

מרכז רפואי צאנז – בית חולים לניאדו

על ידי ב"כ עוה"ד ארנון גרפי ו/או תומר רו
מדרך מנחם בגין 154 (בית קרדן), תל אביב 64921
טלפון: 03-6083565; פקס: 03-6083567

וכן על ידי ב"כ עוה"ד רם כספי ו/או עו"ד דורון טאובמן ו/או עו"ד חגי טימנס
ממשרד כספי ושות' עורכי דין,
מרחוב יעבץ 33, תל אביב 6525832
טלפון: 03-7961000; פקס: 03-7961001

המערערת

- נ ג ד -

פלונית

על ידי ב"כ עוה"ד חגי קלעי ו/או עו"ד עדי ניב-יגודה
מרחוב השופטים 4, תל אביב 6435505
טלפון: 0547-808748; פקס: 077-9179316
דוא"ל: hagaiKalai@gmail.com

המשיבה

ובעניין:

היועץ המשפטי לממשלה

על ידי ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה
מרחוב קריית המדע 5, בנין B3, קומה 5, הר חוצבים
ירושלים, 9777605
טלפון: 02-6362027; פקס: 02-6362050

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

היועץ המשפטי לממשלה מתכבד להגיש את עמדתו, בהתייחס לסוגיות העולות בבקשת רשות הערעור דנן, וזאת
בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 19.12.2017, כדלקמן:

1. עסקינן בבקשת רשות ערעור על החלטתה של כבוד השופטת עובדיה מיום 23.10.2017, בת"צ 13451-09-15 **פלונית אלמונית נ' מרכז רפואי צאנז - בית חולים לניאדו** (להלן: "**ההחלטה**"), אשר במסגרתה אושרה בקשת המשיבה לניהול תובענה ייצוגית נגד בית החולים לניאדו, מכוח עילת הפליה על רקע מעמד אישי, לפי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000 (להלן: "**חוק איסור הפליה**") ומכוח סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 (להלן: "**חוק זכויות החולה**").
 2. ייאמר כבר עתה, כי במהלך גיבוש העמדה פעל היועץ המשפטי לממשלה, בשיתוף גורמים נוספים ממשרד המשפטים, משרד הבריאות ורשות האוכלוסין וההגירה לגיבושו של מענה מידי, לחשש אותו העלה בית החולים לניאדו, כי נותן הזרע לא יירשם כאבי היילוד במרשם האוכלוסין – מצב שעלול להביא בעתיד להפרת הציווי ההלכתי של "לא יישא אח את אחותו" וכן לחשש ממזרות לילד שייוולד כתוצאה מההפרה האמורה. המתווה אשר יוצג בהרחבה בהמשך, מהווה לגישת היועץ המשפטי לממשלה, איזון ראוי ומידתי בין כלל השיקולים העומדים על הפרק ואשר יפורטו בהמשך, אשר חייבו שינוי והסדרה מתאימה. מטעם זה ולנוכח הסוגיות הרגישות והמורכבות שעל הפרק, התבקשו ארכות מעת לעת מבית משפט נכבד זה.
 3. היועץ המשפטי לממשלה יפרט עתה בקצרה את הרקע העובדתי ואת השתלשלות העניינים עד כה.
- ב. רקע ועובדות הנדרשות לעניין**
4. המשיבה, תושבת העיר נתניה שאינה נשואה, פנתה לבית החולים לניאדו שבנתניה לצורך ביצוע טיפולי הפריה, אך סורבה, לפי טענתה, משום שאינה רשומה כנשואה במרשם האוכלוסין. עוד לפי הנטען, הבהיר למשיבה בית החולים לניאדו כי, בהיותו בית חולים בבעלותה של עמותה חרדית, עליו לפעול על פי עקרונות ההלכה, ולפיהם אין באפשרותו לספק טיפולי הפריה לבני זוג שאינם רשומים כנשואים במרשם האוכלוסין, בשל חשש לגילוי עריות ולממזרות.
 5. השאלה שהתחדדה בהליך קמא הייתה האם תשובת בית החולים לניאדו בנוגע לסירוב למתן טיפולי הפריה (להלן: "**תשובת בית החולים**"), מהווה הפליה אסורה על רקע מעמד אישי, וכפועל יוצא מכך, האם ניתן לתבוע בגין הפליה זו בהליך של תובענה ייצוגית.
 6. בהליך קמא ובהליך שלפנינו עולות מספר טענות עקרוניות: שמירה על הזכות לשוויון כזכות יסוד חוקתית מחד גיסא, ומאידך גיסא טיעון לזכות מוסד רפואי פרטי, המושתת על אורח חיים ייחודי, להציב תנאים ביחס למתן טיפול רפואי, בשל סתירה עם עקרונות יסוד שעליהם הוא מושתת, ובפרט לעניין טיפולי הפריה חוץ גופית.
 7. אין חולק, כי הקהילה החרדית, שאליה משתייכת העמותה שמפעילה את בית החולים מושא ההליך דנא, היא קהילה ייחודית מבחינה תרבותית ודתית. קהילה זו, כמו שאר הקהילות המהוות קבוצות מיעוט במדינת ישראל, נהנית מהגנה רחבה על ייחודה. זכותה של הקהילה החרדית לשמור על צביונה הוכרה פעמים רבות בבית המשפט הנכבד. כך למשל, הוכרה זכותה של הקהילה החרדית ליהנות מהקצאת יישוב מגורים נפרד (בג"ץ 4906/98 **עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות**, פ"ד נד(2) 503, 2000). דוגמא נוספת, היא

הכרה בזכותה של הקהילה החרדית לחנך את ילדיה ב"רוח צביונם התרבותי הייחודי, אמונתם הדתית ושייכותם הקהילתי" (בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398, 2009) (להלן: "עניין נוער כהלכה").

8. עם זאת, אין גם חולק כי גם ההגנה על ייחודיותה התרבותית והדתית של קהילה ייחודית אינה בלתי מוגבלת, ואין בכוחה להצדיק פגיעה שאינה מידתית בזכויות יסוד של אזרחים אחרים. כך בפרט, כאשר הייחוד התרבותי והדתי של הקהילה החרדית גורר פגיעה בזכות השוויון וגורם להפליה. בהקשר זה, יפים דבריו של בית משפט נכבד זה בעניין נוער כהלכה:

"אמת, אין בכוחו של כל מאפיין ייחודי – יהא זה מאפיין תרבותי, דתי, מנהגי או אידיאולוגי, כדי להצדיק הפליה. על המאפיין להוות נדבך אינהרנטי בתפיסת עולמו של המוסד החינוכי המבקש להקנות את ערכי המגזר, עליו להיות רלוונטי לתכלית ההבחנה, ועליו להוות מאפיין בלעדיו נתקשה לקיים את מערכת החינוך המגזרית על-פי אמות מידתה. בית-המשפט הוא שיקבע אם בצדק הובחן מגזר פלוני – על-מנת לאפשר למגזר אלמוני לקיים חיי חירות במסגרת קהילתו – או שמא מדובר באפליה פסולה שכל תכליתה הרחקתו של השונה, וניכורו מחיי חברה תקינים" (פסקה 19 לפסק דינו של כב' השופט לוי, ההדגשות אינן במקור).

9. זאת ועוד, תחום טיפולי ההפריה, כפי שיפורט בהמשך, הוא תחום ייחודי המעורר לא אחת שאלות כבדות משקל מתחום האתיקה, הרפואה, המשפט, החברה, המוסר וההלכה היהודית, ומשכך העיסוק בו מחייב איזונים בין שיקולים שונים. בתחום זה נקבעו הסדרים ייחודיים המתחשבים, בין היתר, בסוגיות הלכתיות ובכלל זה בחשש לממזרות.

טיפול פריון והפרייה מלאכותית - רקע

10. "טיפול פריון" הוא שם כולל למגוון רחב של פרוצדורות וטכנולוגיות רפואיות, חלקן פשוטות וחלקן מורכבות יותר. חלקן ניתנות למטופלת עצמה ובחלקן מעורב צד שלישי בהליך, החל מטיפולים להגברת הפוריות אצל המטופלים, דרך הזרעת אישה בזרע בעלה, עובר לקבלת תרומת זרע או ביצית בהליך הפריה חוץ גופית וכלה בשימוש באם-פונדקאית לצורך הבאת ילדים לעולם, או שילוב של כמה מאלה.

