

אלעד רוט לא הומו: התיאוריה הקווירית בפרקטיקה המשפטית

חגי קלעי

המאמר מבקש להציע, על בסיס התיאוריה הקווירית, חלופה נורמטיבית לשיח המשפטי הנוכחי - העוסק בזהויות ונשען על תפיסות מהותניות - בדמות שיח משפטי המכיר בפרפורמטיבי של זהות הפרטים. חלקו הראשון של המאמר מציג את הקשיים הקיימים באופן המהותני שבו מתייחס המשפט הישראלי (והמערבי) לקטגוריות של זהות, דרך שתי דוגמאות מרכזיות. ראשית, בוחן המאמר את פרשת רוט, במסגרתה ניתן פיצוי בגין זיהויו של אלעד רוט כהומו בניגוד לנטייתו המינית ה"אמתית". שנית, בוחן המאמר את פסק-הדין בעניין הבית הפתוח לסובלנות ולגאווה ואת הנימוקים לפסילת ההפליה התקציבית בירושלים כנגדו. חלקו השני של המאמר מבקש להציג מנגנון תיאורטי המאפשר, מבעד לרכיבים הדה-קונסטרוקטיביים של התיאוריה הקווירית, לחלץ ממנה משמעויות נורמטיביות. במסגרת זו מערער המודל על האבחנה בין תיאוריות מהותניות ורדיקליות, ומראה כיצד אלו גם אלו משקפות ביסודן תפיסה מהותנית ואינן מאפשרות יציאה משיח הזהויות הקטגוריאלי. בשונה מכך, המאמר מבקש לאפיין את תנועת הכוח השיחני ולהגדיר את זכויות-האדם המשפטיות כשוויון בכוח הדיסקורסיבי. לבסוף, חלקו השלישי של המאמר מראה כיצד ניתן לתרגם את המנגנון התיאורטי האמור לתוצאה משפטית בפועל, דרך חזרה לפרשת רוט וניתוחה מחדש. ניתוח זה, אף שאינו תוחם את גבולות השליטה של הפרט על הכוח השיחני המופעל כלפיו, מראה כיצד פסק-הדין בפרשת רוט מגלם הפליה מובהקת, לא של להט"בים, כי אם של עמדת הסובייקט הלהט"בית.

"Your problem, Henry, is that you are hung up on words. On labels. "Gay", "homosexual", "lesbian"; you think they tell you what a person is, but they don't tell you that. Like all labels, they refer to one thing and one thing only: Where does a person so identified fit in the food chain, in the pecking order. Not ideology of sexual taste, but something much simpler — clout. Who owes me favors. Not who I fuck or who fucks me, but who will pick up the phone when I call." (Al Pacino as Roy Cohn in "Angels in America")¹

"כאשר מאן דהוא מפרסם על אדם כי הוא בעל נטייה מינית, שונה מנטייתו הטבעית, אזי מדובר ב'פרסום לשון-הרע' כמשמעותו בחוק איסור לשון-הרע, ואין בפסיקה זו

משום שימור זיהוי ההומוסקסואליות עם בושה וחוסר הדרת כבוד, כפי שמבקש מחבר המאמר לטעון.² (שופטת בית-המשפט השלום בתל-אביב אביגיל כהן)²

אלעד רוט, מגידו אלעד ובוועז רובין אינם הומואים. כך עולה מפסק-דינה של השופטת אביגיל כהן, שעניינו תביעת לשון-הרע והפרת פרטיות שהגישו השלושה כנגד מגזין טיים-אאוט. עילת התביעה הייתה פרסום תמונה בה מופיעים השלושה במסגרת כתבות העוסקות במסיבות הפונות בעיקרן לקהילה הגאה, אף שהתמונה לא צולמה באחת ממסיבות אלו. חרף התנצלות העיתון, קבעה השופטת כהן כי הפרסום הוא בגדר לשון-הרע וכן בגדר פגיעה בפרטיות, ופסקה לתובעים, במשותף, פיצוי של 45,000 ש"ח.³

פסק-דין זה הוא חוליה נוספת בשרשרת ארוכה של פסקי-דין המאשררים ומתקפים את הלכת אמסלם,⁴ הקובעת שייחוס נטייה מינית הומו-לסבית למי שאינם הומואים או לסביות מהווה לשון-הרע. יחד עם זאת, בפרשת רוט נדרש בית-המשפט לראשונה לדיון ביקורתי ביחס להלכה זו. במקרה זה, האגודה לשמירת זכויות הפרט (ע"ר), למען זכויות לסביות, הומואים, ביסקסואלים וטרנסג'נדרים (להט"ב) בישראל, ביקשה להצטרף להליך כידידת בית-המשפט. עמדת האגודה הייתה שאין לראות בייחוס ההומוסקסואליות, כשלעצמו, לשון-הרע.⁵ בקשת האגודה כללה אף התייחסות למאמרו המקיף של הדי ויטרבו "משבר הטרנסקסואליות: על הבניית זהויות מיניות בדיני לשון-הרע".⁶ ויטרבו, תוך התבססות על השיח האקדמי הענף על אודות מיניות ומשפט, מראה כיצד השיח המשפטי מבוסס על ההנחה שקיימת יציבות אפיסטמולוגית של הנטייה המינית, ובו בזמן מערער על הנחה זו תדיר. במילים אחרות, ויטרבו מראה כי בית-המשפט מפעיל את מלוא כוחו לשם ייצור של והגנה על זהויות, שאותן הוא תופס כקודמות למשפט, טבעיות ומוחלטות. אף שבקשת האגודה נדחתה, נדרש בית-המשפט להתייחס לביקורת שנכללה בה ביחס להלכה הקיימת; זאת, מאחר שאף שהתובעים עצמם נקטו שני קווי טיעון במקביל – ראשית, שעצם השיוך לקהילה ההומו-לסבית הוא בבחינת לשון-הרע, ושנית, שהקישור שערך המגזין בין התובעים לסקס וסמים הוא לשון-הרע, אף מבלי להתחשב בשאלה אם יוחסה להם נטייה מינית כלשהי.⁷

השופטת כהן קיבלה את טענת התובעים על שני חלקיה. השופטת קבעה שיש לפרט זכות שלא להיות משויך להקשר שאליו הוא אינו רוצה להיות משויך, כדוגמת מסיבות, סמים ומתירנות מינית. בו בזמן, ראתה השופטת לנכון לחזור ולאשש את הלכת אמסלם. קריאה ביקורתית של פסק-הדין מעלה שורת שאלות קשות. כך, עולה השאלה מה היה קורה לו אכן היה רוט נוכח במסיבה בה עסקה הכתבה, כהטרנסקסואל, ומצולם ביציאתו ממנה; האם במצב זה הקישור בינו לבין "מתירנות מינית, אלכוהול וסמים" אינו מהווה כבר לשון-הרע או פגיעה בפרטיות? האם היה שונה מקרה זה ממקרה שבו רוט היה יוצא ממסיבה הטרנסקסואלית שלה מיוחסת אווירה של מתירנות מינית (יצוין שרוט צולם בזמן אחר באותו המועדון עצמו)? ומה היה קורה לו היה רוט הומוסקסואל שלא נכח במסיבה הספציפית המדוברת, אבל כן היה ידוע ברבים כמי שנוהג לבלות באירועים מוכוונים לקהילה הגאה, כחובב אלכוהול או כמי שנוהג ב"מתירנות מינית"?

בהקשר זה יצוין כי כפי שמראה ויטרבו, בעוד שהגנת "אמת דיברתי" והטענה שאין מדובר במידע החוסה תחת הגנת דיני הפרטיות אינן עומדות למי שפרסם מידע על אודות זהות להט"ב בית של אדם המכחיש זאת,⁸ לא פעם נותן להן בית-המשפט משקל לטובת התובע מקום בו הפרט הלהט"ב מבקש סעד. כך, בפרשת אדלמן⁹ נקבע כי ייחוס של טרנסג'נדריות לדראג-קווינס אינו

מהווה לשון-הרע (אף שאין מחלוקת שהן לא היו "באמת" טרנסג'דריות). לעומת זאת, בפרשת אפריאט,¹⁰ התברר כי צילום של אדם הנושא את דגל הגאווה במצעד הגאווה אינו נחשב לצילום במקום פומבי, ושפרסום התמונה דורש את אישורו של המצולם. מובן שגם סביב שני מקרים אלו ניתן היה להעלות שאלות הדומות באופיין לשאלות העולות סביב הלכת רוט. האם ייחוס מתירנות מינית לדראג-קווינס המקדמות מופע "סולידי" כן יהווה לשון-הרע? האם ייחוס נטייה להט"ב בית לדראג-קווינס הוא בגדר לשון-הרע? האם רשאי כל אדם, בכל נסיבות שהן, לדרוש אי-פרסום של תמונתו אם יש בה כדי לרמז על נטייתו המינית?

הקושי שבפיתוח הלכת רוט אינו בשל עמימותה. מקורו בהתנגשות הישירה הנוצרת במקרים אלו בין שני מערכי זכויות – זכויות מהותניות וזכויות פרפורמטיביות (מושגים אותם אפתח להלן). מתח זה, עליו מתקשה לעמוד בית-המשפט, הוא העומד בבסיס חוסר יכולתו לייצר הכרעה קוהרנטית במקרים השונים המגיעים לפתחו. מתח זה, והאופן שבו יכול בית-המשפט להתמודד עימו, הוא שיעמוד במוקד המאמר הנוכחי.

Blaming the Naming, Blaming, Claiming paradigm

במאמרם המפורסם של פלסטינר, אייבל וסאראט¹¹ עומדים השלושה על מודל סוציולוגי של התפתחות הזכות המשפטית, בהציגם מהלך משולש הנדרש בכדי שפגיעה סובייקטיבית תהפוך לעילה משפטית. לגישתם, הבסיס למודל הוא מתן-שם לפגיעה (Naming), הטלת אשם (Blaming) והעמידה על זכות (Claiming). משמעות היסוד הראשון, מתן-השם, היא הפיכת החוויה הסובייקטיבית-פרטית לאובייקטיבית-ציבורית,¹² כאשר התפיסה היא שבהקשר חברתי (להבדיל מאישי) מתן-השם הוא ביחס לעול הנעשה כלפי קבוצת בני ובנות-אדם. זאת, תוך אימוץ הנחה מובלעת שמדובר בקבוצה נתונה ומוגדרת. כך, זיהויים של פיטורין על רקע נטייה מינית כהפליה, מאפשר להאשים את המעסיק ולתבוע סעד. אף שבסיס היחס בין הפרט לקבוצה בה הוא חבר עלול להיות כרוך בקשיים (למשל, אם הפרט אינו מודע לזכויותיו), הרי שאלו נתפשים כקשיים פרקטיים של נגישות.

