



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5771/12

לפני :
כבוד הנשיא א' גרוניס
כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופטת (בדימ') ע' ארבל
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' ג'ובראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ח' מלצר

העותרות :
1. ליאת משה
2. דנה גליסקו

נגד

המשיבים :
1. הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996
2. משרד הבריאות
3. כנסת ישראל

תשובה לצו על-תנאי

תאריכי הישיבות :
ח' בתשרי התשע"ג (24.9.2012)
ה' בכסלו התשע"ג (19.11.2012)
י"ח באייר התשע"ג (28.4.2013)
י"ד באלול התשע"ג (20.8.2013)

בשם העותרות : עו"ד יהודה רסלר ; עו"ד אמיר רוזנקרנץ

בשם המשיבים 1-2 : עו"ד נחי בן אור ; עו"ד דנה בריסקמן

בשם המשיבה 3 : עו"ד גור בליי

פסק-דין (נימוקים)

השופטת א' חיות:

העותרות הן בנות זוג המבקשות להביא לעולם צאצא בדרך של הפריית ביצית שתילקח מגופה של העותרת 1 ותושלל ברחמה של העותרת 2, אשר תישא את ההיריון

ותלד. משרד הבריאות דחה את בקשותיהן לקבלת האישורים הדרושים לצורך הוצאת הדבר אל הפועל ומכאן העתירה, אשר בנוסחה המתוקן תוקפת הוראות שונות בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות) ובחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 (להלן: חוק תרומת ביציות).

לאחר שני דיונים בעתירה שהתקיימו בפני מותב שלושה, הוצא צו על-תנאי בעתירה המתוקנת, והוחלט כי הדיון בתשובת המשיבים ייערך בפני הרכב מורחב. בפני ההרכב המורחב התקיימו שני דיונים ולאחר הדיון השני שהתקיים ביום 20.8.2013 ניתנה ללא נימוקים החלטת ההרכב הדוחה את העתירה. זאת על מנת לאפשר לעותרות לכלכל את צעדיהן ולהחליט האם לקבל פיתרון חלקי שהוצע להן על-ידי המשיבים - אותו אפרט בהמשך הדברים - ובשל החשש כי חלוף הזמן עלול להשפיע לרעה על סיכויי הצלחתו של ההליך הרפואי אותו ניתן לבצע לפי ההצעה הנ"ל (בין היתר בשל גילה של העותרת 1 שהיא כבת ארבעים ואחת שנים). ביום 1.9.2013 ניתן, אפוא, פסק-דין ללא נימוקים הדוחה את העתירה בדעת רוב שופטי ההרכב (הנשיא א' גרוניס, המשנה לנשיא מ' נאור, השופט א' רובינשטיין והשופט ס' גובראן) וכנגד דעתם החולקת של השופטת ע' ארבל, השופט ח' מלצר ודעתי שלי. להלן יפורטו הנימוקים אשר עמדו בבסיס דעתי החולקת, כאמור.

הרקע העובדתי

1. העותרת 1, ליאת משה (להלן: ליאת) היא ילידת שנת 1972 ומשרתת כקצינה בשירות קבע בצה"ל בדרגת סגן אלוף. העותרת 2, דנה גליסקו (להלן: דנה) היא ילידת שנת 1983 והשתיים חיות יחד כבנות זוג מזה כעשר שנים. הן אף חתמו על "הסכם ממון" ו-"הסכם ידועות בציבור" וערכו צוואות הדדיות. מאז שנת 2007 מנסות השתיים להביא צאצא לעולם. לצורך כך עברה ליאת בין השנים 2007-2008 הזרעות מלאכותיות וטיפולים הורמונאליים אך אלה לא צלחו. כמו כן נכשלו למרבה הצער טיפולים שעברה ליאת במהלך השנים 2008-2012 לבצע הליך של הפריה חוץ גופית בביציות שנשאבו מגופה והושתלו שוב ברחמה. בבדיקות רפואיות שנערכו לליאת לא אובחנה הסיבה לאי-הצלחת טיפולי ההפריה הרבים שעברה, וייתכן כי הטעם לכך נעוץ בכך שרחמה אינו יכול לשאת הריון. כישלונות חוזרים ונשנים אלה לא ריפו את ידיה של ליאת, המבקשת בכל מאודה להביא צאצא לעולם מביציותיה שלה. כמוצא אחרון החליטו בנות הזוג לנסות ולהביא צאצא לעולם כך שביצית שתישאב מגופה של ליאת תופרה ותושתל ברחמה של דנה ודנה היא זו שתישא את ההריון ותלד. בדרך זו, כך מדגישות השתיים, יהיה היילוד בעל "קשר גנטי ופיזי לשתייהן".

2. אלא שעד מהרה התחוור לבנות הזוג כי הגשמת שאיפתן להביא צאצא לעולם בדרך המתוארת לעיל עלולה לסכך אותן ואת הרופא המטפל, אשר יבצע את ההליך הרפואי הנדרש, בעבירה על החוק ובסנקציה פלילית. בחודש פברואר 2012 פנתה ליאת בכתב אל היועצת המשפטית של משרד הבריאות בבקשה לאפשר לה לתרום ביציות לבת זוגה - דנה, לאחר שיופרו בהליך של הפריה חוץ גופית. פנייתה זו התבססה על החלטות קודמות של משרד הבריאות שאיפשרו בעבר לקיים הליך רפואי כזה וסללו את הדרך, לפחות במקרה אחד, לתרומת ביציות בין בנות זוג. ביום 26.2.2012 השיבה היועצת המשפטית של משרד הבריאות, עורכת הדין מ' היבנר-הראל, כי ביצוע ההליך המבוקש על-ידי בנות הזוג מנוגד לחוק תרומת ביציות, אשר נחקק בשנת 2010, שכן על-פי אותו החוק ניתן לאשר תרומת ביציות אך ורק לאישה שאינה מסוגלת להתעבר מביציותיה שלה בשל בעיה רפואית, או שיש לה בעיה רפואית אחרת המצדיקה שימוש בביציות שאינן שלה לשם הולדת ילד (תנאי המעוגן בסעיף 11 לחוק). במקרה דנן דנה – המיועדת לקבל את תרומת הביציות מליאת – אינה סובלת, ככל הידוע, מבעיה רפואית ועל כן נדחתה בקשתן.

ליאת ודנה לא אמרו נואש ופנו לאחראית הארצית על תחום הפונדקאות במשרד הבריאות בבקשה לאפשר להן לנקוט בהליך שבו תשמש דנה כפונדקאית ותישא ברחמה עובר שמקורו בביציותיה המופרות של ליאת. פנייה זו באה לאחר שבחודש מאי 2012 פורסמו המלצותיה של הוועדה הציבורית שהקים משרד הבריאות לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייה וההולדה בישראל, בראשות פרופ' שלמה מור יוסף (להלן: ועדת מור יוסף). דו"ח ועדת מור יוסף עוסק, בין היתר, בסוגיית הפונדקאות בישראל ועם המלצות הוועדה נמנית המלצה להרחיב את מעגל הזכאים לנקוט בהליך של הבאת צאצא לעולם בדרך של פונדקאות כך שיכלול גם "אישה יחידה שיש לה בעיה רפואית המונעת נשיאת הריון". פנייתה זו של ליאת נדחתה אף היא מן הנימוק כי חוק הפונדקאות בנוסחו הנוכחי מתיר רק ל"הורים מיועדים" (המוגדרים בסעיף 1 לחוק כ"איש ואשה שהם בני זוג") להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים עם "אם נושאת", שהקשר בינה ובין היילוד מתנתק לאחר הלידה. האחראית הארצית על תחום הפונדקאות הוסיפה וציינה בתשובתה כי צוות שמונה במשרד הבריאות לצורך בחינה ויישום של המלצות ועדת מור יוסף טרם סיים את עבודתו ומכאן שלא ניתן בעת הזו להיעתר לבקשתה של ליאת. נוכח האמור ונוכח גילה של ליאת (אשר באותה עת כבר מלאו לה ארבעים שנה) – הוגשה העתירה דנן.

3. את עתירתן המתוקנת ביססו בנות הזוג על שני נתיבים משפטיים חלופיים: האחד – פירוש להוראות חוק הפונדקאות, או התערבות שיפוטית בהוראותיו על בסיס חוקתי, אשר יאפשרו את ביצוע ההליך המבוקש בדרך של פונדקאות לפיו תשמש דנה כ"אם נושאת" לביציותיה המופרות של ליאת; השני – התערבות שיפוטית על בסיס חוקתי בחוק תרומת ביציות וביטול חלק מהוראותיו החוסמות את הדרך לביצוע תרומת ביציות של ליאת לדנה. טרם שנעמוד בפירוט על טענות הצדדים ועל התפתחויות שונות שאירעו מאז הוגשה העתירה, נביא בתמצית את ההסדרים הקבועים בכל אחד מן החוקים הנ"ל ואת המכשלות שמציב כל אחד מהם בפני בנות הזוג בבואן לבצע את התהליך שביקשו.

4. חוק הפונדקאות נחקק בשנת 1996 בעקבות דו"ח של ועדה ציבורית-מקצועית בראשותו של שופט בית המשפט המחוזי (בדימוס) שאול אלוני, אשר המליצה בשנת 1994 להתיר עריכת הסכמים לנשיאת עוברים בישראל תוך הסדרת הסוגיה בחקיקה ראשית. קדמה לחקיקת החוק הצהרתו של בית משפט זה בשנת 1995 על בטלותן של תקנות 11 ו-13 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987 (להלן: תקנות ההפריה), שאסרו על השתלת ביצית מופרית שלא באישה שתהיה אם היילוד וכן אסרו על השתלת ביצית שניטלה מתורמת אלא אם כן הופרתה בזרע בעלה של האישה (ראו: בג"ץ 5087/94 זברו נ' שר הבריאות (17.7.1995); לתיאור מפורט של הרקע לחקיקת החוק ראו: בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419, 431-435 (2002) (להלן: עניין משפחה חדשה); כן ראו: הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1995, ה"ח 2456). כעולה מדברי ההסבר שבהצעת החוק, חוק הפונדקאות נועד להתיר עריכת הסכמים לנשיאת עוברים בישראל "בסייגים שונים ובצורה מבוקרת". על-פי סעיף 1 לחוק הפונדקאות, הסכם לנשיאת עוברים נערך בין "הורים מיועדים" - המוגדרים בסעיף כ"איש ואשה שהם בני זוג" - ובין "אם נושאת" המסכימה להתעבר בדרך של השתלת ביצית מופרית בגופה ולשאת היריון עבור ההורים המיועדים. בהתאם לסעיף 2 לחוק הפונדקאות, השתלת ביצית מופרית שמטרתה התעברות של אם נושאת על מנת למסור את היילוד להוריו המיועדים, מותנית בהתקיימותם של מספר תנאים מצטברים ובהם עריכת הסכם בכתב בין ההורים המיועדים לאם הנושאת, אישורו של ההסכם על-ידי ועדת האישורים הנזכרת בסעיף 3 לחוק ועמידה בתנאי סף נוספים ובהם העדר קרבה משפחתית בין אחד מן ההורים המיועדים לאם הנושאת (ראו: בג"ץ 625/10 פלונית נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק

הסכמים, פסקאות 12-16 (26.7.2011)). ככלל - למעט מקרים חריגים שבהם מבקשת האם הנושאת לחזור בה מן ההסכם לנשיאת עוברים ולהחזיק ביילוד בנסיבות המפורטות בסעיף 13 לחוק הפונדקאות - מוסרת האם הנושאת את היילוד להורים המיועדים לאחר הלידה, ולאחר קבלת צו הורות רואים בהם הוריו של היילוד "לכל דבר וענין" (סעיף 12 לחוק הפונדקאות).

סעיף 7 לחוק הפונדקאות, שכותרתו "ביצוע הסכם לנשיאת עוברים" אוסר על ביצוע הליך פונדקאות שלא על-פי המתווה והתנאים שנקבעו בחוק וזו לשונו:

לא תבוצע הפריה חוץ-גופית והשתלת ביצית מופרית
אלא במחלקה מוכרת ועל יסוד הסכם לנשיאת עוברים
שאושר כאמור.

סעיף 19(א) לחוק הפונדקאות מוסיף וקובע הוראה עונשית לפיה המבצע השתלה של ביצית מופרית במטרה להביא להתעברות אם נושאת על מנת למסור את היילוד שלא בהתאם להוראות החוק דינו – שנת מאסר. הנה כי כן, חוק הפונדקאות מתווה הסדר לצורך עריכתו וביצועו של הסכם לנשיאת עוברים בישראל ומתוקף הוראותיו המפורטות לעיל לא ניתן לנקוט בישראל הליך פונדקאות אלא על-פיו (ראו עניין משפחה חדשה, 438-439).

5. חוק תרומת ביציות אשר נחקק בשנת 2010, כארבע עשרה שנים לאחר חקיקת חוק הפונדקאות, נועד "להסדיר את ההיבטים השונים הכרוכים בשאיבה ובתרומה של ביציות בישראל, ואת השימוש בביציות אלה" (ראו דברי ההסבר להצעת חוק תרומת ביציות, התשס"ז-2007, ה"ח הממשלה 289). עד לחקיקת החוק הוסדרה האפשרות לתרום ביציות בישראל בתקנות ההפריה ולפיהן ניתן היה ליטול ביציות רק מאישה המצויה בטיפול רפואי עקב ליקויי פוריות אם קבע הרופא האחראי כי יש בנטילת הביציות משום קידום הטיפול המוענק לה. נוכח מגבלה זו על מאגר התורמות נוצר בישראל מחסור חמור בביציות לתרומה ונשים אשר נזקקו לתרומת ביציות נדרשו להרחיק לארצות הים על מנת לקבל שם את התרומה. תקנות ההפריה אף קבעו הגבלות שונות באשר לאפשרותן של נשים לקבל תרומת ביציות. כך, למשל, נקבע בתקנות ההפריה לגבי אישה רווקה כי לא תושלל בגופה ביצית מופרית אלא אם כן הביצית היא שלה והתקבל דין וחשבון מעובד סוציאלי התומך בבקשתה. חוק תרומת ביציות ביקש להרחיב את מעגל הנשים התורמות כך שיכלול – לצד הנשים ה"מטופלות" (נשים הזקוקות לטיפול רפואי הכרוך בשאיבת ביציות מגופן עבור עצמן, והמייעדות את הביציות העודפות לתרומה) – גם "תורמות מתנדבות", שאינן עוברות טיפולי הפריה

או טיפולים אחרים הכרוכים בשאיבת ביציות מגופן. כמו כן, הסיר החוק את המחסום לקבלת תרומת ביציות שהציבו תקנות ההפריה בפני נשים רווקות.

ברקע חקיקת החוק עמדה פרשה כאובה אשר בה הורשע רופא בדין משמעתי בשל מינון גבוה של הורמונים שנתן לנשים שקיבלו אצלו טיפולי פרויקן על מנת להפיק מספר רב של ביציות ולייעדן לטיפול בהפריית נשים אחרות. זאת בלא שקיבל את הסכמתן של אותן הנשים ובלי שיידע אותן על כך (ראו: דו"ח ועדת מור יוסף, בעמ' 38; סמדר קניון "תרומת ביציות – היבטים חברתיים, אתיים ומשפטיים" רפואה ומשפט 35, 145, 164 (2006); פרוטוקול ישיבת ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת השבע-עשרה מיום 18.2.2008, בעמ' 2). אחת המטרות שביקש החוק להשיג פרט להרחבת מעגל הנשים התורמות הייתה, אם כן, מתן מענה לחשש מפני סחר בביציות ומפני זילות וניצול גופה של האישה (ראו פרוטוקול ישיבת ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת השבע-עשרה מיום 4.3.2008, בעמ' 10-12). לפיכך נקבעו בחוק מגבלות שונות לעניין המספר המרבי של תרומות שניתן לקבל מאותה אישה ולעניין תדירות שאיבת ביציות מגופה; חובות בדבר מסירת מידע לאישה התורמת וקבלת הסכמתה לביצוע פעולות בביציות שנשאבו מגופה; ואיסור על סחר בביציות (ראו פרקים א' ו-ב' לחוק תרומת ביציות). כמו כן נקבעה בסעיף 4 לחוק תרומת ביציות מגבלה שעניינה ייחוד הוראותיו של החוק, הקובעת כך:

(א) לא יבצע אדם שאיבת ביציות מתורמת, טיפול מעבדתי בביציות, הקצאת ביציות למטרת השתלה או למטרת מחקר, או השתלת ביציות, אלא לפי הוראות חוק זה.
 (ב) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על שאיבת ביציות מגופה של אם מיועדת, על הטיפול המעבדתי בביציות שנשאבו כאמור ועל השתלתן בגופה של אם נושאת, לצורך ביצוע הסכם לנשיאת עוברים לפי חוק ההסכמים.

הנה כי כן, מהלך של שאיבת ביציות מאישה תורמת והשתלתן באישה הנתרמת כפוף להוראותיו של חוק תרומת ביציות וחל איסור לבצעו שלא בהתאם לאותן הוראות, אך ביצועו במסגרת הסכם לנשיאת עוברים שנכרת על-פי חוק הפונדקאות, הותרג מן האיסור.

6. סעיף 12 לחוק תרומת ביציות מתנה את אישור שאיבת הביציות מ"תרומת מתנדבת" בקבלת היתר מוועדת אישורים מיוחדת המונה שישה חברים (להלן: ועדת האישורים). ועדת האישורים מופקדת על בחינת בקשתה של התורמת המתנדבת על מנת

לוודא כי מתקיימים בהליך המיועד כל התנאים המפורטים בסעיף 12(ו) לחוק ואלו הם:

- (1) התורמת היא תושבת ישראל שמלאו לה 21 שנים וטרם מלאו לה 35 שנים;
- (2) התורמת אינה פסולת דין, חסויה, עצורה או אסירה;
- (3) התורמת חתמה בפני ועדת אישורים על טופס שהורה המנהל, הכולל את כתב ההסבר ואת הסכמתה לשאיבת הביציות לשם השתלתן;
- (4) ועדת אישורים שוכנעה כי הסכמת התורמת ניתנה בדעה צלולה, מתוך רצון חופשי ושלא מתוך לחץ משפחתי, חברתי, כלכלי או אחר; ולעניין תורמת שייעדה מראש את הביציות שנשאבו מגופה לנתרמת מסוימת – הסכמתה ניתנה שלא כנגד תמורה כספית או כל תמורה אחרת, במישרין או בעקיפין, מהנתרמת או מי מטעמה; ורשאית היא לזמן לשם כך את הנתרמת, אם הביציות מיועדות לנתרמת מסוימת, או כל אדם אחר, כפי שתמצא לנכון.

בהקשר זה עומדת לעותרות לכאורה לרועץ כבר בשלב זה העובדה כי ליאת – התורמת המיועדת – היא ילידת שנת 1972 וזאת נוכח מגבלת הגיל הקבועה בסעיף 12(ו)1 לחוק. אלא שנוכח הקשיים הרפואיים שעמם התמודדה ליאת והטיפולים הרבים שעברה, יתכן שניתן לראות בה "תורמת מטופלת", שביציותיה נשאבות מגופה במסגרת טיפולים רפואיים המבוצעים בה עבור עצמה. משכך ועל-פי הוראת סעיף 15 לחוק תרומת ביציות, אין היא נדרשת לקבל אישור מאת ועדת האישורים לשאיבת ביציותיה ואינה כפופה על כן למגבלת הגיל האמורה.

7. המגבלה העיקרית הרלוונטית לענייננו היא המגבלה החלה על האישה הנתרמת והקבועה בסעיף 11 לחוק תרומת ביציות. על פי סעיף זה רק אישה הסובלת מבעיה רפואית המונעת ממנה להתעבר מן הביציות שבגופה, או מבעיה רפואית המצדיקה שימוש בביציות של אישה אחרת לשם הולדת ילד, זכאית להגיש בקשה לקבל תרומת ביציות. וכך קובע אותו סעיף:

מצא רופא מטפל כי מטופלת שהיא תושבת ישראל, שמלאו לה 18 שנים וטרם מלאו לה 54 שנים, אינה מסוגלת בשל בעיה רפואית להתעבר מביציות שבגופה, או שיש לה בעיה רפואית אחרת המצדיקה שימוש בביציות של אישה אחרת לשם הולדת ילד, לרבות בדרך של השתלת הביציות באם נושאת לפי חוק ההסכמים, יודיע למטופלת כי באפשרותה להגיש בקשה לתרומת ביציות; בקשה כאמור תוגש לרופא האחראי בטופס שהורה המנהל.

הוראה זו מונעת לכאורה מבנות הזוג העותרות לממש את מבוקשן, בקובעה כי על מנת לקבל תרומת ביציות על האישה הנתרמת להציג צורך רפואי בתרומה ואילו בענייננו, דנה – הנתרמת המיועדת – אינה סובלת, ככל הידוע, מבעיה רפואית כלשהי המונעת ממנה להתעבר מביציות שבגופה או המצדיקה שימוש בביציות של אישה אחרת להולדת ילד. ליאת – המבקשת לתרום את ביציותיה – היא זו הסובלת מבעיה רפואית המונעת ממנה להתעבר מן הביציות שבגופה. סעיף 13 לחוק מוסיף ומתנה את השתלת הביציות בגופה של האישה הנתרמת בקבלת אישורו של "הרופא האחראי", כהגדרתו בחוק. בהתאם לסעיף זה על הרופא האחראי לוודא, בין היתר, כי האישה הנתרמת אכן סובלת מבעיה רפואית המצדיקה את השתלת הביציות ברחמה (סעיף 13(ה)(2)). כמו כן עליו לקבל אישור ממאגר המידע שהוקם על-פי החוק בדבר התקיימות התנאים הקבועים בסעיף 13(ה)(3) ובהם, בין היתר, התנאי כי התורמת היא בת דתה של הנתרמת ואינה קרובת משפחה והתנאי כי התורמת אינה נשואה.

8. על רשימת מגבלות אלה יש להוסיף את ההוראה שבסעיף 4(א) לחוק תרומת ביציות, הקובעת כאמור את "ייחוד הוראות החוק" ולפיה הליך של שאיבת ביציות מתורמת, טיפול מעבדתי בביציות, הקצאתן והשתלתן יבוצעו אך ורק לפי הוראות החוק. סעיף 5 לחוק תרומת ביציות מוסיף וקובע איסור על הוצאת ביציות שנשאבו בישראל – בין אם הן מופרות ובין אם לאו – לשם השתלתן מחוץ לארץ, אלא אם כן אושר הדבר על-ידי ועדת חריגים סטטוטורית וההשתלה המיועדת היא בגופה של האישה שממנה נשאבו הביציות. סעיף זה מונע מן העותרות להוציא ביציות שנשאבו מגופה של ליאת אל מחוץ לישראל ולהשתילן שם ברחמה של דנה. נוסף על כל האמור קובע סעיף 6(ב) לחוק כך:

לא תבוצע השתלת ביציות אלא בגופה של נתרמת, או בגופה של אם נושאת שהתקשרה עם נתרמת בהסכם לנשיאת עוברים לפי חוק ההסכמים.

בדומה לחוק הפונדקאות נתמך גם ההסדר הנורמטיבי הקבוע בחוק תרומת ביציות אותו פירטנו לעיל, בהוראות עונשיות הקובעות סנקציות פליליות בשל עבירה על הוראות החוק. כך, למשל, ביצוע השתלת ביציות באישה שלא בהתאם להוראות סעיף 6(ב) לחוק מהווה עבירה שדינה שישה חודשי מאסר או קנס (ראו סעיף 41(ב)(4) לחוק תרומת ביציות).

9. סימן ג' שבפרק ג' לחוק תרומת ביציות מסמך עם זאת את שר הבריאות להקים ועדת חריגים ארצית ובה שני רופאים, פסיכולוג, עובד סוציאלי, עורך-דין ואיש דת

(להלן: ועדת החריגים), שתפקידה לבחון אישור של הליך תרומת ביציות במקרים מסוימים החורגים מן התנאים הקבועים בחוק. ואולם, סמכותה של ועדת החריגים מצומצמת ומוגבלת למתן אישור בארבעה מצבים המנויים בסעיף 20(א) לחוק:

- (-) אישור שאיבה, הקצאה או השתלה של ביציות מתורמת המייעדת מראש את הביציות שיישאבו מגופה לנתרמת מסוימת (סעיף 20(א)(1));
- (-) אישור שאיבה, הקצאה או השתלה של ביציות מתורמת שהיא נשואה (סעיף 20(א)(2));
- (-) אישור שאיבה, הקצאה או השתלה של ביציות מתורמת שאינה בת דתה של הנתרמת (סעיף 20(א)(3));
- (-) אישור הוצאת ביציות אל מחוץ לישראל לשם השתלתן בגוף האישה שממנה נשאבו (סעיף 20(א)(4)).

אל ועדת החריגים רשאים לפנות האישה הנתרמת או "הרופא האחראי", כהגדרתו בחוק תרומת ביציות, ובהתאם לסעיף 21(ג) לחוק רשאית ועדת החריגים לשקול את השיקולים המנויים בסעיף 22 לחוק, ואלו הם:

(א) ועדת החריגים רשאית לאשר שאיבה, הקצאת ביציות למטרת השתלה או השתלה של ביציות, כאשר התורמת מייעדת מראש את הביציות שיישאבו מגופה לנתרמת מסוימת, אם שוכנעה כי התקיים המפורט להלן, לפי העניין:

(1) לעניין תורמת המייעדת מראש את הביציות שיישאבו מגופה לנתרמת מסוימת שהיא קרובת משפחה – קיימים טעמים דתיים המצדיקים תרומת ביציות כאמור;

(2) לעניין תורמת המייעדת מראש את הביציות שיישאבו מגופה לנתרמת מסוימת שאינה קרובת משפחה – קיימים טעמים דתיים או חברתיים המצדיקים תרומת ביציות כאמור.

(ב) ועדת החריגים רשאית לאשר שאיבה, הקצאת ביציות למטרת השתלה או השתלה של ביציות כאשר התורמת היא נשואה, אם שוכנעה כי התקיים המפורט להלן, לפי העניין:

(1) לעניין תורמת נשואה המייעדת מראש את הביציות שיישאבו מגופה לנתרמת מסוימת – קיימים טעמים דתיים המצדיקים תרומת ביציות כאמור;

(2) לעניין תורמת נשואה שאינה מייעדת מראש את הביציות שיישאבו מגופה לנתרמת מסוימת – שאיבת הביציות נדרשת לשם השתלתן בנתרמת מסוימת אשר עקב מחסור בביציות מתאימות מתורמות שאינן נשואות,

אין באפשרותה לקבל תרומת ביציות אלא מתורמת שהיא נשואה.

(ג) ועדת החריגים רשאית לאשר שאיבה, הקצאת ביציות למטרת השתלה או השתלה של ביציות כאשר הנתרמת אינה בת דתה של התורמת והביציות לא יועדו מראש על ידי התורמת לנתרמת מסוימת, אם שוכנעה כי דתה של הנתרמת אוסרת עליה לקבל תרומה ממי שהיא בת דתה או עקב מחסור בביציות מתורמת בת דתה.

(ד) ועדת החריגים רשאית לאשר הוצאת ביציות שנשאבו בישראל מגופה של מטופלת לשם השתלתן מחוץ לישראל, אם שוכנעה שהביציות נועדו להשתלה בגופה וכי קיימת הצדקה לאשר את השתלת הביציות מחוץ לישראל.

מן ההוראות שצוטטו לעיל עולה בבירור כי סמכותה של ועדת החריגים מוגבלת לרשימה סגורה של ארבעה המקרים שפורטו ועוד עולה מהן בבירור כי עניינן של העותרות אינו נמנה עם מקרים אלה ועל כן פנייה אל ועדת החריגים לא תועיל להן. בהינתן כל האמור לעיל סברה היועצת המשפטית של משרד הבריאות כי מסלול תרומת הביציות שאותו ביקשו לבצע חסום בפני העותרות ומכאן תשובתה כי:

"[...] עפ"י החוק, ניתן לאשר תרומת ביציות רק לאישה שאינה יכולה להתעבר מביציותיה שלה או שיש לה בעיה רפואית אחרת המצדיקה שימוש בביציות של אישה אחרת לשם הולדת ילד. לפי המתואר במכתבך, בת זוגתך, גב' גליסקו, אינה סובלת מבעיה רפואית המצדיקה קבלת תרומת ביציות. לפיכך, לצערי, לא ניתן לאשר את בקשתך."

התפתחויות מאז הגשת העתירה

10. בעתירה המתוקנת שהוגשה ביום 3.10.2012 ביקשו העותרות להתיר להן להוציא לפועל את מבוקשן, בין בדרך של ביטול הוראות שונות הקבועות בחוק הפונדקאות ובחוק תרומת ביציות ובין בדרך של פירוש ההוראות הכלולות באותם החוקים באופן שונה מזה שפירש אותן משרד הבריאות. בעקבות דיון שהתקיים בעתירה המתוקנת ביום 19.11.2012 בפני מותב שלושה, הוצא צו על-תנאי בזו הלשון:

"על יסוד עתירה זו שהובאה היום לפני בית משפט זה, מצווה בית המשפט כי ייצא מלפניו צו על-תנאי המכוון אל המשיבים והמורה להם להתייצב וליתן טעם:

1. מדוע לא יורה בית המשפט כי הגדרת "הורים מיועדים" הקבועה בסעיף 1 לחוק הסכמים לנשיאת

עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן – החוק), בטלה בהיותה בלתי חוקתית, ומדוע לא יורה לוועדת האישורים לפי סעיף 3 לחוק לדון בבקשת העותרות לאישור הסכם לנשיאת עוברים לגופה;

2. מדוע לא יפורש הסדר הפונדקאות הקבוע בחוק ככולל גם הסדר שבו אין חובת ניתוק בין ה"אם הנושאת" לוולד, ו/או כך שיאפשר ביצוע הפריה חוץ גופית והשתלת ביצית מופרית, שלא על יסוד הסכם לנשיאת עוברים בין "הורים מיועדים" לבין "אם נושאת", הכל לפי הגדרות סעיף 1 לחוק;

3. מדוע לא יאפשרו לעותרות לבצע הליך של תרומת ביצית, במסגרתו תתרום העותרת 1 ביצית לעותרת 2 לצורך השתלתה ברחמה והפרייתה, בהתאם להוראות חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 (להלן – חוק תרומת ביציות);

4. מדוע לא יורה בית המשפט כי הסייג הקבוע בסעיף 11 לחוק תרומת ביציות, המגביל את האפשרות לתרומת ביציות למקרים בהם הנתרמת אינה יכולה להרות מביציותיה שלה עקב בעיה רפואית, בטל, בהיותו בלתי חוקתי;

5. מדוע לא ישונה נוסחו של סעיף 11 לחוק תרומת ביציות, כך שהמילים "באם נושאת" יימחקו ממנו".

במקביל, ובניסיון למצוא פתרון מעשי לבעייתן של העותרות התבקש היועץ המשפטי לממשלה להודיע עמדתו בדבר נקיטת הליכים משפטיים על-פי חוק תרומת ביציות נגד העותרות ונגד כל גורם רפואי, היה ותבוצענה בישראל פעולות רפואיות על מנת ליישם את ההליך הרפואי שביקשו העותרות לבצע. עוד נקבע כי ככל שעמדת היועץ תהא כי בנסיבות העניין אין מקום לנקיטת הליכים כאמור יתייתר הצורך במתן תשובה מטעם המשיבים לצו על-תנאי שהוצא ואילו אם לאחר קבלת עמדת היועץ יידרש לקיים דיון בתשובה לצו על-תנאי הוא ייערך בפני הרכב מורחב.

11. בהודעת היועץ המשפטי לממשלה מיום 26.12.2012 נמסר כי אין באפשרותו להודיע מראש כי יימנע מנקיטת הליכים משפטיים ביחס למעשים המתוארים, אשר על-פי הבנתו אינם מותרים על-פי חוק תרומת ביציות או על-פי חוק הפונדקאות. עמדתו זו של היועץ נומקה בכך ש"קיים קושי אינהרנטי להודיע מראש, במסגרת הודעה המהווה מעין Pre-ruling, כי התביעה הכללית תימנע מאכיפת הדין ביחס למעשים אסורים על-פי הדין". לפיכך הגישו המשיבים 1 ו-2 (להלן יחד: המדינה) והמשיבה 3 (להלן: הכנסת) כתבי תשובה בעתירה, וביום 28.4.2013 התקיים דיון ראשון בפני הרכב מורחב

של שבעה שופטים בהתנגדויות לצו על-תנאי. במהלך הדיון ציין בא-כוח המדינה כי מבחינת המדינה אין מניעה לעריכת פרוצדורה של שאיבת ביציותיה של ליאת, הפרייתן והקפאתן אך כל עוד לא ייערכו שינויי חקיקה מתאימים לא ניתן לעשות בהן שימוש לצורך השתלתן בדנה, כמבוקש בעתירה (ראו עמוד 6 לפרוטוקול הדיון מיום 28.4.2013, שורות 24-35). עוד ציין בא-כוח המדינה כי צוות היישום שמינה משרד הבריאות לבחינת המלצות ועדת מור יוסף (להלן: צוות היישום) צפוי להשלים את עבודתו בקרוב וכי לאחר מכן תשקול שרת הבריאות את האפשרות להציע תיקוני חקיקה העשויים ליתן מענה לבעיה הניצבת בפני העותרות. בסיום הדיון הוחלט כי המשיבים יגישו הודעות עדכון מטעמם וביום 30.6.2013 עדכנה המדינה כי צוות היישום צפוי בתוך ימים אחדים להניח בפני שרת הבריאות מסמך המסכם את עבודתו וכי צעדים מעשיים, לרבות תיקוני חקיקה, צפויים לפי הערכת גורמים מקצועיים להיות מובאים לדיון בפני ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת בתוך פרק זמן של כחצי שנה. בהודעה נוספת שהגישה המדינה ביום 14.8.2013 נמסר כי ביום 21.7.2013 פרסם משרד הבריאות נוהל "הוצאת זרע, ביציות או ביציות מופרות מחוץ לישראל" (להלן: הנוהל) שמשמעותו המעשית ככל שהדבר נוגע לענייננו היא - כי העותרות תוכלנה, בכפוף לקבלת אישור של ועדת החריגים, לפעול בדרך המבוקשת על-ידן - קרי לבצע השתלה של הביציות המופרות של ליאת ברחמה של דנה - אך זאת מחוץ לתחומי מדינת ישראל. בעקבות כך ועל מנת לברר את עמדת העותרות להצעה שעלתה, התקיים דיון נוסף בפני ההרכב המורחב ביום 20.8.2013, אך העותרות עמדו על דרישתן לאפשר להן לבצע את ההליך הרפואי כולו בישראל. העותרות ציינו בהקשר זה את הנטל הכספי הכרוך בקיום הפרוצדורה הרפואית מחוץ לתחומי המדינה; את החשש כי ביצועו של ההליך הרפואי מחוץ לישראל יקטין את סיכויי הצלחתו; וכן ציינו מגבלות שונות הכרוכות בעובדה כי ליאת היא קצינה בצה"ל המשרתת בשירות קבע.

משכל הניסיונות למצוא פתרון מעשי לבעיה העולה בעתירה לא צלחו, נדרשנו להכריע בטענות שהניחו הצדדים לפתחנו וכאמור ניתן ביום 1.9.2013 פסק-דין ללא נימוקים הדוחה ברוב דעות את העתירה.

טענות הצדדים

12. העותרות טוענות כי ההסדרים הקבועים בחוק הפונדקאות ובחוק תרומת ביציות, המונעים מהן להוציא אל הפועל את ההליך הרפואי לפיו תושתלנה ביציות מופרות של ליאת בגופה של דנה, הם הסדרים הפוגעים בזכותה של ליאת להורות גנטית והמפלים אותה ואת דנה לרעה לעומת בני זוג אחרים. העותרות מעלות בהקשר

זה טענות במישור החוקתי והפרשני כנגד חלק מהוראות החוק הנזכרות לעיל, ובתמצית הן טוענות כי אין בנמצא כל אינטרס ציבורי שעליו יש להגן ואשר בגינו ראוי לחסום בפניהן את האפשרות לבצע את ההליך הרפואי אותו הן מבקשות לעבור.

ככל שהעתירה נוגעת לחוק הפונדקאות טענו העותרות כי הגדרת המונח "הורים מיועדים" בחוק זה כ"איש ואשה שהם בני זוג", הינה מפלה ובלתי חוקתית משום שהיא אינה מכירה בזוגות חד מיניים או ביחידים כהורים מיועדים לצורכי פונדקאות בישראל. העותרות סומכות ידיהן בהקשר זה על פסק הדין שניתן בשנת 2002 בעניין משפחה חדשה, בו צוין כי הגדרת המונח "הורים מיועדים" בחוק הפונדקאות פוגעת בעיקרון השוויון משום שהיא שוללת מאישה שאין לה בן זוג את האפשרות להיות "אם מיועדת". לטענת העותרות, בעניין משפחה חדשה נמנע אומנם בית המשפט מלהצהיר על בטלותם של הסדרי חוק הפונדקאות, אך לשיטתן היה זה אך משום שחוק הפונדקאות היה אותה עת חוק חדש ומשום שטרם נצבר הניסיון הדרוש לגבי אופן יישומו. העותרות מוסיפות וטוענות כי בשנים שחלפו מאז חקיקת חוק הפונדקאות ועד היום חלה התפתחות בנכונות להכיר ב"תאים משפחתיים לא מסורתיים", ובכללם משפחות חד מיניות המגדלות ילדים. לטענתן אין כל הצדקה עניינית להבחין בין משפחות כאלה לזוגות הטרוסקסואלים ככל שהדבר נוגע להליכי פונדקאות בישראל. העותרות מוסיפות וטוענות כי הקביעה בעניין משפחה חדשה בדבר ההפליה הבלתי מוצדקת שיוצר חוק הפונדקאות, מקימה השתק פלוגתא בענייננו. עוד טוענות העותרות בהפנותן לדו"ח ועדת מור יוסף, כי דו"ח זה כולל המלצה בדבר הרחבה של מעגל הזכאים לבצע הליכי פונדקאות כך שיכלול גם נשים שאינן נשואות ואינן מסוגלות לשאת הריון בשל בעיה רפואית, ולטענתן ליאת באה בגדרה של המלצה זו. כמו כן טוענות העותרות כי חששות רבים המלווים את הליך הפונדקאות, ובהם מצוקת הפונדקאית לאחר הלידה והחשש מפני ניצולה, אינם מתקיימים במקרה דנן שכן דנה – האמורה לשמש כפונדקאית – היא "החצי השני של התא המשפחתי אליו יובא היילוד". העותרות מוסיפות וטוענות כי ביטול הגדרת המונח "הורים מיועדים" בסעיף 1 לחוק הפונדקאות תאפשר להחיל בעניינן את הוראות החוק, וזאת אף שלאחר הלידה לא ינותק הקשר בין הפונדקאית הנושאת את ההיריון ובין היילוד. בהקשר זה מציינות העותרות כי חוק הפונדקאות אינו קובע חובת ניתוק בין הפונדקאית ליילוד וכי ההפרדה הנדרשת בו בין "ההורים המיועדים" ל"אם הנושאת" הינה "מוטיב שולי" המשרת "מטרה משנית" שאינה רלוונטית לגבי המקרה יוצא הדופן שלהן.

