

צדק נרטיבי בשוק העבודה: מבט אמפירי והצעה תאורטית

מאת

לילה אתר*

כמה שנותיו של הירשל, שש עשרה, וכבר הכיר שהעולם הזה לא כל מה שיש בו הוא טוב. יש אומרים שכל הצרה משום שהעולם חלוק לעניים ולעשירים. אפשר שדבר זה צרה. מכל מקום לא עיקר הצרה. עיקר הצרה היא שהכל בא במכאוב – ש"י עגנון, "סיפור פשוט", 49.

תקציר

מקום העבודה הוא לא רק מרחב שבו אנשים מבצעים עבודתם ומקבלים תמורה בכסף. במקום העבודה עובדים מספרים על עצמם סיפורים – החל מקורות החיים וראיונות העבודה, וכלה בחיים במקום העבודה עצמו. משפט העבודה, בישראל ומחוצה לה, נדרש לשאלות על גבולות הסיפור שעובדים מספרים על עצמם: מתי העובדים חייבים לגלות על עצמם דבר מה, ומתי עובדים זכאים או שנאסר עליהם לשקר. במאמר זה מוצגות תוצאות ממחקר אמפירי מבוסס ראיונות שבמסגרתו בחנתי את האופן שבו עובדים על הקשת הטרוסית (טרנסג'נדרים) מספרים או נדרשים לספר על הסטטוס הטרוסי שלהם במקומות העבודה. תוצאות המחקר מלמדות על המשמעות של מצב שבו לעובדים כמעט אין שליטה על הסיפור שהם מספרים על עצמם במקום העבודה,

* תלמידה לתואר בוגרת בפקולטה למשפטים ובחוג ההיסטוריה כללית באוניברסיטת תל-אביב. רשימה זו נכתבה במסגרת הפרויקט "עיונים במשפט" והיא מבוססת על עבודת פרו-סמינריון שנכתבה בהנחייתה של פרופ' הילה שמיר, במסגרת הקליניקה לזכויות עובדים. רשימה זו זכתה במלגה ע"ש מורן צפריר ז"ל לשנת תש"פ, ואני מודה מאוד לנורית צפריר, על תמיכתה ארוכת-השנים והחשובה במחקר אקדמי טרנסג'נדר, ובסטודנטיות על הקשת הטרוסית. אני מודה ממעמקי הלב להילה שמיר על הנחיה שלא יכולה להיות טובה ממנה. בנוסף, אני מודה לקוראת האנונימית על הערותיה החשובות שתרמו רבות למאמר זה. כמו כן אני מודה על הערותיהם של דוריין לוסטיג, תמר קריכלי-כץ, עידו קטרי, עמרי ידלין, גיא מונדלק, נעם וייס, עינב כגן, תמר בן-עוזר ועמרי שלומוב מילסון, ומשתתפי הקליניקה לזכויות עובדים באוניברסיטת תל-אביב בשנת תשפ"א. אני מודה לעורכות עיוני משפט, שיר אביטל, מעיין ויסמן, עידן רייטר ואלאא חאג-יחיא. **הערה:** במאמר זה נעשה, בחלק מהמקומות, שימוש בעברית לא ממוגדרת, דהיינו במקום לכתוב "רבים" או "רבות", כתבתי "רבים.ות". כולי תקווה שבעצם השימוש בשפה זו נצמד צעד נוסף וחשוב בדרך לשפה משפטית הגונה יותר, ואני מודעת לכך שלעת עתה, האקדמיה ללשון עברית עודנה ממאנת לצעוד את הצעד הזה. אציין כי המאמצים לבטא אי-ציות מגדרי בשפה העברית אינם חדשים לשפה זו, ושורשיה נטועים לפחות בימי הביניים (ראו: טובה רוזן, **ציד הצבייה: קריאה מיגדרית בספרות העברית מימי הביניים**, 260-282 (2006)), כלומר שזהו איננו ניסיון לייבא אל השפה העברית מילה, רעיון או מושג שהם זרים לשפה זו (וזאת, אגב, בשונה משמה של **האקדמיה** ללשון עברית). המחויבות שלי כלפי המרואיינים. ות שהעדיפו שאבטא את הותנם בעברית לא ממוגדרת גוברת על המחויבות שלי כלפי הכללים הנוכחיים של האקדמיה ללשון עברית.