מנגד, מבקשת התיאוריה הקווירית, החל ממחקרו המפורסם של פוקו (Foucault) על אודות תולדות המיניות,¹³ לערער על השלב הראשון במודל: טבעיות הזיהוי הקבוצתי. הזיהוי כ"אישיה", "הומו", "טרנסג'נדרית" וכדומה אינו רק שיקוף של מציאות קיימת אלא גם כינונה. מובן שאין הכוונה לטעון שאין בעולם מין זכרי ונקבי, או שאין שונות בהעדפות המיניות של הפרטים. עם זאת, הבחירה להעניק משמעות לרכיב זה או אחר בזהותו של הפרט (כגון מינו של מושא התשוקה שלו) היא הבניה הנוצרת בשיח החברתי ומשועתקת דרך מנגנונים שיחניים, ובכללם בתי-המשפט. ההגנה על הגבול שמפריד בין זהויות מיניות, היא שמכוננת אותן ונותנת להן תוקף. יתר על כן, הזהויות המשפטיות ה"אובייקטיביות", אף שהן מתייחסות כביכול למהות "פנימית" של הפרט, מזוהות באמצעות פרקטיקות סימבוליות (פרפורמנס) שהפרט מבצע. דרך הפרפורמנס מבהיר הפרט את שיוכו לקטגוריה זו או אחרת, ולהן ניתנת המשמעות המגדירה והמכוננת של זהותו של הפרט (מובן שאין הכוונה שהפרט שולט בשיוכו הקבוצתי, או שהשיוך הקבוצתי אינו "אמתי" עבור הפרט – בהמשך המאמר ארחיב בסוגיה זו).

על בסיס הכתיבה הקווירית וטענותיה נוצר מסד תיאורטי רחב שעניינו היעדר הטבעיות של המגדר, הנטייה המינית, הגזע וכדומה. יחד עם זאת, בשיח המשפטי נדחו התיאוריות הקוויריות ואומץ מודל מהותני המניח את קיומה של הקבוצה כ"טבעית". משום כך, פיתוחן של זכויות

הלהט"ב בעולם וכישראל נשען, בראש ובראשונה, על זיהוי קבוצת הלהט"ב כקבוצה מובחנת לצורכי הסדרה משפטית. במילים אחרות, מאבקי הלהט"ב התבססו על הדרישה לשנות את ההיררכיה הנורמטיבית הקיימת בין קבוצות בעלות נטיות מיניות שונות, ולא על ערעור על עצם החלוקה לקבוצות חברתיות על פי המין של מושא התשוקה. זאת, לאור ההנחה הרווחת בקרב אנשי המשפט כי ערעור גבולות הקבוצה הלהט"בית משמעותו בפועל רלטיביזם משפטי.¹⁴

בה בעת, אף שהשיח המשפטי הנוכחי מעמיד במוקדו תפיסות מהותניות של זהות מגדרית ונטייה מינית, נדרשים בתי-משפט, משפטניות ופעילים חברתיים פעם אחר פעם לבחון את גבולות הקבוצה ואת אופן הגדרתה וזיהויה, וזאת תוך שהם מוסיפים לדבוק בהנחה שמדובר בקבוצה טבעית ומובחנת בבירור. דבר זה מתרחש לפחות בשני הקשרים מרכזיים: ההבחנה בין מי שמשויך לקבוצה לבין מי שאינו משויך אליה, והיחס כלפי מי שמתעורר ספק בדבר השתייכותו לקבוצה.

דוגמה חריפה לקושי זה עולה סביב השונות המרובה של פרטים המצויים בספקטרום הטרנסג'נדר. אף תחת ההנחה (שאינה מובנת מאליה בשיח המשפטי כיום) שאבחנה הנערכת על בסיס טרנסג'נדריות מהווה אבחנה "חשודה" (בדומה לאבחנה על בסיס מין, נטייה מינית וכדומה), כלל לא ברור כיצד מזוהה הטרנסג'נדר/ית. בפרשת פלונית,¹⁵ מלצרית שנולדה במין זכר פוטרה מעבודתה בעת שעברה תהליך לשינוי מין, שכלל בשלב הראשון לכישת בגדי נשים. תביעתה של פלונית התבססה על הטענה שאין להפלות מי שמצוי בתהליך שינוי מין, שכן זוהי הפליה על בסיס מין ועל בסיס נטייה מינית. כתב התביעה מקדיש חלקים ארוכים להבהרת הטבעיות והמוחלטות של התהליך.¹⁶ לא בכדי מכיל כתב התביעה תיאור נרחב של הזהות והקוהרנטיות המגדרית של התובעת כאישה, ומכאן כטרנסג'נדרית; שכן בכך מאמצת התובעת את שפתו של המשפט, הדורש השתייכות לקטגוריה מגדרית סגורה. אף שמבחינה מהותית מדובר בקטגוריות דיכוטומיות לכאורה (גבר/אישה, טרנסג'נדרית/סיסג'נדרית), הרי שהסיווג לקטגוריות מתאפשר רק דרך שורה של פרקטיקות מגדריות "בלתי-טבעיות" (ושאינן נובעות בהכרח מהזהות המגדרית המבוקשת) כגון איפור ולבוש.¹⁷ יחד עם זאת, מבין השורות של כתב התביעה ניתן לראות כי הפלייתה של התובעת לא נבעה מהיותה טרנסג'נדרית, אלא מכך שהתובעת לא "עברה" כאישה.¹⁸ במילים אחרות, הקושי של הנתבעים לא נבע מכך שהפרפורמנס המגדרי המצופה מהתובעת היה שונה מזה המיוחס למין הביולוגי שלה, כי אם מהדיעה שהתובעת אינה נוהגת על פי זהות המגדר ה"נכונה" שלה – משמע, מזיהוי הפער בין הפרפורמנס המגדרי המצופה לבין ביצועו.

מקרה הפוך שהגיע לפתחו של בית-המשפט הוא מקרהו של חן אלקובי.¹⁹ אלקובי הורשע בקבלת דבר במרמה, מאחר שהציג את עצמו כגבר, בעוד שפיזית היו לו איברי מין נקביים. במקרה זה דחה בית-המשפט את טענת היותו של אלקובי גבר טרנסג'נדר, בשל אי-קיומו של הליך כירורגי לשינוי המין. בית-המשפט עיצב את גבולות הזהות המגדרית סביב איברי המין,²⁰ וההלכה המשתמעת היא שהכניסה לקבוצה הטרנסג'נדרית מתרחשת רק במועד ביצוע הניתוח הפיזי. אף שנדמה שהגיונו של בית-המשפט הוא מהותני (שכן הוא כורך בין המין והמגדר), הרי שיש בו יסוד פרפורמטיבי מובהק: בית-המשפט למעשה קבע שרק סוג מסוים של פעולה אקטיבית, שאינה "טבעית", יכול לכוון זהות טרנסג'נדרית.²¹

הביסקסואלית, הבתול והמזרחי למחצה

הדרישה מהפרט הטרנסג'נדר לתאר את זהותו המגדרית כאמתית, שלמה וקוהרנטית, ויתר על כן, להוכיח זהות זו באמצעות שורת מאפיינים שמעצם טבעם אינם קוהרנטיים, טבעיים או אמתיים

(דוגמת לבוש או איפור), היא מאפיין יסוד של תפיסת זכויות-האדם העוסקת בהגנה על אוכלוסיות מוחלשות. עבור קבוצות רבות, השיח המשפטי המאפשר הגנה על קבוצת מיעוט מוגנת הוא כה קשיח ומוכנה, עד ששאלת ההשתייכות הקבוצתית של הפרט בכלל לא עולה על הפרק. כך הדבר לגבי נשים, לגבי מזרחים, לגבי ערבים, לגבי אתיופים וכדומה. גם חברות בני-אדם אחרות, אליהן נהוג להתייחס כקבוצה, לא מעוררות לרוב דיון רציני לגבי מהותה של קבוצה זו. כך, למשל, במקרה של זהות דתית, שהיא פרפורמטיבית מטבעה. אולם כאשר הדיון סובב סביב זהויות בלתי-יציבות כמובהק, דוגמת הפליית הפריפריה, הפליית עניים או הפליה על בסיס נכות, השיח ששואף לקדם את ההכרה בהפליות אלו מוכנה כשיח מהותני. התומכים בקידום הכרה זו מתאמצים להוכיח שהמעבר בין מקומות מגורים אינו באמת חופשי; שהיכולת של עניים לצאת ממעגל העוני אינה קיימת באמת; שהנכות היא רפואית ומוכחת מדעית. התנהלות זו נובעת מכך שבעיני המשפט, הפליה שאינה מבוססת על זהות יציבה נתפשת כהפליה מנהלית, שאינה אסורה בספירה הפרטית ומהווה עילה חלשה יותר בספירה הציבורית.²² כך, לא ברור האם הפליה על בסיס מראה, לבוש, שפת גוף, קעקועים, פירסינגים, התנהגות, סגנון דיבור, אי-הורות או כל מאפיין פרפורמטיבי אחר של הפרט, היא אסורה.²³

יחד עם זאת, אף ביחס לקבוצות הנחשבות ל"טבעיות ביותר" השיח המשפטי המהותני מתקשה לעתים להתמודד עם מציאות החיים. כך, החלוקה לזכרים ונקבות מתערערת כאשר המשפט צריך לעסוק באינטרסקס (פרטים הנולדים עם איברי מין גבריים ונשיים) ובטרנסג'נדרים המסרבים לקבל את הבינאריות המינית;²⁴ החלוקה בין יהודים וערבים מתערערת במקרים של ילד להורה אחד יהודי ואחד ערבי, וכך גם החלוקה בין אשכנזים ומזרחים;²⁵ החלוקה בין בני דתות שונות מתערערת סביב שאלת הסמכות של ממיר הדת; הניסיון לזהות את הקו המגדיר "עניים" מתגלה כעמום; וגבולות הקבוצה של בעלי הנכויות מתגלים כנוזלים.²⁶

למעשה, נקודת המבט המהותנית של המשפט נתקלת בשני קשיים מובנים. הקושי הראשון נוגע לקביעת גבולות הקבוצה שהפליית פרט מחבריה מהווה הפליה "חשודה", ולהוכחות להשתייכות לקבוצה זו. מאחר שהקבוצה המוגנת צריכה להיות מובחנת באופן מוכנה מהקבוצה שאינה מוגנת, יש לפעול תחת ההנחה הבלתי-מציאותית שלפרט יש זהות אחת מוגדרת ויציבה – כאישה, כלסביית, כהומו, כיהודי, כעני או כפריפריאלי. יתרה מזאת – לזהות האחת הזו צריכים להיות מאפיינים ברורים וגלויים לעין הציבור, ונוסף על כך, על מאפיינים אלו להיות קשורים למהות ה"טבעית" של הפרט. למשל, היות בן להורים ערבים הוא מדר להיותו של מישהו ערבי. לעומת זאת, אדם שחום עור שמדבר רק ערבית אבל נולד להורים יהודים, אינו חלק מקבוצת הערבים, אף שסביר להניח שהוא חשוף לפגיעות דומות.

