

עדי, אשה טרנסית, פוטרה מעבודתה במסעדה בתל אביב בשל שונותה המגדרית. שלושה חודשים לאחר שהחלה לעבוד במסעדה, החלה עדי להגיע לעבודה מאופרת ובציפורניים משוחות בלק ואף ביקרה במסעדה מספר פעמים מחוץ לשעות העבודה, לבושה בבוש נשי. אך כאשר היא הגיעה לראשונה לעבודה לבושה בשמלה ובחזיה, מעסיקה דרשו ממנה להחליף את בגדיה לאלתר. המנהלים אסרו עליה לעבוד לבושה בבגדים נשיים והתעקשו לדבר אליה בלשון זכר, תוך הפגנת זלזול בוטה בזהותה. משהמשיכה להגיע לעבודה מאופרת, אסרו עליה המנהלים גם להתאפר, למרות שאיפשרו לנשים אחרות שמועסקות במקום לעשות זאת. מעסיקה הודו שהם מודעים להליך שינוי המין שעדי עוברת אך טענו שהופעתה החיצונית כאישה "מצחיקה". לאחר שעמדה עדי על זכויותיה והבהירה כי מדובר בהפליה, היא הושעתה מעבודתה ומעסיקה הודיעו לה כי עליה להודיע להם בכתב אם ברצונה להגיע לעבודה "כאשה" או "כגבר". הם הבהירו כי יפטרו אותה אם ברצונה לעבוד "כאשה", ויסכימו לשקול את המשך העסקתה אם תתחייב לעבוד "כגבר".

המקרה של עדי רחוק מלהיות יוצא דופן. מנסיונם של א/נשים טרנסים עולה שרוב מקומות העבודה בישראל אינם מכבדים את זהותם של א/נשים טרנסים ודורשים מהם להתנהג בהתאם לנורמות החברתיות של מיניות ומגדר. א/נשים טרנסים מפוטרם, לא מקודמים ולא מועסקים מלכתחילה על רקע שונותם המגדרית. הם נדרשים לספק מידע אינטימי ורפואי על חייהם וגופם, בעוד שאחרים לא מתבקשים לעשות זאת, וחשופים להטרדות מילוליות, מיניות ואלימות בשוק העבודה. כתוצאה מכך, לא/נשים טרנסים קשה יותר למצוא עבודה, להחזיק בה ולהשתכר באופן שמאפשר להם להתקיים בכבוד. כיצד אם כן יכול החוק להגן על טרנסים מפני הפליה בתעסוקה?

המונח א/נשים טרנסים הוא מושג פוליטי שבא לתאר מגוון פרטים, זהויות מגדריות ודרכי ביטוי מגדריות החורגים מהחלוקה החברתית המקובלת של תפקידי מגדר. אחד המרכיבים המרכזיים בתפיסה החברתית המקובלת היא חלוקה דיכוטומית לשני מינים מנוגדים, שמהם נגזרים שני מגדרים מנוגדים: גבר/זכר ואישה/נקבה. בהקשר זה, המונח מין מתייחס למין הנגזר מהביולוגיה, המונח מגדר מתייחס לתרגום החברתי-תרבותי של המין הביולוגי, והמצג המגדרי מתייחס לתוצר של ההתאמה שבין המין והמגדר כפי שהוא בא לידי ביטוי באופן חיצוני, קרי

"נשיות" ו"גבריות".

תפיסה זו הינה תפיסה אידיאולוגית שמציבה כל התנהגות מינית ומגדרית ביחס לאידיאל נורמטיבי של מיניות הטרנסקסואלית. החלוקה הדיכוטומית היא מרכיב מובלע באידיאולוגיה זו משום שהטרנסקסואליות היא מיניות שבין גבר/זכר לאישה/נקבה. במערך החברתי המקובל קיים הבדל מהותי בין נשים וגברים שמתבטא, לכאורה, בתכונותיהם וביכולותיהם. הבדל זה מוצג כטבעי, כלומר כקודם להבניות תרבותיות. זוהי מערכת ערכים מורכבת שמקטלגת אותנו מרגע לידתנו (כבנים או בנות) ומלמדת אותנו לאורך חיינו את התפקידים שעלינו לגלם (נשיות או גבריות). החברה דורשת מכולנו להיות נשים-נשיות-נקבות הטרנסקסואליות או גברים-גבריים-זכרים הטרנסקסואלים ומענישה את מי שחורג מקטגוריות צרות אלו. כך, אשה/נקבה/הטרנסקסואלית עלולה להיות מופלית משום שהנשיות שלה מתפרשת כמסמנת, מאשררת וכופה את אותה היררכיה המציבה אותה כנחותה וא/נשים טרנסים עלולים להיות מופלים משום שאינם מצליחים או רוצים לסמן את השתתפותם באותו מערך חברתי.

מנקודת המבט המקבלת את החלוקה הדיכוטומית לשני מינים ומגדרים מנוגדים, א/נשים טרנסים הם א/נשים שאין התאמה בין האופן שבו הם חווים את המגדר שלהם לגופם הביולוגי. כיוון שהם פועלים בחברה המקדשת את התפיסה הזו, א/נשים טרנסים חשים, פעמים רבות, שמהו "לא בסדר" איתם. התחושה הזאת מכונה בספרות הרפואית "דיספוריה מגדרית", ומובנת כנובעת מאי התאמה מהותית בין המין הביולוגי והזהות המגדרית והמגדר, תחושה המתוארת לעיתים כ"היוולדות בגוף הלא נכון".

עם זאת, חוויית "אי ההתאמה" מבהירה שהקורלציה המסורתית בין מין ומגדר, לא רק שאינה אמת מוחלטת, אלא מבוססת על הנחות יסוד של קיום דיכוטומי של שני מגדרים. העובדה שבחברה בה אנו חיים ישנם רבים אשר אינם מוצאים את מקומם בתוך הסדר המגדרי הדיכוטומי, מערערת על התפיסה הרואה בסדר זה נתון הכפוף ל"חוקי הטבע" וחושפת את המימד החברתי-פוליטי של סדר זה. למעשה, תחושת הדיספוריה והמצוקה אינן נובעות רק "מאי התאמה" בין המין הביולוגי ובין המגדר, אלא מכך שטרנסים עוברים על איסור חברתי חמור. החברה שוללת את הלגיטימציה של הפרט להרגיש אי התאמה, לאמץ זהות החורגת מאותו סדר דיכוטומי, ותוחמת שני קטבים מנוגדים שרק מקשים עליו להשתלב. כך, הדרך היחידה של הפרט להימנע מהסנקציות החברתיות היא "לעבור", כלומר להיות מזוהה כשייכת למגדר מסוים וברור, גם אם אינו משקף את מינה הביולוגי. הדרך לעבור, היא לייצר מצגים חיצוניים "נשיים" או

"גבריים" מובהקים, בלבוש, בדיבור, בשפת הגוף, ובאופן תפיסת המרחב.

זהו הפרדוקס הטרנסי: מחד גיסא, מה שמכוון את הטרנסיות היא החוויה של גילוי השקריות שבקורלציה שבין המין והמגדר ושבדיכוטומיות של כל אחת מהקטגוריות, ומאידך גיסא, הטרנסיות תוכל לשוב ולהשתלב בחברה רק אם תאמץ התנהגות "נורמאלית". כלומר, כדי לקבל לגיטימציה לשונותה המגדרית עליה לשאוף להמשיך ולהשתתף באותו מבנה חברתי מגדרי שהוא הגורם לאי ההתאמה שלה מלכתחילה.

כפי שנראה בהמשך, מערכת המשפט ממשיכה לייצר את הפרדוקס האמור כיוון שהיא מעניקה לא/נשים טרנסים זכויות רק כשמטרתן של זכויות אלה היא לממש את השאיפה להשתלבות במארג החברתי המקובל. זהו מתח אשר בא לידי ביטוי בכל פעם שפונים למערכת המשפטית, שמשמרת את ההגדרות הדכאניות (גבר/זכר/גברי ואישה/נקבה/נשית) מחד, ואמורה להגן מהשלכותיהן המפלולות מאידך. כתוצאה מכך, ליכולתם ו/או רצונם של א/נשים טרנסים להיות "כמו כולם" יש משקל עצום בקביעת הנגישות שלהם לזכויות ולמשפט. אלא שהפליה נגד א/נשים טרנסים מתרחשת כאשר מתגלה שהם אינם "כמו כולם", ולכן מתן הגנה מותנית ביכולת להיות "כמו כולם", תשאיר דווקא את מי שחשופים יותר להפליה לא מוגנים. אם כך, השאלה שלפנינו חייבת להיות רחבה יותר: לא רק כיצד יכול החוק להגן על טרנסים מפני הפליה בתעסוקה, אלא כיצד הוא יכול לספק הגנה מפני הפליה על רקע שונות מגדרית.

מאמר זה יעסוק בשונות מגדרית וישתמש בטרנסיות כמקרה בוחן, תוך התמקדות ביחסה של מערכת המשפט לשונות מגדרית, מתוך ההבנה כי למערכת המשפט תפקיד משמעותי בייצור השיח וברגולציה של המגדר. מערכת המשפט לא רק בוחנת את הנורמות המגדריות כפי שהן מיוצרות מחוץ לכותלי בית המשפט, אלא גם ממלאת חלק מרכזי במנגנון שמייצר את אותן נורמות, ואמונה על חלוקת פריבילגיות בהתאם לנורמות אלו. נכון להיום מערכת החוק בישראל "שותקת" בנוגע לשאלה האם שונות מגדרית היא קטגוריה מוגנת מהפליה. מלבד שתי תביעות של נשים טרנסיות כנגד פיטורין שלא כדין שנסתיימו בפשרה, לא הגיעו שאלות אלו לפתחו של בית המשפט. מאמר זה מבקש לבחון את האפשרויות המשפטיות הקיימות ואת השלכותיהן הפוטנציאליות. אציין כי כאשר מאמר זה מתייחס למערכת המשפט הישראלית או לחוק הישראלי הוא עוסק במי שהחוק הישראלי חל עליו, ולא לפלסטינים תושבי הגדה ורצועת עזה הכפופים לדיני הכיבוש הצבאי ולא לחוקים החלים על אזרחי ישראל ועל כן אין ברעיונות שבמאמר זה כדי לסייע להם במאבקם לחופש מגדרי וחופש ממגדר.

במאמר זה אנתח כיצד החוק מתמודד עם מנגנונים של קטגוריזציה, כלומר מנגנונים של מיון וסיווג בני אדם לקבוצות בעלות מכנה משותף. אטען כי קיים מתח בסיסי בין האפשרויות שהחוק נותן לאתגר את אותם מנגנונים באמצעות חוקי איסור הפליה, ובין החלק הפעיל שהוא לוקח בייצורם ושימורם של הקטגוריות, בין היתר, תוך שימוש באותם חוקים עצמם; אבחן את המודלים להתמודדות עם הפליה על רקע שונות מגדרית שפותחו במסגרת הפסיקה בארה"ב ואשרטט אנלוגיה להתמודדות ביהמ"ש בישראל עם שאלות של הפליה כנגד מזרחים.

מן הניתוח של שתי זירות משפטיות אלו מאמר זה ינסה לשער כיצד עשוי להראות פסק דין עתידי בתביעת הפליה על רקע שונות מגדרית ומה יהיו מגבלותיו; אסקור את הישגיו הפוטנציאליים של פסק דין כזה אל מול המחירים העקרוניים שהם יגבו מהתובעים ומקהילתם, ואטען שהמערכת תתקשה להכיר בשונות מגדרית כקטגוריה מוגנת, כיוון שאז תאלץ לדון באופן ישיר במערך הכוחות שמייצר את הפליה, ובמובלע גם בתפקיד שהיא לוקחת בו. לבסוף, אבקש להציע דרכי פעולה אפשריות המכירות במוגבלות של תביעות מסוג זה אך מנסות לתעל אותן לשינוי עקרוני באופן הפעולה של המערכת.

מאמר זה בנוי על רעיונות תיאורטיים שהם חלק מדיון מופשט, אך הוא משקף עמדות שהן חלק מתנועה טרנסית פוליטית ומשפטית רחבה. המאמר מבקש לקחת חלק בשינוי שתנועה זו מובילה, תוך שהוא מעמיד לרשותה ניתוח ביקורתי של כלי משמעותי בזירת פעולה מרכזית, השימוש בחוקי איסור הפליה.

בתי המשפט תופסים את חוויית החיים הטרנסית בהתאם להבנייתה הרפואית, דהיינו כהפרעה, ולכן להגדרה הרפואית הנתונה של פרט יש משקל עצום בקביעת הנגישות שלו לזכויות ולמשפט. את שורשי התפיסה הרפואית בהקשר הטרנסי ניתן לייחס לשיח הסקסולוגי של המאה ה-19.¹ ההבנה הרפואית של המצב הטרנסי השתנתה אמנם בהרבה מובנים במהלך השנים, אך חוט השני המקשר בין התפיסות המוקדמות והמאוחרות, הוא תפיסה מהותנית לגבי הזהות הטרנסית וביכורו של נרטיב טרנסי מסוים על פני כל נרטיב אחר. אסקור בקצרה את

¹ ANDREW L SHARPE, TRANSGENDER JURISPRUDENCE- DYSPHORIC BODIES OF LAW, 17 (2002)

ההתפתחויות המרכזיות הרלוונטיות לטיעונים המוצעים במאמר זה.²

החל משנות ה-50 של המאה ה-20 הלכה והתחזקה התפיסה שלפיה התנהגות בין-מגדרית כוללת רצון לשנות את המין. התשוקה לשינוי מין הוגדרה כטרנסקסואליות, הגדרה ששיקפה לא התקדמות תיאורטית אלא דווקא התקדמות רפואית – הופעתם של הניתוחים לשינוי מין.³ הנחלת המושג "טרנסקסואלים" מיוחסת לד"ר הארי בנג'מין, שהסביר את המונח כמובדל מהמונח "טרנסוסטיטי". לפי בנג'מין, בעוד שהטרנסוסטיטי הוא גבר הטרנסקסואלי השואב הנאה מינית ממשחק מגדרי, בין היתר באמצעות קרוסדרסינג, הטרנסקסואלית רוצה להיות אישה בכל המובנים, כשהמשמעותי שבהם הוא הרצון לשינוי איברי המין.⁴ לפי בנג'מין, רצון זה הוא המאפיין המכונן של הזהות הטרנסקסואלית ובלעדיו אין מדובר בטרנסקסואליות "אמיתית". לפי הגדרתו, הרצון לעבור ניתוח לשינוי מין חייב להיות מעוגן בחוסר חשק מיני של הטרנסקסואלית במצב הקדם ניתוחי, וברצון לספק מינית את הגבר במצב הפוסט ניתוחי.⁵ כך קובעה המיניות ההטרנסקסואלית כאלמנט שבלעדיו טרנסקסואליות אמיתית לא יכולה להתקיים.

