

בשבתו כבית דין גבוה לצדק

העותרת:

===== ת"ז =====

ע"י עוה"ד עירא הדר ו/או מיכל עדן
רחוב אבן גבירול 62, תל אביב
דוא"ל michal@hadareden-law.co.il
טלפון 03-5280247, פקס 03-5366004

- נגד -

המשיבים:

1. הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים
2. שר הבריאות

באמצעות פרקליטות המדינה
רחוב צאלח א-דין 29, ירושלים
טלפון 073-3929601/2/3, פקס 073-3929610
דוא"ל : HCJ-dep@justice.gov.il

עתירה דחופה למתן צו על-תנאי

ולחילופין לקציבת 30 יום לקבלת עמדת המשיבים

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא תאשר המשיבה 1 (להלן: "המשיבה" ו/או "הוועדה") לעותרת הליך פונדקאות לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996 (להלן: "חוק הפונדקאות" או "החוק");

לחילופין מתבקש בית המשפט הנכבד לקצוב 30 יום, לקבלת עמדת המשיבים לעתירה.

בד בבד עם עתירה זו מוגשת בקשה להגבלת פומביות הדיון.

מבוא

1. עניינה של עתירה זו בבקשה של אשה טרנסג'נדרית לממש את זכותה להורות באמצעות הליך פונדקאות אשר מהווה עבורה מוצא אחרון להגשמת רצונה להיות אם.
2. העותרת פנתה לוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, בבקשה לאשר לה הליך פונדקאות תוך שימוש בגמטה שלה, ובכך לקיים הדרישה לקשר גנטי עם היילוד, אך סורבה על-ידי הוועדה בטענה שעל פי החוק לא ניתן לאשר את בקשתה.
3. העותרת תטען כי עובדת היותה טרנסג'נדרית אינה מעלה או מורידה לעניין מימוש זכאותה להליך פונדקאות, שכן היא הוכרה ונרשמה כנקבה כדין, ויש ביכולתה לקיים התכלית המרכזית של החוק - הגשמת הזכות להורות בכפוף לזיקה גנטית.
4. בית המשפט יתבקש לחייב את המשיבים למלא אחר תכלית החוק, כפי שתואר להלן, ולאשר לעותרת לעבור הליך פונדקאות בהקדם האפשרי, מפאת גילה, וכל זאת מן הטעמים שיפורטו כדלהלן.

הרקע העובדתי:

5. העותרת הנה אשה טרנסג'נדרית, ילידת שנת 1976, אשר נולדה כזכר, ועברה הליך שינוי מגדרי בפיקוח משרד הבריאות, אשר בסופו הוכרה כאשה, בהתאם לנוהל משרד הבריאות לשינוי מין.

--- חוזר מינהל הרפואה מס' 16/2014 - יסומן א'

--- אישור לביצוע שינוי מין - יסומן ב'

6. עם סיום ההליך נרשמה העותרת כנקבה במשרד הפנים ובתעודת הזהות, בהתאם לנוהל רשות האוכלוסין וההגירה: שינוי/תיקון פרט רישום מין.

--- נוהל שינוי/תיקון פרט רישום מין, מס': 2.6.0001 - יסומן ג'

--- תעודת הזהות של העותרת - תסומן ד'

7. בשל כמיהתה להיות אם פנתה העותרת, ביום 30.4.20, אל הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים במשרד הבריאות, בבקשה לאשר לה הליך פונדקאות על פי תיקון מס' 2 לחוק, המאפשר לנשים רווקות להיעזר בהליך פונדקאות.

8. העותרת צרפה לפנייתה אישור הקפאת מנות זרע בבית החולים איכילוב, בהן תרצה להשתמש לשם קיום זיקה גנטית בינה לבין היילוד.

--- פניית העותרת אל הוועדה - תסומן ה'

9. ביום 10.5.20 סורבה בקשת העותרת בזו הלשון :

"מבדיקת המסמכים שהגשת לוועדה, עולה כי על פי החוק לא ניתן לאשר את בקשתך.

סעיף 2 (2) לחוק קובע לגבי אם מיועדת יחידה כי: "... הביצית שבה נעשה שימוש... היא שלה".