הקושי השני של המבנה המהותני הוא גבולות ההגנה. ההגנה הניתנת מוגבלת רק ליסודות הקשורים מטבעם לאותה "מהות" של הפרט. יחד עם זאת, הדרישה לזיהוי היסודות הטבעיים של ה"מהות" של הפרט מחייבת שיח על המאפיינים המשותפים של הקבוצה, משמע הפרקטיקות הקבוצתיות. כלומר, מרגע שהפרט רוצה בסעד מסוים ממערכת המשפט, השיח נע באחת משיח של מהויות לשיח של פרקטיקות. עם זאת, מאחר וההנחה הבסיסית היא שהמהות קודמת לפרקטיקה, ושהקבוצה אינה מוגדרת על פי פרקטיקות, במרבית המקרים אכן לא ניתן לזהות פרקטיקות שהן טבעיות לפרט. במילים אחרות, בעוד שהמשפט דורש כי, לצורך הכניסה אל גבולות הקבוצה המוגנת, זהות לא תנבע מפרקטיקות מסוימות אלא ממהות, הרי שבכדי לבקש סעד מבית-המשפט, על התובע להוכיח כי הפגיעה נעשתה בשל מאפיין או פרקטיקה של קבוצתו (ולפיכך

הוא זכאי לסעד) – בעוד שבו בזמן, על פי ההיגיון המהותני, מאפיינים שכאלו או פרקטיקות קבוצתיות אינם יכולים להתקיים.²⁷

בהקשר הלהט"בי מתעוררים שני קשיים אלו בחריפות. הלהט"ב אינו מובחן בצבע עורו, באיברי מינו, בשפתו, במעמדו הסוציו-אקונומי או ביכולותיו מכל פרט אחר בחברה. לא ניתן לזהות גורם בסביבת הלהט"ב המכונן אותו ככזה. אפילו הפרקטיקה המינית או המגדרית של הלהט"ב אינן יכולות לשמש כאינדיקטור לזהות להט"בית, שכן זהות זו אינה יציבה בהכרח ואינה דיכוטומית, ולא פעם אף אינה ניתנת לוידוא.²⁸ למעשה, המאמץ המשפטי לזיהוי הלהט"ב הוא מאמץ לקביעת הנקודה בה ריבוי פרקטיקות להט"ביות הופכת את הפרט המבצע אותן ללהט"ב. כפי שנדון לעיל, בהקשר הטרונסג'נדר, שאלת הגבול אינה שאלה היפותטית, כי אם מעשית. בדומה לזהות מגדרית, קושי זה מתעורר גם סביב שאלת הזהות המינית. כך לדוגמה, אם אישה קיימה מפגש מיני אחד עם אישה אחרת, האם מעסיקה יכול להשתמש בכך כ"מגן" בפני טענות שיופנו כלפיו על הפליה תוצאתית של להט"בים אחרים? אם שני גברים בוחרים לחיות יחד מבלי לקיים יחסי-מין ונדחים מקבלה ליישוב קהילתי על בסיס עובדה זו, האם מדובר בהפליית הומוסקסואלים? האם דראג-קווין המפטר על רקע הופעותיו זכאי להגנה מכוח חוק שוויון הזדמנויות בעבודה?

הדוגמה העוסקת בפיתוריו של דראג-קווין יכולה אף לשמש להמחשת הקושי השני האמור לעיל, הנובע מהמעבר שמתרחש במשפט מסימון קטגוריה מהותית לצורך הגדרת הקבוצה, לדיון בפרפורמנס של הקבוצה. השאלה בהקשר הזה תהיה האם הופעה של אדם כדראג-קווין היא פרפורמנס רצוני, שאינו מוגן על-ידי החוק, או שמדובר במצב ביניים על הרצף הטרונסג'נדר – ואם מדובר במצב זה, האם הדראג-קווין הוא חלק מחברי הקבוצה המוגנת, או שהוא חיצוני לה? האם פיתוריו של הומוסקסואל "נשי" ממקום עבודה המעסיק הומוסקסואלים "גבריים" רבים מהווה הפליה על רקע נטייה מינית, על רקע מגדר, על רקע שניהם – או שאינו מהווה כלל הפליה?

לקראת שיח זכויות-אדם פרפורמטיביות

בחלק הראשון הצגתי, בקווים כללים, את כישלון שיח הזכויות הנוכחי בהתמודדות עם שאלות של זהות מינית ומגדרית.²⁹ יחד עם זאת, טרם התמודדתי עם הטענה כי המודל הנוכחי הוא הטוב ביותר האפשרי, ועם הטענה שהשיח הקווירי נעדר ערכים נורמטיביים. לכך אפנה עתה.

בשונה מאופיו המהותני של השיח המשפטי על אודות זכויות של קבוצות מוחלשות, חלק נרחב מזכויות-האדם הן זכויות המגינות על פרקטיקות. כך, הזכות לחופש ביטוי אינה מגינה על מהות כלשהי של הפרט, אלא על זכותו לבטא שלל עמדות – שגויות, טיפשיות ובלתי-קוהרנטיות ככל שיהיו. גם זכות הקניין אינה מגינה על יסוד מהותי של הפרט המחזיק בקניין, כי אם על הפרקטיקה של ההחזקה. איננו בוחנים האם המחזיק ראוי מכוח זהותו לקניין שברשותו, אלא מגינים על עצם היכולת להחזיק בקניין, כל זמן שהחזקה בו הושגה כדין. מערך זכויות-האדם בשיח הליברלי ניתן לחלוקה, אם כן, לשני סוגי זכויות – זכויות המניחות את קיומה של זהות יציבה של הסובייקט ופועלות להגן על זהויות אלו, וזכויות הפועלות ביחס לפרקטיקות של הסובייקט, מבלי להניח מראש מאפיינים קבועים, יציבים ו"טבעיים" של זהותו.³⁰

הניסיון להתבונן בשיח זכויות-האדם מבעד לתיאוריה הקווירית פותח פתח לעיצובן מחדש של הזכויות – לא כזכויות מהותניות אלא כזכויות פרפורמטיביות. על המבקש לעשות זאת לעמוד ראשית על ההיבט הנורמטיבי שבתיאוריה הקווירית.

הנחת הזהות היציבה, המהותנית, הקיימת כאמור בשיח הנוכחי של זכויות אוכלוסיות מוחלשות, היא הפעלת כוח שיחני על הפרט, הדורש ממנו, לשם קבלת ההגנה המשפטית, לכונן את עצמו בתוך גבולותיה של עמדת-סובייקט מוגבלת ומתוחמת. הכינון העצמי המוגבל לעמדת-סובייקט מתוחמת כרוך בדיכוי מאפייניו של הפרט שאינם עולים בקנה אחד עם עמדת-סובייקט זו. הייצוג השיחני הופך, לצורכי המשפט, לקודם ועליון ביחס לסובייקט הספציפי. מאפייניו של הסובייקט שאינם עולים בקנה אחד עם עמדת-הסובייקט שממנה מצווה עליו המשפט להשמיע את קולו, מצויים תמיד בטווח שבין השתקתם לבין ערעור על תוקף הטענה של הסובייקט בבואו לדרוש סעד משפטי. מובן כי שימור המבנה המתוחם של עמדות-הסובייקט, בפני עצמו, הוא בעל כוח מכונן, המייצר את הסובייקט על פי מידותיו. מאפיינים כגוף, העדפות תרבותיות, גזע, דת, מראה חיצוני או עיסוק, נמחקים משיח הזהות ויכולים להתקיים רק מחוצה לו. בכדי להוסיף להיות זכאי לסעד משפטי, חרף שילוב בין מאפיינים נוספים של הפרט לפרקטיקות להט"ביות, על הפרט ליצור, במסגרת תפיסה זו, שיח קבוצתי חדש. ואכן, בקרב הקהילה הלהט"בית נוצרו קבוצות משנה רבות, דוגמת Bears, בוצ'ות ופאמיות, או חצ'ות וכדומה (חלק מקבוצות אלו החלו אף לגבש זהות פוליטית עצמאית). תפיסה זו נאמנה לשיח המהותני, ומנסה לייצר זהות נפרדת וייחודית לפרטים שונים המתויגים היום כ"להט"ב", משמע לתת שם לקבוצה ולהתניע את התהליך המשפטי.³¹ כך, במונחיו של בודריאר (Baudrillard), הופכת הסימולציה (הייצוג המניח אמת הקודמת לו) לסימולקרה – מסמן הנעדר מסומן. שחרורו של הסובייקט וחירותו, במסגרת משפטית זו, כרוכים בהכפפה עצמית או חיצונית לשיח מגביל.³² פרדוקס הזכויות המהותניות, אם כן, הוא הדרישה מהפרט לאובייקטיפיקציה לשם סובייקטיפיקציה. רק בוותר על הייחוד החד-פעמי, הבלתי-קוהרנטי והבלתי-ניתן-למילול, יכול הפרט ליהנות מהגנה משפטית על קולו ואורח חייו. במילים אחרות, אם הזהות הלהט"בית יכולה לשמש כזירת התנגדות לשיח ההגמוני, הרי שה"זכות" להתנגד לשיח זה מתוך הזהות הלהט"בית יכולה להתכונן רק לאחר שהפרט הסכים להגביל את זהותו לאותה עמדת-סובייקט להט"בית ולוותר על מאפייניו ה"חורגים", הייחודיים והחד-פעמיים.

מכאן אפשר להתחיל לעמוד על המסגרת הנורמטיבית שמציעה התיאוריה הקווירית למשפט. שיח הזכויות אינו צריך להגן על המסמן, על עמדת-הסובייקט המתוחמת והמחפצנת, אלא על התנועה החופשית של המסומן בין עמדות-סובייקט. המוגן אינו האזרח ההומוסקסואל, כי אם הפרקטיקות אותן מבצע האדם, ככל שאלו מקטלגות אותו בשיח הרווח כהומוסקסואל. על ההגנה להיות הגנה מפני פגיעה בשל פרפורמנס מגדרי חורג – ולא הגנה על האדם ה"שגוי" מגדרית. ככל אחד ממקרי המבחן שנדונו בחלקו הראשון של המאמר ניתן היה לראות כי הפגיעה לא נבעה מהיות הפרט להט"בי, כי אם מדיעתם של הפוגעים על פרפורמנס המשוך לעמדת-הסובייקט הלהט"בית. גישה קווירית תבקש אם כן להסיט את המבט מהגוף הלהט"בי אל המבט המחפצן. השאלה שתעמוד בדיון אינה האם הפרט זכאי להגנה, אלא האם הפגיעה על בסיס הפרקטיקה הספציפית מותרת. בהקשרנו, המשמעות המעשית היא מעבר מהשאלה האם מותרת פגיעה בפרט הלהט"בי לשאלה האם מותרת הפגיעה בפרט המזוהה כמקיים פרקטיקות להט"ביות. כך, איסור הפליית אישה המזוהה כטרנסג'נדרית אינו נובע מהאיסור על הפליית טרנסג'נדרים, כי אם מהאיסור על הפליה שנובעת מזיהויו של פרט כטרנסג'נדר. בדומה, האיסור על הפלייתו של הומוסקסואל שמעולם לא קיים יחסי-מין עם גברים נובע לא מהשאלה האם מדובר בהומוסקסואל "אמתי", כי אם מהשאלה האם מדובר בפגיעה בפרט על בסיס פרקטיקה המזוהה כהומוסקסואלית (למשל הזדהות עצמית כהומוסקסואל).

