

האוניברסיטה העברית

הפקולטה למשפטים

עבודת סמינר בקורס מיניות ומשפט

מנחה: פרופ' אלון הראל

טרנסג'נדרים ואונטולוגיות של אפליה מטעמי מין

מגיש/ה: עדו הדס קטרי

ירושלים אוקטובר 2010

תוכן עניינים

מבוא	עמוד 3
השיח הרפואי והולדתו של נרטיב הגוף הלא נכון	עמוד 5
המשפט ושאלת האותנטיות	עמוד 9
ביקורת פוליטית ופוסט סטרוקטורליסטית	עמוד 19
מסקנות או איך נוכל לטעון לאפליה על בסיס שיכלול את מגוון הזהויות וההתנהגויות המגדריות הלא- הטרונורמטיביות?	עמוד 28
סיכום	עמוד 32
ביבליוגרפיה	עמוד 33

מבוא

התחלתי להזדהות כטרנסגינדר כאשר הבנתי שמשוהו "לא בסדר" איתי. בתחילה חשבתי שהמדובר באי התאמה בין התחושות שלי והגוף שלי. כאדם שגדל בחברה הטרו נורמטיבית, ידעתי כפי שכולנו יודעים, שלדבר על חוסר ההתאמה הזה חמור אף יותר מלחוש אותו. ככל שניסיתי להבין את העובדה הזאת, למדתי כי למעשה תחושת הדיספוריה לא נבעה מן העובדה שלא חשתי קורלציה בין המין הביולוגי שלי ובין המגדר שלי, אלא מכך שעברתי על איסור חברתי חמור. החברה שוללת את הלגיטימציה שלך להרגיש אי התאמה ותוחמת שני קטבים מנוגדים שרק מקשים עליך להשתלב. כך שהדרך היחידה להימנע מהסנקציות החברתיות היא "לעבור", כלומר להיות מזוהה כשייך למגדר שאינו משקף את מינד הביולוגי. הדרך לעשות כן, לעבור, היא לייצר מצגים חיצוניים, בלבוש, בדיבור, בתספורת, באופן חלוקת משקל הגוף, אופן הישיבה, תפיסת המרחב, לייצר מצגים שהם מאוד "נשיים" או "גבריים". עם זאת, הרי שחווית "אי התאמה" שלי הבהירה לי שהקורלציה המסורתית בין מין ומגדר, לא רק שאינה אמת מוחלטת, אלא מבוססת על הנחות יסוד של קיום דיכוטומי של שני מגדרים, אשר העובדה שלא חשתי "מתאים" לאף אחד מהם חשפה את שקריותה. זהו מעגל השוטים שנחשפתי אליו כטרנסגינדר: מחד גיסא, הדבר שמכונן את הטרנסגינדריות שלי הוא חוויה של גילוי השקריות שבקורלציה שבין המין והמגדר והדיכוטומיות של כל אחת מהקטגוריות, ומאידך גיסא אני יוכל לשוב ולהשתלב בחברה רק אם אאמץ לעצמי התנהגות "נורמאלית", קרי דיכוטומית. כלומר שהזכות היחידה שלי לטעון לשונות מגדרית צריכה לנבוע מהשאיפה שלי להמשיך ולהשתתף באותו מבנה חברתי מגדרי שהוא הגורם לאי התאמה שלי מלכתחילה. אך זהו ניסיון עקר, שכן לא רק שאינני רוצה להיות "גבר", אלא שבהינתן כי הקטגוריה הזו נובעת, לכאורה, ממין ביולוגי, הרי שלעולם לא אהיה שייך אליה.

עבודה זו מבקשת להצביע על ההשפעות של "הפרדוקס הטרנסגינדר" ביחס לקטגורית המין כפי שהיא מובנית באיסור של אפליה מטעמי מין. לכן, עבודה זו עוסקת בניית ביקורתית של שדה שיח מסוים הסובב סביב התנהגות וזהות מינית ומגדרית. כיוון שכל עבודה שעוסקת בשדות שיח נאלצת לעשות שימוש במונחים השואבים ממנו ראוי להגדיר תחילה כמה מונחי יסוד: הטרונורמטיביות הינה תפיסה אידיאולוגית שמציבה כל התנהגות מינית ומגדרית ביחס לאידיאל נורמטיבי של מיניות הטרנסקסואלית. מרכיב מובלע בתוך האידיאולוגיה הזאת היא חלוקה דיכוטומית לשני מינים הפוכים משום שהטרנסקסואליות היא מיניות שבין גבר/זכר לאישה/נקבה. התפיסה ההטרו נורמטיבית מבוססת על הנחות יסוד מהותניות, כלומר מעוגנת בתפיסה לפיה המבנה החברתי ומרכיביו הם בעלי מהויות הקודמות להגדרה החברתית. בהקשר זה המונח מין מתייחס למין אונטולוגי הנגזר מהביולוגיה שלו, מגדר מתייחס לתרגום החברתי-תרבותי של המין הביולוגי והמצג המגדרי הינו התוצר של הקורלציה שבין המין והמגדר, כפי שהוא בא לידי ביטוי באופן חיצוני, קרי "נשיות" ו"גבריות". כאשר אני מתייחס לאנשים טרנסים כוונתי לפרטים אשר המצג המגדרי שלהם אינו קוהרנטי ביחס לעקרונות הטרונורמטיבים. כמו המונח טרנס גם המונח

טרנסגינדר הינם מושגים פוליטיים אשר באים לתאר מגוון זהויות מגדריות ודרכי ביטוי מגדריים אשר אינם קונפורמיים עם החלוקה המגדרית הדיכוטומית.

כמשפטן לעתיד אני מבין את מערכת המשפט כמערך של כוחות, אשר ממשיך לייצר את הפרדוקס האמור במובן זה שהוא מעניק זכויות לא/נשים טרנסגינדרים רק במידה וזכויות אלו מטרתם לממש את השאיפה להשתלבות במארג החברתי ההטרו נורמטיבי. משום כך, עבודה זו מתבססת על גוף ידע פוסט סטרוקטורליסטי, אשר עוסק באופן מבני הכוחות השיחניים מכוונים, מופעלים ומסדירים את המיניות בכפוף למציאות אונטולוגית מוקדמת. עבודה זו בוחרת לבחון דווקא שאלות של אפליה על בסיס מין ביחס לא/נשים טרנסים. זאת משום שאפליה היא שאלה בדבר קיומה או אי קיומה של אבחנה ושונות רלוונטית. כאשר מגיעה לבית המשפט טענה של אפליה עליו להתבונן על הסיטואציה מבחוץ, לאתר את נקודת המבט הסובייקטיבית של הגורם המפלה ולהכריע האם נעשתה אבחנה והאם היא נעשתה על בסיס שונות רלוונטית. כדי להוכיח אפליה צריך להראות שישנה קטגוריה שמתייחסים אליה באופן שונה מקטגוריה נורמטיבית שהיא הבסיס להשוואה. אפליה על בסיס מין, מבחינה היסטורית, הינה השוואה בין היחס כלפי נשים והיחס כלפי גברים. לכן, שאלות אפליה על בסיס מין בוחרות האם המופלה הופלה בשל היותו "אישה" או "גבר", דהיינו, האם המפלה הפלה בשל תפיסתו הסובייקטיבית את המופלה "כאישה" או "כגבר". לפיכך, קטגורית המין ביחס לשאלות של אפליה מאפשרת לנו ניתוח ביקורתי של הקטגוריה עצמה, משום שהיא דורשת מבית המשפט לנתח כיצד פועלים מבני הכוח בהקשר זה ויש בכוחה לחשוף את היקף הלגיטימציה שמעניק בית המשפט למבני כוח אלו.

השיח הרפואי והולדתו של נרטיב הגוף הלא נכון

השיח הרפואי סביב טרנסג'נדריות הוא חלק מהקשר רחב יותר של שיח על מערכת היחסים שבין המין, המגדר והמיניות. לכן, השינויים שחלו ביחס לתפיסה הרפואית של תופעת אי הציות לנורמות המגדר, נסובה סביב השאלה היכן יש למקום זהויות אלו בתוך מערך היחסים שבין הקטגוריות לעיל. השיח הרפואי משקף, במובנים רבים, את השינויים שחלו במאה וחמישים השנים האחרונות באופן שבו מערכי הכוח של מיניות ומגדר פועלים. זהו הליך שהחל בזיהוי התופעה וקטלוגה, המשיך בכניסתה של הכירורגיה הרפואית וסופו בכינונה של ההפרעה הנפשית היחידה בעולם הפסיכיאטריה שהמזור לה הוא בניתוח פלסטי.

ניתן לייחס את שורשי את התפיסה הרפואית בהקשר הטרנסג'נדר לשיח הסקסולוגי של המאה ה-19.¹ אם כי ההבנה הרפואית של המצב הטרנסג'נדר השתנתה בהרבה מובנים הרי שחוט השני המקשר בין התפיסות המוקדמות והמאוחרות, הינו תפיסה מהותנית לגבי הזהות הטרנסג'נדרית, או למעשה ביכורו של נרטיב טרנסג'נדר מוסים על פני כל נרטיב אחר.

החל משנות ה-50 של המאה ה-20 הלכה והתחזקה התפיסה שהתנהגות בין מגדרית כוללת רצון לשנות את המין. התשוקה הזו הוגדרה כטרנסקסואליות ולא שיקפה התקדמות תיאורטית אלא דווקא התקדמות רפואית – הופעתם של הניתוחים לשינוי מין.² עם זאת, ההגדרה החדשה שיקפה הפרדה בין שלוש קטגוריות של זהות, שעד לעת ההיא היו מחוברות לעיתים קרובות: טרנסוויזם, הומוסקסואליות וטרנסקסואליות. הנחלתו של המושג "טרנסקסואלים" מיוחס לד"ר הארי בנג'מין, שהסביר את המונח כמובדל מהמונח "טרנסוויסט" בכך שהטרנסוויסט הוא גבר הטרנסקסואלי השואב הנאה מינית ממשחק מגדרי, בין היתר באמצעות קרוסדרסינג. לעומת זאת, הטרנסקסואל רוצה להיות אישה בכל מובן, כאשר המובן המשמעותי ביותר לפי בנג'מין הוא הרצון לשינוי איברי המין.³ לא רק שזהו ההבדל המשמעותי לדעת בנג'מין אלא שזהו המאפיין המכונן של הזהות הטרנסקסואלית ובלעדיו אין המדובר בטרנסקסואל "אמיתי". יתר על כן, לפי הגדרתו של בנג'מין הרצון לעבור ניתוח לשינוי מין חייב להיות מעוגן בחוסר חשק מיני של הטרנסקסואלית במצב הקדם ניתוחי, וברצון לספק מינית את הגבר במצב הפוסט ניתוחי.⁴ כך למעשה קיבע בנג'מין את המיניות ההטרנסקסואלית כאלמנט שבלעדיו טרנסקסואליות אמיתית לא יכולה להתקיים. בהמשך לעבודתו של בנג'מין, רוברט סטולר (Stoller) ביקש להרכיב פרופיל פסיכולוגי של הזהות הטרנסקסואלית "הראשונית", קרי האותנטית, בניגוד לזו המזויפת, ההומוסקסואלית

¹ Andrew L Sharpe *Transgender Jurisprudence Dysphonic Bodies of Law* (London 2002), p.17

² See Sharpe, *spura* note 1 at. 36.

³ Harry Benjamin *The Transsexual Phenomenon* (New York 1966), p. 18-19

⁴ *Ibid* at p. 126

או הטרנסווסטית. לדידו של סטולר רק לטרנסקסואלים ראשוניים צריכה להיות גישה לניתוחים לשינוי מין.⁵ סטולר מתאר נרטיב מפורט מאוד של חווית שונות מגדרית המתפתחת בגיל שנתיים וחצי ונמשכת לאורך כל החיים.⁶

החל משנות ה-70, החוקרים פרסון (Person) ואובסיי (Ovesey) מתחילים להגדיר קבוצות נוספות של טרנסקסואלים "ראשוניים", בניהם אלו שהזהות המגדרית שלהם הייתה עמומה בילדות והתגבשה לכדי חווית שונות מגדרית בגיל מאוחר יותר.⁷ הם גם מגדירים סוגים של טרנסקסואלים "משניים" שאין ליתן להם גישה לניתוחים לשינוי מין, בעיקר אלו שהעמימות המגדרית שחוו בילדות התגבשה לכדי הומוסקסואליות או טרנסווסטיטיות (transvestitism).⁸ בשנת 1973 פסק (Fisk) מציג את המונח דיספוריה מגדרית,⁹ אשר באה לבטא גישה ליברלית יותר בנוגע לניתוחים לשינוי מין ולהנגישה לקבוצה רחבה יותר של א/נשים טרנסים. גישה זו, המדברת על הנתק שבין המין והמגדר, אומצה על ידי ארגון הפסיכיאטרים האמריקאי (APA) כאשר הוא הכיר באופן רשמי בטרנסקסואליות בגרסא השלישית של ה- (DSM) Diagnostic and Statistics Manuel of Mental Disorders בשנת 1980.¹⁰ בפרוטוקול זה הוגדרו המאפיינים המהותיים של הטרנסקסואליות באופן הבא :

"A persistent sense of discomfort and inappropriateness about one's anatomic sex and a persistent wish to be rid of one's genitals and to live as a manner of the other sex. The diagnosis is made only if the disturbance has been continuous.... for least two years"¹¹

המהדורה הרביעית של ה- DSM החליפה את המונח טרנסקסואלים במונח Gender Identity Disorder (להלן: "GID").¹² השינוי בטרמינולוגיה משקף את ההכרה באופי ההטרונגי של אלו המועמדים המבקשים לעבור ניתוח לשינוי מין ואת העובדה שאין גוף ידע מדעי מוסכם בנוגע לתופעה הטרנסג'נדרית. כמו כן הטרמינולוגיה החדשה מבהירה שהמגדר ולא המיניות הם המצויות בליבה של התופעה ומשקפת גישה ליברלית יותר בנוגע לניתוחים לשינוי

⁵ Robert Stoler *Sex and Gender* (New York 1968) p.251

⁶ Robert Stoler *Perversion: The erotic Form of Hatred* (New York 1975), p.139-140

⁷ Person E and Ovesy L *The Transsexual Syndrome in Male I: Primary Transsexualism* 28 American Journal of Psychotherapy 4-20, 7 (1974a)

⁸ Person E and Ovesy L *The transsexual syndrome in Male II: Secondary Transsexualism* 28 American Journal of Psychotherapy 175-185, 181(1974b)

⁹ Fisk N *Gender Disphoria Syndrome: The How, What any Why of a Disease*, in Laub, DR and Gandy P, Proceedings of Second International Symposium on Gender Dysphoria Syndrome, 1973, Stanford, CA: university Medical Center P. 7-14.

