



בבית המשפט העליון

רע"א 9128/17

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט (בדימוס) ג' קרא

המבקש: מרכז רפואי צאנו – בית חולים לניאדו

נ ג ד

המשיבה: פלונית

ובעניין: היועץ המשפטי לממשלה

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז-
לוד (כבוד השופטת ה' עובדיה) מיום 23.10.2017 ב-ת"צ
13451-09-15

תאריך הישיבה: כ' בתמוז התשע"ט (23.7.2019)

בשם המבקש: עו"ד ארנון גרפי; עו"ד דורון טאובמן;
עו"ד חגי טימנס; עו"ד שי חן

בשם המשיבה: עו"ד חגי קלעי; עו"ד אוהד רוזן;
עו"ד עדי ניב יגודה

בשם היועץ המשפטי
לממשלה: עו"ד לימור פלד

פסק-דין

השופטת ע' ברון:

האם מדיניות של בית חולים פרטי הנעוצה בטעמים דתיים-הלכתיים שלפיה לא יינתנו על ידו טיפולי פוריות לנשים שאינן נשואות מקימה עילה לניהול תובענה כייצוגית? איזו מסגרת נורמטיבית חלה על תובענה כאמור? אלו השאלות המרכזיות המתעוררת בהליך דנן, שעניינו בבקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (השופטת ה' עובדיה) ב-ת"צ 13451-09-15 מיום 23.10.2017, במסגרתה ניתנה למשיבה רשות לנהל תובענה כייצוגית נגד המבקש.

1. הפריה חוץ-גופית (IVF – In Vitro Fertilization) היא אחד מאמצעי הטיפול השכיחים בקרב טיפולי פוריות. במסגרת טיפול זה, מפרים את ביצית האישה בזרע מחוץ לגופה, ולאחר מכן משיבים את הביצית המופרית לרחמה. היקף טיפולי ההפריה החוץ-גופית הניתנים בישראל מצוי במגמת עליה מתמדת מתחילת שנות התשעים של המאה הקודמת. להמחשת מגמה זו יצוין כי לפי נתוני משרד הבריאות, בשנת 2010 ניתנו בארץ כ-35,000 טיפולי הפריה חוץ-גופית בעוד בשנת 2019 ניתנו כ-52,000 טיפולים (משרד הבריאות טיפולי הפריה חוץ גופית 2019-1990 In vitro fertilization (IVF) treatments (2.6.2021)). טיפולי ההפריה החוץ-גופית מוסדרים בין היתר בתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987 (להלן: תקנות הפריה חוץ-גופית). לפי התקנות, נטילת ביצית מאישה לשם הפרייתה תתרחש כאשר האישה נתונה בטיפולי פוריות ורופא קבע כי נטילת הביצית תקדם את הטיפול בה; או במקרים שבהם האישה אינה נתונה בטיפולי פוריות, אולם היא מעוניינת בשימור פוריות, שאז יהיה עליה לעמוד במספר תנאים נוספים הנוגעים לכמות הטיפולים ולגילה (תקנה 4 לתקנות הפריה חוץ-גופית).

2. במהלך שנת 1991 מינו שר המשפטים ושר הבריאות ועדה ציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית, על כל היבטיו. תפקיד הוועדה היה לבחון בין היתר את ההיבטים החברתיים, האתיים, ההלכתיים והמשפטיים של השיטות הטיפוליות, תוך התייחסות בין השאר להסכמים לנשיאת עוברים ולשאלה אם יש מקום להגביל את זכות הפרט לקבל טיפולי פוריות. בשנת 1994 פורסם דוח הוועדה וזו המליצה בין היתר, כי ההסדרה של סוגיית ההפריה החוץ-גופית תיעשה בחקיקה ראשית שתעמוד באיזונים הקבועים בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה הציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית 11 (1994), להלן: דוח ועדת אלוני). דוח ועדת אלוני עסק בנושאים רבים והוועדה הדגישה בהמלצותיה את הזכות החוקתית לפרטיות ולאוטונומיה בקבלת החלטות בקשר להולדה. הוועדה סברה כי אדם זכאי לקבל טיפולי פוריות ללא קשר למעמדו האישי. עם זאת, המליצה הוועדה כי לנוכח המורכבות של הסוגיה, אין לחייב רופא לתת טיפולי פוריות בניגוד לצו מצפוננו הדתי או החברתי (דוח ועדת אלוני, עמ' 13-16). מתוך מכלול הנושאים שבהם עסקה הוועדה, יושמה המלצתה לעגן בחקיקה ראשית את הסדרת ההפריה החוץ-גופית רק ביחס להסדרים של נשיאת עוברים, וזאת באמצעות חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להרחבה ראו: כרמל שלו בריאות, משפט וזכויות האדם 80-78 (2003)).

3. יצוין כי משרד הבריאות מפרסם מעת לעת הנחיות ונהלים בתחום טיפולי הפוריות, ובמהלך שנת 2007 פורסם חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (8.11.2007) (להלן: חוזר המנכ"ל, כללים בדבר ניהולו של בנק זרע).

כעבור שלוש שנים, בשנת 2010, מינה מנכ"ל משרד הבריאות ועדה ציבורית נוספת, ועדה לבחינת נושא הפיריון וההולדה בישראל. המלצות הוועדה פורסמו בשנת 2012, במסגרתן הוועדה הדגישה כי היא לא ראתה עצמה כמוסמכת לקבוע אמות מידה או הגדרות הנוגעות למעמדם האישי של הגורמים המעורבים בטכנולוגיות הפוריות השונות. לענייננו רלוונטית עמדת הוועדה כי בשים לב לכך שטיפולי הפוריות אינם טיפולים מצילי חיים, מומלץ להעניק לרופא ולצוות הרפואי חופש מקצועי לבחור שלא לקחת חלק בטיפולים שאינם עולים בקנה אחד עם עמדתם המוסרית, האתית או הדתית. הוועדה תמכה את המלצתה בעניין זה בכך שטיפולי הפוריות ניתנים במגוון מקומות בכל חלקי הארץ, כך שנגישות המטופל לשירות הרפואי ויכולתו לממש את זכותו לא ייפגעו מהענקת חופש בחירה לצוות המטפל (משרד הבריאות המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל 6-7 (2012), להלן: דוח ועדת מור-יוסף). בהקשר זה יצוין כי כיום עומדות לרשות הציבור 27 יחידות להפריה חוץ-גופית הפרושות ברחבי הארץ, בין היתר במבקש, מרכז רפואי צאנז – בית חולים לניאדו (להלן: בית החולים או לניאדו). ומכאן לענייננו.

העובדות הצריכות לעניין

4. לניאדו הוא בית חולים ציבורי-כללי שהוקם בשנת 1976 בקרית צאנז בנתניה על ידי האדמו"ר מצאנז-קלויזנבורג זצ"ל. בית החולים אינו בבעלות המדינה; הוא מאוגד באופן פרטי כמוסד ללא כוונת רווח בבעלות עמותה חרדית, והוא מעניק שירותים כלליים על פי רישיון משרד הבריאות, בהתאם להוראת פקודת בריאות העם, 1940. עם זאת, בשל מצבו הכלכלי הקשה, החל משנת 2016 המדינה מעניקה לניאדו תמיכה כלכלית מיוחדת. תמיכה זו נעשית בהתאם להסכם הבראה ולפי מבחני תמיכה מיוחדים שנקבעו לבתי חולים ציבוריים כלליים המצויים במצוקה, והיא ניתנת בנוסף לתמיכת משרד הבריאות בפעילות השוטפת בבתי החולים.

על פי הנטען על ידי לניאדו בבית המשפט המחוזי, עקרונות היסוד בהפעלת בית החולים הם הקפדה על שמירת כל מצוות התורה. ב"דברי היסוד" של לניאדו הודגש כי "בית החולים נתיסד על בסיס האמונה בהש"ת החותך חיים לכל חי ואשר בידו נפש כל חי וגו'. הרופאים והצוות הרפואי יהיו בעלי אמונה איתנה בעיקר העיקרים הזה, וכל התנהגותם

יהיה ברוח האמונה בהשם ותורתו הקדושה". בית החולים מחויב לפתור כל בעיה רפואית אך ורק לפי ההלכה היהודית, ולפיכך מונה ללניאדו רב שהכרעתו מחייבת את סגל בית החולים, ובתפקיד זה מכהן הרב יעקב חיים שוורץ (להלן: רב בית החולים).

5. המשיבה, תושבת העיר נתניה, אינה נשואה וסובלת מקשיי פוריות. המשיבה טופלה מטעם קופת החולים אצל ד"ר פולינה אוסטרובסקי, מומחית בגינקולוגיה המתמחה בבעיות פוריות ועובדת בין היתר ביחידת ההפריה החוץ-גופית בלניאדו (להלן: ד"ר אוסטרובסקי). על פי הנטען, בהמשך לטיפול אצל ד"ר אוסטרובסקי ולטובת שמירה על רצף טיפולי פנתה המשיבה יחד עם בן זוגה לבית החולים לצורך קבלת טיפולי פוריות.

במאמר מוסגר יצוין כי לנוכח הוראת חוזר המנכ"ל, כללים בדבר ניהולו של בנק זרע, בעת שהפריה מתבצעת בין בני זוג שאינם נשואים, הגבר והאישה נדרשים לחתום על הסכם ביניהם לצורך ביצוע הטיפול, במסגרתו מוסדרים מספר היבטים. בהסכם הגבר מתחייב בין היתר, לקחת על עצמו את כלל ההתחייבויות ההוריות כלפי הוולד שייוולד כתוצאה מהטיפול. דרישה זו נובעת בין השאר מהמצב החוקי כיום, בו בשונה מבן זוג נשוי הנרשם באופן אוטומטי כאביו של היילוד במרשם האוכלוסין לאחר הלידה, בן זוג שאינו רשום כנשוי אינו נרשם כאב באופן אוטומטי.

6. בחזרה לענייננו. במהלך חודש מרץ 2014 דחה בית החולים את פניית המשיבה לקבל טיפולי הפריה חוץ-גופית, וזאת רק בשל אי-רישומה כנשואה במרשם האוכלוסין. המשיבה פנתה למשרד הבריאות על מנת שיחייב את בית החולים להעניק לה טיפול רפואי; ואולם משרד הבריאות השיב ביום 22.4.2014 כי מבירור עם בית החולים עלה כי לניאדו פועל לפי ההלכה היהודית, ולא ניתן לשנות את עקרונות המוסר שלפיהם הוא מעניק שירות. בכל הנוגע לטענת המשיבה כי מדיניות בית החולים פוגעת בזכות לשוויון, משרד הבריאות השיב:

"מדובר על סירוב למתן הטיפול במקרה שאינו באופן ברור חלק מהזכות לשוויון (כגון סירוב למתן טיפול מטעמי גזע או מין), ולכן, במקרה זה אנו סבורים כי ניתן לקבל סירוב זה כחלק מהתפיסה הערכית בו מתנהל המוסד, והואיל וקיימת אלטרנטיבה סבירה לטיפול, איננו רואים מקום לכפות על המוסד לפעול בניגוד לתפיסתו הערכית" (להלן: המכתב מאת משרד הבריאות).

7. על רקע האמור, הגישה המשיבה ביום 7.9.2015 בקשה לאישור תובענה כייצוגית נגד בית החולים בטענה שמדיניותו פוגעת בזכותה לשוויון (להלן: בקשת האישור). בקשת האישור נסמכה על מספר עילות תביעה. ראשית דבר המשיבה טענה כי בית החולים עונה להגדרת "מקום ציבורי" לפי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה), ולכן סירובו להעניק טיפולי פוריות לנשים שאינן נשואות מהווה הפליה על רקע מעמד אישי לפי חוק זה. מעבר לזאת, המשיבה טענה שבית החולים הפר חובה חקוקה הקבועה בסעיף 4(א) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 שלפיה "מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא, נטיה מינית, גיל או מטעם אחר כיוצא באלה" (להלן: חוק זכויות החולה). המשיבה הוסיפה וטענה כי התניית טיפולי פוריות במעמד אישי של הפונה מהווה גם הפרה של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות). לדבריה קביעת תנאי שלפיו בעלת מוגבלות רפואית – קשיי פוריות – נדרשת להיות נשואה לצורך קבלת טיפול רפואי, עומדת בניגוד להוראת סעיף 19(2) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. נוסף על האמור טענה המשיבה כי בית החולים הוא גוף דו-מהותי מובהק הנתמך בשיעור משמעותי בתקציבים ציבוריים, כך שאופיו הציבורי של לניאדו מצדיק להטיל עליו חובה לנהוג בשוויון ולהימנע מהפליה.

בקשת האישור הוגשה בשם כל הנשים שאינן נשואות הסובלות מבעיות פוריות וזכאיות לקבל טיפולי פוריות בלניאדו בהתאם להסכמים בין קופות החולים ובתי החולים. על יסוד העילות המנויות בבקשה, המשיבה עתרה לסעד של פיצוי ממוני ושאינו ממוני שהוערך על ידה בסכום כולל של כ-60,900,000 ש"ח, וכן עתרה לצו הצהרתי שלפיו ייאסר על בית החולים לסרב להעניק טיפולי פוריות למי שאינה נשואה. בקשת האישור הוגשה בהסתמך על שלושה פרטים המנויים בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות) – פרט 9(1) שעניינו בעילות תביעה לפי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; פרט 7, העוסק בעילות תביעה לפי חוק איסור הפליה; ופרט 1 המורה כי ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית שעניינה "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". בהמשך לכך, המשיבה טענה כי בית החולים הוא בגדר "עוסק" הואיל והוא מעניק לציבור לקוחותיו שירותים שונים, בין היתר בדמות טיפולי פוריות.

8. בפתח תשובתו לבקשת האישור, בית החולים טען כי יש להורות על מחיקת הבקשה מחמת היעדר קבוצה מינימלית לבירורה. לעמדת בית החולים מדובר במקרים בודדים, שלושה במספר, שבהם מטופלות נדחו משום היותן לא נשואות, ועל כן אין מקום בנסיבות המקרה לנהל הליך ייצוגי. עוד הוסיף בית החולים כי אין באפשרות המשיבה להגיש את בקשת האישור בגין פרט 9(1) או פרט 7 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. בעניין זה בית החולים גרס כי הגדרת "אדם עם מוגבלות" שבחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות אינה חלה על המשיבה ועל חברות הקבוצה, שכן לא ניתן לומר שהן סובלות מלקות או נכות ומתקשות בתפקוד באופן מהותי באחד מתחומי החיים. אשר לפרט 7 שעניינו חוק איסור הפליה, בית החולים טען כי החריגים שבסעיף 3(ד) לחוק איסור הפליה מונים מקרים מסוימים שלא ייחשבו כהפליה ואלה חלים בנסיבות המקרה. בהקשר זה, בית החולים גרס כי הדרישה שמטופלי הפריה חוץ-גופית יהיו זוגות נשואים נובעת ממהותו של בית החולים כמוסד פרטי-דתי ועל כן חל החריג שבסעיף 3(ד)1 לחוק איסור הפליה.

בית החולים הטעים כי הדת וההלכה אוסרים לבצע טיפולי הפריה בין בני זוג שאינם נשואים מחשש להולדת ולד ממזר; וכי מדיניותו היא פועל יוצא של ציווי הלכתי דתי, הנובע מאופיו ומהותו כמוסד שומר דת, ומצביונו של הצוות הרפואי המועסק בו. עוד הוסיף וטען בית החולים כי בנסיבות המקרה חל גם החריג שבסעיף 3(ד)2 לחוק איסור הפליה. בהקשר זה בית החולים פירט כי הוא מופיע ברשם העמותות כעמותה ללא מטרת רווח וכי הקפדתו אחר מצוות היהדות נעשית בהתאם לדרישת מקימו, האדמו"ר מצאנז-קלויזנבורג, וכן מדרישת "ועד הנאמנים העולמי" העומד בראשו ואמון על גיוס תרומות לבית החולים. עוד נטען כי לניאדו הוקם במטרה להעניק שירותים רפואיים בהתאם לערכי התורה וההלכה, וכי הוא פועל לרווחתם ועונה לצרכיהם המיוחדים של הציבור הדתי-חרדי. בהקשר זה הוסיף בית החולים כי הדרישה שמטופלות הפריה חוץ-גופית יהיו רשומות כנשואות מקורה בציווי רבני הרואה בתרומת זרע מגורם זר משום חילול קדושת המשפחה, המתבטא בניתוק הקשר בין הולדת ילדים ובין נישואין, ובעידוד יחסי מין מחוץ לנישואין; וכן בפסיקות הלכה שנועדו למזער את החשיפה לקיומן של עבירות חמורות דוגמת גילוי עריות וממזרות. בית החולים הוסיף וציין כי מסיבות אלה הוא אינו מבצע טיפולי הזרעה מתורם זר ואין ברשותו שירותי בנק זרע. אשר לטענה זו, כבר בשלב זה יבואר כי היא לא זכתה למענה מקיף בבית המשפט המחוזי, והיא שבה ועלתה בעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה לבית משפט זה (להלן: היועמ"ש, ראו התייחסות בהמשך לעמדת היועמ"ש). סופו של דבר, לנוכח הטעמים שצוינו לעיל בית החולים גרס כי המשיבה כשלה מלבסס עילת תביעה העונה לעניינים שבגינם ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית.

9. בתום דיון שנערך לפני בית המשפט המחוזי, הורה בית המשפט על צירופו של משרד הבריאות כצד להליך בייצוגו של היועמ"ש, זאת בין היתר "לצורך הצעת פתרונות גישוריים אם הדבר בגדר האפשרי ולביטוי עמדתו ביחס לסוגיות המתעוררות בתובענה". במאמר מוסגר יצוין כי חרף נוסח החלטת בית המשפט הרואה ביועמ"ש כמשיב וצד להליך, דומה כי הן הצדדים הן היועמ"ש עצמו ואף בית המשפט המחוזי ראו בו רק כמי שהגיש עמדה בהליך – ביטוי לתפיסה זו ניתן בהחלטת בית המשפט לאשר את ניהול התובענה כייצוגית ובבקשת רשות הערעור דנן, כאשר היועמ"ש אינו מופיע בהן כצד להליך.

היועמ"ש הגיש את עמדתו לבקשת האישור ביום 8.9.2016, במסגרתה ציין כי משרד הבריאות פועל להסדרת סוגיית תרומות הזרע ופעילותם של בנקי הזרע בחקיקה ראשית, וכי במהלך חודש אוגוסט 2016 הפיץ משרד הבריאות את "טיוטת הצעת חוק מטעם הממשלה: הצעת חוק בנקי זרע" (להלן: הצעת חוק בנקי זרע). לדברי היועמ"ש, הצעת חוק בנקי זרע מיועדת להסדיר את השימוש בזרע למטרות הולדה תוך שמירה על בריאותם, כבודם וזכויותיהם של מפקידי זרע, תורמי זרע ונתרמות זרע, וכן להסדיר את השימוש בזרע למטרות מחקר. בכל הנוגע לטיפול הפריה חוץ-גופית, היועמ"ש פירט כי על פי הפרוצדורה המוצעת בהצעת חוק בנקי זרע, גבר ואישה שאינם נשואים המטופלים יחד ביחידה להפריה חוץ-גופית או המבקשים לעשות שימוש בזרע תורם, יחתמו על תצהיר ובו יצהירו בין היתר כי האב המיועד מודע ומסכים כי יחולו עליו כל הזכויות והחובות החלות בין הורה ובין ילדו; וכן יצהירו כי האב מתחייב להירשם כאבי היילוד. בתוך כך, היועמ"ש סבר כי ככל שהטעם העומד מאחורי מדיניות בית החולים הוא רצונו להימנע ממצב שבו היילוד לא יזכה לרישום של אב במרשם האוכלוסין, אזי יש ביוזמת הצעת חוק בנקי זרע כדי להוביל לפתרון לסוגיה הרגישה והמורכבת המתעוררת בבקשת האישור. בהתאם לכך, היועמ"ש המליץ שבנסיבות ההליך יהיה נכון להפנות את הצדדים להליך גישור שבמסגרתו ייבחן פתרון הן לעניינה הפרטני של המשיבה הן להליך הייצוגי.

בסופו של דבר, חרף הצעת היועמ"ש להפנות את הדיון במחלוקת לגישור, הצדדים ניהלו הליך הוכחות ובקשת האישור נדונה לגופה.

ההחלטה לאשר את ניהול התובענה כייצוגית

10. בקשת האישור התקבלה על ידי בית המשפט המחוזי בהחלטה מיום 23.10.2017 (להלן: החלטת האישור). בפתח הדברים בית המשפט עמד על תחולת חוק איסור הפליה, והבהיר שבית החולים לא חלק על עצם תחולתו אלא טען לקיומם של חריגים הקבועים

בסעיף 3(ד) לחוק. בהמשך לכך, בית המשפט סקר את הוראת סעיף 6 לחוק איסור הפליה הקובעת מספר מצבים שבהתקיים אחד מהם נוצרת חזקה שהנתבע פעל בניגוד לאיסור להפלות. בהקשר זה, בית המשפט הבהיר כי השאלה שטעונה הכרעה בהליך היא אם החזקה בדבר האופי המפלה של סירוב בית החולים לספק טיפולי פוריות לנשים שאינן נשואות, נסתרת לכאורה בהוכחת "שוני רלוונטי" המצדיק התייחסות שונה מצידו לנשים שאינן נשואות.

11. נקבע כי לא עלה בידי לניאדו לסתור את החזקה שמדיניות בית החולים היא בגדר הפליה אסורה. תחילה, בית המשפט קבע כי בית החולים לא הוכיח כי טעמי דת והלכה אמנם מכתיבים לבית החולים להנהיג מדיניות שלפיה יוענקו טיפולי פוריות רק לאישה הרשומה כנשואה במשרד הפנים. בהקשר זה הודגש כי בית החולים לא הוכיח במידה הנדרשת קיומה של נורמה דתית שעניינה חובת רישום של אב ביולוגי כאב היילוד במשרד הפנים או חובת הסתמכות על רישומי משרד הפנים. בית המשפט הסב את תשומת הלב לכך שלמרות שבית החולים טען שביסוד מדיניותו עומדת קביעתו ההלכתית של רב בית החולים, לניאדו נמנע מלהביאו לעדות והמצהירים מטעמו לא ידעו ליתן תשובות לשאלות ההלכתיות שמתעוררות בזיקה למדיניות המפלה. עוד נקבע כי גם אם בית החולים היה מוכיח שמאחורי הפרקטיקה האמורה ניצבת נורמה דתית מחייבת, עדיין עומדת בפני בית החולים משוכה נוספת, שלא עלה בידו לצלוח; שכן לניאדו לא הראה כיצד המדיניות שבה הוא נוקט משרתת את הנורמה הדתית הנטענת.