אמתות הסימולקרה וגבולות השיח

בניגוד לתפיסה פופולרית ושגויה, התפיסה שלייצוג לא קודם ערך אמת אינה מעקרת את ערך האמת מהייצוג עצמו. עובדת היות הסימולקרה מסמן ללא מסומן אינה מעקרת מתוכן את עובדת היות המסומן מכוון לאורו של המסמן. הפרט הלהט"בי הוא להט"בי לא בשל טבעו, אלא בשל האופן שבו הוא מכוון בשיח החברתי ולאור הפנמת השיח. במילים אחרות, פעולת הכוח הדיסקורסיבית היא אמתית מתוקף היותה קיימת. עמדות-הסובייקט, אף אם אינן טבעיות, הינן מרחב מתוחם ומוגבל של מימוש פרקטיקות המכוונן את הפרטים הממשיים בחברה.

הניסיון ליצר שיח זכויות-אדם פרפורמטיביות, אם כן, צריך לכלול מהלך כפול. חלקו הראשון של המהלך, שכבר נרמז לעיל, הוא התנועה החופשית של המסומן בין המסמנים. תנועה חופשית זו נובעת מניתוק הדרישה לחפיפה מלאה בין עמדת-הסובייקט המוגנת לבין הפרט הספציפי. ההגנה המשפטית, בהקשר זה, צריכה לקום במקום שבו פרפורמנס המשוך בשיח החברתי לעמדת-סובייקט מוחלשת מוביל לפגיעה בפרט. יחד עם זאת, אין די בנייתוק האמור. מאחר ועמדות-הסובייקט עצמן אינן קודמות לקיומן ואינן טבעיות, תנועה חופשית בין עמדות-סובייקט מוגבלות נותרת תנועה מוגבלת. המעבר ממאבק בהיררכיה שבין הפרט ההומו-לסבי לפרט ההטרואסקסואלי למאבק בהיררכיה שבין עמדת-הסובייקט ההומו-לסבית לעמדת-הסובייקט ההטרואסקסואלי, אומנם מאפשר תנועה חופשית של הפרט בין עמדות-הסובייקט (ומרחיב את הסובייקטיביות של הפרט), אך אינו מאפשר את פריצת גבולות עמדת-הסובייקט. במילים אחרות, מדובר במעבר לתפיסתם של המיניות והזהות המגדרית כספקטרום, תוך שימור המערך הבינארי – הטרואסקסואליות/הומוסקסואליות, ביסקסואליות/מונוסקסואליות וטרנסג'נדריות/סיסג'נדריות. אם כן, תנועה לעבר תפיסה זו של זכויות הפרט תוסיף לשמר ולשעתק את הכשל האפיסטמולוגי של המודל המהותני, אף שכשל זה יועבר מהגוף הבודד לגוף הקולקטיבי.

הרובד השני של זכויות-האדם במובן הפרפורמטיבי הוא המחויבות לערעור עמדות-הסובייקט עצמן. בעוד שהרובד הראשון של הזכות עיקרו היכולת של הסובייקט הבודד לנוע בתוך תחומי השיח החברתי, ממד נוסף זה של הזכות פועל, בראש ובראשונה, במסגרת החברתית. עמדת-הסובייקט בנויה למעשה משני מערכים של כוחות שיחניים – מערך של הנגדה ומערך של הדרה. מערך ההנגדה מבוסס על מבנה השיח כדיכוטומיות בינאריות המייצרות היררכיה בין עמדות-הסובייקט, בשל תפיסתו של קוטב אחד של הניגוד הבינארי כעליון, נורמלי וקודם לקוטב השני – ניגודו. לצד זאת, עמדת-הסובייקט מעקרת ממשמעות את המאפיינים של הסובייקט שאינם חלק מהניגוד הבינארי. כך, למשל, בעוד פרקטיקה של קיום יחסי-מין עם בני אותו המין או עם בני המין הנגדי מצויה בליבת הדיכוטומיה ההומו-לסבית/הטרואסקסואלית, מאפייני הפרט, כגון העדפה לצבע עור מסוים, אישיות מסוימת או פרקטיקה מינית מסוימת, מעוקרים ממשמעותם ונתפסים כחסרי ערך חברתי "אובייקטיבי". יכולתו של הפרט לתת ערך ומשמעות לפרקטיקות חייו, שאינן מובנות בתוך השיח הדיכוטומי ההגמוני, מוגבלת בהיעדר שפה למילול פרקטיקות אלו – זאת, אף אם במקרים רבים פרקטיקות אלו טעונות משמעויות חברתיות גלויות וסמויות. כך, למשל, העדפה של גבר לנשים נמוכות ממנו תיתפס כ"נורמלית" בעוד שהעדפה של גברים לנשים גבוהות מהם תיתפס כ"א-נורמלית"; אך עם זאת, מאחר ושתי הפרקטיקות מצויות בטווח ה"הטרואסקסואלי", המשפט עיוור לקיומן ואינו מסוגל להעניק להן משמעות משפטית (למשל, ספק אם תתקבל טענת הפליה בגין גובה בן או בת-הזוג). זאת, אף שהמציאות המשפטית נדרשת על בסיס יומיומי למקרים מסוג זה, כמו הפליה על בסיס משקל, מראה וכדומה. בקווים כללים, אם

כן, ציר ההנגדה מייצר היררכיה שיחנית בין פרקטיקות מנוגדות, בעוד שציר ההדרה מעניק ערך לפרקטיקה כבעלת משמעות או כנעדרת משמעות.

בעוד שהערעור על היררכיית עמדות-הסובייקט פועל כנגד שיח ההנגדה, הערעור על עצם תוקפן של עמדות-הסובייקט פועל במרחב שיח ההדרה. רובד זה של זכויות-האדם הפרפורמטיביות מייצר הגנה משפטית על זכותו של הסובייקט להעניק משמעות לערכים, התנהגויות, אמונות ומעשים שאינם נתפשים בשיח הקיים כבעלי משמעות אובייקטיבית. לדוגמה, ניתן לבחון בהקשר זה פגיעה שנעשת בפרט על רקע פרקטיקות מיניות שאינן נתפסות כחלק מ"זהותו", דוגמת הערפת מין מרובה משתתפים, משחקי תפקידים (לרבות BDSM) וכדומה. פרקטיקות אלו, המודרות משיח המיניות המהותני, מהוות זירת משמוע אפשרית עבור הפרט הסובייקטיבי. משכך, תחת תפיסה של זכויות-אדם פרפורמטיביות תיאסר פגיעה בפרט על בסיס פרקטיקות אלו, מבלי שהפרט ידרש להוכיח שמדובר בפרקטיקות המעידות על זהות "אמתית" ו"אובייקטיבית".

מובן, כי עצם זיהויה של הזכות לערער על עמדת-הסובייקט כזכות מזכויות הפרט, אינו מספק כלים מעשיים לעשות כן. הזכות, כל זמן שאינה מעוצבת ככלי משפטי אפקטיבי המאפשר פעולה משפטית ממשית, נותרת בגדר "חוק על-ספר". עיצובם של כלים מעשיים למימוש הזכות הפרפורמטיבית יכול להיעשות רק על-ידי בחינת היחס שבין אופן כינון של עמדות-סובייקט לבין השיח המשפטי.

תופעת כינון וגיבושן של עמדות-הסובייקט, כמו גם אשרורן ושעתוקן, היא תופעה הנעה בחוסר יציבות בין האישי ובין הציבורי. תנועה כפולה זו של הכוח הדיסקורסיבי אינה ייחודית לעמדת-סובייקט זו או אחרת, והיא נכונה ביחס לעמדות-הסובייקט ה"מקובלות" וה"חריגות" כאחד. עמדת-הסובייקט של ההטרסקסואליות מכוננת באופן הדדי ומשלים לעמדת-הסובייקט של ההומו-לסביות. עמדת-הסובייקט של הגבר מכוננת באופן זהה ומשלים לעמדת-הסובייקט של האישה. אף עמדות-סובייקט שזכו לפחות ביקורת, מכוננות באופן זה. יחד עם זאת, עצם היות המבנה של עמדות-הסובייקט השונות דומה, אינו מוביל למסקנה כי קיים שוויון בין יכולתם של הפרטים לכונן עמדות-סובייקט. אף שהכוח השיחני מופעל, משועתק ומורכב מכלל הפרטים בחברה, הרי שמידת יכולתו של הפרט לעצב את תנועת הכוח משתנה בהתאם למבנה הנוכחי של השיח. יכולתה של בעלת הכוח לכונן זהויות שיחניות ולכפות זהויות אלו על מי שאינן בעלות כוח, גדולה לאין ערוך מיכולתם של המודרים מהשיח לכונן את בעלי הכוח הדיסקורסיבי. משכך, הרי שהותרת עמדות-הסובייקט לעיצוב "חופשי" של השיח, משמעותה בפועל שימור שיח של כפייה. אף אם הפרט מסוגל לעבור מעמדת-הסובייקט המוחלשת לעמדת-הסובייקט הדומיננטית, הרי שלשם עצם המעבר עליו לוותר, באופן מובנה, על רצונו לערער את הסדר המובנה של עמדות-הסובייקט.

הזכות המשפטית הקמה, אפוא, בהקשר זה, היא הזכות לערער על סדר השיח.³³ זכות זו, שני היבטים לה, השלובים זה בזה – ההיבט הקולקטיבי וההיבט הפרטי. ברמת הפרט, משמעותה של זכות זו היא הזכות למשמע את הפרקטיקה האישית, ולזכות להגנה משפטית על משמוע זה. במילים אחרות, זוהי הזכות שלא להיות מופלה בגין פרקטיקות אישיות, אף אם אינן קולקטיביות. ברמה הקולקטיבית, זוהי הזכות של פרטים וקבוצות לשוויון בכוח השיחני וביכולת להפעיל במסגרתו כוח על יתר הפרטים בחברה. במובן זה, הזכות פועלת תמיד כנגד ההיפר-ממשות של המסמנים. זוהי הזכות לחתירה תחת מבנה הכוח.

ודוק, אין משמעות זכויות אלו ויתור על הזכויות המטריאליות או על הגנה על פרקטיקות של הפרט מן הסוג המוביל לערעור על תוקפן של עמדות-סובייקט חלופיות. פרקטיקה של רצח או

של אלימות אינה פרקטיקה הזכאית להגנה תחת שיח הזכויות הפרפורמטיביות, שכן היא בהכרח שוללת את תוקפן של עמדות-הסובייקט של הקורבנות. מכאן, ששיח הזכויות הפרפורמטיביות מסוגל אף להציע מסגרת להגבלת זכויות אלו, במקום בו עמדת-הסובייקט המבקשת הגנה משפטית היא עמדה הדורשת אי-שוויון ביכולת להפעיל כוח שיחני על הפרטים בחברה. שני הפרקים הבאים של מאמר זה ינסו להמחיש את האופן שבו יכולה הזכות הפרפורמטיבית להפוך לממשות משפטית.