ב-1973 נולד המונח דיספוריה מגדרית.⁶ המונח ביטא גישה ליברלית יותר בנוגע לניתוחים לשינוי מין, שדיברה על הנתק שבין המין והמגדר, ושאפה להנגיש את הניתוחים לשינוי מין לקבוצה רחבה יותר של א/נשים טרנסים. את הגישה הזו אימץ ב-1980 ארגון הפסיכיאטרים האמריקאי (APA) כשהכיר באופן רשמי בטרנסקסואליות בגרסה השלישית של ה-Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM).⁷ בפרוטוקול זה הוגדרו המאפיינים המהותיים של הטרנסקסואליות באופן הבא:

"A persistent sense of discomfort and inappropriateness about one's anatomic sex and a persistent wish to be rid of one's genitals and to live as a member of the other sex.

² לקריאה נוספת ר' JOANNE MEYEROWITZ, HOW SEX CHANGED THE HISTORY OF TRANSSEXUALITY IN THE UNITED STATES (2004); DAVID VALENTINE, IMAGINING TRANSGENDER: AN ETHNOGRAPHY OF A CATEGORY (2007).

³ SHARP, לעיל הי"ש 1, בעמוד 36.

⁴ HARRY BENJAMIN, THE TRANSSEXUAL PHENOMENON, 18-19 (1996).

⁵ שם, בעמוד 126.

⁶ Norman Fisk, *Gender Dysphoria Syndrome: The How, What and Why of a Disease*, in PROCEEDINGS OF SECOND INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON GENDER DYSPHORIA SYNDROME, 7-14 (1973).

⁷ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUEL OF MENTAL DISORDERS (Revised 3rd ed., 1980).

The diagnosis is made only if the disturbance has been continuous.... for at least two
 8"years.

המהדורה הרביעית של ה-DSM החליפה את המונח טרנסקסואליות במונח Gender Identity Disorder (להלן: "GID").⁹ בלבה של הגדרת ה-GID, אי התאמה מהותית, דיספוריה (Dysphoria), בתחושת הזהות העצמית ביחס לנשיות וגבריות. זאת במובחן מאי ציות מגדרי "סתם", כגון בנות "טום בויז" או בנים "סיסים".¹⁰ עם זאת, גם המונח החדש הציג את הקיום הטרנסגי כמחלה והעניק שליטה הולכת וגדלה לממסד הרפואי בנוגע להגדרה של הזהות החריגה מגדרית. הגרסא הבאה של ה-DSM תחליף את המונח GID ב-Gender Dysphoria. ההפרעה הנפשית תימחק ובמקומה תבוא אבחנה פסיכיאטרית המייצגת מצב נפשי זמני שניתן לשינוי.¹¹ ההגדרה החדשה מבקשת לשקף את הקשיים הנפשיים שיכולים לנבוע מאי ההתאמה, תוך מחיקת הביטוי "Disorder" במטרה לסמן שלא מדובר במחלת נפש אלא במצוקה נפשית. הן הטרמינולוגיה של ה-GID והן הטרמינולוגיה החדשה מבהירות שהמגדר, ולא המין, הוא שמצוי בלב התופעה,¹² כלומר, מכל מקום, הדיספוריה נותרת במרכזה של האבחנה. במילים אחרות, הזרקור ממשיך להיות מופנה ל-"מצוקה הפנימית" שנגרמת ע"י הטרנסיות ובאפשרות של הרפואה להקל עליה. הטרנסיות ממשיכה להזדקק לחותמת ההכשר של הממסד הרפואי כדי להיות לגיטימית בעיני החברה והמדינה. שכן ההגדרות החדשות ממשיכות לסמן את הקו שבין "אי ציות" סתמי והפרעה שיש להכיר בה ולסייע לה. הגם שקו גבול זה משתנה, בעצם קיומו הוא משמר את תפקידם של אנשי בריאות הנפש כשומרי הסף של המגדר. בכך גם המונח החדש ממשיך להעניק לממסד הרפואי את הזכות הבלעדית להכריע בנוגע לטיבה של החריגה המגדרית, כזאת המזכה בתמיכה "ותיקון" בדרך של נגישות לשירותי בריאות, או כזאת שאינה מזכה בהכרה ובנגישות.

בניגוד לגישות המוקדמות אשר חיפשו את האמת והאותנטיות של הזהות כתנאי למתן

⁸ DSM, לעיל הי"ש 7 בעמוד 261-262.

⁹ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUEL OF MENTAL DISORDERS (Revised 4th ed., 1995).

¹⁰ Megan Bell, *Transsexuals and the Law*, 98 NW. U. L. REV 1709,1715 (2004).

¹¹ *DSM-V To Rename Gender Identity Disorder 'Gender Dysphoria'* Advocate.com (23.7.2012) <http://www.advocate.com/politics/transgender/2012/07/23/dsm-replaces-gender-identity-disorder-gender-dysphoria>

¹² DAVE KING, THE TRANVESTITE AND THE TRANSEXUAL, 63(1993).

גישה לניתוחים לשינוי מין, הרי שהגישות העכשוויות מתמקדות במצב הקיומי הפוסט ניתוחי, ובאופן תפקודו של הפרט לאחר הניתוח. האבחנה מבוססת על ההנחה כי הניתוח יגדיל את רווחת המאובחנת,¹³ וקבלתה או אי קבלתה של הנחה זו היא שקובעת, לכאורה, את הנגישות לניתוח לשינוי מין. אולם היכולת לנבא את חווית הקיום הפוסט ניתוחית ממשיכה להיות מבוססת על המצב הקדם ניתוחי, דהיינו מוסקת כבעבר, מהתיאור האוטוביוגרפי של הפרט.¹⁴ הקריטריונים אשר יוכיחו לממסד הרפואי את אפשרות "תיקון" ההפרעה במצב הפוסט ניתוחי נשארו אותם הקריטריונים. כדי לזכות בנגישות לניתוח שינוי מין על הפרט להיצמד לנרטיב המצומצם של חוויית שונות מגדרית המתחילה בגיל צעיר, מעוגנת בחוסר חשק מיני של הפרט במצב הקדם ניתוחי וברצון לספק מינית את הפרטנר במצב הפוסט ניתוחי.¹⁵ הנרטיב המועדף מגויס כעת לשם הצדקה של התערבות רפואית מוגברת בכינון הזהות הטרנסית.¹⁶

בפועל, כדי לעמוד בסטנדרטים הרפואיים לאבחנה, א/נשים טרנסים נדרשים להיות יותר "נורמאליים" מנורמאליים. הם נדרשים לאמץ את כללי המגדר בצורתם הקיצונית, הסקסיסטית והצרה, ולבטא זאת בהופעתם, דיבורם, שאיפותיהם ומיניותם.¹⁷ כך פועלת ההגדרה הרפואית לנטרול ההשפעה החתרנית של אי ציות מגדרי על הנורמות החברתיות המקובעות. המערכת הרפואית מתנה למעשה את הנגישות לניתוחים לשינוי מין בקיומה של אבחנה, ומייצרת נורמות של חריגות לכאורה. כך, עם הסטת המבט אל ההתנהגות ה"חריגה", של א/נשים טרנסים וא/נשים לא טרנסים כאחד, המערכת מוודאת שכולם ימשיכו לציית לכללים המגדריים.

דין ספייד (Spade) מתאר את הכוח הכופה של ה-GID:

"The diagnostic criteria for GID produces a fiction of natural gender, in which normal, non transsexuals grow up with minimal to no gender trouble or exploration, do not cross-dress as a children, do not play with the wrong gendered kids, do not like the wrong kind of toys or characters. This story is not believable. Yet it survives because medicine produces it not trough a description of the norm, but through a

¹³ שם, שם.

¹⁴ BRAYN TULLY, ACCOUNTING FOR TRANSSEXUALITY AND TRANSHOMOSEXUALITY, 24 (1992)

¹⁵ JAY PROSSER, SECOND SKINS: THE BODY NARRATIVES OF TRANSSEXUALITY, 108 (1998)

¹⁶ SHARPE, לעיל ה"ש 1, בעמוד 31.

¹⁷ Dean Spade, *Resisting Medicine- Remodeling Gender*, 18 BERKELEY WOMEN'S L.J., 15, 28 (2003)

generalization account of the norm's transgression by gender deviants¹⁸"

לטענת ספייד, ההצלחות המשפטיות בנוגע לזכויות טרנסים נבעו עד כה מאימוץ המודל הרפואי - ההכרה החוקית בזכותו של אדם לחריגות מגדרית, עוברת תמיד דרך יכולתו לזכות בגושפנקא רפואית.¹⁹ נטען שבית המשפט נזקק למערכת הרפואית ולהגדרותיה כדי לעגן את הכרעתו באמות מידה אובייקטיביות לכאורה. כך, בתי המשפט הדנים בעניינם של טרנסים עומדים על האבחנה בין GID ובין אי ציות מגדרי אחר כגון נשיות בוצית.²⁰ מנקודת מבטו של בית המשפט, מהותניות ההפרעה, העובדה שאין היא תופעה חולפת אלא מהווה נדבך מרכזי וקריטי ביכולת של א/נשים להגדיר את עצמם, היא שהופכת אותה "לאמיתית". זאת בניגוד לאי ציות מגדרי אחר, "מזויף", משחק במגדר שאינו משקף אמת פנימית.

באטלר כופרת בפיקציה האידאולוגית לפיו המגדר משקף אמת ביולוגית, קדם שיחנית. לטענתה, אין בנמצא גוף -ביולוגי בעל קדימות אונטולוגית שלתוכו אנו יוצקים את המשמעויות הפרפורמטיביות של המגדר, אלא, שהקיום לכאורה של הגוף הביולוגי הוא מצג חברתי לכשעצמו.²¹ למעשה, גם כאשר לכאורה מקבלים טרנסים הכרה, הרי שבעצם בית המשפט משכפל מנגנון זה כשהוא פורש את הגנתו רק על חריגות מגדריות המעוגנות אונטולוגית בגוף הדורש תיקון כדי "להתאימו" למצג המגדרי, קרי הגוף המוכר על ידי הממסד הרפואי. בזאת ממלא בית המשפט את תפקידו בקביעה ואכיפה של סנקציות חברתיות, ולכן הוא מוכן לפרוש את הגנתו רק על חריגות מגדריות המתוארות ככאלו שאינן תוצר של מנגנונים חברתיים אלא משקפות אמת פנימית שהיא כביכול קדם שיחנית.

שאלת ההפליה, בעיני בית המשפט, אינה יכולה להיות מנותקת מניתוח של מצב גופני ביחס להליך השינוי ובכלל זה איברי המין, מצב ניתוחי (קדם או פוסט), נטילת הורמונים, לבוש, שם פרטי והתנהגות, בהתאם לקריטריונים הרפואיים הנוגעים לאבחנה ולטיפול ב-GID.²² בית המשפט משתמש בקריטריונים הרפואיים כדי לקבוע איזה מין "יצור" הוא הפונה לבית המשפט, משום שקיומה של טרנסיות מאפשר לבית המשפט לבטל את האפשרות שההפליה מבוססת על כל

¹⁸ Spade, לעיל ה"ש 17, בעמוד 25.

¹⁹ Spade, לעיל ה"ש 17, בעמוד 17.

²⁰ Bell, לעיל ה"ש 10.

²¹ גיודית באטלר, "יצרות של מיגדר", מכאן ב (2001), 202, 208.

²² Abby Lloyd, *Defining the Human: Are Transgender People Strange to the Law?*, 20 BERKLEY GENDER L.J., 150,175(2005)

דבר אחר, כגון מין או נכות.²³ המשמעות שייתן בית המשפט לזהות הטרנסית ביחס למשמעות שהוא נותן לזהויות נורמטיביות היא שתכריע את כף הפסיקה.

כפי שהשיח הרפואי משקף את השינויים באופני הפעולה של מערכי הכוח של מיניות ומגדר, שתוצאתם מישטור מוגבר של זהויות טרנסיות, כך השיח המשפטי, באמצעות השיח הרפואי, מבטא באופן שונה את אותם מהלכים. את הפוטנציאל המשפטי של טענות הפליה מטעמי מין של א/נשים טרנסים יש לנתח, אם כך, על רקע אידיאולוגיית משטור רפואית של א/נשים טרנסים.

בארה"ב נידונה לראשונה טענה של הפליה נגד טרנסים בהתבסס על ההגנה המוענקת מפני הפליה מחמת מין.²⁴ במשפט מארה"ב, שמספק את גוף הידע הנכבד ביותר בנוגע לטענות מסוג זה,²⁵ התפתחו שלושה מודלים לדיון במקרים של הפליית טרנסים במסגרת איסור ההפליה מטעמי מין: מודל "מין אינו מגדר"; מודל "מין הוא גם מגדר" ומודל "מין הוא גם שינוי מין".²⁶ מודלים אלה משקפים שלוש דרכים שונות לבחינת השונות המגדרית בתוך מערכת המשפט, ואנו נשתמש בהם כדי לחקור את האפשרויות להגנה מפני הפליה בשל שונות מגדרית.

מודל ראשון – "מין אינו מגדר"

ההכרעה הראשונה של בית משפט פדראלי בשאלת הפליה מטעמי מין כלפי אישה טרנסית ניתנה ב-1977 בעניין *Holloway v. Arthur Anderson & Co* (להלן: "**עניין הולואי**").²⁷ העותרת טענה כי מעסיקה לשעבר פיטר אותה בשל החלטתה לעבור ניתוח לשינוי מין, וביססה את תביעתה על ההגנה המעוגנת בסעיף 7 לחוק זכויות האזרח האמריקאי – הוא הסעיף המגן מפני הפליה מחמת מין (להלן: "**סעיף 7**").²⁸ בית המשפט דחה את הטענות וקבע, באופן חד משמעי, כדלקמן:

"Sex should be given its traditional and narrow meaning".²⁹

מתווה זה של ביהמ"ש המסרב להרחיב את הפרשנויות המוענקות לאיסור הפליה מחמת מין, כדי

²³ Lloyd, לעיל ה"ש 22, בעמוד 181.