11. טיפולי הפריון ייחודיים בכך שהם מפגישים בין הטכנולוגיה, המשפט והרפואה וכרוכים בהיבטים רגשיים ונפשיים. לנושא הפריון וההולדה משמעות חברתית, ומטבע הדברים אף משמעות דתית רחבה. פעמים רבות עולות במסגרת ההליכים הרפואיים שאלות לא פשוטות מתחום האתיקה, המוסר והמשפט. כאשר מדובר במגזר הדתי מתעוררות לעתים אף שאלות מתחום ההלכה, כאשר רבים מהזוגות שומרי המצוות יבקשו לבצע טיפולי פריון בליווי הלכתי, שנועד להבטיח, ברמה גבוהה יותר של ודאות, שלא יופרו איסורים הלכתיים, ובפרט כשמדובר בטיפולים פורצי דרך וחדשניים.

12. בשנת 2010 הוקמה על ידי מנכ"ל משרד הבריאות ועדה ציבורית לבחינת נושא הפריון וההולדה בישראל, בראשותו של פרופ' שלמה מור-יוסף (להלן: "ועדת מור-יוסף"), הוועדה בחנה באופן מקיף את ההסדרים הקיימים בתחום הפריון וההולדה בישראל ומנתה 14 מומחים מתחומי הרפואה, האתיקה, המשפט והדת.

13. בין היתר, עמדה הוועדה על השפעת המעמד האישי של המטופלים על הנגישות לטיפול פריון (עמוד 23 לדו"ח; דו"ח הוועדה זמין לעיון הציבור באתר האינטרנט של משרד הבריאות בכתובת: <http://www.health.gov.il/publicationsfiles/bap2012.pdf>);

"בשנים האחרונות חלו בחברה הישראלית תמורות מרחיקות לכת ביחס למבנה התא המשפחתי. ההתפתחויות הטכנולוגיות בתחום הפריון תורמות אף הן לשינויים חברתיים אלה. בעוד שבעבר נעשה שימוש בהפריה חוץ גופית בעיקר לזוגות נשואים, כיום רבים מהפונים אינם חלק ממערכת זוגית "מסורתית" או מוסדרת בישראל, כגון נשים פנויות המבקשות לעבור טיפולי הפריה, בין מזרע תורם אנונימי או מזרע אדם המוכר להן (מתוך רצון משותף של האישה והתורם להביא ילד לעולם או מחמת קשרי זוגיות המתקיימים ביניהם), זוגות אשר אחד מבני הזוג עדיין נשוי באופן רשמי לאדם אחר ובני זוג שאינם בני אותה דת. מעמדם האישי של הפונים לקבלת טיפול פריון עשוי לעורר שאלות חברתיות, דתיות, מוסריות ואתיות שונות."

14. בין יתר העקרונות שקבעה ועדת מור יוסף נקבע, כי מטפל לא מחויב לקחת חלק בטיפול שנוגד את מצפוננו. כך בעמוד 9 לדו"ח:

"מטעמים של חופש המצפון, ולאור האופי המיוחד של הליכי פריון המעוררים שאלות שאינן רק רפואיות, ראוי שכל הסדר מומלץ יאפשר למטפל לא לקחת בהם חלק, אם הטיפול נראה לו מנוגד למצפוננו ואם ניתן לקיים את הטיפול במסגרת חלופית מתאימה."

15. עוד ציינה הוועדה את הדברים הבאים בפרק ההקדמה (עמוד 7 לדו"ח):

"אין מדובר בפעולות רפואיות להצלת חיים ולפיכך עומד לרופא ולצוות המטפל החופש המקצועי לבחור שלא לקחת חלק בטיפולים אשר לגישתם אינם עולים בקנה אחד עם עמדתם המוסרית, האתית או הדתית. חופש זה קיים כיום בתחומים רגישים אחרים שבמחלוקת, כגון בנושא הפסקות הריון או הימנעות מטיפול בחולה הנוטה למות לפי בקשתו. הוועדה סברה כי יש מקום להחיל חופש זה גם בתחום הרגיש של טיפולי פוריות מתקדמים וחדשניים. הדבר נכון במיוחד מקום בו השירות ניתן במגוון מקומות בכל חלקי הארץ, כך שנגישות המטופל לשירות הרפואי ויכולתו לממש את זכותו - לא יפגעו מהענקת חופש מקצועי מסוג זה לצוות המטפל."

16. על הרגישות הנלווית לתחום זה, המחייבת פעמים רבות איזונים שונים, עמד בית המשפט העליון בפרשות שונות, שבהן נדונו היבטים הכרוכים בטיפול פריון (הגם שאלה אינה זהים להיבטים הנדונים במקרה זה) - ראו למשל ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, מט (1) 485 (1995); דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, נ (4) 661 (1996); בג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים - משרד הבריאות, פ"ד נז (1) 419 (2002); בג"צ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות (פורסם ב'נבו', 5.2.2013); בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית (פורסם ב'נבו', 22.12.2016); בע"מ 1943/17 אשר שחר נ' מדינת ישראל (פורסם ב'נבו', 15.8.2017).

17. כאמור, הפריה חוץ גופית היא רק אחד מהטיפולים שניתנים במסגרת טיפולי הפריון. לרשות הציבור בישראל עומדות 25 יחידות להפריה חוץ גופית הפרושות בכל רחבי הארץ (רשימת היחידות מופיעה באתר האינטרנט של משרד הבריאות). יחידות להפריה חוץ גופית נדרשות לקבל הכרה על ידי משרד הבריאות מכוח תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז - 1987. בנוסף לתקנות, מפרסם משרד הבריאות מעת לעת נהלים שונים בנושא.

18. יצוין, כי נשים הזקוקות לטיפול פריון באזור השרון יכולות לפנות ליחידות ההפריה הנמצאות במרכזים הרפואיים הבאים: המרכז הרפואי על-שם הלל יפה בחדרה, המרכז הרפואי הרצליה, המרכז הרפואי על-שם רבין – קמפוס בילינסון בפתח-תקווה, מרכז רפואי על-שם מאיר בכפר-סבא וכן לשש יחידות להפריה חוץ גופית נוספות הנמצאות באזור תל אביב. בחלק ממרכזים אלה אף קיים בנק זרע.

בית החולים לניאדו

19. בית החולים לניאדו הוא בית חולים ציבורי-כללי, אשר מעניק שירותים כלליים על פי רישיון משרד הבריאות, בהתאם להוראות פקודת בריאות העם, 1940. בית החולים אינו בבעלות המדינה והוא מאוגד באופן פרטי כמוסד ללא כוונת רווח, בבעלות של עמותה חרדית, מיסודו של האדמו"ר מקלויזנבורג ז"ל.

20. יצוין, כי באופן מסורתי, פעילותם הכלכלית של בתי חולים ציבוריים כלליים לא התבססה על תמיכת המדינה, ובית החולים אמור לקיים את פעילותו השוטפת בהתבסס על תזרימי הכנסות מקופות החולים ומתשלומים אחרים בגין השירותים שהוא מעניק. במקרים מסוימים, משרד הבריאות מעניק לבתי חולים ציבוריים כלליים תמיכה בגין פעולות מיוחדות – כגון תמיכה בפרויקטים של בינוי ושיפוצים, או בגין תמריצים מיוחדים – כגון תמיכה בבתי חולים לצורך שיפור המענה בפגיות, תמיכה לצורך שיפור חדרי המיון וכדומה. זאת, בהתאם למבחני תמיכה הנקבעים על ידי משרד הבריאות, שבמסגרתם מוגדרת הפעילות הנתמכת ואמות המידה לתמיכה.

21. החל משנת 2015, מעניק משרד הבריאות תמיכה גם עבור הפעילות השוטפת בבית החולים לניאדו. ביסוד התמיכה עבור הפעילות השוטפת, עומדת ההבנה שתזרים ההכנסות של בתי החולים, בעקבות רכישת שירותים על ידי קופות החולים וגורמים נוספים, אינו מספק. בנוסף, החל משנת 2016, נדרשה תמיכה מיוחדת לבית החולים לניאדו מטעם המדינה, בשל מצבו הכלכלי ועל מנת למנוע את קריסתו המיידית. תמיכה זו נעשית על פי הסכם הבראה, ובהתאם למבחני תמיכה מיוחדים לבתי חולים ציבוריים כלליים המצויים במצוקה.

22. מסמך עקרונות היסוד של בית החולים מפרט, בין היתר, כי בית החולים מושתת על עקרונות ההלכה וכי בית החולים מחויב לפעול על פיהם, באמצעות מורה הלכה שנתמנה לצורך כך. טענת בית החולים היא כי בהתאם למחויבותו לפעול בהתאם להלכה, ניתנה תשובת הסירוב למתן טיפולי פריון שרלוונטית לענייננו.

