



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3148/18

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה (בדימי) ח' מלצר
כבוד השופטת י' וילנר

העותרים: 1. פלוני
2. פלוני
3. פלוני
4. פלוני
5. פלוני
6. פלוני
7. טרנסג'נדרים למען צדק חברתי
8. מעברים - שינוי בר קיימא לקהילה הטרנסית
9. האגודה לשמירת זכויות הפרט

נגד

המשיבים: 1. שר הפנים
2. רשות האוכלוסין וההגירה
3. הועדה הרב מקצועית לניתוחים לשינוי מין

התנגדות לעשיית הצו על תנאי לצו מוחלט

תאריכי הישיבות: א' באייר התשע"ט (06.05.2019)
ה' בניסן התשפ"א (18.03.2021)

בשם העותרים: עו"ד חגי קלעי; עו"ד דניאלה יעקובי

בשם המשיבים: עו"ד מוריה פרימן; עו"ד רן רוזנברג

פסק-דין

הנשיאה א' חיות:

עתירה זו ענינה באופן רישום מינם של גברים טרנסג'נדרים (שנולדו במין נקבה) במרשם האוכלוסין ובתעודת הלידה של ילדם, לאחר שעברו תהליך של הריון ולידה.

1. העותר 1 והעותר 4 הם גברים טרנסג'נדרים שנולדו במין נקבה ולא עברו הליך ניתוחי לשינוי איברי המין. העותר 1 שינה את רישום מינו במרשם האוכלוסין ל"זכר" בשנת 2009, והעותר 4 נרשם כ"זכר" במרשם האוכלוסין בעת עלייתו ארצה מרוסיה בשנת 2015, לאחר שהציג אישור מבית משפט ברוסיה בדבר שינוי מינו. לאחר השינוי המגדרי ולאחר רישומם כ"זכר", הביאו העותרים 1 ו-4 לעולם ילדים ביולוגיים בתהליך טבעי של הריון ולידה. ילדים אלו הם העותרים 3 ו-6 ואבותיהם הביולוגיים הם העותר 2 והעותר 5, בהתאמה. העותרות 7-9 הן עמותות ציבוריות הפועלות למען קידום זכויות הקהילה הטרנסית והלהט"בית.

כעולה מן העתירה, לאחר הלידה נדרשו העותרים 1 ו-4 למלא טופס הודעת לידה שבו נכללו השדות "אב" ו"אם" בלבד, כך שלא היה ביכולתם להתייחס לעצמם באופן שתואם למגדר שלהם, על פי תפישתם ועל פי הרישום במרשם האוכלוסין. בהמשך אף נוכחו העותרים 1 ו-4 לגלות כי מינם שונה במרשם האוכלוסין מ"זכר" ל"נקבה", וכך כי הם נרשמו כ"אם" ילדיהם בתעודת הלידה שהונפקה על בסיס הודעת הלידה.

2. על רקע זה הגישו העותרים 1-3 עתירה (כג"ץ 8391/16 פלוני נ' שר הפנים – להלן: העתירה הקודמת), שבמרכזה עמדה סוגיית רישומו במרשם האוכלוסין של טרנסג'נדר שעבר הריון ולידה. באותו הליך הציעו המשיבים, על דעת היועץ המשפטי לממשלה, מתווה לפיו טרנסג'נדר שחפץ כי רישומו כ"זכר" במרשם האוכלוסין לא ישתנה לאחר הלידה, יידרש לפנות טרם הלידה או בסמוך לאחריה לוועדה הרב-מקצועית לבחינת מתן אישור על שינוי מגדר ללא ניתוח (להלן: הוועדה הרב-מקצועית או הוועדה). ועדה זו פועלת בבית החולים תל השומר בהתאם לחוזר מס' 6/2020 של מינהל הרפואה במשרד הבריאות (שהחליף חוזר קודם מס' 17/2015), והיא מוסמכת להנפיק אישור המהווה תעודה ציבורית בדבר שינוי מין ללא ניתוח. לפי המתווה שהציעו המשיבים בעתירה הקודמת, ככל שהטרנסג'נדר יגיש פנייה כאמור לוועדה הרב-מקצועית, היא תבחן אם בעקבות ההיריון והלידה חל שינוי מגדרי – וככל שהתשובה שלילית יוסיף אותו אדם להופיע במרשם האוכלוסין כ"זכר". לעומת זאת, ככל שהיולד לא פנה לוועדה הרב-מקצועית, או שבעקבות פנייתו הגיעה הוועדה למסקנה כי ההיריון והלידה הביאו לשינוי מגדרי, ישונה מינו במרשם האוכלוסין ל"נקבה" על יסוד הודעת הלידה – שבה, כאמור, מופיעים השדות "אב" ו"אם" בלבד (פסקה 30 להודעת המשיבים במסגרת העתירה הקודמת מיום 6.7.2017; נספח 19 לעתירה דנן).