¹⁰ American Psychiatric Association (APA) Diagnostic and Statistical Manuel of Mental Disorders, Revised 3rd edn (Washington 1980)

¹¹ *Ibid* at 261-262

¹² American Psychiatric Association (APA) Diagnostic And Statistical Manuel of Mental Disorders, Revised 4th edn (Washington 1995)

מין¹³. עם זאת, המונח החדש טמן בחובו השפעות שיחניות נוספות. זניחת המושג "טרנסקסואליות" הוא עדות לאובדן היכולת להגדרה עצמית המובנית בתוך העובדה שטרנסקסואליות היא מצב של קיום אנושי, בניגוד לדיספוריה המתורגמת למונחים של הפרעה¹⁴. המונח החדש פתח פתח לתפיסה של הקיום הטרנסג'נדרני כמחלה ומתן שליטה הולכת וגוברת לממסד הרפואי בנוגע להגדרה של הזהות החרیגה מגדרית. דהיינו, כי אם אנשים טרנסג'נדרים המבקשים לעבור ניתוח לשינוי מין מתוארים כדיספוריים הרי שהמדובר בדיספוריה הנוגעת לגוף או לחלקי גוף ובוודאי לא בלבול אינהרנטי למערך המגדרי המקובל בחברה¹⁵.

בניגוד לגישות המוקדמות אשר חיפשו את האמת והאותנטיות של הזהות כתנאי למתן גישה לניתוחים לשינוי מין, הרי שהגישה החדשה מתמקדת במצב הקיומי הפוסט ניתוחי, דהיינו כיצד יתפקד הפרט לאחר הניתוח – האבחנה מבוססת על ההנחה כי הניתוח יגדיל את רווחת החיים של המאובחנת¹⁶. השאלה אם הנחה זו מתקבלת היא שקובעת, לכאורה, בתוך גישת הדיספוריה, את הנגישות לניתוח לשינוי מין. עם זאת, כיום, לאור המספר הגדל של המבקשים לעבור הליכים כאמור וריבוי המקרים של אי התאמה מתמשכת שבה ועולה בספרות הרפואית הטענה שאי שביעות רצון מניתוחים לשינוי מין היא תוצר של אבחנה לקויה. כלומר שהיכולת לנבא את חוויית הקיום הפוסט ניתוחית ממשיכה להיות מבוססת על המצב הקדם ניתוחי, דהיינו מוסקת כבעבר, מתיאור האוטוביוגרפי של הפרט¹⁷. בפועל, הקריטריונים אשר יוכיחו לממסד הרפואי את אפשרות "תיקון" ההפרעה במצב הפוסט ניתוחי נשארו אותם הקריטריונים. בכדי לזכות בנגישות לניתוח שינוי מין על הפרט עדיין להצמד לנרטיב המצומצם של חוויית שונות מגדרית המתחילה בגיל צעיר, מעוגנת בחוסר חשק מיני של הפרט במצב הקדם ניתוחי וברצון לספק מינית את הפרטנר במצב הפוסט ניתוחי¹⁸. בתוך כך האבחנה בין טרנסג'נדרים ראשוניים ומשניים אקוטית מבעבר. אבחנה, אשר כאמור מבוססת לכאורה על הרשמים האוטוביוגרפיים של הפרט, ובפועל מותירה רק נרטיב לגיטימי אחד של חוויית קיום טרנסג'נדרני. למעשה, הנרטיב המועדף מגויס כעת לשם הצדקה של התערבות רפואית מוגברת בכינון הזהות הטרנסג'נדרית¹⁹. יתר על כן, הרי שנדרש מהפרט זהות מגדרית סטריאוטיפית ונמשכת של לפחות שנתיים, במהלכם הוא/היא מתבקש להוכיח את התאמתם בלבוש, בדיבור, בבחירת העבודה וכו', את יכולתו להציג מצגים מגדריים תואמים למין המבוקש²⁰.

כאמור, נקודת המבט הרפואית הוסטה, לכאורה, אל רווחת הפרט הטרנסג'נדר במצב הפוסט ניתוחי, אך

¹³ King D *The Transvestite and the Transsexual* (Aldershot 1993) p.63

¹⁴ *Ibid* p. 64

¹⁵ Cormwell J *Transmen and FTMs: Identities, Bodies, Gender and Sexualities* (Chicago 1999) 1999 p. 135

¹⁶ King, *spura* note 13 at p. 63

¹⁷ Tully B *Accounting for Transsexuality and Transhomosexuality* (London 1992) p. 24

¹⁸ Prosser J *Second Skins: The Body Narratives of Transsexuality* (New York 1998) p. 108

¹⁹ Sharpe, *spura* note 1, at p. 31

²⁰ APA, *spura* note 12, at p. 549

פירושה של רווחה זו היא למעשה בחינת היכולת של הפרט לחיות באופן מלא כהטרוסקסואל ומשמשת להעצים את ההתבוננות הרפואית בחוויית החיים של הפרט²¹. הדיספוריה משרתת הגמוניה רפואית אשר מגלמת בתוכה מנגנון היררכי של נרטיבים שבו רק הנרטיב הראשוני יכול להוות בסיס לאבחנה "טובה" ולפיכך מקנה הכרה רפואית²². יתר על כן, הרי שכדי לעמוד בסטנדרטים הרפואיים לאבחנה של GID א/נשים טרנסים נדרשים להיות יותר "נורמאליים" מנורמאליים, קרי לאמץ את כללי המגדר בצורתם הקיצונית, הסקסיסטית והצרה, ולבטא זאת בהופעתם, דיבורם, שאיפותיהם ומיניותם²³. כך פועלת ההגדרה הרפואית לנטרול השפעתם של אי ציות מגדרי על הנורמות החברתיות המקובעות.

למעשה, נראה כי השוני המרכזי בין ניתוחים פלסטיים "רגילים" ובין ניתוחים לשינוי מין הוא שהאחרונים מבקשים להעצים את "הנשיות" של זכרים או את "הגבריות" של נקבות, בעוד שהניתוחים ה"רגילים", כגון הגדלת והקטנת חזה ואיברי המין, מבקשים להעצים את "הנשיות" של נקבות או את "הגבריות" של זכרים²⁴. עובדה היא כי בישראל, מכוח נהלים פנימיים שאינם מפורסמים, זכאים גברים ביולוגים לניתוח הסרת חזה,²⁵ ללא תשלום המכוסה על ידי ביטוח בריאות חובה. מיותר לציין, כי א/נשים טרנסים אינם זכאים להטבה זו, ששווייה עומד על עשרות אלפי שקלים.

הצלחות משפטיות בנוגע לזכויות טרנסים נבעו מאימוץ המודל הרפואי²⁶. מערכות המשפט, ברחבי העולם וגם בישראל, נוטות לעשות רדוקציה אף למבחנים רפואיים אלו ולמעשה מסכימות ביניהן שהמין הביולוגי נקבע בעת הלידה ולאחר מכן מתמזג עם הזהות המגדרית המובנית חברתית²⁷. בעיני המשפט, באופן פשטני, טרנסגינדרים לוקים בחוסר התאמה שבין המין, הביולוגי, ובין המגדר, החברתי. הנטייה להכיר בהם או שלא להכיר בהם היא תוצאה של השאלה עד כמה אותנטי חוסר ההתאמה הזה. עד כמה אנחנו מאמינים לנרטיב "הגוף הלא נכון"? חוט השני העובר בפסיקה מרחבי העולם בנוגע לטרנסגינדרים הוא ההנחה המשפטית שקיים גוף נכון אחד לכל אדם. יתר על כן, הרי שההכרה בזכותו של אדם לחריגות מגדרית, עוברת תמיד דרך יכולתו לזכות בגושפנקא רפואית²⁸.

²¹ Dean Spade *Resisting Medicine, Re/modeling Gender* 18 Berkeley Women's L.J. 15, 32 (2003) p.18

²² Sharpe, *spura* note 1, at p. 33

²³ Spade, *spura* note 21, at p. 28

²⁴ Spade, *spura* note 21 at p. 28

²⁵ המדובר על גברים ביולוגים, אשר בשל פעילות הורמונאלית מצמיחים חזה "נשי" במהלך גיל ההתבגרות.

²⁶ Spade, *spura* note 21 at p. 17

²⁷ Aeyal M. Gross, *Gender Outlaws Before the Law: The Courts of the Borderlands* 32 Harvard Journal of Law & Gender, 186 (2009)

²⁸ Spade, *spura* note 21 at p. 17

המשפט ושאלת האותנטיות

נבהיר, כי לאור העובדה שבתי המשפט עצמם תופסים את חוויית החיים הטרנסג'נדרית בהתאם לכינונה הרפואי, דהיינו כהפרעה, להגדרה הרפואית הנתונה של פרט יש משקל עצום בקביעת הנגישות שלו לזכויות ולמשפט. דין ספייד (Spade) מתאר את הכוח הכופה של ה-GID. הרפואה, אשר מתלה את הנגישות לניתוחים בקיומה של אבחנה בנוגע "להפרעה", מייצרת נורמות של חריגות לכאורה. ההגדרות הרפואיות מבוססות על חריגה מהתנהגות מגדרית "נורמאלית". המטרה של הסטת המבט אל ההתנהגות "החריגה", של א/נשים טרנסים וא/נשים לא טרנסים כאחד, היא לוודא שכולם מתנהגים בהתאם לכללים המגדריים. יפים לעניינו דבריו של ספייד בהקשר זה:

"The diagnose Criteria for GID produces a fictional of natural gender, in which normal, non transsexuals grow up with minimal to no gender trouble or exploration, do not cross-dress as a children, do not play with the wrong gendered kids, do not like the wrong kind of toys or Characters. This story is not believable. Yet it survives because medicine produces it trough a description of the norm, but through a generalization account of the norm's transgression by gender deviants.²⁹"

השיח הרפואי, כאמור, הוא אבן יסוד בהבנה של מערכות משפטיות את הטרנסג'נדריות. כפי שהשיח הרפואי משקף את השינויים באופני הפעולה של מערכי הכוח של מיניות ומגדר, שתוצאתם מישטור מוגבר של זהויות טרנסג'נדריות, כך השיח המשפטי, באמצעות השיח הרפואי, מבטא באופן שונה את אותם מהלכים. לפיכך, יחסי הגומלין שבין שני שדות שיח אלו הם רלוונטיים ביחס לאפליה האסורה על בסיס מין. זאת משום שטענות לאפליה שכזו של א/נשים טרנסים מתייחסת להגדרת הקטגוריה המוגנת עצמה. במילים אחרות, המשמעות שיתן בית המשפט לזהות הטרנסג'נדרית ביחס למשמעות שהוא נותן לזהויות נורמטיביות היא שתכריע את הכף. לכן, את השינויים ביחסם של בתי המשפט לטענות אפליה מטעמי מין של א/נשים טרנסים יש להבין לא רק ביחס לשינויים רחבים במערכי הכוחות של מיניות ומגדר, אלא גם ביחס להתפתחותה של אידיאולוגית משטור רפואית של א/נשים טרנסים.

בפתח דברינו נציין כי בישראל לא נידונו כלל תיקים בהחלת איסורים שונים של אפליה מטעמי מין ביחס לטרנסג'נדרים. לפני מספר שנים נידון בביה"ד לעבודה מקרה אחד אשר נסתיים בפשרה ואשר התובעת, אישה

²⁹ Spade, *spura note 21* at p. 25

טרנסגינדרית, ביקשה שלא להביא לפרסום³⁰. כמו כן, לאור העובדה שהתיק נסתיים בפשרה, נמחקה התביעה ולא ניתן פסק דין במקרה האמור. מעבר לכך הרי שהמקרה הראשון והכמעט יחידי שבו נידון עניינם של א/נשים טרנסגינדרים בבית המשפט בישראל הינו עניין חן אלקובי.³¹ חן אלקובי, טרנסקסואל בהגדרתו³², הועמד לדין פלילי בגין התחזות לאדם אחר³³, מעשה מגונה³⁴ וניסיון לאינוס³⁵. בין השנים 2001-2002 קשר אלקובי קשרים רומנטיים עם נערות תוך שהוא מתחזה, לכאורה, לגבר. ביום ה- 7.9.2003 גזר בית המשפט בחיפה, במסגרת עסקת טיעון, עונש של שישה חודשי מאסר על אלקובי שהומרו בעבודות שירות, מאסר על תנאי של 24 חודשים, באם יעבור עבירות דומות וכן פיצויים בסך 40,000 ₪ לאחת המתלוננות ופיצוי נוסף בסך 10,000 ₪ למתלוננת נוספת³⁶. מיד לאחר השמע גזר דין התבטא אלקובי בנוגע לקהילת הטרנסגינדרים בישראל באומרו כי המדינה לא מקבלת את הטרנסגינדרים והוא מקווה שבעתיד החברה הישראלית לא תדחה ציבור זה.³⁷ במאמרו "התחזות לאדם אחר: חיקוי ומרי מגדרי במשפטו של חן אלקובי"³⁸, מנתח ד"ר אייל גרוס את פס"ד בעניין אלקובי ומבקש להצביע על השאלות הנוגעות לרגולציה המשפטית של מין, מגדר ומיניות³⁹. משום שעבודה זו מבקשת להתמקד באופן ספציפי בספירה המשפטית של חוקים האוסרים אפליה מטעמי מין, נסקור בקצרה את מסקנותיו של ד"ר גרוס, ביחס למשפט הישראלי הרלוונטיות בהקשר זה. מכוון שהמדובר בסקירה של אבחנותיו של ד"ר גרוס, ככל שהם קשורות לסקירה המשפטית הספציפית, נשזור אותה עם הדוגמאות הקונקרטיות שלהלן. נאמר בקצרה רק כי בית המשפט בישראל הביע, מחד גיסא, נכונות להכיר בהגדרה עצמית של א/נשים טרנסגינדרים. בעניין אלקובי קבע בית המשפט כי אדם לא יואשם בהתחזות אם יראה כזכר, יתנהג כזכר גם אם הוא נקבה, אלא במקרה כזה יש לראות אותו כמי שנוהג בהתאם לתחושות הפנימיות והרגשיות שלו.⁴⁰ מאידך גיסא, בית המשפט התייחס לאלקובי כאישה/נקבה לאורך כל פסק הדין וקבע כי האוטונומיה של הזהות הטרנסגינדרית קיימת כל עוד לא מדובר במצב "אינטימי", וכי במצב זה על הטרנס "לחשוף" את זהות האמיתית, הגניטאלית.

לפיכך, בסקירתנו המשפטית נבחן את המצב המשפטי מוחץ לישראל, בדגש על מדינות המשפט המקובל, ונעמוד על החוקים שיכולים להיות רלוונטיים לטענת אפליה מטעמי מין כנגד טרנסגינדרים בישראל. המטרה של

³⁰ א 57472/05 נטלי שדה נ' חנה קורן מכון לגרפולוגיה בע"מ, תק-של 2006(2), 1172.

³¹ ת"פ 389/02 (חיפה) מדינת ישראל נ' חן אלקובי, תק-מח 2003(3), 3341.

³² "בית המשפט: חן אלקובי לא תשב בכלא" Ynet פלילים (7.9.2003) <http://www.ynet.co.il/articles/0.7340.L-2748400.00.html>

³³ כתב אישום מתוקן [תיקון שלישי] ת"פ (חי') 387/02 מדינת ישראל נ' חן בת מאיר אלקובי ואח' (הוגש ב- 25.3.2003), אישום שני (להלן: כתב-האישום המתוקן

³⁴ שם, שם

³⁵ שם, אישום שלישי

³⁶ ר' ה"ש 31, סעיף 16 לפס"ד

³⁷ יניב הלפרין "חן אלקובי לא ישב בכלא" Gogay.co.il (7.9.2003) <http://www.gogay.co.il/content/article.asp?Ibid=5226>

³⁸ אייל גרוס, "התחזות כאדם אחר": חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי, בתוך: ארנה בן-נפתלי וחנה נוח (עורכות), משפטים על אהבה (אוניברסיטת תל-אביב, 2005), 365-413.