במילים אחרות, בית החולים לא הוכיח ולו לכאורה כי הנורמה הדתית היא כזו המחייבת או למצער מצדיקה הבחנה בין נשים הרשומות במרשם האוכלוסין כנשואות ובין אלה שאינן. בעניין זה הדגיש בית המשפט כי העובדה שהדין כיום אינו מסדיר את חובת רישום אבי היילוד כאשר מדובר בבני זוג שאינם נשואים, אינה יכולה להוות הצדקה להפליה שבה נוקט לכאורה בית החולים. מעבר לזאת, בית המשפט הפנה להצעת חוק בנקי זרע ולעמדת היועמ"ש, וציין כי האסדרה המתוכננת אינה תומכת במדיניות בית החולים.

12. אשר לטענה כי מדיניות בית החולים נובעת מצורך מיוחד של "הקבוצה שאליה משתייכים החברים במועדון או בארגון" (סעיף 3(ד)(2) לחוק איסור הפליה) – נקבע שלניאדו לא הוכיח כי אמנם מדובר בצורך מיוחד, וממילא נקבע כי בית החולים נעדר "חברים" בעלי מאפיינים ייחודיים, שכן הוא מעניק שירות רפואי לכלל האוכלוסייה. בהקשר זה, בית המשפט הפנה לעדות מנהל מחלקת היולדות בבית החולים, ד"ר יעקב ממת (להלן: ד"ר ממת), שאישר בחקירתו כי התפלגות המטופלים בבית החולים דומה

להתפלגות האוכלוסייה וכי בית החולים לא נותן שירות בעיקר לאוכלוסייה החרדית. בתוך כך הוער כי אפילו אם בית החולים היה מוכיח שאמנם קיימים "צרכים מיוחדים" כנטען על ידו, עומדת בפניו משוכה נוספת שלא הוכחה, והיא כי הצרכים המיוחדים אינם נוגדים את מטרות חוק איסור הפליה.

בית המשפט הפנה לדבריו של ד"ר ממת, מהם עולה כי אין בכך שרופא הכפוף לו מבצע עבירה הלכתית כדי להשליך על עניינו שלו ולהוביל למסקנה שד"ר ממת ביצע בעצמו עבירה הלכתית, או להשליך על ענינם של יתר המטופלים בבית החולים. עוד הודגש כי בית החולים מעסיק גם עובדים שאינם דתיים, שחלקם מועסקים בבתי חולים אחרים, שם במסגרת תפקידם הם מבצעים פעולות המהוות לכאורה עבירה הלכתית; ובהקשר זה צוין כי ד"ר אוסטרובסקי העניקה למשיבה טיפולי הפריה חוץ-גופית במוסד רפואי אחר.

13. בית המשפט קיבל גם את טענת המשיבה שלפיה בית החולים הפר חובה חקוקה הקבועה בחוק זכויות החולה. לצורך זה, תחילה בית המשפט סקר את התוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, תוך שציין כי תביעה לפי חוק זכויות החולה אינה מנויה בה. עם זאת, בית המשפט הפנה לפרט 1 לתוספת המורה כאמור כי ניתן לנהל הליך ייצוגי נגד עוסק. בהמשך לכך, בית המשפט הפנה להגדרת "עוסק" שבחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן); והעיר שלניאדו לא טען שאינו בגדר "עוסק" או שהמשיבה אינה "לקוח", ובהתאם נקבע לצורך העניין כי בית החולים הוא בגדר עוסק. בשלב זה בית המשפט פנה לאיסור ההפליה שבסעיף 4 לחוק זכויות החולה, וקבע כי בהינתן שהסעיף אינו מונה רשימה סגורה של מקרים, הפליה מחמת מעמד אישי מהווה הפליה פסולה. בית המשפט הצביע על כך שבשונה מחוק איסור הפליה, חוק זכויות החולה אינו קובע חריגים לאיסור ההפליה, כך שלא עומדת לבית החולים הגנה כלשהי בעניין הפרת חוק זכויות החולה.

לעומת זאת, בית המשפט דחה את טענת המשיבה כי עומדת לזכותה עילת תביעה מכוח חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. בסוגיה זו, בית המשפט לא ראה לנכון להכריע בשאלה אם קשיי פוריות הם בבחינת מוגבלות כהגדרת חוק זה. ואולם בית המשפט קיבל את טענת לניאדו כי המשיבה לא הראתה כי ההפליה המיוחסת לניאדו היא מטעם זה, ובהיעדר קשר סיבתי בין ההפליה הנטענת ובין קשיי הפוריות של המשיבה, נקבע שיש לדחות את טענותיה בנדון.

14. בכל הנוגע לשאלת הנזק שנגרם לחברות הקבוצה, הובהר כי הוכח ברמה הלכאורית שמדיניות לניאדו פגעה בחופש הבחירה של חברות הקבוצה, ובשים לב לכך שבית החולים לא הראה שחברות הקבוצה היו אדישות לפגיעה זו, נקבע שמדיניות בית החולים גרמה לחברות הקבוצה נזק לא ממוני. ואולם בהיעדר אסמכתה או ראיה בעניין הנזק הממוני שנטען שנגרם לחברות הקבוצה, בית המשפט דחה את טענות המשיבה כי נגרם לחברות הקבוצה נזק ממין זה.

סופו של דבר, נקבע כי מדיניות לניאדו מהווה הפליה פסולה וכי ניהול ההליך בדרך של תובענה ייצוגית הוא הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת. בהתאם, בית המשפט התיר למשיבה לנהל את בקשת האישור כתובענה ייצוגית בגין שתי עילות – הפרה של חוק איסור הפליה והפרת חובה חקוקה הקבועה בחוק זכויות החולה. נקבע שהקבוצה שבשמה תנוהל התובענה הייצוגית תכלול נשים שאינן נשואות הסובלות מבעיות פוריות, והן זכאיות בהתאם להסכמים בין קופות החולים ובתי החולים לקבלת טיפולי פוריות בלניאדו, אולם הן לא פנו באופן אקטיבי לקבל את הטיפול בלניאדו אלא בבתי חולים אחרים.

בגין החלטת האישור הגיש בית החולים את בקשת רשות הערעור הנדונה.

טענות בית החולים

15. בפתח הדברים לניאדו מדגיש כי השלכות החלטת האישור עבורו הן הרות אסון, שכן מתן הסעד המבוקש בבקשת האישור, פיצוי בסכום של כ-60 מיליון ש"ח, עלול לסכן את עתיד בית החולים שממילא מצוי בקשיים כלכליים ובהליכי הבראה. עוד מוסיף בית החולים כי קבלת התביעה שביסוד בקשת האישור עשויה להוביל לסגירת המחלקה להפריה חוץ-גופית; זאת מאחר שאין אפשרות לקיים פעילות מנוגדת לדת בבית החולים, ומובן כי צעד כזה יגרור פגיעה בציבור הרחב הנזקק לשירותים אלה. בתוך כך, בית החולים מדגיש כי עסקינן במוסד פרטי חרדי שהוקם בהתאם לעקרונות ההלכה היהודית וכי עיקר מימונו מגיע מתרומות של יהודים ברחבי העולם החפצים בקיומו של מוסד רפואי לפי עקרונות ההלכה. ובהקשר זה טוען בית החולים כי החלטת האישור מגלמת פגיעה חמורה בזכותו לחופש דת.

בנוגע לעילת ההפליה לפי חוק איסור הפליה, בית החולים טוען שדרישתו לנישואין כתנאי לביצוע הפריה חוץ-גופית מבוססת על הכרח הלכתי יסודי ומקובל, וכי אין מדובר בהחמרה הלכתית. משכך, בית החולים סבור כי מדיניותו אינה מבטאת הפליה כי אם שוני רלוונטי הנובע מאופי השירות שניתן על ידו ומאופי המקום שבו השירות

מסופק. בית החולים שב ומדגיש כי הולדת צאצאים שלא במסגרת נישואין, ללא קיום רישום או תיעוד כלשהו ותוך חשיפה לסיכוני גילוי עריות וממזרות בעתיד, עומדת בניגוד לליבת ההלכה היהודית. לניאדו מוסיף בהקשר זה כי מתוקף היותו גוף המושתת על דרישות ההלכה ונורמות דתיות, הוא מחויב במניעת גילוי עריות וממזרות תוך כדי ייחוד אסור בין בני זוג שאינם נשואים. עוד מדגיש בית החולים כי הנורמות הדתיות גוברות ביתר שאת כאשר עסקינן בטיפול רפואי וולונטרי שכתוצאה ממנו בית החולים עלול להפר ציווי הלכתי. לניאדו מוסיף בעניין זה כי לתשובתו לבקשת האישור צורף מכתב מאת רב בית החולים המבהיר כי מדיניות בית החולים ביחס למכון ההפריה חוץ-גופית התקבלה לאחר התייעצות עם גדולי הפוסקים, ואלו הורו לבית החולים על קיום המדיניות האמורה ורב בית החולים העביר למנהלי לניאדו את הוראתם.

בהתייחס לתמיהת בית המשפט המחוזי בהחלטת האישור, הכיצד המרשם תואם קריטריון הלכתי, בית החולים מכיר בכך שרישום הנישואין כשלעצמו אינו מלמד בהכרח על נישואין לפי ההלכה; אולם לשיטתו, בדיקת רישום הנישואין מהווה פרקטיקה סבירה לביסוס החזקה ההלכתית כי מדובר בזוג נשוי, זאת בהינתן שענייני המעמד האישי בישראל מוסדרים על פי הדת. לניאדו מפרט כי בהתאם לפסיקת בית משפט זה, הוולד מוחזק כמי שנולד מאדם הנשוי לאמו, זאת גם אם קיים חשש שהאם "שהתה עם גברים אחרים" כלשון בית החולים. אלא שחזקה זו אינה חלה כאשר מדובר בזוג שאינו רשום כנשוי. בית החולים הוסיף כי גם אם היותו של זוג רשום כנשוי במרשם אינו מקנה ודאות מוחלטת בדבר שמירה על הנורמות הדתיות, אין בכך כדי להצביע על חוסר תועלת או חוסר היגיון שבמדיניות בית החולים. לדעת בית החולים עצם העובדה שמדובר במנגנון שאיננו הרמטי מבטאת את מלאכת האיזון שנעשה בבית החולים בין הרצון לקיים את ההלכה ובמקביל לשמור על אינטרס הציבור, כך שבאמצעות בדיקת רישום הנישואין הנורמה הדתית מוגנת "בדרך הליברלית ביותר" כלשונו. לבסוף בנוגע לסוגיה זו, לניאדו טוען כי לו היה קיים רישום מסודר ואמין של השושלת הביולוגית של יילודים מהפריה חוץ-גופית, ייתכן שלא היה צורך במדיניות בית החולים. עם זאת, בנסיבות הקיימות לניאדו סבור כי בשים לב לכך שהוא מסתמך על רישומי משרד הפנים, הפתרון שאימץ בית החולים הוא מאוזן, ראוי, אנושי ומכבד.

16. אשר לעילה הנובעת מאיסור ההפליה שבחוק זכויות החולה, בית החולים טוען כי בית המשפט קבע מיוזמתו שניתן להגיש את בקשת האישור בהסתמך על פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. בהקשר זה, בית החולים גורס כי המשיבה לא טענה לפי פרט זה, זאת חרף העובדה שמוטלת חובה על בעל הדין המגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית לפרט על אודות "הפרט בתוספת השנייה לחוק שעל פיו מתבקש אישור

התובענה כתובענה ייצוגית" (תקנה 2(א)(1) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010). לדבריו, משעה שהמשיבה לא טענה לפי פרט 1 לתוספת השנייה, לכתחילה לא היה מקום לדון בעילה לפי חוק זכויות החולה. עוד מוסיף בית החולים כי השאלה אם בית חולים הוא אמנם "עוסק" ואם החולה הוא "לקוח" היא שאלה נכבדה שטרם הוכרעה בפסיקת בית משפט זה.

לגופו של עניין, בית החולים גורס כי הקביעה שהוכחה הפליה לפי חוק זכויות החולה הסתמכה על הניתוח המשפטי וההנמקה שעליה מבוססת עילת התביעה לפי חוק איסור הפליה. אלא שלדעת בית החולים לא ניתן להקיש מחוק איסור הפליה לצורך בחינת האיסור שבחוק זכויות החולה, שכן בעוד הראשון כולל בסעיף 6 חזקת הפליה, האחרון נעדר חזקה כזו. בהתאם, בית החולים סבור כי מוטל על הטוען להפליה מכוח חוק זכויות החולה להוכיח כי אכן הייתה הפליה, ולשיטתו המשיבה לא עמדה בנטל זה.

17. טענה נוספת שבפי בית החולים היא כי החלטת האישור לא נתנה משקל ראוי לעמדת המאסדר, משרד הבריאות, כפי שזו הובעה בפני המשיבה. לגישתו, המאסדר מכיר למעשה במדיניותו, והוא מפנה בהקשר זה למכתב מאת משרד הבריאות. בהמשך לכך טוען בית החולים כי פעל בהתאם להנחיות המאסדר ועל כן עומדת לו ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין); סעיף זה מורה כי אדם יהיה פטור מאחריות נזיקית על מעשה שעשה לפי חוק, או בתחום הרשאה חוקית, אלא אם כן פעל ברשלנות. עוד מוסיף בית החולים כי אם היועמ"ש היה סבור שמדיניות בית החולים היא מפלה, הוא היה מציין זאת בעמדתו. בית החולים מפנה לכך שאף היועמ"ש טען בבית המשפט המחוזי כי אין מקום לפתור את המחלוקת דנן בדרך של תובענה ייצוגית. בתוך כך, בית החולים מצביע על כך שהסוגיה שבמוקד בקשת האישור עומדת לפני אסדרה חוקית – כפי שציין היועמ"ש – ולכן סבור בית החולים כי אין מקום לנהל תובענה ייצוגית בנושא, ובוודאי שזו אינה הדרך היעילה להכריע במחלוקת, כך שלא מתקיימים התנאים שבסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות. בהמשך לדברים אלה טוען בית החולים כי החלטת האישור מנוגדת לעמדת המדינה, כפי שזו קיבלה ביטוי בעמדת היועמ"ש ובמכתב מאת משרד הבריאות.

18. לניאדו מוסיף וטוען כי הגדרת הקבוצה המיוצגת אינה עולה בקנה אחד עם נסיבות המקרה וכי היא אינה פרופורציונלית. לדבריו הקבוצה המיוצגת כפי שהגדירה בית המשפט המחוזי, כוללת בתוכה גם נשים המתגוררות במרחק רב מבית החולים, ושכלל לא נפגעו ממדיניותו (למשל, אילת וקרית שמונה); שכן לטענת לניאדו, בעניין

של נשים המתגוררות בריחוק מבית החולים לא מתקיים קשר סיבתי בין מדיניותו ובין הנזק שלכאורה נגרם להן. נשים אלה, כך סבור בית החולים, לא היו מודעות להפליה הנטענת וממילא לא יכלו להיפגע ממנה. בהקשר זה בית החולים מדגיש כי הוא אינו מפרסם את פרוצדורת הטיפול והיעדר מתן שירותים לנשים שאינן נשואות, ועל כן רק מי שפנתה וביקשה לעבור טיפולים יכולה הייתה להיחשף למדיניותו. עוד הוסיף בית החולים כי אף אם הן היו מודעות למדיניות בית החולים, הרי שאין אפשרות מעשית לקבל את כל הנשים שאינן נשואות לטיפול פוריות בלניאדו.

אשר לנזק שלכאורה נגרם לחברות הקבוצה, בית החולים טוען כי החלטת האישור מרחיבה את הפגיעה הקבוצתית בגין הפגיעה באוטונומיה ובכוח הבחירה, באופן שהיא מכירה בנזק בגין הפליה שהנפגע היה מודע לה לכתחילה. לדברי לניאדו, ראש הנזק של שלילת האוטונומיה של ניזוק הוכר בפסיקת בית משפט זה בדרך כלל במקרים של אי-גילוי או הטעיה ביחס למוצר הנמכר ולא במקרים של הפליה. לבסוף, ביחס לנזק הלא ממוני שנגרם לחברות הקבוצה, לניאדו טוען כי המשיבה לא צירפה לבקשת האישור חוות דעת או סקר המעידים על עצם קיומו של נזק. בית החולים מצביע על כך שבפני המשיבה עמדו אלטרנטיבות רבות של מכוני הפריה חוץ-גופית באזור השרון והמרכז, ובכל זאת היא מתעקשת לבצע "כפייה חילונית" כלשונו, ולכפות על מוסד דתי לפעול בניגוד להלכה באמתלה של הפליה. לשיטת לניאדו, התנהלות זו מצד המשיבה עומדת כשלעצמה בניגוד לתכליות מוסד התובענה הייצוגית.

טענות המשיבה

19. בפתח תשובתה לבקשת רשות הערעור המשיבה מבהירה כי היא מתנגדת לדיון בה כבערעור, וכי ככל שתינתן ללניאדו רשות לערער, היא עומדת על זכותה להגיש ערעור שכנגד בהתאם לתקנה 434 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 החלות בענייננו (להלן: התקנות הישנות). לטענתה, החלטת האישור מגלמת פסק דין חלקי בעילת התביעה הנוגעת לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות וביחס לנזק הממוני שנגרם לחברות הקבוצה, ובהתאם היא מעוניינת להשיג על קביעות אלה; לדבריה, היא לא הגישה ערעור מצידה כדי לא לעכב את המשך בירור ההליך בבית המשפט המחוזי. המשיבה מוסיפה כי עיקר הטענות המועלות כעת בבקשת רשות הערעור, כלל לא נטענו על ידי לניאדו בבית המשפט המחוזי, ועל כן הן מהוות הרחבת חזית אסורה. כך, למשל, המשיבה מציינת כי רק במסגרת בקשת רשות הערעור העלה בית החולים את הטענה כי המכתב מאת משרד הבריאות מקנה לו הגנה לפי סעיף 6 לפקודת הנזיקין. עוד מסבה המשיבה את תשומת הלב לכך שבבית המשפט המחוזי לא הועלתה טענה ביחס לחופש הדת של בית החולים או בדבר איתנותו הכלכלית. נוסף על כך, המשיבה מצביעה על כך

שבבית המשפט המחוזי, טענות בית החולים לגבי חוק זכויות החולה התמצו בכך שחוק זה אינו חל על הפליה מחמת מעמד אישי. המשיבה מדגישה כי הטענה היחידה שנטענה ומצאה את ביטויה בסיכומי בית החולים בבקשת האישור, היא כי מדיניות לניאדו אינה בגדר הפליה, או שהיא מותרת בהתאם לחריג הקבוע בסעיף 3(ד) לחוק איסור הפליה. מעבר לזאת, המשיבה טוענת שטענות בית החולים המכוונות כלפי איתור חברות הקבוצה וכימות הנזק, ממילא טרם הוכרעו על ידי בית המשפט המחוזי, כך שאין מקום להקדים ולדון בהן לראשונה בבית משפט זה. בתוך כך המשיבה טוענת כי בניגוד למצג שאותו מבקש לניאדו ליצור, עיקר מקורות המימון של בית החולים הם ציבוריים, כך שמדובר בגוף דו-מהותי חרף היותו בבעלות עמותה.

20. בעניין חוק איסור הפליה, המשיבה טוענת כי בית החולים כורך בטיעונו שתי טענות שונות – טענה אחת נוגעת לעצם קיומו של שוני רלוונטי בין אישה נשואה ואישה שאינה נשואה ולכן אין פגיעה בשוויון (ולדברי המשיבה סוגיה זו לא הועלתה מטעם בית החולים בבית המשפט המחוזי); הטענה השנייה, שהיא למעשה הטענה העיקרית בבקשת רשות הערעור, היא כי מתקיים החריג הקבוע בסעיף 3(ד) לחוק איסור הפליה. למרות שסוגיה זו לא עמדה במוקד טענות בית החולים בבית המשפט המחוזי, המשיבה מדגישה כי בעת בחינת השוני הרלוונטי עלינו להידרש רק לשאלה אם בקרב הפרטים אמנם קיים שוני המצדיק יחס שונה, כל זאת מבלי ליתן משקל למאפייני המוסד. בהקשר זה המשיבה טוענת כי אין בבקשת רשות הערעור פירוט או טענות העשויים לבסס קיומו של שוני רלוונטי בין נשים נשואות ונשים שאינן נשואות. המשיבה מוסיפה כי די בקביעה שאין שוני רלוונטי בין קבוצות הנשים כדי להוביל למסקנה שהופר איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה, שכן בשונה מחוק איסור הפליה, חוק זה לא כולל בחובו החרגות לאיסור להפלות.

אשר לטעמים המצדיקים לשיטת בית החולים את מדיניותו, המשיבה סומכת את ידיה בעניין זה על החלטת האישור. המשיבה שבה על קביעת בית המשפט כי די בכך שלניאדו נמנע מהעדת רב בית החולים כדי להביא לדחיית טענותיו בעניין קיומו של ציווי הלכתי המצדיק יחס שונה. לטענתה, אפילו אם נניח כי קיים ציווי הלכתי כנטען, עדיין ניצבת בפני בית החולים משוכה נוספת שאותה הוא לא צלח, והיא להוכיח כי הציווי ההלכתי מצדיק את מדיניותו. המשיבה מצביעה על כך שבית החולים לא הסביר מדוע הסיכוי להולדת ממזר או לגילוי עריות גדול במקרה שבו מבוצע הליך הפריה חוץ-גופית לעומת מקרה שבו ייוולד בבית החולים ילד לאישה שאינה נשואה; ובהקשר זה המשיבה מפנה לטענת לניאדו כי לבד מטיפולי הפריה חוץ-גופית, נשים שאינן נשואות מקבלות את יתר השירותים הרפואיים מבית החולים. זאת ועוד. המשיבה סבורה כי גם

אם הציווי ההלכתי מצדיק יחס שונה בין נשים הרשומות כנשואות ובין נשים שאינן, בית החולים עדיין כשל להראות מהו הבסיס ההלכתי לטענה כי שהות של אדם או איש סגל במוסד רפואי שבו מתבצע טיפול רפואי שלא בהתאם להלכה, פוגעת בליבת הפרקטיקה הדתית של אותו אדם שכלל לא נוטל חלק בטיפול הרפואי.

