



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארד ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

לפני כב' הש' צבי ויצמן

התובעים: איתי פנקס ארד ו-76 אחרים

ע"י ב"כ עוה"ד חגי קלעי ו/או אוהד רוזן ו/או גל בריר  
ואח' ממשרד קלעי, רוזן ושות', עורכי דין

- נ ג ד -

הנתבעות: 1. מדינת ישראל

2. כנסת ישראל

שתיהן ע"י ב"כ עו"ד ענת בינדר גלעדי ואח'

עו"ד מפרקליטות מחוז מרכז – אזרחי

### פסק דין

סוף דבר מראשיתו

77 תובעים הצטרפו להם לתביעה כספית על סך למעלה מ- 21 מיליון ₪ כנגד המדינה והכנסת, שעניינה בנזקים נטענים שהורתם בפגיעה בזכויותיהם החוקתיות לשוויון ולהורות נוכח הוראות חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד) התשנ"ו – 1996 (להלן- חוק הפונדקאות) וחוק תרומת ביציות התש"ע – 2010 (להלן- חוק תרומת ביציות) קודם לתיקונן על ידי בית המשפט העליון שקבע, במסגרת בג"ץ 781/15 פנקס ארד נ. הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים והכנסת (להלן- עניין ארד), כי חלק מהוראות החוקים הנזכרים, במתכונתן עובר לעתירת העותרים, הן מפלות.

המשותף לכלל התובעים הוא שהם נאלצו, כך לטענתם, להידרש להליך פונדקאות חו"ל תחת האפשרות לקיים הליך פונדקאות בארץ, הליך שהוא זול ונגיש יותר, וזאת בשל כך שהוראות חוק הפונדקאות וחוק תרומת ביציות במתכונתן, קודם להתערבותו של בית המשפט העליון, אפשרו קיומו של הליך זה בארץ לבני זוג הטרוסקסואלים בלבד ובהמשך אף לאישה יחידה, מה שאין כן לגברים יחידים או בני זוג חד מיניים. התובעים טענו לסעד כספי שעילותיו שונות ובכללן –



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

זכותם לפיצוי מכוח עילה ציבורית חוקתית כעולה מהלכת חוף עזה (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, (2005)) והלכת אדמה (ע"א 140/53 אדמה חברה בינלאומית בישראל בע"מ נ. לוי (1955)). עילה ציבורית מנהלית המבוססת על רעיון "הנטל החריג" על קבוצת אוכלוסייה מזוהה מכוח האמור בהלכת ישועה (ע"א 7703/10 ישועה נ' מדינת ישראל (2014)), וכן עילה נזיקית מכוח עוולת הרשלנות או הפרת חובה חקוקה.

בפן הדיוני הוריתי בהחלטתי מיום 19.7.21 כי תחילה תידון סוגיית החבות, היינו - האם עומדת לתובעים עילת פיצויים כספית כנגד הנתבעות, ולאחרי כן, וככל שימצא כי קיימת חבות מצד הנתבעות, אוסיף ואבחן את שאלת הנזק ושיעורו.

כפי שיובהר להלן, בסופו של יום מצאתי לדחות את התביעה מכמה טעמים, מצטברים וחלופיים -

האחד - עצם מעשה חקיקה וקימו אינם יוצרים עוולות נזיקיות או חוקתיות בגינן ניתן לחייב את הכנסת או את רשויות השלטון בפיצוי כספי.  
השני - בנדון השהה בית המשפט העליון את בטלות ההוראות המפלוגות בחוק למשך ששה חודשים, עניין היוצר, כשלעצמו, מעין חסינות על כל פעולה הנעשית על פי ומכוח הוראות החוק קודם לבטלותו בפועל.  
השלישי - בנדון לא הוכח כי הכנסת או המדינה התרשלו או הפרו חובה חקוקה במעשה החקיקה הנוגע לפונדקאות.

עד כאן ראשית ואחרית דבר, ומכאן לתוכנם של דברים - סיפור המעשה, הטענות והמסקנות.

\*\*\*

קודם שאבוא לטענות התובעים גופן אקדים ואביא את דרך הילוכן של החקיקה והפסיקה הנוגעות בסוגיית הפונדקאות העומדת בבסיס התביעה.



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 20-07-33813 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

התפתחות החקיקה בסוגיית הפונדקאות

1. בשנת 1996 נחקק חוק הפונדקאות, אשר היה חוק חדשני ופורץ דרך בתחומו בראיה כלל עולמית. למעשה ישראל הייתה המדינה הראשונה בעולם אשר הסדירה בתחומה את הליכי הפונדקאות בחקיקה (ראו לעניין זה - תמש (תל אביב) 4570-98 - פלונית ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, (1998) בסע' 1 לפסק דינו של כב' ש' י. גייפמן, וכן עיינו בבר"ע 7141/15 פלונית נ. פלונית (2016) בו מונה כב' הש' י. עמית אחת לאחת את מגוון סוגיות הפיריון אשר בית המשפט הישראלי היה הראשון בעולם שנדרש לשבת על מדוכתן).

החוק נחקק אחר קבלת המלצות ועדה ציבורית מקצועית שהוקמה קודם לחקיקתו (ועדת אלוני) ואישורו בא נוכח סברתו של המחוקק בישראל כי יש מקום לאפשר בישראל הליכי פונדקאות לקבוצה מצומצמת – איש ואישה שהם בני זוג שנמנעה מהם האפשרות להביא ילדים לעולם עקב ליקוי פיזיולוגי המונע מהאישה לשאת הריון או שמחמת ההיריון נשקפת סכנה לחייה (ראו דין וחשבון הועדה הציבורית מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ גופית (1994), על שיקולים הרפואיים, חברתיים והלכתיים המפורטים בו לרבות עמדות המיעוט של פר' יוסף שנקר וד"ר מרדכי הלפרין (כתוארו אז) – מוצג 1 למוצגי הנתבעות; כמו כן ראו – פרוטוקול ישיבת הכנסת מיום 7.3.96 ומיום 11.12.95 - מוצגים 3 ו- 9 למוצגי הנתבעות; דיוני ועדת העבודה והרווחה הרבים בעניינו של החוק – מוצגים 4-8 למוצגי הנתבעות).

בחוק הוסדרו הליכי הפונדקאות בישראל בתנאים מגבילים ובפיקוח המדינה, ובכללם - אישור הסכם לנשיאת עוברים, פיקוח על הליך הפונדקאות והסדרת מעמדו המשפחתי והמשפטי של היילוד. החוק נועד בעיקרו להסדיר את שלבי התהליך לאחר יצירתן וקיומן של ביציות מופרות לעת שההורים המיועדים מבקשים לאשר הסכם שעשו עם אָם פונדקאית. וכך מצאנו לעניין זה את דבריו של שר הבריאות אותה עת, השר אפרים סנה –

”יצרנו חוק שמאפשר לנו לפתור לעשרות זוגות - וכרגע מספרם נאמד ביותר מ-30 זוגות - לפתור לאותם זוגות חשוכי ילדים את הבעיה שלהם, בלי שיצרנו מציאות חברתית לא רצויה ובלי שעברנו על דברים שהם בבחינת בל יעבור אצל הציבור הדתי. ... אני חושב שתפקידה של ממשלה הוא לפתור בעיות



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

לאזרחיה, וכך נהגנו. עשינו מאמץ גדול, מאמץ תחיקתי, מחשבתי, הגם שמספר המשפחות שסובלות מהעניין הזה איננו גדול. אבל גם אם הוא מספר קטן, גם אם מדובר ב-30 או קצת יותר משפחות, חובתנו, כל עוד הטכנולוגיה הרפואית מאפשרת זאת, לפתור להם את הבעיה" (הדגשה שלי - צ.ו.; דברי הכנסת, 11.12.95).

2. כידוע – בסופו של יום, לא רק לעשרות זוגות סייע החוק בהבאת פרי בטן אלא לאלפי זוגות שהיו כמהים לצאצא. ואולם אנו מביאים את הדברים על מנת ללמד כי, למצער בראשית הדברים, פְּיוֹן החוק לתת מענה לקבוצה קטנה יחסית אשר המחוקק סבר כי ניתן וראוי להביא מזור לבעיית פְּריון חריפה אליה נקלעו, וכפי שהוסיף וציין יו"ר ועדת העבודה ורווחה בכנסת דאז, חה"כ יוסי כץ –

"החוק קובע שורה של דברים שמבטיחים שיהיה ברור שנושא הפונדקאות נועד לפתור מקרים מאוד מצומצמים, מאוד בעייתיים... אנחנו בכלל מקווים, שלא תתפתח כאן תעשייה, אלא פשוט שזה יפתור מקרים כואבים ובעייתיים. היינו ערים לכך, שאם תתפתח תעשייה כזאת ואם יהיו מתווכים שידרשו כסף – יצטרכו להופיע בפני הוועדה ולהציג את הסכם התיווך. אם כל הצדדים בוחרים בדרך הזאת מתוך רצון חופשי, לאחר שבדקו את העניין, לאחר שהתברר שיש התאמה, שאין חשש לפגיעה בבריאות האישה ובשלום הילד- כל הדברים האלה מובטחים בחוק" (הדגשה שלי – צ.ו.; דברי הכנסת 11.12.95 עמ' 1197)

עיננו הרואות, כבר עם חקיקתו של החוק ציינו המחוקקים חלק מן הבעיות העלולות להתפתח עם כינונו ואולם סברו כי מטרתו הנעלה של החוק יש בה להצדיק את אישורו על אף קשיים שוודאי יעלו ויבואו.

כך היה - כפי שקורה לא אחת בעולם המשפט, פתח שנפתח כקופו של מחט התרחב כדי אולם ומלואו, ובצד האור שהביא החוק עלו בעיות שונות שאיימו להטיל צל כבד על פועלם זה של הכנסת והממשלה.

3. ובכן, מטיבם של דברים העלו הוראות החוק החדש מעקשים נורמטיביים כאלה ואחרים, כאשר הקושי העיקרי עלה מתוך הגדרת "הורים מיועדים" –

"איש ואשה שהם בני זוג, המתקשרים עם אדם נושאת לשם הולדת ילד".



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

הגדרה זו הגבילה למעשה את אלו שיכולים היו ליהנות ממעשה הפונדקאות בארץ והותירה מחוץ למעגל הנהנים גבר או אישה רווקים/יחידניים, וכן בני זוג מאותו מין. אין להתפלא, אפוא, כי כבר בשנת 2002, בעניין בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ. הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (2002) (להלן- עניין משפחה חדשה), נדרש בית המשפט לפנייתה של אישה רווקה להיעזר בהליך פונדקאות. בית המשפט מצא כי אכן הוראות החוק במתכונתן אינן מאפשרות לאישה יחידה להיעזר בהליך פונדקאות בארץ וסבר כי יש בדבר ממד מפלה ומתוך שכך המליץ 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. אכן, מצוקתן של נשים יחידות מצוקת-אמת היא; מצוקתן אין היא פחותה ממצוקתם של בני-זוג, וראויות הן אותן נשים יחידות כי יוצר-הדין ייתן דעתו מפורשות עליהן ועל האיסורים שהניח על דרכן לפונדקאות” (הדגשה שלי – צ.ו.).

אך יושם על לב, בית המשפט בעניין משפחה חדשה לא מצא לבטל את ההוראות המונעות מאישה יחידה להיעזר בהליך פונדקאות בארץ על אף שסבר שיש בהן, לכאורה, אותו ממד מפלה. יתרה מזו - בית המשפט אף לא כיוון את המחוקק לתוצאה מסוימת אלא ביקשו לדון בעניין - תהא הכרעתו בשאלה לגופה ”כך או אחרת”. וכלשונה של כב' הש' א. פרוקצ'יה באותו עניין –

”עניינו של המחוקק הוא להכריע בסוגיה ערכית מורכבת זו” (עמ' 480 לפסק הדין)

עוד יוער, כי בית המשפט בעניין משפחה חדשה לא נדרש כלל לדון בעניינם של בני זוג בני אותו המין ולמעשה דבריו באשר להפליה הלכאורית מתייחסים לעובדה ששאר טיפולי פוריות אינם מבחינים בין אישה נשואה לזו שאינה נשואה. וכך הטעים, כדרכו בלשון זהב, כב' הש' מ. חשין, את הדברים-

”תופעת הפונדקאות תופעה חדשה היא בעולמנו וכורכת היא בעקביה שאלות קשות מתחום המוסר, החברה, הדת ועוד. אכן, כך הוא במקום שהאדם שולח ידו ומנסה לשנות מסדרי בראשית בחיי האדם, ואין פלא בדבר שנמצאו מדינות אשר אסרו על פונדקאות מכול-וכול. יתר-על-כן, דרך הטבע היא שבהיכנסנו



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארד ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

למים שאין אנו יודעים מה עומקם ואילו חיות-מים שורצות בהם, נטבול גופנו במים זהיר-זהיר. וכך, פתחנו בזוגות חשוכי-הילדים – אלה ראשונים שמצוקתם עלתה לפני המחוקק – ואמרנו ננסה, נבחן ונלמד. אין רע בניסיון, אלא שניסיון על-פי עצם טיבו אינו מסתיים מבוקר עד ערב. בחלוף זמן ולאחר צבירת ידע וניסיון יהיה מקום לבחון מחדש את הנושא, ואולם כהיום הזה דומה בעינינו שהפגיעה – ככל שיש פגיעה – פגיעה היא העומדת בתנאיה של פיסקת ההגבלה"

וברי כי דבריו אלו של כב' הש' חשין מתכתבים עם החשש והזהירות שהובעו בדבריהם של שר הבריאות משה סנה ויו"ר ועדת העבודה והרווחה יוסי כץ, שהובאו לעיל, שהרי הוא עצמו מציין בפסק דינו -

"לא נשכח כי מעיקרו יועד החוק בידי היוזמים למצוא תקנה לכשלושים זוגות שלא עלה בידיהם להביא צאצא לעולם. אותם שלושים זוגות הם שהתדפקו על דלתות המחוקק, ולהם - דווקא להם - ביקש המחוקק, בראש ובראשונה, למצוא תקנה. יקש למצוא תקנה ועלתה בידו" (הדגשה שלי - 1.צ)

4. בעקבות פסק הדין בעניין משפחה חדשה הוקמה ועדה בראשות פר' ואצלב אינסלר אשר נדרשה על פי כתב המינוי בעניינה לבדוק -

"את סוגיית הרחבת מעגל הזכאות שלפי החוק, וזאת לעניין נשים המעוניינות להביא ילד בעולם באמצעות אם נושאת שלא מזרע בן זוגם, בין אם המדובר בזרע של גבר המוכר להן, ובין אם מדובר, ובין אם מדובר בתרומת זרע אנונימית מבנק הזרע. לצורך זה מתבקשת הועדה לבחון את המצב החוקתי בעולם, לראיין אנשי מקצוע, נציגי ארגונים רלבנטיים, גורמים הבקיאים בתחום ההלכה היהודית, דתות אחרות, וכל גורם אחר שתמצא לנכון" (מתוך כתב המינוי, ראו עמ' 3-2 לדו"ח הועדה)

ואכן, ועדת אינסלר ישבה על המדוכה, ראינה ברי סמכא, עיינה במאמרים הנוגעים למשפט משווה ושאלה חכמי דת, ובדו"ח אותו פרסמה במהלך שנת 2004 מצאה כי יש מדינות רבות המאפשרות את הליך הפונדקאות רק לזוגות נשואים ואוסרות זאת על רווקים (בריטניה והונג קונג, בנוסף למדינות שונות בארה"ב דוגמת - פלורידה, ניו המפשייר, טקסס, נבאדה ווירג'יניה, זאת לבד ממדינות רבות שמתירות הפריה מלאכותית רק לזוגות, דוגמת - אוסטרליה, צ'כיה, צרפת, גרמניה, הונג קונג, איטליה, נורבגיה, שבדיה איסלנד ויפן, וראו עמ' 5 לדו"ח הועדה).



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

והנה נמצא כי אף שלא הייתה דעה אחידה בקרב חברי הועדה באשר לשאלת ההפליה בהוראות החוק, מכל מקום, דעת רוב חברי הועדה הייתה כי מדובר בשונות בין שונים, ועל כן אין כאן אפליה. לסברת הרוב חוק הפונדקאות נועד כדי לאפשר גישה ל"טכנולוגיית קצה" לנשים הסובלות ממצב פתולוגי המונע מהן מללדת, זאת על אף ולמרות ניצול לא פשוט של גוף האם הפונדקאית. הועדה סברה כי הצדקה לכך יכולה להימצא בעיקרון האיזון בין הצרכים של ההורים המיועדים לבין הפגיעה המסוימת באם הפונדקאית, שינוי במרכיבי האיזון יוצר, בהכרח, גם מצב מובהק של "שונות" דווקא משום כך ההיתר לתהליך הקונטרורברסלי חייב להיות מוגבל לאותם תחומים שהמחוקק קבעו אין בכך פגיעה מוסרית או ערכית בערך השיוויון (עמ' 7 לדוח ועדת אינסלר מ 2004). הועדה הדגישה וציינה, בין השאר, כי –

"בשלב זה אין לנו עדיין בסיס מדעי להגדרה מה היא "טובת הילד" בהתייחס לאפשרות להיוולד לאישה בודדה כתוצאה של הסכם פונדקאות. מספר המקרים שניתנים להערכה זעום ולא ברור מי צריכה לשמש כקבוצת ביקורת להשוואה" (עמ' 9 לדוח הועדה)

כך לא התעלמה הועדה מעדויות בעלי מקצוע שבאו לפנייה -

"לאור עדותה של ד"ר רות לנדאו, שהתפתחות ריגשית, הישגים בלימודים ודפוסי התנהגות של ילדים במשפחה חד הורית הם נחותים בהשוואה לאלה הגדלים במשפחה דו הורית...לכן בתהליכי רבייה מן הסוג האחרון, נראה כי כל עוד לא יופיעו מחקרים בעלי משמעות שישללו את הממצאים אותם הציגה ד"ר לנדאו...שיקול טובת הילד מוביל למסקנה שאין מקום להמליץ על שינוי בחוק הפונדקאות שיאפשר הרחבתו והפעלתו גם בנשים בודדות ללא בן זוג..." (עמ' 10 לדו"ח הועדה)

מטעמים אלו ואחרים (מיעוט שכיחות נשים בודדות הזקוקות לפונדקאות, הרגישות החברתית של חוק הפונדקאות ועוד), לא מצאה הועדה לשנות מהוראות החוק עד ל"רכישת נסיון נוסף" והותירה את החלוקה שבין אישה נשואה לאישה רווקה בכל הקשור להליכי פונדקאות על כנה (ראו דו"ח ועדת אינסלר עמ' 11).



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארד ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

ויובהר לקורא כבר עתה, הארכת במסקנות ועדת אינסלר שכן אלו היו המסקנות שהונחו לפתחה אחר פסק הדין בעניין משפחה חדשה ובעקבות דרישת בית המשפט לבחון אפשרות לתיקון החוק. בעקבות מסקנות אלו מצאה הכנסת שלא לשנות הוראות החוק הקיימות לעת עתה.

