



מבזקי הארות פסיקה 26 | מאי 2014, 5-31

משפטו של אדם בלתי-נראה: אי-הכרה בזהותו של עבריין טרנסג'נדר כמחיקת קיומו

נורה גרינברג**

1. הקדמה – מה הביא להתערבות האל מתוך המכונה. א. בין קרני הדילמה. ב. מוצא דרך שער הרחמים. 2. מיהו האדם. א. הבניית מושג הטרנסג'נדר על ידי בית המשפט. ב. הבניית האדם הטרנסג'נדר כזר וכאחר. ג. להפרכת הפרדיגמה הביולוגית. 3. הכרה, כבוד האדם וקיומו של הסובייקט האנושי. א. הטיעון השמרני. 4. על כליאתם של אנשים טרנסג'נדרים. א. מודעות חדשה והצעות לפתרון.

לרותם א.

לפני החוק עומד שומר סף. אל שומר הסף הזה
בא איש מן הכפר ומבקש רשות להכנס אל
החוק. אבל השומר אומר שעכשיו אין הוא
יכול להרשות לו להכנס. האיש חושב רגע
ושואל אם יורשה לו להכנס אחר-כך. "אולי",
אומר השומר, "אבל עכשיו לא."

פרנץ קפקא "לפני החוק"¹

1. הקדמה

אדם שנידון למאסר בגין שוד מזוין מערער על חומרת העונש לבית המשפט העליון. לכאורה, עניין שגרתני במשפטים פליליים. אלא שמקרה זה חורג מן השגרה. האיש – נקרא לו כאן ר' – הוא גבר טרנסג'נדר, כלומר הוא גבר שנולד בגוף נקבה. על פי מה

* נורה גרינברג עוסקת בייעוץ ותמיכה בסוגיות זהות מגדר, מטפלת ומלווה אנשים החווים חוסר הלימה מגדרית ומשפחותיהם. היא פעילה בולטת לזכויות הציבור הטרנסג'נדר.
¹ פרנץ קפקא "לפני החוק" "רופא כפרי" וכתבים אחרים שהתפרסמו בימי חייו של הסופר 224–222 (אילנה המרמן תרגמה, 2006).



שמסרו הרשויות, איבר מינו מהווה בעיה. אשר על כן, שירות בתי הסוהר קבע שלעונש המאסר שנגזר עליו יתלווה עונש נוסף, שאינו מוזכר בספר החוקים לגבי עבירת השוד: הוא יוחזק בבידוד, לפחות חלק מתקופת המאסר שהושתה עליו. ולא עוד, אלא שהוא יוחזק בכלא נשים. בית המשפט העליון אמנם מפחית את אורך תקופת המאסר, אך נמנע מלהתערב בשיקולי הכליאה של שב"ס. בצר לו, ר' פונה לנשיא המדינה וזה, עוד בטרם התחיל ר' לרצות את עונשו, מעניק לו חנינה "משיקולים הומניטריים", הממירה את המאסר בעבודות לתועלת הציבור.²

לכאורה, סוף טוב הכול טוב. נמנע עוול גדול. אבל בחינה ביקורתית של השתלשלות העניינים, כולל החלטת בית המשפט העליון לאשר את תנאי אחזקתו של ר', וכן החנינה שהוענקה לו, מצביעה על כישלון חמור של השיח המשפטי בנוגע לשונות מגדרית ולאנשים טרנסג'נדרים. הפרשה צריכה להטריד לא רק אנשים טרנסג'נדרים, אלא גם את כל מי שחרד לשלטון החוק ולערכים של שוויון וצדק. כישלון זה חושף את הדרכים שבהן מתקיים המשטור המשפטי של הגוף, ואת הנתק המוחלט של השיח המשפטי הנוכחי מן השינויים וההתפתחויות שחלו בעשורים האחרונים במציאות החברתית.

א. בין קרני הדילמה

אחרי עונש המוות, כליאה ממושכת בבידוד היא צורת הענישה הקיצונית ביותר שניתן להטיל באופן חוקי על אסירים.³ כליאה ממושכת בבידוד עלולה לגרום לתופעות

² אביאל מגנזי "בעקבות הראיון ב-ynet: חנינה לטרנסג'נדר" YNET 17.10.2013 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4442147,00.html; אריק בנדר "הנשיא העניק חנינה לאסיר טרנסג'נדר" NRG 17.10.2013 www.nrg.co.il/online/1/ART2/514/915.html; רויטל חובל "ביהמ"ש העליון קיצר בשליש מאסר של טרנסג'נדרית בשל זהותה המינית" הארץ www.haaretz.co.il/news/law/premium-1.2118966 17.10.2013

³ SHARON SHALEV, A SOURCEBOOK ON SOLITARY CONFINEMENT 2 (2008), available at <http://www.solitaryconfinement.org>



משפטו של אדם בלתי-נראה

פיזיולוגיות ונפשיות חמורות, עד כדי אבדן שפיות, פגיעה עצמית והתאבדות.⁴ דו"ח של דווח מיוחד מטעם האו"ם קובע שכליאה ממושכת בבידוד היא סוג של ענישה או טיפול אכזרי, בלתי-אנושי או משפיל העלול אף להיחשב כעינוי,⁵ ועל כן היא חייבת לשמש רק כאמצעי אחרון, תוך הגבלת השימוש בה לתקופת זמן שאינה העולה על 15 יום.⁶

שופטי העליון מודעים לחומרה שבכליאה ממושכת בבידוד, ולא רק משום שזאת בדיק עילת הערעור של ר'. מונחת לפניהם חוות דעת של מנהל החטיבה לפסיכיאטריה משפטית במרכז לבריאות הנפש, הקובעת כי "לבידוד או להפרדה עשויות להיות השלכות נפשיות חמורות עוד יותר מאשר למאסר עצמו"⁷ השופט ניל הנדל מסכים כי "חווית המאסר בתנאי הפרדה קשה ומורכבת יותר מחוויית המאסר הרגיל",⁸ אבל הוא מצדד בעמדת המדינה, שלפיה המאסר בבידוד הצפוי אינו סיבה להקל בעונש. הצורך באחזקה בבידוד הוא נתון, שאין מתווכחים עמו, וכמוהו הכליאה במתקן לנשים.

בנימוקי החלטתו, בית המשפט העליון עומד באריכות על החובה להטיל עונש מאסר על עבירת השוד. עקרונות הצדק והצורך בהרתעה דורשים זאת. ואילו בבואו להצדיק את הסכמתו לכליאה בבידוד (אחרי שטרח להביע את חוסר הנחת שלו ממנה), הוא משתמש בנימוקים טכניים משכנעים פחות: לא בית המשפט מחליט על תנאי הכליאה, אלא מסגרת מקצועית נפרדת האמונה על כך; אף לא אחד מן הצדדים לא השיג על סבירות תנאי הכליאה; המדינה לא קבעה עמדה עקרונית; מומלץ לערוך דיון נפרד.⁹ אך אין בכוחם של אלה להסתיר את העובדה שבית המשפט מתעלם לחלוטין מזהותו

4 שם, בעמ' 15-16.

5 INTERIM REPORT OF THE SPECIAL RAPPORTEUR OF THE HUMAN RIGHTS COUNCIL ON TORTURE AND OTHER CRUEL, INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT (United Nations General Assembly, August 2011, A/66/268).

6 שם, בעמ' 23.

7 ע"פ 5833/12 פלונית נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 12.9.2013).

8 שם.

9 שם, פס' 8.



המגדרית של ר' ונמנע מלהתייחס להיבטים האתיים והמוסריים של תנאי הכליאה בבידוד.

הנה אפוא הדילמה שבית המשפט נמנע מלהתמודד עמה: החובה להטיל עונש מאסר מזה, והידיעה שהחלטתו זו תביא להוספת עונש נוסף, אכזרי ומבזה, על זה שקבוע בחוק, מזה. לבית המשפט לא היו נימוקים בעד ההימנעות ממאסר, או בעד אחזקה בכלא התואם את זהותו של ר', וזאת כיוון שבפרדיגמה המושגית שלו, לא ניתן להעלות על הדעת נימוקים כאלה. הימנעות השופטים מלהתייחס לדילמה פתחה את השער להתערבות החיצונית "מטעמים הומניטריים" עוד בטרם יבש הדיו על החלטת בית המשפט העליון.

ב. מוצא דרך שער הרחמים

חנינה, כידוע, היא מכשיר בעייתי. זאת התערבות חיצונית המבטלת החלטה של בית המשפט. כאשר ההתערבות מתרחשת ימים ספורים אחרי מתן החלטת השופטים, עוד לפני שהנידון התחיל לרצות את העונש שנגזר עליו, קשה שלא לראות בכך סטירת לחי לבית המשפט והצגתו ככלי ריק.

