו; מימושן מאפשר לאדם לכתוב את סיפור חייו בהתאם לרצונו.

הכמיהה להביא ילדים לעולם מוכרת כצורך קיומי בסיסי וטבעי של האדם. היכולת של אדם לברוא אדם אחר היא כוח מאלף; וגידולו של ילד מבטיח סיפוק רב והמשכיות להוריו. הזכות להורות, המגנה על כמיהה זו, "היא 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, פס' 32 לחוות דעתו של השופט מ' חשין (2002)). ברם, אינני סבור כי זכות זו כשלעצמה כוללת בהכרח גם את הזכות להביא ילדים לעולם באמצעות הסכם פונדקאות.

בפסק הדין החלקי שניתן בהליך זה נכתב כי היקפה של הזכות להורות "משתרע על כלל הטכניקות הרפואיות השונות שמסייעות להולדה", לרבות פונדקאות (בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פס' 31 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן (3.8.2017)). אולם, דעתי היא שפונדקאות אינה אך "טכניקת הולדה" במובן הרפואי-מדעי. פונדקאות היא בראש ובראשונה הסכם בין בני אדם – בין יחיד או זוג המעוניינים להביא ילד לעולם לבין אישה שתישא את העובר ברחמה ותלד אותו, אך לא תקיים קשר הורי עם היילוד. מטבע הדברים, וכפי שנאמר לעיל, הסכם מסוג זה מעלה מורכבות אתית ורגשית. רבים סבורים כי הסכם כזה הוא פסול מיסודו, בשל פגיעתו המתחייבת או הפוטנציאלית בנשים הפונדקאיות. מדינות רבות מצאו לנכון להטיל איסור גורף על הסכמי פונדקאות. נכון לציין כי גם בקרב הפמיניזם ישנן גישות שונות וחלוקות בשאלה באיזו מידה הפונדקאות היא דבר רצוי (ROSEMARIE TONG, FEMINIST (1997) APPROACHES TO BIOETHICS 199-204). השאלה אינה רק האם פונדקאות מותרת או אסורה, אלא אף בהנחה שהיא מותרת, מה הדרך ליישמה. כך למשל, בארצות הברית, קיימים לפחות ארבעה מודלים שונים להסדרת פונדקאות מקצה לקצה (Cornell Law School International Human Rights Policy Advocacy Clinic & National Law University, Delhi, "Should Compensated Surrogacy Be Permitted or Prohibited?" CORNELL LAW FACULTY PUBLICATIONS 11-14 (2017)). כמו כן, הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריון וההולדה בישראל, שבראשה עמד פרופ' שלמה מור יוסף (להלן: ועדת מור יוסף), סברה כי ראוי להתיר פונדקאות אלטרואיסטית עבור גברים, בשונה מפונדקאות תרומת תשלום.

העניין איננו ממצה את עצמו בשדה החוזים בין ההורים המיועדים לבין הפונדקאית. כל נשכח, כי הכרה במוסד הפונדקאות כוללת בחובה קביעה כי האישה הנושאת אינה אימו של היילוד מבחינה משפטית. זוהי שאלה של הגדרת הורות, שעליה מופקדת המדינה, אשר אף נוגעת ליילוד. שאלת הגדרת זהות האם על רקע פיצול התפקידים הביולוגיים של האישה בתהליך הבאת הילד לעולם, היא קשה ביותר ותשובות שונות ניתנו לה.

על רקע כל האמור, אילו המחוקק הישראלי היה מוצא לנכון לאסור על פונדקאות, אינני סבור כי הייתה בכך משום פגיעה בזכות חוקתית. זאת, על-אף ההכרה בכך שישנו ציבור של יחידים וזוגות, מכל המינים, אשר עבורם פונדקאות היא הדרך היחידה להביא ילדים לעולם, ועל-אף כמיהתם המובנת והלגיטימית של המשתייכים לציבור זה לממש את עצמם כהורים. אף אם דעתי נוטה להתרת פונדקאות ולא לאיסור גורף, לא דעתי האישית היא המכריעה כאן, אלא מתחם הזכות החוקתית להורות. מאחר שהבאת ילדים לעולם באמצעות פונדקאות מערכת בהכרח אדם נוסף – האישה הפונדקאית – אינני סבור שאיסור על פונדקאות כשלעצמו מהווה פגיעה בזכות החוקתית להורות.

