



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 781/15

לפני :

כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד המשנה לנשיאה (בדימי) א' רובינשטיין
כבוד המשנה לנשיאה ס' גובראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ח' מלצר

העותרים :

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

נגד

המשיבות :

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

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריכי הישיבות :

כ"א באדר א' התשע"ו
י"ב בטבת התשע"ז
(1.3.2016)
(10.1.2017)

בשם העותרים :

עו"ד חגי קלעי

בשם המשיבה 1 :

עו"ד נחי בן אור

בשם המשיבה 2 :

עו"ד ד"ר גור בליי

פסק-דין חלקי והחלטה

המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן:

1. העתירה שלפנינו מבקשת להרחיב את הגישה להסדר הפונדקאות בישראל, שעיקרו מוסדר בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק ההסכמים), כך שיחול גם על זוגות חד-מיניים ועל יחידנים, בעלי או נטולי זיקה גנטית ליילוד.

2. העתירה הוגשה בתחילת שנת 2015, במסגרתה התקיימו שני דיונים בהרכב מורחב של בית משפט זה והוגשו ההודעות משלימות לעמדות הצדדים – כך שבשלה העתירה להכרעה. ואולם, ביום 17.7.2017 הגישה המשיבה 1 הודעה מעדכנת, בה פירטה על אודות הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ז-2017, ה"ח הממשלה 1150 (להלן: הצעת החוק). הצעת חוק זו הונחה על שולחן הכנסת ביום 5.7.2017, ועברה בקריאה ראשונה ביום 17.7.2017. בהודעתה המעדכנת, פירטה המשיבה 1 כי הצעת החוק עוסקת, בין היתר, בהרחבת הגישה להסכמי הפונדקאות בישראל, וביקשה שנקבע כי לנוכח הגשת הצעת החוק אין העתירה מקימה עילה להתערבות שיפוטית. לעומתה, בתגובתם מיום 21.7.2017, גורסים העותרים כי יש להידרש לעתירה כבר כעת לנוכח המצב החוקי הקיים, וכי נוכח מצוקתם המתמשכת של העותרים – כ-21 שנים מיום שחוקק החוק – אין מקום להמתין זמן רב נוסף עד להתפתחות הליך החקיקה. עוד הם מדגישים, כי הצעת החוק נוגעת לגישתן של נשים יחידניות בעלות זיקה גנטית להסכמי פונדקאות, אך אינה כוללת מענה לעותרים בעתירה זו.

3. כפי שיבואר להלן, לנוכח העובדה שהצעת החוק עברה את הקריאה הראשונה זה לא מכבר, תוך הנחה שהליכי החקיקה יתקדמו בקצב ראוי, ולאור הריסון השיפוטי הנדרש בעניינים רגישים כגון זה שלפנינו – נחה דעתנו כי יש מקום לאפשר למחוקק שהות מסוימת על מנת שיוכל להשלים את הליכי החקיקה טרם שנכריע במכלול העתירה לגופה. ואולם, משמוצו טענותיהם העקרוניות של הצדדים על אודות סלעי המחלוקת המפרידים ביניהם, סברנו כי ניתן כבר עתה להכריע בחלק מהעתירה – ובפרט, בנוגע לטענת העותרות 5 ו-6 (להלן גם: העותרות) לפיה יש לאפשר התקשרות בהליכי פונדקאות ללא קיומה של זיקה גנטית בין ההורה המיועד או ההורים המיועדים לבין היילוד. לעמדתנו, אף שיש ממש בטענות העותרות לפיה הדרישה לזיקה גנטית

פוגעת בזכות להפוך להורה – מצאתי כי פגיעה זו הולמת את תנאי פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומשכך דין הטענות בעניין זה להידחות.

עתה תיפרד חוות דעתי לשתיים: החלק הראשון עניינו ההחלטה להשעות את ההכרעה בעתירה בכל הנוגע להרחבת הגישה להסדר פונדקאות בישראל לתאים משפחתיים נוספים שאינם כלולים בו היום; והחלק השני עניינו פס' דין חלקי, הדוחה את הטענות בכל הנוגע לביטול הדרישה לזיקה גנטית בהליכי פונדקאות, הכול כפי שיפורט להלן.

השעיית ההכרעה בעתירה

4. כפי שצינתי לעיל, על שולחנה של הכנסת הונחה לאחרונה, ביום 5.7.2017, הצעת חוק ממשלתית לתיקון חוק ההסכמים. הצעה זו עברה קריאה ראשונה במליאת הכנסת ביום 17.7.2017, ונכון למועד כתיבת שורות אלו ניצבת היא על שולחנה של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות בכנסת, לשם הכנתה לקריאה שנייה ושלישית. הצעה זו – אם תעבור בנוסחה דהיום – צפויה לחולל שינויים ניכרים בהסדר הפונדקאות הנוהג, ובתוך כך לאפשר לראשונה לנשים יחידניות שלהן זיקה גנטית ליילוד להתקשר בהסכמים לנשיאת עוברים. מנגד, נוסח ההצעה אינו נותן מזור למלוא המבוקש על ידי העותרים, מאחר שאין הוא מרחיב את החוק לזוגות חד-מיניים ולגברים יחידנים. יוער כי ההצעה האמורה מתבססת בחלקה על תזכיר חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים ותנאים לאישור הסכם), התשע"ז-2016 (להלן: תזכיר החוק), אשר פורסם ביום 30.10.2016 ובו הוצע בדומה להרחיב את הגדרת "הורים מיועדים" בסעיף 1 לחוק ההסכמים כך שזו תכלול גם אם יחידנית. על רקע התפתחות זו, סבורני כאמור כי יש לאפשר למחוקק למצות את הליך החקיקה, טרם שיידרש בית משפט זה להכריע בעתירה במלואה. אעמוד להלן בקצרה על טעמי לכך.

5. בפתח הדברים אעיר כי מתן מעמד ליוזמת חקיקה מצד בית משפט זה, ובפרט השעיית הדיון בהליך המושפע ממנה, אינו בבחינת חזון נפרץ (לניתוח מעמיק של הסוגייה בספרות המשפטית מהעת האחרונה ראו: בל יוסף "אליה וקוץ בה: המעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה" עיוני משפט מ' 253 (2017) (להלן: יוסף)). לסקירת פסקי הדין שבהם השפיעה יוזמת חקיקה על מהלך הדיון בעתירה לבית משפט זה, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, ראו שם, עמ' 262-266). 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); בג"ץ 2390/96 קרטיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 6 (9.2.2009); דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (1.9.2005); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 376-389 (2004) (להלן: ברק, שופט בחברה דמוקרטית); דוד זכריה קולו הזך של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור 243-241 (2012); יוסף, עמ' 292-308; Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 MICH. L. REV. 577 (1993); Peter W. Hogg & Allison A. Bushnell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter .(of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)*, 35 OSGOODE HALL L. J. 75 (1997) יפים לעניין זה דברי השופט (בדימ') א' א' לוי בבג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (להלן: עניין גלאון):

"[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 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).

6. בנסיבות העתירה שלפנינו, משהביע המחוקק את כוונתו לערוך שינויים בחוק ההסכמים ולדון בהיקפה של הגדרת "הורים מיועדים" – הכרעה בדבר חוקתיותו של נוסח החוק הקיים עשויה להוות התערבות לא רצויה במרחב הפעולה השמור לו, בתור "השותף הבכיר" בחקיקה (ברק, שופט בחברה דמוקרטית, עמ' 380). על "זכות הקדימה" שראוי ליתן למחוקק עת עסקינן בפגם חוקתי עמד חברי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין בבג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (18.9.2014) (להלן: עניין משה), שבו ניצבה ברקע הצעה קודמת לתיקון חוק ההסכמים – וכך ציין שם:

”קיומם של הליכי חקיקה עכשויים להרחבת מעגל הזכאות הקיים בחוק הפונדקאות מצדיק מטבע הדברים ובצו השכל הישר ריסון שיפוטי בבית משפט זה, כדי שלא לזנב במחוקק... כמובן, אם לא יתקיימו הליכי חקיקה אין להוציא מכלל אפשרות התערבות שיפוטית חוקתית... ואולם הכתובת הראויה לשינויים אלה היא בראש וראשונה המחוקק, וקיומם של הליכי חקיקה מתקדמים מצדיק אותו ריסון שיפוטי” (שם, פסקה מו לפסק דינו; וראו גם שם, פסקה 17 לפסק דינה של חברתי השופטת א' חיות).

7. זאת ועוד, סבורני כי הכרעה בעתירה בכל הנוגע להרחבת הגישה להסכמי הפונדקאות בעת הזו מעוררת קשיים יישומיים. זאת מאחר שהמסגרת הנורמטיבית שעל פיה יבסס בית משפט זה את הכרעתו, עשויה להשתנות תוך זמן קצר, ולהפוך את הקביעות המנויות בו, ואת הסעד שעשוי להינתן במסגרתו – תאורטיים בלבד. נוסף על כך, הכרעה בעתירה לאחר מיצוי הליך החקיקה תבטיח כי משאביו של בית משפט זה יוקדשו לסוגייה בת נפקות מעשית (השוו: יוֹסֵף, עמ' 284-286).

8. אין לכחד – על בית המשפט לנהוג בזהירות בהשעיית הכרעתו בעתירה תלויה ועומדת בשל יוזמת חקיקה. ייתכנו נסיבות שבהן אין זה ראוי לנקוט אמצעי זה, בין אם משום שההשעיה צפויה להסב לעותרים פגיעה חמורה או להותיר על כנו עוול שתיקונו אינו סובל דיחוי, ובין אם משום שסיכויי הבשלתה של יוזמת החקיקה לכדי שינוי במסגרת הנורמטיבית קלושים. כמובן מסוים, דומים לדידי השיקולים המנחים בסוגייה זו לאלה שעל בסיסם נבחנת עילת הבשלות במשפט החוקתי. כפי שהזדמן לי לציין לא אחת, ההכרעה בדבר עילה זו ראוי שתתבצע תוך איזון בין התועלת הטמונה בכירור הסוגייה המונחת לפתחו של בית משפט זה בפורום אחר (ובהתאמה לענייננו – בית המחוקקים), לבין הנזק הצפוי לעותרים מחמת הותרת המצב הנורמטיבי הקיים על כנו (השוו: בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 5 לפסק דיני (12.3.2015); בג"ץ 2311/11 טבח נ' הכנסת, פסקה 7 לפסק דיני (17.9.2014) (להלן: עניין טבח); בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פסקה 18 לפסק דיני (23.2.2012) (להלן: עניין ניר)). לפיכך, אבחן עתה את פניה השונים של יוזמת החקיקה שלפנינו, תוך שאעמוד על אמות המידה המנחות שהוצעו בספרות בעניין זה (ראו: יוֹסֵף, עמ' 308-318), ותוך שאנמק מדוע לשיטתי רב משקלה של כף התועלת על זה של כף הנזק.

9. אביט תחילה על הליך החקיקה מושא ענייננו. ניתן להיווכח כי אין המדובר ביוזמה קלושה שנזנחה במרוצת הזמן. הצעת החוק הוגשה מטעם הממשלה ועברה קריאה ראשונה במליאת הכנסת ברוב של 12 נגד 1, תוך שהצביעו בעדה חברות וחברי

כנסת מהקואליציה ומהאופוזיציה כאחד, אף שאלה האחרונים השמיעו הסתייגויות לגבי היעדר המענה לזוגות חד-מיניים בהצעה זו (ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 254 של הכנסת ה-20, 205-217 (17.7.2017)). בנסיבות האמורות יש, לעמדתי, כדי ללמד על מעמדה הרשמי של היוזמה ועל אפשרות שזו אכן תבשיל לכדי תיקון חוק (השוו: יוסף, עמ' 313-315). יתרה מכך, הצעת החוק קודמה בעת האחרונה, ונראה לעת עתה כי היא מצויה על סדר יומו של המחוקק, כך שגובר החשש לגדוע הליך חקיקה המצוי באיבו (השוו: יוסף, עמ' 309-310).

10. בתגובתם להודעתה המעדכנת של המשיבה 1, מצביעים העותרים על חפיפת הזמנים שבין ההתקדמות בהליך החקיקה לבין מהלך הדיון בעתירה זו. אכן, ניתן להיווכח כי תזכיר החוק פורסם בין שני מועדי הדיונים בעל פה שקיימנו בעתירה זו, וכי הצעת החוק הונחה על שולחן הכנסת משהסתיימו הדיונים בעתירה ולאחר שהוגשו מלוא טענות הצדדים, עת ישב בית משפט זה על המדוכה בעניינה. לשיטת העותרים, "קשה שלא לחוש אי נוחות למול התנהלות זו". כשלעצמי, תמהני אם לא ניתן היה לקדם הליך חקיקה דומה לזה שלפנינו במרוצת השנים, לא כל שכן לנוכח קביעתו המפורשת של השופט (כתוארו אז) מ' חשין משנת 2002 בבג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (23.12.2002) (להלן: עניין משפחה חדשה), שלפיה ההבחנה שעורך חוק ההסכמים בין נשים המצויות בזוגיות לבין נשים יחידניות – מפלה היא (ראו שם, פסקאות 40-42). ואולם, יהיו משגי העבר אשר יהיו, עמדתי במבט צופה פני עתיד היא שאין פסול בעצם קידומה של יוזמת חקיקה במענה או בזיקה להליך המתנהל בבית משפט זה – ובלבד שמניעה ענייניים וראויים. יפים בהקשר זה דבריו של פרופ' ברק:

"לדעתי, אין בחקיקה הנעשית תוך כדי הליך שיפוטי תלוי ועומד משום פגיעה בבתי המשפט ובכבוד ההדדי שרשויות השלטון מחויבות בו. אם המחוקק הגיע למסקנה כי חוק אינו חוקתי, אין עליו להמתין עד שבית המשפט יפסוק בדבר. הוא הדין אם המחוקק מגיע למסקנה כי החקיקה הקיימת אינה ראויה ורצוי לשנותה. במצבים אלה ואחרים אין כל פגיעה בבית המשפט אם המחוקק מבקש לומר את דברו ראשון, בלא להמתין להכרעה שיפוטית ובלא לפגוע בצד שעניינו נדון בבית המשפט. לעומת זאת, זו פגיעה קשה ברשות השופטת אם במהלך הדיון בעניין תלוי ועומד, הכנסת מקבלת החלטה אשר נועדה להשפיע על שיקול דעתם של השופטים" (ברק, שופט בחברה דמוקרטית, עמ' 389; ראו גם: יוסף, עמ' 299).

עם זאת, המצב שנוצר בעתירה שלפנינו מורכב יותר, שכן הפגם שמתקן המחוקק בחוק מצומצם בהיקפו מזה שעליו קובלים העותרים, ועל כן אף אם יושלם הליך החקיקה – לא יהיה בו בהכרח כדי לייתר את ההכרעה בעתירה. בנסיבות אלו זוכה הערתו של פרופ' ברק בסיום דבריו שצוטטו לעיל למשנה תוקף, ואכן יש להישמר מפני תרחיש שבו מתבקשת שהות להשלמת הליך החקיקה באופן חוזר ונשנה, ובו הופך תיקון החוק הצפוי לקרדום לחפור בו בידי המשיבות. מטעם זה אציע לחברותיי ולחבריי לקצוב פרק זמן סביר שבו תידרש המדינה למסור הודעה מעדכנת בדבר ההתקדמות בהליך החקיקה. פשיטא כי קצב התקדמות שאינו הולם את חשיבותו של ההליך, בשים לב למורכבותו, יעיד על מידה פחותה של מחויבות לקידומו מזו המיוחסת לו בשלב זה, ויפחית עמו את ההצדקות למתן שהות להשלמתו חרף הקשיים העקרוניים שמעוררת עתירה זו (השוו: בג"ץ 6665/12 אי.טיג בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פסקה 27 (3.12.2014)).

11. אפנה עתה לבחינת טיב הסוגייה מושא ענייננו, והשלכותיו על היחס הראוי ליוזמת החקיקה ועל התועלת הטמונה במיצויה. בפרט, אבקש לעמוד על מורכבותה הניכרת, וזאת בשני מישורים: המקצועי והערכי.

12. במישור המקצועי, ברי לכל כי חוק ההסכמים משקף הסדר חקיקתי סבוך, המושתת על מערכת של איזונים ושל מנגנוני בקרה. מערכת זו מהווה תוצר של הליכי חקיקה ארוכים וקפדניים, אשר התבססו על המלצותיה של הוועדה הציבורית בראשות השופט (בדימ') שאול אלוני, אשר בחנה את נושא ההפריה החוץ גופית, לרבות סוגיית הפונדקאות, ופרסמה את מסקנותיה בשנת 1994. בחלוף כשני עשורים ישבה על המדוכה ועדה ציבורית נוספת – ועדת מור יוסף – אשר בחנה את נושא הפריון וההולדה בישראל ודנה בתוך כך בהסדר הפונדקאות ובזכאים לבוא בשעריו. על יסוד האמור לעיל, ניתן להיווכח כי ליבת המחלוקת בעתירה שלפנינו כרוכה בשאלות שבמומחיות – עובדה אשר מעידה על מורכבותה המקצועית הרבה.

13. במישור הערכי, מעורר מכלול הטכניקות הרפואיות להולדה אתגרים חברתיים, מוסריים, אתיים, דתיים ומשפטיים שונים, הנוגעים למעמד הגורמים שתרמו את חומר הרבייה הגנטי לטובת הליך ההולדה, למעמדה של האם הנושאת, ולהשלכות חברתיות רחבות שיכולות לנבוע כתוצאה מהשימוש באמצעים אלה (ראו בהרחבה: בנציון שרשבסקי ומיכאל קורינלדי דיני משפחה כרך ב 979-1006 (2016); פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 101-135 (1989); Janet L. Dolgin & Lois L. Shepherd, (1989); (להלן: Dolgin & Shepherd: Bioethics and the Law 321-94 (3rd ed. 2013)).

התקשרותם של פרטים בהסכמים לנשיאת עוברים מעוררת כשלעצמה דיון משפטי, אקדמי, חברתי וציבורי סביב הקשיים הפיזיים, הפסיכולוגיים והמשפחתיים של האימהות הנושאות (נופר ליפקין ואתי סממה "ממעשה הרואי למוצר-מדף: נורמטיביזציה זוחלת של פונדקאות בישראל" משפט וממשל טו 435, 485-480 (2013); Margaret Jane Radin, *Market-Inalienability*, 100 HARV. L. REV. 1849, 1928-32 (1987); Stephen Wilkinson, *The Exploitation Argument Against Commercial Surrogacy*, 17 BIOETHICS 169 (2003); June Carbon & Judy Lynce Madeira, *The Role of Agency: Compensated Surrogacy and the Institutionalization of Assisted Reproduction Practices*, 90 (WASH. L. REV. ONLINE 1, 13-19 (2015)), וסביב הלימתם של הסכמים אלה את תקנת הציבור (ראו והשוו: בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פסקה 3 לפסק דינו של חברי השופט ח' מלצר (1.4.2015) (להלן: עניין פלונית); עניין משפחה חדשה, פסקה 39 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין; דורית שפירא ויוסף שפירא "עשור לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996: המצוי והרצוי" רפואה ומשפט 36, 19, 32-29 (2007); רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית במקרה מבחן" דין ודברים ב 223 (2006); הלה קרן דיני חוזים מפרספקטיבה פמיניסטית 275-273 (2004); הוועדה הציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית דין וחשבון Deborah S. Mazer, *Born Breach: The Challenge of* (להלן: ועדת אלוני); 49-48 (1994) 211, 222-28, 231-38 *Remedies in Surrogacy Contracts*, 28 YALE J.L. & FEMINISM (2016); עמדת בית המשפט העליון במדינת טנסי בארצות-הברית, שאישר אכיפת חווי פונדקאות בכפוף להגבלות שונות *In re Baby*, 447 S.W.3d 807, 827-30, 832-33 (2014); האיסור על אכיפת הסכמי פונדקאות למעט אישור אכיפת סכום הפיצויים לאם הנושאת ב- New South Wales שבאוסטרליה - §6 Surrogacy Act 2010; וכן סעיף 541 לקוד האזרחי של קוויבק האוסר על אכיפת הסכמי פונדקאות, *Droit de la famille*, 111 § (canlii, 5.20.2015), 2308 QCCS (2015, 151172-).