³⁹ שם, עמוד 368

⁴⁰ ר' ה"ש 31, סעיף 12 לפס"ד

הסקירה שלהלן היא לבחון את ההתפתחות ההיסטורית של המושג המשפטי של אפליה נגד טרנסגינדרים. תחילה נראה את השלבים השונים אותם עבר מושג זה עד למצב הנוכחי, ולאחר מכן נעבור לדיון בהנחות האידיאולוגיות המשותפות לכל שלבים אלה.

בארה"ב נידונה לראשונה טענה של אפליה כנגד טרנסגינדרים בהתבסס על ההגנה המוענקת לקטגוריית המין⁴¹. יתר על כן המשפט האמריקאי מספק את גוף הידע הנכבד ביותר בנוגע לטענות מסוג זה⁴². בעניין *Voyles v Ralph K Davis Medical Center* (להלן: "וויילס"), קבע ביהמ"ש המחוזי של קליפורניה כי המונח מין בס' 7 ל-Civil Rights Act 1964⁴³ (להלן: "חוק זכויות האזרח") אינו מתייחס לטרנסקסואלים ולא נועד להעניק להם הגנה מפני אפליה.

כמעט במקביל לעניין ויילס נידון גם עניין *Grossman v. Bernard Township Board of Education*⁴⁴. התובעת, פולה גרוסמן, מורה בבית ספר יסודי, פוטרה מעבודתה לאחר שהחלה בהליך לשינוי מין מזכר לנקבה⁴⁵. ביהמ"ש הסיק כי גב' גרוסמן לא פוטרה בשל מעמדה כאישה, אלא בשל העובדה שהיא שינתה את מינה⁴⁶. ביהמ"ש קובע, בהמשך לעניין ויילס, כי למונח "מין" יש ליתן משמעות "פשוטה". עם זאת, ביהמ"ש מסרב להגדיר מהו מין⁴⁷. ביחס לעניין אלקובי, בית המשפט מציין באופן מפורש, כי את המונח זכר ונקבה, בהתייחס לטרנסגינדרים יש לפרש במובן הצר והמוקבל היום בחברה⁴⁸.

ההכרעה הראשונה של בית משפט פדראלי בשאלה עלתה בעניין *Holloway v. Arthur Anderson & Co*⁴⁹ (להלן: "עניין הולואי"). העותרת טענה כי מעסיקה לשעבר פיטר אותה בשל החלטתה לעבור ניתוח לשינוי מין. משכך, נדרש ביהמ"ש להתייחס לעניין ההגנה המעוגנת בסעיף 7 וקבע, באופן חד משמעי, כדלקמן:

"Sex should be given its traditional and narrow meaning"⁵⁰.

למעשה מתווה זה של ביהמ"ש המסרב להרחיב את הפרשנויות המוענקות לסעיף 7 לחוק זכויות האזרח כדי להכיר

41 *Voyles v Ralph K Davis Medical Center* 403 F Supp 456 (1975)

42 Sharpe, *supra* note 1 at p.139

43 The Civil Rights Act 1964

44 *Grossman v. Bernards Twp. Bd. of Educ.*, No. 74-1904, 1975 U.S. Dist LEXIS 16261 (D.N.J. Sept. 10, 1975).

45 *Ibid* at 1.

46 *Ibid* at.9

47 *Ibid* at 10.

49 *Holloway v. Arthur Anderson & Co.*, 556 F.2d 659 (9th Cir.1977)

50 *Ibid*

⁴⁸ גרוס, הי"ש 38 בעמוד 383

בעניינים של א/נשים טרנסג'נדרים שבה ואושררה בפסיקה האמריקאית⁵¹. העניין הבא שבו נדרש בית משפט פדראלי להידרש לסוגיה הינו עניין *Ulane v. Eastern Airlines* (להלן: "עניין אולן")⁵². בעניין אולן למעשה נהפכה פסיקה של ערכאה נמוכה אשר קיבלה את טענתה של הגב' אולן.

קרן אולן הועסקה כטייס על ידי חברת התעופה איסטרן איירליינס. בשנת 1980, היא פוטרה מתפקידה לאחר ששבה מחופשת מחלה אשר נטלה בכדי לעבור ניתוח לשינוי מין (MTF). לאחר פיטוריה הגישה הגב' אולן תביעה לאפליה מטעמי מין תחת סעיף 7 לחוק זכויות האזרח, בטענה שהיא פוטרה משום שחדלה להיות גבר והפכה לאישה⁵³.

בפסק הדין ביהמ"ש אומר כי אף אם הוא יכול היה להאמין שניתן להפוך מגבר לאישה⁵⁴, הרי שאין זה רלוונטי לעניין הנדון, שכן השאלה היא האם חברת התעופה הפלתה את הגב' אולן משום שהיא אישה, דהיינו כי איסטרן איירליין התנהגה באופן אחר לנשים מאשר לגברים, טענה אשר הייתה מקנה לגב' אולן הגנה⁵⁵. עם זאת, כאמור, הרי שהגב' אולן עצמה טענה שהאפליה נבעה מכך שהיא עברה שינוי מין. לפיכך, מסיק ביהמ"ש סעיף 7 אינו חל במקרה דנן. דהיינו כי ההגנה האמורה מוענקת אך ורק לגברים שהופלו משום שהם גברים ולנשים שהופלו משום שהן נשים⁵⁶.

כאמור, תקדימים אלו שימשו בסיס לפסיקות נוספות שבאו לאחריהם. משום שבית המשפט סירב מפורשות להעניק הגנה דווקא לזהויות טרנסג'נדריות, הסיקה קהילת המשפטנים העוסקת בזכויות טרנסים שישנו צורך להמשיג מחדש את האקט המפלה, ביחס לשאלת המין, לפני שא/נשים טרנסים יוכלו לזכות להגנה מכוח החוק האמור⁵⁷. שינוי המשגתי זה אכן הגיע בפרשת *Price Waterhouse v. Hopkins* (להלן: "פרייס ווטר האוס")⁵⁸.

אן הופקינס, אישה סיסג'נדרית (כלומר, שאיננה טרנסג'נדרית – שהגדרתה העצמית כאישה תואמת את המין שהושמה אליו בלידתה), טענה כי ההחלטה שלא לקדם אותה למעמד של שותפה בחברה נעשה משום שהממונים עליה מצאו שהיא אינה נשית דיה בהליכותיה, מלבושיה ואישיותה⁵⁹. מחוות הדעת אשר הוגשו לביהמ"ש ועליהם

⁵¹ See *Powel v. Reeds Inc* 436 F Supp 369 (1977); *Sommers v. Budget Marketing* 337 NW 2d 470 (1982); *CG Studios* 660 F Supp 176 (1987); *Doe v. Boeing* 846 P 2d 531; *Dobre v. National Passenger Corporation* 850 F Supp 284 (1993); *Underwood v Acher Mangement Services* 857 F Supp 96 (1994); *James v Ranch Mart Hardware* 881 F Supp 478 (1995); *Brown v Zavaras* 63 F 3d 967 (1995).

⁵² *Ulane v. E. Airlines*, 742 F.2d 1081, 1085 (1984)

⁵³ *Ibid.*, at. 1082

⁵⁴ *Ibid.* at. 1087

⁵⁵ See *Ulane*, *spura* note 52 at , p. 1087.

⁵⁶ *Ibid.* at 1085

⁵⁷ Andrew Gilden *Toward a More Transformative Approach: The Limits of Transgender Formal Equality* 23 Berkeley J. Gender L. & Just. 83, 92-93 (2008)

⁵⁸ *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S 228, 109 S.Ct. 1775, 104 L.Ed.2d (1989)

⁵⁹ *Ibid.* at 234-35.

התבססה ההחלטה שלא לקדם את הגב' הופקניס, עולה כי הלה הייתה יוצאת דופן בכישוריה המקצועיים, אינטליגנטית ומוכשרת⁶⁰. עם זאת, בחוות דעת אלו הופקניס תוארה כ- "מאצ'ו" ואחד הממונים עליה אף טען כי היא תוכל להרוויח מהשתתפות בקורס בביה"ס לנימוסים והליכות⁶¹. שותף בכיר אחר בחברה טען שהופקניס משתמשת בשפה "מלוכלכת" מדי עבור אישה⁶² ואף נאמר להופקניס עצמה כי היא תוכל לשפר את סיכוייה לזכות בקידום אם תקפיד על איפור, תסרוקת וענידת תכשיטים⁶³.

בפסיקתו פורצת הדרך, קבע ביהמ"ש הפדראלי, כי ההחלטה שלא לקדם את הופקניס אכן עומדת בניגוד להגנה המוענקת בסעיף 7 בשל העובדה שהופקניס הופלתה על בסיס המגדר שלה. יתר על כן, ביהמ"ש מבהיר כי הופקניס הופלתה משום שלא פעלה בהתאם לסטנדרט הנשיות כפי שהוא נתפס על ידי השותפים הבכירים בחברה ולמעשה כפי שהוא משתקף בסטריאוטיפים חברתיים בנוגע להתנהגות מגדרית⁶⁴. ביהמ"ש מרחיק לכת באומרו כי:

"We are beyond the day when an employer could evaluate employees by assuming or insisting that they matched the stereotype associated with their group"⁶⁵.

בהחלטה זו מרחיב בית המשפט הפדראלי את משמעותו של סעיף 7 וקובע שהוא מעניק הגנה לאנשים שהופלו משום שלא התנהגו בהתאם לסטריאוטיפים חברתיים הנוגעים להתנהגות מגדרית. דהיינו, כי הופקניס הופלתה לא רק משום שהיא אישה אלא גם משום שלא התנהגה כפי שהחברה מצפה מאישה⁶⁶. לפיכך, היוותה הפסיקה בעניין פרייס ווטרסאוס נקודת השינוי אליה ייחלו משפטנים העוסקים בזכויות טרנסג'נדריות – מתן הגנה מפני אבחנה על בסיס סטריאוטיפים חברתיים בנוגע לנורמות מגדריות.

בעניין פרייס ווטרסאוס נאסר למעשה השימוש בסטריאוטיפים ככלי לאפליה. מהלך זה הקביל לניתוח המשפטי שהציגה, באותם הימים, פרופ' קתרין מקינון על תפקידים של סטריאוטיפים ביחס לאי שיוון מגדרי⁶⁷. באופן רחב יותר טענה מקינון כי השליטה הגברית על הנשים היא הבעיה המרכזית של אי שוויון מגדרי⁶⁸. מקינון קובעת כי תפקידם של הסטריאוטיפים הוא להגביל את מרחב הדמיון לגבי מגוון האפשרויות של החוויה האנושית וכך גם את החוויה האנושית עצמה, על ידי צמצום האפשרויות לפלורליזם בזהויות של א/נשים⁶⁹. תפקידם של

⁶⁰ *Ibid.* at 234

⁶¹ *Ibid.* at 235

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Price Watherhouse *spura* note 49 at. 251

⁶⁵ *Ibid.* at 250-51.

⁶⁶ *Ibid.* at 258

⁶⁷ Catherine A. MacKinnon *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* 32 (1987).

⁶⁸ Catharine A. MacKinnon, *Women's Lives Men's Laws* 53 (2005).

⁶⁹ Catharine A. MacKinnon, *Sex Equality* 156 (2nd ed.2007)

הסטריאוטיפים, אם כן, הינו להעצים או להמציא הבדלים בין קבוצות, לכפות אחדות על חברי הקבוצות ע"י הענשת השונות ועל ידי הצגתם של ההשלכות של הנורמות החברתיות כאילו הן טבעיות. מקינון מצביעה על כך שסטריאוטיפים מגדריים מגדירים שני סוגי תפקידים חברתיים לשני מגדרים. לפיכך, ההיררכיה המגדרית בנויה על התפקידים החברתיים של נשים וגברים המוצגים כטבעיים באמצעות הסטריאוטיפים⁷⁰. לכן, השימוש בסטריאוטיפים הוא כלי לאפליה, לשימור מעמד העליון של הגברים על הנשים.

לאור הניתוח לעיל, נראה היה כי הפסיקה בעניין פרייס ווטרואוס מהווה שינוי משמעותי ביחס השיפוטי כלפי הקטגוריה "מין" ביחס לסעיף 7 וזאת משום שלראשונה, בית המשפט הפדרלי הרחיק לכת מעבר למשמעות "הפשוטה" של הקטגוריה כפי שהתקש לעשות בעבר⁷¹. למעשה, טיעון זה התאים, לכאורה, דווקא לטענות של א/נשים טרנסים משום שהם מהווים את הדוגמא הקיצונית ביותר לא/נשים שאין קורלציה בין המין הביולוגי שלהם והנורמות המגדריות הסטריאוטיפיות.

עם זאת, רק לאחר עשור, בעניין *Scwenk v. Hartford*⁷² נאות בית משפט פדרלי בארה"ב להחיל ניתוח ברוח תקדים פרייס ווטרואוס בהתייחס לאישה טרנסקסואלית. לאחר תקדים פרייס ווטרואוס וקודם להחלטה בעניין שוונק, הפסיקות בארה"ב ביחס לטענת אפליה מטעמי מין של א/נשים טרנסים לא התייחסו כלל לתקדים פרייס ווטרואוס. תחת זאת, בית המשפט שבו ופסקו כי התפיסה שזוהות מינית, כקטגורית משפטית לעניין סעיף 7, מתייחסת למעשה לתפקיד מגדרי אינה חלה ביחס לא/נשים טרנסים, שכן בהתבסס על עניין אולן, סעיף 7 ממילא אינו חל על א/נשים טרנסים. לפיכך, המשיכו בית המשפט לשקול טענות אפליה של א/נשים טרנסים ביחס לאנטומיה או ביולוגיה⁷³.

כאמור, בעניין שוונק, לראשונה נתקבלה טענת אפליה של טרנסקסואלית בהתבסס על תיאורית הסטריאוטיפים המגדריים בעניין פרייס ווטרואוס. בעניין שוונק טענה אסירה טרנסקסואלית אשר הותקפה מינית על ידי סוהר כי הפעולה עומדת בניגוד ל- Gender Motivated Violence Act (להלן: "GMVA")⁷⁴. בית המשפט דחה את הטענה כי החוק האמור לא נועד לכלול טרנסקסואלים⁷⁵, ואף הרחיב וקבע כי תקדים פרייס ווטרואוס ביטל את הלכת אולן והמשמעות הצרה של הקטגוריה "מין" כמשקף מין אנטומי בלבד⁷⁶. לדידו של בית המשפט לאחר פרשת

⁷⁰ *Ibid*, at. 159

⁷¹ Arthur S. Leonard, Sexual Minority Rights in the Workplace, 43 Brandeis L.J. 145, 153-54 (2004-05).

⁷² *Schwenk v. Hartford* 204 F.3d 1187 (9th Cir. 2000)

⁷³ Flynn 2001 p 369

⁷⁴ *Ibid* at 1192

⁷⁵ *Ibid*. at 1202

⁷⁶ *Ibid*. at 1201-02

פרייס ווטרהאוס הרי שקטגוריית המין כוללת גם את ההבדלים הביולוגיים וגם את המגדר.⁷⁷ בית המשפט ממשיך ואומר כי מה שחשוב, בהקשר לניתוח בהתבסס על תקים פרייס ווטרהאוס, הוא כי התוקף הונע מן העובדה שהאמין שהקורבן הינה גבר, אשר מסרב להתנהג באופן גברי.⁷⁸ בית המשפט מסיק כי אפליה בשל העובדה שא/נשים אינם מתנהגים באופן המצופה מגברים או נשים אסורה.

