

בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

ב"ל 20833-07-10

ב"ל 43055-11-12

ב"ל 5855-11-12

ב"ל 23268-12-10

ב"ל 2849-09-10

23 יוני 2014

לפני:**כב' השופטת סיגל דוידוב-מוטולה****התובעים**

1. רועי ראובני הורוביץ
2. אילן טל
3. אבישי גרינפילד כספי
4. אבינועם כספי גרינפילד
5. אברהם טפר לופו
- התובעים 1-5 ע"י ב"כ עו"ד ויקטוריה גלפנד
6. רגב לק-דוד – בעצמו

-

הנתבע

המוסד לביטוח לאומי
ע"י ב"כ עוה"ד מירב ירושלמי ומירב חבקין

כתבי עת:

- [יחזקאל מרגלית, "על קביעת הורות משפטית", דין ודברים, 1 \(תשע"ב-2012\) 553](#)
[אריאן רנן-ברזילי, "הורים א/עובדים: רכיממדיות והפמיניזם", עיוני משפט, לה \(2012\) 307](#)
[נופר ליפקין; אתי סממה, "ממעשה הרואי למוצר-מך: נורמטיביזציה", משפט וממשל, טו \(ספטמבר 2013\) 435](#)
[טלי מרקוס, "צריך \(רק\) שניים לטנגו?", משפטים, מד \(מאי 2014\) 415](#)

ספרות:

[א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה \(התשנ"ג\)](#)

חקיקה שאוזכרה:

- [חוק הביטוח הלאומי \(נוסח משולב\), תשנ"ה-1995: סע' 40 \(א', 42\(א\), 42\(1\)\(א\), 42\(2\)\(א\), 43\(ב\), 43, א\), , 49\(ג\)43\(ב\), 44, 49, 57\(3\), 57, א', 64, 240, 335, פרק ג'](#)
[חוק הסכמים לנשיאת עוברים \(אישור הסכם ומעמד היילוד\), תשנ"ו-1996](#)
[חוק הפרשנות, תשמ"א-1981: סע' 1, 6](#)
[תקנות בריאות העם \(הפריה חוץ-גופית\), תשמ"ז-1987](#)
[חוק תרומת ביציות, תש"ע-2010](#)
[חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994](#)

מיני-רציו:

1

* סעיפים 42(א)(1) ו-43(ג) לחוק הביטוח הלאומי מקנים זכאות למענק אשפוז גם למבוטח גבר שהביא ילד לעולם באמצעות אָם נושאת מחוץ לישראל, וזאת בגובה ההוצאות ששולמו על ידו לצורך אשפוז היילוד כמפורט בלוח ב' 1 לחוק, ולא יותר מגובה מענק האשפוז המשולם בגין לידה בישראל באותו מועד.

* עבודה – ביטוח לאומי – זכאות

* עבודה – קיצבאות – זכאות

* ביטוח לאומי – ביטוח אימהות – מבוטחת

* משפחה – הורות – כזכות

* משפחה – הורות – פונדקאות

הדיון נסב אודות שאלת זכאותו של אב, המבוטח במסגרת חוק הביטוח הלאומי (להלן: החוק) והביא לעולם ילד באמצעות פונדקאית מחוץ לישראל, למענק אשפוז, מכוח סעיף 42(א) וסעיף 43(ג) המצויים בפרק ג' לחוק (ביטוח אימהות), שמטרתו החזר על הוצאות אשפוז היילוד כתוצאה מהלידה, וזאת בסיטואציה בה אין אָם הזכאית לכך, ומתוך נקודת מוצא כי תהליך הפונדקאות כבר זכה לגושפנקא חוקית.

בית הדין האזורי לעבודה (השופטת ס' דוידוב-מוטולה) קיבל את התביעה (בכפוף לבדיקה פרטנית), ופסק כי:

תכלית מענק האשפוז לממן את מלוא עלויות האשפוז הכרוכות בלידה הן ליולדת והן ליילוד, על מנת לעודד לידות בבתי חולים, וזאת גם כאשר הלידה נעשית בחו"ל וכל עוד ההחזר הינו עד גובה המענק המשולם בארץ. הזכאות הינה ל"מבוטחת שהזדקקה לאשפוז בקשר ללידה". לא נראה כי המחוקק נקט בלשון "מבוטחת" בכוונה להוציא מגדר הזכאות בני זוג חד מיניים אלא כי עשה כן בהיותה האופציה השכיחה. בתקופה בה נחקק החוק לא נלקחה בחשבון אפשרות כי מבוטח גבר יביא ילד לעולם באופן ביולוגי ללא מעורבות אָם. עם זאת, אין בכך הסדר שלילי ואין להסיק כי נשללת הזכאות ממבוטח גבר; המילים "שהזדקקה לאשפוז בקשר ללידה" אינן מחייבות כי המבוטחת עצמה היא שתזדקק לאשפוז בקשר ללידה, ודי בכך שמבוטח הזדקק לאשפוז היילוד בקשר ללידה.

תכלית פרק ג' לחוק הינה נטילת חלק בעלויות הכרוכות בהבאת ילד לעולם, ותכלית מענק האשפוז אינה פיצוי האישה היולדת בגין הקושי שעברה בתהליך הלידה אלא סיוע לתא המשפחתי על ידי שחרורו מההוצאות הכרוכות בלידה ובאשפוז הנובע ממנה, גם כאשר הלידה התרחשה מחוץ לישראל, וכל עוד בוצעה בבית חולים. בהתחשב בכך, אין הצדקה לשלול זכאות למענק אשפוז ממבוטח, שהדרך היחידה בה יכול היה להגשים את רצונו להורות ביולוגית הינה באמצעות אָם פונדקאית מחוץ לישראל; קל וחומר, נוכח חשיבות הזכות להורות והזכות למשפחה כפי שהוכרה בפסיקה, ונוכח עקרון השוויון.

כאשר המדינה מכירה בתובעים כהורי הילודים לכל דבר ועניין, יש להכיר בהורותם גם לצורך החוק, ומאחר שהמחוקק בחר לשפות את מבוטחיו בגין הוצאות אשפוז של ילודים הכרוכות בלידה, בין אם התרחשה בארץ ובין אם בחו"ל, בין אם באמצעות פונדקאית ובין אם בדרך "טבעית", אין הצדקה להוציא את התובעים, שהם "מבוטחים" שנשארו בפועל בהוצאות האשפוז, מגדר קבוצת הזכאים לשיפוי. לאור כל האמור, יש לפרש את סעיפים 42(א)(1) ו-43(ג) לחוק כמקנים זכאות למענק אשפוז גם למבוטח גבר שהביא ילד לעולם באמצעות אָם נושאת מחוץ לישראל, וזאת בגובה ההוצאות ששולמו על ידו לצורך

אשפוז היילוד כמפורט בלוח ב'1 לחוק, ולא יותר מגובה מענק האשפוז המשולם בגין לידה בישראל באותו מועד.

פסק דין

1. עניינו של הליך זה בזכאותם של התובעים ל"מענק אשפוז" מכוח [סעיף 42\(א\)](#) [לחוק הביטוח הלאומי](#), התשנ"ה – 1995 (להלן: [חוק הביטוח הלאומי](#) או [החוק](#)), בגין לידה באמצעות אם נושאת מחוץ לישראל.

2. להלן תמצית העובדות:

א. התובע 1, מר רועי ראובני הורוביץ, הינו אביהן של תאומות שנולדו בארצות הברית, באמצעות אם נושאת, ביום 2.8.09. לבנותיו של התובע 1 אין כל אם מוכרת לפי חוק כלשהו (לרבות האישה האנונימית שתרמה את הביציות, ולרבות האישה הפונדקאית שילדה את התאומות בהתאם להסכם נשיאת עוברים שנחתם בינה לבין התובע 1), והינו מגדלן יחד עם בן זוגו – מר עודד הורוביץ ראובני.

ב. בנותיו של התובע 1 נולדו פגות, ואושפזו לאחר לידתן בפגיה בבית החולים בו נולדו, במדינת מיזורי בארצות הברית. החלק הארי של הוצאות האשפוז שולם באמצעות חברת ביטוח של האם הפונדקאית, והתובע 1 נשא בהשתתפות עצמית בסך של 6,000 דולר. המוסד לביטוח לאומי (להלן: [המוסד](#)) אישר לתובע 1 תשלום של מענק לידה ודמי לידה, אך דחה את תביעתו למענק אשפוז מהטעם שהזכאות לו נתונה ל"תושבת ישראל, אשת תושב או עובדת בישראל שלידתה ארעה בישראל", ולהן בלבד.