23. יובהר, כי בבית החולים לניאדו אין כיום בנק זרע, ולפיכך לא ניתן לקבל בו טיפולי הפריה מתורם זרע אנונימי. לפיכך, וככל הידוע לנו, ניתן לקבל טיפולי הפרייה, ביחידה להפריה חוץ גופית בבית החולים, רק אם איש ואישה מגיעים יחדיו לטיפול, כאשר ההפריה החוץ גופית מתבצעת מזרעו של האיש.

24. עוד יובהר, כי בכלל בתי החולים, כאשר ההפריה החוץ גופית מתבצעת על ידי גבר (שנעשה שימוש בזרעו) ואישה שאינם רשומים כנשואים זה לזה, הגבר והאישה נדרשים לחתום על הסכם ביניהם לצורך ביצוע הטיפול, ובמסגרתו מוסדרים מספר היבטים הנוגעים לטיפול. זאת, בהתאם להנחיית היועצת המשפטית של משרד הבריאות מיום 17.1.2001 (הכלולה בסעיף 31 לנוהל בנקי הזרע מס' 20/07). לענייננו חשוב לציין, כי במסגרת

הסכם זה מתחייב הגבר, בין היתר, לקחת על עצמו את כלל ההתחייבויות ההוריות כלפי הוולד שיוולד כתוצאה מאותם טיפולים. יובהר, כי דרישה זו נובעת, בין היתר, מהמצב החוקי כיום, בו אין רישום אוטומטי של אב שאינו רשום כנשוי במרשם האוכלוסין לאישה היולדת, במרשם האוכלוסין לאחר הלידה. זאת, בשונה מבן זוג הרשום כנשוי במרשם האוכלוסין שלגביו ישנה חזקה כי הוא אביו של היילוד של בת זוגו הרשומה כנשואה. במקרה כזה יירשם בן הזוג הנשוי באופן אוטומטי כאביו של היילוד במרשם האוכלוסין.

המשיבה ופנייתה לבית המשפט קמא

25. המשיבה פנתה לבית החולים לניאדו כדי לקבל טיפולי הפריה, אך לפי טענתה בית החולים סירב לפי טענתה להעניק לה ולבן זוגה את הטיפול המבוקש, משום שאינה רשומה כנשואה במרשם האוכלוסין.

26. המשיבה פנתה למשרד הבריאות בתלונה נגד סירובו של בית החולים להעניק לה טיפולי הפריה, ונענתה כי אין מקום לדחות את עמדת בית החולים. זאת, בהתחשב באופיו המיוחד של בית החולים בכך שאוכלוסיית מיעוט תרבותי פונה אליו לטיפול פריין בהסתמך על אופן מתן שירותיו בעניין, ובהתחשב בכך שאין מדובר בטיפול המיועד להצלת חיים או מניעת נכות חמורה ולאור האלטרנטיבות הקיימות לקבלת הטיפול במרחק סביר.

27. היועץ המשפטי לממשלה יבקש להבהיר, כי בבסיס עמדת משרד הבריאות עומדת המסקנה כי החשש אותו מעלה בית החולים אינו בעלמא, ונובע מכך שאין רישום אוטומטי של אב ביולוגי שאינו נשוי לאם הילוד כאבי היילוד במרשם האוכלוסין, בשונה מרישום אוטומטי שנעשה במקרה שלבני זוג הרשומים כנשואים במרשם. לשון אחר, אב זה אינו נרשם באופן אוטומטי, אלא רק על פי בקשתו ובקשת האם, או על פי פסק דין של בית משפט או של בית דין מוסמך. כך, כפי שקבוע בסעיף 21 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 (להלן: "**חוק מרשם האוכלוסין**"): "שם אביו של ילד שנולד לאשה פנויה יירשם על פי הודעת האב והאם כאחד". במצב זה החשש הוא כי היילוד עשוי להיות ללא רישום של אביו הביולוגי במרשם האוכלוסין, ובבוא העת, כאשר הילד יגיע לפרקו ויבקש להינשא, הוא עלול להתחתן עם אחותו מאביו (או קרובה אחרת מצד אביו האסורה עליו מבחינה הלכתית), ובכך עלול להתקיים גילוי עריות שיוביל אף לממזרות.

28. היועץ המשפטי לממשלה יציין, כפי שהוצג בעמדה שהגיש לבית המשפט קמא, כי יש כוונה לתקן את החקיקה, בין היתר בשל חשש זה, ובהתאם לכך הופצה טיוטת הצעת חוק מטעם הממשלה: "הצעת חוק בנקי זרע", שבין היתר, מסדירה הקמת מאגר מידע מרכזי לרישום תרומות זרע בישראל ומרשם ילודים שיוולדו כתוצאה משימוש בתרומות זרע. לפי הצעת חוק זו, לא יהיה ניתן לעשות שימוש בתרומות זרע, אלא אם מנהל בנק הזרע יקבל אישור ממאגר המידע, שלא קיימת קרבת משפחה בין תורם הזרע לבין הנתרמת או בן זוגה ואם נעשה שימוש בתרומת ביציות, גם לתורמת הביציות. בנוסף, הצעת החוק מבקשת להסדיר גם את הסוגיה שעולה בענייננו, בכך שהיא מחייבת גבר ואישה שאינם נשואים, המטופלים יחדיו ביחידת הפריה חוץ גופית, לחתום על התחייבות של הגבר להירשם במרשם האוכלוסין כאבי היילוד שיוולד כתוצאה מהטיפול. כך, הצעת החוק מייתרת את החשש עליו עומד בית החולים לניאדו בדבר נישואי קרובים בעתיד, כתוצאה מכך שאבי

היילוד לא יירשם במרשם האוכלוסין. הצורך להסדיר סוגיה זו מחזק את המסקנה, כי לחשש שהעלה בית החולים קיים בסיס ממשי.

29. בית המשפט קמא קבע, כי גם ביחס לנשים הרשומות כנשואות עולה חשש ולכן נדחתה טענת בית החולים לניאדו כי בבסיס התנהלותם עמד החשש ההלכתי. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה קביעה זו בטעות יסודה, שכן בהיעדר שירותי בנק זרע בבית החולים לניאדו גם נשים הרשומות כנשואות אינן יכולות לקבל שירותים מבית החולים לניאדו, והן יוכלו לקבל טיפולי הפריה רק אם יגיעו עם בן זוגן הרשום כנשוי, אשר יירשם בהמשך כאבי היילוד.

30. לאחר קבלת תשובת הסירוב מבית החולים, פנתה המשיבה לבית המשפט המחוזי בבקשה לאשר לנהל תובענה ייצוגית נגד בית החולים, וטענה להפליה אסורה של נשים שאינן נשואות על רקע מעמדן האישי וזאת, בניגוד לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 (להלן: "חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות") ולחוק איסור הפליה. בנוסף, טענה המשיבה כי הפרקטיקה שלפיה נוהג בית החולים מהווה עוולה לפי סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה, בשל הפליה במתן שירותים רפואיים.

31. להשלמת התמונה יצוין, כי ביום 31.10.2017 הוגשה בקשה לאשור לנהל תובענה ייצוגית גם נגד בית החולים שערי צדק בירושלים על סך של כ-310 מיליון ₪ בטענה, כי סירובו למתן שירותי הפריה חוץ גופית לנשים שאינן נשואות, מפלה נשים אלו. יצוין, כי הפרקטיקה הנוהגת בבית החולים שערי צדק, לעניין מתן שירותי טיפולי הפריה לנשים שאינן רשומות כנשואות, שונה מזו הנוהגת בבית חולים לניאדו. יובהר כי, אין בעמדה זו של היועץ המשפטי לממשלה, כדי להביע עמדה בעניין התובענה הייצוגית שהוגשה נגד בית החולים שערי צדק ובעניין הפרקטיקה הנהוגה שם.

ג. הכרעת בית המשפט קמא

32. בית המשפט קמא הנכבד אישר את ניהול התובענה כייצוגית, מכוח עילה של איסור הפליה על רקע מעמד אישי לפי חוק איסור הפליה, וכן מכוח עילת הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה.

