



בג"צ 3986/19 - אורן מרגלית נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"צ 3986/19

לפני: כבוד השופט נ' הנדל

כבוד השופט ד' מינץ

כבוד השופט י' אלרון

העותרים: 1. אורן מרגלית

2. העמותה הלאומית הישראלית למושתלי כליה

ומטופלי דיאליזה

נגד

המשיבות: 1. מדינת ישראל - משרד הבריאות

2. כנסת ישראל

עתירה למתן צו על תנאי

בשם העותרים: עו"ד ד"ר שמואל ילינק

בשם המשיבה 1:

בשם המשיבה 2: עו"ד נחי בן אור; עו"ד שי כהן

עו"ד אביטל סומפולינסקי

פסק-דין

**

**

עמוד 1



השופט נ' הנדל:

1. העתירה המונחת לפנינו מבקשת לבטל את התנאים המגבילים הקבועים בסעיף 5 לחוק השתלת אברים, תשס"ח-2008, לעניין השתלת אברים מחוץ לישראל. התנאי הראשון הוא כי נטילת האבר והשתלתו ייעשו על-פי הדין החל באותה מדינה. התנאי השני הוא כי ההשתלה תיעשה מבלי לעבור על הוראות החוק הישראלי לעניין איסור סחר באברים, אשר אוסרות על מתן או קבלת תמורה בעבור אבר להשתלה.

הרקע לעתירה

2. חוק השתלת אברים נחקק בשנת 2008. עד לחקיקתו, לא היה קיים הסדר חקיקתי הנוגע לתרומת אברים מן החי. בשנת 1995 הותקנו תקנות ביטוח בריאות ממלכתי (שירותי בריאות במדינות חוץ), תשנ"ה-1995, אשר מסדירות את סוגיית מימון ההשתלה, ועל-פיהן, בנסיבות מסוימות, קופת החולים יכולה לממן השתלה בחוץ לארץ. בשנת 2006 פורסם חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 7/06 ("מימון השתלות אברים במדינות חוץ") (להלן: חוזר המנכ"ל), שבו נקבע איסור על קופות החולים לממן השתלות מחוץ לישראל של אברים שניתנו בתמורה, בשונה מכאלו שנעשו באמצעות תרומה אלטרואיסטית. עתירה שתקפה את חוזר המנכ"ל נדחתה (בג"ץ 5413/07 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(2) 856 (2007) (להלן: עניין פלונית)).

כאמור, בשנת 2008 נחקק חוק השתלת אברים (להלן: החוק). החוק מסדיר באופן ממצה את סוגיית השתלת האברים, הן מן החי והן מן המת, בקבעו כי נטילת אבר או השתלתו לא תיעשה אלא לפי הוראותיו (סעיף 2(א) לחוק). הוא אוסר כליל על מתן או קבלת תמורה בגין נטילת אבר להשתלה - המוגדרים יחדיו כ"סחר באברים" (סעיף 3 לחוק). איסור זה עומד בעינו הן כאשר ההשתלה מתבצעת בישראל; הן כאשר היא מתבצעת מחוץ לישראל (סעיף 5(2) לחוק). החוק קובע כי הפרת האיסור האמור - שלא על-ידי התורם, הנתרם או קרובי משפחתו מדרגה ראשונה - מהווה עבירה פלילית שעונש המאסר בגינה הוא שלוש שנים (סעיף 36 לחוק). לצד זאת, החוק מתיר ביצוע השתלות אברים במדינות מחוץ לארץ, ובלבד שאלו נעשות בהתאם לדין החל באותה מדינה (סעיף 5(1) לחוק), ושמתיימות הוראות החוק לעניין איסור סחר באברים (סעיף 5(2) לחוק). העתירה שלפנינו נסובה על שני התנאים האחרונים בסעיף 5.