²⁴ *Voyles v Ralph K Davis Medical Center* 403 F Supp 456 (1975).

²⁵ SHARPE, לעיל ה"ש 1, בעמוד 139.

²⁶ קטגוריות אלו שאולות מעבודת הסמינר של ליאור בכר (ר' ליאור בכר **משפט משווה: אפלייתם של עובדים טרנסג'נדרים בשוק העבודה- הסדרים משפטיים בדין האמריקאי ובדין הישראלי** (הוגש במסגרת פרויקט "הסמינר", אוניברסיטת תל אביב- הפקולטה למשפטים, 2010).

²⁷ *Holloway v. Arthur Anderson & Co.*, 556 F.2d 659 (9th Cir.1977).

²⁸ *The Civil Rights Act* §§ 7 (1964)

²⁹ *Holloway*, לעיל ה"ש 27.

להכיר בעניינים של א/נשים טרנסים שב ואושרר בפסיקה האמריקאית.³⁰ הרחבה של גישה זו ניתן למצוא בפסיקה בעניין *Ulane v. Eastern Airlines* (להלן: "עניין אולן").³¹ קרן אולן הועסקה כטייס ופוטר מתפקידה לאחר ששבה מחופשת מחלה שבמהלכה עברה ניתוח לשינוי מין (MTF). הגב' אולן טענה כי פוטרה משום שחדלה להיות גבר והפכה לאישה.³²

בפסק הדין נכתב כי אף על פי שבית המשפט מכיר באפשרות של שינוי המין מגבר לאישה,³³ הרי שאין זה רלוונטי לעניין הנדון, שכן השאלה היא האם המעסיק הפלה את אולן משום שהיא אישה, דהיינו התנהג באופן אחר לנשים מאשר לגברים.³⁴ היות שגב' אולן עצמה טענה שההפליה נבעה מכך שעברה שינוי מין, בית המשפט מסיק שסעיף 7 אינו חל במקרה זה. כלומר, ההגנה האמורה מוענקת אך ורק לגברים שהופלו משום שהם גברים ולנשים שהופלו משום שהן נשים.³⁵

ההנחה המובלעת בפסיקה זו היא שזהות הזכאית להגנה נגד הפליה על בסיס מין חייבת להתקיים באחת מן הקטגוריות הדיכוטומיות של זהות מינית - "אישה" או "גבר". כיוון שטרנסיות איננה תואמת אף אחת מקטגוריות אלה, היא איננה זכאית להגנה.³⁶ הנמקות אלו משמשות כדי למקם זהויות טרנסיות מחוץ להגנת החוק. כך, טענות של טרנסיות להפליה בשל נשיותן נדחות משום שהן טרנסיות, ואילו טענות להפליה על בסיס טרנסיות אינן קבילות משום שהחוק מוגדר סביב הבנה ביולוגית ו/או אנטומית של נשיות וגבריות.³⁷ ביקורת אחרת מציינת שמפסיקות אלה עולה גם כי בית המשפט מזהה באופן עקבי את קטגוריות המין עם קטגוריות המגדר.³⁸

מודל שני - מין הוא גם מגדר

התקדימים שלעיל שימשו בסיס לפסיקות נוספות. כיוון שבית המשפט סירב מפורשות להעניק

³⁰ *Powel v. Reeds Inc* 436 F Supp 369 (1977); *Sommers v. Budget Marketing* 337 NW 2d 470 (1982); *CG Studios* 660 F Supp 176 (1987); *Doe v. Boeing* 846 P 2d 531; *Dobre v. National Passenger Corporation* 850 F Supp 284 (1993); *Underwood v Acher Mangement Services* 857 F Supp 96 (1994); *James v Ranch Mart Hardware* 881 F Supp 478 (1995); *Brown v Zavaras* 63 F 3d 967 (1995).
Ulane v. E. Airlines, 742 F.2d 1081, 1085 (1984).³¹

³² *Ulane*, לעיל הי"ש 31, בעמוד 1082.

³³ *Ulane*, לעיל הי"ש 31, בעמוד 1087.

³⁴ *Ulane*, לעיל הי"ש 31, בעמוד 1087.

³⁵ *Ulane*, לעיל הי"ש 31, בעמוד 1085.

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

³⁷ Leslie Pearlman, *Transsexulism as a Metaphor: The Collision of sex and Gender*, 43 Buffalo L.

Rev. 835, 862 (1995).

³⁸ Pearlman, לעיל הי"ש 37, בעמוד 835.

הגנה לזהויות טרנסיות, הסיקה קהילת המשפטנים העוסקת בזכויות טרנסיות כי כדי שאנשים טרנסים יוכלו לזכות להגנה מכוח החוק האמור, עליהם להמשיג מחדש את האקט המפלה ביחס לשאלת המין.³⁹ שינוי המשגתי זה בא לידי ביטוי ב-1989 בפרשת *Price Waterhouse v. Hopkins* (להלן: "**פרייס ווטרहाאוס**").⁴⁰

אן הופקינס, אישה סיסג'נדרית (כלומר שהגדרתה העצמית כאישה תואמת את המין שהושמה אליו בלידתה), טענה כי ההחלטה שלא לקדם אותה למעמד של שותפה בחברה נעשה משום שהממונים עליה מצאו שהיא אינה נשית דיה בהליכותיה, לבושה ואישיותה.⁴¹ בית המשפט קבע כי ההחלטה שלא לקדם את הופקינס אכן עומדת בניגוד להגנה המוענקת בסעיף 7 בשל העובדה שהופקינס הופלתה על בסיס המגדר שלה. בית המשפט הבהיר כי הופקינס הופלתה משום שלא פעלה בהתאם לסטנדרט הנשיות כפי שהוא נתפס על ידי השותפים הבכירים בחברה ולמעשה כפי שהוא משתקף בסטריאוטיפים החברתיים בנוגע להתנהגות מגדרית.⁴² בית המשפט הרחיק לכת באומרו כי:

"We are beyond the day when an employer could evaluate employees by assuming or insisting that they matched the stereotype associated with their group."⁴³

בהחלטה זו מרחיב בית המשפט הפדראלי את משמעותו של סעיף 7 וקובע שהוא מעניק הגנה לאנשים שהופלו משום שלא התנהגו בהתאם לסטריאוטיפים חברתיים הנוגעים להתנהגות מגדרית. דהיינו, כי הופקינס הופלתה לא רק משום שהיא אישה אלא גם משום שלא התנהגה כפי שהחברה מצפה מאישה.⁴⁴ לפיכך, היוותה הפסיקה בעניין **פרייס ווטרהאוס** נקודת המפנה שלה ייחלו משפטנים העוסקים בזכויות טרנסים – מתן הגנה מפני הפליה על בסיס סטריאוטיפים חברתיים בנוגע לנורמות מגדריות.

³⁹ Andrew Gilden, *Toward a More Transformative Approach: The Limits of Transgender Formal Equality*, 23 BERKELEY GENDER L.J. 83, 92-93 (2008)

⁴⁰ *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228, 109 S.Ct. 1775, 104 L.Ed.2d (1989)

⁴¹ *Price Waterhouse*, לעיל ה"ש 40, בעמוד 234-5. מחוות הדעת אשר הוגשו לביהמ"ש ועליהם התבססה ההחלטה שלא לקדם את הופקינס עולה כי הלה הייתה יוצאת דופן בכישוריה המקצועיים, אינטליגנטית ומוכשרת. עם זאת, בחוות הדעת הופקינס תוארה כמאצ'ו ואחד הממונים עליה אף טען כי היא תוכל להרוויח מהשתתפות בקורס בביה"ס לנימוסים והליכות. שותף בכיר אחר בחברה טען שהופקינס משתמשת בשפה "מלוכלכת" מדי עבור אישה ואף נאמר להופקינס עצמה כי היא תוכל לשפק את סיכוייה לזכות בקידום אם תפקיד על איפור, תסרוקת וענידת תכשיטים.

⁴² *Price Waterhouse*, לעיל ה"ש 40, בעמוד 251.

⁴³ *Price Waterhouse*, לעיל ה"ש 40, בעמוד 250.

⁴⁴ *Price Waterhouse*, לעיל ה"ש 40, בעמוד 258.

בשנת 2004, בעניין *Smith v. City of Salem* (להלן: "סמית")⁴⁵ פסק בית משפט פדראלי כי הפליה של טרנסית על רקע שונותה מהווה שימוש אסור בסטריאוטיפים מגדריים ומוגנת מכוח סעיף 7. סמית' הועסקה כלוטננט בשירותי הכבאות של העיר סיילס במשך שבע שנים, אולם לאחר שהודיעה לממונים עליה כי היא טרנסקסואלית מאובחנת עם GID ושכונתה לעבור הליך לשינוי מין, היא פוטרה מעבודתה.

בית המשפט הפדראלי לערעורים פסק כי תחת הלכת **פרייס ווטרמאוס**, הפליה בשל אי עמידה בסטריאוטיפים מגדריים מהווה הפליה מטעמי מין מכוח סעיף 7, גם ביחס לא/נשים טרנסים.⁴⁶ בית המשפט קבע שקטגורית המין אינה מורכבת גם מהבדלים ביולוגיים וגם ממגדר כתנאים מצטברים, אלא אוסרת הפליה הן בשל הבדלים ביולוגיים והן בשל אי התאמה לסטריאוטיפים מגדריים, כתנאים חליפיים. במילים אחרות, לפי גישה זו טרנסים וטרנסיות זכאים להגנה משום שהם זכרים/נקבות שאינם פועלים על פי הנורמות החברתיות המקובלות.

למעשה, בית המשפט עיגן את זכותה של סמית' להגנה מתוך ראייתו אותה כגבר שאינו גברי דיו.⁴⁷ לתפיסתו, כיוון שסמית' סובלת מ-GID, הדבר "הטבעי" עבורה היה להתלבש כאישה. השינוי בתפיסת בית המשפט מתבטא, אם כן, בעובדה שהוכחת קיומה של ה"הפרעה" מעניקה לגיטימציה לאי ציות מגדרי, אשר בסיטואציה הזאת מובן כטבעי והכרחי ולפיכך מוגן. אי הציות מוגן רק מתוך קיומה של אבחנה רפואית המבוססת, כאמור, על נרטיב צר של חוויה אנושית והרצון לממש זהות הטרנסקסואלית באמצעות שינוי המין.⁴⁸ לכן, גם שינוי המשגתי זה משקף את המשך השליטה של אבחנות רפואיות ביחס לשאלת קיומה של טרנסיות.

לפיכך, למרות שמשפטנים העוסקים בזכויות טרנסים מבקשים לנתק את הקשר שבין הסמכות המשפטית והרפואית, הרי שהם עדיין תלויים בהוכחת קיומו של מין אונטולוגי-מהותני בבסיס הזהות הטרנסית.⁴⁹ כלומר, כדי להוכיח קיומה של הפליה, על הטרנס/ית לטעון כי היא/הוא באופן מהותי גבר או אישה.⁵⁰ למעשה, בכל מקום שבו מועלית טענה הנוגעת לסטריאוטיפים מגדריים על ידי מי שמגדיר עצמו כזכר או נקבה, הטוענת להפליה נאלצת לטעון

⁴⁵ *Smith v. City of Salem* 378 F.3d 566 (6th Cir. 2004).

⁴⁶ *Smith*, לעיל הי"ש 45, בעמוד 574-575.

⁴⁷ *Lloyd*, לעיל הי"ש 22, בעמוד 180.

⁴⁸ *Anna Kirkland Victorious Transsexuals in the Courtroom: A Challenge for Feminist Legal Theory* 28

Law & Soc. Inquiry 1, 9 (2003).

⁴⁹ *Gilden*, לעיל הי"ש 39, בעמוד 99-100.

⁵⁰ *Kirkland*, לעיל הי"ש 48, בעמוד 10.

טענה כלשהי לגבי "אמיתות" זהותה על בסיס תפיסה בינארית של מגדר.

בסופו של דבר, מרחב התמרון בטיעונים משפטיים המבוססים על חריגה מסטריאוטיפים מוגבל מאוד. גישה זו אפשרה רמה מסוימת של חופש במצגם המגדרי לא/נשים סיסג'נדרים כגון אן הופקינס, כלומר גברים שאינם גבריים דיים ונשים שאינן נשיות דיי. הלכת **פרייס ווטרואוס** בוחנת ישירות את המצג המגדרי שכן היא אינה מתעסקת במין ובמגדר של אן הופקינס, משום שהם לא נתונים במחלוקת. אך כאשר בית המשפט מיישם הלכה זו בעניין **סמית'** הנושא השנוי במחלוקת הוא המין והמגדר של סמית'. לכן כדי להכיל את הלכת **פרייס ווטרואוס** על סמית' הוא מעגן את מצג המגדרי בקיומה של זהות מינית ומגדרית טבועה ומולדת. אולם, העיגון שלה בקיומה של קטגורית מין הקודמת למצג המגדרי דורשת מא/נשים טרנסים לבסס את תביעותיהם על "הבטחה" לשמירה על המבנה ההיררכי של המין והמגדר. תביעות כאלה מבקשות מבית המשפט להכיר "בחריגה" של הטרנסית כדי לאפשר לה להתיישר עם הנורמות ההטרנסקסואליות, תוך כינון מתמיד של "הנורמה" המגדרית והמינית שממנה היא חורגת.

מודל שלישי – מין הוא גם שינוי מין

בעניין Schroer v. Bellington (להלן: "**שרואר**")⁵¹ נעשה ניסיון ראשון של בית המשפט להכיר בטרנסיות או טרנסקסואליות כקבוצה מוגנת כשלעצמה. שרואר התקבלה לעבודה בספריית הקונגרס, תוך שהיא מציגה עצמה כגבר.⁵² לאחר שהתקבלה לעבודה וטרם התחלת עבודתה בפועל, ביקשה שרואר להיפגש עם הממונה עליה לעתיד. בפגישה זו היא אמרה לממונה כי היא מאובחנת כסובלת מ-GID וכי בכוונתה להתחיל בקרוב בהליך לשינוי מין, שבסופו תהא אישה.⁵³ בתגובה, ספריית הקונגרס חזרה בה מן ההצעה להעסיק אותה.⁵⁴

בית המשפט, בהסתמך על הלכות **פרייס ווטרואוס וסמית'**, התחבט בשאלה האם שרואר הופלתה בשל העובדה שהיא אישה לא נשית דיה, גבר שאינו גברי דיו או בשל אי התאמה מגדרית באופן כללי. בית המשפט סירב להכריע בין האפשרויות, אך טען ששרואר הופלתה בשל העובדה שהיא טרנסקסואלית ולכן לא ניתן להחיל במקרה זה ניתוח על פי הלכת **פרייס ווטרואוס**.⁵⁵ במקום זאת, בית המשפט קבע, באופן תקדימי, כי תביעתה של שרואר נופלת לגדרי

⁵¹ Schroer v. Billington, 577 F. Supp. 2d 293; 2008 U.S. Dist. LEXIS 71358.