הבית הפתוח

בפרשת **הבית הפתוח**³⁴ עתר הבית הפתוח בירושלים נגד שורת החלטות של עיריית ירושלים שלא לתקצב את פעילותו. פסק-הדין המרכזי, מפי השופט עמית, נע בין שני צירים. הציר האחד הוא חובת השוויון המנהלי. בכך, פוסע השופט עמית בנתיב משפטי מוכר, הדורש כי מדיניות התקצוב של הרשות המקומית תהיה כפופה לעקרון השוויון, כאשר נוסחת השוויון במקרה זה אינה בין פרטים להט"בים ופרטים הטרונומטיבים, כי אם בין מוסדות העוסקים בפעילות דומה. קריאה של פסק-הדין באור זה שמה את פעילותו של הבית הפתוח בשורה אחת עם פעילותם של גופים חברתיים אחרים, ומעמידה במוקדה את סוג הפעילות, בהיבחנו על פי קריטריונים "אובייקטיביים". במסגרת זאת, פוסק השופט עמית כי אבחנה בין מוסד המעניק שירותים לקהילה המתוחמת באזור גיאוגרפי מוגבל לבין מוסד המעניק שירותים לקהילה מפוזרת, היא אבחנה הנגועה בהפליה מנהלית.³⁵ על בסיס היגיון זה, ההלכה הנובעת מפסק-דינו תהיה תקפה באותו האופן בדיוק באם תוגש עתירה דומה על-ידי כל מוסד אחר שייעודו מתן שירותים קהילתיים לקבוצה מפוזרת כלשהי (למשל, אם היה מוקם מוסד המעניק שירותים קהילתיים לקהילת "בעלי ההון" המפוזרים ברחבי ירושלים).

בו בזמן, מבין השורות של פסק-הדין צף ועולה נרטיב משפטי אחר, הוא הנרטיב החוקתי. השופט עמית מציין כי עקרון השוויון של הפרט הלהט"בי כחלק מקהילה מוגדרת ומתוחמת, יכול, במידת הצורך, להוביל להגמשת הכללים ה"אובייקטיביים" לתקצוב. כך, מעגן השופט את פסק-דינו בדוקטרינת ההעדפה המתקנת, הנובעת מהפגיעה ארוכת השנים בפרטים הספציפיים המשתייכים לקהילה מופלית. ייחודו של פסק-הדין, בניגוד למרבית פסקי-הדין שעניינם זכויות הקהילה הגאה, הוא בכך שהשופט אינו מדבר בהקשר זה על פגיעה מוכחת הניתנת לכימות מדויק. למעשה, השופט מניח חזקה, כי הפרט הלהט"בי המייצג סובל מהפליה ומפגיעות נוספות, וכי תקצובו של הבית הפתוח מהווה סוג של פיצוי מדינתי עבור הנזק שנגרם לחברי קבוצה זו, לא פעם בחסות המדינה. אף שהשופט עמית מציג את פסק-דינו כחלק מ"מהפכה המשפטית ההומוסקסואלית", הרי שבפסק-דינו, במובנו החוקתי, ישנו חידוש רב. למעשה, השופט עמית מוסיף נדבך חדש לשיח הליברלי המגולם במהפכה הלהט"בית, ומכיר בפגיעה בפרט הלהט"בי כעובדה סוציולוגית אמפירית שאינה זקוקה להוכחה פרטנית.

אולם חרף הפרוגרסיביות של פסק-הדין, מן הראוי לעמוד על חולשותיו. ראשית, השופט עמית מניח את קיומה של הקבוצה, כקבוצה. אף שהשופט קובע שאין צורך או יכולת למנות את המספר המדויק של חברי הקבוצה, הוא קובע כי "לענייננו, די בכך שאין מדובר בקבוצה קיקיונית או קבוצה ששיעור חבריה באוכלוסיה הוא מזערי או 'בטל בשישים'". וכן "החשוב לענייננו הוא כי מהפסיקה ומהחקיקה דלעיל עולה כי יש הכרה בכך שחברי הקהילה הגאה מהווים קבוצה 'חשודה' בעלת זהות מובחנת הטעונה הגנה בפני הפליה".³⁶ בהקשר זה, בולטת התייחסותו של

השופט למחקרו של קינזי, שמצא כי הקהילה מהווה כ-10% מהאוכלוסייה. בכך, מקבל השופט ללא עוררין הנחת מוצא סמויה כפולה: ראשית, השופט מקבל את ההנחה שזהות מינית היא קבועה ויציבה, ושניתן לסמן את גבולות הקבוצה הלהט"בית.³⁷ יתר על כן, השופט אינו מתייחס לקבוצות שונות המצויות בזיקה הדוקה לחברי הקהילה, כגון בני משפחה של פרטים להט"בים, חבריהן לעבודה או כל קבוצה אחרת, כאל חלק מהקהילה. משכך, מסמן השופט עמית קו גבול ברור בין חברי הקהילה, שהם מי שמקיימים פרקטיקות מיניות גם או רק עם בני מינם, או שעברו הליך של שינוי מין, לבין יתר האוכלוסייה. שנית, השופט עמית מניח כי פעילותו של הבית הפתוח נותנת מענה אך ורק ל"צרכים הייחודיים" של חברי הקהילה. השופט אף מרחיב וטוען, כי "המערערת מקיימת פעילות תרבות ענפה בבית הפתוח, אך אינה באה בגדר המוסדות העוסקים ביצירה בתחומי האמנות והתרבות אלא בצריכת תרבות".³⁸ משמע, שלגישתו, למעט חריג ספציפי ברמות מצעד הגאווה הבינלאומי, יתר פעילויות הבית הפתוח הינן פעילויות המצויות בספירה הקהילתית-פסיכולוגית,³⁹ כמרכז סיוע לאוכלוסייה מוחלשת.

הנחות אלו של בית-המשפט משקפות לא רק את החלוקה הדיכוטומית לשתי עמדות-סובייקט מנוגדות ויציבות אפיסטמולוגית, אלא אף את ההיררכיה ביניהן. הפרט ההטרורסקסואל, על פי גישה זו, אינו מקבל דבר מקיומו של הבית הפתוח, והחובה הציבורית לתקצב את הבית הפתוח נובעת מהיות הפגיעות בפרטים הלהט"בים תוצר של מסורת דיכוי, הפליה והחלשה על-ידי הרוב ההטרורסקסואלי.

ניתוח קווירי נורמטיבי של פרשה זו, אף שהוא דומה בתוצאתו, אינו נזקק להנחות האמורות, ואף חותר תחתן. במסגרת זו, קיומו של הבית הפתוח אינו נתפס רק כמענה לצרכים ייחודיים של מי שמשויך או משייך עצמו לקהילה הלהט"בית (לרבות פרטים רבים שאינם נופלים לרובריקה המוגבלת של "הקהילה הגאה", כגון הטרורסקסואלים קווירים, משפחות של פרטים להט"בים וכדומה). קיומו של הבית הפתוח נותן מענה, בראש ובראשונה, לצורך של כלל החברה בביטול ההיררכיה של המיניות. כפי שהראיתי בחלקו הראשון של המאמר, הפרט הלהט"בי אינו עומד מול שום קושי ייחודי; הקושי הייחודי הוא של הקבוצה הנתפסת כרוב הטרונורמטיבי. כך, במקרה של נערה המזוהה כלסבית בחברה העוינת לסביות, הקושי אינו שלה, אלא של סביבתה. אף שסביר שחלק משמעותי מהנטל של תגובות כדוגמת הדרה חברתית, אלימות והפליה ייפול על כתפיה של אותה נערה, הרי שחלק לא פחות משמעותי ממנו נופל על כתפי אלו הנתפסים כבעלי זיקה לפרט הלהט"בי (דוגמת משפחתה), ואף על כתפי אלו המשמשים כמוציאים לפועל של הסנקציות החברתיות על להט"בים (המוגבלים לעמדת הסובייקט של המרכא). במובן זה, העשייה המתרחשת במוסד דוגמת הבית הפתוח מצויה בליבתה של העשייה התרבותית (ואינה, בניגוד לניתוחו של השופט עמית, בגדר צריכת תרבות בלבד). יצירת מרחב תרבותי וחברתי המאפשר נזילות של הזהות המינית ומעניק לפרט את היכולת למשמע בכוחות עצמו את זהותו, היא פעולה של שינוי מבנה השיח באופן כפול. ראשית, זוהי פעולה המערערת את ההיררכיה השיחית בין זהויות מיניות עבור כלל הציבור. שנית, זוהי פעולה המאפשרת לפרט הבודד, תהינה העדפותיו המיניות אשר תהינה, מרחב משמוע גדול יותר של הפרקטיקות המיניות שלו. במילים אחרות, החובה המשפטית לתקצב את הבית הפתוח אינה נובעת רק מפגיעה היסטורית בקהילה הגאה או מהנזק המצטבר שנגרם לפרטים החברים בה; חובה זו נובעת מזכותה של כל אחת וזכותו של כל אחד לחירות מינית. לא מהזכות לשוויון בין קבוצת הרוב לבין קבוצת מיעוט, כי אם מהזכות לחירות של הפרט הבודד (ולחלופין, מהזכות לשוויון של הכוח הדיסקורסיבי של הפרטים בחברה).⁴⁰ ודוק, אין מדובר רק על החירות לקיום אינטראקציה מינית בין בני אותו המין. מדובר בחירות לממש את שלל

הפרקטיקות המשויכות כיום לזהות להט"בית, כגון נראות מן הסוג המשוך להומוסקסואליות או לסביות, מבלי שאלו תזוהינה כפחותות ערך.

האישי הוא הפוליטי: בחזרה לפרשת אלעד רוט

בפתח המאמר עמדתי בקצרה על הקושי הנובע מהלכת רוט, ועל היותו תוצר של מפגש בלתי-אפשרי בין הזכות לפרטיות והזכות לשם טוב, שהינן זכויות פרפורמטיביות, לבין הזכות לשוויון של הקהילה הגאה, הנתפשת כיום כזכות מהותנית. חלוקה זו נאמנה לדיכוטומיה, המקובלת במשפט, שבין ספירה פרטית וספירה ציבורית – בעוד שהזכות לשוויון פועלת בספירה הציבורית, הרי שהזכות לפרטיות והזכות לשם טוב תוחמות את גבולותיה של הספירה הפרטית. על חלוקה זו ערערו מלומדות הפמיניזם הרדיקלי, תוך טביעת הסיסמה המפורסמת "האישי הוא הפוליטי". יחד עם זאת, מבעד לעיניים קוויריות, טענה זו מגלמת ערך אמת ושקר כאחד. האישי הוא תמיד הפוליטי, במובן זה שהאישי מכונן תמיד על-ידי השיח החברתי והמשפטי. בו בזמן, האישי הוא המרחב בו מתגבש הסובייקט מעבר למגבלותיו של השיח. זהו המרחב הא-מילולי, בו עומדת לפרט היכולת להעניק משמעות או לשלול משמעות מפרקטיקות חייו. במילים אחרות, זהו המרחב היחיד בו יכולה להתקיים משמעות-סובייקטיבית שאינה מוגדרת מבעד למבט האובייקטיבי. הגדרתו של האישי כפוליטי, וחדירת המשפט והציבור לתוכו, כוללת בהכרח את צמצום המרחב של הסובייקט לעמדת-סובייקט מוגבלת.

