

הכרה משפטית בשינוי מין

שמואל שמעוני

תקציר ♦ **א. המשפט ותופעת הטרנסג'נדריות** 1. חדשנותה של השאלה (א) מצבי intersex (ב) סיפורים על שינוי מין בדרך הטבע (ג) התאוריה של לקר 2. טרנסג'נדריות וטרנסקסואליות 3. על זהות מינית ועל נטייה מינית 4. מטרתה בהמשך המאמר והסתייגויות אפשריות ממנה ♦ **ב. המשפט המקובל** 1. גישת "המין נקבע בשעת הלידה" 2. הגישה המכירה בתוצאותיו של ניתוח לשינוי מין 3. ממין למגדר – הכרה בשינוי מין ללא ניתוח ♦ **ג. שינוי מין במשפט הישראלי ובמשפט העברי** 1. המצב המשפטי במדינת ישראל 2. התייחסויות לאפשרות לשינוי המין במשפט העברי (א) הכרומוזומים (ב) האיברים (ג) תוצאותיו ההלכתיות של ניתוח מלאכותי (1) הגישה ההלכתית הרווחת (2) אפשרות ההכרה בניתוח ושיטת הציץ אליעזר (3) גישת ביניים אפשרית (ד) השלכותיו ההלכתיות של הניתוח על דיני נישואין ועל חיי אישות (ה) השלכותיו ההלכתיות של הניתוח על נישואין קיימים (1) היתר איסור אשת איש שהיא FTM (2) היתר איסור אשת איש הנשואה ל-MTF (ו) עמדת המשפט העברי – הרהורים בטרם סיום ♦ **סיכום**

תקציר

מוסדות המין והמגדר וחלוקת המין האנושי על פיהם לשתי קטגוריות מוצקות וברורות מהווים – לפחות על פי תפיסה רווחת – אבן יסוד של התרבות האנושית בכלל ושל החשיבה המשפטית בפרט. ניתן אמנם למצוא בתקופות קדומות – גם בתרבות המערבית – ערעורים מסוימים על אופייה הבינארי והיציב של החלוקה המגדרית, אך ככלל דומה שהיא נותרה הקו השולט בתרבות, מה שנתפס כמובן מאליו בחשיבה המשפטית. במאה העשרים הציבה תופעת הטרנסג'נדריות אתגר למוסכמה זו. בתי משפט נאלצו להתמודד עם שאלות חדשות, ובהן עצם הגדרת מינו של בעל דין וההשלכות המשפטיות של הגדרה זו.

עו"ד שמואל שמעוני, עוזר משפטי בבית המשפט העליון. מאמר זה ראשיתו בעבודה שנכתבה במסגרת הסמינר "המשפחה בעידן של תמורה", שהועבר על ידי פרופ' דב פרימר, פרופ' פרימר סייע בידי רבות ועודד אותי לפרסם את הדברים. כבוד השופט ניל הנדל, פרופ' איל זמיר, אשתי יעל, חגי קלעי, חברי מערכת "מחקרי משפט" והקוראים האנונימיים קראו אף הם טיוטות שונות של המאמר והעירו את הערותיהם המאירות. לכולם נתונה תודתי.

שמואל שמעוני

על מנת להבין דיון משפטי זה כראוי, יש להגדיר את מושג הטרנסג'נדר ולהבחינו ממושגים אחרים, כגון טרנסקסואל. בהקשר זה אין מנוס מלהתייחס – ולו בביקורתיות – להגדרה שמציב המונחון הפסיכיאטרי DSM. כמו כן יש לחדד את ההבדל בין סוגיית הטרנסג'נדריות – סוגיה של זהות מינית ומגדרית – לסוגיות אחרות שלעיתים נידונות בצוותא וזו עם נושא זה – סוגיות של נטייה מינית. המאמר יראה שבתרבויות שונות ישנו נכונות להכיר בזכותו של אדם להגדיר את זהותו המגדרית, נכונות העולה על נכונותן של תרבויות אלה להכיר בחופש לעיצוב נטייה מינית.

בהמשך הדברים עובר המאמר לבחינת הדיון המשפטי בהכרה בשינוי מין, תוך התמקדות בהכרה המשפטית הנוגעת לנישואין במדינות שאינן מכירות בנישואין חד-מיניים. שלוש גישות מרכזיות עוצבו במשפט האנגלו-סקסי בהתמודדות עם שאלה זו: גישת "המין נקבע בשעת הלידה"; גישה המכירה בתוצאותיו של ניתוח לשינוי מין; וגישה, שבמובן מסוים מגשימה את המעבר ממין למגדר ומוכנה להכיר בשינוי מין ללא ניתוח. המאמר יצביע על התקדמות משפטית מחד גיסא, אך גם על ביקורת כלפי כל גישה מאידך גיסא, תוך הבהרה שהנושא עודנו רחוק ממיצוי המלאכה המשפטית הנדרשת בעניינו.

מתציתו השנייה של המאמר בוחנת את המצב במדינת ישראל, שבה טרם נידונה הסוגיה עד כה, ובמשפט העברי. במאמר ישנו דיון מקיף בעמדת המשפט העברי בסוגיית ההכרה המשפטית בשינוי מין ובהשלכותיה האפשריות, הן באשר ליצירת נישואין חדשים והן באשר לנישואין קיימים, כאשר הגבר או האישה עברו ניתוח לשינוי מין. המאמר חותם בתהייה אם אין מקום לשינוי חשיבה בנושא זה, חשיבה שבה ישולבו תובנות מתחום הפסיכולוגיה.

א. המשפט והזימנת הטרנסג'נדריות

1. חדשנותה של השאלה

It appears to be the first occasion on which a court in England has been called on to decide the sex of an individual.¹

דברים אלו של השופט Ormrod, הלקוחים מפסק הדין המנחה הראשון בעניין הגדרתו המינית של הטרנסג'נדר, נכונים כדבריו באשר לאנגליה; ואף שבמקומות אחרים ניתנה פסיקה בנושא עוד קודם לכן במאה העשרים,² אין ספק שסוגיית הטרנסג'נדרים הציבה אתגר חריג וחדש

1 מתוך דברי השופט Ormrod בפסק הדין בעניין Corbett v Corbett, [1970] 2 All ER 33
2 כפי שמציין אנדרו שרפ, כבר בשנת 1957 עסק בנושא בית משפט בסקוטלנד, בעניין Re X, Petitioner [1957] Scot LT 61, תוך שהוא הגיע להכרעה דומה לזו שנראה להלן בפסק הדין

הכרה משפטית בשינוי מין

בפני בתי המשפט. מוסדות המין והמגדר וחלוקת המין האנושי על פיהם לשתי קטגוריות מוצקות וברורות מהווים אבן יסוד של התרבות האנושית בכלל ושל החשיבה המשפטית בפרט, ורק ההתפתחויות הרפואיות, הפסיכיאטריות והתרבותיות של המאה הקודמת הן שאילצו את הערכאות לפתוח מושכלות יסוד לדיון מחודש.

אמנם יש מקום לטענה, שעוד לפני העידן של ניתוחי שינוי המין ושל העמידה על התופעה המכונה Gender Identity Disorder,³ החלוקה המגדרית לא הייתה בינארית ופשוטה כפי שנדמה במבט ראשון. נבחן שלוש דוגמאות לכך.

(א) מצבי intersex

לאורך ההיסטוריה היו ידועים מצבי ביניים שונים של חלקיות, של כפילות או של עמימות בשיוך המיני. כפי שג'ולי גרינברג מציינת,⁴ בעוד שמערכות המשפט המערביות דבקות בפרדיגמה בינארית בתחומי המין והמגדר, מצאו מחקרים אנתרופולוגיים שתרכויות אחרות היו נכונות להכיר בקטגוריות נוספות לשתיים המוכרות, ובהן מין שלישי ומצבי ביניים שונים של intersex. כך למשל, בהקשר היהודי גרינברג מציינת את ההתייחסות התלמודית למקרים של טומטום ושל אנדרוגיניוס, על שלל ההגדרות המשפטיות שהוצעו למצבים אלו (ספק בהגדרת המין, מין חצוי ומין שלישי).

אם נתמקד בדוגמה המובאת מן המקורות היהודיים, הרי העיסוק באנדרוגיניוס ובטומטום אינו מוגבל לתחום המשפטי בלבד. התלמוד אינו נמנע מלקבוע שאבות האומה – אברהם ושרה – היו טומטומים, בני אדם שאיברייהם המיניים מכוסים באופן שמונע את בידור זהותם המינית.⁵ המדרש מוסיף וטוען, כי "בשעה שברא הקדוש ברוך הוא את אדם הראשון, אנדרוגיניוס בראו, הדא הוא דכתיב 'זכר ונקבה בראם'".⁶ זאת ועוד, בנקודה זו יש מקום לציין את חכמת הקבלה, העוסקת רבות בשאיפה לאיחוד הצדדים המגדריים השונים באל עצמו –

בעניין Corbett, לעיל הערה 1 (ראו: ANDREW SHARPE, TRANSGENDER JURISPRUDENCE: DYSPHORIC BODIES OF LAW 40 (2002) (להלן: SHARPE, TRANSGENDER JURISPRUDENCE)).
זאת ועוד, הרפר טובין הפנה לפסק דין שוויצרי קדום עוד יותר (ומנוגד לשני פסקי הדין שהזכרתי לעיל) – Requete de A.L. Leber, 8 Recueil De Jugements Du Tribunal Cantonal De La – Republique Et Canton De Neuchâtel 536 (1945), תוך שהוא ציין פסיקות דומות ועיסוקים נוספים בנושא בשוויץ ובגרמניה כבר בראשית שנות השלושים של המאה הקודמת (ראו Harper J. Tobin, *Against the Surgical Requirement for Change of Legal Sex*, 38 CASE W. RES. J. (INT'L L. 393, 402 (2007)).

3 ראו להלן הערה 22 ובטקסט הנלווה.

4 Julie Greenberg, *Therapeutic Jurisprudence: Defining Male and Female: Intersexuality and the Collision Between Law and Biology*, 41 ARIZ. L. REV. 265, 275, 277 (1999).

5 בבלי, יבמות סד, ע"א.

6 בראשית רבה ה, א.

שמואל שמעוני

ייחוד הקדוש ברוך הוא והשכינה.⁷ יש אפוא מקום לטענה, שהמקורות האגדיים ממחישים את מורכבותה של השאלה המינית ואת חוסר הבינאריות שלה כשאלה העומדת בתשתית עולמנו.

(ב) סיפורים על שינוי מין בדרך הטבע

עד כמה שהדבר מפתיע, בספרות ימי הביניים מופיע תיעוד רב למקרים שבהם נשים הפכו, ללא התערבות חיצונית, לגברים. תיעודים שכאלו נסקרים בהרחבה אצל תומס לקר,⁸ לצד ההסברים המדעיים שניתנו בשעתו לתופעות אלו. כך למשל, מופיע שם הסבר ולפיו גברים ונשים מחזיקים באיברי מין דומים, אלא שהאיברים הנשיים הם פנימיים⁹ ועל כן במצבי חום ופעילות יתרה קורה לעתים שהאיברים יצאו החוצה ומבנה הגוף ישתנה. על פי ההסברים שבספר, הסיבה לכך שהשינוי הוא תדריכוני תמיד (דהיינו שנשים הופכות לגברים) היא שהטבע שואף לשלמות ומתנגד להפיכת דבר מושלם לדבר לא-מושלם.

מעניין לציין שבספרות השו"ת היהודית, בתקופות מאוחרות בהרבה, מופיע תיעוד של מקרים הדומים להפליא למקרים האמורים מימי הביניים. כך למשל, בספרו של הרב יוסף פלאג'י משנת 1896 מובא המעשה הבא:¹⁰

בראובן שנשא אשה אחת בתולה כאחת בנות ישראל והיה עמה כדרך איש ואשה, ואחר כמה שנים רבות קרה לה מקרה דנשנית מנקבה לזכר בכל מכל כל, מהו הדין לזאת שהיתה נקבה ואשת איש ונעשה זכר... ואל תתמה על שאלה כזאת, שהכל באפשר, "אין כל חדש תחת השמש", כמו שתראה בספר יד נאמן... שהביא כמה מאורעות כזה. ובכלל כתב שבתולה אחת כזמן שהיו מכניסין אותה לחופה נתהפכה לזכר.

הספר "יד נאמן" המצוטט להלן נכתב בידי הרב חיים מיראנדה ונרפס בשנת 1804. בספר מובאים מקרים שונים של היפוך נקבה לזכר. ההסבר שניתן לתופעה דומה אף הוא דמיון מובהק להסברים שניתנו בימי הביניים, מלבד העובדה שהמחבר סבור ששינוי זה עשוי להתרחש לשני הכיוונים:¹¹

שחכמי הנתוח... אין מוצאין שום שינוי בתכונת אברי הזכר יותר מן הנקבה, אלא שזו אבריה מבפנים וזה אבריו מבחוץ (פירוש אברי ההולדה, כי יש לאשה מבפנים ערלה

7 ראו למשל את ספר הזוהר, רעיא מהימנא, פרשת בהר.

8 THOMAS LAQUEUR, MAKING SEX: BODY AND GENDER FROM THE GREEKS TO FREUD 26-127 (1990)

9 שכן על פי תפיסה מימי הביניים, הנרתיק הוא איבר זכרי מהופך, השחלות הן אשכים פנימיים וכן הלאה.

10 ר' יוסף פלאג'י, יוסף את אחיו, מערכת ג סעיף ה, קטב (החש"ה).

11 ר' חיים מיראנדה, שו"ת יד נאמן, ליקוטים סב, ע"א (מהדורת שאלוניקי התקס"ד).

הכרה משפטית בשינוי מין

ובצים כנודע),¹² באופן שאם כרובי חום תוספת דם יתרחבו אברי הרחם, יתכן יצא ערלת הרחם לחוץ ומנקבה תתהפך לזכר, ואם בהפך – במיעוט דם ורוב קרירות תתעצר אבר הזכרות ותחזיר לפנים, ומצורת זכר יתהפך לצורת נקבה.

התופעות המתוארות נשמעות לאוזנו של בן-זמננו כסיפורי מעשיות, כמו גם ההסברים המדעיים המוצעים להן. האם אפשר בכל זאת להציע הסבר מדעי העומד במבחן ידיעותינו היום לתופעות המתועדות במקורות כה רבים ושונים? לקר עצמו מציע כלאחר יד¹³ להסביר את הדברים בחופעה הידועה בכמה מקומות בעולם כ-5-Alpha-Reductase Deficiency¹⁴. תופעה זו ישנה אצל אנשים בעלי מטען גנטי זכרי (כרומוזום XY), אשר עקב בעיות בקליטת ההורמונים הזכריים הנדרשים כדי לייצר ברחם גוף זכרי נותרים עם ברירת המחדל – גוף נקבי כמעט לחלוטין – אך ללא רחם ולעיתים עם אשכים טמירים. לעתים חלה התעוררות מאוחרת של האיתותים הזכריים בגיל ההתבגרות, כאשר הגוף מוצף בהורמונים, והגוף מתחיל להתעצב כגוף זכרי: נוצר פנוטיפ זכרי, האשכים הטמירים מתגלים וחל גידול בדגדגן.¹⁵ אמנם התיאורים של תופעות שינוי המין שבספרות הקדומה נשמעים כשינוי קיצוני מעט יותר, אך אפשר שהתופעה המתוארת היא אכן ה-5-Alpha-Reductase Deficiency, ולפיכך מובן שמדובר בשינוי מנקבה לזכר ולא להפך.

(ג) התאוריה של לקר

לקר עצמו מסתייג מהתמקדות יתר בהסבר מדעי מודרני כזה או אחר. הוא רואה בכך הסבר הלוקה באופן לא-מודע במבט חיצוני, א-היסטורי ומדולדל על ספרות ענפה ומורכבת העוסקת בגוף ובמיקומו התרבותי.¹⁶ הוא איננו מציע הסבר מדעי חלופי¹⁷ אלא מתמקד בנקודת מבט אחרת, והיא הבנת המטען החשיבתי-תרבותי שביסוד מקורות אלו. הטענה

12 ראו גם ר' יהודה הלוי, ספר הכוזרי, סימן ד סעיף כה (מהדורת אבן שמואל קפד-קפה): "אין הפרש בין תבנית גוף הנקבה לתבנית גוף הזכר כי אם בהיות אברים אחדים משלהם נגלים בזה ונסתרים בו. וכבר באר דבר זה בחכמת הנתוח, כי אברי הנקבה הם הם אברי הזכר, אך מהפכים הם לצד פנים".

13 LAQUEUR, לעיל הערה 8, בעמ' 7, 247 הערה 22.

14 Julianne Imperato-McGinley, Ralph E. Peterson, ראו Teohlo Gautier & Erasmo Sturla, *Androgens and the Evolution of Male-Gender Identity Among Male Pseudohermaphrodites with 5α-Reductase Deficiency*, 300 NEW. ENGL. J. MED. 1233 (1979).

15 באופן רגיל, עובר בעל כרומוזום XY מקבל את השפעות ההורמונים הזכריים ומתעצב ברחם כגוף זכרי באמצעות שינוי ברירת המחדל הנקבית. האיבר הזכרי הוא הגדלה של מה שהיה יכול להיותו כדגדגן.

16 LAQUEUR, לעיל הערה 8, בעמ' 7.

17 בדואר אלקטרוני שלח Laqueur לכותב שורות אלו (1.12.2010, שמור במחשב) הוא התייחס לחוסר זה בספרו, וכתב כך: "I am not a scientist... My suggestion would be to talk to an endocrinologist or pediatrician who specializes in these matters to see what he/she recognizes in the observations"

שלקר מפתח לאורך ספרו היא, שהעולם המערבי ביצע מעבר מ-one sex theory אל two sex theory. לדבריו, בימי הביניים ראתה התפיסה השולטת באישה גרסה לא-מושלמת של הגבר, ולא סברה שמבנה הגוף הוא שמכתיב באופן בלעדי את המיניות; רק בעת החדשה התפתחה תפיסה הרואה במגדר כמבוסס על מין והסבורה שהעולם מתחלק לשני מינים שונים במהותם הבסיסית, ואף הפוכים.

ברם על אף חריגים אלו דומה, שעודנה נכונה הטענה שבה פתחתי ולפיה חלוקת המין האנושי לשתי קטגוריות מגדריות ברורות, יציבות וקבועות היוותה אבן יסוד בעולם המשפט בכלל ובמשפט המערבי בפרט, עד אשר הוצב לפניו האתגר של הטרנסקסואליות והטרנסג'נדריות. במאמר זה אבחן את העיסוק המשפטי בהכרה בשינוי מין, תוך התמקדות בשאלת ההכרה ביכולת להינשא בהתאם למין ה"חדש". בהקשר זה אתייחס בעיקר למצב המשפטי במשפט האנגלו-סקסי ובמשפט העברי. בטרם אעשה כן אוסיף עוד כמה מילות רקע על תופעת הטרנסג'נדריות ועל היחס המשפטי-החברתי אליה.

2. טרנסג'נדריות וטרנסקסואליות

בהתאם להבחנה הרווחת בין מין (sex) למגדר (gender), טרנסקסואל הוא אדם ששינה או השואף לשינוי את מינו הפיזיולוגי. במאמר זה לא אעסוק בסקירה היסטורית¹⁸ ורפואית¹⁹ של ניתוחים לשינוי מין. אציין רק שמשנות השלושים של המאה הקודמת החלו לבצע – ברמות שונות של הצלחה – ניתוחים שכאלו. לצד טיפולים הורמונליים שונים ועיצובים של צורת הגוף, הניתוחים כוללים הסרה של איברי המין הקיימים, עיצוב של נרתיק מלאכותי עבור זכר שהופך לנקבה (להלן: MTF) ועיצוב של מעין איבר זכרי עבור נקבה שהופכת לזכר (להלן: FTM), בין אם באמצעות השתלה של רקמות ובין אם באמצעות הגדלה הורמונלית של הדגדגן.