המשיבים הוסיפו והודיעו במסגרת העתירה הקודמת כי הם מסכימים לשינוי רישומו של העותר 1 במרשם האוכלוסין בחזרה ל"זכר". לפיכך, ניתן ביום 10.1.2018 פסק דין בעתירה הקודמת (השופטים נ' הנדל, ע' פוגלמן ומ' מזוז) שקבע כי העתירה מיצתה את עצמה וכי טענותיהם של העותרים במישור העקרוני שמורות להם.

להשלמת התמונה יצוין כי ביום 29.1.2018 פורסם נוהל מס' 2.6.0001 של רשות האוכלוסין וההגירה שכותרתו "נוהל שינוי/תיקון פרט רישום מין", ובו עוגן המתווה שהציעו המשיבים במסגרת העתירה הקודמת.

השתלשלות ההליכים בעתירה דנן

3. בעתירה שלפנינו, אשר הוגשה ביום 22.4.2018, ביקשו העותרים להורות כי מרגע שמינם של טרנסג'נדרים שונה במרשם האוכלוסין (כך שטרנסג'נדר נרשם כ"זכר" וטרנסג'נדרית כ"נקבה"), רישום המין שלהם לא ישונה ללא רצונם. עוד ביקשו העותרים, בין היתר, להורות על הנפקת טפסי הודעת לידה שבהם יופיעו השדות "אב" ו"אב" ועל בטלות המדיניות לפיה ההורה הטרנסג'נדר מצוין במינו המולד בתעודת הלידה של ילדו. במישור הפרטני ביקשו העותרים להורות על בטלות ההחלטה לשנות את רישום מינו של העותר 1 ל"נקבה" לפני ששונה בחזרה ל"זכר"; להורות על בטלות ההחלטה על שינוי רישום מינו של העותר 4 ל"נקבה"; ולהורות על הנפקת תעודות לידה לעותרים 3 ו-6 שבהן יופיעו העותרים 1 ו-4 כאבותיהם.

4. דיון מקדמי בעתירה התקיים ביום 6.5.2019, ובמהלכו התייחסו הצדדים, בין היתר, לפסק דין שניתן לאחר הגשתה שעסק ברישום של הורים בני אותו המין בתעודת הלידה של קטין שאומץ באימוץ מלא וסגור (בג"ץ 7344/17 פלוני נ' שר הפנים (12.12.2018)); השופטים נ' הנדל, מ' מזוז וג' קרא) (להלן: עניין פלוני). בעניין פלוני קיבל בית המשפט את עמדת העותרים והיועץ המשפטי לממשלה, לפיה יש לרשום בתעודת הלידה את שני הוריו המאמצים של היילוד, חלף הסתפקות בהורה אחד בלבד; ובאשר לאופן הרישום נקבע כי אין מקום להתערב בעמדת היועץ המשפטי לממשלה לפיה ההורים יירשמו כ"הורה" ו"הורה" (במקום כ"אב" ו"אב"). בתום הדיון המקדמי ובשים לב לסוגיות שעלו במהלכו, ניתנה למשיבים שהות להגיש תגובה משלימה מטעמם.