5. לא כך הם הדברים באשר לזכות לשוויון. המחוקק הישראלי לא שלל את האפשרות לערוך הסכמי פונדקאות, אלא בחר במודל רגולטורי שהושקעה בו מחשבה עמוקה ונבנה בהתייעצות עם גורמים מקצועיים רבים, לרבות הקמה של שתי ועדות מומחים מתחומים מגוונים (ועדה ציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית בראשות השופט בדימוס אלוני ב-1994; ועדת מור יוסף ב-2012). במצב דברים זה, השאלה המשפטית היא האם יש הצדקה לאפשר לקבוצה מסוימת להנות מהאפשרות להביא ילדים לעולם באמצעות הסכמי פונדקאות, ולא לקבוצה אחרת. בעניין זה, דעתי היא כדעת חבריי, כי החלטת המחוקק להתיר פונדקאות רק לנשים יחידניות או לזוגות של גבר ואישה, ולאסור פונדקאות לגברים ללא בת זוג, פוגעת בזכות החוקתית לשוויון. מאז תיקונו בשנת 2018, חוק ההסכמים מאפשר לנשים שאין להן בן זוג להתקשר בהסכמי פונדקאות כדי להביא ילד לעולם. לנוכח התפתחות זו, שאף היא ראויה בעיניי, קמות ומזדקרות השאלות הבאות – מאי נפקא מינה בינן לבין גברים שאין להם בת זוג? האם יש הצדקה, על רקע התיקון לחוק, להבחין בין נשים יחידניות לבין גברים יחידנים? האם נכון לפתוח את הדלת בפני הקבוצה הראשונה ולסגור אותה בפני הקבוצה השנייה?

במרכז חוק ההסכמים, מאז שנחקק ועד היום, עומדת כמיהתן לילד של נשים שאינן יכולות ללדת – כמיהה קיומית בנוסחה החרף: "הבה-לי בנים, ואם-אין – מתה אנוכי" (בראשית ל 1). האם כמיהתם לילד של גברים שאינם יכולים להביא ילד לעולם,

משום שאין להם בת זוג, פחותה בעוצמתה או נחותה במעמדה מזו של נשים אלו? גם אם יטען הטוען, לצורך פיתוח הטיעון בלבד, כי ככלל כמיהתם של גברים אכן פחותה מזו של נשים – האם יהיה נכון לבטל את כמיהתו של כל גבר מבין קבוצת הגברים, המהווה מחצית מהאוכלוסייה?

לא מצאתי הצדקה לאפליה זו כלפי גברים המבקשים להתקשר בהסכם עם פונדקאית ולהביא ילד לעולם, בין אם מדובר בגבר יחיד המעוניין לגדלו בגפו ובין אם מדובר בזוג גברים המעוניינים לגדלו יחדיו. מתן האפשרות להפוך להורים באמצעות הסכמי פונדקאות לקבוצה מסוימת, לצד שלילת אפשרות זו מקבוצה אחרת, אך בשל מין ונטייה מינית, פוגע בגרעין הקשה של כבוד האדם וחירותו. זוהי תוצאה מפלה, שאף יש בה ממד של השפלה, ואין להשלים עימה. היעדר ההכרה הגורף בכמיהה לילד של גבר שאין לו בת זוג, בדמות הטלת איסור על התקשרות בהסכם פונדקאות, אל מול ההכרה הרחבה בכמיהה לילד של אישה שאינה יכולה ללדת, פוגע אפוא בשוויון באופן המקיים משוכה חוקתית גבוהה.

בניגוד לטענת המשיבות, ההבדל הפיזיולוגי בין גברים לנשים אינו מקים שונות רלוונטית המצדיקה את ההבחנה ביניהם: תכלית החקיקה האובייקטיבית היא לאפשר הסכמי פונדקאות מפקחים למי שאינם יכולים להביא ילדים לעולם בדרך אחרת, כי אינם יכולים לשאת היריון; ולעניין זה אין נפקות לשאלה האם אי-היכולת לשאת היריון היא מגבלה הנובעת מסיבות טבעיות-פיזיולוגיות, כמו אצל גברים, או מגבלה הנובעת מסיבות רפואיות, כמו אצל נשים. יתרה מזו, בניגוד לטענת המשיבות, בקיומן של חלופות בדמות אימוץ או הורות משותפת אין כדי לאיין את הפגיעה בשוויון. האפשרות לאמץ פתוחה גם בפני נשים שאינן יכולות לשאת היריון. באשר לאפשרות לערוך הסכם הורות משותפת, המדובר במודל שבמסגרתו הורים שאין ביניהם קשר זוגי מביאים ביחד ילד לעולם ומגדלים אותו במשותף, בתנאים שנקבעים ביניהם. מבלי להביע עמדה רחבה יותר לעניין זה, נאמר רק כי מודל של הורות משותפת ודאי אינו מתאים לכל אחד. הוא אינו מהווה חלופה שווה להורות שניתן לקיים באמצעות הליך פונדקאות, שבו מנותק הקשר ההורי בין האם הנושאת לבין היילוד. משעה שבפני נשים נסללה הדרך להביא ילדים לעולם באמצעות הסכמי פונדקאות, אין הצדקה לחסום דרך זו בפני גברים ולא לצמצם לבחור במודל של הורות משותפת כדי להפוך להורים.

