



אוניברסיטת תל-אביב
הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן

"משפט משווה : אפלייתם של עובדים טרנסגי'נדרים
בשוק העבודה - הסדרים משפטיים בדין האמריקני
ובדין הישראלי"

ליאור בכר

מוגש במסגרת פרויקט "הסמינר"

תוכן עניינים

3	מבוא	1.
5	מיהו אדם טרנסגינדר, ומה בין 'מין' ל'מגדר'?	2.
8	הדין האמריקני הפדראלי	3.
10	גישת "מין אינו מגדר" – שלטה בעבר, רווחת גם היום	3.1.
12	גישת "מין הוא גם מגדר" – ניצחונות לטווח קצר	3.2.
12	הלכת Price Waterhouse ותיאורית הסטריאוטיפ המיני	3.2.1.
12	ליטיגציה טרנסגינדרית לאחר ובעקבות Price Waterhouse	3.2.2.
20	מיפוי חולשותיה של תיאורית הסטריאוטיפ המיני – ככל שנועדה להגן על עובדים טרנסגינדרים מפני אפליה תעסוקתית – בראי הפסיקה הפדראלית	3.2.3.
22	גישת "מין הוא גם שינוי מין" – דעת מיעוט ישנה ופסיקה חדשה	3.3.
24	גישת "זהות מגדרית חסרה" – עלייתה ונפילתה של הזהות המגדרית בהצעת חוק איסור אפליה תעסוקתית	3.4.
27	סיכום הדין האמריקני	3.5.
28	הדין הישראלי	4.
29	חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה – המקבילה הישראלית לחוק זכויות האזרח האמריקני?	4.1.
29	איסור אפליה מחמת 'מין'	4.1.1.
31	איסור אפליה מחמת 'נטייה מינית'	4.1.2.
34	עקרון השוויון במשפט העבודה הישראלי – האם גם 'זהות מגדרית'?	4.2.
41	חוקי מוגבלות וליטיגציה טרנסגינדרית	4.3.
43	פיטורים מחמת שינוי מגדר – האם קיום חוזה העבודה שלא בתום לב?	4.4.
45	נחיצותה של "זהות מגדרית"	5.
47	סיכום	6.

"I applied for a job at the Library of Congress as an international terrorism analyst to advise them on our nation's counter terrorism operations. I was selected as the top pick for the job. When I told them I would begin work as Diane, the offer was immediately rescinded. The Library of Congress wanted David for the job, not Diane."¹

חוקי איסור אפליה נועדו למנוע את הדרתן של קבוצות פגיעות משוק העבודה. בחיבור זה אבקש לבחון את הדרתה של קבוצת העובדים ודורשי העבודה הטרנסג'נדרים, אשר נעדרת התייחסות בחקיקת המגן בשתי מערכות המשפט שאותן אסקור, האמריקנית (הפדראלית) תחילה והישראלית לאחריה. ניתן לתמוה האם היעדר התייחסות בחוק מצביע על אי-אפלייתם של עובדים טרנסג'נדרים בשוק העבודה. בסקר שבוצע בשנת 2008 על ידי המרכז המשפטי לטרנסג'נדרים בסן פרנסיסקו דיווחו כ-70% מכלל המשיבים, אנשים טרנסג'נדרים החיים במדינת קליפורניה, כי חוו אפליה או הטרדה במקום העבודה מחמת זהותם המגדרית. כמעט 50% מהם דיווחו כי איבדו את עבודתם כתוצאה ישירה או אפשרית של זהותם המגדרית.² בסקרים שבוצעו בארצות הברית בתחילת העשור נמצא כי אחוז האבטלה בקרב אוכלוסיית הטרנסג'נדרים הגיע לשיעורים גבוהים של כ-50%.³ נוכח היעדר התייחסות מפורשת בחוק הישראלי ביחס לאיסור אפליה מחמת טרנסג'נדרים או זהות וביטוי מגדריים, אין גם סיבה להניח כי מצבם של עובדים טרנסג'נדרים בשוק העבודה הישראלי שונה באופן מהותי מזה שבארצות הברית, או לבטח מזה שבמדינת קליפורניה שבה חוקי המגן אוסרים אפליה מחמת זהות והתנהגות מגדריים.⁴

חיבור זה יבקש להראות כי היעדר התייחסות בחוק לאפליה תעסוקתית מחמת זהות מגדרית, מחייב ליטיגציה טרנסג'נדרית ללחום את מאבקם של עובדים טרנסג'נדרים לשוויון בשוק העבודה דרך מסגרות משפטיות קיימות. הדיון במשפט האמריקני יתמקד באופן שבו פירשו בתי המשפט הפדראליים את המונח 'מין' בחוק זכויות האזרח משנת 1964. במסגרת הדיון יוצגו גישות שונות ביחס להיקף תחולתו של המונח 'מין' כפי שבאו לידי ביטוי בפסיקה האמריקנית. הדיון בדין הישראלי יבקש לבחון הסדרים משפטיים נוספים העשויים לשמש בהצלחה ליטיגציה טרנסג'נדרית בישראל. עם זאת, חיבור זה יבקש להראות לאורך כל הדיון כי שימוש בקטגוריות משפטיות קיימות מחייב עובדים טרנסג'נדרים להתאים עצמם ואת תביעותיהם למסגרות אלו,

¹ דברים אלו לקוחים מתוך וידאו קליפ שבו מספרת דיאן שרואר, מועמדת לעבודה בספריית הקונגרס בווינגטון הבירה, על היחס המפלה כלפיה ודחיית מועמדותה עקב היותה אישה טרנסקסואלית: www.youtube.com/watch?v=UEPsK_axRqo.

² ראו *State of Transgender California*, www.transgenderlawcenter.org/pdf/StateofTransCAFINAL.pdf.
³ Christopher Daley & Shannon Minter, *Trans Realities: A legal Needs Assessment of San Francisco's Transgender Communities* (San Francisco Transgender Law Center, 2003), available at <http://www.transgenderlawcenter.org/trans/pdfs/Trans%20Realities%20Final%20Final.pdf>. באופן דומה, מחקרים שנערכו במדינות האיחוד האירופי לא מצביעים על מצב שונה. בבריטניה, למשל, 42% מבין האנשים הטרנסג'נדרים שאינם חיים בהתאם למגדר שאיתו הם מזדהים, עשו כן מחשש לאיבוד משרתם. בסקר דומה שנערך בספרד נמצא כי 54% מהנשאלים, אנשים טרנסג'נדרים, דיווחו כי אינם מועסקים. ראו *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States (Part II – the Social Situation)* available at http://www.uav-llp.info/sites/default/files/resources_attachments/FRA_hdgso_report-part2_en.pdf (להלן: *Discrimination in EU Member States*).

⁴ החוק במדינת קליפורניה כולל בתוך המונח 'מין' גם 'מגדר': Cal. Gov. Code § 12926(p) (2009) קובע כי "Sex" ... also includes, but is not limited to, a person's **gender**, as defined in Section 422.56 of the Penal Code" שלי, ל.ב.]. 'מגדר' בחוק הפלילי של מדינת קליפורניה כולל בהגדרתו גם זהות מגדרית ומאפיינים מגדריים אחרים שאינם בהכרח משויכים באופן סטריאוטיפי למין הביולוגי של האדם: Cal. Pen. Code § 422.56(c) (2009) קובע כי "'Gender" means sex, and includes a person's gender identity and gender related appearance and behavior whether or not stereotypically associated with the person's assigned sex at birth"

לעיתים קרובות במחיר העלמת השוני ועיקור השיח המגדרי. יתרה מכך, ההגנה הניתנת לעובדים טרנסג'נדרים מכוח מסגרות משפטיות קיימות נראית חסרה ובלתי ממצה.

פרשת **אלקובי** עשויה לרמוז על האופן שבו בתי המשפט בישראל מבינים, או ליתר דיוק אינם מבינים, טרנסג'נדרים.⁵ בפסק הדין משנת 2003 הורשע חן אלקובי על שהתחזה לגבר במטרה להונות בחורות כדי לקיים עימן מערכות יחסים אינטימיות. בית המשפט לא ייחס בפסק הדין משמעות רבה לכך שזהותו המגדרית של אלקובי היא גברית, ופסק כי היה צריך ליידע את הבחורות המתלוננות בדבר איבריו המיניים הנקביים. הגישה של בית המשפט מתמקדת באיברי המין הביולוגיים של אלקובי ולא מבטאת ולו שמץ הכרה במגדרו הגברי.⁶ חיבור זה ינסה להתמודד עם מספר שאלות המערבות נושאים מגדריים בתחום האפליה התעסוקתית: האם טרנסג'נדרים הוא בבחינת שונות בלתי רלוונטית לצורכי העסקה? האם זכאים עובדים ודורשי עבודה טרנסג'נדרים להגנת החוק והפסיקה, ואם כן מה היקף הגנה זו? האם זהות מגדרית עשויה, או בכלל ראויה, להיחשב בחוקי המגן כעילת איסור אפליה בדיוק כמו 'מין', 'גיל' או 'נטייה מינית'? כיצד מבין המשפט זהויות מגדריות שונות שאינן בהכרח גבריות או נשיות, ומה ההשלכה שיש לכך על היקף ההגנה הניתנת לעובדים טרנסג'נדרים מפני אפליה תעסוקתית? האם משפט העבודה צריך להבליט זהויות וביטויים מגדריים טרנסג'נדרים או שמא דווקא להטמיע אותם בתוך הגמוניה בינארית הטרנססקסואלית?

בפרק 2 בו פותח חיבור זה אבקש להסביר מי הם הנמנים עם קבוצת הטרנסג'נדרים. כפי שאבקש להראות, מדובר בקבוצה רב-גונית, הרבה מעבר למה שמקובל לעיתים לחשוב. נקודת המוצא תהא שמגדר, בניגוד לאופן שבו תפישות מסורתיות רואות אותו, אינו בהכרח בינארי, ובהתאם תיתכנה התנהגויות ופרקטיקות מגדריות שאינן נתפשות כ"גבריות" או כ"נשיות" בהכרח. כמו כן, אבקש להביא גישות שונות באשר ליחס שבין 'מין' ל'מגדר' ולהראות כי לא ניתן לספק תשובה קונקלוסיבית ביחס לממשק שבין שני מושגים אלו.

בפרק 3 אעסוק בבחינת הדין האמריקני ובהתפתחות הפסיקה בבתי המשפט הפדראליים בשלושים השנים האחרונות סביב נושא אפלייתם של עובדים טרנסג'נדרים בשוק העבודה. הדיון יראה כי החל משנת 2000 חל שינוי תפישתי במספר בתי משפט פדראליים ביחס להיקף ההגנה מפני אפליה תעסוקתית שאליה זכאים עובדים טרנסג'נדרים מכוח חוק זכויות האזרח. הדיון בפרק 3 יתמקד באופן שבו פירשו בתי המשפט את עילת איסור האפליה מחמת 'מין' שבחוק זה, היא לב ההידיוניות סביב נושא אפלייתם של עובדים טרנסג'נדרים בארצות הברית. הדיון בפרק זה יחולק בהתאם לארבע הגישות שאותן ניתן לזהות בדין ובפסיקה האמריקניים: (1) "מין אינו מגדר" היא גישה שלפיה עובדים טרנסג'נדרים אינם זכאים להיבנות מעילת ה'מין'. לפי גישה זו, השופט נצמד לכוונת המחוקק שבהתאם אליה החוק נועד למנוע אפליה תעסוקתית בין נשים לגברים ביולוגיים בלבד; (2) גישת "מין הוא גם מגדר" התפתחה בעשור האחרון בבתי המשפט הפדראליים, ומתבססת על תיאוריית הסטריאוטיפ המיני שהותוותה בהלכת *Price Waterhouse* משנת 1989. גישה זו מאפשרת לתובעים טרנסג'נדרים לזכות בסעד במידה שעולה בידם להוכיח כי הופלו מחמת סטריאוטיפים מגדריים, אך היא אינה רחבה דיה כדי לשמש כר לדיון מגדרי פורה וא-בינארי, כמו גם כך שהיא מספקת הגנה צרה בלבד לעובדים טרנסג'נדרים בחינת כך שאלה אינם מוכרים כמשתייכים לקבוצה פגיעה; (3) גישת "מין הוא גם שינוי מין" שמה את מרכז הכובד בשינוי המין האנטומי ומבטאת תפישת שלפיה אדם המשנה את מינו ראוי להיכנס תחת הקטגוריה של 'מין' בחוקי איסור אפליה; (4) גישת "זהות מגדרית חסרה" משתקפת מהוראותיה של הצעת החוק הפדראלית *Employment Non Discrimination Act*, ומבטאת נכונות להגן על הזהות מגדרית של האדם רק ככל שזו בינארית ומקובעת.

⁵ ת"פ (חיפה) 389/02 מדינת ישראל נ' חן אלקובי ואח' תק-מח-2003(3), 3341 (2003).

⁶ שם, בפס' 13: "כאשר פלוני קושר קשר חברתי-אינטימי עם זולתו, עליו לחשוף בפני הצד השני את היותו "זכר" או "נקבה" במובן הצר והמקובל כיום בחברה. "אולם, באותה פסקה, יש גם לשים לב לאמירתו הבאה של בית המשפט המבטאת שמץ קל מקל של נכונות להכיר באוטונומיה של האדם לחיות כראות עיניו: "יכול פלוני להיראות כזכר ולהתנהג כזכר, ולהיות בעל אברי מין נקביים ולהיפך. אם יעשה כך, וגם אם ילבש בגדי אשה ולהיפך, לא נראה אותו/ה כמי ש"התחזה", אלא כמי שנהג בהתאם לתחושתו ולזהותו הפנימית והרגשית. כתבירה סובלנית שבה רצונו של אדם כבודו, נתיר ונכבד התנהגות זו. פלוני גם אינו נדרש "לזהות" את מינו בפני הסובב אותו בכל מפגש כזה או אחר".

פרק 4 לחיבור זה יעסוק בדין הישראלי. הדיון בדין הישראלי ייעשה נוכח היעדר פסיקה וכתביה ישראליות משמעותיות בנושא אפלייתם של עובדים טרנסג'נדרים בשוק העבודה הישראלי. עם זאת, הדין הישראלי מעניין ככל שניתן להשוותו לדין האמריקני, ובהתאם להצביע על הדומה והשונה ביניהם. הדיון בדין הישראלי יבקש לבחון את המסגרות המשפטיות הקיימות בו, תוך הסתכלות ביקורתית באשר לאופן שבו ניתן להחילן ביחס לתביעותיהם של עובדים טרנסג'נדרים שסבלו אפליה במקום העבודה. לצורך זה, אבקש ראשית לבחון את עילות איסור אפליה מחמת 'מין' ו'נטייה מינית' שבחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. בהמשך, אבקש להראות כי זהות/ביטוי מגדריים ראויים להיכלל כעילות איסור אפליה פסיקתיות מכוח עקרון השוויון הכללי החל במשפט העבודה הישראלי. כמו כן, אבקש לבחון האם תובעים טרנסג'נדרים בישראל יכולים להיבנות מחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות לאור הגישות השונות שהובעו לעניין השימוש בו בספרות האמריקנית. לבסוף, אראה כי פיטוריו של עובד מחמת זהותו המגדרית או שינוי מגדרי שאותו הוא עובר הם פיטורים בחוסר תום לב.

בפרק 5 אבקש להביע את דעתי שלפיה ראוי כי המחוקק הישראלי יוסיף בחוק החרות עילת איסור אפליה מחמת זהות וביטוי מגדריים. רק עילת אפליה מפורשת כאמור תוכל ליתן מענה הוליסטי לבעיותיהם ולצרכיהם הייחודיים של עובדים טרנסג'נדרים בישראל כקבוצה. עילת איסור אפליה מחמת זהות/ביטוי מגדריים "תתגלה" במהלך החיבור כנחוצה נוכח מוגבלותן של שאר המסגרות המשפטיות בקידום זכויותיהם של עובדים טרנסג'נדרים בישראל מחד גיסא, ובקידומו של שיח מגדרי חדש, כזה שהוא בעל פוטנציאל להבנות מחדש, ככל שניתן, תפישות שגורות ובינאריות ביחס למין ומגדר, מאידך גיסא.

2. מיהו אדם טרנסג'נדר, ומה בין 'מין' ל'מגדר'?

טרנסג'נדרים הוא מונח חובק של זהויות וביטויים מגדריים שחורגים מהבניות חברתיות בינאריות ביחס למין ומגדר. אלה הנמנים עם קבוצת האנשים הטרנסג'נדרים הם, בין היתר ולא רק, מלכות דראג, קרוס-דרסרס וטרנסוווסטיטים, טרנסקסואלים, ומי שאינם מזהים עצמם עם אף אחד משני המגדרים המסורתיים בהכרח.⁷ קבוצת האנשים הטרנסג'נדרים מאתגרת את ההבניות החברתיות המסורתיות, השגורות והבינאריות, בכך שהיא פורצת ומנתצת אותן לעיני החברה, ודורשת ממנה להכיר בזהויות וביטויים מגדריים לכאורה חדשים. אולם, כדי להבין מהן זהויות וביטויים מגדריים, יש ראשית לעמוד על ההבחנה שבין 'מין' ל'מגדר', ככל שזו בכלל קיימת.

המונח 'מגדר' אינו יכול להתמצות בהגדרה אחת מקובלת ומוסכמת על הכול. ענפי מדע שונים מגדירים מגדר באופן שונה, ולכן גם רואים את הקשר בין מין ומגדר דרך זוויות שונות. בענף מיניות האדם היו שסברו כי מין ומגדר הם שני מושגים שונים, הגם שקיימת ביניהם חפיפה. למעשה, מגדר מכיל בתוכו גם מין, אולם הוא רחב יותר ומשתרע מעבר למאפיינים ביולוגיים גניטאליים.⁸ לעומת זאת, גישות פמיניסטיות מסוימות נוטות לקדם שיח שלפיו מין הוא עובדה ביולוגית בלתי ניתנת לשינוי, ואילו מגדר הוא תוצר של הבניות חברתיות

⁷ Paisley Currah, *Gender Pluralisms under the Transgender Umbrella*, in TRANSGENDER RIGHTS 3, 3-6 (Paisley et al. eds., 2006); הגם שהמונח טרנסג'נדרים כולל גם את מי שנולדו כ"אינטרסקס", בעבודה זו אבקש להתמקד בזהויות מגדריות שאינן תואמות בהכרח את המין הביולוגי של האדם, כאשר המין הביולוגי (ביולוגי במובן מאפיינים כרומוזומאליים, גניטאליים והורמונאליים), והוא **בלבד**, ניתן לסיווג של זכר או נקבה. בהקשר זה ראו Dylan Vade, *Expanding Gender and Expanding the Law: Toward a Social and Legal Conceptualization of Gender that is More Inclusive of Transgender* (2005) 11 MICH. J. GENDER & L. 253, 281. כותב המאמר מבקר חריפות את הכוח הניתן לרופאים מיילדים לקבוע את מין היילוד, "ובהתאמה" את המגדר המשוך לו, על בסיס מבחן טכני: "We need a test for heteronormativity that works for five-minute old babies. This is our test: heteronormativity is measured with a ruler. The baby's genitalia are measured by a ruler, and different doctors use different rulers. If the clitoris/penis is below a certain length, it is a clitoris and the child a girl; if the clitoris/penis it is above a certain length, it is a penis and the child a boy. If the clitoris/penis falls between the two marks, the child is called intersex, a medical and social emergency. This emergency must be "corrected" immediately, "corrected" with a knife, for the child's own good".

⁸ BENJAMIN B. WOLMAN, HANDBOOK OF HUMAN SEXUALITY 4 (1980)

ותרבותיות, ולכן הוא בר-שינוי באשר אינו מתחייב ממין ביולוגי מסוים.⁹ למעשה, טיעון מן הסוג הזה מבקש להפריד בין שני המושגים, מין ומגדר, ולמקמם בשתי ספרות המנותקות בהכרח זו מזו. ואכן, בהיבט המשפטי, הפסיקה האמריקנית עד לשנות התשעים אשר דנה באפלייתם של עובדים טרנסג'נדרים, יצרה חיץ מובחן בין מין למגדר – אך לבטח לא מתוך תפישות פמיניסטיות למין ומגדר – כאשר פירשה מין כמתייחס לקלסיפיקציה ביולוגית-אנטומית גרידא, בעוד שמגדר פורש כמתייחס לנורמות חברתיות מובנות הקשורות במין ביולוגי מסוים. הבחנה זו, כפי שיבקש חיבור זה להראות בהמשך, היא לרוב לב הבעיה בהידיינויות על אפליית עובדים טרנסג'נדרים הנסובות על עילות איסור אפליה מחמת 'מין'.

יש הטוענים כי יצירת חיץ בין מין למגדר היא מוטעית מיסודה שכן מושגים אלו לעולם קשורים זה בזה ומשפיעים זה על זה עד שאינם ניתנים עוד להפרדה. קת'רין פרנקי סבורה שאין זה נכון להבין את המונח 'מין' ככזה המכתיב בחינה ביולוגית דווקנית. לשיטתה, המין של האדם – כפי שהוא מובן ונתפש בחברה – מוכתב, בין היתר, על-ידי תפקידי מגדר נורמטיביים שהתהוו בחברה, ושנקשרו במי שיש להם מאפיינים ביולוגיים מסוימים, כמו הרכב כרומוזומאלי, מבנה אנטומי ואיברי מין מסוימים. פרנקי סבורה שגוף האדם כנתון ביולוגי מקבל משמעות רק בתוך החברה, ולכן, אפליה מחמת מגדר היא אפליה מחמת מין המחייבת בחינה של סוגיות מגדריות.¹⁰

דילן וייד סבור כי הן מין והן מגדר הם תוצר של הבניות חברתיות. לשיטתו, ההבחנה בין מין למגדר נעשית על פי קריטריונים שרירותיים הנתפשים כצורך של החברה ליצור קטגוריות מובחנות וחד-משמעיות. כך, לשיטתו, נוצרת הבחנה מלאכותית בין איברי מין הנתפשים כ"אמת מוחלטת" ולכן קשורים במין האדם, לבין קול, מבנה גוף והורמונים הנתפשים כ"חצי-אמת" ולכן בחלקם מין ובחלקם מגדר, לבין תנועות גוף ואופן דיבור הנתפשים כ"חסרי חשיבות" ולכן קשורים במגדר בלבד. לפי וייד אין סיבה לטעון מדוע מי מהקריטריונים שנמנו הוא יותר ביולוגי, פיזי או טבעי מהאחר – כולם קשורים בגוף והם של הגוף ולכן הם פיזיים באותה מידה שהם חברתיים. כך וייד טוען שקביעת מין היילוד לפי איברי המין/רבייה היא בחירה חברתית-שרירותית והיא קשורה בטבורה להבחנה השגויה שבין מין למגדר.¹¹

ג'ודית באטלר גם כן סבורה שמין ומגדר אינם נפרדים זה מזה, אלא שמין היא קטגוריה הממוגדרת כבר מראשיתה. אולם, לשיטתה, חלוקה בינארית של מגדר בהתאם לשני מינים היא שגויה, שכן קיומם של שני מינים ביולוגיים – שגם בכך היא מטילה ספק רב – אינו מכתיב את קיומם של שני מגדרים בלבד. מגדר, לפי באטלר, אינו זהות קבועה המכתיבה פעולות מסוימות הנובעות ממנה בהכרח. לעומת זאת, באטלר מבינה מגדר כמראית עין של זהות המתגבשת בחלוף הזמן דרך חיקוי אחר פעולות חוזרות ונשנות. החזרה על [הביצועיות של] אותן פעולות יומיומיות חיצוניות – באטלר מכנה זאת Gender Performance – יוצרת אשליה של זהות מגדרית הטבועה באדם. אולם, באטלר טוענת, פעולות חיצוניות אינן יכולות להיות זהות פנימית קבועה ובלתי ניתנת לשינוי, ולכן היא מעבירה את הדיון במגדר מספרה של "זהות מהותית פנימית" לספרה של "זמניות חברתית חיצונית". המהלך הלוגי שעושה באטלר מוביל אותה לטענה שלפיה אם תכונות ופעולות מגדריות הן ביצועיות, אזי לא קיימת זהות מוקדמת אשר בהתאם אליה ניתן לאמוד פעולות או תכונות מסוימות. במילים אחרות, באטלר טוענת שאין מעשים מגדריים נכונים או שגויים, שהרי החיקוי אחר הפעולות הוא היוצר [אשליה של]

⁹ ראו ביקורת של ג'ודית באטלר על מודל זה JUDITH BUTLER, GENDER TROUBLE: FEMINISM AND THE SUBVERSION OF IDENTITY 6, 38-43 (1990) (להלן: JUDITH BUTLER, GENDER TROUBLE); ראו גם מירי רוזמרין "בין חזרה לכתוב: ג'ודית באטלר והפרפורמטיביות של הזהות" ג'ודית באטלר **קוויר באופן ביקורתי** 7, 10 (מהדורה שנייה מתוקנת, דפנה רז מתרגמת, מירי רוזמרין ועמליה זיו עורכות): "באטלר מראה כי כל ניסיון להציג רובד קיום כלשהו כטבעי כרוך, מניה וביה, בשורה של הנחות נורמטיביות שעיקרן תיחום גבולות הלגיטימיות של ביקורת תרבותית על התכנים של קטגוריות זהות שונות."

¹⁰ ראו Katherine M. Franke, *The Central Mistake of Sex Discrimination Law: The Disaggregation of Sex from Gender* 144 U. PA. L. REV. 1, 36-40 (1995); Ilona M. Turner, *Sex Stereotyping Per Se: Transgender Employees and Title VII* 95 CAL. L. REV. 561, 563-566 (2007).

¹¹ ראו Vade, לעיל ה"ש 7, בעמ' 284-282.

זהות, ולא להיפך. כך מבקשת באטלר להפריך דיכוטומיה מגדרית מקובלת, המצטמצמת לזהות נשית וגברית בלבד, וכזו המוכתבת דרך [הנחת] קיומם של שני מינים ביולוגיים ודרך תפישות הטרנסקסואליות מקובלות.¹² ההכרה ביותר משני מגדרים מסורתיים מסייעת להבין מיהם הנמנים עם קבוצת הטרנסגינדרים. למעשה, קבוצה זו היא מגוונת ביותר ומכילה ערב רב של זהויות וביטויים מגדריים, או כפי שבאטלר מכנה זאת מעשים מגדריים, שאינם תואמים בהכרח בחינה בינארית ו"מקובלת" של מגדר. ניתן למקם את הזהויות המגדריות על ציר בינארי שבקצהו האחד מגדר גברי ובקצהו השני מגדר נשי כאשר בתוכם יימצאו שלל הזהויות המגדריות שאינן נחתכות לפי בינאריות מגדרית נוקשה. אולם, ציר כאמור מנרמל ומנציח את שני המגדרים המסורתיים, ואינו משרת את הדיון בהכרה בלגיטימציה המשפטית של הזהויות המגדריות. דילן וייד, למשל, מציע לדחות תפישה של ציר בינארי כאמור ומבקש לאמץ תחתיה תפישה של "גלקסיה מגדרית" תלת-ממדית, מעין מרחב עצום המאפשר תנועה. כך הוא מבקש להדגיש כי מגדר אינו, ואסור שייתפש, בינארי ומקובע.¹³

בתוך קבוצת האנשים הטרנסגינדרים ניתן לזהות את קבוצת האנשים הטרנסקסואלים עימה נמנים מי שזהותם המגדרית (Gender Identity) הפוכה באופן מושלם למגדר המיוחס להם בחברה על-פי מינם הביולוגי, למשל מי שמינו הביולוגי הוא 'נקבה' אך זהותו המגדרית היא גברית. אנשים טרנסקסואלים מאמצים כלפי חוץ תפקידי מגדר (Gender Role) המזוהים באופן מסורתי עם המין השני.¹⁴ חלקם אף עוברים ניתוח לשינוי מין על מנת ליצור התאמה מושלמת בין המין האנטומי לזהות המגדרית, אם כי, יש להדגיש, ניתוח כאמור אינו מוסיף בהכרח להתגשותה של הזהות המגדרית ואנשים טרנסקסואלים רבים בוחרים שלא לעשותו. אולם, שלא כמו אנשים טרנסקסואלים, רבים מבין האנשים הטרנסגינדרים אינם מזהים עצמם כגבר ["מושלם"] או כאישה ["מושלמת"] בהכרח. לעיתים הם מכנים עצמם Genderqueers ולעיתים לא. טול למשל someone having a beard and wearing a dress:¹⁵ ייתכן כי אותו אדם אינו רואה עצמו בהכרח אישה או בהכרח גבר, או אולי רואה עצמו בהכרח שניהם, או אולי רואה עצמו כמי שיש בו חלק גברי וחלק נשי, או אולי רואה עצמו כמי שאין בו לא מן הנשי ולא מן הגברי. ברור כי זהותו המגדרית אינה תואמת דיכוטומיה נוקשה של גבר או אישה ולכן גם אינה יכולה להיות מסווגת דרך פריזמה בינארית של מגדר.¹⁶ לאורך כל הדיון בחיבור זה על הקורא להיות ער לכך כי דווקא אותם אנשים טרנסגינדרים שזהויותיהם המגדריות אינן נחתכות לפי שני מגדרים בינאריים, הם העשויים להיות אלה שמאתגרים באופן המובהק והברור ביותר הגדרות ותפישות בינאריות של זכר/גברי ונקבה/נשי, וכמו כן הם בעלי הפוטנציאל הרב לפרוץ ולהרחיב את שיח הזהויות והביטויים המגדריים הן בחברה והן במשפט.

בענף הפסיכיאטריה מקובל המונח 'הפרעת זהות מגדרית' – Gender Identity Disorder. ספר האבחנות הפסיכיאטריות האמריקני, DSM-IV-TR, מגדיר הפרעת זהות מגדרית, ומונה כקריטריונים לביסוסה את הבאים: (1) הזדהות בין-מגדרית חזקה ותמידית המתגלמת ברצון להימנות על המין השני; (2) אי-נוחות תמידית

¹² JUDITH BUTLER, GENDER TROUBLE, לעיל ה"ש 9, בעמ' 139-141. ראו גם דיון בתיאוריה של באטלר אצל: Aeyal Gross, Gender Outlaws Before the Law: The Courts of the Borderland 32 HARV. J. L. & GENDER 165, 179-187 (2009); וגם: Andrew Gilden, Toward a More Transformative Approach: The Limits of Transgender Formal Equality 23 BERKLEY J. GENDER L. & JUST. 83, 90 (2008).

¹³ Vade, לעיל ה"ש 7, בעמ' 273-278.

¹⁴ בהקשר זה: Gender Identity – כיצד האדם מגדיר את עצמו, גבר, אישה או אף אחד משניהם דווקא, בדרגות שונות, בייחוד דרך מודעות עצמית ותחושות פנימיות. הזהות המגדרית היא ההתנסות האישית של התפקיד המגדרי. לעומת זאת, Gender Role – הביטוי הציבורי, דרך מעשה או דיבור, של הזהות המגדרית. ראו: WOLMAN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 270-271.

¹⁵ דוגמה זו לקוחה ממאמרו של Gilden, והיא תלווה אותי במהלך העבודה כדי להמחיש את הקושי של המשפט לבחון זהויות מגדריות שאינן בינאריות בהכרח. ראו: Gilden, לעיל ה"ש 12, בעמ' 108-110; השימוש במילה האנגלית someone נועד למנוע שיוך מגדרי בינארי המתחייב משימוש בשפה העברית. יש להדגיש בהקשר זה כי היות האדם ג'ינדרקוויר אינה מתבטאת דווקא באופן הלבוש, אולם דוגמה זו עשויה להבהיר בהמשך העבודה את הקושי של בית המשפט לפסוק הגנה למי שאינם תואמים בעיניו תבניות מסורתיות של גברי ונשי. עוד על הקושי שבהסקת הזהות מתוך ההופעה ראו: Yofi Tirosh, Adjudicating Appearance: From Identity to Personhood 19 YALE J.L. & FEMINISM 49 (2007). ראו להלן דיון בעמ' 20.

¹⁶ Vade, לעיל ה"ש 7, בעמ' 265-266, 273-278: תחת תפישה לינארית של מגדר, וייד מציע "גלקסיה מגדרית", קרי מרחב אינסופי שמאפשר תנועה ושבנו כל אדם חופשי להגדיר ולבטא את מגדרו כפי שהוא, ולא האחר, תופש אותו.

