

1. העמותה הלאומית הישראלית למושתלי כליה ומטופלי דיאליזה
  2. ד"ר יעל גליל
  3. אביאל בן-עמי סלאמה
  4. רמי מרדר
  5. שלומית קטלן-מורר
- על-ידי ב"כ עוה"ד ד"ר שמואל ילינק ואח'  
רח' דרך פי"ת 154, תל אביב 64921  
טל': 03-6911919; פקס': 03-6911717  
דוא"ל: [jellinek@jellinek.co.il](mailto:jellinek@jellinek.co.il)

העותרים;

נגד

1. מדינת ישראל – משרד הבריאות  
על-ידי פרקליטות המדינה,  
משרד המשפטים, ירושלים  
טל': 02-6466010; פקס': 02-6467011

2. שירותי בריאות "כלית"  
על-ידי עו"ד א. מייטליס ואח'  
מרח' לילנבלום 44, תל-אביב 65134  
טל': 03-5604731; פקס': 03-5601140

3. "מכבי" שירותי בריאות  
על-ידי עו"ד שלי החנוכי ו/או מלי גרנות ואח'  
מרח' המרד 27, תל-אביב 68125  
טל': 03-5143889; 03-5143889

4. "לאומית" שירותי בריאות  
על-ידי עו"ד פז מוזר,  
מרח' הנמל 40 תל-אביב 61002  
טל': 03-5442370; פקס': 03-5442375

5. קופת חולים מאוחדת  
על-ידי עו"ד ענת רופא ו/או מומי דהן ואח'  
מרח' החילוון 5 רמת גן  
טל': 03-5618618; פקס': 03-6911717

6. כנסת ישראל  
על-ידי הלשכה המשפטית,  
משכן הכנסת, ירושלים  
טל': 02-6408479; פקס': 02-6753495

המשיבים

תגובה מקדמית מטעם המדינה (המשיבה 1)

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד (כב' השופט ע' פוגלמן), מוגשת בזאת תגובת מקדמית מטעם המשיבה 1 (להלן: "המשיבה" או "המדינה") לעתירה שבכותרת.

1. עניינה של העתירה דנן בבקשת העותרים להורות "על ביטולם של סעיפי המשנה 1 ו-2 בסעיף 5 ולחילופין על ביטולו של סעי' 5(2) לחוק השתלת אברים, תשס"ח-2008 (להלן:

"החוק" או "חוק השתלת אברים", אשר קובעים מגבלות לגבי תרומת אברים שנעשית מחוץ לישראל. לטענת העותרים, ההסדר הקבוע בחוק פוגע בזכות לשוויון, בזכות לכבוד ובזכות לחיים, פגיעה שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה; ולפיכך, הם עותרים להכרזה על בטלותו.

2. עמדת המדינה הינה כי דין העתירה להידחות, בהעדר כל הצדקה להתערב במקרה דנן בחקיקה של הכנסת. החוק מושא דיוננו נועד להסדיר את הנושא של נטילת אברים, הקצאתם והשתלתם, מתוך מטרה, בין היתר, לסכל את התופעה של סחר באברים, אשר על חומרתה ועל הצורך להתמודד עמה, עמד בית המשפט הנכבד לא אחת. יתרה מזאת, כפי שיובהר להלן, ההסדר החוקי הנתקף במסגרת העתירה עוגן בעבר בנוהל של מנכ"ל משרד הבריאות, ובית משפט נכבד זה דחה עתירה שהופנתה נגד הוראותיו המהותיות של אותו הנוהל (ראו: בג"ץ 5413/07 פלונית נ' משרד הבריאות (ניתן ביום 16.9.07); להלן גם: "פרשת פלונית"). מובן כי העובדה שכיום מעוגן ההסדר בחקיקה ראשית אך תומכת בעמדה המדינה, ולפיה מקרה זה אינו מקים עילה להתערבות שיפוטית.

להלן יפורטו הרקע לדיון, טענות העותרים ועמדת המדינה.

#### א. הרקע

3. תחום השתלת אברים, אשר עד לפני עשורים בודדים לא היה בבחינת אפשרות מעשית, הפך בשנים האחרונות למציאות, המעניקה תקווה וסיכוי לחולים רבים. מחסור באברים להשתלה הוא מן הבעיות הכאובות ביותר של הרפואה המודרנית בישראל וברחבי העולם. כך, קיים פער בין השתכללות היכולות הטכנולוגיות והרפואיות לביצוע פעולות שבעבר הלא רחוק נחשבו בלתי אפשריות, לבין הקושי בהשגת אברים ממקור אורגני, הנתוצים לביצוען של פעולות אלו, ואשר מטבע הדברים הינם משאב מוגבל ביותר.

4. לצד תורים ארוכים של חולים הממתינים להשתלת אברים, מתנהל בשיח הציבורי והמקצועי דיון ער בסוגיות אתיות, חברתיות ורפואיות סבוכות הנוגעות לתופעה של תרומת אברים והשתלתם.

5. תרומת אברים עשויה להיות "מן החי" ו"מן המת". תרומת אברים מן החי מתאפיינת בתרומה של אברים, כגון כליה, אונת ריאה או אונת כבד, והיא מעוררת בדרך כלל שאלות, בדבר הסכמתו הכנה של התורם לתרומה אלטרואיסטית, הסיכון הרפואי הכרוך בהליך נטילת האבר והשתלתו, וכיו"ב. תרומת אברים מן המת, לעומת זאת, מאפשרת השתלתם של אברים נוספים כמובן, ובהם גם לב, ריאה, כבד וקרנית; והיא מעוררת, בין היתר, שאלות בדבר הסכמתו של הנפטר ומשפחתו לתרומה, וכן, דיון בסוגיית קביעת רגע הפטירה (ראו והשוו: חוק מוות מוחי-נשימתי, תשס"ח-2008).