5. וכך חלפו להן כשש שנים נוספות מאז שהונחו מסקנות ועדת אינסלר לפיתחה של הכנסת, והחוק נותר בצורתו המקורית מבלי ששונתה הוראה מהוראותיו. מתוך שכן, בשנת 2010, עתרו התובעים 1 ו- 2, בני זוג חד מיניים, כנגד הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים נוכח החלטתה שלא לאשר הסכם פונדקאות עליו חתמו, וזאת כיוון שלא עמדו בהגדרת הדיבור "הורים מיועדים" הנזכרת בהוראת סע' 1 לחוק הפונדקאות (בג"ץ 1078/10 ארד פנקס נ. הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (2010)). אלא שעתירה זו נמחקה תוך שטענות הצדדים נשמרות להם, וזאת בשל הקמת ועדה ציבורית בראשותו של פרופ' שלמה מור יוסף, אשר נדרשה לשבת על מדוכת ההסדרה החקיקתית של סוגיות הפיריון וההולדה (להלן – ועדת מור יוסף). הציפייה הייתה שהועדה הנזכרת תשוב ותדון במכלול הטענות המבקשות להרחיב את מעגל הנהנים מהליכי פונדקאות בארץ, תבחן את טענות הצדדים לעומקן ותציע הצעות שיש בהן אף התמודדות עם הטענות לאי שוויון והפלייה ביחס לקבוצות כאלה ואחרות.

6. אך קודם שנבוא למסקנות והמלצות ועדת מור יוסף נציין כי בין לבין סוגיית דרכי הפיריון ובכללם דרכי הפיריון המלאכותיות החדשות שהביא עמו המדע המתפתח הוסיפה והעסיקה את המחוקק, ומתוך שכן עוד באותה שנה, 2010, הוסיף המחוקק וחוקק את חוק תרומת ביציות המסדיר את האפשרות לתרומת ביצית לאשה למטרת הולדה, כאשר גילה בין 18 ל- 54 שנה והיא "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" (סע' 11 לחוק תרומת ביציות), אלא שגם חוק זה ייחד את הוראותיו לאישה נשואה בלבד.

7. בהמשך לחקיקה הנזכרת, ביום 1.9.13 הוסיף בית המשפט העליון וקבע ברוב דעות (ארבעה שופטים בדעת רוב אל מול שלושה שופטים בדעת מיעוט) כי המצב





## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 20-07-33813 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

החוקי בישראל אינו מאפשר לעותרות שבאו לפניו – בנות זוג המבקשות להביא לעולם צאצא בדרך של הפריית ביצית שתילקח מגופה של האחת ותושתל ברחמה של האחרת, אשר תישא את ההיריון ותלד – לבצע את מלוא הפרוצדורה הנזכרת בישראל (בג"ץ 5771/12 ליאת משה נ. הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (2014) (להלן - עניין ליאת משה); יצוין כי במהלך הדיונים בעניין ליאת משה הוציא משרד הבריאות נוהל חדש המאפשר לעותרות את הוצאת הביציות בישראל, השתלתן בחו"ל וקבלת הכרה באשר להורות משותפת בארץ, ואולם העותרות התעקשו על הכרה חוקית בביצוע כל ההליך בישראל). יושם על לב כי גם בהליך הנזכר טענו העותרות כנגד ההגדרה המצמצמת של "הורים מיועדים" וטענו כי יש בה לקפחן. והנה, בעניין ליאת משה סברו כל חברי ההרכב כי עצם קיומם של הליכי חקיקה עכשוויים להרחבת מעגל הזכאות הקיים בחוק הפונדקאות מצדיק ריסון שיפוטי והימנעות מהתערבות שיפוטית בהוראות החוק. ראוי להוסיף ולהביא לעניין זה את דברי כב' השופט רובינשטיין כי הפנייתה של העותרת 1 במצב החוקי הקיים, להגשים את זכותה מחוץ לישראל בהתאם לנוהל החדש, עם כל אי הנוחות שבכך – "אינה משמיעה אוטומטית פגיעה בלתי חוקתית בזכותה".

8. נשוב, אפוא, לוועדת מור יוסף אשר ישבה על המדוכה מספר שנים, כאשר המלצותיה פורסמו בשנת 2012. כעולה מדו"ח הועדה הרי שגם חבריה לא התעלמו מהעובדה שצוינה לעיל לפיה עיקרו של החוק נועד לפתור בעיה רפואית, נדירה יחסית, של נשים נשואות שלא יכלו לשאת את ההריון ברחמן מסיבות רפואיות כאלה ואחרות. מתוך שכך שקלה, בין השאר, את העובדה ש –

"...פתיחת החוק הקיים ליחידים, שמספרם באוכלוסייה רב בהרבה ממספר הנשים בעלות הליקוי הפיזי האמור, שאינם סובלים, בדרך כלל, מליקוי רפואי הפוגע בפוריותם, ואשר לגביהם הפונדקאות היא פתרון מרכזי ואפילו ראשון להבאת ילדים לעולם, יבוא בהכרח על חשבונן של הנשים אשר החוק ביקש לתת להן סעד מלכתחילה. לכך מצטרף החשש כי הרחבת הזכאות לפונדקאות, תוך שמירה קפדנית ומתחייבת על התאמת הנשים הפונדקאיות לתהליך הפונדקאות, אף שתהפוך כביכול לפתרון תיאורטי לכלל המעוניינים. תהיה, בפועל, פתרון לעשירים בלבד, עקב מחסור בפונדקאיות" (דו"ח ועדת מור יוסף, עמ' 57)



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

מכל מקום, אלו היו עיקרי המלצותיה של הוועדה - לגבי פונדקאות בישראל, הכירה הוועדה בכמיהתם של נשים בלא בני זוג ושל גברים בלא בנות זוג להביא ילדים לעולם ובכך שהפונדקאות עשויה להוות פתרון עבורם. ואולם הוועדה סברה כי אין לאפשר לגברים בלא בנות זוג לבצע פונדקאות תמורת תשלום אלא באופן אלטרואיסטי בלבד, זאת, משום שבשונה מהקבוצה המוגדרת והמצומצמת של נשים הסובלות מבעיה רפואית ואשר, לרוב, הליכי פונדקאות משמשים להן כמוצא אחרון להבאת ילדים לעולם לאחר טיפולי פוריות ממושכים, עניינם של גברים המבקשים להביא ילדים בהליכי פונדקאות אינו מבטא מקרה קצה רפואי, ומטרת הליכי הפונדקאות בעניינם לתת פתרון מרכזי להבאת ילדים. כאמור, על רקע המורכבויות הרבות הכרוכות בהליכי פונדקאות, חששה ועדת מור יוסף כי הרחבת הזכאות להליך הפונדקאות תבוא בהכרח על חשבונן של הנשים הלוקות בבעיה רפואית, אשר החוק ביקש לתת להן מענה מלכתחילה. זאת ועוד, ככל שתישמר ההקפדה המתחייבת על התאמת הנשים הפונדקאיות לתהליך הפונדקאות, אף שההליך יהפוך כביכול לפתרון תאורטי לכלל המעוניינים, בפועל הוא יהווה פתרון לעשירים בלבד וזאת עקב מחסור באימהות נושאות. חשש נוסף שהעלתה הוועדה היה כי הגדלת הביקוש לאימהות נושאות תגרום להקלת הדרישות ולאישור נשים שאינן מתאימות לתהליך מורכב זה. נוסף על כך, המליצה ועדת מור יוסף המלצות נוספות שמטרתן להגן על טובת הילד שיולד ועל האם הנושאת, כגון הגבלת מספר ההליכים שבהם אישה תוכל לשמש כאם נושאת.

9. בשנת 2014, בעקבות המלצותיה של ועדת מור יוסף ודיוני ועדת משרד הבריאות בהמלצות אלו, הניחה הממשלה על שולחן הכנסת את הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2) התשע"ד-2014 (להלן – הצעת החוק 2014), אשר תכליתה להרחיב את מעגל הזכאים להתקשר בהסדר פונדקאות בישראל, כך שתתאפשר גישה לפונדקאות גם לגבר או אישה יחידים ללא בני זוג. הצעה זו אומנם אושרה בכנסת בקריאה ראשונה אך לא הבשילה לכדי הליך חקיקה במהלך הכנסת ה-19 ולא הוחל לגביה דין רציפות במהלך כהונתה של הכנסת ה-20 ועל כן הליך חקיקתה נעצר.



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארד ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

נמצא, אפוא, שנוסחו המקורי של חוק הפונדקאות נותר על כנו גם בחלוף 13 שנה מאז מתן פסק הדין בעניין משפחה חדשה. מתוך שכך שבו התובעים 1-2, להם הצטרפו הפעם עותרים רבים, בני זוג חד מיניים וגברים יחידים, והגישו עתירה לבג"ץ בעניין החוק, כפי שיפורט להלן.

העתירה השנייה בעניין ארד

10. בשנת 2015, הוגש בג"ץ נוסף בעניין ארד (בג"ץ 781/15) במסגרתו עתרו התובעים כנגד עצם חוקתיות הוראות חוק הפונדקאות וחוק תרומת ביציות. במסגרת תביעתם טענו, בין השאר, לסעד חוקתי של הרחבת הגישה להתקשרות בהסכם פונדקאות בישראל גם לזוגות חד מיניים וליחידניים, נשים וגברים, בעלי/נטולי זיקה גנטית ליילוד. עוד עתרו למתן פרשנות חוקתית ראויה לחוק תרומת ביציות.

11. בין לבין ובמהלך ניהולו של ההליך הנזכר, ביום 17.7.17, אושרה בכנסת בקריאה ראשונה הצעת חוק ממשלתית – הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2) התשע"ז – 2017 (להלן – הצעת חוק 2017) שביקשה להרחיב את מעגל הנשים הזכאיות להתקשר בהסכם פונדקאות בישראל גם לנשים יחידות הסובלות מבעיה רפואית שבשלה הן נדרשות לבצע את ההליך, בתנאי שנשמרת זיקה גנטית בין האם המיועדת ליילוד.

פסק הדין החלקי הראשון בעניין ארד (3.8.17)

12. ביום 3.8.17 ניתן פסק דין חלקי בבג"ץ ארד מפי כב' הש' ס. ג'ובראן הדוחה את העתירה התוקפת את חוקיות דרישת הזיקה הגנטית. 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 (להלן - פסק הדין החלקי הראשון, וראו שם פסקאות 24-28), כך נקבע כי הפגיעה בזכות להורות בשל הדרישה לזיקה גנטית צולחת את מבחני המידתיות (שם פסקאות 41-43). מאידך, בכל הקשור להרחבת מעגל הזכאים לפונדקאות גם לגברים



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

יחידים ולזוגות גברים נקבע כי יש להותיר סוגיה זו ללא הכרעה סופית, בשל הליך חקיקה נוסף שהתקיים בכנסת באותו שלב. הליך זה התכנס בסופו של יום לתיקון חוק משנת 2018.

תיקון 2018

13. ביום 16.7.18 הונחה הצעת החוק בצירוף הסתייגויות שונות שהוגשו בעניינה על שולחן הכנסת ולמחרת ביום 17.7.18 היא נדונה במליאה בקריאה שנייה ושלישית. במהלך הדיון בהצעת החוק הביעו חברי הכנסת השונים את עמדותיהם בסוגיה ונימקו את הסתייגויותיהם כאשר במוקד הדיון עמדה שאלת הרחבת הסדר הפונדקאות גם ביחס לזוגות של גברים חד מיניים. כבר למחרת הדיונים הנזכרים, ביום 18.7.18, בתום דיון ממושך, התקבל בקריאה שנייה ושלישית חוק הסכמים לנשיאת עובריים (אישור הסכם ומעמד היילוד) התשע"ח – 2018 (להלן- תיקון 2018) אשר הרחיב את מעגל הזכאים להסדר פונדקאות בארץ.

ע"פ תיקון 2018 הורחבה הגדרת "ההורים המיועדים" בחוק באופן שתכלול גם נשים יחידניות שבשל בעיה רפואית אינן מסוגלות להתעבר ולשאת הריון או שהריון עלול לסכן משמעותית את בריאותן. בשלב זה הוראות חוק הפונדקאות פיצלו את הגדרת הדיבור "הורים מיועדים" לשתי קבוצות –

האחת, "הורים מיועדים שהם בני זוג" המוגדרים "כאיש ואישה שהם בני זוג, המתקשרים יחד עם אם נושאת לשם הולדת ילד". והאחרת, "אם מיועדת יחידנית" שהיא "אישה בלא בן זוג, מתקשרת עם אם נושאת לשם הולדת ילד".

ואם כן, אחר תיקון 2018 הוראות חוק הפונדקאות אפשרו לבני זוג, איש ואישה, או לאישה יחידה להגיש בקשה לוועדת האישורים לאשר הסכם לנשיאת עובריים עם אישה פונדקאית וזאת בתנאים מסוימים שנקבעו בחוק.

14. נמצא, אפוא, כי עניינם של העותרים לא נפתר, ועדיין נותרה עומדת בעינה טענת העותרים כי ההסדרים הקבועים בחוק הפונדקאות ובחוק תרומת ביציות פוגעים



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

בזכותם של גברים יחידים ובני זוג חד מיניים, לשוויון וב"זכות חוקתית הנגזרת מהזכות לכבוד האדם", וכי אין שוני רלבנטי המצדיק יחס שונה לגברים יחידים ולזוגות שאינם הטרוסקסואלים בכל הקשור להליכי פונדקאות בארץ.

פסק הדין החלקי השני בעניין ארז (27.2.20)

15. ביום 27.2.20 ניתן פסק דין חלקי נוסף בעניין ארז (להלן- פסק הדין החלקי השני) במסגרתו פסק בג"ץ פה אחד כי הסדר הפונדקאות הנוכחי, העולה משילוב הוראות חוק הפונדקאות וחוק תרומת ביציות, המחריגות מתחולתן גברים יחידים ובני זוג מאותו מין בעלי זיקה גנטית ליילוד, פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות החוקתיות לשוויון ולהורות ואינו עומד בתכלית ובהוראות חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. בית המשפט העליון סבר כי הוראות החוק בנוסחן אינן מאפשרות את איון ההפליה הנחזית בדרך של פרשנות וכלשונה של כב' הנשיאה א. חיות (סע' 21 לפסק דינה) –

"...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... אינה מאפשרת לראות בהחרגת עניינם של גברים ובני זוג מאותו המין לקונה הניתנת להשלמה בדרך פרשנית"

עוד הוחלט בדעת רוב (בניגוד לעמדתו של כב' סגן הנשיאה הש' ע. פוגלמן) כי אין מקום, בשלב זה, לתקן את הפגם החוקתי באמצעות סעד חוקתי של בטלות או "קריאה אל תוך החוק" (reading in) אלא ראוי לאפשר תיקונו באמצעות הליך חקיקה מלא וסדור שישקלל את מכלול השיקולים הצריכים לעניין, וכי על המשיבות להגיש עד ליום 1.3.21 עדכון שיפרט "האם הפגמים החוקתיים שבהם לוקה ההסדר באו על תיקונם בהסדר שוויוני הולם". כך נקבע כי להודעה אשר תינתן רשאים העותרים להגיש תגובה תוך 30 יום וכי על בסיס ההודעה והתגובות לה ועל יסוד כל החומר שהוגש יינתן פסק הדין הסופי בעתירה. נביא בציפורן הזרת מתוך דברי כב' הנשיאה חיות באותו עניין –

"מקובלת עלי טענת העותרים כי הוראות חוק ההסכמים וכן הוראות חוק תרומת ביציות, ככל שהן קשורות אליו, המחריגות



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארד ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

מתחולתן גברים יחידים ובני זוג מאותו מין, פוגעות בזכות להורות ובזכותם לשיוויון...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...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" (הדגשה שלי- צ.ו.; פסקה 19 לפסק דינה של כב' הנשיאה)

יתר על כן, כב' הש' פוגלמן אף ראה בהוראות החוק במתכונתו משום –

"מסר שלטוני פוגעני, החוטא לחובתה הבסיסית של המדינה לכבד כל צורת חיים וכל תא משפחתי שמבקש אדם לעצמו" (סע' 16 לפסק דינו; ואולם ראוי להעיר בהערת אגב, כי עיון בפסיקה מלמד כי לא אחת סייג בית המשפט העליון את הכרתו במסגרות משפחתיות אותן התבקש לאשר, וראו קביעותיו של בית המשפט העליון בדבר אי הכרה בתא הורי המונה שלושה הורים בע"מ 3518/18 – ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, (2020) וכן - עמש (מרכז) 19292-11-20 - פלונית נ' פלוני, (2021); עמש (תל אביב) 52453-02-20 - היועץ המשפטי לממשלה נ' א', (2021) וכן שלילת קיומו של תא משפחתי בו תורם הזרע אינו אנונימי אך מבקש להעביר את הורתו לאחר - בע"מ 2112/23 פלוני נ. היועמ"ש (2023); עמ"צ 37758-10-22 היועמ"ש נ. אלמוני ואח' ((2023)

16. ואכן, אחר שניתן פסק הדין החלקי השני בעניין ארד הוגשו לכנסת מספר הצעות חוק פרטיות, אחת מהן עלתה להצבעה במליאת הכנסת ביום 1.7.20 (פ/647/23) והוסרה מסדר היום, הצעת החוק לא הגיעה לכלל מימוש אחר שהסתבר כי יש בה חוסרים רבים. כך גם הצעות חוק פרטיות נוספות הועלו לדיון מוקדם במליאת הכנסת ביום 9.12.20 ואולם אף הן לא אושרו. באותו דיון הביע סגן שר הבריאות, יואב קיש, את התנגדות הממשלה לאותן הצעות "מכיוון שאמרו שההצעה הזו חייבת לבוא בדרך המלך, דרך חקיקה ממשלתית יש פה יותר מדי מורכבויות" (ראו בקישור המצורף- [דברי סגן שר הבריאות ביחס להצעת החוק של ח"כ גינזבורג](#)).



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

17. ביום 12.1.21 הגישו העותרים בקשה למתן פסק דין סופי בעתירה נוכח פיזור של הכנסת ה-23 והעדר התקדמות ביחס לתיקונים הנדרשים בחוק, וכב' הנשיאה, הש' א. חיות, האריכה את המועד להגשת תגובה עד ליום 25.2.21.