הקושי האמור ניתן לפתרון (ולו חלקי) באמצעות ניתוח קווירי של הזכות לפרטיות והזכות לשם טוב עצמן. אלו אינן חייבות להיתפש כהגנה על פרקטיקות ספציפיות של הפרט (דוגמת זהותו המינית). תפיסה חלופית של הזכות לפרטיות תהיה תפיסתה כהגנה על כוחו השיחני של הפרט למשמע את חייו. גבולותיה של הזכות לפרטיות יעוצבו בנקודה בה ההגנה על כוחו השיחני של האחד מקטינה את מרחב הסובייקטיביות של האחרת. במובן זה, על הזכות לפרטיות להיות מעוצבת לאור הזכות לשוויון בכוח השיחני של הפרט. בחינת פרשת רוט באמצעות כלים אלו, תאפשר ליצר דיון קוהרנטי על אודות הזכות לפרטיות ולשון-הרע.

אלעד רוט הוא עורך-דין המשייך עצמו לקהילה ההטרונורמטיבית. הוא אינו מקיים יחסי-מין עם בני מינו, איננו נוהג ב"מתירנות מינית", ואינו חלק מתרבות של אלכוהול או סמים. אף שאין חולק שרוט לא צולם במסיבה שלה יוחסה תמונתו, נוכחותו במסיבה הספציפית אינה מוקד הדיון. ספק רב אם במקרה שהתמונה הייתה מוצמדת לכתבה על מסיבה של העשירון העליון הייתה מוגשת תביעה, ונראה סביר שאף לו הייתה מוגשת תביעה היא הייתה נדחית. במובן זה, בכל הנוגע לשיוך אדם למתירנות מינית, אלכוהול וסמים אין הבדל מהותי בין רוט, שלא נכח במסיבה, לבין כל אדם שנכח במסיבה ובכל זאת אינו רוצה שייחסו לו מאפיינים אלו. גם בנוגע לזהות המינית, אין הבדל ממשי בין רוט לבין אדם המגדיר את עצמו כהטרונורמטיבית ושעקב נוכחותו במסיבה היה מזוהה שלא בשליטתו כהומוסקסואל. אין סיבה להניח כי נוכחותו של אדם במסיבה הפונה לקהילה הגאה מהווה הסכמה או אי-הסכמה לפרסום העדפותיו המיניות. למעשה, הנחה זו עצמה פוגעת בזכות לפרטיות של כל אדם שנכנס למסיבה המופנה לקהילה הגאה.

השאלה, אם כן, אם תומשג אחרת, היא האם מכוח הזכות לפרטיות יש למנוע כל ייחוס של מיניות לפרט מסוים שלא בהסכמתו המפורשת, ולו בטעות, והאם יש לראות בייחוס של הומוסקסואליות, מתירנות מינית והשתתפות בתרבות אלכוהול וסמים, לשון-הרע.

באשר לעילת לשון-הרע בכל הנוגע לייחוס הומוסקסואליות, נדמה שהדברים מדברים בעד עצמם. ראיית הומוסקסואליות כלשון-הרע מהווה אמירה משפטית מפורשת שמייצרת בו-זמנית דיכוטומיה בין עמדות-סובייקט על בסיס נטייה מינית, והיררכיה ביניהן.⁴¹ בדומה, ניתן להחיל את הדיון האמור על ייחוס מתירנות מינית וצריכת אלכוהול. בית-המשפט, בקובעו כי מדובר בלשון-הרע, מייצר למעשה דיכוטומיה נוספת – בין אלו הנחשבים למתירנים מינית וצורכים אלכוהול (החוץ-נורמטיביים) ובין אלו שאינם (הנורמטיביים). בעשותו כן, מאשש למעשה בית-המשפט את הדיכוטומיות הבינאריות המקובלות בין עמדת-הסובייקט הנורמטיבית והא-נורמטיבית ומעניק להן תוקף משפטי, וזאת תוך הבניית השיח באופן המעניק כוח משפטי למי שממילא הוא בעל הכוח הדיסקורסיבי.

עילת הפרטיות מעוררת, לכאורה, קושי מורכב יותר, לאור הרצון הכפול שנדון לעיל – להגן על מרחב השליטה של הסובייקט, מחד גיסא, ולערער על מבנה השיח, הפועל אף בספירה הפרטית, מאידך גיסא. האיזון בין שני כוחות אלו, על מלוא מורכבותו, לא יערך במאמר קצר זה. יחד עם זאת, אף שמלאכת מציאת נקודת האיזון המדויקת היא מורכבת, המקרה של רוט אינו מעורר קושי של ממש. זאת, לאור ההנחה שלכל הפחות צריך להתקיים שוויון בהגנה המוענקת על-ידי הזכות לפרטיות (שהיא הזכות לשוויון בשליטה בשיח). בחינה של השיח הישראלי (והמערבי) מגלה כי מיניות האדם חשופה וגלויה לעין כל, בין אם בשל הדיכור הבלתי-פוסק על אודותיה ובין אם באמצעות מרחבי השתיקה שלה.⁴² למעשה, אף פסק-הדין בפרשת אמסלם עצמו מהווה דרישה מהפרט להסכים לפרסום פומבי של מיניותו בתמורה למימוש זכות הגישה לערכאות. במקביל, מרחב השתיקה, הכלוא בכבלי הזכות לפרטיות, קיים רק עבור הפרט הלהט"בי, זה אשר לעולם לא יצולם ללא הסכמתו עם בן זוג (ואשר יוכל, כבפרשת אפריאט,⁴³ לסגת בכל שלב מהסכמה מפורשת לפרסום זהותו), אשר יישאר כמעט תמיד רווק במסמכים רשמיים ובתעודת זהות ואשר יימנע מתרומות דם. שתיקה זו, שאחד מגילוייה החריפים ביותר הוא מדיניות ה-Don't ask Don't tell שבוטלה לאחרונה בארצות-הברית,⁴⁴ אף שלכאורה מגלמת את ההגנה על פרטיותו של הפרט הלהט"בי, מהווה הפניית אצבע ברורה וחדשנית כלפי הפרט, סימונו כאחר והגדרתו כחסר קול. אם כן, לפחות כל זמן שהמיניות ההטרונורמטיבית מוסיפה להיות נוכחת בשיח הציבורי ואינה כפופה למשטר הפרטיות, מהווה ראיית הלהט"ביות ככפופה לשיח הפרטיות חוסר שוויון משווע, וסימון עמדת-הסובייקט הלהט"בית כנחותה ומושקת.⁴⁵

אם כך, לבסוף חוזרת שאלת פרשת רוט לשאלה הטכנית למדי – האם בכך שמייחסים לאדם נוכחות במקום בו לא נכח, יש פגיעה בפרטיות או לשון-הרע. מבלי להציע ניתוח מלא לשאלה טקטית זו, נדמה שההלכה הפסוקה בהקשר זה אינה מתיישבת עם פסיקת השופטת כהן – לאור ההלכה שלפיה בכך שמייחסים לאדם מעשה הדומה למעשים אחרים שביצע אין פגיעה בפרטיות,⁴⁶ ולאור הגנת תום-הלב. אין ספק כי אף אם מדובר בפגיעה בפרטיות, מדובר בפגיעה מינורית, שאינה מצדיקה פסיקת פיצויים כה נדיבה.

סוף דבר

התיאוריה הקווירית, הנתפשת לא פעם כהגות פילוסופית חסרת השלכות מעשיות, מייצרת לפחות שני מערכי תובנות.

ראשית, היא מאפשרת להראות כי השיח הליברלי הוא שיח מהותני ומוגבל, שמייצר באופן תדיר את אותן ההנחות עליהן הוא מתבסס. זהו שיח בלתי-קוהרנטי, פתוח למניפולציות, ונעדר יכולת ליצור תפיסה נורמטיבית יציבה.

שנית, התיאוריה הקווירית מאפשרת פתח ליצירת מסגרת נורמטיבית יציבה המסוגלת להחליף את המסד המשפטי הקיים. דרך ערעור הסובייקט ופירוק הדיכוטומיה שבין האמת והשיח, מסוגל המשפט ליצור מרחבי סובייקטיפיקציה, להרחיב את תנועתו של השיח ולערער על מבנהו. בכך, יעבור המשפט מתפקידו כמוסד המייצר משמעויות, משמע מקבע את השיח, לתפקיד חדש, כמוסד המייצר אתרים בהם הסובייקט יכול ליצור משמעויות המנותקות מהמשפט.

ברי, כי כדי לקדם מערכת משפט הנאמנה באמת לסובייקט, צריכים להתרחש שני תהליכים משמעותיים. ראשית, צריך להיווצר שיח מורכב ועשיר מזה הקיים כיום על אודות הפן הנורמטיבי של התיאוריה הקווירית. שנית, על נשות ואנשי משפט וחקיקה לפתח סל כלים חדש, שבמוקדו כלים לניתוח תנועתו של השיח ומבנהו.

במאמר קצר זה ניסיתי, אם כן, לשרטט ראשיתה של הצעה, על-ידי בחינת היבטים מוגבלים של שיח הזכויות המהותני, והתחליף המוצע לו – שיח זכויות פרפורמטיביות. מתווה זה, אף אם בידו לסמן כיוון להמשך הדיון, אינו אלא סקיצה, שאינה מקיפה דיה מבחינת עומקה או מבחינת נושאה. כולי תקווה שמאמר זה ישמש מבוא וקריאה ליצירתו של משפט קווירי חי ונושם, באקדמיה, בחקיקה ובבתי-המשפט.

הערות

תודה מקרב לב לפרופ' אייל גרוס, לד"ר יופי תירוש ולשירה לוי על הערותיהן המועילות לגרסאות מוקדמות יותר של מאמר זה.