טרנסג'נדר, לעומת זאת, הוא אדם שהניתוח או השאיפה לניתוח אינם מרכיב יסודי בזהותו האישית. מדובר באדם שחש בצורה העקיבה והעמוקה ביותר שזהותו המגדרית היא זהות מסוימת, ללא כל תלות במבנהו הגופני.²⁰ הטרנסג'נדריות איננה תופעה פיזיולוגית אלא

18 להרחבה בנושא, ראו JOANNE MEYEROWITZ, HOW SEX CHANGED: A HISTORY OF TRANSEXUALITY IN THE UNITED STATES (2002).

19 לסקירה עדכנית, ראו Louis J. G. Gooren, Peter J. Snyder & Kathryn A. Martin, *Treatment of Transsexualism*, www.uptodate.com/online/content/topic.do?topicKey=r_endo_m/11460&selectedTitle=1%7E8&source=search_result (2010).

20 נורה גרינברג, אחת הפעילות המרכזיות בקהילה הטרנסג'נדרית בישראל, הביאה בריאיון לעיתון הארץ את הנתונים הבאים (תוך שימוש לא-מדויק כמונת טרנס-סקסואל): "רוב הטרנס-סקסואלים שחיים בזהות מגדר שאתה הם מזדהים לא עוברים ניתוח לשינוי מין. כ-80% מהטרנס-סקסואלים מגבר לאשה, ויותר מ-95% מאשה לגבר, לא עוברים ניתוח לשינוי מין" (מרב סריג "המנהיגה הראשונה של הטרנס-ג'נדרים" הארץ online 6.5.2003).

הכרה משפטית בשינוי מין

תופעה נפשית, והמסד הפסיכיאטרי מכיר בה. כך למשל, במהדורה הרביעית של הספר "המגדיר היסודי של הפרעות פסיכיאטריות" (להלן: DSM) יוחד מקום של כבוד לדין בסוגים שונים של Gender Identity Disorders.²¹ בטרם נעייין בהגדרה הבסיסית שהספר מציע לתופעה, מן הראוי לציין שעל אף שמקור זה עשוי להצטייר כמקור מדעי אובייקטיבי שאיננו שנוי במחלוקת, הדבר איננו כך. מן המפורסמות הוא שהגדרות שכאלו אינן ניטרליות, אלא נשענות על מטען אידאולוגי הקובע מה נחשב נורמה ומה נחשב סטייה. כשם שארגוני הומוסקסואלים ערכו בעבר מאבק ממושך שהסתיים בהוצאתה של ההומוסקסואליות מרשימת ההפרעות הפסיכיאטריות,²² כך ישנה גם באשר לסוגיית הטרנסג'נדריות התנגדות רבה לעמדת המסד הפסיכיאטרי בנושא.²³ ואולם אני סבור כי השאלה, אם להגדיר טרנסג'נדריות כהפרעה (disorder) או כתופעה (phenomenon), היא שאלה משנית בחשיבותה לשאלה המרכזית יותר – השאלה של זיהוי התופעה, של הגדרתה ושל ההתייחסות הראויה אליה (כגון חשיבותו של הניתוח כמכשיר ליצירת הרמוניה בין גוף לנפש). לשאלה אם לראות זאת כהפרעה או כתופעה נורמטיבית אין השלכות מעשיות ישירות כבדות משקל.²⁴ על כן אני סבור, כי לא צריכה להיות מחלוקת על חשיבות העיון בהגדרה המוצעת לתופעה. הנה אפוא ההגדרה בלשונה:²⁵

גרינברג (להלן: נורה גרינברג "הארץ"). www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo=290767

DIAGNOSTIC & STATISTICAL MANUAL OF MENTAL DISORDERS 576-581 (American Psychiatric Association, 4th ed. 2000) (להלן: DSM). למרבה הצער, באשר לשאלה בעלת חשיבות רבה לנושאנו, והיא שאלת היקפה הכמותי של התופעה, ה-DSM, בדומה למקורות אחרים שבהם ניסיתי לברר שאלה זו, איננו נוהג תשובות ברורות. כל שנאמר בעניין הוא, שבארצות מסוימות ישנם נתונים בדבר אלו המבקשים ניתוח לשינוי מין ולמיהם מדובר באחד מכל 30,000 גברים ובאחת מכל 100,000 נשים (שם, בעמ' 579).

Elvia R. Arriola, *The Penalties for Puppy Love: Institutionalized Violence Against Lesbian, Gay, Bisexual and Transgendered Youth*, 1 J. GENDER RACE & JUST. 429, 456 (1998).

ראו למשל את דבריה של נורה גרינברג "הארץ", לעיל הערה 20: "הפסיכיאטריה בכלל לא מודעת לכוחות התרבותיים והחברתיים שפועלים עליה, מה שלא מפריע לה לתפוש את עצמה כתחום ידע שנמצא מעל ומעבר לכל דבר, עם אמת נצחית וא-היסטורית. הפיכת הטרנס-סקסואליות לבעיה רפואית-פסיכיאטרית היא חלק מהפיקוח שהחברה מטילה כדי להגן על התכניות המגדריות השמרניות, והמסד הפסיכיאטרי הוא חיל החלוץ של הפיקוח החברתי הזה". ראו גם את דבריה של Greenberg, לעיל הערה 4, בעמ' 389 הערה 160.

יתר על כן, אפשר להעלות תהייה באשר לדרך שבה הטרנסג'נדר הממוצע רואה את מאבקו על זכויותיו. אם ניקח כמשל שתי קהילות אחרות הנאבקות על זכויותיהן – הקהילה ההומו-לסבית וקהילת הנכים – דומה שישנו הבדל יסודי ביניהן. עבור חברי הקהילה ההומו-לסבית נודעת חשיבות גדולה בהגדרת מצבם כמצב נורמלי ונורמטיבי, שאין בו קורטוב של הפרעה. לרבים בקהילת הנכים, לעומת זאת, אין ספק שמצבם אינו אידאלי, והם היו מעדיפים שהמציאות תהיה אחרת; אלא שבנסיבות הקיימות הם שואפים לשפר את זכויותיהם ואת מימושן. תיתכן טענה, שהטרנסג'נדר

שנואל שמעוני

There must be evidence of a strong and persistent cross-gender identification, which is the desire to be, or the insistence that one is, of the other sex. This cross-gender identification must be not merely a desire for any perceived cultural advantages of being the other sex. There must also be evidence of persistent discomfort about one's assigned sex or a sense of inappropriateness in the gender role of that sex. The diagnosis is not made if the individual has a concurrent physical intersex condition.

במשפט האחרון בפסקה המצוטטת ה-DSM יורד הבחנה חדה בין טרנסג'נדריות למצבים של intersex; לאמור שבעוד שבמצבים של intersex המצב הגופני אינו חד-משמעי, הרי בכל הנוגע לטרנסג'נדרים המצב הגופני נוטה באופן מובהק לכיוון אחד, ואילו הזהות המינית הנפשית נמצאת במקום אחר. ואולם יש לציין, שבכתיבה האקדמית רבים מן הכותבים נוטים לראות את המקרה של הטרנסג'נדר כחלק מן הרצף של intersex, באופן ששוכר במידת מה את התדמית הבינארית של הסיווג המיני. ולומר, בתוך שבין הקטבים המושלמים כביכול – של אישה בעלת כרומוזומים, פיזיולוגיה, מראה ומבנה אישיות נשיים מחד גיסא, ושל גבר בעל כרומוזומים, פיזיולוגיה, מראה ומבנה אישיות גבריים מאידך גיסא – ישנה קשת רחבה של מצבי ביניים כאלו ואחרים, של פיצול בין המרכיבים השונים וכדומה, ובתוכה נמצא גם הטרנסג'נדר.²⁶

3. על זהות מינית ועל נטייה מינית

כתודעה הציבורית של העשורים האחרונים, הטרנסג'נדרים משתייכים לקבוצה אחת של בעלי נטיות מיניות שאינן הטרנסקסואליות, לצד הומוסקסואלים, לסביות וביסקסואלים. שיוך זה מקובל גם על בני קבוצה רחבה זו, שמכנה את עצמה ואת אגודותיה "קהילת הלהט"בים" (GLBT). ואולם יש לציין, שמבחינה אנליטית תופעת הטרנסג'נדריות איננה נמנית על משפחת הנטיות המיניות, שכן היא איננה נוגעת לנטייה המינית אלא לזהות המינית

הממוצע או לכל הפחות הטרנסקסואל הממוצע רואה את עצמו דומה יותר מבחינה זו לנכה, דהיינו אדם שהיה מעדיף להיות שונה מכפי שהוא, ולרחזיק מלכתחילה בהרמוניה שבין גוף לנפש.

25 DSM, לעיל הערה 21, בעמ' 576.

26 ראו למשל את מאמרה של Greenberg, לעיל הערה 4. בשולי הדברים אוסיף ואציין, שבקרב חוקרי הרפואה ישנן טענות שגם המבנה הגופני של הטרנסג'נדר שונה מזה של הזכר ושל הנקבה הרגילים. על פי מחקרים אלו, ניתוחי פוסט-מורטם הראו שמבנה המוח של טרנסג'נדר MTF דומה לזה של אישה, ולהפך (ראו למשל, Louis J. G. Gooren, Peter J. Snyder & Kathryn A. Martin, *Transsexualism: Biologic Considerations, Definition, and Diagnosis*, www.uptodate.com/online/content/topic.do?topicKey=r_endo_m/10904&source=see_link (2010) (להלן: Gooren, Snyder & Martin, *Transsexualism*). להסתייגויות מנקודה זו ולכל הפחות משימת דגש עליה, ראו SHARPE, *TRANSSEXUAL JURISPRUDENCE*, לעיל הערה 2, בעמ' 28, 45, 182.

הכרה משפטית בשינוי מין

שבמסגרתה הטרנסג'נדר חי את חייו כגבר, כאישה או כמיין שלישי. שאלת הנטייה המינית היא נפרדת, ובאשר לה קשת המצבים שעל הרצף הכללי קיימת במלואה גם בקרב קהילת הטרנסג'נדרים: ישנם מי שנמשכים לבני מינם הקודם (שאותם אפשר לכנות הטרנסקסואלים) וישנם מי שנמשכים לבני מינם החדש (הומוסקסואלים) או לאף אחד מבין שני המינים (א-סקסואלים).²⁷

הבחנה זו פותחת פתח להתייחסות חברתית שונה לתופעה. מחד גיסא, חברה שמרנית עשויה להתייחס בחומרה יתרה לתופעות טרנסג'נדריות לעומת התייחסותה לתופעות הומוסקסואליות, שכן הן מהוות איום בסיסי יותר על הסדר החברתי עצמו. כך למשל, לקר בספרו מספר על מקרים מאירופה של ימי הביניים, שבהם נשפטו נשים שנטלו תפקיד גברי ביחסים עם אישה בחומרה יתרה לעומת נשים ביחסים לסביים סתמיים.²⁸

מאידך גיסא תיתכן התייחסות חברתית הפוכה, שעל אף ממד שמרני הרואה נטייה הומוסקסואלית בשלילה, מוכנה להכיר ביכולתו של אדם לעצב ולהגדיר את זהותו המינית כמרכיב בסיסי בזהותו האישית ולגזור מכך את הגדרת נטיותיו כהומוסקסואליות או כהטרנסקסואליות. אביא שתי דוגמאות להתייחסות שכזו:

- א. המצב באיראן השיעית. איראן היא מדינת הלכה מוסלמית-שיעית שבה קבוע עונש מוות על הומוסקסואליות. ואולם, למרבה הפלא בחרו פוסקי ההלכה המובילים באיראן להתייחס באהדה לאופציה הטרנסקסואלית, והמדינה אף משתתפת במימונם של ניתוחים לשינוי מין, אשר מתבצעים בה לעתים תכופות.²⁹ מוחמד מחדי קרימיניה, פוסק ההלכה המופקד על הנושא, טוען בעניין זה שאין לראות בכך התערבות פגומה ברצונו של אללה, שכן הדבר רומה לשינויים של חיטים והפיכתם ללחם.³⁰
- ב. סוגיית ההכרה המשפטית בשינוי מין. סוגיה זו היא הסוגיה המרכזית שבה אעסוק בהמשך המאמר, ולא ארחיב בה כעת. בשלב זה אציין רק שפסיקות רבות מכירות בשינוי המין, וחלקן מבססות את הכרתן על עקרונות חוקתיים ועל זכויות אדם. כך למשל בפסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם בפרשת *Goodwin v. U.K.*³¹ בעניין זה

27 ראו Greenberg, לעיל הערה 4, בעמ' 289-290. אחד המקרים שהיא מציגה ממחיש את הנקודה במיוחד: גבר ואישה נשואים אשר חשו שניהם כי הם מצויים בגוף הלא-נכון, עברו ניתוח לשינוי מין והחליפו תפקידים "תוך שהם נותרו נשואים – הבעל הפך לאישה והאישה לבעל. שם, בעמ' 290 הערה 164.

28 LAQUEUR, לעיל הערה 8, בעמ' 136-138.

29 Safta Project – Resource Project for LGBTQ Muslim Women, *Country Information Report – Iran 13* (2004), available at www.saftaproject.org/Reports/SP_Country_Information_Report_Iran.pdf

30 Vanessa Barford, *Iran's Diagnosed Transsexuals*, *BBC News* (25.2.2008), news.bbc.co.uk/2/hi/7259057.stm, השווה, במקורות היהודיים, מדרש תנחומא, תודיע, סימן ה (מהדורת "תפארת הספר" נד).

31 *Goodwin v. U.K.*, [2002] 35 E.H.R.R. 18

כפה בית הדין על בריטניה לשנות את ההלכה הוותיקה, ששללה הכרה גם בשינוי מינו של מנותח, על סמך נימוקים הקשורים לפגיעה בזכויות המנויות באמנה להגנת זכויות אדם וחירויות יסוד.³² זכות אחת שגפגפה קבועה בסעיף 8 לאמנה, העוסק בהגנה על כבוד האדם ועל פרטיותו; זכות אחרת קבועה בסעיף 12, הקובע כי לכל גבר ולכל אישה בגיל הראוי הזכות להינשא ולהקים משפחה. מעניין לציין, שבית הדין אינו רואה בשלילת הזכות לנישואין מזוגות הד-מיניים פגיעה בזכות לכבוד ולפרטיות ובזכות להינשא ולהקים משפחה. אשר ליכולתה של העותרת – מנותחת FTM – לשאת אישה, קבע בית הדין כי יהיה זה מלאכותי לראות בכך קיום של הזכות להינשא. הטעם לכך הוא שהעותרת חיה כאישה, מקיימת מערכת יחסים עם גבר אשר היא מעוניינת להינשא לו, וזכות זו נשללת ממנה.³³ מדברים אלו עולה בבירור, שבית הדין האירופי סבור ששלילת הזכות להינשא לבן המין השני מהווה פגיעה גדולה יותר בזכויות אדם מאשר שלילת הזכות להינשא לבן אותו מין. אני סבור כי הגישה המנחה את בית הדין היא ביסודה הגנה גדולה יותר על זכותו של האדם לקבוע את זהותו מאשר על זכותו לנהוג בהתאם לנטייתו.³⁴

4. מטרתו בהמשך המאמר וחסותיגויות אפשריות ממנה

כעת אבחן את העיסוק המשפטי בשאלת ההכרה בשינוי המין. מובן שההכרה איננה שאלה מושגית מופשטת, אלא הכרה לעניין מוסדי משפטי או חברתי כזה או אחר. מלכתחילה ייתכנו תשובות שונות לשאלת ההכרה לפי ההקשר שבו היא נשאלת, דהיינו שאדם ייחשב גבר לעניין תחומי משפט מסוימים ואישה לזחרים. ואולם באופן כללי אפשר לומר, שמלבד בתחומים כגון תחרויות ספורטיביות,³⁵ הבחנות שאלו אינן רבות.³⁶ במאמר זה אתמקד

32 The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (להלן: האמנה).

33 שם, בפס' 101 לפסק הדין.

34 שם, בפס' 90 לפסק הדין, מבהיר בית הדין שבמסגרת ס' 8 לאמנה ניתנת הגנה "to the personal sphere of each individual, including the right to establish details of their identity as individual human beings".

35 ראו למשל בחקיקה האנגלית – Gender Recognition Act, 2004, c. 7, § 19 (Eng.).

36 בהמשך המאמר אעסוק, בין השאר, בפסק הדין בעניין *Corbett*, לעיל הערה 1, ששלל את ההכרה המשפטית בתוצאותיו של ניתוח לשינוי מין. ממהלך פסק הדין נראה, שבית המשפט נוהר מלקבוע עמדה גורפת באשר למעמדו של המנותח והצטמצם לתחום הנישואין, שלהבחנת תלוי במין. בעוד שתחומים אחרים תלויים במגדר: "The question then becomes what is meant by the word 'woman' in the context of a marriage, for I am not concerned to determine the 'legal sex' of the respondent at large... I have dealt, by implication, with the submission that, because the respondent is treated by society for many purposes as a woman, it is illogical to refuse to treat her as a woman for the purpose of marriage. The illogicality would only arise if marriage were substantially similar in character to national

הכרה משפטית בשינוי מין

בשאלת ההכרה בשינוי המין לעניין דיני נישואין. לאור העובדה שרוב ארצות המשפט המקובל וכך גם המשפט העברי אינם מאפשרים נישואין חד-מיניים, שאלת הסיווג המגדרי של טרנסג'נדרים היא קריטית מאוד לדינים אלו.

מבחינה מחודית, כדי להכריע בשאלה יש לכאורה צורך להרכיב רשימה של מאפיינים מגדריים ולבחון אלו מהם מתקיימים אצל הטרנסג'נדר. ואולם בטרם אפתח בשרטוטתה של רשימה זו, ברצוני להתייחס בקציר האומר להשגות אפשריות על עצם העיסוק בה:

א. אפשר לתהות על עצם קיומה של קטגוריה מהותנית של גבריות או של נשיות, מעבר לאוסף פרטני של תכונות כאלו או אחרות. מדובר בשאלה פילוסופית כללית העולה בקשר למושגים רבים וליחס בינם לבין התכונות המאפיינות אותם; משפטנים מכירים אותה היטב בנוגע למוסדות שונים, כגון בעלות (מוסד עצמאי או אגד של זכויות?)³⁷ ונישואין (האם יש מותר לנישואין הפורמליים על פני אוסף של הסכמים וזכויות?), ואפשר ליישמה גם בהקשר המגדרי. בקרב התאורטיקניות הפמיניסטיות, ג'ודית באטלר ידועה בטענתה שלא זו בלבד שהמגדר הוא הבניה חברתית ולא תופעה מהותנית, אף המין הוא בעצם הבניה חברתית, במובן של קישור בין תופעות שונות ושל הענקת משמעות להן.³⁸

ב. גם בהנחה שמוצרך להשתמש בקטגוריות של גבריות ושל נשיות, רבים טוענים שאין הצדקה לראות את השאלה כשאלה בינארית שלה שתי תשובות קוטביות אפשריות; הטענה היא כי נכון יותר לראות את הזהויות המיניות כרצף שלם וגמיש הכולל מגוון רחב מאוד של אפשרויות, אם בשל היבטים גופניים ואם בשל היבטים נפשיים ותרבותיים. בקרב הכותבים שעסקו בסוגיית הטרנסג'נדריות, טיעון זה הוא קו מנחה אצל אנדרו שרפ,³⁹ ג'ולי גרינברג⁴⁰ ומרי קומבס.⁴¹ ממילא דומה שהעיסוק המתמשך בהכרעה בדבר סיווגו של intersex כזה או אחר או של טרנסג'נדר כגבר או כאישה הוא אובססיבי ומיותר.

insurance and other social situations, but the differences are obviously fundamental. These submissions, in effect, confuse sex with gender. Marriage is a relationship which depends on sex and not on gender". אולם על אף רטוריקה זו, בתי המשפט שצעדו בעקבות הלכת *Corbett* לא חילקו בפועל בין הקשרים שונים שבהם עלתה הסוגיה הנידונה; ראו

37 ראו למשל Thomas C. Grey, *The Disintegration of Property*, in NOMOS XXII (James Ronald Pennock & John William Chapman eds., 1980). PROPERTY 69

38 Judith Butler, *Bodies That Matter*, in BODIES THAT MATTER: ON THE DISCURSIVE LIMITS OF "SEX" 27 (1993)

39 SHARPE, TRANSGENDER JURISPRUDENCE, לעיל הערה 2.

40 Greenberg, לעיל הערה 4.

41 Mary Coombs, *Sexual Disorientation: Transgendered People and Same-Sex Marriage*, 8 UCLA WOMEN'S L. J. 219 (1998)

שמואל שמעוני

אולם על אף שהסתייגויות אלו מעלות שאלות עיוניות מרתקות, אני סבור כי אין לתת להן משקל משמעותי במסגרת עיצובה של מדיניות משפטית ראויה המחוכרת לקרקע המציאות. התפיסה הרווחת והמושרשת היטב בחברה האנושית רואה לנגד עיניה שני מגדרים, ואיננה מוטרדת מתהייה אקדמית כזו או אחרת. כך למשל, גרינברג מפרטת במאמרה מקרים רבים שבהם רופאים ביצעו התערבויות כירורגיות בעייתיות על מנת לעצב את שיוכו המיני של אדם באחת משתי התבניות הקלאסיות, והיא רואה בכך חלק ממגמה כללית בעייתית של אי-קבלת השונה ושל שלילת האפשרות למעמד ביניים כזה או אחר. בכל זאת אני סבור, כי גם אם חלק מן המקרים אכן היוו התערבות פולשנית מזיקה וראויה לגינוי, שנבעה לעתים מתוך קיבעון מחשבתי על דפוסי גוף מוכרים, הרי המגמה הבסיסית של הרופאים נבעה מתוך תפיסת מציאות שקשה לחלוק עליה, ולפיה חייו של אדם ששיוכו המיני לא יהיה ברור יהיו חיים רצופי בעיות ואף אומללים.