כשרבים מהם נדרשים בעל כורחם לספר במקום העבודה על הסטטוס הטרנסי, או לחיות בפחד קבוע מפני הגילוי; זאת לצד ממצאים אחרים, ראשונים מסוגם בספרות, על ההיבטים המעצימים שבהסתרת הסטטוס הטרנסי והיבטים אחרים של הזהות במקום העבודה. המחקר מערער על הנחות היסוד של המשפט הנוהג בישראל ותאוריות מובילות בספרות. בעקבות המחקר, ובתמצית, המאמר מציע שברירת המחלל צריכה להיות שעובדים לא יידרשו להגיד אמת לגבי עצמם במקום העבודה, אלא במקומות שבהם הפרוגטיבה הניהולית של המעביד מצדיקה חריגה מעיקרון זה. בנוסף, מוצע להגן על הזכות של עובדים לשקר על עצמם במקרים מסוימים שמוגדרים במאמר.

מבוא

א. "העצמי האמיתי" במקום עבודה – התאוריה

1. הסתוות בתאוריה של קנג'י יושינו

2. הביקורות על יושינו

(א) הביקורת על הרומנטיזציה של ה"עצמי" וההנחה שיש עצמי אחד ואותנטי

ביקורת על ביסוס מודל ההסתוות שיושינו מציע על החוויות וההיסטוריה של הומוסקסואלים, ואי-ההתייחסות או ההתייחסות החסרה להסתוות של קבוצות אחרות

(ב) הביקורת על היעדר ההבחנה בין הסתוות ראויה להסתוות בלתי ראויה

ב. בחינה אמפירית – נרטיבים של אנשים על הקשת הטרנסית בשוק העבודה

1. רקע על אנשים על הקשת הטרנסית בישראל

2. בחינה אמפירית

(א) תוצאות הסקרים

(ב) הראיונות

ג. זכויות נרטיביות וצדק נרטיבי

1. תאוריה של צדק נרטיבי

2. ההיבט התיאורי: קטלוגים של סיפורים

3. ההיבט הנורמטיבי: קריאה מחדש של זכויות עובדים לאור הרעיון של צדק

נרטיבי

(א) פרטיות

(ב) שוויון

(ג) שקרים

(ד) זכויות נרטיביות מול התאוריה של יושינו

ד. דוגמאות ליישום דוקטרינרי של ההכרה בזכויות נרטיביות

סיכום

מבוא

החיים בתקופה הנוכחית דורשים מכל אדם להציג את עצמו ולספר על עצמו בהזדמנויות רבות. טבעם של סיפורים הוא שהם בנויים ממה שנאמר, וממה שלא נאמר. לעיתים יש סיפורים על עצמנו שנעדיף לספר במקום אחד אך לא במקום אחר, ולעיתים יש סיפורים שלא נספר לאיש. לעיתים נרצה להדגיש היבט מסוים מניסיון החיים במקומות מסוימים, אך לא במקומות אחרים. יש פרטים שהחברה והתרבות מייחסות להם חשיבות באמצעות הציפייה שנספר עליהם באינטראקציות עם אנשים אחרים. כך למשל מוצא, מין ומגדר, נטייה מינית, סטטוס ווגי ומשפחתי, עבר בשירות הצבאי, דת, ובחלק מהמקומות גם עמדות פוליטיות – הם כולם דוגמאות לפרטים שהחשיבות החברתית שלהם מסומנת על ידי הציפייה מאנשים לגלות אותם על עצמם. הציפייה הזו מושפעת מכוחות תרבותיים ופוליטיים ברמת המקור, אך היא משחזרת את עצמה ברמת המיקרו במערכות יחסים בין פרטים ומשתנה לפי האופי הקונטינגנטי של כל מפגש בין אנשים. לעיתים קרובות, ככל שמערכת יחסים מסוימת היא קרובה יותר, כך תגבר הציפייה שהסיפור שמסופר בתוך מערכת היחסים הזו יכלול יותר פרטים. ואולם, יש מרחבים שבהם תיתכנה מערכות יחסים אינטימיות למדי שבהן גם הפרטים האלו יישארו לא ברורים לחלוטין, ולעיתים גם לא מדוברים, באופן שמסבך עוד יותר את המארג שידע, כוח ואינטימיות נשזרים בו.

