

חלק חמישי

בתוך הקהילה פנימה

על צומת דרכים: מפגשה של הקהילה הטרנסית עם מערכת המשפט

מאת

עידו קטרי*

א. מבוא

הקהילה הטרנסית נמצאת כיום בצומת דרכים משפטי חשוב, משום שטרם מומשו באופן מלא במשפט הישראלי הזכות לשוויון והזכות לאוטונומיה של א/נשים טרנסים. ככל שרמת הנכונות של חברות הקהילה לעמוד על זכויותיהן עולה, כך גוברת הדרישה לעשות שימוש בחוק כדי להילחם בביטויים שונים של טרנספוביה.¹ מנגד, דיון משפטי חדשני ושינויים מנהליים דרמטיים שהתרחשו בעת האחרונה מבשרים גם הם על הזדמנויות לשינויים מרחיקי לכת, הנדונים בפרק זה.² שימוש בחוק לצורך שינוי חברתי הוא פרקטיקה נפוצה בקרב קבוצות מודרות, והוא שימש במאבקן של קבוצות מודרות כמו נשים, א/נשים לא לבנים, הומואים ולסביות וקבוצות נוספות. אימוץ הפרקטיקה הזאת אל תוך מאבקה של הקהילה הטרנסית עלול, לטענתי, לגבות ממנה גם מחיר כבד בשל העובדה שניסוח המאבק הטרנסי בשפה משפטית יחייב קביעת גבולות מותרים ואסורים למבעים מגדריים. בכך עלולה הפרקטיקה המשפטית להצר את החופש המגדרי בד בבד עם ניסיונה להרחיבו.³ המונח א/נשים טרנסים⁴ הוא מונח פוליטי שנועד לתאר מגוון פרטים, זהויות מגדריות ודרכי ביטוי מגדריות החורגים מהחלוקה החברתית המקובלת של תפקידי מגדר. אחד הרכיבים המרכזיים בתפיסה

* עורך דין, חוקר שונות מגדרית במשפט ותלמיד במסלול לדוקטורט באוניברסיטת טורונטו, מייסד-שותף של פרויקט גילה להעצמה טרנסית ועמותת טרנסג'נדרים למען צדק חברתי.

1 במונח "טרנס פוביה" כוונתי לשנאה, סלידה ופחד מא/נשים טרנסים או א/נשים שונים מגדרית הבא לידי ביטוי בהפליה, דחייה, זלזול, תוקפנות או אלימות כלפי א/נשים אלה וכלפי מצג מגדרי שאינו תואם את הנורמות החברתיות המקובלות.

2 דיון במפגש שבין המשפט לטרנסג'נדרים, ובפרט ביחס לשאלת הנישואים, הגם שנעשה במסגרת הבנה צרה של זהות טרנסג'נדרית כמעבר ממין אונתולוגי אחד למשנהו, נערך במאמר הבא: שמואל שמעוני "הכרה משפטית בשינוי מין" מחקרי משפט כח 311 (2012).

3 לדיון בעניין זה ראו עידו קטרי "לא עוברות, לא נחמדות – המאבק הטרנסי וטאקטיקות של משטור מגדרי בחוקי איסור הפליה" סקס אחר (אייל גרוס, עמליה זיו ורוי יוסף עורכים, טרם פורסם) (להלן: "קטרי" לא עוברות").

4 הגם שאני משתמש במינוח א/נשים טרנסים, בעצם השימוש במונח "מטרייה" יש סכנה של מחיקת המאבקים הפרטיקולריים של כל אדם או קבוצה עם שונותם המגדרית; מסען של נשים טרנסקסואליות אינו דומה למסעם של גברים ג'נדרקוויירים. בשל העובדה שאנו נמצאים בגדריו של השיח המשפטי הפשטה זו מתבקשת. ואולם, לא מתבקש מהניתוח לעיל שא/נשים טרנסים אינם רוצים או יכולים להזדהות

החברתית המקובלת היא חלוקה דיכוטומית לשני מינים מנוגדים, שמהם נגזרים שני מגדרים מנוגדים: גבר/זכר ואישה/נקבה. בהקשר זה, המונח "מין" מתייחס למין הנגזר מהביולוגיה, המונח "מגדר" מתייחס לתרגום החברתי-תרבותי של המין הביולוגי, והמצג המגדרי מתייחס לתוצר של ההתאמה שבין המין ובין המגדר כפי שהוא בא לידי ביטוי באופן חיצוני, קרי "נשיות" ו"גבריות".⁵

תפיסה זו הינה תפיסה אידאולוגית שמציבה כל התנהגות מינית ומגדרית ביחס לאידאל נורמטיבי של מיניות הטרוסקסואלית. החלוקה הדיכוטומית היא רכיב מובלע באידאולוגיה זו, משום שהטרוסקסואליות היא מיניות שבין גבר/זכר לאישה/נקבה. במערך החברתי המקובל יש הבדל מהותי בין נשים לגברים שמתבטא, לכאורה, בתכונותיהם וביכולותיהם. הבדל זה מוצג כטבעי, כלומר כקודם להבניות תרבותיות. זוהי מערכת ערכים מורכבת, שמקטלגת אותנו מרגע לידתנו (כבנים או בנות) ומלמדת אותנו לאורך חיינו את התפקידים שעלינו לגלם (נשיות או גבריות). החברה דורשת מכולנו להתאים את עצמנו לאחת משתי הקטגוריות, כלומר להיות נשים-נשיות-נקבות-טרוסקסואליות או גברים-גבריים-זכרים-טרוסקסואלים, ומענישה את מי שחורג מקטגוריות צרות אלו. אישה/נקבה/טרוסקסואלית עלולה להיות מופלית בשל מקומה הנחות בתוך אותו סדר דיכוטומי ואילו א/נשים טרנסים עלולים להיות מופלים משום שאינם מצליחים או רוצים להשתתף באותו מערך חברתי.⁶

למשפט תפקיד מכונן בשיח הפוליטי-חברתי, בין היתר באמצעות המשמעות שהוא מעניק לחוקים ולאופן שבו הוא מיישם אותם; פעולות אלה מגשרות בין משמעויות חברתיות מקובלות ובין השלכות נורמטיביות על חייהם של פרטים, זכויותיהם, חובותיהם וחופש הפעולה שלהם.⁷ המשפט מגדיר את מעמדם של השחקנים השונים בזירה המשפטית, בני האדם והמדינה, והוא המכונן את הפרקטיקות של חיי היום-יום שלהם בהקצאת כוחות וזכויות לאותם שחקנים והסדרת האופן שבו מיושמות הזכויות ומופעל הכוח. בכינון פרקטיקות אלו המשפט נוטל חלק מרכזי ביצירת המשמעות בחייהם של בני האדם.⁸

פנייה של הקהילה הטרנסית למערכת החוק מתבקשת, שכן לא זו בלבד שהמשפט עצמו משתמש במגדר, אלא הוא גם מכונן אותו בתור קטגוריה מנהלית⁹ שדרכה מנותבת הגישה לטובין החברתיים. במובנים רבים המשפט הוא אחד משדות השיח המרכזיים שבהם נעשה שימוש במגדר כמערכת שבה קיימת חלוקה דיכוטומית, לכאורה קדם-משפטית, בין נשים-נקבות לבין גברים-זכרים. המדינה משתמשת במין כקטגוריה מנהלית בכל תחומי החיים: בבתי הספר, בתי החולים, שוק התעסוקה, מערכות המיסוי, מערכת הרווחה, הביטוח הלאומי, מוסדות בריאות הנפש, במקלטים לדרי רחוב

גם כגברים או כנשים, כהומואים, לסביות או סטרייטים, אלא מדובר באנשים שהמכנה המשותף ביניהם היא שאיפתם להגדיר בעצמם את מגדרם/מינם/מיניותם בשונה מההגדרה שנכפתה עליהם בלידתם או נוסף עליה.

5 Candace West & Don H. Zimmerman, *Doing Gender*, 1 GENDER & Soc'Y 125 (1987)

6 קטרי "לא עוברות", לעיל ה"ש 3.

7 מנחם מאוטנר "המשפט הסמוי מן העין" משפט ותרבות 41, 42-45 (2008).

8 שם.

9 כוונתי במונח קטגוריה מנהלית המתורגם מן המונח האנגלי "Administrative Category" היא לקטגוריה אדמיניסטרטיבית הנמצאת בשימוש מוסדי תכוף, כגון דת ולאום, מצב משפחתי וכו'.

ונפגעי אלימות ועוד.¹⁰ בכל אחת מהזירות האלו ההכרה או אי-ההכרה הממסדית בזהותם של א/נשים כטרנסים עלולה למנוע מהם גישה למשאבים ולהזדמנויות ולחשוף אותם להפליה ואלימות כתוצאה של חשיפת השונות המגדרית שלהם (אאוטינג).

בית המשפט אינו שחקן תמים בכאן ליישם את החוק: באמצעות מתן משמעות לקטגוריות המשפטיות הוא אוכף את חוקי המגדר¹¹ שבהם משתמשת המדינה כדי לקטלג ולסווג את האוכלוסייה ולנתב את חלוקת ההזדמנויות והזכויות. ניתן לטעון כי חוקי המגדר נאכפים דה פקטו באמצעות פירוש הדין בהתבסס על השיח החברתי-הפוליטי המכונן את הקטגוריות המגדריות, ומשכך משטור מגדרי זה אינו מודע או מכוון. ואולם, אין בכך כדי לגרוע מהדרישה שבית המשפט יישא באחריות להשלכות הנובעות מפעולותיו. הקטלוג החוזר ונשנה מעצב את הגבולות המותרים של המגדר, כלומר גם את קיומן הבלעדי של שתי קטגוריות המוגדרות כהפכים וגם את המשמעות של השתייכות לאחת הקבוצות ושל החריגה מהן, ובמילים אחרות: משטור מגדרי. מערכת המשפט ממלאת "תפקיד כפול" ביחס לאוכלוסייה הטרנסית: היא משמרת את ההגדרות הדכאניות (גבר/זכר/גברי ואישה/נקבה/נשית) מחד, ומתיימרת להגן על הקהילה מהשלכותיהן המפלות מאידך. לדוגמה, חוקי איסור הפליה הם זירה מובהקת לקונפליקט זה שכן חוקים אלו מאפשרים לחברי הקהילה לעמוד על זכותם לשיוויון ולהגנה מפני אינדיבידואלים ומוסדות המפלים אותם, ומאידך חוקים אלו נשענים על אותן הגדרות דיכוטומיות של מין ומגדר המשקפות את המוסכמות החברתיות המפלות. על כן, ההגנה המוצעת לקהילה היא במידה רבה הגנה מדומיינת המשתרעת רק עד הגבול אותו בית המשפט מותח בין אי ציות מגדרי מותר ואסור.

דוגמה בולטת לתפקודו הכפול של המנגנון ניתן למצוא באופן שבו בית המשפט מדבר "בשני קולות" ביחס למעבר מגדרי בפסק הדין בפרשת אלקובי,¹² כפי שמנתח בהרחבה אייל גרוס בפרקו בספר זה.¹³ גרוס מבהיר כי בית המשפט נכון לדבר על זכותו של אדם לנהוג לפי הרגשתו הפנימית כל עוד התנהגות זו אינה פוגעת בסדר החברתי המיני המקובל. בית המשפט בעניין אלקובי מבקש להכיר בזכותו של אלקובי להגדרה עצמית, אולם הוא מוכן לעשות זאת במחיר של אשרור הסדר החברתי המקובל. עקב כך, ליכולתם או רצונם של א/נשים להתאים את עצמם לנורמות החברתיות של "נשיות" או "גבריות" יש משקל עצום בקביעת הנגישות שלהם לזכויות ולמשפט.¹⁴ טרנסים מופלים אפוא כיוון שאינם מציינים לנורמות מגדריות. כל עוד הגנת החוק מוענקת למי שמצליח להיות "כמו כולם", היא מדירה את מי שפגיע יותר להפליה על רקע שונות מגדרית. ככל שאתה "עובר" בהצלחה גדולה יותר,

DEAN SPADE, NORMAL LIFE: ADMINISTRATIVE VIOLENCE, CRITICAL TRANS POLITICS AND THE LIMITS OF LAW 122 (2011)

11 יובהר כי אין המדובר בחוקים הקובעים את מגדרו של אדם באופן ישיר, קרי חוקים המחייבים אדם להשתייך למגדר מסוים אלא לשורה של חוקים ותקנות המשתמשים בקטגוריית המין כפי שהיא מופיעה במרשם האוכלוסין ובכך כופים על אדם להשתייך למגדר כלשהו התואם את מינו הביולוגי (אלא אם זכה בהכרת המדינה בשינוי מינו) ולהצהיר על כך באופן פומבי כתנאי לקבלת נגישות לחוק.

12 ת"פ (מחוזי חי') 389/02 מדינת ישראל נ' אלקובי (פורסם בנבו, 7.9.2003).

13 אייל גרוס "טרנסג'נדרים והמשפט הפלילי: בצילה של האשמת ההתחזות" בספר זה (להלן: גרוס "טרנסג'נדרים והמשפט הפלילי").

14 .Dean Spade, *Resisting Medicine, Re/modeling Gender*, 18 BERKELEY WOMEN'S L.J 15, 28 (2003) על כך עמד גם ויטרבו. ראו הדי ויטרבו "לשון הרע" בספר זה.

הסיכוי שתסבול מהפליה בשל שונות מגדרית קטן יותר.¹⁵ במילים אחרות, כל עוד אין יודעים על מישהי שהיא אישה טרנסית, היא לא תופלה ככזו. היא עשויה לסבול מהפליה בתור אישה או בשל מוצאה או גילה, אבל היא תופלה בשל שונותה המגדרית רק כאשר תיודע שונותה זו. ידע זה יכול להגיע בשל מצג מגדרי "לא קוהרנטי", בשל חשיפה כפויה על ידי מסמכי זיהוי או בשל דרישה להצהיר על מין במסגרת מגוון נהלים מנהליים וחוזיים. כך, ההפליה כלפי טרנסים מתרחשת הן כלפי מי שיכול "לעבור", כלומר כלפי מי שהסביבה אינה מזהה אותו כטרנס, והן כלפי מי שאינו יכול או אינו רוצה לעשות כן.¹⁶

בפרק זה אסקור את עמדת החוק והפסיקה בשלוש זירות מרכזיות שבהן מתקיים מפגש בין זכויותיהם של א/נשים טרנסים לבין מערכת המשפט והחוק. אפתח בעקרונות התאורטיים הרלוונטיים לענייננו. לאחר מכן אדון בצורך בקשר בין עולם המשפט לעולם הרפואה בכל הנוגע להבנת הקהילה הטרנסית ולהסדרה משפטית הנוגעת לה. משם אמשיך לסקירה של שירותי הבריאות הייעודיים לקהילה הטרנסית, ובפרט של הנהלים הנוגעים לניתוחים לשינוי מין והדרכים שבהן המדינה מסדירה אותם ומבצעת אותם. כמו כן אדון בתעסוקה ובהפליה בשוק העבודה. לסיום, אבחן את הנהלים הנוגעים לקהילה במשרד הפנים ובמרשם האוכלוסין, שבהם מוכר ונקבע "המין המנהלי".

את המצב המשפטי בשלוש זירות אחרונות אלו אנתח בהתאם לרעיונות העומדים בבסיסה של התנועה הפוליטית הטרנסית ובראי התאוריה הקווירית. הניתוח המשפטי ייעשה גם מתוך קריאה צמודה של ארבעה טקסטים משפטיים חדשניים העוסקים בא/נשים טרנסים. הטקסט הראשון הוא חוות דעתו של השופט ג'ובראן, המצטרפת לדעת הרוב בפרשת פלוני(ת),¹⁷ הפסיקה הראשונה של בית המשפט העליון ביחס לטרנסיות. הטקסט השני הוא פסק דינה של אב"ד השופטת איצקוביץ בפרשת משל.¹⁸ הטקסט השלישי הוא חוות דעתה של נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה "הפליה מחמת זהות מגדרית בפיטורין מהעבודה".¹⁹ כמו כן, אתייחס בקצרה לקביעתו של בית הדין הארצי לעבודה, שניתנה במסגרת הערעור בפרשת משל, כי הפליה בשל זהות מגדר היא הפליה מחמת מין בפרשת המרכז לטכנולוגיה חינוכית.²⁰ שלושת הטקסטים הראשונים אינם תקדימים מחייבים משפטית מסיבות שונות, אך לטענתי יש בהם כדי ללמד על האפשרויות הקיימות למימוש הזכות לאוטונומיה ולהגדרה עצמית של א/נשים טרנסים כפי שהחלה להתגבש בפסיקת בית הדין הארצי לעבודה. בהיעדר גוף פסיקה משמעותי בנושא ומאחר שהשאלות המרכזיות בנושא טרם הוכרעו, הניתוח המוצע הנו נורמטיבי באופיו. מתוארות בו הפרקטיקות הקיימות, אך גם מוצעת הבנה חדשה להגנה על שונות מגדרית במסגרת אותן פרקטיקות משפטיות-מנהליות שייסקרו להלן.

15 לטיעון דומה ראו קטרין מקינן "שוני ושליטה: על אפליה מינית" פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה 23 (דפנה ברק-ארו עורכת, עידית שורר מתרגמת, 2005).

16 סוגיה זו משיקה לשאלות רחבות יותר של הגדרת המונח שוויון, אליהם מתייחסים, בין היתר, זעירא ומדינה; ראו יותם זעירא וברק מדינה "לא שווים לבד: נטייה מינית, זהות מגדרית והזכות לשוויון" בספר זה.

17 ע"פ 5833/12 פלוני(ת) נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.9.2013) (להלן: פרשת פלוני(ת)).

18 ס"ע (אזורי ת"א) 791-06-13 משל נ' המרכז לטכנולוגיה חינוכית בע"מ (פורסם בנבו, 13.5.2014).

19 "הפליה מחמת זהות מגדרית בפיטורין מהעבודה" (חוות דעת של נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, 28.8.2013) (להלן: חו"ד הנציבות).

20 ע"ע 23372-06-14 המרכז לטכנולוגיה חינוכית בע"מ נ' משל (פורסם בנבו, 2.6.2015).

ב. רקע תאורטי

בניתוח זכויותיה המשפטיות של הקהילה הטרנסית נבחנות הסוגיות הרלוונטיות בהשראת התאוריה הקווירית.²¹ תפיסות ביקורתיות של מגדר, כפי שהן באות לידי ביטוי בעבודתם של פוקו ובאטלר, הן הבסיס להבנה מורכבת יותר של הזהות הטרנסית ולדרישת הקהילה הטרנסית לגישה למשאבים ולהזדמנויות. בהמשך לעבודתו של פוקו, המבקר את האופן שבו השיח הרפואי מבנה את ה"סטייה" מן ה"מיניות הבריא" כדרך לסמן את ההתנהגות המגדרית המותרת ולמשטר את הפרטים בחברה,²² באטלר מערערת על הנחת הקיום הקדם-שיחני של קטגוריית המין עצמה.²³ לטענתה, אין בנמצא גוף אונטולוגי-ביולוגי שלתוכו אנו יוצקים את המשמעות החיצונית של המגדר (לבוש, תספורת, חיתוך דיבור), אלא הקיום של הגוף הביולוגי הוא מצג חברתי לכשעצמו.²⁴ באטלר טוענת לקיומם של שלושה רבדים: המין הקודם לשיח, המגדר והמצג המגדרי.²⁵ כאשר אנו רואים אישה ברחוב, לבושה בבגדים "נשיים" ומסופרת בתספורת "נשית", אנו מזהים את המצג המגדרי הנשי, לפיכך מסיקים שהיא אישה ושהמצג המגדרי משקף את המין הביולוגי, אך הנחות אלו הן דדוקציה המבוססת על עקרונות חברתיים. כדי להנכיח את השקריות של הדדוקציה החברתית באטלר מפנה את המבט אל מופע ה"דראג".²⁶ במופע הדראג אנו רואים זכר ביולוגי העורך מצג מגדרי של אישה, ולפיכך אנו מזהים אותו כ"חיקוי". בפועל ההבדל בין מופע הדראג לבין מצגים מגדריים "מקוריים" הוא בדיוק בידע הנוסף שיש לצופה בנוגע למופע הדראג והוא שאין קורלציה בין המין ובין המופע המגדרי.²⁷ מזאת אנו יכולים ללמוד שהדראג אינו מצג של נשיות אלא מצג של מצג של נשיות.²⁸ במילים אחרות, הדראג אינו מצג מגדרי של מין ביולוגי, אלא הוא מצג מגדרי של מצג מגדרי, הוא אינו מחקה את הביולוגיה אלא את אותם סממנים חיצוניים שאנחנו מזהים כנשיות: הבגדים, האיפור, השיער, הדיבור וכו'. לפיכך לא קיימת סיטואציה של מצג "מקורי". כאמור, ההבדל בין מופע הדראג לכל מצג מגדרי ביום-יום הוא שבמופע הדראג אנחנו יודעים מראש שמדובר בחיקוי, ואילו בכל מצג מגדרי אחר החיקוי מוסווה. לטענתה של באטלר, אנו תמיד מתבוננים במצגים מגדריים של מצגים מגדריים, ומכאן מסיקים בנוגע ל"מינו הביולוגי" של אדם, אך לאמתו של דבר אף לא אחד מאותם מצגים הוא תוצר "טבעי" של המין הביולוגי.²⁹ אין אפוא משמעות עצמאית לקיומו של מין ביולוגי מחוץ למצג המגדרי כי אין לנו הוכחה (כצופים מהצד) לקיומו של מין ביולוגי, מלבד המצג עצמו.³⁰

21 ראו אייל גרוס ועמליה זיו "בין תיאוריה לפוליטיקה: לימודים הומו לסביים ותיאוריה קווירית" מעבר למיניות – מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית 9 (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, 2003).

22 ראו מישל פוקו תולדות המיניות – הרצון לדעת (גבריאל אש מתרגם, 1996).

23 ג'ודית באטלר "צרות של מגדר" מכאן ב 202, 206 (2001) (להלן: באטלר "צרות של מגדר").

24 שם, בעמ' 208.

25 שם, בעמ' 209.

26 שם, בעמ' 210.

27 שם.

28 שם, בעמ' 210.

29 שם, בעמ' 209.

30 כשאנחנו רואים אישה ברחוב איננו יכולים לדעת מה הכרומוזומים שלה או איך נראה איבר המין שלה; אנחנו מסיקים מכך שהיא לובשת שמלה שיש לה סוג מסוים של כרומוזומים או איבר מין, אבל אין לנו

בהמשך לכך מנגנון החלוקה הדיכוטומי בין המינים הוא מנגנון חברתי, והשיח המדעי, שלמעשה זר לו, מנציח לכאורה את קיומו הטרנס-שיחני.³¹ אין זה פלא שלא קיימת כל הסכמה מדעית בנוגע לנסיבות היווצרותה של ה"הפרעה" הטרנסית,³² שהרי הטרנסיות היא בעצם קריאת תיגר על המעמד הקדם-שיחני של קטגוריית המין, שהיא כאמור קטגוריה חברתית ולא מדעית.³³ המגדר הוא אפוא מצג מפני שהוא מכונן אמת שהמצג עצמו מבטא לכאורה, ואין הוא הופעה שסובייקט בוחר לבצע.³⁴ באטלר מצינת שאף על פי שהמצג המגדרי הוא "חיקוי", אין פירוש הדבר שזהו תפקיד שניתן ללבוש או לפשוט כרצונך.³⁵ מאחורי החיקוי אין סובייקט בעל רצון היכול להחליט איזה מגדר יאמץ ברגע נתון. לאמתו של דבר, עצם האפשרות להיות סובייקט מותנית בקיומו של הליך אינסופי של חיקוי המצג המגדרי תוך היצמדות לנורמות ההטרנסקסואליות.³⁶ לדברי באטלר, הדרה של טרנסים ממשאבים והזדמנויות הוא המחיר שהם משלמים על החריגה שלהם מאותו הליך של חיקוי, שכן בהיעדר מגדר "קוהרנטי"³⁷ הם נתפסים כ"סובייקטים" פחות, כמי שאינם ראויים לאותו יחס שזוכים לו מי שאינם טרנסים, אבל הדבר נכון לא רק בנוגע לא/נשים טרנסים, אלא לכלל האוכלוסייה.³⁸ החיקוי האינסופי של המצג המגדרי הוא שמייצר את הזהות המגדרית האחידה לכאורה.³⁹ אנו, כפרטים בחברה, עסוקים כל הזמן בייצור מחדש של המצג המגדרי שלנו. זהו מאמץ תמידי של הימנעות מהתנהגויות חריגות של "נשיות" או "גבריות" על מנת לייצר מצג "אוטנטי" לכאורה של הזהות המעניקה לנו מקום כסובייקטים בחברה.⁴⁰ יובהר בהקשר זה שאין הכוונה שלאנשים טרנסים ולא טרנסים אין זהויות שיכולות לנבוע מאמת פנימית, אלא שהזכות לקבוע את תוכנה ואת גבולותיה של זהות מסוימת צריכה להיות שמורה לאותו פרט ולא לגרור אחריה מחירים חברתיים כבדים.

שום הוכחה לכך. אם אנחנו מבחינים באלמנטים ביולוגיים כלשהם, הרי אלו סממני המין המשניים (כגון שיער פנים), אשר אכן ניתנים לשינוי באופן בלתי מסובך יחסית (למשל באמצעות נטילת הורמונים או הסרת שיער).

שם, בעמ' 215.

Andrew N. Sharpe, Transgender Jurisprudence – Dysphoric Bodies of Law 17, 31 (2002).

אין בדבריי כדי לטעון שלא/נשים יש זהות "אמתית" פחות מזהותם של מי שאיננו טרנס, אלא שהטרנסיות מבקשת לזוז בין קטגוריות שהן לכאורה מנוגדות ובלתי עבירות משום שהן "טבעיות", אך בעצם הבקשה למעבר יש חשיפה לכך שה"טבעיות" של הקטגוריה היא רעיון "חברתי" לא פחות מהרצון לעבור.

ג'ודית בטלר "חיקוי ומרי מגדרי" מעבר למיניות מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית 329, 339 (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, 2003) (להלן: באטלר "חיקוי ומרי").

שם, בעמ' 336.

שם, בעמ' 338.

כלומר מתקיים בו החיבור שבין זכר-גבר-גברי או נקבה-אישה-נשית.

הביטוי "בנים אינם בוכים" הוא דוגמה לכך, שכן משתמע ממנו שמי שבוכה אינו בן, כלומר מי שאינו מציית לכלל המגדרי שאוסר על בנים להביע רגשות חולשה אינו ראוי להיכלל בקטגוריית הזהות הזו, אך הוא אינו הופך להיות בת (ולטעון כך זה עלבון בפני עצמו עבור הילד) אלא הוא פחות אדם, פחות סובייקט.

באטלר "חיקוי ומרי", לעיל ה"ש 34, בעמ' 339.

שם. את הפרקטיקה הזאת כל ילד לומד מגיל ינקות באמצעות סטריאוטיפים מגדריים על מי הוא אמור להיות, במה הוא אמור לשחק ועם מי הוא אמור להתחבר.

