



על זהות מגדרית טרנסג'נדרית – בעקבות תמ"ש 17983-07-16 פלוגית נ' פלוני

נטע אבנון*

1. מבוא.
2. תמצית פסק הדין.
3. הנרטיב השיפוטי המצוי והנרטיב החלופי.
4. סיכום ומחשבה להמשך.

"כשהייתי בת 16, הבנתי שההורים שלי אף פעם לא יגיעו להשלמה, ושאני אאלץ לחכות עד גיל 18 כדי להתחיל כל סוג של טיפול לשינוי מגדרי, וזה לגמרי שבר לי את הלב. ככל שמחכים יותר, כך קשה יותר לעשות את השינוי [...] תתקנו את החברה, בבקשה"¹.

1. מבוא

האם לאפשר לקטינה טרנסג'נדרית לקבל טיפול הורמונלי למרות התנגדותו של אביה? זו השאלה שעמדה להכרעת בית המשפט בפסק הדין בעניין פלוגית,² מושא הארת פסיקה זו. כדי לענות על שאלה זו נדרש בית המשפט לבחינה משפטית של זכויות הקטינה וערכים נוספים.

בפסק הדין קבע השופט ארז שני כי הסיכון לשלום החיים, כלומר ערך החיים של הקטינה, מצדיק היעדרות לבקשתה של הקטינה. בנוסף נקבע כי רצון הקטינה וטובתה הנובעת מעקרון טובת הילד, יבואו שניהם לידי ביטוי באופן הטוב ביותר אם יתאפשר לה לקבל את הטיפול ההורמונלי.

* עו"ד נטע אבנון היא סטודנטית לתואר שני במשפטים, עמיתת תכנית "תקנה" של הקתדרה לזכויות אדם ע"ש אמיל ז'ולא, בית הספר למשפטים על שם חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל.

¹ מתוך מכתב התאבדות של לילה אלקורן, קטינה טרנסג'נדרית, אוהיו. ראו יענה גונן "תתקנו את החברה בבקשה" GoGay 1.1.2015 gogay.co.il/item.php?id=18560.

² תמ"ש 17983-07-16 פלוגית נ' פלוני, 11 (לא פורסם, 19.1.2017).



”כי אם אני אינני אני”

מבחינה נורמטיבית, הכרעת השופט התבססה על נורמות מקובלות כדוגמת "טובת הילד" ו"ערך החיים". עם זאת, כפי שאראה ברשימה זו הטקסט הנורמטיבי אינו מנותק מהנרטיב. הנרטיב והנורמטיבי הם שיוצרים את ה-Nomos, הוא העולם הנורמטיבי שבו אנו מתגוררים.³ ברשימה זו אתמקד בנרטיב השיפוטי אשר משרת את השופט לצורך הכרעתו. נרטיב זה בוחן את האותנטיות של טרנסג'נדריות מנקודת מבט אבחונית-רפואית. כמובן, שנרטיב זה הוא אחד מני נרטיבים חלופיים רבים, חלקם משפטיים וחלקם אינם משפטיים, המרכיבים את העולם הנורמטיבי ונותנים לו את משמעותו.⁴

פסק הדין מבוסס היטב מבחינה נורמטיבית, ונשען על עקרונות מקובלים של המשפט: טובת הילד, רצונו וערך החיים, ובאמצעותם הוא אכן מגיע לתוצאה רצויה. עם זאת, כך אטען, מבחינה ערכית ישנו פער בין השימוש הנאות בעקרונות אלו לבין השימוש בשיח הרפואי, הבא לידי ביטוי בהסתמכות רבה מדי על חוות דעת רפואיות. שיח זה מעביר מסר שהגדרתה העצמית של אישה טרנסג'נדרית אינה מספקת, אלא תלויה בהגדרתה על ידי אחרים, במקרה זה רופאים. מטעם זה, חרף תוצאתו החיובית של פסק הדין, קביעותיו העובדתיות של בית המשפט בעניין הקטינה, שעיגנו את התוצאה בעיקר בהסתמך על עדות המומחית הפסיכיאטרית, יש בו החמצה מסוימת – החמצת ההזדמנות לספר סיפור של אנשים טרנסג'נדרים השונה מזה הנהוג בבתי המשפט, ובכך לעשות אף יותר לקידום זכויותיהם, ולעשות כן תוך שימוש בנרטיב חלופי מכבד.

