

מדינת ישראל

משרד המשפטים

פרקליטות המדינה

כ"ה באב התשפ"א

3 באוגוסט 2021

לכבוד :

עוה"ד עירא הדר ועו"ד מיכל עדן ואח'

באמצעות דוא"ל : michal@hadareden-law.co.il

הנדון: בג"ץ 4410/21 פלונית נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים

1. עניינה של העתירה בבקשת העותרת כי בית המשפט העליון יורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא תאשר המשיבה 1 לעותרת הליך פונדקאות לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד יילוד), תשנ"ו-1996 (להלן – **חוק הפונדקאות**).
2. בהתאם להחלטת כב' השופט א' שטיין מיום 23.6.21 נקבע כי על המשיבים להגיש תגובה מטעמם עד ליום 23.8.21.
3. כידוע, ביום 11.7.21 ניתן פסק דין משלים בבג"ץ 781/15 **פנקס-ארד נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996** (להלן – **פסק הדין**).
- בפסק הדין הורה בית המשפט העליון על "ביטול ההגדרות אשר מדירות באופן גורף מהסדר הפונדקאות גברים יחידים ובני זוג מאותו מין – קרי, הגדרת 'הורים מיועדים', 'הורים מיועדים שהם בני זוג' ו'אם מיועדת יחידה' שבסעיף 1 לחוק ההסכמים (להלן – ההגדרות) תוך הימנעות מפגיעה נוספת במרקם החקיקה".
4. בהמשך לכך, ולאור ביטול הגדרות מסוימות בחוק הפונדקאות, קבע בית המשפט העליון את אמות המידה העקרוניות שלפיהן יש לפרש את הוראות הסדר הפונדקאות, כדלקמן:

"6. בהתאם לאמור בפסק הדין החלקי ולעקרון השוויון, ניתן להצביע על שתי אמות מידה עיקריות שלפיהן יש לפרש את הוראות הסדר הפונדקאות: הראשונה – יש להימנע מפרשנות העומדת בסתירה לזכות לשוויון ולזכות להורות, אשר תחסום את גישתם של גברים יחידים ובני זוג מאותו מין להסדר; והשנייה – יש להחיל את הוראות ההסדר, במידת האפשר ובשינויים המחויבים, באופן שוויוני. כפי שנקבע בפסק הדין החלקי, קבוצת השוויון הרלוונטית בכל הנוגע להסדר הפונדקאות היא 'כל מי שסובל ממגבלת פריון אשר על פי סוגה וטיבה ניתנת לפתרון רק על ידי פניה להליך פונדקאות' ובהיבט זה, כך צוין, שורר 'שוויון מלא בין אישה הסובלת מבעיה רפואית [...] לבין גבר' (פסקה 7 לחוות דעתו של השופט פוגלמן; ראו גם:

פסקה 5 לחוות דעתו של השופט הנדל). לפיכך, ככל שבעתיד תעלנה שאלות ביחס לפרשנות הראויה של איזו מהוראות הסדר הפונדקאות, הגורמים הרלוונטיים יידרשו לפרש את ההוראה בהתאם לאמות מידה פרשניות אלה. כך למשל, את הביטוי 'הורים מיועדים' המופיע בחוק ההסכמים ניתן לפרש ככזה המתייחס לבני זוג הטרוסקסואליים, בני זוג מאותו מין, אישה יחידה וגבר יחיד, ואת הביטוי 'נתרמת' שבחוק תרומת ביציות ניתן לפרש ככזה המתייחס גם ל"נתרם" (ראו: סעיפים 5-6 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981). באופן דומה, את הדרישות הרפואיות בחוק ההסכמים (סעיף 4(א)(2) לחוק) ובחוק תרומת ביציות (סעיף 11 וסעיף 13(ה)(2) לחוק) יש לקרוא ככאלה שאינן חלות ביחס לגברים יחידים וזוגות גברים, שכן כל פרשנות אחרת תחסום באופן גורף את גישתם של אלה להסדר הפונדקאות; ולהבדיל – את הוראת סעיף 5(א)(ג)(ב) לחוק ההסכמים, המגבילה את הגישה להסדר הפונדקאות למי שיש לו שני ילדים לכל היותר, יש לפרש ככזו החלה לא רק על 'אם מיועדת יחידה', כלשון הסעיף, אלא גם על גברים יחידים.

7. יודגש כי ביטול ההגדרות מותיר את מכלול ההסדרים הקבועים בחוק ההסכמים ובחוק תרומת ביציות על כנם, והרחבת הגישה להסדר הפונדקאות לאוכלוסיות נוספות כמפורט לעיל, איננה שוללת את התכלית של אסדרת הליך הפונדקאות בישראל ('לאסדר את קיומו של הליך הפונדקאות בישראל על מנת להגשים את הזכות להפוך להורה, תוך שמירה על כבודן ושלומן של הנשים הנושאות, ואסדרת מעמד היילוד וזיקתו להורים המיועדים') או את תכליתו הרפואית ('לתת מענה למקרים של נשים שיש להן בעיה רפואית אשר בגינה הן אינן יכולות להתעבר או לשאת הריון'; פסקה 23 לחוות דעתי בפסק הדין החלקי). לפיכך, במקרה דנן ניתן לומר כי 'החלק התקף עומד על רגליו הוא וממשיך להגשים את התכלית החקיקתית, ולו באופן חלקי' (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 414 (1997)).