כאשר החוק והמשפט עוסקים ב"מין" קטגוריה חוקית-מנהלית, כוונתם ל"מין משפטי".⁴¹ מגדר איננו רק ייצוג של שפה או הנחות תרבותיות בנוגע למין ביולוגי, הוא גם מבנה מנהלי לרגולציה של הבדלים מיניים באתרים שבהם הוא מתבסס על חלוקה דיכוטומית בין שני מינים.⁴² לטענתי ובהמשך לעקרונות התאורטיים לעיל, גם קטגוריית המין אינה משקפת מין ביולוגי שלתוכו נוצקות משמעות משפטיות, אלא המשמעות המשפטיות הן שיוצקות תוכן למין ולמגדר בזירה המשפטית. לקטגוריית המין המשפטית יש משמעות רק בהקשר של המצג המגדרי, כלומר קטגוריית המין המשפטית, גם כשהיא מופעלת ביחס לא/נשים טרנסים וגם שהיא מופעלת ביחס לא/נשים שאינם טרנסים, אינה שיקוף של מין ביולוגי אלא של "מין משפטי", שנטען במשמעות רק ביחס למצג מגדרי. כדי להדגים את הטענה אבחן טענת הפליה מטעמי מין: אישה אינה מועסקת בשל היותה אישה, ובית המשפט פוסק שהייתה כאן הפליה אסורה בקבלה לעבודה. במילים אחרות, אי-העסקה בשל הסיבה "אישה" היא עבירה על האיסור להפלות על בסיס מין, דהיינו עוברת היותה של הסובייקט אישה אינה בסיס רלוונטי לאבחנה. אם כן, בסיטואציה משפטית זו יש זהות בין "מין" ובין "מגדר". העין המפלה מזהה, לכאורה, את המצג המגדרי ומסיקה שהסובייקט הוא אישה והמצג המגדרי משקף מין ביולוגי. חרף זאת, דה פקטו, העין המפלה רואה אך ורק את המצג המגדרי של נשיות, שהוא כאמור מצג של מצג, שהרי העין המפלה אינה יכולה להבחין ב"ביולוגיה" או ב"אונטולוגיה" של המין של הסובייקט אלא באמצעות הסימנים שמייצר המצג עצמו.⁴³ כך, הסובייקט מכונן כל הזמן את זהותו על ידי סימונו כנשי – בלבוש, בדיבור, בתספורת, בחיתוך הדיבור, בתפיסת המרחב וכו'.⁴⁴ סממנים חיצוניים אלו הם הסימונים היחידים שהעין המפלה יכולה להבחין בהם, ולכן כאשר היא מבחינה בסובייקט, אין היא יכולה לזהות דבר מלבד כל המצגים הנשיים הקודמים שלמדה לזהות. מניחות זה עולה שאם "אישה" היא קטגוריה מוגנת על ידי איסור להפליה מטעמי מין, הרי שהאיסור הוא על הבחנה הנסמכת על מצג מגדרי, כי בכל מקום שבו העין המפלה מבחינה על בסיס מצגים מגדריים, היא פועלת בניגוד לחוק.⁴⁵

בד בבד עם הופעתם בשדה האקדמי של רעיונות תאורטיים אלה צמחה גם התנועה הפוליטית הטרנסית. לאורך השנים התרכז מאבקה של הקהילה הטרנסית בהתנגדות לנרטיב הרפואי הרואה בטרנסקסואליות פתולוגיה הדורשת תיקון. על פי השיח הרפואי, הסובייקט הטרנסית הוא סובייקט שנולד בגוף ה"לא נכון", ועל כן רק התערבות רפואית יכולה להבטיח "תיקון" של הסטייה המגדרית.

41 אין מדובר בחוקים הקובעים במישרין את מגדרו של אדם אלא בשורה של הסדרים חוקיים היוצקים משמעות לקטגוריות המין המשפטיות על ידי שימוש בקטגוריות האלו ככלי לאבחנות שונות בין פרטים ומחייבים דה פקטו התאמה בין מין ביולוגי למגדר.

42 2 THE TRANSGENDER STUDIES READER 8 (Susan Stryker & Aren Z. Aizura eds., 2013)

43 באטלר "צרות של מגדר", לעיל ה"ש 23, בעמ' 208.

44 באטלר "חיקוי ומרי", לעיל ה"ש 34, בעמ' 342.

45 מהדברים עולה כי אין צורך בשינוי החוקים האוסרים ממילא על הפליה מטעמי מין על מנת להגן על א/נשים טרנסים. עם זאת ראוי להזכיר כי על שולחן הכנסת מונחת הצעת חוק פ/1741/19, הצעת חוק הפרשנות (תיקון – הגדרת הפליה על רקע זהות מגדרית או נטייה מינית), התשע"ד–2013, שלפיה "בכל מקום בספר החוקים ותקנות המינהל שבו יש התייחסות לאיסור הפליה, יתווסף האיסור על הפליה מנימוקים של נטייה מינית או זהות מגדרית" (שם, דברי ההסבר). הצעת החוק, שהוגשה ביום 21.10.2013, קיבלה את אישורה של ועדת השרים לענייני חקיקה (החלטה חק/525 מיום 15.12.2013).
(www.pmo.gov.il/Secretary/GovDecisions/2013/Pages/des1085.aspx)

השיח הרפואי משתמש מטבעו במונחים של מחלה ותרופה. במסגרת שיח זה הטרנסיות היא מחלה שהתרופה לה היא סדרה של טיפולים (הורמונליים, כירורגיים, פסיכולוגיים) שמטרתם להחזיר את "החולה" למרחב ה"נורמלי", לגדרי הנורמות החברתיות המקובלות.⁴⁶ בתפיסה הרפואית הרואה בטרנסיות מחלה שיש לרפא מגולמת ההנחה שאדם שונה מגדרית אינו יכול לקבל החלטות רציונליות אוטונומיות על גופו, ועל הרפואה לשמש כ"שומרת הסף" שתחליט למי לאשר מעבר מגדרי ועל מי לאסור.⁴⁷ השיח הרפואי מאלץ א/נשים טרנסים להיצמד לנרטיב חיים צר, שאינו משקף את מגוון החוויות שלהם ומורכבותן. הדבר נובע מכך שהממסד הרפואי, כמוסד המבוסס לכאורה על מדע אובייקטיבי, זקוק לפרוטוקולים מוגדרים כדי לזכות בסמכות לערוך אבחנות המקנות לפרטים גישה לפרוצדורות הרפואיות שהם מבקשים לעבור ולהצדיק את תפקידו כ"שומר סף". השיח המשפטי בנושא נשען ומושפע לעתים קרובות מהשיח הרפואי בנושא. לעומת זאת, התנועה הטרנסית מבקשת לטעון להרמוניה המתקיימת דווקא מחוץ לספרות המשפטיות והרפואיות. אם ברצוננו לראות במגדר שדה לרפורמות פוליטיות ומשפטיות, איננו יכולים לבחון אותו בפרספקטיבות מהותניות ודיכוטומיות.⁴⁸ הצגת המגדר ככוח רגולטיבי חברתי ולא כביטוי חברתי של היבטים מהותניים בחוויה האנושית מאפשרת הטלת ספק בתפיסת הזהות הטרנסית כהפרעה, זאת על ידי הנכחת הנורמות החברתיות השופטות אותה כסטייה ביחס למין, המעוגן בבילוגיה.⁴⁹

התאוריה הביקורתית מראה כי לא רק הקהילה הטרנסית סובלת מהאיסור החברתי על שונות מגדרית אלא גם כל מי שכפוף לאותן נורמות חברתיות. כך, ההפליה שממנה סובלים א/נשים טרנסים מכוונת כנגד כל מי שסוטה מן המערכת האידאולוגית המציבה כל התנהגות מינית ומגדרית ביחס לאידאל נורמטיבי של מיניות הטרנסקסואלית, כגון נשים שאינן נשיות בהופעתן או גברים שאינם גבריים. קבוצה נוספת הסובלת מדפוס הדרה זה הנה א/נשים אינטרסקס, שעליהם נכתבים ניתוחים שתכליתם לשייך את האדם לזהות מינית ומגדרית ברורה ויציבה.⁵⁰ עקב כך קשה מאוד להבחין בין הפליה מחמת זהות מגדרית להפליה מחמת נטייה מינית, משום ששתיהן נובעות מאותם תכתיבים ביחס לקביעה מה הם גברים ונשים ואיך הם צריכים להתנהג.⁵¹ בהקשר זה ראוי לציין שגם הומוסקסואליות, לסביות וביסקסואליות מערערות על הסדר ההטרנסקסואלי בכך שהן זהויות המאפשרות את קיומם של פרטים ותשוקות מחוץ להפרדה הדיכוטומית בין נשים-הטרנסקסואליות-נשיות לגברים-הטרנסקסואלים-גבריים ולהפך. במובן זה, השימוש במילה "הומו" כקריאת גנאי מתפקד באופן דומה לשאלה "את בן או בת?"; שניהם נועדו לסמן את החריגה מכללי המגדר ולמסטר את מי שעובר

46 עוד על האופן שבו השיח הרפואי בנוי ומכתיב את האופן שבו טרנסים תופסים את עצמם ראו בהמשך הפרק בחלק העוסק בהליכים רפואיים ייעודיים.

47 יעל סיני ועדה תקבע אם אני גבר או אישה? 9–11 (עבודת גמר לתואר מוסמך, אוניברסיטת תל אביב – הפקולטה למדעי החברה, 2013).

48 Judith Halberstam, *Transgender Butch: Buth/FTM Border Wars and the Masculine Continuum*, 4 GLQ: J. LESBIAN & GAY STUD. 287, 291–292 (1998).

49 שם, בעמ' 304–307.

50 ראו שגית מור, מעין סודאי ואור שי "דין זה שאינו אחד: על א/נשים אינטרסקס והמשפט הישראלי" בספר זה (להלן: מור, סודאי ושי "על א/נשים אינטרסקס").

51 Shannon Price Minter, *Do Transsexuals Dream of Gay Rights? Getting Real About Transgender Inclusion*, in TRANSGENDER RIGHT 141 (Paisley Currah et al. eds., 2006).

עליהם. לסביות והומואים מופלים כאשר הזהויות שלהם מסמנות, מנקודות המבט של הנורמות החברתיות המקובלות, חתירה תחת החלוקה המגדרית המסורתית.⁵² על כן, הגנה על שונות מגדרית ועל זכויותיהם של א/נשים שונים מגדרית תרחיב את האוטונומיה וחופש הפעולה של כל מי שחורג בצורה כלשהי מאותן נורמות חברתיות. בפועל, הגנה זו תאפשר גם למי שמיישר קו עם הנורמות החברתיות הללו לחרוג מהן מבלי להיות צפוי לסנקציות חברתיות.

ג. הקשר בין משפט ורפואה

ההצלחות המשפטיות בקשר לזכויות טרנסים, הן במשפט המשווה מארצות הברית⁵³ שהנו גוף הידע הנרחב בתחום זה והן פסק הדין בפרשת פלוני(ת)⁵⁴ שיידון בהמשך, נבעו עד כה מאימוץ ההגדרות הרפואיות של חריגה מגדרית – ההכרה החוקית בזכותו של אדם לשונות מגדרית, העוברת דרך יכולתו לזכות בגושפנקה רפואית.⁵⁵ במילים אחרות, בתקדימים שבהם הגן בית המשפט על הזכות לשונות מגדרית הוא הסתמך על אבחנה רפואית המבוססת על הסטנדרטים הרפואיים הקיימים בספרות המקצועית ועל אבחון פסיכיאטרי. במילים אחרות, מי שזכה לגישה לבית המשפט הוא מי שכבר "הצליח" לשכנע את הממסד הרפואי ב"אמיתות" שונותו המגדרית וזכה להכרה בה.

אמנם לאחרונה מתחיל להתגבש בעולם גוף של פסיקה המכירה בזכות להגדרה עצמית של טרנסים,⁵⁶ אך מדובר בסנוניות ראשונות, ובית המשפט עדיין נזקק למערכת הרפואית ולהגדרותיה כדי לעגן את הכרעתו באמות מידה אובייקטיביות לכאורה.⁵⁷ כאשר בית המשפט מתבסס על האבחון הפסיכיאטרי, הוא רואה בטרנססואליות, בניגוד לכל מופע אחר של אי-ציות מגדרי, תופעה "אמתית", כלומר כזו שאינה "חולפת" ומהווה נדבך מרכזי וקריטי ביכולת של א/נשים להגדיר את עצמם.⁵⁸ כך, בתי המשפט הדנים בעניינם של א/נשים טרנסים מבחינים בין מי שזכה להכרת הממסד הרפואי לבין

52 שם, בעמ' 145.

53 ראו Smith v. City of Salem, 378 F.3d 566 (6th Cir. 2004); Schroer v. Billington, 577 F. Supp. 2d 293 (D.C. 2008); Schwenk v. Hartford, 204 F.3d 1187 (9th Cir. 2000); Rosa v. Park West Bank & Trust Co., 214 F.3d 213, 214–216 (1st Cir. 2000); Barnes v. City of Cincinnati, 401 F.3d 729 (6th Cir. 2005); Etsitty v. Utah Transit Authority, 502 F.3d 1215 (10th Cir. 2007); Creed v. Family Express Corp., Cause No. 3:06-CV-465RM (N.D. Ind. Aug. 3, 2007).

54 פרשת פלוני(ת), לעיל ה"ש 17.

55 Spade, לעיל ה"ש 14, בעמ' 28.

56 ראו Van NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie, [2014] HCA 11 (Austl.) 1, 12 694. Kuck v. Germany, 2003-VII Eur. Ct. H.R. 1, 12 694.

57 Abigail W. Lloyd, *Defining the Human: Are Transgender People Strangers to the Law?*, 20 BERKELEY GENDER L. & JUST. 150, 175 (2005).

58 דיון זה מתקשר גם למרכזיות של שאלת התורשה מול התפתחות סביבתית בכל הנוגע לנטייה מינית וביתר שאת בקהילה הטרנססואלית, כלומר מה משמעות הקביעה שנטייה מינית היא בחירה או מצב מולד שלא ניתן לתקנו.

מופעים אחרים של אי-ציות מגדרי, כגון נשיות בוצ'ית או גבריות סיסית,⁵⁹ הנתפסות כמופעים "מזויפים", שרירותיים או נטולי הצדקה, בניגוד לטרנסקסואליות, שאמורה לשקף אמת פנימית.⁶⁰ עם זאת, בעת האחרונה נשמעים גם קולות אחרים, המבקשים לנתק את הזיקה בין הממסד הרפואי לזה המשפטי בהקשר הטרנסי, כך למשל בחוות דעתו של השופט ג'ובראן בפרשת פלוני(ת) ובפסק דינה של השופטת איצקוביץ, שעליהם ארחיב דברים בהמשך. מגמה זו באה לידי ביטוי במקומות נוספים בעולם. כך למשל, בית המשפט העליון האוסטרלי, בפסיקה רדיקלית משנת 2014, אפשר הכרה בזכות הפרט שלא להיות ממוגדר כלל.⁶¹ בדומה לכך, חוק הזהות המגדרית הארגנטינאי משנת 2012 מעגן את הזכות למימוש עצמי של א/נשים טרנסים ומעניק את האפשרות לשנות את המין במרשם האוכלוסין בהסתמך על הצהרה בלבד.⁶² עמדה זו אומצה גם על ידי הסוכנות האירופאית לזכויות יסוד (The European Union Agency for Fundamental Rights) בקביעה כי:

"there is no reason not to extend the protection from discrimination beyond these persons, to cover 'cross dressers, and transvestites, people who live permanently in the gender 'opposite' to that on their birth certificate without any medical intervention and all those people who simply wish to present their gender differently".⁶³

נראה כי במשפט הישראלי, העושה את צעדיו הראשונים בכל הנוגע לדיון משפטי בסוגיות הנוגעות לטרנסים, מתחולל בימים אלו מאבק בין שמרנות משפטית לבין חדשנות תאורטית, שתוצאותיו ישפיעו במישור על הגישה של הקהילה הטרנסית למשאבים ולהזדמנויות ועל החופש המגדרי של הא/נשים הטרנסים והלא טרנסים כאחד.⁶⁴

59 Megan Bell, *Transsexuals and the Law*, 98 Nw. U. L. REV 1709, 1715 (2004)

60 בהתחשב בקשר הבל ינותק בין הממסד הרפואי לממסד המשפטי בכל הנוגע לשונות מגדרית ניתן לשער שמי שלא יתאים למודל הרפואי הטרנסקסואלי, יתקשה לזכות בנגישות לזירה משפטית זו. המדובר בקבוצה בלתי מבוטלת של א/נשים הסובלים מהפליה על רקע שונותם המגדרית, וביניהם גברים סיסג'נדרים "סיסים" ונשים סיסג'נדריות "בוצ'יות". יתר על כן, קיימת קבוצה בלתי מבוטלת של א/נשים טרנסג'נדרים שאינם טרנסקסואלים, משום שהגדרתם העצמית אינה תואמת אף אחת מהקטגוריות המגדריות הנורמטיביות, קרי נשים וגברים, או משום שהם מתנגדים באופן עקרוני לקיומו של המגדר כמוסד חברתי ועל כן מסרבים לאמץ לעצמם הגדרה, כגון אלו המזדהים כג'נדרקוויירים.

61 בהקשר זה ראו את פסיקת בית המשפט האוסטרלי בעניין *Norrie*, לעיל ה"ש 56.

62 Law No. 26.743, May 8, 2012 [CXX 32.404] 2 Argentina Gender Identity Law, available at <http://tgeu.org/argentina-gender-identity-law/> (להלן: חוק הזהות הארגנטינאי).

63 European Union Agency for Fundamental Rights, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States*, Part I – Legal Analysis 126 (2008), available at <http://fra.europa.eu/en/publication/2010/homophobia-and-discrimination-grounds-sexual-orientation-eu-member-states-part-i>

64 לדיון נרחב בנושא ראו עידו קטרי "שונות מגדרית בפסק הדין פלוני(ת) – בין שמרנות לחדשנות" המשפט ברשת: זכויות אדם – כתב עת מקוון, מבזקי הארות פסיקה 26, 32 (2014).

פרשת פלוני(ת) הנה דוגמה מאלפת למאבק זה. בפרשה זו נדון עניינם של שלושה שותפים לביצוע שוד, אחד מהם גבר טרנס, שהשיגו על חומרת העונש שהוטל עליהם.⁶⁵ בהתאם לנוהלי השב"ס אמור היה המורשע הטרנס להיות מוחזק בהפרדה מחשש לפגיעה בו בבית הכלא נווה תרצה, משום ש"טרם עבר ניתוח לשינוי זהותו המינית ומוגדר עדיין כאישה".⁶⁶ אותו טרנס ערער על העונש שניתן לו לבית המשפט העליון, וזה הקל את עונשו. הסיבה להקלה זו, כפי שפורטה בפסק דינו של השופט הנדל, המייצג את דעת הרוב, הייתה שהנאשם עתיד להיות מוחזק בהפרדה, לא בשל נסיבות המעשה, כגון בעניינם של אסירים ביטחוניים, אלא בשל "נסיבות העושה בגרעין עולמו הפנימי",⁶⁷ קרי קיומה של אמת פנימית מהותית שאיננה קשורה לעברה שבוצעה, היא הזהות הטרנסית. פסק הדין של השופט הנדל מתמקד בעובדה שהמערער החל כבר בהליך לשינוי מין הכולל "טיפולים הורמונליים, פסיכולוגיים ופסיכיאטרים, אשר היוו הכנה אף לניתוח פיזי ראשוני לשינוי מין, אותו עברה לא מזמן".⁶⁸ נכונותו של השופט הנדל להכיר בנסיבותיו של המורשע נובעות מכך שהוא זכה להכרה רפואית במצבו.

ואולם, חדשנותו וחשיבותו של פסק הדין אינה נובעת מפסיקתו של הנדל, אשר ממשיך ונאחז בפרדיגמות הרפואיות/משפטיות הנדושות, אלא באה לידי ביטוי בחוות דעתו של השופט ג'ובראן, המצטרפת לפסק הדין של השופט הנדל. וכך אומר ג'ובראן:

"הזכות לשיוויון של טרנסג'נדרים, בדומה לזכות החוקתית לשיוויון של חברי הקהילה הגאה, היא זכות חוקתית מוגנת, מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: (עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (14.9.2010), פסקה 56 לפסק דינו של השופט י' עמית). משכך, לאסיר הטרנסג'נדר עומדת הזכות להיכלא בתנאים שווים לכל אסיר אחר ככל הניתן. הגנתה של הזכות לשיוויון נפרשת לא רק על מי שהשלים את תהליך השינוי המגדרי. הקשיים החברתיים והמשפטיים שעמם נדרש הטרנסג'נדר להתמודד אינם תלויים במידת השלמת תהליך פיזיולוגי לשינוי המין. עצם אי ההכרה בזהות המגדרית של הפרט, כפי שהוא רואה אותה, היא פגיעה בזכות לשיוויון. גם במדינות העולם נקבע שהזכות לשיוויון כוללת הגנה מפני פגיעה על בסיס תכונות המשויות לזהות המוחלשת, אף אם אינם נובעות ממנה בהכרח".⁶⁹

65 במפגיע, הגם שבית המשפט מכיר בטרנסיות של המערער, הוא מכונה לאורך כל פסק הדין וכן בכותרתו "פלוני(ת)", ובית המשפט כותב עליו רק בלשון נקבה. אני אפנה אליו בלשון זכר ובכינויים "המערער" ו/או "המורשע". לפיכך בחרתי לקצר את שם הפרשה לפרשת פלוני(ת).

66 פרשת פלוני(ת), לעיל ה"ש 17, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל (עמדת השב"ס).

67 שם.

68 שם.

69 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

עמדתו של השופט ג'ובראן הנה עמדה פורצת דרך גם ביחס למשפט המשווה.⁷⁰ היא מגדירה את זכויותיהם של א/נשים טרנסים כזכויות חוקתיות על-חוקיות. חשוב מכך, חוות הדעת מכירה בזכותם של א/נשים טרנסים להגדרה עצמית בין שעברו הליכים לשינוי מין ובין שלא. היא קובעת מפורשות כי אי-ההכרה בזהותו של אדם, כפי שהוא רואה אותה, היא פגיעה בזכותו לשוויון. מכאן שעל פי חוות הדעת אדם אינו זקוק להכרה של גוף ממסדי כלשהו בשונותו המגדרית על מנת לתבוע שוויון. בכך קורא השופט ג'ובראן קריאת כיוון משפטית, הגם שנאמרת באוביטר, להעברת הכוח להכרעה על זהותם של א/נשים טרנסים מן הממסד הרפואי-משפטי לפרטים בקהילה עצמה ומבטל את הצורך לזכות בגושפנקה רפואית כתנאי לקבלת גישה לזירה המשפטית.⁷¹

לסיכום, עמדת הרוב בעניין פלוני(ת), כפי שנכתבה על ידי השופט הנדל, ממשיכה לראות את תפקידו המרכזי של בית המשפט בשמירתם של גבולות המגדר. הנדל אינו מכיר בזכותו של הנאשם להגדיר את עצמו, אלא מאמץ חוות דעת של אנשי מקצוע המונחים על ידי קריטריונים אובייקטיביים כביכול, הגם שקריטריונים אלו משקפים עמדות מסוימות בנוגע למין ומגדר. בכך ממשיכה פסיקתו של הנדל לחזק את הקשר שבין הכרה רפואית לבין נגישות למשפט. לעומת זאת, עמדתו של השופט ג'ובראן מאפשרת לנתק את הקשר שבין הממסד הרפואי לזה המשפטי, ובכך מייתרת את ההכרה הרפואית כתנאי לכניסה לזירה המשפטית. ייתכן שזאת פרשנות מרחיקת לכת ועוד רחוק היום שבו לא יסתמך בית המשפט כלל על השיח הרפואי, אולם זהו הכיוון שבו צועדים דבריו של השופט ג'ובראן. עמדתו מעבירה את הכוח להכריע על זהותם של א/נשים טרנסים בחזרה לפרטים בקהילה ומכירה בהם כיצורים אוטונומיים, המסוגלים לקבל החלטות מושכלות ומודעות בנוגע לזהותם ולמימושם. פסק הדין בעניין פלוני(ת) מלמד על הפוטנציאל הטמון בשינוי נקודת המבט השיפוטית, משמירה על גבולות המגדר להגנה על הזכות לחופש מגדרי ועל האוטונומיה של הפרט להגדיר את עצמו ולממש את זהותו.

עדיין מוקדם לקבוע את הכיוון אליו נושבות הרוחות ואם חוות דעתו של השופט ג'ובראן תאומץ כדעת הרוב בפסיקה עתידית. לעת עתה מסתמן כי כבר נעשים ניסיונות להסתמך על פסק הדין, שיידונו

70 ראו לעיל הפסיקות הנזכרות בה"ש 53, המקנות זכויות רק לא/נשים טרנסים אשר זכו להכרת הממסד הרפואי ומתבססות על הכרה זו על מנת לעגן את ההכרעה באמת מידה אובייקטיבית. דוגמה מובהקת לכך ניתן למצוא בהלכה התקדימית הנזכרת בפרשת *Smith*, לעיל ה"ש 53, ומצוטטת בכל הפסיקות שבאו לאחריה, הקובעת כי הפליה על בסיס סטריאוטיפים מגדריים היא הפליה אסורה גם כלפי א/נשים טרנסים. ואולם, בית המשפט תפס את סמית' כגבר שהופלה לעומת גברים אחרים: בשל העובדה שסמית' סובלת מהפרעה רפואית מוכרת, הדבר ה"טבעי" עבורה היה להתלבש כאישה. אם כן, השינוי מתבטא בעובדה שהוכחתי קיומה של ה"הפרעה" מעניקה לגיטימציה לאי-ציות מגדרי, אשר בסיטואציה הזאת מובן כטבעי והכרחי ולפיכך מוגן. אי-הציות מוגן רק מתוך קיומה של אבחנה רפואית המבוססת, כאמור, על נרטיב צר של חוויה אנושית והרצון לממש זהות הטרנסקסואלית באמצעות שינוי המין. לקריאה נוספת ראו Anna Kirkland, *Victorious Transsexuals in the Courtroom: A Challenge for Feminist Legal Theory*, 28 *LAW & SOC. INQUIRY* 1, 9 (2003).

71 ואולם, כפי שציינה בצדק רב החוקרת ליהי יונה בשיחותיה עם המחבר, השופט ג'ובראן אינו מציע ביקורת מהותית של המערכת הדיכוטומית של מיניות ומגדר המציירת את אי-השוויון שבו נתקלים א/נשים טרנסים, ולפיכך ביקורתו אינה מעמיקה דיה על מנת להציע שינוי מהותי. השינוי המוצע משקף אפוא נגישות מוגברת למשפט שאינה תלויה בהכרה רפואית.

כולם בהמשך, הן בפסיקתה של השופטת איצקוביץ⁷² והן בעתירה שהוגשה מטעם הקהילה נגד משרד הפנים בדרישה לבטל את הצורך בניתוח כתנאי לשינוי פרט המין בתעודת הזהות.⁷³ העקרונות שנקבעו בפסק דינו של השופט ג'ובראן יתוו את הדין שאקיים להלן בשורה של הסדרים משפטיים מהותיים הנוגעים לחייהם של א/נשים טרנסים בכל אחת מהזירות שאסקור: נגישות לשירותי בריאות ייעודיים, תעסוקה ומרשם האוכלוסין.

ד. הליכים רפואיים ייעודיים לשינוי מין

בתת־פרק זה אסקור את האופן שבו פעלו המוסד הרפואי והמשפטי ביחס לאישור ופיקוח על ניתוחים והליכים אחרים לשינוי מין. כך, אבחן את הנוהל שהיה נהוג עד לאחרונה לאישור הליכים אלו, אפרט את הנוהל החדש שנקבע במאי 2014, אבקר אותם ואציע נוהל אחר לפיקוח על הליכים לשינוי מין, שהנו פוגעני פחות ותואם את הגישה העכשווית בעולם לעניין זה.

הזכות לממש זהות מגדרית מצויה בלבה של זכות האדם לחירות ולאוטונומיה, ועל מנת לממש באופן מלא את הזכות לחירות על האדם להיות מסוגל להחליט על מגדרו בעצמו.⁷⁴ כך קבע גם בית המשפט האירופאי לזכויות אדם כאשר פירש את הזכות לאוטונומיה באמנה האירופאית לזכויות אדם בהקשר של א/נשים טרנסים.⁷⁵ בית המשפט העליון כבר הכיר בכך שנטייה מינית היא חלק מזהותו של אדם והגנה עליה נגזרת מחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁷⁶ נדמה כי אין מקום להבחנה בין נטייה מינית לזהות מגדרית בהקשר זה, שהרי ההגנה על הנטייה המינית נגזרת מכך שהיא חלק מזהותו של אדם, ומקל וחומר כי מגדרו של אדם גם הוא חלק מזהותו.

72 פרשת משל, לעיל ה"ש 18.

73 בג"ץ 6035/14 לירן-שקד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 8.9.2014).