באשר לסוגיית הטרנסג'נדרים, דומה שהם עצמם – או לכל הפחות רבים מהם – מקיימים את התפיסה הרווחת בחברה האנושית, הרואה לנגד עיניה שני מגדרים; אלא שהם חשים הזדהות והשתייכות למגדר שאינו תואם את הגוף שעמו הם נולדו. קומבס, בהערת שוליים במאמרה, עמדה על כך בצער מסויט:⁴²

Transsexuals might also be seen as the conservative wing of the transgender community, because they do not challenge the notion that there are two sexes and two genders which match them, only their individual place within that framework.

בניגוד למשתמע מדבריה, ההזדהות הטרנסג'נדרית עם התפיסה הבינארית אינה נחלת הטרנסקסואלים בלבד; שכן גם בקרב הטרנסג'נדרים שאינם מעוניינים בניתוח, רבים מהם חשים זהות מגדרית ברורה כבני מגדר מסויים, אלא שלתחושתם אין לכך ולא כלום עם איברי הרבייה של גופם. הואיל ותפיסה זו היא כה מושרשת חברתית, אף בקרב הקהילה הטרנסג'נדרית, דומני שגם למשפט אין מנוס מהתמודדות עם האתגר של הכרעת סיווגו המגדרי של הטרנסג'נדר לכאן או לכאן.

על מנת לפשט את הדיון במשתנים המרכזיים, אכנס אותם לטבלה המתייחסת לארבעה מרכיבים:

42 שם, בעמ' 238 הערה 95.

הכרה משפטית בשינוי מין

טבלת המאפיינים המגדריים

אישה	גבר	
XX	XY	1. כרומוזומים
נרתיק בלוטות מין – שחלות פנוטיפ נשי – מראה גוף כולל	איבר מין זכרי בלוטות מין – אשכים פנוטיפ זכרי – מראה גוף כולל	2. פיזיולוגיה
אישה	גבר	3. תפיסה מגדרית עצמית
אישה	גבר	4. תפיסה מגדרית על ידי החברה

אשר למשתנה מספר 1, הכרומוזומים, הרי אף שמדובר במרכיב היציב והברור ביותר שאפשר להישען עליו לקביעת מין חד-משמעית ושאיננה ניתנת לשינוי, השימוש המשפטי הממשי שהיה בו – גם בקרב הפסיקות השמרניות – הוא מועט מאוד. ככל הנראה קשה לתת משקל משפטי רב לגורם, שעל אף יציבותו הוא בלתי-נראה וחסר השפעה ממשית. היטיב לנסח זאת השופט Thorpe (בדעת מיעוט) בפרשת *Bellinger v. Bellinger*:⁴³

To make the chromosomal factor conclusive, or even dominant, seems to me particularly questionable in the context of marriage. For it is an invisible feature of an individual, incapable of perception or registration other than by scientific test. It makes no contribution to the physiological or psychological self.

במבט כללי על הטבלה, אפשר להבחין שמשתנים 1-2 שייכים לתחום המין בעוד שמשתנים 3-4 שייכים לתחום המגדר.

אלו מבין המשתנים הם מהותניים ואלו מבוססים על הבניה חברתית? משתנה מספר 1 – הכרומוזומים – הוא ודאי נתון קבוע, שאינו ניתן לשינוי ואינו נובע מהבניה חברתית כלשהי, בעוד שמשתנה מספר 4 הוא מעצם מהותו חברתי. באשר למשתנים 1-3, הנטייה הטבעית היא לראות במשתנה 2 – הפיזיולוגיה – רכיב מהותני, ואילו במשתנה 3 – השייך לתחום המגדר – רכיב שיש בו הבניה חברתית.

ואולם גרינברג טוענת במאמרה ההפך מכך.⁴⁴ לדבריה, מאפיינים אנטומיים של המין ניתנים אמנם לעיצוב ולשינוי באמצעים הורמונליים וכירורגיים, אך לא כן הזהות המינית

⁴³ Bellinger v. Bellinger, EWCA Civ 1140, §155 [2001], 3 F.C.R. 1

⁴⁴ Greenberg, לעיל הערה 4, בעמ' 271 הערה 25.

שמואל שמעוני

הגרעינית, ולפיכך יש מקום לטענה שהמין הוא מובנה חברתית בעוד שהזהות המינית היא סטטוס קבוע. גרינברג מדגישה את העובדה שלא זו בלבד שהפיזיולוגיה ניתנת לשינוי במידה רבה, אלא שהיא אף עברה שינויים כאלו ואחרים אצל אחוזים לא-זניחים בקרב האוכלוסייה. שינויים אלה הם תוצאה של טיפולים כאלו ואחרים של רופאים, אשר שאפו לעצב את הרך הנולד בהתאם לתבנית הקלאסית של מגדר מסוים, וגרינברג מוצאת בכך חיזוק לטענתה שמדובר בהבניה חברתית.

כך או כך, בין אם מדובר בהבניות חברתיות ובין אם מדובר ברכיבים מהותניים, יש לבחון כיצד להגדיר את מינו של אדם אשר רכיבי הטבלה אינם אחידים אצלו, ובהקשר שלנו – הטרנסקסואל והטרנסג'נדר. בחלקו השני של המאמר אבחן התמודדויות שונות שעלו במשפט המקובל עם שאלה זו, ובחלקו השלישי אבחן את המצב במשפט הישראלי והעברי.

3. המשפט המקובל

כאמור, המצב השורר כיום הוא שרוב ארצות המשפט המקובל אינן מאפשרות נישואין חד-מיניים. על כן אף מובן הוא, ששאלת הסיווג המגדרי של טרנסג'נדרים היא קריטית לדיני נישואין. בחלק הנוכחי של המאמר מוצגות שלוש גישות משפטיות מרכזיות במשפט המקובל בהקשר זה. על פי הגישה האחת, מינו של אדם הוא גורם יציב ונתון, הניתן לקביעה בזמן הלידה ואינו ניתן לשינוי. על פי הגישה השנייה, ניתוח עשוי להביא לשינוי תיוג המיני של המנותח. על פי הגישה השלישית, זהותו האישית של האדם היא הגורם המכריע, ולא איברי גופו. כפי שנראה, כל אחת מן הגישות חשופה לנקודות ביקורת.

1. גישת "המין נקבע בשעת הלידה"

פסק הדין המנחה במחנה השמרני, השולל הכרה בתוצאותיו של ניתוח לשינוי מין, הוא פסק דינו של השופט Ommrod בעניין *Corbett*.⁴⁵ פסק דין זה משנת 1970 היווה תקדים מחייב באנגליה במשך שנים רבות והנחה פסקי דין רבים גם במקומות אחרים בעולם. פסק הדין עודנו בתוקף במקומות שונים כגון מדינת טקסס שבארצות הברית, שם הוא אומץ בפסק הדין בעניין *Littleton v. Prange*.⁴⁶

עובדות המקרה בפרשת *Corbett* היו סבוכות ובמידה רבה שנויות במחלוקת, ולא אאריך בהן. אציין רק שהתובע, ארתור קורבט, נשא לאישה את אפריל אשלי תוך ידיעה שהיא מנותח MTF, ולאחר ארבעה עשר ימים עתר לערכאות בבקשה להכריז על בטלות הנישואין, הן בשל אי-תוקיותם עקב היותה של ה"אישה" גבר, והן בשל אי-מימוש של הנישואין (consummation). בית המשפט קיבל את שתי העילות והכריז על בטלותם של הנישואין.

45 פסק הדין בעניין *Corbett*, לעיל הערה 1.

46 Littleton v. Prange, 288th Judicial District Court, Bexar County, Texas (1999), <http://www.4thcoa.courts.state.tx.us/opinions/html/opinion.asp?OpinionId=8210>

הכרה משפטית בשינוי מין

שאלת המימוש קשורה אף היא למידת ההכרה המשפטית בשינוי הפיזיולוגי, מן ההיבט של היכולת לקיים יחסי מין הטרוסקסואליים, אך אתמקד כעת בשאלת הוקיותם של הנישואין. הכרעתו של בית המשפט נשענה על שני נדבכים מרכזיים. הנדבך הראשון והמרכזי הוא שהמין הביולוגי איננו ניתן לשינוי. כדי להכריע בשאלה זו נזקק בית המשפט לשורה ארוכה של עדים מומחים מתחום הרפואה. מסקנתו מן העדויות הייתה, כי מוסכם על כולם שהמבנה המיני הביולוגי של כל אדם נקבע לכל המאוחר בשעת הלידה וכי הוא איננו ניתן לשינוי בכל דרך התפתחותית או כירורגית.

למותר כמעט לציין, שהסתמכות זו על מומחים המציגים אמת מדעית כביכול היא בעייתית מאוד. אנשי מדע יכולים לספק לכית המשפט תשובות באשר לשאלות מציאותיות כאלה או אחרות, כגון בנוגע לאי-היכולת לשנות את הכרומוזומים, בנוגע לחוסר האפשרות להעניק יכולת פריון או בנוגע לתלותו של הפנוטיפ הנשי בצריכה מתמדת של הורמונים; אך אין ביכולתם להסיק מכך תשובה באשר לשאלה אם מינו של האדם השתנה או לא.⁴⁷ זוהי שאלה ערכית-משפטית שרק בכוחו של המשפטן לענות עליה, ואל לו להסתתר מאחורי גבם האובייקטיבי כביכול של מדענים. טיעון נוסף שהובא בהמשך פסק הדין כביסוס להכרעה זו אף הוא בעייתי מאוד:⁴⁸

If the assignment to the female sex is made after the operation, then the operation has changed the sex. From this it would follow that if a 50 year old male transsexual, married and the father of children, underwent the operation, he would then have to be regarded in law as a female, and capable of "marrying" a man! The results would be nothing if not bizarre.

47 במאמר שפרסם השופט Ormrod כמה שנים לאחר שכתב את פסק הדין בעניין *Corbett* הוא הסביר, שברור לו שאף המצב הביולוגי במקרים אלו איננו תד-משמעי, אלא שלדעתו המשפט מחויב להכרעות תדות יותר מאלו של הביולוגיה (ראו Roger Ormrod, *The Medico-Legal Aspects of Sex Determination*, 40 MEDICO-LEGAL J. 78, 78 (1972) "The law, which is essentially an artefact (sic), is a system of regulations which depends upon precise definitions... the law is obliged to classify its material into exclusive categories; it is, therefore, a binary system designed to produce conclusions of the yes or no type. Biological phenomena however, cannot be reduced to exclusive categories so that medicine often cannot give Yes or No answers... People are not either tall or short, they are taller or shorter or about average. This fundamental conflict lies at the root of all relations between medicine and law"

48 עניין *Corbett*, לעיל הערה 1, בעמ' 49.

טיעון זה הוא כמוכּן דוגמה מושלמת להנחת המבוּקש, שכן זוהי בריוּק השאלה שעמדה לדיון.⁴⁹

הנדבך השני של פסיקת בית המשפט נוגע להבחנה בין מין ומגדר ולמהותם של קשרי נישואין. על פי בית המשפט, מין (במובחן ממגדר) הוא חד-משמעית הגורם הקובע לעניין נישואין, שכן אלו מוגדרים כאיחוד בין גבר לאישה, והיכולת לקיים משגל הטרוסקסואלי טבעי הוא יסוד חיוני עבורם. יסודות אחרים, כגון שיתוף ותמיכה הדדית, על אף חשיבותם, אינם מאפיינים ייחודיים למוסד הנישואין. על כן קבע בית המשפט כי הקריטריון הקובע חייב להיות ביולוגי.⁵⁰ בהקשר זה הדגיש בית המשפט, כי גם הדרגה מרחיקת הלכת ביותר של טרנסקסואל MTF לא תיצור אדם "who is naturally capable of performing the essential role of a woman in marriage".

נדבך זה איננו המרכזי בעיניי. שכן כפי שציינתי לעיל,⁵¹ ההלכה שנקבעה בעניין *Corbett* – לכל הפחות כפי שהבינו אותה בתי המשפט בהמשך – איננה ייחודית לתחום הנישואין. מכל מקום יש לציין, שכוונת בית המשפט בדרישתו ל-"person who is naturally capable of performing the essential role of a woman in marriage" היא כוללת פיריון איננה תנאי לכשרותה של אישה לנישואין, ואף אישה כרוּתת רחם יכולה להינשא; ובאשר ליכולת לקיים יחסים הטרוסקסואליים מלאים – הרי זוהי סוגיית ה-consummation, שלשמה אכן יש להכריע אם הנרתיק המלאכותי עונה על דרישה זו או לא, ואין כאן דרישה נפרדת מבחינת הגדרת האישה כאישה.⁵²

49 ראו גם את ביקורתו של בית המשפט בניו זילנד בעניין *M v. M* [1991] N.F.Z.L.R. 337, 26-27 על נקודה זו: "I cannot share His Lordship's view as to the bizarre nature of the scenario he paints. It must be assumed that the hypothetical transexual he refers to is already living as a female having undergone the reassignment surgery. It is this change of sex roles which would be regarded as unusual, and which would no doubt be difficult and painful for the relatives of the transexual to come to terms with, but I cannot see that this provides the reason why the law should fail to acknowledge the social change which has, by then, already taken place".

50 לדברי השופט Thorpe (ברעת מיעוט) בעניין *Bellinger*, לעיל הערה 43: "In the context of the institution of marriage as it is today it seems to me right as a matter of principle and logic to give predominance to psychological factors just as it seem right to carry out the essential assessment of gender at or shortly before the time of marriage rather than at the time of birth".

51 לעיל הערה 36 ובטקסט הנלווה.

52 Coombs, לעיל הערה 41, בעמ' 247, הוסיפה בהקשר זה, כי: "(T)he judge in *Corbett* may have meant that the essential role of a woman in marriage is to provide a vagina as a penis receptacle. Ashley was, however, a post-operative MTF transsexual; she had a vagina. Furthermore, an earlier British case had held that a husband was not entitled to an annulment because his wife had a physical defect that rendered intercourse impossible, because an operation was available that could adequately enlarge her

הכרה משפטית בשינוי מין

בהקשר של טבלת המאפיינים שהצגתי לעיל, אפשר להבחין בדברים הבאים בפסיקת בית המשפט: באופן מפתיע לא בחר בית המשפט להתמקד בכרומוזומים, שהם המשתנה היציב והחד-משמעי ביותר העוזר להתעלם מתוצאותיו של ניתוח לשינוי מין. בית המשפט העדיף להביע עמדה ולפיה במצבי intersex של פיצול בין המרכיבים – כגון אדם בעל כרומוזום XY אשר נולד עם גוף נשי – הגורם הקובע יהיה הפיזיולוגיה, ואדם שכזה יוגדר אישה. בדומה לעמדה הרווחת במשפט העברי, כפי שנראה בהמשך המאמר, בית המשפט סבר שאף שהפיזיולוגיה היא הקובעת, היא איננה ניתנת לשינוי באמצעות התערבות כירורגית.

לסיים אציין שלוש נקודות ביקורת נוספות על הלכת *Corbett*:

א. נישואין חד-מיניים. כפי שציינתי בתחילת דבריי, בקרב חברי הקהילה הטרנסג'נדרית ישנן נטיות מיניות שונות, ורבים מהם נמשכים לבני מינם החדש. התוצאה שנבעה מהלכת *Corbett* ומהלכות דומות שבאו בעקבותיה הייתה, שמדינות שאינן מאפשרות נישואין חד-מיניים נאלצו לאפשר נישואין בין אנשים שלכל הפחות כלפי חוץ נראים כבני אותו מין (כגון מנותח MTF הנושא אישה). ישנם פסקי דין מאוחרים יותר שראו בנקודה זו נקודה הראויה לביקורת,⁵³ ונראה שיש מן הצדק בדבריהם. אמנם אפשר לכאורה לטעון, שמי שאכן מאמין כי נישואין ייתכנו בין גבר לאישה, וכיניהם בלבד, וכי מנותח MTF הוא גבר, יסיק מכך מסקנה פשוטה שמנותח שכזה יכול לשאת אישה; ואכן, יש מן האירוניה בכך שעל מנת לבצע טקס נישואין בין אישה לבין אישה טרנסג'נדר יש לנסוע למדינה שמרנית מובהקת כגון טקסס, אך הדבר דווקא מייצג קוהרנטיות משפטית במיטבה; ואולם דומני שבמחשבה מעמיקה יותר הביקורת היא במקומה. כאשר מדינה חילונית בוחרת שלא לאפשר נישואין בין בני אותו מין, היא איננה – על פני הדברים – עוסקת באיסור דתי על מעשה תועבה או בחוסר יכולת דתית לתת תוקף לנישואין כעין אלו. המדינה איננה מתערבת בחייהם הפרטיים של אזרחיה ואיננה אוסרת על יחסים הומוסקסואליים. יתר על כן, המדינות מאפשרות, בדרך כלל, לבני זוג חד-מיניים ליצור "דרכים עוקפות נישואין" – חוזיות וסטטוטוריות כאחד – מערכת קשרים וזכויות שבפועל איננה נופלת בהרבה מזו של נישואין פורמליים.⁵⁴ על כן נראה, שההתנגדות לנישואין של ממש בקרב בני אותו מין גובעת מרצון בשרר חברתי על אודות הזוגיות הנורמטיבית בעיני המשטר. כיוון שמדובר בשרר חברתי, אני סבור שהשאלה כיצד אנו מגדירים את מינו של הטרנסקסואל מבחינה אנליטית, משקלה נמוך ממשקלה של השאלה כיצד הוא נראה ונתפס מבחינה חברתית.

vaginal cavity. The judge in that case rejected the husband's argument that a 'mere cul-de-sac leading nowhere' was insufficient"

ראו למשל את פסק דינו של בית המשפט העליון של ניו זילנד, בעניין *Attorney General v. Otahuhu Family Court* [1995] 1 N.Z.L.R. 603.

54 באנגליה למשל, הוסדר הדבר בחקיקה במסגרת ה- *Civil Partnership Act, 2004, c.33 (Eng.)*.