33. לעניין חוק איסור הפליה, קבע בית המשפט קמא כי החוק חל על בית החולים ועל טיפולי הפריה בהיותם "שירותי ציבורי" בהתאם לסעיף 3(א) לחוק. עוד נקבע, כי בית החולים אינו חולק על כך שהוא מסרב להעניק את השירות הציבורי לנשים שאינן רשומות כנשואות, ולפיכך חלה החזקה הקבועה בסעיף 6 לחוק, שלפיה הפרקטיקה הנוהגת בבית החולים היא הפליה אסורה על רקע מעמד אישי. בית המשפט קמא בחן האם מתקיימים בענייננו הסייגים הקבועים בסעיף 3(ד)(1) לחוק ובסעיף 3(ד)(2) לחוק, שבהתקיימם לא רואים את ההתנהגות כהפליה, אלא כהבחנה מותרת. לעניין הסייג הקבוע בסעיף 3(ד)(1) נקבע, כי לא עלה בידי בית החולים לסתור את החזקה כי מדובר בהפליה אסורה, בשל הבחנה מותרת "שמתחייבת מאופיו של המקום הציבורי". בית המשפט קמא קבע, כי בית החולים לא הצליח להוכיח כיצד הפרקטיקה שבה הוא נוקט

מתחייבת מאופיו ומשרתת את ההלכה הדתית שעליה ביסס את התנגדותו למתן הטיפול הרפואי, שכן מרשם האוכלוסין, עליו מסתמך בית החולים, אינו משקף בהכרח קשרים ביולוגיים.

34. זאת ועוד, נקבע כי לא הוכח כיצד פרקטיקה של הסתמכות על המרשם מגשימה את ציווי ההלכה לאיסור ממזרות וגילוי עריות, שכן ישנם מקרים שבהם האב שנרשם הוא לא האב הביולוגי. גם לעניין הסייג הקבוע בסעיף 3(ד)(2) בית המשפט קמא קבע שאינו מתקיים, ובית החולים לא הוכיח שמדובר ב"צורך מיוחד של הקבוצה שאליה משתייכים החברים במועדון או בארגון", משום שבית החולים מעניק שירותים לכלל הציבור ולא רק לציבור מסוים בעל מאפיינים ייחודיים. לפיכך, ולאור כל האמור נקבע כי לא עלה בידי בית החולים לסתור את החזקה שלפיה הפרקטיקה שבה נוהג בית החולים מהווה הפליה אסורה על רקע מעמד אישי, בהתאם לחוק איסור הפליה.

35. לעניין חוק זכויות החולה נקבע, כי ניתן לנהל הליך תובענה ייצוגית בהתאם לחוק זה, שכן בית החולים מהווה "עוסק" בהתאם לסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, ולכן מקרה זה נופל בגדר פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. עוד נקבע, כי בית החולים הוא "מוסד רפואי" על פי סעיף ההגדרות בחוק זכויות החולה, ולפיכך חל בענייננו סעיף 4(א) לחוק, האוסר על בית החולים להפלות במתן שירותים רפואיים. אמנם, מעמד אישי אינו מנוי ברשימת העילות שעליהן חל איסור ההפליה בחוק זה, אך ניתן לקרוא עילה זו לתוך הרשימה מכוח התיבה "או מטעם אחר כיוצא באלה". עוד קבע בית המשפט קמא, כי בחוק זה לא קיימים חריגים לכלל איסור ההפליה כמו בחוק איסור הפליה, ועל כן לא מוקנית הגנה לגורם המפלה מכוח חוק זה. בנוסף, נקבע כי מתקיימים יסודות עוולת הפרת חובה חקוקה וכי בית החולים לא חלק על התקיימותם של יסודות אלה. לאור האמור נקבע, כי הוכחו לכאורה היסודות הדרושים לביסוס הפרת איסור ההפליה מכוח חוק זכויות החולה.

36. לעניין חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות נקבע, כי חוק זה לא רלוונטי לענייננו וכי לא הוכחה הפליה לפי חוק זה, שכן המשיבה לא הראתה שההפליה הנטענת על ידה נעשתה מחמת קשיי הפריון וכי קיים קשר סיבתי בין ההפליה לבין המוגבלות הנטענת.

37. בהמשך, עמד בית המשפט קמא על הנזק הנטען וקבע כי הוכח רק נזק שאינו ממוני בשל הפגיעה באוטונומיה ובשל עוגמת הנפש שנגרמה לקבוצה שהופלתה ולא הוכח הנזק הממוני שנטען על ידי המשיבה.

38. לבסוף, בחן בית המשפט קמא את התנאים לאישור ניהול התובענה כייצוגית, לפי סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, וקבע כי המשיבה עמדה בנטל להוכיח את התקיימותם של התנאים, וכן קבע כי המשיבה הוכיחה עילה אישית בהתאם לסעיף 4(א)(1) לחוק.

39. לאור כל זאת, אישר בית המשפט קמא את ניהול התובענה כייצוגית והגדיר את חברות הקבוצה שבשמן תנוהל התובענה כך: "נשים שאינן נשואות בעלות בעיות פוריות, הזכאיות בהתאם להסכמים בין קופות החולים ובתי

החולים לקבלת טיפולי פוריות בבית החולים לניאדו, שלא פנו באופן אקטיבי לקבלת טיפולי פוריות בבית החולים לניאדו, אולם פנו בפועל לקבלת טיפול בבעיות הפוריות בבתי חולים אחרים".

40. על החלטה זו של בית המשפט קמא הוגשה בקשת רשות הערעור שלפנינו, במסגרתה מערער בית החולים על אישור ניהול התובענה כייצוגית, ועל הקביעות בדבר היותה של תשובת בית החולים לעניין טיפולי הפריה הפליה אסורה על רקע מעמד אישי.

ד. עמדת היועץ המשפטי לממשלה

41. להלן, יבחן היועץ המשפטי לממשלה את דברי החקיקה הרלבנטיים לסוגיות שלפנינו ויציג את המתווה שגובש כאמור, המסיר את החשש שהעלה בית החולים לניאדו לאי רישומו של האב הביולוגי כאביו של התינוק שייוולד כתוצאה מטיפולי הפוריות. לנוכח הסדר זה ניתן מענה לחלק משמעותי בתובענה הייצוגית ולפגיעה הנטענת במסגרתה. מענה זה, כמו גם שיקולים נוספים שיפורטו בהמשך, מביאים למסקנה כי אין מקום להמשיך לברר את התובענה דנן כייצוגית.

ד.1. חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות

42. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי צדק בית המשפט קמא הנכבד וכי לא מתקיימת בענייננו הפליה מכוח חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. כפי שקבע בית המשפט קמא הנכבד, ומבלי לקבוע מסמרות בשאלה האם קשיי פוריות מהווים "מוגבלות" לעניין חוק זה, הרי שבמקרה שלפנינו ההפליה הנטענת אינה טמונה בקשיי פוריות אלא טמונה, לפי טענת המשיבה, במעמדה האישי. דהיינו אי רישומה כאשה נשואה במרשם האוכלוסין. 43. לפיכך, לא מתקיים קשר סיבתי בין ההפליה הנטענת לבין המוגבלות הנטענת, ואין רלוונטיות, במקרה שלפנינו, לדון בקיומה של הפליה מכוח חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

ד.2. חוק איסור הפליה

תחולת חוק איסור הפליה על טיפול רפואי

44. חוק איסור הפליה נועד לקדם את השוויון ולמנוע הפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים (סעיף 1 לחוק איסור הפליה). כדי לבחון האם המקרה שלפנינו חוסה בצילו של חוק זה, עלינו לבחון האם מתקיימים בענייננו תנאי סעיף 3(א) לחוק, שזה לשונו:

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, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי, הורות או לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם".

45. שירות ציבורי מוגדר בסעיף 2(א) לחוק כ: "שירותי תחבורה, תקשורת, אנרגיה, חינוך, תרבות, בידור, תיירות ושירותים פיננסיים, המיועדים לשימוש הציבורי". שירותי רפואה או שירותי בריאות לא נכללים ברשימת השירותים המנויים במסגרת הגדרת ה"שירות הציבורי" וכפי שיפורט בהמשך, כך נעשה באופן מכוון ולא באופן מקרי.