74 Laura K. Langley, *Self-Determination in a Gender Fundamentalist State: Toward Legal Liberation of Transgender Identities*, 12 TEX. J. ON C.L. & C.R. 101, 109 (2006)

75 "Under Article 8 of the Convention in particular, where the notion of personal autonomy was an important principle underlying the interpretation of its guarantees, protection was given to the personal sphere of each individual, including the right to establish details of their identity as individual human beings... In the twenty-first century the right of transsexuals to personal development and to physical and moral security in the full sense enjoyed by others in society could no longer be regarded as a matter of controversy requiring the lapse of time to cast clearer light on the issues involved" (ECtHR, *Christine Goodwin v. U.K.*, judgment, 35 E.H.R.R. 18 (2002)) גם עמדתו של השופט ג'ובראן בפרשת פלוני(ת). לעיל ה"ש 17, מתיישבת עם עמדה זו, שלפיה עצם אי-ההכרה בזהותו המגדרית של אדם, כפי שהוא רואה אותה, היא פגיעה בזכות לשוויון. מדבריו עולה כי א/נשים שאינם טרנסים זוכים להכרה בזהותם המגדרית, כפי שהם רואים אותה, וכי הכרה זו היא זכות, אשר מתבקש כי היא נגזרת במישרין מחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

76 ע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פס' 2 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 14.9.2010). יתר על כן, הבחירה של בית המשפט להתייחס לעתירה שבה ייצגה עמותת הבית הפתוח את כלל הציבור הלהט"בי בירושלים (ועל כן ייצגה מפורשות גם את הקהילה הטרנסית) כעתירה הנוגעת לזכות הפרט להגנה על הנטייה המינית מצביעה בעיקר על היעדר מודעות לרברים סמנטיים של השיח הלהט"בי ולא על בחירה מודעת שלא לכלול התייחסות מפורשת לא/נשים טרנסים, אשר נזכרים גם הם בפסק הדין.

במדינת ישראל ההליכים לשינוי מין מפוקחים ומוסדרים על ידי המדינה. באופן ההסדרה והפיקוח של המדינה על תחום זה יש משום פגיעה עקרונית בזכותם של א/נשים טרנסים לשוויון⁷⁷ ולאוטונומיה, משום שבאופן עקרוני הנוהל המנהלי מפקיע מהם את הזכות להחליט על גופם ועל זהותם ומעביר זכות זו לידי הממסד הרפואי המדינתי. גישה להליכים לשינוי מין, ובכלל זה לניתוחים כאלה, אפשרית במסגרת סל הבריאות בכפוף לאישורה של ועדת מומחים או במסגרות פרטיות בישראל ובחור"ל.⁷⁸ בהקשר זה יש לציין כי מרבית חברי הקהילה הטרנסית, בהחליטם לעבור הליכים להתאמת איברי המין (בניגוד להליכים כירורגיים מסובכים פחות כגון ניתוחי חזה), אינם עוברים אותם בישראל אלא במימון פרטי בחור"ל.⁷⁹ הפנייה למסגרות פרטיות נובעת מסיבות שונות, בין היתר בשל העובדה שעל מנת ליהנות מסל הבריאות חייב המועמד לקבל את אישורה של ועדת מומחים, אך גם בשל זמני ההמתנה הארוכים ואיכות הניתוחים.⁸⁰

המחוקק הישראלי מעולם לא הסדיר את הפיקוח על הליכי שינוי מין וכל הקשור בהם בחקיקה ראשית. בשנות החמישים כינס היועץ המשפטי לממשלה דאז, חיים כהן, ועדת מומחים מטעם משרד הבריאות הדומה במהותה לוועדת המומחים הקיימת כיום בבית החולים תל השומר, שעל אודותיה אפרט בהמשך הפרק. הוועדה התכנסה בעקבות דרישתה של אישה טרנסית, רינה נתן (שמה בלידה ובעיתונות התקופה היה גרשון נתן), לעבור ניתוח לשינוי מין.⁸¹ הוועדה אבחנה את המבקשת כטרנסקסואלית, אולם היועץ המשפטי חיים כהן לא קיבל את המלצת הוועדה וביום 28.12.1954 דחה את הבקשה. בכך למעשה קבע איסור על ביצוע ניתוח מסוג זה בישראל.⁸² נתן המתוסכלת, שגם שבתת רעב לא הועילה למאבקה, הכריעה לבסוף את המערכת לאחר שפגעה בעצמה באופן כזה

77 שוויון במובן של הזכות של א/נשים טרנסים להכרה בזהותם כפי שהם רואים, אליבא דג'ובראן בפרשת פלוני(ת), לעיל ה"ש 17.

78 באופן עקרוני בחוזרים מטעם משרד הבריאות המסדירים את הנושא נקבע כי ניתוחים אלו יבוצעו רק בבית חולים ציבורי, דהיינו חל איסור לבצעם במסגרות פרטיות. ואולם, עם השנים התקבע נוהג שלפיו האיסור חל רק על ניתוחים להתאמת איברי המין ולא על ניתוחים להסרת חזה לגברים, הגדלת חזה לנשים וניתוחים פלסטיים נוספים. חוזר 16/2014 מחודש מאי 2014 קובע כי רק "הניתוחים העיקריים" יבוצעו בבית חולים ציבורי. נראה שכוונת החוזר היא לאמץ את הנוהג ולאסור רק על עריכת ניתוחים להתאמת איברי המין במסגרות פרטיות, אולם הדבר נתון לפרשנות.

79 ניתוחים אלו מוכרים על ידי הרשויות הרלוונטיות גם לצורכי רישום, שידונו בהמשך פרק זה.

80 סיני, לעיל ה"ש 47, בעמ' 62–66. לדברי סיני, זמן ההמתנה הממוצע לאחר קבלת האישור (דהיינו בתום תקופת ההמתנה) הוא כשנתיים, אולם עד לאחרונה, לא היה בישראל מנתח מוסמך לביצוע הניתוחים, ולכן סביר שזמן ההמתנה התארך. אשר לאיכות הניתוחים, לטענת הקהילה בשל העובדה שלא מבוצעים בישראל ניתוחים רבים וכן מאחר שהמנתח המוסמך בישראל אמור לעשות את כל הניתוחים ולא להתמקד בפרוצדורה אחת (כפי שמקובל בעולם), איכות הניתוחים בישראל אינה משתווה לזאת שניתן למצוא בחור"ל.

81 על רינה נתן ומאבקה שמעתי מד"ר איריס רחמימוב מהחוג להיסטוריה באוניברסיטת תל אביב, אשר כותבת מאמר על הנושא וכן דיברה עליו בכנסים שונים. אל קטעי העיתונות הנזכרים הגעתי בזכותה, והם חלק ממחקרה ועל כך תודתי הגדולה.

82 ליטל לויין "היום לפני 55 שנה: גרשון נתן מנסה לשנות בעצמו את מינו" הארץ – חדשות 26.5.2011
www.haaretz.co.il/news/education/1.1175288

שהרופאים נאלצו לנתח אותה ולבצע את מבוקשה.⁸³ בעשורים שבאו לאחר מכן בוצעו בישראל ניתוחים לשינוי מין באופן בלתי מוסדר ובלתי מפקח במרפאות פרטיות.⁸⁴ בשנות השמונים הגישה אישה בשם דניאלה תביעה בגין רשלנות רפואית לאחר שעברה ניתוח באיברי המין ונתורה ללא איבר מין במשך שנתיים. בעקבות התביעה מונתה ועדת בדיקה, אשר תוצאתה הייתה חוזר 39/86, שיצא כהנחיה מטעם משרד הבריאות בשנת 1986 ונחתם על ידי ד"ר מ' משיח, ראש שירותי אשפוז (להלן: חוזר 86).⁸⁵

חוזר 86 יועד אל כל מנהלי בתי החולים הכלליים ונושאו הוא ביצוע ניתוחים "לשינוי מין אצל Transexuals" ו"לתיקון פגמים במצבים של Hermaphroditism ודומיהם".⁸⁶ בכל הנוגע לניתוחים לשינוי מין קובע החוזר כי לצורך הנחיות אלו טרנסקסואל ייחשב כל אדם העונה על הקריטריונים המקצועיים המקובלים לטיפול בא/נשים טרנסים בתקופה הרלוונטית.⁸⁷ החוזר קובע כי ניתוחים מסוג זה יבוצעו בבית חולים ציבורי בלבד, וכי בבית החולים שבו יבוצעו ניתוחים אלה תמונה ועדה שחבריה יהיו פסיכיאטר בכיר, מנתח פלסטי בכיר, פסיכולוג קליני, אורולוג ואנדוקרינולוג. תפקידה של הוועדה לבחון את המבקשים שינוי מין, בהתאם לתנאים החיוניים וההכרחיים הקבועים בחוזר:⁸⁸ תקופה בת שנתיים של "ניסיון חיים ממשי" שבה המועמד חי במגדר שאליו הוא מבקש להשתייך,⁸⁹ טיפול הורמונלי במשך תקופה שתקבע הוועדה, בחינת התגובות הגופניות והנפשיות של המועמד לזהותו המינית החדשה, הערכה פסיכודיאגנוסטית על ידי פסיכיאטר ופסיכולוג וחתומה על טופס הסכמה מיוחד לביצוע ניתוח לשינוי מין.

כפועל הוקמה מכוחו של החוזר רק ועדה ציבורית אחת, היא הוועדה בבית החולים תל השומר (להלן: הוועדה). קיומה של ועדה אחת בלבד יצר מצב דברים שבו הוענק לוועדה בתל השומר מעין מונופול על יישום ופרשנות החוזר. ניתן לשער שאילו קמו ועדות "מתחרות" היו נוצרים גם נוהלי

83 גרשון נתן סורס" דבר 14.3.1957 http://jpress.org.il/Olive/APA/NLI_Heb/SharedView.Article.aspx?parm=IHK79XkstulS6pHUIK312rmjuPDih0RfmDf6oyCKAMdHwsjq2delzQDNBJRJOmeYYw.%3D%3D&mode=image&href=DAV%2f1957%2f03%2f14&page=4&rtl=true

84 סיני, לעיל ה"ש 47, בעמ' 36.

85 שם, בעמ' 37.

86 חוזר מינהל הרפואה 39/86 "ביצוע ניתוחים לשינוי מין" (1986) (להלן: חוזר 86) המושג Hermaphroditism שבנוהל מתייחס לא/נשים אינטרסקס. לביקורת מפורטת על הנוהל ראו שגית מור, מעין סודאי ואור שי "מהכחשה להנכחה: ביקורת נוהל ניתוחים באינטרסקס" משפטים מד 89 (2013); מור, סודאי ושי "על א/נשים אינטרסקס", לעיל ה"ש 50.

87 ס' 1 לחוזר 86, לעיל ה"ש 86. מלשון הסעיף וכן מדבריו המפורשים בתוכנית "בריאות 10" מיום 18.6.2009 של ד"ר חיים קפלן (הראיון המלא זמין ב- <http://lifestyle.nana10.co.il/Article/?ArticleID=644572&TypeID=1&sid=129>). מדובר בסטנדרטים הטיפוליים שאותם פרסמה בזמנו אגודת הארי בנג'מין, אשר הפכה ברבות הימים לארגון העולמי לבריאות טרנסג'נדרים – The World Professional Association for Transgender Health (WPATH) – שמפרסם ומעדכן עד היום את הסטנדרטים הבינלאומיים לטיפול רפואי בטרנסג'נדרים.

88 ס' 1(ד) לחוזר 86, לעיל ה"ש 86.

89 החוזר לא קבע מה גיל הפנייה המינימלי לוועדה, אולם הוועדה קבעה קריטריון בלתי כתוב שלפיו ניתן לגשת אליה רק מגיל 21, על כך כתבו חברי הוועדה במאמר שפרסמו. ראו חיים קפלן ואח' "ניתוחים לשינוי מין" הרפואה 143, 5 (2004).

עבודה "מתחרים".⁹⁰ אם כן, בפועל, כדי ליהנות ממימון ציבורי לניתוחים לשינוי מין⁹¹ חייבים א/נשים טרנסים לעבור דרך הוועדה בתל השומר, אשר הסטנדרטים שעל פיהם היא פועלת הפכו לאמות המידה היחידות להכרה בזכותו של פרט לשירותי בריאות ייעודיים במסגרת סל הבריאות. הוועדה פועלת בחוסר שקיפות ומבלי שמתקיים מנגנון ערעור וביקורת מוסדר הבוחן את החלטותיה.⁹² היחס הבעייתי שהפונים אל הוועדה עדיין נתקלים בו, ודרך החתחתים שאותה נדרשים לעבור מי שמבקשים לקבל טיפולים באישורה, מובילים לכך שרבים נמנעים מלפנות לוועדה ורבים מהפונים עוזבים את ההליך לפני אישור הניתוח. הדבר עולה משורה של נתונים שלפיהם רק 12.5% מחברי הקהילה עברו חלק כלשהו מהליך שינוי המין שלהם בתל השומר.⁹³ הפסיכיאטרית של הוועדה טענה שלוועדה פונים כ-35 איש בשנה, אך רק שבעה מתוכם מגיעים לשלב הכירורגי.⁹⁴ בהתאם, נתונים מורים שהוועדה אישרה וביצעה רק כ-12 ניתוחים בממוצע בשנה.⁹⁵ מניסיון הקהילה ומתצהירים שנאספו מחברי הקהילה בנושא עולה כי הפונים לוועדה נתקלו לעתים ביחס בלתי מכבד ובראיית עולם צרה ביחס לחוויות החיים המורכבות שלהם.⁹⁶ מכשול נוסף שעמד בפני חברי הקהילה הוא שהוועדה סירבה לקבל הוכחות⁹⁷ לכך שהפונים חיו בזהות המגדרית הנבחרת טרם הפנייה אליה, באופן שאילץ את המבקשים לחיות בתנאים קשים תחת עיניה הבוחנות למשך תקופה ממושכת של שנתיים, הפוגעת ברווחתם ובסיכויי הצלחתו של הטיפול הרפואי.⁹⁸ נוסף על כך, גם בתום תקופת ההמתנה בדרך כלל

- 90 הרופאים החברים בוועדה הם גם הרופאים המטפלים בא/נשים הפונים אל הוועדה והמנתח הפלסטי הבכיר הוא שמבצע את הניתוחים.
- 91 טיפולים אחרים הקשורים בהליכים לשינוי מין ובפרט טיפול הורמונלי ניתנים במסגרת סל התרופות גם דרך קופות החולים.
- 92 ראוי לציין כי החזור החדש כולל אמצעים המגבירים את הנגישות, כגון חובת פרוטוקול והכללת נציג הקהילה וכן עצם הפיכת הוועדה למוסד הכפוף ישירות למשרד הבריאות מאפשרת יתר פיקוח מנהלי. ברם, אמצעים אלו טרם באו לידי מימוש, ולכן מוקדם להגיד כי הוועדה פועלת כיום ביתר שקיפות.
- 93 לקריאה נוספת ראו יונתן מרטון אנשים טרנסג'נדרים בישראל: גורמי לחץ, משאבי תמיכה ובריאות נפשית (עבודת גמר לתואר "מוסמך אוניברסיטה בעבודה סוציאלית", אוניברסיטת תל אביב, 2013) docs.google.com/file/d/0B9wTgw1OIMt2OGxvR1pBM284c1U/edit.
- 94 דבריה של ד"ר רויתל עמיעד בכנס "שאהבה נפשי – מפגשם של טרנסג'נדרים ומערכת הבריאות" שנערך בבית החולים תל השומר ביום 8.12.2011. ראוי לציין בהקשר זה כי המחלקה הכירורגית בתל השומר אינה רואה חשיבות בניתוחים אלו (מבחינת סדרי עדיפויות) ולכן מקצה מספר נמוך מאוד של מועדים לקיומם (בהערכה כאחד לחודש) שאינו משקף את מספר הא/נשים בישראל המבקשים לעבור ניתוח ואף לא מתקרב למספר הא/נשים שעוברים ניתוחים אלו במסגרות פרטיות בישראל ובחו"ל, כפי שעולה מדיונים פנימיים של הקהילה, כגון הדיון הקהילתי שנערך לקראת שינוי הנוהל ביום 9.12.2014 במרכז הקהילה בגן מאיר.
- 95 תשובה לבקשת חופש מידע של עמותת רופאים לזכויות אדם מיום 1.5.2008. עם זאת משלהי שנת 2011 ועד לשנת 2014 לא היה מנתח בוועדה ולא התבצעו במסגרתה כל ניתוחים, פרט לסדרת ניתוחים שהתבצעה בשנת 2014 על ידי רופאה מומחית שהובאה מחו"ל וניתחה מספר מצומצם של נשים טרנסיות.
- 96 תצהירים אלו נאספו על ידי הכותב במסגרת כתיבת עתירה לבג"ץ בדרישה לשנות את החזון, ברם לאור נכונות משרד הבריאות לשנות את החזון, כפי שאכן נעשה, נגנזה העתירה.
- 97 כגון מכתב מרופא מטפל, איש בריאות הנפש המכיר את המטופל, ראיות על שינוי שם במרשם האוכלוסין, תצהירים מהמטופל או ממכריו.
- 98 בגרסה השביעית של הסטנדרטים הבינלאומיים לרפואה טרנסג'נדרית משנת 2011, שיידונו בהרחבה בה"ש 107, מדובר על שנה אחת של ניסיון חיים ממש (בזהות המגדר הנבחרת) וגם זאת אך ורק בהקשר

לא מבוצע הניתוח אלא רק נקבע תאריך לניתוח עתידי בטווח של שנה-שנתיים, ותאריכים אלו נתונים לשינויים שרירותיים. תקופת ההמתנה וחוסר הוודאות שמתלווה אליה רק מעצימים את מצוקת הפונים.⁹⁹

הטענה שתקופת זמן זו הכרחית לאבחון מתעלמת מן העובדה שמן הסתם, רוב הפונים לוועדה חיים בזהות המגדרית הנבחרת זמן רב לפני פנייתם לוועדה.¹⁰⁰ מנגד נטען כי פרק הזמן נדרש על מנת לוודא כי א/נשים הניגשים לוועדה אינם עושים זאת מתוך קלות דעת. ואולם, דרישה מקבילה אינה קיימת ביחס להליכים כירורגיים אחרים שאינם הכרחיים מבחינה רפואית גרידא, ואף לא ביחס להליכים שבגינם נדרשים א/נשים להתייצב בפני ועדה בוחנת, כגון המועמדים לניתוח קיצור קיבה.¹⁰¹ נוסף על כך, הדרישה שתקופת ההמתנה תקיים "תחת עיניה של הוועדה" פוגעת במבקשים בגין הטעמים שהוזכרו ביחס לאורכה של תקופה זו, בעיקר משום שיש דרכים אחרות להבטיח שהמבקש חי תחת הזהות המגדרית המבוקשת במשך שנתיים, כגון הסתמכות על עדותו של האדם עצמו, ראיות חיצוניות או חוות דעת של איש בריאות המכיר את המבקש.¹⁰² יתר על כן, בהתחשב בכך שההליך הרפואי נדרש על מנת להתאים בין זהותו המגדרית של אדם לגופו, בדיקה זו מתמקדת¹⁰³ בהתאמה לסטריאוטיפים מגדריים כלשהם אשר אינם משקפים את מלוא החוויה הסובייקטיבית של המבקש אלא נכפים עליו על ידי הוועדה כתנאי לביצוע הניתוח.¹⁰⁴

1. חוזר 2014

בחודש מאי 2014 פרסם משרד הבריאות את חוזר 16/2014 אשר החליף את החוזר משנת 1986.¹⁰⁵ חוזר זה, אשר נכתב לאחר סדרת פגישות בין בכירי הממסד הרפואי ובין נציגי הקהילה,¹⁰⁶ משקף גישה

- של ניתוחים להתאמת איברי המין ולא ליתר הפרוצדורות הרפואיות הנלוות, כמו ניתוחים להסרת חזה עבור גברים טרנסים וניתוחים להגדלת חזה עבור נשים טרנסיות.
- 99 Idan Segev, *Le Désenchantement du Genre, un Regard Critique sur la Clinique du Transsexualisme* (Work for Masters Degree Psychonalitic, Paris Diderot University 2012).
- 100 ראו "פרוצדורות לשינוי מין – עמדה עקרונית" (נייר עמדה מטעם "פרויקט גילה להעצמה טרנסית", 17.11.2013) (להלן: נייר עמדה מטעם פרויקט גילה) (נייר העמדה נשלח לשרת הבריאות). כן ראו סיני, לעיל ה"ש 47, בעמ' 60–65.
- 101 יוער כי לכאורה ניתוחים אלו מבוצעים רק במקום שבו יש סכנת חיים הנובעת ממשקל עודף, אך זהו הסבר בעייתי שכן הניתוחים אינם מבוצעים אם אכן התפתחו מחלה או מצב רפואי הדורשים התערבות, אלא כאמצעי מניעה מתוך ההנחה שאנשים בעלי עודף משקל פגיעים יותר לבעיות בריאותיות. אם כן, נמצא הסבר מספיק לאישור הניתוח, גם לא במצבים שבהם מדובר במקרה מבוהק של סכנת חיים. מנגד ניתן לטעון שאימתן אפשרות לאנשים טרנסים לשנות את מינם באמצעות ניתוח, שיאפשר להם השתלבות מלאה בחברה במינם החדש, חושפת אותם לשיעורי אובדנות גבוהים הנובעים מהקצנת ההיבט השלילי של בריאות הנפש (ראו בהקשר זה את עבודתו של יונתן מרטון, לעיל ה"ש 93, בעמ' 16).
- 102 ראו לעניין זה ה"ש 97.
- 103 סיני, לעיל ה"ש 47, בעמ' 52–61.
- 104 שם.
- 105 חוזר משרד הבריאות 16/2014 "ניתוחים לשינוי מין ותיקון פגמים במצבים של HERMAPHRODITISM ודומיהם" (12.5.2014) (להלן: חוזר 2014).

מתקדמת יותר לבריאות א/נשים טרנסים, ומבקש לעמוד בקנה אחד עם המודל הרפואי המקובל כיום בעולם.¹⁰⁷ מודל זה עשה כבדת דרך ארוכה מן המודל הסמכותני, שבו הרופא משמש כשומר סף אשר תפקידו לקבוע מיהם הטרנסים ה"אמתיים" הזקוקים לטיפול רפואי, לעומת אלו שגישתם לטיפול רפואי חסומה כיוון שזהותם אינה תואמת את הסדר המגדרי המקובל. המודל השולט כיום בנומרות הרפואיות בכלל, ובנומרות הרפואיות הנוגעות לא/נשים טרנסים בפרט, שם דגש על האוטונומיה של הפרט לבחור את הטיפול הרפואי שברצונו לקבל. ניתן אפוא לראות מעבר מהפרספקטיבה הרפואית לפרספקטיבה טיפולית ה"מותאמת לצורכי הלקוח".¹⁰⁸

106 הפגישות נערכו בתחילה עם שרת הבריאות ולאחר מכן עם ראש הוועדה לשינוי מין ד"ר ירון וינקלר והיועצת המשפטית למשרד הבריאות מירה היבנר וצוותה. מטעם הקהילה נכחו בפגישות אלו נורה גרינברג, ד"ר אילנה ברגר, ד"ר גרסיאלה כרמון, יעל סיני, אלישע אלכסנדר ועו"ד עידו קטרי.

107 הסטנדרטים הבינלאומיים לטיפול בטרנסג'נדרים (SOC – Standarts of Care) מפורסמים על ידי האיגוד העולמי לרפואה טרנסג'נדרית (World Professional Association of Transgender Health): Eli Coleman et al, *Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-nonconforming People, version 7*, 13 INT J. OF TRANSGENDERISM, 165 (2012), available at <http://www.wpath.org/Standards> uploaded_files/140/files/Standards%20of%20Care,%20V7%20Full%20Book.pdf. (להלן: Standards of Care). זהו מסמך שמפרסם The World Professional Association for Transgender Health. הארגון מורכב מאנשי מקצוע המחויבים לבריאותם של טרנסג'נדרים ואנשים שונים מגדרית. ה-SOC הוא פרוטוקול לא מחייב, המפרט את הטיפול באנשים המבקשים לעבור טיפול הורמונלי או כירורגי להתאמת מגדר. הפרוטוקול הוא המסמך המקיף ביותר בנושא ופורסם לפני שהספרות המקצועית של ה-DSM התייחסה לנושא. הוא מהווה חלופה השמה דגש בטיפול מכבד ואפקטיבי. עם זאת גם פרוטוקול זה אינו חף מביקורת, ונטען כי הוא עדיין משתמש בשפה פתולוגית, למשל ביחס לאינטרסקס. הגרסה השביעית של הסטנדרטים הבינלאומיים לרפואה טרנסג'נדרית פורסמה בשנת 2011. ה-SOC מכיר בכך שבעוד שבעבר הטיפול בדיספוריה מגדרית כלל שילוב של ניתוחים להתאמת איברי המין ונטילת הורמונים, כיום מקובל כי א/נשים מסוימים זקוקים רק לאחד מהאמצעים האלו. ה-SOC עומד על כך שא/נשים טרנסים יכולים לזהות את עצמם במגוון רחב של זהויות מגדריות ומיניות ולא בהכרח כנשים או גברים. לצורך ניתוח לשינוי איברי המין ה-SOC ממליץ שעל המועמד לחיות בזהות המגדר הנבחרת במשך תקופה של שנה, הכוללת נטילת הורמונים. באשר לניתוחים שאינם נוגעים לאיברי המין, כגון ניתוחים להסרת חזה עבור גברים טרנסים, ה-SOC קובע שהם יכולים להתבצע בשלב מוקדם יותר, ללא צורך בזמן המתנה וללא צורך בנטילת הורמונים. במקביל לסטנדרטים של האיגוד העולמי, האבחנה המקצועית מתבססת גם על *DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUAL OF MENTAL DISORDERS (3rd Rev. ed. 1980)* (להלן: DSM) של ארגון הפסיכיאטרים האמריקני (APA). ההגדרה המצויה ב-DSM השתנתה עם השנים בד בבד עם השינויים שנערכו ב-SOC. המהדורה הרביעית של ה-DSM משנת 1995 החליפה את המונח "טרנסג'נדריות" במונח Gender Identity Disorder (GID). במהדורה החמישית של ה-DSM ממאי 2013 הוחלף המונח GID ב-Gender Dysphoria. בניגוד ל-GID, מייצג ה-Gender Dysphoria מצוקה נפשית זמנית שניתנת לשינוי ('Gender') *DSM-V To Rename Gender Identity Disorder 'Gender Dysphoria' Advocate.com (23.7.2012) available at www.advocate.com/politics/transgender/2012/07/23/dsm-replaces-gender-identity-disorder-gender-dysphoria*. המעבר הוא אפוא מאבחנה של הטרנסג'נדריות עצמה לאבחנה של מצוקה נפשית הנובעת מחוסר ההלימה, והשינוי נתפס כמשקף צעד נוסף בדרך לדה-פתולוגיזציה של הטרנסיות. השינוי מתיישב עם העמדה של ה-SOC השביעי שלפיה: "Transsexual, transgender, and gender-nonconforming individuals are not inherently disordered. Rather, the distress of gender dysphoria, when present, is the concern that might be diagnosable and for which various treatment options are available" (6 בעמ' 23).

108 סיני, לעיל ה"ש 47, בעמ' 23.

החוזר קובע כי "טרנסג'נדר" הוא אדם שעונה על אמות המידה המקצועיות והמקובלות בתקופה הרלוונטית.¹⁰⁹ כך, לשון החוזר מאפשרת גמישות תקופתית. נוסף על כך, היא משקפת את השינויים התקופתיים בעצם החלפת המונח הרפואי "טרנסקסואל" במונח "טרנסג'נדר", שמקורו דווקא מתוך התנועה הפוליטית הטרנסית, והוא כולל קשת של זהויות החורגות מהתפיסות המקובלות של מגדר. גם החוזר החדש קובע שניתוחים לשינוי מין יתבצעו בבית חולים ציבורי, אולם בניגוד לחוזר 86, נקבע מפורשות כי מדובר בניתוחים ה"עיקריים" בלבד.¹¹⁰ מכאן ניתן להסיק כי ההתייחסות היא אך ורק לניתוחים להתאמת איברי המין וכי יתר הניתוחים יכולים להמשיך ולהתבצע גם באופן פרטי, על פי הנוהג שהתקבע במשך השנים.