אשר לחוק תרומת ביציות טוענות העותרות כי חוק זה נועד להסדיר תרומת ביציות תוך שמירה על כבודן, זכויותיהן ובריאותן של האישה התורמת והאישה

הנתרמת ומניעת סחר בביציות. העותרות מדגישות כי תרומת הביציות באופן המבוקש על-ידן אינה צפויה לפגוע באינטרסים ציבוריים או בזכויות שעליהם נועד החוק להגן ועוד הן מדגישות את ההלכה הפסוקה לפיה אל לה למדינה להתערב באירועים אינטימיים דוגמת ההחלטה האם וכיצד להביא ילדים לעולם. העותרות מוסיפות וטוענות כי ההליך הרפואי שאותו הן מבקשות לעבור הוא היחיד שיבטיח כי ליאת תוכל לממש את זכותה להורות המקיימת קשר גנטי עם היילוד, ולדבריהן בהינתן זמינותה של טכנולוגיה מתאימה המאפשרת לה לממש זכות זו מחד גיסא ובהעדר נימוקים כבדי משקל המצדיקים זאת מאידך גיסא, אין מקום לחסום בפניהן את האפשרות המבוקשת. העותרות טוענות כי הדרישה הקבועה בסעיף 11 לקיומו של "צורך רפואי" אצל האישה הנתרמת, פוגעת בזכותן להורות ומנוגדת למצב החוקי ששרר ערב חקיקתו של חוק תרומת ביציות, לפיו הותר לבנות זוג לתרום ביציות זו לזו. בהקשר זה מפנות העותרות להנחיית היועץ המשפטי לממשלה מ' מזוז משנת 2009 בנושא תרומת ביציות בין בנות-זוג (להלן: הנחיית היועץ), בה צוין כי אין לראות בתרומת ביציות בין בנות זוג מעשה העומד בסתירה לתקנת הציבור ויש להתירו במקרים המתאימים. העותרות מציינות כי לו ביקשו לפעול באופן הפוך – קרי, לשאוב את ביציותיה של דנה, להפרותן ולהשתילן ברחמה של ליאת – המגבלה הקבועה בסעיף 11 לחוק תרומת ביציות לא הייתה עומדת להן לרועץ שכן ליאת סובלת כאמור מבעיה רפואית המונעת ממנה להתעבר ולשאת הריון מביציותיה שלה. מכאן, לשיטתן, מצבן הייחודי המצדיק הושטת סעד אשר יחייב את ועדת החריגים הסטטוטורית לדון בבקשתן ולאשרה. העותרות טוענות עוד כי יש לפרש את חוק תרומת ביציות באופן המתיר להן לבצע את הליך תרומת הביציות המבוקש, או לחלופין כי יש להצהיר על ביטולו של הסייג הקבוע בסעיף 11 לחוק תרומת ביציות. העותרות מוסיפות וטוענות כי למצער יש להורות על מחיקת המונח "באם נושאת" המופיע בסעיף 11 לחוק תרומת ביציות, אשר לפי קריאתן יש בו כדי להגביל את יישום הוראות החוק על עניינן משום שהוא מקפל בתוכו את ההגדרה המפלה של "הורים מיועדים" שבחוק הפונדקאות.

13. המדינה טוענת מנגד כי אף שאין להטיל ספק בכנות רצונן של העותרות למימוש הזכות להורות בדרך המסוימת אותה הן מבקשות לקיים, יש לדחות את העתירה בהעדר עילה להתערב באופן שבו פורשו הוראות החוקים הרלוונטיים וכן בהעדר עילה חוקתית לביטול איזו מהן. המדינה מדגישה בטיעוניה כי טענותיהן של העותרות נטענו באופן כללי וכי הן לא הצביעו באופן מפורט על הזכויות החוקתיות הנפגעות לטענתן על-ידי החוקים שבמוקד העתירה. כמו כן טוענת המדינה כי העותרות לא הוכיחו את דבר קיומה של פגיעה בגרעין הזכות להורות ולא הראו מדוע יש להתיר

להן לממש זכות זו דווקא במתכונת האחת והיחידה המבוקשת על-ידן ולא בדרך אחרת.

המדינה מוסיפה וטוענת כי ההליך בו מבקשות העותרות לנקוט חותר ליצירת הסדר חדש של "הורות משותפת גנטית-ביולוגית", כדבריה, שאינו תואם כלל את מוסד הפונדקאות המוסדר בחוק הפונדקאות ולפיכך לא ניתן להחיל עליו את הוראות חוק הפונדקאות. בהקשר זה טוענת המדינה כי ביסוד ההסדרים הקבועים בחוק הפונדקאות עומדת ההפרדה בין "ההורים המיועדים" ובין "האם הנושאת" המתקשרים בהסכם לנשיאת עוברים, וכן ניתוק הקשר בין היולדת ובין הצאצא לאחר הלידה. לעומת זאת, כך מוסיפה המדינה וטוענת, דנה – שתשמש כאם הנושאת, על-פי מבוקשן של העותרות – היא אחת האמהות המיועדות ולא צפוי כל ניתוק בינה ובין היילוד לאחר הלידה. לטענת המדינה, הכרה במסלול פונדקאות בנסיבות כאלה עלולה לפתוח פתח להכרה בפונדקאית כאם היילוד לכל דבר ועניין, והדבר מסכן את מערכת האיזונים הקבועה בחוק הפונדקאות ועלול לפגוע בעתיד בטובת הילד ובאינטרסים נוספים. המדינה מוסיפה וטוענת כי הנחות היסוד הקבועות בחוק הפונדקאות בדבר ההפרדה והניתוק כאמור, עמדו בבסיס פסק הדין בעניין משפחה חדשה וכן בבסיס המלצותיה של ועדת מור יוסף ומשכך אין העותרות יכולות להיבנות ממקורות אלה לתמיכה בעמדתן. לטענת המדינה, אפילו תבוטל הגדרת המונח "הורים מיועדים" בחוק הפונדקאות מחמת היותה בלתי חוקתית, לא יהא בכך כדי לסייע לעותרות, משום שעניינן אינו בא לכתחילה בגדר הוראות חוק הפונדקאות. למעלה מן הצורך טוענת המדינה כי הצעה לשינוי הגדרת המונח "הורים מיועדים" בחוק הפונדקאות מצויה בעת הזו על שולחנם של הגורמים הרלוונטיים ברשות המבצעת לקראת הבאתה לדיון בפני הכנסת. לשיטת המדינה, השלמת עבודתו של צוות היישום והידרשותו הצפויה של המחוקק לתיקון הוראות חוק הפונדקאות, תומכים אף הם בגישה מרוסנת מצידו של בית המשפט ככל שהדבר נוגע להתערבות בהוראות חוק הפונדקאות לעת הזו.

אשר לטענות שהועלו ביחס לחוקתיותו של חוק תרומת ביציות, המדינה טוענת כי מדובר בחוק חדש יחסית שנחקק בשנת 2010 ומטעם זה אף נמנעה ועדת מור יוסף מעיסוק ישיר בהוראותיו. המדינה מוסיפה וטוענת כי אין להתערב במגבלה שמציב סעיף 11 לחוק, לפיו תנאי לקבלת תרומת ביצית הינו צורך רפואי מצידה של הנתרמת. תנאי זה, כך טוענת המדינה, הוא ראוי, סביר ומידתי ומשקף את התפיסה לפיה "ביצית אינה 'מוצר', לא ניתן לסחור בה, ושיקולים של אוטונומיה ורצון חופשי, במובנם הרגיל, אינם ישימים לגביה". המדינה מדגישה כי תנאי "הצורך הרפואי" הינו מאפייין רלוונטי לחוק תרומת ביציות, המבקש לשמור על בריאות האישה, להבטיח את טובת

היילוד ולמנוע אפשרות כי ייעשה שימוש במנגנון תרומת הביציות למשל בשל רצון ההורים להשיג צאצא "משובח" מבחינה גנטית. משכך המדינה סבורה כי אף אם ייקבע שהסדר הקבוע בסעיף 11 לחוק פוגע בזכות יסוד כלשהי, הרי שפגיעה זו עומדת בדרישות פסקת ההגבלה ואין מקום לבטלה. המדינה טוענת עוד כי בקשתן של העותרות לחייב את ועדת החריגים לדון בעניינן עומדת בניגוד להוראות סעיפים 20-22 לחוק תרומת ביציות, התוחם את שיקול דעתה של ועדת החריגים למקרים מוגדרים והמקרה דנן אינו נמנה עימם. המדינה מוסיפה וטוענת כי קבלת טענה זו תגרור הרחבה ניכרת של סמכויות ועדת החריגים בניגוד להוראות הדין, ובניגוד לכוונת המחוקק אשר נמנע באופן מפורש מלהעניק לוועדת החריגים סמכויות נרחבות יותר, אף שהצעה ברוח זו עמדה בפניו על פי הצעת החוק. המדינה מוסיפה וטוענת כי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה משנת 2009 ניתנה בנסיבות אחרות מאלו המתעוררות במקרה דנן וכי מכל מקום, עם חקיקת חוק תרומת ביציות ניתן מענה נורמטיבי מקיף לסוגיית תרומת הביציות ואין לסטות ממנו. כמו כן טוענת המדינה כי השמטת המילים "באם נושאת" מסעיף 11 לחוק תרומת ביציות לא יהיה בה כדי לסייע לעותרות והיא עלולה ליצור חוסר-ודאות ביחס לאפשרותן של נשים שקיבלו תרומת ביציות לעשות בהן שימוש לצורך השתלתן בפונדקאית. לבסוף טוענת המדינה כי המקרה דנן מעורר סוגיות תקדימיות מורכבות בתחום הפרייון וההולדה וככזה מוטב להשאירו למחוקק, אשר אמון על פיתוח כללים ברורים בהתאם להסכמות החברתיות ולשיקולי מדיניות רחבים.

14. הכנסת, אשר צורפה לעתירה במתכונתה המתוקנת, מיקדה את תשובתה בטענות החוקתיות שהעלו העותרות והצטרפה לעמדת המדינה בציינה כי טענות אלה נטענו על-ידי העותרות בעלמא ובלא ביסוס של ממש; כי נושא הפרייון וההולדה הוא נושא רגיש ומורכב שראוי שיוסדר על-ידי המחוקק; וכי מתן מענה פרטני לבעייתן של העותרות עלולה לפגוע ביציבותו של ההסדר הכולל הקבוע בחוקים הרלוונטיים. כמו המדינה, גם הכנסת סבורה כי אין מקום להידרש לטענות שהעלו העותרות ביחס לחוק הפונדקאות, שכן ההליך הרפואי שאותו הן שואפות לבצע אינו בא בגדר פונדקאות ומשכך אין בטענותיהן בהקשר זה – גם אם יתקבלו – כדי לסייע להן. כמו כן טוענת הכנסת כי בעת הנוכחית אין מקום להתערבותו של בית המשפט בהוראות חוק הפונדקאות, שכן המלצות בדבר שינוי מצויות על סדר יומה של הממשלה לקראת הבאתן בפני הכנסת.

לגישת הכנסת ההגנה החוקתית המבססת את הזכות להורות, עניינה בגרעין הזכות – דהיינו ביכולת להביא ילד לעולם – ולא במימוש ההורות בדרך מסוימת

דווקא. על כן טוענת הכנסת כי לא ניתן לראות באישה בריאה כדנה, היכולה לממש את הורותה תוך שימוש בביציותיה שלה, כבעלת זכות חוקתית לקבלת תרומת ביציות על מנת להרות מביציותיה של אישה אחרת. הכנסת מוסיפה וטוענת כי הגם שאין כל "התנגדות מוסרית" למתכונת שבה מבקשות העותרות לפעול, החשש מפני ביטולו של סעיף 11 לחוק נובע מעצם הסיכון הגלום בהתערבותו של בית המשפט בחקיקה ראשית באופן שעלול לפגוע במערכת האיזונים בין הרשויות בכלל, ובאיזונים העדינים הכרוכים בנושא תרומת ביציות בפרט. עוד נטען כי המגבלה הקבועה בסעיף 11 לחוק תרומת ביציות אף אינה פוגעת בזכות לשוויון, שכן היא יוצרת הבחנה סבירה והגיונית המגשימה את תכלית החוק, קרי – מתן מענה לבעיית פוריות אצל האישה הנתרמת. בין כך ובין כך, הכנסת סבורה כי תכליתה של הדרישה הקבועה בסעיף 11 להצדקה רפואית היא ראויה ועולה בקנה אחד עם הסדרים נורמטיביים אחרים בתחום הפיריון וההולדה; כי מדובר במגבלה מצומצמת יחסית הדורשת כי הנתרמת תסבול מבעיה רפואית כלשהי המצדיקה שימוש בביציותיה של אישה אחרת לשם הולדת ילד (ולאו דווקא מבעיה רפואית המונעת ממנה להתעבר מביציותיה שלה); וכי ההגבלה נוגעת לשוליה של הזכות להורות ולא לליבתה. הכנסת טוענת עוד כי הסעיף המסמיך את ועדת החריגים לסייג את הוראות חוק תרומת ביציות איננו "סעיף סל", אלא סעיף מוגבל המגדיר במדויק את תחום סמכויותיה של הוועדה, ובהקשר זה מדגישה הכנסת כי הצעת חוק תרומת ביציות כללה במקור סעיף חריגים רחב יותר אשר הוחלט להשמיטו. נוכח כל האמור סבורה גם הכנסת כי יש לבטל את הצו על-תנאי שהוצא ולהורות על דחיית העתירה.

ד"ר

15. המקרה שבפנינו מעורר סוגיות אנושיות מן המעלה הראשונה, והוא שב וממחיש את הפער הקיים בין ההתפתחויות הטכנולוגיות והיכולות הרפואיות המבורכות הקיימות בתחום הפיריון והילודה – המאפשרות לזוגות וליחידים ברחבי העולם להגשים את משאלת ליבם ולהביא ילדים לעולם – ובין ההתפתחות האיטית של המשפט הנשרך אחריהן בניסיון לקבוע נורמות מתאימות להסדרתן (על השתרכותו של המשפט אחרי חידושים מדעיים ותפיסות חברתיות משתנות, ראו בהקשרים דומים: בג"ץ 5785/03 גדבאן נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות, פ"ד נח(1) 29, 34 (2003); בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פסקה ב' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין ופסקאות 32-33 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (5.2.2013) (להלן: עניין פלונית); עניין משפחה חדשה, בעמ' 459-460; בג"ץ 566/11 מגד נ' משרד הפנים, פסקה 4 לפסק דינה של השופטת ע ארבל (28.1.2014) (להלן: עניין מגד); כן ראו

והשוו: דנ"א 6407/01 ערוצי זהב ושות' נ' Tele Event Ltd., פ"ד נח(6) 6, 28-22 (2004); ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני, פסקה 6 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (13.5.2012); רע"א 3810/06 י. דורי את צ'קובסקי בניה והשקעות בע"מ נ' גולדשטיין, פ"ד סב(3) 175, 196 (2007); דן שינמן "מבטו של סנגור על הגנת ההסתמכות" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 507, 510-512 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013)).

כבר בראשית הדברים אומר על כן כי המקרה המורכב שבפנינו, מחדד את ההכרח כי דברי חקיקה בעידן המודרני המבקשים להסדיר באופן ממצה היבטים כה משמעותיים בחייו של אדם דוגמת סוגיית הפיריון והילודה, והקובעים איסור פלילי גורף לפעול בכל אופן שאינו עולה בקנה אחד עם האמור בהם, יכללו גם מנגנון מובנה המאפשר לגורם המוסמך שייקבע לצורך כך במסגרת ההסדר, לבחון ולאשר באופן פרטני מקרים חריגים ויוצאי דופן. זאת משום שהמציאות עולה לעיתים על כל דמיון והשאיפה ליתן מענה מקיף, כולל ונוקשה בחקיקה שמטבעה אינה יכולה לצפות באופן מלא את כל הוריאציות האפשריות בנושא המוסדר, עלולה להפוך אנשים נורמטיביים ושומרי חוק לעבריינים, בלא שהדבר משרת אינטרס ציבורי כלשהו ובלא שיש בכך כדי לקדם את הגשמתה של התכלית העומדת בבסיס ההסדר הנורמטיבי האמור.

16. כמיהתה של ליאת להביא לעולם צאצא מביציותיה שלה לא קהתה גם לאחר טיפולי הפיריון הקשים שעברה במשך השנים. ליאת מבקשת, אפוא, לממש את המהלך האחרון שיאפשר לה, כך יש לקוות, להביא לעולם ילד אשר יישא את המטען הגנטי שלה והוא - שימוש בביציותיה בדרך של שאיבתן, הפרייתן והשתלתן בגופה של דנה, בת זוגה מזה כעשור. מדובר בהליך הכרוך בפרוצדורה רפואית מורכבת אשר רובו ככולו עתיד להתבצע בגופן של בנות הזוג החפצות בו והמשיבים אישרו בטיעוניהם כי ההליך שאותו מבקשות העותרות לבצע אינו מעורר לגישתם כל "התנגדות מוסרית". למרות זאת, הוא אסור כיום מתוקף חוק הפונדקאות ומתוקף חוק תרומת ביציות כאחד, שאף קובעים סנקציה פלילית למי אשר יפר איסור זה. במילים אחרות, שאיבת ביציותיה של ליאת, הפרייתן והשתלתן בגופה של דנה, נלכדת ברשת האיסורים הכלולים בחוקים הנ"ל ועלולה לסבך את כל המעורבים בדבר (ובכלל זה הרופא המטפל) בעבירה פלילית, אך בשל ניסוחם הרחב והגורף של הוראות אלה ובלא שלאמיתו של דבר מתקיימת בסיטואציה דנן פגיעה באינטרס כלשהו שעליו נועדו חוקים אלה להגן.

האם בנסיבות אלה מן הראוי להושיט לעותרות איזה מן הסעדים שביקשו?

17. העותרות ביקשו בעתירתן המתוקנת למצוא פתרון במסגרת מוסד הפונדקאות או לחלופין בדרך של תרומת ביציות. מן הטעמים שאפרט להלן נראה לי כי מן הראוי למקד את הדיון המשפטי בחוק תרומת ביציות, הן משום היותו דבר החקיקה המובהק האוסר על העותרות להוציא את תוכניתן אל הפועל, הן משום שמסלול הפונדקאות על-פי מהותו אינו תואם את עניינן.

המכשלה הניצבת בפני העותרות בקשר עם מסלול הפונדקאות היא כפולה: ראשית, העותרות (מי מהן ושתייהן יחד) אינן עונות להגדרת "הורים מיועדים" הקבועה בחוק הפונדקאות ומשכך אינן זכאיות לנקוט במסלול זה בישראל. שנית, קיים ספק של ממש האם בנסיבות המקרה דנן זירת הפונדקאות תואמת את מבוקשן.

ההגדרה הקבועה בסעיף 1 לחוק הפונדקאות לפיה "הורים מיועדים" הינם - "איש ואשה שהם בני זוג" מעוררת קשיים חוקתיים לא מבוטלים שעל חלקם עמד בית משפט זה בעניין משפחה חדשה (ראו עמדתו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין, אליה הצטרפו מרבית חברי ההרכב המורחב שדן באותה עתירה), בציינו כי היא מפלה לרעה ללא כל צידוק אישה "יחידה" ביחס לאיש ואשה שהם בני זוג (שם, בעמ' 455-456). ואולם, לא ראיתי מקום להידרש ביתר פירוט לחוקתיותה של הגדרה זו שכן דומה כי בעת הזו ננקטים צעדים של ממש על מנת להביא לשינוייה, בין היתר בעקבות הביקורת שנמתחה על הוראות החוק במסגרת פסק הדין שניתן בעניין משפחה חדשה (לביקורת על חוסר נכונותו של בית המשפט להורות על בטלותה של הגדרה זו עוד בשנת 2002, בעניין משפחה חדשה, ראו: דפנה הקר "מעבר ל'בתולה זקנה' ול'סקס והעיר הגדולה': רווקות כאפשרות חשובה לנשים ויחסו של המשפט הישראלי אליה" עיוני משפט כח, 903, 941-943 (2005); כמו כן ראו בג"ץ 1078/10 פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (28.6.2010) שם חזרו בהם העותרים מעתירה שהופנתה נגד הגדרה זו, נוכח הקמתה של ועדת מור יוסף). כפי שכבר צוין, פורסמו בחודש מאי 2012 המלצותיה של ועדת מור יוסף אשר מונתה על-ידי מנכ"ל משרד הבריאות, ובהן המלצה קונקרטית לשינוי הגדרת המונח "הורים מיועדים" באופן שיכלול גם אישה שאינה נשואה הסובלת מבעיה רפואית המונעת ממנה נשיאת הריון. כמו כן המליצה הוועדה לקיים מסלול נוסף של פונדקאות בישראל אשר יאפשר נגישות לפונדקאות גם לגברים ללא בנות זוג. כפי שהתברר מטיעוני המדינה, המלצות ועדת מור יוסף הועברו לצוות יישום שהוקם לצורך כך במשרד הבריאות, ופירות עבודתו של צוות היישום

הונחו לאחרונה על שולחנה של שרת הבריאות במטרה לעבדן כהצעה לתיקון חקיקה שתובא בפני הכנסת. עוד יצוין כי על שולחן הכנסת השמונה-עשרה הונחה הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (תיקון – הורים מיועדים), התשע"ב–2012 (פ/18/4266), המבקשת לתקן את הגדרת המונח "הורים מיועדים" כך שתכלול גם "אשה ואשה או איש ואיש" (להתפתחויות נוספות מן העת האחרונה בעניין זה ראו תזכיר חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשע"ד–2014, אשר אושר על-ידי ועדת השרים לענייני חקיקה ביום 2.3.2014). נוכח התפתחויות אלה, נראה כי ככל שהדבר נוגע למכשלה הניצבת בפני העותרות בשל ההגדרה הקיימת של "הורים מיועדים" בחוק הפונדקאות, יש לאפשר למחוקק למצות את הליכי החקיקה ולהימנע לעת הזו מהתערבות שיפוטית בהוראות חוק הפונדקאות (לריסון העצמי שבית המשפט מחויב בו כאשר מתבקשת התערבות בהליך החקיקה טרם שזה הסתיים ראו והשוו: דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 196, 206 (2005); בג"ץ 761/86 מיעארי נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מב(4) 868, 873-874 (1989)).

18. ואולם, כאמור, גם לו תוקנה ההגדרה של "הורים מיועדים" בחוק הפונדקאות – בין בדרך של חקיקה ובין בדרך של התערבות שיפוטית – ספק רב בעיני האם מוסד הפונדקאות הינו המסגרת המתאימה לביצוע ולמימוש ההליך שאותו מבקשות העותרות לקיים (ראו: רות זפרן "אימהות יש גם שתיים - הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" דין ודברים ג 351, 366-367 (תשס"ח) (להלן: זפרן)). זאת משום שבניגוד למתווה הפונדקאות המוכר והמקובל אותו משרטט גם חוק הפונדקאות ולפיו זיקתה של הפונדקאית ליילוד מתנתקת עם לידתו, בענייננו צפויה דנה ("האם הנושאת") להוסיף ולגדל את היילוד לצד ליאת ("האם המיועדת") בהיותה, כדברי העותרות, "החצי השני של התא המשפחתי אליו יובא היילוד". המדינה והכנסת הדגישו בטיעוניהן כי סוגיית ניתוק זיקת ההורות בין הפונדקאית (היא האם הנושאת) ובין היילוד לאחר לידתו, היא יסוד מרכזי העומד בלב ההסדרים הקבועים בחוק הפונדקאות ומקובלת עלי גישתן כי בלעדי אותו הניתוק לא יהיה זה נכון לראות בהליך שאותו מבקשות העותרות לבצע משום הליך של פונדקאות. חוק הפונדקאות מסדיר אומנם מקרים חריגים שבהם יאשר בית המשפט את חזרתה של הפונדקאית מן ההסכם לנשיאת עוברים שבו התקשרה, תוך קביעת מעמדה כאם ואפוטרופא על היילוד (ראו סעיף 13 לחוק), אך מקרים אלה אינם נוגעים לענייננו אשר אינו מקיים לכתחילה איזה מן המאפיינים של מוסד הפונדקאות, נוכח כוונתן המוצהרת של העותרות לגדל שתיהן את היילוד במסגרת התא המשפחתי שהקימו.

משקבעתי כי מסלול הפונדקאות אינו המסלול המתאים לבחינת טענותיהן של העותרות, הפועל היוצא מכך, אילו נשמעה דעתי, הוא כי יש לדחות את העתירה ככל שהיא נוגעת לסעיפים 1 ו-2 של הצו על-תנאי שהוצא.

חוק תרומת ביציות

19. חוק תרומת ביציות מציב בפני העותרות משוכות מסוג אחר. לפי סעיף 11 לחוק זכאית להגיש בקשה לקבלת תרומת ביציות אישה הסובלת מבעיה רפואית המונעת ממנה להתעבר מן הביציות שבגופה, או מבעיה רפואית אחרת המצדיקה שימוש בביציות של אישה אחרת לשם הולדת ילד. כמו כן קובע חוק תרומת ביציות כי יילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית יהיה ילדה של האישה הנתרמת לכל דבר ועניין ואילו לאישה התורמת לא תהיינה הסמכויות הנתונות להורים ביחס לילדיהם (סעיף 42 לחוק). כך אישה הנזקקת לתרומת ביציות היא, ככלל, אישה שאינה מסוגלת להתעבר מביציותיה שלה בשל קשיי פריון או אישה החוששת מפני העברת פגם גנטי בתורשה לילדיה (ראו זפרן, בעמ' 362) ואילו האישה התורמת את הביציות אינה נוטלת, ככלל, חלק בהליך גידולו של היילוד שנושאת בגופה האישה הנתרמת.

בענייננו חפצות העותרות לעשות שימוש ב"תרומה" בשל בעיה רפואית ממנה סובלת האישה התורמת (ליאת) ולא האישה הנתרמת (דנה) ולכך מצטרפת העובדה כי מדובר בבנות זוג השואפות לגדל יחד צאצא אותו יביאו לעולם במשותף, כך שיהיה לו קשר גנטי לאחת וקשר ביולוגי לאחרת. עניינו הרואות, דנה וליאת אינן עונות לדרישות שמציב חוק תרומת ביציות ומשכך חל לגביהן האיסור הקבוע בסעיף 4(א) לחוק תרומת ביציות הקובע כי "לא יבצע אדם שאיבת ביציות מתורמת [...] או השתלת ביציות, אלא לפי הוראות חוק זה" והסנקציה הפלילית הקבועה בסעיף 41 לחוק, שצפוי לה כל העובר על ההוראות המפורטות בו.

הרקע לחקיקתו של חוק תרומת ביציות

20. כפי שהוזכר לעיל, המקרה שבפנינו אינו המקרה הראשון בו התבקש משרד הבריאות לאשר לבנות זוג להביא צאצא לעולם בדרך של תרומת ביצית מבת זוג אחת לרעותה. כך, בחודש יולי 2006 פנו בנות הזוג ת' צ' ו-נ' צ' ליועצת המשפטית של משרד הבריאות בבקשה לאישור פרוצדורה רפואית של שאיבת ביצית מאחת מהן (ת' צ') והשתלת הביצית המופרית ברחמה של האחרת (נ' צ'), הסובלת מבעיות פוריות (עובדות המקרה תוארו בתמ"ש (ת"א) 60320/07 ת.צ.נ' היועמ"ש לממשלה – פרקליטות

מחוז תל אביב (4.3.2012) (להלן: עניין ת' צ'), בו נדונה תובענה לקביעת אימהותה המשפטית של תורמת הביצית). המקרה אירע טרם חקיקתו של חוק תרומת ביציות, ועל כן המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית לבחינת הפנייה הייתה בעיקרה תקנות ההפריה ותקנה 4 בהן (כנוסחה אז) שאסרה על נטילת ביציות מאישה שאינה בטיפול רפואי עקב ליקויי פוריות. חרף האיסור האמור, כמתואר בפסק הדין בעניין ת' צ', נענתה פנייתן של בנות הזוג בחיוב על-ידי עורכת הדין היבנר-הראל וזו לשון תשובתה:

”איננו רואים מניעה לביצוע התהליך הרפואי הנזכר במכתבך. התקנות מדברות בכך שנטילת הביצית, צריך שתבצע מאישה הנמצאת בטיפול רפואי עקב ליקויי פוריות, אולם בשים לב לכך שאת וכת זוגך מקיימות תא משפחתי – נראה שדי בכך, כי טיפולי ההפרייה, נובעים מליקוי פוריות של אחת מכן, אף אם אין זאת האשה, ממנה ניטלת הביצית” (שס, פסקאות 3 ו-26).

הנה כי כן, משרד הבריאות ניאות לקבל את בקשתן של בנות הזוג וליטול ביציות מ-ת' צ' אף שלא עברה טיפולי פוריות משום שראה בבנות הזוג תא משפחתי ועל כן הסתפק בכך שאחת מהן סובלת מליקויי פוריות. בעקבות עמדתו זו של משרד הבריאות בוצע באותו מקרה בחודש ספטמבר 2006 התהליך הרפואי הנדרש ובחודש יוני 2007 נולד הקטין ד' צ'. המקרה זכה לתהודה ציבורית (ראו זפרן, בעמ' 352) ובעקבותיו התקבלו בחודש יולי 2008 ובחודש אפריל 2009 שתי פניות נוספות אצל היועצת המשפטית למשרד הבריאות מבנות זוג המבקשות לאשר להן לתרום ביצית של אחת לאחרת. נוכח רגישות הסוגיה הוחלט להביאה בפני היועץ המשפטי לממשלה דאז מ' מזוז ובדיון שהתקיים בעניין זה ביום 6.9.2009 קבע היועץ כי ”מקום שמדובר בתרומה בין בנות זוג [...] אין לראות בכך מעשה העומד בסתירה לתקנת הציבור, ויש לאפשר את התרומה” (ראו המסמך מיום 24.11.2009 שכותרתו ”סיכום דיון – תרומת ביציות בין בנות זוג”, נספח מש/4 לתגובת המדינה מיום 12.11.2012). יחד עם זאת, ובהינתן הוראות תקנה 4 לתקנות ההפריה הקובעות הסדר בלעדי לנטילת ביציות, נקבע כי אין אפשרות לאשר נטילת ביצית מאישה שאינה עומדת בתנאי התקנה – קרי, שאינה מצויה בטיפול רפואי עקב ליקויי פוריות. היועץ הוסיף וציין אז כי המצב החוקי הנוכחי אינו משיע רצון וכי קיימות נסיבות בהן תהא הצדקה לתרומת ביציות גם שלא במסגרת אותה התקנה. עוד ציין היועץ המשפטי לממשלה כי מן הראוי לעשות לקידום הצעת חוק תרומת ביציות שכבר עמדה אותה עת על הפרק.

21. טרם חקיקת חוק תרומת ביציות התאפשרה, אפוא, במקרה אחד לפחות תרומת ביצית של בת זוג אחת לרעותה, וזאת משום שמשרד הבריאות ראה בבנות הזוג תא

משפחתי המצדיק היענות לבקשתן תוך התייחסות לנסיבות חייהן המשותפות. יתר על כן, היועץ המשפטי לממשלה ציין כי אין לראות בתרומה כזו פגיעה בתקנת הציבור והוא קרא למחוקק לעשות מאמץ על מנת לקדם את הצעת חוק תרומת ביציות וליתן במסגרתו מענה גם למצבים כאלה. ואכן, לאחר שהצעת חוק תרומת ביציות, התשס"ז-2007 התקבלה בכנסת בקריאה ראשונה, ישבה ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת על המדוכה בין השנים 2008-2010 ועמלה על ניסוח סעיפי החוק המוצע. הצעת החוק כללה, בין היתר, תנאים שונים אשר רק בהתקיימם ניתנת האפשרות לקבל תרומת ביציות, ובהם הצגת "צורך רפואי" של הנתרמת; הרחבת מעגל התורמות כך שיכלול גם "תורמות מתנדבות" שאינן מקבלות טיפולי הפריה; וכינון ועדת חריגים שתוכל לאשר קבלת תרומה גם אם תנאים מסוימים שנקבעו בחוק לא התקיימו. בעניין אחרון זה נקבע בסעיף 18 להצעת החוק:

18. לא התקיים תנאי מהתנאים למתן אישור לשאיבת ביציות, אישור להקצאת ביציות או אישור להשתלת ביציות המנויים בסעיפים 12, 14 או 16, לפי הענין, אך סבר הרופא האחראי כי קיימים טעמים חריגים ומיוחדים המצדיקים את מתן האישור אף בלי שהתקיים אותו תנאי, רשאי הוא לפנות לוועדת חריגים בבקשה לאשר לו מתן אישור כאמור.

אישור
במקרים
חריגים

וסעיף 21 של הצעת החוק, הדין בסמכויותיה של ועדת החריגים ובהיקף שיקול דעתה, קבע הוראה כללית בזו הלשון:

21. [...] אישור ועדת חריגים רשאית לאשר שאיבת ביציות, הקצאת ביציות או השתלת ביציות, על פי פניה של רופא אחראי לפי סעיף 18, אם סברה כי בנסיבות הענין קיימים טעמים חריגים ומיוחדים המצדיקים זאת.

אישור
ועדת
חריגים

דברי ההסבר להצעת החוק התייחסו לסעיפים אלה וציינו כי הם נועדו ליתן לוועדת החריגים אפשרות לשקול תרומת ביציות גם שלא על-פי תנאי הסעיפים השונים המפורטים בחוק "במקרים המצדיקים זאת ושלא יהיה ניתן לצפותם מראש, וזאת בלי שהדבר יחייב שינוי החוק". הצורך בסעיפים 18 ו-21(ה) הנ"ל אף הוסבר לחברי ועדת המשנה שהוקמה לצורך מעקב אחר קידום הצעת החוק על-ידי היועצת המשפטית של משרד הבריאות, עורכת הדין מ' היבנר-הראל, באומרה:

"[...] אני רוצה שיהיה איזשהו סעיף מילוט. יש דברים בחיים שאני לא צופה היום. הייתי רוצה לסייג את סעיף המילוט הזה. לא באתי לטפס עכשיו על הרים וגבעות

ולעשות מהפיכות אבל אני צריכה איזה סעיף בגלל הבעייתיות שאני נתקלת בה דווקא במסגרת תפקידי, בשל בעיות שלא צפינו מראש בחקיקה, ואחר-כך אני עושה בסטיות מהחוק ובהערות מבתי-המשפט, אבל אנחנו עושים את זה כי צריך לעשות את זה" (ראו פרוטוקול ישיבת ועדת המשנה של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות למעקב אחר הצעת חוק תרומת ביציות, התשס"ט-2008 מיום 3.11.2008, בעמ' 47).

חלק מחברי ועדת המשנה הביעו חשש כי סעיפים אלה יאפשרו לעקוף את יתר התנאים הקבועים בחוק, ולאחר דיון בדבר נחיצותם של "סעיפי הסל" האמורים החליטו חברי ועדת המשנה למוחקם מהצעת החוק בציינם כי ניתן "להשאיר את זה לבית המשפט". זאת בעקבות דברו של הרב ד"ר מרדכי הלפרין, נציג הוועדה לביו-אתיקה של משרד הבריאות, אשר ציין בפני חברי הוועדה כי:

"עדיף למחוק את סעיף 18 ולהשאיר את זה לבית-המשפט [...] בית-המשפט מתיר דברים שהחוק אוסר. לא רק בית-המשפט העליון אלא גם בית-המשפט המחוזי. יש הרבה דוגמאות. כשיש צורך אמיתי הוא מוצא את הדרך, גם אם זה נגד החוק במפורש" (שם, בעמ' 50-51).

ובחילופי הדברים בין יושב ראש ועדת המשנה, חבר הכנסת א' אלדד, ובין הרב הלפרין נאמר עוד:

"היו"ר אריה אלדד:
בית-המשפט לא יכול לפעול בניגוד לחוק. אולי נוסף כאן סעיף סלסלה שמסמיך את בית-המשפט לפעול כחריג מן החריג.

[...]

מרדכי הלפרין:
אבל את זה לא צריך לכתוב. את זה בית-המשפט עושה במילא גם בלי סעיף סל. לכן לא צריך את זה" (שם, בעמ' 49).

22. הנמקה תמוהה ושגויה זו היא שהובילה למחיקת סעיפי "הסל" האמורים מהצעת החוק ובעקבות כך נותר חוק תרומת ביציות, שהתקבל בשנת 2010, ללא מסלול גמיש המאפשר לשקול החרגה מדרישות החוק במקרים מיוחדים שאת פרטיהם לא ניתן לצפות מראש ובהם, למשל, מקרה כגון זה שלפנינו אשר בו אין לנתרמת "צורך רפואי" בתרומת הביציות אך קיימים טעמים אחרים אשר בגינם יש הצדקה לאפשר את התרומה. לשון החוק בנוסח שהתקבל מקנה לוועדת החריגים סמכות מצומצמת ומוגדרת שהוגבלה אך ורק למקרים המפורטים בסעיף 20(א) לחוק ובהתקיים הטעמים

המפורטים בסעיף 22 לחוק לגבי כל אחד מאותם המקרים. עניינן של העותרות אינו נמנה עם איזה מן המקרים המנויים שם ומשכך רווח והצלה לא ימצא להן מפנייה אל ועדת החריגים.