14. עינינו הרואות, אם כן, כי בהרחבה המבוקשת על ידי העותרים טמונה מורכבות לא מבוטלת, וזאת לנוכח מכלול השיקולים המקצועיים והערכיים הכרוכים בסוגייה המונחת לפנינו. התייחס לכך השופט (כתוארו אז) מ' חשין בעניין משפחה חדשה, בהעירו כי "הפונדקאות תופעה חדשה היא בעולמנו, והשלכותיה על חיי האדם – במישור הבריאות, הרגש, החברה, הדת והמשפט – רב בהן הנסתר על הנגלה. תהליך הפונדקאות נכרכות בו סוגיות אנושיות קשות... בחלוף זמן ולאחר צבירת ידע וניסיון יהיה מקום לבחון מחדש את הנושא" (שם, עמ' 457-462). אכן, חלף זמן רב מאז הורתו של הסדר הפונדקאות הישראלי, ולמן מתן פסק הדין בעניין משפחה חדשה,

ובמרוצת השנים התרבה הידע המחקרי בנושא ונצבר ניסיון חיוני מצד גורמי המקצוע האמונים על מימושו. בחלוף זמן זה יש אומנם כדי לרכך את המורכבות שעליה עמדת לעיל, ואולם אין בו כדי לאיינה כליל.

15. לשיטתי, מורכבות זו מחזקת את הטעמים שבעטיים ראוי שלא נפסוק בעתירה בשעה זו (השוו: יוסף, עמ' 318). כפי שהוער על ידינו לא אחת, עיצובה של מדיניות, בפרט כזו הכרוכה בשיקולים רגישים המצויים בלב סדר היום הציבורי ובעניינים שבמומחיות, אינה מתפקידו של בית משפט זה, אשר אינו נהנה ממשאבי הידע המקצועיים העומדים לרשות המחוקק. עדות לכך ניתן למשל למצוא בתפישה המאופקת הנוהגת בבית משפט זה ביחס לחקיקה שעניינה מדיניות חברתית-כלכלית, אשר כרוכה בדומה בשיקולים מקצועיים המצויים מחוץ לתחום מומחיותו (ראו למשל: בג"ץ 4406/16 איגוד הבנקים בישראל (ע"ד) נ' הכנסת, פסקה 39 לפסק דינה של חברתי הנשיאה מ' נאור (29.9.2016) (להלן: עניין איגוד הבנקים בישראל); בג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל, פסקה 39 לפסק דינה של חברתי הנשיאה מ' נאור (15.8.2012); בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 60 (2004), רע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן, פ"ד נז(5) 385, 406-409 (2003)); וכן בנכונותו של בית משפט זה להשעות את ההכרעה בעתירות העוסקות בסוגיות בעלות תהודה ציבורית רחבה, כדוגמת דחיית שירות הביטחון של תלמידי ישיבות אשר "תורתם אומנותם" (ראו: בג"ץ 6298/07 רטלר נ' כנסת ישראל, פסקאות 3-4 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (21.2.2012)) וחוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (ראו: בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פסקה 16 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (2006) (להלן: עניין עדאלה)).

בכך אין, כמובן, כדי לכרסם בסמכותו של בית משפט זה לבחון את חוקתיותו של דבר החקיקה המובא לפניו, ולהביא לריפוי פגמים חוקתיים ככל שאלה קיימים. אין זה ממין המקרים שבהם סביכותה של הסוגייה מצדיקה כי נמשוך ידינו לחלוטין מבחינתה לגופה (השוו: דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסק דינו של הנשיא א' גרוניס (18.3.2013) (להלן: עניין גלוטן); לדיון ראו: יוסף, עמ' 288-286). ואולם בשל חלוקת הסמכויות והפערים המוסדיים שעליהם עמדת, סבורני כי מוטב שיהיה זה המחוקק אשר יידרש תחילה להסדר הפונדקאות, ויתקן את החוק על פי תבונתו ושיקוליו. שהות זו תאפשר גם לעותרים, ולנציגיהם ברשות המחוקקת, להשתתף בשיח הפרלמנטרי והציבורי על תיקון החוק ולנסות להשפיע על עיצובו. בתהליך זה אפשר שיהיה כדי לפתור, או למצער לרכך, את הקשיים במצב החוקי

הקיים, שעליהם אעמוד בתום חוות דעתי – תוצאה שדומני כי כל הנוגעים בדבר יצאו נשכרים ממנה. ברם, אם יוותרו על כנם הקשיים האמורים ויעמדו העותרים על טענותיהם, נכריע אנו בדבר חוקתיות ההסדר החדש.

16. למול הטעמים כבדי המשקל שאותם מניתי, ניצבת הפגיעה בעותרים. מן הראוי להקדים ולציין כי עתירה זו אינה בבחינת מופע משפטי ספוראדי, אלא ניצבת היא בליבו של מאבק עיקש וממושך לשוויון ולהכרה בקהילת הלהט"ב במגוון תחומי חיים, ובפרט בכל הנוגע לזכות להפוך להורה (לדיון בהיבטים שונים של סוגייה זו ראו למשל: איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ילדים זה שמחה": הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותית על ידי בני זוג מאותו מין" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 395 (עינב מורגנשטרן, יניב לושינסקי ואלון הראל עורכים, 2016) (להלן: בלכר-פריגת וזפרן); צבי טריגר ומילי מאסס "לקראת הצבת הילד במשפחתו במוקד סוגיית האימוץ: מפנה חיוני להרחבת האימוץ להורים להט"ב" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 437 (עינב מורגנשטרן, יניב לושינסקי ואלון הראל עורכים, 2016) (להלן: טריגר ומאסס)). 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 שענייניתה 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.

לא למותר לציין כי המחלוקת סביב נגישותם של הליכי פונדקאות לזוגות חד-מיניים, כמו גם להורים יחידנים, אינה חדשה עמנו, והיא הביאה במרוצת השנים עותרים שונים – לרבות העותרים 1-2 שלפנינו – להתדפק על דלתותיו של בית משפט זה בבקשה לסעד. אעמוד להלן בקצרה על נקודות הציון העיקריות בכרונולוגיה זו, וזאת על מנת להמחיש את הניסיון המר וארוך השנים של העותרים ושל הקהילה שעליה הם נמנים עם הנושא שמונח לפתחנו, ואת הקושי הטמון בהשבת פניהם ריקם – למצער בתקופת הביניים שעד להשלמת הליך החקיקה.

עוד בראשית שנות האלפיים נדרש בית משפט זה, בדונו בעתירה בעניין משפחה חדשה, להבחנה שעורך החוק בין נשים יחידניות לבין נשים המצויות בזוגיות

הטרוסקסואלית, ואף שהכיר בקשיים החוקתיים שאותם היא מעוררת, נמנע הוא מהתערבות בחוק בשל הצורך לצבור ניסיון נוסף ביישומו. בחלוף כעשור, הגישו העותרים 1-2 שלפנינו עתירה לבית משפט זה נגד החלטתה של המשיבה 1 שלא לאשר להם הליך פונדקאות, מאחר שלא עמדו לשיטתה בהגדרת "הורים מיועדים" הקבועה בחוק ההסכמים. עתירתם זו נמחקה בהסכמה, לאור הקמתה הצפויה של ועדת מור יוסף (ראו: בג"ץ 1078/10 ארד פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (28.6.2010)). עניין משה, שנידון בבית משפט זה שנים ספורות לאחר מכן, עורר אף הוא שאלות הכרוכות בצרותם של שערי הכניסה להליך הפונדקאות, אלא שבית משפט זה ביכר הימנעות מהתערבות שיפוטית בהוראות חוק הפונדקאות בשל הליכי חקיקה אשר התנהלו באותה עת (ראו: שם, פסקה 17 לפסק דינה של חברתי השופטת א' חיות). הליכים אלה, מן ההגינות להטעים, לא הבשילו לבסוף לכדי דבר חקיקה.

17. אטכס. הברירה שניצבת לפנינו קשה, והיא בבחינת "אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי" (בבלי ברכות ס"א, א'). מן העבר האחד, טמון ערך רב במתן שהות למחוקק להשלמת הליך החקיקה בו החל, הליך אשר מצוי בשלב מתקדם ונהנה מתמיכה רחבה בכנסת. שהות זו תאפשר ליבון ציבורי של הסוגייה הרגישה שבה עסקינן, במסגרת מוסדית אשר הולמת את מורכבותה, והיא תבטא תפישה דמוקרטית-חוקתית ראויה במסגרתה מגלות הרשויות נכונות להקשיב זו לזו ולכבד האחת את מרחב הפעולה של האחרת. מן העבר השני, השעיית הדיון בעתירה תאריך את הפגיעה בזכויות העותרים, שעל מעמדן החוקתי הרם אין עוררין. פגיעה זו מלווה אותם, ואת הקהילה שעליה הם נמנים, למן חקיקת חוק ההסכמים בשנת 1996, והיא מהווה אך זווית אחת מיני רבות שבהן טרם השכיל הדין הישראלי להתאים עצמו למציאות החיים הפלורליסטית של ימינו.

18. לאחר ששקלתי את הדברים בכובד ראש, ולא בלי התלבטות רבה, הגעתי כאמור למסקנה כי לא בשלה העת להכריע בעניינם של העותרים 1-4, לנוכח הליך החקיקה התלוי ועומד בבית המחוקקים, שעניינו, בין היתר, בשאלת הגדרת "הורים מיועדים" בחוק ההסכמים. בטוחני כי המחוקק יהיה ער לפגיעה כבדת המשקל המתמשכת בעותרים, ויפעל ביעילות הראויה למצות את הליך החקיקה. משום כך, אמליץ לחברותיי ולחבריי כי נשעה את הדיון בעתירה לפרק זמן בן שישה חודשים, ונורה למשיבות להגיש הודעה מעדכנת בדבר התקדמות הליך החקיקה לא יאוחר מיום 4.2.2018.

ועתה אעבור לחלקה השני של חוות הדעת – פסק דיני (החלקי) הבוחן את חוקתיותה של הדרישה לזיקה גנטית בהליכי הפונדקאות.

הדרישה לזיקה גנטית בהליכי פונדקאות

19. הליכים רפואיים שתכליתם סיוע להפריה למטרת היריון והולדה קיימים מאז סוף המאה ה-18, אך השימוש בהם הפך רווח רק באמצע המאה ה-20, הן בעקבות התפתחויות טכנולוגיות והן בעקבות שינויים חברתיים (ראו: רות זפרן "סודות ושקרים": על שאלת זכותו של צאצא תרומת זרע להתחקות אחר זהות אביו הביולוגי" משפטים לה 519, 527 (התשס"ה) (להלן: זפרן "סודות ושקרים"); DOLGIN & SHEPHERD, עמ' 321-328). לשם נוחות הדיון, ניתן לציין בפשטות ארבע חוליות שונות להליך ההולדה, אשר הליכים רפואיים שונים יכולים לשפר או להחליף: הזרע, הביצית, הליך ההפריה, והליך נשיאת ההיריון על ידי האם הנושאת (המכונה "פונדקאית"). בהתאמה, קיימים הליכים רפואיים שונים היכולים לשפר את איכות הזרע של אב מיועד או לאפשר שימוש בתרומת זרע אחרת על מנת להפרות את הביצית; קיימים הליכים רפואיים המאפשרים לשאוב ביציות מאישה ולבצע את ההפריה מחוץ לגופה, על מנת להתגבר על קשיים רפואיים בהפריית הביצית; קיימים הליכים רפואיים המאפשרים לתרום לאישה ביצית מופרית בזרע ולהשתילה ברחמה של האישה שלא מצליחה להיכנס להיריון; וכן קיימים הליכים רפואיים המאפשרים להשתיל ביצית מופרית ברחמה של אישה שתשמש אם נושאת. כלומר, מבחינה רפואית קיימים פתרונות המעניקים מענה לאתגרים שונים בהליך ההולדה, ומאפשרים הבאה לעולם של ילד ללא זיקה גנטית להורה המיועד (ראו: Gaia Bernstein, *The Socio-Legal Acceptance of New Technologies: A Close Look at Artificial Insemination*, 77 WASH. L. REV. 1035 (2002); Noa Ben-Asher, *The Curing Law: On the Evolution of Baby-Making Markets*, 30 CARDOZO L. REV. 1885 (2009) (להלן: Ben-Asher, *The Curing Law*); על אפשרויות הולדה חדשניות יותר ואפשרות אימוצן בהסדרה משפטית ראו: Erez Aloni, *Cloning and the LGBTI Family: Cautious Optimism*, 35 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 1, 14-17, 18-36 (2011); וכן המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריה וההולדה בישראל 41-42 (2012) (להלן: ועדת מור יוסף)). אפשרות זו אינה תיאורטית גרידא, כפי שעלה בעניין פלונית, אשר נידון לאחרונה בבית משפט זה. פרשה זו עסקה באישה יחידנית שהשיגה תרומת ביצית ותרומת זרע, השתילה את הביצית המופרית באם נושאת – וביקשה להכיר בה כהורה יחידנית של היילוד, אף שאין לה זיקה גנטית לאותו היילוד. דא עקא, וכפי שנקבע שם – בקשה זו

אינה עולה יפה עם הוראות החוק: סעיף 2(4) לחוק ההסכמים מתנה את ההתקשרות בהסכם לנשיאת עוברים בכך שהזרע הוא של האב המיועד; וסעיפים 6(ב), 11 ו-13 לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 (להלן: חוק תרומת ביציות) מתירים לנשים לקבל תרומת ביציות לצורך הליך פונדקאות רק בהתאם להוראות חוק ההסכמים. בשל כך, לא ניתן היה להכיר בהליך ההורות שיזמה העותרת דשם כהליך פונדקאות חוקי. ואולם, בעוד עניין פלוניית עסק באפשרות ההכרה בדיעבד בהליך שתואר, ואגב כך העלה שאלות חוקתיות, בענייננו אוחזות העותרות את השור בקרניו, ומבקשות כי נבחן את עצם חוקתיותו של ההסדר. לכך, בהקשר של דרישת הזיקה הגנטית ובהקשר זה בלבד, אדרש מיד בסמוך.

טענות הצדדים

20. העותרות 5-6 הן נשים יחידניות המבקשות להגשים את זכותן להפוך להורות בסיוע הליך פונדקאות, אלא שמחמת בעיה רפואית, לא זו בלבד שהן אינן מסוגלות לשאת עובר ברחמן, אלא גם אין ביכולתן להשתמש בביציותיהן שלהן. בקשתן היא אפוא, להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים ללא כל זיקה גנטית בינן לבין היילוד. העותרת 5 פנתה ביום 31.10.2013 לוועדת האישורים שהוקמה מכוח חוק ההסכמים בבקשה לאשר לה להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים. בקשתה נדחתה על הסף ביום 24.11.2013, היות שלשיטת הוועדה העותרת לא עמדה בהגדרת "הורים מיועדים" הקבועה בחוק. עוד לשיטת הוועדה, היות שאחת מדרישות החוק היא קיומו של קשר גנטי בין ההורים המיועדים לבין התינוק המיועד – החוק אינו מאפשר שימוש בתרומת זרע וגם בתרומת ביצית לצורך ההליך.

ביום 31.12.2014 הגיש בא כוח העותרות מכתב, בשמן ובשם שאר העותרים בעתירה לשרת הבריאות (דאז), לאחראית על חוק ההסכמים לנשיאת עוברים במשרד הבריאות, ליועץ המשפטי לממשלה, ליועץ המשפטי לכנסת וליועצת המשפטית במשרד הבריאות – ובו בקשה לאשר להן להגיש את בקשותיהם להתקשרות בהסכם, וכי אלו תיבחנה לגופן. בתגובתה לבקשה מיום 4.1.2015, הסבירה היועצת המשפטית של משרד הבריאות כי לא ניתן לתת מענה לעותרות ולעותרים וכי הדרך לשינוי המצב היא באמצעות שינוי החקיקה. לנוכח האמור, הגישו העותרות והעותרים את העתירה שלפנינו.

21. העותרות גורסות כי שלילת אפשרותן להביא ילד לעולם בסיוע אם פונדקאית מהווה פגיעה בזכותן לשוויון ובזכותן להפוך להורות – פגיעה אשר אינה עומדת

במבחני פסקת ההגבלה. לשיטתן, אין מקום להבחין, לעניין הליך פונדקאות, בין אישה שאינה מסוגלת לשאת היריון ושביכולתה לספק ביציות משלה לטובת הליך ההפריה; לבין אישה שאינה מסוגלת לשאת היריון ואף אינה יכולה להשתמש בביציותיה לטובת הליך ההפריה מסיבה רפואית. לעמדתן, בשני המקרים הזכות להפוך להורה נפגעת, ועל המדינה לרפא את הפגיעה ללא כל הבחנה. העותרות מצביעות על כך שהדין הישראלי מכיר בהורות בהיעדר קשר גנטי במספר הקשרים: חוק תרומת ביציות מאפשר לאישה יחידנית לקבל תרומת ביצית על מנת להיכנס להיריון (כאשר היא הנושאת את ההיריון); חוק ההסכמים מאפשר לאישה להיות מוכרת כאם, במצב בו היילוד נולד מהליך פונדקאות וקיימת זיקה גנטית רק לבן זוגה, האב המיועד; והליכי האימוץ הקבועים בחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, מכוננים מטבעם הורות ללא זיקה גנטית. עוד סבורות העותרות כי פסק הדין בעניין פלונית הכריע בסוגייה של הכרה בפונדקאות פרטית שלא לפי הוראות חוק ההסכמים, וכי אין ללמוד ממנו אפוא על אודות האפשרות לבצע הליך פונדקאות מבוקר ללא זיקה גנטית, ובפרט על שלילת אפשרות זו.

המשיבות, מנגד, עומדות על כך שקיומו של קשר הורי בהיעדר זיקה גנטית הוא סוגייה מורכבת, אשר ראוי להידרש לה במסגרת חקיקה. לגישתן, הדברים אמורים ביתר שאת עת עסקינן בהליך הפונדקאות, המאפשר יצירה של ילד ללא זיקה פיזיולוגית להורים המיועדים. כפועל יוצא, לגישתן, ביטול הדרישה לקשר גנטי בין ההורים המיועדים לבין היילוד תהפוך את הליך הפונדקאות להליך דמוי אימוץ. בתוך כך מפנות המשיבות לעמדתה של ועדת מור יוסף, אשר הדגישה את חשיבות הזיקה הגנטית בהליכי הפריה.

דיון והכרעה

22. כידוע, הבחינה החוקתית מורכבת משלושה שלבים מרכזיים – בחינת קיומה של פגיעה בזכות חוקתית, בחינת חוקתיות הפגיעה לאור פסקת ההגבלה, ובחינת הסעד החוקתי המתאים. אם לא מתקיימת פגיעה או שהפגיעה היא חוקתית, אין מקום לעבור לשלב הבא בבחינה (ראו בג"ץ 9134/12 גביש נ' הכנסת, פסקה 25 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (21.4.2016)); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש, פסק דינו של השופט ע' פוגלמן (28.2.2012); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקאות 20-21 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (11.5.2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון)). אבחן שלבים אלה כסדרם.

23. ראשית, האם פוגע הסדר הפונדקאות הקיים בזכויותיהן החוקתיות של העותרות 5-6? כפי שארחיב מיד, לדידי, לא קיימת פגיעה בזכותן לשוויון – זאת, משום שלעניין הליך הפונדקאות, סבורני כי קיימת הבחנה רלוונטית בין הורים מיועדים שיכולים לקיים זיקה גנטית ליילוד לבין הורים מיועדים שלא יכולים לקיים זיקה זו. לעומת זאת, סבורני כי אכן קיימת פגיעה בזכותן של העותרות להפוך להורות.

הפגיעה הנטענת בזכות לשוויון

24. נקודת המוצא היא כי קיים שוני בין אנשים שיכולים לתרום חומר רבייה (זרע או ביצית) לשם יצירת העובר, לבין אלה שאינם יכולים לתרום חומר רבייה לשם יצירת עובר. שוני זה הוא שוני רפואי-ביולוגי הנובע מיכולותיו הגופניות של כל אדם (ראו על התפתחויות במחקר הגנטי והשפעתן האפשרית על הסוגייה: Jennifer S. Hendricks. *Genetic Essentialism in Family Law*, 26 HEALTH MATRIX: THE JOURNAL OF LAW-MEDICINE, 109, 122 (2016); Jennifer S. Hendricks, *Not of Woman Born: A Scientific Fantasy*, 62 CAS. W. RES. L. REV. 399 (2011); Rajesh C. Rao, *Alternatives to Embryonic Stem Cells and Cloning: A Brief Scientific Overview*, 9 YALE J. HEALTH CARE ETHICS & POL'Y L. 603 (2009); DOLGIN & SHEPHERD, עמ' 370-375). בענייננו, עולה השאלה אם במסגרת הסדרתם של הסכמי פונדקאות קיים שוני רלוונטי בין פלוניתי, שיכולה לספק חומר רבייה שישמש להולדה ויבטיח שהיילוד יישא את מטענה הגנטי, לבין אלמונית, שאין ביכולתה לעשות כן. העותרות טוענות, כי התנאי שלפיו על מנת שיאושר הסכם פונדקאות חייב ההורה המיועד לספק חומר רבייה משלו (קרי, דרישת הזיקה הגנטית) – מהווה אפליה אסורה. עמדתי שונה. לגישתי, מדובר בהבחנה רלוונטית אשר אינה מפלה. הטעמים המרכזיים לעמדתי זו הם ההכרה בחשיבותה של הזיקה הגנטית בין הורים לילדים בכלל, וחשיבותה של זיקה זו בהליכי פונדקאות בפרט, כפי שאסביר להלן.

