

## פתיח

הקהילה הטרנסית נמצאת כיום בצומת דרכים משפטית משמעותית, משום שהזכות לשיוויון והזכות לאוטונומיה של א/נשים טרנסים<sup>1</sup> טרם מומשו באופן מלא במשפט הישראלי. ככל שרמת הנכונות של חברות הקהילה לעמוד על זכויותיהן עולה כך מתגברת גם הדרישה לעשות שימוש בחוק על מנת להלחם בביטויים שונים של טרנספוביה. השימוש בחוק לצורך שינוי חברתי הוא פרקטיקה נפוצה בקרב קבוצות מודרות וכלי לשינוי שעשו בו שימוש נשים, א/נשים לא לבנים, הומואים ולסביות ועוד. לכן זה מפתה לקחת אותו לתוך מאבקה של הקהילה הטרנסית, אולם לטענתי יש בכך מחירים כבדים.<sup>2</sup> מטרתי הינה לסקור שלוש זירות משפטיות עיקריות בהן הזכות לשיוויון ואוטונומיה של הקהילה הטרנסית עדיין איננה באה לידי מימוש, על אף התפתחויות משפטיות עדכניות המכירות בזכויות אלו.

פנייה למערכת החוק מתבקשת שכן המשפט עצמו מכונן את המגדר בתור קטגוריה מינהלית שדרכה מנותבת הגישה לטובין החברתיים. במובנים רבים המשפט הוא אחד משדות השיח המרכזיים בהם מיוצר המגדר כמערכת שבה קיימת חלוקה דיכוטומית, לכאורה קדם משפטית, בין נשים-נקבות וזכרים-גברים, ובכך משקפת תפיסה אידיאולוגית מקובלת שמציבה כל התנהגות מינית ומגדרית ביחס לאידיאל נורמטיבי של סדר הטרוסקסואלי. החלוקה הדיכוטומית היא מרכיב מובלע באידיאולוגיה זו משום שהטרוסקסואליות מבוססת על מודל נורמטיבי של יחסים בין גבר/זכר לאישה/נקבה. במערך החברתי המקובל קיים הבדל מהותי בין נשים וגברים שמתבטא, לכאורה, בתכונותיהם וביכולותיהם. הבדל זה מוצג כטבעי, כלומר כקודם להבניות תרבותיות. זוהי מערכת ערכים מורכבת שמקטלגת אותנו מרגע לידתנו (כבנים או בנות) ומלמדת אותנו לאורך חייו את התפקידים שעלינו לגלם (נשיות או גבריות). באופן שבו מנוסח החוק ונעשה שימוש בקטגוריית המין מערכת המשפט מגדירה את המשמעות של מה זה אומר להיות נשים-נשיות-נקבות הטרוסקסואליות או גברים-גבריים-זכרים הטרוסקסואלים.

המדינה משתמשת במגדר כקטגוריה מינהלית בכל תחומי החיים: בבתי הספר, בתי החולים, שוק התעסוקה, מערכות המיסוי, מערכת הרווחה, הביטוח הלאומי, מוסדות בריאות הנפש, במקלטים לדרי רחוב ונפגעי אלימות ועוד.<sup>3</sup> בכל אחת מהזירות האלו ההכרה או אי ההכרה הממסדית בזהותם של א/נשים כטרנסים עלולה לחשוף אותם לאפליה ואלימות כתוצאה מחשיפת השונות המגדרית שלהם (אאוטינג), כפי שיוסבר בהמשך. יש לזכור שבית המשפט אינו שחקן תמים בבואו ליישם את החוק: באמצעות מתן משמעות לקטגוריות המשפטיות הוא אוכף את חוקי המגדר שבהם משתמשת המדינה כדי לקטלג ולסווג את האוכלוסייה ולנתב את חלוקת ההזדמנויות והזכויות. הקיטלוג החוזר ונשנה מעצב את הגבולות המותרים של המגדר, כלומר גם את קיומם הבלעדי של שתי קטגוריות

<sup>1</sup> המונח א/נשים טרנסים הוא מושג פוליטי שבא לתאר מגוון פרטים, זהויות מגדריות ודרכי ביטוי מגדריות החורגים מהחלוקה החברתית המקובלת של תפקידי מגדר. אחד המרכיבים המרכזיים בתפיסה החברתית המקובלת היא חלוקה דיכוטומית לשני מינים מנוגדים, שמהם נגזרים שני מגדרים מנוגדים: גבר/זכר ואישה/נקבה. בהקשר זה, המונח מין מתייחס למין הנגזר מהביולוגיה, המונח מגדר מתייחס לתרגום החברתי-תרבותי של המין הביולוגי, והמצג המגדרי מתייחס לתוצר של ההתאמה שבין המין והמגדר כפי שהוא בא לידי ביטוי באופן חיצוני, קרי "נשיות" ו"גבריות".

<sup>2</sup> לדיון בעניין זה ר' עידו קטרי "לא עוברות, לא נחמדות- המאבק הטרנסי וטאקטיקות של משטור מגדרי בחוקי איסור הפליה" סקס אחר (עורכים): אייל גרוס, עמליה זיו ורז יוסף, הוצאת הקיבוץ המאוחד.

<sup>3</sup> DEAN SPADE, NORMAL LIFE: ADMINISTRATIVE VIOLANCE, CRITICAL TRANS POLITICS AND THE LIMITS OF LAW, 122 (2011).

המוגדרות כהפכים וגם את המשמעות של השתייכות לאחת הקבוצות ואת החריגה מהם, במילים אחרות, מישטור מגדרי. מערכת המשפט משחקת "תפקיד כפול" ביחס לאוכלוסיה הטרנסית: היא משמרת את ההגדרות הדכאניות (גבר/זכר/גברי ואישה/נקבה/נשית) מחד, ומתיימרת להגן על הקהילה מהשלכותיהן המפלות מאידך. דוגמא בולטת לתיפקודו "הכפול" של המנגנון ניתן למצוא באופן שבו בית המשפט מדבר "בשני קולות" ביחס למעבר מגדרי בפסק הדין בפרשת אלקובי,<sup>4</sup> כפי שמנתח בהרחבה אייל גרוס בפרק \_\_\_\_ בספר זה. גרוס מבהיר כי בית המשפט נכון לדבר על זכותו של אדם לנהוג לפי הרגשתו הפנימית כל עוד התנהגות זו אינה פוגעת בסדר החברתי המיני המקובל. כתוצאה מכך, ליכולתם ו/או רצונם של א/נשים, להתאים את עצמם לנורמות החברתיות המדומיינות של "נשיות" או "גבריות", יש משקל עצום בקביעת הנגישות שלהם לזכויות ולמשפט.<sup>5</sup> למעשה הפליה נגד א/נשים טרנסים מתרחשת דווקא כאשר מתגלה שהם אינם "כמו כולם", ולכן מתן הגנה המותנית ביכולת להיות "כמו כולם", תשאיר דווקא את מי שחשופים יותר להפליה לא מוגנים.

לא מפתיע אם כן שההצלחות המשפטיות בנוגע לזכויות טרנסים נבעו עד כה מאימוץ המודל הרפואי - ההכרה החוקית בזכותו של אדם לחריגות מגדרית, עוברת תמיד דרך יכולתו לזכות בגושפנקא רפואית.<sup>6</sup> עד היום בית המשפט נזקק למערכת הרפואית ולהגדרותיה כדי לעגן את הכרעתו באמות מידה אובייקטיביות לכאורה.<sup>7</sup> כאשר בית המשפט מתבסס על האבחון הפסיכיאטרי הוא רואה בטרנסקסואליות, בניגוד לכל הופעה אחרת של אי ציות מגדרי, תופעה "אמיתית", כלומר כזו שאינה "חולפת" ומהווה נדבך מרכזי וקריטי ביכולת של א/נשים להגדיר את עצמם. כך בתי המשפט הדנים בעניינם של א/נשים טרנסים מבחינים בין מי שזכה להכרת הממסד הרפואי ובין כל הופעה אחרת של אי ציות מגדרי כגון נשיות בוצית או גבריות סיסית,<sup>8</sup> הנתפסות כהופעות "מזויפות" בניגוד לטרנסקסואליות שאמורה לשקף אמת פנימית.<sup>9</sup> אולם, כמתואר בהמשך, נראה כי במשפט הישראלי נפתח לאחרונה פתח לקריאה אחרת של חריגות מגדרית.

להלן אסקור את עמדת החוק והפסיקה בשלושה זירות מרכזיות בהן מתקיים מפגש בין זכיותיהם של א/נשים טרנסים ומערכת המשפט והחוק. בתחילה אדון בתעסוקה והאפליה בשוק העבודה. בהמשך אבחן את הפרוצדורות הנוגעות לקהילה מול משרד הפנים ובמרשם האוכלוסין בו מוכר ונקבע "המין המינהלי". לסיום אסקור את שירותי הבריאות הייעודים לקהילה הטרנסית ובאופן ספציפי יותר את הפרוצדורות הנוגעות לניתוחים לשינוי מין והדרכים בהן המדינה מסדירה אותם ומבצעת אותם.

את המצב המשפטי בשלושת הזירות האלו ננתח בהתאם לקביעותיו החדשנית של בית המשפט העליון בע"פ 5833/12 פלונית נ' מדינת ישראל (פסק דין מיום 12.9.2013) (בג"ץ פלונית). בערעור זה נידון עניינם של שלושה שותפים לביצוע שוד, אחד מהם גבר טרנס, שהשיגו על חומרת העונש שהוטל

<sup>4</sup> ת"פ 389/02 מדינת ישראל נ' חן אלקובי, תק-מח 2003 (3), 3341.

<sup>5</sup> (2003) 15, 28 (2003) Dean Spade, *Resisting Medicine- Remodeling Gender*, 18 Berkeley Women's L.J., 15, 28 (2003).

<sup>6</sup> שם.

<sup>7</sup> Abby Lloyd, *Defining the Human: Are Transgender People Strange to the Law?*, 20 BERKLEY GENDER L.J., 150,175(2005).

<sup>8</sup> Megan Bell, *Transsexuals and the Law*, 98 Nw. U. L. Rev 1709,1715 (2004).