ביום 1.3.21, בחלוף כשנה ממועד מתן פסק הדין החלקי השני, ביקשה הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (להלן - ועדת האישורים), אורכה נוספת עד ליום 1.12.21 קודם למתן פסק דין סופי בהליך, וזאת במטרה לאפשר קידום פתרון חקיקתי שירפא את הפגמים החוקתיים שנפלו בהסדר הפונדקאות הקיים. ועדת האישורים שלעמדתה הצטרפה גם הכנסת, ציינה בהקשר זה כי משרד הבריאות נדרש להתמודד בעת האחרונה עם התפשטות נגיף הקורונה ובנסיבות חריגות אלה לא עלה בידו להשלים את תיקוני החקיקה הנדרשים, שהם סבוכים ומצריכים שקלול של כלל ההיבטים וההשלכות המעשיות הכרוכים בהרחבת הגישה לפונדקאות לאוכלוסיות נוספות. במסגרתה של אותה בקשה צוין כי בתחילת חודש דצמבר 2020 התקיים דיון בין-משרדי בהשתתפות נציגי משרד הבריאות, משרד הרווחה, רשות האוכלוסין וההגירה והייעוץ המשפטי לממשלה בעניין יישום פסק הדין החלקי, ובו הוסכם על התנעת תהליך היועצות עם צוות חשיבה בנוגע למתווה החקיקה המתאים. עוד נטען כי התפזרות הכנסת ה-23 ביום 23.12.20 מהווה "שינוי נסיבות משטרי משמעותי" שתומך אף הוא בבקשת הארכה.

18. ביום 10.3.21 הורה בית המשפט למשיבות להגיש הודעת עדכון מטעמן עד יום 1.7.21 ביחס להתקדמות תהליכי החקיקה. אלא שבין לבין נערכו בחירות לכנסת ה-24 והוקמה הממשלה ה-36. או-אז, ביום 6.7.21 הגישה המדינה הודעת עדכון לביהמ"ש העליון בה צוין שהתקיימה ישיבה בראשותו של שר הבריאות דאז והוצגו לו המסלולים השונים לביצוע הסדרה הוליסטית של הסדר הפונדקאות, תוך שצוין כי עמדתו העקבית של היועץ המשפטי לממשלה דאז, היא שדרך המלך להסדרת סוגיה מורכבת ורגישה זו היא באמצעות חקיקה. להודעה זו צורף מכתב מטעם שר הבריאות דאז, ולפיו "בעת הנוכחית אין היתכנות פוליטית מעשית לקידום הליכי חקיקה בסוגיה הנדונה" וכי "משרד הבריאות לא יתנגד כי בימ"ש יתן פס"ד משלים, אשר במסגרתו יורה על סעד אופרטיבי, שיבטא את מחויבות המדינה לזכותם לשוויון ולהורות של גברים יחידים ובני זוג מאותו מין, כדי לרפא פגם זה שבחוק...". עוד



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארד ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

צוין בהודעת המשיבה 1 כי ככל שבית המשפט יורה על מתן סעד אופרטיבי, מבקש שר הבריאות שתינתן תקופת התארגנות לצורך היערכות הגורמים הרלוונטיים לשם יישומו, באופן שייתן מענה הולם למכלול הסוגיות המורכבות שעל הפרק. העותרים מצדם טענו כי, בשים לב לעמדת ועדת האישורים, בשלה העת למתן פסק דין סופי בעתירה.

פסק הדין המשלים בעניין ארד (11.7.21)

19. נוכח האמור מצא בית המשפט העליון שלא להמתין עוד להתקדמות הסדרת ההליך החקיקתי על ידי הכנסת עצמה והשלים את פסק דינו ביום 11.7.21 (להלן- פסק הדין המשלים), תוך שהוא מורה כי בתוך שישה חודשים ממועד מתן פסק הדין המשלים תבוטלנה ההגדרות "הורים מיועדים", "הורים מיועדים שהם בני זוג" ו"אם מיועדת יחידה" שבסעיף 1 לחוק הפונדקאות, ולאחר ביטול ההגדרות תפורשנה הוראות חוק הפונדקאות וחוק תרומת ביציות בהתאם לאמות המידה שהותוו בפסק הדין החלקי ולחזקה לפיה כל דבר חקיקה מבקש לקדם זכויות אדם ולא לפגוע בהן.

בית המשפט הוסיף ונתן לכנסת תקופת היערכות של חצי שנה ליישום החוק, נוכח טענתה כי יש צורך בקביעת נהלים בהתאם להוראות פסק הדין ובהתאם אף פורסם חוזר מנכ"ל בעניין. בית המשפט הוסיף והבהיר כי על מנת שלא לפגוע בקבוצות המופלות, תקופת הארכה הנזכרת עד לבטלותו של החוק לא תימנה לצורך קביעת הגיל המקסימאלי הקבוע בחוק.

וכאן, אחר הבאת המסכת הנזכרת, באים אנו לתביעה הכספית המונחת לפנינו.

תמצית טענות התובעים

20. בחקיקת חוק הפונדקאות וחוק תרומת ביציות בנוסחם יצרו הנתבעות אפליה ברורה עליה הצביע בית המשפט העליון בפסק הדין החלקי השני בעניין ארד ובפסק דינו המשלים ביחס לגברים יחידים ובני זוג חד מיניים. הנתבעות עוולו בחקיקת החוקים בלשונם ובאי פעולתם לתיקון נוסחם באופן ראוי על מנת שלא יפלה בין קבוצות





## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

אוכלוסייה שונות וזאת באופן שיש בו להצדיק את חיובן בפיצוי כספי לתובעים על נזקיהם כתוצאה ממעשה החקיקה הנזכר.

המדינה עוולה בכך שהובילה באמצעות ממשלת ישראל את החקיקה הממשלתית, ובחרה לקדם פגיעה בלתי מידתית ולא מוצדקת בזכות לשוויון ולחיי משפחה של גברים יחידים ובני זוג בני אותו מין.

הכנסת עוולה בכך שכרשות מחוקקת בישראל, חוקקה את החוקים הנזכרים באופן האוסר על גברים יחידים ובני זוג בני אותו מין להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים בישראל ואף שבה ואישרה את החקיקה הפוגענית גם לאחר שבית המשפט העליון הבהיר את הקושי החוקתי העולה מחקיקה זו, ובכך שלא פעלה לתיקון החקיקה באופן ראוי ונדרש.

21. כך יש לקבוע כי בין השנים 2010-2002, היינו ממועד מתן פסק הדין בעניין משפחה חדשה, בו פנה כב' הש' חשין למחוקק על מנת שייתן דעתו למימד המפלה בהוראות החוק ויסדירן ועד לפניית העותרים לבית המשפט העליון בבג"ץ ארז הראשון, לא עשו הנתבעות מאומה לצורך בחינת תיקון חוק הפונדקאות וחוק תרומת ביציות באופן שהוראותיהם לא תפלינה בין הקבוצות השונות הנדרשות להליך הפונדקאות. באותה עת כל מדינות המשפט המשווה, אשר בחרו לאשר קיום הליכי פונדקאות בחקיקה, הסדירו את הליכי הפונדקאות באופן המאפשר לגברים יחידים או לבני זוג בני אותו מין להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים ללא הפליה.

לצורך סקירת הנעשה בעולם הביאו התובעים את חוות דעתם של המלומדים פר' רות זפרן ועו"ד נוי נעמן.

22. גם בהמשך ואף אחר עתירת העותרים בבג"ץ ארז הראשון, ועל אף ההתפתחויות הטכנולוגיות והצטברות הידע בארץ ובעולם לא עשו הנתבעות דבר עד למועד מתן פסק הדין המשלים בשנת 2021 על מנת לקדם את החקיקה השוויונית הנדרשת – וזאת גם אחר קביעת בית המשפט העליון כי החוק מפלה בעיקרו. כך שלמעשה עסקינן בהותרה על כנו של מעשה חקיקה מפלה משך כעשרים וחמש



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

שנה. מעשה ההפליה גרם נזק לעותרים, מדובר בפגיעה בזכותם החוקתית של התובעים ודומיהם לשיויון ובזכותם החוקתית להורות. פגיעה שאינה מידתית ואין בצידה צידוק חוקי, והיא נוגעת לליבת הזכות החוקתית לכבוד האדם.

23. קביעת פסק הדין החלקי השני באשר לקיומה של הפליה בהוראות החוק במתכונתן, מתקיימת ביחס לכלל התובעים שפנו להליכי פונדקאות מאוחר יותר. ממילא יש לקבוע כי הנתבעות פגעו בפגיעה לא מידתית בזכויות כלל התובעים בעתירה הנדונה.

24. הפליה שמקורה במעשה חקיקה מצדיקה פיצוי נזקי אחר הוכחת נזק בשל כל אחד מהמתווים הנורמטיביים הבאים –

א. עילה ציבורית - פיצוי מחמת דיני המשפט החוקתי בשל פגיעה בלתי מידתית בזכות ובעניינו הזכות לשיויון והזכות להורות, כפי שנפסק בעניין בג"ץ 1661/05 המועצה האיזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל (2005) (להלן – עניין חוף עזה)

ב. עילה נזיקית - פיצוי נזיקי בגין ביצוע עוולה מקום בו המדינה נהגה ברשלנות או הפרה את חובתה החקוקה על פי חוקי היסוד.

ג. עילה מינהלית - פיצוי מכוח דיני המשפט המינהלי על יסוד עקרון הטלת "נטל עודף" על קבוצת אוכלוסייה מזוהה אף במקרה בו הפגיעה הייתה מידתית וזאת מכוח הלכת ישועה (ע"א 7703/10 ישועה נ. מדינת ישראל (2014)).

לטענת התובעים, ביחס לכל שלושת המתווים הנזכרים הוכח היסוד של – פגיעה בזכות יסוד קיומית, נוכח פסק דינו של בית המשפט העליון באשר להפליה האסורה העולה מהוראות החוק, וכן הוכחו יסודות הנזק והקשר הסיבתי שבין הפגיעה בזכות החוקתית לנזק וזאת כעולה מתצהירי המבקשים ומחוות דעתו של ד"ר טבק-אבירם, פסיכולוג קליני, אשר צורפה על ידם ובה נטען לעניין השפעת העדר האפשרות לעבור להליכי פונדקאות באופן חוקי בישראל על מצבם הנפשי של ההורים המנועים ועל ילדיהם.



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

25. לטענת התובעים, בנדון הוכח קיומה של עילה חוקתית ציבורית בהעדר כל ראיה מצד הנתבעות כי קיימו "פיילוט חוקתי" או בדיקה רצינית של ההסדר הקיים בפרק זמן סביר וקיומה של עילה נזיקית בהעדר התנהלות סבירה והעדר בחינה ראויה, בין השאר בדרך של מחקר, בכל הקשור להליך החוקתי המתאים.

הוכח קיומה של עילה מנהלתית נוכח הטלת "נטל עודף" על "אוכלוסיית המיעוט" או קבוצה ספציפית מזוהה של גברים יחידים ובני זוג הומוסקסואלים, הסובלת מהפליה היסטורית, וזאת במטרה מוצהרת ליחד את "המשאב המוגבל" של פונדקאות לזוגות הטרנסקסואלים ונשים רווקות. ממילא אף הוכח קיומה של עילה נזיקית בין מחמת רשלנות ובין מחמת הפרת חובה חקוקה שגרמה לנזק כאשר הקשר הסיבתי בין הנזק לעוולה – ברור.

26. בהעדר חקירת מי מהתובעים על תצהירו יש לקבוע כי הם עמדו בקריטריונים לאישור הסכם לנשיאת עוברים וכי היו מבקשים לבצע הליך פונדקאות בישראל לו זה היה פתוח בפניהם. הדרתם של התובעים מהסדר הפונדקאות תוך פגיעה בזכויותיהם החוקתיות גרמה להם נזק ממוני שהוא הפער שבין עלויות ביצוע ההליך בישראל לבין ביצועו בחו"ל (עלויות אשר לטענתם מגיעות בחלק מהמקרים למאות אלפי ₪). הנזקים שנגרמו לתובעים לא היו מתקיימים ככל שהנתבעות היו פועלות כנדרש וכפי הצהרתן כבר בשנת 2002 ומקיימות הליך ראוי וסדור של בחינת יישומו של חוק הפונדקאות, ומקדמות לאחריו הסדר שוויוני המבוסס על תשתית עובדתית מלאה ורלבנטית.

27. בפן הכספי תבעו התובעים פיצוי כולל בסך של 21,112,439 ₪ שהורתו בנזק ממוני שנגרם לכל אחד התובעים/זוגות התובעים בגין ההפרש שבין עלות הליך פונדקאות חו"ל בו נקטו לעלות ההליך בארץ וכן סך של 2,310,000 ₪ בגין נזק לא ממוני לכל אחד מהתובעים המוערך בשיעור של 30,000 ₪ לכל אחד.



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

28. נקדים ונציין כי נוכח העובדה שהתביעה הוגשה קודם למתן פסק דינו המשלים של בית המשפט העליון הקדימו הנתבעות וטענו למחיקת התביעה על הסף בשל היותה מוקדמת, ואולם בצד טענה זו טענו טענה התיישנות בגדר "טוב אשר תאחז בזה וגם מזה אל תנח את ידך" (קהלת ז, י"ח). מכל מקום, בין לבין ניתן פסק דינו המשלים של בית המשפט העליון המורה על תיקונו של החוק והנתבעות נותרו בסיכומיהן עם טענת ההתיישנות, כפי שיפורט להלן –

29. יש לדחות את התביעה, או למצער חלק ממנה, על הסף מחמת התיישנותה. עילת התביעה הנזיקית מתיישנת 7 שנים אחר המועד שבו נולדה עילת התביעה (סעיפים 5 (1) ו-6 לחוק ההתיישנות), היינו מעת שהמצב החוקי הקיים היה ידוע לתובעים ונוכח העובדה שחוק הפונדקאות וחוק תרומת ביציות נחקקו זמן רב קודם לחלוף שבע שנים ממועד הגשת התביעה הרי שהתביעה התיישנה. העובדה שהוגשו עתירות לבג"ץ קודם לכן אין בה לעצור את מרוץ ההתיישנות שכן עתירה לבג"ץ אינה בגדר "הליך אזרחי" לעניינו של סעי' 15 לחוק ההתיישנות. מיצוי ההליך המנהלי/חוקתי אינו מהווה עילה להארכת מרוץ ההתיישנות.

30. אשר לנזק הבלתי ממוני הנטען על סך של 30,000 ש"ח לכל תובע (ובסה"כ 2,310,000 ש"ח) בגין הפגיעה בזכותם של התובעים לחיי משפחה וזכותם לשוויון, התובעים לא הרימו את הנטל המוטל עליהם להוכיח מתי הבינו שהחוקים פוגעים בזכויות היסוד שלהם, ומה המועד שבו נוצרה לכל אחד ואחד מהם עילת התביעה הנטענת. לא ניתן לראות בעצם מעשה החקיקה או באי תיקונו לשביעות רצון התובעים כ"אירוע נמשך", שכן מדובר במעשה/מחדל (נטען ומוכחש) חד פעמי המסתיים עם כניסתו של החוק לתוקף.

31. דין התביעה כנגד הכנסת להידחות על הסף כיוון שאין לכנסת אחריות ישירה או אחרת על פעילות הקשורה לעצם הליכי החקיקה ואין היא יכולה לשלוט על חברי הכנסת או להשפיע על הכרעה פוליטית שלהם, בפרט כאשר לחברי הכנסת עומדת חסינות אישית מהותית מכוח הדין.



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 20-07-33813 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

32. הובהר בפסיקה עקבית וסדורה כי פעולת חקיקה או העדר חקיקה אין בהן להצמיח עילה בנזיקין ולא ניתן להטיל על הכנסת חובת זהירות בגין הסדר חקיקתי, בפרט כאשר מדובר בחקיקה ראשית. קביעה שיפוטית לפיה הוראות מסוימות בחוק אינן חוקתיות, אין בה כשלעצמה ללמד על עילה נזיקית בפרט כאשר עסקינן בהסדר חקיקתי הכרוך בהכרעות פוליטיות מורכבות ובמתן משקל לשיקולים רחבים בנושאים רגישים, אתיים, חברתיים רפואיים ומשפטיים.

33. ההסדר בחוק הפונדקאות מצוי בטווח שיקול הדעת המסור בידי המחוקק ואין להצר את רגליו של המחוקק, כנציג הריבון. אין לקבל את התפישה לפיה הפעלת שיקול הדעת כשלעצמה יכולה להוות בסיס לעילה נזיקית כנגד הכנסת או המדינה. חקיקת חוקים מטבעה מכוונת לאזן בין זכויות ואינטרסים מתנגשים ובוודאי שהדברים נכונים בסוגיה רגישה כסוגיית הפונדקאות, כך שקשה לראות בעצם מעשה החקיקה, גם אם תוצאותיו נפסלו על ידי בית המשפט, משום מעשה רשלני. קבלת טענת התובעים יש בה להעלות חשש ממשי לחשיפת הכנסת והמדינה לתביעות בעת הסדרה חקיקתית ועלולה להביא להרתעת יתר של המחוקקים עד כדי שיבוש פעולתם ומשיכת ידם מחקיקה בפרט בסוגיות ציבוריות חשובות, בכך יהיה כדי לנוון את הכנסת להדירה מתכליתה העיקרית חקיקת חוקים לטובת הציבור.

34. ע"פ הוראת סע' 3 לחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה) התשי"ב-1952 וסע' 6 לפקודת הנזיקין (נ"ח) לא קמה חבות בנזיקין אם המעשה הורתו בחיקוק ופעולה על פיו או בהרשאה חוקית או מתוך אמונה סבירה בקיומה של הרשאה חוקית. בנדון עת מעשה החקיקה בוצע בשעתו על פי דין, הרי שלמצער כל עוד לא בוטל, לא ניתן לחייב את הנתבעות בנזיקין או לקבוע שהתרשלו כלפי התובעים, שכאמור הגישו תביעתם קודם שבית המשפט העליון ביטל את ההוראות המפללות ותיקן את החוק.

35. התובעים לא פרטו בכתב תביעתם במה התרשלה כנגדם הכנסת ומה הקשר הסיבתי בין רשלנות זו לנזקיהם הנטענים. כך גם בהנחה שהחוק היה חל אף ביחס לקבוצת התובעים לא הוכח כי היו עומדים בתנאיו, במציאת אם נושאת ובהתקשרות עמה. לעניין זה יש לציין כי גם בקרב ציבור הזכאים לבצע הליך פונדקאות יש רבים הבוחרים לבצע את ההליך מחוץ לישראל בין אם בשל כך שאינם עומדים בתנאי



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארד ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

החוק מחמת גיל או מצב רפואי ובין אם בשל מחסור בנשים פונדקאיות. נתונים על כך ניתן למצוא בפסק דינו של כב' הש' נ. הנדל בפסק הדין המשלים בעניין ארד מהם נלמד כי רוב הזוגות ההטרוסקסואלים שפנו להליכי פונדקאות בשנים האחרונות פנו דווקא להליכי פונדקאות חו"ל (!) מסיבות שונות, שאגב לא כולן התבררו עד תום.

36. אין מקום להחיל את הלכת אדמה בעניינו. הלכת אדמה עניינה במשפט האזרחי ואין היא עוסקת בסעד חוקתי. יתר על כן, המעשה עליו מלינים התובעים בנדון אינו מעשה "בלתי חוקי", היינו פעולה של רשות מנהלית המתבצעת בניגוד להוראות הדין, אלא דווקא פעולה אשר יוצרת את הדין עצמו – דבר חקיקה.