המשפט איננו אדיש לסיפורים שאנחנו מספרים. המשפט משתתף באופן פעיל במערך כוחות זה באמצעות הטלה של חובת גילוי על פרטים מסוימים בסיפורים שאנחנו מספרים. כך למשל בדיני החוזים, צד לחוזה רשאי לבטל חוזה אם הצד השני לא גילה לו פרטים אשר לפי דין, נוהג או נסיבות הייתה חובה לגלות, ושאיילו היו מתגלים מבעוד מועד לא היה הצד הראשון נקשר בחוזה.² גם המשפט הפלילי קובע איסורים על הימנעות מחשיפת פרטים מסוימים (כמו למשל במקרה של אונס במרמה לגבי מיהות העושה),³ איסורים על הימנעות מדיווח לרשויות אכיפת החוק,⁴ ואיסורים

² ס' 15 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973. ראו גם: גבריאלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים** – 398 (מהדורה רביעית, 2019).

³ ס' 345(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז–1977. יש לציין, שהוראה זו בחוק, וכן הפרשנות שכתה- המשפט נתנו לה, עוררו ביקורת רבה, שבמרכזה הטענה שדיני האינוס אינם האכסניה המתאימה להגולציה שמחייבת גילוי, ביקורת שהתחזקה לאור הפרשנות המרחיבה שנתנו בתי-המשפט לסעיף. ראו: עמית פונדיק "בין מרמה לכפייה: על עברת האונס במרמה לגבי מיהות העושה" **עיוני משפט** לו 215 (2013); אייל גרוס "התחזות כאדם אחר": חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי" **משפטים על אהבה** 365 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות 2005); דנה פוגן "קרימינליזציה של גינוני חיזור מקובלים? מרמה, טעות הקורבן והסכמה לעניין עבירות מין" **מגמות בפלילים: עיונים בתורת האחריות הפלילית** 149 (אליעזר לדרמן עורך 2001).

⁴ ס' 262 לחוק העונשין, שעוסק באי-מניעת פשע. עבירה זו, בדומה לעבירת אונס במרמה, איננה חפה מקשיים. אחד מהמבקרים הבולטים שלה היה השופט חיים כהן, שבאחד מפסקי-הדין שנתן כתב כי "רק תחת שלטונות טוטליטריים, כמו בגרמניה הנאצית וברוסיה הסובייטית, הועלתה חובת המלשינות לדרגת חובה אזרחית ומשפטית העדיפה על כל יחסי בני אנוש" (ע"פ 496/73 **פלוגי נ' מדינת ישראל**,

על עדות שקר⁵ והתחזות.⁶ במשפט החוקתי, בית המשפט העליון של ארה"ב קבע ברוב דעות שחוק פלילי שאוסר על אנשים לשקר בנוגע לעיטורי כבוד צבאיים פוגע באופן לא חוקתי בזכות לחופש הביטוי.⁷ בישראל, בית המשפט העליון קבע לאחרונה כי אומנם ייתכן שתקום חובה משפטית בין בני זוג לגלות על רכושם ומצבם הכלכלי, אך לגבי נטייה מינית של אחד מבני הזוג לא ראוי להכיר בחובת גילוי משפטית (להבדיל מחובה מוסרית) בין בני זוג.⁸ סדרי הדין ודיני הראיות ממשטרים ומבנים את האמת המשפטית,⁹ ותוך כדי כך, לעיתים קרובות, גם את הסיפורים שמספרים בעלי הדין והעדים.¹⁰ המשפט מסדיר גם סיפורים שאישויות משפטיות שאינן בני אדם מספרות על עצמן. דיני ניירות הערך עוסקים רבות בשאלה תחת אילו נסיבות ואילו פרטים חייבות חברות לפרסם על עצמן.¹¹ רשימת דוגמאות זו היא כמובן חלקית בלבד, וניתן להוסיף עוד ועוד דוגמאות.