<sup>9</sup> בהתחשב בקשר הבל ינותק בין הממסד הרפואי והממסד המשפטי בכל הנוגע לשונות מגדרית ניתן להסיק שמי שלא יתאים למודל הרפואי הטרנסקסואלי, לא יזכה לנגישות לזירה משפטית זו. המדובר בקבוצה בלתי מבוטלת של א/נשים הסובלים מהפליה על רקע שונותם המגדרית וביניהם גברים סיסגינדרים "סיסים" ונשים סיסגינדריות "בוציות". יתר על כן, קיימת קבוצה בלתי מבוטלת של א/נשים טרנסגינדרים שאינם טרנסקסואלים משום שהגדרתם העצמית אינה תואמת את אף אחת מהקטגוריות המגדריות הנורמטיביות, קרי נשים וגברים, או משום שהם מתנגדים באופן עקרוני לקיומו של המגדר כמוסד חברתי ועל כן מסרבים לאמץ לעצמם הגדרה, כגון אלו המזדהים כגנדרקוויירים.

עליהם.<sup>10</sup> בהתאם לנוהלי השב"ס אמור היה המורשע הטרנס להיות מוחזק בהפרדה מחשש לפגיעה בו בבית הכלא נווה תרצה וזאת משום ש"טרם עבר ניתוח לשינוי זהותו המינית ומוגדר עדין כאישה".<sup>11</sup> עמדת הרוב, כפי שנכתבה על ידי השופט הנדל קובעת מקלה בעונשו של המערער משום שהוא עתיד להיות מוחזק בהפרדה, אולם שלא כמו אסירים אחרים המוחזקים בהפרדה הסיבה בגינה הוא יוחזק בהפרדה טמונה "בנסיבות העושה בגרעין עולמו הפנימי"<sup>12</sup> ולא בנסיבות המעשה או בנסיבות העושה בעולם הפנימי. פסק הדין של השופט הנדל מתמקד בעובדה שהמערער החל כבר בהליך לשינוי מין הכולל "טיפולים הורמונליים, פסיכולוגיים ופסיכיאטרים, אשר היוו הכנה אף לניתוח פיזי ראשוני לשינוי מין, אותו עברה לא מזמן"<sup>13</sup>, נכונותו של השופט הנדל להכיר בנסיבותיו של המורשע נובעות מכך שהוא זכה להכרה רפואית במצבו.

אולם, חדשנותו וחשיבותו של פסק הדין אינה נובעת מפסיקתו של הנדל, אשר ממשיך ונאחז בפרדיגמות הרפואיות/משפטיות הנדושות אלא באה לידי ביטוי בחוות דעתו של השופט גיבראן, המצטרפת לפסק הדין של השופט הנדל, וכך אומר גיבראן:

"הזכות לשיוויון של טרנסג'נדרים, בדומה לזכות החוקתית לשיוויון של חברי הקהילה הגאה, היא זכות חוקתית מוגנת, מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: (ע"ס 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (14.9.2010), פסקה 56 לפסק דינו של השופט י' עמית). משכך, לאסיר הטרנסג'נדר עומדת הזכות להיכלא בתנאים שווים לכל אסיר אחר ככל הניתן. הגנתה של הזכות לשיוויון נפרשת לא רק על מי שהשלים את תהליך השינוי המגדרי. הקשיים החברתיים והמשפטיים שעמם נדרש הטרנסג'נדר להתמודד אינם תלויים במידת השלמת תהליך פיזיולוגי לשינוי המין. עצם אי ההכרה בזהות המגדרית של הפרט, כפי שהוא רואה אותה, היא פגיעה בזכות לשיוויון. גם במדינות העולם נקבע שהזכות לשיוויון כוללת הגנה מפני פגיעה על בסיס תכונות המשויות לזהות המוחלשת, אף אם אינם נובעות ממנה בהכרח."<sup>14</sup>

עמדתו זו של בית המשפט הינה עמדה פורצת דרך גם ביחס למשפט המשווה, שכן היא מגדירה את זכויותיהם של א/נשים טרנסים כזכויות חוקתיות, על חוקיות. בית המשפט מכיר בזכותם של א/נשים טרנסים להגדה עצמית בין עם עברו הליכים לשינוי מין ובין אם לא, ובכך מעביר את הכוח להכריע על זהותם של א/נשים טרנסים מן הממסד הרפואי-משפטי לפרטים בקהילה עצמה ומנתק את הצורך לזכות בגושפקנא רפואית כתנאי לקבלת גישה לזירה המשפטית. בזאת פותח בית המשפט פתח לדיון מחדש בשורה של הסדרים משפטיים מהותיים הנוגעים לחייהם של א/נשים טרנסים, בכל אחת מהזירות אותן אסקור: תעסוקה, מרשם האוכלוסין ונגישות לשירותי בריאות ייעודיים.

## תעסוקה

<sup>10</sup> במפגעי, למרות שבית המשפט מכיר בטרנסיות של המערער הוא מכונה לאורך כל פסק הדין וכן בכותרתו "פלונית" ובית המשפט כותב עליו רק בלשון נקבה, אני אפנה אליו בלשון זכר ובכינויים "המערער" או "המורשע".

<sup>11</sup> בג"צ פלונית, ס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל, עמדת השב"ס.

<sup>12</sup> בג"צ פלונית, ס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

<sup>13</sup> שם, שם.

<sup>14</sup> בג"צ פלונית, ס' 5 לפסק דינו של השופט גיבראן.

מנסיונם של א/נשים טרנסים עולה שרוב מקומות העבודה בישראל אינם מכבדים את זהותם של א/נשים טרנסים ודורשים מהם להתנהג בהתאם לנורמות החברתיות של מיניות ומגדר. על רקע שונותם המגדרית א/נשים טרנסים מפוטרים, לא מקודמים ולא מועסקים מלכתחילה. הם נדרשים לספק מידע אינטימי ורפואי על חייהם וגופם, בעוד שאחרים לא מתבקשים לעשות זאת, וחשופים להטרדות מילוליות ואלימות בשוק העבודה. כתוצאה מכך, קשה להם יותר למצוא עבודה, להחזיק בה ולהשתכר באופן שמאפשר להם להתקיים בכבוד.<sup>15</sup>

בשנים האחרונות הגיעו לבית הדין לעבודה שלושה תיקים יחידים של נשים טרנסיות שתבעו את מעסיקיהן בשל פיטורים שלא כדין. את מיעוט התביעות של א/נשים טרנסים בישראל כנגד הפליה בתעסוקה ניתן להסביר בהדרתם משוק העבודה, במצב כלכלי שאינו מאפשר פתיחה בהליכים משפטיים, בהעדר מודעות בקרב הקהילה, בהעדר מנגנונים קהילתיים להפצת ידע משפטי ומתן ייצוג משפטי, בחשש מחשיפה (אאוטינג) במהלך ההליך ובחוסר אמון ביכולתו של בית המשפט למצוא פתרון. עם זאת, נוכח ההתערורות הקהילתית-פוליטית שחווה הקהילה הטרנסית בשנים האחרונות, לא רחוק היום שבו יגיעו תיקים מסוג זה לידי הכרעה.

בתביעה הראשונה, שהוגשה ב-2005, תבעה אישה טרנסקסואלית את מעסיקה בטענה שחווה העבודה שלה לא חודש לאחר שהחלה בהליכים לשינוי מין.<sup>16</sup> טענותיה של התובעת התבססו על התאמתה להגדרות הרפואיות המקובלות ובכתב התביעה הובהר כי התובעת התקבלה להליך שינוי המין הרשמי של משרד הבריאות. התביעה עוגנה בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה תוך הפנייה להלכה אותה קבע בית המשפט בארה"ב בפרשת **פרייס-וויטרהאוס וסמית**,<sup>17</sup> שלפיה המונח של הפליה מחמת מין מתייחס גם למגדר. לטענת כתב התביעה, הפליית נעשתה על בסיס סטריאוטיפים מיניים/מגדריים ובנוסף נטען כי ההגנה המוענקת בחוק כנגד הפליה מחמת נטייה מינית אף היא רלוונטית משום ש"תחת כנפיה הרחבות של הנטייה המינית נמצא, אם כן, לא רק את המשיכה המינית למגדר זה או אחר, אלא גם את הנטייה המגדרית גופה".

התיק השני הוא המקרה של עדי, גם היא אישה טרנסקסואלית.<sup>18</sup> עדי תבעה את מעסיקה לאחר שהתעמרו בה על רקע שונותה המגדרית והבהירו לה כי תוכל לשוב לעבודתה רק אם תתלבש כגבר. כתב התביעה של עדי התמקד בכך שהיא נמצאת בהליך לשינוי מין, הכולל שינוי שם, לבוש ונטילת הורמונים. לתביעה צורפה חוות הדעת של גב' נורה גרינברג, המתמחה מזה שנים רבות בייעוץ ותמיכה פרטנית לאנשים המתלבטים בסוגיות של זהות ומגדר. בחוות דעת זו נקבע כי לתובעת "צורך עמוק לראות עצמה נשית" וכי הופעתה ולבושה הם מרכיבים נחוצים בהליך של "פירוק ואינטגרציה של זהות חדשה, שנחווית על ידה כאמיתית". תביעתה של עדי עוגנה, בין היתר, בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה והסתמכה על עניין **שוואר**,<sup>19</sup> אשר נידון והוכרע בבית המשפט הפדרלי בארה"ב, כדי לטעון כי הפליה "מחמת מין" היא גם הפליה מחמת שינוי מין. עוד נטען כי המקרה מוגן מכוח

<sup>15</sup> לעניין זה ראה את מחקרו של יונתן מרטון

<sup>16</sup> בש"א 7035/05 פלונית נ' המשיב (הוצא צו איסור פרסום).

<sup>17</sup> Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228, 109 S.Ct. 1775, 104 L.Ed.2d (1989)

<sup>18</sup> בס"ע 57199-11-10 פלונית נ' המשיב (הוצא צו איסור פרסום).

<sup>19</sup> Schroer v. Billington, 577 F. Supp. 2d 293; 2008 U.S. Dist. LEXIS 71358.

איסור ההפליה מחמת "נטייה מינית" וזאת בהסתמך על משפט משווה ועמדת נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה ולפיה שינוי מין הוא חלק מנטייה מינית.