לבסוף, בנוגע לטענה כי בית החולים פעל בהתאם להנחיות המאסדר, המשיבה טוענת כי אין חיקוק או הרשאה המתירים הפליה על רקע מעמד אישי. כמו כן, המשיבה מצביעה על כך שבית החולים לא טען בבית המשפט המחוזי ולא הציג ראיות כלשהן כי אמנם ניתנה לו הרשאה חוקית לנקוט במדיניות המפלה. לשיטתה, כאשר קיימת חקיקה ראשית האוסרת פעולה מסוימת, מוטל נטל כבד על הטוען להסתמכות על הרשאה חוקית. עוד מוסיפה המשיבה כי הטוען להגנה אינו יכול להסתמך על עמדות לא מוסמכות של רשויות ציבוריות שניתנו ללא הליך פומבי וללא מתן זכות טיעון לציבור בגיבוש עמדתן. לסיום, המשיבה טוענת כי אין בעמדת היועמ"ש משום מקור הגנה לבית החולים, זאת במיוחד שעה שעמדתו הובעה לאחר שלכאורה התבצעה העוולה.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

21. היועמ"ש התבקש להגיש את עמדתו לבקשת רשות הערעור. בפתח עמדתו, היועמ"ש נדרש למסגרת הנורמטיבית החלה על ענייננו – בכל הנוגע לתחולת חוק איסור הפליה, היועמ"ש מפנה להגדרת המונח "שירות ציבורי" בחוק ולרשימת השירותים המנויה בו, והיא: "שירותי תחבורה, תקשורת, אנרגיה, חינוך, תרבות, בידור, תיירות ושירותים פיננסיים, המיועדים לשימוש הציבור" (סעיף 2(א) לחוק איסור הפליה). היועמ"ש מציין כי שירותי רפואה או שירותי בריאות אינם נכללים ברשימת השירותים המנויה תחת הגדרת שירות ציבורי, ולא בכדי, שכן לעמדת היועמ"ש הדבר נעשה באופן מכוון. בתוך כך, היועמ"ש סבור כי רשימת השירותים המנויה בסעיף 2(א) לחוק איסור הפליה היא רשימה סגורה ולא ניתן לקרוא לתוכה שירותים נוספים; ומשעה ששירותי בריאות ושירותי רפואה אינם נמנים בהגדרת המונח שירות ציבורי, חוק איסור הפליה אינו חל על שירותים אלה. מלבד האמור, היועמ"ש מסב את תשומת הלב לכך שחוק זכויות החולה הוא חוק ספציפי ומוקדם לחוק איסור הפליה, וכי בגדרו מוסדר איסור ההפליה במתן שירותים רפואיים. לדברי היועמ"ש, המחוקק היה ער להסדרת איסור ההפליה בשירותי בריאות ורפואה במסגרת חוק זכויות החולה, ובחר בהתאם שלא לכלול אותם ברשימת השירותים הציבוריים הנמנים בחוק איסור הפליה. לביסוס עמדתו בעניין זה, היועמ"ש מפנה לכך שבמעמד חקיקת חוק איסור הפליה המחוקק בחר לתקן את חוק זכויות החולה ולהוסיף לו את סעיף 28א הקובע כי יראו את הפרת איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה, המגולם בסעיף 4(א) לחוק זה, כעוולה לפי חוק איסור הפליה.

22. אשר לתחולת סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה – היועמ"ש מצביע על נוסח הסעיף המורה כי "מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא, נטיה מינית, גיל או מטעם אחר כיוצא באלה" וגורס כי חרף העובדה שאיסור ההפליה שבחוק זכויות החולה אינו מציין באופן מפורש כי הפליה מחמת "מעמד אישי" היא אסורה, יש לפרש את הסעיף ככולל איסור הפליה גם מטעם זה. היועמ"ש מדגיש כי עילות ההפליה המנויות בסעיף אינן מהוות רשימה סגורה, ויעידו המילים "כיוצא באלה". נוסף על כך, בהינתן הוראת סעיף 28א לחוק זכויות החולה, היועמ"ש סבור כי דרך המלך להגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית בגין הפרת איסור ההפליה לפי חוק זה היא בהתאם לפרט 7 שבתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, שעניינו בתביעה לפי חוק איסור הפליה. בהקשר זה, היועמ"ש מציע כי משום שסעיף 4(א) לחוק זכויות החולה חל בנסיבות המקרה, אין צורך לקבוע מסמרות בנוגע לשאלה אם בית חולים מהווה "עוסק" כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן. לעמדת היועמ"ש הכרעה כזו טומנת בחובה השלכות נרחבות, והחלטת האישור בהקשר זה מעוררת קשיים לא מבוטלים. קושי מסוים שעליו מצביע היועמ"ש מתבטא בכך שהחלטת האישור מאפשרת למעשה להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית בגין כל עילה המנויה בחוק זכויות החולה, זאת למרות שתביעה מכוחו לא הוכרה בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.

23. בכל הנוגע ליישומו של סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה – היועמ"ש סבור כי איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה אינו כולל יחס שונה למטופלים שונים, מקום שבו השוני בין המטופלים רלוונטי לטיפול הרפואי, וכאשר היחס השונה ניתן במידה המשקפת את השוני. ככלל, היועמ"ש סבור כי השיקולים הרלוונטיים למתן טיפול רפואי הם שיקולים רפואיים, אולם הוא גורס שיכולים להיות מקרים חריגים שבהם תהיה רלוונטיות לשיקולים נוספים – כגון שיקולים של תקנת הציבור או של ערכים חברתיים ראויים אחרים, שבהם נמנים גם שיקולים הלכתיים המצויים בליבת ההלכה. עוד מוסיף היועמ"ש כי במקרים החריגים שבהם יוכרו שיקולים שאינם רק שיקולים רפואיים, יש להתחשב בשונות הדרישות מכל אחת מהקבוצות, במידת הפגיעה בזכות הנדונה ובתוצאות שנגרמות לקבוצה המופלית.

בהמשך לכך, היועמ"ש מצייין כי אמנם תחום טיפולי הפיריון עלול לייצר מצבים מורכבים מבחינה הלכתית שבהם היילוד עלול להיחשב כמזר, אולם הוא בחר להימנע מלהביע דעה אם המדיניות שבה נוקט בית החולים מהווה הפליה אסורה לפי חוק זכויות החולה. כך משום שלדברי היועמ"ש גובש לאחרונה מתווה המאייין את החשש מפני הפרת ציווי הלכתי מצד בית החולים בעת מתן טיפולי הפריה, באופן שמייתר את הצורך

לקבוע מסמרות אם לפנינו ציווי הלכתי מחייב הגובר על זכויות חברות הקבוצה. בתוך כך, היועמ"ש מציין כי אמנם הפנה בבית המשפט המחוזי להצעת חוק בנקי זרע כפתרון אפשרי לבקשת האישור; אולם במסגרת ההליך דנן וכחלק מגיבוש עמדתו בפני בית משפט זה נערכו התייעצויות עם גורמים שונים, ובסיוע צוות בין-משרדי שכלל נציגים ממשרד המשפטים, משרד הבריאות ורשות האוכלוסין וההגירה, גובש המתווה המוצע כמובא להלן:

- א. כאשר איש ואישה שאינם רשומים כנשואים יבקשו לקבל טיפולי הפריה בלניאדו הם יחתמו על מסמך התחייבות שלפיו ככל שכתוצאה מהליך הפריה זה ייוולד ילד, אזי האיש, נותן הזרע, מצהיר כי הוא אביו הביולוגי של היילוד, והם מסכימים כי לאחר הלידה, האיש יירשם במרשם האוכלוסין כאבי הילד שנולד ומתחייבים להסדיר את ההכרה באבהותו על היילוד בהתאם לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק מרשם האוכלוסין), ולנוהלי רשות האוכלוסין וההגירה, בסמוך לאחר הלידה.
- ב. לאחר הלידה, ניתן יהיה לראות בהודעה זו כהודעה לפי סעיף 21 לחוק מרשם האוכלוסין, שמשמעה הצהרת שני ההורים על אבהות לילד שנולד לאישה פנויה.
- ג. האיש והאישה מסכימים כי לניאדו יהיה רשאי להעביר הודעה זו לרשות האוכלוסין וההגירה, לאחר הלידה, לצורך רישומו של האיש כאב, על מנת שפקיד הרישום לפי חוק מרשם האוכלוסין יוכל להסתמך עליה לצורך זה.
- ד. מעבר להתחייבות בסעיף א' דלעיל, להסדיר את ההכרה באבהות על היילוד בהתאם לנוהלי רשות האוכלוסין וההגירה, האיש והאישה מתחייבים כי בכל מקרה של לידה שלא בלניאדו, יודיעו לבית החולים, בתוך 30 ימים מהלידה.
- ה. ככל שלאחר 12 חודשים מיום ההפריה לא יודיעו האיש והאישה ללניאדו על הלידה, כאמור בסעיף ד' דלעיל, מסכימים האיש והאישה כי בית החולים יהיה רשאי להעביר הודעה זו לרשות האוכלוסין ורשות האוכלוסין תהיה רשאית, אם נולד ילד כתוצאה מההפריה, לראות בה לאחר הלידה כהודעה לפי סעיף 21 לחוק מרשם האוכלוסין.
- ו. בנוסף, האיש והאישה מצהירים כי ידוע להם כי ככל שלפקיד הרישום יהיה ספק בדבר האבהות על היילוד שייוולד כתוצאה מטיפולי ההפריה, אם בשל הודעות סותרות ואם מטעם אחר, מוסמך פקיד הרישום לפנות לבית המשפט לענייני משפחה (באמצעות בא-כוח היועמ"ש) לשם קבלת צו לבדיקה גנטית לקשרי משפחה לפי חוק מידע גנטי התשס"א-2000, והם נותנים הסכמתם לבדיקה כזו ככל שתידרש.

ז. יצוין כי התחייבות זו תיחתם על ידי האיש והאישה מחדש בטרם תבוצע כל הפריה חוזרת (להלן: מתווה היועמ"ש).

היועמ"ש מדגיש כי המתווה מצטרף להתחייבות שניתנת ממילא לפי המצב הקיים היום, שלפיו גבר שנעשה שימוש בזרעו בהליך הפריה של אישה פנויה נדרש לחתום כי הוא מתחייב לעמוד במחויבויות שיש להורה כלפי ילדיו. עוד מסב היועמ"ש את תשומת הלב לכך שהמתווה גובש בהתאם להנחה שאין בלניאדו בנק זרע, כך שלא ניתן לקבל בו תרומת זרע מתורם אנונימי. במאמר מוסגר יוער כי שאלת מעמדו הנורמטיבי של מתווה היועמ"ש לא הובררה עד תום בהליך שלפנינו וכי לא ברור מה תוקפו של המתווה ואם בכלל מיושם. בתוך כך, היועמ"ש סבור כי המתווה האמור מוביל לאיזון ראוי והוא יאפשר מתן טיפולי הפריה בלניאדו גם לנשים שאינן רשומות כנשואות במרשם האוכלוסין. בסופו של דבר, היועמ"ש טוען כי המתווה שגובש מייתר את המשך הדיון בתובענה הייצוגית. לעמדתו, המתווה מוביל לכך שעיקרה של בקשת האישור בא לכדי פתרון, כך שדומה כי המשך בירור ההליך תוך קבלת הכרעות מורכבות בסוגיות רגישות, אינו נחוץ והוא אינו הדרך היעילה לפתרון המחלוקת. היועמ"ש סבור כי מסקנה זו מתבקשת גם בשים לב להיקף הקבוצה המיוצגת בהליך, ולכך שלחברותיה יש תמריץ להגיש תביעה אישית בהיקף כספי ראוי (ובהקשר זה היועמ"ש מפנה לסעיף 5(ב) לחוק איסור הפליה המאפשר לבית משפט לפסוק פיצוי שלא יעלה על 50,000 ש"ח, ללא הוכחת נזק).

24. לחלופין, היועמ"ש סבור כי יש מקום להתערבות בהגדרת הקבוצה המיוצגת בהליך. לדבריו, הקבוצה שהוגדרה מכילה נשים שככל הנראה לא ידעו על המדיניות שבה נוקט בית החולים, ואף כלל לא חפצו לפנות אליו לקבל טיפול רפואי. בהקשר זה, היועמ"ש מצביע על כך שבית החולים אינו מפעיל בנק זרע, כך שלא ניתן לקבל בו טיפולי הפריה מתורם זרע אנונימי. כלומר, לדברי היועמ"ש ניתן לקבל בלניאדו טיפולי הפריה רק כאשר איש ואישה מגיעים יחד לטיפול, כאשר ההפריה החוץ-גופית מתבצעת מזרעו של האיש. בתוך כך, היועמ"ש גורס כי הגדרת הקבוצה המיוצגת בהחלטת האישור לא הביאה בחשבון את היעדרו של בנק הזרע, כך שהקבוצה כוללת שלא בצדק את כל הנשים הזכאיות לטיפול הפריה. בעניין זה היועמ"ש סבור כי הגדרת הקבוצה יכול שתכלול רק נשים שמעוניינות לבצע טיפול הפריה עם בן זוגן ולא נשים שמעוניינות בטיפול הפריה מתורם אנונימי. כמו כן, היועמ"ש גורס כי לנוכח האופן שבו הוגדרה הקבוצה, איתור ובירור החברות בה מחייב בדיקה עובדתית נוספת המצריכה חשיפת פרטים אישיים, ובכך עלולה להיפגע פרטיות חברות הקבוצה.

25. במסגרת תשובתו לעמדת היועמ"ש, בית החולים שב על עיקרי הדברים שעלו בבקשת רשות הערעור. בתוך כך, לניאדו חולק על האפשרות להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית מכוח סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה. לדבריו, סעיף 28א לחוק זכויות החולה אמנם קובע כי הפרת איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה מהווה עוולה לפי חוק איסור הפליה, אלא שאין בכך כדי לאפשר להגיש מכוח סעיף זה בקשה לאישור תובענה כייצוגית. עוד טוען בית החולים כי המשיבה פנתה לקבל את טיפולי הפוריות בידיעה שיסרבו לבקשתה, כך שלא ניתן לראותה כמטופלת לצורך חוק זכויות החולה. אשר ליישומו של איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה על נסיבות המקרה, בית החולים שב ומדגיש כי לא מדובר בהפליה אלא בהחלטה מושכלת המבוססת על נושא המצוי בליבת ההלכה היהודית. בית החולים גורס כי גם מעמדת היועמ"ש עולה כי החשש ההלכתי החמור מהפריית זוגות שאינם נשואים הוא חשש הנובע מכך שהאב לא נרשם כאבי היילוד; וכך עלול היילוד לשאת בעתיד את אחותו לאישה, זאת בשונה מהמקרה של הפריה המתבצעת בזוג נשוי שבו האב נרשם ככזה באופן אוטומטי. בהקשר לכך לניאדו מפנה להמלצות שבדוח ועדת מור-יוסף וטוען כי לנוכח ייחודיות טיפולי הפוריות, ראוי שיתאפשר למטפל לא לקחת בהם חלק אם הוא סבור שהטיפול מנוגד למצפונו. עוד טוען לניאדו כי הזכות לטיפול הפריה היא זכות יחסית, וקביעה כי מדיניותו מפלה תוביל לקיפוח קהילה שלמה המעוניינת לקבל טיפול התואם לאורח חייה ואמונתה.

בכל הנוגע למתווה היועמ"ש, בית החולים מבהיר כי לא נוהל עמו משא ומתן ביחס לתוכן המתווה, אולם נציגיו ונציגי המשיבה זומנו להביע את עמדתם לפני פרקליטות המדינה. בתוך כך, בית החולים מצייין כי המתווה אמנם אינו מעניק מענה מלא לחששות הלכתיים שונים הכרוכים בטיפול הפריה במי שאינה נשואה. עם זאת הוא מצייין כי ככל שיאושר המתווה ותתקבל עמדת היועמ"ש שלפיה מתייתר המשך בירור ההליך, יהיה ניתן לפעול לפי המתווה בכפוף להערה מאת ועד ההלכה של לניאדו, שלפיה בעת יישום מתווה היועמ"ש תידרש בחינה של הנסיבות שבגינן בני הזוג אינם רשומים כנשואים. זאת על מנת לוודא כי לא קיימת ביחס להפריה מניעות הלכתית חמורה אחרת (למשל, גילוי עריות בין אח ואחות). בכפוף לכך וככל שהמטופלת ובן הזוג יחתמו על מסמכי מתווה היועמ"ש, בית החולים מצייין כי יהיה ניתן לערוך בלניאדו טיפולי הפריה חוץ-גופית לאישה שאינה נשואה.

26. המשיבה טוענת כי עמדת היועמ"ש מבטאת שינוי חזית קיצוני. לדבריה, היועמ"ש היה צד להליך בבית המשפט המחוזי, והעמדה שהוגשה מטעמו שם התמקדה אך ורק בהצעת חוק בנקי זרע. עוד טוענת המשיבה כי עמדת היועמ"ש בבית המשפט המחוזי יצאה מההנחה שניתן לקיים הליך הפריה בלניאדו תוך הסתייעות בתרומת זרע. אלא שכעת, ועל יסוד הטענה שאין בבית החולים בנק זרע, היועמ"ש טוען כי לא ניתן לבצע בלניאדו טיפולי הפריה באמצעות תרומת זרע; וכי בהתאם יש לצמצם את הקבוצה המיוצגת. בתוך כך, המשיבה רואה ביועמ"ש כצד לכל דבר ועניין להליך שהתנהל בבית המשפט המחוזי, כך שהעמדה שהוגשה שם מטעמו מהווה "כתב טענות". בהקשר זה, המשיבה טוענת כי דרך המלך לשינוי עמדת היועמ"ש היא באמצעות הגשת בקשה לערכאה הדיונית לתיקון אותו "כתב טענות", כך שבית המשפט המחוזי יוכל להידרש לטענות העובדתיות המובאות בעמדה המתקנת מטעם היועמ"ש. עוד בהקשר זה המשיבה מפנה להוראת סעיף 19(ב) בחוזר המנכ"ל, כללים בדבר ניהולו של בנק זרע, המאפשרת להעביר זרע מבנק זרע ליחידת ההפריה; ומציינת כי למיטב ידיעתה, כל המוסדות הרפואיים בישראל המבצעים טיפולי הפריה חוץ-גופית מאפשרים להיעזר בתרומת זרע שנרכשה מכל בנק זרע, בין אם הם מחזיקים בנק זרע משלהם בין אם לאו.

המשיבה מוסיפה כי אין מקום לקבל את טענת היועמ"ש כי יש לצמצם את הקבוצה המיוצגת בשל היעדר בנק זרע בבית החולים. לטענתה עמדת היועמ"ש בעניין זה סוטה באופן קיצוני מטענות הצדדים, ומדובר בטענה עובדתית מובהקת שלא הועלתה על ידי בית החולים. המשיבה מפרטת כי ליועמ"ש אין כל יתרון על פני בית החולים, ומשעה שבית החולים בעצמו ויתר על העלאת הטענה בדבר היעדר בנק זרע, אין אינטרס ציבורי או הצדקה לברר אותה כעת. כך לשיטת המשיבה גם ביחס ליתר טענות היועמ"ש בעניין גודל הקבוצה המיוצגת. המשיבה גורסת כי התייצבותו של היועמ"ש במסגרת הליכים שהמדינה אינה צד להם נועדה בעיקרה להציף שיקולים ציבוריים החורגים מעניינם של הצדדים להליך; ובהמשך לכך המשיבה מצביעה על כך שטענות היועמ"ש נוגעות לזהות חברות הקבוצה ולאופן איתורן, כך שאין בהן כל סוגיה עקרונית החורגת מעניינם של הצדדים המצדיקה את אימוץ עמדת היועמ"ש. עוד מוסיפה המשיבה כי כאשר מדובר בקבוצה הנפגעת מהפלגה, היקפה נקבע בהתאם למי שהיה יכול לעשות שימוש בשירות והודר ממנו, ללא תלות בשאלה אם פעל באופן אקטיבי לקבל את השירות.

27. בכל הנוגע למתווה היועמ"ש, המשיבה טוענת כי לעמדת היועמ"ש לא צורף נספח רשמי המציג את המתווה שלכאורה גובש, כפי שראוי היה לעשות ככל שמדובר

בהנחיה מינהלית; וכי לא נחשפה דרך גיבוש המתווה ואם נבחנה האפשרות של שימוש בתרומת זרע מתורם אנונימי. המשיבה שבה ומדגישה כי המתווה מגלם עמדה הפוכה לזו שהביע היועמ"ש בבית המשפט המחוזי, וכי היועמ"ש לא הציג טעם מבורר לשינוי עמדתו. לטענתה, מתווה היועמ"ש גובש בשיתוף פעולה עם בית החולים, תוך שבאי-כוח המשיבה לא זומנו לדיונים, ואף נודע להם על קיומם רק בסמוך לדיונים; וכי רק לאחר מחאתם נערכה פגישה בין באי-כוחה ובין נציגי היועמ"ש. לגופו של עניין, המשיבה סבורה שאין במתווה היועמ"ש כדי לייתר את הדיון בתובענה הייצוגית, זאת בשם לב לכך שהמתווה שגובש חל רק על נשים המצויות בזוגיות עם גבר. כלומר, מתווה היועמ"ש מעניק מענה רק לחלק מחברות הקבוצה. עוד גורסת המשיבה שממילא אין בדין עילה של "התייתרות" הליך אזרחי המאפשרת לדחותו ללא הכרעה בפלוגתאות שביסודו.