במקרה שלפנינו החנינה, כמו התערבות האל מתוך המכונה, נועדה לפתור תסכוכת שנוצרה בשל הסכמת בית המשפט להודעת שב"ס, שלפיה ר' ירצה את מאסרו בבידוד, כל התקופה או לפחות חלק ממנה, בכלא נשים. בכך נוצר מבוי סתום בלתי-אפשרי, עוול גלוי וקיצוני, מצב שהשיח המשפטי לא ידע כיצד לפתור.

אין להאשים את בית המשפט בהתעלמות מכוונת. אין לו לשופט אלא מה שמונח לפניו. לפני בית המשפט לא הובא חומר ולא הועלו טיעונים שיציגו תפיסה אחרת,¹⁰ והאחריות לכך הייתה של הייצוג המשפטי של ר'. אבל החלטתו התמוהה של בית המשפט העליון והצורך בהתערבות הנשיא בעניינו של ר' נבעו מהיצמדותו של בית

¹⁰ שם, פסק דינו של השופט סולברג.



משפטו של אדם בלתי-נראה

המשפט לפרדיגמה מגדרית המנותקת מן המציאות החברתית עד כדי מחיקת קיומו של ר' כישות בעלת קיום משפטי. הדרך שבה מסגר בית המשפט את זהותו ואת קיומו של ר' הובילה בהכרח למחיקת קיומו כחבר בעל זכויות בקהילה האנושית. מכאן, הדרך להחלטה על עונש בלתי-אנושי הייתה סלולה.

גם אין בדברים האלה כדי לטעון שיחסו של בית המשפט נעדר התחשבות וחמלה. נהפוך הוא. ניכר שהשופטים השתדלו להתחשב בר' ככל שיכלו. אבל העובדה שר' זכה ליחס של חמלה ואפילו אמפתיה אין פירושה שזכה להכרה כסובייקט בעל זכויות. אפשר להרגיש חמלה כלפי מישהו בלי להכיר בזכויות יסוד שלו, ואפילו בלי לראות בו אדם.¹¹ כך, אנו יכולים להרגיש חמלה כלפי בעלי חיים, בלי שנראה בהם חברים בקהילה אנושית. מעשה הנובע מחמלה שונה ממעשה שנעשה מתוך עקרון מוסרי, בכך שהחמלה תלויה ברגש אישי לא מחייב, ואילו המוסר נובע מקבלת עקרון כללי ומחייב, שאינו תלוי במצבו הנפשי של הפועל. במקרה של ר', יחס הנובע מן המוסר היה מן הנמנע, כיוון שבתודעת השופטים לא התקיימו הכלים המחשבתיים שיאפשרו יחס זה.

הסיבה שנבצר מר' לקבל באמצעות הדיון המשפטי פתרון צודק הנובע משיקולי חוק וצדק, היא שהוא (כלומר ר' האמתי, לא הישות הפיקטיבית שעמדה לנגד עיני השופטים) לא נחשב סובייקט אשר שיקולים אלה חלים עליו. מבחינת הדיון המשפטי ר' היה בלתי-נראה. לא היה משקל נגד להכרח במאסר. העונש הבלתי-אנושי נתפס בעיני השופטים כהכרח בל יגונה שיש להצר עליו, אך אין מנוס ממנו.

שורש הבעיה טמון בהבנתו של בית המשפט את ההשתייכות לקטגוריה מגדרית באמצעות פרדיגמה ביולוגית בלבד, וחוסר הנכונות שלו להתייחס למגדר אלא דרך שיח רפואי-משפטי מהותני. שיח זה רואה את ההשתייכות לקטגוריה מגדרית כנובעת מתוך "אמת" לכידה, קבועה, בעלת גבולות חדים וברורים, הטבועה א-פריורי בגוף, תוך

¹¹ Joel Feinberg, *The Nature and Value of Rights*, in RIGHTS, JUSTICE, AND THE BOUNDS OF LIBERTY 159 (Joel Feinberg ed., 1980).



התעלמות מוחלטת מן הפרקטיקות והמשמעויות האישיות והחברתיות הממשיות. לצורך זה מצייר בית המשפט את ר' כרייה משונה וחד-ממדית, המתנהלת על פי חוקיות מסתורית ובלתי-מובנת, מחוץ לגבולות החברה.

2. מיהו האדם

מישל פוקו מאפיין את המעבר מן המשפט של ימי הביניים למשפט המודרני בהעתקה של נשוא העונש מגופו של הנאשם אל נפשו. נפש זו (דמותו המוסרית של הנאשם, מניעיו, נסיבותיו, אופי המעשה הפלילי וכיוצא באלו) תופסת את מרכז הדיון, ואילו הגוף, אומר פוקו, נעלם מן העין.¹² מכאן ירדת קרנם של עונשים גופניים - עינויים, עונש מוות, כליאה בבידוד. אבל בפרשה שלפנינו, גופו של ר' הוא מושא להתדיינות ערה, שעה שהשופטים ומומחי שב"ס מנסים לפענח אותו, לכפות עליו תאימות לתבניות זהות מגדרית ידועות. השופטים מנסים לפרש את גופו של ר' משל הייתה זאת נפשו: מה מעמדו של הגוף הזה? מה ההשלכות של קיומו?

שאלת זהותו של ר' עוברת כחוט השני לאורך הפרשה כולה. לא מדובר בדיון גלוי, מפורש ומודע לעצמו, אלא באמירות סתומות הפונות לקודים לא מפורשים, באמונות מובנות מאליהן, בהנחות מוקדמות שאינן זקוקות לבחינה או להוכחה. אלה ניסיונות למצוא פתרון לקושייה החומקת מן הכלים המגושמים שאנשי שב"ס ושופטים בוחרים להשתמש בהם: כיצד מסתדר קיומו של ר' עם אמונתם לגבי הקריטריונים להכללת בני אדם בקטגוריה מגדרית, וליתר דיוק – כיצד לכפות תבניות מגדריות קשיחות ומהותניות על מי שעצם קיומו מערער תבניות אלה. הדיון על זהותו של ר' אינו נוגע רק לשאלת תנאי המאסר שלו, אלא לעצם קיומו כחבר בקהילה אנושית.

החלטת בית המשפט העליון מכילה כמה פרשנויות על זהותו של ר'. גופו מצטייר בהן כישות חמקמקה, חתרנית, בלתי-ניתנת להגדרה, עבודה בתהליך שטרם הושלמה.

¹² MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH: THE BIRTH OF THE PRISON (1995).



משפטו של אדם בלתי-נראה

טיפולים שעבר או אמור לעבור הם נושא לדין פתוח, המתנהל כולו מעל לראשו של בעל הדבר. בשום שלב של הדיון המשפטי לא נשאל ר' לזהותו הוא. דעתו בנושא אינה נחשבת רלוונטית. החלטת בית המשפט העליון, כמו זו של בית המשפט המחוזי לפניו, מתייחסת אל ר' בלשון נקבה, ובכך נועלת מראש את הדיון במסגרת סיפורית המנותקת מחייו הממשיים.

”מבחינה פיזיולוגית [מערערת 1] היא אשה ולא נראה שיש מניעה להחזיקה בכלא נשים”,¹³ מצוטט שופט הערכאה הראשונה, אליהו ביטן, ואמירה זו מובנת ומקובלת על שופטי העליון בלי צורך לבאר אותה. אבל מה בעצם מובן כאן, מלבד הדרך שבה מגויסת הביולוגיה כדי להצדיק את משטור הגוף? כיצד מתיישבת ההבנה-אמונה המובלעת בדברי השופט שתפקודי הפריין והרבייה מקנים לגוף זהות נשית, עם הידיעה אשר השופטים אמורים לדעת שהגוף המסוים הזה, הקונקרטי, הממשי, אינו מסוגל לבצע תפקידי פריין ורבייה עקב הטיפולים שעבר (שלא לדבר על כך שלא ברור מנין ביטחונם ביכולתו של גוף זה לבצע תפקידים אלה מלכתחילה). ברור אפוא ש”הבחינה הפיזיולוגית” שעליה מדבר השופט ביטן היא מדומיינת ואין לה קשר למציאות. ובכלל, מדוע די ב”בחינה הפיזיולוגית”, תהא זו אשר תהא, כדי להכריע באיזה בית סוהר ירצה ר' את מאסרו?