אני מוצאת עניין מיוחד בטקסט שיפוטי שנכתב על ידי שופט פרוגרסיבי, שניכר כי הוא מכיר בזכויותיה של הקטינה הטרנסג'נדרית ואף כותב זאת במפורש, אך למרות זאת עדיין שבוי באופן מסוים בנרטיב הרפואי. פער זה ניכר בניגוד בין האמירות המתקדמות המונעות של השופט לגבי אנשים טרנסג'נדרים והשפה המכבדת שבה נקט, לבין נרטיב סטנדרטי, מקטין ומסתמא בלתי-מודע, שעליו מבוססת ההכרעה.⁵

³ Robert M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term -- Foreword: Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4, 4–5 (1983).

⁴ שם.

⁵ עידו קטרי "על צומת דרכים: מפגשה של הקהילה הטרנסית עם מערכת המשפט" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 727, 729 (2016).



2. תמצית פסק הדין

פסק הדין עוסק בקטינה הרואה ומגדירה את עצמה כאישה, למרות שהחברה רואה אותה כזכר מבחינה ביולוגית. לאחר תלאות רבות שעברה בחייה, שאפה הקטינה לשנות את מאפייניה הזכריים באמצעות קבלת טיפול הורמונלי, כחלק מתהליך גיבוש זהותה המגדרית כאישה. אמה תומכת בשאיפתה ואביה מתנגד. בשל היותה קטינה, לצורך קבלת הטיפול היה עליה לקבל את הסכמת שני ההורים, או את אישורו של בית המשפט. מאחר שהאב התנגד לטיפול, פנתה האם בשם בתה לבית המשפט.

בית המשפט הכריע כי הקטינה תקבל את הטיפול שביקשה. השופט לא נקט לשון מכלילה בפסק דינו, אלא התייחס למקרה הספציפי שהובא בפניו, דהיינו לטרנסג'נדרית המבקשת לקבל טיפול הורמונלי המותאם לנשים טרנסג'נדריות, ולא למקרה של קטינה כלשהי המבקשת טיפול רפואי כלשהו. בשל כך, התייחס בית המשפט למאפייניה הייחודיים של הקטינה כטרנסג'נדרית, ולסיפור חייה הנוגע לזהותה המגדרית.

בית המשפט קבע שערך החיים של הקטינה, הקודם אף לאיכות חייה, עלול להיפגע מאי-קבלת הטיפול. קביעה זו נסמכה על גורמי סיכון נפוצים של אנשים טרנסג'נדרים, ובעיקר על חוויות חייה של הקטינה שכללו דיכאונות, אשפוזים ומחשבות אובדניות, ושנבעו במידה רבה מהיותה קטינה טרנסג'נדרית.

עוד קבע בית המשפט, כי טובתה של הקטינה היא קבלת הטיפול לאלתר, בלי להמתין שתגיע לגיל הכשרות המשפטית. למרות שלצורך קביעה זו הסתפק השופט בחוות דעת המומחית הפסיכיאטרית, שלפיה הקטינה עונה לכל התסמינים של "דיספוריה מגדרית", הוא המשיך ונימק את החלטתו בכך שמצווה עליו, כשופט, לא לעצום עיניים נוכח סבלה של הקטינה בכלא גופה, וכי עליו להיענות לרצונה כל אינו פוגע בטובתה. השופט קבע כי רצון הקטינה אינו פוגע בטובתה, אלא דווקא מקיים אותה.

השופט הסיק שהשילוב בין שלום הקטינה (ערך החיים) לבין טובתה מצדיק היעדרות לתביעתה למתן הטיפול לאלתר. הגדיל השופט וקבע, כי לו תהיה הקטינה מעוניינת היא תוכל לעבור הליך כירורגי להתאמת מינה.⁶ לבסוף, השופט מינה את עורכות דינה של הקטינה כאפוטרופסות לדין, על מנת שיעזרו לה לממש את הטיפול ולקבל סיוע אחר שעשוי להידרש לה.⁷

⁶ עניין פלוגית, לעיל ה"ש 2, בעמוד 11.
⁷ שם.