בחודש יוני 2013 הגישה גב' מרינה משל בקשה לצו זמני להשבה לבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב בגין פיטורים שלא כדין על רקע היותה של המבקשת אישה טרנסית.<sup>20</sup> המבקשת הועסקה במשך 3 שנים על ידי המרכז לטכנולוגיה חינוכית במסגרת פרויקט של הוראה מקוונת. לאחר שהגיעה לידיעת הממונים אליה שניהלה עם תלמידותיה דיונים בעניינים אקטואליים הנוגעים גם למגדר ובמסגרתם חשפה את היותה אישה טרנסית, הופסקה עבודתה. לטענת המעסיקים עבודתה הופסקה משום שגב' משל דיברה עם תלמידים על נושאים שפגעו בתדמיתה כמחנכת וכי עסקה בתכנים שלא הוכשרה לעסוק בהם ולא היו רלוונטים לתחום אותו התבקשה ללמד, מתמטיקה. הטיעון המשפטי עוגן בסעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה ובפרט באיסור על אפליה מחמת מין ומחמת נטייה מינית.

במסגרת הדיונים בתיק נתבקשה נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה להגיש את עמדתה.<sup>21</sup> בעמדתה בחרה הנציבות שלא להכריע במחלוקות העובדתיות שבתיק אלא להתמקד בשאלות המתייחסות לאפליה בתעסוקה של א/נשים טרנסים. במרכז העמדה קבעה הנציבות כי "החוק הקיים (חוק שוויון הזדמנויות בעבודה התשמ"ח-1988, ע.ק) אוסר על אפליה מחמת מין ומחמת נטייה מינית ומקים גם הגנה מפני אפליה מחמת זהות מגדרית".<sup>22</sup> כך נקבע כי המונח "מין" שבחוק השוויון אינו מוגבל למינו הביולוגי של אדם אלא הוא מתייחס בנוסף לכך גם לזהות המגדרית ולחריגות מהדפוס המקובל של התאמה בין מין ביולוגי לזהות מגדרית.<sup>23</sup> מעמדת הנציבות עולה שקטגורית המין אינה מורכבת גם מהבדלים ביולוגיים וגם ממגדר כתנאים מצטברים, אלא אוסרת הפליה הן בשל הבדלים ביולוגיים והן בשל אי התאמה לסטריאוטיפים מגדריים, כתנאים חליפיים. באופן ברור, עמדת הנציבות מתיישבת עם הפסיקה המשווה.<sup>24</sup> היא מקבילה לעמדה בה נקטה לאחרונה נציבות שוויון בארה"ב אשר במסגרת תביעה בבית משפט פדראלי טענה כי אפליה מטעמי מין היא אפליה על בסיס סטריאוטיפים מגדריים וכי בפועל א/נשים טרנסים מופלים כשמוזהים שהם חורגים מהגבולות המותרים של המגדר:

"When an employer discriminates against someone because the person is transgender, the employer has engaged in disparate treatment **"related to the sex of the victim."** See Schwenk, 204 F.3d at 1202. This is true regardless of whether an employer discriminates against an employee **because the individual has expressed his or her gender in a non-stereotypical fashion, because the employer is uncomfortable with the fact that the person has transitioned or is in the process of transitioning from**

<sup>20</sup> ס"ע 791-06-13 מרינה משל נ' המרכז לטכנולוגיה חינוכית בע"מ

<sup>21</sup> "הפליה מחמת זהות מגדרית בפיטורין מהעבודה" (חוות דעת של נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה 28.8.2013)

<sup>22</sup> נציבות שוויון הזדמנויות, סעיף 22.

<sup>23</sup> שם, סעיף 29.

<sup>24</sup> ר' (1989) 2d (1989) L.Ed.2d 104, 1775 S.Ct. 109, 490 U.S. 228, Price Waterhouse v. Hopkins, 378 F.3d 566 (6th Cir. ), Smith v. City of Salem, 2004 U.S. Dist. LEXIS 71358, 2004 Schroer v. Billington, 577 F. Supp. 2d 293;

**one gender to another, or because the employer simply does not like that the person is identifying as a transgender person.** In each of these circumstances, **the employer is making a gender-based evaluation**, thus violating the Supreme Court's admonition that "an employer may not take gender into account in making an employment decision."<sup>25</sup>  
(ההדגשה במקור)

עמדת הנציבות מסיטה את נקודת המבט בבחינת סוגיית האפליה. עולה ממנה כי ביחס לשונות מגדרית עלינו להסיט את המבט אל הליך של "מיגדור", כלומר אל המנגנון הכופה שבתוכו נוצרות הזהויות המיניות והמגדריות התואמות את הנורמות החברתיות המקובלות ומוצגות כטבעיות. כלומר יש לחשוף את השימוש במאפיינים ביולוגיים, חברתיים, תרבותיים שנתפסים כטבעיים ובלתי משתנים ומעניקים לגיטימציה להיררכיות בין קבוצות ואנשים. בהתאם לכך, כאשר הנציבות מבקשת מבית המשפט להדרש לשאלה "האם שיחה על נושאי זהות היתה נאסרת גם על מי שהוא הטרוסקסואל, או שמא דרישה זו מהווה מסווה לאפליה על רקע מין",<sup>26</sup> היא מעבירה את בסיס ההשוואה, במקרה של הפליה על רקע שונות מגדרית, ליחס כלפי אנשים בעלי מצג מגדרי קוהרנטי לכאורה. כלומר, היא דורשת מבית המשפט לבחון האם המופלה זכה ליחס שונה מאדם שהמצג המגדרי שלו עולה בקנה אחד עם המוסכמות החברתיות.

עמדת הנציבות מתייחסת גם לאפליה מחמת נטייה מינית אך לטעמי אין צורך בקטגוריה נוספת זו, לאחר נקיטת העמדה שהפליה מטעמי מין היא הפליה בשל שונות מגדרית, כלומר, ההפליה מכוונת כנגד מי שסוטה מן המערכת האידיאולוגית שמציבה כל התנהגות מינית ומגדרית ביחס לאידיאל נורמטיבי של מיניות הטרוסקסואלית. בפועל, קשה מאוד להבחין בין הפליה מחמת זהות מגדרית להפליה מחמת נטייה מינית משום ששתיהן נובעות מאותם תכתיבים ביחס למה הם גברים ונשים ואיך הם צריכים להתנהג.<sup>27</sup> כמו הטרונסים, גם לסביות והומואים מממוקמים על הרצף המגדרי-מיני שבין נשיות וגבריות במגוון מובנים, חלקם מיניים, חלקם פרפורמטיביים וחלקם אחרים.<sup>28</sup> גם הומוסקסואליות לסביות וביסקסואליות, מערערות על הסדר ההטרוסקסואלי במובן שהן זהויות המאפשרות קיומם של פרטים ותשוקות מחוץ להפרדה הדיכוטומית בין נשים-הטרוסקסואליות-נשיות הנמשכות לגברים-הטרוסקסואלים-גבריים ולהפך. במובן זה השימוש במילה 'הומו' כקריאת גנאי מתפקד באופן דומה לשאלה "את בן או בת?", שניהם נועדו לסמן את החריגה מכללי המגדר ולמשטר את מי שעובר עליהם. לסביות והומואים מופלים כאשר הזהויות שלהם מסמנות, מנקודות המבט ההטרונורמטיביות, חתירה תחת החלוקה המגדרית המסורתית.<sup>29</sup> על כן הטענה שהפליה מטעמי מין מתייחסת לשונות מגדרית, יכולה לשמש גם להגנה על הפליה מחמת נטייה מינית.

<sup>25</sup> Macy v. Holder, Appeal No. 0120120821 (U.S. Equal Employment Opportunity Commission, Apr. 20, 2012)

<sup>26</sup> נציבות שוויון הזדמנויות, סעיף 49.

<sup>27</sup> Shannon Price Minter, Do Transsexuals Dream of Gay Rights? Getting Real about Transgender Inclusion in TRANSGENDER RIGHTS (Paisley Currah, Richard Juang and Shannon Price Minter ed., 2006).8141, 15

<sup>28</sup> Price Minter, בעמוד 145.

<sup>29</sup> Price Minter, בעמוד 145.

לסיכום, עמדת הנציבות קובעת כי אפליה מחמת מין היא אפליה מחמת שונות מגדרית וחושפת כי קטגורית המין אינה מתקיימת באופן עצמאי, כלומר במנותק מהמצג המגדרי.<sup>30</sup> לכן טענת הפליה כנגד טרנסים צריכה להיות מבוססת על כך שאפליה על בסיס מין היא לעולם אפליה על בסיס מצג מגדרי.<sup>31</sup> מכאן עולה שאין משמעות לשאלת קיומה של זהות קוהרנטית, דהיינו זהות שזכתה לאבחון רפואי או הכרה ממסדית, שכן כלל הזהויות לצורך טענת הפליה על בסיס מין הן תמיד זהויות המושגות על ידי הליך מתמשך של בניית אותו מצג מגדרי. כך אשה סיסגי'נדרי (אישה שהמצג המגדרי שלה תואם כביכול למין אליו שויכה בלידתה) עלולה להיות מופלית לרעה משום שבמערך החברתי המקובל קיימת היררכיה שבבסיסה הבדל אינהרנטי בין גברים ונשים ולכן מצגה המגדרי, הקוהרנטי לכאורה, מתפרש כמסמן, מאשרר וכופה את אותה היררכיה המציבה אותה כנחותה. טרנסים מופלים משום שאינם מצליחים או רוצים לסמן את השתתפותם באותו מערך. על כן, כאמור בעמדת הנציבות, המצג המגדרי הטרנסי כבר נכלל בהגנה המעוגנת בחוק, הגנה מפני הפליה מטעמי מין.

### **הטרדות מיניות**

מרחב נוסף של פעולה הקשור לשוק התעסוקה וטרם נוסה בפועל הוא השימוש בחוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998, במקרים של הטרדות מילוליות ואלימות כלפי א/נשים טרנסים במקום העבודה. כאמור, א/נשים טרנסים נדרשים לספק מידע אינטימי ורפואי על חייהם וגופם ונקלעים לעיתים קרובות למרכזה של חרושת השמועות במקום העבודה. לדוגמא במקרה מסוים שהגיע לטיפולי, לאחר תקופה מסוימת שבה אישה טרנסית עבדה כזבנית בחנות כלבו, החלו להגיע להסתובב שמועות כי היא אינה אישה סיסגי'נדרי. חברותיה לעבודה וכן הממונים עליה החלו לרמוז לה אודות שמועות אלו, בין היתר באמצעות בקשה כי היא תביא לעבודה "תמונות ישנות" שלה וכן בהתייחסויות שונות לקהילה הטרנסית.