6. במקביל לאפשרות הרפואית להשתלת אברים, התפתחה בעולם תופעה קשה של סחר באברים, כאשר במקרים מסוימים ה-"תורמים" נדחקים לכך מתוך מצוקה כלכלית, ובמקרים אחרים נכפית עליהם נטילת האבר בדרכים שונות על-ידי גורמים עבריינים. במספר רב של מדינות נקבעו הנחיות האוסרות על סחר באברים, וזוהי גם עמדתם של ארגונים בינלאומיים, ובכלל זה ארגון הבריאות העולמי (WHO) ומועצת האיחוד האירופי (ראו והשוו: דברי ההסבר לחוק השתלת אברים, הצעות חוק – הממשלה 68 (24.11.03), 235, בעמוד 238; ע"א 8447/06 קופת חולים מאוחדת נ' היימן, בפסקה 21 לפסק-דינה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה).
7. בשנת 1994 הוקם המרכז הלאומי להשתלות, שהינו הגוף המרכז את הליך תרומת האברים וההשתלות בישראל. מטרותיו העיקריות של המרכז הינן הגדלת היקף התרומות בישראל; ניצול אופטימאלי של האברים המיועדים להשתלה; הפעלת מדיניות הקצאה צודקת ושוויונית הנתונה לבקרה; וכן, העלאת המודעות לנושא והגברת נכונות הציבור לתרום אברים מן המת, לרבות הגדלת מאגר החותמים על כרטיסי תורם (כרטיסי "אדי").
8. עד למועד כניסתו לתוקף של חוק השתלת אברים, הוסדרה בישראל האפשרות לתרומת אברים באמצעות חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953, וכן בחוזרים שפורסמו על-ידי משרד הבריאות (ראו נספחים א – ד לתגובה מטעם המשיבה 5). בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 2/97 מיום 7.1.97 (ראו נספח ב לתגובה מטעם המשיבה 5) עוגן על-ידי משרד הבריאות העיקרון של תרומה אלטרואיסטית, על-מנת למנוע תרומה הנובעת "מתוך לחץ משפחתי, חברתי, כספי או אחר" (ראו סעיף ה(3) לנוהל; יצוין כי רעיון זה מופיע גם בחוזרים עוקבים, שהתפרסמו לאחר מכן).
9. בשל המחסור באברים להשתלה וההגבלות על סחר באברים בישראל, החלה תופעה של ביצוע השתלות אברים לישראלים בחו"ל (התופעה של אדם הנוסע למדינה זרה על-מנת להשתיל אבר מכונה "תיירות השתלות"). תופעה זו מבוססת על פעילותן של חברות תיווך המקשרות בין תורם לנתרם, ומטבע הדברים מעלה חשש כי מדובר בהשתלה שנעשתה בעבור תמורה, שהועברה לתורם במישרין או בעקיפין.
10. במקרים שבהם הליך ההשתלה (בעיקר מן המת) מפוקח ומתבצע במסגרת מוכרת של ארגון בינלאומי או מוסד רשמי במדינה, שבה קיימת מודעת להיבטים הפסולים של סחר באברים, ניתן להניח, באופן עקרוני, כי האבר הנתרם הושג בדרך חוקית. לעומת זאת, במקרים שבהם ההשתלה נערכת באופן בלתי מוסדר, ובמדינות בהן מפותחת תעשייה של סחר באברים והשגת אברים בכפייה, קיים חשש ממשי ומכריע לכך שהאבר הושג בדרך פסולה, שאינה תואמת את הנורמות המקובלות והחוקיות בישראל ובעולם. במקרים בהם השתלת האברים (בעיקר מן החי) מתבצעת בין ישראלי ללא ישראלי, שאין ביניהם היכרות קודמת, מתחייבת זהירות מיוחדת למניעת סחר אברים. זהירות זאת מתחייבת

כמוכן גם במקרים של תרומת אברים מישראלי לישראלי, המתבצעת בחו"ל (וכבר היו דברים מעולם), בפרט שאין כל מניעה כי השתלה כזאת – בדומה לכל השתלה מתורם חי, כולל כזה שאינו תושב ישראל – תתבצע בארץ. אכן, ביצוע ההשתלה בחו"ל עשוי לעורר חשש, בדבר ניסיון לעקוף את מנגנוני הבקרה הקבועים בחוק, ובכלל זה ועדות ההערכה שמונו מכוחו, ובעבר – מכוח חוזרי מנכ"ל.

11. לאור חשש זה, פרסם מנכ"ל משרד הבריאות ביום 13.3.06 את חוזר 7/06 שעניינו "מימון השתלות אברים במדינות חוץ" (ראו נספח ד לתגובה מטעם המשיבה 5). בחוזר נקבע, בין היתר, כי "מצב דברים בו המדינה אוסרת על סחר אברים בתחומה, אך קופות החולים נושאות במימון השתלות אברים בחו"ל המושגים כתוצאה מפעולות סחר או 'כפייה' למיניהן, אינו תקין, משדר מסר כפול ובעייתי ביותר לעניין מחויבותה של המדינה לעקרונות הערכיים והמוסדיים שבבסיס האיסור האוניברסלי על סחר באברים, וחותר תחת עקרונות אלה". לפיכך, נקבעו בחוזר המנכ"ל הגבלות על מימון השתלת אברים בחו"ל, והוצבו תנאים שנועדו להבטיח כי ההשתלה כאמור אינה כרוכה בסחר באברים.

כך לעניין תרומה מן המת קבע החוזר, כי כאשר ההשתלה מתבצעת באמצעות מוסדות רשמיים של מדינה זרה או ארגונים בינלאומיים, המוכרים למרכז הלאומי להשתלות – "ניתן לסמוך על כך, שהשגת האבר נעשתה בדרכים מקובלות, בהסכמה מלאה של התורם או קרוביו, ושלא כנגד טובת הנאה פסולה". לעניין תרומה מן החי נדרשה קופת החולים לשלול את החשש לסחר אברים באמצעות קבלת מידע מפורט מן הנתרם, לרבות תצהיר כי התרומה נעשתה ללא תמורה.

עתירה שהוגשה נגד הוראותיו של חוזר מנכ"ל זה נדחתה על-ידי בית המשפט הנכבד בשנת 2007 בפרשת פלונית, כמוזכר לעיל.

12. בשנת 2008, ובסמוך למועד חקיקת חוק השתלת אברים, חתמה ישראל על "אמנת איסטנבול", עליה חתומות כ-130 מדינות נוספות. האמנה נועדה להתמודד עם הבעיות הרפואיות והאתיות הנלוות לפער שבין הדרישה לאברים לבין היצע הקיים, ובתוך כך מתייחסת האמנה לתופעה הקשה של סחר פסול באברים. בהקשר זה נקבע באמנה העיקרון לפיו:

**"Organ trafficking and transplant tourism violate the principles of equity, justice and respect for human dignity and should be prohibited. Because transplant commercialism targets impoverished and otherwise vulnerable donors, it leads inexorably to inequity and injustice and should be prohibited".**

13. חוק השתלת אברים נחקק לאחר דיונים ארוכים ומקיפים, שנערכו החל משנת 2003, עת הוגשה הצעת החוק הממשלתית בנושא. בתוך כך, הוקמה בשנת 2007 ועדת משנה מיוחדת לוועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת, אשר דנה בפירוט ובאריכות בסעיפי החוק המוצעים תוך שמיעת גורמים רלוונטיים שונים, ובהם אף נציגי העותרת 1. בשנת 2008 נחקק החוק, וביום 1.5.08 נכנסו הוראותיו לתוקף.
14. החוק קובע הסדר ממצה וייחודי, הבא לידי ביטוי בהוראת סעיף 2(א), ולפיה "נטילת אבר או השתלת אבר לא תיעשה אלא לפי הוראות חוק זה"; והוא כולל הוראות בעניין: נטילת אברים וקבלתם (פרק ב); הגדרת תפקידיו והסדרת פעולתו של המרכז הלאומי להשתלות, לרבות הקמת מאגר מידע (פרקים ג, ו-ז); השתלת אברים מן החי ומן המת (פרקים ד-ה); אפשרות חזרה מהסכמה לתרומה; וכן, שמירת סודיות. בנוסף, החוק מטיל סנקציה פלילית על אדם המתווך, מממן או מבצע השתלה בלתי חוקית, אך לא על התורמים או הנתרמים עצמם (או על קרוביהם מדרגה ראשונה; ראו סעיף 36 לחוק).
15. באשר להשתלת אברים בחו"ל – נושא העומד במוקד העתירה דנן – קובע סעיף 5 לחוק, כדלקמן:

5.5. אין בהוראות פרק זה כדי לאסור השתלת אבר שנעשית מחוץ לישראל, לרבות לעניין השתתפות גוף בישראל במימון השתלת אברים שנעשית במדינת חוץ, בהתקיים כל אלה:

(1) נטילת האבר והשתלת האבר נעשות על פי הדין החל באותה מדינה;

(2) מתקיימות הוראות חוק זה לעניין איסור סחר באברים [ההדגשה הוספה – הח"מ].