לפיכך, עם כל ההבנה למצבך, הוועדה אינה יכולה לאשר את בקשתך."

--- תשובת יו"ר הוועדה פרופ' פנינה לנגביץ – תסומן - ו'

10. עם קבלת תשובת הוועדה, ומכיוון שעל פני הדברים סיבת הסירוב מתבססת על פרשנות שגויה של סעיף 2 (2) לחוק, לפיה תנאי הכרחי לאישור ההליך הוא שימוש בביצית לשמירת קשר גנטי, פנתה העותרת באמצעות הח"מ ביום 21.6.20 אל המשיבים אצל היועץ המשפטי לממשלה, וטענה בפניו כי סירוב הוועדה מתבסס על פרשנות אשר חוטאת לתכלית החוק.

--- פניית העותרת אל היועמ"ש – תסומן - ז'

- בהעדר תשובה ושם מיצוי הליכים, פנתה העותרת ביום 3.8.20 אל לשכת היועמ"ש וקיבלה אישור טלפוני מאת נציגה בשם שיר, בדבר קבלת מכתב העותרת, וביקשה את תגובת היועמ"ש. ביום 5.8.20 אישרה שיר כי פניית הח"מ מועברת לטיפול לשכת המשנה ליועמ"ש עו"ד רז ניזרי.
- ביום 9.8.20 קיבלה הח"מ הודעת מייל המאשרת קבלת הפניה ולאחר מס' ימים התקבל אישור בדואר מלשכת המשנה ליועמ"ש – **יסומנו ח'1**
- ביום 16.8.20 שלחה הח"מ פקס תזכורת אל לשכת המשנה ליועמ"ש - **יסומן ח'2**
- ביום 19.8.20 נמסר לח"מ אישור קבלת הפקס על ידי עו"ד מצלאוי בשם המשנה ליועמ"ש - **יסומן ח'3**
- ביום 9.9.20 שלחה שוב הח"מ פקס אל עו"ד מצלאוי ודרשה לקבל לוח זמנים לתשובת המשנה ליועמ"ש - **יסומן ח'4**
- ביום 22.9.20 השיבה עו"ד מצלאוי בפקס "נשתדל להשיבך בהקדם האפשרי" - **יסומן ח'5**
- ביום 24.11.20 שלחה הח"מ התראה לעו"ד מצלאוי בטרם נקיטת הליכים - **יסומן ח'6**

- ביום 25.11.20 התקבל אישור בדבר קבלת ההתראה מיום 24.11.20 - יסומן ח'7
- ביום 28.12.20 קיבלה הח"מ הודעת עו"ד מצלאוי כי "תשובה מהותית תשלח בהקדם" - יסומן ח'8

11. הח"מ לא קיבלה תשובה מטעם המשנה ליועמ"ש, עד לרגע הגשת עתירה זו, ולכן נאלצה העותרת לפנות לבית משפט נכבד זה.

12. יודגש כי העותרת הנה **אשה בת 46**, ולכן מבוקש לזרז הטיפול בעתירתה, ולמנוע כל עיכוב נוסף על מנת שתוכל לממש את זכותה להיות אם, תוך זמן סביר.

דחיפות עתירה זו מתחדדת לאור משכו הרב של הליך הפונדקאות הכולל בין היתר, איתור פונדקאית, כריתת הסכם לנשיאת עוברים, אישור ההסכם ע"י הוועדה, והמתנה ליצירת הריון בריא וללידה תקינה.

הרקע המשפטי:

עניינה של עתירה זו בסירוב המשיבה להתייר לעותרת לעבור הליך פונדקאות כ"אם מיועדת יחידה", כהגדרתה בסעיף 1 לחוק, המגדיר "אם מיועדת יחידה" כ"אישה בלא בן זוג, המתקשרת עם אם נושאת לשם הולדת ילד".

העותרת טוען כי סירוב המשיבה חוטא לתכלית החוק, פוגע בכבודה, ושולל ממנה את זכותה לחיי משפחה ולהורות. **כל זאת בשים לב לכך שהליך הפונדקאות מהווה מוצא אחרון** להבאת ילדים מבחינת העותרת.