25. לזיקה הגנטית בין הורים לבין ילדיהם חשיבות לא מבוטלת, והיא בעלת שורשים היסטוריים עמוקים במרבית התרבויות האנושיות המוכרות. יפים לעניין זה דבריו של המלומד יחזקאל מרגלית ביחס לזיקה זו:

“מהותית אין ספק שזהו המודל הוותיק ביותר, שכמעט בכל התרבויות השיג ייחודיות היסטורית ומיתולוגית בנושא קביעת ההורות המשפטית, הן אבהות והן אמהות. יודגש, גם מבקריו של מודל זה אינם מתכחשים לחשיבות ולמשמעויות העמוקות ביותר של היסוד

הגנטי" (יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" דין ודברים ו 553, 566-567 (2012)).

חשיבותה של הזיקה הגנטית ליחסים בין הורים לילדים עוברת כחוט השני בדין הישראלי: המחוקק התייחס לזיקה זו במספר דברי חקיקה (ראו: סעיפים 3(א), 9 לחוק אומנה לילדים, התשע"ו-2016; סעיפים 3(ג) ו-10(2) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965; סעיף 6 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965; סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962; סעיפים 1(א) ו-3א לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959; סעיף 3(א) לחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951; וסעיפים 5, 9 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 221 (נכרתה ביום 20.11.1989, אושרה ביום 4.8.1991)); ובית משפט זה ציין לא אחת את חשיבותו של "קול הדם", המסמל את הזיקה הגנטית בין הילד לבין הוריו (ראו למשל: בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית, פסקאות 5-6 לפסק דינו של חברי השופט ח' מלצר וההפניות שם (22.12.2016) (להלן: עניין פלונית נ' פלונית); דנ"א 1892/11 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד סד(3) 356, פסק דינה של השופטת ע' ארבל (2011) (להלן: דנ"א 1892/11); בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פסקה 5 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (26.10.2005) (להלן: בע"מ 5082/05); עניין משפחה חדשה, פסקה 31 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין; ע"א 50/55 הרשקוביץ נ' גרינברג, פסקאות 16-14 לפסק דינו של מ"מ הנשיא ש"ז חשין (18.5.1955)). הזדמן לי להתייחס לדברים באחת הפרשות, בצייני:

"אל לנו לשכוח את טיבו של הקשר בין הורה לילדו. קשר הדם. קשר החיים. קשר הטבע... בבואנו לנתקו, בין אם באופן מוחלט ובין אם באופן יחסי, עלינו לנהוג בזהירות רבה, ובשים לב לזכות החוקתית של ההורה, אך מאידך גם לזכויות החוקתיות של הקטין, האינטרס הציבורי ולעיתים האינטרס ואף הזכות של המשפחה המאמצת, במקרים המתאימים" (דנ"א 1892/11, פסקה 6 לפסק דיני).

26. מעמדה הרם של הזיקה הגנטית מקרין גם על הליכי הפונדקאות, כפי שעלה בעניין פלונית שנוכר לעיל. באותו העניין, מנה השופט נ' הנדל שלוש זיקות הרלוונטיות לעניין הפונדקאות: זיקה גנטית, היא הקשר שבין ההורה המיועד שתרום את חומר הרבייה הגנטי שלו לבין היילוד; זיקה פיזיולוגית, היא הקשר שבין האם הנושאת לבין היילוד; וזיקה לזיקה, היא הקשר שיש לפלוני עם מי שהוא בעל זיקה גנטית ליילוד. הובהר שם, כי הזיקה הגנטית היא הבסיס להקניית מעמד ההורות במסגרת

הליכי פונדקאות, וכי היא מהווה תנאי הכרחי להכרה בזיקה לזיקה. אומנם, הסביר השופט נ' הנדל, קיימת גם זיקה פיזיולוגית – אך מעמדה בהליך הפונדקאות שולי היות שהליך זה מטבעו מפריד בין האם הפיזיולוגית (האם הנושאת) לבין היילוד (ראו למשל סעיפים 12-13 לחוק ההסכמים). מכאן, כי בכל הנוגע להגדרת ההורות בהסכמי הפונדקאות – לזיקה הגנטית חשיבות רבה במצב המשפטי הנוכחי.

חשיבותה של הזיקה הגנטית בהליכי פונדקאות שבה ועולה ממספר מקורות נוספים: מדוח ועדת מור יוסף, שמצא כי יש לאשר פונדקאות (ואף תרומת ביצית לפי חוק תרומת ביציות) אך בתנאי שאחד ההורים המיועדים הוא בעל זיקה גנטית ליילוד (ראו שם, עמ' 39-40, 62, 64; וכן ראו ועדת אלוני, עמ' 22-23, 48); מלשוננו של סעיף 2(4) לחוק ההסכמים; מההיסטוריה החקיקתית של חוק ההסכמים (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 430 של הכנסת ה-13, דבריהם של יו"ר ועדת העבודה והרווחה יוסי כץ ושר הבריאות ד"ר אפרים סנה (7.3.1996) (להלן: פרוטוקול ישיבה 430)); מעמדת המדינה שהוצגה לפנינו (ראו סעיפים 47-49 לתגובת המשיבה 1 לעתירה המתוקנת); וכן מהצעות חוק לתיקון חוק ההסכמים שהונחו על שולחן הכנסת בשנים האחרונות (ראו: סעיף 2(4) לטיטת הצעת חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון להגדרת הורים מיועדים ותנאים לאישור ההסכם), התשע"ז-2017; סעיף 3(2) להצעת חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הרחבת הזכאות להליכי נשיאת עוברים והרחבת ההגנה והשמירה על האם הנושאת), התשע"ו-2016; דברי ההסבר להצעת חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014, ה"ח הממשלה, 916, 918, 926, 940-939, וכן סעיף 6(6) להצעת חוק זו; דברי ההסבר להצעת החוק, עמ' 1152, וכן סעיף 2 להצעת חוק זו).

חשיבות הזיקה הגנטית דווקא בהליכי פונדקאות זוכה להכרה גם במשפט המשווה (ראו באופן כללי: Michael Boucai, *Is Assisted Procreation an LGBT Right?*, 2016 Wis. L. Rev. 1066, 1082-93 AB and Another v Minister of ; section 294 of the Children's Act 38 of 2005 Social Development [2016] ZACC 43, §§ 276-278 (להלן: עניין AB)), בבריטניה (ראו art. Human Fertilisation and Embryology Act 2008, art. 54(1)(b), במחוז אלברטה שבקנדה (ראו § Family Law Act, Statutes of Alberta, 2003 Chapter F-4.5, § (2016) 5.1(d); במחוז דרום אוסטרליה אשר באוסטרליה (ראו: Family Relationship Acts 1975 – Sect 10HA § 2a(h)(2); במדינות וירג'יניה, נבאדה ומיין שבארצות הברית (ראו: Alex Finkelstein e al., *Surrogacy Law and Policy in the U.S – A National*

Conversation Informed by Global Lawmaking, COLUMBIA LAW SCHOOL SEXUALITY & GENDER LAW CLINIC 10, 55, 81-82 (2016); Nev. Rev. Stat. § 126.670 Mennesson v. France (app. no. 65192/11, ראו) המשפט האירופי לזכויות אדם (ECHR 2014); Paradiso & Campenelli v. Italy (app. No. 25358/12), §§ 195, 211 לצד זאת, יש לציין כי במקצת שיטות המשפט ניתן למצוא הסדרים המכירים בפונדקאות גם ללא זיקה גנטית: כך במחוזות British Columbia ו-Northwest Territories שבקנדה (ראו: Children's Law Act, S.N.W.T. 1997 §8.1(3), במדינת קליפורניה שבארצות הברית (ראו למשל Cal. Fam. Code § 7960 ; ובהרחבה בהודעה המעדכנת של העותרים), ובמחוזות תזמניה וויקטוריה שבאוסטרליה (ראו: Assisted Reproductive Treatment Act 2008 No. 76 of 2008, §§ 3, 39-45 (Victoria); Surrogacy Act 2012 (No. 34 of 2012), §3 (Tasmania)).

27. דרישתם העקבית של הדין הישראלי ושל מרבית מדינת העולם המערבי לקיומה של זיקה גנטית בין הורים מיועדים לבין היילוד בהליכי פונדקאות – הגיונה בצידה. אמת הדבר, קיימות גם זיקות משמעותיות אחרות בין הורים לילדים – זיקות רגשיות ופסיכולוגיות הנבנות לאורך זמן. ואולם, סבורני כי לעניין אישור הליכי הפונדקאות קיים שוני רלוונטי בין קיומן של זיקות אלו בלבד, הקיימות בכל קשר בין הורים וילדים, לבין קיומה של זיקה גנטית בנוסף לזיקות אלו. זאת, בין היתר, בהינתן ייחודו ומורכבותו של הליך הפונדקאות עבור כל המעורבים בהליך, ובהינתן האפשרויות הפוגעניות שהוא טומן בחובו אלמלא יאוסדר כראוי (ראו והשוו: פסקה 42 להלן; עניין AB, פסקאות 177-185, 283-287, 293-294; לחשש מפני "מסחור" של ייצור ילדים כתוצאה מתת-אסדרה של הליכי הפונדקאות, ראו: Elizabeth S. Anderson, *Is Women's Labor a Commodity?*, 19 PHIL. & PUB. AFF. 71, 75-80 (1990); Richard J. Arneson, *Commodification and Commercial Surrogacy*, 21 PHIL. & PUB. AFF. 132, 150-151 (1992). ויובהר, היעדרה של זיקה גנטית אינו מונע כשלעצמו הסתייעות בטכניקות רפואיות להולדה שאינן פונדקאות. גם בהיעדר זיקה כזו תוכל אישה פלונית להסתייע בטכניקת הולדה זו או אחרת, כל עוד באפשרותה לקיים זיקה נוספת כלשהי לילוד – למשל זיקה פיזיולוגית (נשיאת ההיריון) או זיקה לזיקה (כשמתקיימת זיקה גנטית לבן או לבת הזוג שהוא או היא ההורה המיועד). ואולם, כפי שארחיב בהמשך, בהיעדר אפשרות לקיים זיקה נוספת לילוד בהליכי פונדקאות, עולה קרנה של הזיקה הגנטית עד כדי בלעדיותה.

28. יתר על כן, הליך הפונדקאות הוא הליך רגיש, המפגיש בין הסתייעות בטכניקה רפואית חדישה, לבין צורך חברתי הישרדותי עתיק יומין שבחשיבותו לא ניתן להפריז – הולדת ילדים. מפגש זה מחייב משנה זהירות. חרף שהליך הפונדקאות הופך שכיח יותר בנקוף השנים, הוא עודו מעורר קשיים מוסריים, אתיים, דתיים ומשפטיים שונים. ואולם, חלק מעוקצם של קשיים אלה מוקהה באמצעות שילוב של טכניקה הולדה חדשה זו עם יסוד מרכזי מוכר של הליך ההולדה – הוא הזיקה הגנטית. ומאי נפקא מינה? בהינתן חשיבותה של ההולדה על קיומה והמשכיותה הטבעית של החברה; בהינתן חדשנותו של הליך הפונדקאות וההשפעות האפשריות שלו על ההולדה המסורתית; ובהינתן כי יסוד הזיקה הגנטית הוא יסוד חברתי מוצק הנטוע בלב ליבה של החברה – סבורני כי בהסדרת ההסתייעות בטכניקת ההולדה מסוג פונדקאות, ההבחנה על יסוד זיקה גנטית הבחנה רלוונטית היא. יודגש, כי אין באמור כדי להביע עמדה לגבי השילוב בין טכניקות הולדה לבין תפישות חברתיות ככלל, ובפרט לגבי פגיעה בקבוצות שהוכרו כ"קבוצות חשודות" – אותה יש לבחון באופן קפדני יותר. דבריי אלה מוגבלים לשאלת רלוונטיות ההבחנה בין הורים מיועדים בעלי זיקה גנטית ליילוד, לבין הורים מיועדים שאין ביכולתם לקיים זיקה זו, וזאת בהליכי פונדקאות בלבד. המשפט הישראלי לא הכיר במי שאינם יכולים לקיים זיקה גנטית ליילוד על בסיס הפקת חומר רבייה כ"קבוצה חשודה", ומבלי לקבוע מסמרות בעניין – אף איני משוכנע כי מדובר ב"מוגבלות" בראי חוקי איסור האפליה (ראו והשוו: עניין AB, פסקאות 298-302; Ben-Asher, *The Curing Law*; עמ' 1912-1916; Seemna Mohapatra, *Assisted Reproduction Inequality and Marriage Equality*, 92 CHI.-KENT. L. REV. 87, (2017) 91-93, 100-02). ניתן להיווכח, אפוא, כי כאשר עניין לנו בהסתייעות בטכניקה רפואית להולדה מסוג פונדקאות – הבחנה על בסיס קיומה של זיקה גנטית מהווה, כאמור, הבחנה רלוונטית.

29. מהאמור לעיל עולה כי הן הדין הישראלי, והן מרבית מדינות העולם המערבי המאפשרות הליכי פונדקאות, רואות בזיקה הגנטית שבין ההורים המיועדים ליילוד תנאי חיוני לקיומם של הליכי אלה – זאת חרף הפגיעה הנגרמת בעטיו לאנשים שנסיבותיהם האישיות מונעות מהם לספק חומר רבייה שיאפשר להם זיקה גנטית. דומני כי על יסוד תפישה רווחת זו והערכים הניצבים בבסיסה, דרישת החוק הישראלי לזיקה גנטית בהליכי פונדקאות אינה מפלה, אלא מבוססת היא על טעמים ענייניים ורלוונטיים. לפיכך, אני מוצא כי היא אינה פוגעת בזכותן החוקתית של העותרות לשוויון, ואעבור לבחון את הפגיעה הנטענת בזכות האחרת – היא הזכות להפוך להורה.

30. הזכות להורות הוכרה בישראל כזכות חוקתית הנובעת מכבוד האדם (ראו למשל: בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד סד(3) 122, פסקאות 29-32 ו-38-40 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה, פסקה 4 לפסק דיני, ופסקה ו לפסק דינו של חברי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (2011); בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (13.6.2006) (להלן: עניין דוברין); דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 675-678, 719, 785 (1996) (להלן: עניין נחמני)). לזכות להורות שני היבטים נפרדים: האחד, הזכות לממש את ההורות, שעליה הרחבתי בהזדמנויות אחרות ואינה ניצבת בלב עתירה זו (ראו: עניין עדאלה, פסקאות 1-14 לפסק דיני (2006)); והאחר הזכות להפוך להורה (ראו: עניין פלונית נ' פלונית, פסקאות 5-8 לפסק דינו של חברי השופט ח' מלצר וההפניות שם, פסקאות 11-13 לפסק דינו של השופט י' עמית; בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פסקה כט לפסק דינו של חברי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (5.2.2013) (להלן: עניין פלונית נ' משרד הבריאות); עניין משה, פסקאות 6-7 לפסק דינה של השופטת (בדימ') ע' ארבל; דנ"א 1892/11 ו-6 לפסק דיני; בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124, פסקאות 7-9 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (2005) (להלן: עניין ההורים הביולוגיים)). הזכות להפוך להורה מגשימה את הזכות לחיי משפחה, את הזכות לאוטונומיה של הפרט, ואת הזכות לפרטיות (ראו: עניין משה, פסקה 26 לפסק דינה של חברת השופטת א' חיות; עניין ההורים הביולוגיים, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה; עניין פלונית נ' משרד הבריאות, פסקה לב לפסק דינו של חברי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין, ופסקה 6 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז; עניין נחמני, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת ד' דורנר, פסקה 2 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; וראו גם: ועדת אלוני, עמ' 10-11; דפנה ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ 197, 199-200 (1996)). לאחרונה אף נשמעה עמדה לפיה הזכות להפוך להורה נובעת גם מהזכות לחירות, הקבועה בסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (עניין פלונית נ' פלונית, פסקאות 5-8 לפסק דינו של חברי השופט ח' מלצר וההפניות שם, פסקאות 11-13 לפסק דינו של השופט י' עמית).

31. טענתן של העותרות היא כי הדרישה לזיקה גנטית הקבועה בחוק ההסכמים פוגעת באפשרותן להביא ילד לעולם תוך הסתייעות בטכניקות רפואיות להולדה, ובפרט בטכניקת הפונדקאות. סבורני כי טענה זו בדין יסודה. לשיטתי, היקפה של הזכות להפוך להורה משתרע על כלל הטכניקות הרפואיות השונות שמסייעות להולדה;

בתוך כך, זכות זו כוללת גם את האפשרות להפוך להורה בדרך של פונדקאות. עמדה זו עולה הן מפסיקותיו של בית משפט זה (ראו: עניין משפחה חדשה, פסקאות 31-32 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין; עניין פלונית נ' משרד הבריאות, פסקה כז לפסק דינו של חברי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז; עניין משה, פסקה 28 לפסק דינה של חברתי השופטת א' חיות, פסקאות 6-7 לפסק דינה של השופטת (בדימ') ע' ארבל; עניין דוברין, פסקה 15 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה; וראו הסתייגות מהכרעה זו בעניין פלונית, פסקה 23 לפסק דינו של השופט נ' הנדל, וההפניות שם); הן מן המשפט המשווה (ראו בבית המשפט האירופי לזכויות אדם: S.H. v. Austria, app. No. 57813/00, §§ 81-82, ECHR 2011 (להלן: עניין S.H.); Dickson v. United Kingdom, app. No. 44362/04; ECHR 2007, §§ 65-66; ECHR 2007, 110, 118, 121; בחוקה היוונית: Article 1 paragraph 1 Law 3305/2005; EUROPEAN PARLIAMENT – DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, A COMPARATIVE STUDY ON THE REGIME OF SURROGACY IN EU MEMBER STATES, (2013) 277-78 ובפרט ה"ש 513 שם; ובשילוב סעיפים 12(1) ו-15(1)(ב) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 1037 (נכרתה ב-16.12.1966, אושררה ב-3.10.1991), ובעניין זה ראו עניין S.H., פסקה 9 לדעת המיעוט); הן מן המחקר האקדמי בנושא (ראו: אהרן ברק כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב, עמ' 675-676 (2014); אהרן ברק "האור בקצה המנהרה והקהילה הלהט"בית בישראל" מבחר כתבים כרך ג – עיונים חוקתיים 399, 402 (2017); מאיר שמגר "סוגיות בנושא הפריה ולידה" הפרקליט לט 21, 28 (1996)); והן מגישתן של וועדות ציבוריות שבחנו את נושאי הטכניקות הרפואיות להולדה (ראו: ועדת אלוני, עמ' 13; ועדת מור יוסף, עמ' 25).

32. מהמקובץ עולה כי לעותרות זכות חוקתית להפוך להורות בסיוע טכניקות רפואיות להולדה. זכות זו יחסית היא, ומוגבלת על ידי הסדרים תת-חוקתיים, ובפרט – על ידי חוק ההסכמים וחוק תרומת ביציות (ראו: עניין משה, פסקה 2 לפסק דינה של חברתי הנשיאה מ' נאור, פסקה 12 לפסק דיני, ופסקאות 25-26 לפסק דינה של חברתי השופטת א' חיות; וכן ראו עניין פלונית, פסקה 3 לפסק דינה של חברתי הנשיאה מ' נאור; וראו הגבלות אחרות על היבטים של הזכות להפוך להורה: עניין פלונית נ' משרד הבריאות, פסקה נא לפסק דינו של חברי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין, פסקה 11 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז; וכן ראו עניין AB, פסקאות 237, 314-315). להלן אבחן אם פגיעה זו עומדת במבחני פסקת ההגבלה.

33. כידוע, פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כוללת ארבעה תנאים: על הפגיעה להיעשות בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו; על החוק להלום את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; על החוק להיות לתכלית ראויה; ולבסוף – על הפגיעה בזכות להיות מידתית (ראו: עניין דסטא, פסקה 24 לפסק דינה של חברתי הנשיאה מ' נאור; עניין טבח, פסקאות 66-70 לפסק דיני; בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, פסקאות 66-67 לפסק דינה של השופטת (בדימ') ע' ארבל (17.9.2014)). אדון עתה בפגיעות בזכותן החוקתית של העותרות להפוך להורות לאור מבחנים אלה.