16. סעיף 3 לחוק שכותרתו הינה "איסור סחר באברים" קובע כדלקמן:

"(א) לא יקבל אדם תמורה בעבור אבר שניטל מגופו או מגופו של אדם אחר, או המיועד לנטילה כאמור, והכל בין שהנטילה נעשית בחייו של אדם ובין שהיא נעשית לאחר מותו.

(ב) לא ייתן אדם תמורה בעבור אבר שהושתל בגופו או בגופו של אדם אחר, או המיועד להשתלה כאמור.

(ג) לעניין סעיף זה, לא יראו כתמורה כל אחד מאלה:

(1) הסכמת אדם אחד לתרום, בחייו, אבר לאדם אחר, כנגד הסכמתו של קרובו או מכרו של אותו אדם אחר כי יתרום אבר לקרובו או למכרו של האדם;

(2) תשלום והחזר כספי בעד הוצאות, ששולמו לתורם בהתאם להוראות לפי סעיף 22;

(3) תמורה שנתן תאגיד מוכר בהתאם להוראות סעיף 29;

(4) מימון הוצאות קבורה והוצאות הסעה והטסה של גופת אדם שאבריו ניטלו לאחר מותו לשם השתלה, בהתאם להוראות לפי סעיף 30."

## ב. טענות העותרים

17. הסעד המבוקש על-ידי העותרים הינו, כאמור, כי בית המשפט הנכבד יורה על ביטולם של סעיפי משנה (1) ו-(2) בסעיף 5 לחוק. כלומר, בקשת העותרים הינה כי בית המשפט הנכבד יתערב בדרישת החוק, ולפיה השתלת אבר המבוצעת מחוץ לישראל תותנה בכך שנטילת האבר והשתלתו נעשות על-פי דיני אותה מדינה; וכן, תוך קיום הוראות החוק האוסרות על סחר באברים (קבלה או מתן תמורה, כמוגדר בסעיף 3 לחוק).
18. הסעד החלופי המבוקש בעתירה הינו כי בית המשפט הנכבד יורה על ביטולו של סעיף 5(2) לחוק, כלומר יבטל את הדרישה הקיימת לעניין עמידה בהוראות החוק, האוסרות על סחר באברים כאמור. לחילופי חילופין, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע באמצעות הרחבה כביכול של לשון החוק, כי המשיבים מחויבים "לשפות ו/או לממן את הוצאות ההשתלה בחו"ל בכפוף לקריטריונים אשר ייקבעו על ידי בית המשפט..."
19. לטענת העותרים, הדרישה הקיימת מובילה לכך, שהחוק מתיר "למעשה, ביצוע השתלת אברים בעיקר מן החי בחו"ל אך מתנה אותם בקריטריונים שאינם ניתנים ליישום בפועל ואשר אינם בסמכות המחוקק הישראלי לאוכפם והגורמים לאפליה גמורה, חוסר שוויון, תמותה ותחלואה מוגברים, אפליה ברורה בין חולים בעלי ממון לעומת חולים הסובלים מחסרון כיס ואשר מביאים למותם של חולים ולהתארכות סבלם" (ראו רישת העתירה).
20. בעתירה מפורטים היבטים עובדתיים הקשורים לעניינם של העותרים 5-2, מתואר הרקע לחקיקת החוק, וכן נסקרים חלקים מדו"ח מבקר המדינה מס' 62 בנושא "דיאליזה והשתלות במערכת הבריאות" (ראו סעיפים 29 ואילך לעתירה).
21. בפרק המשפטי של העתירה נטען כי סעיף 5 לחוק פוגע כביכול בזכויות יסוד. הזכויות המוזכרות על-ידי העותרים הינן: הזכות לשוויון (בהקשר זה נטען לפגיעה כביכול בנזקקי תרומה "עניים" לעומת נזקקי תרומה בעלי אמצעים, אשר יוכלו להשיג תרומות בחו"ל ללא צורך במימון ההליך באמצעות חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ראו סעיפים 73 ואילך לעתירה); הזכות לכבוד (ביחס אליה נטען, כי בכך שישראל בחרה לעמוד "בחזית האתיקה העולמית ולהידמות למדינות המערב... חוסמת מדינת ישראל את השירות הכה חשוב להצלת חיי וכבוד אזרחיה" (ראו סעיף 84 לעתירה); וכן, הזכות לחיים (ראו סעיפים 85 ואילך לעתירה וההפניה שם לבג"ץ 3848/09 ניצן בן ציון נ' בית הדין הארצי לעבודה (ניתן ביום 29.8.10)). זאת ועוד: לגישת העותרים הפגיעה הנטענת איננה מקדמת תכלית ראויה, אשר הולמת את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (ראו סעיפים 95 ואילך לעתירה); וכן, איננה עומדת בדרישות המידתיות (ראו סעיפים 125 ואילך לעתירה).

## ג. עמדת המדינה

22. עמדת המדינה הינה כי דין העתירה להידחות על הסף ולגופה.

### דחייה על הסף

23. דין העתירה להידחות על הסף בהעדר עילה להורות על ביטול סעיף חוק, המשקף הסדר ראוי שנקבע על-ידי הכנסת בסוגיה מורכבת ורגישה, אשר גם עולה בקנה אחד עם פסיקה קודמת של בית משפט נכבד זה. כפי שהוזכר לעיל, מגבלה שתוכנה דומה להסדר הקבוע בסעיף 5 לחוק מושא דיונו, עוגנה בעבר באמצעות חוזר של מנכ"ל משרד הבריאות. בפרשת פלונית נדון סירובה של קופת חולים מאוחדת להשתתף במימון השתלה של כליה בחו"ל בתיווך גורמים פרטיים; וזאת, בהסתמך על חוזר המנכ"ל האמור, אשר אסר על קופות החולים לממן השתלות בחו"ל שקיים לגביהן חשש של סחר באברים. בעתירה נטען כי חוזר המנכ"ל הותקן בחוסר סמכות בשים לב לכך שמדובר בנושא שיש מקום להסדירו בחקיקה ראשית; ולחילופין, נטען כי המדיניות שנקבעה בחוזר הינה גורפת ובלתי מידתית, שכן היא גוזרת על מועמדים להשתלה בחירה קשה בין מוות למימון עצמי של הניתוח, על כל הכרוך בכך.