- 1 הסדרה שודרה ברשת HBO בארצות-הברית בשנת 2003. לצפייה בפרק: <http://goo.gl/QLcVo>.
- 2 ת"א (שלום ת"א) 165592/09 רוט נ' טיים אוט (מגזין) ישראל בע"מ, פס' 11(5) לפסק-הדין (טרם פורסם, 16.1.2011).
- 3 ראו שם.
- 4 ת"א (שלום ת"א) 20174/94 אמסלם נ' קליין (לא פורסם, 20.6.95), והערעור על פסק-הדין ע"א (מחוזי ת"א) 1145/95 קליין נ' אמסלם (לא פורסם, 30.3.1997).
- 5 ת"א (שלום ת"א) 165592/09 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' טיים אוט מגזין (ישראל) בע"מ (טרם פורסם, 30.11.2009).
- 6 הדי ויטרבו "משבר ההטרסקסואליות: הבניית זהויות מיניות בדיני לשון-הרע" עיוני משפט לג 5 (2010).
- 7 כך, לשם ההמחשה, בפסקה 31 לתצהיר עדות ראשית של אלעד רוט נכתב: "ההרגשה הקשה מהפרסום נבעה בעיקר כי חששתי שמכרים, חיילי ולקוחות יראו את הצילום... כמשתתף במסיבות סמים ושתייה, ובליינים תל-אביביים בכלל, של הקהילה ההומו-לסבית בפרט, ויתחילו לשאול אותי שאלות ויתו על נטייתי המינית, הרגלי המיניים ו/או בשאלת כנות יחסי עם אשתי לעתיד" ובפסקה 35 "אני יודע כי אפילו הייתי הומוסקסואל, הייתי רוצה להודיע על כך להורי, למשפחתי ולמכרי באופן ובתנאים שהייתי מחליט עליהם, ולא על-ידי כך שאמצעי תקשורת רשלני היה מוציא לאור את נטייתי המינית ללא רשותי". כן ראו בתצהירו של אלעד מגידו בפסקה 11 "מאוד התרגזתי ונפגעתי מפרסום הכתבה, וזאת מכל הבחינות: הנתבעים תיארו אותי כבליין המשתתף בסצנות כאלה ואחרות ו'ליינים' תל-אביביים, תיארו אותי כקשור לקהילה ההומו-לסבית שאיני נמנה עמה, התייחסו בריבים ל'נטייתי המינית', ואף קשרו אותי עם סמים וסקס." ובהמשך בפסקה 24 "ההרגשה הקשה מהפרסום נבעה בעיקר כי חששתי

- שכני משפחתי יגלו את דבר הפרסום ויתחילו לשאול אותי שאלות ויתהו על קנקני. לא אכחיש כי אני משער שתהיות אלה ממילא קיימות בליבם, נוכח העובדה שאני רווק בן 30 וממשיך להתגורר בבית הורי ולמיטב ידיעתם הייתי שותף למערכת יחסים רצינית אחת בלבד במהלך חיי הבוגרים". וכן במכתב של עורך-הדין אור קפלינסקי, בשם משרד עורכי-הדין נשיץ, ברנדס ושות', שייצג את התובעים, נכתב "מרשנו מעולם לא הרשו לכם לפרסם את תמונתם ולקשור את שמם לסצנות מסיכות כאלה או אחרות, ולבטח לא למסיכות של קהילת ההומואים והלסביות של תל-אביב". (ההדגשות שלי – ח'ק').
- 8 ויטרבו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 13-15.
- 9 ת"א (שלום ת"א) 14726/05 אדלמן נ' חברת רייטינג בע"מ, תק-של 2007 (4) 1379 (9.10.2007).
- 10 ת"א (שלום י-ם) 6023/07 אפריאט נ' ידיעות אחרונות בע"מ (לא פורסם, 5.10.2008).
- 11 ויליאם ל. פ. פלסטינר, ריצ'רד ל. אייבל ואוסטין סאראט "היווצרותם של סכסוכים והשתנותם: מתן שם, הטלת אשם, עמידה על זכות..." *מעשי משפט* ג 17 (2010) (תרגום: זהר כוכבי).
- 12 אף שהכותבים מתמקדים במאמרם בפגיעות על בסיס אישי, פעילות חברתיות אימצו מודל זה בשביל לתאר תהליכי שינויים חברתי קבוצתיים. לדיון במורכבות הכפולה של הפגיעה האישית והקבוצתי ראו: רפנה ברק-ארז "מזיהוי עוול לסעד משפטי: בעקבות Naming, Blaming, Claiming" *מעשי משפט* ג 33 (2010).
- 13 מישל פוקו *תולדות המיניות – הרצון לדעת* (גבריאל אש מתרגם, 1996).
- 14 דוגמה בולטת לביקורת זו ניתן לזהות במאמרה של מיכל טמיר "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות" *הפרקליט* מה 94 (2000). במאמר זה, אשר אף עמד לעיני שופטי בית-המשפט העליון בפרשת הבית הפתוח שתידון בהמשך, מבקשת טמיר, מתוך הכרת השיח הקווירי, לראות בהומוסקסואליות ולסביות זהות, ולא אקט. כך, בלשונה "לעניין זה, דומה בעיני כי התייחסות אל האקט הינה התייחסות צרה ובמובן מסוים אפילו שולית. אין ספק כי יש הבדל עצום בין אדם שביצע אקט הומוסקסואלי בחיים כהתנסות, לבין אדם שזהו אורח חייו, או שזו נטייתו אף אם לא מימש אותה מעולם, שאז הדבר הופך לחלק מזהותו וממהותו" (שם, בעמ' 98). הצעתה של טמיר היא, בהפשטה, לאמץ מודלים מהותניים חרף ההכרה בחוסר טבעיות של הקטגוריות אותן מייצר המשפט. במילים אחרות, אף שטמיר מכירה בכוחו המכונן של המשפט היא בוחרת להתעלם ממנו, תוך הנחה סמויה שמדובר בכוח זניח שאינו מזיק ואינו מגביל, ולאמץ במידת מה את השיח המהותני שמאפיין את המשפט. במאמר זה אראה כי הנחותיה של טמיר, כמו גם התוצאה אליה היא מגיעה, אינן סבירות. זאת ועוד: התפיסה המוצגת על-ידי טמיר, היא תפיסה קיצונית של המונח הבאטלריאני "מהותנות אסטרטגית", משמע, השימוש בקטגוריות מהותניות לצרכים פוליטיים וחברתיים, תוך מודעות לבעייתיות שבקטגוריות אלו. כפי שאראה במאמר זה, עצם ההפרדה בין מהות ופרפורמנס היא, בראייתי, הפרדה מלאכותית, ומשכך, היא מתקשה ליצור שיח תיאורטי יציב. ראו: ג'ודית באטלר, "חיקוי ומרי מגדרי" *מעבר למיניות – מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית* 329 (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, 2003) (תרגום: עמליה זיו).
- 15 כתב תביעה בס"ע (אזורי ת"א) 57199-11-10 פלונית נ' פלוניס (לא פורסם, 29.11.2010). התיק הסתיים בפשרה ולא ניתן פסק-דין. ניתן לעיין בכתב התביעה – <http://goo.gl/sK6g3>.
- 16 כך, שתי העובדות הראשונות המנויות בכתב התביעה הן שהתובעת הרגישה חוסר נוחות ממגדרה כבר בגיל 10, ושהיא החלה להשתתף בפעולות ארגון הנוער הגאה החל מגיל 15. בהמשך מובהר שהתובעת מתנהגת כאישה מזה זמן רב, בכל אתר ואתר מחייה (למעט בית הוריה), ושהיא נפגשה עם גב' נורה גרינברג "המתמחה מזה שנים רבות ביעוץ ותמיכה פרטנית לאנשים המתלבטים בסוגיות של זהות מגדר". גב' גרינברג אף צירפה לתביעה חוות דעת, במסגרתה הסבירה ש"הצעדים שנקטה התובעת מתיישבים עם תהליך שינוי מגדרי מסודר [...] במסגרת זו חשיבות רבה להבלטת השידים". בהקשר זה, כתב התביעה מקדיש חלק לא מבוטל לתיאור החזייה המלאה, הלק, האיפור והלבוש.

- 17 במאמר מוסגר יצוין כי עצם קיומו של הליך שינוי מין מסודר קשור בטבורו למשפט. הליך שינוי המין בישראל מוסדר מכוח חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 39/86 הקובע, בין היתר, שכדי להוכיח את המהות הטרנסג'נדרית של הפרט, עליו או עליה להיות בזהות הפרפורמטיבית המבוקשת במשך שנתיים. משמע, הדרישה לאיפור ולביגוד מסוימים אינה רק מתן ביטוי לרצון הטבעי של האדם הטרנסג'נדר, שנובע מתחושותיו הפנימיות, אלא חובה משפטית שיש למלא כדי שהניתוח לשינוי מין יאושר.
- 18 כך, הנתבעת הסבירה לתובעת כי: "היא מודעת לתהליך שינוי המגדר שעוברת התובעת, ומכבדת אותו, אך מצד שני הבהירה לה שהופעתה החיצונית כאישה 'מצחיקה', ולכן לא מכובדת, ואף איימה בפיטוריה אם תמשיך להופיע כך." שם, כס' 21.
- 19 ראו בהקשר זה: אייל גרוס "התחזות כאדם אחר": חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי "משפטים על אהבה 365 (משפט, חברה ותרבות, חנה נוה וארנה בן-נפתלי עורכות, 2005).
- 20 הכריכה של בית-המשפט בין איברי המין ובין המגדר מובעת בצורה מפורשת בפסקה 3 לגזר הדין בקביעה כי: "'התחזות' מוגדרת במילון אבן שושן 'הראות, התחפשות, הצגת עצמו בצורה כוזבת'. מבחינה לשונית, הביטוי 'מתייצג' או 'מתחזה' לאדם אחר, סובל את הפירוש של התחזות לבעל מין אחר. פשוטו של מקרא, כי מי שמציג עצמו כזכר, למרות שיש לו אברי מין נקביים – ללא ספק אחד הקריטריונים המקובלים כיום להבחנה בין זכר ונקבה – ממלא אחר היסוד העוברתי של 'התחזות' (ההדגשות שלי – ח'ק). ההתייחסות לאלקובי בלשון נקבה לאורך כל גזר הדין, וכן פתיחתו בציטוט "זה לא גברת, זה אדון" והקביעה כי במקרה הנוכחי "נתברר כי האדון הוא גברת" מחזקים תפיסה זו. ראו: ת"פ (מחוזי חי') 389/02 מדינת ישראל נ' אלקובי (לא פורסם, 7.9.2003).
- 21 לפירוט קונקרטי אודות סוגיה זו ומורכבות היחס המשפטי לטרנסג'נדרים בשלבי ההליך הפיזיולוגי לשינוי מין ראו ליאור בכר "משפט משווה: הפלייתם של עובדים טרנסג'נדרים בשוק העבודה – הסדרים משפטיים בדין האמריקאי ובדין הישראלי" (מאמר במסגרת פרויקט "הסמינר", הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב) – <http://goo.gl/gB72V>. ראו לציין בהקשר זה כי תפיסה "מדורגת", על פיה זכויות-האדם של הפרט הטרנסג'נדר "מצטברות" עם התקדמותו בהליך שינוי המין, לא רק שמשמרת שיח מהותי אודות זהות מגדר, אלא אף תיצור מצב בפועל בו דווקא מי שסובל מההפליה החמורה ביותר יזכה לסעד החלש ביותר.
- 22 איראל בנדור "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מנהלי" ספר שמגר – מאמרים א 287 (2003).
- 23 ראו בהקשר זה: יופי תירוש "בעקבות האהבה והפרט למרתה נוסבאום: על גבולות השפה ומאפייניהם החד-פעמיים של נמעני המשפט" משפטים על אהבה 433 (משפט, חברה ותרבות, חנה נוה וארנה בן-נפתלי עורכות, 2005).
- 24 לדיון בנוגע לסירוב לקבל את הבינאריות המינית בקרב טרנסג'נדרים ראו: אייל גרוס "גלובליזציה קווירית וזכויות אדם: דנה אינטרנשיונל/אמנסטי אינטרנשיונל" תיאוריה וביקורת 23, 227 (2003).
- 25 יפעת ביטון "מזרחים במשפט: ה'אין' כ'יש'" משפטים מג 455 (2011).
- 26 רוני רוטלר ורון גיל "על הספקטרום ומעבר לו: ייצוג אנשים אוטיסטים – שונות, יכולות, זכויות ומה שביניהן" מעשי משפט ג 83 (2010).
- 27 לשם ההמחשה, חשבו על הדיון שנערך לעיל על טרנסג'נדריות. האם פיטוריה אישה טרנסג'נדרית בשל לבוש בלתי-הולם מהווים הפליה? למעשה, כל אישה כמעט יכולה להסוות את מרבית מאפייניה ה"נשיים". משכך, ניכר כי אין הם קשורים באופן מהותי לזהות הנשית, ועל כן ניתן לטעון כי כלל לא ברור האם פגיעה בנשים, לרבות נשים טרנסג'נדריות, על בסיס פרקטיקות אלו היא אסורה.
- 28 יתר על כן, כפי שמראה ויטרבו במאמרו, טענות "אמת דיברתי" ביחס לשיוך נטייה מינית לפרט נדחות על-ידי בית-המשפט באופן שיטתי – לעיל ה"ש 6.
- 29 בעשותי כן הלכתי בדרך של רבות וטובות ממני, שהצביעו על כשלים אלו בהזדמנויות שונות ורבות. לסקירה של האופן שבו משמש שיח זכויות-האדם כנגד זכויותיהם של להט"בים וקבוצות