העותרת תבסס עתירתה על שלושה אדנים: א. על תכלית חוק ההסכמים לנשיאת עוברים; ב. על הזכות לשוויון ולאיסור אפליה; ג. על הזכות להורות ולחיי משפחה; כל ההדגשות אינן במקור.

א. על תכלית חוק ההסכמים לנשיאת עוברים

13. סעיף 2 (2) לחוק קובע:

"2. לא יבצע אדם הפריה חוץ-גופית לשם השתלת ביצית מופרית באם נושאת ולא יבצע השתלת ביצית מופרית באם נושאת, אלא על פי הסכם לנשיאת עוברים שאישרה ועדת האישורים לפי סעיף 5, בהתאם לתנאי האישור, ובהתקיים כל אלה:

(1) ...

(2) הזרע המשמש להפריה חוץ-גופית במסגרת ביצוע ההסכם הוא של האב המיועד, ולעניין אם מיועדת יחידה – הביצית שבה נעשה שימוש במסגרת ביצוע ההסכם היא שלה; "

14. לפי לשון החוק נדרש לכאורה מהאם המיועדת חומר רבייה מסוג ביצית בלבד, ומהאב המיועד חומר רבייה מסוג זרע בלבד. עם זאת תטען העותרת כי בבסיס הדרישה לשימוש בחומרי רבייה של האם או האב, עומד התנאי לקיומה של זיקה גנטית בין ההורה המיועד ליילוד.

15. העותרת תטען כי תכליתו המרכזית של תיקון מס' 2 לחוק, המאפשר לנשים רווקות להפוך לאמהות באמצעות הליך פונדקאות, הינה הרחבת מעגל הזכאים להליך פונדקאות לנשים אשר תוכלנה לממש את זכותן להורות, ובלבד שיעשה שימוש בחומר רבייה המקשר בינן לבין היילוד.

16. ויודגש, זיקה גנטית אשר מתקיימת באמצעות שימוש בחומר רבייה היא מבחינת בית המשפט זרע או ביצית. כך ציין כב' המשנה לנשיאה ג'ובראן בפסק הדין החלקי בבג"ץ 781/15 ארד - פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק ההסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פס' 24 (פורסם בנבו, 3.8.2017), (להלן ייקרא: פרשת ארד-פנקס):

"24. נקודת המוצא היא כי קיים שוני בין אנשים שיכולים לתרום חומר רבייה (זרע או ביצית) לשם יצירת העובר, לבין אלה שאינם יכולים לתרום חומר רבייה לשם יצירת עובר.."

17. אף בהמלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל אשר פורסמו בחודש מאי 2012*, (להלן: "ועדת מור יוסף") אשר עמדו בבסיס התיקון לחוק הפונדקאות, נקבע כי יש לדאוג לקיומו של קשר גנטי לאחד ההורים:

"יותר השימוש בתרומת זרע במסגרת הליך פונדקאות, או בתרומת ביצית במסגרת הליך פונדקאות, אך לא שתי התרומות גם יחד (חובה שאחד מההורים המיועדים יהיה הורה גנטי של היילוד)". (עמ' 16, סעיף ו' 7.)

*<https://www.health.gov.il/publicationsfiles/bap2012.pdf>

18. כב' הנשיאה חיות אשר התייחסה לתכליות החוק, בפרשת ארד-פנקס, אף הדגישה כי הגשמת הזכות להורות על בסיס זיקה גנטית, היא תכלית אובייקטיבית ומרכזית. מכאן, שאין זה משנה אם נעשה שימוש בתאי זרע או בביצית לשם הגשמת התכלית המרכזית, כל עוד נשמרת הזיקה הגנטית בין ההורה המיועד/ת לבין היילוד:

"24. דומני כי ניתן לקבל את עמדת המשיבות לפיה התכלית הרפואית היא אכן אחת התכליות הסובייקטיביות שאותן ביקש המחוקק להגשים בהסדירו את סוגיית הפונדקאות, כעולה מהוראת סעיף 4 א. (2) לחוק ההסכמים, וכן מהוראות סעיפים 11 ו-13 ה (2)