5. התגובה המשלימה מטעם המשיבים הוגשה ביום 13.8.2020, לאחר מספר אורכות שנתבקשו על ידם, ובמסגרתה עדכנו המשיבים כי לאחר בחינת הסוגיה הוחלט

על אימוץ מתווה לפיו טרנסג'נדר שעבר היריון ולידה, אשר מבקש להותיר את רישומו במרשם האוכלוסין כ"זכר" ושלא להירשם כ"אם" בתעודת הלידה, נדרש לפנות לוועדה הרב-מקצועית במהלך ההיריון או בסמוך לאחר הלידה. הוועדה תבחן את עניינו של היולד ותמסור את מסקנותיה במסמך המהווה תעודה ציבורית. ככל שייקבע כי לא חל שינוי מגדרי עקב ההיריון והלידה, רישום מינו של הטרנסג'נדר ייוותר כ"זכר" ותונפק תעודת לידה שבה יופיעו השדות "הורה" ו"הורה". אך אם לא תוגש פנייה במועד או שהוועדה תקבע כי חל שינוי מגדרי, היולד יירשם כ"נקבה" במרשם האוכלוסין וכ"אם" בתעודת הלידה (פסקה 14 לתגובה המשלימה). המשיבים הדגישו כי הכרעת הוועדה תהיה תקפה גם להריונות וללידות נוספים של אותו טרנסג'נדר בלא צורך בפניה נוספת, וכי גם אם רישום המין שלו שונה ל"נקבה" במרשם האוכלוסין "ניתן יהיה כמובן להמציא בהמשך אישור מתאים על שינוי מין עדכני" (שס, פסקאות 8-9). עוד הובהר כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, מתווה זה אינו כרוך בפגיעה בלתי-חוקתית בזכות לכבוד, נותן "מענה הולם ומידתי למכלול ההיבטים של הסוגיה" ואינו מקים עילה להתערבות שיפוטית (שס, פסקה 16).

אשר לעניינם הפרטני של העותרים – המשיבים עדכנו כי כיום העותר 1 והעותר 4 שניהם רשומים כ"זכר" במרשם האוכלוסין. זאת, לאחר שרישום מינו של העותר 1 שונה ביום 4.4.2017, בהתאם להסכמת המשיבים במסגרת העתירה הקודמת; ורישום מינו של העותר 4 שונה ביום 13.8.2019 בעקבות פנייתו לוועדה הרב-מקצועית יומיים קודם לכן, ותעודה ציבורית שהועברה לידי פקיד הרישום המעידה כי מינו הוא זכר. המשיבים הוסיפו וצינו כי לאחר בחינת הנושא על ידי היועץ המשפטי לממשלה, ונוכח העובדה שהעותרים "הובילו לשינוי פני הדין" בנושא והם רשומים מזה זמן מה כ"זכר" במרשם האוכלוסין, הוחלט כי יש להנפיק לעותרים 3 ו-6 תעודות לידה עם השדות "הורה" ו"הורה", חרף העובדה שהעותרים 1 ו-4 לא פעלו בהתאם למתווה הנזכר לעיל ולא פנו לוועדה הרב-מקצועית לפני הלידה או בסמוך לאחריה (שס, פסקה 15).

6. ביום 29.11.2020, לאחר שהעותרים השיבו לתגובת המשיבים, ניתן צו על תנאי המורה למשיבים להתייצב וליתן טעם –

"במצב בו ההורה שעבר היריון ולידה הוא טרנסג'נדר, מדוע לא יוחלפו השדות: 'שם האם' ו-'שם האב' בתעודת הלידה שניתנת ליילוד בהתאם לתוספת הראשונה לתקנות מרשם האוכלוסין (צורתן של תעודות לידה ופטירה), התשל"ג-1972 – בשדות: 'הורה' ו-'הורה' – אם נעשתה פנייה לוועדה הרב מקצועית לבחינת מתן אישור על שינוי מגדר ללא ניתוח, הפועלת בהתאם לחוזרי מינהל הרפואה של משרד הבריאות מס' 16/2014, מס' 17/2015 ומס'

6/2020 (להלן: הוועדה), בזמן ההיריון או בסמוך לאחר הלידה, וזאת גם במקרה שהוועדה קבעה שחל שינוי מין מ'זכר' ל'נקבה' עקב ההיריון, או הלידה, ומרשם האוכלוסין תוקן בהתאם".