ב. שיקולי הוגנות. המקרים שבהם שאלת כשרותו של טרנסקסואל להינשא כהתאם למינו החדש עשויה לבוא בפני בתי המשפט הם מקרים בעייתיים מנקודת מבט של מדיניות משפטית; שכן אנו עוסקים בעיקר במקרים שבהם בן-הזוג (או בת-הזוג) היה מודע בטרם הנישואין לזהות הטרנסקסואלית של השני והסכים לנישואין, וכאשר הנישואין עלו על שרטון בחר לנצל נתון זה כדי להכריז על בטלותם מעיקרא.⁵⁵ מקרה צורם במיוחד הופיע בפני בית המשפט לענייני משפחה בניו זילנד,⁵⁶ שבו הטרנסקסואל (MTF) הוא שתבע הכרות בטלות של הנישואין, עקב היותו גבר ולא-כשיר להינשא לגבר. בית המשפט עמד על האירוניה העצובה בכך, שמי שנאבקה שנים על הכרה חברתית ורשמית בזהותה הנשית טוענת כעת שהיא איננה אישה. בית המשפט העליון של ניו זילנד⁵⁷ הוסיף וטען, שמשמעותה המעשית העיקרית של הלכת *Corbett* היא לתת כלי נשק לא-הוגן בידי צד המבקש לבטל נישואין; שכן לדבריו המציאות היא שזוגות אלו מצליחים להינשא (כנראה לאחר הצלחה בשינוי המין בתעודות הזהות), והשאלה מתעוררת רק בבתי משפט לאחר סכסוכים. על כן דומה, שלכל הפחות היה ראוי לקבוע כללי השתק כאלו או אחרים על מנת למנוע ניצול לא-ראוי של המצב המשפטי.⁵⁸

ג. חוסר עקיבות של המדינה. בתי משפט שונים העלו ביקורת על הלכת *Corbett* לאור המציאות הקיימת, שבה מדינות רבות מאפשרות ואף משתתפות במימונם של ניתוחים לשינוי מין על בסיס אבחון פסיכיאטרי, מתוך הבנה שמדובר בכלי חשוב בעיצוב זהות שלמה יותר והתאמה בין גוף לנפש. נוצר כאן מצב של פער לא-סביר בין המדיניות של משרדי הבריאות, אשר מעודדים את הניתוח, לבין המדיניות של בתי המשפט, אשר אינם מכירים בתוקפו ומותירים את המנותח כמצב אומלל של אישה שמבחינה משפטית נחשבת לגבר ולהפך.⁵⁹

55 Coombs, לעיל הערה 41, בעמ' 262.

56 ראו את עניין *M*, לעיל הערה 49.

57 ראו את עניין *Attorney General*, לעיל הערה 53.

58 אם נשווה זאת למקרים שבהם הנישואין אינם בטלים מעיקרם (void) אלא ניתנים לביטול (voidable), ניתן לשאוב השראה מסעיף 13(1) של ה- Matrimonial Causes Act, 1973, c. 18 (Eng.) האנגלי, אשר קובע כך: "The court shall not... grant a decree of nullity on the ground that a marriage is voidable if the respondent satisfies the court: (a) that the petitioner, with knowledge that it was open to him to have the marriage avoided, so conducted himself in relation to the respondent as to lead the respondent reasonably to believe that he would not seek to do so; and that it would be unjust to the respondent to grant the decree". אמנם קשה להשוות בין מתן חוקף לנישואין הניתנים לביטול לנישואין שכלל אינם אפשריים על פי החוק; אך דומני שכל עוד מדובר בכלל השתק, שהוא כלל דיוני בבסיסו – בנסיבות מחמירות של חוסר הוגנות הדבר אפשרי.

59 ראו את עניין *Goodwin*, לעיל הערה 31, פס' 78; עניין *Attorney General*, לעיל הערה 53.

2. הגישה המכירה בתוצאותיו של ניתוח לשינוי מין

לצד הביקורת השונות הנוגעות אליה, נראתה הלכת *Corbett* לרבים כגישה מאובנת ונוקשה מדי, המותירה את הטרנסקסואלים במצב אומלל על לא-עוול בכפם. על כן עיצבו בתי משפט במקומות שונים גישה שונה, המוכנה להכיר בתוקפו המשפטי של ניתוח לשינוי מין. אחד מפסקי הדין המוקדמים בכיוון זה ניתן במדינת ניו ג'רזי שבארצות הברית כבר בשנת 1976.⁶⁰ פסק דין זה הכיר, לראשונה בארצות הברית, ביכולתם של טרנסקסואלים שעברו ניתוח להינשא בהתאם למינם הנבחר, תוך שהוא מותח ביקורת על הלכת *Corbett*.

מובן שפסיקות אלו נאלצו להיכנס לקרביו של הניתוח ולהחליט על רמת הביצועיות הנדרשת כדי להכיר בשינוי המין. ממילא נותר מקום לספקטרום מסוים של גישות ושל גווני ביניים, ואולם הם לא ייסקרו כאן בהרחבה.⁶¹ פסק הדין הנזכר ממדינת ניו ג'רזי התמקד בממד הפונקציונלי – הענקת יכולות בתחום יחסי המין⁶² – ובאופן קונקרטי: “a vagina and labia, which were 'adequate for sexual intercourse' and could function as any female vagina, that is, for 'traditional penile/vaginal intercourse'”.⁶³ לעומת זאת, פסיקה מאוחרת יותר של בית המשפט העליון בניו זילנד⁶⁴ קבעה, כי כאשר שני בני-אדם מחזיקים במה שנראה כאיברי המין של גבר ושל אישה, אין הם צריכים להוכיח יכולת תפקוד מיני בתור שכאלו.

שאלה יסודית באשר לפסיקות אלו נוגעת למהותה של ההכרעה: האם אפשר לראות כאן מעבר מסוים ממין למגדר? אני סבור שאפשר לראות את ההכרעה בשתי ראיות שונות. לפי הראייה האחת, התפיסה הבסיסית באשר לזהות המינית עודנה פיזיולוגית, אלא שבניגוד להלכת *Corbett* ישנה נכונות להכיר ביכולתו של ניתוח לשנות את הפיזיולוגיה. לפי הראייה האחרת, יש כאן שינוי תפיסה מהותי משל הלכת *Corbett* – אין בכוחה של התערבות כירורגית להפך את זהותו הבסיסית של האדם, והיסוד לקביעת זהותו על פי המין החדש הוא מבנהו הנפשי הטרנסג'נדר; אלא שישנו צורך בניתוח כדי שלא לקבוע אמינות משפטית על

M.T. v. J.T. 355 A.2d 204 (1976) 60

ראו SHARPE, TRANSGENDER JURISPRUDENCE, לעיל הערה 2, בעמ' 86-57. 61

“For purposes of marriage under the circumstances of this case, it is the sexual capacity of the individual which must be scrutinized. Sexual capacity or sexuality in this frame of reference requires the coalescence of both the physical ability and the psychological and emotional orientation to engage in sexual intercourse as either a male or a female” (ראו את עניין *M.T.*, לעיל הערה 60). 62

יצוין, שיש כאן מקום רב לביקורת פמיניסטית על הגדרתה של האישה לפי יכולת חזירה. ראו למשל SHARPE, TRANSGENDER JURISPRUDENCE, לעיל הערה 2, בעמ' 599. למיטב הבנתי, הגדרה שכזו גם מקשה להעניק הכרה משפטית לשינוי מין FTM, ראו Kuo-Liang Chen, Daniel Eberli, James J. Yoo & Anthony Atala, *Bioengineered Corporal Tissue for Structural and Functional Restoration of the Penis*, 107 PROC. NAT'L A.C.A. SCI. USA 3346 (2010), available at www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2840474/?tool=pmcentrez. 63

ראו את עניין *Attorney General*, לעיל הערה 53, בעמ' 612. 64

פי יסוד אמורפי ובלתי-נראה ועל מנת לתת גושפנקה חיצונית וממשית ולקבוע את המין על בסיס הרמוניה שבין גוף לנפש. אילו דוברו בניתוח שנערך שלא על בסיס תשתית פסיכולוגית של ממש,⁶⁵ כגון הניתוחים שהזכרנו שרופאים ערכו בתינוקות "לא-מושלמים", לא הייתה כל הצדקה לשינוי של הזהות המינית על בסיס אותו ניתוח.

הרטוריקה של פסקי הדין נוקטת באופן ברור מאוד בראייה השנייה. כך למשל, בפסק הדין בעניין *M.T. v. J.T.*⁶⁶ הודגש, כי בעוד שמצבו של טרנסקסואל עובר לניתוח הוא מצב של פיצול בין מין למגדר, המצדיק הכרעה על פי הקריטריון הביולוגי, אין הדבר מצדיק התעלמות מן הזהות האישית המגדרית – "one's self-image, the deep psychological or emotional sense of sexual identity and character". לדברי בית המשפט, כאשר ניתוח מצליח להביא להתאמה של האיברים החיצוניים אל הזהות הפנימית, יש להעניק לזהות הפנימית את מעמד הבכורה.

כשלעצמי אני נוטה להאמין לרטוריקה זו ולראותה כמייצגת את התשתית הרעיונית העומדת ביסוד ההכרה בתוצאות הניתוח. עם זאת יש לציין כי שרפ, מן הכותבים המרכזיים בסוגיית מעמד המשפטי של הטרנסג'נדרים, טוען בלהט רב לראייה הראשונה: לדבריו הפסיקה מקיימת בעצם את רוחה של הלכת *Corbett*, והחליפה צורה אחת של התמקדות ביולוגית בצורה אחרת.⁶⁷

מנקודת מבטם של הטרנסג'נדרים, פטיקה זו עדיפה אמנם מן השלילה הגורפת של הכרה בשינוי בהלכת *Corbett*, אך היא רחוקה משלמות. כאמור, רבים מן הטרנסג'נדרים אינם חשים כל צורך בשינוי חיצוני של גופם. זאת ועוד, מדרך הטבע ניתוחים רפואיים מלווים בעלויות כספיות ובסיכונים, ורבים אינם מעוניינים בהם ולעתים אף אינם יכולים לעבור אותם; ואולם הם חשים חשיבות בהכרה משפטית וחברתית במינם הנכון על פי השקפתם ועל פי מבנה נפשם, שאינה פחותה מזו של חבריהם המנותחים. על רקע זה מובנת חדשנותה של הגישה המשפטית השלישית, שבה אדון כעת.

3. ממין למגדר – הכרה בשינוי מין ללא ניתוח

לאחר שנים רבות שבהן עמדה הלכת *Corbett* בתוקף בבריטניה, החליט בית הדין האירופי לזכויות אדם⁶⁸ לעשות מעשה ולכפות על המדינה לשנות את המצב המשפטי ולהעניק הכרה משפטית לתוצאותיו של ניתוח לשינוי מין. בריטניה נענתה להוראה זו של בית הדין ואף

65 משרד הבריאות במדינת ישראל איננו מאפשר לערוך ניתוח לשינוי מין, אלא לאחר אבחון פסיכיאטרי וחיים במשך שנתיים כבן-המין השני מהחינה מגדרית; ראו חיים קפלן "ניתוחים לשינוי מין" *הרפואה*, 143 (2004) 500.

66 ראו את עניין *M.T.*, לעיל הערה 60.

67 ראו Andrew Sharpe, *TRANSGENDER JURISPRUDENCE*, לעיל הערה 2, בעמ' 57-86; Andrew Sharpe, *Endless Sex: The Gender Recognition Act 2004 and the Persistence of a Legal Category*, 15 *FEMINIST LEGAL STUDIES* 57, 62-66 (2007) (להלן: Sharpe, *Endless Sex*).

68 ראו את עניין *Goodwin*, לעיל הערה 31.

הכרה משפטית בשינוי מין

הלכה צעד ניכר מעבר לזה שנדרשה לו. הפרלמנט הבריטי חוקק את ה־ Gender Recognition Act 2004, ולפיו אדם רשאי לשנות את מינו על בסיס אבחון פסיכיאטרי המורכב משלושה תנאים מרכזיים: (א) קיומה של הפרעה בזהות המינית, ובלשון החוק "gender dysphoria"; (ב) תחושת שייכות למין המבוקש ונכונות לחיות במסגרתו עד המוות; (ג) משך זמן של שנתיים שבהם מגיש הבקשה "has lived in the acquired gender". בהתקיים תנאים אלו, האדם רשאי לשנות את מינו המשפטי, ללא כל תנאי מקדים של טיפול רפואי כזה או אחר.⁶⁹ למותר לציין, שגטישה כעין זו מהווה מהפכה של ממש בחשיבה המשפטית, בנושא שהוא אחד הנושאים היסודיים והמוטמעים ביותר בחשיבה האנושית. רלף סנדלנד אף טען, שמדובר בעצם בקבלה של תורתה של ג'ודית בטרלר:⁷⁰

It is a distinctly Butlerian approach which has been institutionalised and generalised in U.K. law by s. 9(1) of the 2004 Act, in which "gender" is the dynamic. "Sex", if it is anything, is the product.

מעבר לחדשנות שבתפיסה המגדרית, דומני שיש מן החידוש גם בעצם מתן משקל משפטי רב כל כך לדיאגנוזה פסיכיאטרית כגורם בקביעת זהותו של אדם, מבלי להירתע מתדמיתה העמומה והגמישה ומחוסר פומביותה של הנטייה הנפשית. מן הראוי לציין שגם חקיקה זו זכתה לביקורות שונות, ואסתפק כאן בציון שתיים מהן:

69 במידה מסוימת קדמה לחקיקה הבריטית פסיקה של בית המשפט באוסטרליה – בפרשת *Re Kevin and Jennifer v. Attorney-General for the Commonwealth* [2001] Fam. C.A. 1074. פסיקה זו אפשרה הכרה בשינוי מינו של טרנסג'נדר FTM שעבר הליכים רפואיים שונים שכללו ניתוח חזה וטיפולים הורמונליים, אך נמנע, מטעמים רפואיים, מלעבור ניתוח לשינוי איברי המין. הנמקת בית המשפט לא ביטלה את ההיבט הביולוגי, אלא הסתמכה על הטיעונים בדבר מאפיינים ביולוגיים ייחודיים לטרנסג'נדרים, במבנה המוח בעיקר, הדומה – על פי מחקרים מסוימים – למבנה המוח של בני המין השני (ראו *Gooren, Snyder & Martin, Transsexualism*, לעיל הערה 26). בית המשפט סבר, שישנם גורמים רבים העשויים לקבוע את מינו של אדם למטרת נישואין ושיש לאמץ גישה רחבה וגמישה בנושא. אחד המשתתפים שבהם השתמש בית המשפט כדי להכריע בנושא הוא המשתנה הרביעי שבטבלה שהצגתי לעיל – תפיסתו המגדרית של האדם כעניי החברה. השימוש במבחן זה זכה לביקורת רבה, שכן הוא יוצר רגולטור חדש בדמותה של החברה, האחוזה בדרך כלל עוינות וחרדה כלפי האחר והממאנת לעתים קרובות להכיר בנטייתו הפנימית הבוררות של הפרט (ראו *Sharpe, Endless Sex*, לעיל הערה 67). מבחינה יוריספרודנטלית הוויכוח מתחבר לשאלה כללית יותר – אם תפקידו של החוק הוא לתת ביטוי לתפיסותיה של החברה או שמא עליו "לחנך" לעתים את החברה ולשפרה.

70 Ralph Sandland, *Feminism and the Gender Recognition Act 2004*, 13 FEMINIST LEGAL STUDIES 43, 47 (2005). לתיאור גישתה של Butler, ראו לעיל הערה 38 ובטקסט הנלווה.

א. החוק מעוניין לשמר את התפיסה הבינארית של המין וכן להימנע מהגמשת הכלל השולל נישואין חד-מיניים.⁷¹ על כן, כאשר מזוכר בטרנסג'נדר נשוי, סעיפים (3)(6)(a) ו-(3)(4) ל-Gender Recognition Act 2004 דורשים, כתנאי מקדים לשינוי מינו המשפטי, שיחגרש מאשתו (או להפך). כפי שכבר הדגשתי קודם לכן, עצם שימורה של התפיסה הבינארית הוא מאפיין של מרבית החברה האנושית, ושל מרבית הקהילה הטרנסג'נדרית בכלל זה. זאת ועוד, שלילתם של נישואין חד-מיניים היא אמנם שנויה במחלוקת, אך איננה חידוש של חוק זה. ואף על פי כן, כפיית גירושין על זוג אוהב נתפסת בעיני רבים כצעד לא-ראוי.⁷² עם זאת יש לציין, שבני-הזוג יכולים להמשיך לחיות יחדיו, ולאחר השלמת ההליך ביכולתם לכוון ברית זוגיות אזרחית חדשה לפי ה-Civil Partnership Act 2004.

ב. לאחר חקיקת החוק פרסם שרפ מאמר, שנועד למתן את התקוות שתלו כותבים שונים בחוק.⁷³ במאמר הוא טוען שאף אם רשמית החוק איננו דורש טיפול הורמונלי או כירורגי כתנאי למתן תוקף לשינוי המין, הרי הוא מציב תנאים קשים מאוד מבחינה פרוצדורלית וראייתית בפני טרנסג'נדרים שאינם הפצים בשינוי מינם, מתוך חשד ברצינות כוונתם ובנכונות האבחון של מצבם הנפשי.

מן הדברים ברור, שאתגר הטרנסג'נדריות חייב שופטים ומחוקקים כאחד לתת את דעתם על תופעה חדשה מחד ולתהות על מושכלות יסוד מאידך. בחלק מן המקרים הייתה התוצאה ביצור המוסכמות הקיימות, אם מתוך אידאל מוצהר ואם מתוך תפיסה צנועה של יכולתו של בית המשפט להכריע ולחדש בכגון דא. במקרה אחר נענה בית המחוקקים לאתגר והציב חידוש נועז, שהפעלתו צפויה לפרנס מחקרים חדשים ומרתקים בעתיד.

ג. שינוי מין במשפט הישראלי ובמשפט העברי

1. המצב המשפטי במדינת ישראל

מאמרי מתמקד בניתוח העמדות השונות במשפט המקובל ולא במשפט הישראלי, משום שאלו האחרונות אינן בנמצא. מוקד המאמר הוא בדיני נישואין, ואלו תלויים בישראל בדין

71 אפשר אמנם להעלות טענה שכל זוג הומוסקסואלים החפץ בנישואין יכול לנצל חוק זה ולשנות את מינו המוצהר של אחד מהם. אולם דומה שאין בכך ממש, ורבה הדרך מנטייה מינית לשינוי בזהות המינית. ראו Greenberg, לעיל הערה 4, בעמ' 307-308.

72 ראו למשל את דבריו של חבר הפרלמנט Hugh Bayley בדיון על החוק: "I can think of no other circumstance in which the state tells a couple who are married and who wish to remain married that they must get divorced" (House of Commons 2nd Reading 23 February 2004, Col. 60).

73 Sharpe, *Endless Sex*, לעיל הערה 67, בעמ' 71-72.

הכרה משפטית בשינוי מין

האישי.⁷⁴ למיטב ידיעתי, סוגיית מעמדם של הטרנסג'נדרים לעניין נישואין טרם עלתה לדיון בפני בתי המשפט האזרחיים, ואף לא בפני בתי הדין הרבניים. זאת ועוד, ככל הידוע לי גם בהקשרים משפטיים אחרים לא התעוררו דיונים משמעותיים בסוגיית מעמדם של הטרנסג'נדרים בפסיקה הישראלית,⁷⁵ ויש מקום להעריך שלאור התעוררותו של הנושא בעולם, מצב זה ישתנה בשנים הבאות.⁷⁶ העיסוק היחיד בנושא שעליו אפשר לדווח הוא העיסוק המנהלי. מבחינת משרד הבריאות, כפי שציינתי לעיל,⁷⁷ ניתוח

74 ס' 47 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922.

