



**סמינריון בנושא: "הפליית טרנסג'נדרים
ועידוד ליטיגציה טרנסג'נדרית במסגרת דיני
הנזיקין"**

במסגרת הסמינר הקליני "שוויון בדיני הנזיקין" בהנחיית ד"ר יפעת ביטון

-נוי בן אברהם 2011-



עברית ליצירה/ואולג'י

אמרו אה אשתי אמרו אה אשכ **א"**

אחצו אה בטן. הרביצו הט

אמרו אה יאצה. את פנימ אחרות מכואם

אמרו אה יאצה. אין אק מקום בטואם."

תוכן עניינים

3	מבוא
6	פרק א' - בין מין ומגדר
6	א.1. הומואים, לסביות, טרנסג'נדרים ובי-סקסואלים : רקע היסטורי ותיאורטי וההבדל בין מין ומגדר
7	א.2. טרנסג'נדרים – מאפיינים וחלוקה לתת קבוצות
9	א.3. הטרנסג'נדר בראי הפמיניזם
10	א.4. טרנספוביה ויחס החברה לטרנסג'נדרים
12	א.5. "בנים אינם בוכים"/"הסיפור של ברנדון טינה"
14	פרק ב' - סקירת המקורות המשפטיים להגנת טרנסג'נדרים בראי החקיקה והפסיקה
14	ב.1. הזכות לכבוד והגנה על שלמות הגוף
18	ב.2. עוולת התקיפה
18	ב.3. "חוק איסור הפליה" – גם לטרנסג'נדרים?
22	ב.4. מקרי אלימות ותקיפה כנגד חברי קהילת הלהט"ב והסיבות האפשריות לליטיגציה טרנסג'נדרית מעטה.
24	ב.5. פרשת חן אלקובי כאבן בוחן לגישת בית המשפט כלפי טרנסג'נדרים
26	פרק ג' - סקירת ההסדרים המשפטיים הנוגעים לקהילת הטרנסג'נדרים בראי המשפט המשווה
26	ג.1. הדין האמריקני
30	ג.2. להיות "אמיתית" - השפעת גישת בית המשפט האמריקני כלפי טרנסג'נדרים על דעת הציבור
32	ג.3. צ'כיה
36	סיכום ומסקנות
38	ביבליוגרפיה

אנשים טרנסג'נדרים חווים במהלך חייהם קשיים רבים, אשר פעמים רבות קשיים אלה אופייניים רק לקהילת הטרנסג'נדרים. אף עפ"י כן, מעטה הכתיבה האקדמית, בעיקר בעברית, העוסקת בזכויות האדם שלהם וכמעט ולא קיים שיח הציבורי על הנושא. אנשים טרנסג'נדרים חווים לא אחת בחייהם אלימות, הפליה וחוסר סובלנות. זכויות האדם הבסיסיות שלהם מופרות, לרבות הזכות לחיים, הזכות לשלמות הגופנית, הזכות לבריאות והזכות לשוויון בפני החוק. בהרבה ממדינות העולם כלל לא מכירים בהפליה על רקע "זהות מגדר" והיא אינה נמנית כאחד מהטעמים שאסור להפלות מחמתם. נראה כי קיים בלבול רב בין "מין", "מגדר" ו"נטייה מינית". באופן מפתיע, למרות כל המכשולים בהם נתקלים אנשים טרנסג'נדרים ורמיסת זכויותיהם, אנו רואים מגמה של אי פנייה לערכאות משפטיות, במיוחד במקרים של תביעות נזיקיות. בעבודה זו אנסה לעמוד על הסיבות האפשריות לכך, אסקור את הדין המשווה בתחום ואת מצבם של האנשים הטרנסג'נדרים בארץ ובעולם הן מבחינה משפטית והן מבחינת ההתמודדות היומ-יומית.

ההבחנה בין מינו של אדם לבין מגדרו חשובה לצורך הבנה בסיסית של עבודה זו. המין נתפס כרכיב הביולוגי של הזהות, היות האדם זכר או נקבה. מגדר לעומת זאת, הוא מכלול המאפיינים הפסיכולוגיים והחברתיים המגדירים אותנו כגברים או נשים. זהות המגדר, היא תפיסתו העצמית של אדם והדרך בה נתפס ע"י אחרים כגבר/אישה. כשאנו תופסים אדם כגבר או כאישה, מתלוות לכך ציפיות תרבותיות מקובלות המהוות את תפקיד המגדר. ציפיות אלה בעיקרן לגבי האופן שבו אנו חושבים שראוי שיתנהגו ויראו גברים ונשים. אנו מצפים מבני אדם שזהות המגדר שלהם תהיה קבועה ואחידה, בינארית. התנהגות שאינה עולה בקנה אחד עם נורמה זו, נחשבת לא אחת בגיבוי המדע והמשפט, כסטייה מוסרית ו/או הפרעה נפשית.

קביעת המין או המגדר של אדם לצרכים משפטיים הינה שאלה מורכבת במיוחד כאשר עסקינן באנשים שאינם מתנהלים לפי הזהות המגדרית המצופה מהם. המונח טרנסג'נדר משמש בצורה רחבה כמונח כיסוי כולל לתיאור אנשים החוצים בצורה זו או אחרת את גבולות המין והמגדר, אף אם לא עברו ניתוח רפואי לשינוי מינם. המונח טרנסקסואל משמש כינוי לאנשים שעברו או מתעתדים לעבור טיפול רפואי (לרבות ניתוח לשינוי מין)¹. מונחים אלה משמשים לתיאור אנשים שלא קיימת אצלם הלימה בין המגדר ותחושת הזהות המינית בתפיסתם העצמית, ובין המין הביולוגי. מין ביולוגי עולה מהגורמים כדלקמן: מין כרומוזומלי, מין גונדלי (אשכים/שחלה), מין מורפולוגי פנימי (לדוגמה קיום רחם), מין מורפולוגי חיצוני (איבר מין), מין הורמונלי (אנדרוגן/אסטרוגן) ומין פנוטיפי (שיער פנים, חזה ושדיים)².

כאמור, אנשים טרנסג'נדרים מתמודדים עם הפליה כמעט בכל אספקט של חייהם החברתיים, לרבות ההגנה שמעניק להם החוק. שורשה של הפליה זו נגוע באותם סטריאוטיפים שאפיינו בעבר את היחס כלפי נשים, הומואים ולסביות, נכים וכו'. סטריאוטיפים אלה מובנים בחברה ומשמשים כעוגן לתפיסות הנוגעות לאופן שבו אמורים להיראות ולהתנהג גברים ונשים.³

¹ Judith Shapiro, *Transsexualism Reflections on the Persistence of Gender and the Mutability of Sex Body Guards: The Cultural Politics of Gender Ambiguity*, 248 (Julia Epstein & Kristina Straub Eds., 1991)

² Julie Greenberg, *Therapeutic Jurisprudence: Defining Male and Female Intersexuality and the Collision between Law and Biology* 41 *Ariz. L. Rev.* 265, 289-291 (1991)

³ Paisley Currah and Shannon Minter, *Unprincipled Exclusions: the Struggle to Achieve Judicial and Legislative Equality for Transgender People* 7 *Wm. & Mary J. of Women & L.* 37 (2000) ("Paisley").

הפליה על רקע זהות מגדר שונה במהותה מהפליה על רקע מין וזאת משום שכאשר אישה מופלית, ההפליה נעשית **משום שמינה הוא נקבה** והיא משתייכת לציבור הנשים. לעומת זאת, במקרים של הפליה על רקע זהות מגדר, לרוב מופלים הטרנסג'נדרים משום שהם מתנהגים באופן שאינו תואם את מינם.

פעמים רבות נעשית הקבלה בין הפליה על רקע נטייה מינית לבין הפליה על רקע זהות מגדר. אולם, זהות מגדר בלתי נורמטיבית אינה מלמדת על נטייה מינית. אכן, בשנים האחרונות חל שיפור בשיח הציבורי בענין הומואים, לסביות ובי-סקסואליים אולם עדין קיים חסר משמעותי בענין טרנסג'נדרים.

ביטוי זהות המגדר אינו ניתן להסתרה ובשל כך אנשים טרנסג'נדרים חשופים יותר לפגיעה.

בעבודתי זו, אבחן באופן ביקורתי את ההסדרים הקיימים כיום בדין הישראלי להגנת שלמות הגוף, מקורות נורמטיביים האמורים למנוע הפליה ולהעניק הגנה לקבוצה מוחלשת זו וכן, האפשרות להגיש תביעה נזיקית ע"י טרנסג'נדרים שהופלו. במטרה להבין את מצבם של האנשים הטרנסג'נדרים כיום, ואולי אף כדי לנסות להבין את הטעמים למיעוט התביעות בארץ ובעולם מצד אנשים טרנסג'נדרים, אציג את הקשיים והחששות הנלווים ואת ביטויי השנאה שלעיתים מגיעים לאלימות מילולית ופיזית. אני סבורה כי ישנו משקל ליחס, הלעיתים משפיל ומזלזל, אותו מקבלים טרנסג'נדרים מרשויות האכיפה. את תוצאות היחס והאפשרות להגיש תביעה נזיקית בגינו אבחן לאור ענין ברנדון טינה.⁴ בניסיון לעמוד על האופן שבו בתי המשפט בישראל מבינים, או יש לאמור אינם מבינים, טרנסג'נדרים אקדיש פרק לפרשת אלקובי,⁵ העשויה לרמז על גישת בית המשפט בישראל לנושא.

בעבודתי, אני מבקשת להראות כי היעדר התייחסות בחוק להפליה מחמת זהות מגדרית, מחייב ליטיגציה טרנסג'נדרית על מנת ללחום את מאבקם של האנשים הטרנסג'נדרים לשוויון בפני החוק. סבורני, כי יש להעדיף חקיקה חדשה, מקיפה ואחידה שתוביל לקידום השיח הציבורי ואולי בהמשך לשינוי נורמות חברתיות פסולות. אולם, עד שזו תחוקק, אם בכלל, יש למצער להעניק הגנה לאנשים טרנסג'נדרים ע"י מסגרות משפטיות קיימות.

בפרק הראשון, אערוך סקירה היסטורית ותיאורטית של ראשיתה של קהילת הלהט"ב בכלל ושל טרנסג'נדרים בפרט. אסביר את ההבדל המהותי בין מין ומגדר, ואציג את תיאוריית ההבניה החברתית של המיניות של אחד ההוגים הבולטים בנושא, מישל פוקו.

בפרק זה, אפרט מהי הקשת הרחבה של ציבור הטרנסג'נדרים, רב גוניותה, ומאפייניה של כל תת קבוצה. כמו כן, אציג את גישת הפמיניזם כלפי טרנסג'נדרים ובראשן ג'ודית באטלר, אחת ההוגות החשובות ביותר בתחום המגדר ותיאוריה קווירית.

תת פרק נוסף יוקדש לטרנספוביה ויחס החברה לטרנסג'נדרים, אסביר מהי טרנספוביה? מניעה, ביטוייה וכיצד ניתן אולי למנעה?

תת הפרק האחרון בנושא, יעסוק בפרשת ברנדון טינה, אדגים באמצעותה את יחס החברה לטרנסג'נדרים, חוסר הסובלנות, סטריאוטיפים נפוצים, יחס רשויות האכיפה והאפשרות להגיש תביעה נזיקית במקרים אלה.

בפרק השני, אסקור מקורות משפטיים להגנת טרנסג'נדרים בדין הישראלי. אבחן את הזכות לכבוד והגנה על שלמות הגוף, חוק העונשין, פקודת הנזיקין וראשי נזק אפשריים מתוקפם ניתן לקבל פיצויים במסגרת תביעה נזיקית של טרנסג'נדרים, וכן את עוולת התקיפה, חוק איסור הפליה ואף הצעת חוק העומדת בפתחה של הכנסת. אציג נתונים סטטיסטיים של מקרי אלימות ותקיפות של חברי קהילת הלהט"ב בכלל, ושל טרנסג'נדרים בפרט, ואנסה להעלות סיבות אפשריות למיעוט בהגשת תביעות.

⁴ Teena Brandon v. County of Richardson 261 Neb. 636, 624 N.W. 2d 604 (2001).
⁵ ת"פ (מחוזי חי') 389/02 מדינת ישראל נ' חן אלקובי, תק-מח 2003(3), 3341, פסקה 3 (2003). (להלן: "ענין אלקובי").

בסיום הפרק אשתמש בפרשת אלקובי כאבן בוחן לגישת בית המשפט כלפי טרנסג'נדרים.

הפרק השלישי, יתמקד במשפט האמריקני ובאופן בו פירשו בתי המשפט הפדראליים את המונח "מין" בחוק זכויות האזרח משנת 1964. אדגים מקורות חקיקה פנים-מדינתיים שמעניקים הגנה מפורשת מחמת "זהות מינית". בחלק נפרד, אעמוד על הקשר בין מערכת המשפט האמריקאית המבוססת על חבר מושבעים, לבין דיני הנזיקין והמיעוט בתביעות. אדגים כיצד פסיקת בית המשפט בתביעות נזיקיות, משפיעה על עיצוב התפיסות התרבותיות והחברתיות בכלל, ובענייני טרנסג'נדרים בפרט. הנחת המוצא היא כי בתי המשפט מניחים קיומה של זהות מגדרית בינארית, והנרטיב המועבר לכלל הציבור הוא שהזהות צריכה להיות טבעית ואמתית ולא להיעשות ע"י בני אדם. על מנת לבחון את הנורמות המשפטיות הנהוגות באירופה, בחרתי להתמקד בצ'כיה, לאור השתייכותה לאיחוד האירופי, והחתימה על ה-International Covenant on Civil and Political Rights 1976 (להלן: "ICCPR").

בסיום דבריי, אבקש להעלות נקודה נוספת. בבואי לאתר מקורות מידע לקראת כתיבת עבודה זו, נתגלה לעיני הפער העצום בין הכתיבה המשפטית לבין המציאות בה חיים הטרנסג'נדרים. אם ננסה ללמוד על מצבם של הטרנסג'נדרים מבחינה משפטית מהכתיבה האקדמית על הנושא בישראל, אולי נטעה לחשוב שלא קיימת הפליה כזו שכן, הכתיבה המשפטית בנושא זהות המגדר בטלה בשישים, לעומת הכתיבה על הפליה מטעמים אחרים. מוסיפה לכך העובדה, כי טרנסג'נדרים בישראל כמעט אינם פונים לערכאות, ובהיעדר פנייה אין הלכה שעשויה לתת אינדיקציה אשר להתייחסות של בתי המשפט הישראליים לסוגיות של מגדר וזהות מגדרית. היעדר כתיבה משפטית וניתוח המסגרות המשפטיות הקיימות, גם הם אינם תורמים לנגישותם לערכאות של טרנסג'נדרים ולמעשה, השיח בנושא כמעט ואינו קיים. קהילת הטרנסג'נדרים נותרת שקופה לעיני המחוקק, לעיני בית המשפט ולעיני החברה בכללותה. לפיכך, רואה אני חשיבות רבה בכתיבת עבודה זו שאולי תשמש כפתח להרחבת הכתיבה המשפטית בנושא, ותעלה את המודעות והשיח המשפטי והחברתי.

פרק א' - בין מין ומגדר

א.1. הומואים, לסביות, טרנסג'נדרים ובי-סקסואלים: רקע היסטורי ותיאורטי וההבדל בין מין ומגדר

עד המאה ה-19 הגישה המשפטית למיניות היתה צרה מאוד והתאפיינה בעיקר באיסורים על התנהגויות מסוימות, מבלי להתמודד עם הזהות וההגדרות של הפרטים. הרעיון שאדם יכול להיות טרנסקסואל עדין לא עלה, ומונחים אלו לא היו קיימים.⁶

מישל פוקו, אחד ההוגים החשובים והבולטים בתחום, פיתח את תאוריית ההבניה החברתית של המיניות. עפ"י התאוריה, המיניות אינה מאפיין טבעי של החיים האנושיים, אלא קטגוריה מובנית שמקורותיה היסטוריים, חברתיים ותרבותיים, אך לא ביולוגיים.⁷ פוקו יצא כנגד התאוריה הקודמת ("התאוריה הדכאנית") שלדעת תומכיה, המיניות חלק מהמהות האנושית הבסיסית אותה החברה מנסה לרסן. בניגוד לגישה זו, פוקו הציע להסתכל על המיניות כתולדה של שיח על המין ולא כאכיפה נוקשה של איסורים.⁸

במאה ה-19 התפתח מחקר בנושא "מיניות שוליים"⁹ שדן, לראשונה, במיניות החורגת מהמיניות הנורמטיבית (זוג הטרנסקסואלי נשוי), כך נוצר המושג "הומוסקסואל" שבתחילה הוגדר כתופעה פתולוגית אך למשנתו של פוקו הוא תוצר של תרבות, שיח וכוח.

בעקבות פוקו, התפרסם הספר "מאה שנות הומוסקסואליות"¹⁰ מאת דיוויד הלפרין, שהוסיף נדבך חשוב לתאוריית ההבניה החברתית: לא רק הומוסקסואליות היא מושג מודרני אלא אף הטרנסקסואליות מושג מודרני. לדידו, שני מושגים אלה קשורים קשר בל ינתק למודרניזציה והבורגנות. הלפרין גרס כי בשני המושגים ישנה הנחה מוקדמת של "מיניות" ולמרות זאת, זוהי תופעה מודרנית. בטרם המצאת מושגים אלה היו מעשים מיניים שונים, היות ורעיון השונות בטעם מיני בין אנשים שונים הינו עתיק יומין, אך לא היתה תפיסה של "נטייה מינית". תאוריית ההבניה אינה שוללת כאמור היסטוריה עתיקה של קיומם של יחסי מין בין בני/בנות אותו מין אלא רק מסבירה שבעבר החלוקה של האנשים לא היתה מבוססת על העדפה מינית כזאת או אחרת. תאוריית ההבניה רואה את ההזדהות כהומו/לסבית לא רק כהכרה בנטייה קיימת אלא כתולדה של מערכת היחסים של הפרט עם הקטגוריה שהחברה כופה עליו.

השימוש במונח "קוויר" החל בשנות ה-1990 והוא מכיל בתוכו הן את המושגים הומו/לסבית וכן ב-סקסואלים וטרנסג'נדרים. הקטגוריה של טרנסקסואליות כזהות, הינה קטגוריה מודרנית שנוצרה יחד עם שינויים טכנולוגיים ותרבותיים של המאה העשרים,¹² המונח "טרנסקסואל" הופיע לראשונה במובנו הנוכחי בשנת 1949.¹³ הראייה של קבוצת הטרנסג'נדרים כקשורה לקבוצה ההומו/לסבית מבוססת על כך ששתי הקבוצות הללו מערערות את ה"סדר הטבעי" של מין-מגדר-מיניות. לדעתי מתבקשת השאלה הבסיסית: מהו הנורמלי והטבעי? עם זאת, השימוש במונחים כגון: "הקהילה ההומו-לסבית" עלול לפגוע בציבור הטרנסג'נדרים והבי-סקסואלים שכן, הביטוי הנ"ל מדיר אותן, מתעלם מהשיח עליהם ומבסס את התפיסה שישנם רק שני ציבורים משמעותיים בקהילת הלהט"ב.¹⁴ תאוריה קווירית, היא שם כולל למגוון רחב של תאוריות המשמשות בשיח האקדמי ועוסקות בזהויות מיניות ומגדריות של להט"ב, וכן בקונוטציות והמשמעויות שנוספו למונח "קוויר" בעשורים האחרונים. חלק מעקרונותיה

⁶ Arthur S. Leonard and Patricia A. Cain, *Sexuality Law*, 5 (2nd ed., 2009). (להלן: "Sexuality Law").

⁷ מישל פוקו ודיוויד הלפרין "ההבניה החברתית של המיניות ולידת ההומוסקסואל המודרני" **מעבר למיניות: מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית** 16 (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, 2003) (להלן: "מעבר למיניות").

⁸ שם.

⁹ מעבר למיניות, לעיל ה"ש 7, בעמ' 17.

¹⁰ Halperin David M., *One Hundred Years of Homosexuality: and Other Essays on Greek Love* (1990).

¹¹ מעבר למיניות, לעיל ה"ש 7, בעמ' 22.

¹² Joanne Meyerowitz, *How Sex Changed: A History of Transsexuality in the United States*, 256-262 (2002). (להלן: "Meyerowitz").

¹³ שם, בעמ' 43-44, 5-8.

¹⁴ נורה גרינברג "כללים לכתיבה על אנשים טרנסג'נדרים" 6 (2009). זמין ב: www.gogay.co.il/uploadfiles/docs/WritingRules.pdf. (להלן: "כללים לכתיבה על טרנסג'נדרים").

של התיאוריה הקווירית הם: המיניות מרכזית ולא שולית, זהות אינה טבעית אלא הצגה, אינה מולדת אלא נקבעת במהלך החיים.

ההבחנה בין מין למגדר חשובה ביותר על מנת להבין את הנושא לעומקו. השיח התרבותי על ההבדלים בין מין (זכר/נקבה) לבין מגדר (גבריות/נשיות) החל בשנות ה-60 של המאה הקודמת. המונח "מין" טומן בחובו את ההבחנות הביולוגיות הראשוניות בין חברי המין האנושי ואלה נבדלים הן במבנה הגנטי- כרומוזומלי שלהם (XX לעומת XY), הבדלים בין אברי המין השונים (פרט לאינטרסקס¹⁵), תפקוד הורמונלי, יכולת רבייה וכו'.¹⁶ "מגדר" לעומת זאת, הוא מכלול הזהויות וההתנהגויות של בני אדם, גברים נשים, בתוך המערכת התרבותית. לעומת "מין", המגדר נתפס כמשהו שאינו קבוע אלא דינאמי ומשתנה ביחס לתרבות. העובדה שאדם זכר (מבחינה אנטומית- ביולוגית) אינה בהכרח מעידה שהוא "גבר", והיינו הך לגבי נקבה- אין פירושה הדבר בהכרח שזו "אישה".¹⁷ כיום מקובל להפריד בין שלוש קטגוריות שבעבר נחשבו ל"זהות מינית": נטייה מינית (למי נמשכים), זהות מגדרית ומין ביולוגי. הביטוי המגדרי הוא הדרך שבא אדם מבטא את זהותו (כגבר/אישה). יש הבוחרים לבטא זאת בהתאמה לתפיסות הנורמטיביות של גבריות או נשיות, ויש המבקשים להתרחק מתפיסות אלה, ולמתוח את הגבולות עד כי טשטוש ההבחנה. המסקנה היא, אם כן, כי אין להסיק מהעובדה שאישה שאינה "נשית" שאינה מרגישה אישה ונהפוך הוא, גבר שאינו בעל חזות "גברית" אין הדבר אומר כי אינו חש גבר.¹⁸

א.2. טרנסג'נדרים – מאפיינים וחלוקה לתת קבוצות

טרנסג'נדר הינו מונח הכולל קשת רחבה של זהויות שקשורות לחוסר הלימה, ולהתנהגויות שאינן תואמות בין היות האדם זכר או נקבה, לבין התחושות המגדריות.¹⁹ לרוב אנשים קיימת הלימה בין המין הביולוגי לבין זהותם המגדרית, וההערכה כיום היא שכ- 3% מהאוכלוסייה חשים תחושת חוסר התאמה, ברמה שונה, בין המין הביולוגי לבין זהותם המגדרית.²⁰ טרנסג'נדרים הם אנשים, שזהות המגדר שלהם אינה חופפת לגמרי את מינם הביולוגי. חוסר חפיפה זה, אין פירושו בהכרח שכל הטרנסג'נדרים מבקשים לשנות את מינם ותחושת חוסר ההלימה המגדרית עשויה להתבטא בדרכים ובצורות שונות.²¹

תיאוריות פסיכולוגיות מוקדמות על טרנסקסואליות,²² בעיקר משנות ה-30, קבעו את הטון לתפיסת הטרנסקסואליות בעשורים שלאחר מכן. אחת השאלות המרכזיות בספרות הפסיכולוגית התייחסה לסיבות לכך שישנם טרנסקסואלים. החוקרים גילו שבעוד שאנשים טרנסקסואלים נחשבו באותה עת כנוירוטיים, הרי שהיו אנשים נורמליים ופונקציונליים. אותם מחקרים ראשוניים התאפיינו בהתמקדות בטרנסקסואלים מגבר לאישה עד כדי בלתי נראות של טרנסקסואלים מאישה לגבר, ובעיקר חוסר הבחנה ובלבול רב בין זהות, מגדר ומיניות. חלק מהסיבות לטרנסקסואליות שמנו החוקרים היו: התנהגות מגדרית של בני משפחה המהווה גורם מסייע, ציפיות מינית וסגנונות משמעת של הורים, נגזרת של האינטראקציה של האדם עם האחרים. סיבה אחרת היא

¹⁵ המונח אינטרסקס מתייחס לאדם שגופו כולל חלקים זכריים ונקביים בעת ובעונה אחת. מצבי אינטרסקס עשויים לכלול איברי מין ואיברים פנימיים או מבנה כרומוזומלי שונה מתבנית XY/XX הקיימת בד"כ. עוד על כך ראה: Julie Greenberg, *Therapeutic Jurisprudence: Defining* (1991) 265, 271-275, 41 *Ariz. L. Rev.* *Male and Female Intersexuality and the Collision between Law and Biology*.