שב”ס מספק פרשנויות נוספות: “אסיר המצוי בשלבים כאלה ואחרים לשינוי זהותו המינית וזהותו המינית אינה חד משמעית [...] לאור העובדה כי [מערערת 1] טרם עבר ניתוח לשינוי זהותו המינית ומוגדר עדיין כאשה, יוחזק בביס”ר נווה תרצה”.¹⁴ השימוש בלשון זכר בקטע זה על ידי שב”ס רק מדגיש את הבלבול השורר בקרב המתדיינים. הפרשנות של שב”ס מוסיפה מורכבות לתמונה: לא רק שזהותו של ר' “אינה חד משמעית” (אבל מה אינו חד משמעי אצל אדם שמגדיר עצמו וחי את חייו במובהק כגבר?), אלא שהוא גם “מוגדר כאישה” (מוגדר על ידי מי? וכי מישוהו יכול להגדיר את

¹³ פרשת פלונית, לעיל ה”ש 7, פס’ 6 לפסק הדין.
¹⁴ שם.



זהותו המגדרית, מלבד הוא עצמו? אלא שהוא אינו נחשב סובייקט בעל סוכנות בעניינים אלה). והמסקנה מן ה"עובדות" האלה היא שאפשר לכלוא את ר' בבית סוהר לנשים, ושהכליאה צריכה להתבצע בכידוד.

א. הבניית מושג הטרנסג'נדר על ידי בית המשפט

הניתוח לשינוי מין¹⁵ מדומיין על ידי שופטי העליון ואנשי שב"ס כמהלך שנועד לשנות את זהותו של ר'. אלא שהתפיסה המקובלת בימינו הן בקרב אנשי המקצוע והן בקרב הציבור הטרנסג'נדר, היא שהניתוח הוא צורך טיפולי אשר נועד לאשר ולהתאים את צורת הגוף לזהות שקיומה קודם להתערבות הכירורגית. הניתוח איננו תכלית התהליך, וודאי שהוא אינו נתפס כאקט שקובע את מעבר הזהות של האדם הטרנסג'נדר. ככלל, תפיסתו של בית המשפט נשענת על מודל מדיקאלי שטחי של "שינוי מין" כהליך מובנה, חיצוני, קבוע מראש, מודל שאבד עליו כלח זה שנים רבות, המתעלם מן המגוון העצום של חוויות, תפיסות וביטויים של זהות טרנסג'נדרית ושל נזילות מגדרית אנושית בכלל.¹⁶

¹⁵ בעולם נהוגים כינויים שונים לניתוח שעוברים חלק מן האנשים הטרנסג'נדרים באיבר מינם: GRS – gender reassignment surgery, SRS – sex reassignment surgery, או (sex change surgery) GCS – gender confirmation surgery. הכינוי "ניתוח לשינוי מין" (sex change surgery) נחשב מיושן ואף פוגעני, ואינו מקובל בשיח המקצועי מחוץ לישראל. אני משתמשת בו כאן רק לשם העקביות ביחס לשפת הדיבור בציבור ובמסד בישראל.

¹⁶ נורה גרינברג "מסעו של האדם הטרנסקסואלי: מהפך וחיבור מחודש" כוורת 13, 81 (2006); וראו DAVID VALENTINE, IMAGINING TRANSGENDER: AN ETHNOGRAPHY OF A CATEGORY (2007); E. Colman et al., *Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-Nonconforming People, Version 7*, 13 INTERNATIONAL JOURNAL OF TRANSGENDERISM 165 (2012); WPATH CLARIFICATION ON MEDICAL NECESSITY OF TREATMENT, SEX REASSIGNMENT AND INSURANCE COVERAGE IN THE U.S.A. (World Professional Association for Transgender Health (WPATH) 2008).



משפטו של אדם בלתי-נראה

“כל פעם שמישהו מנסה לצייר גבול חד וברור מסביב למגדר”, אומרת אמי קויאמה, “התוצאה היא שחותכים בבשרו החי של מישהו אחר”.¹⁷ האמונה בכוחו של הניתוח לשנות זהות מגדרית ממחישה לא רק את הדרך שבה הבדלים גופניים מובנים בפרדיגמה המהותנית הביולוגית כסמנים “טבעיים” של הבדלים מגדריים, אלא כיצד הפרדיגמה הזאת מפלה בין אנשים טרנסג'נדרים בכך שהיא מתעדפת סוגים מסוימים של גופים על פני אחרים. לאור העובדה שמסיבות שונות אנשים טרנסג'נדרים שונים עשויים שלא לעבור ניתוח לשינוי מין או טיפולים אחרים, מודל רפואי המגדיר אותם אך ורק לפי הצעדים לשינוי פיזי שנקטו, מתעלם מן הדיכוי המגדרי שחווים אנשים טרנסג'נדרים שלא עברו ניתוח או טיפולים אחרים.¹⁸ כבר נאמר שבשעה שהחוק מותח קווים, אנשים טרנסג'נדרים חוצים קווים.¹⁹

בית המשפט מצמצם את המגע של האדם הטרנסג'נדר עם החוק על ידי סימון קוי הכלה כך שרק סוג מסוים של אנשים טרנסג'נדרים יהיה בעל נראות בחוק, ועל ידי התניה של סוגי הטענות הניתנות לפיענוח והבנה בתחומי המשפט.²⁰ כך, במסגרת הדיון בשתי הערכאות, זהותו של ר' ניתנת לתיאור באמצעות שיח רפואי-ביולוגי מהותני. אין מקום בשיח זה להבחנה בין מין לבין מגדר, לזהות מגדר כמימד חווייתי וקיומי נפרד ממאפייני הגוף, לזכות היסוד לאוטונומיה או למציאות החברתית של ר'. לבית המשפט אין כלל שפה שתאפשר לדבר על המושגים האלה. ואכן, המשותף לכל הניסיונות לפרש את

Emi Koyama, *A Fest in Distress*, 17 BITCH, FEMINIST RESPONSE TO POP CULTURE 71 (2002)

Franklin H. Romeo, *Beyond a Medical Model: Advocating for a New Conception of Gender Identity in the Law*, 36 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 713 (2005)

Debra Sherman Tedeschi, *The Predicament of the Transsexual Prisoner*, 5 TEMP. POL. & CIV. RTS. L. REV. 27, 28–29 (1995)

Jena McGill & Kyle Kirkup, *Locating the Trans Legal Subject in Canadian Law: XY v Ontario*, 33 WINDSOR REVIEW OF LEGAL AND SOCIAL ISSUES 96 (2013)



זהותו של ר' בטקסט של שופטי העליון הוא היעדר ההבחנה בין מין לבין מגדר, וחוסר ההתייחסות למימד המגדרי.²¹

ב. הבניית האדם הטרונסג'נדר כזר וכאחר

הדרך שבה מדמיין בית המשפט את הזהות הטרונסג'נדרית מוסיפה להדרתו של ר'. הסטטוס הטרונסג'נדר של ר' מתואר כהווייה פנימית המנותקת מן החברה שמסביב, מהלך אפוף מסתורי, המציב את ר' בממד קיומי אזוטרי, זר, מנותק מן ההווייה האנושית:

“כך למשל, נטען כי ישנם אסירים אשר בשל חשש לבטחונם, ולא דווקא בשל התנהגות שלילית, מושמים בהפרדה. ברמה הכללית, קיים הגיון בטענת המדינה במישור זה, ואולם משקל הטענה מוקחה במידת מה בנסיבות העניין. זאת, שכן **נסיבות החזקתה של מערערת 1 בתנאי הפרדה הינן נסיבות פנימיות בלתי-ניתנות לניתוק**. כך אפילו לעומת אסיר אחר שיש להחזיקו בהפרדה. הקושי בחוויית המאסר של מערערת 1 אינו קשור לנסיבות המעשה בצורה ישירה או עקיפה. אף לא בנסיבות העושה בעולם הפלילי. **אלא בנסיבות העושה בגרעין עולמו הפנימי** [...] נסיבותיה האישיות של מערערת 1 בשלב זה של חייה אינן שגרתיות או נפוצות, אלא חריגות. עניין לנו במלאכת מחשבת ולא במלאכת מחשבוך. אין נוסחא אלגברית שעשויה לכוון את בית המשפט הכיזד לשקלל את הנתון האישי האמור של מערערת 1”²² (ההדגשות שלי – נ.ג.).

אכן, אין נוסחה אלגברית. ומדוע שתהיה? כלום המשפט הוא מדע מדויק? אלא שהדברים מכוונים להלביש על ר' מעטה של זרות וניכור, להציג אותו כחריג ומצוי מחוץ

²¹ דוגמה הפוכה מספק חוק השוויון הבריטי, Equality Act, 2010, c.15 § 2, sch. 1 (Eng.) על פיו חל איסור על הפליה או פגיעה באדם בשל העובדה שהוא עובר, או עבר, או מתכוון לעבור שינוי מגדרי. בהערות לחוק מוסבר במפורש שיש להבין “שינוי מגדרי” כתהליך חברתי ולא כתהליך רפואי. אי לכך, החוק מגן על כל אדם שעבר או מתכוון לעבור שינוי מגדרי, גם אם לא עבר הליכים טיפוליים כלשהם.