הצו על תנאי שניתן תחם, אפוא, את גדר המחלוקת, כך שהשאלה היחידה הטעונה הכרעה בשלב זה היא – בהנחה שהטרנסג'נדר אכן פנה לוועדה הרב-מקצועית במועד, האם יש לרשמו כ"הורה" בתעודת הלידה רק אם הוועדה אישרה שלא התקיים שינוי מגדרי, או שמא יש לפעול כך ללא תלות בהכרעת הוועדה (כלומר, גם אם נקבע שהתקיים שינוי מגדרי והרישום במרשם האוכלוסין שונה ל"נקבה")?

טענות הצדדים

7. לטענת העותרים, הזכויות לשוויון, לכבוד ולאוטונומיה של טרנסג'נדרים כוללות גם את הזכות "ללשון פניה מכבדת ומתאימה", וזאת נוכח השאיפה לאפשר הכרה בזהותו של הפרט, וכן נוכח החשש שאי-הלימה בין זהותו המגדרית של אדם ובין אופן ההתייחסות אליו בתעודות רשמיות, תתייג אותו כ"חריג" ותחשוף אותו לסיכון מוגבר לאלימות ולאפליה. העותרים מדגישים בהקשר זה כי חוסר-התאמה בין המגדר והנראות של טרנסג'נדר ובין המין שמצוין בתעודת הלידה של ילדו, עלול לחייב את הטרנסג'נדר להיחשף ככזה בפני הגורמים שלהם מוצגת תעודה הלידה, ועלול להוביל לפגיעה בפרטיותו של הקטין ולמניעת שירותים שונים ממנו. חשש אחרון זה, כך העותרים, התממש בנוגע לעותר 4 ובנו – ונמנע מהם לנסוע יחד לרוסיה עקב אי-הלימה בין המסמכים הרשמיים בעניינו של העותר 4 (רישום כ"אם" העותר 6 בתעודת הלידה, לעומת רישום כ"זכר" בדרכון הרוסי שלו; פסקה 10 לעיקרי הטיעון). העותרים עומדים על כך שהמתווה שהציעו המשיבים מוביל לפגיעה בלתי-מידתית בזכויותיהם של טרנסג'נדרים, וזאת מבלי שהוצגה תכלית או הצדקה לכך; לשיטתם, בהשוואה למתווה זה, הפיכת הצו על תנאי למוחלט – דהיינו, הנפקת תעודת לידה עם השדות "הורה" ו"הורה" גם כשהוועדה קבעה שההיריון והלידה הובילו לשינוי מגדרי – היא האמצעי שפגיעתו בזכויותיהם של טרנסג'נדרים פחותה. העותרים מדגישים בהקשר זה כי תעודת הלידה לא נועדה להעיד על מינם של הורי היילוד אלא לספק פרטים על היילוד עצמו, כך שאין הכרח להשתמש בלשון ממוגדרת ("אב" ו"אם") לתיאור ההורים בתעודת הלידה. בנסיבות אלו, כך העותרים, אין בנמצא אינטרס ציבורי שמצדיק התייחסות לטרנסג'נדר בתעודת הלידה של ילדו באופן שאינו תואם את זהותו המגדרית.

בנוסף מעלים העותרים טענות במישור המנהלי, ובהן כי אין בסיס לכריכה בין שאלת שינוי הרישום במרשם האוכלוסין ובין שאלת הרישום הא-מגדרי בתעודת הלידה (פסקה 44 לעיקרי הטיעון). עוד נטען כי אף שעניינם הפרטני של העותרים 1 ו-4 בא על פתרונו, יש ליתן משקל לעובדה שהסוגיה שבמוקד העתירה – שינוי רישום מינם של טרנסג'נדרים שילדו, ללא הסכמתם – הייתה רלוונטית ביחס לעותרים בעת שהעתירה הוגשה. העותרים מוסיפים כי יש חשיבות בבירור העתירה "במבט צופה פני עתיד" נוכח השלכותיה על טרנסג'נדרים אחרים, וכי עם העותרים נמנים לא רק עותרים פרטניים אלא גם עותרות ציבוריות "התוקפות את המדיניות הפגומה עצמה".