¹⁶ איב קוספסקי סדג'וויק "האפיסטמולוגיה של הארון (קטעים נבחרים)" *מעבר למניות*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 304.

¹⁷ כללים לכתיבה על טרנסג'נדרים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 4.

¹⁸ שם, בעמ' 5.

¹⁹ Paisley, לעיל ה"ש 3.

²⁰ Standards Of Care For Gender Identity Disorders, The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association's (Sixth Version, 2001). זמין ב: www.wpath.org/documents2/socv6.pdf.

²¹ Brown M. L & Rounsley C. A., *True Selves: Understanding Transsexualism* (1996).

²² מיסיס קריסטה "פסיכופתיה טרנסקסואלית: תיאוריות פסיכולוגיות מוקדמות על טרנסקסואליות" (נורה גרינברג מתרגמת, 2002). זמין ב:

www.hoshen.org/info/articles/academic/psychopatia_transsexualis.html

התפתחות המוח אצל העובר, הנובעת מחוסר איזון הורמונלי. ייתכן שלהשפעות סביבתיות ושינויים פיזיולוגיים חלק בהתפתחות חוסר התאמה מגדרית, אם כי עדין לא ברור מה משפיע על מה ומן הראוי להיות ביקורתיים וזהירים לגבי הנחות מוקדמות אלה.²³

עולם הטרנסגינדריות נחלק לשניים: M-to-F (זכרים גנטית) ו: F-to-M (נקבות גנטית). במחקר הטרנסגינדריות הנקבות זכו לתשומת לב מעטה יותר,²⁴ ייתכן משום שעפ"י הקודים החברתיים הנהוגים כיום נשים שישגלו לעצמן לבוש גברי ויאמצו אלמנטים הנחשבים גבריים, לא יעוררו תשומת לב מיוחדת או יזכו לפחות תשומת לב מהמקרה ההפוך בו גברים מסגלים לעצמם קודי לבוש וסממנים התנהגותיים נשיים.²⁵ דבר זה, לכשלעצמו מעיד על חוסר קבלה וחוסר פתיחות רב יותר כלפי גברים, שעפ"י המגדר והתפיסה החברתית המקובלת כיום אמורים להיות גבריים ומחוספסים. קיומם של אנשים שהזהות המגדרית שלהם שונה מהדפוס המוכר, ומהמודלים המקובלים של התנהגות מגדרית, תורמת לראייה פתוחה יותר של החיים החברתיים, ואולם דווקא בשל כך התגובות בקרב הפרטים בחברה כה קיצוניות כלפיה. ככל תופעה חברתית שאינה נורמטיבית, מתערערת תפיסת המציאות וערכים שנחשבים מובנים מאליהם, ומעמידים במבחן את יכולת החברה להתמודד עם השונה, ומטשטשת את קווי הגבול של המושגים והערכים הידועים כ"נורמטיביים".

עד שנות ה-90 קהילת הטרנסגינדרים הורכבה בעיקר מ-3 קבוצות מוכרות: טרנסקסואלים, קרוס-דרסרס (לרוב בעלי נטייה מינית הטרנסקסואלית) ומלכות דראג.²⁶ עם השנים שלושת המודלים הללו היו נוקשים מדי ולא הכילו את הקשת הרחבה של חופש הביטוי הטרנסגינדר. להלן אסקור באופן סכמתי את תתי-הקבוצות בקרב הטרנסגינדרים הזכרים:²⁷

- א. **מלכות הדראג (Drag Queens)** - המדובר בטרנסגינדרים שלעיתים מטרטם הצהרתית, הן חשות צורת להופיע בציבור בלבוש של המין האחר, לרוב בצורה פרובוקטיבית, סטריאוטיפית ומוקצנת תוך הדגשה מופרזת של דימויים נשיים "מסורתיים". האלמנט העיקרי הינו משיכת תשומת לב, המשמש לא אחת כאמצעי לביטוי מחאה חברתית או פוליטית ולעיתים לשם בידור. מחוץ לתפקיד, לרוב מלכות הדראג חיות כגברים "רגילים".
- ב. **מגלמי נשים (Female Impersonators)** - טרנסגינדרים אלו נהנים לגלם דמות נשית על במה, בניגוד לקבוצה לעיל, מדובר בחיקוי מציאותי ככל האפשר של דמות נשית. מגלם הנשים נהנה מהערצת הקהל וברוב המקרים מחוץ לתפקיד, חי כגבר לכל דבר וענין.
- ג. **קרוס דרסרס (Cross Dressers)** - אנשים המוצאים הנאה וסיפוק (לעיתים אף מיני) בלבישה חלקית או מלאה של בגדי נשים. גבולותיה של תת-קבוצה זו רחבים מאוד, ולעיתים אף מטושטשים. הקרוס-דרסרס נבדלים ביניהם במידת האינטנסיביות של רגשותיהם הנשיים, בסוג הריגוש, בתכיפות הצורך להתלבש כנשים וכו'. המשותפת לכולם היא העובדה שעם הסרת הבגדים, הם שבים להיות גברים.
- ד. **אנדרוגינוס (Androgyne)** - אנשים אלו מציגים כלפי חוץ דימוי דו משמעי, המורכב מאלמנטים נשיים וגבריים המעניקים תחושת שלמות. אינם מרגישים צורך להזדהות באופן מובהק וחד משמעי עם אחד משני המגדרים.

²³ נורה גרינברג "טרנסקסואליות-שאלות שמרבים לשאול (ועוד השגות מקובלות)". זמין ב:

www.hoshen.org/info/articles/practical/transsexuality_faq.html. (להלן: "שאלות שמרבים לשאול").

²⁴ עוד על טרנסגינדריות נקבות ראה: Salvador Vidal-Ortiz, *Queering Sexuality and Doing Gender: Transgender Men's*

Identification with Gender and Sexuality, Vol. 6 Gender sexualities, 181-233(2002)

²⁵ Whitam, F. L., *Culturally universal aspects of male homosexual transvestites and transsexuals*, in *Gender Blending*

(1997) (B. Bullough, V. L. Bullough, & J. Elias Eds, 1997). (להלן: "Gender Blending").

²⁶ שם, בעמ' 53.

²⁷ נורה גרינברג "על טרנסגינדרים" (2001). זמין ב: www.hoshen.org/info/articles/academic/about_transgenders.html.

ה. **טרנסווסטיטים (Transvestites)** - בעלי צורך לחוש כאישה מדי פעם, נוהגים להתלבש כנשים, להתאפר וכו'. רבים מהם חשים גירוי מיני מעצם לבישת בגדים נשיים, אך לרוב לאחר בגרותם חשים סיפוק בעיקר פסיכולוגי. חלקם חיים כגברים, אך עוטים לגופם, לעיתים מתחת לבגדיהם, פרטי לבוש נשיים. חלקם נוטלים הורמונים נשיים וחולמים לעבור לחיות כדרך קבע כנשים. המאפיין המרכזי הוא היכולת לעבור ממצב למצב.

ו. **טרנסקסואלים (Transsexuals)** - אינם יכולים לעבור ממגדר למגדר כרצונם. הקונפליקט בין המגדר לתחושת הזהות הפנימית מגיע אצלם לרמה המקסימלית וקיים חוסר חפיפה מוחלט. טרנסקסואלים חשים ניכור כלפי צורת גופם, והפתרון היחיד למצוקתם הוא שינוי, המתבטא בין היתר בשינוי צורת הגוף. השינוי יכול שיהיה חלקי (טיפול הורמונלי) וייתכן ניתוח לשינוי איבר המין. טרנסקסואל זכר מרגיש באופן חד וברור כאישה, ואין לו צורך להתלבש בבגדים נשיים כדי להרגיש כך. הקונפליקט הפנימי הופך בהדרגה את תפקודו כגבר לבלתי אפשרי, ומצוקתו עלולה להיות חזקה עד כדי התמוטטות, פגיעה עצמית והתאבדות. טרנסקסואליות איננה סטייה, מחלה, הפרעה נפשית וכמובן לא מינית. זוהי תופעה הנוגעת לדרך שבה האדם תופס את עצמו, לתחושת הזהות הבסיסית שלו ואינה רצונית.²⁸ האדם הטרנסקסואלי מתנווד בין רגשותיו האמיתיים לבין חרדתו ומצוקתו עקב לחצי הסביבה, והתוצאה הישירה מכך היא סבל נפשי קשה ביותר.

א.3. הטרנסג'נדר בראי הפמיניזם

סימון דה בובואר טענה בספרה "המין השני" ש"אישה אינה נולדת אישה אלא נעשית אישה", כלומר, ההתנהגות המגדרית היא נרכשת. העובדה שטרנסג'נדרים סובלים מאלימות, הטרדות ודחייה חברתית קשורה לאופן שבו המגדר מוסדר בחברה, בשתי קטגוריות נבדלות. כאשר פרט מסוים חוצה את קו הגבול המפריד בין שני החלקים, הוא נתפס כמפר נורמה חברתית ופעמים רבות נלווית לכך סנקציה חברתית קשה.

מחד גיסא, הגישה הפמיניסטית הרואה בדיכוטומיה מגדרית כדרך להסדרת היררכיה מגדרית והטרנסקסואליות כפויה, חופפת לגישה הטרנסג'נדרית המתנגדת להגבלות על ניידות מגדרית, ניתן לומר שזו נקודת השקה בין פמיניזם לטרנסג'נדרים.

מאידך גיסא, על אף קווי הדמיון בין שני המאבקים הללו, קיימים מכשולים המונעים מטרנסג'נדרים שנולדו זכרים להשתייך למאבק הפמיניסטי. השאלה המתבקשת היא - מדוע יחסה של התנועה הפמיניסטית למאבק של אנשים טרנסג'נדרים לשוויון והכרה שונה מיחסה למאבק של נשים אחרות? מדוע ישנן פמיניסטיות המתעלמות ממאבקם ואף עוינות אותו? כתיבה פמיניסטית רבה עסקה בטרנסקסואליזם ורבות מהפמיניסטיות הביעו דעה שלילית כלפי אנשים טרנסקסואלים.²⁹ המפורסמת והעוינת מכולם נכתבה ע"י ג'ניס ריימונדס,³⁰ אולם פמיניסטיות אינן מאוחדות בגישה אחת כוללת בנושא זה.

אחד הפתרונות על מנת לגשר על פער זה, הוא שהפמיניסטיות צריכות להרחיב את המושג "נשים" ולעבור למאבק בהיררכיה מגדרית, ללא ניסיון להאחדה של זהות או ניסוח של חוויה משותפת. לדעתי, לא צריכה להיות סיבה להדרה של טרנסג'נדרים מהשיח הפמיניסטי, היות והחיבור בין שני המאבקים הללו כרוך זה בזה.

לעיתים, דוברות פמיניסטיות מתבטאות כנגד טרנסג'נדרים בכלל ומלכות דראג בפרט. לטענתן, מלכות הדראג משדרות דימוי סטריאוטיפי של האישה. מלכות הדראג יטענו מצדן, כי הן משתמשות בדימוי האישה באופן פארוודי ומגוחך, ובכך מציגות את העיוות שבדימוי זה.

²⁸ שאלות שמרבים לשאול, לעיל ה"ש 23.

²⁹ Gender Blending, לעיל ה"ש 25, בעמ' 146.

³⁰ Janice G. Raymond, *The Transsexual Empire: The Making of the She-Male*, (2nd ed. 1994)

ג'ודית באטלר, אחת ההוגות החשובות ביותר בתחומים של מגדר ותיאוריה קווירית, מציעה קריאה חדשה של היחסים בין מין ומגדר. לשיטתה, קטגוריית המין אינה קיימת באופן טבעי ועצמאי, אלא מיוצרת ע"י המוסד החברתי של המגדר. המגדר הוא הבניה חברתית, לכן אין הוא תוצאה מקרית או "טבעית" של מין ביולוגי, וגם אינו קבוע ויציב כמו מין. מכך נובע, שאף אם מחזיקים בתפיסה בינארית של מין, אין הכרח ש"גבר" ייגזר באופן בלעדי מגוף זכרי, ו"אישה" רק מגוף נקבי. כאשר מפתחים תפיסה של מגדר כעצמאי ממין, המסקנה היא ש"גבר" או "גבריי" עשויים לסמן גוף נקבי, באותה מידה שבהם עשויים לסמן גוף זכרי. ולהיפך, "אישה" או "נשי" עשויים לסמן גוף זכרי, באותה מידה שבה עשויים לסמן גוף נקבי.³¹ עם זאת, ההופעה המגדרית היא הופעה כפויה, לכן התנהגות שאינה עולה בקנה אחד עם הנורמות ההטרורסקסואליות גוררת נידוי, ענישה ואלימות.³² במאמרה "חיקוי ומרי מגדרי"³³, מביאה באטלר דוגמה מתוך ספרה של אסתר ניוטון³⁴. ה"דראג" לדעתה איננו חיקוי או העתק של מגדר קודם או אמיתי כלשהו, אלא הדראג מפעיל מבנה של חיקוי שבאמצעותו מגדר כלשהו נרכש.³⁵ כל רכישה של מגדר היא סוג של חיקוי וקירוב, לכן למעשה אין מגדר מקורי או ראשוני אלא מגדר הוא סוג של חיקוי שאין לו מקור. לדעת באטלר דראג איננו "תפקיד" שניתן ללבוש או לפשוט כאוות נפשם, אלא מותנה בכך שחיקוי מגדרי מסוים כבר יהיה בעיצומו. לדעתה, התרבות מסמנת את הגוף כדבר שאינו ניתן לסימון. רוצה לומר, את נולדת נערה/אישה אלא את הופכת לכזו כי כך הכתיבה החברה. אישה אינה חייבת להיות אישה במובן שאנחנו מכירים אותה, כמו גם הגבר. הקטגוריות "זכר" ו"נקבה" מכוננות באופן חברתי, ואחת הדרכים לשינוי המצב הקיים היא פרודיה מגדרית בנוסח הופעות דראג, המדגימה כיצד תפקידים מגדריים הם קונוונציות חברתיות ושרירותיות.

א.4. טרנספוביה ויחס החברה לטרנסג'נדרים

ציבור הטרנסג'נדרים מהווה מטרה קבועה לעוינות, לעג ושלילת צלם אנוש. קהילת הטרנסג'נדרים מגוונת מאוד, ולמרות זאת לרוב הטרנסג'נדרים חוויה משותפת- טרנספוביה. טרנספוביה הינה פחד, שנאה, דחייה והפליה של טרנסג'נדרים, בשל הסטטוס המגדרי הלא קונפורמיסטי שלהם. טרנספוביה מוגדרת כפחד לא רציונלי ו/או עוינות כלפי אנשים טרנסג'נדרים או אחרים, הנתפסים כמפריים נורמות מגדר מסורתיות, גורם הנחשב כאחת הסיבות העיקריות לשימוש באלימות כלפיהם. נראה, כי לאנשים ישנה בעיה עם עצם קיומם של בני אדם שהביטוי החיצוני של זהותם מגדרית הפנימית אינו זהה למין הנקבע בלידה.³⁶ הטרנסג'נדרים מאוחדים במאבקם בטרנספוביה, למען זכותם לבטא את זהותם המגדרית, ולעצב את גופם בכל דרך הנראית להם.³⁷ בעיני רבים, טרנסג'נדרים חוצים גבולות רבים מדי של המגדר, ובשל כך חווים הפליה מבוססת מגדר או טרנספוביה. בשל החלוקה הבינארית של המגדר, טרנסג'נדרים חיים בחשש מתמיד לביטחונם וחייהם ומנודים חברתית. טרנספוביה היא פחד בסיסי מטרנסג'נדרים, שנאה, הפליה, חוסר סובלנות ודעות הקדומות הנובעות מפחד זה. טרנספוביה מתבטאת בהטרדות, איומים, גועל, גיחוך והגבלות על חופש התנועה. אנשים טרנסג'נדרים רבים סובלים מהפליה בתעסוקה, אלימות מילולית ותקיפות. חלקם מנודים ממשפחתם ומחבריהם, מופלים לרעה בקבלת שירותים רפואיים, בעבודה ולמעשה, חיים תחת סיכון מתמיד במשך כל חייהם. קצרה היריעה מלהכיל את

³¹ Judith Butler, Gender Trouble 112 (1990)

³² מעבר למיניות, לעיל ה"ש 7, בעמ' 336.

³³ שם.

³⁴ Esther Newton, Mother Camp: Female Impersonators in America (1972)

³⁵ מעבר למיניות, לעיל ה"ש 7, בעמ' 338.

³⁶ Human Rights and Gender Identity, Commissioner for Human Rights, Strasbourg 29.7.09. זמין ב:

wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1476365

³⁷ Sandra Laframboise, Gender, Transgender and Transphobia- High Risk Project Society. זמין ב:

mypage.direct.ca/h/hrp/gendert.html

כל השירותים והתחומים בהם חווים טרנסג'נדרים הפליה, וזאת מבלי להידרש לקשיים אחרים שיכולים להילוות להתמודדות (לדוגמה משפחה דתית³⁸).

לטרנספוביה פנים רבות, החל מדעות קדומות וכלה באלימות. לדוגמה: "אדם טרנסג'נדר הוא אינו גבר/אישה אמיתית", הנחה שטרנסג'נדרים חולים, חוסר אמון בהם בשל היותם כאלה (גם בבתי המשפט- יורחב בפרק 5.5), הרגשת חוסר נוחות או גועל המונעים מלהתייחס לטרנסג'נדר כמו שהיו מתייחסים לכל אדם אחר (לדוגמה בעת טיפול רפואי, בין אם מחוסר ידע ובין אם ממניעים אישיים), כאשר מודעים לכך שאדם טרנסג'נדר אך למרות זאת פונים אליו בלשון שאינה הולמת את הדרך בה הוא/היא מציג עצמו, כאשר מסרבים להעסיק אדם טרנסג'נדר או לקדמו בעבודה ועוד דוגמאות רבות אחרות. האלימות הפיזית ממנה סובלים טרנסג'נדרים איננה הפורענות היחידה המאיימת עליהם. לא פחות גרועה ממנה היא האלימות הסמויה- שלילת הלגיטימיות של הזהות הטרנסג'נדרית וביטוייה רבים: דחייה, הפליה, עוינות, ביזוי, שלילת צלם אנוש, דחיקה לשוליים ועוד.

גברים ונשים טרנסג'נדרים נמצאים כאמור, בסיכון גבוה להיות קורבנות פשעי שנאה המאופיינים ברמה גבוהה של אכזריות וברוטליות. לעתים קרובות כרוכים במכות קשות, עינויים, הטלת מומים שונים, סירוס, תקיפה מינית ובמקרים קיצוניים- מוות.

במחקר שנערך בשנת 2008 באוניברסיטת הונג קונג, סקרו 7 מדינות (סין, מלזיה, סינגפור, תאילנד, פיליפינים, אנגליה וארצות הברית) ובדקו תפיסות חברתיות לגבי נשים טרנסג'נדריות. במחקר זה, נמצאו חמישה משתנים כמנבאים קבלה/דחייה: הגדרת זהות מגדרית כהפרעה נפשית והתפיסה שנשים אלה סובלות ממחלת נפש, הכחשתן כנשים (ולכן אינן זכאיות לדעתם לזכויות נשים), דחייה מהמשפחה, דחייה מקבוצת השווים והתפיסה שנשים טרנסג'נדריות מתנהגות מינית באופן שאינו מוסרי.³⁹

בפועל, טרנסג'נדרים מקבלים הגנה מועטה מגורמי אכיפת החוק גם במקרים של פשעי שנאה. היחס לו "זוכים" מהמשטרה, אשר אמורה לספק הגנה הוא לא אחת לעג, הטרדות או פשוט התעלמות.

טרנסג'נדרים ככלל וטרנסקסואלים בפרט, סובלים מסטיגמה חברתית כתוצאה מחוסר סובלנות של החברה כלפיהם, מדעות חשוכות ובעיקר בורות. עוד בילדות, כאשר הילד הטרנסקסואלי מרגיש תחושת ניכור (שתתפתח במהלך השנים) כלפי גופו ומינו, מקבל מהחברה ומסובביו הרגשה שרגשותיו לא יתקבלו בעין יפה, משום שמעודדים אותו מקטנות להתנהג באופן התואם את מינו הביולוגי.⁴⁰ במקרים שאינה קיימת הלימה בין ההתנהגות למין הביולוגי, חווה הילד לעג, ביקורת ולעיתים אלימות פיזית. התוצאה מכך היא סבל נפשי קשה מנשוא.⁴¹ ילדים טרנסג'נדרים מתמודדים לעתים קרובות עם בריונות בבית הספר וגירוש המשפחה עד כדי ניתוק מוחלט.

אחד הפתרונות החשובים ביותר בניסיון להפוך את החברה לסובלנית, פתוחה ומקבלת יותר וכן לעזור לאותם ילדים/נערים טרנסג'נדרים, היא החינוך וגישה למקורות מידע וייעוץ. כיום, כמעט ואין ייעוץ הולם, ומעט מאוד רשתות תמיכה עבור בני נוער אלה והוריהם (אשר ניתן ע"י ארגון הלהט"ב) ומערכת החינוך וההסברה הממסדית לוקה בחסר. זהו האינטרס של הילד לקבל מידע ותמיכה זו, שכן שתיקה והתעלמות מהבעיות יוביל לבסוף לשנאה עצמית, הדרה חברתית, בריונות, כישלון בבית הספר ולשיעורי התאבדות גבוהים במיוחד.⁴² כמובן שראשיתו של שינוי חברתי לקבלת השונה מקורו בחינוך.

³⁸ על גישת ההלכה לטרנסג'נדרים ר': www.bat-kol.org/?page_id=186.

³⁹ www.gogay.co.il/content/article.asp?id=9375.

⁴⁰ שאלות שמרבים לשאול, לעיל ה"ש 23.