באשר למין המולד או תחושת אי-התאמה לתפקידי המגדר המיוחסים לאותו מין; (3) אין ההפרעה קשורה בהיות האדם 'אינטרסקס'; (4) ההפרעה גורמת למתח קליני משמעותי או לתפקוד לקוי בתחום החברתי, התעסוקתי או בכל תחום אחר.¹⁷ ניתן להבחין בנקל שהיסודות עליהם מושתתת האבחנה הפסיכיאטרית הם שניים: בינאריות והעדר שינוי (immutability). הגדרת המונח 'הפרעת זהות מגדרית' מראנו כי הזהות המגדרית בעיני הפסיכיאטריה האמריקנית הפורמאלית היא קבועה ואחת משניים, או גברית או נשית, ולכן ייתכן כי ביטויים מגדריים אחרים לא ייתפסו ברשתה של ההגדרה הפסיכיאטרית, ובהתאם לא ייחשבו הפרעת זהות מגדרית. למעשה, הגדרת ה-DSM נכונה לקבוצה מסוימת אחת בתוך אוכלוסיית הטרנסג'נדרים, והיא קבוצת האנשים הטרנסקסואלים.¹⁸ בהקשר של חיבור זה מה שמעניין אותי במיוחד, הוא האופן שבו המשפט מייחס משקל לאותם שני נדבכים מרכזיים בהגדרת הפרעת זהות מגדרית, קרי בינאריות מגדרית ומקובעות, וכיצד אלה אם בכלל משפיעים על נכונותם של בתי המשפט לפסוק לטובתם של עובדים טרנסג'נדרים.

3. הדין האמריקני הפדראלי

כאמור, חיבור זה יתמקד בחציו הראשון בדין האמריקני הפדראלי ובמגמות העיקריות שעליהן ניתן להצביע בפסיקה כפי שזו התפתחה במהלך שלושים השנים האחרונות. לטעמי, הדין האמריקני בנושא אפלייתם של עובדים טרנסג'נדרים הוא מעניין שכן ניתן לזהות בו התפתחות הדרגתית ומעבר מתפישה אחת שלטת אשר לפיה עובדים טרנסג'נדרים אינם זכאים להגנת החוק מפני אפליה תעסוקתית, למספר תפישות שונות, חלקן מיטיבות עם עובדים טרנסג'נדרים ומאפשרות להן להשיג "ניצחונות" בבית המשפט. בחינה ביקורתית של פסקי הדין תבקש להראות כי אלה אינם אלא ניצחונות לטווח קצר, קרי כאלו שאין בהם לעקר ולשרש נורמות בינאריות מסורתיות של מגדר, והם חסרים את הפוטנציאל לקדם את זכויותיהם של עובדים טרנסג'נדרים ככאלה המשתייכים לקבוצה פגיעה. בהקשר הישראלי, הדין האמריקני הפדראלי הוא מאתגר כיוון שעל אף שניתן להצביע על נקודות דמיון מסוימות בין שני הדינים, למשל דימיון בין חוק זכויות האזרח משנת 1964 האמריקני לבין חוק שוויון הזדמנויות בעבודה הישראלי, ניתן בו-זמנית גם להצביע בבירור על הבדלים ומקומות שבהם נפרד המחוקק הישראלי מעמיתו האמריקני, למשל דרך הוספת עילת איסור אפליה מפורשת מחמת 'נטייה מינית' בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. הדיון בפסיקה האמריקנית והניסיון ללמוד ממנו אל תוך מסגרות משפטיות ישראליות שחלקן אף נקלט בדין הישראלי בהשראת הדין האמריקני, הוא שמעניין אותי בחיבור זה.

כפי שיראה הדיון בפרק זה, הפסיקה האמריקנית בנושא אפלייתם של עובדים טרנסג'נדרים סבה סביב חוק זכויות האזרח משנת 1964 (להלן: "חוק זכויות האזרח"). סימן 7 לחוק זכויות האזרח עוסק בפרקטיקות העסקה פסולות, ומונה חמש עילות אפליה והן גזע, צבע, דת, מין ולאום.¹⁹ מראשיתו, בתי המשפט בארה"ב פירשו את החוק בדווקנות כך שרשימת העילות נתפשה, ועודה נתפשת, כסגורה באופן הרמטי, כך שלא ניתן להיבנות מהחוק אלא אם מקורה של האפליה באחת מחמש העילות הספציפיות המנויות בו. כך לדוגמה, הומוסקסואלים ולסביות שהופלו במקום העבודה מחמת נטייתם המינית, ומחמת כך בלבד, אינם יכולים להסתייע בחוק זה, שכן

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUAL OF MENTAL DISORDERS 576-577 (4th ed., Text Revision 2000) (להלן: DSM-TR-IV).

¹⁸ מי שאינו נופל לקריטריונים של הגדרת הפרעת זהות מגדרית עשוי להיות מאובחן כמי שיש לו הפרעת זהות מגדרית שלא אובחנה אחרת (Gender Identity Disorder Not Otherwise Specified). הגדרה זו עשויה להתאים, למשל, למי שהפרעת הזהות המגדרית אצלו קשורה בנתונים פיזיים מולדים. שם, בעמ' 582.

¹⁹ 2000e-2 § 2000e-2 of the Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C.S. Title VII of the Civil Rights Act of 1964, וכך קובעת לשון הסעיף: "(a) **Employer practices.** It shall be an unlawful employment practice for an employer (1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's **race, color, religion, sex, or national origin**; or (2) to limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's **race, color, religion, sex, or national origin**" [ההדגשות שלי, ל.ב.].

נטייה מינית כלשעצמה אינה כלולה בחמש העילות.²⁰ באופן מסורתי בתי המשפט גם סירבו לפרש את החוק כמעניק הגנה לעובדים טרנסגינדרים שהופלו במקום העבודה מחמת זהותם המגדרית, בטענה שזו אינה נכנסת בגדרי המונח 'מין'.

את התפתחות הפסיקה האמריקנית לאור חוק זכויות האזרח אבקש לחלק בחיבור זה לארבע גישות ביחס לנושא אפלייתם של עובדים טרנסגינדרים במקום העבודה. הגישה הראשונה, אותה אכנה גישת "מין אינו מגדר", שלטה בפסיקותיהם של בתי המשפט הפדראליים ביחס לתביעותיהם של עובדים טרנסגינדרים עד לתחילת העשור הראשון של המאה הנוכחית. לפי גישה זו אין עילת ה'מין' שבחוק זכויות האזרח נועדה אלא להבטיח שוויון תעסוקתי בין גברים לנשים, ולכן עובדים טרנסגינדרים אינם יכולים להיבנות ממנה בבית המשפט. גישה זו מכונה בספרות האמריקנית כגישת "המין הביולוגי". הגישה השנייה, אותה אכנה "מין הוא גם מגדר" התפתחה בחלק מבתי המשפט הפדראליים בעשור האחרון, והיא נתמכת בתיאורית הסטריאוטיפ המיני שהותוותה בפסיקת בית המשפט העליון האמריקני משנת 1989 בעניין *Price Waterhouse* ובה נפסק כי אישה שלא קודמה במקום עבודתה מחמת כך שלא הייתה "די נשית" בעיני הממונים עליה הופלתה מחמת 'מין'. גישת "מין הוא גם מגדר" היא כיום הגישה השלטת בליטיגציה טרנסגינדרית בארצות הברית, אך עם זאת היא מציבה קשיים לא מעטים. בתמצית, הגישה מניחה מודל בינארי של מגדר ומציבה את מינו הביולוגי של האדם הטרנסגינדר כנקודת הייחוס האולטימטיבית לבחינת זהותו המגדרית וההגנה שזו ראויה לה, אם בכלל. כמו כן, גישה זו מסווה את סיבת האפליה האותנטית, קרי היות האדם טרנסגינדר, בחינת כך שתובעים נדרשים להראות כי הופלו מחמת כך שנתפשו כמי שאינם תואמים את המגדר המיוחס להם כפי מינם הביולוגי, ובכך אינה מתמודדת עם הדרתה הנמשכת של הקבוצה הפגיעה בשוק העבודה האמריקני. הגישה השלישית, אותה אכנה "מין הוא גם שינוי מין", רואה בשינוי מין כתת-קטגוריה של מין, ובהתאם לגישה זו עובדים טרנסגינדרים העוברים תהליך של שינוי מין ראויים להגנת חוק זכויות האזרח מכוח עילת איסור אפליה מחמת מין. יש לשים לב, כי גישה זו שמה את הדגש בהליך שהוא פיזי-אנטומי-חיצוני, ומתעלמת מהמרכיב המגדרי-הזהותי שלעיתים אינו בא לידי ביטוי בשינוי מין. הגישה הרביעית והאחרונה, אותה אכנה "זהות מגדרית חסרה" באה לידי ביטוי בהצעת החוק הפדראלית *Employment Non Discrimination Act of 2009*. גישה זו מבטאת נכונות מסויגת ביותר של המחוקק האמריקני להכיר בזהויות מגדריות שאינן בינאריות ושאיןן מקובעות, ולפיכך, מלבד היותה מחטיאה את האפשרות להרחיב ולפרוץ את השיח המגדרי המסורתי, גישה זו גם אינה רחבה דיה כדי ליתן הגנה מפני אפליה תעסוקתית לכלל הנמנים עם קבוצת האנשים הטרנסגינדרים. הטבלה המופיעה בעמוד הבא מסכמת בקצרה את הגישות דלעיל שיידונו בהרחבה בחיבור זה, כמו גם את הייתרונות והחסרונות הבולטים הבאים לידי ביטוי באיזו מהגישות.

20 ראו למשל *Higgins v. New Balance ; DeSantis v. Pacific Tel. & Tel. Co., Inc.*, 608 F.2d 327, 329-330 (9th Cir. 1979) ; עם זאת, ניצנים של גישה מרוככת יותר ניתן למצוא בפסיקתו של בית המשפט העליון של ארצות הברית בפרשת *Oncale*, שם נקבע כי לעניין המונח 'מין' בסימן 7 לחוק זכויות האזרח הטרדה מינית עשויה להיות גם בין מי שמינם זהה. ראו: *Oncale v. Sundowner Offshore Servs.*, 523 U.S. 75 (1998).

ג'שה	המקום בו באה לידי ביטוי	יתרונות בולטים	חסרונות בולטים
"מין אינו מגדר" (מין ביולוגי)	פסקי הדין Holloway, Etsitty, Ulane	אין	עובדים טרנסג'נדרים אינם מוגנים כלל מפני אפליה תעסוקתית
"מין הוא גם מגדר" (תיאורית הסטריאוטיפ)	פסקי הדין Rosa, Smith, Schwenk, Schroer (הנמקה I)	הגנה לעובדים טרנסג'נדרים ככל שהם יכולים להראות שהופלו מחמת שלא נתפשו כמספיק נשיים או גבריים	1. מודל שמניח זהות מגדרית בינארית 2. תובעים נדרשים להיאחז במין ביולוגי שאליו חשים לעיתים תחושות של זרות וניכור 3. הסוואתה של עילת האפליה האותנטית – סלידה מאנשים טרנסג'נדרים 4. הגנה לעובדים טרנסג'נדרים רק ככל שהם יכולים להראות שהופלו מחמת שלא נתפשו בעיני במעסיק כמספיק נשיים או גבריים
"מין הוא גם שינוי מין"	פסקי הדין Holloway, Schroer (דעת המיעוט), Schroer (הנמקה II)	הגנה לעובדים טרנסג'נדרים המשנים את מינם האנטומי	שימת הדגש על שינוי פיזי-אנטומי תוך הדרתם של אנשים טרנסג'נדרים שאינם משנים או מעוניינים לשנות את מינם
"זהות מגדרית חסרה"	הצעת החוק Employment Non-Discrimination Act	הגנה פדראלית מפורשת וייחודית לעובדים טרנג'נדרים	1. אימוץ של מודל בינארי לזהות מגדרית 2. מתן הגנה לזהות מגדרית רק ככל שאותה זהות היא "מקובעת"

3.1 ג'שת "מין אינו מגדר" – שלטה בעבר, רווחת גם היום

פסק הדין בעניין *Holloway v. Arthur Andersen*²¹ ניתן בשנת 1977 וממחיש היטב את ג'שת "מין אינו מגדר" ששלטה בעבר בבתי המשפט הפדראליים בארצות הברית, ושעודנה משמשת כהלכה מחייבת בחלק מבתי המשפט ב-Circuits הפדראליים שונים. הולווי הועסקה בפירמת רואי-חשבון החל משנת 1969. בשנת 1970 החלה ליטול הורמונים נשיים, ובהתאם לכך יידעה את מעסיקה בדבר ניתוח לשינוי מין שבפניו עמדה. במהלך 1974 נמסר לה מפי אחד מעובדי החברה הממונים שייטב לה לו תחפש מקום עבודה אחר שבו לא ייוודע דבר היותה טרנסקסואלית. לקראת סוף אותה שנה פוטרה הולווי ממקום העבודה. בבית המשפט טענה הולווי כי הופלתה מחמת 'מין', שהיא כאמור עילת איסור אפליה מוכרת בסימן 7 לחוק זכויות האזרח. דעת הרוב בבית המשפט של ה-9th Circuit, מפי השופט נילסן, נצמדה באופן דווקני לכוונת המחוקק, וקבעה שזה האחרון מעולם לא התכוון להרחיב את המונח מין מעבר למשמעותו המסורתית. כל שרצה המחוקק להבטיח באמצעות עילת המין הוא שנשים וגברים יקבלו יחס שווה במקום העבודה, הא ותו לא.²²

²¹ *Holloway v. Arthur Andersen & Co.*, 566 F.2d 659 (9th Cir. 1977).

²² שם, בעמ' 663: "Congress has not shown any intent other than to restrict the term "sex" to its traditional meaning. Therefore, this court will not expand Title VII's application in the absence of Congressional mandate. The

פסק הדין בעניין *Ulane v. Eastern Airlines*²³ משנת 1984 מבטא גישה זהה. אוליין, אישה טרנסקסואלית, הועסקה כטייסת על-ידי חברת התעופה איסטרן איירליינס החל משנת 1968. בשנים הראשונות לעבודתה אימצה אוליין כלפי חוץ תפקידי מגדר גבריים שתאמו לכאורה את מינה הזכרי המולד. עם זאת, בשנת 1979, לאחר שאובחנה כטרנסקסואלית, החלה אוליין ליטול הורמונים נשיים, ובשנת 1980 עברה ניתוח לשינוי מין. לאחר הניתוח ביקשה אוליין לחזור לעבודתה כטייסת באיסטרן, אולם בקשה זו נדחתה והיא פוטרה. אוליין טענה כי הופלתה על-ידי איסטרן מחמת היותה טרנסקסואלית, כאשר לטענתה הייתה זו עילת אפליה אסורה הנופלת בגדרי 'מין'. בית-המשפט של ה-7th Circuit דחה טענה זו, וקבע באופן חד משמעי ושאינו משתמע לשני פנים כי עילת המין בסימן 7 אינה רחבה דייה כדי להגן על עובדים טרנסקסואלים. השופט ווד אימץ הגדרה מסורתית-דווקנית למונח מין המבוססת על מאפיינים אנטומיים-ביולוגיים, וסבר שיש במקרה זה להיצמד לכוונת המחוקק ולפרש מין כאוסר אפליה כנגד נשים מחמת היותן נשים וכנגד גברים מחמת היותם גברים. כך, לא היה לטעמו מקום לפרש את המונח מין כאוסר אפליה כנגד אדם בעל הפרעת זהות מינית (בית המשפט אימץ שיח של Sexual Identity Disorder ולא של Gender Identity Disorder), או חוסר סיפוק של אדם ממינו הביולוגי.²⁴ אוליין, לדעת בית-המשפט, לא הופלתה מחמת היותה אישה, אלא, לכל היותר ואם בכלל, מחמת היותה טרנסקסואלית. דבריו הבאים של בית המשפט ממחישים עד כמה היות התובעת אישה טרנסקסואלית נתפש בעיניו כמעין בחירה גחמתית ושרירותית, שבינה לבין זהות מגדרית פנימית הראויה להגנה אין ולא כלום:²⁵

"But even if one believes that a woman can be so easily created from what remains of a man, that does not decide this case. If Eastern had considered Ulane to be female and had discriminated against her because she was female ... then the argument might be made that Title VII applied ...but that is not this case. It is clear from the evidence that if Eastern did discriminate against Ulane, it was not because she is female, but because Ulane is a transsexual -- a biological male who takes female hormones, cross-dresses, and has surgically altered parts of her body to make it appear to be female."

[ההדגשות וההשמטות שלי, ל.ב.]

על אף שניתן לזהות התפתחות בפסיקה האמריקנית – התפתחות שתידון להלן – המבטאת הגמשה בפירוש עילת ה'מין' שבחוק זכויות האזרח, ונכונות מסוימת לפסוק לטובתם של עובדים טרנסג'נדרים מכוח עילה זו, פסקי הדין בעניין *Holloway* ו-*Ulane* המבטאים במובהק את גישת "מין אינו מגדר" עודם משמשים הלכות מחייבות בבתי משפט פדארליים ב-*Circuits* שונים. פסקי דין מהעשור האחרון חוזרים על הלכות ישנות אלה, תוך שהם דוחים על הסף את גישת "מין הוא גם מגדר" שממנה מבקשים להיבנות תובעים טרנסג'נדרים, ושעליה ארחיב בתת-הפרק הבא.²⁶

manifest purpose of Title VII's prohibition against sex discrimination in employment is to ensure that men and women are treated equally, absent a bona fide relationship between the qualifications for the job and the person's sex" המשפט בהתייחסו לגבר ואישה למעשה "הלביש" על עילת המין הבניות מגדריות הגם שהוא מאן להכיר בכך והתעקש שמין לצורך איסור אפליה בין "המינים" מקבל משמעות ביולוגית בלבד.

²³ *Ulane v. Eastern Airlines, Inc.*, 742 F. 2d 1081 (7th Cir. 1984).

²⁴ שם, בעמ' 1085.

²⁵ שם, בעמ' 1087; ראו עוד על התפתחות המודל הביולוגי בפסיקה האמריקנית אצל: Franklin H. Romeo, *Note: Beyond a Medical Model: Advocating for a New Conception of Gender Identity in the Law*, 36 COLUM. HUM. RTS L. REV. 713, 721 (2005).

²⁶ ראו למשל פרשת *Etsitty*, להלן ה"ש 51.

3.2.1 הלכת Price Waterhouse ותיאורית הסטריאוטיפ המיני

גישת "מין הוא גם מגדר" הותוותה בפסק הדין בעניין *Price Waterhouse v. Hopkins*²⁷ שניתן על ידי בית-המשפט העליון של ארצות הברית בשנת 1989. פסק הדין נסב בעיקר על השאלה: מהו הנטל הנדרש לפי סימן 7 לחוק זכויות האזרח שעל המעסיק הנתבע להרים כדי להעביר את נטל ההוכחה לעובד התובע מחמת אחת מעילות איסור האפליה? עם זאת, פסק-הדין עסק גם בשאלות מגדריות והתווה לראשונה את תיאורית הסטריאוטיפ המיני (Sex Stereotyping Approach) המשמשת מאז ככלי הליטיגציה המשמעותי ביותר עבור עובדים טרנסג'נדרים שהופלו במקום העבודה, וזאת על אף שהתובעת במקרה זה לא הייתה טרנסג'נדרית כלל ועיקר. אן הופקינס הועסקה בחברת פרייס ווטר-האוס. לכל הדעות היא הייתה עובדת מצטיינת ומקצועית, בעלת כישורים ויכולות בולטים. בשל הצלחתה היא הייתה מועמדת לקידום, שבסופו עתידה הייתה להפוך לשותפה מן המניין בחברה. אך למרות כל זאת, בעיני הממונים עליה, הופקינס הייתה "גברית", אגרסיבית לעיתים, ונטתה להשתמש בלשון בוטה. הוחלט להשהות את מועמדותה ולבחנה בשנית בשנה שלאחר מכן. מי שנדרש להסביר בפני הופקינס את דבר ההחלטה ייעץ לה כי אם ברצונה לשפר סיכוייה בעתיד יהיה עליה לסגל לעצמה הליכה נשית יותר, לדבר ולהתלבש באופן נשי יותר, לאפר את פניה במייק-אפ, לסדר את שערה ולענוד תכשיטים.²⁸ הופקינס טענה בבית-המשפט כי הופלתה מחמת מין. דעת הרוב מפי השופט ברנן קבעה כי:

"[w]e are beyond the day when an employer could evaluate employees by assuming or insisting that they matched the stereotype associated with their group."²⁹

בית המשפט התחקה גם כאן אחר כוונת המחוקק, ופסק חד-משמעית כי זו נתכונה להכיל את כל ספקטרום היחס השונה בין נשים לגברים הנגרם כתוצאה מסטריאוטיפים מיניים.³⁰ כאן לראשונה התווה בית-המשפט את 'תיאורית הסטריאוטיפ המיני': הופקינס לא הופלתה מחמת היותה אישה, אלא מחמת כך שחזותה ואופן התנהגותה לא היו מספיק "נשיים" בעיני הממונים עליה, שמצידם היו בעלי השקפה סטריאוטיפית ברורה באשר לאופן שבו אישה צריכה להיראות ולהתנהג. בית המשפט קבע כי מעסיק אינו יכול להפלות עובד משום שזה האחרון אינו תואם לדעת הראשון הגדרות סטריאוטיפיות המיוחסות למינו הביולוגי. אין להתעלם מכך שהשיח המגדרי, בכל אופן, נותר מצומצם, ועסק בסטריאוטיפים הקשורים בשני המגדרים "המסורתיים" בלבד: זה הגברי וזה הנשי. בית המשפט העליון לא דן בזהויות ובביטויים מגדריים שאינם נופלים לסטריאוטיפים דיכוטומיים מעבר ל"גברי" או "נשי", ככל הנראה מן הטעם הפשוט שהוא לא נדרש לעשות כן במסגרת התביעה שהונחה לפניו.

3.2.2 ליטיגציה טרנסג'נדרית לאחר ובעקבות Price Waterhouse

כעשור לאחר החלטת *Price Waterhouse* החלה ליטיגציה טרנסג'נדרית בארצות הברית לעשות שימוש בתיאורית הסטריאוטיפ המיני, ולנסות לבסס את תביעותיהם של עובדים טרנסג'נדרים על הלכה זו של בית המשפט העליון. פסקי הדין שייבחנו בתת-פרק זה מבטאים כולם את התפישה שימין בחוק זכויות האזרח כולל

²⁷ *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989).

²⁸ שם, בעמ' 234-235.

²⁹ שם, בעמ' 251.

³⁰ שם.

בתוכו גם מגדר, ולכן, ככל שתביעותיהם של עובדים טרנסג'נדרים מתבססות על הרציונאל שהותווה בתיאורית הסטריאוטיפ, אין לשלול מהם הגנה מכוח חוק זכויות האזרח. יושם היטב אל לב כי באף לא אחד מבין פסקי הדין שיוצגו להלן נקבע כי קבוצת העובדים הטרנסג'נדרים מוגנת ככזו בחוק זכויות האזרח. למעשה, הפסיקות שהתפתחו לאור גישת "מין הוא גם מגדר" מספקות הגנה מסויגת בלבד שלפיה זכאי העובד לסעד רק ככל שעולה בידו להוכיח כי מעסיקו הפלה אותו לרעה מחמת שהוא סבור כי זה הראשון אינו מקיים סטריאוטיפים נשיים או גבריים, לפי המקרה. בהתאם לכך, אפליה שהיא, למשל, תוצאה של סלידה סתם מעובד טרנסג'נדר משום היותו טרנסג'נדר אינה, ככל הנראה, אפליה אסורה לפי חוק זכויות האזרח ותיאורית הסטריאוטיפ המיני.

פרשת *Rosa v. Park West Bank & Trust Co.*³¹

פסק הדין בעניין *Rosa* ניתן בשנת 2000, ועסק באפליה על בסיס חוק Equal Credit Opportunity Act (להלן: "ECOA"),³² האוסר להפלות בין מבקשי אשראי פוטנציאליים, בין היתר, מחמת מין. פסק הדין לא עסק באפליה במקום העבודה, אולם בית המשפט התייחס באופן מפורש לחוק זכויות האזרח, ולדרך שבה יש לפרש אותו (וחוקים מקבילים לו) – ככל שהוא מתייחס לאנשים טרנסג'נדרים – בראי תיאורית הסטריאוטיפ המיני. התובע, לוקס רוזה, נהג ללבוש בגדים המזוהים בחברה כנשיים. כשפנה לסניף הבנק על מנת לבקש הלוואה נתבקש להציג תעודה מזהה. לדעת פקידת הבנק הגבר "הנשי" שעמד מולה לא תאם את הגבר "הגברי" שהופיע בתעודה המזהה, ומתן ההלוואה הותנה בכך שרוזה ישוב לסניף הבנק כשהוא לבוש בבגדים התואמים את "מגדרו". רוזה ביסס תביעתו בבית המשפט על הלכת *Price Waterhouse*, וטען כי הופלה מחמת סטריאוטיפים מיניים פסולים. בית המשפט של ה-1st Circuit קבע כי לאור הלכת *Price Waterhouse* די בהערות סטריאוטיפיות, ובכללן כאלה הנוגעות לאופן לבוש "נשי", כדי להקים ראיה לכך ששיקולי מגדר פסולים נלקחו בחשבון.³³ כמו כן, בית המשפט העלה אפשרות שלפיה הבנק סירב להעניק לרוזה את ההלוואה משום שסבר שלבושו של זה האחרון אינו תואם את מגדרו הגברי, בעוד שככל הנראה כל אישה הלבושה באופן זהה הייתה נענית בחיוב על ידי הבנק.³⁴

מעניין לשים לב כי בית המשפט סיווג את רוזה כקרוס-דרסר, הגם שזה מצידו מעולם לא הצהיר שהוא קרוס-דרסר. למעשה, בסווגו את התובע כקרוס-דרסר נקל על בית המשפט לפסוק לטובתו סעד בהתאם לתיאורית הסטריאוטיפ, זאת שכן קרוס-דרסינג תואם את הרציונאל בבסיס התיאוריה – אין להפלות גבר שהופעתו אינה מספיק גברית, כשם שאין להפלות את אן הופקינס משום שהופעתה אינה מספיק נשית.³⁵ בעוד שקרוס-דרסינג עשוי להיות מוגן לפי תיאורית הסטריאוטיפ, בית המשפט נמנע מלבחון כזהות מגדרית עצמאית ומובחנת מה שדרש מרוזה להיאחז באחת מהזהויות המגדריות המוכרות לבית המשפט, זו הגברית או זו הנשית. זהותו המגדרית של רוזה, לכאורה קרוס-דרסר, אינה מוגנת ככזו, אלא שבעיני בית המשפט רוזה הוא גבר, ובתור שכזה הוא זכאי להגנת החוק מפני סטריאוטיפים מיניים.³⁶ זאת ועוד, בית המשפט קושר באופן ישיר בין הופעה ולבוש לבין זהות מגדרית, תוך שהוא עושה רדוקציה לשתי זהויות מגדריות מקובלות. יוצא אפוא כי בעיני בית המשפט יש זהות מגדרית גברית ויש זהות מגדרית נשית ועל כך עשויה ללמד ההשוואה ל- *similarly situated woman*.³⁷ רוזה מעולם לא טען שהוא מרגיש "אישה" או שהוא "קרוס-דרסר", אולם בעיני בית המשפט מי

³¹ *Rosa v. Park West Bank & Trust Co.*, 214 F.3d 213 (1st Cir. 2000).

³² Equal Credit Opportunity Act 15 U.S.C. § 1691 et seq.

³³ עניין *Rosa*, ראו לעיל ה"ש 31, בעמ' 215-216.

³⁴ שם.

³⁵ Tirosh, לעיל ה"ש 15, בעמ' 64-68.

³⁶ ראו Sunish Gulati, Note: *The Use of Gender-Loaded Identities in Sex-Stereotyping Jurisprudence*, 78 N.Y.U. L. REV. (2003).

2177, 2182-2184.

³⁷ עניין *Rosa*, לעיל ה"ש 31, בעמ' 215.

שלוש פריטי לבוש נשיים חזקה עליו שהוא כזה. כאשר בית המשפט בוחן זהויות מגדריות דרך פריזמה בינארית, הסקת הזהות מתוך ההופעה החיצונית עשויה להיות שגויה מעיקרה.³⁸

מה שעשוי לאתגר עוד יותר בהקשר של הלכת *Rosa*, הוא שרוזה היא אישה טרנסקסואלית שזיהתה עצמה כאישה לכל דבר. עובדה זו הוסתרה במכוון על ידי רוזה ובאי-כוחה אשר העדיפו לנסח את התביעה כך שיקל על בית המשפט לקבלה.³⁹ לו טענה רוזה שהופלתה מחמת היותה אישה טרנסג'נדרית או טרנסקסואלית, ייתכן והייתה מתקשה להיבנות מתיאורית הסטריאוטיפ שהותוותה בעניין *Price Waterhouse*. לעומת זאת, כאשר טענתה המשפטית של רוזה עוצבה באופן כזה שלפיו הופלתה מחמת כך שלבושה לא תאם את מינה הביולוגי או את המגדר המיוחס לה לפי מין ביולוגי זה, קלה הדרך עבור בית המשפט לפסוק לטובתה של רוזה בהסתמך על תיאורית הסטריאוטיפ. התביעה של רוזה הותאמה בדיוק לשיח המגדרי שהותווה בהלכת *Price Waterhouse*, ולא התיימרה להרחיב את תיאורית הסטריאוטיפ כך שתבסס הגנה לעובדים טרנסקסואלים ככאלה.⁴⁰

פרשת *Schwenk v. Hartford*⁴¹

פסק הדין בעניין *Schwenk* ניתן בשנת 2000, וכמו פסק הדין בעניין *Rosa* גם זה לא נסב על אפליה תעסוקתית. עם זאת, בית המשפט התייחס במפורש לחוק זכויות האזרח ולכן ניתן ללמוד ממנו על התפתחותה של גישת "מין הוא גם מגדר" לעניין אפליה תעסוקתית. בפסק הדין דובר באסירה טרנסקסואלית שנטלה הורמונים נשיים טרם כניסתה לכלא. התובעת שוונק מעולם לא אובחנה כטרנסקסואלית או כמי שיש לה הפרעת זהות מגדרית, אולם בעיני עצמה תמיד הייתה אישה, כלפי חוץ אימצה דפוסי התנהגות נשיים, ואף התעתדה לעבור ניתוח לשינוי מין לאחר שחרורה מהכלא. בהגיעה לכלא, שובצה שוונק בכלא גברים, בו הותקפה מינית על-ידי אחד הסוהרים. הדיון בבית המשפט של ה-9th Circuit נסב, בין היתר, על ישימותו במקרה זה של חוק Gender Motivated Violence Act (להלן: "GMVA")⁴² אשר נועד להגן על נשים מפני מעשי אלימות המבוצעים כנגדן מחמת מגדרן. הסוהר התוקף טען שאין תחולה במקרה זה ל-GMVA וביסס טענתו, בין היתר, על כך שהחוק אינו חל על אנשים טרנסקסואלים. לשיטתו, היה לדחות את תביעתה של שוונק שכן זו לא בוססה על מגדר, אלא על טרנסקסואליות שהיא לכל היותר הפרעה מגדרית או מחלה נפשית. בית המשפט לא קיבל את עמדתו של הנתבע ואימץ את ההלכה שנקבעה בפרשת *Price Waterhouse* תוך שהוא קבע כי הרציונאל והלשון של זו הפכו זה מכבר את הלכות *Ulane* ו-*Holloway*.⁴³ כשם שאן הופקינס הופלתה מחמת כך שלא הייתה מספיק "נשית", כך מעשיו של הסוהר כלפי שוונק נבעו מסברתו שזו האחרונה לא הייתה מספיק "גברית". לעניין זה נפסק כי אין כל הבדל בין GMVA לבין סימן 7 לחוק זכויות האזרח: זה גם זה אוסרים אפליה מחמת מין ומגדר. למעשה, זו

³⁸ ראו דיון להלן בעמ' 20. כמו כן יפים לעניין זה דבריה של Tirosh, לעיל ה"ש 15, בעמ' 66: "The court left no space for uncertainty, interpretation, or formation between the appearance and the identity... Rosa did not claim to be a cross-dresser; the court thus should not have assumed unquestioningly that merely because he entered the bank in a dress, he was and could only be a cross-dresser" [ההשמטה שלי, ל.ב.].