פסיקה זו ואחרות שבאו אחריה⁷⁹ סימנו את תחילתה של תנודה בפסיקה האמריקאית ביחס לקטגוריית המין. עם זאת, רק בשנת 2004, בית משפט פדראלי פסק כי אפליה בגין טרנסג'נדריות מהווה שימוש אסור בסטריאוטיפים מגדריים ומוגנת מכוח סעיף 7. בעניין *Smith v. City of Salem*⁸⁰ (להלן: "סמית"), בית המשפט הפדראלי לערעורים פסק כי, תחת פרייס ווטרהאוס, אפליה בשל אי עמידה בסטריאוטיפים מגדריים מהווה אפליה מטעמי מין מכוח סעיף 7, גם ביחס לא/נשים טרנסג'נדרים.⁸¹ בית המשפט קובע, שקטגוריית המין, אינה מורכבת גם מהבדלים ביולוגיים וגם ממגדר כתנאים מצטברים, אלא שהיא אוסרת אפליה בשל הבדלים ביולוגיים והן אפליה בשל אי התאמה לסטריאוטיפים מגדריים, כתנאים חליפיים. כשנה לאחר מכן בית משפט פדראלי נוסף אשרר את הפסיקה בעניין סמית,⁸² כאשר קבע שהכשלתה של אישה טרנסית בתקופת המבחן לקבלת משרה במשטרת סינסינטי בשל העובדה שלא הייתה גברית דיו,⁸³ הינה הפרה של סעיף 7. בית המשפט קבע, בהסתמך על עניין סמית כי התובעת שייכת לקבוצה מוגנת מכוח הסעיף.⁸⁴ עם זאת, גם במקרה זה בית המשפט לא הבהיר לאיזה קבוצה מוגנת בדיוק משתייכת התובעת וקבע כי האשמותיה שהיא נשפטה בשל סטריאוטיפים מגדריים היא דיה כדי לבסס טענה של אפליה מטעמי מין.⁸⁵

אף שעניין סמית סימן, לכאורה, עידן חדש ומלא תקווה ביחס לטענות אפליה מטעמי מין של א/נשים טרנסים הרי שפסיקה מאוחרת יותר חשפה כי התמונה, בוודאי ברמה הפדראלית, מורכבת בהרבה. יתר על כן, הרי שלמעשה בעניין זה בית המשפט עיגן את זכותה של סמית להגנה דווקא מתוך ראייתו אותה כגבר שאינו גברי דיו.⁸⁶ ראוי לציין כי בית המשפט עומד על כך שסמית אובחנה כסובלת מ- Gender Identity Disorder בהתאם להגדרות ה- DSM וכי בחירתה להתלבש כאישה נבעה מתוך האבחנה הרפואית לעיל, ולפיכך משקפת סטנדרט טיפול

⁷⁷ *Ibid.* at 1202.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ See: *Rosa v. Parks west Bank Trust Co.* 214 F.3d 213, 214-16 (1st Cir. 2000).

⁸⁰ *Smith v. City of Salem* 378 F.3d 566 (6th Cir. 2004).

⁸¹ *Smith, supra* note 71. at 574-575.

⁸² *Barnes v. City of Cincinnati* 401 F.3d 729 (6th Cir. 2005).

⁸³ *Ibid.* at 738

⁸⁴ *Ibid.* at 736-737

⁸⁵ *Ibid.* 733.

⁸⁶ Abby Lloyd *Defining the Human: Are Transgender People Strangers to the Law?* 20 Berkeley J. Gender L. & Just. 150, 180 (2005)

בינלאומי⁸⁷. בעניין אלקובי שבה ובלטה בחירתו של בית המשפט להתייחס לאלקובי כנקבה, לדבר עליה כאישה ואף לקבוע "שזוהי לא אדון אלא גברת"⁸⁸.

בעניין *Estitty v. Utah Transit Authority*⁸⁹ (להלן: "אסטיטי") סירב בית המשפט המחוזי ביוטה ללכת בעקבות הלכת סמית'. אסטיטי, אישה טרנסקסואלית לא מנותחת, פוטרה מעבודתה כנהגת אוטובוס בשל חששם של מעסיקה כי העובדה שהיא משתמשת בשירותי הנשים תחשוף את החברה לתביעות אזרחיות. אף כי בית המשפט הצהיר שניתוח המקרה על פי מתווה פרייס ווטרסאוס זמין, באופן עקרוני, גם עבור אסטיטי כאישה טרנסקסואלית⁹⁰. עם זאת, הרי שמעסיקה הוכיחו כי קיימת סיבה לא מפלה בבסיס החלטתם, קרי, החשש שבחירתה של אסטיטי להשתמש בשירותי הנשים טרם ניתוח לשינוי מין תחשוף אותם לתביעות⁹¹. יתר על כן, הרי שמתיאור המקרה עולה בבירור כי אסטיטי לא יכלה לטעון שהיא גבר שהופלה בשל התנהגות לא גברית דיה ולכן אף עניין פרייס ווטרסאוס לא עומד לצידה⁹².

בעניין *Kastl v. Maricopa Community College*⁹³ (להלן: "קסטל"), אשר אף הוא נידון לאחר הלכת סמית', בית המשפט הפדראלי המחוזי פסק כנגד תביעתו של טרנס, ובעשותו כן בחר לתת פירוש צר לרעיון של "קבוצה מוגנת"⁹⁴. קסטל הועסקה כאקדמאית, החלה בשינוי מין וכאשר התחילה לחיות כאישה הגיעו אל הנהלת המוסד תלונות מסטודנטים כי ישנו גבר המשתמש בשירותי הנשים⁹⁵. בתגובה הודיע המוסד לקסטל כי היא לא תורשה להשתמש בשירותי הנשים כל עוד לא תספק הוכחה כי עברה ניתוח לשינוי מין. זמן קצר לאחר מכן לא חודשה העסקתה⁹⁶. קסטל פנתה לבית המשפט בטענה שהופלתה על בסיס מין. המוסד טען להגנתו כי בזמן הרלוונטי לאירוע קסטל לא הייתה בעלת מאפיינים גניטאליים נשיים, פנימיים וחיצוניים של אישה ביולוגית וכי בלידתה נקבע שהיא זכר בהתבסס על בחינה של אבר המין⁹⁷. בית המשפט ניאות להכיר בקסטל כטרנסג'נדרית ותיאר אותה כאישה ביולוגית אשר התנהגותה לא תואמת את הסטריאוטיפים המגדריים כלפי נשים⁹⁸. עם זאת, בית המשפט סירב לקבל

⁸⁷ *Smite spura* note 81 at 568

⁸⁸ אלקובי, ה"ש 31, סעיף 1

⁸⁹ *Estity v. Utah Transit Authority* 502 F.3d 1215 (10th Cir. 2007)..

⁹⁰ *Ibid.* at 1224.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Estity spura* note 89 at. 1221

⁹³ *Kastl v. Maricopa Community College* No. CV-02-1531-PHX-SRB, 2006 U.S. Dist. LEXIS 60267 (D. Ariz. Aug. 22, 2006), *aff'd*, No. 06-16907, 2009 U.S. App. LEXIS 7833 (9th Cir. Apr. 14, 2009).

⁹⁴ *Ibid.* at 1-2.

⁹⁵ *Ibid.* at 5

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Kastl*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 60267, at 16.

⁹⁸ *Ibid.* at. 2.

כי ההגנה מכוח סעיף 7 מקנה לקסטל את הזכות להשתמש בשירותי הנשים⁹⁹. בעניין אלקובי קובע בית המשפט כי אין הוא יכול לפטור את מעשיו של אלקובי מעונש משום שהאוטונומיה שלו לכונן את המגדר שלו לא נוגעת "לרגע האינטימי" שבו אין זו שאלה של הגדרה חברתית אלא של מין אונטולוגי¹⁰⁰.

בעניין Creed v. Family Express Corp¹⁰¹ (להלן: "עניין קריד") קבע בית המשפט הפדראלי המחוזי כי הלכת אולן והלכת פרייס ווטרואוס אינן סותרות אחת את השנייה¹⁰². קריד היא אישה טרנסקסואלית שהחלה בהליך שינוי מין במהלך תקופת העסקתה. הממונים עליה קבלו בפניה שהיא מתנהגת באופן נשי מדי וכי עליה להפסיק זאת. קריד הבהירה לממונים עליה כי היא אישה טרנסקסואלית ונמצאת בעיצומו של הליך לשינוי מין ולכן היא מסרבת להתנהג באופן גברי יותר. בתגובה לכך, פוטרה קריד¹⁰³. בית המשפט קבע, ראשית, כי הלכת אולן עדיין תקפה¹⁰⁴. שנית, קבע בית המשפט, כי ביחס להלכת פרייס ווטרואוס ואנשים טרנסים, הרי שאלו יכולים לתבוע מכוחה בגין אפליה רק אם טענות אלו יעלו באופן ממשי מן המראה של המועסק והתפיסה הסטריאוטיפית של המעסיק¹⁰⁵. בהתבסס על ניתוח זה פסק בית המשפט כי אף שקריד אכן פוטרה בשל היותה אישה טרנסקסואלית, הרי שאין בכך כדי להוכיח שטענה מכוח הלכת פרייס ווטרואוס וזאת משום שהלכה זו מתייחסת לגברים שאינם "גבריים מספיק" ונשים שאינן "נשיות מספיק"¹⁰⁶. במילים אחרות, הבסיס להשוואה כדי להוכיח טענת אפליה הוא עדיין המין הביולוגי אליו אמורה הטוענת להשתייך באופן מהותי – גם אם זהו המין הביולוגי "ההפוך" מזה שלתוכו נולדה הטוענת. לפיכך, קריד לא הופלתה על בסיס שייכות לאף אחת מהקטגוריות הנ"ל ולכן לא הופלתה מכוח סעיף 7. דווקא ההכרה של בית המשפט בקריד בתור אישה מבחינה משפטית היא זו שמנעה ממנה להיות מוכרת בתור מושא לאפליה על בסיס מין.

בעניין Schoroer v. Bellington¹⁰⁷ (להלן: "שרואר") נעשה ניסיון ראשוני של בית המשפט להכיר בטרנסגינדריות או טרנסקסואליות כקבוצה מוגנת כשלעצמה. שרואר התקבלה לעבודה בספריית הקונגרס, בהצלחה יתרה, תוך שהיא מציגה עצמה כגבר¹⁰⁸. לאחר שנתקבל לעבודה וטרם התחלת התעסוקה, ביקשה להיפגש עם הממונה עליה לעתיד. בפגישה זו שרואר שיתפה את הממונה בכך שהיא מאובחנת כסובלת מ Gender Identity Disorder

⁹⁹ Kastl *spura* note 97 at 1.

¹⁰⁰ גרוס, ה"ש 38, בעמוד 381

¹⁰¹ Creed v. Family Express Corp. No. 3:06-CV-465RM, 2007 U.S. Dist. LEXIS 57680 (N.D. Ind. Aug. 3, 2007).

¹⁰² *Ibid.* at 2

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.* at 3.

¹⁰⁵ *Ibid.* at 8

¹⁰⁶ Creed, *spura* note 90 at 4

¹⁰⁷ Schoroer v. Billington, 577 F. Supp. 2d 293; 2008 U.S. Dist. LEXIS 71358

¹⁰⁸ *Ibid.* at 295

ומתכוונת להתחיל בקרוב בהליך לשינוי מין אשר בסופו תהא אישה¹⁰⁹. בתגובה, ספריית הקונגרס חזרה בה מן ההצעה להעסיק את שרואר¹¹⁰. בית המשפט, בהסתמך על הלכות פרייס ווטרואוס וסמית', התחבט בשאלה האם שרואר הופלתה בשל העובדה שהיא אישה לא נשית דיה, גבר שאינו גברי דיו או בשל אי התאמה מגדרית באופן כללי. בית המשפט סירב להכריע בין האפשרויות, אך טען שרואר הופלתה בשל העובדה שהיא טרנסקסואלית ולכן לא ניתן להחיל במקרה זה ניתוח על פי הלכת פרייס ווטרואוס¹¹¹. יתר על כן, בית המשפט קבע, באופן חסר תקדים, שתביעה של שרואר נופלת לגדרי סעיף 7 משום שהיא מתאימה לפרשנות המילולית של קטגורית המין. באופן זה בית המשפט, למעשה, נמנע מלהכריז כי המנוח "מין" כולל בתוכו גם זהות מגדרית. לדידו של בית המשפט, אין זה בסמכותו להכריע בשאלות ממין זה¹¹². יוצא דופן בניתוחו של בית המשפט היא העובדה שהוא משווה בין שינוי מין להמרת דת. בית המשפט מציין בצדק רב, כי אם מעסיק היה מפלה כנגד אדם שהמיר את דתו, תוך שהוא טוען כי אין זו אפליה כנגד דת זו או אחרת אלא כנגד "מומרים", אף אדם לא היה טוען שאין זו אפליה מטעם דת¹¹³. לפיכך, הרי שאפליה על בסיס החלטתו של אדם לשנות את מינו היא אפליה מטעמי מין, במובנה המילולי והפשוט.

¹⁰⁹ *Ibid.* at 296

¹¹⁰ Schroer *spura* note 107 at 299

¹¹¹ *Ibid.* at 305

¹¹² *Ibid.* at 308

¹¹³ *Ibid.*

ביקורת פוליטית ופוסט סטרוקטורליסטית

היחס המשפטי לאפליה נגד טרנסגינדרים עבר אם כן מספר שלבים מובחנים: מהדרה מוחלטת של זהויות טרנסגינדריות כחריגות ממושג של שוויון המבוסס על השוואה בין שתי זהויות מיניות דיכוטומיות, להכנסת זהויות טרנסגינדריות תחת הקטגוריה המוגנת של התנהגות מגדרית לא-סטריאוטיפית, ועד הכרה בטרנסגינדרים כקבוצת זהות מינית הזכאית להגנה בפני עצמה. יחד-עם-זאת, כל השלבים הללו כולם היו מבוססים על נקודת מוצא שיחנית אחת חשובה: הרעיון כי כדי להוכיח אפליה על בסיס מיני, יש צורך להראות כי קיימת זהות מהותית, מינית או מגדרית של מושא האפליה (כפי שמגדיר אותה השיח הרפואי) והיא זו שמשמשת כקריטריון מפלה אל מול סוגים אחרים של זהויות מיניות או מגדריות מהותיות.