37. זאת ועוד, בנדון חרף קביעת בית המשפט באשר לאי חוקתיות חלק מהוראות החוק הוא עצמו איפשר לכנסת שהות לצורך קביעת הסדר חוקתי חלופי וכן שהות לצורך הסדרת נהלים התואמים את השינויים שערך בית המשפט בהוראות החוק ומכאן שאין לראות במעשה החקיקה השיפוטית של בית המשפט משום ביטולו ואינו של מעשה החקיקה של הכנסת באופן רטרואקטיבי.

38. אין בביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון על חלק מהוראות החוק כדי ללמד על עוולה חוקתית. בג"ץ קבע אומנם כי בהוראות מסוימות בחוק נפלו פגמים יחד עם זאת צוין כי ההסדר החוקתי בכללותו מטיב עם הציבור.

\*\*\*

אפתח תחילה בטענה המקדמית אשר הועלתה על ידי הנתבעות לפיה דין התביעה להידחות על הסף מחמת התיישנות. טענה זו יש לדחות.

טענת ההתיישנות

39. אין לראות בעין יפה את זה המבקש לטעון קר וחם באותו הבל פה. לצד טענת הנתבעות כי תביעת התובעים הייתה מוקדמת מדי, טענה שכאמור נזנחה בכתב הסיכומים נוכח פסק הדין המשלים בעניין ארד, טענו הנתבעות להתיישנות התביעה או חלקה (סע' 60-63 לכתב ההגנה), כבר מטעם זה דין הטענה להידחות. ואולם, לסברתנו, טענה זו יש לדחות אף לגופה.



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 20-07-33813 פנקס ארד ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

ככל שקמה לתובעים עילת תביעה, הרי שהורתה בסעד הנטען כמגיע להם בשל חקיקת חוק מפלה כנגדם וכנגד הקבוצה עליה הם נמנים – בין כגברים יחידים ובין כזוגות גברים הומוסקסואליים. אלא שכלל אחוז בידינו כי "כל חוק נהנה בכל שלב של ההתדיינות מחזקת החוקתיות" וכל עוד לא קבע בית משפט כי החוק בטל, הוראותיו תקפות (בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, (1999) (להלן - עניין צמח)). מתוך שכך אף בכל הנוגע לעילות פיצוי מדיני המשפט החוקתי והמינהלי, הגישה הרווחת היא שעילת הפיצוי נולדת רק עם קביעת בית המשפט שהפגיעה אינה מקיימת את תנאי פסקת ההגבלה, היינו, כי אין צידוק חוקי לפגיעה (ר' ברק, תורת הסעדים, עמ' 340-341).

בדומה גם בכל הקשור לעילה נזיקית, אחד התנאים לתחילתה של תקופת התיישנות הוא קיומו של כוח תביעה ממשי וקונקרטי בידי התובע, המתבטא ביכולת מעשית-דיונית של בעל זכות התביעה לפנות לבית המשפט ולזכות בסעד (ע"א 977/17 מולכו נ' יונה (2011)). בנדון עד למתן פסק הדין החלקי השני בעניין ארד לא היה, למעשה, בידי התובעים כוח תביעה דיוני ממשי ולא החל מרוץ ההתיישנות. הטעם לכך נעוץ בחובה המוטלת בשיטתנו על מי שטוען כי מעשה שלטון גרם לו נזק בר פיצוי, להקדים ולמצות הליך משפטי מינהלי או חוקתי (קרי, תקיפה ישירה של מעשה השלטון) טרם שיגיש כנגד הרשויות תביעה אזרחית לפיצוי כספי בגין אותו מעשה (ויתקוף את המעשה בתקיפה עקיפה). כך סוכמה הלכה זו ב-דנ"מ 5519/15 יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ, (2019) –

"רק לאחר שהתובע יתקוף את החלטת הרשות בעתירה מינהלית, בתום מיצוי מוקדם של ההליכים מולה, יהיה בידי לתבוע ממנה פיצוי כספי. [...] אם הרשות מתמידה בהתנהלותה הפסולה, על הניזוק למצות את הערוץ המינהלי עובר להגשת תביעה אזרחית-נזיקית נגדה בעילות שמקורן במשפט המינהלי... אינטרס שלטון החוק מבכר תיקון מידי של פגמים שנפלו בפעולות הרשות, על פני כינון הרתעה עתידית באמצעות פסיקת פיצויים בגין אותם פגמים".

הדברים הנזכרים התבססו, בין השאר, על פסיקת בית המשפט העליון בעניין גליק (רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל (2017)), שם נפסק כי לא ניתן להגיש תביעת פיצויים שעילתה בהפרת המשפט הציבורי אלא "כסעד משלים, כאשר נוצר מעשה



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

עשוי' והתגבש נזק שאינו ניתן עוד לתיקון באמצעות דרך המלך של ציווי" (פסקה 12 לפסק-דינו של השופט עמית). ועוד ראו לעניין זה בע"א 7401/14 קסם מילניום בע"מ נ' רשות שדות התעופה, (2015), שם נפסקו דברים דומים ביחס לחובה למצות עתירה מנהלית התוקפת תוצאות מכרז טרם תובענה מנהלית לסעד של פיצויי קיום.

40. לא עסקינן, אפוא, בעילה שהתיישנה בעת הגשתה ודין טענת ההתיישנות, בה האריכו והכבירו הנתבעות לטעון - להידחות. ודוק, אינני רואה לנכון להוסיף ולפרט את כלל הטיעון המפולפל של הנתבעות בסוגיה זו, אשר נטען לסברתי בהרחבה יתירה, כיוון שאני רואה בעצם העלאת הטענה באופן בו הועלתה לצידה של טענת "תביעה מוקדמת" טענה הנטענת בחוסר תום לב תוך שימוש שלא כדין בהליכי משפט. כאמור - אינך יכול לטעון מחד שהתביעה הוגשה מוקדם מדי ומאידך כי התיישנה בגדר "אֲשָׁכִים לְבֵית הַשֵּׁר - אִמְרִים: כְּבָר רָכַב / אָבָא לְעֵת עָרַב - אִמְרִים: כְּבָר שָׁכַב" כשירו החביב והידוע ר' אברהם אבן עזרא.

סוף דבר, אינני רואה ממש בטענת ההתיישנות של הנתבעות בעניין דנן ודינה להידחות. וכעת אבוא לגופם של דברים -

לא קיימת חובת זהירות מושגית של הכנסת או המדינה כלפי האזרח בגין עצם מעשה החקיקה

41. עיקר הנטען על ידי התובעים בציפורן הזרת הוא כי במעשה החקיקה הנוגע לחוק הפונדקאות וחוק תרומת ביציות פגעו הנתבעות - מדינת ישראל והכנסת - בזכות החוקתית של התובעים לשיוויון ולחיי משפחה. מעשה החקיקה הטיל לשכמם נטל עודף רק מחמת מינם והיותם גברים הומוסקסואלים והיה בלתי מידתי, שכן אלמלא ההתנהלות החקיקתית של הנתבעות היו התובעים יכולים לקיים הליך פונדקאות בישראל ולחסוך את העלות הנוספת המשמעותית הכרוכה בהליך פונדקאות בחו"ל. על פי הנטען, אותה התנהלות חוקתית אף גרמה להם נזק לא ממוני בשל תחושותיהם הקשות בשל הפגיעה החוקתית בהם (סע' 27-28 לכתב התביעה).

התובעים נותנים לפגיעה הנזכרת שמות שונים מעולם המשפט בין אם עוולה נזיקית ובין אם עוולה מנהלית או עוולה חוקתית ואולם כל טענותיהם מכוונות לדבר אחד





## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 20-07-33813 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

– קיומם של עוולה או מעשה לא ראוי, יהא שמם במשפט אשר יהא, מצד רשויות השלטון בעצם מעשה החקיקה המפלה, אשר גרמו נזק לתובעים ולקבוצה לה הם משתייכים.

טענה זו יש לסברתי לדחות ולו מהטעם הבא – כינונו של דבר חקיקה ובמיוחד חקיקה ראשית, או אי קביעת הסדר בחקיקה, אינו יכול להצמיח חבות של המדינה בנזיקין או מטעמים של עוולה חוקתית או מנהלית.

ודוק, הדברים אמורים לצידה של הקביעה, עליה לא ניתן לחלוק, לפיה הוראות חוק הפונדקאות וחוק תרומת ביציות קודם תיקונן על ידי בית המשפט העליון בפסק דינו המשלים, היו הוראות מפלות הפוגעות בזכות השיוויון ובזכות ההורות של גברים יחידים ובני זוג גברים חד מיניים. ואולם, וזה עיקר - עצם היותה של הוראת חוק מפלה אין בה להקנות זכות תביעה כספית לפיצוי כנגד הכנסת או המדינה מחמת עצם מעשה החקיקה.

42. קביעה זו שהגיונה בצידה, כפי שיובהר בהרחבה, נקבעה כבר לפני עידן על ידי כבוד הנשיא מ' שמגר בעניין לוי (פיסקה 18):

"נקודת מוצא מקובלת היא כי מעשי החקיקה, בין חקיקה ראשית ובין חקיקה משנית, אינם מקימים חובת זהירות כלפי הנפגעים מהם. לא יהא זה מרחיק לכת לקבוע שאין לאפשר לאזרח שנפגע מחיקוק חוק או חקיקת משנה לתבוע את המדינה בנזיקין. כדברי בית המשפט בפרשת *dalehite at 57*:  
"of course, it is not a tort for the government to govern ...".  
עולה מכך, כי לא בגין כל מעשה (או מחדל) מוטעה של השלטון הוא חב חובת זהירות כלפי הפרט שנפגע כתוצאה ממנו. בהחלט קיימים מעשים, אשר למרות העובדה שהם גורמים נזק, אין בגינם חובת זהירות נזיקית (להבדיל מציבורית, מדינית או מוסרית)" (הדגשה שלי – צ.ו.; עא 915/91 - מדינת ישראל נ' דני לוי 3-א', (1994))

ודוק, בניגוד לטענת התובעים, הלכת לוי לא בוטלה, לא נשחקה ולא התעמעמה, והיא עודנה שרירה וקיימת גם אחר חקיקתם של חוקי היסוד, שכן טעמיה ונימוקיה לא השתנו, כפי שנפסק לאחרונה בשורה של פסקי דין, כך בע"א 2829/21 פלונית נ' מדינת ישראל (2022):



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 20-07-33813 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

"במספר פסקי דין שניתנו בעת האחרונה ניתן למצוא מספר אמירות המפייחות רוח חדשה בהלכת לוי, ומבהירות כי זו נותרה על מכונה... נמצאנו למדים כי הלכת לוי וחריג שיקול הדעת עדיין עמנו" (וכן ראו לעניין זה - רע"א 8396/19 פלוני נ' פלוני 2021); ע"א 7627/21 פלוני נ' מדינת ישראל (2022); ע"א 2829/21 פלוני נ' מדינת ישראל (2022)

בדומה ראו – ע"א 6313/19 רשות לניירות ערך נ' שמואל (2022), שם נפסק בדעת רוב, כי הגישה 'המצמצמת' שבאה לידי ביטוי בהלכת לוי שרירה וקיימת, כך בהתייחסו לאחריותו בנזיקין של גורם מאסדר, הוסיף כבוד השופט מינץ וקבע, כי ככלל:

"על בית המשפט לנקוט זהירות גדולה אף יותר בהטלת אחריות על גורם מאסדר מאשר על גורם המפעיל סמכויות פיקוח ואכיפה שאינו מאסדר" (שם, בפסקאות 8-9 לפסק דינו).

43. כאמור, הקביעה הנזכרת בפסק הדין בעניין לוי חזרה ונשנתה בפסיקה הישראלית, גם אחר חקיקתם של חוקי היסוד ובכללם חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ובשים לב אליהם. כך בעניין מדרשת אלון מורה (בש"א (מחוזי ירושלים) 1008/06 אגודת מדרשת אלון מורה נ' מדינת ישראל (2006) (להלן - עניין מדרשת אלון מורה) נאמר מפי כבוד השופט ב' אוקון :

"פעולות חקיקה הנעשות בישראל אינן מצמיחות, כשלעצמן, עילת תביעה (בג"ץ 975/89 Nimrodi Land Development Ltd נ' דב שילנסקי, יו"ר הכנסת, פ"ד מה(4) 153, בע' 157) ... בכל מקרה, האזרח או התושב אינם רשאים לטעון לשימורו של מצב חוקי קיים ולתבוע בשל כך את המדינה, כשם שאין הם יכולים לתבוע את המדינה בשל אי שינויו של מצב חוקי המכביד עליהם" (ה.ש - צ.ו).

כך בית משפט השלום בירושלים בת"א 20719/08 העמותה לזכויות משפחות מעורבות נ. מדינת ישראל (2009) דחה את תביעת העותרת לפיצוי בגין נזק ממוני ולא ממוני שנגרם לזוגות שנאלצו להינשא בחו"ל בהעדרו של דבר חקיקה מתאים המסדיר אפשרות לנישואיהם בארץ תוך שבית המשפט מבהיר כי –

"כלל נקוט בידנו כי פעולת חקיקה או היעדר חקיקה אינו מצמיח עילת תביעה בנזיקין כלפי המדינה"



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארד ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

ובדומה בעניין ת"א 18832/06 בוקאן ואח' נ' מדינת ישראל (2008), עת נדרש בית משפט השלום בחיפה לסוגיה זו בתביעה שהוגשה על ידי זוגות רבים בשל כך שנאלצו להינשא בנישואים אזרחיים מחוץ לגבולות המדינה בהעדר הסדרה חקיקתית לזוגות כמותם המנועים בשל דתם או מצבם האישי להינשא כדת משה וישראל. בית המשפט מצא לדחות התביעה, בין השאר, מתוך הכירו את הנטל הרב המוטל לשכמו של המחוקק במציאת דרך מאזנת בסוגיה רגישה זו. כך נקבע באותו עניין כי –

"על אף הנסיון להציג את הדברים בצורה פשטנית, הרי שהתביעה מעוררת סוגיות סבוכות ומורכבות לגביהן קיימת מחלוקת עמוקה בציבור ואשר פתרון צריך שיעשה בדרך ציבורית – פרלמנטרית ולא בין כתלי בית המשפט"

44. ודוק, מתוך הפסיקה הישראלית עולה כי עצם מעשה החקיקה לא זו בלבד שאינו יכול להקים עילה נזיקית בהעדר קיומה של חובת זהירות מושגית בגינו, אלא שאין בו אף להקים עוולה חוקתית וזאת גם אם ימצא בית המשפט העליון כי הוראת החוק אינה עולה בקנה אחד עם חוק יסוד קיים ועם תניית ההגבלה המפורטת בו. כך מצאנו, כדוגמה, בסוגיה הנוגעת לחקיקת החוקים שעניינם מניעת הסתננות מסתננים לישראל ואשר חלקם בוטל על ידי בית המשפט העליון בשיבתו כבג"ץ. גם בסוגיה זו נקבע על ידי בית המשפט כי לא תהא למסתננים שנכלאו בשל החוקים שבוטלו עילת תביעה כספית לפיצוי בגין כליאתם בשל הוראות החוק שנמצאו בלתי חוקיות.

להלן ארחיב מעט בדברים שכן לסברתי הם קרובים לעניין שבנדון ולו בשל כך שעניינם בטענה לסעד כספי מחמת הוראת חוק שנפסלה על ידי בית המשפט העליון בשל פגיעה בזכויות הפרט ואשר היה בעצם הוראתה לגרום לנזק לכאורי לקבוצת התובעים.

45. וזה עיקרם של דברים - בעקבות כניסת עשרות אלפי מסתננים רובם מאריתריאה וחלקם מצפון סודן לישראל, ביקשה המדינה להתמודד עם תופעה זו ועם השלכותיה בדרך שכונתה "חֶסֶם פיזי" וזאת באמצעות בניית גדר בגבול הדרומי של המדינה, שממנו הגיעו אותם מסתננים וכן באמצעות חקיקה, שכונתה "חֶסֶם נורמטיבי". בהיבט הנורמטיבי פעלה המדינה בתחילה מכוח הוראות חוק הכניסה



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 20-07-33813 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

לישראל, התשי"ב-1952 (להלן - חוק הכניסה לישראל), ובהתאם להוראותיו, הושמו המסתננים במשמורת ושחררו לאחר זמן קצר. בית המשפט העליון הן בבג"ץ 7146/12 אדס נ' הכנסת (2013) (להלן - בג"ץ אדס) והן בבג"ץ 7385/13 איתן - מדיניות הגירה ישראלית ואח' נגד מדינת ישראל (2014) (להלן - בג"ץ איתן) קבע את בטלותן של הוראות חוק שונות שנקבעו על ידי המחוקק ביחס למסתננים ואחזקתם במשמורת. בעקבות פסק הדין בבג"ץ איתן הנ"ל, הגישו שישה-עשר תובעים תביעה כספית כנגד מדינת ישראל והכנסת בה עתר כל אחד מהם לחייב את המדינה לשלם לו פיצוי כספי בסך 100,000 ₪. פיצוי זה נתבע בשל טענת התובעים כי המדינה באמצעות אורגניה - ממשלת ישראל, כנסת ישראל, שר הביטחון, השר לביטחון פנים ומנהל רשות האוכלוסין וההגירה, עוולה כלפיהם עוולה של כליאת שווא. לחלופין טענו התובעים, כי המדינה עוולה כלפיהם ברשלנות, שעניינה הליכי החקיקה שהובילו לתיקון מספר 4 לחוק.

בית משפט השלום בירושלים (כב' הש' תמר בר אשר צבן) בת"א (ירושלים) -02-38697 15 - עבדלרחמן נ' מדינת ישראל ואח' (2015) (להלן - עניין עבדלרחמן) דחה את התביעה על הסף בהיסמכו, בין השאר, על קביעות שנקבעו על ידי בית המשפט העליון בעניין צמח הנ"ל לפיהן עצם בטלותו של חוק אין משמעותה ביטול מיידי או רטרואקטיבי. בסוגיית ה"בטלות הנדחית" והשלכותיה לנדון נדון בהמשך הדברים בהרחבה רבה, ואולם לעניינינו חשובים הדברים הבאים שנאמרו על ידי בית המשפט בעניין עבדלרחמן, ואשר עיקרם כי דבר חקיקה אינו יכול להצמיח עילה נזיקית כספית לתובעים -

"... מכאן אפוא, שאין לומר כי פעולת המדינה על-פי הוראות תיקון מס' 4, כל עוד היו בתוקף, מהווה מעשה עוולה. ממילא שאין לומר כי בהפניית התובעים אל מרכז השהייה בחולות מכוח אותן הוראות, מהווים מעשי המדינה עוולה של כליאת שווא. בדומה וכאמור, "מעשי החקיקה ... אינם מקימים חובת זהירות כלפי הנפגעים מהם. לא יהא זה מרחיק לכת לקבוע שאין לאפשר לאזרח שנפגע מחיקוק חוק או חקיקת משנה לתבוע את המדינה בנזיקין" (עניין לוי, שם). מכאן, שאין מקום לתביעת התובעים שעילתה כטענתם, "רשלנות בהליכי חקיקה"..."  
(הדגשה שלי - 1.3).