⁵² Schroer, לעיל ה"ש 51, בעמוד 295.

⁵³ Schroer, לעיל ה"ש 51, בעמוד 296.

⁵⁴ Schroer, לעיל ה"ש 51, בעמוד 299.

⁵⁵ Schroer, לעיל ה"ש 51, בעמוד 305.

סעיף 7, כיוון שהיא מתאימה לפרשנות המילולית של קטגורית המין, שלפיה לא יופלה אדם "מחמת מינו". באופן זה בית המשפט נמנע למעשה מלהכריע האם המונח "מין" כולל בתוכו גם זהות מגדרית. לדידו של בית המשפט, אין זה מסמכותו להכריע בשאלות מסוג זה.⁵⁶ בפסק הדין, בית המשפט אף השווה בין שינוי מין להמרת דת. לטענתו, אם מעסיק היה מפלה אדם שהמיר את דתו וטוען כי אין זו הפליה כנגד דת זו או אחרת אלא כנגד "מומרים", איש לא היה טוען שאין זו הפליה מטעמי דת.⁵⁷ לפיכך, הרי שהפליה על בסיס החלטתו של אדם לשנות את מינו היא הפליה מטעמי מין, במובנה המילולי והפשוט. למעשה, ההנחה המובלעת בהכרעתו היא כי טרנסקסואליות היא קבוצה מוגנת בפני עצמה הנכללת בתוך קטגורית המין ובכך מכיר בית המשפט בקונסטרוקציה משפטית חדשה, טרנסקסואליות כקטגוריה מוגנת.

נוכח העובדה שכינון קטגוריה משפטית של טרנסיות יאלץ את בית המשפט להבחין בין אי ציות מגדרי ובין טרנסקסואליות, הרי שבכדי להגדיר את מרחב ההגנה המשפטי על טרנסקסואלים נדרש סימון ברור של הגבול שבין אי ציות לתביעת ההלימה בין מין ומגדר ובין קיומה של פתולוגיה מגדרית.⁵⁸ כפי שטוען ספייד, הגבול הזה ישוב ויכונן את "הסטייה" שבטרנסיות ויאשרר את הנורמאליות שבהבנה החברתית של נשיות וגבריות.⁵⁹ כדי לזכות בהגנה מהפליה מטעמי מין, אנשים טרנסים עדיין יידרשו להוכיח את "אמיתות" הטרנסיות שלהם, בעוד שהשוונות המגדרית לכשעצמה תיוותר מחוץ לגבולות ההגנה המשפטית. אדרבא, הרעיון שלפיו יש להפריד אנשים טרנסים מאנשים לא טרנסים ממשיך את הדה-הומניזציה של הטרנסים ויוצא מתוך נקודת הנחה שיש דרך לאחד את כלל הזהויות הטרנסיות.

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

⁵⁶ Schroer, לעיל ה"ש 51, בעמוד 308.

⁵⁷ Schroer, לעיל ה"ש 51, בעמוד 308.

⁵⁸ Spade, לעיל ה"ש 17, בעמוד 25.

⁵⁹ Spade, לעיל ה"ש 17, בעמוד 25.

מהותיות.

הצורך לעגן את הזכות למצגים מגדריים שונים בקיומה של זהות יציבה מסייע להמשך הסתרתן של הנורמות החברתיות אשר מכוננות את קטגורית המין ומצמצמות את מרחב האפשרויות הנורמטיביות.⁶⁰ כאשר על מנת לזכות בתביעה תובעים טרנסים מחויבים לעגן את זהותם בקיומו של מין הטבוע בביולוגיה וקודם את ההגדרה החברתית, מאוינת האפשרות לערער על הלגיטימיות של השמת כל האנשים לקטגוריה מינית דיכטומית, ברגע לידתם.⁶¹

לעומת הפסיקה הנרחבת בנושא בארה"ב, בישראל פורסם רק פסק דין אחד הדן בזהותו של אדם טרנס.⁶² חן אלקובי, שהגדיר את עצמו כטרנסקסואל,⁶³ הועמד לדין פלילי בגין התחזות לאדם אחר,⁶⁴ מעשה מגונה⁶⁵ וניסיון לאינוס.⁶⁶ לפי כתב האישום, אלקובי קשר קשרים רומנטיים עם נערות וקיים עמן יחסים אינטימיים תוך שהוא מתחזה, לכאורה, לגבר. בית המשפט בחיפה גזר על אלקובי במסגרת עסקת טיעון עונש של שישה חודשי מאסר שהומרו בעבודות שירות, מאסר על תנאי של 24 חודשים באם יעבור עבירות דומות וכן פיצויים של עשרות אלפי שקלים לשתיים מן המתלוננות.⁶⁷ אייל גרוס מנתח את פסק הדין בעניין אלקובי וחושף את הרגולציה המשפטית של מין, מגדר ומיניות.⁶⁸ פרשת אלקובי שייכת אמנם למשפט הפלילי וענייננו שלנו במשפט פרטי-ציבורי, אך פרשה זו, באמצעות ניתוחו של גרוס, מאפשרת לנו הצצה יחידה לאופן שבו בית המשפט הישראלי מבין את השונות המגדרית.

הגבולות שמציב בית המשפט בישראל לאי הציות המגדרי במקרה של אלקובי, דומים לאלה שמוותחת הפסיקה בארה"ב. בדומה לבית המשפט הפדראלי, גם בית המשפט הישראלי מציין במפורש כי בהקשר הספציפי של קשירת קשר "אינטימי-חברתי" יש לפרש את המונחים

⁶⁰ Gilden, לעיל ה"ש 39, בעמוד 98.

⁶¹ Laura Grenfell, *Embracing Law's Categories: Anti-Discrimination Laws and Transgenderism*, 15

YALE J. L. & FEMINISM 51, 94 (2003).

⁶² ת"פ 389/02 מדינת ישראל נ' חן אלקובי, תק-מח 2003 (3), 3341.

⁶³ "בית המשפט: חן אלקובי לא תשב בכלא" Ynet פילימ (7.9.2003) <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2748400,00.html>

⁶⁴ כתב אישום מתוקן [תיקון שלישי] ת"פ (חי) 387/02 מדינת ישראל נ' אלקובי ואח' (הוגש ב- 25.3.2003), אישום שני.

⁶⁵ ת"פ אלקובי, סעיף 3 לפסק הדין.

⁶⁶ כתב אישום מתוקן, לעיל ה"ש 64, אישום שלישי.

⁶⁷ ת"פ אלקובי, סעיף 16 לפסק הדין.

⁶⁸ אייל גרוס, "התחזות כאדם אחר: חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי", *משפטים על אהבה*, 365-413 (ארנה בן-נפתלי וחנה נווה עורכות, 2005).

זכר ונקבה במובן הצר והמקובל בחברה.⁶⁹ וכשם שבעיני בית המשפט הפדראלי קיומה של GID מעניק לגייטימציה לאי ציות מגדרי, כך גם במקרה של אלקובי, בית המשפט מפרש את מצגו המגדרי של אלקובי כמתבקש ממצבו הפסיכולוגי כיוון שהוא מתאים להגדרות הצרות של ה-GID. גרוס מציין כי העדים המומחים שהובאו בעניינו של אלקובי שבו והדגישו בפני בית המשפט את נרטיב "הגוף הלא נכון", תוך הדגשת התאמתו של אלקובי למגדר דיכוטומי והצגתו כהטרסקסואל.⁷⁰ כך שגם במקרה של אלקובי, ההכרה בשונותו המגדרית מבוססת על הוכחת קיומה של זהות יציבה המבקשת להשתלב במערך חברתי "הנורמאלי" של מיניות ומגדר.

ניתוחו של גרוס את גבולות ההבנה שמגלה בית המשפט לאלקובי דומה לביקורתו של ספייד על הפסיקה בארה"ב. לפי ביקורתו של ספייד, הצורך לעגן את הלגיטימיות של שונות מגדרית בקיומה של זהות מינית או מגדרית, מסמן את הגבול שבין הנורמאלי לבין האחר ולא מאפשר לערער על הדיכוטומיה של המין והמגדר. בניתוחו, גרוס מציין כי בית המשפט מסמן את אלקובי כטרנסקסואל תוך הפרדה בין זהותו המגדרית למיניותו.⁷¹ בית המשפט קובע שאין הוא יכול לפטור את מעשיו של אלקובי מעונש משום שהאוטונומיה שלו לכונן את המגדר שלו אינה תקפה "ברגע האינטימי", שבו זהותו איננה שאלה של הגדרה עצמית אלא של הגדרה חברתית על בסיס קיומו, לכאורה, של מין ביולוגי שקודם להגדרה החברתית⁷² וכדברי בית המשפט:

" יכול פלוני להיראות כזכר ולהתנהג כזכר, ולהיות בעל אברי מין נקביים ולהיפך. אם יעשה כך, וגם אם ילבש בגדי אשה ולהיפך, לא נראה אותו/ה כמי ש"התחזה", אלא כמי שנהג בהתאם לתחושתו ולזהותו הפנימית והרגשית. כחברה סובלנית שבה רצונו של אדם כבודו, נתיר ונכבד התנהגות זו. פלוני גם אינו נדרש "לזהות" את מינו בפני הסובב אותו בכל מפגש כזה או אחר...

...עם זאת, כאשר פלוני קושר קשר חברתי-אינטימי עם זולתו, עליו לחשוף בפני הצד השני

את היותו "זכר" או "נקבה" במובן הצר והמקובל כיום בחברה.⁷³

בית המשפט "סובלני" לשונות מגדרית במידה מסוימת, אך סובלנותו תמה במקום שבו היא מאיימת על גבולות המגדר ועל ההטרסקסואליות הכפויה.⁷⁴ בעיני בית המשפט, ברגע האינטימי,

זהותו של אלקובי איננה אלא התחזות.

⁶⁹ גרוס, לעיל ה"ש 68, בעמוד 383.

⁷⁰ גרוס, לעיל ה"ש 68, בעמוד 399.

⁷¹ גרוס, לעיל ה"ש 68, בעמוד 401.

⁷² גרוס, לעיל ה"ש 68, בעמוד 381.

⁷³ ת"פ אלקובי, סעיף 13 לפסק הדין.

⁷⁴ גרוס, לעיל ה"ש 68, בעמוד 382.

בשנים האחרונות הגיעו לבית הדין לעבודה שני תיקים יחידים של נשים טרנסיות שתבעו את מעסיקיהן בשל פיטורים שלא כדין. בתביעה הראשונה, שהוגשה ב-2005, תבעה אישה טרנסקסואלית את מעסיקה בטענה שחווה העבודה שלה לא חודש לאחר שהחלה בהליכים לשינוי מין.⁷⁵ טענותיה של התובעת התבססו על התאמתה להגדרות הרפואיות המקובלות ובכתב התביעה הובהר כי התובעת התקבלה להליך שינוי המין הרשמי של משרד הבריאות. התביעה עוגנה בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה תוך הפנייה להלכות **פרייס-וויטהאוס וסמית'**, שלפיהן המונח מחמת מין המצוי בחוק מתייחס גם למגדר. לטענת כתב התביעה, הפלייתה נעשתה על בסיס סטריאוטיפים מיניים/מגדריים ובנוסף נטען כי ההגנה המוענקת בחוק כנגד הפליה מחמת נטייה מינית אף היא רלוונטית משום ש"תחת כנפיה הרחבות של הנטייה המינית נמצא, אם כן, לא רק את המשככה המינית למגדר זה או אחר, אלא גם את הנטייה המגדרית גופה".

התיק השני הוא המקרה של עדי, שבו נפתח המאמר.⁷⁶ עדי תבעה את מעסיקה לאחר שהתעמרו בה על רקע שונותה המגדרית והבהירו לה כי תוכל לשוב לעבודתה רק אם תתלבש כגבר. כתב התביעה של עדי התמקד בכך שהיא נמצאת בהליך לשינוי מין, הכולל שינוי שם, לבוש ונטילת הורמונים. לתביעה צורפה חוות הדעת של גב' נורה גרינברג, המתמחה מזה שנים רבות בייעוץ ותמיכה פרטנית לאנשים המתלבטים בסוגיות של זהות ומגדר. בחוות דעת זו נקבע כי לתובעת "צורך עמוק לראות עצמה נשית" וכי הופעתה ולבושה הם מרכיבים נחוצים בהליך של "פירוק ואינטגרציה של זהות חדשה, שנחווית על ידה כאמיתית". תביעתה של עדי עוגנה, בין היתר, בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה והסתמכה על עניין **שדנא** כדי לטעון כי הפליה "מחמת מין" היא גם הפליה מחמת שינוי מין. עוד נטען כי המקרה מוגן מכוח איסור ההפליה מחמת "נטייה מינית" וזאת בהסתמך על משפט משווה ועמדת נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה ולפיה שינוי מין הוא חלק מנטייה מינית.

שתי תביעות אלה נסתיימו בפשרות כספיות לטובת התובעות בטרם דן בהן בית המשפט, כך שבתי המשפט טרם נדרשו למקרה של אפליית אדם בשל שונותו המגדרית. את מיעוט התביעות של א/נשים טרנסים בישראל כנגד הפליה בתעסוקה ניתן להסביר בהדרתם משוק העבודה, במצב כלכלי שאינו מאפשר פתיחה בהליכים משפטיים, בהעדר מודעות בקרב הקהילה,

⁷⁵ בש"א 7035/05 פלוגית נ' המשיב (הוצא צו איסור פרסום).

⁷⁶ בס"ע 57199-11-10 פלוגית נ' המשיב (הוצא צו איסור פרסום).

בהעדר מנגנונים קהילתיים להפצת ידע משפטי ומתן ייצוג משפטי, בחשש מחשיפה (אאוטינג) במהלך ההליך ובחוסר אמון ביכולתו של בית המשפט למצוא פתרון. עם זאת, נוכח ההתעוררות הקהילתית-פוליטית שחוהה הקהילה הטרנסית בשנים האחרונות, ניתן לנבא בזהירות כי לא רחוק היום שבו יגיע תיק דומה לידי הכרעה.