24. בית המשפט העליון בחן את שאלת המדרג הנורמטיבי הראוי לקביעת ההסדר בנושא תרומת אברים. מבלי להכריע בשאלה, האם מדובר בהסדר ראשוני, נפסק על-ידי כב' השופט א' רובינשטיין (בהסכמת כב' המשנה לנשיאה א' ריבלין וכב' השופט י' אלון), כי **"בנסיבות אלה, כשעל כף אחת של המאזניים מוצבת רגישותו של הנושא כלפי העותרת ואנשים במצבה, דומה כי על הכף השניה ראוי – במבט לעתיד – להציב הנחיה ממדרג נורמטיבי גבוה יותר"** (ראו פסקה יד לפסק הדין). על-אף קביעה זו, נדחתה העתירה, שכן ההסדר המהותי שקבע החוזר, בהקשר של הצורך להימנע ממימון השתלות כשמתקיים חשש לסחר באברים, נמצא ראוי. וכך נפסק:

**"כל המידות הטובות שנמנו מעלה בתקנת הציבור מתקיימות בענייננו: מדובר ב'אני מאמין' חברתי שמצא ביטויו גם בבית משפט זה בפסיקות שצוטטו, גם בעמדות הממשלה בהצעות החוק ובפורומים שונים, וגם בסיכום ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת שהובא בעיקרו לעיל; לכך בסיס מוסרי – ואיני בוש לעשות שימוש במלה זו כאן – ועל כן משתקפת בחוזר גישה ראויה"**. (ראו בפסקה טו לפסק הדין)

25. כך, הוכרעה בפסק הדין בעניין פלונית, באופן ברור, המחלוקת העקרונית המובאת כיום לפתחו של בית המשפט הנכבד. בית המשפט העליון פסק כי חרף הפגיעה במצבם של הזקוקים להשתלה – הרי שהפגם המוסרי בתופעת הסחר באברים חמור יותר ומבטא **"זילות חיי אדם עד קצה השפל"** (פסקה ט); ולפיכך, ההגבלות על השתלת אברים בחו"ל תמורת תשלום הן מוצדקות וראויות. כמו כן, הובהר בפסק הדין, באופן חד-משמעי, כי

אין מקום להבחנה בין ביצוע השתלת אברים בתמורה בתוך גבולות מדינת ישראל או מחוצה להם (ראו פסקאות ט-י לפסק הדין).

26. לאור ההכרעה בעניין פלונית, אשר מפנה גם לפסיקות קודמות של בית המשפט הנכבד, לכאורה אין מקום "לשוב ולדון בעניין שכבר נדון והוכרע" (ראו: בג"ץ 4842/06 פלוני נ' שר הפנים (ניתן ביום 11.4.07)); וראו גם דברי כב' השופט גיבוראן מן העת האחרונה בבג"ץ ALEXANDER IGBO NNAMDI 6647/12 נ' משרד הפנים (ניתן ביום 27.3.13), אשר עמד, בין היתר על כך ש-"התעוררו בעבר הליכים בהם נדונה אותה הסוגיה פעמים מספר נוכח חלוף הזמן בין ההליכים, שינויים חברתיים המצדיקים את בחינתה של השאלה מחדש וכיוצא באלו טעמים".

27. אולם, בענייננו השינוי המרכזי שחל מאז נדונה פרשת פלונית הינו כי המגבלה הנתקפת במסגרת העתירה דן בכל הנוגע להשתלות המבוצעות בחו"ל, שעוגנה בעבר בחוזר מנכ"ל, מוסדרת כיום בחוק של הכנסת. זאת, בין היתר, לאור קריאה ברורה של בית המשפט בעניין מסגרת העיגון הראויה (ראו פסקה ח לפסק הדין בפרשת פלונית). הנה כי כן, שינוי הנסיבות שחל מאז מתן פסק הדין בפרשת פלונית – עיגון ההסדר בחוק כאמור – רק מדגיש את המשוכה הגבוהה, שבפניה ניצבים העותרים, והוא מחזק את עמדת המדינה, ולפיה דין העתירה להידחות (ראו לעניין היקף ההתערבות המצומצם בדברי חקיקה, דבריו הברורים של כב' הנשיא א' גרוניס מן העת האחרונה בבג"ץ 2021/11 ועקנין נ' שר האוצר (ניתן ביום 6.6.13), בפסקה 17).

28. נימוקים נוספים, העשויים להצדיק דחייה על הסף של העתירה, נוגעים לעיתוי הגשתה – ארבע שנים לאחר חקיקתו של החוק, ומבלי שניתן בעתירה כל נימוק, המצדיק הגשתה במועד זה (השוו מן העת האחרונה: בג"ץ 6804/12 לשכת עורכי הדין בישראל נ' שר המשפטים (ניתן ביום 25.6.13), ראו פסקה 33 לפסק-דינו של כב' השופט נ' סולברג); ובנוסף, העדר פנייה מוקדמת מצד העותרים לרשויות – עילת סף שהינה, כידוע, "שרירה וקיימת גם כשהמדובר בעתירות הנוגעות לביטול חוקים ותקנות" (ראו למשל בג"ץ 1068/09 סמיר חאגי נ' שר המשפטים (ניתן ביום 14.5.09)).

29. מכל מקום לגישת המדינה, דין העתירה גם להידחות לגופה, כמפורט להלן.

#### דחיית העתירה לגופה

30. הוראות סעיף 5 האמור מבוססות על שתי הנחות: ההנחה הראשונה הינה כי התופעה של קבלת תמורה בעבור "תרומת" אבר הינה פסולה ובלתי מוסרית. ההנחה השנייה הינה כי את הנורמות החלות על השתלת אברים בישראל, יש להחיל גם על הענקת מימון



להשתלות המבוצעת בחו"ל. עמדת המדינה הינה, כי שתי ההנחות הינן ראויות ומבוססות היטב.

נפרט.

#### האיסור על סחר באברים הינו מוצדק

31. חוק השתלת אברים, מטבעו, עוסק במאטריה רגישה, כאשר כל הסדר אפשרי שייקבע בו עשוי להשפיע על חיי אדם. הרקע לחקיקתו, כפי שמופיע בדברי ההסבר לחוק, הינו כי "כיום לפי הנתונים המצויים במשרד הבריאות ממתינים בישראל יותר מ-1,000 איש להשתלת אברים. בשל המחסור באברים כאמור התפתחה בישראל תופעה של סחר באברים תוך ניצול מצוקתם הכלכלית והבריאותית של תורמים ונתרמים. כדי לסכל את התופעה של סחר באברים ולפעול לצמצום המחסור בתרומת אברים להשתלה, מוצע להסדיר את נושא נטילת האברים, הקצאתם והשתלתם, בחקיקה ראשית...".

32. בהתאם למטרה זו, אוסר סעיף 3 לחוק על סחר באברים. נוסחו המלא של הסעיף הובא לעיל, בסעיף 16; ולמען הנוחות, נחזור ונזכיר כי בסעיף זה נקבע איסור על מתן תמורה ועל קבלת תמורה בעבור אבר שניטל מגופו של אדם, בין בחייו של אותו אדם ובין לאחר מותו. זאת, למעט חריגים שונים (תרומה הדדית, לפי סעיף 3(ג)(1) לחוק; תשלום והחזר כספי בעד הוצאות התורם, לפי סעיף 22 לחוק; תמורה שנתן תאגיד, שהוכר לעניין זה על-ידי שר הבריאות, לפי סעיף 29 לחוק; וכן, מימון הוצאות קבורה, הסעה והטסה של גופת אדם, שאבריו מיועדים להשתלה, לפי סעיף 30 לחוק).