⁴¹ המונח המקצועי הוא דיספוריה מגדרית - Gender Dysphoria.

⁴² Whittle S., Turner L. and Al-Alami M., Engendered Penalties: Transgender and Transsexual People's Experiences of Inequality and Discrimination, The Equalities Review (2007). זמין ב: www.theequalitiesreview.org.uk/transgender.pdf.

א.5. "בנים אינם בוכים"/"הסיפור של ברנדון טינה"

שני סרטים אלו יצאו בשנים 1999 ו-1998 בהתאמה, עוסקים במקרה של ברנדון טינה, שנולד כנקבה, חי כגבר לפחות בחלק מחייו וקיים יחסים עם נשים.⁴³ כאשר התגלה הדבר, נברסקה ארצות הברית, בשנת 1993, הותקף קשות, נאנס והתלונן במשטרה. כשגילו התוקפים שהתלונן במשטרה, על אף איומיהם שלא יספר דבר, רצחו אותו. פרט לתביעה הפלילית שהגישה מדינת נברסקה נגד הרוצחים,⁴⁴ משפחתו של ברנדון הגישה תביעה אזרחית נגד המשטרה והשריף, על כך שלא סיפקו לו הגנה ראויה, הסבו לו נזק נפשי וגרמו למותו ברשלנות.⁴⁵ אמו של ברנדון, ג'ואן, הגישה תביעה אזרחית כנגד הרוצחים אך תביעתה נדחתה ע"י בית המשפט. ג'ואן טענה שנגרם לה נזק מ"אובדן ההורות" כלומר, מנחמתו של בנה והחברות עמו, שטומנת בחובה חוויות ורגשות שכל משפחה ממוצעת זוכה להן מקיומו של הילד: אהבה, חיבה, טיפול, תשומת לב, נחמה והגנה. עוד טענה ג'ואן שאובדן בנה הסב לה נזקים כלכליים, המתבטאים באובדן השקעה ארוכת שנים בבנה, מבחינה כלכלית ורגשית: חוס, חיבה, ביטחון ואהבה. עוד טענה, שהיא זכאית לפיצוי בגין "האובדן לחברה" הנגרם ממותו של בנה.

בית המשפט קבע, כי אכן המשטרה נהגה ברשלנות. אולם, קבע הפחתה של 85% מסכום הפיצוי (שנקבע בתחילה ל \$80,000) בשל אשמת הרוצחים. חמור מכך, נקבעה הפחתה נוספת של 1% בשל אשם תורם של ברנדון טינה. המסר שנבע מקביעה זו של בית המשפט, הוא **שעצם הסטטוס של ברנדון טינה כטרנסג'נדר, מהווה צורה של רשלנות ומצדיק הפחתה של הפיצוי.**⁴⁶ בית המשפט פסק, שהתנהגות השריף היתה סבירה בנסיבות העניין, וכאמור האשים את ברנדון באופן חלקי במותו. הנימוק היה, שברנדון הציג עצמו כגבר על אף שגופו ה"טבעי" היה נקבה, ובעיני בית המשפט המדובר בזרות מינית שאינה "טבעית", אלא מזויפת, ולכן יש לו אחריות ועליו להיענש.⁴⁷

על פסק דין זה הוגש ערעור שהגיע לפתחו של בית המשפט העליון של נברסקה. בית המשפט קבע- "האובדן ההורי" אינו מוגבל או תלוי בהכרח בקיומה הוודאי של תרומה כספית של הילד כלפי ההורים ולרווחתם. אולם, לא קיימת נוסחה חשבונאית היכולה לכמת את "אובדן החברה", הנחמה, החברות וכו' ואינה כפופה לתרומות כספיות רטרואקטיביות או פרוספקטיביות.⁴⁸

עוד נקבע, כי קיים ערך פנימי לקשר בין הורה לילד, ובשל הפסקת מערכת היחסים בשל המוות הרשלני, זכאי ההורה או בן משפחה קרוב לפיצוי על הנזקים שניתוק הקשר הסב לו. במקרים אלה, הראיות בדבר איכות והיקף היחסים, יכולות להשפיע על קביעת סכום הפיצוי.

בית המשפט העליון אישר את סכום הפיצויים שנפסק במחוזי, ע"ס \$80,000, וביטל את ההפחתה בשל אחריות הרוצחים והאשם התורם. כמו כן, בחן את טענת ג'ואן, כי ברנדון סבל ממצוקה נפשית קשה בשל היחס שקיבל מהשריף, יחס אשר אדם סביר אינו צופה לקבלו, ושהשריף הגורם המרכזי למצוקה הנפשית. מסקנת בית המשפט היתה, שלמרות שברנדון היה נסער, ופחד מאוד במהלך השבוע שבין תלונתו במשטרה לבין רציחתו, הפחד נבע בעיקר כתוצאה מהאונס, האיום על חייו ופחד מהתוקפים, ושהתנהגות השריף לא תרמה משמעותית. לבסוף, בית המשפט ראה לנכון לפסוק לג'ואן פיצויים נוספים ע"ס \$7,000 בשל גרימה מכוונת למתח נפשי. זאת ועוד, בית המשפט העליון של נברסקה אישר את קביעת המחוזי **הטיל אחריות על המשטרה**, משום שקמה לה החובה להגן על ברנדון, מרגע שזה הגיש את תלונתו, ולכן התרשלה בתפקידה.

בעבודתי זו, כאשר אדבר על ברנדון טינה אעשה זאת בלשון זכר היות וראה עצמו כגבר.⁴³
⁴⁴ Nebraska v. Lotter, 586 N.W.2d (1998).

⁴⁵ Teena Brandon v. County of Richardson 261 Neb. 636, 624 N.W. 2d 604 (2001).

⁴⁶ Anne Bloom, *To Be Real: Sexual Identity Politics in Tort Litigation*, 88 N.C.L. Rev. 357, 387 (2010).

⁴⁷ גישה דומה לכך ר' בפסק הדין בענין אלקובי, לעיל ה"ש 5, בו פסק בית המשפט כי חן אלקובי "התחזתה" לגבר על אף שמינה הביולוגי נקבי.

⁴⁸ Brandon v. County of Richardson, No. S-01-1158., SUPREME COURT OF NEBRASKA, 264 Neb. 1020; 653 N.W.2d 829(2002).

המקרה של ברנדון טינה זעזע רבים, העלה לסדר היום הציבורי את נושא הטרנסג'נדרים והראה עד כמה הטרנספוביה חיה וקיימת. האירוע השפיע רבות על חברי קהילת הטרנסג'נדרים, ובעיקר על אנשים שנולדו כנקבות ושחשו הזדהות עם ברנדון טינה משום שראו עצמם כגברים (FTM). העובדה שברנדון נרצח בידי שני גברים, בני המגדר שאליו רואים עצמם שייכים, נתפסה בעיני רבים כבגידה מסוימת, ולכן הפגיעה והעלבון קשים כפליים.⁴⁹ אין המדובר בקבוצה המעוניינת לאמץ לחיקה את האנשים הטרנסג'נדרים ולהטמיעם, אלא איפכא מסתברא- בקרב גברים סטרייטים רבים קיימת מגמה להדרת הטרנסג'נדרים והתבדלות מהם, שלעיתים מלווה בתחושת סלידה ועלבונות. כאמור, במקרים קיצוניים עלולה הרגשת דחייה זו לגרום לפגיעה פיזית קשה.

פגיעה נוספת אותה חווה ברנדון ואשר ממנה חוששים רבים מקרב הטרנסג'נדרים, הנה הפגיעה מרשויות החוק ככלל, והמשטרה בפרט. במקרה של ברנדון, על אף האיומים מצד תוקפיו, אזר אומץ והגיש תלונה. אולם, למרבה הצער, במקום הגנה וחקירת המקרה כדבעי, לא התייחסה המשטרה בחומרה הנאותה למקרה, לא חקרה לעומק את תוקפיו ולא דאגה להרחיקם ממנו ולהגן עליו. כפי שעולה מהתביעה האזרחית שהוגשה כנגד המשטרה, עסקה יותר במין ובמגדר של ברנדון, בשאלת שאלות אינטימיות וחודרניות וביחס מעליב. השריף, לוקס, שאל את ברנדון אודות האונס אך התעניין במיוחד בהיותו של ברנדון טרנסג'נדר ופנה אליו בלשון "זה", ולא בלשון זכר.⁵⁰ בשלב מסוים חש ברנדון שהשאלות חצופות ולא-הכרחיות, וסירב לענות עליהן.

אם כן, הפגיעה מצד המשטרה הינה כפולה: מחד גיסא, לא העניקה את ההגנה לביטחונו ולשלמות הגופנית לה זכאי כל אדם ובכך התרשלה בתפקידה. מאידך גיסא, חשפה את מינו הביולוגי של ברנדון בפני הקהילה המקומית ואנשי העיירה בה התגורר, והציג עצמו כגבר, ובכך פגעה בפרטיותו. רשלנותה גרמה לכך שהתוקפים לבסוף רצחו אותו.

האונס, ולבסוף הרצח של ברנדון טינה משקפים את הסטריאוטיפים החברתיים וחוסר הסובלנות אך בעיקר את חוסר הידע וההבנה לסיטואציה בה נמצאים אנשים טרנסג'נדרים. כל שברנדון טינה רצה הוא להיות גבר, ואילו מכריו שלבסוף אנסו והיכו אותו, ראו בכך שלא סיפר להם שהוא נולד עם אברי מין נקביים כתרמית. לעיתים, אנו מוצאים קושי גם של בית המשפט לכבד ולהכיר בזהות המגדרית משום שלא בוצע ניתוח כירורגי לשנות את איבר המין. כך גם בענין זה, במהלך כל המשפט כאשר מדבר בית המשפט על ברנדון, לשון הפניה הינה נקבה ולא זכר. יתרה מכך, הסיקור התקשורתי לעיתים הציג את ברנדון טינה כלסבית גברית (בעגה הקווירית- בוך') אך נטייה מינית אינה מעידה ולו דבר, באשר למגדר.⁵¹ התייחסות זו מעידה לדעתי, על בלבול, חוסר הבנה בסיסי ואי הכרה בכך שהמגדר אינו נובע במישרין מהמין הביולוגי של האדם ובוודאי שלא מנטייתו המינית.

פרשת ברנדון טינה ממחישה ביתר שאת את הקשיים בהם נתקלים אנשים טרנסג'נדרים, החל מפניה בלשון המגדר עמו מזדהים, וכלה באלימות וחוסר מענה מצד רשויות האכיפה והחוק. גם במקרים המעטים, בהם אוזרים הטרנסג'נדרים שהותקפו די אומץ על מנת לחשוף עצמם, להתמודד עם הטראומה והקשיים הנלווים לחשיפה, אינם מקבלים מענה הולם ממי שאמורים לאכוף את החוק ולספק הגנה. מסיבה זו לדעתי, בהיותם קבוצה מוחלשת ומודרת חברתית, על המחוקק לאמץ חקיקה מחמירה במקרי אלימות, אונס ותקיפה של טרנסג'נדרים ולהגביר את הפיקוח על גורמי האכיפה, אשר ברשלנותם עלולים להסב נזק נוסף וחמור מאוד לאנשים טרנסג'נדרים. בנוסף, בפן החינוכי, יש לקדם את ההסברה בנושא הן בקרב גורמי האכיפה, והן בקרב כלל האוכלוסייה.

Patricia A. Cain, *Toward Intersexuality: Stories from the Gender Garden: Transsexuals and Anti-Discrimination Law*,⁴⁹ 75Denv. U. L. Rev. 1321, 1349 (1998). (להלן: "Patricia").

www.news.bbc.co.uk/2/hi/americas/3219591.stm⁵⁰

⁵¹ קיימות פרקטיקות ודגמים שונים שעלפיהם שאלת המגדר ושאלת המיניות אינן מהוות תמיד שאלות נפרדות לחלוטין. למשנתם ההומו הנשי והלסבית הגברית מעידים על רצף ועל איזור גבול, שבו שאלות המיניות והמגדר מתערבבות זו בזו. עוד על הלסבית הגברית ראה: אסתר ניוטון "הלסבית הגברית המיתולוגית: רדקליף הול והאשה החדשה", מעבר למיניות לעיל ה"ש 7 וכן: Judith Halberstam & Jacob Hale, *Butch/FTM Border Wars: A Note on Collaboration*, 4 GLQ: J. Gay & Lesbian Stud. 283 (1998).

פרק ב' - סקירת המקורות המשפטיים להגנת טרנסג'נדרים בראי החקיקה והפסיקה

ב.1. הזכות לכבוד והגנה על שלמות הגוף

הזכות לחיים והזכות לביטחון מפני כל פגיעה שהיא, הן חלק מהזכויות הבסיסיות והראשוניות ביותר. החיים הם תנאי מוקדם, המבטיח שכל אדם יוכל לממש את כל שאר זכויותיו. כל בני האדם זכאים להגנה על חייהם, מפני כל פגיעה החל מהמקרה הקיצוני של מוות, וכלה בפגיעות גופניות אחרות שאינן מסתיימות במוות. זכות זו אינה רק הזכות לאי פגיעה בחיים עצמם, אלא כוללת את זכותו של אדם שלא לחיות בפחד מפני פגיעה פיזית ומפני השפלה ומהווה זכות יסודית ובסיסית לקיום. ההגנה על שלמות הגוף נשאבת ממספר מקורות: חוק היסוד כבוד האדם וחירותו, עוולת התקיפה בס' 23-24 לפקנ"ז, עוולת כליאת שווא⁵²,⁵³, עוולת הרשלנות⁵⁴, הפרת חובה חקוקה⁵⁵ של עבירות התקיפה בחוק העונשין⁵⁶ וכו'. בעבודתי, אתמקד במספר מקורות עיקריים, הרלוונטיים לטרנסג'נדרים. עוד בטרם נחקק חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו (1992),⁵⁷ קבע השופט ברק בעניין קטלן⁵⁸ שכל אדם בישראל נהנה מזכות יסוד לשלמות גופנית ולשמירת כבודו כאדם. קביעה זו קיבלה, כמובן, משנה תוקף עם חקיקת חוק היסוד והפיכתה של הזכות לכבוד האדם לזכות חוקתית-על-חוקית.

● **חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו:** עפ"י חוק היסוד,⁵⁹ זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על הכרה בערך האדם, קדושת חייו ובהיותו בן-חורין, ואוסר לפגוע בחייו, גופו, או כבודו של אדם באשר הוא אדם.⁶⁰ עפ"י חוק היסוד כל אדם זכאי להגנה על חייו, גופו וכבודו.⁶¹

בפרשת איכות השלטון⁶² פירש השופט ברק את הזכות לכבוד האדם, וקבע שמהווה אגד זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד, ושבמרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. עוד נקבע בפסק הדין, שכבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, אנושיותו, ערכו כאדם, וזאת ללא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו. אין ספק שחוק היסוד מעניק הגנה שלמה גם על גופם של טרנסג'נדרים. בנוסף לכך, מעניק חוק היסוד הגנה על "הכבוד", אולם מהו אותו "כבוד"? בספרה "שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם"⁶³ מנסה ד"ר קמיר לפתח הסתכלות שונה, המתארת מצבי "כבוד" שונים. ד"ר קמיר, מציעה ניתוח המושג "כבוד האדם", וכחלק מהניתוח מבחינה בין ארבעה מובנים למילה "כבוד". לכל אחד משמעות שונה המתאימה למצבים חברתיים שונים:⁶⁴ כבוד סגולי (dignity), הדרת כבוד (honor), כבוד מחיה (respect) והילת כבוד (glory). לדעתי, המונח הרלוונטי לענייננו הוא הדרת הכבוד או בשמה הלועזי – Honor, הקובעת את מקום הפרט בחברה והסטאטוס החברתי שלו שנקבע ע"י עמידה/אי עמידה בנורמות החברתיות הקיימות

⁵² ס' 26 לפקודת הנויקין (נוסח חדש), התש"כ-1968, ס"ח 266. (להלן: 'פקנ"ז')

⁵³ ע"א 558/84 מזל כרמלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3), 757 (1987).

⁵⁴ ס' 35 לפקנ"ז.

⁵⁵ ס' 63 לפקנ"ז.

⁵⁶ לדוגמה: ס' 63 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 1366. (להלן: 'חנ"ש').

⁵⁷ חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁵⁸ בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3), 294, 298 (1980).

⁵⁹ ס' 1 לחוק-יסוד כבוד האדם וחירותו.

⁶⁰ ס' 2 לחוק-יסוד כבוד האדם וחירותו.

⁶¹ ס' 4 לחוק-יסוד כבוד האדם וחירותו.

⁶² בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, תק-על 2006(2), 1559, פס'

35 לפסק דינו של השופט ברק (2006).

⁶³ אורית קמיר שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם (הוצאת כרמל, 2004). (להלן: "קמיר").

⁶⁴ שם, בעמ' 13.

בחברה.⁶⁵ כאמור בפרק א' לעיל טרנסגינדרים מאתגרים את גבולות המגדר הברורים שקבעה החברה, לכן בעיני חלקם אינם עומדים בנורמות המקובלות. לפיכך, אינם זוכים להדרת כבוד, אלא להיפך, סובלים מביקורת, דחייה חברתית ואף אלימות.

● **הטלת אחריות עונשית בגין עבירות אלימות:** גם חוק העונשין מעגן את חשיבות קדושת החיים ושלמות הגוף, ואוסר על ביצוע עבירות הפוגעות בו ומטיל עונש חמור בגינן. לדוגמה: חבלה בכוונה מחמירה⁶⁶, חבלה חמורה⁶⁷,

פגיעה⁶⁸, חבלה ופגיעה בנסיבות מחמירות⁶⁹ ואף רצח.⁷⁰

עפ"י סעיף 77 לחוק העונשין⁷¹ ראוי בית המשפט לקבוע לזכות נפגעי העבירה פיצוי מהאדם שהורשע בביצוע העבירה נגדם וזאת, עבור כל אחת מן העבירות שבהן הורשעו, עד לסך של 258,000 ₪ כפיצוי על הנזק או הסבל שנגרם. עוד קובע הסעיף שקביעת הפיצויים תהא לפי ערך הנזק או הסבל שנגרמו, ביום ביצוע העבירה או ביום מתן ההחלטה על הפיצויים, לפי הגדול מבניהם, אך כמובן שמתן פיצויים עפ"י סעיף זה איננו שולל תביעה נזיקית ומתן פיצויים במסגרתה. זיכוי בפלילים, הטלת עונש או חיוב בפיצוי לפי סעיף 77 אינם משחררים מאחריות לנזק לפי כל דין אחר.⁷²

בחנית עבירת האינוס⁷³ מעלה שאלה פילוסופית-פרשנית מעניינת: האם ניתן להשתמש בעבירת האינוס במקרים בהם המדובר באינוס אישה טרנסגינדרית? המחוקק הגדיר את עבירת האינוס במילים "הבועל אישה", אך השאלה המתבקשת בהקשר זה היא: מי היא אותה "אישה"? האם אישה היא אך ורק מי שנולדה עם איבר מין נקבי? האם נשים טרנסגינדריות חוסות תחת כנפי חוק זה? ומה דין האינטרסקס? האם "אישה" לצרכי החוק היא רק אישה טרנסקסואלית שעברה ניתוח לשינוי מין? האם אישה טרנסקסואלית במהלך תהליך לשינוי מין הנוטלת הורמונים נחשבת אישה? האם קרוס-דרסר הלוּבש בגדי נשים נחשב אישה בעת שהוא מציג עצמו ככזה? **בענין טייב**⁷⁴ קבע השופט חשין, כי ההתנהגות שבעבירת האינוס מהווה שלילת האוטונומיה של האישה וזכותה על גופה, היות שמרכז עבירת האינוס הינו בפגיעה בזכות האישה על גופה. סבורני, כי ראיית המחוקק בעניין זה צרה, אנכרוניסטית ומפלה נשים טרנסגינדריות. אישה טרנסגינדרית שמרגישה אישה בכל רמ"ח איבריה, מתלבשת כך, ולמראית עין אובייקטיבית נראית אישה (וייתכן שנוטלת הורמונים נשיים), האם איננה אישה משום שטרם עברה ניתוח לשינוי מין? וזאת בהנחה, שבסופו של דבר אכן תעבור ניתוח, היות ובפועל חלק מחברי קהילת הטרנסגינדרים אינם עוברים את הניתוח (בשל עלויות, סיבות רפואיות, חוסר רצון וכו').

הנשים הטרנסגינדריות נתקלות בחסם המונע מהן לדרוש את זכויותיהן ולקבל פיצוי בגין תקיפה העולה בגדרי אונס, וזאת מבלי להידרש לקשיים האישיים אותן חוות, כגון: דחייה חברתית, לעג וזלזול. אונס הינו עבירה ייחודית לנשים, אולם במקרה זה היה עושה טוב המחוקק לולא היה מדיר אותן מגדרי החוק, מבדיל אותן מנשים שנולדו עם איבר מין נקבי ומערים עליהן קשיים נוספים, פרט לאלה שקיימים מלכתחילה.⁷⁵

⁶⁵ שם, בעמ' 19.

⁶⁶ ס' 329 לחנ"ש, לעיל ה"ש 56.

⁶⁷ שם, בס' 333.

⁶⁸ שם, בס' 334.

⁶⁹ שם, בס' 335.

⁷⁰ שם, בס' 300.

⁷¹ שם, בס' 77.

⁷² שם, בס' 88.

⁷³ שם, בס' 345.

⁷⁴ ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289, 330 (2000).

⁷⁵ עוד על הקשיים בהן נתקלות נשים טרנסקסואליות החוות אונס ר': Katrina C. Rose, *When Is An Attempted Rape Not An Attempted Rape? When the Victim is a Transsexual*, 9 Am. U.J. Gender Soc. Pol'y & L. 505 (2001) (להלן: "Katrina").

לשיטתי, אל לבית המשפט להיאחז בלשון החוק המפורשת, אלא לאמץ פרשנות רחבה, העולה בקנה אחד עם חוק-היסוד כבוד האדם וחירותו. עבירת האונס היא עבירה ייחודית לנשים, ואין סיבה להסתפק רק באפיק התביעה האזרחית עפ"י עוולת התקיפה משום שהמטרות הינן שונות. כידוע, מטרתם העיקרית של דיני הניזקין הינה פיצוי להשבת המצב לקדמותו, ואילו המטרה העיקרית של הדין הפלילי הינה גמול (שיקולי הגמול וההרתעה הם העיקריים לעומת שני השיקולים הנוספים של הענישה הפלילית- המניעה והשיקום⁷⁶). אולם, אין זה המקום להרחבה על נושא, ולכן אתמקד באפיק התביעה האזרחית.

● **פקודת הניזקין**: במסגרת תביעה אזרחית למתן פיצוי של טרנסגינדרים שהותקפו פיזית או מילולית, ניתן להיעזר במספר עוולות. ראשית, עוולת התקיפה⁷⁷ (תורחב בסעיף הבא), פגיעה באוטונומיה, הפרת חובה חקוקה⁷⁸, חוק איסור לשון הרע⁷⁹, עוולת הרשלנות⁸⁰ וכמובן שהרשימה אינה סגורה. מפאת קוצר היריעה אסתפק בדיון בעוולת התקיפה בלבד.