בשנת 2012 הוגשה על-ידי חלק מן העותרים בהליך דנן ובאמצעות בא-כוחם, עתירה שבה נתבקש להורות על ביטול התנאים בסעיף 5 לחוק, בדומה לעתירה שלפנינו. בשנת 2013, במהלך הדיון, אמר ראש ההרכב, כב' הנשיא א' גרוניס, כי בית המשפט לא יוכל להתערב בעניין זה ועל כן מוצע לעותרים לחזור בהם מן העתירה. העותרים קיבלו המלצה זו (בג"ץ 7739/12 העמותה הלאומית הישראלית למושתלי כליה ומטופלי דיאליזה נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות (31.7.2013) (להלן: העתירה הקודמת)).

טענות הצדדים

3. כאמור, העותרים מבקשים כי בית המשפט יורה על ביטול שני התנאים המגבילים לעניין השתלת



אברים מחוץ לישראל הקבועים בסעיף 5 לחוק: נטילת האבר והשתלתו ייעשו על-פי הדין החל באותה מדינה; וההשתלה תיעשה בהתאם להוראות החוק לענין איסור סחר באברים. לחלופין, הם מבקשים להורות על ביטול התנאי השני בלבד. העותרים טוענים כי תנאים אלו שוללים הלכה למעשה את האפשרות לבצע השתלות אברים מחוץ לישראל במימון קופות החולים. הם מסבירים כי עד לחקיקת החוק קופות החולים מימנו השתלות אברים רבות מחוץ לישראל - בדגש על השתלת כליות מן החי - שבמסגרתן ניתנה תמורה לנותני האברים. השתלות אלו הצילו את חייהם של חולים רבים, והפסקתן גרמה להארכת משך ההמתנה להשתלת אברים (ובפרט כליות), באופן הפוגע באיכות חייהם של החולים, ומביא לעלייה משמעותית במספר החולים הנפטרים בזמן המתנתם להשתלה. משכך, לעמדת העותרים, הסעיף פוגע בזכות לחיים, לבריאות ולכבוד של החולים המחכים להשתלת אבר, וכן בזכות לשוויון, מאחר שרק בעלי האמצעים שביניהם יכולים לממן לעצמם השתלת אבר בחו"ל - כאשר הנתרמים עצמם פטורים מענישה פלילית על-פי החוק. פגיעה זו, לשיטתם, אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, ומשכך יש להורות על ביטול סעיף 5 לחוק השתלת אברים. העותרים אף מבקשים להשוות את הסדר תרומת האברים להסדרים של פונדקאות, תרומת ביציות להפריה ואימוץ ילדים מחו"ל. בעד אלו, לדבריהם, החוק מאפשר הענקת תמורה כספית, ועל כן מוצדק לאפשר זאת גם ביחס לנטילת אברים.

עמדת המדינה (המשיבה 1) היא כי דין העתירה להידחות על הסף. כך, ראשית, בשל אי-מיצוי הליכים בכנסת בטרם הגשת העתירה. מעבר לכך, המדינה עומדת על כך שעתירה נגד חוזר המנכ"ל שאסר על קופות החולים לממן השתלת של אברים שניתנו בתמורה, נדחתה בנימוק שמדובר בהסדר מהותי ראוי. לשיטת המדינה, משהסדר זה עוגן בחקיקה ראשית, אין הצדקה להתערבות של בית המשפט. זאת ועוד. טענות העותרים ביחס לסעיף 5 לחוק השתלת אברים הובאו בפני בית המשפט בעתירה הקודמת. משכך, המדינה טוענת שהן למעשה הוכרעו, ואין מקום כי בית המשפט ישוב וידון בהן. המדינה מסבירה בהקשר זה כי ההצדקות שמציגים העותרים לעיון מחדש בטענותיהם במסגרת העתירה דנן אינן משכנעות, משום שלא חל שינוי עובדתי או שינוי בתוכן תקנת הציבור מאז מועד הדיון בעתירה הקודמת. לחלופין, המדינה סבורה כי דין העתירה להידחות לגופה, מהטעמים שעליהם עמדה בתגובתה לעתירה הקודמת, שהינם, בקצרה, כי ההסדר החקיקתי הוא ראוי וכי הוא אינו פוגע בזכויות חוקתיות. בפרט, המדינה טוענת כי היות שהאיסור החוקי לתת או לקבל תמורה בעבור אבר להשתלה חל על כולם, החוק אינו פוגע בשוויון. המדינה אף מטעימה בתגובתה כי העלייה במספר הממתינים להשתלת כליה אינה נובעת רק מהחוק מושא העתירה אלא ממגוון שינויים חברתיים, בריאותיים ובין-לאומיים, וביניהם גם הגדלת קבוצת הזכאים.