5. בהמשך פסק-דינו, קבע בית המשפט העליון כי יש ליתן למדינה שהות של שישה חודשים בטרם יכנס הסעד המוצע לתוקפו, על מנת לאפשר התארגנות מנהלית מתאימה, וכי בתקופת הביניים: "כדי להימנע מפגיעה נוספת בזכויות היסוד של גברים יחידים ובני זוג מאותו מין, אציע כי ביחס לאוכלוסיות אלה לא תובא בחשבון תקופת הביניים לצורך חישוב "הגיל הקובע" לעניין מגבלת הגיל המקסימאלי שבסעיף 5(א)(ג)(א) לחוק ההסכמים ובסעיפים 11 ו-13(ה)(1) לחוק תרומת ביציות...".

6. על פי הנמסר ממשרד הבריאות, בימים אלה נערך משרד הבריאות ליישום פסק הדין, באמצעות קביעת קווים מנחים להפעלת שיקול דעתה של הוועדה לאישור הסכם לנשיאת עוברים, במסגרת החוק הקיים ובהתאם לאמות המידה הפרשניות שנקבעו בפסק הדין.

7. בהינתן השינוי במצב הנורמטיבי שחולל פסק הדין ולשהות שניתנה לגורמי המדינה לצורך יישומו בפועל, ובשים לב לכך שעתירת מרשתת נוגעת לתקיפת החלטה של הוועדה לאישור הסכם לנשיאת עוברים לרבות פרשנות הגדרות בחוק הפונדקאות ובכלל זאת התיבה "אם מיועדת יחידה" בסעיף 2(2) לחוק (אשר בהתאם לפסק הדין - דינה בטלות); סבורים המשיבים כי בשלב זה, אין מקום להותיר עתירה זו תלויה ועומדת, וכי ממילא נכון יהיה להמתין לתום תקופת הביניים שנקבעה בפסק הדין לבחינת עניינה של מרשתת על ידי הוועדה, בהתאם למצב הנורמטיבי החדש. כל זאת, תוך שתקופת הביניים לצורך חישוב "הגיל הקובע" של מרשתת לעניין מגבלת הגיל המקסימאלי שבסעיף 5(א)(ג1)(א) לחוק ההסכמים ובסעיפים 11 ו-13(ה)(1) לחוק תרומת ביציות, לא תובא בחשבון.

8. במצב דברים זה, בהינתן הסעד המבוקש בעתירה, בשים לב לשינוי בתשתית הנורמטיבית עליה מתבססת העתירה, דומה שאין מקום להותירה תלויה ועומדת. עם גמר עבודת משרד הבריאות בסוגיה בהתאם לפסק הדין ולאמות המידה הפרשניות שנקבעו בו, תוכל העותרת לפנות בבקשה חדשה לוועדה, על יסוד המצב הנורמטיבי העדכני. ככל שעם תום הליך קבלת ההחלטות יידרש הליך של ביקורת שיפוטית, הרי שזה ייעשה על רקע תשתית משפטית ומנהלית שונה בתכלית, במסגרת עתירה חדשה שתוגש, ככל שתהיה עילה לכך. (ר' בהקשר זה למשל: בג"ץ 6677/19 פורום בתי הספר המוכרים שאינם רשמיים ואח נ' משרד החינוך (22.4.20, פורסם באר"ש); בג"ץ 7628/19 אגודת מגן דוד אדום בישראל נ' שר התקשורת (4.3.2020)).

9. בהינתן האמור, נשמח לדעת האם הנכם עומדים על העתירה בעת הזו ועל הגשת תגובה מקדמית לעתירה מטעם המשיבים. המדינה מסכימה כמובן להחזר האגרה ששולמה בהתאם לתקנות.

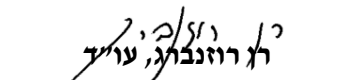
10. יובהר, כי אין במוצע במכתב זה, כדי ללמד על עמדת המשיבים באשר לטענות המובאות בעתירה שבכותרת או כדי לגרוע מהטענות העומדות להם.

11. נבקש כי תעדכנו אותנו בהקדם האפשרי האם הנכם עומדים על העתירה, על מנת שנוכל להערך להגשת תגובה מקדמית לבית המשפט העליון.

בברכה,


מוריה פרימן, עו"ד

סגנית בכירה במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה


סגן בכיר במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה

העתק: עו"ד שיר יוגב, הלשכה המשפטית משרד הבריאות