האם הוראות החוק במתכונתן זו פוגעות בזכויותיהן החוקתיות של העותרות במידה המצדיקה התערבות שיפוטית?

פגיעתו של חוק תרומת ביציות בזכות חוקתית

23. מאז חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992 גזר הדין הישראלי שורה של זכויות יסוד מן הזכות לכבוד ובהן: הזכות לשוויון, לאוטונומיה, לחיי משפחה, להורות ולחופש ביטוי. האם הוראות חוק תרומת ביציות פוגעות בזכות היסוד של העותרות לכבוד על נגזרותיה אלה? זוהי השאלה הראשונה שאותה יש לבחון לצורך הפעלת ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. ככל שנמצא כי התשובה לכך חיובית, יש להוסיף ולבחון האם הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והמשרטטת את גבולות ההגנה הפרושה על זכויות היסוד האמורות, כזכויות יחסיות. לבסוף, ככל שיימצא כי הפגיעה שפוגע חוק תרומת ביציות בזכויות היסוד של העותרות אינה מקיימת את תנאי פסקת ההגבלה, יש לבחון מהן תוצאותיה של אי-חוקתיות זו וכיצד ניתן לרפאה (לבחינה החוקתית התלת שלבית וליחסיותן של זכויות היסוד ראו: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 669-670 (2006); בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 281-282 (2006) (להלן: עניין עדאלה); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (28.2.2012) (להלן: עניין חסן); בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פסקאות 68-69 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (16.9.2013); אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 51-53, 55-57 (2010) (להלן: ברק, מידתיות)).

24. חוק תרומת ביציות מונע כאמור מהעותרות באיסור פלילי לבצע שאיבת ביצית מגופה של ליאת והשתלה של אותה ביצית ברחמה של דנה לאחר שתופרה. האם בכך פוגע החוק בזכות חוקתית של העותרות?

הזכות לאוטונומיה ובכללה זכותו של האדם על גופו מצויה ב"גרעין הקשה" של הזכות החוקתית לכבוד (ראו: רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ'

גלעד, פ"ד מט(2) 516, 525 (1995); ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 571 (1999) (להלן: עניין דעקה); ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13, 48 (2005); ע"א 4576/08 בן-צבי נ' היט, פסקה 25 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (7.7.2011); ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח ראבי, פסקה 33 (4.12.2011); ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פסקה 31 (5.3.2012). כך, למשל, בעניין דעקה נפסק כי זכות היסוד לאוטונומיה על הגוף משמיעה לנו את הצורך לקבל הסכמה מודעת של המטופל לביצוע טיפול רפואי בגופו, וכדברי השופט ת' אור שם:

"זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו – היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה; במה יאמין. היא מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של כל פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדיר את אישיותו ואת חייו של הפרט [...].

הזכות לאוטונומיה של הפרט אינה מתמצה במובן צר זה, של אפשרות בחירה. היא כוללת גם רובד נוסף – פיזי – של הזכות לאוטונומיה, הנוגע לזכותו של אדם כי יעזבוהו לנפשו [...] מזכות זו משתמע, בין השאר, כי לכל אדם חירות מפני התערבות בגופו ללא הסכמתו" (שם, בעמ' 570-571).

על האוטונומיה המסורה לאישה על גופה בקשר עם החלטות אינטימיות הכרוכות בתחום ההולדה עמדה השופטת ה' בן-עתו בע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה(3) 57, 81 (1981), בצינה כי:

"התעברות, היריון ולידה הם אירועים אינטימיים, שכל כולם בתחום צנעת הפרט; אין המדינה מתערבת בתחום זה אלא מטעמים כבדי משקל, הנעוצים בצורך להגן על זכות הפרט או על אינטרס ציבורי רציני" (וראו גם: ע"א 1326/09 המר נ' עמית, פסקה 71 לפסק דינו של המשנה לנשיא א' ריבלין (28.5.2012)).

הסדרת תחום תרומת הביציות בחקיקה הקובעת את המותר והאסור כי ייעשה בביציותיה של אישה, יש בה לכן על פני הדברים משום פגיעה באוטונומיה של האישה לקבוע מה ייעשה בגופה. מבחינת התורמת יש התערבות ביכולתה לממש את רצונה לתרום ביצית לאישה אחרת, מבחינת הנתרמת יש התערבות ביכולתה לקבל אל רחמה ביצית מופרית ולשאת את ההיריון שיווצר כתוצאה מכך. החוק פוגע, אפוא, בחירותן של שתי הנשים הללו לבחור את הדרך שבה תנהלנה את חייהן כשהן חופשיות מכל

התערבות חיצונית בהחלטות הקשורות בגופן (ראו מאיר שמגר "סוגיות בנושאי הפריה ולידה" הפרקליט לט 21, 27, 31-32 (1989)). אלא שהאוטונומיה של הפרט על גופו והחירות לקבל החלטות הקשורות בגוף אינן זכויות מוחלטות, וככל יתר הזכויות יש לאזן מול זכויות מתנגשות או להגבילן במקרים מתאימים. על כן, וככל שהדבר נוגע לפגיעה באוטונומיה של העותרות, יהיה צורך להוסיף ולבחון האם פגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

25. זכות נוספת הנפגעת בנסיבות העניין והנגזרת אף היא מהזכות החוקתית לכבוד, הינה זכותן של העותרות לחיי משפחה ולעיצוב התא המשפחתי שהקימו על פי בחירתן (ראו: ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485, 499 (1995); ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160, 175 (1997); עניין עדאלה, בעמ' 296, 400, 465, 474, 496-497, 523; בג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון - מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה י' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (11.1.2012); יניב רון-אל "גבולותיו של חופש הפריון מפרספקטיבה ליברלית: המקרה של בחירת מין היילוד" עיוני משפט לב 391, 451 (2010) (להלן: רון-אל)). על הזכות לחיי משפחה עמדה השופטת א' פרוקצ'יה בבג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים (22.2.2010), באומרה:

"זכות האדם למשפחה היא מיסודות הקיום האנושי; מימושה הוא תנאי למיצוי החיים וטעם החיים; היא תנאי להגשמה העצמית של האדם, וליכולתו לקשור את חייו עם בן זוגו וילדיו בשותפות גורל אמיתית. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם, ואת התגלמות מאוויי חייו. הזכות למשפחה ניצבת במידרג עליון של זכויות האדם. גריעה מזכות זו תתכן רק מקום שכנגדה ניצב ערך נוגד בעל עוצמה וחשיבות מיוחדים" (שם, פסקה 15).

העותרות מבקשות להוליד צאצא משותף ולהרחיב את התא המשפחתי שהקימו. החלטה משמעותית כזו של בנות הזוג הנוגעת להולדת ילדים מבטאת במלוא העוצמה לא רק את הזכות לאוטונומיה של העותרות אלא גם את זכותן לחיי משפחה ובמקרה דנן מקפלת בתוכה הזכות לחיי משפחה גם זכות חשובה נוספת והיא - הזכות להורות (ראו: ע"א 451/88 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 330, 337 (1990); דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 719 (1996) (להלן: עניין נחמני); בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פסקה 12 (13.6.2006); עניין פלונית, פסקאות כ"ו-כ"ז לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין; עניין מגד, פסקה 41 לפסק דינה של

המשנה לנשיא מ' נאור; פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב' 139 (1989); יוסי גריין הפריה חוץ גופית בראי ההסכמה 66 (1995) (להלן: גרין)).

יש הרואים בזכות להורות את משמעות החיים אך גם אם תפישו זו אינה מקובלת על הכל, דומה כי לא ניתן להפריז בחשיבותה של הזכות להורות (ראו: ורדית רביצקי "הזכות להורות בעידן ההפריה הטכנולוגית" דילמות באתיקה רפואית 137, 145-147 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002) (להלן: רביצקי); על "חופש הרבייה" הנכלל בגדר הזכות להורות ראו: שולמית אלמוג ואריאל בנדור "חופש הרבייה כזכות-יסוד" הריון מסוג אחר 115, 116-117 (שולמית אלמוג ואבינועם בן זאב עורכים, 1996) (להלן: אלמוג ובנדור); הזכות להורות אף נזכרת בסעיף 16 להכרזה האוניברסאלית על זכויות האדם של עצרת האומות המאוחדות משנת 1948 (Men and women of full age,) without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family" (and to found a family" וכן באמנות והצהרות נוספות, ראו: אלמוג ובנדור, בעמ' 117; רביצקי, בעמ' 137-138; עניין עדאלה, בעמ' 470-473). אכן, השאיפה להורות מלווה את האדם משחר ההיסטוריה והמלומד פ' שיפמן מציין כי בעוד שבעבר היכולת להביא ילדים לעולם הייתה נתונה לחסדו של הגורל, אחד מסמני העידן המודרני הוא שהגשמת משאלה זו נתונה כיום במידה בלתי מבוטלת לבחירתו ולהחלטתו החופשית של האדם (ראו פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" עיוני משפט כח 643, 661 (2005)).

על מעמדה של הזכות להורות עמדה פרופ' ד' ברק-ארז בציינה:

"הזכות להיות הורה היא זכות עצמאית, ולא רק ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי. מימושה של אופציית ההורות אינו רק דרך חיים אפשרית, אלא מושרש בקיום האנושי. יהיה מי שימצא בה מזור לבדידות; אחר יתמודד באמצעותה עם תודעת המוות [...] הבחירה בהורות אינה רק בחירה לגבי דרך חיים; יש לה משקל מעבר לכך בקיום האנושי. היא מבטאת צורך קיומי בסיסי. נוסף על כך, בהחלטה ליהפך להורה יש גם מיסוד ההגשמה העצמאית, בעיקר בחברה המודרנית, שמדגישה את ההגשמה העצמית כערך. אולם הזכות להורות אינה שואבת רק מן ההגשמה העצמית. הזכות לחיים היא זכות-יסוד עצמאית, ולא נגזרת של אוטונומיית הרצון; וכמותה גם הזכות להורות" (דפנה ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ 197, 199-200 (1996)).

בטיעוניה הנרגשים בפנינו ביטאה ליאת את כמיהתה להורות ולהעמדת צאצא הנושא את המטען הגנטי שלה, וכן את הכאב והתסכול הרב שהם מנת חלקה לאחר שנים של טיפולי הפריה שלא צלחו. כל אלה הובילו את ליאת אל המסקנה כי ככל הנראה לא תוכל להגשים את רצונה אלא אם תתאפשר השתלת ביציות מופרות שלה ברחמה של אישה אחרת אשר תישא את ההיריון. הבחירה הטבעית לצורך כך היא כמובן - בת זוגה, דנה שהביעה את רצונה להשתתף בתהליך כמי שמעוניינת להרחיב את התא המשפחתי המשותף בדרך זו. כמובן זה, החסמים הקבועים בחוק תרומת ביציות פוגעים בזכות להורות של ליאת ואילו ככל שמדובר בזכות להורות של דנה נראה כי מדובר בפגיעה ברובד אחר.

26. אכן, הפסיקה והספרות עמדו על רבדיה של הזכות להורות והבחינו בין ליבת הזכות - כמו למשל "היכולת המעשית להביא ילדים לעולם" - ובין רבדים המצויים בפריפריה של הזכות - כגון "יכולת הבחירה של האדם כיצד לממש את זכותו הטבעית" (ראו עניין פלוני, פסקאות כ"ז-ל"ב לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין וכן פסקה 11 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז; עוד ראו: רות זפרן "מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו - בחירת מין העובר מטעמים חברתיים כמקרה-מבחן" משפט ועסקים ו 451, 460-461 (2007); גרין, בעמ' 68-69; אלמוג ובנדור, בעמ' 118). הסיווג של כל מקרה ומקרה על-פי הבחנה זו משליך על עוצמת הזכות הנפגעת ועל האופן שבו יש לאזן בין הזכות להורות לזכויות ואינטרסים אחרים הקשורים, למשל, בטובת הילד הפוטנציאלי, בטובת החברה ובדרישותיהם השונות של גורמים הנוטלים חלק בהליך ההולדה דוגמת תורמי הזרע, תרומות הביציות, הרופאים והמוסדות המטפלים (ראו רביצקי, בעמ' 151-159). כך, למשל, בעניין פלוני נקבע כי משאלת ליבה של אישה להביא לעולם ילדים שלכולם אב גנטי אחד תוך שימוש נוסף בתרומת זרע של אותו תורם אשר מזרעו נולד ילדה הראשון, אינה מצויה בליבת זכותה להורות ויש לאזנה כנגד סירובו של תורם הזרע האלמוני לשימוש נוסף בזרעו וכנגד זכותו שלא להיות הורה.

הנה כי כן, ההסדר הקבוע בחוק תרומת ביציות המגביל שאיבה והשתלה של ביציות והאוסר באיסור פלילי על ביצוע פעולות אלה אלא אם כן הן עונות לתנאים שנקבעו בחוק, פוגע בזכויותיהן החוקתיות של העותרות לאוטונומיה, לחיי משפחה ולהורות. משכך יש להוסיף ולבחון האם פגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

27. פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובעת ארבעה תנאים מצטברים הצריכים להתקיים על מנת שתהא הצדקה לפגוע בזכות חוקתית המוגנת בחוק היסוד. על הפגיעה להיעשות בחוק (או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו); על החוק להלום את ערכיה של מדינת ישראל; עליו להיות לתכלית ראויה; ועל הפגיעה בזכות להיות במידה שאינה עולה על הנדרש. בענייננו, אין חולק כי הפגיעה בזכויותיהן של העותרות נעשתה בחוק - הוא חוק תרומת ביציות, ובכל הנוגע לחוק זה לא עלתה מפי העותרות טענה בכל הנוגע להיותו הולם את ערכיה של מדינת ישראל. ניתן, אפוא, למקד את הדיון ככל שהוא נוגע לפסקת ההגבלה בשאלת תכליתו הראויה של החוק ובמידתיות של ההסדרים שנקבעו בו.

תכלית ראויה

28. סעיף 1 לחוק קובע כי:

מטרתו של חוק זה להסדיר תרומת ביציות למטרת הולדה, תוך שמירה מרבית על כבודן, על זכויותיהן ועל בריאותן של התורמת והנתרמת, וכן להסדיר שימוש בביציות לצורכי מחקר, והכל תוך שמירה על מעמד האישה.

בכך מלמד החוק על עצמו כי הוא מיועד להסדיר את השימוש בטכנולוגיה של שאיבה והשתלה של ביציות בראש ובראשונה למטרות הולדה וכן לצורכי מחקר. תכלית זו היא כמובן ראויה ומבורכת. היא מקדמת מטרה חברתית חשובה ומסייעת במימוש מבוקשן הבסיסי, הטבעי והמובן של נשים רבות בפרי בטן תוך שימוש בטכנולוגיה מתקדמת שפותחה בתחום זה, המאפשרת להתגבר על בעיות רפואיות ולהביא ילד לעולם (ראו פרוטוקול ישיבת ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת השבע-עשרה מיום 18.2.2008, בעמ' 5). יחד עם זאת, חשוב לזכור כי ההסדר החקיקתי הנוגע לתרומת ביציות, כמו הסדרים אחרים בחקיקה (ראו והשוו: חוק השתלת איברים, התשס"ח-2008) נשרך למעשה אחר ההתפתחויות הטכנולוגיות שקרמו עור וגידים ויושמו בעולם הרפואה שנים הרבה טרם שנחקק. הצורך בהסדר נולד, אפוא, על מנת לקבוע את המותר והאסור בתחום מורכב ורגיש זה ועל מנת שלא יותר פרוץ וינוצל לרעה על-ידי גורמים שונים. מכאן הדגש בסעיף 1 לחוק על כך שהחוק נועד "להסדיר תרומת ביציות למטרת הולדה, תוך שמירה מרבית על כבודן, על זכויותיהן ועל בריאותן של התורמת והנתרמת [ההדגשה הוספה]".

בחינת תכליתו של החוק צריכה להתמקד, אפוא, ברציונאליים העומדים ביסוד המגבלות והאיסורים השונים הקבועים בו ונקודת המוצא הצריכה להנחותנו לצורך בחינה זו, דומה בעיקרה לנקודת המוצא שהתווה השופט (כתוארו אז) מ' חשין בעניין משפחה חדשה בהתייחסו לחוק הפונדקאות:

“עיקר הוא ביצר זה שבאדם – יצר הקיום וההישרדות – בשאיפתה של אישה, שאיפה עד-כלות, לילד פרי ביטנה, ילד בשר מבשרה. בימים שמכבר ידע האדם אך דרך אחת בלבד לקיים את משאת-נפשו, וכך כמסתבר אף נוצר התא המשפחתי. בימינו, שהטכנולוגיה עשויה להיות לעזר לאדם גם במקום שהטבע כדרכו אינו עומד לו, נדרש נימוק מכריע שלא לאפשר לאישה להיעזר באותה טכנולוגיה” (שם, בעמ' 447).

במילים אחרות, עוצמת ההצדקות והנימוקים הנדרשים לצורך הגבלת הולדה הנסמכת על עזרה טכנולוגית ראוי לה כי תשתווה בעיקרו של דבר לעוצמת ההצדקות והנימוקים הנדרשים לצורך הגבלת הולדה טבעית (ראו רביצקי, בעמ' 149-151).

סקירת המגבלות והאיסורים הקבועים בחוק תרומת ביציות מלמדת כי הם נועדו, ככלל, להבטיח שמירה על בריאות הנשים המעורבות בתהליך וכן על בריאות היילוד. כמו כן נועד החוק למנוע סחר בביציות וניצול נשים (ראו, למשל, סעיפים 12 ו-14 לחוק תרומת ביציות הקובעים הגבלות על גילה של “התורמת המתנדבת”, על כמות הביציות שניתן לשאוב בכל פעם ועל תדירות השאיבה; כן ראו האיסור על סחר ותיווך בביציות הקבועים בסעיפים 8 ו-9 לחוק). המגבלה הקבועה בסעיף 11 לחוק לפיה הזכאות לתרומת ביציות על-פי החוק מותנית בכך שהנתרמת “אינה מסוגלת בשל בעיה רפואית להתעבר מביציות שבגופה, או שיש לה בעיה רפואית אחרת המצדיקה שימוש בביציות של אשה אחרת לשם הולדת ילד”, נועדה למנוע שימוש בטכנולוגיית ההפריה וההשתלה לצרכים שהמחוקק ראה אותם, ובצדק, כאנטי-חברתיים. עמדה על כך המלומדת רות זפרן בציינה כי התנאי בדבר קיומו של צורך רפואי אצל האישה הנתרמת נועד למנוע שימוש בביציות מטעמים אאוגניים – קרי, ביצוע ניסיונות ל“השבחת” הגנים של הצאצאים (ראו זפרן, בעמ' 362). המסקנה העולה מן האמור לעיל היא כי ההסדר שקבע המחוקק בחוק תרומת ביציות נועד לתכלית ראויה ומשכך יש להוסיף ולבחון האם האמצעים שנקט המחוקק לצורך יישומן של מטרות החוק הינם מידתיים.

29. ניתן לבחון את סוגיית המידתיות בעזרת שלושה מבחני משנה שקבעה הפסיקה ואלו הם: קיומו של קשר רציונאלי בין האמצעי שנבחר ובין המטרה המבוקשת; היעדרו של אמצעי חלופי שפגיעתו פחותה; ויחס ראוי בין התועלת שתושג באמצעות החוק על הסדריו השונים ובין הפגיעה הנגרמת מכוחו (ראו, מבין רבים: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385-386 (1997); בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 776 (1999) (להלן: עניין סטמקה); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 549-550 (2005) והאסמכתאות הרבות הנזכרות שם; בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ד הכנסת, פסקאות 41-42 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס (26.6.2013); ברק, מידתיות, בעמ' 169-172).

מבחן הקשר הרציונאלי נועד לאתר קיומו של יסוד להניח כי האמצעי שנבחר בחוק אכן יועיל להשגת התכלית שלשמה נחקק. על-פי מבחן זה אין הכרח כי החוק יבטיח את השגת תכליתו במלואה, אך עליו להצביע על קשר של ממש להגשמתה. לטעמי, הסדרת סוגיית תרומת הביציות בישראל תוך הטלת מגבלות ואיסורים שונים על האפשרות לתרום ולקבל ביציות, ובהם איסור פלילי המיועד להרתיע ולאכוף מגבלות אלה, יש בה כדי להגשים את התכליות שאליהן חותר החוק, עליהן עמדנו לעיל. העובדה שכתוצאה מנוסחו הרחב של החוק נמנעת האפשרות לבצע השתלת ביציות גם באותם מקרים שהחוק לא התכוון למנוע, כבמקרה דנן, אין בה כשלעצמה כדי לשלול את קיומו של הקשר הרציונאלי בין האיסור לבין התכלית שאותה נועד החוק להגשים (ברק, מידתיות, בעמ' 376-378, 411-412). סוגיית מידתיותו של ההסדר בשל כך שהגבלותיו לוכדות ברשתן גם מקרים שאין בהם חשש לפגיעה באיזה מן האינטרסים שעליהם ביקש החוק להגן, ראוי לה אפוא כי תיבחן במסגרת מבחן המשנה השני המעמיד את השאלה האם קיים אמצעי חלופי אשר ישיג את תכלית החוק באופן שפגיעתו פחותה.

30. אכן, ברשת הצפופה שטווה החוק נתפסה גם משאלת ליבן של בנות הזוג העותרות, אף שאין חולק כי אין למצוא בה כל דופי מוסרי ואף שברי לכל כי היא אינה פוגעת באדם אחר כלשהו או באיזה מן האינטרסים הציבוריים והחברתיים עליהם ביקש החוק להגן. המשיבים העלו טעמים רבים וטובים המצדיקים את התנאים וההגבלות שנקבעו בחוק תרומת ביציות, אך אין בידם להצביע ולו על טעם ממשי אחד המצדיק למנוע מהעותרות את ביצוע תהליך השאיבה, ההפריה וההשתלה שביקשו לבצע, למעט

העובדה כי החוק בשל נוסחו הרחב והגורף אוסר זאת. ויודגש - משעניין לנו במניעת זכויות יסוד של העותרות, האיסור הקבוע בחוק הוא זה הטעון הצדקה (ראו עניין משפחה חדשה, בעמ' 444-445, 448-449) ובהינתן עוצמת הזכויות הנפגעות ומהותן כ"זכויות שליליות" שהגשמתן אינה מטילה על המדינה חובות כלשהן (ראו: רביצקי, בעמ' 141; דן-אל, בעמ' 445-448), נראה כי עוצמת ההצדקה לאמצעי הגורף שנקט ראוי לה כי תהא על הצד המחמיר.

31. חוששני כי העובדה שחוק תרומת ביציות (להבדיל מהצעת החוק) אינו מקנה לוועדת החריגים שהוקמה במסגרתו סמכות כללית לבחון מקרים חריגים ויוצאי דופן, מוליכה אל המסקנה כי האמצעים שקבע ההסדר הכלול בחוק זה לצורך מימוש התכליות הראויות שביסוד חקיקתו, אינם מידתיים ולוקים בנוקשות ועלולים לגרום - כפי שאירע במקרה דנן - לפגיעה שרירותית בנשים אשר החוק לא התכוון כלל להגביל את זכותן להסתייע בטכנולוגיה הרפואית הרלוונטית לצורך הולדת ילד.

על הצורך לקבוע מנגנון חריגים אשר יאפשר בדיקת מקרים פרטניים אשר לא ניתן לצפותם מראש, בייחוד מקום שבו קבע המחוקק הסדר גורף הפוגע בזכויות יסוד, עמד בית משפט זה, בין היתר, בנתחו את מבחן המשנה השני של דרישת המידתיות בעניין עדאלה (וראו גם: בג"ץ 2150/07 ראש מועצת הכפר בית סירא נ' שר הביטחון, פסקה 5 לפסק דינו של השופט א' א' לוי (29.12.2009); בג"ץ 10533/04 ויס נ' שר הפנים, פסקה 43 (28.6.2011); עניין חסן, פסקה 68 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש). וכדברי הנשיא א' ברק:

"מנגנון החריגים עשוי לצמצם את פגיעתו של החוק בזכויות, וזאת מבלי לפגוע בהגשמתה של התכלית הראויה. לפיכך, יצירתו של מנגנון כזה מתבקשת ממבחן המשנה השני שעניינו הבחירה באמצעי שפגיעתו פחותה. אכן, כפי שחובתו של כל בעל סמכות מינהלית להפעיל שיקול דעתו ממקרה למקרה, ולהכיר בחריגים לכללים ולהנחיות קבועות כאשר הנסיבות מצדיקות זאת [...] כך גם חובתו של המחוקק, בעת שהוא קובע הסדר אשר תוצאתו היא פגיעה גורפת בזכויות, לשקול קביעתו של הסדר חריגים אשר יאפשר מתן מענה למקרים מיוחדים בנסיבות המצדיקות זאת" (עניין עדאלה, בעמ' 329; עוד ראו: ברק, מידתיות, בעמ' 407-409).

הנשיא א' ברק נותר אומנם בדעת מיעוט בעניין עדאלה אך נראה כי בסוגיה הנדונה היה המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין תמים דעים עימו (שם, בעמ' 455), ובאשר לחיוניותו

של מנגנון חריגים הולם יפים לכאן גם דבריו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין בעניין אחר:

”מדיניות נעדרת חריגים כמוה כמכונת-מספים בלא שמן להסיקה. מה זו האחרונה לא תפעל ותישרף במהרה, כן דין המדיניות” (עניין סטמקה, בעמ' 794).

32. חוק תרומת ביציות מקיים אומנם מנגנון לבחינת חריגים, אך כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, סמכותה של ועדה זו מוגבלת ומתוחמת לארבעה עניינים בלבד המפורטים בסעיפים 20 ו-22 לחוק. לטעמי, מנגנון מצומצם ומתוחם זה אין די בו משום שאין בו מענה כלשהו לפגיעה בלתי מוצדקת בזכויות יסוד של נשים - דוגמת העותרות ואחרות - באותם המקרים שלא את כולם ניתן לצפות מראש ואשר אינם באים בגדר איזה מארבעת העניינים הללו.

סיכום ביניים - החוק במתכונתו הנוכחית פוגע באופן בלתי מידתי בזכויותיהן של העותרות ואחרות אשר נסיבות עניינן הינן חריגות ומצדיקות מענה, וזאת בשל המנגנון המצומצם והבלתי מספק שקובע החוק לבחינה ולאישור של מקרים חריגים. בהיעדר מנגנון גמיש יותר לבחינת מקרים חריגים אשר לא ניתן לחזותם מראש, לוקה החוק באי-קיומו של אמצעי מידתי שפגיעתו בזכויות היסוד פחותה.

33. נוכח מסקנה זו מתייחר הצורך לדון במבחן המשנה השלישי, הוא מבחן המידתיות במובן הצר ובהקשר זה אציין, למעלה מן הצורך, כי הרחבת מעגל התרומות, מניעת סחר בביציות ושמירה על בריאותן של נשים תורמות ונתרמות הינן בהחלט תכליות חשובות המצמיחות תועלת רבה לחברה. יחד עם זאת, לא ניתן להצדיק את הפגיעה הנגרמת אגב כך לעותרות ולאחרות כמותן, אשר בעקבות החוק נמנעת מהן הזכות לעצב את התא המשפחתי שלהן ולהגשים את הבחירות המשמעותיות ביותר הנוגעות לחייהן. זאת בייחוד בהעדר אינטרס חברתי או ציבורי שההגנה עליו מצדיקה את הפגיעה בהן כאמור, ובהינתן העובדה כי מימוש זכותן לאוטונומיה, לחיי משפחה ולהורות בדרך שהן מבקשות אינו פוגע באופן כלשהו בזכויותיו של אדם אחר. העובדה כי במקרה דנן אין בידי ליאת כל דרך ממשית אחרת להוליד צאצא שיישא את המטען הגנטי שלה - פרט למסלול שביקשו בנות הזוג לבצע - אך מדגיש ומעצים את הפגיעה הבלתי מוצדקת בהן (השוו לעניין פלוניית, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז). אכן, 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 (ראו והשוו: דנ”א 6211/13

היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' פלוניא, פסקאות 27-28 לפסק דינה של המשנה לנשיא מ' נאור (23.12.2013); עניין מגד, פסקה 14 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן). 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. בענייננו לא נטען וממילא לא הוכח כי תוספת התועלת המושגת מכוחו של האיסור הגורף הקבוע בחוק תרומת ביציות, גדולה מן התועלת שהייתה מושגת לו היה מקיים החוק מנגנון לבחינה אינדיבידואלית של מקרים חריגים. אין לכחד - איסורים מהודקים שהוגדרו בהוראות כלליות ומקיפות יתרונותיהם בצידם. הם מאפשרים יעילות ואפקטיביות באכיפת החוק. ואולם, החיסרון המרכזי שטומן בחובו ניסוח כללי וגורף של איסורים סטטוטוריים הוא - חוסר היכולת לצפות מראש את כל אותם המצבים שילכדו ברשת הצפופה של האיסור. על כן, משבוחר המחוקק לפרוש רשת צפופה כזו עליו ליתן בצידה מה שכינה השופט מ' חשין בעניין סטמקה "שמן להסיכה" קרי - מנגנון גמיש שיאפשר מתן מענה למקרים חריגים אשר לגביהם יש הצדקה שלא להחיל את האיסור שבחוק. במקרה דנן ומשעניין לנו בחוק תרומת ביציות, העוסק באחת הסוגיות הרגישות והמשמעותיות בחברה האנושית, לא ניתן להפריז בחשיבותו של מנגנון גמיש כזה, אשר יאפשר לוועדת החריגים למלא את ייעודה באופן הולם וראוי. למרבה הצער מנגנון כזה לא מצא את מקומו בחוק תרומת ביציות.

למען שלמות התמונה אזכיר כי בשלבים מאוחרים של הדיון בפנינו ובמאמץ כן למצוא פתרון מעשי, בין היתר, לבעייתן של העותרות, הציגה המדינה נוהל "הוצאת זרע, ביציות או ביציות מופרות מחוץ לישראל" שהתקבל בחודש יולי 2013. נוהל זה פותח אומנם פתח מסוים באיסור הנוקשה והגורף שקבע המחוקק בחוק תרומת ביציות על השתלת ביציות שלא על-פי תנאיו ומכוחו ניתן היה להתיר לעותרות, לכאורה, להוציא מישראל ביציות שנשאבו מגופה של ליאת לצורך השתלתן בחו"ל ברחמה של דנה. אלא שפתרון חלקי כזה אין בו משום מענה אמיתי לקשיים החוקתיים שמעורר החוק. הוא אינו מאפשר את ביצוע ההשתלה בישראל. הוא מטיל על העותרות נטל כספי לא מבוטל בשל ביצוע ההשתלה בחו"ל על כל הכרוך בכך ולטענת העותרות הוא אף מקטין את הסיכוי להצלחת התהליך. הנה כי כן, פעולה על-פי נוהל זה יש בה משום מענה מסוים למצוקתן הקונקרטית של העותרות, אך זהו מענה חלקי בלבד, הדוחק את העותרות ואחרים במצבן ללא הצדקה של ממש לצאת אל מדינות הים על מנת למצוא שם את הפתרון למצוקתם.

34. הנה כי כן, ההסדר החקיקתי שנקבע בחוק תרומת ביציות כולל תנאים לביצוע שאיבה והשתלה של ביציות בישראל ואיסור גורף על ביצוע פעולות אלה מקום שבו לא התקיימו אותם התנאים. זאת בלא שהוענקה לוועדת החריגים סמכות גמישה דיה לדון במקרים פרטניים וחריגים המצדיקים סטייה מהוראות החוק. הסדר זה לוקה באי-חוקתיות משום שהוא פוגע בזכויות יסוד של העותרות באופן שאינו עולה בקנה אחד עם התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה. האיסור הפלילי הקבוע בסעיף 41 לחוק תרומת ביציות מעצים עוד יותר את פגיעתו של החוק בזכויות אלה, משום שהוא צובע בצבעים פליליים את שאיפתן האנושית להביא צאצא, וזאת ללא כל טעם או הצדקה הנראים לעין.

משאלה פני הדברים, יש להידרש לתוצאות אי החוקתיות, דהיינו לשאלת הסער.

תוצאות אי החוקתיות

35. הקביעה כי חוק תרומת ביציות פוגע באופן בלתי חוקתי בזכויות יסוד של העותרות ושל אחרים דוגמתן, אין פירושה בהכרח כי דינו של החוק - בטלות. בבואנו לקבוע מהו הסעד החוקתי המתאים יש לחתור ככל הניתן לתאימות בין אותו הסעד ובין הפגיעה שאותה יש לרפא וכדברי פרופ' א' ברק בספרו על פרשנות במשפט "מהותו של הסעד קשורה למהותה של הפגיעה ולסיבת אי-חוקתיותה" (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי - פרשנות חוקתית 732, 767-768 (1994) (להלן: ברק, פרשנות במשפט)). משקבענו כי ההסדרים הקבועים בחוק תרומת ביציות נועדו לתכלית ראויה אך פוגעים בזכויותיהן של העותרות במידה העולה הנדרש, שומה עלינו להוסיף ולבחון האם קיימים אמצעים מתאימים שיסירו את הפגיעה או שיצמצמוה מבלי שבית המשפט ייאלץ לבטל את החוק או איזה חלק ממנו (לאופן הזהיר שבו מחויב בית המשפט לנהוג בטרם יורה על ביטולו של חוק, ראו: בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 592-594 (2009)). בענייננו, אין הצדקה להכריז על בטלותו של חוק תרומת ביציות כולו, או אף על בטלות סעיף 4(א) לחוק האוסר על ביצוע שאיבה והשתלת ביציות שלא על-פי החוק, שכן מהלך כזה ייצור "חלל חקיקתי" משמעותי אשר יותיר את תחום תרומת הביציות הפקר ויגרום בכך יותר נזק מתועלת. גם ביטולו של סעיף 11 לחוק תרומת ביציות - כולו אם מקצתו - אין בו כדי להשיג את התוצאה המבוקשת על-ידי העותרות שכן משמעותו תהא הסרת דרישה חיונית ומוצדקת, ככלל, בדבר קיומו של צורך רפואי אצל האישה הנתרמת כתנאי לקבלת

תרומת ביציות, בלא שבכך תיפתר בעייתן של אחרות המתמודדות עם מגבלות קשיחות נוספות הקבועות בחוק. בנסיבות אלה, סבורני כי הפתרון הראוי מצוי במנגנון ועדת החריגים. לו תשמע דעתי נקרא אל תוך חוק תרומת ביציות סעיף משנה נוסף, אשר יבוא לאחר סעיף 20(א)(4), ולפיו תוסמך ועדת החריגים ליתן אישור לתרומת ביציות "אם סברה כי בנסיבות הענין קיימים טעמים חריגים ומיוחדים המצדיקים זאת".

36. תרופה זו, של "קריאה אל תוך החוק" מוכרת בספרות ובפסיקה הישראלית והזרה והיא מבקשת לקרוא לתוך ההסדר החוקי הלוקה באי-חוקתיות הוראות אשר יסירו אותה וימנעו את הצורך בביטולה (ראו ברק, פרשנות במשפט, בעמ' 763). כך למשל נועדה תרופה זו להתמודד עם מצבים שבהם הוראת חוק מעניקה טובות הנאה לחברי קבוצה אחת, אך אינה מעניקה את אותה ההטבה לחברי קבוצה אחרת שהיא בעלת זכויות שוות. במצב דברים זה ביטולה הגורף של ההטבה מחמת פגיעתה בשוויון לא תהא התרופה ההולמת, שכן יהיה בכך כדי לסכל את תכליתו הראויה של החוק תוך פגיעה בחברי הקבוצה אשר נהנים כדין מן ההטבה הקיימת. על כן פיתחו בתי המשפט בארצות הברית ובקנדה תרופה מתאימה אשר תרחיב את היקפו של ההסדר הקיים ותסיר בכך את הפגיעה החוקתית הכלולה בו, תוך שמירה על החוק ועל התכליות שאותן הוא נועד להגשים (לסקירה השוואתית מקיפה ראו: ברק, פרשנות במשפט, בעמ' 765-759; עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" משפט וממשל ד 433, 458-459 (1998) (להלן: גרוס); יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט 39, 62-63 (2005)). כך, הכירו בתי המשפט האמריקאיים באפשרות להרחיב את היקפו של החוק במקרים מתאימים (extention), כתרופה חוקתית העדיפה על ביטולו של החוק (ראו: *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333, 361 (1970), שם הוצעה הדוקטרינה תחילה על-ידי השופט Harlan בדעת יחיד ובהמשך הפכה להלכה פסוקה ב: *Califano v. Westcott*, 443 U.S. 76, 79 (1979); *Ruth Bader Ginsburg, Some Thoughts on Judicial Authority to Repair Unconstitutional Legislation*, 28 CLEV. ST. L. REV. 301 (1979); Evan H. Caminker, *A Norm-Based Remedial Model for Underinclusive Statutes*, 95 YALE L. J. 1185 (1986)). באופן דומה פיתח בית המשפט העליון בקנדה את דוקטרינת Reading In-ה שמשמעותה קריאת הוראות אל תוך החוק אשר ישללו את אי-החוקתיות שנפלה בו (ראו: *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; וכן ראו: *Vriend v. Alberta* [1998] 1 S.C.R. 493; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers* [2013] S.C.C. 62). בית המשפט בקנדה קבע, עם זאת, כי לא בכל מקרה יבחר בית המשפט בתרופה של קריאה אל תוך ההסדר תוך התערבות בתכנית החוק, ועל מנת לעשות כן עליו ליתן דעתו בין היתר למידת ההרחבה הנדרשת, לשאלה אם ההרחבה פשוטה לביצוע, לעלות התקציבית הכרוכה בהרחבה

ולשאלה האם היא שומרת על המרקם הבסיסי של החוק (ראו עניין *Schachter*, בעמ' 21-19).