בהתבסס על הטענות שנטענו בשתי תביעות אלה, על הבסיס החוקי שעליו הן נשענות והמשפט המשווה שנעזרו בו, ניתן לנסות ולמפות את היסודות שעליהם ישען פסק הדין העתידי. כיוון שהחוק הישראלי מתפקד באופן עקרוני בצורה דומה לזה האמריקאי, ניתן לצפות כי פסק דין זה ישאב בהכרעתו משלושת המודלים שפותחו בארה"ב ויכריע בשאלת הכלתם של טרנסים בגדרי חוק שיוויון הזדמנויות בעבודה.

ההבדל המרכזי בין חוק זכויות האזרח האמריקאי לבין מקבילו הישראלי, חוק שיוויון הזדמנויות בעבודה,⁷⁷ הוא היקפה של רשימת הטעמים האסורים להפליה. הנוסח המקורי של חוק שיוויון הזדמנויות בעבודה, שנחקק ב-1988, כלל שלושה טעמים אסורים להפליה: מין, הורות ונישואין. רשימת הטעמים הלכה והתרחבה לאורך השנים ומונה כיום ארבעה עשרה טעמים. חוק זכויות האזרח האמריקאי, לעומת זאת, קובע רשימה סגורה של חמישה טעמים בלבד ובכללן סעיף 7 האוסר על הפליה מטעמי מין. מלבד אלמנט זה בנוי החוק בצורה דומה לחוק האמריקאי.

מבחינת החוק הישראלי, הפליה היא שאלה בדבר קיומה או אי קיומה של אבחנה ושונות רלוונטית. כאשר מגיעה לבית המשפט טענה של הפליה עליו לבחון את הסיטואציה מבחוץ, לאתר את נקודת המבט הסובייקטיבית של הגורם המפלה ולהכריע האם נעשתה אבחנה והאם היא נעשתה על בסיס שונות רלוונטית. כך, כדי להוכיח הפליה צריך להראות שישנה קטגוריה שמתייחסים אליה באופן שונה מקטגוריה נורמטיבית שהיא הבסיס להשוואה. החוק בנוי על מודל היחס השונה, שלפיו הפרט זכאי שיתעלמו משיוכו הקבוצתי בעת קבלת החלטה הנוגעת לו.⁷⁸ כדי להוכיח הפליה ישירה, על התובעים הפוטנציאליים להשתייך לקבוצה מוגנת, כלומר לטעון שהפליה נבעה מכך שהחלטתו של המעביד הושפעה מהשתייכות התובע לקבוצה מסוימת כגון גרושים, משתמטים, ערבים וכו'. במקרה של טענה להפליה ישירה, בית המשפט בוחן האם

⁷⁷ חוק שיוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.

⁷⁸ רות בן ישראל שיוויון הזדמנויות בעבודה כרך ב, 363 (1998)

המעביד ביסס את החלטתו על טעם פסול, מבלי להתייחס לשאלת המניע.⁷⁹ כלומר, בית המשפט בוחן מה עומד ביסוד ההחלטה, לדוג' היותו של העובד ערבי, ולא בוחן את התהליכים שהובילו לקבלת ההחלטה, המוטיבציה, לדוג' גזענות. עוד אוסר החוק על הפליה עקיפה, המתבטאת בתוצאות פעולות המעסיק.⁸⁰ האיסור על הפליה עקיפה מבטא את כוונת החוק להבטיח שיוויון מהותי, כלומר תוצאה שווה בקרב אלו השווים במאפייניהם הרלוונטיים.

מאמר זה מבקש לטעון, שהקטגוריה המוגנת הרלוונטית להפליה של טרנסים היא קטגורית המין עצמה, הנמנית על הטעמים האסורים להפליה בחוק שיוויון הזדמנויות. החוק אוסר גם על הפליה מחמת נטייה מינית, ועילה זו אכן הופיעה בשני כתבי התביעה שנסקרו לעיל. אולם בחרתי שלא לדון באפשרויות החוקיות של שימוש בעילה זו ביחס לאנשים טרנסים, שכן ההפרדה בין שתי הקטגוריות, מין ונטייה מינית, אינה הכרחית. כפי שאטען להלן, הפליה מטעמי מין היא הפליה בשל שונות מגדרית, כלומר, ההפליה מכוונת כנגד מי שסוטה מן המערכת האידיאולוגית שמציבה כל התנהגות מינית ומגדרית ביחס לאידיאל נורמטיבי של מיניות הטרוסקסואלית. קשה מאוד להבחין בין הפליה מחמת זהות מגדרית להפליה מחמת נטייה מינית משום ששתיהן נובעות מאותם תכתיבים ביחס למהם גברים ונשים ואיך הם צריכים להתנהג.⁸¹ כמו הטרנסים, גם לסביות והומואים מממוקמים על הרצף המגדרי-מיני שבין נשיות וגבריות במגוון מובנים, חלקם מיניים, חלקם פרפורמטיביים וחלקם אחרים.⁸² כך גם ההומואים והלסביות, כמו הטרנסים, מנכיחים את עצם קיומו של הרצף ואת האפשרויות לקיומם של פרטים שאינן רק נשים-הטרוסקסואליות-נשיות הנמשכות לגברים-הטרוסקסואלים-גבריים ולהפך. לכן השימוש במילה 'הומו' כקריאת גנאי מתפקד באופן דומה לשאלה "את בן או בת?", שניהם נועדו לסמן את החרیגה מכללי המגדר ולמשטר את מי שעובר עליהם. לסביות והומואים מופלים כאשר הזהויות שלהם מסמנות, מנקודות המבט ההטרונורמטיבית, חתירה תחת התפקידים המגדריים המסורתיים.⁸³ לכן, הטענה שהפליה מטעמי מין מתייחסת לשונות מגדרית, יכולה לשמש גם להגנה על הפליה מחמת נטייה מינית.

הפליה על בסיס מין, מבחינה היסטורית, מבוססת על השוואה בין היחס כלפי נשים

⁷⁹ שרון רבין מרגלית "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה- כיצד מוכיחים את קיומה?" הפרקליט מד (ג) 529, 536.

⁸⁰ בן ישראל, לעיל ה"ש 78, בעמוד 364.

⁸¹ Shannon Price Minter, Do Transsexuals Dream of Gay Rights? Getting Real about Transgender (Paisley Currah, Richard Juang and Shannon Price Minter eds. *Inclusion in TRANSGENDER RIGHTS* 141, 15 ed., 2006).

⁸² Price Minter, לעיל ה"ש 81, בעמוד 145.

⁸³ Price Minter, לעיל ה"ש 81, בעמוד 145.

והיחס כלפי גברים. לכן, שאלות של הפליה על בסיס מין בוחנות האם המופלה הופלה בשל היותו "אישה" או "גבר", דהיינו, האם המפלה הפלה בשל תפיסתו הסובייקטיבית את המופלה "כאישה" או "כגבר".

כיוון שזהו מבנה החוק, כאשר ידרש לבסוף בית המשפט לשאלת החלתו על אנשים טרנסים הוא יצטרך להכריע האם טרנסיות היא קבוצה מוגנת בתוך קטגורית המין. באופן פרדוקסלי, כדי לחסות בגדרי איסור ההפליה שבחוק, תידרש הטרנסיות לטעון שמקור ההפליה בקיומה של זהות מינית או מגדרית מהותנית. כך, גם אם בית המשפט יכיר בכך שהיא הופלתה, הוא יעשה זאת תוך שהוא ממשיך להגן על אותו סדר חברתי היררכי שמאפשר את ההפליה מלכתחילה.

כדי להדגים כיצד פועלת קטגורית המין בגדרי החוק, נבחן טענת הפליה מטעמי מין: אישה מפורטת בשל היותה אישה ובית המשפט פוסק שמדובר בהפליה אסורה. כלומר, הפיטורים בשל הסיבה "אישה" הם עבירה על האיסור להפלות על בסיס מין, שלפיו היות התובעת אישה הינו בסיס לא רלוונטי לאבחנה. בסיטואציה משפטית זו, אם כן, ישנה זהות בין "מין" ובין "מגדר". העין המפלה מזהה, לכאורה, את המצג המגדרי ומסיקה שהסובייקט הוא אישה והמצג המגדרי משקף מין ביולוגי.

אולם הסובייקט, האישה המופלה, מכוננת כל הזמן את זהותה על ידי סימונה כנשית בלבושה, דיבורה, תספורתה וכדומה,⁸⁴ וסממנים חיצוניים אלה הם הסימנים היחידים שבהם העין המפלה יכולה להבחין, היות שהיא איננה מסתכלת לה "בתוך המכנסיים". דה פקטו, העין המפלה רואה אך ורק את המצג המגדרי של נשיות, והוא איננו אלא, בפראפרזה על באטלר, מצג של מצג, שהרי העין המפלה אינה יכולה להבחין "בביולוגיה" ו/או "אוטולוגיה" של מין הסובייקט מלבד באמצעות הסימנים שמייצר המצג עצמו.⁸⁵ כלומר, בסיטואציה הזאת, של קריאת סימני המצג המגדרי, אין כל קיום עצמאי למין מלבד קיומו בתוך המצג המגדרי. בסיטואציה הזאת, המצג המגדרי הוא שמכונן את המין, ובלעדיו המין איננו קיים כלל. האישה המופלה אינה מגלמת את הנשיות שלה כתפקיד, אלא מכוננת מחדש בהתמדה "נשיות" באמצעות הגילום החוזר ונשנה של זהות מגדרית זו.⁸⁶ אולם בית המשפט מוגבל ביכולתו לקרוא תוכן זה לתוך הסיטואציה המשפטית. אי היכולת של המערכת המשפטית לזהות את היותה של הפליה

⁸⁴ ג'ודית באטלר "חיקוי ומרי מגדרי" מעבר למיניות מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית 329, 339 (מתרגמת: עמליה זיו, עורכים: יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קר, 2003).

⁸⁵ באטלר, לעיל ה"ש 21, בעמוד 208.

⁸⁶ באטלר, לעיל ה"ש 21, בעמוד 212.

מטעמי מין הפליה על רקע מצג מגדרי מבטאת את התעלמותה מכך שהמצגים המגדריים הם שטוענים את קטגוריית המין במשמעות.

מכיוון שקטגוריית המין במשפט מבקשת למעשה להסדיר מצב חברתי, אין היא יכולה להיות מנותקת מעובדת היותה תוצר של הבנייה חברתית. מצגים מגדריים משקפים את הנורמות החברתיות שמהן מורכבות נשיות וגבריות, ולכן כאשר בית המשפט מתעלם מכך שהפליה מטעמי מין היא הפליה על בסיס מצגים מגדריים, הוא ממשיך את העוול שמתבטא בהפליה זו. אם בית המשפט יאסור אפליה מחמת מין אך יתיר פיטורין של בעל זקן משום שהוא לובש שמלות הוא לעולם לא יצטרך להידרש לכך שהאיסור לבעלי זקן ללבוש שמלות נובע מכך שזאת פעולה המסמנת שונות מגדרית.⁸⁷ לעניין קטגוריית המין, אבחנות המבוססות על תפיסות מהותניות של מין או של מגדר מעלימות עין מכך שקטגוריות אלו מכוננות ומשמרות היררכיה חברתית.

לכן נראה שככל שבית המשפט ישתמש בקטגוריית המין המצויה בחוק ביחס לאנשים טרנסים הוא "יאלץ" לעגן את החלטתו בקיומה של זהות מהותנית. בתוך כך הוא יידרש להכריע באופן ספציפי בדבר האותנטיות של זהות התובעת, ובאופן רחב יותר בשאלה איזו חריגה מגבולות המגדר מותרת ואיזו אסורה. מגבלותיו של החוק חושפות את התפקיד החברתי שהוא לוקח על עצמו בתור כלי המגדיר את גבולותיה של הקבוצה המקנה "הגנה" ומזהה את מי שאינו נמנה על אותה קבוצה ונותר חשוף להפליה. במסגרת התפקיד שהוא לוקח על עצמו, בית המשפט יכול להסיט את הדיון מן ההיררכיה החברתית שמציגה את המינים כמקוטבים ומדירה מתוכה את הטרנסים.

משום ששונות מגדרית לא נידונה עדיין במשפט הישראלי, מלבד בשני המקרים שהזכרתי ונסתיימו בפשרה ומלבד במקרה **אלקובי**, אפשר לבחון אותה דרך השוואה לעניינים דומים שכן נידונו במשפט הישראלי. אחד מעניינים אלה הוא שאלת הזהות האתנית. השוואה זו מתבקשת שהרי מבחינה היסטורית הבניית קטגוריית הגזע התרחשה בד בבד עם הבניית קטגוריית המיניות. כך, היסטורית השינויים במערך הכוחות של מיניות ומגדר שתוארו לעיל התרחשו בסוף המאה ה-19, באותו זמן ובאותו מרחב פעולה אינטלקטואלי שבו נוצרו קטגוריות הגזע המודרניות.⁸⁸ כמו

⁸⁷ Gilden, לעיל ה"ש 39, בעמוד 110.

⁸⁸ Sibohan Somerville, "Scientific Race and the Invention of the Homosexual Body", 5 J. OF HISTORY OF SEXUALITY, 234-266.

השיח הרפואי שפעל ליצירת הפרדות דיכוטומיות בין נשים לגברים, שיח הגזע פעל באופן דומה כלפי קבוצות אתניות בעיסוקן בהבדלים פיזיולוגיים-ביולוגיים, אישיותיים ותרבותיים המבחינים ביניהן לכאורה.