34. בענייננו, אין חולק כי התנאי הראשון מתקיים, שכן הפגיעה בזכויות המוגנות נעשית מכוח חוק ההסכמים. לדידי, החוק צולח את התנאי השני. חוק ההסכמים מאסדר ומגשים הן את הזכות להפוך להורה בסיוע טכניקות רפואיות להולדה והן את ההגנה על הנשים הנושאות במסגרת הליכי הפונדקאות (ראו למשל סעיפים 4(א)(2), 4(א)(3), 4(א)(4) לחוק ההסכמים) – ובכך מקדם החוק זכויות אדם. בנסיבות אלו, ונוכח העובדה שתנאי זה טרם פותח דיו בפסיקה, דומני כי חוק ההסכמים הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (ראו: בג"ץ 5304/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' הכנסת, פסקאות קג-קו לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (11.9.2016) (להלן: עניין ההסתדרות הרפואית בישראל נ' הכנסת); בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פסקאות 28-30 לפסק דינו של חברי השופט ח' מלצר (15.4.2015); עניין גלאון, פסקאות 13-18, 27-31 לפסק דינו של השופט (בדימ') א' א' לוי, פסקאות 2, 8 לפסק דיני).

35. התנאי השלישי בוחן אם החוק הפוגע משקף תכלית ראויה. ראשית אדרש לתכליתו של חוק ההסכמים לגופה. השופט (כתוארו אז) מ' חשין עמד על תכליתו של חוק זה בעניין משפחה חדשה וקבע כי תכלית זו "לקבוע הסדר ממצה בנושא הפונדקאות, וכי לא יקום ולא יהיה הסדר פונדקאות אלא על-פיו [...] לפתור בעיותיהם של בני-זוג, איש ואישה, חשוכי-ילדים, ובעיות אלו בלבד" (שם, פסקאות 15, 18 לפסק דינו; וכן ראו עניין משה, פסקה מד לפסק דינו של חברי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין). לשיטתי, תכלית חוק ההסכמים היא רחבה יותר מזו שנקבעה על ידי המשנה לנשיא מ' חשין ז"ל. עמדתי זו נסמכת על התכלית הסובייקטיבית של החוק ובעיקר על תכליתו האובייקטיבית. ואפרט.

36. על אודות תכליתו הסובייקטיבית של חוק ההסכמים ניתן ללמוד משני מקורות מרכזיים. המקור האחד הוא לשון החוק. הן שמו של חוק ההסכמים והן התחומים הנרחבים שאותם מסדירה לשון החוק – בהם תנאי אישור ההסכם לנשיאת עוברים (פרק ב לחוק); אסדרת מעמדם של היילוד, האם הנושאת וההורים המיועדים עם הולדת הילד – לרבות הזיקה של היילוד להורים המיועדים וניתוק זיקתו מהאם הנושאת (סעיף 2(4), פרק ג לחוק); ההגנה על האם הנושאת (סעיפים 4(א)(2), 4(א)(3), 4(א)(4) לחוק) ואיסור פלילי על ביצוע הליך פונדקאות בניגוד להוראות החוק (סעיף 19 לחוק) – מעידים על כוונת המחוקק לאפשר הסכמי פונדקאות, לאסדר את תנאי קיומם, לאסדר את מעמד היילוד ואת זיקתו להורים המיועדים, ולהבטיח את שלומה של האם הנושאת. המקור השני הוא ההיסטוריה החקיקתית. דברי ההסבר להצעת חוק ההסכמים מעידים כי "החוק המוצע בזה בא להתיר הסכמים לנשיאת עוברים בסייגים שונים ובצורה מבוקרת" (דברי ההסבר להצעת חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1995, ה"ח הממשלה 259, 259 (להלן: דברי ההסבר להצעת חוק ההסכמים)). בדומה, מציינים חברי הכנסת שהצביעו על החוק בקריאה שנייה ושלישית את תכליתו האסדרתית של החוק ואת שאיפתו להגשים זכויות חוקתיות. כך, שר הבריאות ח"כ ד"ר אפרים סנה ציין: "אני שיזמתי את החוק הזה, התעקשתי קודם כול שתהיה חקיקה, מכיוון שהיו כאלה שרצו להתיר במדינה איזה מין מצב של שוק חופשי"; וכך חברת הכנסת יעל דיין, חברת ועדת העבודה והרווחה שעמלה על החוק ציינה: "מה שקובע לגבי [...] [הוא] קיומה של זכות יסוד בסיסית, הזכות להיות הורה [...] בכל מקרה שבו הזכות לאמהות נשללת בגלל פגם פיזי, בגלל אי-יכולת להרות, הדבר הזה הוא מוסרי, זכות יסוד ממדרגה ראשונה" (פרוטוקול ישיבה 430). מן האמור עולה כי תכליתו הסובייקטיבית של החוק היא לאסדר את הסכמי הפונדקאות בישראל, לרבות מעמדם של ההורים המיועדים וזיקתם ליילוד, ולהגשים את הזכות להפוך להורה תוך שמירה על כבודה ובריאותה של האם הנושאת. נוסף על כך, השופט (כתוארו אז) מ' חשין מצא כי כוונת המחוקק הייתה גם להגביל את הגישה לפונדקאות, כך שרק זוגות הטרוסקסואליים יוכלו להסתייע בטכניקה זו (ראו עניין משפחה חדשה, פסקאות 17-18 לפסק דינו).

37. על מנת לקבוע את תכליתו האובייקטיבית של חוק ההסכמים, נידרש לחזקות הפרשניות. בענייננו רלוונטיות במיוחד שתיים מהחזקות הפרשניות – החזקה שלפיה החוק שואף להגן על זכויות אדם ולהגשימן, והחזקה בדבר הגשמת ההרמוניה החקיקתית. אשר לראשונה, חוק ההסכמים מאפשר ומאסדר את הגשמתה של הזכות להפוך להורה בהסתייעות טכניקות רפואיות להולדה, ובפרט טכניקת הפונדקאות. כמו

כן, חוק ההסכמים כולל הגנה על כבודה ושלומה של האם הנושאת – ובכך מגשים את זכויותיה החוקתיות במסגרת הליך זה.

אשר לשנייה, החזקה בדבר הרמוניה חקיקתית, זו קובעת שיש לפרש דבר חקיקה בהתאם לרקמת החקיקה שבה הוא שזור (בר"מ 4021/09 מנהל הארנונה של עיריית תל אביב נ' חברת מישל מרטייה בע"מ, פסקה לב לפסק דינו של חברי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (20.12.2010); רע"א 8233/08 כובשי נ' עו"ד איל שוורץ, פסקה 37 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (10.10.2010); ע"א 3213/97 נקר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הרצליה, פ"ד נג(4) 625, 633-634 (1999)). בהקשר זה ציינתי באחת הפרשות:

"כלל ידוע הוא בשיטת משפטנו, כי בבוא בית-המשפט להתחקות אחר פרשנות של דבר חקיקה כלשהו, עליו לבחון הסדרים משפטיים שיש להם קירבה עניינית לנושא הנדון (IN PARI MATERIA). הענקת פרשנות זהה לנושאים מתחום קרוב מגשימה את העיקרון בדבר הרמוניה נורמטיבית" (בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" (אזרחים) למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 6 לפסק דיני (30.11.2006)).

כלל פרשני זה מורנו, כי יש להתייחס לחוקים שונים אשר נוגעים לאותו העניין או בעלי תכלית דומה או זהה (in pari materia), כאל מערכת חקיקה אחת בעלת תכלית כוללת, הבנויה מחלקים שונים המשלימים זה את זה – היא התבנית החקיקתית. לתבנית החקיקתית תכלית עיקרית אחת, ולכל חוק המרכיב את התבנית מטרה שונה במסגרת הגשמת התכלית של תבנית זו (ראו: בג"ץ 1756/10 עיריית חולון נ' שר הפנים, פסקה 33 לפסק דינה של השופטת ד' ברק ארז (2.1.2013) (להלן: עניין עיריית חולון); ע"א 2449/08 טואשי נ' בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ, פסקאות 22-26 לפסק דיני (16.11.2010); בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פסקה 42 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין (11.8.1998); אהרן ברק פרשנות במשפט: פרשנות החקיקה 345-341 (התשנ"ג) (להלן: ברק, פרשנות החקיקה)). בית משפט זה הכיר במספר תבניות חקיקה: כך, למשל, חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987, חוק שכר שווה לעובד ולעובדת, התשנ"ו-1996, חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996, וחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 – שייכים כולם לתבנית חקיקתית אחת (ראו: עניין גלוטן, פסקאות 12-11 לפסק דיני); כמו כן ניתן להצביע על תבנית חקיקתית בתחום התקשורת האלקטרונית ושידורי הרדיו (ראו בג"ץ 1030/99 ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת, פסקאות 22-16 לפסק דינו של השופט ת' אור (26.3.2002) (להלן: עניין אורון)); על קיומה של

תבנית חקיקתית בתחום הגנת הסביבה ומניעת זיהומים (ראו: ע"א 4239/15 דור אלון אנרגיה ישראל 1998 בע"מ נ' מדינת ישראל רשות המיסים, פסקאות 17-19 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (29.3.2017); עניין עיריית חולון, פסקאות 30-31; בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל, פסקאות 14-15 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (16.3.2004)); ועל תבנית חקיקה הנוגעת לפיצויים בתאונות דרכים (ראו: ע"א 420/83 אשור נ' "מגדל" חברה לביטוח בע"מ, פסקה 22 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' ברק (27.5.1990); אהרן ברק "פרשנות ספר החוקים (הקודקס) האזרחי 'נוסח ישראל'" ספר זיכרון לגד טדסקי - מסות במשפט אזרחי 115, 147-148 (התשנ"ו)).

38. בדומה, סבורני כי יש לראות בדברי החקיקה השונים המאסדרים את ההסתייעות בטכניקות רפואיות להולדה, כחלק מתבנית חקיקתית. במסגרת תבנית זו ניתן לציין את חוק תרומת ביציות; את חוק ההסכמים; את תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), התשמ"ז-1987 (להלן: תקנות ההפריה); ואת תקנות בריאות העם (בנק הזרע), התשל"ט-1979, אכרזת הפיקוח על מצרכים ושירותים (בנק זרע והזרעה מלאכותית), התשל"ט-1979, וחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 2/1/14 "הכללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (29.6.1979) (להלן: כללי משרד הבריאות). את עמדתי זו אני מבסס על מספר אדנים: ראשון, חוקים אלה חולקים תכלית משותפת של אסדרת השימוש בטכניקות הרפואיות השונות להולדה, קובעים את השילוב שבין אותן הטכניקות, מאפשרים טכניקות אחדות ואוסרים על אחרות, וכוללים מספר עקרונות מנחים כגון הבטחת שלומן של הנשים המעורבות בהליך והבטחת הזיקה בין ההורים המיועדים לבין היילוד בהליכים אלה (ראו למשל לעניין הזיקה: סעיף 11 לתקנות ההפריה, אשר בוטל בבג"ץ 5087/94 זברו נ' שר הבריאות (17.7.1995); סעיף 23 לכללי משרד הבריאות; סעיפים 10, 12 לחוק ההסכמים; סעיף 42(א) לחוק תרומת ביציות; וראו גם התייחסות לעניין הזיקה במכלול הסדרי ההסתייעות בטכניקות הרפואיות להולדה בהמלצותיהן של הוועדות הציבוריות עליהן התבססו חוקים אלו – ועדת אלוני, עמ' 22-23, 48; וועדת מור יוסף, עמ' 76-77). שני, מהעובדה שהוראותיהם של חוקים אלה משלימות אחת את האחרת ומתייחסות האחת לאחרת (ראו למשל התייחסות ל"מחלקה מוכרת" לפי תקנות ההפריה בסעיף 2 לחוק תרומת ביציות ובסעיף 1 לחוק ההסכמים; התייחסות לתקנות ההפריה בדברי ההסבר לחוק תרומת ביציות, עמ' 292, ובדברי ההסבר להצעת חוק ההסכמים, עמ' 259; והתייחסות לחוק ההסכמים בסעיפים 4(ב), 12(ב) ו-11 לחוק תרומת ביציות); ושלישי, מהקרבה העניינית ביניהם (ראו: בלכר-פריגת ופרון, עמ' 403-420; התייחסות להסדרים השונים כמכלול בוועדת מור יוסף, עמ' 8-9; Dolgin & Shepherd, עמ' 328-334;

ופסקה 19 לעיל). נמצא אפוא, כי קיימת תבנית חקיקתית הנוגעת לאסדרת ההסתייעות בטכניקות רפואיות להולדה, וכן כי חוק ההסכמים הוא חלק מתבנית חקיקתית זו. תכליתה העיקרית של תבנית חקיקתית זו, היא לאסדר את ההסתייעות בטכניקות רפואיות להולדה על מנת להגשים את הזכות להפוך להורה, תוך שמירה על בריאותם של המעורבים בהליך והסדרת הזיקה בין היילודים להורים. התאמת תכליתה של תבנית החקיקה לחוק הנדון, מעלה כי תכליתו האובייקטיבית של חוק ההסכמים היא לאסדר את קיומו של הליך הפונדקאות בישראל על מנת להגשים את הזכות להפוך להורה, תוך שמירה על כבודן ושלומן של הנשים הנושאות, ואסדרת מעמד היילוד וזיקתו להורים המיועדים. כאמור לעיל, תכלית זו הולמת גם את החזקה בדבר הגשמת זכויות האדם.

39. הנה כי כן, חלקה הארי של התכלית הסובייקטיבית הולם את התכלית האובייקטיבית, ואולם חלקה האחר – שעניינו ייחוד הגישה עבור זוגות הטרוסקסואליים – אינו הולם את התכלית האובייקטיבית. בבחינת תכלית הכללית של החוק, סבורני שיש לבקר את התכלית הסובייקטיבית ההולמת את התכלית האובייקטיבית על פני זו הסותרת אותה, וזו ממספר טעמים. ראשית, בבחינת תכלית הכללית של חוק ההסכמים על סמך שתי התכליות, ראוי להתייחס להשפעת הזמן שחלף ממועד חקיקת החוק. כפי שציין השופט (כתוארו אז) מ' חשין בעניין ההורים הביולוגיים: "הכל זורם, אין אנו טובלים פעמיים באותו נהר, והמשפט כמערכת נורמות המבקשת להשתלב בחיים ולנתב את דרכם של בני-אנוש, חייב להביא במניין את הזמן כגורם ראשון במעלה. הזמן הוא המימד הרביעי. כך בחיינו וכך במשפט" (שם, פסקה 17; וכן ראו: דנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין אורבך, פסקה 48 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס (18.9.2014); ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני, פסקה 6 לפסק דינו של חברי השופט ח' מלצר (13.05.2012); עניין משפחה חדשה, פסקה 53 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין; ברק, פרשנות החקיקה, עמ' 242-244, 246-247, 264-271). אמת הדבר, אין עסקינן בחוק ארכאי, אלא המדובר בחוק אשר נחקק בשנת 1996. ואולם, אין גם להתעלם מהשינויים החברתיים המשמעותיים שעברו על החברה בישראל מאז שנות ה-90, בהם שינויים בתא המשפחתי המסורתי (ראו: עניין פלונית נ' פלונית, פסקה 20 לפסק דינו של חברי השופט ח' מלצר, פסקה 14 לפסק דינו של השופט י' עמית; פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" עיוני משפט כח 643, 648-649, 667-670 (2005)) ושינויים בגישת החברה להסתייעות בטכניקות רפואיות להולדה (ראו: המלצות ועדת מור יוסף לאפשר פונדקאות גם לנשים יחידניות, וכן לגברים יחידנים באופן אלטרואיסטי – ועדת מור יוסף, עמ' 15, 63; השינויים בכללי משרד הבריאות לאורך השנים; חיים אברהם "הורות פונדקאות והמדינה שביניהם" חוקים ט 171, 175-195

(2017); טלי מרקוס "צריך (רק) שניים לטנגו?: על האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד" משפטים מד 415, 416-419 (2014)). שנית, בהינתן שמדובר בהוראות חוק הנוגעות לזכויות אדם – יש מקום לבכר את משקלה של התכלית האובייקטיבית (ראו: בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פסקה קטו וההפניות שם (13.6.2017)); ע"מ 4105/09 עיריית חיפה נ' עמותת העדה היהודית הספרדית בחיפה, פסקה 24 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (2.2.2012); אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 255, 421-427 (2003)). ושלישית, נוכח הכלל הפרשני שלפיו יש להעדיף תכלית חוק שאינה מפלה על פני תכלית חוק מפלה (ראו: בג"ץ 7245/10 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פסקאות 6-7 לפסק דינה של חברתי השופטת א' חיות (4.6.2013)); בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקה 31 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (8.3.2000)); בג"ץ 142/89 תנועת לאור - לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פסקה 9 לפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) א' ברק (1.7.1990)).

לשיטתי, השינויים החברתיים האמורים, בצירוף הכללים בדבר העדפת התכלית האובייקטיבית עת עסקינן בזכויות אדם והעדפת תכלית שאינה מפלה – מצביעים על כך שיש לבכר את התכלית האובייקטיבית, ההולמת את מרבית התכלית הסובייקטיבית, ולקבוע כי התנאי המאפשר רק לזוג הטרוסקסואלי להתקשר בהסכם פונדקאות אינו חלק מתכלית החוק. אם כן, אמור מעתה כי תכליתו של חוק ההסכמים היא להסדיר את קיומו של הליך הפונדקאות בישראל, תוך הבטחת כבודה ושלומה של האם הנושאת והסדרת מעמדם של ההורים המיועדים וזיקתם ליילוד.

40. האם תכלית זו היא תכלית ראויה? דעתי היא כי התשובה לשאלה זו היא בחיוב. אומנם, כאמור, יש בחוק ההסכמים משום פגיעה בזכות החוקתית להפוך להורה. ברם, הלכה היא כי חוק הפוגע בזכויות חוקתיות יכול שיהיה לתכלית ראויה אם התכלית "נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל" (עניין ההסתדרות הרפואית בישראל נ' הכנסת, פסקה קז לפסק דינו של חברי המשנה לנשיא א' רובינשטיין; עניין התנועה לאיכות השלטון, פסקאות 52-53 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (2006)); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פסקה 45 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (19.11.2009)). לעמדתי, המטרות החברתיות העומדות בבסיס חוק ההסכמים – אסדרת ההסתייעות בפונדקאות כטכניקה רפואית להולדה, שמירה על בריאותם של המעורבים בהליך, אסדרת מעמד היילודים וזיקתם להורים המיועדים, והגשמת הזכות להפוך להורה – הן מטרות חברתיות

חשובות אשר מצדיקות פגיעה מסוימת בזכויות אדם. מטרות אלו מאפשרות להגשים את הזכות להפוך להורה ומגנות על נשים מפני ניצול; והן גם מבטיחות כי לכל יילוד שיבוא לעולם כתוצאה מהסתייעות בטכניקות רפואיות להולדה תהיה זיקה להורה מסוים – ובכך גם מונעות שימוש לרעה בטכניקות האמורות (כגון יצירת ילדים לשם סחר) ומקדמות את טובת היילודים. לפיכך, לגישתי חוק ההסכמים משקף תכלית ראויה, ובכך צולח את התנאי השלישי של פסקת ההגבלה (ראו: בג"ץ 566/11 ממשט מגד נ' משרד הפנים, פסקה 17 לפסק דיני (28.1.2014) (להלן: עניין ממשט מגד)). משמצאתי כי חוק ההסכמים עומד בשלושת התנאים הראשונים של פסקת ההגבלה, אמקד את הדיון בתנאי המידתיות – על שלושת מבחני המשנה שבו.

41. ראשית, מבחן הקשר הרציונאלי. האם הדרישה לזיקה גנטית מקיימת קשר רציונאלי עם המטרה שאותה מבקש החוק להגשים? סבורני כי התשובה לכך היא בחיוב. כזכור, תכלית חוק ההסכמים היא להסדיר את קיומו של הליך הפונדקאות בישראל, תוך הבטחת כבודה ושלומה של האם הנושאת והסדרת מעמדם של ההורים המיועדים וזיקתם ליילוד. דרישת הקשר הגנטי הקבועה בחוק מקיימת קשר רציונאלי הן עם התכלית האסדרתית של החוק, והן עם הגשמת הזיקה שבין ההורה המיועד לבין היילוד המיועד.

אשר לתכלית האסדרתית, מצא המחוקק לנכון לייחד את הגישה להליכי פונדקאות רק למי שמסוגל לקיים זיקה גנטית ליילוד. כפי שצוין לעיל, ייחוד גישה זה קובע כי רק מי שיכול לספק את חומר הרבייה שלו עבור יצירת העובר שיושתל ברחמה של האם הנושאת יוכל להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים. מדובר, אם כן, במגבלה אסדרתית שהחוק נקט בה, המקיימת קשר לתכלית האסדרתית של החוק בכך שהיא מאפשרת התקשרות בהסכם רק בתנאי האמור. כפי שהוסבר לעיל, תנאי זה הוא רלוונטי לאישור הליך הפונדקאות, ולכן גם עומד במבחני הפסיקה בכל הנוגע לקשר שאינו "שרירותי, בלתי סביר או בלתי הוגן" (ראו: עניין התנועה לאיכות השלטון, פסקה 58 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פסקה 23 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש (4.12.2002)). נוסף על כך, ניתן גם למתוח קו ברור בין דרישה זו לבין תכלית החקיקה שעניינה קיומה של זיקה בין ההורים לבין היילוד, שכן כאמור המנגנון שנקבע בחוק ההסכמים לשם קיומה של זיקה בין ההורים המיועדים לבין היילוד מתבסס על הזיקה הגנטית בין ההורה המיועד לבין היילוד (ראו לעיל פסקה 27; עניין AB, פסקאות 283-287, 293-294). משכך, מצאתי כי דרישת הזיקה הגנטית מקיימת קשר רציונאלי עם הגשמת תכלית החוק.