46. לגישתו של היועץ המשפטי לממשלה, הרשימה המנויה בהגדרת המונח "שירות ציבורי" היא רשימה סגורה ולא ניתן לקרוא לתוכה שירותים נוספים על אלה המנויים בה (לעניין זה ראו ת"א (ת"א) 50407-05-15 **האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' מגן דוד – אדום**, פסקאות 9-11 לפסק דינו של כבוד השופט שליו (פורסם ב'נבו', 22.2.2016) (להלן: "עניין מגן דוד אדום"); (ראו גם ת"צ (חי') 39672-01-16 **ואכים נ' שופרסל בע"מ**, פסקאות 17-19 לפסק דינו של כב' השופט קיסרי (פורסם ב'נבו', 25.1.2018)). שירותי בריאות ושירותים רפואיים לא נכללים ברשימה המנויה בהגדרת "שירות ציבורי" בחוק איסור הפליה, ולכן חוק זה אינו חל על שירותים אלה. מסקנה זו נובעת גם מהפרשנות של חוק זה ומההיסטוריה החקיקתית שקדמה לקבלתו.
47. חוק זכויות החולה הינו חוק מוקדם לחוק איסור הפליה, והוא חוק ספציפי המסדיר את זכויותיו של אדם המבקש או המקבל טיפול רפואי, ומסדיר בתוכו אף את איסור האפליה במתן שירותים רפואיים. חוק איסור הפליה שנחקק אחריו מסדיר תחומים אחרים, שלגביהם לא נחקק חוק ספציפי וכפי שפורט לעיל אינו כולל ברשימת השירותים הציבוריים את שירותי הבריאות. המחוקק היה מודע להסדרת איסור ההפליה בשירותי בריאות במסגרת חוק אחר, ספציפי, ובחר שלא לכלול ברשימת השירותים הציבוריים את שירותי הבריאות וזאת באופן מכוון.
48. במועד חקיקת חוק איסור הפליה החליט המחוקק לתקן את חוק זכויות החולה, ולהוסיף לו את סעיף 28א, לפיו יראו הפליה מכוח סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה כעוולה לפי חוק איסור הפליה. כלומר, המחוקק בחר שלא לתקן את רשימת השירותים הציבוריים ולהוסיף להם את שירותי הרפואה בחוק איסור הפליה ולהותירם בגדרו של חוק זכויות החולה. לפיכך, גם ללא הכרעה בשאלת היותה של הרשימה במונח "שירות ציבורי" סגורה או פתוחה, ניתן לקבוע כי בענייננו חל ההסדר הקבוע בחוק זכויות החולה כהסדר ספציפי להסדר הקבוע בחוק איסור הפליה (ראו עניין **מגן דוד אדום**). מסקנה זו עולה בקנה אחד אף עם ייחודיותם של שירותי הרפואה ועם ההסדרים המיוחדים שקבועים בחוק זכויות החולה.
49. בנוסף, פרשנות זו, בדבר היותה של הרשימה המנויה בהגדרת "שירות ציבורי" בחוק איסור הפליה רשימה סגורה, עולה גם מהשוואת רשימה זו לרשימה המנויה בהגדרת המונח "מקום ציבורי" באותו סעיף. המונח "מקום ציבורי" מוגדר כ: **"כל מקום המיועד לשימוש הציבור, לרבות אתר תיירות, בית מלון, אכסניה, בית הארחה, גן ציבורי, מסעדה, בית קפה, אולם המשמש למופעי בידור ותרבות, מוזיאון, ספריה, דיסקוטק, אולם או מיתקן ספורט, בריכת שחיה, קניון, חנות, מוסד וכן מקום המציע שירותי תחבורה ציבורית"** (ההדגשה אינה במקור). קרי, גם ברשימה זו לא נכללים בתי חולים. אמנם, המחוקק הבהיר כי מדובר ברשימה פתוחה המציגה דוגמאות בלבד, אך דווקא מכך ניתן ללמוד כי הגדרת "שירות ציבורי" שלא כללה מילים אלו, המבהירות כי מדובר בדוגמאות בלבד, מהווה רשימה סגורה.
50. לעניין זה, יפנה היועץ המשפטי לממשלה גם לדברי ההסבר להצעת חוק איסור הפליה (ה"ח תש"ס מס' 2871 עמוד 370), בהם נכתב במפורש ש"ההגדרה "מקום ציבורי" מנוסחת כהוראה פתוחה, שכן היא לא נועדה

להתוות רשימה סגורה של מקומות הכפופים לעקרון השוויון, אלא רק להמחיש את המקומות העיקריים שעליהם נועד החוק לחול". לעומת זאת, בנוגע להגדרה של "שירות ציבורי" לא נכתב בדברי ההסבר כי היא מהווה רשימה פתוחה.

3.ז. חוק זכויות החולה

51. בטרם יבחן היועץ המשפטי לממשלה את תחולתו של חוק זכויות החולה על הסוגיות הנדונות בענייננו, יצוין בקצרה ובמאמר מוסגר, כי לצורך בחינה של התאמת סוג התביעה לתובענה ייצוגית הלך בית המשפט קמא בדרך של הגדרת בית החולים כ"עוסק" לפי חוק הגנת הצרכן, התש"א-1981, וקבע כי התביעה עומדת בתנאי פרט 1 לתוספת השנייה של חוק תובענות ייצוגיות שלפיו ניתן לנהל תובענה כייצוגית ב"תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לעניין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו".

52. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי הדרך בה הלך בית המשפט קמא אינה "דרך המלך", וכי ישנה דרך נכונה ופשוטה יותר לאפשר תובענה ייצוגית בעילת הפליה מכוח חוק זכויות החולה. לפיכך, אין צורך לקבוע מסמרות בשאלה אם בית חולים מהווה "עוסק" כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן. לקביעה זו יכולות להיות השלכות רחבות, שאינן מן העניין שלפנינו. יצוין, כי גישתו של בית המשפט קמא מאפשרת לתבוע כל עילה בחוק זכויות החולה כתובענה ייצוגית, למרות שבחוק זה לא ניתנה לכך אפשרות במפורש ולמרות שתביעה מכוח חוק זה לא הוכרה בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. משכך, בקביעה זו של בית המשפט קמא יש קשיים, אך אלה כאמור אינם מחייבים הכרעה במקרה זה.

53. בחינת רשימת החיקוקים הקבועה בתוספת השנייה לחוק התובענות הייצוגיות, המגדירה את החיקוקים שבגינם ניתן להגיש תובענה ייצוגית, מעלה כי חוק איסור הפליה נכלל ברשימה זו, אך חוק זכויות החולה לא נמנה על רשימה זו. יחד עם זאת, לאור סעיף 28א לחוק זכויות החולה הקובע כי "הפרת הוראות סעיף 4(א) לחוק זה, יראו אותה גם כעוולה לפי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000", נראה כי ניתן לקבוע שגם בגין הפליה לפי חוק זכויות החולה, שנחשבת לעוולה לפי חוק איסור הפליה, ניתן להגיש תובענה ייצוגית.

54. סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה קובע איסור על נקיטת הפליה כלפי מטופלים על ידי מטפל או על ידי מוסד רפואי וזה לשונו:

"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".

55. מכאן, שחוק זכויות החולה חל בענייננו על בית החולים כ"מוסד רפואי" ועל המשיבה כ"מטופלת", לפי ההגדרות הקבועות בסעיף 2 לחוק.

56. אמנם, בעילות ההפליה לפי חוק זה לא נכללת במפורש עילה של "מעמד אישי", אך ברי מלשון סעיף 4(א) ומהמילים "וכיוצא באלה", כי אין מדובר ברשימה סגורה.

57. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, יש לכלול כעילת הפליה לפי חוק זכויות החולה גם את עילת "מעמד אישי". מדובר בעילה חשודה מוכרת בפסיקה (וראו לעניין זה, למשל: בג"צ 2458/01 **משפחה חדשה ואח' נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**, פ"ד נז(1) 419 (2003)), והנכללת באופן תדיר בחקיקה האוסרת הפליה (וראו למשל: חוק איסור הפליה; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשנ"ח-1988).
58. היועץ המשפטי לממשלה יוסיף, כי כאשר הוצע בדיוני ועדת העבודה והרווחה של הכנסת לכלול עילות מפורטות לרשימת עילות ההפליה לפי חוק זכויות החולה, התנגדו לכך חברי הכנסת מחשש שהדבר יוביל לפרשנות מצמצמת לסעיף (וראו: פרוטוקול הדיון בוועדת העבודה והרווחה מיום 21.11.1995). דברים דומים נאמרו במליאת הכנסת על ידי שרת הבריאות (דאז) חה"כ יעל גרמן, במענה להצעת חוק פרטית (1893/19), אשר ביקשה להוסיף את עילת המעמד האישי ועילות נוספות לחוק (ראו: דברי הכנסת התשע עשרה מיום 29.1.2014, חוברת ט"ז, עמוד 123).
59. יצוין, כי במהלך הזמן נוספו לחוק זה עילות הפליה של נטייה מינית וגיל ולא הוספה עילת המעמד האישי, אך לגישת היועץ המשפטי לממשלה אין להסיק מכך כי אין לפרש את הסעיף כך שיכלול גם את עילת המעמד האישי.
60. אם כן, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה יש לקרוא לתוך סעיף 4(א) לחוק זכויות החולה גם עילה של "מעמד אישי" שלפיה אסור להפלות בין מטופלים שונים.
61. חוק זכויות החולה אוסר על הפליה, אך זו, לפי מושכלות יסוד, איננה כוללת יחס שונה למטופלים שונים, מקום שבו השוני רלוונטי לטיפול הרפואי הניתן ובמידה המשקפת את השוני. בהתאם לכך, יש לבחון אם מתקיים ביחס למשיבה שוני רלוונטי שמצדיק מתן טיפול שונה.
62. הבחינה האם ההבחנה בין הפרטים היא רלוונטית או לא, נעשית לפי נסיבות המקרה ולפי החוק שמכוחו נטענת ההפליה ותכליתו. כך למשל, נקבע לעניין חוק שוויון הזדמנויות כי שאלת הרלוונטיות נבחנת לאור המשרה הספציפית והאם היא דורשת הבחנה בין עובדים שונים, למשל על בסיס גיל. ראו דבריו של כב' הנשיא (כתוארו אז) ברק בדנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330 (2000):
- "מושג הרלוונטיות הוא בעל משמעויות שונות בהקשרים שונים. בהקשר שלפנינו, הרלוונטיות צריכה לקבוע באילו מצבים קביעת גיל שונה לפרישה של עובדים שונים... מתחייבת מאפיינים או ממהותם של התפקיד או המשרה" (סעיף 2ג) לחוק שוויון ההזדמנויות. מתבקשת מכאן אמת-המידה, שלפיה הרלוונטיות משמעותה כי נתוני התפקיד אשר מצדיקים לכאורה גיל פרישה שונה (אצלנו – הופעה נאה וכוח פיזי) מתחייבים באופן סביר ממהות תפקידו של העובד."*
63. בענייננו, הנסיבות שבהן נטענת ההפליה הן הענקת טיפול רפואי על ידי בית חולים והחוק הרלוונטי הוא חוק זכויות החולה, אשר מהווה חלק מהמארג החקיקתי העוסק בהסדרת טיפולים רפואיים. על כן, יש להגדיר את קבוצת השוויון בהתאם לתכלית החוק, וזאת תוך שימת לב למארג החקיקתי בתחום טיפולי הפריון. תכליתו של חוק זכויות החולה היא לאפשר שירות רפואי לכל אדם שנזקק לו (סעיף 3(א) לחוק זכויות החולה). כך