החוזר קובע גם את התנאים לביצוע ניתוח לשינוי מין, אשר כוללים שינויים רבים ביחס לאלו שנקבעו בחוזר 86.¹¹¹ כך למשל, גיל המינימום לפנייה לוועדה ירד ועומד כיום על 18.¹¹² שינוי חשוב נוסף קשור בחוות הדעת הטיפולית שאפשר להגיש לוועדה, ובנוהל נקבע כי התאמתו של הפונה לטיפול המבוקש יכולה להיקבע בהסתמך על חוות דעת של איש בריאות הנפש (עו"ס קליני, פסיכולוג או פסיכיאטר), אשר יכולה להתקבל על ידי אחד מחברי הוועדה או על ידי מטפל אחר. כך, החוזר מאפשר להגיע אל הוועדה עם אבחנה ממטפל המכיר את הפונה ויכול להעיד על התאמתו וכן על ההליך שעבר ותקופת החיים שבה חי בזהות המגדר הנבחר.¹¹³ בהתאם לכך קוצרה התקופה הנדרשת של ניסיון חיים בזהות המגדרית הנדרשת ל-12 חודשים, והוכנסה אפשרות לקצר עוד את התקופה האמורה על פי שיקול דעתה של הוועדה.¹¹⁴ חשוב לציין כי הסעיף מדבר מפורשות על "זהות מגדרית", והוא פותח פתח להמצאת ראיות שונות לכך שאדם חי בזהות המגדר המבוקש זמן לפני הפנייה לוועדה ולאפשר את קיצור ההמתנה. הסעיף גם מאפשר לוועדה לפעול על פי ה-SOC ולאשר פרוצדורות רפואיות שונות עוד בטרם מלאה שנה לפנייה לוועדה.

עוד קובע החוזר כי תמונה ועדה ארצית לניתוחים לשינוי מין.¹¹⁵ בכך הוא מסיים את עבודתה של הוועדה בתל השומר ומכפיף את הוועדה החדשה למשרד הבריאות, אשר גם ימנה את חבריה, ולא לבית חולים מסוים.¹¹⁶ החוזר קובע את הרכב הוועדה ומוסיף להרכב שנקבע בחוזר 86 גם פסיכולוג או עובד סוציאלי קליני. על יו"ר הוועדה להיות כירורג פלסטי אשר עבר הכשרה ייעודית בביצוע ניתוחים לשינוי מין או פסיכיאטר.¹¹⁷ החוזר אף מפרט את תפקידי הוועדה, הכוללים בדיקת התאמה

109 ס' 3 לחוזר 2014, לעיל ה"ש 105.

110 שם, ס' 4.

111 שם, ס' 4.2.

112 שם, ס' 4.2.1. כאמור בה"ש 89, החוזר הקודם לא קבע גיל פנייה מינימלי אולם גיל זה עמד במשך השנים על גיל 21. אחת מהמחלוקות העיקריות בדיונים בין נציגי הקהילה והממסד הרפואי ביחס לעדכון החוזר נגעה לשאלת הגיל והורדתו.

113 שם, ס' 4.2.2.

114 שם, ס' 4.2.4.

115 שם, ס' 4.3.

116 עם זאת, בתקופת פעולתו הראשונה של החוזר הוועדה בתל השומר תזכה למינוי ממשרד הבריאות ותמשיך לפעול בהרכבה הנוכחי ובהתאמה לחוזר החדש, כך על פי דבריו של עוזר שרת הבריאות, עו"ד אסף וייס, בכנס הקהילתי לכבוד החוזר החדש שנערך ביום 22.5.2014.

117 ס' 4.3.1 לחוזר 2014, לעיל ה"ש 105.

של המטופל להליך כמו גם אבחון, מעקב, תמיכה וסיוע בתהליך.¹¹⁸ סעיף זה משתמש בשפה המקובלת כיום בעולם ומלמד אותנו כי החוזר החדש מתמקד באוטונומיה של הפרט וכי תפקידה של הוועדה לסייע לפונה לממש אוטונומיה זו על גופו וזהותו. עוד מתייחס החוזר להליכי העבודה של הוועדה וקובע כי היא תפרסם חוזר פנימי לפעולתה וכי בניסוחו של חוזר זה ישתתף נציג הקהילה.¹¹⁹ שינוי נוסף הוא שהפונה רשאי להביא עמו מלווה לפגישות עם הוועדה וכי היא תהיה מחויבת לנמק את החלטותיה.¹²⁰

חלק ב' של החוזר עניינו מצבים של Disorder of Sexual Differentiations, דהיינו אינטרסקס, ונקבע בו כי בעניינם לא נדרש אישורה של ועדה אלא חתימה על טופס "רגיל" של הסכמה מדעת.¹²¹ בעת כתיבת שורות אלו טרם יושם במלואו החוזר החדש: טרם מונתה ועדה ארצית חדשה, טרם הושלם הליך האיתור של נציג הקהילה וטרם נכתב נוהל פנימי לפעולת הוועדה. ניכר שמנסחיו של החוזר החדש ביקשו לשנות באופן דרסטי את יחסה של מערכת הבריאות כלפי א/נשים טרנסים ולהעביר את המערכת מהעידן ה"סמכותני", שבו תפקידה המרכזי של המערכת היה לבחון את האותנטיות של בקשות הפונים, לעידן שבו המערכת מסייעת לפונים בהתאמת הטיפול שהם מבקשים לעצמם תוך הכרה באוטונומיה שלהם לקבל החלטות על חייהם וגופם. הדברים עולים הן מלשון החוזר, המדברת על התאמת טיפול ומשתמשת במונח הרחב "טרנסג'נדר" המשקף קשת של זהויות, הן מסעיף הרקע עצמו והן מהאופן שבו החוזר מגדיר את מטרתה ואת תפקידיה של הוועדה המוקמת מכוחו. מנגד, כפי שיוסבר בהרחבה בהמשך, התמונה העולה מן החוזר אינה אחידה. דרישת הבסיסית של הקהילה לביטול הוועדה לשינוי מין, בטענה שעצם קיומה של הוועדה פוגע באוטונומיה של א/נשים טרנסים, נדחתה. החוזר ממשיך להתוות תהליך הסללה לינארי לשינוי מין ובכך ממשיך לשקף דווקא את נקודת המבט הסמכותנית.

קשה להעריך באיזו מידה ישנה החוזר החדש את רוח הדברים בוועדה לשינוי מין. מבחינה פרסונלית לא עתידים להתבצע בוועדה שינויים מרחיקי לכת, ולפיכך יש לקרוא בזהירות את השינויים הסמנטיים שמציע החוזר החדש ולהמשיך ולבחון בעין ביקורתית את פעולת הוועדה. על פי החוזר החדש אמונה הוועדה על "בדיקת התאמת המטופל להליך ניתוחי מסוים לשינוי מין, הנבחר על ידו, מבחינה גופנית ונפשית". סעיף זה החליף את נוסח החוזר הקודם, שדיבר על בדיקת "התאמה לזהות המינית החדשה". השינוי מצביע על כך שהבדיקה אינה אמורה להתמקד בהתאמתו של אדם לזהות מגדרית כלשהי, אלא בהתאמתו, בהתחשב בזהותו המגדרית, להליך רפואי מסוים. ואולם, בהתחשב בעובדה שההליך הרפואי נדרש על מנת להתאים בין זהותו המגדרית של אדם לגופו, ייתכן מאוד שבדיקה זו תמשיך ותתמקד, כפי שהיה עד כה,¹²² בהתאמה לסטריאוטיפים מגדריים ולא בחוויה

118 שם, ס' 4.3.2.

119 שם, ס' 4.3.3. יתר על כן, מדבריו של עוזר השרה בכנס הקהילתי (לעיל ה"ש 116) עולה כי עבודתו של נציג הקהילה לא תסתיים עם גיבושו של החוזר וכי שאיפת משרד הבריאות היא שהנציג ימשיך לתווך בין הפונים לבין הוועדה ובין הוועדה לקהילה.

120 שם, ס' 4.3.3.

121 בשנת 2013 הוקמה ועדה במשרד הבריאות לקביעת סטנדרטים מפורטים לטיפול באינטרסקס, אך היא טרם סיימה את עבודתה. לפירוט על הוועדה ולביקורת על הנוהל החדש מפרספקטיבה של אינטרסקס, ראו מור, סודאי ושי "על א/נשים אינטרסקס", לעיל ה"ש 50.

122 ראו Segev, לעיל ה"ש 99.

הסובייקטיבית, שכן הדרישה ל"ניסיון מוכח בזהות המגדרית המבוקשת" של 12 חודשים מרגע הפניה לוועדה היא למעשה דרישה להוכיח לוועדה במשך תקופה של שנה את היכולת להציג מצגים מגדריים התואמים את המין המבוקש בלבוש, בדיבור, בבחירת העבודה וכו'.¹²³ סביר להניח שהמבקשים לעבור ניתוח לשינוי מין יצטרכו להמשיך ולהציג את אותו נרטיב רפואי מוכר וידוע על אודות חוויית שונות מגדרית המתחילה בגיל צעיר, מעוגנת בחוסר חשק מיני של הפרט במצב הקדם-ניתוחי וברצון לספק מינית את הפרטנר במצב הפוסט-ניתוחי.¹²⁴ נוסף על כך, יש חשש שתחת הוועדה החדשה לא יבוצע הניתוח בתום 12 חודשי הבחינה, אלא רק ייקבע תאריך לניתוח עתידי, וששוב יסבלו הפונים מחוסר ודאות ומהמתנה ארוכה לסיום ההליך, אשר יעצימו את מצוקתם.

2. בעיות עקרוניות וחוקיות בקיומה של הוועדה לשינוי מין

ד"ר יובל לבנת הגיש לוועדה הציבורית לבחינת החוזר לביצוע ניתוחים לשינוי מין משנת 2009¹²⁵ חוות דעת, שבה הוא טוען כי הנוהל המוסדר בחוזר ופעולת הוועדה מובילים לפגיעה באוטונומיה של א/נשים טרנסים ולהפליה אסורה.¹²⁶ הפגיעה באוטונומיה של הפרט מתבטאת בכך שבמודל שהוועדה פועלת על פיו, נוצר מצב דברים שלפיו הוועדה היא הגוף היחיד המחליט אם אדם יקבל את הטיפול שהוא מבקש, שכן לוועדה מונופול על הגישה לניתוחים לשינוי מין במסגרת סל הבריאות. גישה זו מתעלמת מהעובדה שהחלטה לעבור ניתוח לשינוי מין איננה החלטה רפואית "גרידא", אלא החלטה המכוננת את זהותו של אדם וקשורה לכל אספקט בחייו הן מבחינה אישית, הן מבחינה חברתית והן מבחינה משפטית.¹²⁷ כדברי לבנת, הפגיעה באוטונומיה של אדם מתבצעת כאשר רצונו מתורגם לצורך רפואי גרידא. כך, אדם המבקש לעבור טיפול רפואי אינו זוכה לקבל את מבוקשו משום שהוא, כאדם

123 DSM, לעיל ה"ש 107, בעמ' 549.

124 JAY PROSSER, SECOND SKINS: THE BODY NARRATIVES OF TRANSEXUALITY 108 (1998).

125 הסכמות ועדה זו, שבה הייתה חברה מטעם הקהילה הגב' נורה גרינברג, הוקפאו ולא יצאו אל הפועל, הגם שרבות מהן הופיעו לבסוף בחוזר החדש.

126 "האוטונומיה של אדם להחליט על רצונו בניתוח לשינוי מין" (חוות דעת של ד"ר יובל לבנת, 7.1.2009) (להלן: חו"ד לבנת). חוות דעתו של ד"ר לבנת מתייחסת גם לעולות הנזיקיות הנגרמות בשל הפגיעה באוטונומיה כפי שהוכרו על ידי בית המשפט העליון בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג"ד (4) 526 (1999), וכן לפגיעה בזכות החוקתיות כאמור בבג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט"ד (2) 529 (1995). חוות דעתו של ד"ר לבנת נכתבה ביחס לחוזר 86, והיא עוסקת גם בשאלת עולות נזיקיות "קלאסיות" אשר התעוררו בשל פעולת הוועדה והחוזר. לדברי לבנת, עיכוב הניתוח לתקופה של שנתיים לפחות בשל חוזר 86 עלול להקים עוללה בגין כאב וסבל, בגין נזקי גוף (כגון במקרה של Self-mutilation) ובגין פגיעה בזכות חוקתית. לכך מצטרפים החשיפה לאלימות והפליה תעסוקתית על רקע טרנסופוביה שאליה חשופים יותר א/נשים טרנסים שעדיין לא עברו כל טיפול רפואי ועל כן קל יותר לזהות את חריגותם המגדרית, ולפיכך פרנסתם ואולי שלמות גופם נפגעים. לדעת לבנת חוזר 86 עצמו חושף את משרד הבריאות, כמי שקבע אותו, ואת הוועדה לתביעות נזיקיות מצד א/נשים טרנסים. ואולם, החוזר החדש קיצר את תקופת ההמתנה ומאפשר ויתור עליה. יתר על כן, עוזר השרה, אסף וייס, אשר קידם את השינוי בחוזר, הבהיר במפגש הקהילתי שנערך ביום 22.5.2014 כי אחת ממטרותיו המרכזיות של החוזר החדש היא ייעול ההליך וקיצורו. ברם, ייתכן כי החוזר החדש לא ישנה מהותית את פעולת הוועדה, והעילות הנזיקיות הנזכרות בחוות דעתו של לבנת יהיו רלוונטיות במקרים עתידיים.

127 ס' 2 למכתבה של עמותת רופאים לזכויות אדם אל מנכ"ל משרד הבריאות בעניין חוזר 29/86 מיום 19.5.2008.

בוגר ועצמאי, הביע את רצונו, אלא משום שאדם אחר, רופא במקרה הזה, הגדיר אותו כחולה ואישר לספק לו "תרופה" למחלתו. בהמשך לכך קובע לבנת כי מדובר בפגיעה בזכות לממש זהות מגדרית מסוימת המצויה בלבה של זכות האדם לחירות ולאוטונומיה.¹²⁸

בארצות הברית קבע בית המשפט כי העובדה ששלטונות בתי כלא ברחבי המדינה לא אפשרו לאסירים או אסירות טרנסים לעבור טיפולים לשינוי מין מבטאת "אכזריות בלתי רגילה" האסורה על ידי החוקה, ולאחרונה נפסק כי על המדינה לממן ניתוחים אלו לאסירים.¹²⁹ בדומה לכך, בחוות דעתו של השופט ג'ובראן בפרשת פלוני(ת) הובהר כי גם הזכות לשוויון של א/נשים טרנסים היא זכות חוקתית, וכי זכות זו אינה מסורה רק למי שהשלים את הליך השינוי המגדרי. יתרה מכך, השופט ג'ובראן הבהיר כי אי-ההכרה בזהות המגדרית של הפרט, כפי שהוא רואה אותה, מהווה היא כשלעצמה פגיעה בזכות לשוויון. ככל שנראה בדבריו של השופט ג'ובראן הלכה, ונבחן את החוזר החדש לאורה, הרי שעצם מתן המנדט לוועדה להכיר בזהות המגדרית של א/נשים טרנסג'נדרים או לא להכיר בה מהווה פגיעה בזכותם לשוויון באופן בלתי סביר ובלתי מידתי. במילים אחרות, החובה לכבד את זהותו של אדם כפי שהוא רואה אותה חלה, מן הסתם, גם על עבודת הוועדה ועל החוזר עצמו. כאשר החוזר מפקיע את זכותו של אדם לממש את זהותו ומעניק אותה באופן בלעדי למסד הרפואי, הוא פוגע בזכות לשוויון.

למסקנה שהמנדט הבלעדי שניתן לוועדה מהווה פגיעה בזכות לשוויון ניתן להגיע גם ללא חוות הדעת של השופט ג'ובראן, באמצעות ניתוח חוקתי הבוחן את עבודת הוועדה לפי פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. פסקת ההגבלה מתירה פגיעה בערכים המוגנים בחוק היסוד רק בהתקיים תנאים מסוימים.¹³⁰ פגיעה תיחשב סבירה אם היא נעשית לשם תכלית ראויה ואם היא מבוססת על אמצעים מידתיים, שנבחנים באמצעות שלושת מבחני המשנה למידתיות: קשר רציונלי בין האמצעי למטרה, בחירת האמצעי שפגיעתו פחותה ובחינת מידת הפגיעה אל מול התועלת שתצמח ממנה.¹³¹

בחינת החוזר החדש מובילה למסקנה שזה איננו עומד בפסקת ההגבלה. החוזר, כאמור, מעניק למסד הרפואי את הזכות הבלעדית להחליט על ביצוע הליכים לשינוי מין, הגם שהחלטה כזו משפיעה על כל אספקט בחייו של אדם. בכך פוגע החוזר באוטונומיה של הפרט וביכולתו לקבוע את זהותו המגדרית. לעניין מבחן התכלית הראויה, ניתן לטעון כי ההליך הקבוע בוועדה בוחן את התאמת המבקש לכללי המגדר הראויים, זאת בשל החובה המוטלת על המבקש להוכיח לאורך שנה כי הוא "מתאים" למין החדש.¹³² ניתן גם לטעון שהפגיעה בזכות לאוטונומיה נעשית לשם שמירה על חוקי המגדר, מטרה שאינה ראויה. קל יהיה לטעון שהמטרה היא רגולציה של הליכים רפואיים מסוג מסוים

128 חו"ד לבנת, לעיל ה"ש 126, בעמ' 2.

129 ראו *Wolfe v. Horn*, 130 F. Supp. 2d 648 (E. D. Pa. 2001) וכן *Kosilek v. Spencer*, 889 F. Supp. 2d 190 (D. Mass. 2012). החלטה זו, הנוגעת לזכויות אסירים, יכולה ללמד על סטנדרט הטיפול הראוי על פי החוקה האמריקנית, שכן בהיעדר זכות חוקתית לביטוח בריאות ממלכתי, החוקה מעניקה זכות לבריאות רק לאסירים באמצעות הסעיף האוסר על עינויים.

130 אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 41 (2010).

131 שם.

132 *Segev*, לעיל ה"ש 99.

(הגם שיש להליכים אלו השלכות רחבות היקף החורגות מתחום הרפואה) ועל כן מדובר במטרה ראויה. גם אם נקבל טיעון זה, הרי שהנוהל המותווה בחוזר אינו מבוסס על אמצעים מידתיים. מבחן המשנה הראשון, הבוחן קשר רציונלי בין האמצעי למטרה, מתקיים, כיוון שהחוזר מקיים את המטרה – הוא מסדיר את ההליך הרפואי. ואולם, החוזר כושל במבחן המשנה השני, הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, שכן ניתן בקלות להעלות על הדעת נהלי פיקוח אחרים המאפשרים הן רגולציה והן שמירה על הזכות להגדרה עצמית.¹³³ דוגמאות לכך יהיו ביטול הוועדה והסתמכות על הסכמה מדעת, או למצער התניית הגישה להליכים לשינוי מין בחוות דעת של איש בריאות הנפש המכיר את המטופל, במקרה שיש ספק בדבר יכולתו של האדם ליתן הסכמה מדעת (הסכמה במקרה כזה צריכה לשקף את הבנת ההשלכות המסופעות של ההליך על כלל האספקטים בחייו). מבחן המשנה השלישי, הבוחן את מידת הנזק הנגרם כתוצאה מהפגיעה בזכות אל מול התועלת שהפגיעה מצמיחה, גם הוא אינו מתקיים. גם אם קיימת תועלת כלשהי, היא מתגמדת לעומת הפגיעה באוטונומיה של הפרט. הפגיעה באוטונומיה של הפרט, ובפרט הפגיעה בזכותו של אדם לממש את זהותו באופן עצמאי אשר היא פועל יוצא של עבודת הוועדה במתכונתה הנוכחית, היא פגיעה בזכותם של א/נשים טרנסים לשוויון במימוש זהותם המגדרית.¹³⁴ עבודת הוועדה, כפי שתואר לעיל, מובילה לכך שכדי לממש את זהותם וליהנות מהכרה רפואית ומשפטית, אנשים טרנסים נדרשים לקבל את אישורו של גורם חיצוני כי זהותם "אותנטית"; הם נאלצים לעמוד תחת עיניה הבוחנת של הוועדה לתקופה של שנה לפחות, שבה הם נדרשים להוכיח את "אמינות" זהותם בדרך של התאמה לסטריאוטיפים מגדרים כאלו ואחרים, הליך אשר נחוה כמשפיל ופוגעני.¹³⁵ הדבר מקביל במידה מסוימת לעבודת הוועדה להפסקת היריון, שגם היא נחשבת משפילה ופוגענית ומושפעת מנורמות חברתיות,¹³⁶ עם זאת אין המדובר בפגיעה אחת אלא בסדרה שלמה של פגישות ו"מבחנים", והפונים לוועדה יודעים שרק שיתוף פעולה והסכמה "לשחק את המשחק" יאפשרו להם לקבל את הטיפול שהם זקוקים לו. ואולם, ההליך אינו מסתיים בשנה משום שגם לאחר קבלת אישור הוועדה יש תקופת המתנה ארוכה. במהלך השנים הרבות האלו חייהם של הפונים אינם נעצרים. הם נמצאים באמצע ההליך. למשל, אחד הדברים הראשונים שהם מקבלים מן הוועדה הוא טיפול הורמונלי המשנה את סממני המין המשניים.¹³⁷ חייהם של הפונים תלויים אפוא על בלימה, בעוד התהליך הפיזי מתארך באופן בלתי סביר וגורם למצוקות נפשיות וכן

133 ראו בהקשר זה נייר עמדה מטעם פרויקט גילה, לעיל ה"ש 100, נספח א'.

134 ניתן לטעון שעל מנת לממש את זהותה של מי שאינה טרנסית אין צורך בהתערבות רפואית ועל כן יש הצדקה לרגולציה. ואולם, גם במקרים שבהם א/נשים שאינם טרנסים מבקשים להתאים את מצגם המגדרי באמצעים כירורגיים, כגון ביחס להגדלת/הקטנת חזה לנשים או הסרת חזה לגברים (גניקומסטיה) או אפילו ניתוחים באיברי המין כגון ניתוחים לעיבוי איבר המין הגברי או שחזור קרום הבתולין, אין הם נדרשים לעבור רגולציה זהה, ומכך ניתן ללמוד כי הרגולציה המכוונת ספציפית כלפי טרנסיות נובעת מתפיסה אידאולוגית בנוגע למגדר והאופן שבו ניתן לחרוג ממנו. יתר על כן, משרד הבריאות מקל מאוד בגישה לניתוחים עבור אינטרסקס אף על פי שבשניהם נדרשת התערבות רפואית ב"מין הביולוגי". ראו מור, סודאי ושי "על א/נשים אינטרסקס", לעיל ה"ש 50.

135 כפי שעולה מתצהירים שנאספו מחברי הקהילה במסגרת בג"ץ נגד משרד הבריאות שלא הוגש בשל פרסום הנוהל, החומרים נמצאים אצל המחבר.

136 רוני לינדר-גנץ "הזכות לבצע הפלה בלי לעבור חקירה" הארץ 15.11.2013 www.haaretz.co.il/news/health/premium-1.2166226.

137 כגון שיעור, מבנה גוף וכד'.

לקשיים קונקרטיים לשוב ולהשתלב בחברה.¹³⁸ מי שידו משגת פונה למסגרות רפואיות פרטיות. על כן, בעלי הפריווילגיות בקהילה, שניתן להניח כי היה בידיהם להעמיד דרישות רבות יותר ליחס מכבד והוגן, אינם נמנים על קהל "הלקוחות" של הוועדה. בפועל, כאמור, רק חלק קטן מהקהילה פונה לוועדה, והפן הציבורי מאבד אפוא ממשמעותו. יתר על כן, במקרים רבים א/נשים נאלצים להוציא את חסכוניהם על מנת לשלם על הליכים פרטיים ונוטלים הלוואות גדולות. הדבר מוביל גם לכך שנשים צעירות פונות לעבודות מין על מנת לממן הליכים פרטיים בחו"ל.¹³⁹

ההליכים המבוצעים במסגרת החוזר משפיעים על מצגו המגדרי של אדם, כך שהם מאפשרים לא/נשים טרנסים להתאים את מצגם המגדרי לזהותם המגדרית. על כן ניתן לטעון כי הפגיעה המגולמת בחוזר הינה מידתית משום שלכאורה מצג מגדרי משקף רק פן צר של הזהות המגדרית. אולם בהמשך למשנתה של באטלר שתוארה לעיל, המצג המגדרי משחק תפקיד מרכזי בכינון "המין המשפטי". יתר על כן, טרנסג'נדרים שמצגם המגדרי אינו קוהרנטי חשופים יותר לאלימות ולהפליה ממי שמצגו המגדרי קוהרנטי. בדיוק משום ש"יודעים עליהם" שהם טרנסים. על כן, החוזר אינו עומד במבחן המשנה השלישי למידתיות, משום שהפגיעה המגולמת בחוזר אינה עומדת ביחס ישיר לתועלת העולה ממנו, פיקוח ממסדי על הליכים לשינוי מין. למרבה הצער, הליכים לשינוי מין הם הכלי המרכזי שבאמצעותו המדינה מכירה ב"מעבר מגדרי" ומשנה את רישומם במרשם האוכלוסין. החוזר מחייב הקמת ועדת מומחים ואוסר על קיום ניתוחים להתאמת איברי המין בבתי חולים פרטיים. דהיינו, החוזר מעניק לוועדה מונופול על ההליכים, אשר נכון להיום, מאפשרים הכרה ממסדית. החוזר מעניק לוועדה את הסמכות לפקח על המגדר וחצייתו ובכך שולל את האוטונומיה של א/נשים טרנסים באופן בלתי מידתי.¹⁴⁰ כידוע, מבחן המשנה השלישי הוא החשוב והמרכזי שבין השלושה, על כן, לטענתי, החוזר פוגע אפוא בא/נשים טרנסים באופן בלתי מידתי.

חשוב להדגיש כי הביקורת על קיומה של הוועדה אינה מניחה שכל הא/נשים הטרנסים אינם רוצים או אינם יכולים להתאים לסטריאוטיפים מגדריים ספציפיים,¹⁴¹ אלא שכדי לשכנע את הממסד הרפואי בנחיצות הטיפול, א/נשים טרנסים נדרשים להיות "נורמלים" יותר מאנשים שאינם טרנסים, קרי להחצין את כללי המגדר בצורתם הקיצונית, הסקסיסטית והצרה, ולבטא זאת בהופעתם, דיבורם, שאיפותיהם ומיניותם.¹⁴² התנהלות זו נגזרת מעצם קיומה של הוועדה, שכן היא מעניקה לממסד הרפואי את הסמכות הבלעדית לידע בנושא א/נשים טרנסים והסמכות הבלעדית לאשר החלטות

138 בהיעדר נגישות להליכים להתאמת מין, א/נשים טרנסים מתקשים עוד יותר להשתלב בשוק העבודה. ראו בהקשר זה את ממצאי קבוצת המחקר PULSE Canada <http://transpulseproject.ca/wp-content/uploads/2012/08/Trans-Health-Advocacy-Summit-2012-Results-vFINAL.pdf>.

139 כך עולה מדבריה של רעות גיא מעמותת על"ם, העובדת עם נשים טרנסיות בזנות; ראו רעות גיא "זרקור: זנות בקרב נוער להט"בי: היבטים חברתיים ומשפטיים והתמודדות עם התופעה בעשור האחרון בישראל" בספר זה.

140 סיני, לעיל ה"ש 47, בעמ' 51.

141 לקריאה נוספת על השימוש בסטריאוטיפים מגדריים בקרב א/נשים טרנסים ראו Sam Winter & Nuttawut Udomsak, *Gender Stereotype and Self Among Transgenders: Underlying Elements*, 6 INT'L J. OF TRANSGENDERISM 2 (2002).

142 Spade, לעיל ה"ש 14, בעמ' 28; §3.4 THOMAS HAMMARBERG, HUMAN RIGHTS AND GENDER IDENTITY (Council of Europe Comm'n H.R., 2009) available at https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365#P167_40284 (להלן: דוח מועצת זכויות האדם האירופאית).