עולה כי ההבחנה בין גברים לנשים לעניין האפשרות להביא ילדים לעולם באמצעות הסכמי פונדקאות פוגעת בזכות החוקתית לשוויון. אמנם, זכותם החוקתית של גברים להורות לא נפגעת כשלעצמה מהסדר הפונדקאות; אולם, חומרת הפגיעה בזכות

לשוויון מתעצמת לנוכח הסוגיה שבה עסקינן – הגבלת היכולת של גברים ללא בת זוג לממש את רצונם להפוך להורים. כך, הפגיעה של הסדר הפונדקאות הנוכחי בזכויות חוקתיות היא למעשה בראייה של גב-על-גב: הזכות להורות מונחת על גבה של הזכות לשוויון.

6. ואודה כי שיקול נוסף עמד לנגד עיניי. כיום, מי שאינם יכולים לבצע הליך פונדקאות בישראל יכולים לבצעו בחו"ל. הליכי הפונדקאות בחו"ל הם ככלל יקרים יותר. כך נוצר פער בין גברים בעלי אמצעים, שבאפשרותם לבצע הליכים אלו וכך לממש את רצונם להיות הורים, לבין גברים פחותי אמצעים שאין באפשרותם לעשות כן. פער זה אינו קיים ביחס לנשים, ואינו רצוי. כשם ש"הדעת אינה נוחה מכך שהמדינה מפנה את אזרחיה להגשים את חלומותיהם וזכויותיהם במדינות אחרות" (בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פס' נ"ג לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין (18.9.2014)), כך גם היא אינה נוחה מכך שהמדינה מאפשרת מצב שבו היכולת של גברים ללא בנות זוג להפוך להורים מושפעת במידה רבה מאמצעיהם הכלכליים. מעניין לציין כי יש הסבורים שבמצב זה, שבו גברים ללא בת זוג פונים לחו"ל כדי לבצע הליכי פונדקאות, יש גם כדי לפגוע במובנים מסוימים בנשים פונדקאיות. מדבריהן של פונדקאיות לשעבר, עולה כי ביצוע הליך הפונדקאות במדינה שבה חיים ההורים המיועדים, מיטיב עימן ועם רווחתן, בשל היכולת לקיים קשר רגשי משמעותי עם ההורים המיועדים ולא להרגיש שהן רק "מספקות סחורה" (ראו את דבריה של שירי אור חכמן, פונדקאית בדימוס ומלווה פונדקאיות – פרוטוקול ישיבה של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-20, 33 (30.4.2018); ראו גם ליפקין וסממה, בעמ' 497). אם כי זהו שיקול אחר מהשיקול הנוגע לפערים כלכליים שברצוני להדגיש.

ראוי לדייק: דעתי אינה כי עצם קיומה של אפשרות לבצע פרוצדורה מסוימת בחו"ל, בין אם מדובר בהליך טכנולוגי או בהסכם בין בני אדם, מחייב אימוץ של אפשרות זו לחיקו של המשפט הישראלי, רק בשל הרצון להקל על העני או הבינוני ולהשוותם לעשיר שיכול להגיע למקומות שונים בקלות יתרה. המחוקק רשאי לאסור הסכמים שונים בין בני אדם או הליכים מדעיים שונים, כגון ניסויים בבני אדם, אף אם הם מותרים מעבר לים. אלא כאן, הדין מאפשר לבצע הליך פונדקאות בישראל, ואף מכיר בהורותם של מי שיצאו את גבולות הארץ כדי לבצע הליך זה (ראו: בע"מ 3518/18 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פס' 8 לחוות דעתי (3.2.2020)). לכך יש משקל, בפרט כאשר עסקינן בהגשמה של רצון אנושי כה טבעי, יסודי ועמוק.