75 חריג לכך נמצא בפסק דינו של בית המשפט המחוזי ב"ת-פ (מחוזי חי) 389/02 מדינת ישראל נ' אלקובי, תק-מח (3) 303 (3) 3341 (2003) (שניתן מפי השופטים מ' נאמן, ר' שפירא וי' עמית). בחרתי שלא להתייחס לפרשה זו בגופו של המאמר, משום שאני סבור כי היא איננה עוסקת בשאלות שבהן עסקתי אני – בנוגע למעמדה המשפטי של חופעת הטרנסג'נדריות – אלא בשאלות שונות לחלוטין. במקרה הנידון בעניין אלקובי, הנאשם – טרנסג'נדר FTM, על פי עדותו, שלא עבר ניתוח – הציג את עצמו בפני בנות כגבר והגיע עמן לרמות מסוימות של קרבה מינית. לאחר שהתגלתה להן זהותו הגופנית, הן הגישו תלונה במשטרה. בית המשפט מצא את הנאשם אשם במעשה מגונה כמורמה בנוגע למהות העושה, לפי סעיף 348(א) לחוק העונשין, התשל"ו-1977. בביקורת על פסק הדין טוען אייל גרוס, שיש כאן אי-הכרה במורכבותה של הזהות המגדרית ובתופעת הטרנסג'נדריות; משום שמי שמקבל את תפיסתו של חן אלקובי שהוא אכן גבר, לא יראה בפעולותיו משום התחזות ואף לא ידמה אותו לאדם המציג את עצמו כבעל תואר שני בעוד שהוא איננו כזה (אייל גרוס "התחזות כאדם אחר: חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי" משפטים על אהבה 365 (ארנה בן-נפתלי וחנה ניה עורכות, התשס"ה)). ביקורת רומה מעלה SHARPE, TRANSGENDER JURISPRUDENCE, לעיל הערה 2, בעמ' 73-81, על סעיף 11 ל-Gender Recognition Act 2004, שהקים עילת בטלות חדשה לנישואין הנובעת מאי-גילוי העובדה שזהותו המינית של הצד השני לנישואין הושגה באמצעות חוק זה (לאמור, כך למשל, היותו של הבעל גבר רק בזכות ניתוח לשינוי מין, ואולי רק בזכותו של הליך משפטי). שארפ טוען שבכך נחשפת עמדתו האמתית של החוק, שאיננה מכירה באמת ביכולתו של אדם לקבוע את זהותו המגדרית. אני סבור כי הכתיבה הרדיקלית הפריחה בהקשר זה על מידותיה, ואין לקשר כלל ועיקר בין מתן תוקף משפטי לשינוי המין לבין תובת הגילוי, אף באשר לאדם שעבר ניתוח, וקל וחומר באשר לטרנסג'נדר שלא עבר ניתוח. יפים לעניין זה דבריו של בית המשפט בעניין אלקובי: "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 שהתחזה, 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 הסוכב 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' במונח הצר והמקובל כיום בחברה... מקום בו נוצרים יחסי אהבה וקשרים אינטימיים, כל 'הסכמה' של בן או בת הזוג שהושגה ללא ידיעה של עובדה מהותית זו, מהווה כפגיעה באוטונומיה של בן הזוג, ואינה 'הסכמה חופשית' כביטוי של רצון פנימי של ממש, וכמוהו כהסכמה שלא מדעת... גם דרישה מוצדקת לשינוי חברתי בהתייחסות לתופעת הטרנסג'נדרים, אין בה כדי להחליף דרישה מוצדקת שלא לספק הגנה משפטית לנשים, כאשר זו נחוצה" (שם, בפס' 13 לפסק הדין).

76 ראו שם, בפס' 12 לפסק הדין ("כרי כי התופעה של זהות מינית לא ברורה והמעבר בין המינים חפטיק יותר ויותר את החברה ואת המחוקק ובתי המשפט").

77 הערה 66 ובמובא שם.

שמואל שמעוני

לשינוי מין אפשרי רק בבית חולים ציבווי (נכון להיום רק במרכז הרפואי ע"ש שיכא בתל השומר), לאחר אבחון פסיכיאטרי וחיים כבן המין השני מבחינה מגדרית במשך שנתיים. בכל הנוגע למשרד הפנים, המדיניות הנוכחית מאפשרת שינוי של המין בתעודת הזהות לאחר ניתוח (אם כי מובן שאין לכך כל השפעה על היכולת להינשא) ושינוי של השם גם ללא ניתוח.⁷⁸ בהתחשב במגמה הכללית בפסיקה בישראל באשר למרשמים אישיים,⁷⁹ ייתכן ששינוי המדיניות בנוגע לשינוי מין ללא ניתוח יהיה צעד קל יחסית. אשר לדיני נישואין – יש לפנות כאמור לדין האישי, ובהקשר היהודי – למשפט העברי; כך אעשה אפוא בהמשך חלק זה של הדברים.

2. התייחסויות לאפשרות לשינוי המין במשפט העברי

בפרק זה אבקש לברר את עמדת המשפט העברי באשר לאפשרות לשינוי מין, במובחן משאלת ההיתר לעשות כן. למותר לציין, שההשלכות ההלכתיות של הגדרתו של אדם כזכר או כנקבה הן רחבות מני ים, ולפחות באופן תאורטי אין הכרח לקבוע אמת מידה אחידה לכל ההשלכות. מוקד העניין יהיה – גם בחלק זה של המאמר – שאלת ההגדרה המגדרית לעניין נישואין וגירושין, אם כי חלק מההתייחסויות במקורות שיידונו יהיה לשאלת החיוב במצוות כגבר או כאישה.⁸⁰

דבר ברור הוא, שהמדד לשיוכו המגדרי של אדם על פי ההלכה הוא ביולוגי ולא נפשי. מינו של אדם מתברר ונקבע בהתאם לגופו, והוא אינו תלוי במצב נפשי כזה או אחר. על כן, עמדה משפטית דוגמת זו שבחקיקה הבריטית החדשה ודאי שאינה מייצגת את עמדת ההלכה היהודית. אולם מהי ההגדרה הביולוגית המנחה לעניין זה?

(א) הכרומוזמים

אפתח בהתייחסות לאופציה הכרומוזמלית. הרב יגאל שפרן, מן המומחים הבולטים בתחום ההלכה והרפואה, הביע במאמר שרן במעמדה של אישה שעברה ניתוח חלקי לשינוי מינה (FTM) את העמדה הבאה:⁸¹

להחלטת בית המשפט האזרחי, שהגברת הזו היא זכר, אין כל תוקף. צריך להבהיר שהאשה, נשוא דיוננו, היא אשה ככל אשה – גם אם תעשה כל הניתוחים שבעולם – אלא שהיא אשה חולה. האדם נשאר לעולמים כפי המין הגנטי שלו, וכמו שרואים בכדיקה כרומוזמאלית, שבמקרה זה הוא כידוע XX. החלטת בית המשפט עומדת

78 www.piba.gov.il/Regulations13.pdf (נצפה לאחרונה ב-5.7.2012).

79 ראו בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז(1) 225 (1963); בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין כמשרד הפנים, חק-על 1725 (4)06 (2006); ופסיקה נוספת.

80 ראו משנה, קידושין א, ז.

81 יגאל שפרן "ניתוח להחלפת המין" תחומין כא 117, 118-119 (התשס"א).

הכרה משפטית בשינוי מין

כנגד בדיקת הדם המדעית, המלמדת את ההיפך. תימה איך אנשים, הרואים עצמם נאורים, הולכים נגד הטבע והביולוגיה, המורה את ההיפך בכל דגימת דם פשוטה, וכל זאת רק מטעם של מה שהם מכנים חירות הפרט להגדרה עצמית.

השורה התחתונה של הכרעתו של הרב שפרן, השוללת הכרה בתוצאותיו ההלכתיות של ניתוח לשינוי מין, היא עמדה רווחת ומבוססת, כפי שנראה בהמשך הדברים. החידוש המשמעותי בעיניי בפסקה המצוטטת הוא ההסתמכות על נושא הכרומוזומים. לעניות דעתי, דברים אלו הם בבחינת שגגה היוצאת מלפני השליט. קשה לייחס משקל הלכתי לנושא הכרומוזומים, מה גם שהם לא התגלו אלא בעת החדשה. כפי שראינו לעיל, על אף משקלו הניכר של הנושא הכרומוזומלי מבחינה רפואית, גם בשיטות המשפט האחרות רווחת ההכרה בכך שקשה להעניק לו משקל משפטי של ממש.⁸² מבחינה הלכתית, מדברי הפוסקים עולה בבירור שבמצבים שונים של intersex, כגון אדם שנולד עם כרומוזום XY אך עם גוף נשי – ולו רק באיבריו החיצוניים – ההלכה חדרן אדם זה כאישה לכל דבר.⁸³ הגדרתו של אדם כטומטום או כאנדרוגינוס לא תיעשה אלא במצבי כפילות או אייבהירות באשר לאיברי המין.

(ב) האיברים

כאמור, המדר המרכזי לקביעת מין האדם במשפט העברי הוא איברי המין. אולם גם לאחר שהגענו להכרעה זו, נותר עדיין מקום להתלבט בין שתי הבנות שונות באשר ליחס בין המין הנקבע לסימנים החיצוניים הקובעים אותו. על פי הבנה אחת – מסתברת מאוד – האיברים הם אינדיקציה למין היילוד. לאמור, ישנם שני סוגים מרכזיים של בני-אדם – זכרים ונקבות – והסימן המאפיין כל סוג הוא איברים מסוימים, אך אין זה אלא סימן ותו לא.⁸⁴ על פי הבנה אחרת, האיברים המדוברים הם שקובעים את מינו של האדם. ודאי שזהותו של אדם כזכר

82 ראו לעיל בטקסט שליד הערה 43.

83 ראו למשל שו"ת ציץ אליעזר, חלק יא סימן ח ("האברים החיצוניים הנראים לעין הוא הקובע בהלכה"); שו"ת משנה הלכות, חלק טז סימן מז. להתייחסות הלכתית הנכונה להעניק משקל מסוים לכרומוזומים במצבים שבהם המצב הפיזיולוגי איננו חד-משמעי, ראו את תשובת הרב אשר וייס, נדפסה בספרו של עידן בן-אפרים *דני תהפוכות רפא* (התשס"ד).

84 בעל הספר *דוד תהפוכות*, שם, בעמ' סט-פא, הציע שאיברי הגוף אינם אלא סימן לכך שמדובר בנשמת זכר או בנשמת נקבה, וזו הסיבה לכך שניתוח אינו יכול לשנות את מינו של האדם (לאור דבריו אלו הוא אף הציע נפקות תמוזה עד מאוד לעניין גוי שעבר ניתוח והתגייר, ראו שם, בעמ' עג). ואולם הוא הותיר את הדברים בצריך עיון, לאור מקורות מתורת הסוד המלמדים, שלפעמים נשמתו של גבר מתגלגלת בגופה של אישה ולהפך. למותר לציין, שההכנה הרואה את איברי המין כאינדיקציה בעלמא לסיווג מינו של היילוד איננה חייבת להסתמך על סיווג קבלי כזה או אחר של נשמות לדוכרא ולנוקבא.

אינה מורכבת אך ורק מהיותו בעל איבר זכרי, אך האיבר הוא שמגדירו זכר, וכך אף בנקבה – כשמה כן היא – האיבר הוא שמגדירה נקבה.⁸⁵

מובן שהנפקות המרכזית לשאלה זו תהא כאשר חל שינוי באיבריו של האדם הנידון. הדוגמה הפשוטה לכך מבחינה הלכתית, על אף מזוהתה המציאותית, היא המקרים המתועדים בספרות השו"ת, שהזכרתי בתחילת מאמר זה, של נשים שבאורח פלא הפכו לגברים. על פי ההנחות של הפוסקים הללו (בניגוד להסבר המדעי שהצעת), שינוי זה עשוי להתרחש גם בכיוון ההפוך – דהיינו שגם גבר ייתכן שיהפוך לאישה – והוא אף עשוי להתרחש יותר מפעם אחת. הנחת התשובות האמורות היא שככלל, שינוי גופני זה מוכר מבחינה הלכתית, ואכן מינו של האדם הנידון משתנה. הווה אומר, אפשר לראות בתשובות אלו הכרעה לכך שאיברי המין הם בגדר טיבה הקובעת את המין, ולא אינדיקציה בלבד למין היילוד.⁸⁶

85 שאלה זו של ראיית מאפיינים גופניים חיצוניים כסימן בלבד למהות של הגוף או כסיבה לו עולה גם בהקשרים אחרים. כך למשל, כאשר לסימני בגרות (דהיינו שתי שערות) ישנן הבנות שונות בשאלה אם הם סימן גרדא לבגרות או שהם שהופכים את הכן או את הבת לכוגרים. ראו שיטה מקובצת, כבא בתרא נו, ע"ב, ד"ה "ולי אני" כשם שיטה שלא נודע שם מחברה ("דגבי שערות, שביאתן הוא הגדלות, אמרין ביה חצי דבר, אבל בחזקה, שאינה אלא לדאיה ואינו גוף הקניה, לא אמרין ביה חצי דבר" (ההדגשה שלי – ש' ש')), והישור לדברי אור שמח, סוטה, פרק א, הלכה א ("דהיכי שהדברים המה עצם החיוב, כמו גניבה ומכירה בנפש, לרבנן סגי אף אם הוי חצי דבר, מה שאין כן בשתי שערות, שיכול להיות גדול בלא שיערות נכמו בסריס ובנים וכי"ב], רק שהסימנים הוי סימן ומופת שהיא גדולה... בזה כיון שמעידים על חצי סימן אם כן לא הוי עדות כלל" (ההדגשה שלי – ש' ש')); וראו גם בבלי, יבמות פ, ע"א; חידושי רבנו חיים הלוי על הרמב"ם, אישות פרק ב, הלכה ט. הקשר אחר שבו עולה שאלה דומה הוא סימני כשרות של בעלי חיים, ראו בבלי, בכורות ו, ע"א-ע"ב; קובץ שמועות, חולין, סימן כז ("יש לחקור בסימני טומאה וטהרה שאמרה תורה, אם הסימנים עצמן הם גורסים הטומאה וטהרה, או שאינם אלא סימנים על המין"). להשוואה בין שתי הדוגמאות הנ"ל, ראו שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן נא.

86 תימוכין נוספים להכרעה זו אפשר להביא מדברי הרב אברהם אבלי הלוי גומבינר (1637-1683), במגן אברהם, אורח חיים, סימן תקפט, ס"ק ב. המגן אברהם מביא בשם הרי"ף, שלעתים אנדרוגינוס אינו יכול להוציא אנדרוגינוס שני בתקיעת שופר, "אם באותו פעם שהוא נקבה הוי חבירו זכר אינו מוציא". מדבריו עולה הבנה חריגה ביותר באשר למציאות המדוברת בנוגע לאנדרוגינוס, והיא שמדובר באדם שמינו משתנה חליפות; ואף שיש לו מעמד מתמשך של אנדרוגינוס, כך שהוא לעולם אינו מוציא גבר ידי חיוב שופר, עם זאת שינויים אלו משפיעים על מעמדו היחסי. מובן שהמסקנה מדברים אלה היא ששינויים במעורר האיברים משפיעים על הזהות המינית, אך יש לציין שהבנה זו בדבר מציאותו של האנדרוגינוס תמוהה למדי. לסיכום הביקורות השונות שהועלו על שיטת המגן אברהם והדיונים שהתעוררו בעקבות כך, ראו בן-אפרים, לעיל הערה 83, בעמ' רעא-רעד. מעניין לציין, שבהגהות החתם סופר על השולחן הערוך, אורח חיים, סימן תקפט, ס"ק ב הועלתה הצעה מחודשת ביותר בכיבוד שיטת המגן אברהם. לפי הצעה זו מעמדו הבסיסי של אנדרוגינוס כספק הוא רציף, אלא שלעתים הוא מטיל מים ממקום זכרותו ולעתים ממקום נקבותו; בתקופה שבה הוא מטיל מים ממקום זכרותו מעמדו נוטה יותר לזכר ממעמדו של חברו אשר מטיל ממקום נקבותו, ועל כן אין

(ג) תוצאותיו ההלכתיות של ניתוח מלאכותי

(1) הגישה ההלכתית הרווחת

האם אפשר להסיק מן העמדות שהובאו לעיל, שהכירו בתוקפו ההלכתי של שינוי בדרך הטבע, שגם ניתוח מלאכותי עשוי לשנות את דינו של אדם? דומה שהתשובה הפשוטה לשאלה זו היא שלילית. באשר לניתוח המנסה להפוך אישה לגבר, מסתבר מאוד לקבוע שאיבר מלאכותי שיורכב הוא הרבקה של יצירה פלסטית ותו לא, ואין הדבר גורר שינוי הלכתי בזהותה של המנותחת. גם אם אין מדובר בחיבור של גוף חיצוני, אלא בהגדלה הורמונלית של הדגדגן ובהוספת תאי עור טבעיים אליו,⁸⁷ עדיין קשה לראות כאן יצירה של איבר זכרי.

גם באשר לניתוח המנסה להפוך גבר לאישה, האנליזה ההלכתית הפשוטה של המקרה מובילה שוב לאי-הכרה. חיחוך מלאכותי של איבר זכרי אינו אלא מעשה חבלה, שאינו הופך גבר לאישה אלא לסריס, ויצירה מלאכותית של איבר נקבי היא פלסטיקה מלאכותית ותו לא. בקרב פוסקי העשורים האחרונים העמדות הכתובות בעניין הניתוחים המדוברים אינן מרובות, אך ישנה תמיכה בדברים האמורים לעיל. בין החומכים בכיוון זה אפשר למנות את הרב יהודה גרשוני⁸⁸ ואת הרב אריה ליב גרוסנס.⁸⁹ הרב גרוסנס נוקט בהבחנה שהצעתי – בין שינויים המתרחשים מאליהם לשינוי כירורגי – ומדבריו עולה שאילו היה אפשר לבצע שינוי מלא בעזרת הזרקת הורמונים, שינוי שכזה היה זוכה להכרה הלכתית על אף שהוא נובע מהתערבות מלאכותית; שכן האיברים החדשים הם יצירי הגוף, בניגוד למתרחש בהתערבות כירורגית, היוצרת איברים מעשי ידי אדם.

מדברי חלק מן הכותבים השוללים הכרה בשינוי הכירורגי, נראה שהדבר אינו מבוסס על יסוד נורמטיבי אלא על הערכה מציאותית נמוכה של רמת האפקטיביות של הניתוח. כך למשל, הרב יעקב עמדין (1698-1776), שחי בתקופה שקדמה בהרבה לניתוחים לשינוי המין, כתב בנוגע לאדם שמינו עמום, שהתערבות רפואית אינה עשויה להשפיע, מן הטעם הבא:⁹⁰ "ואפילו יצויר שימצא רופא אומן, שירפא הסדק ויעשה שהרפנות יחדו ידובקו והיו לבשר אחד, האם בריאה יבא להם מעברים וצינורות ושבילים לזרע ולמים?" כאשר להזרמת שתן, היכולות הרפואיות בימינו מאפשרות זאת,⁹¹ ועל כן נותרת עמימות באשר לנכונותו להכיר בניתוח כעין זה.

חברו יכול להוציאו ידי מצוות שופר. בדברים אלו משתקפת ראייה של החלוקה המגדרית שאיננה בינארית אלא יחסית.

87 ראו לעיל הערה 19.

88 י' גרשוני *חכמת גרשון* תנה-תנו (התשנ"ז) ("מה שאפשר על ידי ניתוח הוא רק החיצוניות").

89 שו"ת לב אריה, סימן מט.

90 שאילת יעב"ץ, חלק א, סימן קצא.

91 ראו לעיל הערה 19.

כותבים אחרים השוללים הכרה בגיווח מבססים אף הם את חולשתו על האפשרויות המוגבלות לבצעו מבחינה רפואית, אך מציינים רף גבוה, שספק אם יהיה אפשר אי פעם לעמוד בו. כך למשל, הרב אברהם הירש ביטס את קביעתו שהניתוח משפיע על חיצוניות המנותח בלבד על כך שהניתוח איננו יכול להעניק יכולת פרוין של המין המבוקש.⁹² כנגד דבריו אפשר אמנם לטעון שפוריות איננה תנאי הכרחי להגדרת גבר כגבר או להגדרת אישה כאישה. ברם מסתבר, שהרציונל המנחה את קביעתו הוא שעל מנת ליצור זיהוי מיני חדש יכולת הפריון היא תנאי הכרחי ומספיק כאחד; אילו הוענקה הייתה משמעותה שינוי זהות מהותי שההלכה לא הייתה יכולה להתעלם ממנו.