ראשי נזק אפשריים אותם יכולים טרנסגינדרים לתבוע במסגרת תביעה נזיקית, פרט לנזק עתידי ונזקים מיוחדים הינם:

פיצויים בגין כאב וסבל- ניתנים בשל תחושות סבל שנגרמו לניזוק, כתוצאה מהפגיעה הפיזית שהסבה לו העוולה. המדובר בעיקר על נזק הנלווה לפגיעה פיזית, שהדרך העיקרית להערכתו רפואית.⁸¹ הפיצוי בגין "כאב וסבל" ניתן כפיצוי נלווה לפיצוי מרכזי אחר, ומושפע ממידת הפגיעה הפיזית בניזוק.⁸² זהו הפיצוי הבסיסי והראשוני ביותר העולה במקרים של תקיפת טרנסגינדרים, הן מבחינת הפגיעה הפיזית והן מבחינת הפגיעה הנפשית. בית המשפט קבע, שיש להעניק לניזוק פיצוי מתקבל על הדעת לפי נסיבות המקרה ושאינן להשתמש במדד קבוע כלשהו לפיצוי.⁸³ מן הראוי, שבמקרי תקיפת טרנסגינדרים ככל וטרנסקסואלים בפרט, לאור הסבל והכאב שמלכתחילה חווים, יש להחמיר את הדין עם המזיק ואף להעניק להם **פיצויים מוגברים**.

פיצויים עונשיים- פיצוי שעל המזיק לשלם לניזוק, בסכום שאינו משקף הערכה של הנזק שנגרם ע"י העוולה שעשה, אלא מטרתם הענשת המזיק על התנהגותו וביטוי סלידה חברתית ממנו.⁸⁴ במידה ובית המשפט מעוניין להעניש את המעוול, ולהביע סלידה מהתנהגותו יפסוק פיצויים אלה.⁸⁵ לסוג זה של פיצויים שלוש מטרות: פיצוי, הרתעה וגמול והעיקרית שבהן היא ההרתעה.⁸⁶ שימוש בראש נזק זה, בעיקר בא לידי ביטוי במקרים בהם ישנה פגיעה ברגשות ונזק לכבוד הניזוק,⁸⁷ משום שעיקר המשמעות של ראש נזק זה, יצירת הרתעה וחינוך. בשל הנידוי החברתי ממנו סובלים טרנסגינדרים, והיחס המזלזל כלפיהם, ניתן לומר שכבודם נרמס שוב ושוב. לא קשה לדמיין אינספור סיטואציות, הכוללות אלימות פיזית, עלבונות והפליה שבהן רגשותיהם יפגעו. מן הראוי שבית המשפט יגן גם על אינטרס זה, ובכך יביע שאת נפש מהתנהגות בזויה הפוגעת ברגשותיהם.

⁷⁶ הועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין - דין וחשבון (התשנ"ח-1997).

⁷⁷ ס' 24-23 לפקנ"ז, לעיל ה"ש 52.

⁷⁸ שם, בס' 63.

⁷⁹ חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ס"ה 464. (להלן: "חוק איסור לשון הרע").

⁸⁰ ס' 36-35 לפקנ"ז, לעיל ה"ש 52.

⁸¹ דוד קציר **פיצויים בשל נזק גוף** (מהדורה חמישית, 2003), 613-614.

⁸² שם בעמ' 631-632.

⁸³ פעת ביטון "כאבים באזור הכבוד", **משפט וממשל** ט 137, 164 (התשס"ו). (להלן: "ביטון").

⁸⁴ נעמי לבנקרון, "כסף משלהן - תביעות אזרחיות של קרבנות סחר כנגד סוחריהן: ואף על פי כן נוע ינועו". בתוך: **העצמה במשפט** (קבץ):

הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב, עמ' 486, 2008. (להלן: "כסף משלהן").

⁸⁵ ע"א 30/72 פרידמן נ' סגל פ"ד כז(2) 225 (1973).

⁸⁶ ביטון, לעיל ה"ש 83, בעמ' 176.

⁸⁷ ע"א 216/54 שניידר נ' גליק, פ"ד ט(2) 1331, 1335 (1955).

פגיעה ברגשות (נזק בלתי מוחשי) - ענין גורדון,⁸⁸ היה הראשון שהדגים שאין מניעה להשתמש בדיני הנזיקין, לשם הגנה על פרט יחיד מפני פגיעה בזכות מזכויות היסוד שלו ולקבל פיצוי על נזקים בלתי מוחשיים שמקורם בפגיעה זו. בענין אטינגר⁸⁹ נקבע שקיימים מקרים בהם התנהגות המזיק חמורה במיוחד או פוגעת בזכויות חוקתיות. בענין מקדונלד⁹⁰ נקבע שבמקרים בהם מטרת העולה היא הגנה על זכות חוקתית בעלת משמעות חברתית, יש לתת פיצוי משמעותי וייחודי.⁹¹ מן הראוי, במקרים של תביעות נזיקיות של טרנסג'נדרים, לפסוק פיצויים בגין פגיעה ברגשות, כתוצאה מהתנהגות מפלה הרומסת את זכויותיהם החוקתיות. פגיעה כזו וודאי שגורמת לכאב, בושה ועוגמת הנפש.

ויוטעם, מערכת הפיצוי הנזיקית אינה אינהרנטית בהגדרה של נזק האופייני לפגיעה באינטרס חוקתי, כלומר הנזק שנגרם בעת פגיעה רגשית.⁹² הבעיה העיקרית היא, שמאחר והאינטרס המוגן במקרים אלה הוא בלתי מוחשי, הנזק הנגרם בשל פגיעה בו לרוב אינו מוחשי.⁹³ דרך אחת היא לראות פגיעה בזכויות חוקתיות כחמורה במיוחד, וכיוצאת נזק בעצם השלילה של הזכות החוקתית מהפרט, וזאת מבלי לדרוש נזק תוצאתי נפרד.⁹⁴ אולם, הביקורת שהושמעה על דרך זו מעלה בעיה אחרת: היעדר השיח עפ"י צוי תורם להתעלמות ממשמעות הנזקים ומחשיבותם.⁹⁵ דרך אחרת הינה ההמשגה- כלומר, לקרוא לנזק לרגשות בשמו ולא להסתפק בהבלעתו בשיח הקיים. על בית המשפט יהיה לשקול שיקולים שונים: מידת הפגיעה בניזוק כפי שהניזוק מתארה, מהותה של הזכות כחוקתית; אופן ומידת הפגיעה בזכות, כוונת המזיק וחומרת המעשה, מידת חוזקו הכלכלי של המזיק, ניצול עמדת הכוח, התנהלות המזיק במהלך ביצוע העולה והמשפט וכו'.⁹⁶

פגיעה באוטונומיה- הפגיעה בזכות לאוטונומיה של טרנסג'נדרים נגרמת בשל הפגיעה בזכותם לבחור את המגדר אליו רואים עצמם שייכים. הפגיעה בזכות לאוטונומיה הוכרה בשנים האחרונות כראש נזק עצמאי בעקבות עניין דעקה⁹⁷, כאשר ליבו של הנזק הוא בפגיעה בזכותו של האדם לבחור.⁹⁸

2.2. עולת התקיפה

עולת התקיפה,⁹⁹ מוגדרת בפקודת הנזיקין כשימוש בכוח מכוון נגד גופו של אדם, שלא בהסכמתו (או בהסכמתו שהושגה בתרמית). תקיפה כוללת קשת רחבה מאוד של מעשים פיזיים, מטילה אחריות חמורה, ללא דרישה לנזק או לקשר סיבתי. מבחינת לשון החוק, אין מניעה לתבוע מעוולים שפגעו בנשים טרנסג'נדריות, בין אם המדובר בתקיפה אלימה "רגילה" ובין אם בתקיפה מינית או אונס. נשים וגברים טרנסג'נדריות/ים רבים חשופים כאמור, לתקיפות פיזיות ומיניות. הסיבות לכך שונות, אך דומיננטית היא חוסר הסובלנות החברתית כלפיהן. ישנם מקרים בהם הסיכון גובר, לדוגמה בבתי הסוהר. בבתי סוהר, היחס שמקבלות נשים טרנסג'נדריות קשה ביותר, הן מבחינת

⁸⁸ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985).

⁸⁹ע"א 140/00 אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004). (להלן: "ענין אטינגר").

⁹⁰ת"א (מחוזי ת"א) 2578/00 מקדונלד אריאל נ' מקדונלד'ס (אלוניאל) בע"מ, תק-מח(2) 2002, 4667 (2002).

⁹¹ביטון, לעיל ה"ש 83 בעמ' 184.

⁹²שם, בעמ' 139.

⁹³שם, בעמ' 141.

⁹⁴שם, בעמ' 145.

⁹⁵שם.

⁹⁶שם, בעמ' 184.

⁹⁷ע"א 2781/93 דעקה נ' בי"ח "כרמל", פ"ד נג(4) 526, 575 (1999). (להלן: "ענין דעקה").

⁹⁸כסף משלהן, לעיל ה"ש 84, בעמ' 485.

⁹⁹ס' 23-24 לפקנ"ז, לעיל ה"ש 52.

אסירים אחרים והן מצד סוהרים¹⁰⁰ או אנשי משטרה אחרים.¹⁰¹ כאשר ההשפלה מגיעה מצד השוטרים, היא חמורה פי כמה שכן, מהווה התנהגות בלתי ראויה ובלתי מקצועית.

דוגמאות נוספות להתעלמות המחוקק מנושא המגדר, ראשית: **החוק למניעת הטרדה מינית**,¹⁰² הטרדה מינית מוגדרת בין היתר כ"התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות נטייתו המינית".¹⁰³ עינינו הרואות, התעלמות המחוקק מטרנסג'נדרים. כאמור, אין קשר בין נטייה מינית, מין ומגדר. שנית, **חוק זכויות החולה**,¹⁰⁴ תוקן בשנת 2004, והוסף לו איסור על הפליה על בסיס נטייה מינית, אך שוב, אין כל אזכור לזהות מגדרית. ספק אם צפה המחוקק מלכתחילה את קבוצת הטרנסג'נדרים כקבוצה שתבקש הגנה במסגרתו, אולם האם קיימת הצדקה להוציאם מתחולתו? אם תחושות המוסר הפנימיות של כל אדם והסטריוטיפים שלנו יהיו אלה שיכתיבו את היקף זכויות האדם- הרי שדווקא אז זכויות האדם תהיינה מוטלות בספק. ככל שמדירים יותר קבוצות מיעוט מתחולת החוק לבסוף שכבות רבות בחברה הישראלית תפגענה ועלינו כחברה דמוקרטית מתוקנת להימנע מכך.

ב.3. "חוק איסור הפליה" – גם לטרנסג'נדרים?

מטרת החוק המוגדרת בסעיף 1:¹⁰⁵ קידום השוויון ומניעת הפליה בכניסה למקומות ציבוריים, ובהספקת מוצרים ושירותים. סעיף 3 הוא הסעיף המרכזי והמשמעותי ביותר בחוק, והוא אוסר הפליה מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, **נטייה מינית**, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי או הורות. הבחירה בלשון האוסרת הפליה מחמת נטייה מינית, ללא הזכרת זהות מגדרית מדירה את קבוצת הטרנסג'נדרים מהגנה עפ"י חוק זה. השמטה זו, ייתכן שמעידה מחד גיסא על חוסר הבחנה של המחוקק בין זהות מגדר לבין נטייה מינית, ומאידך גיסא במידה וההשמטה מכוונת, מסיבות שונות (ייתכן מסיבות פוליטיות שאינן מוצדקות) המדובר במצב חמור אף יותר. בין כך ובין כך, אין ספק שלשון החוק אינה נהירה וחד משמעית דיה. פעמים רבות בחייהם מופלים טרנסג'נדרים בשל מראם, הנתפס בעיני החברה כחריג, אך האם זוכים הם להגנה עפ"י חוק האוסר על הפליה? חוק זה נועד להתמודד עם תופעה שלילית של הפליה (בעיקר של אנשים בעלי חזות מזרחית), ולהקנות לכלל האוכלוסייה הזדמנויות שוות בהנאה ממוצרים, שירותים ומקומות המיועדים לציבור הרחב. עפ"י דברי ההסבר לחוק,¹⁰⁶ הוצע שיחול גם על עסקים פרטיים המחזיקים מקומות ציבוריים, או המספקים מוצרים או שירותים ציבוריים, שכן עיקר התופעה החברתית מתרחשת במקומות בבעלות פרטית. הרעיון הבסיסי העומד ביסוד חקיקה, הוא שיש מקום להחלת עיקרון השוויון גם על עסקים פרטיים. החוק עולה בקנה אחד עם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומיישם את התפיסה של כבוד האדם והגנה עליו מפני הפליה, גם בתחום המשפט הפרטי, ומקנה עילת תביעה אזרחית¹⁰⁷ (בכפוף לסייגים¹⁰⁸).

¹⁰⁰Anita C. Barnes, *The Sexual Continuum: Transsexual Prisoners*, 24 N. E. J. on Crim. & Civ. Con. 599 (1998). (להלן: "Anita").

¹⁰¹דוגמה לכך ניתן לראות במקרה שקרה בסן אנטוניו ארצות הברית, בו קצין משטרה נאשם באונס אישה טרנסג'נדרית שערכב ברחוב, התפרסם ב: www.gogay.co.il/content/article.asp?id=9036, וכן, בישראל במקרה משנת 2001, בו שוטרים ערכו "בדיקה שגרתית" לאישה טרנסקסואלית העוברת תהליך לשינוי מין, בדקו את מסמכיה, פנו אליה בלשון זכר, לעגו לה והשפילו אותו לעיני כל. פורסם ב: www.gogay.co.il/content/article.asp?id=4121.

¹⁰²החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 1771. (להלן: "החוק למניעת הטרדה מינית").

¹⁰³שם, בס' 3(א)(5).

¹⁰⁴חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 1962.

¹⁰⁵ חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ס"ח 1756. (להלן: "חוק איסור הפליה").

¹⁰⁶ דברי ההסבר להצעת החוק, ה"ח התש"ס 2871, בע' 372.

¹⁰⁷ ס' 5 לחוק איסור הפליה, לעיל ה"ש 105.

¹⁰⁸ שם, בס' 3(ד).

בענין כפר ורדים¹⁰⁹ נפסק כי "הפליה פסולה פרושה יחס שונה אל שווים. פרושה יחס בלתי שווה ובלתי הוגן למי שראויים לאותו יחס". כאמור, החוק קובע כי מי שעיסוקו בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מסיבות שונות, **שזהות מגדרית** אינה נזכרת בהן.¹¹⁰

החוק אוסר הפליה מחמת מין כלומר בין גברים לנשים, מחמת נטייה מינית: הומואים/לסביות/דו-מיניים. כאמור בפרק א', קיים הבדל מהותי בין מין, מגדר ונטייה מינית ואין הכרח שהאחד יעיד על השני. השאלה המתבקשת עוד בטרם נבחן האם עומדות לבעל מועדון, לדוגמה, ההגנות המנויות בחוק- האם בכלל קיימת לאנשים טרנסג'נדרים עילת תביעה עפ"י חוק זה? טול לדוגמה: האם אדם טרנסג'נדר המעוניין לבלות במקום בילוי ציבורי, נניח במועדון (הנחשב למקום ציבורי עפ"י סעיף 2(א) לחוק) יכול לתבוע את בעל המועדון בהסתמכו על חוק זה? כאמור, המחוקק בחר שלא לציין בחוק במפורש את ה"מגדר" כעילת תביעה עפ"י חוק זה. האם יעלה על הדעת שתחסם לחלוטין דרכו של טרנסג'נדר שמופלה בכניסה למקום ציבורי לתבוע את זכויותיו ולקבל פיצוי על עוגמת הנפש והפגיעה שחווה? האם הפגיעה בשל כך שאדם טרנסג'נדר נולד למין שאינו מרגיש שייך אליו, ולפיכך מאמץ לחיקו מגדר שונה, פחותה מהפליה של אדם מחמת גזע/דת/מין/ארץ מוצא וכו'? כמובן שהתשובה הרציונאלית לכך שלילית.

תהא סיבתו של בעל המקום אשר תהא, אין היא מצדיקה הפליית אדם טרנסג'נדר¹¹¹, בין אם המדובר באינטרס כלכלי¹¹² משום שלדעתו אלו ההעדפות המפלות של לקוחותיו¹¹³, בין אם המדובר בהשקפה אישית שלו בשל איבה שהוא נוטר לבני קבוצה מסוימת (במקרה זה לטרנסג'נדרים) או כל סיבה אחרת.

אף אם נדגים ענין זה עפ"י הגישה הכלכלית, לפיה התפיסה המקובלת בכלכלה היא כי שוק חופשי צפוי להוביל לתוצאה היעילה, בלא כל צורך בהתערבות. וכן, שאם מדיניות מפלה "שורדת" משמעה שהיא יעילה, ולפיכך לכאורה, אין זה ראוי לאסור לנקוט בה. העובדה שנקיטה במדיניות מפלה היא זו הצפויה להניב רווח מרבי או תועלת מרבית לבעל העסק, אין משמעה בהכרח שהיא צפויה להביא גם לרווחה מצרפית מרבית. למדיניות המפלה השפעות חיזוניות שליליות, שאינן נלקחות בחשבון ע"י בעל העסק וציבור הלקוחות לו הוא מוכן להעניק שירות.¹¹⁴ טול לדוגמה מקרה שקרה בשנת 2008 במדינת אריזונה בארצות הברית, בו הגישה אישה טרנסג'נדרית תלונה נגד בר לאחר שמנהלו לא התיר לה ולחברותיה לבלות במקום. מנהל הבר הכחיש שאסר את כניסתן על רקע היותן טרנסג'נדריות. לטענתו, הלקוחות הקבועות של הבר "השתגעו" מכך שהן השתמשו בשירותי הנשים וטען שהן נראו כגברים. עוד הוסיף, שהן לא יכלו להשתמש בשירותי הגברים מחשש שיכו אותן. עורך דינו טען שנוכחותן החלה להשפיע על העסקים. מקרה זה הוא רק אחד מיני רבים.¹¹⁵

הפליה בתעסוקה,¹¹⁶ בדיוור ובמצרכים ושירותים היא חמורה במיוחד. חסימות בתחומי חיים מרכזיים שכאלו מהווה פגיעה חריפה באוטונומיות של המופלה.¹¹⁷ השמירה על ערך השוויון במובן איסור הפליה היא חיונית לשם הבטחת האוטונומיות של האנשים המופלים. על כן, טוב היה עושה המחוקק לו היה מאמץ חקיקה רחבה האוסרת על הפליה מחמת זהות מגדר או למצער, כולל גם את זהות המגדר כחלק מאיסורי ההפליה בדין הקיים.

¹⁰⁹ בג"צ 678/88 **כפר ורדים ואח' נ' שר האוצר ו-4 אח'**, פ"ד מג(2), 501, 507-508 (1989).

¹¹⁰ Katrina, לעיל ה"ש 75.

¹¹¹ פרט להגנות המנויות בחוק.

¹¹² כהן משה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ושירותים" **עלי משפט** ג 21 (התשס"ג). (להלן: "כהן").

¹¹³ דעה זו משקפת את הגישה הכלכלית ואת הסרונותיה משום שהיא עלולה להצדיק שלילת זכויות יסוד של בני קבוצת מיעוט כדי לספק את העדפותיהם הפסולות מבחינה מוסרית של קבוצת הרוב. ראה: ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תיאוריה כלכלית" **עלי משפט** ג 37 (2003). (להלן: "מדינה").

¹¹⁴ שם.

¹¹⁵ www.gogay.co.il/content/article.asp?id=6436

¹¹⁶ טרנסג'נדרים רבים מופלים בקבלה לעבודה ואף לעיתים מפורטים טרנסקסואלים שמתחילים טיפול הורמונלי בשל השינוי החיצוני. בעבודה זו לא ארחיב על כך היות ומדובר בנושא נפרד הקשור בעיקרו לדיני העבודה.

¹¹⁷ כהן, לעיל ה"ש 112, בעמ' 21.

כאמור לעיל, קהילת הטרנסגינדרים כקבוצה סובלת מהפליה בתחומים רבים, אולם לדעתי בולטת בהיעדרה תפיסת שוויון קוהרנטית, שתשמש בסיס לבחינת המקרים השונים בהם מתעוררות שאלות של הפליית טרנסגינדרים. בהעדר עיגון מפורש לאיסור הפליה מחמת זהות מגדר, יהיה זה פרובלמטי לסמוך אך ורק על שיקול-הדעת של בית המשפט שיחיל במקרי הפליה את החוק על בסיס הקטגוריה של "מין". בחירה בדרך זו, מתעלמת מקיום שיח מגדרי הנוגע לזכויותיהם של טרנסגינדרים. לדעתי, יש לפתח תפיסה שהזכות לשוויון כוללת גם את הזכות שלא להיות מופלה מחמת זהות מגדרית.

עקרון השוויון הוא עיקרון בסיסי שניתן לתמצות במשפט אחד: "הכל שווים בפני החוק"¹¹⁸ והוא זכות יסוד בשיטתנו.¹¹⁹ אולם, יש להבחין בין "שוויון חוקתי" ל"שוויון מנהלי". הראשון אוסר על הפליה קבוצתית, והאחרון חלק מחובות הרשות כנאמן הציבור. משמעותו בהקשר זה, שיש להעניק יחס זהה לכלל האוכלוסייה, וכמובן שקיים קשר הדוק בין השניים. הפליה קבוצתית הינה תופעה היסטורית שבה חברי הקבוצה סובלים מקיפוח סוציו-כלכלי-משפטי. חברי הקבוצות הללו (שנקבעות ע"י קריטריון גזע, דת ומין) הוצאו בעבר מתחום התחולה של העקרונות החוקתיים, ומתחום ההגנה של זכויות האדם והאזרח.¹²⁰ השופט ברק, קבע בענין פורז שרשימת הקבוצות עליהן מגן השוויון החוקתי אינה סגורה, ושיש לקיים שוויון בין בני אדם המשתייכים לקבוצות שונות.¹²¹ לדעתי, ראוי להכיר בהפליה מחמת זהות מגדר כקטגוריה נוספת, כהפליה על רקע השתייכות לקבוצה: קבוצת האנשים הטרנסגינדרים. אין ספק שקבוצת הטרנסגינדרים סבלה, ועודנה סובלת, מהפליה בשל סטריאוטיפים לא מדויקים (לדוגמה: התפיסה שמי שהוא טרנסגינדר הוא בעל הפרעה נפשית) שאין להם אחיזה במציאות, ובוודאי שאינם מעידים על רמת היכולת ו/או התרומה של האדם לחברה. בנוסף, עובדת היותם של הטרנסגינדרים מיעוט באוכלוסייה, מקשה פי כמה לדרוש את זכויותיהם ולזכות בשוויון המיוחל.

עפ"י גישת השופט דורנר בפרשת אליס מילר¹²², תכלית חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו הינה להגן על אדם מפני השפלה. נכון שלא כל פגיעה בשוויון גורמת השפלה, אולם בסוגים מסוימים של הפליה על רקע קבוצתי, טמונה השפלה עמוקה לקורבן, שכן ביסודה של ההפליה עומד ייחוס מעמד נחות למופלה. השופט דורנר בענין זה מונה הפליה מחמת מין וגזע אולם, אני סבורה שזהו גם מקומה של הפליה מחמת זהות מגדר. לפיכך לטעמי, יש לראות בזכותם של ציבור הטרנסגינדרים לשוויון כמעוגנת בחוק היסוד.