³⁹ ראו נוסח כתב התביעה כפי שהוגש לבית המשפט: Jennifer L. Levi & Mary L. Bonauto, *Brief for the Plaintiff-Appellant Lucas Rosa in the United States Court of Appeals for the First Circuit Lucas Rosa v. Park West Bank and Trust Company on Appeal from the United States District Court for the District of Massachusetts*, 7 MICH. J. GENDER & L. (2001) 147.

⁴⁰ Laura Grenfell, *Embracing Law's Categories: Anti-Discrimination Laws and Transgenderism* 15 YALE J. L. & FEMINISM 51, 66 (2003).

⁴¹ *Schwenk v. Hartford*, 204 F.3d 1187 (9th Cir. 2000).

⁴² The Gender Motivated Violence Act, 42 U.S.C. § 13981.

⁴³ עניין *Schwenk*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1201: "The initial judicial approach taken in cases such as *Holloway* has been overruled by the logic and language of *Price Waterhouse*".

הפעם הראשונה שבה בית משפט פדראלי קבע ש'מיני' ו'מגדרי' לעניין סימן 7 לחוק זכויות האזרח הם interchangeable (חליפיים).⁴⁴

חשיבותו של פסק דין *Schwenk* לליטיגציה הטרנסג'נדרית היא רבה, ואולם פסק-הדין גם חושף, לטעמי, את חולשתה של תיאורית הסטריאוטיפ ואת מוגבלותו של בית המשפט לחרוג מהגדרות ביולוגיות למונח 'מיני'. יש לזכור שזהותה המגדרית של שוונק הייתה נשית, היא ראתה עצמה כאישה לכל דבר, וחשה ניכור לגופה הזכרי. מבחינת שוונק אין זה בכלל משנה אם גורמים רפואיים אבחנו אותה כטרנסקסואלית אם לא, ואין הדבר מעלה או מוריד לעניין היותה אישה. והנה, על אף שבית המשפט אימץ שיח מגדרי מובהק, וקשר קשר בל יותר בין מין למגדר לעניין GMVA וחוק זכויות האזרח, וחרף זאת שבית המשפט התייחס לשוונק כאל אישה תוך שהוא הקפיד להשתמש בשם הגוף she, בפועל, אי-התאימות המגדרית נבחנה בהתאם למגדר שאותו החברה מייחסת למינה של שוונק.⁴⁵ במה דברים אמורים? כאשר מין התובע הטרנסג'נדר מושם במרכז הדיון עשויות להתעורר שתי שאלות מטרידות הקשורות זו בזו: האחת, כיצד נקבע מינו של התובע? האם לפי הרכב כרומוזומאלי, קרי מין ביולוגי, או שמא לפי איברי מין/איברים חיצוניים, קרי מין גניטאלי/אנטומי? ובכלל, האם לבית המשפט הכלים הראויים על מנת לקבוע בהסתמך על אילו פרמטרים ייקבע מינו של אדם? בפסק דין *Schwenk* עולה, אם כי לא באופן מפורש, כי הכוונה היא למין אנטומי, אך לא ברור מדוע ההעדפה היא למין אנטומי ולא למין ביולוגי או לכל מאפיין מיני אחר.⁴⁶ השאלה השנייה והעוקבת היא כיצד היה מיישם בית המשפט את תיאורית הסטריאוטיפ בהינתן מצב עובדתי שבו התובעת שוונק כבר עברה ניתוח לשינוי מין בעת שבוצע האקט המפלה? ככל שהדברים נבחנים לאור מינה האנטומי של התובעת, שוונק הייתה מתקשה לבסס טיעון בהתאם להלכת *Price Waterhouse*, שכן יש לצפות שהייתה נוצרת מידת תאימות גבוהה בין מינה האנטומי לבין מגדרה הנשי. פרשנות כזו עשויה ליצור מצב אבסורדי שלפיו אדם טרנסקסואל שטרם עבר ניתוח לשינוי מין יוכל להיבנות מתיאורית הסטריאוטיפ, בעוד אדם טרנסקסואל שכבר שינה את מינו יתקשה לעשות כן. יתר על זאת, פרשנות זו אינה רצויה באשר היא שמה את מרכז הכובד, גם אם לא במכוון, בניחות חיצוני ולא בזהות מגדרית פנימית. לעומת זאת, לו נקבע מין התובע לפי הרכב כרומוזומאלי-ביולוגי שאינו ניתן לשינוי, מינה ומגדרה של שוונק לעולם יעמדו בסתירה זה לזה. פרשנות כאמור למונח 'מיני' אמנם לא תחסום את אפשרותם של עובדים טרנסקסואלים להיבנות מתיאורית הסטריאוטיפ גם לאחר ששינו את מינם, אולם בבית המשפט לעולם יאלצו להיאחז באותו מין מולד שאליו הם חשים לעיתים תחושות ניכור וזרות.

פרשת *Smith v. City of Salem*⁴⁷

פסק הדין בעניין *Smith* שניתן בשנת 2004 עסק באפליית עובדת טרנסג'נדרית ונתבסס גם כן על תיאורית הסטריאוטיפ המיני. סמית', אישה טרנסקסואלית, הועסקה במחלקת הכבאות של העיר סאלם במשך שבע שנים טרם החלה לאמץ כלפי חוץ תפקידי מגדר נשיים. תוך כדי היא אובחנה כמי שיש לה הפרעת זהות מגדרית, וכתוצאה החלה ליטול הורמונים נשיים. התנהגותה, הופעתה ואופן דיבורה של סמית' הפכו והלכו יותר נשיים מה

⁴⁴ שם, בעמ' 1202.

⁴⁵ שם: "What matters, for purposes of this part of the Price Waterhouse analysis, is that in the mind of the perpetrator the discrimination is related to the sex of the victim: here, for example, the perpetrator's actions stem from the fact that he believed that the victim was a man who "failed to act like" one. Thus, under Price Waterhouse, "sex" under Title VII encompasses both sex - that is, the biological differences between men and women - and gender. Discrimination because one fails to act in the way expected of a man or woman is forbidden under Title VII" גרנפל, ראו גם Grenfell, לעיל ה"ש, בעמ' 67-68.

⁴⁶ עניין *Schwenk*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1201. בהתייחסו לפרשות *Holloway* ו-*Ulane* קבע ביהמ"ש: Male-to-female transsexuals, as anatomical males whose outward behavior and inward identity did not meet social definitions of masculinity, were denied the protection of Title VII by these courts because they were the victims of gender, rather than sex, discrimination [ההדגשה שלי, ל.ב.].

⁴⁷ *Smith v. City of Salem*, 378 F.3d 566 (6th Cir. 2004).

שעורר את חשדנותם, שלא לומר חששם, של עמיתיה לעבודה שמצידם העירו לה על שאינה מספיק "גברית". סמית' פנתה לממונים עליה ויידעה אותם בדבר היותה אישה טרנסקסואלית, ובדבר האפשרות שבעתיד תעבור ניתוח לשינוי מין. הידיעה "המרעישה" לא מצאה חן בעיני המעסיקים, והם החליטו לפטרה. סמית' טענה בבית המשפט שפיטוריה נעשו מחמת 'מין' תוך הפרה של סימן 7 לחוק זכויות האזרח. בית המשפט של ה- 6th Circuit הלך תחילה בתואי המוכר של תיאורית הסטריאוטיפ המיני: סמית', גבר ביולוגי, הופלתה במקום העבודה מחמת כך שהתנהגותה והופעתה נראו בעיני עמיתיה לעבודה והממונים עליה כבלתי גבריים, וכבלתי הולמים את מינה הביולוגי.⁴⁸ למעשה, באמירה זו חזר בית המשפט על הרציונאל שנקבע בהלכות בעניין *Schwenk* ובעניין *Rosa*. ואולם, בית המשפט בפרשת *Smith* לא נעצר שם, והוסיף כי היות התובע טרנסקסואל אינו חוסם בפניו את האפשרות לטעון שהופלה מחמת מין בהתבסס על תיאורית הסטריאוטיפ המיני. לצורך זה, אין כל הבדל בין אן הופקינס שהתנהגה ודיברה באופן שאינו מספיק "נשי", לבין אדם טרנסקסואל שצורת התנהגותו והופעתו אינם תואמים – בעיני החברה – את המגדר המיוחס לו כפי מינו הביולוגי.⁴⁹

בקביעתו זו של בית המשפט יש לפטור תובעים טרנסג'נדרים, כדוגמת התובעת בעניין *Rosa*, מהצורך להסתיר במכוון את היותם טרנסג'נדרים מחשש שעובדה זו תהווה מחסום בפני בית המשפט להחיל בעניינם את תיאורית הסטריאוטיפ ולהעניק להם סעד בהתאם. לאור פרשת *Smith* טרנסקסואליות כשלעצמה אינה חוסמת את האפשרות לתבוע בגין אפליה מחמת 'מין' בהתבסס על סימן 7 לחוק זכויות האזרח. מצד שני, יש לתהות מה טבעה של קביעה שלפיה היות התובע טרנסקסואל אינו מעלה ואינו מוריד. לטעמי, באופן מעט פרדוקסאלי, הרציונאל שיוצא מהלכת *Smith* מדיר כמעט לגמרי שיח טרנסג'נדרים – הוא פשוט אינו רלוונטי לעניין. בפועל, הלכת *Smith* מכתובה כי יש לבחון את יישומה של תיאורית הסטריאוטיפ כאילו התובע או התובעת היו בנעליה של אן הופקינס, זאת בהתעלם מכך שבמקרה של אן הופקינס לא נטען כלל לאי-תאימות בין מין ביולוגי למגדר. הופקינס מעולם לא הרגישה או טענה שאינה מספיק אישה, לכל היותר מעסיקיה הם שסברו כך.

ואכן, נראה כי קביעתו של בית המשפט בפרשת *Smith* שלפיה היות התובע טרנסקסואל אינה מעלה ואינה מורידה לעניין האפשרות להיבנות מתיאורית הסטריאוטיפ המיני, שימשה כחרב פיפיות כנגד התובעת בעניין *Etsitty v. Utah Transit Authority*.⁵⁰ בפסק הדין בעניין *Etsitty* באה לידי ביטוי גישת "מין אינו מגדר". פסק הדין ניתן על-ידי בית המשפט לערעורים של ה- 10th Circuit והוא חזר על הלכות *Holloway* ו- *Ulane* הוותיקות הגם שניתן לאחר פסק הדין בעניין *Smith*. אטסיטי, אישה טרנסקסואלית טרם ניתוח לשינוי מין, פנתה למעסיקיה ויידעה אותם בדבר היותה טרנסקסואלית, ובדבר כך שתחל בקרוב להופיע במקום העבודה בלבוש נשי, כזה התואם את זהותה המגדרית. מעסיקיה של אטסיטי טענו כי חששו שמא יעמדו בפני תביעות אזרחיות בתואנה שאחד העובדים שלהם נוהג להשתמש במתקני נשים, בין אם בתוך מקום העבודה ובין אם מחוצה לו (תפקידה של אטסיטי דרש ממנה לנוע בדרכים ממקום למקום). אטסיטי מצידה דרשה להשתמש במתקני הנשים הגם שטרם שונו איברי מינה הזכריים. לבסוף, אטסיטי פוטרה, ובד בבד הובטח לה שתוכל לחזור למקום העבודה לאחר שתעבור ניתוח לשינוי מין. בית המשפט פסק שהלכת *Price Waterhouse* אינה חלה במקרה זה, ובהתאם, דרישת המעסיקים מאטסיטי שתשתמש המתקנים התואמים את מינה הביולוגי הייתה

⁴⁸ שם, בעמ' 572: "Having alleged that his failure to conform to sex stereotypes concerning how a man should look and behave was the driving force behind Defendants' actions, Smith has sufficiently pleaded claims of sex stereotyping and gender discrimination"

⁴⁹ שם, בעמ' 575: "[A] label, such as "transsexual," is not fatal to a sex discrimination claim where the victim has suffered discrimination because of his or her gender non-conformity"

⁵⁰ *Etsitty v. Utah Transit Authority*, 502 F.3d 1215 (10th Cir. 2007)

לגיטימית ביותר, ולא הייתה קשורה בדרך זו או אחרת בסטריאוטיפים מגדריים.⁵¹ בית המשפט בעניין *Etsitty* פירש בצמצום את היקף תחולתה של תיאורית הסטריאוטיפ וקבע בלשון מפורשת כי עובד טרנסקסואל יוכל לטעון, **אולי**, להגנה של סימן 7 לחוק זכויות האזרח, רק במקרה שבו הופלה מחמת סטריאוטיפים מגדריים, ומחמת כך בלבד.⁵²

אולם, מה שמעניין במיוחד בפסק דין *Etsitty*, מעבר להיותו ממחיש את הבעייתיות שבתיאורית הסטריאוטיפ המיני, הוא האופן שבו התייחס בית המשפט להנמקתו של בית המשפט בעניין *Smith*:

"Even the Sixth Circuit, which extended protection to transsexuals under the *Price-Waterhouse* theory ... explained that **an individual's status as a transsexual should be irrelevant to the availability of Title VII protection.**"⁵³ [ההשמטה וההדגשה שלי, ל.ב.]

עולה אפוא, כי פסיקת בית המשפט ב-*Smith* שהיטיבה עם התובעת שם, מוצאת על-ידי בית המשפט ב-*Etsitty* מהדלת האחורית כדי לפסוק כנגד התובעת כאן.⁵⁴ כאשר היות התובע טרנסקסואל אינו רלוונטי לעניין היכולת להיבנות מתיאורית הסטריאוטיפ, אין להיפלא נוכח פסק דין כדוגמת זה שניתן בעניין *Etsitty*. למעשה, ניתן אף לטעון כי אין כל סתירה בין הלכת *Smith* להלכת *Etsitty*, שכן בשתייהן היות התובעת אישה טרנסקסואלית כלל אינה רלוונטית, ובהתאם לכך, מבחינת ההיגיון המשפטי שעליו מתבססות שתי ההלכות, הרי ששתייהן משלימות זו את זו ויוצרות יחד פסיקה אחידה אשר לאפשרות המצומצמת ממילא של עובדים טרנסגינדרים להיבנות מתיאורית הסטריאוטיפ המיני שהותוותה בפרשת *Price Waterhouse*.

פסקי הדין בעניין *Smith* ובעניין *Etsitty*, על תוצאותיהם השונות והרציונאל המשפטי הדומה שהופעל בהן, מעוררים תהיות באשר להיקף תחולתה של תיאורית הסטריאוטיפ ככל שזו נועדה לפרוש הגנה רחבה על תובעים טרנסגינדרים שהופלו במקום העבודה. אילונה טרנר, למשל, מביעה גישה שונה מזו שהצעת. לשיטתה, הנמקתו של בית המשפט בעניין *Smith* הייתה קרובה כפסע מליתן הגדרה כללית שלפיה אפליה מחמת טרנסקסואליות היא אפליה מחמת מין. טרנר נסמכת במאמרה על ההנמקה הבאה של בית המשפט:

⁵¹ שם, בעמ' 1224: "Title VII's prohibition on sex discrimination, however, does not extend so far. It may be that use of the women's restroom is an inherent part of one's identity as a male-to-female transsexual and that a prohibition on such use discriminates on the basis of one's status as a transsexual. As discussed above, however, *Etsitty* may not claim protection under Title VII based upon her transsexuality per se. Rather, *Etsitty*'s claim must rest entirely on the *Price Waterhouse* theory of protection as a man who fails to conform to sex stereotypes. However far *Price Waterhouse* reaches, this court cannot conclude it requires employers to allow biological males to use women's restrooms. Use of a restroom designated for the opposite sex does not constitute a mere failure to conform to sex stereotype".

⁵² שם. ביהמ"ש אפילו אינו מוכן להכריע האם בכל פעם שאדם טרנסקסואל אינו נתפש כעונה לתבניות סטריאוטיפיות אשר למינו הביולוגי, או אז הוא יהיה מכוסה על ידי ההגנה של סימן 7. ובמילים אחרות, לפי בית המשפט היות התובע טרנסקסואל יכול לחסום האפשרות להיבנות מתיאורית הסטריאוטיפ; גישה דומה ניתן למצוא בפסק הדין, *Oiler v. Winn-Dixie La., Inc.*, No. 00-3114, 2002 U.S. Dist. LEXIS 17417 (E.D. La. 2002): אוילר הוא גבר טרנסווסטיט אשר הועסק על-ידי חברת "ווין-דיקסי" כנהג, ומעולם לא הופיע במקום העבודה בהופעה "נשית". ואולם, כשנודע למעסיקיו כי הוא נוהג להופיע כך בציבור ואף מאמץ זהות נשית נפרדת מזהותו הגברית, פוטר אוילר לאלתר. בית המשפט שם התקשה לראות כיצד הלכת *Price Waterhouse* יכולה לחול, ופסק כי אוילר לא פוטר משום שמעסיקיו סברו כי הוא "נשי" מידי או משום שאינו עונה לסטריאוטיפים חברתיים באשר לאופן שבו גברים צריכים להיראות ולהתנהג. לעומת זאת, אוילר פוטר כי הוא התחפש ('disguised himself') לאדם בעל מין שונה, והציג עצמו כאישה על-מנת להקל ממתחו הנפשי ולבטא את זהותו המגדרית. בית המשפט חתם ואמר כי בעוד שעילת המין בסימן 7 אוסרת על אפליה מחמת סטריאוטיפים מיניים, היא אינה אוסרת על אפליה מחמת הפרעות זהות מינית או מגדרית.

⁵³ עניין *Etsitty*, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1224.

⁵⁴ ראוי לציין שבית המשפט של ה- Circuit העשירי אינו מחויב לפסיקה של בית המשפט של ה- Circuit השישי, אם כי, באופן מעט אירוני, הוא נעזר בהנמקה של בית המשפט ב-*Smith* כדי לבסס הנמקתו שלו.

"[D]iscrimination against a plaintiff who is transsexual - and **therefore** fails to act and/or identify with his or her gender - is no different from Ann Hopkins in Price Waterhouse, who, in sex-stereotypical terms, did not act like a woman."

לשיטתה של טרנר ההיגיון התחבירי הנגזר מהשימוש במילת הקישור 'therefore' מצביע על כך שטרנסקסואלים בהגדרתם מפרים נורמות מגדריות, ולכן זכאים להגנה של סימן 7 לפי הלכת *Price Waterhouse*. בהתאם לכך, טרנר סבורה כי פסק דינו של בית המשפט בעניין *Etsitty* שגוי. לשיטתה, התובעת כלל לא טענה שהמונח 'מין', פשוטו כמשמעו, כולל בתוכו גם 'טרנסג'נדרים'. לעומת זאת, מהות הטענה שהועלתה על ידי אטסיטי הייתה כי אפליה מחמת היות אדם טרנסג'נדר היא תת-קבוצה של אפליה מחמת סטריאוטיפים מגדריים, וזו האחרונה היא תת-קבוצה של אפליה מחמת מין לפי הלכת *Price Waterhouse*. המשמעות היא, אליבא דטרנר, שכל אפליה מחמת 'טרנסג'נדרים' היא [תת-קבוצה של] אפליה מחמת 'מין'.⁵⁵

קביעתו של בית המשפט בפרשת *Smith* ראויה לבחינה מעמיקה יותר הן ככל שדברים אמורים בתפקיד האקספרסיבי שבו נושא המשפט. בקביעתו כי טרנסקסואליות אינה מהווה מחסום מפני תביעות אפליה מחמת מין, בית המשפט הציב את מינו הביולוגי של התובע במרכז הדיון, כך שנקודת הייחוס תהא לעולם המין המולד של התובע, כל זאת מבלי שזהותו המגדרית תוצב במרכז ההידיינות ככזו שניתנת לה לגיטימציה משפטית בפני עצמה. בית המשפט התייחס לסמית' כאל גבר שהתנהגותו והופעתו נשיים, ולצורך זה, אין נפקא מינה אם סמית' היא אישה טרנסקסואלית אם לאו. בעיני בית המשפט לא רק שמינה המולד של סמית' הוא זכרי (biologically male) אלא שמגדרה הוא גברי.⁵⁶ המגדר של התובע, כך עולה מדבריו של בית המשפט, נקבע לעולם בהתאם למין הביולוגי המולד, ולכן גם מצטייר כקבוע וכבלתי-ניתן לשינוי. פרשת *Smith* עשויה להבליט את הקושי שביישום הלכת *Price Waterhouse* בתביעותיהם של עובדים טרנסג'נדרים. אצל אן הופקינס הייתה תאימות מוחלטת בין מין ביולוגי למגדר. הופקינס מעולם לא הרגישה או טענה שאינה מספיק אישה (אולי מעסיקה הם שסברו כך), בעוד שסמית' היא אישה "הכלואה" בגוף זכרי. אם נקודת הייחוס היא לעולם המין הביולוגי של הטוען לאפליה, אזי לא רק שמינה של סמית', ושל תובעות שכמותה, יהיה לעולם זכרי אלא גם מגדרה, בעיני המשפט, יהיה גברי, בבחינת עובדה מוגמרת שאינה ניתנת לשינוי. אי-ההתאמה תיבחן תמיד ביחס למין ומגדר זרים ומנוכרים לאדם הטרנסג'נדר.⁵⁷

פרשת *Schroer v. Billington*⁵⁸

פסק הדין בעניין *Schroer* ניתן לקראת סוף שנת 2008, ובמרכזו דיאן שרואר, אישה טרנסקסואלית, לאחר שירות בצבא ארצות הברית ובעלת תארים אקדמיים בהיסטוריה ויחסים בינלאומיים. שרואר ביקשה להתקבל למשרה

⁵⁵ ראו *Turner*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 589.

⁵⁶ עניין *Smith*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 575: "[D]iscrimination against a plaintiff who is a transsexual - and therefore **fails to act and/or identify with his or her gender** - is no different from the discrimination directed against Ann Hopkins in *Price Waterhouse*..." [ההדגשה וההשמטה שלי, ל.ב.]. יש לשים לב כי בית המשפט בעניין *Schwenk* התייחס לתובעת שם כאל אישה והכול בהתאם לזהותה המגדרית, ואילו בית המשפט בעניין *Smith* רואה את התובעת כגבר שהתנהגותו אינה לכאורה קוהרנטית עם המגדר המיוחס לו; לעניין זה ראו ביקורתו הנוקבת של *Vade*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 297: "If we see sex as biology and gender as social construct, then we give sex more import and make it more real. If sex, that which we are assigned at birth by doctors, is seen as more real, then transgender people's self-identification, which is different from the assignment at birth, is necessarily seen as less real. This distinction allows courts to see the transgender person's sex-assigned sex as an ultimate truth that most likely cannot be overcome"

⁵⁷ ראו *Gross*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 179. *Gross* מבקר את השייך המגדרי שקובע בית המשפט בעניין אלקובי בהתאם לאיברי המין של הנתבע: "Underlying the treatment of "Kobi" as a "fictitious person" because "Hen" has female genitalia is the conception of the primacy of biological sex, which is perceived as "natural" and determinative of the true gender and true identity of a person"; ראו גם *Gilden*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 95.

⁵⁸ *Schroer v. Billington*, 577 F. Supp. 2d 293, 2008 U.S. Dist. Lexis 71358 (D.D.C., 2008)

נחשקת בספריית הקונגרס. בריאיון העבודה הציגה עצמה שרואר עדיין כגבר בשם דיוויד – זאת משום שטרם שונה רישום מינה במסמכים הרשמיים – ונמצאה מתאימה ביותר למילוי המשרה. לאחר שהתקבלה וטרם החלה לעבוד, יידעה שרואר את מי שהייתה אחראית על קבלתה, גברת פֶּרִיס, כי הינה אישה טרנסקסואלית טרם שינוי מין, וכי בכוונתה להתחיל לעבוד בספריית הקונגרס תוך שהיא מאמצת את "זהותה החדשה". שרואר אף הראתה לפריס תמונות שבהן היא נראית כ'דיאן'. ביום המחרת נמסר לשרואר כי ספריית הקונגרס החליטה לבסוף שלא להעסיקה. בית המשפט קיבל את תביעתה של שרואר ופסק כי ספריית הקונגרס הפלתה אותה מחמת 'מין'. פרשת *Schroer* היא מעניינת שכן בפסק הדין בית המשפט נתן ביטוי לשתי גישות, האחת "מין הוא גם מגדר", והשנייה, "מין הוא גם שינוי מין" (על האחרונה ארחיב בתת-הפרק הבא).

אשר להנמקתו הראשונה של בית המשפט נראה כי ניתן להצביע בה על שינוי תפישתי כלשהו בהשוואה לפסקי הדין שנדונו לעיל. בהתאם לגישת "מין הוא גם מגדר" חיפש השופט רוברטסון במסכת העובדות שהונחה לפניו את המקום שבו יוכל להיאחז בהלכת *Price Waterhouse*, ומצא זאת לכאורה בעדותה של פריס. זו העידה כי שעה שבחנה את תמונותיה של דיאן, היא לא יכלה לראות לנגד עיניה אלא גבר בלבוש אישה. כמו כן היא סברה, כי שאר חברי שירות המחקר של הקונגרס יתקשו להתייחס לשרואר ברצינות, שכן בעיניהם היא לא תהיה יותר מאשר גבר הלבוש בבגדי אישה. ויודגש, פריס לא טענה בעדותה ששרואר אינה נראית מספיק נשית או גברית, אלא שחברי שירות המחקר יסיקו מניסיונה הצבאי העשיר של שרואר שזו אינה אלא גבר.⁵⁹ לפי השופט רוברטסון הרי שלצורך האפשרות של דיאן שרואר להיבנות מסימן 7 לחוק זכויות האזרח, אין נפקא מינה אם זו הופלתה מחמת כך שהייתה בעיני ספריית הקונגרס כגבר שאינו מספיק גברי, או כאישה שאינה מספיק נשית, או פשוט כטרנסקסואלית שמעצם היותה כזאת אינה תואמת נורמות מגדריות מסוימות (Gender Non-Conforming Transsexual).⁶⁰ לדידו, ניתן לסווג את הערותיה של פריס בכל אחת מדרכים אלה. לו הלך בית המשפט לפי ההיגיון של הלכת *Smith* הרי שראשית היה צריך "לסווג" את שרואר כגבר. אחר כך, היה נדרש לבחון האם התנהגותה ולבושה לא היו די "גבריים" בעיני המעסיק, במקרה זה גברת פריס, והאם זו הייתה סיבת אי-קבלתה לעבודה בספריית הקונגרס, או לפחות חלק הימנה. נראה כי לו עשה כן, לא היה עולה בידי בית המשפט לפסוק לטובתה של התובעת, מן הטעם הפשוט שדיאן שרואר לא הופלתה לרעה מחמת כך שנתפשה על יד פריס כלא מספיק גברית.⁶¹

פסיקתו של השופט רוברטסון מקלה באופן משמעותי עם תובעים טרנסג'נדרים. בפסקי הדין שניתנו לפני *Schroer*, בתי המשפט ביססו פסיקותיהם תוך שהם נכנסים לעיני המעסיק המפלה ובהתאם בחנו את האופן הספציפי שבו ראה זה האחרון את קרבן האפליה. כך, בתי המשפט פסקו כי שוונק, רוזה וסמית' נדמו כולן בעיני הפרסונה המפלה כגבר בעל מנייריזם והופעה נשיים. בהתאם לכך, בתי המשפט ראו מנגד לעיניהם גברים ביולוגיים שאינם תואמים הבניות מגדריות מסורתיות הקשורות במינם הזכרי, ורק משום כך היו זכאים להגנת סימן 7 לחוק זכויות האזרח. החידוש בפסק דין *Schroer* הוא שהשופט לא קובע מסמרות בדבר סיווגה של התובעת כגבר או אישה, ואינו מתיימר להכריע כיצד לכאורה ראה המעסיק את התובעת שעה שנהג כלפיו אפליה, האם כגבר האם כאישה. יש להניח שבית המשפט בפרשת *Schroer* לא הרגיש הכרח בסיווג קונקלוסיבי כאמור מחמת הנמקתו השנייה בהתאם לגישת "מין הוא גם שינוי מין", אך עם זאת, אין להתעלם מכך שדווקא היעדר קביעה נחרצת באשר למין ולמגדר של שרואר מצד בית המשפט היא שהותירה צוהר רחב יותר ליכולתם של עובדים טרנסג'נדרים לבסס תביעותיהם על תיאורית הסטריאוטיפ המיני.

⁵⁹ שם, בעמ' 305.

⁶⁰ אמירה זו קרובה, לכל הפחות במבחן התוצאה, לפרשנות שנותנת אילונה טרנר לפסק דין *Smith*. ראו לעיל דיון בעמ' 15-16.

⁶¹ עניין *Schroer*, לעיל ה"ש 58, בעמ' 305.

אפליה תעסוקתית – בראי הפסיקה הפדראלית

תיאורית הסטריאוטיפ המיני עשויה להצטייר כחסרה ככל שהיא נועדה להגן על טרנסג'נדרים מפני אפליה במקום העבודה. טענתה של טרנר, שלפיה אפליה מחמת טרנסג'נדרים היא תת-קבוצה של אפליה מחמת מין, אינה הדרך שבה פירשו בתי המשפט את המונח מין בסימן 7 לאור הלכת *Price Waterhouse*, גם לא אלה מביניהם שנכוונו לפסוק לטובת תובעים טרנסג'נדרים.⁶²

תיאורית הסטריאוטיפ המיני במובהק לא רואה בעובדים טרנסקסואלים קבוצה הזכאית להגנה לפי סימן 7 לחוק זכויות האזרח. התיאוריה בוחנת אינדיבידואלים, ואינה מכירה באפליה רבת שנים ממנה סבלו ועודם סובלים אנשים טרנסג'נדרים.⁶³ פסק דין בעניין *Rosa* הוא ביטוי מובהק לחיסרון זה של התיאוריה, שם בחרה התובעת ביודעין שלא לחשוף את דבר היותה טרנסקסואלית, מחשש שעובדה זו תסתום את הגולל על סיכויי תביעתה. אמנם פסק דין *Smith* הסיר חשש זה, אולם לא נתן ולו שמץ ביטוי להיסטוריה רבת שנים של נידוי וקיפוח חברתיים-כלכליים שמהם סובלים אנשים טרנסג'נדרים בארצות הברית. במתכונת הבחינה שהותוותה בפרשת *Smith* – היות התובע טרנסקסואל כלל לא משנה לאפשרות התיאורית להיבנות מתיאורית הסטריאוטיפ – לא ניתן לנהל בין כותלי בית המשפט שיח טרנסג'נדרים רחב, כזה המבקש לעמת את המשפט מול קיפוח קולקטיבי היסטורי ומתמשך ביחס לאנשים טרנסג'נדרים בארצות הברית.

מבחינה פרקטית, הרי שבהעדר ההתייחסות לאוכלוסית האנשים הטרנסג'נדרים כקבוצה, תיאורית הסטריאוטיפ המיני מגנה על עובדים טרנסג'נדרים מפני אפליה תעסוקתית בספקטרום מצומצם מאוד של מקרים. לפי פרשנות צרה של התיאוריה, עובדים טרנסג'נדרים יהיו זכאים לסעד מבית המשפט רק ככל שעולה בידיהם להוכיח כי מעסיקהם הפלו אותם לרעה משום שלא תאמו בעיני אלה סטריאוטיפים מגדריים. פסק הדין בעניין *Etsitty* הוא דוגמה טובה ליישום צר מאוד של תיאורית הסטריאוטיפ המיני ביחס לעובדים טרנסג'נדרים, והוא מבטא את מוגבלותו של כלי משפטי זה בקידום האינטרסים של עובדים טרנסג'נדרים כקבוצה.⁶⁴

אחת הבעיות שעולות מתיאורית הסטריאוטיפ המיני קשורה בסיווג זהותו המגדרית של התובע, קורבן האפליה. פסק דין *Smith* המחיש בעיה זאת באופן ברור: סמית', טרנסקסואלית, ראתה עצמה כאישה, ולעומתה, המעסיק סבר שהיא גבר בעל הופעה ומנייריזם נשיים. בית המשפט, בבחנו את הסוגיה, הכריע שסמית' היא אכן גבר שהופלה מחמת כך שהתנהגותו והופעתו לא היו די גבריים בעיני המעסיק, ולא תאמו בעיני זה האחרון את מגדרו [הגברי] של סמית', כך שזו תיחשב אפליה פסולה מחמת 'מין' לפי *Price Waterhouse*. בית המשפט העניק הגנה לסמית', אך מבחינה תקדימית, נוצרה הלכה בעייתית ביותר המניחה את משקל הכובד בשאלה שכלל אינה רלוונטית לזהות המגדרית: מה מינו הביולוגי של האדם? ככל שתובעים כמו סמית' יכולים להיבנות מתיאורית הסטריאוטיפ המיני, הם נדרשים להיאחזו במין הביולוגי שלהם, אפילו הם מרגישים אליו תחושת זרות וניכור.⁶⁵ כפי שראינו, הצבתו של 'המין' במרכז הדיון מצריכה התייחסות לאופן שבו נקבע מינו של התובע. בעוד שמפרשת *Schwenk* עולה כי הכוונה היא למין אנטומי, בית המשפט בפרשת *Smith* במובהק מתייחס למין ביולוגי. התייחסויות שונות אלה עשויות להוביל בהתאם לתוצאות שונות כאשר התובע הופלה לרעה לאחר שעבר ניתוח לשינוי מין.⁶⁶

⁶² יש לזכור שבית המשפט בעניין *Smith* לא קבע אמירה מפורשת כזו, אלא שלכל היותר ניתן להסיק זאת בין השיטין. עם זאת, אולי ניתן להבין את פסק הדין *Schroer* כהולך צעד אחד לעבר גישתה זו של טרנר, זאת חרף כך שבית המשפט בפירושו קובע שאפליה מחמת טרנסקסואליות *per se*, אינה מוגנת לפי סימן 7. שם.

