



בית המשפט העליון

תמצית פסק הדין החלקי בבג"ץ 781/15

תאריך מתן פסק הדין: 27.2.2020, ב' אדר התש"ף

שופטי ההרכב: הנשיאה א' חיות; המשנה לנשיאה ח' מלצר; השופט נ' הנדל; השופט ע' פוגלמן; השופט י' עמית

העותרים: איתי ארד-פנקס; יואב ארד-פנקס; פלוני; פלוני; פלוני; עמותת "אבות גאים"; סוכנות "פונדקאות בינ"ל תמוז בע"מ".

המשיבות: הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: הוועדה לאישור הסכמים); הכנסת.

בית המשפט העליון קבע היום פה אחד כי יש לאפשר לזוגות בני אותו המין ולגברים יחידים בעלי זיקה גנטית ליילוד גישה להסדר פונדקאות בישראל.

בית המשפט העליון קבע כי הוראות הסדר הפונדקאות הקבוע בחוק הסכמים לנשיאת עוברים ובהוראות חוק תרומת ביציות, המונעות מגברים יחידים ומבני זוג מאותו מין את האפשרות לעשות שימוש בהסדר פונדקאות, פוגעות פגיעה בלתי מידתית בזכות לשוויון ובזכות להורות של קבוצות אלו, ואינן חוקתיות. השופטים נחלקו בשאלת הסעד. הנשיאה א' חיות, המשנה לנשיאה ח' מלצר, השופט נ' הנדל, והשופט י' עמית קבעו כי ככל שלא יתקן המחוקק את ההוראות המפלגות גברים יחידים ובני זוג מאותו מין בהסדר הפונדקאות בתוך 12 חודשים (עד ליום 1.3.2021), ייתן בית המשפט העליון סעד אופרטיבי, אם באמצעות "קריאה לתוך החוק" (reading in) של הסדר שוויוני או באמצעות ביטול הוראות החוק המפלגות. השופט ע' פוגלמן, בדעת מיעוט לעניין הסעד, סבר כי אין מקום להוסיף ולהשהות את ההחלטה בדבר מתן הסעד ועל כן יש להורות על בטלות מושעת של הסעיפים המפלגים בהסדר, כך שזו תיכנס לתוקף אם לא יתוקן ההסדר בתום 12 חודשים ממועד פסק הדין. זאת, בהינתן עוצמת הפגיעה והשתלשלות והימשכות ההליכים עד כה.

בית המשפט עמד על כך שצמצום זכות הגישה בישראל להסדר הפונדקאות באופן המדיר ממנו אוכלוסיות של גברים יחידים וזוגות בני אותו מין אף שיש ביכולתם לקיים זיקה גנטית ליילוד, פוגע בזכויות החוקתיות לשוויון ולהורות. בית המשפט קבע כי "החרגתה הגורפת של קבוצת הגברים ההומוסקסואלים מתחולתו של הסדר הפונדקאות נחזית כהפליה 'חשודה', המייחסת מעמד נחות לקבוצה זו, ובכך גלומה פגיעה נוספת, קשה ומשפילה בכבוד האדם על בסיס מגדר או נטייה מינית".

בית המשפט הוסיף כי ניתן למצוא דרכים אחרות אשר יגשימו את תכליות החוק, ובכלל זה הגנה על כבודן ושלומן של הנשים הפונדקאיות, באופן שלא יוביל להפלייתם של גברים יחידים וזוגות בני אותו מין. השופטים קבעו כי פגיעתו של החוק בזכות להורות ובזכות לשוויון



היא משמעותית ונזקה רב, ולעומת זאת התועלת השולית הנובעת מהפעלת ההסדר במתכונתו הנוכחית מסתכמת בהקטנת הביקוש להסדרים כאמור וניתן להשיג אותה בדרכים נוספות.

בהינתן מורכבות ההסדר החוקי העוסק ברבייה ובפריון וכן בהינתן העובדה שההסדר הקיים נועד להיטיב את מצבם של יחידים שאינם יכולים להביא ילדים לעולם, נתן בית המשפט למחוקק פרק זמן של שנה לתקן את הוראות החוק המפלגות. בית המשפט הדגיש כי נוכח הפגיעה החמורה והנמשכת בזכות לשוויון ולהורות הנגרמת לגברים יחידים ולבני זוג מאותו מין ובהינתן התמשכות ההליכים בעתירה (שהוגשה עוד ב-2015 וניתן בה פסק דין חלקי באוגוסט 2017) - ככל שלא יתוקנו הוראות ההסדר עד ליום 1.3.2021, ייתן בית המשפט פסק דין סופי, במסגרתו יינתן סעד אופרטיבי על-ידי "קריאה לתוך החוק" - כלומר הוספת תוכן שיהיה בו כדי לבטל את האפקט המפלה של החוק - או על ידי ביטול הוראות החוק המפלגות.

השופט ע' פוגלמן סבר כי הסעד ההולם הוא בטלותם של אותם חלקים מפלים בהסדר הקיים, וזאת בתום שנה מיום מתן פסק הדין ככל שהכנסת לא תתקן את הטעון תיקון באופן שייתן מענה הולם לפגמים הבלתי חוקתיים בהם לוקה ההסדר הקיים.