הכנסת (המשיבה 2) סבורה גם היא כי דין העתירה להידחות. לעמדתה, אין מקום להכריע לגופו של ענין בטענות העותרים שעה שאלו הובאו בפני בית משפט זה בעתירה הקודמת ונבחנו על-ידיו לגופן. כאמור, בית המשפט מצא כי הן אינן מגלות עילה להתערבות והמליץ לעותרים לחזור בהם מן העתירה, ואלו קיבלו את המלצתו. בהקשר זה, הכנסת מסבירה כי העתירה הנוכחית מניחה תשתית עובדתית ומשפטית זהה לשל העתירה הקודמת, ואינה מצביעה על שינוי נסיבות המצדיק להידרש מחדש לטענות שהובאו בה. הכנסת אף מציינת כי החוק אוסר על מתן "תמורה" בגין פונדקאות, ביציות או אימוץ ילדים מחו"ל, אלא רק מאפשר הענקת פיצוי והחזר הוצאות. עוד גורסת הכנסת כי יש מקום לדחות את העתירה על הסף מחמת אי-מיצוי הליכים. לבסוף, הכנסת מצביעה על כך שאין הלימה בין הטיעון החוקתי של העותרים לבין הסעד המבוקש על-ידיהם. זאת, משום שסעיף 36(ב) לחוק השתלת אברים קובע כי ההוראות הפליליות בו "יחולו בין אם נטילת האבר או השתלת האבר מיועדות להתבצע בישראל



ובין אם מחוץ לישראל". כפי שצוין, סעיף 3 לחוק קובע איסור כללי על קבלת או מתן תמורה בעבור אבר. על כן, ביטול סעיף 5(2) לבדו לא יתיר לקופות החולים לממן השתלת אבר שניתן בתמורה בחוץ לארץ, באופן שיפתור את הקושי הטמון לשיטת העותרים בחוק הנוכחי. לשיטת הכנסת, קבלת עמדת העותרים מחייבת למעשה תיקון חקיקה, ובית המשפט אינו יכול להעניק סעד מעין זה.

דיון והכרעה

4. לאחר שעיינו בכתובים ושמענו את טענות הצדדים בעל-פה, הגענו לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות.

העתירה מעלה סוגיה קשה ומורכבת עד מאוד מבחינה אנושית. הלב אינו מסוגל להישאר אדיש לידיעה על החולים הרבים אשר מחכים תקופות ממושכות למציאת אבר מתאים להשתלה. חייהם ובריאותם בסכנה, מצוקתם גדולה וזועקת והרצון למצוא לה מזור ברור.

אולם אל מול אלו ניצבים אותם אנשים חיים אשר מהם מבוקש לקנות אברים בתשלום. קיים חשש לפגיעה בכבודם, בחייהם ובבריאותם. הקושי הוא הן במישור העקרוני - בעצם הרעיון של יצירת "שוק אברים"; והן, וכאן העיקר בענייננו, במישור המעשי - באפשרות כי ינוצלו על-ידי גורמים אחרים שירותיו על חשבונם, או כי הסכמתם ל"תרומה" לא תהיה חופשית, כנה או מודעת, או תנבע מתוך מצוקה כלכלית הפוגעת ביכולתם לבחור באופן אוטונומי. כדבריו הנכוחים של המשנה לנשיא מ' אלון:

"בתרומת כליה עבור תמורה כספית הספק קשה וסבוך יותר. השאלה הגדולה בסוגיה משפטית-אנושית זו היא, להיכן אנו מגיעים ב-slippery slope - המדרון החלקלק (מונח השגור בפיהם של מלומדים הדנים בבעיה זו) - שאנו צועדים עליו. שהרי לחצים חברתיים, פסיכולוגיים וחומריים יכול שיביאו ל'שוק איברים' של 'חלקי חילוף', ולמצב שבו גופם של עניים ישמש כ'מקור אספקה' של 'חלקי חילוף' עבור עשירים; שהרי מטבעם של דברים העשיר לא ימכור איבר מגופו, אך העני י־שאין לו קשר כלשהו לנתרם - עלול להסכים למכור איבר מאיבריו כדי להיחלץ מעוניו ומדחקו. זוהי תחזית קשה מבחינת כבודם של בני אדם וערכם כבני אנוש." (רע"א 698/86 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד מב(2) 661, פס' 11 (1988))

אכן, החשש ממדרון חלקלק דורש זהירות. ככלל, אין לשלול את החדש רק מפני החידוש בו. הטיעון בדבר מדרון חלקלק יכול להפוך אף הוא למדרון חלקלק. אך נדמה כי כאן ההיבט המעשי עשוי לעמוד במלוא קומתו. העני - האדם שאין לו בסיס חומרי - עלול למצוא את עצמו במצוקה קשה. השאלה האם מכירת גופו או חלק ממנו על מנת לכלכל את עצמו או את משפחתו, לרבות ילדיו הקטנים, לא יכולה לפגוע בכבודו או בבחירתו החופשית, מהווה שאלה כבדה. ההכרעה בדילמה אתית וערכית זו אינה פשוטה. ברם, בניגוד לעולה מהטיעון של העותרים, ההכרעה בה אינה מונחת לפתחו של בית המשפט אלא לפתחו של המחוקק. המחוקק הכריע בה באופן מפורש בחקיקת חוק השתלת אברים האוסר באופן קטגורי על מתן או קבלת תמורה בעבור אבר להשתלה. לא מצאנו כי טיעוני העותרים מגלים עילה משפטית להתערבות בהכרעת המחוקק בסוגיה זו, שהיא כאמור בעלת אופי ערכי מובהק.

נכון לדייק: בית המשפט אינו נמנע מדיון בסוגיות רגישות ומורכבות. לעתים זהו לב ליבו של התפקיד



השיפוט. אולם כך הוא עושה כאשר מונחת לפניו סוגיה משפטית רגישה ומורכבת, להבדיל מהסוגיה המונחת לפתחנו בעתירה דנן, שהיא רגישה ומורכבת במישור האתי והערכי אך לא מגלה עילה להתערבות בדיון.

5. יושם אל לב כי לא בכדי העותרים לא הצביעו על סעיף בחוק קונקרטי שסעיף 5 לחוק השתלת אברים עומד בסתירה אליו. כדי להמחיש את הדבר טלו לדוגמא את הסוגיות של המתת חסד ושל הפסקת היריון. יטען הטוען ביחס לאלה כי מתן היתר כמוהו כמתן היתר לעבירת המתה האסורה בחוק העונשין, תשל"ז-1977. ודוקו: אינני קובע כי טיעון כזה נכון אלא כי הוא דורש תשובה. החקיקה בסוגיות אלו נועדה לתת מענה לקשיים אלו ולקבוע הסדר חברתי מחייב. לעומת זאת, הסוגיה של השתלת אברים שייכת לענף של דיני הצלה. בניגוד למעשה המתה, כגון המתת חסד, שהדין מלכתחילה ובאופן טבעי מביע עמדה לגביה בקביעת איסור פלילי על המתה, מעשה הצלה ככלל אינו נושא שהדין תוחם בגדר חובות ואיסורים. הדין זהיר מאוד בקביעת חובה להציל בהיעדר זיקה מפורשת כגון הורה לילד או מציל העובד בבריכה. אף המשפט העברי הקובע חובה להציל מגביל אותה עד מאוד - רק למקרים שבהם לא נוצרת סכנה אמיתית למציל הפוטנציאלי (ראו: ניל הנדל "חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998 - השראה ומציאות" מחקרי משפט טז 229 (2001)). הוא הדין בחוק הישראלי (סעיף 1 לחוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח-1998). בהקשר לענייננו, יפה להזכיר את עמדת ההלכה היהודית שלפיה השתלת כליה מהווה מצווה (הרב עובדיה יוסף, שו"ת יחוה דעת, חלק ו, סימן פד). אך עומד פער בין קיומו של מעשה שבחירה לבצעו מהווה עשיית מצווה לבין חובה על-פי ההלכה היהודית לבצע מעשה זה. זהו ההבדל בין מצווה קיומית - שאדם המקיים אותה עושה מצווה, על-אף שהוא אינו חייב בכך מראש - מעין רשות; לבין מצווה חיובית - שאדם מחויב מראש לעשותה, כגון שמירת שבת (ראו: הרמב"ם, הי"ד החזקה, ספר אהבה, הלכות ברכות, פרק י"א, סעיף ב). הנה רובד נוסף שמצביע על כך שהסוגיה של השתלת אברים, תוך שימת דגש על שאלת התמורה, היא רגישה וערכית מאוד. ייתכנו תשובות שונות לשאלה אך מקומה של ההכרעה היא בכנסת, ואכן הכנסת מילאה את תפקידה בחקיקת חוק השתלת אברים לפני כ-12 שנים.