(2) אפשרות ההכרה בניתוח ושיטת הציץ אליעזר

למרות הדברים שהובאו לעיל ואף שהדבר נראה מפתיע, מדברי פוסקים אחרים נראה שהתערבות כירורגית עשויה לזכות בהכרה הלכתית. חלק מדברי פוסקים אלה נוגעים לניתוח ההופך תינוק שנולד במצב כזה או אחר של אנדרוגינוס או intersex לנקבה. מדברי הרב עובדיה הדאיה⁹³ והרב משה שטיינברג⁹⁴ עולה, שללא תלות בשאלת ההיתר לכתחילה לבצע שינוי שכזה, בדיעבד יש לו תוקף הלכתי.⁹⁵ אפשר אמנם לטעון שאין להקיש מן היכולת להטות את הכף לכיוון אחד, במצב שמעצם טבעו הוא מצב ביניים מסופק, לכך שיהיה אפשר להכיר בהתערבות כירורגית בגוף אשר מעמדו ההלכתי הוא חד-משמעי וברור; אך הבחנה כעין זו אינה עולה מדבריהם של שני הפוסקים.

המקור שמוזכר תכופות בקרב העוסקים בנושא זה כפוסק מרכזי בנושאי הלכה ורפואה המכיר בתוקפו של ניתוח לשינוי מין הוא הרב אליעזר יהודה ולדנברג ז"ל, מחבר שו"ת "ציץ אליעזר", אשר מתייחס לנושא זה בשלוש מתשובותיו: האחת משנת 1967,⁹⁶ השנייה משנת 1970⁹⁷ והשלישית משנת 1997.⁹⁸ התשובה משנת 1970 עוסקת, בדומה לתשובותיהם של הרב הדאיה ושל הרב שטיינברג, בניתוחו של תינוק אנדרוגינוס, תוך התייחסות לשאלת האיסורים הכרוכים בניתוח שכזה. חשובים לענייננו הקטעים המלמדים על אודות התוצאה ההלכתית של הניתוח:

92 אברהם הירש "התהפכות מלאכותית של זכר לנקבה ושל נקבה לזכר" נועם טו קנב (החשל"ג).

93 שו"ת ישכיל עבדי, חלק ז, אבן העזר, סימן ד.

94 משה שטיינברג "שינוי מין באנדרוגינוס" אסיא א 144 (1979).

95 למרבה הפלא, בנו של הרב משה שטיינברג, הרב פרופ' אברהם שטיינברג, ייחס דעה הפוכה לשני

פוסקים אלו (ראו אברהם שטיינברג אנציקלופדיה רפואית הלכתית כרך ה 688 (2006)). להתייחסות

מקיפה לדעות אלו ולדעות חולקות, ראו בן-אפרים, לעיל הערה 83, בעמ' פו-קיא.

96 שו"ת ציץ אליעזר, חלק י, סימן כה, פרק כו.

97 שם, חלק יא, סימן עח.

98 שם, חלק כב, סימן ב.

הכרה משפטית בשינוי מין

אם תעמוד לפנינו הבעיה על אנדרוגינוס ממש... יהא מותר לנתחו ולהפכו לסוג ודאי... הן אמנם באנדרוגינוס ישנה בעיה הלכותית נוספת, והוא במה ששוללים ממנו על ידי זה שיהפכו אותו לנקבה המצוות שהיה מתחייב מספק גם כזכר... אבל אי משום הא אין לאסור, בהיות ומציאותו משתנה... ובפרט כשמבצעים זאת בקטנותו בטרם שמתחייב עוד בכלל במצוות, ורק צריכים קביעה דקדוקית ברורה אם אמנם על ידי ביצוע הניתוח שיבצעו באנדרוגינוס ישתנה ויהפך באמת לנקבה ודאית, ומה גם שהרמב"ם הרי קבע להלכה בפ"ב מה' אישות שם שמהותו של האנדרוגינוס לא יוכל להקבע בודאות לעולם, ולכן יש לחזור היטב כדי להודיע, אם העד כדי כך נשתנה כעת הטבע או התפתח הידע הרפואי?

מדבריו עולה בבירור, שהוא אינו שולל שלילה קטגורית את יכולתה של התערבות כירורגית להכריע לכאן או לכאן את מינו של אנדרוגינוס, כגון לעניין חיוב מצוות, אלא שהוא מעוניין ב"קביעה דקדוקית ברורה" באשר לתוצאה הצפויה של הניתוח. לא נהיר מדבריו מה יוכל להיות הבסיס לקביעה ברורה שכזו, שכן לשם כך יש להגדיר זכר ונקבה מהם. אם ההגדרה הבסיסית היא – בלשונו באותה תשובה – כי "האברים החיצוניים הנראים לעין הוא הקובע בהלכה", אזי ההכרעה היא בידו כפוסק הלכה אם איברים יצירי אדם חשובים כאברי מין אם לאו, ולא בידי הרופאים.

כפי שהדגשתי לעיל, אין הכרח להסיק מעמדות המובעות בהקשר של ניתוחו של אנדרוגינוס לשאלת ההכרה ההלכתית בניתוח לשינוי מינו של בעל מין ודאי. ואולם בתשובתו הראשונה בזמן מתייחס הציץ אליעזר במישרין לניתוחים לשינוי מין ומביע עמדה ברורה אף יותר מעמדתו שבתשובה השנייה. ההקשר בתשובה זו הוא אגבי לדיון בניתוחי השתלת לב, שם מעלה הציץ אליעזר שאלה באשר לקביעת זהותו של מקבל הלב, ותשובתו לשאלה זו ברורה – השתלת הלב אינה משפיעה על הזהות. אחד ההסברים לכך עשוי לכאורה לנגוע לשאלה המעסיקה אותנו: "זהותו ויחוסו של האדם איננו מתבטא בנפרד בחלקי אבריו ותהינה החשובים ביותר. כי אם אל הרוח והנשמה אשר בקרבו". לכאורה הידע נוחתת שזהותו המינית של האדם היא מרכיב יסודי בזהותו הכללית, ולאור הדברים המצוטטים איננה אמורה להיות תלויה בצורת איבריו המשתנה. אולם הציץ אליעזר מבחין בין נושאי הדיון:

מחקר גדול יש אמנם לחקור בהיכא שמתחולל שינוי מהותי-אורגני בגופו של אדם, כגון בנתהפך מזכר לנקבה או להיפך, וכפי ששמעתי וגם נתפרסם על כך בכתבי-ידע שונים, מבצעים כהיום גם נתוחים כאלה במקרים מיוחדים (וכמובן נדירים). בשינוי מהותי כזה נוצרים כאמת הרבה בעיות הנוגעות לקביעת זהותו ויחודו האישי של אנוש כזה.

שמואל שמעוני

הציץ אליעזר מתייחס ל"הרבה בעיות הנוגעות לקביעת זהותו ויחודו האישי של אנוש כזה"; אך מהמשך דבריו נראה, שבעיות אלו נוגעות להשלכות השונות שיש לשינוי לעניין הלכות ספציפיות – כגון חיוב במצוות מילה ופקיעת נישואין – ולא לשאלה השורשית שבה אנו עוסקים כעת, השאלה אם שינוי המין מוכר הלכתית. באשר לשאלה זו נראה שעמדתו הברורה היא שהשינוי מוכר, והוא מבססה על דבריהם של בעל שו"ת "יד נאמן" ושל בעל הספר "יוסף את אחיו" שהזכרתי לעיל. בהמשך הדברים אחזור לדון בחלק מן ההשלכות ההלכתיות הנובעות מעמדה זו של הציץ אליעזר, אך כבר בשלב זה אפשר להתרשם מן הכיוון המחודש שבו הוא נוקט – כמעט מבלי צורך להזדיקן – ולפיו מינו של אדם ניתן לשינוי הלכתי באמצעים כירורגיים.

כאמור, דבריו בתשובתו השנייה (משנת 1970), שנאמרו בהקשר של שינוי מינו של אנדרוגינוס, מהוססים מעט יותר בעניין הגיתוחים לשינוי מין. בתשובתו השלישית, משנת 1997, הוא אינו מתייחס לתשובותיו הקודמות ומביע עמדה שונה. השאלה שהעסיקה אותו בתשובה האמורה (שנכתבה לרב הראשי לשעבר, הרב מרדכי אליהו) הייתה "אודות מה שנשאל מחור"ל בגבר שנהפך לגמרי לאשה, מה דינו וכו'". המציאות המתוארת אינה ברורה לחלוטין, ויש להניח שהכוונה היא לניתוח לשינוי מין.

תשובתו של הציץ אליעזר עמוסה בציטוטים ארוכים, והתנהלותה אינה נהירה. בראשית דבריו הוא שב ומצטט את הספר "יוסף את אחיו", תוך שהוא מקדים ומציין ששם מדובר באישה שהפכה לגבר, "אבל נוכל ללמוד משם בהיקף ובגזירה שוה בדימוי מילתא למילתא לכמה ומכמה הלכות שהספר כותב ומביא שם בהיכא שקרה מקרה כזה". לאחר מכן מובא ציטוט ארוך מדברי הספר, ובסופו כותב הציץ אליעזר: "רואים אנו ונוכחים לדעת כמה התהפכיות שיכולים להיות במקרה כזה בהלכה עד שיוכלו להגיע להחלטה ברורה בכל שאלה ושאלה שמתעוררת במקרה כזה באיש או באשה". לא ברור מדבריו, אם יש לו ספק באשר לעצם ההכרה ההלכתית בכך שמינו של האדם הגידון השתנה או באשר לסיבוכים ההלכתיים הנובעים מכך. בהמשך התשובה מצטט הציץ אליעזר מקורות המעידים על אנדרוגינוסים שהצליחו במהלך חייהם הן להוליד כגברים והן ללדת כנשים, מבלי לבאר במה הדבר קשור לנושא הגידון. לבסוף, בפסקה נפרדת, כותב הציץ אליעזר את מסקנתו, מבלי לבאר כיצד היא נובעת מדבריו לפני כן: "באשר על כן נראה לעניות דעתי שבמקרה שלפנינו יש לתת לו דין אנדרוגינוס [או טומטום]". אף שתשובה זו קשה להבנה, בכל זאת ניכרת הסתירה בינה לבין תשובתו הראשונה. בתשובתו הראשונה קובע הציץ אליעזר שהשינוי הוא בעל תוקף מוחלט, דהיינו שהניתוח מסוגל להפוך גבר לאישה, ואילו בתשובתו האחרונה הוא רואה את המנותח כאנדרוגינוס, ייתכן שבשל היעדר הכרעה ברורה בשאלת הזיהוי המיני.⁹⁹

99 החלופה השנייה שהוא מעלה ולפיה מדובר בטומטום מעוררת תמיהה, שכן טומטום הוא מצב של אי-ידיעה טכנית בדבר מצב איברי המין, מה שאיננו המקרה בענייננו.

הכרה משפטית בשינוי מין

תימוכין מסוימים לעמדתו המחודשת של הציץ אליעזר בתשובתו הראשונה אפשר להביא ממקור שהוא שנוי במחלוקת במידה מסוימת, שו"ת "בשמים ראש"¹⁰⁰ אשר מעלה טענה מחודשת אף יותר. הוא אינו מתייחס לניתוח לשינוי מין, אלא לגבר אשר איבר מינו ואשכיו נחתכו; הוא קובע נחרצות שלפחות לעניין גישואין, גבר שכזה דינו כאישה, ועל כן אם ינסה לקדש אישה לא יהא לכך תוקף. מכאן משתמעת תפיסה המגדירה את הזכרות – בכל הנוגע לתפיסת קידושין – על פי מצבו הנוכחי של איבר המין הזכרי ותו לא,¹⁰¹ ומבחינה זו כאמור הדבר מרחיק לכת אף מעבר לדברי הציץ אליעזר.

במסגרת הדיון בגישות השוללות הכרה בניתוח, הזכרתי שישנם כותבים שתקפות דבריהם תלויה ברמה הביצועית של הניתוח. מובן מאליו שבמסגרת המחנה המכיר בתוצאות הניתוח, הכרת הרמה הביצועית היא תנאי הכרחי. ישנם כותבים אשר מוכנים עקרונית להכיר בתוצאות הניתוח, אך עושים זאת על סמך נתונים מופרזים ולא-אמינים באשר לביצועיו. כך למשל, הרב גרשון טאנענבוים והרב מאיר אמסעל¹⁰² הסתמכו על נתונים שלפיהם "האשה מקבלת מראה איש וגם גבורת אנשים, והאיש מקבל מראה אשה וגם מקבל רחם כדי שיוכל להתעבר", ועל כן קשה לתת משקל של ממש למסקנות הלכתיות הנובעות מדבריהם.

(3) גישת ביניים אפשרית

מצד הסברה נראה, שגם אם מאמצים עקרונית את נכונותם של הפוסקים האמורים להכיר בתוצאותיה של התערבות כירורגית, יש מקום רב להבחין בין מצב של MTF למצב של FTM, על אף שהבחנה זו – במפתיע – איננה מוצאת את מקומה בדברי הפוסקים שעסקו בנושא. אשר למקרה של MTF, גם אם לא נאמץ את דבריו מרחיקי הלכת של בעל שו"ת "בשמים ראש", שלפיהם עצם היעדרו של האיבר הזכרי מגדיר במידה מסוימת את הגבר כאישה, אפשר לאמץ את דברי הפוסקים שראינו לעיל ולומר, שההתקנה של נרתיק כעין זה של אישה משלימה את הגדרתו של הגבר כרות האיבר כאישה. ואולם באשר למקרה של FTM, על מנת להכיר במנותחת כגבר, יש צורך להכיר באיבר המלאכותי כאיבר זכרי. כאן, כמדומני, המשימה קשה בהרבה; בין אם מדובר בשתל מלאכותי ובין אם מדובר בהגדלה הורמונלית של הדגדגן, מכאן ועד הכרה בתוסף חיצוני זה כאיבר זכרי הדרך עוד רבה.

100 שו"ת בשמים ראש, סימן שמ. לסקירת הדיונים על מהימנותו של ספר זה ועל משקלו התורני, ראו בן-אפרים, לעיל הערה 83, בעמ' רכא-רכד; נריה מ' גוטל "יחסו של הראיה קוק לספר בשמים ראש" *Journal* (2006) *Jewish Studies: An Internet* – JSIJ – www.biu.ac.il/js/JSIJ/5-2006/Gutel.pdf (נצפה לאחרונה ב-5.7.2012).

101 ואמנם, בתוך דבריו הוא מוסיף ש"ובקידושין שאין מסורין לביאה כאלו אפילו אביי מודה". אפשר להבין מכך שאין מדובר בעיניו בשינוי מין, אלא במקרה חריג של קידושין שאינם מסורים לביאה (ראו בבלי, קידושין נא, ע"א).

102 גרשון טאנענבוים ומאיר אמסעל, "עברייך שהוחלף לנקבה בניתוח הרופאים וכן איפכא ואם באו לשוב מה דינם לגבי ביאה בקהל ואישות וכל מצות התורה" *המאמר* כה קונטרס 13 (התשל"ג).

להבחנה המוצעת אפשר להגיע גם מכיוון שונה. אחת הגישות בספרות ההלכתית באשר להגדרתו המשפטית של אנדרוגינוס היא שדינו כזכר ודאי.¹⁰³ מסתבר שלגישה זו הזהות הזכרית – לכל הפחות במישור איברי הרבייה – היא זהות פוזיטיבית, בעוד שהזהות הנקבית מוגדרת כהיעדרה של זהות גברית. על כן אדם המחזיק באיברי רבייה משני הסוגים נידון כגבר, משום שאין הוא געדר זהות זכרית. לפי גישה זו, הגורסת שאין מדובר בהתמודדות בין שתי זהויות פוזיטיביות חלופיות, לא ייתכנו מצבי ביניים שבהם אדם אינו זכר ואינו נקבה (שכן אי-היותו זכר מגדירה אותו כנקבה) ואף לא ייתכנו מצבים שבהם אדם הוא הן זכר והן נקבה (שכן היותו זכר שוללת את הגדרתה השלילית של הזהות הנקבית). לענייננו, אם תתקבל טענה – אשר דומני שיש לה מקום – שבכוחה של התערבות כירורגית לשלול זהות מגדרית אך לא להעניק זהות מגדרית פוזיטיבית חדשה, המסקנה תהיה שמעמדו של המנותח הוא מעמד של נקבה, משום שלשם כך די בשלילת הזהות הזכרית.¹⁰⁴

(ד) השלכותיו ההלכתיות של הפיתוח של דיני גישואין ועל חיי אישות

על פי השיטות שאינן מכירות ביכולתה של התערבות כירורגית לשנות את מינו של המנותח, מסתבר שדינו של המנותח לעניין קידושין וגישואין נותר כפי שהיה לפני הניתוח. לאמור, מנותח MTF אינו יכול להתקדש לגבר אך ביכולתו לקדש אישה, ולהפך במקרה של FTM. אמנם יש מקום לבחון אם איסור משכב זכור¹⁰⁵ חל באשר לביאה כדרכה כביכול, אשר גבר מקיים עם מנותח MTF; ואכן רביט עטקו בהקשר זה בדברי רבנו חננאל והאבן עזרא בפירושה לתורה,¹⁰⁶ אך לא נמצא כאן דיון זה.¹⁰⁷

על פי גישתו של הציץ אליעזר בתשובתו הראשונה, המכירה בתוצאותיו ההלכתיות של הניתוח, מסתבר לכאורה שמנותח MTF דינו כאישה וגבר יכול לקדשה, מנותח FTM דינו כגבר והוא יכול לקדש אישה ואם נרצה – FTM יכול לקדש MTF, ולא להפך. על פני הדברים מדובר לא רק ביכולת לקדש, אלא אף בהיתר לעשות כן. אלא שישנם שני סימני שאלה בהקשר זה: ראשית, גם אם מנותח ה-MTF נחשב לאישה, הרי מדובר באישה עקרה, שההיתר

103 ראו בבלי, יבמות פא, ע"א; ארבעה טורים, יורה-דעה, סימן רסה; אבן-העזר, סימנים מד, קעב; הגהות הרמ"א, אבן-העזר, סימן מד, סעיף ה.

104 על הבחנה אפשרית דומה בין יכולתו של הניתוח לשלול זהות קודמת ליכולתו להעניק זהות חדשה עמר השופט Ormrod בפסק הדין בעניין Corbett, לעיל הערה 1: "Since marriage is essentially a relationship between man and woman, the validity of the marriage in this case depends, in my judgment, on whether the respondent is or is not a woman. I think, with respect, that this is a more precise way of formulating the question than that adopted in para 2 of the petition, in which it is alleged that the respondent is a male. The greater, of course, includes the less, but the distinction may not be without importance, at any rate in some cases"

105 ויקרא יח 22; כ 23.

106 ויקרא יח 22.

107 לסיכום מסוים של הדיונים על דברי רבנו חננאל, ראו בן-אפרים, לעיל הערה 83, בעמ' רח-ריג.

הכרה משפטית בשינוי מין

לשאתה לאישה אינו ברור.¹⁰⁸ שנית, בתשובה אחרת משנת 1983¹⁰⁹ התייחס הציץ אליעזר ל"בחורה שלא נמצא אצלה לא נרתיק ולא רחם, אלא שחלות בלבד, ובנו לה בניתוח פלסטי נרתיק על מנת שתוכל לקיים יחסי אישות". כיוון שאין כל ספק באשר לזהותה הנשית, מוכן שאין מדובר בניתוח לשינוי מין. הציץ אליעזר דן בנושא זה מצדדים שונים, ובתוך דבריו העיר:

ואני מהרהר שאולי יתכן שגם אסור בכלל לחיות על פי דין תורה עם אשה שכזאת, אשר לא רק שאין לה רחם טבעי, אלא אין לה גם נרתיק טבעי כי אם אשר בנו לה נרתיק בניתוח פלסטי, והדעת נוטה לומר שיש בכהאי גוונא חשש משום הוצאת זרע לבטלה, כמטיל על העצים והאבנים, בהיות ואין כאן משום צד בשר מבשרה הטבעי של האשה.