ג. התובע 2, מר אילן טל, הינו אביהם של תאומים שנולדו בארצות הברית, באמצעות אם נושאת, ביום 3.8.09. לבניו של התובע 1 אין כל אם מוכרת לפי חוק כלשהו (לרבות האישה האנונימית שתרמה את הביציות, ולרבות האישה הפונדקאית שילדה את התאומים בהתאם להסכם נשיאת עוברים שנחתם בינה לבין התובע 2), והינו מגדלם יחד עם בן זוגו – מר ערן שי.

ד. עם לידתם אושפזו התאומים בבית החולים בו נולדו, במדינת מינסוטה בארצות הברית. החלק הארי של הוצאות אשפוזם שולם באמצעות חברת ביטוח, והתובע 2 נשא בהשתתפות עצמית בסך של 5,905 דולר. המוסד אישר לתובע 2 תשלום של מענק לידה ודמי לידה, אך דחה את תביעתו למענק אשפוז.

ה. התובעים 3 ו- 4, מר אבישי גרינפילד כספי ומר אבינועם כספי גרינפילד, הינם בני זוג אשר חתמו בשנת 2008 על הסכם לנשיאת עוברים עם אישה פונדקאית במדינת טקסס בארצות הברית. הסכם זה הביא להריון של שני עוברים - האחד נוצר באמצעות הפריה מתרומת ביצית מתורמת אנונימית וזרעו של התובע 3, והשני נוצר באמצעות הפריה מתרומת ביצית של אותה תורמת אנונימית וזרעו של התובע 4. עוברים אלו הושטלו ברחמה של האישה הפונדקאית, ובסיומו של תהליך נולדו בן ובת ביום 22.8.09.

ו. התובעים 3 ו- 4 הוכרו, הן לפי החוק בארצות הברית והן לפי רישומי משרד הפנים בארץ, כאביהם של הקטינים (כל אחד כלפי ילדו הביולוגי בהתאמה), וכהוריהם היחידים. בתעודות הלידה האמריקאיות של הקטינים, כמו גם ברישומי משרד הפנים בארץ, לא רשומה כל אם.

ז. ילדיהם של התובעים 3 ו- 4 נולדו פגים, ולפיכך נזקקו למספר ימי אשפוז במחלקת טיפול נמרץ, ובהמשך בפגיה. החלק הארי של הוצאות אשפוזם שולם באמצעות חברת ביטוח, ותשלום בסך של 6,195 דולר שולם על ידי התובעים 3 ו- 4. המוסד אישר לתובעים 3 ו- 4 תשלום של מענק לידה ודמי לידה, אך דחה את תביעתם למענק אשפוז.

ח. התובע 5, מר אברהם טפר לופו, הינו אביהם של תאומים שנולדו בהודו, באמצעות אם נושאת, ביום 29.2.12. לבניו של התובע 5 אין כל אם מוכרת לפי חוק כלשהו (לרבות האישה שתרמה את הביציות, ולרבות האישה הפונדקאית שילדה את התאומים בהתאם להסכם נשיאת

עוברים שנחתם בינה לבין התובע 5), והינו מגדלם יחד עם בן זוגו – מר תומר טפר לופו.

ט. בניו של התובע 5 אושפזו לאחר לידתם בבית החולים בהודו בו נולדו. התובע 5 נשא בעלויות האשפוז הנובעות מכך, בסך של 37,225 רופי (2,860 ₪); התובע 5 הדגיש כי עלויות אלו מתייחסות לאשפוז הילודים בלבד ולא לאשפוזיה של הפונדקאית). המוסד אישר לתובע 5 תשלום של מענק לידה ודמי לידה, אך דחה את תביעתו למענק אשפוז.

י. התובע 6, מר רגב לק-דוד, הינו אביו של קטין שנולד בהודו, באמצעות אם נושאת, ביום 26.9.11, אותו הוא מגדל יחד עם בן זוגו. לטענתו, שילם לצורך אשפוז הקטין סך של כ – 1,900 ₪ (וכן סך נוסף של כ – 16,965 ₪ בגין אשפוז הפונדקאית). המוסד אישר לתובע 6 תשלום של מענק לידה ודמי לידה, אך דחה את תביעתו למענק אשפוז.

3. בהתאם לחוזר המוסד מיום 1.4.09 בעניין "תשלומי גמלאות אמהות לבני זוג מאותו מין" (להלן: **חוזר אפריל 2009**) - הוקמה במוסד ועדה פנימית, אשר "המנדט שניתן לה היה לדון **בחוק הביטוח הלאומי** ולהתאים את המושג "משפחה" למציאות של ימינו, בדרך של פרשנות, וזאת עד שהסוגיות תבואנה לידי פתרון בחקיקה".

החוזר ממשיך וקובע כי בהתאם להמלצות הוועדה, "מעמדו של ההורה הביולוגי ישווה למעמדו של ההורה המאמץ כאמור בסעיף 57 לחוק", ובהתאם לכך מענק לידה ישולם ל"תושב ישראל שהוא אביו הביולוגי של הילוד המטפל בילדו לבדו או שיש עימו בן זוג מאותו מין"; דמי לידה – ישולמו לאב ביולוגי שאין עמו בת זוג אם מתקיימים בו התנאים לתשלום דמי לידה כפי שקיימים לאישה יולדת; ואשר למענק אשפוז צוין כי "בסעיף זה אין כלל דיון... וגם אם נדון במקרה ספציפי בו נעשתה פונדקאות לאב ביולוגי בחו"ל, לא תקום זכאות היות ולפי סעיף 40(א) לחוק מבוטחת למענק לידה ואשפוז בלידה בחו"ל היא רק תושבת ישראל או אשת תושב ישראל ואף אחת מהגדרות אינה מתאימה לפונדקאית".

4. המוסד חזר על הנחיות אלו בחוזר נוסף מיום 23.7.09 (להלן: חוזר יולי 2009), שעניינו "בני זוג מאותו מין". בחוזר זה נקבע כי "ניתן לשלם דמי לידה לאב ביולוגי החי חיי זוגיות עם בן זוג מאותו מין", וכי מענק לידה "ישולם גם במקרה של זוג גברים, במקרה בו מדובר בתובע שהינו ההורה הטבעי ובתנאי שכן הזוג השני לא קיבל מענק לידה כהורה מאמץ". מאידך לגבי מענק אשפוז נקבע, כי "אין לשלם מענק אשפוז לשני גברים, שכן מענק האשפוז מיועד לאישה".

5. לנוכח העניין הציבורי וההשלכות שעשויות להיות להכרעה בתיק זה, הוצע ליועץ המשפטי לממשלה להתייצב בהליך ולהביע עמדתו (החלטת השופטת לאה גליקסמן מיום 23.3.11). ביום 11.7.11 הודיע היועץ המשפטי לממשלה כי לא מצא מקום להתייצבותו, וכי עמדת המוסד מקובלת עליו.

6. בהתאם להסכמת הצדדים בדיון המוקדם, פסק הדין בתיק זה ניתן על יסוד סיכומי הצדדים ובלא צורך בהליך הוכחות. לאחר קריאת סיכומי הצדדים עלה כי קיימת מחלוקת עובדתית בשאלה בגין אילו שירותים שילמו התובעים את הסכומים הנתבעים על ידם (החלטה מיום 19.7.12). לאחר שהוגשו מסמכים בקשר לכך, ולאחר עיכוב ממושך בבירור התיק כתוצאה מכך, הסתבר כי ככלל, הוצאות האשפוז ששולמו על ידי התובעים בגין הילודים כלולות ב"סל הלידה" מכוח החוק וניתנות - בכפוף להכרעה בסוגיה העקרונית - להחזר (עד גובה מענק האשפוז לפי לוח ב'1), ועם זאת נותרו מספר מחלוקות עובדתיות (דוגמת דרך הוכחת ביצוע התשלום לבתי החולים בארצות הברית, בהתחשב בכך שהתשלום נעשה דרך סוכנות פונדקאות).

על מנת למנוע עיכוב נוסף, הודיעו הצדדים כי "מוסכם עלינו כי תינתן בשלב זה הכרעה בשאלה המשפטית בלבד של עצם הזכאות העקרונית למענק אשפוז, כאשר ככל שביה"ד ייעתר לתביעה - תוחזרנה התביעות האינדיבידואליות לפקיד התביעות בהתאם לפסק הדין, על מנת שיבדוק בכל מקרה ומקרה את גובה הזכאות. מובן שתשמר לתובעים הזכות להגיש תביעה כנגד החלטת פקיד התביעות בהתייחס לגובה הזכאות, ככל שיחלקו עליה" (פרוטוקול מיום 19.11.13).