אשר לתחולת חוק איסור הפליה על שירותי בריאות ורפואה, המשיבה טוענת שלניאדו לא חלק על תחולה זו בבית המשפט המחוזי. לעמדתה, הן חוק איסור הפליה הן חוק זכויות החולה אינם מכילים הוראה בדבר ייחוד העילה, כך שהם דרים בכפיפה אחת. מעבר לכך, המשיבה מדגישה כי לא הועלתה מצד לניאדו טענה נגד סיווגו כ"עוסק", וכי הצדדים לא טענו בנוגע לסוגיה זו. לבסוף, המשיבה טוענת כי עצם קיומה של אפשרות להגשת תביעות אישיות וקבלת פיצוי ללא הוכחת נזק אינו טעם המצדיק את אי-בירורה של התובענה הייצוגית.

דיון והכרעה

28. עיינו בטענות שהעלו הצדדים בכתב ובעל פה, ודומה כי לא יכול להיות חולק על כך שהמקרה דנן מעורר סוגיות בעלות חשיבות המצדיקות מתן רשות ערעור. על כן ובהתאם לסמכות הנתונה לנו לפי תקנה 410 לתקנות הישנות, אציע לחברי לודון בבקשת רשות הערעור כאילו ניתנה רשות, והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה (ראו גם: תקנה 149(2) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018). זאת בהינתן שהבקשה שלפנינו מעוררת שאלות משפטיות עקרוניות החורגות מעניינם של הצדדים.

לעניין טענות המשיבה בדבר זכותה להגיש ערעור-שכנגד במידה שבקשת רשות הערעור של בית החולים תתקבל, אומר כבר כעת כי למרות שככלל בעל דין רשאי להגיש ערעור-שכנגד כאשר לבעל הדין האחר ניתנה רשות ערעור (ראו למשל: רע"א 7204/06 ארליך נ' עו"ד ברטל, פסקה 17 (22.8.2012); ע"א 594/80 אליאב נ' "הסנה" חברה ישראלית לביטוח בע"מ, פ"ד לו(3) 543, 546-547 (1982); ע"א 257/64 עליס נ' בורנובסקי, פ"ד יט(1) 253, 255 (1965)), במקרה שלפנינו לא ראיתי מקום לכך. זאת

משעה שעמדה לרשות המשיבה האפשרות לשטוח את טענותיה במסגרת ערעור שבזכות (השוו: רע"א 566/89 טרייס טריידינג קומפני ס.א. נ' פינטו, פ"ד מד(1) 493, 495-496 (1990)), והן משום התוצאה שאליה הגעתי. אף על פי כן, אייחד בשולי פסק הדין מספר מילים ביחס לעילת ההפליה הנטענת מכוח חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

29. ההליך הנוכחי מעלה שתי שאלות משפטיות מרכזיות הנוגעות לסוגיה הנכבדה של הפליה בקבלת שירותי בריאות ורפואה מחמת מעמד אישי. השאלה הראשונה, נוגעת למערכת הדינים החוסה על טענת הפליה ממין זה: האם יש לבחון את טענת ההפליה בראי חוק איסור הפליה או שמא לפי חוק זכויות החולה? ובהקשר זה מתעוררת שאלה משנית בדבר היחס שבין דברי חקיקה אלה. השאלה השנייה המתעוררת בענייננו, היא: אם אמנם מדיניות בית החולים מהווה הפליה אסורה בנסיבות המקרה. לנוכח טיבן המשפטי המובהק של שאלות אלה, והעובדה שההיבטים העיקריים הנוגעים להן נטענו לפנינו, אני סבורה כי עניין לנו באחד מאותם מקרים חריגים שבהם ישנה הצדקה לעשות שימוש בסמכות הנתונה לבית המשפט להכריע בשאלות המהותיות שבמחלוקת לגופן, כבר בשלב הבקשה לאישור התובענה כייצוגית (ע"א 8336/17 דאובן נ' סופר-דוש בע"מ, פסקה 29 (15.5.2022); ע"א 9294/16 שמעון נ' חברת איי די איי חברה לביטוח בע"מ, פסקה 7 לחוות דעתו של השופט ע' גרוסקופף, פסקה 59 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז (4.2.2020); רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פסקאות 15 ו-20 לחוות דעתו של המשנה לנשיא (בדימוס) א' ריבלין ופסקה 2 לחוות דעתה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור (5.7.2012)).

אקדים אחרית לראשית ואציין כבר עתה, כי המסגרת הנורמטיבית החלה בענייננו היא זו הקבועה בחוק זכויות החולה, וכי חוק איסור הפליה אינו חל על שירותי בריאות ורפואה. בתוך כך, אני סבורה שמדיניות בית החולים מפירה את איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה ועל כן אציע לחבריי לדחות את ערעור בית החולים, והכל כפי שיפורט להלן.

אפתח את הילוכנו במילות הקדמה קצרות הנוגעות לעצם הזכות לשוויון. אמשיך בהצגת המצע הנורמטיבי שלפיו יש לדון בסוגיה, ובכלל זה אסביר מדוע לשיטתי אין בענייננו תחולה לחוק איסור הפליה. לאחר מכן אפנה לדון בגבולותיו של איסור ההפליה הקבוע בחוק זכויות החולה, ובהמשך אדרש באופן פרטני לתחולת האיסור על מדיניות בית החולים. לבסוף, אתיחס למספר טענות פרטניות שהתעוררו בערעור, הנוגעות בעיקרן להיקף הקבוצה המיוצגת ולנזק הנטען. אדון בעניינים אלה לפי סדרם, ראשון ראשון ואחרון אחרון.

הזכות לשוויון

30. רבות נכתב ודובר על הזכות לשוויון בשיטת משפטנו, זכות זו זכתה לביטוי מובהק והחלטי כבר במגילת העצמאות ("תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין"; הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1). לאורך השנים בית משפט זה הכיר בחשיבותו של עקרון השוויון בציינו כי הוא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969)); וכי "הוא עקרון יסודי חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתינפרד מהן" (בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800, 806 (1978)); ראו גם: בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 650-652 (1998)). בהמשך הדרך, במישור החוקתי, הזכות לשוויון הוכרה כזכות נגזרת של הזכות החוקתית לכבוד האדם, בהיבטים הקשורים בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 687-688 (2006)); וראו גם מני רבים: בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פסקה 45 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות (8.7.2021); בג"ץ 9134/12 גביש נ' הכנסת, פסקה 26 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור (21.4.2016); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פסקה 46 (22.5.2012); בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פסקה 11 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש (23.2.2012); בג"ץ 4948/03 אלחנתי נ' שר האוצר, פ"ד סב(4) 406, 448-450 (2008)).

בעוד במשפט הציבורי תחולתו של עיקרון השוויון היא מובהקת, ומוטלת על רשויות השלטון חובה לכבד את הזכות לשוויון כזכות חוקתית נגזרת (סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), נקודת המוצא היא שבהיעדר חקיקה פרטנית לא מוטלת חובה דומה על פרטים האחד כלפי משנהו; ושאלת היקף התפרשותו של עקרון השוויון במשפט הפרטי מעוררת מתח, שכן משפט זה מושתת על עקרון החירות (ראו למשל: ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 468-474, 479 (1989)). עם זאת, עקרון השוויון חלחל אף אל המשפט הפרטי – תחילה, הוחל על פעולותיהן של רשויות ציבוריות במישור הפרטי (בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449, 463-462 (1987); בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 746-749 (1980); בג"ץ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2114-2115 (1962)), ובהמשך הוחל גם על גופים פרטיים בעלי מעמד ציבורי (רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, פסקה 18 והאסמכתאות הרבות שם (16.11.2011)); ראו גם: ע"א 8956/17 מנסור נ' המועצה

המקומית כוכב יאיר צור יגאל, פסקה 42 (14.1.2021); ע"א 10419/03 דור נ' רמת הדר – כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ, פ"ד ס(2) 277, 288-291 (2005); ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 518-519 (1992)). בתוך כך, עקרון השוויון עוגן בחקיקה ענפה וייעודית, שהחילה גם על גופים ועוסקים פרטיים חובה להימנע מלהפלות – ראו למשל: חוק איסור הפליה; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה); סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה; סעיף 4(א) לחוק זכויות הסטודנט, התשס"ז-2007 (להלן: חוק זכויות הסטודנט); סעיף 5(א) לחוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000; סעיף 42(א) לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959 (להלן: חוק שירות התעסוקה).

על חוקים אלה מתווספים הסדרים פרטניים האוסרים הפליה נגד נשים, ובכללם החובה להבטיח ייצוג הולם לנשים – כדוגמת חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, הקובע בין היתר בסעיף 6 כי לכל אישה ואיש זכות לשוויון בתחומי הבריאות; וחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996. מלבד האמור, במשפט הפרטי ישנה חובה לכבד את זכותם לשוויון של בעלי מוגבלויות – חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; חוק איסור הפליית אנשים עם עיוורון המלווים בכלבי נחייה, התשנ"ג-1993. על פי רוב, איסור ההפליה בחוקים אלה מנוסח בדומה למקובל במגילות זכויות אדם ובחוקות מדינתיות, כך שהאיסור להפלות מוחל "על יסוד" או "מחמת" תבחינים המנויים בחוק במפורש (להרחבה ראו: ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 279-280 (2016)).

31. במסגרת ההליך שלפנינו יש להכריע איזה מדברי החקיקה הפרטניים חל על מדיניות בית החולים – חוק איסור הפליה או חוק זכויות החולה. בעניין זה יש להבהיר כי השאלה איזו מסגרת נורמטיבית חלה בנסיבות העניין אינה נוגעת לדקדוקי עניות, כי אם למהות – בעוד בחוק איסור הפליה המחוקק נתן דעתו בסעיף 3(ד) לשלושה מצבים שבהתקיים איזה מהם המדיניות הנבחנת לא תיחשב כהפליה; איסור ההפליה שבסעיף 4(א) לחוק זכויות החולה הוא לכאורה מוחלט. כך שהשאלה איזה דבר חקיקה חל עשויה במידה רבה לחרוץ את גורלה של המדיניות הנבחנת לשבט או לחסד.

האם חוק איסור הפליה חל בנסיבות המקרה?

32. חוק איסור הפליה מחייב גורמים פרטיים הפונים לציבור הרחב בהצעת מוצר, שירות או מקום ציבורי לנהוג בשוויון כלפי ציבור הפונים. מטרתו המוצהרת של החוק, כפי שהיא באה לידי ביטוי בסעיף 1, היא "לקדם את השוויון ולמנוע הפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים". בהתאם, החוק אוסר על מי שמספק "שירות ציבורי" או מפעיל "מקום ציבורי" להפלות בהספקת השירות הציבורי במקום

העסק. הסעיפים הרלוונטיים לצורך בחינת תחולתו של חוק איסור הפליה על מדיניות בית החולים הם 2(א) ו-3(א), המורים כדלקמן:

הגדרות

2.(א) בחוק זה –

...

"מקום ציבורי" – כל מקום המיועד לשימוש הציבור, לרבות אתר תיירות, בית מלון, אכסניה, בית הארחה, גן ציבורי, מסעדה, בית קפה, אולם המשמש למופעי בידור ותרבות, מוזיאון, ספרייה, דיסקוטק, אולם או מיתקן ספורט, בריכת שחיה, קניון, חנות, מוסך וכן מקום המציע שירותי תחבורה ציבורית;

"שירות ציבורי" – שירותי תחבורה, תקשורת, אנרגיה, חינוך, תרבות, בידור, תיירות ושירותים פיננסיים, המיועדים לשימוש הציבור;

...

איסור הפליה

3.(א) מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם.

עינינו הרואות כי כדי להיכנס בגדר איסור הפליה, נדרש כי בית החולים יסווג כ"מקום ציבורי" או כנותן "שירות ציבורי" כהגדרתם בסעיף 2(א) לחוק איסור הפליה. במסגרת החלטת האישור בית המשפט המחוזי לא נדרש לעומקה של הסוגיה, והשיב בחיוב על שאלת עצם תחולת חוק איסור הפליה על מדיניות בית החולים, שכן בית החולים כלל לא חלק על תחולת חוק זה על השירותים הניתנים על ידו. ואולם במסגרת עמדת היועמ"ש שהוגשה לבית משפט זה, ועל אף שהיועמ"ש נטל חלק בהליך בבית המשפט המחוזי, העלה היועמ"ש לראשונה את הטענה כי חוק איסור הפליה לא נועד לחול על שירותי בריאות ורפואה. לא אכחד ואציין כי יש להצר על כך שהיועמ"ש נמנע מלהעלות את טענותיו בעניין תחולת חוק איסור הפליה בפני בית המשפט המחוזי. עם זאת, בשים לב לתרומת עמדת היועמ"ש לבירור השאלה בדבר תחולת חוק איסור הפליה על שירותי בריאות ורפואה, ומאחר שעסקינן בסוגיה משפטית עקרונית בעלת השלכות רוחב, לא ניתן שלא להידרש לה במסגרת הדיון שלפנינו; וגם אם מדובר לכאורה בשינוי חזית, ממילא ניתנה לצדדים אפשרות להשיב לעמדת היועמ"ש במסגרת הדיון בבקשת רשות הערעור והם עשו כן (השוו: דנ"א 7398/09 עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית, פסקאות 19-22 (14.4.2015), להלן: עניין עיריית ירושלים).

33. לגופם של דברים, דעתי כדעת היועמ"ש כי פרשנות חוק איסור הפליה בכלל ורשימת השירותים המפורטת בגדר הגדרת המונח "שירות ציבורי" בפרט, כמו גם הרקע

לחקיקתו של החוק, מובילים למסקנה כי שירותי בריאות ושירותי רפואה לא נועדו לחסות תחת חוק זה. ואפרט.

שירותי רפואה ובריאות אינם מנויים ברשימת השירותים המצויה תחת הגדרת המונח "שירות ציבורי" שבחוק איסור הפליה. על אופיה של רשימה זו עמד בית משפט זה במסגרת רע"א 10011/17 מ-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן (19.8.2019) (להלן: עניין מ-טל), שם נקבע כי מדובר ברשימה סגורה וכי לא ניתן לקרוא לתוכה שירותים נוספים על אלה המנויים בה. אמנם בעניין מ-טל נחלקו דעות השופטים מ' מזוז ו-א' שטיין באשר לשאלה אם תחת הגדרת המונח "מוצר" שבסעיף 2(א) לחוק איסור הפליה נכללת גם דירת מגורים, ואילו השופט (כתוארו אז) נ' הנדל הותיר שאלה זו בצריך עיון. אולם בעניין מ-טל הובעה אחדות דעים בין השופט מ' מזוז ובין השופט א' שטיין כי המונח "שירות ציבורי" הוגדר בחוק איסור הפליה "בהגדרה סגורה של סוגי שירותים ציבוריים ספציפיים שרק עליהם חל החוק" (שם, פסקה 24 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז; וראו פסקה 5 לחוות דעתו של השופט א' שטיין). הנה כי כן, בשים לב לדברים שנאמרו בעניין מ-טל, ומשעה ששירותי בריאות ושירותי רפואה אינם מופיעים ברשימת השירותים המנויה תחת הגדרת "שירות ציבורי", חוק איסור הפליה אינו חל על שירותים אלה.

34. זאת ועוד. פרשנות חוק איסור הפליה והרקע לחקיקתו מלמדים כי הוא לא נועד להסדיר מקרים של הפליה בשירותי בריאות ורפואה, וכי עניין זה חוסה תחת חוק זכויות החולה. כלל פרשנות ידוע הוא כי "בהתנגשות" בין שני חוקים, הוראת חוק ספציפית תגבר על הוראת חוק כללית (ע"א 7957/13 מדרך עוז בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב, פסקה 73 (1.11.2018)), כלל זה חל אפילו אם הייתה ההוראה הספציפית קודמת בזמן (ע"פ 5695/14 מדינת ישראל, פסקה 19 (2.9.2015); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית 551-552 (1992)). בענייננו, חוק זכויות החולה הוא אמנם חוק מוקדם לחוק איסור הפליה, אולם הוא חוק ספציפי המסדיר באופן מפורש את זכותו של מטופל שלא להיות מופלה בעת קבלת שירותי רפואה ובריאות, בין אם מדובר בשירות ציבורי או פרטי. זאת, בעוד חוק איסור הפליה קובע נורמה כללית של איסור הפליה, והוא נעדר התייחסות נקודתית לשירותי בריאות ורפואה. מלבד האמור, במועד חקיקת חוק איסור הפליה המחוקק נתן את דעתו לכך שחוק זה לא נועד לחול על ענייני בריאות ורפואה, ועל כן בחר לתקן את חוק זכויות החולה ולהוסיף לו את סעיף 28א, ולכך אדרש ביתר פירוט בהמשך הדברים.

בתוך כך, בבחינת תכליתו של דבר חקיקה ניתן להיעזר בהיסטוריה החקיקתית שהובילה לחיקוקו, ובכלל זה בהצעת החוק והדיונים במליאת הכנסת ובוועדותיה (בג"ץ 1765/22 משרד תומר ורשה עורכי דין נ' שרת הפנים, פסקה 23 (3.7.2022); להרחבה ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני: פרשנות החקיקה 386-390 (1993), להלן: פרשנות החקיקה). בענייננו, המחוקק בחר להחריג מחוק איסור הפליה נורמות הקשורות לשירותי בריאות ורפואה – וזאת משום שבמועד חקיקתו, איסור ההפליה בשירותים אלה כבר הוסדר בחוק זכויות החולה. על תחולת חוק זכויות החולה ניתן ללמוד מדברים שנאמרו בוועדת העבודה והרווחה של הכנסת במהלך הדיון בסעיף הנוגע לאיסור ההפליה בחוק (הצעת חוק זכויות החולה, התשנ"ב-1992, ה"ח הכנסת 359). כך, למשל, עו"ד ד' דינאי, נציג האגודה לרפואה ומשפט, ציין בפני חברי הכנסת בוועדה: "אנחנו עושים פה דבר שאין לו בדרך כלל תקדים בחקיקה, למעט מקרה אחד של חוק הזדמנויות שוות בתעסוקה, ואנחנו מטילים עקרון שוויון גם על הסקטור [ה]פרטי, שלא קיים אצלנו בדרך כלל בחקיקה רגילה... אני רוצה שאנשים יהיו ערים למה שהם עושים, משום שזה לא קיים כיום מכוח הדין הכללי... אנחנו מרחיבים מאד את עקרון השוויון הקיים ומשנים את הדין הקיים". לדברים אלה השיב יושב ראש הוועדה, חבר הכנסת יוסי כץ: "הנושאים של דת, גזע, לאום, מין וגיל צריכים לחול גם על כל גורם פרטי. אם אדם שמגיע ל'מדיקל סנטר' עומד בקריטריונים האחרים של ה'מדיקל סנטר'... חייבים לתת לו את הטיפול... אין ספק שהשוויון במערכת הבריאות הוא יחסי בכל מה שנוגע למגזר הפרטי, אבל אנחנו רוצים שהכללים של החוק יחולו גם על המערכת הפרטית" (פרוטוקול ישיבה 403 של ועדת העבודה והרווחה, הכנסת ה-13, 15-16 (21.11.1995), להלן: פרוטוקול ישיבה 403 של ועדת העבודה והרווחה).

דברים אלה תומכים במסקנה כי איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה מהווה הסדר ספציפי וייעודי של המחוקק לעניין שירותי הרפואה והבריאות במגזר הפרטי; כך שהיחס בין סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה ובין סעיף 3 לחוק איסור הפליה הוא כיחס שבין הוראת חוק ספציפית ובין הוראת חוק כללית, ובהקשר זה כאמור הראשונה גוברת על השנייה.

35. אינדיקציה נוספת לכך שהמחוקק התכוון שאיסור ההפליה שבחוק זכויות החולה יהווה הסדר ספציפי וייעודי לשירותי הבריאות והרפואה, באה לידי ביטוי בסעיף 28א לחוק זכויות החולה. סעיף זה נחקק כתיקון עקיף לחוק זכויות החולה במסגרת חקיקת חוק איסור הפליה, וזו לשונו:

28א. עוולה אזרחית
 הפרת הוראות סעיף 4(א) לחוק זה, יראו אותה גם כעוולה
 לפי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה
 למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.

יצוין כי אמנם זה אינו נוסחו המקורי של סעיף 28א, הוא זכה לאורך השנים לשני שינויים מינוריים, אולם עיקר ההסדר שבו המפנה לחוק איסור הפליה, לא שונה. בדברי ההסבר להצעת חוק איסור הפליה הוטעם בהקשר לחקיקת הסעיף האמור כי: "הפליה במתן שירותים רפואיים, היא תופעה חמורה לא פחות מהפליה בהספקת מוצרים או שירותים אחרים. נושא זה מוסדר כיום בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, אך שם נקבעת סנקציה פלילית ומשמעתית בלבד. מוצע להרחיב את ההסדר המוצע בהצעת החוק, המאפשר תביעה אזרחית, גם על הפליה במתן שירותים רפואיים" (דברי ההסבר לסעיף 14 להצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000, ה"ח הממשלה 371, 374 (הצעה לתיקון עקיף של סעיף 28א לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996)). עינינו הרואות כי במעמד חקיקת חוק איסור הפליה המחוקק סבר כי איסור הפליה בשירותי בריאות ורפואה מוסדר בחוק זכויות החולה, ובצעד מודע המחוקק בחר שלא לכלול שירותים אלה תחת רשימת השירותים הציבוריים שעליהם חל חוק איסור הפליה. כאמור, מאחר שסעיף 4(א) לחוק זכויות החולה מורה כי אסור למוסד רפואי להפלות בין מטופלים, אין הצדקה לראות בסעיף 3 לחוק איסור הפליה, המנוסח באופן כללי יותר, משום הוראת חוק המתקיימת במקביל, לא כל שכן גוברת על הוראת חוק זכויות החולה.

נמצאנו למדים כי חוק איסור הפליה אינו חל על הפליה בשירותי בריאות ורפואה, וכי על הפליה ממין זה נועד לחול הסדר ייעודי הקבוע בסעיף 4(א) לחוק זכויות החולה. משכך, יש לעמוד על היקף התפרשותו של איסור הפליה זה.