מנגנונים של הסתרת זהויות אתניות במערכת המשפט הישראלית כפי שהם באים לידי ביטוי בהפליה נגד מזרחים, יהודים יוצאי ארצות ערב והאסלאם, נידונו בהרחבה על ידי יפעת ביטון וקלריס חרבון. ביטון מנתחת מציאות משפטית שבה הזהות המזרחית נעדרת משום שהיא יוצרת חלוקה לא רצויה, בשל ביסוסה על רקע אתני:⁸⁹ "שיטת המשפט הישראלית אימצה את הרעיון הסוציו-פוליטי של 'כור ההיתוך', המקדם עיקרון של מדינה אחת לכל היהודים, דרך עיצוב מערכת החוקים שלה. מכניזם אתנוקרטי זה הציע רטוריקה משפטית כוללת-כל, מאחדת, הנשענת על הדמיון שביהודיות המשמש כמכנה משותף בין הקבוצות האתניות השונות, כבסיס להענקת זכויות לרוב היהודי בישראל".⁹⁰ חרבון חושפת את השיח ההגמוני של מערכת המשפט הישראלית המדיר את הנרטיב המזרחי כדי שלא ליתן ביטוי להיבטים של זהות מזרחית קולקטיבית משום שהיא מאיימת על האתוס המכוון שעליו קמה המדינה.⁹¹

המשפט הוא כלי למיון וסיווג האוכלוסייה שבאמצעותו המדינה יוצרת זהויות שנחשבות לגיטימיות ותואמות את הסדר החברתי, בעוד שהיא מדירה ממנו זהויות אחרות, ובכך מסמנת אותן כלא לגיטימיות.⁹² שיטת המשפט בנויה על חלוקה אונתולוגית לכאורה, לאומית-דתית, בין יהודים וערבים, חלוקה המסתירה מימד אתני של הפרדה בין יהודים לערבים. הערביות היא רכיב מכוון של הזהות המזרחית, אך הכרה ברכיב זה "הייתה ממוטטת את האתוס הציוני ומחבלת במפעל בניוי האומה הישראלית",⁹³ לכן דרכם של יהודים אלו אל תוך הקונצנזוס הישראלי עברה דרך התכחשות למימד הערבי של זהותם.⁹⁴ ואולם, הדבר המבחין בין המזרחים לאשכנזים הוא בדיוק מוצאם העדתי. כלומר, כפי שהאשכנזים הינם יהודים אירופאים, המזרחים הם יהודים ערבים. במובן זה הקטגוריה המזרחית עלולה לחשוף לא רק את שקריות החלוקה אלא גם את

⁸⁹ יפעת ביטון "מזרחים במשפט: האין כיש" משפטים מא 455, 473 (2012).

⁹⁰ ביטון, לעיל ה"ש 89, בעמוד 475.

⁹¹ קלריס חרבון "השתכנות מתקנת: סיפורין של נשים המתקנות עול היסטורי" עיונים במשפט מגדר ופמיניזם 413, 456 (דפנה ברק ארז, שלומית ינסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוג'ץ עורכות, 2007).

⁹² ביטון, לעיל ה"ש 89.

⁹³ ביטון, לעיל ה"ש 89, בעמוד 427.

⁹⁴ יהודה שנהב היהודים הערבים: לאומיות דת ואתניות 152 (2002).

שקריות הקטגוריות עצמן, קרי את ההטרונגניות הן של הקולקטיב היהודי והן של זה הערבי.⁹⁵

תמצית טענתה של ביטון היא, שהחוק הישראלי נמנע מלדון באופן ישיר במזרחיות ובמוצא עדתי כבסיס להפליה אסורה משום שדיון זה יחשוף את "הריבוד החברתי האתני-גזעי בישראל" ואת תפקיד המשפט בכינונו.⁹⁶ ביטון מבהירה שהכישלון להתייחס באופן ישיר למזרחיות הוא הכישלון לדון במנגנון יחסי הכוחות החברתיים שמייצר את ההפליה נגדם. לכן התייחסות ישירה למוצא עדתי תעלה לפני השטח את המנגנון הכופה שבתוכו נוצרת הזהות המזרחית, מנגנון שמטרתו העיקרית היא השמירה על הסגרציה בין יהודים לערבים. במישורים אלה, המזרחים פועלים כלפי החלוקה הלאומית-דתית כפי שהטרנסים פועלים כלפי החלוקה המגדרית. בדומה לפוטנציאל המערער של הכרה בקטגוריית המזרחיות, הדרישה הטרנסית להגנה מפני הפליה מטעמי מין מעלה על פני השטח את המשטור המגדרי המצוי בעומק קטגוריית המין ומאיימת לטשטש את האבחנה הקדם משפטית בין נשים/נקבות וזכרים/גברים תוך שהיא חושפת את הכוח המדכא שבחלוקה זו.

האנלוגיה בין שונות מגדרית ומזרחיות מוגבלת מכמה בחינות. ראשית, בעוד שבעיני בית המשפט שונות מגדרית כלל איננה קיימת בחברה, הוא איננו מכחיש את קיומה של המזרחיות, אלא פוטר אותה כלא רלוונטית. בעוד שהזהות המזרחית קיימת בארגז הכלים של החברה הישראלית ונעשה בה שימוש מדי יום, הקהילה הטרנסית עדיין נלחמת על ניראות וממילא שאלות של ניראות מורכבות בהרבה ביחס לטרנסים. בהתאם לכך, בבית המשפט הטרנסית נדרשת להוכיח הן את קיומה מחוץ לכותלי בית המשפט והן את תוצאותיה של השתייכות זאת, ואילו המזרחית נלחמת על זכותה להכניס את זהותה המוכחת לתוך גדרי המשפט. אין זה בא לומר שהמאבק המזרחי פשוט יותר, אלא שהוא "מושקק" באמצעים אחרים. הבדל חשוב נוסף הוא שהמזרחיות כקטגוריה מפלה קיימת בפועל - מזרחים מופלים משום שהם מזרחים ולא משום שהם לא מספיק ערבים או לא מספיק יהודים. א/נשים טרנסים, לעומת זאת, מופלים כאשר הם כושלים בכינון המגדר שלהם בהתאם לנורמות החברתיות המקובלות, כלומר כשהם "לא עוברים" או כשמתגלה שהם שונים מגדרית. מכאן שטרנסים ומזרחים מודרים בדרכים אחרות. נוסף על כך, ישנם הבדלים מהותיים בחוויה האישית ובאופן שבו מזרחיות או טרנסיות צריכות

⁹⁵ בין היתר, הזהות המזרחית יכולה לעמוד מנגד ההיפותזה הישראלית לפיה הערבים הם עם אחד ולכן אין לפלסטינים זיקה ייחודית לאדמות ארץ ישראל.

⁹⁶ ביטון, לעיל ה"ש 89, בעמוד 85.

להתמודד עם מערך הכוחות של החברה בישראל.⁹⁷ חשוב לציין שפעמים רבות דיכויים אלה חופפים. במילים אחרות, כמו החברה הישראלית, גם הקהילה הטרנסית בישראל מורכבת ממזרחים, פלסטינים, מהגרי עבודה, פליטים ואשכנזים. מנגנוני המישטור המגדרי נוטים להיות אגרסיביים יותר כלפי מי ששייכותה לקולקטיב ההגמוני מלכתחילה מוטלת בספק, כך שמאבקה של מי שנמצאת בנקודות המפגש של קבוצות חברתיות מופלות מורכב בהרבה ממי שאינה.

ביטון וחרבון מתארות ומפרשות את התמודדות בית המשפט עם דרישות לשוויון בשם הזהות המזרחית. ביקורותיהן משיקות בנקודות רבות לאופן בו מאמר זה מנתח את ההתפתחויות בארה"ב ביחס לשונות מגדרית. משום שאין אנלוגיה זו עומדת במרכזו של מאמר זה נבחן רק דוגמא אחת להקבלה שכזו.

חוק איסור הפליה בשירותים ומוצרים,⁹⁸ הגם שנולד כמענה לתופעות של הפליה כנגד מזרחים, אינו מכיל קטגוריה מוגנת של מזרחיות או מוצא עדתי. בית המשפט מנסה להתמודד עם החוסר הקיים בחוק עצמו באמצעות המצאת הקטגוריה "צבע עור"⁹⁹ והשימוש בגוון העור כמדד אובייקטיבי לקיומה של הפליה.¹⁰⁰ טקטיקה זו זכתה לביקורת משום שאפשרויות השימוש בה מוגבלות: לא רק שישנם מזרחים רבים שעורם בהיר אלא ש"מזרחים מופלים בכניסה למועדונים בשל היותם מזרחים ולא בשל צבע עורם, ולעתים קרובות - למרות צבע עורם".¹⁰¹ בהמשך לכך ניתן לטעון כי מזרחים מופלים משום שהם כושלים בלייצר מצג אתני של אשכנזיות. דוגמא בולטת לכך ניתן למצוא במקרה של תובע שלא עבר סלקציה בכניסה למועדון בקיבוץ רמת דוד.¹⁰² לאחר שנטען נגדו כי לבושו ותסרוקתו העידו על הסכנה שבהכנסתו למועדון, החליף התובע את בגדיו עם חברו האשכנזי שבא עימו ואף שינה את תסרוקתו. אולם על אף השינויים, נאסר על התובע להכנס בעוד שחברו האשכנזי הורשה להכנס כשהוא לבוש בבגדים "המסוכנים".

ניתוח זה מקביל לטענתנו לפיה הטרנסית מופלה בדיוק בנקודה שבה "העין המפלה" מבינה שהיא "זיוף", דהיינו, שאין קורלציה בין המין הביולוגי, המגדר והמצג המגדרי. הטרנסית המופלה, והמזרחי המופלה, אינם מצליחים או שאינם מעוניינים לייצר מצגים משכנעים דיים, שכן אם היו

⁹⁷ בהקשר זה חשוב להבחין שהזהות המזרחית, בניגוד לטרנסיות או הומוסקסואליות, כוללת השתייכות מולדת לקהילה ומתווכת ע"י המשפחה, לטוב ולרע.

⁹⁸ חוק איסור אפליה בשירותים, במוצרים ובכניסה למקומות בידוק ומקומות ציבוריים, התשס"א-2000. ע"א (חיפה) 3724/06 קיבוץ רמות מנשה נ' מזרחי (פורסם בנבו, 7.1.2008), סעיף 13 לפסק הדין.

⁹⁹ ע"א (חיפה) 3724/06 קיבוץ רמות מנשה נ' מזרחי (פורסם בנבו, 7.1.2008), סעיף 13 לפסק הדין.

¹⁰⁰ ביטון, לעיל ה"ש 89, בעמוד 493. זאת למרות שלטענתה של ביטון ניתן לפרש את קטגוריית הגזע המצויה בחוק כדי להגן על אפליה שכזו (רי' ביטון בעמוד 488).

¹⁰¹ ביטון, לעיל ה"ש 89, בעמוד 494.

¹⁰² ת"א (שלום) 353-08-07 לירן נ' קיבוץ רמת דוד (פורסם בנבו, 5.1.2009).

עושים כן הרי שהיא לא היתה מזוהה כטרנסית והוא לא היה מזוהה כמזרחי. כזכור, בפתחת המאמר נטען שהדרך להימנע מהסנקציות החברתיות המוטלות על מי שחורג מגבולות המגדר היא "לעבור", להיות מזוהה כשייך למגדר מסוים וברור באמצעות המצגים החיצוניים: הלבוש, הדיבור, התספורת, שפת הגוף ותפיסת המרחב. אולם, המונח "לעבור" (Passing) אינו מתייחס רק למגדר ומקורו ביחסים בין-גזעיים בארה"ב, ביכולתם של שחורים להיות מזוהים כלבנים, בהקשר של חוקי הגזע שהתבססו על עצם היכולת להבדיל בין שחור ובין לבן.¹⁰³ האפשרות "לעבור", לבצע פאסינג, מלמדת על האופן שבו זהויות נוצרות או נכפות, ועל הפריבילגיות או המחירים הטמונים בזהויות מסוימות. הפאסינג מסמן את הגבולות בין קטגוריות של זהות ומאיר את החרדה האינדיבידואלית והקולקטיבית מפני חציית אותם גבולות.¹⁰⁴ היכולת של זכר מבחינה ביולוגית להיות מזוהה כאישה מאיימת על הסדר החברתי המבוסס על מערכת של מיניות ומגדר המעוגנת לכאורה בביולוגיה, ולו רק בשל האפשרות שהיא תחליף את ההטרסקסואליות הכפויה¹⁰⁵ בהומואיות כפויה, משום שגברים סיסגינדרים עלולים לראות בה אובייקט של תשוקה. באותו האופן, המזרחי שעובר כאשכנזי לכאורה "נעלם" אולם בפועל הוא חושף את מנגנון הריבוד החברתי המבנה את הקטגוריות "מזרחי" ו-"אשכנזי" משום שזכויות היתר שהוא מקבל הן לא תוצר של היסטוריה ויכולות מולדות או נרכשות, אלא תוצר של כך שהוא נראה כמו מי שיש לו את ההיסטוריה הנכונה ואנחנו מייחסים לו יכולות מסוימות מולדות או נרכשות.

כתוצאה ממבנה החוק, פרשנותו בבית המשפט והלך הרוח השיפוטי, המבקשים לתבוע מכוחו ככלל מנסים להוכיח קיומה של קבוצה מזרחית.¹⁰⁶ בדומה לכך, במודל שלפיו "מין הוא גם שינוי מין" מבקשים התובעים להכיר בקיומו של מין שלישי טרנסי ובהשתייכותם לקבוצה מוגנת זו. כפי שהתובעים המזרחים מסתכנים, "באי הכרה בהם כ'מזרחים מספיק' מבחינת צבע עורם",¹⁰⁷ כך נדרשים הטרנסים להוכיח את "האותנטיות" של שונותם המגדרית בעיגונה בזהות יציבה מינית או מגדרית. אמנם המזרחים נדרשים להוכיח את הניראות של הזהות המזרחית שלהם ואילו הטרנסים נדרשים להוכיח שהזהות המגדרית שלהם מעוגנת בזהות יציבה, ובכל זאת דרישת בית המשפט מהתובע דומה במהותה- הוכח לי שיש בך איזה יסוד מהותי שמגדיר את

Elaine K. Ginsberg, *Introduction: The Politics of Passing, in PASSING AND THE FICTION OF* ¹⁰³

IDENTITY 1 (Elaine K. Ginsberg ed., 1996) ¹⁰⁴

Ginsberg, לעיל ה"ש 103, בעמוד 2. ¹⁰⁵

גרס, לעיל ה"ש 68, בעמוד 382. ¹⁰⁶

ביטון, לעיל ה"ש 89, בעמוד 507. ¹⁰⁷

ביטון, לעיל ה"ש 89, בעמוד 495.

השייכות שלך לקבוצה הראויה להגנה, החולקת איתך את אותו יסוד. שתי התביעות מאפשרות לבית המשפט להמשיך ולהגדיר את תוכנה של הזהות המותרת והמקובלת. כאמור, כדי לכוון קטגוריה משפטית מוגנת של שונות מגדרית, על בית המשפט לקבוע את הגבול שבין אי ציות מגדרי אסור ומותר. הקטגוריה החדשה תמשיך לסמן את האחר שלמולו קיים הטבעי והנורמאלי. אין עולה מניתוחנו שאין בנמצא זהויות יציבות, שזהויות מגדריות ו/או מזרחיות אינן קיימות, אלא שזהויות אלה נכפות עלינו ונטענות במשמעות "כדי לשרת מערכת יחסי כוחות של דיכוי ושליטה"¹⁰⁸. כאשר בית המשפט מכחיש ומסתיר את קיומן של חריגות אלו מהנורמות שעליהן הוא מבסס את עבודתו, את קיומן של זהות מזרחית מופלית ושונות מגדרית מדוכאת, הוא מכחיש ומסתיר את מערכת יחסי הכוחות, הבאה לידי ביטוי בריבוד חברתי היררכי, שממנה הוא יונק את הצדקתו.