לחוק תרומת ביציות...) ואולם, אין מקובלת עלי עמדת המשיבות כי זוהי התכלית היחידה שאותה ביקש החוק להגשים כתכלית שאין בלתי, תוך שלילת כל תכלית אחרת. מכל מקום, כפי שטענו העותרים בצדק, ככל שכך הדבר כי אז קיימת סתירה בין התכלית הסובייקטיבית המצמצמת הזו לאחת התכליות האובייקטיביות המרכזיות שאותן נועד הסדר הפונדקאות להגשים ושעליהן כבר עמדנו בפסק הדין החלקי הראשון והיא – **הגשמת הזכות להורות בכפוף לקיומה של זיקה גנטית לאחד ההורים המיועדים**. (פסקה 24 לפסק דינה של כבי הנשיאה חיות)

19. כאמור, לעותרת חומר רבייה משלה, בו היא מבקשת להשתמש במסגרת הליך הפונדקאות, לצורך הבטחת קיומה של זיקה גנטית ליילוד, כפי הנדרש במסגרת החוק, ואין נפקא מינה אם העותרת עושה שימוש בתאי זרע או בביציות לשם שימור הקשר הגנטי ליילוד.

ב. על הזכות לשוויון ולאיסור אפליה

20. בפסיקה עניפה עמד בית משפט משפט נכבד זה על ערך השוויון מכוח זכות היסוד לכבוד. בין היתר נקבע בבג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619:

"השוויון הוא אבן יסוד ביחסים בין פרט לפרט בחברה; הוא מהותי ליחס שבין העדות והקהילות השונות בינן לבין עצמן; הוא מתגלם בעקרון החוקתי הנוגע בכבוד האדם כפרט. הוא מהווה נדבך חיוני למשטר דמוקרטי בראייה חברתית כוללת."
(פסקה 3 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה)

21. לטענת העותרת, שלילת זכאותה להליך פונדקאות פוגעת בזכותה לשוויון ומפלה אותה על בסיס זהותה המגדרית. משהיא הוכרה כאשה על ידי מדינת ישראל, ואף נרשמה כנקבה במרשם האוכלוסין היא ודאי חוסה תחת הוראת סעיף 1 לחוק, אשר תוקן בשנת 2018, בין היתר במטרה לאפשר לנשים רווקות לממש את זכותן להורות.

22. בית המשפט הנכבד אף עמד על איסור ההפליה של חברי הקהילה הגאה בע"מ 343/09
הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1 (2010):

"המשפט הישראלי אכן צעד בחקיקה ובפסיקה צעד משמעותי אל עבר תפישה חוקתית המקבלת את היות הנטייה המינית של אדם חלק מזהותו ואת זכותו, שהינה חלק בלתי נפרד מכבוד האדם ומן הזכות לשוויון הכלולה בה, שלא להיות מופלה על רקע זה לעומת כל אדם אחר."
(פסקה 2 לפסק דינה של כב' השופטת חיות (כתוארה אז))

23. עוד תטען העותרת כי בנוסף לפגם בהחלטת הוועדה הנובע מפרשנות שגויה של תכלית החוק, מדובר באפליה על רקע מין ומגדר הפוגעת במימוש זכותה לקבלת טיפול רפואי, האסורה על פי **חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996** הקובע בסעיף 4(א) כדלקמן:

"מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל מטעמי דת, גזע, מין, לאום, מוצא, נטיה מינית, גיל או מטעם אחר כיוצא באלה"

24. העותרת תטען כי את האיסור בחוק זכויות החולה להפלות מטופל בקבלת טיפול רפואי על בסיס מינו או נטייתו המינית יש לפרש ככולל איסור להפלות מטופל על בסיס זהות מגדרית, וכי יש לראותה כחולה אשר סובלת מקושי להביא ילד גנטי לעולם, ולכן על פי חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 אין להפלותה בקבלת הטיפול הרפואי.

25. לעניין זה נציין את קביעת בית הדין האזורי לעבודה בסעי"ש (ת"א) 791-06-13 **משל נ' המרכז לטכנולוגיה חינוכית** (פורסם בנבו, 13.5.2014) בו נקבע בפרשת פיטורי מורה טרנסג'נדרית:

"אין נפקא מינה שההגנה מפני אפליה מחמת זהות מגדרית לא מופיעה באופן מפורש בחוק... לשיטתי **הרכיב "מחמת מין" מקים הגנה מפני זהות מגדרית** לא רק משום שמדובר באדם המבקש לשנות את מינו במובן המילולי הפשוט אלא משום שכפי שצוין בעמדת הנציבות: "המונח אינו מוגבל למינו הביולוגי של האדם, אלא מתייחס גם לזהותו המגדרית ולחריגות מהדפוס המקובל של התאמה בין מין ביולוגי לזהות מגדרית."
(פס' 8 לפסה"ד).