טענות הצדדים

7. התובעים טוענים כי מעצם טיבו של מענק האשפוז, אין מטרתו לפצות את היולדת על הקושי הכרוך בלידה עצמה או באשפוז כתוצאה ממנה, אלא לכסות את הוצאותיהם של ההורים המבוטחים על האשפוז הנדרש לילודים עם לידתם. תכלית זו נלמדת מלשונו של [סעיף 43](#) לחוק המבהירה כי המענק משולם בגין "השירותים שיינתנו לילודת וליילוד", כמו גם מעצם תשלומו של המענק, דרך כלל, ישירות לבתי החולים (אלא אם למוסד אין הסכם עם בית החולים הרלוונטי, למשל כיוון שהלידה התבצעה בחו"ל, ואזי משולמות הוצאות האשפוז על ידי המבוטחת, אשר מגישה מאוחר יותר תביעה למענק אשפוז למוסד לצורך החזר הוצאותיה).

לאור זאת, סבורים התובעים כי אין הצדקה לשלם את המענק רק לילודת, גם אם אינה אמו החוקית של הילוד (דוגמת פונדקאית בישראל), הגם שמי שנושא בהוצאות האשפוז הם ההורים החוקיים. באותו אופן, אין הצדקה להפלותם לרעה לעומת הורים מבוטחים אחרים, ולשלול מהם שיפוי בגין הוצאות האשפוז של ילדיהם, רק בשל שאינם יכולים להביא לעולם ילד ביולוגי בכוחות עצמם או בעזרתה של פונדקאית בישראל.

8. התובעים טוענים כי החוק נכתב בלשון נקבה כיוון שנשים בלבד הן שיוולדות, אך בפועל עם התקדמות העיתים התווספו דרכים נוספות להולדה, לרבות באמצעות אם נושאת (פונדקאית) – וזאת בין מכוח [חוק הסכמים לנשיאת עוברים \(אישור הסכם ומעמד היילוד\)](#), התשנ"ו – 1996 (להלן: [חוק הסכמים לנשיאת עוברים](#)) ובין במסגרת פונדקאות בחו"ל לפי חוקי המדינה הרלוונטית (שאינן עליה איסור כלשהו לפי חוקי מדינת ישראל). כאשר האם הנושאת הינה תושבת ישראל, אשת תושב או יולדת בישראל ישלם המוסד את הוצאות האשפוז של הילודים, אך כאשר בשל אילוצים שונים (דוגמת העדר אפשרות חוקית לזוג גברים להביא ילד לעולם באמצעות פונדקאית בישראל) מבוצעת הלידה בחו"ל על ידי מי שאינה תושבת או אשת תושב – מסרב המוסד להחזיר את הוצאות האשפוז, תוך הפלייתם לרעה של אלו הנזקקים להולדה אלטרנטיבית ואינם מסוגלים לבצע זאת בישראל, ותוך היצמדות לפרשנות ארכאית המתעלמת משינויי העיתים.

התובעים מפנים [לסעיף 6 לחוק הפרשנות](#), התשמ"א – 1981 (להלן: **חוק הפרשנות**), וסבורים כי לאורו גם "מבוטח" זכאי למענק אשפוז בגין ילד שנולד לו בחו"ל (לרבות באמצעות פונדקאית), שאם לא כן תהא זו הפליה המנוגדת לעקרון השוויון ופגיעה בזכות היסוד להולדה ולהורות. לא בכדי, עדכן המוסד את נהליו באופן המאפשר תשלום דמי לידה ומענק לידה גם לגברים שהביאו לעולם ילד בחו"ל באמצעות אם נושאת, ואותו דין אמור לחול גם על מענק האשפוז.

9. בשלב ראשון סברו התובעים כי המוסד מסרב לבצע את התשלום רק למבוטחים גברים, אך במהלך הדיון המוקדם הבהירה ב"כ המוסד כי המוסד מחיל את אותו דין על זוג הטרוסקסואלי הנזקק ללידת פונדקאית בחו"ל. לגישת התובעים, בכך מבחין המוסד **"בין הענקת כיסוי ביטוחי לילדים להורה/הורים מבוטחים ישראלים אשר נולדים באמצעות פונדקאית בארץ (אשר ילדה בארץ ולכן הוצאות האשפוז של הילוד ישולמו אוטומטית על ידי המוסד – ס.ד.מ), לבין הענקת כיסוי ביטוחי לילדי הורים מבוטחים, אשר נולדים באמצעות פונדקאית בחו"ל"**, ובנוסף מבוצעת הבחנה בלתי סבירה בין מבוטחת היולדת בחו"ל באופן טבעי לבין מבוטחת היולדת בחו"ל באמצעות פונדקאית.

התובעים מדגישים כי לפי פרשנות המוסד, על מנת לשלם את מענק האשפוז יש צורך כי היולדת עצמה תהא מבוטחת, אף אם אינה אמו החוקית של היילוד ולא משלמת בעצמה את העלויות הכרוכות באשפוזו, כאשר הדבר מפלה לרעה את אותם הורים שמבקשים ללדת שלא באופן רגיל אלא באמצעות פונדקאות. לגישתם, **"אין מקום להבחנה בין אישה מבוטחת שילדה בעצמה בחו"ל, לבין אישה מבוטחת שהולידה בחו"ל באמצעות אם נושאת, ולבין גבר מבוטח שהוליד בחו"ל באמצעות אם נושאת – כל עוד הולדת הילד של המבוטח/ת נעשתה בבית חולים ו/או הצריכה את אשפוז הילד בבית חולים בקשר ללידה"**.

10. התובעים מוסיפים כי לפי אתר האינטרנט של המוסד, הוצאות האשפוז ישולמו ישירות לבית החולים **"עבור אותן נשים הזכאיות גם למענק לידה"**. לגישתם, כיוון שהוכרה זכאותם למענק לידה - ממילא מחויב המוסד לשלם

להם גם מענק אשפוז, בגין אשפוז הילודים (להבדיל מהאם הנושאת). פרשנות אחרת תעודד בחירה בלידה ביתית ולא במסגרת של מוסד רפואי, וזאת בניגוד לתכלית המחוקק (עב"ל 1245/00 רות דיוויס - המוסד לביטוח לאומי, [פורסם בנבו] מיום 3.11.05; להלן: עניין דיוויס).

התובעים סבורים כי הפרשנות המוצעת על ידם אינה מנוגדת ללשון החוק, שכן בסעיף 42(א) השתמש המחוקק בביטוי "הזדקקה לאשפוז" להבדיל מ"אושפזה", ובכך השאיר פתח להכיר בכך שגם ההורים המיועדים, המבוטחים, היו זקוקים לאותו אשפוז – לצורך לידת ילדיהם.

11. הנתבע טוען כי לשון החוק - הן בסעיף 40(א) והן בסעיף 42(א) - ברורה, וקובעת זכאות למענק אשפוז אך ורק ל"מבוטחת" כהגדרתה בסעיף 40(א) לחוק, היינו לאישה בלבד. פרשנות זו נובעת לא רק מלשון החוק אלא גם מתכליתו, שהרי "מבוטח" אינו יכול להזדקק לאשפוז בגין לידה; רק אישה יולדת ורק האישה נזקקת לאשפוז בקשר ללידה, כאשר "אין כל דרך לקרוא 'מבוטחת' כמתייחסת ל'מבוטח' שמימש את זכותו להורות באמצעות אם נושאת זרה בחו"ל".

עוד טוען הנתבע כי אין הפליה כלשהי בהוראת החוק או בפרשנות הניתנת לה, שכן גם לבני זוג גבר ואישה המביאים ילד לעולם באמצעות פונדקאות בחו"ל – לא קיימת זכאות למענק אשפוז, מעצם כך שהפונדקאית הזרה אינה מבוטחת לפי החוק. הנתבע מדגיש כי מבוטחת היולדת בחו"ל אמנם זכאית להחזר בגין הוצאותיה בהתאם להוראת סעיף 43(ג) לחוק, אך זאת מתוך הנחה כי ככל שהייתה יולדת בארץ - היה מענק האשפוז בגינה משולם לבית החולים במסגרתו הייתה יולדת.