8. המשיבים, מצדם, סבורים כי דין העתירה להידחות בשל היותה תיאורטית. זאת, שכן עניינם הפרטני של העותרים 1 ו-4 שונה מהנסיבות שפורטו בצו על תנאי, והוא ממילא בא על פתרונו משום שעותרים אלו נרשמו כ"זכר" במרשם האוכלוסין והמשיבים הסכימו להנפיק לילדיהם תעודות לידה עם השדות "הורה" ו"הורה". לגישת המשיבים, המקרה דנן אינו בא בגדר אותם מקרים חריגים שבהם קיימת הצדקה לדון בסוגיה תיאורטית, שכן אין מדובר בעניין שהוא קצר-מועד מטבעו עד כדי כך שעתירות שתוגשנה בנושא לעולם תהפוכנה לתיאורטיות. המשיבים מוסיפים וטוענים כי הסוגיה שבמוקד הצו על תנאי אינה נשענת על סכסוך קונקרטי בנוגע לטרנסג'נדר מסוים, וכי התרחיש שמתואר בצו על תנאי טרם התרחש בפועל, שכן "מעולם לא נדחתה פנייה של טרנסג'נדר לוועדה הרב מקצועית [...] אשר פנה בבקשה לקבוע כי מינו לא השתנה לאחר תהליך של הריון ולידה", והבקשה היחידה שהוגשה לוועדה בנושא – אושרה (פסקאות 5 ו-21 לכתב התשובה).

9. במהלך הדיון בהתנגדות שהתקיים ביום 18.3.2021 ציינה באת-כוח המשיבים כי "יש פה מחלוקת בין שר הפנים ובין היועץ המשפטי לממשלה" (עמ' 3 שורות 26-25 לפרוטוקול), וכן כי לעמדת המשיבים קבלת העתירה כרוכה ב"השלכות רוחב" שלא ניתן לצפות (עמ' 4 שורה 6 ועמ' 6 שורות 12-13 לפרוטוקול), אם כי דברים אחרונים אלה נטענו מבלי שהובהר מדוע לא ניתן היה לברר את השלכות הרוחב הללו בשלוש השנים שחלפו מאז הגשת העתירה, ולמצער בחודשים שחלפו בין הוצאת הצו על תנאי לדיון בהתנגדות. עוד טענו המשיבים כי יש להביא את הסוגיה בפני שר הפנים (עמ' 2 שורה 17 לפרוטוקול), וביקשו שהות נוספת על מנת שיתאפשר ליועץ המשפטי לממשלה ולשר הפנים "להיפגש ולהגיש הודעתם" (עמ' 5 שורות 21-22 לפרוטוקול).

10. ביום 28.4.2021 הגישו המשיבים הודעת עדכון נוספת, בה הובהר כי שר הפנים מתנגד באופן עקרוני לרישום השדות "הורה" ו"הורה" בתעודת הלידה; במילים אחרות,

לעמדתו מי שעבר היריון ולידה צריך להירשם כ"אם" היילוד גם אם פנה לוועדה הרב-מקצועית במהלך ההיריון או בסמוך לאחר הלידה. היועץ המשפטי לממשלה, מצדו, שב על העמדה שהובעה בכתב התשובה ולפיה יש לדחות את העתירה מכיוון שענייננו אינו נכלל בגדרי החריגים שבהם קיימת הצדקה לדון בסוגיה תיאורטית. היועץ המשפטי לממשלה מוסיף ומפנה למכתב מטעם הוועדה הרב-מקצועית משנת 2017 אשר הוגש בעתירה הקודמת, ובו ציינה הוועדה, בין היתר, כי "למיטב הבנתנו מגדר מבטא תחושה סובייקטיבית [...] אם גבר טרנסג'נדר נרשם בתעודת זהות כזכר לאחר הליך מסודר כזה או אחר, הרי שלדעתנו אין מקום לבטל את היותו גבר אם הוא בוחר להפסיק לקחת הורמונים ולקבל מחזור כל עוד הוא ממשיך לזהות עצמו כגבר" (נספח מש/1 לכתב התשובה). נוכח עמדה זו טוען היועץ המשפטי לממשלה כי "ספק אם מקרה כגון זה שתואר בצו-על-תנאי אכן יתרחש" (פסקה 4 להודעה המעדכנת), ולשיטתו אף אם מקרה שכזה יתרחש, דרך המלך להעלאת השגות בנושא היא הגשת עתירה לשינוי החלטת הוועדה הרב-מקצועית.