26. על הגדרת הליך הפונדקאות כטיפול רפואי עמד חיים אברהם במאמרו "הורות, פונדקאות, והמדינה שביניהן" **חוקים** ט 171, 202 (2017):

"... יש הטוענים כי הפונדקאות אינה הליך רפואי כלל אלא הסדר חברתי. ברם דין טענה זו להידחות, משני טעמים: האחד, הפונדקאות מצריכה התערבות רפואית, ולכן אף אם ניתן לראות בה הסדר חברתי, זהו תיאור פשטני מדי של ההליך; השני, הפונדקאות מוגדרת כהליך רפואי הן בחוק זכויות החולה והן בחוק ביטוח בריאות ממלכתי."

27. על החובה למתן הליך פונדקאות מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994 מוסיף אברהם בעמ' 203:

"ניתן לבסס חובה זו באמצעות חוק ביטוח בריאות ממלכתי, שבו קיבלה עליה המדינה חובה לסייע כלכלית לבני זוג נשואים ולנשים המעוניינות להפוך לאימהות יחידניות באמצעות טיפולי הפריה חוץ-גופית. קריטריונים אלו מפלים לרעה על בסיס מעמד אישי, מין ונטייה מינית, כאשר אי אפשר לטעון שקריטריונים אלו ענייניים."

28. לטענת העותרת קבלת שירותים רפואיים מכוח **חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994** נגזרת אף מזכותה לאוטונומיה. עמדו על כך פרופ' ברק מדינה ויותרם זעירא במאמרם "לא שווים לבד: נטייה מינית, זהות מגדרית והזכות לשוויון":

"ההכרה בחשיבותה של הזהות המגדרית לחירותו של היחיד ולאוטונומיה שלו מחייבת להעמיד לטרנסג'נדרים במקרים המתאימים סיוע במימוש זהותם המגדרית, בהיבט הרפואי והנפשי, כדוגמת הכללה של ניתוחים וטיפולים אחרים בסל שירותי הבריאות לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994."

יותרם זעירא וברק ממדינה "לא שווים לבד: נטייה מינית, זהות מגדרית והזכות לשוויון" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 159, 174 (עינב מורגנשטרן, יניב לושינסקי ואלון הראל עורכים 2016).

29. איסור על אפליה בגישה לפונדקאות אף היה עקרון מנחה בעבודת ועדת מור יוסף אשר צויין בסעיף ז' להמלצותיה:

"... יש מצבים בהם מי שחפץ להיות הורה אינו יכול לעשות זאת ללא סיוע רפואי ואף השתתפות של צד שלישי (כגון תורם תאי רביה או אישה פונדקאית (הסיבות לכך יכולות להיות ליקוי רפואי) של האדם או של בן או בת הזוג), גיל מבוגר, העדר בן או בת זוג, נטייה מינית וכיו"ב. במקרים אלה, יכול שתהיה הצדקה להתערבות המדינה, אך עדיין מדובר בתחום אישי ואינטימי שבו יש לתת משקל רב לאוטונומיה של הפרט. אין מקום, על כן, להטיל איסורים או הגבלות על מימוש האוטונומיה בתחום זה, אלא אם יש לכך נימוק מכריע, מטעמים של הגנה על אדם אחר, הגנה על כבוד האדם או שיקולים אחרים כיוצא באלה."