12. הנתבע טוען עוד כי למעשה מלינים התובעים על הוראות חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, ועל כך שאינו מאפשר להם – כבני זוג מאותו מין – לבצע הליך פונדקאות בישראל. עם זאת, עתירות שהופנו כנגד חוק זה נדחו או נמחקו, ובית המשפט העליון קבע כי אין להתערב בהסדר החקיקתי. ביצוע הליך הפונדקאות בחו"ל עוקף למעשה את מגבלת הדין הישראלי, וגם אם הדבר אפשרי לפי חוקי המדינות בהן התרחשו הלידות – אין הצדקה להרחיב

באופן פרשני את הוראות [חוק הביטוח הלאומי](#), בהתבסס על דרך הולדה שאינה אפשרית מבחינה חוקית בישראל לפי החלטת המחוקק.

הנתבע סבור כי אין הצדקה לחקיקה שיפוטית בנושא זה, וככל שנדרש שינוי כלשהו על המחוקק לומר את דברו באופן מפורש. הנתבע מפנה בהקשר זה להבחנות נוספות הקיימות [בחוק הביטוח הלאומי](#) בין גברים ונשים, לגביהם נקבע כי נדרש שינוי חקיקה ([בג"צ 9163/02 וינטראוב נ. שר העבודה והרווחה](#), [פורסם בנבו] מיום 9.8.06 – לגבי ההבדלים בין אלמן ואלמנה בנוגע לקצבת שארים; [בג"צ 1046/09 מני נ. המוסד לביטוח לאומי](#), [פורסם בנבו] מיום 15.8.10 – לגבי מעמד "עקרת הבית"). קל וחומר, כאשר הוקמה ועדה לצורך דיון בנושא ההסדרה החוקית של הפרייון וההולדה (כפי שיפורט להלן), וראוי להמתין ליישום מסקנותיה.

13. הנתבע מאשר את נהליו כפי שפורטו לעיל מכוחם שולמו לתובעים דמי לידה ומענק לידה, אך הבהיר כי עשה כן "בתוך מסגרת החוק" – וזאת שלא בהתבסס על [סעיף 57א'](#) לחוק העוסק ב"הורים מיועדים", אלא מכוח [סעיף 57](#) לחוק המקנה זכאות ל"הורה מאמץ". לא בכדי [סעיף 57](#) אינו מקנה זכאות למענק אשפוז, וזאת כיוון שמטרתו של המענק לכסות את הוצאות האשפוז בגין הלידה עצמה ומכאן שהוא מיועד לאישה היולדת בלבד. אשר לפרסום באתר האינטרנט הבהיר הנתבע כי הוא מיועד לנשים הזכאיות למענק לידה, ולא למקרה המיוחד בו אפשרו גם למבוטח גבר לקבל את המענק.

הנתבע מבהיר כי גם אם מענק האשפוז מכסה את השירותים הרפואיים הניתנים לילוד עצמו (בנוסף לשירותים הרפואיים הניתנים לילודת) - הזכאות לקבלת המענק היא של ה"מבוטחת" בלבד ולא של הילוד. הנתבע מפנה בהקשר זה לעב"ל [1117/04 רבקה רונן אזולאי – המוסד לביטוח לאומי](#), [פורסם בנבו] מיום 2.11.06, בו נקבע כי הזכאות לקצבת ילדים הינה של ההורה המבוטח ולא של הילד באופן ישיר. הפונדקאית הזרה אף זכאית מכוח עצמה לשירותים רפואיים בגין הלידה במדינה בה הינה תושבת, ומבחינה מעשית לא ניתן להפריד בין רכיבי האשפוז (עם זאת וכמפורט לעיל, לאחר הגשת סיכומי נדרש המוסד לבדיקת הרכיבים הספציפיים ששולמו על ידי התובעים בגין אשפוז הילוד, והמחלוקות שנתרו בין הצדדים בקשר לכך הן שוליות).

הכרעה**הליכי פונדקאות - בארץ ובחו"ל**

14. בשנת 1996 הסדיר המחוקק הישראלי את נושא הפונדקאות בחקיקה מפורשת - חוק ההסכמים לנשיאת עוברים - המאפשר ביצוע הליכי פונדקאות בישראל בתנאים הנקובים בחוק (לרקע לחקיקת החוק ראו את [בג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ. הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נו\(1\) 419 \(2002\)](#); להלן: **עניין משפחה חדשה**; [בג"צ 625/10 פלונית נ. הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים](#), [פורסם בנבו] מיום 26.7.11; להלן: **עניין פלונית**; לביקורת על המצב החוקי הקיים ראו למשל אצל נופר ליפקין ואתי [סממה, ממעשה הרואי למוצר מדף: נורמטיביזציה](#) זוחלת של פונדקאות בישראל, **משפט וממשל ט"ו** 435 (2013)). אין חולק כי זוגות חד מיניים ומשפחות חד הוריות אינם רשאים כיום לבצע הליך פונדקאות בישראל בהתאם להוראות החוק (הגדרת "הורים מיועדים" בסעיף 1 לו), כאשר חלקם פונים עקב כך - לצורך מימוש רצונם להורות - להליכי פונדקאות בחו"ל.

הליכי הפונדקאות בחו"ל אינם מוסדרים נכון להיום בחקיקה או באמנה בינלאומית כלשהי, אך גם אינם אסורים לפי החקיקה הישראלית, והיקפם הולך ומתרחב (ראו בקשר לכך את [בג"צ 566/11 ממת-מגד נ. משרד הפנים](#), [פורסם בנבו] מיום 28.1.14; להלן: **עניין ממת-מגד**; כן ראו את תזכיר [חוק הסכמים לנשיאת עוברים \(אישור הסכם ומעמד היילוד\)](#) (תיקון - הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשע"ד - 2014, להלן: **תזכיר החוק**, המציע בין היתר להוסיף לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים פרק העוסק בהליכי פונדקאות המבוצעים מחוץ לישראל).

15. עתירה שהוגשה לפני למעלה מעשור כנגד חוקתיותו של חוק ההסכמים לנשיאת עוברים נדחתה (עניין **משפחה חדשה**) - אך זאת לאחר שבית המשפט העליון הכיר בהפליה הנגרמת על ידי החוק בנוסחו הנוכחי, וסבר כי הינה מידתית נכון לאותו זמן. עתירה נוספת, במסגרתה נטען להפליה על בסיס נטייה מינית - נמחקה נוכח הודעת המדינה על הקמת ועדה ציבורית בעניין זה

(בג"צ 1078/10 ארז-פנקס נ. הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, [פורסם בנבו] מיום 28.6.10).

הוועדה הציבורית, שהוקמה בחודש יוני 2010 לצורך בחינת ההסדרה החקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל (בראשותו של פרופ' שלמה מור-יוסף), המליצה להוסיף לקבוצת הזכאים לבצע פונדקאות בישראל גם נשים יחידות שמסיבות רפואיות אינן יכולות לשאת הריון, ולקיים מסלול נוסף של פונדקאות לגברים ללא בנות זוג, שייעשה על בסיס אלטרואיסטי (לפירוט ראו בבג"צ **ממט-מגד**; בית המשפט העליון הבהיר באותו עניין כי אינו מביע עמדה לגבי הסדר זה; כן ראו את דו"ח הוועדה כפי שפורסם בחודש מאי 2012). בעקבות פעילות הוועדה גובש תזכיר החוק שפורט לעיל, המציע (בין היתר) לאפשר גם לאישה ללא בן זוג, ולאיש ללא בת זוג, להתקשר עם אם נושאת בהסכם נשיאת עוברים.

16. התייחסות המדינה להליכי פונדקאות, בין אלו המבוצעים בארץ ובין אלו המבוצעים בחו"ל, מעלה לדיון סוגיות מורכבות (שחלקן באו לידי ביטוי גם בדו"ח הוועדה הציבורית ובדעת המיעוט שהועלתה במסגרתו). עם זאת ענייננו אינו דורש להכריע בסוגיות אלו; השאלה המועלת לדיון בעניין שלפני הינה ספציפית ונקודתית, ונוגעת לזכאותו של אב, המבוטח במסגרת [חוק הביטוח הלאומי](#) והביא לעולם ילד באמצעות פונדקאית מחוץ לישראל, למענק אשפוז שמטרתו החזר על הוצאות אשפוזו של היילוד כתוצאה מהלידה - וזאת בסיטואציה בה אין אם הזכאית לכך, ומתוך נקודת מוצא כי "**תהליך הפונדקאות כבר זכה לגושפנקא חוקית**" (עניין **פלונית**). לצורך הכרעה בשאלה זו אבחן להלן את סעיפי החוק הרלוונטיים כמו גם את הוראות פרק ג' לחוק בכללותן, וכן את תכליתן של הוראות אלו.

