

בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

בעניין:

הגב' ליאור ישראלי

ע"י ב"כ גבי רותם אבידר-צאליק, גבי שרי ברזל וגבי איה דביר

כנפי נשרים, הרצליה

העותרת

- נ ג ד -

1. משרד הבריאות

2. הוועדה הרב מקצועית לניתוחים לשינוי מין של משרד הבריאות

ב"כ גבי סתיו לביא, מר עומרי קולטין ומר אוהד טואטי

כנפי נשרים, הרצליה

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

בית-המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על-תנאי המופנה אל המשיבים ומורה להם להתייצב וליתן טעם:

1. מדוע לא יבוטל סעיף 4.2.4 בתיקון לפקודת בריאות העם, הדורש 12 חודשי התנסות בזהות המגדרית המבוקשת כתנאי לביצוע ניתוח לשינוי מין.
2. ליתן כל צו אחר אשר נכון בעיניו.

א. פתח דבר

3. ענייננו בעתירה אשר במרכזה הגנה על זכויות בסיסיות של אוכלוסיית הטרנסגי'נדרים – קבוצת מיעוט הנמצאת בשולי החברה. קבוצה אשר סובלת במשך שנים ארוכות מתופעות של מידור וניכור חברתי, המתבטאות בקשיים נפשיים רבים איתם חברי אוכלוסייה זו נאלצים להתמודד.
4. כל מבוקשה של העותרת לעניין זה, הוא הקלה בתנאים הנוקשים אשר מציבה הוועדה הרב מקצועית לניתוחים לשינוי מין (להלן: "ניתוח להתאמה מגדרית") של משרד הבריאות (להלן: "הוועדה") ובתוך כך, ביטול התנאי הדורש תקופת התנסות בזהות המגדרית המבוקשת – תקופה של 12 חודשים ארוכים וקשים אשר תכליתם מוטלת בספק, כפי שיוצג בהמשך (להלן: "התנאי" או "תנאי ההתנסות" או "מבחן ההתנסות"). בטרם נעמיק בדיון, נבקש להפנות את תשומת-ליבו של בית-המשפט הנכבד למצבם העגום של אוכלוסיית הטרנסגי'נדרים בחברה, וליתן משקל לעניין זה בבחינת העתירה. זאת בהתאם לתפקידו המכריע של בית המשפט העליון כמכוון התנהגות ואפשרותו האמתית להובלת שינוי תפיסתי ושורשי בחברה הישראלית.
5. תנאי הוועדה בכללותם, ואילו התנאי למבחן ההתנסות בפרט, מבטאים חוסר קבלה עמוק ושורשי של החברה הישראלית את קהילת הטרנסגי'נדרים. על-אף שאיפתה של המדינה לליברליות ולקבלת השונה, לא ניתן להתעלם מדרישותיה הברורות לנורמליזציה של קהילת הטרנסגי'נדרים. דרישות סובייקטיביות ומפלגות, אשר מהוות מכשול משמעותי לטרנסגי'נדר המעוניין לבצע את הניתוח, וכך רומסות ופוגעות קשות בליבת זכויות חוקתיות רמות מעלה להן זכאי כל אדם.

6. החברה הליברלית הרב-תרבותית, לה מדינת ישראל שואפת להשתייך, מבוססת יותר מכל על ערך הסובלנות ומכירה בכלל התרבויות כראויות להגנה. זאת, על-מנת לאפשר לפרט לממש את אוטונומיית הרצון הפרטי ולספר את סיפור חייו.¹ מן הראוי כי היחס לאוכלוסייה הטרנסג'נדרית יהלום גישה זו.
7. המציאות, למרבה הצער, מלמדת כי למדינת ישראל עדיין דרך ארוכה לעבור בטרם תוכל להיחשב כמדינה ליברלית הרגישה לזכויות הקהילה הגאה. כך, בקשתה של העותרת, אישה טרנסג'נדרית שנולדה במין זכר, לעבור ניתוח להתאמה מגדרית, נדחתה על ידי הוועדה. זאת, מהטעם כי על מנת לעמוד בתנאי 12 החודשים ניסיון במגדר המבוקש עליה להתאפר ולהסיר שיער.
8. והנה, כעולה מנימוקיה של הוועדה בענייננו, ניתן להבחין בטעונונים בדבר שונות ויחסיות תרבותית אשר בבסיסם עומד ה"אידיאל", כפי שנתפס אצל חברי הוועדה. אידיאל המגדיר מהו "היפה", "הטוב" ו"הנכון" עבור החברה בישראל. אולם, טעונונים בדבר שונות ויחסיות תרבותית אינם יכולים להיות כסות להכפפתה של קבוצה באוכלוסייה ולדיכוייה המתמשך לאורך שנים רבות.
9. הפגיעות הקשות במטופל הטרנסג'נדר ניתנות לזיהוי כבר מעצם הקמתה של הוועדה, לא כל שכן בקיומו של התנאי הדורש תקופת התנסות, בהיותו חסם של ממש להגשמתו העצמית וזכותו לאוטונומיה של המטופל.
10. בחינת הדרישה לתקופת התנסות, בראי הקריטריונים המומלצים לפי WPATH,² הגוף הבינלאומי המקצועי הרלוונטי, מוכיחה למעשה את גודל המכשול העומד בפני המטופלים הטרנסג'נדרים. ודוק, הוועדה כגוף מקצועי אשר מכיר, לכאורה, את קהילת הטרנסג'נדרים ומצוקתם יותר מכל גוף מדינתי אחר, מודע לניכור החברתי הקיים ולקושי האדיר בדבר שילוב ויציבות בחברה. משכך, מבחן ההתנסות, כתנאי בלתי אין לביצוע הניתוח, כמוהו כמכשול בפני עיוור.
11. כפי שנראה בעתירה זו, דרישת תקופת ההתנסות, כתנאי למימוש זהותו המגדרית של אדם, פוגעת קשות בזכויות חוקתיות אשר כל אחת מהן מהווה פגיעה קשה וכואבת לגופה. מדובר בפגיעות קשות, עמוקות, שאינן מידתיות בעליל. נעמוד עליהן בתמצית.
12. ראשית, הכואבת מכולן היא הפגיעה **בזכות לאוטונומיה ולחירות הפרט**, הנובעת מדרישת "מבחן ההתנסות". לעניין זה, נראה בעתירה זו כי הוועדה אינה מסתפקת בהסכמתם מדעת של המטופלים הטרנסג'נדרים או בנתונים רפואיים אובייקטיביים, כדוגמת אישור פסיכיאטר. בנוסף לאמור, דורשת הוועדה מבחן "רצינות" המוודא אף הוא את יכולתם ומוכנותם לביצוע הניתוח – תנאי מבחן ההתנסות. נקל להבין כי תנאי זה, הנדרש בנוסף להסכמה מדעת ואישור גורם רפואי מקצועי, כמוהו כאמירה מצד המדינה כי המטופל הטרנסג'נדר אינו כשיר משפטית לצורך קבלת החלטות אוטונומיות וראויות עבור עצמו. הנחה זו יוצרת תחושת זלזול קשה בקרב קהילת הטרנסג'נדרים ואף תחושת קיפוח, ומכאן גורמת **לפגיעה בכבוד**. מדובר בפגיעה קשה בזכות לכבוד, הטומנת בחובה גם מסר שאינו ראוי מצד המדינה, לשון עדינה.
13. שנית, נראית פגיעה קשה **בזכות לבריאות** שכן תנאי "מבחן ההתנסות" מהווה מחסום בפני קבלת שירות בריאותי הכרחי ומימוש ניתוח אשר יבטיח את **שלמות גופם ונפשם** של המטופלים הטרנסג'נדרים.
14. שלישית, דרישת "מבחן ההתנסות" יוצרת **פגיעה קשה בזכות לשוויון**, בהשוואה לאוכלוסיית הסיסג'נדרים,³ אשר אינם נחשמים באופן **בחירת זהותם המגדרית**. כמו כן, בהשוואה לוועדות שונות נראה כי תנאי מבחן ההתנסות הוא ייחודי בדרישותיו, כאשר השוני מעלה תמיהה אשר לתכליתו.

¹ בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530 (2011).

² להרחבה על הקריטריונים המפורטים ראו פרק ב(3) לכתב טענות זה, תחת הכותרת "הוועדה לניתוח לשוני מין בישראל והיקף שיקול הדעת (הבלתי מוגבל) שהוקנה לה בחוק".

³ סיסג'נדר – (cisgender) אדם שזהותו המגדרית תואמת את המגדר שניתן לו בזמן לידתו. מדובר באדם שאינו על הקשת הטרנסג'נדרית או הג'נדרקוורית. רוב האנשים בחברה הם הסיסג'נדרים.

כפי שנראה בעתירה זו, המדינה אינה דורשת תנאי דומה ולו באחד מהניתוחים האחרים המבוצעים תוך פיקוח מדינתי, ומסתפקת בהסכמה מדעת של אותם מטופלים, ולכל היותר דורשת בנוסף אישור מגורמים רפואיים. ייחודיותו של התנאי, שהמדינה ראתה לנכון להעמידו כתנאי סף רק לחברי האוכלוסייה הטרנסג'נדרית, אוכלוסייה מוחלשת מטבעה, מלמד – מזווית אחרת – על הפסול העמוק והמסר הבלתי ראוי הגלום בתנאי ההתנסות.

15. רביעית, תיעוד התפקוד במגדר המבוקש, על-ידי גורמים נוספים, יוצר פגיעה קשה בזכות לפרטיות. על מנת לצלוח את תנאי ההתנסות, הוועדה מכריחה את המטופל הטרנסג'נדר לשתף בעל כורחו את הסובבים אותו בתהליך האינטימי והאישי שהוא עובר, ולמעשה, כופה עליו "לצאת מהארון".⁴ מכאן, שאם לא די במעורבותה הבוטה ויוצאת הדופן של המדינה בהליך, נוספת דרישה היוצרת התערבות של כלל הסובבים אותו – דבר אשר יכול לגרום לחשיפה מסוכנת היכולה להוביל אף לאלימות כלפי המטופל.^{5,6}

16. זאת ועוד, במקום בו שיקול-הדעת מהווה הבסיס העיקרי להחלטה אין תמה בדבר פגיעה תהומית בזכויות אדם, כפי שאנו עדים בענייננו. אי-בהירות הקריטריונים מאפשרת "זליגה" של הטיות חברתיות-תרבותיות לשיקולי הוועדה. מכאן, נראה כי ישנה גם פגיעה בחופש הביטוי של האוכלוסייה הטרנסג'נדרית, פגיעה המוצאת את מקומה בדרישת ה"נורמליזציה" אליה שואפת הוועדה בהתנהלותה – דרישה לנראות נורמטיבית ואורח חיים נורמטיבי בהתאם למגדר אליו שואף הטרנסג'נדר.

17. תכליתו של תנאי ההתנסות מבוססת בעיקרה על הרצון למניעת חרטה לאחר ביצוע הניתוח.⁷ זאת היות שתוצאות הניתוח הן בלתי-הפיכות ולכך השפעות חברתיות, פסיכולוגיות ונפשיות עמוקות. אין חולק כי תכלית זו ראויה ורצויה. כאמור, כדי להבטיח את שביעות רצון המטופל מהניתוח יש לוודא כי המטופל "בשל" לשינוי, מודע להשלכותיו ושהליך ההתאמה המגדרית אכן ייתן מענה הולם למצבו הרפואי. אולם, אין להתעלם מאופן הגשמת התכלית, אשר פוגע בצורה קשה ובלתי-מידתית בזכויותיהם הבסיסיות של הטרנסג'נדרים ואינו מתיישב עם תכלית הוועדה כולה, אשר מטרתה לסייע ולהעניק מענה לצרכיהם.

18. זאת ועוד, מעולם לא הוכח כי תקופת ההתנסות משפיעה ותורמת בהכרח להצלחת תהליך השינוי,⁸ כשמקור התנאי אינו ברור.⁹ לא זו בלבד, נראה כי יעילות מבחן ההתנסות אף שנויה במחלוקת בקרב מומחים העוסקים בתחום. לעמדתה של גבי לינה שפר,¹⁰ ממייסדות אגודת הרי בנג'מין ונשיאת הארגון לשעבר, יש לבטל את תקופת ההתנסות כלל ועיקר. כמוה גם גבי אן לורנס, ממחברות פרוטוקול הטיפול, הגורסת כי חשיבות מבחן ההתנסות מהווה מעין "פרה קדושה" – אשר אין לה כל הצדקה אמיתית – בעולם הטיפולים לטרנסקסואלים.

וכל זאת – כאשר אין כל הוכחות אמפיריות שהתנאי אכן מקדם את התכלית לשמה הוא נחקק - השפעת תקופת ההתנסות על הצלחת הניתוח.¹¹ לגישתה של לורנס, תקופת ההתנסות במין המבוקש אינה מהווה ערובה למניעת חרטה אצל המטופל. כמו כן, במחקר שערכה – מתוך 232 מטופלים אשר עברו ניתוח להתאמה מגדרית מזכר לנקבה (אותו ניתוח שמעוניינת לעבור העותרת), 36 מטופלים (המהווים 16%), עברו

⁴ ראו הרחבה בתת-פרק העוסק ב"זכות לפרטיות".

⁵ עידו אפרתי "מחקר: מחצית מהטרנסג'נדרים בישראל ספגו אלימות פיזית בשל זהותם המגדרית" הארץ 26.5.2015 www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.2644553

⁶ שיחה עם עורך-הדין עידו קטרי (8.1.2017) – נבקש לציין כי בשיחה הובהר כי תגובות אלימות כלפי טרנסקסואלים ו/או טרנסג'נדרים נגרמות עקב חשיפת עברם המגדרי אשר אינו הולם את זהותם המגדרית הנוכחית. ולחילופין טרנסקסואל אשר זהותם המגדרית "אינה שלמה", קרי שממנים נשיים וגבריים כאחד.

⁷ ראיון עם פרופ' איל וינקלר יו"ר הוועדה לניתוח שינוי מין (בדימוס) 15.12.2017 (להלן: "ראיון עם פרופ' וינקלר"); ראיון של אפרת אנול עם ד"ר חיים קפלן "בריאיות 10", ערוץ 10 - www.youtube.com/watch?v=RKzaifzgfR4 (להלן: "ראיון עם ד"ר חיים קפלן").

⁸ נורה גרינברג "עקרונות לנוהל ניתוחים לשינוי מין" (2008) (להלן: "נורה גרינברג").

⁹ שם, בעמ' 23.

¹⁰ Casio, j. (2006), *Origins of the Real-Life Test*, Trans-Health Website.

¹¹ Lawrence, A. (2001). *Factors Associated with Satisfaction or Regret Following Male-to-Female Sex Reassignment surgery*.

את הניתוח לאחר תקופת התנסות הקצרה מ-12 חודשים ובבחינת שביעות רצונם מתוצאות הניתוח – לא נראה כל שוני ממטופלים אשר עברו את תקופת ההתנסות במלואה. יתרה מכך, ניתן ללמוד ממחקרה של לורנס כי מטופלים אשר נדרשו לתקופת התנסות קצרה יותר או שלא נדרשו לתקופת התנסות כלל, מדווחים על יציבות תעסוקתית גבוהה יותר; הפחתה משמעותית בחשש מתגובות אלימות; אפשרות מהירה לזוגיות יציבה; ואולי החשוב מכל – תחושת שלמות עם גופם.¹² נוסף על האמור, נמצא כי מטופלים אשר עברו את הניתוח ללא תקופת ההתנסות, השתלבו חברתית טוב יותר ממטופלים שהמתינו את תקופת ההתנסות, והם אף פעילים יותר בחברה.¹³

19. יתר על כן, נראה כי התנאי הדורש 12 חודשי התנסות בזהות המגדרית המבוקשת, הוא אינו מידתי ומשך דינו בטלות:

- לפי מבחן הקשר הרציונאלי, כפי שהוזכר לעיל, מחקרים מראים כי אחוזי החרטה לאחר ביצוע הניתוח הם נמוכים עד מאוד – ואין קשר סיבתי בין תקופת ההמתנה לשביעות הרצון לאחר הניתוח. נתון זה יוצר תמיהה לעניין הגשמת תכליתה של תקופת ההתנסות. כמו כן, היעדר קריטריונים ברורים ומוסדרים יוצרים עמימות סביב תכליתו של התנאי ומקשים על הערכת יכולת ההגשמה של תכלית זו.

- לפי מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, נראה כי תקופת ההתנסות אינה מבטיחה את הפגיעה הפחותה ביותר. ולראיה, להלן יוצגו מספר אמצעים אשר פגיעתם במטופלים הטרנסג'נדרים פחותה באופן משמעותי, ונקל להבין שמגשימים – ולעיתים ביתר שאת – את התכלית שבבסיס תנאי ההסתגלות: גישה טיפולית אשר דוגלת בהתאמת תקופת ההתנסות לאופי המטופל ולשלב בו נמצא; הפיכתו של תנאי ההתנסות להמלצה חלף תנאי סף; ביטול תקופת ההתנסות בכללותה והסתמכות על הסכמתו מדעת של המטופל.

- זאת ועוד, לפי מבחן המידתיות, בהינתן שאינטרס הוועדה ואינטרס המטופלים הטרנסג'נדרים זהה – הבטחת זכויותיהם ועזרה אמתית למצוקתם – אין ספק כי עבור האוכלוסייה הטרנסג'נדרית בכלל והמטופלים בוועדה בפרט, העלות גוברת על התועלת ועל-אף כוונת המדינה למימוש זכויותיהם, נוצרת התנגשות פנימית המובילה בסופה לפגיעה בהם – כאשר תכליתו של האמצעי הוא להיטיב עמם אך הגשמתו בצורה הנוכחית פוגעת.

20. על כל אלה ועוד נפרט להלן.

ב. הרקע העובדתי

ב.1. העובדות הצריכות לעתירה

21. הוועדה הרב-מקצועית לניתוחים לשינוי מין פועלת מכוח התוספת השישית לפקודת בריאות העם משנת 2014 (להלן: "התיקון לפקודה"), אשר נוסחה זהה לחוזר מס' 16/2014 של משרד הבריאות (להלן: "חוזר משרד הבריאות"). התיקון לפקודה חוקק בעקבות עתירה לבית-המשפט העליון, במסגרתה נטען כי הוראות חוזר משרד הבריאות מהוות הסדר ראשוני ויש לעגן אותו בחקיקה ראשית.

22. ביום ה-1.7.2014 פנתה הגב' ליאור ישראלי, אישה טרנסג'נדרית אשר נולדה במין זכר (להלן: "העותרת"), לוועדה בבקשה לעבור את הניתוח התחתון להתאמה מגדרית. ביום ה-9.10.2014 הוועדה דחתה את בקשתה של העותרת. בנימוקיה, ציינה הוועדה כי העותרת עומדת בכל התנאים הנדרשים לביצוע הניתוח, מלבד התנאי הדורש 12 חודשים של ניסיון מוכח בזהות המגדרית המבוקשת.

¹² Lawrence, A. A. (1997, September). SRS after less than a one-year real-life test: Absence of regrets. Poster presented at the XV HBGDA Symposium, Vancouver, BC, Canada.

¹³ Mate-Kole, C., Freschi, M. & Robin, A. (1990). A controlled study of psychological and social change after surgical gender reassignment in selected male transsexuals. *British Journal of Psychiatry*, 157, 261-264.

23. מנימוקי הוועדה עולה כי הסיבות לדחיית הבקשה נעוצות בכך שהעותרת אינה מתאפרת ואינה מסירה את שיער גופה, במטרה לטשטש את מאפייניה הגבריים הביולוגיים.

ב. הרקע התיאורטי

24. טרנסג'נדר הוא מונח המתאר קשת רחבת היקף של אנשים החשים חוסר התאמה בין המין בו נולדו לבין זהותם המגדרית.¹⁴ ישנה הערכה כי 30% מהאוכלוסייה חשים תחושת חוסר הלימה ברמה כלשהי בין מינם ומגדרם.¹⁵

25. לצורך התווית הבסיס הראוי לדיון בענייננו, נבקש עתה לעמוד על ההבדל העקרוני בין "מין" ל"מגדר": המונח "מין" טומן בחובו את ההבחנות הביולוגיות הראשוניות בין חברי המין האנושי ואלה נבדלים הן במבנה הגנטי-כרומוזומלי שלהם, הבדלים בין איברי-המין השונים, תפקוד הורמונלי, יכולת רבייה ועוד.¹⁶ לעומת זאת, "מגדר" הוא מכלול הזהויות וההתנהגויות של בני-אדם, גברים נשים, בתוך המערכת התרבותית. בשונה מ"מין", המגדר נתפס כמשהו שאינו קבוע אלא דינאמי, בלתי בינארי, ומשתנה ביחס לתרבות ולזמן. העובדה כי אדם הוא "זכר" (מבחינה אנטומית-ביולוגית) אינה בהכרח מעידה עליו כ"גבר" וכך נכון גם לגבי "נקבה" ו"אישה".¹⁷

26. אנשים טרנסג'נדרים רבים, במיוחד נשים טרנסג'נדריות, חווים קשיים וניכור סביבתי מעצם היותם טרנסג'נדרים. קשיים אלה מתבטאים באפליה בתעסוקה, אלימות ואף קושי במימוש זהותם המגדרית.

27. עבור טרנסג'נדרים, לא כל שכן טרנסקסואלים, הניתוח להתאמה מגדרית מהווה שלב הכרחי בתהליך ההתאמה בין מינם הפיזיולוגי לזהותם המגדרית אשר מימושו, קשה ככל שיהא, חשוב מאין כמותו להמשך חייהם.

28. נבקש להדגיש את ההבחנה בין טרנסקסואל לטרנסג'נדר: **טרנסקסואל** – בהתאם להבחנה הרווחת בין מין (sex) למגדר (gender), טרנסקסואל הוא אדם ששינה או השואף לשנות את מינו הפיזיולוגי. רק משנות השלושים של המאה הקודמת החלו לבצע ניתוחים להתאמה מגדרית, ברמות שונות של הצלחה לאור הטכנולוגיה שהייתה נוהגת באותם ימים. לצד טיפולים הורמונאליים שונים ועיצוב של צורת הגוף, הניתוחים כוללים הסרה של איברי המין הקיימים, עיצוב של נרתיק מלאכותי עבור זכר שהופך לנקבה ועיצוב של מעין איבר זכרי עבור נקבה שהופכת לזכר. **טרנסג'נדר** – טרנסג'נדר הוא אדם שהניתוח או השאיפה למעבר הניתוח אינם מהווים מרכיב יסודי בזהותו האישית. מדובר באדם שחש בצורה עמוקה כי זהותו המגדרית היא זהות מסוימת, ללא כל תלות במבנהו הגופני-פיזי.

29. כך, לדבריה של גב' נורה גרינברג, פעילה מוכרת באוכלוסייה הטרנסג'נדרית ונציגתה בוועדה:

"...אלה מאתנו אשר החיים העמידו אותם במצב גבולי, בייחוד אם מצב זה מתנגש באמונותיה ובפחדיה הבסיסיים ביותר של החברה, נגזר עליהם להפליג למסע אימים. זהו מבחן שרבים בו הכאב והחרדה, אך בסופו אנו יוצאים ממנו מטהרים ועשירים יותר, כי נברנו במכמני נפשנו ועמדנו ערום ועריה מול רגשותינו הכמוסים ביותר, בתוך כדי כך אף הצלחנו ללמוד רבות על העולם שמסביבנו... מסעי זה לא היה מתאפשר ללא עזרתם ותמיכתם של אנשים רבים – משפחה, ידידים ואנשי מקצוע – אשר בראש ובלב פתוחים ללא סייג הוליכו אותי במעלה נתיב הייסורים הזה." (מותוך מכתבה של הגב' נורה גרינברג אל חבריה לעבודה, בסמוך לניתוח לשינוי מינה).

¹⁴ הגדרת עמותת "מעברים" www.maavarim.org.

¹⁵ Standards Of Care For Gender Identity Disorders, The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association's (Sixth Version, 2001).

¹⁶ איב קוסופסקי סדגיוויק "האפיסטמולוגיה של הארון (קטעים נבחרים)" **מעבר למניות** 303, 312 (2003).

¹⁷ נורה גרינברג "כללים לכתיבה על אנשים טרנסג'נדרים" 6 (2009).

30. דבריה הנוקבים של הגב' גרינברג ממחישים ומאששים את הקושי והמורכבות האדירים אשר מלווים את הטרנסג'נדרים במשך תהליך המעבר למין המבוקש – תהליך אשר נלווים לו קשיים פיזיים, חברתיים ומחוסמים משמעותיים אשר המועמד לניתוח נדרש לצלוח. כמו כן, השלמת תהליך המעבר למין המבוקש, אשר מסתיים במידת מה עם ביצוע הניתוח האמור, מבטיחה רווחה בריאותית, הקלה משמעותית לאחר תחושה של סבל מתמשך ולעיתים אף **מצילת חיים**.¹⁸

33. הוועדה לניתוח לשינוי מין בישראל והיקף שיקול-הדעת (הבלתי-מוגבל) שהוקנה לה בחוק

31. האפשרות לביצוע ניתוח להתאמה מגדרית במדינת ישראל הוכרה לראשונה בשנת 1986, בפרסום חוזר מנהל רפואה המסדיר הליך זה, כאשר ביצעו במטופל מותנה באישור וועדה רפואית. ביצוע הניתוח בישראל ומימונו על-ידי המדינה נחשב למהלך מהפכני וליברלי אשר נועד לתת מענה הולם לצרכיהם ולתפיסתם של הטרנסג'נדרים את זהותם המגדרית.¹⁹ כמו כן, כחלק מהתפתחות הידע בעולם בנושא הטרנסג'נדרים, עודכן נוסח החוזר בשנת 2014 – אשר עוגן בהמשך בתיקון לפקודת הבריאות – זאת, בהתאם לסטנדרט הטיפול העולמי.²⁰ אין ספק כי החלטת המדינה לאפשר את ביצוע הניתוח, תוך סבסודו, מחדדת את נחיצותו וחשיבותו של הניתוח על-פי תפיסתה של המדינה עצמה. זאת ועוד, העדכון האחרון לחוק מעיד לכאורה על כוונת המדינה להתחשב בצרכי אוכלוסייה זו, ולהקל את התנאים המקדימים לביצוע הניתוח. עם זאת, ניכר כי המדינה טרם עשתה די בנושא.

32. במדינת ישראל קיימת ועדה אחת בלבד האמונה על אישור ופיקוח ניתוחים להתאמה מגדרית, ללא מתן אפשרות לביצוע הניתוח בבתי-החולים הפרטיים ובמימון פרטי. כל טרנסג'נדר המעוניין לעבור את הניתוח, ללא מעבר תנאי הסף של הוועדה, יידרש לבצע את הניתוח אך מחוץ לגבולות המדינה.

33. כאמור לעיל, קבלת אישור הוועדה לביצוע הניתוח מותנה במספר תנאים: אישור פסיכיאטר, חתימה על טופס הסכמה מדעת, המלצה של פסיכולוג קליני או עובד סוציאלי קליני, 12 חודשי התנסות מוכחת בזהות המגדרית המבוקשת. בנוסף, בסמכות הוועדה להתנות את אישורה בנטילת הורמונים. התנאים האמורים הם בגדר **דרישות מצטברות** וצירופן יחד מרוקן מתוכן את מהות הסכמתו מדעת של המטופל (ועל כך נעמוד בפרק הבא). נוסף לכך, התנאים המפורטים לעיל בהתחשב בשיקול-דעתה הבלתי-מוגבל של הוועדה, יוצרים פתח לשלילת זכויותיהם הבסיסיות של המטופלים הטרנסג'נדרים ובפרט את זכותם לאוטונומיה.

34. מונופול הוועדה יוצר פגיעה קשה ברצונו החופשי של הטרנסג'נדר וכן בזכות לשלמות הגוף ולבריאות. העותרת סבורה כי מתן מענה מצד המדינה – ראוי ככל שיהיה – אינו מחייב **התערבות פטרנליסטית אשר "ממשטרת" את רצונו של האדם הטרנסג'נדר; פולשת בגסות לחייו; ופוגעת קשות בזכותו לאוטונומיה ולחירותו האישית.**

35. מכאן, כי חזקה על הוועדה – המהווה מונופול לאשר את ביצוע הניתוח להתנהל בצורה עניינית, לנמק את החלטותיה ולבחון באופן זהיר ורגיש את הנסיבות הרלוונטיות של כל מטופל ומטופל.²¹ דרישות אלה, בהן נדרש לעמוד כל אורגן מדיני מכוח המשפט המנהלי, חלות ביתר שאת ביחס לוועדה, בשים לב למאפיינים אלה.

36. בעתירה זו, נבקש להתמקד בסעיף הדורש התנסות מוכחת בזהות המגדרית החדשה. לשון הסעיף מורה כך:

¹⁸ לעניין הניתוח כמציל חיים ראו התייחסות בפרק ג(1) תחת "הזכות לבריאות".

¹⁹ אתר משרד הבריאות, ניתוחים לשינוי מין - www.health.gov.il.

²⁰ שם.

²¹ בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ, נב(1) 289, 319-320 (1998).

"ניסיון מוכח בזהות המגדרית המבוקשת – 12 חודשים לפחות מרגע פנייתו למוסד הרפואי בבקשה לביצוע הניתוח כאמור. הוועדה רשאית על פי שיקול-דעתה הרפואי לשנות ובכלל זה לקצר את התקופה האמורה."²²

37. הנה כי כן: התנאי בדמות מבחן ההתנסות מהווה "מבחן סף" עמום, שכן, הקריטריונים להגשתו אינם מפורטים כלל בחוק. תרצה – תקבע הוועדה שמטופל עמד בתנאי זה. לא תרצה – תקבע שלא, ותדחה את בקשתו. והכל, תוך שיקול דעת מוחלט ובלתי מוגבל למעשה. בפועל, לפי ד"ר חיים קפלן,²³ יו"ר הוועדה (בדימוס) בבית-החולים תל-השומר, הוועדה לשינוי מין מאשרת או דוחה ביצוע ניתוח על-פי קריטריונים שנקבעו על-ידי ד"ר הארי בנג'מין ואשר מקובלים ברוב המרכזים הייעודיים בעולם העוסקים בתחום רגיש זה,²⁴ בהתאם להנחיות ארגון WPATH.²⁵

על פי הנחיות אלה, תקופת ההתנסות נמדדת באמצעות מספר פרמטרים אשר מטרתם לאבחן את יכולת השתלבותו של אדם טרנסגינדר בחברה בתחומים שונים וזאת כאמור בדמותו המגדרית החדשה. הערכת איכות ההתנסות במגדר המבוקש נתמכת בבחינת היכולות הבאות: עבודה במשרה מלאה או חלקית; לימודים; עיסוק בפעילות התנדבותית קהילתית; צירופן של היכולות המפורטות לעיל; שינוי שם המועמד בתעודת הזהות; הצגת תיעוד שאנשים נוספים, מלבד הוועדה או המטפל, יודעים כי המטופל פועל בתפקיד מגדר היעד; וכיו"ב.

38. על-אף האמור, העותרת סבורה כי ככל שהקריטריונים אינם מוסדרים בחוק, מדובר בהמלצות אשר אינן מחייבות, וכך ניתן ללמוד גם מהדרישות שהציבה הוועדה בעניינה. על-כן, ברי כי אי-בהירות הקריטריונים יוצרת צוהר להכנסת שיקולים שאינם רלוונטיים ושאינם ממין העניין, במסגרת ההחלטה ובהפעלת שיקול-הדעת של הוועדה.²⁶ לעניין זה, נבקש להביא את האמור בפרשת נסר:

*"מסורת ארוכת שנים, שליוותה את ממשלות ישראל מקדמת דנא ובית-המשפט העליון שב וחזר עליה פעמים רבות, מתייחסת לחובה לחלק את משאבי המדינה בהתאם לקריטריונים שווים, ברורים וגלויים. חקיקה שרירותית עומדת בסתירה לחובה זו... מן החובה החלה על המדינה לנהוג בשוויון, נגזרת החובה להנהיג קריטריונים שעל פיהם יוגדרו תנאי הזכאות... ללא קריטריונים נוצרת מראית עין של חלוקה שרירותית, שאין בה הגיון פנימי ושאינה מבוססת על הבחנות רלוונטיות."*²⁷

39. שיקול-הדעת הרחב והעמום שהוקנה לוועדה במסגרת התנאי, מעניק לה הלכה למעשה סמכות בלעדית, בלתי-מוגבלת ובלתי-חוקתית לחרוץ את גורלם של מטופלים רבים. נוסף על כך, עמימותו של התנאי יוצרת אפקט מצנן שמונע מקהילת הטרנסגינדרים לפנות לעזרת הוועדה מלכתחילה, מתוך החשש לאי-עמידה בתנאי וחשיפת יתר של ההליך ללא תועלת, ובכך חוטאת הוועדה למטרת כינונה – עזרה לחברי האוכלוסייה הטרנסגינדרית כאמור.

40. זאת ועוד; העותרת סבורה כי תנאי מבחן ההתנסות יוצר הפליה מוסווית ואף פגיעה בכבוד המטופלים – כפי שיבואר בהמשך, שכן מגדיר את שיקול-דעתה של הוועדה כשיקול-דעת "רפואי". אולם, דה-פקטו נימוקי

²² ס' 4.2.4 לחוזר ניתוחים לשינוי מין www.health.gov.il/hozer/mr16_2014.pdf.

²³ ד"ר חיים קפלן – לשעבר, יו"ר הוועדה לניתוח שינוי מין בישראל, (עד לשנת 2013).

²⁴ ד"ר יובל לבנת וד"ר גרסיאלה כרמון "חוזר מס' 39/86 בנושא 'ביצוע ניתוחים לשינוי מין אצל TRANSEXUALS'" (19.5.2008).
הציטוט מתוך מכתבו של ד"ר קפלן מיום 1.5.2008, המובא במכתבם זה של ד"ר לבנת וד"ר כרמון.

²⁵ World Professionals Association for Transgender Health. (09 2011). 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):

[amazonaws.com/amo_hub_content/Association140/files/Standards%20of%20Care%20V7%20-%202011%20WPATH%20\(2\)\(1\).pdf](http://amazonaws.com/amo_hub_content/Association140/files/Standards%20of%20Care%20V7%20-%202011%20WPATH%20(2)(1).pdf)

²⁶ בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת, בעמ' 34 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 17.9.2014). (להלן: "עניין סבח")

²⁷ בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, בעמ' 32–33 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 22.5.2012). (להלן: "עניין נסר")

הוועדה אינם מתרכזים בשיקולים רפואיים גרידא. ולראיה, שלילת בקשתה של העותרת, אשר נומקה על-בסיס אי-התאמה אסתטית למגזר הנשי. עניין זה ממחיש בצורה ברורה כיצד שיקול-הדעת הרחב מהווה לעיתים **כסות לשיקולים זרים ושאינם רלוונטיים**.²⁸

41. עם זאת, ישנו קושי אינהרנטי להצביע על הוכחת השיקולים הזרים והפסולים, נוכח היעדרם של קריטריונים ברורים ומתן לגיטימציה חוקית להפעלת שיקול-דעת רחב המכריע בסוגיות מהותיות.²⁹ לא זו אף זו, הוועדה אינה מפרסמת פרוטוקולים ונתונים אשר על-בסיסם ניתן ללמוד על אחוז "צלחת" התנאי נשוא המחלוקת. בענייננו, התנהלות הוועדה ובחינת נימוקיה רומז בצורה ברורה על שיקולים הנובעים ממניעים פסולים. כאמור, לא ברור מדוע שיקולים אסתטיים מהווים בסיס להחלטה. לעניין זה, יפים דבריו של השופט עמית:

"בדרך כלל רשויות מנהליות השוקלות שיקולים זרים או פסולים, מנסות להסוות ולטשטש את הטעמים האמתיים שהיו ביסוד החלטותיהן. ההפליה אינה מוכרזת בראש חוצות ואינה ניצבת בראש המגדל".³⁰

42. העתירה שלפנינו מהווה הוכחה לכך שהתפיסה החברתית הרווחת והמצערת ביחס לאוכלוסייה הטרנסג'נדרית, אינה נפקדת אף מתפיסתם של הקהילה הרפואית בישראל, ואף מאלה של הרשות האמונה על אישור הניתוח – המשביה 2. כך עולה בבירור, מנימוקיה התמוהים של הוועדה ביחס לעותרת, אשר בוססו על הבניות חברתיות שורשיות מיושנות – נימוקים אשר אינם מתיישבים עם הצורך הרפואי שלשמו כוננה הוועדה.

43. ככל שהתנאים עמומים יותר, כך מתאפשר טשטוש היסוד לקבלת החלטה. לענייננו, קשה לומר כי הדעות הסובייקטיביות של חברי הוועדה אשר מתבססות, לפחות בחלק מהמקרים, על סטריאוטיפים מגדריים והבניות חברתיות, מהוות שיקול-דעת "רפואי" – שיקול הדעת שעל הוועדה לבחון בבואה לאשר או לדחות בקשה של מטופל. על-כן, לדידה של העותרת, תנאי מבחן ההתנסות מרחיב את גבולות שיקול-הדעת של הוועדה מעבר לנדרש בדין. במצב בו שיקול-הדעת של הוועדה אינו מוגבל, הציפייה לפגיעה בזכויות אדם, ובעיקר בזכויותיהם של קבוצות מיעוט, עולה והופכת לכמעט בלתי-נמנעת, כאמור כפי שהתרחש בענייננו.

44. ומזווית אחרת: היעדרם של קריטריונים לבחינת העמידה בתנאי ההתנסות מונע מהמטופלים - טרנסג'נדרים הנואשים לעבור את הניתוח - מלנקוט בצעדים הנדרשים על מנת לוודא עמידה בתנאי העמימות אולי עוזרת לחברי הוועדה - שניתן להם שיקול דעת בלתי מוגבל לקבל או לדחות בקשות בהתאם למשאלות ליבם - אולם ברי כי מצב זה פוגע - בצורה אנושה - במטופלים עצמם. ודוק; מטרתו המוצהרת של החוק הוא להכווין התנהגות. היעדר הקריטריונים חותר תחת מטרה מרכזית זו, מונע מהמעוניינים בניתוח להעריך את סיכויים לעמוד בתנאי ההתנסות, ובכך פוגע באוכלוסייה שהוועדה כוננה על מנת לדאוג לצרכיה.

ניתן להקיש על הבעייתיות הטמונה באמור לעיל מהדין הנוהג ביחס להנחיות מנהליות. היתרון המרכזי הגלום בהנחיות מעין אלה גלום בכך שהן "תורמות לשוויון, מאחר שפעולה על-פיהן מבטיחה יחס דומה למקרים דומים, ולוודאות המשפטית, מאחר שהן מאפשרות לאזרחים להעריך מראש מה תהיינה תוצאות הפנייה לרשות".³¹ יתרון זה - ביחס לרשות המבצעת, יפה בבחינת קל וחומר ביחס לחקיקה ראשית של

²⁸ עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, פס' 35 לפסק-דינו של השופט עמית (2010).

²⁹ שם, בעמ' 28-29.

³⁰ שם.

³¹ דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 230 (כרך א', 2010).

הכנסת. ברי קביעת קריטריונים פומביים וברורים היה תורם לשוויון ולוודאות המשפטית, והיעדרם מתנאי ההתנסות בראי זה חמור במיוחד.

45. הנה כי כן, תנאי 12 החודשים, בצירוף שיקול-הדעת הרחב והבלתי-מוגבל שהוקנה למעשה לחברי הוועדה, מובילים לפגיעה אנושה, קשה, ובלתי-מידתית בזכויותיהם של חברי האוכלוסייה הטרנסג'נדרית אשר מעוניינים לעבור את הניתוח להתאמה מגדרית.

ג. תנאי 12 החודשים פוגע פגיעה קשה בזכויות חוקתיות

46. בשלב הראשון בבחינת חוקתיותו של חוק, יש לבחון אם החוק פוגע בזכויות אדם חוקתיות המעוגנות בחוק היסוד. ככל שהתשובה לכך חיובית - יש לבחון אם הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.³² כפי שנראה להלן, תנאי ההתנסות פוגע - פגיעות קשות ומהותיות - במספר זכויות אדם המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

1. הפגיעה בזכות לאוטונומיה ולחירות הפרט

"הזכות לאוטונומיה הוגדרה כזכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ומאוייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה. זוהי זכותו של האדם לכתוב את סיפור חייו... אוטונומיה של היחיד ניצבת בליבת כבוד האדם. מדובר בזכות המהווה ערך יסוד בשיטת המשפט הישראלית. זוהי זכות מסגרת' או 'זכות אם' - המהווה מעיין נובע למכלול של זכויות שונות. לזכותו של אדם לכבוד ולאוטונומיה יש חשיבות רבה בכל הקשור לטיפול הרפואי. אכן, הטיפול הרפואי מצוי בגרעין הקשה של זכותו זו של כל אדם לשלוט בחייו".³³

47. הזכות לאוטונומיה היא אחת מזכויות היסוד החוקתיות המוקנות לכל אדם באשר הוא. האוטונומיה נגזרת ישירות מהזכות לחירות, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכויות אלו מהוות ליבה של כבוד האדם אשר מבוסס על קדושת חייו וחירותו האישית. בתוך כך, רשאי כל אדם לבחור את דרך חייו ולחיות על-פי בחירותיו באישיות וכך "לכתוב את סיפור חייו".³⁴

48. מהזכות לחירות הפרט נובעת הזכות לאוטונומיה.³⁵ זכות יסוד זו נשענת על תפיסה של בני האדם כיצורים תבוניים, הזכאים לשלוט בחייהם, לקבל החלטות עבור עצמם ולשאת באחריות לבחירותיהם. במסגרת הזכות לאוטונומיה זכאי כל פרט לדבוק בתפיסת עולם זו או אחרת, באופן עצמאי, ולעצב את חייו כראות עיניו. מן האמור נגזר כי הזכות לאוטונומיה אינה תלויה בשיפוט מוסרי או שמרני של החברה בה אדם חי, אלא כוללת בחובה את זכות האדם לעצב את חייו גם באופן שנוגד את התפיסות המקובלות בחברה.³⁶

49. נקודת המוצא של דיון זה היא כי אין חולק שרצונו של אדם לעבור ניתוח להתאמה מגדרית מצוי בליבת הזכות לאוטונומיה. לכן, מן הראוי להותיר את קבלת ההחלטה בידיו של המטופל ולנתק אותה מביקורת ממסדית חיצונית.

50. לעמדת העותרת, הדרישה לתקופת ההתנסות חוסמת ופוגעת בצורה קשה בזכותה למימוש בחירותיה החופשיות אשר נוגעות לגופה ולחייה. תקופת ההתנסות מהווה כלל פטרנליסטי הפוגע לאין שיעור בחירותם של הטרנסג'נדרים, במיוחד בשים לב לכוחה המונופוליסטי של המדינה, המוציאה והנותנת הבלעדית את האישור לביצוע ניתוחים להתאמה מגדרית בישראל. מספר אינדיקציות תומכות במסקנתנו זו:

³² ראו למשל: בג"ץ 8665/14 דטסה נ' הכנסת, פסי' 23 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 11.8.2015).
³³ ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, בעמ' 89 לפסק הדין (פורסם בנבו, 05.03.2012). (להלן: "עניין קדוש")
³⁴ עניין נסר, עמ' 37.
³⁵ Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford University Press), 1986
³⁶ ע"א 2781/93 דקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג' (4) 526, 570-572 (1999). (להלן: "עניין דקה")

51. ראשית, משמעותו של תנאי תקופת ההתנסות היא כי על המטופל הטרנסג'נדר מוטלת החובה "לשכנע" את חברי הוועדה בדבר התאמתו לניתוח. על-כן, הגדרת זהותו המגדרית נתונה לחסדיהם של הרופאים וקשורה באופן ישיר ל"צורך רפואי" בלבד, ובכך מתעלמת הוועדה בצורה בוטה מרצונו האישי, אשר יכול שיהיה מנותק מצרכיו הרפואיים. בהקשר זה, נבקש להפנות ל-DSM, ספר האבחנות הפסיכיאטריות האמריקאי, הנחשב למקיף והמוביל בעולם,³⁷ שבשנים האחרונות הוציא את תופעת הטרנסג'נדרים מכלל המחלות הפסיכיאטריות.³⁸ כאמור, ללא אישור הוועדה, הטרנסג'נדר לא יוכל להגשים ולממש את זכותו לאוטונומיה, ובכך "לכתוב את סיפור חייו", כמצוין בהלכה הפסוקה בישראל.³⁹ לעניין זה, יפים דבריו של השופט ג'ובראן: "עצם אי ההכרה בזהות המגדרית של הפרט, כפי שהוא רואה אותה, היא פגיעה בזכות לשוויון".⁴⁰

52. קביעה זו מאפשרת את ניתוק הקשר בין קבלת הכרה רפואית לקבלת הכרה משפטית בזהות המגדרית של אדם. קרי, מאפשרת את הכרתם של הטרנסג'נדרים בהתאם לזהות אליה שואפים, וזאת ללא כל קשר לביצוע הניתוח.⁴¹ מכאן, אף מתחזקת טענת העותרת בדבר אי-נחיצות התנאי, שכן הוא דורש עמידה בקריטריונים היוצרים סטיגמה לצורך "קבלה" למין המבוקש.