42. שנית, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, במסגרתו נשאלת השאלה אם קיים אמצעי המשרת את תכלית החוק במידה דומה ושפגיעתו בזכויות החוקתיות פחותה. לשיטתי, ההסדר הקיים צולח גם מבחן משנה זה. בבחינת דרישת הזיקה הגנטית הקבועה בסעיף 2(4) לחוק, רלוונטי במיוחד היבט תכלית החקיקה שעניינו הבטחת קיומה של זיקה בין ההורים המיועדים לבין היילוד. האמצעי שנבחר על מנת להגשים תכלית זו הוא הדרישה שליליוד יהיה קשר גנטי עם אחד ההורים המיועדים. אם כן, בשלב זה עלינו לשאול, האם קיים אמצעי המגשים את תכלית הבטחת הקשר של ההורים עם היילוד באותה המידה, אשר פגיעתו בזכות להפוך להורה – פחותה (ראו: עניין ניר, פסקאות 47-49 לפסק דיני; אהרן ברק מידתיות במשפט 395, 411 (2010)). סבורני כי התשובה היא שלילית. ואנמק.

אומנם, ניתן לטעון כי אפשר להגשים את תכלית הבטחת הזיקה בין ההורים המיועדים ליילוד על ידי ההיקשרות הרגשית של ההורים המיועדים ליילוד בשלבי ייזום, אישור ויישום הליך הפונדקאות – וזאת ללא זיקה גנטית (ראו דעת המיעוט בעניין AB, פסקאות 177-185). אמת הדבר, לא ניתן לבטל זיקה הורית-רגשית זו בנקל, ואיננו נדרשים לעמוד על מהותה של אותה הזיקה במסגרת זו (ראו בין היתר הכרה בגישה זו בבית משפט זה: עניין פלונית, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-אוד, פסקה 2 לפסק דינו של חברי השופט ח' מלצר; עניין פלונית נ' משרד הבריאות, פסקה כט, מג-מה לפסק דינו של חברי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין; עניין ממש מגד, פסקה 14 לפסק דיני; בע"מ 5082/05, פסקאות 22, 36 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; בבית המשפט העליון של ארצות הברית: *Lehr v Robertson*, 463 U.S. 248, 259-264 (2000); *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 87-89 (1983); והן ב-Grand Chamber בבית המשפט האירופי לזכויות אדם: *Paradiso & Campenelli v. Italy* (app. No. 25358/12); וראו גם: DOLGIN & SHEPHERD, עמ' 329-331)). ברי בעיניי, כי החוק הניח שכל הורה מיועד יקיים את הזיקה הרגשית והנפשית המדוברת עם היילוד המיועד – זיקה המתקיימת בין הורים לילדיהם מקדמת דנן. ואולם, על מנת לאפשר לאדם להביא ילד לעולם בהסתייעות בטכניקות רפואיות להולדה, נקבע כי נדרשת זיקה נוספת, מעבר לאותו קשר רגשי אשר קיים בכל מקרה. כך למשל, בהליכי הזרעה מלאכותית – נדרשת הזיקה הגנטית והזיקה הפיזיולוגית לאם המיועדת; וכך בהליכי הפריה חוץ גופית – נדרשת זיקה פיזיולוגית, או בהיעדרה, זיקה גנטית. ניתן להיווכח, אפוא, כי התנאי של קיום זיקה נוספת בין הורים מיועדים לבין יילוד בהסתייעות בטכניקות רפואיות להולדה, אינו מתממש ללא קיומו של קשר נוסף כלשהו בין לפחות אחד ההורים המיועדים לבין היילוד – זולת הקשר הרגשי.

ומהי דרישת הזיקה הנוספת לעניין הליכי פונדקאות? לנוכח העובדה שהליכי הפונדקאות מנתקים מטבעם את הקשר שבין האם הנושאת לבין היילוד, הרי שקיומה של זיקה פיזיולוגית אינו חלופה רלוונטית לעניין זה. ומכאן, כי האמצעי היחיד אשר משרת את תכלית החקיקה שעניינה קיומה של זיקה בין ההורים לבין היילוד, הוא הדרישה לזיקה גנטית בין ההורים המיועדים לבין היילוד כתנאי לאישור הסכם פונדקאות. משכך, מצאתי כי לא קיים אמצעי אשר מגשים את התכלית באותה המידה ואשר פגיעתו בזכות החוקתית הנדונה פחותה, ועל כן החוק צולח גם את מבחן המשנה השני.

43. שלישית, מבחן המידתיות במובנו הצר. במסגרת מבחן משנה זה, עלינו לבחון אם התועלת הצומחת מהוספת דרישת הזיקה הגנטית לאישור הליכי הפונדקאות, עולה על הנזק שדרישה זו גורמת כתוצאה מפגיעתה בזכותם החוקתית של העותרות 5 ו-6 להפוך להורות. דעתי היא כי משקלה של התועלת גבוהה מזה של הנזק, וכי חוק ההסכמים צולח גם מבחן זה. ואסביר.

תחילה, לתועלת הטמונה בדרישת הזיקה הגנטית. עמדתי לעיל על החשיבות הרבה המיוחסת בישראל ובמדינות העולם המערבי לזיקה גנטית ככלל, ולקיומה של זיקה זו בהליכי פונדקאות בפרט. כן הבהרתי, כי אסדרה זו הולמת את ההכרעה הערכית של המחוקק הישראלי, כמו גם של מחוקקים אחרים, בדבר חשיבותה הרבה של הזיקה הגנטית להורים בהליכי פונדקאות. עוד הסברתי, כי המחוקק ביקש לייחד את הסדר הפונדקאות לנסיבות שבהן תירקם בין ההורים לבין היילוד זיקה נוספת על הזיקה הרגשית הטבועה בקשר הורי – זאת כחלק מהסדרה רחבה של טכניקות רפואיות להולדה, בהן נדרשת זיקה כלשהי זולת הזיקה הרגשית. כמו כן ציינתי, כי זיקה זו מסייעת להתמודד עם חלק מהקשיים הפוטנציאליים שטומנת בחובה הטכניקה הרפואית להולדה מסוג פונדקאות, ומהווה נקודת משען להסתייעות באותה הטכניקה (ראו לעיל פסקה 27). אם כן, משקפת דרישת הזיקה הגנטית תועלות ההולמות את תכלית חוק ההסכמים – הבטחת הקשר שבין היילוד לבין ההורים המיועדים, וסיוע לאסדרת השימוש בטכניקת הפונדקאות על יסודן של הבחנות רלוונטיות. תועלות אלו אין לבטלן במחי יד, והא ראייה – מרבית מדינות העולם המערבי שמאפשרות הליכי פונדקאות אימצו מודלים דומים בהם נדרשת זיקה גנטית בין היילוד לבין ההורה המיועד.

אעמוד עתה על הנזק הנובע מהדרישה לזיקה גנטית. אין לכחד כי דרישה זו מובילה לתוצאה פוגענית כלפי זכותן של העותרות 5 ו-6, ושל גברים ונשים אחרים

כמותן שלא שפר עליהם גורלם, להפוך להורות ולהורים. ואולם, פגיעה זו אשר ניצבת לפנינו אינה בליבה של הזכות להפוך להורה, ואינה נוגעת לקיומה של הזכות אלא נוגעת לאופן מימושה (ראו עניין משה, פסקה 2 לפסק דינה של חברתי הנשיאה מ' נאור, פסקה 12 לפסק דיני, ופסקה 26 לפסק דינה של חברתי השופטת א' חיות). זאת, הואיל והדין הישראלי אינו שולל את זכותן של העותרות להפוך להורות ככלל, אלא מונע הוא את גישתן למסלול ייחודי ומסוים, מפני שאינן עומדות באפיונים הדרושים לאפיק זה. חסימת האפיק מותירה מנעד רחב של דרכים להגשמת כמיהתן להורות – למשל באמצעות אימוץ, באמצעות הסכמי הורות משותפת, באמצעות הורות זוגית או בכל דרך חוקית אחרת. אומנם אין באפשרויות אלו כדי להוות תחליף מדויק להגשמת הזכות להפוך להורה באמצעות הליך הפונדקאות, אך קיומן משמעו כי הזכות רק מוגבלת באופן מימושה והיא רחוקה מלהישלל באופן מוחלט. מכאן עולה, כי הנזק לזכות להפוך להורה בענייננו אינו רב. יתרה מכך, מוצא אני ממש בטענת המשיבות, שלפיה הסרת הדרישה לזיקה גנטית בהליכי פונדקאות תביא לקרבה רבה בינם לבין הליכי אימוץ. כפי שהסביר השופט נ' הנדל בעניין פלונית, הדין הישראלי מכיר כיום בהורות על בסיס ארבעה אדנים חלופיים ומשלימים – זיקה גנטית, זיקה פיזיולוגית, אימוץ וזיקה לזיקה (שם, פסקה 7 לפסק דינו). במתכונתו הנוכחית, נמנה הסדר הפונדקאות על האדן הראשון, וזאת לנוכח הדרישה המחייבת זיקה גנטית. כאמור, סיווג זה בא אפוא ללמדנו כי הזיקה הגנטית מהווה אמצעי מבחין משמעותי בין פונדקאות לבין אימוץ. מאחר שלעותרות 5 ו-6 לא מתאפשרת למרבה הצער הורות תוך שמירה על זיקה גנטית, אמצעי מבחין זה לא מתקיים בעניינן, ועל כן הופכות חלופת האימוץ וחלופת הפונדקאות דומות יותר זו לזו. אם כן, הנזק הטמון בדרישת הזיקה הגנטית מצומצם ומוגבל הוא: הוא נוגע לאפשרות אחת מני מספר אפשרויות למימוש הזכות להפוך להורה; ופוגע באופן מימוש מסוים ביותר של הזכות להורות (פונדקאות ללא זיקה גנטית) – אשר ההבדל בינו לבין דרך הגשמה אחרת של הזכות להפוך להורה (אימוץ) אינו ניכר. הדברים אף אמורים ביתר שאת עת נשקל אופיו הייחודי של הליך הפונדקאות והדילמות הרבות שהוא מעורר.

אשר על כן, מוצא אני כי בצידה של הדרישה לזיקה גנטית בהליכי פונדקאות תועלת לא מבוטלת, וכי נזקה מוגבל. במאזן הדברים הכולל, עמדתי היא כי יש בכוחה של תועלת זו כדי לגבור על הפגיעה החוקתית שנגרמת לצידה. בהתאם לכך, הגעתי לכלל מסקנה כי חוק ההסכמים צולח אף את מבחן המשנה השלישי של תנאי המידתיות וכפועל יוצא – כי הפגיעה שנבחנה בזכותן של העותרות 5 ו-6 להפוך להורות, מידתית היא.

44. מהמקובץ לעיל עולה כי דרישת הזיקה הגנטית הקבועה בחוק ההסכמים עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, ומשכך אין בה פגם חוקתי. על אף נסיבותיהן מעוררות האמפתיה של העותרות 5 ו-6, על יסוד כל האמור לעיל לא מצאתי כי יש מקום במסגרת העתירה שלפנינו לשנות מהכללים הקבועים בחוק ההסכמים בכל הנוגע לדרישת הזיקה הגנטית, ועל כן אציע לחברותיי ולחבריי לדחות את העתירה ביחס לעותרות אלו.

טרם נעילה

45. במסגרת עתירה זו מבקשים העותרים כי נורה על פתיחת שערי הגישה להליכי פונדקאות, כך שגם אלה החפצים לכוון מסגרת משפחתית שאינה הטרוסקסואלית יוכלו לצעוד בהם בגאון. כאמור, לנוכח העובדה שהמחוקק נדרש לסוגייה זו בהצעת החוק שעברה בחודש הקודם בקריאה ראשונה, החלטנו להותיר לו שהות ולא להכריע לעתה בעניין זה. ואולם, מוצא אני לנכון לייחד מספר מילים למצב החקיקתי הקיים, ולהאיר סוגיות המעוררות, על פני הדברים, מידה לא מבוטלת של אי-נוחות, ואף למעלה מכך.

46. מתקשה אני להסכיך למצב דברים שבו נמנע מיחידנים ומזוגות חד-מיניים להגשים את זכותם להפוך להורים על ידי התקשרות בהסכמי פונדקאות, שעה שלאחיותיהם ולאחיהם ההטרוסקסואלים מוקנית זכות זו. הסדר חוקי המעניק זכות בעלת מעמד חוקתי לקבוצה אחת, ומדיר מפניו קבוצה אחרת בשל זהותה, העדפותיה, נטיותיה או אורחות חייה – הוא הסדר הנחזה להיות מפלה, אשר קשה להלום אותו. כשלעצמי, איני רואה כל הצדקה לבכר הורות הטרוסקסואלית על פני הורות חד-מינית ככלל, ובכל הנוגע למימוש הזכות להפוך להורה – על מגוון הטכניקות להגשמתה – בפרט (השוו: עניין ממש מגד, פסקאות 5 ו-10 לפסק דיני; עניין משה, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת (בדימ') ע' ארבל).

העדפה חסרת בסיס זו מפנה עורף לערך כבוד האדם, המנוי בחוקי היסוד של מדינת ישראל, ולעיקרון השוויון הנגזר ממנו. אף שאין הוא נזכר מפורשות בחוקי היסוד, עיקרון השוויון הוכר זה מכבר כחלק "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969)); הוא זכה למעמד של זכות חוקתית על חוקית הנובעת מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו

למשל: עניין איגוד הבנקים בישראל, פסקה 3 לפסק דיני; עניין טבח, פסקה 13 לפסק דיני; עניין התנועה לאיכות השלטון, פסקאות 36-43 לפסק דינו של הנשיא א' ברק); והוא שזור כחוט השני בכתביה המכוננים של מדינתנו. היה זה בנימין זאב הרצל אשר כתב בספרו אלטנוילנד כי "איננו מפלים בין אדם לאדם. איננו שואלים מהי דתו של אדם, ובן איזה גזע הוא. עליו להיות אדם ובכך אנו אומרים די". עיקרון זה שב ועולה ממשנתו של זאב ז'בוטינסקי, אשר קבע כי "זכויות האדם והאזרח הן קנין האדם והאזרח, באשר הוא אדם ואזרח. זה מושכל ראשון, כאן אין מקום לשום מיקוח ולשום חשבונות, מי זכאי לזכויות ומי לו" (זאב ז'בוטינסקי "רשימות ללא כותרת" פליטונים 23, 29 (התשי"ד)), והוא נצור במילותיה של הכרזת העצמאות, שבה הוצהר כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה".

47. האיסור על אפליה מחמת נטייה מינית הוא מנדכיו הראשיים של עיקרון השוויון, והדין הישראלי השכיל לשלבו במרוצת השנים במארג החקיקתי והפסיקתי (לסקירה ראו: ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וטובלנות נ' עיריית ירושלים, פסקה 54 לפסק דינו של השופט י' עמית (14.9.2010)). ברם, למרבה הצער נותרה שיטתנו המשפטית משתרכת מאחור בהיבטים רבים הנטועים בלב חייהם של האזרחית והאזרח הלהט"בים, ובראשם ההכרה ושוויון הזכויות לזוגיות ולתאים משפחתיים להט"ביים (ראו: יותם זעירא וברק מדינה "לא שווים לבד: נטייה מינית, זהות מגדרית והזכות לשוויון" זכויות הקהילה הגאה בישראל 159, 176-188 (עינב מורגנשטרן, יניב לושינסקי ואלון הראל עורכים, 2016)). מצב משפטי זה מקפל בחובו פגיעה קשה בכבוד האדם, שכן הוא מציב קבוצת אזרחיות ואזרחים שוות חובות וזכויות במעמד נחות מזה של יתר בנות ובני החברה הישראלית, וזאת ללא טעם ענייני. עמד על פגיעה זו, ועל הערך בשיטת משפט אשר אינה קופאת על שמריה החברתיים, שופט בית המשפט העליון האמריקאי Anthony M. Kennedy, בקובעו בהקשר משיק לענייננו כי:

"There is dignity in the bond between two men or two women who seek to marry and in their autonomy to make such profound choices [...] If rights were defined by who exercised them in the past, then received practices could serve as their own continued justification and new groups could not invoke rights once denied [...] It is now clear that the challenged laws burden the liberty of same-sex couples, and it must be further acknowledged that they abridge central precepts of equality". (Obergefell v. Hodges, 135 S. Ct. 2584 (2015) (ההדגשות הוספו – א.ג.).

ובהקשר הנדון בעתירה זו, הזדמן לי להעיר דברים אלה בעניין ממש מגד (אומנם בדעת מיעוט לעניין התוצאה):

”כל זמן שפרשנותה של הועדה לנשיאת עוברים את חוק הסכמים לנשיאת עוברים בתוקף, והחוק עצמו לא שונה על ידי המחוקק או נמצא כלא חוקתי על ידי בית המשפט, מצויים בני זוג בני אותו המין בעמדת נחיתות קטגורית. בשונה מבני זוג הטרוסקסואלים, יכולים בני זוג בני אותו המין לפנות להליכי פונדקאות רק מחוץ לישראל [...] מדיניותה של המשיבה, בכל הנוגע להורות, מפלה זוגות בני אותו המין, וזאת, לצד מניעה מוחלטת מזוגות בני אותו המין מלפנות למסלול של פונדקאות בישראל. מדיניות כללית זאת [...] היא מדיניות מפלה. מדיניות זו מבקשת לעצב את הזוג ההטרוסקסואלי כ'טבעי' [...] מדיניות מפלה זו, לצד הפגיעה העמוקה בכבוד ובשיוויון, פוגעת גם בזכות החוקתית הקיימת לכל אדם לחיי משפחה” (שם, פסקאות 5, 10 לפסק דיני).

48. לא למותר להטעים כי מעבר לפסול המוסרי הטמון בה, ההבחנה בין הורות הטרוסקסואלית לבין הורות חד-מינית נעדרת בסיס במחקר האקדמי אשר בחן את טובתו של היילוד. טלו לדוגמה את מאמרם של טריגר ומאסס, אשר נדרש באופן שיטתי ומעמיק לטענות שונות שמועלות נגד הורות חד-מינית והראה – באמצעות מחקרים נרחבים מתחומים שונים – כי אין להן כל יסוד. כך, למשל, הובהר כי אין לילדים שגדלים במשפחות חד-מיניות קשיים מיוחדים ביחס לילדים שגדלו במשפחות בהן אם ואב – הן מבחינת התפתחות הילד, הן מבחינת השותפות של ההורים בגידולו, והן מבחינות נוספות (ראו: טריגר ומאסס, עמ' 448-453). מחקרים נוספים בחנו ושללו טענות שונות בדבר השלכות שליליות לכאורה של התקשרות זוגות חד-מיניים בהליכי פונדקאות. מחקרים אלה מצביעים על קשרים טובים עם האם הנושאת במהלך ההיריון ולאחריו, וכן קובעים כי לא ניתן להצביע על כל הבדל בין מצבם של ילדים שנולדו למשפחות הטרוסקסואליות לבין מצבם של ילדים שנולדו למשפחות חד-מיניות תוך הסתייעות בטכניקות רפואיות להולדה (ראו: Lucy Blake, et al., *Gay Father Surrogacy*; *Families: Relationships with Surrogates and Egg Donors and Parental Disclosure of Children's Origins*, 16 FERTILITY & STERILITY 1503 (2016); The Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, *Access to Fertility Treatment by Gays, Lesbians, and Unmarried Persons: A Committee Opinion*, 100 FERTILITY & STERILITY 1524, 1526 (2013); וכן ראו עניין משה, פסקה 23 לפסק דינה של השופטת (בדימ') ע' ארבל וההפניות שם).