ויפים הדברים לנדון ככפפה ליד.



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

46. הדברים מתיישבים אף עם הדעה הרווחת בפסיקה ולפיה גם קביעה כי הוראת חוק מסוימת נחקקה "שלא כדין" אין משמעותה בהכרח כי עצם חקיקתה נעשתה ברשלנות או מתוך עוולה חוקתית. כך מצאנו, כדוגמה, את דברי כב' הש' י. עמית בעניין תא (חיפה) 653-02 - ח. יעקבי בניה והשקעות נ' עיריית חדרה, (2005) -

"קביעה לפיה הרשות פעלה שלא כדין, אין משמעה מיניה וביה, קביעה שהרשות פעלה גם ברשלנות. סמכות סטטוטורית שניתנה לרשות, אינה מקימה מאליה חובת זהירות ברשלנות (אם כי קיומה של הסמכות מהווה שיקול להטלת חובת זהירות) – ע"א 862/80 הנ"ל. לא כל אימת שרשות ציבורית פועלת שלא כדין, צומחת לפרט עילת תביעה בנזיקין. שאם נאמר כך, נמצאנו מטשטשים את ההבחנה בין המשפט המינהלי-ציבורי לדיני הנזיקין במשפט הפרטי, עד כדי זהות בין השניים...המונח "שלא כדין" אינו מגלם בהכרח אשם, והוא מונח סל אליו אנו משליכים את כל המריעין בישין של המשפט המנהלי: אי סבירות, העדר מידתיות, הפרה של כללי הצדק הטבעי, הפליה, שרירות, חריגה מסמכות וכיו"ב. כאשר בית המשפט מתערב במעשה או במחדל המינהלי בשל אחת מעילות אלו, הוא מכריז בכך שהרשות המינהלית פעלה "שלא כדין". אך מונח זה אינו מושג נרדף ל"רשלנות". "רשלנות" לחוד ו"שלא כדין" לחוד... " (הדגשה שלי – 1.3).

47. בדומה, כאמור, בפרשת לוי הנ"ל נשללה האפשרות להטיל על רשות ציבורית אחריות בנזיקין בשל הפרת חובה חקוקה כאשר מדובר בעניינים שעניינם בהפעלת שיקול הדעת מצד הרשות בין במעשה חקיקה ובין במעשה אחר, ובלשונו ש כב' הש' שמגר –

"...בעניינינו מדובר ברשות סטטוטורית ובהקשר זה כבר נפסק בעבר כי אחריותה של זו בגין הפרת חובה חקוקה קיימת רק כאשר מדובר בסמכות שבחובה ולא די לעניין זה בסמכות שבשיקול דעת...יש המציעים לראות את חובות המשפט המינהלי כחובות חקוקות ולאפשר תביעה בנזיקין בגין הפרתן (דותן, שם). גישה זו אינה מקובלת עלי. ראשית, ממילא הפרה של סמכות שבשיקול דעת תהנה מחסינות לפי סעיף 7(א) לחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב - 1952, שכן למעט מקרים חריגים יהא מדובר ב"שימוש בתום לב בהרשאה מדומה". אך חשוב מכך, בהלכה הקיימת באה לידי בטוי הרתיעה מהטלת אחריות בגין מעשים שבשיקול דעת (לאו דוקא מהסוג המצומצם בו דובר לעיל). לעניין זה די בחובות הזהירות הנגזרות



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

מעולת הרשלנות. הפיכת חובות מתחום המשפט הציבורי ל"חובות חקוקות" ומתן סעדים אזרחיים בגין הפרתן לוקה באותם הפגמים שנידונו לעיל בעניינה של חובת הזהירות. יתרה מכך, מכיוון שמדובר בהלכה כללית, החלה לאו דווקא על רשויות ציבור, יש בה כדי להרחיב עד בלי סוף את האחריות הנזיקית ללא כל הצדקה..."

48. על כך שעצם מעשה החקיקה אף אינו יכול להצמיח עוולה חקיקתית - עמד אף כב' הש' עמית בעניין עא 1303/09 - מרגלית קדוש נ' בית החולים ביקור חולים (2012)

"אציין כי למרות שהביטוי עוולה חוקתית הפך כבר למטבע לשון בפסיקה, הרי שבית משפט זה טרם הכיר בעוולה חוקתית" (והשוו ע"א 10085/08 תנובה נ' עזבון ראבי, (2011) בפסקה 34 לפסק-הדין והאסמכתאות הנזכרות שם)

והחזיקה אחריו כב' הש' י. וילנר בעניין רע"א 2015/20 פלוני נ. מד"י (2020)-

"חרף הטעמים כבדי המשקל התומכים בהכרה בעוולה חוקתית, יש להדגיש כי עוולה זו אינה מוסדרת בפקודת הנזיקין או בחקיקה אחרת, והלכה למעשה, עסקינן בעוולה שנדונה בפסיקה ובספרות המשפטית בלבד. נוכח האמור, יש לבחון האם ניתן וראוי להכיר בעוולה חוקתית בדרך של "חקיקה שיפוטית". בהקשר זה מעניין לציין כי חרף הדיון הנרחב שהתקיים בנדון בפסיקה ובספרות לאורך השנים, בית משפט זה טרם הכריע בשאלת ההכרה בעוולה חוקתית במשפט הישראלי (ראו: עניין קיבוץ מלכיה, שם; עניין ישועה, בעמודים 50-51, 54; רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל, פסקה 18(z) לחוות דעתו של השופט י' עמית (19.1.2017); יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי ודאות במשפט" דין ודברים ו 17, 27 (התשע"א))"

49. וכאן ראוי לחדד ולהבהיר עניין אשר אפשר שהקורא יכול לטעות בו. קביעתנו הנזכרת מחדדת ומורה כי עצם מעשה החקיקה או דרך חקיקתו אינם יכולים להוות עילה לתביעה נזיקית, מנהלתית או ציבורית. בכך אין אנו מכוונים לשלול לחלוטין אפשרות לתביעה כספית בגין עוולה של רשות שלטונית שאינה נוגעת לעצם מעשה החקיקה. הדברים ברורים וידועים ואינם צריכים לימוד, ובכל זאת נביא מעט מהידוע על מנת שיטעם הקורא ולא יישאר תָּפֵל על לשונו -



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 20-07-33813 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

אכן בית המשפט העליון הכיר באפשרות לתבוע את רשויות השלטון בגין פגיעה בלתי חוקתית בזכויות יסוד, הגם ש"המסגרת המשפטית הכללית טרם הגיעה לגיבוש מלא" (ראו עניין חוף עזה הנ"ל, 590). בעניין חוף עזה דחה בית המשפט את עמדת המדינה לפיה פיצוי בגין פגיעה בזכות חוקתית אינו מוכר בדין, בקבעו כי עמדה זו "אינה משקפת את המצב המשפטי הקיים" (שם, 590). בית המשפט הצביע בעניין חוף עזה על שתי מערכות דינים המקימות עילת פיצוי בגין פגיעה בזכות חוקתית: דיני המשפט הציבורי החוקתי ודיני הנזיקין (שם, 587-590). לכך יש להוסיף את עילת התביעה המנהלית המבוססת על הטלת "נטל עודף" על הפרט.

50. אלא מאי? שגם בעניין חוף עזה במסגרתו נקבע, בין השאר, כי ההסדרים בחוק יישום ההתנתקות מקפחים ואינם עולים בקנה אחד עם פסקת ההגבלה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, הובהר כי יש בדבר להביא לביטול ההוראות המקפחות בחוק ואפשר אף להצדיק פיצוי נוסף כזה או אחר למפונים מעצם הוראות הדין אחר ביטול ההוראות המקפחות, אך לא נאמר כי יש בהן להצמיח עילת תביעה כספית בשל עצם מעשה החקיקה, אלא אך ורק בשל נזק שנגרם לתובעים במנותק ממנו ולא כתוצאה מעצם מעשה החקיקה.

מילים אחרות - יש לחלק ולהבדיל בין הזכות לתבוע פיצוי מרשויות המדינה בגין עוולה חוקתית שעיקרה חריגה מחובה חוקתית, עניין שלא נשלל בפסיקה גם אם תבניתו טרם הושלמה והוכרעה, לבין תביעת פיצויים שעניינה בעוולה נטענת ביחס לעצם מעשה החקיקה. למעשה הדברים עולים בקנה אחד עם הוראת סעי' 3 לחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 הקובעת כי -

"אין המדינה אחראית בנזיקים על מעשה שנעשה בתחום הרשאה חוקית, מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית; אולם אחראית היא על רשלנות שבמעשה"

הרשלנות בה אפשר שהמדינה שתחוב היא "רשלנות שבמעשה" היינו מעשה או ביצוע רשלני של הוראות החוק אך לא רשלנות הנוגעת לעצם מעשה החקיקה.

51. במשקפיים אלו יש לראות אף את התביעה הכספית מכוח עילה חוקתית - ציבורית, רוצה לומר - מעשה של רשות שלטונית הפוגע בזכותו של אדם אפשר



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

שיהווה עילה לתביעת פיצוי ואולם זאת כל עוד הורתו של המעשה השלטוני אינה נעוצה בכשל נטען במעשה החקיקה עצמו, שכן מעת שפועל המחוקק על פי החוק וכל עוד חוק זה עומד וניצב על כנו, איננו בוחנים את תבונתו של החוק ואת ההגיון והתכלית שעמדו מאחורי דבר החקיקה, די לנו שהמדינה פעלה על פי דבר חקיקה קיים על מנת שלא תִּמְצָא כמעוולת. בוודאי כל עוד לא בוטל מעשה החקיקה ובוודאי כאשר ביטולו לא היה רטרואקטיבי. כך, כדוגמה, בעניין תא (ירושלים) 20719/08 הנ"ל - הבהיר בית המשפט כי אין לראות בהעדר חקיקה או בקיומה של חקיקה מפלה עילה לתביעה נזיקית, תוך שהוא מדגיש-

"...עד כה שללה הפסיקה הטלת חובת זהירות מושגית על המדינה בעת הליכי חקיקה, כלפי הנתונים לחוקיה. אני סבורה כי ביסוד שלילה זו, טעמי מדיניות כבדי משקל, מעבר לאילו הפועלים בזירה הנזיקית הטהורה, כך שהביטויים "שכנות", "קירבה", "ציפיות" ושאר ביטויים נזיקיים, אינם אלא באים לבטא טעמים עמוקים יותר. ביניהם, כך לטעמי, החשש מהשגת גבולה של הרשות המחוקקת, לרבות בפיקוח על התקנת חקיקת משנה, והחשש מהתערבות בכללי המשחק הפרלמנטרים, הבאים לביטוי במהלכי חקיקה. חששות אלה, הינם מעבר לחששות הידועים של ריבוי תביעות נגד המדינה והשקעת כספי ציבור רבים בבדיקת פעולות המדינה, מראש. חששות אלה יורדים לשורש תפקידה של הרשות המחוקקת במדינה דמוקרטית. הרשות המחוקקת צריכה לעסוק בחקיקה, לרבות במשאים ומתנים חופשיים בין מרכיביה הפרלמנטרים השונים וזאת, לכאורה, ללא חשש של חשיפה לתביעות נזיקין, שאולי יפצו ניזוקים פרטיקולארים, אך יגרעו מהקופה ומהמשאבים הציבוריים." (הדגשה שלי - ד.צ.)

אם נבוא ונסכם הדברים לפרק זה - בישראל, הסעד העיקרי שהתקבל והשתרש בשיטתנו המשפטית, כתרופה לאי חוקיותו של דבר חקיקה, הוא סעד של בטלות לצד סעדי הפרשנות או הקריאה לתוך החוק, אך לא פיצוי כספי בגין עצם חקיקתו של דבר החקיקה הפגום. כפי שציין כב' 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).





## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

וכן מצאנו לעניין זה את דבריו של כב' הש' פוגלמן בפסק הדין החלקי השני בעניין ארז

–  
"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..."(הדגשה שלי – צ.ו.)

ואם כן בבטלותו של החוק באו הפגמים שנפלו בחוק הפונדקאות ובחוק תרומת ביציות על תיקונם ופתרוןם ומוצה הסעד לעניין זה. אך לסברתי אף יותר מכך –

קיומה של עוולה מותנה בבטלות הוראת החוק

52. גם אם יטען כי ניתן בדרך כזו או אחרת לפסוק פיצוי בגין חיקוקו של דבר חקיקה פגום ולא תקין, הרי שפיצוי זה יפסק אך ורק מעת שבוטל דבר החקיקה שכן כל עוד עמד דבר החקיקה על כנו, פעלה המדינה על פי הוראות החוק ואילו הכנסת פעלה על פי סמכותה בעצם חקיקתו של החוק. וכך כתב כב' הש' א. ברק לעניין זה במאמרו הנזכר בעניין הזכות החוקתית בעמ' 182 -

"כאשר מתברר כי אין אפשרות ליתן סעד חוקתי המקיים את התכליות המונחות ביסוד הזכות לסעד חוקתי מבלי להכריז על בטלותו של החוק, אין מנוס מלהכריז על בטלותו של החוק. הכרזת הבטלות היא בעלת אופי קונסטיטוטיובי. כל עוד בית המשפט אינו מכריז על בטלותו של החוק יש לנהוג על פיו. הכרזת הבטלות היא שמביאה לידי בטלותו של החוק. עם מתן הכרזת הבטלות יקבע בית המשפט אם הבטלות פועלת רטרואקטיבית (EX TUNC), אקטיבית (EX NUNC), או פרוספקטיבית (PRO FUTURO). לדעתי כלל המוצא צריך



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארד ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

להיות שהכרזת הבטלות פועלת באופן אקטיבי מיום ההכרזה. עם זאת לבית המשפט נתון שיקול דעת לגבש סעד רטרואקטיבי או פרוספקטיבי, בהתחשב באיזון הראוי בין התכליות המונחות ביסוד הזכות לסעד חוקתי. איזון זה נערך במסגרת פסקת ההגבלה. עם מתן ההכרזה על בטלותו של החוק, בית המשפט רשאי לקבוע כי ההכרזה תיכנס לתוקפה במועד שנקבע על ידיו... בעשותו כן הוא משעה את מועד תחילתה של בטלות החוק. השעיה זו צריכה לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. במסגרת צו ההשעיה על בית המשפט לקבוע מהן זכויותיו של הנפגע בתקופת ההשעיה. במקרים מתאימים ניתן לקבוע כי צו ההשעיה לא יחול על העותר" (הדגשה שלי – צ.ו.)

53. והנה, בנדון קבע בית המשפט בפסק הדין המשלים בעניין ארד בסופו של יום שאין להקדים ולהורות לאלתר על ביטול ההסדר המפלה הקיים וזאת על מנת שניתן יהיה להסדיר את כלל ההוראות הנלוות לרוחבה של החקיקה הנוגעת לנדון באופן שיתאים עם הפרשנות אליה הגיעה בית המשפט בפסק הדין החלקי השני בעניין ארד. ובלשונו של בית המשפט –

"לשיטתי וכפי שאפרט להלן, לאחר ביטולן של הגדרות אלו, ניתן לפרש את יתר הוראות חוק ההסכמים וחוק תרומת ביציות בהתאם לאמות המידה שהותוו בפסק הדין החלקי ולחזקה לפיה כל דבר חקיקה מבקש לקדם זכויות אדם ולא לפגוע בהן" (הדגשה שלי – צ.ו.)

משמעות הדבר היא כי אינך יכול להלקות את המחוקק או את רשויות השלטון בקיימן את החוק העומד וניצב על כנו על פי הנחיות בית המשפט עצמו. וכך מצאנו לעניין זה במאמרו של המלומד יגאל מרזל, השעיית הכרזת הבטלות, ממשל ומשפט ט 78 (תשס"ז) –

"...בית המשפט, הנדרש להחליט איזה סעד ינתן לעותר שלפניו, מפעיל את תורת האיזונים ואת שיקול הדעת השיפוטי גם בשאלת הסעד. הסעד צריך לשקף גם הוא את היות האינטרסים והזכויות שביסוד משטרנו החוקתי אינטרסים וזכויות יחסיים ולא מוחלטים. ודוק: אין ספק שקיים הבדל בין השלב שבו נקבע אם הרשות הפרה את הדין ובין השלב שבו נקבע הסעד בשלב זה כבר ידוע כי הרשות הפרה את הדין בלא הצדקה מספקת. לנתון זה חייבת להיות השפעה על נקודת האיזון בין האינטרסים השונים, אולם אין בנתון זה כדי להצדיק קביעה כי משעה



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 20-07-33813 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

שנקבע שהרשות פעלה שלא כדין נהפך אינטרס שהיה יחסי לאינטרס מוחלט, וזכות שהייתה יחסית נהפכת לזכות מוחלטת. המשקל יכול להשתנות, אך לא היחסיות האינהרנטית של הזכויות והאינטרסים... (שם, עמ' 93)

וכן –

"מדובר באיזון שונה מזה שעמד ביסוד העתירה שהתבררה. בעוד שהעתירה עצמה בחנה את חוקתיות מעשה הרשות, בשלב הסעד הבחינה היא של חוקתיות הסעד. בעתירה עצמה בוצע איזון בין מעשה הרשות מזה לאינטרסים או הזכויות שכנגד מזה, ואילו בשלב קביעת הסעד וההחלטה אם להשעות את הכרזת הבטלות, האיזון הינו בין השארת מעשה הרשות על כנו למרות אי החוקיות מזה, ובין האינטרסים או הזכויות הנפגעים מהשארה זו של המעשה הפגום, מזה. האינטרסים שונים, הזכויות שונות וממילא האיזון שונה, אך הנוסחה - היא נוסח המידתיות - מתאימה ואף נדרשת לאיזון גם בהקשר זה. המשמעות היא, אפוא, כי השימוש בכלי של השעיית הכרזת הבטלות צריך להיות חוקתי אף הוא. השעיית הכרזת הבטלות צריכה להיות "השעייה חוקתית" (שם, עמ' 96)

בנדון, ניתנו הוראות ברורות על ידי בית המשפט העליון באשר לתקופת הביניים בת החצי שנה עד לביטול ההגדרות המפלולות בחוק הפונדקאות ועיקרן שהקבוצה המופלית לא תינזק מעבור הזמן לצורך חישוב "הגיל הקובע" לעניין מגבלת הגיל הקבועה בחוק

הפונדקאות -

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

ואם כן, מעת שמצא בית המשפט העליון להשעות את ביטול הוראות החוק המסויימות חזקה שמדובר ב"השעייה חוקתית" וכי לא ניתן לטעון כי רשויות המדינה,



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

כל עוד נהגו על פי הוראות החוק במתכונתו הקיימת – עוולו, כשם שלא ניתן לטעון כנגד הכנסת כי עוולה בעצם חקיקתו של החוק שכן הבטלות המושעת למעשה מעניקה מעין לחסינות למחוקק יחס למלאכת חקיקתו עד לביטולו בפועל של החוק. הדבר מתיישב אף עם טעמים של מדיניות משפטית שכן אין זה סביר להוביל את הנתבעות למדרון חלקלק ולחושפן לתביעות בגין הסדרה או אי הסדרה חקיקתית, ואף להביא להרתעת יתר עד כדי שיבוש של ממש של פעולת הרשות המחוקקת והימנעות מחקיקה, בפרט בסוגיות רגישות ומורכבות.