17. במאמר מוסגר אציין כי אך לאחרונה דן בית המשפט העליון בהליכי פונדקאות המבוצעים מחוץ לישראל, ואישר את ההבחנה הנערכת בפועל על ידי משרד הפנים בין פונדקאות בארץ ובין פונדקאות בחו"ל, אך זאת בהקשר הספציפי שנדון בפניו - הדרישה להוכחת קשר הורות ביולוגי טרם רישום הילוד במרשם האוכלוסין כאזרח ישראלי (בג"צ **ממט-מגד**; במקביל התקבלה העתירה

בהיבט אחר, ונקבע כי יש לרשום את בן זוגו של ההורה הביולוגי כהורה נוסף, על סמך תעודות ציבוריות המעידות על כך כפי שניתנו בחו"ל).

בית המשפט העליון מצא לנכון להדגיש באותו עניין כי "אזרחים ישראליים לא מעטים, כך התברר בעתירות שלפנינו, פונים להליך פונדקאות בחו"ל... בעשותם כן הם מממשים יצר טבעי הטבוע באדם, להעמיד צאצאים ולהקים משפחה... יש לחפש את הדרך להקל על דרכם – והכל תוך שמירת אינטרסים אחרים הראויים להגנה" (סעיף 41 לחוות דעת המשנה לנשיא מרים נאור, אשר כתבה את דעת הרוב; ההדגשה אינה במקור).

18. עוד יש להזכיר כי הזכות להורות הוכרה כזכות יסוד שהינה "ביסוד כל היסודות, בתשתית כל התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם...". (עניין משפחה חדשה), כאשר "תהליך הפונדקאות... קרוב במאוד להורות טבעית, ומשתלשל הוא במישרין מן ההורות הטבעית המבטאת את האוטונומיה של היחיד" (שם, בסעיף 33 לחוות דעתו של השופט מישאל חשין; כן ראו את [בג"צ 4077/12 פלונית נ. משרד הבריאות](#), [פורסם בנבו] מיום 5.2.13).

הזכות למשפחה והזכות להורות, לרבות הזכות הנגזרת מהן להולדה באמצעים טכנולוגיים, הוכרו לפיכך כבעלות מעמד חוקתי ([בג"צ 2245/06 דוברין נ. שירות בתי הסוהר](#), [פורסם בנבו] מיום 13.6.06; [ע"ע 141/07 פלוני - שירותי בריאות כללית](#), [פורסם בנבו] מיום 4.11.08; כן ראו את [דני"א 2401/95 נחמני נ. נחמני, פ"ד נ\(4\) 661 \(1996\)](#) ובהקשר של הזכות למשפחה - [בג"צ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ. שר הפנים, פ"ד ס"א\(2\) 202 \(2006\)](#)). מתוך נקודת מוצא זו אפנה לפיכך לבחינת הסוגיה שהועמדה להכרעתו.

הוראות פרק ג' לחוק הביטוח הלאומי ותכליתן

19. פרק ג' לחוק הביטוח הלאומי, שכותרתו "ביטוח אימהות", קובע זכאות למענק אשפוז, מענק לידה, קצבת לידה ודמי לידה (וכן לגמלת שמירת הריון ותשלומים מיוחדים). [סעיף 40\(א\)](#) לחוק מגדיר מי תיחשב כ"מבוטחת" לצורך מענק אשפוז, מענק לידה וקצבת לידה, במילים הבאות:

- (1) "מבוטחת לפי פרק י"א או אשת מבוטח לפי פרק י"א, אף אם הלידה אירעה מחוץ לישראל;
- (2) עובדת או עובדת עצמאית המועסקת בישראל או אשת עובד או עובד עצמאי המועסק בישראל ששה חודשים רצופים לפחות בתכוף לפני הלידה, אף אם כל אלה אינם תושבי ישראל, ובלבד שהלידה אירעה בישראל; פסקה זו לא תחול על מי שמתגורר באזור, ואינו תושב ישראל באזור והכל כהגדרתם בסעיף 378".

להשלמת התמונה יצוין כי "מבוטח" לצורך פרק י"א, לפי [סעיף 240](#) לחוק, הינו "תושב ישראל שמלאו לו 18 שנים...". נובע לפיכך מההגדרות כי המחוקק מצא לנכון להקנות את הזכות למענק אשפוז ומענק לידה (וכן קצבת לידה) לכל תושבת ישראל או אשת תושב שילדה - בין אם ילדה בארץ ובין אם ילדה בחו"ל, וכן למי שאינה תושבת אך ילדה בישראל, בתנאים הנקובים לכך בסעיף-קטן (2) (לפירוט לגבי החלופה השנייה ראו [בעב"ל 229/09](#) אסגוארה פוריפיקשין – המוסד לביטוח לאומי, [פורסם בנבו] מיום 24.3.10).

20. [סעיף 42\(א\)](#) לחוק קובע כי "מבוטחת שהזדקקה לאשפוז בקשר ללידה" זכאית למענק אשפוז. [סעיף 43\(א\)](#) קובע כי "השירותים שיינתנו ליולדת וליילוד במסגרת אשפוז, סכום מענק האשפוז והכללים שלפיהם יעודכן המענק, יהיו כאמור בלוח ב'1" (ההדגשה אינה במקור). אשר לדרך תשלומו של מענק האשפוז, ממשיך הסעיף וקובע כדלקמן:

- (ב) "מענק האשפוז ישולם לבית החולים או למוסד הרפואי שבו אושפזה המבוטחת בקשר ללידה, על פי תביעה שתוגש באמצעות בית החולים או המוסד הרפואי, על גבי טופס שקבע לכך המוסד;
- (ג) על אף הוראות סעיף קטן (ב), אם אירעה הלידה מחוץ לישראל בבית חולים או במוסד רפואי שהתביעה למענק אשפוז אינה ניתנה להגשה באמצעותו, ישולם מענק האשפוז למבוטחת בסכום השווה להוצאות האשפוז שהיו לה בקשר ללידה, ובלבד שסכום זה לא יעלה על סכום מענק האשפוז שנקבע, לפי העניין, בלוח ב'1, כפי שהיה במועד שבו ילדה המבוטחת".

דרך המלך שנקבעה על ידי המחוקק הינה לפיכך תשלום ישיר של המוסד לבית החולים בו נערכה הלידה, מבלי שנדרשת לצורך כך מעורבות של המבוטחת. חריג לכך מתאפשר במצבים בהם נערכת הלידה מחוץ לישראל, בהם זכאית המבוטחת להחזר של ההוצאות שהוציאה בפועל – עד לגובה מענק האשפוז המשולם לבתי החולים בישראל (במאמר מוסגר יצוין כי הזכאות להחזר ההוצאות אינה מתאינת לפי הפסיקה כאשר ההוצאות שולמו בפועל

באמצעות ביטוח פרטי: [דב"ע תש"ן/0-205](#) רמה שולמן – המוסד לביטוח לאומי, [פורסם בנבו] פד"ע כג 250 (1991); להלן – עניין שולמן).

21. גובה מענק האשפוז נקבע בהתאם ללוח ב'1 לחוק, המפרט נוסחה מפורטת לחישובו של מענק האשפוז, ומציין כי "בתמורה למענק האשפוז יינתנו לילודת וליילוד שירותים אלה", וביניהם "כל השירותים והטיפולים הרפואיים הקשורים בלידה", "אשפוז היולדת במחלקת יולדות לפרק זמן שהלידה ותוצאותיה מחייבות", "אשפוז היילוד עד לצאת היולדת מבית החולים", "אשפוז היילוד לאחר צאת היולדת מבית החולים, לפרק זמן כפי שהמצב הרפואי מחייב עקב צהבת, דלקת ריאות, כתוצאה משתיית מי שפיר או כתוצאה מכל מחלה זיהומית אחרת", "אשפוז פגים ביחידה רפואית מתאימה", וכן "כל זריקה או טיפול אחר הדרושים לילודת וליילוד על פי החלטת הרופא".

רשימה זו מלמדת כי בתמורה למענק האשפוז המשולם לבית החולים על ידי המוסד, מחויב בית החולים להעניק הן לילודת, והן לילוד, את כל השירותים והטיפולים הקשורים בלידה ובאשפוז שלאחריה.