נקודה זו מובילה לנקודה נוספת. אין להתעלם מכך שהעותרים הפנו לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועמדו על פגיעה בזכויות לכבוד, לחיים ולבריאות. אך דווקא כאן מתגלה הקושי. נדמה כי במישור הכללי, כל הכרעה בסוגיה של סחר באברים - לאיסור או להיתר - תהיה חשופה להתקפה ערכית מהעמדה הנוגדת שלפיה היא עומדת בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מצב זה, שבו הטיעון עומד לשני הצדדים, ממחיש את המגבלה בו. כמובן, לו חוק השתלת אברים היה מנוסח, למשל, באופן המתיר פרוצדורה מסוימת רק לקבוצה מסוימת ולא לקבוצה אחרת, או אז הוא היה נתון לביקורת חוקתית בשל פגיעתו בזכות לשוויון. אך לא בכך עסקינן. המחוקק הכריע בסוגיה והורה על איסור מתן או קבלת תמורה בעבור אבר להשתלה. זו אינה עמדה ייחודית למחוקק הישראלי. זו אף אינה עמדה ייחודית בתוך החקיקה הישראלית. כך גם בהסדרים של פונדקאות ואימוץ ילדים (מהארץ או מחו"ל), המחוקק אסר על מתן תמורה מעבר לכיסוי הוצאות (ראו: סעיף 6 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996; סעיפים 28לג ו-32 לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981; אך השוו: סעיף 43 לחוק תרומת ביציות, תש"ע-2010). בכל מקרה, יש לכבד את הכרעת המחוקק. מובן כי ניתן לנסות לפעול לשינויה - וזאת מבלי להביע עמדה בעניין זה - אך בית המשפט אינו עורך ביקורת שיפוטית על נכונות ההכרעה.