53. שנית, ובהמשך לאמור, יש להפריד בין מינו של אדם לבין בחירת זהותו המגדרית. כפי שקבעה סימון דה-בבואר – "נשים אינן נולדות נשים, אלא הופכות נשים".⁴² אדם אינו נולד במגדר מסוים אלא מפתח את זהותו במרוצת השנים ובהתאם לאישיותו. יש אשר זהותם המגדרית תתאים להבניות החברתיות הקיימות, וישנם אחרים שלא. תפקידנו כחברה דמוקרטית, ובשים לב לניטרליות שעל המדינה לנקוט, לאפשר למיעוט להביע את עצמו ולהבטיח את קיומו. על-כן, אין הדבר רלוונטי כיצד תופסת החברה את מגדרו של פרט מסוים, אלא כיצד אותו פרט – והוא בלבד – תופס את עצמו. מכאן, סבורה העותרת כי בחברתנו הדמוקרטית אין מקום לתנאי אשר פוגע קשות בחירותו של אדם ובזכותו לאוטונומיה על חייו ועל גופו. וכאמור בפסיקה:

"זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו – היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה; במה יאמין. היא מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדירות את אישיותו ואת חייו של הפרט".⁴³

דברים אלה מאששים את הטענה בדבר זכותם של טרנסג'נדרים להכרה בזהותם המגדרית המבוקשת ובמנותק מהטיפול הרפואי. עם זאת, ככל שמדובר בטרנסקסואלים, הניתוח במובנו כ"צורך רפואי" מאפשר את שלמות זהותם המגדרית ואף מקל על אורח חייהם ברמה החברתית.⁴⁴ על-כן, שלילת האפשרות לביצוע הניתוח, על-ידי הצבת תנאי מעורפל ועמום, מונעת מקהילת הטרנסקסואלים את הזכות לאוטונומיה המתבטאת באפשרות לבחירת זהותם המגדרית.

³⁷ DSM: Diagnostic Statistical Manual of Mental Disorders
³⁸ Gender Dysphoria: DSM-5 Reflects Shift In Perspective On Gender Identity - שיחה עם עורך הדין עידו קטרי, http://www.huffingtonpost.com/2013/06/04/gender-dysphoria-dsm-5_n_3385287.html; 8.1.2017.

³⁹ עניין קדוש, בעמ' 65.

⁴⁰ ע"פ 5833/12 פלוגית נ' מדינת ישראל, בעמ' 17 לפסק הדין (פורסם בנבו, 12.09.2013).

⁴¹ נבקש לציין כי הכרה בזהות המגדרית המבוקשת ללא ניתוח אינה שוללת את הצורך בו, אשר משתנה אצל אנשים שונים. דוגמה פשוטה לכך היא ההבדל בצורת הלבוש בין אנשים שונים או לחילופין "רמות הנשיות" של כל אישה – יש אישה שתעדיף ללבוש שמלות ולענוד תכשיטים ואחרת תעדיף נעלי ספורט ומכנסי ג'ינס, על אף השוני ניתן להניח כי האדם הסביר לא יפקפק בנשיותה – כך גם אין לפקפק בהגדרתם העצמית של הטרנסג'נדרים, אחרי או לפני הניתוח.

⁴² סימון דה בבואר, "המין השני", כרך ראשון העובדות והמיתוסים.

⁴³ עניין דעקה, בעמ' 570.

⁴⁴ עמותת מעברים, תת כותרת: "מדוע הכרה בזהות המגדר חשובה?" - fs.knesset.gov.il/%5C20%5CCommittees%5C20_cs_bg_341944.pdf - מתוך מסמך זה ניתן להבין שהכרה בזהות המגדרית מקלה את קבלתם של הטרנסג'נדרים בחברה; ראיין עם עורך הדין עידו קטרי 8.1.2017.

54. שלישית, העותרת סבורה כי התנאי הדורש 12 חודשי התנסות אינו הולם את דוקטרינת ההסכמה מדעת אשר נהוגה במרבית ההליכים הרפואיים. דוקטרינת ההסכמה מדעת מוצאת את שורשיה בחוק זכויות החולה,⁴⁵ ומשמעה הסכמה חופשית ורצונית, ככל האפשר, שניתנה על-בסיס כל המידע שהיה דרוש לצורך קבלת ההחלטה בדבר הטיפול הרפואי המוצע. זו מחייבת את הרופא לקבל את הסכמת המטופל לטיפול, תוך שהרופא נדרש למסור למטופל מידע רפואי אודות הסיכונים והסיכויים של הטיפול.⁴⁶ הדרישה ל"הסכמה מדעת" טומנת בחובה שני יסודות – האחד, נוגע לחובת גילוי המידע למטופל, חובה המוטלת על הרופא; השני, עניינו ב"הסכמה" ומתייחס לרצוניות ולחופשיות מתן ההסכמה על-ידי המטופל. **יסוד זה נשען על זכותו של המטופל לאוטונומיה ולקבלת החלטות עצמאיות אשר לטיפול לו הוא זקוק.**⁴⁷

55. הפסיקה הישראלית הדגישה את חשיבותה של הזכות לאוטונומיה באופן פרטני, בנסיבות דומות לאלה הנדונות בעתירה זו – מתן טיפול רפואי או הימנעות ממנו.⁴⁸ מכאן, אין להתעלם מדוקטרינת ההסכמה מדעת אשר מהווה ביטוי ישיר לזכותו של הפרט לאוטונומיה.

56. לשיטתנו, לדוקטרינת ההסכמה מדעת מובן שונה מהמקובל, הרלוונטי לנסיבות המקרה: דוקטרינת ההסכמה מדעת נובעת מזכותו של המטופל לבחור ולקבל החלטות הנוגעות לו, ובשל כך אין להמעיט בערכה ויש לקבלה כ"הוכחה" מרכזית לצורך מימוש הניתוח. ואכן, אחד מהתנאים לביצוע הניתוח הוא כאמור חתימתו של המטופל על טופס הסכמה מדעת. בראי זה, ברי כי **משמעותו של התנאי להתנסות במגדר המבוקש היא שאין ערך - בוודאי של ממש - להסכמה מדעת של הטרנסג'נדר החפץ בניתוח**. מרכז הכובד בהחלטה על ביצוע הניתוח טמון בכיבוד זכויותיו של המטופל הטרנסג'נדר – ובמיוחד זכותו לכבוד ולאוטונומיה – ופחות בתוצאה הרפואית של החלטתו. ראוי כי המטופל הוא שצריך להחליט, זו זכותו וגם חובתו.⁴⁹ על כך נאמר:

*"פטרוניות רפואית – ולוא גם מתוך מלוא הכוונות הטובות – מקומה לא יכירנה עוד; המגמה החדשה מתאפיינת בהעתקת מרכז הכובד מן הרופא המטפל לעבר החולה, שיוכר כך על מעמד הבכורה בתהליך גיבוש החלטה על ביצוע טיפול רפואי בגופו. הטיפול הרפואי מצוי בגרעין הקשה של זכותו של כל אדם לשלוט בחייו..."*⁵⁰

57. לענייננו, נראה כי קיומו של תנאי תקופת ההתנסות מעיד שאין הוועדה מסתפקת בהסכמה מדעת. זאת, על-אף עוצמתה המשפטית של הדוקטרינה בשיטתנו המשפטית, ובכך נפגעת בצורה קשה זכותו של המטופל לאוטונומיה. זאת, משום שהוועדה דורשת עוד "עיניים בוחנות": חוות-דעת פסיכיאטרית, חוות-דעת פסיכולוגית, וכמובן ניסיון מוכח של שנה בזהות המגדרית – אשר גם אותו יש להוכיח בעזרת תיעוד של הסיבה. העותרת סבורה כי בהתנהלות הוועדה יש מן הביטול המוחלט של דוקטרינת ההסכמה מדעת, שכן דה-פקטו אין ניתנת לה משמעות ומשקל כלל, ועל-כך הפגיעה בקהילת הטרנסג'נדרים ובעותרת קשה היא.

58. לדידנו, מלבד היותו של תנאי תקופת ההתנסות כשולל את האוטונומיה של הפרט, הוא אף **ממעית בערכם של אוכלוסיית הטרנסג'נדרים כולה**. תנאי מבחן ההתנסות למעשה טומן בחובו מסר שגוי ובעייתי במיוחד: התייחסות אל קהילת הטרנסג'נדרים כאל אנשים חסרי כשרות משפטית אשר נשגב מיכולתם לקבל החלטות משמעותיות בעבור עצמם. כך, בעוד שדרישת המדינה מאנשים "רגילים" מסתכמת רק בהסכמה מדעת, כתנאי לביצוע פרוצדורה כירורגית עובר לביצוע, הרי שמהאוכלוסייה הטרנסג'נדרית דורשת המדינה תנאי נוסף – הוכחה לאורך שנה שלמה כי קיימת רצינות לכוונתם לבצע את הניתוח.

⁴⁵ חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996, ס'13.

⁴⁶ עניין קדוש, בעמ' 67.

⁴⁷ שם, עמ' 68.

⁴⁸ עניין קדוש; עניין דעקה.

⁴⁹ ע"א 119/05 מחמוד חליפה נ' מדינת ישראל, בעמ' 16-17 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.9.2006).

⁵⁰ ע"א 8126/07 עזבון המנוחה ברוריה צבי נ' בית החולים ביקור חולים, בעמ' 27 לפסק הדין (פורסם בנבו, 03.1.2010).

ודוק, משמעותו האמיתית של תנאי 12 החודשים הוא הסכמה מדעת, רק שלא בנקודת זמן אחת אלא לאורך תקופה ארוכה. הרי, אותו תנאי מבקש הוא לבחון את "רצינות" הטרנסג'נדר וכי הוא אכן מעוניין בביצוע הניתוח; לאמור – הסכמה מדעת. **עצם העלאת דרישה מעין זו מקפלת בתוכה עמדה מקדמית מצד המדינה כי טרנסג'נדר אינו אדם שקיימת לו מסוגלות וכשירות לבחון בנקודת זמן מסוימת את טובתו האישית, ולכן נדרשת המדינה להיכנס לנעליו ולוודא בשבילו ולמענו כי הסכמתו היא אכן מדעת, ולא גחמה של אדם מעורער ובלתי-יציב (ונדגיש, לתפיסתה של המדינה בלבד).** המדינה, בניסיונה להוכיח לעצמה שהמטופל אכן מעוניין בניתוח, דוחה את ביצועו בשנה שלמה, ובכך מעמיקה את הפגיעה בטרנסג'נדר המעוניין לעבור את הניתוח – והסכים לכך מדעת, בחתימתו על טופס ההסכמה לביצוע הניתוח. אין צורך להכביר בפרטנליזם שנוקטת המדינה בנוהל זה ובפסול העמוק שבהתנהלות זו של המדינה, ואידך זיל גמור.

59. רביעית, הפגיעה העמוקה כתוצאה מתנאי ההסתגלות מתחדדת בהשוואה לדרישות שמציבות ועדות רפואיות אחרות. ודוק, **בוועדות רפואיות אחרות, שאישורן הוא תנאי לביצוע פרוצדורה כירורגית, אין דרישה כלשהי לתקופת התנסות, והסכמה מדעת היא הדרישה היחידה המעידה על נכונותו, מוכנותו ורצונו של המטופל.** דוגמה לכך ניתן למצוא בהשוואה לניתוחים בריאטרים המתמודדים עם תופעה של השמנת יתר. ניתוחים אלה, מלבד האפשרות לביצועם במגזר הפרטי, דורשים מספר בדיקות רפואיות, טופס הסכמה מדעת ותו לא.⁵¹ יתרה מזו, כאשר מטופל מעוניין לעבור ניתוח אסתטי בלבד, אשר אינו נוגע לצרכים רפואיים אזי אין צורך לעבור את מסכת האישורים של הוועדה – כך, לדוגמה, הגדלת חזה, ניתוח אף וכו'.

60. נתון מדאיג נוסף עולה בבחינת הטיפול לתופעת הגינקומסטיה, גידולי שד הורמונליים לגברים. הגינקומסטיה היא תופעה די נפוצה ויכולה להגיע עד כדי 60% מהנערים בין הגילאים 12–20, כמו גם אצל גברים מעל גיל 50 (באחרונים התופעה מתפתחת עקב חוסר איזון הורמונלי, נטילת תרופות מסוימות ועוד). טיפול בתופעה זו דורש ניתוח לכריתת שד.⁵² השוואה בין ניתוח הגינקומסטיה לבין ניתוח עליון להתאמה מגדרית (FTM), חדה וברורה כאשר מדובר, למעשה, באותו הניתוח. על-אף האמור, **אישה המעוניינת לעבור ניתוח להתאמה מגדרית תיאלץ לעבור שנה מייסרת במהלכה יהיה עליה להוכיח את "רצינותה"; ואילו מטופל הסובל מגינקומסטיה יוכל לעבור את הניתוח - הזזה מבחינה מהותית כאמור - באופן מידי ובהסתמך על הסכמתו מדעת בלבד.**

61. כפי שתיארנו לעיל, התנהלות הוועדה בשם מוסדות המדינה יוצרת ומשמרת דעות קדומות בקרב כלל האוכלוסייה והציבור הרחב, דעות אשר מן הראוי לעקור מן השורש. אם אין די בסבל שחוה האוכלוסייה הטרנסג'נדרית כתוצאה מהנידוי החברתי, האפליה הקשה, והאלימות שהם חווים כתוצאה מזהותם המגדרית, מעניקה הוועדה בהתנהלותה גושפנקא לאי-קבלה של אוכלוסייה זו בחברה הישראלית.

על הוועדה כגוף הציבורי היחיד העוסק בשיקומם של טרנסג'נדרים, מוטלת חובה מוגברת להתנהלות ראויה ומכבדת. עצם דרישת תנאי הניסיון המגדרי חוטאת לחובה זו ובכך פוגעת בצורה עמוקה בזכותם של הטרנסג'נדרים לחירות ולאוטונומיה.

ג. הזכות לשלמות הגוף

62. הזכות לשלמות הגוף היא זכות המעוגנת במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁵³ כל בני האדם זכאים להגנה מפני פגיעה בחייהם, בגופם ובנפשם.⁵⁴ הזכות לשלמות הגוף היא זכות בסיסית וראשונית לאדם, המאפשרת לו לחיות את חייו בכבוד והמהווה תנאי בלתו אין למימוש יתר זכויותיו הבסיסיות כאדם.

⁵¹ בעניין הניתוח הבריאטרי כהקבלה לניתוח להתאמה מגדרית בישראל – ראו הרחבה "הזכות לשוויון".

⁵² פרופ' ליאור הלר, אסיא מדיקל – מומחים בכרורגיה, "ניתוח שד לגברים – גינקומסטיה", מפורסם באתר: www.assia.co.il.

⁵³ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 2; סעיף 4.

⁵⁴ בג"ץ 355/79 קטלן נ' שרות בתי הסוהר, בעמ' 298 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.04.1980).

המחוקק לא הסתפק במתן הגנה על הפן השלילי בלבד של הזכות לשלמות הגוף, אלא הוסיף וקבע בסעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו את ההגנה על הפן החיובי שלה: חובה של המדינה להגן באופן אקטיבי על זכות זו.⁵⁵ הזכות טומנת בחובה את ההגנה מפני פגיעה גופנית בכל רמה, וזכות לחיות חיים מחוסרי פחד והשפלה הנגרמים על-ידי אדם אחר.⁵⁶ עוד נקבע כי המבחן להגנה על הזכות לשלמות גופנית הוא קיומה של אפשרות סבירה לפגיעה, להבדיל ממבחן קיומה של ודאות קרובה לפגיעה.⁵⁷

63. זאת ועוד, פגיעות גופניות אינן נשארות בגבולות הפיזיים של הגוף, אלא באות לידי ביטוי גם בפגיעה נפשית.⁵⁸ כמתפרש מן האמור: "כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, ובערכו כאדם..."⁵⁹

64. מובנה האינטואיטיבי של הזכות לשלמות גוף נוגעת להגנה מפני פגיעה פיזית בשלמות הגוף. כלומר, ההנחה היא כי גופנו שלם כפי שהוא וכל פגיעה בו מהווה פגיעה בזכות היסוד שלנו להגנה על חיינו וגופנו. העותרת סבורה כי בענייננו משמעותה של הגנה על הזכות הוא דווקא הפוך. כך הוא במצב בו האדם נולד בגוף לא שלם, מצב אשר מצריך התערבות רפואית לשם יצירת הלימה בין גופו לנפשו. כאמור, מצבים אלה אינם יוצאי דופן, ובמקרים רבים ישנו צורך בהתערבות רפואית לשם "החזרת המצב לקדמותו"; לדוגמה, השתלות למיניחה, שימוש בפרוטזות ואף התערבות לצורך החיאה (AED).

65. לגישתנו, חסימת האפשרות לקבלת טיפול המאפשר את "החזרת המצב לקדמותו" (וליתר דיוק: התאמה בין המגדר למין הפיזיולוגי), וטיפול שיבטיח את שלמות גופו של המטופל, עולה כדי פגיעה קשה בליבת הזכות לחיים ולשלמות הגוף. כמו כן, כפי שצינו אין להפריד את גופו של אדם מנפשו. כאמור, הדבר רלוונטי ביותר בענייננו, כאשר קיימת אצל העותרת ויתר חברי האוכלוסייה הטרנסג'נדרית המעוניינים בביצוע הניתוח, תחושת חוסר הלימה בין הגוף לנפש – חוסר ההתאמה למגדר המבוקש.

66. מקור הפגיעה הוא בדרישת ההמתנה הממושכת והלא מידתית אשר מחייבת את הטרנסג'נדר לצורך ביצוע הניתוח. זאת כאמור היות ודחיית ביצוע הניתוח ב-12 חודשים משמעותה סבל מתמשך למטופל. סבל נפשי ופיזי העולה בגדר עינוי (כאשר בית-המשפט הפדראלי לערעורים בארצות-הברית הגדיר את מניעת הניתוח מאסירה טרנסג'נדרית בתור "cruel and unusual punishment").⁶⁰ חיינו של הטרנסג'נדר אינם שלמים בנפשו ובגופו, ופרק זמן ההמתנה המתבקש כתנאי לביצוע הניתוח מעמיד את המטופל בפני אתגר שאינו נחוץ ולעיתים אף בלתי אפשרי – זאת, כאמור, ללא הבטחה כי יעבור את "המבחן" בהצלחה. מדובר בתקופה קשה מנשוא, ללא כל הצדקה, אשר גם צליחתה אינו מבטיח "אור בקצה המנהרה".

67. לא זו בלבד, ברבים מן המקרים זהותו המגדרית של המטופל הטרנסג'נדר מתפתחת כבר בילדותו,⁶¹ אולם אין לו את האפשרות לעבור את הניתוח עד לגיל בגרות משפטית (גיל 18). בנסיבות אלה, המטופל הטרנסג'נדר ממתין לניתוח המיוחל במשך שנים ארוכות ובהגיעו לגיל אשר מאפשר את השינוי הוא נאלץ להמשיך ולסבול שלא לצורך למשך שנה נוספת.

68. ראוי לציין לעניין זה, כי על-אף שקיים שיקול דעת לוועדה לקצר את תקופת ההתנסות, הרי בהינתן העובדה כי שיקול-דעתם של חברי הוועדה הוא המרכיב העיקרי בקבלת ההחלטה לאישור ביצוע הניתוח, אשר כפי

⁵⁵ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 4.

⁵⁶ ע"א 9185/03 טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, פ"ד נח(1) 377, 365-366 (2003).

⁵⁷ שם.

⁵⁸ עניין נסר, בעמ' 38.

⁵⁹ בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פס' 35 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006).

⁶⁰ Wolfe v. Horn, 130 F. Supp. 2d 648, 652 (E.D. Pa. 2001); Cuoco v. Moritsugu, 222 F.3d 99, 106 (2d Cir. 2000); White, 849 F.2d at 325; Meriwether v. Faulkner, 821 F.2d 408, 413 (7th Cir. 1987).

⁶¹ ינון מילס "תום בן ה-13 נולד כבת בשם מיה: סיפורו של הטרנסג'נדר הישראלי הצעיר ביותר" נענע 10 24.4.2015

news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=1122847

שהוצג לעיל מבוסס לעיתים על הטיות חברתיות שגויות – ברי כי אין בשיקול דעת מעין זה כדי להעלות או להוריד מהפגיעה האמורה.

ג3. הזכות לבריאות

69. "בריאות" היא מצב של רווחה גופנית ונפשית שלמה, ולא רק היעדר תחלואה או מוגבלות.⁶² מזכות זו נגזרת הזכות לקבלת שירותי בריאות חיוניים הנדרשים להגנת החיים והבריאות - זכויות חוקתיות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁶³ הזכות לבריאות מוכרת כאחת מהזכויות החברתיות המרכזיות ביותר בשל זיקתה הישירה לקיום הזכות הבסיסית לחיים.⁶⁴

70. המקור הנורמטיבי המרכזי המתייחס לזכות זו הוא חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994,⁶⁵ המחייב ומאפשר שירותי בריאות לכל תושבי המדינה וחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.⁶⁶ את הזכות עיגנו במדינת ישראל באמצעות ביטוח בריאות ממלכתי אשר מושתת, כלשון החוק, על עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית.⁶⁷ עוד יצוין, כי בשנת 1966 אשררה מדינת ישראל את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות,⁶⁸ במסגרתה קלטה ישראל לדיניה את סעיף 12(1) לאמנה, הקובע את מחויבותה כלפי זכות הפרט ליהנות מרמת הבריאות הגופנית והנפשית הגבוהה ביותר הקיימת במדינה.

71. מלבד כל אלה, הזכות לבריאות הוכרה גם בפסיקתו של בית-המשפט העליון, כזכות רחבה. לגישת הנשיאה ביניש,⁶⁹ מובנים מסוימים של הזכות נהנים ממעמד חוקתי בשיטתנו המשפטית. כך, למשל, הזכות לבריאות כוללת את הזכות לשמירה על פרטיותו של המטופל והגנה על אוטונומיה הרצון שלו, וכן את הזכות להיעדר הפלייה בגישה לטיפול רפואי. נוסף לכך, בפרשת קו לעובד,⁷⁰ נקבע כי קבלת שירותי בריאות חיוניים ברמה הבסיסית, הנדרשים להגנת החיים והבריאות, כלולים בזכויות החוקתיות לכבוד, לחיים ולשלמות הגוף. בדומה, בפרשת העמותה לילדים בסיכון נקבע כי הזכות לבריאות טומנת בחובה את קבלת שירותי הבריאות האמבולטוריים החיוניים ברמה הבסיסית הנדרשת להגנה על החיים והבריאות, כנגזרת של הזכות החוקתית לכבוד, ושל הזכות החוקתית לחיים ולשלמות הגוף. הפליה באספקת שירותי בריאות עלולה לעלות כדי פגיעה חוקתית בזכות לשוויון.⁷¹

72. זאת ועוד, וללא כל תלות בשאלת מעמדה החוקתי של הזכות, ברי כי הזכות לבריאות היא אחת מהזכויות הבסיסיות והחיוניות הנתונות לאדם. לזכות זו השפעה ישירה ומהותית על חייו של אדם ועל איכותם.⁷² הפגיעה בבריאותו של אדם עלולה להיות בלתי-הפיכה ותוצאותיה עלולות להיות הרסניות.⁷³ מכאן, נראה כי אין חולק שהגישה לקבלת טיפול רפואי מוצאת עצמה כנמנית עם ליבת הזכות החוקתית לכבוד האדם.

73. מן הדברים האמורים ניתן להסיק כי בנסיבות העניין, הזכות החוקתית של העותרת ושל יתר האוכלוסייה הטרנסג'נדרית לבריאות, כוללת גם את הזכות לעבור ניתוח להתאמה מגדרית, ותקופת ההתנסות פוגעת -

⁶² ראו המבוא לחוקת ארגון הבריאות הבינ"ל (WTO).

⁶³ רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360 פסי' 20; בג"ץ 494/03 רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322; ראו בדומה: בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, פ"ד סג(1) 1 (2008). (להלן: "עניין לוזון"); בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה, בעמ' 37 לפסק הדין (פורסם בנבו, 22.06.2014). (להלן: "עניין קו לעובד"); חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ס' 2 וס' 4.

⁶⁴ בג"ץ 2887/04 מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל (מיום 15.4.07); בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, בעמ' 5 לפסק הדין (טרם פורסם, ניתן ביום 12.12.2005).

⁶⁵ ס' 3 לחוק: "כל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה".

⁶⁶ ס' 3(א) לחוק: "כל הנזקק לטיפול רפואי זכאי לקבלו בהתאם לכל דין ובהתאם לסדרים הנוהגים, מעת לעת, במערכת הבריאות בישראל".

⁶⁷ סעיף 1 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

⁶⁸ האמנה לזכויות כלכליות תרבותיות וחברתיות, סעיף 12(1) - www.nevo.co.il/law_word/Law09/amana-1037.pdf

⁶⁹ עניין לוזון.

⁷⁰ עניין קו לעובד, בעמ' 31.

⁷¹ בג"ץ 2902/11 העמותה לילדים בסיכון נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 04.9.2015).

⁷² עניין קו לעובד, בעמ' 31.

⁷³ זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, בעמ' 437 (יורם רבין ויובל שני, 2004).

פגיעה של ממש - בזכות זו. מסקנה זו נלמדת מהוראות הדין והפסיקה שהוצגו לעיל, וכן העובדה שמדובר בניתוח מציל חיים, כפי שיבואר להלן. נסביר.

74. ראשית, כאמור, הזכות לבריאות אינה מתמצת אך בשלמותו הפיזית של הגוף, ומשתרעת אף על שלמות הנפש.⁷⁴ תקופת ההתנסות כשלעצמה מהווה גורם מעכב משמעותי למטופל אשר מתקשה לחיות עם גופו ונאבק בחוסר ההלימה למגדר במשך שנים ארוכות, לפחות עד גיל 18 – דבר אשר מוביל למצוקה נפשית קשה. הקבלה ראויה תהיה לאדם נכה, המרותק לכיסא גלגלים, אשר במשך שנים רבות מחכה ליום בו יוכל לבצע ניתוח מהפכני שיאפשר לו לצעוד על רגליו. הניתן להלום שגוף ציבורי יתנה את ביצוע הניתוח בתקופת ניסיון במהלכה תיבחן הסתגלותו של האדם הנכה לשימוש בשתי רגליו? בוודאי שלא. דחיית בקשה מעין זו אינה מתיישבת עם ההיגיון הבריאי, ומלמדת על הבעייתיות האינהרנטית הגלומה בתנאי, הזוהה במהותו, שדורשת הוועדה מהטרנסג'נדרים.

75. לעניין זה, יפים דבריו של פרופ' גרוס,⁷⁵ הסבור כי על בתי המשפט להעניק סעד לאדם העומד לאבד את מאור עיניו, לחולה הנוטה למות או לחולה הזקוק למכשיר שיאפשר לו לנשום בביתו. זאת, למותר לציין, בכפוף לכך שהטיפול ישפר משמעותית את איכות החיים, משך החיים או עצם חייו של החולה. בתוך כך, ברור כי צרכי האוכלוסייה הטרנסג'נדרית אינם שונים מכל חולה או מטופל הזקוק לריפוי מצבו הרפואי.

76. שנית, בין השיקולים הרלוונטיים לשם בחינת ביטול תקופת ההתנסות, יש להתחשב במשמעותו של הניתוח כמציל חיים. טרנסג'נדרים רבים אשר טרם עברו את השינוי המיחול, מעידים על תחושות דיכאון, קשיים בקבלה עצמית, שימוש בחומרים פסיכו-אקטיביים ונטייה גבוהה לאובדנות.⁷⁶ כמו כן, לטענת גב' נורה גרינברג,⁷⁷ פעילה מוכרת בקרב אוכלוסיית הטרנסג'נדרים ונציגתה בוועדה, מניעה וחסומה של האפשרות למעבר הניתוח להתאמה מגדרית יוצרת מצוקה מתמשכת בקרב הטרנסג'נדרים, חוסר יכולת בסיסית לנהל חיים נורמליים ואף מגביר את הסיכון להתאבדות.

77. עם זאת, יש הטוענים כי הניתוח להתאמה מגדרית הוא אינו ניתוח מציל חיים, אלא ניתוח אלקטיבי אשר המתנה לביצועו אינה גורעת מהצלחתו או פוגעת בצורה קשה במטופל. לעמדתה של העותרת, יש לדחות טענה זו מכל וכל (וראו פירוט לעניין זה במסגרת רע"ב 5319/16 אשר הוגש בסמוך לעתירה זו).⁷⁸ עם זאת, כך או כך, הרי שהפגיעה בזכות לבריאות כתוצאה מהתניית ביצוע הניתוח בתנאי 12 החודשים עדיין עומדת בעינה, במנותק מאופיו של הניתוח להתאמה מגדרית.

כידוע, לא כל מחלה היא חשוכת מרפא ולא כל טיפול מהווה טיפול מציל חיים. טול, לדוגמה, אדם הסובל מכאבי בטן כרוניים; האם ניתוח לטיפול בחולי האמור נחשב לניתוח מציל חיים? האם אותו חולה יכול לחיות גם עם כאבי הבטן? התשובה על כך היא בחיוב. למרות זאת, המדינה מסבסדת ומאפשרת מתן טיפול מהיר ויעיל המונע את המשך הסבל, המאפשר איכות חיים. מכאן, כי אף אם הטיפול אינו מציל חיים, בניגוד לגישת העותרת, כל עוד הוא מאפשר שיפור משמעותי באיכות החיים ומניעת סבל מתמשך – ועל כך אין עוררין, אין סיבה שלא לאפשר אותו לאלתר, והתנייתו בתנאים דוגמת התנאי של 12 החודשים, עולה כדי פגיעה בזכות לבריאות.

⁷⁴ יניב רוזנאי, הלל סומר "אם כל הזכויות: הזכות החוקתית לחיים", משפט ועסקים יט 537, 554 (2016).

⁷⁵ זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 437 (יורם רבין ויובל שני, 2004).

⁷⁶ היונג-ג'ין קים AP "מנתח לשינוי מין: אני מתקן את טעויות האל" Ynet 2.4.2014 www.ynet.co.il/articles/0,7340,I.2.4.2014

4506298,00.html

⁷⁷ גדי מרום אפל "תקועים באמצע" נענע 10 18.5.2004 bidur.nana10.co.il/Article/?ArticleID=121252

⁷⁸ יצוין בהקשר זה, למשל, כי המדינה בעצמה, במסגרת הנחיות מטעם ראש מינהל רפואה לוועדות משרד הבריאות העוסקות בניתוח להתאמה מגדרית, קבעה כי "בהתחשב בכך שניתוח להתאמה מגדרית (מאשה לגבר) כלול בסל הבריאות; מהותי לחיי המטופל ואיכותם, ואף יורד לשורש זהותו המגדרית". ללמדנו, כי גם אליבא דמדינה, אין מדובר בניתוח אלקטיבי.

78. נוסף ונאמר כי אף אם תתקבל הטענה שהניתוח הוא אלקטיבי עבור הטרנסג'נדרים – מדובר בקביעה שאינה יכולה לעמוד ביחס לאוכלוסיית הטרנסקסואלים. נסביר – ניתוח להתאמה מגדרית הוא ניתוח מורכב ומסובך אשר טומן סיכונים רבים לאחר עריכתו. ידוע כי השלכותיו מרחיקות לכת ואף בלתי-פיכות, בנוסף הוא מחייב טיפול רפואי קבוע על-ידי הורמונים ולרוב גם ניתוחים נוספים. מכאן, ניתן להניח כי אדם הבוחר לעבור ניתוח מסוג זה, על-אף הקשיים המלווים בכך, הוא טרנסקסואל, אשר עבור הניתוח משמעותי והכרחי. על-כן, הגדרת הניתוח כאלקטיבי אינה מתיישבת עם הצרכים של אוכלוסיית הטרנסקסואלים, אשר לגביהם – בהכרח – יש להגדירו כניתוח מציל חיים.

4.4. פגיעה בזכות לשוויון, בזכות לכבוד האדם ובזכות לבחירת הזהות המגדרית

79. עיקרון השוויון מהווה "נשמת אפן" של המשטר החוקתי במדינת ישראל,⁷⁹ וחלק בלתי-נפרד מחוקי-היסוד :

*"הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על השלטון מפני השרידות. אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא הפוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא הפוגעת בזהותו העצמית של האדם."*⁸⁰

80. ישנם שני מודלים עיקריים להבנת מושג השוויון – השוויון הפורמלי והשוויון המהותי. שוויון במובנו הפורמלי עוסק ב"יחס שווה לשווים",⁸¹ ואילו שוויון במובנו המהותי – האריסטוטלי – עומד על "יחס שווה לשווים" ו"יחס שונה לשונים". אולם, יחס שונה מתאפשר כאשר עסקינן ב"שוונות רלוונטיות" – במצב זה מדובר ב"הבחנה מותרת". כאשר השוני אינו רלוונטי לתכלית ההבחנה, ענייננו ב"אפליה אסורה". נדגיש כי הפרת עיקרון השוויון אינה תלויה בכוונה להפלות ודי בכך שתוצאותיהן של הוראות החוק מפלות.⁸²

81. המשפט הישראלי אימץ את מודל השוויון המהותי.⁸³ בתוך כך, הבנת השוויון מצריכה שתי בדיקות: תחילה, הגדרת הקבוצה המיוחסת (ההשוואה); שנית, בחינת דרך הפעולה הראויה לשם קיום שוויון בין הפרטים בקבוצה.⁸⁴ במקרה דנן, קבוצת ייחוס מרכזית היא אוכלוסיית הסיסג'נדרים (קבוצת אנשים שקיימת התאמה בין מינם הפיזיולוגי למגדר שלהם, בניגוד לעותרת).

82. העותרת סבורה כי דרישת התנאי בדמות של 12 חודשי התנסות בזהות המגדרית המבוקשת יוצר התייחסות שונה כאשר בסיסה אינו רלוונטי כלל להגשמת מטרתו של התנאי ועל-כן מדובר בהפליה אסורה. יתרה מכך, עצם דרישתו של התנאי אף עולה כדי השפלה ופגיעה בכבודם הבסיסי של חברי האוכלוסייה הטרנסג'נדרית, כמפורט להלן.⁸⁵

83. ראשית, התנאי, מעצם טבעו, פוגע בזכותו של אדם לקבוע ולממש את זהותו המגדרית, כפי שפורט לעיל. פגיעה זו מגבשת אפליה בהשוואה לאוכלוסיית הסיסג'נדרים.⁸⁶ תנאי ההתנסות דורש מהמטופל הטרנסג'נדר להוכיח את זהותו המגדרית, בשונה מכל אדם אחר, אשר אינו מחויב לעמוד באי אילו תנאים כדי לחיות במגדר אותו בחר.⁸⁷ פגיעה זו היא בבחינת יחס שונה לשווים כאשר לא מתקיים כל שוני רלוונטי בין שתי הקבוצות, ומכאן כי הדבר מהווה אפליה אסורה. כאמור, זהותו המגדרית של אדם היא עניינו

⁷⁹ בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969).

⁸⁰ בג"ץ 953/87 פורז נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332 (1988).

⁸¹ בג"ץ 246/81 "אגודת דרך ארץ" נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1, 14 (1981).

⁸² בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים ואח' נ' ראש ממשלת ישראל תק-על 2006 (1) 2562, 18 (להלן: "עניין ועדת המעקב"); ראו גם בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 764 (1994).

⁸³ עניין רקנט, בעמ' 345-346.

⁸⁴ בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259, 283 (1997).

⁸⁵ בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 פסק-דינה של השופטת דורנר (1995). (להלן: "עניין מילר")

⁸⁶ פסק דינו של בית-הדין האירופי לזכויות אדם - 1CEJ 574 [1996] P.v. S. and Cornwall County Council

⁸⁷ לצורך העניין, נבקש להבהיר את ההבחנה בין מין ומגדר.

האישי בלבד. על-כן, אין זה ראוי לחסום בפני טרנסג'נדרים, אשר הניתוח הוא תנאי בלתו אין לחלקם כדי לגשר על הפער בין זהותם המגדרית למינם הפיזיולוגי, את האפשרות לביצועו. קל וחומר, לא ראוי להעמיד את זהותם המגדרית במבחן. באשר לכך, נאמר כי אי-הכרה בזהות המגדרית כפי שהפרט רואה את עצמו, היא עצמה מהווה פגיעה בזכותו לשוויון.⁸⁸

84. שנית, מימד נוסף המדגיש את האפליה הנוצרת בהשוואה לקהילת הסיסג'נדרים, הוא ביחס לנראות המטופל. הוועדה – במקרים מסוימים דוגמת העותרת – בוחנת את מראם של המטופלים בהתאם ל"מודל היופי הנשי/ הגברי" (בהתאם לשאיפותיו המגדריות) – בצורה דיכוטומית. למותר לציין כי בחינתה של אישה, אשר נולדה בהלימה לזהותה המינית, לרוב אינה תוטל בספק בעקבות סגנון לבושה ה"גברי" – במקרה הטוב תתיישב עם המונח "TomBoy" ובמקרים אחרים תועלנה תהיות בדבר נטייתה המינית – אולם, אף אחד לא יטיל ספק בדבר היותה אישה. מכאן שאנו נתקלים בשוני אשר אינו רלוונטי לצורך מתן הטיפול. התוכן שהוועדה יצקה לתוך תנאי הניסיון במקרה של העותרת, קרי - דרישה לעמידה בסטנדרטים נשיים מסורתיים, פוגעת בכבודן של הנשים, היות שמבוססת על סטריאוטיפ משפיל ונעדר כל קשר ענייני לתכלית התנאי. כפי שנאמר:

"המוסכמה החברתית היא הקרקע עליה צומחת הפליה חברתית: הפליה מחמת גזע, דת, ארץ מוצא, מין ועוד. הסטריאוטיפ הוא אויב השוויון. הוא יוצר מעגל קסמים הפועל להנצחת הפליה..."⁸⁹

85. כאמור לעיל, אין זה הכרח כי נשים יסירו את שיער גופן ולחילופין יתאפרו כדי שיחוו נשים. תפיסה מיושנת ופטריארכלית זו, המהווה לתפיסתה של הוועדה את מהות הנשיות, פוגעת ומשפילה אוכלוסייה רחבה אף מעבר לקהילת הטרנסג'נדרים. דוגמה לכך היא המגמה העכשווית היוצאת נגד התפיסה הפטריארכלית המקדשת את הסרת השיער בקרב נשים. כך, למשל, סקר שפורסם ב"טלגרף" הבריטי בנובמבר האחרון מגלה ש-51 אחוז מהנשים לא מסירות את שיער הערווה.⁹⁰ כמו-כן, ישנם עמודי פייסבוק רבים המנהלים "קרב על הבושה" ובהם מעודדים נשים שלא להסיר שיער בכל חלקי הגוף. אותן נשים מדגישות כי המסר העומד מאחורי החלטתן הוא כי הסרת שיער זו בחירה שלהן ואין לאיש זכות להחליט שבשילך האם זה ראוי אם לאו.

86. שלישית, נראה כי החלטות הוועדה, ואף ההחלטה להקמתה, מבוססות על דעות קדומות אשר ליציבות הנפשית של חברי האוכלוסייה הטרנסג'נדרית.⁹¹ חברי הוועדה הסבירו כי הרקע להקמת הוועדה היה בעקבות מקרה בו מטופלת טרנסג'נדרית תבעה פיצויים נזיקיים ממנתחה, היות שלא הייתה מרוצה מהניתוח.⁹² עובדה זו מלמדת כי בבסיסה, פועלת הוועדה בהתאם לתפיסות מפלות ומשפילות ביחס לחברי אוכלוסיית הטרנסג'נדרים ומאפייניהם.⁹³ נוסף על כך, וכאמור, החלטות הוועדה אינן מפורטות בפרוטוקולים ואינן מבוססות על קריטריונים אחידים, וכל אלה יוצרים יחדיו תחושה קשה של דעה קדומה ביחס כלפי קהילת הטרנסג'נדרים, אשר ליציבות נפשם בפרט.⁹⁴ דעה אשר מבוססת על תפיסות מיושנות ומוטעות.⁹⁵

⁸⁸ ע"פ 5833/12 פלוגית נ' מדינת ישראל, בעמ' 16 לפסק הדין (פורסם בנבו, 12.09.2013).

⁸⁹ דנ"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 351 (2000). (להלן: "עניין רקנט")

⁹⁰ The Telegraph, "Pubic hair is back ladies. The men don't care and the women can't be bothered", 11.12.16, www.telegraph.co.uk/women/womens-life/10452327/Pubic-hair-is-back-ladies.-The-men-dont-care-and-the-women-cant-be-bothered.htm

⁹¹ עופר אדרת "הצצה לוועדה לשינוי מין" הארץ 15.6.2012 www.haaretz.co.il/magazine/1.1731968

⁹² ראיון עם ד"ר חיים קפלן.

⁹³ יורם מרגליות, "הפליה סטטיסטית בשירותי הביטחון", משפט ועסקים, התשס"ו 323-345, 328-329 (ספטמבר 2016).

⁹⁴ צפי פישל "אחת ולתמיד: טרנסג'נדריות אינה הפרעה נפשית" Mako 26.8.2016 www.mako.co.il/pride-blogs/Article; טוקבקים המעידים על תפיסות מושרשות בחברה, אשר לגישתנו ובהתאם לאמור לא פוסחות על הרופאים המטפלים בתחום:

87. מכל האמור לעיל, ניכר כי שיקול-דעתה הבלתי-מוגבל של הוועדה לעניין בחינת "תנאי ההתנסות" מאפשר מתן משקל לשיקולים בלתי רלוונטיים בעליל דוגמת סטריאוטיפים חברתיים ודעות קדומות. בכך, מתגבשת גגיעה בשוויון המתפרשת כאפליה אסורה. לעניין זה נאמר בפרשת **רקנט**:⁹⁶

*"בקביעת מבחנים אובייקטיביים יש להימנע מסטראוטיפים, שהרי אלה לעולם אינם אובייקטיביים, אלא נובעים מדעות שהשתרשו בחברה, מבלי שיהיה להן בסיס עובדתי מוצק".*⁹⁷

88. **רביעית**, אין ספק כי בענייננו נוצרת הפליה חמורה במתן שירותי בריאות. זאת כאשר כל אזרח במדינת ישראל, בעל צורך רפואי כלשהו מקבל מענה בצורה פשוטה ונגישה וללא כל מחסומים חסרי תכלית. נכון האמור אף אם מדובר בניתוח אלקטיבי, קל וחומר, כאשר עסקינן כאמור בניתוח מציל חיים.

89. האפליה במתן שירותי בריאות עולה מן ההשוואה בין קבוצת הטרנסג'נדרים המעוניינים לבצע את הניתוח לבין מטופלים אחרים שמעוניינים לעבור פרוצדורות כירורגיות אחרות. נדגים סוגיה זו, שוב, באמצעות השוואה לוועדה לביצוע ניתוח בריאטרי בישראל.

90. ניתוח בריאטרי הוא ניתוח שמטרתו טיפול בהשמנת יתר חולנית. הניתוח נועד להגביל את נפח הקיבה של המנותח, באמצעות התקנת טבעת, מעקף קיבה או שרוול קיבה. הניתוח כולל השתלה של אביזר ייעודי בהתאם לסוג הניתוח. הניתוחים הבריאטריים הפכו בעשור האחרון לניתוחים המבוצעים כדבר שבשגרה במספר בתי-חולים ברחבי הארץ ושכיחותם משנה לשנה הולכת וגדלה. הניתוח הבריאטרי, על סוגיו השונים, הוא הניתוח האלקטיבי הנפוץ ביותר בישראל.⁹⁸ מאחר שכיום הניתוחים הבריאטריים מהווים את הטיפול היעיל ביותר לבעיית ההשמנה והמחלות הנלוות לה, משרד הבריאות החליט להכניס את הניתוחים הבריאטריים לסל הבריאות. בהתאם לכך, אם נמצא כי המועמד עומד בקריטריונים שהגדיר משרד הבריאות,⁹⁹ באפשרותו לעבור את הניתוח תוך קבלת מימון כמעט מלא מטעם המדינה.

91. ודוק, עיון בקריטריונים אשר מציב משרד הבריאות מעלה כי אין כל דרישה דומה ל"מבחן התנסות", ובטח שלא נדרש מהמטופל הסובל מהשמנת יתר לרדת במשקל באמצעות דיאטה מיוחדת כדי לבחון את התאמתו למשקל החדש. זאת על-אף כי ביצוע הניתוח מוביל לשינוי מהותי, אשר לו השפעות פסיכולוגיות משמעותיות על המטופל - בדומה לניתוח להתאמה מגדרית.¹⁰⁰ אולם, בחינת התאמתו של המטופל בוועדה לניתוח בריאטרי נעשית בליווי פסיכולוג ופסיכיאטר ומסוגלותו והתאמתו הנפשית נבחנת במהלך גגישה חד-פעמית בנוכחות אנשי מקצוע, חברי הוועדה.