22. החוק ממשיך וקובע, [בסעיף 57](#), זכאות להורים מאמצים למענק לידה ולדמי לידה, בתנאים הנקובים בסעיף. [סעיף 57א'](#) לחוק הוסף בעת חקיקתו של חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, וקובע זכאות ל"אם מיועדת" (המוגדרת כמבוטחת לפי פרק י"א, או אשת מבוטח לפי פרק י"א, שקיבלה למשמורתה ילד כהורה מיועד לפי חוק ההסכמים לנשיאת עוברים) למענק אשפוז, קצבת לידה ומענק לידה, וכן דמי לידה בתנאים הנקובים בסעיף.

המחוקק ביצע לפיכך הבחנה בין "אם מיועדת" לפי חוק ההסכמים לנשיאת עוברים - אשר זכאית למענק אשפוז (כמו גם לדמי לידה ומענק לידה), לבין הורים מאמצים - הזכאים לדמי לידה ומענק לידה בלבד. הטעם להבחנה זו הוא כי הקשר בין הורה מאמץ לילדו נוצר רק לאחר הלידה, ובלא שההורה המאמץ נושא בהוצאות כלשהן הקשורות ללידה עצמה או לאשפוז היילוד כתוצאה ממנה.

23. עוד ראוי לציון [סעיף 42\(ב\)](#) לחוק, הקובע כי "אם אין המבוטחת בחיים, זכאי למענק הלידה ולקצבת הלידה בעלה או האפוטרופוס על הנולד, לפי העניין". סעיף זה מלמד כי הזכאות נותרת גם לאחר פטירתה של המבוטחת, בהתחשב בכך שההורה הנותר נאלץ לשאת לבדו בהוצאות הכרוכות בגידולו של הרך הנולד. סעיף החוק אמנם לא מתייחס למענק האשפוז בסיטואציה כזו של פטירת היולדת, אך זאת – כך ניתן להניח – כיוון שבית החולים הוא שיגיש את הדרישה למענק האשפוז ישירות.

24. מכלול ההוראות מלמד כי תכליתו הכללית של [פרק ג'](#) לחוק הינה עזרה להורים המבוטחים בעלויות השונות הכרוכות בהולדת בנם או בתם, כאחת הדרכים בהן מצא לנכון המחוקק לסייע בהגשמתה של הזכות להורות, ובנוסף לכך כדרך להבטיח תעסוקת נשים ושילובן בשוק העבודה ([עב"ל 165/08 המוסד לביטוח לאומי - רחל בלומנטל](#), [פורסם בנבו] מיום 10.9.09). מעבר להיבטיה האינדיבידואליים של הזכות, נראה כי עידוד הילודה נתפס גם כאינטרס ציבורי, וזאת לא רק ביחס להולדה "טבעית" אלא גם תוך שימוש בהתפתחויות הטכנולוגיות בתחום זה (על היותה של התרבות הישראלית תרבות "פרו-נטליסטית" ועל הסיוע המדינתי הניתן לצורך הורות בכלל והורות ביולוגית בפרט ראו למשל אצל אריאן [רנן-ברזילי, הורים א/עובדים: רב ממדיות והפמיניזם](#) החברתי של מעמד הפועלות – תשתית תיאורטית לשילוב משפחה ועבודה בישראל, [עיוני משפט](#) ל"ה 307, בעמ' 324 (2012); כן ראו בין היתר את [תקנות בריאות העם \(הפריה חוץ גופית\)](#), התשמ"ז – 1987 ו[חוק תרומת ביציות](#), התשי"ע – 2010).

25. במסגרת תכלית כללית זו, מיועדת כל אחת מהגמלאות הנקובות בפרק ג' לסיוע בהקשר שונה. כך, מטרתו של מענק הלידה הינה סיוע במימון רכישת ציוד ליילוד וההוצאות הראשונות הנדרשות לצורך טיפול בו, תוך עידוד הילודה בבתי חולים מעצם אי תשלומו למי שיוולדת בלידת בית מתוכננת (ראו בקשר לכך את חוזר אפריל 2009; [דב"ע מח/191-0 חנה לדווין – המוסד לביטוח לאומי](#), [פורסם בנבו] פד"ע כא 5 (1989); עניין [דיוויס](#)). תכליתה של קצבת הלידה הינה סיוע בעלויות המיוחדות הנובעות מהמקרה הנדיר של הולדת למעלה משני ילודים בלידה אחת. תכליתם של דמי הלידה הינה להוות תחליף שכר בתקופת חופשת הלידה, על מנת ליתן ליולדת זמן התאוששות ועל

מנת לאפשר לאם - ובתנאים מסוימים גם לאב - לשהות עם הרך הנולד, לצורך מתן מענה לצרכיו בתקופה זו וחיוזוק הקשר הורה וילד ([עב"ל 543/09 פלונית - המוסד לביטוח לאומי](#), [פורסם בנבו] מיום 4.5.11 וההפניות שם).

אשר למענק האשפוז - בתחילת דרכו של החוק היווה חלק ממענק הלידה, וההפרדה ביניהם נעשתה בשנת 1986. בשלב ראשון לאחר ההפרדה בוצע התשלום בגין האשפוז דרך קופות החולים ([סעיף 64 לחוק](#) - שבוטל במסגרת תיקון מס' 12 לחוק) והחל משנת 1997 משולם המענק ישירות מהמוסד לבתי החולים. למרות ההפרדה, קיים גם היום קשר הדוק בין שני המענקים ([עב"ל 26677-07-11 נעמי לייסנר - המוסד לביטוח לאומי](#), [פורסם בנבו] מיום 23.12.12), ולא בכדי צוין בפרסומי המוסד כי מענק האשפוז ישולם ישירות לבית החולים **"עבור אותן נשים הזכאיות גם למענק לידה"**. תכליתו של מענק האשפוז הוסברה בפסיקה בכך ש**"החברה רואה לחובה ולאפשרי לספק ליולדת אשפוז חינם, במסגרת המקובלת..."** (עניין שולמן), היינו מטרתו לממן את מלוא עלויות האשפוז הכרוכות בלידה הן ליולדת והן ליילוד, על מנת לעודד לידות בבתי חולים, וזאת גם כאשר הלידה נעשית בחו"ל וכל עוד ההחזר הינו עד גובה המענק המשולם בארץ (שם; כן ראו בקשר לכך מסמך שפרסם מינהל המחקר והתכנון של המוסד ביום 18.7.13 וכותרתו **"מענק אשפוז - סקירת רקע, התפתחויות והמלצות"**; להלן: **סקירת המוסד**).

26. במאמר מוסגר יצוין כי בסקירת המוסד הוצע להעביר את האחריות לאשפוזם של יולדות, יילודים ופגים למערכת הבריאות, תוך מימונם ממס הבריאות ובמסגרת [חוק ביטוח בריאות ממלכתי](#), התשנ"ד - 1994; זאת, למעט בהתייחס ל**"לידות בחו"ל או נשים שילדות בישראל ואין להן ביטוח רפואי"** - לגביהן מימון האשפוז ימשיך להיות באחריות המוסד.

היינו, גם לאחר השינוי המוצע (ככל שיתקבל) - תהא זכאות למבוטחת ללדת בחו"ל ולקבל החזר על הוצאות האשפוז מהמוסד; הדבר מלמד כי מימון ההוצאות הכרוכות בלידה ובאשפוז הילוד מהווה זכות סוציאלית שהמדינה מבקשת להעניק לתושביה, גם אם הלידה עצמה נעשית מחוץ לישראל ושלא במסגרת סל הבריאות.

הפרשנות שיש ליתן לסעיפים 42(א)1 ו- 43 (ג) לחוק

27. פרשנות חוק היא "פעולה משולבת של לשון ותכלית" (בג"צ 4562/92 זנדברג נ. רשות השידור, פ"ד נ(2) 793 (1996)), באופן ש"הלשון קובעת את מתחם האפשרויות הלשוניות" ובצד הלשון "עומדת התכלית; אלה הם המטרות, היעדים, האינטרסים והערכים אשר הנורמה נועדה להגשים" (שם; כן ראו אצל אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך ב') – פרשנות החקיקה) 81 (1993); אהרן ברק, עקרונות כלליים של המשפט בפרשנות המשפט, מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן, 1 (2002). לתכלית החוק שני רבדים – רובד סובייקטיבי המהווה את כוונת המחוקק במועד חקיקת החוק, ורובד אובייקטיבי, הנשען במידה רבה על עקרונות היסוד של השיטה המשפטית כפי שהם במועד מתן הפרשנות (שם, בעמ' 11). במסגרת עקרונות אלו כלול, בין היתר, גם עקרון השוויון (בג"צ 5492/07 בוארון נ. בית הדין הארצי לעבודה, [פורסם בבנו] מיום 19.9.10).