37. דוקטרינת ה-Reading In נקלטה במשפט הישראלי. היא הועלתה לראשונה בבג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 767-769 (1994), שם ציין בית המשפט, אף שלא נדרש לכך לצורך הכרעתו, כי ראוי לעשות שימוש בתרופה זו במישור החוקתי שכן היא מקדמת את התכלית המונחת ביסוד ההסדר החוקתי ומונעת את הצורך לבטל את דבר החקיקה (שם, בעמ' 769). המקרה אשר בית משפט זה מצא אותו מתאים להפעלת הדוקטרינה הוא בג"ץ 8300/02 נטר נ' ממשלת ישראל (22.5.2012), שם דן בית המשפט במנגנון הטבות מס שעוגן בסעיף 11(ב) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], אשר במסגרתו נקבעה רשימה פרטנית של יישובים שתושביהם זכאים להנחות במס הכנסה. רשימת יישובים זו ברובה לא הוגדרה על-ידי קריטריונים כלשהם והזכאות להטבת המס הוענקה באמצעות ציון שמם המפורש של היישובים בסעיף האמור. לאחר שקבע כי רשימת היישובים שפורטה בסעיף 11(ב) לפקודה נגועה בהפליה הורה בית המשפט כי התרופה החוקתית המתאימה היא הענקת אותן ההטבות לתושבי שלושה יישובים ערביים ודרוזיים אשר הופלו לרעה ביחס לתושבי היישובים היהודיים השכנים להם. בית המשפט קרא, אפוא, אל תוך הפקודה את שמותיהם של היישובים הנוספים בציינו כי מהלך זה אינו חורג מן הסייגים שהוצבו בדין המשווה (ראו שם, פסקאות 57-59 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש; למקרים נוספים בהם נדון השימוש האפשרי בדוקטרינת ה-Reading In ראו: בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 15 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש (28.5.2012); בג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל, פסקה 59 (15.8.2012)). כך גם בעניין משפחה חדשה, בו כזכור נדונה חוקתיותה של ההגדרה המצמצמת של "הורים מיועדים" בחוק הפונדקאות, ציין המשנה לנשיא ש' לוין כי "העותרים [מבקשים] להרחיב את הפתח הצר שנפתח על-ידי החוק כדי לפתור את בעייתם של כמה עשרות זוגות ולהרחיבו כפתחו של אולם מכוח עקרון השוויון; טכניקה זו מותרת היא בעזרת עקרונות פרשנות חוקתיים של תוספת לחוק (reading in), אך אין נוקטים אותה מקום שמדובר בנושא מורכב שהשלכותיו אינן ברורות, ושמטיבו הוא טעון הסדרה על-ידי המחוקק" (עניין משפחה חדשה, בעמ' 468).

38. לטעמי, הסעד החוקתי הראוי והמתאים במקרה דנן הוא, כאמור, קריאת סעיף משנה אל תוך סעיף 20(א), כמוצע בפסקה 35 לעיל, לפיו תוקנה לוועדת החריגים בנוסף לסמכויות המצומצמות המוקנות לה כיום, גם סמכות כללית וגמישה לאשר תרומת ביציות אם מצאה כי "קיימים טעמים חריגים ומיוחדים המצדיקים זאת". סעד

זה מותיר את מכלול ההסדרים הקבועים בחוק על כנם; הוא שומר על "מרקם החקיקה" ואינו גורע כלל מן התכליות הראויות שאותן ביקש המחוקק להגשים באמצעותו; הוא מסיר את אי החוקתיות שבה נגועים הסדרי החוק בכך שהוא מאפשר, בצד האיסור הפילי הגורף הקבוע בו, מנגנון גמיש שאינו כבול רק לארבעה המקרים המפורטים בסעיף 20(א)(1)-(4); והוא מאפשר בחינה פרטנית אינדיבידואלית של מקרים בהם האישה התורמת או הנתרמת אינן עומדות בתנאי (אחד או יותר) מן התנאים הקבועים בחוק, אך למרות זאת קיימים טעמים מיוחדים וחריגים המצדיקים מתן אישור לביצוע התרומה (להצדקת השימוש בדוקטרינת ה-Reading In בייחוד לצורך פיתוחם של סייגים לאחריות פלילית ראו גרוס, בעמ' 466-467). קריאת הסדר זה אל תוך החוק אינה כרוכה, למיטב הבנתי, בעלויות תקציביות נוספות וכאמור בנוסח המוצע הוא מיועד לחול על מקרים חריגים וייחודיים בלבד המצדיקים זאת. התוספת המוצעת אין בה גם משום שינוי משמעותי של הוראות החוק ואין היא אלא בבחינת הרחבה מסוימת של הפתח הצר שהותיר המחוקק בהגבילו את סמכותה של ועדת החריגים לארבעה המקרים המפורטים בסעיף 20(א) לחוק.

לא למותר להזכיר - ועמדתי על כך בפסקה 21 לעיל - כי הצעת החוק כללה סעיף החרגה באותו הנוסח ממש שאני מציעה לקרוא אל תוך החוק, אך הוא הושמט מן הנוסח הסופי של החוק שהתקבל לאחר שהרב הלפרין ציין בפני חברי ועדת המשנה אשר דנה בהצעת החוק, כי הסעיף אינו נחוץ וכי עותרים שאינם באים בגדרי סעיפים 20(א)(1)-(4) (כסימונם בנוסח הסופי של החוק) אשר יפנו אל בית המשפט בצר להם וישטחו בפניו נסיבות מיוחדות וחריגות, יזכו לסעד מידינו. וכדברי הרב הלפרין שם:

"עדיף למחוק את סעיף 18 ולהשאיר את זה לבית- המשפט [...] בית-המשפט מתיר דברים שהחוק אוסר. לא רק בית-המשפט העליון אלא גם בית-המשפט המחוזי. יש הרבה דוגמאות. כשיש צורך אמיתי הוא מוצא את הדרך, גם אם זה נגד החוק במפורש" (פרוטוקול ישיבת ועדת המשנה של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות למעקב אחר הצעת חוק תרומת ביציות, התשס"ט-2008 מיום 3.11.2008, בעמ' 50-51).

דבריו אלה של הרב הלפרין אין להם בסיס, בכל הכבוד הראוי, והם שהובילו בסופו של דבר להשמטת סעיף ההחרגה הכללי שהופיע לכתחילה בהצעת החוק מן הנוסח הסופי שהתקבל. בכך נפגם הנוסח הסופי באי-חוקתיות ועל מנת לתקן פגם זה אני מציעה להשיב על כנו את הסעיף שהושמט, בייחוד משברור וגלוי כי השמטתו נובעת מטעמים שהינם שגויים על פניהם.

טרם סיום אעיר כי לא נעלמה מעיניי טענת המדינה לפיה חוק תרומת ביציות הוא חוק חדש שנחקק לפני כשלוש שנים ועל כן, ובדומה לגישה שבה נקט בית משפט זה בעניין משפחה חדשה, מן הראוי להימנע מהתערבות בהוראותיו ולאפשר את יישומו ואת ההתפתחויות אשר יבואו בעקבותיו בהדרגה. אכן, בעניין משפחה חדשה סבר בית המשפט כי אף שנמצאה לו הפליה בלתי חוקתית של העותרת לרעה אין מקום להתערב בחוק הפונדקאות משום שכדבריו מדובר "בסוגיה חדשה וסבוכה, סוגיה שרוב בה הנסתר, וטרם התנסנו בה לעומקה". תחת התערבות בדבר החקיקה ביכר, אפוא, בית המשפט באותו מקרה להפנות קריאה למחוקק על מנת שייתן דעתו למצוקתן של נשים יחידות כעותרות וישקול בכובד ראש את החלת החוק עליהן. אינני סבורה כי הילוך כזה תואם את המקרה שבפנינו. מאז חקיקת חוק הפונדקאות חלפו כשמונה עשרה שנים ועד עצם היום זה טרם נמצא מזור לעותרות דוגמת העותרת בעניין משפחה חדשה, אם כי לאחרונה וכפי שפורט לעיל, נפתח פתח מסוים לתקווה בהקשר זה. המתנה כה ארוכה לעשייה מצד המחוקק מצריכה "אורך נשימה" של מי שזכויות היסוד שלהם נפגעות כתוצאה מן החוק במתכונתו הנוכחית. בהינתן טיבן ומהותן של הזכויות הנפגעות ובהינתן הפרוצדורה הרפואית הנדרשת לצורך תרומת ביציות, אשר בה יש משקל מהותי ואף מכריע ל"תקתוק" השעון הביולוגי, אינני סבורה כי יש מקום לאמץ בענייננו את הדרך שבה הלך בית משפט זה בעניין משפחה חדשה.

סוף דבר

39. אילו נשמעה דעתי היינו עושים את הצו על-תנאי למוחלט וקובעים כי חוק תרומת ביציות פוגע באופן בלתי מידתי בזכויותיהן החוקתיות של העותרות לאוטונומיה על גופן, לחיי משפחה ולהורות. עוד היינו קובעים כי על מנת לרפא פגיעה זו יש לקרוא אל תוך הוראותיו של חוק תרומת ביציות סעיף נוסף - סעיף 20(א)(5) - לפיו תוסמך ועדת החריגים שכונן החוק, לאשר שאיבת ביציות, הקצאתן והשתלתן בגופה של אישה נתרמת, אם סברה הוועדה כי בנסיבות העניין קיימים טעמים חריגים ומיוחדים המצדיקים זאת. כמו כן היינו קובעים כי העותרות תוכלנה להתייצב בפני ועדת החריגים ולבקש את אישורה מתוקף אותו הסעיף לביצוע שאיבת ביציותיה של ליאת, הפרייתן והשתלתן ברחמה של דנה וזאת על מנת לאפשר להן להביא אל תוך התא המשפחתי שהקימו צאצא משותף אשר לו זיקה גנטית לליאת וזיקה ביולוגית לדנה, לאחר שכל ניסיונותיה של ליאת להרות בעצמה לא צלחו לאורך השנים. משנותרה דעתי דעת מיעוט לא ראיתי צורך להרחיב לעניין השלכותיה של הוראת סעיף 42(ג) לחוק על מעמדה של ליאת כאימו של היילוד, אילו התאפשרה התרומה. אך דומה כי ככל שמדובר באישור המחריג את המהלך מן החוק לא רק בשל חוסר יכולתה של ליאת

להרות בעצמה אלא גם בשל מאפייניו של התא המשפחתי שיצרו ליאת ודנה כבנות זוג, ניתן היה למצוא פתרון ראוי והגיוני גם בסוגיה זו.

ש ו פ ט ת

השופטת (בדימ') ע' ארבל:

”נתקא כחל פי לא ילכה ליצקב, נתקנא כחל באחתה, נתאמר אל יצקב:
”הכה לי בנים, ואם אין מתה אנכי”” (בראשית ל, א).

1. ענייננו במקרה זה בכמיהה לילד לה אנו מאזינים בלב פתוח ונפש חפצה ומנסים בכל דרך להגשימה אם רק הדבר ניתן.

לאחר שקראתי את פסק דינה המקיף והמרשים של חברתי, השופטת א' חיות, אני מצטרפת בכל לב לתוצאה לפיה דין העתירה להתקבל. עם זאת, בכוונתי להציע דרך נוספת אך שונה להגיע לתוצאה זו, ואותה אפרט להלן. מאחר שהשתלשלות העניינים וטענות הצדדים פורטו בהרחבה בפסק דינה של חברתי, אוכל לפתוח בשלב הדיון וההכרעה.

מבוא

2. כפי שציינה חברתי, השופטת א' חיות, בשנים האחרונות אנו עדים להתפתחות מדעית וטכנולוגית משמעותית בטכניקות הולדה והפריה. התפתחויות אלו פותחות בפני אנשים, נשים, זוגות ומשפחות אפשרויות רבות נוספות להביא ילדים לעולם ולממש את רצונם להיות הורים. לצד זאת, מאופיין העידן הנוכחי אף בהתפתחויות חברתיות שיוצרות סוגי משפחות חדשות שלא היו מקובלות בעבר. השילוב של ההתפתחויות הטכנולוגיות והחברתיות מציב אתגר ממשי בפני המשפט, אשר נדרש להתמודד חדשות לבקרים עם סיטואציות ייחודיות שלא היו מוכרות בעבר (ראו בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פסקה ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין (5.2.13) (להלן: עניין בנק הזרע); דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 694 (1996) (להלן: עניין נחמני); פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון", עיוני משפט כח 643 (2005) (להלן: שיפמן)). הציפייה היא כי המחוקק הוא שיסדיר את השימוש בטכניקות ההולדה השונות. הקושי המרכזי נובע מהפער המשמעותי שבין

קצב החקיקה וההסדרה המשפטית והנורמטיבית של השימוש בכל טכניקת הולדה, לבין ההתפתחות הטכנולוגית (ראו רות זפרן "אימהות יש גם שתיים – הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" דין ודברים ג 351, 397 (תשס"ח) (להלן: זפרן – אימהות יש גם שתיים)); רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות שלהולדה מלאכותית כמקרה מבחן" דין ודברים ב 223, 230 (תשס"ו) (להלן: זפרן – המשפחה בעידן הגנטי)). פער זה יוצר מצבים בהם קיימים הידע והיכולת הטכנולוגיים להפוך אנשים להורים, אך לא ניתן לאפשר זאת בהעדר הסדרה נורמטיבית ומשפטית. זאת, גם כאשר למדינה אין כל התנגדות עקרונית למימוש ההורות בדרך זו על ידי אותו זוג. כך הוא גם המצב שבפנינו. ניצבות לפנינו שתי נשים, בנות-זוג, אשר הפריית ביציותיה של אחת מהן ברחמה של השניה יכולה לממש את רצונן ושאיפתן להורות. הדרך הטכנולוגית קיימת. המדינה הצהירה כי אין לה התנגדות עקרונית למהלך זה, ויוער כי בעבר אף אישרה המדינה לזוג נשים לבצע הליך כאמור. עם זאת, כיום טוענת המדינה כי אין דרך המסדירה את ההליך המבוקש בחוק, ולפיכך לא ניתן לאפשר את מימוש האפשרות הטכנולוגית.

3. לטעמי, לבית משפט זה תפקיד במילוי הפער האמור לפחות בחלקו. אכן, בית המשפט אינו בא בנעליו של המחוקק. כמו כן מובן כי על בית המשפט לקבל וליישם את ההסדרים החקיקתיים שנקבעו, וזאת בהעדר עילה חוקתית להתערב בהם. עם זאת, בית המשפט יכול לסייע לפונים אליו בשתי דרכים. האחת היא באמצעות כלי הפרשנות התכליתית של החקיקה. פרשנות של הסדר חקיקתי קיים בתחום ההולדה והפרייה עליה להתחשב בשאיפתם ותשוקתם הבסיסית והאנושית של יחידים וזוגות לממש את זכותם להרות ולחבוק ילד. מובן כי פרשנות תכליתית מעין זו תתאפשר רק במציאת עוגן לשוני כלשהו שיניח את הבסיס לפרשנות, וכאשר השיקולים והאינטרסים הקיימים בסוגיה מצדיקים פרשנות מעין זו. כלי נוסף העומד בפני בית המשפט הוא מציאת פתרונות נורמטיביים לסיטואציות שטרם הוסדרו בחקיקה (ראו עניין נחמני). בשל רגישות הסוגיה והפגיעה הקשה ביחידים ובבני זוג שאינם יכולים לממש את זכותם להורות אך בשל התמהמהות המחוקק לגבש הסדר חוקי, אני סבורה כי על בית המשפט להירתם למלאכה ולמצוא פתרונות לתקופת הביניים בה טרם הושלמו הסדרים מתאימים על ידי המחוקק. זאת, בדרך המקובלת לפיתוח המשפט ובהתאם לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 (וראו על כך בעמדות השופטים השונות בעניין נחמני, בעמ' 694, 719, 723, 756). אין חולק כי בשלב מאוחר יותר יוכל המחוקק לגבש הסדר חוקי שונה מההסדר הפסיקתי. זה תפקידו וזו סמכותו. וכך סיכם את הדברים המשנה לנשיא מ' חשין:

”אמת נכון הדבר: מאז ומעולם נדרשו בתי-המשפט להתמודד עם פערים שנתהוו בין דברי-חוק והלכות של יום האתמול לבין תופעות החיים שליום המשפט. המשפט והחוק, לעולם משפט וחוק של-אתמול הם, והתקדמותם התקדמות איטית, זהירה ומחושבת היא. ואילו המציאות, זו משתנה והולכת כל העת, לעתים במהירות מסחררת. כך המציאות וכך סכסוכים המתגלעים לרקע אותה מציאות...”

אלא שעל הרוב משכיל המשפט לשנות עצמו עם המציאות המשתנה, וגם בהיווצר פער בין לשונו של חוק לבין המציאות נוטלים אנו כלי-פרשנות בידינו, ובעזרתם עושים אנו להדביק את הפער ולהעלות ברשת החוק את חידושי המציאות...”

ואמנם, כך נוהגים בתי-המשפט מאז-ומקדם, שעושים הם את הניתן – בגדרי הלשון – לפרישת חופתו של חוק חרות על תופעות שבאו לעולם לאחר חקיקתו של החוק, וכך גם אם לעת החקיקה לא היה מחוקק יכול אף לשער קיומן של אותן תופעות. חובתו הראשונה של בית-המשפט היא לעשות צדק בין המתדיינים לפניו, ובמילוי חובתו זו יעשה כל הניתן במסגרות הדין הקיים גם אם פתרון שיימצא לו לא יהיה הפתרון המיטבי” (דנ”א 6407/01 ערוצי זהב ושות’ נ’ Tele Event Ltd., פ”ד נח(6) 23-24, 6 (2004)).

4. שני חוקים נדרשים לשם בחינת העניין שבפנינו: האחד הינו חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ”ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות), והשני הוא חוק תרומת ביציות, התש”ע-2010 (להלן: חוק תרומת ביציות). עם זאת, בטרם אפנה לסקירת החוקים, פרשנותם והשלכתם על המקרה דנן, ברצוני לעמוד על שני עקרונות חשובים שתהיה להם השפעה על ההליך הפרשני: הזכות להורות ועיקרון השוויון.

הזכות להורות

בֵּן לֹו הָיָה לִי! יֵלֵד קֶטָן,

שָׁחַר תִּלְתְּלִים נִנְבֹן.

לְאַחַז בְּיָדוֹ וְלִפְסֵעַ לְאַט

בְּשִׁבְלֵי הַגֶּן.

יֵלֵד. קֶטָן.

...

עוֹד אֶתְמַרְמֵר כְּרַחֵל הָאֵם.

עוֹד אֶתְפַּלֵּל כְּחַנָּה בְּשִׁילָה.

עוד אַחַרְכָּה

לו.

5. תשוקתה של אישה (או של איש) לילד פרי בטנה היא רגש נפוץ ועמוק הנטוע בקיום האנושי ונגזר מהרצון להגשמה עצמית משחר ההיסטוריה ועד היום. כתנ"ך ניתן לו ביטוי לא אחת, ספרים ושירים נכתבו עליו (אחד הידועים הוא "עקרה" של רחל המשוררת). הרצון להרות ולחבוק ילד יוצא חלציך הינו רצון בסיסי וטבעי המשותף לכל המין האנושי. יהיה אשר יהיה ההסבר לכך, ביולוגי, פסיכולוגי או אחר, ברוב בני האדם טמונה שאיפה משמעותית, חזקה ועמוקה להיות הורים. ואמנם, אנשים משקיעים מאמצים רבים – כספיים, פיזיים ונפשיים – ומוכנים לסבול רבות עבור מימוש תשוקתם לילד גם במקרים בהם אין הדבר מתאפשר באופן טבעי. ובלשונו של המשנה לנשיא מ' חשין בבג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419, 445 (2002) (להלן: עניין משפחה חדשה):

"עיקר הוא במשאת הנפש לילד, באותו צורך-נפש עמוק וקמאי להורות הבער בנפשה של אישה ואיננו אָפֶל; עיקר הוא באינסטינקט ההישרדות של האדם ובכורח ההמשכיות, אם תרצו: בצורך ובשוקקות להורות המולד באדם".

וכך ביטאה את הדברים השופטת דורנר בעניין נחמני, בעמ' 714:

"בחברה האנושית, אחד הביטויים החזקים לשאיפה אשר בלא הגשמתה לא יראו עצמם רבים כחופשיים במלוא מובן המילה, היא השאיפה להורות. אין מדובר בצורך טבעי-ביולוגי גרידא. עניין לנו בחירות אשר בחברה האנושית מסמלת את ייחודו של האדם. "כל אדם שאין לו בנים חשוב כמת" אמר רבי יהושע בן לוי (נדריים, סד, ב). ואכן, כגבר כן אישה, מרבית האנשים רואים בהעמדת צאצאים הכרח קיומי המקנה משמעות לחייהם".

(עוד ראו דפנה ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ 197, 200-201 (1996); שיפמן, בעמ' 664).

הצורך הרגשי להפוך להורים קיבל הכרה משפטית באמצעות הזכות להורות. נראה כי במדינת ישראל ישנה רגישות מיוחדת לזכות זו, על רקע תפיסתה של החברה

הישראלית את הערכים המשפחתיים ואת ערך הולדת הילדים כערכים מרכזיים ובעלי משקל (ראו עניין משפחה חדשה, בעמ' 466).

6. הזכות להורות, אם כן, מוכרת באופן עקרוני במשפט הישראלי, הן בנוגע לחירות הרבייה של האדם, והן בנוגע לזכות לממש את הקשר עם הילד (ראו זפרן – אימהות יש גם שתיים, בעמ' 381-382; עניין בנק הזרע, פסקה כו לפסק דינו של השופט רובינשטיין). "לכל אדם קנויה הזכות להורות וזכות לגדל ילד ולחנכו" (בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פסקה 38 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (13.4.11)). הזכות להורות בהיבטים שונים אף הוכרה כזכות חוקתית המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אמנם טרם התקיים דיון באופן מקיף וממצה במכלול היבטיה והיקפה של זכות משמעותית וחשובה זו. מכל מקום ברור הוא כי האפשרות המעשית להבאת ילדים לעולם נמצאת בלב ליבה של הזכות להורות, ולפיכך אין המדינה רשאית לפגוע באפשרויות אלו ללא טעמים ענייניים כבדי משקל (ראו בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פסקה 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (13.6.06) (להלן: עניין דוברין)). בית המשפט עמד על כך שניתן לחלק את הזכות להורות, בהקשר של חירות הרבייה וההולדה, לשני רבדים, כאשר הרובד הראשון הינו האפשרות לממש יכולת רבייה ולהפוך להיות הורה; בעוד שהרובד השני עניינו באופן מימוש זכותו הטבעית של אדם להפוך להורה. רובד זה, כך נאמר, מצוי בפריפריה של הזכות להורות ויש בו כדי להגן על ערכים כגון הזכות לפרטיות, הזכות לאוטונומיה וכדומה (ראו עניין בנק הזרע, פסקה כט לפסק דינו של השופט רובינשטיין). מעבר לדרוש להכרעה בענייננו אעיר כי לטעמי המקרה דנן נופל במסגרת הרובד הראשון של הזכות להורות ולא במסגרת הרובד השני, כפי שמנסה המדינה לטעון. לא יפלא כי מבחינת העותרת 1 מימוש זכותה להורות הוא בהבאת ילד הנושא את מטענה הגנטי. דומני כי שאיפה זו, שאף היא בגדר שאיפה טבעית ומובנת של אדם, ראויה להכרה במסגרת ליבתה של הזכות להורות, וזאת גם אם כיום, בעידן המודרני, קשר גנטי אינו חזות הכל (ראו עניין בנק הזרע, פסקאות מג-מה לפסק דינו של השופט רובינשטיין; זפרן – המשפחה בעידן הגנטי, בעמ' 233 ואילך; שיפמן, בעמ' 668). לפיכך הצעתה של המדינה להיפוך היוצרות- כך שהעותרת 2 תשאב ביצית שתושלת ברחמה של העותרת 1, אינה הצעה "שוות ערך" מבחינת מדרג הזכות לבקשתה של העותרת 1 לשאוב ביצית שתושלת ברחמה של העותרת 2 (ראו עניין נחמני, בעמ' 753 והשוו לעניין בנק הזרע). וזאת אף ללא התייחסות לחוסר הודאות, הנוטה לכמעט ודאות, באשר לאי יכולתה הפיזית-רפואית של העותרת 1 לשאת היריון ברחמה.

7. הזכות להורות הוכרה על ידי בית משפט זה גם בהקשר של שימוש בטכניקות הולדה מלאכותיות (ראו עניין בנק הזרע, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז וההפניות שם). העידן הנוכחי יצר בפני חשוכי ילדים פתחים רבים לתקווה להבאת צאצא גנטי לעולם. לצד זאת קיימות אפשרויות לאימוץ ילד לא ביולוגי. אפשרויות אלו מעוררות לא אחת דילמות אשר הדיון בהן כולל את פיתוחה של הזכות להורות ובחינת מקומה במסגרת הנורמטיבית הקיימת. מובן כי אין מדובר בזכות מוחלטת. בחינת טכניקות ההולדה מעוררת פעמים רבות שאלות של מוסר והתנגשות בין זכויות. כך למשל כאשר ישנו חשש לפגיעה בנשים הפונדקאיות או בנשים אשר מבקשות לתרום ביציות. במקרים אלו נדרש כמובן איזון בין הזכויות השונות ובחינת האינטרסים המתנגשים. מכל מקום, חשיבותה של הזכות להורות ומקומה הגבוה במדרג הזכויות צריכים להשפיע על פרשנות החוקים העוסקים במטריה הרלוונטית. מדובר בדרך כלל במטרה המרכזית של חוקים מעין אלו, ולפיכך עליה לקבל מקום של כבוד במסגרת הפרשנות התכליתית של החקיקה בנושא.

עיקרון השוויון

8. הפליה הינה יחס בלתי שווה כלפי שווים, כאשר לא קיים שוני רלוונטי ביניהם. לא ניתן להתעלם מכך שהעניין שבפנינו עוסק בזוג חד-מיני. נוצר מצב בו זוגות הטרוסקסואלים יכולים להשתמש במגוון שיטות על מנת להרות ולהביא ילד לעולם – החל מהשיטה הטבעית, ועד לשימוש בתרומת ביציות, הסכמי פונדקאות וכדומה. לעומתם, מוגבלים הזוגות החד-מיניים בדרכי הבאת צאצאיהם לעולם, הן מסיבות ביולוגיות והן מסיבות נורמטיביות (ראו פסק דינו של השופט גובראן בבג"ץ 566/11 בבג"ץ 566/11 ממש-מגד נ' משרד הפנים (28.1.2014)). אכן, יתכנו מקרים בהם ניתן יהיה לטעון לקיומו של שוני רלוונטי הנובע מהשוני הביולוגי (כך למשל הצורך של זוגות גברים להיזקק להסדרי פונדקאות גם כאשר אין כל בעיה רפואית למי מהם יכול להעלות את החשש משימוש יתר באמצעי של נשים פונדקאיות, כאשר נשמעות טענות לפגיעה, גרימת נזק רפואי וניצולן של נשים אלו או חלקן; ראו על כך את המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריור וההולדה בישראל, 2012 (דו"ח ועדת מור-יוסף), בעמ' 57-62; בהקשר אחר ראו בעניין השיקול של השפעת התפיסות החברתיות הקיימות על טובתו של הילד: ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64, 107 (2005) (להלן: עניין ירוס-חקק)). למרות זאת, במקרים רבים לא ניתן יהיה להצביע על שוני רלוונטי מעין זה. המציאות החברתית הינה כי קיימים כיום זוגות חד-מיניים רבים. אכן, מדובר בסוגיה שעדיין אינה נמצאת בקונצנזוס החברתי, עם זאת לא ניתן היום להתעלם מהמציאות הקיימת הן העובדתית

והן הנורמטיבית (ראו עניין משפחה חדשה, בעמ' 450-451; כן ראו זפרן – אימהות יש גם שתיים, בעמ' 380; בג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד נא(5) 822 (1997); חנן גולדשמיט "תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי" – השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד-מיני" המשפט ז 217, 237 (תשס"ב); שיפמן, בעמ' 645). זוגות חד-מיניים רבים מגדלים ילדים, בין אם על ידי היעזרות בהסדרים המתאפשרים מחוץ למדינת ישראל, ובין אם על ידי שימוש בהסדרים המאפשרים הבאת ילדים במדינת ישראל עצמה (כמו למשל תרומת זרע מבנק הזרע לזוג נשים). יודגש אמנם כי בית המשפט אינו מתיימר במסגרת זו להיכנס לשאלות הנוגעות לסטאטוס של זוגות חד-מיניים ולהכריע בדיון הערכי המתנהל בנושא זה (ראו עניין ירוס-חקק, בעמ' 114; בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פסקה 22 לפסק דינו של הנשיא ברק (21.11.06) (להלן: עניין בן-ארי)). איני מציעה גם במסגרת חוות דעת זו להכריע בשאלת קיומה של זכות חוקתית של זוגות חד-מיניים כי יתאפשר להם שימוש שוויוני בטכניקות הולדה מלאכותיות בדומה לזוגות הטרוסקסואלים (ראו ע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וטובלנות נ' עיריית ירושלים, פסקה 40 (14.9.10) (להלן: עניין הבית הפתוח)). עם זאת, ככל שמדובר בפרשנותו של הסדר חוקי, או בהעדר הסדר כלל, ההנחה תהיה שעל ההסדר הנורמטיבי שיפורש או יקבע לתאום את עיקרון השוויון ולמנוע הפליה על בסיס נטייה מינית, וזאת בהיעדר אמירה מפורשת אחרת לעניין זה שנעשתה על ידי המחוקק (ראו גם יפעת ביטון "השפעתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדם של זוגות חד-מיניים" קרית המשפט ב 401 (2002); מיכל טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות" הפרקליט מה 94 (תש"ס-תשס"א)).

9. הגישה האמורה אף מתיישבת עם הסדרים חוקיים קיימים אשר הצביעו על יחסו השלילי של המחוקק לאפליה על בסיס נטייה מינית. חלק מהסדרים אלו נוספו לחקיקה בשנים האחרונות ויכולים ללמד אותנו על גישתו הנוכחית של המחוקק בעניין. כך למשל נקבע כי בתנאים מסוימים העובר עבירה מתוך מניע של עוינות מחמת נטייה מינית דינו כפל העונש הקבוע לאותה עבירה (סעיף 144 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). על מעביד נאסר להפלות בין עובדיו או בין דורשי עבודה על רקע נטייתם המינית (סעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988). כך גם נקבע איסור הפליה מחמת נטייה מינית החל על ספקי מוצרים או שירותים ציבוריים או מפעילי מקום ציבורי (סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000). למטפלים ולמוסדות רפואיים אסור להפלות בין מטופלים על רקע נטייתם המינית (סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996). כן נקבע כי וועדת קבלה ביישובים קהילתיים לא תסרב לקבל מועמד

מטעמים של נטייה מינית (סעיף 6ג לפקודת האגודות השיתופיות). על גופים החייבים במכרז הוטלה החובה שלא להפלות בין מציעים על בסיס נטייה מינית (סעיף 2(ב) לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992). וזוהי רשימה חלקית בלבד.

10. גם בתי המשפט, על ערכאותיהם השונות, כבואם לפרש הסדרים נורמטיביים, נתנו דעתם לעיקרון השוויון בין הטרוסקסואלים להומוסקסואלים, הן כבודדים, הן כבני זוג. הנשיא ברק סוקר באחת הפרשות שורה ארוכה של פסקי דין בהם נפסק כי לבני זוג הומוסקסואלים מוענקות זכויות לפי חוקים והסדרים ספציפיים (ראו עניין בן-ארי, פסקה 19 לפסק דינו של הנשיא ברק; כן ראו עניין הבית הפתוח, פסקה 54). יוער כי בעניין בן ארי אף המדינה הצהירה כי היא מכירה בכך כי חיים משותפים של בני זוג הומוסקסואלים מהווים "תבנית חברתית בעלת נפקות משפטית מסוימת". מאז סקירה זו נוספו לרשימה פסקי דין נוספים ההולכים בכיוון דומה (ראו למשל ע"א (נצרת) 3245/03 ע.מ. נ' היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפוטרופוס הכללי (11.11.04); עת"מ (ת"א-יפו) 1255/05 גרסיה נ' משרד הפנים (17.8.05)). ואכן נקבע:

"המשפט בישראל בעניינה של הקהילה הגאה וחבריה משקף את השינויים והתמורות שחלו במרוצת השנים בחברה הישראלית. עמדתה של החברה בישראל היא כי על הדין להתייחס לנטייה מינית באינדיפרנטיות, כשם שיש להתייחס לנתונים אחרים בזהותו של אדם או של קבוצה, כמו גיל, גזע, לאום, מין ועוד. כמו כן, קיימת הסכמה רחבה כי אין להצר צעדיהם של חברי הקהילה הגאה או להפלותם לרעה. עמדה זו באה לידי ביטוי הן בפסיקה והן בחקיקה האוסרת על הפליה על בסיס נטייה מינית... (עניין הבית הפתוח, פסקה 54).

אף צויין כי "דומה כי כבר אין מדובר ב"איים" של זכויות, אלא בתפיסה חוקתית כוללת של הזכות שלא להיות מופלה מחמת נטייה מינית" (עניין הבית הפתוח, פסקה 56).

מבלי להידרש לסוגיה החוקתית ולקביעת סטאטוס חדש, נראה, אם כן, כי יש לפרש הסדרים חוקיים באופן שיתיישב עם עיקרון השוויון המחייב מתן יחס שווה לזוגות חד-מיניים.

טיפול הפריה

11. לצורך הדיון שבפנינו ניתן לחלק את בעיות הפוריות של האישה באופן סכמטי לשתיים: האחת הינה בעיה הקשורה בביציות של האישה שאינה מאפשרת שימוש בהן

לצורך הולדת ילד. השניה הינה קושי רפואי לשאת היריון. מכאן שבפנינו ארבע סיטואציות אפשריות: אישה עם ביציות תקינות ויכולת לשאת היריון וללדת; אישה עם ביציות תקינות אך עם העדר יכולת לשאת היריון; אישה עם ביציות בלתי תקינות אשר יכולה לשאת היריון; ואישה עם ביציות בלתי תקינות אשר לא יכולה לשאת היריון. הבחנות אלו תסייענה לנו בהמשך בפרשנות ההסדרים החוקיים הקיימים בנושא טכניקות הולדה.

חוק הסכמים לנשיאת עוברים

12. כפי שציינה חברתי, השופטת א' חיות, חוק הפונדקאות נחקק בישראל בשנת 1996 בעקבות ועדה ציבורית שהוקמה לבחינת הסוגיה בראשות השופט (בדימוס) שאול אלוני. החוק הסדיר לראשונה את הסתייעותם של זוגות באישה פונדקאית לצורך הבאת ילד לעולם. הליך הפונדקאות על פי החוק כולל השתלת ביצית מופרית שמטרתה התעברות אם נושאת על מנת למסור את הילד שיוולד להורים מיועדים (ראו סעיף 2 לחוק הפונדקאות). הביצית המופרית תורכב, על פי חוק הפונדקאות, מביצית שאינה שייכת לאם הנושאת. דהיינו, הביצית יכולה להיות שייכת לאם המיועדת אשר מזמינה את הפונדקאות, או לתורמת שאינה האם המיועדת ואינה האם הנושאת (ראו סעיף 2(4) לחוק הפונדקאות; סעיף 11 לחוק תרומת ביציות). הזרע בו תופרה הביצית חייב להיות שייך לאב המיועד (סעיף 2(4) לחוק הפונדקאות). בהליך הפונדקאות מושתלת הביצית המופרית ברחמה של אישה האמורה לשמש כפונדקאית ואשר למעשה אין לה כל קשר גנטי לביצית המופרית. לאחר הלידה אמורה למסור האישה הפונדקאית את היילוד להורים המיועדים (ראו עניין משפחה חדשה, בעמ' 429). חוק הפונדקאות מכיל הסדרים רבים הנוגעים להליך, ובהם התנאים להתקשרות עם אישה פונדקאית, התנאים לאישור הסכם בין זוג הורים מיועדים לבין אשה פונדקאית, מעמד הילד לאחר הלידה וכו'. עוד יוזכר כי הורים מיועדים מוגדרים על פי חוק הפונדקאות כ"איש ואשה שהם בני זוג, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד" (סעיף 1 לחוק הפונדקאות).

חשוב להדגיש כי חוק הפונדקאות אינו עוסק בשלב ההפריה החוץ-גופית, אשר מוסדר על ידי תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987 (להלן: תקנות בריאות העם). החוק עוסק אך בשלב שלאחר יצירתן של ביציות מופרות, כאשר בני הזוג פונים בבקשה לאשר הסכם להשתלתן אצל אם פונדקאית (ראו עניין משפחה חדשה, בעמ' 435).

13. כפי שטוענת המדינה, חוק הפונדקאות אינו רלוונטי לעניין שבפנינו ואינו חל עליו. החוק מפריד באופן ברור בין האם הפונדקאית לבין ההורים המיועדים. כאמור, לאחר לידת הילד לא אמור להיווצר כל קשר משפטי בין האם הפונדקאית ליילוד. מסירתו הפיזית למשמורת ההורים המיועדים אמורה להיעשות ככל הניתן בסמוך ללידה. פקיד הסעד הוא האפוטרופוס על הילד עד למתן צו הורות להורים המיועדים. בקשתה של אם פונדקאית לחזור בה מההסכם בינה לבין ההורים המיועדים ולהחזיק בילד ככלל לא תאושר, אלא באישור בית המשפט ובהתקיימותן של נסיבות המצדיקות זאת תוך התחשבות בטובת הילד (ראו פרק ג' לחוק הפונדקאות). במקרה שבפנינו מבקשות העותרות כי העותרת 2 תשמש הן כאם פונדקאית והן כאם מיועדת. סיטואציה זו אינה כלולה בחוק הפונדקאות וחורגת מתכליתו והוראותיו. אין כל קשר בין ההסדרים עליהם חולש חוק הפונדקאות לבין התהליך אותו רוצות העותרות לבצע. המסקנה היא כי חוק זה אינו חל על המקרה הנידון ואינו מסייע כלל בהסדרתו.