92. למען ההשוואה, נראה כי הניתוח הבריאטרי והניתוח להתאמה מגדרית, יוצרים שינוי בלתי-הפיך, בשני הניתוחים ישנו חשש לסיבוכים וישנו שינוי פיזי משמעותי שעובר המטופל. שינוי פיזי המשפיע בצורה נפשית עמוקה ואף מקרין על כל תחומי חייו של המטופל. לא זו אף זו, בשני הניתוחים נדרשת כתנאי מקדים

www.mako.co.il/nTalkbacksPage/vgnextchannel=a022cd1ad4980310VgnVCM2000002a0c10acRCRD&page=1&vgnext.oid=78a5803ac3986510VgnVCM2000002a0c10acRCRD

⁹⁵ לעניין זה ראו דבריה של נורה גרינברג: "התייחסות מתנשאת ופטרונית לאדם הטרנסג'נדר היא תופעה שכיחה אצל רופאים ופסיכיאטרים. במיוחד אצל אלה האחרונים, עדיין רווחת תפיסת זהות המגדר הבלתי נורמטיבית כסטייה, והיחס הניתן לאדם הטרנסג'נדר גובל לעתים בשלילת דמות אנוש". נורה גרינברג, מתוך דו"ח "כרטיס ורוד" לשנת 2003, של המועצה הפוליטית לזכויות הלהט"ב. מפורסם בלינק: gogay.co.il/item.php?id=1734.

⁹⁶ עניין רקנט, בעמ' 351.

⁹⁷ שם.

⁹⁸ אתר מכבי - www.maccabi4u.co.il/4032-he/Maccabi.aspx.

⁹⁹ www.health.gov.il/hozer/mr33_2013.pdf - חוזר משרד הבריאות לביצוע ניתוח בריאטרי למבוגרים.

¹⁰⁰ נוהל חוזר משרד הבריאות לניתוחים בריאטריים - www.health.gov.il/hozer/mr33_2013.pdf.

הסכמה מדעת של המטופל לביצוע הניתוח (סעיף 7 בנספח 2 לנוהל) ואישור גורמים מקצועיים כולל פסיכולוג (סעיף 4.4 לנוהל).

93. כפי שניתן לראות בצורה ברורה, בהשוואה לאוכלוסייה הסובלת מהשמנת יתר, קהילת הטרנסג'נדרים נתקלת ביחס מפלה המתבטא, בין היתר, בתנאי תקופת ההתנסות. לא כל שכן, כאשר המועמדים לניתוח הבריאטרי אינם מוגבלים מביצועו באופן פרטי.¹⁰¹ **ניכר איפוא כי לעמדת המדינה, הסכמתו של אדם המעוניין בביצוע ניתוח פולשני לטיפול בהשמנת יתר "אמיתית" יותר מהסכמתו של אדם טרנסג'נדר המעוניין לבצע ניתוח להתאמה מגדרית.** מכאן, בהשוואה לאוכלוסיית הסיסיג'נדרים נראה כי לא מתקיים שוני רלוונטי בדבר יכולת קבלת ההחלטות של אדם טרנסג'נדר לעומת כל אדם "רגיל".

94. **הטלת דופי בדבר כשרותם המשפטית ויכולתם הנפשית של הטרנסג'נדרים לתת את הסכמתם מדעת, כפי שמוצג לעיל, משדרת מסר כי הקבוצה שעמה נמנים היא נחותה.** באופן זה משרישה הוועדה תדמית זו ומתהווה "מעגל קסמים" המנציח את ההפליה: התדמית הנמוכה, שיסודה בשונות הביולוגית או המגדרית, גורמת להפליה והיא מאששת את הסטריאוטיפים המשפילים בדבר נחיתות אוכלוסיית הטרנסג'נדרים. תנאי ההתנסות מקבע איפוא סטריאוטיפים פסולים כלפי הקהילה הגאה, סטריאוטיפים שיש להוקיע מחברתנו.

95. **חמישית,** העותרת סבורה כי הפגיעה הגלומה במבחן ההתנסות עולה כדי השפלה ובכך נפגעת הזכות לכבוד של הטרנסג'נדרים.¹⁰² זאת בהתאם לגישתה של השופטת דורנר, הסבורה כי אי-שוויון העולה כדי השפלה מעוגן בזכות לכבוד האדם, ועל-כן נהנה מהגנה חוקתית מלאה.¹⁰³ פגיעה בפרטיות, כפי שתפורט בהמשך, בשים לב למעמדו הפגיע של המטופל, אשר עומד במבחן הוועדה, והבחנה מטעמים בלתי-ענייניים והתפיסות המבוססות על דעות קדומות שביסוד התנאי,¹⁰⁴ יוצרים תחושה משפילה ופוגענית בקרב המטופלים. ברור כי התאמת תנאי ייחודי המבוסס על הנחת מוצא על-פיה אין די בהסכמת המטופל הטרנסג'נדר לביצוע הניתוח, כאשר בו בזמן אין המדינה דורשת תנאי דומה ממטופלים המעוניינים לעבור פרוצדורות כירורגיות אחרות היא מדיניות משפילה, לשון מעטה. דברים אלה יפים, בבחינת קל וחומר, נוכח התנאים העמומים אשר עומדים בבסיס נימוקיהם של חברי הוועדה – וכפי שנאמר:

"...חייבים תחילה להיקבע קריטריונים בדבר הנתונים הרלוואנטיים לשוויון, וקריטריונים אלה צריכים להיקבע באופן סביר, תוך זיקה ותוך התחשבות במטרה של השוויון, שאותו מבקשים להשיג... קריטריונים הקובעים נתונים בלתי רלוואנטיים או בלתי סבירים למטרה, שלשמה מבוקש השוויון המהותי, או הנתונים משקל בלתי סביר לאיזה מנתונים אלה בתוך מכלול הנתונים הינם שרירותיים ויביאו לתוצאה של הפרת השוויון".¹⁰⁵

96. כמו כן, יש להבין כי המטופל הטרנסג'נדר עומד בפני הוועדה בעודו שרוי במצוקה חמורה מאין כמותה, וכל מבוקשו הוא טיפול רפואי. במצב נפשי עדין מסוג זה, נדרש הוא להוכיח לחברי הוועדה כי הוא ראוי לעבור את הניתוח, ובמקרים מסוימים – בדומה לעניינה של העותרת – אף להתמודד עם אמירות משפילות ופוגעניות המבקרות את צורת הלבוש והאסתטיקה שלו, ללא כל קשר לצרכיו הרפואיים.¹⁰⁶

¹⁰¹ אתר הניתוחים הבריאטריים. www.bariatric.org.il

¹⁰² עניין מילר, פסק-דינה של השופטת דורנר.

¹⁰³ שם.

¹⁰⁴ עניין רקנט.

¹⁰⁵ בג"ץ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, פ"ד לו(3) 17, 21 (1983).

¹⁰⁶ עופר אדרת "הצצה לוועדה לניתוח שינוי מין" הארץ, 15.6.2012 www.haaretz.co.il/magazine/1.1731968

97. כיום כ-44.4% מכלל הטרנסג'נדרים בישראל טוענים כי נמנעו מגישה למערכת הבריאות מחשש ליחס משפיל.¹⁰⁷ חשש זה נובע מחוויות מבוססות ומניסיונם של חברי האוכלוסייה הטרנסג'נדרית.¹⁰⁸ כמו כן, כ-57% מקהילת הטרנסג'נדרים מדווחים על שאלות פולשניות ולא רלוונטיות של הצוות הרפואי.¹⁰⁹ כך, למשל, ענתה אחת מהנשאלות בסקר אשר הוצג לעיל:

"הסחבת' סביב הניתוחים שאני צריכה מייאשת ומתסכלת אותי. לא אכפת לי משום דבר אחר. לא אכפת לי אפילו שהצוות יתייחס אליי כזכר. לא אכפת לי לחכות לתורות. העיקר שאדע שאני אקבל את הטיפול שאני צריכה. כדי שאף אחד לא יצטרך להתאמץ לזהות אותי כאישה ולפנות אליי כאישה ושאר גיש קצת פחות דיספורית ומיואשת כשאני מסתכלת במראה. העיניו שאני חווה סביב הניתוחים שלי מקופ"ח - שכל רגע אני חושבת שאולי עכשיו 'זהו, אישרו את זה' ואז חוטפים את זה ממני. אין לי אמון בשום דבר בעקבות החוויות שלי בנושא הזה."

98. זאת ועוד, גישת הנשיא ברק רואה בזכות לכבוד כהגנה על האוטונומיה של הפרט. על-פי גישה זו, ניתן לכלול בגדר כבוד האדם גם הפליה שאין עמה השפלה, ובלבד שקשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה.¹¹⁰ מכלל האמור עולה כי תנאי מבחן ההתנסות, אשר חוסם את אפשרותם של חברי האוכלוסייה הטרנסג'נדרית לביצוע הניתוח, **וללא כל קריטריונים מוסדרים או שיקולים רלוונטיים – שולל בצורה גסה וברורה את זכותם לאוטונומיה של חברי אוכלוסיית הטרנסג'נדרים ועל-כן פוגע עמוקות בכבודם.**

5ג. פגיעה בזכות לחופש הביטוי

99. חופש הביטוי הוא זכות יסוד במדינת ישראל.¹¹¹ בבסיסו של כבוד האדם וחירותו עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו.¹¹²
100. אין חולק כי חופש הביטוי האישי של אדם כולל את נראותו הפיזית.¹¹³ בהתאם לכך, זכותו של אדם כוללת את האפשרות לבטא את עצמו באמצעות בגדיו, שיערו, הליכתו או סגנון הדיבור שלו. על-פי הפסיקה, איפוא, בחירותיו הפיזיות של אדם מהוות חלק אינהרנטי מהחירות המוקנית לו ומחופש הביטוי שלו.¹¹⁴
101. לדידה של העותרת, הדרישה לתקופת התנסות כתנאי לניתוח מאלצת טרנסג'נדרים להתכנס "לדמות" מוכתבת ומצומצמת מראש אשר פוגעת ביכולתם האישית לביטוי עצמי. זאת היות שעל-מנת לעמוד בתנאי מקדים זה, נאלץ הטרנסג'נדר לחיות במשך 12 חודשים במגדר המבוקש ובהתאם לתפיסת הוועדה את אותו המגדר ועל-בסיס שיקול-דעתה. בכך, פוגע התנאי בחופש הביטוי בשני מובנים לפחות:
102. ראשית, הנורמליזציה השזורה בוועדה ובתנאי תקופת ההתנסות מהווה בסיס רעוע, מיושן וסטיגמתי אשר אינם ראויים להיקרא תנאים רפואיים המשליכים על בריאותו הנפשית והפיזית של אדם (ונוכיר, כי שיקול-הדעת שרשאית הוועדה להפעיל בבחינתה את התנאי הוא רפואי בלבד). זאת, כאמור, תוצאה ישירה של קריטריונים עמומים, המתבססים על שיקול-דעתם הרחב של חברי הוועדה. מכאן, ברור כי שיקול-הדעת הרחב מהווה פתח לפגיעה בלתי-חוקתית בזכויות הפרט. ולראיה, הדרישות השערורייתיות אשר הציבה הוועדה לעותרת, אשר מבטאות תפיסות מיושנות ופסולות שטוב אילו לא היו מועלות מלכתחילה.

¹⁰⁷ נבקש לציין כי בעניין "מערכת הבריאות" נכללת הוועדה לשינוי מין, עקב היותה הגורם הממסדי הראשון והעיקרי במערכת הבריאות, איתו נאלצים להתמודד הטרנסג'נדרים במהלך טיפולם.

¹⁰⁸ אסף זגייק ורוני צידון "44% מהטרנסג'נדרים בישראל לא הולכים לרופא בגלל חשש מיחס גרוע" Ynet 31.3.2016

www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4785805,00.html

¹⁰⁹ שם.

¹¹⁰ בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 139 (2006).

¹¹¹ בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז(1) 871 (1953).

¹¹² בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812, 827 (1993).

¹¹³ בג"ץ 205/94 נוף נ' מדינת ישראל-משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 449 (1997).

¹¹⁴ שם.

103. שנית, שלילת הגישה לניתוח, בעקבות "חוסר התאמה" אסתטי למגדר המבוקש, פוגעת באופן אישי בביטוי המבקשים ויתרה מכך היא פוגעת בנו כחברה. תנאים מיושנים מעין אלו מחללים לתודעתם של כלל האוכלוסייה ומכתיבים סטנדרט נראות מיושן ובלתי-ראוי. מכאן, אין מנוס מלחזור ולשאול האם מעורבות המדינה באופן האמור, עומדת בקנה אחד עם ערכיה הדמוקרטיים-ליבראליים של המדינה, והניטרליות שהיא נדרשת לנקוט בה? לא למותר לציין, כי העובדה שמודל זה מוכתב על-ידי גורם מדיני, מעניקה מעין "תעודת הכשר" לתפיסה המיושנת שהוועדה לוקה בה. בכך, איפוא, מקבעת המדינה הלכה למעשה דעות קדומות ותפיסות שאין להן מקום בעת זו.

104. תימוכין לטענות אלה ניתן למצוא בתיאוריה הקווירית, אשר קוראת תגר על תפיסה דיכוטומית, בהתייחס להגדרת שני המינים – כלומר, סממנים המגדירים "אישה" או "גבר" בתחומים שונים (התנהגות, לבוש ושאר סטריאוטיפים).¹¹⁵ המחשבה כי אישה טרנסגינדרית צריכה להתנהג בצורה "נשית", לדבר בטון "הנכון", להתלבש בצורה "נכונה" ולהסוות את כל הסימנים לכך שהייתה בעבר גבר, נוגדת את התיאוריה. בשנים האחרונות אנו עדים לעליה במספר בני-הנוער, המסמלים את עתיד החברה בישראל, המאמצים לעצמם זהות קווירית. דוגמה מובהקת לכך היא זכייתה של הזמרת קונצ'יטה וורסט באירוויזיון בשנת 2015.¹¹⁶ הזמרת הטרנסגינדרית המטופחת אשר מופיעה עם זקן איפור "נשי" ושמלה.

105. לא זו בלבד, נראה כי אין אנו נדרשים לתיאוריות משפטיות מורכבות כדי להבין את מה שכל בר דעת יבין בנקל: השימוש במודלים מסורתיים של מה "גברי" ומה "נשי", כאבן בוחן לביצוע ניתוח להתאמה מגדרית, חותרת להסתכלות בינארית על קטגוריות אלה, ומשוללת כל היגיון.

6. פגיעה בזכות לפרטיות

106. הזכות לפרטיות מעוגנת כזכות חוקתית במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר קובע בסעיף 7(א) כי: **"כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו"**.¹¹⁷ כמו-כן, היא מעוגנת כזכות חוקתית במסגרת חוק הגנת הפרטיות.¹¹⁸

107. חשיבותה של הזכות לפרטיות אינה שנויה במחלוקת.¹¹⁹ כך שב ותיאר בית-המשפט העליון את מרכזיותה של הזכות במערך זכויות האדם והאזרח בישראל ועמד על כך שמדובר באחת מהחשובות שבזכויות האדם:

"פרטיותו של אדם היא כבודו וגם קניינו. זוהי המסגרת באמצעותה הוא עשוי, אם הוא בוחר בכך, לפתח את עצמיותו ולקבוע את מידת המעורבות של החברה בהתנהגותו ובמעשיו הפרטיים. זהו 'מבצרו' הקנייני, האישי והנפשי. זכות זו מהווה את אחת מזכויות היסוד של האדם בישראל. היא אחת החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי והיא אחת מזכויות העל המבססות את הכבוד והחירות להן זכאי אדם כאדם, כערך בפני עצמו."¹²⁰

108. הזכות מבוססת על הכרה באדם כפרט אוטונומי הזכאי ליחוד מול פרטים אחרים. ייחוד זה מאפשר לו להתבצר באישיותו כבעלת משמעות הראויה לכבוד. זוהי המסגרת בה הוא יכול לבחור כיצד לפתח את העצמיות שלו ולקבוע את מידת המעורבות של החברה בהתנהגותו ובמעשיו הפרטיים.¹²¹

109. זאת ועוד, נפקות נוספת האצורה בזכות לפרטיות היא הגבלת כוחה של המדינה,¹²² מתוך חשש מפני כוחה העודף. מדינת הרווחה הביאה לגידול במספרן של נקודות החיכוך והמגע בין האזרח לבין המדינה. תוצאה

¹¹⁵ עמליה זיו, דנה אינטרנשיונאל (1999), ע' אופיר (עורך) תיאוריה וביקורת, 41, 11-401.

¹¹⁶ אסף נבו "קונצ'יטה וורסט מאוסטריה ניצחה באירוויזיון" Mako 11.5.2014 www.mako.co.il/music-news/world/Article.

¹¹⁷ חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

¹¹⁸ חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

¹¹⁹ עע"מ 398/07 התנועה לחופש המידע נ' מדינת ישראל - רשות המיסים, פ"ד סג(1) 284, 312-313 (2008).

¹²⁰ ת"א (מחוזי תל אביב-יפו) 2963/98 פלץ נ' הרצברג פס' 8 לפסק-דינו של השופט אריאל (פורסם בנבו, 15.06.2005).

¹²¹ ע"פ 5026/97 ג'ק גלעם נ' מדינת ישראל, בעמ' 10 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.06.1999).

של מדיניות הרווחה מתבטאת בכוחה של המדינה להעניק טובות הנאה, בין היתר באמצעות רישוי, זיכיונות, מכרזים וסמכויות לגופים שונים. אולם, חיכוך זה מגביר את השפעותיה על חיי האזרחים. הפרטיות נועדה לאפשר לפרט "תחום מחייה" בו האדם הוא הקובע את דרכי התנהלותו, בלא מעורבות של החברה.¹²³ על-כן, בבואנו לבחון זכות זו, עלינו לתת את הדעת למידת ההתערבות של המדינה בחיי הפרט. מהו מקומו של הפרט במערכת הסבוכה של המדינה והאם סביר כי המדינה תעצור את הגשמתו העצמית של אדם כתוצאה מחוסר התאמה לנורמות החברתיות?

110. ומהכלל אל הפרט. להשקפת העותרת, עצם קיום הוועדה, לכשעצמו – ובפרט דרישת תנאי 12 החודשים כחסם לביצוע הניתוח – מעמידה פגיעה אנושה בפרטיותה שכן כל תכליתו של התנאי היא "למשטר" את בחירותיה האישיות והאופן בו תממש את חייה. ואם לא די בכך, עמידה בתנאי מחייבת אותה לחשוף את חייה לכל, וזאת כאמור, למרות הידיעה הגמורה על מצבם הבלתי פשוט של הטרנסגינדרים בחברה.

111. לגישת העותרת, בעצם הדרישה לתקופת ההתנסות נעוצה פגיעה קשה בזכותה לפרטיות ולביטוי העצמיות של העותרת. ראשית, אם נניח שנימוקי הוועדה אכן תואמים את המלצות ועדת הרי בנג'מין, יש מן האמור פגיעה קשה בפרטיות המטופל הטרנסגינדר, שכן הדרישה לניהול אורח חיים אשר מתיישב עם "האידיאל" החברתי אינו משאיר מרחב מחייה פרטי ואישי לטרנסגינדרים הנבחנים בוועדה. זאת בין אם הכוונה היא למראה החיצוני, לשילוב בתעסוקה או להשתלבות חברתית אחרת (ויתר הפרמטרים שעל פיהם, בהתאם להמלצות ועדת הרי בנג'מין, יש לבחון עמידה בתנאי). יתרה מזו, קביעה כי מטופל לא עמד בתנאי בשל פרמטרים אלה אף מחמירה את הפגיעה העמוקה בזכות לפרטיות, היות שמהווים "שער כניסה" להגשמת הזכות לפרטיות המתבטאת בבחירת אורח החיים של העותרת ומימוש ההליך להתאמה מגדרית.

112. שנית, העותרת סבורה כי מלבד נתונים רפואיים אובייקטיביים אשר מחויבים לשם הגשמת צרכים רפואיים בהליך הכירורגי, הצורך בבדיקת נתונים חברתיים על חייו של המטופל אינה נדרשת כלל ואף פוגעת קשות בזכותו לפרטיות.¹²⁴ כאמור, במהלך 12 החודשים הדרושים, בהתאם לפרמטרים מהמלצות ועדת הרי בנג'מין, המטופל נדרש להוכיח כי חי במגדר המבוקש. הוכחה זו מחייבת תיעוד על-ידי סביבתו הקרובה – חבריו, משפחתו, הוכחה ממוסד הלימודים או ממקום עבודתו. דרישה זו יוצרת חשיפה אשר אינה הכרחית לצורך ביצוע הניתוח ואינה מותירה למטופל מרחב אישי מינימלי בחייו. למעשה, דרישת ההוכחה מחייבת את המטופל הטרנסגינדר "לצאת מהארון" וחושפת בפני כל את התהליך האינטימי אשר עובר. אין חולק כי דרישה זו פוגעת קשות בזכות לפרטיות והשלכותיה על המטופל הן קשות מאוד – הן ברמה החברתית הן ברמה האישית. תהליך המעבר הוא תהליך אישי ואינטימי וחשיפתו לאנשים שונים צריכה להיות בחירה עצמאית של המטופל בלבד. "יציאה מהארון" שכופה הוועדה על מטופל המעוניין לעבור את הניתוח, כתנאי סף לביצועו, מהווה איפוא פגיעה נוספת - וחמורה במיוחד - בזכויותיהם של חברי האוכלוסייה הטרנסגינדרית בכלל והעותרת בפרט.

113. נוסף על כך, גם אם נניח כי שיקולי הוועדה אכן מבוססים על נתונים רלוונטיים, אובייקטיביים ואלה אינם כוללים שיקולים זרים; עדיין, גם בנסיבות אלה - ההסתמכות על צדדים שלישיים - חבריו ומשפחתו של המטופל - על מנת לבסס את המטופל עמד או לא בתנאי ההתנסות - בעייתית. שהרי, הוועדה אינה יכולה לדעת כי חוות-דעתם של אנשים "רנדומליים" המהווים חלק מחייו של המטופל הטרנסגינדר, תהיינה "נקיות" מדעות קדומות ומהנחות טרנספוביות אשר עלולות לחרוץ את גורלו של המטופל. יתרה מכך,

¹²² בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים, פ"ד נח(4) 842, 856 (2004).

¹²³ בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479, 31 (2010).

¹²⁴ בג"ץ 4253/02 ראש עיריית טבריה נ' היועמ"ש, פ"ד סג(2) 86 (2009).

ברבים המקרים בהם חשיפה זו שנכפית על המטופל מובילה לניכור ואלימות כלפיו. בראי זה, ברי כי דרישת "היציאה מהארון" מחמירה את הפגיעה בזכות לכבוד, לאוטונומיה ולבחירת הפרט, ויוצרת זילות חמורה אף יותר במעמדה של ההסכמה מדעת בתהליך להתאמה מגדרית, כפי שנדון לעיל.

114. עיינו הרואות: תנאי ההתנסות פוגע באופן מהותי ורחב במספר רב של זכויות אדם. בהתאם, ולאחר שהעותרת הוכיחה פגיעה בזכויות חוקתיות, נפנה לבחון אם התנאי עומד בתנאי פסקת ההגבלה.

ד. ניתוח לפי תנאי פסקת ההגבלה

115. במסגרת פסקת ההגבלה נבחנים ארבעה תנאים אשר התקיימותם יחד מכשירה את הפגיעה בזכויות חוקתיות המעוגנות ונגזרות מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אי-עמידה במבחנים אלה, לאחר ביסוס פגיעה בזכויות מכוח חוק-היסוד, מלמדת כי החוק אינו חוקתי ודינו בטלות. ארבעת התנאים המנויים בפסקת ההגבלה הם: (1) הפגיעה בזכות צריכה להיעשות בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק; (2) החוק צריך להלום את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; (3) על תכלית החוק להיות לתכלית ראויה; (4) הפגיעה בזכות החוקתית צריכה להיות במידה שאינה עולה על הנדרש. מבחני פסקת ההגבלה הם מבחנים מצטברים,¹²⁵ על-כן, אם החוק לא עומד באחד מארבע התנאים הללו, משמעות הדבר היא כי הפגיעה אינה חוקתית ועל בית-המשפט הנכבד לבטל את החוק.¹²⁶

116. בהינתן הפגיעה העמוקה בזכויות היסוד של קהילת הטרנסג'נדרים, כפי שפורט לעיל בהרחבה, נותר לבחון אם התנאי צולח את מבחני פסקת ההגבלה.¹²⁷ יצוין כי נוכח העובדה הבלתי ניתנת לערעור שהעותרת הוכיחה כאמור כי תנאי ההתנסות מעמיד פגיעות רבות וקשות בזכויות חוקתיות, הרי שהנטל עובר לידי המדינה להוכיח שהפגיעות הן חוקתיות.¹²⁸

117. נטל זה, בנסיבות העניין ובשים לב לפגיעה הקשה והעמוקה בזכויות חוקתיות כתוצאה מתנאי 12 החודשים – הוא נטל כבד במיוחד. זאת בהתאם להלכה על-פיה "ככל שהפגיעה של דבר החקיקה בזכויות האדם היא מקיפה יותר וחריפה יותר, כן נדרשים יעדים חברתיים חשובים יותר וחיוניים יותר לשם הצדקתה".¹²⁹ נעמוד עתה על מבחני המידתיות, ונראה כי תכלית התנאי – הראויה כשלעצמה – אינה עומדת כלל במבחנים אלה.

1.1 תנאי ראשון – מכוח חוק

118. התנאי הראשון בפסקת ההגבלה, המעוגנת בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כולל שני רכיבים מרכזיים חלופיים: הראשון, דרישה כי הפגיעה בזכות האדם המוגנת תעשה בחוק. תנאי זה מהווה ביטוי ישיר לעקרון חוקיות המנהל, כחלק מעקרון שלטון החוק במובנו הפורמלי; הרכיב השני, רכיב חלופי – הקובע כי הדרישה יכול שתעשה גם "לפי חוק" אך "מכוח הסמכה מפורשת בו".¹³⁰

119. הוועדה הרב-מקצועית לניתוחים לשינוי מין של משרד הבריאות, פועלת מכוח התוספת השישית לפקודת משרד הבריאות. כאמור, התיקון לפקודה חוקק בעקבות עתירה לבית-המשפט העליון וכעת מעוגן בחקיקה ראשית. מכאן, כי עסקינן בחוק במובנו הפורמאלי.

¹²⁵ בג"ץ 2753/03 קירש נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד נו(6) 359, 368 (2003).
¹²⁶ בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, בעמ' 620–621 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 19.11.2009).
¹²⁷ ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
¹²⁸ בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 567–568 (2009); ראו בדומה: בג"ץ 5304/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל, בפס' ע"ד (11.9.2016).
¹²⁹ אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית 526 (1995); וראו בדומה: דג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד סג(3) 41, פס' 8 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (2009). (להלן: "עניין ארקו")
¹³⁰ עניין ארקו, בפס' 11.

120. אלא שבכך אין די. בהתאם לעקרון חוקיות המנהל, רשות מנהלית אשר הוקמה על-פי דין רשאית לפעול רק מכוח הסמכות שניתנה לה.¹³¹ אולם, כתוצאה מעמימות הקריטריונים בדבר תנאי ההתנסות, קשה לומר מה הותר לוועדה על-פי דין. בדרכו המעורפלת, יוצר התנאי תחושה כי מדובר בחקיקת משנה ולא בחקיקה ראשית – זאת היות שלא מפורטים כלל קריטריונים לבחינת העמידה בתנאי 12 החודשים, כפי שתואר לעיל.
121. ודוק, כמפורט לעיל, הוועדה פועלת לכאורה בהתאם לפרוטוקול ועדת הרי בנג'מין. פרוטוקול זה קובע תנאים מסוימים שעל הוועדה לבחון בבואה לקבוע אם מועמד לניתוח עמד אם לא בתנאי 12 החודשים. אלא שהפוך והפוך **בתיקון לחוק או בחוזר של משרד הבריאות שעוגן בתיקון לפקודה, ולא נמצא ולו רמז לאותם קריטריונים**. כל שנקבע הוא שהוועדה תקבע אם המועמד עמד או לא בתנאי, הא ותו לא. **אי-פירוט הקריטריונים מותר, איפוא, שיקול-דעת מוחלט ובלתי מוגבל לוועדה**: תרצה – תקבע שהמועמד עמד בתנאי, תרצה – תקבע שלא. שיקול-דעת בלתי מוגבל זה, טומן בחובו פגיעה חמורה בעקרון חוקיות המנהל ומותר לוועדה לשקול שיקולים זרים ופסולים, כפי שביצעה הלכה למעשה בעניינה של העותרת.
122. הנה כי כן, המחוקק פטר עצמו בקביעת התנאי ומבלי לפרט – ולו במקצת – את השיקולים שעל הוועדה לשקול בגדרו. כאמור, אי-הפירוט של אותם השיקולים פותח פתח להכנסת שיקולים זרים ושאינם רלוונטיים, החוסמים ופוגעים במימוש הזכות לזהות מגדרית. לא למותר לציין, כי היות שהתנאי מהווה חסם המשליך על שארית חייהם של חברי האוכלוסייה הטרנסג'נדרית ועל הגשמת זכויותיהם הבסיסיות, ראוי כי הנושא יוסדר באופן מפורט וברור דיו.¹³² מידת הקפדנות הראויה שתינקט נגזרת מן הפגיעה העמוקה בזכויות האדם.¹³³
123. חוק מכוחו הוקמה הוועדה לשינוי מין נופל לגדר "חקיקה עצלנית", כפי שהוגדר בפסיקה.¹³⁴ המסגרת הנורמטיבית שנקבעה בו היא דלה וחסרה. החקיקה אינה קובעת דבר לגבי אופן בחינת בקשת המטופל הטרנסג'נדר לעבור את הניתוח בהגיעו לוועדה ומהם הקריטריונים לבחינה זו. כמו-כן, החוק אינו מתייחס ליעדים, למטרות או לתכלית הוועדה, וביניהם תכליתו של התנאי, אשר כל אלה צריכים להנחות את הוועדה בקבלת החלטותיה.
124. חזקה כי המחוקק אינו מעוניין לפגוע בזכויות יסוד חוקתיות, אלא אם כן הדבר נקבע בדבר חקיקה ובמפורש. מחוקק המבקש לפגוע בזכויות יסוד חייב להביע דעתו בצורה ברורה וחד-משמעית. תפיסה פרשנית זו הוחלה בעיקר לעניין פירושה של חקיקה ראשית.¹³⁵ ולענייננו, נראה כי סמכות הוועדה אמנם מוסדרת בחוק אך אינה מפורשת ומוסדרת, וכתוצאה מכך נוצר מרחב שיקול-דעת המאפשר התנהלות חופשית שאינה מתווה דרך ראויה המגנה על הפרט מפני כוחה הרב של המדינה.
125. לעמדת העותרת, הכנסת, כחלק ממטרותיה כרשות האחראית להכוונת התנהגות, כשלה בתפקיד בסיסי זה. על החקיקה לקדם ערכים חברתיים ולשאוף לשוויון ולקיומן של זכויות אדם בסיסיות.¹³⁶ כל אלה נעדרים מהתנאי המקדמי בדבר הדרישה לניסיון מגדרי. לא ראוי כי שיקול-דעת של ועדה אחת יחידה במדינה יכריע ויחרוץ גורלות בנושא רגיש וייחודי מסוג זה, על-בסיס רעוע ועמום. מכאן, כי התנאי – מבחינה מהותית – אינו נמצא בגדר חוק הצולח את המבחן הראשון של פסקת ההגבלה.

¹³¹ ע"א 630/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה נהריה נ' שיר הצפון חברה לבניה, פ"ד נב(3) 399, 404 (1998).

¹³² עניין ועדת המעקב.

¹³³ בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פס' 51-52 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.7.2014).

¹³⁴ בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 58 (2002).

¹³⁵ בג"ץ 333/85 אביאל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מה(4) 581, 594 (1991).

¹³⁶ בג"ץ 5413/07 פלוני נ' מדינת ישראל, בעמ' 15 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 16.9.2007): "יש מקרים בהם הרשות המבצעת צריכה להימנע מהכרעות עקרוניות בסוגיות חברתיות בסיסיות, השנויות במחלוקת ציבורית קשה, ולהניח את ההכרעה לרשות המחוקקת".

126. למען הסדר הטוב, יצוין, כי גם אם טענתה העקרונית של העותרת לא תתקבל, ובית המשפט הנכבד יקבע כי התנאי מהווה חוק, הרי שלכל הפחות יש ליתן משקל של ממש לשיקול הדעת הבלתי מוגבל שהוקנה לוועדה בגדרי החוק במסגרת בחינת מידתיותו של התנאי.

2ד. תנאי שני – תנאי 12 החודשים אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

127. תנאי השני, במסגרת בחינת תנאי פסקת ההגבלה, דורש כי החוק "יהלום את ערכיה של מדינת ישראל". אלה ערכיה כ"מדינה יהודית ודמוקרטית" – ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הם בעלי היבט ציוני והיבט של מורשת גם יחד. מכאן, כי יש לשאוף לקיומה של סינתזה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית ולחפש את המשותף והמאחד בין שני מאפיינים אלה.¹³⁷

128. מחד גיסא, ניתוח להתאמה מגדרית אסור מבחינה הלכתית. לפיכך, עולה בעייתיות בדיון בדבר חוקתיות התנאי אשר מהווה פתח לביצוע הניתוח בראי ערכיה היהודיים של המדינה. אולם, נראה כי האיסור אינו חד-משמעי וישנם רבנים אשר חולקים על איסור דתי זה. העותרת סבורה כי הדעות החלוקות בעניין זה מעידות על החשיבות בביצוע הניתוח ומשמעותו לאוכלוסייה הטרנסגינדרית, ומכאן כי התנאי והניתוח מתיישבים גם עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.

129. לפי היהדות, האיסור להתאמה מגדרית נובע ממספר איסורים בסיסיים. יסוד האיסור הראשון הוא בדיון "לא ילבש" האוסר על לבוש הנוגד את מינך הטבעי.¹³⁸ כמו-כן, ישנו איסור על הסרת שיער לשם טיפוח אישי ויפוי, איסור הנגזר מאותו הדין האמור. אולם, האיסור על הסרת שיער נמצא כשנוי במחלוקת בין רבנים שונים. במסגרת זו, קיימים רבנים שלעמדתם אין כל מניעה להסרת שיער לשם טיפוח או לשם מטרות רפואיות.¹³⁹

130. היסוד השני הוא האיסור לביצוע סירוס, אשר אף הוא אוסר בצורה מפורשת על ניתוח הפוגע בפוריות וברבייה. אולם, יש לציין כי לא כל ניתוח להתאמה מגדרית אכן פוגע ביכולת הפוריות של האדם ואף אם הניתוח אכן פוגע, ישנם פתרונות טכנולוגיים-רפואיים. דוגמה לכך היא הקפאת זרע או ביציות בטרם עריכת הניתוח, ולחילופין ניתוח עליון בלבד לנשים (כריתת חזה) אשר משמר את הפוריות אצל הטרנסגינדר (FTM).¹⁴⁰

131. איסור הלכתי נוסף נוגע לניתוחים הפלסטיים. ההתנגדות הראשונית לניתוחים פלסטיים נובעת בעצם הסיכון לבריאות ולחיים, הקיים בביצוע כל ניתוח באשר הוא. ההתנגדות השנייה, מקורה ב"איסור חובלי" האוסר על ביצוע חבלה בגופו של אדם. אולם, לפי פרשנות של "שולחן ערוך" אין לגרום לחבלה אלא אם זו לתועלת. לענייננו, בניתוח להתאמה מגדרית גלומה תועלת חד-משמעית למנותח. אין חולק כי מצבם הבריאותי של המטופלים הטרנסגינדרים מצריך התערבות רפואית במטרה לגשר בין זהותם המגדרית למינם, וככל התערבות רפואית אחרת, אין זה נכון להגדירה כ"חבלה", כי אם הליך רפואי שגלומה בו תועלת ברורה אשר מטרתה להיטיב את מצבו הבריאותי של המטופל.

132. התנגדות נוספת היא התנגדות עקרונית הנובעת מן ההשקפה כי כל אדם נולד כפי שהוא ומתוך רצון של "בורא עולם" ומכאן שאין להתערב בבריאתו. גם התנגדות עקרונית זו נמצאת כבעייתית וכאינה רלוונטית לעמדתה של העותרת, זאת היות שבהשוואה להולדתם של בעלי מום אחרים, מסוגים שונים, היא אינה מונעת מהאוכלוסייה הדתית את ההתערבות הרפואית לשם תיקון הפגם הרפואי.¹⁴¹ כמו, למשל, תינוק

¹³⁷ בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 547 (2005).

¹³⁸ דברי הרש"ר הירש.

¹³⁹ "האם לגבר מותר להסיר שיער מהגוף?" Ynet 20.5.2008 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3545424,00.html

¹⁴⁰ יאנה פבזר בשן "אני לא אדם חד הורית: יש לתומר אמא וגם אבא" Mako, 3.11.2016, www.mako.co.il/pride-weekend/Article-014760db4b92851004.htm

¹⁴¹ כל האמור נלקח מתוך אתר בת-קול, ארגון לסביות דתיות - www.bat-kol.org

שנולד אינטרסקס או עם מום בלב. גם כאן, הצורך הרפואי של המטופלים הטרנסגינדרים מהווה תיקון, כפי שתואר לעיל וכחלק מזכותם הבסיסית לשלמות הגוף.

133. מתוך האמור לעיל, נבקש להדגיש את הגישה הטוענת ל**פיקוח נפש ולמניעת סבל מאדם** – בהתאם לגישה זו, אין כל מניעה לביצוע הניתוח, מכיוון שיש בניתוח לשפר את חייו של המטופל ולסיים את סבלו כתוצאה מאי ההלימה בין מגדרו למינו. יתרה מכך, דרישת תנאי ההתנסות מעכבת מהמטופל הטרנסגינדר טיפול רפואי הכרחי, כאשר תקופת ההמתנה מובילה להעמקת סבלו. זאת, כשכאמור, **חבלה בנפש האדם כמוה כחבלה בגופו**.¹⁴² על-כן, דרישת תנאי ההתנסות המבוקש אינה מתיישבת עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.

134. נוסף על האמור, לעמדת העותרת, הדרישה למבחן ההתנסות כתנאי מקדים לביצוע הניתוח אינה דרה בכפיפה אחת עם ערכיה הדמוקרטיים של המדינה. כפי שניתן לראות, התנאי מעמיד פגיעות קשות בכבוד האדם, בזכות לאוטונומיה, בזכות לבריאות, בעקרון השוויון וחוטא לערכי הדמוקרטיה. יתרה מכך, לתפיסה הפטרנליסטית העולה מהתנאי, היוצאת מנקודת הנחה כאילו דעתו של טרנסגינדר המעוניין לעבור את הניתוח היא תולדה של מחשבה משובשת, כי שומה על המדינה "לדאוג" לו כאשר "רק היא יודעת מה הוא באמת צריך", אין לה מקום במדינה דמוקרטית מתוקנת.

135. זאת ועוד, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית שזורים בערכיה הדמוקרטיים. מתוך כך, לא רק שאוסרים הם על אפליה כי גם מחייבים את החלת השוויון.¹⁴³ כאמור:

*"אין מקובלת עלינו התפיסה כי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית יש בהם כדי להצדיק... הפליה על-ידי המדינה בין אזרחים של המדינה... מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אין מתבקש כלל כי המדינה תנהג בהפליה בין אזרחיה."*¹⁴⁴

מכאן, ובהינתן הפגיעה הקשה בשוויון כאמור, ברור כי תנאי הדורש תקופת התנסות אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, לא כל שכן את ערכיה כמדינה דמוקרטית.

3.3. תנאי שלישי – תנאי 12 החודשים לא חוקק למען תכלית ראויה

136. תכליתו של חוק תיחשב כראויה אם נועדה לקדם זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה, העולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל. התכלית תיבחן לאור הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בה.¹⁴⁵ ככל שהפגיעה בזכות תהיה משמעותית יותר, כך ידרשו אינטרסים ציבוריים חיוניים וכבדי משקל לצורך הצדקתה. היינו: לא כל מטרה חברתית או ציבורית חשובה תבסס תכלית ראויה, הדבר תלוי גם בפגיעה העומדת מנגד.¹⁴⁶

137. כדי לבחון אם תכליתה של תקופת ההתנסות היא לתכלית ראויה, יש להבין לעומקם של דברים את מטרת התנאי. כידוע, רגולציה רפואית נחשבת למוצדקת כאשר היא משרתת את טובת המטופל.¹⁴⁷ דברים אלה יפים במיוחד כאשר עסקינן באוכלוסייה החווה מצוקה מתמשכת, דוגמת האוכלוסייה הטרנסגינדרית, ציבור מוחלש אשר סובל מהדרה ואפליה קשה. בחינת חוזר משרד הבריאות בנושא התהליך להתאמה מגדרית, עליו מבוסס התיקון לחוק, מלמדת כי אין כל התייחסות למטרת הוועדה בכלל ובוודאי שנעדרת התייחסות למטרת התנאי הדורש את המבחן לתקופת ההתנסות.

¹⁴² ראו תת פרק "הזכות לשלמות הגוף".

¹⁴³ עניין ועדת המעקב, בעמ' 15.

¹⁴⁴ בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 280-281 (2000).

¹⁴⁵ בג"ץ 10662/04 חסון נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, 49 (2012).

¹⁴⁶ בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, בפס' 85 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 16.9.2013). (להלן: "עניין אדם")

¹⁴⁷ שוריק דריישפיץ "רגולציה – מה, איפה ומתי? מבט תאורטי ומשווה" פרלמנט, מי מפריט את המדינה שלי? הפרטה, רגולציה והמגזר השלישי: תאוריה ומעשה, גיליון 64, המכון הישראלי לדמוקרטיה. פורסם באתר: www.idi.org.

138. לפי אגודת הרי בנג'מין, תקופת ההתנסות היא חיונית למעבר לתפקיד המגדרי ההולם את הזהות המגדרית של המטופל. זאת מתוך הבנה כי לשינוי ההצגה המגדרית העצמית ישנן תוצאות אישיותיות וחברתיות של ממש, ומן הראוי שעובר לקבלת החלטה זו המטופל יהיה מודע לטיב ההשלכות מבחינה משפחתית, מקצועית, בינאישית, חינוכית, כלכלית ומשפטית.¹⁴⁸

139. לכאורה, ניתן לומר כי התכלית היא חיובית וראויה. אולם, לעיתים אופן הצגת התכלית עשוי להשליך על הקביעה אם מדובר בתכלית ראויה אם לאו. נדמה כי תכלית המוצגת ברמת הפשטה גבוהה תזכה לפרשנות "חיובית". כלומר, שימוש במונחים כדוגמת "ביטחון הציבור", "סדר ציבורי", "יציבות השלטון" ולענייננו – "טובת המטופל" – מטשטשים את תכליתו הקונקרטי והממשית של החוק. **ברם, אין ללכת שבי אחר נוסח זה או אחר ויש לבחון את הדברים כהווייתם.**¹⁴⁹ נסביר.

140. ניכר כי המחוקק ומשרד הבריאות אימצו, אחד לאחד, את התנאי ותכליתו כפי שעוצב על-ידי הגורמים המקצועיים הבינלאומיים (WPATH; אגודת הרי בנג'מין). זאת נעשה, ניתן להניח בבטחה, ללא הפעלת שיקול-דעת עצמאי בעניין וללא התייחסות למורכבות ולייחודיות הקיימת במדינת ישראל.

141. לגופם של דברים, בחינה מפוכחת של מהות תכליתו של תנאי ההתנסות מציגה תכלית בלתי-ראויה, שכן תכלית התנאי מבוססת על פגיעה בחופש הבחירה של הפרט ופגיעה עמוקה בזכותו לאוטונומיה. חמור מכך, היא אף מושתתת על שלילת כשרותו המשפטית של המטופל הטרנסגינדר. בדרישה לתנאי ההתנסות, כתוספת להסכמה מדעת, נוצרת תחושה קשה של חוסר אמון בסיסי ביכולתו של הטרנסגינדר לקבל החלטות קריטיות עבור עצמו. נראה כי הכפילות בדרישות (אשר בבסיסן מטרה אחת – הבטחת שביעות הרצון ומניעת חרטה לאחר הניתוח) יוצרת תהייה גדולה בדבר תכליתו של תנאי ההתנסות, מלבד אמצעי "מגן" נוסף – ולא הכרחי – המגן על הרופאים מפני תביעות נזיקיות (ונוכח, כי דבריו של ד"ר קפלן, בעניין הרקע להקמת הוועדה - תביעה נזיקית של מנותחת טרנסגינדרית נגד הרופא המנתח, תומכים בפרשנות זו).¹⁵⁰ לא ניתן לפרש את מהותה של "רשת הגנה" זו, מלבד חוסר אמונתם של הרופאים ביציבותם הנפשית של האוכלוסייה הטרנסגינדרית.¹⁵¹

142. כמו-כן, נאמר כי "אין די בכך שבבסיס המעשה המנהלי תונחנה תכליות ראויות, אלא נדרש שגם האמצעים שאותם בוחרת רשות להגשמת התכליות יהיו ראויים."¹⁵² מתוך כך, נראה כי הדרישה למבחן התנסות, היוצר סבל מתמשך למטופל הטרנסגינדר; אינו מעמיד קריטריונים ברורים ויציבים המבססים את ההחלטה, ומשאירים את המטופל לוט בערפל וללא כל התחיבות כי בסוף התקופה יהא זכאי לבצע את הניתוח המיוחל – אינה עומדת במבחן התכלית הראויה.