28. השאלה שהתובעים מעוררים הינה האם יש לפרש את סעיפים 42(א)1 ו- 43 (ג) לחוק באופן הקובע זכאות למענק אשפוז גם למבוטח גבר, שהביא ילד לעולם מחוץ לישראל באמצעות פונדקאית תוך הזדקקות לשירותי אשפוז בבית חולים. לאחר שקילת טענות הצדדים בהקשר זה וכלל העקרונות הפרשניים שפורטו לעיל, שוכנעתי כי התשובה לכך חיובית. להלן יובאו הנימוקים המצטברים לכך:

א. כאמור לעיל, הזכאות לפי הוראות החוק הינה ל"מבוטחת שהזדקקה לאשפוז בקשר ללידה". אשר לשימוש במונח "מבוטחת" קובע סעיף 6 לחוק הפרשנות כי "האמור בלשון זכר - אף לשון נקבה במשמע, וכן להיפך", ומכאן שלעיתים בוחר המחוקק מטעמי נוחות להשתמש בלשון זכר או נקבה, אך אין להסיק מניסוח זה כשלעצמו כי הוראת החוק אינה מתייחסת לשני המינים.

לא נשמטה מעיני הוראת סעיף 1 לחוק הפרשנות, המבהירה כי הוראות החוק תוחלנה "אם אין הוראה אחרת לעניין הנדון ואם אין בעניין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם חוק זה", אך בעניין שלפני אין הוראה אחרת בקשר לכך ולא שוכנעתי כי הקשר הדברים מצדיק

מסקנה אחרת (למסקנה דומה לפיה "מבוטח" יכול להיקרא גם כ"מבוטחת" ראו ב-[עב' \(חי'\) 1758/06](#) **אורית מויאל-לפולר – מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים**, [פורסם בנבו] מיום 19.4.07; ערעור שהוגש לבית הדין הארצי נמחק – [ע"ע 348/07](#) [פורסם בנבו]. אינני סבורה כי המחוקק נקט בלשון "מבוטחת" מתוך כוונת מכוון להוציא מגדר הזכאות בני זוג חד מיניים (כפי שהיה במקרים שהוזכרו על ידי המוסד בסיכומיו ועסקו בזכויות [בחוק הביטוח הלאומי](#) לגביהן נקבעו במובהק הסדרים שונים לגברים ונשים), וסביר יותר להניח כי השתמש במונח "מבוטחת" שכן זו האופציה השכיחה והשגרתית. היינו, בתקופה בה נחקק החוק לא נלקחה בחשבון האפשרות כי מבוטח גבר יביא ילד לעולם באופן ביולוגי ללא מעורבות אם; עם זאת, אין בכך הסדר שלילי ואין להסיק כי נשללת הזכאות ממבוטח גבר.

ב. באותו אופן, המילים "שהזדקקה לאשפוז בקשר ללידה" אינן מחייבות כי המבוטחת עצמה היא שתזדקק לאשפוז בקשר ללידה, ודי בכך שמבוטח הזדקק לאשפוז של הילוד בקשר ללידה. בהקשר זה אזכיר כי האשפוז מושא מענק האשפוז, כפי שעולה מהוראות [סעיף 43](#) לחוק כמו גם הפירוט בלוח ב'1 לחוק, אינו רק אשפוז של היולדת אלא גם אשפוז של היילוד, ואשפוז זה עומד בפני עצמו ונובע מצרכיו הספציפיים של הילוד. לפרשנות רחבה (בהקשר אחר) של המונח "הזדקקה לאשפוז", לפיה די בכך שהיולדת תכננה להתאשפז ועשתה את כל הדרוש לצורך כך גם אם לא אושפזה בפועל – ראו את [תב"ע \(ירושלים\) לב/059-0 ווסיפה יוסף עלי שחאדה - המוסד לביטוח לאומי](#), [פורסם בנבו] פד"ע ד' 1 (1972)), ודוגמא זו מבהירה את קשת האפשרויות הלשוניות העולה מהוראת הסעיף.

ג. הפרשנות המוצעת על ידי התובעים מתאפשרת לפיכך מלשון החוק, ומתחייבת לטעמי מתכליתו ומעקרונותיה הכלליים של השיטה. כפי שפורט לעיל, תכליתו של [פרק ג'](#) לחוק הינה נטילת חלק בעלויות הכרוכות בהבאת ילד לעולם, ותכליתו של מענק האשפוז אינה פיצוי האישה היולדת בגין הקושי שעברה בתהליך הלידה אלא סיוע לתא המשפחתי על ידי שחרורו מההוצאות הכרוכות בלידה ובאשפוז הנובע

ממנה - וזאת גם כאשר הלידה התרחשה מחוץ לישראל, וכל עוד בוצעה בבית חולים. דמי ביטוח אמהות אינם משולמים על ידי נשים בלבד אלא גם על ידי גברים ([סעיף 335 לחוק](#)), והזכאות למענק אשפוז נתונה במפורש גם ל"אשת מבוטח" ולא רק ל"מבוטחת". הדבר מלמד כי הזכאות אליה כיוון המחוקק הינה לתא המשפחתי ככזה נוכח ההוצאות הנגרמות לו, ולא דווקא לאישה היולדת בגין עצם הפעולה הפיזית של הלידה.

בהתחשב בכך, אינני רואה הצדקה - בין כזו הנובעת מלשון החוק ובין מתכליתו - לשלול זכאות למענק אשפוז ממבוטח, שהדרך היחידה בה יכול היה להגשים את רצונו להורות ביולוגית הינה באמצעות אם פונדקאית מחוץ לישראל; קל וחומר, כאשר לוקחים בחשבון את חשיבותה של הזכות להורות והזכות למשפחה כפי שהוכרה בפסיקה, ואת עקרון השוויון שאמור להדריכנו בפרשנותם של חוקים.

ד. גם המוסד עצמו הכיר בשינויי העיתים כמצדיקים התייחסות שונה [לפרק ג' לחוק](#), נוכח הצורך שראה "להתאים את המושג "משפחה" למציאות של ימינו, בדרך של פרשנות" (כלשונו של חוזר אפריל 2009; לשינויי העיתים בכל הנוגע להגדרת "משפחה" ו"הורים" ראו למשל אצל טלי [מרקוס, צריך \(רק\) שניים לטנגו?](#) על האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד, [משפטים](#) מ"ד 415 (2014); יחזקאל [מרגלית, על קביעת הורות משפטית](#) בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה, [דין ודברים](#) ו' 553 (2012)).

כפי שפורט לעיל, בהתאם להוראות החוק ([סעיפים 42\(א\)\(2\) ו- 44](#)), הזכאות למענק לידה נתונה אף היא ל"מבוטחת", למעט בסיטואציה החריגה של פטירת היולדת; למרות זאת, קבע המוסד בנהליו זכאות מפורשת למענק לידה גם למבוטח גבר, בסיטואציה בה הינו מגדל את הילד לבדו או עם בן זוג מאותו מין. גם הזכאות לדמי לידה מכוח [סעיף 49 לחוק נתונה, ככלל, ל"מבוטחת"](#); בשנת 1998 הוכרה החשיבות במתן זכויות (וחובות) הוריות לאב, ובהתאם תוקן החוק באופן שאפשר גם לו, בנסיבות מסוימות, לנצל את חופשת הלידה ולקבל דמי לידה. על

אף שמבחינה מילולית מתייחס החוק רק לגבר הנשוי לאישה ([סעיף 49\(ב3\)](#) לחוק), קובעים נהלי המוסד ([סעיף 4](#) לעיל) כי הזכאות לדמי לידה תינתן גם למבוטח גבר שיש לו בן זוג מאותו מין.

ה. מהאמור לעיל עולה כי "מבוטחת" כוללת בחובה למעשה גם "מבוטח", וזאת לפי הפרשנות שנתן המוסד עצמו לסעיפים העוסקים בתשלום מענק לידה ודמי לידה (גם אם עשה כן תוך היקש [מסעיף 57](#) לחוק, אך אין חולק כי התובעים אינם הורים "מאמצים", ולהבדיל מהורים מאמצים – נדרשו לשאת גם בהוצאות הלידה). ההבחנה שערך המוסד בנהליו בין מענק לידה ודמי לידה (שישולמו גם לבני זוג גברים) לבין מענק אשפוז (שלא ישולם להם) אינה סבירה לפיכך (לרבות בהתחשב בקשר ההדוק בין מענק הלידה ומענק האשפוז, כמפורט לעיל), ואף אינה מנומקת.