כדי לתקוף הנחה זו של בתי המשפט, יש צורך לסגת לרגע מן עולם המושגים המשפטי אל התיאוריה הביקורתית של מיניות ומגדר שצמחה בעשרים השנים האחרונות תחת הכותרת "תיאוריה קווירית"¹¹⁴. תפיסות פוסט מודרניסטיות של מגדר, כפי שהן באות לידי ביטוי בעבודתם פורצת הדרך של מישל פוקו¹¹⁵ וג'ודית באטלר מהוות את הבסיס להבנה מורכבת יותר של הזהות הטרנסגינדרית דווקא ביחס לאפליה, שכן היא מנכיחה את קבוצת הזהות אשר יכולה להקנות לפרטיה זכויות. בהמשך לעבודתו של פוקו¹¹⁶, באטלר מערערת על הנחת הקיום הקדם שיחני של קטגוריית המין עצמה¹¹⁷. באטלר טוענת שאין בנמצא גוף אונטולוגי - ביולוגי שלתוכו אנו יוצקים את המשמעויות הפרופרמטיביות של המגדר, אלא, שהקיום לכאורה של הגוף הביולוגי הוא מצג חברתי לכשעצמו¹¹⁸. על פניו, טוענת באטלר, קיימים שלושה רבדים: המין האונטולוגי, המגדר והמצג המגדרי¹¹⁹. כאשר אנו רואים אישה ברחוב, אנו מזהים את המצג המגדרי הנשי, לפיכך מסיקים שהיא אישה והמצג המגדרי משקף את המין הביולוגי. כדי להנכיח את השקרות של הדדוקציה החברתית באטלר מפנה את המבט אל מופע "הדראג"¹²⁰.

במופע הדראג אנו רואים זכר ביולוגי אשר עורך מצג מגדרי של אישה ולפיכך אנו מזהים אותו "כחיקוי". אך בפועל ההבדל בין מופע הדראג לבין מצגים מגדרים "מקוריים" הוא בדיוק בידע הנוסף שיש לך בנוגע למופע הדראג והוא שאין קורלציה בין המין והמופע המגדרי¹²¹. מזאת אנו יכולים ללמוד שהדראג אינו מצג של נשיות אלא מצג של

¹¹⁴ ר' אייל גרוס ועמליה זיו "בין תיאוריה ופוליטיקה: לימודים הומו לסביים ותיאוריה קווירית" בתוך: **מעבר למיניות - מבחר מאמרים**

לימודים הומו לסביים ותיאוריה קווירית עורכים: יאיר קדר, עמליה זיו, אורן קנר, הוצאת הקיבוץ המאוחד (2003) עמ' 9-44

¹¹⁵ ר' מישל פוקו, **תולדות המיניות I – הרצון לדעת** (תרגום: גבריאל אש), (הקיבוץ המאוחד, 1996), 15-38 (עמודים 29-38).

¹¹⁶ ג'ודית באטלר, "צרות של מיגדר", **מכאן ב** (2001), 202, 206.

¹¹⁷ שם, עמוד 203.

¹¹⁸ שם, עמוד 208.

¹¹⁹ שם, עמוד 209.

¹²⁰ שם, בעמוד 210.

¹²¹ שם, שם.

מצג של נשיות¹²². דהיינו, הדראג אינו מצג מגדרי של מין ביולוגי, אלא הוא מצג מגדרי של מצג מגדרי. לפיכך לא קיימת סיטואציה של מצג "מקורי". כאמור, סיטואציית הדראג היא למעשה הסיטואציה "הכנה" שבה לכאורה יש לצופה מידע ביולוגי, בניגוד ליום יום שבו אין לצופה שום אפשרות לדעת שהמדובר במצג מגדרי של מין ביולוגי. לפיכך, אנו תמיד מתבוננים במצגים מגדריים של מצגים מגדריים¹²³. קא משמע לך, כי אין משמעות עצמאית לקיומו של מין ביולוגי מחוץ למצג המגדרי. כלומר, שקיומו, לכאורה, של מין ביולוגי הוא שהופך את המצג "למקורי"¹²⁴. חרף זאת הרי שאין לנו הוכחה לקיומו של מין ביולוגי, מלבד המצג עצמו. לכן המין הביולוגי הוא אך ורק חלק מובלע ממכלול המשמעויות שיש למצג המגדרי.

בהמשך לכך, הרי שמנגנון החלוקה הדיכוטומי בין המינים הוא מנגנון חברתי, והשיח המדעי, שלמעשה הוא זר לו, משמש כדי להנציח את קיומו הטרומי שיחני לכאורה¹²⁵. לכן, אין זה פלא שלא קיימת כלל הסכמה מדעית בנוגע לנסיבות היווצרותה של "ההפרעה" הטרנסג'נדרית¹²⁶, שהרי למעשה הטרנסג'נדריות היא קריאת תיגר על המעמד האונטולוגי של קטגוריית המין, שהיא, כאמור, קטגוריה חברתית ולא מדעית. לכן, המגדר הוא מצג מפני שהוא מכונן איזו אמת אשר המצג עצמו לכאורה מבטא, ואין הוא הופעה שסובייקט בוחר לבצע¹²⁷. באטלר עומדת על כך שעל אף שהמצג המגדרי הוא "חיקוי" אין זה אומר שזהו תפקיד שניתן ללבוש או לפשוט כרצונך¹²⁸. מאחורי החיקוי אין סובייקט בעל רצון היכול להחליט איזה מגדר להיות ברגע נתון. למעשה כפי שכבר עמדנו על כך בהתייחס להבחנה בין טרנסג'נדרים "ראשוניים" ו-"משניים", עצם האפשרות להיות סובייקט מותנית בקיומו של הליך אינסופי של חיקוי המצג המגדרי תוך היצמדות לנורמות ההטרנסקסואליות¹²⁹. החיקוי האינסופי של המצג המגדרי הוא שמייצר את הזהות המגדרית האחידה לכאורה¹³⁰. למעשה, אנו כפרטים בחברה כל הזמן עסוקים בייצור מחדש של המצג המגדרי שלנו וזאת כדי שהסימון כסובייקטים יישאר, זהו מאמץ תמידי שלא לחשוף התנהגויות שאינן "גבריות" או "נשיות" ובכך לערער את "האותנטיות" לכאורה של הזהות שלנו¹³¹.

רעיונות תיאורטיים אלה, במקביל להופעתם בשדה האקדמי של תיאוריה קווירית, הופיעו גם בצמיחתה של התנועה הפוליטית הטרנסית, אשר דוחה את נרטיב הגוף הלא נכון ומבקשת לטעון להרמוניה המתקיימת דווקא מחוץ לספירות המשפטיות והרפואיות. תנועה זו מבקשת להאיר את העובדה שהמצב המשפטי נשען באופן מכריע על

¹²² ר' ה"ש 117, בעמוד 210

¹²³ שם, בעמוד 209

¹²⁴ שם, עמוד 213

¹²⁵ שם, בעמוד 215

¹²⁶ See Sharpe, *spura* note 1 at. 36.

¹²⁷ גודית באטלר "חיקוי ומרי מגדרי" מעבר למיניות מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית (מתרגמת: עמליה זיו, עורכים: יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר, 2003), 329, 339.

¹²⁸ שם, 336

¹²⁹ שם, בעמוד 338

¹³⁰ שם 128, בעמוד 339

¹³¹ שם, שם.

גוף הידע הרפואי ביחס לגופי ידע אחרים. נטען, כי אם ברצוננו לראות במגדר שדה לרפורמות פוליטיות ומשפטיות הרי שאין אנו יכולים לבחון אותו בפרספקטיבות מהותניות ודיכוטומיות¹³². ע"י הצגת המגדר ככוח רגולטיבי חברתי ולא רק כביטוי חברתי של היבטים מהותניים בחוויה האנושית, ניתן להטיל ספק בתפיסת הזהות הטרנסג'נדרית כהפרעה. זאת על ידי הנכחת הנורמות החברתיות אשר שופטות אותה כסטייה ביחס למגדר המעוגן בביוולוגיה¹³³.

הקהילה הטרנסית, בניגוד לקהילה הרפואית, אינה מבקשת להשתמש בניתוח כדי להפוך "לגברים" או "נשים" במלוא מובן המילה, אלא רואה בניתוחים אמצעי לביטוי עצמי מוגבר ומימוש הבנה מלאה של עצמם¹³⁴, גופם ודמותם. אלישע אלכסנדר, אקטיביסט טרנסג'נדר :

" לא כל הנשים והגברים הטרנסקסואלים מצליחים לעבור, מדוע שידרשו להתאים את עצמם לנורמות מגדריות חונקות? מדוע שאני אדכא את הדיבור המתנגן שיש לי, שבמידה רבה בעיני הוא חלק מהאישיות שלי, רק בגלל שגברים אמורים לדבר בצורה מונוטונית? יש גבול לדיכוי העצמי שאנשים יכולים לעשות רק בכדי לעבור בעיני החברה. וגם אם אני לא עובר בטלפון, אני מצפה מהאדם על הצד השני של הקו לכבד את הזהות שלי אחרי שאני מתקן אותו. לא חסרים אנשים שעוברים בצורה מושלמת, אבל ברגע שהסביבה מגלה שהם טרנסים, פתאום יש "טעויות". הטרנספוביה לא תעלם אם נחתוך את עצמנו למוות ונהיה הנשים והגברים המושלמים (אם יש דבר כזה). בנוסף לכך, לא כל הקהילה הטרנסג'נדרית מתחלקת לנשים/גברים. יש הרבה מאד אנשים שהזהות שלהם אינה כל-כך דיכוטומית. אם אישה בוצ' מבקשת שיפנו אליה בנקבה, אז ראוי לכבד זאת, גם אם היא אינה מספיק נשית לדעת החברה. אם אשה טרנסית עשתה את השינוי ולא תמיד מצליחה לעבור, עדיין ראוי לכבד את הזהות שלה. אם טרנס החליט שלא מתאים לו לקחת הורמונים ולעשות ניתוח, והוא שלם עם הגוף שלו גם ככה - אין סיבה לקבל את העובדה שהחברים שלו מתעקשים לפנות אליו בנקבה פעם אחר פעם רק כי הוא לא עובר.¹³⁵"

אם נבחן לאור גישות ביקורתיות אלה כלפי האידיאולוגיה ההטרונורמטיבית את הגישה המשפטית כלפי שוויון מיני ומגדרי, נוכל להתחיל לראות את הבעייתיות שבגישה זו על כל גווניה ההיסטוריים. ראשית חשוב להבין כי שאלת האפליה, בעיני בית המשפט, אינה יכולה להיות מנותקת מניתוח של מצב פיזי של הגוף ביחס להליך השינוי ובכלל זה איברי המין, מצב ניתוחי (קדם או פוסט), נטילת הורמונים, לבוש, שמות, התנהגות ועוד, בהתאם בפועל לקריטריונים הרפואיים הנוגעים לאבחנה וטיפול ב-Gender Identity Disorder¹³⁶. בית המשפט עושה שימוש בקריטריונים הרפואיים בכדי לקבוע איזה מין "יצור" הוא הפונה לבית המשפט. זאת משום שקיומה של

¹³² Judith Halberstam "Transgender Butch: Butch/FTM Border Wars and the Masculine Continuum" 4 GLQ: J. Lesbian & Gay Stud. (1998) 287, 291-292.

¹³³ Ibid at 304-307

¹³⁴ See Spade spura note 21 at p. 19-20

¹³⁵ מתוך: פורום טרנסג'נדרס וחברים <http://www.tapuz.co.il/tapuzforum/main/forumpage.asp?forum=496>

¹³⁶ Lloyd spura 86 note at 175

טרנסג'נדריות מאפשרת לבית המשפט לאיין את האפשרות שהאפליה מבוססת על כל דבר אחר, כגון מין או נכות¹³⁷.

פרספקטיבה מעניינת על בעיית השוויון המיני נוצרת מן היחס שבית המשפט בונה בין זהויות טרנסיות לבין זהות מינית לא-הטרונורמטיביות אחרת – הומוסקסואלית וביסקסואלית. כפי שמציע כץ (Katz), את הטענה המוקדמת כי א/נשים טרנסים נופלים מחוץ לגדריו של החוק יש לקרוא דווקא בהתייחס לכישלון התחקיתי ביחס לזכויות הומואים ולסביות¹³⁸. בעניין אולן בית המשפט מצביע על כך מפורשות באומרו כי דחייתם של תיקונים חוקתיים ביחס להומוסקסואלים מצביע באופן ודאי על העובדה שעל המונח מין בסעיף 7 לקבל משמעות צרה בלבד¹³⁹. שארפ (Sharpe) מתייחס להקשר זה, אשר שב ועולה אף בהקשרים נורמטיביים רבים אחרים, של החיבור בין הומואים, ביסקסואלים וטרנסקסואלים ליצירת מקשה משפטית של "אחר"¹⁴⁰. כפי שנראה להלן, דווקא פסיקה מאוחרת יותר, מתקדמת יותר, אשר ניאותה להכיר באופן יחסי בטענות של א/נשים טרנסים, מבקשת לנתק את הקשר שבין הומוסקסואליות וטרנסקסואליות על ידי יצירת היררכיה של נרטיבים המקנים הגנה, אשר בראשם נרטיב מגדרי דיכוטומי והטרנסקסואלי¹⁴¹. לפיכך, הרי שיש לראות את הפסיקה המוקדמת ביחס למונח רחב בהרבה של מישטור גופים – רק סובייקטים המצייתים לנורמה ההטרנסקסואלית במלואה זכאים להגנה מפני אפליה¹⁴². בהתייחס לעניין אלקובי, גרוס מציין את הסימון של אלקובי כטרנסקסואל תוך הפרדה בין זהות זו למיניות¹⁴³. יתר על כן, גרוס מציין כי עדות "המומחים" בעניינו של אלקובי שבו והדגישו בפני בית המשפט את נרטיב "הגוף הלא נכון", תוך הדגשת התאמתו של אלקובי למגדר דיכוטומי והצגתו כהטרנסקסואל¹⁴⁴.

כפי שהראתה פרנקה (Franke), ביחס להלכת אולן וההגנה המוענק לגברים משום שהם גברים ונשים משום שהן נשים, ההנחה המובלעת בפסיקה זו היא שזהות הזכאית להגנה נגד אפליה על בסיס מין חייבת להתקיים באחת מן הקטגוריות הדיכוטומיות של זהות מינית - "אישה" או "גבר". כיוון שטרנסג'נדריות איננה תואמת אף אחת מקטגוריות אלה, היא איננה זכאית להגנה¹⁴⁵. על כך מצביעה פירלמן (Pearlman), בטענתה כי הנמקות אלו משמשות כדי למקם זהויות טרנסג'נדריות מחוץ להגנת החוק. זאת כדי לומר כי טענות של טרנסיות לאפליה בשל נשיותן נדחות

137 Lloyd *spura* note 77 at 181.

138 Katz JM, 'Transsexuals and Title VII: *Sommers v. Budget Marketing Inc*' 24 Boston College L Rev 266-72, 269. (1982)

139 Ulane *spura* note 52 at 1085-1086

140 Sharpe, *spura* note 1 at 145

141 Sharpe *spura* note 1 at 141

142 Susan Etta Keller *Operations of Legal Rhetoric: Examining Transsexual and Judicial Identity* 34 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 329, 376 (1999)

¹⁴³ גרוס, הי"ש 38, בעמוד 401

¹⁴⁴ גרוס, הי"ש 38, בעמוד 399

145 Katherine M. Franke *The Central Mistake of Sex Discrimination Law: The Disaggregation of Sex from Gender* 144 U. Pa. L. Rev. 1, 36 (1995)

משום שהן טרנסג'נדריות, ואילו טענות לאפליה על בסיס טרנסג'נדריות אינם קבילות משום שהחוק מוגדר סביב הבנה ביולוגית ו/או אנטומית של נשיות וגבריות¹⁴⁶. פרנקה מציינת כי עוד עלה מפסיקות אלו כי ביהמ"ש, באופן עקבי, מזהים את קטגוריות המין, כלומר זכר/אישה, עם קטגוריות המגדר גבר/אישה¹⁴⁷. כך, גם כאשר בית המשפט בישראל מתייחס לשאלות של מגדר הוא מעגן, בסופו של דבר, את החלטתו על אבחנות ביולוגיות/ אנטומיות בנוגע לנשיות או גבריות. כך גם אלקובי לא יכול להיות מזוכה משום שהוא טרנסג'נדר שכן הגדרה זו טובה "עד לרגע האינטימי" ולפיכך גם אינו יכול לטען שהוא אישה, אם לא טען זאת "עד לרגע האינטימי".