המודל המקובל בישראל להחלת הזכויות החוקתיות הינו "מודל התחולה העקיפה", עפ"יו לזכויות האדם תחולה במשפט הפרטי אולם ההחלה עקיפה, ונעשית באמצעות מושגי שסתום (לדוגמה: תום לב, סבירות וכיו"ו).¹²³ בספרות המשפטית ישנה ביקורת על גישה זו¹²⁴, ומועלית גישה שונה, "מהותית" להפרטת זכויות האדם. הגישה המהותית שומרת על התפקיד המסורתי של זכויות האדם בהענקת הגנה לאוטונומיה של הפרט החלש, כנגד כוחות חברתיים ממוסדים המפעילים כלפיו כוח, ומעניקה חופש פעולה למופלה. לפיכך, לדעתי, בכל הנוגע להפלייתן של קבוצות מוחלשות יש לאמץ את הגישה המהותית.

עפ"י הגישה הפורמלית לשוויון, העדפת חברי קבוצות מקופחות ("העדפה מתקנת"), במטרה להקטין את הפער הסוציו-כלכלי, מהווה הפליה הפוכה. מנגד, לפי הגישה המהותית לה אני שותפה, מטרתם של אמצעים אלה, היא תיקון אי-צדק חברתי ויש בהם כדי לקדם את השוויון. טול לדוגמה אסירים ועצירים טרנסגינדרים השוהים בבית

¹¹⁸ אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז, כרך א') 271.

¹¹⁹ בג"ץ 1/88 פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988). (להלן: "עניין פורז").

¹²⁰ פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג 21, 34 (התשנ"ד). (להלן: "רדאי").

¹²¹ עניין פורז, לעיל ה"ש 119, בעמ' 331-332.

¹²² בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 133-131 (1995). (להלן: "פרשת אליס מילר").

¹²³ ע"א 293/91 חברת קדישא גחש"א קהילת ירושלים נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 530 (1992).

¹²⁴ רדאי, לעיל ה"ש 120, בעמ' 28. וכן: מיכל טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות" הפרקליט מה א' 94, 120 (תש"ס).

המעצר או בבית הכלא ונתקלים בקשיים מיוחדים: אישה טרנסג'נדרית MTF שטרם עברה ניתוח לשינוי מין, תכלא בבית כלא המיועד לגברים. למרבה הצער, המציאות מוכיחה שהסיכוי שתחוה הטרדה מינית ו/או אלימות (בין אם משאר האסירים ובין מסוהרים) גבוה מאוד. אף אם שפר עליה גורלה ואינה חווה הטרדה, הפגיעה בכך שהממסד אינו מכיר בהיותה אישה, אלא מתייחס אליה כגבר לכל דבר וענין, מהווה פגיעה בזכות הפרט שלה ומעמיד אותה בפני סיטואציה בלתי אפשרית המצריכה התמודדות נפשית קשה.¹²⁵

לפיכך, יש לדעתי לשקול הסדרים שייקחו בחשבון את הזהות המגדרית של האסיר/העציר הטרנסג'נדר ולא יתייחסו אליו עפ"י מינו הביולוגי כפי שנוהגים עם כל אסיר אחר. בפסיקה הישראלית כבר ניתנה התייחסות שונה לאסיר הומוסקסואל, בשל נטייתו המינית,¹²⁶ וראוי לטעמי להרחיב זאת גם לטרנסג'נדרים.

כפי שהראיתי לעיל, במטרה לצמצם את הפליית הטרנסג'נדרים יש ראשית להכיר בקריטריון זהות המגדר כמאפיין קבוצה מופלית, לאמץ את הגישה המהותית להפרטת זכויות האדם החוקתיות ולנקוט במדיניות של הפליה מתקנת רק אז, אולי, ישתפר מצבם מבחינה חוקית ואולי ישתפר מצבם גם מבחינה חברתית.

הצעת חוק הפרשנות (תיקון – הגדרת הפליה על רקע נטייה מינית או זהות מגדר), התשע"א–2010

בתאריך 8.11.10 הוגשה צעת חוק¹²⁷ על שולחן הממשלה: הצעת חוק הפרשנות (תיקון) מטעם חברי הכנסת: ניצן הורוביץ (מר"צ), אילן גילאון וחיים אורון. עפ"י ההצעה יש לתקן את סעיף 3 לחוק הפרשנות,¹²⁸ ולהגדיר "הפליה" – לרבות הפליה על רקע נטייה מינית או זהות מגדר, בשים לב למטרות החיקוק ומטרת סעיף איסור ההפליה שבו. עפ"י דברי ההסבר להצעת החוק, הסיבות לתיקון הינן התמורות שחלו בחוק הישראלי מאז חקיקת חוקי היסוד בשנת 1992 ועד היום, ולנוכח הפגיעה התכופה בקהילת הלהט"ב. יוזמי ההצעה סבורים שמעבר למשמעות המשפטית, בכוחו של השינוי להשפיע גם מבחינה חינוכית וחברתית ומציעים כי בכל מקום בדין הישראלי בו קיימת התייחסות לאיסור הפליה, יתווסף האיסור על הפליה מטעמים של נטייה מינית או זהות מגדר. לטעמם, באופן זה לא יהיה צורך בעתיד לשנות כל חוק בנפרד. הם מציעים להחיל את החוק על החוקים הקיימים שקיים בהם איסור הפליה מחמת נטייה מינית ובהם: חוק שוויון הזדמנויות בעבודה¹²⁹, חוק איסור הפליה¹³⁰, חוק למניעת הטרדה מינית¹³¹ וחוק איסור לשון הרע.¹³² הצעת החוק מבקשת להרחיב את הכללים שכבר קבועים כיום בחקיקה כדי שבכל מקום שבו אסורה או תיאסר בעתיד הפליה, יראו בהפליה על רקע נטייה מינית או זהות מגדר כאסורה גם אם לא צוין כך בפירוש. עם זאת, כיוון שחוקים שונים עוסקים בסוגים שונים של הפליה, הוצע לאפשר גמישות בפרשנות החוק כך שככל שמטרות החוק או הסעיף האוסר את ההפליה נועדו להגן גם על קהילת הלהט"ב, לא יהיה צורך לציין זאת בפירוש בחוק. אולם, במקום שהחוק לא נועד להגן על קהילת אלו, לא תיקרא לתוכו ההוראה המוצעת שבחוק הפרשנות. הצעת חוק זו נמצאת כרגע בשלב הראשוני וטרם עברה קריאה טרומית. כאמור לעיל, לטעמי על המחוקק לאמץ חקיקה רחבה ואחידה האוסרת הפליה על רקע זהות מגדר, שתקדם את השיח המגדרי. אולם, עד שזו תתבצע, אם בכלל, יש למצער לאמץ את הצעת החוק הנ"ל. בנוסף, אנקוט במשנה זהירות לגבי סיכויי הצלחתה גם של הצעת חוק זו, בשל סיבות פוליטיות ולובי חזק בכנסת שיש למפלגות הדתיות.

4. מקרי אלימות ותקיפה כנגד חברי קהילת הלהט"ב והסיבות האפשריות לליטיגציה טרנסג'נדרית מעטה

¹²⁵ עוד על אסירים טרנסקסואלים ראה: Anita, לעיל ה"ש 100.

¹²⁶ בש"פ 3495/90 מדינת ישראל נ' גולדבוים, תק-על 90(3) 239, פסק דינו של השופט גולדברג (1990).

¹²⁷ הצעת חוק הפרשנות (תיקון – הגדרת הפליה על רקע נטייה מינית או זהות מגדר), התשע"א–2010 (מיום 8.11.10).

¹²⁸ חוק הפרשנות התשמ"א–1981 ס"ח התשמ"א, עמ' 302.

¹²⁹ : ס' 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ה–1988, ס"ח 1240.

¹³⁰ ס' 3(א) לחוק איסור הפליה, לעיל ה"ש 105.

¹³¹ ס' 3(5) לחוק למניעת הטרדה מינית, לעיל ה"ש 102.

¹³² ס' 1(4) לחוק איסור לשון הרע, לעיל ה"ש 79.

חברי קהילת הלהט"ב ככלל וטרנסג'נדרים בפרט, חווים פעמים רבות בחייהם אלימות ותקיפות. הומואים, לסביות ודו מיניים בשל נטייתם המינית, ואילו טרנסג'נדרים בשל העובדה שאינם מתאימים לנורמות המגדר המקובלות. פונדמנטליזם מגדרי מתאפשר למעשה מתוך הכחשה, ומתוך סטיגמה על כל מה שאינו מוגדר כמגדר נורמטיבי, באותו אופן שהטרנסקסואלים משמיצים יחסים חד מיניים.¹³³ כבר בשנת 1995 החל ניסיון בארצות הברית של ה-¹³⁴NCAVP לאסוף מידע הנוגע לתקיפת אנשים טרנסג'נדרים, ואותרו רק 69 מקרים (2% מכלל המקרים שלהם). ובשל הכמות המעטה של המקרים המתועדים, לא הצליחו להגיע למסקנה חד משמעית.¹³⁵ עם זאת, מהמחקר עלה שרצח טרנסג'נדרים מהווה 16% מתוך סך קורבנות הרצח. טרנסג'נדרים רבים מרגישים לעיתים קרובות דפוס של הפליה ודעות קדומות מצד הפרטים בחברה. אחת הסיבות המשוערות לרמת הדיווח הנמוכה על מקרי תקיפה, היא ההפליה הכלכלית.¹³⁶ במחקר שנערך בין השנים 1996-1997, מתוך 402 טרנסג'נדרים שהשתתפו, 14% דיווחו על אונס או ניסיון לאונס שחוו. סיבה אחת לכך, יכולה להיות שהנראות החריגה שלהם בחברה בולטת יותר, אולם ייתכן אף שנתפסים בעיני החברה כקבוצה מוחלשת ולכן "כמטרה קלה".¹³⁷ תוצאות מחקר זה אף העלו ש: 59.5% חוו אלימות פיזית או הטרדה. 47% דיווחו על פגיעה שבאה לידי ביטוי באיום בנשק, זריקת חפצים או התעללות מינית. בהקשר הכלכלי, העלה המחקר שטרנסקסואלים היו בסבירות גבוהה פי 3 לחוות אפליה על רקע כלכלי. ככל שהגיל בו אדם חי את חייו כטרנסג'נדר צעיר יותר, כך עולה הסיכוי לחוות אלימות, פעמים רבות אף מצד בני משפחה וחברים. רבים הנערים/נערות המושלכים מבתיהם, חלקם מוצאים דרכם לרחוב. בניסיון להתקיים כלכלית כמפלט אחרון עובדים בזנות, ומשם הדרך לאלימות, פגיעה פיזית ונפשית קצרה (פרט לסיכונים רפואיים וכו').

בשנת 2009 נערך סקר בקרב 6450 טרנסג'נדרים ע"י ארגון NCTE¹³⁸. 97% דיווחו על הטרדה שהתבטאה באופנים שונים: חדירה לפרטיות, אלימות מילולית, אלימות פיזית ותקיפה מינית.¹³⁹ למרות שרוב מקרי האלימות והרצח לא זוכים לסיקור תקשורתי רב, אביא להלן מס' דוגמאות של אלימות קשה ורצח שפורסמו. ב-2009 נורתה אישה טרנסג'נדרית בממפיס, טנסי, (התקיפה האלימה החמישית כלפי נשים טרנסג'נדריות בעיר מאז 2006). כאשר נתפס הרוצח טען ל"יצוג מוטעה" של מגדרה וטען ש"הולך שולל" על ידה, טענה שככל הנראה תשרת אותו בבית המשפט עת יטען להפרעה פסיכיאטרית של חרדה מהומוסקסואליות או טרנסג'נדריות (Trans Panic).¹⁴⁰ מדי שנה ניכרת עליה במקרי האלימות והרצח כלפי טרנסג'נדרים. בשנת 2009 דווחו כ-114 מקרי רצח של אנשים על רקע זהות מגדרית, עליה של 350% לעומת השנה הקודמת.¹⁴¹ בין השנים 2008 ועד מחצית שנת 2010 פורסם ע"י ארגון הטרנסג'נדרים האירופי על 423 רציחות מדווחות של טרנסג'נדרים. הדיווחים נאספו באסיה, מרכז ודרום אמריקה, אירופה ואמריקה הצפונית (סביר שהמצב באפריקה חמור לא פחות, אלא שממש לא מגיעים דיווחים מהימנים).¹⁴² מקרי רצח ואלימות הנובעים מהומופוביה ומטרנספוביה אינם מעטים גם בישראל. דוגמה לכך היא האירוע במצעד הגאווה בירושלים בשנת 2005. במהלך התהלוכה דקר חרדי שלושה מהצועדים, הורשע בעבירה של ניסיון לרצח,¹⁴³

Berrill K. T. and Herek, G. M., *Primary and Secondary Victimization in Anti-Gay Hate Crimes: Official Response*¹³³ and *Public Policy* 5 Journal of Interpersonal Violence, 401, 413 (1990).

The National Coalition of Anti-Violence Programs¹³⁴

Emilia L. Lombardi, *Gender Violence: Transgender Experiences with Violence and Discrimination*, 42(1) Journal of¹³⁵ Homosexuality 91 (2001). (להלן: "Lombardi").

שם.¹³⁶

שם, בעמ' 95.¹³⁷

National Center for Transgender Equality¹³⁸

www.gogay.co.il/content/article.asp?id=9375¹³⁹

www.gogay.co.il/content/article.asp?id=8263¹⁴⁰

www.gogay.co.il/content/article.asp?id=8798¹⁴¹

www.gogay.co.il/content/article.asp?id=9375¹⁴²

ס' 305(1) להג"ש, לעיל ה"ש 56.¹⁴³

חבלה בכוונה מחמירה¹⁴⁴ ופציעה.¹⁴⁵ העונש שהושת עליו בבית המשפט המחוזי היה 12 שנות מאסר (ובערעור לעליון "הומתק" ל- 10 שנים¹⁴⁶), מאסר על תנאי לתקופה של שנה, ופיצויים לפצוע הראשון ע"ס 150,000 ₪, לפצוע השני ע"ס 100,000 ₪ ולפצוע השלישי 30,000 ₪.¹⁴⁷ על אף שמי שנפצעו לא היו טרנסגינדרים אלא חברי קהילת להט"ב אחרים, במקרים אלה לא נראה שיש הבדל משמעותי משום שבאותה מידה שבאקראי נבחרו הקורבנות מבאי המצעד, כך יכלו להיות במקומם טרנסגינדרים. הפצועים שנדקרו במצעד הגאווה בחרו להסתפק בפיצוי הניתן להם במסגרת ההליך הפלילי ולא הגישו תביעה אזרחית נגד הדוקר.

אחד המקרים הבודדים שהגיעו לפתחו של בית המשפט הינו בענין אברהם,¹⁴⁸ בו טרנסקסואל הותקף קשות בשירותים הציבוריים של התחנה המרכזית החדשה בת"א ע"י כנופיית ניאו נאצים שפעלה במקום. בפסק הדין ציינו השופטים כי הנזק הפיזי שנגרם לניזוק קשה ביותר, הוא אושפז ונזקק להחלמה ממושכת בשל שברים רבים וקיבועים באמצעות חוטי מתכת. הניזוק הגיש תביעה לנזקי גוף נגד התחנה המרכזית, חברת האבטחה וחברת הביטוח בהתבססו על עולת הרשלנות¹⁴⁹ וייחס להן הפרה של התחייבות כלפי השהים בשטחן. במקרה זה, היות והניזוק היה חסר אמצעים (כאמור, זהו אחד מהקשיים מהם סובלים טרנסקסואלים) ביקש מבית המשפט פטור מהגשת חוו"ד רפואית ופטור מהפקדת ערבון. בערכאה הראשונה, דחה בימ"ש השלום את הבקשה לפטור מהגשת חוו"ד רפואית, אולם בערעור בית המשפט המחוזי קבע שהתביעה אינה חסרת סיכוי, שאכן המבקש חסר אמצעים ושאינו ביכולתו לבקש סיוע כספי מבני משפחתו היות והנ"ל מתכחשים לו. כמו כן, נתן בית המשפט משקל לזכות הגישה לערכאות¹⁵⁰ ופטר את המבקש מהגשת חוו"ד רפואית ומהפקדת ערבון. אנו רואים גישה חיובית של בית המשפט כלפי המבקש, אולם בשל אי פרסום פסק הדין לא ניתן לעמוד על גישת בית המשפט לזהות המגדר.

מקרה נוסף שהתפרסם לאחרונה בתקשורת, (21.2.11) הינו עסקת טיעון שהושגה לאחר הליך גישור, ואושרה ע"י בית המשפט המחוזי בת"א במסגרת "סולחה" בין 3 תושבי יפו, שתקפו את אחותם הטרנסגינדרית. תחילה, הם חטפו אותה, היכוה במוט ברזל ולאחר ששחררה מאשפוז איימו ברצח וכלאוו יומיים. במסגרת עסקת הטיעון, התחייבו לא לפגוע באחותם בעתיד ולשלם לה פיצוי ע"ס 5,000 ₪ כל אחד, לאות חרטה ופיוס. האם של האחים הוסיפה כי "בנה" (שעליו עדין מדברת בלשון זכר למרות שמדובר בטרנסקסואלית שעבר ניתוח לשינוי מין) אינו חפץ בפיצוי.¹⁵¹ גם במקרה זה, אנו עדים לפיצוי חסר חשיבות בלשון המעטה. הפגיעה הגיעה דווקא מאנשים הקרובים ביותר, בני המשפחה, סביר שהלחץ הנפשי השפיע על הניזוקה וזו אחת הסיבות שבגינן הסכימה להתפשר על סכום פיצוי זעום, ומבלי שאחיה יענשו כדין על האלימות הקשה. בנסיבות דנן, ראוי שהמחוקק יתאים את החוק למציאות הקשה בה נמצאים טרנסגינדרים, ויאפשר למשטרה לחקור ולהגיש כתב אישום גם בנסיבות שבהן המתלוננת ביטלה את התלונה (כמו בעבירות אלימות במשפחה) או למצער, יקבע עונש מינימום ופיצוי ראוי לניזוקים. המציאות מוכיחה שהסיכוי שהניזוקים יתבעו את המזיקים בתביעה אזרחית לפיצוי קלוש ביותר.

גם כאשר מוגשות תלונות במשטרה ע"י טרנסגינדרים, תלונות אלו נסגרות לרוב ללא תוצאות משמעותיות. מקרה כזה פורסם בשנת 2009. אישה טרנסגינדרית הלכה עם כלבתה בעיר חיפה, נתקלה בקבוצת צעירים שהחלה להקניטה, שאלוה האם היא גבר או אישה, וקראו לה בשמות גנאי. זמן קצר לאחר מכן תקפוה והיכוה באכזריות

¹⁴⁴ש"מ, בס' 329(א)(1).

¹⁴⁵ש"מ, בס' 334.

¹⁴⁶ע"פ 2625/06 ישי שליסל נ' מדינת ישראל, תק-על 2007(4), 3896, 3900 (2007).

¹⁴⁷תפ"ח (מחוזי י-ם) 843/05 מדינת ישראל נ' ישי שליסל, תק-מח 2006(1), 4096, 4097 (2006).

¹⁴⁸בש"א (מחוזי ת"א) 18595/08 יהודה אברהם נ' התחנה המרכזית החדשה בתל אביב בע"מ, תק-מח 2008(4), 10154, 10155 (2008).

¹⁴⁹ס' 35 לפק"ז, לעיל ה"ש 52.

¹⁵⁰בש"א 1528/06 יוסף ורנר נ' כונס הנכסים הרשמי, תק-על 2007(4), 329, פס' 12 לפסק דינה של הש' פורקצ'יה (2007).

¹⁵¹ www.ynet.co.il/article/0,7340,L-4031486,00.html

וברחו. למרות שהמותקפת התלוננה במשטרה, לא היתה אפשרות להגיש תביעה משום שלא נמצאו התוקפים.¹⁵² זוהי תוצאתן של תלונות רבות, והנפגעים נותרים ללא פיצוי והדין לא ממוצה עם הפוגעים. כאמור, על אף מקרי התקיפה והאלימות הרבים שחווים חברי קהילת הלהט"ב וביניהם גם טרנסג'נדרים, נראה כי חברי קהילה זו אינם מרבים להתלונן במשטרה ואף אם במקרים מסוימים עושים כן, מסתפקים בתביעה הפלילית ואינם בוחרים לתבוע את המזיק בתביעה נזיקית, על מנת לקבל את הפיצויים המגיעים להם. סיבות אפשריות לכך הם החשש מפני חשיפת נטייתם המינית (במקרה של הומואים/לסביות/דו-מיניים), חשש מפני חשיפת זהותם המגדרית (במקרה של טרנסג'נדרים/ות), חשש מפני פיטורין, דחייה חברתית, בושה והרצון "לקבור" את המקרה, חוסר רצון להתמודד עם הטראומה ואף ישנם מקרים בהם האשמה עצמית (שכמובן אינה רציונלית) תמנע מהניזוק להגיש תביעה. סיבות אחרות הן חשש מפני נקמת התוקפים, לחץ הקרובים (במידה והתקיפה נעשתה ע"י קרוב משפחה למשל), חשש מיחס תוקפני של המשטרה, מצב כלכלי קשה ולעיתים, דווקא החשש ממערכת המשפט ומגישת בית המשפט כלפיהם הוא זה שיכריע את הכף האם להגיש את התביעה.

5. ב. פרשת חן אלקובי כאבן בוחן לגישת בית המשפט כלפי טרנסג'נדרים

חן אלקובי, טרנסג'נדר זכר, נולד¹⁵³ עם אברי מין נקביים אך תמיד הרגיש כבן, ובשלב כלשהו במהלך חייו החל לחיות ולהציג עצמו ככזה. עפ"י כתב האישום שהוגש נגדו, בין השנים 2001-2002 הכיר נשים למטרת חברות, הציג עצמו כגבר בשם "קובי", התלבש כגבר ודיבר על עצמו בלשון זכר. על בסיס תלונתן של 4 נשים, הואשם בעבירה של "התחזות כאדם אחר"¹⁵⁴ (הדורשת "כוונה להונות"), בעבירה של "מעשה מגונה" שההסכמה לו הושגה במרמה לגבי מיהות העושה¹⁵⁵ (לגבי 2 מהמתלוננות) ובניסיון לאינוס¹⁵⁶ אחת המתלוננות (לאחר שבמסגרת עסקת טיעון הוסכם "להסתפק" רק באישום בעבירת הניסיון). במסגרת עסקת הטיעון הודה בעבירות שייחסו לו בכתב האישום, ובית המשפט גזר עליו מאסר בפועל לתקופה של 6 חודשים (הומר בעבודות שירות), שנתיים מאסר על תנאי ופיצוי כספי. המשפט מעלה מספר סוגיות הרלוונטיות לענייננו. ראשית, השאלה הבסיסית שעולה היא: האם יש דבר כזה אישה אמיתית ומהי הסכמה? שנית, גישת הפמיניזם, ודוברותיה העיקריות, הרואה את המין כמסוכן לאישה בחברה הפטריארכלית ולכן יש להבטיח לנשים מידע ושליטה מלאים באשר לשותפיה לקשרים אינטימיים, ושלישית גישת בית המשפט כפי שבאה לידי ביטוי בעניין זה.