דיון והכרעה

11. על אף עמדתו של שר הפנים כפי שהובעה בהודעה המעדכנת מיום 28.4.2021, מטענותיהם בכתב ובעל-פה של המשיבים, הן בהליך דנן והן בעתירה הקודמת, עולה כי הם אינם חולקים על כך שקיימת אפשרות להנפיק תעודת לידה ובה רישום ניטרלי של הורי היילוד מבחינה מגדרית (קרי, עם השדות "הורה" ו"הורה") – בפרט כאשר אחד מהוריו של היילוד הוא טרנסג'נדר שעבר היריון ולידה, ובפועל כך אף נעשה בתעודות הלידה של העותרים 3 ו-6. השאלה העומדת להכרעה עתה, היא, אפוא, מצומצמת ועיקרה – אם ראוי להנפיק תעודה "א-מגדרית" מעין זו רק כאשר הוועדה הרב-מקצועית קבעה שלא חל שינוי במגדרו של הטרנסג'נדר היולד.

אקדים אחרית לראשית ואומר כי לשיטתי דין העתירה להתקבל, במובן זה שייקבע כי תעודת לידה עם השדות "הורה" ו"הורה" – במקום "שם האם" ו"שם האב" – תונפק בכל מקרה שבו טרנסג'נדר שעבר היריון ולידה פנה לוועדה הרב-מקצועית במהלך ההיריון או בסמוך לאחר הלידה, וזאת בין אם הוועדה קבעה שההיריון והלידה הובילו לשינוי מגדרי ובין אם לאו. אך טרם שאדרש לגוף הדברים, יש להכריע בטענת המשיבים בדבר אופייה התיאורטי של העתירה.

12. הכלל הנקוט עמנו הוא אכן כי אין מקום למתן פסק-דין בסוגיות אקדמיות. אך אין זה כלל כלל יעבור. כך למשל עשוי בית המשפט לדון בשאלה תיאורטית, בין היתר,

כשיש יסוד להניח כי היא תתעורר פעמים נוספות וכשהיא מעלה שאלה כללית שההכרעה בה עשויה להשפיע על מספר רב ובלתי-ידוע של אנשים (ראו, בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 249 (1999); בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד סד(3) 122, 145 (2011); יצחק זמיר "ביקורת שיפוטית בעניינים תיאורטיים" ספר סטיב אדלר 583, 595 (2016) (להלן: זמיר)).

כפי שציננו המשיבים, התרחיש שעומד במוקד הצו על תנאי ושאותו נועד המתווה לפתור – טרם התממש. עם זאת, מדובר במתווה שתחילתו בהצעה שהעלו המשיבים במסגרת העתירה הקודמת בשנת 2017, בנוגע לרישום במרשם האוכלוסין; והמשכו במתווה שעוסק ברישום בתעודת הלידה שהוצג בתגובה המשלימה מיום 13.8.2020, שהוגשה בעתירה דנן. ניתן, אפוא, להניח שבעתיד יתעוררו מקרים נוספים שבהם טרנסג'נדרים-יולדים יפנו בבקשה לשימור רישום מינם, כך שההכרעה בעתירה דנן עשויה להשפיע על חייהם של מספר לא מבוטל של טרנסג'נדרים (להערכות לפיהן בישראל חיים כיום כמאה וחמישים אלף איש ואישה המזדהים על הקשת הטרנסית, ראו: הצוות הבינמשרדי לקידום האוכלוסיה הטרנסית בישראל טרנס*פורמציה ממשלתית: דו"ח ביניים 12 (דצמבר 2020)). בנסיבות אלו, אני סבורה כי יש תועלת במתן הכרעה בעתירה כעת על מנת לחסוך את הצורך בהתדיינות עתידיות בנושא. יפים בהקשר זה דבריו של פרופ' י' זמיר:

"אכן, הפסיקה מלמדת כי לא פעם בית המשפט מוכן לדון בעתירה המבקשת [...] לפסול הנחיות מנהליות משום שנפל בהן פגם משפטי, כמו הפליה לא חוקית, וכל זאת גם אם העתירה אינה מעוגנת בעובדות של מקרה מסוים. כך לעתים משום שהעובדות של מקרה מסוים אין בהן כדי להבהיר את המצב המשפטי או לשנות את ההכרעה בשאלת החוקיות של חוק, תקנה או הנחיה, וכך לעתים גם משום שהתועלת לעותר או לציבור הטמונה בהכרעה כזאת, גם אם אינה צמודה לעובדות של מקרה מסוים, גוברת על השיקולים נגד הכרעה בעניין תאורטי" (זמיר, בעמ' 596-597).

13. לכך מתווספת העובדה שההליך דנן מתנהל מזה כשלוש שנים ואנו מצויים עתה בשלב שלאחר מתן צו על תנאי. בנסיבות העניין שלפנינו, התשומות שהושקעו בניהול ההליך מצדיקות אף הן הכרעה בעתירה, חרף העובדה שהסעד הפרטני שהתבקש בה אינו אקטואלי עוד לגבי העותרים הקונקרטיים (ראו והשוו: בג"ץ 1181/03 אוניברסיטת בר אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סד(3) 204, 233 (2011)).

14. לגופם של דברים, השאלה אם אי-תאימות בין זהותו המגדרית של אדם ובין ההתייחסויות אליו במסמכים רשמיים עולה כדי פגיעה בזכות חוקתית היא שאלה נכבדה, אך לשיטתי אין הכרח להכריע בה במסגרת העתירה דנן. כפי שפורט לעיל, לאורך ההליך כולו לא הציגו המשיבים כל נימוק מהותי התומך במתווה שהוצע על ידם בנוגע לסוגיה שבמוקד הדיון. כך, בכתב התשובה מטעמם ובהודעת העדכון מיום 28.4.2021 טענו המשיבים כי מדובר בסוגיה תיאורטית שאין מקום להכריע בה כעת; וגם בתגובתם המשלימה מיום 13.8.2020 הסתפקו המשיבים בטענה הלאקונית לפיה:

“עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי ההחלטות שהתקבלו [באשר למתווה הרישום במרשם האוכלוסין ובתעודת הלידה] נותנות מענה מאוזן, ראוי וסביר, אשר אינו מקים עילה להתערבות שיפוטית. בניגוד לנטען בעתירה, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי ההסדר הננקט בעניין רישום שינוי מין, וההסדר המוצע כעת בעניין אופן הרישום בתעודת הלידה, אינם מהווים פגיעה בלתי חוקתית בזכות לכבוד. אדרבא, ההסדרים האמורים מבקשים ליישם את הוראות חוק המרשם [חוק מרשם האוכלוסין, התשכ”ה-1965] ואת התקנות שהותקנו מכוחו, אשר כפי שהעותרים מציינים, בצדק, לא התייחסו למצב של הורה טרנסג'נדר, כך שתתקבל תוצאה פרקטית הנותנת מענה הולם ומידתי למכלול ההיבטים של הסוגיה” (פסקה 16).

הא ותו לא.