54. כאמור, בדרך זו אף נקט בית המשפט בעניין עבדלרחמן הנ"ל ומטעם זה נדחתה תביעתם הנזיקית של המסתננים לפיצוי בגין הוראות החוק המפלה -

"כידוע, הצהרה של בית-המשפט על בטלות חוק, או הוראה בחוק, אינה חייבת להיכנס לתוקף באופן מיידי. היא יכולה להיות עתידית (פרוספקטיבית), אם הנסיבות מצדיקות זאת, כדי לאפשר היערכות ראויה לקראת הבטלות. ראו, לדוגמה, בג"ץ 1715/97 [בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367], בעמ' 417. במקרה זה, הנסיבות מחייבות לדחות את מועד הכניסה לתוקף של הצהרת הבטלות, כדי לתת סיפק בידי המשיבים להגיש את הצעת החוק הנדרשת לכנסת, לתת סיפק בידי הכנסת לדון כנדרש בהצעת החוק, ובין לבין לתת סיפק בידי המשיבים להכין את הצבא כנדרש לקראת החקיקה הצפויה. בהתאם לכך אנו קובעים כי הצהרת הבטלות תיכנס לתוקף רק בתום שישה חודשים מיום מתן פסק-דין זה".

בית המשפט הבהיר כי עצם ביטולו של החוק על ידי בית המשפט בבג"ץ איתן לא היווה ביטול למפרע וכי כוונת בית המשפט אף לא הייתה כי קביעת בטלות הוראות תיקון מס' 4 לחוק עשויה להצמיח עילת תביעה בנזיקין בשל כך שקודם להכרזת בטלותו, הוא לא היה "חוקתי". בית המשפט בעניין עבדלרחמן הוסיף לעניין זה דברים היפים אף לנדון –

"אילו אמנם מסקנת בית המשפט הייתה, כי משעה שנקבעה בטלות החוק הוא בטל גם למפרע, או כי מלכתחילה נעדר תוקף, לא היה בית המשפט מורה על המשך תוקפו של החוק למשך פרק זמן של תשעים יום. פרק זמן זה נועד כדי לאפשר היערכות לקראת ההשלכות של בטלות הוראות החוק, לרבות קביעת הסדר חקיקתי אחר במקום זה שנקבע בתיקון מס' 4 ובוטל, כפי שאמנם נעשה בפועל במסגרת חוק מניעת הסתננות החדש. בכל



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

מקרה, במהלך פרק הזמן שבו הורה בית המשפט כי אפשר להמשיך לפעול על-פי החוק שנקבע כי הוא בטל, הייתה הפעולה על פיו "חוקית" לכל דבר ועניין" (הדגשה שלי – צ.ו).

ואם כן, גם בכך די על מנת לדחות את תביעת התובעים, שהרי בנדון השהה בית המשפט העליון את ביטולו של החוק מטעמים שונים וסבר כי על אף הוראותיו המפלות אין לאפשר לקבוצות המופלות שימוש לאלתר בהליך הפונדקאות בישראל בקביעה זו יצר בית המשפט, כאמור, מעין חסינות לכנסת ולמדינה בכל הקשור לעצם מעשה החקיקה עד לביטולה בפועל ובאשר לפעולות שנעשו על פי מעשה חקיקה זה.

ושוב לסברתי, אף יותר מכך - גם אם תמצי לומר כי ניתן לתבוע סעד כספי בגין עוולה חוקתית או עוולה נזיקית שהורתן בעצם מעשה החקיקה עצמו, ואף דחיית ביטולו של דבר החקיקה אינו מציב חסינות מפני הנוהג על פי החוק טרם ביטולו, הרי שבנדון, כפי שאראה להלן, לא עלה בידי התובעים להוכיח כי נפל פגם בדרך פעולתן של הנתבעות בכל הקשור להליכי החקיקה של החוקים הנדונים.

האם הוכחו רשלנות או הפרת חובה חקוקה

55. כאמור, גם אם תמצי לומר, בניגוד לסברתנו כפי שנימקנו מעלה, כי ניתן יהא לתבוע את המדינה והכנסת על רשלנות במעשה החקיקה הרי שעל הטוען לכך לטעון ולהוכיח כי מעשה החקיקה נחקק מתוך רשלנות או מתוך פגמים חוקתיים ואחרים שעמדו בבסיסו, נטל שכזה יהיה כבד ביותר בהתייחס למהותו ותכליתו של מעשה החקיקה כפי שפורט לעיל בנימוקיה של כב' הש' א. שניידר, ששימשה בעצמה כיועצת משפטית לכנסת, בעניין תא (ירושלים) 20719/08 הנ"ל-

"הרשות המחוקקת צריכה לעסוק בחקיקה, לרבות במשאים ומתנים חופשיים בין מרכיביה הפרלמנטרים השונים וזאת, לכאורה, ללא חשש של חשיפה לתביעות נזיקין, שאולי יפצו ניזוקים פרטיקולארים, אך יגרעו מהקופה ומהמשאבים הציבוריים"



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

כך אף מצאנו, כדוגמה, בעניין תא (ירושלים) 3372/01 - תכשיטי כפריס בעמ נ' המועצה הפלסטינאית, (2015)-

"...התשובה לטענתן של התובעות, קבועה בהלכה הפסוקה ובספרות המשפטית: אדם פרטי אינו רשאי להסתמך על מקורות חקיקה...הדרך, אם כן, לתקיפת דבר חקיקה או פעולה של הממשלה אשר גרמה נזק לאזרח הפרטי, הינה כאמור, דרך תקיפת פעולה מסוימת של רשויות הממשלה באמצעות הצבעה על חוסר תקינות של אחת מן החלטותיה (או אחת מפעולותיה) של הרשות... במילים אחרות: בבוא האזרח לתקוף את רשות הממשלה עקב חקיקת חוק פוגעני כלפיו, או עקב התנהגות פוגענית כלפיו, עליו להצביע על אי תקינות ביחס להליך קבלת ההחלטה על חקיקת אותו חוק פוגעני, או על אי תקינות של הפעולה הפוגעת בו. התובעות לא הצביעו על אף אחת מן האפשרויות הללו, ביחס לרשות הממשלה" (הדגשה שלי – צ.ו.)

כפי שנראה להלן, אף בנדון התובעים לא הצביעו על עוולה הנוגעת לאי תקינות ביחס להליך חקיקת החוקים הנדונים.

56. כידוע, בהתאם לסעיף 1 לחוק יסוד: הכנסת, הכנסת היא זו שמחוקקת חוקים במדינת ישראל, ובלשונה של כב' השופטת ד. דורנר בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר (1997):

"ראשית, חוקים מתקבלים על-ידי הכנסת, הנבחרת על-ידי העם ומהווה "בית הנבחרים של המדינה" (סעיף 1 לחוק יסוד: הכנסת)".

עוד מושכלת יסוד במשטרנו היא כי –

"הבכורה ביצירת משפט נתונה לכנסת, והסמכות לקבוע מדיניות בענייני חברה ומשק, כמו גם הסמכות לבצע את החוקים, נתונה לממשלה (י' זמיר- הסמכות המינהלית, כרך א', עמ' 89-90). (בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה מר אריאל שרון, (2003))

אין בדברים ללמד כי לא ניתן להפנות ביקורת שיפוטית כלפי הכנסת ביחס לתוכנו של דבר חקיקה ואף ביטולו על ידי הרשות השיפוטית בהתקיים תנאים מסויימים, כפי שאכן נעשה בנדון.



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

57. כאמור, בפסק הדין בעניין מזרחי דן בית המשפט העליון באריכות מרובה במקור סמכותה של הכנסת לחוקק חוקי יסוד, משמעותה של חקיקה זו, ומשמעות חקיקתה של חקיקה הנוגדת לה, הדברים ארוכים ולא נפרטם לפרטי פרטים, לענייננו די שנביא את עמדתו של כב' הש' ברק ולפיה הכנסת היא בעלת סמכות מכוונת ומחוקקת גם יחד, וכי בכוננה חוקה או חוקי יסוד היא יכולה להגביל את כוח החקיקה הרגיל שלה (שם סע' 39 לפסק דינו) ובלשונו –

”בית המשפט משתדל לתת את הפירוש הטוב ביותר למכלול ההוויה הלאומית. לעתים הסמכות המכוונת נשארת בידי העם עצמו, הפועל במישרין והמכוון חוקה במשאל עם. לרוב, הסמכות המכוונת מוענקת על-ידי העם לגוף שלטוני. לעתים זהו גוף שלטוני מיוחד. לרוב זהו גוף שלטוני קיים, שהינו גם הגוף המוסמך לחוקק חוקים. זהו המצב בישראל”

בישראל בהעדר חוקה משמשים חוקי היסוד חקיקה ראשית בדרגה עליונה חלף חוקה. בהיעדר הוראות בדבר ”נוקשות” ניתן לשנות את חוקי היסוד בחוק יסוד שנתקבל ברוב רגיל (עניין מזרחי, עמ' 408) כאשר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל הוראת שריון, המפורטת בסע' 8 לחוק. מדובר בשריון מהותי, הקובע כי ניתן לפגוע בהסדר הקבוע בחוק היסוד הנזכר באמצעות חוק רגיל, ובלבד שהחוק הרגיל מקיים דרישה של מהות, שעניינה – ייעודו לתכלית ראויה, והיותה של הפגיעה המובלעת בו – אינה עולה על הנדרש. ובלשון סע' 8 לחוק –

”אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו”.

מכוחה של פסקת ההגבלה הנזכרת אין לפגוע בזכויות המעוגנות בחוק על-ידי חוק רגיל, אלא אם כן החוק הרגיל מקיים דרישות מהותיות באשר לתוכנו. בעניין בנק מזרחי נקבע כי הוראת שריון זו היא חוקתית ומחייבת בעיקרה את הכנסת, בין כלל רשויות השלטון, וכלשון סע' 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ” כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה”. וכך הבהיר כב' הש' מ. חשין את הדברים בעניין מזרחי –

”כולנו נסכים כי ”רשויות השלטון” הנזכרות בסעיף 11 לחוק, הכנסת נמנית עמהן; לא עוד, אלא שהוראת סעיף 11 לא נבראה מעיקרה אלא לכבודה של הכנסת. ואמנם: ”רשויות השלטון”



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

האחרות - בתי המשפט, הממשלה וכל רשויות שלטון שתהיינה - פשוט הוא שבאות הן ב"רשויות השלטון", וגם לולא הוראת סעיף 11 לחוק היו הן חייבות בכבודו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זה שלטון החוק בפשטותו, והוא עמנו באשר אנו. הוראת סעיף 11 נועדה אפוא להודיענו באורח חגיגי ומחייב, כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו פורס עצמו מפורשות על הרשות המחוקקת אף היא, והוא שלטון החוק ברשות המחוקקת. אכן, משקבע סעיף 8 לחוק היסוד כי אין ניתן לפגוע בזכויות יסוד שלפי החוק אלא בחוק המקיים תנאים אלה ואלה, הוראת סעיף 11 לחוק נדרשה היא כמו מאליה להשלמת הקביעה המהותית שבסעיף 8...הכנסת אף היא חייבת אפוא בכבודן של זכויות היסוד המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובכל פעילויותיה, לרבות - נוסף ונאמר: בעיקר - בפעולות החקיקה...." (ע"א 6821-93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי (1995)).

ואם כן, הכנסת אינה יכולה, לכאורה, לנער חוצנה מהגבלות שמטיל עליה כמחוקקת חוק היסוד שיוסד על ידי המחוקקים עצמם, בטענה כי אינה יכולה להשפיע על הכרעתם של חברי הכנסת כ"פרטים" (כטענת הנתבעות בסיכומיהן). הכנסת היא, אפוא, יריב נכון בטענה הנוגעת לחקיקה מפלה אשר אינה עולה בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא שלסברתנו, כפי שהדברים פורטו מעלה, עדיין יש מרחק רב בין בחינת מעשה החקיקה לאורו של חוק היסוד, הביקורת השיפוטית עליו, ביטולו או שינויו - עניין שצינינו לעיל כי הוא הסעד העיקרי בעניין הוראות חוק מפלה, לבין הטלת חבות כספית, נזיקית או אחרת לשכמן של הכנסת או רשויות המדינה המבצעות את הוראות החוק ככתבו וכלשונו. להלן אבקש לעמוד על הטעם לחילוק הנזכר -

58. עלינו לתת את הדעת לטיבו ומהותו של מעשה החקיקה. מלאכת החקיקה אינה עניין של מה בכך, מדובר במלאכת מחשבת הנזקקת ליד אומן רגישה, חבר הכנסת העוסק בה מביא לשולחנה של הכנסת ממאווייו, אמונותיו, רצונות, הרצון הפוליטי המשותף של חברי מפלגתו, הרצון המשוער של בוחריו, בצד הבנתו את טובת הציבור וצרכי הציבור בכללותו. הצעת חוק המוגשת על ידי הממשלה אף היא מנסה לכוון לרצון בוחריה, למצע ולדגלים האידאולוגיים העומדים מאחורי מרכיביה ולרווחת הציבור רצונותיו ואמונותיו. הקושי במעשה חקיקה נובע, בין





## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

השאר, בשל כך שהשלכותיו לרוב הן רוחביות וצריכות להתיישב ולהשתלב במארג שלם של הוראות חוק אחרות, להתחשב במגבלות ובהגבלות המפורטות חוקים אחרים ובמיוחד חוקי היסוד, כאמור, וכן לעלות בקנה אחד עם שלל יסודות, אמונות ודעות המתבקשות מהיותנו חברה רב תרבותית ורבת פנים. מעשה החקיקה, מטיבם של דברים, אף מושפע, מנורמות ואמונות הנוטות להשתנות עם העיתים ועם רוחות הזמן, כך אפשר כי עניין שהיה נדמה בימים עברו כמעשה אסור המגיע עד כדי מעשה פלילי לעושהו, הופך לנורמה ומעשה העומד בגדר זכויות היסוד השייכות לפרט, הדברים ידועים והדוגמאות לכך רבות.

59. די לנו שנביט, ושוב אך ורק לשם הדוגמה, ביחס החשדני שניתן בעבר, בחוק ובפסיקה, לידיעות בציבור – שניים החיים יחדיו ללא נישואין - על מעשה שכזה, המהווה חזיון נפרץ בימינו אלה, מצאנו את דבריו של כב' הש' זילברג בראשית שנות השישים של המאה שעברה –

"...ו(א) אין אני סבור, כי כיוון התקדמותו של המין האנושי הוא לעבר ההשתחררות מכבלי הקשר המשפחתי. רק כאשר ילדים יגדלו על העצים, תתרחש ישועה שכזאת! כל עוד התינוק זקוק לשדי אמו, והאם זקוקה לחבר, שישתתף אתה בצער גידול בנים, לא תסוף המשפחה, ולא תעבור מן העולם. אין קיום לחברה האנושית, אלא אם-כן שומרים כבבת-העין על התא הראשוני שלה, הוא התא המשפחה. פילגשות ו"אהבה חפשית" – חפשית לחדול – לא ישמשו תחליף לנישואין חוקיים. כי הללו הן יצורים קיקיוניים, הנדרסים על-ידי כל "רכבת מיניאטורית", ונמחקים כליל על-ידי החלפת מנעול הדירה, כפי שראינו בעליל במקרה הנדון לפנינו..."

אין ספק כי מאז שנאמרו דבריו אלו של כב' הש' זילברג, המבקש לזהות בין קשר נישואין לזוגיות ובין הורות למשפחה, זימנו לנו שינויי העיתים ומאורעות הזמן אין ספור תחליפים ל"נישואין החוקיים", ומוסד "הידועים בציבור" תפס לו מקום מכובד ומשמעותי בין מסכתות היחסים הבינזוגיים, עד כדי שאינך יכול עוד להתייחס לצורת חיים זו בביטול וכלאחר יד ולסלקה מעליך ב"החלפת מנעול הדירה"... כך גם בעבור השנים המרחב המשפחתי הורחב ואין צורתו צורה אחידה של אמא, אבא וילד, וכדבריו הידועים של כב' הש' א. רובינשטיין בפרשת פלונית



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

בצינו -

"...העולם דהאידינא מזמן לפנינו מערכות יחסים שלא שערום אבותינו, ובעוד איננו יכולים לעצום עינינו כלפי קיומן, עלינו גם לגלות זהירות בבואנו להשתית זכויות שונות על יסודות שאיננו יודעים אם יתבררו כסלע איתן או כחולות נודדים (וגם לא להטיל מסגרת על מי שאינו רוצה בה). לא שבמשפחה המסורתית היה הדבר פשוט וקל, אלא שבצירופים דהאידינא היעדר הצורך בפורמליזציה מקשה על הזיהוי והאפיון - ומכאן לדעתי נטל ההוכחה המוגבר..." (בג"צ 4178/04 - פלונית נ' בית הדין הרבני לערעורים ואח' (2006))

ואם כן, הרי לנו מושכלה ראשונה במסענו - בכל הקשור לחקיקה הנוגעת ומשליכה על מבנה המשפחה בישראל, הליכי הפירון בכלל וסוגיית הפונדקאות בפרט, מתבקש המחוקק לפסוע אט אט ובמתירות, כדברי כב' הש' רובינשטיין בעניין פלונית, וכדברי כב' הש' חשין בעניין משפחה חדשה.

כבר בכך יש בכדי לדחות את טענות התובעים המבקשים לעמוד עם שעון עצר וקוצב זמן מעל ראשם של הכנסת ורשויות השלטון בכל הקשור לחקיקה הרלבנטית, לדחוק ולהאיץ בהם מדוע לא חוקקו באופן כזה או אחר את נוסחו של החוק או מדוע לא שינו ותיקנו נוסחו בשלב כזה או אחר, ואף לבקש למצוא דופי בתיפקודם כמחוקקים האיטיים במלאכתם. תפקידו של המחוקק להיזהר ולהישמר בעת ביצוע מעשה החקיקה, הדברים דורשים מעליהם שיקול דעת מעמיק ושיקול הדעת דורש מאליו מתירות וזהירות וכל אלו יחדיו דורשים זמן - הרבה זמן.