ברשימה זו השאלות שמעסיקות אותי הן כיצד השליטה וחוסר השליטה על סיפורים שאנשים מספרים משפיעות עליהם, והאם ראוי להמשיג חלק מההשפעות השליליות של חוסר שליטה של אנשים בסיפורים שלהם בתור פגיעה בזכויות משפטיות. אציע נקודת מבט חדשה על שאלות אלו, תוך התמקדות בשוק העבודה.

פ"ד כ"ח (1) 714, 718-719 (1974)). הפרשנות של עבירה זו כך שניתן להסתפק ביסוד נפשי של עצימת-עיניים לשם הוכחתה, שאומצה בע"פ 3417/99 הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735 (2001), עוררה ביקורת רבה גם כן. מרדכי קרמיניצר הציע שברמה העקרונית יש מקום לעבירה זו אך יש לנסחה מחדש; ראו: מרדכי קרמיניצר "החובה להלשין או החובה לדוות – על העברה של אי-מניעת פשע" **המשפט** יא 55 (2007).

⁵ ס' 237 לחוק העונשין. בנוסף, ס' 239 לחוק העונשין אוסר על שבועת שקר. למעשה חוק העונשין אוסר גם על הדחה למסור הודעת שקר בחקירה, או עדות שקר בהליך שיפוטי. ראו ס' 244-245 לחוק העונשין.

⁶ ס' 441 לחוק העונשין אוסר על הזדהות כאדם אחר במטרה להונות, ואף מחמיר עם מי שמזדהה כאדם אחר כדי לטעון לזכויות על נכס כלשהו מכוח צוואה או מכוח דין אחר. ס' 443 לחוק העונשין אוסר על התחזות כבעל תעודה שניתנה מרשות מוסמכת; ס' 444 לחוק העונשין אוסר על העברת תעודה לשם כך שאחר ישתמש בה כדי להתחזות לבעל תעודה; ס' 445-446 לחוק העונשין קובעים הסדר דומה לגבי התחזות להיות בעל תעודת אופי כלשהי והעברת תעודת אופי לאחר כדי שהוא יתחזה להיות בעל תעודת אופי. בנוסף ישנם הסדרים נפרדים שאוסרים על התחזות לתפקידים מסוימים; כך למשל ס' 120 לחוק העונשין אוסר על התחזות לחתום בתור בעל תפקיד, ועל עשייה, מכירה או העברה של מדים של צה"ל, משטרת ישראל או מדים רשמיים אחרים ללא סמכות בדין; ס' 283 לחוק העונשין אוסר על התחזות להיות עובד ציבור.

⁷ ברוב של שישה שופטים מול שלושה, נקבע כי החוק איננו חוקתי והזכות לחופש הביטוי כוללת בתוכה הגנה על שקרים מסוימים; ראו: *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012). לדין בפקס-הדין וניתוח של הדוקטרינה החוקתית בנוגע להגנה על שקרים לאור פסק-הדין, ראו: David S. Han, *Categorizing Lies*, 89 U. COLO. L. REV. 613 (2018).

⁸ ע"מ 5827/19 פלוגי נ' פלוגית (נבו 16.8.2021). ראו גם: ע"א 1581/92 ולנטין נ' ולנטין, פ"ד מט(3) 441 (1995).

⁹ טליה פישר "דיני הראיות בראי התיאוריה" **עיוני משפט** לט 107 (2016).