במקרים כאלו נראה שיש תחולה לסעיף 3(א)(5), האוסר על התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו. עברה על סעיף זה אינה רק עבירה פלילית אלא גם מקימה עוולה אזרחית המאפשרת לבית המשפט לפסוק פיצויים, ללא הוכחת נזק, בגובה של עד 120,000 שקלים חדשים. ברי, כי סעיף זה רלוונטי לא רק במקום בו מתקיימים יחסי עבודה אלא בכל מקרה של התייחסות מבזה ומשפילה כלפי מינם של א/נשים טרנסים. אולם, החוק אינו דורש התנגדות אקטיבית להתנהגות זו מקום בו מדובר ביחסי עבודה וכן החוק מחייב את מקום העבודה לנקוט אמצעים סבירים כדי למנוע הטרדה מינית ומעביד שלא עשה כן יהא אחראי אף הוא לעוולה אזרחית.

### **משרד הפנים**

השגת אמצעי זיהוי אשר תואמים את מצג המגדרי הוא אתגר בסיסי שעל א/נשים טרנסים לעבור על מנת לצמצם את חשיפתם לאפליה ולאלימות. שינוי השם וסעיף המין במרשם האוכלוסין ובאמצעי הזיהוי מהווה, מן הסתם, גם הכרה של הרשויות במגדרם של א/נשים טרנסים. בחלק שלהלן אסקור

<sup>30</sup> לדיון נרחב בטענה כי המצג המגדרי הוא שטוען את קטגוריית המין במשמעות ר' עמדתו של אייל גרוס בפרק \_ לספר זה.  
<sup>31</sup> ר' עידו קטרי, ח"ש 2.

את הפרוצדורות לשינוי פרטים אלו במרשם האוכלוסין ואעמוד על הבעייתיות הסדרים אלו ביחס לזכות להגדרה עצמית והזכות לשוויון.

אמצעי הזיהוי של אנשים שונים מגדרית מכילים מידע אשר חושף אותם לאפליה במקרה הטוב ולאלימות ישירה במקרה הרע. שכן אם רשום לך בתעודות הזהות שאתה נקבה ואילו אתה נראה כגבר סיסגינדר לכל דבר זהותך כטרנסגינדר נחשפת כתוצאה מציון סעיף המין בתעודה. כך במקרה אחר בו אישה טרנסית ששמה במרשם האוכלוסין הוא גברי במובהק, כמו "משה" למשל, חשופה לאואטינג (חשיפה כפויה של זהותה) בכל פעם שהיא מציגה תעודה רשמית. חשיפה כפויה זו מתרחשת באופן יום יומי בכל מפגש של א/נשים טרנסים עם הממסד. כולנו נדרשים לסמן ז' או נ' בכל הטפסים שאנו ממלאים מדי יום מבלי שיש למידע זה שום קשר ישיר לנושא המדובר, גם שמדובר בטפסים לתיאום מס, בטפסי קבלה לעבודה, פתיחת חשבון בנק או בקשה למילגה. א/נשים טרנסים חוששים ממילוי הטפסים האלו שכן באמצעותם ניתן לחשוף עליהם מידע מעברם. מידע זה המאפשר חדירה מיידית לפרטיותם של א/נשים טרנסים, עלול לשמש כזרז ליחס פוגעני, לאפליה על רקע טרנספובי ולהשפלה פומבית, כפי שאכן קורה כדבר שבשגרה לחברי הקהילה במגעם עם הרשויות. זאת אחת הסיבות שבגינה חלקים שלמים מהקהילה הטרנסית מתקשים להשתלב בשוק העבודה ונאלצים לעבוד "בשחור", בפשע ובתעשיית המין, כפי שעולה גם מסיפורו של ר', שעניינו נידון במסגרת בג"ץ פלונית, אשר התגלגל לפשיעה לאחר שלא הצליח להשתלב במסגרות עבודה "נורמטיביות".<sup>32</sup> דווקא במדינה כמו ישראל ישנה דרישה מוגברת יותר להזדהות באמצעות תעודות זהות<sup>33</sup> במגוון התקשרויות עם הספרה הציבורית, בין אם מדובר על חתימה על חוזה לדירה, בין אם מדובר בהצטרפות לקרן פנסיה ובין אם מדובר בהתקלות בשוטר ברחוב. במקרה שבו מצגך המגדרי חורג ממה שנחשב "נורמטיבי" הדרישה להצגת תעודה מזהה אף מתרחשת לעיתים תכופות יותר. כך למשל, א/נשים טרנסים מתבקשים לעיתים קרובות להציג תעודת זהות בכל שימוש בכרטיס אשראי או אפילו ברכישת אלכוהול או סיגריות.

אי לכך עבור הקהילה הטרנסית ישנה חשיבות גבוהה להשגת אמצעי זיהוי אשר ישקפו את זהותם של א/נשים כפי שהם רואים אותה ובהתאם למצגם המגדרי. הפרוצדורות הרלוונטיות העיקריות בהקשר זה הם שינוי השם ושינוי סעיף המין. באופן יחסי למשפט המשווה האפשרויות של שינוי השם והמין בישראל אינם מורכבות.<sup>34</sup> שינוי השם ושינוי המין לא/נשים טרנסים מוסדר בנהלים של משרד הפנים ולא בחוק. לעיגונם של ההסדרים בנוהל יש יתרונות של גמישות מנהלית יחסית, בכך שהוא מאפשר שינויים מבלי צורך בהתערבות המחוקק ומביא ליישומם באופן יעיל יחסית. מנגד, העובדה שהסדרים אלו מעוגנים בנהלים, מקימה זכות חלשה יותר לאנשים טרנסים אשר, כפי שיתבהר מהדוגמא שאביא בהמשך הפרק, גורמת לעיתים לסירובים שרירותיים והכנסתם של שיקולים זרים בהחלטה האם לאשר את בקשת השינוי או לדחותה.

## שינוי שם-

<sup>32</sup> אביאל מגנזי "לא אשרוד כלא- טרנסגינדר לפני מאסר" ynet 17.9.2013 <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4430773,00.html>

<sup>33</sup> יוער כי רשיון הנהיגה הישראלי וכן תעודת הזהות הביומטרית החדשה אינה כוללים סעיף "מין" ועל כן באופן עקרוני, באם עברת מבחן נהיגה או בחרת להוציא תעודת זהות ביומטרית תוכל להזדהות מבלי לחשוף את פרט המין. עוד יוער כי ישנם מוסדות, כגון קרנות הביטוח הפנסיוני והבנקים אשר מחייבים הזדהות באמצעות תעודת זהות ולא באמצעים חליפיים.

<sup>34</sup> וזאת בהשוואה לפרוצדורות הנהוגות בבריטניה, גרמניה ומרבית המדינות בארה"ב, בפרט קליפורניה וניו-יורק.



שינוי השם מוסדר בנוהל 2.10.001 של רשות האוכלוסין וההגירה. זהו נוהל כללי המתייחס לכלל שינויי השם מכל סיבה שהיא. הזכות החוקית לשנות את השם מעוגן בסעיף 10 לחוק השמות התשט"ז-1956 הקובע כי "בגיר רשאי לשנות שם משפחתו ושמו הפרטי". סעיף ב' לנוהל קובע תנאים ודרישות שעל מגיש הבקשה לקיים ובכללם הגשת הודעה בכתב בדבר שינוי השם. בהודעה בכתב מתבקש המבקש לפרט **בהרחבה** (ההדגשה במקור, ע.ק.) את הנימוקים לבקשה, סעיף ג.9 לנוהל קובע שמקבל הבקשה, פקיד רשות האוכלוסין, "יבדוק את הנימוקים שרשם המבקש בהודעה בדבר שינוי שם, אם אינם מספיקים ידרוש לכתוב הסבר מפורט לבקשה". מנסיון שנצבר בקהילה ידוע כי מבקשים לא נתקלים בבעיות אם הם מנמקים את הבקשה בכך שהשם החדש הולם אותם יותר ותו לא או אף כותבים שכך זכותם מכוח חוק ותו לא.

סעיף 16 לחוק השמות קובע כי השר רשאי לפסול בחירת שם "אם סבור הוא שהשם החדש עלול להטעות או לפגוע בתקנת הציבור או ברגשותיו". בהתאם לכך סעיף ג.27 לנוהל קובע שעל מקבל הבקשה לבדוק אם השם החדש עלול להטעות או לפגוע בתקנת הציבור או ברגשותיו. לכאורה המדובר בפתח לפסילת בקשות של טרנסים וטרנסיות ואולם סעיף ג.30 לנוהל קובע באופן מפורש כי "בקשה לשינוי שם, משם גברי לשם נשי או להפך יש לאשר, אין לדרוש לשם כך הסבר ולא אישור בדבר ניתוח לשינוי מין". על כן ולמרות שמבחינה עקרונית החוק מאפשר לפסול בקשות של א/נשים טרנסים מהטעם שהם "מטעים את הציבור" הרי שדווקא הנוהל מבהיר שפרשנות זו איננה מקובלת.

#### שינוי מין-

על פי סעיף 3 לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965, פרט המין, כמו גם השם אולם בניגוד לפרטים אחרים בתעודת הזהות כגון המצב האישי, הוא ראיה לכאורה לנכונותו, בעל משמעות משפטית. אולם, אין סיבה עניינית לקיומה של קטגוריית המין בתעודת הזהות, שכן היא אינה מספקת מידע המאפשר הבחנה בין אדם ספציפי כזה או אחר, אלא כאמצעי לזיהוי של חריגה מהסדר המגדרי המקובל. בקביעת סעיף המין ובסיווגם של אנשים בלידתם למין מסוים המדינה מגדירה מהו המצג המגדרי המותר לכל אדם ומייצרת אמצעי פיקוח על כל חריגה מאותו מצג.