בהרשעתו של אלקובי בעבירת ההתחזות סטה בית המשפט מההלכה שנקבעה בעניין אל שעבי¹⁵⁷, (בהסתמכו על מאמר מאת פרופ' מרים גור אריה¹⁵⁸) בו נפסק שעבירת ההתחזות כאדם אחר דורשת שאותו אדם יהיה אמיתי ולא בדוי. בית המשפט פסק, כי מי שמציג עצמו כזכר למרות שיש לו אברי מין נקביים ממלא אחר היסוד העובדתי של "התחזות" וכן, שאיברי המין מהווים קריטריון מכריע ומקובל כיום להבחנה בין זכר ונקבה.¹⁵⁹ למעשה, על אף שבית המשפט הכיר בכך שאלקובי היה לבוש כגבר, הציג עצמו כגבר, דיבר בלשון זכר וביצע תפקיד מגדרי של גבר בלבוש, בדיבור ובהתנהגות קבע שההצגה המגדרית של חן כגבר מהווה התחזות בשל איבר מינו הנקבי. המסקנה היא, שגישת בית המשפט למגדר הינה שהתפקיד המגדרי נובע באופן טבעי מהמין, לכן מילוי תפקיד מגדרי השונה

¹⁵² www.gogay.co.il/content/article.asp?id=7942

¹⁵³ במהלך העבודה אציג את חן בלשון זכר כפי שהוא מבקש שיתייחסו אליו. הרחבה על הנושא ראה: דנה שבת ומאיר תורג'מן "העשירייה הפותחת" **הזמן הורוד** 35 (יוני, 2004).

¹⁵⁴ ס' 441 להנ"ש, לעיל הע"ש 56.

¹⁵⁵ שם, בס' 348(א).

¹⁵⁶ שם, בס' 345(א)(2).

¹⁵⁷ ע"פ 499/72 סאמי דיב אל שעבי נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(1) 602 (1973).

¹⁵⁸ מרים גור אריה "התחזות לדמות פיקטיבית- התראות כאחר או מרמה" **משפטים** ה' 673, 674-675 (תשל"ג-תשל"ד).

¹⁵⁹ ענין אלקובי, לעיל ה"ש 5, פסקה 3.

מזה שמסומן ע"י איברי המין הוא התחזות לאדם פיקטיבי. בעשותו כך, בית המשפט מערב בין "מין" ל"מגדר" ומעניק למין הביולוגי מעמד מכריע לעומת משניותה של הזהות המגדרית בקביעת זהותו האמיתית כביכול של אדם.¹⁶⁰ בנוסף, ביה"ד האירופי לזכויות אדם קבע¹⁶¹ שכאשר מדובר בטרנסקסואלים מאישה לגבר (כמו בעניין אלקובי) אין דרישה לקיום ניתוח הכולל יצירת איבר מין זכרי, וניתן לראות בפסיקה משווה זו תחילתה של גישה שמשחררת מההתייחסות לגניטליה כאל הגורם המכריע.

יפים לענייננו דבריה של ההוגה ג'ודית באטלר, עפ"י תפיסתה מגדר הינו תמיד חיקוי, ומכך נובע הכשל שבקביעת בית המשפט כי אלקובי התחזה לאדם אחר. עמדת בית המשפט מבוססת על ההנחה שהתפקיד המגדרי הנשי חייב לנבוע בטבעיות מאיברי המין הנקביים שיש לאלקובי.¹⁶² הרשעת אלקובי בהתחזות מייצגת את תמיכת בית המשפט בהטרנסקסואליות כפויה (כפי שתוארה ע"י באטלר), ותפיסה בינארית של המגדר הנובע מהמין. אף עפ"י שהרישום במרשם האוכלוסין יצר ראייה לכאורה שמינו של אלקובי נקבה, ראייה זו אינה מעידה דבר באשר לזהותו המגדרית. בגזר הדין בית המשפט לא ראה לנכון להתייחס לתופעת הטרנסג'נדרים ולהשלכותיה במישור החברתי והמשפטי, פרט להערה קצרה¹⁶³ בה נאמר שהתופעות של זהות מינית לא ברורה ומעבר בין המינים יעסיקו עם הזמן יותר ויותר את החברה, בית המשפט והמחוקק. בית המשפט קיבל את דברי אלקובי שאכן הרגיש כגבר בכל המובנים, הכלוא בגוף אישה. למרות זאת, הטיל חובה על טרנסג'נדרים לגלות למי שהם מבקשים ליצור עמו קשר חברתי-אינטימי את העובדה שהם בעלי איבר מין זכרי/נקבי.¹⁶⁴ קביעה זו מניחה שוב ביסודה, שאיברי המין הם הקובעים במסגרת קשר חברתי-אינטימי. בעיני בית המשפט טרנסג'נדר שאינו מספר על איבר המין עמו נולד, עובר עבירת התחזות (פסק הדין אינו מתייחס למקרים בהם מדובר בטרנסקסואל שעבר ניתוח לשינוי מין).¹⁶⁵

כאמור, פרשת אלקובי העלתה לסדר היום הציבורי ויכוח עמוק. שורשיו של הויכוח בשנות השבעים של ארצות הברית, בהן התגלעה מחלוקת בין התנועה הטרנסקסואלית ובין הפמיניזם (ולעיתים אף התנועה הלסבית) באשר לשאלה "מי היא אישה אמיתית?"¹⁶⁶ מחד גיסא, בית המשפט מדבר על העברה בין המינים, מגדר ותיאוריה קווירית, זכותו של אדם לנהוג לפי תחושתו הפנימית והרגשית, אך מאידך גיסא במהלך פונה לאלקובי בלשון נקבה ומרשיע בהתחזות.¹⁶⁷ תתוצאת גזר הדין גרמה לטרנסג'נדרים שנולדו כזכרים לחוש כנשים פחות "אמיתיות" מאלו שנולדו נשים מבחינה ביולוגית, ובמקרים שבהם הללו נמשכים לנשים אף לפיחות בזהותן כלסביות. גישה נוקשה של בית המשפט כלפי טרנסג'נדרים, גורמת שירגישו שאין להם מקום בזירה המשפטית לתבוע את זכויותיהם (גם כשמדובר בתביעה נזיקית). חוסר ההבנה הבסיסי של מצבם, זהותם והסיטואציה בפניה ניצבים הטרנסג'נדרים, בשילוב עם חוסר האמפתיה של בית המשפט, יכול לשמש תשובה ראויה לשאלה מעטה הליטיגציה הטרנסג'נדרית.

פרק ג' - סקירת ההסדרים המשפטיים הנוגעים לקהילת הטרנסג'נדרים בראי

המשפט המשווה

ג.1.1. הדין האמריקני

¹⁶⁰אייל גרוס, "התחזות כאדם אחר": חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי "משפטים על אהבה" 365, 373 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוח עורכות, אוניברסיטת תל-אביב, 2005). (להלן: "גרוס").

¹⁶¹Goodwin v. United Kingdom, 35 E.H.R.R 18, 447 (2002).

¹⁶²גרוס, לעיל ה"ש 160, עמ' 376.

¹⁶³ענין אלקובי, לעיל ה"ש 5, פסקה 11.

¹⁶⁴שם, בפסקה 12.

¹⁶⁵גרוס, לעיל ה"ש 160, עמ' 384.

¹⁶⁶Meyerowitz, לעיל ה"ש 12, בעמ' 256-262.

¹⁶⁷גרוס, לעיל ה"ש 160, עמ' 396.

באופן כללי ניתן לומר כי עקרון השוויון בארצות הברית מעוגן מתוקף ה- Equal Protection Clause של התיקון ה-14 לחוקה.¹⁶⁸ אולם, בשנת 1964 נחקק בארצות הברית חוק זכויות האזרח¹⁶⁹ (חוק פדרלי), וכיום הוא החוק בעל החשיבות הגבוהה ביותר בכל הנוגע לזכויות חוקתיות של מיעוטים על רקע מיניות.¹⁷⁰ בין השאר, אוסר Title VII של החוק על הפליה בעבודה ובפעילויות אחרות מחמישה טעמים: גזע, צבע, דת, מין ולאום. מטרת החוק העיקרית היתה להגן על קבוצת האפרו-אמריקניים וקבוצות מיעוט אחרות, שחווי הפליה קשה באותם ימים. בתחילה, בתי המשפט בארצות הברית פרשו את החוק בדווקנות, כך שרשימת העילות נתפסה כסגורה. כפי שאראה, למרות זאת, עם השנים נקט בית המשפט גישה פרשנית מרחיבה, בכל הנוגע לפירוש העילות הקיימות בחוק.

איסור ההפליה מחמת "מין" לא היה בחוק מלכתחילה, אלא הוא נוסף ע"י המתנגדים לחקיקת החוק, משום שאלה חשבו שאיסור כזה לא יתקבל בעין יפה, ולכן החוק לא יעבור. לבסוף עבר החוק בסנאט, והחל להיות מיושם בשנת 1965. בשל דרך הוספתו, ישנה כמות מעטה ומוגבלת של מידע הנוגעת לפירוש המילה "מין", בדברי ההסבר לחוק ישנה עמימות לגבי אופן הפרשנות, אין דו"ח של הסנאט והחוק אינו מגדיר את הביטוי. כאשר בדרך כלל מילה אינה מוגדרת בחקיקה האמריקאית, בית המשפט ייטה לפרשה בדרך היומיומית, המקובלת והנפוצה. לאור כל האמור לעיל, האם ניתן לטעון שהביטוי "מין" בחוק זכויות האזרח האמריקני משנת 1964 יכול להתפרש ככזה הכולל את היבטיו השונים של המגדר, לרבות "זהות מגדרית"? על שאלה זו אענה בפרק זה ואסתמך בתשובתי על פסקי דין מנחים בסוגיה.

כאמור לעיל, מאז חקיקת חוק זכויות האזרח, לא העביר הקונגרס האמריקני חקיקה מפורשת המעניקה הגנה כנגד הפליה מחמת נטייה מינית ו/או זהות מגדרית. עם זאת, מספר בתי משפט פדראליים בדרגות נמוכות יותר, העניקו הגנה בנסיבות מסוימות למיעוטים שהופלו על רקע מיניותם.¹⁷¹

סקירה של החקיקה המדינתית בארה"ב מעלה, כי כתריסר מדינות כללו בחוקיהם האזרחיים איסור הפליה מפורש מחמת "נטייה מינית", אולם מספר מועט מכך של מדינות כללו "זהות מגדרית" (או מונח דומה) בחוקיהם האזרחיים, בכוונה להעניק הגנה לציבור הטרנסג'נדרים.¹⁷² ברי, שמדינות אלה וחוקיהן אינם מחייבים את מערכת המשפט הפדראלית.¹⁷³ המדינה הראשונה בארה"ב שהעבירה חוק נגד אפליית טרנסג'נדרים היתה מינסוטה (בשנת 1975) ולאחריה באו אילינוי, פנסילבניה, לוס אנג'לס, קליפורניה, סיאטל, וושינגטון וכו'.¹⁷⁴ חלק מהמדינות, לדוגמה סן-פרנסיסקו, בחרו לשנות את החקיקה כך שאחד הטעמים האוסרים הפליה יהיה "זהות מגדרית". לעומת זאת, חלק מהמדינות ומינסוטה ביניהן, בחרו לפרש את החוק הקיים באופן רחב ולהגדיר "נטייה מינית" כך:

"Affectional Preference: Having or manifesting an emotional or physical attachment to another consenting person or persons, or having or manifesting a preference for such attachment, or having or projecting a

¹⁶⁸ "No state shall... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law" U.S. Const. Amend. XIV, Section 1.

¹⁶⁹ Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C.S. § 2000e-2 ("חוק זכויות האזרח").

¹⁷⁰ Sexuality Law, לעיל ה"ש 6, בעמ' 488.

¹⁷¹ שם.

¹⁷² ראה לדוגמה בניו ג'רזי: NJ Law Against Discrimination (LAD, 2006) וכן; www.gogay.co.il/content/article.asp?id=6287.

¹⁷³ Sexuality Law, לעיל ה"ש 6, בעמ' 488.

¹⁷⁴ Paisley, לעיל ה"ש 3, בעמ' 45.

self-image or identity not traditionally associated with one's biological maleness or femaleness."¹⁷⁵

בקליפורניה לדוגמה, בחר המחוקק להגדיר את המונח "מגדר" בחוק פשעי השנאה¹⁷⁶ כך שיכלול גם אנשים טרנסגינדרים באופן הבא:

"Gender' means the victim's actual sex or the defendant's perception of the victim's sex, and includes the defendant's perception of the victim's identity, appearance or behavior, whether or not that identity, appearance or behavior is different from that traditionally associated with the victim's sex at birth."¹⁷⁷

הלכה למעשה, הגנה חוקית על זכויותיהם של טרנסגינדרים נעשתה באחד משלושת האופנים הבאים:

- (1) הוספת "זהות מגדרית" (או מונח דומה) כסטטוסים חדשים בחוק.
- (2) ע"י יצירת הגדרה חוקית חדשה למונחים: מגדר ו/או מין.
- (3) ע"י יצירת הגדרה חוקית חדשה למינוח: "נטייה מינית".

רק האפשרות הראשונה לעיל מגבירה את ה"ניראות", השיח והערך הסימבולי של הוספת זהות מגדרית ושולחת מסר תקיף ורב עוצמה- אנשים טרנסגינדרים זכאים לשוויון מלא ולגיטימיות. בושינגטון, לדוגמה, מגדיר החוק זהות מגדרית באופן מאוד חד וברור:

"The status of being transsexual, transvestite, or transgender"¹⁷⁸

מחד גיסא, הגדרה כה מפורשת וספציפית היא חיובית, וזאת מהטעם הבא: היא מותירה שיקול דעת צר ביותר לפרשנות, העלולה לפגוע באנשים טרנסגינדרים. לכן, למעשה היא מונעת מניפולציות שלעיתים מנסים לעשות עורכי הדין של הנתבעים, המעוניינים להראות שהחוק אינו חל על התובעים. מאידך גיסא, הגדרה כה מדויקת עלולה להוציא לגרום לכך שהחוק לא יחול על כל הקשת הרחבה של "המגדר", ומי שאינו מזדהה בדיוק עם ההגדרות המנויות בחוק עלול למצוא עצמו נטול הגנה. לעומת זאת, במינסוטה, כאמור לעיל הגדיר המחוקק את ה"נטייה המינית" באופן רחב יותר, על אף שנטייה מינית אינה בהכרח קשורה או מעידה על זהות המגדר.¹⁷⁹

בעיר טוסון, שבמדינת אריזונה, משלב המחוקק הן הגדרה ספציפית והן הגדרה כללית למונח "זהות מגדרית" באופן הבא:

¹⁷⁵Minneapolis, Minn., Code of Ordinances tit. 7 ch. 139 § 139-10 (2000)

¹⁷⁶Cal. Penal Code § 422.6

¹⁷⁷Cal. Penal Code § 422.76

¹⁷⁸Olimpia, Wash., Ordinance 5670 (1997)

¹⁷⁹Paisley, לעיל ה"ש 3, בעמ' 52.

"An individual's various attributes as they are understood to be masculine and/or feminine and shall be broadly interpreted to include pre- and post-operative transsexuals, as well as other persons who are, or are perceived to be, transgender."¹⁸⁰

הגדרה זו מבטיחה באופן סימולטני הגנה עבור קבוצות ספציפיות (כגון: טרנסקסואלים) ובמקביל מנמעת מאי-החלת החוק על קבוצות או פרטים שאינם נמנים על הקבוצות המוגדרות בחוק.¹⁸¹ מסקירת הפסיקה האמריקאית ודפוסי החברה כפי שמשקפים מגישה בית המשפט בפסקי הדין, ניתן להסיק כי בתחילה הגישה השלטת היתה שייתכן שמין הוא אחת משתי אופציות: זכר או נקבה. בנוסף לכך, עוד עולה כי מגדר הוא בינארי: נשי או גברי. הגבריות קושרה באופן בלעדי לזכרים ואילו נשיות לנקבות.¹⁸² התוצאה הישירה של תפיסה זו היתה כי אנשים שלא השתלבו בקטגוריות נוקשות אלה מצאו עצמם חדשות לבקרים ללא הגנה של חוקים האוסרים הפליה על בסיס מין.¹⁸³ כפי שאראה בפסקי הדין כדלקמן מגמת בית המשפט האמריקני בעשור האחרון הינה לפרש את המושג "מין" בהרחבה, כך כשתחת כנפיו יחסה גם ה"מגדר", לרבות "זהות מגדרית". פסק דין חשוב שניתן ע"י בית המשפט העליון של ארצות הברית בשנת 1989, שינה את הלך הרוח והתפיסה לגבי מגדר, והשפיע על גישת בית המשפט כלפי טרנסג'נדרים הינו **ענין Price Waterhouse**.¹⁸⁴ בענין זה הותוותה גישה אשר רואה את נושא המגדר כחלק מ"מין". התיאוריה אשר הועלתה לראשונה בפסק דין זה הינה **תיאורית הסטריאוטיפ המיני** (Sex Stereotyping Approach) המשמשת מאז ככלי הליטיגציה המשמעותי ביותר עבור טרנסג'נדרים שהופלו.¹⁸⁵

בעניין זה דובר בעובדת שהועסקה בחברת Price Waterhouse, הייתה עובדת מצטיינת, כשרונית ובעלת יכולות בולטות. היא הייתה מועמדת לקידום לקראת בחירתה לשותפה בחברה. אולם, למרות זאת, הוחלט להשהות את מועמדותה, בשל חזותה הגברית ונטייתה להשתמש בלשון בוטה. הממונים עליה הציעו, כי אם ברצונה לשפר את סיכוייה להיבחר יהיה עליה לסגל לעצמה סממנים נשיים יותר, לרבות: הליכה, דיבור, לבוש ואיפור. העובדת טענה בבית המשפט כי הופלתה מחמת מין עפ"י סימן 7 לחוק זכויות האזרח. בית המשפט קבע בדעת רוב, כי העובדת לא הופלתה מחמת היותה אישה אלא בשל כך שחזותה והתנהגותה לא היו מספיק "נשיים" ושהשקפתם של הממונים עליה היתה סטריאוטיפית בכל הקשור לאופן שבו אישה צריכה להיראות ולהתנהג. עוד נקבע, כי מעסיק אינו יכול להפלות עובד משום שאינו תואם להגדרות סטריאוטיפיות המיוחסות למינו הביולוגי. על אף שפסק הדין נסב סביב הפליה בתעסוקה, ובישראל קיימת חקיקה נפרדת לנושא זה, ניתן להסיק מפסק הדין אודות הגישה לטרנסג'נדרים. לדעתי, מחד גיסא יש לברך על כך שבית המשפט נתן מענה לצרכיהם של ציבור הטרנסג'נדרים, על אף שהחוק אינו מגדיר בבירור את זהות המגדר כטעם להפליה. אולם, מאידך גיסא יש מקום לבקר את גישת בית המשפט כלפי טרנסג'נדרים כפי שבאה לידי ביטוי בענין זה, וזאת משום שהיא מעלה מספר קשיים. ראשית, הגישה מניחה מודל

¹⁸⁰ Tucson, Ariz., Ordinance 9199 (1999).

¹⁸¹ Paisley, לעיל ה"ש 3, בעמ' 52.

¹⁸² Patricia, לעיל ה"ש 49, בעמ' 1322-1323.

¹⁸³ ראה לדוגמה ענין Sommers, בו נפסק כי טרנסקסואל במהלך התהליך לשינוי מין אינו יכול לטעון להפליה על בסיס מין, משום שהשימוש הנפוץ למילה "מין" מתייחס לגבר או אישה אך לא לשניהם. Sommers v. Iowa Civil Rights Comm'n, 337 N. W. 2nd 470, 473 (1983).

¹⁸⁴ Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228 (1989) (להלן: "ענין Price Waterhouse").

¹⁸⁵ ליאור בכר **משפט משווה: אפלייתם של עובדים טרנסג'נדרים בשוק העבודה - הסדרים משפטיים בדין האמריקני ובדין הישראלי** (פרויקט "הסמינר", אוניברסיטת ת"א, 2010). זמין ב: www.law.tau.ac.il/Heb/_Uploads/dbsAttachedFiles/lior14-11-10.pdf.

בינארי של מגדר: זכר ונקבה. יוצא מכך, כי זו מציבה את המין הביולוגי כנקודה האולטימטיבית לבחינת הזהות המגדרית. שנית, גישה זו מסווה את סיבת האפליה האמיתית, קרי, היות האדם טרנסגינדר. למעשה, גישה זו מדירה את השיח הטרנסגינדר, מתעלמת ממנו, וגורמת לכך, שתובעים ידרשו להוכיח שהופלו מחמת כך שנתפשו כמי שאינם תואמים את המגדר המיוחס להם עפ"י מינס הביולוגי. תוצאתה של גישה זו אינה אלא חוסר התמודדות עם הדרתו של הציבור הטרנסגינדר, התעלמות מהשיח עליו והצבת מכשולים נוספים בפני תובעים פוטנציאליים.

פסק דין נוסף שעניינו הפליית טרנסגינדרים הינו **ענין Rosa**.¹⁸⁶ התובע נהג ללבוש בגדים "נשיים" וכאשר פנה לסניף הבנק על מנת לבקש הלוואה, התבקש להציג תעודה מזהה.¹⁸⁷ לאחר הצגת התעודה, סברה הפקידה שהאדם בלבוש הנשי שמולה, אינו תואם לאדם בעל החזות הגברית שמופיע בתעודת הזהות, ולפיכך התנתה את מתן ההלוואה בכך שישוּב לסניף בבגדים גבריים. התובע הסתמך בתביעתו על הלכת Price Waterhouse לעיל, וטען כי הופלה מחמת סטריאוטיפים מיניים פסולים. בית המשפט הגדיר את התובע כקרוס-דרסר, וקבע לאורה של הלכת Price Waterhouse כי **די בהערות סטריאוטיפיות כדי להקים ראיה לכך ששיקולי מגדר פסולים נלקחו בחשבון**. יוטעם, בענין זה על אף שבית המשפט הציג את התובע כקרוס-דרסר, המדובר היה באישה טרנסקסואלית אך עובדה זו לא צוינה בכתב התביעה המקורי, ייתכן בשל כך שבאי כוחה רצו להיבנות מהלכת Price Waterhouse וחששו כי בית המשפט לא ירחיב את ההלכה במפורש על טרנסקסואלים.¹⁸⁸

המשך למגמת בית המשפט האמריקאי הרואה ב"מגדר" כחלק מפרשנות רחבה של "מין", ניתן לראות **בענין Schwenk**.¹⁸⁹ בענין זה, המדובר היה באסירה טרנסגינדרית שהחלה ליטול הורמונים נשיים טרם כליאתה. בכלא, שובצה באגף הגברים והותקפה מינית ע"י אחד הסוהרים. בפסק דין זה נסב הדיון על פירושו של **חוק Gender Motivated Violence Act**,¹⁹⁰ שמטרתו הגנה על נשים ממעשי אלימות שנובעים מחמת מגדרן. הנתבע טען, כי החוק אינו חל על אנשים טרנסגינדרים, אולם בית המשפט לא קיבל את טענתו, ואימץ שיחה מגדרי. בית המשפט הרחיב את הלכת Price Waterhouse, פנה לתובעת בלשון נקבה (she) במהלך כל פסק הדין, וקבע שאין כל הבדל בין החוק הנ"ל לבין סימן 7 לחוק זכויות האזרח, וששניהם אוסרים הפליה מחמת מין ומגדר.