¹⁰ ליאורה בילסקי "אלימות האלם: ההליך המשפטי בין חלוקה לקול" **עיוני משפט** כג(2) 421 (2000).
¹¹ בלשונן של הנשיא ברק: "תפיסת היסוד של דיני ניירות ערך היא גילוי, ושוב גילוי ועוד גילוי" (ע"א 218/96 ישקר בע"מ נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פסקה 20 לפסק הדין של הנשיא ברק (נבו, 21.8.1997). ראו גם: עמרי ליכט "ובעמום הוא מחפש את הצלול": עמימות, רכות ומהותיות בחובת הגילוי המלא" **ספר גרוס - מחקרים בדיני חברות ומשפט עסקי לכבודו של פרופ' יוסי גרוס** (אהרן ברק, יצחק ומיר רודו ליבאי עורכים 2015).

הקבלה של עובדים למקומות עבודה תלויה בסיפורים שהם מספרים על עצמם בשלב הקבלה לעבודה: קורות החיים, הטפסים וראיונות הקבלה לעבודה.¹² אך גם בחיי העבודה עובדים נדרשים לספר על עצמם. כך בוודאי אם קורה אירוע שישפיע על העבודה, כמו היריון של עובדת או של בת זוג של עובדת. אך גם בהפסקות בזמן העבודה, גם בנסיעות אוטובוס משותפות בדרך הלך וחזור מהעבודה, ובוודאי בתקופת הקורונה, שבה רבים נדרשו לעבוד "מרחוק" ולחשוף את המראה של מקום מגוריהם למי שהם עובדים איתם – נוצרים מרחבים שבהם עובדים מספרים על עצמם בפני עמיתיהם, הממונים עליהם והכפופים להם. ואולם, כאמור, לא מדובר בחוויה ציורית שבה כל עובד קם בבוקר וחושב לו "אילו חלקים אספר על עצמי היום ואילו חלקים אשמיט?". מערך של כוחות מגדריים, מעמדיים, לאומיים, אתניים ופוליטיים משוקעים עמוק בסיפורים שעובדים מספרים על עצמם במקום העבודה, ובסיפורים שהם אינם מספרים. שוק העבודה מתאפיין במגמה של הגברת הפיקוח, המשמוע וה"נרמול" של עובדים, ובתוך כך צמצום המרחב שבו העובדים שולטים בסיפורים שלהם.¹³ המגמה הזו, כך אני סבורה, הופכת את הדיון בחובות הגילוי של עובדים לדיון חשוב ורחוף במיוחד.

בתוך רשת הסיפורים שנטויות בשוק העבודה, משפט העבודה מתערב ומגן בנסיבות מסוימות על השליטה של עובדים בסיפור שלהם, ובמקרים אחרים הוא מחייב עובדים לספר על עצמם פרטים מסוימים. בחלק מהמקרים העובד נדרש לגלות פרטים על עצמו במועד מסוים. כזה הוא המקרה של עובדות בהיריון שנדרשות להודיע למעסיק על ההיריון בחודש החמישי להיריון.¹⁴ במקרים אחרים, העובד נדרש לגלות מידע מסוים למעסיק לפני מועד העסקתו. דוגמה לכך היא החובה של עובד, מכוח עקרון תום הלב, לספר על ניסיון תעסוקתי גרוע במקום עבודה קודם, כמו למשל פיטורים מטעמים של חוסר מקצועיות, באותו תחום שאליו העובד מתמייך במקום

¹² בענפים מסוימים בשוק העבודה, חשיבות התוכן והאופן שבו הסיפורים האלו מוגשים היא כל-כך גבוהה, שנוצרה תעשייה עם שיח מקצועני-פנימי שמבקשת לסייע למועמדים לעבודה לספר על עצמם סיפורים בקורות-החיים והראיונות שסייעו להם להתקבל לעבודה. תעשייה זו כשלעצמה מצדיקה מחקר עצמאי שייבחן את אופן פעולתה ויעריך את הרגולציה הוולונטרית והפרטית שהיא מכוננת, אך די בחיפוש לא מעמיק באינטרנט כדי להגיע לעשרות עסקים שמציעים הכשרות וסדנאות לכתיבת קורות-חיים ולהכנה לראיונות עבודה בישראל לבדה; ראו למשל: "סדנת כתיבת קורות חיים והכנה לראיון עבודה" **יוצאים לשינוי** shorturl.at/jnA04; "סדנה לכתיבת קורות חיים" **מכון שיפור jobinfo** https://www.shipour.com/3_writeCV.aspx; "סדנת הכנה לראיון עבודה" [shorturl.at/ksCLS](https://www.shipour.com/3_writeCV.aspx).