לאור דברים אלו, גם במקרה של MTF יש מקום לחוש לאיסור זה של הטלת זרע על העצים ועל האבנים ולאסור מטעם זה על גבר לשאת לאישה את המנותח. אלא שספק הוא אם תשובה זו הולמת את גישתו של הציץ אליעזר בתשובתו הראשונה, אשר מוכנה להעניק הכרה הלכתית לשינויים שיוצרת הכירורגיה הפלסטית. כפי שראינו, אין זו הסתירה היחידה בדברי הציץ אליעזר בנושאים אלו.

(ה) השלכותיו ההלכתיות של הניתוח על נישואין קיימים

ההשלכה ההלכתית המרכזית שהעסיקה את הפוסקים בנושא הנידון בהקשר של דיני נישואין וגירושין לא נגעה לנושא האמור של יצירת קשר אישות חדש, אלא להשלכותיו של הניתוח על קשר אישות קיים. מוכן שעל פי הגישות השוללות הכרה הלכתית בתוצאות הניתוח, הן במקרה של אשת איש שבעלה עבר ניתוח (MTF) והן במקרה של אשת איש שעברה ניתוח בעצמה (FTM), האישה איננה מותרת להינשא ללא גט.¹¹⁰ ואולם בקרב המתנה השני של הפוסקים השאלה עולה גם עולה. אדון בה אפוא הן בנוגע למקרה של FTM, הן בנוגע למקרה של MTF. להבהרת האתגר ההלכתי הנידון, מן הראוי להקדים ולציין שבמשנה הפותחת את מסכת קידושין¹¹¹ מצוינות שתי דרכים להתיר את איסור אשת איש: גט ומיתת הבעל. לנוכח בלעדיותן לכאורה של שתי דרכים אלו ולנוכח חומרתו של איסור אשת איש, אך מובנת היא מידת נועזותן וחדשנותן של תשובות המתירות איסור זה באמצעות אירוע של שינוי מין.

108 ראו את הגהות הרמ"א, אבן העזר, סימן א, סעיף ג.

109 שו"ת ציץ אליעזר, חלק טו, סימן ד.

110 ראו למשל שו"ת לב אריה, סימן מט. אמנם היה אפשר להעלות הצעה להיתר על בסיס דיני מקח טעות, אך כפי הנראה אין בכך ממש; ראו בבלי, בבא קמא קי, ע"ב; קיא, ע"א; שו"ת תשב"ץ, חלק א, סימן א.

111 משנה, קידושין א, א.

(1) היתר איסור אשת איש שהיא FTM

למעשה כבר בעל שו"ת "בשמים ראש"¹¹² מעלה אפשרות להתיר אשת איש כאשר איברו של בעלה נכרת, ואת דבריו הוא מסיים במילים "ואין ולא ורפיא בידי".¹¹³ אנסה לתור את הדרך בשאלה זו על בסיס המקורות המקובלים יותר. כפי שציינתי קודם לכן, ישנם מקרים המתועדים בספרות השו"ת של נשים שהפכו יום אחד באורח פלא לגברים. בספר "יוסף את אחיו"¹¹⁴ ההקשר הנידון הוא שאלה שעלתה, אם אישה שכזו זקוקה לגט. הכרעתו היא שאין צורך בגט, והנימוק המבוסס יחסית שמובא לכך הוא נוסח הגט:

נראה דלא צריך גט, דזכר הוא עתה, ולא אשה. דהרי בנוסח הגט הוא ראינו נותן גט לאשתו וכותב "אנת אנתתי", ולא יש לפניו אתתא כי אם גבר איש. וגם כותב לה "דשאה ושלטאה להתנסבה לכל גבר וכו'", ולא אתחזי לגבר, דאיהו עצמו גבר. וגם כותב בגט "את מותרת לכל אדם וכו'", לשון זה דמותרת לכל אדם, והרי אינה אשה שראויה ומותרת לכל אדם.¹¹⁵

הרבנים אליעזר אפרסמון ודוד ויסקוט¹¹⁶ משיגים על ראייה זו:

מה שכתב הרב פלאגי' ללמוד מלשון הגט המתיר המתגרשת לכל אדם אינו ראייה בעינינו כלל. כי אין הגט פסק הלכה המוריע דין אשה זו לכל ענייניה, כי אם פעולה של הבעל המגרש שהוא מתיר את מה שהיה אסור מחמתו. אין כל מניעה לגרש אשה שאמרה "נטולה אני מן היהודים".

אני סבור כי ביקורת זו אינה במקומה. אין לדמות את המקרה של גט המגרש אישה שאסרה את עצמה בנדר על כלל היהודים – שהוא גט שמבטל מאישה איסור אשת איש ומעניק לה היתר מצד דיני אישות להינשא לגברים – לגט שאינו מעניק היתר להינשא לגברים, מאחר שהמגרש נידון כגבר (שהרי הנתת הדברים היא שהשינוי שהתחולל באישה הוכר כשינוי מין). יתר על כן, מסתבר שהראיה שהרב פלאגי' מביא מלשונו של הגט רואה בלשון זו אינדיקציה לכך שכל מהותו של הליך הגירושי אינה שייכת לכאן וכלל אין איסור אשת איש – הזקוק למתיר – בנוגע לגבר. אמנם הזכרתי קודם לכן את שתי הדרכים שבהן ניתן להתיר איסור אשת איש – גט ומיתת הבעל – וכאן לא התקיימו שתי הדרכים אלו; ואולם

112 שו"ת בשמים ראש, סימן שמ.

113 וראו שם, הגהות כסא דהרסנא, סימן שמ.

114 לעיל הערה 10.

115 בסוף התשובה מועלה ספק מרתק באשר לאפשרות התאורטית שאישה זו שהפכה לגבר תשוב ותהפוך יום אחד לאישה, אם איסור אשת איש יחזור וייעור אם לאו. בעניין זה, ראו שו"ת צ"ץ אליעזר, לעיל הערה 96.

116 אליעזר אפרסמון ודוד ויסקוט "שינוי מין" הנוכח בהלכה 155, 155 (1997).

הכרה משפטית בשינוי מין

מסתבר שדרכים אלו נאמרו רק בנוגע לאישה, וכאשר האישה איננה עורד אישה אין היא זקוקה למתירים האמורים.

אפשר אם כן לסכם ולומר שכאשר אשת איש הפכה לגבר, היתרה ללא גט פשוט למדיי. אולם בכואנו ליישם זאת במקרה של מנותחת FTM הדבר תלוי בשאלה שהועלתה לעיל – אם ניתן להקיש מדבריו של הרב פלאג'י, שעסק בשינוי טבעי שהתחולל בגופה של האישה, להתערבות כירורגית מלאכותית. זאת ועוד, כפי שכבר ציינתי, קשה בהרבה להעניק הכרה הלכתית להתערבות כירורגית במקרה של ניתוח FTM מאשר בניתוח ההפוך. ברם הרושם העולה מקריאת תשובתו של הציין אליעזר הוא שגם במקרה זה השינוי מוכר, ואשת האישה שנותחה מותרת ללא גט!

(2) היתר איסור אשת איש הנשואה ל-MTF

אם במישור ההכרה בתוצאות הניתוח קל יותר להכיר ב-MTF מאשר ב-FTM, הרי במישור ההשלכה על היכולת להתיר איסור אשת איש ללא גט המצב הפוך. גם אם מכירים בכך שהבעל השתנה מגבר לאישה, עדיין נותרה המשימה המאתגרת להסביר את היתרה של אשת איש ללא גט וללא מיתת הבעל. הטיעון שהעליתי לעיל באשר למשנה בקידושין – שהיא איננה רלוונטית במצב הניתוח, שכן אין כאן אישה – אינו תקף במקרה הניתוח, שבו האישה לא עברה כל שינוי אלא בעלה הוא שהשתנה.

ואולם הציין אליעזר (כתשובתו הראשונה שהוזכרה קודם לכן)¹¹⁷ לא נרתע אף מאתגר זה והציע דרך להתיר את האישה. עקב החידוש הגדול שבדבר, אצטט את דבריו על אף אריכותם:

והספק האמור בנהפכה לאיש אם צריכה גט, יש להחילו גם על בלהיפך, היכא שהאיש נהפך לאשה... אם אשתו זקוקה לגט פטורין ממנו... עולה בדעתי לדמות למה שמצינו בתרומת הדשן בפסקים סי' ק"ב, שכותב לחקור על אשת אליהו הנביא ז"ל או אשת ריב"ל אם יכולים לינשא לאיש אחר, נפקא מינה לדורות גם כן, אם יזכה אחד כמו הם. ופשיט, דאשת רעהו אסור ולא אשת מלאך שכולו רוחני ולא גופני ע"ש, ויעוין בשו"ת מהרי"א אסאד חאה"ע סי' ד' בהגה מבן המתבר שכותב להסביר דברי התה"ד עפ"י דברי התוס' בסנהדרין ד' נ"ב ע"ב שכותבים דאשת רעהו ולא אשת קטן בא למעט אשת קטן ע"י ייעוד או ביבום, א"כ שפיר שמעינן מזה בק"ו למעט גם אשת מלאך מהא דאשת איש אפילו בכה"ג שחלו הקדושין, אף על פי שכבר התחיל וחל האישות שהיתה אשת רעהו ושוב נעשית אשת מלאך עיין שם. ואם כן, הכא נמי בנידוננו יש לומר דאשת רעהו אסורה ולא אשת אשה, ואף על פי שכבר התחיל וחל האישות שהיתה אשת רעהו,

117 לעיל הערה 96.

מכל מקום נפקעין מאליהן הקדושין בהיות דנעשית שוב אשת אשה. ויש להוסיף להסביר את זה ביותר על פי מה שהמנוחת חנוך במצוה ר"ג כותב להסביר את דברי התרומת הדשן על פי דברי רש"י ביבמות ד' מ"ט ע"ב ד"ה דהא, דעל דברי הגמ' שם: הכל מודים בבא על הנדה ועל הסוטה שאין הולד ממזר וכו' סוטה נמי דהא תפסו בה קדושין. כותב רש"י: דאי אמרי' דלא תפסי קדושין בסוטה א"כ כשנעשית סוטה תחת בעלה לא תהי' צריכה גט רק יפקעו הקדושין. (לשונו של רש"י הוא: דאף לאחר שזינתה לא פקע מינה קדושי' הראשונים)... ולכן מוסבירים גם דברי התרומת הדשן, דלכאורה נהי דלא תפסי קדושין ממלאך דלא נקרא איש, מכל מקום אם היו בה קדושין גמורין היאך נפקעין? הלא למיתת הבעל צריכין ילפותא בקדושין שיתיר? אבל בזה ניחא, כיון דאין קדושין תופסין, אם כן ממילא נפקעו הקדושין, יעו"ש ביתר אריכות. ואם כן, דון מינה גם לנידוננו, שיש לומר גם כן בכזאת, דהא כשם דלא תפסי קדושין ממלאך, כמו כן לא תפסי נמי קדושין מאשה, ומכיון שכעת בעלה של זו נהפך ונהיה לאשה ולא תפסי כעת קדושין ממנו (קרי – ממנה!), אם כן ממילא נפקעו הקדושין הקודמין מאליהן.

אף שחידושו הגדול יותר של הציץ אליעזר הוא, כפי שהרחבתי לעיל, בעצם נכונותו להכיר בנפקותו המשפטית של השינוי הכירורגי, יש לציין כי אף בפסקה המצוטטת טמון חידוש גדול. חידוש זה נעוץ הן בהמחשת עוצמתה של הנכונות האמורה (עד כדי נכונות להתיר אשת איש!) והן בניתוחו בדבר היכולת לבטל קשר אישות קיים. אפשר אמנם לעיין באופן ביקורתי בכל אחת מן הראיות שהוא מביא לדבריו ובסוגיות הכרוכות בהן; כך למשל, בנוגע לשיטה שהוא תולה בדברי רש"י במסכת יבמות נכתב רבות, ¹¹⁸ ויש מי שחלקו בהבנת הדברים. ¹¹⁹ ואולם במסגרת זו ברצוני להתעכב על השאלה הכללית העומדת ביסוד דיונו של הציץ אליעזר, והיא שאלת מהותו של איסור אשת איש והתרתו.

כאמור, שתי הדרכים להתיר את איסור אשת איש המצוינות במשנה הפותחת את מסכת קידושין הן גט ומיתת הבעל. כיוון שבמקרה הנידון אין גט, הציץ אליעזר ייאלץ מן הסתם לסווג את היתרו תחת המשבצת של מיתת הבעל. ¹²⁰ על מנת לבחון סיווג זה, יש לעמוד על טיבה של מיתת הבעל כמתירת איסור אשת איש.

118 ראו למשל שו"ת מהרש"ם, חלק א, סימן כא; אתוון דאורייתא, כלל ט.

119 ראו למשל אפרסמון וויסקוט, לעיל הערה 116, בעמ' 156-160, שהוכיחו גם שהריטב"א, יבמות מט, ע"ב ד"ה "וסוטה", אף הוא לא הבין את דברי רש"י בדומה לציץ אליעזר. לביקורת על הסתמכותו של הציץ אליעזר על שו"ת תרומת הדשן, ראו אפרסמון וויסקוט, שם, בעמ' 155-156.

120 פרופ' דב פרימר סיפר לי, שאף הרב אהרן סולובייצ'יק ז"ל הביע בשיחה בעל פה עמו עמדה, שלפיה אשתו של המנותח MTF מותרת מדין מיתת הבעל. אמנם, באשר לשיטת הציץ אליעזר עצמו, אפשר שהוא לא סבר שיש לסווג זאת תחת מיתת הבעל: "אם היו בה קדושין גמורין היאך נפקעין? הלא למיתת הבעל צריכין ילפותא בקדושין שיתיר? אבל בזה ניחא, כיון דאין קדושין תופסין, אם כן ממילא נפקעו הקדושין" (לעיל הערה 96). מדבריו של הציץ אליעזר אפשר להבין שישנו מסלול

הכרה משפטית בשינוי מין

מבין שני המסלולים המוזכרים במשנה, מקורו של הגט מפורש בתורה (דברים כד 1), אך מקור ההיתר של מיתת הבעל נתון למרבה הפלא בספק. התלמוד¹²¹ שואל על מקור הדין ומציע את התשובה המתבקשת, ולפיה מדובר בסברה פשוטה, שבהסתלק הגורם האוסר (הבעל) הסתלק גם האיסור. ואולם התלמוד דוחה סברה זו בטענה הבאה: כשם שאיסורי עריות שנגרמו בידי הבעל, כגון איסור אשת אב, אינם ניתנים עם מיתתו, כך גם לא מובן מאליו הוא שאיסור אשת איש יהא נותר במיתת הבעל. בטענה זו גלום חידוש באשר לאיסור אשת איש: לכאורה סביר היה לומר, שאיסור זה שונה מאיסורי עריות אחרים בכך שהוא איננו נובע ממעמד אישי של האישה כערווה, אלא מכך שהיא אשת איש – אשתו של איש – וכאשר היא איננה עוד אשתו של האיש, הרי אין עוד מקום לאוסרה. מדברי הגמרא נראה, שהיא לכל הפחות נמנעת מלהניח כן כדבר פשוט.¹²²

לאחר מכן נערך בגמרא דיון מורכב בנושא, וההצעה האחרונה שמוכרת בסוגיה כמקור להיתר מיתת הבעל היא כך: "כתוב: 'ושנאה האיש האחרון וכתב לה ספר כריתות או כי ימות האיש האחרון', ואיתקש מיתה לגירושין – מה גירושין שריא וגומרת, אף מיתה שריא וגומרת". תשובתה של הגמרא נתונה כפי הנראה להבנות שונות, אם כי יש להורות שאחת מהן קרובה יותר לפשט הדברים. על פי הבנה זו, הנחת הגמרא בדבר מהותו של איסור אשת איש כאיסור ערווה ככל העריות ולא כאיסור הנובע מכך שמדובר באשתו של פלוני עומדת על תלה גם במסקנת הסוגיה. על כן, היתר מיתת הבעל זקוק למקור מן הכתובים. יתר על כן, מקור זה הוא היקש להיתר הגט. כאן יש לשאול באשר למהותו של היתר הגט – האם הגט מבטל את יחסי האישות שבין הבעל והאישה וכתוצאת לוואי מכך נותר איסור אשת האיש, או שמא הגט הוא כלי הלכתי הפועל באופן ישיר לביטול האיסור? מלשון המשנה במסכת גיטין עולה שהאפשרות השנייה היא הנכונה:¹²³ "גופו של גט: הרי את מתרת לכל אדם". כיוון שכך, נראה שגם מיתת הבעל הוגדרה כאירוע המתיר את איסור אשת האיש, ולא עצם היעדרו של האיש הוא המתיר.¹²⁴ הבנה אפשרית שנייה היא, שמסקנת הגמרא – בהסתמך על ההיקש

היתר שאינו מוזכר במשנה בקידושין, והוא התחדשות סיבה המונעת קידושין, מסלול המבוסס על ההבנה השנויה במחלוקת בשיטת רש"י. ואולם אני מוותר שאלה זו בצריך עיון, שכן גם הבנה זו בשיטת רש"י, כאשר היא עוסקת בשינוי שאירע לבעל (ולא בשינוי שחל באישה כמו במקרה שבו עסק רש"י), עשויה להזדקק לסיווג הדבר תחת הבנות מסוימות בדין מיתת הבעל.

121 בבלי, קידושין יג, ע"ב.

122 ואמנם ראו פני יהושע, קידושין יג, ע"ב, ד"ה "שם אלא" ("נראה לי דפשיטא ליה דלא שיך איסור אשת איש לאחר מיתה לחייבו חנק, דוראי הוי ידע דאיכא כמה קראי, כגון אלמנה לכהן גדול... אלא דעיקר פירקא מעיקרא היינו לאיסור לאו או עשה").

123 משנה, גיטין ט, ג.

124 פני יהושע, לעיל הערה 122, ד"ה "תוספות בד"ה לכו"ע", הסיק מגמרא זו מסקנה מחודשת ובעייתית מאוד, ולפיה היתר מיתת הבעל אינו תקף באשר לבני נח (אם כי יש לזכור שלשיטתו הסוגיה כולה איננה עוסקת באיסור הליבה של אשת איש, ראו לעיל שם). לביקורת על דבריו, ראו קהילות יעקב, קידושין, סימן נ, ס"ק ג; ישראל זאב גוסטמאן *קונטרסי שעורים – מסכתא קדושין* 15 (התשנ"ב) ("דוקא בישראל בעי גזירת הכתוב לומר שמיתת הבעל מתיר, דמסברא הייתי אומר דאפילו לאחר

לגט – דוחה לחלוטין את הנחת הסוגיה עד כה ומעמידה על כנה את הסברה שבה פתחה הגמרא, ולפיה אין מקום לאיסור אשת איש בזיעדר הבעל.¹²⁵ הרב אלחנן וסרמן¹²⁶ נוקט בהבנה הזראשונה ועקב כך מסתייג מדבריו של בעל שו"ת "תרומת הדשן",¹²⁷ שמצוטטים בתשובת הציץ אליעזר: "אשת אליהו הנביא ז"ל, או אשת ריב"ל אם יכולים לינשא לאיש אחר... 'אשת רעהו' אסורה, ולא אשת מלאך, שכולן רוחני ולא גופני". על פי המסורת האגדית, רבי יהושע בן לוי, בדומה לאליהו הנביא, לא עבר אירוע של מיתה, אלא עזב את העולם הגשמי ועבר לעולם הרוחני.¹²⁸ מדברי תרומת הדשן עולה, שדי בכך שהם אינם קיימים בעולם הגשמי כדי לשלול את הגדרת האישה כ"אשת רעהו". לעומת זאת הרב וסרמן טוען, שבמקרה זה חסר האירוע המתיר של מיתה:

דבגמרא פריך "מיתת הבעל מנא לן", ואף דאשת מת ודאי לא מיקרי אשת רעהו, וצריך לומר דאף דעתה אינה אשת רעהו, מכל מקום כיון שנאסרה שעה אחת – אסורה עולמית עד שיתחדש בה דבר המתירה, אלא דילפינן מקרא דאיתקש מיתה לגט, ואם כן הכא נמי – אף דעתה אינה אשת רעהו, מכל מקום איסור שהיה בה להיכן הלך?