לפיכך, מפתה לראות בהלכת פרייס ווטרס האוס ויישומה בעניין סמית' שינוי מגמה. עם זאת, ראוי לציין כי עניין סמית' מבוסס על המשך השליטה של אבחנות רפואיות ביחס לשאלת קיומה של טרנסג'נדריות. כזכור, בית המשפט תפס את סמית' כגבר שהופלה לעומת גברים אחרים. כלומר, בשל העובדה שסמית' סובלת מ-GID, הדבר "הטבעי" עבורה היה להתלבש כאישה. השינוי, אם כן, מתבטא בעובדה שהוכחת קיומה של "ההפרעה" מעניקה לגיטימציה לאי ציות מגדרי, אשר בסיטואציה הזאת מובן כטבעי והכרחי ולפיכך מוגן. אי הציות מוגן רק מתוך קיומה של אבחנה רפואית המבוססת, כאמור, על נרטיב צר של חוויה אנושית והרצון לממש זהות הטרנסקסואלית באמצעות שינוי המין¹⁴⁸. כך גם בעניין אלקובי, בתי המשפט ניאותים להטות אוזן לטענותיו של אלקובי משום שהוא מרגיש "כגבר הכלוא בגוף של אישה", משום שהוא מתאים להגדרות הצרות של ה-GID ועל כן יש לפרש את התנהגותו כמתבקשת מהמצב הפסיכולוגי הזוכה להכרה.

זאת הסיבה שאנשים טרנסים המבקשים לתבוע מכוח הלכת סמית' נדרשים לעגן את טענתם בשייכות קדם שיחנית למין מסוים¹⁴⁹. למרות שמשפטנים טרנסים העוסקים בזכויות טרנסג'נדרים מבקשים לנתק את הקשר שבין הסמכות המשפטית והרפואית, הרי שהם עדיין תלויים בהוכחת קיומו של מין אונטולוגי-מהותני בבסיס הזהות הטרנסית. רוצה לומר כי בכדי להוכיח קיומה של אפליה, מכוח הלכת סמית' על הטרנס/ית לטעון כי היא באופן מהותי גבר או אישה¹⁵⁰.

בעניין קריד ובפסיקה נוספת נוכחו שאף הכרה בהליך שינוי המין לא מבטיחה הגנה מכוח החוק שכן קריד לא הופלתה כאישה בשל מצגים לא נשיים דיו או להפך, שכן היא טרנסקסואלית, דהיינו אישה אשר נתבקשה להיות דווקא פחות נשית. כך שבפועל, נראה כי הוכחת הטרנסג'נדריות היא שחיבלה בטענתה של קריד. בעיה זו מתחדדת עוד יותר ביחס לטרנסים שמצגם המגדרי אמביוולנטי, דהיינו שאינם לחלוטין עוברים כנשים או גברים. במצב זה הרי

¹⁴⁶ Leslie Pearlman *Transsexulism as a Metaphor: The Collision of sex and Gender* 43 Buffalo L. Rev. 835, 862 (1995)

¹⁴⁷ *Ibid* at 35

¹⁴⁸ Anna Kirkland *Victorious Transsexuals in the Courtroom: A Challenge for Feminist Legal Theory* 28 Law & Soc. Inquiry 1, 9 (2003)

¹⁴⁹ Gildea *spura* note 57 at. 99-100

¹⁵⁰ Kirkland *spura* note 148 at 10

שניסיונותיו של הטרנס "לעבור" מעקרים את יכולתו לטעון טענה מכוח הלכת פרייס ווטרואוס שכן אין לו אפשרות לעגן התנהגות זו בקיומו של מין אונטולוגי שהוא חורג מגדריו.¹⁵¹ זאת משום שבכדי לטעון טענת שוויון פורמאלי הרי שהוא חייב לעמוד בניגוד לקיומו של "אחר" נורמטיבי שאל מולו היא מופלה.¹⁵² תיאורה של טרנסקסואלית כ- "זכר ביולוגי" המבצעת מצגים נשיים, תהא חייבת להיות מושתת על הנחות יסוד בדבר קיומם של מצגים שהם באופן מהותני "נשיים" המאוחדים עם מין ביולוגי "נשי".¹⁵³

לפיכך הבעיה שבצורך לעגן את הזכות למצגים מגדריים שונים בקיומו של מין ביולוגי, היא הסתרתן המתמשכת של אותן הנורמות החברתיות אשר מכוננות את קטגורית המין ומצמצמות את מרחב האפשרויות הנורמטיביות.¹⁵⁴ התוצאה של הליך שבו תובעים טרנסים מחויבים לעגן את זהותם בקיומו של מין אונטולוגי היא סירוס האפשרות לערער על הלגיטימיות של כפיית מין ביולוגי על כל האנשים בלידתם.¹⁵⁵ לכן, רק לאחר שהזהות הטרנסית מנוסחת מחדש במונחים של הטרמינולוגיה הבינארית המסורתית היא מעניקה זכויות וזאת משום שאין היא מבקשת לחשוף את שקריותן של קטגוריות המין והמגדר.¹⁵⁶ למעשה, בכל מקום שבו מועלית טענה הנוגעת לסטריאוטיפים מגדריים על ידי מי שמגדיר עצמו כזכר או נקבה, היא נאלצת לטעון טענה כלשהי לגבי "אמיתות" מי שהיא בתוך הבינאריות המגדרית.

בעניין אסטיטי הרי שניתן להבחין כי לא תינתן הגנה לא/נשים טרנסים אם יש לכך השלכות רחבות יותר על מערכת המגדר.¹⁵⁷ הסרגציה בשירותים משמשת ככלי יום מיומי לתחזוק ההפרדה הבינארית, הביולוגית המהותית בין א/נשים.¹⁵⁸ מהסיבה הזאת מתקשה בית המשפט להחיל את הלכת פרייס ווטרואוס על המקרה שכן ניתוח שכזה היה מנתק את הקשר שבין ההזדהות המגדרית והאנטומיה. למעשה עניין זה חושף את המגבלות של הלכת פרייס ווטרואוס ומבהיר לנו שאן הופקינס, בסופו של יום, לא ביקשה לערער על הנורמות המגדריות, אלא ביקשה שלא יתייחסו אליה אחרת מא/נשים המתנהגים באופן גברי בסביבת העבודה שלה. לכן, אסטיטי לא יכולה לטעון שהיא מבקשת שיתנהגו אליה באותו אופן שבו מתייחסים לא/נשים "נשיים" במקום עבודתה, כי שירותים הם לכאורה לא זירה של מגדר אלא של אנטומיה. לכן, עניין אסטיטי מדגים בצורה טובה, את הכוח המוגבל של טיעונים משפטיים מכוח הלכת פרייס ווטרואוס. בסופו של דבר, מרחב התמרון בניתוחים משפטיים הנובעים מהלכת פרייס ווטרואוס

¹⁵¹ Lloyd *spura* note 86 at 180-181

¹⁵² Noa Ben-Asher, Paradoxes of Health and Equality: When a Boy Becomes a Girl, 16 *Yale J. L. & Feminism* 275, 304 (2004)

¹⁵³ *Ibid.* 304

¹⁵⁴ Gildea *spura* note 57 at 98

¹⁵⁵ Laura Grenfell, Embracing Law's Categories: Anti-Discrimination Laws and Transgenderism, 15 *Yale J. L. & Feminism* 51, 94 (2003)

¹⁵⁶ Kirkland *spura* note 148 at 10

¹⁵⁷ Gildea *spura* note 57 at 100

¹⁵⁸ *Ibid.* (quoting Jacques Lacan, The Instance of the Letter in the Unconscious, in *Ecrits* 417 (Bruce Fink trans., 2006) (1977)).

והלכת סמית' ביחס לערעור על הנורמות החברתיות ביחס למערכת המין והמגדר מוגבלת מאוד בהיקפה. היא דורשת מא/נשים טרנסים לעגן את תביעותיהם "בהבטחה" לשמירה על המבנה ההיררכי של המין והמגדר. למעשה, תביעות שכאלו מבקשות מבית המשפט להכיר "בחרגה" של האדם הטרנס, שכל מטרתה, בסופו של דבר, היא להתיישר עם הנורמות ההטרסקסואליות, תוך כינון מתמיד של "הנורמה" המגדרית והמינית שממנה חורגים. כך מציין גרוס, בהתייחס לעניין אלקובי והגבול שבו בית המשפט מכונן "התחזות", קרי במהלך יחסים אינטימיים, כי תפיסת הנזילות המגדרית שבית המשפט מציג מסוימת ומוגבלת והיא תמה במקום שבו היא מאיימת על גבולות המגדר ועל ההטרסקסואליות הכפויה¹⁵⁹.

עם זאת, הרי שהניסיון להקנות הגנה לא/נשים טרנסים על ידי הכרה בטרנסג'נדריות כקבוצה מוגנת בפני עצמה הינו בעייתי לא פחות. ראשית, מבחינה רעיונית הרי הניסיון להגדיר "מין שלישי" הינו דיכוטומי לא פחות מהחלוקה שכבר קיימת. אדרבא, הרעיון לפיו יש להפריד מראש א/נשים טרנסים מא/נשים לא טרנסים ממשך את הדה-הומניזציה של הטרנסים. אף על פי כן, מבחינה רעיונית שורש הבעיה טמון בכך שהגדרה זו תצא מנקודת הנחה שיש דרך לאחד את כלל הזהויות הטרנסיות. למעשה, מבחינה משפטית, נראה כי הכרה כזאת תהא מבוססת על היכולת לזכות באבחנה רפואית ולהשתייך לקבוצה המוגנת.

בעניין שרואר עומד בית המשפט על כך שהאפליה כנגד שרואר לא נבעה מכך שהיא לא התאימה לתפיסה הסטריאוטיפית של מעסיקה בנוגע להתנהגויות "גבריות" או "נשיות" אלא משום שמעסיקה היו לא סובלניים כלפי א/נשים כמוה, דהיינו אלו שהזהות המגדרית שלהם לא תואמת את המין הביולוגי שלהם¹⁶⁰. לפיכך, משום שהאפליה כנגד שרואר כוונה אל עבר זהות מינית אשר שונה מהמובנים המקובלים של נשיות או גבריות היא זוכה להגנה כטרנסקסואלית אך לא כאישה או גבר שאינם מצייתים לנורמות מגדריות¹⁶¹. זאת בניגוד לניתוח משפטי בהתאם לסטריאוטיפים מגדריים, קרי, הלכת פרייס ווטרואוס, המעגן את טענתו בקיומו של מין אונטולוגי והחריגה ממנו. תחת זאת, בית המשפט ממשך לעגן את החלטתו בקיומה של זהות מגדרית מהותנית. דהיינו, כי אף שיתכן כי אין חשיבות למינה הביולוגי של שרואר הרי שהזכות שלה צומחת מקיומה של זהות קוהרנטית אחידה, זהות שזוכה להכרה על ידי הממסד הרפואי, קרי אבחנה כסובלת מ-GID¹⁶². זאת משום שהגנה על טרנסג'נדריות כקטגוריה מוגנת דורשת להגדיר את מה המשמעות של "להיות" טרנסג'נדר.

אם כן, הרי שכינונה של טרנסג'נדריות כקבוצה מוגנת תאלץ את בית המשפט לשאול האם מדובר בטרנסג'נדר אמיתי, במקום לשאול האם מדובר בגבר/אישה אמיתיים. כך שבית המשפט למעשה יעניקו הגנה רק

¹⁵⁹ גרוס, ה"ש 38, בעמוד 382

¹⁶⁰ Schroer *spura* note 107 at 302

¹⁶¹ *Ibid* at 305

¹⁶² *Ibid* at 301

לטרנסג'נדרים "אמיתיים", דהיינו אלו אשר מתאימים להגדרה הצרה של סטריאוטיפים מגדריים, מבקשים לעבור או עברו התערבויות כירורגיות מרובות ושהמיניות שלהם היא הטרנסקסואלית¹⁶³. לכן, אין זה מקרה כי בפרשת שרואר עומד בית המשפט, על האבחנה בין GID ובין אי ציות מגדרי אחר, כאשר GID, בניגוד לאי ציות מגדרי "סתמי", כגון "טום בויז" או "סיסי גירלז", משקפת הפרעה מהותית בתחושת הזהות העצמית ביחס לנשיות וגבריות¹⁶⁴. מהותניות ההפרעה, העובדה שאין היא תופעה חולפת, שהיא מהווה נדבך מרכזי וקריטי ביכולת של א/נשים להגדיר את עצמם היא שהופכת אותה "לאמיתית" בניגוד, כאמור, לאי ציות מגדרי אחר, אשר הוא "מזויף", דהיינו שהוא משחק במגדר ואין משקף אמת פנימית¹⁶⁵. בסופו של יום, מטעמים שונים, בית המשפט הישראלי קובע כי אלקובי התחזה, דהיינו שהוא שיחק במגדר והופעתו זו לא שיקפה אמת פנימית¹⁶⁶. זאת בניגוד לטענות עדי ההגנה שטענו כי אלקובי סובל מ GID ולכן אינו ראוי לעונש, אלא לסיוע¹⁶⁷.

לאור העובדה שכינון קטגוריה משפטית של טרנסג'נדריות יאלץ את בית המשפט להבחין בין אי ציות מגדרי ובין טרנסקסואליות, הרי שבכדי להגדיר את מרחב ההגנה המשפטי על טרנסקסואלים נדרש סימון ברור של הגבול שבין אי ציות לדיכוטומיה נורמטיבית של מין ומגדר ובין קיומה של פתולוגיה מגדרית¹⁶⁸. כפי שטוען ספייד, הרי שהגבול הזה ישוב ויכונן את "הסטייה" שבטרנסג'נדריות וכן ישוב ויאשרר את הנורמאליות שבהבנה חברתית של נשיות וגבריות¹⁶⁹. במובן זה הרי שבכדי לזכות בהגנה מטעם של אפליה מטעמי מין א/נשים טרנסים ישובו וידרשו להוכיח את "האמיתות" של הטרנסג'נדריות שלהם. למעשה, אי הציות המגדרי לכשעצמו נותר לא מוגן ומחוץ להגנה המשפטית. כך תשמם הקטגוריה המוגנת של טרנסג'נדרים לאשרור הנורמות החברתיות הקיימות ולא תעניק הגנה לא/נשים שאינם מתיישבים עם הנרטיב הטרנסג'נדר הרפואי, המתקן. דהיינו, א/נשים טרנסים שאינם מבקשים או יכולים לעבור ניתוחים לשינוי מין, א/נשים טרנסים שאינם הטרנסקסואלים, א/נשים שאינם יכולים להוכיח את קיומה של "הפרעה" משחר הילדות ובאופן כללי א/נשים טרנסים אשר לא יכולים או לא רוצים להיות יותר "נורמאליים" מא/נשים לא טרנסים. יתר על כן, הרי שא/נשים טרנסים אינם מופלים בשל העובדה שהם כמו כולם, אלא בשל העובדה שהם לא מציינים לנורמות מגדריות. לכן, מתן הגנה לא/נשים טרנסים ביחס ליכולת שלהם להיות "כמו כולם", תשאיר דווקא את אלו החשופים יותר לאפליה לא מוגנים. שכן, ככל שאתה "עובר" בהצלחה גדולה יותר, הרי שהסיכוי שתסבול מאפליה כטרנסג'נדר קטן יותר.