143. נמצאנו למדים: תכליתו של תנאי ההתנסות אינה ראויה, על-אף הרושם שנוצר במבט ראשון.

4.4. תנאי רביעי – עמידה במבחני המידתיות

144. מבחן המידתיות הוא המבחן האחרון אותו נדרשת ההוראה הפוגעת לצלוח כדי שתהא חוקתית.¹⁵³ דרישת המידתיות בפסקת ההגבלה ממקדת את הדיון החוקתי לא בתכלית שמבקשת המדינה להגשים, כי אם

¹⁴⁸ נורה גרינברג.

¹⁴⁹ עניין אדם, בפס' 18 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

¹⁵⁰ ראיון עם פרופ' וינקלר; ראיון עם ד"ר חיים קפלן.

¹⁵¹ רן רוניק "רפואה ודעה קדומה" ישראל היום 15.5.2015 www.israelhayom.co.il/article/281899

¹⁵² בג"ץ 3933/11 מכבי שירותי בריאות נ' שר הבריאות, בעמ' 21 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 25.3.2014).

באמצעי שבחרה לצורך הגשמתה.¹⁵⁴ מבחן המידתיות מורכב משלושה מבחני משנה מצטברים: מבחן הקשר הרציונאלי; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ומבחן המידתיות במובן הצר – תועלת מול נזק.

145. העותרת סבורה כי מן הראוי שבמדינת חוק, המחויבת לזכויות אדם, ניתן לצפות מהשלטון שידיר אמצעים מפוקפקים מטבעם – כדוגמת תנאי ההתנסות נושא עתירה זו.¹⁵⁵ דוגמאות מובהקות לזכויות שלעולם אין לפגוע בהן, תהא התכלית ראויה ככל שתהא, הן איסור על טיפול משפיל ואפליה לרעה המבוססת על השתייכות לקבוצה מסוימת – כפי שמתקיים בענייננו.¹⁵⁶

146. הפגיעה תיחשב כמידתית רק אם תצלח את שלושת המבחנים האמורים. כפי שנראה להלן, תנאי ההתנסות אינו מידתי בהתאם לכל שלושת המבחנים.

מבחן המידתיות הראשון - מבחן הקשר הרציונאלי

147. על-פי מבחן הקשר הרציונאלי, על האמצעי שהחוק נקט בו לשרת את התכלית שהחוק מבקש להגשים.¹⁵⁷ במסגרת מבחן הקשר הרציונאלי יש להראות כי האמצעי שנבחר הוא רלוונטי להגשמת המטרה במובן זה שחקיקת החוק מגדילה את הסיכויים להגשמת המטרה. לכן, אם אין בכוחו של האמצעי להגשים את מטרות החוק, נסיק כי השימוש באותו האמצעי הוא אינו מידתי. כמו-כן, ראוי כי הכרעה אשר לקשר הרציונאלי בין האמצעי למטרה אינה תתבסס על מסד תיאורטי בלבד, אלא תיבחן גם במבחן מעשי.¹⁵⁸ מתוך כך, נראה להן כי תכלית החוק אינה מתיישבת עם בחירת האמצעי להגשמתו – 12 חודשי התנסות בזהות המגדרית המבוקשת.

148. ראשית, התכלית אותה מבקש התנאי להגשים היא כאמור "בדיקת רצינות" - אמצעי לוודא שהמטופל אכן מעוניין בביצוע הניתוח, ולא ישאף בהמשך להחזיר את המצב לקדמותו. ודוק, קיימות גישות המתנגדות ליסודות העומדים בבסיס תפיסת "החרטה", שכן מונח זה אינו ניטרלי ואף נגזר מנקודת מבט דיכוטומית אשר רואה את העולם כמחולק לשני מינים ושמוניחה קיומו של מגדר אחד קוהרנטי ויציב לאורך חייו של אדם.¹⁵⁹ עבור הממסד הרפואי ותפיסתו הדיכוטומית, זהות שאינה תואמת את "כללי המשחק המקובלים" – היא אינה מתקבלת על הדעת. בכך, למעשה, נשללת מהמטופל הטרנסגינדר תנועה רב-כיוונית ומתקבעת החרטה כטרגדיה. העותרת סבורה כי אף בפירוש שניתן למונח החרטה, שוגה הוועדה וממחישה את חוסר הגמישות המחשבתית בעניין הספקטרום המגדרי הרחב.

כלומר, אם רצונו של אדם בדבר זהותו המגדרית משתנה בהמשך חייו, אין זה מעיד בהכרח על חרטה כי אם על שינוי והתאמה לצורך הקיים בשלב זה של חייו.

149. שנית, עמדנו לעיל אודות הקשר הישיר בין אחוזי החרטה לבין דרישת ההתנסות בזהות המגדרית המבוקשת, כאשר ד"ר קפלן הצהיר בראיון בערוץ 10:¹⁶⁰ "בשיטה שאנחנו אימצנו אין אף אחד שהתחרט".

150. מכאן, אין מנוס מבחינת הקשר הסטטיסטי בין תנאי דרישת ההתנסות לאחוזי החרטה. לפי מסמך שהוגש לוועדה על-ידי נורה גרינברג,¹⁶¹ אחוזי החרטה בעולם נמוכים עד מאוד, ולשם הדיוק נעים בין אחוז לאחוז וחצי מכלל המנותחים.¹⁶² על-כן, ניתן לטעון כי אחוזי החרטה הם אינם תוצאה ישירה של התנהלות ה"מיוחדת" של הוועדה בישראל, כי אם ממילא נמוכים בכל העולם. על-אף האמור, מתעקשת המדינה

¹⁵⁴ בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 64 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006).

¹⁵⁵ מרדכי קרמניצר מידתיות במבט ביקורתי ומשווה 65 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2016).

¹⁵⁶ שם, עמ' 66.

¹⁵⁷ בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, פסק דינו של הנשיא ברק (2006).

¹⁵⁸ בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, בעמ' 7 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 21.2.2012).

¹⁵⁹ Jacques, J. (2007). Retrotranslations of Post-Transsexuality, Notion of Regret. Journal of visual culture, 6 (1), 77-90.

¹⁶⁰ ראיון עם ד"ר חיים קפלן.

¹⁶¹ פעילה טרנסגינדרית ידועה, טרנסגינדרית בעצמה, לשעבר יו"ר אגודת הלהט"ב בישראל.

¹⁶² Pfäfflin, F. (1993). Regrets after Sex Reassignment Surgery. Journal of Psychology and Human Sexuality 5 (4), 69-85.

להתעלם מהנתונים הסטטיסטיים וליצור מצג שווא של קשר הכרחי בין "חרטה" לבין התנאי הדורש תקופת התנסות. כפי שצוין לעיל, ובהתאם לפסיקה, אין די בקשר רציונאלי "תיאורטי" בין האמצעי למטרה, ובוודאי שקשר מעין זה אינו מתקיים שעה שקיימים נתונים המוכיחים על העדרו, כפי שקיימים גם בענייננו.

151. ויובהר: **מעולם לא הוכח כי תקופת ההתנסות משפיעה ותורמת בהכרח להצלחת תהליך השינוי.**¹⁶³ נזכיר בהקשר זה, כי לעמדתה של גבי' לינה שפר,¹⁶⁴ ממייסדות אגודת הרי בנג'מין ונשיאת הארגון לשעבר, יש לבטל את תקופת ההתנסות כלל ועיקר. כמוה גם גבי' אן לורנס, ממחברות פרוטוקול הטיפול, הגורסת כי חשיבות מבחן ההתנסות מהווה מעין "פרה קדושה" – אשר אין לה כל הצדקה אמיתית – בעולם הטיפולים לטרנסקסואלים.

152. חשוב מכך: **לא רק שאין ראיות המוכיחות את יעילות התנאי להגשמת תכליתו הנטענת, אלא שקיימים מחקרים השוללים תזה זו.** כפי שפורט לעיל, במחקר שערכה לורנס נמצא כי מתוך 232 מטופלים אשר עברו ניתוח להתאמה מגדרית מזכר לנקבה (אותו ניתוח שמעוניינת לעבור העותר), 36 מטופלים (המהווים 16%), עברו את הניתוח לאחר תקופת התנסות הקצרה מ-12 חודשים; ובבחינת שביעות רצונם מתוצאות הניתוח – לא נראה כל שוני ממטופלים אשר עברו את תקופת ההתנסות במלואה.¹⁶⁵ יתרה מכך, ניתן ללמוד ממחקריה של לורנס כי **מטופלים אשר נדרשו לתקופת התנסות קצרה יותר או שלא נדרשו לתקופת התנסות כלל, מדווחים על יציבות תעסוקתית גבוהה יותר; הפחתה משמעותית בחשש מתגובות אלימות; אפשרות מהירה לזוגיות יציבה; ואולי החשוב מכל – תחושת שלמות עם גופם.**¹⁶⁶ נוסף על האמור, נמצא כי מטופלים אשר עברו את הניתוח ללא תקופת ההתנסות, השתלבו חברתית טוב יותר ממטופלים שהמתינו את תקופת ההתנסות, והם אף פעילים יותר בחברה.¹⁶⁷

האמור מוכיח כי אין קשר סיבתי בין תקופת ההמתנה לשביעות הרצון לאחר הניתוח ולחרטה.

153. **שלישית,** בבואנו לבחון את הקשר הרציונאלי בין מבחן תקופת ההתנסות לבין התכלית המוצגת, עלינו לשאול האם מדובר ב"הפעלה אופטימלית" של האמצעי או "בהפעלה ריאלית".¹⁶⁸ הפעלה אופטימלית של תנאי ההתנסות תבטיח את מזעור הנזק אשר יוצר התנאי – ליווי רפואי ומקצועי לאורך כל תקופת ההתנסות; ייעוץ פסיכולוגי ועוד. אולם, עלינו לבחון את הפעלת האמצעי "הריאלית" המתקיימת דה-פקטו במציאות. בחינת העובדות לאשורן מציגה תמונה עגומה אשר מחדדת את פגיעתו של התנאי באוכלוסייה הטרנסג'נדרית ומעצימה את חוסר הלגיטימציה הזועק מתנאי ההתנסות. כפי שצוין לעיל, אין אף גורם מלווה אשר יתמוך במטופל בזמן התהליך. במצב זה אין ספק כי התנאי לתקופת ההתנסות חוטא למטרתו ומזיק למטופלים.¹⁶⁹

154. **רביעית,** היעדר קריטריונים בחוק להפעלת שיקול הדעת, כפי שהוזכר לעיל, מקשה על הערכת הקשר הרציונאלי בין האמצעי למטרה. ללא קריטריונים המבהירים ומסדירים את הדרישה לתקופת ההתנסות, לא ניתן לבחון האם התכלית אכן מוגשמת.¹⁷⁰

155. **חמישית,** כאשר עסקינן בפגיעה קשה בזכויות כבדות משקל, דוגמת הזכות לשלמות הגוף, תידרש "ודאות קרובה" וכמעט מוחלטת לכך שהאמצעי הפוגע יגשים ביעילות ובאופן מושלם את תכליתו.¹⁷¹ הנתונים

¹⁶³ נורה גרינברג.

Casio, j. (2006), **Origins of the Real-Life Test**, Trans-Health Website.

Lawrence, A. (2001). **Factors Associated with Satisfaction or Regret Following Male-to-Female Sex**

Reassignment surgery.

Lawrence, A. A. (1997, September). SRS after less than a one-year real-life test: Absence of regrets. Poster presented at the XV HBGDA Symposium, Vancouver, BC, Canada

Mate-Kole, C., Freschi, M. & Robin, A. (1990). A controlled study of psychological and social change after surgical gender reassignment in selected male transsexuals. *British Journal of Psychiatry*, 157, 261-264.

¹⁶⁸ מרדכי קרמניצר **מידידות במבט ביקורתי ומשווה** 68 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2016).

¹⁶⁹ נורה גרינברג.

¹⁷⁰ עניין נסר, בעמ' 39.

הסטטיסטיים אשר הוצגו מוכיחים כי אין מדובר בוודאות קרובה לוודאי, קל וחומר וודאות מוחלטת להגשמת התכלית האמורה. ברור כי לשם הצדקת הפגיעות הקשות בזכויותיהם של האוכלוסייה הטרנסג'נדרית, נדרש כי לכל הפחות תהא הלימה בסבירות גבוהה בין התנאי לבין הגשמת תכליתו – וכך לא מתקיים בנסיבות העניין.

156. הנה כי כן: אין באמצעי שנקבע – תנאי 12 החודשים – כדי להגשים את תכליתו - ערובה להצלחת הניתוח ולמניעת ההיתכנות לחרטה של המטופל. משכך, עולה כי התנאי אינו צולח את מבחן המידתיות הראשון.

מבחן המידתיות השני - האמצעי שמידת פגיעתו פחות

157. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה מבקש להבטיח שתי מטרות. האחת, הדרישה להתאמה הדוקה ככל האפשר של האמצעי לתכלית שאותה הוא אמור לקדם. יש להבטיח הלימה מלאה בין האמצעי לתכלית, כדי להבטיח שזכויות היסוד ייפגעו במידה הקטנה ביותר, במסגרת בחינת מכלול האינטרסים הנוגדים. השנייה, מתמקדת בבחינת התאמת השגת התכלית לאמצעי אחר. הכוונה היא לחיפוש אמצעי פחות פוגעני מתוך מתחם של אפשרויות דומות או קרובות ואין להיצמד בהכרח לתחתית "הסולם". היינו, ישנה דרישה לאופטימום – מינימום פגיעה בזכויות מול מקסימום הגשמה של התכלית. הדרישה כי החוק העומד למבחן יפגע בזכות המוגנת במידה הקטנה האפשרית, היא לב ליבו של מבחן הפגיעה שאינה עולה על הנדרש. נקודת ההכרעה מתמקדת בשאלה אם המחוקק בחר את האמצעי שפגיעתו קטנה ביותר.¹⁷²

158. תנאי מבחן ההתנסות אינו עומד - ובמובהק - בדרישה זו. על-אף קיצור תקופת ההתנסות מ-24 חודשים לתקופה של 12 חודשים, נראה כי המדינה לא עשתה די בנושא. יצוין כי בהתאם לפסיקה, אין בכך שחוק היטיב את המצב עובר לחקיקתו כדי לחסנו מפני ביקורת חוקתית.¹⁷³ כדי להמחיש את אי-עמידת החוק בנטל שמורה אותנו מבחן הפגיעה הפחותה, נבקש להציע מספר חלופות אשר מגשימות את תכלית התנאי באותה המידה, אך תוך פגיעה פחותה משמעותית בזכויות החוקתיות.

159. ראשית, ישנה אפשרות להתאמת מבחן ההתנסות באופן פרטני עבור האוכלוסייה המתאימה. ודוק, המטופלים אשר מגיעים לוועדה נמצאים במצב מתקדם של התנסות במגדר המבוקש, והניתוח להתאמה מגדרית מהווה את הצעד הסופי ולא ההתחלתי. כך שעבורם עיכוב נוסף של 12 חודשים אינו מגשים תכלית כלשהי, היות ש"רצינותם" כבר הוכחה הלכה למעשה. כמו-כן, למטופלים אשר מעידים על חוסר ניסיון במגדר המבוקש ניתן להציב את התנאי כדי להבטיח אי-חרטה וחיבור לזהות המגדרית החדשה.

160. כעולה מלשון החוק, לוועדה הוקנה שיקול הדעת לקצר את תקופת ההתנסות. אולם, בהינתן המצב היום, בו לא נקבעו קריטריונים ברורים – או קריטריונים כלל, להפעלת שיקול דעת זה, לשון החוק נותרת חסרת תכלית. זאת במיוחד, נוכח העובדה כי שיקול-דעתם של חברי הוועדה – המונח על הבניות חברתיות ודעות קדומות בחלק מהמקרים, כפי שעולה מעניינה של העותרת – הוא המכריע. ככל שמושפעים מהנחות יסוד מוטעות, כדוגמת סטריאוטיפים חברתיים בהקשר לנראות האדם, כך תיטה הוועדה להשאר משך תקופת הזמן האמורה על כנה. יתרה מכך, היות שאין קיימים פרוטוקולים המציגים את החלטות הוועדה ואת הבסיס להחלטותיה, לא ניתן להצביע על מספר המקרים בהם בחרה לקצר את תקופת ההתנסות.¹⁷⁴

161. כך או כך, ברי כי אין בשיקול הדעת שהוקנה לוועדה לקצר את התקופה כדי ללמד על מידתיות התנאי, מהסיבה הפשוטה כי ברירת המחלל שבחוק היא שעל מטופל לעבור את התקופה במלואה, ורק החריג לכך

¹⁷¹ בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 422 (1997).

¹⁷² ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 444 (1995).

¹⁷³ בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 261 (1999). (להלן: "עניין צמח")

¹⁷⁴ ראיון טלפוני עם נורה גרינברג, פעילה באוכלוסייה הטרנסג'נדרית ונציגה מטעם הקהילה בוועדה לשינוי מין (4.4.2017).

מאפשר את קיצורה. מכאן, שעל פי המחוקק, במצב העניינים הרגיל, על הטרנסגינדר לצלוח את התקופה במלואה.

ב-בג"ץ 8665/14 **דטסה נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 11.8.2015), נקבע כי העובדה שתקופת שהייה באורך 20 חודשים שנקבעה בחוק לגבי מסתנן במתקן שהייה היא זו המקסימאלית ("לא יותר מתקופת 20 החודשים"), ולכן מחייבת בחינה אינדיבידואלית בנוגע לכל מסתנן ומסתנן במטרה לקבוע את אורך שהייתו במתקן, מהווה אינדיקציה למידתיות התנאי (שם, בפס' 96 לפסק דינה של הנשיאה נאור). בענייננו, תנאי ההתנסות קובע כאמור חזקה הפוכה - עובדה המלמדת על אי מידתיות התנאי.

162. יותר מכך: שיקול הדעת שהוענק לוועדה לקיצור תקופת ההתנסות אולי יכולה ללמד במישור המנהלי כי החלטה מסוימת של הוועדה חוקית, אולם אין בה כדי לרפא את הפגם במישור החוקתי. שכן, משעה שהתנאי הבסיסי מתנה את אישור הבקשה בעמידה בתנאי ההתנסות במלואו, ברי כי אין בשיקול הדעת המאפשר את קיצור התקופה כדי להוריד מאי חוקתיות ברירת המחדל שנקבעה בחוק. סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד.

163. שנית, אין מניעה כי תקופת ההתנסות תוצג כהמלצה למטופל טרנסגינדר ולא כתנאי סף לביצוע הניתוח. אדרבא, גישה זו תיצור חוויה טיפולית מכילה אשר תבטיח את טובת המטופל. יכול אף שתאפשר פתיחות מצד המטופל ונכונות למלא אחר המלצות הרופא. נוסף לכך, גישה זו הולמת את גישת "שיתוף הפעולה" אשר מעוגנת בסעיפים 13 ו-14 לחוק זכויות החולה. הצגת תקופת ההתנסות כהמלצה, תאפשר מענה מקסימלי לצרכים האינדיבידואלים של כל מטופל ובכך יוצר פתח לשיח כנה ויעיל בין המטופל לרופא. לשיח פתוח ואמיתי מעין זה יתרונות רבים, וביניהם גישור על פערי המידע במהלך הטיפול ולהבטיח טיפול ראוי ומיטבי.

כפי שהוזכר לעיל, תקופת ההמתנה של המטופל הטרנסגינדר לניתוח היא תקופה רצופת סבל וקשיים פיזיים ונפשיים, העולים לגדר עינוי. בתקופה זו נאלץ המטופל להתמודד עם זהות בלתי שלמה, אשר לעיתים רבות מובילה לניכור חברתי ואף לתופעות אלימות. הגדרתה של תקופת ההתנסות כהמלצה תאפשר את הפחתת הסבל ויחד עם זאת, את האפשרות להתנסות בזהות המגדרית המבוקשת במקרים המתאימים.

164. שלישית, החלופה הראויה ביותר לעמדת העותרת, בייחוד לנוכח המוצג מעלה, היא **ביטול תקופת ההתנסות בכללותה והסתמכות על הסכמה מדעת כפתרון פשוט**. ההחלטה לעבור ניתוח להתאמה מגדרית היא מסוג ההחלטות המכוננות את זהות האדם ועל-כן עליה להיות החלטה אישית ועצמאית של המטופל. **הזכות לאמץ או לממש זהות מגדרית זו או אחרת מצויה בליבת זכותו של אדם לחירות ולאוטונומיה, ואל לאיש – אף לא למדינה – לפגוע בזכות זו ובאפשרות לממש אותה.**

כפי שכבר ציינו, המטופל הטרנסגינדר אינו בהכרח חסר כשרות משפטית, כפי שמתפרש מהתנאי, ויש לשפוט אותו ככל אדם אחר. מכאן, שהסבר מעמיק על השלכות הניתוח יהווה הפתרון המיטבי בענייננו, וייתר את הצורך בעמידה בתנאי הניסיון. לא כל שכן, ישנה דרישה בחוק המחייבת הן אישור פסיכיאטר הן אישור פסיכולוגי, אשר יעידו על יציבותו הנפשית של המטופל. נשאלת השאלה, מדוע אין הוועדה מסתפקת בכך? והאם ישנה סיבה לבדיקה המשולשת המוצגת לעיל, אשר נדרשת בנוסף לתקופת ההתנסות? ונזכיר, התכלית שביסוד תנאי 12 החודשים היא לוודא כי המטופל "רציני" ולא יתחרט בעתיד. האם אין די בהסכמתו מדעת ובאישור גורם רפואי לכך? והדברים ברורים. נראה כי לאחר הבדיקות הרפואיות האובייקטיביות אין כל הצדקה לדרישת ההתנסות ודי בהסכמתו מדעת של המטופל כדי להגשים את תכלית התנאי.

165. זאת ועוד; כפי שנאמר לעיל, בהשוואה לוועדות רפואיות אחרות, לא ניתן להתעלם מכך שקריטריונים חוסמים כאלו הוצבו רק בפני האוכלוסייה הטרנסגינדרית, כמכשול בדרך לאישור ניתוח להתאמה מגדרית. גם ייחודיותו של התנאי מחדדת את חוסר הלגיטימיות הגלום בו.
166. בהקשר זה, יובהר, כי יש לדחות מכל וכל טענה הגורסת כי תקופת ההתנסות הנדרשת בענייננו שקולה לקריטריונים רפואיים גרידא. ראשית, כאמור, עקב עמימות הקריטריונים המרכיבים דרישה זו, קיים קושיי אובייקטיבי בבחינתם. שנית, במיוחד בתחום המערב רגשות עמוקים ביותר, אין להחליף את רצונם של המטופלים באלו של הרופא המטפל. אין ספק כי הרופאים רוצים את הטוב ביותר עבור המטופלים, אולם עמדתם וידיעתם מוגבלת לתחום הרפואי בלבד והם אינם בהכרח מסוגלים לשקול את טובתו של המטופל הטרנסגינדר במובנה הרחב, ובמסגרת זו, מה מתאים להשקפותיו, לדעותיו, לתחושותיו ולאורח חייו.¹⁷⁵ הגורם היחיד שמוקנית לו ראייה רחבה ויכולת לבחון את רצונו לעבור את הניתוח הוא המטופל.
167. לא זו בלבד, ראוי לציין כי במבט משווה, ישנן מדינות אשר בהן חרף העובדה שהניתוח ממומן מכספי ציבור, לא קיימת כל דרישה לתקופת התנסות. מדינת ארגנטינה, למשל, מתירה מאז מאי 2012 לבצע שינוי פרטי המין בתעודת הזהות ובמסמכים הרשמיים, וכן טיפולים להתאמה מגדרית במסגרת ביטוחי הבריאות – ללא תנאים נוספים מלבד הסכמה מדעת.¹⁷⁶ מתוך כך, ברור לכל כי עצם קיומה של הוועדה בכלל והתנאי הנוקשה לתקופת התנסות בפרט, מהווים דרישה שאינה מידתית אף ביחס לעולם. חיזוק נוסף לטענה זו הוא הצהרתם של חברי הוועדה, אשר העידו כי בישראל קיימים מדדים נוקשים לאישור ביצוע הניתוח ובכלל זה הוועדה שהוקמה על-פי הנחיות משרד הבריאות – והדברים מדברים בעד עצמם.¹⁷⁷
168. נוסף לאמור, ראוי לציין כי תהליך שינוי המין מורכב כשלעצמו, אף ללא הקריטריונים המקשים – הדרישה להיחשף בפני וועדה, הניתוח עצמו, ההחלמה הקשה וההסתגלות המשפחתית החברתית והאישית לאחריו. מכאן כי הוספת תקופת ההתנסות מעצימה את הקושי האדיר בתהליך ההכרחי אותו נאלץ לעבור המטופל הטרנסגינדר. מדובר בשנה בה המטופל נאלץ "להתחפש", "לצאת מהארון" בפני משפחתו וחבריו, וסביר כי יחווה ניכור חברתי קשה כתוצאה מאלה. על-כן, כל טענה הגורסת כי תקופת ההתנסות מקלה על ההסתגלות לחיים החדשים של המטופל לאחר הניתוח, נסתרת מעצמה.
169. יש לציין כי מטבע הדברים, חלק ניכר מהמטופלים אשר פונים לוועדה מלכתחילה נמצאים במצב סוציו-אקונומי קשה. תקופת ההתנסות דוחקת, אף יותר, את המטופלים לשולי החברה ומוציאה אותם ממעגל התעסוקה. כך, לדוגמה, טרנסגינדריות רבות אשר נפלטו ממעגל התעסוקה מוצאות עצמן מתפרנסות מזונות בלית-ברירה.¹⁷⁸
170. עוד יצוין בהקשר זה כי העותרת דוחה כל טענה הגורסת כי בפני הטרנסגינדרים עומדת האפשרות לביצוע הניתוח בחו"ל. טענה זו אינה סבירה ושגויה משפטית, ממספר סיבות: ראשית, כפי שנאמר, בחירת המדינה לאפשר ניתוחים להתאמה מגדרית בישראל ואף לממנם אינה בכדי. התוויית מדיניות זו מעידה על הבנת החשיבות של הניתוח ושל ביצועו בארץ מגוריהם של הטרנסגינדרים. שנית, ביצוע הניתוח בחו"ל מגביר את הסבל של המטופל הטרנסגינדר, בכך שנדרש הוא להתנתק מסביבת החיים הטבעית שלו, ממשפחתו ומביתו,¹⁷⁹ בוודאי כאשר מדובר בהיעדרות ארוכה – תקופה של שלושה חודשים עד שנה.¹⁸⁰ שלישית, הטיפול אינו מסתיים לחלוטין לאחר הניתוח ומצריך המשך התקשרות רציפה עם הרופא המטפל. המרחק

¹⁷⁵ משה זיידנבאום "חוק זכויות החולה בפסיקת בית-המשפט העליון – תריסר שנים לחוק" רפואה ומשפט 33, 22, 32 (2005).

¹⁷⁶ עופר אדרת "טרנסגינדר עכשיו גם במסמכי המדינה" הארץ 18.5.2012 www.haaretz.co.il/magazine/1.1710501.

¹⁷⁷ חיים קפלן ואחי "ניתוחים לשינוי מין" הרפואה 143 ז (הסתדרות רופאי ישראל, 2004).

¹⁷⁸ גאיה פולת "זנות זה להיאנס כל יום מחדש כי לא מוצאים עבודה" Mako (28.5.15).

¹⁷⁹ שקרים בארון (שירלי ברקוביץ', 2012). מצורף לינק: www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4327726,00.html.

¹⁸⁰ ראיון עם נורה גרינברג, פעילה באוכלוסייה הטרנסגינדרית ומשתתפת דרך קבע בוועדות לשינוי מין כנציגה מטעם הקהילה (12.12.2016).

הגיאוגרפי בין המטפל למטופל יוצר כשלים בסיסיים בטיפול ומהווה בסיס רעוע להמשך טיפול ראוי. יתרה מכך, אין להתעלם מגישות הטיפול השונות של הרופאים המטפלים, דבר אשר מקשה על מעבר בין הרופא המטפל, אשר ביצע את הניתוח בחו"ל, לבין הרופא המטפל בארץ אשר ילווה את המשך התהליך.

וחשוב מכך: **טענה זו מרוקנת מתוכן את משמעות הוועדה, אשר בבסיסה מטרה כנה לתת מענה הכרחי לצרכיהם של קהילת הטרנסג'נדרים במדינת ישראל. הפניית חברי אוכלוסיית הטרנסג'נדרים לביצוע הניתוח מחוץ לגבולות ישראל משולה לעמדה על-פיה אין מחובתה של המדינה לטפל באזרחיה ולדאוג לבריאותם ולשלמות גופם.**

171. נוסף לאמור, וכפי שנדון לעיל, יש לזכור כי טרנסג'נדרים רבים מגיעים לבשלות בדבר זהותם המגדרית כבר בגיל צעיר, ועדיין נאלצים להמתין עד להגיעם לגיל 18 בטרם יוכלו לעבור את הניתוח. על-כן, דחייה נוספת לאחר המתנה ממושכת, מהווה סבל אשר אין בבסיסו ולא כלום.¹⁸¹ לכן הפתרון האופטימלי הוא חתימה על טופס הסכמה מדעת וללא דרישה לתקופת ההתנסות.

172. לסיכום סוגיה זו: הגישה המקובלת בפסיקה ובספרות אינה דורשת כי האמצעי החלופי יגשים את התכלית באותה המידה בדיוק, ודי בהגשמת התכלית במידת יעילות דומה ואף נמוכה יותר.¹⁸² בהתאם למבחן עזר מרוכך זה, איפוא, ברי כי קיימות חלופות המגשימות את תכלית התנאי בצורה מספקת ואף זהה, שפגיעתן בזכויות חוקתיות פחותה, ובהתאם – תנאי 12 החודשים אף אינו צולח את מבחן המידתיות השני.

מבחן המידתיות השלישי - מבחן המידתיות במובן הצר

173. מבחן המידתיות הצר נוגע לבחינת העלות שתצמח לציבור הרחב מול הנזק לפרט כתוצאה מהפעלת האמצעי, כאשר השאיפה היא ליחס ראוי בין האמצעי למטרה. מבחן המידתיות אינו מבחן מתמטי-כמותי אלא מבחן ערכי, אשר שם דגש על חשיבות הזכות הנשללת ועוצמת האינטרס אשר מצדיק את שלילתה.¹⁸³

174. אם נכנס לעובי הקורה, ניוכח כי האינטרס שבבסיס תנאי ההתנסות, ובכלל זה כינון הוועדה, ברמת הפשטה גבוהה, הוא שמירה והבטחת זכויות הטרנסג'נדרים בישראל. האינטרס הציבורי עליו מושתתת הוועדה נסוב סביב קהילת הטרנסג'נדרים, הגשמת צרכיהם ומתן מענה רפואי לבעיותיהם. ומנגד, האינטרס הפרטי של כל אחד מן המטופלים אשר נחסם על-ידי תנאי הוועדה וזכויותיו נפגעות. מכאן, **שהאינטרס הציבורי וזכויות הפרט מבקשים להגשים תכלית זהה**. על-אף כוונותיה של המדינה למימוש זכויות הטרנסג'נדרים, נוצר דיסוננס אשר מוביל בסופו לפגיעתם, זאת באמצעות אמצעי שתכליתו היא להגן ולהיטיב עמם.

175. העותרת סבורה כי תנאי ההתנסות יוצר דיסוננס בדבר נגישות השירות שמציעה הוועדה - ניתוח להתאמה מגדרית - לאוכלוסיית הטרנסג'נדרים. זאת, על-אף שתכלית הקמתה של הוועדה היא סיוע לקהילת הטרנסג'נדרים, הלכה למעשה, הוועדה פוגעת ומונעת מהם את זכויותיהם הבסיסיות.

176. אין חולק כי מטרת הוועדה לסייע ולהתמודד עם צרכיהם הבריאותיים של האוכלוסייה הטרנסג'נדרית. זאת תוך מקסום הידע המקצועי, הבנה והכלה של המטופלים. דרישה זו אף מתבקשת מהיות הוועדה הגוף הציבורי היחיד במדינה אשר אמון על פיקוח והתמודדות של אוכלוסייה זו, ומונופול בתחום אישור הניתוחים להתאמה מגדרית. בחירת המדינה לתת מענה הולם לאוכלוסיית הטרנסג'נדרים, בדמות חקיקה המיטיבה עמם, סותרת את התנהלות הוועדה בפועל, ואת תנאי הסף שהוצבו בדרך לניתוח, ובעיקר תנאי ההתנסות: מחד גיסא, המדינה מביטחה מימון וסבסוד המעיד על הבנת חשיבות הנושא ודחיפותו; מאידך גיסא, התנהלותה דה-פקטו אשר לתנאי דרישת ההתנסות, חוסמת את אפשרותם של הטרנסג'נדרים למימוש "ההטבה" שמוענקת להם בידי המדינה. זאת, כאשר התניית הניתוח בהתנסות של 12 חודשים

¹⁸¹ הרחבה בתת-פרק "הזכות לשלמות הגוף", בפס' 66.

¹⁸² מרדכי קרמניצר **מידתיות במבט ביקורתי ומשווה** 82 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2016).

¹⁸³ עניין צמח.

פוגעת פגיעה אנושה בזכויותיהם של חברי אוכלוסיית הטרנסג'נדרים, ומשולה לאמירה על-פיה הם אינם מסוגלים לקבל החלטות מושכלות עבור עצמם.

177. לסיכום, משעה שתנאי ההתנסות פוגע פגיעה קשה במספר זכויות חוקתיות, שלא לתכלית ראויה, תוך מתן שיקול-דעת רחב ולמעשה בלתי-מוגבל לוועדה, במידה העולה על הנדרש, דינו הוא אחד – בטלות.

ה. העתירה בשלה להכרעה

178. דוקטרינת הבטלות חוסה תחת המטריה הרחבה של משפחת "עילות הסף", שבית-המשפט עושה בהן שימוש לשם הכרעה בשאלה האם יש לדחות עתירה על הסף או שיש מקום לבררה לגופה. המבחן להערכת בטלותה של עתירה חוקתית לדיון כולל שני שלבים: ראשית, יש להבין אם עסקינן בשאלה משפטית בעיקרה, שמענה לה אינו מחייב מסכת עובדתית מפורטת; ושנית, יש לבחון האם קיימים טעמים לדון בעתירה על-אף שטרם התבררו ההשלכות של החוק.¹⁸⁴ הטעמים המרכזיים לכך עשויים להיות אי-מיצוי הדין בפני הרשויות; ההנחה כי חקיקה ראשית של הכנסת עולה בקנה אחד עם העקרונות החוקתיים של מדינת ישראל; והצורך בנתונים קונקרטיים שיאפשרו לבית-המשפט את בחינת הפגיעה בזכויותיו של הפרט ואת עמידתה במבחני פסקת ההגבלה.¹⁸⁵ כך או כך, ראוי לציין כי בעתירות חוקתיות, לא די בעצם העובדה כי החוק טרם יושם כדי לקבוע כי שאלת החוקתיות אינה בשלה להכרעה.¹⁸⁶

179. העותרת סבורה כי כל טענה בדבר דחיית העתירה על הסף, עדיף כי לא תיטען כלל. נוכח העובדה כי עילת הבטלות משמשת לבחינת "מוכנות" האפשרות להכרעה שיפוטית, על המחלוקת להיות קונקרטית, ממשית, ברורה ולא היפותטית.¹⁸⁷ במקרה דנן, ברור כי אין מדובר אך במחלוקת היפותטית, כי אם מחלוקת ברורה הנוגעת לחייה ולזכויותיה של העותרת ויתר חברי האוכלוסייה הטרנסג'נדרית. יתרה מכך, ענייננו בנוהל ובתנאי הקיימים לאורך עשרות בשנים, כאשר אין כל נפקא מינה לשאלה אם עוגן עתה בחקיקה ראשית אם לאו. הוועדה פועלת באותה המתכונת – ובוחנת את התקיימות תנאי 12 החודשים במטופלים מאוכלוסיית הטרנסג'נדרים – ללא כל שינוי כתוצאה מעיגונו בחוק. משכך, נראה כי מתקיימת מסכת עובדתית מספקת כדי להכריע בעתירה החוקתית שלפנינו.¹⁸⁸

180. לעניין זה נבקש לעמוד על הפגיעות הרבות והקשות אשר נגרמו לעותרת וליתר חברי האוכלוסייה הטרנסג'נדרית, כפי שצוינו לעיל ובהרחבה בפרק ג לעתירה. נוסף כי ללא כל ספק, הדרישה לתנאי ההתנסות מהווה פגיעה באינטרס ציבורי – ציבור קהילת הלהט"בים ובפרט האוכלוסייה הטרנסג'נדרית – ועל-כן אין חולק כי ענייננו מצדיק בירור העתירה בשלב זה.¹⁸⁹ לא זו בלבד, בפסיקה נאמר כי **כאשר מתעורר חשש שההמתנה עד ל"הבשלת" העתירה תוביל לפגיעה קשה בעותרים, אפשר שיהיה ראוי לבררה בטרם הופעל החוק ביחס לפרט זה או אחר.**¹⁹⁰

לגישת העותרת, דרישת תנאי ההתנסות מרוקנת מתוכן את כשרותם המשפטית של חברי אוכלוסיית הטרנסג'נדרים ואף משרישה תפיסות חברתיות מוטות ומוטעות אשר ליציבותם הנפשית. מתוך כך, נראה כי סילוק עתירה זו על הסף תעמיק ותחמיר את הפגיעה ולא תאפשר את תיקון העוול הנדרש בענייננו.

¹⁸⁴ בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל, בעמ' 5 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 12.3.2015). (להלן: "עניין גוטמן").

¹⁸⁵ עניין סבח בעמ' 29 לפסק-דינו של השופט גויבראן.

¹⁸⁶ עניין גוטמן בעמ' 28 לפסק-הדין.

¹⁸⁷ עניין סבח בעמ' 12–14 לפסק-הדין.


¹⁸⁸ שם, בעמ' 17 לפסק-הדין.

¹⁸⁹ שם, בעמ' 27 לפסק-הדין.

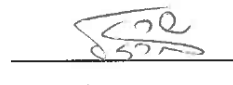
¹⁹⁰ בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי אורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר, בפס' 31 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 5.1.2012).

ו. סוף דבר

181. לבית-המשפט תפקיד מרכזי בכינון ובשמירה על ערכים בחברה הישראלית ובכללם השוויון המגדרי. שומה על בתי-המשפט בכלל, ובית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק בפרט, להוות כוח עזר למען קידום זכותם לחירות, לאוטונומיה, ולבחירת הזהות המגדרית של חברי האוכלוסייה הטרנסג'נדרית בישראל. מפסק-הדין בעניין **פלונית**,¹⁹¹ בו הוכרה לראשונה זכותה של האוכלוסייה הטרנסג'נדרית לשוויון ולזהות מגדרית, במנותק מההליך הרפואי, אנו למדים על הפוטנציאל הטמון בשינוי נקודת המבט השיפוטית ועל השפעתה רמת המעלה על הנעשה בחברה כולה.
182. בשל כל אחד מן הטעמים המפורטים לעיל, לא כל שכן בשל משקלם המצטבר יחד, מן הדין ומן הצדק לקבל את העתירה ולהורות כמבוקש בראשיתה. כמו-כן, יתבקש בית-משפט נכבד זה ליתן לעותרת כל סעד אחר שיהיה נכון וצודק בנסיבות העניין.



איה דביר



שרי ברזל
באות-כוח העותרת



רותם אבידור-צאליק

¹⁹¹ ע"פ 5833/12 פלונית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.09.2013).

בג"ץ - רשימת אסמכתאות ומקורות

חקיקה

ס' 4.2.4 לחוזר ניתוחים לשינוי מין www.health.gov.il/hozer/mr16_2014.pdf.

חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996.

חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו.

חוק יסוד : חופש העיסוק.

המבוא לחוקת ארגון הבריאות הבינ"ל (WTO).

חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד – 1994.

האמנה לזכויות כלכליות תרבותיות וחברתיות - www.nevo.co.il/law_word/Law09/amana-1037.pdf

[Standards Of Care For Gender Identity Disorders, The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association's \(Sixth Version, 2001\)](#)

פסיקה

[1] בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד(2) 530 (2011).

[2] בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ, נב(1) 289 (1998).

[3] עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1 (2010).

[4] בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014).

[5] בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012).

[6] ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526 (פורסם בנבו, 29.8.99).

[7] ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 05.03.2012).

[8] ע"א 119/05 מחמוד חליפה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.9.2006).

[9] בג"ץ 355/79 קטלן נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 10.04.1980).

[10] ע"א 9185/03 טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, פ"ד נח(1) 377 (2003).

[11] בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה (פורסם בנבו, 22.06.2014).

[12] בג"ץ 2887/04 מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל (מיום 15.4.07).

[13] בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (טרם פורסם, ניתן ביום 12.12.2005).

[14] בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, פ"ד סג(1) 1 (2008).

[15] בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969).

- [16] בג"ץ 246/81 "אגודת דרך ארץ" נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (1981).
- [17] בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים ואח' נ' ראש ממשלת ישראל תק-על 2006 (1) 2562.
- [18] בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אוויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח (5) 749 (1994).
- [19] דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' ביץ-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000).
- [20] בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259 (1997).
- [21] ע"פ 5833/12 פלונית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.09.2013).
- [22] [38] בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995).
- [23] בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006).
- [24] בג"ץ 205/94 נוף נ' מדינת ישראל-משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 449 (1997).
- [25] עע"ם 398/07 התנועה לחופש המידע נ' מדינת ישראל - רשות המיסים, פ"ד סג(1) 284 (2008).
- [26] "פ 5026/97 ג'ק גלעם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.06.1999).
- [27] בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479 (2010).
- [28] בג"ץ 4253/02 ראש עיריית טבריה נ' היועמ"ש, פ"ד סג(2) 86 (2009).
- [29] ע"א 630/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה נהריה נ' שיר הצפון חברה לבניה, פ"ד נב(3) 399 (1998).
- [30] בג"ץ 333/85 אביאל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מה(4) 581 (1991).
- [31] בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005).
- [32] בג"ץ 3933/11 מכבי שירותי בריאות נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 25.3.2014).
- [33] בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006).
- [34] בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012).
- [35] בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997).
- [36] ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).
- [37] בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999).
- [38] בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי אורתודוכסי בחיפה נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 5.1.2012).
- [39] בג"ץ 8665/14 דטסה נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.8.2015).
- [40] ע"א 8126/07 עזבון המנוחה ברוריה צבי נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 03.1.2010).

- [41] בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (טרם פורסם, ניתן ביום 12.12.2005).
- [42] רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360 (2001).
- [43] בג"ץ 494/03 רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322 (2004).
- [44] בג"ץ 2902/11 העמותה לילדים בסיכון נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 04.9.2015).
- [45] בג"ץ 953/87 פורז נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988).
- [46] בג"ץ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, פ"ד לז(3) 17 (1983).
- [47] בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז(1) 871 (1953).
- [48] בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812, (1993).
- [49] ת"א (מחוזי תל אביב-יפו) 2963/98 פלץ נ' הרצברג (פורסם בנבו, 15.06.2005).
- [50] בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים, פ"ד נח(4) 842 (2004).
- [51] בג"ץ 2753/03 קירש נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד נו(6) 359, (2003).
- [52] בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009).
- [53] בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009).
- [54] בג"ץ 5304/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל (11.9.2016).
- [55] דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד סג(3) 41 (2009).
- [56] בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2.7.2014).
- [57] בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002).
- [58] בג"ץ 5413/07 פלוני נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו, 16.9.2007).
- [59] בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).
- [60] בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (2012).
- [61] בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, (2006).
- [62] בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.3.2015).

ספרות ומאמרים

- [א] נורה גרינברג ["עקרונות לנוהל ניתוחים לשינוי מין"](#) (2008).