השיח של בית המשפט בישראל ביחס למזרחים והפסיקה האמריקאית ביחס לטרנסים, כמו גם חוק שיוויון בשירותים ומוצרים וחוק שיוויון הזדמנויות בעבודה, משתמשים בעולם מונחים של זהויות סטטיות. החוק והפסיקה נמנעים מלעסוק בהליך כפיית הזהויות האלה על הפרטים, הליך שבו למנגנון המשפטי שמור תפקיד מפתח בכינון הקטגוריות המוגנות ובהדרת קבוצות חברתיות מתחולתן. האפיון הספציפי, כגון צבע עור או GID, יכול להשתנות משום שהוא פחות מהותי מהריבוד החברתי עצמו, לכן גם אם המנגנון המשפטי ישנה את הקריטריונים שלפיהם הוא בוחן את קיומה של הפליה, תמיד תיוותר החלוקה בין הקבוצות. למרות שתוכן של הזהויות המרכיבות את קטגוריות המין, גבר ואישה, זכר ונקבה, משתנה בעקביות בין תקופות שונות ובין מקומות שונים, אין הדבר משפיע על קיומה של החלוקה בין שתי הקבוצות, שונות ככל שיהיו "מן המקור". נקודת העיוורון של המערכת לזהות המזרחית או לשונות המגדרית מצביעה על כשל רחב יותר לדון בעצם המערכת האידיאולוגית. האנלוגיה מחזקת את הטענה על אודות הפוטנציאל המוגבל של שימוש בחוק שיוויון הזדמנויות בעבודה להגנה על תובעים טרנסים כל עוד תביעתם תנוסח כבקשה להכללה בקטגוריית המין ולא להגנה על האפשרות של שונות מגדרית, שכן, כמו ביחס למזרחים, הדיון בעניינם יוסט ממנגנון הריבוד החברתי, שימשיך להמציא מחדש את

¹⁰⁸ חרבון, לעיל ה"ש 91, בעמוד 438

ההפליה.

התביעה להכרה המבוססת על זהות מהותנית מינית או מגדרית אינה קוראת תיגר על תפקידו של בית המשפט בקביעת גבולות המגדר והמצג המגדרי והדרת החורגים מגבולות אלו. בהתחשב בקשר הבל ינותק בין הממסד הרפואי והממסד המשפטי בכל הנוגע לשונות מגדרית ניתן להסיק שמי שלא יתאים למודל הרפואי הטרנסקסואלי, לא יזכה לנגישות לזירה משפטית זו. המדובר בקבוצה בלתי מבוטלת של א/נשים הסובלים מהפליה על רקע שונותם המגדרית וביניהם גברים סיסגינדרים "סיסים" ונשים סיסגינדריות "בוציות". יתר על כן, קיימת קבוצה בלתי מבוטלת של א/נשים טרנסגינדרים שאינם טרנסקסואלים משום שהגדרתם העצמית אינה תואמת אף אחת מהקטגוריות המגדריות הנורמטיביות, קרי נשים וגברים, או משום שהם מתנגדים באופן עקרוני לקיומו של המגדר כמוסד חברתי ועל כן מסרבים לאמץ לעצמם הגדרה, כגון אלו המזדהים כגינדרקוורירס. מכל מקום, כאמור בפתחת המאמר, הרי שטרנסים אינם מופלים בשל העובדה שהם כמו כולם, אלא בשל העובדה שהם לא מצייתים לנורמות מגדריות. כל עוד הגנת החוק מוענקת למי שמצליח להיות "כמו כולם" היא מדירה את מי שפגיע יותר להפליה על רקע שונות מגדרית. שכן, ככל שאתה "עובר" בהצלחה גדולה יותר, הרי שהסיכוי שתסבול מאפליה בשל שונות מגדרית קטן יותר.¹⁰⁹

בין הפוטנציאל הטמון בחוקי איסור ההפליה לאתגר את מנגנוני הריבוד החברתי, לבין החלק הפעיל שחוקים אלה לוקחים בייצורם ושימורם של אותם מנגנונים קיים מתח אינהרנטי, ולו פנים שונות. כך למשל, חוקי איסור הפליה מוגבלים ביכולתם לדון בדרישות קבוצתיות. החוק בנוי כך שהוא מאפשר לתובע יחיד לדרוש סעדים בשל עוולה שנעשתה לו אך אינו מאפשר דיון בסיטואציה חברתית שמאפשרת את ההפליה.¹¹⁰

כפי שכותב ספייד, ההסתמכות של חוקי איסור הפליה, כדוגמת חוק שיוויון הזדמנויות בעבודה, על נקודת מבטו של המפלה יוצרת את האשליה שקבוצה שקודם לכן הייתה מודרת או מופלה זוכה כעת לשוויון בחלוקת המשאבים והזכויות.¹¹¹ אך כל עוד ההתמקדות היא בהכללה בגדרי החוק אין בכך כדי לערער על עצם המנגנונים המורכבים שיוצרים את ההפליה.¹¹² על החוק האוסר הפליה נמתחה ביקורת משום שהוא "עיוור" לרובד המשמעותי ביותר של ההפליה,

¹⁰⁹ לטיעון דומה ר' קטרין מקינון "שוני ושליטה: על אפליה מינית" קטרין מקינון פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה 23 (2005).

¹¹⁰ ביטון, לעיל ה"ש 89, בעמוד 503.

¹¹¹ DEAN SPADE, NORMAL LIFE: ADMINISTRATIVE VIOLENCE, CRITICAL TRANS POLITICS AND THE LIMITS OF LAW, 86 (2011).

¹¹² SPADE, לעיל ה"ש 111, בעמוד 261-262.

המכונה "הפליה טרום שוק".¹¹³ כלומר, הרקע ההיסטורי של הריבוד החברתי. מצג זה של "נורמליות" מסתיר את אי השוויון ומאפשר לו להמשיך ולהתקיים. כאילו מצב העניינים הרגיל הוא של שוויון כלפי מי שמוגן בחוק ורק לעיתים נדירות שוויון זה מופר ואז על בית המשפט להחזיר את המצב לקדמותו.

הדגש על שינוי באופן שבו החוק מתייחס לקבוצה מסוימת מתעלם מהאופן שבו החוק, מדיניות ופרקטיקות מוסדיות יוצרים את התנאים שפוגעים בקבוצות אוכלוסיה מסוימות באמצעות הפעלה של גזענות, סקסיזם, יכולתנות (ablism), טרנספוביה, שנאת זרים והומופוביה מבלי להתייחס באופן מפורש ו/או אינדבדואלי לפרטים שבהם הם פוגעים.¹¹⁴ בית המשפט אינו שחקן תמים בבואו ליישם את החוק: באמצעות מתן משמעות לקטגוריות המשפטיות הוא אוכף את חוקי המגדר שבהם משתמשת המדינה כדי לקטלג ולסווג את האוכלוסיה ולנתב את חלוקת ההזדמנויות והזכויות. המדינה משתמשת במגדר כקטגוריה מינהלית בכל תחומי החיים: בבתי ספר, בתי חולים, שוק התעסוקה, מערכות המיסוי, מערכת הרווחה, ביטוח לאומי, מקלטים לדרי רחוב ונפגעי אלימות, מוסדות לבריאות הנפש ועוד.¹¹⁵

הכשלון לדון בעצם המערכת האידיאולוגית שממשרתת את המין והמגדר בתור מערכת המייצרת את ההפליה עלול להיטיב רק עם מעטים ולגבות מחירים כבדים ממי שמתמודדות עם הסכנות הגדולות ביותר לרווחתן ולחיייהן. מדי פעם שב ומתעורר בקהילה הטרנססית בישראל הדיון לגבי התיוג הרפואי של טרנסים כפגועי נפש והזכות לקבלת קצבה מהביטוח הלאומי. דיון זה מדגים את המחירים הממשיים של אי התעמתות עם המערכת עצמה. הגם שהתיוג הרפואי שמקנה קיצבת נכות הוא תולדה של המערכת האידיאולוגית שממשרתת את המין והמגדר, כאשר המערכת עצמה אינה מותקפת, אלא רק סממניה, כגון התיוג הרפואי, ההסתרה של אופני הפעולה הדכאניים מתחזקת וכך עלולה להחריף הפגיעה במי שחשופים יותר להפליה. כיום, טרנסים המבקשים לקבל קצבאות מהביטוח הלאומי בשל אי יכולתם להשתלב בשוק העבודה יכולים לקבל אותן מכוח סעיף רפואי המיוחס להפרעות נפשיות קשות.¹¹⁶ חלקים מהקהילה מוחים על עצם קיומה של האבחנה הפסיכיאטרית ועל השימוש בה במוסדות המדינה, כיוון שהיא פוגעת בכבודם ומתייגת אותם כפגועי נפש. לעומתם, חלקים אחרים בקהילה, אלה ששוק העבודה אינו

¹¹³ גיא מונדלק "האם דיני איסור אפליה עושים את העבודה?" **משפט חברה ותרבות** 223,229 (נטע זיו ודפנה הקר עורכות, 2009).

¹¹⁴ SPADE, לעיל ה"ש 111 בעמוד 122.

¹¹⁵ SPADE, לעיל ה"ש 111, בעמוד 122.

¹¹⁶ עמוד 180 לתדריך הלשכה הרפואית במוסד לביטוח לאומי "תדריך לרופא בנכות כללית" (9.11.2007).

נגיש להם, מסתמכים על הקצבאות האלה וחוששים מהשלכות השינויים הצפויים בספר האבחנות הפסיכיאטריות (DSM), המעבר מהפרעה לאבחנה זמנית. שלא במפתיע, הקבוצה השנייה מורכבת בעיקרה ממי שממילא נמנים על קבוצות אחרות המופלות לרעה בחברה. מאבקן של חברות קהילה אלה לרוב מורכב יותר משל אחרים בקהילה, בין היתר משום שפעמים רבות אין להן נגישות להון התרבותי, להשכלה, לתמיכה המשפחתית ולבסיס הכלכלי שהוא נחלתם של אחרים. פער זה הוא פער שחייבים להביא בחשבון כאשר בונים אסטרטגיות משפטיות. התמקדות בהכלה גרידא במסגרת חוקי איסור הפליה מבלי להתחשב בחווית החיים המורכבת של חלקים גדולים בקהילה עלולה לשרת בעיקר את מי שאלמלא שונותו המגדרית היה בעל סיכויים טובים להשתלב בשוק העבודה, כלומר מי שממילא אינו משתייך למיעוט לאומי או עדתי ובעל השכלה, יכולת ומעמד שהיו מאפשרים לו להיות שחקן מצליח בשוק החופשי.¹¹⁷ התעלמות ממנגנוני הריבוד החברתי והתמקדות רק בהכלה בגדרי החוק, תקדם רק את מי שמלבד שונותו המגדרית השוק החופשי נגיש עבורו, מי שאינו סובל מהפליית טרום שוק.

עמדתי על המגבלות שבעיגון הבקשה להגנה מבית המשפט בזהות סטטית, מינית או מגדרית. טענות כאלה יהיו בהכרח מבוססות על דרישה להיכלל בגדרי קטגוריה מסוימת קיימת או מומצאת ולא להתמודד עם המערכת האידיאולוגית של משטור מגדרי. כעת, אבקש להציע מתווה למחשבה משפטית שיאפשר הגנה מפני הפליה מחמת שונות מגדרית, באופן שיכלול את מגוון הזהויות וההתנהגויות המגדריות.

בהתמודדה עם אותו קונפליקט מציעה ביטון: "נראה כי הפתרון המעשי לקבלת תביעות הפליה של מזרחים טמון בהליך של הכלת מורכבות ההפליה שאותה מנסה המשפט למגר. הכלה זו עוברת דרך ההכרה בכך שמזרחים בישראל מופלים על רקע "הגזענות" ולא על רקע מה שמכנה החוק בתמצית רדוקטיבית טיפוסית: "גזע".¹¹⁸ "הגזעה הינה הבחנה בין קבוצות על בסיס של גזע, או על בסיס של מושגים תרבותיים תואמי-גזע כמו מגדר, ארץ מוצא, מקום מגורים, או שם משפחה. על ידי הפיכת המושג ("הגזע") לפעולה ("הגזעה") אנו נמנעים מלהכיר בקטגוריה הפיקטיבית של הגזע."¹¹⁹ בהשאלה, הרי שביחס לשונות מגדרית עלינו להסיט את מבטנו אל הליך

¹¹⁷ SPADE, לעיל ה"ש 111, בעמוד 84.

¹¹⁸ ביטון, לעיל ה"ש 89, בעמוד 509.

¹¹⁹ יהודה שנהב "מבוא תיאורתי: מהי גזענות?" ערכה נגד גזענות (האגודה לזכויות האזרח, 2012).

של "מיגדור", כלומר אל המנגנון הכופה שבתוכו נוצרות הזהויות המיניות והמגדריות התואמות את הנורמות החברתיות המקובלות ומוצגות כטבעיות. בהשאלה מהקריאה להפוך את המושג גזע לפעולה הגזעה, עלינו לחשוף את השימוש במאפיינים ביולוגיים, חברתיים, תרבותיים שנתפסים כטבעיים ובלתי משתנים כדי להעניק לגיימיציה להיררכיות בין קבוצות ואנשים. לשם כך אציע קריאה אחרת של הפליה מחמת מין שיש בה כדי להנכיח את מה שמובלע בקטגורית המין עצמה - החלוקה הדיכוטומית בין גברים לנשים.