30. בנוסף, תטען העותרת כי אין שוני רלוונטי בין היותה אשה טרנסגינדרית לבין אשה סיסגינדרית (לה מתאם בין המגדר למין הביולוגי), או לבין גבר. לעניין זה יצויין כי ממילא לאחרונה אף הותרה על ידי בית המשפט הגבוה לצדק, הגישה להליכי פונדקאות לגברים רווקים, המבקשים לממש את זכותם להורות (בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק ההסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (פורסם בנבו, 27.2.2020)). במסגרת זו הורה בית המשפט הנכבד למדינה לתקן את החוק בהתאם. וכך קבעה כב' הנשיאה חיות:

"לטעמי, ככל שהדבר נוגע להעמדת טכנולוגיות הפיריון וההולדה לטובת מימוש הזכות להורות גנטית של חשוכי ילדים, אין מקום לטענה כי השוני הנובע מן ההבדלים הפיזיולוגיים שיצר הטבע בין גברים לנשים מבסס שוני רלבנטי בין גברים לנשים השולל את אותה פגיעה. הבחנה כזו מבוססת, למעשה, על תפישה "טבעית" באשר לתפקידם של הליכי פיריון והולדה... תפישה זו יש בה כדי לקבע חוסר שוויון בזכות להורות גנטית בשל זהות מגדרית, ובלשונו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן בפסק הדין החלקי הראשון - היא עלולה לבסס "מעמד נורמטיבי גבוה יותר לכמיהה להורות של יחידה לעומת זו של יחיד" (שם, פסקה 49 לפסק דינו). "

(פסקה 18 לפסק דינה של כב' הנשיאה)

ג. על הזכות להורות ולחיי משפחה

31. הזכות להורות הוכרה בפסיקה כאחת מזכויות האדם החשובות ביותר. לעניין זה יפים דבריה של השופטת פרוקצ'ה בבג"ץ 2245/06 **דוברין נ' שירות בתי הסוהר** (פורסם בנבו, 13.6.2006):

"במידרג זכויות האדם החוקתיות, לאחר ההגנה על הזכות לחיים ולשלמות הגוף, באה ההגנה החוקתית על הזכות להורות ולמשפחה. הזכות לשלמות הגוף נועדה להגן על החיים; הזכות למשפחה היא הנותנת משמעות וטעם לחיים" (פס' 12 לפסק דינה)

32. על הזכות להורות ולחיי משפחה עמד כב' המשנה לנשיאה ג'ובראן בפסק-דין חלקי והחלטה בפרשת **ארד-פנקס**:

"**הזכות להפוך להורה מגשימה את הזכות לחיי משפחה, את הזכות לאוטונומיה של הפרט, ואת הזכות לפרטיות ... לאחרונה אף נשמעה עמדה לפיה הזכות להפוך להורה נובעת גם מהזכות לחירות, הקבועה בסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (עניין פלונית נ' פלונית, פסקאות 5-8 לפסק דינו של חברי השופט ח' מלצר וההפניות שם, פסקאות 11-13 לפסק דינו של השופט י' עמית).**"
(פסקה 30 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ג'ובראן)

33. העותרת תטען כי הזכות לכבוד כוללת את הזכות להורות והזכות לחיי משפחה, ואולם אף אם ייטען כי הזכות להורות אינה מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אין להתכחש למעמדה כזכות יסוד הלכתית (ראו למשל: ע"א 488/77 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לב(3) 421, 429-432, 441 (1978); ע"א 9/78 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, לב(3) 655, 664 (1978); ע"א 232/85 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מו(1) 1, 7-8 (1986); ע"א 451/88 **פלונים נ' מדינת ישראל**, פ"ד מד(1) 330, 337 (1990)).

34. אמנם בגרעינה של הזכות להורות מדובר בזכות להולדת ילדים גנטיים, אך זכות זו הורחבה והוכרה ככוללת הורות שאינה גנטית. בפני בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק התעוררה אף השאלה האם הזכות להורות כוללת את הזכות לאימוץ. בבג"ץ 4293/01 **משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה** (פורסם בנבו, 24.3.2009) (להלן: "פרשת משפחה חדשה") פסק בית המשפט מבלי להכריע בשאלת הזכות החוקתית לאימוץ. עם זאת, מהתבטאויות שופטי הרוב בפרשה זו עולה כי קיימת

אפשרות להכרה בזכות לאימוץ כחלק מהזכות להורות. כב' הנשיאה ביניש ציינה שבהתאם לגישות מסוימות ניתן לראות את הזכות להורות דרך אימוץ כזכות הנמצאת במעגל הרחוק יותר מגרעינה של הזכות להורות מאשר הולדה טבעית ואף מאשר שימוש בטכניקות הולדה מלאכותיות.