חוק תרומת ביציות

14. החוק השני הקשור לנושא עליו נתנו הצדדים את דעתם הוא חוק תרומת ביציות שחוקק בשנת 2010. חוק זה בא לפתור מצוקה שהתעוררה כתוצאה ממחסור בביציות לתרומה בישראל, עובדה שיצרה קושי עבור נשים הזקוקות לטיפולי פוריות ואשר הביציות שבגופן אינן יכולות לשמשן כטיפולים אלו. כפי שהודגש בדברי ההסבר לחוק עיקרו של החוק הוא בהסדרת תרומת ביציות בישראל לצרכי הולדת ילד, וכן לצרכי מחקר (ראו הצעת חוק תרומת ביציות, התשס"ז-2007, ה"ח 292 (להלן: הצעת החוק)). החוק עוסק בשני שלבים בהליך התרומה- השלב של קבלת התרומה וייעודה, והשלב שלאחר לידת שנוולד כתוצאה מהתרומה (ראו דברי ההסבר להצעת החוק, בעמ' 292). המדינה טוענת כי החוק אינו מאפשר לעותרת 1 לתרום ביצית לעותרת 2, שכן בהתאם לסעיף 11 לחוק על הנתרמת אשר בגופה מושתלת הביצית להיות בעלת בעיה רפואית המצדיקה שימוש בביציות של אישה אחרת. העותרת 2 אינה עונה להגדרה זו שכן היא אינה סובלת מבעיה רפואית, כפי שפורט בהרחבה בפסק דינה של חברתי. אכן, לא ניתן לחלוק על דברים אלו. גם איני סבורה שיש להתערב בדרישת הצורך הרפואי הקבועה בסעיף 11 לחוק. עם זאת, בכך לא תמה דרכנו, שכן לטעמי חוק תרומת ביציות כלל לא רלוונטי למקרה שבפנינו, אינו מסדיר אותו, ולמעשה שותק לגביו ואינו יוצר הסדר שלילי בעניינו. אבהיר את עמדתי.

15. חוק תרומת ביציות, כשמו כן הוא, נועד להסדיר תרומתן של ביציות בישראל לנשים הזקוקות מסיבה רפואית לעשות שימוש בביציות של אישה אחרת לצורך הבאת

ילדים לעולם (וזאת לצד מטרות מחקר המוסדרות בחוק ואינן רלוונטיות לענייננו). אם נשוב לחלוקה הסכמטית שערכנו לעיל (פסקה 11) הרי שהחוק חל על שני סוגי נשים: האחת היא אישה עם ביציות לא תקינות שיכולה לשאת היריון; והשניה היא אישה עם ביציות לא תקינות שאינה יכולה לשאת היריון. במקרה הראשון תוכל האישה להיעזר בתרומת ביצית לפי חוק תרומת ביציות, ביצית אשר תושלל לאחר מכן ברחמה שלה. במקרה השני תיעזר האישה הן בחוק תרומת ביציות והן בחוק הפונדקאות, כאשר הביצית שהתקבלה מתורמת תופרה ותושלל ברחמה של אם פונדקאית.

החוק, עם זאת, בהתאם לתכליתו והסדריו, אינו עוסק במקרים בהם אין מדובר בתרומת ביצית. המשמעות של תרומה בהקשר זה היא מתן ביצית לאישה אחרת על מנת שזו האחרונה תשתמש בביצית, תפריח אותה ותהפוך להיות אימו של הילד שייוולד מהביצית המופרית. המשמעות של תרומה כוללת בתוכה מתן משהו למישהו אחר ולא לתורם עצמו. לפיכך, שונה הדבר ממישהי ששואבת ביציות על מנת שהיא עצמה תהפוך להיות אם היילוד שייווצר מאותן ביציות מופרות. במקרה כזה לא ניתן לומר כי מדובר בתרומה, ולפיכך חוק תרומת ביציות לא יחול על המקרה. כך למשל, אישה אשר שואבת ביציות על מנת להפריח את הביצית, להשיב אותו לרחמה, ולהיות אם היילוד. במקרה זה אין מדובר בתרומה, שכן הביצית נועדה להפוך את בעלת הביצית לאם היילוד העתידי. ואכן, מקרה כזה אינו נופל בגדרי חוק תרומת ביציות וחלות עליו תקנות בריאות העם העוסקות בהפריה חוץ-גופית. כך גם אין חוק תרומת ביציות חל במקרה של שאיבת ביצית מאישה על מנת להפריחה ולהשתילה ברחמה של אם פונדקאית (ראו סעיף 4(ב) לחוק תרומת ביציות). גם כאן אין המדובר בתרומה, שכן בעלת הביצית מתכוונת להיות אימו של היילוד שייוולד מהביצית המופרית (וראו בדברי ההסבר להצעת החוק, בעמ' 295, המבהירים כי במקרה זה אין נטילת הביציות נעשית למטרת תרומה). באופן דומה גם אישה ששואבת ביציות על מנת להשתיל ברחמה של בת זוגה מתכוונת להיות אימו של היילוד שייוולד מהביצית המופרית ולגדלו. גם כאן לא ניתן לומר כי מדובר בתרומת ונתרמת, ולכן אין חוק תרומת ביציות רלוונטי למקרה כזה. אדם לא יכול לתרום משהו לעצמו, שכן אז לא יחשב הדבר לתרומה. אעיר כי השימוש במונח "אם" בהקשר זה מכוון לתפקידה החברתי וכוונתה הסובייקטיבית של האישה ולא לקביעה המשפטית מי תירשם ותוכר כאמו של היילוד (ראו על כך במאמרה של זפרן – אימהות יש גם שתיים. מכל מקום אציין כי רישומן של שתי נשים כאימהות של ילד התאפשר באמצעות אימוץ בישראל או בחו"ל: ראו עניין ירוס-חקק וכן בג"ץ 1779/99 פלונית נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000); וכן באמצעות צו הורות: תמ"ש (ת"א) 60320-07 ת.צ. נ' היועמ"ש לממשלה (4.3.12) (להלן: עניין ת.צ.)).

16. על רקע הדברים האמורים, ובהתאם לתכלית זו יש להבין ולקרוא את סעיפי החוק. אכן, החוק מבקש לייחד את הוראותיו ולהגביל את השימוש בתרומת ביציות בהתאם להסדריו בלבד. כך קובע סעיף 4 לחוק תרומת ביציות:

4. ייחוד הוראות החוק
 (א) לא יבצע אדם שאיבת ביציות מתורמת, טיפול מעבדתי בביציות, הקצאת ביציות למטרת השתלה או למטרת מחקר, או השתלת ביציות, אלא לפי הוראות חוק זה.
 (ב) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על שאיבת ביציות מגופה של אם מיועדת, על הטיפול המעבדתי בביציות שנשאבו כאמור ועל השתלתן בגופה של אם נושאת, לצורך ביצוע הסכם לנשיאת עוברים, לפי חוק ההסכמים.

כמו כן קובע סעיף 6(ב) לחוק תרומת ביציות כי:

6. הגבלות לעניין שאיבת ביציות והשתלתן
 (א) לא יבצע אדם טיפול רפואי בתורמת מתנדבת במטרה להבשיל ביציות לשם שאיבתן לצורך השתלה, אלא לאחר שהתקבל אישור לשאיבת הביציות מגופה של התורמת לפי הוראות סעיף 12.
 (ב) לא תבוצע השתלת ביציות אלא בגופה של נתרמת, או בגופה של אם נושאת שהתקשרה עם נתרמת בהסכם לנשיאת עוברים לפי חוק ההסכמים.

17. סעיפים אלו יש לקרוא, כאמור, על רקע תכליתו של חוק תרומת ביציות, ועל רקע יתר סעיפיו. מכאן יש להבינם כמייחדים את הוראות החוק לכל מקרה העוסק בתרומת ביציות, דהיינו מקרים בהם אישה נותנת מביציותיה לאדם אחר, על מנת שאותו אדם, ולא התורם עצמו, יהפוך להורה של הילד שייוולד מהביצית הנתרמת ולאדם המגדל אותו. פרשנות זו מתיישבת עם לשון החוק, הוראותיו ותכליתו. פרשנות אחרת, מקיפה יותר, המחייבת את תחולת הסדרי החוק על כל שאיבת והשתלת ביציות שהיא, היתה מביאה למצב אבסורד בו לא ניתן לבצע הפריית חוץ גופיות בנשים אשר ביציותיהן תקינות לחלוטין, ואשר מעוניינות לשאוב ביציות אלו ולהשתילן ברחמן על מנת להיות אימהות היילוד, שהרי לא יתקיים בהן סעיף 11 לחוק תרומת ביציות. מובן שפרשנות כזו אינה יכולה להתקבל.

המסקנה היא כי המקרה הנידון, בו העותרת 1 מבקשת לשאוב מביציותיה התקינות, להפרותן, ולהשתילן ברחמה של בת זוגה, וזאת לא לצורך תרומה אלא על

מנת שהעותרת 1 עצמה תגדל את הילד שייוולד (יחד עם העותרת 2 שתלד את הילד); מקרה זה אינו נכלל בחוק תרומת ביציות ואינו יוצר לגביו הסדר שלילי.

סיכום ביניים

18. מסקנתנו היא כי על מקרה בו אישה רוצה לשאוב ביציות על מנת להפרותן ולהשתילן ברחם בת-זוגה, כאשר שתי הנשים ישמשו אימהות לתינוק שייוולד (למצער אימהות במובן החברתי וכוונתן של הנשים לגדל במשותף את הילד), לא חל חוק הפונדקאות ואף לא חל חוק תרומת ביציות. המקרה אינו מוסדר באף אחד מחוקים אלו ואינו שולל אותו. הדרא קושיא לדוכתא. איזה הסדר חוקי חולש על המקרה? לטעמי, התשובה לכך פשוטה. מאחר שאף אחד מחוקים אלו אינו חל על המקרה, יחול על המקרה ההסדר שחל עליו עד היום, למצער בהתאם לעמדתה של המדינה ושל היועץ המשפטי לממשלה. הסדר זה הוא שילוב בין החלת הנורמות הקבועות בתקנות בריאות העם, וזאת לצד הסמכה הנובעת מהיעדר הסדרה חוקית בעניין. אבהיר את הדברים.

תקנות בריאות העם

19. תקנות בריאות העם משנת 1987 מסדירות תנאים לביצוע הפריה חוץ גופית. כך קובעת תקנה 2 כי נטילת ביצית, הפרייתה, הקפאתה והשתלתה לא תיעשה אלא במחלקה מוכרת ובהתאם להוראות התקנות. תקנה 2א קובעת הוראות באשר לביצית שניטלה ושהופרתה מחוץ לישראל. תקנות 3 ו-4 קובעות:

3. ייחוד של מטרת נטילת הביצית
נטילת ביצית תיעשה רק למטרה של הפריה חוץ-גופית
והשתלתה לאחר הפרייתה.

4. הגבלה לנטילת ביצית
נטילת ביצית תיעשה רק מאישה שהתקיים בה אחד
מאלה:
(1) היא נמצאת בטיפול פוריות ורופא אחראי קבע כי
יש בנטילת הביציות משום קידום הטיפול בה;

תקנות אלו הן שהסדירו את נושא תרומת הביציות בטרם חוקק חוק תרומת ביציות. יודגש כי כיום תרומת ביציות, כמשמעותה בהתאם לפרשנותנו האמורה, אינה יכולה להיעשות בהתאם לתקנות אלא על פי הסדריו של חוק תרומת ביציות בלבד.

20. באשר להשתלת ביציות של אישה אצל בת זוגה, התקנות אינן מתייחסות מפורשות לסיטואציה זו, אך לטעמי ניתן להחיל את הסדריהן עליה ללא קושי, וכך אכן נעשה בעבר (ראו למשל עניין ת.צ.). נטילת הביצית תיעשה רק מאישה הנמצאת בטיפולי פוריות, ורק למטרה של הפרייה חוץ-גופית והשתלתה לאחר הפרייתה (תקנות 3, 4 לתקנות בריאות העם). הביצית תופרה מזרעו של תורם ותושלת ברחמה של בת הזוג, בהיעדר כל איסור או התייחסות לכך בתקנות, ובהיעדר תחולה לחוק הפונדקאות, שכן האם היולדת היא גם אחת האימהות המיועדות. ואכן, בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה מיום 30.11.09 בנושא תרומת ביציות בין בנות-זוג נקבע כי:

”בעקבות דיון שקיים לאחרונה היועץ המשפטי לממשלה בנושא תרומת ביציות בין בנות-זוג, הנחה היועץ את משרד הבריאות כי אין לאסור או להגביל תרומה של ביצית שנשאבה מאישה בהתאם לתקנות ההפרייה החוץ גופית (במסגרת טיפולי הפרייה שהיא עצמה עוברת), אלא בנסיבות בהן הדבר עומד בסתירה לתקנת הציבור, כגון מקום בו קיים חשש שהדבר נעשה תוך ניצול מצוקה או לשם סחר בביציות

בהתאם לכך הנחה היועץ, כי ככלל, אין לאסור או להגביל תרומה של ביצית שנשאבה מאישה בהליך כדין בהתאם לתקנות, והמיועדת לבת-זוגתה, איתה היא חולקת משק בית משותף. תרומה כזו אין לראותה כמעשה העומד בסתירה לתקנות הציבור.

הדיון בנושא כונס בעקבות מספר פניות שקיבל משרד הבריאות לאשר תרומה והשתלה של ביצית שתרמה אישה לבת-זוגתה. בסיום הדיון קבע היועץ המשפטי לממשלה, בין היתר:

* נקודת המוצא המשפטית היא, שהטלת מגבלה על-ידי המדינה על תרומת ביציות מחייבת סמכות המעוגנת בדין. לפיכך, מאחר והמגבלה היחידה לענייננו בתקנות על תרומת ביציות הינה כי לא ניתן לאפשר שאיבה של ביציות אלא במסגרת טיפול רפואי עקב ליקויי פוריות של התורמת ורק אם השאיבה היא לשם קידום הטיפול בה, הרי שמשנשאבו ביציות בנסיבות האמורות, אין בתקנות עוגן חוקי לאסור על שימוש בהן כתרומה לאישה אחרת.

* עם זאת, ניתן לאסור שימוש בביציות, אף שהופקו בהליך הקבוע בתקנות, מקום שהדבר עומד בסתירה ל”תקנת הציבור”, כגון כשהדבר נעשה תוך ניצול מצוקה או לצורך סחר בביציות.

* מקום שמדובר בתרומה בין בנות זוג, כמו המקרה נשוא הפניה למשרד הבריאות, אין לראות בכך מעשה העומד בסתירה לתקנות הציבור, ויש לאפשר את

התרומה.

*היועץ המשפטי לממשלה הדגיש, כפי שהובהר כבר בעבר בסוגיות אחרות הנוגעות לזכויות בני זוג מאותו מיץ, כי אין לראות בעמדה זו משום יצירה או הכרה בסטטוס משפחתי חדש. שאלות של סטטוס ראוי להן כי יוכרעו ויוסדרו על ידי המחוקק.
"..."

ואמנם, בהתאם להנחיה זו, התאפשרה השתלת ביצית של אישה בבת זוגה, במקרה שהראשונה עוברת טיפולי הפריה. הנחייה זו של היועץ המשפטי לממשלה נכונה וראויה, ולטעמי עודנה תקפה לאור מסקנתי כי אין כל הסדר חוקי אחר החל או השולל את הסיטואציה שהובאה בפנינו.

21. יוער כי במסגרת עתירות שהוגשו בעבר הוכר הקושי בדבר קביעת הסדרים משמעותיים ורגישים של טכניקות הולדה בתקנות ולא בחקיקה ראשית. כך למשל הוגשה עתירה שתקפה את תקפות תקנות 11 ו-13 לתקנות בריאות העם, אשר אסרו למעשה שימוש באם פונדקאית בישראל לצורך הבאת ילד לעולם, והטילו הגבלות על השתלות ביצית מתורמת. המדינה הסכימה כי התקנות תבוטלנה. אציין כי ביטול התקנות הושעה לתקופת זמן מסוימת אשר איפשרה הסדרת הסוגיה בחקיקה ראשית (ראו בג"ץ 5087/94 זברו נ' שר הבריאות (17.7.95); כן ראו בג"ץ 1237/91 נחמני נ' שר הבריאות (לא פורסם), שם אישרה המדינה לבסוף לבני הזוג נחמני לבצע הפריה חוץ גופית בישראל להשתלה בגופה של פונדקאית בחו"ל). בעתירה נוספת נתקפה תקנה 8(ב) לתקנות בריאות העם אשר יצרה הבחנה בין הדרישות להשתלת ביצית אצל אישה נשואה לבין הדרישות להשתלת ביצית אצל אישה רווקה. בהסכמת המדינה בוטלה אף תקנה זו ונקבע כי יחול הסדר שוויוני (ראו בג"ץ 998/96 ירוס-חקק נ' מנכ"ל משרד הבריאות (11.2.97)). בעניין בנק הזרע נשמעה ביקורתו הנוקבת של בית המשפט כי נושא תרומות הזרע ובנק הזרע אינו מוסדר בחקיקה ראשית (עניין בנק הזרע, פסקה לח לפסק דינו של השופט רובינשטיין; פסקה 33 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז).

22. הנה כי כן, תפיסתו העקרונית של בית משפט זה היא כי יש לעגן בחקיקה ראשית את השימוש בטכניקות הולדה מלאכותיות. קל וחומר אמורים הדברים באשר לנושאים שלא הוסדרו כלל בחקיקה ראשית או משנית. עם זאת, נראה כי עמדתו העקרונית של בית המשפט נטתה לאפשר שימוש בטכנולוגיות הפריה מלאכותית בהעדר הסדר חקיקה ראשית האוסר זאת, ובהעדר פגיעה בזכויות צד שלישי או באינטרסים כבדי משקל אחרים. "בימינו, שהטכנולוגיה עשויה להיות לעזר לאדם גם במקום שהטבע כדרכו אינו עומד לו, נדרש נימוק מכריע שלא לאפשר לאישה להיעזר

באותה טכנולוגיה" (עניין משפחה חדשה, בעמ' 447). וכך אף הדגישה השופטת פרוקצ'יה בהקשר לזכותו של אסיר לבצע הפרייה מלאכותית עם בת-זוגו:

"נקודת המוצא עליה מושתתת העתירה הינה כי כדי שהרשות המוסמכת תתיר לאסיר הליך של הפרייה מלאכותית עם בת זוגו, נדרשת הסמכה מפורשת לכך בחוק, אשר בלעדיה, מתן היתר כזה חורג מהכוחות הנתונים לה על פי החוק. נקודת מוצא זו הינה שגויה ביסודה, ויש בה כדי להפוך סדרי בראשית, ולערער מושכלות יסוד של המשפט הציבורי והחוקתי. שהרי משקנויה לאדם זכות, ולא כל שכן זכות יסוד חוקתית, אין רשות ציבורית זקוקה להסמכה בחוק כדי לקיים את הזכות ולכבדה, אלא ההיפך מכך הוא הנכון: היא נזקקת להסמכה בחוק כדי להגבילה ולפגוע בה, ומקום שהפגיעה מגבילה או שוללת מימוש זכות אדם, עליה לעמוד במבחני פיסקת ההגבלה כתנאי לתוקפה ולפועלה" (עניין דוברין, פסקה 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

עמדה זו יושמה בהנחייתו של היועץ המשפטי לממשלה, ובכך תומכת אף אני באשר לסיטואציה שבפנינו. להלן אפרט בקצרה את השיקולים הנוספים התומכים בקביעה לפיה יש לאפשר את ההליך המבוקש על ידי העותרות בהיעדר הסדר חוקי השולל זאת.

23. ראשית, יש להכניס למסגרת השיקולים בעניין את העקרונות אותם פירטתי לעיל בדבר הזכות להורות ועיקרון השוויון. עקרונות אלו תומכים כמובן בהתרת ההליך המבוקש בהיעדר אמירה אחרת של המחוקק. שנית, ההסדר אינו מעלה חשש לפגיעה בזכויות של צדדים שלישיים, שכן הוא אינו מערב צדדים שלישיים מעבר לזוג המעוניין בהליך ושותף לו. כך, אין מעורבות של אם פונדקאית או של תורמת ביצית, כך שאין חשש לפגיעה בזכויותיהן או בניצולן (ראו עניין משפחה חדשה, בעמ' 453, 464). ההסדר אף אינו מעלה חששות נוספים שעולים בתחום, כגון יצירת צאצא נטול כל זיקה גנטית להוריו-מגדליו, או שימוש בטכניקות רפואיות לצורך השבחה גנטית של היילוד (ראו זפרן – אימהות יש גם שתיים, בעמ' 363). שלישיית, כאשר מדובר בזוג נשים ללא בעיית פוריות יתאפשר להן ללא כל קושי להביא ילדים לעולם באמצעות תרומת זרע, ואין כל הגבלה על כך. איני רואה מדוע יש להבחין בין זוג כזה לבין זוג שאיתרע מזלו ואינו יכול להביא ילדים לעולם בדרך זו (ראו עניין משפחה חדשה, בעמ' 442). רביעית, עמדתה של המדינה אינה מושתתת על התנגדות עקרונית להליך המבוקש על ידי העותרות, ואין כל טענה לפגיעה בתקנת הציבור או בכל שיקול מהותי אחר. ואכן, כפי שצוין, בעבר אישר משרד הבריאות את קיומו של ההליך המבוקש

בפנינו. יתרה מכך, המדינה מדגישה כי ניתן יהיה לאשר את ההליך בכיוון ההפוך-דהיינו ניתן יהיה לאשר לעותרת 2 לשאוב ביצית לצורך השתלתה ברחמה של העותרת 1. אין כל היגיון לאשר את ההליך באופן חד כיווני בלבד, כאשר אין הסדר חוקי השולל גם את הכיוון ההפוך. לבסוף אציין כי אין מדובר בהולדת ילד לתא משפחתי של אדם יחיד, אשר אין חולק כי מדובר במצב שונה מהולדת ילד לתא משפחתי זוגי (עניין משפחה חדשה, בעמ' 453). ואציין כי לא הובא בפנינו כל מחקר המלמד על כי עדיף לילדים לגדול דווקא במשפחה הטרוסקסואלית, ונראה כי קיימים מחקרים השוללים הנחה זו (ראו למשל: זפרן – אימהות יש גם שתיים, בעמ' 376 וההפניות שם; כן ראו מחקרים נוספים בסוגיה אשר מבססים את ההנחה שאין קשר בין נטייתם המינית של ההורים ובין התפקוד הפסיכולוגי והחברתי של הילדים, ואשר שוללים ממצאי מחקר אשר טען אחרת: Nanette Gartrell and Henny Bos "US National Longitudinal Lesbian Family Study: Psychological Adjustment of 17-Year-Old Carlos A. Ball "Social Science ;Adolescents" *Pediatrics* 2010; 126:1 28-36 Studies and the Children of Lesbians and Gay Men: The Rational Basis Andrew J. Perrin, ;Perspective", 21 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 691 (2012-2013) Philip N. Cohen & Neal Caren "Are children of parents who had same sex relationships disadvantaged? A scientific evaluation of the no-difference ;Hypothesis", *Journal of Gay & Lesbian Mental Health*, 17:3 327-336 (2013) עוד ראו דברי השופטת פרוקצ'יה על הקשיים שמעוררת הסוגיה אימתי עשוי שיקול טובת הילד להצדיק את מניעת הולדתו ואימתי רשאי המשפט להתערב בכך: "השאלה אימתי עשוי שיקול טובת הילד להצדיק את מניעת הולדתו היא שאלה עמוקה שבתחום ערכי האתיקה והפילוסופיה. השאלה אימתי המשפט מתערב בכך, ואימתי ניתנת לרשות ציבורית סמכות להתערב בזכות האדם להולדה מטעמים שבטובת הילד ומטעמים אחרים, היא קשה ומורכבת עד מאד. הזכות להולדה והזכות להיולד הם מושגים המצויים במידה רבה בתחומי המוסר והאתיקה הלבר-משפטיים" (עניין דוברין, פסקה 17 לפסק דינה)).

24. תמונת המצב בהתאם לחלוקה שערכנו לעיל היא, אם כן, כזו: אישה עם ביציות בלתי תקינות אשר יכולה לשאת היריון תוכל להיעזר בתרומת ביציות על פי חוק תרומת ביציות; אישה עם ביציות בלתי תקינות אשר אינה יכולה לשאת היריון תיעזר הן בתרומת ביציות על פי חוק תרומת ביציות והן בחוק הפונדקאות לצורך השתלת הביצית המופרית (מזרעו של האב המיועד) ברחמה של אם פונדקאית; אישה עם ביציות תקינות אשר יכולה לשאת היריון תוכל לעשות שימוש בהפריה חוץ גופית במקרה של בעיות פוריות כאלו או אחרות וזאת בהתאם לתקנות בריאות העם; אישה עם ביציות תקינות שאינה יכולה לשאת היריון יכולה אף היא לבצע הפריה חוץ גופית בהתאם לתקנות בריאות העם. את השתלת הביצית באישה אחרת ניתן לבצע בהתאם לחוק הפונדקאות באם פונדקאית, או בהתאם לתקנות בריאות העם בבת הזוג שעומדת אף היא להיות האם המיועדת של היילוד שיוולד.

המסקנה שלי, כמו זו של חברתי השופטת חיות בדרך והנמקה שונה, לפיה לו היתה נשמעת דעתי היינו מקבלים את העתירה ומורים למדינה לאפשר לעותרת 1 לשאוב ביציות, להפרותן ולהשתילן ברחמה של העותרת 2.

ש ו פ ט ת (בדימ')

השופט א' רובינשטיין:

זכר לה יושר אורחות
עובר להמיר בכטן אחות
(אבן חוג מצוק נשיה,
מיוחס לר' אלעזר הקליר,
מפיוטי תפילת שחרית ליום א' של ראש השנה)

רקע ועיקר

א. העותרת 1 – ליאת משה (להלן ליאת או העותרת 1) – מבקשת להביא צאצא גנטי לאויר העולם באמצעות העותרת 2 – דנה גליסקו (להלן דנה או העותרת 2) –

שותפתה לחיים מזה כעשור. הקושי שביסוד העתירה כרוך – ככל הנראה – בקשיים בנשיאת הריון על-ידי העותרת 1, והעתירה היא כי ביציות מגופה יושתלו ברחמה של העותרת 2, כך שהיילוד יהא קשור לשתייהן – קשר גנטי לעותרת 1, קשר פיזיולוגי לעותרת 2 – ותמומש בכך אמהותן יחדיו. פעם נוספת ניצבת לפתחו של בית משפט זה סוגיה מן הסוג שלא שערוהו אמותינו ואבותינו אשר לא היתה אפשרית כל עיקר לפני עשורים אחדים, ושההתפתחויות ברפואה ובטכנולוגיה יצרוה (בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פסקה א' לחוות דעתי (2013) (להלן עניין בנק הזרע)).

ב. ביום 1.9.13 החלטנו (ברוב דעות) שלא להיעתר לבקשת העותרות – להשתיל ביצית שתילקח מגופה של העותרת 1, תופרה ותושתל ברחמה של העותרת 2 – וזאת נוכח המצב החוקי הקיים. כדי שהעותרות יידעו היכן הן עומדות משפטית ללא שיהוי, ניתן פסק הדין ללא נימוקים, בדעת הרוב של הנשיא א' גרוניס, המשנה לנשיא מ' נאור, השופט ט' ג'ובראן ואנכי, למול דעתם החולקת של השופטת ע' ארבל, השופטת א' חיות והשופט ח' מלצר. עובדות המקרה וטענות הצדדים נפרשו בהרחבה במסגרת פסק דינה של חברתי השופטת חיות, שעיקר עמדתה יובא להלן, ודעה דומה בתוצאתה אך שונה בהנמקתה הביעה חברתי השופטת ארבל. אירע שדעת הרוב בפסק הדין נכתבת שלא בסדר הרגיל, אלא לאחר דעות המיעוט. עם כל הרצון הטוב הכן ללכת לקראת העותרות, סבורים אנו כי כברת הדרך שצעדה המדינה, לרבות במהלך הדיונים בתיק דנא, כפי שפירטה השופטת חיות, היא המירב האפשרי בטרם תיקוני חקיקה; זאת חרף הצעותיהן שובות הלב של חברותינו. לפיכך נידרש מייד לנימוקים אשר הביאונו – שופטי הרוב – שלא להיעתר לעתירה.

ג. עיקר נימוקינו הוא, כי המצב החוקי הקיים בישראל, במערך שבדין המצוי, אינו מאפשר את המבוקש על ידי העותרות, וזאת כיון שחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996 (להלן חוק הפונדקאות) אינו חל על מצב מעין זה, כפי שיפורט בקצרה, ועל כך למעשה גם אין חברותינו חולקות. חוק תרומת ביציות, תש"ע-2010 (להלן חוק תרומת ביציות) אף הוא אינו חל לטעמנו, ולא ראינו להצטרף לעמדתה החוקתית של חברתנו השופטת חיות ה"קוראת לתוך" סמכויותיה של ועדת החריגים בחוק (סימן ג' בפרק ג') גם סמכות במקרה דנא, סמכות שהמחוקק לא הקנה ובמפורש לא הקנה, אולי בעקבות עצה מגורם ממשלתי שכשלעצמה אינה מקובלת עלינו בנסיבות; עצה זו, כפי שיוראה להלן, מחדדת את המתח בין דבר המחוקק לסמכות בית המשפט. ולבסוף, תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), תשמ"ז-1987 (להלן תקנות הפריה חוץ-גופית) שחברתנו השופטת ארבל מבקשת לעשות בהן שימוש אינן לדעתנו מתאימות כיום למבוקש, לאחר חקיקתו של תרומת ביציות.

על כן אין דרך חוקית לסייע כיום לעותרות מעבר לאשר היתה נכונה לו המדינה לאחר דין ודברים ותוך שינויים בעמדתה.

ד. לעניין זה נזכיר, כי כפי שציינה השופטת חיות בפסקה 11, במהלך הדיונים הממושכים בעתירה (ארבע פעמים בפני הרכב מורחב בבית משפט זה) יצא מתחת ידו של משרד הבריאות ביום 21.7.13 נוהל "הוצאת זרע ביציות או ביציות מופרות מחוץ לישראל", המאפשר לעותרות לבצע את ההשתלה המבוקשת על-ידיהן מחוץ לתחומי המדינה. נוהל זה מאפשר הוצאת ביציות שנשאבו בישראל, בין השאר, "עבור מימוש הורות ... עבור האשה ממנה ניטלו הביציות", באישור ועדת חריגים. בהודעת המדינה (מיום 17.8.13) נאמר גם כי צוות היישום של המלצות ועדת מור יוסף, אשר – כפי שציינה השופטת חיות בפסקה 2 – המליץ להרחיב את מעגל הזכאים להביא צאצאים לעולם בדרך של פונדקאות תוך כלילת "אשה יחידה שיש לה בעיה רפואית המונעת יצירת הריון", הכין מסמך מסכם לקראת תיקוני חקיקה.

ה. ועתה ליתר פירוט. נציין תחילה, כי בעולם הרפואה קרוי ההליך המבוקש על-ידי העותרות Partner Assisted Reproduction /Reciprocal IVF (להלן הפריה חוץ-גופית הדידית). הפריה חוץ גופית הדדית הפכה במהלך השנים נפוצה למדי במרפאות פוריות ברחבי העולם בזוגיות נשית חד-מינית, חרף עלותה הגבוהה בהשוואה להפריה חוץ גופית "רגילה"; זאת שכן באמצעותה מתאפשר לשתי בנות הזוג לקחת חלק בהיווצרות היילוד, באמצעות חלוקה של "הפונקציה האימהית" בין בת הזוג המספקת את הביצית (להלן האם הגנטית) לבת הזוג הנושאת את ההריון (להלן האם הפיזיולוגית) (ראו Lilith Ryiah "The G.I.F.T of Two Biological and Legal Mothers" 9 AM. U.J. GENDER SOC. POL'Y & L. 207 (2001); Dorothy A. Greenfield and Emre Seli, "Assisted Reproduction in Same Sex Couple" 289, 291 PRINCIPLES OF OOCYTE AND EMBRYO (DONATION (MARK V. SAUER ed., 2013).

ו. בעתירתן המתוקנת תוקפות העותרות שני חיקוקים המסדירים את השימוש בטכנולוגיות פריון מלאכותיות: האחד, חוק הפונדקאות; השני, חוק תרומת ביציות, כאמור. בין חברותיי, השופטות חיות וארבל, קיימת תמימות דעים באשר לאי-ההתאמה המובנית בין המסלול המוסדר בחוק הפונדקאות לבין ההליך הרפואי המבוקש על-ידי העותרות; אך הן סבורות שניתן לילך לקראתן, בנתיבי חוק אחרים, ולגביהם נחלקו דעותיהן כאמור.

ז. בעולם הריאלי, שלושה תרחישים המה שבמסגרתם עשויה המדינה להתבקש לאשר הליך רפואי של הפריה חוץ גופית הדדית בין בנות זוג: זוג (1) – לשתי בנות הזוג ביציות תקינות ויכולת תקינה לשאת את ההריון; זוג (2) – לאחת מבנות הזוג ביציות תקינות אך העדר יכולת לשאת את ההריון; זוג (3) – לאחת מבנות הזוג ביציות בלתי תקינות והעדר יכולת לשאת את ההריון. ודוק, כאשר לאחת מבנות הזוג ביציות בלתי תקינות והעדר יכולת לשאת את ההריון אין אפשרות מעשית מעיקרא לכניסה להליך של הפריה חוץ גופית הדדית. התרחישים יהיו לנגד עינינו בבואנו לבחון את החיקוקים השונים והתכליות העומדות בבסיסם. נעבור עתה לסקירת הדרכים בהן פסעו חברותיי, בחיפושן אחר דרך חוקית להגשמת רצון העותרות להביא לעולם ילד גנטי לליאת במשותף עם בת זוגה – דנה – האמורה לשאת את ההריון בהפריית ביציות משל ליאת (וכמובן תרומת זרע); ויוסבר מדוע דעותינו שונות. לאחר מכן נידרש לטענת העותרות לעניין אי חוקתיות חוק הפונדקאות, תוך שהעמדה הבסיסית לגבי אי-ישימותו מקובלת על כולנו, רוב ומיעוט כאחד.

היעתרות לבקשה באמצעות חוק תרומת ביציות?

ח. השופטת חיות מזהה בסעיף 11 לחוק תרומת ביציות את המכשול העיקרי העומד בפני הגשמת רצון העותרות, נוכח הדרישה כי הנתרמת תהא אשה אשר "אינה מסוגלת בשל בעיה רפואית להתעבר מביציות שבגופה, או שיש לה בעיה רפואית אחרת המצדיקה שימוש בביציות של אישה אחרת לשם הולדת ילד" (הדגשות הוספו – א"ר). משהגיעה חברתי למסקנה כי חוק תרומת ביציות פוגע בזכויותיהן החוקתיות של העותרות לאוטונומיה (פסקה 24), לחיי משפחה ולהורות (פסקה 25), נבחנה חוקתיות הפגיעה. נאמר, כי ההסדר בחוק תרומת ביציות נועד לתכלית ראויה, אך אינו עומד בדרישות המידתיות, שכן בסימן ג' לחוק תרומת ביציות כוננה ועדת חריגים מכוח החוק, וזאת "בלא שהוענקה לוועדת החריגים סמכות גמישה דיה לדון במקרים פרטניים וחריגים המצדיקים סטייה מהוראות החוק" (פסקה 34, וראו גם פסקאות 30-32). השופטת חיות מציעה איפוא סעד חוקתי, שעניינו קריאה אל תוך חוק תרומת ביציות של סעיף משנה נוסף – סעיף 20(א)5 – אשר יסמיך את ועדת החריגים ליתן אישור לתרומת ביציות בנסיבות בהן קיימים "טעמים חריגים ומיוחדים המצדיקים זאת" (פסקה 35).

ט. השופטת חיות מציעה איפוא כי במסגרת חוק תרומת ביציות יתאפשר לוועדת החריגים ליתן היתר לתרומת ביציות לנתרמת אשר לא הצביעה על צורך רפואי בתרומה. בשונה מן האמור בסעיף 11 לחוק תרומת ביציות, שלפיו – ככותרתו –

”בקשה לתרומה למטרת הולדה” עשויה להיות מוגשת על-ידי מי שאינה מסוגלת בשל בעיה רפואית להתעבר מביציות שבגופה ואם לשימוש בביציות אשה אחרת לרבות לשם פונדקאות. בכל הרצון הטוב, תולדותיה של ועדת החריגים מקשות לתמוך בגישה זו, אף שהיה ראוי בעיניי כי המחוקק ישקול הסמכת הוועדה למקרים חריגים באופן רחב משעשה. המצב המשפטי הנוכחי, עד לחקיקה ”מתקנת” אינו יכול לטעמנו לשאת יותר מאשר נכונה המדינה להסכים לו, קרי, הוצאת הביציות מן הארץ ללא סנקציה כפי שפורט מעלה (פסקה ד’).

י. עד לחקיקת חוק תרומת ביציות בשנת 2010, הוסדרה תרומת ביציות במסגרת תקנות הפריה חוץ-גופית תוך שהותרה תרומת ביציות רק מאת אשה אשר ”נמצאת בטיפולי פוריות ורופא אחראי קבע כי יש בנטילת הביציות משום קידום הטיפול בה” (תקנה 4(1)). המגבלה שהושתה בתקנות הפריה חוץ-גופית על זהות התורמת יצרה מחסור ארצי במאגר ביציות לתרומה. בשנת 2000 הוקמה ועדה ציבורית-מקצועית בראשות הרב ד”ר מרדכי הלפרין ממשרד הבריאות לבחינת נושא תרומת הביציות בישראל (להלן ועדת הלפרין). ועדת הלפרין המליצה לאפשר תרומת ביציות גם מאת נשים אשר אינן מצויות בטיפולי פוריות, וזאת לצרכי הפריה בלבד, ובתמורה ל”פיצוי כולל” (סעיפים 7(א) ו-9(ב) להמלצות ועדת הלפרין). יצוין, כי בהמלצות הוועדה לא הוצבה דרישה מפורשת כי לנתרמת יהא צורך רפואי בתרומה; כך, בסעיף 2(4) להמלצות נאמר כי מקבלת התרומה תהא ”אשה בגירה אזרחית ישראלית אשר גילה בעת השתלת הביציות בגופה לא יעלה על 51 שנה” – הא ותו לא; עם זאת חשוב לציין, כי המלצות ועדת הלפרין כמות שהן לא הובאו בפני הכנסת כהצעת חוק (ראו מרדכי הלפרין ”תרומת ביציות בישראל – דילמות והמלצות” רפואה ומשפט – ספר היובל 165 (2001)).