איסור הפליה בחוק זכויות החולה

36. כפי שצוין מעלה, במארג החקיקה הישראלית נקבעו איסורי הפליה בתחומים שונים במסגרת דברי חקיקה ייעודיים. על פי רוב, דברי חקיקה אלה מורים על איסור הפליה באופן מפורש, אולם במקביל נקבעו בהם חריגים המצמצמים במידת מה את זכותו של הפרט לשוויון. כך, למשל, סעיף 119 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות שעניינו באיסור הפליה במקום ציבורי ובשירות ציבורי, מורה בסעיף 119(ג) כי "אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר הדבר מתחייב מאופיים או ממהותם של המקום הציבורי או השירות הציבורי". וכך גם בסעיף 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה שלפיו "אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה". כאמור, גם חוק איסור הפליה מונה שלושה מצבים חריגים שבהתקיים אחד מהם המדיניות הנבחנת לא תיחשב כהפליה לצורך חוק זה (סעיף 3(ד) לחוק איסור הפליה); וראו גם: סעיף 42(ב) לחוק שירות התעסוקה; סעיף 5(ב) לחוק זכויות הסטודנט. לעומת זאת, ייחודה של הוראת סעיף 4(א) שבחוק זכויות החולה המורה על איסור הפליה טמון בכך שלא נקבעו בחוק זה חריגים להוראה זו (מלבד בסעיף 4(ב) לחוק ולמשמעותו אדרש בהמשך).

37. תיחום איסור ההפליה הקבוע בחוק זכויות החולה משליך על היקפה של הזכות לשוויון של המטופל, ועל התנאים שבהם מותר, אם בכלל, לפגוע בה. סוגיה עקרונית זו בדבר היקף התפרשות איסור ההפליה הקבוע בחוק זכויות החולה טרם נדונה בפסיקת בית משפט זה, וטרם נקבעה הלכה באשר לנסיבות שעשויות לכאורה לאפשר הבחנה בין מטופלים על ידי מטפל או מוסד רפואי. עם זאת, פסיקתו הענפה של בית משפט זה בנוגע לזכות לשוויון ולאיסורי הפליה אחרים הקבועים בדין, תשמש לנו כעזר בעניין זה.

איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה קבוע בסעיף 4 לחוק, ומפאת חשיבותו לדיון אשוב ואביאו כלשונו:

איסור הפליה
 4. (א) מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא, נטיה מינית, גיל או מטעם אחר כיוצא באלה.
 (ב) אין רואים הפליה מטעמי גיל לפי סעיף זה כאשר ההבחנה נדרשת משיקולים רפואיים.

38. חוק זכויות החולה אינו מגדיר מהי "הפליה", כך שפירושו של ביטוי זה ייעשה בהתאם לתכלית שביסוד החוק. בהיעדר נתונים על תפיסה מיוחדת של המחוקק באשר לפירוש המונח "הפליה", שומה עלינו לצאת מנקודת הנחה כי הגישה המקובלת של המשפט הישראלי בנוגע לשוויון והפליה חולשת גם על חוק זכויות החולה (השוו: דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 343-344 (2000), להלן: דנג"ץ רקנט; פרשנות החקיקה, עמ' 602-603). הלכה היא כי שוויון אין משמעו זהות, וכי כאשר גורם מסוים מצווה לנהוג בשוויון, המדובר בשוויון מהותי, ולא בשוויון פורמלי (בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398, 429-430 (2009)). המשמעות היא שעקרון השוויון המהותי אינו מניח דין אחיד לכל והוא אינו שולל דינים שונים לאנשים שונים. לעומת זאת, הפליה – שהיא למעשה היפוכו של השוויון – מתרחשת כאשר אנשים שונים זה מזה (היעדר שוויון עובדתי), זוכים ליחס שונה, מבלי שיש בשוני העובדתי שביניהם הצדקה לטיפול שונה (ראו מני רבים: בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 109-110 (1995); בג"ץ 721/94 אלעל נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 761 (1994); בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, 508 (1989)). ובלשונו של הנשיא ש' אגרנט:

"עקרון השוויון, אשר אינו אלא הצד השני של מטבע ההפליה ואשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו, משמעותו, כי יש להתייחס, לצורך המטרה הנדונה, יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם

רלוונטיים לאותה מטרה. אם אין מתייחסים אליהם יחס שווה, כי אז לפנינו הפליה. לעומת זאת, אם ההבדל או ההבדלים בין אנשים שונים הינם רלוונטיים למטרה הנדונה, אזי תהיה זו הבחנה מותרת, אם מתייחסים אליהם, לצורך אותה מטרה, יחס שונה, ובלבד שההבדלים ההם מצדיקים זאת. המושג 'שוויון', בהקשר זה, פירושו איפוא שוויון רלוונטי (relevant equality) והוא הדורש, לעניין המטרה הנדונה, 'טיפול שווה' (equality of treatment) באלה אשר המצב האמור מאפיין אותם. כנגד זה, תהא זו הבחנה מותרת, אם השוני בטיפול בבני אדם שונים ניזון מהיותם נתונים, בשים לב למטרת הטיפול, במצב של אי-שוויון רלוונטי (relevant inequality), כשם שתהא זו הפליה, אם הוא ניזון מהיותם נתונים במצב של אי-שוויון, שאיננו רלוונטי למטרת הטיפול" (ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד כה(1) 35, 7 (1971)).

39. בחינת קיומה או היעדרה של הפליה מתבצעת בשני שלבים. בשלב הראשון, יש להגדיר את "קבוצת השוויון", כלומר, לזהות את קבוצת בני-האדם שכלפיה נדרשת התנהגות שוויונית. קביעה כי קבוצת פרטים מסוימת מצויה בתוך קבוצת השוויון, משמעה כי לא קיים שוני רלוונטי בינה ובין יתר חברי קבוצת השוויון לצורך אותו עניין, ומכאן שאין להבחין ביניהם. לעיתים, החוק עצמו קובע מהי קבוצת השוויון הרלוונטית. אולם, במקרים רבים החוק אינו מורה כן ויש לקבוע את קבוצת השוויון על יסוד עקרונות כלליים מתוך תכלית החוק ומהות העניין, ערכי היסוד של שיטת המשפט והנסיבות הייחודיות של המקרה (בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259, 282 (1997)). בשלב השני, נבחן אם נשמר השוויון בין חברי קבוצת השוויון, ובאיזה אופן יש לנהוג כדי לקיים את הזכות לשוויון בתוך הקבוצה (בג"ץ 4343/19 כן לזקן – לקידום זכויות הזקנים נ' כנסת ישראל, פסקה 13 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה נ' הנדל (16.3.2022); (עע"מ 4515/08 מדינת ישראל נ' נאמן, פסקה 17 (6.10.2009); דנג"ץ רקנט, עמ' 345-346).

40. סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה קובע כי "מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל...". על פניו קבוצת השוויון הרלוונטית לדיון שלפנינו היא כל אותן נשים הזכאיות לקבל טיפולי פוריות בבית החולים, זאת בשים לב להגדרת המונח "מטופל" בחוק זכויות החולה הכוללת בתוכה גם את אלו המבקשים לקבל טיפול רפואי (סעיף 2 לחוק). ואולם, לא די באומרנו כי מוטלת על המוסד הרפואי או המטפל חובה לנהוג בשוויון כלפי חברות קבוצת השוויון שהגדרנו. שכן מיהם שווים ומי אינם שווים לעניין חוק זכויות החולה? לכך אדרש כעת.

שונות רלוונטית בראי חוק זכויות החולה

41. השאלה הטעונה הכרעה היא, מהי אותה שונות רלוונטית שבגינה ניתן להצדיק הבחנה בין מטופלים כך שהם לא יחלקו את אותה קבוצת שוויון. במילים אחרות, מהם הטעמים שבהתקיימם מוסד רפואי או מטפל יהיו רשאים להבחין בין מטופלים חרף אותן "הפליות חשודות" המנויות בסעיף 4(א) לחוק זכויות החולה (למשל, מין או ארץ מוצא).

ככלל, הקבוצה שכלפיה קמה חובה לנהוג בשוויון היא קבוצה שהמאפיינים המייחדים אותה רלוונטיים לתכליתה של הנורמה הנבחנת, למהות העניין, לנסיבות המיוחדות של המקרה ולעקרונות השיטה (בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459, 506 (1999)); בהקשר אחר נפסק כי "קריטריונים הקובעים נתונים בלתי רלוונטיים או בלתי סבירים למטרה, שלשמה מבוקש השוויון המהותי, או הנתונים משקל בלתי סביר לאיזה מנתונים אלה בתוך מכלול הנתונים הינם שרירותיים ויביאו לתוצאה של הפרת השוויון" (בג"ץ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, פ"ד לז(3) 17, 21 (1983)).

42. מענה לשאלת השונות הרלוונטית שבגינה ניתן להצדיק הבחנה בקרב מטופלים צריך להינתן בזיקה לתכלית חוק זכויות החולה. תכלית זו קבועה בסעיף 1 לחוק ולפיה "חוק זה מטרתו לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי ולהגן על כבודו ועל פרטיותו". בתוך כך, בכל הנוגע לזכותו של אדם לטיפול רפואי, חוק זכויות החולה מורה כי "כל הנזקק לטיפול רפואי זכאי לקבלו בהתאם לכל דין ובהתאם לתנאים ולהסדרים הנוהגים, מעת לעת, במערכת הבריאות בישראל" (סעיף 3(א)). חוק זכויות החולה מעניק אפוא ביטוי להגנה על זכויות הפרט בקשר להיזקקותו לטיפול רפואי. חוק זה נועד בין היתר לאזן בין יחסי הכוחות שבין המטפל או המוסד הרפואי ובין המטופל הזקוק לטיפול רפואי. מטבע הדברים, לנוכח אופי ההתקשרות בין המטפל או המוסד הרפואי ובין המטופל, האחרון הזקוק לטיפול רפואי מצוי בנחיתות אינהרנטית. נחיתות זו מלווה לעיתים בחוסר ודאות מצידו של המטופל, לא כל שכן בתלות במטפל או במוסד הרפואי ובפערי מידע משמעותיים. חוק זכויות החולה בא ליתן מענה למצב זה והוא נועד להבטיח למטופל גישה לטיפול רפואי, תוך שמירה על כבודו. בהתאם לתכליות אלה, עיקרון השוויון שבאיסור ההפליה בחוק זכויות החולה צריך שייבחן בראי הצורך הרפואי של המטופל; כך שבבוא המטופל לקבל שירות רפואי, השיקולים העשויים להצדיק הבחנה בינו ובין מטופל אחר הם שיקולים רפואיים, המצויים בליבת אופי השירות הניתן על ידי המטפל או המוסד הרפואי. מעבר לכך, על האפשרות להבחין בין מטופלים רק על יסוד שיקולים רפואיים ניתן ללמוד מהוראת סעיף 3(ד) לחוק ביטוח

בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, שעניינה אמנם בזכות לשירותי בריאות ציבוריים, אך היא קובעת בין היתר כי שירותי הבריאות הכלולים בסל שירותי הבריאות יינתנו בישראל לפי שיקול דעת רפואי.

43. בהקשר זה, לא ניתן להתעלם מכך שהמחוקק קבע בסעיף 4(ב) לחוק זכויות החולה, כי "אין רואים הפליה מטעמי גיל לפי סעיף זה כאשר ההבחנה נדרשת משיקולים רפואיים". אולם, האם משתמע מכאן שהבחנה הנסמכת על שיקולים רפואיים שאינה קשורה לגילו של המטופל מהווה הפליה? במילים אחרות, האם סעיף 4(ב) יוצר הסדר שלילי, שלפיו מותר לבצע הבחנה בין מטופלים על רקע שיקולים רפואיים רק כשמדובר ב"הפליה" הנוגעת לגיל המטופל. נראה לי שלא כך הוא. ואבאר.

תחילה יצוין כי עלינו לנקוט משנה זהירות קודם לשימוש בעיקרון הפרשני שלפיו "מכלל לאו אתה שומע הן", שכן עקרון פרשני זה מתחיל ומסיים את הניתוח הפרשני ברכיב הלשוני בלבד של החוק (ע"מ 6823/10 מתן שירותי בריאות בע"מ נ' משרד הבריאות, פסקה 38 (28.2.2011); רע"א 9048/07 הרשות הפלסטינית נ' גולדמן, פסקה 13 (2.5.2010)). שתיקת המחוקק אינה מצביעה בהכרח על הסדר שלילי. לעיתים יש שהיא מצביעה על חֶסֶר, לאקונה, שיש להשלימו; ולעיתים השתיקה מעידה על חוסר נקיטת עמדה בסוגיה, תוך הותרת הסדרתה למערכות נורמטיביות שמחוץ לחוק המתפרש. ייתכן שההוראה המפורשת לא באה אלא לשם הזהירות ולשם הסרת כל ספק; וייתכן שההוראה החיובית נוסחה שלא בזהירות בלא שהמחוקק ביקש להסיק ממנה לשלילה. וייתכנו אמנם מקרים שבהם שתיקת המחוקק תהווה הסדר שלילי, כך מקום שבו תכלית החקיקה היא לשלול הסדר משפטי מסוים, וברי כי שתיקת המחוקק היא שתיקה מדעת (השוו: בש"פ 5105/20 שמעון נ' מדינת ישראל, פסקאות 5-7 לחוות דעתי (25.5.2021); וראו גם בדיון הנוסף על פסק דין זה, דנ"פ 1062/21 אורין נ' מדינת ישראל, פסקה 86 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות (11.1.2022); כן ראו: רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 420 (1998); על"ע 663/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו, פ"ד מז(3) 397, 404 (1993); פרשנות החקיקה, עמ' 112-115).

44. בנסיבות העניין דומה כי המחוקק לא התכוון ליצור הסדר שלילי בסעיף 4(ב) לחוק זכויות החולה. ראשית, קביעה כי מדובר בהסדר שלילי טומנת בחובה את ההנחה שהזכות לשוויון של המטופל היא מוחלטת ולא יחסית. אין מקום לצאת מהנחה כזו, כך במיוחד שעה שמדובר באיסור הפליה החל במשפט הפרטי. זכותו של המטופל לשוויון אינה מוחלטת אלא יחסית ויש לאזנה אל מול אינטרסים רפואיים לגיטימיים אחרים.

שנית, ההיסטוריה החקיקתית שהובילה לתיקונו של סעיף 4 לחוק זכויות החולה מובילה למסקנה כי סעיף קטן (ב) הוא סעיף הצהרתי שלא נועד לגרוע מסמכות המטפל לשקול שיקולים רפואיים גם בעת הבחנה בין מטופלים מחמת יתר עילות ההפליה המנויות בסעיף קטן (א), ולא רק בבואו להבחין מטעמי גיל. כך, למשל, במהלך הדיון בתיקון חוק זכויות החולה שבמסגרתו נוסף סעיף 4(ב) לחוק הבהירה היועצת המשפטית של הוועדה, עו"ד נועה בן-שבת, כי "אני רוצה לציין שבנושא הזה של גיל, אנחנו מציינים את השיקולים הרפואיים באופן מפורש. עילות הפליה אחרות יכולות גם להיות קשורות לשיקול הרפואי אבל אם הרפואי גובר, לא מדובר בהפליה" (פרוטוקול ישיבה 230 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-18, 4 (22.2.2010)).

נוסף על כך, בעת שהתיקון האמור הובא לפני מליאת הכנסת לקריאה שנייה ושלישית הדגיש יושב ראש ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, חבר הכנסת חיים כץ בפני חברי המליאה כי "ציון הרלוונטיות של שיקולים רפואיים דווקא בהקשר של הבחנה מטעמי גיל אינו מוציא את האפשרות כי שיקול רפואי יהווה טעם להבחנה, למשל, מטעמים של מין, בשל הבדל בטיפול הרפואי הנדרש לנשים ולגברים. כמובן, אם השיקול הרפואי הוא מכריע, ההבחנה לא תיחשב לאפליה" (פרוטוקול ישיבה 116 של הכנסת ה-18, 103 (2.3.2010)). מהאמור עולה כי סעיף 4(ב) לחוק זכויות החולה הוא למעשה סעיף בעל אופי דקלרטיבי, ולא נועד לגרוע מהאפשרות של מטפל ומוסד רפואי להבחין בין מטופלים על רקע שיקולים רפואיים.

הנה כי כן, לנוכח טיבו של איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה וחרף העובדה שלא נקבעו בו חריגים לאיסור ההפליה, ניתן במקרים המתאימים להבחין בין מי שפונים לטיפול רפואי כאשר ההבחנה נדרשת על יסוד שיקולים רפואיים.

45. בהקשר זה, מתעוררת שאלה נוספת והיא: אם מוסד רפואי או מטפל רשאים להבחין בין מטופלים על יסוד שיקולים נוספים מלבד שיקולים רפואיים. היועמ"ש סבור כי יש להשיב לשאלה זו בחיוב. כפי שצוין לעיל, לשיטת היועמ"ש ניתן "להכשיר" הפליה כזו מכוחה של תקנת הציבור או מכוחם של ערכים חברתיים ראויים אחרים, ובכלל זה עניינים המצויים בליבת ההלכה. לביסוס עמדתו היועמ"ש מפנה לפסק הדין ב-רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות (9.12.2015) (להלן: עניין קול ברמה). היועמ"ש מציין כי בעניין קול ברמה נקבע כי ניתן לשקול שיקולים הלכתיים לצורך הבחנה בין קבוצות שאינה עולה כדי הפליה פסולה, וכי בעניין זה יש להבחין בין ציווי דתי מחייב וציווי דתי מאפשר.

עמדת היועמ"ש מעוררת שאלות ערכיות כבדות משקל הנוגעות לאיזון בין זכותו של המטופל לשוויון, ובין האוטונומיה המוקנית למטפל או למוסד הרפואי להבחין בין אלו הפונים לשירותו. עם זאת, לא מצאתי עיגון לטענה כי ניתן להבחין בין מטופלים באיזה מעילות ההפליה המנויות בסעיף 4(א) לחוק זכויות החולה על יסוד שיקולים שאינם רפואיים. לטעמי, עמדת היועמ"ש אינה עולה בקנה אחד עם הוראות חוק זכויות החולה, ומתעלמת מכך שהמחוקק לא קבע בו חריגים לאיסור ההפליה (מלבד סעיף 4(ב)), שנדרון לעיל). למעשה, היועמ"ש מציע לאפשר הבחנה בין מטופלים מחמת טעמים הנגזרים מהגורם שמספק את השירות הרפואי והם אינם נוגעים למי שמקבל את השירות – וזאת אין לקבל. עם זאת, יש לחדד ולהבהיר כי זכותו של המטופל אינה מוחלטת, כך שלא בכל מקרה איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה יוביל לכפייה של גורם רפואי פרטי לפעול בניגוד לצו מצפוני או אמונתו הדתית. ניתן לשער כי ייתכנו מקרים בעלי נסיבות ייחודיות, שבהם נתונה לגורם הרפואי הזכות לסרב להעניק טיפול רפואי מסוים מחמת צו מצפוני ואמונתו. אלא שזכות זו מוקנית לגורם הרפואי בכפוף לכך שסירובו להעניק טיפול חל באופן גורף ושווה על כלל המטופלים הפונים אליו; כלומר, כאשר סירובו של הגורם הרפואי נעוץ בסוג הטיפול ולא בזהות המטופל, כך שצו מצפוני אינו משמש להבחנה בין מטופלים.

46. עוד יודגש בהקשר לעמדת היועמ"ש כי עניין קול ברמה נסב על הפרת חוק איסור הפליה, ואין לגזור גזירה שווה בין איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה ובין חוק איסור הפליה, שכן האחרון מסייג את האיסור בהתייחס למצבים מסוימים התלויים בין היתר בגורם המעניק את השירות הציבורי או המוצר (לשאלת היחס בין חוק איסור הפליה ובין חופש הדת והמצפון ראו: רונן אברהם ודני סטטמן "מתי סירוב לספק שירות לקבוצות חשודות איננו בגדר הפליה אסורה" משפטים נב (צפוי להתפרסם)). וכפי שכבר הובהר, סעיף 4 לחוק זכויות החולה לא כולל – ולו ברמז – סייג דומה לזה הקבוע בחוק איסור הפליה. יפים לעניין זה דברי השופטת ד' דורנר בהקשר אחר:

"ככלל, אין לפרש חוק כפוגע בזכות על סמך האמור בחוק אחר, ולא כל שכן חוק מאוחר שלא היה בנמצא וממילא לא עמד לנגד הכנסת בעת שהחוק שאותו מפרשים חוקק" (ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אתא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629, 644 (2001)).

47. משעה שהמחוקק בחר שלא לסייג את זכותו של המטופל לשוויון (למעט הסייג הדקלרטיבי המצומצם שבסעיף 4(ב)), ובהיעדר הוראה המחריגה מאיסור ההפליה מקרים שבהם המדיניות המבחינה נגזרת מאופיו או ממהותו של המטפל או המוסד הרפואי, אין מקום לקרוא לתוך סעיף 4 לחוק זכויות החולה סייג ממין זה המצמצם את זכות המטופל לשוויון. ככל שהמחוקק מעוניין להתנות את זכות המטופל לטיפול רפואי באופיו של נותן השירות והטיפול, באפשרותו לקדם חקיקה בנושא, ואינני נוקטת עמדה לעניין זה לגופו; אולם משעה שאין בנמצא החרגה כזו, אין באפשרותם של מטפל או מוסד רפואי להבחין בין מטופלים על יסוד טעמים כאלה. בהקשר זה ראוי לציין כי בארצות הברית נהוגה חקיקה פנים-מדינתית המאפשרת לנותני שירותים רפואיים במקרים מסוימים חופש מצפון לסרב להעניק טיפולים רפואיים שונים (ראו לעניין זה: *Refusing to Provide Health Services*, GUTTMACHER INSTITUTE, (June 1, 2022), guttmacher.org/state-policy/explore/refusing-provide-health-services; וראו בהקשר זה גם: Kristin M. Roshelli, *Religiously Based Discrimination: Striking a Balance Between a Health Care Provider's Right to Religious Freedom and a Woman's Ability To Access Fertility Treatment Without Facing Discrimination*, 83 ST. JOHN'S L. REV. 977 (2009).