²² פרשת פלונית, לעיל ה”ש 7, פס’ 6–7 לפסק דינו של הנדל.



משפטו של אדם בלתי-נראה

לתחום הדיון האנושי, תנאים הכרחיים להדרתו. השופט הנדל רומז כאן שאין אפשרות לנהל דיון מושכל, מכבד ומעמיק בתנאי מאסרו של אדם טרנסג'נדר, שקיומו של ר' אינו ניתן להבנה בכלים המשמשים בני תמותה רגילים, שהיותו טרנסג'נדר היא אנומליה מהותית ואישית שלו, שאינה נוגעת לחברה שהוא ממילא אינו חלק ממנה.

השופט הנדל מביע חמלה כלפי ר': "לא ניתן להתעלם מהקושי האישי הכרוך בפסיעה בדרך חיים כזו, ולהשפעתו על חוויית ריצוי עונש המאסר"²³ (ההדגשה שלי – נ.ג.). "פסיעה בדרך חיים", "גרעין עולם הפנימי", "נסיבות חריגות". בעיני בית המשפט, להיותו טרנסג'נדר אינו עניין של זהות, אלא "דרך חיים", מעין נטייה משונה שהאדם מאמץ לו והקולעת את חייו לפורענות מסתורית. בעיני השופט הנדל, ר' אינו מאוים כיוון שהחברה שסביבו רווית שנאה כלפי השונה, אלא מסיבות פנימיות לחריגות שבו. כך מנותק האדם הטרנסג'נדר מהקשרו החברתי, ותנאי דיכוי מוצגים כפגם פנימי שלו. השפה אינה יכולה להיות יותר מנכרת, יותר מדירה ומחפצה. אין ספק, בעיני בית המשפט מצבו של ר' הוא מצב החורג מהגיונו של הסדר הטבעי, מצב שהכלים האינטלקטואליים הרגילים אינם מסוגלים להתמודד אתו.

דברי השופט הנדל, המציירים את היותו של ר' טרנסג'נדר כבעיה פנימית שלו, המנותקת מן החיים ומן החברה, מתעלמים לחלוטין מן העובדה שר' משתייך לציבור הסובל מהדרה וקיפוח כיוון שזהותו המגדרית שונה מזו של הרוב הסיסג'נדר²⁴ ההגמוני. לכך מתווספים דבריו של השופט נעם סולברג, המעלה על נס את הסכמתו של ר' לצמצום הדיון רק לנסיבותיו האישיות, בלי להרחיבו להיותו חלק מקבוצה מקופחת ולתבוע שינוי כולל של מצב הדיכוי הקיים.²⁵

²³ שם, פס' 6.

²⁴ המונח "סיסג'נדר" (cisgender) מציין את מי שאיננו טרנסג'נדר, דהיינו מי שהזהותו המגדרית תואמת את זו שיוחסה לו בעת לידתו. מלטינית, Cis = מן העבר הזה, לעומת trans = מן העבר השני.

²⁵ פרשת פלונית, לעיל ה"ש 7, פסק דינו של השופט סולברג.



אבל השופטים אינם צופים ניטראליים. הם חלק מן הקבוצה ההגמונית, זו שאיש אינו מעמיד בספק את הזהות המגדרית שלה. ממילא דברי הקילוסין של השופט סולברג, בצירוף דבריו של השופט הנדל, נתפסים באור זה כמשרתים את עמדת הכוח שלו, ומהווים תרומה ישירה להמשך קיפוחו על ידי בית המשפט ועוזרים להנציח את דיכויים של אנשים טרנסג'נדרים בחברה.

בתוך כך בולטים דבריו של השופט סלים ג'ובראן:

“לאסיר הטרנסג'נדר עומדת הזכות להיכלא בתנאים שווים לכל אסיר אחר ככל הניתן. הגנתה של הזכות לשוויון 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 לשוויון”²⁶.

אכן, השופט ג'ובראן הוא היחיד מתוך הרכב השופטים אשר גישתו חורגת מן ההמודל המהותני הנוקשה, והמבטאת עמדה המכבדת את אנושיותו של ר'. ייתכן ובעתיד יהיו לדברים אלה הדים בדיונים משפטיים אחרים, אבל בהקשר שבו הם נאמרו, דבריו של השופט ג'ובראן נותרים בבחינת קול קורא במדבר.

כעת נוכל לאפיין את הסובייקט ר', כפי שהוא נבנה על ידי בית המשפט: (א) היותו של ר' טרנסג'נדר נתפס על ידי בית המשפט כמגדיר הבלבדי של הפרסונה שלו, תוך התעלמות היבטים אחרים בחווייתו או בביוגרפיה שלו; (ב) הסובייקטיביות הטרנסג'נדרית נתפסת כקטגוריה בלתי-משתנה, המגודרת על ידי נתק בין המין והמגדר, נתק שהסובייקט הטרנסג'נדר מבקש “לתקן”; (ג) בית המשפט שולל מראש מן הסובייקט הטרנסג'נדר את האוטונומיה להגדיר את זהותו המגדרית, ולכן נדרש אישור

²⁶ שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.



משפטו של אדם בלתי-נראה

ואישוש על ידי ראיות אובייקטיביות כביכול. שלושה פגמים אלה בהבניית הסובייקט הטרנסג'נדר הופכים את ר' לבלתי-נראה בעיני החוק.

ג. להפרכת הפרדיגמה הביולוגית

ההתמקדות בביולוגיה כמגדירת היסוד של המעמד החברתי ושל הזכויות החברתיות של בני אדם משקפת ומאששת תפיסות רווחות של מין ומגדר, שלפיהן כל אדם הוא זכר או נקבה בלידתו, תפיסות המערבכת בין מין ביולוגי לבין הזהות המגדרית שבני אדם מציגים על פי התניות תרבותיות.²⁷

אבל האמונה שלפיה גופים הם בהכרח בעלי אנטומיה ופיזיולוגיה זכרית או נקבית ברורה וחד משמעית אינה נתמכת על ידי המחקר המדעי. נהפוך הוא, דווקא הניסיון לגייס את הביולוגיה לצורך נימוק קביעותו של המין מבליט את חוסר היכולת למקם את המין בצורה שלמה וממוקדת בגוף, ומכאן עולה האפשרות שהמין איננו עובדה גופנית הקודמת לשיח החברתי, כפי שהיה נהוג להאמין.²⁸

ביסוד התפיסה המהותנית הביולוגית ניצב הרעיון שגופים של נקבות וזכרים נבדלים זה מזה באופן דיכוטומי. אלא שההבדלים אינם כה דיכוטומיים כפי שנהוג לחשוב:

- קיים מגוון רחב של מצבי ביניים (אינטרסקס), כולל שפע של תצורות איברי הרבייה ומבנים כרומוזומליים. לתצורות האלה אין שום הקבלה להתנהגות או הזדהות מגדרית.

²⁷ Andrew Gilden, *Toward a More Transformative Approach: The Limits of Transgender Formal Equality*, 23 Berkeley J. Gender L. & Just. 83 (2008)
²⁸ Stephen Whittle & Lewis Turner, "Sex Changes"? Paradigm Shifts in "Sex" and "Gender" Following the Gender Recognition Act, 12 SOCIOLOGICAL RESEARCH ONLINE (2007), <http://www.socresonline.org.uk/12/1/whittle.html>



- ההבדלים הפיזיים בין המינים משתנים לאורך החיים: קיימים הבדלים מעטים בין תינוקות או פעוטות משני המינים; גם לעת זקנה ההבדלים הפיזיים בין נקבות וזכרים מיטשטשים.
- קיימת חפיפה רבה בין מאפיינים פיזיים של זכרים ונקבות כגון גובה, כוח פיזי וכיוצא בזה.
- פרט למערכת הרבייה, המבנה והתפקוד של רוב מערכות ורקמות הגוף זהה אצל נקבות וזכרים;
- מערכות הרבייה, הגם שהן שונות, מתפתחות מאותו צבר של תאים, והמבנה שלהן מראה אנלוגיות ברורות.
- אפילו המוח, שעליו נכתבים תלי תלים של תיאוריות נטולות בסיס מדעי, ולמרות שנמצאו בו הבדלים מבניים מסוימים בין זכרים ונקבות – איננו דיכוטומי. כדברי מדען המוח לסלי רוג'רס: "המוח אינו בוחר להיות מסוג זכר או נקבה. בכל היבט של תפקוד מוחי הניתן למדידה, יש חפיפה רבה בין נקבות וזכרים".²⁹