[ב] ד"ר יובל לבנת וד"ר גרסיאלה כרמון "חוזר מס' 39/86 בנושא 'ביצוע ניתוחים לשינוי מין אצל TRANSEXUALS'" (19.5.2008). הציטוט מתוך מכתבו של ד"ר קפלן מיום 1.5.2008, המובא במכתבם זה של ד"ר לבנת וד"ר כרמון.

[ג] סימון דה בבואר, "המין השני", כרך ראשון העובדות והמיתוסים.

[ג] זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל, בעמ' 437 (יורם רבין ויובל שני, 2004).

[ד] יניב רוזנאי, הלל סומר "אם כל הזכויות: הזכות החוקתית לחיים", משפט ועסקים יט 537, (2016).

[ה] יורם מרגליות, "הפליה סטטיסטית בשירותי הביטחון", משפט ועסקים, התשס"ו 323-345 (ספטמבר 2016).

[ו] מרדכי קרמניצר מידתיות במבט ביקורתי ומשווה 68 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2016).

[ז] משה זיידנבאום "חוק זכויות החולה בפסיקת בית-המשפט העליון – תריסר שנים לחוק" רפואה ומשפט 33, 22, 32 (2005).

[ח] חיים קפלן ואח' "ניתוחים לשינוי מין" הרפואה 143 ז (הסתדרות רופאי ישראל, 2004).

[ט] איב קוסופסקי סדג'וויק "האפיסטמולוגיה של הארון (קטעים נבחרים)" מעבר למניות 303, 312 (2003).

[י] נורה גרינברג "כללים לכתיבה על אנשים טרנסג'נדרים" 6 (2009).

[יא] דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 230 (כרך א', 2010).

[יב] עמליה זיו, דנה אינטרנשיונאל (1999), ע' אופיר (עורך) תיאוריה וביקורת, 41, 401-11.

[יג] אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית 526 (1995).

מקורות אינטרנטיים

[1] עידו אפרתי "מחקר: מחצית מהטרנסג'נדרים בישראל ספגו אלימות פיזית בשל זהותם המגדרית" הארץ 26.5.2015 www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.2644553

[2] אתר משרד הבריאות, ניתוחים לשינוי מין - http://www.health.gov.il/Services/Citizen_Services/SexReassignmentSurgery/Pages/default.aspx

[3] World Professionals Association for Transgender Health. (09 2011). 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):

[amazonaws.com/amo_hub_content/Association140/files/Standards%20of%20Care%20V7%20-%20202011%20WPATH%20\(2\)\(1\).pdf](http://amazonaws.com/amo_hub_content/Association140/files/Standards%20of%20Care%20V7%20-%20202011%20WPATH%20(2)(1).pdf)

- Gender Dysphoria: DSM-5 Reflects Shift In Perspective On Gender Identity - [4]
http://www.huffingtonpost.com/2013/06/04/gender-dysphoria-dsm-5_n_3385287.html;
- [5] פרופ' ליאור הלר, אסיא מדיקל – מומחים בכרורגיה, "ניתוח שד לגברים – גניקומסטיה", מפורסם באתר: <https://goo.gl/YP74KN>
- [6] ינון מילס "תום בן ה-13 נולד כבת בשם מיה: סיפורו של הטרנסגינדר הישראלי הצעיר ביותר" נענע 10 24.4.2015
news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=1122847
- [7] היונג-גיין קים AP "מנתח לשינוי מין: אני מתקן את טעויות האל" Ynet
<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4506298,00.html>
- [8] עופר אדרת "הצצה לוועדה לשינוי מין" הארץ 15.6.2012
www.haaretz.co.il/magazine/1.1731968
- [9] צפי פישל "אחת ולתמיד: טרנסגינדריות אינה הפרעה נפשית" Mako 26.8.2016
www.mako.co.il/pride-blogs/Article
- [10] טוקבקים המעידים על תפיסות מושרשות בחברה, אשר לגישתנו ובהתאם לאמור לא פוסחות על הרופאים המטפלים בתחום:
www.mako.co.il/nTalkbacksPage/vgnextchannel=a022cd1ad4980310VgnVCM2000002a0c10acRCRD&page=1&vgnextoid=78a5803ac3986510VgnVCM2000002a0c10acRCR&D
- [11] אתר מכבי - <https://goo.gl/DjsGQN>
- [12] חוזר משרד הבריאות לביצוע ניתוח בריאטרי למבוגרים.
www.health.gov.il/hozer/mr33_2013.pdf
- [13] אתר הניתוחים הבריאטרים. www.bariatric.org.il
- [14] אסף זגיזק ורוני צידון "44% מהטרנסגינדרים בישראל לא הולכים לרופא בגלל חשש מיחס גרוע" Ynet 31.3.2016
www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4785805,00.html
- [15] שוריק דרייפשץ "רגולציה – מה, איפה ומתי? מבט תאורטי ומשווה" פרלמנט, מי מפריט את המדינה שלי? הפרטה, רגולציה והמגזר השלישי: תאוריה ומעשה, גיליון 64, המכון הישראלי לדמוקרטיה. פורסם באתר: <https://www.idi.org.il/parliaments/11097/11149>
- [16] רן רוניק "רפואה ודעה קדומה" ישראל היום 15.5.2015
www.israelhayom.co.il/article/281899
- [17] עופר אדרת "טרנסגינדר עכשיו גם במסמכי המדינה" הארץ 18.5.2012
www.haaretz.co.il/magazine/1.1710501
- [18] גאיה פולת "זנות זה להיאנס כל יום מחדש כי לא מוצאים עבודה" Mako (28.5.15).
- [19] הגדרת עמותת "מעברים" - <https://goo.gl/XaKUML>

[20] עמותת מעברים, תת כותרת: "מדוע הכרה בזהות המגדר חשובה?" - <https://goo.gl/e8G7mG>

[21] גדי מרום אפל "תקועים באמצע" נענע 10 18.5.2004 bidur.nana10.co.il/Article/?ArticleID=121252

[22] נורה גרינברג, מתוך דו"ח "כרטיס ורוד" לשנת 2003, של המועצה הפוליטית לזכויות הלהט"ב. מפורסם בלינק: gogay.co.il/item.php?id=1734.

[23] אסף נבו "קונצ'יטה וורסט מאוסטריה ניצחה באירוויזיון" Mako 11.5.2014 www.mako.co.il/music-news/world/Article

[24] "האם לגבר מותר להסיר שיער מהגוף?" Ynet 20.5.2008 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3545424,00.html

[25] יאנה פבזנר בשן "אני לא אם חד הורית: יש לתומר אמא וגם אבא" Mako, 3.11.2016 www.mako.co.il/pride-weekend/Article-014760db4b92851004.htm

[26] כל האמור נלקח מתוך אתר בת-קול, ארגון לסביות דתיות - www.bat-kol.org

[27] שקרים בארון (שירלי ברקוביץ', 2012). מצורף לינק: www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4327726,00.html

[28] The Telegraph, "Pubic hair is back ladies. The men don't care and the women can't be bothered", 11.12.16 - <http://www.telegraph.co.uk/women/womens-life/10452327/Pubic-hair-is-back-ladies.-The-men-dont-care-and-the-women-cant-be-bothered.html>.

ראיונות

[1] שיחה עם עורך-הדין עידו קטרי (8.1.2017).

[2] ראיון עם פרופ' אייל וינקלר יו"ר הוועדה לניתוח שינוי מין (בדימוס) 15.12.2017.

[3] ראיון של אפרת אנזל עם ד"ר חיים קפלן "בריאות 10", ערוץ 10 - www.youtube.com/watch?v=RKzaiFzgfR4

[4] ראיון טלפוני עם נורה גרינברג, פעילה בקהילה הטרנסג'נדרית ונציגה מטעם הקהילה בוועדה לשינוי מין (4.4.2017).

[5] ראיון עם נורה גרינברג, פעילה באוכלוסייה הטרנסג'נדרית ומשתתפת דרך קבע בוועדות לשינוי מין כנציגה מטעם הקהילה (12.12.2016).

פסיקה זרה

[1] [Wolfe v. Horn](#), 130 F. Supp. 2d 648, 652 (E.D. Pa. 2001).

[2] [Cuoco v. Moritsugu](#), 222 F.3d 99, 106 (2d Cir. 2000).

[3] [Meriwether v. Faulkner](#), 821 F.2d 408, 413 (7th Cir. 1987).

[4] [P.v. S. and Cornwall County Council](#) [1996] 1CEL 574).

- [1] Casio, j. (2006), [Origins of the Real-Life Test](#), Trans-Health Website.
- [2] Lawrence, A. A. (1997, September). [SRS after less than a one-year real-life test: Absence of regrets](#). Poster presented at the XV HBGDA Symposium, Vancouver, BC, Canada.
- [3] Mate-Kole, C., Freschi, M. & Robin, A. (1990). [A controlled study of psychological and social change after surgical gender reassignment in selected male transsexuals](#). British Journal of Psychiatry, 157, 261-264.
- [4] DSM: [Diagnostic Statistical Manual of Mental Disorders](#).
- [6] Jacques, J. (2007). [Retrotranslations of Post-Transsexuality, Notion of Regret](#). Journal of visual culture, 6 (1), 77-90.
- [7] Pfäfflin, F. (1993). Regrets after Sex Reassignment Surgery. Journal of Psychology and Human Sexuality 5 (4), 69-85.
- [8] Joseph Raz, **The Morality of Freedom** (Oxford University Press), 1986.
- [9] Lawrence, A. (2001). [Factors Associated with Satisfaction or Regret Following Male-to-Female Sex Reassignment surgery](#).

בעניין: **גב' ליאור ישראלי**

ע"י ב"כ גב' רותם אבידר-צאליק, גב' איה דביר וגב' שרי ברזל
 מרחוב כנפי נשרים, הרצליה

העותרת

- נ ג ד -

1. **משרד הבריאות**

2. **הועדה הרב מקצועית לניתוחים לשינוי מין של משרד הבריאות**

ע"י ב"כ מר אוהד טואטי, גב' סתיו לביא ומר עמרי קולטין
 מרחוב כנפי נשרים, הרצליה

המשיבים

תגובת המדינה לעתירה

בית-המשפט הנכבד מתבקש לדחות על הסף או לגופה, את העתירה שלפניו, לנוכח כל אחד מן הטעמים הבאים, בפרט לאור משקלם המצטבר גם יחד.

א. פתח דבר

1. העותרת כופרת בחוקתיות הדרישה לפיה אישור הוועדה הרב מקצועית לניתוחים לשינוי מין של משרד הבריאות (להלן: "**הוועדה**") מותנה בהוכחת ניסיון בזהות המגדרית המבוקשת במשך 12 חודשים (להלן: "**התנאי**" או "**תנאי הניסיון**" או "**תנאי ההתנסות**").¹ בתגובה זו, נראה כי דרישה זו מוצדקת והכרחית לצורך אישור הניתוח הנדון, אשר כלול בסל התרופות.
2. תנאי הניסיון ממלא תכלית חשובה והכרחית לטובת הכנת המטופל, בטרם ביצוע ניתוח לשינוי מין – פרוצדורה כירורגית קשה ובלתי הפיכה. תנאי הניסיון אינו מהווה שלב "מסנן" או "תנאי רגולטורי" בלבד, אלא חלק בלתי נפרד מן ההליך הרפואי שהמטופלים מבקשים לעבור. יובהר, חובת המדינה לדאוג לאזרחיה היא זו שעמדה לנגד המחוקק בקביעתו את ההסדר הנדון. פרק הזמן הדרוש להוכחת הניסיון בזהות המגדרית המבוקשת הוא תקופה לגיטימית, סבירה וחשובה מאין כמותה – עבור המבקש לעבור את הניתוח עצמו – לשם בחינה האם הניתוח אכן מהווה הפתרון המתאים לטיפול בדיספוריה מגדרית במקרה הספציפי של המטופל. תכליתו של התנאי, איפוא, היא להגן על כבודם ובריאותם של ציבור הטרנסגינדרים בישראל, תוך שמירה על מספר אינטרסים נוספים שעליהם החוק מבקש להגן.
3. לקראת דיוננו בהמשך, נציג את הסיבות המרכזיות לקיום הוועדה, כגון הצורך בשימוש בשיקול-דעתם של גורמים מקצועיים בעלי מומחיות, כדי לשמור על זכויותיהם של המטופלים, וכך לוודא כי אותם מטופלים מוכנים באמת ובתמים – מבחינה גופנית ונפשית – להליך כירורגי קשה ובלתי-הפיך זה. כמו-כן, נבחן את

¹ ס' 4.2.4 לחוזר מנהל הרפואה 16/2016, משרד הבריאות (12.5.2014) www.health.gov.il/hozer/mr16_2014.pdf (להלן: "חוזר מנהל הרפואה").

שיקול-דעת הוועדה והנהלים שהיא פועלת על-פיהם, במסגרת הגשמת ההגנה על זכויות המטופלים ואינטרסים ציבוריים נלווים נוספים. במסגרת זו, נראה כי תנאי הניסיון הוא תנאי מקובל במדינות רבות ומתקנות דוגמת בריטניה ושוודיה, ואף מומלץ על ידי הארגון העולמי המוביל בסוגיה - האיגוד העולמי המקצועי לבריאות הטרנסג'נדרים (WAPTH).

4. לאחר מכן, נוכיח כי דין העתירה להידחות על הסף, מחמת עילת אי-הבשלות. זאת, בשל הזמן הקצר שעבר מרגע תיקון הסעיף הנדון ולנוכח היעדר מסד עובדתי מספק, אשר בהיעדרו אין אפשרות של ממש לבחון בעת זו את חוקתיות התנאי האמור.

5. בשלב הבא, נערוך בחינה חוקתית אודות הדרישה האמורה. תחילה, נבחן בקצרה מדוע הניתוח לשינוי מין מהווה ניתוח אלקטיבי ושאינו בגדר ניתוח המציל חיים, שכן רק חלק מהטרנסג'נדרים בוחרים לבצע את הניתוח, כאשר ישנן אלטרנטיבות טיפול נוספות וניתן לדחות את ביצוע הטיפול מסיבות שונות. לאחר מכן, נבחן מהן הזכויות שכביכול נפגעות כתוצאה מהחלת התנאי – כדוגמת הפגיעה, לכאורה, בזכות לשוויון, אך נוכיח כי קיימת שונות רלוונטית בין האוכלוסייה הכללית (אשר אינה סובלת מדיספוריה מגדרית) לבין הטרנסג'נדר. טענה כי הטרנסג'נדר מופלה לנוכח דרישה רפואית, כמוה כטענה שחולה "מופלה" כאשר רופאיו ממליצים שימנע מפעילות ספורטיבית. דוגמה נוספת לפגיעה, כביכול, היא הזכות לבריאות, אך כפי שיורחב – רק אי-מתן הגישה לטיפול רפואי אלמנטרי עולה כדי פגיעה בזכות לבריאות, ומשעה שאין זה המקרה כאן – לא נפגעה הזכות לבריאות במובנה החוקתי.

נוסף על כך, לגבי הפגיעה, כביכול, בחופש הביטוי – לעמדת המדינה ישנו הבדל מהותי בין מצב בו נאסר על אדם באופן קטגורי לשנות את מינו, לבין מצב בו יכול כל אדם לבקש לבצע ניתוח לשינוי מין, בכפוף לעמידה בתנאים סבירים, אשר נזכיר – אלה מהווים חלק מהותי מהתהליך הרפואי עצמו.

כבר מהאמור לעיל ברור כי תנאי הניסיון אינו פוגע בזכויות חוקתיות, אלא מהווה אמצעי מהותי להגשמתן; ומכאן שגם אם התנאי כן פוגע בזכויות חוקתיות (ולא כך הוא לעמדת המדינה) – הרי שמדובר בפגיעה מינימאלית, תחומה ומידתית.

6. לאחר מכן, נראה כי התנאי צולח – ובקלות – את מבחני המידתיות של פסקת ההגבלה. שכן, גם אם ייקבע שיש בתנאי כדי לפגוע בזכויות חוקתיות, הרי שנוכח חשיבותו, שאינה יכולה להיות שנויה במחלוקת, ברי כי הוא מידתי. ראשית, לא ניתן לטעון – בשום אופן – כי התנאי שרירותי. כאמור, התנאי האמור מיושם כדרישה מקדמית לביצוע הניתוח במספר מדינות בעולם והוא מומלץ על-ידי האגודה הראשית לזכויות הטרנסג'נדרים ועל-ידי מומחים בתחום הרפואה. נוסף לכך, בבחינת האמצעי שפגיעתו פחותה – כדוגמת הדרישה הבלעדית ל"הסכמה מדעת" מאת המטופל – לגישת המדינה, ללא ניסיון אישי ובלתי-אמצעי של המטופל בזהותו המגדרית החדשה – ניסיון המוגשם רק באמצעות תנאי הניסיון, לא יהיה למטופל מידע אמיתי על-בסיסו יוכל לקבל את ההחלטה בצורה מלאה.

7. הנה כי כן, תנאי הניסיון אינו פוגע בזכויות המטופלים, אלא למעשה מגן על זכויותיהם של אלה המבקשים לשנות את מינם, ובעשותו כך שומר על אינטרסים ציבוריים. בהתאם לכך, דין העתירה להידחות גם לגופה.

8. על כל אלה ועוד נפרט להלן.

ב. תמצית העובדות הצריכות לעניין

(1). רקע עובדתי רלוונטי לעניין העתירה

9. העותרת היא בת עשרים, אשר הורשעה בביצוע שוד מזוין ונגזר-דינה ל-18 חודשי מאסר בפועל בבית-הסוהר מעשיהו.

10. העותרת היא אישה טרנסג'נדרית אשר נולדה במין זכר ובהגיעה לגיל 18 החלה לפעול באופן אקטיבי כדי לממש את מגדרה הפנימי כאישה. במסגרת זו, בתאריך 1.7.2014 פנתה לוועדה הרב-מקצועית לניתוחים לשינוי מין של משרד הבריאות.

11. בהמשך לכך, פנייתה זו לא אושרה ביום 9.10.2014 משום אי-עמידתה באחד התנאים בהליך הבחינה של הוועדה – ניסיון חיים של שנה אחת במגדר אליו מבקשת לעבור. העותרת עתרה לבית-המשפט הגבוה לצדק בטענה כי תנאי זה של הוועדה הוא אינו חוקתי.

ב(2). הקמת הוועדה הרב-מקצועית לניתוחים לשינוי מין של משרד הבריאות

12. הדרישה להוכחת ניסיון מוכח בזהות המגדרית המבוקשת במשך 12 חודשים היא חלק מבין הקריטריונים שהוועדה צריכה לשקול בבואה להחליט האם לאשר ניתוח מורכב וייחודי מסוג זה. רשימת הקריטריונים מנויה בסעיף 4.2 לחוזר מנהל הרפואה (להלן: "חוזר מנהל הרפואה"),² ומונה בנוסף לתנאי הניסיון מספר תנאים הנוגעים למטופל ולתהליך שעבר בטרם פנייתו, וביניהם: מלאו לו 18 שנים לפחות, המלצה של פסיכולוג קליני או עובד סוציאלי קליני, חוות-דעת פסיכיאטרית, חתימה על טופס "הסכמה מדעת" ובמקרים מסוימים – גם נטילת הורמונים.

13. כדי להבין את מהות הדרישה ל-12 חודשי ניסיון ואת חשיבותה, ראשית עלינו להבין את מהות הוועדה כוועדה רפואית סטטוטורית שתפקידה הוא להגן על זכויות המטופלים. דרך עמידה על מהות הוועדה, תכלית פעולתה ומקור נהליה, נוכל להבין את אמת-המידה המתאימה לבחינת הכללים המנחים אותה.

14. תחילה, נבחן את הרקע להקמת הוועדה. בשנת 1986 פורסם חוזר מנהל הרפואה שהסדיר לראשונה את ביצועם של ניתוחים לשינוי מין בישראל. חוזר זה נחשב כמהפכני, נוכח גישתו הליברלית, וניסה לתת מענה הולם לצרכיהם ולתפיסת זהותם המגדרית של טרנסג'נדרים אשר ביקשו לעבור את הניתוח.³ מכוח חוזר זה הוקמה על-ידי משרד הבריאות הוועדה. מטרת הוועדה, כפי שמוגדרת בחוזר, היא לאפשר טיפול למי שזקוק לו ולשם כך היא בוחנת את קיומם של התנאים המקובלים בעולם, כדי לקבוע האם הפונה מתאים לניתוח אם לאו.

15. בשנת 2014 עודכן חוזר של משרד הבריאות אשר מספרו 16/2014.⁴ הגרסה המעודכנת כללה קיצור דרמטי של אורך תקופת הניסיון בזהות המגדרית המבוקשת משנתיים לשנה בלבד; מתן סמכות לוועדה לקיצור תקופה זו;⁵ הורדת הגיל המינימאלי לניתוח מ-21 ל-18;⁶ וקביעה לפיה אישור הניתוח לא יותנה בהכרח בנטילת הורמונים.⁷ שינוי נוסף ומשמעותי הוא מינוי של נציג מציבור הקהילה הטרנסג'נדרית, במטרה שסייע לוועדה בכתיבת הנהל הפנימי לפעילותה, ובכל נושא נוסף שייקבע על-ידי הוועדה.⁸ עד למועד זה, בוועדה כיהנו אך רופאים ואנשי מקצוע מתחום בריאות הנפש. כמו-כן, באותה השנה עוגן החוזר בחקיקה ראשית, דרך התוספת השישית לפקודת בריאות העם (להלן: "התיקון לפקודה"). מאז החוזר מעוגן כהסדר ראשוני.

16. חשוב לציין כי בניגוד למרבית מדינות העולם, ניתוחים לשינוי מין בישראל ממומנים באופן מלא על-ידי המדינה, באמצעות "סל הבריאות" והקצאת תקציבים ייעודיים של המוסד לביטוח לאומי.⁹ בהינתן שניתוח לשינוי מין מהווה פרודורה רפואית מורכבת ובלתי-הפיכה, חשוב כי הפונים בבקשה לביצועו יהיו מתאימים להליך הן מבחינה הגופנית הן מבחינה הנפשית.

² חוזר מנהל הרפואה.
³ ראו באתר משרד הבריאות, הבריאות, ניתוחים לשינוי מין, תיאור השירות: www.health.gov.il/Services/Citizen_Services/SexReassignmentSurgery/Pages/default.aspx
⁴ חוזר מנהל הרפואה.
⁵ ס' 4.2.4 לחוזר מנהל הרפואה.
⁶ ס' 4.2.1 לחוזר מנהל הרפואה.
⁷ ס' 4.2.5 לחוזר מנהל הרפואה.
⁸ ס' 4.3.3 (3) לחוזר מנהל הרפואה.
⁹ אפק ארנון "ביצוע ניתוח לשינוי מין" משרד הבריאות מינהל הרפואה, מכתב ליושבי ראש הוועדות, בפס' 1 (24.3.2014): www.health.gov.il/PublicationsFiles/SRS_instructions.pdf

17. הוועדה היא ועדה מנהלית סטטוטורית שסמכויותיה נקבעו בדין. מעמדה זה של הוועדה משליך על סדרי העבודה בה, על המשקל שיש לתת להחלטותיה ועל היקף הביקורת השיפוטית שיש להחיל על החלטותיה. ההיגיון שבבסיס הקמת ועדה מנהלית, המורכבת ממומחים ונדרשת לשקול שיקולים מקצועיים בענייניה, נובע מתוך הבנת המחוקק כי במקרים מסוימים קיימת הצדקה להעניק את שיקול-הדעת לגורמים מקצועיים בעלי מומחיות. זאת, נוכח הסיבה כי אלה מוסמכים ובקיאים יותר לקבל החלטות במטריה הנדונה, בהשוואה לאזרח עצמו או לגוף משפטי כדוגמת בית-המשפט.¹⁰

18. גישה זו, לפיה בעניינים מסוימים ולשם הגנת זכויות האזרח, נדרשת המדינה לנהוג בצורה כופה כלפי אזרחיה אינה ייחודית לעניין זה. דוגמה לכך, ניתן למצוא בהסדרת אופן קבלת האישור לביצוען של "הפלות מלאכותיות בישראל".¹¹ באופן האמור, החוק מתנה את אפשרותן של נשים בישראל לבצע הליך להפסקת הריון בעילות מסוימות, בהסכמתה מדעת של האישה ובאישור הוועדה להפסקת הריון.¹² נציין כי תפקיד הוועדה להפסקת הריון הוא להגן על הפרט הנאלץ לקבל החלטה הרת גורל, ומכך נובע ההכרח לנהוג במדיניות כופה מסוג זה. למעשה, בית-המשפט התייחס לכך שתפקיד הוועדה להפסקת הריון והנהלים שהיא פועלת על-פיהם נועדו להגן על האזרח ולהחליף את שיקול-דעתו, בקביעתו: "ראוי כי החלטת הוועדה להפסקת הריון תשמש גם מעין חזקה הניתנת לסתירה בדבר עמדתם של ההורים ביחס להפסקת ההיריון".¹³

19. ועדה נוספת, אשר ניתן לערוך הקבלה בינה לבין הוועדה לאישור ניתוחים לשינוי מין, היא הוועדה הפסיכיאטרית המיוחדת (להלן: "הוועדה הפסיכיאטרית") שהוקמה מכוח סעיף 28א(א) לחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991. בדומה לוועדה נושא עתירה זו, גם הוועדה הפסיכיאטרית מורכבת מאנשי מקצוע, והוענק לה שיקול-דעת רחב לאשר הליכים רפואיים מסוימים. ועדה זו דנה בעניינם של מטופלים שאושפזו בצו של בית-המשפט, ומוסמכת להמיר את צו האשפוז בצו המורה על טיפול מרפאתי כפוי.¹⁴

20. מכלל האמור, ברור כי הסמכות שניתנה לוועדה הפסיכיאטרית לכפות על מטופל, בניגוד לרצונו, טיפול מרפאתי כפוי, טומנת בחובה – בדומה לתנאי 12 החודשים – פגיעה כלשהי בזכויות החולה, אולם כפי שקבעה כב' השופטת ברק-ארז בעניין פלוני:

"אין ספק שאשפוז בכפייה אמור להיות בבחינת 'מוצא אחרון' – על-פי עקרונות היסוד של שיטת המשפט שלנו, ולא כל שכן מאז חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו. עם זאת, אין פירוש הדברים שאין מקום לאשפוז בכפייה, שיש בו, בנסיבות המתאימות, לא רק שלילה של חירות, אלא הגנה נדרשת על זכויות אחרות, וכלל זה הזכות לחיים ולשלמות הגוף של הננוע בדבר"¹⁵ (ההדגשות הוספו).

21. דוגמאות אלה מוכיחות כי אין פסול א-פריורי, כפי שנדמה שעולה מטענות העותרת, בוועדות רפואיות, שבמסגרת שיקול-הדעת שהוקנה להן, הן נאלצות לקבל החלטות ולהציב תנאים כתנאי לקבלת טיפול רפואי. דברים אלה יפים בבחינת קל וחומר כאשר מטרתן המוצהרת של אותן ועדות רפואיות היא לשמור על הזכויות והאינטרסים של הפרטים בחברה, ולא לפגוע בהם. הנה כי כן, התערבות המדינה בחיי הפרט, אף בתחום הרפואה, אינה זרה בדין הישראלי, וזאת נעשה מתוך הרצון להכווין, לשמור ולהגן על הפרט, בעזרת ועדת מומחים בעלת שיקול-דעת מקצועי בנושא הרלוונטי לבחינה.

¹⁰ ע"מ 7357/03 רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים תכנון תאום וניהול פרויקטים בע"מ, פ"ד נט(2) 145, בפס' 19 לפסק דינה של השופטת ד' בייניש (2004); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, בעמ' 574 (2005).

¹¹ ס' 312–321 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

¹² שם, בס' 315–316 לחוק.

¹³ ע"א 1326/07 המר נ' עמית, בפס' 45 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ריבלין (פורסם בנבו, 28.5.2012).

¹⁴ ס' 28(ג) לחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991.

¹⁵ רע"א 13/3527 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, בפס' 20 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 29.5.2013).

22. בהמשך לכך, עלינו לזכור כי הוועדה שבענייננו נוסדה לטובת ציבור הטרנסגינדרים, כדי לאבחן, לעקוב ולתמוך בתהליך שעוברים אלה המבקשים לשנות את מינם, על-ידי בדיקת ההתאמה של כל מטופל לניתוח מבחינה גופנית ונפשית.¹⁶ אכן, כפי שהעידה הגברת נינה הלוי, נציגת קהילת הטרנסגינדרים בוועדה: **"הוועדה היא לא שומרת סף. בכל שנותיה, היא דחתה מקרה אחד או שניים... תפקידה לתמוך, להנגיש ולהציע פתרונות..."**¹⁷ (ההדגשה הוספה).

23. הסיבה לכך שמטופל המעוניין לעבור ניתוח לשינוי מין נדרש לקבל את אישור הוועדה, נעוצה בפגיעה הפוטנציאלית שחשוף לה מטופל המעוניין לעבור את הניתוח. במטרה לשמור על זכויותיהם של אותם המטופלים, ולוודא כי אותו מטופל מוכן באמת ובתמים – מבחינה גופנית ונפשית – להליך כירורגי קשה ובלתי-הפיך זה – הוקמה הוועדה ונקבעו התנאים המקדימים לביצוע הניתוח. כך, למעשה, המדינה מיישמת את חובותיה לשמירה על זכויות אזרחיה ולהבטחת ביטחונם.

24. נדגים את הסיכון הטמון בביצוע הניתוח, ללא מעורבותו של גורם אובייקטיבי שיוודא את מוכנותו הגופנית והנפשית של המטופל, דרך הצגת ממצאים שעלו במחקרים שנערכו בנושא. כך, במסגרת מחקר ארוך טווח שנערך בשוודיה בין השנים 1973–2003, עקבו אחר 324 טרנסקסואלים,¹⁸ לאחר שביצעו את הניתוח לשינוי המין (להלן: **"המחקר השוודי"**).¹⁹ במחקר נמצא כי בהשוואה לאוכלוסיית הביקורת, אשר תפקידה לייצג את האוכלוסייה הכללית, שיעור הפרטים שעברו ניתוח לשינוי מין ולקו במספר גורמי סיכון, גבוהה בצורה משמעותית. בין ממצאי המחקר נמצא שאוכלוסיית הטרנסגינדרים חשופה יותר לסיכון גבוה לאשפוז בעקבות הפרעה פסיכיאטרית; סבירות גבוהה יותר להרשעה בפלילים, לרבות פשעים אלימים; ומוות מסיבות שונות, לרבות סבירות גבוהה יותר לניסיונות התאבדות.

25. במחקר נוסף שנערך בשנת 2010 בארצות-הברית, במסגרתו תושאלו יותר מ-7,000 טרנסגינדרים (להלן: **"המחקר האמריקאי"**), נמצא כי 50% מהנשאלים נתקלו בבורות אצל אנשי המקצוע במרפאה, כולל בקרב הרופאים. זאת ועוד, בדומה לתוצאות המחקר השוודי, גם מחקר זה מצא כי 41% מהנשאלים מקרב קהילה הטרנסגינדרית העידו כי ניסו להתאבד, וזאת לעומת 1.6% בלבד מקרב האוכלוסייה הכללית.²⁰ הממצאים העולים ממחקרים אלה, במיוחד הנתונים בנוגע לאחוז ניסיונות ההתאבדות, מעלים שאלות.²¹

26. ויובהר: המדינה, למותר לציין, אינה טוענת כי כל מטופל מהקהילה הטרנסגינדרית, אשר מעוניין לבצע ניתוח לשינוי מין, ינסה להתאבד או שהוא בגדר עבריין פוטנציאלי. ברי כי ההסבר לנתונים אלה אינו נעוץ במאפיינים של חברי הקהילה, אלא בכך שהאחרונים סבלו ועודם סובלים מיחס מפלה ומתעמר מהחברה – כפי שעולה גם מסיפור חייה הקשה של העותרת עצמה. אולם, חלק מהנתונים שהוצגו לעיל מצביעים כאמור על קשר ישיר בין נטיות אובדניות לבין ביצוע הניתוח. בהתאם, מתחדדת החשיבות במעורבותו של גוף אובייקטיבי ובלתי-תלוי דוגמת הוועדה. נתונים אלה, איפוא, מדגימים את החשיבות שההליך לקראת הניתוח – הקשה והבלתי-הפיך – לווה ויפוקח על-ידי אנשי מקצוע.

¹⁶ ס' 4.3.2 לחוזר מנהל הרפואה.

¹⁷ מור שמעוני "המסע לחיים לחדשים: איך מבצעים שינוי מין בישראל?" וואלה – חדשות הבריאות (4.6.2016): www.healthy.walla.co.il/item/2860445.

¹⁸ טרנסקסואל היא תופעה שבה אנשים מסוימים חשים כי המגדר המיוחס להם על פי מינם הפיזיולוגי הוא שגוי או לחלופין הפוך, והם משנים את גופם מבחינה הורמונאלית לפחות ולעתים גם אנטומית (ניתוחית), כך שיתאים יותר למגדר שהם חשים משויכים אליו. ¹⁹ Dhejne, Cecilia, et al. "Long-term follow-up of transsexual persons undergoing sex reassignment surgery: cohort study in Sweden." PLoS one 6.2 (2011): e16885.

²⁰ Grant, Jaime M., et al. "National transgender discrimination survey report on health and Health care." Washington, DC: National Center for Transgender Equality and the National Gay and Lesbian Task Force (2010).

²¹ American Foundation for Suicide Prevention. (2010). Risk Factors for Suicide. Retrieved September 22, 2010, available at www.afsp.org/about-suicide/risk-factors-and-warning-signs According to the Substance Abuse and Mental Health Services Administration, adults who have had a major depressive episode—the leading risk factor for suicide—in the previous twelve months had an attempt rate of 10.4%

27. בהמשך לכך, בעוד שבשני המחקרים נמצאה קורלציה ברורה בין השתייכות לקהילה הטרנסגינדרים לבין נטיות אובדניות, ובין מעבר ניתוח לשינוי מין לבין נטיות אובדניות, ניכר כי הפער בין האוכלוסייה הנבדקת במחקר האמריקאי – 40% בקירוב – גבוה משמעותית בהשוואה לזה הקיים במחקר השוודי – 15% בקירוב. מבלי לקבוע מסמרות, יכול שההסבר לפער זה טמון בכך שבארצות-הברית האפשרות לעבור את הניתוח היא חופשית לחלוטין ולא כפופה לפיקוח מדינתי כלשהו. מאידך, בשוודיה, בדומה לישראל, הניתוח מבוצע בפיקוח של המדינה – תוך שאחת מהדרישות כתנאי לביצוע הניתוח הוא תקופת ניסיון ופיקוח מקצועי בדומה לקיים בישראל.²² עולה, איפוא, כי קיים לכאורה מתאם שלילי בין רגולציה ופיקוח על הניתוחים לשינוי מין לבין אחוז ההתאבדויות.

28. אם כן, קהילת הטרנסגינדרים ככלל, ואלה המבקשים לעבור את הניתוח בפרט, חשופים לפגיעות שונות בזכויותיהם המצדיקות הגנה מוגברת מצד המדינה. מתן אפשרות בלתי-מוגבלת לביצוע הניתוח, תחשוף את המבקשים לעבור את הניתוח לפגיעה נרחבת בזכויותיהם ובפרט בבריאותם. מכאן נובעת החשיבות הרבה של המדינה בהקפדה בפיקוח על אופן ביצוע הניתוח. לכן, אין להקל ראש בחשיבות תפקיד הוועדה להגנה על זכויות המטופלים, ועלינו לזכור כל עת שמדובר בהליך בלתי-הפיך אשר השלכותיו על המטופל הרות גורל.

(3). שיקול-דעת הוועדה והביקורת השיפוטית שיש להפעיל על החלטותיה

29. לוועדות מנהליות מהסוג הנדון, המורכבות מאנשי מקצוע, ניתן – תמיד, מעצם הגדרתן - שיקול-דעת רחב. בשל מומחיותם במטריה הנדונה, ובגין עניינים הדורשים מומחיות רפואית מיוחדת, ירסן בית-המשפט את שבת ביקורתו אך למקרים בהם החלטה שקיבלה הוועדה חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות, באופן הסותר מוסכמות יסוד רפואיות או שנפל פגם חמור בהליך קבלתן.²³ בכל האמור יש משום חמרה בסטנדרט בו נוקט בית-המשפט בהפעלתו ביקורת מנהלית רגילה, שכן עליו להסתמך על מוסכמות יסוד בתחום הרפואה, אשר אינן מצויות בתחום מומחיותו. לעניין זה, יפים דבריו של כב' השופט דנציגר, אשר נקבעו בהקשר לוועדה הפסיכיאטרית ונכונים גם אשר לוועדה הנדונה בעתירה זו:

"עמדת הרופאים המטפלים המוצגת לפני הוועדה צריכה שתתבסס על נתונים אלו ועל ניסיונם המקצועי. ככל שהיא מתבססת על נתונים כאמור היא אינה בגדר ספקולציה אלא בגדר הערכה מקצועית".²⁴

30. המדינה סבורה כי ישנו היגיון רב בהלכה האמורה. זאת, מכיוון שבית-המשפט נעדר את המומחיות הרפואית של חברי הוועדה ולכן אל לו להתערב בשיקול-דעתה המקצועי (מלבד במקרים חריגים במיוחד). דוגמאות רבות לכך נמצאו בפסיקה, כגון שאלות צבאיות-מקצועיות, לגביהן אין לבית-המשפט ידיעה מבוססת משלו, והחזקה פועלת לטובת הסתמכות על מומחי הביטחון מטעם המדינה, אשר עליהם מוטלת האחריות להגשמת מדיניות הביטחון.²⁵

31. בהקשר זה, העותרת טוענת כי הדרישה הקונקרטיה שהציבה הוועדה בעניינה לוקה בשיקולים זרים ופסולים, ומדגימה את התנהלות הוועדה. המדינה, בכל הכבוד, סבורה אחרת. נבקש להזכיר כי נושא עתירתה אינו בדבר החלטה מנהלית פסולה של הוועדה במקרה הקונקרטי של העותרת. מכאן, שגם אם נפל פגם בשיקול דעתה של הוועדה – וכפי שיוסבר להלן, לא כך הוא – מדובר **בפגם נקודתי שאינו משליך על כלל התנהלותה ברגיל**, בוודאי שעה שהשאלה הדרושה הכרעה בעתירה זו היא חוקתיות התנאי ולא חוקיות החלטת הוועדה בעניינה.

²² Sweden's Gender Recognition Act (1972: 119) as reformed in 2012. Articles 1.2 and 1.3

²³ רע"א 8000/07 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, בפס' 39 (ב) (פורסם בנבו, 2.5.2012).

²⁴ ע"א 9716/10 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, בפס' 8 (פורסם בנבו, 12.1.2011).

²⁵ בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 574 (2005).

32. לעניין זה, העותרת טוענת כי הוועדה חרגה מן ההמלצות הרפואיות שלפיהן היא פועלת,²⁶ אולם, בפועל, **העותרת לא הצליחה להצביע על חריגה קונקרטיית אחת מבין הקריטריונים שהיא עצמה מנתה**. נוסף על כך, העותרת העלתה בעתירה טענות נגד הדרישה לנראות מסוימת, שהציבה הוועדה כתנאי לביצוע הניתוח בעניינה; דא עקא, העותרת לא הצביעה על שיקול זר ופסול כלשהו ששקלה הוועדה בעניינה, או אף מדוע אין הדרישה רלוונטית. לעניין זה, נציין כי תקופת הניסיון מקנה למטופל פרק זמן לבחון את ההשלכות האמורות לשינוי מגדרו, נקודה עליה נרחיב בהמשך. תקופת ניסיון זו תהיה אפקטיבית אך במידה שהמטופל אכן ינהג וייראה חיצונית בהתאם לזהות המגדרית אליה הוא שואף לעבור. על-כן, במידה שהעותרת תהיה בעלת שיער פנים, לדוגמה, ניתן לסבור כי החברה הסובבת אותה תתקשה לקבלה במגדר המבוקש, ותתקשה להפנים את תהליך השינוי שהיא עוברת. נדגיש כי הוועדה אינה מתיימרת להגדיר מהו "נשיי" או "גבריי", אלא דורשת מן המועמד לטיפול, להיחזות למין המבוקש על-פי "הצופה הסביר". אילו אדם סביר ברחוב היה פוגש את העותרת ואינו מאפיין אותה בזהות המגדרית הנשית שאליה היא חפצה להשתייך, אזי תקופת ניסיון החיים מאבדת חלק ניכר ומהותי מחשיבותה.²⁷ שכן, העותרת לא הייתה מקבלת את "היחס" הסביבתי והחברתי שהייתה מקבלת אילו הייתה מאופיינת בזהות המגדרית אליה היא שואפת לעבור.

33. נוסף לכך, יש לזכור כי הוועדה מורכבת ממומחים בתחומים הרלוונטיים ומנציגת ציבור הטרנסג'נדרים אשר שותפה בקביעת נהליה.²⁸ בנהלי הוועדה אין תנאי כולל הדורש מכל מבקש טיפול Male to Female להסיר את השיער ולהתאפר. מדובר בבקשה ספציפית כלפי מטופלת ספציפית, אשר נקבעה בהתאם למאפייניה הפרטניים, על-ידי ועדה רפואית עם מומחיות. כל זאת, כאשר אמת-המידה להתערבות בשיקול-דעתה (הרחב מאד) היא מצומצמת במיוחד, ושמורה למקרים **חריגים וקיצוניים**. בנסיבות העניין, עולה כי אין מדובר במקרה קיצוני המצדיק התערבות בשיקול-דעתה של הוועדה (והתערבות מעין זו כלל לא התבקשה, שכן מדובר כאמור בעתירה התוקפת את חוקתיות התנאי עצמו).

34. במצב דברים זה, אם מבקש טיפול פלוני סבור כי הוועדה סירבה את המשך טיפולו מטעמים שאינם ענייניים או בחריגה ממתחם הסבירות, יתכבד לעתור לבית-המשפט, ושם ייקבע האם ההחלטה שניתנה סבירה או לא. בכל מקרה, וכאמור, אין בשיקול-הדעת שהפעילה הוועדה בעניינה של העותרת כדי להעלות או להוריד מהעתירה שבפנינו.

35. עוד יצוין בהקשר זה, כי טענה נוספת שמועלית בעתירה נוגעת להיעדר קריטריונים ברורים על-פיהם הוועדה אמורה להפעיל את שיקול-דעתה, הכיצד לאשר או לדחות את בקשותיהם של מטופלים לביצוע הניתוח. גם כאן מדובר, פעם נוספת, בטיעון שגוי. ראשית, נציין כי בימים אלה נכתבים הקריטריונים הפנימיים של הוועדה אשר לעיצובם שותפה נציגת הציבור של הקהילה הטרנסג'נדרית. שנית, מדובר בטיעון תמוה נוכח האמור והמבקשת בעתירה, שכן קביעת קריטריונים מפורשים תוביל ליצירת תנאים נוספים, שמועמדים יידרשו לעמוד בהם כתנאי לביצוע הניתוח. משכך, קבלת טענה זו תוביל לכך ששכרה של העותרת – המבקשת להקל על המבקשים לעבור ניתוח לשינוי מין – ייצא בהפסדה. אדרבה, שיקול-הדעת הרחב של הוועדה הוא המאפשר גמישות והתאמת החלטותיה למטופל הספציפי, מתוך מחשבה ודאגה שכל מטופל הניצב בפני הוועדה הוא אינדיבידואל בעל מציאות חיים אחרת. שלישית, בית-המשפט דן בסוגיה דומה בפסק-הדין לוזון,²⁹ אשר עסק בחוקיות הקריטריונים ושיקול-דעתה של הוועדה הציבורית להרחבת סל שירותי הבריאות. לעניין זה, קבעה כב' הנשיאה ביניש כי "הימנעותה של ועדת הסל מלדרג באופן נוקשה את סדר החשיבות של אמות-המידה אותן

²⁶ המלצות רפואיות לפי הנחיות הארגון העולמי לבריאות הטרנסג'נדרים וסטנדטרי הבריאות שהוא מפרסם – נקודה אשר תורחב בפירוט בהמשך בפרק ב(5) "תנאי 12 חודשי ניסיון – תנאי המקובל בעולם".

²⁷ על חשיבות זו ועוד יורחב בפרק ב(4) "תכלית התנאי".

²⁸ ס' 4.3.3 (4) לחוזר מנהל הרפואה.

²⁹ בג"ץ 3071/05 גילה לוזון נ' ממשלת ישראל, סג(1) 1 (2008).

היא שמה לגד עיניה – אף היא אינה מקימה פגם מן הסוג המחייב את התערבותנו³⁰. מכאן, שטענה – זהה – הועלתה כבר בפני בית משפט נכבד זה – ונדחתה.

ב(4). תכלית התנאי

36. התנאי המבטא את ליבת המחלוקת בעתירה זו, לשם קבלת אישור הוועדה לעריכת הניתוח, הוא התנאי הקבוע בסעיף 4.2.4 לחוזר מנהל הרפואה וזו לשונו: "ניסיון מוכח בזהות המגדרית המבוקשת – 12 חודשים מרגע פנייתו למוסד הרפואי בבקשה לביצוע הניתוח כאמור. הוועדה רשאית על-פי שיקול דעתה הרפואי לשנות ובכלל זה לקצר את התקופה האמורה".