48. סיכום ביניים: חוק איסור הפליה אינו חל על מדיניות מפלה המתקיימת בשירותי הבריאות או הרפואה, ואיסור ההפליה שבחוק זכויות החולה חל כהסדר ספציפי. איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה אינו איסור מוחלט, וחרף עילות ההפליה המנויות בו ניתן לבצע בעילות אלה הבחנה בין מטופלים על רקע של שיקולים רפואיים, ועל יסוד שיקולים אלה בלבד. כפי שהוברר, קביעות אלה עולות בקנה אחד עם תכלית חוק זכויות החולה, כמו גם עם לשונו ועם כוונת המחוקק כפי שזו באה לידי ביטוי בדברי ההסבר להצעת החוק ולדיונים שנערכו בכנסת בעניינו.

עתה משעמדנו על המסגרת הנורמטיבית החלה על ענייננו ועל אופיו של איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה, נותר לנו לבחון אם הפליה מחמת "מעמד אישי" חוסה תחת הגנת סעיף 4(א) לחוק, ולכך אפנה עתה.

הפליה מחמת "מעמד אישי"

49. המחוקק בחר לפרט מספר עילות הפליה אסורות בסעיף 4(א) לחוק זכויות החולה והן טעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא, נטיה מינית וגיל. בעילות ההפליה המנויות לא נכללת במפורש עילת הפליה מחמת "מעמד אישי", אך מלשון הסיפא של הסעיף האוסרת הפליה "מטעם אחר כיוצא באלה" עולה המסקנה הברורה כי מדובר

ברשימה פתוחה של עילות הפליה אסורות. השאלה היא, אפוא, אם יש לפרש את איסור ההפליה ככולל בתוכו איסור מחמת "מעמד אישי". לעמדת התשובה לשאלה זו ברורה ויש להשיב עליה בחיוב. גם בעניין זה מסקנתי נסמכת על תכלית החקיקה ועל ההיסטוריה החקיקתית של איסור ההפליה בחוק זכויות החולה.

הפליה מחמת מעמד אישי זכתה להכרה בדין הישראלי כעילת הפליה "חשודה". כך, למשל, בית משפט זה הורה בעבר בהסכמת המדינה כי הוראת תקנה 8(ב) לתקנות הפריה חוץ-גופית בטלה, משום היותה מפלה בין אישה נשואה ובין אישה רווקה (בג"ץ 998/96 ירוס חקק נ' מנכ"ל משרד הבריאות (11.2.1997)); להכרה נוספת בעילת הפליה מפאת מעמד אישי כעילה "חשודה" ראו גם: בג"ץ 5492/07 בוארון נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סד(2) 166, 198-196 (2010); ע"א 2622/01 מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון, פ"ד נז(5) 309, 325-327 (2003); בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419, 442-444, 455-450 (2002). האיסור להפלות מחמת מעמד אישי נכלל באופן תדיר בחקיקה האוסרת על הפליה (ראו מני רבים: חוק איסור הפליה; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה; חוק שירות אזרחי, התשע"ז-2017; חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992; חוק שירות התעסוקה), ואין זאת אלא שמאליו ברור שהוא בא בגדר "מטעם אחר כיוצא באלה". מעבר לזאת, הצורך להגן על הפרט ולמגר הפליה מחמת מעמד אישי מתעורר ביתר שאת כאשר גם כיום, הדין הישראלי מונע מקבוצות מסוימות להתחתן בישראל (למשל, זוגות חד-מיניים, ראו בעניין זה בג"ץ 7339/15 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' משרד הפנים, פסקאות 2-3 לחוות דעתי (31.8.2017)). לנוכח האמור, המסקנה המתבקשת היא שאיסור ההפליה שבסעיף 4(א) לחוק זכויות החולה חל גם על הפליה על רקע מעמד אישי. זאת בשים לב לתכליות שביסוד החוק שעליהן כבר עמדתי; וכך משעה שעילות ההפליה המנויות בסעיף 4(א) אינן בגדר רשימה סגורה, ובהינתן מגמת הדין הישראלי להכיר בעילת הפליה מסוג זה "כעילה חשודה".

50. מסקנה זו נתמכת בדברים שנאמרו במהלך הדיונים השונים שנערכו בכנסת ביחס לאיסור ההפליה שבחוק זכויות החולה, בהם הובהר מספר פעמים כי מדובר באיסור נרחב שבאופן מכוון אינו מונה רשימה סגורה (ראו למשל, פרוטוקול ישיבה 231 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-16, 3 (20.7.2004); פרוטוקול ישיבה 403 של ועדת העבודה והרווחה, עמ' 14). לאורך השנים הונחו על שולחן הכנסת הצעות לתקן את איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה על דרך של הוספת איסור הפליה מחמת מעמד אישי; בתגובה להצעות אלה הובהר כי איסור הפליה ממין זה כבר חל בכל מקרה, זאת לנוכח נוסחו של סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה. כך, למשל, בדיון שנערך אך לאחרונה בוועדת

הבריאות בעניין הוספת איסור הפליה מחמת מעמד אישי, הבהיר נציג משרד הבריאות, עו"ד חיים לוי בפני חברי הכנסת כי "אנחנו סבורים שאסור להפלות מחמת מעמד אישי והורות, וזה כבר נכלל היום בנוסח שקיים היום" (פרוטוקול ישיבה 98 של ועדת הבריאות, הכנסת ה-24, 10 (28.2.2022); ראו גם את דברי שרת הבריאות דאז, חברת הכנסת יעל גרמן, על רקע הצעת חוק זכויות החולה (תיקון – איסור הפליה), התשע"ד–2013 ב-פרוטוקול ישיבה 109 של הכנסת ה-19, 123-124 (29.1.2014)).

בהקשר זה יבואר כי אין בהצעות חוק פרטיות אלה שהוגשו לאחר חקיקת חוק זכויות החולה ונדחו על ידי הכנסת כדי לתמוך בטענה כי החוק אינו חל על הפליה מחמת מעמד אישי. ספק אם ניתן להתייחס להצעת חוק שהוגשה לכנסת לאחר חקיקתו של חוק מסוים כחלק "מההיסטוריה החקיקתית" של אותו חוק. מעבר לכך, הגשת הצעת החוק כשלעצמה עשויה לשקף לכל היותר את הבנתו הסובייקטיבית של חבר הכנסת מציע החוק לגבי המצב המשפטי השורר, ואין בה משום ראייה ביחס למצב המשפטי לאמיתו (עניין מי-טל, פסקה 41 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז (בדעת יחיד)).

המסקנה המתבקשת מכל האמור היא כי חרף העובדה שהפליה מחמת מעמד אישי אינה נזכרת במפורש באיסור ההפליה שבסעיף 4(א) לחוק זכויות החולה, ברי כי החוק אוסר גם על הפליה מסוג זה. טרם שאפנה ליישום הדברים על ענייננו, אייחד מספר מילים ליחס שבין איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה, חוק איסור הפליה ופקודת הנזיקין, וזאת בראי סעיף 28א לחוק זכויות החולה.

היחס בין חוק זכויות החולה, חוק איסור הפליה ופקודת הנזיקין

51. כפי שכבר הוברר, בהתאם להוראת סעיף 28א לחוק זכויות החולה, הפרת איסור ההפליה שבחוק זה "יראו אותה גם כעוולה לפי חוק איסור הפליה". להוראה זו ישנן מספר השלכות הרלוונטיות לענייננו. בפתח הדיון בסוגיה זו יצוין כי בחוק איסור הפליה קבועות שתי עוולות בלבד – הראשונה, קבועה בסעיף 3 והיא העוולה של איסור ההפליה; העוולה השנייה קבועה בסעיף 4 והיא עוולה של פרסום מודעה שיש בה משום הפליה אסורה לפי סעיף 3. עם זאת, לנוכח הוראת סעיף 28א לחוק זכויות החולה, "מיובאת" לחוק איסור הפליה עוולה נוספת, איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה. ועל כן מתעוררת השאלה מהו היחס בין ההוראות הקבועות בחוק איסור הפליה ובין עוולה זו.

52. סעיף 5 לחוק איסור הפליה שכותרתו "עוולה אזרחית" קובע כי "בית המשפט רשאי לפטוק בשל עוולה לפי חוק זה פיצוי שלא יעלה על 50,000 ש"ח, בלא הוכחת נזק"

(סעיף 5(ב)). מהו היחס שבין סעיף זה ובין איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה? כאמור, לפי סעיף 28א לחוק זכויות החולה, הפרת סעיף 4(א) לחוק זה מהווה עוולה גם לצורך חוק איסור הפליה, והמשמעות היא שגם כאשר עסקינן באיסור ההפליה שבחוק זכויות החולה רשאי בית המשפט לפסוק פיצוי בלא הוכחת נזק. כלומר, משעה שנקבע שהפרת סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה מהווה עוולה גם לעניין חוק איסור הפליה, חל גם סעיף 5(ב) לחוק איסור הפליה במקרה של הפליה לפי סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה.

לעומת זאת, בסעיפים אחרים בחוק איסור הפליה המחוקק בחר להפנות לעולות הפרטיקולריות הקבועות בו, כך שהם נעדרי תחולה על איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה. כך, למשל, סעיף 6 לחוק איסור הפליה שעניינו במגוון תרחישים היוצרים "חזקה שהנתבע פעל בניגוד להוראות סעיף 3" אינו חל על איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה. לעומת זאת, מתעוררת שאלה ביחס להוראת סעיף 5(א) המחילה את הוראות פקודת הנזיקין על העולות הפרטיקולריות שבחוק איסור הפליה ומורה כי "מעשה או מחדל בניגוד לסעיפים 3 ו-4 הם עוולה אזרחית, והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש], יחולו עליהם, בכפוף להוראות חוק זה". כאמור, העוולה שבסעיף 4(א) לחוק זכויות החולה מיובאת לחוק איסור הפליה כעוולה נפרדת ועצמאית שאינה קבועה בסעיפים 3 או 4 לחוק איסור הפליה, ולכן ניתן לכאורה להשמיע את הטענה כי פקודת הנזיקין אינה משתרעת על הוראת סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה; ולטענה מסוג זה ישנה השלכה קונקרטית על ענייננו, שכן בית החולים גורס כי עומדת לו הגנה מכוח סעיף 6 לפקודת הנזיקין הקובע כי פעולה על פי חיקוק או בתחום הרשאה חוקית, תהווה הגנה טובה לתביעה נזיקית. ואולם כפי שיפורט להלן, לנוכח העובדה שבכפוף לעקרונות שנקבעו בפסיקת בית משפט זה, עולות איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה עשויה להיות כפופה לנורמות הכלליות שבפקודת הנזיקין, לא ראיתי לנכון לקבוע מסמרות בשאלת תחולת סעיף 5(א) לחוק איסור הפליה על עוולה זו.

53. עוד בטרם נחקקו חוק איסור הפליה וחוק זכויות החולה, הוברר בפסיקת בית משפט זה כי פקודת הנזיקין חלה גם על עולות שאינן קבועות בה, כל עוד "החלתה של דוקטרינה פלוניית מהפקודה מתיישבת עם יסודותיה, עם מהותה, עם בניינה של העוולה שבה מדובר, ועם המסגרת שבה היא נמצאת" (מישאל חשין "מקורות דיני הנזיקין בישראל" דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 33, 81 (מהדורה שנייה מתוקנת ומעודכנת, ג' טדסקי עורך 1976)). דברים אלה צוטטו בהסכמה על ידי השופט (כתוארו אז) א' ברק והנשיא מ' שמגר ב-ע"א 804/80 Sidaar Tanker Corporation נ' חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ (פ"ד לט(1) 393, 440-442, 445 (1985)); ראו גם: ע"א 5977/07 האוניברסיטה

העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ, פ"ד סד(3) 740, 762 (2011); ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45, 73 (1992)). כך גם בענייננו. עלינו לבחון אם הנורמה הכללית שבסעיף 6 לפקודת הנזיקין מתיישבת עם עוולת איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה, ולכך אדרש ביתר פירוט בעת יישום הדין על ענייננו.

54. נפקות נוספת שיש לסעיף 28א לחוק זכויות החולה בהליך שלפנינו קשורה בכך שעסקינן בהליך ייצוגי. כידוע, בסעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגית הגביל המחוקק את עילות התביעה שבגינן ניתן לנהל תובענה ייצוגית רק לאלה המנויות בתוספת השנייה לחוק זה או בהוראת חוק מפורשת. בהקשר זה יוזכר כי עילת תביעה בגין איסור הפליה מכוח חוק זכויות החולה אינה מופיעה בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, ואולם לנוכח הוראת סעיף 28א, ניתן לנהל תובענה ייצוגית גם בעילה זו; כך בהינתן פרט 7 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, המאפשר לנהל תובענה ייצוגית בעילה לפי חוק איסור הפליה, ומאחר שסעיף 28א מורה אותנו שהפרת ההוראה בדבר איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה כמוה כעוולה לפי חוק איסור הפליה.

כזכור, לצורך אישור התובענה כייצוגית בעילה לפי סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה נסמך בית המשפט המחוזי על פרט 1 שבתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, וקבע כי בית החולים הוא בגדר "עוסק" כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן. בהקשר זה יוער כי שאלת מעמדו של בית חולים כ"עוסק" היא שאלה מורכבת, שיכול שיהיו לה השלכות רוחב רבות. אלא שבנסיבות המקרה שלפנינו ולנוכח הוראת סעיף 28א לחוק זכויות החולה איננו נדרשים ליתן מענה לשאלה זו, וניתן להותירה לעת מצוא.

הארכתי בדיון בנוגע למסגרת הנורמטיבית החלה על ענייננו ובשאלת אופיו ותחולתו של איסור ההפליה הקבוע בחוק זכויות החולה, ולא בכדי. המענה לשאלות נכבדות אלה יסייע בידינו בשלב הבא של הילוכנו – יישום הדברים על נסיבות המקרה.

מן הכלל אל הפרט: מדיניות בית החולים

55. שאלת המפתח בענייננו היא, אם מדיניות בית החולים לסרב להעניק טיפולי הפריה חוץ-גופית לנשים שאינן נשואות מהווה הפליה אסורה. לצורך הדיון בשאלה זו אצא מנקודת ההנחה כי בית החולים לניאדו הוא גוף פרטי הנעדר חובות מהמשפט הציבורי. לא נעלמה מעיני העובדה שבית החולים נתמך על ידי כספי ציבור וכי השירות הניתן על ידו נושא אופי ציבורי. אולם לצורך ההכרעה בשאלות המתעוררות בערעור שלפנינו אינני נדרשת לדון בשאלת מעמדו של בית החולים כגוף דו-מהותי, ובחובות הנלוות לסיווגו ככזה (ראו בהקשר זה: בג"ץ 1550/18 עמותת הפורום החילוני נ' שר

הבריאות, פסקה 75 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ע' פוגלמן, פסקה 4 לחוות דעתו (בדעת מיעוט) של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל (30.4.2020); אסף הראל גופים ונושאי משרה דרמהוטיים 91-94 (מהדורה שנייה, 2019).

56. בראש ובראשונה יובהר כי איני שותפה לעמדה שהביע היועמ"ש, שלפיה המתווה שהוצע על ידו מייתר את הצורך להכריע בשאלת חוקיות מדיניות בית החולים. מתווה היועמ"ש עשוי להעניק מענה עתידי, אם בכלל, וגם אז רק לחלק מחברות הקבוצה המיוצגת, כך שבוודאי שאינו מייתר את הדיון בשאלת ההפליה הנטענת. מעבר לכך ישנה חשיבות ציבורית וערכית להכריע בסוגיה שבמחלוקת, אל לנו למשוך את ידינו מכך. ובעניין זה אקדים תוצאה לניתוח ואומר כי יישומם של הכללים שהובררו לעיל על המקרה שלפנינו, מוביל לדידי למסקנה כי בית החולים מפר במדיניותו את איסור ההפליה הקבוע בחוק זכויות החולה, כך שיש לאפשר למשיבה לנהל כנגדו תובענה ייצוגית בעילה לפי סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה.

57. ההתקדמות בטכנולוגיה הרפואית, המאפשרת הולדת ילדים בעזרת טיפולי הפריה חוץ-גופית, מעוררת שאלות אתיות והלכתיות. שאלת זכויותיהם של המשתתפים בתהליך "ההולדה הטכנולוגי" מעלה בעיות סבוכות ביותר, ומענה להן צריך שיינתן במסגרת חקיקה ראשית ולא באמצעות הכרעה שיפוטית; שכן "לא כל בעיה שניתן לפתור בבית-המשפט ראוי לפתור אותה בבית-המשפט" (אהרן ברק "על אחדות לאומית" עיוני משפט כג(3) 601, 604 (2000)). בתוך כך, שאלת חיובו של גורם רפואי במתן טיפולי פוריות היא כשלעצמה מרובת פנים: לעמדה המקדשת את האוטונומיה של הרופא או המוסד הרפואי ולפיה לא ניתן לחייבם לסייע בהולדה כאשר הדבר מנוגד לערכים שבהם הם דוגלים, ראו: ורדית רביצקי "הזכות להורות בעידן ההפריה הטכנולוגית" דילמות באתיקה רפואית 137, 156-157 (רפאל כהן-אלמגור עורך 2002); מנגד, לעמדה שלפיה בראי תכליות חוק זכויות החולה, לא ניתן להעניק למוסד רפואי או למטפל זכות מוחלטת להימנע מלהעניק טיפול רפואי, ראו: מיכל אגמון-גונן וקרן דבך-דויטש "זכות הרופא להימנע ממתן טיפולי פוריות" רפואה ומשפט 33, 13, 28-30 (2005). אלא שבהיעדר חקיקה ייעודית המסדירה סוגיה מורכבת זו, אין מקום לחרוג מהעקרונות הכלליים שמתווה חוק זכויות החולה.

58. בית החולים מדגיש כי בהיותו מוסד בבעלות פרטית של עמותה חרדית הוא פועל לפי עקרונות ההלכה היהודית ומצוותיה. עקרונות אלה, כך בית החולים, מחייבים את לניאדו להימנע מלהעניק לנשים שאינן נשואות טיפולי הפריה חוץ-גופית. זאת בשל החשש כי הגבר המעניק את הזרע לא יירשם כאבי היילוד במרשם האוכלוסין, וכי מצב

זה עלול להוביל בעתיד להפרת ציוויים הלכתיים בדמות גילוי עריות ולחשש מפני ממזרות. לנוכח דברים אלה בית החולים סבור כי ההבחנה שהוא עורך בהיענותו לטיפול הפריה חוץ-גופית, בין נשים נשואות לאלה שאינן נשואות, אינה בגדר הפליה אסורה אלא מבטאת שונות רלוונטית בין המטופלות בנסיבות העניין.

כאמור, בעניין קול ברמה בית משפט זה נדרש לסוגיה המורכבת של הפליה מחמת טעמים דתיים-הלכתיים במסגרת של הליך ייצוגי, ונקבעה שם נקודת איזון המתמקדת באופיה של הפרקטיקה הדתית-הלכתית: ככל שזו מבוססת על ציווי דתי המצוי "בליבה ההלכתית או התרבותית", כך תגבר הנטייה להכיר בציווי כחריג לאיסור ההפליה, זאת בשים לב לאופי הפגיעה בפרט (שם, פסקאות 53-56). אולם נקודת האיזון שנקבעה בעניין קול ברמה אינה הולמת את ענייננו. כך בשל המסגרת הנורמטיבית השונה שחלשה על הדיון שם – חוק איסור הפליה, הקובע מספר חריגים שבהתקיימם הבחנה בין פרטים לא תיחשב הפליה, בין היתר כאשר הדבר מתחייב מאופיו של המקום הציבורי או כאשר הדבר נעשה על ידי ארגון הפועל שלא למטרות רווח ולשם קידום צרכיהם המיוחדים של חבריו. לעומת זאת איסור ההפליה בחוק זכויות החולה הוא רחב ומקיף ואין לו חריגים, וממילא לא חריגים שמקורם בהלכה היהודית. משכך, אין מקום לבחון אם הנורמה הדתית-הלכתית שבית החולים טוען לה אמנם מצדיקה את המדיניות המפלה כלפי נשים שאינן נשואות, ואין נפקות בענייננו לאופיו של בית החולים ולטעמים שהובילו אותו לנקוט במדיניות זו.

59. לעניין סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה, דומני שלא יכול להיות ספק כי הנחת היסוד היא שמדיניות בית החולים מהווה הפליה כלפי נשים שאינן נשואות, כפי שניתן להבין כבר מהדיון הנורמטיבי שנערך לעיל. למעשה בית החולים מודה בפה מלא כי הוא מבחין בין מטופלות על יסוד מעמד אישי. אלא שלטענתו אין מדובר בהפליה אסורה כי אם בשוני רלוונטי משום היותו מוסד דתי המחויב בדרישות ההלכה, כך שעצם דרישת רישום נישואין מצמצמת את הסיכונים ההלכתיים הטמונים בטיפול הפריה חוץ-גופית. ביסוד ההבחנה שמבצע בית החולים בין המטופלות הפונות לטיפול הפריה חוץ-גופית טמונים שיקולים הלכתיים. כפי שהוברר, שונות הנובעת מטעמיו ההלכתיים של המוסד הרפואי המעניק את השירות הרפואי איננה שונות רלוונטית לצורך הבחנה בין מטופלים; ומשום כך ההבחנה שעורך לניאדו בין נשים נשואות ובין נשים שאינן נשואות מהווה הפליה אסורה.