¹⁶³ Dylan Vade, *Expanding Gender and Expanding the Law: Toward a Social and Legal Conceptualization of Gender that is More Inclusive of Transgender People*, 11 Mich. J. Gender & L. 253, 256 (2005)

¹⁶⁴ Megan Bell, *Transsexuals and the Law*, 98 Nw. U. L. Rev. 1709, 1715 (2004)

¹⁶⁵ Spade, *spura* note 21 at 25

¹⁶⁶ גרוס, הי"ש 38, בעמוד 372-373

¹⁶⁷ ניב הלפרין "נורה גרינברג הפתיעה במשפטו של חן אלקובי" [Gogay.co.il](http://www.gogay.co.il) (2.9.2003)

<http://www.gogay.co.il/content/article.asp?Ibid=5221>

¹⁶⁸ Spade, *spura* note 21 at 25

¹⁶⁹ *Ibid*

לסיכום, בחינה מעמיקה של הפסיקה האמריקאית ביחס לאפשרות של שימוש בחוקים האוסרים על אפליה מטעמי מין, חושפת את החולשות הגדולות של טיעונים אלו, כפי שנוסחו עד כה. למעשה, אנו רואים כי חוט השני העובר בפסיקה בעניין זה הוא החיפוש אחר "אמת" והניסיון לזהות את "הזיוף". הלכת אולן מבקשת לומר כי טרנסגינדרים אינם נכללים כלל בהגנה כנגד אפליה מטעמי מין משום שהם לא באמת נקבות/נשים ולא באמת זכרים/גברים. פרשת פרייס ווטררהאוס והלכת סמית' מבקשות, בהצלחה מסוימת, להפוך את הלכת אולן ולטעון שלמעשה א/נשים טרנסים זכאים להגנה, משום שהם זכרים או נקבות שאינם פועלים על פי הנורמות הסטריאוטיפיות החברתיות. עם זאת, כאמור, טענות ממין זה צרות בהיקפן ומתבססות על קיומו של מין אונטולוגי. בפרשת שרואר בית המשפט מבקש לא לייחס חשיבות למין האונטולוגי על ידי יצירת קטגוריה מוגנת, לכאורה, של טרנסגינדריות. אך בפועל פרשנות זאת לאיסור אפליה מטעמי מין מבוססת על קיומה של זהות מהותנית "אמיתית", אשר האמיתות שלה נמדדת ביחס לנורמות הטרנסקסואליות של זהויות. למעשה אף אחד מהגישות המשפטיות שהוצגו לעיל לא מצליחה ליתן מענה "לפרדוקס הטרנסגינדריי", דהיינו, למצב שבו החברה שוללת את הלגיטימציה של הפרט להרגיש אי התאמה ובו זמנית תוחמת שני קטבים מנוגדים שרק מקשים עליו להשתלב¹⁷⁰. בהתייחס לזווית הישראלית, עולה כי בפסיקה בעניין אלקובי ישנם קווים מנחים מקבילים לערכי הפסיקה בארה"ב.

מסקנות או איך נוכל לטעון לאפליה על בסיס שיכלול את מגוון הזהויות וההתנהגויות המגדריות הלא-הטרונורמטיביות?

ראשית יש להבחין כי באופן עובדתי, אפליה כנגד טרנסג'נדרים, מתרחשת לרוב על בסיס הטרנסג'נדריות עצמה. דהיינו, טרנסג'נדרים אינם מופלים בשל היותם נשים או גברים אלא בשל היותם טרנסג'נדרים. כך שהעלאת טענות של אפליה כנגד טרנסג'נדרים, בהתבסס על חוקים האוסרים אפליה מטעמי מין, בכוחה להנכיח בבית המשפט את כוחן הכופה של קטגוריות המין הבינאריות.

האפליה מתרחשת בצומת הדרכים שבין המופע המגדרי ובין המבט החיצוני על מופע זה. בהצטלבות הזאת טמון כוחה של הטענה המשפטית בדבר אפליה, מכיוון שהיא מאפשרת הסטת המבט המשפטי מבחינת האותנטיות של הזהות הטרנסג'נדרית אל תפיסת המציאות כפי שהיא משתקפת באופן סובייקטיבי אצל הגורם המפלה¹⁷¹. למעשה באופנים שונים של בחינת אפליה כלפי טרנסג'נדרים, לחיוב ולשלילה, טמון הכוח שבהסטת הדיון מעבר לגופם של הטרנסג'נדרים אל התפיסה החברתית לגביהם, אשר בכוחה לחשוף את "השקריות" שבקטגוריות המין¹⁷². הייחודיות בשאלת האפליה כלפי טרנסג'נדרים נובעת מהעובדה שלא ניתן לקרוא אותה רק כשאלה של אונטולוגיה טרנסג'נדרית, קרי קיומה של זהות קוהרנטית, אותנטית ואחידה, אלא היא תלויה אף יותר מכך בשאלת היחס אל האדם הטרנסג'נדר, קרי קיומה של אבחנה. מבט זה חושף את השקריות של עניין הזהות האחידה שכן מוקד השאלה עובר לנקודת משקל אחרת, קרי, המבט החיצוני אל המופע הטרנסג'נדר.

אי היכולת של מערכת משפטית לזהות באופן מובהק אפליה כנגד טרנסג'נדרים כאפליה מטעמי מין, מבטאת את העיגון של קטגוריית המין בקיום אונטולוגי משל עצמה, אשר המצגים המגדריים מתנהלים על גביה. דהיינו כי ביהמ"ש מקובעים בתפיסה כי מגדר משקף מין. עם זאת, מכיוון שקטגוריית המין במשפט למעשה מבקשת להסדיר מצב חברתי, הרי שאין היא יכולה להיות מנותקת מהעובדה שקטגוריית המין היא תוצר של הבנייה חברתית. לכן, אפליה מטעמי מין היא תמיד שאלה של מצג מגדרי. כאשר אישה מוסלמית מפוטרת מעבודתה משום שבחברה שבה היא עובדת יש איסור על לבישת חג'אב. האיסור הזה הוא רחב היקף וכולל את כל עובדי החברה, ללא הבדל דת, גזע ומין. לכאורה, מכוון שהחג'אב אינו חלק מהותני מהיותה של העובדת מוסלמית הרי שאין מניעה מלקבוע איסור שכזה. עם זאת, ניתוח זה מתעלם מהעובדה שהאיסור על לבישת החג'אב נובע מכך שהוא סמן של נשים מוסלמיות. כך לעניין קטגוריית המין, אבחנות המבוססות על תפיסות מהותניות של מין או של מגדר מעלימות עין מכך שקטגוריות אלו מכוננות ומשמרות היררכיה חברתית. לכן בעולם מושגים שכזה, השאלה מהו המצג המגדרי שאנו תופסים כאותנטי היא קריטית לשאלה מהי הקטגוריה המוגנת. שכן, בפועל, המצג המגדרי "המוגן" זוכה להגנה

¹⁷¹ Sharpe *spura* note 1 at 138

¹⁷² See Sharpe *spura* note 1 at p. 155

משום שהוא סמן של הטרסקסואליות. מנגד, המצג המגדרי של א/נשים טרנסג'נדרים, זה שבגיניו הם מופלים אל מול א/נשים שהמצג המגדרי שלהם מסמן הטרסקסואליות, מסמן את הזיוף של אותה "אותנטיות" שמקימה את הקטגוריה המוגנת.

בכוחו של המופלה לרעה הטרנסג'נדרית לחשוף את המבנה האמור. אפליה כנגד טרנסג'נדרים, לא רק שמשקפת את הסנקציות החברתיות המוטלות על התנהגות שאינה עולה בקנה אחד עם הנורמות הטרסקסואליות על-פי באטלר, אלא עושה למערכת המשפטית את מה שהדראג עושה למערכת החברתית, דהיינו מאלצת את ביהמ"ש לנתח סיטואציה מגדרית שבה "החיקוי" גלוי¹⁷³. טענת האפליה יכולה לדרוש מביהמ"ש להכיר בכך שהמין המייצר את הקטגוריה המוגנת הינו למעשה "מין משפטי" אשר אינו מין אונטולוגי ואף אינו קודם למצג המגדרי. זאת משום ששאלת האפליה בנויה על כך שנדרשת התבוננות מבחוץ שתחשוף את "החיקוי" לכאורה.

לאור האמור לעיל, הרי שבהתייחס לשאלה של אפליה מטעמי מין, לקטגוריית המין המשפטית יש משמעות רק בהקשר למצג המגדרי. נבחן טענת אפליה מטעמי מין כדי להדגים את הטענות לעיל: אישה מפורטת בשל היותה אישה וביהמ"ש פוסק שהייתה כאן אפליה אסורה. כלומר פיטורים בשל הסיבה "אישה" הם עבירה על האיסור להפלות על בסיס מין. דהיינו, היותה של הסובייקט אישה הינו בסיס לא רלוונטי לאבחנה.

בסיטואציה משפטית זו, אם כן, ישנה זהות בין "מין" ובין "מגדר". העין המפלה מזהה, לכאורה, את המצג המגדרי ומסיקה שהסובייקט הוא אישה והמצג המגדרי משקף מין ביולוגי. חרף זאת, דה פקטו, העין המפלה רואה אך ורק את המצג המגדרי של נשיות, שהוא כאמור מצג של מצג, שהרי העין המפלה אינה יכולה להבחין "בביולוגיה" ו/או "אונטולוגיה" של המין של הסובייקט מלבד באמצעות הסימנים שמייצר המצג עצמו¹⁷⁴.

כלומר, הסובייקט מכונן כל הזמן את זהותו ע"י סימונו כנשי, בלבוש, בדיבור, בתספורת, בחיתוך הדיבור, בתפיסת המרחב וכו'¹⁷⁵. אך סממנים חיצוניים אלו הם הסימונים היחידים אשר העין המפלה יכולה להבחין. כלומר, בסיטואציה הזאת, של קריאת סימני המצג המגדרי, אין כל קיום אונטולוגי למין מלבד קיומו בתוך המצג המגדרי. זאת משום שבלעדי המצג אין הוא קיים כלל שכן המצג מכונן אותו. הסובייקט המופלה אינו מגלם את הנשיות שלו כתפקיד, אלא הוא מכונן מחדש בהתמדה "נשיות" באמצעות הגילום החוזר והנשנה של מיניות זו¹⁷⁶.

למעשה, המצג הוא תמיד "חיקוי" משום שאין לו מקור מלבד פעולת החזרה על עצמו. אין המצג נבנה על גבי

¹⁷³ באטלר, ר' ה"ש 127, בעמוד 336.

¹⁷⁴ באטלר, ר' ה"ש 116, בעמוד 208.

¹⁷⁵ באטלר, ר' ה"ש 127, בעמוד 342.

¹⁷⁶ באטלר, ר' ה"ש 116, בעמוד 212.

אמת כלשהי, אלא הוא תמיד חזרה על מצגים קודמים¹⁷⁷. לכן, כאשר העין המפלה מבחינה בסובייקט, אין היא יכולה לזהות דבר מלבד את כל המצגים הנשיים הקודמים שהיא למדה לזהות. כך שאם "אישה" היא קטגוריה מוגנת על ידי איסור לאפליה מטעמי מין, הרי שלמעשה האיסור הוא על אבחנה הנסמכת על מצג מגדרי. דהיינו, כי בכל מקום שבו העין המפלה מבחינה על בסיס מצגים מגדריים הרי היא פועלת בניגוד לחוק.

במובן זה טענת אפליה מטעמי מין של טרנסג'נדרים תהיה מבוססת אף היא על הקריאה מבחוץ של מצג מגדרי. טרנסג'נדר מפוטר בשל היותו טרנסג'נדר. הוא מביא את עניינו בפני ביהמ"ש וטוען שזהו מקרה של אפליה מטעמי מין. בכדי להכריע האם טרנסג'נדר היא זהות הנכללת תחת הקטגוריה "מין" לעניין אפליה, יידרש ביהמ"ש, למעשה לעמוד על ההבדל שבין פיטורים בשל היותך "טרנסג'נדר" ובין פיטורים בשל היותך "אישה". השוני בין המקרים טמון בעובדה שהטרנסג'נדר מפוטר משום שהוא כושל בכינון המין כאונטולוגי, וזאת מן הסיבה הפשוטה שאין הוא מצליח או שאין הוא מעוניין לייצר מצגים מגדריים משכנעים דיו, שכן אם היה עושה כן הרי שלא היה מזוהה כטרנסג'נדר. שכן, מסקירת הפסיקה אנו יכולים לעמוד על כך שאנשים טרנסג'נדרים מופלים כאשר מגלים שהם טרנסג'נדרים, קרי שמסיבות כאלו ואחרות הם נוקטים באי ציות מגדרי. הטרנסג'נדר מופלה בדיוק בנקודה שבה "העין המפלה" מבינה שהוא "זיוף", דהיינו, שאין קורלציה בין המין הביולוגי, המגדר והמצג המגדרי. משכך, טענת האפליה מטעמי מין כנגד טרנסג'נדרים מגלה את היותו של המצג המגדרי חיקוי שאין לו מקור.

התבוננות בסיטואציה מפלה כנגד טרנסג'נדרים היא הזירה שבה המשפט יכול לזהות את "השקריות" של קטגוריית המין, דהיינו להיות "מופע הדראג" החושף את "החיקוי". שכן בסופו של דבר, טענה זו חושפת את מנגנון "החיקוי". במופע הדראג, האנטומיה של המציג מובדלת מראש מהמגדר שלו. לכן, מופע הדראג יוצר הפרדה בין המין והמגדר ובין המגדר והצגה¹⁷⁸. לפיכך, ביהמ"ש שידון בטענת אפליה מטעמי מין כנגד טרנסג'נדרים ינתח מצב שבו, כמו בדראג, בשל ההבדלה מראש בין האנטומיה והמגדר של הסובייקט, ישנה הפרדה בין המין והמגדר ובין המגדר והמצג המגדרי. שהרי אלמלא העין המפלה הייתה מבדילה בין הקטגוריות האלו, הרי שלא הייתה מזהה את הסובייקט כטרנסג'נדר. לכן, טענה זו טומנת בחובה את היכולת לחשוף את נפרדותם של אותם מרכיבים אחידים, לכאורה, שמוצגים כמקשה אחת. הוכחת נפרדותם של הרכיבים האמורים היא שמובילה אותנו להבנה כי למעשה הטרנסג'נדר אינו עוסק "בחיקוי" יותר מאשר "האישה האמיתית" שזהותה נובעת "מהמין האמיתי"¹⁷⁹. שכן הטרנסג'נדר, שאינו "עובר" ועל כן סובל מאפליה בשל היותו טרנסג'נדר, מנכיח את העובדה שאין "מקור" למצג המגדרי מלבד החזרה על החיקוי.