יא. בשנת 2007 פורסמה הצעת חוק תרומת ביציות, התשס”ז-2007 הצעות חוק הממשלה 289, בעמ’ 292 (להלן הצעת החוק), והיא הבשילה לכדי חקיקה רק בשנת 2010; כנאמר בפתח דברי ההסבר:

”החוק המוצע נועד להסדיר את ההיבטים השונים הכרוכים בשאיבה ובתרומה של ביציות בישראל, ואת השימוש בביציות אלה. עיקרו של החוק המוצע להסדיר תרומת ביציות לצרכי הולדת ילד, ואולם נקבעו בו גם הוראות המאפשרות, בתנאים מסויימים, שימוש בביציות שנתרמו כאמור, גם למטרת מחקר”.

בשונה מהמלצות ועדת הלפרין, בסעיף 11 להצעת החוק הוצע כי התרומה תוגבל לנתרמת אשר מצביעה על בעיה רפואית (לסקירת ההבדלים הרבים שבין המלצות ועדת הלפרין להצעת חוק תרומת ביציות, התשס"ז-2007 ראו סמדר נוי, דניאל מישורי ויאלי השש "אוזות המטילות ביציות זהב – הצעת חוק תרומת ביציות התשס"ז" רפואה ומשפט 36, 161, 175-179 (2007)). בדברי ההסבר לסעיף 11 הובהר כי המבקשת יכולה גם להצביע על קיומן של "סיבות מוצדקות אחרות" (שם, בעמ' 297, הדגשה הוספה – א"ר). בנוסף, בסעיף 21(ה) להצעת החוק הוצע ליתן לוועדת חריגים סמכות:

"לאשר שאיבת ביציות, הקצאת ביציות או השתלת ביציות, על פי פניה של רופא אחראי לפי סעיף 18, אם סברה כי בנסיבות העניין קיימים טעמים חריגים ומיוחדים המצדיקים זאת".

בדברי ההסבר הובהר כי הטעמים החריגים הם מסוג אשר "לא ניתן היה לצפותם מראש, וזאת בלי שהדבר יחייב שינוי החוק" (שם, בעמ' 304, הדגשה הוספה – א"ר). סעיף הסל שביקש לאפשר לוועדת החריגים לשקול "טעמים חריגים ומיוחדים" הושמט במודע על ידי ועדת המשנה של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות שדנה בחוק; על השמטה זו נמתחה ביקורת בפסק דינה של חברתי השופטת חיות (פסקאות 21-22, 38). שאלה היא, במישור "כוונת המחוקק", האם גם אילו חוקק, במסגרת חוק תרומת ביציות, סעיף הסל המאפשר מתן היתר לתרומת ביצית מטעמים חריגים ומיוחדים, היה מקום בנסיבות שלפנינו כי ועדת החריגים תאשר תרומת ביצית במקרה בו הנתרמת אינה מצביעה על צורך רפואי, שכן עסקינן במערכת נסיבות שברי לכאורה כי אליה לא כיוון החוק במקורו. נעיין בהיסטוריה החקיקתית כדי להתחקות אחר הדברים.

יב. פרוטוקולי ישיבת ועדת המשנה של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות מגלים כי היועצת המשפטית של משרד הבריאות, עורכת הדין מ' היבנר-הראל, ביקשה באמצעות סעיף הסל ליצור "סעיף מילוט, יש דברים בחיים שאני לא צופה היום" (דיון ועדת המשנה, מיום 3.11.08). דברים שבעניין זה צוטטו על-ידי השופטת חיות בפסקה 21. ואכן השופטת חיות סבורה כי לסעיף הסל היה ניתן להכניס "מקרה כגון זה שלפנינו אשר בו אין לנתרמת צורך רפואי בתרומת הביציות אך קיימים טעמים אחרים אשר בגינם יש הצדקה לאפשר את התרומה" (פסקה 22); אולם, אם נקרב מבטנו לדיוני ועדת המשנה מיום 3.11.08 נגלה – דומה – כי סעיף הסל, טרם השמטתו, לא נועד ליתן מענה למקרים מעין אלה. במסגרת הדיון הביע הרב ד"ר הלפרין חשש כי "סעיף הסל מייתר את הכל. זה פוגע באנונימיות, פוגע בזכויות האישה, פוגע בזכויות הגבר.

זה סעיף שפוגע בכל הזכויות". עורכת הדין מ' היבנר הראל הבהירה, כי "הסעיף הזה נולד דווקא בשל צמצום תרומת הביציות למחקרים ... הסעיף הזה נכתב בשביל קטסטרופות. הוא לא נולד כסעיף סל שלא למקרי קטסטרופה" (שם, בעמ' 46, הדגשה הוספה – א"ר). האם תרחיש של בנות זוג המבקשות לערוך הליך של הפריה חוץ גופית הדדית, בא בגדרי "קטסטרופה"? מסופקני. נזכיר כי ההליך הרפואי – הפריה חוץ-גופית הדדית – המבוקש על ידי העותרות היה צפוי ומוכר לגורמים המקצועיים, כך בתמ"ש (מחוזי ת"א) 60320/07 ת.צ. נ' היועץ המשפטי לממשלה – פרקליטות מחוז תל אביב (2012) (להלן עניין ת.צ.) היה מקרה בו קיבלו בנות זוג לסביות מן היועצת המשפטית של משרד הבריאות עצמה ב-2006 היתר לעריכת הליך של הפריה חוץ-גופית הדדית; ובהמשך אעמוד על השוני בין עניין זה לענייננו אנו. ספק איפוא אם לשם מתן מענה להליך מן הסוג המבוקש על ידי העותרות הוצע, לאמיתם של דברים, לחוקק סעיף סל.

יג. צפיות ההליך המבוקש על ידי העותרות נלמדת לכאורה גם מדיוני ועדת המשנה בניסוח סעיף 22(א)(2), שעניינו ייעוד תרומה מתורמת מסוימת לנתרמת מסוימת מטעמים "דתיים או חברתיים":

"היו"ר אריה אלדד:

אם יש פתח ללסביות, יש גם פתח לחברה הטובה. לא ברור מה זה, אבל יש פתח וועדת החריגים תדון ותגיד שהיא לא יכולה. זה פתח טוב" (פרוטוקול ועדת המשנה של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות למעקב אחר הצעת חוק תרומת ביציות, התשס"ט-2008 (3.11.08), הדגשות הוספו – א"ר).

עולה, כי בועדה הובעה דעה שראתה בסעיף 22(א)(2) לחוק תרומת ביציות את הפתח להתיר לבנות זוג לסביות באמצעות ועדת החריגים תרומה לא אנונימית של ביציות מבת זוג לרעותה הנזקקת לתרומה בשל "צורך רפואי" (זוג מס' 3 בתרחישים שהוצגו בפסקה ז' למעלה).

יד. חברתי השופטת חיות ציטטה בהרחבה (פסקה 21) דברים מתוך דיון ועדת המשנה, אלא שבסופו של יום הוחלט שלא לכלול סעיף סל, בעקבות דברי הרב ד"ר הלפרין, שציין בדיון כי "עדיף למחוק את סעיף 18 (אישור במקרים חריגים – א"ר) ולהשאיר את זה לבית המשפט ... בית המשפט מתיר דברים שהחוק אוסר. לא רק בית המשפט העליון אלא גם בית המשפט המחוזי. יש הרבה דוגמאות כשיש צורך אמיתי הוא מוצא את הדרך גם אם זה נגד החוק המפורש". ובתשובה להערת היו"ר פרופ'

אלדר כי "בית המשפט לא יכול לפעול בניגוד לחוק, אולי נוסף כאן סעיף סלסלה שמסמך את בית המשפט כחריג מן החריג", משיב הרב ד"ר הלפרין "אבל את זה לא צריך לכתוב. את זה בית המשפט עושה ממילא גם בלא סעיף סל. לכן לא צריך את זה".

חברתי מותחת ביקורת על דברים אלה כ"הנמקה תמוהה ושגויה". לצערי אירעה כאן לד"ר הלפרין, שהוא רב, גניקולוג וגם משפטן, ומחבר בעל זכויות רבות בתחום הרפואה ובמיוחד בענף הפוריות, "תקלה סימפטומטית", קרי, המחשבה הרווחת בחוגים שונים כאילו בית המשפט עושה כאוות נפשו וכחפצו; יאמר הדין את אשר יאמר, בית המשפט ילך בדרכו שלו. הדין אינו "תכנית כבקשתך" גם לבית המשפט, ואולי בראש וראשונה לו. פרשנות היא תפקידו של בית המשפט ולא אחת ניתן הדין לפירושים שונים, ועל בית המשפט להכריע (לעניין פרשנות ראו – למשל – את סדרת ספריו של פרופ' אהרן ברק על פרשנות במשפט, המציגה את כל צדי הבעיה). יתר על כן, פעמים שהמחוקק "מפיל" על בית המשפט חובות פרשנות בעניינים שהם נושאים למחלוקת ציבורית וערכית רבה, למשל הדיבור "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" בסעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 2 לחוק יסוד: חופש העיסוק. ואולם, מקום שעמדת המחוקק ברורה, גם על פי תכלית החוק כפי שנחקק (להבדיל משאלות פרשנות במקום הנתון לפרשנות) – על בית המשפט לנקוט זהירות ואין הוא בן חורין להחליט "על פי מידת כף רגלו", גם אם המדובר במטרה ראויה – וכאן יש להמתין למחוקק.

טו. ודוק – גם אילו חוקק סעיף הסל המוצע במסגרת הצעת חוק תרומת ביציות בחוק, ולטעמי ראוי היה שייחקק, שאלה היא ואותירנה בצריך עיון, אם היה מקום להיעתר לבקשת העותרות, וזאת נוכח הבכורה הניתנת במסגרת חוק תרומת ביציות להורות פיזיולוגית על פני הורות גנטית. בחקיקה הישראלית קיימים מספר חוקים העוסקים בהורות; בחוקים אלו מיוצגות עמדות שונות ומשלימות לעניין קביעת ההורות (למודלים השונים ראו יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" דין ודברים ו 533 (2012) (להלן מרגלית); מרדכי הלפרין "אשה כי תזריע וילדה" הורות ביולוגית והורות גנטית" פרשת השבוע – עיונים משפטיים בפרשיות התורה: ויקרא 110 (א' הכהן ומ' ויגודה עורכים, 2012)). תפיסה המבכרת את היסוד הגנטי ניתן לזהות בסעיף 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951 ובסעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, תשכ"ב-1962; מה שאין כן בחוק האימוץ, תשמ"א-1981, ובחוק תרומת ביציות, ואף לשיטות מסוימות בחוק הפונדקאות, שם נדחק היסוד הגנטי במידה מסוימת ומתאפשר כינונה של הורות שלא על בסיס יסודות גנטיים במובהק (ראו חגי

קלעי "הורים חשודים: פיקוח ושליטה משפטיים על משפחות לא הטרונומטיביות בעקבות בג"ץ 566/11 מ-מט-מגד נ' שר הפנים" המשפט ברשת – זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 28, 5, 9-13 (2014) (להלן קלעי)). אודה, כי בעיניי שלי ההורות הגנטית בגדרי הפונדקאות היא עיקר; מכאן גם ההיתר העיוני-הערכי לפונדקאות. יצוין, כי פוסקי ההלכה חלוקים בשאלה למי האימהות במקרה של פונדקאות, וראו פסקה ל"ו להלן. מכל מקום, כדי להכניס את ענייננו שלנו תחת כנפי "סעיף סל" כזה היה צורך ליצור מודל של "הורות משותפת מובנית מעיקרא"; ושאלה היא.

טז. מהו מודל ההורות העולה מחוק תרומת ביציות? סעיף 42 לחוק קובע כי היילוד שנולד מתרומת הביצית יהא ילדה של הנתרמת וזאת ללא צורך בקבלת צו הורות. דהיינו במסגרת חוק תרומת ביציות, חרף הזיקה הגנטית בין תרומת הביצית ליילוד, ניתנת בכורה לתרומה הפיזיולוגית של הנתרמת להיוצרות היילוד. חוק תרומת ביציות, כפי שנרחיב בהמשך בהקשר חוק הפונדקאות, ביקש ליצור "נתק" בין תרומת הביציות ליילוד, כמו גם לנתרמת (ראו בהקשר זה בהיבט של ניתוק הזיקה המשפטית בסעיף 42 (ג) לחוק תרומת ביציות, המורה על ניתוק הזכויות והחובות המשפטיות בין התורמת ליילוד; כן ראו הפניית חוק תרומת ביציות, בהגדרת "אם מיועדת" ו"אם נושאת" שבסעיף ההגדרות, לחוק הפונדקאות, אשר ביסודו תפיסה של "ניתוק" בין "ההורים המיועדים" ל"אם הנושאת" ולמעשה בין היילוד ל"אם הנושאת"). רק בסוגיות הניתוק ישנו דמיון בין שני החוקים.

יז. תכליתו של חוק תרומת ביציות עולה מסעיף 1 לחוק, הקובע כי החוק נועד בעיקרו להסדיר תרומת ביציות למטרות הולדה לנשים אשר אינן יכולות לממש את הורותן שלא באמצעות תרומת ביציות, וזאת "תוך שמירה מרבית על כבודן, על זכויותיהן ועל בריאותן של התורמת והנתרמת". כך גם מההיסטוריה החקיקתית: "מימוש ההורות הוא ערך נשגב במדינת ישראל ... צריכים להבין שכאשר ממשלת ישראל אישרה את הצעת החוק הזו ראתה לנגד עיניה, את מימוש ההורות של נשים שלא תוכלנה לעשות זאת ללא תרומת ביציות" (דברי עורכת הדין מ' היבנר הראל, פרוטוקול דיוני ועדת המשנה מיום 18.2.08, הדגשה הוספה – א"ר). יעד מימוש ההורות של הנתרמת, חרף המחסור או הלקות בחומר גנטי, נלמד גם מן ההתוויה הרפואית לקבלת תרומת ביציות: "נשים הסובלות מכשל שחלתי, חסר שחלות או רזרבה שחלתית מופחתת; נשים שדרך קבע מייצרות ביציות ו/או עוברים באיכות דלה; נשים שלא הצליחו, לאחר נסיונות חוזרים, להרות בטיפולי הפריה חוץ גופית; נשאות של פגם גנטי חמור; נשים שגילן מעל 45" (אורלי לוטן "תרומת ביציות להפריה ולמחקר" הכנסת – מרכז המחקר והמידע (13.11.07)).

יח. לגישה הבסיסית של הגבלת התרומה לנתרמת בעלת צורך רפואי קיימות איפוא הצדקות רפואיות, כגון הימנעות מטיפול רפואי שאינו נחוץ (מיכל אגמון-גונן וקרן דבך-דויטש "זכות הרופא להימנע ממתן טיפולי פוריות" רפואה ומשפט 33, 13 (2005)), וחברתיות כגון הימנעות משימוש בתרומה לצרכי השבחה גנטית (רות זפרן "אימהות יש גם שתיים – הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" דין ודברים ג 351, 362 (תשס"ח) (להלן זפרן)). יצירת הבחנה בין נתרמות הנדרשות לתרומה בשל צורך רפואי לבין נתרמות אשר מבקשות תרומה מבלי להצביע על צורך רפואי עולה ביסודה בקנה אחד עם תכלית החוק, שעניינה שמירה על בריאות התורמת והנתרמת במסגרת תרומת ביציות למטרות הולדה. מצינו איפוא, כי מתן אישור מאת ועדת החריגים לתרומה מעותרת 1 אל עותרת 2 ספק על פניו אם היה משתלב בהרמוניה שבין מכלול סעיפי החוק, נוכח הבכורה הניתנת בו להורות פיזיולוגית, מקום בו האישה מנועה ממימוש אימהותה הגנטית. הגשמת רצונה של אשה, כמו במקרה דנא, להביא לעולם יילוד בעל מטען גנטי זהה לשלה שונה על פניה מן הרציונל שבבסיס חוק תרומת ביציות, אשר נועד לסייע לנשים בעלות לקות רפואית בביציותיהן להגשים את זכותן להורות. אילו התכוון החוק לכך שניתן יהא להעניק תרומת ביצית לאישה בריאה גם בשל צורך רפואי של התורמת, חזקה שהדבר היה נאמר מפורשות (רע"א 5638/95 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' שמור, פ"ד מט(4) 865, 871 (1996); ע"א 4100/97 רינדר נ' ויזלטיר, פ"ד נב(4) 580, 594 (1998); עע"מ 1721/10 מועצה מקומית גני תקווה נ' קופלביץ, פסקה 12 (2011)).

יט. ביסוד החוק איפוא מתן תרומת ביצית לאשה בעלת צורך רפואי בתרומה; כך מתממשת תכליתו הראשית של החוק – סיוע במימוש הזכות להורות של נשים בעלות לקות בביציותיהן. ההבחנה שיוצר החוק בין נשים בעלות צורך רפואי לנשים שאינן כאלה, לכאורה אינה מפלה את העותרת 2, נוכח השוני הרלבנטי הקיים (בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות, פסקה 35 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2010)). בכך, בשונה מחברתי השופטת חיות, איני סבור כי אנו מצויים ברובד הבחינה החוקתית של חוק תרומת ביציות, שעה שחוק זה מלכתחילה לא בא לפרוס מצודתו על ענייננו שלנו.

כ. בפסק דינה של חברתי השופטת חיות הודגש עניין ת.צ – המקרה משנת 2006 בו התיר משרד הבריאות, טרם חקיקת חוק תרומת ביציות, לבנות זוג לתרום ביצית זו לזו. ענין ת.צ הובא כראיה לכך שמשרד הבריאות "ראה בבנות הזוג תא משפחתית המצדיק היענות לבקשתן תוך התייחסות לנסיבות חייהן המשותפות" (חיות, פסקה 21). אלא שחוששני כי, אין הנידון דומה כדבעי לראיה. בחינה של עובדות הפרשה היא

מגלה, כי לבת הזוג הנתרמת היה צורך רפואי מובהק בתרומה מבת זוגה, שלא כנסיבותיה של עותרת 2. דהיינו, אילו היה חוק תרומת ביציות עלי ספר כבר בשנת 2006 עת ביקשו בנות הזוג בעניין ת.צ. היתר לתרומת ביצית, היו זוכות להיתר לפיו, שכן הנתרמת עומדת במגבלה החקוקה בסעיף 11 לחוק, בהיותה בעלת צורך רפואי; ובת הזוג האחרת הייתה רשאית לתרום, שכן חוק תרומת ביציות ביטל את הדרישה שלפיה על התורמת להימצא בעיצומם של טיפולי פוריות. מסלול מעין זה הוצע לעותרות בדיון שהתקיים ביום 19.11.12; הוצע כי דנה תתרום לליאת, בעלת הצורך הרפואי המוכח, תרומה לא אנונימית, כפי שגם אירע בענין ת.צ., אך הצעה זו לא נראתה לעותרות.

כא. כאשר אושרה תרומה חוץ גופית הדדית בין בנות זוג בעבר, טרם חקיקת חוק תרומת ביציות, נעשה הדבר בהתאם למדיניות רפואית שקיבלה לאחר מכן גושפנקה בחקיקה הראשית. חברתי השופטת חיות תיארה (פסקה 20) את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מיום 24.11.09 (בעקבות דיון מ-6.9.09), והנה הסיבה בגינה בענין ת.צ. נדרש אישור היועץ המשפטי לממשלה היא כי התורמת לא הייתה מצויה באותה עת בטיפולי פוריות, ומגבלה זו הוסרה במסגרת חוק תרומת ביציות, ואכן לא עמדה לרועץ גם לעותרות בענייננו.

בהעדר "צורך רפואי" לנתרמת, גם אילו חלה הנחיית היועץ המשפטי לממשלה משנת 2009 – לא היו העותרות יכולות להיבנות הימנו. הרבותא שבהנחיית היועץ המשפטי היתה הסרת המגבלה שהושתה בתקנות הפריה חוץ-גופית על זהות התורמת; ואילו הקושי הניצב בפני העותרות בענייננו נובע מן הדרישה כי לנתרמת יהא צורך רפואי בתרומה, מגבלה העולה כאמור מן ההיסטוריה החקיקתית, תכליות החוק והבכורה הניתנת במסגרת חוק תרומת ביציות להורות פיזיולוגית.

כב. אם נחזור לתרחישים שהצגנו בפתח ההכרעה, חוק תרומת ביציות במתכונתו הנוכחית מספק מענה רק לזוג מספר 3, המבקש הליך של תרומת ביציות מבת זוג בעלת ביציות תקינות אשר חפצה לתרום תרומה לא אנונימית לבת זוגה בעלת הלקות בביציות אשר תישא את ההריון. באמצעות הוספת סעיף סל מבקשת חברתי השופטת חיות לאפשר גם לזוג מספר 2, בו לאחת מבנות הזוג ביציות תקינות אך חוסר יכולת לשאת את ההריון, להיכנס תחת כנפי החוק, וזאת כדי להגשים את רצונה של ליאת בהורות גנטית באמצעות בת זוגה. עוד יצוין, כי גם אילו הוסף סעיף סל לחוק תרומת ביציות, כפי שהוצע על ידי חברתי, לא היה בכך בכדי ליתן מענה לזוג מספר 1 – שתי בנות זוג

אשר אינן סובלות מכל בעיה רפואית מוכחת – אך מעוניינות בהליך ההפריה החוץ-גופית ההדדית על מנת ליצור יילוד גנטי-פיזיולוגי משותף.

כג. 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 (2015) (להלן אברהם)), או לשם מתן מענה לבעיית ממזרות (יוסי גרין "האם קיים פתרון לבעיית הממזרות באמצעות טכנולוגיות רפואיות בשטח הפריזון?" מאזני משפט ז 411 (תש"ע)). הרחבה מעין זו מונחת בראש וראשונה לפתחו של המחוקק, האמון על עריכת האיזונים. מכל מקום, ובודאי נוכח ההיסטוריה החקיקתית מזה והפתרון החלקי שהציעה המדינה מזה, נראה כי אין מקום לאשר לוועדת החריגים יצירתה של מדיניות ציבורית-רפואית יש מאין במסגרת סעיף סל, תוך ביטול דרישת הצורך הרפואי במקרים נקודתיים; זאת – ללא "מורה דרך" בדמות התויות חקיקתיות שהן בגדר האפשר, במאמץ חקיקתי לא גדול במיוחד.

היעתרות לבקשה באמצעות תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987?

כד. חברתי השופטת ארבל, סבורה אף היא כי אין בכוחן של העותרות להיושע במסגרתו של חוק תרומת ביציות, וזאת מכיוון ש"אדם לא יכול לתרום משהו לעצמו, שכן אז לא יחשב הדבר לתרומה" (פסקה 15), וכן קבעה כי אין הצדקה להתערבות בדרישת הצורך הרפואי בסעיף 11 לחוק תרומת ביציות (פסקה 14). לפיכך הציעה בחוות דעתה דרך חלופית לזו שהוצעה על ידי השופטת חיות, להגשמת הליך ההפריה החוץ-גופית ההדדית המבוקש על ידי העותרות, באמצעות תקנות הפריה חוץ-גופית (פסקה 17-18). לשיטת השופטת ארבל, ניתן להחיל את תקנות בריאות העם על הסיטואציה המבוקשת על ידי העותרות ללא קושי, כפי שנעשה בעבר בעניין ת.צ.

כה. אולם, כפי שכבר הראינו לעיל (פסקה כ'), נסיבות עניין ת.צ שונות במידה ניכרת מנסיבות העתירה שלפנינו. אמת, בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה מיום 30.11.09 נאמר ביחס לתרומה בין בנות זוג, כי "אין לראותה כמעשה העומד בסתירה לתקנת הציבור"; אולם, בכל המקרים המתוארים כבסיס ליצירת ההנחיה, המובאים בדיון שהתקיים ביום 24.11.09, בת הזוג הנתרמת הצביעה על צורך רפואי בתרומה

מבת זוגה, דהיינו עסקינן במקרים החוסים במובהק תחת כנפי ההסדר החוקי הקיים כיום במסגרת חוק תרומת ביציות, מה שאין כן לכאורה בנידון דידן.

כו. זאת ועוד, ניתן לזהות בלשון תקנה 4 לתקנות הפריה חוץ-גופית, משום ראייה לחיוניות הדרישה של צורך רפואי:

"נטילת ביצית תיעשה רק מאשה שהתקיימו בה אחד מאלה: (1) היא נמצאת בטיפולי פוריות ורופא אחראי קבע כי יש בנטילת הביציות משום קידום הטיפול בה; (2) היא אינה נמצאת בטיפולי פוריות, אך מעוניינת בשימור פוריות, מפאת גילה..." (הדגשה הוספה – א"ר).

ודוק – סעיף ההגדרות בתקנות מבחין בין הליך של "נטילת ביצית" שעניינו הוצאת ביציות מאשה והשתלתן בגופה שלה, לבין הליך של "תרומת ביצית" שעניינו נטילת ביצית מאשה והשתלתן בגופה של אשה אחרת. תקנה 3 קובעת כי נטילת ביציות תיעשה אך ורק "למטרה של הפריה חוץ גופית והשתלתה לאחר הפרייה", נמצאנו למדים כי לא ניתן להחיל את הליך הנטילה המתייחס להליך הפריה חוץ גופית של אשה אחת בלבד, ביחס להליך הפריה חוץ גופית הדדית המבוקש על ידי העותרות. אכן, "בעבר אישר משרד הבריאות את קיומו של ההליך המבוקש" (פסקה 23) כפי שציינה חברתי השופטת ארבל. אולם חוששני שאנו מצויים כיום, לאחר חקיקתו של חוק תרומת ביציות, במציאות משפטית אחרת, נראה כי האישור שניתן על ידי משרד הבריאות התייתר משחוקק חוק תרומת ביציות, אשר הסדיר את מה שניתן בעבר במסגרת האישור – הליך של תרומה לא אנונימית של ביצית מאשה שאינה עוברת הליכי פוריות לאשה בעלת צורך רפואי בתרומה. הנחיית היועץ המשפטי משנת 2009 קיימת במשתמע במסגרת חוק תרומת ביציות, ועל כן יקשה להשתמש בתקנות להיתרו של הליך שבמסגרתו תינטל ביצית מגופה של עותרת 1, אשר תושלת ברחמה של עותרת 2. חוששני, כי להליך מעין זה אין עוגן בתקנות הפריה חוץ-גופית. נוכח האמור למעלה בענין ת.צ, אין גם לומר כי החוק הרע את מצבן של נשים בדמות העותרות, וכמובן המפתח בידי המחוקק לכל שינוי.

סיכום ביניים – "אולי אִבְנָה מִמֶּנָּה" (בראשית ט"ז, ב')

כז. כאמור, חברותי השופטות חיות וארבל מציעות לסלול נתיב חוקי להליך הרפואי המבוקש על ידי העותרות בין באמצעות חוק תרומת ביציות ובין באמצעות תקנות הפריה חוץ גופית בהתאמה; שתיהן שללו את תחולת חוק הפונדקאות על

הנסיבות דנא, בשל היעדר יסוד הניתוק בין האם הנושאת ליילוד. אלא שהצעותיהן יוצרות, בפועל, מעין "מעקף" לחוק הפונדקאות וזאת לשם מתן פתרון במקרה דנא, ולטעמי המצב החוקי הקיים אינו תומך בכך, ושאלה שטובה היא אם יש מקום לפרשנות מרחיבה בטרם אמר המחוקק דברו.

כח. אוסיף הערות אחדות: הליכי פונדקאות ותרומת ביציות הם הלכה למעשה שני צדדים של אותו הליך רפואי. בשני ההליכים – למעט במקרי פונדקאות בהם זקוקה האם המיועדת הן לשירותי רחם והן לתרומת ביצית – נחלקת הפונקציה האימהית בין שתי נשים שונות לשתיים: הפונקציה הגנטית והפונקציה הפיזיולוגית. בשני ההליכים קיימת אשה א' המספקת ביצית לאשה ב' אשר בגופה מושתלת הביצית המופרית. ההבדל בין ההליכים נובע אך ורק מן ההסכמה המתגבשת בין הצדדים, במסגרתה נקבע מי תהא הורתו של היילוד שייווצר כתוצאה מן ההליך הרפואי:

"When egg is retrieved from one woman' fertilized' and then implanted in a second woman, the first woman could be functioning either as an egg donor – with no intention of rearing the child – or, alternatively, as the intended rearing mother. Moreover, the second woman (i.e., the woman who carries the fertilized egg to term) might be functioning as a "surrogate" or, alternatively, as the intended rearing mother. In both situations, *the cast of characters is identical*. What differentiates the two circumstances is not the functions performed by parties, but rather the intentions of the parties upon entering into the arrangements. These intentions define the roles of the parties and should determine legal maternal status" (Anne Reichman Schiff "Solomonic Decisions in Egg Donation: Unscrambling the Conundrum of Legal Maternity", 80 IOWA L. REV. 265, 277 (1995), הדגשות הוספו – א"ר).

ועוד:

"An egg donor recipient woman and a gestational surrogate differ only in maternal intent, usually also reflected by legal contract. This "only," however, yields a cosmos of different contested meanings of motherhood" (DION FARQUHR, THE OTHER MACHINE: DISCOURSE AND REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES 151 (1996), הדגשה הוספה – א"ר).

ההסכמה המתגבשת בין הצדדים, תלויה בצורך הרפואי של האשה יוזמת ההליך. ככל שאשה נזקקת לתרומת ביצית, ההליך המבוקש נקרא "תרומת ביצית",

וככל שהיא נזקקת לסיוע בנשיאת ההריון, ההליך המבוקש נקרא "פונדקאות" – בעוד ההליך הרפואי עצמו ביסודו נותר בעינו, זהה.

כט. הוכחה לכך ניתן למצוא בסעיפים 4(ב) ו-6(ב) לחוק תרומת ביציות:

4(ב) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על שאיבת ביציות מגופה של אם מיועדת, על הטיפול המעבדתי בביציות שנשאבו כאמור ועל השתלתן בגופה של אם נושאת לצורך ביצוע הסכם לנשיאת עוברים, לפי חוק ההסכמים.

...

6(ב) לא תבוצע השתלת ביציות אלא בגופה של נתרמת, או בגופה של אם נושאת שהתקשרה עם נתרמת בהסכם לנשיאת עוברים לפי חוק ההסכמים (הדגשה הוספה – א"ר).

ההליך הרפואי הזהה – נטילת ביצית מאשה א' והשתלתה באשה ב' – מוסדר במסגרת שני חיקוקים שונים. שורש ההבדל בין ההסדרים החקיקתיים נעוץ בהסכמה החברתית שבין הצדדים להליך לבין המדינה. השתלת ביצית מופרית בגופה של אם מיועדת במסגרת חוק הפונדקאות, אינה נחשבת כתרומה. סעיפים 4(ב) ו-6(ב) לחוק תרומת ביציות מבהירים כי קיימת בחירה חברתית לסיווג ההליך הרפואי הזהה, על פי הצורך הרפואי המניע את הצדדים. חוששני, כי הכנסת סעיף סל אל תוך חוק תרומת ביציות, אשר יאפשר לאשה א' לתרום ביצית לאשה שאיננה בעלת צורך רפואי משמעותי יצירתו בפועל של מסלול פונדקאות בתוך חוק תרומת ביציות; דבר זה מחייב חשיבה ובדיקת ההרמוניה החקיקתית. נטילת ביצית מאשה א' והפרייתה והשתלתה ברחם של אשה ב' אשר כשלעצמה אין לה צורך רפואי בתרומה משמיעה, כי ניצבים אנו לאמיתו של דבר לפתחו של מעין הליך פונדקאות. אף בהליך פונדקאות, לאם הנושאת אין צורך רפואי בתרומת ביצית, והביצית מושלת ברחמה חרף העדר צורך רפואי; וזאת, בתנאי של ניתוק הקשר לאחר הלידה. ראו סעיף 1 לחוק זה (הגדרת "אם נושאת"), וכן בסעיף 2 שעניינו "השתלת ביצית מופרית שמטרתה התעברות אם נושאת על-מנת למסור את הילד שיוולד להורים מיועדים" (הדגשה הוספה – א"ר). החסם אשר מנע מן העותרות להיכנס לגדרי חוק תרומת ביציות – הצורך הרפואי – אינו מתקיים כאשר עסקינן בהליך פונדקאות, אולם הוא מותנה בניתוק, שבנידון דידן הוא ההיפך מרצונן של העותרות.

ל. גם ההצעה לעשות שימוש בתקנות הפריה חוץ גופית משמיעה "מעקף" לחוק הפונדקאות שכן, אכן כל עוד נטילת הביצית נעשית לשם הפריה בתוך גוף האשה אשר מתוכה הוצאה הביצית מתחילה, ההסדר החוקי החל הוא התקנות; אולם משמושלת

הביצית בגופה של אשה אחרת, שני החיקוקים הרלבנטיים הם חוק הפונדקאות וחוק תרומת ביציות, וההכרעה באשר לחיקוק החל נבחנת למול כוונת הצד אשר מבקש את ההליך לשם הגשמת ההורות. בענייננו, העותרת 1 מבקשת ליצור יילוד אשר ישא את מטענה הגנטי, באמצעות השתלת ביצית מופרית מגופה ברחמה של עותרת 2 אשר אינה בעלת צורך רפואי בהליך. כללם של דברים, שימוש בחוק תרומת ביציות ובתקנות הפרייה חוץ גופית כדי לאפשר הליך בו מושתלת ביצית בעותרת 2 ללא צורך רפואי מוכח, הוא איפוא מעין מעקף לחוק הפונדקאות והסדריו – הסדר המאפשר, הלכה למעשה, פונדקאות שבמסגרתה קיים קשר קודם בין האם המיועדת לאם הנתרמת שעל בסיסו נבנית הפונדקאות, וזאת בלא שיוחלו חוק הפונדקאות והאיזונים המגולמים בהוראותיו, ובניגוד לגישת החוק כמות שהוא.

היעתרות לבקשה באמצעות חוק הפונדקאות?

לא. לשלמות התמונה אדרש לטענת העותרות להחלת חוק הפונדקאות שעמדה ביסוד עתירתן מתחילה. המדינה טוענת כי שני חסמים עיקריים עומדים בפני העותרות בבקשן לחסות תחת הסדריו של חוק הפונדקאות: האמ, אי-שייכותן למעגל הזכאות; השני, העדר ניתוק הזיקה בין האם הנושאת ליילוד לאחר הלידה, וזאת נוכח כוונתן המוצהרת לגידול היילוד בצוותא חדא. לשיטת המדינה ההליך המבוקש על ידי העותרות אינו נכנס לגדרי חוק הפונדקאות מעיקרא וחורג מתכליתו ומהוראותיו, שכן עניינו "יצירת הורות משותפת גנטית-ביולוגית". עמדה זו היתה מקובלת ככלל על הרכב השופטים בדיון המורחב – שראה בחוק הפונדקאות הסדר של ניתוק לאחר הלידה – ועמדה בבסיס ההחלטה מיום 24.9.12 לשלוח את העותרות לתקן את עתירתן, כך שתתייחס גם לחוק תרומת ביציות.

לב. ואף על פי כן אבחן את השאלה האם פונדקאות לכשעצמה מחייבת ניתוק בין האם הנושאת לבין היילוד. השופט ארבל בדיון מיום 28.4.13 תהתה בקשר לכך ואף אנכי העליתי תהיה (ראו בפרוטוקול שם); תהייתי היתה במישור הערכי, בראש וראשונה. לשיטת המדינה הניתוק בין האם הנושאת לבין "ההורים המיועדים" מהוה עקרון-על של מוסד הפונדקאות, ולהכרה באם הנושאת כאם המשפטית השלכות רחבות, קרי, הכרה בפונדקאית כאם היילוד לכל דבר וענין, וזאת בניגוד להסדר הצר והמאוזן החקוק בסעיף 13 לחוק הפונדקאות המאפשר את חזרת האם הנושאת מן ההסכם – הכולל ניתוק – בנסיבות חריגות בלבד.

ואכן ניתן למצוא לכאורה בסעיפיו השונים של חוק הפונדקאות ראיות לעמדת המדינה. הזכרנו את סעיף 1 ובו מוגדר הסכם לנשיאת עוברים כ"הסכם בין הורים מיועדים לבין אם נושאת לפיו מסכימה האם הנושאת להתעבר בדרך של השתלת ביצית מופרית ולשאת את ההריון עבור ההורים המיועדים" (הדגשה הוספה – א"ר). כן הזכרנו את סעיף 2; ועוד, בסעיף 19 לחוק נקבע, כי עריכת הסכם לנשיאת עוברים שלא על פי הדרך המותית בחוק היא עבירה פלילית שעונש מאסר בצידה. החוק במובהק מתווה את הדרך לפיה ילכו הצדדים המתקשרים בהסכם של פונדקאות הסכמית-מסחרית בתמורה לתשלום לאם הנושאת (COMMERCIAL SURROGACY), ואינו נדרש להסדרת פונדקאות אלטרואיסטית (ALTRUISTIC SURROGACY).

לג. מדברי ההסבר לחוק הפונדקאות נמצאנו למדים כי החוק ביקש להתיר עריכת הסכמי פונדקאות ב"סייגים שונים ובצורה מבוקרת" (ראו הצעת חוק לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד יילוד), התשנ"ו-1995 (הצעות חוק תשנ"ו מס' 2456, בעמ' 259, 6.12.95); ההגבלות הקיימות בחוק הן אינהרנטיות לעיצובו של מנגנון הפונדקאות, נוכח החשש לניצולה לרעה של האם הפונדקאית. חוק הפונדקאות הוצע בעקבות דו"ח ועדה בראשות השופט (בדימוס) שאול אלוני, ואודה כי קריאת החוק על פניה – וגם קריאת דברי ההסבר להצעת החוק – משמיעה פונדקאות של ניתוק; דברי ההסבר (שם) מדברים על טכנולוגיות מתקדמות המאפשרות "להביא ילדים לעולם... בעזרת אשה (אם נושאת) המוכנה להתעבר ולשאת ברחמה הריון עבור בני זוג ממטען גנטי של בני הזוג או לפחות של אחד מהם (הורים מזמינים) ועם הלידה היא מוסרת להם את התינוק" (הדגשה הוספה – א"ר). לא אמנע עם זאת מהידרשות – למעלה מן הצורך, דומה, בנידון דידן – למצב שבו אין פונדקאות מחייבת כשלעצמה ניתוק הרמטי בין האם הנושאת ליילוד.