ההפליה מתרחשת בצומת הדרכים שבין המופע המגדרי ובין המבט החיצוני על מופע זה. בהצטלבות הזאת טמון כוחה של הטענה המשפטית בדבר הפליה של טרנסים, מכיוון שהיא מאפשרת הסטת המבט המשפטי מבחינת האותנטיות של הזהות הטרנסית אל תפיסת המציאות כפי שהיא משתקפת באופן סובייקטיבי אצל הגורם המפלה.¹²⁰ למעשה, באופנים שונים של בחינת הפליה כלפי טרנסג'דרים, לחיוב ולשלילה, טמון הכוח שבהסטת הדיון מעבר לגופם של הטרנסים אל התפיסה החברתית לגביהם, אשר בכוחה לחשוף את "השקריות" שבקטגוריית המין.¹²¹ כאמור, אבחנות המבוססות על תפיסות מהותניות של מין או של מגדר מעלימות עין מכך שקטגוריות אלו מכוננות ומשמרות היררכיה חברתית. לכן בעולם מושגים שכזה, השאלה מהו המצג המגדרי שאנו תופסים כ-"אמיתי" היא קריטית לשאלה מהי הקטגוריה המוגנת. שכן, בפועל, המצג המגדרי "המוגן" זוכה להגנה משום שהוא סמן של הטרנסקסואליות. מנגד, המצג המגדרי של א/נשים טרנסים, זה שבגיניו הם מופלים אל מול א/נשים שהמצג המגדרי שלהם מסמן הטרנסקסואליות, מסמן את הזיוף של אותה "אותנטיות" שמקימה את הקטגוריה המוגנת.

בכוחה של הטרנסית הסובלת מהפליה לחשוף את המבנה האמור. הפליה כנגד טרנסים, לא רק שמשקפת את הסנקציות החברתיות המוטלות על התנהגות שאינה עולה בקנה אחד עם הנורמות ההטרנסקסואליות על-פי באטלר, אלא עושה למערכת המשפטית את מה שהדראג עושה למערכת החברתית, דהיינו מאלצת את בית המשפט לנתח סיטואציה מגדרית שבה "החיקוי" גלוי.¹²²

טענת ההפליה מטעמי מין כנגד טרנסים מגלה את היותו של המצג המגדרי חיקוי שאין לו מקור. הטרנסית מופלה בדיוק בנקודה שבה "העין המפלה" מבינה שהיא "זיוף", דהיינו, שאין קורלציה בין המין הביולוגי, המגדר והמצג המגדרי. הטרנסית מופלית כאשר מגלים שהיא לא אישה "אמיתית", שהיא טרנסית. זאת הסיבה שהטרנסית חושפת את בית המשפט לעובדה

¹²⁰ SHARPE, לעיל ה"ש 1, בעמוד 138.

¹²¹ SHARPE, לעיל ה"ש 1, בעמוד 155.

¹²² באטלר, לעיל ה"ש 87, בעמוד 336.

שקטגוריית המין ביחס לטענת ההפליה אינה עדות למציאות ביולוגית אלא משקפת **מצג** של מציאות ביולוגית. הטרנסיות מוכיחה שאין משמעות קדם חברתית-משפטית לקטגוריית המין, שהרי הטרנסיות היא "מזויפת" ובדיוק בשל כך היא מופלית. "זיוף" זה חושף כי למרות שנטען שמגדר הוא "טבעי" משום שהוא נובע מהכרח ו/או מהות פנימית נפשית ו/או גופנית, הרי שההכרח ו/או המהות האלו תמיד מיוצרים על ידי סימן חיצוני, סימון על פי הגוף הפומבי.¹²³ לכן, המצג המגדרי הוא שטוען את קטגוריית המין במשמעות ולא להפך.

מכאן כי קטגוריית המין אינה מתקיימת באופן עצמאי, כלומר במנותק מהמצג המגדרי. לכן טענת הפליה כנגד טרנסים צריכה להיות מבוססת על כך שאפליה על בסיס מין היא לעולם אפליה על בסיס מצג מגדרי, דהיינו שהמגדר הוא מצג במובן זה שהוא מכונן כאפקט את אותו מין משפטי שהוא לכאורה מבטא. המעסיק המפלה את הטרנסיות אינו מסתכל לה "בתוך המכנסיים" ולכן מפלה אותה, אלא הוא מפלה אותה רק לאחר שהוא חושד שהמצג המגדרי שלה אינו משקף את מה שיש לה או היה לה "בתוך המכנסיים". יתר על כן, לעיתים קרובות האפליה נובעת מכך שהמצג המגדרי לכשעצמו איננו קוהרנטי. כלומר, המין הביולוגי או המין המשפטי אינו מה שעומד אל מול "העין המפלה" אלא המצגים המגדריים.

לכן אין משמעות לשאלת הזהות הקוהרנטית, שכן כלל הזהויות לצורך טענת הפליה על בסיס מין הן תמיד זהויות המושגות על ידי הליך מתמשך של חזרה על "חיקוי". אשה סיסגינדרית עלולה להיות מופלה משום שבמערך החברתי המקובל קיים הבדל אינהרנטי בין גברים ונשים ולכן המצג המגדרי הקוהרנטי שלה מתפרש כמסמן, מאשרר וכופה את אותה היררכיה המציבה אותה כנחותה. טרנסים מופלים משום שאינם מצליחים או רוצים לסמן את השתתפותם באותו מערך. על כן, אין המצג המגדרי הטרנסי מהווה חריגה כלשהי מההגנה שכבר מעוגנת בחוק, הגנה מפני הפליה מטעמי מין. במילים אחרות, הפליה מטעמי מין היא הפליה על בסיס מצג מגדרי, כלומר מחמת שונות מגדרית. בפועל, אין צורך להרחיב את רשימת הטעמים האסורים להפליה כך שתכלול גם "שונות מגדרית" אלא יש לדרוש מבית המשפט לנסח אחרת את הבסיס להשוואה בבחינה של הפליה מטעמי מין. במקרה של הפליה על רקע שונות מגדרית, יש להעביר את בסיס ההשוואה ליחס כלפי אנשים בעלי מצג מגדרי קוהרנטי. כלומר, יש לבחון האם המופלה זכה ליחס שונה מאדם שהמצג המגדרי שלו עולה בקנה אחד עם המוסכמות החברתיות.

¹²³ באטלר, לעיל ה"ש 87, בעמוד 208.

התרחיש שבו תובע/ת טרנס/ית תדרוש הגנה מפני הפליה מתקיים בתוך אותו פרדוקס משפטי וחברתי שחושף את קיומה של השונות המגדרית. המדינה באמצעות מערכת המשפט והרפואה עושה שימוש בדרישותיהם הלגיטימיות ליחס ראוי של טרנסיות וטרנסים כדי למשטר את המגדר. למעשה הקהילה הטרנסית מבקשת הגנה כנגד דיכוי מן המערכות שמדכאות אותה. מאמר זה בחן באופן ביקורתי את יכולתה של המערכת המשפטית למגר את ההפליה כנגד טרנסים, וניתח באופן תיאורטי את האפשרות המשפטית של שימוש בקטגוריית המין בחוקי איסור הפליה על מנת להגן על האפשרות של שונות מגדרית. בתוך המערכת שורר מתח בין הנכונות לאיתגור של אותה הפליה באמצעות החוק ובין ההשלכות של יישום החוק בבית המשפט - כינון הריבוד החברתי המפלה. קיומו של מתח אינהרנטי זה מקשה על האפשרות של הפיכת הזירה המשפטית לאתר שבו יערך דיון במערכת האידיאולוגית המענישה על שונות מגדרית.

מתח זה בלט בסקירה של ההתפתחויות המשפטיות בארה"ב בנוגע לטענות הפליה מטעמי מין של א/נשים טרנסים. עם זאת, אף הפסיקה העדכנית והרדיקלית ביותר, ככל שהיא מבקשת לא להיות מהותנית בנוגע למין או למגדר, מבקשת לבחון הפליה מטעם מין ביחס לקיומה של זהות מהותנית. לטענתי, ההתקבעות על זהות מהותנית מסתירה את מנגנוני הכפייה שבאמצעותם זהויות אלו נרכשות ומקבלות משמעות חברתית, תרבותית וכלכלית. אלו המנגנונים החברתיים שממשטרים את האופן שבו כולנו רשאים לבטא את המגדר שלנו ופוגעים באופן מיוחד במי שחורג מגדרי המודלים המותרים לשונות מגדרית, מי שלא יזכה או לא ירצה לזכות בהכרת הממסד הרפואי בשונותו ולא יתאים למודל ההלימה החדש, זה הטרנסקסואלי. גם מערכת המשפט הישראלית טעונה באותו המתח, כפי שעלה מהאנלוגיה בין המאבק המזרחי כנגד הפליה לבין המאבק הטרנסי לחופש מגדרי וחופש ממגדר. הפוטנציאל הטעון של הקטגוריה "מזרחי" במשפט הישראלי לפגיעה במנגנון יסודי של המדינה, המשמש לאבחנה בין יהודים לערבים, מקשה על בתי המשפט לזהות את שורשי הפליה או למצער לקרוא לה בשמה. פוטנציאל דומה קיים גם ביחס לשונות מגדרית וקטגוריות המין, המשמשות אף הן ככלי מרכזי למיון וסיווג האוכלוסיה. המאמר הצביע אם כן על הדמיון בין ניסיונו של בית המשפט להתמודד עם הסתירה בתפקידיו, כמגן מפני הפליה וכמייצר הפליה, הן בפסיקה ביחס למזרחים והן בפסיקה האמריקאית ביחס לשונות מגדרית.

מהניתוח ניתן להסיק שבית המשפט אינו נכון להתמודד עם טענות החושפות את המערכת האידיאולוגית שמייצרת את ההפליה ואת הריבוד החברתי שבבסיסה, המכונה

"רדוקטיביות טבועה".¹²⁴ הקושי המוסדי של בית המשפט לדון בעצם המערכת האידיאולוגית נושא מחירים כבדים עבור המאבק הטרנסי משום שהיא מותיר את אלו השונות מגדרית, שממילא מצויות נמוך בסולם חברתי, מחוץ לטווח ההשפעה של הניצחונות הפוטנציאליים, ומשום שהוא מגייס את הדרישות של טרנסיות וטרנסים כדי לחזק את אותה מערכת אידיאולוגית באמצעות הכרה מובלעת בלגיטימיות של החלוקה חברתית. על מנת לחשוף את קיומה של דיכוטומיה מגדרית ומינית ואת תפקידו של בית המשפט בכינון הגדרות אלו מציע מאמר זה ניסוח מחדש של טענה להפליה טרנסים הדורשת הכלה של שונות מגדרית. הפליה מטעמי מין היא הפליה על בסיס מצג מגדרי ולכן המצג המגדרי הוא זה שטוען את הקטגוריה במשמעות ולא להפך, כלומר קטגורית המין מורכבת מהמשמעותיות החברתיות שאנחנו מייחסים למצגים מגדריים ותו לא. יש לדרוש מבית המשפט להסיט את בסיס ההשוואה ולבחון האם המופלה זכה ליחס שונה ממי שהמצג המגדרי שלו משקף את האידיאל הנורמטיבי של מיניות הטרנסקסואלית.

טרנסים וטרנסיות נפליטים משוק העבודה על רקע שונותם המגדרית ללא הרף. אלו החסרות השכלה, הון תרבותי, כלכלי ותמיכה משפחתית נאלצות לבלות תקופות ארוכות ללא הכנסה או בהסתמכות על קצבה מועטה מהביטוח הלאומי. בשנים האחרונות חלה התעוררות בקרב הקהילה הטרנסית שהחלה להתקומם כנגד ההפליה. על פניו נראה כי שימוש בחוקי איסור הפליה יכול לשנות את מצב התעסוקה של הקהילה, אך הוא עלול גם להעניק את חותמת ההכשר של הקהילה לפרקטיקות חוקיות שפועלות כנגד א/נשים שונים מגדרית.

כפי שכותב ספייד, עלינו להפסיק להאמין שמה שהחוק אומר על עצמו הוא נכון ושמה

שהחוק אומר עלינו הוא מה שמשנה (We have to stop believing that what the law says)¹²⁵ (about itself is true and what the law says about us is what matters). ספייד קורא למשפטנים להיות זהירים בעבודתם במסגרת התנועה הפוליטית הטרנסית.¹²⁶ לטענתו, כיוון שמערכת המשפט והמערכת המנהלית גורמות נזק עצום לחייהם של א/נשים טרנסים, תפקידם של המשפטנים הוא להנגיש אותן לקהילה ולבנות שיתופי פעולה ליצירת ביקורות קהילתיות לגבי

¹²⁴ ביטון, לעיל ה"ש 89, בעמוד 509.

¹²⁵ SPADE, לעיל ה"ש 111, בעמוד 128.

¹²⁶ SPADE, לעיל ה"ש 111, בעמוד 185.

האופן שבו המערכות האלו פועלות בחיי היום יום. משפטנים יכולים לאתר את הנקודות החלשות של מערכת משפטית מסוימת אך עליהם לזכור כי קורבנות המערכת המשפטית בדרך כלל יודעים יותר על איך המערכת פועלת באמת. בעוד הקורבנות רואים איפה המערכת פוגעת בהם, משפטנים יודעים בדרך כלל איך מערכות אלו עובדות "על הנייר". ספייד מבקש מאיתנו לאתגר את שורשי אי הצדק ולא את תופעותיו.¹²⁷ בהמשך לקריאתו של ספייד, מאמר זה מבקש לקחת חלק במאבק לחופש מגדרי וחופש ממגדר, ולא להכתיב את האגינדה שלו. זהו מאבק שקורא תיגר על המנגנון החברתי שממסטר את המגדר ומייצר ריבוד של זכויות בהתבסס על שונות טבעיות לכאורה. זהו מאבק על הזכות להתנתק מזהות שנכפתה עליך ולהגדיר את עצמך, וזהו מאבק על החופש להתקיים מחוץ למערכת החברתית הבינארית של קטגוריות מגדריות. מטרתו של מאמר זה להוות כלי לניתוח אפשרויות משפטיות שונות שעומדות בפני הקהילה ולהסיט את תשומת הלב אל הטקסט החבוי של דרישות משפטיות להכלה והכרה ואל מי שעלולות להיות מחוץ לגדרם, מי שסובלות מהצטלבות של דיכויים. מאמר זה הוא חלק מתנועה פוליטית הולכת וגדלה. תנועה שפועלת כדי להנכיח את קיומם של א/נשים טרנסים בתוך החברה, ולא לפק את מערכת המשפט ליתן דין וחשבון על האופן שבו היא הופכת קהילה מודרת זו לשקופה. כך נוכל להתחיל לפרק את תפקידם של בתי המשפט ככוח שמדכא מופעים של אי ציות מגדרי ושונות מגדרית, ככוח ממסטר למיניות וככוח שמכשיר הפליה מטעמי מין.

¹²⁷ SPADE, לעיל ה"ש 111, בעמוד 185.