⁶³ *Grenfell*, לעיל ה"ש 40, בעמ' 83-84.

⁶⁴ ראו דיון לעיל בעמ' 14-15.

⁶⁵ ראו *Gulati*, לעיל ה"ש 36, בעמ' 2190-2191.

⁶⁶ ראו דיון בפרשת *Schwenk* לעיל בעמ' 12-13.

בעיה נוספת שעולה מאימוץ תיאורית הסטריאוטיפ היא עידוד הטמעתם של עובדים טרנסג'נדרים בתוך מסגרות חברתיות מוכרות. במקום לעודד שיח מגדרי חדש, הפסיקה מבקשת לנטרל את השוני על ידי כך שהיא מסווגת אנשים טרנסג'נדרים לאחד משני המגדרים "המקובלים" – גבר או אישה. עובדים טרנסג'נדרים המבקשים להיבנות מתיאורית הסטריאוטיפ צריכים להתאים עצמם לסטנדרטים והבניות חברתיות מוכרים וקבועים. יש מי שיטענו כי זו בדיוק שאיפתם של אנשים טרנסקסואלים – שהם, יש לזכור, קבוצה אחת בתוך אוכלוסיית הטרנסג'נדרים הרחבה – המבקשים להידמות באופן מוחלט למין השני ולהימנות עליו באופן מושלם. מבחינת חלקם העלמת השוני היא מבורכת והכרחית שכן יציבות וקטגוריות ברורות מסייעות בידם למצוא מחדש וביתר קלות את מקומם הראוי בחברה.⁶⁷ אולם, אין להתעלם מכך שהעלמת השונות היא בעלת פוטנציאל דווקא להנציח את הסטריאוטיפ, מן הטעם הפשוט שהיא אינה מתמודדת איתו: "השונויות מופשטות מהכוח החתרני שהן נושאות".⁶⁸ תיאורית הסטריאוטיפ המיני אינה עוקרת מן השורש סטריאוטיפים מגדריים המכוונים כנגד אנשים טרנסג'נדרים אלא היא מבקשת להתעלות מעליהם ולהזיר אותם, באופן אבסורדי, מהשיח הסטריאוטיפי המגדרי. כמו כן, התיאוריה מאלצת את השונה להתאים עצמו לנורמות הטרוסקסואליות הגמוניות. מי שאינו מסוגל לעשות כן, קרי לדבוק בזהות מגדרית לכאורה נורמטיבית, אינו יכול למצוא מזור בהלכת *Price Waterhouse* שממילא לא הרחיבה השיח המגדרי מעבר למאפיינים סטריאוטיפיים נשיים וגבריים. מעבר לכך, בית המשפט, ביישמו את תיאורית הסטריאוטיפ המיני על המקרה המונח לפניו, נדרש להכריע מהם לבוש, הופעה והתנהגות נשיים או גבריים ובכך הוא מנציח ממש את אותן הבניות שמלכתחילה מאתגרת קבוצת האנשים הטרנסג'נדרים. הכרעות כאמור "מאששות" את דבר קיומם של גברים ונשים סטריאוטיפיים, ועל דרך כך מנציחות סטריאוטיפים אלה.⁶⁹ יוצא אם כן שלא זו בלבד שהשיח הטרנסג'נדראי אינו מאתגר הבניות חברתיות שגורות, אלא שהוא נטמע באותן הבניות ותורם להתבססותן.

אישוש סטריאוטיפים קיימים אינו מותיר מקום לספק שתיאורית הסטריאוטיפ היא תיאוריה בינארית המכירה בשתי זהויות מגדריות בלבד: גברית ונשית. התיאוריה מניחה שני מינים ביולוגיים, ובהתאם אליהם שתי זהויות מגדריות, והיא אינה תופסת ברשתה מגוון רחב של זהויות וביטויים מגדריים שאינם נופלים לבינאריות נוקשה של "גבר מושלם" או "אישה מושלמת", ככל שאלה בכלל קיימים. התובע המבקש להיבנות מן התיאוריה נדרש להחליט עם מי משתי צורות המגדר הוא מזדהה. תיאורית הסטריאוטיפ אינה יכולה, במתכונת שהותוותה בהלכת *Price Waterhouse* ושאוּמצה בפסיקה שלאחריה, להבנות מחדש נורמות חברתיות שגורות ודיכוטומיות אשר לזהויות מגדריות.⁷⁰ אם נחשוב על עובד טרנסג'נדר שזהותו המגדרית אינה גברית או נשית בהכרח, הרי שלגביו יתקשה בית המשפט להעניק סעד לפי תיאורית הסטריאוטיפ המיני. לשם המחשה ניקח את התובעת ב-*Smith*. זו הופלתה טרם ניתוח לשינוי מין ואובחנה כמי שיש לה הפרעת זהות מגדרית, וכמי שרוצה לשנות את מינה דרך ניתוח לשינוי מין. בית המשפט קבע שסמית' היא גבר בעל מנייריזם ולבוש נשיים, ולכן היא זכאית להגנה של סימן 7. אולם, נניח שזהותה המגדרית של סמית' לא הייתה ניתנת לסיווג בינארי חותך של גבר או אישה (למשל קולה והתנהגותה גבריים, היא מגדלת זקן ושפם, אך נוהגת ללבוש חצאית ולנעול נעלי עקב), כיצד היה בית המשפט, אם בכלל, יכול להעניק לה סעד לפי תיאוריה זו? כיצד היה קובע אם התנהגותה והופעתה נשיים או גבריים?⁷¹ הזהויות שנתפסות ברשתה של תיאורית הסטריאוטיפ הן אותן זהויות המוכתבות על-ידי

⁶⁷ ראו Gross, לעיל ה"ש 12, בעמ' 222. גרוס מתייחס בהקשר זה לספרו של ג'יי פרוסר: JAY PROSSER, SECOND SKINS: THE BODY, NARRATIVES OF TRANSEXUALITY 200-205 (1998).

⁶⁸ ראו Grenfell, לעיל ה"ש 40, בעמ' 94: גרנפל דנה בבעייתיות של חוקים אמניציפטוריים המעודדים היטמעות והעלמת השוני. לשיטתה, האופן שבו בתי המשפט בארה"ב מפרשים את תיאורית הסטריאוטיפ, היא דרך כללי הטמעה.

⁶⁹ שם, בעמ' 93-94. בהקשר זה גרנפל מתייחסת למאמרה של ג'ודית באטלר: Judith Butler, *Appearances Aside*, 88 CAL. L. REV. 55 (2000).

⁷⁰ ראו Gilden, לעיל ה"ש 12, בעמ' 101-95.

⁷¹ למעשה, נוצר מעין מעגל שוטים: מדוע בכלל שבית המשפט יסווג התנהגות כגברית או נשית? מהם הכלים שיש בידו לעשות כן? האם בכלל יש דבר כזה זהות גברית וזהות נשית? ראו בהקשר זה: BUTLER, GENDER TROUBLE, לעיל ה"ש 9, בעמ' 140-141 (קביעה שזהות

נורמות הטרוסקסואליות של מין ומגדר, כאשר במקביל לא ניתנת הכרה בזהויות וביטויים מגדריים מגוונים ורבים אחרים אשר נעדרים לחלוטין מהשיח המשפטי.⁷²

לעניין זה חשוב גם להעמיד בביקורת את הקשר ההכרחי שעושה בית המשפט בין הופעה לזהות מגדרית כשהוא מיישם את תיאורית הסטריאוטיפ המיני. לפי בית המשפט לבוש נשי עשוי להיות אינדיקציה לכך שהזהות המגדרית גם היא נשית, ולהפך. לעומת זאת, טרנסג'נדרים שבהם לא מתקיימת אותה תאימות בין זהות מגדרית להופעה חיצונית אינם מוגנים מפני אפליה כאמור לאור תיאורית הסטריאוטיפ. כאן יש להעמיד דברים על דיוקם. אם נצא מנקודת הנחה שמגדר הוא ביצועי בחינת כך שהוא נוצר דרך פעולות החוזרות על עצמן ואשר יוצרות אשליה של זהות פנימית טבועה באדם, אזי מן ההכרח כי הופעה חיצונית בהקשר המגדרי היא חלק מאותן פעולות נשנות, כמו גם התנהגות ומנייריזם, ולכן היא יוצרת מגדר. במילים פשוטות, לבישת פריטי לבוש מגדריים והופעה חיצונית אינם בבואה או סממן אקספרסיבי של הזהות המגדרית, אלה שהם, ולא רק, יוצרים ממש את המגדר של האדם.⁷³ ואולם, הבעיה בהיקש בין הופעה למגדר נוצרת כאשר בית המשפט בוחן זהויות מגדריות דרך פריזמה בינארית, כך שמבחינתו אותן זהויות בינאריות הן עובדות מוגמרות והן אלה שמכתיבות דפוס התנהגות או הופעה מסוימים. אם שוב נחשוב על someone having a beard and wearing a dress, הרי שביטוי המשפט יתקשה, על סמך הופעתו החיצונית בלבד, להכריע אם לפניו מי שזהותו המגדרית היא גברית או נשית. למעשה, אין פלא שבית המשפט יתקשה לעשות כן, שהרי אין זהותו המגדרית של התובע נשית או גברית בהכרח. זהותו המגדרית היא אחרת, והיא אינה יכולה להיחתיך על פי הופעתו החיצונית לבינאריות נוקשה של גבר או אישה.⁷⁴

הבחינה הבינארית הנוקשה שכופה תיאורית הסטריאוטיפ מונעת מבית המשפט לדון בהיבטים רחבים יותר של מגדר. האופן שבו בוחן בית המשפט זהויות מגדריות מצטמצם לאותן הבניות מסורתיות הקשורות בטבורן למין הביולוגי של התובע או התובעת, וזאת בהתעלם מכך שקיומם של שני מינים, אם בכלל, אינו מכתוב את קיומן של שתי תצורות מגדר בלבד. נראה כי חוסר היכולת של תיאורית הסטריאוטיפ להרחיב את השיח המגדרי ולהבנות מחדש נורמות מגדריות הוא החיסרון העיקרי שלה בקידום האינטרסים המשפטיים והחברתיים של אוכלוסיית הטרנסג'נדרים בארצות הברית.

3.3 גישת "מין הוא גם שינוי מין" – דעת מיעוט ישנה ופסיקה חדשה

כפי העולה משמה, לפי גישת "מין הוא גם שינוי מין" אנשים טרנסג'נדרים המשנים את מינם זכאים להגנה מפני אפליה תעסוקתית בהתאם לסימן 7 לחוק זכויות האזרח. את ניצניה של גישה זו ניתן למצוא כבר בדעת המיעוט בפסק דין *Holloway* הוותיק.⁷⁵ בניגוד לדעת הרוב באותה פרשה, שנצמדה לכוונת המחוקק ודגלה בגישת "מין אינו מגדר", דעת המיעוט של השופט גודווין סברה כי כאשר טרנסקסואל משלים את שינוי המין, אין ספק שהוא יכול להעלות טענת אפליה מחמת מין, שכן הוא נכנס לקטגוריית מין ברורה – זכר או נקבה. השופט גודווין התייחס בפסק דינו לכך שהולווי פוטר בהאמצעו של תהליך לשינוי מין כאשר מינה – ככל הנראה הכוונה למין אנטומי – טרם התעצב באופן חד-משמעי. חרף זאת, גודווין לא מצא שיש לדבר נפקות כלשהי. לשיטתו, לו המתין המעסיק עד סיום הניתוח לשינוי מין ורק אז היה מפטר את הולווי, זו הייתה יכולה לטעון כי הופלתה מחמת מין.

מגדרית היא אשליה הנוצרת דרך ביצועיות של מעשים מגדריים החוזרים על עצמם פעם אחר פעם. אם מגדר הוא ביצועי-חיצוני ולא פנימי-מהותי, אזי לא ניתן לסווג מעשים מגדריים כנכונים או שגויים.

⁷² ראינו גם שאנשים קרוס-דרסרים יכולים להיבנות מתיאורית הסטריאוטיפ, הגם שאלה אינם מרגישים בהכרח צורך להימנות באופן קבוע עם המגדר השני. אולם, גם ראינו שקרוס-דרסינג כזהות מגדרית אינו מוגן, אלא מה שמוגן, ככל שעולה מעניין *Rosa*, היא הופעתו החיצונית הנשית של גבר. למעשה, קרוס-דרסינג לא מעמת את בית המשפט מול פריצת הדיכוטומיה של הזהויות המגדריות, שכן נקודות הייחוס נותרות זו הגברית אל מול זו הנשית. ראו דיון לעיל בעניין *Rosa*, בעמ' 11-12.

⁷³ ראו *Gilden*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 109.

⁷⁴ עוד על הקושי שבקביעת הזהות על-פי ההופעה החיצונית ראו *Tirosh*, לעיל ה"ש 15, בעמ' 64-78.

⁷⁵ עניין *Holloway*, לעיל ה"ש 21.

לפיקד, אין זה נכון, לשיטתו, ליצור הבחנות בין השלבים השונים במהלך התהליך לשינוי מין, כל עוד הולווי, ביום שפוטרה, התיימרה להיות אישה.⁷⁶ גם אם זה לא נאמר במפורש, דעת המיעוט, בניגוד לדעת הרוב, הייתה מוכנה לסטות מכוונת המחוקק, ולהעניק למונח מין פרשנות רחבה יותר כדי ליתן הגנה לעובדים טרנסקסואלים. למעשה, דעת המיעוט, לו התקבלה כדעת רוב, הייתה מעניקה הגנה לכל טרנסקסואל המתעתד ליצור התאמה, היוצר התאמה או שכבר יצר התאמה מושלמת בין זהותו המגדרית לבין מינו על-ידי ניתוח לשינוי מין.

מעניין לראות כי דווקא דעת המיעוט של השופט גודווין עשויה, בהקשרים מסוימים, לפרוש הגנה רחבה יותר על עובדים טרנסקסואלים מאשר האופן שבו פירשו בתי המשפט הפדראליים את תיאורית הסטריאוטיפ המיני. אם נחזור לפסק הדין בעניין *Schwenk* הרי ששם העליתי השערה כי בהתאם לשיח שאומץ על ידי בית המשפט יקשה על תובעים טרנסקסואלים פוסט-ניתוח לטעון לאי-התאמה בין מינם (האנטומי) למגדרם, מה שעשוי להותיר אותם, באופן אבסורדי, ללא ההגנה הניתנת לעובדים טרנסקסואלים פרה-ניתוח בהתאם לתיאורית הסטריאוטיפ המיני. דעת המיעוט של גודווין – הגם שהיא שגויה ביחסה משקל יתר לשינוי הפיזי-אנטומי-חיצוני של איברי המין – רחבה במובן זה מהלכת *Schwenk*, שכן היא נמנעת במוצהר מלראות במועד שינוי המין ממש ככזה שמשפיע על האפשרות להיבנות מסימן 7 לחוק זכויות האזרח. יש גם לשים לב, כי בניגוד לעמדת בית המשפט בפרשת *Smith*, ושלפיה מגדרו של התובע נקבע לעולם בהתאם למינו המולד, גישתו של גודווין נמנעת מלשייך את התובעת למין ומגדר שאליהם היא חשה תחושת ניכור ואי-נוחות.

עם זאת, יש לשים לב היטב כי דעת המיעוט מתמקדת בשינוי המין הביולוגי-אנטומי ולא בשינוי המגדרי, קרי במעבר מזכר לנקבה ולא במעבר מגבר לאישה. זאת ועוד, דעת המיעוט מצטיירת כבעייתית כאשר היא נבחנת בפריזמה רחבה של זהויות וביטויים מגדריים שכן היא מבטאת במובהק תפישה של ציר בינארי של זהות מגדרית כאשר בקצהו האחד אישה ובשני גבר, ובתווך – לא כלום. הזהות המגדרית כשלעצמה, לפי גודווין, אינה מוגנת אלא כל עוד היא "מגובה" במין פיזי-אנטומי. לכן, השיח המגדרי – השימוש במונח 'זהות מגדרית' נעדר מפסק הדין – הוא מוגבל ביותר, שכן גודווין אינו מוכן להרחיב את עילת ה'מין' אלא אשר למי שמשנים את מינם האנטומי, או שסופם לעשות כן, לאחד מ"שני המינים הקיימים". יתר על כן, הנמקתו של גודווין נראית מעט לוקה. באמרו כי לו כבר שינתה התובעת את מינה אז הייתה נכנסת בקטגוריה משפטית ברורה מה שהיה מאפשר לה בנקל לזכות בסעד בהתאם לסימן 7 לחוק זכויות האזרח, גודווין מתעלם לחלוטין מסיבת האפליה האותנטית. הולווי לא הופלתה לרעה מחמת שהיא אישה, היא הופלתה לרעה מחמת שהיא אישה טרנסקסואלית.

גישת "מין הוא גם שינוי מין" באה לידי ביטוי בפרשת *Schroer*⁷⁷ כשלושים ואחת שנים מאוחר יותר, הגם שהנמקות השופטים בשני פסקי הדין שונות זו מזו. הנמקתו השנייה של השופט רוברטסון בפסק הדין עשויה, לטעמי, לסמן שיח חדש בליטיגציה הטרנסקסואלית בארצות הברית, ככל שתאומץ על-ידי בתי משפט ב-Circuits נוספים. בפסק הדין קבע בית המשפט בלשון חדה וברורה שאפליה מחמת 'מין' היא באופן מפורש אפליה מחמת 'שינוי מין', ולא זו אף זו, אלא שלשון החוק היא שמכתיבה כך בדיוק.⁷⁸ לשיטתו, כשם שאדם שהמיר את דתו (convert) מוגן תחת עילת ה'דת' בסימן 7 לחוק זכויות האזרח, ולא יעלה על הדעת שעילת הדת מוציאה מתוכה 'מומרים', כך גם מי ששינה את מינו מוגן תחת עילת ה'מין' שכלשונה אינה מוציאה מתוכה 'טרנסקסואלים'.⁷⁹ לפי השופט רוברטסון, עובדים טרנסקסואלים שסבלו אפליה תעסוקתית אינם צריכים להיות בהכרח בהלכת *Price Waterhouse* ולהוכיח בהתאם את אי-התאמתם לנורמות מגדריות מסורתיות,

⁷⁶ שם, בעמ' 664-665: "It seems to me irrelevant under Title VII whether the plaintiff was born female or was born ambiguous and chose to become female. The relevant fact is that she was, on the day she was fired, a purported female"

⁷⁷ עניין *Schroer*, לעיל הי"ש 58.

⁷⁸ שם, בעמ' 306. בית המשפט קובע כך: "[c]ourts have allowed their focus on the label "transsexual" to blind them to the statutory language itself"

⁷⁹ שם, בעמ' 306-307.

אלא שמעצם היותם טרנסקסואלים הם משתייכים לקבוצה רחבה המוגנת מפני אפליה לפי סימן 7 לחוק זכויות האזרח.⁸⁰ קביעה כאמור טרם נאמרה בבתי המשפט הפדראליים, זאת בכפוף לדעת המיעוט של גודווין בפסק דין *Holloway*. יש גם לשים לב ששינוי מין לפי רוברטסון, בניגוד לתפישתו של גודווין, עשוי להתפרש כשינוי מגדרי ובהתאם אינו מחייב בהכרח ניתוח לשינוי מין.⁸¹ פסק דינו של רוברטסון משמעותי כל כך מכיוון שהוא מנתק את המונח מין מפרשנות אנטומית-כרומוזומאלית גרידא, ומייסד עליו קטגוריה משפטית נוספת. בית המשפט הבין – ופסיקתו מוכיחה כך – כי דיאן שרואר אינה גבר, וזה כלל לא משנה שהיא נמצאת רק בתחילת ההליך לשינוי מין, ושאיברי המין שלה עודם זכריים.

בעוד שהנמקתו השנייה של בית המשפט מרחיקת לכת בכך שהיא כוללת בתוך 'מין' גם 'שינוי מין/מגדר', ספק רב אם ניתן להחיל אותה על קבוצת הטרנסגינדרים הרחבה יותר. האם גבר קרוס-דרסר או someone *having a beard and wearing a dress*, נכנסים, לפי הלכת *Schroer*, בגדרי המונח 'מין' כלשונו בסימן 7? קשה לתת תשובה חד-משמעית. כאמור, ניתן לפרש את הלכת *Schroer* כמייסדת קטגוריה משפטית חדשה ושלישית נוסף על שתי הקיימות. פרשנות כזו מוסיפה לשיח הקיים, מאתגרת אותו ומבנה אותו מחדש: נוסף לנשים וגברים קיימת קבוצה נוספת המוגנת תחת עילת המין והיא קבוצת האנשים הטרנסקסואלים. עם זאת, יש להטיל ספק אם הלכת *Schroer* רחבה דיה כדי לכלול בקטגוריה זו מגוון זהויות וביטויים מגדריים שחורגים מנורמות בינאריות מסורתיות ביחס למגדר/מין. השיח בפסק הדין הוא 'טרנסקסואלי' לחלוטין, מן הטעם הפשוט שדיאן שרואר היא אישה טרנסקסואלית. בית המשפט, לאורך כל הנמקתו, לא חורג משיח זה, ולא מתיימר להרחיב אותו לזהויות, ביטויים או מעשים מגדריים "חדשים". יתרה מכך, בהשוואתו טרנסקסואלים למומרים, בית המשפט מתכוון ממש למעבר מובחן וברור ממגדר אחד למגדר שני, מה שמצמצם בוודאי את היכולת להרחיב שיח מגדרי שאינו מצטמצם להבניות חברתיות שנקשרו בשני המינים הביולוגיים המסורתיים. חמור מכך, הלכת *Schroer* עשויה להתפרש ככזו ש"מנרמלת" טרנסקסואלים, על חשבון כך שהיא מדירה מאותו נרמול את כל אותם אנשים טרנסגינדרים שאינם טרנסקסואלים. דווקא אותם אלה המודרים מהשיח, הם שיכולים לאתגר מחדש הבניות מסורתיות דיכוטומיות אשר למין ומגדר.⁸²

3.4 גישת "זהות מגדרית חסרה" – עלייתה ונפילתה של הזהות המגדרית בהצעת חוק איסור אפליה תעסוקתית

הצעת החוק הפדראלית, Employment Non-Discrimination Act of 2009 (להלן: "ENDA" או "הצעת החוק"),⁸³ נועדה להעניק הגנה מפני אפליה תעסוקתית מחמת 'נטייה מינית' (sexual orientation) ו'זהות מגדרית' (gender identity). הצורך ב-ENDA גבר עם השנים ככל שרבתה והלכה ליטיגציה טרנסגינדרית והומו-לסבית, ונתברר שעילת ה'מין' בסימן 7 לחוק זכויות האזרח לא נותנת מענה מקיף ומספק לאוכלוסיות מופלות אלה, אלא ככל שהועלו טענות מסוג סטריאוטיפים מיניים בהתאם להלכה שהותוותה בפרשת *Price Waterhouse*. מעבר לכך, חשיבות ההכרה בזהות מגדרית כעילת איסור אפליה נפרדת ומובחנת מתחדדת ביתר שאת אל מול "אילוצי ההטמעה וביטול השוני" שכופה תיאורית הסטריאוטיפ. אם לפי תיאורית הסטריאוטיפ

⁸⁰ בניגוד לפרשנות של אילונה טרנר לפסק דין *Smith*, הנמקתו השנייה של בית המשפט בעניין *Schroer* לא קובעת כי אפליה מחמת טרנסגינדרים היא תת-קבוצה של אפליה מחמת סטריאוטיפים מיניים, שהיא, לפי הלכת *Price Waterhouse*, תת קבוצה של אפליה מחמת מין, אלא ששינוי מין כשלעצמו הוא תת-קבוצה של מין בחוקי אפליה.

⁸¹ עניין *Schroer*, לעיל ה"ש 59, בעמ' 307-306: "But in cases where the plaintiff has changed her sex, and faces discrimination because of the decision to stop presenting as a man and to start appearing as a woman, courts have traditionally carved such persons out of the statute by concluding that "transsexuality" is unprotected by Title VII" [ההדגשה שלי, ל.ב.].

⁸² *Gilden*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 103-102.

⁸³ (2009) Cong. 111th, H.R. 3017, Employment Non-Discrimination Act of 2009, (להלן: H.R. 3017).

נדרש התובע להיאחז במגדר מסוים, מוכר וידוע, הרי שחוק המגן על זהות מגדרית הוא בעל פוטנציאל רב יותר לכלול מגוון זהויות וביטויים מגדריים שאינם נופלים לבינאריות נוקשה כפי שפירשו בתי המשפט הפדראליים את הלכת *Price Waterhouse*. נוסף על כן, הכרה בזהות מגדרית כעילת אפליה מובחנת היא בפועל הכרה בצורך להעניק לעובדים טרנסג'נדרים הגנה משפטית מפני אפליה תעסוקתית. טרנסג'נדרים אינו עוד בלתי רלוונטי לשיח המשפטי כפי שנפסק בפרשת *Smith*, אלא הוא-הוא מוקד השיח המשפטי, והסיבה האמיתית שבעטיה הופלה התובע.

הגדרת 'זהות מגדרית' בסעיף 3(6) להצעת החוק ENDA נדמית במבט ראשון כרחבה דיה כדי לכלול מגוון זהויות וביטויים מגדריים שעשויים להיחשב כ- Gender Non-Conforming:

"The term 'gender identity' means the gender-related identity, appearance, or mannerisms or other gender-related characteristics of an individual, with or without regard to the individual's designated sex at birth."⁸⁴

עינינו הרואות כי ההגדרה ב-ENDA מגנה על הופעה, מניירים (במובן של מאבחן התנהגותי) ומאפיינים מגדריים שונים, כל זאת מבלי לקשור אותם למין ביולוגי מסוים, זכר או נקבה. על אף זאת, נראה כי סעיף 8 להצעת החוק, על תתי-הסעיף שבו, מגביל באופן משמעותי את מה שנדמה בתחילה כהגדרה רחבה שבגדרה נכנס ערב רב של זהויות, ביטויים, ומעשים מגדריים. להלן אבקש לסקור את ההוראות המצמצמות בהצעת החוק, ודרך זאת להראות כי ENDA מחמיץ, הן מנקודת מבט אקספרסיבית והן מנקודת מבט פרקטית, את הפוטנציאל לתרום לקידום זכויותיהם של עובדים טרנסג'נדרים לשוויון תעסוקתי.

שינוי מגדר או שינוי מין. סעיף 8(a)(5) להצעת החוק קובע כי מעסיק יוכל לדרוש מעובדו, בשעות העבודה, לדבוק בקוד לבוש מסוים התואם את המגדר "החדש" של העובד **לאחר** שינוי המגדר או **בעת** השינוי. למעשה, החוק מכיר בנקודת ייחוס אחת והיא 'שינוי המגדר' (Gender Transition) של העובד. רק כאשר העובד עבר או עובר שינוי כאמור, הוא רשאי לבחור קוד לבוש התואם את הזהות המגדרית שלו. הוראות הצעת החוק אינן מגדירות מהו 'שינוי מגדר', ובהתאם לכך, ניתן לתהות כי אם שינוי המגדר הוא דה פקטו שינוי המין, אזי איזו בשורה גדולה נושאת עימה הצעת החוק? פירוש כאמור לשינוי מגדר משמעו שהצעת החוק מכירה בזהות המגדרית רק כאשר זו תואמת את המבנה האנטומי החיצוני של העובד: גבר טרנסקסואל שטרם החל מעבר של שינוי מין לא יוכל לבחור ללבוש במקום העבודה בגדים המזוהים כנשיים, הגם שזהותו המגדרית היא נשית לחלוטין, ועל אף שמטרת החוק היא להגן על עובדים מפני אפליה מחמת 'זהות מגדרית'. לטעמי, בהיעדר הגדרה כאמור לשינוי מגדר, רצוי לפרש מונח זה באופן רחב יותר, ואף הגיוני יותר כאשר הכוונה היא לחוקק חוק המגן על 'זהות מגדרית'. שינוי מגדר אינו צריך להצטמצם לשינוי המין, והוא יכול להיעשות בשלבים מוקדמים הרבה יותר. מעבר לכך, שינוי מין דרך התערבות חיצונית אינו קונסטיטוטבי ליצירתה של זהות מגדרית. שינוי המגדר צריך להתפרש כשלב שבו החליט והרגיש העובד שמינו הפיזי-המולד זר ומנוכר לזהותו המגדרית-הפנימית. הרגשה כזו יכולה להופיע כבר בשלבים מוקדמים של החיים, למשל בגיל ההתבגרות או אפילו מוקדם מכך. יש לבחור בהסדר שמאפשר לעובד לאמץ קוד לבוש באופן התואם את הזהות המגדרית שלו. מטבע הדברים, שינוי המגדר וגיבוש הזהות המגדרית מופיעים בשלב מוקדם יותר משינוי המין עצמו.

תפישה בינארית. בעיה נוספת שעולה מסעיף 8(a)(5) היא קיבוע התפישה הבינארית בשיח הזהויות המגדריות. כשהצעת החוק מאפשרת לעובד לדבוק בקוד לבוש אחד התואם את מגדרו, היא למעשה מאלצת אותו לבחור בין שניים: לבוש "גברי" או לבוש "נשי". לפי בארני פרנק, מיוזמי ומקדמי הצעת החוק בקונגרס, מטרת

⁸⁴ ראו H.R. 3017 § 3(a)(6).