37. אם ננסה "לסכם את התורה על רגל אחת", הרי שתכלית התנאי היא כדלקמן: "מי יתקע לנו כף כי שיפור איכות חייו של אדם משמעותה דווקא המענה שהניתוח עשוי להביא לחולה, ולא ההימנעות מסבל, בגין תופעות הלוואי של אותו הניתוח?³¹ ועתה ביתר פירוט.

38. כאשר אדם בוחר לשנות את מינו הפיזיולוגי, על-מנת להתאים אותו לזהותו המגדרית, הוא צפוי "לזכות" ליחס חריג מצד החברה, ואף מסביבתו הקרובה. ניתן להניח כי היחס שיקבל מהחברה לא יהיה תמיד אוהד, לשון עדינה, ולעיתים השינוי גם יוביל להתנכרות אף בקרב משפחתו וחבריו. לניתוח, איפוא, פוטנציאל להציב את המטופל בפני אתגרים נפשיים משמעותיים, בנוסף לשינוי הפיזיולוגי, אשר הוא כשלעצמו אינו פשוט. לכן, ההחלטה לעבור ניתוח לשינוי מין חייבת להיות מושכלת ומחושבת במיוחד, תוך שקילה מודעת ומפוכחת של כל אותן ההשלכות הצפויות והבלתי-צפויות שעלולות להתרחש כתוצאה מהשינוי. תנאי הניסיון במגדר המבוקש מגשים תכלית זו בדיוק. תכלית התנאי היא להעמיד לטובת המטופל תקופה בה יוכל לבחון את התאמת הניתוח, כטיפול במצוקתו, ולהתכונן לעתיד לבוא לאחר הניתוח. עתה נעמוד, ביתר פירוט, על התכליות – הרבות והחשובות – העומדות בבסיס התנאי.

39. תכלית ראשונה – תקופה שמטרתה לבחון את הלימת הניתוח כפתרון למצוקת המטופל: טרנסג'נדר הוא אדם שחש בצורה עקבית ועמוקה כי זהותו המגדרית אינה תואמת את מינו הפיזיולוגי. אולם, לא כל הטרנסג'נדרים מעוניינים לעבור ניתוח לשינוי מין. יותר מכך, חלק מהעוסקים בתחום סבורים כי מרבית הטרנסג'נדרים כלל אינם מעוניינים בניתוח.³² לפיכך, ברור שאין הכרח שהניתוח הוא הפתרון המתאים לכל אדם שחש חוסר הלימה בין זהותו המגדרית לזו המינית-פיזיולוגית.³³

40. הוועדה מונה, בין היתר, אנשי מקצוע מתחום בריאות נפש. אנשי המקצוע מתחום זה עורכים ומאבחנים את אי-ההלימה המגדרית של מטופליהם.³⁴ במסגרת זו, אנשי המקצוע בוחנים אם אצל המטופל המעוניין לעבור את הניתוח, אי-ההלימה המגדרית אינה משנית או מוסברת על-ידי אבחנות אחרות, ובנוסף לכך, האם שינוי פיזיולוגי הוא הפתרון המתאים למצוקת המטופל.³⁵ מפאת ההשלכות הפיזיות ובעיקר הרגשיות, הכרוכות בביצוע הניתוח, ובשים לב לכך שהניתוח אינו הפתרון האידיאלי לכל טרנסג'נדר (ואף למרבית חברי הקהילה)

³⁰ שם, בפס' 27.

³¹ ת"א (מחוזי-ירושלים) 5412/03 פלוני נ' שרותי בריאות כללית, פס' 145 (22.8.2011). לעניינו, תופעות לוואי עשויות להיות ביצוע הניתוח שלא כצורך, ועל כן להוביל לחרטה או סבל עתידי נוסף מצד המטופל.

³² שמאל שמעוני "הכרה משפטית בשינוי מין" מחקרי משפט כח 311, 318-316 (2012) (להלן: "שמעוני"). נורה גרינברג, אחת הפעילות המרכזיות בקהילה הטרנסג'נדרית בישראל, הביאה בריאיון לעיתון הארץ את הנתונים הבאים: "רוב הטרנס-סאסואלים שחיים בזהות מגדר שאתה הם מזדהים לא עוברים ניתוח לשינוי מין. כ-80% מהטרנס-סאסואלים מגבר לאישה, ויותר מ-95% מאשה לגבר לא עוברים ניתוח לשינוי מין". (מרב סריב "הממהיגה הראשונה של הטרנס-ג'נדרים" הארץ 6.5.2003 online www.haaretz.co.il/misc/1.880226

³³ ראו נושא זה בהרחבה בפרק ד(1) "ניתוח לשינוי מין – טיפול אלקטיבי".

³⁴ Bockting, Walter O., Gail Knudson, and Joshua M. Goldberg. "Counseling and mental health care for transgender adults and loved ones." International Journal of Transgenderism 9.3-4 (2006): 35-82.

³⁵ Bockting, W. O. "Psychotherapy and the real-life experience: From gender dichotomy to gender diversity." Sexologies 17.4 (2008): 211-224.

כדי לפתור את מצוקתו, תקופת הניסיון מאפשרת לצוות המקצועי ללוות את המטופל ולבחון האם הניתוח הוא אכן הטיפול המתאים ביותר עבורו.

41. תכלית שניה - הגנה על המטופל: כאמור לעיל, מטרת הוועדה היא לבחון את ההתאמה הגופנית והנפשית של כל מטופל לניתוח.³⁶ האמור מחדד את האחריות הכבדה המוטלת על המומחים והמדינה בסינון אנשים אשר "אינם מתאימים" לעבור את הניתוח. תפקיד הוועדה הוא להגן על המטופל, על גופו ונפשו, ובין היתר גם מפני האפשרות לחרטה עתידית. לצורך כך, במרבית המקרים המומחים דורשים מהמטופלים לעבור מבחנים פסיכולוגיים שונים כדי להגיע לאבחנה קלינית המקובלת על-פי ה-DSM,³⁷ או ה-ICD.³⁸

42. כמו-כן, התנאי האמור משמש כתקופת בחינה "כפולה" עבור המטופל והמטפל. ובמה דברים אמורים? תחילת תקופת ניסיון החיים בזהות המגדרית המבוקשת מרתיעה את רוב המטופלים, שכן בתקופה זו המטופלים נחשפים לפידבקים הראשוניים מסביבתם, לקראת השינוי המגדרי העתידי. חשיבותה של תקופת הסתגלות זו אינה נועדה לטובת מצבים "קלים". כלומר, אין מטרתה להכין את הטרנסגינדר לאנשים שיקבלו אותו, או להתייחסות חיובית ומעודדת מסביבתו. מטרת תקופת ההתנסות היא להכין אותו למצבים קשים: עוינות מצד זרים או מכרים, כעס מצד משפחה או חברים, וכל הכרוך בשינוי. לכן, רתיעה מכך היא ברורה, אולם, גם חשובה במיוחד לשמירה על המטופלים. שכן, אחת ממטרותיה של תקופת הניסיון היא בחינת נחישות המבקשים לעבור את הניתוח והכנה לקראת השלכות של ביצוע ניתוח בלתי-הפיך בגופם.

כאשר מטרתו הסופית של המטופל היא לבצע ניתוח קשה ובלתי-הפיך לצורך מעבר מלא לזהות מגדרית שונה, עליו לבצע את התהליך בצורה מושכלת, באחריות ותוך התייעצות עם מומחים ועמיתים. ביצוע השינויים ללא תכנון קודם עלול להעלות את רף החרדה של המטופלים.³⁹ לכן, ביצוע תקופת ניסיון "מקדמית" זו תאפשר למטופל לעבור בהדרגה את התהליך, ולהבין כי אכן מדובר בפתרון האידיאלי מבחינתו לטיפול במצוקתו ובחוסר ההתאמה בין מינו הפיזיולוגי לזהותו המגדרית. במסגרת זו, עבור המטפל, תקופת ההתנסות חשובה איפוא על מנת לבחון בצורה מפוכחת ומציאותית את התאמת הניתוח כאמצעי לפיתרון מצוקתו של המטופל.

43. תכלית שלישית - תקופה במסגרתה ניתנת האפשרות להערכה, לאבחון ולטיפול בבעיות נפשיות נוספות: מטופלים בעלי דיספוריה מגדרית עלולים לסבול ממגוון רחב של בעיות בריאותיות – גופניות ונפשיות.⁴⁰ לכן, נדרשים חברי הוועדה לבצע אבחון מלא של המטופל המעוניין לעבור את הניתוח, ובמסגרת זו, וככל שאכן המטופל סובל מבעיות בריאותיות המסכלות את האפשרות לעבור את הניתוח, לא לאפשר את ביצוע הניתוח, ולמצער לדחות את ביצועו עד לטיפול באותן הבעיות הרפואיות.

44. הימצאותן של בעיות נפשיות נוספות לא תמנע בהכרח את ביצוע הניתוח המבוקש, אולם זו צריכה להילקח במאזן האינטרסים והשיקולים, ולקבל מענה לפני או במקביל לטיפול באי-ההלימה המגדרית. לכן, תקופת ניסיון החיים היא תקופה הכרחית לאבחון מיטבי ולטיפול בבעיות אלו טרם קרות הניתוח, שכן בתקופה זו המטופל נעזר בסיוע ומעקב של ועדת המומחים הייעודית.

45. תכלית רביעית - תקופה לביסוס תקשורת ויחסים חברתיים: אלמנט חשוב הנלווה לתקופת הניסיון הוא "היציאה מהארון" של הטרנסגינדר בפני משפחתו וחברים. אספקט זה חשוב במיוחד לעניינו, מכיוון שמחקרים הוכיחו כי ציבור הטרנסגינדרים כמעט שאינם נתמכים רגשית בידי משפחתם וחבריהם, אף בהשוואה לציבור

³⁶ ס' 4.3.2 לחוזר מנהל הרפואה.

³⁷ DSM: Diagnostic Statistical Manual of Mental Disorders

³⁸ ICD: Inter national Classification of Diseases

³⁹ Nuttbrock, L., Hwahng, S., Bockting, W., Rosenblum, A., Mason, M., Macri, M., & Becker, J. (2010). Psychiatric impact of gender-related abuse across the life course of male-to-female transgender persons. Journal of Sex Research, 47, 12–23 www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19568976

⁴⁰ Gómez-Gil, Esther, et al. "Determinants of quality of life in Spanish transsexuals attending a gender unit before genital sex reassignment surgery." Quality of Life Research 23.2 (2014): 669-676

הגאה.⁴¹ במסגרת זו, מחקרים הראו כי תמיכה משפחתית תורמת להפחתת המתח הנפשי הנוצר בעקבות סטיגמות ככלל ובהקשר למגדר ולמיניות בפרט.⁴² בראי זה, קיימת חשיבות בתקופת המתנה לפני ביצוע הניתוח, שבמהלכה יוכל המטופל לתקשר עם המומחים המלווים, שכן ייתכן שלא יוכל לתקשר עם סביבתו הקרובה. כיוון שבחלק משמעותי מהמקרים "היציאה מהארון" מהווה חוויה מאתגרת עבור המטופל, בוודאי במקרים בהם הסביבה – הרחוקה ואף הקרובה – מערימה קשיים ואינה מקבלת את השינוי, מתחדדת החשיבות בכך שזו תתבצע בטרם ביצוע הניתוח, ובמהלך התקופה בה המטופל זוכה בליווי רפואי. כך, המומחים המכהנים בוועדה יוכלו לעזור למטופל לצלוח תקופה מאתגרת זו, ולהעריך נכונה את הפידבקים שהוא מקבל על השינוי, וכפועל יוצא – לעזור למטופל לוודא כי הניתוח מהווה את הטיפול המיטבי במצוקתו.

46. בהמשך לכך, המעבר לזהות המגדרית המבוקשת עלול לערער את הקשר בין בני המשפחה. כך, לדוגמה, בנוגע לאב משפחה המבקש להיות מוגדר כאישה, ילדיו יצטרכו ללמוד מהו טרנסגינדר ומהן המשמעויות הנלוות לכך שאבא שלהם הוא למעשה אישה. ההסתגלות למציאות החדשה עלולה לקחת פרק זמן ניכר. כמו-כן, בני הזוג עלולים להעלות תהיות בגין נטייתם המינית שלהם עצמם או להעלות תהיות בנוגע להמשך הזוגיות שלהם לנוכח השינוי, היחס והסטיגמות מצד החברה.⁴³

47. עינינו הרואות: במהלך תקופת ההתנסות המטופל יגלה, לעיתים בפעם הראשונה, כיצד סביבתו הקרובה מקבלת את מראהו החדש ומהן תגובותיה כלפיו. ללא התנסות אמיתית שתבחן כיצד סביבת המטופל מגיבה לכך שמראהו החיצוני השתנה, לא יחוה המטופל חוויה שמדמה בצורה מציאותית את חייו לאחר הניתוח. בראי זה, ברורה החשיבות בקביעת תקופת התנסות עובר לניתוח, אשר במהלכה ובעקבותיה יוכל המטופל לקבל החלטה מושכלת יותר באם ברצונו להמשיך בביצוע הטיפול.

48. תכלית חמישית - עמידה בסטנדרט הנהוג במערכת הבריאות הציבורית: אינטרס נוסף הניצב בבסיס קביעתו של תנאי זה בא לידי ביטוי בעמידה בסטנדרט הנהוג במערכת הבריאות הציבורית בישראל. הזכות לבריאות מוסדרת בעיקרה בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994. סעיף 3 לחוק מורה כי על הרשות הציבורית לעשות כל שביכולתה על-מנת לדאוג לבריאות ולרווחת אזרחיה. חבותה של המדינה לדאוג לבריאות אזרחיה, למותר לציין, כוללת את החובה לוודא כי הטיפול הרפואי שניתן להם הוא האידיאלי והמתאים ביותר עבורם. תנאי ההתנסות, כאמור, דר בכפיפה אחת עם חובה זו.

49. תכלית שישית - אינטרס כלכלי: כדברי כב' הנשיא גרוניס בבג"ץ ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה:

"לא ניתן להתעלם מן העובדה שגם בעניין רגיש כמו זה של בריאות, יש להתחשב בשיקולים תקציביים".⁴⁴

עמדנו לעיל על כך שבישראל הניתוח לשינוי מין כלול בסל התרופות, ובהתאם – ממומן כולו מהקופה הציבורית.⁴⁵ נוסף על כך, ציינו כי מחקרים ונתונים מראים כי רוב חברי הקהילה הטרנסגינדרית אינם מעוניינים בניתוח לשינוי מין. לפיכך, מהווה תקופת הניסיון כמסננת בין אילו אשר זקוקים ומתאימים לביצוע הפרוצדורה הכירורגית הקשה והבלתי-הפיכה האמורה לבין אלו שלא. בראי זה, ברור כי זכותה וחובתה של

⁴¹ Bockting, Walter O., Gail Knudson, and Joshua M. Goldberg. "Counseling and mental health care for transgender adults and loved ones." *International Journal of Transgenderism* 9.3-4 (2006): 35-82.

⁴² Caitlin Ryan, Ph.D., A.C.S.W. "Helping Families Support Their Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender (LGBT) Children", *San Family Acceptance Project™ – San Francisco State University* (2009).

⁴³ Bockting, W. O. "Psychotherapy and the real-life experience: From gender dichotomy to gender diversity." *Sexologies* 17.4 (2008): 211-224.

⁴⁴ בג"ץ 2453/06 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, בפס" 3 (פורסם בנוב, 21.3.2006).

⁴⁵ ראו פרק ב(2) "הקמת הוועדה הרב-מקצועית לניתוחים לשינוי מין של משרד הבריאות".

המדינה לוודא כי מטופל המעוניין לעבור ניתוח – אשר המדינה נושאת בעלותו – הוא אכן מעוניין בו באמת ובתמים, וכי הניתוח ישיג את תכליתו.

50. ודוק, הלכה פסוקה היא שרשות ציבורית רשאית, ואף מחוייבת, להתחשב במגבלות התקציביות במסגרת שיקול-הדעת הנתון לה, כחלק ממילוי חובותיה כלפי הציבור. כך, במיוחד, מקום בו הדין מסמיך את הרשות לקבוע בעצמה ולפי שיקול-דעתה את היקפה וגבולותיה של הזכאות לשירות ציבורי, באופן המחייב קביעת סדרי עדיפויות בהתאם למשאבים הציבוריים המוגבלים.⁴⁶ לוועדה נושא העתירה, נזכיר, הוקנה בחוק שיקול דעת רחב, ומכך עולה חובתה לוודא שרק מטופלים שהניתוח מהווה את הפתרון המיטבי למצוקתם יעברו אותו. למותר לציין כי תנאי הניסיון מגשים חובה זו.

51. כמו-כן, בתקופת הניסיון המטופל נחשף להשלכות רבות כתוצאה מהשינוי המגדרי, ובכך מוקנית לו תקופת שהות לחזור בו מכוונתו לבצע את הניתוח. לעמדת המדינה, איפוא, תנאי הניסיון הוא בגדר מדיניות חשובה וראויה, וטוב עשה המחוקק כשדרש את הניסיון הקבוע בתנאי זה. כך, המטופלים שזקוקים לטיפול אכן יקבלו אותו לעומת אלה אשר אינם בשלים לבצעו. באופן זה, המדינה יכולה לחסוך כספי ציבור רבים, בעקבות צמצום מספר הניתוחים, עבור אלה שלא מתאימים לבצעו או שאינם מוכנים לבצעו.

52. נוסף לאמור, חרטה של מטופל לאחר ביצוע הניתוח תגרור עלויות כספיות נוספות, דוגמת טיפולים נפשיים וניתוחים, במטרה להחזיר את המצב לקדמותו (וגם זאת, תוך הצלחה חלקית בלבד, נוכח אופיו הבלתי-הפיך של הניתוח).

53. נסכם. הפסיקה קבעה כי "תכלית היא ראויה, בין השאר, אם היא מהווה מטרה חברתית הרגישה לזכויות האדם".⁴⁷ אין עוררין כי תנאי 12 החודשים מבקש להגשים תכלית חשובה מאין כמותה. תנאי זה נקבע לטובת שמירה על זכויותיו של המטופל השוקל לעבור ניתוח לשינוי מין, ומקנה לו תקופה במהלכה יוכל לבחון את השפעות הניתוח והתועלת האישית שתצמח לו כתוצאה מביצועו, בטרם הוא שם עצמו מתחת לסכין המנתחים. ודוק, לעובדה שעסקינן בתנאי המבקש להגשים תכלית חשובה במיוחד, נפקות כפולה לעניין הבחינה החוקתית:

- ראשית, כידוע, ככל שהתכלית שמנסה המדינה להגשים באמצעות התנאי היא חשובה ומשמעותית יותר, כך תקטן נכונותו של בית-המשפט לבטל את האמצעי שנועד להגן על תכלית זו.⁴⁸

- שנית, ככל שרמת ההפשטה של התכלית נמוכה יותר – כך ייטה בית-המשפט להכיר בחשיבותה ולהעניק לה משקל רב יותר. כך, למשל, תכלית ברמת הפשטה גבוהה, דוגמת טובת הציבור או ביטחון המדינה, תזכה לחשיבות מצד בית-המשפט.⁴⁹ זאת, לעומת תכלית ברמת הפשטה נמוכה – דוגמת תנאי שמטרתו להגן על מועמדים לניתוח לשינוי מין, הקובע תקופת ניסיון בטרם יבצע הפרוצדורה הכירורגית המסובכת והבלתי-הפיכה. במסגרת זו, ככל שרמת ההפשטה של התכלית היא נמוכה יותר, כך יהיה קל יותר להוכיח קשר רציונאלי בין האמצעי שבחר המחוקק לבניה,⁵⁰ והדברים ברורים.

⁴⁶ עניין לוזון, בעמ' 39-40.

⁴⁷ בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 838 (1999).

⁴⁸ בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 321 (2006).

⁴⁹ בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, בעמ' 515 (1998); בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל, פסי' קל"ב (27.3.2016).

⁵⁰ אהרן ברק מידתיות במשפט 410 (2010) (להלן: "מידתיות").

⁵¹ Peter W. Hogg, Section 1 Revisited, 1 N.J.C.L 1, 5 (1991): "If the objective has been stated at a high level of generality, it will be easy to think of other ways in which the wide objective could be accomplished with less interference with the [fundamental] right. If the objective has been stated at a low level of generality, perhaps simply restating the terms of the challenged law, it will be hard to think of other ways in which the narrow objective could be accomplished with less interference with the... right"

ב(5). תנאי 12 חודשי ניסיון – תנאי המקובל בעולם

54. סוגיה נוספת בעניין תכלית התנאי, החשובה במיוחד לענייננו, היא כי תנאי הניסיון במגדר המבוקש לא הומצא על-ידי המשיבים. גופים בעלי מומחיות ומדינות רבות דורשים גם הן תנאי הדומה לזה. בפרק שלהלן, נציג מדוע מדינת ישראל איננה חריגה בזירה הבינלאומית, אדרבה היא ליברלית בהשוואה למקבילותיה בעולם המערבי. נסביר במה דברים אמורים.

55. ראשית, הגוף המוביל בסוגיה הנדונה בהליך זה הוא האיגוד העולמי המקצועי לבריאות הטרנסג'נדרים – The World Professional Association for Transgender Health (להלן: "WPATH"). WPATH הוא איגוד בינלאומי, רב-תחומי ומקצועי שמשימתו היא לקדם את זכויותיהם ואיכות חייהם של טרנסג'נדרים בשלל תחומים מהותיים. אחת הפעילויות הראשיות שהארגון מבצע ומקדם היא ניסוחן של אמות-מידה לטיפול רפואי באוכלוסיות אלה, המכונות "Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender – Nonconforming People" (להלן: "SOC"). ה-SOC מבוססות על המחקר המדעי העדכני ביותר וקיים לגביהן קונצנזוס בקרב המומחים בתחום.⁵²

56. גם ארגון זה, המחזיק בעמדות ליברליות ביותר ונחשב לגוף המחקרי המקצועי והמוביל, סבור כי על מטופל לעבור תקופת ניסיון בטרם ביצוע הניתוח. בגרסה השישית של ה-SOC, נדון בהרחבה חשיבותו של התנאי, ונקבע כי הוא נדרש לשם בחינת ההתאמה של הניתוח למטופל. במהלך תקופת הניסיון יוכלו המומחים המלווים את התהליך לבחון את תפקוד המטופל בחייו האישיים ובזירה הציבורית, תחת זהותו המגדרית החדשה, ולראות כיצד הוא מסתגל לכך.⁵³ תכלית זו דרה בכפיפה אחת עם החשיבות שהמשיבים רואים בתכליתו של התנאי, כפי שפורט בהרחבה לעיל.

57. בגרסה השביעית של המלצות הארגון, נדונה פעם נוספת ההמלצה לתקופת התנסות עובר לניתוח, אולם הפעם לא פורטו רשימה של יעדים ביורוקרטיים שעל המטופל למלא במהלך התקופה האמורה.⁵⁴ דבר זה בא ללמדנו כי מהות הדרישה אינה מהווה מענה על רשימת יעדים טכניים הנדרשים להתקיים לפני מעבר הניתוח, אלא אופי הדרישה הוא כללי ומבקש לשרת את המטופל והמטפל לצורך ההרגשה והניסיון האישי; אלו מאפשרים לשני הצדדים יחדיו לשקול את הצעדים האידיאליים לטובת המטופל.⁵⁵

58. לעמדת המשיבים, קיימת חשיבות רבה לעמדת ארגון WPATH, שהוא כאמור הארגון המוביל והמקצועי ביותר לעניין זכויות הקהילה הטרנסג'נדרית. העובדה כי גם ארגון זה – הידוע כארגון ליברלי – סבור אף הוא כי יש להתנות את ביצוע הניתוח בתנאי הניסיון, אומרת דרשני ומוכיחה כי מדובר בתנאי סביר ומידתי.⁵⁶

59. שנית, מדינות מערביות רבות מציבות תנאי סף לביצוע הניתוח, ובמסגרת זו דורשות התנסות במגדר המבוקש בטרם ביצוע הניתוח:

א. כך, למשל, בנורווגיה, בדומה לישראל, נדרשת תקופה של 12 חודשים ניסיון בזהות המגדרית המבוקשת לפני ביצוע הניתוח.⁵⁷

⁵² להרחבה נוספת אודות ה-SOC ראו באתר ארגון WPATH www.wpath.org/site_page.cfm?pk_association_webpage_menu=1351

⁵³ The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association's, Standards Of Care For Gender Identity Disorders, Sixth Version (2001), available at www.cpath.ca/wp-content/uploads/2009/12/WPATHsocv6.pdf

⁵⁴ ראו את הגרסה השביעית של ה-SOC באתר www.wpath.org/site_page.cfm?pk_association_webpage_menu=1351&pk_association_webpage=3926

⁵⁵ Coleman, Eli, et al. "Standards of care for the health of transsexual, transgender, and gender-nonconforming people," *International Journal of Transgenderism* 13.4 (2012): 165-232.

⁵⁶ שמעוני, בעמ' 317.
⁵⁷ Tone Maria Hansen. President of the National organization for transsexuals in Norway Speech in the IFGE Conference, "Treatment in Norway for Transsexuals", Philadelphia, USA (2004), available at www.hbrs.no/no/div_fra_gamlesiden/english/treatment/Treatment+in+Norway+for+Transsexuals.9UFRvS2T.ips

ב. כמו-כן, הדין בשוודיה מחייב תקופה של ניסיון חיים בזהות המגדרית המבוקשת,⁵⁸ אשר פרק הזמן הדרוש בממוצע לשם כך הוא **שנתיים** וכפוף גם הוא לשינוי בהתאם לחוות-דעתם של אנשי מקצוע מלווים.⁵⁹

לעניין זה, נציין כי על פי דוח ה-OECD, מערכות הבריאות במדינות הסקנדינביות נחשבות למתקדמות בעולם.⁶⁰ בהתאם, יש חשיבות לעובדה שגם במדינות אלה – בדומה לישראל – קיימת דרישה מקדמית של ניסיון בזהות המגדרית המבוקשת כתנאי לביצוע הניתוח, כפי שמתקיים בישראל.

ג. נוסף למדינות הנזכרות, בבריטניה נחקק בשנת 2004 ה-Gender Recognition Act.⁶¹ חוק זה מתיר לאדם לשנות את מינו מבחינה משפטית, בהיתן עמידה בתנאים המצטברים הבאים: (1) קיומה של הפרעה בזהות המינית; (2) תחושת שייכות למין המבוקש ונכונות לחיות במסגרתו עד המוות; (3) משך זמן של שנתיים במהלכם מגיש הבקשה חי בזהות המגדרית המבוקשת.

60. ניכר כי בהשוואה לדין הנוהג במדינות אלו, הדין הישראלי בהקשר לביצוע הניתוח נוקט בעמדה ליברלית יותר. כך, למשל, בבריטניה ובשוודיה, נדרש המטופל לניסיון של **שנתיים** במגדר המבוקש – תקופה הכפולה באורכה, בהשוואה לזו הנדרשת בישראל.

61. למען שלמות התמונה, יצוין כי ישנן מדינות שאינן דורשות תנאים מקדימים, כתנאי לביצוע ניתוח לשינוי מין. כך, למשל, בקנדה וגם בארצות-הברית אין דרישה אחידה ברמה הפדרלית מהמבקשים לעבור ניתוח, והדרישות משתנות ממדינה למדינה וממרפאה למרפאה. עם זאת, גם שם מרבית המרפאות פועלות על-פי סטנדרט של "הפרקטיקה הטובה ביותר" (Best Practice), שנקבע על-ידי ארגונים מקצועיים בתחום, כפי שהורחב לגבי ארגון ה-WPATH.

62. לסיכום נקודה זו, לישראל ניסיון מוגבל וקצר טווח בהתמודדות עם צרכיה הייחודיים של הקהילה הטרנסג'נדרית. במצב מעין זה, ניכר כי ישנה חשיבות של ממש בבחינת האופן בו מדינות אחרות נוהגות. כפי שראינו, ישראל אינה חריגה בנוף הבינלאומי בדרישתה לתנאי הניסיון, בטרם ביצוע ניתוח לשינוי מין. נהפוך הוא, כפי שראינו, ישראל פועלת כמקובל במדינות מערביות מודרניות נוספות. אדרבה, ניתן לראות כי הדרישות אותן מציבה ישראל, כתנאי למימון הניתוח ולליווי מקצועי, הן ליברליות בהשוואה לנעשה בעולם.

ג. העתירה אינה בשלה להכרעה

63. כפי שיוסבר להלן, תנאי הניסיון הוא חוקתי. אולם, ועוד בטרם נעמוד על הטענות המועלות בעתירה לגופם של דברים, נראה, כי יש לסלק את העתירה על הסף מכיוון שתנאי הניסיון טרם בשל להכרעה.

64. כפי שפותחה במשפט האמריקאי, ייחודה של עילת הבשלות הוא בהערכה של נקודת הזמן בה ראוי שבית-המשפט ייבחן סוגיה נתונה. המקרים השגורים בהם מתעוררת שאלת הבשלות הם כאשר העותרים מבקשים מבית-המשפט לבחון את חוקיותם של דבר חקיקה או חקיקת-משנה, שטרם יושמו על-ידי הרשות המבצעת או שלא בהיקף המספק אפשרות כדי לאמוד את השלכותיהם – כמתקיים במקרה זה. ההצדקה המרכזית ביסוד השימוש בעילת הבשלות היא מניעת מצב בו בית-המשפט מכריע בעניין שתוצאותיו או היקף פריסתו אינם ברורים דיים, בשלב בו הוגשה העתירה.⁶²

⁵⁸ Sweden's Gender Recognition Act (1972:119) as reformed in 2012. Articles 1.2 and 1.3, available at [www.tgeu.org/sites/default/files/Sweden%20Gender%20Recognition%20Act%20\(1972-119\)%20ENG.pdf](http://www.tgeu.org/sites/default/files/Sweden%20Gender%20Recognition%20Act%20(1972-119)%20ENG.pdf)

⁵⁹ Ungdom RFSL, Trans forming, Care and Health, Sex Investigation step by step (2017), available at www.transforming.se/korrigerer/transvard/konsutredning

⁶⁰ OECD Reviews of Health Care Quality: Sweden 2013: Raising Standards, OECD Publishing (2013), available at www.oecd.org/els/health-systems/oecd-reviews-of-health-care-quality-sweden-2013-9789264204799-en.htm

⁶¹ 2004 c. 7 An Act to make provision for and in connection with change of gender, available at www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/pdfs/ukpga_20040007_en.pdf

⁶² Geoffrey R. Stone, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein & Mark V. Tushnet, (CONSTITUTIONAL LAW 123-124 (Second Ed. 1991))

65. באופן זה, עילת הבשלות משמשת לבחינת "המוכנות" של העניין הנדון להכרעה שיפוטית. עניין מסוים הוא "בשלי" כאשר יש מחלוקת ממשית בין בעלי הדין, שהיא ברורה וקונקרטית ולא היפותטית.⁶³ כלומר, במצב בו עתירה כלשהי מתבססת על קרות אירועים עתידיים – שאולי לא יתרחשו על-פי המצופה או לא התרחשו כלל – ככלל ובכפוף לחריגים, היא אינה מתאימה לדיון.⁶⁴ דוקטרינת הבשלות נועדה לשימוש במצב בו החוק הנבחן "על פניו" אינו מעורר פגיעה חוקתית ולא ניתן לקבוע, מבלי שהחוק ייושם, אם יש בו כדי לפגוע בזכות חוקתית. בשלב השני, ככל שישנה פגיעה, נבחן אם היא מותרת לפי תנאי פסקת ההגבלה. במצב דברים זה, אנו מוצאים כי העתירה אינה בשלה, כיוון שבית-המשפט נדרש להכריע בה מבלי שתהא לפניו "מערכת עובדתית קונקרטית, ברורה ושלמה, החיונית לצורך מתן הכרעה שיפוטית עקרונית".⁶⁵

66. ומהכלל אל הפרט. העתירה נושא תגובה זו, מבקשת לבטל את סעיף החוק שנחקק בשנת 2014. מאז חקיקתו, למיטב הידיעה והבדיקה, **שיקול-דעתה של הוועדה שכוננה מכוח התיקון לחוק נדרש לביקורת פעם אחת בלבד – בעתירה זו – וגם זאת בצורה עקיפה בלבד**. יותר מכך, על-פי דברי נציגת ציבור הטרנסג'נדרים בוועדה – **"בכל שנות פעילות הוועדה היא דחתה מקרה אחד או שניים"**.⁶⁶

67. בנסיבות אלה, לעמדת המשיבים, טרם התגבשה תשתית עובדתית ענפה דיה כדי לבחון את חוקתיות התנאי הנדון. שיקול-דעתה נתקף בהליך שיפוטי – פעם אחת בלבד וגם בצורה עקיפה. במרבית המקרים – הוועדה מאשרת את הפניות של המטופלים ומאפשרת להם לעבור את הניתוח. **בנסיבות אלה, ובטרם קיים מסד עובדתי איתן לבחינה אם התנאי חוקתי אם לא, דין העתירה להידחות על הסף מחמת חוסר בשלות**.

68. הרי, בהתאם לעילת חוסר הבשלות, כדי לקבוע שסעיף חוק אינו חוקתי, אין די בהוכחה שבמקרה פלוני או אלמוני החלטה שהתקבלה חרגה ממתחם הסבירות. על-פי הפסיקה, על עותר המבקש לבטל חוק ראשי של הכנסת להראות על-בסיס תשתית עובדתית מספקת כי החוק יוצר פגיעה רוחבית שלא עומדת במבחני פסקת ההגבלה. ברי כי **תשתית מעין זו חסרה בענייננו**.

69. יתרה מכך, העתירה הוגשה זמן קצר לאחר שהתקבל התיקון לחוק ומבלי שתהיה תשתית ראייתית כלשהי לתמוך בטענות אי-החוקתיות שהועלו במסגרתה. זאת, בייחוד, בשים לב לכך שמרבית הטענות שהועלו בעתירה הן תוצאתיות באופיין. גם לטענת העותרת כי נוסחו של החוזר קיים משנת 1986, והתיקון הנדון משנת 2014 הוא אך ממשיך דרכו, אין לה על מה שתסמוך. נוסחו של החוק שהתקבל בכנסת הוא הקובע את ההסדר הנורמטיבי התקף והמחייב, ועיון בו מלמד כי קיים בכל זאת שוני מהותי בין הוראות החוזרים השונים. יתרה מזו, השוואה בין החוזר משנת 1986 לבין החוזר החדש שהתיקון לפקודה מבוסס עליו מלמדנו כי נוסחו של החוזר משנת 2014 **מרוכך יותר** בהתייחס לדרישת תקופת הניסיון. לכן, מכאן ועד לביטול הדרישה הסטטוטורית, ובלא שניתנה לוועדה כלל האפשרות להראות כי שיקול דעתה מופעל כדבעי, להבדיל ממקרי עבר – אין כל אפשרות לבחון את חוקתיות התנאי. עלינו להיזהר מקביעות מוקדמות בדבר אי-חוקתיות הדרישה האמורה, בלא שהדברים נבחנו בכור המציאות והמעשה.⁶⁷ בדיוק כדי למנוע מקרים מעין אלה – שהסדרים חוקתיים ייבחנו לגופם לפני שהופעלו במשך תקופה מינימאלית – קבעה הפסיקה את עילת הסף בדבר חוסר בשלות.

70. דומה כי הצורך בתשתית עובדתית, עובר לדיון לגוף חוקתיות התנאי, מתחדד נוכח העובדה שאחד מהטיעונים המרכזיים בעתירה הוא החשש מפני הקניית שיקול-דעת רחב לוועדה בחוק, המאפשר דחיית מועמד בשל אי-

⁶³ Babbitt v. United Farm Workers Nat'l Union, (442 S.U 298, 289. (1979).

⁶⁴ Texas v. United States, 523 U.S 296 (1998).

⁶⁵ בג"ץ 05/7190 לובל נ' ממשלת ישראל, בפס' 3 לפסק דינה של השופטת מ' נאור (פורסם בנבו, 18.1.2006); פרשת ועדת הקבלה, בפס' 12.

⁶⁶ מור שמעוני "המסע לחיים לחדשים: איך מבצעים שינוי מין בישראל?" וואלה – חדשות הבריאות (4.6.2016) www.healthy.walla.co.il/item/2860445.

⁶⁷ בג"ץ 2311/11 אורי סבח ואח' נ' הכנסת ואח (להלן: "פרשת ועדת הקבלה"), בפס' י"ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 17.9.2014).

התאמה לטיפול, תוך שקילת שיקולים זרים. קריאה בלבד של לשון החוק אינה תומכת במסקנה זו, שהרי החוק כאמור, כולל סעיף המגדיר את השיקולים שעל-פיהם הוועדה צריכה לשקול את החלטותיה:

"הוועדה תסתמך בדיוניה על הערכה ומעקב שבוצעו למטופל, כמו כן, היא תגבש ותפרסם נוהל פנימי לפעילותה ובאם דחתה הוועדה את הבקשה תנמק בכתב את החלטתה".⁶⁸

71. ודוק, מעצם העובדה כי הוועדה מורכבת ממספר מומחים בתחום מאפשרת שיח רב-גוני כדי לעורר התדיינות מעמיקה בין היושבים בה – זאת להבדיל מהחלטה של אדם יחיד. לפיכך, הטענה כי שיקול הדעת יהווה כסות לפגיעה בזכויות ושקילת זרים אינה יכולה להתקבל בעת זו, שכן, הוכחה של מנגנון זה אפשרית רק לאחר שהחוק ייושם לאורך פרק זמן ממושך.

72. זאת ועוד; יש להוסיף ולבחון האם ישנן סיבות המצדיקות את בירור העתירה לגופה. בית-המשפט האמריקאי התייחס לכך כשלב בו נבחן "מאזן הנוחות" בין בעלי-הדין. עמד על כך הנשיא גרוניס בפרשת **ועדת הקבלה**:

"יש לבחון האם ישנו אינטרס ממשי בבירור העתירה במועד שהוגשה. החריג המוכר ביותר לדיון בחוקתיותו של חוק שטרם יושם הוא החשש מפני קיומו של 'אפקט מצנן', כלומר, מצבים בהם הותרת החקיקה על כנה עשויה להרתיע אנשים ולגרום להם להימנע מהתנהגות חוקית כשלעצמה, בשל החשש מפני אכיפת החוק כלפיהם. במקרים כדוגמת אלו, עצם קיומה של הסמכות בחוק עשוי לפגוע בזכויות חוקתיות, ולפיכך, ביקורתו של בית-המשפט נדרשת אף טרם יושם החוק".⁶⁹

73. אולם, נראה כי לא ניתן להצביע במקרה הנוכחי על חשש מפני "אפקט מצנן" או על חשש מפני הפעלת סנקציה או שינוי המצב לרעה, שכן נראה כי החוק שיפר ולכל הפחות לא הרע את המצב שקדם לו. שהרי, התיקון לפקודה מבוסס על הנוסח החדש של חוזר מנהל הרפואה, אשר צמצם את מספר החודשים הדרושים לתקופת ניסיון החיים בחצי (מ-24 חודשים ל-12 חודשים בלבד) ואף אפשר לוועדה לקצר את התקופה, כאשר נסיבותיו של המטופל מצדיקות זאת. כמו-כן, נוסח החוזר עליו מבוסס התיקון לפקודה ביטל את הדרישה לנטילת הורמונים והוריד את רף הגיל המינימאלי לביצוע הניתוח ל-18 שנים בלבד. לבסוף, על-פי דבריה של נציגת ציבור הטורנסגינדרים בוועדה, "בכל שנות פעילות הוועדה היא דחתה מקרה אחד או שניים",⁷⁰ ולכן אין לראות בכך את התקיימותו של "האפקט המצנן".

74. העולה מכל המקובץ, ומבלי לגרוע מכך שתנאי 12 החודשים הוא תנאי חוקתי ומידתי, כי טרם בשלה העת להכריע כלל בחוקתיותו, ולכן יש לסלק את העתירה על הסף, מחמת חוסר בשלות.

ד. בחינת הפגיעה בזכויות החוקתיות

75. עתה נבחן אם תנאי הניסיון הקבוע בתיקון לפקודה פוגע בזכויות חוקתיות. כפי שנראה להלן – התנאי, בשים לב לתכליתו – אינו פוגע בזכויות חוקתיות; ולמצער הוא פוגע בזכויות אלה באופן מינימאלי ופריפריאלי, בבחינת De Minimis.

76. אולם עוד קודם לכן, כדי להבין מהן אמות-המידה הראויות לבחינת היקף הפגיעה כתוצאה מהתנאי, נסביר מדוע מדובר בניתוח אלקטיבי. למותר לציין, כי מכיוון שמדובר בניתוח אלקטיבי, קרי – שאינו נדרש להצלת חיים – הפגיעה הפוטנציאלית, אם קיימת, כתוצאה מהצבת תנאים מקדמיים לביצועו – נמוכה בהכרח.

⁶⁸ ס' 4.3.3 לחוזר מנהל הרפואה.

⁶⁹ פרשת **ועדת הקבלה**, בפס' 16.

⁷⁰ מור שמעוני "המסע לחיים לחדשים: איך מבצעים שינוי מין בישראל?" וואלה – חדשות הבריאות (4.6.2016) www.healthy.walla.co.il/item/2860445.

ד(1). ניתוח לשינוי מין – טיפול אלקטיבי⁷¹

77. כפי שעולה מתיאור המקרה, היעד הסופי של העותרת הוא ביצועו של ניתוח תחתון לשינוי מין. לפיכך, מן הראוי שנעמוד על אופיו של הניתוח בכדי שנוכל לדון בצורה מושכלת בתנאי המקדמי נשוא דיונונו.
78. ראשית, נשוב ונדגיש כי לא כל הטרנסג'דרים בוחרים בניתוח לשינוי מין, רק חלקם רואים בשינוי מינם הפיזיולוגי, בגדר אלמנט מרכזי בזהותם המגדרית.⁷² כמו-כן, הבחירה אם להשתמש בהורמונים, לעבור ניתוח תחתון, ניתוח עליון או כלל לא – היא בחירה מודעת, המתבססת על שיקולי המטופל. זאת ועוד, מכיוון שישנו אחוז לא מבוטל של אנשים הבוחרים בפתרונות אלטרנטיביים,⁷³ ולמצער דוחים את ביצוע הניתוח לגיל מבוגר, המסקנה המתבקשת היא כי אין מדובר בניתוח "מציל חיים". הניתוח אמנם מהווה את הפתרון הטוב ביותר עבור חלק מהחולים, אך הוא אינו הפתרון היחיד – והאלטרנטיבות, ברובן, עשויות להיות בהחלט מספקות עבור חלקים נרחבים מאוכלוסיית היעד.
79. שנית, במדינת ישראל ניתוח לשינוי מין כלול בסל הבריאות,⁷⁴ וממומן באמצעות כספי המיסים. זאת, מהסיבה שמשרד הבריאות רואה בניתוח כאמצעי שמטרתו לתת מענה הולם לצרכיהם של אנשים טרנסג'נדרים שביקשו לעבור ניתוח לשינוי מין.⁷⁵ ואמנם, כך הוגדר הניתוח על-ידי ראש מנהל הרפואה, פרופ' ארנון אפק: "הניתוח אינו נדרש עקב סכנת אובדן חיים הנשקפת למבקש הטיפול". פרופ' אפק הוסיף וציין כי הטיפול תורם ל- "חיי המטופל ואיכותם".⁷⁶
80. כל האמור לעיל מלמד כי הניתוח לשינוי מין הוא ניתוח אלקטיבי. לעובדה זו נפקות של ממש לעניין בירור עתירה זו. שהרי, אין דין בהתניית ניתוח מציל חיים בתנאי זה או אחר, כדין אותו תנאי לגבי ניתוח אלקטיבי.⁷⁷ ברור כי הפרוגטיבה שמוקנית למדינה בקביעת חסמים לטובין שהם אינם בגדר תנאי בלתו אין להגדרתו של אדם היא רחבה יותר, והדברים ברורים.⁷⁸
81. עתה, מצוידים בתובנה זו, נפנה לבחינת הפגיעות הנטענות בזכויות חוקתיות.

ד(2). הזכות לשוויון

82. הזכות לשוויון לא עוגנה במפורש בחוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו.⁷⁹ עם זאת, הפסיקה קבעה כי היבטים מסוימים של הזכות – הקשורים בקשר ישיר לאוטונומיה של הפרט – נגזרים מכבוד-האדם.⁸⁰ לעניין זה, קבע השופט ברק בפסק-הדין אל-על נ' דנילוביץ כי:

"עקרון השוויון קובע יחס שווה לשווים וחריגה ממנו מהווה הפליה אסורה. כאמור – עקרון השוויון מניח אפוא קיומם של טעמים ענייניים המצדיקים שוני (הבחנה, אבחנה).