60. ועוד נוסיף לעניין הקושי העומד לפני המחוקק בסוגיות הנדונות מדבריו של המלומד פנחס שיפמן בספרו שפה אחת ודברים אחדים, הוצאת כתר, 2012 בהם הוא מתייחס להשתנות מבנה המסגרת המשפחה המסורתית באופן המשיג ומותר מאחור את הוראות החוק הנוגעות בדרך כזו או אחרת למבנה המשפחה וענייניה-

"מטבען של מסגרות משפחתיות חדשות, שהן אינן נוצרות על פי חוק אלא מתקיימות מכוח רצונם של הצדדיים להמשיך לחיות בהן. כל עוד הן בגדר תופעות שוליות, קוריוזיות, יכול המשפט להעלים עיניו מהן, אך כאשר הן מתרחבות לתופעה וקונות להן אחיזה של ממש במציאות החברתית, סופן שהן



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

כופות עצמן על המשפט ומחייבות אותו לאוורר את מושגיו לקלוט רעיונות חדשים ולפרוש את חסותו עליהן. תהליך זה עשוי להתרחש הן ביחס לזוגיות והן ביחס להורות. ברם שעה שלגבי הזוגיות יכול המחוקק לשלול את זכות הנישואין אך לא את הזכות לחיים משותפים, לגבי ההורות החדשה, שמתממשת בסיוע מבחון, באימוץ או בטכניקות מלאכותיות של הולדה עשויה להתעורר בכל חריפותה שאלת הזכות להורות לרבות שאלת מעמדה של ההורות הפסיכולוגית... בישראל שהאוכלוסיה בה הטרוגנית מאוד ומורכבת מבליל תרבויות, קשה עד מאוד משימתה של המערכת המשפטית לקבוע נורמות חובקות כול שיפרשו את מצודתן על כל אדם ואדם, במנותק מן החוג העדתי, התרבותי החברתי שאליו הוא משתייך... " (הדגשה שלי – 1.3)

והרי לך מושכלה שנייה באשר לקושי העצום העומד לפני המחוקק בבקשו לחוקק חוק העוסק בהליכי פריון, לא זו בלבד שלעולם, מטבעם של דברים, יקדים עולם המדע במירוצו את המחוקק, אלא שסוגיות הפריון ובמיוחד סוגיית הפונדקאות מעלה בחובה בעיות אתיות בצד סוגיות חברתיות סבוכות, באשר לצורתה והגדרתה של המשפחה בחברה ישראלית, אשר לבד מהיותה "הטרוגנית מאוד ומורכבת מבליל תרבויות" מבקשת היא לאמץ, בשונה משאר האומות, נוסחת חיים וקיום ייחודית לה קראנו – "יהודית ודמוקרטית", דבר המעלה אף צורך בבדיקת היבטים דתיים - הלכתיים של החוק, לבד מן ההיבטים האתיים של השימוש בפונדקאות (ולעניין זה ראו, כדוגמה, רוזלי בר סוגיות אתיות ביצירת ילדים באמצעות אם פונדקאית, דילמות באתיקה רפואית 194-192 (2002); וכן דברי כב' הש' נ. הנדל בפסק הדין החלקי השני בעניין ארז סע' 4 לפסק דינו) וכפי שמצאנו, כדוגמה, במאמרו של הרב יובל שרלו, פונדקאות: דילמה אתית כבדת משקל, (פורסם באתר ארגון צוהר) -

"... הדיונים ההלכתיים הרבים אינם עוסקים בהיבטים האתיים של השאלה. הם עוסקים בעיקר בשאלות ש"בין אדם למקום", לאמור: האם מותר הדבר מצד מקומו של האדם בבריאה ואיסורים המגבילים את המדע; האם מותר הדבר מצד דיני עריות, או שהדבר הוא פעולה אסורה, ואולי אף תוצאותיה חמורות כמעשה של גילוי עריות; ובעיקר – מה מעמדו ההלכתי של הילד הנולד, ולמי מבין האמהות יש לייחס אותו" (מאמרים הלכתיים רבים נכתבו על שאלת הפונדקאות. על הדיון העקרוני מצד האתיקה המדעית וגבולות היצירה של האדם ראה מאמרים שונים בקובץ שיבוט גנטי, מעלה אדומים תשס"ד, בעיקר בעמודים 10-47. על השאלות הנוגעות להיתר ולאיסור



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 20-07-33813 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

הפונדקאות משיקולים הלכתיים, כמו גם לגבי ייחוס הילד, ראה קובץ מאמרים בדברי הכינוס הבינלאומי השני לרפואה, אתיקה והלכה, ירושלים 1996, בעמודים 79-340. וכן ראו רונית עיר שי, "פרו ורבו ומלאו את הארץ": בין שיח הגמוני לשיח חתרני בפסיקה ההלכתית בנושא הפריזון, דעות 31 (תשס"ז) עמ' 35-40).

ואם כן - מוסד הפונדקאות כשלעצמו שנוי במחלוקת בקרב מלומדים, מחוקקים ובתי משפט בארץ ובעולם, ונוגע בין היתר להיבטים אתיים, ערכיים, משפטיים, פילוסופיים וחברתיים וכל עניינים אלו צריך המחוקק ליטול בחשבון ולקבוע מינון ראוי לכל אחד ממרכיבי המתכון של החקיקה הנדרשת. וכאשר הדברים כה מורכבים והרכבה של הכנסת כהרכב העם – רב פנים, הופכת המלאכה הקשה למלאכה קשה להפליא.

61. מתוך הדברים האחרונים אין להתפלא על כך שעיתים הכנסת נקלעת למצב של "מניעות פוליטית", מניעות העוצרת אותה מלעשות את שלכאורה נדרש ממנה – לתקן את החוק. ואולם בצד זה מעת שהכנסת ביקשה לבחון את שינויו של החוק, העלתה הצעות חוק לתיקונו אך הדברים לא צלחו, כבעניין דנן, או אז בדין מעבירה הכנסת את השרביט לידי בית המשפט על מנת שכגוף שיפוטי שאינו סובל ממניעות פוליטית (ולו בשל השיטה הנוהגת לפיה דעת רובו של ההרכב שאינו זוגי קובעת) יכריע בסוגיה, בדיוק כפי שאירע בעניין דנן עם הודעתו של שר הבריאות לבית המשפט על העדר "היתכנות פוליטית" לתיקון החוק. בדיוק לשם כך נועד הליך הביקורת השיפוטית החקיקתי הנותן בידי בית המשפט את האפשרות לחלץ את הכנסת משיתוק חקיקתי בנסיבות מיוחדות דוגמת תיקונו של פגם חקיקתי שנפל בדבר חקיקה. אין לראות, אפוא, ב"הרמת הידיים" של הכנסת בכל הקשור לתיקון הוראות החוק כמתבקש מהוראות בית המשפט העליון בפסק הדין החלקי השני בעניין ארז משום מעשה רשלנות אלא משום מניעות כפויה, מניעות הנרפאת על ידי מעשה החקיקה השיפוטי של בית המשפט.

62. וכאן נבוא למושכלה השלישית ואפשר אף הרביעית – האחת, עצם הותרתו של דבר חקיקה מפלה על כנו פרק זמן ממושך אין בו כשלעצמו ללמד על רשלנות או הפר חובה חקוקה של המחוקק – אפשר שניסה המחוקק לשנות אך לא צלח מתוך העדר "היתכנות פוליטית", זו נסיבה קיימת והורתה ברב תרבותיות של עמנו והדעות



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

השונות הנקבצות לבית מחוקקים אחד, האחדת – מעת שפעל המחוקק בעניינו של החוק, דן בו ובחן אף את הערות בית המשפט בעניינו, אך לא בא לגמר מלאכה ולא צלח את מלאכת התיקון, רשאי הוא להותיר את גמר המלאכה בידי בית המשפט, כפי שנעשה בנדון.

כך פועלות שתי רשויות באופן בו, מחד - "אין מלכות נוגעת ברעותה" ומאיך - אחר שבית המשפט המתין ונתן לכנסת את השהות הסבירה והראויה להשלים ולתקן את הטעון תיקון וזו הודיעה כי "לא עלה בידה", חובש בית המשפט את כובעו האחר כ"מחוקק מתקן" או "כמתקן חקיקה", הנדרש לשמירה על תקינותו החקיקתית של הליך חקיקתי קיים.

63. מכל מקום, וכפי שרמזנו מעלה, הטלת חיובים כספיים או סנקציות אחרות אזרחיות ונזיקיות על הכנסת בשל פעולתם של חברה, עלולה לפגוע בלב ליבו של מעשה החקיקה ולגרום לכך שחבר הכנסת יחשוש מהבעת עמדתו ודעתו והבאתם לבחינת הכנסת, ונמצאת שופך המים עם התינוק. איננו חפצים במחוקק מסורס, חששן, וחסר בטחון, אשר דבר חקיקה שייצא תחת ידיו יהא מגמגם, פוזל לכאן ולכאן, וכל הורתו בחשש מהטלת פיצוי כספי בגין ניסוחו של דבר החקיקה. אין לכחד - אנו אכן מבקשים כי המחוקק יעמוד בגבולות אותם הוא עצמו הציב לפניו ובעיקר הגבולות המיוסדים בחוקי היסוד ואולם שוט הפיצויים עלול לחבל באותה מלאכה עדינה ורבת פנים המוטלת עליו כמפורט מעלה, ודומה כי שימוש בו רבה קללתו על ברכתו (וראו לעניין זה בש"א (שלום ת"א) 162557/03 מדינת ישראל – משרד המדע והתרבות נ' איגוד הכדורסל בישראל (2009)).

64. ומהכלל אל הפרט, התובעים בתביעתם ובסיכומיהם מנסים להצר את רגליו של המחוקק ולקבוע לו מסגרות ומסמרות זמן הנראות הגיוניות בעיניהם, לסברתם אין זה הגיוני כי חלפו שנים רבות מאז ש"נרמז" המחוקק על ידי בית המשפט העליון בשנת 2002 בעניין משפחה חדשה כי עליו לבחון את הוראות החוק ולתת דעתו לשינוי העיתים ולהפליה הלכאורית העולה מהוראותיו ביחס לנשים רווקות, כאשר עד לשנת 2010 לא נעשה מאומה, לא נערכו מחקרים על ידי הכנסת או משרד הבריאות באשר להשלכות הוראות החוק על בני זוג שונים וכיוצ"ב, עוד מוסיפים התובעים ומלינים על כך שועדת מור יוסף הוקמה רק בשנת 2010 מסקנותיה פורסמו רק במאי



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

2012 ולמשרד הבריאות נדרשו כשנתיים נוספות עד שבשנת 2014 פרסם הצעת חוק ממשלתית, אשר מבטלת את ההפליה בחוק הסכמים לנשיאת עוברים, ואף מתקנת בהתאמה את חוק תרומת ביציות (הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014 (ה"ח 886, 916)). הצעת חוק, שכאמור, לא הבשילה היא לתיקון חקיקה עד להתפזרותה של הכנסת ה-19. התובעים רואים אף בהתמשכות זמנים זו רשלנות של משרד הבריאות בעבודתו, כך הם מלינים כי הכנסת ומשרד הבריאות לא דאגו לבחון חקיקה עולמית בעניין הפונדקאות, בחינה שהייתה מגלה כי בכל הארצות בהן הוחלט לאשר את הפונדקאות כחוקית (וקיימות לא מעט מדינות אירופאיות אסרו לחלוטין את הפונדקאות מטעמים אתיים ואחרים) לא נערכה כל חלוקה והבדלה בין זוגות מעורבים לזוגות חד מיניים, וכן הלאה עד לפסיקתו הסופית של בית המשפט בפסק הדין המשלים בעניין ארז.

65. כאמור, אינני מסכים עם התובעים המבקשים להקפיד עם הנתבעות יותר מאשר בית המשפט העליון ביקש להקפיד עמן בהבינו את מורכבות הסוגיה הנדונה. בנדון איננו יכולים לומר כי המחוקק "ישב על גדר" וכי משך ידו מלתקן את דבר החקיקה תוך "גרירת רגליים" גרידא. עסקינן בדבר חקיקה רגיש במיוחד אשר על מדוכתו ובצידה ישבו ועדות רבות – הן ועדת אלוני קודם חקיקתו והן ועדת ואצלב אינסלר וועדת מור יוסף אחר חקיקתו והן ועדות הכנסת אחר קבלת המלצות ועדת מור יוסף, כאשר תוכנו של דבר החקיקה אותגר ונבחן פעם אחר פעם אף על ידי הערכאות השיפוטיות קודם לתיקונו וקודם לקביעה כי תוכנו אינו עולה בקנה אחד עם ערכי השיויון והעדר הפליה. כך גם עלו ונבחנו הצעות חוק רבות שכיוונו לתיקונו של החוק בדרך זו או אחרת, אך אחר דיון ענייני בוועדות הכנסת הן לא אושרו בסופו של יום. כך עלינו לזכור כי פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין משפחה חדשה שניתן כשמונה שנים קודם להקמת ועדת מור יוסף לא התייחס כלל לסוגיית גברים יחידים או זוגות חד מיניים. הועדה, שאינה גוף פוליטי, ניסחה את המלצותיה בכל הקשור להרחבת תחולתו של חוק הפונדקאות באופן זהיר ומדוד – הועדה המליצה אומנם להתיר לאישה יחידה להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים ואולם זאת רק אם ניתן לעשות שימוש בביצית שלה בהליך, המליצה להתיר לגברים יחידים להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים רק במסלול של פונדקאות אלטרואיסטית (עמ' 16 ועמ' 51-



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 20-07-33813 פנקס ארד ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

65 לדוח הוועדה) ואולם בניגוד לעמדת וסברת התובעים, היא לא המליצה על מתן אפשרות לבני זוג בני אותו מין להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים כזוג. אחר שכך ישבו אף אנשי משרד הבריאות על מדוכת המלצות הוועדה ומצאו שלא לקבלן ככתבן וכלשונו, בצד זה גיבש משרד הבריאות הצעת חוק חלופית לתיקון חוק הפונדקאות שהגדירה את הזכאים להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים כ"הורים מיועדים שהם בני זוג וכן הורה מיועד יחיד" כאשר בני זוג מוגדרים "כאיש ואישה שהם בני זוג" כך גם נותרה הוראת החוק המונעת התקשרות בהסכם על ידי אישה שסובלת מבעיית פוריות הקשורה בביציותיה, כאמור הצעת החוק הנזכרת לא הבשילה לקריאה שנייה ושלישית נוכח פיזור של הכנסת ה-19.

בהמשך ואחר שהוגש בג"ץ ארד השני הבהירה המדינה כי אכן בדעתה לשנות את החוק ביחס לאישה יחידנית מכוח המלצות היועמה"ש וסברתו כי מדובר בהפליה, ואכן, בית המשפט העליון בפסק הדין החלקי הראשון שב והאיץ בכנסת לעשות מעשה בכל הקשור לשינוי מעשה החקיקה תוך שהוא עומד על ממספר עניינים, ובלשונו של כב' הש' ג'זבראן בפסק הדין החלקי מ 3.8.17 –

"אין לכחד אפוא כי להשעיית ההכרעה בעתירה משמעות ניכרת עבור העותרים, כמו גם עבור רבים אחרים בציבור הישראלי, יהיו אלה בני ובנות הקהילה עצמה או אזרחים אחרים המזדהים עם מכאובם. זאת לנוכח כמיהתם העזה של אנשי ונשות הקהילה הגאה להורות והפגיעה הקשה בכבודם כתוצאה מההבחנה שעורך החוק בינם לבין זוגות הטרוסקסואליים – הבחנה שענייניותה מוטלת בספק רב, כפי שאבהיר בהמשך. יתרה מכך, תכליתה של ההשעיה – מתן שהות למחוקק להשלים את הליכי תיקון חוק ההסכמים – אינה מביאה עמה כל בשורה לעותרים, שכן אף בנוסחו המוצע לא ייתן החוק מזור למצוקתם של זוגות חד-מיניים ושל גברים יחידנים...השעיית הדין בהליך המושפע ממנה, אינו בבחינת חזון נפרץ ... לשיטתי, אין להצר על תופעה זו, שכן היא מהווה ביטוי ראוי ובריא לדו-שיח חוקתי בין הרשויות, המכבדות זו את מרחב פעולתה של זו (ראו: בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת, פסקה 1 לפסק דינה של חברתי השופטת א' חיות, פסקאות 1-7 לפסק דינו של חברי השופט ח' מלצר (להלן: עניין דסטה)..." (הדגשה שלי – צ.ו.)

66. נמצאנו למדים, אפוא, כי אף בית המשפט העליון לא מצא כי ההשתהות שחלה במעשה החקיקה ותיקונו מעת חקיקתו בשנת 2010 ועד למתן פסק הדין החלקי הראשון בעניין ארד בשנת 2017, היא בגדר מעשה רשלני או מעשה לא ראוי ובוודאי



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארד ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

לא בגדר רשלנות רבתי, שהרי לו כך היה, חזקה על בית המשפט העליון כי היה מתערב לאלתר במעשה החקיקה ולו בדרך של "קריאה לתוך החוק" הנתונה בידינו, ככלי פשוט יחסית וקל לביצוע. מעת שלא נעשה כן הרי שיש בידינו ראייה וחזקה שאף בית המשפט העליון שעמד כצופה למרחוק/קרוב במעשה החקיקה לא מצא כי יש בו, כשלעצמו, כמעשה חקיקה, מעשה רשלני או הפרה של עניין חוקתי שאינו מניח את הדעת הדורש התערבות מיידית.

67. מכל מקום, דומה כי גם בהמשך הדברים לא קפא המחוקק על שמריו. גם אחר שניתן פסק הדין החלקי השני בעניין ארד ובית המשפט העליון קבע באופן שאינו משתמע לשני פנים כי הוראות החוק בצורתן מפלות גברים יחידים ובני זוג גברים חד מיניים, הרי שמדיוני החקיקה שצורפו לתיק (ראו מוצגים 37-43 למוצגי הנתבעות) עולה כי סוגיית הרחבת ההסדר שיחול על גברים יחידים וזוגות גברים עמדה במוקד הדיונים ונדונה לעומק באריכות ובאופן ענייני. העובדה שלבסוף הכרעת חברי הכנסת באותה הכנסת הייתה שלא להחיל על קבוצה זו את ההסדר אינה מלמדת, אפוא, על התעלמות הכנסת מפסק דינו של בית המשפט העליון או על פגם בתפקודה, אלא על העובדה שלא ניתן לחלוק עליה, כפי שהבהרנו מעלה. לפיכך מעת שמוצה הדו שיח בין הרשויות, כהגדרתו של כב' הש' ג'ובראן בפסק הדין החלקי הראשון הרי שנכון להתיר את "הריסון השיפוטי" ולהתערב במעשה החקיקה, כפי שעשה בית המשפט העליון בפסק הדין המשלים. בית המשפט קילף מעל הוראות החוק את הקליפה המרירה, והתיר את ליבתו תוך שימור מתווה חקיקתי זהיר להליכי פונדקאות התואם אף את צרכיהם של הקבוצות עליהם נמנים התובעים. בכך הושיט בית המשפט יד וסיוע למחוקק, עת נקלע למצב בו ידיו קשורות מטעמים פוליטיים, ושחרר את המחוקק מן המעקש החוקתי אליו נקלע בלית ברירה. אין בכך כדי להעמיד עילת תביעה כספית נזיקית או אחרת לאזרח אך ורק בשל תוכנו של החוק קודם שתוקן, שכן לא רשלנות יש כאן ולא הפרת חובה חקוקה.