33. כפי שצוין, התופעה של מחסור באברים להשתלה הינה תופעה מוכרת במדינות רבות. מתן הכשר להשתלה אברים, אשר משולמת בגינם תמורה כספית אמנם יכול לתת מענה למחסור הקיים באברים. דא עקא שפתרון שכזה הינו פסול מבחינה מוסרית. אכן, סחר באברים נוגד את הרעיון המוסרי הבסיסי, ולפיו גופו וזכויותיו של אדם אינם "מצרך" סחיר, ולא ראוי לאפשר ויתור עליהם תמורת כסף או שווה כסף, שכן "כשם שאין מתירים לאדם למכור עצמו כעבד, כך אין להתיר לו למכור חלקים מגופו" (ראו והשוו: י' ויסמן "אברים כנכסים" משפטים טז 500, 504 (1986)).

34. עמדה זו, השוללת מעיקרה את הלגיטימיות של תופעת הסחר באברים מצאה ביטוי עקבי בפסיקתו של בית משפט נכבד זה לאורך השנים. כדברי כב' השופט א' רובינשטיין בעניין פלונית:

"אכן מסחור באברים נוגד את תפיסת היסוד של ערכינו הרוחניים והמוסריים, ועלול לגרום לאי צדק חברתי, כשהעניים ישמשו כמקור אספקה של חלקי חילוף אנושיים, בגלל אילוצים ולחצים כספיים וחברתיים". (פסקה ט).

וכדברי כב' השופט מ' אלון בפרשה אחרת, מוקדמת יותר:

"מסחור באבר של בן אנוש ותרומת אבר של אדם הם תרתי דסתרי, ונוגדים הם תפיסות יסוד של ערכינו הרוחניים והמוסריים... השאלה הגדולה בסוגיה משפטית-אנושית זו היא, להיכן אנו מגיעים ב-Slippy slope – המדרון החלקלק – שאנו צועדים עליו, שהרי לחצים חברתיים, פסיכולוגיים וחומריים יכול שיביאו ל'שוק אברים' של 'חלקי חילוף', ולמצב שבו גופם של עניים ישמש כ'מקור אספקה' של 'חלקי חילוף', עבור עשירים... זוהי תחזית קשה מבחינת כבודם של בני אדם וערכם כבני אנוש. דומני שבדרך כלל יש להימנע מלצעוד במדרון חלקלק זה, והמקרים החריגים והיוצאים מן הכלל ייקבעו, לאחר שיקול זהיר ועיון מרובים, בכל מקרה ומקרה לגופו" (בר"ע 698/86 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד מב(2) 661, פסקה 9 לפסק-דינו (1988)).

35. מאמירות מסוימות של העותרים משתמעת תמיכה שלהם בסחר באברים, ולכל הפחות באבריהם של מי שאינם תושבי מדינת ישראל (ראו למשל סעיפים 127 ו-141 לעתירה). זאת, תוך הבחנה כביכול בין השתלת אברים אשר "נגזלו" מאדם בכח הזרוע לבין אברים ש"נתרמו" על-ידו תמורת תשלום ובאופן מודע. אולם, עם כל ההבנה למצוקתם של העותרים, לא ניתן לקבל את הפרופוזיציה המוצעת על-ידם בעניין זה, שכן התפיסה המקובלת הינה כי אין לראות בסחר באברים עניין הנעשה מתוך מודעות או בחירה. זאת, בשל חשש כי התמורה משפיעה על הבחירה החופשית של התורם. יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט מ' חשין בפרשת גזבאן, שם נפסק:

"תכלית מוסרית-ערכית זו מדברת בעד עצמה, וייעודה הוא למנוע חשש כי מעוטי-יכולת יאלצו, למחייתם, למכור אברים מגופם לבעלי-יכולת; כי מעוטי-יכולת יהפכו להיותם ספקי-אברים לבעלי-יכולת" (בג"ץ 5785/03 גזבאן נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 29.10.03), בפסקה 13).

אכן, חוק השתלת אברים נועד למנוע מעורבות של ישראלים בסחר באברים, באשר הוא, בין בכפייה בין בתמורה, בין בארץ ובין בחו"ל. עוד נחזור ונדגיש כי העמדה, השוללת סחר באברים, מבוססת על תפיסה מוסרית יסודית ועל ליבת הערך של כבוד האדם, כזכות בלתי סחירה, ולא מדובר ב'חוסר נוחות' כביכול, כפי שששמע מסעיף 108 לעתירה.

36. לצד האיסור על סחר באברים, מסדיר חוק השתלת אברים את זכותו של תורם אבר (העומד בדרישות החוק) לקבל תשלום מקופת המדינה. ההסדר שנקבע בחוק בעניין זה נועד לשקף את ערכה החיובי של התרומה ולהסיר מכשול כלכלי, העומד בפני מי שהחליט לתרום אבר מחד גיסא, ולא להוות מניע כלכלי לתרומת אברים (ולמעשה – סחר פסול באברים), מאידך גיסא. בכך, מבטא החוק איזון ראוי בין מניעת התופעה השלילית של

סחר באברים לבין השאיפה לקידום התופעה הרצויה של תרומת אברים (השוו: עניין היימן, לעיל).

37. עוד נוסף ונציין כי רכיבי התשלום לתורם נקבעו לאחר דיונים ממושכים שנערכו בסוגיה זו בכנסת, והם מוגדרים בסעיף 22 לחוק, כ"פיצוי בשל ההפסד הכספי הנובע באופן סביר מהפעולות הכרוכות בנטילת אבר"; וכן, "החזר כספי בעד הוצאות שהוציא התורם". מכח סעיף זה ועל-פי הרכיבים המפורטים בו – הותקנו תקנות השתלת אברים (תשלום פיצוי והחזר כספי בעד הוצאות לתורם), התש"ע-2010. במסגרת התקנות נקבעה זכאותו של תורם אברים לתשלום ולהחזר כספי בתחומים שונים. התקנות נדונו ואושרו בישיבת ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת מיום 6.1.10, אשר בה השתתפו, בין היתר, יו"ר העותרת 1 ובא-כח העותרים (כנציג לשכת עורכי הדין).

38. לסיכום חלק זה: האיסור על סחר באברים, ובכלל זה קבלת אבר להשתלה בתמורה לתשלום, נועד להגן על ליבת זכותו של כל אדם לכבוד ולשלמות הגוף. איסור זה הוכר הן על-ידי המחוקק הישראלי; הן על-ידי מחוקקים במדינות רבות נוספות; הן במסגרת אמנת איסטנבול; והן בפסיקתו של בית משפט נכבד זה.

את הנורמות החלות ביחס להשתלות בישראל מוצדק להחיל גם על השתלת אברים בחו"ל

39. כאמור, סעיף 5 לחוק אוסר על נטילת אבר והשתלתו מחוץ לגבולות ישראל, כאשר המהלך מנוגד להוראות הדין במדינה, שבה מבוצעת ההשתלה (סעיף 15(1)); או במקרים העולים לכדי סחר באברים (ראו סעיף 25(2) לחוק). איסור זה מבוסס על תפישה עקרונית, כפי שהובהר, ולפיה סחר באברים מהווה תופעה פסולה, בין אם היא מתבצעת בגבולות מדינת ישראל ובין מחוצה לה.