פסקה זו היא למנוע מצב שבו מעביד יחויב להעסיק "an employee having a beard and wearing a dress".⁸⁵ הצעת החוק נופלת בדיוק באותו מקום שהכשיל את תיאורית הסטריאוטיפ המיני מלכתחילה לקדם שיח מגדרי רחב שחורג מהבניות מסורתיות של מין ומגדר. זהות מגדרית לפי ENDA חייבת לתאם נורמות מגדריות מקובלות, ולמעשה להיחתך לפי הגדרות בינאריות והטרנסקסואליות של מין ומגדר.⁸⁶

מקובעות. נוסף על כך, הצעת החוק מניחה תשתית שלפיה זהות מגדרית אינה ניתנת לשינוי. סעיף 8(a)(5) קובע שהעובד רשאי "לדבוק" (to adhere) בקוד לבוש מסוים, כאשר ההנחה הסמויה היא שזהות מגדרית היא קבועה, ולכן יש להגן עליה. אולם, מן ההן נשמע הלאו, זהות מגדרית שנתפשת רצונית או שאינה קבועה, ככל הנראה, אינה ראויה להגנה לפי ENDA.⁸⁷ יש לשאול בהקשר זה מהי "זהות מגדרית רצונית?" אנדרו גילדן טוען כי הצעת החוק אינה רחבה דייה כדי להגן, למשל, על גבר קרוס-דרסר שחש סיפוק או גירווי מיני מלבישת בגדים נשיים מעת לעת, אך אינו מבקש לאמץ בחברה תפקידי מגדר המזוהים באופן בלעדי עם המגדר השני, ובהתאם חי מעין חיים חצויים בין שני המגדרים, לפחות מנקודת מבטה של החברה. התנהגותו ומעשיו של גבר כזה לפי ENDA עשויים להיתפש כ"רצוניים" שכן הם אינם נאחזים בזהות מגדרית אחת קבועה, כפי שהצעת החוק מכתובה.⁸⁸ לכן, מעסיק שיסרב להעסיק עובד המבקש לאמץ הן קוד לבוש "נשי" במקום העבודה, והן קוד לבוש "גברי", אינו מפלה לפי הצעת החוק, שכן העובד רשאי – אך למעשה חייב – לדבוק בקוד לבוש אחד. לפי גילדן, מסגרת עבודה של 'היעדר יכולת שינוי' תחייב את בית המשפט לשאול האם המעשה או ההתנהגות נשוא הדיון נובעים בהכרח מאחת הזהויות המגדריות המוגנות ב-ENDA. רק אם התשובה על כך תהא בחיוב, אזי המעשה או ההתנהגות יהיו ראויים להגנה מפני אפליה. שיטה משפטית המעוניינת להרחיב שיח מגדרי ולהעניק הגנה למגוון זהויות וביטויים מגדריים, צריכה לבחון את המעשה או ההתנהגות שעליהם רובצת הסטיגמה השלילית, ולא לצאת מנקודת הנחה שלפיה ישנם מגדרים קבועים שמהם נובעים פעולות וביטויים מגדריים בהתאם. מה שמצער הוא שהגדרת הזהות המגדרית בהצעת החוק, כלשונה, דווקא בעלת פוטנציאל להכיל מעשים והתנהגויות מגדריים שאינם מוכתבים על-ידי זהויות בינאריות מקובעות. על כך ניתן ללמוד למשל מהשימוש במילה mannerism (שעשויה להתקשר לביצועיות). אף על פי כן, הוראות סעיף 8 לא מותירות מקום לספק שהצעת החוק מכתובה מהלך בחינה כזה הפוטר את בית המשפט מהצורך להתחקות אחר הנסיבות והסיבות החברתיות שהביאו ליצירת הסטיגמה השלילית אשר לאותם התנהגויות ומעשים, ולכן גם פוטר אותו מהצורך לפרוש עליהם הגנה משפטית.⁸⁹

אי-התאמה. סעיף 8(a)(3) להצעת החוק קובע כי מעסיק רשאי לסרב לאפשר גישה למלתחות ומתקנים ציבוריים – בהם בהכרח נראה האדם עירום – של עובד המצוי בתהליך של שינוי מגדר, או טרם תהליך זה, וכל זאת בתנאי שיספק המעסיק לעובד מתקנים כאמור שאינם עומדים בסתירה לזהותו המגדרית של העובד. גם בסעיף זה, כמו בסעיף 8(a)(5), נקודת הייחוס היא 'שינוי המגדר', אולם כאן עולה בבירור ששינוי כאמור הוא בדיוק 'שינוי מין', קרי שינוי אנטומי-חיצוני. הצעת החוק נכשלת פעם נוספת כאשר היא קושרת בין זהות מגדרית למין אנטומי, או לכל הפחות מתנה את ההגנה על הזהות המגדרית בקיומו של מין אנטומי התואם אותה. סעיף

⁸⁵ ראו Gildea, לעיל ה"ש 12, בעמ' 108 (גילדן מתייחס להצעת החוק משנת 2007, אולם דבריו נכונים גם לנוסח 2009 של הצעת החוק).

⁸⁶ שם, בעמ' 105-112.

⁸⁷ שם, בעמ' 106-107.

⁸⁸ מה שעשוי לאתגר עוד יותר בהקשר זה הוא שלפי גישות מחקריות במיניות האדם לבישת בגדים מגדריים על-ידי קרוס-דרסרס אינה יכולה להיחשב שרירותית או גחמתית, שכן היא מהווה אינדיקציה כוונתית בולטת למאבק פנימי בנפש האדם הקרוס-דרסר. גישות כאמור רואות בקרוס-דרסינג כזהות פנימית לאדם, ולכן זו אינה יכולה להיתפש כ"רצונית" או "שרירותית". היעדר אחידות באשר למקובעותן של זהויות מגדריות רק עשויה לחזק קביעה שלפיה המשפט אינו יכול או צריך לבחון זהויות מגדריות דרך פרדיגמות של היעדר שינוי ומקובעות. ראו Magnus Hirschfeld, *Selections from The Transvestites: The Erotic Drive to Cross-Dress*, in The Transgender Studies Reader 28, 34 (Susan Stryker & Stephen Whittle eds., 2006).

⁸⁹ Gildea, לעיל ה"ש 12, בעמ' 109. ראו גם Vade, לעיל ה"ש 7, בעמ' 267: ויד טוען שמגדר כלל לא חייב להיות מקובע, אלא שהוא יכול להשתנות על פני רצף זמן.

זה נועד לתת מענה למקרים כדוגמת פסק דין *Etsitty*, שם התובעת, אישה טרנסקסואלית טרם שינוי מין, ביקשה להשתמש במלתחות ושירותים התואמים את זהותה המגדרית – אישה. למעשה, גם לפי ENDA אטסיטי אינה רשאית טרם שונו איברי מינה להשתמש במתקנים המיועדים לנשים. החידוש הוא בכך שהמעסיק של אטסיטי יידרש להתאים עבורה מתקנים שאינם עומדים בסתירה לזהותה המגדרית, קרי אטסיטי לא תידרש להשתמש במתקנים המיועדים לגברים. למעשה, אין מנוס מכך שהמעסיק יידרש להתאים מתקנים מיוחדים שיועדו לאטסיטי בלבד. למרות זאת, סעיף 8(a)(4) קובע באופן מפורש שעל אף כל האמור בחוק לא יידרש מעסיק להקים מתקנים חדשים או נוספים. נותר רק לתמוה איזה הסדר, אם בכלל, מציע ENDA לגברת אטסיטי? אם אטסיטי אינה רשאית להשתמש במתקנים נשיים מצד אחד, והמעסיק אינו מחויב לאפשר לה גישה למתקנים שלא יעמדו בסתירה לזהותה המגדרית מצד שני, המשמעות האופרטיבית היא אי-העסקתה עד אשר ישונה מינה האנטומי. למעשה, זו בדיוק ההנמקה שקיבלה אטסיטי ממעסיקה עת שפיטרו אותה.

לסיכום, למרות שהגדרת המונח 'זהות מגדרית' ב-ENDA נראית על פניה רחבה דיה, וכזו המסוגלת להרחיב שיח טרנס-מגדרי, הרי שהזהויות המגדריות שבאמת מוגנות בהצעת החוק נקבעות לפי אותן בחינות בינאריות קלאסיות ומקובלות. במקום העבודה יש מקום לשתי זהויות מגדריות בלבד, וכל השאר הן לא יותר מהתנהגויות רצוניות ובנות חלוף.

3.5 סיכום הדין האמריקני

עד כה בחן חיבור זה את התפתחות המשפט הפדראלי בהגנה על זכויותיהם של עובדים טרנסג'נדרים בארצות הברית. עבודה זו אינה עוסקת בדינים המדינתיים בארצות הברית, אולם בהקשר זה ראוי להבהיר שתי נקודות. ראשית, החוק במספר מדינות בארצות הברית מגן במפורש על עובדים טרנסג'נדרים בכך שהוא אוסר אפליה תעסוקתית מחמת זהות או ביטוי מגדריים.⁹⁰ במדינות אלה, חוקי המדינה מספקים לעובדים טרנסג'נדרים הגנה מפורשת מפני אפליה תעסוקתית מחמת זהות ו/או ביטוי מגדריים. שנית, בתי משפט במדינות אחרות שחוקי האפליה בהן אינם כוללים איסור אפליה מחמת 'זהות מגדרית' או 'טרנסג'נדרים', למשל ניו-יורק ומסצ'וסטס, פירשו את המונח 'מין' בחוקי המגן המדינתיים ככולל גם אפליה מחמת 'זהות מגדרית' או 'טרנסקסואליות'.⁹¹ אשר לפסיקה הפדראלית בארצות הברית, הרי שזו עשתה צעד קדימה בהגנה על עובדים טרנסג'נדרים במהלך עשרים השנים האחרונות מאז ניתנה הלכת *Price Waterhouse*. הסדרי הפסיקה הפדראליים שהודגמו לעיל יוצרים תשתית מעט עמומה המורכבת טלאים-טלאים באשר להגנה שלה זכאים עובדים טרנסג'נדרים מפני אפליה במקום העבודה. ראשית, פסיקת בתי המשפט הפדראליים לערעורים אינה מחייבת זה את זה. למשל, כפי שראינו, פסיקה של בית המשפט לערעורים של ה- Circuit השישי כמו ב- *Smith*, אינה מחייבת את בתי המשפט של ה- Circuit העשירי כמו ב- *Etsitty*. שנית, התפתחות ההגנה המוענקת לטרנסג'נדרים גם היא אינה סדירה.

⁹⁰ ראו למשל ההסדר בחוק של מדינת רוד איילנד: (2009) R.I. Gen. Laws § 28-5-7 (איסור אפליה תעסוקתית מחמת זהות או ביטוי מגדריים כאשר אלה מוגדרים בפסקה § 28-5-6 כך: "Gender identity or expression" includes a person's actual or perceived gender, as well as a person's gender identity, gender-related self image, gender-related appearance, or gender-related expression; whether or not that gender identity, gender-related self image, gender-related appearance, or gender-related expression is different from that traditionally associated with the person's sex at birth); כמו כן ראו ההסדר בחוק במדינת

ניו-ג'רזי: (2009) N.J. Stat. § 10:5-12, ובמדינת רמונט: (2009) 21 V.S.A. § 495.
⁹¹ ראו למשל (1995) Maffei v. Kolaeton Industry, Inc., 626 N.Y.S. 2d 391 (N.Y. Sup. Ct. 1995) (בית המשפט העליון של ניו-יורק פירש מין ככולל גם טרנסקסואליות. יש לשים לב שבשלב שבו ניתנה הלכת *Maffei* טרם נעשה שימוש בהלכת *Price Waterhouse* על ידי ליטיגציה טרנסג'נדרית בארצות הברית. עם זאת, בית המשפט העליון של מדינת ניו-יורק קבע שאינו מחויב בהלכותיהם של בתי המשפט הפדראליים ב- *Holloway* ו- *Ulane*, אלא שהוא מחויב בפירוש תכליתי והולם של החוק המדינתי); ראו גם *Lie v. Sky Publishing corp.*, 15 Mass. L. Rptr. 412, 2002 WL 31492397 (Mass. Super. 2002) (בית המשפט העליון של מסצ'וסטס קבע בהתאם להלכת *Price Waterhouse* שיש לפרש עילות איסור אפליה מחמת מין בחוקי המדינה כאוסרות גם אפליה מחמת אפליה מגדרית או סטריאוטיפים מגדריים).

בעוד שה- Circuit השישי פסק הגנה לסמית' רק ככל שזו ביססה את תביעתה על סטריאוטיפים מיניים בהתאם להלכת *Price Waterhouse*, בית המשפט של מחוז קולומביה הרחיק לכת יותר, וקבע לראשונה שמין לפי סימן 7 כולל בהכרח טרנסקסואלים, תוך שהוא פוטר את התובעת הלכה למעשה מלהוכיח כי סיבת אפלייתה נסבה על אי-התאמתה לסטריאוטיפים מגדריים. טרם ברור אם בתי המשפט הפדראליים ב- Circuits האחרים יהיו נכונים לאמץ גישה זו, או שמא ימשיכו לדבוק בתיאורית הסטריאוטיפ המיני שהותוותה על ידי בית המשפט העליון בפרשת *Price Waterhouse*. אף על פי כן, יש לשים לב כי תיאורית הסטריאוטיפ המיני מאפשרת הגנה על ביטויים וזהויות מגדריים, גם אם באופן מצומצם ודיכוטומי למדי, כמו למשל קרוס-דרסינג, שספק אם מוגנים לפי הלכת *Schroer*, גם לא באופן משתמע. שלישית, הפסיקה לרוב הכירה בשתי זהויות מגדריות בלבד, נשית וגברית, תוך שהיא עושה הקבלה לשני המינים הביולוגיים, נקבה וזכר. הצעת החוק ENDA כשלעצמה צמצמה באופן ניכר את הזהויות המגדריות הראויות להגנה בחוק, וקבעה שבזמן העבודה על העובד לאמץ או זהות נשית או זהות גברית. אשר להלכת *Price Waterhouse* המכוננת, הרי שזו אמנם קשרה בין מין למגדר, אך בהתבסס על עובדות המקרה שם, ספק רב אם יש בהלכה זו כדי ליתן מענה למגוון רב של זהויות וביטויים מגדריים שאינם גבריים או נשיים בהכרח.

4. הדין הישראלי

החוק והפסיקה הישראלים נעדרים כמעט שיח טרנסג'נדרית בתחום העבודה. עם זאת, ככל שניתן להקיש מתוך נתוני שיעורי אפלייתם של עובדים טרנסג'נדרים בארצות הברית ובאירופה אל המצב בישראל, אפשר לתמוה מדוע עובדים טרנסג'נדרים בישראל אינם פונים לערכאות שיפוטיות ואינם מנצלים את הזירה המשפטית על מנת להשיג שוויון תעסוקתי. המקרה היחיד שהגיע לבית המשפט בישראל הוא בעניינה של אישה טרנסקסואלית שחווה העבודה שלה לא חודש לאחר שהחלה בתהליך של שינוי מגדרי. כתב התביעה שהוגש על-ידי התכנית לזכויות אדם באוניברסיטת תל-אביב ואליו הצטרפה כתובעת גם אגודת ההומואים, הלסביות, הביסקסואלים והטרנסג'נדרס בישראל, התבסס בין היתר על אפליה אסורה הן מכוח חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, והן מכוח עקרון השוויון במשפט העבודה הישראלי. כמו כן נטען בכתב התביעה שפיטורי העובדת נעשו בחוסר תום לב. ההליך נסתיים בפשרה, שבמסגרתה חזרה התובעת בה מתביעתה תמורת תשלום פיצויים.⁹² בהיעדר דיון מקיף בעילות ההגנה, אבקש בחלק זה של העבודה לבחון את ההסדרים החקיקתיים הקיימים בישראל העשויים לסייע לליטיגציה טרנסג'נדרית, תוך השוואה לחקיקה ולפסיקה האמריקניות.

במסגרת הדיון בדין הישראלי תיבחנה המסגרות המשפטיות הבאות: בתת-פרק 4.1 אבקש לבחון את הסדריו של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. בחוק זה אבחן שתי עילות איסור אפליה. הראשונה, אפליה מחמת 'מין' והשנייה אפליה מחמת 'נטייה מינית'. בתת-פרק 4.2 אבקש לבחון האם זהות/ביטוי מגדריים ראויים להיות מוגנים מכוח עקרון השוויון הכללי החל במשפט העבודה הישראלי. כמו כן, אבקש לבחון האם די בעקרון השוויון כדי ליתן הגנה רחבה לעובדים טרנסג'נדרים בישראל או שמא רצוי כי המחוקק הישראלי יגן על קבוצה זו בחוק החרות. בתת-פרק 4.3 אבקש לבחון האם ליטיגציה טרנסג'נדרית בישראל יכולה לעשות והאם ראוי שתעשה שימוש בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. תת-פרק 4.4 יוקדש לעקרון תום הלב החל במשפט העבודה הישראלי, ואבקש לבחון האם פיטוריו של עובד מחמת מגדר או שינוי מגדר הם פיטורים בחוסר תום לב. לאורך כל הדיון בדין הישראלי, אבקש להראות כי, הגם שניתן להשתמש במסגרות המשפטיות המוצעות ככלי להשגת ניצחונות בבית המשפט, אלה, כמו שהצעתי בקשר עם הדיון בדין האמריקני, עשויים להיות לא יותר מנצחונות

⁹² בשי"א 7035/05 פלונית נגד המשיב (הוטל צו איסור פרסום).

לטווח קצר, שכן אותן מסגרות משפטיות תתגלנה כצרות וכחסרות מכדי ליתן הגנה שלמה לקבוצת העובדים הטרנסג'נדרים.

4.1 חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה – המקבילה הישראלית לחוק זכויות האזרח האמריקני?

חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק שוויון ההזדמנויות"), עשוי להידמות במבט ראשון לחוק זכויות האזרח האמריקני. החוק מונה רשימה של עילות אפליה אסורות בשלבים שונים של העסקת העובד, החל מקבלתו לעבודה וכלה בפיטורים ופרישה. ואולם, בעוד שחוק זכויות האזרח מונה חמש עילות מצומצמות שאותן בתי המשפט הפדראליים נוהגים לפרש בדוקנות יתרה, החוק הישראלי מונה כחמש עשרה עילות. נדמה שהמחוקק הישראלי לא נרתע מלהוסיף עילות נוספות, ככל שהוא רואה לנדרש, וכך למשל ניתן למצוא הגנה על אוכלוסיית משרתי המילואים, הגם שזו לא נתפשת באופן מסורתי כקבוצה פגיעה. בדומה לחוק האמריקני, גם מקבילו הישראלי אינו כולל עילה האוסרת אפליה מחמת זהות או ביטוי מגדריים, ועולה השאלה האם עובדים טרנסג'נדרים יכולים להיבנות מאיזו מעילות האפליה האחרות הכלולות בו. לטעמי, שתיים מעילות האפליה הקבועות בחוק שוויון ההזדמנויות ראויות לבחינה בהקשר אפלייתם של עובדים טרנסג'נדרים, והן עילת איסור אפליה מחמת 'מין' ועילת איסור אפליה מחמת 'נטייה מינית'.

4.1.1 איסור אפליה מחמת 'מין'

עילת איסור אפליה מחמת מין כמו מזמינה את השופט הישראלי לפנות לפסיקה האמריקנית ולאופן שבו פירשה את המונח 'מין' ביחס לתביעותיהם של עובדים טרנסג'נדרים. כפי שהראה הדיון בדין האמריקני, ניתן להצביע על שלוש גישות בולטות והן "מין אינו מגדר", "מין הוא גם מגדר" ו"מין הוא גם שינוי מין". אשר לשתי הגישות האחרונות, יש לזכור כי אימוצן עשוי לסמן ניצחונות בטווח הקצר, אך יחד עם זאת, הן צרות מכדי להרחיב שיח טרנסג'נדרים ולהבנות מחדש נורמות בינאריות של מין ומגדר.⁹³

בהקשר זה ניתן להציע גישה נוספת שאותה ניתן לכנות "מין הוא מגדר". השופט הפדראלי, באמצע את גישת "מין הוא גם מגדר" הבין כי אפליה מחמת מין מערבת מניה וביה סטריאוטיפים מגדריים, ובהתאם לכך, עובדות ביולוגיות מקבלות משמעות רק דרך נקודת ייחוס מגדרית.⁹⁴ לשם המחשה, לא ההרכב הכרומוזומאלי או איברי המין של האישה, הם מקור האפליה כנגד נשים, אלא הן אותן הבניות חברתיות שנקשרו במהלך השנים במי שיש להן הרכב כרומוזומאלי ואיברי מין נקביים. עם זאת, נקודת המוצא של גישה זו היא שימין קודם ל'מגדר', ובהתאם לכך הוא גם מכתוב את המגדר. לפיכך, עובדת קיומם של שני מינים ביולוגיים, מכתובה בהכרח קיומם של שני מגדרים בלבד, גבר ואישה.

בתגובה לטיעון שלפיו מין מכתוב מגדר, ולצורך אימוצה של גישה רחבה יותר של "מין הוא מגדר", מעניין לבחון את עמדתה של ג'ודית באטלר אשר סבורה כי אין זה נכון להבין מין כקודם למגדר, אלא ככזה העובר תהליך מגדריזציה למן ראשיתו:

"Gender ought not to be conceived merely as the cultural inscription of meaning on a pre-given sex (a juridical conception); gender must also designate the very apparatus of production whereby the sexes themselves are established. As a result, gender is not to culture as sex is to nature; gender is also the discursive/cultural means by which "sexed nature" or "a natural sex" is

⁹³ ראו לעיל דיון בחולשותיה של תיאורית הסטריאוטיפ המיני שהותוותה בהלכת *Price Waterhouse*, לעיל פרק 3.2.3.

⁹⁴ ראו Franke, לעיל ה"ש 10, בעמ' 98-99.

produced and established as "prediscursive," prior to culture, a politically neutral surface on which culture acts."⁹⁵

לפי באטלר, מגדר הוא מרכיב יסודי בהגדרת מין, הוא מאפשר את מראית העין שדרכה מין נחזה להיות נתון ביולוגי נייטרלי הנתון להשפעות תרבותיות חיצוניות. באטלר מציעה כי 'מין' כמו 'מגדר' הם תוצריה של הבנייה חברתית, כאשר ההבחנה בין שני מושגים אלה מתגלה בפועל כבלתי קיימת כלל.⁹⁶ נזכור כי באטלר רואה מגדר כסט של פעולות חוזרות ונשנות, מעין חיקוי – הנחזה להיות זהות מגדרית – שהוא כשלעצמו חסר מקור. חיקוי זה מקבל חותמת הכשר של החברה והתרבות שבהם הוא מתהווה, וכך הוא נכפה על מרכיבי החברה בבחינת הנורמאלי והמקובל. כך, פעולות שחורגות מאותו "נורמאלי" עשויות להיחשב כ"א-נורמאליות", שלא לומר מוקצות.⁹⁷ לפי באטלר, קיומם של שני מינים ביולוגיים, הנחה שממילא היא מטילה בה ספק רב, לא מכתיבה בהכרח קיומם של שני מגדרים בלבד.⁹⁸ מכל האמור יוצא כי 'מין' עשוי, תפחת גישות מסוימות, להתפרש כרחב דיו כדי לכלול כל מגדר או ביטוי/מעשה מגדריים, ובכללם גם כאלו שחורגים מהבניות בינאריות מקובלות. אם מין ממוגדר כבר מראשיתו, ומגדר מתואר כביצועיות של פעולות, הרי שכל מגדר או ביצועיות מגדרית עשויים לחסות תחת עילת איסור אפליה מחמת 'מין' בחוקי איסור אפליה.⁹⁹

לאור גישתם הנוקשה של חלק מבתי המשפט הפדראליים ביחס לפרשנות המונח 'מין' שבחוק זכויות האזרח, ראוי להבהיר מהם הכלים שצריכים להנחות את השופט הישראלי בבואו לפרש דבר חקיקה. נראה כי פרשנות תכליתית לחוק מחייבת הן את בחינת התכלית הסובייקטיבית והן את בחינת התכלית האובייקטיבית.¹⁰⁰ על התכלית הסובייקטיבית, קרי כוונת המחוקק, ניתן ללמוד מדבר החקיקה ומנסיבות חיצוניות. נראה כי, כמו המחוקק האמריקאי, גם המחוקק הישראלי, לא נתכוון עת שחוקק את חוק שוויון ההזדמנויות, לפרוס הגנה משפטית על עובדים טרנסג'נדרים.¹⁰¹ עם זאת, המחוקק הישראלי מחויב לבחון גם את התכלית האובייקטיבית של דבר החקיקה. תכלית זו "חלה גם כאשר ברור שלא ייתכן שהמחוקק ראה אותה לנגד עיניו."¹⁰² התכלית האובייקטיבית יונקת ממקורות פנימיים, למשל, החוק בכללותו, וממקורות חיצוניים, למשל, עקרונות היסוד של השיטה ומשפט משווה.¹⁰³ לטעמי, עקרונות היסוד של השיטה בישראל בדבר שוויון, חירות וכבוד הפרט, כמו גם הפניה להתפתחות הפסיקה בנושא אפלייתם של עובדים טרנסג'נדרים בשוק העבודה בארצות הברית, מסייעים לראות בקבוצת האנשים הטרנסג'נדרים כמי שראויים להגנה מפני אפלייה תעסוקתית מחמת 'מין'.¹⁰⁴ לטעמי, התכלית האובייקטיבית במקרה זה חייבת להנחות את השופט הפרשן בבואו לקבוע את התכלית הסופית של

⁹⁵ JUDITH BUTLER, GENDER TROUBLE, לעיל ה"ש 9, בעמ' 7; ובאותו הקשר מתייחסת מירי רוזמרין לעמדתה של באטלר: "'מין' הוא קטגוריה שבאמצעותה הגוף הופך לחלק ממערך משמעויות תרבותי. הזהות המינית הטבעית-לכאורה מכוננת דרך פרקטיקות תרבותיות הפועלות על הגוף האנושי ומעצבות אותו כבעל משמעות, צורה ותשוקה מסוימות." מירי רוזמרין, לעיל ה"ש 9, בעמ' 10. וכך למשל בעמ' 14: "'החטא' התיאורטי המרכזי הוא קבלת צורות מסוימות של כוח והצגתן כטבעיות, כלומר נטרול הממד החברתי וההיסטורי שלהן."

⁹⁶ JUDITH BUTLER, GENDER TROUBLE, לעיל ה"ש 9, בעמ' 7.

⁹⁷ שם, בעמ' 6-7, 139-141; ראו גם דיון על התיאוריה של באטלר אצל Gross, לעיל ה"ש 12, בעמ' 179-182.

⁹⁸ שם, בעמ' 6: "[e]ven if the sexes appear to be unproblematically binary in their morphology and constitution (which will become a question), there is no reason to assume that genders ought also to remain as two"

⁹⁹ באופן מעט דומה, החוק במדינת קליפורניה מגדיר מין כמתייחס גם למגדר, כאשר מגדר מוגדר כימין וכולל גם כל זהות או התנהגות מגדריים שאינם משויכים באופן סטריאוטיפי למין הביולוגי של האדם. ראו לעיל ה"ש 4.

¹⁰⁰ אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 398 (2003).

¹⁰¹ דברי הסבר להצעת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ז-1987, ה"ח 1848, 324: נאמר כי "הצעת החוק באה לעגן את שוויון ההזדמנויות בעבודה, ולאסור אפליה מחמת מינו של העובד...". עם זאת, נראה כי המחוקק הישראלי ראה לנגד עיניו שני מינים, כאשר המין האחד ראוי להגנת החוק משום הבדלים ביולוגיים. כך למשל סעיף ה' בדברי ההסבר: "העיקרון הבסיסי של הצעת החוק מבוסס על יצירת שוויון הזדמנויות בעבודה. לפיכך נשמרו בהצעה זכויות היתר של הנשים העובדות שנקבעו בחקיקה, בהסכמים קיבוציים או בחוזי עבודה."

¹⁰² אהרן ברק, לעיל ה"ש 100, בעמ' 410.

¹⁰³ שם, בעמ' 421-412.

¹⁰⁴ ראו Homophobia and Discrimination in EU Member States, לעיל ה"ש 3, בעמ' 109: במדינות אירופה שונות, בעיקר מדינות מערב-אירופיות אשר ביניהן צרפת, בלגיה, איטליה ודנמרק, אנשים טרנסג'נדרים מוגנים מפני אפליה כחלק מעילות איסור אפליה מחמת 'מין'.

עילת איסור אפליה מחמת 'מין' בחוק שוויון ההזדמנויות. לא זו בלבד שהתכלית האובייקטיבית אינה עומדת בסתירה עם התכלית הסובייקטיבית, אלא שיחדיו הן נראות כמשלימות זו את זו ויוצרות הרמוניה חקיקתית המביאה לתוצאה צודקת יותר.¹⁰⁵

4.1.2 איסור אפליה מחמת 'נטייה מינית'

בשונה מחוק זכויות האזרח האמריקני, המחוקק הישראלי אימץ בשנת 1992 לתוך חוק שוויון ההזדמנויות עילת איסור אפליה מחמת 'נטייה מינית'. כפי שאבקש להראות, עילת הנטייה המינית עשויה לשמש ליטיגציה טרנסג'נדרית בישראל במאבקה על שוויון זכויות לעובדים טרנסג'נדרים בשוק העבודה הישראלי.

הגישה המקובלת היום היא כי אין בהכרח חפיפה בין הזהות המגדרית לנטייה המינית של אדם. בעוד שהזהות המגדרית עניינה בזהות הפנימית של האדם ובאופן שבו הוא מגדיר את עצמו, גבר, אישה או אף לא אחד מהם בהכרח, הרי שהנטייה המינית נתפשת על פי רוב כמשיכה מינית למגדר מסוים. לכן, ככל שנטייה מינית נתפשת כמשיכה מינית, הרי שאנשים טרנסג'נדרים עשויים להיות הן הטרוסקסואלים, הן הומוסקסואלים והן ביסקסואלים. כאן המקום לציין, טרם דיון לגופו של עניין, כי לאור תפישה המכירה בספרה רחבה של זהויות מגדריות שאינן מצטמצמות לבחינה בינארית של מגדר, עשויות לקרוס גם ההגדרות המקובלות בדבר נטייתו המינית של אדם. מה אם כן תהיה נטייתו המינית של גבר טרנסקסואל שאיברי מינו עודם נקביים ואשר מקיים יחסי מין עם נשים שאינן טרנסקסואליות? ואוסף ואקשה, כיצד תיקבע נטייתו המינית של someone having a beard and wearing a dress, על בסיס המינוחים הקיימים, אשר זהותו המגדרית אינה גברית ואינה נשית בהכרח, או הינה שילוב של שני אלה? יוצא, אפוא, כי המינוחים השגורים בדבר נטייתו המינית של האדם – הומוסקסואל, ביסקסואל והטרוסקסואל – מתאימים לתפישה בינארית שבה אין אלא שני מגדרים, ואולם, ברגע שבו מכירים בכך שמגדר הוא מורכב יותר ואינו נע בין שני קטבים על ציר בינארי, כך מאבדים ממשמעותם מינוחים הטרוסקסואליים מקובלים ביחס לנטייה המינית.¹⁰⁶ אף על פי כן, כפי שאראה להלן, אין, לטעמי, עילת איסור האפליה מחמת 'נטייה מינית' מוציאה מתוכה בהכרח אפליה מחמת זהות או ביטוי מגדריים.

אחת הגישות הרווחות היום בקידום מעמדם החוקי של הומוסקסואליים היא כי משיכה חד-מינית אינה מעידה על סטייה מאיזשהו "נורמאלי", קרי סטייה מנורמות מגדריות. עם זאת, אין זה יהיה מופרך לטעון כי הומוסקסואלים בהיותם מנהלים מערכות יחסים ואינטראקציות חד-מיניות מפרים במובהק נורמות ותפקידי מגדר מסורתיים בחברה, ולעניין זה אין נפקא מינה אם אינטראקציות כאמור נעשות בחדרי חדרים או בפומבי.¹⁰⁷ במובן זה, הן אנשים הומוסקסואליים והן אנשים טרנסג'נדרים מפרים את שמצופה מהם חברתית בהתאם למינם המולד והמגדר המיוחס אוטומאטית למין זה. בהקשר זה, מעניין לעמוד על השינוי שעברה "הזהות הג'יית" במהלך המאה ה-20. נראה כי המודל הראשון המקובל לזהות ג'יית היה בכלל של "אינוורסיה מגדרית". לעניין זה יפים דבריה של המלומדת ש' מינטר אשר סוקרת את המעבר ממודל של Gender Inversion למודל של Same-Sex Desire או Sexual Object Choice. לשיטתה, במהלך המאה ה-19, הדעה הרווחת הייתה שמצד אחד, רק לסביות גבריות היו "באמת" לסביות ומצד שני, רק הומואים נשיים היו "באמת" הומואים. היום, טוענת מינטר,

¹⁰⁵ אהרן ברק, לעיל ה"ש 100, בעמ' 428-434. ברק סבור כי כאשר מתנגשות התכלית הסובייקטיבית והתכלית האובייקטיבית, וכאשר כפות המאזניים מעוינות בין שתי אלה, אמת המידה המכרעת צריכה להיות הערך בדבר הצדק. לטעמי, לא כל שכן, שתי התכליות אינן עומדות בסתירה זו עם זו.

¹⁰⁶ ראו Vade, לעיל ה"ש 7, בעמ' 270.

¹⁰⁷ ראו Angela Clements, *Sexual Orientation, Gender Nonconformity, and Trait-Based discrimination: Cautionary Tales* 166, 170 (2009) "It is commonly recognized that gender nonconformity and lesbian and gay identity are sometimes linked. Indeed, early unsuccessful efforts to protect gay and lesbian workers under Title VII began with the theory that all lesbian and gay people are gender nonconforming insofar as their same-sex attraction is not in conformance with the stereotypical expectation that men and women are heterosexual"

זהות הומוסקסואלית נתפשת באופן שונה, קרי לפי Sexual Object Choice. כך, הגישה הרווחת בימינו היא כי לסביות הן נשים הנמשכות מינית לנשים אחרות, והומואים הם גברים הנמשכים לגברים אחרים. מיניותו של האדם, לפיכך, נקבעת לפי מאבחן אחד והוא בחירה ומשיכה מינית.¹⁰⁸

נוכח עליונותו של מודל ה-Sexual Object Choice בימינו, מעניין לבחון את לשון הצעת החוק לתיקון

חוק שוויון ההזדמנויות, אשר במסגרתה הוצע לכלול עילת איסור אפליה מחמת נטייה מינית:

"2. בסעיף 2(א) לחוק העיקרי, במקום האמור ברישה יבוא: לא יפלה מעביד בין עובדיו או

בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי או היותם הורים, או

מחמת שהם נחשבים כבעלי נטייה מינית מסוימת, בכל אחת מאלה."¹⁰⁹

(ההדגשה שלי, ל.ב.)