לשיטתי, העובדה שהמשיבים לא הציגו הצדקה מהותית לסירובם להפוך את הצו על תנאי למוחלט, אף שנטל השכנוע רובץ לפתחם, מצדיקה כשלעצמה את קבלת העתירה (ראו יצחק זמיר “ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק” משפט וממשל א 295, 304 (התשנ”ג); והשוו: בג”ץ 7647/16 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ’ שרת התרבות והספורט, פסקה 85 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ח’ מלצר (13.5.2020)).

15. בכך ניתן היה לסיים את הדיון בעתירה שלפנינו, אך בשל חשיבות העניין ראיתי לנכון להוסיף מספר הערות. המשיבים אינם חולקים, כאמור, על עצם האפשרות להנפיק תעודת לידה עם התייחסות א-מגדרית להורי היילוד – ובמסגרת עניין פלוני היועץ המשפטי לממשלה אף תמך בהנפקת תעודת לידה “א-מגדרית” מעין זו עבור ילדים שאומצו באימוץ מלא וסגור על ידי הורים בני אותו המין. פתרון זה אף עולה בקנה אחד עם המתווה שהציעו המשיבים במסגרת העתירה שלפנינו, ולפיו תעודה “א-מגדרית” תונפק בכל מקרה שבו ההורה הטרנסג'נדר קיבל את אישור הוועדה לכך שההיריון

והלידה לא הובילו לשינוי מגדרי. המשיבים אף ניאותו, כאמור, להנפיק לעותרים 3 ו-6 תעודות לידה "א-מגדריות" כאלה, למרות שהוריהם לא פנו לוועדה במועד. הנה כי כן, האפשרות להתייחס בתעודת הלידה להוריו של היילוד באופן א-מגדרי היא תלם שנחרש זה מכבר, והורים וילדים עוברים בו כיום. בנסיבות אלו, קשה להבין את חששם של המשיבים מפני "השלכות רוחב" כאלה ואחרות עקב מתן אפשרות כזו גם באותם מקרים שבהם הוועדה הרב-מקצועית קבעה שההיריון והלידה הובילו לשינוי מגדרו של הטרנסג'נדר היולד.

זאת ועוד: לגישתי יש ממש בטענת העותרים בדבר ההבדל הקיים בהקשר זה בין התכלית של מרשם האוכלוסין לזו של תעודת הלידה. בעוד מרשם האוכלוסין נועד לספק מידע על הפרט הרשום בו, תעודת הלידה נועדה לספק מידע על היילוד ולא על הזהות המגדרית של הוריו. על כן, התייחסות א-מגדרית להורה הטרנסג'נדר בתעודת הלידה של ילדו, אינה כרוכה בגריעה מאינטרס כלשהו. היא אף אינה יוצרת סתירה בין מסמכים רשמיים שונים – שכן סיווגו של הטרנסג'נדר כ"נקבה" במרשם האוכלוסין אינו סותר את סיווגו כ"הורה" בתעודת הלידה. לצד זאת, התייחסות א-מגדרית מיטיבה עם הטרנסג'נדר עצמו ומכירה בתפישתו לפיה זהותו המגדרית אינה תואמת את השדה "אם".

16. מכל הטעמים שפורטו לעיל, אציע לחבריי לקבל את העתירה במוכן זה שייקבע כי תעודת לידה עם השדות "הורה" ו"הורה" תונפק ליילוד בכל מקרה שבו הורה הטרנסג'נדר, אשר עבר את ההיריון והלידה, פנה לוועדה הרב-מקצועית במהלך ההיריון או בסמוך לאחר הלידה, וזאת ללא קשר להכרעתה של הוועדה בשאלת שינוי המגדר של הטרנסג'נדר. בשים לב למכלול נסיבות העניין, להתמשכות ההליכים ולכך שהמשיבים עצמם הכירו בעובדה שהעותרים הובילו לשינוי פני הדין בנושא (פסקה 15 לתגובה המשלימה מטעמם), אציע כי נחייב את המשיבים לשאת בהוצאות העותרים ובשכר-טרחת עורכי דינם בסך 7,500 ש"ח.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה (בדימ')

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות.

ניתן היום, כ"ג באייר התשפ"א (5.5.2021).

שופטת

המשנה לנשיאה (בדימ')

הנשיאה