Ruth Colker, *Whores, Fags, Dumb-Ass Women, Surly Black and Competent Heterosexual White Men: The Sexual and Racial Morality Underlying Anti-Discrimination Doctrine*, 7 YALE J.L. & FEMINISM 195 (1995); Janice C. Whiteside, *Note: Title VII and Reverse Discrimination: The Prima Facie Case*, 31 IND. L. REV. 413 (1998)

30 אין כוונתי לטעון כי זכויות-האדם הפרפורמטיביות אינן מניחות הנחות מוקדמות ביחס לסובייקט או מייצרות עמדות-סובייקט מוגבלות. שיה זכויות-האדם כולו מניח הנחות שונות ומורכבות ביחס לעמדות-הסובייקט שמתוכן וביחס אליהן פועל הסובייקט הספציפי. כך, לדוגמה, ההנחה הסמויה המגולמת בזכות לחופש ביטוי היא הנחת עצמאות הביטוי ויכולתו של הסובייקט ליצור "ביטוי" אותנטי. ככל שהתפיסה הנורמטיבית על אודות היחס בין הביטוי הספציפי לבין מבנה השיח מתערערת, נחשף השיח על אודות חופש הביטוי כשיח עקר המשעתק מבני שיח הגמוניים קיימים ומצמצם את יכולת התנגדותו של הסובייקט לשיח.

31 מצב זה טרם הבשיל למציאות משפטית. יחד עם זאת, לא מן הנמנע שהנושא יגיע לפתחו של בית-המשפט. כך, למשל, עולה השאלה האם הדרה של לסביות מגופים קהילתיים תהווה הפליה אסורה? האם הדרה של הומואים נשיים בלבד מעבודה תהווה הפליה וכדומה. על פי הדין הנוכחי, ובהיעדר תפיסתן של קבוצות אלו כקבוצות ייחודיות, נראה שלא יהיה די בעצם ההדרה של תת-קבוצה זו או אחרת לשם הקמת עילת תביעה.

32 היחס בין הסימולקרה והסימולציה הוא יחס מרכזי בהגותו של בודריאר. בקווים כלליים, הסימולציה היא שלב כינונו של המסומן על בסיס הנחת טבעיותו של המסמן. בהמשך לכך, הסימולקרה היא התנועה ההופכית, במסגרתה המסומן מכונן על בסיס המסמן וסדר הקדימות בין השניים מתהפך. בשלב זה אין משמעות לטענת האמת של המסומן או של המסמן, שכן שניהם גם יחד הם היפר-ממשיים. במילים אחרות, ערך האמת של המסומן/מסמן נובע מעצם קיומם, ולא ממצב אונטולוגי הקודם להם. להרחבה ראו: ז'אן בודריאר *סימולקרות וסימולציה* 9-13 (2007).

33 למן הראוי להדגיש, בהקשר זה, כי עצם הגדרת הערעור על סדר השיח כ"זכות" מהווה כינון של הפרטים בחברה באמצעות המשפט. יחד עם זאת, כפי שהסברתי בפתח הדברים, בראייתו אין משמעותה של התיאוריה הקווירית ראיית כל כינון באמצעות המשפט כדכאני. להיפך, הנחת המוצא צריכה להיות שלא ניתן להימנע מכינון הפרטים באמצעות המשפט. לפיכך, על המבקש להציע מסגרת נורמטיבית פרקטית המבוססת על תיאוריה קווירית לפעול לזיהוי אופני הכינון במסגרתם מצומצמת הפגיעה בסובייקטיביות של הפרט למינימום האפשרי.

34 עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם, 14.9.2010).

35 בתוך כך, מציין השופט עמית כי העירייה נכשלה בניסיונה להוכיח כי גופים אחרים המספקים שירותים לקהילות מפוזרות אינם זוכים לתמיכה אף הם: שם, בפס' 71.

36 שם, בפס' 58 ו-56 בהתאמה (ההדגשות שלי - ח'ק').

37 לביקורת על תוקפו של מחקר זה ועל הנחותיו המוקדמות ראו: מרי מקינטוש "התפקיד ההומוסקסואלי" מעבר למיניות: מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית 45 (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, 2003).

38 פרשת הבית הפתוח, לעיל ה"ש 34, בפס' 64.

39 לאחר תקופה מסוימת של היחלשות השיח הפסיכולוגי אודות מיניות, אשר זוהה, בין היתר על-ידי פוקו, כשיח המפעיל כוח דכאני כלפי מי שאינו גבר הטרוסקסואל, החל בעשורים האחרונים להתפתח שיח פסיכולוגי חדש אודות מיניות וזהות מינית, הפעם, כביכול, מהכיוון ההפוך. כך, בולט מחקרה של מריה רוט אודות טראומה עיקשת (insidious trauma) המעמיד במקורו את הפגיעה הפסיכולוגית הנגרמת לפרט מחיים בסביבה העוינת את זהותו המגדרית או את זהותו המינית. הביקורת המוצגת במאמר זה על פסק-הדין, נכונה, בהרחבה, למודל הפסיכולוגי האמור. ראו בהקשר זה: Laura S. Brown, *Not Outside*

the Range: One Feminist Perspective on Psychic Trauma, in TRAUMA- EXPLORATIONS IN MEMORY
100, 107-108 (Cathy Cauth ed., 1995).

40 אפיק ניתוח נוסף, שאינו נדון, למעט במרומז, במאמר זה, הוא האפיק הקהילתני. לפי גישה זו, ניתן לראות בקהילה הגאה סוג של תרבות סגורה הראויה להגנה במסגרת חברה פלורליסטית. מבלי להרחיב בנושא זה, אציין כי עצם השימוש במונחים קהילתיים אינו פותר את השאלות הבסיסיות שמציב השיח הקווירי למשפט, ובראשן היחס שבין ההגנה על הקהילה לבין כינונה ככזו.

41 הטענה כי אף אדם הומוסקסואל אשר תיוחס לו נטייה מינית הטרוסקסואלית יהיה בעל זכות תביעה בגין לשון-הרע, אינה מתיישבת עם ההלכה המשפטית הקיימת (שכן על פי המבחן ה"אובייקטיבי" ספק אם ייחוס נטייה הטרוסקסואלית לאדם מבזה אותו בעיני "כלל החברה"), ומהווה היתממות באשר לסיכויים שתביעה שכזו תוגש (ואכן, בעולם כולו טרם הוגשה תביעה מסוג זה). כפי שצוין בפתח הדברים, אין בכוונתי לטעון כי חירות פרפורמטיבית היא החופש של הפרט לעשות בכל רגע נתון כל זהות מגדרית ומינית שבה יחפוץ. אף שקטגוריות אלו אינן טבעיות, הן בהחלט בעלות כוח שיאפשר לכונן את הפרט לאורן (זוהי למעשה משמעותן כהיפר-ממשות). החירות הפרפורמטיבית היא, אם כן, החירות שלא להיענש על התנהגות פרפורמטיבית מסוימת, אף אם היא אינה קוהרנטית או אינה עולה בקנה אחד עם מערכת הקטגוריות החברתית.

42 כך, בתעודות הזהות של כל אדם מצוין האם הוא נשוי לבן המין השני ותעודת הזהות מהווה אסמכתא מדינתית רשמית להטרוסקסואליות (עבור זוגות בני אותו המין רישום בן או בת הזוג יכול להיעשות רק במקרה של נישואי הו"ל), כמעט בכל טופס רשמי נדרש הפרט לפרט את מצבו המשפחתי, ואף השיח התקשורתי רווי בפרטי מידע אודות ידוענים ומצבם הזוגי ללא אישורם המפורש. אפילו לשם מתן תרומת דם על הפרט לדווח האם קיים יחסי-מין עם גברים מאז 1977.

43 ה"ש 10 לעיל.

44 מדיניות של הצבא האמריקאי שנתפסה כפרוגרסיבית לטובת להט"בים, ועיקרה אי-התעניינות בחייהם הזוגיים של החייל או החיילת, בבחינת עצימת עין למיניות "פסולה" (יצוין כי לא מדובר היה בהיעדר עיסוק במיניות בצבא האמריקאי, שכן חיילים הטרוסקסואלים יכלו להנכיח את זוגיותם בשלל דרכים ללא חשש מפטורין). מדיניות זו בוטלה באחרונה בהחלטתו של הנשיא אובמה.

45 על היררכיה זו עמדה איב סדג'וויק, בזהותה את ההטרוסקסואליות כצניבורית תמיד, למול ההומוסקסואליות שהיא תמיד בספירה הפרטית. ראו: איב קוסופסקי סדג'וויק "האפיסטמולוגיה של הארון" מעבר למיניות – מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית 303 (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, 2003) (מרתגמת: עמליה זיו).

46 ראו ה"ש 9 לעיל; וכן ת"א (מחוזי ת"א) 2578/00 מקדונלד נ' מקדונלד'ס (אלוניאל) בע"מ (טרם פורסם, 1.7.2002).