”כי אם אני אינני אני”

3. הנרטיב השיפוטי המצוי והנרטיב החלופי

ציבור האנשים הטרנסג'נדרים הוא מיעוט מיני ומגדרי שחשוף לאפליה, לסטיגמות, לדעות קדומות ולדיכוי, שמקורם ביחס החברה כלפי חוסר הקונפורמיות המגדרית שלו.⁸ כתוצאה מיחסה השלילי של החברה האנשים טרנסג'נדרים חשופים ללחצים פנימיים,⁹ וחווים קשיים נפשיים כגון דיכאונות, ומחשבות וניסיונות אבדניים.¹⁰ בהחלטתו התייחס השופט במפורש לנקודה אחרונה זו, בציינו את "ערך החיים" כקודם אף לכבוד האדם ולטובת הקטינה הטרנסג'נדרית שבאה בפניו. את הסכנה שקיימת לחייה של הקטינה אם לא תקבל טיפול, הסביר השופט בשני רבדים: הראשון, בהשתייכותה למיעוט המיני והמגדרי הטרנסג'נדר. השני, בהתבוננות בקטינה הספציפית ובחויית חייה שכללו דיכאונות ומחשבות אבדניות המצריכות הגנה על חייה, במקרה זה על דרך של מתן טיפול הורמונלי. די היה לשופט בכך שחייה של הקטינה בסכנה, על מנת לאשר את בקשתה, אך כדי לחזק את החלטתו המשיך השופט והתייחס גם לזכויות האדם של הקטינה, ובמקרה זה לכבוד האדם. השופט אמנם לא נקב במפורש בשמות הזכויות שעלולות להיפגע אם לא יתקבל הטיפול, אך מדבריו עולה שמדובר בזכויות להגדרה עצמית ולאוטונומיה של הפרט, שברגיל אכן מוזכרות בהקשר של זכויות טרנסג'נדרים.¹¹ החלטתו של השופט מתקדמת וראויה. קביעותיו מעידות על כך שהוא למד את הנושא, והטקסט השיפוטי נמנע מקביעות סטראוטיפיות מכלילות שרבים חוטאים בהן,¹² אך בכל זאת הוא מגיע למסקנותיו בנוגע לערך החיים, לכבודה של הקטינה ולטובתה, באמצעות נרטיב רפואי. קריאה בטקסט השיפוטי מעלה כי בפסק הדין, הנפרש על ששה עמודים בלבד (שמתוכם עמוד ומחצה מוקדשים להסבר מדוע ניתן לדון בתובענה ללא נוכחות

8 Walter O. Bockting et al., *Stigma, Mental Health, and Resilience in an Online Sample of the US Transgender Population*, 103 (3) AM. J. PUBLIC HEALTH 943, 943 (2013)

9 שם, בעמ' 948.

10 Maureen Carroll, *Transgender Youth, Adolescent Decisionmaking, and Roper V. Simmons*, 47 UCLA L. REV 725, 733–734 (2009)

11 קטרי, לעיל ה"ש 5, שם.

12 ראו למשל: ע"פ 5833/12 פלוגית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.9.2013) (להלן: ע"פ 5833/12 פלוגית), שם שופטי בית המשפט העליון התייחסו לטרנסג'נדרית כ"פלוגי" לאורך פסק הדין כולו; ת"פ 5304-09 (ת"א) מ.י. מדור תביעות פלילי ת"א נ' בשארי (פורסם בנבו, 10.9.2013), שם השופט כתב בגזר הדין את המילה אישה במירכאות בהתייחס לנאשמת טרנסג'נדרית; ת"פ (מחוזי חיפה) 389/02 מדינת ישראל נ' אלקובי (פורסם בנבו, 7.9.2003).



האב), השופט מסתמך משמעותית על חוות הדעת של המומחית הפסיכיאטרית. זו מוזכרת לא פחות מ-15 פעמים.

חוות דעתה של המומחית משמשת את השופט כדי להבין את מצבה של הקטינה בכל תחומי החיים: המצב הכלכלי של משפחתה,¹³ יחסי הקטינה עם הוריה – אביה המתנכר לה,¹⁴ אמה שמתקשה בהצבת גבולות,¹⁵ מצבה הנפשי של הקטינה בעבר ובהווה,¹⁶ השתלבותה (וליתר דיוק אי-השתלבותה) בלימודים ובשוק העבודה,¹⁷ וכמובן זהותה המגדרית.¹⁸

בתחום אחרון זה – הזהות המגדרית – משמשת חוות הדעת את השופט כדי להבין את החוויה הסובייקטיבית של הקטינה כטרנסג'נדרית, ואת התהליכים שעברה עקב זהותה המגדרית. כמו כן, משמשת חוות הדעת את השופט כדי לבחון את אותנטיות זהותה המגדרית של הקטינה, ולאבחן את הקטינה כמקובל במקרים של טרנסג'נדרים ("דיספוריה מגדרית"); להבין מהי טובת הקטינה; להעמיד תנאים לקבלת הטיפול המבוקש; ואף כדי להבין את אוכלוסיית הטרנסג'נדרים בכלל ואת הסיכונים עמם הם מתמודדים.