6. וביתר פירוט באשר לקושי לתקוף את חוק השתלת אברים מבחינה משפטית. לא השתכנעתי כי ההסדר הקבוע בסעיף 5 לחוק השתלת אברים פוגע בזכויות חוקתיות. באשר לזכויות לבריאות ולחיים, הסעיף אינו פוגע כשלעצמו בזכויות אלו. כפי שציין השופט א' רובינשטיין בעניין פלונית, אשר דן בשאלת קיומה של זכות חוקתית להשתלת אברים בחו"ל, "ספק אם ניתן לגזור זכות לטיפול או תרופה ספציפיים ישירות מחוק היסוד" (שם, פס' י"ד(4) לפסק דינו). לא זאת בלבד. העותרים מבקשים למעשה לקבוע כי עומדת להם זכות חוקתית לבצע השתלת אבר בחו"ל ולקבל מימון לשם כך, אף אם האבר ניתן בתמורה, בניגוד להוראות חוק השתלת אברים האוסרות על סחר באברים, ושלא על-פי הדין במדינה שבה הושלת. לכך אין כל בסיס. זכויות העותרים לבריאות ולחיים אינן משתרעות על קבלת טיפול רפואי באמצעות "רכישת" אבריו של אדם אחר, דבר העשוי לפגוע בזכותו לאוטונומיה ולשלמות גופו (ראו והשוו: בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פס' 4 לחוות דעתי (27.2.2020) (להלן: עניין ארד-פנקס)). אין המדובר ב"שירות" שהמדינה מחויבת לספק לעותרים. בניתוח החוקתי יש לזכור כי חוק השתלת אברים נועד למעשה להגן על זכויותיהם של "תורמי" אברים פוטנציאליים. ליתר דיוק, הנימוק העיקרי לדחיית העתירה אינו היעדר חובה לספק שירותי בריאות או הגדרת גבולות הזכות לבריאות בהקשר זה. אלא, עולה כי המחוקק רואה שיקול מנגד - הצורך בפיקוח על השתלת האברים והרצון למנוע קיומו של שוק אברים, פשוטו כמשמעו, לרבות ההיבטים הכלכליים שבו. זוהי הבחירה הערכית של המחוקק.

באשר לזכות לשוויון, הסעיף קובע איסור גורף על ביצוע או מימון של השתלת אברים מחוץ לישראל בניגוד להוראות החוק לעניין איסור סחר באברים. סעיף זה חל על כל אדם, ללא תלות במצבו הכלכלי. ככל שאדם בעל אמצעים בוחר לבצע או לממן השתלת אבר שניתן תמורתו תשלום בחוץ לארץ, הרי שהדבר נעשה בניגוד לחוק. נכון הדבר כי סעיף העונשין בחוק מחריג אדם העושה כן עבור עצמו או עבור קרוב משפחתו בדרגה ראשונה. ברם, כפי שמסבירה הכנסת, ההחרגה אינה נועדה לתת הכשר לכך אלא היא נובעת מההכרה בכך שמצוקתם של אלו מקהה את הפגם המוסרי בפעילותם. על כל פנים, הסעד המבוקש על-ידי העותרים אינו לבטל את ההחרגה האמורה ולהחיל סנקציה פלילית גם על מי שבאפשרותם לממן לעצמם השתלת אבר בחו"ל בניגוד להוראות החוק.

מעבר לכך, עצם קיומו של פער בין בעלי אמצעים למעוטי אמצעים באשר ביכולתם לבצע פרוצדורות רפואיות מסוימות, אינו מהווה לבדו פגיעה בזכות החוקתית לשוויון. לצד נימוקים נוספים, ייתכן כי יש משקל לנימוק כזה, אך הוא אינו עומד בפני עצמו. גישה אחרת תביא לכך שהמדינה תצטרך להכיר בכל פעולה המותרת במדינה אחרת רק מפני שאזרח אחד יכול להרשות לעצמו לטוס לשם כדי לבצע פעולה זו, ואזרח אחר אינו יכול.

על מנת להוכיח פגיעה בזכות לשוויון, מבקשים העותרים להיתלות באמרת אגב בחוות דעתי בפסק הדין בעניין ארד-פנקס. בפסק הדין הוכרע פה אחד כי ההסדר החוקי המאפשר רק לאישה יחידנית או לגבר אישה שחיים ביחד להתקשר בהסכמי פונדקאות על מנת להביא ילד לעולם, אינו חוקתי בשל פגיעתו בזכות לשוויון, והאפליה הטמונה בו כלפי גברים יחידנים ובני זוג מאותו מין. בחוות דעתי ציינתי כי דעתי אינה נוחה מהמצב הנוכחי, גם משום שהוא יוצר הלכה למעשה פער בין גברים בעלי אמצעים, שבאפשרותם לבצע הליך פונדקאות בחו"ל על מנת להביא ילדים לעולם, לבין גברים פחותי אמצעים שאין באפשרותם לעשות כן. אולם עניין ארד-פנקס שונה מהעניין הנדון כאן בהיבטים רבים. הסדר