הפרוצדורה לשינוי מין מוסדרת בנוהל 2.6.0001 שכותרתו "נוהל שינוי/תיקון פרט רישום מין". פרוצדורה זו אינה מעוגנת בחוק, מלבד הקובע בסעיף 19(ד) לחוק מרשם האוכלוסין התשכ"ה 1965 לפיו "לא יתוקן רישום במרשם אלא לבקשת התושב שהרישום מתייחס אליו ועל פי תעודה ציבורית המעידה שהרישום היה לא נכון". עם זאת הנוהל מפריד בין תיקון פרט רישום המין ובין שינוי פרט רישום המין, כאשר שינוי הוא הפרוצדורה הרלוונטית לא/נשים טרנסים. כלומר שבאופן עקרוני הפרוצדורה של שינוי מין אינה מעוגנת כלל בחוק.

על פי סעיף 2 לנוהל שינוי פרט רישום המין - השינוי יעשה על סמך תעודה רפואית אשר אושרה ע"י משרד הבריאות בארץ. עולה מכך שעל פניו כל שנדרש מהמבקש הוא תעודה מרופא (שאושרה על ידי לשכת הבריאות המחוזית), המהווה אישור כי התעודה אכן ניתנה על ידי רופא רשום. עם זאת, חלק ג.2 לנוהל מפרט פרוצדורה מורכבת יותר. סעיף ג.2.1 קובע שיש לדרוש אישור רפואי לניתוח שנעשה בחו"ל וצורך אישור רופא מטפל בארץ המעיד על השינוי. סעיף ג.2.2 קובע כי יש לבדוק האם ניתן

אישור מבית חולים מוכר בישראל. הנוהל עצמו אינו עקבי כיוון שמצד אחד הוא מפריד בין הפרוצדורות של שינוי ותיקון פרט המין (כאשר הדרישה לאישור מבית חולים מוכר ואישור רפואי לניתוח שנעשה בחו"ל מתייחסת לתיקון פרט המין), ומצד שני בחלק אחר הוא קובע שאלו הדרישות לשם שינוי פרט המין. מניסיון שנצבר בקהילה אנו יודעים שבדרך כלל מה שנדרש הוא תעודה רפואית אשר אושרה על ידי משרד הבריאות, כאמור בסעיף 2 לנהל.

חוסר העקביות מאפשר למשרד הפנים ליישם את הדרישות הקבועות בנוהל באופן שרירותי המשתנה מפונה לפונה. נוסח המכתב הנדרש גם הוא אינו מעוגן בנוהל ומשתנה מלשכה ללשכה ומפונה לפונה. כך במקרים מסויימים נתקלו פונים בדרישה כי במכתב יצוין שמדובר בניתוח בלתי הפיך ובמקרים אחרים היה די בתיאור כללי. לעיתים הוצבה דרישה למכתב מהרופא שערך את הניתוח ולעיתים הסתפקו במכתב מהרופא המטפל. כמו כן, ביחס לניתוחים לשינוי מין (Sex Reassignment Surgeries), פרוצדורה שבדרך כלל אינה מתמצית בניתוח אחד אלא בסדרה של הליכים רפואיים, הנוהל עצמו אינו מפרט באיזה שלב ניתן לפנות ולבקש את שינוי המין בתעודת הזהות, האם די בניתוח עליון לגברים (הסרת חזה) או לנשים (הגדלת חזה) או שיש חובה לבצע ניתוח תחתון (ניתוח שהוא הרבה פחות נגיש הן מבחינה רפואית והן מבחינה כלכלית לנשים וגברים כאחד). ההתמקדות דווקא בניתוח ולא באלמנטים אחרים בתהליך השינוי, כגון נטילת הורמונים למשל, היא בעייתית שכן לא כל הטרנסים רוצים או יכולים לעבור פרוצדורות כירורגיות.

יתר על כן נראה כי לאור חוות דעתו של השופט גיבראן בבג"ץ פלונית, לפיה הזכות לשיוויון של טרנסגינדרים נפרשת לא רק על מי שהשלים את תהליך השינוי המגדרי, וכי עצם אי ההכרה בזהות המגדרית של הפרט, כפי שהוא רואה אותה, היא פגיעה בזכות לשיוויון,<sup>35</sup> התעקשותו של הנוהל לשנות את מינם רק של מי שעברו פרוצדורה כירורגית מהווה פגיעה חוקתית. על מנת להתאים את הנהלים לעמדת בית המשפט העליון על משרד הפנים להכיר בזהותו המגדרית של המבקש על פי האופן שבו הוא עצמו מגדיר אותה. במילים אחרות יש להשוות את פרוצדורת שינוי המין לפרוצדורה המתייחסת לשינוי השם.

### **הליכים רפואיים יעודיים**

במדינת ישראל הפרוצדורות לשינוי מין, מפוקחות ומוסדרות על ידי המדינה. כפי שאראה בהמשך, בדרך שבה המדינה מפקחת ומסדירה נושא זה יש משום פגיעה עקרונית בזכותם של א/נשים טרנסים לשיוויון ולהגדרה עצמית, שכן באופן עקרוני הפרוצדורה המינהלית מפקיעה מהם את הזכות להחליט על גופם ועל זהותם ומעבירה אותה לידי הממסד הרפואי המדינתי, בניגוד לסטנדרטים המקובלים בעולם לרפואה טרנסית ובניגוד לטענה כאילו הטיפול שניתן בישראל תואם סטנדרטים אלו.

הנושא ניתוחים לשינוי מין, מוסדר במסמך ממשלתי יחיד חוזר מספר 39/86 שיצא כהנחיה מטעם משרד הבריאות בשנת 1986. שנים רבות לפני כן, בשנות החמישים כינס היועץ המשפטי לממשלה דאז, חיים כהן, ועדת מומחים מטעם משרד הבריאות הדומה במהותה לוועדת המומחים הקיימת

<sup>35</sup> בג"ץ פלונית, סעיף 5 לחוות דעתו של השופט גיבראן.

כיום בבית החולים תל השומר, אודותיה אפרט בהמשך. הועדה התכנסה בעקבות דרישתה של אישה טרנסית, רינה נתן (שמה בלידה ובעיתונות התקופה גרשון נתן), לעבור ניתוח לשינוי מין. הועדה אבחנה את המבקשת כטרנסקסואלית. אולם היועץ המשפטי חיים כהן לא קיבל את המלצת הועדה וביום 28.12.1954 דחה את הבקשה ובכך למעשה קבע איסור על ביצוע ניתוח מסוג זה בישראל.<sup>36</sup> נתן המתוסכלת, שגם שבתת רעב לא הועילה למאבקה, הכריעה לבסוף את המערכת לאחר שפגעה באיבר מינה באופן כזה שהרופאים נאלצו לנתח אותה ולבצע את מבוקשה.<sup>37</sup> בעשורים שבאו לאחר מכן בוצעו בישראל ניתוחים לשינוי מין באופן בלתי מוסדר ובלתי מפקח במרפאות פרטיות. הנוהל משנת 1986 נוסח בתגובה לתביעה של אישה בשם דניאלה אשר לאחר שעברה ניתוח נותרה ללא איבר מין למשך שנתיים. הסיפור הופץ בתקשורת ודניאלה הגישה תביעה בגין רשלנות רפואית ובעקבות כך נפתחה ועדת חקירה שהחוזר הוא תוצאתה.<sup>38</sup>

החוזר מופנה אל מנהלי כל בתי החולים הכללים ונושאו הוא ביצוע ניתוחים "לשינוי מין אצל TRANSEXUALS ו-"לתיקון פגמים במצבים של HERMAPHRODITISM ודומיהם". סעיף 1 עוסק בניתוחים אצל "TRANSEXUALS" וקובע כי לצורך הנחיות אלו ייחשב כ- TRANSEXUAL אדם אשר עונה על הקריטריונים המקצועיים המקובלים והתקפים בתקופה הרלבנטית.

החוזר קובע כי ניתוחים מסוג זה יבוצעו בבית חולים ציבורי בלבד וכי בבית החולים בו יבוצעו ניתוחים אלה תמונה ועדה שחבריה יהיו: פסיכיאטר בכיר, מנתח פלסטי בכיר, פסיכולוג קליני, אורולוג ואנדוקרינולוג. בפועל הוקמה מכוחו של הנוהל רק ועדה ציבורית אחת, הועדה בתל השומר, מה שהפך את הועדה ואת תל השומר למוסדות היחידים בישראל הרשאים לבצע את ניתוחים מכוח החוזר ועל פי החוק והעניק לוועדה מונופול על יישום החוזר. עם זאת ולמרות המונופול שניתן לוועדה, היחס הבעייתי בו נתקלים הפונים אליה ודרך החתחתים אותם נדרשים לעבור מי שמבקשים לקבל טיפולים באישורה מובילה לכך שבועדה מתבצעים כ- 12 ניתוחים בשנה.<sup>39</sup> עם זאת משלהי שנת 2011 ועד לכתובת שורות אלו אין מנתח בוועדה ולא מתבצעים במסגרתה שום ניתוחים.

סעיף 1(ד) לחוזר קובע את התנאים החיוניים וההכרחיים לביצוע ניתוח שינוי מין: תקופה של שנתיים של "נסיון חיים ממש" בה המועמד חי במגדר אליו הוא מבקש להשתייך; טיפול הורמונאלי במשך תקופה שתקבע הועדה, על הועדה לבחון את התגובות הגופניות והנפשיות של המועמד לזהותו המינית החדשה, הערכה פסיכו-דיאגנוסטית על ידי פסיכיאטר ופסיכולוג וחתימה על טופס הסכמה מיוחד לביצוע ניתוח לשינוי מין.

באופן כללי הבעיה עם בדיקות "התאמה לזהות המינית החדשה" היא שלא אחת מדובר בבדיקה של התאמה לסטריאוטיפים מגדריים כאלו או אחרים הרחוקים מהחוויה הסובייקטיבית של המבקש ונכפים עליו על ידי הועדה כתנאי לביצוע הניתוח. במקום כך מקובל כיום במקומות אחרים בעולם

<sup>36</sup> ליטל לויך "היום לפני 55 שנה: גרשון נתן מנסה לשנות בעצמו את איבר מינו" **הארץ אונליין**, 26.5.2011 <http://www.haaretz.co.il/1.1175288>

<sup>37</sup> "גרשון נתן סורס" **דבר**, 14.3.1957

<http://jpress.org.il/Default/Scripting/ArticleWin.asp?From=Archive&Skin=TAUHe&BaseHref=DAV/1957/03/14&EntityId=Ar00415&ViewMode=HTML>

<sup>38</sup> יעל סיני ועדה **תקבע אם אני גבר או אישה?** (עבודת גמר לתואר "מוסמך אוניברסיטה", אוניברסיטת תל-אביב, 2013), עמוד 37.