ו. בנוסף לכך, פרשנותו של המוסד יוצרת קבוצות שאין ביניהן שונות רלוונטיות, באופן הנוגד את עקרון השוויון (והשוו [לבג"צ 9722/04 פולגת גיינס בע"מ נ. ממשלת ישראל](#), [פורסם בנבו] מיום 7.12.06). ככלל, מענק אשפוז לא ניתן רק בגין לידות בארץ, אלא גם ללידות בחו"ל של מבוטחים שהינם תושבי ישראל (או "אשת מבוטח"). בנוסף, מענק אשפוז לא ניתן רק בגין לידות "טבעיות", אלא גם בגין לידות באמצעות פונדקאית. אם כך, מדוע לבצע הבחנה ולהוציא מגדר הזכאים לכך את אותם מבוטחים שהביאו ילד לעולם באמצעות פונדקאית בחו"ל, ונדרשו בפועל להוציא כסף מכיסם לצורך הוצאות אשפוז היילוד בעקבות הלידה, היינו אותן הוצאות בגינן מבוצע תשלום מענק האשפוז לפי לוח ב'1 לחוק?

צודקים התובעים, כי כאשר המדינה מכירה בהם כהוריהם של הילודים לכל דבר ועניין - יש להכיר בהורותם גם לצורך [חוק הביטוח הלאומי](#), ומאחר שהמחוקק בחר לשפות את מבוטחיו בגין הוצאות האשפוז של הילודים הכרוכות בלידה, בין אם התרחשה בארץ ובין אם בחו"ל, בין אם באמצעות פונדקאית ובין אם בדרך "טבעית" – אין הצדקה להוציא את התובעים, שהינם "מבוטחים" שנשאו בפועל

בהוצאות האשפוז האמורות, מגדר קבוצת הזכאים לשיפוי. קל וחומר, כאשר אנו עוסקים בקבוצה שהופלתה מבחינה היסטורית, לרבות בכל הנוגע לזכות למשפחה, כך שהפגיעה בה כתוצאה מההבחנה שעורך המוסד הינה חמורה יותר ואינה כלכלית גרידא.

ז. המוסד למעשה לא העלה כל טענה המצדיקה את ההבחנה שיצר; לא ניסה לטעון כי תכליתו של מענק האשפוז אינה מצדיקה תשלום להורה שנשא בהוצאות אשפוזו של הילוד כתוצאה מהלידה בפועל; ואף לא ניסה לטעון כי ההבחנה שיצר נועדה לתכלית כלשהי (דוגמת התכליות שהועלו על ידי המדינה בבג"צ **ממט-מגד** לצורך הבחנה בין פונדקאות בארץ לפונדקאות בחו"ל ואינן רלוונטיות לענייננו – חשש מניצול נשים במסגרת הליכי פונדקאות בחו"ל וחשש לסחר בילדים). אף לא ניתן לטעון כי המחוקק הוא שביצע את ההבחנה שמבצע המוסד ויש לכבד את רצונו, שכן ברור – גם למוסד – כי בעת ניסוחן של הוראות פרק ג' (מלבד **סעיף 57א'** שהתווסף בד בבד עם חקיקת חוק ההסכמים לנשיאת עוברים) לא העמיד המחוקק מול עיניו את התופעה של הולדה אלטרנטיבית. למעשה וכפי שעולה מהאמור לעיל, המוסד עצמו שוכנע כי יש לפרש את החוק בהתאם להתפתחות העיתים ולהכיר בהולדה באמצעות פונדקאית בחו"ל, ולפיכך החלטתו לבלום את ההכרה דווקא בהתייחס למענק האשפוז הינה, לטעמי, בלתי סבירה ומפלה ועשויה לעמוד בפני עצמה כמצדיקה התערבות.

29. נוכח כל האמור לעיל, שוכנעתי כי יש לפרש את **סעיפים 42(א)(1) ו- 43(ג)** לחוק כמקנים זכאות למענק אשפוז גם למבוטח גבר שהביא ילד לעולם באמצעות אם נושאת מחוץ לישראל, וזאת בגובה ההוצאות ששולמו על ידו לצורך אשפוזו של היילוד וטיפול בו כמפורט בלוח ב'1 לחוק, ולא יותר מגובה מענק האשפוז המשולם בגין לידה בישראל באותו מועד.

מעבר לצורך יצוין, כי המוסד לא טען כי לצורך חישוב מקסימום מענק האשפוז שישולם לתובעים יש להבחין בין אותו חלק של מענק האשפוז המשולם בישראל ומיועד לאשפוז היולדת לבין אותו חלק של מענק האשפוז המשולם בישראל ומיועד לאשפוז היילוד, אלא יצא מנקודת הנחה כי ככל

שהתובעים יוכיחו את זכאותם העקרונית ואת ההוצאות ששולמו על ידם בגין היילוד - יהיו זכאים להחזר עד גובה מענק האשפוז המלא המשולם בישראל. עוד אציין כי התובעים 1-5 לא טענו לזכאות להחזר גם בגין הוצאות אשפוז של האם הפונדקאית (דרישה שרלוונטית לכאורה רק לגבי התובע 5) אלא רק להחזר בגין הוצאות אשפוז של היילוד; התובע 6 אמנם פירט בכתב תביעתו את כלל ההוצאות שהוציא, אך בסיכומיו הצטרף לטיעוני התובעים 1-5.

30. במאמר מוסגר אוסיף כי התובעים אמנם הדגישו בסיכומיהם כי אינם טוענים לאפליה על בסיס נטייה מינית או לפגיעה בזכות חוקתית, ועם זאת "אף שהסדרים הנדונים... חלים גם על זוגות הטרוסקסואלים המקיימים הליכי פונדקאות בחו"ל, לא ניתן לנתק, לגישתי, בין ההסדרים האמורים לבין הקבוצה המרכזית עליה הם חלים, הם בני זוג בני אותו המין... הטענה כי די בקיומו של כלל 'עיוור' לנטייה מינית, מבלי להתחשב בהשפעתו בפועל, אינה מתיישבת עם המבחנים לבחינתו של שוויון בשיטתנו המשפטית" (עמדת השופט ג'ובראן בעניין ממת-מגד). זאת ועוד, "מקל וחומר כי הטענה שמדובר בהסדר שהוא 'עיוור' לנטייה מינית קשה היא, כאשר מערכת הדינים הנוגעת לעניין אינה עיוורת לנטייה מינית כלל וכלל" (שם), והכוונה היא לעובדה כי בהתאם לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים - בני זוג בני אותו המין אינם זכאים לפי המצב המשפטי הנוכחי לפנות להליך פונדקאות בארץ, כך ש"איני רואה הצדקה לקבל את ניסיון המשיבה לבודד הסדר אחד החל על פונדקאות ממארג החקיקה השלם הנוגע בעניין" (שם).

השופט ג'ובראן הוסיף והדגיש כי "מדיניות מפלה זו (ההבחנות שמבצע משרד הפנים בין פונדקאות בארץ לפונדקאות בחו"ל - ס.ד.מ.), לצד הפגיעה העמוקה בכבוד ושוויון, פוגעת גם בזכות החוקתית הקיימת לכל אדם לחיי משפחה". על אף שעמדה זו לא הייתה דעת הרוב בנסיבות אותו עניין, אני סבורה כי דברים אלו יפים גם למקרה שלפני.

31. סוף דבר - נוכח כל האמור לעיל, התביעה מתקבלת. מוכרת זכאותם העקרונית של התובעים למענק אשפוז בגין ההוצאות הכרוכות בלידת ילדיהם באמצעות אם נושאת בחו"ל, כפוף לבדיקה פרטנית אשר תבוצע - בהתאם להסכמת הצדדים וכמפורט לעיל - באמצעות פקיד התביעות.

המוסד ישא בהוצאות התובעים 1-5 בסך של 4,000 ₪ לכל אחד, ובהוצאותיו של התובע 6 (שלא היה מיוצג) בסך של 2,000 ₪.

ניתן היום, כ"ה סיוון תשע"ד, (23 יוני 2014), בהעדר הצדדים.

סיגל דוידוב מוטולה 54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)