ברור שהמשאבים העומדים לרשות השופט לצורך קביעה שדבר מה הוכח, מוגבלים הם. זאת במיוחד כשאין מדובר במשהו פיזי שאפשר לאחוז בו, אלא במצבים נפשיים, ברצונות של קטינה ובתחושותיה. ידוע גם כי בעולם המשפט שימוש בעדים מומחים על מנת לקבוע שדבר מה הוכח, הוא פרקטיקה נפוצה. הדבר אף מתחדד כשבקטינים עסקינן.¹⁹

הנרטיב הרפואי, שם את מרכז הכובד על פנימיותו של האדם טרנסג'נדר כפי שהיא מוגדרת על ידי אחרים – חוות דעת מומחים ובעיקר פסיכיאטרים. חוות דעת אלו משמשות את השופט (אך גם גורמים שאינם שיפוטניים, כמו הוועדה לשינוי מין) לא רק כדי לקבוע אם האדם מבין ומודע להחלטותיו, אלא גם כדי לקבוע עבורו מהו ומיהו; לקבוע את האותנטיות של המגדר שלו; ולאבחן את המצבים

¹³ עניין פלוגית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 7.

¹⁴ שם, בעמ' 7–8.

¹⁵ שם, בעמ' 10.

¹⁶ שם, בעמ' 8–10.

¹⁷ שם, בעמ' 8.

¹⁸ שם, בעמ' 7, 9–10.

¹⁹ ע"א 2266/93 פלוגי נ' פלוגי, פ"ד מט(1) 221, בפס' 20 (1995).



”כי אם אני אינני אני”

הנפשיים הנגרמים בעקבות אותה "טרנסג'נדריות".²⁰ אמירה זו נכונה ביתר שאת כשמדובר בחוות דעת הנוגעת לקטינים טרנסג'נדרים. דוגמה קלאסית לכך, היא האמירה של השופט כי "[המומחית הפסיכיאטרית] נתבקשה ליתן דעתה האם אכן מדובר במה שאנו מכנים טרנסג'נדר".²¹

אלא שלעתים חוות דעת מומחים שונות שניתנות בנוגע לאותו אדם בדיוק, מגיעות למסקנות הפוכות – אותה קטינה יכולה להיות "מאובחנת" כטרנסג'נדרית העונה להגדרה של "דיספוריה מגדרית" בידי מומחה אחד, וכמי שאינה טרנסג'נדרית בידי מומחית אחרת.²²

שימוש בנרטיב רפואי לתמיכה בהחלטות ולקביעת קביעות לגבי אנשים טרנסג'נדרים, אינו בעייתי רק משום הדעות השונות של המומחים השונים. הוא בעייתי מעצם היותו, וזאת משלושה טעמים מרכזיים: ראשית, אבחון רפואי של אנשים טרנסג'נדרים בידי אדם אחר, יותר משהוא נועד להקל או לסייע לאדם הטרנסג'נדר הוא מהווה אמצעי לשימור שליטה חברתית: צריך "לטפל בהם" למען החברה.²³ שנית, דווקא ההגדרות הרפואיות המוצמדות לאנשים טרנסג'נדרים (כפי שהן מנוסחות ב-DSM²⁴), מעמיקות ומנרמלות את תפיסתו של מגדר שונה כסוטה ופתולוגי.²⁵ פתולוגיה זו גורמת לסטיגטיזציה מעצם מתן ההגדרה.²⁶ שלישית, לא ניתן לנתק את עולמם הפנימי ואת דעותיהם הקדומות של מטפלים כלפי אנשים טרנסג'נדרים, גם אם הם אנשי מקצוע.²⁷

באשר להגדרות שבהן משתמשים גורמי הטיפול לצורך אבחון טרנסג'נדרים – האבחנה שונתה במהדורה האחרונה של ה-DSM מ"הפרעת זהות מגדרית"

²⁰ כך גם בוועדות לניתוחים לשינוי מין, שם עושים שימוש בפיקוח הדוק על האדם כדי לקבוע שהוא "באמת" טרנסג'נדר. הפיקוח כולל "הוכחת טרנסג'נדריות" במשך שנתיים, שבהן צריך טרנסג'נדר לחיות כמי שהוא מבקש "להפוך" אליו.

²¹ עניין פלוניח, לעיל ה"ש 2.

²² Jaime B. Margolis, *Two Divorced Parents, One Transgender Child, Many Voices*, 15 WHITTIER J. CHILD. & FAM. ADVOC. 125, 134 (2016).