<sup>39</sup> תשובת לבקשת חופש מידע של עמותת רופאים לזכויות אדם מיום 1.5.2008.

להציע בדיקה פסיכיאטרית אשר תתמקד ביכולתו של האדם ליתן הסכמה מדעת לניתוח ולבדוק האם קיימת הפרעה השוללת את האפשרות שאותו אדם יעבור בהצלחה את ההליך הניתוחי הספציפי.<sup>40</sup>

### הבדלים בין החוזר ובין הסטנדרטים המקובלים בעולם

החוזר עצמו סותר את עצמו. בעוד סעיף 1 קובע כי טרנסקסואל ייחשב אדם העונה על הקריטריונים המקצועיים המקובלים והתקפים בתקופה הרלוונטית, סעיף 1(ד) קובע קריטריונים נוקשים אשר אינם מאפשרים את אותה "גמישת" תקופתית ומקבעים את עבודת הועדה שפועלת כיום על פי סטנדרטים רפואיים מיושנים ובלתי רלוונטיים.

כפי שמתחת יעל סיני בחיבורה "ועדה תקבע אם אני גבר או אישה?", המודל הרפואי המקובל כיום בעולם התקדם כברת דרך ארוכה מן המודל הסמכותני, בו הרופא משמש כשומר סף אשר תפקידו לקבוע מיהם הטרנסים "האמיתיים" הזקוקים לטיפול רפואי לעומת אלו שהגישה שלהם לטיפול רפואי חסומה כיוון שזהותם אינה תואמת את הסדר המגדרי המקובל. המודל השולט כיום בנורמות הרפואיות הכלליות וגם בנורמות הרפואיות הנוגעות לא/נשים טרנסים בפרט הוא מודל השם את הדגש באוטונומיה של הפרט לבחור איזה טיפול רפואי ברצונו לקבל. ניתן לראות מעבר מהפרספקטיבה הרפואית, שבה תפקידה של מערכת הבריאות הינו "לסנן", באמצעות סדרה של מבחנים פסיכולוגיים א/נשים "שאינם מתאימים" למעבר המגדרי, לפרספקטיבה טיפולית ה"מותאמת לצורכי הלקוח" בה תפקידם של המומחים לוודא כי א/נשים טרנסים מקבלים את המידע שיאפשר להם להגיע להחלטות שקולות ולהבטיח שהמהלך יתבצע על פי סטנדרטים בריאותיים שיבטיחו את רווחת המטופל.<sup>41</sup>

הסטנדרטים הבין לאומיים לטיפול בטרנסג'נדרים (SOC - Standarts of Care) מפורסמים על ידי האיגוד העולמי לרפואה טרנסג'נדרית (World Professional Association of Transgender Health).<sup>42</sup> הגרסא השביעית של הסטנדרטים הבין לאומיים לרפואה טרנסג'נדרית פורסמו בשנת 2011. בעקבות פרסומה של הגרסא הראשונה ב-1980 ארגון הפסיכיאטרים האמריקאי (APA) הכיר באופן רשמי בטרנסקסואליות בגרסה השלישית של ה- Diagnostic and Statistics Manual of Mental Disorders (DSM).<sup>43</sup> ההגדרה המצויה ב- DSM השתנתה עם השנים בהתאם לשינויים שנערכו ב- SOC. מהדורה הרביעית של ה- DSM החליפה את המונח טרנסקסואליות במונח Gender Dysphoria (GID) Identity Disorder.<sup>44</sup> בלבה של הגדרת ה- GID, אי התאמה מהותית, דיספוריה (Dysphoria), בתחושת הזהות העצמית ביחס לנשיות וגבריות.

<sup>40</sup> "חוות דעת משפטית בדבר האוטונומיה של אדם להחליט על רצונו בניתוח לשינוי מין" (חוות דעתו של ד"ר יובל לבנת שהוגשה לוועדה הציבורית לבחינת הנהל לביצוע ניתוחים לשינוי מין, 7.1.2009), עמוד 12.

<sup>41</sup> יעל סיני, עמוד 23.

<sup>42</sup> *Standards of Care for the Health of Transsexuals, Transgender and Gender Nonconforming people*. Retrieved (04 15 2012) from The World Professionals Association for Transgender Health (WPATH): [http://www.wpath.org/uploaded\\_files/140/files/Standards%20of%20Care.%20V7%20Full%20Book.pdf](http://www.wpath.org/uploaded_files/140/files/Standards%20of%20Care.%20V7%20Full%20Book.pdf).

<sup>43</sup> AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA) DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUEL OF MENTAL DISORDERS, REVISED 3RD EDN (WASHINGTON 1980) 43

<sup>44</sup> AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUEL OF MENTAL DISORDERS (Revised 4<sup>th</sup> ed., 1995).

במהדורה החמישית של ה- DSM ממאי 2013 הוחלף המונח Gender Dysphoria ב- Gender Dysphoria. בניגוד ל- GID מייצג ה- Gender Dysphoria מצב נפשי זמני שניתן לשינוי.<sup>45</sup> אבחנה זו מתיישבת עם העמדה של ה- SOC השביעי לפיה :

“Transsexual, transgender, and gender-nonconforming individuals are not inherently disordered. Rather, the distress of gender dysphoria, when present, is the concern that might be diagnosable and for which various treatment options are available.”<sup>46</sup>

ה- SOC מכיר בכך שבעוד בעבר הטיפול בדיספוריה מגדרית כלל שילוב של ניתוח SRS ונטילת הורמונים, כיום מקובל כי א/נשים מסוימים זקוקים רק לאחד מהאמצעים האלו. ה- SOC עומד על כך שא/נשים טרנסים יכולים לזהות את עצמם במגוון רחב של זהויות מגדריות ומיניות ולא בהכרח בתור נשים או גברים. לצורך ניתוח SRS ה- SOC ממליץ שעל המועמד לחיות בזהות המגדר הנבחרת תקופה של שנה, הכוללת נטילת הורמונים.<sup>47</sup> לגבי ניתוחים שאינם נוגעים לאברי המין, כגון ניתוחים להסרת חזה עבור גברים טרנסים ה- SOC קובע שהם יכולים להתבצע בשלב מוקדם יותר, ללא צורך בזמן המתנה וללא צורך בנטילת הורמונים.<sup>48</sup> בכך ה- SOC עשה צעד משמעותי נוסף על מנת לבטל את הפתולוגיזציה של א/נשים טרנסים.

תהום פעורה בין הסטנדרטיים הבין לאומיים המוזכרים לעיל לחוזר של משרד הבריאות הישראלי. לטענה שהחוזר תואם את הסטנדרטים הבין לאומיים בתחום אין שום אחיזה במציאות העכשווית. החוזר אינו עושה הבחנה בין הליכי SRS שונים, ניתוחים לשינוי אברי המין לעומת ניתוחים לשינוי סממנים המין המשניים כגון חזה או שינויים המתחוללים כתוצאה מהטיפול ההורמונלי. כתוצאה מכך לא מתבצעת בחינה של כל אחת מהפרוצדורות הרפואיות הללו והתאמתה לרצון ולתחושתו של המטופל. גישה זו מובילה מטופלים לביצוע פרוצדורות רפואיות מסוימות, כמו עיקור למשל, בניגוד לרצונם. הדרישה להמתנה של שנתיים עד מתן האבחון של הוועדה מאלצת את המבקשים לחיות בתנאים קשים תחת עיניה הבוחנת של הוועדה למשך תקופה ממושכת הפוגעת ברווחת המטופל ובסיכויי הצלחת הטיפול הרפואי. הטענה כאילו תקופת זמן זו היא הכרחית לאבחון מתעלמת מן העובדה שרוב הפונים לוועדה חיים בזהות המגדרית הנבחרת זמן רב לפני פנייתם לוועדה. בנוסף לכך גם בתום תקופת המתנה של שנתיים בדרך כלל לא מבוצע הניתוח אלא רק נקבע תאריך לניתוח עתידי בטווח של שנה-שנתיים, כאשר תאריכים אלו נתונים לשינויים שרירותיים. תקופת ההמתנה וחוסר הוודאות שמתלווים אליה רק מעצימים את מצוקת הפונים.<sup>49</sup>

<sup>45</sup> DSM-V To Rename Gender Identity Disorder 'Gender Dysphoria' Advocate.com (23.7.2012) <http://www.advocate.com/politics/transgender/2012/07/23/dsm-replaces-gender-identity-disorder-gender-dysphoria>

<sup>46</sup> SOC, עמוד 6.

<sup>47</sup> SOC, עמוד 21.

<sup>48</sup> SOC, עמוד 60.