פונדקאות מבקשת ביסודה לעשות שימוש ביכולת נשיאת הריון של אשה מסוימת וזאת על מנת לסייע לאחרת (בג"ץ 625/10 פלונית נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים, פסקה 12 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2011)). סיוע בנשיאת הריון כשלעצמו אינו משמיע בהכרח ניתוק, והדבר עשוי להיות תלוי נסיבות, אם כי הוא מחייב חקיקה, ועלי לומר זאת ובהדגשה כבר כאן. יצוין כי במספר מדינות אשר בחרו להתיר פונדקאות (בריטניה, אוסטרליה ופינלנד) נבחר דווקא מודל אלטרואיסטי ולא הסכמי-מסחרי (שהחוק שלנו בנוי לפיו, כעולה גם משמו – חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד יילוד) תשנ"ו-1996). המודל האלטרואיסטי, בשונה מן ההסכמי-מסחרי, נרקם על יסודות של קשר קיים וקודם בין הפונדקאית להורים המיועדים (נופר ליפקין ואתי סממה "ממעשה הרואי למוצר-מדרך:

נורמטיבציה זוהלת של פונדקאות בישראל" משפט וממשל טו 435, 449-453 (תשע"ג) (להלן ליפקין וסממה)).

לד. יתרונו הערכי של המודל האלטרואיסטי הוא בכך שהוא מאפשר להתגבר על החשש מפני הניצול המובנה הקיים במודל הפונדקאות בתשלום, מודל שבסיסו תפיסת האם הפונדקאית כמי שמעניקה שירות גרידא, תוך התעלמות מייחודיות ההליך והמחירים הכרוכים בו (שם, בעמ' 489-490). הקשר הקיים בין האם הפונדקאית להורים המיועדים שעל בסיסו נעשית ההתקשרות עשוי לאיין ולמצער להפחית את החשש מפני ניצולה של הפונדקאית. חוק הפונדקאות בישראל, שעניינו – כאמור – פונדקאות מסחרית, עוצב תוך מתן דגש בעיקר על האינטרסים של ההורים המיועדים, המעוניינים, על פי רוב, לקבל את היילוד מבלי להתחייב לקשר מתמשך עם הפונדקאית. ואולם אין זו בהכרח הדרך היחידה בה ניתן היה לעצב את היחסים הנרקמים במסגרת ההסכם בין ההורים המיועדים לבין האם הנושאת.

לה. לא למותר לציין, כי בין מלומדי המשפט העברי נשמעה הסברה כי ליילוד בהליך הפונדקאות שתי אימהות וזאת בשל החשש לאיסורי קרבה (ראו ז' לב "תינוק מבחנה – מעמד האם הפונדקאית" עמק הלכה ב 163, 169 (תשמ"ט); J. DAVID (1977) BLEICH, CONTEMPORARY HALAKHIC PROBLEMS 107-108). זו, כפי שנראה, עמדתו לחומרה של הרב ש"ז אורבך. עולה מכל האמור כי הקביעה האם עסקינן בניתוק או בקשר הינה בחירה אפיסטמולוגית הנובעת ממדיניות ציבורית ואינה אימננטית להליך הרפואי גופו, ויש שיאמרו שאף הפונדקאות מוסיפה השפעות סביבתיות שיש להן משמעות כלפי היילוד. עם זאת, חוק הפונדקאות במתכונתו הנוכחית, המבקש לנתק בין האם הנושאת ליילוד ולהורים המיועדים, מותיר תקופת "בין השמשות" – בין לידת היילוד לבין מתן צו ההורות (סעיפים 10-11 לחוק הפונדקאות) – בה טרם ניתן מעמד משפטי להורים המיועדים אך היילוד עובר למשמורתם. בתקופה קצרה זו, הקשר הגנטי בו אווזים ההורים המיועדים אמנם אינו מקנה להם מעמד משפטי אך מקנה להם משמורת, ורק צו ההורות לאחר מכן הוא היוצר את הניתוק הסופי. עולה כי בחוק כפי שהוא קיימת תקופה בה שתי נשים (הנושאת והמיועדת) קשורות ליילוד, באותה עת. ואולם, ברי כי לא זו כוונת החוק, שנועד להסדר פונדקאות על בסיס הסכמי-מסחרי שלאחריו ניתוק. אף על פי כן, החלטתי לבדוק בזיקה לטענות העותרות, את שאלת חוקתיותו של חוק הפונדקאות בהקשר דנא.

לו. לחיבת המשפט העברי אציין, כי פוסקי ההלכה בימינו מתחבטים בשאלת הפונדקאות, כמות שמתחבטים הם בשאלות רבות של הלכה העולות מן ההתפתחויות הטכנולוגיות והרפואיות המפליגות בדורנו וגם מדגמי המשפחה החדשים, בין החד-הוריים ובין הזוגיים (ראו הרב ז"נ גולדברג "יחוס אמהות בהשתלת עובר ברחם של אחרת" תחומין ה' 248 (1984); הרב מ' הרשלר "בעיות הלכתיות בתינוק מבחנה" הלכה ורפואה א' ש"ז (1980); הרב א' כלאב "מיהי אמו של ילוד - ההורה או היולדת?" תחומין ה' 260 (1984); הרב י"ב מאיר "הפריית מבחנה – יחוס עובר הנולד לאם פונדקאית ולאם ביולוגית" אסיא יא 25 (תשמ"ו); הרב ע' ביק "יחוס אימהות בהשתלת עוברים" תחומין ז' 266 (1987); פרופ' מיכאל קורניאלדי "מעמדו המשפטי של ילד הנולד מהפריה מלאכותית מתורם זר או מתורמת ביצית" שנתון המשפט העברי י"ח-י"ט 295 (תשנ"ב-תשנ"ד); פרופ' דניאל סינקלר "הזרעה מלאכותית והפריה חוץ-גופית במשפט העברי: היבטים השוואתיים, הלכתיים-מתודולוגיים ומוסריים" המשפט ט' 291 (תשס"ד); רחל צ'יטליץ "פונדקאות בשילוב עם תרומת ביציות: היבטים הלכתיים ומשפטיים" רפואה ומשפט 39, 82, 85 (2008)). יש מן הפוסקים שלא נדרשו לפונדקאות בחיוב עקרונית מטעמים של מה שראו כבלבול וערכוביה. ואולם ככל הנראה אולי יש להתייחס לכך, כעניין שאינו מעיקר הדין, בדומה להזרעה מלאכותית שהותרה במקום של צורך גדול (להסתייגות מפונדקאות ראו קובץ ישורון, כא 535, 537 בשם הרב י"ש אלישיב והרב ש"ז אורבך; להיתר הזרעה מלאכותית ראו הרב מ' פיינשטיין בעקבות המהרש"ם, שו"ת אגרות משה אבן העזר א', י'). מהו צורך גדול? המשכיות משפחתית נתפסת כרצון האשה הנוגעת בדבר (למשל, המבקשת הפריה מלאכותית) לסיוע לעת זקנה – "לחוטרא לידא ומרה לקבורה" (למקל ליד ומעדר לקבורה), בבלי כתובות ס"ד, ע"א) וראו עניין בנק הזרע, בפסקה כ"ז לחוות דעתי. האם ניתן לראות בעצם מימוש הזכות להורות צורך גדול? יתכן כי זו הרחבה של הצורך של "לעת זקנה" לעבר חיים שיש בהם סיפוק.

שאלה אחרת המתחדדת במידה מסוימת בענייננו, היא מי נחשבת לאם הוולד, תורמת הביצית או הפונדקאית. הרב יוסף שלום אלישיב (נשמת אברהם ד', חלק אבן העזר ב', ב') סבר כי האם הגנטית, תורמת הביצית, היא האם (קובץ ישורון, בעמ' 540-535) אף שלימים אולי נתעורר בו ספק בדבר (ישורון כ"א (תשס"ט)); וראו אסמכתאות בספרו של הרב ד"ר מ' הלפרין רפואה, מציאות והלכה ולשון חכמים מרפא (תשע"ב), 22-23 וכן 294-295. כך גם הרב י"מ סולוביצ'יק "בדין תינוק המבחנה", אור המזרח 100, 122-128 (תשמ"א); ראו גם הרב ש' גורן "השתלת עוברים לאור ההלכה" הצ'פה

17 (1984); הרב ד"ר א' ורהפטיג "נספח לדיון בעניין תינוקות מבחנה" תחומין ה-269, 268 (1984), אך בדעה אחרת בעל ציף אליעזר הרב א"י ולדנברג (חלק י"ט, מ', כ', מ"ט) סבר שהביציות בטלות לגוף הפונדקאית ועל כן היא תיחשב האם; וראו גם הרב זלמן נחמיה גולדברג, תחומין ה' 270. הרב הלפרין בספרו מביא מנגד מדברי הרב עובדיה יוסף, הרב מ' בראנסדורפער והרב ש"מ עמאר הסבורים כי האם הגנטית היא האם (ראו המקורות שם, בעמ' 294-295; וישנן גם דעות שנשתנו). למקבץ דעות שעיקרן בכיוון אמהות הפונדקאית ראו גם עולמות (שיעור ל"ג, תשס"ט); ראו מנגד גם הרב אביעד ברטוב, "מותר אגב אמו – ואם פונדקאית" שיעורים במסכת ביצה, ישיבת הר-עציון, המסכם (וראו האסמכתאות שם) כלהלן: "היום נראה כי המנהג ההלכתי המקובל הוא לומר כי מעמדו של עובר הנולד ממערכת זו (הפריית מבחנה באם פונדקאית – א"ר) צריך להיקבע על פי מעמדה של האם שהיא המקור למבחנה, ולא האם הפונדקאית". דעת הרב ש"ז אוירבך, כפי ששמעתי מפי הרב פרופ' אברהם שטיינברג, היתה, כי אין פתרון ברור לאחד הכיוונים שכן אין ראייה מספקת להכרעה מלאה, ועל כן יש לראות בשתי הנשים "אמהות לחומרה" (דבר שיחייב, למשל, גיור אם אחת מהן אינה יהודיה); ראו גם הרב יצחק שילת, רפואה, הלכה וכוונות התורה (תשע"ד) 222, 231, המביא מנשמת אברהם (מה' 2) אבן העזר לה; בסופו של יום בנידון דידן אין צורך להכריע מי האם, באשר המגמה היא שותפות גמורה בין שתי הנשים המדוברות, אך השאלה עלולה להישאל במקרים של נפרדות או פירוד (ראו K.M. v. E.G., 13 Cal. Rptr. 3d 136 (Ct. App. 2004); Sanja Zgonjanin "What Does It Take To Be A (Lesbian) Parent? On Intent and Genetics" 16 HASTINGS WOMEN'S L.J. 251 (2004-2005)).

האם פוגע חוק הפונדקאות בזכות החוקתית?

לז. חוק הפונדקאות משקף את ההסכמה החברתית שהושגה, אשר במסגרתה כוננה "פונדקאות מסחרית" למעגל צר לזוג הורים מיועדים הטרוסקסואליים (בג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים ולנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419, 437-438 (2002) (להלן עניין משפחה חדשה)). האם פוגע ההסדר הקיים בחוק הפונדקאות בזכות העותרות להורות? ועוד, יצירת יילוד גנטי-ביולוגי במסגרת זוגיות לסבית לא עמדה לנגד עיניו של המחוקק בחקקו את חוק הפונדקאות, אך משרצונה של העותרת 1 להגשים את זכותה להורות הגנטית באמצעות שימוש ברחמה של בת זוגה, האם יכולה בקשתה זו לחסות תחת כנפי חוק הפונדקאות?

לח. הזכות לחיי משפחה היא זכות-בת הנגזרת מהזכות החוקתית לכבוד האדם (בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 2002 (2006)); הזכות להורות היא זכות-נכדה של הזכות לחיי משפחה והיא משתרעת על מגוון דרכי הפיריון והלידה (אהרון ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" משפט ועסקים ט"ז 13, 42 (תשע"ד) (להלן חוקת המשפחה); אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 662-670 (2014)). אין חולק כי הזכות להורות הוכרה לא פעם בפסיקתו של בית משפט זה כזכות יסוד חוקתית (ע"א 5527/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485, 499 (1995); דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 102 (1995); דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 775 (1996); עניין משפחה חדשה, בעמ' 445; בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2006); בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פסקאות 17-21 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2009) (להלן בג"ץ משפחה חדשה); בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פסקה 38 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2011) (להלן עניין קו לעובד); עניין בנק הזרע, פסקה כ"ז לפסק דיני; פסקה 8 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו (2013)).

לט. הזכות להורות הוכרה כזכות בעלת היבטים "שליליים" ו"חיוביים" (בג"ץ משפחה חדשה, פסקה 3 לפסק דינה של הנשיאה ביניש וכן פסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין). ההיבט השלילי עניינו הגנה על הפרט מפני התערבות חיצונית בזכות ובמימושה; בהיבט החיובי עניינה של הזכות הטלת חובה על המדינה לסייע לפרט בהגשמתה (ראו אהרן ברק פרשנות במשפט ג' 312 (1994); אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 44 (2010) (להלן ברק, מידתיות)). הזכות להורות נידונה לא פעם למול התפתחויות טכנולוגיות בתחום הפיריון; פונדקאות הוכרה כחלק מהזכות להורות, אך סווגה כהליך החוסה תחת הפן החיובי של הזכות להורות (בג"ץ משפחה חדשה, פסקה 23 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). לביקורת על סיווג זה, ראו קלעי, בעמ' 19-20. מכל מקום, בשני היבטיה, הזכות להורות אינה מוחלטת (ברק, מידתיות, בעמ' 56-57).

מ. העתירה דנא מעלה בין היתר את השאלה האם כלולה בגדרי הזכות להורות, הזכות להורות גנטית דווקא. שאלה זו לא נידונה במפורש בפסקה, אך "קול הדם" – היסוד הגנטי – נשמע (דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נו(1) 48,

102 (1995); עניין משפחה חדשה, בעמ' 461; פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל -133
 132 (1989); עניין קו לעובד, פסקאות 38-39 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; דנ"א
 1892/11 היועמ"ש נ' פלונית, פסקה 6 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (2011)). בעניין
 בנק הזרע (פסקאות מ"ג-מ"ה) עמדתי על היחלשות היסוד הגנטי, ועל כך שאין לראות
 בהורות גנטית חזות הכל; לדבר אסמכתאות גם במקורות המשפט העברי – 'אשרי
 עושה צדקה בכל עת', זה המגדל יתום ויתומה בתוך ביתו ומשיאם" (בבלי כתובות נ',
 ע"א); "כל המלמד תורה לבן חברו כאילו ילדו" (בבלי מגילה י"ג, ע"א); "איני יודעת
 לי אב אלא אותך, שהמגדל נקרא אב ולא המוליד" (שמות רבה, מ"ו, ה' ד"ה "ועתה ה'
 אבינו אתה"); "רבי חנינא אומר מהכא 'ותקראנה לו השכנות שם לאמור יולד בן
 לנעמי' (רות ד, י"ז), וכי נעמי ילדה והלא רות ילדה, אלא רות ילדה ונעמי גידלה לפיכך
 נקרא על שמה" (בבלי סנהדרין י"ט, ע"ב); למודל המבכר את "ההורות החברתית/
 פונקציונלית/ פסיכולוגית" ראו מרגלית, בעמ' 576-582)). לאחרונה דן בית משפט זה
 במסגרת בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים בשאלה
 עקרונית-משלימה שעניינה בקשה לכונן הורות על יסוד הסכמי גרידא ללא יסוד גנטי
 (הבקשה נדחתה ביום 13.7.14, בפסק דין שטרם ניתנו לו נימוקים).

מא. בעניין בנק הזרע, עמדתי על שני רבדיה של הזכות להורות (פסקה כ"ט):

"מדברים אלה עולה הבחנה נוספת הנוגעת לשני רבדיה
 של זכות זו. רובד ראשון, בעל ערך בפני עצמו, הוא
 היכולת לממש יכולת רבייה ולהפוך לאם או אב ביולוגי.
 רובד שני, שהוא זה העומד גם בבסיס הזכות שלא להיות
 הורה, הוא יכולת הבחירה של האדם כיצד לממש את
 זכותו הטבעית, קרי את הרובד הראשון. הרובד השני
 מצוי בפריפריה של הזכות להורות, הוא איננו נועד להגן
 על הערך של הבאת ילדים לעולם בפני עצמו, אלא על
 ערכים אחרים, כגון הזכות לפרטיות, האוטונומיה
 והבחירה החופשית עם מי, כיצד ומתי, אם בכלל, להביא
 ילדים לעולם (לרבות היכולת לתכנן משפחה)" (הדגשות
 הוספו – א"ר).

ההבחנה בין פניה השונים של הזכות רלבנטית לענייננו. דעת לנכון נקל כי
 במישור המשפטי ניתן להבחין בין הפגיעה בזכות להורות של עותרת 1 לפגיעה בזכותה
 של עותרת 2. בעוד שהפגיעה בעותרת 2, ממוקדת בעיקרה ברובד השני של הזכות,
 וזאת משמנע ממנה מימוש הזכות באופן המבוקש על ידיה – הפגיעה בעותרת 1
 ממוקמת בעיקרה ברובד הראשון של הזכות להורות, שכן נמנעת ממנה עצם הגישה
 להליך פונדקאות ובעקבות זאת, מימוש זכותה להורות גנטית. סיווג זה של עניין
 העותרת 2 אינו מאיין את עצם הפגיעה, שכן "כל עוד השוליים הם חלק מהזכות,

אופייה השולי של הפגיעה בזכות רלבנטי אך לשלב של בחינת חוקתיותה של הפגיעה, ולא לשאלת עצם קיומה של הפגיעה בזכות לכבוד האדם" (חוקת המשפחה, בעמ' 30; ברק, מידתיות, בעמ' 44).

מב. אצא, לצורך הדיון, מן ההנחה כי ההסדר הקבוע בחוק הפונדקאות המאפשר עריכת הסכמים בין איש ואשה לבין פונדקאית והמחייב ניתוק בין הפונדקאית ליילוד ולהורים המיועדים לאחר הלידה, פוגע בזכות העותרות להורות. תיבחן איפוא חוקתיות הפגיעה.

השלב השני – האם הפגיעה בזכות החוקתית היא כדין (פסקת ההגבלה)?

מג. לפסקת ההגבלה ארבעה תנאים, העולים מלשונו של סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: על הפגיעה להיעשות בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו; ההולם את ערכיה של מדינת ישראל; הנועד לתכלית ראויה; ובמידה שאינה עולה על הנדרש. שני חסמים עיקריים מונעים מן העותרות להיכלל בהסדרי חוק הפונדקאות. האחד, הגדרת המונח "הורים מיועדים" בחוק, והיא (סעיף 1) "איש ואשה שהם בני זוג, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד"; השני, העדר ניתוק בין האם הנושאת להורים המיועדים לאחר לידת היילוד. נידרש לשני חסמים מרכזיים אלה.

חוקתיות הגדרת המונח "הורים מיועדים"

מד. מעגל הזכאות הצר הנגזר מהגדרת "הורים מיועדים" בחוק הפונדקאות נדון בעניין משפחה חדשה במסגרת שאלת זכאותה של אשה רווקה לממש את זכותה להורות באמצעות הליך פונדקאות. נקבע, כי "החוק לא נתכוון לפתור בעיותיה של אשה חשוכת-ילדים שאין לה בן-זוג, אף לא בעיותיהם של איש שאין לו בת-זוג או של כל בני-זוג אחרים" (שם, בעמ' 439, מפי המשנה לנשיא חשין). בעניין משפחה חדשה, הוכר מעגל הזכאות הצר כמידתי בעיקר נוכח חדשנות החוק אז; המשנה לנשיא חשין עמד על כך, שתידרש בעתיד בחינה מחודשת של הסוגיה, לכשיצטבר מידע רלבנטי בנוגע למימוש הליך הפונדקאות כמו גם השלכותיו (שם, 447-448, 456); עוד ראו ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות: בעקבות בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי נ' שר האוצר ובג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל" משפטים מג 419 (תשע"ג).

מה. ועדת פרופ' שלמה מור יוסף – הועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריזון וההולדה בישראל (2012) – אכן באה בהמלצה להרחיב את מעגל הזכאות להליך הפונדקאות, כך שתתאפשר נגישות להליך הפונדקאות המסחרית גם לנשים ללא בני-זוג; הועדה אף המליצה על כינונה של פונדקאות אלטרואיסטית לגברים חד הוריים (לביקורת על המלצות הועדה, ראו אברהם, פרק 73).

לאחר פרסום מסקנות הועדה, הוקם ביוני 2012 צוות לבחינת דרכי היישום של המלצותיה וכבר הזכרנוהו למעלה. השנה הוצג תזכיר חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשע"ד-2014, שקיבל את אישור ועדת השרים לענייני חקיקה ביום 14.3.2014. בתזכיר החוק מוצע לשנות את הגדרת "הורים מיועדים" כך שיכללו במעגל הזכאות גם נשים ללא בן זוג וגברים ללא בת זוג. דהיינו, מוצעת הרחבת מעגל הזכאות לפונדקאות מסחרית, בהתאם לרוח הפסיקה בעניין משפחה חדשה. אין בתזכיר מענה ישיר לעותרות במודל המבוקש על-ידיהן – רק מתן אפשרות לפונדקאות על-ידי אשה זרה לעותרת 1, ולכך כמובן אין העותרות מכוונות.

מו. מכל מקום, קיומם של הליכי חקיקה עכשוויים 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)). כמובן, אם לא יתקיימו הליכי חקיקה אין להוציא מכלל אפשרות התערבות שיפוטית חוקתית; מסכים אני עם אמירתה של חברתי השופטת ארבל בפסק דינה כי "יש לפרש הסדרים חוקיים באופן שיתיישב עם עקרון השוויון 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.

מוז. כללם של דברים, הגדרת המונח "הורים מיועדים" בחוק הפונדקאות מונעת מעותרת 1 את הגישה להליך פונדקאות. המדינה טוענת (פסקה 51) כי נושא זה תיאורטי לגביה נוכח רצונה להיעזר בבת-זוגה לשם מימוש הליך הפונדקאות; ואולם, יש להבחין בין מניעת הגישה להליך, ברובד הראשון של זכות העותרת 1 להורות, לבין שאלת האופן בו ימומש הליך הפונדקאות, ברובד השני של הזכות. נעבור עתה, אל החסם השני שעניינו אופן מימוש הזכות להורות.

הדרישה לניתוק בין האם הנושאת להורים המיועדים – חוקתית?

מח. רצון העותרת 1 לממש את הליך הפונדקאות באמצעות בת זוגה, משמיע לנו, כאמור, כי עסקינן ברובד השני של הזכות להורות: אופן מימוש הזכות. העותרת 1 מבקשת לממש את זכותה להורות גנטית בדרך מסוימת, אשר אפשרית על-פניה במישור הרפואי – בכפוף להסתייגות הרופא המטפל של עותרת 1 כי "אין מידע חד משמעי האם הבעיה בביצית או של השרשה (רחמי)" (2/נ) לעתירה המתוקנת מיום 14.4.13 – אך היא ארץ לא זרועה במישור המשפטי.

מט. פונדקאות אלטרואיסטית ולמצער פונדקאות של קשר, אינה קיימת בהסדר החקיקתי הקיים. עם זאת, בתזכיר החוק הנזכר, ניתן למצוא רמז דק ליצירת פונדקאות מעין זו. כך מוצע לשנות את הגדרת "קרובת משפחה" בסעיף 1(3) לחוק הפונדקאות באופן שבת-דוד או בת-דודה לא ייחשבו כקרובות משפחה ויוכלו לשמש כאימהות נושאות; בסעיף 2(3)(ב) לחוק הפונדקאות מוצע להוסיף לאיסור הבסיסי על קרבת משפחה בין האם הנושאת להורים המיועדים את הסייג הבא: "על אף האמור אחות תוכל לשמש כאם נושאת ובלבד שהזרע בו יופרו הביציות שיושתלו בה, לא יהיה של אחיה". הרצון להרחיב את מאגר המועמדות להפוך לאימהות נושאות, הביא את מנסחי התזכיר להפנות מבט אל עבר קרובות משפחה של ההורים המיועדים, מתוך הנחה כי קיומו של קשר ישמש זרז לכניסה להליך הפונדקאות.

לשם בחינת מידתיותה של הדרישה לניתוק בין הפונדקאית להורים המיועדים, נידרש לשלושת מבחני המשנה המקובלים: הראשון, מבחן ההתאמה – הדורש קיומו של קשר בין התכלית הראויה לבין האמצעים שנקבעו להגשמתה. השני, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – הדורש כי האמצעי שנבחר צריך שיפגע בזכות האדם במידה הקטנה ביותר אשר בגדר האפשר. עניינו של המבחן השלישי בבחינת קיומו של יחס ראוי בין האמצעי לתכלית, ובגדרו נשקלת התועלת הצומחת מן הנורמה הפוגעת אל מול מידת הפגיעה בזכות (בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 279-286 (2002); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 545-547 (1994); ברק, מידתיות, בעמ' 373-454).

ג. כיון שעל פניו קיים קשר רציונלי בין מודל פונדקאות שבליבו יסוד של ניתוק לבין הגשמת תכליתו של חוק הפונדקאות, כמות שהוא, נעבור אל מבחן המשנה השני של המידתיות ונשאל הישנה חלופה, אשר פגיעתה בזכות להורות פחותה אך בכוחה להגשים את תכלית החוק. העותרות מצביעות, בצדק, על מגוון בעיות וביקורות

המתעוררות במסגרת הפונדקאות המסחרית – ניצול מצבה הכלכלי של הפונדקאית, קשיי הניתוק מן היילוד, חרטה על הכניסה להליך, ומעורבות צד שלישי בהליכי הפיריון (ליפקין וסמחה, בעמ' 480-485), ומטעימות כי אלה מאויינות בהליך האלטרואיסטי המבוקש על-ידיהן. ואולם, גם המתכונת האלטרואיסטית אינה חפה מבעיות. החשש העיקרי המתעורר למול ערוץ פונדקאות אלטרואיסטי הוא הפעלת לחץ משפחתי-חברתי על האשה, אשר יביא אותה להיכנס להליך חודרני וקשה שאינו משקף את רצונה האמתי (Rakhi Ruparelia, "Giving Away the Gift of Life: Surrogacy and the Canadian Assisted Human Reproduction Act" 23 CAN. J. FAM. L. 11, 14; 29; 35-36 (2007); JANICE G. RAYMOND, WOMEN AS WOMBS: REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES AND THE BATTLE OVER WOMEN'S FREEDOM 53-54 (1993)). כך בארצות הברית, לדוגמה, קיימת נטייה לריסון הסכמים אלטרואיסטיים המתקיימים במסגרת בני-משפחה, וזאת בשל החשש לקושי בניתוק מן היילוד (ליפקין וסמחה, בעמ' 450). בעיה נוספת היא היעדרו של ידע פסיכולוגי-מדעי מספק על ההליך האלטרואיסטי והשלכותיו (שם, בעמ' 490).

נא. ועוד, פונדקאות אלטרואיסטית עשויה גם לעורר ביתר שאת את שאלת מעמדה המשפטי של הפונדקאית ביחס ליילוד. ברגיל, בהליך פונדקאות, עם הוצאת צו ההורות, הופכת האם הנושאת חסרת מעמד משפטי ביחס ליילוד; בהליך מעין זה המבוקש על ידי העותרות, סביר כי העותרת 2, אשר נשאה את היילוד, תבקש לקבל הכרה משפטית כאם היילוד; ראו גם בג"ץ 566/11 דורון ממשט מגד נ' משרד הפנים (28.1.14) (להלן ענין ממשט מגד). בקשה מעין זו, מציבה קושי ניכר למוסד הפונדקאות במתכונת הנוכחית אשר רק באם המיועדת כאם המשפטית (1972, בעמ' 388-395). הכרה משפטית באם הנושאת במסגרת חוק הפונדקאות טומנת בחובה אפשרות של פגיעה פוטנציאלית בציבור "ההורים המיועדים" הנעזרים עתה בחוק הפונדקאות.

נב. מכל האמור עולה, כי מתן היתר למתכונת של "קשר" במסגרת ההסדר החוקי הקיים אין בו כדי לייצר חלופה הפוגעת בזכות החוקתית במידה פחותה, אך אשר בכוחה להגשים את תכלית החוק. הגם שלכינונה של פונדקאות אלטרואיסטית פוטנציאל רב, מלאכת התקנתה היא במובהק עניין למחוקק לענות בו וזאת נוכח הקשיים הטמונים בה, בהעדר הסדרה מתאימה ומאוזנת; כינונו של מודל פונדקאות אלטרואיסטי מחייב יצירת מנגנונים חקיקתיים אשר יבטיחו את הבחירה החופשית של הפונדקאית וכן הסדרי אבחון וליווי. הנה אתגר למחוקק.

נג. חוק הפונדקאות מגביל איפוא את זכות העותרת 1 לפונדקאות אלטרואיסטית, שכן מתכונת מעין זו טרם חוקקה. אולם, הפגיעה מוגבלת להגשמת הפונדקאות במתכונת האלטרואיסטית בישראל. המדינה לא חסמה את דרכה של העותרת 1 להגשים את הליך הפונדקאות במתכונת המבוקשת על ידיה במדינות הים. הזכרנו את נוהל משרד הבריאות מיום 21.7.13 שעניינו "הוצאת זרע, ביציות או ביציות מופרות מחוץ לישראל", המאפשר לעותרת 1 להוציא ביציות מופרות שנשאבו מגופה אל מחוץ לישראל, וזאת כדי שהללו: "יושתלו בגוף האשה ממנה נשאבו הביציות, או בגוף אשה פונדקאית לשם נשיאת הריון עבור האשה ממנה ניטלו הביציות, או עבור מימוש הורות בדרך אחרת עבור האשה ממנה ניטלו הביציות" (הדגשה הוספה – א"ר).

באמצעות הנוהל, נמנעת המדינה מהגדרת ההליך הרפואי המבוקש כהליך פונדקאות, נוכח העדר הכרה בדין במודל האלטרואיסטי, אך במקביל מסירה את המכשול שעמד בפני העותרות ממימוש ההליך במדינות אחרות במתכונת המבוקשת על ידיהן. לטעמי, האפשרות שניתנה לעותרת 1 להוציא את החומר הגנטי מחוץ לישראל עומדת בדרישת מבחן המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר) שעניינה היחס בין הפגיעה שנגרמה לזכות החוקתית לבין התועלת המושגת. משהליך פונדקאות במתכונת אלטרואיסטית אינו קיים בישראל, נדמה שלפנינו פתרון מידתי המאזן בין רצון העותרות להגשים את ההליך בדרך הספציפית המבוקשת על ידיהן ובין הצורך להימנע מכינונם של הסדרים שיפטיים "טלאי על טלאי". לעומת זאת מתן אפשרות לעותרות להגשים את רצונה באופן המסוים המבוקש על ידיהן – דהיינו, באמצעות פונדקאות אלטרואיסטית בישראל – יביא לכך שחלקים בתוך חוק הפונדקאות לא יעלו בקנה אחד זה עם זה (לבעיות הנובעות מחקיקה טלואה ראו בג"ץ 7691/95 שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(5) 577, 587-588 (1998); רע"א 418/03 אסם תעשיות מזון בע"מ נ' סמג'ה, פ"ד נט(3) 541, 552-554 (2004); ע"פ 4783/09 שולשטיין נ' רשות ההגבלים העסקיים, פסקה א' (2010)).

סוף דבר, הפנייתה של העותרת 1 במצב החוקי הקיים, להגשים את זכותה מחוץ לישראל, עם כל אי הנוחות שבכך, אינה משמיעה אוטומטית פגיעה בלתי חוקתית בזכותה (בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת – כתארה אז – נאור (2012) (להלן: עניין גלאון)). מימושו של ההליך, במתכונת הספציפית המבוקשת, מחוץ לישראל מגבש פתרון מידתי לעותרת 1, וזאת כל עוד אין בנמצא הסדרה חקיקתית של פונדקאות אלטרואיסטית. הגשמת ההליך כך מאפשרת למדינה לסייע לעותרות, וזאת מבלי ליצור דיסהרמוניה בחוק הקיים. אכן, הדעת אינה נוחה מכך שהמדינה מפנה את אזרחיה להגשים את חלומותיהם וזכויותיהם

במדינות אחרות (עניין ממת מגד, פסקאות 5 ו-10 לפסק דינו של השופט ג'ובראן), אולם בהיעדרו של הסדר חוקי המאפשר פונדקאות במתכונת המבוקשת על ידי העותרות, הפתרון המוצע על ידי המדינה באמצעות הנוהל הוא מידתי, שכן "לעתים גם מימוש זכות חוקתית נסוג מפני האינטרס הציבורי" (עניין גלאון, פסקה 11 לפסק דינה של השופטת – כתארה אז – נאור) ובענייננו – הרמוניה במערך הסדרי ההורות והאיזונים שבהם; פרשנות כמבוקש על-ידי העותרות עומדת, כפי שגם ציינה חברתי השופטת חיות (פסקה 18), בניגוד לליכת ההסדר הקיים, שעניינה ניתוק בין הפונדקאית להורים המיועדים.

נד. בנסיבות – משלא נענינו לעתירה – אין מקום להיכנס לעומקה של סוגית ההכרה המשפטית באם הנושאת (העותרת 2). אולם, ככל שהעותרות בחרו או יבחרו לממש את ההליך בחו"ל, נדמה כי הפתרון שהציע בית המשפט המחוזי בעניין ת.צ (פסקאות 31 ו-34) – קבלת צו הורות פסיקתי (לאחר עריכת תסקיר התומך בבקשה למתן צו הורות) – והעולה גם מעניין ממת מגד (פסקה 43 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור; פסקה י"א לפסק דיני), יכול לכאורה לעמוד גם לטובת העותרות בענייננו, זאת – משהמדינה לא הביעה התנגדות עקרונית לתא המשפחתי במתכונת "האימהות המשותפת" שמבקשות העותרות לבנות, אלא רק למסלול החוקי המבוקש על ידיהן להגשמתו (להכרה משפטית בשתי אימהות בארצות הברית ראו Nancy D. Polikoff "A Mother Should Not Have to Adopt Her Own Child: Parentage Laws for Children of Lesbian Couples in the Twenty-First Century" 5 STAN. J.C.R. & C.L 201 (2009)).

נה. באשר להסדרה עתידית של פונדקאות אלטרואיסטית בתוך חוק הפונדקאות הכללי המסדיר עתה פונדקאות מסחרית בלבד, חזקה על המחוקק כי יבחן אפשרות כינונו של ערוץ פונדקאות אלטרואיסטי, אשר יפעל במקביל לערוץ המסחרי בצורה בה חלקי החוק השונים לא יסתרו זה את זה, אלא ישפיעו טובה זה על זה; ראו – והדברים מובאים אך לשם הדוגמה – הצעת מרכז "אשה לאשה" בדבר הכנסת יסודות של "קשר" גם אל תוך הפונדקאות המסחרית-הסכמית, וזאת על סמך מחקרים פסיכולוגיים המצביעים כי הקשרים האנושיים הנרקמים הם טובת ההנאה העיקרית שמפיקה הפונדקאית מההליך (נופר ליפקין ואתי סממה פונדקאות בישראל – תמונת מצב 2010 והצעות לשינוי חקיקה – דו"ח של ארגון 'אשה לאשה' – מרכז פמיניסטי חיפה' 65, 80-82 (2010); ELLY TEMAN, BIRTHING A MOTHER: THE SURROGATE BODY AND THE (2010) PREGNANT SELF).

נו. בסופו של יום, לא ראינו להתערב בהצעתה האחרונה של המדינה, ההולכת דרך משמעותית לקראת העותרות גם אם אין בה מילוי מלוא הפצן. לטעמנו, אין במצב החוקי הקיים אפשרות ללכת מלוא הדרך לעבר העותרות, והדבר נתון למחוקק. כפי שהראינו, פתרונות דעות המיעוט – שובי לב ככל שיהיו – אינם נראים לנו במישור המשפטי. מכאן עמדתנו שלא להיעתר לעתירה. אין צו להוצאות.

ש ו פ ט

הנשיא א' גרוניס:

אני מסכים לפסק דינו של חברי, השופט א' רובינשטיין.

ה נ ש י א

המשנה לנשיא מ' נאור:

1. נמנית עם שופטי הרוב שקבעו כי יש לדחות את העתירה.
2. הזכות להורות זכתה להכרה כזכות יסוד, המבטאת את שאיפתם הטבעית של נשים וגברים להעמיד דור המשך (בג"ץ 566/11 ממט-מגד נ' משרד הפנים, פסקה 41 לפסק-דיני (28.1.2014); בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פסקאות כה-כט לפסק דינו של חברי השופט א' רובינשטיין (5.2.2013) (להלן: עניין פלונית)); בקשה לדיון נוסף נדחתה – דנג"ץ 1403/13 פלונית נ' משרד הבריאות (9.6.2013)). לזכות להורות, כזכויות אחרות במשפטנו, היבטים שונים. בגרעין הזכות להורות מצויה הזכות של כל גבר או אישה להביא לעולם צאצאים בדרך של הולדה טבעית, ללא התערבות של המדינה. כן מוסכם כי בלב הזכות להורות מצויה "היכולת המעשית להיכנס ל'קבוצת ההורים', ולהביא ילד לעולם" (שם, פסקה ל"ג). שאלה אחרת, מורכבת יותר, היא מהי מידת ההגנה שיש לתת לדרישתו של הפרט מן המדינה לסייע לו ביצירת

הורות גנטית, פיזיולוגית או משפטית. זאת, על רקע ההתפתחויות הרפואיות-טכנולוגיות המאפשרות יצירת הורות בדרכים מלאכותיות. דברים אלה באו לידי ביטוי בפסיקתו של בית משפט זה. ראו, למשל: בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה (24.3.2009), שעסק בין היתר בשאלה אם קיימת זכות חוקתית לאימוץ. השופטת א' פרוקצ'יה עמדה שם על המורכבות הטמונה בשאלה אם קיימת זכות לפרט לחייב את המדינה לסייע לו בתהליך יצירת הורות:

"השאלה בזווית אחרת היא האם מהזכות החוקתית לחיי משפחה והורות, הנתונה לכל אדם באשר הוא, נגזרת גם הזכות לחייב את המדינה לנקוט פעולה כדי לאפשרה מקום שאדם אינו מסוגל, או אינו רוצה להגשימה באופן טבעי, למשל בדרך של אימוץ, או באמצעות פונדקאות, או בהפרייה חוץ-גופית. האם העדר פעולה מצד המדינה שקולה כ'פגיעה' שחוקיותה נבחנת על-פי פיסקת ההגבלה? שאלות אלה הן מורכבות ורבות פנים. הן נוגעות בזיקה שבין הזכות החוקתית לבין האמצעים הנתונים בידי אדם למימושה של הזכות. הן מעלות סוגיות בעלות השלכות נרחבות, נורמטיביות, מוסריות, חברתיות, ואחרות. הגישות לפתרון נתונות להשפעות הזמן, המקום והנסיבות..."

