

## תמצית

עם פרישתו מכס השיפוט היום, הקריא המשנה לנשיאת בית המשפט העליון, השופט ס' ג'ובראן, את פסק הדין החלקי ואת ההחלטה בבג"ץ 781/15, שעניינו הרחבת הגישה להסכמי פונדקאות. משהעבירה הכנסת בחודש שעבר הצעת חוק הנוגעת להסדר הפונדקאות בקריאה ראשונה – קבע המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן, בהסכמת כלל חברות וחברי ההרכב, כי יש להשעות את ההכרעה בעתירה זו למשך חצי שנה. זאת, נוכח חשיבותו הדמוקרטית של כיבוד מרחב הפעולה של המחוקק, ועל מנת לאפשר לכנסת למצות את הליך החקיקה הנדון אשר צפוי לשנות את ההסדר הקיים. המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן הדגיש את הקשיים החוקתיים בהסדר הקבוע בחוק, אשר אינו מאפשר לזוגות חד-מיניים ולגברים ונשים יחידנים להתקשר בהסכמי פונדקאות – ומצא כי על פניו מדובר בהסדר מפלה, שאינו עולה בקנה אחד עם עיקרון השוויון ועם הערך החוקתי של כבוד האדם. הנשיאה נ' נאור ציינה כי לכאורה אין הצדקה להבחנה בין נשים עם בעיה רפואית לבין גברים יחידים וזוגות גברים לעניין התקשרות בהסכמי פונדקאות, אך הדגישה כי דבריה הינם בגדר הרהורים בלבד שאין בכוחם לכבול את שיקול דעתם של השופטים שיבואו במקום השופטים חברי ההרכב הפורשים לגמלאות. נוסף על כך, דחה בית המשפט העליון פה אחד את טענת העותרים המבקשת לבטל את דרישת הזיקה הגנטית בין הורים מיועדים לבין היילוד בהליך הפונדקאות. המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן קבע כי דרישה זו אומנם פוגעת בזכות החוקתית להפוך להורה, אך כי פגיעה זו היא חוקתית לאור מבחני פסקת ההגבלה הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

**תקציר פסק דין חלקי והחלטה בבג"ץ 781/15 ארז-פנקס נ' הוועדה לאישור**  
**הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם**  
**ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996**

1. העותרים עתרו לבית משפט זה בבקשה שיורה על הרחבת הגישה להסדר הפונדקאות בישראל, הקבוע בחוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק ההסכמים). חוק זה קובע כי רק בני זוג הטרוסקסואליים בעלי זיקה גנטית ליילוד רשאים להתקשר בהסכם פונדקאות; ואילו העותרים, שאינם נמנים על קבוצה זו, ביקשו להרחיב הסדר זה כך שגם זוגות חד-מיניים, גברים או נשים יחידנים, ומי שאינם בעלי זיקה גנטית – יוכלו להתקשר בהסכם.

2. ביום 17.7.2017 עברה בקריאה ראשונה בכנסת הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ז-2017. הצעת החוק עוסקת, בין היתר, בהסדרת הגישה להסכמי הפונדקאות, ולפיה גם נשים יחידניות בעלות זיקה גנטית יוכלו להתקשר בהם. המשיבה גרסה כי לנוכח התפתחות זו, יש מקום לדחות את העתירה ולאפשר למחוקק להידרש לסוגייה ולהכריע בה.

3. לאור ההתפתחות בהליכי החקיקה, לאור עיקרון הכיבוד בין הרשויות, וחרף העובדה שהצעת החוק אינה מהווה מענה לכלל טענות העותרים – הוחלט, על דעת כל חברות וחברי ההרכב, להשעות את ההכרעה בעניינם של זוגות חד-מיניים ושל גברים ונשים יחידנים, ולהורות למשיבים להגיש הודעה מעדכנת בתום שישה חודשים. לצד זאת, הוחלט להכריע בעניין הדרישה לביטול הזיקה הגנטית כבר במועד זה, על דרך של מתן פסק דין חלקי.

4. אשר להחלטה להשעות את ההכרעה בעתירה, הסביר המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן כי שעה שהמחוקק הביע דעתו באמצעות העברת הצעת החוק בקריאה ראשונה, יש מקום לאפשר לו להסדיר את הסוגייה – זאת, כחלק מדו-השיח החוקתי בין הרשויות, אשר לו חשיבות דמוקרטית רבה. המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן ביאר, כי עת צפוי שינוי במסגרת הנורמטיבית הרלוונטית בזמן הקרוב, הכרעה משפטית בדבר הרחבת הגישה להסדר הפונדקאות אינה הולמת את "זכות הקדימה" אשר יש להעניק

למחוקק בתיקונם של פגמים חוקתיים; ופירט, כי יש חשש שסעדים משפטיים שעשויים להינתן במסגרת הכרעה משפטית בעת הזו לא יובילו לתוצאה מעשית. הנשיאה מ' נאור והשופטת א' חיות הצטרפו לעמדתו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן בנוגע להשעיית ההכרעה בעתירה. הודגש, כי לנוכח עיקרון הכיבוד בין הרשויות ולנוכח מורכבות הסוגייה הנדונה, ראוי כי בית המשפט ימנע מ"תחרות" עם המחוקק, ויאפשר לכנסת למצות את הליכי החקיקה בתוך זמן סביר. המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, הסכים אף הוא להשעיית ההכרעה, הטעים את מורכבותו האנושית של הסדר הפונדקאות, ועמד על כך שראוי שהמחוקק הוא שיידרש אליו. עוד בעניין זה, השופט ח' מלצר ציין כי לאור עיקרון הכיבוד ההדדי בין הרשויות, זכות הקדימה נתונה למחוקק, אך קבע כי תישמר זכותם של העותרים לטעון – ככל שמבוקשם לא יענה על-ידי המחוקק – כי הופרו זכויותיהם החוקתיות, הפרה אשר עשויה להצדיק תרופה חוקתית מתאימה בבוא העת.