68. דרך פעולה מתונה זו המאפשרת תחילה למחוקק לתקן את דבר החקיקה ומתערבת בדבר החקיקה אך ורק אחר שהמחוקק הבהיר כי אין באפשרותו לתקנה





## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

הובהרה בפסיקה רבת שנים וותיקה, כך בעניין בג"צ 761-86 -חכ מוחמד מיעארי נ' יושב-ראש הכנסת – ח"כ שלמה הלל, (1989)-

"סמכות לחוד, ושיקול-דעת בהפעלת הסמכות לחוד (בג"צ 652/81 הנ"ל). לא כל סמכות הנתונה לבית המשפט הגבוה לצדק הוא חייב בהפעלתה. יש לו לבית המשפט שיקול דעת בהפעלת הסמכות. שימוש בשיקול-דעת זה חשוב הוא בעיקר בכל הנוגע לביקורת השיפוטית על פעולות אורגנים של הרשות המחוקקת. על-כן, נתערב בהליכים פנים פרלמנטריים רק כאשר נטענת פגיעה ניכרת, שיש בה פגיעה בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי (בג"צ 652/81 הנ"ל, בעמ' 204).... ריסון עצמי זה צריך למצוא את מירב ביטויו, כאשר ההליך בו מתבקשת ההתערבות הוא הליך החקיקה עצמו אין לנקוט בעניין זה אמת מידה נוקשה. יש לבחון כל סוגיה לגופה. במרבית המצבים ניתן למצוא את האיזון הראוי בדחיית מועד הביקורת השיפוטית עד לתום סיום כל הליכי החקיקה. עם זאת, עשויים להיות מצבים יוצאי דופן, שבהם האיזון הראוי בין השיקולים הנוגדים עשוי להוביל למסקנה, כי יש להקדים את שלב הביקורת השיפוטית"

הריסון צריך שיבוא אף מצדו של האזרח, כשם שאין בית המשפט מבקש לאנוס את הכנסת לדבר חקיקה כזה או אחר כך לא יכול לבוא הציבור להצמיד אקדח פיצויים לרקתה עד אשר תחקוק את החוק במתכונת הנראית בעיניו. כל מי שדעת בקודקודו מבין כי דרכה של חקיקה מעצם טיבה שאינך יכול להניח שעון עצר מתקתק, או פתיל דלוק בצידה, דברים צריכים להתיישב על הדעת אט אט, אמונות להיכנס לחדרי לב, דעות משתנות אף הן בקצב אחר שאינו עוקב עקב בצד אגודל אחר לוחות זמנים קבועים ומדודים. החקיקה משנה פניה בהילוך זהיר ומדוד, במקצב משלה שלעיתים אתה מתקשה לראות את השינוי באחת ונדרש להרחיק מבט כדי מעוף ציפור כדי לראות את המרחק שעבר המחוקק מרגע שהחל הילוכו של חוק עד לתיקונו, כאשר בכל העת נעשים פעולות בחינה ואיזון על מנת שלא לסרס החוק באופן שיזיק יותר מתועלתו. לעניין זה מוצא אני יפים את דבריו של כב' השופט א' לוי בבג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (2007) :

"[ה]רעיון של דיאלוג חוקתי [משקף] הבנה כי ההגנה על הערכים המגולמים בחוקה וקידומם – מלאכה משותפת היא לשלוש רשויות השלטון יחדיו. הבנה זו אינה חותרת תחת עקרונות-היסוד הדמוקרטיים בדבר הפרדת הרשויות ורעיון האיזונים והבלמים, אלא ענינה בהעמקת השיח בין זרועות השלטון



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

וברגישות הדדית האחת לרעותה... הבנה זו מניחה תשתית לתפישה לפיה מוטב יהא העיסוק בשאלות החוקתיות פרי של דיאלוג כן, רציף ומתמשך בין הרשויות. דבר זה עשוי להיטיב עם ההתנהלות השלטונית ככלל. הוא עשוי להיטיב עם זכויות האדם. בכוחו לסלק אנטגוניזם, הנקשר לא אחת במושג הזכות וההגנה עליה. בכוחו לסייע בפיתוחן של זכויות חוקתיות נוספות. מאפשר הוא לזכויות היסוד לחלוק את אור הזרקורים עם ערכים אחרים, שקידומם הוא לציבור מטרה חשובה" (שם, פסקה 42 לפסק דינו).

69. ועוד, אינני יכול לקבל את טענת התובעים כי במהלך השנים התרשלה הכנסת והתרשלו רשויות המדינה בכך שלא ערכו מחקרי עומק באשר לתוצאות המתווה הנורמטיבי של חוק הפונדקאות. ראשית, עיון בעבודת הועדות – הן ועדת אינסלר והן ועדת מור יוסף מלמד על המאמרים המשווים השונים שהונחו לפניהם ועל אנשי המקצוע הרבים שראיינו אנשי הועדות קודם למתן המלצותיהן. ומעבר לכך, ובכל הכבוד, מחקרי עומק אקדמאיים, אינם בהכרח הכלים הנכונים לבחינת הסוגיות הקשות שמעלה חוק הפונדקאות, באקדמיה ימצא תומך ומנמק לדעה זו או לדעה אחרת, אומנם יש בכך על מנת להועיל בעצם הבאת הנימוקים הנדרשים לבחינה על ידי המחוקק ואולם קשה לראות במחקרים בתחום זה כלי עזר חד משמעי לצרכי החקיקה בישראל, מבלי לפגוע חלילה בכותבים אומר כי יש להבחין בין מאמר אמפירי למאמר בו הכותב כותב את דעתו האישית, וכאלה יש כמספר הכותבים – ברחבי המרשתת אנו יכולים למצוא מחקרים/מאמרים שמסקנותיהם שונות זה מזה באופן קיצוני ואף מביך לעיתים, דבר שיש בו ללמד כי עסקינן בסוגיה שאינה עובדתית בעיקרה וכי מסקנותיה לרוב הן עניין להשקפת עולמו הפרטי של הכותב.

ואף למחקר משפטי משווה יש את חסרונותיו שלו בהתייחס למיוחדות והשונות של הציבור הישראלי, כפי שציין הש' א. ברק בספרו פרשנות במשפט, כך ג', פרשנות חוקתית (תשנ"ד), עמ' 236-237 -

"אכן, משפט משקף חברה, וחברה היא פרי מערכת מורכבת של נתונים. אלה משתנים ממקום למקום, ועמו משתנה המשפט. המשקל שניתן בחברה נתונה לשיקולים השונים משקף את תרבותה, את ההיסטוריה שלה ואת מכלול ערכיה, ואלה שונים בחברות שונות. מכאן הצורך בזהירות רבה כאשר מתבקשת השראה השוואתית במשפט בכלל ובמשפט החוקתי בפרט..."



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

מכל מקום, בנדון לאורך כל תהליך החקיקה, הוצג בכנסת הדין ביחס לפונדקאות במדינות שונות בעולם (ראו דו"ח ועדת אינסלר ודו"ח ועדת מור יוסף וכן פרוטוקולי ועדת העבודה והרווחה), וגם מרכז המחקר והמידע של הכנסת הציג סקירה בעניין זה לחברי הכנסת (ראו המוצגים "פונדקאות בישראל" (28.11.05) – מוצג 57 למוצגי הנתבעות; "פונדקאות בישראל ופונדקאות של ישראלים בחו"ל המצב הקיים והצגת המלצות ועדה ציבורית לשינויו" (29.5.2012); "מידע בנושא פונדקאות לזוגות חד מיניים בישראל (19.5.13) – מוצג 59 למוצגי הנתבעות; "תהליך הפונדקאות בישראל ועלותו (7.10.18) – מוצג 60 למוצגי הנתבעות). יש, אפוא, לתמוה על עצם טענת התובעים כי לא הונחו לפני הכנסת מאמרים וחוות דעת בעניינים הנוגעים לחקיקה הנזכרת, וכי חברי הכנסת לא בחנו כנדרש את ההמלצות והאפשרויות בעניין בנוגע לשינוי החקיקה, טענה שאינה נכונה מן הפן העובדתי, כפי שסקרנו מעלה.

70. ועוד - בסוגיה הנדונה דומה כי דווקא לרחשי הקהל, לעמדת הציבור, לאקלים הלאומי יש מקום ועל מנת להקשיב לאלו נדרש המחוקק לשניים - זמן ושקט, שהות וחסידת חלונו מקריאות הצועקים סיסמאות כאלו ואחרות. בדין מטה המחוקק אוזנו בסוגיות ליבה מהותיות אלו דווקא לקריאות הכיוון הניתנות לו על ידי הרשות השופטת, ובעניין דנן אף היה המחוקק הוגן בהבהירו, בשלב מסוים, לא יוכל עוד הוא עצמו לבצע את כלל השינויים הנדרשים על ידי בית המשפט, מטעמים פוליטיים, ומתוך שכך הוא מותיר את האפשרות לשינוי הוראות החוק במידת הצורך לבית המשפט עצמו, הנקי משיקולים אלו – זהו הדו שיח הראוי בין הרשויות ואינך יכול להלקות את הכנסת או את רשויות המדינה על עצם נוהלם את השיח הזה בטענה כי הוא נמשך יתר על המידה. בית המשפט הוא האדון לזמן ומעת שיסבור כי הרשות המחוקקת אינה פועלת באופן המחויב ייטול המושכות, אף את מושכות החקיקה, כפי שעשה במקרה הנדון – ושוב, אין בכך להעמיד עילה כנגד הנתבעות בשל פרק הזמן בו עמד החוק על תילו במתכונתו ורשויות המדינה פעלו על פיו, כפי שהבאנו לעיל.

בנדון אין מקום לפיצוי מכוח עילה מנהלית שהורתה בהטלת נטל מוגבר על קבוצה ספציפית



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

71. לסיום אבקש להתייחס לטענה שהועלתה על ידי התובעים ולפיה יש לפצותם ולו בשל כך שהוראות החוק הטילו לשכמם – כקבוצה מוגדרת ומובחנת של גברים יחידים או זוגות גברים חד מיניים – נטל מוגבר ביחס לקבוצה אחרת (זוגות נשואים) שנהנתה מהוראות החוק ובמילים אחרות נהנתה מהאפשרות לביצוע פונדקאות בארץ תחת הזקקות לפונדקאות חו"ל היקרה ממנה בשיעור ניכר. יחודה של טענה זו היא בכך שלכאורה ניתן למצוא דעה בפסיקה ולפיה פגיעה בדרך של הטלת "נטל מוגבר" על קבוצה מסוימת יש בה להצדיק את פיצוי אותה קבוצה אף ללא אשם של הגוף השילטוני או המנהלי (וראו הדעות המובאות בעניין ע"א 7703/10 גיא ישועה נ. מדינת ישראל – מנהלת סל"ע (2013)) וכך גם בספרות הובעה העמדה, הנשענת על כללים משפטיים שפותחו בצרפת ובגרמניה, כי במקרים חריגים, שבהם פעילות מנהלית רצויה הטילה נטל מיוחד על פרט מסוים, יש מקום להכיר בעילת תביעה עצמאית של אותו פרט כנגד הרשויות. כך מצאנו לעניינה של גישה במאמרה של דפנה ברק ארז, "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" משפט וממשל ט 103 (תשס"ו) עמ' 117-118 -

"במקרה הרגיל, אחריותה של הרשות בגין נזקים שנגרמו עקב הפרה של זכויות אדם אכן צריכה להיות מבוססת על אשם. [...] כחריג יש מקום להכיר באפשרות של תביעה נגד רשויות (מכוח עילה מן המשפט הציבורי) גם במקרה שבו התנהגותן הייתה ראויה – כאשר פעילות רצויה, כשלעצמה, הטילה נטל מיוחד על פרט מסוים או פרטים מסוימים. בנסיבות אלה המטרה העומדת ביסוד האחריות אינה הרתעה של הרשות והכוונתה לאורח פעולה שונה בעתיד, כי אם הימנעות מחלוקה לא-שוויונית של הנטלים החברתיים"

72. ואולם, ראשית דבר, אל מול העמדה הנזכרת נמצאת עמדתם של רבים לפיה לא ניתן לפצות מכוח העילה המנהלית הנזכרת בהעדר חוק ספציפי המורה כן (וראו לעניין זה, כדוגמה, פסק דינה של כב' הש' א. פרוקצ'יה בעניין ע"א 2281/06 אבן זוהר נ. מד"י (2010) וכן ראו בעניין בג"ץ 147/74 ספולנסקי נ. שר האוצר (1974)). כאשר ראוי להדגיש כי סוגיה זו אף לא הוכרעה בעניין ישועה אותו מרבים התובעים לצטט בסיכומיהם, וכלשון כב' הנשיאה מ. נאור באותו עניין –

"... מן המקובץ עולה כי טרם הוכרעה בפסיקה השאלה אם ניתן להכיר בזכות לפיצויים, במסגרת פיתוח פסיקתי, בשל



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארז ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

נזק שנגרם לפרט עקב פעולה שלטונית שאין אשם בצידה... גם כשאני מניחה כי במקרים חריגים ניתן להכיר בעוולה חוקתית ללא אשם, אני סבורה כי במקרה שלפנינו אין מקום לעשות כן... (הדגשה שלי – 1.3)

73. מכל מקום, כאשר אנו מדברים על הטלת נטל מוגבר על קבוצה כזו או אחרת, עלינו לחזור ולתת דעתנו לעת ראשית החקיקה הנדונה ותכליתה. כזכור בנדון, אל מול עיניו של המחוקק עמדה קבוצה קטנה יחסית של זוגות נשואים אשר בשל בעיה רפואית כלשהי האישה לא יכולה הייתה לשאת את עובריה ונדרשה לאחרת שתישא אותו תחתיה, קבוצה של כ- 30 זוגות בלבד עמדה אז לנגד עיניו של המחוקק אשר לא צפה את הנחשול שיבוא אחר הזרזיף, וכדבריו של שר הבריאות אפרים סנה שהבאנו מעלה-

"...יצרנו חוק שמאפשר לנו לפתור לעשרות זוגות - וכרגע מספרם נאמד ביותר מ-30 זוגות - לפתור לאותם זוגות חשוכי ילדים את הבעיה שלהם, בלי שיצרנו מציאות חברתית לא רצויה ובלי שעברנו על דברים שהם בבחינת בל יעבור אצל הציבור הדתי..." (ה.ש – 1.3)

החוק נוצר לצורך פתרון בעיה רפואית מסוימת לקבוצה קטנה יחסית תוך שהוא מבקש להימנע ככל הניתן מלהיתקל במחסומים אתיים או הלכתיים דתיים. קבוצת היחידים וקבוצת הזוגות החד המיניים שברבות הימים נדרשו להליכי פונדקאות היו מבחינת גודל קבוצה או גודלם באוכלוסייה למעשה קבוצת רוב ולא קבוצת מיעוט "המשלמת ונושאת בנטל" לטובת קבוצה אחרת, כפי שאף צויין בדו"ח ועדת מור יוסף

"...פתיחת החוק הקיים ליחידים, שמספרם באוכלוסייה רב בהרבה ממספר הנשים בעלות הליקוי הפיזי האמור, שאינם סובלים, בדרך כלל, מליקוי רפואי הפוגע בפוריותם, ואשר לגביהם הפונדקאות היא פתרון מרכזי ואפילו ראשון להבאת ילדים לעולם, יבוא בהכרח על חשבונן של הנשים אשר החוק ביקש לתת להן סעד מלכתחילה..."

אין מדובר, אפוא, בקבוצת מיעוט הנושאת על גבה את הרוב אלא בנסיון לתת פתרון לקבוצה קטנה יחסית. אני מעלה שיקול זה נוכח עמדת היסוד לפיה גם לגישת אלו הסבורים כי לא ניתן לשלול פיצוי בגין עוולה ציבורית שעניינה בהטלת נטל מוגבר על קבוצה פרטנית, פיצוי לפרט בגין פגיעה שלטונית שאין בה יסוד של אשם הוא



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 33813-07-20 פנקס ארד ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

חריג, וטומן בחובו השלכות רוחב לא פשוטות על התנהלותה של הרשות השלטונית, על חלוקת משאבי הציבור ואף על התשתית הכלכלית של המדינה בכללותה. מתן פיצוי מעין זה דורש איזון בין זכויות הפרט לבין השלכות הזכות לפיצוי על משאבי המדינה ועל תפקודן של הרשויות השלטוניות וספק אם ראוי להחילו כאשר הקבוצה הנושאת בנטל המוגבר היא דווקא הקבוצה הגדולה (כל גבר יחיד המעוניין בילד נדרש לפונדקאית, כל הזוגות החד מיניים החפצים בילד נדרשים לפונדקאית, לעומת זאת רק הנשים הנשואות שלהן בעיה רפואית נדרשות לפונדקאית. ודוק, אינני מתעלם מכך שבית המשפט העליון הבהיר כי צרכי גברים יחידים וזוגות חד מיניים זהים בעיקרם לצורך הרפואי של זוגות נשואים – אינני מתייחס בטיעון הנזכר לעצם הצורך אלא לגודלה של הקבוצה הנהנית מהוראות החוק בסופו של יום).

74. זאת ועוד, בנדון יש להביט על מהות הזכות הנפגעת וזו כפי שציין הש' רובינשטיין בעניין פלונית הנ"ל אינה ליבת הזכות להורות אלא לכל היותר נמצאת בשוליה ומתייחסת לאופן בו תמומש זכות ההורות וזאת נוכח האפשרות להעזר בהליך פונדקאות חו"ל המוכר בארץ (פסקאות כ"ז-ל"ב לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין וכן פסקה 11 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז). הסיווג של כל מקרה ומקרה על-פי הבחנה זו משליך על עוצמת הזכות הנפגעת – עת ההבדל הוא בעלות הצפויה לצורך השגת ההורות. בהינתן שכך אין מקום להחלת עוולה ציבורית כנטען בנסיבות העניין ובשעה, שכאמור, בית המשפט עצמו אף האריך את תוקפו של החוק במתכונתו, ובמילים אחרות, מצא להאריך את הטלת הנטל העודף על הקבוצות הנטענות ונתן לכך גושפנקה והצדקה מטעמים שונים.

75. סוף דבר, אף שברי כי הוראות חוק הפונדקאות וחוק תרומת ביציות קודם תיקונן היו הוראות מפלות וכי תיקונן על ידי בית המשפט העליון היה פועל מוכרח ומתבקש למיגורה של אותה הפלייה, הרי שמכלל הטעמים הרבים שהבאנו מעלה דין התביעה לפיצוי כספי בגין מעשה החקיקה הנזכר להידחות.

76. בנסיבותיו של העניין לא מצאתי לעשות צו להוצאות.



## בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"א 20-07-33813 פנקס ארד ואח' נ' מדינת ישראל ואח'

77. פסק הדין ניתן לפרסום ללא פרטי התובעים, זולת לתובעים 1-2 אשר לא מצאתי לחסות את שמם שלא נחסה אף בהליכים הקודמים בעניין ארד.

ניתן היום, כ"ה אייר תשפ"ג, 16 מאי 2023, בהעדר הצדדים.

צבי ויצמן, שופט