בענייננו יש להגדיר את קבוצת השוויון כקבוצת הנשים שכשירות לקבל טיפולי פרויקט שמספק בית החולים לניאדו (ללא בנק זרע) ופונות לבית חולים זה על מנת לקבלו.

64. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, ככלל השיקולים הרלוונטיים לטיפול הרפואי הם שיקולים רפואיים. (לדוגמאות של הבחנות רלוונטיות בטיפולים רפואיים הנובעות משיקולים רפואיים ראו תא"מ (ת"א) 54125-06-13 ברוס נ' מדינת ישראל משרד הבריאות (פורסם ב'נבו', 11.7.2014; ת"ק (פ"ת) 33988-11-14 גבעון נ' ש.ל.ה. שירותי רפואה בע"מ (פורסם ב'נבו', 2.8.2015)).

65. יחד עם זאת, יכולים להיות מקרים חריגים, בתחומים מסוימים, שבהם תהיה רלוונטיות לשיקולים נוספים, אם מכוחה של תקנת הציבור ואם מכוחם של ערכים חברתיים ראויים אחרים. בכלל זה, יכול להיות מקום גם לשיקולים הלכתיים, כאלה שהינם בליבת ההלכה. עמדה זו תובהר עתה.

66. תחום טיפולי הפריון, בו עסקינן, עלול ליצור מצבים מורכבים מבחינה דתית שבהם היילוד עלול להיחשב כממזר. גם לפי החקיקה הישראלית שיקולים של מניעת ממזרות מהווים שיקולים לגיטימיים. כך למשל, עיון בסעיף 28 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000, מעלה כי חשש לממזרות וחשש לפגיעה בכשרות הדתית של קטין להינשא מהווים שיקול באי מתן צו לבדיקה גנטית של קשרי משפחה. ניתן לראות כי גם המלצות ועדת מור-יוסף אינן מתעלמות מהבעיות ההלכתיות שעשויות להתעורר בטיפול פרויקט. בשל כך, למשל, לדעת הוועדה יש לאפשר לרופא החפץ בכך להימנע ממתן טיפול פרויקט אשר נוגד את עמדתו המוסרית, האתית או הדתית.

67. לא בכדי, כלל יחידות טיפולי ההפריה, השוקלות אם יש מקום להעניק טיפול, מציבות לפני המטופלים דרישות ואף נמנעות ממתן טיפול במצבים מסוימים שבהם יש חשש לפגיעה בתקנת הציבור. כך למשל, ימנעו יחידות טיפולי הפריה מלהעניק טיפול זה כאשר מבקשי השירות הם אח ואחות. דוגמא נוספת היא כאשר יתבקשו טיפולי הפריה לאישה מזרע של גבר ידוע הנשוי באותה עת לאישה אחרת. במקרה זה, יתנו היחידות את הטיפול במשלוח הודעה על כך למי שרשומה כאשתו של הגבר, בעל הזרע, וכיוצא באלה. אך, גם במקרים החריגים שבהם יוכרו שיקולים שאינם רק שיקולים רפואיים, יש להביא בחשבון את מידת ההבחנה, כלומר, עד כמה שונות הדרישות מכל אחת מהקבוצות, מהי מידת הפגיעה בזכות ומה הן התוצאות שנגרמות לקבוצה המופלית.

68. בעניין רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך - פורום נשים דתיות (פורסם ב'נבו', 9.12.2015) (להלן: **"עניין קול ברמה"**), אשר נוגע לחוק איסור הפליה, קבע בית המשפט הנכבד כי גם כאשר ניתן לשקול שיקולים הלכתיים לצורך הבחנה בין קבוצות, שאינה עולה כדי הפליה אסורה, הרי שיש להבחין בין ציווי דתי מחייב לבין ציווי דתי מאפשר. כלומר, ככל שמדובר בציווי דתי מחייב וככל שהציווי מצוי בלב ההלכה, כך ההבחנה בין הקבוצות על בסיס שיקולים הלכתיים תהיה מוצדקת יותר (פסקאות 53-54 לעניין קול ברמה).

69. אולם, כפי שנקבע בעניין קול ברמה, גם כאשר מדובר בציווי הלכתי מחייב, יש לבחון ולשקול מולו את עומק הפגיעה בזכותו של האדם שנפגע כתוצאה מההבחנה. ככל שהפגיעה בזכויות הפרט היא מכרעת יותר, כך תגבר הנטייה לראות את ההבחנה כהפליה אסורה וזאת, אפילו אם היא מבוססת על ציווי הלכתי מחייב. כלומר,

ציווי הלכתי מחייב לא יכול לגבור על אמות מידה בסיסיות של פגיעה בזכויות אדם (פסקה 56 לעניין קול ברמה).

70. ניתוח זה מתחייב גם בעניינו אד', בשלב זה, בו טרם התבררה מהותו של הציווי ההלכתי הנטען וזאת אל מול מידת הפגיעה הנטענת, היקפה ועוצמתה, אין מקום לקביעת מסמרות בהקשר זה ובפרט לנוכח המתווה שיפורט להלן המאייץ את החשש להפרתו של הציווי ההלכתי.

4.ד. מתווה לרישום בן הזוג שאינו רשום כנשוי, כאביו של היילוד במרשם האוכלוסין

71. במסגרת החלטת בית המשפט קמא מיום 11.2.2016 לצרף את היועץ המשפטי לממשלה להליך, התבקש היועץ המשפטי לממשלה לתת עמדתו בסוגיות העולות ואף לנסות למצוא פתרונות. בעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה בהליך דלמטה הובאה הצעת חוק בנקי זרע שעתידיה ליתן פתרון לקושי שהעלה בית החולים. במסגרת ההליך דנן וכחלק מגיבוש עמדת היועץ המשפטי לממשלה קוימו מספר ישיבות והתייעצויות עם גורמים רבים ממספר משרדי ממשלה לצורך גיבוש שינוי המצב הנוהג וגיבושו של פתרון מעשי ומיידי המבוסס על החקיקה הקיימת ועל הפרשנות שיש ליתן לה.

72. היועץ המשפטי לממשלה מבקש להדגיש, כי המצב שלפנינו שונה ממצב שבו ניתנת תרומת זרע מבנק זרע ועל ידי תורם אנונימי. במצב שלפנינו נותן הזרע ידוע ומוכר ואף מתחייב לקחת על עצמו מחויבויות הוריות לגבי היילוד שיוולד כתוצאה מטיפולי ההפריה. ודוק, רישומו כאביו הביולוגי של היילוד איננו נתון לבחירתו לפי הדין הישראלי והינו בגדר חובה (ראו בג"ץ 1359/16 פלוני נ' משרד הפנים (פורסם ב'נבו', 28.11.2016)).