²³ Jodie M. Dewey & Melissa M. Gesbeck, *(Dys) Functional Diagnosing: Mental Health Diagnosis, Medicalization, and the Making of Transgender Patients*, 41(1) HUMANITY & SOCIETY 37, 41 (2017).

²⁴ DSM- Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorder

²⁵ שם.

²⁶ Jonathan L. Koenig, *Distributive Consequences of the Medical Model*, 46 HARV. C.R.-C.L.L. REV 619, 628 (2011).

²⁷ Dewey & Gesbeck, לעיל ה"ש 23, בעמ' 48.



(Gender Identity Disorder) ל"דיספוריה מגדרית" (Gender dysphoria), והוצאה מהפרק העוסק בסטיות מיניות.²⁸ עם זאת, ולמרות הניסיון לדה-פתולוגיזציה של טרנסג'נדריות,²⁹ האנשים הטרנסג'נדרים עדיין "זוכים" להיכלל במדריך זה, שהוא בהגדרתו מדריך לאבחון של הפרעות נפשיות. כמו כן, עדיין נותרו קווי דמיון ברורים בין שתי ההגדרות, ובעיקר סביב הדרישה ל"תחושת חוסר נוחות" לגבי ההשתייכות למין המולד ולדרישה שהאדם הטרנסג'נדר יחווה "מצוקה".³⁰

אלא שהלחצים הפסיכולוגיים, הדיכאונות, החרדות, ואף הצורך לחפש הליכים רפואיים כדי להפחית את התופעות הללו, אינם רק ביטוי של אותה דיספוריה מגדרית, אלא קשורים ישירות לסטיגמה החברתית המופנית כלפי טרנסג'נדרים, על כל המשתמע מכך.³¹ כלומר, מקור ה"בעיות" אינו בהכרח חלק אינהרנטי מזהות טרנסג'נדרית, אלא בהכרח תוצאה של יחסה השלילי של החברה אליהם.

לכן, השימוש של בתי המשפט במסד הרפואי כבעל הסמכות, היא בדיוק ההיפך מההכרה בזכויות האנשים הטרנסג'נדרים, הזכות להגדרה עצמית ולאוטונומיה של הפרט. הפרט הטרנסג'נדר לא זכאי להגדיר בעצמו את המגדר שלו, אלא זכות זו שמורה למומחה. זה האחרון יעשה כן רק אם הפרט נמצא במצוקה ומרגיש חוסר נוחות הנובעת מעצם היותו טרנסג'נדר.³² האם יוכל בית המשפט להרשות לעצמו להשתחרר מהנרטיב הרפואי ומהצורך בהגדרותיו של הממסד הרפואי ולהכיר באדם כמי שהוא, טרנסג'נדר/ית? האם יוכל לעשות כן "רק" מתוך הקשבה לאדם הטרנסג'נדר וגם אם זה האחרון אינו "סובל" מדיכאונות, רצון להתאבד וכיוצא באלה מאפיינים הנוטים להיות מיוחסים לאנשים טרנסג'נדרים?

כך למשל, מה היה קורה לו הקטינה מושא פסק הדין לא הייתה חווה משברים נפשיים שלווו בדיכאונות ובמחשבות אבדניות, ולא טופלה בידי פסיכיאטריה, אלא הייתה מגיעה מבית יציב ורוצה לקבל טיפול הורמונלי רק כחלק מהגשמתה כאישה (אך אחד ההורים מסרב לכך). נראה שבמקרה כזה קיים סיכוי גבוה שלא היו

²⁸ ש.ס.

²⁹ ש.ס, בעמ' 41.

³⁰ Dewey & Gesbeck, לעיל ה"ש 23.

³¹ Bockting, לעיל ה"ש 8, בעמ' 948.

³² עידו קטרי "שונות מגדרית בפסק הדין פלוג(ית) – בין שמרנות לחדשנות" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה 26, 32, 36–37 (2014) www.colman.ac.il/node/3778.



“כי אם אני אינני אני”

מופיעים אצלה "תסמינים של טרנסג'נדריות" כנדרש להגדרתה ככזאת, שכן ההנחה הבסיסית היא שהזהות המגדרית של הטרנסג'נדרית צריכה לגרום למצוקה נפשית.³³ ייתכן שקטינה כזו לא תרגיש "כלואה" בגופה, כפי שקלינית מצופה ממנה וכפי שמתייחס אליה השופט בפסק הדין,³⁴ אך אין זה אומר שהיא אינה קטינה טרנסג'נדרית.³⁵ האם גם אז היה בית המשפט רואה את זכויותיה וטובתה לנגד עיניו ומאפשר לה לקבל את הטיפול? לדעתי, השאלה תיענה בשלילה. במילים אחרות, השימוש התכוף במטאפורה "כלואה בגופה" נעשה כדי לתאר את תחושתו של האדם הטרנסג'נדר מעמדה אמפתית, אך בה בעת הוא מבנה עבור טרנסג'נדרים את הסיפור שעליהם לספר כדי שיכירו בהם כטרנסג'נדרים "אמתיים". שימוש זה ממילא מחזק את התפיסה הבינרית שיש רק שני מגדרים אליהם יכול אדם להשתייך – גבר או אישה. המציאות מורכבת הרבה יותר,³⁶ ותפיסה זו מבטאת דיכוי.