¹⁷⁷ שם, שם.

¹⁷⁸ באטלר, ה"ש 116, בעמוד 209

¹⁷⁹ שם, בעמוד 210

הטרנסגינדר חושף את ביהמ"ש לעובדה שקטגוריית המין ביחס לטענת האפליה אינה עדות למציאות ביולוגית אלא משקפת מצג של מציאות ביולוגית. שהרי הטרנסגינדר הוא "מזויף" ולכן הוא מוכיח שאין משמעות אונטולוגית לקטגוריית המין אלא בהקשר למצג מגדרי. "זיוף" זה חושף כי למרות שנטען שמגדר הוא "טבעי" משום שהוא נובע מהכרח ו/או מהות פנימית נפשית ו/או גופנית, הרי שההכרח ו/או המהות האלו תמיד מיוצרים על ידי סימן חיזוני, סימון על פי הגוף הפומבי¹⁸⁰. לכן, המצג המגדרי הוא שטוען את קטגוריית המין במשמעות ולא להפך.

באופן זה ניתן להוכיח בביהמ"ש שקטגוריית המין עצמה אינה קודמת למצג המגדרי ולמעשה אינה מתקיימת באופן עצמאי. טענת אפליה כנגד טרנסגינדרים אם כן צריכה להיות מבוססת על כך שאפליה על בסיס מין היא תמיד אפליה על בסיס מצג מגדרי, דהיינו שהמגדר הוא מצג במובן זה שהוא מכונן כאפקט את אותו מין משפטי שהוא לכאורה מבטא. במובן זה אין משמעות לשאלת הזהות הקוהרנטית, שכן כלל הזהויות לצורך טענת אפליה על בסיס מין הן תמיד זהויות המושגות על ידי הליך מתמשך של חזרה על "חיקוי". על כן, אין המצג המגדרי הטרנסגינדר מוהוה חריגה כלשהי מההגנה שכבר מעוגנת בחוק, הגנה מפני אפליה מטעמי מין. למעשה, הטענה שיש לטעון היא כי יש לנסח מחדש את הבסיס להשוואה בבחינה של אפליה מטעמי מין. במצב הנורמטיבי הקיים אבחנה אסורה היא כזאת שמייחסת חשיבות, לכאורה, לשוני אונטולוגי בין זכרים/גברים המתנהגים בגבריות ונקבות/נשים המתנהגות בנשיות. לטענתי, הקטגוריה המוגנת לא יכולה לצמוח מקיומה של זהות "אותנטית" שכן "העין המפלה" לעולם לא יכולה להבחין באותה "אותנטיות" אלא רק בזיוף. לכן הבסיס להשוואה לא צריך להיות בין א/נשים מקטגוריית שונות, לדוג' גברים מול נשים, או אפילו גברים מול א/נשים טרנסגינדרים. יש להעביר את בסיס ההשוואה ליחס כלפי אנשים בעלי מצג מגדרי קוהרנטי. כלומר, יש לבחון האם המופלה זכה ליחס שונה מאדם שהמצג המגדרי שלו מסמן הטרנסקסואליות. אישה/נקבה מופלית כאשר היא מבקשת לחרוג מתפקידה החברתי במערך הטרנסקסואלי ולכן המצג המגדרי שלה מאבד מכוחו המסמן, המאשרר והכופה. א/נשים טרנסגינדרים מופלים משום שאינם מצליחים או רוצים לסמן הטרנסקסואליות. לכן, ההסטה המתבקשת של בסיס ההשוואה וההגדרה מחדש המשתמעת של הקטגוריה המוגנת היא שתבטיח כי אפליה מטעמי מין ביולוגי, אונטולוגי או חברתי לא תוכל להיות שקופה בפני בית המשפט.

¹⁸⁰ שם, בעמוד 208

סיכום

עבודה זו נולדה מתוך חווייה אישית של הפער בין האופן שבו המשפט מגדיר אפליה מטעמי מין ומגדר את גבולות ההגנה כנגדה ובין המציאות היום יומית של הדרה שחווים א/נשים טרנסג'נדרים, בדיוק משום שהם מערערים על אותה מערכת חברתית שמציירת את האפליה שהמשפט מבקש לעצור. ביקשתי לטעון שבחינה של אותם ההגדרות והגדרות שמציב המשפט ביחס לאפליה על בסיס מין מאפשרת לנו לבקר את הקטגוריה עצמה.

בחנו את האופן שבו טרנסג'נדריות, כמו סטיות אחרות, עברה הליך מואץ של מדיקליזציה אשר אינו מבוסס על התפתחויות מדעיות גרידא, אלא על הרצון להכפיף את המערך המיני והמגדרי לתפיסה חברתית הטרנסקסואלית. מסקירה זו עלה כי הרפואה עסוקה, באופנים שונים, בשאלה **מהו הטרנסג'נדר האמיתי?** תוך שהיא מתעקשת לעמוד על האבחנה לכאורה שבין אי ציות מגדרי סתמי ובין הפרעת נפש עמוקה.

עמדנו על ההקשר שבין התפיסות הרפואיות ובין הזכויות המשפטיות להם זוכים טרנסג'נדרים והאופן שבו בתי המשפט, משתמשים באופן מתמיד בהגדרות הרפואיות להכרעה בשאלות משפטיות הנוגעות לא/נשים טרנסג'נדרים. בהמשך, ביקשנו לבחון לעומק את האופן שבו המשפט מתייחס לטענות אפליה מטעמי מין ביחס לא/נשים טרנסג'נדרים. ערכנו סקירה של ההתפתחויות בארה"ב, בתחום זה ניתחנו את ההתפתחויות המשפטיות בנוגע לטענות אפליה מטעמי מין של א/נשים טרנסג'נדרים. הראנו כי למרות השינויים במשפט, בפסיקה, ברפואה ובחברה, בית המשפט עדיין עסוקים בשאלה **מיהו הטרנסג'נדר האותנטי?** אף הפסיקה העדכנית ואף הרדיקלית ביותר, ככל שהיא מבקשת לא להיות מהותנית בנוגע למין או למגדר, מבקשת לבחון אפליה מטעם מין ביחס לקיומה של זהות מהותנית.

השתמשנו בתיאוריה הביקורתית הפוסט סטרוקטורליסטית של ג'ודית באטלר וכן בקולות מתוך הקהילה הטרנסג'נדרית עצמה כדי לנסות לנתח באופן ביקורתי הן את הפסיקה שנסקרה ואת הרעיון הנורמטיבי בבסיסו של האיסור על אפליה מטעמי מין. הגענו למסקנה כי השוני שבין אפליה כלפי נשים/נקבות ובין טרנסג'נדרים נעוץ באותם נורמות הטרנסקסואליות בנוגע למבנה החברתי הרצוי, אשר האיסור מבקש לתקן. לבסוף הראינו כי ניסוח מחדש של הרעיון הנורמטיבי האמור הוא לא רק מתבקש אלא גם רצוי בכדי לספק הגנה משמעותית יותר מפני אפליה מטעמי מין לא רק ביחס לא/נשים טרנסג'נדרים.

אני מקווה שעבודה זו תהיה חלק מתנועה משפטית ופוליטית רחבה יותר. תנועה זו תעבוד כדי להנכיח את קיומם של א/נשים טרנסג'נדרים בתוך החברה, ולא לפי את מערכת המשפט ליתן דין וחשבון לאופן שבו הוא הופך קהילה מודרת זו לשקופה. כך נוכל להתחיל לפרק את תפקידם של בתי המשפט ככוח שמדכא מופעים של אי ציות מגדרי, ככוח ממשטר למיניות וככוח שמכשיר אפליה מטעמי מין.

ביבליוגרפיה

פסיקה ישראלית

1. א 57472/05 נטלי שדה נ' חנה קורן מכון לגרפולוגיה בע"מ, תק-של 2006(2), 1172
2. ת"פ 389/02 (חיפה) מדינת ישראל נ' חן אלקובי, תק-מח 2003(3), 3341.

פסיקה זרה

3. Voyles v Ralph K Davis Medical Center 403 F Supp 456 (1975)
4. Grossman v. Bernards Twp. Bd. of Educ., No. 74-1904, 1975 U.S. Dist LEXIS 16261 (D.N.J. Sept. 10, 1975)
5. Holloway v. Arthur Anderson & Co., 556 F.2d 659 (9th Cir.1977)
6. Ulane v. E. Airlines, 742 F.2d 1081, 1085 (1984)
7. Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S 228, 109 S.Ct. 1775, 104 L.Ed.2d (1989)
8. Schwenk v. Hartford 204 F.3d 1187 (9th Cir. 2000)
9. Rosa v. Parks west Bank Trust Co. 214 F.3d 213, 214-16 (1st Cir. 2000).
10. Smith v. City of Salem 378 F.3d 566 (6th Cir. 2004)
11. Barnes v. City of Cincinnati 401 F.3d 729 (6th Cir. 2005).
12. Estity v. Utah Transit Authority 502 F.3d 1215 (10th Cir. 2007).
13. Kastl v. Maricopa Community College No. CV-02-1531-PHX-SRB, 2006 U.S. Dist. LEXIS 60267 (D. Ariz. Aug. 22, 2006), aff'd, No. 06-16907, 2009 U.S. App. LEXIS 7833 (9th Cir. Apr. 14, 2009).
14. Barnes v. City of Cincinnati 401 F.3d 729 (6th Cir. 2005).
15. Creed v. Family Express Corp. No. 3:06-CV-465RM, 2007 U.S. Dist. LEXIS 57680 (N.D. Ind. Aug. 3, 2007).
16. Schroer v. Billington, 577 F. Supp. 2d 293; 2008 U.S. Dist. LEXIS 71358

ספרות בעברית

17. מישל פוקו, **תולדות המיניות I – הרצון לדעת** (תרגום: גבריאלי אש), (הקיבוץ המאוחד, 1996).

ספרות באנגלית

18. American Psychiatric Association (APA) Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Revised 3rd edn (Washington 1980)
19. American Psychiatric Association (APA) Diagnostic And Statistical Manual of Mental Disorders, Revised 4th edn (Washington 1995)
20. Harry Benjamin *The Transsexual Phenomenon* (New York 1966)
21. Cormwell *J Transmen and FTMs: Identities, Bodies, Gender and Sexualities* (Chicago 1999)
22. King *D The Transvestite and the Transsexual* (Aldershot 1993)
23. Catharine A. MacKinnon, *Sex Equality* (2nd ed.2007)
24. Prosser J *Second Skins: The Body Narratives of Transsexuality* (New York 1998)
25. Robert Stoler *Sex and Gender* (New York 1968)
26. Robert Stoler *Perversion: The erotic Form of Hatred* (New York 1975)
27. Andrew L Sharpe *Transgender Jurisprudence Dysphonic Bodies of Law* (London 2002)
28. Tully B *Accounting for Transsexuality and Transhomosexuality* (London 1992)

מאמרים בעברית

29. גיודית בטאלר "חיקוי ומרי מגדרי" **מעבר למיניות מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית** (מתרגמת: עמליה זיו, עורכים: יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר, 2003), 329.
30. גיודית בטאלר, "צרות של מיגדר", **מכאן ב** (2001), 202, 206.
31. אייל גרוס, "התחזות כאדם אחר": חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי", בתוך: ארנה בן-נפתלי וחנה נוה (עורכות), **משפטים על אהבה** (אוניברסיטת תל-אביב, 2005), 413-365.

32. אייל גרוס ועמליה זיו "בין תיאוריה ופוליטיה: לימודים הומו לסביים ותיאוריה קוורית" בתוך: **מעבר למיניות-מבחר מאמרים לימודים הומו לסביים ותיאוריה קוורית** עורכים: יאיר קדר, עמליה זיו, אורן קנר, הוצאת הקיבוץ המאוחד (2003) עמ' 9-44

מאמרים באנגלית

33. Noa Ben-Asher, *Paradoxes of Health and Equality: When a Boy Becomes a Girl*, 16 Yale J. L. & Feminism 275 (2004)
34. Megan Bell, *Transsexuals and the Law*, 98 Nw. U. L. Rev. 1709 (2004)
35. Fisk N Gender *Disphoria Syndrome: The How, What any Why of a Disease*, in Laub, DR and Gandy P, *Proceedings of Second International Symposium on Gender Dysphoria Syndrome*, 1973.
36. Katherine M. Franke *The Central Mistake of Sex Discrimination Law: The Disaggregation of Sex from Gender* 144 U. Pa. L. Rev. 1, 36 (1995)
37. Andrew Gilden *Toward a More Transformative Approach: The Limits of Transgender Formal Equality* 23 Berkeley J. Gender L. & Just. 83 (2008)
38. Aeyal M. Gross, *Gender Outlaws Before the Law: The Courts of the Borderlands* 32 Harvard Journal of Law & Gender, 186 (2009)
39. Judith Halberstam "*Transgender Butch: Butch/FTM Border Wars and the Masculine Continuum*" 4 GLQ: J. Lesbian & Gay Stud. 287(1998)
40. Katz JM, "Transsexuals and Title VII: *Sommers v. Budget Marketing Inc*" 24 Boston College L Rev 266.(1982)
41. Susan Etta Keller *Operations of Legal Rhetoric: Examining Transsexual and Judicial Identity* 34 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 329 (1999)
42. Anna Kirkland *Victorious Transsexuals in the Courtroom: A Challenge for Feminist Legal Theory* 28 Law & Soc. Inquiry 1 (2003)
43. Person E and Ovesy L *The Transsexual Syndrome in Male I: Primary Transsexualism* 28 American Journal of Psychotherapy 4-20 (1974a)
44. Dean Spade *Resisting Medicine, Re/modeling Gender* 18 Berkeley Women's L.J. 15, 32 (2003)
45. Abby Lloyd *Defining the Human: Are Transgender People Strangers to the Law?* 20 Berkeley J. Gender L. & Just. 150 (2005)
46. Catherine A. MacKinnon *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* 32 (1987)
47. Catharine A. MacKinnon, *Women's Lives Men's Laws* 53 (2005).
48. Leslie Pearlman *Transsexulism as a Metaphor: The Collision of sex and Gender* 43 Buffalo L. Rev. 835 (1995).
49. Dylan Vade, *Expanding Gender and Expanding the Law: Toward a Social and Legal Conceptualization of Gender that is More Inclusive of Transgender People*, 11 Mich. J. Gender & L. 253 (2005)

עיתונות

50. "בית המשפט: חן אלקובי לא תשב בכלא" **Ynet פלילים** (7.9.2003)
<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2748400,00.html>
51. יניב הלפרין "חן אלקובי לא ישב בכלא" **Gogay.co.il** (7.9.2003)
<http://www.gogay.co.il/content/article.asp?Id=5226>
52. יניב הלפרין "נורה גרינברג הפתיעה במשפטו של חן אלקובי" **Gogay.co.il** (2.9.2003)
<http://www.gogay.co.il/content/article.asp?Id=5221>
53. **נערי אמצע- פרסום עצמאי של א/נשים טרנסג'נדרים** FTM (26.6.2007)

אינטרנט

54. פורום טרנסג'נדרס וחברים <http://www.tapuz.co.il/tapuzforum/main/forumpage.asp?forum=496>
55. "Tranymals Go to Court: An Eight Genital Movie"<http://www.tranymals.com>