35. להרחבת הזכות להורות מעבר להולדה הטבעית התייחס בפרשה זו המשנה לנשיאה ריבלין וציין כי הוא אינו משוכנע שקיים פער כל כך משמעותי בין מימושה של הזכות להורות באופן טבעי לבין מימושה בדרך של אימוץ עד שניתן לאמר שהאחת נמצאת בגרעינה של הזכות והשנייה בשוליה. זאת מאחר והצורך העומד בבסיס הדברים דומה במהותו – השאיפה לילד. דברי כב' השופט ריבלין בפרשת **משפחה חדשה** :

"אין אני משוכנע כי קיים פער כה משמעותי בין מימושה של הזכות להורות באופן טבעי לבין מימושה בדרך של אימוץ, עד כי ניתן לומר באופן מובהק כי האחת נמצאת בגרעינה של הזכות להורות והאחרת בשוליה. ... הצורך העומד בבסיס הדברים דומה במהותו בשני המקרים – השאיפה לילד, להמשך. כפי שציינה חברתי הנשיאה ביניש "על-פני הדברים, יש מקום לטענה כי הכמיהה לילד היא צורך עמוק ושורשי הטבוע באדם, וכי צורך קיומי זה שווה בעוצמתו בין כאשר מדובר בהולדה טבעית, ובין כאשר בני-הזוג אינם יכולים להביא ילדים לעולם בדרך הטבעית". ..

יתר על כן, פעמים רבות, כדרכו של עולם, הכמיהה לילד מצויה בעצמה גדולה ביותר דווקא אצל אלה אשר אינם מסוגלים לממש אותה באופן פשוט. שוועתם של חשוכי הילדים למזור נשמעת עוד מימים ימימה."

(פסקה 3 לפסק דינו של כב' השופט ריבלין)

36. העותרת תטען עוד כי יש ליתן משקל לעובדה כי שימוש בהליך פונדקאות בעזרת גמטה שלה, הוא המוצא האחרון מבחינתה להפוך לאם לילד גנטי (ויתכן שאף לאם בכלל). בפרשת נחמני (דנ"א 2401/95 **רותי נחמני נ' דניאל נחמני**, פ"ד נ(4) 661, 740 (1996)), עמד על כך כבוד השופט ג' בך וקבע כי אחד השיקולים אשר היטו את הכף לטובת רותי נחמני היא העובדה שמדובר מבחינתה בסיכוי אחרון להיות אם.

39. עתירה זו עוסקת בכמיהה העזה להורות. כמיהה לה שותפים רבים והיא נזכרת אף במקרא:

**וְתָרָא רַחֵל כִּי לֹא יִלְדָה לְיַעֲקֹב וְתִקְנָא רַחֵל
בְּאֶחָתָהּ וְתֹאמֶר אֶל יַעֲקֹב הֲבֵה לִי בָנִים וְאִם אֵין
מִתָּה אֲנֹכִי.
[בראשית ל, א]**

40. מעבר לרצונה העז של העותרת להפוך לאם, ולזכותה להורות ולחיי משפחה, עתירה זו מחדדת את החשיבות לנהוג בשוויון כלפי אוכלוסיית הטרנסגינדרים, אשר אף לאחר השלמת הליכי התאמת המגדר הארוכים, רבים מהם נתקלים ביחס מפלה מצד הרשויות.
41. משהחליט המחוקק בשנת 2018 לאפשר לנשים רווקות להפוך לאמהות, תוך הסתייעות בשירותיה של אם נושאת, אין כל סיבה עניינית למנוע אפשרות זאת מהעותרת.
42. מכל האמור, מתבקש בית-המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש, ולאחר קבלת עמדת המשיבים להפכו למוחלט, ולחילופין לקצוב 30 יום לקבלת עמדת המשיבים.
43. בנוסף, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות משפט ושכ"ט עו"ד.
44. בתמיכה לעתירה זו, מצ"ב תצהיר של העותרת – יסומן ט'
45. מן הדין ומן הצדק לקבל את העתירה.

עו"ד מיכל עדן
ב"כ העותרת