כיצד יתמודד בעל "תרומת הדשן" עם טיעון זה של הרב וסרמן? דומה שניצבות לפניו שתי דרכים אפשריות. האחת, לאמץ את ההבנה השנייה במסקנת הסוגיה בקידושין, דהיינו שלאחר הלימוד על היתר מיתת הבעל, התפיסה היא שאכן איסור אשת איש תלוי בקיומו של האיש, ובהיעדר האיש בטל האיסור. הדרך האחרת היא להסכים שישנו צורך במיתה, אך לטעון שכל מעבר מקיום גשמי לקיום רוחני בלבד חשוב כמיתה.¹²⁹

בנקודה זו אשוב למקרה של הבעל ששינה את מינו. אין ספק שאדם זה לא עבר אירוע של מיתה, שכן דינו כאדם חי לכל דבר ועניין, המקיים רצף כאישיות משפטית עם מצבו בטרם הניתוח.¹³⁰ אפשר לכל היותר לטעון שהוא חדל להתקיים כגורם הרלוונטי לעניין בעל

מיתת בעלה עדיין נקראת אשת איש משום חלות הקדושין שבה, אבל כבן נח, דאין כאן קדושין. רק ענין יורבק באשחר, אפשר שרק בחיי בעלה שייך זה, אבל לאחר מיתתו מותרת מסכרא"; וראו להלן הערה 134.

125 כפי שכבר ציינתי, הבנות אלו נוגעות לא רק לשאלת אופיו של היתר מיתת הבעל, אלא גם לאופיו של איסור אשת איש בכלל, אך ליבוננו של עניין זה חורג ממסגרת דיונו. לסקירה מסוימת של הנושא ראו ש' שמעוני "ייבום סוטה" מאמר יכמין 185, 186-190 (ע' דאום, ב' גולדברג וא' מוגילבסקי עורכים, התשס"ד).

126 קובץ שיעורים, חלק ב, סימנים כז-כח.

127 שו"ת תרומת הדשן, סימן קב.

128 ראו בבלי, כתובות עז, ע"ב.

129 הרב וסרמן עצמו העלה אפשרות זו ודחה אותה, אך אין הכרח בדבריו.

130 טאונענבוים ואמסעל, לעיל הערה 102, העלו ספק בנושא זה: "אם הוכחנו שאיש זה, הנעשה אשה, הוה לגבי אשה ולגבי זכרותו מקודם כעבר ובטל מן העולם, יש לעיין מה דינו לגבי ממון שלו, אי לא פקע מיניה כל ענין של בעלות"; וראו גם אפרסמון וויסקוט, לעיל הערה 116: "האם היצור החדש 'כתינוק שנולד דמי' – מי הם הוריו? מה יהיה על קניינו – בממון ובאישות – של היצור הקודם

הכרה משפטית בשינוי מין

האוסר את אשתו באיסור אשת איש – דהיינו כזכר. האם די בכך כדי להיכנס למסלול ההיתר של "מיתח הבעל"?¹³¹

מסתבר ששאלה זו תלויה בהבנות השונות שראינו בגדרו של מסלול היתר זה.¹³² אם ההיתר מבוסס על המיתה כאירוע מתיר, אין כל מקום ליישמו כאן. אם ההיתר מבוסס על היעדרו של הבעל, אפשר אמנם לטעון שיש צורך בהיעדר מוחלט שלו, אך יש מקום רב לטענה שדי בכך שהוא חדל להתקיים במובן הרלוונטי – דהיינו כגבר. גם לפי ההצעה שהזכרתי קודם לכן במסגרת הדיון בהכרה ההלכתית בתוקפו של שינוי המין, המצביעה על כך שבכוחו של ניתוח לשלול זהות אך לא להעניק זהות חדשה, די בכך – שכן הבעל חדל להיות גבר.

אכן, ההבנה השנייה בגדרו של היתר מיתח הבעל איננה ההבנה העולה מפשוטה של סוגיית קידושין ואף במסגרת שיטתו של תרומת הדשן אין היא הכרחית. לפיכך יש מקום להתייחס בספקנות להיתרו המחודש של הציץ אליעזר, אף אם נקבל את חידושו בדבר ההכרה בשינוי המין.¹³³

(ו) עמדת המשפט העברי – הרהורים בטרם סיום

במהלך הדברים ראינו עמדות שונות בקרב פוסקי המשפט העברי בשאלת תוצאותיה ההלכתיות של ניתוח לשינוי מין, במובחן משאלת ההיתר לעשות כן. עריכת הניתוח כרוכה בכמה בעיות הלכתיות, אשר הדיון בהן מצריך התייחסות במסגרת נפרדת.¹³⁴ כאמור, לא רבים הם הפוסקים אשר עסקו בשאלת התוצאות ההלכתיות. הנחתי בדבר היותה של העמדה השוללת הכרה העמדה ההלכתית הרווחת מבוססת במידה רבה על הערכה שלי, הנובעת משתיקתם של הפוסקים, ולא על ממצאים קיימים.

גם בקרב אלו שעסקו בכך התקשיתי למצוא משנה סדורה ובהירה, המפרידה מבחינה אנליטית בין שאלת האיסור וההיתר לשאלת התוצאות והמעניקה תשובה מקיפה לשאלת

שהתנדר מהעולם? ואולם הדברים נראים תמוהים עד מאוד; וראו בן-אפרים, לעיל הערה 83, בעמ' רמר.

131 ראו לעיל הערה 123.

132 ראו שו"ת לב אריה, לעיל הערה 89, שעמד על הקשר לשאלה זו; אלא שלמסקנתו השאלה איננה עולה, שכן הוא איננו מכיר בשינוי הכירורגי.

133 גוסטמאן, לעיל הערה 124, הציע שהסוגיה במסכת קידושין עוסקת רק בישראל, שכן באשר לבני נח סבדה פשוטה היא שבהיעדר הבעל בטל האיסור לדבוק באשת החבר. לפי דברים אלה יש מקום להציע שגם אם נדחה את דברי הציץ אליעזר באשר לישראל, יהיה אפשר לאמצעם באשר לנישואי בני נח ולהתיר אשת בן נח שבעלה עבר ניתוח לשינוי מינו. אמנם על פי גישת הרמב"ם (משנה תורה, מלכים, פרק ט, הלכה ח), שכתב "ומאימתי תהיה אשת חבירו כגרושה שלנו... כל זמן שירצה הוא או היא לפרוש זה מזה פורשין", החידוש הניכר בהצעתו הוא עיוני ולא מעשי, אך לפי גישת רבנו דוד בונפיל, כפי שהובאה בחידושי הר"ן, סנהדרין נח, ע"א ד"ה "הא ר"מ", שטען "שבן נח אין לו היתר לעולם בגירושין", המשמעות המעשית גדולה מאוד.

134 לסקירה מסוימת, ראו בן-אפרים, לעיל הערה 83, בעמ' מג-סח.

שמואל שמעוני

מעמדם ההלכתי של הטרנסג'נדרים. בקרב רבים מן הכותבים, דומה שהעוינות לתופעה, הכרוכה בסלידה ובתדהמה מעצם קיומה, היא כה גדולה עד שקשה לעתים לראות את הניתוח המסודר מבעד לה.¹³⁵ כך למשל, בקובץ "המאזר" משנת 1973, המקדיש חלק נפרד לדיון בתופעה,¹³⁶ אפשר כמעט לראות מעין "תחרות" בין הכותבים בשאלת הביטוי העסיסי שיינתן לתופעה: "השחצנות כימינו להפך זכר לנקבה",¹³⁷ "ענין נורא שנתחדש כימינו בין המון השחצנים",¹³⁸ "בדבר התועבה החדשה",¹³⁹ "עברייין שהוחלף"¹⁴⁰ ועוד. הגדיל לעשות הרב חנניה טייטלבוים,¹⁴¹ שכותב כך: "מי שענייה כן לגתות ממנו הזכרות שישתנה לנקבה הוא בכלל יצא מדת יהדות, שאינו בכלל יהודי, ודינו מבואר בש"ס ופוסקים שהוא כמומר לכל התורה כולה". כשלעצמי אני מתקשה להאמין שהוא מתכוון לדברים אלו כפשוטם, אך היא הנותנת – היכולת לכתוב דברים לא-מדויקים שכאלו בתשובה הלכתית מביעה אברן עשתונות מסוים לנוכח הנושא.

ומעניין לעניין באותו עניין. הכתיבה הריבנית המועטה בנושא מתעלמת במידה רבה מכל מטען הידע הפסיכיאטרי שישנו באשר לתופעת הטרנסג'נדריות. דומני – אם כי קשה לי לבסס זאת – שתופעה זו אופיינית במידת מה להתמודדות הלכתית עם סוגיות מודרניות; ההלכה מוכנה להעניק – ואולי במידה מסוימת של צדק – אשראי רב בהרבה לעולם המדע הפיזי בכלל והרפואה הגופנית בפרט מאשר למדע הפסיכיאטריה. אפשר שמדע הפסיכיאטריה נתפס כממשי פחות וכמוכה פחות, כמושחת אידאולוגיה יותר וכסותר הנחות מוצא הלכתיות יותר, ומובן שבספרות ההלכתית הקדומה אין כל התייחסות אליו (בשונה מן הרפואה שעמדה תמיד במוקדם של דיונים הלכתיים).

חריג בהקשר זה מצאתי במאמר שפרסם הרב דרור ברמה ברשת האינטרנט.¹⁴² את החדוש במאמרו אני מוצא בתשומת הלב הגדולה שלו לידע הפסיכיאטרי בנושא (ואף לביקורות בקהילה הטרנסג'נדרית באשר לידע זה ולהנחות הגלומות בו) ובאמפתיה הרבה שהוא רוחש לטרנסג'נדרים; הוא מכיר בכך שרבים מהם הם אנשים אומללים מאוד, שחיים

135 הרב עידן בן אפרים, בספרו המקיף *דור תהפוכות*, לעיל הערה 83, הוא חריג במובן זה, שעל אף עוינותו הרבה לתופעה שהוא רואה כסטייה מתועבת, הוא מצליח לערוך דיון "קר" ונפרד בהיבטים שונים שלה. ואולם גם בספרו ישנה התחשבות רבה בגורמים שהרלוונטיות שלהם מוטלת בספק, תוך התעלמות משיקולים נוגדים אפשריים ברבים מן ההקשרים שהוא נוגע בהם.

136 *המאזר* כה קונטרס ב (החשל"ג) (להלן: *המאזר*).

137 חנניה טייטלבוים "שאלה בדבר השחצנות כימינו להפך זכר לנקבה ובחילוף" *המאזר*, שם, בעמ' 10.

138 שם.

139 שלום קרויס "בדבר התועבה החדשה של חילוף אנשים לנשים" *המאזר*, שם, בעמ' 12.

140 גרשון טאנגענבוים "עברייין שהוחלף לנקבה בניתוח הרופאים וכן איפכא ואם באו לשוב מה דינם לגבי ביאה בקהל ואישות וכל מצות התורה" *המאזר*, שם, בעמ' 13.

141 לעיל הערה 137.

142 דרור ברמה "מה יחס ההלכה לטרנסג'נדרים?" *Ynet ידעות* 8.7.2008 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3564862,00.html (נצפה לאחרונה ב-5.7.2012).

הכרה משפטית בשינוי מין

חיים רוויי השפלות וקשים מנשוא בשולי שוליה של החברה האנושית. מסקנותיו ההלכתיות אינן חדשניות במיוחד. הוא איננו מקל בכהוא זה באיסור ההלכתי שבעריכת הניתוח ואיננו סבור שיש בכוחו לשנות את הגדרתו המינית של המנותח. חידושו היחיד הוא בקביעתו שזהות טרנסג'נדרית של ממש – דהיינו תוויה חזקה וברורה של האדם את עצמו כבן המין השונה מגופו – מגדירה את האדם כ"שוטה לדבר אחד" עקב הפרעת הזהות, הגדרה שיש לה נפקויות שונות שלא אעמוד עליהן כאן. והוא מוסיף וכותב:¹⁴³

אני מניח שקשים הדברים לקריאה עבור אותם הסובלים מההפרעה. לא די שהפסיכיאטריה מסווגת אותם כבעלי הפרעה נפשית... הנה גם הרבנים מצטרפים לקביעה כואבת זו. יש לזכור שהגדרה זו, שאני כותב בצער, בראש ובראשונה מגדירה את היחס הראוי לאנשים אלו כאנשים חולים וסובלים ממחלה שבינתיים הינה חשוכת מרפא. החברה מחויבת להשתדל לגמול חסד עם חולים, ולקיים מצוות ביקור חולים במובנה הרחב, הכולל סיוע בכל הדרכים המותרות בהלכה להקלת סבלם... אין בכל הדברים האמורים היתר לסרס אדם, או לסייע במעשה זה. זהו איסור חמור, ושומר נפשו ירחק ממנו. עם זאת, כאשר מחלתו של האדם ומצוקתו הביאה אותו לעשות איסורים כאלו, על החברה להתייחס אליו כאל חולה במחלה נפשית ששיבשה את דעתו בעניין זה (בלי לקבוע אם זה נחשב אונס או רצון, שזה גלוי לפני ה' ואולי גם לפני הפסיכיאטר המטפל), ולא להוסיף צרות על צרותיו.

גם אם אין חדשנות גדולה במסקנה ההלכתית, סבורני שדברים אלו הם התייחסות רצינית ומודעת יותר מאשר חלק מן ההתייחסויות האחרות לנושא, הולמים יותר את מידת החסד של התורה וראויים לשבח.

כשלעצמי, ברצוני להעלות תהייה אם לא ניתן לצעוד צעד נוסף ולהכניס את הזהות הפסיכיאטרית כמשתנה משמעותי בתוך הדיון ההלכתי על ההגדרה המינית. שמעתי פעם ממורי הרב אהרן ליכטנשטיין, שבמסגרת דיונים הלכתיים בנושאים שהמקורות אינם מתייחסים אליהם התייחסות של ממש, ישנם פוסקים שנטייתם החזקה היא לנסות ולראות כיצד אפשר בכל זאת לדלות באופן מאולץ התייחסות כזו או אחרת ממקור שלא העלה בדעתו מציאות כעין זו הנידונה. אך אפשר שהגישה הנכונה יותר היא שהפוסק – בלשונו – לא יחלה את דבריו בדיוק קלוש כזה או אחר מדברי אחד הראשונים, אלא יבין שעליו להיות בנסיבות אלו כאחד הראשונים. מובן שהמסקנה שהפוסק אמור לקבל את ההכרעה מדעתו אין משמעה שמדובר בהרהורי ליבו ותו לא, שכן את גישתו לנושא הוא אמור לעצב לאור היכרותו העמוקה עם ההלכה ועם דרכה של תורה. למותר לציין שאינני רואה את עצמי כפוסק הלכה ורואי שאינני אחד הראשונים, אך ברצוני כאמור להעלות נקודה למחשבה.

143 שם.

שמואל שמעוני

ברור לי לחלוטין, כפי שציינתי בפתח הדיון בעמדת המשפט העברי, שההלכה איננה יכולה לקבל את ההכרעה המגדרית על בסיס שיקולים פסיכולוגיים בלבד, שכן הדבר מנוגד לאופייה הבסיסי של ההלכה כמתייחסת ל'מציאות קונקרטית ומוצקה'. ואולם ייתכן שאין משמעות הדברים שיש להתעלם לחלוטין מן המרכיב הפסיכולוגי. כפי שציינתי במסגרת הדיון במשפט המקובל בשיטות המכירות כתוצאותיו של ניתוח לשינוי מין, ישנם בתוך מחנה זה שני כיוונים שונים: האחד רואה את המגדר כמבוסס לחלוטין על הגוף, אלא שמבנה הגוף ניתן לשינוי על ידי ניתוח; האחר מעוניין לבסס את ההכרעה המגדרית על אישיותו של האדם הנידון, אלא שישנה דרישה לתת גושפנקו גופנית למבנה האישיותי באופן שאמור ליצור הרמוניה בין גוף לנפש. בקרב פוסקי ההלכה שהביעו נכונות מעשית או עקרונית להכיר בתוצאותיו ההלכתיות של הניתוח, לא ראיתי התייחסות למרכיב הפסיכולוגי בהקשר זה; לשיטתם מסתבר, שלא יהיה כל הבדל בין ניתוח שערך רופא, למשל, בילד מבלי לשאול אותו לניתוח שנערך מרצונו של אדם על בסיס אבחון פסיכיאטרי. ואולם האם אין מקום להציע כיוון שונה, שישאף להכריע על סמך שילוב של גוף ונפש ויהיה מוכן להכיר בשינוי מינו של אדם שבחר להתאים את תיצוניותו לפנימיותו?¹⁴⁴ כאמור, דברים אלו אינם אלא בגדר תהייה, ואותר נושא זה בצריך עיון.

הערות

מאמר זה בחן את תופעת הטרנסג'נדריות, חופעה המשלבת היבטים אנושיים של פלח אוכלוסייה מסוים עם תהייה וערעור על מושכלות יסוד של כלל החברה האנושית. כפי שהיה אפשר לראות בחלקיו השונים של המאמר – על אף השוני הרב שבין התמודדותן של שיטות משפט חילוניות עם אתגר זה להתמודדותן של פוסקי ההלכה הדתיים במשפט העברי – ההתמודדות עם התופעה, עם יסודותיה ועם השלכותיה רחוקה מסיוס בשתי הזירות ועתידה להמשיך ולהעסיק רבות את המחשבה המשפטית בהמשך המאה העשרים ואחת.

144 במאמר זה בחרתי שלא לשלב פרק העוסק באיסורים ההלכתיים הכרוכים בניתוח, ועל כן אני מסתפק כאן בהצעה הנוגעת להכרה בריעכר כתוצאותיו. לאמיתו של דבר, אני סבור שגם כאשר לאיסורים הנידונים התמונה עשויה להיות מורכבת מעט יותר מן המקובל, אם ניתן משקל של כבוד לזהות הפסיכולוגית ולשאיפה לתיקון וליצירת התאמה בין גוף לנפש, ועוד חזון למועד.

TABLE OF CONTENTS

Daniel Statman Gideon Sapir	Minority Religions in Israel	185
Yoav Mazeh	'Child Custody': A Substantive Term or a Hollow Title?	207
Omer Shapira	On the Meaning and Justification of Mediators' Ethical Duty of Impartiality	259
Shmuel Shimoni	Legal Recognition of Sex Change	311

Editorial Board: Binyamin Aronowitz, Maayan Bitton, Miri Bitton, Amichai Danino, Shahaf Galili, David
Lankry, Shmuel Marom, Hadas Osher-Lahav, Baruch Saute, Matan Shragai

Language Editing: Daniela Bardosh Meretz

Typesetting: Ruth Ben-Zvi

Graphic Design: Rebecca Kneller

THE PUBLICATION OF THIS VOLUME WAS SUPPORTED BY THE J.M. KAPLAN FOUNDATION, SENATOR
FRANK CHURCH FOUNDATION, MURRAY LASAROFF FOUNDATION FOR JEWISH LAW

ISSN 0334-0716

© 2013

Copyright Bar-Ilan University, Ramat Gan

All rights reserved, including those of translation. No part of this book may be reproduced or utilized in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording, or by any information storage and retrieval system, without permission in writing from the publisher.

Printed in Israel, 2013

'Graphit' Press Ltd., Jerusalem

BAR-ILAN LAW STUDIES

JOURNAL OF THE FACULTY OF LAW

VOL. 28 No. 2, 2012

Chief Editor: Prof. Gideon Sapir

Editor: Nerya Cohen

Assistant Editors: Tal Sela, Moshe Willinger

Journal Coordinator: Mati Rosenbaum



BAR-ILAN UNIVERSITY PRESS