עינינו הרואות כי הצעת החוק ביקשה לפרוש תחת הגנת החוק גם את אלו הנתפשים בעיני מעסיקים כהומוסקסואלים. למעשה, הסיפא של הסעיף המוצע לתיקון מכירה בכך שביטויים והתנהגויות מסוימים הנתפשים בחברה כחורגים מנורמות מגדריות "נורמאליות", עשויים להעיד על השתייכותו של האדם, לכל הפחות ככל שהדבר נבחן בעיני המעסיק, לקבוצת האנשים ההומוסקסואלים. ואכן, פעמים רבות מעסיקים אינם מבחינים בין השוני המושגי בבסיס שתי ההגדרות, נטייה מינית וזהות מגדרית, ובהתאם עשויים להפלות עובד מחמת היותו הומוסקסואל, הגם שבפועל אינו בהכרח כזה. לטעמי, מאחר שהמחוקק הישראלי נפרד במובן זה מעמיתו האמריקני וכלל באופן מפורש עילת איסור אפליה מחמת נטייה מינית, הרי שעובדים טרנסג'נדרים יוכלו לקבל סעד בבית משפט ישראלי בסיטואציות שבהן הם מופלים מחמת כך שהם נתפשים בעיני הפרסונה המפלה כהומוסקסואלים.¹¹⁰

לצורך זה, יש לשאול מהו הפירוש הנכון שיש ליתן לעילת איסור האפליה מחמת נטייה מינית שבחוק

שוויון ההזדמנויות. האם פירוש כאמור צריך להצטמצם לאיסור אפליה מחמת קיומם של סוגי אינטראקציות חד מיניים בלבד? האם הפירוש הנכון שיש ליתן לאיסור אפליה מחמת נטייה מינית הוא כזה המעניק הגנה רק לאותם עובדים שהם "straight acting", קרי אותם עובדים או דורשי עבודה שממילא חשופים פחות לסטיגמות שליליות ובהתאם לכך קל להם יותר להשתלב בשוק העבודה? אם כל המהות של להיות הומוסקסואל היא קיום אינטראקציות חד מיניות "בצנעה", מדוע ביקשה הצעת החוק לכלול הגנה גם על מי שנתפש או נחזה בעיני הפרסונה המפלה כהומוסקסואל?¹¹¹ כשלדידי, תמה אני שמא עילת הנטייה המינית שבחוק שוויון ההזדמנויות צריכה להתפרש באופן צר כזה שאינו כולל אלא משיכה מינית.

¹⁰⁸ Shannon Minter, *Do Transsexuals Dream of Gay Rights? Getting Real about Transgender Inclusion* 17 N.Y.L. SCH. J. HUM. RTS. 589, 600-603 (2000). מינטר טוענת כי המעבר לגישה של Sexual Object Choice נעוץ במאבק חברתי שהתנהל בין קבוצות גייז בארה"ב שלאחר מלחמת העולם השנייה: "As any visible deviation from middle-class gender norms became a lightning rod for criminal sanctions and police brutality, white middle-class gay men increasingly "blamed anti-gay hostility on the failure of fairies to abide by straight middle-class conventions of decorum in their dress and style" ובהמשך היא מוסיפה: "Seeking the protection of invisibility, growing numbers of white middle-class gay men rejected the appellation of "fairy" in favor of the term "queer," in an effort to dissociate their sexual desire for men from any connotation of deviation from an otherwise "normal" masculine identity. Queers "maintained that their desire for men revealed only their 'sexuality' (their 'homosexuality'), a distinct domain of personality independent of gender. Their homosexuality, they argued, revealed nothing abnormal in their gender persona"

¹⁰⁹ הצעת חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון), התשנ"ב-1991, ה"ח 2086, 61.

¹¹⁰ Meredith R. Palmer: *Note: Finding Common Ground: How Inclusive Language Can Account for the Diversity of Sexual Minority Populations in the Employment Non-Discrimination Act* 37 HOFSTRA L. REV 873, 903-904 (2009). הכותבת טוענת כי הקלסיפיקציה בתוך קהילת הלהטי"ב היא עניין שהוא פנימי יותר, כאשר הציבור הרחב כמעט שאינו מבחין בין תת-הקבוצות בתוך קהילה זו.

¹¹¹ למעשה, דווקא ארגונים לקידום זכויות הומוסקסואלים, לסביות וביסקסואלים הם שמבקשים תדירות לדבוק בנורמות הטרנסקסואליות ולהראות כי, כלפי חוץ, אין כל הבדל בין מי שהוא חד מיני לבין מי שאינו. לעניין זה ולעניין הדרתם של טרנסג'נדרים מהמאבק לקידום זכויותיהם של הומוסקסואלים ראו: Salvador Vidal Ortiz, *Queering Sexuality and Doing Gender: Transgender Men's Identification with Gender and Sexuality*, 6 ADVANCES IN GENDER RESEARCH 181, 184 (2002).

אם אין לפרש את הנטייה המינית של אדם כמשיכה מינית בלבד, אין לטעמי מקום לטענה כי נטייה מינית' שבחוק שוויון ההזדמנויות מוציאה מתוכה בהכרח זהות וביטויים מגדריים. טול לדוגמה דורש עבודה הומוסקסואל שהתנהגותו, דיבורו ואופן לבושו נתפשים בעיני המעסיק כנשיים. ספק אם סירובו של אותו מעסיק לקבל את מועמדותו של דורש העבודה, ובהנחה שהאחרון הוא בעל כל הכישורים הנדרשים למלא את המשרה נשוא הריאיון, נעוץ בעובדה שדורש העבודה מקיים יחסי מין עם בני מינו, קרי נטייה מינית במובן הצר. במקרה זה ייתכן ביותר כי ביטויים מגדריים חיצוניים של זהות דורש העבודה הם שעומדים בבסיס האקט המפלה, ובכל זאת נראה כי המשבצת המתאימה בחוק שוויון ההזדמנויות היא נטייתו המינית של דורש העבודה, קרי נטייה מינית במובן הרחב.¹¹² במילים אחרות, סביר כי דורש העבודה בדוגמה זו אינו מופלה מחמת משיכתו המינית בלבד, אלא שהוא נתפש בעיני המעסיק, על סמך נראותו ואופן דיבורו, כמי שחורג מנורמות מגדריות מקובלות של גבר ואישה, ובהתאם נתפש בעיני האחרון כהומוסקסואל.¹¹³

בהקשר של חוקי איסור אפליה בדיני עבודה, ראוי יותר לטעמי לאמץ מודל שאינו מסתפק ב- Sexual Object Choice, שכן, להבדיל מתחומי משפט אחרים כמו למשל נישואים חד-מיניים ואימוץ ילדים על ידי הורים חד-מיניים, עומדת לעיתים קרובות ה"ניראות" של הזהות בבסיס האקט המפלה. מן הבחינה הזאת, גייז שהם Gender Inverted חשופים ביתר שאת ליחס מפלה מצד מעסיקים, מן הטעם הפשוט שזהותם נראית ואינה ניתנת להסתרה. אם ביקש המחוקק לאסור אפליה מחמת נטייה מינית במקום העבודה, הרי שיש לפרש הגנה זו באופן רחב דיו כך שזו תחול במיוחד על מי שזקוקים לה, קרי מי שאינם או אינם נתפשים כ- Gender Conforming. לעניין זה, אין לטעמי מקום להבחין בין גיי שהוא Gender Inverted לבין אדם טרנסגינדר, שכן, הן אצל הראשון והן אצל האחרון, הזהות המגדרית כפי שהיא מתבטאת כלפי חוץ דרך ביטויים מגדריים שנתפשים כ- "Gender Nonconforming", עומדת לעיתים קרובות בבסיס המעשה המפלה.¹¹⁴ נראה כי המחוקק במספר מדינות בארצות הברית אימץ גישה זו, והגדיר במפורש נטייה מינית ככוללת גם זהות מגדרית.¹¹⁵ עם זאת, אימוץ גישה "נטייה מינית במובן הרחב" מתקשה לטעמי להעניק הגנה מלאה לכלל המשתייכים לקבוצת האנשים הטרנסגינדרים, וכן עשויה להיות חסרה בקידום שיח רב-מגדרי, כזה שיש בו להעניק לגיטימציה

"Gay and lesbian people seldom escape the act of 'guarding' and sustaining hegemonic gender categories. For example, much of the leadership of lesbian, gay, bisexual and transgender (LGBT) movements has succumbed to gender conformity pressures in order to achieve the gains they have made, often by marginalizing transgender members and ignoring or trivializing their demands. Put more succinctly, many leaders of mainstream movement organizations fear the association with transgenderism will subvert their quest for legitimacy"

¹¹² בדין האמריקני מדובר במקרה "פשוט" יחסית שהיה נכנס בנקל תחת תיאורית הסטריאוטיפ. בספרות האמריקנית הועלה חשש שאם יתקבל ENDA במתכונתו המצומצמת, קרי זו הכוללת עילת איסור אפליה מחמת נטייה מינית ולא מחמת זהות מגדרית, יתקשו גייז "נשיים" שהופלו במקום העבודה לקבל סעד, שכן בתי המשפט עשויים לפרש את האקט המפלה ככזה שנעשה מחמת זהות מגדרית ולא נטייה מינית. לעניין זה ראו: Clements, לעיל ה"ש 107, בעמ' 170, 192-194.

¹¹³ Jill D. Weinberg, *Gender Nonconformity: An Analysis of Perceived Sexual Orientation and Gender Identity* 113 (2009) 44 U.S.F. L. REV. 1, 12-13. *Protection under the Employment Non-Discrimination Act*

¹¹⁴ עמדתו של ויינברג בעניין זה שונה. שם, בעמ' 31: "[a] gender identity exclusive ENDA would prohibit employers from discriminating against a homosexual employee on the basis of gender nonconformity, but employers could continue to discriminate against transgender individuals". לעומת זאת ראו Palmer, לעיל ה"ש 110, בעמ' 905-906: "Regardless of a LGBT individual's personal perception of these differences, the fact remains that transgender people face discrimination in the workplace for many of the same reasons gay, lesbian, or bisexual people do - because they are perceived as gender non-conforming"

¹¹⁵ במדינת מינסוטה למשל, הוגדרה נטייה מינית כך: "Sexual orientation means having or being perceived as having an emotional, physical, or sexual attachment to another person without regard to the sex of that person or having or being perceived as having an orientation for such attachment, or having or being perceived as having a self-image or identity not traditionally associated with one's biological maleness or femaleness. "Sexual orientation" does not include a physical or sexual attachment to children by an adult" (Minn Stat. § 363A.03 (2009)); כמו כן, נראה כי גם עמדתה של נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה היא כי שינוי מין מוגן בחוק שוויון ההזדמנויות מכוח עילת איסור אפליה מחמת נטייה מינית: שוויון הזדמנויות בעבודה – מדריך למעסיקים ולמעסיקות (ספטמבר 2008) - <http://www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/410B9B03-611B-4466-9265-7E6F6B3A4D14/0/hanhyaot.pdf>

לזהות המגדרית *per se*, ולכל ביטוי חיצוני של זהות כאמור. טול לדוגמה עובדת המציינת בפני מעסיקה את היותה אישה טרנסקסואלית, ובהתאם היא מבקשת להשתמש במתקני הנשים. המעסיק בתגובה אינו מוכן לאפשר זאת טרם תעבור העובדת ניתוח שבו יוסרו איברי מינה הגבריים.¹¹⁶ טול דוגמה נוספת שבה עובדת טרנסקסואלית מבקשת ללבוש במקום העבודה מדי לבוש נשיים שבית העסק מספק לעובדותיו, אך המעסיק אינו מוכן לאפשר זאת עד שישונה רישום מינה במשרד הפנים. במקרים כדוגמת אלה יקשה על תובעים טרנסג'נדרים לטעון כי המעסיק הפלה אותם בהכרח מחמת נטייתם המינית, גם לא במובן הרחב. המעשה המפלה במקרה זה סב במובהק על ציר הזהות המגדרית של העובד ואי-ההכרה בה, בצרכים ובמעשים הנגזרים והנובעים ממנה. זאת ועוד, יש, לטעמי, להיות ערים לכך ששימוש בעילת איסור אפליה מחמת נטייה מינית ככלי לטיגציה בלעדי במאבקם של אנשים טרנסג'נדרים לשוויון תעסוקתי עלול לשאת חלק מן החסרונות הבולטים שעליהם הצבעתי בקשר עם הדיון בתיאורית הסטריאוטיפ המיני האמריקנית. בקצרה אומר, כי טענות משפטיות הסומכות עצמן על אינוורסיה מגדרית הן כאלה המאששות תפישות בינאריות אשר למין ומגדר. טול מקרה של דורש עבודה טרנסקסואל שהתנהגותו, דיבורו ואופן לבושו נתפשים בעיני המעסיק כ"נשיים". בבתי המשפט הפדראליים תהיה ידו של עובד כאמור על העליונה אם יוכיח כי הופלה מחמת כך שנתפש בעיני המעסיק כמי שאינו "גברי" דיו בהתאם למינו הביולוגי ולמגדר המשוך למין זה. בהתאם לתיאוריה של אינוורסיה מגדרית, נראה שבחינה לפי תיאורית הסטריאוטיפ הופכת לשלב ביניים הכרחי – ידו של עובד כאמור תהא על העליונה אם יוכיח [בשלב הראשון] כי הופלה מחמת כך שנתפש כמי שאינו מספיק גברי, ובהתאם לכך [אם יוכיח בשלב השני כן] נתפש בעיני המעסיק כ"הומוסקסואלי". כאשר הופכת תיאורית הסטריאוטיפ לשלב ביניים בבחינה של "נטייה מינית נתפשת", הרי שעומד "מיובאים" גם כל הבעיות, הפגמים והחסרונות שנושאת תיאוריה זו. במקרה של דורש עבודה שהוא *someone having a beard and wearing a dress*, יקשה לטעון כי הלה הופלה מחמת אינוורסיה מגדרית, שהרי אין זהו מקרה של היפוך מגדרי במובן הפשוט של המונח. כאן, דורש העבודה עשוי להיתפש בעיני המעסיק כ"אקסצנטרי" או סתם "מוזר", אך לא בהכרח כהומוסקסואל. זהות מגדרית עשויה להיות מורכבת הרבה יותר מ"היפוך מגדרי", ובמקרים אלה הקשר שבינה לבין הנטייה המינית, ככל שהוא נבחן דרך נקודת מבטו ותפישתו של המעסיק, הולך ונחלש.

4.2 עקרון השוויון במשפט העבודה הישראלי – האם גם 'זהות מגדרית'?

בידי לטיגציה טרנסג'נדרית בישראל עומד כלי משפטי רב-ערך והוא עקרון השוויון אשר נקלט לתוך משפט העבודה עוד טרם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹¹⁷ עקרון השוויון נקלט גם לתוך משפט העבודה הפרטי, וזאת דרך מונחי שסתום במשפט הישראלי כגון 'תקנת הציבור'.¹¹⁸ כלי זה, לטעמי, הוא בבחינת שוני משמעותי בין הדין האמריקני לדין הישראלי, והוא בעל פוטנציאל להחדיר את השיח הטרנס-מגדרי לתוך משפט העבודה הישראלי. לצורך הדיון בעקרון השוויון אניח שקבוצת העובדים הטרנסג'נדרים אינה מוגנת מכוח אחת מעילות האפליה שבחוק שוויון ההזדמנויות, ואנסה לבחון האם כלי משפטי זה רחב דיו כדי לכלול הגנה על קבוצת העובדים הטרנסג'נדרים מפני אפליה תעסוקתית.

הדעה הרווחת בפסיקה הישראלית היא שרשימת עילות האפליה בחוק שוויון ההזדמנויות אינה רשימה סגורה, וכי ניתן להכיר בעילות נוספות מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוה אומר, בית המשפט יכול

¹¹⁶ זה למעשה בדיקת המקרה שהועלה בעניין *Etsitty*.

¹¹⁷ ראו בג"צ 4948/03 משה אלחנתי נ' שר האוצר – מר בנימין נתניהו, תק-על 2008(2), 3474, פסי' 17-18 לפסק דינה של השופטת חיות; בג"צ 104/87 נעמי נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד מד(4) 749, 760 (1990): "חברה אשר בה נוהגת הפליה איננה חברה בריאה, ומדינה שבה נוהגת הפליה לא תוכל להיקרא מדינה מתוקנת"; ראו גם דב"ע לג/3-25 ועד אנשי צוות דיילי אוויר – עדנה חזין, פד"ע ד' 365.

¹¹⁸ ראו למשל דג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 362-364 (2000) (להלן: דג"ץ רקנט).

לפסוק שארעה אפליה הגם שזו אינה מתבססת על עילת אפליה מוגדרת בחקיקה.¹¹⁹ לכן, העדר עילת 'זהות מגדרית' בחוק שוויון ההזדמנויות אינה סותרת את הגולל, לפחות בתחילה, על תביעותיהם של תובעים טרנסג'נדרים. לאורך השנים בתי המשפט מנו בפסיקותיהם את עילות האפליה האסורות, תוך שהדגישו כי אין מדובר ברשימה סגורה.¹²⁰ בין העילות האסורות ניתן למצוא השתייכות דתית, גזע, השקפה, השתייכות מפלגתית, עדה ועוד. בית המשפט בישראל טרם קבע, ולו באופן משתמע, כי זהות מגדרית היא אחת מעילות האפליה האסורות, הגם שהשאיף צוהר להכנסתן של עילות נוספות. כדי לענות על השאלה עד כמה סביר שבית המשפט יפסול אפליה המבוססת על זהות מגדרית יש להבין מהי מסגרת הבחינה המשמשת את בית המשפט. בבחנו אפליה לפי עקרון השוויון, בית המשפט שואל האם נעשתה הבחנה בין אנשים או מצבים בלא שיש לכך הצדקה עניינית. יש להדגיש כי לא כל יחס שונה מבסס אפליה פסולה.¹²¹ לפיכך, מה שנדרש מתובע טרנסג'נדר הוא להראות כי היחס השונה כלפיו אינו מוצדק על פי טיב העניין ומהותו. אפליה כלפי עובד או דורש עבודה טרנסג'נדר לא תהא פסולה רק כאשר היה טעם מן העניין להפלותו מחמת זהותו המגדרית. ואולם, הטענה שיש לקדם בבתי המשפט צריכה להיות חד-משמעית: זהות מגדרית, על פי רוב, אינה, ולא יכול שתהא, טעם ענייני לאפליה באשר היא אינה אומרת ולו חצי דבר אשר ליכולותיו וכישוריו של העובד.

כאן יש לחדד ולהבהיר מדוע זהות מגדרית אינה יכולה להיות רלוונטית כשיקול בדבר העסקה של עובד. ככלל, כאשר משרה כלשהי דורשת פרמטרים מסוימים שצריכים להתמלא אצל העובד או דורש העבודה, נדרש כי ההחלטה באשר להעסקת העובד אכן תתבסס על בחינת התקיימותם של פרמטרים כאמור אצל העובד המסוים, קרי בחינה אינדיווידואלית של כישוריו והתאמתו של העובד הספציפי לעבודה פלונית.¹²² כאשר משתרבים להחלטת המעסיק שיקולים שהם מחוץ למסגרת בחינה זו, כמו למשל, מין העובד, דתו או מוצאו הלאומי, ובהנחה שאלה אין בהם כדי לגרוע ממסוגלותו של העובד לבצע את העבודה, החלטת המעסיק מוכתמת ובהתאם לכך פסולה.¹²³ אשר לעובדים טרנסג'נדרים, הרי שהם מופלים בעיקר משום השתייכותם הקבוצתית-קולקטיבית. למעשה, השתייכותו לקבוצה הפגיעה של העובד הטרנסג'נדר מונעת לכאורה בחינה אינדיווידואלית ואובייקטיבית של יכולותיו, כישוריו ומסוגלותו לבצע עבודה פלונית.¹²⁴ לעיתים ההסבר לכך נעוץ ב"אפליית טעמים", קרי המעסיק אינו מעוניין להעסיק עובדים המשתייכים לקבוצה מסוימת שרובצת עליה סטיגמה שלילית, או שסבור שקהל לקוחותיו מעדיף שלא לבוא במגע עם קבוצה זו.¹²⁵ עם זאת, בהקשר זה קבלת טענות בדבר העדפת לקוחות אינה יכולה להישמע בבית המשפט, שכן יש בכך לחתור תחת "הפילוסופיה הבסיסית העומדת ביסוד של איסור האפליה בעבודה".¹²⁶ סטריאוטיפים ודעות מוקדמות שליליים ביחס לאנשים טרנסג'נדרים הם חסרי אחיזה, ולו קלה שבקלה, בניבוי כישוריהם של אלה לבצע עבודה מסוימת.¹²⁷ אחת הביקורות שהופנתה בכתובה האמריקנית ובחיבור זה כנגד תיאורית הסטריאוטיפ המיני שהותוותה בהלכת *Price Waterhouse* היא אי-ההכרה בקבוצת העובדים הטרנסג'נדרים כקבוצה פגיעה ומופלת בחברה בכלל

¹¹⁹ שרון רבין-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?" הפרקליט מ"ד 529, 533 (2000) (להלן: רבין-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה"); יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה' 165, 228 (2000) (זמיר וסובל מתייחסים לשוויון הנוהג במשפט הישראלי באופן כללי. עם זאת, מסקנותיהם יפות גם לתחום העבודה, לא כל שכן הם מתייחסים לפסקי דין בתחום זה).

¹²⁰ ראו למשל בג"צ 953/87 אברהם פורז נ' שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 390, 332 (1988).

¹²¹ עניין אלחנתי, לעיל ה"ש 117, פס' 22 לפסק דינה של השופטת חיות.

¹²² רבין מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה", לעיל ה"ש 119, בעמ' 537.

¹²³ לעניין אימוץ מודל ההכתמה במשפט העבודה הישראלי ראו שם, בעמ' 545; ראו גם דב"ע נו/129-3 פלוטקין נ' אחים אייזנברג, תק-אר 3(97), 2599 (פסק דינה של השופטת ברק).

¹²⁴ זמיר וסובל, לעיל ה"ש 119, בעמ' 224-225.

¹²⁵ בג"צ 6051/95 אפרים רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(5) 330, 353 (להלן: בג"צ רקנט); שרון רבין-מרגליות "הבחנה, אפליה וגיל: משחק של יחסי כוחות בשוק העבודה" משפטים ל"ב(1) 131, 141-144 (2002).

¹²⁶ רבין מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה", לעיל ה"ש 119, עמ' 552.

¹²⁷ בשונה מעילת הגיל, למשל, זהות מגדרית אינה יכולה לשמש אינדיקציה אשר ליכולותיו או מסוגלותו של העובד. בעוד שאנשים מבוגרים עשויים להתקשות במילוי משרות הדורשות כוח פיזי ומאמץ רב, וזאת מחמת נתונים פיזיים הקשורים בגילם המתקדם, זהות מגדרית אינה יכולה לשמש מכשיר ניבוי לכושר ירוד, באשר היא הגדרה פנימית של האדם את עצמו המתבטאת כלפי חוץ באימוץ תפקידי מגדר התואמים זהות זו.

ובשוק העבודה בפרט. עקרון השוויון במשפט העבודה הישראלי מאפשר לבית המשפט להגדיר באופן ברור וחד-משמעי שקבוצת העובדים הטרנסג'נדרים היא קבוצה מופלית בשוק העבודה, כאשר הפרטים המשתייכים אליה מופלים תדירות מעצם השתייכותם זו.

יחד עם זאת, יש לתת את הדעת לכך ששוויון בכלל, ובהקשר נשוא חיבור זה בפרט, אינו יכול להתמצות בנוסחה האריסטוטלית הצרה בדבר מתן יחס שווה לשווים. הגם שמסוגלותם של עובדים טרנסג'נדרים לבצע עבודה פלונית צריכה להיבחן במנותק מזהותם המגדרית, ובבחינת כך הם שווים בין שווים, הרי שסביבת העבודה ההטרסקסואלית שבה הם מבקשים להיקלט מציבה בפניהם חסמים המונעים השתלבותם בה. לכן, יש לחתור להשגת שוויון תוצאתני, כזה היכול להתאפשר רק בהטלת חובות אקטיביות על מעסיקים לבצע התאמות מסוגים שונים שתאפשרנה את העסקתם של עובדים טרנסג'נדרים. התאמות כאמור עשויות להיות קריטיות לעניין העסקת העובד ככל שזהותו המגדרית אינה נחתכת לפי בחינה בינארית מסורתית של מגדר. עקרון השוויון אסור לו שיבטל את השוני, אלא שעליו לשמש כלי להסרתם של חסמים הקשורים בסטריאוטיפים באשר לאותו שוני. הדיון בהצעת החוק הפדראלית ENDA, הראנו כי המחוקק האמריקני צמצם עד מאוד את החובות המוטלות על מעביד המעסיק עובדים טרנסג'נדרים לבצע התאמות שתוצאתן תביא לחיסול האפליה, ולטעמי, אין לאמץ גישה צרה כדוגמת זו בדיון הישראלי.

הדיון בעקרון השוויון מערב גם התייחסות ל"כבוד האדם" אשר נקלט זה מכבר כערך חוקתי במשפט הישראלי. המלומדת אורית קמיר היטיבה לתאר מושג זה בספרה "פמיניזם, זכויות ומשפט":

"כבוד האדם" הוא ערך השייך להשקפת העולם המודרנית אשר במסגרתה ... כל פרט אנושי, באשר הוא, מהווה מטרה מוחלטת, ולעולם אסור שישמש אך אמצעי להשגת מטרות אחרות זולת עצמו ... האדם, כל אדם, ניחן בתבונה לבור לו את דרכו, ובזכות לממש בחירה זו (כל עוד המימוש אינו פוגע יתר על המידה בזכויותיהם הדומות של פרטים אחרים). **האדם, באשר הוא אדם, הנו השליט העליון בחייו ובדרכו, ואילו החברה מחויבת להכיר בו ובבחירותיו ולאפשר לו לממשן, כל עוד, כמובן, הדבר אפשרי בלא לפגוע בזכויותיהם הלגיטימיות של הפרטים האחרים המרכיבים את החברה.**"¹²⁸

(ההשמטות וההדגשות שלי, ל.ב.)

בעניין אליס מילר נקבע כי אפליה לרעה על רקע קבוצתי היא פגיעה בשוויון העולה כדי השפלה.¹²⁹ כשם שאישה המופלית לרעה מחמת מינה נתונה להשפלה, וכשם שמי שמופלה לרעה מחמת גזעו או מוצאו האתני נתון להשפלה, וכשם שמי שמופלה לרעה מחמת נטייתו המינית נתון להשפלה, כך, לשיטתי, גם האדם הטרנסג'נדר המופלה לרעה מחמת זהותו המגדרית נתון להשפלה. במדינה שבה כבוד האדם הוא ערך חוקתי על-חוקי, ואשר במסגרתו על החברה לאפשר לאדם לחיות כריבון על חייו, מתחייב כי מעסיק המפלה לרעה עובד או דורש עבודה טרנסג'נדר, זאת מחמת השתייכותו לקבוצת האנשים הטרנסג'נדרים, פוגע בזכות החוקתית לכבוד של אותו עובד.¹³⁰

מן האמור לעיל, נדמה שלאור עקרון השוויון הכללי וערך "כבוד האדם" במשפט הישראלי מתחייב כי קבוצת העובדים הטרנסג'נדרים תוכר כקבוצה פגיעה הסובלת אפליה תעסוקתית בדומה לקבוצות נוספות שהוכרו בפסיקה. עם זאת, לא די, לטעמי, בעקרון השוויון כדי לבסס הגנה לעובדים טרנסג'נדרים במשפט העבודה הישראלי. לצורך זה, אבקש להביא מספר נימוקים שיבארו מדוע רצוי שהמחוקק הישראלי יאסור אפליה

¹²⁸ אורית קמיר פמיניזם, זכויות ומשפט 173-174 (2002).

¹²⁹ בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 132-133 (1995).

¹³⁰ כמו כל זכות חוקתית, גם הזכות לכבוד אינה מוחלטת ויש לאזנה מול זכויות ואינטרסים אחרים. בהקשר זה למשל, עשויה לסגת זכותם של עובדים טרנסג'נדרים לכבוד במקומות עבודה שבהם העסקתם עשויה לפגוע ברגשות הדת של המעסיק.

מחמת זהות וביטויים מגדרים באופן מפורש בחוק החרות ולא יסתפק בהגנה כללית על קבוצת העובדים הטרנסג'נדרים מכח עקרון השוויון:

קריטריונים בדבר שונות מולדת או מקובעת עשויים למנוע מבית המשפט מלהכיר בזהות או ביטוי

מגדריים כעילת אפליה פסולה מכוח עקרון השוויון. הפסיקה הישראלית נטתה, לעיתים, להכיר בכך שככל שהשונות שבגינה הופלה האדם נכפית כבר בלידה ולפיכך היא מקובעת יותר, כך היא ראויה להגנה משפטית חזקה יותר.¹³¹ השופט חשין בעניין **שדולת הנשים** הגדיר שונות שאין לאדם שליטה עליה כ"שונות גנרית", והתייחס בהקשר זה, למשל, למין, גזע ושלמות הגוף.¹³² כך גם השופטת דורנר בעניין **אליס מילר**, בהתייחסה להשפלה העולה כדי פגיעה בכבוד, כוונה דבריה למין וגזע, הנתפשים כשונות מולדות ומקובעות שביחס אליהן אין לאדם שליטה. לעומת זאת, שונות הנובעת מזהות מגדרית עשויה להתפרש כתוצר של הבניה חברתית, ולא כנתון עובדתי ומקרי שאינו ניתן לשינוי. קרי, זהות מגדרית, כלשונה, מערבת שאלות של מגדר שהן שאלות תלויות תרבות וחברה. אם מגדר אינו אקספרסיבי אלא ביצועי, ומכאן שבאופן תיאורטי הוא נתון לבחירה ולשינוי, אזי עשויה לעלות טענה כי אפליה מחמת זהות מגדרית אינה עומדת בסתירה לתקנת הציבור, ולכן אין לאסור אותה אלא אם ביקש כך המחוקק באופן מפורש.¹³³ עם זאת, כפי שאבקש להראות, מולדות ומקובעות של שונות אינן צריכות להנחותנו בחינת ייהרג ובל יעבור בבואנו לקבוע עילות איסור אפליה מסוימות.

בית המשפט בישראל הכיר בעבר בעילות אפליה פסיקתיות הגם שאלה אינן מקובעות או מולדות. כך למשל, קבע הנשיא שמגר בעניין **מוחמד סעייד בורקאן** כי שיטת המשפט שלנו אוסרת להפלות אדם, בין היתר, מחמת דת, השקפה או מעמד חברתי.¹³⁴ אין ספק ששלושת אלה לא רק שאינם מולדים אלא שהם גם אינם מקובעים, ובכל זאת בית המשפט ראה לנכון לכלול אותם כעילות שוויון פסיקתיות, ככל הנראה בהפעילו שיקולי מדיניות וערכים שלדעתו צריכים להתקיים בחברה דמוקרטית. אשר למחוקק, נראה שזה לא ראה עצמו מוגבל בחוק שוויון ההזדמנויות באימוץ עילות אפליה גנריות בהכרח. כך ניתן למצוא בסעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות עילות איסור אפליה מחמת השקפה, דת ואפילו שירות מילואים. היתרון באיסור חקיקתי על אפליה מחמת זהות מגדרית, הוא היעדר הצורך של בית המשפט להידרש לבחינת קריטריונים בדבר מולדות ומקובעות, ככל שהוא בכלל מחויב להידרש לאלה מלכתחילה. טול מקרה אפלייתו של עובד הומוסקסואל במקום העבודה. במסגרת המשפטית הקיימת, בית המשפט לא יידרש להכריע בדבר מולדותו של מאפיין זה, גם לא במקובעותו, וטוב שכך. לבית המשפט אין כלים כדי להכריע האם נטייה מינית היא מולדת או בת-שינוי, וככל הנראה גם אינו יכול להסתייע בתשובות חד-משמעיות חוץ משפטיות. האם היעדר היכולת להכריע בסוגיה זו תמנע מבית המשפט ליתן סעד לתובע כאמור? היום התשובה היא ברורה, אפליה מחמת נטייה מינית אסורה בחוק שוויון ההזדמנויות, מה שפוטר את השופט מלקבוע מסמרות בסוגיה כה מורכבת שפתרונה, ככל הנראה, אינו בדל"ת אמותיו של בית המשפט. לעומת זאת, זהות מגדרית, טרם תוסף לרשימת עילות איסור האפליה הפסיקתיות, עשויה להיבחן על-ידי בית המשפט דרך פריזמה של מקובעות ומולדות, הגם שספק אם בידי הכלים לעשות כן.