... השאלה באיזו מידה חייבת המדינה לסייע לפרט בהעמדת אמצעים לצורך מתן עזרה לתהליכי הולדה באמצעות טכניקות הולדה מלאכותיות היא קשה ומורכבת. ככל שנדרשת התערבות גורמים חיצוניים בתהליכי הולדה, אנו מתרחקים מן הליבה הקשה של הזכות להורות המבוססת על האוטונומיה של הפרט וזכותו העצמאית לקבל החלטות הקובעות את גורלו בלא התערבות חיצונית. היקף חובתה של המדינה לסייע בידי הפרט באמצעות פעולה אקטיבית לממש את הורותו הטבעית בדרכים מלאכותיות הינה קשה ורבת פנים" (פסקות 22-23).

באותו עניין, העירה הנשיאה ד' ביניש, כי אין לפרש את הזכות להורות כזכות שלילית בלבד, אך הוסיפה כי גם אם קיימת זכות חוקתית להורות בדרך של אימוץ, יש להבחין בין היקף ועוצמת ההגנה החוקתית שתינתן לזכות האמורה בהקשרים שונים (פסקה 3; כן ראו את עמדתו של המשנה לנשיאה א' ריבלין שם, שסבר כי קיימת חירות לאמץ, וכי הגבלת חירות זו צריכה להיעשות בשים לב לאינטרסים מתחרים; עיינו גם: אהרן ברק כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 667 (2014)). כפי שצינו חבריי, לצד הזכות להורות, יש לשקול את טובתם של צדדים שלישיים המעורבים לעיתים בתהליך הולדה מלאכותי וכן שיקולים רפואיים, חברתיים ואתיים נוספים. שיקולים אלה עשויים

להוביל להגבלת דרכי המימוש של הזכות להורות, כמו גם להימנעות מהכרה בסוגי הורות מסוימים (ראו והשוו: פסק דינו ללא נימוקים בבע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (13.7.2014)). עצם העובדה כי קיימות דרכים שונות להפוך להורה, אין משמעה כי על המדינה לאפשר את מימושן בכל דרך שהמדע והטכנולוגיה מאפשרים. גישה דומה הובעה בעניין פלונית, שם עמדה השופטת ד' ברק-ארו על כך שיש להבחין בין ההגנה על הזכות להורות לבין הגנה על השאיפה למימושה של הזכות להורות "בדרך מסוימת דווקא" (פסקה 11), וכן על כך ש"מצבים אלה חוזרים ומעוררים את השאלה האם כאשר אפשרות פעולה מסוימת קיימת, כעניין מדעי וטכנולוגי, משמעות הדבר היא שאף קיימת זכות לעשות בה שימוש, וכן שאין להגביל את השימוש בזכות זו" (פסקה 32).

3. במקרה שלפנינו, העותרות מבקשות להביא יחד ילד משותף, בדרך שבה היילוד ייוולד מרחמה של העותרת 2, ויישא את מטענה הגנטי של העותרת 1. לטענת העותרות, המשיבים לא הצביעו על פגם מוסרי או על כל שיקול אחר, המצדיק למנוע מהן מלממש את זכותן להורות בדרך זו. אף שמצוקתן של העותרות נוגעת ללב, דעתי היתה שיש לדחות את העתירה.

4. חבריי הראו בהרחבה, ולא אחזור, כי על פי מערכת החוקים הקיימת כפי שהיא, מה שמבקשות העותרות לעשות הוא אסור ואף עלול לגרור סנקציה פלילית, וזאת גם כלפי הרופא המטפל.

5. חברתי השופטת חיות בפסק דינה האנושי והרגיש מבקשת למצוא מזרז לעותרות ולשאיפותיהן באמצעות הדוקטרינה של "reading in". לשיטתה, בדרך זו ניתן להקנות לוועדת החריגים הקיימת כבר לפי חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 (להלן: חוק תרומת ביציות) סמכות ליתן אישור לתרומת ביציות, אם סברה הוועדה כי בנסיבות העניין קיימים טעמים חריגים ומיוחדים המצדיקים זאת. נוסח זה הופיע בהצעת החוק, אך נמחק לנוכח דברי הרב הלפרין שהציע להשאיר זאת לבית המשפט משום ש"בית-המשפט מתיר דברים שהחוק אוסר". חברתי מצביעה על כך שלדברים אלה של הרב הלפרין אין בסיס. אכן, בניגוד לדברי הרב הלפרין, בתי המשפט אינם עושים בחוק כטוב בעיניהם, ואינם מתירים דברים שהחוק אוסר. דרכם של בתי המשפט היא דרך הפרשנות, ובמידת הצורך ואם בית המשפט מוצא הצדקה לכך ננקטת הדרך החריגה של התערבות חוקתית. עם זאת, לטעמי, גם אם היינו מרחיבים את סמכויותיה של ועדת החריגים כמוצע על ידי חברתי, לא היה לפנינו מקרה מתאים בהכרח לשימוש בחריג לעקרונות המעוגנים בחוק תרומת ביציות. בכך מצטרפת אני לדברי חברי השופט

רובינשטיין בפסקאות ט"ז-כ"ג לחוות דעתו. ההסדרים שתוארו בהרחבה העוסקים בתרומת ביציות, שמים דגש דווקא על הקשר הפיזיולוגי בין האם לעובר. כך, סעיף 42(א) לחוק תרומת ביציות, קובע כי יילוד שנולד מתרומת ביצית, יהא ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין. מבלי להמעט מחשיבותה של הזיקה הגנטית, לדעתי מדובר בפגיעה בדרך מסוימת למימוש הזכות להורות, ומשכך עוצמתה פחותה בעיני. קבלת העתירה עשויה להעביר את הדגש אל הקשר הגנטי בין היילוד לתורמת, ובכך להשפיע גם על הגדרת ההורות הנוצרת כתוצאה מתרומת ביציות. בבקשתן של העותרות אין פסול מוסרי, אך היענות לה עשויה להשליך על עניינם של אחרים, ולהוביל להפרת האיזונים שנקבעו בחקיקה בתחום הפריון וההולדה. יצוין גם, כי המגבלות הקבועות בחוק תרומת ביציות אין עניינן בהעדפתה המינית של הנתרמת או של התורמת, כי אם במתן מענה לבעיות פוריות אצל האישה הנתרמת. כפועל יוצא מכך, אין מניעה כי העותרת 2 תתרום ביצית לעותרת 1. לצד זאת, יש להתחשב בכך שהחקיקה המסדירה תרומת ביציות היא חקיקה מן השנים האחרונות, וכן בכך שבדיון על-פה בפני ההרכב המורחב ביום 28.4.2013 הביעו המשיבים נכונות לבחון את הצורך בשינויה.

5. הנסיבות המתוארות לעיל, יחד עם האפשרות העומדת בפני העותרות לממש את רצונן מחוץ לישראל, מובילות למסקנה כי אין הצדקה, לעת הזו, להתערבות בחקיקה ראשית. במקרה דנן, נקיטה בדרך יוצאת הדופן של קריאה לתוך החוק כמוה, כמעט, כמתן הנחיה לוועדת החריגים לחרוג מהחוק בעניינן של העותרות, בנסיבות בהן אין לכך מקום. קושי נוסף בנקיטה בדרך זו הוא, שלהרחבת סמכויות ועדת החריגים, כמוצע על-ידי חברתי, עשויות להיות השלכות רוחב החורגות מעניינן הפרטני של העותרות ושל זוגות כמותן. מדובר, לדעתי, בשינוי מהותי בחוק, אשר ספק אם ראוי לעשותו בדרך של "reading in".

6. זאת ועוד: אפילו היינו מתערבים בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות), וקובעים כי הביטוי "הורים מיועדים" שבחוק זה כולל לא רק בני זוג שהם איש ואישה, אלא גם אישה ואישה (ואני נוטה לקבוע כך; ראו גם: תזכיר חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשע"ד-2014), לא היה הדבר מועיל לעותרות: חוק הפונדקאות משקף מודל בו הקשר בין הפונדקאית ליילוד מתנתק עם הלידה, ואילו העותרות מבקשות לממש סוג אחר של הורות, שבו האם הנושאת את ההיריון, יחד עם האם הגנטית, ישמשו יחד כאמהות ליילוד. חוק הפונדקאות אינו המסלול המתאים לעניינן של העותרות.

7. חברתי השופטת ארבל הדגישה בחוות דעתה הרגישה את רצונה של העותרת 1 בילד משלה. לעניין הדרך המשפטית בה נקטה השופטת ארבל, מקובלים על ידי דברי חברי השופט רובינשטיין בפסקאות כ"ד-כ"ו לחוות דעתו.

8. סיכמו של דבר: עם כל האמפתייה לרצונן של העותרות להביא ילד לעולם בדרך המסוימת שהוצעה על ידן, לרבות ביצוע התהליך כולו בישראל, סברתי שלא ניתן להיעתר למבוקשן. ביכולתן, עם זאת, לנקוט בדרך לה היה מוכן משרד הבריאות להסכים.

המשנה לנשיא

השופט ט' ג'ובראן:

1. הסוגיה שלפנינו אינה פשוטה להכרעה. מזה נוגעת היא בלב הווייתו של אדם: הרצון להיות הורה; מזה נוגעת היא בלב הוויית החברה: הסדרת אורחותיה באמצעות כללי הדין. העתירה המתוקנת מבקשת לתקוף הוראות דין שונות בשני חוקים אשר לטענת העותרות מגבילות את יכולתן לממש את רצונן להורות משותפת ביולוגית-גנטית באמצעות שימוש בטכנולוגיות פיריון מלאכותיות. האחד, חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות). השני, חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 (להלן: חוק תרומת ביציות). המחלוקת היא, בקצרה, האם ניתן, בנסיבות המקרה, לאפשר לעותרות את מבוקשן וזאת חרף מגבלות הדין.

2. אני מסכים לפסק דינו של חברי השופט רובינשטיין, על פיו אין בידינו להיעתר לבקשת העותרות. כמו חברי סבור גם אני כי אין כיום דרך חוקית למלא את משאלת לבן, ולא אוסיף אלא מספר הערות קצרות.

3. תחילה לחוק הפונדקאות. מקובלת עליי העמדה לפיה המקרה שלפנינו אינו חוסה בגדר חוק זה. העותרת 2 – היא האם ה"פונדקאית" – מבקשת לשאת את העובר ברחמה וליילדו ומיועדת להיות גם האם המשותפת של היילוד. בכדי שיחול החוק על העותרת, נדרש קיומו של יסוד מרכזי בחוק הפונדקאות הוא יסוד הניתוק לאחר הלידה. המתווה הקיים בחוק הפונדקאות דורש ככלל, פרט למקרים חריגים המפורטים בסעיף

13 לחוק, ניתוק בין האם הנושאת את היילוד ובין ההורים המיועדים לאחר הלידה. דומה כי חוק הפונדקאות הקיים לא מסדיר מצבים בהם האם אשר נושאת עובר ברחמה ויולדת אותו תהא גם אמו של היילוד, ועל כן חוק זה אינו חל במקרה שלפנינו. זאת לפחות לפי חוק הפונדקאות הישראלי. דומה כי ניתן ליטול מתווים אחרים לפונדקאות מזה המצוי בחוק בנוסחו כיום. מושג הפונדקאות הוא תלוי-חוק ויכול ללבוש צורות שונות (ראו בעיקר פסקאות לב-לג לפסק דינו של חברי השופט רובינשטיין). כך, למשל, ישנה פונדקאות אלטרואיסטית וישנה פונדקאות הסכמית-מסחרית. ואולם, כאמור, המצב החוקי הקיים במדינתנו אכן אינו מאפשר בשום קריאה פרשנית את המבוקש על ידי העותרות.

4. כעת לחוק תרומת ביציות. במקרה שלפנינו, הנתרמת אשר מקבלת את הביציות היא, ככל הידוע, אישה בריאה. הקושי בהחלת החוק עליה הוא שחוק תרומת ביציות דורש כי הנתרמת תהיה בעלת בעיה רפואית המצריכה תרומת ביציות מאישה אחרת (סעיף 11 לחוק תרומת ביציות), ועל כן תנאי בסיסי זה אינו מתקיים במקרה הנדון.

5. אמנם סעיף 18 לחוק תרומת ביציות מסמיך ועדת חריגים לאשר הליך תרומת ביציות במקרים חריגים מסוימים, אך אלה קבועים ברשימה סגורה בסעיף 20(א) לחוק והמקרה שלפנינו אינו נמנה עליהם. חברתי השופטת חיות הציעה להשתמש בדוקטרינת ה-Reading In על מנת לקרוא אל תוך חוק תרומת ביציות סעיף סל כללי, בנוסף לרשימת המקרים החריגים הקבועים בחוק, המסמיך את ועדת החריגים ליתן אישור לתרומת ביציות "אם סברה כי בנסיבות העניין קיימים טעמים חריגים ומיוחדים המצדיקים זאת" ובכך לאפשר את המבוקש על ידי העותרות (פסקאות 35-38 לפסק דינה). דעתי זהה לזו של חברי השופט רובינשטיין, לפיה לא ניתן לקבל קריאה זו. נוסח הצעת חוק תרומת ביציות כלל אמנם סעיף סל המקנה סמכות לוועדת החריגים לאשר תרומת ביציות "אם סברה [הועדה] כי בנסיבות העניין קיימים טעמים חריגים ומיוחדים המצדיקים זאת" (סעיף 21(ה) להצעת חוק תרומת ביציות, התשס"ז-2007 הצעות חוק הממשלה 289, 292), ובדברי ההסבר הובהר כי הטעמים החריגים הם מסוג אשר "לא היה ניתן לצפותם מראש, וזאת מבלי שהדבר יחייב שינוי החוק" (פסקה יא לפסק דינו של חברי השופט רובינשטיין). אולם בקשתן של העותרות היתה צפויה ומוכרת לגורמים המקצועיים וגם לוועדת המשנה של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות. זאת במיוחד לאור תמ"ש (מחוזי ת"א) 60320/07 ת.צ. נ' היועץ המשפטי לממשלה – פרקליטות מחוז תל אביב (04.03.2012) (להלן: עניין ת' צ') בו נדון מקרה דומה של זוג נשים המעוניין בהורות משותפת ביולוגית-גנטית אך בנסיבות בהן לאישה הנתרמת היה צורך רפואי בתרומת הביציות. ואף על פי כן, בסופו של יום המחוקק החליט שלא לכלול בחוק

תרומת ביציות סעיף סל כללי או חריג ספציפי המאפשר מקרה כמו מעין זה שלפנינו. בנסיבות אלה, מסופקני אם יש בידינו לקרוא קריאה אשר אינה מתיישבת עם כוונת המחוקק. על כן, דומה כי גם חוק זה אינו חוסה על נסיבות המקרה שלפנינו.

6. למעלה מן הצורך, עולה שאלה האם חוק תרומת הביציות כלל רלבנטי למקרה שלפנינו. אכן, חוק תרומת ביציות נועד לסייע לנשים אשר אינן יכולות לממש את הורותן שלא באמצעות תרומת ביציות, אך לשיטתי – ובכך מתיישבת דעתי עם חברתי השופטת ארבל – חוק זה אינו רלבנטי לענייננו. הן לאור תכליתו האמורה ובהירות סעיפיו אשר במפורש אינם מכלילים מקרה שבו האישה יכולה לממש את הורותה גם ללא תרומת הביציות, והן לאור כך שלמעשה אין מדובר ב"תרומה" בענייננו, כפי שניתחה באופן מעמיק ומשכנע חברתי השופטת ארבל (ראו פסקאות 15-18 לפסק דינה). מקובלת עליי המסקנה כי משמעות "תרומה" היא נתינה לאחר ללא קבלת דבר בתמורה ובענייננו ה"תרומת" מקבלת את הזכות להיות אם משותפת של היילוד. זאת הפרשנות הסבירה לדעתי למושג זה. על כן, ולאור נימוקיה הנוספים של חברתי השופטת ארבל, אני סבור כי חוק תרומת ביציות אינו רלבנטי למקרה שלפנינו.

7. חברתי השופטת ארבל פנתה אם כן לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987 (להלן: תקנות הפריה חוץ-גופית) למציאת פתרון לסוגיה ועמדתה היא כי תקנות אלה רלבנטיות למקרה הנדון כשם שהיו בעניין ת' צ'. אך עמדתי כדעת חברי השופט רובינשטיין. שני המקרים הללו נבדלים ביסוד המהותי בדבר הצורך הרפואי של מקבלת הביצית. במקרה שלפנינו לא מתעורר צורך כזה שכן המבקשת לקבל את הביצית היא אישה בריאה ומשכך לא ניתן להקיש מעניין ת' צ' אשר עסק בנתרמת שהיתה בעלת צורך רפואי. דומה כי גם הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מיום 30.11.2009 בנושא תרומת ביציות בין בנות זוג אינה רלבנטית שכן הנחיה זו התבססה גם על מקרה שבו בת הזוג הנתרמת הצביעה על צורך רפואי בתרומה מבת זוגה; ומכל מקום, חוק תרומת ביציות חוקק לאחר מכן והסדיר בחקיקה ראשית את הסוגיה.

8. לעניין תחולת תקנות הפריה חוץ-גופית על המקרה הנדון, אני סבור כי ההליך המבוקש על ידי העותרות חסר עוגן בתקנות אלה. תקנות הפריה חוץ-גופית קובעות, בין היתר, את הייחוד של מטרת נטילת הביצית והוא הפריה חוץ-גופית של הביצית והשתלחה לאחר מכן (תקנה 3), אך אין בהן התייחסות שהיא להליך כמו מעין זה המבוקש בעתירה זו. הפרשנות הסבירה של תקנות אלה מובילה למסקנה כי הן נועדו להסדיר הפריה חוץ-גופית של ביצית אישה על מנת להשתלחה בגופה שלה ולא של

מישהי אחרת, בין אם בת זוגה או כל מישהי זרה. ומכל מקום, כפי שחברתי השופטת ארבל מדגישה בפסקה 19 לפסק דינה, הליך מתן הביציות יכול להיעשות כיום על פי הסדריו של חוק תרומת ביציות בלבד. סעיף 4 לחוק תרומת ביציות מגביל במפורשות את פעילות שאיבת הביציות והשתלתן רק לפי הוראות חוק זה, למעט במקרים של פונדקאות.

9. אנו למדים כי ההליך שבו אישה מעוניינת לתת את הביצית שלה לזוגתה (הבריאה) על מנת שתושל בה ותלד ילד משותף גנטית-ביולוגית אינו מוסדר בחקיקה בישראל. אם לא היתה קיימת בחוק תרומת ביציות הוראה המייחדת את הסדרת הטיפול בביציות רק לפי חוק זה (סעיף 4 לחוק תרומת ביציות), דומה כי בקשת העותרות היתה מותרת. אולם, האיסור המפורש לפעול בדרך אחרת מזו הקבועה בחוק תרומת הביציות מגביל את צעדיהן של העותרות ולא מאפשר להן את המבוקש על ידן (ראו והשוו: בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419, 445 (2002), בהקשר מקביל של ייחוד ההוראות בחוק הפונדקאות). על כן, במקרה שלפנינו אני סבור כי חרף רצוננו אין בידינו לסייע לעותרות.

10. בהקשר זה, עניין מרכזי אשר עלה בעמדות חבריי היתה כוונת המחוקק עת חוקק את חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 (להלן: חוק תרומת ביציות) והנחת התערבותו של בית המשפט בחקיקה (ראו דיון בכך בפסק דינה של חברתי השופטת חיות בפסקאות 21-22, 38, ובפסק דינו של חברי השופט רובינשטיין בפסקאות יא-יד). כך, למשל, אמר הרב ד"ר הלפרין כי "בית המשפט מתיר דברים שאסור ... כשיש צורך אמיתי הוא מוצא את הדרך גם אם זה נגד החוק המפורש" ובהמשך "את זה לא צריך לכתוב. את זה בית המשפט עושה ממילא גם בלא סעיף סל". אין לי אלא להצטרף לדברי חבריי השופטת חיות והשופט רובינשטיין בנושא זה. ההנחה כי בית המשפט יתערב בחקיקה גם אם הדבר מנוגד לחוק היא שגויה מיסודה ומערערת את אמון הציבור במערכת המשפט. כפי שהטעים חברי השופט רובינשטיין, בית המשפט רואה לנכון להתערב בחקיקה רק במקרים קיצוניים ועושה זאת בזהירות רבה. דברים אלו נכונים ביתר שאת מקום שבו המחוקק הבהיר עמדתו ואין עולה שאלה של פרשנות החוק, כמו במקרה שלפנינו.

11. בדומה לעמדת חברי השופט רובינשטיין, גם אני סבור כי יש לשקול להסיר את מגבלת הצורך הרפואי המושתת בסעיף 11 לחוק תרומת ביציות על הנתרמת כדי להרחיב את מעגל הזכאים והזכאיות לתרומת ביציות. כמו כן, יש לשקול מחדש היבטים בחוק הפונדקאות ולהסדיר בחקיקה את החסרים הקיימים במצב המשפטי, כמו

למשל קיום ההליך של Partner Assisted Reproduction / Reciprocal IVF (הפריה חוץ-גופית הדדית) המאפשר תרומת ביציות גם לנתרמת בריאה, כמובן בהתקיימות מגנוני בקרה ופיקוח אינהרנטיים ואימננטיים.

12. הזכות להורות – כפי שנדונה בהרחבה בפסק דינה של חברתי המשנה לנשיא מ' נאור בפסקאות 2-3 לפסק דינה – היא זכות חשובה ובסיסית במדינתנו, זכות יסוד חוקתית העומדת לכל גבר ואישה מעצם היותם בני אדם. אולם, מסכים אני עם העמדה לפיה הזכות להורות אינה זכות להורות באופן מימוש מסוים (ראו: בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פסקה 11 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (5.2.2013)). במקרה שלפנינו, עומדות בפני העותרות מספר דרכים להיות הורים, גם אם לא כולן מאפשרות את מודל ההורות המשותפת גנטית-ביולוגית המתבקש. ובפרט, עומדת להן האפשרות, לה הסכימה המדינה, לבצע את ההליך המבוקש בחו"ל ולקבל את הכרת ההורות – המשותפת גנטית-ביולוגית – בארץ. יש לקוות כי אפשרות זו תהיה אפשרות זמנית בלבד למקרים מעין אלו עד אשר המחוקק יאפשר את קיום ההליך במדינתנו שלנו.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

1. בשעתו הוחלט – בדעת רוב של ארבעה שופטים כנגד שלושה – לדחות את העתירה. אני נמנית עם מחנה המיעוט. ההכרעה פורסמה ללא הנמקה כדי שהעותרות תוכלנה לחשב את צעדיהן על פי התוצאה ולבחון האם הן מוכנות לקבל את הפתרון החלקי שהוצע להן ע"י המשיבים. נקטנו בדרך זו בשל אילוצי ה"שעון הביולוגי" שהכביד על העותרת, ובכך איפשרנו לעותרות לקבל החלטה מושכלת בעניינן בהקדם האפשרי.

עתה הגיעה שעת הנמקה, וזו התנתבה כך שתחילה נכתבו חוות הדעת של חברותי למיעוט: השופטת א' חיות והשופטת (בדימ') עדנה ארבל ואחריהן באו חוות הדעת של שופטי הרוב ובראשן פסק דינו של חברי, השופט א' רובינשטיין. הנה איפוא כל החומר המקיף והלמדני הנ"ל מצוי בפני – ולא נותר לי אלא להבהיר מדוע סברתי

שאינן לדחות את העתירה ובאיזו דרך יש לקבלה. לכך אפנה מיד, ואולם אפתח בתימצות העתירה ובמיקוד ההסכמות והמחלוקות.

2. העותרות הינן בנות זוג. הן מעוניינות להביא לעולם יילוד בדרך הבאה: ביצית שתילקח מגופה של העותרת 1 ותופרה ואז תושלל ברחמה של העותרת 2. לכאורה לפי המצב החקיקתי הקיים בארצנו – הדרך האמורה איננה מותרת לביצוע בישראל, זאת נוכח הוראות שונות בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות) ובחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 (להלן: חוק הביציות). על מנת שהדבר יתאפשר מבחינתן, העלו איפוא העותרות טענות שונות במישור הפרשני והחקיקתי כנגד ההוראות המגבילות. בעתירה הוצא צו-על-תנאי והיא נדונה בהרכב מורחב.

3. חברתי, השופטת א' חיות, היטיבה לתאר (ולכן אמנע מלחזור על הדברים) את: הקשיים המשפטיים השונים בפניהן ניצבות העותרות בתשתית הנורמטיבית הקיימת למימוש שאיפתן להורות ואת הזכויות החוקתיות, עליהן הן נשענות בטיעוניהן. לבסוף חברתי ניתחה את המגבלות הנוכחיות שבחוקים הנ"ל אל מול "פיסקת ההגבלה". בחוות דעת ממצה וחדה היא הגיעה למסקנה שהסדר הקבוע בחוק תרומת ביציות, המגביל שאיבה, הפריה והשתלה של הביציות המופרות והאוסר, באיסור פלילי, על ביצוע פעולות אלו בסיטואציה בה נתונות העותרות – פוגע בזכויותיהן החוקתיות של העותרות לאוטונומיה, לחיי משפחה ולהורות. לפיכך היא פסקה כי המגבלות שהושתו בחוק הביציות בהקשר זה – אינן עומדות בתנאי "פיסקת ההגבלה" שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

לקביעות אלו כולן אני מצטרף בהסכמה, היה ולא נאמר כי יש דרך פרשנית שתענה למשאלות של העותרות שלא בדרך של התערבות שיפוטית בחקיקה הקיימת (ואני סבור שיש בנמצא נתיב שכזה). כמו כן אני שותף למסקנת חברתי ולדעת שאר חברי ההרכב כי התערבות שיפוטית בחוק הפונדקאות – איננה המסלול המתאים לבחינת טענותיהן של העותרות ולמציאת מזור לבעייתן.

4. הנה כי כן מסתבר כי המחלוקת בין דעת הרוב לבין דעת המיעוט היא בשאלה אם המוסרות שהושתו בחוק הביציות ואשר חוסמות את העותרות במימוש רצונן – עומדות בדרישות "פיסקת ההגבלה". בצד ויכוח זה, בתוך קבוצת שופטי המיעוט, יש

הסכמה לגבי התוצאה (שהיה מקום לקבל את העתירה), ואולם אין בינינו תמימות דעים ביחס לשיטת הפתרון ובאשר לבסיס המשפטי לקבלתו.

זה המקום לציין עוד כי אף המשיבים, שהיו ערים גם הם למצוקת העותרות, הציעו במהלך הדיונים בעתירה פתרון מסוים וחלקי לעותרות – הסדר שדעת הרוב כאן ראתה לקבלו כמספק בנסיבות, ולא להרחיק לכת מעבר לכך.

בפיסקאות הבאות אנסה להראות בתמציתיות מדוע אין בעמדת הרוב די, ומדוע עדיפה לדעתי עמדת המיעוט, על גווניה השונים.

5. בניתוח הבעיה המשפטית שהובאה לפתחנו צריכים להנחות אותנו, לשיטתי, למצער, שתי תובנות:

(א) הטכנולוגיה מקדימה לרוב את המשפט. במקרים אלה המחוקק ובתי המשפט נדרשים ליצוק את תמצית העקרונות הבסיסיים הקיימים, הטובים והמבוססים – לקנקנים משפטיים חדשים (משל אלה היו יין המשתבח עם הזמן, הזקוק רק לכלי מודרני יותר. השוו: Stephen Breyer ACTIVE LIBERTY 64 (2009)). עיינו: חוות דעתי ב-ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני (13.05.2012).

(ב) פרשנות היא הדרך העדיפה לפתרון סוגיות הנושקות בשאלות חוקתיות וזאת טרם שאנו מגיעים לאמצעי האחרון של ביטול החקיקה. ראו: פסקי הדין של הנשיא א' ברק והשופטים (כתוארם אז): מ' חשין ו-ד' ביניש ב-בג"צ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נ"ט (4), 241 (2004); בג"צ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרתת ישראל (28.05.2012); פסק דיני ב-רע"א 7204/06 ישראל ארליך נ' יהושע ברטל בפיסקה 40 (22.08.2012). עיינו גם במשפט המשווה – פסק דינו של נשיא בית המשפט העליון בארה"ב, השופט רוברטס בדעת הרוב שניסה בפרשת National Federation of independent Business v. Sebelius, 132 S.ct.2566, 2593-94 (2012)).

בשים לב לתובנות הנ"ל ולמצוקת העותרות ואחרות שכמותן, המשיבים מסרו לנו בהודעה מעדכנת כי משרד הבריאות פירסם בתאריך 21.7.2013 נוהל "הוצאת זרע, ביציות או ביציות מופרות מחוץ לישראל". בהמשך לנוהל נתקבלה אף החלטה של ועדת חריגים, הפועלת לפי חוק הביציות. הוועדה אישרה הוצאת ביציות מחוץ לישראל

לשם השתלתן בחו"ל בנסיבות מסוימות. אישור כאמור אפשרי לפי סעיף 22(ד) לחוק הביציות. המשמעות של הנוהל ושל החלטת וועדת החריגים היא שמותר לבצע פרוצדורה של הוצאת ביציות של העותרת 1 בישראל ולאחר מכן הפרייתן, תוך שהשתלתן בגופה של העותרת 2 תעשה מחוץ לישראל.

דעת הרוב נכונה היתה לראות בכך, בנסיבות, תשובה מספיקה לבעיה. אני בכל הכבוד, סבור אחרת משני טעמים:

(א) סעיף 22(ד) לחוק הביציות קובע כדלקמן:

"ועדת החריגים רשאית לאשר הוצאת ביציות שנשאבו בישראל מגופה של מטופלת לשם השתלתן מחוץ לישראל, אם שוכנעה שהביציות נועדו להשתלה בגופה וכי קיימת הצדקה לאשר את השתלת הביציות מחוץ לישראל".
(ההדגשה שלי – ח"מ).

הנה כי כן, לכאורה, התנאי שוועדת החריגים שוכנעה שהביציות נועדו להשתלה בגופה של המטופלת – כפשוטו איננו מתקיים פה, ומכאן שהעברת העניין לחו"ל פועלת בעיקר כדי "להרחיק את העדות" לחריגה, מה גם שהעתקת הפתרון לחו"ל מכבידה ביותר.

(ב) קונסטיטוציונית – אין זה ראוי ואין זה מידתי לשלוח אזרח ישראלי לחו"ל להסדרת זכויותיו החוקתיות. בהקשר זה זעקתה של העותרת (שהיא גם קצינה בצה"ל), אשר קראה לנו מדם-ליבה שלא נקבל את הפתרון החלקי שהוצע לעותרות ע"י המשיבים – עדיין מהדהדת באזני, מה גם שלשיטתי היא צודקת לא רק רגשית, אלא גם משפטית.

מהו איפוא הפתרון הנכון? על כך ארחיב את הדיבור מיד בסמוך.

6. נראה לי שאישור בקשתן של העותרות יכול היה לבוא לכדי פתרון במסגרת סמכותה של ועדת החריגים מכח סעיף 22(א)(2) לחוק הביציות, הקורא כדלקמן:

"ועדת החריגים רשאית לאשר שאיבה, הקצאת ביציות למטרת השתלה, או השתלה של ביציות, כאשר התורמת מייעדת מראש את הביציות שיישאבו מגופה לנתרמת

מסוימת, אם שוכנעה כי התקיים המפורט להלן, לפי העניין:
 ... (2) לעניין תורמת המייעדת מראש את הביציות שיישאבו מגופה לנתרמת מסוימת שאינה קרובת משפחתה – קיימים טעמים דתיים או חברתיים המצדיקים תרומת ביציות כאמור”.

בסעיף קטן זה אין מגבלות מן הסוג שהוכלל בסעיף 22 (ד) לחוק הביציות הנ”ל. מעבר לכך הפרשנות שהתקבלה בדעת הרוב דחוקה הרבה יותר. יתר על כן, כפי שהראה חברי, השופט א’ רובינשטיין בפסקה י”ב לחוות דעתו – בדיוני ועדת המשנה של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת, שדנה בהצעת החוק של חוק הביציות לקראת הכנתה לקריאה שנייה ושלישית התבטא יו”ר ועדת המשנה, חה”כ פרופ’ אריה אלדד, כי סעיף זה נותן פתח טוב לזוגות נשיים חד-מיניים.

בדרך זו ניתן היה איפוא להיענות למבוקש ע”י העותרות ולקבל, במוכן זה, את עתירתן (עדיין היתה נשארית בעינה הסוגיה של מעמד הילוד על פי סעיף 42 לחוק הביציות ואולם לנושא זה – ניתן למצוא פתרונות חקיקתיים (ראו והשוו למצב בבריטניה – סעיפים 42 עד 46 ל- Human Fertilisation and Embryology Act 2008), או פסיקתיים (ראו: דעת הרוב ב-בג”צ 566/11 דורון ממש נגד נ’ משרד הפנים (28.01.2014)). יחד עם זאת סוגיה זו לא נכללה ע”י העותרות בגדר עתירתן).

עם זאת מאחר וחברי אינם מקבלים, לצערי, מסיבות כלשהן שלא פורטו, את הגישה הפרשנית הנתלית בסעיף 22(א)(2) לחוק הביציות לצורך פתרון הבעיה – הנני מוכן לצעוד גם באחד הנתיבים שהוצעו ע”י חברותי-למיעוט ובהקשר זה אסתפק רק במספר הערות קצרות.

7. לגבי החלופה שהועלתה ע”י חברתי, השופטת א’ חיות (בדבר הוספת סעיף סל של החרגה בחוק הביציות) – הפתרון מקובל עלי בעקרון, שכן אני חסיד התפיסה הגורסת שיש מקום לכלול בחקיקה, הסמכה שתיתן אפשרות לפתרון של “מקרה פרטי מיוחד”, או להורות כן על דרך של פרשנות פסיקתית. ראו: בג”צ 2390/10 עלא חליחל נ’ שר הפנים (23.05.2010), פסקה 10 לפסק דיני; עע”מ 9890/09 נאוה נ’ משרד הפנים (11.07.2013), פסקה 16(ד) לפסק דיני; בע”מ 7272/10 פלונית נ’ פלוני (07.01.2014), סעיף 6 לפסק דיני).

זאת ועוד – אחרת. גם תרופת ה-Read in נראית לי מתאימה בנסיבות (השוו לחוות דעתי ב-ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (14.09.2010, שם בפיסקה 5)).

על הקושי הלכאורי הגורס שסעיף "החרגת סל" הוצע מלכתחילה ולא נתקבל ככנסת – אכן ניתן להתגבר נוכח הטעות בהנמקה, שהובילה (כמובהר בחוות הדעת של חברתי וחברי) – להסרת הסעיף שם מסדר היום.

8. לגבי החלופה האלטרנטיבית, שהועלתה ע"י חברתי, השופטת (בדימ') ע' ארבל, ככל שהיא מקורית ויצירתית, והיא אמנם כזו – אף היא מקובלת עלי. הטעם לכך נעוץ בעובדה שתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), תשמ"ז-1987 הושארו בעינן, חרף חוק הביציות, ומכאן שיתכן והן אכן אמורות להסדיר מצבים שונים מאלה שחוק הביציות פרס את חסותו עליהם. גם פתרון זה איננו חף מקשיים (ראו תקנה 8(ב)(1) לתקנות הנ"ל) ואולם יתרונו עמו בכך שיתכן והוא נותן כלים להתגבר גם על הוראת סעיף 42 לחוק הביציות.

9. לסיכום – אף שהדרך לתוצאה בה צידדנו, חברותי ואני, שונה בהנמקה, הרי שכולנו סברנו שדין עתירת העותרות להתקבל. דבר זה יש בו גם אישור להשקפתי הכללית כי אם בירור של סוגיות משפטיות בסיסיות – מנקודות ראות נבדלות של דינים נפרדים הבאים בחשבון – מוביל, בכל נתיב, למסקנה דומה – אות וסימן הוא שמכח תורת המשפט הכללית התוצאה נכונה (עיינו: פסק דיני ב-ע"א 4244/12 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' ניצב אפרים ברכה (19.02.2014), שם בפיסקה 35).

10. הנה כי כן, לז דעות המיעוט היו נשמעות – העותרות לא היו צריכות להרחיק אל מעבר לים כדי להגשים את מאווייהן.

מטעמים אלה כולם הוחלט ביום 1.9.2013 לדחות את העתירה ברוב דעות של הנשיא א' גרוניס, המשנה לנשיא מ' נאור, השופט א' רובינשטיין והשופט ס' גובראן כנגד דעתם החולקת של השופטים ע' ארבל, א' חיות וח' מלצר.

אין צו להוצאות.

הנימוקים ניתנו היום, כ"ג באלול התשע"ד (18.9.2014).

ה נ ש י א	ה משנה לנשיא	ש ו פ ט ת (בדימ')	ש ו פ ט
ש ו פ ט	ש ו פ ט ת	ש ו פ ט	