⁷¹ ראו בהרחבה לעניין זה בפרק 2. א. בתגובת המשיבים ל-רע"ב 5319/16 המוגשת בד בבד עם תגובה זו.

⁷² Grant, Jaime M., Lisa A. Mottet, Justin Tanis, Jack Harrison, Jody L. Herman, and Mara Keisling. Injustice at Every Turn: A Report of the National Transgender Discrimination Survey. Washington: National Center for Transgender Equality and National Gay and Lesbian Task Force. (2011) 24 pg.

⁷³ ראו בהרחבה לעניין זה, בפרק 2. א. "הניתוח הוא אלקטיבי, ואינו מציל חיים" רע"ב 5319/16 תגובת המשיבים לבקשת רשות הערעור.

⁷⁴ פרופ' אפק ארנון, "ביצוע ניתוח לשינוי מין", מכתב ליושבי ראש הועדות, בפס' 1 (24.5.2014) ראו: www.health.gov.il/PublicationsFiles/SRS_instructions.pdf.

⁷⁵ ראו באתר משרד הבריאות, תחת הגדרת ניתוחים לשינוי מין. זמין ב- www.health.gov.il/Services/Citizen_Services/SexReassignmentSurgery/Pages/default.aspx.

⁷⁶ שם, בפס' 7.

⁷⁷ ראו עניין לוזון, שם נקבע כי כי קיומה של יכולת מוכחת של תרופה להאריך חיים הינה שיקול ענייני וסביר לקבלת עדיפות בדירוג לצורך הכללתה בסל הבריאות.

⁷⁸ ראו באתר משרד הבריאות בגין "ועדה ציבורית להרחבת סל שירותי הבריאות": www.health.gov.il/Services/Committee/vsal/Pages/default.aspx. "בסיום דיוניה נהגת הועדה לערוך דירוג לפי קטגוריה המוגדרת כ"חשיבות גבוהה, וקטגוריות של חשיבות נמוכה יותר". אחד מן השיקולים המרכזיים לדירוג זה הינו האם "היות הטכנולוגיה מצילת חיים או מונעת תמותה"; "לכן, ברי כי המדינה רואה עדיפות בטיפולים מצילי חיים על פני ניתוחים אלקטיביים, ולכן יש לאפשר למדינה להתנות על ביצועם של ניתוחים אלקטיביים ביתר חופשיות.

⁷⁹ קרפ, "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח", משפט וממשל א 323, עמ' 345 (תשנ"ג).

⁸⁰ בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, בפס' 39 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 11.5.2006); בג"ץ 11.5.2006; בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, בפס' 39 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 15.5.2006).

הפליה – שהינה ניגודו של השוויון – קיימת אפוא באותם מצבים שבהם דין שונה לאנשים השונים זה מזה (מבחינה עובדתית) מבוסס על טעמים שאין בהם כדי להצדיק בחברה חופשית ודמוקרטית הבחנה ביניהם".⁸¹

83. בחינת נסיבות המקרה מלמדת כי התנאי, נושא העתירה, אינו פוגע בעקרון השוויון. תחילה, תנאי 12 החודשים אינו שרירותי. נהפוך הוא. הוועדה נפגשת עם כל מבקש ובוחנת כל מקרה לגופו. בין השאר, ביכולתה לקבוע ש"ניסיון החיים" ימשך לתקופה קצרה יותר מהקבוע בהנחיה, אם וכאשר היא מוצאת שהמבקש כבר חי תקופה מספקת במין המבוקש. בכל אופן, תכליתו של תנאי זה הוצגה לעליל ובהרחבה, וזו מלמדת כי אין מדובר בתנאי שרירותי כלל ועיקר.

84. במצב דברים זה, לא ניתן לטעון שהתנאי עצמו – למרות האופן שבו יושם על-ידי הוועדה בעניינה של העותרת – דורש לבוש או הזדהות מסוג מסוים (סטריאוטיפי). כאשר תגיע לוועדה מבקשת אשר ברצונה לעבור ניתוח לשינוי מין ממגדר גברי לנשי, אך אינה מעוניינת לגדל את שערה באופן "הקלאסי", ותצליח לשכנע את חברי הוועדה שמצב זה מייצג את רצונה לזהות המגדרית שבה תזדהה אחרי ביצוע הניתוח – ההנחיה עצמה מותירה לוועדה שיקול-דעת רחב דיו כדי שתוכל לקבל גם לבוש זה כעומד בתנאי.⁸² בכל מקרה, ברי כי התנאי, כשלעצמו, אינו פוגע א-פריורי בעקרון השוויון. גם אם התנאי מקנה שיקול-דעת לוועדה, אשר לכאורה יכול להוביל לשקילת שיקולים בלתי לגיטימיים, חזקה שהוועדה שמכהנים בה מומחים רפואיים ואף נציגה מהקהילה, תפעיל את שיקול-דעתה כראוי.

עובדה זו – כי התנאי כשלעצמו אינו פוגע בשוויון, ורק שיקול-הדעת שיופעל מכוחו יכול, לכאורה, להוביל לפגיעה בזכות זו – **מוכיחה את חוסר הבשלות של עתירה זו**.⁸³ שהרי, כאשר החוק מעמיד מחד פגיעה פוטנציאלית בלבד בזכויות חוקתיות, שאינה מתחייבת מנוסח החוק עצמו, ומאידך שיקול-הדעת המנהלי לא הופעל במקרים רבים, בוודאי במקרים המוכיחים כי שיקול-הדעת הוביל לפגיעה בזכויות חוקתיות – נראה כי שאלת חוקתיותו של החוק טרם בשלה להכרעה.⁸⁴

85. שנית, גם אם תצליח העותרת להוכיח שהוועדה אכן פועלת בדרך זו כשיטת עבודה ודורשת הזדהות "סטריאוטיפית" כדי לעמוד בתנאי, אין הדבר מהווה פגיעה בשוויון. נסביר. בניגוד לטענת העותרת, לא ניתן לראות באוכלוסיית הסיסג'נדרים (אנשים שחווים התאמה בין מינם הפיזיולוגי לזהותם המגדרית) כקבוצת הייחוס הרלוונטית, לבחינת הדרישה שמציב התנאי. האוכלוסייה הרלוונטית היא אוכלוסיית הטרנסג'נדרים, הנדרשים כולם לעמוד באותו תנאי הנבחן בעתירה זו. זאת כאשר האוכלוסייה הכללית אינה "שווה" לשאר הטרנסג'נדרים לעניין זה – ומתקיימת **שונות רלוונטית**. שוני זה אינו נעוץ בהיותו של הפרט טרנסג'נדר, אלא בעיקר בהיותו של הפרט בעיצומו של תהליך רפואי.

86. כמוסבר לעיל, דרישות הוועדה מקובלות בעולם ובהמלצות המומחים לתחום.⁸⁵ מטרת התנאי היא לאפשר גם לטרנסג'נדר עצמו וגם לסביבתו (ביניהם משפחתו, חבריו ומכריו) להכין עצמם לשינוי המתקרב. הניתוח עצמו הוא מהלך משמעותי ובלתי-הפיך, שלא יאפשר הסתגלות הדרגתית ועשוי להוביל ללחץ נפשי שניתן להקטינו ואף למנועו באמצעות תקופת הסתגלות עובר לביצוע הניתוח. אם כן, **אופיין הרפואי של הדרישות – מהווה שוני רלוונטי בין מבקשי הניתוח לבין אלו שלא**.

87. זאת ועוד; כפי שנטען לעיל, תנאי הניסיון מהווה בסיס מהותי ונדבך אינהרנטי בטיפול הדרוש. תנאי הניסיון אינו שלב "מסנן" או "תנאי רגולטורי" בלבד, אלא חלק בלתי נפרד מן ההליך הרפואי שהמטופלים מבקשים

⁸¹ בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ 749, 763 (פרסם בנבו, 30.11.1994).

⁸² להרחבה ראו לעיל פרק ב(3) "שיקול-דעת הוועדה והביקורת השיפוטית שיש להפעיל על החלטותיה".

⁸³ ראו פירוט אודות חוסר הבשלות בפרק ג "העתירה אינה בשלה להכרעה".

⁸⁴ ראו: פרשת ועדות הקבלה, בפס' 15 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

⁸⁵ ראו פרק ב(5) "תנאי 12 חודשי ניסיון – תנאי המקובל בעולם".

לעבור. כמו-כן, הניתוח לשינוי המין מהווה את אחד מן השינויים הדרסטיים ביותר שאדם יכול לבצע בגופו. נוכח הטעמים הללו, ברור שקיים שוני רלוונטי בין האוכלוסייה הכללית, אשר אינה סובלת מדיספוריה מגדרית, לבין הטרנסג'נדר המחויב להזדהות מסוימת כתנאי לעריכת הניתוח.⁸⁶ **טענה שהטרנסג'נדר מופלה לנוכח דרישה רפואית כמוה כטענה שחולה "מופלה" כאשר רופאיו ממליצים שיימנע מפעילות ספורטיבית.**

88. כמו-כן, כך או כך, לבוש נשי מסורתי, בוודאי במסגרת תנאי מקדים עובר לניתוח לשינוי מין MTF, מהווה כשלעצמו דרישה רפואית סבירה שאינה מפלה. כאמור, אחת מהמטרות המשמעותיות שניצבות ברקע לקביעתו של התנאי היא לאפשר הסתגלות לחיים שאחרי הניתוח. חשיבותה של תקופת הסתגלות זו אינה נועדה לטובת מצבים "קלים". כלומר, אין מטרתה להכין את הטרנסג'נדר לאנשים שכן יקבלו אותו, או להתייחסות חיובית ומעודדת מסביבתו. מטרת תקופת ההתנסות היא להכין אותו למצבים קשים: עוינות מצד זרים או מכרים, כעס מצד משפחה או חברים, וכל הכרוך בכך. לכן, תקופת ההסתגלות נדרשת על-מנת שהמטופל יכין עצמו לכך, ויתאפשר לו לגלות – מבעוד מועד וטרם ביצוע הליך הניתוח הבלתי הפיך – את האתגרים הצפויים לו אחרי הניתוח. תקופת הניסיון מאפשרת לו להבין כיצד להתגבר על קשיים אלה, תוך ייעוץ ותמיכה מהוועדה והפסיכולוגים מטעמה.

89. נקל להבין כי על-מנת שתקופת ההסתגלות תמלא אחר תכלית זו – התמודדות עם מצבים "קשים" – אך מתבקש שהמטופל יעבור אותה, לפחות בחלק מהמקרים, בהתאם למאפיינים "המסורתיים" של המגדר המבוקש. הרי, אם המטופל יעבור את אותה תקופה מבלי שיידרש לבצע שינוי כלשהו בנראותו, איזה "ניסיון" יופק כתוצאה מתקופת הניסיון? ויובהר, הדבר אינו נדרש בכל מקרה ומקרה, ובדיוק כדי להחליט מתי דרישה מעין זו תועלה, הוקנה שיקול-הדעת הרחב למומחים המכהנים בוועדה.

90. במסגרת זו, וכאמור, לוועדה מוקנה שיקול-דעת לקצר או להאריך את תקופת הניסיון למטופל הספציפי, בהתאם לנסיבותיו. חזקה כי שיקול-דעת זה מופעל עבור כל המטופלים – ללא יוצא מן הכלל – ושיקול דעת זה שומט כל בסיס לטענה על-פיה התנאי פוגע בשוויון. נוסף לאמור, גם אם יכיר בית-המשפט בכך שמדובר בפגיעה בשוויון, העובדה כי מדובר רק בחודשים אחדים בהם נדרש הטרנסג'נדר להזדהות "סטריאוטיפית", ובהתייחס לתועלת הרפואית שהדבר מקנה לו, מעידה על מידתיות התנאי.

91. בסוף הדברים, נציין, כי התנאי הנדרש טרם ביצוע הניתוח לשינוי מין, אינו קיים ביתר הניתוחים הרפואיים, כגון ניתוח בריאטרי (ניתוח לקיצור קיבה), מהסיבה שגם בין ניתוחים אלה לניתוח לשינוי מין קיים שוני רלוונטי. נדגים:

א. הניתוח לשינוי מין כולל בתוכו אספקטים משמעותיים של השלכות חברתיות ופסיכולוגיות על המטופל וסביבתו, שכן לאחר הניתוח לשינוי מין המטופל מתחייב להגדרה חדשה בבחינה הפיזית, הביולוגית, החברתית וברוב המקרים גם המשפטית. לא כה סבוכים הם פני הדברים, עת ביצעו של הניתוח הבריאטרי. זאת בנוסף על האבחון והטיפול הנכונים בהשלכות אלו, המהווה מרכיב מהותי בהצלחת הניתוח לשינוי המין, וכפי שנדון בהרחבה, תקופת הניסיון מהווה אמצעי מתאים להגשמת תכלית הניתוח.

ב. המבקשים לבצע את הניתוח לשינוי המין נכללים בקבוצה, אשר כפי שפורט בדיון בתכלית התנאי – עשויה לסבול ממספר קשיים פסיכולוגיים וחברתיים כתוצאה מהניתוח, אשר מהווים נדבך אינטגרלי בתהליך הרפואי שהם מבקשים לעבור. לסוגיה זו, בה המחוקק קובע הוראות על-בסיס הכללות סטטיסטיות ומחקרים, התייחס כב' השופט מלצר, בפס' 39 לפסק-דינו, בעניין גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה:⁸⁷

⁸⁶ ונזכיר, שגם טענה זו דורשת הוכחה מצד העותרים להתנהגות זו של הוועדה. התנאי כשלעצמו אינו דורש "זיהות סטריאוטיפית".
⁸⁷ בג"ץ 466/07 ח"כ זרבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44 (פורסם בנבו, 11.1.12).

"כפי שמראה ד"ר אורגד במאמרו, לא פעם המחוקק קובע הוראות ואיסורים על בסיס הכללות סטטיסטיות, שנחשבות מהימנות, גם אם רוב הפרטים המשתייכים לקבוצת סיכון מסויימת אינם מסוכנים באופן אינדיבידואלי ובלבד שרמת הסיכון הנשקפת מקבוצה זו במכלול גבוהה יותר מרמת הסיכון הנשקפת מקבוצות אחרות. הנה, למשל, ההכללה שלפיה לצעירים הרגלי נהיגה מסוכנים ולכן יחולו מגבלות והוראות סטטוטוריות מיוחדות לגבי נהיגתם – אין משמעה שכל הצעירים, או אפילו רובם, נוהגים באופן מסוכן, ואין היא מחייבת את ביטול ההגבלות שבחוק המוטלות על נהיגת צעירים בתור שכאלה."

המדינה, למותר לציין, אינה טוענת כי הקהילה הטרנסגינדרית מהווה "קבוצת סיכון", אולם קביעה זו, לעניין שימוש באמצעים סטטיסטיים כמצדיקים קביעת כלל משפטי – יפה לענייננו.

ג. אחת ממטרות הוועדה ותקופת הניסיון היא לאבחן האם המטופל מתאים לביצוע הניתוח. המדינה סבורה כי קיים הבדל ממשי במידת הקלות בה ניתן לאבחן אדם הסובל מדיספוריה מגדרית ולהכריע שהניתוח לשינוי מין הוא הפתרון הנכון עבורו לבין אבחון אדם הסובל מהשמנת יתר והכרעה שניתוח לקיצור קיבה הוא הפתרון המתאים עבורו. הוכחה לכך, הם הקריטריונים הנדרשים ממטופל כדי שיוכל לבצע ניתוח בריאטרי, ונפנה לעניין זה לחוזר משרד הבריאות לביצוע ניתוחים בריאטרים למבוגרים.⁸⁸ סעיף 4.2 לחוזר זה מונה רשימת קריטריונים ובדיקות, בהם המטופל חייב לעמוד טרם מתקבלת החלטה על ביצוע הניתוח. ניתן להיווכח כי כל הקריטריונים הללו מציבים דרישות פיזיות בלבד. קרי, האבחון של התאמתו של מטופל לניתוח בריאטרי הוא פשוט, עשרות מונים, מן האבחון הפיזי והפסיכולוגי הנדרש בעת אמידת התאמתו של מטופל לניתוח לשינוי מין. לכן, ברי כי יש שוני ממשי בין הניתוחים הללו והגיוי שניתוחים אלה יותנו בתנאים מקדימים שונים.

ד. בניגוד לעמדה הבלתי מבוססת של העותרת – מטופל העובר ניתוח בריאטרי יכול לחזור למצבו הפיזי החיצוני הקודם, שכן הניתוח אינו משנה את נראותו החיצונית של המטופל – אלא הרגלי האכילה שלו, אשר אלה כמובן יכולים להוביל אותו בחזרה למצב של עודף משקל.⁸⁹

ד(3). הזכות לבריאות

92. הזכות לטיפול רפואי נגזרת מהזכות לחיים,⁹⁰ המנויה בחוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו. עם זאת, הזכות לטיפול רפואי אינה מוזכרת מפורשות בחוקי היסוד, וניתן לה ביטוי פסיקטי בעיקר בהקשר למגבלותיה.⁹¹

93. על-כן, מדובר בזכות "חיובית", להבדיל מזכות שלילית המורה על חופש מכפייה חיצונית. כלומר, זו זכות חברתית-כלכלית שהמדינה מספקת ולא זכות אזרחית עליה המדינה מעניקה הגנה.⁹² כבר מכך ברור שמידת פרישתה של הזכות לבריאות, לעומת זכות שלילית, תחומה ומדודה.

⁸⁸ חוזר מינהל הרפואה 33/2013 לביצוע ניתוח בריאטרי במבוגרים, משרד הבריאות (2013) זמין ב www.health.gov.il/hozer/mr33_2013.pdf.

⁸⁹ ראו מחקר שעקב במשך 11.4 שנים אחר 272 פצייתים שעברו ניתוח לקיצור קיבה Christou, Nicolas V., Didier Look, and Lloyd D. MacLean. "Weight gain after short-and long-limb gastric bypass in patients followed for longer than 10 years." *Annals of surgery* 244.5 (2006): 734-740. ; ראו ביאור מאת ד"ר אסנת רזיאל למחקר נוסף, זמין באתר "המרכז לטיפול בהשמנת יתר"

www.assia.co.il/research/%D7%A6%D7%A4%D7%95%D7%99-%D7%A9%D7%A7%D7%9C-%D7%A2%D7%9C%D7%95%D7%AA-%D7%A9%D7%A9%D7%A7%D7%9C-%D7%A0%D7%99%D7%AA%D7%95%D7%97-%D7%A8%D7%96%D7%99%D7%94:malabi

⁹⁰ עניין לוזון, בפסי' 9 לפסק דינה של השי' בייניש.

⁹¹ ע' ארצי 12-11-33066 מכבי שירותי בריאות נ' ילנה גילגור, בפסי' 9 (פורסם בנוב, 19.3.2014).

⁹² גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז' 65 עמ' 106-107 (1998).

94. גם בישראל, למרות המימון הקיים מטעם המוסד לביטוח לאומי וסל הבריאות, תקציב המדינה מגביל את הסל, כך שתרופות למחלות מסוימות אינן נכללות בו והחולים בהן לא זוכים להגנה אקטיבית על זכותם זו. הדבר נובע מאיזון בין שיקולים מדינתיים, תקציביים וערכיים. כמו כל זכות, גם זכות זו ניתנת להגבלה.

95. גישה נוספת היא שהזכות לטיפול רפואי נגזרת מהזכות לכבוד; לפי גישה זו, כבודו של האדם כולל בחובו הגנה על מינימום של קיום אנושי, ועל-כן אדם החסר גישה לטיפול רפואי אלמנטרי הוא אדם שכבודו נפגע.⁹³ גישה זו פחות סבירה בענייננו, שכן היא מתייחסת בעיקר לטיפול "אלמנטרי" שמהווה מענה למצבים רפואיים קיצוניים – לטיפולים רפואיים מצילי חיים ודחופים. נתקשה לקבל את הטענה כי ניתוח לשינוי מין הוא ניתוח המהווה טיפול כה אלמנטרי, עד כי הימנעות מהענקת האישור לביצועו מהווה פגיעה בכבוד-האדם. מסקנה זו נתמכת גם בפסיקה הרלוונטית לעניין פגיעה בכבוד:

*"כבודו של האדם כולל בחובו הגנה על מינימום הקיום האנושי. אדם המתגורר בחוצות, ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הרעב ללחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע..."*⁹⁴ (ההדגשה הוספה).

96. על כל פנים, הזכות לבריאות מהווה זכות פריפראלית ולא זכות המצויה בליבת הזכות החוקתית לכבוד.⁹⁵ לכן, על-פי הפסיקה, אך פגיעה קשה בליבת הזכות מצדיקה ביקורת שיפוטית.⁹⁶ מכאן נובע, כי כאשר מדובר בניתוח אלקטיבי שאינו מציל חיים – כמו בענייננו – התנייתו בתנאים מקדימים אינה פוגעת באופן אפריורי בזכות לבריאות במובנה החוקתי. ומכאן, כלל לא נפגעה בענייננו הזכות החוקתית לבריאות.

97. כמו-כן, הזכות לבריאות מעוגנת בסעיף 3 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. האם הדרישה הקבועה בסעיף 4.2.4 לתיקון לפקודה פוגעת בזכות לבריאות של מבקשי הטיפול? בחינה זו, חשוב להדגיש, היא מעבר לצורך, שכן רק פגיעה בזכות חוקתית המנויה בחוקי היסוד יכולה להצדיק את בטלות חוק בהתאם לפסקת ההגבלה. פגיעה בזכות המנויה בחקיקה ראשית רגילה – דוגמת חוק ביטוח בריאות ממלכתי – אינה יכולה, איפוא, להביא לקבלת העתירה ולביטול התנאי.

98. בכל אופן, סעיף 3(2) לחוק בריאות ממלכתי מורה כך: *"שירותי הבריאות הכלולים בסל שירותי הבריאות יינתנו בישראל, לפי שיקול דעת רפואי, באיכות סבירה, בתוך זמן סביר"* (ההדגשות הוספו).

נבחן להלן את תנאי הסעיף, ונראה מעבר לצורך, כי תנאי הניסיון דר בכפיפה אחת עם האמור.

99. *"שיקול-דעת רפואי"*: התנאים האמורים בסעיף 4.2 לתיקון לפקודה – וביניהם תנאי 12 החודשים – חוקקו כולם בהתאם ל"שיקול-דעת רפואי". כפי שפורט לעיל, כל התנאים האמורים בחוק מגובים בניסיון רפואי ובהמלצות מומחים בתחום.⁹⁷ התנאי נקבע כתוצאה מהפעלת אותו שיקול-דעת רפואי, ומשכך אינו פוגע בזכות לבריאות, נהפוך הוא – התנאי נחקק על-מנת להבטיח כי המטופל יממשה.

100. *"באיכות סבירה"*: התנאי מהווה חלק אינהרנטי מהטיפול שהטרנסגינדר זכאי לו במימון מהמדינה. במהלך החודשים בהם הטרנסגינדר מטופל, הוא נמצא במעקב צמוד של חברי הוועדה ושל פסיכולוגים מטעמה. מטרת התנאי היא להבטיח את איכות הטיפול ולמנוע פגיעה בטרנסגינדר אחרי ביצוע הניתוח. מכאן, שהתנאי אינו גורע מכך שהטיפול המוצע הוא באיכות סבירה.

⁹³ רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 367 (2001).

⁹⁴ שם, בפס"ב(6).

⁹⁵ אהרן ברק *פרשנות במשפט* כרך שני 727-728 (1993).

⁹⁶ בג"ץ 2114/12 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, בעמ' 10 (פורסם בנוב, 15.8.12).

⁹⁷ ראו פרק ב(5) "תנאי 12 חודשי ניסיון – תנאי המקובל בעולם".

101. "בתוך זמן סביר": פרק הזמן המבוקש בסעיף 4.2.4 לתיקון – 12 חודשים – עומד בהגדרת "זמן סביר", שכן זהו פרק הזמן המקובל בעולם ובהמלצות הרפואיות השונות, כמפורט לעיל. בתיקון משנת 2014, קיצרה המדינה את פרק הזמן הדרוש בחצי (מ-24 חודשים ל-12 חודשים כאמור), ואף הוענקה לוועדה סמכות לקצר את אורך התקופה – סמכות אשר שכשלעצמה מוכיחה את סבירותו של פרק הזמן.

מכלל האמור עולה כי אישור הניתוח – ובמסגרת זו גם תנאי הניסיון – עומדים בדרישות החוק לטיפול רפואי.

102. לטענת העותרת, הפגיעה בזכותה לבריאות היא קשה במיוחד, כיוון שעיקוב ביצוע הניתוח ב-12 חודשים, לטובת עמידה בתנאי הניסיון, מוביל להתדרדרות במצבו הנפשי של המטופל. המדינה מתקשה לקבל טענה זו, משתי סיבות מרכזיות: ראשית, מטרתו של התנאי היא למקסם את הטיפול ולהפכו לטוב ביותר. בהתאם לכך, מושקעים כספים במעקב צמוד של פסיכולוגים ושל חברי הוועדה נוספים. לכן, התנאי למעשה עוזר לשמור על בריאותו של המטופל. שנית, המתנה של כמה חודשים אינה גוררת החרפה קטגורית במצבו של טרנסגינדר. ברי כי כל מטופל ונסיבותיו שלו, וכפי שיכול להיות שההמתנה תפגע בחלק מהמטופלים, הרי שההמתנה חשובה כאמור לחלק אחר וניכר מהמטופלים, ובמקרים מסוימים ההמתנה אף תבהיר למטופל כי הניתוח אינו הטיפול המתאים בעניינו. לדוגמה, ניתן להיווכח שטרנסגינדרים רבים בוחרים לדחות את ביצוע הניתוח מסיבות שונות וביניהן הרצון להרות. לכן, אם ניתן לדחות את הניתוח משיקולים אלה ואחרים, אשר בעיניי המטופל מעפילים על ההתדרדרות במצבו הרפואי, לכאורה, ניתן לדחותו גם בשל התכלית שביסוד התנאי - עלייה בהסתברות הצלחתו.⁹⁸

103. לסיכום נקודה זו, התנאי אינו פוגע במובנה החוקתי של הזכות לבריאות. יותר מכך, התנאי גם דר בכפיפה אחת עם דרישות החוק לטיפול רפואי, והוא אינו פוגע בזכות, אלא למעשה מהווה נדבך מהותי בדרך למימוש הזכות.

ד(4). הזכות לכבוד

104. הזכות לכבוד-האדם מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו. חוק-היסוד קובע כי "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם", וכי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".⁹⁹

105. העותרת טוענת בעתירה, כי כבודו של אדם כולל, בין השאר, את זכותו להגדיר את עצמו. לטענתה, כבודם של המטופלים, עת הם נדרשים לעמוד בתנאי 12 החודשים כתנאי לביצוע הניתוח, נפגע כתוצאה מכך. לעמדת המשיבים, הדברים מעט מורכבים יותר. ככל אזרחי המדינה, גם חברי הקהילה הטרנסגינדרית רשאים להגדיר עצמם כראות עיניהם וללא מגבלות יוצאות דופן. כך, למשל, בשנת 2015 עודכנו התנאים לצורך שינוי המין במרשם האוכלוסין, כך שביצוע ניתוח לשינוי מין כבר אינו מהווה תנאי לכך.¹⁰⁰

106. האמור מלמד כי קיימות דרכים, לאדם הסובל מדיספוריה מגדרית, לקבל הכרה של המדינה במגדר המבוקש, גם ללא הניתוח. הניתוח לא מהווה, איפוא, תנאי בלעדי אין להגדרה עצמית של האדם.

107. מעבר לכך, נקל להבין שהתנאי – הלכה למעשה – אינו מגביל בצורה בלתי-מידתית את זכותם לאוטונומיה של חברי הקהילה הטרנסגינדרית, המעוניינים לעבור את הניתוח. ראשית, כדי לבחון כראוי את הפגיעה, יש להקביל אותה לפגיעות דומות המתקיימות מדי יום במערכת הבריאות. אכן, אדם יכול להשפיע על גורלו, אך אין ביכולתו לבצע בעצמו פעולות רפואיות מסוימות, ללא אישור של רופא מוסמך. ההגבלה בתנאי אכן פוגעת באוטונומיה של הפרט, אך זו פגיעה שאינה משמעותית ובוודאי בגדר הקביעה כי היא מידתית. כשם שאדם הסובל ממחלה הדורשת התערבות כירורגית יצטרך לקבל את אישור הגורמים הרפואיים, כתנאי לביצוע הניתוח, כך גם אדם הסובל מדיספוריה מגדרית צריך לנהוג. כמו-כן, במסגרתו של טיפול רפואי, לאוטונומיה של

⁹⁸ ראו פרק ד(1) "ניתוח לשינוי מין – טיפול אלקטיבי".

⁹⁹ ס' 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו.

¹⁰⁰ ראו חוזר משרד הבריאות מס' 17/2015 (1.11.2015) www.health.gov.il/hozer/mr17_2015.pdf.

הפרט יש לרוב היבט של זכות המטופל להימנע מניתוח, וזכותו להחליט בעצמו האם ברצונו לסרב לעבור טיפול ספציפי. אולם, **האוטונומיה של הפרט אינה מאפשרת את הדרישה לביצוע ניתוח, בהינתן אי-עמידה בקריטריונים שלו**. ודוק, טענה כי קריטריון רפואי כתנאי לביצוע פרוצדורה כירורגית פוגע בזכות לאוטונומיה, דומה לטענה שהצורך להמתין ברמזור אדום פוגע בחופש התנועה. שני אלה, לכאורה, מעמידים פגיעה בזכות חוקתיות, אולם ברי כי אין בפגיעה דוגמת זו כדי להעמיד פגיעה המצדיקה בחינה חוקתית.

108. **שנית**, לרופא המטפל קיימת הזכות – וליתר דיוק החובה – להיחשף ולבחון את מלוא הנתונים הרלוונטיים, בטרם ההחלטה על הטיפול הרפואי הנדרש למטופל. לכן, כאשר מבצע רופא ניתוח פולשני בגופו של אדם, חובתו לדעת שהמטופל עבר הכנה מתאימה לביצוע הניתוח – בין פיזית בין נפשית. התנאי הנדון שווה ערך להכנות מעין אלה, כאשר התקיימותו מעלה את סיכויי ההצלחה של הניתוח, ומאפשר לרופא המטפל לוודא כי הניתוח הוא הטיפול הנדרש והמתאים ביותר לטיפול במצבו של המטופל.

109. **שלישית**, התנאי רלוונטי אך ורק לאותם טרנסגינדרים שרוצים לעבור את הניתוח במימון המדינה. כל אדם חופשי לעבור ניתוח פרטי, כדוגמת הניתוחים לשינוי מין המבוצעים – ללא פיקוח מדינתי - בארצות-הברית ובתאילנד. אכן, טיסה וניתוח פרטי מהווים קושי כלכלי ומחסום משמעותי לאנשים מסוימים. עם זאת, נדמה שבתמורה למימון המדינה ובכך "פתיחת הדלת" לכל אותם טרנסגינדרים שאין בידם לממן ניתוח פרטי, גם לו היו נעשים בישראל, הדרישה לעמידה בתנאים הרפואיים היא סבירה. בייחוד, כאמור לעיל, כאשר הזכות לבריאות היא זכות סוציאלית ולא זכות אזרחית. על-כן, כמו כל פעולה הממומנת על-ידי סל הבריאות, הניתוח מותנה בתנאים שונים. ובראי זה, ברור כי דין התנאי של "מסגרת מקורות המימון"¹⁰¹, כדין תנאי הניסיון.

110. **רביעית ולבסוף**, וכמפורט לעיל במסגרת הדיון בזכות לשוויון, למותר לציין כי כל טרנסגינדר יכול להתנהל כאוות נפשו במגבלות החוק. אין חולק שזכותו המלאה של כל אדם, ובכלל זה של חבר בקהילה הטרנסגינדרית, להתלבש כרצונו, לבחור אם לעבור טיפול נפשי או לא, ליטול הורמונים אם לאו. ההגבלה היחידה, לכאורה, הרלוונטית לענייננו היא לעניין הניתוח, פרוצדורה אשר תמיד – בכל מקרה ובמקרה – מלווה ומותנית **בבדיקות רפואיות קפדניות**. הגבלה זו היא לתקופת זמן קצרה יחסית וכל תכליתה היא טובתו של הטרנסגינדר.

111. הנה כי כן: גם אם תנאי הניסיון פוגע בזכות לכבוד ולאוטונומיה – מדובר בפגיעה מינימאלית והכרחית.

ד(5). **חופש הביטוי**

112. חופש הביטוי הוכר בפסיקה כזכות הנגזרת מחוק-יסוד כבוד-האדם וחירותו.¹⁰² בענייננו, המדינה מסכימה כי מגדר מהווה נדבך באישיות האדם. במסגרת זו, אין חולק כי בכל הנוגע לאדם הסובל מדיספוריה מגדרית, שינוי המין הפיזיולוגי לזה המתאים למגדרו, בכל הנוגע לאלה החפצים באמת ובתמים בניתוח כאמצעי לגשר על הפער בין המין למגדר, מאפשר לאדם לבטא את עצמו באופן הטוב ביותר כלפי הסובבים אותו. ראייה לכך ניתן למצוא בהתקדמות הדין הישראלי לעניין שינוי המין, וכן בהקצאת המשאבים המרובה שביצעה המדינה להכללת ניתוח זה בסל הבריאות. אולם, **יש הבדל מהותי בין מצב לפיו נאסר באופן קטגורי על אדם לשנות את מינו**, שאז אכן חסימת הזכות עולה לכדי פגיעה, לבין מצב בו הזכאות לניתוח מותנית – כמו בישראל - בעמידה **בתנאים רפואיים סבירים**.

113. לעניין זה, כל שביקש המחוקק הוא **שתהיה התאמה** בין אותם מועמדים שיעברו בסוף התהליך את הניתוח לבין אותם אשר צריכים אותו מן הבחינה הרפואית. התנאים לאישור הוועדה, וביניהם תנאי הניסיון, נקבעו במטרה לוודא את סיכויי הצלחת הניתוח, שמטרתו הסופית היא הקלה ברגשות אי-ההתאמה של הטרנסגינדר ועלייה ברמת חייו. על-מנת להבטיח את שני אלה, תנאי 12 החודשים שנקבע, כולל סייגים ושיקול-דעת רחב,

¹⁰¹ חוק ביטוח בריאות ממלכתי תשנ"ד-1994, ס' 3(ד).

¹⁰² בג"ץ 205/94 עקיבא נוף נ' מדינת ישראל-משרד הביטחון, נ (5) 449, 456-455 (פורסם בנבו, 1.1997).

על-מנת לוודא שהטרנסג'נדר עצמו וסביבתו ערוכים לשינוי ויודעים כיצד להתמודד עמו. כל אלה אינם באים למנוע או להוות חוצץ בין מבקש הטיפול לאפשרות ביצוע הניתוח. הם מהווים **שלבים הכרחיים מבחינה רפואית ומקצועית בדרך לביצועו.**

114. כך או כך, קל להבחין כי הטיעונים שמעלה העותרת ביחס לפגיעה בחופש הביטוי חופפים וכמעט זהים לטיעונים שהיא מעלה ביחס לפגיעה בזכות לכבוד ולהגדרה עצמית. הפגיעה השולית בחופש הביטוי, אשר אינה חופפת לפגיעה הנטענת בזכות לכבוד, היא לכל היותר פריפריאלית, בהינתן האמור לעיל.

115. לסיום נקודה זו, המדינה מסכימה לכך שחופש הביטוי של אדם כולל את החופש המאפשר לו לבחור את מגדרו. אולם, התיקון הנדון לא פוגע כלל ועיקר בזכות זו, כי אם **מבקש להגשימה בצורה המתאימה ביותר.** גם לו יוחלט שאכן מדובר בפגיעה, יש לבחון פגיעה זו אל מול התועלות העולות מהתנאי הקבוע.

ד(6). הזכות לפרטיות

116. הזכות לפרטיות מעוגנת בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 7(א) לחוק קובע כי כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.¹⁰³ הזכות לפרטיות הוכרה בפסיקה כזכות יסוד,¹⁰⁴ ועל כל רשות מרשויות השלטון לכבדה.¹⁰⁵

117. לגישת המדינה, תנאי הניסיון אינו פוגע בפרטיות. זאת, משום שעל הפרטים האישיים הנמסרים לידי הוועדה, כולל אלו הנאספים מן הסביבה החברתית של המטופל, חל ההסדר הקבוע בסעיף 19 לחוק זכויות החולה,¹⁰⁶ לפיו מטפל או עובד במוסד רפואי מחוייבים לשמור בסוד כל "מידע הנוגע למטופל שהגיע אליהם תוך כדי מילוי תפקידם או במהלך עבודתם". בהינתן שאין חולק כי המידע האמור הוא רלוונטי לעצם ביצוע הניתוח, ולמעשה הוועדה תתיר בתפקידה אם לא תבחן אותו עובר להחלטה, אם לאשר או לא למטופל לעבור את הניתוח, ובשים לב שמידע זה הוא סודי וחסוי, ברור כי לא מתגבשת כל פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות.

118. לסיכום הפרק, כפי שהראנו לעיל, תנאי 12 החודשים אינו פוגע בזכויות חוקתיות, ופגיעות – אם קיימות – הן מינימאליות ופריפריאליות.

ה. בחינת חוקתיות תנאי הניסיון

119. לבסוף, ולמעלה מן הצורך, נראה להלן כי גם אם תנאי ההתנסות פוגע בזכויות חוקתיות, והפגיעה עולה לכדי פגיעה המצדיקה בחינה חוקתית שלו, הרי שהפגיעה חוקתית ומידתית. כידוע, חוקתיות הפגיעה בזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נבחנת בהתאם למבחניה של פסקת ההגבלה, המורה כדלקמן: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". מכלל האמור, עולה כי חוק שפוגע בזכות חוקתית מוגנת ייחשב כחוקתי, אם הוא ממלא אחר ארבעה תנאים: (1) הפגיעה בזכות צריכה להיעשות בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק; (2) החוק צריך להלום את ערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית; (3) החוק נחקק למטרה ראויה; (4) הפגיעה בזכות אינה עולה על הנדרש.

120. עוד חשוב לציין בהקשר זה, כי לכנסת – כראשונה מבין הרשויות – מוקנה מרחב תמרון לבחור באמצעי הראוי בעיניה כדי להגשים את התכלית שביסוד החוק. בהתאם, הלכה היא כי בית-המשפט ייטה שלא להתערב בחקיקה ראשית של הכנסת, אלא במקרים קיצוניים במיוחד. רק כאשר האמצעי שנבחר "חורג באופן ניכר

¹⁰³ ס' 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

¹⁰⁴ בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 470 (1994); בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, פ"ד נח(4) 842, בפס" 1 לפסק דינה של השופטת ד' דורנר (2004).

¹⁰⁵ ס' 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

¹⁰⁶ חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.

מגדריו של מרחב התמרון החקיקתי הנתון לו והוא בלתי מידתי באופן ברור",¹⁰⁷ יתערב בית-המשפט בתוכנו של חוק.

121. על-בסיס כל אלה, נראה להלן כי תנאי 12 החודשים צולח – ובבטחה – את ארבעת מבחני פסקת ההגבלה, ומשכך – גם לגופה – יש לדחות את העתירה.

ה(1). מכוח חוק

122. פסקת ההגבלה קובעת כי כל פגיעה בזכויות יסוד מוגנות תיעשה בחוק או לפי הסמכה מפורשת בחוק.¹⁰⁸ אין חולק כי הוועדה פועלת מכוח התוספת השישית לפקודת בריאות העם משנת 2014, שנוסחה זהה לחוזר מספר 16/2014 של משרד הבריאות. סעיפי החוזר, המעוגנים בחוק, מהווים נורמה כללית ואינם רטרואקטיביים, אינם שרירותיים כמפורט בהרחבה,¹⁰⁹ ומגובים בהמלצות רפואיות נרחבות.¹¹⁰ בהתאם, ניכר כי מתקיים תנאי זה בענייננו.

123. בהקשר זה, טוענת העותרת כי מהסיבה שאין קריטריונים להפעלת שיקול-דעתה של הוועדה – אין מדובר בפגיעה מכוח חוק, אך אין לטענה זו על מה לסמוך מכמה טעמים:

124. ראשית, העותרת טוענת למעשה, כי שיקול הדעת הרחב שהוקנה לוועדה סותר את עיקרון חוקיות המנהל ועיקרון ההסדרים הראשוניים. דא עקא; שני כללים אלה עוסקים במקרה שבו מחוקק המשנה מתקין הסדרים החורגים מהסמכות שהחוק הקנה לו.¹¹¹ אין בשני כללים אלה כל קשר לנסיבות האמורות, שבו החוק הוא זה שמקנה שיקול דעת רחב לוועדה מנהלית, המפעילה סמכות ביצועית. לגבי הוועדה, חזקה כי תפעיל את שיקול דעתה כדין, ותשקול שיקולים ענייניים ולא זרים.¹¹² ובכל מקרה, אין בשיקול הדעת שהוקנה בחקיקה ראשית כדי להעמיד כל פגם בנוגע למבחן הראשון מפסקת ההגבלה.

125. שנית, על-פי הדין, יש ליתן פרשנות רחבה לסעיפי הסמכה כלליים – דוגמת אלה שבחוק הנדון – המעניקים שיקול-דעת רחב לגורמים בעלי מומחיות מיוחדת. זאת מהסיבה שבית-המשפט נוטה על-פי רוב לתת פירוש רחב לסמכות המנהלית, באופן שיש בו כדי לשרת את המטרה המסתברת של החוק.¹¹³

126. דוגמה בולטת לכך מצויה בפסק-הדין אלון נ' השירות למען הילד, משרד העבודה והרווחה.¹¹⁴ פסק-דין זה עוסק באימוץ ילדים והמנגנון הבירוקרטי לאימוץ המוסדר בחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981. חוק אימוץ ילדים אינו מסדיר את הפעילות ואת שיקול-הדעת של פקידי הסעד – שבפועל מהווים את המרכיב העיקרי במנגון האימוץ. לנוכח זאת, הוגשה עתירה שתקפה את שיקול-הדעת הרחב שמוקנה לפקידי הסעד. בית המשפט העליון דחה את העתירה, בציינו כי פעילותם של פקידי הסעד משרתת את מטרת החוק ואת טובת הכלל, ועדיף לתת פירוש רחב מאוד להוראת החוק.¹¹⁵ המדינה סבורה שכך מתבקש להכריע לעניין זה גם בנושא דיוננו.

¹⁰⁷ בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 623 (2009).

¹⁰⁸ ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו.

¹⁰⁹ ראו פרק ב(4) "תכלית התנאי".

¹¹⁰ ראו פרק ד(1) "ניתוח לשינוי מין – טיפול אלקטיבי".

¹¹¹ ראו למשל: בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל בפס' 4 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו 2.7.14).

¹¹² ראו למשל לעניין זה: ע"ב 2/84 ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד לט(2) 225, 314 (1985); עת"מ (מחוזי-ירושלים) 13-06-16421-06 עמר נ' לשכת עורכי הדין, פס" 34 (1.8.2013);

¹¹³ יצחק זמיר משפט וממשל א כרך א' בעמ' 96 (1992).

¹¹⁴ בג"ץ 415/89, מרים אלון נגד השירות למען הילד, משרד העבודה והרווחה פ"ד מג(2) 786 (פורסם בנבו, 26.10.93).

¹¹⁵ יצחק זמיר משפט וממשל א כרך א' בעמ' 96 (1992).

ה(2). הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

127. התנאי השני בפסקת ההגבלה הוא כי דבר החקיקה צריך להלום " את ערכיה של מדינת ישראל".¹¹⁶ מטרה ראויה היא מטרה ההולמת את ערכיה של החברה כחברה דמוקרטית. במדינת ישראל ערכים אלה הם ערכיה השלובים "כמדינה יהודית ודמוקרטית".¹¹⁷

128. ראשית, נדון ב"הלימת ערכי המדינה כיהודית". הפסיקה קבעה כי במסגרת בחינת הלימותו של החוק לערכים אלה, יש לבחון אך את מאפייני הליבה של היהדות כגון: רוב יהודי, שפה עברית, חוק השבות, סמלים וחגים יהודיים.¹¹⁸

129. לעניין זה, טענות העותרת לכך שהתנאי אינו "הולם את ערכי מדינת ישראל כיהודית" לוקות בכשל לוגי. זאת מהסיבה שהעותרת, מחד גיסא, הציגה מספר כללי הלכה יהודית, כגון "האיסור על ביצוע סירוס" וש"כל אדם נולד כפי שהוא מתוך רצון של בורא עולם ואין לשנותו". הלכות אלו, כאמור, מורות כנגד ביצוע הניתוח לשינוי מין. מאידך גיסא, טוענת העותרת לאורך כל דבריה, כי התנאי "מקשה ומהווה מחסום בפני המבקשים לבצע את הניתוח", לכן, על-פי דבריה התנאי דווקא הולם את ערכיה היהודים של מדינת ישראל.