כאמור, הדיון סביב מקובעות או מולדותה של הזהות המגדרית אינו יכול להיות מוכרע במסגרת חיבור זה, וככל הנראה גם לא במסגרת המשפט, שכן הוא מערב בחינה אינטרדיסציפלינרית של תחומי מדע שונים שספק רב אם ניתנים כלל ליישוב זה מול זה. במחקרים מדעיים שנערכו לאחרונה נטען כי אותר מרכיב גנטי של

¹³¹ זמיר וסובל, לעיל ה"ש 119, בעמ' 224.

¹³² בג"צ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(3) 630, 658-659 (1998).

¹³³ ראו בהקשר זה ג'ודית באטלר **קוויר באופן ביקורתי**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 35. באטלר מבקשת לחדד את אי-ההבנה בנוגע לביצועיות המגדרית: "מגדר הוא ביצועי במידה שהוא **פועל-יוצא** של משטר להסדרת הבדלים מגדריים, שבמסגרתו מובחנים המגדרים אלה מאלה וממוקמים בסולם היררכי **תחת אזהרה**. הגבלים חברתיים, מיני טאבו, איסורים, איומים בעונש – כל אלה ממלאים תפקיד בחזרתן הפולחנית של נורמות, וחזרה זו מכוננת את הזירה התהליכית של הבניית המגדר והתערעורתו" [ההדגשות שלי, ל.ב.].

¹³⁴ בג"צ 114/78 **מוחמד סעייד בורקאן נ' שר האוצר**, פ"ד לב(2) 806, 800 (1978).

טרנססקסואליות, מה שעשוי לשתור דעות שלפיהן זהות מגדרית נתמכת על בסיס הבניות חברתיות בלבד.¹³⁵ כמובן, שיקל על בית משפט המונחה דרך מסגרות בחינה הכוללות קריטריונים של מולדות ומקובעות לקבוע כי אפליה מחמת זהות מגדרית פסולה מכוח תקנת הציבור ככל שזו אפליה גנרית, כלשון השופט חשין, הנתמכת בבסיס ביולוגי-גנטי.¹³⁶ ואולם, כלום היעדר מקובעות או מולדות של זהויות מגדריות צריך לסתום את הגולל על תביעותיהם של עובדים טרנסגינדרים? אם נניח בצד את האספקט הביולוגי ונתמקד בזה החברתי, הרי שנוכל לומר כי זהות מגדרית מתגבשת בהינתן מכלול ערכים ונורמות תרבותיים וחברתיים שלתוכם אדם נולד ובתוכם הוא חי ופועל. אדם אינו נולד לתוך ריק, אלא לתוך חברה ותרבות שבתוכן וביחס אליהן מתגבשות ומתעצבות הזהויות המגדריות. לצורך דיון משפטי-קונקרטי ניתן לטעון שבחברה ותרבות שבהן ערכים ונורמות מגדריים נתפשים כנורמאליים באופן שהוא כל כך אקסיומאטי ובלתי ניתן לערעור, זהויות טרנסגינדריות ראויות להגנה משפטית, בהיותן "נענשות" על-ידי החברה על בסיס יומיומי. למעשה, כל עוד, באופן מעשי, תפישות מגדריות בחברה הן כל כך מקובעות, כך גם הן הזהויות המגדריות המאתגרות תפישות אלה, ומכאן שאלה האחרונות ראויות להגנת החוק והפסיקה.

אספקט הצהרתי ואספקט חינוכי של החוק. היעדר אמירה מפורשת של המחוקק עשויה להקשות על בית המשפט להכיר בעילה פסיקתית של זהות מגדרית. נראה כי הפסיקה הכירה בקיומן של דרגות חומרה שונות של אפליה. פסק הדין בעניין **דנילוביץ'**, כמו גם פסק דינו של השופט זמיר בעניין **רקנט** עשויים לשפוך אור על נקודה זו.¹³⁷ בעניין **דנילוביץ'** פסקו שופטי הרוב בבית הדין הגבוה לצדק כי הסדרי הטבות הניתנים לבני זוג של עובדי חברה התעופה אל-על מפלים בין עובדיה ההומוסקסואלים לבין עובדיה ההטרוסקסואלים של החברה בבחינת אפליה מחמת נטייה מינית. עם זאת הנמקותיהם של שופטי הרוב, ברק ודורנר, מעט שונות, ויש ליתן על כך את הדעת בבואנו להשליך על מקרי אפליה כלפי עובדים טרנסגינדרים. הנשיא ברק ביסס פסיקתו על לשון חוק שוויון ההזדמנויות אליו נקלט איסור אפליה מחמת נטייה מינית. ברק לא נדרש ליצור עילת אפליה פסיקתית, ולמעשה פסק דינו נתלה בחוק הפוזיטיבי.¹³⁸ לעומתו, השופט דורנר סברה שמקור האיסור להפלות אינו מתמצה רק בחוק שוויון ההזדמנויות אלא הוא נובע גם מעקרון השוויון שנקלט במשפט העבודה הישראלי. כך היא טענה כי החוק רק העלה על הכתב את הדין הקיים באשר לזכויותיהם של עובדים הומוסקסואלים.¹³⁹ השופט זמיר בבג"צ **רקנט** סבר, למשל, שלא כל עילת אפליה שנקלטה בחוק שוויון ההזדמנויות, מוכרת גם מכוח עקרון השוויון. כך לטעמו אפליה מחמת גיל לא סתרה את תקנת הציבור טרם הוכנסה לחוק שוויון ההזדמנויות, ולכן לא ניתן היה להיבנות ממנה, טרם נאסרה בחוק, מכוח עקרון השוויון.¹⁴⁰ לעומתו, הנשיא ברק, על אף שעמדתו הייתה כי "אין ליתן משקל שווה לכל ההפלות כולן", סבר שכל זאת כי אפלייתו של העובד המבוגר היא קשה במיוחד ויש בה יסוד של השפלה ופגיעה בכבודו שול האדם.¹⁴¹

¹³⁵ מחקר אוסטרלי מעלה כי טרנססקסואליות היא מולדת ונתמכת בבסיס ביולוגי-גנטי, ולא חברתי בלבד: Lauren Hare et al., *Androgen Receptor Repeat Length Polymorphism Associated with Male-to-Female Transsexualism* 65 *BIOLOGICAL PSYCHIATRY* 93 (2009). ראו גם: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/7689007.stm>: *Transsexual gene link identified*.

¹³⁶ אם נשתמש לצורך הדיון בטרנססקסואליות ובטרנסווסטיזם, אזי בעוד שגישות ביולוגיות עשויות לראות אותם כנתמכים בבסיס גנטי, ולכן נתפשים כמולדים וכמקובעים, גישות פסיכואנליטיות סבורות שמקורם של אלה בתנאים פסיכולוגיים, טראומות ילדות, או קיבעונות התפתחותיים רגשיים, ולכן רואות אותם כמקובעים אך לא בהכרח מולדים. ראו Harry Benjamin, *Transsexualism and Transvestism as Psycho-Somatic and Somato-Psychic Syndromes*, in *THE TRANSGENDER STUDIES READER* 45, 47 (Susan Stryker & Stephen Whittle eds., 2006).

¹³⁷ בג"צ 721/94 **אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ'**, פ"ד מח(5) 749 (1994); בג"צ **רקנט**, לעיל ה"ש 125.

¹³⁸ ראו עניין **דנילוביץ'**, לעיל ה"ש 137, בעמ' 763. עם זאת, בדנג"צ **רקנט** קבע ברק כי "להוראה המקורית באשר לעילות ההפלה הוסף איסור ההפלה מחמת מעמדם האישי וכן מחמת נטייתם המינית. שינוי זה שיקף וביטא את תפיסות היסוד של החברה הישראלית אותה עת. הוא היה בעל אופי הצהרתי." דנג"צ **רקנט**, לעיל ה"ש 118, בעמ' 368.

¹³⁹ עניין **דנילוביץ'**, לעיל ה"ש 137, בעמ' 778-779.

¹⁴⁰ בג"צ **רקנט**, לעיל ה"ש 125, בעמ' 369-371; זמיר וסובל, לעיל ה"ש 119, בעמ' 231. עמדה זו התהפכה על-ידי שופטי הרוב בדנג"צ **רקנט** ונקבע כי אפליה מחמת גיל עמדה בסתירה לתקנת הציבור אפילו טרם הוספה עילת הגיל לחוק שוויון ההזדמנויות. דנג"צ **רקנט**, לעיל ה"ש 118, בעמ' 369-371.

¹⁴¹ דנג"צ **רקנט**, לעיל ה"ש 118, בעמ' 366.

הנמקותיהם השונות של השופטים ברק, דורנר וזמיר בפסקי הדין המובאים לעיל עשויות להמחיש עד כמה הכרחית אמירה מפורשת של המחוקק. בפר האחד, עולה כי בהעדר אזכור בפסיקה המתייחס לאיסור אפליה מחמת זהות מגדרית, קשה לנבא באופן ודאי כיצד יפסוק בית המשפט בבוא לפניו מקרה אפליה כלפי עובד טרנסג'נדר, זאת אפילו ניתן לטעון שאפליה מחמת טרנסג'נדרים היא מתן יחס שונה לשווים (ככל ששווים בשוק העבודה כוונתו לכישורים ומסוגלות תעסוקתיים). בפר השני, והמשלים, קביעה של המחוקק עשויה להתפרש ככזו הנושאת אופי הצהרתי, בחינת כך שהיא מבטאת תפישות יסוד של החברה המבקשות לשרש דעות מוקדמות וסטריאוטיפים שליליים המופנים תדירות כלפי אנשים טרנסג'נדרים. יש לזכור כי הן פסק הדין בעניין **דנילוביץ'** והן פסק הדין בעניין **רקנט** ניתנו לאחר שעילות האפליה נשוא הדיון שם נקלטו על ידי המחוקק בחוק שוויון ההזדמנויות, מה שנראה כמקל בדיעבד על בית המשפט לראות באפליה מחמת נטייה מינית ובאפליה מחמת גיל ככאלה שסותרות את תקנת הציבור הישראלי.

פרט לסיגנאל המועבר לבית המשפט יש לקביעת המחוקק, נבחר הציבור, ערך חברתי-אקספרסיבי חשוב. איסור בחוק על אפליה מחמת זהות וביטוי מגדריים נושא אופי חינוכי, וייתכן שהאימפקט החברתי בצידו גבוה מזה העשוי לצמוח מקביעה פסיקתית מכוח עקרון השוויון הכללי. כלפי החברה, תתפרש אמירה של המחוקק כנושאת ערך חינוכי לסובלנות בחינת כך שיש לאדם הטרנסג'נדר, כמו לכל אדם אחר, זכות להיות שונה מהרוב ולבטא את אישיותו ואת עצמיותו כפי שהוא רואה לנכון, זאת מבלי להיות נתון לאפליה תעסוקתית.¹⁴²

איזון בין זכות העובד לשוויון בעבודה לבין זכות המעסיק לעשות בקניינו כרצונו. אף על פי שהשוויון

במשפט העבודה הישראלי הוכר כזכות על-חוקית, ולאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כזכות חוקתית, בית המשפט נדרש לאזן זכות זו מול הזכות לקניין של המעסיק שהוכרה גם היא כזכות חוקתית, ובאופן מפורש, בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הלכה היא כי אין חובתו של הפרט לנהוג בשוויון כלפי פרט אחר כחובתה של רשות ציבורית לנהוג בשוויון כלפי אותו פרט.¹⁴³ למעשה, בהקשר שלפנינו, בית המשפט נדרש לערוך איזון בין שתי זכויות שהן שוות מעמד, ואין האחת נעלה על השנייה. בהתאם לכך קבע הנשיא ברק בעניין **דנילוביץ'** כי זכות השוויון היא יחסית, וניתן לפגוע בה מכוחם של ערכים אחרים.¹⁴⁴ לכן, בית המשפט נדרש למצוא את נקודת האיזון שבין הפרוגטיבה הניהולית של המעסיק לבין זכות העובד שלא להיות מופלה. נראה שככל שמספר המועסקים הוא נמוך יותר והבעלות על מקום העבודה היא פרטית, כך עשויה לסגת זכות העובד לשוויון מול האוטונומיה של רצון המעביד.¹⁴⁵ עוד יש לשים לב שהלכות שוויון מכוננות כמו **דנילוביץ'**, **רקנט** ו**נעמי נבו** עסקו בגופים ציבוריים וממשלתיים, שם היה קל יותר לבית המשפט לערוך איזון הנוטה לטובת זכות העובד שלא להיות מופלה.

לעומת זאת, חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה מגדיר באופן מפורש מהם מקרי אי-תחולת החוק. למעשה, החוק כבר מבנה בתוכו את הפגיעה בזכות היסוד של המעסיק. כך, בהתאם לסעיף 21(ג) לחוק שוויון השדמנויות, החוק דנא מחיל עצמו, הן במגזר הפרטי והן במגזר העסקי, על כל אדם המעסיק יותר משישה עובדים. מעסיק כאמור לא יוכל להפלות עובד או עובדת מחמת, למשל, מינם או נטייתם המינית, אך ייתכן כי יוכל להפלות עובד מחמת זהות וביטוי מגדריים, שכן בעוד שחוק שוויון ההזדמנויות קובע הסדר טכני-כמותי וברור, איזון בין זכויות הנעשה על-ידי בית המשפט אינו ניתן לחיזוי ודאי, והוא תלוי נסיבות המקרה. לכן, בהיעדר התייחסות מפורשת של בית המשפט לאיסור אפליה מחמת זהות מגדרית, קשה לנבא איזה סוג של איזון יאומץ. חוסר ודאות זה עשוי להקשות על עובדים טרנסג'נדרים לתבוע בבית המשפט את זכויותיהם לשוויון בעבודה.

¹⁴² השוו עם ד"כ התשנ"ב 793, 795.

¹⁴³ דנג"ץ **רקנט**, לעיל הי"ש 118, בעמ' 362, 365.

¹⁴⁴ עניין **דנילוביץ'**, לעיל הי"ש 137, בעמ' 760.

¹⁴⁵ רות בן-ישראל **שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה** כרך א' 323-327 (1998).

חוק שוויון ההזדמנויות קובע מנגנונים הרתעתיים כנגד מעסיקים מפלים. חוק שוויון ההזדמנויות מכיר בכך שהוכחת אפליה מטעמים אסורים עשויה לעיתים להיות קשה עד בלתי אפשרית. כדי להקל עם עובדים שסבלו אפליה קבע המחוקק בסעיף 9 כי "חובת ההוכחה על המעביד כי פעל שלא בניגוד להוראות סעיף 2". התובע נדרש לעמוד בדרישת הוכחה לכאורה שנעשתה אפליה, ואז מועבר **נטל השכנוע** למעביד שנדרש מצידו לשכנע כי לא הפלה מחמת אחת העילות המנויות בחוק. למעשה, הדין הישראלי מחמיר עם המעביד יותר מזה האמריקני שכן האחרון מעביר רק את נטל ההוכחה, הכבד פחות, אל המעסיק.¹⁴⁶ ההסדר בחוק שוויון ההזדמנויות הוא חשוב ביותר והוא מעצים את העובד שסבל אפליה במקום העבודה, בכך שהוא פוטר את העובד מלהפריך מסכת עובדות, לרוב שקריות, שמעלה המעסיק לביסוס סיבת האפליה. למעשה, כל הדיון באפליית עבודה עשוי להיות תיאורטי לחלוטין אלמלא המשפט יעניק לעובדים המופלים כלים ראויים להתמודד מול המעסיקים בבית המשפט.¹⁴⁷

לבד מהעברת נטל השכנוע מהעובד התובע למעביד הנתבע, הפך ההרתעתי בחוק שוויון ההזדמנויות מתחזק נוכח סעיף 10 לחוק המסמך את בתי הדין לעבודה לפסוק פיצויים אף בהעדר נזק ממון, וכל זאת בהתאם למקרה המונח לפנייהם. בהלכת **הום סנטר** נקבע כי מטרת הסעיף היא עונשית, הרתעית וחינוכית.¹⁴⁸ חוק שוויון ההזדמנויות משדר למעסיקים סיגנאל ברור שלפיו אפליה מחמת טעם פסול בחוק היא חמורה במידה כזו שהם עשויים לספוג פיצויים עונשיים אם ימצא שטעם לא ענייני כאמור נלקח בין יתר שיקוליהם.¹⁴⁹ החוק מבטא את השאיפה של המחוקק למגר כל ביטוי אפליה מחמת אחת העילות האסורות, והוא מפקיד בידי בתי הדין לעבודה מכשיר יעיל לעשות כן, לא כל שכן נפסק כי יש להטיל על מעסיקים מפלים פיצויים אפקטיביים, קרי כאלה שימנעו מהם מלהפלות שוב בעתיד.¹⁵⁰

לסיכום, על-אף שעקרון השוויון במשפט העבודה הישראלי יכול לשמש בהצלחה ליטיגציה טרנסג'נדרית בישראל, נוטה אני לדעה, מן הטעמים שהובאו לעיל, כי אין להסתפק בו בלבד. התפתחותו הפסיקתית של עקרון השוויון אינה סדירה, והדבר עשוי ליצור אי-ודאות באשר להיקף חלות העיקרון על אפליה מחמת זהות וביטויים מגדריים. כך, בהעדר אמירה מפורשת מצד בתי המשפט כי זהות מגדרית היא עילת אפליה פסיקתית אסורה, אין לדעת באופן מדויק עד איזו מידה יהיה נכון בית המשפט להרחיב את תחולת עקרון השוויון על עובדים טרנסג'נדרים. אי-ודאות זו מתעצמת נוכח היעדר אזכורים של זהות מגדרית באמנות והצהרות עבודה בינלאומיות.¹⁵¹ לעומת זאת, חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה קובע מנגנונים ברורים ומפורשים, כמו גם מנגנונים הרתעתיים ועונשיים שנועדו להקל על עובדים המופלים מחמת עילות אפליה אסורות. אפלייתם של עובדים

¹⁴⁶ רבין-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה", לעיל ה"ש 119, בעמ' 539-543.

¹⁴⁷ עם זאת, בעניין **אליס מילר** מודל זה אומץ גם ביחס לתביעות אפליה מכוח עקרון השוויון הכללי. ראו דבריה של השופטת דורנר בעניין **אליס מילר**, לעיל ה"ש 129, עמ' 135-136: "על הטוענת להפליה להוכיח את התייחסותה השונה של הרשות אליה מחמת מינה (או השתייכות קבוצתית אחרת). מנגד, נטל ההוכחה כי התייחסות המפלה היא מוצדקת, הוא על הרשות."
¹⁴⁸ ע"ע (ארצי) 1156/04 **הום סנטר (עשה זאת בעצמך) – אורית גורן**, תק-אר (7)2004, 400, פס' 38 לפסק דינה של השופטת וירט ליבנה (2007).

¹⁴⁹ כאמור, בישראל, כמו בארצות הברית, אומץ מודל ההכתמה, קרי די שטעם בלתי ענייני השתרבב בין שאר שיקוליו של המעסיק כדי שההחלטה תהא פסולה, ואין צורך שהמשקל שניתן לטעם זה הוא המכריע. ראו לעיל ה"ש 123.

¹⁵⁰ עניין **הום סנטר**, לעיל ה"ש 148, שם.

¹⁵¹ הצהרת פילדלפיה משנת 1944, שנקלטה זה מכבר בחוקת ארגון העבודה הבינלאומי, קובעת ש"כל בני האדם, מבלי לשים לב לגזע, אמונה או מין, זכאים לרווחה ולהתפתחות רוחנית בתנאים של חופש וכבוד, של ביטחון כלכלי ושל סיכוי שווה". ראו קבוצה של אנשי זכויות אדם לגיבוש עקרונות בינלאומיים בקשר עם נטייה מינית ובהיות מגדרית. עקרון 12 לעקרונות יוגיאקרטה קובע למשל את הזכות לעבודה: "Everyone has the right to decent and productive work, to just and favorable conditions of work, and to protection against unemployment, without discrimination on the basis of sexual orientation or gender identity". States shall take all necessary legislative, administrative and other measures to eliminate and prohibit discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity in public and private employment, including in relation to vocational training, recruitment, promotion, dismissal, conditions of employment and remuneration". ראו <http://www.yogyakartaprinciples.org/yogyakarta-principles-jurisprudential-annotations.pdf>.

טרנסג'נדרים היא אפליה קבוצתית במובהק, באשר המשתייכים לקבוצת האנשים הטרנסג'נדרים מופלים בדיוק מחמת שיוך זה, ולכן אין לראות מדוע זו לא תימנה כאחת מעילות האפליה האסורות בחוק.

4.3 חוקי מוגבלות וליטגציה טרנסג'נדרית

חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 (להלן: "חוק המוגבלות"), עשוי לשמש כלי נוסף בידי ליטגציה טרנסג'נדרית בישראל. במבט ראשון עשוי הדיון בפרק זה לסתור את הטענות שאותו ניסיתי לקדם בחיבור זה, והוא שזהות מגדרית אין לה ולו חצי דבר עם יכולותיו וכישוריו של העובד לבצע עבודה מסוימת. ואכן, אינני סבור כלל ועיקר כי במסגרת חקיקת עבודה אוטופית עובדים ודורשי עבודה טרנסג'נדרים צריכים להיות מוגנים מכוח חוקים המגנים על אנשים עם מוגבלויות. עם זאת, כפי שניתן לראות, הדין הישראלי חסר התייחסות מפורשת לאיסור אפליה מחמת זהות מגדרית, ולכן אנו מחויבים לבחון את כל הוראות החיקוק שעשויות להקל על עובדים טרנסג'נדרים להיכנס בשערי בית המשפט ולתבוע את זכותם לשוויון בשוק העבודה. האפשרות המשפטית המוצעת כאן, בדומה לקודמותיה, ואולי אף ביתר שאת, אינה חפה מפגמים, ואולם יש לעשות שימוש מושכל בחוק ככל שהוא עשוי לסייע במאבק על אפליה תעסוקתית כנגד עובדים טרנסג'נדרים בישראל.

חוק המוגבלות הוא חוק כללי שנועד לתקן עוול היסטורי שנעשה כלפי אוכלוסיית בעלי המוגבלויות, והוא כולל בתוכו פרק מיוחד המסדיר את איסור האפליה בעבודה כלפי עובדים בעלי מוגבלות. החוק הישראלי נחקק בהשראת החוק האמריקני הפדראלי Americans with Disabilities Act of 1990 (להלן: "ADA"),¹⁵² אולם יש לשים לב להבדל משמעותי אחד, בהקשר נשוא חיבור זה, בין שני החוקים האמורים.¹⁵³ לפי ה-ADA האמריקני מוגבלות אינה כוללת טרנסווסטיזם, טרנסקסואליות והפרעות זהות מגדר שאין מקורן בלקות פיזית.¹⁵⁴ המחוקק האמריקני ביקש ליצור הסדר שאינו מחיל עצמו על אנשים טרנסג'נדרים, ואלה אינם יכולים להיבנות מהחוק הפדראלי.¹⁵⁵ לעומת זאת, חקיקות מדינתיות דומות בארצות הברית, אימצו את הגדרת ה-ADA למוגבלות, אך לא הוציאו מתחולתן אנשים טרנסג'נדרים, ולכן, עיקר הליטגציה הטרנסג'נדרית בארצות הברית העושה שימוש בחוקי איסור אפליית אנשים עם מוגבלות נעשית במסגרת המשפט המדינתי.¹⁵⁶ החוק הישראלי, שגם הוא כאמור שאב רבות מן החוק הפדראלי ואימץ הגדרות והסדרים דומים, לא מוציא מתחולתו את אוכלוסיית הטרנסג'נדרים, ולכן מותיר מקום לבחינת ישימותו ביחס לאפלייתם של עובדים אלה.

אדם עם מוגבלות" מוגדר בסעיף 5 לחוק המוגבלות כ"אדם עם לקות פיסית, נפשית או שכלית... קבועה או זמנית, אשר בשלה מוגבל תפקודו באופן מהותי בתחום אחד או יותר מתחומי החיים העיקריים." עינינו הרואות כי ההגדרה שבחוק המוגבלות מגבילה באופן ניכר את יכולתם של עובדים טרנסג'נדרים להיבנות מהחוק. ספר האבחנות הפסיכיאטריות האמריקני DSM מסווג הפרעת זהות מגדרית כהפרעה נפשית, אולם, הגדרה זו, בין אם נכונה ובין אם לאו, מחילה עצמה על קבוצה מסוימת אחת בלבד של אנשים טרנסג'נדרים, ועמה נמנים מי

¹⁵² 42 U.S.C. § 12101

¹⁵³ צביה אדמון זכויות אנשים עם מוגבלות במשפט הישראלי: הבטים ביקורתיים 203-206 (עבודת גמר לקבלת תואר מוסמך במשפטים, אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 2002).

¹⁵⁴ 42 U.S.C.S. § 12211(b); למעשה, אנשים שנולדו כאינטרסקס עשויים להיחשב כבעלי מוגבלות לפי החוק, שכן מקור הלקות הוא "פיזי".

¹⁵⁵ ג'ניפר לוי ובנט קליין סבורים שדווקא צורך זה של המחוקק הפדראלי להוציא מתחולת ה-ADA את קבוצת הטרנסג'נדרים מראה כי הוא סבור שלשון החוק כפשוטה עשויה לכלול גם את אלה הנמנים עם קבוצה זו. ראו Jennifer L. Levi & Bennett H. Klein, Pursuing Protection for Transgender People through Disability Laws, in TRANSGENDER RIGHTS 74, 83-84 (Paisley Currah et al. eds., 2006).

¹⁵⁶ ראו למשל עניין Lie, לעיל ה"ש 91 (בית המשפט העליון של מסצ'וסטס קבע שבהעדר הוצאתם של אנשים טרנסג'נדרים מתחולת חוקי שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות על-ידי המחוקק במדינת מסצ'וסטס, יכולים אלה להיבנות מחוקי איסור אפליה מחמת מוגבלות, שכן הפרעת זהות מגדרית הוכרה כהפרעה נפשית לפי DSM-IV).

שזהותם המגדרית הפוכה באופן מושלם למגדר המשוויד למינם המולד, אלה מכונים בדרך כלל טרנסקסואלים.¹⁵⁷ מעבר לכך, לשון החוק קובעת שלא די שאדם יהיה בעל לקות פיזית או נפשית, אלא נדרש שלקות זו תגביל באופן מהותי אחד או יותר מתחומי החיים. מסתמן אפוא כי עובדים טרנסקסואלים לא יתקשו להעלות טענה שלפיה בעת תהליך שינוי המגדר הם נדרשים לעבור טיפולים רפואיים, הורמונאליים ופסיכו-תרפויים מתמשכים העשויים לפגוע בתחומי חיים שונים, ביניהם תעסוקה.¹⁵⁸ אין גם ספק שכאשר מחליט האדם הטרנסקסואל לעבור ניתוח לשינוי מין אנטומי, יקל עליו עוד יותר לטעון לפגיעה, בפרק הזמן הזה, באחד או יותר מתחומי חיו. אולם, אינני רואה כיצד הגדרה זו שבחוק המוגבלות עשויה לסייע בידיהם של אנשים טרנסקסואלים אשר זהותם המגדרית, העשויה להיתפש בלשון החוק כ"מוגבלות נפשית", אינה מגבילה בשום צורה את תפקודם בתחומי חיים שונים. כבר נאמר בעבודה זו כי אין לטעון כי טרנסקסואליות כשלעצמה – האופן שבו אדם מגדיר את עצמו המתאפיין באימוץ תפקידי מגדר התואמים זהות זו – פוגמת בכוח העבודה ובמסוגלותו של העובד, ובהתאם היא גם אינה יכולה לשמש מכשיר לניבוי יכולותיו וכישוריו של עובד כאמור. יוצא אפוא, כי ההגדרה שבחוק המוגבלות, לא זו בלבד שהיא חסרה בכך שהיא נכונה ככל הנראה לקבוצת העובדים טרנסקסואלים בלבד, אלא שגם באשר לאלה היא חסרה, שכן היא דורשת שזהותם המגדרית תגביל את תפקודם באופן מהותי בתחומי חיים עיקריים שונים.

חיסרון נוסף ובולט בצד גישה זו הוא ההסתמכות על מודל רפואי לזהות מגדרית. מודל זה שלפיו נבחנת הזהות המגדרית דרך ההגדרה הפסיכיאטרית שב-DSM, מניח מלכתחילה שישנם שני מגדרים, שלא זו בלבד שהם "הנורמה" החברתית, אלא שהם גם "השפוי" הקליני. הסתמכות על מודל רפואי פסיכיאטרי במאבק על שוויון זכויות בשוק העבודה עשויה לאשרר תפישה רפואית שאנשים ופעילים טרנסג'נדרים כה מתקוממים כנגדה. יתר על כן, מודל רפואי מעניק את הכוח לקבוע את הזהות המגדרית בידיו של הגורם הרפואי, ולא בידיו של האדם הטרנסג'נדר. הזהות המגדרית היא בת-הגנה לפי המודל הרפואי כל אימת שגורם רפואי מוסמך "אישר" אותה. יוצא אפוא, כי אדם טרנסג'נדר המבקש להיבנות מהגדרת ה-DSM נדרש להוכיח כי הוא עומד בכל הפרמטרים שקובעת הגדרה זו, ורק בהתקיים לגביו כל אותם פרמטרים, הרי שהגורם הרפואי יאות לסווגו כמי שיש לו הפרעת זהות מגדרית. הסתמכות על מודל רפואי משמעותה היא כי מי שזהותו המגדרית אינה נעה על ציר בינארי קוטבי, כמו שמבקשת ההגדרה הפסיכיאטרית לקבוע, יצטרך לייצר בפני גורמים רפואיים מראית עין חיצונית שאינה תואמת את זהותו הפנימית. בפועל, המודל הרפואי מניח רגולציה של הזהויות המגדריות אשר תוצאותיו עשויות להיות מזיקות: אדם טרנסג'נדר שזהותו המגדרית ניתנת לסיווג בינארי אמנם יזכה להגנת החוק אך ייחשב כבלתי-שפוי, לעומתו אדם טרנסג'נדר שזהותו המגדרית אינה ניתנת לסיווג בינארי לא יזכה להגנת החוק כלל בבחינת כך שזהותו המגדרית נתפשת כבלתי-לגיטימית או כבלתי-אמיתית.¹⁵⁹

נוסף על אלה, נראה כי בעייתיות רבה בהסתמכות על השוואת תנאיהם של עובדים טרנסג'נדרים בחוק המוגבלות נעוצה בחשש לביסוס הסטיגמה שממנה סובלים אנשים טרנסג'נדרים. כאשר המסגרת המשפטית בוחנת את האפליה דרך משקפיים של "מוגבלות", מתעצמת האפשרות שהסיגנאל שיועבר מבית המשפט הוא שיש אכן קשר בין טרנסג'נדרים למוגבלות. כתשובת נגד לטיעונים מן הסוג הזה סבורה ג'ניפר לוי כי שימוש מושכל בחוקי מוגבלות עשוי לשמש כלי ליטיגציה יעיל בתביעותיהם של עובדים טרנסג'נדרים. את עמדתה זו היא

¹⁵⁷ Levi & Klein, לעיל ה"ש 155, בעמ' 81. לטענתם של לוי וקליין הגדרת טרנסקסואליות לא חייבת להצטמצם להגדרת ה-DSM בלבד, אלא שכיום יש מחקרים מדעיים המראים כי טרנסג'נדרים קשור יותר באבחנות ביולוגיות דווקא, ולכן ניתן לשייכו גם ל"אדם עם לקות פיזית".

¹⁵⁸ שם, בעמ' 85-87.