קביעת מינו של אדם מתבררת כמשימה מורכבת. פרופ' ג'ולי גרינברג, מומחית בעלת שם עולמי בתחום משפט ואינטרסקס,³⁰ מונה שמונה מאפיינים של מין: (1) מין כרומוזומלי; (2) מין גונאדלי (בלוטות מין); (3) מין מורפולוגי פנימי (צינורות זרע, ערמונית, או נרתיק, רחם וחצוצרות); (4) מין מורפולוגי חיצוני (איבר מין); (5) מין הורמונאלי; (6) מין פנוטיפי (מאפייני מין משניים); (7) מין מיוחס או מגדר מוקצה

²⁹ RAEWYN CONNELL, GENDER, 52 (2009). דבריו של לסלי רוג'רס, המובאים שם, לקוחים מספרו LESLEY ROGERS, SEXING THE BRAIN (2000); ולעניין מין המוח ראה גם CORDELIA FINE, DELUSIONS OF GENDER (2010).
³⁰ אינטרסקס (intersex): אנשים שנולדו בגוף בעל מאפיינים זכריים ונקביים כאחת. גוף האינטרסקס אינו ניתן לקטגוריזציה מובהקת כזכר או כנקבה.



משפטו של אדם בלתי-נראה

בלידה; 8. הזדהות מגדרית. רק הלימה בין כל המאפיינים האלה מאפשרת לקבוע מינו של אדם בצורה חד משמעית.³¹ אצל אנשים אינטרסקסואלים אחד או יותר מן המאפיינים האלה עשוי לא להתאים או להיות דו-משמעיים. גרינברג מביאה מדבריו של ג'ון מני, מחשובי חוקרי המין והמגדר במאה העשרים:

“ההנחה היא שקיימים שני מסלולים נפרדים, אחד שמוביל מכרומוזומי XY בעת ההפריה אל הגבריות, והשני מכרומוזומי XX בעת ההפריה אל הנשיות. העובדה היא שאין שני מסלולים, אלא מסלול אחד ובו מספר הסתעפויות בכיוון הזכרי או הנקבי. רובנו פונים באותו הכיוון בכל הסתעפות.”³²

אפילו המאפיינים הפיזיים שימשו כקריטריונים לקביעת המין אינם מוסכמים. לורד רוברט וינסטון, מדען ופוליטיקאי בריטי שהיה בין יוזמי חוק ההכרה במגדר (Gender Recognition Act 2004), הצביע בעת הדיון לאישור החוק בבית הלורדים על הקושי להגדיר מהו הגורם הקובע את המין, והזהיר מפני הפיתוי לעשות רדוקציה פשטנית:

“הגדרת המין היא משימה מורכבת מאד. הגנטיקה משנה במהירות את הבנתנו היכן נקבע המין. אבל להגדיר אותו פשוט כגניטלי, הורמונאלי או, כפי שהלורד הנכבד, לורד טביט, מנסה לעשות, כגונאדלי [קשור לבלוטות המין] הוא עיוות של מה שקורה באמת. אני מפציר בבית הזה לנהוג זהירות רבה לגבי הגדרתו במונחים של כרומוזומים, איבר מין או

³¹ Julie Greenberg, *Defining Male and Female: Intersexuality and the Collision between Law and Biology*, 41 Ariz. L. Rev. 278 (1999)

³² JOHN MONEY & PATRICIA TUCKER, *SEXUAL SIGNATURE: ON BEING A MAN OR A WOMAN* (1976), לעיל ה"ש 31, בעמ' 278-279.



כל הגדרה פשטנית אחרת. זה פשוט אינו נכון מבחינה רפואית, ואני
בטוח שזה יניב חוק גרוע".³³

המין מתברר אפוא כתופעה מורכבת ומגוונת לאין שיעור מן האמונה הרווחת בשני מינים לכידים, מובחנים ואוניברסליים. מכאן ברור כבר שלא ניתן להבין את המגדר כנובע מתוך אחד משני מינים ביולוגיים. מגדר איננו רק הביטוי התרבותי של המין הביולוגי, אלא הוא אידיאולוגיה נורמטיבית היוצרת מראית עין של מין ביולוגי קוהרנטי ומובחן המכיל את המגדר. תפיסתנו את המין כתופעה טבעית בעלת שני ביטויים לכידים, נקבה וזכר, היא תוצאה של הארגון המגדרי של החברה: אנחנו רואים שני מינים מובחנים כיוון שהחברה מאורגנת סביב חלוקת בני אדם לשתי קבוצות: נשים וגברים.³⁴ חוקרים שונים הראו באיזו מידה משקיעה החברה מאמצים כדי לשמר את מיתוס קיומם של שני מינים ברורים ומובחנים,³⁵ וכמה מורכבת וחמקמקה המשימה להגדיר באופן מדויק את גבולות המין הביולוגי.

מגדר, אומרת ג'ודית באטלר, הוא סיגנונו החוזר של הגוף, מכלול של מעשים החוזרים על עצמם במסגרת ממשטרת, המתגבשים לאורך זמן כדי ליצור מראית עין של מהות, של סדר טבעי.³⁶ באמצעות האמונה שלפיה על גופים מסוימים לבצע מעשים מסוימים (ולהימנע ממעשים אחרים) במהלך כל חייהם, המסגרת הממשטרת של המגדר

³³ לורד רוברט וינסטון, דיון בבית הלורדים על חוק ההכרה במגדר, שלב הדיווח, Hansard 03-02-2004, cols. 619–620, מתוך Whittle & Turner, לעיל ה"ש 28, בעמ' 13.

³⁴ JUDITH LORBER, PARADOXES OF GENDER (1994).

³⁵ ANNE FAUSTO STERLING, SEXING THE BODY: GENDER POLITICS AND THE CONSTRUCTION OF SEXUALITY (2000); Suzanne Kessler, *The Medical Construction of Gender: Case Management of Intersexed Infants*, 16 SIGNS: JOURNAL OF WOMEN IN CULTURE AND SOCIETY 3 (1990); SUZANNE KESSLER, LESSONS FROM THE INTERSEXED (1998); ELIZABETH REIS, BODIES IN DOUBT: AN AMERICAN HISTORY OF INTERSEX (2009).

³⁶ JUDITH BUTLER, GENDER TROUBLE: FEMINISM AND THE SUBVERSION OF IDENTITY 33 (1990).



משפטו של אדם בלתי-נראה

יוצרת את האשליה שהגוף, ולא המוסד החברתי, הוא שמכתיב מעשים אלה. אלא שמין גופני אינו יכול להיות קודם למגדר ולהגדיר אותו.

המין הביולוגי, היינו זהות הגוף החומרי, נוצר באמצעות השיח, השפה ומוסדות החברה, המהווים מערכת של "נורמות ממשטרות" הקודמות לגוף בעל המין וחורגות ממנו, אומרת באטלר.³⁷ אדם נעשה מובן כזכר או נקבה רק כתוצאה מן החותם התרבותי המוטבע בעת הלידה, על מנת להטמיע גוף בעל סגנון מסוים בתוך מכלול מסוים של מעשים ממוגדרים. קריאת ההכרה ההופכת תינוק שזה עתה נולד (או, תודות לטכנולוגיית האולטרה-סאונד, את דמותו של העובר המרצדת על המסך) ל-"בן" או ל-"בת", מכניסה מיניה וביה גוף שהיה חסר זהות לתחומן של השפה (שיח) והשארות (מוסד חברתי). הגוף איננו אלא חומר גלם, חסר משמעות בטרם הכנסתו לתחומה של החברה האנושית. רק במסגרת ההיסטוריה האנושית, כלומר החברה, עובר הגוף שינויים המקבלים משמעות על ידי הפרקטיקה החברתית האנושית. כדברי רייזין קונל, הגוף הוא כעופרה של מתכת גולמית, הקיימת בטבע אך החסרה משמעות, צורה וייחוד, עד שעבודת האדם מכניסה אותה לתחום ההיסטוריה האנושית על ידי הפיכתה לחפצים מוכרים לתועלת האדם.³⁸

בניגוד לאמונה הרווחת, שלפיה הביולוגיה קובעת את המגדר, בפועל השיך המגדרי הוא שמצביע על המאפיינים הביולוגיים. אין לנו צורך לבדוק את איברי הרבייה של זולתנו על מנת לשייכו לקטגוריה מגדרית. די בכך שאנו מזהים סמנים מגדריים מוכרים: מבנה ושפת גוף, לבוש, קול וכיוצא באלה. מרגע ששייכנו אדם לקטגוריה מגדרית – אישה או גבר-, אנו מייחסים לו מניה וביה איבר מין ויכולות גופניות מסוימות הקשורות במיניות, פריון ורבייה והנתפסות כתואמות המגדר ששוייך לאותו האדם (גם בשוין תינוק או עובר מובלעת הנחה שאיבריו הפנימיים, וכמובן זהות המגדר העתידית

³⁷ JUDITH BUTLER, BODIES THAT MATTER 7–8 (1993).