<sup>49</sup> Segev Idan, *Le désenchantement du genre, Un regard critique sur la clinique du transsexualisme*, mémoire de master 1 d'études psychanalytiques, Université Paris Diderot, 2012

## סוגיות חוקיות

חוות דעתו של ד"ר לבנת מצביעה על כך שהחוזר הנוכחי פוגע בפונים, צורה שלמעשה עומדת בניגוד למספר עוולות ניזקות. בניגוד לטענת הוועדה כאילו תקופת ההמתנה הכרחית כדי למנוע מקרים של חרטה אחרי הניתוח לטענת ד"ר לבנת דווקא פעולת הוועדה מכוח החוזר חושפת את המדינה ואת הרופאים לתביעות ניזקות מצד הפונים<sup>50</sup>. על פי ד"ר לבנת עיכוב הניתוח לשינוי מין עלול להקים ניזקים משלושה סוגים: בגין כאב וסבל, בגין נזקי גוף (כגון במקרה של Self-mutilation) ובגין פגיעה בזכות חוקתית. ניזקים בגין כאב וסבל עלולים לקום משום שסיכול הרצון לעבור ניתוח לשינוי ומין או עיכוב הניתוחים גורמים לחרדה, דכאון ומחשבות אבדניות ועלולים לגרום לפגיעה עצמית באברי המין (כמו במקרה של רינה נתן שצויין מוקדם יותר). לכך מצטרפים החשיפה לאלימות והפליה תעסוקתית על רקע טרנסופוביה אליה חשופים יותר א/נשים טרנסים שעדיין לא עברו שום טיפול רפואי ועל כן קל יותר לזהות את חריגותם המגדרית. החוזר עצמו חושף את משרד הבריאות, כמי שקבע אותו, ואת הוועדה לתביעות ניזקות מצד א/נשים טרנסים שנגרמו להם ניזקים מעין אלה בגין העיכובים האלו.<sup>51</sup> ראש הנזק, אשר הוכר כבר בבג"ץ דעקה (רפרנס) כראש נזק עצמאי הוא הפגיעה בזכות לאוטונומיה וכן "העלוות החוקתיות", אשר גוררות מתן תרופה מן הצד הפוגע, לרבות רשויות המדינה, כפי שנקבע בבג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין פ"ד מט(2) 529.<sup>52</sup>

כפי שטוען ד"ר לבנת הפרוצדורה המוסדרת בנוהל ופעולת הוועדה מובילות לפגיעה באוטונומיה של א/נשים טרנסים והפליה אסורה. הפגיעה באוטונומיה של הפרט מתבטאת בכך שבמודל על פיו פועלת הוועדה, הוועדה היא הגוף היחיד המחליט האם אדם יקבל את הטיפול אותו הוא מבקש, שכן לוועדה, דה פקטו מונופול על הגישה לניתוחים לשינוי מין במסגרת סל הבריאות. גישה זו מתעלמת מהעובדה שהחלטה לעבור ניתוח לשינוי מין איננה החלטה רפואית "גרידא" אלא החלטה המכוננת את זהותו של אדם וקשורה לכל אספקט בחייו של אותו אדם, הן מבחינה אישית, הן מבחינה חברתית, והן מבחינה משפטית.<sup>53</sup> כדברי בלבנת, הפגיעה באוטונומיה של אדם מתבצעת כאשר רצונו של אדם מתורגם לצורך רפואי גרידא. כך אדם המבקש לעבור טיפול רפואי אינו זוכה לקבל את מבוקשו משום שהוא כאדם בוגר ועצמאי הביע את רצונו אלא משום שאדם אחר, רופא במקרה הזה, הגדיר אותו כחולה ואישר לספק לו "תרופה" למחלתו. בהמשך לכך קובע לבנת כי הזכות לממש זהות מגדרית זו או אחרת מצויה בליבה של זכותו של אדם לחירות ולאוטונומיה.<sup>54</sup> זכותו של מבקש טיפול לאוטונומיה עוגנה בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 ובפרט בסעיף 3(א) הקובע כי כל הנזקק לטיפול רפואי זכאי לקבלו ובסעיף 13 המעניק למבקש הטיפול הרפואי את הזכות לקבל מידע מלא אודות הטיפול שהוא עומד לעבור ולקבל החלטה אוטונומית על בסיס אותו מידע.

<sup>50</sup> לבנת, עמוד 15.

<sup>51</sup> לבנת, עמוד 19.

<sup>52</sup> ר' גם ע"א 9185/03 טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, פ"ד נח(1) 377; ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193; ת"א (י-ם) פלוגי נ' משרד הבטחון (טרם פורסם); ת"א (י-ם) 5122/99 עצאירה נ' מדינת ישראל, תשס"ב(3) 289; דפנה ברק-ארוז, "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד", משפט וממשל ט(תשס"ו) 103; עמנואל גרוס, "תרופות חוקתיות", משפט וממשל ד'(תשנ"ח) 433.

<sup>53</sup> פניית עמותת רופאים לזכויות אדם אל מנכ"ל משרד הבריאות בעניין חוזר 29/86 מיום 19.5.2008, סעיף 2.

<sup>54</sup> לבנת, עמוד 2.

קיים חשש לכאורה מפני טענה נזיקית שעלולה להתעורר במצב שבו אדם טרנסגינדר יתחרט על הניתוח שהוא עבר והאחריות לכך תיפול על כתפי המוסד והרופא שלא אבחנו כנדרש את מצבו הנפשי. ציון בהקשר זה כי 98.5% מהאנשים הטרנסגינדרים שעברו הליכים לשינוי מין מרוצים לחלוטין מהליכים אלו וכי במרבית הפעמים א/נשים שלא היו מרוצים מהליך התלוננו על רשלנות מצד הרופאים בביצוע ההליך ולא משום "שהתחרטו".<sup>55</sup> יתר על כן, כפי שמציין לבנת, עמדת בית המשפט הישראלי ביחס לניתוחים אלקטיביים היא כי אין בעצם העובדה שאדם "מתחרט" על שעבר ניתוח כאמור, כדי להטיל אחריות נזיקית על הרופא שביצע את הניתוח (ר' ע"א 5586/03 ד"ר לארי פרימונט נ' פלוני- צריך הפנייה מפורטת), אפילו במקרה בו הרופא מפר את חובתו ואין שואל את המטופל האם הוא סובל או סבל בעבר מבעיות נפשיות כלשהן.

בפסק הדין פלונית הבהיר השופט ג'ובראן כי גם הזכות לשיוויון של א/נשים טרנסים היא זכות חוקתית וכי זכות זו אינה נפרשת רק על מי שהשלים את הליך השינוי המגדרי. יותר מכך הבהיר השופט ג'ובראן כי עצם אי ההכרה בזהות המגדרית של הפרט, כפי שהוא רואה אותה, היא פגיעה בזכות לשיוויון. בארה"ב קבע בית המשפט כי העובדה ששלטונות בית-כלא ברחבי המדינה לא אפשרו לאסירים/אסירות טרנסים לעבוד טיפולים לשינוי מין עולה לכדי "אכזריות בלתי רגילה" האסורה על ידי החוקה ולאחרונה בית המשפט פסק כי על המדינה לממן ניתוחים אלו לאסירים.<sup>56</sup> בהמשך לדבריו של ג'ובראן הרי החוזר עצמו ועבודת הוועדה אשר כולם סובבים סביב אותה "הכרה" או "אי הכרה" בזהות המגדרית של א/נשים טרנסגינדרים מהווה פגיעה בזכותם לשיוויון.

יתר על כן הפגיעה באוטונומיה של הפרט ובפרט הפגיעה בזכותו של אדם לממש את זהותו באופן עצמאי אשר היא פועל יוצא של עבודת הוועדה במתכונתה הנוכחית היא פגיעה בזכותם של א/נשים טרנסים לשיוויון אל מול זכותם של א/נשים סיסגינדרים לממש את זהותם המגדרית. פגיעה זו בולטת מאוד בנוהל המחייב את הקמת ועדת מומחים ואוסר על קיום ניתוחים בבתי חולים פרטיים, כלומר בחיוב פרוצדורה רפואית המאפשרת פיקוח ממסדי על המגדר וחצייתו.<sup>57</sup>

עצם הפיקוח על המגדר שמשקף מעבודת הוועדה עומד בניגוד לזכותם של א/נשים טרנסים לממש את זהותם המגדרית ובכך הוא פוגע בזכותם לשיוויון. לסיכום נקודה זאת, מבחינה חוקתית וחוקתית נראה כי אין מקום לדרוש מא/נשים טרנסים לעבור את הפרוצדורה של הוועדה כתנאי לגישה לניתוחים לשינוי מין. דווקא מתוך הכרה בזכותם של א/נשים טרנסים לאוטונומיה ולשיוויון די להסתפק בהסכמה מדעת ובמקרה הצורך, כאשר מתעורר חשש סביר, אישור מאיש בריאות הנפש כי המבקש יכול לתת את הסכמתו מדעת.

בדרכים שונות קופות החולים, אחת לתקופה, מנסות לנער חוצנן ממימון הניתוחים לשינוי מין, בין אם באמצעות שלילה רנדומלית של בקשות למימון ניתוחים בחו"ל מהביטוחים המשלימים ובין אם בטענות שאין החוק מחייב אותם לממן ניתוחים אותם אישרה הוועדה. רק לאחרונה מנכ"ל משרד הבריאות קיבל החלטה ראשונית להחיל את החוזר על פרוצדורות המתבצעות במסגרת השב"ן, כלומר

<sup>55</sup> Pfäfflin, F. (1993). Regrets after Sex Reassignment Surgery. *Journal of Psychology and Human*  
<sup>56</sup> ר' Wolfe v. Horn, 130 F.Supp. וכן Kosilek v. Spencer, No. 00-12455, 2012 U.S. Dist. LEXIS 124758 (D. Mass. Sept. 4, 2012)  
<sup>57</sup> יעל סיני, בעמוד 51.

שגם מי שמבקש לעבור ניתוח פרטי במימון הביטוח המשלים ואפילו בחו"ל יצטרך לעבור דרך הוועדה בתל השומר. לכן סוגיה נוספת הנוגעת לעבודת הוועדה קשורה במימון הטיפולים המאושרים על ידה והכללתם בסל הבריאות. בעבר התעוררו שאלות בעניין זה כאשר בשנת 1997 הוגשה לבית הדין האזורי לעבודה תביעה כנגד קופת חולים שסירבה לממן את ההליכים לשינוי מין אותם אישרה הוועדה עבור מבוטח/ת של הקופה. לאחר הגשת התביעה הסכימה הקופה לממן את עלויות הניתוח "במסגרת בית חולים ציבורי ובכפוף לנוהלי משרד הבריאות."<sup>58</sup>

עניין זה הגיע גם לנציבות לקבילות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי של משרד הבריאות בחודש יוני 2001.<sup>59</sup> במקרה זה ביקש מבוטח של קופת חולים מאוחדת לעבור ניתוח לשינוי מין לאחר שזכה לאישור הוועדה בסיומו של מעקב שנמשך שנתיים. המבוטח פנה לקופה וביקש את מימון הניתוח אך הקופה סירבה בטענה כי הניתוח אינו נמצא בסל הבריאות. נציבות קבילות הציבור קבעה כי בהתאם לסעיף 7(א)(1) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, בסל הבריאות נכללים כל "שירותי הבריאות שנתנה קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל לחבריה במועד הקובע לרבות תשלומים מיוחדים ששילם החבר, הכל כמפורט בתוספת השניה".<sup>60</sup> הנציבות פנתה לקופת חולים כללית וזו השיבה כי במועד הקובע (הראשון לינואר 1994) היא פעלה על פי החוזר וכך גם עלה מבדיקת חוברת סל השירותים של קופת החולים במועד הקובע. אולם בכך לא היה די לקופת חולים מאוחדת אשר טענה כי על פי החוק הפרוצדורה צריכה להופיע בתוספת השנייה לחוק ועל כן התעוררה שאלה פרשנית לגבי היקף השירותים הניתנים בחוק.<sup>61</sup> על כך ענתה עו"ד מירה היבנר, דאז היועצת המשפטית של משרד הבריאות אשר קבעה כי:

*ידעתנו היא, כי יש לתת להפניה לשירותי הבריאות שסיפקה הקופה במועד הקובע משמעות נורמטיבית ממשית, אף אם לא פורטו בתוספת השניה...*

*אכן, מקום שקיימת סתירה בין החוק לבין התוספת השניה הרי שהתוספת היא הגוברת. השמטת השרות מן התוספת אינה בגדר "סתירה", ובפרט שאין כל אינדיקציה לכוונה מפורשת של המחוקק להשמיטו. ביטויה של כוונה כזאת בדרך כלשהי (אם במפורש, בחוק עצמו, אם בדברי הסבר להצעת החוק, ואם בדיונים על ההצעה) היא חשובה, אם מבקשים ללמוד מאי איזכורו של שרות רפואי - היעדר חובה לספקו, שעה שהצהרת הכוונות של המחוקק היא הפוכה, ומקיפה את מלוא סל השרותים של הקופה, כאמור לעיל.*

*ביה"ד הארצי לעבודה פסק כבר, בהילכת "מדזיני", כי לסל השרותים של הקופה, במועד הקובע, נפקות לענין פרשנות התוספת השניה - ככל שהדברים אמורים במיגבלות שהיו קיימות באותו מועד ושלא בא זיכרון בתוספת. כלל זה צריך לחול גם על שרותים שניתנו במועד הקובע ושלא נכללו בתוספת*

<sup>58</sup> "קופת חולים כללית מסכימה לממן ניתוח לשינוי המין" מעריב 5.11.1997

<http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=144788>

<sup>59</sup> דו"ח מס' 5 של נציב קבילות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי לשנים 2002-2003 (ירושלים, 2004)

[http://www.health.gov.il/PublicationsFiles/ND2002\\_2003.pdf](http://www.health.gov.il/PublicationsFiles/ND2002_2003.pdf)

<sup>60</sup> שם, בעמוד 39.

<sup>61</sup> שם, בעמוד 40.



**השניה. מכאן עמדתנו, כי על הקופה לספק גם את השירותים שבנדון, ככל שסופקו על ידה במועד הקובע.**<sup>62</sup>

בהתאם לחוות הדעת של עו"ד היבנר החליטה הקופה לחזור בה מעמדתה ולממן את הניתוח. לסיכום נקודה זו הרי שבהתאם לחוק בריאות ממלכתי ניתוחים לשינוי מין נכללים בסל הבריאות. אחת ההשלכות של ענין זה היא החובה לכאורה לספק מימון לניתוחים אלו באם אין אפשרות לבצעם בישראל.

מכאן נובעת פגיעה נוספת בעקרון השוויון שכן בפועל ניתן לקבל נגישות לאותם הליכים גם באפיקים פרטיים בישראל ובחו"ל, כאשר רק בחו"ל מבוצעים ניתוחים לשינוי אברי המין ואילו בארץ הם אסורים אלא אם הם מתבצעים דרך הוועדה.<sup>63</sup> רוב ההליכים האלו מכוסים, בצורה כזו או אחרת, על ידי הביטוחים המשלימים של קופות החולים. באפיקים הפרטיים הללו אין דרישות מקבילות לדרישות הוועדה, כלומר הם אינם מחייבים תקופת המתנה ואינם מחייבים ביצוע מבחנים פסיכולוגיים כלשהם, אלא לרוב די במכתב מאיש בריאות הנפש המאבחן את המבקש כדי לאפשר את הניתוח או את הטיפול ההורמונלי. לפיכך עבודת הוועדה יוצרת אפליה פסולה בין א/נשים טרנסים שאין ביכולתם לממן קבלת טיפולים באופן פרטי ובין אלו שיש ביכולתם לעשות כן.

לסיכום חלק זה הרי שאין ספק שהניתוחים לשינוי מין הם חלק מסל הבריאות וככאלו הם אמורים להינתן במימון של קופות החולים. אולם, כמו בפרוצדורות כירורגיות אחרות המעוגנות בסל הבריאות או פרוצדורות אלקטיביות הזמינות לא/נשים סיסגינדרים, אין לדרוש מא/נשים טרנסים לעבור את ההליכים המעוגנים בחוזר בפיקוח הוועדה, הליכים שעבד עליהם הקלח ואינם עומדים בשורה אחת עם הסטנדרטים המקובלים בעולם. במקום זאת יש להסתפק בהסכמתם מדעת של א/נשים טרנסים לעבור הליכים לשינוי מין, ככל שזאת יכולה להינתן.

## **סיכום**

בגי"ץ פלונית וכן חוות הדעת של נציבות שיווין הזדמנויות בעבודה משנים את "כללי המשחק" בכל הנוגע לא/נשים טרנסים. "כללי המשחק" החדשים מחייבים את בית המשפט להסיט את מבטו. במקום להסתכל לא/נשים טרנסים "בתוך המכנסיים" עליהם להסתכל עליהם "ישר בעיניים". במקום להשתמש באבחנות רפואיות כאבן בוחן להיקף זכותם לצדק ולמשפט, על בית המשפט לתת דין וחשבון לאופנים שבהם המערכת הנורמטיבית הנגזרת מהנורמות חברתיות המקובלות של מיניות ומגדר פוגעת באופן ישיר ויום יומי בא/נשים טרנסים. על המשפטנים המצייגים א/נשים טרנסים מוטלת המשימה של בחינת הסדרים מהותיים לחייהם של לקוחותיהם דרך הפריזומה של זכויותיהם החוקתיות לשוויון ולאוטונומיה. שינויים אלו מתבקשים בכל הזירות המשפטיות שסקרתי בפרק זה. אולם יש לזכור שמשפטנים יכולים לאתר את הנקודות החלשות של מערכת משפטית מסוימת אך

<sup>62</sup> שם, בעמוד 42.

<sup>63</sup> יוער כי מתצהירים שנאספו מחברות הקהילה לצורך הגשת עתירה לבג"ץ בנוגע לחוזר עולה כי הניתוחים לשינוי איברי המין עבור נשים טרנסיות המתבצעים בישראל נופלים באיכותם באופן משמעותי מהניתוחים המבוצעים ברחבי העולם ובפרט במדינות מערב אירופה, תאילנד וארה"ב. הטכניקות והטכנולוגיה בה משתמשים בתל השומר איננה מעודכנת ותוצאות הניתוחים אינם מאפשרים, לרוב, תפקוד מיני תקין. ביחס לגברים טרנסים ניתוחים הטכנולוגיה של ניתוחים לשינוי איברי המין טרם השתכללה ברחבי העולם ולכן ניתוחים אלו דורשים ניתוחי המשך רבים ובמרביתם המוחלט של המקרים אינם מאפשרים תפקוד מיני תקין.

עליהם לזכור כי קורבנות המערכת המשפטית בדרך כלל יודעים יותר על איך המערכת פועלת באמת. בעוד הקורבנות רואים איפה המערכת פוגעת בהם, משפטנים יודעים בדרך כלל איך מערכות אלו עובדות "על הנייר". לקהילה הטרנסית די מכך שא/נשים אחרים, בעלי כוח, מדברים בשם על רצונותיהם ושאיפותיהם. על כן, משפטנים שעובדים בשירות א/נשים טרנסים צריכים להיות קשובים לרצונות של לקוחותיהם ולדרך שבה הם רוצים להשיג אותם. על מי שמבקש לקדם את זכויותיהם של א/נשים טרנסים לקחת חלק במאבק לחופש מגדרי וחופש ממגדר, ולא להכתיב את האג'נדה שלו.

יש לנצל את בתי הדין לעבודה כזירה לשינוי המבט המשפטי על שונות מגדרית, בהתאם לעמדת הנציבות, כלומר יש לשנות את הבסיס להשוואה, כך שבית המשפט ידון בפריבילגיות הנובעות מהמצג המגדרי ההטרסקסואלי. יש להתחיל ולתבוע מכוח חוק איסור הטרדה מינית, מעסיקים וכן גורמים מוסדיים ופרטיים אשר מתייחסים באופן משפיל ומבזה לא/נשים טרנסים. יש לדרוש ממשד הפנים לכל הפחות להשוות את הליך שינוי פרט המין ולהליך שינוי פרט השם, כלומר שיהיה די להסתפק ברצונו האוטונומי של האדם על מנת לבצע שינוי זה, אם לא לדרוש את ביטולו של סעיף המין במרשם האוכלוסין כולו, שכן תכליתו העיקרית היא מיון וסיווג האוכלוסייה בהתאם לאותם נורמות חברתיות דכאניות ומפלות. לבסוף, יש לערוך רפורמה מקיפה בכל הנוגע לחוזר משרד הבריאות ולוועדה לשינוי מין ולהבטיח כי המימון שנקבע בסל הבריאות למימון ניתוחים לשינוי מין יהא נגיש לא/נשים טרנסים מבלי לדרוש מהם לוותר על זכותם לאוטונומיה ולהפקיר את החלטות החשובות ביותר הנוגעות לחייהם וזהותם לידי מונופול של הממסד הרפואי. זאת יש לעשות באמצעות ביטול הוועדה וביטול החוזר ולהעמיד את הדרישה מא/נשים טרנסים על מתן הסכמה מדעת, שתכלול גם מודעתם להשלכות הספציפיות של הליכים אלו. קריאות אלו של המצב המשפטי מתבקשות מכוח זכותם של א/נשים טרנסים לאוטונומיה ולשוויון. קריאות אלו אינן מסתפקות בסימון "חריגה" פסולה מנורמה, אלא משקפות את האופן שבו הנורמות השולטות ביחס לא/נשים טרנסים פסולות הן. בהמשך לקריאתו של המשפטן והמלומד דין ספייד, ביחס לשונות מגדרית עלינו לאתגר את שורשי אי הצדק ולא את תופעותיו.<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> SPADE, לעיל ה"ש 1, בעמוד 185.