הפונדקאות אינו חוקתי משום שביסודו מצויה אפליה מחמת מגדר ונטייה מינית, שאינה קיימת בענייננו. הפער הכלכלי המתואר לא היה בלב העניין אלא הועלה כהערת אגב בחוות דעתי. כמו כן, האפשרות לבצע הליך פונדקאות בחו"ל היא אפשרות חוקית ומוכרת בישראל. יתרה מזו, הדין הישראלי מתיר פונדקאות אולם סוגר את הדלת בפני קבוצות מסוימות. אף הבהרתי בחוות דעתי בעניין ארד-פנקס, כי עצם קיומה של אפשרות לבצע פרוצדורה מסוימת בחו"ל, בין אם מדובר בהליך טכנולוגי או בהסכם בין בני אדם, אינה מחייבת אימוץ של אפשרות זו לחיקו של המשפט הישראלי (שם, פס' 6). עוד הדגשתי כי אילו המחוקק הישראלי היה אוסר באופן מוחלט על התקשרות בהסכמי פונדקאות, מתוך הכרעה ערכית המכירה בקשיים הטמונים בהסכמים מעין אלו ובפגיעתם הפוטנציאלית באם הנושאת, לא הייתה בכך משום פגיעה בזכות חוקתית, ובית המשפט לא היה מתערב בכך (שם, פס' 4). לנוכח כל האמור, דומה כי ההשוואה לעניין הסדר הפונדקאות - שלא אביע עמדה לעניין נכונותה - אינה מסייעת לעותרים אלא אף עומדת להם לרועץ.

לסיכום חלק זה, סבורני כי העותרים אינם עוברים את המשוכה הראשונה העומדת בפניהם - הוכחת קיומה של פגיעה בזכות חוקתית. ודאי כי הם אינם מוכיחים פגיעה בלתי-מידתית כזו. וכאן יש לשוב אל נקודת המוצא: מדובר בסוגיה ערכית - שמצויה בגדרי ה"אני המאמין" החברתי - שההכרעה בה נתונה לכנסת ישראל. הכרעתה המוסרית אינה פוגעת בזכויות חוקתיות, ואף עולה בקנה אחד עם עקרונות בין-לאומיים (ראו את הצהרת איסטנבול בעניין סחר באברים ותיירות השתלות, שאליה הפנתה הכנסת בטיעוניה. ההצהרה, אשר אושרה על-ידי למעלה מ-135 גופים רפואיים מדינתיים ובין-לאומיים, פורסמה בשנת 2008 וחודשה ועודכנה בשנת 2018: https://www.declarationofistanbul.org/images/Policy_Documents/2018_Ed_Do/2018_Edition_of_the_Declaration_of_Istanbul_Final.pdf). אין מקום להתערב בה.

7. לא זו אף זו. בית משפט זה כבר הסביר לעותרים כי לא יוכל להתערב בסוגיה זו. זאת במסגרת העתירה הקודמת שהגישו נגד החוק, בשנת 2012. בניגוד לנטען על-ידי העותרים בעתירה, ביסוד המלצת בית המשפט לעותרים לחזור בהם מן העתירה לא הייתה מונחת העמדה כי זוהי עתירה "מוקדמת בזמנה" או עתירה אינה בשלה להכרעה. יצוין כי העתירה הקודמת הוגשה כארבע שנים לאחר שנחקק החוק. התשתית העובדתית והטיעון המשפטי שעליהן התבססה היו זהים בעיקרם לאלו שעליהם מבוססת עתירה זו. המלצת בית המשפט נגעה לעתירה לגופה ולא לקשיים שהיא מעוררת על הסף. לא הונח בפנינו בסיס לעמדת העותרים כי מאז הגשת העתירה הקודמת "הצטבר ניסיון רב ונתונים חשובים" (עמ' 3 לעתירה) המצדיקים לדון מחדש בשאלות שהיא מעוררת; וכי ישנם "שינויים מרחיקים לכת שעברו בהגדרת תוכן המושג 'תקנת הציבור' בכל הקשור לנושא דידן" (עמ' 4 לעתירה) המצדיקים לקבל את העתירה.