³⁸ ROBERT CONNELL, GENDER AND POWER 65 (1987).



שלו, תואמים את איבר מינו). לרוב איננו תופסים "ידיעה" זו כהנחת עבודה הטעונה אישוש, או כ"ברירת מחדל", אלא כאמת וודאית, כמצב עניינים ממשי וטבעי בעולם.³⁹

התרבות היא זו שנוטעת בנו את הכלים המושגיים המקנים משמעות מגדרית לחוויה של הגוף. בחברה הבנויה על הרעיון שקיימים שני מינים מובחנים, "מנוגדים" ו"משלימים", אומר ג'ון סטולטנברג, האמונה בקיומה של זהות גברית לא רק נשמעת הגיונית, אלא הופכת בעצמה להיגיון שדרכו נתפס העולם. עצם הרעיון של זהות מינית גברית מייצר תחושה ומשמעות, והופך למשמעות החוויה של הגוף:

"המשמעות והחוויה של זהות מינית גברית היא פיזית ונפשית בעת ובעונה אחת, אישית וציבורית בעת ובעונה אחת. רוב האנשים שנולדו עם פין בין רגליהם שואפים להרגיש ולהתנהג בדרך שהיא גברית באופן חד-משמעי, כמהים להשתייך למין שהוא גברי ואינם מעיזים להשתייך למין שאיננו גברי, וחשים את הדחף הזה לאישוש פנימי ומתמיד של זהותם הגברית – לחיבור גופני לגבריות – ככוח המניע את חייהם. מקור הדחף איננו באנטומיה. התחושות נגזרות מן הרעיון. הרעיון נותן להן משמעות חברתית; הרעיון קובע אילו תחושות הן רצויות".⁴⁰

דבריו של סטולטנברג על הזהות הגברית נכונים בהתאמה גם לגבי חוויית הזהות הנשית. הקשר בין הגוף הנחוה ומשמעותו המגדרית מורכב, אבל כדי שהחוויה הגופנית תחבור למשמעות המגדרית נדרש תיווכה של התרבות. ההזדהות המגדרית אינה זקוקה בהכרח לגוף מסוים כדי להוות, ויעידו על כך קיומם של אנשים טרנסג'נדרים, אשר ההזדהות המגדרית קודמת לקיומם של סמנים אנטומיים, וחלקם אף אינם זקוקים למאפייני גוף המשויכים בדרך כלל למגדר הנחוה על ידם; ויעידו גם מי שנולדו בגוף אינטרסקס, אך

SUZANNE KESSLER & WENDY MCKENNA, GENDER: AN ETHNOMETHODOLOGICAL APPROACH (1978)³⁹

JOHN STOLTENBERG, REFUSING TO BE A MAN: ESSAYS ON SEX AND JUSTICE .23–24 (Revised Edition, 2000)⁴⁰



משפטו של אדם בלתי-נראה

אינם מתקשים להזדהות במובהק עם מגדר מסוים למרות שגופם אינו ניתן לזיהוי מובהק כזכר או נקבה.⁴¹

3. הכרה, כבוד האדם וקיומו של הסובייקט האנושי

הדיון המשפטי בענייניו של ר' מתקיים בלשון מגדר שונה מזו שבה מתקיימים חייו. ר' תופס את עצמו, מציג את עצמו ומוכר על ידי החברה כגבר. מציאות קיומו היא מציאות של גבר, תהא אשר תהא משמעות הדבר. אבל בית המשפט אינו מכיר במציאות הזאת. כל מעייניו נתונים לניסיונות לכפות עליו התאמה לתבניות מגדר חיצוניות. גופו נחשב לבעיה המצריכה דיונים מיוחדים. עונשו על עברה פלילית שעבר קשה משל שותפיו, וגם פוגע בכבוד האדם שלו. כל זה קורה כיוון שאמות המידה לפיהן מגדיר בית המשפט קטגוריות מגדריות מתכששות למציאות קיומו הממוגדר (וכפי שראינו, אף מתכששות לדרך הממשית שבה מתקיים המגדר במציאות). היכן ר' הממשי? הוא נמצא שם, אך בית המשפט אינו מסוגל לראות אותו, ועל כן מבחינת בית המשפט ר' הממשי אינו קיים.

חוסר היכולת לראות את האחר אינו נובע מפגם גופני, אלא מנטייה פנימית שאינה מאפשרת לראות את האדם שלפניו. חוסר הנראות הזאת, ההיעלמות הזאת, אין פירושה אי-נוכחות במובן הפיזי, אלא אי-קיום במובן החברתי. ההבדל בין שני הסוגים האלה של חוסר נראות ממחיש את מה שצריך להוסיף לתפיסה הפיזית של האחר כדי שיתקיים אקט של הכרה: המודעות לקיומו.

ההיסטוריה מספקת דוגמאות רבות של מצבים שבהם קבוצה הגמונית ביטאה את עליונותה החברתית על ידי אי-מודעות לקיומם של הנשלטים. הקבוצה הנשלטת היא בלתי-נראית כתוצאה מחוסר המשמעות החברתית שלה. כל צורות ההתעלמות מקיומה

⁴¹ Vernon A. Rosario, *The History of Aphallia and the Intersexual Challenge to Sex/Gender*, in *A COMPANION TO LESBIAN, GAY, BISEXUAL, TRANSGENDER, AND QUEER STUDIES* 262, 273 (George E. Haggerty & Molly McGarry eds., 2007).



הממשי של קבוצה אחרת הן דוגמאות של חוסר נראות במובן פיגורטיבי, מטפורי. לכן, "חוסר נראות" אין פירושו עובדה קוגניטיבית, אלא מצב עניינים חברתי מסוים.⁴² אדם בלתי-נראה אינו יכול לזכות בהכרה, ומשמעות הדבר היא שנמנע ממנו התנאי הראשון לחברות בקהילה אנושית: הוא חסר, כפי שציינה חנה ארנדט, את "הזכות להיות בעל זכויות".⁴³

מכל הקטגוריות שבהן מאורגנת החברה האנושית, מגדר הוא הבסיסית ביותר. לפני שהוא כושי או לבן, לפני שהוא עשיר או עני, יהודי או נוצרי, ישראלי, לפני או צרפתי, אדם הוא גבר או אישה. הזיהוי המגדרי של תינוק או עובר הוא אקט ההכרה החברתי הראשון, המכניס את האדם החדש אל תחומי החברה. אי אפשר להעלות על הדעת אדם שאינו ממוגדר. המגדר הוא הרובד הבסיסי של האישיות. הסובייקט החברתי הוא תמיד ממוגדר. כל הכרה בקיומו של אדם משמעה הכרה במגדרו. זה השיוך החברתי הראשון שאנו מחילים על אדם אחר. לכן אנחנו ממהירים להתנצל אם בטעות ייחסנו לאדם אחר מגדר לא לו. ההכרה במגדרו של אדם היא חלק בלתי-נפרד מן ההכרה בו כאדם.⁴⁴

כפי שמוכיח המקרה של ר', המודל המדיקאלי-ביולוגי של מגדר מספק בסיס רעוע להגנה משפטית על אנשים טרנסג'נדרים. במקומו נדרש מודל שמכיר במגדר כהיבט יסודי בחיי אדם, היבט אשר לכל אדם הזכות לקבוע בעצמו, ביטוי ראוי ולגיטימי של זהות אישית, בין אם הזהות הזאת תואמת את הציפיות סביב מין הלידה ובין אם לאו.⁴⁵

Axel Honneth & Avishai Margalit, *Recognition*, 75 Proceedings of the Aristotelian Society 11, Axel Honneth, *Invisibility: On the Epistemology of 'Recognition'* (2001) ⁴²

HANNAH ARENDT, *THE ORIGINS OF TOTALITARIANISM* 177 (1968) ⁴³

לנורמה של כיבוד מגדרו של אדם אחר יש רק יוצא מן הכלל אחד: יש ואנשים סיסג'נדרים נמנעים, בין במודע ובין שלא, מכיבוד זהותם המגדרית של אנשים טרנסג'נדרים. שלילת הזהות של אדם טרנסג'נדר נתפסת על ידי אנשים סיסג'נדרים מסוימים כזכותם הטבעית. מקרהו של ר' הוא דוגמה לכך. ⁴⁴

Romeo, לעיל ה"ש 18, בעמ' 28–29. ⁴⁵



משפטו של אדם בלתי-נראה

ר' הוא גבר על פי הזדהותו האישית ועל פי דרך חייו, אבל קיומו במרחב חברתי אינו אפשרי ללא הכרה. אלא שר' אינו יכול לתבוע את זכותו להיות מוכר על ידי בית המשפט, ראשית כל כי במסגרת המושגית שבה מתנהל הדיון המשפטי קיומו של ר' הגבר (הקיום היחיד האפשרי מבחינתו) מוסתר על ידי איבר מינו, על ידי הטיפולים שעבר או יעבור, על ידי היותו טרנסג'נדר. לכן, בית המשפט יכול להתייחס ברצינות לאפשרות כליאתו של ר' בבית סוהר לנשים. ולכן הוא מקבל את עמדת שב"ס שלפיה ר' ייכלא בבידוד, שהרי ר' מנוע מלתבוע את זכותו להכלא כמו כל גבר אחר.