73. להלן יפורט המתווה שגובש יחד עם משרד המשפטים, משרד הבריאות ורשות האוכלוסין וההגירה:

א. כאשר איש ואישה שאינם רשומים כנשואים יבקשו לקבל טיפולי הפריה בבית החולים לניאדו 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 ולנהלי 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 לאשה פנויה.

ג. עוד במסמך זה, האיש והאישה מסכימים כי בית החולים 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 לנהלי רשות האוכלוסין וההגירה, האיש והאישה מתחייבים כי בכל מקרה של לידה שלא בבית החולים לניאדו, יודיעו לבית החולים לניאדו על הלידה, בתוך 30 ימים מהלידה.

ה. ככל שלאחר 12 חודשים מיום ההפריה לא יודיעו האיש והאישה לבית החולים לניאדו על לידה, כאמור בסעיף ד' דלעיל, מסכימים האיש והאישה כי בית החולים לניאדו 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 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה) 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, בסעיף ב' לעיל, תיחתם על ידי האיש והאישה מחדש בטרם תבוצע כל הפריה חוזרת.

74. היועץ המשפטי לממשלה ישוב ויצוין, כי התחייבות זו מצטרפת להתחייבות שניתנת ממילא כבר לפי המצב הקיים היום ולפיו גבר אשר נעשה שימוש בזרעו בהליך הפריה של אישה פנויה, באחד מבתי החולים בארץ, נדרש לחתום כי הוא מתחייב לעמוד במחויבויות שיש לאדם כלפי ילדיו (ראו ה"פ (י-ם) 25340-04-11 **פלונית נ' מדינת ישראל-שר הבריאות** (פורסם ב'נבו', 6.6.2011).

75. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי המתווה האמור, ביחד עם כל השיקולים שנמנו לעיל, מובילים לאיזון ראוי בנסיבות העניין שמאפשר, מחד גיסא, התחשבות בשיקולים שפורטו לעיל, ומאידך גיסא מתן טיפולי הפריה בבית החולים לניאדו גם לנשים שאינן רשומות במרשם האוכלוסין כנשואות בנסיבות בהן יש חשש להפרת ציווי הלכתי.

76. בענייננו, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי משעיקרה של התובענה הייצוגית באה לפתרונה בשל השינוי וההסדרה שהותוו לעיל ולנוכח הסרת החשש שעמד בבסיס סירובו של בית החולים, דומה שהמשך בירורה של התובענה כתובענה ייצוגית, תוך קבלת הכרעות מורכבות בסוגיות הרגישות שפורטו לעיל, איננו נחוץ ומכל מקום הוא איננו הדרך היעילה, כפי שיפורט בהמשך, לבירור התובענה.

5.4. סוגיות הנוגעות לניהול התובענה כייצוגית

77. כידוע, תנאי לבירור התובענה כתובענה ייצוגית, הינו קיומה של קבוצה שעבורה נכון ויעיל לברר את התובענה כייצוגית, ובנוסף יש לברר שהליך התובענה הייצוגית הינו ההליך המתאים בענייננו להמשך בירור המחלוקת, ובפרט לנוכח המתווה שהוצג לעיל.

גודל הקבוצה והגדרת הקבוצה שבשמה תנוהל התביעה

78. גודל הקבוצה הוא שיקול שיש לקחת במסגרת הבחינה האם תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה לניהול התביעה. לעניין זה ראו דבריו של כב' השופט דנציגר בעניין קול ברמה :

"הבחינה הנדרשת בענייננו, בהתאם להוראת סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, היא האם בנסיבות המקרה, כאשר בירור התובענה נסמך על הוראות חוק איסור הפליה, "הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת" היא באמצעות בירור התובענה כייצוגית. בפסיקה נקבע כי לצורך מענה על שאלה זו ניתן להתחשב ולהיעזר, בין היתר, בשאלות כגון גודל הקבוצה והמידה שבה ההכרעה בשאלות המשותפות לכלל חבריה תסייע לפתרון הסכסוך האינדיבידואלי שבין כל אחד מהם לבין הנתבע."

79. לעניין בחינת גודל הקבוצה ומשמעותה לעניין היעילות שבניהול התובענה כייצוגית יפים גם דבריו של פרופ' א' קלמנט במאמרו "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" **הפרקליט** מט(1) 131 (2006):

"נשא אחד אשר צריך להיבחן במסגרת תנאי זה הוא גודלה של הקבוצה. מאחר שאין היום דרישה נפרדת לעניין גודל הקבוצה, יש לבחון אם גודלה של הקבוצה מצדיק את הגשת התביעה בדרך של תובענה ייצוגית, לאור הדרישה שהתובענה הייצוגית תהיה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין".

80. גם הפסיקה בערכאות הדיוניות שמה דגש על גודל הקבוצה בבחינת יעילות בירור התובענה כייצוגית. נראה, כי בשורה של פסקי דין נקבע כי אם התובע לא הוכיח שהקבוצה גדולה דיה יש לנהל את ההליך כתביעה אישית ולא בדרך של תובענה ייצוגית (ראו למשל ת"צ (מחוזי ת"א) 14877-05-10 **שרוני נ' מפעל הפיס** (פורסם ב'נבו', 12.5.2014) בש"א (מחוזי ת"א) 30630/08 **הומינר נ' מנהל מקרקעי ישראל** (פורסם ב'נבו', 8.10.2012); ת"צ (מחוזי ת"א) 20206-08-11 **משגב נ' עיריית חולון** (פורסם ב'נבו', 29.10.2012); ת"צ (מחוזי ת"א) 1840-09 **קריבוסאי נ' מקרקעי מרכז בע"מ** (פורסם ב'נבו', 5.6.11)).

81. בתשובת בית החולים לבקשה לאישור ניהול התובענה כייצוגית צוין, כי במהלך חמש השנים האחרונות נדחו שלוש פניות בלבד. המשיבה מצידה לא הניחה תשתית ראייתית, כי מדובר בקבוצה גדולה יותר. יתכן, שההיקף הקטן נובע מכך שלבית החולים אין בנק זרע ועיקר הפניות של נשים שאינן נשואות הוא לבית חולים בו קיים בנק זרע ויתכן שהדבר נובע מהעובדה כי קיימות מספר רב של חלופות.

82. מנגד, עומדת הטענה כי יתכן שקיימת קבוצה גדולה יותר של נשים שלא פנו כי ידעו שיידחו על ידי בית החולים לניאדו. גם קיומה של קבוצה זאת – ככל שאכן קיימת – מעוררת קשיים בניהול התובענה כייצוגית, בפרט כשנדרש קיומו של נזק. על מנת לברר האם אישה אכן כלולה בקבוצה זאת יהיה צורך בניהול הליך פרטני ומורכב בעניינה של כל אישה בנפרד על מנת לברר את היותה חלק מהקבוצה, קרי, לוודא כי מדובר באישה לא נשואה, בעלת בעיות פוריות, שהייתה מעוניינת להגיע לבית החולים לניאדו לצורך טיפולי הפריה עם איש שאינו רשום כנשוי לה, ושברה לא לעשות כן בידעה כי תידחה על ידי בית החולים בשל מעמדה האישי. הצורך בניהול ההליך הפרטני ובבירור עובדתי זה מקשה על ניהול התובענה כתובענה ייצוגית. ברור שהקשיים עולים אף לנוכח התחום הרגיש בו מדובר. לעניין זה ראו קביעת השופט גרוניס בע"א 6887/03 **רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות** (פורסם ב'נבו', 20.7.2010):

"כאשר בגדר התובענה הייצוגית או לאחריה יהיה צורך לקיים חקירה פרטנית בעניינו של כל אחד מחברי הקבוצה, הכוללת בירורים עובדתיים מורכבים, שמיעת עדים, הכרעות מהימנות וכדומה, כך שמבחינה מעשית מדובר בפיצול ההליך הייצוגי לסדרה של משפטים נפרדים, אין לאשר את התובענה הייצוגית".

83. יצוין, כי הפסיקה של בית משפט נכבד זה הכירה בכך שיש לנהל תובענה כייצוגית במקרים מסוימים גם כאשר הקבוצה הנפגעת אינה גדולה. זאת במיוחד כאשר קשה לאתר את הנפגעים, כאשר הנזק לכל נפגע קטן ואין אפשרות לאכיפה באמצעות תביעה אישית וכאשר יש חשש שהנתבע יתנכל לתובעים האישיים בצורה כלשהי. כך, למשל, כפי שנפסק בעניין בע"א 8037/06 **ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ** (פורסם ב'נבו', 4.9.2014) (להלן: "**עניין פריניר**"):

"גם כאשר מונה הקבוצה מספר מועט של תובעים, ייתכן בכל זאת שהדרך הראויה וההוגנת לדון במחלוקת ביניהם לבין הנתבע הנה התובענה הייצוגית, אם משום שקיים קושי לאתר את התובעים, או אם משום שהתובעים חוששים לאשר את התובענה המוגשת בשם כל אחד מהם, שכן הנתבע יכול להטיל עליהם עלויות שונות, או להתנכל להם".