¹³ טל גולן ניתח מגמה זו במשפט העבודה הישראלי בצורה מקיפה ומאירת עיניים: טל גולן "העין הבוחנת והצופה: הסדרה ומשטור של התנהגות עובדים במקום העבודה" **מסדרים ורגולציה: משפט ומדיניות** 515 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים 2016).

¹⁴ ס' 10 (א) לחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954. באחד המקרים שהובא לפני בית-הדין הארצי לעבודה נדונה השאלה המעניינת האם לפני החודש החמישי יכולה עובדת להסתיר ואף לשקר בנוגע להריונה, כלומר, האם מהכלל המחייב גילוי בחודש חמישי ניתן ללמוד על היתר לשקר לפני החודש החמישי, והתשובה שביית-הדין הגיע אליה לשאלה זו הייתה חיובית. ראו: ע"ע (ארצי) 285-09 **בן עמר שירותי רפואת שיניים והשקעות בע"מ - פלרמן** (נבו 28.12.2010).

עבודה חדש¹⁵ ישנם נתונים שאסור למעביד לדרוש בשלב המיונים, כמו למשל שאלות בריאיון עבודה על גילו של העובד, שנשאלות אפילו כשהתשובה עליהן אינה מובילה לאפליה לרעה של העובד.¹⁶ ישנם גם איסורים שמוטלים על המעסיק לדרוש מידע על עובדים, ללא קשר לשלב ההעסקה. לסוג כזה של רגולציה יש כמה וכמה דוגמאות: ההגבלה של הזכאות של מעביד לדרוש מידע על עבר פלילי של עובדים,¹⁷ או האיסור בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה על דרישת פרופיל צבאי מעובד.¹⁸ בארה"ב נפסק גם כי לעובד מותר להסתיר ואף לשקר בנוגע למעורבותו בהתארגנות עובדים.¹⁹ ניכר, אם כן, שמשפט העבודה עוסק זה מכבר בחובות גילוי של עובדים וזכויותיהם שלא לגלות על עצמם, אך השאלות שמתעוררות הן כיצד ניתן להעריך את הדוקטרינה, ולאור אילו נקודות מוצא יש לעצבה.

על מנת להבין את המשמעות של שליטה בסיפורים בשוק העבודה, ערכתי מחקר אמפירי שבמסגרתו בחנתי את הדרכים והגוונים שבהם אנשים על הקשת הטרונית (טרנסג'נדרים) מספרים או אינם מספרים על הסטטוס הטרוני שלהם במקום העבודה.