הנוגעות לגופם. התנהלות זו נגזרת מכך שגם בחוזר החדש תפקידה של הוועדה אינו לסנן את הפונים, בדיוק כפי שהיה בחוזר הקודם, אלא נוסף לו גם ממד של ליווי וסיוע. יתר על כן, משום שקיימות חלופות פרטיות למרבית הפרוצדורות המפוקחות על ידי הוועדה, הפגיעה באוטונומיה של הפרט תלויה גם במצבו הכלכלי.¹⁴³ עבודת הוועדה עצמה היא שיוצרת מצב שבו מרבית הקהילה אינה מגיעה אליה: "עבודת הוועדה משולה לצינור מים: בלחץ גבוה הצינור מתפוצץ; אולם כאשר יש חורים בצינור, מתאפשרת זרימה של מים לאפיקים אחרים והצינור נשמר. הוועדה בתל השומר מאפשרת ולמעשה מעודדת במדיניותה את המעבר של בעלי האמצעים אל אפיקים אחרים".¹⁴⁴

חלק מההליכים לשינוי מין מכוסים על ידי הביטוחים המשלימים של קופות החולים. אלו אותם הליכים אשר המדינה מממנת מכוח החוזר. באפיקים הפרטיים אין דרישות מקבילות לדרישות הוועדה; הם אינם מחייבים תקופת המתנה וביצוע מבחנים פסיכולוגיים כלשהם, ולרוב די במכתב מאיש בריאות הנפש המאבחן את המבקש כדי לאפשר את הניתוח או את הטיפול ההורמונלי. מרבית ההליכים הכירורגיים הממומנים על ידי הקופה הציבורית ושוניתן לבצעם גם ברפואה הפרטית, אינם מצריכים הליך ארוך ומיוחד לאישורם ונבדלים זה מזה בעיקר בעלותם ובזמן המתנה להם. ההבדל בין ההליכים הפרוצדורליים לשינוי מין הנעשים ברפואה הציבורית לבין אלו הנעשים ברפואה הפרטית הם קיצוניים במיוחד. נראה שמדובר בשני הליכים שונים לחלוטין. האחד, הניתן למי שכיסו מאפשר לו, הוא הליך מהיר שפגיעתו באוטונומיה מוגבלת. ההליך השני, אינו מטיל נטל כלכלי על המבקש אך הוא ארוך באופן משמעותי ומכפיף את המבקש לנורמות ארכאיות הבודקות את יכולתו לבצע באופן "נורמלי" את מגדרו. לאמתו של דבר נוצר מצב שרק אלו הסובלים מאמצעים כלכליים פחותים נאלצים להתייצב בפני הוועדה ולהצדיק את בחירתם בניתוח, בעוד בעלי אמצעים נהנים מחירות המוענקות להם בשל עדיפותם הכלכלית.

עדיין לא ברור אם החוזר החדש חל גם על פרוצדורות המתבצעות מחוץ לישראל במסגרת שירותי הבריאות הנוספים (שב"ן). בתוך כך חשוב לציין כי קופות החולים מנסות, בדרכים שונות ואחת לתקופה, לנער חוצנן ממימון הליכים לשינוי מין, אם באמצעות שלילה אקראית של בקשות למימון ניתוחים בחו"ל מהביטוחים המשלימים ואם בטענות שהחוק אינו מחייב אותן לממן פרוצדורות

¹⁴³ טענה דומה ראו ס' 73 לכתב העתירה בבג"ץ לירן-שקד, לעיל ה"ש 73. בחו"ל מבוצעים ניתוחים להתאמת איברי המין (ניתוחים תחתונים) ואילו בארץ הם אסורים אלא אם הם מתבצעים באישור הוועדה ועל ידי המנתח שמינתה. יצוין כי מתצהירים שנאספו מחברות הקהילה לצורך הגשת עתירה לבג"ץ בנוגע לחוזר, שלא הוגשה בשל עדכוננו של החוזר, עולה שהניתוחים לשינוי איברי המין עבור נשים טרנסיות שבוצעו בישראל עד לפרישתו של ד"ר חיים קפלן, שעמד בראש הוועדה, נופלים באיכותם באופן משמעותי מהניתוחים המבוצעים ברחבי העולם, ובפרט במדינות מערב אירופה, תאילנד וארצות הברית. הטכניקות והטכנולוגיה שבה השתמשו בתל השומר אינן מעודכנות, ותוצאות הניתוחים אינן מאפשרות, לרוב, תפקוד מיני תקין. גם טופס ההסכמה לניתוח כולל ויתור על הנאה מינית, הגם שכיום קיימות טכנולוגיות המאפשרות זאת. בקרוב עתיד להיכנס לתחום מנתח חדש, שצפוי לעמוד בראש הוועדה, והוא משתלם בביצוע ניתוחים אצל מומחים בעלי שם בעולם. ביחס לגברים טרנסים, הטכנולוגיה של ניתוחים לשינוי איברי המין טרם השתכללה ברחבי העולם, ולכן ניתוחים אלו דורשים ניתוחי המשך רבים ובמקרים רבים אינם מאפשרים תפקוד מיני תקין. לקריאה נוספת ראו Joz Motmans et al., *Female and Male*, *Transgender Quality of Life: Socioeconomic and Medical Differences*, 9 J. SEX. MED. 743 (2011).

¹⁴⁴ סיני, לעיל ה"ש 47, בעמ' 75.

רפואיות שאישרה הוועדה.¹⁴⁵ מכאן עולה סוגיה נוספת הנוגעת לשאלת הניתוחים לשינוי מין, מימון הטיפולים והכללתם בסל הבריאות.¹⁴⁶ השאלה אם הליכים אלו נכללים במסגרת סל הבריאות נדונה בבית הדין האזורי לעבודה בשנת 1997 במסגרת תביעה כנגד קופת חולים בשל סירובה לממן את ההליכים לשינוי מין שאישרה הוועדה עבור מבוסח/ת של הקופה. לאחר הגשת התביעה הסכימה הקופה לממן את עלויות הניתוח "במסגרת בית חולים ציבורי ובכפוף לנוהלי משרד הבריאות".¹⁴⁷ עניין זה הגיע גם לנציבות לקבילות לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי של משרד הבריאות¹⁴⁸ בחודש יוני 2001.¹⁴⁹ במקרה זה ביקש מבוסח של קופת חולים מאוחדת לעבור ניתוח לשינוי מין לאחר שזכה לאישור הוועדה, בסיומו של מעקב שנמשך שנתיים. המבוסח פנה לקופה וביקש את מימון הניתוח, אך הקופה סירבה בטענה שהניתוח אינו נמצא בסל הבריאות. נציבות קבילות הציבור קבעה כי בהתאם לסעיף 7(א)(1) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, בסל הבריאות נכללים כל "שירותי הבריאות שנתנה קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל לחבריה במועד הקובע לרבות תשלומים מיוחדים ששילם החבר, הכל כמפורט בתוספת השניה".¹⁵⁰ הנציבות פנתה לקופת חולים כללית, וזו השיבה כי במועד הקובע (1 בינואר 1994) היא פעלה על פי החזור, כלומר מימנה הליכים לשינוי מין, וכך גם עלה מבדיקתה של חוברת סל השירותים של קופת החולים במועד הקובע. אם הכללית מימנה את ההליכים לשינוי מין במועד הקובע, הרי שעל פי החוק הם נכללים בסל הבריאות. אלא שבכך לא היה די לקופת חולים מאוחדת, אשר טענה כי על פי החוק הפרוצדורה הרפואית צריכה להופיע בתוספת השנייה לחוק, ועל כן התעוררה שאלה פרשנית בדבר היקף השירותים הניתנים בחוק.¹⁵¹ על כך ענתה עו"ד מירה היבנר, היועצת המשפטית של משרד הבריאות, כי לעובדה שההליכים לשינוי מין מומנו במועד הקובע יש משמעות נורמטיבית, גם אם לא פורטו מפורשות בתוספת לחוק. לטענתה, אין אינדיקציה לכוונה מפורשת של המחוקק להשמיט שירות רפואי, ועל כן לא ניתן ללמוד מהיעדרו מן התוספת על היעדר חובה לספקו. מכאן שהליכים לשינוי מין נכללים בסל הבריאות.¹⁵² בהתאם לחוות הדעת של עו"ד היבנר החליטה מאוחדת לחזור בה מעמדתה ולממן את הניתוח. לסיכום, בהתאם לחוק בריאות ממלכתי, ניתוחים לשינוי מין נכללים בסל הבריאות. אחת

145 הכוונה היא לביטוחים המשלימים.

146 שאלת ההכללה בסל הבריאות קשורה לא רק להליכים המאושרים במסגרת החזור לביצוע בבית חולים ציבורי, אלא גם להליכים שמתבצעים במימון השב"ן, משום שחוזי הביטוח המשלים מכילים רמות שונות של כיסוי לניתוחים הכלולים בסל הבריאות, ואדם המבקש לבצעם בחו"ל או על ידי רופא מומחה רשאי לעשות זאת גם אם אינם כלולים בסל.

147 "קופ"ח הכללית מסכימה לממן ניתוח לשינוי המין" גלובס 5.11.1997 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=144788

148 נציבות הקבילות היא הגוף המסייע לציבור במימוש זכויותיו לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994. מכוח ס' 45 לחוק ניתן להגיש לנציבות קבילות נגד קופת החולים, נותן שירותים שלה, עובד מעובדיה או כל פי שפועל מטעמה, בכל הקשור למילוי תפקידיהם לפי החוק.

149 דוח מס' 5 של נציב קבילות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי לשנים 2002-2003 (2004) www.health.gov.il/PublicationsFiles/NK2002_2003.pdf

150 שם, בעמ' 39.

151 שם, בעמ' 40.

152 שם, בעמ' 42.

ההשלכות של עניין זה היא החובה לכאורה לספק מימון לניתוחים אלו בחו"ל אם אין אפשרות לבצעם בישראל.¹⁵³

3. מודל מוצע – הסכמה מדעת

החוזר החדש מתווה גם הוא, כאמור, מסלול ליניארי לשינוי מגדרי, שראשיתו באבחון, המשכו בטיפול הורמונלי ותקופת חיים בזהות המגדר הנבחרת וסופו בניתוח "עיקרי", קרי להתאמת איברי המין. תהליך ליניארי זה מוכר בספרות האקדמית ותואם את הפרספקטיבה המגדירה דרך אחת להתאמה מגדרית הקושרת בין מין, מגדר ומבצע מגדרי.¹⁵⁴ ב-SOC לא מופיעה דרישה לקיומה של ועדה, ובמקומה מקובל כיום בעולם לדרוש כי המבקש יעבור בדיקה פסיכולוגית, אשר תתמקד ביכולתו ליתן הסכמה מדעת לניתוח הספציפי שהוא עומד לעבור ובמודעותו להשפעותיו הנפשיות והגופניות של הליך זה, ולבדוק אם קיימת מניעה רפואית השוללת את האפשרות שאותו אדם יעבור בהצלחה את ההליך הניתוחי הספציפי.¹⁵⁵ ה-SOC, בהנחיותיו לאנשי בריאות הנפש המלווים א/נשים טרנסים בהליך השינוי המגדרי, קובע כי ניתן לבצע את הניתוח על סמך המלצתו של איש בריאות הנפש המלווה את המטופל וכי אם נדרש אישור הנוסף של גורם חיצוני שאינו מכיר את המטופל, כגון פסיכיאטר, עליו לבחון את יכולתו של האדם ליתן את הסכמתו מדעת ולוודא שהסכמתו אכן הייתה מדעת.¹⁵⁶

כך לדוגמה, סעיף 11 לחוק הזהות המגדרית הארגנטינאי מעגן את הזכות להתפתחות אישית וקובע כי לצורך גישה להליכים רפואיים הדרישה היחידה תהיה הסכמה מדעת.¹⁵⁷ בכל הטריטוריות הקנדיות הגישה לניתוחים מבוססת על ה-SOC,¹⁵⁸ כלומר על בסיס בקשה הנבחנת מתוך פרספקטיבה של הסכמה מדעת. מודל זה מקובל גם במרפאות קהילתיות לבריאות טרנסג'נדרים ברחבי העולם.¹⁵⁹ מתוך הכרה בזכותם של א/נשים טרנסים לאוטונומיה ולשוויון די להסתפק בהסכמה מדעת, ובמקרה הצורך, כאשר מתעורר חשש סביר, אישור מאיש בריאות הנפש שהמבקש כשיר לתת את הסכמתו מדעת.

153 זאת מכוח ס' 11 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, הקובע כי שירותי בריאות מסוימים יכולים להינתן בחו"ל מכוח סל הבריאות, במקרים מסוימים כגון במקרה שאין אפשרות לקבל את הטיפול בישראל. בהתאם לכך הוציא ראש מינהל רפואה הנחיה בחודש מרס 2014 כי על קופות החולים לממן הליכים לשינוי מין שאושרו על ידי הוועדה כל עוד אין מנתח בישראל שמבצע אותם (משרד הבריאות – מינהל רפואה "ביצוע ניתוחי שינוי מין" (24.3.2014) www.health.gov.il/PublicationsFiles/SRS_instructions.pdf).

154 ראו סיני, לעיל ה"ש 47, בעמ' 48.

155 חור"ד לבנת, לעיל ה"ש 126, בעמ' 12.

156 SOC, לעיל ה"ש 105, בעמ' 183.

157 חוק הזהות הארגנטינאי, לעיל ה"ש 62.

158 נייר עמדה מטעם פרויקט גילה, לעיל ה"ש 100, נספח א'.

159 ראו דבריו של ד"ר גל וגנר-קולסקו מהמרפאה הגאה, במסגרת מחקרה של סיני, לעיל ה"ש 47, בעמ' 49 – SHERBOURNE HEALTH CENTRE, GUIDELINES AND PROTOCOLS FOR COMPREHENSIVE PRIMARY HEALTH CARE FOR TRANS CLIENTS (2009), available at <http://sherbourne.on.ca/wp-content/uploads/2014/02/Guidelines-and-Protocols-for-Comprehensive-Primary-Care-for-Trans-Clients.pdf>; FENWAY COMMUNITY HEALTH TRANSGENDER PROGRAM, PROTOCOL FOR HORMONE THERAPY (2007), available at http://fenwayhealth.org/documents/medical/transgender-resources/Fenway_Protocols.pdf.

בישראל תוואי ההסכמה מדעת קבוע בסעיף 13 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.¹⁶⁰ בשנים שחלפו מאז נחקק חוק זה פותחה דוקטרינת ההסכמה מדעת באופן נרחב, גם ביחס לניתוחים אלקטיביים.¹⁶¹ הסכמה מדעת נדרשת כיום בישראל ביחס לפרוצדורות רפואיות אחרות שעיקרן התאמת המצג המגדרי של המבקש לסדר מגדרי מסוים, כגון ניתוחים פלסטיים להגדלת חזה לנשים או ניתוח גניקומסטיה לגברים,¹⁶² ניתוחים באיברי המין, כגון ניתוח לשחזור קרום הבתולין או ניתוחים לעיבוי איבר המין הגברי. לפיכך אין צורך ב"המצאת" מודל מיוחד עבור ניתוחים לשינוי מין, וניתן ליישם את דוקטרינת ההסכמה מדעת המקובלת במשפט הישראלי גם על עניינים של א/נשים טרנסים.

ה. תעסוקה

הפליה בתעסוקה היא מכשול מרכזי בדרכה של הקהילה למשאבים ולהזדמנויות. מניסיונם של א/נשים טרנסים עולה שרוב מקומות העבודה בישראל אינם מכבדים את זהותם ודורשים מהם להתנהג בהתאם לנומרות החברתיות של מיניות ומגדר. הדברים מעוגנים בסקרים מעטים שנערכו לאחרונה. בחודש יוני 2014 הוצגו בפני השדולה לשוויון בתעסוקה של הכנסת ממצאי הראשוניים של סקר שערכה נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה. מן הממצאים הראשוניים¹⁶³ עולה כי כ-95% מהא/נשים המזדהים כטרנסים דיווחו כי קיימת הפליה כנגדם בקבלה לעבודה, ביחס במקום העבודה ובחיפוש העבודה. 67.9% מהא/נשים הטרנסים שענו על הסקר נתקלו ביחס מפלה במקום העבודה האחרון שבו הועסקו, 64.1% הופלו בשלב חיפוש העבודה, 66.2% הופלו בקבלה לעבודה ו-60.3% הופלו בקידום בעבודה. עוד נמצא כי לא זו בלבד שא/נשים טרנסים סובלים מסוגים רבים יותר של התנהגות פוגענית בשוק העבודה ביחס לכלל אוכלוסיית הלהט"ב, אלא שהם סובלים מכך בשיעורים ובתדירות גבוהים יותר. בימים אלה נערך סקר נרחב יותר, המתמקד אך ורק באוכלוסייה הטרנסית, על ידי אנשי מקצוע ומומחים במסגרת "פרויקט גילה להעצמה טרנסית".

160 13. (א) לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה. (ב) לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטופל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לענין זה, "מידע רפואי", לרבות – (1) האבחנה (הדיאגנוזה) והסכנות (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל; (2) תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע; (3) הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות; (4) סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של היעדר טיפול רפואי; (5) עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני. (ג) המטופל ימסור למטופל את המידע הרפואי, בשלב מוקדם ככל האפשר, ובאופן שיאפשר למטופל מידה מרבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי תלות".

161 ראו נילי קרקן-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 (2008); אמנון כרמי בריאות ומשפט 1127-943 (2003).

162 ניתוח להסרת רקמות שומן מהחזה המבוצע בגברים ומקביל לפרוצדורה של ניתוח עליון עבור גברים טרנסים, למעשה במקרים רבים הניתוחים של גברים טרנסים בעלי חזה קטן מוגדרים גם הם כגניקומסטיה.

163 נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה סקר ראשון מסוגו בישראל בנושא תחושות ותחויות אפליה של להט"ב בשוק העבודה – תמצית ממצאים ראשוניים (2014) - www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/0241B64F-3256-41AA-8E07-27180CA835A6/0/affialhata.pdf

על רקע שונותם המגדרית חווים א/נשים טרנסים סוגים שונים של הפליה ויחס מבודל. הם סובלים מיחס מפלה בקבלה לעבודה, מפוטרים לעתים קרובות יותר, אינם זוכים לקידום ורבים נדרשים לספק מידע אינטימי ורפואי על חייהם וגופם, זאת לעומת לא-טרנסים, שאינם מתבקשים לעשות זאת. טרנסים חשופים יותר מאוכלוסיות אחרות להטרדות מילוליות ואלומות בשוק העבודה. כך, אין זה נדיר שא/נשים טרנסים נדרשים לענות שוב ושוב לשאלות המופנות אליהם מצד חבריהם לעבודה והממונים עליהם בנוגע ל"זהותם הקודמת", או שאלות הנוגעות לחיי המין שלהם או לנטייתם המינית. האווירה העוינת במקום העבודה מקשה על רבים למצוא מקום העבודה, בהשתלבות בו ובשמירה על מקומם באופן שמאפשר להם להשתכר ולהתקיים בכבוד.¹⁶⁴ מן הממצאים הראשונים של הסקר של נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה עולה כי מבין הא/נשים הטרנסים שדיווחו על הפליה בתעסוקה, 75% ציינו שתפקודם בעבודה נפגע כשנודע שהם טרנסים, וכי חלה הידרדרות במצבם הפיזי או הנפשי, בעוד 82% סברו כי האווירה העוינת פגעה בשביעות הרצון שלהם ממקום העבודה.¹⁶⁵

1. מודלים אפשריים לפרשנות החוק

בתיקים המעטים שבהם נדונה אפליית טרנסים בישראל הסתמכו התובעות ובית הדין לעבודה על פסיקה משווה מארצות הברית, שבה נדונו סוגיות של אפליית א/נשים טרנסים כבר משנות השבעים של המאה העשרים. אסקור בקצרה את עיקרי ההתפתחויות בפסיקה זו.¹⁶⁶ את הפסיקה בארצות הברית ניתן לסווג לשלושה מודלים עיקריים לדיון במקרים של הפליית טרנסים במסגרת איסור ההפליה מטעמי מין: מודל "מין אינו מגדר"; מודל "מין הוא גם מגדר" ומודל "מין הוא גם שינוי מין".¹⁶⁷ מין אינו מגדר – ההכרעה הראשונה של בית המשפט הפדרלי בשאלת הפליה מטעמי מין כלפי אישה טרנסית ניתנה ב-1977.¹⁶⁸ העותרת טענה כי פוטרה שלא כדין בהתאם לסעיף 7 לחוק הזכויות האמריקני האוסר על הפליה מטעמי מין.¹⁶⁹ בית המשפט דחה את הטענות וקבע כי למונח "מחמת מין" צריך ליתן את המשמעות ה"מסורתית והצרה".¹⁷⁰ בפסיקה בעניין *Ulane*, נדחתה תביעתה של קרן אולן, שהועסקה כטייס ופוטרה מתפקידה לאחר ששבה מחופשת מחלה שבמהלכה עברה ניתוח לשינוי מין (MTF). בית המשפט קבע שההגנה המוענקת בחוק מוענקת לנשים שהופלו משום שהן נשים או גברים שהופלו משום שהם גברים, בעוד א/נשים טרנסים אינם נכנסים לאף אחת משתי הקטגוריות.¹⁷¹

164 לקריאה נוספת ראו מרטון, לעיל ה"ש 93.

165 סקר נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, לעיל ה"ש 163, בעמ' 5.

166 לקריאה נוספת וניתוח מעמיק של הקשר בין ההתפתחויות הפסיקתיות לנורמות החברתיות המקובלות של מין ומגדר ראו קטרי "לא עוברות", לעיל ה"ש 3.

167 קטגוריות אלו שאולות מעבודת הסמינר של ליאור בכר (ראו ליאור בכר משפט משווה: אפלייתם של עובדים טרנסג'נדרים בשוק העבודה – הסדרים משפטיים בדין האמריקני ובדין הישראלי) (הוגש במסגרת פרויקט "הסמינר", אוניברסיטת תל אביב – הפקולטה למשפטים, 2010), www.law.tau.ac.il/heb/_, Uploads/dbsAttachedFiles/lior14-11-10.pdf. קטגוריות אלו נזכרות גם בחו"ד הנציבות, לעיל ה"ש 19, ובמאמרי הנזכר לעיל בה"ש 3.

168 *Holloway v. Arthur Andersen & Co.*, 566 F.2d 659 (9th Cir. 1977).

169 Civil Rights Act, 42 U.S.C §7 (1964).

170 פרשת *Holloway*, לעיל ה"ש 168.

171 *Ulane v. Eastern Airlines*, 742 F.2d 1081, 1085 (7th Cir. 1984).

מין הוא גם מגדר – התקדים בעניין *Ulane* עמד בתוקפו זמן ארוך, עד אשר בשנת 1989 חל שינוי המשגתי בחוק עצמו בעקבות התקדים שנקבע בפרשת *Price Waterhouse*.¹⁷² בפרשה זו נדון עניינה של אן הופקינס, אשר טענה כי ההחלטה שלא לקדם אותה למעמד של שותפה בחברה נעשה משום שהממונים עליה מצאו שהיא אינה נשית דיה בהליכותיה, לבושה ואישיותה. בפסיקתו פורצת הדרך קבע בית המשפט הפדרלי כי ההחלטה שלא לקדם את הופקינס אכן עומדת בניגוד להגנה המוענקת בסעיף 7, בשל העובדה שהופקינס הופלתה על בסיס המגדר שלה. יתר על כן, בית המשפט הבהיר כי הופקינס הופלתה משום שלא פעלה בהתאם לסטנדרט הנשיות כפי שהוא נתפס על ידי השותפים הבכירים בחברה, ולמעשה כפי שהוא משתקף בסטריאוטיפים החברתיים בנוגע להתנהגות מגדרית. בשנת 2004, בעקבות פרשת *Price Waterhouse*, קבע בית המשפט הפדרלי לערעורים בעניין *Smith* כי הפליה בשל אי-עמידה בסטריאוטיפים מגדריים מהווה הפליה מטעמי מין גם ביחס לא/נשים טרנסג'נדרים.¹⁷³ בית המשפט קבע שקטגוריית המין מורכבת גם מהבדלים ביולוגיים וגם ממגדר כתנאים מצטברים, ועל כן נאסרת הפליה הן בשל הבדלים ביולוגיים והן בשל אי-התאמה לסטריאוטיפים מגדריים, כתנאים חלופיים. במילים אחרות, לפי גישה זו טרנסים וטרנסיות זכאים להגנה משום שהם זכרים/נקבות שאינם פועלים על פי הנורמות החברתיות המקובלות.

מין הוא גם שינוי מין – בעניין *Schoroer* נעשה ניסיון ראשון של בית המשפט להכיר בטרנסיות או בטרנסקסואליות כקבוצה מוגנת כשלעצמה.¹⁷⁴ שרואר התקבלה לעבודה בספריית הקונגרס, בהצלחה יתרה, והציגה את עצמה כגבר. לאחר שנתקבלה לעבודה, אך עוד לפני שהתחילה לעבוד, ביקשה להיפגש עם הממונה עליה לעתיד. בפגישה זו שיתפה שרואר את הממונה בכך שהיא מתכוונת להתחיל בקרוב בהליך לשינוי מין, אשר בסופו תהא אישה. בתגובה חזרה בה ספריית הקונגרס מן ההצעה להעסיק את שרואר. בית המשפט, בהסתמך על הלכות *Price Waterhouse* ו-*Smith*, התחבט בשאלה אם שרואר הופלתה בשל העובדה שהיא אישה לא נשית דיה, גבר שאינו גברי דיו או בשל אי-התאמה מגדרית באופן כללי. בית המשפט סירב להכריע בין האפשרויות, אך טען ששרואר הופלתה בשל העובדה שהיא טרנסקסואלית ולכן לא ניתן להחיל במקרה זה את הלכת *Price Waterhouse*. למרות זאת קיבל בית המשפט את תביעתה של שרואר, משום שהיא מתאימה לפרשנות המילולית של קטגוריית המין, קרי היא הופלתה בשל מינה. באופן זה בית המשפט נמנע מלהכריז כי המונח "מין" כולל בתוכו גם זהות מגדרית. לדידו של בית המשפט, אין זה בסמכותו להכריע בשאלות מעין אלו, והוא הסתפק בכך שהחיל את האיסור על הפליה מטעמי מין ישירות על עניינה של אישה טרנסית.

לסיכום, היחס של בית המשפט האמריקני לסוגיית ההפליה בתעסוקה של טרנסג'נדרים עבר כמה שלבים מובחנים: מהדרה מוחלטת של זהויות טרנסיות ממושג של שוויון המבוסס על הכרה בשתי זהויות מיניות דיכוטומיות בלבד, דרך הכנסת זהויות טרנסיות תחת הקטגוריה המוגנת של התנהגות מגדרית לא-סטריאוטיפית, ועד הכרה בטרנסים כקבוצת זהות מינית הזכאית להגנה בפני עצמה. עם זאת, כל השלבים הללו היו מבוססים על נקודת מוצא אחת חשובה: כדי להוכיח הפליה על בסיס מיני, יש צורך להראות כי קיימת זהות מהותית, מינית או מגדרית, של מושא ההפליה (כפי שמגדיר אותה

Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228, 109 S. Ct. 1775, 104 L. Ed. 2d 268 (1989) 172

פרשת *Smith*, לעיל ה"ש 53. 173

פרשת *Schoroer*, לעיל ה"ש 53. 174

השיח הרפואי), והיא זו שמשמשת כקריטריון מפלה לעומת סוגים אחרים של זהויות מיניות או מגדריות מהותיות. הצורך לעגן את הזכות למצגים מגדריים שונים בקיומה של זהות יציבה מסייע להמשך הסתרתן של הנורמות החברתיות המכוננות את קטגוריית המין ומצמצמות את מרחב האפשרויות הנורמטיביות.¹⁷⁵ במילים אחרות, כדי לזכות בתביעה משפטית נדרשים טרנסים לעגן את זהותם בקיומו של מין הטבוע בגוף וקודם להגדרה החברתית. בכך נמנעת מהם האפשרות לערער על הלגיטימיות של שיוך כל האנשים לקטגוריה מינית דיכטומית, ברגע לידתם, מנגנון המייצר את המערכת ההיררכית המפלה של נורמות חברתיות מקובלות של מין ומגדר, שהם נמצאים בתחתיתה.¹⁷⁶

2. הפסיקה הישראלית בעניין הפליה בשוק העבודה

בשנים האחרונות הגיעו לבית הדין לעבודה שלושה תיקים של נשים טרנסיות שתבעו את מעסיקיהן בשל פיטורים שלא כדין. שני התיקים הראשונים נסתיימו בפשרה, ובתיק השלישי ניתן פסק דין בבית הדין האזורי לעבודה, אשר כנגדו הוגש ערעור לבית הדין הארצי וניתן בו פסק דין. את מיעוט התביעות של א/נשים טרנסים בישראל בגין הפליה בתעסוקה ניתן להסביר בהדרתם משוק העבודה, במצב כלכלי שאינו מאפשר פתיחה בהליכים משפטיים, בהיעדר מודעות בקרב הקהילה, בהיעדר מנגנונים קהילתיים להפצת ידע משפטי ומתן ייצוג משפטי, בחשש מחשיפה (אאוטינג) במהלך ההליך ובחוסר אמון ביכולתו של בית המשפט לתת פתרון. עם זאת, נוכח ההתעוררות הקהילתית-פוליטית שחוותה הקהילה הטרנסית בשנים האחרונות, אשר במרכזה תביעה לגישה למשאבים ולהזדמנויות בדרך של עמידה על זכויות, נראה כי קיימת נכונות גבוהה יותר לפנות לבית המשפט, ולא רחוק היום שבו יגיעו תיקים רבים יותר מסוג זה לערכאות.