40. ככלל, ההנחה הינה שאדם, אשר מסכים כי ייטלו מגופו אבר, בתמורה לכסף או שווה כסף, נפגע מפעולה זו באופן קשה ובלתי-הפיך, ואין נפקות לשאלה, האם מדובר בתושב ישראל או בתושב של מדינה אחרת. כדבריו של כב' השופט רובינשטיין בפרשת פלונת:

"במובן המוסרי והמשפטי כאחד, אין לראות מקום להתייחסות שונה להשתלה מן החי בחו"ל מאשר להשתלה מן החי בארץ, והרי אין כל הבדל מהותי... בבואנו לבחון את נושא ההשתלות מחו"ל, צריך שדברים אלה יעמדו לנגד עינינו ככל משפטם וחוקתם, שהרי כאמור – מה לי לעניין זה תרומה בארץ מה לי תרומה מחו"ל" (ראו פסקאות ט-י לפסק הדין).

41. יוזכר בהקשר זה כי המאבק בתופעה של סחר באברים מתנהל גם ברמה הבינלאומית, תוך שיתוף פעולה בין מדינות וגופים בינלאומיים; שכן, "תיירות השתלות" משמעה, הלכה למעשה, ביצוע השתלות במדינות "עניות" (על-פי רוב) לטובת מטופלים ממדינות "עשירות" (ראו המבוא לאמנת איסטנבול). על-מנת לשמור מפני תרומות אסורות, נדרש

אפוא כי כל מדינה תחסום בכלים העומדים לרשותה את "שותפותם" של תושביה בפעולות הסחר, ולכל הפחות תמנע את "שימונה" של תעשייה זאת בכספים, שמקורם למשל במערכות המבטחות, הציבוריות והפרטיות, באותה מדינה; ומכאן גם הצורך בשיתוף פעולה בינלאומי בסוגיה. פן נוסף בהיבט הבינלאומי, ענינו שיתוף פעולה בין מדינות לטובת העברת אברים (באופן שעומד בסטנדרטים הבינלאומיים). כך, לאחר שחתמה מדינת ישראל על אמנת איסטנבול, נפתחה הדרך לחתימה על הסכמים שונים, בין היתר מול ארגון יורטרנספלנט, אשר מאפשרים לתושבי ישראל לקבל אברים להשתלה מתורמים (ככלל, מתורמים שנפטרו), במקרים המתאימים לכך ועל-פי תנאים שהוגדרו.

42. העותרים טוענים כי אין אפשרות כיום בכלל לבצע השתלות בחו"ל ושהוראות סעיף 5 לחוק יוצרות "מחסום בלתי חדיר", אשר "אינו מאפשר בשום צורה לבצע השתלה מן החי בחו"ל" (ראו סעיפים 26-28 לעתירה; לעומת זאת, בסעיף 62 לעתירה מופיע נוסח מסויג יותר, ולפיו החוק סגר אפשרות זו "כמעט לחלוטין"). כך או כך, ככל שמדובר בהשתלה בחו"ל, הנעשית בהתאם להוראות החוק (קרי – בהתאם לדין באותה מדינה ותוך עמידה בהוראות החוק הישראלי האוסרות על סחר באברים), הרי שאין מניעה גם לקבל מימון בגינה; וככל שהוראות החוק אינן מתקיימות, הרי שלגישת המדינה מדובר בהשתלה בחו"ל המעוררת חשש לסחר באברים, אשר אין לבצעה, וממילא אף אין לממנה. ראו לעניין זה דבריו הקולעים של בית המשפט השלום, ולפיהם:

**"האם על בית המשפט לצאת מהנחה, כי בבירת קוסובו, בעיר פרישטינה קיימת איזושהי הוויה תרבותית, שלנכחה, רצונו הבסיסי של כל תושב הינו לתרום את אבריו לזרים? נראה לי, כי מי שטוען כי די באישור מבית חולים אנונימי, בקוסובו, בדבר חוקיותה כביכול של ההשתלה, ללא כל התייחסות למניעיו של התורם, כדי להרים את הנטל הראשוני לקיומה של השתלה מסוג זה, מבקש סוג של 'עצימת עיניים' מבית משפט זה. אינני סבורה, כי שופט, הנאמן למצפונו, יכול לחיות בשלום עם מהלך מסוג זה" (תא"ק (ת"א-יפו) 19884-01-10 ונונו נגד הפניקס (פורסם בנבו, 28.3.11)).**

43. העותרים מתייחסים בעתירתם לנתונים שונים, העולים לטענתם מדו"ח מבקר המדינה 62 כאמור ואשר מלמדים כביכול על ירידה בכמות ההשתלות של ישראלים. לעניין זה נשיב כי מלבד הקושי הטמון בעצם ההסתמכות על נתונים המופיעים בדו"ח מבקר המדינה (ראו והשוו: סעיף 30 לחוק מבקר המדינה, תשי"ח-1958) – קושי שהעותרים כלל אינם נותנים לו מענה בעתירתם; הרי, שמנתוני המרכז הלאומי להשתלות עולה כי בשנים האחרונות אמנם חלה ירידה בנסיעה של ישראלים להשתלות בחו"ל. אולם, במקביל לכך חלה עלייה בתרומות מתורמים חיים (בתוך המשפחה). נתונים אלה דווקא מלמדים על כך שהחוק מגשים את תכליתו: הוא מעודד תרומה אלטרואיסטית והוא מצמצם תרומות, אשר טמון בהן חשש לסחר באברים. יודגש בהקשר זה כי עד לחקיקת החוק הופיעה ישראל ברשימת המדינות הפעילות ב-"תיירות ההשתלות". כיום מהווה ישראל חברה מרכזית בוועדת המעקב ליישום הצהרת איסטנבול. זאת ועוד: בשנים 2011 ו-2012

חלה עלייה משמעותית בחותמים על כרטיס תורם "אדי". כך מממוצע שנתי של כ- 45 אלף חותמים חדשים בשנים 2009 ו-2010, עלה מספר התורמים לממוצע שנתי של כ-70 אלף בשנים 2011 ו-2012. נתונים אלה, אליבא דמרכז הלאומי להשתלות, מצביעים על כך שבקרב הציבור גוברת ההכרה בחשיבות של תרומת אברים ככלי להצלת חיי אדם (וראו והשוו גם סעיף 130 לעתירה), באופן התואם את תכליות החוק ואת הוראותיו.

44. לאור כל האמור בתת-פרק זה, עמדת המדינה הינה כי דרישות החוק בעניין השתלות המבוצעות בחו"ל הינן ראויות ונחוצות.

העותרים לא הוכיחו פגיעה בזכות חוקתית; ודאי לא פגיעה העומדת בניגוד לתנאי פסקת ההגבלה

45. בפרק המשפטי של עתירתם טוענים העותרים לפגיעה כביכול בזכויות חוקתיות לשוויון, לכבוד ולחיים. להלן נדון בקצרה בטענות אלה.