84. היועץ המשפטי לממשלה יזכיר, כי בבסיס הליך התובענה הייצוגית עומדת תכלית חשובה של מתן אפשרות לאכיפה אזרחית באמצעות תובענה זו (ראו אסתר חיות, "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" **משפט ועסקים** יט (935) (2016)). לכן, גם במקרה שבו הקבוצה שנפגעה מההפליה לא גדולה, אך קיים פוטנציאל לפגיעה עתידית, יש אינטרס ציבורי בחשיפת ההפליה באמצעותה של תובענה ייצוגית. לעניין זה יפים דבריו של כב' השופט מלצר בעניין **פריניר**:

"וידגש: האינטרס הציבורי תומך בחשיפתן של עוולות צרכניות ונקיטה באמצעים שיש בהם כדי להרתיע עוסקים מפני הפרות של הדין והסתרה של מעשיהם, או מחדליהם – גם אם תיגרמנה לצרכנים (שבעקבות התנהלותו של העוסק נפגעה האוטונומיה שלהם) רק בעתיד תחושות שליליות נלוות בעקבות הידיעה כי העוסק עוול כלפיהם".

85. בנוסף, תכליתו של חוק תובענות ייצוגיות היא ציבורית. אחת התכליות העיקריות של החוק היא לאפשר תביעה של קבוצה, כאשר הנזק שנגרם לכל פרט בה אינו עולה כדי נזק ששווה לתבוע בגינו בתביעה אישית. עמד על כך לא מכבר כב' המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין בעניין רע"א 3698/11 **שלמה תחבורה (2007) בע"מ** נ' **ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ** (פורסם ב'נבו', 6.9.2017):

"ברי כי המחוקק, בחוקקו את חוק תובענות ייצוגיות ועוד לפני כן, ראה חשיבות במוסד זה לשם קידום אינטרסים חברתיים וכלכליים כאחד. התובענה ייצוגית באה לקבץ תחתיה כמות גדולה של אינדיבידואלים להם נגרם נזק כתוצאה מפעילות מסוימת של נתבע, אולם הנזק הקונקרטי של כל אחד מחברי הקבוצה לרוב אינו מספיק לשם הגשת תובענה אישית לבית המשפט המוסמך, על כל ההוצאות הכרוכות בכך (ס' דויטש "עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית – סיכום ביניים ומבט לעתיד" **שערי משפט** ד(1) 9, 21 (התשס"ה) (להלן דויטש); מ' בר-ניב "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית" **עיוני משפט** יט 251, 252 (התשנ"ד))".

86. שיקולים חשובים אלה אינם מתקיימים בענייננו. בית המשפט קמא אישר תובענה ייצוגית לנזקים שאינם ממוניים. קשה לטעון כי אין תמריץ להגיש תביעות אישיות, שכן חוק איסור הפליה והסעיפים הרלוונטיים שבו

גם לענייננו, מאפשרים להגיש תביעה אישית ללא הוכחת נזק של עד 50,000 ש"ח לכל נפגע (סעיף 5(ב) לחוק איסור הפליה). יפים לעניין זה דברי בית המשפט הנכבד בש"א (ת"א) 2874/04 סלי נ' מבטחים - מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ (פורסם ב'נבו', 16.3.2008) שם ההערכה הייתה כי גובה התביעה האישית של חברי הקבוצה עומד על סך של 20,000 ש"ח :

"אין מדובר לפיכך במקרה בו סכום התביעה של כל אחד מהמעוניינים הינו זעום או כי עלויות ניהול התביעה בגינו עלולות באופן משמעותי על סכום הזכייה. מדובר בסכום נכבד ונראה כי אין מקום לחשש כי בהיעדר תובענה ייצוגית לא יהא תמריץ בידי התובעים הפוטנציאליים, בין כיחידים ובין קבוצה מוגדרת ומזוהה, להגיש תביעה עצמאית משל עצמם".

87. היועץ המשפטי לממשלה יוסיף, כי אף אין חשש להתנכלות לתובע שיגיש תביעתו או חשש לפגיעה עתידית, שכן לאור המתווה שגובש כאמור עתידים להינתן טיפולי הפריה בבית החולים לניאדו גם לנשים שאינן רשומות כנשואות.

88. לגישתו של היועץ המשפטי לממשלה, תכליתו של חוק התובענות הייצוגיות, בשילוב שיקולים ציבוריים כגון טיבו של התחום הרפואי בו עסקינן ומורכבותו והחשש הממשי שעמד ביסוד החלטת בית החולים שלא להעניק למשיבה את הטיפול, אשר הוסדר עתה, מטים את הכף בנסיבות דהיום, שלא להמשיך את בירור התובענה כייצוגית. זאת בפרט כאשר מדובר בקבוצה מצומצמת, שאף ניתן לה תמריץ משמעותי להגיש תביעה אישית בהיקף כספי ראוי. זאת ועוד, חלק עיקרי בתובענה היה הדרישה להורות לבית החולים להעניק טיפולי הפריה גם לנשים שאינן רשומות כנשואות, ולנוכח המתווה, שגובש יחד עם מספר משרדי ממשלה, נראה כי הסעד העיקרי בתובענה התייתר וגם מן הטעם הזה אין מקום להמשיך בירור התובענה כייצוגית.

89. כך או אחרת, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי בית המשפט קמא שגה בהגדרת קבוצת הנפגעות מההפליה. בהיעדר בירור עובדתי ומשפטי, קבע בית המשפט קמא בהחלטתו את הקבוצה שבשמה תנוהל התובענה כך : "נשים שאינן נשואות בעלות בעיות פוריות, הזכאיות בהתאם להסכמים בין קופות החולים ובתי החולים לקבלת טיפולי פוריות בבית החולים לניאדו, שלא פנו באופן אקטיבי לקבלת טיפולי פוריות בבית החולים לניאדו, אולם פנו בפועל לקבלת טיפול בבעיות הפוריות בבתי חולים אחרים".

90. הקבוצה שהוגדרה על ידי בית המשפט קמא הינה שילוב של נשים שאינן נשואות להן יש בעיות פוריות. בתובענה הייצוגית לא הוצגו נתונים כלשהם לגבי קבוצה זו. קבוצה זו מחייבת בירור עובדתי שאיננו בנמצא והוא עשוי להיות בבחינת פגיעה בפרטיות של נשים אלו. זאת ועוד, הגדרת הקבוצה יוצאת מנקודת הנחה כי כל אישה לא נשואה ברחבי הארץ, ממטולה ועד אילת, הייתה מעוניינת בקבלת טיפולי פרוין דווקא בבית החולים לניאדו, וכי היא לא פנתה לקבל טיפול בבית חולים זה משום שידעה שתסורב, ולא היא.

91. הקבוצה שהוגדרה בהחלטה כוללת נשים רבות שיש להניח, כי כלל לא ידעו על המדיניות שנוקט בית החולים, וכלל לא רצו לפנות אליו לקבלת טיפול אם בשל שיקולים גיאוגרפיים או אם בשל שיקולים אחרים. הגדרת הקבוצה לא הביאה בחשבון שבית החולים לניאדו לא מפעיל בתחומו בנק זרע, ושלא מתאפשר בבית החולים

ביצוע הפריה מתורם זר. ההגדרה כוללת את כלל הנשים הזכאיות לטיפול הפריה, בלי לבצע הבחנה בין נשים שמעוניינות בטיפול הפריה מתורם זר, לבין נשים שמעוניינות לבצע טיפולי הפריה עם בן זוג ידוע.

92. הנמקה נוספת של בית המשפט לאישור התובענה כייצוגית נוגעת לחשש מפגיעה בפרטיות של כל תובעת אם תיאלץ לנקוט בהליך משפטי אישי. לחשש זה יש מענה באמצעות כינוי התובעת כ"פלונית" כמו שנעשה בענייננו, ובכל מקרה, גם במסגרת התובענה הייצוגית, מי שתבקש לקבל פיצוי תאלץ לחשוף פרטים אישיים לפני התובעת הייצוגית ובא כוחה, בהתאם להגדרתה הנוכחית של הקבוצה לפי פסק דינו של בית המשפט קמא. חשיפת פרטים אישיים לפני גורמים אלה הינה מוקשית לא פחות, ואולי אף יותר.



לימור פלד, עו"ד
סגנית מנהל המחלקה האזרחית
פרקליטות המדינה