להלן אסקור את שלושת התיקים שנדונו עד היום בהקשר של הפליה, ולאחר מכן אציע ניתוח נורמטיבי לסוגיית הפליה מטעמי שונות מגדרית, המאפשר הכרה בשונות אגב שמירה על החופש לשונות מגדרית במסגרת החוק הקיים. שני התיקים הראשונים אמנם נסתיימו בפשרה, אך מכתבי התביעה ניתן ללמוד על האופן שבו נטענו טענות אלו בבית המשפט. כמו כן, בשל העובדה שתיקים אלו אכן הובילו לפיצוי כספי בשל הפליה, גם אם בדרך של פשרה, הרי שאלו טענות שניתן לשקול לטעון בתביעות עתידיות. כאמור, התיק השלישי נסתיים בפסק דין שעליו הוגש ערעור לבית הדין הארצי לעבודה, שניתן בו פסק דין בקיץ 2015.

בתביעה הראשונה, שהוגשה ב-2005, תבעה דינה,¹⁷⁷ אישה טרנסקסואלית, את מעסיקיה בטענה שחוזה העבודה שלה לא חודש לאחר שהחלה בהליכים לשינוי מין.¹⁷⁸ טענותיה של התובעת התבססו על התאמתה להגדרות הרפואיות המקובלות, ובכתב התביעה הובהר כי התובעת התקבלה להליך שינוי

Andrew Gilden, *Toward a More Transformative Approach: The Limits of Transgender Formal Equality*, 23 BERKELEY J. GENDER L. & JUST. 83 (2008)

Laura Grenfell, *Embracing Law's Categories: Anti-Discrimination Laws and Transgenderism*, 15 YALE J. L. & FEMINISM 51, 94 (2003)

שם בדוי.

178 בש"א (אזורי ת"א) 7035/05 פלונית נ' אגודת ההומואים, הלסביות, הביסקסואלים והטרנסג'נדרס בישראל (האגודה לשמירת זכויות הפרט) (הוצא צו איסור פרסום, 28.7.2005) (להלן: בש"א 7035/05 פלונית).

המין הרשמי של משרד הבריאות. התביעה עוגנה בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה אגב הפניה להלכה שקבע בית המשפט בארצות הברית בפרשות *Price Waterhouse* ו-*Smith*,¹⁷⁹ שלפיה המונח "הפליה מחמת מין" מתייחס גם למגדר. כנטען בכתב התביעה, הפליה נעשתה על בסיס סטריאוטיפים מיניים/מגדריים. נוסף על כך נטען כי ההגנה המוענקת בחוק כנגד הפליה מחמת נטייה מינית אף היא רלוונטית משום ש"תחת כנפיה הרחבות של הנטייה המינית נמצא, אם כן, לא רק את המשיכה המינית למגדר זה או אחר, אלא גם את הנטייה המגדרית גופה".¹⁸⁰ תביעה זו נסתיימה בפשרה כטרם הובאה להכרעת בית המשפט, והנתבעים פיצו כספית את הנתבעת. פרטי ההסדר חסויים.

התיק השני הוא המקרה של עדי,¹⁸¹ גם היא אישה טרנססואלית.¹⁸² עדי הועסקה במסעדה בתל אביב. שלושה חודשים לאחר תחילת עבודתה היא החלה להגיע לעבודה מאופרת ובציפורניים משוחות בלק ואף ביקרה במסעדה פעמים מספר מחוץ לשעות העבודה, לבושה בלבוש נשי. כאשר הגיעה לראשונה לעבודה לבושה בשמלה ובחזייה, מעסיקה דרשו ממנה להחליף את בגדיה לאלתר. המנהלים אסרו עליה לעבוד לבושה בבגדים נשיים והתעקשו לדבר אליה בלשון זכר, תוך הפגנת זלזול בוטה בזוהרתה. משהמשיכה להגיע לעבודה מאופרת, אסרו עליה המנהלים גם להתאפר, אף על פי שהתירו לנשים אחרות שמועסקות במקום לעשות זאת. מעסיקה הודו שהם מודעים להליך שינוי המין שעדי עוברת, אך טענו שהופעתה החיצונית כאישה "מצחיקה". לאחר שעמדה עדי על זכויותיה והבהירה כי מדובר בהפליה, היא הושעתה מעבודתה ומעסיקה הודיעו לה כי עליה להודיע להם בכתב אם ברצונה להגיע לעבודה "כאישה" או "כגבר". הם הבהירו כי יפטרו אותה אם ברצונה לעבוד "כאישה", ויסימו לשקול את המשך העסקתה אם תתחייב לעבוד "כגבר". כתב התביעה של עדי התמקד בכך שהיא נמצאת בהליך לשינוי מין, הכולל שינוי שם, לבוש ונטילת הורמונים. לתביעה צורפה חוות הדעת של גב' נורה גרינברג, המתמחה זה שנים רבות בייעוץ ותמיכה פרטנית לאנשים המתלבטים בסוגיות של זהות ומגדר. בחוות דעת זו נקבע כי לתובעת "צורך עמוק לראות עצמה נשית" וכי הופעתה ולבושה הם רכיבים נחוצים בהליך של "פירוק ואינטגרציה של זהות חדשה, שנחווית על ידה כאמיתית".¹⁸³ תביעתה של עדי התבססה, בין היתר, על חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. נטען בה כי עדי נהנית מהגנה מכוח איסור ההפליה מחמת "נטייה מינית", וזאת בהסתמך על משפט משווה ועמדת נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה לפיה שינוי מין הוא חלק מנטייה מינית. התביעה אף הסתמכה על עניין *Schorer*¹⁸⁴ כדי לטעון כי הפליה "מחמת מין" היא גם הפליה מחמת שינוי מין. גם תביעה זו נסתיימה בפשרה, שבמסגרתה פיצו הנתבעים את התובעת, אשר מחקה את תביעתה ללא הכרעת בית המשפט. פרטי הפשרה המלאים חסויים.

3. פרשת משל – מודל חדש לפרשנות החוק

שני התיקים שנדונו לעיל הסתמכו על המודלים הקיימים בארצות הברית ולא הבשילו לכדי פסק דין, אך משום שנסתיימו בפשרה כספית לטובת התובעות ניתן ללמוד מהם, כאמור, על האפקטיביות

179 פרשת *Price Waterhouse*, לעיל ה"ש 172.

180 כתב התביעה בבש"א 7035/05 פלונית, לעיל ה"ש 178.

181 שם בדוי.

182 כתב התביעה בס"ע (אזורי ת"א) 57199-11-10 פלונית נ' פלונים (לא פורסם, 29.11.2010).

183 כתב התביעה בבש"א 7035/05 פלונית, לעיל ה"ש 178.

184 פרשת *Schorer*, לעיל ה"ש 53.

בשימוש בטענות ועל דרכי פרשנות לדין הקיים. פסק הדין בתיק שידון להלן מציע מודל נוסף לפרשנות החוק בהקשר של הפליה על רקע שונות מגדרית. בחודש יוני 2013 הגישה גב' מרינה משל בקשה לצו זמני להשבה לבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב בגין פיטורים שלא כדין על רקע היותה אישה טרנסית.¹⁸⁵ המבקשת הועסקה במשך שלוש שנים על ידי המרכז לטכנולוגיה חינוכית במסגרת פרויקט של הוראה מקוונת. לממונים עליה נודע שניהלה עם תלמידותיה דיונים בעניינים אקטואליים הנוגעים גם למגדר, ובעקבות זאת הופסקה עבודתה. הטיעון המשפטי עוגן בסעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה ובפרט באיסור על הפליה מחמת מין ומחמת נטייה מינית. לטענת המעסיקים עבודתה הופסקה משום שהנושאים שעליהם דיברה עם תלמידה פגעו בתדמיתה כמחנכת, ומאחר שעסקה בתכנים שלא הוכשרה לעסוק בהם ולא היו רלוונטיים לתחום שאותו התבקשה ללמד – מתמטיקה.

במסגרת הדיונים בתיק נתבקשה נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה להציג את עמדתה.¹⁸⁶ הנציבות בחרה שלא להכריע במחלוקות העובדתיות שבתיק אלא להתמקד בשאלות המתייחסות להפליה בתעסוקה על רקע שונות מגדרית. במרכז דבריה קבעה הנציבות כי "החוק הקיים אוסר על הפליה מחמת מין ומחמת נטייה מינית ומקים גם הגנה מפני הפליה מחמת זהות מגדרית".¹⁸⁷ כך נקבע כי המונח "מין" שבחוק אינו מוגבל למינו הביולוגי של אדם אלא מתייחס גם לזהות המגדרית ולחריגות מהדפוס המקובל של התאמה בין מין ביולוגי לזהות מגדרית.¹⁸⁸ מעמדת הנציבות עולה שקטגוריית המין אינה מורכבת גם מהבדלים ביולוגיים וגם ממגדר כתנאים מצטברים, אלא אוסרת הפליה הן בשל הבדלים ביולוגיים והן בשל אי-התאמה לסטריאוטיפים מגדריים, כתנאים חלופיים. עמדת הנציבות מתיישבת בכירור עם גוף הפסיקה האמריקנית,¹⁸⁹ אך היא לא נעצרה בשלושת המודלים האמריקניים לפרשנות האיסור על הפליה על רקע מין. היא הציעה פרשנות נוספת, המצביעה על הקשר בין הנורמות החברתיות המקובלות לבין הדרה על רקע שונות מגדרית. הנציבות הראתה שא/נשים טרנסים מופלים כשמזהים שהם חורגים מהגבולות המותרים של המגדר, וכי הפליה מטעמי מין היא הפליה על בסיס סטריאוטיפים מגדריים, וזאת בהסתמך על עמדה שנקטה לאחרונה נציבות השוויון בארצות הברית במסגרת תביעה בבית משפט פדרלי.¹⁹⁰

185 פרשת משל, לעיל ה"ש 18.

186 חו"ד הנציבות, לעיל ה"ש 19.

187 שם, פס' 22.

188 שם, פס' 29.

189 ראו פרשת *Price Waterhouse*, לעיל ה"ש 172; פרשת *Smith*, לעיל ה"ש 53; פרשת *Schroer*, לעיל ה"ש 53. פסיקה מקבילה התקבלה בבית הדין האירופאי לצדק אשר קבע שם כי איסור ההפליה בעבודה המעוגן בדירקטיבה האירופית חל גם על זהות מגדרית. *P. v. S. and Cornwall County Council (Case C-13/94)*, 1996 I.R.L.R 347 (1996).

190 "When an employer discriminates against someone because the person is transgender, the employer has engaged in disparate treatment "related to the sex of the victim" See Schwenk, 204 F.3d at 1202. This is true regardless of whether an employer discriminates against an employee because the individual has expressed his or her gender in a non-stereotypical fashion, because the employer is uncomfortable with the fact that the person has transitioned or is in the process of transitioning from one gender to another, or because the employer simply does not like that the person is identifying as a transgender person. In each of these circumstances, the employer is making a gender-based evaluation, thus violating the Supreme Court's admonition that "an employer may not take gender

המותב נחלק בדעתו בשאלת התקיימותה העובדתית של ההפליה. אב בית הדין השופטת עידית איצקוביץ סברה כי היא אכן התקיימה, ונציגי הציבור חלקו על דעתה. ואולם, המותב לא נחלק באשר לניתוח המהותי שהציעה השופטת ואשר עליו גם לא נחלקו הצדדים. השופטת איצקוביץ אימצה את חוות דעתו של השופט ג'ובראן,¹⁹¹ ובכך הישירה את המבט השיפוטי אל הליך ה"מגדור", כלומר אל המנגנון הכופה שבתוכו נוצרות הזהויות המיניות והמגדריות התואמות את הנורמות החברתיות המקובלות ומוצגות כטבעיות. על מנת לזהות את ההפליה על רקע שונות מגדרית חשפה השופטת את השימוש במאפיינים ביולוגיים, חברתיים ותרבותיים שנתפסים כטבעיים ובלתי משתנים, ובשל כך מעניקים לגיטימציה להיררכיות בין קבוצות ואנשים, כגון השימוש בסטריאוטיפים מגדריים. בהתאם לכך, כאשר הנציבות מבקשת מבית המשפט להידרש לשאלה "האם שיחה על נושאי זהות היתה נאסרת גם על מי שהוא הטרוסקסואל, או שמא דרישה זו מהווה מסווה לאפליה על רקע מין?",¹⁹² וכאשר השופטת מתייחסת להבדל ביחס בין חונך הטרוסקסואל לטרנסקסואל, משתנה בסיס ההשוואה: מההשוואה הקלאסית בין נשים לגברים, ליחס כלפי אנשים בעלי מצג מגדרי קוהרנטי לכאורה. השופטת בחנה אם המופלה זכה ליחס שונה מאדם שהמצג המגדרי שלו עולה בקנה אחד עם המוסכמות החברתיות, והשוותה את היחס שקיבלה אישה טרנסית לזה שמקבלת אישה שהיא גם נקבה ביולוגית וגם מתנהלת על פי הנורמות של נשיות הטרוסקסואלית. השופטת לא נדרשה אפוא לשאלה אם ראוי להגן על השונות המגדרית של התובעת, אלא בחנה אם החריגה מהסדר החברתי המקובל הביאה לפיטוריה. בהפניית המבט מהאותנטיות של זהותה של משל, קרי התאמתה לסטנדרטים רפואיים, אל היחס שקיבלה, יש מסר מובלע המורה על כך שזכותה של משל לחרוג מהסדר החברתי המקובל, בלי קשר לקיומה של הבחנה רפואית, וכי אין להפלותה בשל כך. הבניית הטיעון באופן הזה מלמדת אותנו שבאופן עקרוני משל ואחרות במצבה יכולות להסתמך על האופן שבו הן רואות עצמן כדי לזכות בהגנת החוק, ואינן זקוקות להכרה מצד גורם חיצוני (הגם שלאמתו של דבר בית המשפט משמש כגורם חיצוני בהקשר זה). בכך המשכה השופטת את דרכו של השופט ג'ובראן,¹⁹³ ניתקה את הקשר שבין הכרה רפואית למשפטית וחיזקה את זכותם של פרטים בקהילה הטרנסית לקבל החלטות אוטונומיות בדבר זהותם.

יתרה מכך, השופטת קבעה באופן תקדימי כי החוק אוסר על הפליה מחמת שונות מגדרית. זאת ועוד, המונח "מין", המצוי בחוק שוויון הזדמנויות, איננו מתייחס לדבריה למין גרידא אלא, כפי שעלה מעמדת הנציבות, גם לזהות מגדרית ואף לחריגות מהדפוס המקובל של התאמה בין מין ביולוגי לזהות מגדרית.¹⁹⁴ יתר על כן, השופטת קבעה כי יש להעניק לחוק פרשנות רחבה,¹⁹⁵ ולפיה המונח "מין" מתייחס ל"מין פלוס", קרי כל תכונה או מאפיין נטרלי הנוסף על רכיב המין ובהתייחס לאפליית א/נשים טרנסים, ה"פלוס" "יכול לייצג את ההליך לשינוי המין, את הזהות המגדרית השונה מהמין

into account in making an employment decision"; *Macy v. Holder*, 2012 W.L. 1435995 (E.E.O.C. Apr. 20, 2012).

191 פרשת משל, לעיל ה"ש 18, פס' 8 לפסק דינה של השופטת איצקוביץ.

192 חו"ד הנציבות, לעיל ה"ש 19, ס' 49.

193 פרשת משל, לעיל ה"ש 18, פס' 8 לפסק דינה של השופטת איצקוביץ.

194 שם.

195 בהקשר זה ראו רות בן-ישראל שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה כרך ב 622–624 (1998).

הביולוגי ואולי את עצם החריגה מהקטגוריות המוכרות של 'נשים' ו'גברים' – היא ביטויה אשר יהא".¹⁹⁶

השופטת הסיקה כי הנתבע ביסס את החלטתו על סטריאוטיפים אסורים, וזאת משום שייחס לתובעת אג'נדה מסוימת והבהיר במכתב הזימון לשימוע כי השימוע נדרש משום שהנתבעת סירבה לחדול מלדון עם בני הנוער בנושאי זהות המגדר ונטייתה המינית. מטיעוני הנתבע שבו ועלו טענות על כך שהתובעת לכאורה עודדה את תלמידותיה להתנסויות מיניות, הגם שעניין זה לא הוכח. על כך אמרה השופטת: "לצערי לא אוכל לפסול את האפשרות שאילו היה מדובר בחונכים שאינם טרנסקסואלים ואינם הומוסקסואליים בנטייתם המינית, היה הנתבע נזהר יותר טרם העלאת טענות בדבר 'עידוד' ו'ייזום' שיחות על מיניות".¹⁹⁷ במילים אחרות, השופטת קבעה כי בסיס ההבחנה שלה אינו בבחינת היחס בין נשים לגברים אלא בין מי שהוא הטרונורמטיבי למי שאינו כזה, ובכך היא משקפת את התפיסה כי המין המשפטי אינו מבוסס על ביולוגיה אלא על נורמות חברתיות. היא אינה שואלת אם השיח שעוררה משל הוא לגיטימי, אלא אם אישה-נקבה-הטרו אשר הייתה משוחחת על נושאים הקשורים למיניות "סטרייטית", כגון בעיות בחיי הנישואים, הייתה נתונה לאותה "חשדנות" מצד המעסיקים.

ניתן אפוא להצביע על כך שפסק הדין של השופטת איצקוביץ הולך בעקבות פסק הדין של השופט ג'ובראן ומאמץ שיה "חוף-רפואי", שאינו דורש הכרה חיצונית בשונות המגדרית על מנת לזכות בהגנה. השופטת קובעת בפסיקתה שהפליה מחמת שונות מגדרית היא הפליה אסורה מחמת מין, וכך היא חושפת כי קטגוריית המין אינה מתקיימת באופן עצמאי, כלומר במנותק מהמצג המגדרי.¹⁹⁸ בהסתמך על עמדה זו, שאותה לא סתרו נציגי הציבור, עולה שטענת הפליה כנגד טרנסים צריכה להיות מבוססת על כך שהפליה על בסיס מין היא לעולם הפליה על בסיס מצג מגדרי. לטענתי, בעצם העובדה שהשופטת איצקוביץ אימצה את עמדתו של השופט ג'ובראן, היא אבחנה את השאלות שעלו בתביעה מתוך התפיסה שאין משמעות לשאלת קיומה של זהות קוהרנטית, זהות המתיישבת עם כללי המשטור המגדרי וטווח הסטייה הצר הנכללים בהם. פסק דינו של השופט ג'ובראן אכן העניק לפרט את הזכות הבלעדית להגדיר את עצמו, מבלי להיות תלוי בהגדרות חיצוניות הדורשות בחינה לאורך זמן של התאמה לנורמות מסוימות, והטיל על החברה חובה לכבד הגדרה עצמית זאת. בנקודת המבט שאימצה השופטת איצקוביץ ניתן להבחין שכלל הזהויות לצורך טענת הפליה על בסיס מין הן תמיד זהויות המושגות באמצעות הליך מתמשך של בניית אותו מצג מגדרי.

ואולם, כאמור בפתח הדברים, נציגי הציבור, הגם שלא חלקו על קביעותיה העקרוניות של השופטת איצקוביץ, לא השתכנעו כי הנתבע אכן התכוון להפלות את התובעת והפכו את החלטתה שאכן התקיימה הפליה. עמדתם זו נתקבלה אף על פי שכאמור בעמדתה של השופטת,¹⁹⁹ ובהתאם להלכה

196 ראו פרשת משל, לעיל ה"ש 18, פס' 8 לפסק הדין.

197 ראו שם, פס' 14.

198 לדיון נרחב בטענה כי המצג המגדרי הוא שטוען את קטגוריית המין במשמעות ראו גרוס "טרנסג'נדרים והמשפט הפלילי", לעיל ה"ש 13.

199 ראו פרשת משל, לעיל ה"ש 18, פס' 12 לפסק דינה של השופטת איצקוביץ.

הפסוקה, הפליה נמדדת לפי תוצאות המעשים ולא לפי כוונת המפלה.²⁰⁰ יצוין כי נציגי הציבור השתכנעו שהתקיימו בין הצדדים יחסי עובד-מעביד, בניגוד לטענת מט"ח. הנתבע הגיש ערעור על פסק הדין העוסק רק ביחסי עובד-מעביד ואילו התובעת הגישה ערעור בשאלת ההפליה. ביום 2.6.2015 נערך דיון בתיק בבית הדין הארצי לעבודה. טרם הדיון הגישה נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה דעת נוספת שבה היא מחזקת את פסק דינה של השופטת איצקוביץ וחוזרת על עיקרי הטיעון מחוות דעתה הראשונה.²⁰¹ בהמלצת בית הדין הגיעו הצדדים להסדר פשרה שלפיו פסק דין של בית משפט קמא יבוטל. בית הדין לא יביע את דעתו בשאלות שמעורר פסק הדין, אולם הוסיף כי "מעבר לזה יאמר כי בית דין זה אכן סובר שעל פני הדברים הפליה מחמת מין ונטייה מינית על פי סעיף 2 על פי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה כוללת בחובה גם הפליה מחמת זהות מגדרית".²⁰² הסדר הפשרה קיבל תוקף של פסק דין.²⁰³ לטענתי, חוות דעתה של השופטת איצקוביץ' רלוונטית גם לאחר מתן פסק הדין, שכן הגם שבית הדין הארצי ביטל את פסק דינו של בית הדין קמא, הוא הסכים עם קביעתה החדשנית של השופטת איצקוביץ' (שכאמור נהפכה על ידי נציגי הציבור) כי החוק מגן גם על זהות מגדרית. מכל מקום, גם אם החוק מגן על הפליה מחמת מין "פלוס" או "רק" מחמת זהות מגדרית, פרשת משל שינתה את כללי המשחק.

4. סיכום

אכן בפסיקה המשווה ובישראל קיימים מודלים שונים לדיון בסוגיית ההפליה על רקע שונות מגדרית. החוק עצמו נותר דומם לעת הזו ביחס לסוגיה זו, ופרשנותו של החוק הקיים טרם הוכרעה באופן סופי. ניתוח סוגיית ההפליה שהצגתי בתחילת פרק זה הנה פרשנות אחת לאופן שבו יש להבין את קטגוריית המין ביחס להפליה ובאופן כללי ביחס לשונות מגדרית, אך כפי שעולה מהמודלים השונים שהוצגו זו אינה הפרשנות היחידה. עם זאת, לדעתי זוהי הפרשנות אשר תעניק הגנה מרבית לחופש לשונות מגדרית, המתבטא בזכות לאוטונומיה ולהגדרה עצמית של א/נשים טרנסים, שכן היא אינה תלויה בהגדרה משפטית מסוימת, בשונות מגדרית מותרת או אסורה, אלא מתייחסת למחסומים המוצבים בפני מי שמבקש לממש את זכותו לאוטונומיה בהקשר זה. אישה הטרנסקסואלית שאינה טרנסית עלולה להיות מופלית לרעה, משום שבמערך החברתי המקובל קיימת הייררכיה המציבה גברים במעמד גבוה מזה של נשים, שבבסיסה הברדל אינהרנטי בין גברים לנשים. מצגה המגדרי כאישה נורמטיבית שהיא גם נקבה מבחינה ביולוגית וגם הטרנסקסואלית מתפרש אפוא כמסמן, מאשרר וכופה את אותה הייררכיה המציבה אותה כנחותה. טרנסים מופלים משום שאינם מצליחים או אינם רוצים להשתתף באותו מערך. על כן, כאמור בחוות דעתו של השופט ג'ובראן בפרשת פלוני(ת), בעמדת הנציבות

200 ראו דב"ע נו/129-3 פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481 (1997). כן ראו רונן שמיר ומיכל שטראי "שוויון הזדמנויות בבית הדין לעבודה: לקראת סוציולוגיה של ההליך המשפטי" שנתון משפט העבודה ו 287 (1996); שרון רבין מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?" הפרקליט מד 529 (1999).

201 "הפליה מחמת זהות מגדרית בפיטורין מהעבודה" (חוות דעת של נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, 2.4.2015).

202 פרשת המרכז לטכנולוגיה חינוכית, לעיל ה"ש 20, פס' 1 לפסק הדין.

203 שם, פס' 2 לפסק הדין.

ובפסיקת השופטת איצקוביץ, המצג המגדרי הטרנסי כבר נכלל בהגנה המעוגנת בחוק מפני הפליה בעבודה, הגנה מפני הפליה מטעמי מין. הגנה זו על שונות מגדרית נפרסת דה פקטו גם על מי שאיננו טרנס, ובכך היא מרחיבה את ההגנה המעוגנת בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.

5. הטרדות מיניות

מרחב פעולה נוסף הקשור לשוק התעסוקה וטרם נוסה בפועל הוא השימוש בחוק למניעת הטרדה מינית²⁰⁴ במקרים של הטרדות מילוליות ואליליות כלפי א/נשים טרנסים במקום העבודה.²⁰⁵ אציג להלן סקירה קצרה של אפשרויות השימוש בחוק.

סקר נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה מצא כי 58% מהא/נשים הטרנסים סבלו מהתייחסות מילולית משפילה מצד עמיתיהם לעבודה, 39% סבלו מכינוי גנאי או איומים מילוליים מצד עמיתים לעבודה ו-27% סבלו מהטרדה מינית בעבודה.²⁰⁶ במחקר בינלאומי שנערך בשנת 2006 ביוזמת ה-Equity Review בבריטניה נמצא כי 72% מהא/נשים הטרנסים סבלו מהטרדות על רקע שונותם.²⁰⁷ כאמור, א/נשים טרנסים נדרשים לספק מידע אינטימי ורפואי על חייהם וגופם ונקלעים לעתים קרובות למרכזה של חרושת השמועות במקום העבודה.²⁰⁸ במקרים כאלו נראה שיש תחולה לסעיף 3(א)(5) לחוק למניעת הטרדה מינית, הקובע כי הטרדה מינית היא בין היתר "התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למינותו, לרבות נטייתו המינית".

עבירה על סעיף זה אינה רק עבירה פלילית אלא גם מקימה עוולה אזרחית, המאפשרת לבית המשפט לפסוק פיצויים, ללא הוכחת נזק, בגובה של עד 120,000 שקלים.²⁰⁹ ברי כי סעיף זה רלוונטי לא רק במקום שבו מתקיימים יחסי עבודה, אלא בכל מקרה של התייחסות מבזה ומשפילה²¹⁰ ביחס למינם של א/נשים טרנסים. החוק מחייב את מקום העבודה לנקוט אמצעים סבירים כדי למנוע הטרדה

204 חוק למניעת הטרדה מינית, התשמ"ח-1998.

205 טרם נעשה שימוש בחוק בהקשר של שונות מגדרית ועל כן הכתוב לעיל הנו מחשבות ראשוניות בנושא אשר יוכלו להוות בסיס לפעילות עתידית. לדיון מעמיק יותר בשאלות חוקיות של הטרדות מיניות של להט"ב ראו – אורית קמיר "כבוד האדם של להט"ב בהקשר התרבותי הישראלי: הצעה פרשנית לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולאיסור הטרדה מינית" בספר זה; תמר גדרון וחיים אברהם "דיבור שטנה וקהילת הלהט"ב" בספר זה; ויטרבו, לעיל ה"ש 14.

206 ככל הנראה הכוונה כאן היא לא למכלול האפשרויות המכוסות על ידי החוק אלא להצעות בעלות אופי מיני.

207 Stephen Whittle et al., *Engendered Penalties: Transgender and Transsexual People's Experiences of Inequality and Discrimination* (2007), available at <http://www.pfc.org.uk/pdf/EngenderedPenalties.pdf>.