5. עוד עמד המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן על הקשיים החוקתיים בהסדר הפונדקאות הקיים. המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן ציין, כי ההסדר הקיים, המאפשר לזוגות הטרוסקסואליים להתקשר בהסכם פונדקאות אך מונע זאת מזוגות חד-מיניים – הוא על פניו הסדר מפלה. המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן הדגיש כי העדפת הזוגות ההטרוסקסואלים אינה דרה בכפיפה אחת עם ערך כבוד האדם, אינה מתיישבת עם הזכות לשוויון ככלל ועם איסור האפליה מחמת נטייה מינית בפרט, ואף נעדרת בסיס מחקרי מבחינת טובת הילד. עוד הוסיף המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן, כי בנוגע למימוש הזכות להפוך להורה, ובגדרה האפשרות להסתייע בטכניקת הפונדקאות, הבחנה בין גברים יחידנים לבין נשים יחידניות מעלה גם היא תהיות. הנשיאה מ' נאור התייחסה אף היא להגדרת "הורים מיועדים" בחוק וציינה כי חרף הקשיים שהליך הפונדקאות מעורר, לכאורה אין הצדקה להבחנה בין נשים עם בעיה רפואית לבין גברים יחידים או זוגות גברים לעניין זה. הנשיאה הדגישה כי דבריה אלה הם בגדר הרהורים בלבד, שאין בכוחם כמובן לכבול את שיקול דעתם של השופטים שיבואו במקום חברי ההרכב הפורשים לגמלאות. דבריה כוונו לאזוני המחוקק כשיקולים שלכאורה ראוי לשקול אותם. השופט ח' מלצר ציין ביחס לאמירות אלו, כי ראוי שהמחוקק יראה בהן עצה שיפוטית ויידרש להן, וכן לטענות העותרים, במסגרת דיוני הוועדה בכנסת.

6. כאמור, לצד ההחלטה להשעות את ההכרעה בחלק מטענות העותרים, הכריע בית המשפט העליון בטענותיהם בדבר ביטול הזיקה הגנטית בהליכי פונדקאות. בפסק הדין החלקי – שניתן פה אחד – דחה בית המשפט העליון את טענות העותרים בנידון.

המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן עמד על טיבה של הזיקה הגנטית בכלל ובהליכי פונדקאות בפרט – בחברה, בדין הישראלי ובמשפט המשווה. על יסוד סקירה זו מצא המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן, כי קיים שוני רלוונטי בין הורים מיועדים שיכולים לקיים זיקה גנטית ליילוד לבין הורים מיועדים שאינם יכולים לקיים זיקה גנטית ליילוד בהליכי פונדקאות, ומשכך מצא כי הזכות לשוויון לא נפגעת כתוצאה מקיומו של תנאי הזיקה הגנטית בחוק. בהמשך, נדרש המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן לפגיעה בזכות להפוך להורה הנגרמת כתוצאה מהדרישה לזיקה גנטית הקבועה בסעיף 4(2) לחוק ההסכמים. המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן מצא כי הזכות החוקתית להפוך להורה נפגעת כאשר מוגבלת הגישה של אדם להסתייעות בטכניקות רפואיות להולדה. לאור זאת, המשיך ובחן המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן את הפגיעה בזכותם החוקתית להפוך להורה של מי שאינו יכול לקיים זיקה גנטית ליילוד, ומצא, כי פגיעה זו עומדת במבחני פסקת ההגבלה, ולפיכך חוקתית היא.

הנשיאה מ' נאור מצאה אף היא כי דרישת החוק לקיומה של זיקה גנטית בין אחד מההורים המיועדים לבין היילוד כתנאי להתקשרות בהסכם פונדקאות צולחת את מבחני פסקת ההגבלה. גם המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין הסכים לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן, וקבע כי ההורות הגנטית היא הנחת יסוד בכל הנוגע לחוק ההסכמים. כך גם השופטת א' חיות הצטרפה לעמדת המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן, וקבעה כי אין עילה חוקתית לביטול סעיף 2(4) לחוק ההסכמים. השופטת א' חיות הרחיבה על אודות החשיבות החברתית של דרישת הזיקה הגנטית, אך ציינה כי זיקה זו אינה חזות הכל בקשר בין הורים וילדים. השופטת א' חיות המשיכה ופירטה, כי בהיעדר אפשרות של הורה מיועד לקיים זיקה גנטית ליילוד, אין להורה המיועד אינטרס כי ילדו יבוא לעולם דווקא בהליך פונדקאות, ואין יסוד לבכר את הליך הפונדקאות על פני הליך האימוץ. לעמדת המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן הצטרף גם השופט ח' מלצר, שהסכים כי הדרישה לקיומה של זיקה גנטית בהליכי פונדקאות אינה כושלת במבחני פסקת ההגבלה.

7. אשר על כן, הורה בית המשפט העליון (מפי המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן, בהסכמת הנשיאה מ' נאור, המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, השופטת א' חיות והשופט ח' מלצר) על דחיית העתירה בכל הנוגע לביטול הדרישה לזיקה גנטית בהליכי פונדקאות; על השעיית ההכרעה בעתירה בנוגע להרחבת הגישה להסדרי הפונדקאות, ועל הגשת הודעה מעדכנת מטעם המשיבות עד ליום 4.2.2018.