חוק נוסף שנחקק ע"י הקונגרס האמריקאי ואשר ראוי לציון על אף שאינו עוסק בתביעות אזרחיות מוכר בשם- **Matthew Shepard Act**.¹⁹¹ חוק זה אשר נחקק בשנת 2009 ונחתם ע"י הנשיא אובמה, חוקק בתגובה לאירוע משנת 1998, בו סטודנט בשם מתיו שפרד, עונה ונרצח בשל היותו הומוסקסואל. חוק זה מרחיב את החוק משנת 1969 ומגדיר כפשעי שנאה עבירות שבוצעו מחמת: מגדר, נטייה מינית, **זהות מגדרית** או לקות כלשהי. חוק זה, הינו החוק הפדראלי הראשון שמעניק באופן מפורש הגנה פדרלית לאנשים טרנסגינדרים. החוק הסיר מכשולים קודמים שעמדו בפני אנשים טרנסגינדרים שרצו להגיש תביעה פדראלית כנגד תוקפיהם. בנוסף, החוק העניק סמכות לרשויות פדראליות לחקור פשעי שנאה שבוצעו בשל הטעמים שבחוק, ואשר רשויות מקומיות בחרו שלא לחקור. כאמור לעיל, אמנם אין עסקינן בחוק אזרחי האוסר הפליה ומעניק עילות תביעה אזרחיות לטרנסגינדרים, אך לא ניתן להתעלם מהמגמה החיובית שחלה בשנים האחרונות כלפי אנשים טרנסגינדרים בארצות הברית. ראויה לציון

¹⁸⁶ Rosa v. Park West Bank & Trust Co., 214 F.3d 213 (1st Cir. 2000). (להלן: "ענין Rosa").

¹⁸⁷ בענין זה התבסס התובע על איסור הפליה על בסיס חוק Equal Credit Opportunity Act 15 U.S.C. § 1691 et seq.

¹⁸⁸ Laura Grenfell, *Embracing Law's Categories: Anti-Discrimination Laws and Transgenderism*, 15 YALE J. L. & FEMINISM 51, 66 (2003).

¹⁸⁹ Schwenk v. Hartford, 204 F.3d 1187 (9th Cir. 2000). (להלן: "ענין Schwenk").

¹⁹⁰ The Gender Motivated Violence Act, 42 U.S.C. § 13981.

¹⁹¹ H.R.1913 - Local Law Enforcement Hate Crimes Prevention Act of 2009 ("Matthew Shepard Act"). (להלן: "Matthew Shepard Act").

¹⁹² 1969 United States Federal Hate-Crime Law.

התייחסותו המפורשת של הקונגרס ל"זהות המגדרית", שלא כמו בחקיקה הפדראלית אזרחית, בה ההרחבה נעשית על דרך הפרשנות. לעניות דעתי, ככל שההרחבה נעשית על דרך הפרשנות ולא באופן ברור וחד משמעי בחקיקה, ישנה התעלמות מהשיח הטרינסג'נדררי הן בפן המשפטי, הן בפן הציבורי והן בפן החברתי.

ג.1.2. להיות "אמיתי" – השפעת גישת בית המשפט האמריקני כלפי טרנסג'נדרים על דעת הציבור

בשל מיעוט התביעות בישראל הנוגעות לאנשים טרנסג'נדרים, אשתמש בפסיקה האמריקאית על מנת לשקף את גישת בית המשפט כלפי טרנסג'נדרים, והחשיבות של קביעות בית המשפט בעיצוב דעת הקהל בציבור הרחב. כמו כן, בפרק זה אטען כי למבנה מערכת המשפט האמריקאית, המבוססת על חבר מושבעים, ישנו תפקיד מכריע אשר משפיע על האפשרות של אנשים טרנסג'נדרים לזכות בתביעות נזיקיות. אציג את הקשיים בתרבות הדורשת זהות פיזית מוגדרת, ומניחה קיומה של זהות מגדרית בינארית. לשיטתי, לדיני הנזיקין ולבית המשפט תפקיד חשוב בהבניה של מה שנתפס בעיני הציבור כ"אמיתי" והשפעה כזו קיימת גם בישראל, ומשפיעה באופן עקיף על המיעוט בהגשת תביעות נזיקיות מצד אנשים טרנסג'נדרים וכמות הדלילה של ליטיגציה טרנסג'נדרית.

בתביעות נזיקיות בישראל על התובע להוכיח בבית המשפט את הנזק הנגרם לו ברמת וודאות של 51% על מנת שהשופט יפסוק לטובתו, ויעניק לו את הסעד המבוקש. בדין האמריקאי, לעומת זאת, על התובע לשכנע את חבר המושבעים ב"אמיתות" תביעתו. כאשר מוטל ספק באמינות הנזק, יהיה זה קשה יותר לזכות בסעד. יתרה מכך, כאשר מוטלת ספק באמינות התובע עצמו בשל זהותו המגדרית, שלעיתים נתפסת כבלתי אמינה, יכול הדבר להשפיע על שופטים וחבר המושבעים, משום שיהיה יותר קשה לתובע להוכיח את תביעתו. מכאן ניתן להסיק, כי זהותו המגדרית של התובע עלולה להשפיע על תוצאת המשפט, וכך להשפיע בעקיפין על כמות התביעות שתוגשנה לבית המשפט מצד תובעים טרנסג'נדרים. טול לדוגמה את **עניין Littleton**¹⁹³, בענין זה בית המשפט לא קיבל תביעה של אישה טרנסקסואלית לרשת את בעלה המת.¹⁹⁴ הטעם לכך היה, ש"אינה אישה אמיתית". בערעור קבע בית המשפט, כי אמנם יש לה סממנים אנטומיים של נקבה, ויש לה יכולת מינית לתפקד כנקבה אולם, בשל העובדה שהאנטומיה הנקבית שלה היא מעשה ידי אדם, היא אינה אישה אמיתית. כמו כן, התייחס בית המשפט למבנה הכרומוזומלי שלה וזאת, על אף שלא הוצגה בפניו כל חוות דעת רפואית המאשרת שהמבנה הכרומוזומלי שלה אכן XY (ולא XX כפי שיש לנשים) אלא פשוט הניח זאת, מבלי להידרש להוכיח את הסוגיה.¹⁹⁵ לפיכך, פסק בית המשפט כי נישואיה לא היו אמיתיים, ואינה יכולה לרשתו.

בדיני הנזיקין "אמתיות" נתפסת כהוכחה שהזהות המגדרית שלך היא "טבעית", ולא "מוזיפת" או "נרכשת".¹⁹⁶ למונח "טבעי" אין משמעות יציבה בדיני הנזיקין, לעיתים פרושו שלגוף יהיו אינדיקטורים ביולוגיים של המין שאתו נולד האדם, וכאשר זה המקרה, משמעות המילה "טבעי" היא כזה שלא שונה. במקרים בהם נעשים ניתוחים על מנת "לשפר" את אחד הסממנים המזוהים עם המין הביולוגי המולד, לדוגמה: במקרה של נשים- הגדלת חזה, לרוב לא תהיה לכך השפעה על ה"אמתיות" של התובעת וכך לא תפגע אמינותה. במקרים אלה, השינוי נתפס ככזה הנעשה מתוך כוונה לבנות מחדש חלקי גוף, שעפ"י תפיסת דיני הנזיקין "אמורים היו להיות שם מלכתחילה",¹⁹⁷ ולכן ה"טבעי" הוא ה"נורמלי". אולם, בהקשר זה עולה השאלה מהו "נורמלי" וכיצד הוא נקבע? "נורמלי" מוגדר לרוב ע"י קריטריונים המשתנים בין תרבות לתרבות, אך ניתן לומר כי גם לבית המשפט ככלל, ולדיני הנזיקין בפרט, ישנה

¹⁹³Littleton v. Prange, 9 S.W.3d 223, 231 (Tex. App. 1999). (להלן: "ענין Littleton").

¹⁹⁴ על אף שבדין הישראלי ענייני ירושה אינם מוסדרים במסגרת דיני הנזיקין, אשתמש בענין זה לצורך הדוגמה בלבד ומבלי להידרש לסוגיות העולות מנושא הירושה.

¹⁹⁵Anne Bloom, *To Be Real: Sexual Identity Politics in Tort Litigation*, 88 N.C.L Rev. 357, 385 (2010). (להלן: "Bloom").

¹⁹⁶שם, בעמ' 361.

¹⁹⁷שם, בעמ' 362.

השפעה על קביעת נורמות אלה. חשיבותם של דיני הנזיקין בקביעת נורמות חברתיות אלה, נעוצה בכך שדיני הנזיקין עוסקים בפגיעות גופניות. לפיכך, בעלי תפקיד חשוב במיוחד בעיצוב נקודת המבט על אנשים טרנסגינדרים, ועל האופן בו באות לידי ביטוי נורמות חברתיות.

"אמתיות" בדיני הנזיקין מניחה זהות מגדרית בינארית: זכר או נקבה ולא שניהם (או אף אחד מהם). המשמעות היא שבעיני דיני הנזיקין להיות טבעי, משמעו להיות ביולוגית זכר או נקבה ולהישאר עם אותה זהות. אינדיבידואלים ה"מתערבים" בסדר ה"טבעי" עלולים להיתקל בקשיים בקבלת פיצוי על נזקיהם, או במקרה הגרוע יותר- כלל לא יתאפשר להם לתבוע.¹⁹⁸

טול לדוגמה את **ענין Littleton** לעיל, המדובר במקרה בו אישה טרנסקסואלית עברה ניתוחים וטיפולים רבים על מנת לשנות את מינה הביולוגי מגבר לאישה. אולם, בשעת המבחן, בה היא אמורה לקבל סעד מבית המשפט ולהשתמש בזהותה המינית (החדשה) והמגדרית כאישה, קובע בית המשפט כי היא אינה אישה אמתית. הכרעה כזו מצד בית המשפט, משפיעה על התפיסות בקרב הציבור מחוץ לכותלי בית המשפט, מעצבת את דעת הקהל על מה שנחזה כ"אמיתי" וגורמת בעקיפין לכך שתובעים טרנסגינדרים לא יצפו לקבל סעד מבית המשפט, ולכן לא יפנו לערכאה משפטית.

סיטואציה אחרת בה ניכרת הפגיעה בטרנסקסואלים, והחסם העומד בפניהם להגיש תביעות נזיקיות הינה בתחום הרשלנות הרפואית. מדי שנה מתבצעים אלפי ניתוחים להגדלת חזה באמצעות שתלי סיליקון על מנת שהחזה יראה יותר "נשי".¹⁹⁹ בפסיקה בארצות הברית בנושא זה, קיימת הבחנה בין ניתוחים שנעשו אך למטרת "קוסמטית" לבין ניתוחים שנעשו למטרת תיקון חזה טבעי. ניתוחים מהסוג האחרון זכו ליותר אהדה והתחשבות מצד חבר המושבעים או השופטים וקיבלו פיצויים גבוהים יותר.²⁰⁰ מכך נובע, שבשל העובדה שנשים טרנסקסואליות לא נולדו כנקבות, מטילים עליהן אשם תורם בכך שהן מנסות "לזייף" זהות אחרת. לדעתי, בכל הכבוד, יש לדחות טענה זו מכל וכל. טענה כזו משקפת חוסר הבנה בסיסי לסיטואציה בה נמצאים אנשים טרנסגינדרים ואין כל סיבה הגיונית להבחין בין מקרים בהם נעשית הגדלת חזה לנשים שנולדו עם איבר מין נקבי לבין נשים טרנסגינדריות שנולדו עם איבר מין זכרי. ובמילים אחרות, אין סיבה הנראית לעין להבחין בין מנותחות שהשתמשו בשתלי סיליקון ליצירת שד (כפי שנעשה לטרנסקסואליות) לבין מנותחות שעברו את השתלת שתלי הסיליקון פשוט משום שהיו מעוניינות בחזה גדול או נשי יותר. בשני המקרים הסיכונים, התוצאה, ההחלמה והסיבוכים האפשריים- זהים.

ההבחנה בין שני המקרים הנ"ל גורמת למצב בו למעשה, דיני הנזיקין נתפסים כמעבירים מסר: המין הביולוגי הוא (או צריך להיות) טבעי/מולד והתערבות במה שיצר הטבע למטרה אחרת, פרט לבנייה מחדש של משהו שכבר קיים, היא פסולה.²⁰¹ גישה זו מציבה את האנשים הטרנסגינדרים/הטרנסקסואלים בעמדה נחותה, והנרטיב שמועבר לכלל הציבור ע"י בית המשפט (בין אם ע"י חבר מושבעים ובין אם ע"י שופטים) הוא שהזהות צריכה להיות טבעית ואמתית ולא להיעשות ע"י בני אדם. ייתכן כי דווקא שיטת המושבעים מעודדת תפיסות פסולות אלה, כאשר ההחלטה נותרת בידי הדייטים, ייתכן מאוד שתוצאת פסק הדין תהיה לרעת אנשים טרנסגינדרים, שכן קבוצה זו מלכתחילה נמצאת במעמד מוחלש ואינה זוכה לאהדה ולתמיכה ציבורית.

לסיכום, לפסיקת בית המשפט בתביעות נזיקיות יש השפעה גדולה מאוד בעיצוב התפיסות התרבותיות והחברתיות בכלל, ובנושא של טרנסגינדרים בפרט. המשמעות אם כך היא, שפסיקה זו משפיעה על הבניית הדעה והאמונה בקרב הציבור הרחב לגבי מה שנחזה כ"אמיתי" בהקשר של זהות מגדר. נכון כי דיני הנזיקין אינם המשפיעים היחידים על

¹⁹⁸שם.

¹⁹⁹הרחבה על העשיית ניתוחי הגדלת החזה ראה: Emily C. Aschinger, *The Selling of the Perfect Breast: Silicone, Surgeons, and Strict Liability*, 61 UMKC L. Rev. 399, 407 (1992).

²⁰⁰Bloom, לעיל ה"ש 195, בעמ' 389.

²⁰¹שם, בעמ' 390.

הדעה בקרב הציבור בנושא זה, אלא המדובר בנושא מורכב המושפע מגורמים רבים. אולם, ראוי כי בית המשפט לא יכריע לאורן של תפיסות ארכאיות המניחות כי זהות המגדר היא בינארית, ואולי בעקבות כך יחולו תמורות חיוביות בנושא גם מחוץ לכותלי בית המשפט.

ג.2. צ'כיה

לאחר נפילת הקומוניזם בשנת 1989, השתפרו זכויות קהילת הלהט"ב בצ'כיה במהירות יחסית. אולם, שימוש במילה הלהט"ב בהקשר זה עלול מעט להטעות. החוקים שהתקבלו בפרלמנט הצ'כי עסקו רובם ככולם בקהילה ההומו-לסבית, והותירו מאחור את קבוצת הטרנסג'נדרים.

בשנת 2004 הצטרפה צ'כיה למדינות האיחוד האירופי, ובשנת 2006 התקבל בפרלמנט הצ'כי ה- **Registered Partnership Act**²⁰² המאפשר לזוגות חד מיניים לחיות יחד בשיטה של "שותפות רשומה"²⁰³. חוק זה מיקם את צ'כיה כמדינה השנייה שאימצה חוק כזה, לאחר נפילת השלטון הקומוניסטי. אולם, כפי שאסביר בפרק זה, על אף ההגנה היחסית, לה זוכים אנשים בעלי נטייה מינית שונה, מצבם המשפטי של הטרנסג'נדרים במדינה חמור הרבה יותר.

מלבד העובדה שחוק העונשין הצ'כי אינו מכיר בכך ששנאה על רקע הומופוביה/טרנספוביה מהווים נסיבות חמורות במקרה של תקיפות ופשעים כנגד חברי קהילת הלהט"ב, אלא שאנשים טרנסג'נדרים אינם מוגנים ע"י החקיקה האזרחית בצ'כיה.²⁰⁴ טל לדוגמה, אסירים טרנסקסואלים אשר נפגעת זכותם לטיפול רפואי משום שבין כותלי הכלא אסור להם ליטול הורמונים או לעבור ניתוחים כלשהם,²⁰⁵ בכך מופר סי' 10 ל **ICCPR**²⁰⁶, עליו חתמה צ'כיה. מיעוט אירגוני זכויות הלהט"ב בצ'כיה וחולשתן של הקבוצות הקיימות, מקשה מאוד על איסוף ואיתור מקרי ההפליה כנגד טרנסג'נדרים, במיוחד בשל העובדה שהם כמעט ולא עותרים לבית המשפט, ולכן ה"נראות" שלהם נמוכה מאוד. ממחקר שנעשה בין השנים 2002-2003 עולה, כי 13% מהנשאלים חוו הפליה בשירותים (12% חוו הפליה במקום העבודה ו- 25% הוטרדו במקום העבודה)²⁰⁷.

אף עפ"י שניתוחים לשינוי מין בקרב טרנסקסואלים מוכרים ע"י המדינה, ישנה בעייתיות בקרב אנשים טרנסג'נדרים שאינם יכולים/מעוניינים לעבור ניתוח לשינוי מין. בצ'כיה, האזרחים מזוהים ע"י שם ומספר תעודת זהות²⁰⁸, ושינויים של שני אלה עפ"י החוק, כפוף לשינוי המין.²⁰⁹ עפ"י השיטה הצ'כית, מספר תעודת זהות מעיד למעשה על פרטיו האישיים של האדם, ומספק מידע בין היתר על מגדרו. על כן, לאחר סיום התהליך לשינוי מין, משתנה גם מספר תעודת זהות. במקרים בהם טרנסג'נדרים לא עברו ניתוח לשינוי מין, מספר תעודת זהות אינו משתנה, ומעיד על כך שמבחינה ביולוגית מינם לא שונה. שיטה זו פוגעת בפרטיותם ועלול להפלותם בסיטואציות מסוימות.

²⁰² Act No 115/2006 Coll. on registered partnership and changes in some related laws

²⁰³ עוד על שותפות רשומה ר': Yuval Merin, Equality for Same-Sex Couples: The Legal Recognition of Gay Partnerships in Europe and the United States (Chicago 2002).

²⁰⁴ www.uprinfo.org/IMG/pdf/ILGA_CZE_UPR_S1_2008_InternationalLesbianandGayAssociation_uprsubmission.pdf

²⁰⁵ The Status of Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex Rights in the CZECH REPUBLIC- A Shadow Report (2007). זמין ב: www.globalrights.org/site/DocServer/Shadow_Report_Czech_Republic.pdf?docID=9923 למידע נוסף ראה:

www.transforum.cz/tf/tf1.php

²⁰⁶ International Covenant on Civil and Political Rights 1976 (להלן: "ICCPR").

²⁰⁷ Prochazka I., Janik, D., Hromada, J.: Spolecenska diskriminace lesbickych zen, gay muzu a bisexualu v CR. Praha. Gay

²⁰⁸ www.gay.iniciativa.cz/www/index.php?page=clanek&id=256 זמין ב: www.gay.iniciativa.cz/www/index.php?page=clanek&id=256

²⁰⁹ Act no. 133/2000 Coll. census law

²⁰⁹ Paragraph no. 17, Act 133/2000 Coll. census law

חוק **People's Health Care Law**²¹⁰ קובע, כי אישור לניתוח לשינוי מין מותנה באישור ועדה של פיזיקאים. בפרשת **Goodwin**²¹¹ משנת 2002, הכיר לראשונה בית המשפט האירופי לזכויות אדם (להלן: "ECHR") בשתי נשים טרנסקסואליות כנשים מבחינה משפטית. עפ"י פסק דין זה, נשים אלה יזכו בכל הזכויות עפ"י מין החדש, ובנוסף נקבע כי ממשלת בריטניה לא עמדה בהתחייבותה להגן על זכותן לפרטיות עפ"י סימן 8 **לאמנה האירופית לזכויות אדם**.²¹² פסק דין זה מחזק את מעמדן של נשים טרנסקסואליות שעברו ניתוח לשינוי מין במדינות האיחוד האירופי, לרבות צ'כיה. עד שנת 2009, במערכת המשפט הצ'כית לא היה חוק אחד האוסר הפליה מטעמים שונים. היו מספר חוקים שהעניקו הגנות מסוימות מפני הפליה בהתאם לטעם שממנו נבעה ולסיטואציה, והחקיקה היתה חלקית ובלתי אחידה. ברמה החוקתית, ההגנה מפני הפליה מצוינת **בצ'רטר הזכויות הבסיסי**²¹³, בה מופיעה המילה "מגדר" אך לא "זהות מגדר":

"Everyone is guaranteed the enjoyment of her fundamental rights and basic freedoms without regard to gender, race, color of skin, language, faith and religion, political or other conviction, national or social origin, membership in a national or ethnic minority, property, birth, or other status."
(ההדגשה אינה במקור, נ.ב.א.)

עפ"י החוקה, ניתן להגיש תביעות במקרים בהם הופרה ההגנה החוקתית בתחום הזכויות הפוליטיות והאזרחיות הבסיסיות. אולם, במקרי הפליה חברתית וכלכלית, לא ניתן לקבל סעד מתוקף חקיקה זו. בנוסף, רק המדינה תתבע בבית המשפט של החוקה, ואילו נתבעים אזרחיים יתבעו במסגרת בתי המשפט הרגילים. האיסור החוקתי על הפליה אינו חל על זכויות חברתיות, אלא אם ישנו חיקוק ספציפי האוסר את אותה התנהגות.²¹⁴ ההבחנה בין קבוצות מיעוט מסוימות שיהיו מוגנות ע"י חקיקה ולפיכך יוכלו להגיש תביעות נזיקיות בשל הפליה שנגרמה להן, לבין קבוצות מיעוט אחרת כמו לדוגמה טרנסגינדרים אשר דרכן לבית המשפט חסומה מהוו הפרה של סעיף 26 ל-**ICCPR**. ההפרה מתבטאת בכך שיוצרת מצב, הלכה למעשה, שהחוק לא מתייחס באופן שווה לכולם. ויטעם, בחיקוקים רבים בנושאים ספציפיים לדוגמה: בתחום החינוך (**The School Act**²¹⁵), טיפול רפואי ושירותים אחרים לא מצוין איסור הפליה מחמת זהות מגדר. התעלמות מחקיקה אנטי מפלה, מהווה הפרה בוטה של ס' 12(1) ו-26 של ה-**ICCPR**²¹⁶, עליו חתומה צ'כיה.

בשנת 2004, נערך ניסיון ראשון להעביר טיוטת חוק בפרלמנט הצ'כי בשם "**Anti-Discrimination Bill**". הצעת חוק זו אמורה היתה לשפר את מעמדם המשפטי של טרנסגינדרים, והוצע בה לאסור הפליה מחמת "זהות מגדרית".

²¹⁰ Paragraph no 27a, articles 1 and 2, Act no. 20/1996 Coll, about people's health care, in accordance with later legal bylaws
²¹¹ Goodwin v The United Kingdom, European Court of Human Rights case 28957/95 on 3rd July 2002 (reported at 35 ECHR 664 (2002) IRLR [2002] 447. (להלן: "פרשת Goodwin").
²¹² Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR, 1950)
²¹³ Article 3, paragraph 1, Act no. 2/1993 Coll., Decree of basic rights and freedoms
²¹⁴ www.uprinfo.org/IMG/pdf/ILGA_CZE_UPR_S1_2008_InternationalLesbianandGayAssociation_uprsubmission.pdf
²¹⁵ Paragraph 2, letter 1, Act no. 561/2004 Coll., about pre-school, primary school, high school, vocational training and other education (School Law) in accordance with later legal bylaws
²¹⁶ International Covenant on Civil and Political Rights 1976 (להלן: "ICCPR").