130. בהמשך לכך, העותרת טענה לחילוקי דעות בין הפוסקים השונים, אשר לדעתה מעידים על הבנת החשיבות לביצוע הניתוח, ומכאן, הניתוח מתיישב עם ערכיה היהודים של ישראל. אולם, המדינה אינה חולקת עם העובדה כי הניתוח חשוב, שכן בדיוק בשל כך השכילה להסדיר את ביצוע הניתוח, ואף החליטה כי הוא יתבצע במימונה. התנאי האמור אינו מהווה חוצץ בפני מבקשי ביצוע הניתוח, כי אם שלב רפואי הכרחי בדרך לביצועו, מתוך דאגה לציבור הטרנסג'נדרים ולכן, התנאי הולם ומחזק את ערכיה היהודים של מדינת ישראל.

מהאמור נלמד כי העותרת לא רק שלא הוכיחה פגיעה בערכיה היהודים של מדינת ישראל כי אם טענה מדוע התנאי דווקא הולם אותם.

131. לעניין הלימת התנאי לערכיה של המדינה כדמוקרטית, נראה כי התנאי אינו סותר את הדמוקרטיה במובנה הפורמאלי, לא כל שכן, את הדמוקרטיה במובנה המהותי. נושא זה נדון לעיל בהרחבה, ואין למדינה מה להוסיף מעבר לכך.¹¹⁹

כן יצוין, כי אין לקבל את דרך הניתוח האנליטית שהוצעה לסוגיה זו בעתירה. העותרת, טוענת למעשה כי אותן פגיעות בזכויות חוקתיות – אשר הוכחתן מהווה את "כרטיס הכניסה" לבחינת חוקתיות החוק – מוכיחות למעשה את אי-הלימותו של התנאי לערכיה הדמוקרטיים של המדינה. זאת, כאשר קביעה כי חוק אינו הולם את ערכי המדינה כדמוקרטית מחייבת את הקביעה כי חוק זה אינו חוקתי, בהינתן שהמבחנים בפסקת ההגבלה הם מצטברים. מהאמור עולה, איפוא, כי בהתאם לניתוח החוקתי המוצג בעתירה, כל פגיעה בזכות חוקתית – היה ותוכח – תוביל למעשה באופן אוטומטי לביטולו של החוק, שכן פגיעות אלה מוכיחות שהחוק אינו הולם את ערכיה הדמוקרטיים של המדינה. ברור כי לא לכך התכוון המחוקק, והדברים ברורים.

ה(3). תכלית ראויה

132. התנאי השלישי של פסקת ההגבלה הוא כי הפגיעה נעשתה לתכלית ראויה.¹²⁰ במסגרת בחינת תכלית החקיקה, יש להידרש לשתי שאלות משנה: האחת, עניינה סוג המטרות המצדיקות פגיעה בזכות חוקתית; והשנייה, עניינה במידת הנחיצות או הדחיפות בהגשמתן של מטרות אלה.¹²¹

¹¹⁶ מידתיות, בעמ' 295.

¹¹⁷ ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו.

¹¹⁸ א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי, פ"ד נו(4) 1, בפס' 12 לפסק דינו של השופט אהרון ברק (פורסם בנבו, 15.5.2003).

¹¹⁹ ראו פרק ד "בחינת הפגיעה בזכויות החוקתיות".

133. היות שכבר עמדנו לעיל, ובהרחבה, על תכליתו של תנאי הניסיון, נזכיר אך בתמצית מדוע לא יכול להיות עוררין כי התנאי ממלא דרישה זו. ראשית, על-פי הפסיקה, מטרה ראויה לפגיעה בזכויות אדם היא מטרה הנוגעת להגנה על זכויות אדם אחרות המתנגשות.¹²² שכן במקרים רבים זכויות אדם מתנגשות למול זכויות אדם אחרות או אינטרסים אחרים שעשויים להיפגע במסגרת הרצון לקדם ולהגן על הזכות ה"חדשה".¹²³

134. בדמוקרטיה המודרנית יש לרשויות השלטון תפקיד כפול: הראשון, מניעת פגיעה בזכויות חוקתיות – ההיבט ה"שילי" של הזכות החוקתית;¹²⁴ השני, הגנה ושמירה על הזכויות החוקתיות – ההיבט ה"חיובי".¹²⁵ שני ההיבטים גם יחד מהווים ביטוי לחובת המדינה כלפי אזרחיה. לפיכך, מוטלת על המדינה חובה חוקתית מתמדת להגן על זכויות אדם. במרבית המקרים, המדינה אינה יכולה להגשים חובה זו ללא פגיעה כלשהי בזכויות אדם.¹²⁶ כך, בהתאם לדוגמה שניתנה קודם, רמזור אדום מוביל לפגיעה בחופש התנועה, על אף שאין עוררין כי מדובר בפגיעה חוקתית, בהינתן שהרמזור מגן על הזכות לחיים ועל ביטחון האזרחים.

135. לענייננו, סקרנו בפרק ב(4) לתגובה זו את התכליות העומדות בבסיס התנאי הדורש ניסיון בזהות המגדרית המבוקשת.¹²⁷ תכליות אלו מבקשות, בראש ובראשונה, להגן על זכויות המטופלים לביטחון הגוף והנפש, לבריאות, לכבוד, לשוויון וזכויות ואינטרסים נוספים. התנאי מבקש להגשים הגנה זו דרך מתן תקופת זמן במהלכה יוכל המטופל לבחון את השאלה האם הניתוח מהווה את הפתרון האידאלי למצוקתו; לאפשר לצוות המלווה להעריך, לאבחן ולטפל במצוקות נוספות; לאפשר למטופל לבסס את קשריו החברתיים בזהותו החדשה; ולאפשר למטופל לרכוש ידע על העתיד לבוא; וכיוצא באלה.

136. נוסף לכך, יש לתנאי זה גם תכליות ציבוריות כדוגמת: סטנדרט הבריאות במערכת הציבורית מחייב את המדינה לנקוט אמות-מידה ברורות ואחידות כלפי המטופלים במערכת הציבורית; ואינטרסים כלכליים של חיסכון לקופה הציבורית. אינטרסים אלה מחייבים את המדינה להתנות את מימון הניתוחים בתנאים שיבטיחו היעדר בזבוז. מכל הטעמים האלו, המדינה סוברת שהתכליות בבסיס התנאי מצדיקות פגיעה בזכויות חוקתיות.

137. ונזכיר, כי בהינתן שתכלית תנאי ההתנסות היא תכלית ראויה במיוחד, ומדובר בתכלית ברמת קונקרטיזציה גבוהה, נטיית בתי המשפט תהיה שלא להתערב באמצעים שבהם בחר המחוקק לעשות שימוש במטרה להגשימה.

ה(4). מבחני המידתיות

138. התנאי הרביעי מפסקת ההגבלה דורש כי הפגיעה בזכות החוקתית תהא "במידה שאינה עולה על הנדרש".¹²⁸ הפסיקה קבעה שלושה מבחני-משנה לדרישת המידתיות: (1) מבחן הקשר הרציונאלי; (2) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; (3) ומבחן המידתיות "במובן הצר".¹²⁹ להלן נבחן את אלו כסדרם.

מבחן הקשר הרציונאלי

139. מבחן זה מבקש לוודא כי האמצעי שהחוק נקט בו מתאים להגשמתה של המטרה המבוקשת, בחירת האמצעי נעשתה על סמך שיקולים רציונאליים, והאמצעי שנבחר אינו שרירותי.¹³⁰ במסגרת זו, יש לבחון אם האמצעי

¹²⁰ בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, בפס' 3 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 10.2.2004).

¹²¹ מידתיות, עמ' 301.

¹²² שם, עמ' 305.

¹²³ שם, עמ' 324.

¹²⁴ אהרון ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 361 (1994).

¹²⁵ David P. Currie, *Positive and Negative Constitutional Rights*, 53 U. CHI. L. REV. 864 (1986); ALASTAIR MOWBRAY, *THE DEVELOPMENT OF POSITIVE OBLIGATIONS UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS* (2004).

¹²⁶ מידתיות, עמ' 307.

¹²⁷ ראו פרק ב(4) "תכלית התנאי".

¹²⁸ ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו.

¹²⁹ ראו למשל: בג"ץ 6893/05 הרב לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 890 (2005).

נבחר בהסתמך על עובדות, ואם יש בעובדות אלה כדי להגשים את התכלית.¹³¹ קיומו של קשר רציונאלי נבחן על-פי "מבחן התוצאה".¹³²

140. תנאי 12 החודשים צולח – ובקלות – מבחן זה.

141. ראשית, לא ניתן לטעון – בשום אופן – כי התנאי שרירותי. כאמור, התנאי מיושם כדרישה מקדמית לניתוח במספר מדינות בעולם והוא מומלץ על-ידי האגודה הראשית לזכויות הטרנסג'נדרים ועל-ידי מומחים בתחום הרפואה.¹³³ תקופת הניסיון למשך שנה אחת מאפשרת למטופל להיחשף לקשת רחבה של אירועים, ובכך מוגשמת בצורה מיטבית אחת מן התכליות שבבסיס התנאי – מתן אפשרות למטופל להגיע למסקנה האם הניתוח מתאים לו, ומהווה את הפיתרון האידיאלי לריפוי למצוקתו.

142. בהמשך לכך, התיקון הנוכחי קיצר את פרק הזמן המבוקש בחצי (מ-24 חודשים ל-12 חודשים) ואף הקנה לוועדה את הסמכות לקצר תקופה זו: "הוועדה רשאית על-פי שיקול דעתה הרפואי לשנות ובכלל זה לקצר את התקופה האמורה".¹³⁴ כלומר, הוועדה בוחנת באופן מהותי כל מקרה לגופו ובכך ניתן לראות ראייה נוספת לכך שאין מדובר בתנאי שרירותי.

143. נבקש להזכיר לעניין זה כי לא נדרש שהאמצעי שנבחר יגשים באופן מוחלט את המטרה,¹³⁵ אלא מספיק כי ההגשמה תהא במידה נאותה של הסתברות. באספקלריה זו, ובשים לב לחשיבות שבתקופת הניסיון עליה עמדנו לעיל –¹³⁶ בחינת רצינות מבקשי הניתוח, סינון הבלתי-מתאימים, תקופה המאפשרת "יציאה מהארון" וחשיפה להשלכות החברתיות והאישיות מהחברים והמשפחה הקרובה – אין עוררין כי התנאי מגשים תכלית זו.

144. שנית, במבחן התוצאה, מחקרים הראו כי ישנם מקרים רבים אשר בהם המטופלים סבלו מההשלכות הרבות של ביצוע הניתוח לשינוי מין.¹³⁷ לעומת זאת, אין אנו עדים להשלכות שליליות שנוצרו כתוצאה מביצוע הניתוח לשינוי מין, לאחר שהתבצעה תקופת הניסיון הנדרשת. לפיכך, ניתן לשער כי אילו היה מתבצע הניתוח ללא תנאי הניסיון, היינו עדים לפגיעות נרחבות יותר בזכויות המטופלים. משכך, תנאי הניסיון מהווה את האמצעי המתאים למימוש התכלית.

145. כמו-כן, כפי שפורט ביחס לאי-בשלותה של העתירה,¹³⁸ הרי שהעתירה מתייחסת להשלכות האפשריות של התנאי, לגביהן נטען כי תפגענה בזכויות חוקתיות או שמא התנאי לא יממש את תכליתו. אלא שהטענות לעניין תוצאותיו הלכאוריות של החוק לא נתמכו בעובדות, בנתונים או ביותר מאשר דוגמה אחת בלבד. גם עובדה זו מוכיחה, מזווית נוספת, כי אכן החוק במתכונתו הנוכחית הוא האמצעי המתאים והראוי ביותר לקדם את תכליתו.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

146. על-פי מבחן זה, על המחוקק לבחור, מבין האמצעים העומדים לרשותו ואשר יש ביכולתם להגשים את התכלית, באמצעי שפגיעתו בזכות-האדם היא פחותה ככל האפשר. אין הכרח כי האמצעי הנבחר יפגע בזכויות האזרח ברמה המזערית ביותר, בלא קשר לתכלית המבוקשת, אלא די שיהיה מידתי ביחס למטרה המבוקשת ולא יפגע

¹³⁰ בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון, פס' 29 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 12.2.2006).

¹³¹ מידתיות, בעמ' 382.

¹³² בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, בפס' 58 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 11.5.2006).

¹³³ ראו פרק ב(5) "תנאי 12 חודשי ניסיון – תנאי המקובל בעולם".

¹³⁴ ס' 4.2.4 לחוזר מנהל הרפואה.

¹³⁵ בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, בפס' 58 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 11.5.2006).

¹³⁶ ראו פרק ב(4) "תכלית התנאי".

¹³⁷ ראו פרק ב(2) "הקמת הוועדה הרב-מקצועית לניתוחים לשינוי מין של משרד הבריאות".

¹³⁸ ראו פרק ג "העתירה אינה בשלה להכרעה".

פגיעה עודפת בצורה בלתי-הכרחית ביחס לתכלית המבוקשת.¹³⁹ כפי שנראה להלן, אין בנמצא אמצעי אחר, מלבד תנאי הניסיון, שיכול להגשים את התכלית שביסודו כפי שהיא מוגשמת כיום, בוודאי ברמת הצלחה דומה או אף קרובה. נדגים זאת דרך מספר דוגמאות, ובעיקר האמצעים החלופיים שהציעה העותרת, ונראה כי אין בהם כדי לשנות ממסקנה זו.

147. אפשרות אחת – קיצור תקופת הניסיון הנדרשת מ-12 חודשים לתקופה קצרה יותר; מה פשוט ומתבקש מלקצר את אורך תקופת ההתנסות – לחצי שנה למשל. דא עקא; קיצור מעין זה יסכל את הגשמת תכלית התנאי. ראשית, יש לעמוד על כך שבכל קביעת פרמטר אשר קובע קו גבול ברור, נהוגות להישמע טענות אשר כופרות בתקינות קו הגבול שנקבע. השופט חשין התייחס לטענות מסוג זה בעניין קיבוץ יחיעם באומרו:

"בהצבתו של גבול להבדיל בין לבין, לעולם עשויה שתתעורר שאלה מדוע זה נקבע הגבול כפי שנקבע – כך ולא אחרת. קושי זה קושי מובנה הוא בכל נושא שעניינו זמנים, מישקלות ומידות. כך הוא באשר להתיישנות, כך הוא באשר לגיל וכך הוא באשר למישקל. לו נקבעה אמת מידה של עשרה ק"מ כי אז היו מעלים שאלה וטרוניה יישובי האחד-עשר ק"מ, ולו נקבע גבול של שמונה ק"מ, כי אז היו באים בטרוניה יישובי התשעה ק"מ".¹⁴⁰

כלומר, כאשר עוסקים בטענה מסוג זה, יש לקחת בחשבון שגם הזאת קו הגבול תעורר טרוניות חדשות. זוהי אופייה של קביעה מסוג זה, ומשעה שנחיצותו של התנאי אינה מוטלת בספק, טענות בדבר משך התקופה אינן ממין העניין.

148. שנית, יש לזכור כי במסגרת התיקון לחוזר מנהל הרפואה בשנת 2014, קוצרה תקופת הניסיון הנדרשת מ-24 חודשים ל-12 חודשים. בהתאם לכך, אורך תקופת ההתנסות והתנאי בכללותו הוא בגדר "תיקון מיטיב" (לפחות במובן המהותי). הפסיקה קבעה, כי חרף העובדה שחוק מיטיב חשוף לביקורת שיפוטית, הרי שעל בית-המשפט לנהוג ביתר ריסון בבואו לבחון את חוקתיותו. זאת, במטרה שלא להרתיע את המחוקק מפני תיקונים חקיקתיים מיטבים. עמד על כך השופט קדמי בעניין צמח:

"פתיחת פתח לקיומה של ביקורת חוקתית של חוק מתקן 'מיטיב' תרתיע את המחוקק מתיקון חוקים ישנים בהדרגה ותביא להקפאת החוק הישן כמות שהוא. האינטרס הציבורי מחייב, לדעתי, להותיר פתח פתוח לרווחה: ל'הטבת' הוראות מכבידות של חוק 'ישן' ולקירוב הוראותיו לאלו העומדות באמות-המידה המתקדמות של חוק היסוד".¹⁴¹

לגישת המדינה, משום שעסקינן בתיקון מיטיב וטרם ניתנה הזדמנות ממשית לבחינת התאמתו לצרכי המטופלים, יש להימנע מלהרחיב את הביקורת השיפוטית עליו.

149. לבסוף, קיימת גם חשיבות של ממש בכך שאורך תקופת ההתנסות תעמוד על 12 חודשים – שנה שלמה. במהלך תקופה זו, המטופלים חווים בצורה עקבית ועל-בסיס יומיומי את תפקודם בזהות המגדרית הרצויה בסביבת חייהם, למשל במסגרת לימודית, בעבודה, בפני חברים ומשפחתם ועוד. אילו קוצרה תקופה זו, הרי שהמתנסה לא היה חווה את כלל החוויות השונות והאירועים שעלולים להתרחש לאורך השנה. לדוגמה, יום-הולדת של אדם ספציפי שהמתנסה חושש להיחשף בפניו עם הזהות המגדרית החדשה, אירועים משפחתיים במהלך החגים, טיול עם אנשים מסוימים וכדומה. בכך, קיצור תקופת ניסיון החיים המגדרית לתקופה של פחות משנה, לא היה מגשים במלואו את תכליתו של התנאי.

¹³⁹ בג"ץ 7052/03 המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, בפס' 66 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 14.5.2006).

¹⁴⁰ בג"ץ 5193/99 קיבוץ יחיעם נ' ממשלת ישראל, פס' 5 לפסק דינו של השופט חשין (פורסם בנבו, 7.2.2000).

¹⁴¹ בג"ץ 6055/95 שגיאת צמח נ' שר הביטחון, נג (5) 241, בפס' 4 לפסק דינו של השופט קדמי (1999).

150. אפשרות שנייה – הסכמה מדעת חלף תנאי הניסיון; סעיף 4.2.3 לחוזר מנהל הרפואה דורש את יחתימת המטופל על טופס הסכמה מדעת לניתוח לשינוי מין. לטענת העותרת, מכיוון שהמטופל מודע להשלכות ולסיכונים של הטיפול הנדון והוא חותם על טופס הסכמה מדעת, אין כל צורך בתנאי הניסיון, שכן תכליתו זהה – לוודא כי המטופל מודע להשלכות הניתוח. על-אף שטענה זו שובת לב, אין לקבלה. שכן, לולא ניסיון אישי ובלתי-אמצעי של המטופל בזהותו המגדרית החדשה – ניסיון המוגשם רק באמצעות תנאי הניסיון, לא יהיה למטופל מידע אמיתי על-בסיסו יוכל לקבל את ההחלטה בצורה מלאה. דרך הסברים של אנשי מקצוע, יוכל אמנם החולה להיחשף לפן הרפואי של השלכות הטיפול, אולם לא יוכל הוא להיחשף – בוודאי לא לחוות – את ההשלכות החברתיות של השינוי שהוא עתיד לעבור ולרגשותיו כלפי זהותו החדשה כפי שיתממשו דה-פקטו. וכפי שנאמר: "טוב מְרָאָה עֵינִים מְהֻלָּךְ נָפֵס גַם זֶה הֶבֶל וְרַעוּת רֹחַ"¹⁴².

151. נוסף לכך, טוענת העותרת כי הסכמה מדעת שהוזכרה לעיל, בשילוב אישור פסיכיאטרי והן המלצת פסיכולוג אשר יעידו על יציבותו הנפשית של המטופל, הן מספקות לצורך מתן אישור לביצוע הניתוח – ולא נדרשת תקופת ניסיון. אולם, מטרות המלצת הפסיכולוג הקליני וחוות-הדעת הפסיכיאטרית הן לבחון מספר אספקטים נפשיים של המטופל **במצבו הנוכחי**, אולם אין הן יכולות לאמוד את מצבו הנפשי **לאחר הניתוח**. אישורים אלה ותקופת הניסיון הן שתי בחינות שונות המבקשות לענות על שאלות שונות, הראשונה את מידת יציבותו הנפשית של המטופל והשנייה את מידת מוכנותו לביצוע הניתוח – האחת צופה פני הווה והאחרת צופה פני עתיד. רק בעזרת ביצוע ה"בדיקה המשולשת", כדברי העותרת – תוכל להינתן תמונת המצב המקיפה והשלמה ביותר אודות מוכנותו הנפשית של המטופל לצורך ביצוע הניתוח.

152. ומזווית אחרת: דרישת הסכמתו מדעת של החולה, לטיפול שהוא עתיד לקבל, ידועה ומוכרת בשיטתנו המשפטית.¹⁴³ הגישה המקובלת כיום לבחינת ההסכמה מדעת היא "אסכולת שיתוף הפעולה". אסכולה זו רואה במערכת היחסים בין הרופא לחולה מעין הסדר חוזי. תפקיד הרופא הוא לספק מידע לצורך קבלת ההחלטה לחולה ועל השניים לקבל החלטה בצוותא.¹⁴⁴

153. "גישת שיתוף הפעולה" מצאה ביטוייה בדין הישראלי בסעיפים 13 ו-14 לחוק זכויות החולה. בסעיפים אלה נקבעה הדרישה להסכמה מדעת הקובעת שהסכמת החולה אינה יכולה להתבטא באישור שרירותי מצדו, אלא עליו להיות כרוך בהבנה ממשית של החולה. ברור כי אין המטופל בקיא ברזי מחלתו כמטפלו, ואולם על המטפל להבהיר למטופל כמיטב יכולתו מהם הסיכונים והסיכויים הכרוכים בטיפול, ומהן האלטרנטיבות השונות העומדות בפניו.¹⁴⁵ לעניין זה, נציין שאם אכן יוכרע כי עסקינן בניתוח אלקטיבי, אזי הפסיקה הכירה בכך שההסבר הנדרש לקבלת הסכמה מדעת לניתוח אלקטיבי, נכלל ברף העליון של חובת הגילוי.¹⁴⁶

154. בשונה מטיפולים אחרים אשר במסגרתם אם מסכים החולה לטיפול המוצע – הוא מציג טופס הסכמה מדעת למוסד הרפואי; בענייננו, המטופל מלווה במהלך תקופת הניסיון בוועדת מומחים שתפקידה לעקוב, לתמוך ולסייע למטופל, ומתוך כך להביא לידיעתו מידע אודות עתידו לאחר הניתוח, ולעזור לו להפנים אותו. **ללא תקופת 12 החודשים והליווי והתמיכה של הצוות הרפואי במהלכה, תימנע מן החולה האפשרות לקבל החלטה מושכלת, כנדרש לצורך הסכמתו מדעת**. משום כך, נקבע בחוזר מנהל הרפואה שאישור הוועדה – ובכלל זה קבלתה את הסכמתו מדעת של המטופל – תינתן רק לאחר תקופת הניסיון.¹⁴⁷ זאת, מתוך תפיסה לפיה טרם

¹⁴² קהלת ו ט.

¹⁴³ עופר קפלן, "הסכמה מדעת בטיפול רפואי", רפואה ומשפט 118 28 (2003); סעי' 13 לחוק זכויות החולה התשנ"ו-1996.

¹⁴⁴ אליקים רובינשטיין "על הרפואה ועולם המשפט בישראל" ספרי נתיבי ממשל ומשפט 305, 308 (תשס"ג-2003).

¹⁴⁵ ע"א 09/1303 מרגלית קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, בעמ' 103 (פורסם בנבו, 5.3.2012).

¹⁴⁶ ע"א 6153/97 יובל שטנדל נ' פרופ' יעקב שדה, נו (4) 746 בפס' 12 לפסק הדין, מפני השופטת דליה דורנר, ובהסכמת השופטים יעקב טירקל ומרים נאור (פורסם בנבו, 11.06.2002).

¹⁴⁷ ס' 4.2.2 לחוזר מנהל הרפואה. קובע כי הסכמת הוועדה תינתן אך לאחר מילוי התנאים הקבועים בחוזר, וביניהם, העמידה בתנאי הניסיון הקבוע בס' 4.2.4 לחוזר.

מעבר מלא של התקופה, לא סיים הצוות המקצועי את מלאכתו - להביא בפני המטופל את כל האינפורמציה הדרושה לשם החלטתו, והמטופל בתורו נעדר מידע מספק לשם כך.

155. אפשרות שלישית – המלצה ולא תנאי; האמור לעיל, בהתייחס לחשיבות ניסיון המטופל בזהות המגדרית המבוקשת, יפה גם לטענת העותרת בדבר הצבת התנאי כהמלצה ולא כחובה. אלא שכאמור, לא הרופא ולא המטופל יוכלו לבצע החלטה מושכלת לנוכח "המלצה" בלבד, שכן אין בידיהם את הכלים והניסיון להחליט האם מבקש הטיפול אכן רוצה, מתאים וצריך לעבור את הניתוח.

156. אם כן, התנאי האמור הוא דרישה רפואית מקדמית לשם ביצוע ניתוח, שחשיבותו הוצגה בהרחבה לעיל.¹⁴⁸ אין עסקינן בתנאי שהמטופל יכול להתנות האם ברצונו לבצעו או שמא לא, בדיוק כפי שחולה אינו יכול "לדרוש" ממנתח לעבור ניתוח לייזר ללא בדיקת ראייה.

157. אפשרות רביעית – תקופת ניסיון יחסית; עוד טוענת העותרת, כי אורך התקופה צריכה להלוך את המטופל הקונקרטי. המדינה מסכימה לכך. לכן, השכיל המחוקק להעניק סמכות לוועדה לקצר את אורך תקופת הניסיון, לפי שיקול-דעת הוועדה ובהתאם לנסיבות המקרה, כפי שפורט לעיל.¹⁴⁹

מבחן המידתיות במובן הצר

158. במסגרת מבחן המידתיות השלישי, יש לאזן בין התועלת הנובעת מהגשמת התכלית לבין הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית. האמצעי שנבחר על-ידי המחוקק צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות אדם חוקתית.¹⁵⁰ יצוין, כי שיעור התועלת מחד ושיעור הנזק מאידך אינם נבחנים במונחים אבסולטיים. הבחינה מתרכזת בהשוואה בין "משקלה של התוספת השולית של המטרה הראויה לבין משקלה של התוספת השולית של הפגיעה בזכות החוקתית".¹⁵¹ קרי, התועלת כתוצאה מהתכלית והנזק כתוצאה מהפגיעה בזכות נבחנים בראי המצב ששרר עובר לחקיקת החוק העומד לבחינה חוקתית.¹⁵²

159. בהתאם, ולצורך הבחינה אם תנאי הניסיון עומד במבחן זה, נבצע השוואה בין המצב לפני חקיקת החוק לבין זה שנוצר אחריו. לשם כך, נבקש לבחון שלוש תקופות זמן שונות, כדי להדגים כיצד התקדמות הדין לאורך השנים הלכה והיטיבה עם קהילת הטרנסגינדרים בעניין זה, ובד בבד הגדילה את התועלת החברתית המצרפית.

160. התקופה ראשונה – עד שנת 1986: טרם תקופה זו, לא הוסדרו הניתוחים לשינוי מין בחקיקה בישראל. במצב דברים זה, הניתוח וההורמונים לא היו כלולים בסל הבריאות ולכן מבקש הטיפול היה נאלץ לשלם מכיסו – הון עתק – כדי לעבור ניתוח זה. המדינה לא סיפקה מענה לטרנסגינדרים שביקשו לעבור את הניתוח, ונמנע מהם לממש את זכויותיהם בעניין זה. בהתאם לכך, רק בפני בעלי אמצעים כלכליים עמדה האפשרות לעבור את ההליך.

161. התקופה השנייה – 1986–2014: חוזר מנהל הרפואה מספר 39/1986 הסדיר לראשונה את ביצועם של ניתוחים לשינוי מין בישראל. חוזר זה נחשב כמהפכני בגישתו הליברלית, בתקופה דאז, וניסה לתת מענה הולם לצרכיהם של טרנסגינדרים אשר ביקשו לעבור את הניתוח לשינוי המין. ניתן להסיק כי עצם הכללתו של ניתוח זה ומימון נטילת ההורמונים בסל הבריאות, היוו הכרה משמעותית של מדינת ישראל בצרכיהם של מבקשי הניתוח בפרט ושל אוכלוסייה זו בכלל. לראשונה, ניתן היה לממש את זכויותיהם של אוכלוסיית הטרנסגינדרים בעניין זה בישראל ואף במימון מדינתי.

¹⁴⁸ ראו פרק ב(4) "תכלית התנאי".

¹⁴⁹ ראו פרק ב(3) "שיקול דעת הוועדה והביקורת השיפוטית שיש להפעיל על החלטותיה".

¹⁵⁰ בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 270 (1999); בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 668 (2002); בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, בפס"י 50 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 19.11.2009).

¹⁵¹ בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(4) 44, פס"י 14 לפסק דינו של כב' השופט גיוראן (11.1.2012).

¹⁵² שם. וראו בנוסף: מידתיות, בעמ' 433-435; בג"ץ 2056/94 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 851 (2004).

162. מנגד, יש לשקול מהי תוספת הנזק שגרם חוק זה לזכויות הטרנסג'נדרים הנכללים בגדר מבקשי הטיפול. יש שיטענו כי התנאים בחוזר משנת 1986 הם פטרנליסטים, בכך שהם מתנים את הטיפול במעבר שלל משוכות. נוסף על האמור, תקופת הזמן שנדרשה בפרק ניסיון החיים בזהות המגדרית המבוקשת עמד על 24 חודשים ויש שראו בתנאי זה כפגיעה בלתי-מידתית בזכויות המטופלים.

163. כנגד טיעון זה, יש לקחת בחשבון כי טרם הסדרת הנושא בשנת 1986, כאמור, המבקש לבצע את הניתוח היה נאלץ לשלם סכומי עתק כדי לבצע אותו ולא ניתן היה לבצעו בישראל באותה התקופה. קרי, **האפשרות היחידה** שעמדה לרשות מבקשי הניתוח הייתה לטוס למדינה אחרת לשם עריכתו. המדינה מבקשת להזכיר כי אפשרות זו – לעבור את הניתוח מחוץ לישראל וכך לא להידרש לתנאים הקובעים בחוק – עדיין שרירה וקיימת. אלו החשים כי ההסדר בחוזר אינו מועיל להם, יכולים "להתעלם" ממנו ולפעול באותה דרך שהיו פועלים לפני שנחקק, ולעבור את הניתוח מחוץ לישראל. זאת אמרנו, מבלי לחוות-דעתנו על כדאיות מהלך זה.

164. התקופה השלישית – שנת 2014 ואילך: בשנת 2014 עודכן החוזר בעקבות התמורות שחלו בתפיסות הקליניות ובהבנת הצרכים של אנשים בעלי דיספוריה מגדרית.¹⁵³ בחוזר המעודכן חלו מספר שינויים אשר ביקשו לשמר את תכלית ההסדר, תוך ניסיון להקל עם חברי הקהילה החפצים לעבור את הניתוח. כך, הגיל המינימלי לביצוע הניתוח ירד מ-21 שנים ל-18 שנים בלבד, הניתוח אינו מותנה עוד בנטילת הורמונים, ובקביעת הנהלים הפנימיים של הוועדה שותפה גם נציגת הציבור של קהילת הטרנסג'נדרים.

165. לענייננו, החל משנת 2014, כאמור, צומצמה דרישת הניסיון המוכח מ-24 החודשים ל-12 חודשים, וניתנה לוועדה סמכות שבשיקול-דעת לקצר את התקופה האמורה. התיקון הנוכחי מציג, איפוא, גרסה ליברלית יותר ונכתב מתוך חשיבה עמוקה ושקלול המלצות רפואיות ההולמות את צרכי המטופלים. נזכיר, כי בעת שעסקין במבחן "תוספת הנזק והתועלת השוליות" יש לבחון מהי מידת התועלת שצמחה מחיקוק זה, לצורך עמידה בתכליתו ומהי התוספת לנזק שנגרמה כתוצאה ממנו. כפי שהזכרנו לעיל, מדובר בתיקון מיטיב, וככזה – שומה על בית-המשפט להתערב בתוכנו במשורה.¹⁵⁴ עם זאת, לגופו של עניין ניתן לראות שהדרישה החדשה עומדת במבחן המידתיות במובן הצר, משום שהנזק שגורם התנאי קטן בהרבה מהתועלת הצומחת ממנו. ודוק, קשה להלום טענה לפיה התיקון משנת 2014 **פוגע יותר** בזכויות אדם מאשר התיקון שחל בשנת 1986, שכן התנאים שעודכנו מציגים **גישה מקלה יותר** לתנאי ביצוע הניתוח.

166. שנית, וזה עיקרו של עניין – כפי שהצגנו לעיל, תכליתו העיקרית של התנאי היא ההגנה על זכויות המטופלים.¹⁵⁵ יש לזכור, **כי מדובר בניתוח מסוכן ובלתי-הפיך**, אשר השלכותיו על חיי העוברים אותו הן רחבות היקף. התועלת שמשגיג התנאי היא שמירת זכויות המטופל, כך שבאמצעות פרק הזמן המוקצה לבחינת השלכות הניתוח ולאיסוף מידע בעניין, **מוגנות הלכה למעשה זכויותיו של המטופל מפני פגיעה עודפת** בביטחונו הפיזי והנפשי, בחירות הבחירה שלו, בחופש הביטוי שלו, וכיוצא באלה.

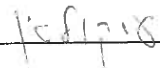
167. לבסוף, יש לזכור כי בנוסף להגנת זכויות המטופל, מבקשת המדינה בקביעתה דרישה זו, להגן גם על אינטרסים ציבוריים אחרים כמו ההגנה הרוחבית על זכויות אזרחיה, הבטחת איכות הטיפול הנדרשת ממערכת הבריאות הציבורית ושמירה על ניהול תקין של הקופה הציבורית. משכך, וגם אם ייקבע שהתנאי פוגע בזכויות אדם, יותר מאשר מגן עליהן, הרי **כי יש באינטרסים הנוספים עליהם המדינה מבקשת להגן כדי להטות את הכף לעבר חוקיות התנאי**.

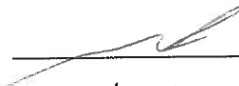
¹⁵³ ס' 1 לחוזר מנהל הרפואה.
¹⁵⁴ ראו פרק ה(4) "מבחני המידתיות".
¹⁵⁵ ראו פרק ב(4) "תכלית התנאי".


ו. סוף דבר

168. ניתוח לשינוי מין הוא הליך רפואי מסובך ומסוכן, שהשפעותיו על המטופל הן רחבות היקף. לפיכך, יש להקפיד כי מי שמבקשים לעבור אותו יעשו כן רק לאחר שקיבלו הכוונה מקצועית מספקת, נבחנה מוכנותם והם ביצעו את תקופת ההתנסות הנדונה, אשר תכליתה לשמור על בריאות מבקשי הניתוח. אחרת, קיים חשש סביר כי ביצוע הניתוח יסב למנותח יותר נזק מאשר תועלת.

169. אשר על כן, מתבקש בית-המשפט הנכבד לדחות את העתירה – על הסף ולחילופין לגופם של דברים.


 עמרי קולטין


 סתיו לביא
 באי-כוח המשיבים


 אוהד טואטי

בג"ץ תגובה - רשימת אסמכתאות ומקורות

חקיקה

- [1] [משרד הבריאות, חוזר מנהל הרפואה 16/2016 ניתוחים לשינוי מין \(12.5.2014\).](#)
- [2] חוק העונשין, התשל"ז-1977.
- [3] חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991.
- [4] [משרד הבריאות, חוזר מינהל הרפואה 33/2013 קווים מנחים לביצוע ניתוחים בריאטרים במבוגרים \(17.10.2013\).](#)
- [5] [משרד הבריאות, חוזר מנהל הרפואה 17/2015 הוועדה לבחינת מתן אישור על שינוי מין ללא ניתוח \(1.11.2015\).](#)
- [6] חוק ביטוח בריאות ממלכתי תשנ"ד-1994.
- [7] חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- [8] חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.
- [9] חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981.
- [10] משרד הבריאות, חוזר מנהל הרפואה 39/1986 ניתוחים לשינוי מין (1986).

פסיקה

- [1] עע"מ 7357/03 רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים תכנון תאום וניהול פרויקטים בע"מ, פ"ד נט(2) 145, (2004).
- [2] בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, (2005).
- [3] ע"א 1326/07 המר נ' עמית, (פורסם בנבו, 28.5.2012).
- [4] רע"א 13/3527 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, (פורסם בנבו, 29.5.2013).
- [5] רע"א 8000/07 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, (פורסם בנבו, 2.5.2012).
- [6] ע"א 9716/10 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, (פורסם בנבו, 12.1.2011).
- [7] בג"ץ 3071/05 גילה לוזון נ' ממשלת ישראל, סג(1) 1 (2008).
- [8] ת"א (מחוזי-ירושלים) 5412/03 פלוני נ' שרותי בריאות כללית, (22.8.2011).
- [9] בג"ץ 2453/06 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 21.3.2006).
- [10] בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 838 (1999).
- [11] בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 321 (2006).

- [12] בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998)
- [13] בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל, פס' קל"ב (27.3.2016).
- [14] בג"ץ 05/7190 לובל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 18.1.2006)
- [15] בג"ץ 2311/11 אורי סבח ואח' נ' הכנסת ואח (פורסם בנבו, 17.9.2014).
- [16] בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.5.2006).
- [17] בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ 763, 749 (פורסם בנבו, 30.11.1994).
- [18] בג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44 (פורסם בנבו, 11.1.12).
- [19] ע' ארצי 12-11-33066 מכבי שירותי בריאות נ' ילנה גילגור (פורסם בנבו, 19.3.2014).
- [20] רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 367 (2001).
- [21] בג"ץ 2114/12 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 15.8.12).
- [22] בג"ץ 205/94 עקיבא נוף נ' מדינת ישראל-משרד הביטחון (פורסם בנבו, 29.1.1997).
- [23] בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 470, 456 (1994).
- [24] בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, פ"ד נח(4) 842, (2004).
- [25] בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 623, 545 (2009).
- [26] בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו 2.7.14).
- [27] ע"ב 2/84 ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד לט(2) 314, 225 (1985)
- [28] עת"מ (מחוזי-ירושלים) 13-06-16421-06-13 עמר נ' לשכת עורכי הדין (1.8.2013)
- [29] בג"ץ 415/89 מרים אלון נגד השירות למען הילד, משרד העבודה והרווחה (פורסם בנבו, 26.10.93).
- [30] א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי (פורסם בנבו, 15.5.2003).
- [31] בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים (פורסם בנבו, 10.2.2004).
- [32] בג"ץ 6893/05 הרב לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 890 (2005).
- [33] בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 12.2.2006).
- [34] בג"ץ 7052/03 המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 14.5.2006).
- [35] בג"ץ 5193/99 קיבוץ יחיעם נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 7.2.2000).
- [36] בג"ץ 6055/95 שגיא צמח נ' שר הביטחון (1999).
- [37] ע"א 09/1303 מרגלית קדוש נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 5.3.2012).
- [38] ע"א 6153/97 יובל שטנדל נ' פרופ' יעקב שדה (פורסם בנבו, 11.06.2002).
- [39] בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 270, 241 (1999)
- [40] בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 668, 640 (2002)
- [41] בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009).

[42] בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(4) 44 (11.1.2012).

[43] בג"ץ 2056/94 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 851 (2004).

ספרות ומאמרים

- א. [שמואל שמעוני "הכרה משפטית בשינוי מין" מחקרי משפט כח 311 \(2012\).](#)
- ב. [אהרון ברק מידתיות במשפט \(2010\).](#)
- ג. [קרפ, "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח", משפט וממשל א 323, 345 \(תשנ"ג\).](#)
- ד. [גיא מונדלק "זכויות חברתיות כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז 65 \(1998\).](#)
- ה. [אהרון ברק פרשנות במשפט כרך שני \(1993\).](#)
- ו. [יצחק זמיר משפט וממשל א כרך א' \(1992\).](#)
- ז. [אהרון ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית \(1994\).](#)
- ח. [עופר קפלן, "הסכמה מדעת בטיפול רפואי", רפואה ומשפט 28 \(2003\).](#)
- ט. [אליקים רובינשטיין "על הרפואה ועולם המשפט בישראל" ספרי נתיבי ממשל ומשפט 645 \(תשס"ג-2003\).](#)

אחר

1. ["ניתוחים לשינוי מין" אתר משרד הבריאות.](#)
2. [אפק ארנון "ביצוע ניתוח לשינוי מין" משרד הבריאות מינהל הרפואה, מכתב ליושבי ראש הועדות \(24.3.2014\).](#)
3. [מור שמעוני "המסע לחיים לחדשים: איד מבצעים שינוי מין בישראל? וואלה – חדשות הבריאות 4.6.2016.](#)
4. [מרב סריב "המנהיגה הראשונה של הטרנס-גינדרים" הארץ online 6.5.2003.](#)
5. ["ועדה ציבורית להרחבת סל שירותי הבריאות" אתר משרד הבריאות.](#)
6. [אסנת רזיאל "ניתוחים בריאטרים לטיפול בהשמנה חולנית מסייעים לשמור על המשקל גם 10 שנים מאור יותר" המרכז לטיפול בהשמנת יתר.](#)

חקיקה זרה

- [1] [Sweden's Gender Recognition Act \(1972: 119\) as reformed in 2012.](#)
- [2] [Britain's Gender Recognition Act 2004.](#)

פסיקה זרה

- [1] [Texas v. United States, 523 U.S 296 \(1998\).](#)

[2] [Babbitt v. United Farm Workers Nat'l Union, \(442 S.U 298, 289. \(1979\).](#)

ספרות ומאמרים זרים

- A. [Dhejne, Cecilia, et al. "Long-term follow-up of transsexual persons undergoing sex reassignment surgery: cohort study in Sweden." PloS one 6.2 \(2011\): e16885.](#)
- B. [Grant, Jaime M., et al. Injustice at Every Turn: National Transgender Discrimination Survey. WASHINGTON, DC: NATIONAL CENTER FOR TRANSGENDER EQUALITY AND THE NATIONAL GAY AND LESBIAN TASK FORCE \(2011\).](#)
- C. [Bockting, Walter O., Gail Knudson, and Joshua M. Goldberg. Counseling and mental health "4-ones." International Journal of Transgenderism 9.3 care for transgender adults and loved \(2006\) .](#)
- D. [Bockting, W. O. "Psychotherapy and the real-life experience: From gender dichotomy to gender diversity." Sexologies 17.4 \(2008\).](#)
- E. [Nuttbrock, L., Hwahng, S., Bockting, W., Rosenblum, A., Mason, M., Macri, M., & Becker, J. \(2010\). Psychiatric impact of gender-related abuse across the life course of male-to-female transgender persons. 23–Journal of Sex Research, 47, 12.](#)
- F. [Gómez-Gil, Esther, et al. "Determinants of quality of life in Spanish transsexuals attending a gender unit before genital sex reassignment surgery." \(Quality of Life Research 23.2 \(2014](#)
- G. [Caitlin Ryan, Ph.D., A.C.S.W. "Helping Families Support Their Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender \(LGBT\) Children", San Family Acceptance Project™ – San Francisco State University \(2009\).](#)
- H. Peter W. Hogg, Section 1 Revisited, 1 N.J.C.L 1, 5 (1991).
- I. [The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association's, Standards Of Care For Gender Identity Disorders, Sixth Version \(2001\).](#)
- J. [The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association's, Standards Of Care For Gender Identity Disorders, Seventh Version \(2011\).](#)

- K. [Coleman, Eli, et al. "Standards of care for the health of transsexual, transgender, and gender-nonconforming people, version 7." International Journal of Transgenderism" 13.4 \(2012\).](#)
- L. [Tone Maria Hansen. President of the National organization for transsexuals in Norway Speech in the IFGE Conference, "Treatment in Norway for Transsexuals", Philadelphia, USA \(2004\).](#)
- M. [Ungdom RFSL, Transformering, Care and Health, Sex Investigation Step by Step \(2017\).](#)
- N. [OECD Reviews of Health Care Quality: Sweden 2013: Raising Standards, OECD Publishing \(2013\).](#)
- O. [Nichol, Gene R. "Ripeness and the Constitution." The University of Chicago Law Review 54.1 \(1987\): 153-183.](#)
- P. [Christou, Nicolas V., Didier Look, and Lloyd D. MacLean. "Weight gain after short-and long-limb gastric bypass in patients followed for longer than 10 years." *Annals of surgery* 244.5 \(2006\).](#)
- Q. [David P. Currie, *Positive and Negative Constitutional Rights*, 53 U. CHI. L. REV. 864 \(1986\); ALASTAIR MOWBRAY, THE DEVELOPMENT OF POSITIVE OBLIGATIONS UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS \(2004\).](#)

מקורות זרים, אחר

- A. [American Foundation for Suicide Prevention, Risk Factors for Suicide \(2010\).](#)
- B. [WPATH website.](#)