בהקשר זה ניתן לגלות הבנה לחששותיו ולמניעיו של בית החולים מנקודת מבטו, החפץ במניעת הפרה לכאורה של מוסכמות דתיות-הלכתיות. אלא שענייננו איננו

מתמקד בשאלת עצם הסירוב ליתן טיפול רפואי שאינו עולה בקנה אחד עם "מצפוננו", כי אם בשאלת ההפליה במתן הטיפול הרפואי; ובהתאם להסדר החקיקתי הקיים בחוק זכויות החולה לא ניתן לבצע הבחנה בין מטופלים על יסוד טעם הלכתי או מצפוני. בהקשר זה יצוין כי לא נעלמה מעיניי טענת בית החולים כי מוקנית לו הזכות לחופש דת וכי חיובו במתן טיפול רפואי יפגע בזכות זו; אלא שטענה זו לא נשמעה מפי בית החולים בבית המשפט המחוזי והיא בגדר הרחבת חזית אסורה. ממילא בנסיבות המקרה, ולנוכח המסגרת הנורמטיבית שמכתיב חוק זכויות החולה, איננו נדרשים לבצע מלאכת איזונים בין זכויותיהם של המוסד הרפואי או המטפל ובין זכותו של המטופל. עוד יצוין כי אין לשעות לטענת לניאדו שלפיה העובדה שהעמדה שהגיש היועמ"ש נעדרת קביעה פוזיטיבית ביחס לחוקיות של מדיניות בית החולים, מעידה על כך שמדובר במדיניות חוקית; בית החולים מבקש לקרוא אל תוך עמדת היועמ"ש את שאין בה, ובכל מקרה אין בעמדת היועמ"ש כדי להכשיר נורמות שהמחוקק קבע באופן מפורש כי הן אסורות.

מרגע שבית החולים מאשר כי מדיניות ההבחנה שלו בין המטופלות נעשית על בסיס מעמד אישי (נשואות או לא נשואות) ואינה נסמכת על שיקולים רפואיים, אין מנוס מסיווג המדיניות כהפליה אסורה, ודי בכך בכדי לקבוע שמתקיימים בענייננו יסודות עוולת איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה; משכך, ובשונה מבית המשפט המחוזי, לא ראיתי טעם להידרש לעוולת הפרת חובה חקוקה שבפקודת הנזיקין. אמנם סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה אינו קובע חריגים המקנים "הגנה" מפני הפרת האיסור, אולם בית החולים השמיע לנו טענה כי עומדת לו ההגנה הקבועה בסעיף 6 לפקודת הנזיקין. עתה אדרש לטענה זו.

פטור מאחריות – מעשה לפי חיקוק או הרשאה חוקית

60. סעיף 6 לפקודת הנזיקין מקנה פטור מאחריות בנזיקין, למעט בעוולת רשלנות, במקרים שבהם העוולה הנטענת התבצעה בהתאם לחוק או להרשאה חוקית שניתנה מאת גורם מוסמך, ולחלופין מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה כאמור. הגיונה של הגנה זו ברור, והוא כי "המחוקק, המוסמך להפוך מעשה מותר לאסור, מוסמך גם להפוך מעשה אסור למותר" (אהרן ברק "הרשאה חוקית" דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 302 (מהדורה שנייה מתוקנת ומעודכנת, ג' טדסקי עורך 1976)). וכבר נקבע בפסיקת בית משפט זה כי רציונאל זה נכון גם כשמדובר בעוולות הקבועות מחוץ לפקודת הנזיקין (רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, פסקה 13 (26.4.2010)). ניתן אם כן לומר כי חרף העובדה שייטכן שאין לפקודת הנזיקין תחולה ישירה על איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה, יש לסעיף 6 לפקודה תחולה בנסיבות המקרה, והחלתו עולה בקנה אחד עם איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה.

61. המחלוקת בסוגיה זו מתמצה בשאלה אם המכתב מאת משרד הבריאות כולל בחובו היתר להפלות מטופלות מפאת מעמד אישי. תחילה יצוין כי עיון בתשובתו של בית החולים לבקשת האישור ובסיכומים שהגיש בבית משפט המחוזי, מגלה כי כלל לא טען להגנה מכוח סעיף 6 לפקודת הנזיקין. טענה זו, כמו גם טענות נוספות שהועלו על ידי בית החולים ואף על ידי היועמ"ש, נשמעת לראשונה במסגרת הערעור והיא מהווה "הרחבת חזית" וניסיון למקצה שיפורים שאין הצדקה להתירו – בין היתר מאחר שלא ניתן לבררה כהלכה במסגרת הדיון בערכאת הערעור, ומשום הפגיעה שהדבר עשוי להסב למשיבה, וכבר מטעם זה יש לדחותה (רע"א 7470/20 Facebook Ireland Limited נ' גל, פסקה 21 (3.1.2022)). אלא שגם לגופה אין בטענה זו שבפי בית החולים ממש. כאמור, המכתב מאת משרד הבריאות הופק במענה לפניית המשיבה למשרד לחייב את בית החולים לספק לה טיפולי הפריה חוץ-גופית, ואין במסמך משום היתר מאת משרד הבריאות להפלות בין מטופלים. זאת ועוד, והוא העיקר לדחיית טענת בית החולים, אפילו אם אניח כי ניתן לבית החולים היתר להפלות בין מטופלות על רקע מעמד אישי, לא היה בכך כדי להקנות ללניאדו הגנה מפני תביעה בעילה נזיקית מתוקף איסור ההפליה שבחוק זכויות החולה. הטעם לכך נובע מכך שבהינתן המסגרת החקיקתית הקבועה בחוק זכויות החולה, דומה כי החלטה ליתן היתר המאפשר למנוע טיפול רפואי מנשים מסוימות רק משום שהן אינן נשואות, ככל שהייתה מתקבלת, היא החלטה כה בלתי סבירה שנדמה כי אדם סביר – לא כל שכן מוסד רפואי כבית חולים – אינו יכול להאמין בתום לב שהיא חוקית (השוו: ע"א 7115/14 סירוגה-ברניר נ' סלקום ישראל בע"מ, פסקה 30 (3.7.2017)).

התוצאה הנלמדת מכל האמור היא, שלניאדו הפר את הוראות סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה, כך שבדין ניתנה למשיבה רשות לנהל תובענה ייצוגית נגד בית החולים. אפנה אפוא לבחון את טענות בית החולים והיועמ"ש בעניין הגדרת הקבוצה המיוצגת ובסוגיית הנזק.

הנזק והגדרת הקבוצה המיוצגת

62. בית המשפט המחוזי הגדיר בהחלטת האישור את הקבוצה המיוצגת ככזו הכוללת נשים שאינן נשואות הסובלות מבעיות פוריות, הזכאיות בהתאם להסכמים בין קופות החולים ובתי החולים לקבל טיפולי פוריות בלניאדו, אך לא פנו לשם כך ללניאדו אלא לבתי חולים אחרים. הן בית החולים הן היועמ"ש תוקפים הגדרה זו, כל אחד מטעמיו הוא. בית החולים מיקד את טענותיו בעניין זה בכך שהקבוצה שהוגדרה כוללת בחובה נשים המתגוררות בריחוק מבית החולים, שהן חסרות זיקה אליו וחסרות מודעות לעצם המדיניות המפלה. היועמ"ש מצידו טוען כי הגדרת הקבוצה כוללת את כל הנשים

הזכאיות לטיפול הפריה מבלי לבצע הבחנה בין נשים שמעוניינות בטיפול הפריה מתורם זר ובין נשים המעוניינות לבצע טיפולי הפריה עם בן זוג; בעוד לטענת היועמ"ש הגדרת הקבוצה מתעלמת מכך שבית החולים לא מפעיל בתחומו בנק זרע, ושלא מתאפשר לבצע בבית החולים הפריה מתורם זר. עוד הוסיף היועמ"ש כי הגדרת הקבוצה מחייבת בירור עובדתי העלול לפגוע בפרטיות של מי שלכאורה חברות בה.

ניתן לסכם ולומר כי טענות בית החולים והיועמ"ש בנוגע להגדרת הקבוצה, מכוונות בעיקרן כלפי היקף הקבוצה המיוצגת. יודגש כי טענות היועמ"ש בדבר קיומו או היעדרו של בנק זרע בבית החולים לא קיבלו ביטוי בהליך שהתקיים בבית המשפט המחוזי, אלא הועלו לראשונה בבית משפט זה. זאת חרף העובדה שהיועמ"ש כזכור נטל חלק בהליך בבית המשפט המחוזי, וכבר מטעם זה אין מקום להידרש להן (השוו: עניין עיריית ירושלים, פסקה 13). מכל מקום, אין לשעות בנקודת הזמן הזאת לטענות בית החולים בנוגע לגודלה של הקבוצה, שכן זה עוד יתברר ויתבהר במסגרת הדיון בתובענה הייצוגית לגופה ואין מקום להתערבותנו בנושא בשלב זה (רע"א 3717/20 רמי לוי שיווק השקמה תקשורת בע"מ נ' דור, פסקה 17 (3.3.2021)). אמנם מוטב וראוי שבשלב הדיון בבקשת אישור התובענה כייצוגית ייקבע היקפה של הקבוצה המיוצגת בהליך (ע"א 2112/17 גרסט נ' 013 נטוויז'ן בע"מ, פסקה 41 (2.9.2018), להלן: עניין גרסט); אולם בשים לב לכך שמדובר בשלב שבו קביעות בית המשפט הן לכאוריות וכי עתיד להתנהל דיון בתובענה לגופה, גודל הקבוצה עשוי להשתנות בהתאם ליריעה העובדתית שיפרשו הצדדים. ואך מובן כי ככל ובמידה שיתקבלו טענות בית החולים בעניין זה בעת הדיון בתובענה הייצוגית, קבוצת הזכאיות לפיצוי תצטמצם בהתאם.

63. בתוך כך, טענות בית החולים בנוגע להיקף הקבוצה המיוצגת מתקשרות באופן אינהרנטי לשאלת הנזק הלא ממוני שלכאורה נגרם ולשאלה מי הן הנפגעות. בנסיבות המקרה שלפנינו מדובר במדיניות מוצהרת מצד בית החולים שהובילה לפגיעה בנגישותן של נשים שאינן נשואות לטיפול פוריות בבית החולים. כך שלנוכח הפן ההצהרתי שבמדיניות בית החולים, לא ניתן לשלול כי הפגיעה הלא ממונית שנגרמה לנשים שאינן נשואות אינה מתמצית אך בשטח הגיאוגרפי הסמוך לבית החולים. יפים לענייננו – בשינויים המחויבים – דברים שנקבעו בעניין קול ברמה, המבטאים נכוחה את האתגרים בהתייחס לשאלת הנזק והגדרת הקבוצה שמציבים הליכים ייצוגיים הנסבים על עילת הפליה:

"שאלה אחרת ולא פחות חשובה, המשתלבת עם שאלות נוספות ובפרט עם הגדרת הקבוצה, היא למי לכאורה נגרם הנזק. ניתן לטעון כי בענייננו נגרם נזק רק לנשים אשר

פעלו באופן אקטיבי וביקשו לעלות לשידור אך סורבו. ואולם, דומה כי המדיניות המפלה בה נקטה התחנה הסבה נזקים גם לנשים נוספות, אף אם הן לא ניסו לקחת חלק בשידורים ורק האזינו להם. הפגיעה בנשים אלה היא קודם כל הפגיעה הנפשית הגלומה בעצם הידיעה כי רק בשל היותן נשים הן אינן רשאיות להשתתף בשידורי התחנה. ידיעה זו היא פוגענית, מנמיכה ומשפילה, ודי בה כדי ללמד על הפגיעה באותן נשים. מעבר לכך, הפגיעה היא גם במובן זה שנשים מלכתחילה נמנעו מלנסות לעלות לשידור בשל ידיעתן כי בקשתן ממילא תתקל בסירוב, היינו מדובר בפגיעה אפקטיבית באפשרות גישתן של נשים לשירות הציבורי המוצע. לפיכך, קשה לקבל – בשלב מקדמי זה – את הטענה לפיה לא נגרם נזק כלל ועיקר לנשים ש'רק' האזינו לתחנה, וזאת אף אם אמנם ניתן לתהות האם ראוי להבחין ביניהן לבין נזוקות שפעלו באופן אקטיבי כדי לעלות לשידוריה, על יסוד נימוקים כגון עוצמת הפגיעה, מידת ריחוקן מהאירוע המשפיל ועוד" (שם, פסקה 63).

64. התפתחויות מדעיות וטכנולוגיות בתחום של טיפולי פוריות השיאו תרומה משמעותית למימוש הזכות להורות, זכות שהוכרה זה מכבר כזכות חוקתית נגזרת מכבוד האדם (בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 30 והאסמכתאות הרבות שם (3.8.2017)). בתוך כך, טיפולים אלה הביאו לפריצת גבולותיה של "המשפחה המסורתית", והם מאפשרים כינון של מסגרות משפחתיות שבעבר נתפסו כבלתי אפשריות – כדוגמת הורות של בני זוג מאותו מין, הורות משותפת של גבר ואישה שאינם מקיימים ביניהם קשר זוגי, והורות יחידנית. החלטה של אדם להפוך להורה, תהא אשר תהא המסגרת המשפחתית לכך, היא מההחלטות החשובות שאדם מקבל במסלול חייו – דומה כי אין לך צמתים רבים בחייו של אדם, המבטאים את חירותו ומכוננים את זהותו, כמו הבחירה להפוך להורה. הרצון להפוך להורה היא מהכמיהות העמוקות ביותר של הנפש האנושית. עבור מי שחפץ בכך, הזכות להפוך להורה, לאהוב ילד, לגדלו, לדאוג לכל מחסורו, לחנכו, לטעת בו מטען חינוכי, ערכי ומוסרי, היא ביטוי ראשון במעלה לאנושיותו" (בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 11 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ע' פוגלמן (27.2.2020)).

65. עוצמתה של הבחירה בהורות והכמיהה לילד אינן שונות בין אישה נשואה לאישה שאינה נשואה, וגם לא הכאב והתסכול הנובע מהקושי לממשה. מניעת טיפולי פוריות מאישה רק בשל כך שאיננה רשומה כנשואה במרשם האוכלוסין היא מפלה, פוגענית וכואבת. עצם המדיניות המעניקה אפשרות לטיפול פוריות רק לבני זוג נשואים,

לצד שלילת אפשרות זו מאלו שאינם, מהווה פגיעה בגרעין הקשה של כבוד האדם, הכוללת מימד של השפלה כלפי הצד המופלה. יתרה מכך, סגירת הדלת בפני נשים שאינן נשואות מבטאת אמירה המתייגת את כל אותן משפחות חדשות כפסולות ונחותות ביחס למשפחה המסורתית של גבר ואישה שנישאו זה לזו. אמירה הצהרתית זו היא כשלעצמה פוגענית ועשויה להוביל לגיבושו של נזק לא ממוני לאישה המופלית.

בהתאם לאמור ובהינתן השלב המקדמי שבו מצוי ההליך, לא ניתן לשעות לטענה כי לא נגרם נזק לחברות הקבוצה. ויודגש בהקשר זה כי עצם העובדה שמכוח העוולה שבסעיף 4(א) לחוק זכויות החולה ניתן לפסוק באופן פרטני לכל אחת מחברות הקבוצה פיצויים ללא הוכחת נזק (סעיף 28א לחוק זכויות החולה בצירוף סעיף 5(ב) לחוק איסור הפליה), אינה גורעת מהאפשרות לנהל הליך ייצוגי בגין הנזק שנגרם לחברות הקבוצה. עם זאת, בשונה מהתביעה הפרטנית ומשעה שעילת התביעה נדונה במסגרת הליך ייצוגי, כדי לזכות בפיצויים נדרשת המשיבה להראות כי אכן נגרם נזק לחברות קבוצה כתוצאה מההפליה (סעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות); ומובן שאין בדרישה זו כדי למנוע מהמשיבה לנהל הליך ייצוגי בנסיבות המקרה.

66. בשולי עניין זה, אני מוצאת להתייחס בקצרה לטענה שנשמעה מפי בית החולים כי אין מקום לנהל הליך ייצוגי בנסיבות המקרה בשל המספר המועט של המקרים, שלושה במספר לטענתו, שבהם נדחו מטופלות בשל היותן לא נשואות. בעניין גרסט ערך בית משפט זה דיון מעמיק בדרישה ל"קיומה של קבוצת נפגעים" – הן מההיבט המהותי, הן מההיבט הראייתי. במישור המהותי, נעשתה הבחנה בין "מדיניות מפירה" מצידו של נתבע ובין "צבר טעויות" שביצע. בתוך כך הובהר כי במקרים שבהם מוכחת טענה של מדיניות מפירה "הריהי מבססת מיניה וביה קיומה של קבוצת נפגעים – הלא היא כל הצרכנים שכלפיהם הופעלה המדיניות האמורה... ודוק: כאשר אנו עוסקים ב'מדיניות מפירה', אין הכוונה בהכרח למדיניות מכוונת" (שם, פסקה 29). בנוגע למישור הראייתי, נקבע בעניין גרסט כי למרות שקיים קושי בלתי מבוטל להפריך טענת הגנה שלפיה "התקלה" שאירעה ביחס למבקש המייצג היא טעות נקודתית בלבד, אף העברת הנטל על כתפי המשיב הטוען ל"טעות נקודתית" היא בעייתית – שכן פעמים רבות מדובר בדרישה להוכיח עובדה שלילית (שם, פסקה 35). בהינתן האמור, נקבע כי חרף פערי המידע והקשיים הראייתיים הניצבים בדרכו של המבקש המייצג, שומה עליו להראות כי בנסיבות העניין קיימת קבוצת נפגעים ועניינה מתאים להתברר במסגרת הליך ייצוגי. ואילו העברת הנטל הראייתי לכתפי המשיב לבקשת האישור תאפשר אך במקרים חריגים, שבהם הונחה בבקשת האישור תשתית ראייתית ראשונית בדבר קיומה של קבוצה, וניכר כי בידי המשיב כלים להפריך תשתית ראייתית זו (שם, פסקה 39 ו-41).

כאמור, בענייננו בית החולים מודה בפה מלא כי הוא נוהג להבחין בין מטופלות על יסוד מעמד אישי, ודי בכך כדי לקבוע שמדובר במדיניות מפירה המבססת קיומה של קבוצה לטובת ניהול הליך ייצוגי. למעשה בנסיבות המקרה שלפנינו ניתן לעצור כאן. ובכל זאת ברמה הנורמטיבית ייאמר, כי על פי רוב כאשר גורם מסוים מפלה בין קבוצות שונות הדבר נעשה במחשכים ולא באופן גלוי ומוצהר כפי שנוהג בית החולים. כך שהמבקש המייצג בהליך הנסב על עילת הפליה עלול להתקשות להוכיח מדיניות מפירה ובכך להוכיח קיומה של קבוצה, שהרי "ההפליה אינה מוכרזת בראש חוצות ואינה ניצבת בראש המגדל, אלא היא מוכנסת למרתף בעוד שהתבחיינים הגלויים אינם 'דוברים' אמת אלינו; אחד בפה ואחד בלב ידברו. אין הם קריטריונים אלא מן השפה הזלוחה ואין תוכם כברם" (עע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וטובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד (2) 1, 40 (2010)). במקרים שבהם משיב לבקשה לאישור תובענה כייצוגית שעניינה בעילת הפליה לא חולק על עצם קיומה של ההפליה, אלא אך טוען כי מדובר באירוע נקודתי, עלול להתעורר עבור מבקש האישור קושי ממשי להוכיח כי אכן קיימת קבוצה נפגעים. משכך, בנסיבות מסוימות ובמקרים שבהם אין בידי מבקש האישור כלים להוכיח קיומה של קבוצה שאכן הופלטה, דומה כי יהיה ראוי להעביר את נטל הראייה ביחס להיעדרה של הקבוצה לכתפי הגורם שלכאורה מפלה; זאת בשים לב לאמצעים העומדים לרשות אותו גורם להוכיח כי אמנם מדובר באירוע נקודתי, והקלות היחסית שבה ניתן להוכיח כי אינו מפלה במקרים דומים.

67. לפני סיום, אתן עוד את הדעת לטענת המשיבה בדבר קיומה של עילת הפליה מכוח חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. אמנם סוגיה זו לא עלתה בערעור בית החולים, שכן בית המשפט המחוזי דחה טענה זו, אולם המשיבה שבה והעלתה טענות בעניין זה בכתבי הטענות מטעמה. בהקשר זה יצוין כי לצורך עילת תביעה זו נדרשת המשיבה להראות כי קשיי פוריות הם בגדר מוגבלות לפי סעיף 5 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (ראו: בג"ץ 6069/10 מחמלי נ' שרות בתי הסוהר, פסקה 22 (5.5.2014)); או לחלופין להראות כי אישה הסובלת מקשיי פוריות "נחשבת אדם עם מוגבלות" (סעיף 19(2) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; רע"א 1826/18 פלוני נ' פרופורציה פי. אס. סי בע"מ, פסקה 3 (21.11.2018)). כך או כך, ובלא שנדרש להכריע בטענה באשר לעצם ההכרה בקשיי פוריות כמוגבלות, לא מצאתי לנכון להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי כי המשיבה לא הוכיחה כי היא הופלטה עקב המוגבלות הנטענת כדרישת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות; ובהיעדר קשר סיבתי בין ההפליה ובין אותה מוגבלות, אין מקום לנהל תובענה ייצוגית בעילה של הפליה לפי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

68. בקשת האישור הנדונה מבטאת נאמנה את החשיבות הטמונה במנגנון התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית שבעזרתו ניתן לקדם ולהעלות על סדר היום עוולות המבוצעות במרחב הציבורי כלפי קבוצות אוכלוסייה שונות. לא ניתן להפריז בחשיבות הציבורית הטמונה במיגור ההפליה, ויפים בהקשר זה דברים שנאמרו על ידי השופט (כתוארו אז) מ' חשין:

"והפליה, ידענו, היא הרע-מכל-רע. הפליה מכרסמת עד כלות ביחסים בין בני-אנוש, ביניהם לבין עצמם. תחושת הפליה מביאה לאובדן עשתונות ולהרס מירקם היחסים בין אדם לרעהו. אנו נתקלים בתופעת ההפליה יום-יום: במקום העבודה, בבית המשותף, בעמידה בתור, ביחסים של בעלי שררה לאזרח ולתושב. כך בהפליה אישית, כך בהפליה חברתית, כך בהפליה אתנית, כך בכל הפליה והפליה. הפליה תפרק משפחה. בהפליה מתמשכת יאבד עם ותשבות ממלכה. אין פלא בדבר אפוא שבכל אתר ובכל דור עשו ועושים בני החברה הנאורים להעלמתה ולמיגורה של ההפליה. והמלחמה היא מלחמה מתמדת, מלחמת יום-יום. משולה היא להדיפת גלי הים, שאם תנוח לרגע ישטוף ויכסוף. עיקר הוא, כמובן, יחסי האנוש בחיי היום-יום. וגם אם לא נדקדק בקיום המצווה 'ואהבת לרעך כמוך', נתבע ונתבע קיום הצו 'דעלך סני לחברך לא תעביד': כל ששנא עליך לא תעשה לחברך" (בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 503 (1996)).