46. השלב הראשון בבחינה החוקתית הנהוגה בשיטת המשפט הישראלית נועד, כפי ששב והבהיר אך לאחרונה כב' הנשיא א' גרוניס, להגדיר את ההיקף המושגי של הזכות החוקתית הרלבנטית (ראו בג"ץ 2422/11 שטנגר נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 26.6.13)). בשלב הראשון כאמור נקבעים, אפוא, "גבולות הזכות החוקתית, וזאת, באמצעות פרשנותה של הזכות הרלוונטית ואיזונה אל מול זכויות אחרות. השלב השני בבחינה החוקתית ('פסקת ההגבלה') נועד לקבוע את מידת ההגנה על הזכות, ואת 'גבולות הגזרה' של המחוקק והמגבלות המוטלות עליו בבואו לפגוע בזכויות חוקתיות" (ראו שם, בפסקה 24 לפסק-דינו של הנשיא). השלב השלישי עניינו, כידוע, שלב התוצאה או הסעד.

47. טענת העותרים ביחס לזכות לשוויון מתבססת על כך שבעלי אמצעים כלכליים מסוגלים כביכול לממן השתלה בחו"ל באופן עצמאי ואילו חסרי אמצעים אינם מסוגלים לעשות כן. לגישת המדינה, אין בטיעון זה כדי לבסס טענה לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון. יודגש, כי החוק אינו מתיר לאף אדם לצאת לחו"ל ולבצע השתלת אבר תוך מתן תמורה לתורם (כלומר, תוך עקיפת האיסור על סחר באברים, כמוגדר בסעיף 3 לחוק). לפיכך, כלל אין מדובר בענייננו ביחס שונה כביכול לאנשים המצויים באותה "קבוצת שוויון" (השוו: 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא (3) 289 (1997); וראו גם דברי כב' הנשיא א' גרוניס מן הימים האחרונים בבג"ץ 5975/12 חטיבת מפיצי הסיגריות במכונות אוטומטיות נ' משרד הבריאות (ניתן ביום 3.7.13), בפסקה 13).

אמנם, הסנקציה הפלילית הקבועה בחוק מוטלת רק על מי שמעורב בקבלת תמורה או במתן תמורה עבור אדם אחר (שאינו קרובו מדרגה ראשונה), או על מתווך (ראו סעיף 36(א)(1)-(3) לחוק) – אולם, הבחנה זו כלל איננה הבחנה על רקע יכולת כלכלית. ההימנעות מהטלת סנקציה פלילית על תורם ונתרם משקפת תפיסה מוסרית, ולפיה לאור מצבם, אין לנקוט נגדם בסנקציה פלילית, גם אם פעלו בניגוד להוראות החוק (השוו:

מיקוד האיסור הפלילי בהקשר של זנות במי שעוסקים בסרסרות לזנות, ראו סעיפים 199 ואילך לחוק העונשין, התשל"ז-1977).

48. אין חולק כי בהקשרים רפואיים מסוימים (ולא רק בהם, כמובן) – עשויים להיות יתרונות לבעלי אמצעים כלכליים, אשר באפשרותם לממן לעצמם טיפולים יקרים ברחבי העולם. אולם עצם קיומה של אפשרות כזו אינו מורה על הפרת עקרון השוויון על-ידי המדינה, וודאי שלא על פגיעה בזכות החוקתית לשוויון (לדיון בפגיעה בשוויון ובפגיעה חוקתית בשוויון, ראו דברי כב' הנשיא בבג"ץ 5975/12 האמור, בפסקה 13; וכן בבג"ץ 2021/11 האמור, בפסקאות 17-18). ההסדר החוקי, המונע מימון טיפולים רפואיים בחו"ל, אשר אינם עומדים בהוראות החוק, לא בא להפלות לרעה את מי שידו אינה משגת לשאת בעלות הטיפול בעצמו, אלא להבטיח שהמדינה לא תמצא עצמה מקדמת סחר באברים. זוהי תכליתו של סעיף 5 לחוק, וברי כי אין לקבל את טענת העותרים, ולפיה החוק יוצר לכאורה "מסלול ייחודי המיועד לקהל בעל ממון ומאפשר לקהל זה בלבד להציל את חייו" (ראו סעיף 79 לעתירה).

49. גם את טענות העותרים, בעניין פגיעה כביכול בזכות לחיים או לכבוד סבורה המדינה כי אין לקבל. בפרשת פלונת הבהיר כב' השופט א' רובינשטיין כי "ספק אם ניתן לגזור זכות לטיפול או תרופה ספציפיים ישירות מחוק היסוד" (ראו בפסקה יד(4) לפסק הדין); ולמעשה בבסיס טענת העותרים מצויה הטענה, ולפיה עצם העובדה שהחוק מטיל מגבלות על האפשרות לקבל מימון בגין השתלות בחו"ל (אשר אינן עולות בקנה אחד עם סעיף 5 לחוק) מהווה כביכול פגיעה בזכויותיהם החוקתיות של העותרים. אולם – כפי שהיטיבה להבהיר כב' השופטת א' חיות – "בצד פיתוחן של הזכויות החוקתיות, ראוי להקפיד לא פחות על הגדרת גבולותיהן הראויים, לבל תתפרשנה כחובקות כל, ולבל תייבאנה אל תוכן עניינים שאינם צריכים לבוא בתחומיהן, והכל בגדרה של התכלית החוקתית" (בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (ניתן ביום 20.8.08), בפסקה 44 לפסק-דינה)); ואכן, לגישת המדינה אין לקבל את הטענה, כי בנסיבות המקרה דן הוכחה פגיעה בזכות חוקתית.

50. ניסיונם של העותרים להסתמך על פסק-דינו של בית המשפט הנכבד בפרשת בן ציון (כאמור לעיל, בסעיף 21) דינו להידחות אף הוא, שכן פסק הדין כלל איננו מבסס את הזכויות החוקתיות הנטענות. זאת ועוד: בבחינת היקף התפרשותן של הזכויות החוקתיות הנטענות, סבורה המדינה כי יש ליתן משקל לכך, שהזכות הנטענת לחיים או לכבוד של נתנם "לרכוש" אבר מתורם בחו"ל מתנגשת עם זכותו של ה"תורם" הזר לזכויות אלה ממש, וכן עם זכותו של ה"תורם" לאוטונומיה ולשלמות הגוף. לפיכך, יש לסווג את החוק דן כחוק שעניינו הגנה על זכויות יסוד של "תורמים"; ועניין זה תומך אף הוא במסקנה כי לא הוכחה פגיעה בזכויות חוקתיות של העותרים. ניתן להקיש לענייננו מדבריה של כב' השופטת ד' ברק-ארז, שנאמרו אך לאחרונה (לעניין תיקון שהתנה תשלום קצבאות ילדים בביצוע חיסונים), כדלקמן:

"מאחר שהתיקון נועד לקדם את ההגנה על בריאותם של ילדים במדינת ישראל, ראוי לראות בו לא רק אמצעי הפוגע בזכויות (בשם אינטרס ציבורי חשוב), כפי שטענו העותרים, אלא גם אמצעי אשר נועד לקדם זכויות באופן פוזיטיבי – במקרה זה, זכותם לבריאות של ילדים. הדברים משתלבים בתפיסתו הכללית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לפיה ההגנה על זכויות היסוד אינה מצומצמת רק להגנה שלילית עליהן מפני כוחו הפוגע של השלטון, אלא משתרעת גם על פני הגנה חיובית המשקפת את חובתו של השלטון לפעול באופן אקטיבי למען קידום ההגנה על זכויות יסוד... חקיקה המבקשת ליצור תמריצים לחיסון ילדים היא חקיקה שאינה נופלת רק לקטגוריה של חוקים המגבילים זכויות, אלא יש בה גם פן של קידום זכויות בכלל וזכויות ילדים בפרט." (ראו פסקה 36 לפסק-דין של כב' השופטת ברק-ארז בבג"ץ 7245/10 עדאלה נ' משרד הרווחה (ניתן ביום 4.6.13))

ודוק: בענייננו, הפגיעה בעותרים מתבטאת לכל היותר בפגיעה בפן הפוזיטיבי למימוש זכויותיהם הנטענות, היינו שלילת מימון לביצוע פרוצדורה רפואית חשובה עבורם. מן העבר השני, לעומת זאת, החוק מקדם את ההגנה על ליבת זכויותיהם של ה"תורמים" לבריאות ולשלמות הגוף.