¹⁵ ע"ע (ארצי) 1487/02 סופר - רשת אורט ישראל (נבו 29.12.2015). מקרה שהתעוררה בו שאלה דומה נדון ב-Court of Appeals for the Sixth Circuit בארה"ב, שם נקבע כי על-מנת שהצגה לא כנה (misrepresentation) של העובד את סיפור חייו תהייה עילה מהפיקה לפיטוריו, יש צורך שהמידע המוסתר יהיה מהותי, שהוא יהיה קשור באופן ישיר להתאמת העובד לעבודה, ושהמעסיק יסתמך על המידע השגוי במסגרת קבלתו לעבודה (*Johnson v. Honeywell Information Systems, Inc.*) (955 F.2d 409, 411 (6th Cir. 1992)). שאלה מורכבת יותר של מיטב ידיעתי עדיין לא נדונה בישראל אך עמדה לדיון נרחב בבתי המשפט בארה"ב, היא מה דינה של החלטה לא לקבל לעבודה מועמד או לפטר עובד, שהתקבלה באופן שנוגד את דיני איסור האפליה, אך במועד מאוחר יותר מתברר למעביד שהעובד או המועמד הסתיר מידע שעצם הסתרתו הייתה יכולה להיות עילה מותרת לפיטוריו או לא-קבלתו ללא קשור לעילה האסורה של האפליה. בתי המשפט בארה"ב נותרו חלוקים בנושא זה: לעמדה שגורסת שהפיטורים יהיו פיטורים כדין במצב כזה, ראו: *Village of Oak Lawn v. Human Rights Comm'n*, 478 N.E.2d 1115, 1118 (111 App. Ct. 1985); לעמדה שגורסת שהפיטורים לא יהיו פיטורים כדין במצב כזה, ראו: *Kristufek v. Hussmann Foodservice Co.*, 985 F.2d 364, 369 (7th Cir. 1993). בית המשפט העליון של ארה"ב לא הכריע ישירות בסוגיה הזו, ואולם מלומדים ביקשו להקיש מהכרעת בית המשפט העליון בעניין McKennon לנושא של הסתרת מידע. בעניין McKennon נדון השאלה מה דינם של פיטורי עובדת שנעשו בניגוד לחקיקה האוסרת על אפליה על בסיס גיל, אם התברר בדיעבד שהיא ביצעה מעשים שהם כשלעצמם היו עילה מותרת לפיטוריה (היא הפרה חובות סודיות כלפי החברה), אך המידע הזה לא היה ידוע למעסיק כאשר פיטר אותה. נקבע כי העובדת זכאית לסעד בגין אפלייתו אך במסגרת חישוב הסעד יש לקחת בחשבון גם את העובדה שהפרה חובות כלפי החברה, שהן כשעצמן היו מצדיקות את פיטוריה (*McKennon v. Nashville Banner Publ'g Co.*, 513 U.S. 352, 354 (1995)). לדיון בעניין McKennon ראו: Ariel Porat & Omri Yadlin, *A Welfarist Perspective on Lies*, 91 IND. L.J. 617, 636-37 (2016) (פורת וידיהן).

¹⁶ ס"ע 14532-09-16 (אזורי ת"א) טופט - ליאנטק שיווק פיננסים בע"מ (נבו 11.3.2019). בהמשך המאמר, אבקר את ההנמקה בפסק-דין זה (ראו פרק ד. דוגמאות ליישום דוקטרינתי של ההכרה להלן).
¹⁷ ראו: חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981. בנוסף לכללים הקבועים בחוק זה, התפתחו דוקטרינות שמחייבות בנסיבות מסוימות מועמדים למשרות בשירות הציבורי לגלות על עבר פלילי מכוון עקרונות של טוהר המידות והגברת אמון הציבור ברשויות המדינה (ראו: בג"ץ 727/88 עזרזר נ' השר לעניני דתות, פ"ד מב(4) 487 (1989); בג"ץ 4565/92 שיץ קריית ארבע בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 163, 165 (1993)).

¹⁸ ס' 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.
¹⁹ *Hartman Bros. Heating & Air Conditioning, Inc. v. NLRB*, 280 F.3d 1110, 1112-13 (7th Cir. 2002).

ההתבוננות בהם לא תהיה מחקר אמפירי מהסוג שמבקש ללמוד משהו עליהם, אלא מהסוג שמבקש ללמוד משהו מהם. ההנחה שלי היא שבמקום הנטייה לשאול כיצד ניתן לייצר כלים משפטיים כדי לעזור לקבוצות מוחלשות, ושל המחקרים האמפיריים שמבקשים לבחון האם וכמה קיימות פגיעות מסוגים שונים בקבוצות מוחלשות, ראוי בנוסף לשאול גם מה ניתן ללמוד מהקבוצות המוחלשות, מהן פרקטיקות ההישרדות שלהן, וכיצד הן תופסות את מצב הדברים הרצוי. לכן, בחרתי להתמקד דווקא בקבוצה שסובלת מאפליה חמורה בשוק העבודה, ומחוסר שליטה קיצוני בנרטיבים על הזהות שלה, כפי שיפורט. מחקר זה הוא הראשון שבוחן באופן שיטתי כיצד אנשים על הקשת הטרנסית חווים וחושבים על השאלה כיצד והאם לספר על הסטטוס הטרנסי שלהם במקום העבודה, ומציע ללמוד מההתנסות שלהם דרך חדשה לחשוב באופן כללי על שוק העבודה והכללים המשפטיים החולשים על הסיפורים שעובדים מספרים על עצמם.