49. זאת ועוד, אף מתקשה אני למצוא טעם רלוונטי בהבחנה בין נשים יחידניות לבין גברים יחידנים בכל הנוגע למימוש הזכות להפוך להורה (ראו והשוו: בג"ץ 2078/96 ויץ נ' שר הבריאות (11.2.1997); עניין משפחה חדשה, פסקה 26 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין; עניין משה, פסקה 21 לפסק דינה של השופטת (בדימ') ע' ארבל, פסקה 17 לפסק דינה של חברתי השופטת א' חיות; ובבריטניה – Z ((A Child) (No 2) [2016] EWHC 1191 (Fam) (20 May 2016)). ברי כי עיקרון השוויון חולש גם על השוני המגדרי בין נשים לגברים, ודומני, מבלי לקבוע מסמרות בדבר, כי הגבלת הגישה לטכניקות רפואיות להולדה למגדר אחד ולא למגדר אחר – מעלה תהיות. כך למשל, הבחנה בין גברים לנשים בכל הנוגע למימוש הזכות להפוך להורים עלולה על פניה להשמיע, גם אם מבלי משים, את התפישה שלפיה יש להעדיף תאים משפחתיים חד-הוריים שבראשם עומדת אישה, ולהעניק מעמד נורמטיבי גבוה יותר לכמיהה להורות של יחידה לעומת זו של יחיד; עשויה לרמוז בכך על הנחת מוצא שלפיה תצורה משפחתית זו ראויה ורצויה יותר; ויכולה להדהד תפישות חברתיות ארכאיות לפיהן תפקידה של האישה כהורה מרכזי יותר מתפקידו של הגבר כהורה (השוו: Ben-Asher, *The Sessions v. Morales-Santana*, 198 L. Ed. 2d 150 (2017); Jean Strout, *Dads and Dicta: The Values of Curing Law*, 1915-1913 עמ' 135, 148-149 (2015) *Acknowledging Father's Interest*, 21 CARDOZO J. L. & GENDER 135, 148-149 (2015) – ובכך ייתכן שיש בה כדי לשקף הנחת מוצא מפלה (השוו: בע"מ 919/15 פלוני נ' פלונית, פסקאות 103, 105, 107 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (19.7.2017); פסק דיני ברע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (16.11.2011)).

50. עינינו הרואות, אם כן, כי הסדר הפונדקאות הנוהג מעורר קשיים עקרוניים לא מבוטלים. עמדתי לעיל, בזהירות הנדרשת בשלב ביניים זה, על פגיעתו הניכרת בזוגות חד-מיניים ובגברים יחידנים, ועל הבסיס החברתי-מוסרי הרעוע שעליו ניצבות ההבחנות הקבועות בחוק. לנוכח החלטתנו להשעות את ההכרעה בעתירה על מנת לאפשר מיצוי של הליך החקיקה, אין זה המקום ואין זו השעה להידרש לגופן של הטענות שהציגו המשיבות בתשובתן לעתירה. ואולם, מאחר שפטור בלא כלום אי אפשר, אעיר – מבלי לקבוע מסמרות – כי אף משהאזנתי בקשב רב וקראתי בעיון את נימוקי המשיבות, נותרתי בתחושה קשה באשר להלימתו של הסדר זה את ערכיהם של חוקי היסוד ואת ההוראות המנויות בהם. שומה על העתידים לשבת על המדוכה בעניינה של סוגייה כבדת משקל זו לתת על כך את הדעת.

51. בהחלטתנו זו משעים אנו את ההכרעה בסוגיות כבודות המשקל שאליהן התייחסתי לעיל. אנו עושים זאת מתוך כבוד לרשות המחוקקת, ולמערכת היחסים בין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת. מערכת יחסים זו היא מערכת יחסים מורכבת, המושתתת על דו-שיח שבין בית המשפט לבין המחוקק. דו-שיח זה נסוב על עקרונות היסוד ועל החוקים של מדינת ישראל ובמסגרתו שואפות שתי הרשויות לקדם את מטרות המדינה ולהתמודד בצורה מיטבית עם האתגרים הניצבים בפניה – זאת תוך שמירה על זכויות היסוד המוקנות לכל אדם מכוח חוקי-היסוד. בסופו של דו-שיח זה, מצופה כי תתקבל תוצאה משפטית אשר הולמת את עקרונות היסוד של המדינה ומגנה על חירויות הפרט. כעת, תורה של הרשות המחוקקת לומר את דברה. חזקה עליה כי תגשים את חובותיה החוקתיות ותפעל להגשמה של הזכויות החוקתיות (ראו בהרחבה: אהרן ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד" משפט וממשל יז, 9-19, 16, 27-29, 31-35 (התשע"ו)). כתמיד, בית משפט זה יקשיב בקשב רב לדברי הרשות המחוקקת; וכתמיד, תהא דלתו פתוחה ואוזנו כרויה לכל אדם הטוען כי נפגעה זכותו החוקתית. כך בהמשך הטיפול בעתירה שלפנינו, וכך בעתירות הבאות.

ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה

הנשיאה מ' נאור:

1. אני מסכימה לפסק-דינו ולהחלטתו של חברי המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן, ואוסף אך מעט הערות משלי.

2. במהלך הדיונים בעתירה שלפנינו הודיעה המדינה על כך שמשרד הבריאות מבקש לקדם תיקון לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות) שיאפשר גם לנשים יחידות להתקשר בהסכם פונדקאות. לפני ימים ספורים עדכנה המדינה על התקדמות בהליך החקיקה וציינה כי הצעת החוק לתיקון חוק הפונדקאות (הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ז-2017 (להלן: הצעת החוק)) עתידה לעלות להצבעה בקריאה ראשונה באותו יום (17.7.2017). ואכן, בו ביום התקבלה הצעת החוק בקריאה ראשונה והועברה להמשך דיון בוועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת לצורך הכנה לקריאה שנייה ושלישית (ראו: ד"כ לה, 217

(תשע"ה)). בנסיבות העניין, קבלת הצעת החוק בקריאה ראשונה והעברתה להכנה לקריאה שנייה ושלישית יצרה מצב חדש. אכן בשעתו הבענו מורת רוח מדרך התנהלותן של המשיבות בהליך זה, שהתבטאה בהגשת תזכיר הצעת החוק ב"דקה התשעים" ערב הדיון על-פה, אולם כעת בכל זאת נפל דבר. לפיכך, החלטנו כאמור בדברי חברי המשנה לנשיאה ג'ובראן שלא להכריע לעת הזו בסוגיות שעל הפרק (פרט לחוקתיות הדרישה לזיקה גנטית). משמעות הדברים היא שאנו שסיימנו או שמסיימים בקרוב את כהונתנו בבית המשפט – חברי המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, חברי המשנה לנשיאה ג'ובראן ואנוכי – לא נהיה שותפים לפסק הדין הסופי ככל שיהיה בו צורך לאחר מיצוי הליכי החקיקה. אנו בית-משפט ולא "בית שופטים".

3. ככלל, בית המשפט רשאי להידרש לשאלות משפטיות שלפניו גם כאשר הצעת חוק באותו נושא תלויה ועומדת לפני הכנסת (ראו והשוו: ד"נ 25/80 קטאשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 457 (1981); בג"ץ 6665/12 אי.סיג בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פסקה 27 לפסק דינו של השופט מ' מזוז (3.12.2014)). עם זאת, לאור עיקרון הכיבוד ההדדי בין רשויות המדינה, במקרים המתאימים ראוי להימנע מתחרות עם המחוקק ולתת לכנסת הזדמנות למצות את הליכי החקיקה בתוך זמן סביר (השוו: בג"ץ 8893/16 כבל נ' שר התקשורת (8.1.2017), שבו נעתרנו לבקשת המדינה להארכת מועד להגשת כתב תשובה בשל התקדמות הליכי חקיקה שעתידים היו להשפיע על העתירה שם). כך ראוי לנהוג לדעתי במקרה שלפנינו, בעיקר בהתחשב במורכבותן של הסוגיות שהועלו בעתירה ובשלב המתקדם שבו מצוי הליך החקיקה. לא אכחד: המשיבות נמנעו מלהעריך מתי הליכי החקיקה צפויים להסתיים ומשכך קיים חשש כי הם לא יתקדמו כנדרש (והשוו למקרים אחרים שבהם הושהה דיון בעתירות למשך חודשים ארוכים ואף שנים עד למיצוי הליכי חקיקה: בג"ץ 5436/07 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הרשות הארצית לענייני דתות (החלטות מימים 5.5.2010 ו-11.11.2010); בג"ץ 8300/02 נטר נ' ממשלת ישראל, פסקאות 2-5 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש (22.5.2012)). יתר על כן, הצעת החוק בנוסחה הנוכחי אינה נותנת מענה לעותרים, ולמקרא תגובות המשיבות ניתן להעריך בזהירות כי הסיכוי לשינויה אינו גבוה. לכך מתווספת העובדה כי כשמדובר במימוש הזכות להורות, התמשכות ההליכים עלולה להביא למצב בלתי הפיך. לבסוף יש לזכור כי חוק הפונדקאות חוקק לפני למעלה מ-20 שנים ומאז נדון בהליכים משפטיים שונים, שבחלקם הובעו הסתייגויות ביחס להיקפו. בשנים האחרונות אף נעשו מאמצים לתקנו שלא צלחו. מטעם זה ולנוכח השיקולים הנוספים שנזכרו לעיל, נראה לי נכון לקבוע, כפי שהציע חברי המשנה לנשיאה ג'ובראן, שעל המשיבות להגיש הודעה מעדכנת בדבר התקדמות הליכי החקיקה בתוך שישה חודשים.

4. חרף האמור עד כה ובשים לב לכך שעתירה זו תלויה ועומדת מספר שנים ונשמעו בה טענות על-פה לפנינו, אבקש להתייחס בקצרה להגדרת "הורים מיועדים" בסעיף 1 לחוק הפונדקאות. הדברים שייאמרו להלן הינם בגדר הרהורים בלבד, ואין בכוחם כמובן לכבול את שיקול דעתם של השופטים שיבואו במקומנו בהליך זה, ככל שיהיה בו צורך. הם מכוונים לאוזני המחוקק כשיקולים שלכאורה ראוי לשקול אותם.

5. חוק הפונדקאות נועד במקור לתת פתרון למספר מצומצם של זוגות חשוכי ילדים, תוך שמירה על זכויות כל המעורבים בהליך ובראשם האם הנושאת (ראו: דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל (מאי 2012) בעמודים 53-54 (להלן: ועדת מור-יוסף); בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419, 435-434, 442-443 (2002); בג"ץ 625/10 פלונית נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים, פסקה 8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (26.7.2011)). משכך, הוגבלה תחולת החוק להורים מיועדים שהם "איש ואישה שהם בני זוג", אשר אינם יכולים להביא ילדים לעולם עקב ליקוי פיזיולוגי שמונע מהאישה לשאת היריון או כאשר מחמת ההיריון נשקפת לאישה סכנה לחייה. נגד החוק הוגשו בעבר מספר עתירות חוקתיות שאין זה המקום לפרטן, אשר הובילו בתורן להקמתן של ועדות ציבוריות שונות. הוועדה האחרונה שעסקה בנושא זה – לרבות בשאלת הרחבת מעגל הזכאים לפונדקאות – הייתה ועדת מור-יוסף. בדו"ח הוועדה (שהוגש בחודש מאי 2012) צוין כי "הוועדה השתכנעה מרצונם העז של זוגות בני אותו מין להביא ילדים לעולם ושמעה כי הם רואים פוטנציאל גדול בפונדקאות... [ה]מהווה פתרון טוב... לאור העובדה שהיא שומרת על הזיקה הגנטית לאחד מבני הזוג..." (שם, בעמוד 57). לפיכך הניחה הוועדה כי בהיעדר אינטרסים משמעותיים אחרים, אין למנוע מנשים וגברים יחידים להביא לעולם ילדים באמצעות פונדקאות. ואולם, הוועדה מנתה גם מספר שיקולי נגד: ראשית, הועלה החשש כי הפונדקאות תהפוך מפתרון נקודתי למקרים רפואיים קשים במיוחד לדרך מקובלת להבאת ילדים לעולם, וכתוצאה מכך ייווצר קושי לשמור על שלומן של הנשים הנושאות. שנית, הוזכרה הדאגה כי פתיחת הפונדקאות לאוכלוסיות רחבות תבוא על חשבון נשים הסובלות מליקוי רפואי. לבסוף, צוין החשש כי הרחבת היקף הזכאים תהפוך את הפונדקאות לפתרון לעשירים בלבד. לנוכח שיקולים אלה, המליצה הוועדה בסופו של יום להבחין בין נשים לבין גברים כמובן זה שלגברים יותר להתקשר בהסכמי פונדקאות על בסיס אלטרואיסטי בלבד.

6. בעתירה שלפנינו, הבהירו המשיבות כי לגישתן הרחבת היקף הזכאים לפונדקאות מצריכה חקיקה. לצד זאת, לטענתן, לאור השיקולים שהועלו בדו"ח ועדת מור יוסף, קיימת לכאורה שונות רלוונטית בין גברים יחידים או זוגות גברים לבין נשים הסובלות מבעיה רפואית. בהתאם לכך, כאמור לעיל, הצעת החוק שעל הפרק מבקשת להרחיב את מעגל הזכאים לפונדקאות לנשים יחידות בלבד. כשלעצמי, אני סבורה שיש ממש בגישה שלפיה יש לאפשר התקשרות בהסכמי פונדקאות רק באופן מבוקר, וכן יש ממש בטענה כי קיים קושי בהפיכת פונדקאות ל"דרך המלך" להבאת ילדים לעולם. הליך פונדקאות טומן בחובו סיכונים בריאותיים ורגשיים לאישה הנושאת, ובמקרים מסוימים הוא אף עשוי "לגלוש" אל עבר ניצולן של נשים והחפצתן (עיינו: נופר ליפקין ואתי סממה "ממעשה הראוי למוצר מדף: נורמטיביזציה זוחלת של פונדקאות בישראל" משפט וממשל ט"ו 435, 442 (תשע"ג) (להלן: ליפקין וסממה)). סיכונים אלה, הכרוכים ושלובים בהליך הפונדקאות, הועלו בפני ועדת מור-יוסף ושוקללו בהמלצותיה. אכן, אין להתעלם מהסיכונים והקשיים הפיזיים, הרגשיים והאתיים העשויים להתעורר בהליכי פונדקאות. עם זאת, משהותרה בישראל התקשרות בהסכמי פונדקאות תחת פיקוח ובקרה, איני רואה לכאורה הצדקה להבחנה בין נשים עם בעיה רפואית לבין גברים יחידים או זוגות גברים לעניין זה. שתי קבוצות אלה אינן יכולות להביא ילדים לעולם, אלא באמצעות טכנולוגיות פריון והולדה מלאכותיות. לצד זאת, לא הוצגו לנו נתונים עובדתיים המלמדים על כך שהרחבת ההסדר בחוק תוביל בהכרח להגדלה משמעותית של הביקוש לפונדקאות בישראל. פרט למגדר אין איפוא הבדל מהותי בין הקבוצות, ומכל מקום – וזאת עיקר – הן ועדת מור-יוסף הן המשיבות עצמן לא טענו כי קיים הבדל כזה (וראו והשוו גם לבג"ץ 566/11 ממת-מגד נ' משרד הפנים (28.1.2014)). שיקולי הוועדה, כמו שיקולי המשיבות, התמקדו כאמור בהיקף הביקוש לפונדקאות ובסיכונים הכרוכים בכך. ואולם, נראה כי ראוי לפתור קשיים אלה בדרך שוויונית. למשל, ניתן (ואולי רצוי) להדק את הליכי הפיקוח והבקרה על הליכי הפונדקאות ולשפר את תנאי ההתקשרות בהסכמים אלה (ראו: ליפקין וסממה, בעמודים 490-497). בנוסף לכך, ניתן להגביל את מספר הפעמים שבהם זוג או יחיד רשאים להתקשר בהסכם פונדקאות או לאסור על הליך פונדקאות למי שכבר יש לו ילד (ראו גם: סעיף 5(ב) להצעת החוק). כמו כן, קיימת אפשרות לאסור על פונדקאות מסחרית, ולאפשר פונדקאות אלטרואיסטית בלבד כפי שנהוג בחלק ממדינות אירופה (אך ראו: דו"ח ועדת מור-יוסף, שבו הומלץ ברוב דעות להותיר אפשרות לפונדקאות מסחרית בישראל, בעמודים 61-62; והשוו לסעיף 15 לחוק השתלת איברים, התשס"ח-2008). בסופו של דבר, אף שמתן היתר להתקשרות בהסכמי פונדקאות אינו פשוט, על פני הדברים דומה כי אין שונות בין נשים לבין גברים יחידים או זוגות גברים המצדיקה

הפליה. אחזור ואדגיש, כי אין בדבריי אלה משום קביעת מסמרות בסוגיות הנדונות. מדובר בהערות לכאוריות בלבד. ממילא המחוקק שבפניו מונחות כעת סוגיות אלה יידרש לתת דעתו להן. ככל שהליכי החקיקה בכנסת לא ימוצו בתוך זמן סביר, יחזור הנושא לבירור בפני בית-משפט זה, אשר ידון ויכריע בו כפי שימצא לנכון.

7. אשר לחוקתיות הדרישה לזיקה גנטית כתנאי להתקשרות בהסכם פונדקאות. מקובלת עליו קביעתו של המשנה לנשיאה ג'ובראן שלפיה דרישת החוק לקיומה של זיקה גנטית בין אחד מההורים המיועדים לבין היילוד צולחת את מבחני פסקת ההגבלה. הבאת ילד לעולם ללא זיקה גנטית או פיזיולוגית להורה המיועד מעוררת שאלות חברתיות, אתיות ומוסריות מורכבות, אשר מתן מענה עליהן בדרך שיפוטית עשוי לגרום להשלכות רוחב שלא התלבנו כהלכה בהליך שלפנינו. בשונה מפונדקאות עם זיקה גנטית, אשר נדונה במהלך השנים לאורך ולרוחב בבתי המשפט ובפני גורמים מוסדיים נוספים, הדיון בסוגיית ההולדה ללא זיקה גנטית או פיזיולוגית טרם מוצה. דברים אלה מקבלים משנה תוקף לנוכח עמדתה של ועדת מור-יוסף, אשר ראתה לנכון להמליץ על הרחבת מעגל הזכאים לפונדקאות, ובלבד שיתקיים קשר גנטי או פיזיולוגי עם לפחות אחד מההורים המיועדים. מקובלת עליו איפוא העמדה שלפיה ביחס לסוגיית הקשר הגנטי דין העתירה להידחות. חשוב להבהיר, עם זאת, כי הכרעתנו בנושא אינה מונעת כמובן מהמחוקק מלהידרש לו, כמו לכל עניין אחר, במסגרת הליכי החקיקה התלויים והעומדים. אעיר גם, בזהירות המתבקשת, כי אין לפסול מראש מצב שבו עקב שינויים כאלה או אחרים שיתחוללו בעתיד – יידרש המחוקק לתת דעתו מחדש לסוגיה זו. איני מקלה ראש במצוקתן של העותרות. אכן, כפי שצינתי בעבר, עצם העובדה כי קיימות דרכים שונות להפוך להורה, אין משמעה בהכרח כי על המדינה לאפשר את מימושו (בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 2 לפסק דיני (18.9.2014)). עם זאת, מבלי לקבוע מסמרות בסוגיות התלויות ועומדות בהליכים אחרים (ראו למשל: בג"ץ 3217/16 המרכז הרפורמי לדת ומדינה – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, העוסק בהיקף הזכאות לאמץ ילדים), יש לחתור למציאת פתרונות חלופיים שיאפשרו לעותרות לממש את זכותן להורות.

8. סיכומם של דברים: אני מצטרפת לפסק-דינו של חברי המשנה לנשיאה ג'ובראן, שלפיה דין העתירה בנוגע לדרישת הזיקה הגנטית להידחות. אשר להרחבת היקף מעגל הזכאים לפונדקאות גם לגברים יחידים ולזוגות גברים, בשלב הנוכחי יש

להותיר סוגיה זו ללא הכרעה סופית, וזאת בשל הליכי החקיקה התלויים והעומדים
ובשים לב לעיקרון הכיבוד ההדדי בין הרשויות.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין:

א. מצטרף אני לתוצאה אליה הגיע חברי המשנה לנשיאה ג'ובראן. הסוגיות
העולות לדיון בתיק זה מוסיפות למורכבות האנושית, החברתית והמשפטית שנוצרה
בעידן הנוכחי, בו ההתפתחויות הטכנולוגיות בעולם הרפואה מזה וההתרחשויות
החברתיות בתחום המשפחה מזה פיתחו מצבים שלא שערום אבותינו. בבג"ץ 4077/12
פלונית נ' משרד הבריאות (2013), נודמן לי לומר בהקשר אחר כלהלן (פסקה ב'):

"העידן הגנטי והשימוש הגובר בעשורים האחרונים
בטכניקות הולדה מלאכותיות הביאו עמם ברכה ממשית
לרבים, שב'עולם הישן' היו נותרים חשוכי ילדים;
המציאות השתנתה לאין שיעור, והטכנולוגיה מאפשרת
כיום לרבים מאלה שדרכם להורות היתה חסומה בעבר,
להביא ילדים לעולם ולהקים משפחה. מדובר באחת מן
ההתפתחויות הדרמטיות היוצרות מציאות משפטית
וחברתית חדשה, וזו מעוררת שאלות אנושיות רגישות
ומורכבות. לסוגיות אלה טרם הספיק עולם המשפט
להידרש כדבעי, והוא מדדה אחריהן..."