51. גם אם נניח לטובת העותרים כי למרות כל האמור לעיל, הם הצליחו לבסס טענה בדבר פגיעה בזכויות חוקתיות, הרי שלגישת המדינה מדובר בפגיעה העומדת בדרישות פסקת ההגבלה. כך, כפי שעולה מכל האמור לעיל, הוראות החוק הולמות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. המגבלה על ביצוע השתלות בלתי מפוקחות בחו"ל נועדה לתכלית ראויה: מניעת מצב של סחר באברים, אשר כולל באופן אינהרנטי פגיעה חמורה בכבוד האדם, באוטונומיה שלו ובשלמות גופו, ואף מסכן את חייו. ההגבלה על ביצוע השתלות בחו"ל היא מידתית, שכן היא אינה כוללת איסור מוחלט, אלא רק דרישה לביצוע ההליך בצורה חוקית וללא תמורה (בהתאם לאיסור על סחר באברים, כאמור בסעיף 3 לחוק), ואין אמצעי חלופי, אשר יוכל להשיג את התכלית של מניעת סחר באברים בחו"ל, תוך פגיעה פחותה בחולים ישראלים, הזקוקים להשתלה.

52. ועוד נוסיף: החוק מטיל על רשויות המדינה (ובראשם המרכז הלאומי להשתלות, כמתואר לעיל) – לפעול "למיצוי האפשרויות להגדלת ההיקף של תרומת אברים ושל השתלת אברים בישראל" (השוו: סעיף 7 לחוק). זאת, בין היתר, באמצעות שיתוף פעולה עם מדינות וארגונים זרים ועריכת פעולות הסברה לעידוד תרומה חוקית של אברים (ראו סעיפים 8(4)-(5) לחוק). כמו כן, החוק קובע פיצוי למי שמסכים לתרום אבריו, כך שלא יסבול חסרון כיס עקב תרומתו (אך תוך זהירות, שלא ליצור תמריץ כלכלי לתרומה). ולבסוף, קיים בהתאם לחוק מנגנון, המעניק קדימות בתור להשתלה לאדם – שהוא או קרוב משפחתו מדרגה ראשונה – חתם על כרטיס תורם "אדי" (ראו: סעיף 9(ב)(4) לחוק; וכן, הנחיות ועדת ההיגוי למרכז להשתלות לפי חוק השתלת אברים, הנגישות ב-:

<http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/EF3D9055-295C-4152-89C3-ADADBCC0C5D8/26789/6216.pdf>

הערכתם של הגורמים המוסמכים הינה כי מבלי לגרוע מכך שיש מקום לפעולות רבות נוספות לשם התמודדות עם המחסור באברים להשתלה, הרי שהמגמה הקיימת כיום הינה חיובית והחוק פועל בכיוון הנכון להשגת יעדיו. כך או כך, ואף ללא תלות בנתונים אלה, ונוכח הערך המוסרי הגלום באיסור הסחר באברים ומיגורו, מתחייבת המסקנה כי עסקינן בהסדר חוקי מידתי וראוי, אשר על-אף המגבלות הקיימות בו בנוגע למימון השתלות בחו"ל (שנגדן יוצאים העותרים), איננו מקים כל עילה להתערבות של בית המשפט הנכבד.

53. ולסיכום נחזור ונזכיר את המובן מאליו, ולפיו בבוחנו אפשרות להתערב בחקיקה ראשית נוקט בית המשפט הנכבד בריסון מירבי (ראו למשל בג"ץ 3434/96 הופנונג ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד (3) 57 (1996)). כך, כפי שנפסק:


"בית המשפט העליון עמד לא פעם על הצורך לנהוג איפוק וריסון מרבי בהפעלת הסמכות להכריז על בטלותם של חוקים בשל היותם נוגדים את הוראות חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. "הכרזה על בטלותו של חוק או חלק ממנו היא עניין רציני. לא על נקלה יעשה כן השופט... בבטלו חקיקה ראשית, השופט מסכל את רצון המחוקק. הצידוק לכך הוא בכפיפותו של המחוקק להוראות חוקתיות-על-חוקיות, שהוא עצמו קבע... עם זאת, נדרשת לכך זהירות שיפוטית רבה" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, פס' 19 לפסק-הדין של הנשיא ברק (1997))" (בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 11.2.2010), פסקה 34 לפסק-דינו של כב' המשנה לנשיאה א' ריבלין).

54. נוכח כל האמור, ברי כי מקרה זה אינו נפל לגדר אותם מקרים נדירים, העשויים להצדיק התערבות של בית המשפט הנכבד בחקיקה ראשית. ממילא אף אין מקום לכך שבית המשפט הנכבד יקבע קריטריונים למימון השתלות המבוצעות בחו"ל, כפי שמבוקש, כסעד חלופי בעתירה. לפיכך, עם כל ההבנה למצבם המורכב של העותרים ולרצונם לעשות כל שביכולתם להתרפא; ותוך איחולי רפואה שלמה לכל הזקוקים להשתלת אבר, יתבקש בית המשפט הנכבד להורות על דחיית העתירה דנן.

55. תגובה זו מגובה בתצהיר מטעם ד"ר תמר אשכנזי, מנהלת המרכז הלאומי להשתלות.

היום, כ"ט תמוז תשע"ג

07 יולי 2013

  
נחל בן און  
סגן בכיר בפרקליטות המדינה



תצהיר

אני החיימ, פיהתני אשר מצהיר בזאת כלהלן:

1. אני משמש מנהל העיתון פלאווי להסלול

2. תצהירי זה ניתן לתמיכה בתגובת המדינה בבג"ץ 7739/12.

3. העובדות המפורטות בתגובה הן אמת למיטב ידיעתי ואמונתי.

4. זה שמי, זו חתימתי ותוכן תצהירי אמת.



אישור

אני החיימ, ג'ו' ס' / עו"ד, מאשר בזה כי ביום 4.7.13 הופיע בפני מר \_\_\_\_\_ המוכר לי אישית, ולאחר שהוזהרתיו כי עליו לומר את האמת, שאם לא יעשה כן יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, חתם בפני על תצהירו.

רות סרני עו"ד  
יועצת משפטית  
המרכז הרפואי תל-אביב