אבל הסיבה העיקרית לכך שבית המשפט, שב"ס ושאר גורמים יכולים להתעלם בקלות רבה כל כך מקיומו של ר' היא, שקיימת מערכת של חוקים ונורמות המאפשרים זאת. מצב הנחיתות שלו הוא מובנה וממוסד. מינו הרשום של ר' הוא נקבה, כיוון שלצורך שינוי הרישום דורשת ממנו המדינה לפגוע בשלמות גופו על ידי כך שיעבור ניתוח שאולי אינו מעוניין בו, וגם זאת יהיה עליו לעשות במסגרת תהליך רפואי מפוקח בקפידה המרסק את זכותו לאוטונומיה. רק על ידי ציות למערכת נורמות וחוקים שתכליתם לשמר את הסדר המגדרי הקיים יינתנו לר' הכרה ומרחב קיום חברתי. אחרת, אחד דינו להיות בלתי-נראה.

א. הטיעון השמרני

טענה המועלית לעתים כנגד הניסיון לתקן את העוול שנעשה לאנשים טרנסג'נדרים הוא שהסדר החברתי דורש לקבוע קו ברור בין זהויות, גם אם יהיה שרירותי. על פי הלך מחשבה זה, גם אם המין הגניטלי איננו לאמיתו של דבר גורם מגדיר מגדר, וגם אם מגדר איננו עובדה ביולוגית, החברה צריכה לקבוע לעצמה כללים וסדרים כדי למנוע כאוס. הסדר הקיים הוא טוב למרבית בני החברה, ואם אנשים טרנסג'נדרים רוצים ליהנות מהכרה וזכויות, מוטב שיתאימו עצמם לסדר הקיים.

פרט לעובדה שניתן בהחלט לתמוה איזה בסיס מוסרי יכול להיות לסדר חברתי אשר מדיר מראש קבוצה של אנשים, לא קשה לראות שהטיעון השמרני איננו טיעון כלל, אלא פנייה לכוח – כוחו של הסטטוס קוו. הטיעון השמרני מושמע על ידי מי ששייכים



מבזקי הארות פסיקה 26 | מאי 2014
כלוא בגוף

לקבוצה שהסדר הקיים מיטיב עמה, להצדקת עמדת הכוח שלה. מדובר בטיעון מעגלי, המקדש את הסדר הקיים כיוון שהוא קיים, ופוסל מראש שינוי חברתי. ככה הוא גם בנוי על כשל לוגי של הנחת המבוקש, שכן הטענה שהסדר הקיים הוא אכן הטוב ביותר היא היא הטענה שטעונה הוכחה.

הטיעון השמרני מתעלם מדיפרנציאל הכוח שמאפשר לשמר את העוול שבבסיסו של הסדר הקיים. כך, לשאלה מדוע התייחס בית המשפט לר' בלשון נקבה, ישיבו תומכי הסדר הקיים שכך מצווה בית המשפט, באשר מינו הרשמי של ר' הוא נקבה. הטענה שלפיה פרט המין במרשם האוכלוסין צריך להכתיב את הדרך שבה יתייחס בית המשפט אל אדם מעוררת קשיים. אבל חשוב יותר, גם אם יוסכם כי כוחו של הרישום גובר על המציאות, המצב הוא שר' אינו חופשי לשנות את הרישום כך שיזכה לכבוד האנושי ולהכרה המגיעה לכל אדם.

הטיעון השמרני נותן עדיפות מראש לחזקים, למי שנהנים מן הסדר הקיים, ופוסל מראש את זכותם של מי שנפגעים מן המשטור הנוכחי של המין והמגדר להשמיע את קולם ולהיאבק לתיקון העוול שנגרם להם.

4. על כליאתם של אנשים טרנסג'נדרים

האם היה אפשר לנהוג אחרת? המחשבה לפיה מצבו של ר' מעמיד אותו בסכנה נראית מובנת מאליה, עד שאין צורך לדרוש עוד בדבר. כך סבור גם בית המשפט העליון, המקבל את טענת שב"ס לפיה "אסיר שזהותו אינה חד משמעית" יש להחזיק "בתנאי הפרדה וזאת מחשש לפגיעה באסיר או באסירים וסביבתו".⁴⁶ וכי יעלה על הדעת להחזיק אדם בעל איבר מין של נקבה בכלא של גברים? לבד מסכנת האונס, קיימת סכנה מוחשית של אלימות פיזית. הסכנה מהמעלה הראשונה שבאיבר מינו של ר', לו

⁴⁶ פרשת פלונית, לעיל ה"ש 7, פס' 6.



משפטו של אדם בלתי-נראה

ולאחרים, היא אפוא ברורה ומוחשית. או שמא איבר מינו של ר' מסוכן רק ליציבותו של הסדר המגדרי הקיים?

לכאורה האפשרות הראשונה נכונה. בתי סוהר הם "מוסדות טוטאליים"⁴⁷ שבהם אנשים חיים את מלוא חייהם. רעיונות ותפיסות בנוגע למגדר עיצבו בתי סוהר מאז ראשית הופעתם כמוסדות של פיקוח חברתי, שבהם מיוצרות פרקטיקות חברתיות באופן אקטיבי כחלק ממערכת משטור פנימית.⁴⁸

על פי מידע ממדינות אחרות, בעיקר מארצות הברית, אסירים ואסירות טרנסג'נדרים נמנים עם האוכלוסיות הנתונות בסכנה הגדולה ביותר לאלימות פזית ומינית בבתי כלא. מחקר שנערך בקליפורניה מצא שסיכוייהן של אסירות טרנסג'נדריות (כלומר, אסירות שנולדו בגוף זכר) להיות מותקפות מינית גדולים פי 13 מאלה של אסירות סיסג'נדריות.⁴⁹

בתי סוהר הם אתרים של עונש ממוגדר, כלומר – העונש עשוי ללבוש צורה של כפיית נורמות מגדר מסורתיות. בבתי כלא לגברים, הדבר מתבטא בחברה המתאפיינת בהיררכיה היפר-גברית שבה כמה אסירים וסוהרים מתעמרים באסירים אחרים הנתפסים כ"חלשים", כלומר כ"נשים". בית כלא לגברים עלול להעמיד אסירות טרנסג'נדריות בסיכון רב. ואילו בבתי כלא לנשים קיימות מערכות קפדניות של פיקוח ושליטה המיועדות להעניש נשים על הפרת נורמות של תפקידים נשיים מסורתיים וסטריאוטיפים

ERVING GOFFMAN, *ASYLUMS: ESSAYS ON THE SOCIAL SITUATION OF MENTAL PATIENTS AND OTHER INMATES* (1961) ⁴⁷

Gabriel Arkles, *Safety and Solidarity Across Gender Lines: Rethinking Segregation of Transgender People in Detention*, 18 *TEMP. POL. & CIV. RTS. L. REV.* 515, 519 (2009) ⁴⁸

VALERIE JENNESS, *TRANSGENDER INMATES IN CALIFORNIA'S PRISONS: AN EMPIRICAL STUDY OF A VULNERABLE POPULATION* (2009) ⁴⁹



על ידי ביצוע פשעים.⁵⁰ תפיסה זו של בתי הסוהר נשענת על היערכות מנהלתית הבנויה על תפיסה של שני מגדרים ברורים ומובחנים.