שוו בנפשכם שבית המשפט היה בוחר לגנות את ההקשר החברתי שבו טרנסג'נדריות נתפסת כסטייה. במקרה זה המהלך השיפוטי יכול היה לשמש כלי לשינוי חברתי ולהכרה בזכויות.³⁷ בתרחיש זה היה השופט מתרשם מהקטינה, ובמידת הצורך נעזר במומחית רק כדי שתביע את דעתה על בגרותה בשל גילה. השופט יכול היה להבין את התופעות הפסיכולוגיות שחוותה הקטינה (כפי שהעידה המומחית), לא ככאלו שמקורן בפנימיותה הטרנסג'נדרית, אלא כתגובה ללחץ העצום ולסטיגמה שחוותה מהחברה (ומאביה) בגלל היותה טרנסג'נדרית. לא נעלם מעיני כי השופט אכן התייחס בפסק הדין לרצונה של הקטינה, כפי שהוא התרשם ממנו במהלך הדיונים. הוא התרשם שאין מדובר בהחלטה של רגע, אלא בהחלטה מושכלת.³⁸ עם זאת, אף שהתרשמות בלתי-אמצעית זו הובאה

³³ שם, בעמ' 35.

³⁴ עניין פלונית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 7,9.

³⁵ Koenig, לעיל ה"ש 26, בעמ' 625.

³⁶ אייל גרוס "התחזות כאדם אחר: חיקוי ומרי מגדרי במשפט חן אלקובי" משפטים על אהבה 404–405 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוח עורכות, 2005).

³⁷ נורה גרינברג "משפטו של אדם בלתי נראה: אי-הכרה בזהותו של עבריין טרנסג'נדר כמחיקת קיומו" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה 26, 5, 15 (2014) www.colman.ac.il/node/3778.

³⁸ עניין פלונית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 10.



בחשבון,³⁹ היא מהווה טיפה בים ההתרשמויות מחוות הדעת הפסיכיאטרית, שכלל הנראה הן שהיוו את המרכיב המרכזי בקבלת ההחלטה. לצד הביקורת הנרטיבית, חשוב לציין כי השופט נקט בלשון מכבדת בהתייחסו לקטינה כקטינה ולא כקטין,⁴⁰ ובהכירו בכך שבין שיחליט להיעתר לבקשתה של הקטינה ובין שלא, הדבר לא ישנה את עובדת היות הקטינה טרנסג'נדרית. השופט מכיר ביכולתו המוגבלת של בית המשפט לשנות את המציאות, ומודע לכך שרצון הקטינה בטיפול הורמונלי אינו מעיד בהכרח כי תרצה לעבור ניתוח לשינוי מין, ואינו שולל את היותה טרנסג'נדרית. כלומר, השופט מודע למגוון מסוים של הגדרות זהויות מגדריות, ומזווית זו מדובר בפסק דין מכבד שיש להתכבד בו. אני סבורה גם שהחלטתו של בית המשפט היא חשובה ואמיצה נוכח גילה של הקטינה, על סף הבגירות. השופט התייחס לכך שהקטינה תוכל להמתין שנה "בלבד", ולקבל את הטיפול בהגיעה לגיל 18 בלי הסכמת הוריה, אך לטעמו אין כל הצדקה לדחות את ההחלטה רק בשל גילה. בכך לדעתי, ניתן משקל רב לזכותה של הקטינה לכבוד ולהגדרה עצמית.