הדידוי נמשך גם כיום, ומכאן הסוגיות שלפנינו. אין גבול למשאלת אדם לילד.
חברתי השופטת ברק-ארז בראשית חוות דעתה באותו תיק ציטטה משירה של המשוררת
רחל "עקרה": "בן לוא היה לי ילד קטן שחור תלתלים ונבון"; ואוסיף מצדי מסיפת
אותו שיר: "עוד אתמרמר כרחל האם. עוד אתפלל כחנה בשילה, עוד אחכה לו". לב מי
לא יזדהה עם תפילה זו.

ב. דא עקא, שנושאים אלה שלפנינו המשנים מציאות מוכרת, כמו מצבי נשים
יחידניות וגברים יחידנים, ובני זוג חד מיניים, ראוי להם מעיקרא, שהמחוקק הוא
שיידרש להם, בראותו את התמונה הכוללת על כל היבטיה. חברי ציטט (פסקה 6)
מדבריי בבג"ץ 5771/12 ליאת משה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (2014),
פסקה מ"ו (להלן עניין ליאת משה), שאחזור עליהם לשלמות התמונה:

"מכל מקום, קיומם של הליכי חקיקה עכשויים להרחבת מעגל הזכאות הקיים בחוק הפונדקאות מצדיק מטבע הדברים ובצו השכל הישר ריסון שיפוטי בבית משפט זה, כדי שלא לזנב במחוקק (פסקה 17 לפסק דינה של השופטת חיות; בג"ץ 9682/10 מילועוף אינטגרציית פטם אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' שר החקלאות - משרד החקלאות ופיתוח הכפר (2011)). כמוכן, אם לא יתקיימו הליכי חקיקה אין להוציא מכלל אפשרות התערבות שיפוטית חוקתית; מסכים אני עם אמירתה של חברתי השופטת אדבל בפסק דינה כי 'יש לפרש הסדרים חוקיים באופן שיתיישב עם עקרון השויון המחייב מתן יחס שווה לזוגות חד מיניים' (פסקה 10). ואולם הכתובת הראויה לשינויים אלה היא בראש וראשונה המחוקק, וקיומם של הליכי חקיקה מתקדמים מצדיק אותו ריסון שיפוטי".

דברים אלה תואמים – דומני – את המוצע על-ידי חברי היום, קרי, השעיית ההכרעה בשעה שהמחוקק פועל כנמסר. אצטרף להצעתו, והטענות החוקתיות שמורות לעתירה בבוא היום.

ג. כן אצטרף להכרעה באשר לחשיבות הזיקה הגנטית, שדומה בעיניי כי הקורא את פסק הדין בעניין ליאת משה אינו יכול שלא להתרשם כי הנחת היסוד בו היא הורות גנטית לעניין חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), תשנ"ו-1995, לצד הניתוק בין האם הפונדקאית לבין ההורים המיועדים. אמנם "המודל הגנטי", שהיה במוקד החקיקה בעבר, נחלש במידה מסוימת (ראו לפירוט בעניין פלוניית הנזכר מעלה, פסקה מ"ד), עדיין נודע לזיקה הגנטית משקל רב (שם, פסקה מ"ה).

ד. ואחתום בהערה, כי בכל הנושאים שהעלה חברי בסיפת חוות דעתו יש מקום, כדי להביא לתוצאות ראויות ונכונות – להדרגתיות, גם בפן החברתי הכולל. בית משפט זה ראוי בעיניי שיידרש להם תוך בחינת התקדמותם של הליכי החקיקה, מבלי לנעול את הדלת להתערבות שיפוטית כאמור. אזכיר רק, כי מחד גיסא המליצה ועדת מור יוסף על הרחבת מעגל הזכאות לפונדקאות לנשים ללא בני זוג, ועם זאת, מאידך גיסא, על כינונה של פונדקאות אלטרואיסטית לגברים חד הוריים; אך תזכיר החוק שהוגש בשעתו – השונה מהנוכחי עם שינוי הממשלה – הרחיב מעגל זכאות לפונדקאות מסחרית גם לגברים ללא בת זוג; ראו חוות דעתי בעניין ליאת משה, פסקה מ"ה. הנמקת הועדה כי יתכן שהרחבת המעגל תצמצם כמותית את האפשרויות לנשים יחידניות הטרידה אותי, אף שקראתי בעניין רב את דברי חברי המשנה לנשיאה ג'ובראן וחברתי הנשיאה, ואת הרהורי הפתרון שהעלו. כשלעצמי סבורני על דרך הכלל, כי מקימים ועדות כדי לקבל את מסקנותיהן אלא אם כן חרגו מן הסביר באופן מובהק, אך מובן

שהמחוקק רשאי לחשוב אחרת ולפעול אחרת. ומנגד ישנה שאלת השויון, לאו מילתא זוטרתא, והרי כולנו נבראנו בצלם, וגם הזמן אינו עומד על עמדו, חברתית ואישית.

ה. בפסק דין זה, בחוות הדעת השונות, נמצאות המלצות, גם אם זהירות, למחוקק. כדי לדובב שפתי ישנים, וכדי להציג את כברת הדרך שעבר המשפט בישראל, מוצא אני לנכון להביא תמצית מזכרו של הנשיא יצחק אולשן בעת כהונתו (1954–1965, תאריך המזכר אינו ידוע), שמצטטת פרופ' פנינה להב במאמרה The Pains and Gains of Writing the Biography of Chief Justice Simon Agranat Harris, Kedar, Lahav & Lichovski eds., THE HISTORY OF LAW IN A MULTI-CULTURAL SOCIETY (2002), 147, 157-158. הדברים מובאים שלא בהסכמה מצדי לתוכנם, אלא כהערה היסטורית. הנשיא אולשן כתב (הטכסט העברי אינו בידוי), ולדבריו כבר עלה הנושא בשיחות עם שופטים בעבר, שאין זה מומלץ ליתן המלצות בחוות דעת (אין הוא מפרש בדיוק לאילו המלצות הכוונה, ואולי לא בהכרח להמלצות חקיקה בלבד); כך במיוחד בעניינים פליליים. הדבר מעמיד את הרשויות, כך נאמר, במצב קשה, שכן אם לא יקבלו את ההמלצה עלולות הן להיראות כפוגעות בבית המשפט, ומנגד יתכן שיש לרשויות סיבות טובות שלא להיענות להמלצה, אך ייראו כפוגעות. לדבריו, העלה הנשיא אולשן את הנושא שכן היתה אליו פניה בעניין. המחברת פרופ' להב מציינת כי במזכר יש עניין הן כיון שהוא מתיחס לקשרים לא פורמליים בין הרשויות, והן כי עם ששמר מאוד הנשיא אולשן על עצמאות השפיטה ונאבק עליה, שמר גם על קשר עם הרשות המבצעת והיה נכון להעביר בקשותיה לשופטים. המחברת מציינת שמדובר בנושא תדיר – נטיית בתי המשפט לכתוב המלצות, דבר שניתן לטעון כי הוא סותר את הפרדת הרשויות, אך מאידך ניתן לראותו כ"שסתום ביטחון" המצביע על אי נחת בית המשפט ביישום חוק פלוני אל מול שיקולי צדק, ואיסור על כך ידלדל את חוות הדעת השיפוטית וימנע מבית המשפט להשמיע קול מוסרי. לדעת המחברת לא שעו השופטים ל"תוכחת" הנשיא, אך עצם הוצאת המזכר מצביעה על מנהיגותו של הנשיא אולשן.

הבאתי דברים אלה – כאמור – כהערה היסטורית, אף שאני חולק על העמדה שהובעה במזכר, ואוסיף כי לטעמי על יסוד הפרקטיקה רבת השנים והשכל הישר, לא ראוי כל עיקר שיימנעו המלצות שיפוטיות, אשר מבוססות ככלל על ניסיון רב, מקצועי, מוסדי ואישי, ועל התיחסות למצוקות הנגלות בפני בית המשפט. אדרבה: היובל שחלף מאז פרישת הנשיא אולשן לימדנו כי היה ויש ערך גדול להמלצות שיפוטיות, ורבות מהן מצאו דרכן אם לחקיקה ואם לפעולות הממשל, ותרמו לטיובן. גם אם יפה זהירות בהמלצות בנושאים ערכיים שנויים במחלוקת, פעמים היעדר פעולה מצד המחוקק

כופה על בית המשפט לומר דברו; ומכל מקום ככלל לא רק שאין פסול בהמלצות שיפוטיות אלא יפות הן, לטובת הכלל. הדיאלוג בין הרשויות חשוב, זה טיבה של דמוקרטיה. היכולת להאזין אין ערוך לה, והיא כמובן רב כיוונית: את רוח דורנו בהקשר המלצות שיפוטיות היטיב לתאר השופט מלצר בתיאור השיח האקדמי (ראו בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (2015), פסקאות 6–7 לחוות דעתו, והמקורות שהביא).

ו. אחתום בדברים שכתבתי בעניין ליאת משה (פסקה כ"ג):

"יתכן מאוד כי מתעורר צורך חברתי, בהתפתחויות המואצות בתחום הזוגיות שאנו חווים בעולמנו, בהסרת מגבלת הצורך הרפואי המושתת בסעיף 11 על הנתרמת, וזאת נוכח רצון להרחבת מעגל הזכאים והזכאיות לתרומת ביציות – לדוגמה במקרים של העותרות או של גברים יחידניים ובני זוג הומוסקסואלים הזקוקים לתרומה בשל חוסר ביולוגי מובנה (חיים אברהם "על הורות, פונדקאות והמדינה שביניהם" יתפרסם בחוקים ח (להלן אברהם)), או לשם מתן מענה לבעיית ממזרות (יוסי גרין "האם קיים פתרון לבעיית הממזרות באמצעות טכנולוגיות רפואיות בשטח הפריזן?" מאזני משפט ז 411 (תש"ע)). הרחבה מעין זו מונחת בראש וראשונה לפתחו של המחוקק, האמון על עריכת האיזונים".

ובהמשך דובר על כך שיש צורך (בהקשר דשם) ב"מורה דרך" בדמות התויות חקיקתיות, שהן בגדר האפשרי במאמץ חקיקה לא גדול במיוחד. דברים אלה יפה כוחם, בשינויים המחויבים, גם בעניינינו; תם ולא נשלם.

ז. פסק דין זה ניתן ביום פרישתו של חברי הטוב המשנה לנשיאה השופט סלים ג'ובראן. זכיתי לשרת עמו כתף אל כתף בחיבה וברעות לאורך כל תקופת כהונתנו מאז הושבענו באותו יום התשס"ד-2004. המשנה לנשיאה ג'ובראן – ישראלי גאה, ערבי-נוצרי גאה – תרם בתקופת עבודתו תרומה גדולה למשפט ולחברה הישראלית, הן במשפטנות "לגופה" בפסקי דינו המלומדים, הן באישיותו הנעימה מאין כמוה, כעמית, כחבר וכדמות ציבורית. גישת "שביל הזהב" שייצג במשפט, הקרובה ללבי באופן מיוחד, תרמה רבות לפתרון סכסוכים בדרכי שלום, כאוהב שלום ורודף שלום. מאחל אני לחברי כי ימשיך בנתיבות השלום, בבריאות וברוב נחת.

המשנה לנשיאה (בדימ')

1. מהו ההיקף הראוי של מעגל הזכאים להסתייע בהליכי פונדקאות בישראל?

זוהי הסוגיה ששבו והניחו העותרים לפתחו של בית משפט זה בעתירה דנן. העתירה מעלה טענות נגד חוקתיותו של ההסדר אשר נקבע בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק ההסכמים), שעיקרן פגיעה בזכות להורות ובזכות לשוויון של זוגות חד מיניים (העותרים 1-4) ונשים וגברים ללא בני ובנות זוג (להלן: גבר ואישה יחידים), ובכלל זה נשים כאמור אשר בשל אי יכולת להרות וכן לתרום ביצית משלהן למהלך ההולדה (העותרות 5-6), לא תהיה להן זיקה גנטית ליילוד כדרישת סעיף 2(4) לחוק ההסכמים.

2. לראשונה נדרש בית המשפט לסוגיית ההיקף הראוי של מעגל הזכאים להסתייע בהליכי פונדקאות בבג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419 (2002) (להלן: עניין משפחה חדשה), אך זאת בנגזרת אחת בלבד - אישה יחידה אך פורייה שלא היה באפשרותה להרות וללדת. פסק הדין קבע ברוב דעות כי שלילת זכותה של אישה יחידה להיכלל בהגדרת "ההורים המיועדים" בחוק ההסכמים, וייחוד תהליך הפונדקאות על פי החוק אך ורק ל"איש ואישה שהם בני זוג" יש בהם, לכאורה, משום פגיעה בעקרון השוויון והפליה לרעה של נשים דוגמת העותרת ללא הצדקה. עם זאת דחה בית המשפט את העתירה מן הטעם שמדובר בסוגיה "חדשה וסבוכה" אשר ראוי לה כי תפתח בהדרגה "עקב בצד אגודל" בהליכי חקיקה ולא על דרך של פסיקה המתערבת בחקיקה של הכנסת. בעניין משפחה חדשה הסתפק, אפוא, בית המשפט בקריאה אל המחוקק כי:

יתן דעתו למצוקתן 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 יתן דעתו מפורשות עליהן ועל האיסורים שהניח על דרכן לפונדקאות (שם, בעמ' 461) (לניתוח מעמדה של קריאות מסוג זה מצד בית המשפט אל המחוקק, ראו: ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית המשפט העליון" עיוני משפט לד' 437 (2011)).

3. מאז שניתן פסק הדין בעניין משפחה חדשה חלפו למעלה מ- 14 שנים, אך הגדרת "הורים מיועדים" בחוק ההסכמים נותרה כשהייתה. כפי שציין חברי המשנה לנשיאה השופט ס' ג'ובראן, כ- 8 שנים לאחר שניתן פסק הדין בעניין משפחה חדשה מינה מנכ"ל משרד הבריאות ועדה ציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל, וועדה זו הגישה במאי 2012 דו"ח (להלן: דו"ח ועדת מור יוסף) ובו המליצה, בין היתר, להרחיב את מעגל הזכאים להסתייע בהליכי פונדקאות על פי חוק ההסכמים כך שיכלול גם אישה יחידה שיש לה בעיה רפואית המונעת נשיאת הריון וכן גבר יחיד (לגביו הומלץ להתיר מסלול פונדקאות אלטרואיסטי בלבד). כמו כן גובשה בשנת 2014 בעקבות דו"ח ועדת מור יוסף הצעת חוק ממשלתית לפיה הורחב מעגל הזכאים לביצוע פונדקאות בישראל באופן שגם נשים וגברים יחידים יוכלו לבצע את ההליך בישראל בתשלום (הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים) (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), (התשע"ד-2014). ואולם, הצעת חוק זו לא קודמה ומשלא הוחל לגביה דין הרציפות היא עברה מן העולם.

4. העתירה שבפנינו הוגשה ביום 2.2.2015 ולאחר שהשלמנו, בהרכב מורחב, את שמיעת הטיעונים בהתנגדות לצו על תנאי שהוצא בה התבשרנו ביום 17.7.2017 כי ביום 5.7.2017 פורסמה והונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), (התשע"ז-2017, ה"ח ממשלה 1150 (ולהלן: הצעת החוק) לפיה יורחב מעגל הנשים הזכאיות לבצע פונדקאות בישראל גם לנשים יחידות הסובלות מבעיה רפואית שבשלה הן נדרשות לבצע את ההליך, בתנאי שנשמרת זיקה גנטית בין האם המיועדת ליילוד. עוד התבשרנו כי הצעת החוק עברה בקריאה ראשונה והונחה על שולחן ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת לצורך הכנה לקריאה שנייה ושלישית.

5. נוכח התנהלות המחוקק בסוגיה זו לאורך השנים מותר להניח כי הדיון בעתירה שבפנינו שימש במידה לא מבוטלת מאיץ להליך החקיקה הנוכחי. עם זאת, ואף שהצעת החוק העומדת על הפרק עתה מצומצמת מזו שעמדה על הפרק בשנת 2014 (היא אינה כוללת גברים יחידים), תמימת דעים אני עם חברי המשנה לנשיאה השופט ס' ג'ובראן ועם חברתי הנשיאה מ' נאור כי בשלב זה אל לנו לנהל "מירוץ" מול המחוקק ויש לאפשר לו להשלים את הליך החקיקה בטרם נכריע בעתירה שבפנינו, ככל שהיא נוגעת לעותרים 1-4. זאת בהינתן העיקרון בדבר כיבוד הדדי בין הרשויות אשר מן הראוי כי נפעל על פיו. אני מצטרפת אפוא בהקשר זה לעמדת חבריי לפיה נשהה את מתן פסק הדין בעתירה (ככל שהוא נוגע לעותרים 1-4) לפרק זמן בן שישה חודשים, על מנת לאפשר לכנסת למצות את הליך החקיקה שבו החלה.

6. לעומת זאת, כחבריי אף אני סבורה כי ככל שהדבר נוגע לעותרות 5-6 דין העתירה להידחות כבר עתה.

כזכור, העותרות 5 ו-6 (להלן: העותרות) הן נשים יחידות אשר בשל בעיה רפואית אינן מסוגלות לשאת היריון ואף לא לתרום ביצית משלהן שאותה ניתן להפרות ולשתול ברחמה של פונדקאית. כמפורט בעתירה, לעותרת 5 אין ילדים ולאחר שניסיונה לשאת היריון מביציות מופרות שהושתלו ברחמה לא עלה יפה קבעו רופאיה כי לא תוכל לשאת היריון. ברשותה של העותרת 5 מספר ביציות מופרות מוקפאות שנוצרו במסגרת ניסיונותיה הקודמים להיכנס להיריון ולאחר שנמסר לה כי לא תוכל לשאת היריון בעצמה פנתה למשיבה 1 (להלן: הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים או הוועדה), בבקשה לאפשר לה הליך פונדקאות באמצעות ביציות אלו. הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים דחתה את בקשתה של העותרת 5 על הסף הן בשל מעמדה האישי כאישה יחידה והן בשל הוראת סעיף 2(4) לחוק ההסכמים המתנה את הליך הפונדקאות על פיו בקיומה של זיקה גנטית בין ההורים המיועדים והיילוד. העותרת 6 אף היא אישה יחידה אשר כתוצאה מבעיה רפואית אין באפשרותה לשאת היריון ואף לא לתרום ביציות משלה לצורך הליך פונדקאות. לעותרת 6 ילד אחד אשר נולד לאחר היריון שאותו נשאה ואשר נוצר מתרומת ביצית שאינה שלה שהופרתה מתרומת זרע. לאחר שילדה את בנה התבשרה העותרת 6 כי לא תוכל לשאת הריונות נוספים וברשותה נותרו מספר ביציות מופרות בעלות מטען גנטי זהה למטען הגנטי של בנה. העותרת 6 פנתה אף היא לוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים בבקשה לאפשר לה הליך פונדקאות שבמסגרתו יושתלו הביציות המופרות שברשותה ברחמה של אם נושאת. הוועדה דחתה על הסף גם את בקשתה של העותרת 6 מאותם טעמים שבגינם דחתה את בקשתה של העותרת 5. לצד הטענות המשותפות להן וליתר העותרים בכלל הנוגע להגדרה המפלה של "הורים מיועדים" בחוק ההסכמים, מוסיפות העותרות וטוענות כי שלילת האפשרות להליך פונדקאות ממי שאין באפשרותו לקיים זיקה גנטית ליילוד, כהוראת סעיף 2(4) לחוק ההסכמים, פוגעת אף היא בזכותן להורות ולשוויון וכי בעניינן מדובר בפגיעה נוספת על הפגיעה הנגרמת להן נוכח היותן נשים יחידות.

7. בית משפט זה עמד לא פעם על החשיבות שמייחסת החברה לכמיהה האנושית של רבים להעמיד צאצאים שישאו את המטען הגנטי שלהם ויהיו קשורים אליהם ב"קשר דם" (ראו: עניין משפחה חדשה, בעמ' 447; ע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 421, 441-442 (1978); עוד ראו בהקשר זה: יחזקאל מרגלית

"עלייתו, שחיקתו ועלייתו המחודשת של המודל הגנטי בקביעת הורות משפטית משפט 190א' וב' אתיקה 3, 125 (התש"ע)). אמנם, כפי שציינתי באחת הפרשות בהקשר אחר:

הקשר הביולוגי-גנטי בין הורה לילדו אינו חזות הכול. "חומר גלם" חשוב לא פחות (ולעיתים אף יותר) המרכיב ומעצב את מערכת יחסים בין הורים לילדיהם הינו – הזיקה הרגשית והמחויבות לרווחת הילדים וגידולם. יחד עם זאת, וכפי שכבר צוין, נדרשת הצדקה ממשית ומשמעותית על מנת לשלול מאדם את האפשרות לממש את הזכות להורות הכוללת קשר דם בינו ובין היילוד (בג"ץ 5771/12 ליאת משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, בפסקה 33 לפסק דיני (18.9.2014) (להלן: עניין ליאת משה); עוד ראו בהקשר זה: יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" דין ודברים ו' 553 (2012); יחזקאל מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" משפטים מב 835 (2012)).