7. בבחינה האם הפגיעה בזכות לשוויון עומדת במבחני פסקת ההגבלה, יש להידרש לטיעון שהעלו המשיבות בדבר האיזון בין היצע וביקוש. על-פי טיעון זה, הרחבת מעגל הנהנים הפוטנציאליים מהסכמי פונדקאות מגדילה בהכרח את הביקוש לנשים פונדקאיות, ועל כן יש בה כדי לשנות לרעה את המצב הקיים, כלפי שתי קבוצות: ראשית, כלפי נשים שאינן יכולות לשאת היריון מסיבות רפואיות, הזכאיות להתקשר בהסכמי פונדקאות בישראל היום, שיתקשו לממש זכותן זו; ושנית, כלפי נשים שלא היו בהכרח משמשות פונדקאיות היום, שייעתרו ביתר-קלות להסכים לעשות כן, באופן שיעלה חשש מוגבר שהסכמתן אינה חופשית. זהו טיעון כבד-משקל. לצד ההבנה כלפי רצונם של גברים להביא ילדים לעולם באמצעות הסכמי פונדקאות, יש להתחשב באופן אמיתי וכן בקבוצות האמורות. אולם, אינני סבור כי טיעון זה לבדו מצדיק נקיטת אמצעי מפלה ופוגעני בדמות איסור מוחלט על גברים ללא בת זוג לערוך הסכמי פונדקאות. אכן, מטבע הדברים, הגדלת מעגל הזכאים בחוק תגדיל את הביקוש לעריכת הסכמי פונדקאות, אולם לרשות המחוקק עומדים אמצעים אחרים שאין בהם משום אפליה מחמת מין או נטייה מינית, שיובילו לצמצום מעגל הזכאים, וכך להתמודדות מסוימת עם הקושי המתואר.

על רקע האמור, הפגיעה בזכות לשוויון אינה עומדת במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ובמבחן המידתיות במובן הצר; ומכאן שהסדר הפונדקאות אינו חוקתי. ראו בעניין זה את נימוקיהם המפורטים של חברתי הנשיאה א' חיות (פסקאות 28-31 לחוות דעתה) ושל חברי השופט ע' פוגלמן (פסקאות 27-29 לחוות דעתו).

8. באשר לסעד החוקתי המתאים במקרה זה, אני מצטרף להצעתה הרגישה והמאוזנת של הנשיאה. לפנינו עומד הסדר חקיקתי מיטיב, שבגיבושו ראה המחוקק לנגד עיניו את הרצון לסייע לנשים הסובלות מבעיה רפואית כמתואר להביא ילדים לעולם מחד גיסא, אך את הצורך להגן על הנשים הפונדקאיות מאידך גיסא. האפליה הבלתי-חוקתית שבחוק אינה יכולה להיוותר על כנה; אך רצוי שתיקונה ייערך על-ידי המחוקק, שיוכל לשמור על המרקם החקיקתי, על תכליות החוק השונות ועל המנגנונים המאזנים שקיימים בו היום. אשר על כן, בטרם יינתן סעד סופי בעתירה זו, ראוי לאפשר למחוקק לעשות כן ולתקן את החוק בהתאם. דומה כי שנה היא תקופה מתאימה למיצוי אפשרות זו.

1. אני מצטרף לדעתם של חבריי כי החוק במתכונתו הנוכחית פוגע בשוויון. לנורמה החוקית מושא דיוננו יש אפקט מפלה במציאות החברתית בישראל, ומדובר בהפליה "גנרית" הנמצאת ב"גרעין הקשה" בהיותה על רקע מגדרי (כלפי גברים יחידים) ועל רקע של נטייה מינית (כלפי גברים החיים בזוגיות חד-מינית). על הפליה מעין זו נאמר כי היא "פוצעת אנושות בכבוד האדם" (בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 658-659 (1998)). הפגיעה בשוויון היא פגיעה בזכות חוקתית לאור הקשר הענייני וההדוק בינה לבין הזכות לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

2. יש לקוות כי פסק דיננו זה יוסיף נדבך נוסף לתפיסת שוויון מהותית, כללית וקוהרנטית בכל הנוגע לקהילה הלהט"בית (במקרה דנן המדובר באי שוויון כלפי הומוסקסואלים בלבד). כפי שציינתי בעניין הבית הפתוח (עע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1 (2010)), נטייה מינית היא מאפיין בזהותו של אדם. מימוש והגשמה של זהות זו הם חלק מכבודו של אדם, ומכאן הסביבה החוקתית אשר לאורה יש לבחון הפליה על רקע נטייה מינית.

3. אשר לסעד החוקתי, אני מצטרף להצעתה של הנשיאה, השופטת א' חיות, לפיה תינתן לרשות המחוקקת תקופה של 12 חודשים לתיקון הפגיעות החוקתיות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות ובנושא הסעד, כנגד דעתו החולקת של השופט ע' פוגלמן.

ניתן היום, ב' באדר התש"ף (27.2.2020).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה

ש ו פ ט

ש ו פ ט