208 לדוגמה, במקרה שהגיע לטיפולי, לאחר תקופה מסוימת שבה אישה טרנסית עבדה כזבנית בחנות כולבו החלו להגיע שמועות כי היא אישה טרנסית. חברותיה לעבודה וכן הממונים עליה החלו לרמוז לה על אודות שמועות אלו, בין היתר באמצעות בקשה שהיא תביא לעבודה "תמונות ישנות" שלה וכן בהתייחסויות שונות לקהילה הטרנסית. מקום העבודה הלך ונעשה עוין כלפיה, ואף על פי שהיא התלוננה על כך בפני הממונים עליה, לא נעשה דבר להבטחת שלומה. עורך דין מטעם "פרויקט גילה להעצמה טרנסית" פנה בשמה של האישה אל הנהלת הרשת שבה עבדה והבהיר כי מדובר בהתנהגות אסורה. בתגובה החליטה הרשת, בהסכמת העובדות, להעביר אותה לסניף אחר, שבו חשה בטוחה יותר.

209 ס' 5(א), 6(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית.

210 ס' 4 לחוק למניעת הטרדה מינית.

מינית, ומעביד שלא עשה כן יישא אף הוא באחריות אזרחית.²¹¹ לדעתי, ניתן להחיל גם ביחס לחוק זה את הפרשנות שהציעה נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה ואומצה על ידי השופטת איצקוביץ בפרשת משל, שלפיה המונח "מחמת מין" בחוק כולל גם זהות מגדרית, שכן מדובר בפרשנות תכליתית של המונח שאינה מוגבלת אך ורק להפליה בעבודה. הגם שמדובר בדעת מיעוט ובחוות דעת שאינה מחייבת משפטית, הפרשנות המוצעת בהן לא נסתרה גם בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה. אמנם בית הדין קבע כי פסק הדין בטל, אך הוא קבע גם כי אפליה מחמת מין כוללת בחובה גם אפליה מחמת זהות מגדר ובכך אימץ את עמדתן הפרשנית של הנציבות וכבוד השופטת איצקוביץ.²¹² נראה שהקביעה בפסק דינו של השופט ג'ובראן בפרשת פלוני(ת), שזכותו של אדם כי יכירו בזהותו המגדרית כפי שהוא עצמו רואה אותה, מחזקת את תחולתו של סעיף 3(א)(5) ביחס לא/נשים טרנסים. העמדה שלפיה האיסור על הטרדה מינית כולל במשמע גם איסור על הטרדה על רקע זהות מגדרית אומצה גם בבית המשפט האירופאי לזכויות אדם.²¹³ אמנם ייתכן כי המתנגדים ינסו לטעון שהטרדה מינית אינה נוגעת למגדר אלא למיניות עצמה, אך נדמה שהחוק עצמו נחקק מתוך הכרה בקיומה של היררכיה מגדרית;²¹⁴ מאופן ניסוחו ניכר שהשאלה המרכזית בו היא כיצד התייחס הצד הפוגע לצד הנפגע, והוא מתרכז פחות בהגנה על קטגוריות משפטיות שונות. זאת ניתן גם ללמוד מהניסוח הרחב – "מינו או מיניותו, לרבות נטייתו המינית".

לאור כל זאת, נראה כי בהקשר של הטרדה מינית יש משמעות שולית לשאלה אם אדם עבר או עובר הליכים לשינוי מין בכל הנוגע ליכולת להוכיח כי זכה ליחס משפיל או מבזה בנוגע למינו. לפיכך, הניתוח הנורמטיבי שהצעתי ביחס להפליה בתעסוקה רלוונטי עוד יותר בהקשר של הטרדה מינית. יש לבחון את היחס שקיבל המוטרד ביחס לנורמות החברתיות המקובלות של מין ומגדר ולבדוק אם ההטרדות שספג מתקשרות לחריגה מאותן נורמות. במובן זה, ניסיונות לתחקר על אודות עברה של אישה טרנסית במטרה "להוציאה מהארון" יכולים לעלות לכדי הטרדה על פי החוק. דרך פרשנות האיסור על הטרדה מינית מתחזקת גם הטענה כי ה"מין המשפטי" נלמד מן המצג המגדרי, שכן הסטת המבט אל הצד הפוגע מאפשרת לבית המשפט להתמקד במה שאותו צד רואה לנגד עיניו, קרי מצג מגדרי.

כמו ביחס להפליה, ההטרדה המינית על רקע שונות מגדרית מתרחשת במקומות שבהם המצג הזה אינו קוהרנטי, בין בשל מידע חיצוני שהגיע לידי המטריד (על ידי שמועה, על ידי בחינה של מסמכי זיהוי או על ידי גילוי עצמי מצד המוטרד) ובין בשל פרט במראה החיצוני ש"מסגיר" את המוטרד, כלומר שהוא/היא אינם "עוברים", בין מבחירה ובין משום שקשה "לעבור". לאור האמור, ניתן להסיק כי האיסור על הטרדה מינית הוא גם איסור על התייחסות משפילה או מבזה בשל מצג מגדרי שאינו קוהרנטי. ואולם, בשל העובדה שבתי המשפט טרם נדרשו לדיון בשאלות אלו ואין להן תשובה נחרצת בחוק, שכן הוא אינו מתייחס במישרין לזהות מגדרית, עוד מוקדם להעריך באילו מקרים ניתן יהיה לעשות שימוש בחוק להגנה על שונות מגדרית ובאיזה היקף.

211 ס' 7 לחוק למניעת הטרדה מינית.

212 פרשת המרכז לטכנולוגיה חינוכית, לעיל ה"ש 20, פס' 2 לפסק הדין.

213 פרשת Goodwin, לעיל ה"ש 75.

214 ראו קמיר, לעיל ה"ש 205.

1. מרשם האוכלוסין

מסמכי זיהוי כגון תעודת זהות, תעודת לידה ורישיון נהיגה, הם חלק בלתי נפרד מחיים בחברה מודרנית. אנחנו משתמשים בהם באופן יום-יומי, בין שמדובר במנוי לספרייה או לבכרה ובין שמדובר בקבלה לעבודה חדשה. עבור אנשים טרנסים המידע שמכילים מסמכים אלה יכול להוביל בנקל להפליה, הטרדה ואף לאלימות ישירה במקרים קיצוניים. מסמכי הזיהוי אף עלולים לשמש כאות קלון, כאשר הסימון "זכר" או "נקבה" אינו תואם את המצג המגדרי.²¹⁵

השגת אמצעי זיהוי ותיעוד התואמים את המצג המגדרי היא אתגר בסיסי שעל א/נשים טרנסים לעבור. שינוי השם וסעיף המין במרשם האוכלוסין ובאמצעי הזיהוי מעיד על הכרה של הרשויות במגדרם של א/נשים טרנסים. אלא שחשיבות השינוי הזה חורגת מהמישור הדקלרטיבי של הכרת הרשויות בזהות המגדרית של הפרט. מסקר שנערך בארצות הברית עולה כי שינוי אמצעי הזיהוי הקטין באופן ניכר את החשיפה של א/נשים טרנסים להפליה ולאלימות.²¹⁶ היכולת להתמודד עם רשויות המדינה ולשנות את אמצעי הזיהוי כך שיתאימו לזהות המגדרית שנבחרה על ידי הפרט חשובה אפוא גם לביטחון הממשי של הפרט. בחלק שלהלן אסקור את הנהלים לשינוי פרטים אלו במרשם האוכלוסין ואעמוד על הבעייתיות בהסדרים אלו ביחס לזכות להגדרה עצמית והזכות לשוויון.

מקובל להניח כי קיימת הלימה בין המין שאליו הושמט בלידתך (זכר או נקבה) לבין מצגך המגדרי (נשיות או גבריות). אמצעי הזיהוי של א/נשים טרנסים חושפים את חוסר ההלימה, שכן הם מגלים את הפער שבין המצג המגדרי למין הביולוגי הרשום באמצעי הזיהוי, ועקב כך חושפים את זהותו של הפרט כטרנסג'נדר. כך למשל במקרה של גבר הנראה כסיסג'נדר, אך תעודת הזהות שלו קובעת כי הוא אישה, או במקרה של אישה טרנסית ששמה במרשם האוכלוסין הוא גברי במובהק, כמו "משה" למשל. אישה כזו חשופה לאאוטינג בכל פעם שהיא מציגה תעודה רשמית. חשיפה כפויה זו מתרחשת באופן יום-יומי בכל מפגש של א/נשים טרנסים עם הממסד. כולנו נדרשים לסמן ז' או נ' בכל הטפסים שאנו ממלאים מדי יום גם מבלי שיש למידע זה קשר ישיר לנושא המדובר, וכן בטופסי קבלה לעבודה, בקשה להנפקת רישיון, פתיחת חשבון בנק או בקשה למלגה. א/נשים טרנסים חוששים ממילוי הטפסים האלו, שכן באמצעותם ניתן לחשוף מידע מעברם.

215 ראו Andrew N. Sharpe, *Endless Sex: The Gender Recognition Act 2004 and the Persistence of A Legal Category*, 15 FEMINIST LEGAL STUD. 57 (2007); Sari M. Van Anders et al., *Newborn Bio/Logics and US Legal Requirements for Changing Gender/Sex Designations on State Identity Documents*, 24 FEMINISM & PSYCHOL. 172 (2014); RICARD KOHLER ET AL., LEGAL GENDER RECOGNITION IN EUROPE, TGEU – TRANSGENDER EUROPE (2013); Tey Meadow, "A Rose is a Rose": *On the Production of Legal Gender Classifications*, 24 GENDER & SOC'Y 814 (2010); National Center for Transgender Equity and National Gay and Lesbian Task Force, *Injustice at Every Turn: A Report of the National Transgender Discrimination Survey* 138 (2011) available at http://www.thetaskforce.org/static_html/downloads/reports/reports/ntds_full.pdf; Harper Jean Tobin, *Fair and Accurate Identification for Transgender People*, 1 LGBTQ POL'Y J. 63 (2011), available at http://hkslgbtq.com/wp-content/uploads/2014/11/LGBT_3-14-11_Final-110.pdf, 215 בעמ' 154.

מידע זה, המאפשר חדירה מידית לפרטיותם של א/נשים טרנסים, עלול לשמש כזרז ליחס פוגעני, להפליה על רקע טרנספובי ולהשפלה פומבית, כפי שאכן קורה כדבר שבשגרה לחברי הקהילה במגעם עם הרשויות. החשיפה הכפויה היא מכשול ממשי בפני גישה של הקהילה למשאבים ולהזדמנויות. טענות אלו נמצאות על המרחב שבין הרצוי (ביטול החלוקה המנהלית לשני מינים) לבין המצוי (אנשים החיים בתוך מערכת המבוססת במידה רבה על חלוקה זו).

הקושי בהשגת אמצעי זיהוי מתאימים הוא אחת הסיבות לכך שחלקים שלמים מהקהילה הטרנסית מתקשים להשתלב בשוק העבודה ונאלצים לעבוד "בשחור", בפשע ובתעשיית המין. כך עולה גם מסיפורו של ר', שעניינו נדון במסגרת פרשת פלוני(ת), אשר התגלגל לפשיעה לאחר שלא הצליח להשתלב במסגרות עבודה "נורמטיביות".²¹⁷ יתר על כן, במדינת ישראל יש דרישה חוקית להזדהות באמצעות תעודת זהות²¹⁸ במגוון התקשוריות בספרה הציבורית, בין שמדובר בחתימה על חוזה לדירה, בהצטרפות לקרן פנסיה או בהיתקלות בשוטר ברחוב.

אי לכך, עבור הקהילה הטרנסית יש חשיבות גבוהה להשגת אמצעי זיהוי אשר ישקפו את זהותם של א/נשים כפי שהם רואים אותה ובהתאם למצגם המגדרי.²¹⁹ הנהלים הרלוונטיים העיקריים בהקשר זה הם שינוי השם ושינוי סעיף המין. אף כי אין בנמצא נתונים דומים מישראל, הנתונים מארצות הברית מצביעים על כך שרק 21% מהקהילה הטרנסית הצליחו לשנות את כל מסמכי הזיהוי שלהם.²²⁰ ברי כי הקלת הנהלים לשינוי אמצעי הזיהוי לא תפתור באחת את ההפליה כנגד הקהילה, וכי כל עוד המערכת מושתתת על חלוקה דיכוטומית של מין ומגדר, החסמים המערכתיים המהותיים בפני גישתה של הקהילה למשאבים ולהזדמנויות לא יוסרו. ואולם, לשינויים אלו יש כאמור השפעה ישירה על איכות חייהם של חברי הקהילה ועל זכותם להחליט איך ומתי להזדהות כטרנסים.

באופן יחסי למשפט המשווה, האפשרויות של שינוי השם והמין בישראל אינן מורכבות.²²¹ שינוי

217 אביאל מגנזי "לא אשורר כלא" – טרנסג'נדר לפני מאסר" *ynet* 17.9.2013 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4430773,00.html

218 ס' 2 לחוק החזקת תעודת זהות והצגתה, התשמ"ג-1982. יוער כי רישיון הנהיגה הישראלי וכן צדה הקדמי של תעודת הזהות הביומטרית החדשה אינה כוללים סעיף "מין" ועל כן באופן עקרוני, באם עברת מבחן נהיגה או בחרת להוציא תעודת זהות ביומטרית תוכל להזדהות מבלי לחשוף את פרט המין. עוד יוער כי ישנם מוסדות, כגון קרנות הביטוח הפנסיוני והבנקים אשר מחייבים הזדהות באמצעות תעודת זהות ולא באמצעים חליפיים.

219 בהקשר זה ראו את פסיקת בית המשפט האוסטרלי בעניין *Norrie*, לעיל ה"ש 56.

220 *Injustice at Every Turn: A Report of National Transgender Discrimination Survey*, לעיל ה"ש 215, בעמ' 5.

221 וזאת בהשוואה למרבית מדינות אירופה, אשר דורשות כתנאי לשינוי מסמכי הזיהוי שלושה תנאים מצטברים: (1) מעבר של הליך מפוקח רפואית של שינוי מגדרי, לעתים קרובות בפקוח מדינתי; (2) מעבר הליך רפואי לסירוס/עיקור; (3) מעבר טיפול הורמונלי (לקריאה נוספת ראו דוח מועצת זכויות האדם האירופאית, לעיל ה"ש 142), וכן בהשוואה למרבית מדינות ארצות הברית, שם נדרש אדם להתייבב ולהצהיר על השינוי בפני בית המשפט, אשר יכול לאשר את הבקשה או לסרב לה (לסקירה של המצב המשפטי במדינות ארצות הברית וכן בעשרות מדינות נוספות ברחבי העולם ראו סקירה שנערכה על ידי משרד המשפטים הבריטי: Ministry of Justice (United Kingdom), *Table of Gender Recognition Systems in Approved Countries and Territories Under the Gender Recognition Act 2004* (2011), available at www.justice.gov.uk/downloads/tribunals/gender-recognition-panel/list-of-approved-countries-or-territories/table-approved-countries.pdf

השם ושינוי המין לא/נשים טרנסים מוסדרים בנהלים של משרד הפנים ולא בחוק.²²² לעיגונם של ההסדרים בנוהל יש יתרונות של גמישות מנהלית יחסית, בכך שהוא מאפשר שינויים מבלי צורך בהתערבות המחוקק ומביא ליישומם ביעילות יחסית. ואולם, העובדה שההסדרים לשינוי מין ושינוי שם מעוגנים בנהלים גם מגבירה את פגיעות זכויותיהם של א/נשים טרנסים, שכן הפעולה המנהלית המבוססת על נהלים פנימיים ולא על חוק מובילה לעתים לסירוב שרירותי ולכניסתם של שיקולים זרים להחלטה אם לאשר את בקשת השינוי או לדחותה.

1. שינוי סעיף המין במרשם האוכלוסין

הנוהל לשינוי מין אינו מעוגן בחוק, מלבד הקבוע בסעיף 19(ד) לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה–1965, שלפיו "לא יתוקן רישום במרשם אלא לבקשת התושב שהרישום מתייחס אליו ועל פי תעודה ציבורית המעידה שהרישום היה לא נכון". שינוי רישום סעיף המין מוסדר בנוהל 2.6.0001 שכותרתו "נוהל שינוי/תיקון פרט רישום מין". הנוהל מפריד בין תיקון פרט רישום המין ובין שינוי פרט רישום המין; שינוי הוא הרלוונטי לא/נשים טרנסים. על פי סעיף 2 לנוהל, השינוי ייעשה על סמך תעודה רפואית המעידה על ניתוח אשר אושרה על ידי משרד הבריאות בארץ. עולה מכך שלכאורה כל שנדרש מהמבקש הוא תעודה מרופא ישראלי המעידה על כך שביצע את הניתוח לשינוי מין (לשכת הבריאות המחוזית, המוודאת כי התעודה אכן ניתנה על ידי רופא רשום, צריכה לאשר את התעודה). עם זאת חלק ג.2 לנוהל מפרט הליך מורכב יותר. סעיף ג.2.1 קובע חלופה, שלפיה אם בוצע הניתוח בחו"ל יש לדרוש אישור רפואי לניתוח ולצרף אישור רופא מטפל בארץ המעיד על השינוי. סעיף ג.2.2 קובע כי יש לבדוק אם ניתן אישור מבית חולים מוכר בישראל.

2. בעיות בנוהל

ראשית, הנוהל אינו מיושם באופן אחיד; רשות האוכלוסין מיישמת את הדרישות הקבועות בנוהל באופן שרירותי המשתנה מפונה לפונה. נוסח המכתב הנדרש גם הוא אינו מעוגן בנוהל ומשתנה מלשכה אחת לאחרת ומפונה לפונה. כך, במקרים מסוימים נתקלו פונים בדרישה כי במכתב יצוין שמדובר בניתוח בלתי הפיך, ובמקרים אחרים היה די בתיאור כללי.²²³ לעתים הוצבה דרישה למכתב מהרופא שערך את הניתוח ולעתים הסתפקו במכתב מהרופא המטפל, ולאחרונה אף הובא לידעת הכותב כי פונה נתבקש להביא אישור מהוועדה לשינוי מין. היעדר תיעוד פורמלי של חוסר האחידות בדרישות רשות האוכלוסין הוא ככל הנראה תוצאה של היעדר נוהל המחייב תיעוד של פניות פרטניות ללשכות. עם זאת, השוני ביחס לפונים איננו מפתיע ותואם הלך רוח כללי שתועד ביחס לנהלים אחרים.²²⁴

222 ראו נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 2.10.0001 "שינוי שם – כללי" (1.11.2010) www.piba.gov.il/Regulations/18.pdf; וכן נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 2.6.0001 "נוהל שינוי/תיקון פרט רישום מין" www.piba.gov.il/Regulations/13.pdf (1.10.2008).

223 כך עולה מעדויות של חברי הקהילה שנאספו של ידי הכותב.

224 ראו בהקשר זה עורד פלר המיניסטריין – הפרת זכויות אדם בידי מינהל האוכלוסין (האגודה לזכויות האזרח בישראל, 2004) www.hamoked.org.il/files/2010/7130.pdf.

הנוהל קושר בין התערבות כירורגית, קרי ניתוח, לבין הזכות לשינוי מין. ואולם, א/נשים טרנסים לא תמיד יכולים או רוצים לעבור פרוצדורות כירורגיות, ואין הדבר מוריד מזכותם להגדרה עצמית ואף ממצגם המגדרי, שכן התערבות כירורגיות נוגעות לעתים לרבדים הנסתרים מהעין. ניתוחים לשינוי מין הם סדרה של טיפולים שבדרך כלל אינם מתמצים בניתוח אחד. הנוהל גם אינו מפרט באיזה שלב ניתן לפנות ולבקש את שינוי המין בתעודת הזהות: האם די בניתוח עליון לגברים (הסרת חזה) או לנשים (הגדלת חזה), או שמא יש חובה לבצע ניתוח תחתון (ניתוח שהוא נגיש הרבה פחות הן מבחינה רפואית והן מבחינה כלכלית לנשים וגברים כאחד). ההתמקדות דווקא בניתוח ולא באלמנטים אחרים בתהליך השינוי מעוררת קושי, שכן לא כל הטרנסים רוצים או יכולים לעבור פרוצדורות כירורגיות. ראוי לציין כי המשפט המשווה מורה על יחס אחר לנושא. ב-29 באפריל 2010 אימצה אספת הפרלמנט האירופאי את החלטה 1728 האוסרת הפליה על רקע נטייה מינית וזהות מגדרית ומכירה בצורך להבטיח כי לא/נשים טרנסים תהיה אפשרות לשינוי במסמכי הזיהוי שלהם מבלי שהדבר יהיה מותנה בדרישה לעבור עיקור או כל הליך רפואי אחר.²²⁵ כמו כן, ביוני 2010 פרסם הארגון העולמי לבריאות טרנסג'נדרים, שהוא הארגון המרכזי של אנשי מקצוע בנושא טרנסג'נדרים, הצהרה פומבית ולפיה אין להתנות הכרה בזהותו של אדם בביצוע ניתוח כלשהו. בהצהרתו מפציר הארגון העולמי לבריאות טרנסג'נדרים בממשלות ובגופים מנהליים אחרים לבטל את הדרישה לעבור ניתוח כתנאי להכרה בזהות מגדרית.²²⁶

ראוי לפרש את הנוהל לאור פסק דינו השופט ג'ובראן בפרשת פלוני(ת), שלפיו הזכות לשוויון של טרנסג'נדרים נפרסת לא רק על מי שהשלים את תהליך השינוי המגדרי, וכי עצם אי-ההכרה בזהות המגדרית של הפרט, כפי שהוא רואה אותה, היא פגיעה בזכות לשוויון.²²⁷ ניתן לטעון שהתעקשותו של הנוהל לאפשר שינוי רישום של פרט המין רק עבור מי שעברו פרוצדורה כירורגית מהווה פגיעה בזכות חוקתית באופן בלתי מידתי, שכן הוא חוסם את דרכם של רבים להקטין באופן ממשי את החשיפה שלהם להפליה, הטרדות ואלימות, וזאת מבלי שיש לכך סיבה עניינית מובהקת. יש לציין כי אין בפרשנות זו כדי לסתור את מטרת הנוהל, שעיקרה הגשמת תכליתו של החוק, קרי קיום מרשם אוכלוסין מהימן.

טענות אלו הועלו בעתירה שהוגשה בחודש ספטמבר 2014 כנגד משרד הפנים שעניינה ביטול הדרישה הקבועה בנוהל שלפיה שינוי פרט המין טעון הליך רפואי-ניתוחי.²²⁸ לטענת העותרות, נשים טרנסיות, הנוהל הקיים פוגע בזכותן לאוטונומיה, להגנה על שלמות גופן, להורות ולשוויון, שכן על מנת לקבל הכרה מנהלית הן נדרשות לעבור, בניגוד לרצונן, הליך כירורגי סבוך, רווי סיכונים ומיותר מבחינה רפואית.²²⁹ לטענת העותרות, פגיעות אלו אינן מידתיות מטעמים שונים. ראשית, מדובר

EUR. PARL. ASS. DEB. Res. 1728 (Apr. 29, 2010) <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERES1728.htm> 225

ראו הצהרה של ה-World Professional Association for Transgender Health מה-16.6.2010 www.wpath.org/uploaded_files/140/files/Identity%20Recognition%20Statement%202006-6-10%20on%20letterhead.pdf 226

פרשת פלוני(ת), לעיל ה"ש 17, פס' 5 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. 227

כתב עתירה בבג"ץ לירן-שקד, לעיל ה"ש 73. 228

שם. 229

בפגיעה שלא כחוק, שכן פגיעה בזכויות יסוד אמורה להיעשות בחקיקה ראשית. הדרישה הפוגענית קיימת רק בנוהל, ואיננה נוכחת בחוק, הדורש הוכחה באמצעות תעודה ציבורית ותו לא. לפיכך, דרישת הניתוח (בניגוד לכל תעודה ציבורית אחרת) מציבה תנאי מרחיק לכת ופוגעני. פרשנות החוק שלפיה תעודה ציבורית בהקשר זה היא תעודה ציבורית המעידה על ניתוח לשינוי מין היא בלתי סבירה, משום שאיננה תואמת את האמור ב-DSM V, אחד מעמודי התווך של הממסד הרפואי העולמי, שלפיו טרנסקסואליות קשורה בזהותו של אדם ולא בהכרח בפרוצדורה רפואית כלשהי.²³⁰

לעניין הדרישה שבפסקת ההגבלה, העותרות התייחסו לתכלית החקיקה וטענו כי הגם שייטכן כי הנוהל משקף תכליות ראויות, שכן מטרתו הספציפית של החוק היא לקיים מאגר מידע מהימן על אודות התושבים וניתן לשער כי תכליתו הכללית היא לשמור על הסדר הציבורי, הנוהל עצמו אינו מגשים תכליות אלו.²³¹ לטענת העותרות, אין קשר רציונלי בין האמצעי שנבחר (הנוהל) לבין התכליות המשוערות, נוכח העובדה כי א/נשים טרנסג'נדרים אינם עושים בו שימוש; רובם אינם מבצעים ניתוחים להתאמת איברי המין²³² אולם חיים במגדרם באופן מלא, ולפיכך המתועד במרשם אינו משקף את המציאות שבה הם חיים ולמעשה פוגע באפשרות להשתמש במרשם על מנת לזהותם.²³³ ביחס לבחירת האמצעי שפגיעתו פחותה, העותרות טוענות כי ניתן להשיג את התכליות שביסוד המאגר באמצעים אחרים. כך, ניתן להסתמך על הצהרת רופא או עובד סוציאלי כי המבקש אכן מזדהה על פי המין/מגדר שאליו הוא מבקש להשתייך, וזאת בדומה לקבוע בחוקיהן של מדינות רבות אחרות כגון פורטוגל, ספרד, בריטניה, אוסטרליה, גרמניה, פינלנד, שוודיה, ארצות הברית²³⁴ וניו זילנד. עוד טענו העותרות כי ניתן להסתמך על הצהרת המבקש בלבד, כפי שנעשה בארגנטינה.²³⁵ יתרה מזאת, העותרות אף הציעו כי בהתאם ללשון החוק, יש להסתפק בכל תעודה ציבורית (ולא דווקא כזו המעידה על ניתוח), כגון הצהרה חתומה בפני נוטריון, וזאת בהתבסס על סעיף 29(2) לפקודת הראיות²³⁶ הקובע כי תעודה ציבורית הנה רשומה שנעשתה על ידי "[...] משרדי הממשלה, רשות מקומית, בית המשפט, גוף אחר בעל סמכות שיפוטית או מעין שיפוטית, נוטריון או כל גוף רשמי אחר של מדינת ישראל". טענתן העקרונית היא כי מדובר בשינוי באופן שבו אדם מגדיר את עצמו, ולפיכך אין לכך נגיעה לפרוצדורה ניתוחית כלשהי. אישור מגוף מוסמך שהמבקש "גמר אומר לשנות את מגדרו" יהווה אפוא תעודה ציבורית על פי החוק.²³⁷ באשר ליחס בין התועלת שבנוהל לנזק שנגרם לא/נשים טרנסים טוענות העותרות כי הנוהל מביא לפגיעה חמורה בא/נשים שונים מגדרית, אך הוא אינו משרת את

230 ס' 81–83 לכתב העתירה בבג"ץ לירן-שקד, לעיל ה"ש 73.

231 שם, ס' 85–89 לכתב העתירה.

232 יוזכר כי הליך לשינוי מין הוא למעשה סדרה של פרוצדורות שאינן תלויות זו בזו ורבים מהקהילה מבצעים רק חלקים ממנה, כגון ניתוחים עליונים (ניתוחי חזה) ונטילת הורמונים, שכן הניתוחים להתאמת איברי המין יקרים הרבה יותר ולא ניתן לבצעם בישראל אלא רק באמצעות הוועדה בתל השומר. יתר על כן, הניתוחים האלו מסובכים יותר מבחינה כירורגית, דורשים לוותר על האפשרות להבאת ילדים לעולם ומובילים פעמים רבות לפגיעה בהנאה מינית או למצער בתפקוד "יומיומי" של הטלת מים.

233 ס' 94 לכתב העתירה בבג"ץ לירן-שקד, לעיל ה"ש 73.

234 ביחס לדרכון.

235 ס' 98 לכתב העתירה בבג"ץ לירן-שקד, לעיל ה"ש 73.

236 פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971.

237 ס' 99–100 לכתב העתירה בבג"ץ לירן-שקד, לעיל ה"ש 73.