ניתן אף לומר כי המגבלות הרפואיות אשר בגינן אין באפשרותן של העותרות לקיים זיקה גנטית ליילוד וזאת לצד היותן נשים יחידות, מציבים אותן במובנים מסוימים בראש הסולם של אלה המתקשים לממש את זכותם להורות. ואולם, השאלה העומדת בפנינו אינה האם יש לאפשר את מימוש הזכות להורות למי שאין באפשרותו לקיים זיקה גנטית ליילוד, אלא האם יש לאפשר לו או לה לממש זכות זו באמצעות הליך פונדקאות על פי חוק ההסכמים.

8. בעניין משפחה חדשה עמד השופט (כתוארו אז) מ' חשין על כך ש"לא תמיד ערוכים ומתוקנים הלבבות לספיגה ולעיכול של הישגי המדע והטכנולוגיה. כך על דרך הכלל. קל-וחומר בנושא הפונדקאות, שנימיו הרגישים והאינטימיים ביותר של האדם מעורבים בו". עוד ציין השופט חשין שם כי בתיתנו דעתנו לחידוש ולמורכבות של סוגיית הפונדקאות בהיבטים שונים ראוי לו להליך זה כי יתפתח התפתחות מידתית והדרגתית (שם, בעמ' 459-460). אכן, סוגיית היקף מעגל הזכאים לממש את זכות ההורות באמצעות הליך פונדקאות היא סוגיה מורכבת הכורכת שיקולים רפואיים, חברתיים ואתיים אשר לא ניתן להפריז ברגישותם. זאת לגבי הליך הפונדקאות ככלל ועל אחת כמה וכמה מקום שההורה המיועד נעדר זיקה גנטית ליילוד. ראשית, בהיעדר זיקה גנטית אין מדובר בשלילת האפשרות מאדם לממש הורות הכוללת קשר דם בינו ובין היילוד ועל כן ניתן לומר כי אין להורה המיועד אינטרס מיוחד כי היילוד יבוא לעולם באמצעות הליך פונדקאות דווקא. למעשה, ניתן לומר כי בהיעדר זיקה גנטית או

פיזיולוגית להורה המיועד עניין לנו ביצירת ילדים לצרכי אימוץ (ראו: בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, בפסקאות 25-26 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (1.4.2015) (להלן: עניין פלונית); וכן דו"ח ועדת מור יוסף, בעמ' 6 ו-61 (ה"ש 28)). וככל שמדובר בוריאציה של אימוץ, מאליה עולה וביתר שאת השאלה מדוע לא ינותב ההורה המיועד שאין לו כאמור אינטרס מיוחד בהליך הפונדקאות, למסלול של אימוץ על כל היתרונות הטמונים בכך מבחינת הטבת גורלם של ילדים שכבר קיימים בעולם.

כמו כן עולות בהקשר זה של הליך פונדקאות ללא זיקה גנטית שאלות אתיות לא פשוטות הנוגעות, בין היתר, לאפשרות של יצירת ילדים שהנם במובנים מסוימים "ילדים בהזמנה", על כל ההשלכות הנובעות מכך מבחינת האמהות הנושאות הלוקחות חלק בהליך, החשש מפני "תיעוש" של הליכים אלה, והשתרשותה של תפיסה קניינית ביחס לילדים הנוצרים במסגרתם (ראו: נופר ליפקין ואתי סממה "ממעשה ראוי למוצר מדף: נורמטיביזציה זוחלת של פונדקאות בישראל" משפט וממשל 435, 441-443 (התשע"ג)). כפי שציינה חברתי הנשיאה, אולי לא יהא זה נכון לשלול מראש כל אפשרות לבחינת הליך פונדקאות בהיעדר זיקה גנטית בעתיד, וייתכן שלאחר הניסיון שימשיך ויצטבר בהליכי פונדקאות בארץ ובעולם יהיה מקום לבחינה מחודשת של סוגיה זו על ידי המחוקק. ואולם, כתבריי אף אני סבורה כי העתירה אינה מגלה עילה חוקתית לביטול הוראת סעיף 2(4) לחוק ההסכמים המחייב זיקה כאמור. זאת בדומה לגישה הנוהגת בהקשר זה במרבית המדינות המאפשרות הליכי פונדקאות וכן בהתאמה לגישה שבה נקט המחוקק הישראלי בדברי חקיקה נוספים המייחסים חשיבות לזיקה הגנטית בהקשר של יחסים בין הורים וילדים (ראו פסקאות 25-26 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה השופט ט' גובראן).

9. סיכומם של דברים אני מצטרפת לפסק דינו ולהחלטתו של המשנה לנשיאה חברי השופט ט' גובראן.

ש ו פ ט ת

השופט ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לתוצאה אליה הגיע חברי, המשנה לנשיאה, ס' ג'ובראן. הנני בוחר שלא להביע דעה מפורטת לגבי עיקרי הנמקתו, שהרי בשים לב לאמור בחלק ההחלטה שבחוות דעת חברי – אני צפוי להמשיך ולדון בעתירה זו, לצד חברתי השופטת א' חיות (ושופטים נוספים שיכנסו להרכב).

עם זאת ארשה לעצמי מספר הערות ביחס לזכותן של העותרות 5 ו-6 לממש את שאיפתן להורות על דרך של פונדקאות דווקא במצב המשפטי הנוהג והעתידי (אשר ביחס אליהן העתירה נדחית) ובדבר הזיקה שבין יוזמות חקיקה לבין פסיקתו של בית משפט זה.

ענה אפרט הדברים על פי סדרם.

זכותן של העותרות 5 ו-6 לממש את שאיפתן להורות על דרך של פונדקאות דווקא

2. העותרות 5 ו-6 מבקשות לממש את שאיפתן להורות על דרך של פונדקאות, מבלי שתהיה להן זיקה גנטית (ביציות משלהן), או פיזיולוגית (נשיאת הריון) – לילוד.

ב-בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית (22.12.2016) הסברתי את הדומה והשונה בין הזכות להורות (שאיננה בהכרח ביולוגית) לבין הזכות להמשכיות (שהיא ביסודה גנטית). שתי הזכויות הן בעיני בגדר זכויות חוקתיות, כמבואר שם.

במקרה שלפנינו העותרות 5 ו-6 חפצות כי יאושר להן להתקשר עם "אם נושאת", ואולם הוראות שונות בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), תשנ"ו-1996 הקיים (להלן: חוק ההסכמים) עומדות בדרכן, וביניהן: הדרישה לזיקה ביולוגית, המבוטאת בסעיף 2(4) הקובע כדלקמן:

"השתלת ביצית מופרית שמטרתה התעברות אם נושאת
על מנת למסור את הילד שייוולד להורים מיועדים לא
תבוצע אלא בהתקיים כל אלה:

.....
(4) הזרע המשמש להפריה חוץ גופית הוא של האב
המיועד והביצית אינה של האם הנושאת".

ההוראות הנ"ל אכן פוגעות בזכותן של העותרות 5 ו-6 להורות, ואולם כפי שהראו חברותי וחברי – אין לומר כי הדרישה לזיקה גנטית, בהקשר זה של פונדקאות, כושלת

במבחניה של פסקת ההגבלה. יחד עם זאת אפשר וזכותן של העותרות 5 ו-6 (ודומות להן) – להורות – תוכל להתממש בדרכים אחרות שבהן אין צורך בקשר גנטי.

יתר על כן ב-בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (01.04.2015) קראתי למחוקק לשקול מציאת מזור למי שנמנה על קטגוריה זו, וכך נוסחו, בין השאר, הדברים שם:

"הנה כי כן, כמו שבעבר מוסד האימוץ בא לסייע לבעייתם של חשוכי הילדים, ניתן עתה להרחיבו, או לאפשר לפרטים שלא עומדת לרשותם כל חלופה אחרת – להעזר בטכנולוגיות רפואיות חדישות כדי להפוך להורים, או להחשב ככאלה, אפילו ללא זיקה גנטית.... צעידה במסלולים הנ"ל אמורה ליתן מענה למציאות שבגדרה הטכנולוגיה מקדימה לרוב את המשפט. המחוקק ובתי המשפט נדרשים לפיכך ליצוק, במקרים אלה, את תמצית העקרונות הקיימים, הטובים והמבוססים – לקנקנים משפטיים שלא היו בשימוש קודם לכן (משל היו אלה יין ישן המשתבח עם הזמן, וזקוק רק לכלי חדש יותר). השוו: STEPHEN BREYER, ACTIVE LIBERTY 64 (2009); עיינו גם בחוות דעתי ב-ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited פלוני (13.05.2012)."

3. לסיום – לבי לבי עם העותרות 5 ו-6 שבמצב המשפטי הנתון – לא יכולנו לסייע להן יותר בהליך הנוכחי. עם זאת אציין כי אין באמור כדי לגרוע מהאפשרות של העותרות האמורות להביא את עניינן ואת האינטרס של הדומות להן – בפני הכנסת בעת הדיונים שיתקיימו בוועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת (להלן – ועדת העבודה) לצורך הכנה לקריאה שניה ושלישית של הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד, תיקון מס' 2), התשע"ז-2017, ה"ח הממשלה 1150 (להלן – הצעת החוק), שהונחה על שולחן הכנסת בתאריך 05.07.2017 ועברה בקריאה ראשונה בתאריך 17.07.2017.

4. בשל העובדה שהצעת החוק עברה קריאה ראשונה כאמור – המשיבות ביקשו שלא נפסוק בעתירה, ולמשאלה זו נענינו חלקית, כמפורט בחוות דעתם של חברותי וחברי. בסוגיה זו של הדיאלוג החוקתי, שהיא חשובה, אוסיף להלן דברים אחדים מעין מבוא לעתיד.

ההשלכות של יוזמות חקיקה על הליכים תלויים ועומדים

5. בעקרון אנו (וכן הרשויות המינהליות) אמורים להחליט על פי הדין הקיים. ראו: בג"צ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מ"ז (5), 485 (1993), ואולם ברבות השנים נוצרו בפועל חריגים לכלל זה, ודיון מקיף בהם בא במאמר שפורסם לאחרונה: בל יוסף "אליה וקוץ בה – המעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה" עיוני משפט מ 253 (2017). עיינו גם: אהרון ברק "שותפות ודיאלוג בין הרשות המחוקקת והמבצעת לבין הרשות השופטת" מאוני משפט ד 51, 68 (2005); Barak Medina, *Strategic Considerations Behind Normative Explanations: Lessons from Israel's Supreme Court Expropriations case: A Reply to Haim Sandberg*, 11 INT'L J. CONST. L 771, 773-776 (2013); ALISON L. YOUNG, DEMOCRATIC DIALOGUE AND THE CONSTITUTION (OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2017) (להלן: YOUNG).

סוגיה קרובה עוסקת בשאלה האם בית המשפט המבקר צריך להנחות את המחוקק בפוסלו חוק – כיצד לחוקק להבא חוק שיהיה חסין כביכול מביקורת שיפוטית-חוקתית, או שדי לו להסתפק בניתוח חוקתי של החוק החדש שיובא בפניו, לאחר שהמחוקק אמר את דברו.

בבג"צ 8665/14 דטטה נ' הכנסת (11.08.2015) דנתי בשאלה זו והתבטאתי כך:

"מבחינה עיונית יש שיח רב בסוגיית הדיאלוג המתפתח במצבים מעין אלה בין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת (לספרות התיאורטית בנושא – עיינו במאמרם של ליאב אורגד ושי לביא: "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית המשפט העליון" עיוני משפט לד 437, 440 (2011) (להלן: אורגד ולביא, הנחיה שיפוטית). כן ראו: Ittai Bar Siman-Tov, *The Puzzling Resistance To Judicial Review Of The Legislative Process*, 91 B.U. L. REV. 1915, 1954-1958 (2011); אהרון ברק, שופט בחברה דמוקרטית 382-389 (2004); גדעון ספיר, המהפכה החוקתית – עבר, הווה, עתיד 219-222 (2010).

את התשובות לקושיה ניתן למיין לשלושה סוגים, אף שלעתים קו הגבול ביניהם מטושטש (הניתוח, ההפניות והניסוח שלהלן נסמכים על מאמרם של אורגד ולביא, הנחיה שיפוטית):

(א) דפוס אחד הוא "עצה שיפוטית" (judicial advice). עצה שיפוטית היא דרך המאפשרת לשופט להמליץ למחוקק על תיקונים נדרשים בחוק. היא אינה מבטאת דרישה, אלא העדפה משפטית, תוך השארת שיקול הדעת למחוקק (השוו: Nitya Duclos & Kent Roach,

Constitutional Remedies as "Constitutional Hints":
A Comment on R. V. Schachter, 36 McGill L.J 1
.(1991).

(ב) דפוס שני הוא "מפת דרכים" (constitutional roadmap). מפת דרכים היא טכניקה המאפשרת לשופט להציע למחוקק במפורש, או במשתמע, כיצד להתגבר על הפגמים בדין הקיים. בהקשר החוקתי היא מהווה מעין תוואי מוצע לתיקון פסול חוקתי, שעליו הכריז בית המשפט (ראו: Erik Luna, Constitutional Road Maps, 90 j. crim. l. & criminology 1125 (2000)).

(ג) דפוס שלישי הוא "אזהרה שיפוטית" (fire alarm). אזהרה שיפוטית היא טכניקה המאפשרת לשופט להתריע בפני המחוקק על פגמים בדין הקיים. בהקשר החוקתי מדובר במקרים שבהם בית המשפט מאשר בדוחק חוקתיות של חוק, ומבהיר כי אף שהחוק "עדיין חוקתי", הוא עלול ליהפך לבלתי חוקתי בעתיד (ראו: Neal Kumar Katyal, Judges As Advicegivers, 50 Stan. L. Rev. 1709, 1719 (1998)).

בישראל ב-בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 412-413 (1997) (להלן: עניין מנהלי תיקי השקעות) נקט הנשיא א' ברק בגישת "מפת הדרכים" והצביע בפני הכנסת על חלופות שהיא יכולה לנקוט בהן כדי לגבש הסדר, אשר יעמוד בביקורת שיפוטית חלף הוראת החוק, שבית המשפט הכריז על בטלותה באותה פרשה, אף שהדגיש כי: "בחירה של נקודת האיזון הראויה מסורה למחוקק" (שם).

בפסיקה מאוחרת יותר נסתמנה נטיה לעבר גישה (א) הנ"ל (למשל אצל חלק מהשופטים ב-בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (22.09.2014)) בפסיקה, או לעבר גישה (ג) הנ"ל (למשל בפסק הדין של ועדות הקבלה: בג"ץ 2311/11 טבח נ' הכנסת (17.09.2014), או בפסק הדין בעניין העלאת אחוז החסימה: בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל (12.03.2015)). עם זאת הכרעה החלטית בנושא זה עדיין אין אצלנו ואיננו מציע לקבלה פה, אולם אני מוצא לנכון להדגיש כי יהיה זה ראוי, לדעתי, שיימסר למחוקקים לא רק מה איננו חוקתי, אלא שייאמר בקווים כלליים גם מה צפוי לעמוד בדרישות החוקתיות, כפי שנהג הנשיא ברק בעניין מנהלי תיקי השקעות. מעבר לכך, הדיאלוג האמור צריך להתנהל, לשיטתי, משני הצדדים, בפתוחות, ביסודיות ומתוך כיבוד הדדי.

זה המקום להוסיף כי בינתיים התפתחה, למצער, באירופה נטייה לגישה רביעית, הגורסת שאל לו לבית

המשפט המכריז על אי-חוקתיותו של חוק – להציע למחוקק (המדינתי) כיצד עליו לתקן את החוק (ראו: דעת הרוב בפרשת Hirst v the United Kingdom (No. 2) 42 EHRR 41 (2006), שנפסקה בבית הדין האירופי לזכויות אדם והושפעה, בין השאר, מהצורך ליתן חופש יחסי למדינות המרכיבות את האיחוד; השוו כנגד זאת למאמר המוביל, המצדד בדיאלוג מהותי, פרי עטם של: Peter W. Hogg, Allison A. Bushell Thornton & Wade K. Wright, Charter Dialogue Revisited – Or "Much Ado About Metaphors", 45 Osgoode Hall L. (2007) 1.)

6. עתה לאחר שהצגתי את המשפט המשווה הנוהג בסוגיה זו ואת הזרמים העיוניים שמצביעים על מתווים אפשריים לטיפול בה – אחזור לענייננו.

דומה עלי שהמחוקקים, כאשר ילבנו את הצעת החוק לקראת הכנתה לקריאה שניה ושלישית – צריכים ליתן את ליבם לדברי חברתי, הנשיאה, וחברי הפורשים מבית משפט זה (וממילא מההרכב), שנאמרו על דרך של "עצה שיפוטית" ביחס לנושאים שנותרו תלויים ועומדים בעתירה, מה גם שהמשיבות הבהירו כי יהיה מקום לדון בסוגיות שהעותרים העלו – במסגרת דיוני ועדת העבודה. הוא הדין, לשיטתי, עם הסיטואציה שנדונה ב-בג"צ 5771/12 ליאת משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עובדים (18.09.2014) (להלן: ענין ליאת משה) – עתירה שנדחתה ברוב של ארבעה שופטים כנגד שלושה, והציגה, על דעת כל השופטים, בעיה הקוראת לפתרון, ורצוי שזה יהיה במרחבי ישראל, מבלי לשלוח עותרות אלו (המציגות זיקה גנטית לאחת מהן ופיזיולוגית לאחרת) – מעבר לים כדי להגשים את מאווייהן להורות.

7. כמה נבדל איפוא עניינם של העותרים 1-4 מזה של העותרות 5 ו-6, שראינו להשאיר עתירתם של הראשונים תלויה ועומדת? על כך אשיב בקצרה מיד בסמוך.

8. עניינם של העותרים 1-4 איננו נתקל במכשול של העדר זיקה גנטית (למצער לגבי אחד מבני הזוג), ובשלב זה אין איפוא מקום לשלול מראש את גישתם, שהנושאים שהם מעלים, יתכן וניתן למצוא להם פיתרון במסגרת של סעדים חוקתיים מסוימים, אשר חברתי השופטת א' חיות ואנכי היינו נכונים לשקול אותם בגדר חוות דעת המיעוט שלנו בענין ליאת משה.

יחד עם זאת "זכות הקדימה" בהקשרים אלה נתונה למחוקק וצעד ראשון כבר נעשה בכיוון האמור במסגרת הצעת החוק. לפיכך מצאנו כי יש להמתין להבשלת המהלך מכוח עקרון הכיבוד ההדדי שבין הרשויות. אלא שהצעת חוק, אפילו תאושר תוך פרק זמן סביר – איננה נותנת עדיין, על פניה, מענה לעותרים 1-4 ולשכמותם,

ומכאן שיש לשמור על זכותם לטעון כי מחדל חקיקתי בתחום זה – מפר את זכויותיהם החוקתיות הבסיסיות. הכרה בכך, אם תהיה, ולא ימצא להפרה עיגון במסגרת "פיסקת הגבלה", תצדיק אולי חיוב של המחוקק - לחוקק (ראו: אהרון ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד" 15 ספר קרמניצר (עורכים: אריאל בנדור, חאלד גנאים, אילן סבן, 2017), או פיתוח של תרופה חוקתית מתאימה. הדברים נאמרים פה, מבלי לקבוע מסמרות, בבחינת אבן דרך, או תמרור במסגרת התבניות הנ"ל (השוו: Young, בעמ' 131).

9. לסיום – פסק דין זה ניתן ביום פרישתו של חברי, המשנה לנשיאה סלים ג'ובראן. לתרגום שמו סלים – מערבית לעברית – שתי משמעויות נפרדות, ואולי משלימות: שלמות ובריאות. יודע אני עד כמה רצה חברי כי חוות דעתו במכלול שלפנינו תהיה שלמה ותעסוק בכל היבטי העתירה, כך שפסק דינו יתן ביטוי לגישתו השיפוטית המושלמת, המצדדת בשוויון. דא עקא שבשל רדיפת השלום שלו ונוכח היוזמה החקיקתית הנ"ל, שעלתה רק לאחרונה – הוא נאלץ להשאיר את המלאכה לאחרים לגמור (למחוקק, ובליט ברירה – לבית המשפט).

לא נותר לנו איפוא, אלא לאחל לחברנו סלים – בריאות (שזו כאמור המשמעות הנוספת לשמו) והמשך פעילות פוריה, ולומר – למי שסימל בעינינו דו-קיום אפשרי אגב כיבוד, הכרה והערכה הודנית – שלום (תרתי משמע).

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסקאות 18 ו-44 לפסק-דינו החלקי ולהחלטתו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן.

ניתנו היום, י"א באב התשע"ז (3.8.2017).

ה נ ש י א ה המשנה לנשיאה (בדימ') ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