על מנת לבסס את טענתם האחרונה מפנים העותרים לדברי בית המשפט ברע"א 2737/12 וונו נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (23.10.2013), שעניינו בשיפוי מבוטח אשר ביצע השתלת אבר בחו"ל על-ידי קופת חולים, מבלי שהוכיח כי לא ניתן בתמורה, ולפיהם "אין להוציא מכלל אפשרות כי במהלך השנים המוסכמות החברתיות בנושא זה ישתנו" (שם, פס' 14 לפסק דינו של השופט י' עמית) וכי "אפשר שיחול שינוי בתפישת תקנת הציבור בהקשר הנדון ובעקבותיה אף בהסדר הסטטוטורי" (שם, פסק דינו של השופט י' דנציגר). אולם דברים אלו אינם מסייעים לעותרים משאין הם מצביעים על שינוי כזה בפועל, אלא דווקא על חוק מפורש - הסדר ראשוני - שהטמיע איסור מוחלט על מתן או קבלת תמורה בעד אבר



להשתלה. מדבריו של השופט י' דנציגר אנו אף למדים כי ייתכן שיחול שינוי בהסדר החקיקתי, אך זאת בעקבות שינוי בתפישת תקנת הציבור, קרי, במוסכמות החברתיות. הדבר כמובן אפשרי באופן תיאורטי; אך המיקוד הוא בכך שההחלטה על שינוי הדין צריכה להתקבל על-ידי הכנסת.

8. סוף דבר: אציע לחברי לדחות את העתירה ובנסיבות העניין להימנע מעשיית צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט ד' מינץ:

מסכים אני עם חוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל.

מדובר בסוגיה רגישה המעלה "שאלה ערכית מוסרית ומשפטית סבוכה, והתשובה עליה איננה אחידה. היא תלויה בתרבותה, בערכיה ובתפיסת עולמה של כל חברה ופרטיה, ואלה עשויים להשתנות עם הזמן, המקום והנסיבות" (דברי השופט ט' שטרסברג-כהן בבג"ץ 6446/96 העמותה למען החתול נ' עיריית ערד, פ"ד נה(1) 769, 779 (2001)). סוגיות כגון אלו מסורות לכנסת לבדה, לה נתון כוח ההכרעה להחליט בדבר. מנגד, על בית המשפט חלה חובה להדיר את רגליו מהתערבות בהכרעה (ראו למשל: בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, פסקה 25 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (17.9.2014)). מנימוק זה לבדו, דין העתירה להידחות.

סיבה נוספת לדחיית העתירה על הסף היא מפאת אי מיצוי הליכים לפני הפניה לבית משפט זה. העותרים הגישו עתירה בעבר באותו נושא בדיוק שנדחתה ביום 13.7.2013. מאז ועד היום לא פנו למחוקק לתקן את מה שהם רואים כמעוות. טענתם היא כי מעבר הזמן כשלעצמו מצדיק עיון מחדש בעתירתם. ברם, טרם יפנה עותר לבית משפט זה בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, עליו לפנות לרשות המוסמכת הרלוונטית. כלל זה תקף גם כאשר מדובר בעתירה שעניינה ביטול חוקים או תקנות (בג"צ 3481/02 קריב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 873, 869 (2002); בג"ץ 2264/12 יצחק נ' שר המשפטים (8.5.2012)). על כלל זה חזר בית המשפט אין ספור פעמים, גם לאחרונה (וראו: בג"ץ 5746/20 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (30.8.2020)).

ש ו פ ט

השופט י' אלרון:

אני מסכים לפסק דינו המנומק של חברי השופט נ' הנדל ולהערותיו של חברי השופט ד' מינץ.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, י"ג באלול התש"ף (2.9.2020).

עמוד 8



שופט שופט שופט

נו Z03.docx_19039860