4. סיכום ומחשבה להמשך

כפי שהראיתי, בית המשפט הסתמך על חוות דעת המומחית כדי לבסס את קביעותיו בנוגע לקטינה, קביעות הכוללות גם את עצם הגדרתה כקטינה טרנסג'נדרית. ניתוח פסק הדין תוך ביקורת של הנרטיב השיפוטי המבוסס על פרקטיקה משפטית נפוצה – שימוש בחוות דעת רפואיות ופסיכיאטריות – חשף את הכשלים הטמונים בו. כשלים אלו הם שמעכבים את ההכרה האמתית בזכות האישה הטרנסג'נדרית להגדרת זהותה המגדרית ובזכותה לאוטונומיה. השופט יכול היה להגיע לתוצאה זהה בפסק הדין גם אלמלא נעזר בהרחבה בחוות דעת המומחית. די היה להישען עליה רק לצורך הערכת בגרותה של הקטינה ויכולתה להבין את המשמעויות של החלטותיה. בדרך זו לא רק שהיה מסייע לקטינה, כפי שאכן עשה, אלא גם מעביר מסר חברתי חשוב לחברה ולאנשים

³⁹ התרשמות זו הובאה בפסק הדין בשורה וחצי בלבד: "שוחחתי עם הקטינה כפי המתבטא בפרוטוקול וברור לי שאין מדובר בהחלטה הנעשית בשליפה של רגע, אלא בעניין מושכל המלווה את הקטינה זמן ממושך". עניין פלוגית, לעיל ה"ש 2 בעמוד 10.

⁴⁰ לצורך השוואה, בע"פ 5833/12 פלוגית, לעיל ה"ש 12, שופטי בית המשפט העליון התעלמו לחלוטין מזהותו המגדרית של טרנסג'נדר שנוולד כנקבה אך זהותו המגדרית היא גברית, וקראו לו לאורך כל פסק הדין "פלוגית".



”כי אם אני אינני אני”

טרנסג'נדרים שהם חלק בלתי-נפרד ממנה, על ידי יצירת נרטיב שיפוטי חלופי לזה הרפואי המיושן.

כפי שכתב קאבר (Cover) במאמרו, המשפט הוא עולם נורמטיבי שלם, מערכת שלמה המכוונת להערכת טוב ורע, תקף ושאינו תקף; עולם שבו הכללים המשפטיים, מוסדות המשפט, והכרעות שיפוטיות שואבים את משמעותם מנרטיבים תרבותיים מגוונים.⁴¹ לכן, כשעולם המשפט נפגש עם אנשים טרנסג'נדרים, ובפרט קטינים טרנסג'נדרים, הוא יכול וצריך לעשות שימוש בכלים המושפעים מנרטיבים שונים על מנת לשקף את הערכים הרצויים, וכדי להכריע בשאלות ערכיות. כך, שימוש בכלים המשפטיים העומדים לרשות בית המשפט (למשל: טובת הילד ורצונו), תוך הסתמכות על נרטיבים אלטרנטיביים לנרטיב הרפואי הצר, יהיה עדיף ויישקף כראוי את הערכים הרצויים (למשל: כבוד האדם הטרנסג'נדר). דרך פעולה זו אינה רק עדיפה לפרט ולקהילתו, אלא גם לעולם המשפט: היא תיצור לכידות בין ערכיו לבין הרציונל של הכרעות שיפוטיות. לכן, אופציה טובה יותר בהקשר הנוכחי, תהא להשתמש בנרטיב המספר את סיפורו של האדם הטרנסג'נדר – זכותו להגדרה עצמית, כבודו ושליטתו בחייו – מתוך שמכירים בבינתו ובתבונתו לדעת מה הוא רוצה ומה ייטיב עמו.

כך למשל, עולם המשפט יכול לאמץ שימוש בדוקטרינת "הסכמה מדעת", כפי שנעשה במספר מדינות בארצות-הברית.⁴² דוקטרינה זו יכולה להוות חלופה ראויה להליך המשפטי במקרה של קטינים טרנסג'נדרים. במסגרת הדוקטרינה, רופא, מטפל או פסיכיאטר, בוחן אם הקטין בוגר דיו לקבל החלטות על טיפול הורמונלי, מסביר לו את הסיכונים והסיכויים הכרוכים בטיפול, ובודק אם הבין אותם ואם קבלת ההחלטה בנושא שקולה.⁴³ כמובן שגם בהתאם לדוקטרינה זו נעשה שימוש במודל הרפואי, אך זאת רק בשל הגיל ולא בשל המגדר. שימוש בדוקטרינה זו יפחית משמעותית את הגעתם של קטינים טרנסג'נדרים להליכים משפטיים, וממילא יסיר מכשול בעולמם עתיר המכשולים.

אסיים בנקודה למחשבה. אנשים, ובכללם קטינים, מקבלים החלטות בכל שלב בחייהם. החלטות אלו יכולות להיות לא רציונליות. הן עשויות להיות קריטיות ומשפיעות על חייהם, ועל חיי אחרים. הן עשויות להיות בלתי-הפיכות. אנשים

⁴¹ Cover, לעיל ה"ש 3.