אסירים המערערים תפיסות אלה מעמידים את המערכת בפני אתגר מיוחד. בייחוד אמור הדבר לגבי מי שבהופעתם והתנהגותם חותרים תחת תפיסות מקובלות של סדר מגדרי. הטענה לפיה איבר מינו של ר' מהווה סכנה מושתתת על ראיית הגוף הסיסג'נדר (כלומר גוף שיש בו הלימה בין הזהות המגדרית ואיבר המין) כנורמה, כגוף האפשרי היחיד. אבל הסיכון שבו נתונים אסירים ואסירות טרנסג'נדרים אינו נובע מצורת איבר המין שלהם, אלא מביטויים המגדרי. הנתונים על סיכון ופגיעה באסירים ואסירות טרנסג'נדרים מתייחסים למצב שבו המדיניות הנהוגה ברוב בתי הסוהר בארצות הברית ובארצות אחרות היא לכלוא אנשים על פי מינם בעת הלידה, לא על פי הזהות המגדרית שהאדם מזדהה עמה.⁵¹

הדימוי הרווח של בתי הסוהר כסיוטים הובסיאניים של אלימות וכוחנות משתוללת, דימוי שמונצח בסרטים ובסדרות טלוויזיה פופולריות, רחוק מלהיות תואם את המציאות. רוב האסירים אינם אלימים, ויש להם אינטרס מובנה בשמירה על השקט והסדר.⁵² בצד האלימות האינהרנטית שבכליאת אנשים, ברוב בתי הכלא קיימים כוחות חזקים הפועלים לטובת קיומו של סדר.

50 ALEXANDER L. LEE, NOWHERE TO GO BUT OUT: THE COLLISION BETWEEN TRANSGENDER & GENDER-VARIANT PRISONERS AND THE GENDER BINARY IN AMERICA'S PRISONS 11 (2003).

51 TRANSGENDER PRISONERS IN CRISIS, LAMBDA LEGAL (2013), http://www.lambdalegal.org/sites/default/files/publications/downloads/transgender_prisoners_in_crisis.pdf; Jordan Emma Mintz, *Treatment of Transgender Inmates – The Double Punishment*, STUDENT SCHOLARSHIP PAPER 271 (2013), http://erepository.law.shu.edu/student_scholarship/271.

52 DANA M. BRITTON, AT WORK IN THE IRON CAGE: THE PRISON AS GENDERED ORGANIZATION 3–7 (2003).



משפטו של אדם בלתי-נראה

א. מודעות חדשה והצעות לפתרון

בשנים האחרונות גוברת בעולם המודעות לצרכיהם של אסירות ואסירים טרנסג'נדרים, ומתקיים דיון ער על דרכי אחזקתם במאסר, זכויותיהם והדרכים להתאים את מערכת הכליאה לטיפול בהם והגנה עליהם. השינויים המהותיים ביותר בתפיסות אנשי המקצוע נוגעים לצורך להגדיר אנשים טרנסג'נדרים כקבוצה מוכרת בעלת מאפיינים וצרכים ספציפיים והחובה לכבד את הזהות המגדרית, את כבוד האדם ואת הבטחון האישי שלהם. הגדרת אנשים כטרנסג'נדרים צריכה להביא בחשבון את המגוון הרב של זהויות טרנסג'נדריות, ולכבד את זכות האוטונומיה וההגדרה העצמית שלהם בלי לכפות עליהם קריטריונים או מודלים של זהות שנקבעו על ידי השלטונות. החלטות על מקום הכליאה של אנשים טרנסג'נדרים צריכות לאזן את העדפת האסיר והשיקול הבטחוני, תוך הקפדה על כבוד האדם של האסיר.⁵³ רצונו של האסיר חייב להכלל בין השיקולים לקביעת מקום הכליאה.

במדינות שונות הוכנו המלצות לעבודה עם אסירים טרנסג'נדרים. כך, נוהל שירותי הענישה של מחוז קווינסלנד שבאוסטרליה, שפורסם ב-2008, קובע שלשה תחומי טיפול לגבי אסירים טרנסג'נדרים: מקום אחזקה, טיפול וניהול. "מקום אחזקה" מתייחס לקריטריונים שעל פיהם ייקבע בית הסוהר שבו יוחזק האסיר הטרנסג'נדר (מין הלידה, מין גניטלי בעת המאסר, מגדר נחוזה וכיוצא באלה). "טיפול" מתייחס לדרכים שבהם ייענו צרכיהם הטיפולים של אסירים טרנסג'נדרים (הספקת הורמונים, טיפולים קוסמטיים וכירורגיים). "ניהול" מתייחס לדרך שבה נוהגים הגורמים המופקדים על

⁵³ Alexander L. Lee, *Gendered Crime & Punishment: Strategies to Protect Transgender, Gender Variant & Intersex People in America's Prisons*, 4 *Transgendered in Prisons Journal* 1 (2004).



הכליאה באסיר הטרנסג'נדר: לשון המגדר, הפרזנטציה העצמית, בגדים ועדיים, קשרים חברתיים ומיניים וכיוצא באלה.⁵⁴

בארצות-הברית, בעקבות פרסום הנחיות למניעת אונס בבתי הכלא על פי החוק למניעת האונס בבתי כלא (PREA – Prison Rape Elimination Act), שיצא ב-2012 על ידי משרד המשפטים האמריקני נדרשים מתקני כליאה להחליט היכן יוחזקו אסירים טרנסג'נדרים על בסיס אינדיבידואלי.⁵⁵

כליאת גברים טרנסג'נדרים היא סוגיה סבוכה כשלעצמה. מצד אחד, אסירים טרנסג'נדרים זכאים לכיבוד זהותם, והדעת אינה סובלת להחזיקם בבית סוהר לנשים. מצד שני, אחזקתם בבית סוהר לגברים עלולה לחשוף אותם לסכנות. אבל התמונה מורכבת יותר, כיוון שגם בבתי סוהר לנשים כולל הסגל גברים לא מעטים, ועל פי עדויות של גברים טרנסג'נדרים הכלואים בבתי סוהר לנשים, מרבית התקיפות המיניות שמהן סבלו נגרמו על ידי סוהרים וקצינים גברים.⁵⁶

אין בידי שב"ס נתונים על כליאת אנשים טרנסג'נדרים בבתי כלא בישראל. ניסיון לקבל משב"ס מידע כתוב כגון נהלים או הנחיות לטיפול באסירים טרנסג'נדרים העלה חרס.⁵⁷ בהחלטת בית המשפט העליון בעניינו של ר' נאמר שבמהלך הדיון שנערך על המאסר בבידוד "באי כוח הצדדים טענו לעניין העונש על סמך המסמך שהוצג; סבירות

⁵⁴ Jenny Samiec, *Transgender Prisoners: A Critical Analysis of Queensland Corrective Services' New Procedure*, 2 QUEENSLAND LAW STUDENT REVIEW 32 (2009).

⁵⁵ Terry Schuster & Will Harrell, *Prisons: The Next Frontier for LGBTI Rights*, THE LIFE OF THE LAW (Aug. 9, 2013), <http://www.lifeofthelaw.org/prisons-the-next-frontier-for-lgbti-rights>

⁵⁶ Lori Girshick, *Out of Compliance: Masculine Identified People in Women's Prisons*, in CAPTIVE GENDERS: TRANS EMBODIMENT AND THE PRISON INDUSTRIAL COMPLEX 189 (Eric A. Stanley & Nat Smith eds., 2011).

⁵⁷ התכתבות אישית של הח"מ עם מר אליאב ברמן, מיחידת המחקר של שירות בתי הסוהר (30.12.2013).



משפטו של אדם בלתי-נראה

התנאים לא הועלתה בדיון על ידי מי מהצדדים⁵⁸ העובדה שהדיון נערך על בסיס המסמך שהגיש שב"ס בלבד מטרידה. לאור התפיסות לגבי זהותו המגדרית של ר', כפי שבאו לידי ביטוי בציטוטים מהמסמך של שב"ס המובאים בהחלטת בית המשפט העליון, אין להתפלא אם הדיון בתנאי המאסר רק אישש את קביעותיו של שב"ס. אין בי ספק שאם ר' היה זוכה להכרה כגבר, הדיון על הצרכים המיוחדים הנובעים מהיותו טרנסג'נדר היה מתעשר ביחס אנושי ובהרחבת יריעת האופציות לאחזקה.

בסופו של דבר, ר' ניצל מגורל קשה תודות לחנינה שקיבל, אבל מידת הרחמים לא בהכרח חלה על הפגיעה בכבוד האדם שלו, ולא בטוח שהיא תגונן על אנשים טרנסג'נדרים בפעם הבאה שכבוד האדם שלהם וזכותם לשוויון בפני החוק יעמידו את מערכת המשפט במבחן.

⁵⁸ פרשת פלונית, לעיל ה"ש 7, פס' 8.