¹⁵⁹ Franklin H. Romeo, *Beyond a Medical Model: Advocating for a New Conception of Gender Identity in the Law*, 36 COLUM. HUMAN RIGHTS L. REV. 713, 724-734 (2005). ראו גם Vade, לעיל ה"ש 7, בעמ' 287: "I am concerned about doctors having the power to define a person's gender. Gender should be self-determined, period. Telling someone that they cannot be their self-identified gender is like telling that person they cannot be themselves. No one can be other than who they are".

תולה בהגדרת ADA שלפיה אדם עם מוגבלות הוא גם מי שנתפש בעיני המעסיק ככזה. כך גם סעיף 8(ד) בפרק ד' לחוק המוגבלות, העוסק באיסור אפליה בתעסוקה, אוסר להפלות – נוסף על עובד בעל מוגבלות – גם את מי שנחשב לאדם עם מוגבלות. קרי, האדם המופלה אינו בהכרח מוגבל, אלא שהחברה או המעסיק רואים אותו ככזה. באופן ספציפי יותר, לוי טוענת כי חוקי מוגבלות נועדו, בין השאר, למגר תחושות אי-נוחות וסטיגמות הנקשרות במי שנתפשים כבעלי מוגבלות. כך לעניין עובדים טרנסג'נדרים, הטענה האפשרית היא כי על אף מסוגלותם לבצע עבודה פלונית, הם מופלים לרוב בשוק העבודה בהינתן סביבת עבודה עוינת כלפיהם אשר מגבילה את יכולתם לעשות כן. כך, לא בהכרח הלקות הנפשית או הפיזית היא שמהווה חסם בפני העובד הטרנסג'נדר להשתלב בשוק העבודה אלא תחושות אי נוחות וחשש המאפיינות את סביבת העבודה שעומה בא העובד במגע.¹⁶⁰ בהקשר זה יוער כי ייתרונם הבולט של חוקי מוגבלות הוא האפשרות לחייב מעסיקים לעשות התאמות, ככל שתידרשנה, אשר תאפשרנה העסקתם של עובדים טרנסג'נדרים.¹⁶¹ עם זאת, יש להטיל ספק האם עובדים טרנסג'נדרים נתפשים בעיני מעסיקים כבלתי מסוגלים לבצע סוגי עבודות שונים. לעיתים, תחושות אי הנוחות והחשש אמנם יוצרים סביבת עבודה עוינת, שיש בה לפגום בביצועיו של העובד הטרנסג'נדר, אולם פעמים רבות, מקור האפליה נעוץ בתחושות אי-נוחות וסלידה שהמעסיקים אינם תולים כלל במוגבלות כזו או אחרת. במקרים אלו, שאינם מעטים, חוק המוגבלות אינו יכול להוות מסגרת משפטית נאותה ומספקת למאבק לשוויון בשוק העבודה.

נקודה נוספת שמעלה לוי היא שביסוס התביעה על עילת חוק קיימת – איסור אפליה מחמת מוגבלות – מניחה לפני השופט מסגרת בחינה מוכרת ופשוטה יחסית, זאת בניגוד לבחינת זהויות מגדריות שונות שלרוב אינן מוכרות לשופט. כך היא טוענת כי יקל יותר לבית המשפט להתייחס למוגבלות הנובעת מאילוצים רפואיים, הורמונאליים או פסיכו-תרפויים, ולהעניק סעד בהתאם, מאשר לבחון זהויות מגדריות שונות שאותן אינו בהכרח מבין ואשר מנוסחות בשפה "הזרה לוי".¹⁶² לוי, עורכת-דין המייצגת עובדים טרנסג'נדרים, מקדמת טיעון שנועד להקל עם השופט לפסוק לטובת הלקוח שאותו היא מייצגת. אולם, ככל שמסתכלים על טיעון זה לעומק, ובהתבסס על ההנמקות השונות שהועלו לאורכו של חיבור זה, ניתן לטעון שהוא חסר ולו מפאת כך ששינוי חברתי לא ייצא ככל הנראה מבית המשפט, אלא ככל שהשופטים היושבים בו יידרשו לעומקן של הזהויות המגדריות, ולהגנה שיש ליתן להן מכוח החוק. אם שפה זו אינה מוכרת לשופט, כפי שמכנה זאת לוי, יש לפעול בדיוק בכיוון שבו היא תהפוך מוכרת לשופט ובהמשך לחברה. לכן, כפי שציינתי בתחילת תת-פרק זה, היאחזות בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות היא אפשרית ומעשית, אך יש גם להיות ערים לכך שחוק זה רחוק מלהיות מסגרת משפטית אופטימאלית שבאמצעותה ניתן לקדם שיח מגדרי פורץ דרך ומוסכמות חברתיות במשפט.

4.4 פיטורים מחמת שינוי מגדר – האם קיום חוזה העבודה שלא בתום לב?

כפי שהעלה הדיון בפסיקה האמריקנית, סיום חוזה העבודה, קרי פיטורי העובד, הוא נקודת זמן קריטית שבה מופלים עובדים ודורשי עבודה טרנסג'נדרים לרוב. כלי משפטי נוסף היכול לעמוד לרשות ליטיגציה טרנסג'נדרית בישראל הוא התפתחות הדרגתית של הלכה האוסרת על מעסיק לפטר עובד בחוסר תום לב. הכלל הנוגע לפיטורי עובד במשפט המקובל הוא *employment at will*, שלפיו ניתן לפטר עובד מכל סיבה, טובה או רעה, או אפילו בהיעדר סיבה. כלל זה נותן ביטוי מובהק לפררוגטיבה הניהולית של המעסיק שהיא נגזרת של הזכות הקניינית

¹⁶⁰ Levi & Klein, לעיל ה"ש 155, בעמ' 87-89. עוד לעניין זה ראו Jennifer L. Levi, *The Interplay Between Disability and Sexuality: Clothes don't Make the Man (or Woman), but Gender Identity Might*, 15 COLUM. J. GENDER & L. 90, 104-110 (2006) (להלן: *Levi, Clothes don't Make the Man*).

¹⁶¹ לו ניתן היה לתקוף את האקט המפלה בעניין *Etsitty* דרך ADA יכלה אטסיטי לדרוש שהמעסיק יבצע התאמות במתקנים השונים כך שתוכל לעשות בהם שימוש בהתאם למגדר שאיתו היא מזדהה. ראה לעיל דיון בעמ' 14-16; ראו גם סעיף 8(ה) לחוק המוגבלות: "הפליה- לרבות אי-ביצוע התאמות הנדרשות מחמת צרכי המיוחדים של אדם עם מוגבלות אשר יאפשרו את העסקתו."
¹⁶² *Levi, Clothes don't Make the Man*, לעיל ה"ש 160, שם.

שלו בעסק.¹⁶³ כאן יש לדייק, המעסיק אינו יכול לפטר עובד מחמת סיבה האסורה במפורש מכוח חוקי המגן, או הסכם קיבוצי או עילות פסיקתיות אסורות. אזורים אלו מופקעים מהפררוגטיבה הניהולית של המעסיק ואין אפשרות להתנות עליהם בחוזה העבודה. לכן, אם נצא מנקודת הנחה שאפליה מחמת זהות מגדרית היא אפליה פסולה, בין אם מכוח חוקי המגן ובין אם מכוח הפסיקה לפי עקרון השוויון בעבודה, ממילא מתייחד הדיון בפרק זה. לעומת זאת, אם זהות מגדרית אינה מופקעת מהאוטונומיה של המעסיק, יש לבחון האם פיטורים מחמת שינוי מגדר או זהות וביטוי מגדריים הם פיטורים העולים כדי חוסר תום לב.

בהצעת חוק חוזה עבודה ביקש המחוקק להגביל את יכולתו של המעסיק לפטר עובד על ידי שיצטרך להראות "סיבה מספקת" לפיטורים.¹⁶⁴ ואכן, נראה כי כיום ההלכה הנוהגת במשפט העבודה הישראלי היא כי פיטורים אסור שיעשו בשירותיות ודרושה להם סיבה מספקת.¹⁶⁵ למעשה, הכפפת הפיטורים לעקרון תום הלב היא הגבלה נוספת על מעסיק המבקש לפטר עובד. עם זאת, הגבלה זו היא כללית, ולכן יש לבחון האם זהותו המגדרית של עובד או תהליך של שינוי מגדרי הם בחינת "סיבה מספקת" לפיטורי העובד. לטעמי, סיבה מספקת תתקיים כאשר העובד לא עמד בציפיותיו של המעסיק. ציפיות אלה עשויות להיות קשורות בכישוריו וכושרו של העובד, הספק עבודתו, חריצותו, התאמתו לתפקיד הספציפי, יחסי האנוש שלו ועוד כהנה וכהנה פרמטרים שבהם מעסיקים אומדים את עובדיהם. איני סבור כי לזהותו המגדרית של העובד, או לתהליך שינוי המגדר אותו הוא עובר, ולו חצי דבר עם פרמטרים כגון אלה. פיטוריו של עובד מחמת זהותו המגדרית או מחמת שינוי מגדרי צריכים להתפרש, לשיטתי, כפיטורים שרירותיים שאינם עולים כדי סיבה מספקת.

עם זאת, שימוש בחוסר תום לב מצד מעסיקים ככלי למאבקם של עובדים טרנסג'נדרים לשוויון תעסוקתי בישראל הוא חסר ומצומצם. ראשית, תום הלב, מטבעו, הוא מונח שסתום בפסיקה ובחינת כך הוא כלי מעט אמורפי אשר ביחס אליו קשה לנבא כיצד ייושם על ידי בית המשפט. בפועל, מעסיקים תמיד יוכלו לטעון לאי-התאמה בינם לבין העובד, להבדיל מאי-התאמה במילוי המשרה, וכך להסוות את סיבת הפיטורים האוטנטית, קרי שינוי המגדר של העובד.¹⁶⁶ כמו בדיון סביב עקרון השוויון, נראה כי גם כאן הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק אינה מוחלטת והיא עומדת אל מול זכותו של העובד שלא להיות מפוטר מטעמים שרירותיים. בשל כך, בית המשפט יידרש, לטעמי, להפעיל רציונאליים ושיקולים דומים לאלה שהועלו בדיון על עקרון השוויון. במילים אחרות, ככל שמדובר בעסק או בחברה ציבוריים או ממשלתיים, וככל שמספר העובדים הוא רב יותר, כך עשוי לגבור חוסר תום ליבו של המעסיק המפטר מחמת השינוי המגדרי שעובר העובד. לעומת זאת, בעסקים פרטיים וככל שהיחסים בין המעסיק לעובד הם אינטימיים יותר ומספר העובדים מצומצם יותר, ייתכן ויהיה להתחשב יותר בפררוגטיבה הניהולית של המעסיק ובאוטונומיה הבחירה שלו. איזון זה צריך להיעשות בצמצום ובהירות יתירה, ואין להקל עם מעסיקים המפטרים מחמת שינוי מגדר באצטלה של אי-התאמה אישית. ייתכן והאיזון הנכון ביותר הוא זה המובנה בחוק שוויון ההזדמנויות.

כמו כן, עשוי להתעורר קושי בהחלת עקרון תום הלב כאשר תהליך השינוי המגדרי עצמו משפיע על אופן תפקודו של העובד – אם דרך טיפולים רפואיים, פסיכיאטריים או הורמונאליים, או אם דרך התמודדות מול עוינותה של סביבת העבודה – עד שזה, כעובד, אינו עומד בציפיותיו של המעסיק. במקרים מן הסוג הזה, ייתכן ויקשה על העובד לטעון לחוסר תום לב מצד המעסיק, שכן שינוי המגדר לגופו לא היווה את סיבת הפיטורים, אלא

¹⁶³ גיא מונדלק "איפיון ההסדרה המשפטית לגבי פיטורי עובד" **עיוני משפט** כ"ב 819, 828-832 (2000).

¹⁶⁴ שם, בעמ' 825; עמרי ידלין "תום הלב במשפט העבודה בישראל: מן הכלל אל הפרט" **עיוני משפט** כ"ב 867, 891, ה"ש 70 (2000); הצעת חוק חוזה עבודה, תשמ"ה-1985, ה"ח 129.

¹⁶⁵ בג"צ 4284/08 **שמואל קלפנר ואח' נ' חברת דואר ישראל בע"מ**, תק-על 2010(2), 1519, פסקה כ"ד; נראה כי ביחסי העבודה קיימת למעסיק חובת אמון מיוחדת כלפי עובדיו כאשר זו אינה נגזרת מחוזה העבודה בלבד, אלא מחובת תום הלב המוגברת החלה ביחסי העבודה. ראו ע"ע 1201/00 **זילברשטיין-ערב חדש**, עבודה ארצי כרך לג [39], 35; בפסק הדין בעניין דניה סיבוס נוקטת השופטת ברק בלשון זכות העובד שלא להיות מפוטר שלא כדין. לדידה, פירושה של זכות זו הוא שעובד לא יפוטר בשירותיות. ע"ע 300019/98 **דב אורן נ' דניה סיבוס חברה לבנייה בע"מ**, דינים בית הדין הארצי לעבודה 2004 (38) 973, פס' 11-19.

¹⁶⁶ ככלל, טענת אי התאמה אינה יכולה להיטען בעלמא, ונדרש כי אי התאמה תהא אמיתית כך שעל המעסיק המפטר יהיה להוכיח כי העובד המפוטר אינו מתאים למילוי המשרה. ראו ע"ע 375/99 **החברה הכלכלית לפיתוח כפר מנדא נ' עבד אלחמיד ג'אבר** פד"ע לה(1) 255, 245 (2000).

אופן תפקודו הירוד מה של העובד שנובע מגורמים חוץ-תעסוקתיים. בעיני בית המשפט, תפקודו הלקוי מה של העובד עשוי להיחשב סיבה מספקת לפיטוריו של זה, ובהתאם לכך עשוי להכשיר את הפיטורים כך שאלה לא ייראו שרירותיים ונגועים בחוסר תום לב.

לבסוף, ואולי חשוב מכך, תום לב מחייב את בית המשפט להסתכל על העובדים הטרנסג'נדרים כאינדיבידואלים שאינם משתייכים בהכרח לקבוצה מופלית רחבה יותר. תום הלב ככלי משפטי יחיד צר מלהכיר בהדרה הנמשכת של עובדים טרנסג'נדרים משוק העבודה בישראל, שכן הוא מצטמצם ליחסים שבין העובד המסוים למעסיק המסוים, ולכן הוא מאלץ בחינה של כל מקרה לגופו. בחינה כאמור עשויה לדחוק לשוליים את לב הבעיה, קרי אפלייתם המתמשכת של עובדים מעצם השתייכותם לקבוצה פגיעה.¹⁶⁷ טול לדוגמה מקרה שבו אופן עבודתו של העובד הטרנסג'נדר נפגם עקב טעמיהם של לקוחות העסק שאינם מעוניינים לבוא עימו במגע. במקרה כזה, למעסיק יש סיבה לכאורה מספקת להביא לפיטורי העובד, והיא הפיחות בתפוקה שציפה לקבל מהעובד שעה שהחליט להעסיקו. תום הלב, כעיקרון משפטי, אינו יכול להוות תחליף לחוקי אפליה המגנים על פרטים המופלים מחמת השתייכות קולקטיבית. לכן, מבחינה מושגית, נכון לקבוע שמאבקם של עובדים טרנסג'נדרים לשוויון תעסוקתי צריך להיות מקודם דרך חקיקת מגן ופסיקות האוסרות אפליה מחמת השתייכות קולקטיבית לקבוצה פגיעה, ופחות דרך עקרון תום הלב המציע מסגרת אינדיבידואליסטית כאמור.

5. נחיצותה של "זהות מגדרית"

בחינת המסגרות הנורמטיביות בדין הישראלי הראתנו כי אמנם אלה עשויות להיות רחבות וגמישות בהשוואה למקבילותיהן האמריקניות, אך עם זאת, הן חסרות בהגנה הניתנת מכוחן לקבוצת העובדים הטרנסג'נדרים. על כך אין להיפלא, שכן אף לא אחת מן המסגרות הנורמטיביות שנבחנו במסגרת עבודה זו, נועדה מלכתחילה ליצור תשתית חקיקתית למאבק לשוויון הזדמנויות לעובדים טרנסג'נדרים בשוק העבודה הישראלי.

כשלעצמי אני סבור כי כוחם של חוקי איסור אפליה הוא ביכולתם למגר ביטויי אפליה המופנים כנגד אוכלוסיות חלשות, כאלה החסרות לובי פרלמנטארי חזק, הנתונות בפני סלידה חברתית משמעותית ואשר שונותם מהרוב הנתפש כ"נורמאלי" אינה ניתנת להסוואה ולכן חושפת אותם ביתר שאת לדעות קדומות שליליות. בהקשר של אוכלוסיית האנשים הטרנסג'נדרים, המדובר בקבוצת יחידים רב-גונית כאשר המשותף לכל אחד ואחד מבני הקבוצה הוא היותו Gender Nonconforming. כאן עלי להיות חד וברור: אנשים טרנסג'נדרים אינם מופלים לרוב במקום העבודה מחמת מינם, או מחמת נטייתם המינית או אולי אפילו מחמת "מוגבלותם" הנתפשת. עובדים ודורשי עבודה טרנסג'נדרים מופלים מחמת ביטויים/מעשים מגדריים המשקפים את זהותם המגדרית שהיא כשלעצמה Gender Nonconforming. הסטייה ממה שנתפש כנורמה מגדרית מקובלת באופן שהוא כה אקסיומאטי, ובהתאם מעוררת תחושות של אי-נוחות וסלידה, היא לב האקט המפלה, ולכן היא הצריכה להיות מושאה של עילת האפליה. כאן המקום להדגיש כי עילת איסור אפליה בהקשר של עובדים טרנסג'נדרים חייבת לכלול הגנה על המעשה והביטוי החיצוני, ולא על הזהות המגדרית הפנימית לבדה. מגדר, להבדיל אולי מנטייה מינית – במובנה הצר בלבד – לא ניתן להשאיר בחדר המיטות, אלא שהוא נחזה וגלוי, ולכן מעמת את הסביבה ממש מול מי ומה שנתפש כ"שונה" או כ"חריג".

אולם, מעבר לכך, עילת איסור אפליה מחמת זהות וביטוי מגדריים נחוצה באשר היא מותירה את הגדרת הזהות בידי האדם ולא "מפקירה" אותה לגורמים חיצוניים לו. המסגרות הנורמטיביות הקיימות מניחות מודלים בינאריים אשר למין ומגדר, כאשר במסגרתן נקבעת הזהות "האמיתית" בידי גורמים שהם חיצוניים לאדם. כך, למשל, כשנקבע מין היילוד סמוך למועד היוולדו, נקבע גם המגדר של אותו יילוד, מבלי שניתנה לזה האחרון אפשרות לערער על קביעה חיצונית זו. קביעות כאמור ממשיכות לשמש נקודות היאחזות בידי שופטים הבוחנים

¹⁶⁷ עוד לעניין נטישת הערכים הקולקטיביסטיים והעדפת הערכים האינדיבידואליסטיים דרך השימוש בעקרון תום הלב במשפט העבודה הפרטי ראו ידליו, לעיל ה"ש 164, בעמ' 890-897.

זהויות מגדריות בפריזמות חקיקתיות המאשררות מלכתחילה את הכוח של אותם גורמים חיצוניים לקבוע מין ומגדר בינאריים ו"אמיתיים". עוד ראינו כי הסתמכות על מודלים רפואיים, כמו לעניין חוק המוגבלות, מאלצת את האדם הטרינסג'נדר להכפיף עצמו לקביעות רפואיות-פסיכיאטריות החיצוניות לו ואשר עשויות להיבדל באופן מהותי מן הדרך שבה הוא מגדיר את עצמו, כל זאת בשלבים מאוחרים יותר בחייו.¹⁶⁸

בהקשר זה חשוב לשים את הדגש על כך שעילת איסור אפליה מחמת זהות וביטוי מגדריים תוכל לשמש הן כמטריית הגנה לכלל הנמנים עם קבוצת האנשים הטרינסג'נדרים והן כפלטפורמה לשיח מגדרי חדש כזה הפורץ תפישות מסורתיות, רק ככל שזו לא תאשרר את אותן הנחות בינאריות של מגדר לכאורה אקסיומטיות שעליהן ממילא מתבססות עילות איסור האפליה הקיימות. במילים אחרות, עילת איסור אפליה שתתפרש ככזו המעניקה הגנה רק לאותם אנשים טרינסג'נדרים אשר זהותם המגדרית ממילא תואמת תבניות בינאריות של מגדר, ובהתאם מערערת רק קמעא את "הסדר החברתי המגדרי", משגת רק חצי הדרך, הן בפן האקספרסיבי והן בפן המעשי של המשפט. כך ראינו למשל שהצעת חוק ENDA הפדראלית צרה בהגנה הניתנת מכוחה לעובדים טרינסג'נדרים, בין היתר, מכיוון שהיא שמה את הדגש על שינוי אנטומי של מין האדם הנעשה על ידי התערבות רפואית חיצונית לזהות, וכמו כן מכיוון שהיא חסרה התייחסות, או לכל הפחות מתן מענה הולם, לאותם עובדים טרינסג'נדרים שאינם "דבקים" במגדר אחד מסוים וקבוע.

לעניין עיצובה של עילת האפליה, יש לטעמי להעדיף את השימוש ב"זהות וביטוי מגדריים" על פני "טרינסג'נדרים". המונח טרינסג'נדרים מבטא תפישה הטרונומטיבית כאשר הוא מבנה בתוכו מעבר (טרנס) מגדרי (גינדר). המונח מבסס את ההנחה, השגויה לעיתים, שלפיה אדם טרינסג'נדר הוא מי ששינה את המגדר שיוחס לו בהתאם למינו המולד, קרי מי שעבר ממגדר אחד למגדר אחר. המעבר המגדרי נבחן מנקודת המבט של החברה, והוא מתעלם מההגדרה העצמית הפנימית של האדם.¹⁶⁹ אנשים טרינסג'נדרים רבים מעולם לא ביצעו מעבר מגדרי. לעומת זאת, נורמת הרוב ההטרוסקסואלית היא הרואה במי שמאמץ כלפי חוץ תפקידי מגדר המשקפים את הזהות המגדרית הפנימית שלו ואשר אינם תואמים את המגדר המיוחס לו כפי מינו הביולוגי, כמי שביצע מעבר מגדרי, ובהתאם לכך מדביקה לו "טייטל" של טרינסג'נדר. בעיה נוספת העולה מהשימוש במונח טרינסג'נדרים קשורה בהיקף תחולתו של מונח זה. נוכח המגוון הרחב של הזהויות והביטויים המגדריים, ופריצת המסגרות הדיכוטומיות שביקש חיבור זה לקדם, עשוי להיווצר קושי, בעיקר משפטי-פרקטי, בהגדרת הנמנים עם קבוצת הטרינסג'נדרים. לעומת זאת, השימוש בזהות וביטוי מגדריים מאפשר לאדם – לכל אדם – להגדיר את עצמו כפי שהוא רואה לנכון, בלי להיות נתון להגדרות ותיוגים חיצוניים לו, ובלי להידרש לחסות תחת קטגוריות שאינן בהכרח מגדירות אותו. בחינת כך, זהות וביטוי מגדריים מבטאים את השליטה העליונה של האדם בחייו – הוא הריבון לעצמו ולגופו, ולו הבחירה להגדיר את עצמו ולנהוג כלפי חוץ בהתאם להגדרה פנימית זהותית זו.

¹⁶⁸ ראו בהקשר זה Giliden, לעיל ה"ש 12, בעמ' 121-130. גילדן מראה במאמרו כיצד שבטים ילידיים אמריקניים מתייחסים למי שנחשבים Gender Variants באופן שונה לחלוטין מהאופן שבו מתייחסת החברה המערבית לאנשים טרינסג'נדרים. באותם שבטים ילידיים, הקשר הנעשה בין מין מולד למגדר ניתן להפרכה בשלב מאוחר יותר בבגרותו של האדם. יתרה מכך, "מגדר" בשבטים אלו אינו נתפש כקבוע ונצחי אלא כמשהו שהוא נוזל יותר ולכן עשוי להשתנות על פני רצף הזמן: "Many Native American societies thus avoided the dangerous myth of 'sex' so prevalent in our cultural heritage. A bodily sex intrinsic to every human being did not dictate one's culturally manifested gender identity; rather, the repeated performance of gendered acts by human bodies forged such an identity. By placing cultural determinacy in the act and not in the body, these societies were able to eliminate the stigmatization of gender nonconformity, as there was nothing with which gendered acts needed to conform. As such, Native American gender-variant people, unlike trans people, violated no intractable social rules"¹⁶⁹ בעייתיות דומה ניתן לשייך למונחים "הומוסקסואל" ו"ביסקסואל".

חיבור זה ביקש להעניק פלטפורמה לקבוצה מופלית שאין כמעט מוצאים התייחסות אליה לא בחקיקה, לא בפסיקה, ולא בכתיבה המשפטית בישראל. הדיון בדין הישראלי ובדין האמריקני הראה כי ההסדרים הקיימים חסרים התייחסות מפורשת לקבוצת העובדים הטרנסג'נדרים. עובדה זו מצריכה ליטיגציה טרנסג'נדרית לעשות אקורבאטיקה משפטית ולנסות להיצמד לחוקי איסור אפליה או הסדרים משפטיים קיימים אחרים, כל זאת – באין ברירה – תוך שהיא נוטשת לעיתים את העיסוק בלב הבעיה – הצורך לפרוץ תפישות דיכוטומיות של מגדר והכרה בקבוצת העובדים הטרנסג'נדרים כקבוצה מופלית *per se*.

לו הייתי צריך להכריע איזה דין מקל יותר עם עובדים טרנסג'נדרים, זה האמריקני או זה הישראלי, הייתי בוחר בזה האחרון. הדין הישראלי מציע כלים משפטיים גמישים יותר תוך שהוא עושה שימוש במונחי שסתום כמו תקנת הציבור ותום לב. ובכל זאת, עובדים טרנסג'נדרים בישראל כמעט אינם פונים לערכאות, ובהיעדר פנייה גם אין הלכה שעשויה לתת אינדיקציה אשר להתייחסות של בתי המשפט הישראליים לסוגיות של מגדר וזהות מגדרית בכלל תחומי המשפט ובתחום התעסוקה בפרט. היעדר כתיבה משפטית וניתוח המסגרות המשפטיות הקיימות, גם הם אינם תורמים לנגישותם לערכאות של עובדים טרנסג'נדרים. בעבודה זו ביקשתי לבחון את המסגרות הקיימות האפשריות לצורך מתן הגנה מפני אפליה תעסוקתית, אך יחד עם זאת הבעתי כל העת את הצורך באמירה מפורשת של המחוקק כי אפליה מחמת זהות וביטויים מגדריים היא אפליה מחמת טעם פסול ובלתי ענייני. דרך המלך לעשות כן, לדעתי, היא על-ידי הוספה של עילת איסור אפליה מחמת זהות או ביטוי מגדריים בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה.¹⁷⁰

לכל אורכו של החיבור טענתי כי על ליטיגציה טרנסג'נדרית לעמת את בית המשפט מול אותן זהויות והתנהגויות מגדריות שיש בהן לאתגר נורמות חברתיות מובנות הנתפשות כאמיתות טבעיות ומוחלטות. פרשת **אלקובי** עשויה להצביע על חוסר ההבנה הבסיסי של בית המשפט באשר למגדר וזהות מגדרית. בית המשפט רואה את חן כ"אישה" שכן איברי מינו הם נקביים, ועושה הקבלה שגויה בין מין ביולוגי לזהות מגדרית. בית המשפט אינו מבין כי איברי המין הנקביים של חן לא אומרים ולו חצי דבר באשר להיותו אישה, גבר, או אולי אף לא אחד מאלה.¹⁷¹ התפישה השגויה הזו אינה מבשרת טובות באשר לכוננות בתי המשפט הישראליים להעניק הגנה בתחום העבודה לעובדים טרנסג'נדרים הסובלים אפליה תעסוקתית. עם זאת, יש לקוות שלאור התפתחות הפסיקה האמריקנית בחלקה ולאור הכלים הגמישים שאותם מאפשרים הפסיקה והדין החקוק הישראליים, יחול שינוי בכוננות בתי המשפט להכיר בזהויות מגדריות בלא לקשרן באופן מוטעה למין הביולוגי של הטוען לאפליה.

בבואנו לאמץ עילת איסור אפליה מחמת זהות וביטוי מגדריים בחוקי שוויון הרי שיש להיות מודעים לכך כי יצירת קטגוריות כאמור אינה חפה מחסרונות. קטגוריות משפטיות מניחות שיש מי ששונה מלכתחילה ממי שהרוב מגדיר כלא-שונה, ומתקשות לעקור תפישות חברתיות לכאורה אקסיומאטיות, שכן נקודת הייחוס בדרך להשגת השוויון, היא לעולם הרוב "הלא-שונה", ולצורך הדיון בזהויות מגדריות, הרי זהו הרוב ההטרסקסואלי. משמעותן של קטגוריות משפטיות בהקשר של עובדים טרנסג'נדרים הוא שאֵלָה לעולם ייחשבו בעיני המשפט כשונים וכמי שרובצת עליהם סטיגמה שלילית, מה שמצדיק לכאורה את הצורך להגן עליהם בחוק.¹⁷² בהקשר זה, שילובן של קטגוריות משפטיות בתוך מערכת משפטית קיימת ומבוססת מוגבל ביכולתו לשרש את אותן אקסיומות חברתיות המובנות במשפט למן ראשיתו. מנקודת מבט הרואה במשפט כזירה שבה ניתן לבצע שינויים

¹⁷⁰ יש לזכור כי חוק המגן על זהות מגדרית רק במידה שזו משכתבת נורמות בינאריות מסורתיות של מגדר, מחמיץ את כל הפוטנציאל שנושא החוק בהבנייתן מחדש של נורמות מגדר חברתיות. השוו למשל מצעה של מפלגת מר"צ לקראת הבחירות הכלליות בשנת 2009:

<http://www.myparty.org.il/asp/valued.pdf>, בעמ' 21.

¹⁷¹ עוד על עניין **אלקובי** ראו Gross, לעיל ה"ש 12, בעמ' 174-190.

¹⁷² לא מן הנמנע שאנשים טרנסג'נדרים רבים המבקשים לאמץ את המגדר ההפוך לזה המיוחס להם אינם מעוניינים שיראו בהם טרנסג'נדרים או טרנסג'נדריות. מבחינתם של אלה הם גברים או נשים, והם אינם זקוקים להגדרות נוספות. בהתאם לכך, דווקא השימוש בזהות וביטוי מגדריים עשוי לרכך מעט את היווצרותה של קטגוריה משפטית מקטלגת.

חברתיים, הרי שכאן בדיוק מתבטאים הקושי והמוגבלות של המשפט בהבניה מחדש של תפישות חברתיות מסורתיות.

לסיום, ייתכן ואת העדר פנייתם של עובדים טרנסג'נדרים לערכאות שיפוטיות בישראל אין להבין רק בספירה המשפטית המצומצמת שבה התמקדה עבודה זו. גורמים סביבתיים וחברתיים משחקים תפקיד מרכזי בהדרתם של עובדים טרנסג'נדרים מהשיח המשפטי, ומונעים מהם מלהגיע לשלב שבו הם "דורשים" את זכותם שנרמסה.¹⁷³ לרוב, שלב שינוי המגדר הוא קריטי בחייו של האדם הטרנסג'נדר, בו הוא נלחם על קבלתה של זהותו המגדרית "החדשה" אצל החברה והסביבה. פתיחת חזית נוספת, הפעם בשדה המשפטי, דורשת מהאדם הטרנסג'נדר לגייס כוחות נפשיים עילאיים, במיוחד נוכח כך שעיקר מקרי האפליה התעסוקתית – לכל הפחות כפי שניתן לראות מפסקי הדין בארצות הברית – מתרחשים סביב השלב הקריטי של שינוי המגדר. כך, חברה וסביבה עוינות בשילוב הגנה משפטית חסרה ועמומה יוצרות כולן תשתית בלתי ראויה למאבקם של עובדים טרנסג'נדרים על הזכות לשוויון בשוק העבודה הישראלי.

¹⁷³ עוד על שלושת השלבים שנדרש התובע הפוטנציאלי לעבור לפני שמתגבשת התביעה ראו רונן שמיר ומיכל שטראי "שוויון הזדמנויות בבית הדין לעבודה: לקראת סוציולוגיה של ההליך השיפוטי" **שנתון משפט העבודה** ו 287, 294-295 (1996).