⁴² Carroll, לעיל ה"ש 10, בעמ' 379.

⁴³ שם, בעמ' 739.



עלולים גם להצטער על החלטות שקיבלו.⁴⁴ זה הוא המצב האנושי. לרוב, על החלטות אלו אנשים לא נדרשים לתת הסברים או לעבור אבחונים וטיפולים פסיכיאטריים.⁴⁵ כך למשל, אישה יכולה להחליט לעבור ניתוח להגדלת חזה או ניתוח אף. הסיבות לכך יכולות להיות קוסמטיות גרידא, ותוצאות ההחלטה יכולות להיות לא לשביעות רצונה ממגוון סיבות: היא יכולה לא לאהוב את המראה שלה לאחר הניתוח; היא יכולה להתאכזב מכך שהניתוח לא שינה את חייה, או שאנשים לא אהבו אותה יותר לאחריו כפי שציפתה. אבל, היא זו שקיבלה את ההחלטה. האוטונומיה אינה נטולת מחיר, ובכל זאת ההכרה החברתית היא לכבדה. אם כך, במה שונה החלטה של אנשים טרנסג'נדרים לעבור ניתוח להתאמת מין? האם אנשים טרנסג'נדרים פחות אנושיים או פחות אחראיים למעשיהם ולהחלטותיהם? בדיוק כמו בדוגמה לעיל, ייתכן שאישה טרנסג'נדרית תחליט לקבל טיפול הורמונלי או לעבור ניתוח להתאמת מין, ותתאכזב מהתוצאה. ייתכן שהיא תתאכזב כיוון שלא תהיה מרוצה מהמראה, ויכול להיות שתתאכזב מכך שציפייתה "להתקבל" בחברה בעקבות השינוי, התבדתה. אין שוני אמתי בין שני המקרים, ולכן השאלה הנשאלת היא מדוע אנשים טרנסג'נדרים נדרשים בכל זאת לתת דין וחשבון, ובעיקר לקבל אישור של גורמים חיצוניים בהליכי קבלת ההחלטות על חייהם?

לדעתי, התשובה לכך נעוצה בכך שהחברה ההטרו-נורמטיבית חוששת מהשונה ממנה, וממה שלדעתה מערער על הסדר הבינרי הקיים של זכר-נקבה, גברי-נשי.⁴⁶ תשובה זו אינה טובה דיה. אם נפנים, גם אם בסיוע מערכת המשפט, את הרעיון ש"הבעיה" אינה באנשים טרנסג'נדרים אלא במחסומים שהחברה מציבה בפניהם,⁴⁷ ייתכן שעבור האנשים טרנסג'נדרים העולם יהיה מקום טוב יותר.

⁴⁴ דן אריאלי לא רציונלי ולא במקרה (גילי בר-הלל סמו מתרגם, 2009).
⁴⁵ כך למשל, מי שמעוניינים לעבור ניתוח להתאמת מין מוכרחים לפנות לוועדה של משרד הבריאות, ולהוכיח לה את רצינותם, שפיותם, אותנטיות מגדרם וכדומה, תוך ליווי צמוד במשך שנה שלמה. כפי שנכתב באתר משרד הבריאות: "נדרש הפונה להראות שהוא שלם עם הזהות המגדרית המבוקשת בכל היבט בחיים", "ניתוחים לשינוי מין" (משרד הבריאות) www.health.gov.il/Services/Citizen_Services/SexReassignmentSurgery/Pages/default.aspx.

⁴⁶ גרינברג, לעיל ה"ש 37, בעמ' 20.
⁴⁷ בעניין זה מעניין להשוות את גישה כלפי טרנסג'נדרים לגישה הביקורתית למוגבלות במשפט, הבנויה על ארבע תמות מרכזיות: 1. משוני אינהרנטי להבניה חברתית – החברה היא שמייצרת את המוגבלות. 2. מפתולוגיה רפואית למגוון אנושי. 3. מתיקון הפרט לתיקון החברה. 4. שום דבר עלינו בלעדינו. שגית מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה" עיוני משפט לה 97 (2012).



“כי אם אני אינני אני”

לכן, ראוי שלאנשים טרנסג'נדרים יהיו מרחב בחירה ואוטונומיה מרבית לקבלת החלטות על חייהם, ויש למזער עד למינימום את ההתערבות של המדינה, גורמי המסד הרפואי ומערכת המשפט. זה הסיפור שצריך בית המשפט לספר.