הצעת חוק זו, נדחתה ע"י הפרלמנט הצ'כי בשנת 2007. בצ'כיה, כמו בהרבה מדינות אחרות בעולם, אחת הסיבות לכך ש"גלגלי החקיקה" אינם נעים, היא המיעוט בתביעות מצד טרנסג'נדרים שהופלו. בשנת 2008 נערך ניסיון נוסף להעביר בפרלמנט את החוק הנ"ל, אלא שהפעם נשיא צ'כיה הטיל וטו. לבסוף, בשנת 2009 התקבל החוק בצ'כיה, לאחר שבית המחוקקים הפך את הווטו שהטיל הנשיא, בשל לחצים כבדים ביותר מצד האיחוד האירופי, והאיום בסנקציות כלכליות קשות. עד לשנת 2009, היתה צ'כיה המדינה היחידה באיחוד האירופי שלא אימצה את חקיקה נגד הפליה.²¹⁷

החוק אוסר על הפליה במגוון תחומים: בריאות, תעסוקה, טיפול רפואי, עסקים, ביטוח לאומי וכו'. איסור ההפליה נובע מהטעמים כדלקמן: מין, גיל, נכות, גזע, קבוצה אתנית, לאום, נטייה מינית, השקפה דתית, אמונה או השקפת עולם.²¹⁸ גם בחקיקה זו, כמו במדינות אחרות בעולם, מתעלם המחוקק מקבוצת הטרנסג'נדרים ואינו כולל "זהות מגדרית" כאחד מהטעמים לאיסור הפליה ומסתפק ב"נטייה מינית".

אם כן, נראה כי על אף שצ'כיה הינה מדינה שלמראית עין פתוחה ומעניקה יחס חם לקהילת הלהט"ב מבחינת נישואין, נראות ברחובות, פסטיבלים וכו', מבחינה משפטית רק בשנת 2009 עוגן איסור הפליית הומואים ולסביות בתחומים שונים. מבחינת קהילת הטרנסג'נדרים עוד רבה המלאכה, הם נותרו חסרי הגנה חוקית, זעקתם אינה נשמעת והם ממשיכים להיות "שקופים" לעיני המחוקק.

- **UN declaration on sexual orientation and gender identity**²¹⁹ - בשנת 2008 הועלתה הצעה לאו"ם בדבר נטייה מינית וזהות מגדרית. ההצעה הועלתה ביוזמת צרפת ובתמיכת האיחוד האירופי (הולנד ייצגה את האיחוד באותה שנה), וזו הוצגה לעצרת הכללית של האו"ם. ראשיתה של ההצהרה הינה "**ההחלטה הברזילאית**" משנת 2003²²⁰, שהוגשה למועצה הכלכלית-חברתית של האו"ם. ההחלטה הברזילאית קובעת כי זכויות להט"ב הן בסיסיות ככל זכויות האדם האחרות.
- ההצהרה שהועלתה לאו"ם בשנת 2008 כללה גינוי של אלימות, הטרדה, אפליה, הדרה, סטיגמיזציה ורדיפה על רקע נטייה מינית או זהות מגדרית. וכן, גינוי של הרג והוצאה להורג, עינויים, מעצרים שרירותיים, קיפוח כלכלי, חברתי ותרבותי על בסיס נטייה מינית או זהות מגדרית. עפ"י ההצהרה, אסורה כל צורה של הפרת זכויות אדם על רקע וממניעים של נטייה מינית או זהות מגדרית.
- ההצהרה זכתה לתמיכתן של 67 מדינות, לרבות ישראל, ואילו 57 מדינות התנגדו, ברובן מדינות ערביות-איסלמיות.
- עת כתיבת שורות אלה, ההצהרה טרם מהווה החלטה רשמית של האו"ם, אולם העלאת הנושא לסדר היום הציבורי והשימוש במונח "זהות מגדרית" בפורום זה, יש בו כדי להפיח תקווה לבאות, ולהתקדמות חיובית במצבם המשפטי של הטרנסג'נדרים ברחבי העולם. ייתכן כי כפי שבעשורים האחרונים חל שיפור במצבם המשפטי של הומואים ולסביות, בין היתר בשל לובי חזק, כך וישתפר גם מצב המשפטי של הטרנסג'נדרים. הנחתי היא, שככל שיעשה שימוש רחב יותר במונח "זהות מגדר" בזירה הבינלאומית, כך תתפתח יותר מודעות להגשת תביעות מצד טרנסג'נדרים. ייתכן שריבוי התביעות יעלה את הנושא לסדר היום הציבורי, ויותר מדינות יעגנו את איסור הפלייתם בחקיקה ראשית.

²¹⁷ www.romove.radio.cz/en/clanek/22523

²¹⁸ www.ceetrust.org/article/306

²¹⁹ www.un.org/webcast/ga.html וכן: www.netherlandsmission.org/article.asp?articleref=AR00000530EN

²²⁰ www.ilga.org/ilga/en/article/406

סיכום ומסקנות

בעבודה זו, ביקשתי להעניק פלטפורמה לקבוצה מוחלשת ומופלת שכמעט ואין בנמצא התייחסות אליה בחקיקה, בפסיקה, ובכתיבה המשפטית בישראל. קהילת הטרנסג'נדרים חווה הפליה ברבים מתחומי החיים, סובלת מאלימות פיזית ומילולית ומהדרה חברתית. הדיון בדין הישראלי, בדין האמריקני ובדין האירופי העלה כי ההסדרים הקיימים חסרים התייחסות מפורשת לקבוצת הטרנסג'נדרים, ואיסור הפליה חד וברור מחמת זהות מגדרית. עובדה זו מצריכה לשיטתי, ליטיגציה טרנסג'נדרית ענפה. הטיעון שהנחה אותי במהלך העבודה הוא שיש לחוקק חוק מקיף ואחיד שיגן על אנשים טרנסג'נדרים ויאסור הפליה מחמת זהות מגדר. אולם, פרט לסטריאוטיפים ונורמות חברתיות שקיימות כיום בנושא הטרנסג'נדרים, ניתן להניח שחקיקת חוק כזה לא תתאפשר בעיקר בשל סיבות פוליטיות ופנים מפלגתיות. לפיכך, הצעתי היא שעד שחוק מקיף יחקק, יש למצער לנסות להיצמד לחוקי איסור הפליה או הסדרים משפטיים קיימים אחרים, וזאת כאמור, באין ברירה.

כאשר סקרתי את הדין הישראלי, דנתי בראשי הנזק שיכולים לעמוד לתובעים טרנסג'נדרים פוטנציאליים, בעילת תביעה נזיקית. סבורני, כי אחד מראשי הנזק המשמעותיים ביותר הינו "הפגיעה ברגשות". מן הראוי כי במקרים של תביעות נזיקיות של טרנסג'נדרים שהופלו או שחוו פגיעה כלשהי, בית המשפט יפסוק פיצויים בגין פגיעה ברגשותיהם בשל הפגיעה חמורה בזכויותיהם החוקתיות.

במהלך עבודתי, טענתי כי בולטת בהיעדרה תפיסת שוויון קוהרנטית, אשר תשמש בסיס לבחינת המקרים השונים בהם מתעוררות שאלות של הפליית טרנסג'נדרים. מסקנתי היא, כי בהעדר עיגון מפורש לאיסור הפליה מחמת זהות מגדר, יהיה זה פרובלמטי לסמוך אך ורק על שיקול הדעת של בית המשפט, לכן יש לעגן את איסור ההפליה באופן מפורש. רק חקיקה מקיפה וחד משמעית, האוסרת הפליית טרנסג'נדרים על ביטוייה השונים, תגביר את ה"ניראות", השיח והערך הסימבולי של העניין, ותשלח מסר תקיף שאנשים טרנסג'נדרים זכאים לשוויון מלא ולגיטימיות. יתרה מכך, אי איסור הפליה מחמת זהות מגדר, חוסם את זכות הגישה לערכאות של קבוצה שלמה, ומונע ממנה את האפשרות לקבל פיצוי על הנזק שנגרם לה.

אחת המסקנות אליהן הגעתי בעבודתי, היא הנחיצות בהכרה של הטרנסג'נדרים כקבוצה שחוה הפליה קבוצתית. אין חולק כי חברי הקבוצה סובלים מקיפוח סוציו-כלכלי-משפטי, ומוצאים מתחום התחולה של העקרונות החוקתיים, ומתחום ההגנה של זכויות האדם והאזרח. לפיכך, לשיטתי, יש לראות בזכותו של ציבור הטרנסג'נדרים לשוויון כמעוגנת בחוק היסוד.

בעבודתי הצגתי נתונים סטטיסטיים המשקפים את מצבם העגום של טרנסג'נדרים ברחבי העולם, תוצאותיה של הטרנספוביה הבאות לידי ביטוי באלימות פיזית, עלבונות והפליה ולמולם של אלה, ניצב מיעוט זניח של ליטיגציה טרנסג'נדרית בתביעות נזיקיות.

ניתוח פרשת אלקובי ופסקי דין נוספים מהמשפט האמריקני, הביאוני למסקנה שגישתו של בית המשפט מניחה קיום מגדרי בינארי: זכר ונקבה. גישה זו מועברת לציבור ונתפסת כראויה ולגיטימית. הראיתי, כי בעקבות פסק דין **Price Waterhouse** התפתחה במערכת המשפט האמריקנית גישה המפרשת את המושג "מין" בהרחבה, כך שתחת כנפיו יחסה גם ה"מגדר", לרבות "זהות מגדרית". אולם, לעניות דעתי, הן מגישת בית המשפט הישראלי והן זה האמריקאי, עולה מסקנה אחת ברורה: **בתי המשפט מציבים את המין הביולוגי כנקודה**

האולטימטיבית לבחינת הזהות המגדרית. בפרשת אלקובי, עורך בית המשפט הקבלה שגויה בין מין ביולוגי לזהות מגדרית, ואינו מבין כי איברי המין לא אומרים, אף לא חצי דבר, באשר להיותו האדם אישה, גבר, או אולי אף לא אחד מהם. לדידי, שימוש במין הביולוגי כקריטריון המשמעותי ביותר מהווה חוסר הבנה בסיסי לקושי ולסיטואציה מולה ניצב האדם הטרגינדר. על כן, המלצתי היא **לערוך רפורמה חקיקתית**, רחבת היקף וחד משמעית שתאסור על הפליה מחמת זהות מגדר.

בנימה אופטימית זהירה אומר, כי כולי תקווה שהתפתחות הפסיקה והחקיקה האמריקנית בחלקה, הצהרת האו"ם, ולאור מדינות מסוימות באירופה שכבר הכירו בכך שהפליה מחמת זהות מגדר הינה הפליה פסולה, יחול שינוי גם בדין הישראלי. ובינתיים, ניתן ורצוי יהיה שבית המשפט ישתמש בכלים הפרשניים שיש בידיו, על מנת להכיר בזהויות מגדריות, בלא לקשרן באופן מוטעה למין הביולוגי של הטוען להפליה. אולי אם כך יעשה, יעודד ליטיגציה טרגינדרית ונראה יותר תביעות נזיקיות מצד טרגינדרים במחוזותינו.

עיניי אינן עצומות לכך שפרט לגישת בית המשפט, קיימים גורמים חוץ משפטיים נוספים המונעים מטרגינדרים לעתור לבית המשפט ולדרוש פיצוי על נזקיהם, לרבות ההתמודדות הנפשית ותעצומות הנפש שיש לגייס למאבק המשפטי. אך טוב יעשו המחוקק הישראלי ובית המשפט, לו יסירו לפחות מכשול עיקרי וחשוב זה, ויפתחו בפני קהילת הטרגינדרים את דלתות בית המשפט.

ביבליוגרפיה

חוקי יסוד:

- חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

חקיקה ראשית:

- החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 1771.
- חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ס"ח 1756.
- חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ס"ח 464.
- חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 1366.
- חוק הפרשנות התשמ"א-1981, ס"ח התשמ"א.
- חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 1962.
- חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 1240.
- פקודת הנויקין (נוסח חדש), התש"כח-1968, ס"ח 266.

הצעות חוק:

- הצעת חוק הפרשנות (תיקון –הגדרת הפליה על רקע נטייה מינית או זהות מגדר), התשע"א-2010 (מיום 8.11.10).

אמנות בינלאומיות:

- .Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR,1950)
- .International Covenant on Civil and Political Rights 1976

פסיקה ישראלית:

- בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 131-133 (1995).
- בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, תק-על 2006(2), 1559 (2006).
- בג"ץ 678/88 כפר ורדים ואח' נ' שר האוצר ו-4 אח', פ"ד מג(2) 501 (1989).
- בג"ץ 1/88 פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988).
- בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294 (1980).
- בש"א 1528/06 יוסף ורנר נ' כונס הנכסים הרשמי, תק-על 2007(4) 329 (2007).

- בש"א (מחוזי ת"א) 18595/08 יהודה אברהם נ' התחנה המרכזית החדשה בתל אביב בע"מ, תק-מח 2008(4) 10154 (2008).
- בש"פ 3495/90 מדינת ישראל נ' גולדבוים, תק-על 90(3) 239 (1990).
- ע"א 140/00 אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004).
- ע"א 2781/93 דעקה נ' בי"ח "כרמל", פ"ד נג(4) 526, 575 (1999).
- ע"א 293/91 חברת קדישא גחש"א קהילת ירושלים נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992).
- ע"א 558/84 מזל כרמלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3), 757 (1987).
- ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985).
- ע"א 30/72 פרידמן נ' סגל פ"ד כז(2) 225 (1973).
- ע"א 216/54 שניידר נ' גליק, פ"ד ט(2) 1331, (1955).
- ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289, (2000).
- ע"פ 2625/06 ישי שליסל נ' מדינת ישראל, תק-על 2007(4) 3896 (2007).
- ע"פ 499/72 סאמי דיב אל שעבי נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(1) 602 (1973).
- ת"א (מחוזי ת"א) 2578/00 מקדונלד אריאל נ' מקדונלד'ס (אלוניאל) בע"מ, תק-מח 2002(2), 4667 (2002).
- ת"פ (מחוזי חי') 389/02 מדינת ישראל נ' חן אלקובי, תק-מח 2003(3), 3341 (2003).
- תפ"ח (מחוזי י-ם) 843/05 מדינת ישראל נ' ישי שליסל, תק-מח 2006(1) 4096 (2006).

ספרות עברית:

- אורית קמיר **שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם** (הוצאת כרמל, 2004).
- אמנון רובינשטיין **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהדורה חמישית, תשנ"ז, כרך א').
- דוד קציר **פיצויים בשל נזק גוף** (מהדורה חמישית, 2003).
- מישל פוקו ודיויד הלפרין "ההבניה החברתית של המיניות ולידת ההומוסקסואל המודרני" **מעבר למיניות: מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית** (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, 2003).

כתבי עת, מאמרים ופרסומי שונים בעברית:

- אייל גרוס, "'התחזות כאדם אחר': חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי" **משפטים על אהבה** 365, 373 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, אוניברסיטת תל-אביב, 2005).
- ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תיאוריה כלכלית" **עלי משפט** ג 37 (2003).
- דברי ההסבר להצעת חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים, ה"ח התש"ס 2871, 372.
- דנה שבת ומאיר תורג'מן "העשירייה הפותחת" **הזמן הורוד** 35 (יוני, 2004).
- הועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין - דין וחשבון (התשנ"ה-1997).

- יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד", **משפט וממשל** ט 137, 164 (התשס"ו).
- כהן משה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ושירותים" **עלי משפט** ג 21 (התשס"ג).
- ליאור בכר **משפט משווה: אפלייתם של עובדים טרנסג'נדרים בשוק העבודה - הסדרים משפטיים בדין האמריקני ובדין הישראלי** (פרויקט "הסמינר", אוניברסיטת ת"א, 2010).
- מיסיס קריסטה "פסיכופתיה טרנסקסואליס: תיאוריות פסיכולוגיות מוקדמות על טרנסקסואליות" (נורה גרינברג מתרגמת, 2002).
- מרים גור אריה "התחזות לדמות פיקטיבית- התראות כאחר או מרמה" **משפטים** ה 673 (תשל"ג-תשל"ד).
- נורה גרינברג "טרנסקסואליות-שאלות שמרבים לשאול (ועוד השגות מקובלות)"
- נורה גרינברג "כללים לכתיבה על אנשים טרנסג'נדרים" (2009).
- נורה גרינברג "על טרנסג'נדרים" (2001).
- נעמי לבנקרון, "כסף משלהן - תביעות אזרחיות של קרבנות סחר כנגד סוחריהן: ואף על פי כן נוע ינועו". בתוך: **העצמה במשפט** (קבץ): הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב, עמ' 486, 2008.
- פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם והשימוש לרעה בכוח" **משפטים** כג 21, 34 (התשנ"ד).

חקיקה זרה:

- .Act no. 133/2000 Coll. census law
- .Act No 115/2006 Coll. on registered partnership and changes in some related laws
- .Article 3, paragraph 1, Act no. 2/1993 Coll., Decree of basic rights and freedoms
- .Cal. Penal Code § 422.6
- .Cal. Penal Code § 422.76
- .Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C.S. § 2000e-2
- .Equal Credit Opportunity Act 15 U.S.C. § 1691 et seq.
- .H.R.1913 - Local Law Enforcement Hate Crimes Prevention Act of 2009
- .Minneapolis, Minn., Code of Ordinances tit. 7 ch. 139 § 139-10 (2000)
- .NJ Law Against Discrimination (LAD, 2006)
- .Olimpia, Wash., Ordinance 5670 (1997)
- Paragraph 2, letter 1, Act no. 561/2004 Coll., about pre-school, primary school, high school, vocational training and other education (School Law) in accordance with later legal bylaws
- .Paragraph no. 17, Act 133/2000 Coll. census law
- Paragraph no 27a, articles 1 and 2, Act no. 20/1996 Coll, about people's health care, in accordance with later legal bylaws
- .The Gender Motivated Violence Act, 42 U.S.C. § 13981

- .Tucson, Ariz., Ordinance 9199 (1999)
- .United States Federal Hate-Crime Law (1969)
- .U.S. Const. Amend. XIV, Section 1

ספרות זרה:

- .Arthur S. Leonard and Patricia A. Cain, *Sexuality Law* (2nd ed., 2009)
- .Brown M. L & Rounsley C. A., *True Selves: Understanding Transsexualism* (1996)
- .Esther Newton, *Mother Camp: Female Impersonators in America* (1972)
- Halperin David M., *One Hundred Years of Homosexuality: and Other Essays on Greek Love* (1990)
- .Janice G. Raymond, *The Transsexual Empire: The Making of the She-Male*, (2nd ed. 1994)
- .Joanne Meyerowitz, *How Sex Changed: A History of Transsexuality in the United States* (2002)
- .Judith Butler, *Gender Trouble* (1990)
- Judith Shapiro, *Transsexualism Reflections on the Persistence of Gender and the Mutability of Sex Body Guards: The ¹ Cultural Politics of Gender Ambiguity*, 248 (Julia Epstein & Kristina Straub Eds., 1991)
- Whitam, F. L., *Culturally universal aspects of male homosexual transvestites and transsexuals*, in *Gender Blending* (B. Bullough, V. L. Bullough, & J. Elias Eds., 1997)
- Yuval Merin, *Equality for Same-Sex Couples: The Legal Recognition of Gay Partnerships in Europe and the United States* (Chicago 2002)

כתבי עת, מאמרים ופרסומי גופים בלועזית:

- Anita C. Barnes, *The Sexual Continuum: Transsexual Prisoners*, 24 N. E. J. on Crim. & Civ. Con. 599 (1998)
- .Anne Bloom, *To Be Real: Sexual Identity Politics in Tort Litigation*, 88 N.C.L Rev. 357 (2010)
- Berrill K. T. and Herek, G. M., *Primary and Secondary Victimization in Anti-Gay Hate Crimes: Official Response and Public Policy* 5 Journal of Interpersonal Violence 401 (1990)
- Emilia L. Lombardi, *Gender Violence: Transgender Experiences with Violence and Discrimination*, 42(1) Journal of Homosexuality 91 (2001)
- Emily C. Aschinger, *The Selling of the Perfect Breast: Silicone, Surgeons, and Strict Liability*, 61 UMKC L. Rev. 399 (1992)
- .Human Rights and Gender Identity, Commissioner for Human Rights, Strasbourg 29.7.09

- Judith Halberstam & Jacob Hale, *Butch/FTM Border Wars: A Note on Collaboration*, 4 GLQ: J. •
Gay & Lesbian Stud. 283 (1998)
- Julie Greenberg, *Therapeutic Jurisprudence: Defining Male and Female Intersexuality and the* •
Collision between Law and Biology 41 Ariz. L. Rev. 265 (1991)
- Katrina C. Rose, *When Is An Attempted Rape Not An Attempted Rape? When the Victim is a* •
Transsexual, 9 Am. U.J. Gender Soc. Pol'y & L. 505 (2001)
- Laura Grenfell, *Embracing Law's Categories: Anti-Discrimination Laws and Transgenderism*, 15 •
YALE J. L. & FEMINISM 51 (2003)
- Paisley Currah and Shannon Minter, *Unprincipled Exclusions: the Struggle to Achieve Judicial* •
and Legislative Equality for Transgender People 7 Wm. & Mary J. of Women & L. 37 (2000)
- Patricia A. Cain, *Toward Intersexuality: Stories from the Gender Garden: Transsexuals and* •
Anti-Discrimination Law, Denv. U. L. Rev. 1321 (1998)
- Prochazka I., Janik, D., Hromada, J.: *Spolecenska diskriminace lesbickych zen, gay muzu a* •
bisexualu v CR. Praha. Gay iniciativa v CR. (2003)
- Salvador Vidal-Ortiz, *Queering Sexuality and Doing Gender: Transgender Men's Identification* •
with Gender and Sexuality, 6 Gender sexualities, 181 (2002)
- Sandra Laframboise, *Gender, Transgender and Transphobia- High Risk Project Society* •
Standards Of Care For Gender , The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association's •
Identity Disorders (Sixth Version, 2001)
- The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association's ,Standards Of Care For Gender •
Identity Disorders (Sixth Version, 2001)
- The Status of Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex Rights in the CZECH •
REPUBLIC- A Shadow Report (2007)
- Whittle S., Turner L. and Al-Alami M., *Engendered Penalties: Transgender and Transsexual* •
People's Experiences of Inequality and Discrimination, The Equalities Review (2007)

פסיקה זרה:

- Brandon v. County of Richardson, No. S-01-1158., SUPREME COURT OF NEBRASKA, 264 •
Neb. 1020; 653 N.W.2d 829(2002)
- Goodwin v. United Kingdom, 35 E.H.R.R 18, 447 (2002) •
- Littleton v. Prange, 9 S.W.3d 223, 231 (Tex. App. 1999) •
- Nebraska v. Lotter, 586 N.W 2d (1998) •

- .Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228 (1989) •
- .Rosa v. Park West Bank & Trust Co., 214 F.3d 213 (1st Cir. 2000) •
- .Schwenk v. Hartford, 204 F.3d 1187 (9th Cir. 2000) •
- .Sommers v. Iowa Civil Rights Comm'n, 337 N. W. 2nd 470, 473 (1983) •
- .Teena Brandon v. County of Richardson 261 Neb. 636, 6 Fundamental 24 N.W. 2d 604 (2001) •

אתרי אינטרנט:

- .wcd.coe.int •
- .www.bat-kol.org •
- .www.ceetrust.org •
- .www.gay.iniciativa.cz •
- .www.globalrights.org •
- .www.gogay.co.il •
- .www.hoshen.org •
- .www.law.tau.ac.il •
- .www.ilga.org •
- .www.mypage.direct.ca •
- .www.netherlandsmission.org •
- .www.news.bbc.co.uk •
- .www.romove.radio.cz •
- .www.theequalitiesreview.org.uk •
- .www.transforum.cz •
- .www.un.org •
- .www.uprinfo.org •
- .www.wpath.org •
- .www.ynet.co.il •