טרם חתימה אציין כי שמחנו לשמוע מפי בא-כוח המשיבה במהלך הדיון שנערך לפנינו כי בשעה טובה המשיבה ילדה והקימה משפחה משלה, זאת חרף ההפליה שחוותה. בתוך כך, לא נעלמה מעיני טענת בית החולים כי ניהול תובענה ייצוגית בנוגע למדיניותו המפלה עלול להוביל לסגירת המחלקה להפריה חוץ-גופית. בעניין זה יובהר כי גם אם יש בטענה זו ממש, אין בידנינו להכשיר מדיניות מפלה בניגוד להוראות החוק, זאת חרף הפגיעה הציבורית שטומנת בחובה סגירת המחלקה, ככל שתיארע; ועם זאת, בית המשפט יוכל להידרש לשיקול זה בבואו להחליט בנוגע לתשלום הפיצוי (סעיף 20(ד) לחוק תובענות ייצוגיות). מכל מקום, מתן היתר והכשר למדיניות בית החולים מונח לפתחו של המחוקק. ויודגש כי אינני נוקטת עמדה באשר לנפקותה של חקיקה כזו.

טוף דבר

69. על יסוד מכלול הנימוקים שפורטו, נמצאנו למדים כי אין תחולה לחוק איסור הפליה על שירותי בריאות ורפואה, וכי איסור ההפליה בתחומים אלה מוסדר תחת חוק זכויות החולה. הוברר כי חרף העובדה שסעיף 4(א) לחוק זכויות החולה אינו מונה

חריגים, מוסד רפואי או מטפל רשאים להבחין בין מטופלים על יסוד איזה מעילות ההפליה המנויות בסעיף, זאת בהסתמך על שיקולים רפואיים ועליהם בלבד. עוד הגעתי למסקנה כי למרות שסעיף 4(א) לחוק זכויות החולה אינו אוסר באופן מפורש להפלות מטעמים של מעמד אישי, האיסור שבסעיף חל גם הפליה ממין זה.

על כן אציע לחבריי כי תינתן רשות ערעור לבית החולים וכי ייקבע שהערעור שנדון על פי הרשות שניתנה יידחה. זאת במובן שיינתן למשיבה אישור לנהל תובענה ייצוגית נגד בית החולים בעילה של הפרת איסור ההפליה הקבוע בחוק זכויות החולה (סעיף 4(א)). בהינתן השלב שבו מצוי ההליך, אציע לחבריי שלא נתערב בהגדרת הקבוצה המיוצגת שנקבעה בהחלטת האישור, כך שהתובענה הייצוגית תנוהל בשמן של נשים הסובלות מבעיות פוריות, שאינן רשומות כנשואות וזכאיות בהתאם להסכמים בין קופות החולים ובתי החולים לקבל טיפולי פוריות בלניאדו, אך הן לא פנו לשם כך ללניאדו אלא לבתי חולים אחרים. עוד אציע כי בשים לב לסוגיות העקרוניות שהתעוררו בהליך נפסוק הוצאות מופחתות לזכות המשיבה, כך שבית החולים יישא בהוצאותיה בסך 30,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופט (בדימוס) ג' קרא:

אני מסכים לאמור בחוות דעתה המפורטת והמנומקת של חברתי השופטת ע' ברון.

ש ו פ ט (בדימוס)

השופט י' עמית:

אני מסכים לפסק דינה של חברתי, השופטת ע' ברון, ואוסיף מילים מספר משל עצמי.

1. בית חולים לניאדו נתמך בכספי ציבור; בית החולים כפוף לחקיקה, לרישוי ולמכלול הרגולציה הענפה הנוגעת למתן שירותי רפואה חיוניים בבתי חולים; בית החולים לניאדו הוא בית החולים היחיד בעיר נתניה וככזה הוא משרת את תושבי נתניה והסביבה. די בכל אלה כדי להגיע למסקנה שענייננו בגוף דו-מהותי על כל הכרוך בכך (וראו אסף הראל גופים ונושאי משרה דו-מהותיים 72-73, 91-94 (2019); דפנה ברק-ארז

משפט מינהלי כרך ג 479-491 (2013); והשוו לחברת קדישא המקומית בע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א 'קהילת ירושלים' נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992)).

2. ישראל היא מעצמה עולמית בתחום טיפולי הפוריות, תחום הכולל מגוון של פרוצדורות וטכנולוגיות. המחוקק מכיר ותומך בטיפולי הפריה באופן ישיר בכך שטיפולים אלה נכללים בסל הבריאות שקופות החולים מחוייבות בו כלפי חבריהן על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.

בית החולים לניאדו הוא אחד המרכזים להפריה חוץ-גופית (IVF) וככזה הוא מעניק טיפולי פוריות לנשים הזקוקות לכך. אלא שבית החולים נועל את דלתות היחידה להפריה חוץ-גופית בפני נשים שאינן נשואות. משמע, תושבת נתניה והסביבה שאינה נשואה ומעוניינת בהפריה חוץ-גופית, תיאלץ לבקש את השירות בבתי חולים אחרים. גם טיפולי פריון אחרים כגון הקפאת עוברים או ביציות, או בירור פוריות או הזרעה תוך-רחמית, מסרב בית החולים לתת לנשים שאינן נשואות.

מדיניות זו של בית החולים מהווה לכאורה הפרה ברורה של איסור ההפליה המנוי בסעיף 4 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק זכויות החולה):

איסור הפליה

4. (א) מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא, נטיה מינית, גיל או מטעם אחר כיוצא באלה.
(ב) אין רואים הפליה מטעמי גיל לפי סעיף זה כאשר ההבחנה נדרשת משיקולים רפואיים.

ברי כי מצב משפחתי נכנס לסיפא של סעיף 4(א) לחוק זה, ומכאן שהמחוקק לא התיר הפליה בין מטופלים אלא משיקולים רפואיים. זה אפוא הבסיס לתובענה שלפנינו, המלינה על כך שבית החולים מפלה שלא כדין נשים לא נשואות.

3. בית החולים לניאדו הוא בית החולים היחיד בנתניה. יכול הטוען לטעון כי הפגיעה המעשית בנשים לא נשואות אינה גדולה, ובמדינה קטנה כמדינתנו, תיכבד האישה הלא נשואה תושבת נתניה ותיסע מספר קילומטרים צפונה לבית החולים "הלל יפה" בחדרה, או מספר קילומטרים דרומה לבית החולים "מאיר" בכפר סבא (השוו לעניין סמכות מקומית "במדינה קטנה כמדינתנו" רע"א 6920/94 לוי נ' פולג, פ"ד מט(2) 731 (1995)).

טיעון זה אינו יכול להקהות עוקצה של הפליה. ראשית, במישור המעשי, יש ליתן משקל לכך שנשללת מקבוצת נשים האפשרות לקבל טיפול במקום מושבן, כך שלא ניתן לומר כי עומדת להן חלופה זמינה ונגישה בהישג יד. שנית, ועיקרו של דבר: כפי שאין בעל חנות יכול לומר שהוא מסרב למכור לפלוני מאחר שהוא משתייך לקהילת הלהט"ב, אך הוא נכון להפנות את פלוני לרכוש את המוצר בחנות בשכונה אחרת, כך גם בענייננו. בעצם הסירוב של בית החולים לניאדו להעניק טיפולי פוריות לקבוצת הנשים הלא נשואות אך ורק בשל השתייכותן לקבוצה זו, יש משום פגיעה בכבודן כאישה וכאדם, ואין צורך להרחיב על אודות הקשר בין הפליה לפגיעה בכבוד האדם (לעניין זה ראו פסקה 30 לפסק דינה של חברתי).

4. ענייננו בטיפולי פוריות שמטרתם לאפשר לאישה להרות, מעין תמונת ראי לרצונה של אישה לבצע הפלה, סוגיה שלגביה הכיר המחוקק בצו מצפוננו של רופא, אשר "פטור" מביצוע הפלות בניגוד למצפוננו כאמור בסעיף 318 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 הקובע כלהלן: "אין במתן אישור לפי סימן זה כדי לחייב רופא נשים להפסיק הריונה של אישה אם הדבר הוא בניגוד למצפוננו או לשיקול דעתו הרפואי". יש להניח כי המחוקק לא התיימר למצות בהוראה זו את כל מצבי ה"פטור" לרופאים. כך, לדוגמה, לא נחייב רופא לבצע המתת חסד, ככל שהדבר עומד בניגוד להכרתו הדתית או מצפוננו המקצועי. גם במקרה דנן, אין להסיק מפסק דיננו כי ניתן לחייב רופא ליטול חלק בהליכי פריון המנוגדים לצו מצפוננו ולערכים בהם הוא דוגל, ויש לאפשר לרופא החפץ בכך להימנע ממתן טיפול פריון אשר נוגד את עמדתו המוסרית, האתית או הדתית (ורדית רביצקי "הזכות להורות בעידן ההפריה הטכנולוגית" דילמות באתיקה רפואית, 137, 157 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002)). יש להניח כי ניתן יהיה למצוא פתרון שייתן מענה להכרתו הדתית והמצפונית של הרופא ולרצון המטופל לקבל טיפול בבית החולים.

5. האם חיוב בית החולים, כמוסד רפואי המעניק שירותי רפואה לציבור, פוגע בליבת הפרקטיקה הדתית של מטופלי בית החולים או של אנשי צוות בית החולים, שאינם נוטלים חלק בפרוצדורות הרפואיות הכרוכות בטיפולי הפריה לנשים לא נשואות?

קיים מגוון רחב של טיפולי פוריות וטכנולוגיות רפואיות לצד מגוון רחב של סיטואציות הנובעות מהשילובים האפשריים של השילוש זרע-ביצית-רחם (האפשרות לפונדקאות). מגוון טיפולי הפוריות על כל אחד מהשילובים האפשריים וסוגי הטיפולים השונים, מעורר שאלות מתחומי החברה, הרפואה, הביו-אתיקה, המוסר והמשפט, ומטבע הדברים גם בתחומי ההלכה (ראו, לדוגמה, דניאל סינקלר "הזרעה מלאכותית והפריה חוץ-גופית במשפט העברי: היבטים השוואתיים, הלכתיים-מתודולוגיים

ומוסריים" המשפט ט 291 (2004); יוסי גרין "האם קיים פיתרון לבעיית הממזרות באמצעות טכנולוגיות רפואיות בשטח הפיריון?" מאזני משפט ז, 411 (2010)). מגוון טיפולי הפוריות והאפשרויות השונות, מעוררים שאלות בדיני איסור והיתר, כמו ממזרות וגילוי עריות, שנמצאים בליבה ההלכתית. עם זאת, ספק אם המקרה שלפנינו ממקם את עצמו באותה ליבה, ודומה כי לא בכדי בית החולים לא תמך תשובתו בחוות דעת הלכתית.

6. בית החולים נימק את מדיניותו הנוכחית בחשש לגילוי עריות וממזרות. אך החשש לממזרות או לניאוף בהלכה, גדול יותר דווקא כאשר מדובר באישה נשואה. כך, לדוגמה, השימוש בזרע של תורם זר לגבי אישה נשואה מעורר שאלות הלכתיות הנוגעות לניאוף, לממזרות ולחליצה (במקרה של מות הבעל), הגם שרבים מפוסקי ההלכה מצאו פתרון הלכתי גם לחששות אלה, שאינם רלוונטיים לאישה לא נשואה.

ומה לאישה לא נשואה ולחשש ממזרות? לשיטת בית החולים, החשש לממזרות לגבי נשים לא נשואות נובע מהחשש הרחוק למדי לאפשרות שהילוד בבגרותו ימצא לו כבת זוג אישה שנולדה מזרע אותו אב גנטי. במצב של גילוי עריות בין ילדים-אחים של תורם הזרע האנונימי, כל ילד שיוולד כתוצאה מגילוי עריות כזה הוא ממזר על פי ההלכה לפיה "איזה הוא ממזר האמור בתורה? זה הבא מערוה מן העריות" (רמב"ם איסורי ביאה טו, א). חשש רחוק זה, ניתן להקהות דווקא כאשר התורם הוא ידוע או כאשר תרומת הזרע היא מנוכרי (מחו"ל), כך שספק אם החשש הרחוק לבלבול יוחסין, הנובע מהעדר תיעוד ורישום אמין של השושלת הביולוגית של ילודים מהפרייה חוץ-גופית, אכן נמצא בליבה ההלכתית או בפריפריה של החשש לגילוי עריות. ובכלל, כאשר בהזרעה מתורם אנונימי עסקינן, הרי שסעיף 29 לחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית", מצמצם עוד יותר את האפשרות לנישואין בין קרובים:

העברת מידע מסווג בין גופים
29. מנהלי בנקי הזרע אשר הוכרו על ידי משרד הבריאות,
ישמשו כנאמנים של בתי הדין הרבניים ובתי המשפט
ויסייעו ככל שניתן, בכפוף לכללי הסודיות הרפואית
המחייבת אותם.

מנכ"ל משרד הבריאות ימנה מעת לעת את אחד מבין
מנהלי בנקי הזרע המוכרים ע"י משרד הבריאות, כאמור,
כנאמן שאצלו תרוכז רשימת שמות תורמי הזרע. נאמן זה
יעמוד בקשר מעת לעת עם בתי הדין הרבניים.
מנהל בתי הדין הרבניים יוכר כנאמן של בנקי הזרע
ומשרד הבריאות, ועימו ינהל נאמן בתי הדין הרבניים

אימות פרטי התורמים עפ"י קודים חסויים שהוסכמו מראש, על-מנת להימנע משימוש בזרע של פסולי חיתון. כללי החיסיון החלים על מנהל בנק הזרע חלים גם על מנהל בתי הדין – והשימוש במידע שיגיע לידיהם יהא למטרה זו בלבד של הבטחת נישואין כדמו"י במסגרת סמכותו עפ"י חוק.

למותר לציין כי סעיפים 9 ג ו-23 א לנוהל מכירים במפורש באפשרות של תרומת זרע לאישה פנויה.

7. הנה כי כן, הטעם העיקרי, אם לא היחיד, שעומד בבסיס המדיניות של בית החולים, הוא הרצון להימנע ממצב שבו היילוד לא יזכה לרישום של אב במרשם האוכלוסין. ברם, המדיניות של בית החולים שלא להעניק טיפולי פוריות לנשים לא נשואות היא מדיניות גורפת, שאינה מתייחסת למגוון הטיפולים או למגוון האפשרויות. כך, לדוגמה, בכל בתי החולים, מקום שבו תורם הזרע אינו אנונימי, הגבר נדרש לחתום על כתב התחייבות לפיו הוא נוטל על עצמו את כלל ההתחייבויות ההוריות כלפי היילוד שיוולד כתוצאה מהטיפול. בית החולים לניאדו לא הציע לזוגות הלא נשואים לילך צעד נוסף ולהסכים באופן וולנטרי כי הגבר יתחייב להירשם כאב היילוד במרשם האוכלוסין ולייפות לשם כך את כוחו של בית החולים להעביר הודעה לרשות האוכלוסין לאחר הלידה (אציין כי מעמדתו של היועץ המשפטי עולה כי כיום, בדיעבד, הצעה זו מקובלת על בית החולים).

8. אך גם מבלי להיכנס לעובי הקורה במישור ההלכתי, בית החולים לא עמד ברף הנדרש להוכחת הבסיס ההלכתי לטענתו כי מתן טיפולי פוריות לנשים לא נשואות על ידי מי מאנשי הצוות הרפואי, פוגע בליבת האיסור ההלכתי של מטופלים אחרים או של אנשי צוות אחרים בבית החולים, להבדיל מאי נוחות גרידא (ואיני נדרש לשאלה אם למוסד, להבדיל מאדם, יש זכות חוקתית לחופש דת ומצפון). דומה כי בבסיס מדיניות בית החולים עומד החשש הכללי לפגיעה בצביון הדתי של בית החולים, ובערכים המכתיבים לו מדיניות זו. למעשה, כך עולה מכתב התשובה של בית החולים לבקשה לאישור תובענה ייצוגית:

"הדרישה לפיה מטופלי הפרייה חוץ גופית יהיו זוגות הרשומים כנשואים בלבד מקורה בציווי רבני הרואה בתרומת זרע מגורם זר משום חילול קדושת המשפחה, ניתוק הקשר בין הולדת ילדים לבין נישואין ועידוד יחסי מין מחוץ למסגרת הנישואין, וכן בפסיקות הלכה שנועדו למזער את החשיפה לקיומן של עבירות חמורות בחינת 'יהרג ובעל יעבור' דוגמת גילוי עריות ומזרות.

[...] דרישת בית החולים כי בני הזוג יהיו נשואים, ודי ברישומם ככאלה במשרד הפנים נובעת מההלכה היהודית, הרואה בקיום התא המשפחתי כמוסד וערך עליון, כל שכן בשלבי היווצרותו (הריון ולידה).
 [...] בנסיבות אלה, הרי שדרישת בית החולים נובעת מאופיו הדתי ונאמנותו לתפיסת העולם של צוותו ומטופליו" (הדגשות הוספו – י"ע).

הפליה על רקע מצב משפחתי היא הפליה שנופלת בתחומי ה"גרעין הקשה", הפליה החשודה בכך שבסיסה אינו באיסור הלכתי "ליבתי" אלא בעוינות כלפי תופעה המאיימת על דגם המשפחה המסורתית.

9. גם בהנחה שענייננו בפגיעה בחופש הדת, האם ככלל מותר לסרב לשרת לקוחות מטעמי דת ומצפון?

שאלה זו יש לבחון על פי מכלול הנסיבות, ואחד המבחנים המוצעים הוא קיומם של שני תנאים מצטברים: שספק השירות היה מסרב להעניק את השירות לכל מי שהיה מבקש לקבל את השירות, וכי לא היה מסרב להעניק ללקוח שירותים אחרים (רונן אברהם ודני סטטמן "הזמנות ועוגות חתונה: מתי סירוב לספק שירות לקבוצות חשודות איננו בגדר הפליה אסורה" משפטים נב (צפוי להתפרסם)). רק אחד משני תנאים מצטברים אלה מתקיים במקרה דנן, באשר ההנחה היא שבית החולים לניאדו אינו מסרב להעניק שירותי רפואה אחרים לנשים לא נשואות. מכל מקום, במקרה דנן איננו מדברים בספק המסרב להעניק שירות או מוצר ללקוחות אלא במטופלות הנזקקות לטיפול רפואי מסוג מסוים. אף איננו עוסקים בהפליה תוצאתית אלא בהפליה ישירה מתוך כוונה מפורשת ומודעת להפלות. המניע להפליה הוא הלכתי, אך כאמור, הוא עומד בניגוד חזיתי לסעיף 4 לחוק זכויות החולה. כגוף דו-מהותי, בית החולים אינו רשאי למנוע שירות על בסיס התנגדות לאורח החיים והמעמד האישי של מבקש השירות.

10. ככלל, יש להתייחס בזהירות לטיעון של "מדרון חלקלק", אך במקרה דנן אני סבור כי לטיעון זה יש משקל של ממש ושומה עלינו להישמר ולעצור עוד טרם תחילת ההחלטה במדרון. זו יכולה לבוא לידי ביטוי במספר מישורים: במישור הגיאוגרפי – בית החולים לניאדו אינו בית החולים הפרטי היחיד בארץ ובתי חולים פרטיים נוספים עלולים לאמץ פרקטיקה זו. במישור סוגי הטיפולים – יש חשש להרחבת ההפליה גם לגבי סוגים אחרים של טיפולים, כמו לידה של אישה לא נשואה.

11. לעובדה כי במדיניות של הפליה עסקינן, יש משקל בבוא בית המשפט לבחון אם תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. יפים לענייננו, בשינויים המחוייבים, דברים שנאמרו ברע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך-פורום נשים דתיות (9.12.2015) (הדגשות במקור – י"ע):

"ככל שההפליה הנטענת היא אסורה לפי אחד מסעיפי חוק איסור הפליה, ניתן להשתמש במכשיר של התובענה הייצוגית לצורך מימוש או הגנה על הזכויות שנפגעו. [...]"

הטענות שהעלתה תחנת הרדיו בהקשר זה מתעלמות מכך שההפליה במקרה דנן הייתה עניין שבמדיניות, וכי עובדה זו היא הנותנת כי חברות הקבוצה חולקות שאלות משותפות. ודוק, כאשר מדובר במדיניות מפלה, 'החוט המקשר' בין חברות הקבוצה הוא המדיניות עצמה שננקטה כלפיהן.

[...] אף אם בענייננו אכן קיימים הבדלים מסוימים בין הנשים המהוות את קבוצת הנפגעות בכללותה, כמו למשל הבדלים לעניין עוצמת הפגיעה ומידת הנזק, מתעוררות לגבי כולן שאלות משותפות של עובדה או של משפט. בנסיבות המקרה שלפנינו, הזרקור בבחינת השאלות המשותפות מופנה יותר להתנהגותה של תחנת הרדיו, ופחות להבדלים שייתכנו בין הנשים שנפגעו (שם, פסקאות 26, 69, 71).

דווקא מאחר שבעניינים אישיים-אינטימיים עסקינן, הרי שיש יתרון בניהול התובענה הייצוגית, חלף הגשת תובענות אישיות שפוטנציאל הפגיעה בפרטיות במסגרתן גדול יותר. לכך יש להוסיף כי התובענה הייצוגית היא מסגרת דיונית שהולמת תביעות הנוגעות לפרקטיקה מפלה, בהיותה כלי מרכזי באכיפה האזרחית (אסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" משפט ועסקים יט 935 (2016)).

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ברון.

ניתן היום, י"ט בתמוז התשפ"ב (18.7.2022).

ש ו פ ט (בדימוס)

ש ו פ ט

ש ו פ ט