התכלית שבמהימנות המרשם משום שהוא יוצר מצב שבו המרשם אינו משקף את האופן שבו אנשים מגדירים את עצמם או מציגים את עצמם כלפי חוץ.

בתגובה המקדמית לעתירה קיבלה המדינה את העמדה העקרונית שאין להתנות שינוי מין בהליך כירורגי, ומשכך לטענת המדינה התייחרה העתירה.²³⁸ ואולם, המדינה גרסה כי החוק מחייב כי תינתן תעודה ציבורית, ועל כן עמדה על הדרישה כי יינתן אישור מאת מומחים לדבר.²³⁹ בתשובתה מציעה המדינה כי ייכתב נוהל חדש ובו יידרשו המבקשים לשנות את מינם לפנות לקבלת אישור לוועדת המומחים לשינוי מין (הוועדה בתל השומר), אשר תיתן תעודה כאמור על בסיס תבחינים שתקבע.²⁴⁰ העותרות ביקשו פירוט נוסף בנוגע לנוהל המוצע ונענו כי הנוהל יהא דומה במהותו לחזור מינהל הרפואה 16/2014 בדבר הליכים לשינוי מין, קרי הוא ידרוש מן המועמד לעמוד תחת בחינתה של הוועדה לשינוי מין לתקופה של שנה לפחות. עוד נכתב "כי החלטת הוועדה כי אדם שינה את מינו לא תינתן אלא לאחר שהונחו בפניה חוות דעת מטעם פסיכולוג קליני, המשמש כיושב ראש הוועדה, חוות דעת מטעם פסיכיאטר חבר הוועדה וחוות דעת מטעם אנדוקרינולוג חבר הוועדה. בתגובת העותרות להודעה המעכנת הן קבלו על כך שהנוהל המוצע מערים קשיים רבים על א/נשים טרנסים וטענו כי יש להותיר את העתירה תלויה ועומדת עד לפרסומו של הנוהל".²⁴¹ בית המשפט נעתר לבקשת העותרות ובהחלטתו מיום 3.8.2015 דרש מן המדינה להגיש תגובה מעדכנת עד ליום 29.10.2015 והורה לעותרות להגיש את עמדתם המפורטת ביחס לנוהל.²⁴²

הדיון בעתירה מעלה מספר סוגיות נוספות. אפשר למשל להשיב לטענת העותרות כי לשם שינוי במרשם האוכלוסין נדרשת תעודה ציבורית, וזאת מכוח סעיף 19ג לחוק מרשם האוכלוסין, וכי התעודה הרלוונטית היחידה בהקשר זה היא תעודה המעידה על הליך "סופי", וכי אין אפשרות מנהלית לסטות מכלל זה מהטעם שלשם שינוי מצב משפטי מבחינה מנהלית לא ניתן להסתמך אך ורק על הצהרתו על אדם בנוגע לעצמו. מנגד, אפשרות זו קיימת באשר לשינוי שם,²⁴³ ולא ברור מדוע אין לראות באופן שבו אדם מגדיר עצמו החלטה "סופית" פחות מכל קביעה של תעודה ציבורית. יתר על כן, הצורך ב"סופיות" מתקשר לדרישה שדנתי בה לעיל ביחס להפליה בתעסוקה, לזהות "קוהרנטית", שלפיה א/נשים טרנסים צריכים לספר את סיפורם מילדות בתור סיפור "אחיד" שאין בו סטיות, בעוד האופן שבו אדם שאינו טרנס מספר את סיפורו סביר שישתנה בהתאם לנקודה שבה הוא נמצא בחייו: סיפורו של בן 20 על ילדותו אינו בהכרח סיפורו של בן 30 על אותה התקופה.

238 שם, תשובת המדינה מיום 12.1.2015.

239 שם, ס' 5 לתשובת המדינה.

240 שם, ס' 5 לתשובת המדינה.

241 שם, ס' 5 לתגובה מטעם העותרות מיום 2.7.2015.

242 שם, החלטת בית משפט מיום 3.8.2015.

243 בהקשר זה ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 11-05-25477 קניוק נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 27.9.2011), שבו עתר הסופר יורם קניוק נגד החלטת משרד הפנים שלא להתיר לו לשנות את סעיף הדת במרשם האוכלוסין בעניינו מ"יהודי" ל"חסר דת". בית המשפט קיבל את עתירתו והורה על שינוי הרישום. עוד קבע בית המשפט כי בהיעדר גוף שיכול ליתן תעודה ציבורית שלפיה ישונה הרישום, הסמכות נתונה לבית המשפט. עתירתו של קניוק לבג"ץ (בג"ץ 7489/11 קניוק נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 25.12.2011)) בדרישה כי יבוטל הצורך לפנות לבית המשפט לביטול הרישום, נדחתה. ברם, בעניינו אין ספק שיש גופים היכולים ליתן תעודה ציבורית, והשאלה היא האם היא נדרשת ומי יכול לתת אותה.

עוד ניתן לטעון כי הדרישה לתעודה ציבורית שמעידה על שינוי מין דווקא בעזרת ניתוח אמורה להתיישב עם הנוהל שמסדיר את הליך שינוי המין במסגרת הרפואה הציבורית, אך מכיוון שניתן להביא תעודה כאמור גם מרופא פרטי וגם ממרפאות בחו"ל, הרי שאין בה כדי ליצור את אותה הרמוניה חוקית לכאורה. במילים אחרות, הדרישה איננה לאישור של הוועדה אלא לאישור מרופא או מרפאה כלשהם. גם אם האחידות דורשת כי התעודה תינתן דווקא על ידי הוועדה לשינוי מין, לא ברור מדוע היא צריכה להעיד דווקא על ניתוח. מכל מקום, כאמור, אין חובה שתעודה ציבורית זו תהיה קשורה בהכרח להליך רפואי כלשהו או תינתן על ידי גורם ספציפי. ניתן לדרוש כי איש בריאות הנפש המכיר את המבקש או הרופא המטפל בו דרך קבע יתנו תעודה המעידה על כך שפלוגי נקט את ההליכים המתאימים (מבלי להכריע בשאלה מהם הליכים אלו) לשינוי מינו. דרישה כזו משקפת הכרה פלורליסטית יותר בהליכים שאדם יכול או ירצה לעבור ומבקשת מאדם המלווה את התהליך להעיד על קיומו. היא דיכוטומית פחות, משום שאינה רואה את הליך השינוי המגדרי כסיטואציה בצבעי שחור/לבן המתקיימת לפני ניתוח או אחריו; מדובר בהתפתחות הדרגתית וייחודית לכל אדם, שיכולה להיות מלווה בצורך להתאים את מסמכי הזיהוי שלו/שלה. דרישה דומה הוצגה על ידי מחלקת המדינה האמריקנית ביחס לשינוי המין בדרכון האמריקני בשנת 2010²⁴⁴ וכן על ידי משרד הרישוי בווישינגטון הבירה ובעקבות כך במדינות רבות נוספות בארצות הברית.²⁴⁵ גישות כאלה מאפשרות הרחבה של נקודת המבט הרפואית הצרה להכרה בחשיבות התאמתם של מסמכי הזיהוי כאמצעי אפקטיבי להקטנת החשיפה לטרנסופוביה ובאחריות של המערכת המנהלית להבטחת הליכים שיאפשרו זאת.

3. מודלים חלופיים

לטענתי, כדי שנהלים יכבדו את זכויות היסוד לאוטונומיה ולהגדרה עצמית ביחס לשונות מגדרית, על הרשות המנהלית להכיר בזהותו המגדרית של המבקש על פי האופן שבו הוא עצמו מגדיר אותה. במילים אחרות, יש להשוות את פרוצדורת שינוי המין לפרוצדורה המתייחסת לשינוי השם המסתפקת בהצהרת המבקש, כפי שמתואר להלן. הגם שמדינות שונות מערימות קשיים על שינוי המין ומתנות את השינוי בהליך-ניתוחי,²⁴⁶ מדינות אחרות אימצו גישות פרוגרסיביות יותר. כך נעשה בחלק ממדינות האיחוד האירופאי.²⁴⁷ באוסטרליה פסק בשנת 2014 בית המשפט העליון כי אין חובה לזכות באבחנה רפואית על מנת לשנות את סעיף המין ואף הכיר באפשרות שאדם יהיה "חסר מין".²⁴⁸ בארגנטינה, חוק הזהות המגדרית שנתקבל בשנת 2012 קבע כי יש לאפשר שינוי מסמכי הזיהוי בהתאם להצהרתו של אדם, ואין להתנות זו בתנאים נוספים.²⁴⁹

244. U.S. Department of State Foreign Affairs Manual – 7 FAM 1300 Appendix M Gender Change

245. ראו Tobin, לעיל ה"ש 215.

246. ראו לעיל הסקירות הנזכרות בה"ש 221.

247. דוח מועצת זכויות האדם האירופאית, לעיל ה"ש 142.

248. בהקשר זה ראו את פסיקת בית המשפט האוסטרלי בעניין Norrie, לעיל ה"ש 56.

249. חוק הזהות הארגנטינאי, לעיל ה"ש 62.

4. ביטול סעיף המין

לתפיסתי, אין סיבה עניינית לקיומה של קטגוריית המין בתעודת הזהות, בהנחה שמטרתה של תעודת הזהות היא זיהוי האדם המציג אותה, וזאת בשונה ממרשם האוכלוסין הכולל פרטים רבים. הנחה זו מבוססת על הכרעת בית המשפט העליון בעניין, שקבע כי תכליתה של תעודת הזהות היא זיהוי, ועל כן יש לציין בה פרטים המשרתים תכלית זו.²⁵⁰ קטגוריית המין אינה מספקת מידע המאפשר הבחנה בין אדם ספציפי אחד לאחר, שהרי בחברה שבה יש משטור מגדרי, כמו החברה שאנו חיים בה, די במראית עין כדי לזהות את מצגו המגדרי של אדם. סעיף המין משמש לפיכך בפועל רק כאמצעי לזיהוי של חריגה מהסדר המגדרי המקובל,²⁵¹ זאת בניגוד לשם, לשמות הורים או לתאריך הלידה, הניתנים לאימות מול האדם המחזיק בתעודה.²⁵² אישה שאיננה טרנסית לא תישאל לעולם, על מנת לאמת את זהותה, אם היא רשומה כ"זכר" או "נקבה". במילים אחרות, פרט מידע זה ישמש בהקשר של אימות זהות רק ביחס לא/נשים שמצגם המגדרי איננו קוהרנטי. להשקפתי, סעיף המין בתעודת הזהות אינו משמש לזיהוי גרידא אלא מסמן זהות מסוימת. בקביעת סעיף המין ובסיווגם של אנשים בלידתם למין, וכן בשימוש בסעיף המין בהקשרים מנהליים שונים ובפרשנות שנותן המשפט לקטגוריות אלו, המדינה מגדירה דה פקטו מהו המצג המגדרי המותר לכל אדם ומייצרת אמצעי פיקוח על כל חריגה מאותו מצג.²⁵³ משכך, הכללת סעיף המין בתעודת הזהות חוטאת לתכליתו של החוק ואגב כך פוגעת פגיעה חמורה בא/נשים שונים מגדריה.²⁵⁴

250 "תעודת זיהוי – כשמה – אמורה אפוא לשמש מסמך-של-זיהוי, ותכליתה תכלית של זיהוי היא. מסקנה נדרשת מכאן היא – כתכלית החוק – כי פרטים שיבואו בה ישרתו – בראש ובראשונה – את תכלית הזיהוי. וכך, בבוא שר הפנים להחליט אילו פרטים ייכללו ואילו פרטים לא ייכללו בתעודת זהות, שומה עליו לשוות נגד עיניו את תכלית הזיהוי, וכנדרש מכך ייכללו בתעודת הזהות פרטים המשרתים תכלית זו" (ראו בג"ץ 6539/03 גולדמן נ' מדינת ישראל – משרד הפנים, פ"ד נט(3) 385, פס" 8 לפסק דינו של השופט חשין (2004)).

251 ניתן לטעון שלאדם מסוים יכול להיות שם כמו רותם, הניתן גם לבנים וגם לבנות, ואז מטרתו של המרשם היא מניעת התחזות, אולם מדובר בסיטואציה ספציפית מאוד. התכלית של סעיף המין איננה לשמש לשם זיהוי במקרים של אנשים ששמם משותף לבנים ולבנות, אלא זיהוי של האוכלוסייה הכללית. מכל מקום, הטענה היא כי סעיף המין עצמו משקף אמיתות לכאורה בנוגע למין הביולוגי והמגדר, בעוד טענתו של פרק זה היא כי ניתן להסיק ממילא רק מן המצג המגדרי של אדם, ולכן סעיף המין אינו יכול ללמדנו יותר מאשר מצגו המגדרי של אדם.

252 ספק אם אדם המבקש לזייף זהות יבחר בתעודה שבה סעיף המין אינו תואם את מצגו המגדרי, שכן הדבר יחשוף אותו באופן מידתי, אך אפשרות זו קיימת לכאורה.

253 ברי כי סוגיה זו מקבילה לשאלת הרלוונטיות של סעיף הלאום, שתי שאלות הקשורות אינהרנטית בשאלות של "מעבר", כלומר להיות מזוהה כשייך לקבוצה חברתית שאינך נמנה עמה, כמו אנשים שחורים ש"עוברים" כלבנים, ערבים ש"עוברים" כיהודים, זכרים ש"עוברים" כנשים וכו'. ברי כי קטגוריית הלאום נועדה אף היא לסמן את הגבול שבין ערבים ליהודים ולוודא כי אין "מסתננים". לקשר שבין קטגוריית המין לבין ההפרדה האינהרנטית במשפט הישראלי בין יהודים לערבים ראו גם אייל גרוס "הכל ק(א)שור: פרפורמטיביות וחציית גבולות המגדר והלאום בפסיקה על אונס במרמה" תיאוריה וביקורת 42, 99 (2014).

254 במטרה לבטל את סעיף המין הגישה בחודש יוני 2013 ח"כ תמר זנדברג את הצעת חוק שלפיה "לא ירשם בתעודת הזהות מין בעל התעודה" (הצעת חוק מרשם האוכלוסין (תיקון) – ביטול סעיף המין בתעודת הזהות), התשע"ג–2013, פ/1461/19. בדברי ההסבר נכתב כי בתעודת הזהות יש פרטים מספיקים על מנת לענות על צורך הזיהוי המבוקש, וכי לעומת זאת "ישנם אנשים שציון פריט המין בתעודת הזהות

ניתן לטעון מנגד כי האפשרות לשנות את סעיף המין דווקא מממשת את זכותם של א/נשים טרנסים להגדרה עצמית בכך שהיא מאפשרת להם לשקף את זהותם כפי שהם רואים אותה. ברם, לטענתי מדובר בטענה מעגלית, שכן קיומו של סעיף המין בתעודת הזהות הוא שמעורר את הצורך להתאימו לזהותו של אדם כפי שהוא רואה אותה. אלמלא סעיף המין לא היה מתעורר צורך כזה.

5. שינוי שם

שינוי השם מוסדר בנוהל 2.10.001 של רשות האוכלוסין וההגירה. זהו נוהל כללי המתייחס לכלל שינויי השם מכל סיבה שהיא. הזכות החוקית לשנות את השם מעוגנת בסעיף 10 לחוק השמות, התשט"ז-1956, הקובע כי "בגיר רשאי לשנות שם משפחתו ושמו הפרטי". הנוהל קובע תנאים ודרישות שעל מגיש הבקשה לקיים, ובכללם הגשת הודעה בכתב בדבר שינוי השם.²⁵⁵ סעיף 16 לחוק השמות קובע כי השר רשאי לפסול בחירת שם "אם סבור הוא שהשם החדש עלול להטעות או לפגוע בתקנת הציבור או ברגשותיו". בהתאם לכך, סעיף ג.27 לנוהל קובע שעל מקבל הבקשה לבדוק אם השם החדש עלול להטעות או לפגוע בתקנת הציבור או ברגשותיו. לכאורה זהו פתח לפסילת בקשות של טרנסים וטרנסיות, ואכן בעבר נדחו בקשות של א/נשים טרנסים לשינוי שמם מטעם זה, אך דחיות אלו לא הגיעו לפתחו של בית המשפט.²⁵⁶ יושבת ראש אגודת הלהט"ב דאז, גב' נורה גרינברג, ניהלה מאבק ממושך בדרישה לאפשר שינוי שם לא/נשים טרנסים גם לפני שינוי את רישום מינם במרשם האוכלוסין, ואכן, בשנת 2004 הורה שר הפנים אברהם פורז על שינוי הנוהל והוספת סעיף ג.30 לנוהל.²⁵⁷ הסעיף קובע במפורש כי "בקשה לשינוי שם, משם גברי לשם נשי או להפך יש לאשר, אין לדרוש לשם כך הסבר ולא אישור בדבר ניתוח לשינוי מין". אמנם החוק מאפשר לפסול בקשות של א/נשים טרנסים מהטעם שהם "מטעים את הציבור", אך דווקא הנוהל מבהיר שפרשנות זו איננה מקובלת. עם זאת, מניסיון שנצבר בקהילה עולה כי פקידי רשות האוכלוסין לעתים

שלהם יכול לגרום להם לאי נוחות משום שהם אינם מוצאים את המין הביולוגי שלהם תואם את מגדרם". ניסוח זה מן הסתם מכוון כלפי א/נשים טרנסים, אולם אין הוא ממצה את הבעיה, שכן אין מדובר ב"אי-נוחות" גרידא אלא בחשיפה מוגברת להטרדות ולהפליה מבלי שיש לכך טעם מנהלי ראוי. הצעת החוק הונחה על שולחן הכנסת, אך מעולם לא הובאה לקריאה טרומית.

255 בהודעה בכתב מתבקש המבקש לפרט בהרחבה את הנימוקים לבקשה. סעיף ג.9 לנוהל קובע שמקבל הבקשה, פקיד רשות האוכלוסין, "יבדוק את הנימוקים שרשם המבקש בהודעה בדבר שינוי שם, אם אינם מספיקים ידרוש לכתוב הסבר מפורט לבקשה". ואולם, נראה כי הדרישה להרחבה, הגם שהיא כתובה בהדגשה, איננה קריטית. מניסיון שנצבר בקהילה ידוע כי מבקשים אינם נתקלים בבעיות אם הם מנמקים את הבקשה בכך שהשם החדש הולם אותם יותר או אף כותבים שכך זכותם מכוח חוק ותו לא.

256 עניין זה כן הגיע לבית המשפט בהקשר של נשים ידועות בציבור אשר ביקשו לשנות את שם משפחתן לשם של בן זוגן, ופקיד הרישום סירב בטענה של הטעיית הציבור בבג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749 (1993). בפסק הדין נקבע כי יש ליתן פרשנות אובייקטיבית למונח "להטעות" אשר בחוק וכי אין די בכך שהשם החדש עלול לגרום לאנשים לחשוב כי המדובר באישה נשואה כדי לבסס את יסוד הטעיה, שכן בפועל אין שינוי השם משנה את המצב המשפטי ומקנה לזוג זכויות. מפסיקה זו ניתן ללמוד, לו היה הדבר בא בפני בית המשפט, כי בהתחשב בעובדה ששינוי השם אינו משנה גם את מינו של אדם, הרציונל של פסק הדין חל גם ביחס לא/נשים טרנסים.

257 "שר הפנים הודיע: מהיום – שינוי השם לפני שינוי המין" Ynet 23.6.2004 [www.ynet.co.il/articles/ 23.6.2004](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2936756,00.html)

מעוררים קשיים בהקשר זה ומיישמים את סעיפי הנוהל באופן שרירותי, ועל כן יש חשיבות להכרת סעיפי הנוהל והרקע להתקנתם.

בעיה אחרת בנוגע לשינוי השם קשורה בחובה לכלול בתעודת הזהות גם את השמות הקודמים, אלא אם כן חלפו שבע שנים מיום השינוי והוצאה תעודה חדשה.²⁵⁸ אם כך, גם כאשר א/נשים טרנסים מצליחים לשנות את שמם, השם הקודם מופיע בספח תעודת הזהות שלהם ובדרכון במשך שבע שנים. בפועל קל מאוד להפוך את הספח וכך אין צורך להציגו, מלבד במקומות שבהם נדרשת גם הצגת הספח. באשר לדרכון, השם הקודם נרשם בסוגריים ליד השם הנוכחי ואין אפשרות שלא להציגו. אי-הצגתו עלולה לעורר בעיות דווקא בנוגע לבידוק ביטחוני ולעורר את חשדם של הגורמים הביטחוניים כי מדובר במסמך נסיעה מפוקפק.²⁵⁹ עניין זה הגיע לבית המשפט בהקשר אחר, שבו ביקש אדם שהחליף את שמו משם מוסלמי לשם יהודי להורות לפקיד הרישום למחוק את שמו הקודם מהטעם שהוא יגרום לו "לאי נעימות יום-יומית בחייו הפרטיים". בית המשפט דחה את הבקשה וקבע כי הרשות פעלה כדין וזאת מכוח חזקת התקינות, ולא ניהל דיון מהותי בבקשת המבקש.²⁶⁰ ביחס לא/נשים טרנסים נדמה כי מדובר ביותר מ"אי נעימות", שהרי שינוי השם מטרתו לצייד את המבקש באמצעי זיהוי וברישום שיקטין את החשיפה של ההיסטוריה המגדרית שלו, חשיפה שבצדה מחירים כבדים שתוארו כבר, כגון סיכון גבוה לאלימות, הפליה והטרדות. לפיכך, מן הראוי שבהקשר זה יתנהל דיון מהותי.

ז. סיכום

חוות דעתו של השופט ג'ובראן בפרשת פלוני(ת), החוזר החדש בנוגע להליכים לשינוי מין, חוות הדעת של נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, פסק הדין בעניין משל ואפילו הרוח הנושבת מהנוהל החדש לשינוי מין, מבקשים כולם להמשיך את הקו המתהווה בחקיקה ובפסיקה המשווה ולשנות את "כללי המשחק" בכל הנוגע לא/נשים טרנסים. "כללי המשחק" החדשים מחייבים את בית המשפט להסיט את מבטו. במקום להסתכל לא/נשים טרנסים "בתוך המכנסיים", עליהם להסתכל אליהם "ישר בעיניים". במקום להשתמש באבחנות רפואיות כאבן בוחן להיקף זכותם לצדק ולמשפט, על בית המשפט לתת דין וחשבון על האופנים שבהם המערכת הנורמטיבית הנגזרת מהנורמות החברתיות המקובלות של מיניות ומגדר פוגעת באופן ישיר ויום-יומי בא/נשים טרנסים. על המשפטנים המייצגים א/נשים טרנסים מוטלת המשימה של בחינת הסדרים מהותיים לחייהם של לקוחותיהם דרך הפריזמה של זכויותיהם החוקתיות לשוויון ולאוטונומיה. שינויים אלו מתבקשים בכל הזירות המשפטיות שסקרתי בפרק זה.

חשוב לציין שמשפטנים יכולים לאתר את הנקודות החלשות של המערכת המשפטית, אך עליהם לזכור כי קרבנות המערכת המשפטית בדרך כלל יודעים יותר על אופן פעולתה האמתי של המערכת.

258 תק' 2 לתקנות מרשם האוכלוסין (רישומים בתעודת זהות), התש"ן-1990.
259 ראו Tobin, לעיל ה"ש 215.
260 ת"א (מחוזי חי') 1018/91 חדר נ' מדינת ישראל, פ"מ התשנ"ג(3) 42 (1993).

בעוד הקרבנות רואים איפה המערכת פוגעת בהם, משפטנים יודעים בדרך כלל איך מערכות אלו עובדות "על הנייר". לקהילה הטרנסית די מא/נשים אחרים, בעלי כוח, המדברים בשמם על רצונותיהם ושאיפותיהם. על כן, משפטנים שעובדים בשירות א/נשים טרנסים צריכים להיות קשובים לרצונות של לקוחותיהם ולדרך שבה הם רוצים להשיג אותם. כמו ביחס לייצוג של אוכלוסיות מודרות אחרות,²⁶¹ על מי שמבקש לקדם את זכויותיהם של א/נשים טרנסים לקחת חלק במאבק לחופש מגדרי וחופש ממגדר, ולא להכתיב את האג'נדה שלו.

עם זאת יש לזכור כי הכלים המשפטיים שאמורים, לכאורה, לסייע לחברי הקהילה הטרנסית לבסס את זהותם עלולים להצר את החופש המגדרי בקביעת גבולות מותרים ואסורים לחריגה מגדרית ולהכניס א/נשים טרנסים לתוך אותה מערכת חברתית הייררכית שמצרה את נגישותם למשאבים ולהזדמנויות. כך למשל, בהתייחס לאמצעי הזיהוי ושינוי השם ניתן לטעון כי הכלים החוקיים לעשות כן, כמו גם הרצון של הא/נשים הטרנסים לבצע שינויים אלו, מאלצים אותם לאמץ זהות "קוהרנטית" שבה המצב המגדרי תואם את ה"אמת פנימית" שאותה הוא אמור לשקף. במילים אחרות, ניתן לטעון כי המשפט מאלץ את הטרנס/ית לאמץ זהות הטרונורמטיבית ולא נזילה על מנת להיכנס לגדריו, לשאוף להיות "אישה" ולא "טרנסית", הגם שבעולם החוץ־משפטי שתי זהויות אלו יכולות לדור בכפיפה אחת. השפה המשפטית והכלים המשפטיים מאלצים אותנו לקחת מגוון של מופעים מגדריים ולצמצם אותם לכדי שאלה פשוטה שהתשובה לה נמצאת בגדרי המשפט. על כן, לייצוג טרנסית צריכה להיות כלי להשגת מטרות מוגדרות מראש ולא להיסחף למאבק על הכללה משפטית. המאבק אינו על הזכות להיות "כמו כולם" אלא על גישה למשאבים ולהזדמנויות הזמינים למי שהוא כן חלק מההגמוניה.

לדעתי, יש לנצל את בית המשפט כזירה לשינוי המבט המשפטי על שונות מגדרית. כך למשל, יש לשנות את הבסיס להשוואה, בדומה לדיון שנערך בבית הדין האזורי לעבודה בפרשת משל, באופן שבית המשפט ידון בפריווילגיות הנובעות מהמצג המגדרי ההטרנסוסקואלי. יש להתחיל ולתבוע, מכוח חוק איסור הטרדה מינית, מעסיקים וכן גורמים מוסדיים ופרטיים המתייחסים באופן משפיל ומבוזה לא/נשים טרנסים. יש לדרוש ממשרד הפנים לכל הפחות להשוות את הליך שינוי של פרט המין להליך השינוי של פרט השם, באופן שדי יהיה ברצונו האוטונומי של האדם על מנת לבצע שינוי זה. יתרה מכך, מן הראוי לדרוש את ביטולו של סעיף המין במרשם האוכלוסין כולו, שכן תכליתו העיקרית היא מיון וסיווג האוכלוסייה בהתאם לאותן נורמות חברתיות דכאניות ומפלות. לבסוף, יש לערוך רפורמה מקיפה בכל הנוגע לחזור משרד הבריאות ולוועדה לשינוי מין ולהבטיח כי המימון שנקבע בסל הבריאות למימון ניתוחים לשינוי מין יהא נגיש לא/נשים טרנסים מבלי לדרוש מהם לוותר על זכותם לאוטונומיה ולהפקיר את ההחלטות החשובות ביותר הנוגעות לחייהם וזהותם לידי מנופול של הממסד הרפואי. זאת יש לעשות באמצעות ביטול הוועדה וביטול החוזר והעמדת הדרשה מא/נשים טרנסים על מתן הסכמה מדעת, שתכלול גם את מודעותם להשלכות הספציפיות של הליכים אלו. קריאות אלו של המצב המשפטי מתבקשות מכוח זכותם של א/נשים טרנסים לאוטונומיה ולשוויון.

261 לקריאה נוספת ראו משפט, חברה ותרבות — העצמה במשפט (גיא מונדלק ומימי אייזנשטדט עורכים, 2008).

קריאות אלו אינן מסתפקות בסימון "חריגה" פסולה מנורמה, אלא משקפות את האופן שבו הנורמות השולטות ביחס לא/נשים טרנסים פסולות הן. בהמשך לקריאתו של המשפטן והמלומד דין ספייד, ביחס לשונות מגדרית עלינו לאתגר את שורשי אי-הצדק ולא את תופעותיו.²⁶²

262 SPADE, לעיל ה"ש 10, בעמ' 185.