התוצאות של המחקר האמפירי שתוארנה במאמר זה מחייבות מחשבה מחדש על האופן שבו התאוריה המשפטית ממשיגה את המשמעות של שליטה וחוסר שליטה בסיפורים. באופן ראשוני וכניסויי מחשבתי, אציע שיש לחשוב על פרדיגמה שונה לגבי האופן שבו מוטלות חובות משפטיות בנוגע לגילוי סיפורים. בשונה מהגישה הרווחת, גם בתרבות הפופולרית ולעיתים גם במשפט, ובתור מייצג בולט לגישה זו אבחר בחוקר דיני איסור האפליה החשוב קנג'י יושינו (Yoshino), אציע שלא ניתן להניח מראש שכמה שיותר גילוי על העצמי הוא בהכרח כמה שיותר טוב, ודאי לא מבחינה משפטית. במקום זאת אציע שיש להבחין מבחינה אנליטית בין החירות של מעסיק ושל עובדים אחרים לשאול שאלות לבין החובה של העובד לענות, ואטען שההצדקה להטלת חובה על העובד לגלות פרט מסוים מהסיפור שלו, ולהגיד אמת בנוגע לפרט הזה, היא הצדקה מצומצמת מאוד לחובה מצומצמת מאוד. אציע שיש לגייס את הזכויות הבסיסיות הקיימות במשפט הליברלי (ובעיקר: הזכות לחופש הביטוי, הזכות לפרטיות והשוויון), על מנת להגן על השליטה של עובדים בסיפורים שהם מספרים. הסיפורים שעובדים מספרים מאפשרים להם לעבוד עם עמיתיהם ועם הממונים עליהם. במרכז של הפרדיגמה, אם כן, עומדת ההגנה על ההחלטה לא לגלות, לגלות באופן מעומעם על עצמנו, או לשקר על עצמנו. שיקול נוסף, שהוא אומנם שיקול מסדר שני אך בפועל הוא חשוב לא פחות, נוגע לאפשרות להוכיח בדיעבד בבית המשפט את חובת הגילוי, כאשר ייתכנו מצבים שבהם באופן תאורטי אולי ניתן להכיר בחובה, אך בהיעדר יכולת להוכיח את היסודות לקיומה היא חסרת משמעות למעשה.

הפרדיגמה לא רק משנה את המאזן בין מה שחובה לגלות למה שאין חובה לגלות, אלא שהיא מערערת על ההבנה הבינארית בין גילוי לבין אי-גילוי. אכן, המשפט בכלל, ומשפט העבודה בפרט, נוטים להמשיג את שאלת היחס בין אישיות משפטית לבין הסיפור שהיא מספרת על עצמה באמצעות שתי קטגוריות: גילוי ואי-גילוי. יתר על כן, המשפט לעיתים קרובות אינו חושב על המושא של הגילוי (או אי-הגילוי) בתור

"סיפור", אלא בתור "אמת". ואכן, המילה "סיפור" יכולה להישמע בעייתית משום שהמשמעות שלעיתים מיוחסת לה היא "בדיה" או "כזב", שלא לומר "שקר". אך לא רק השקר והכזב מופיעים בעולם כסיפור. גם האמת מופיעה כסיפור. האמת אינה יכולה להיתפס בתור מכלול העובדות. ההכרה והשפה האנושיות אינן מאפשרות למכלול הנתונים שנכונים מבחינה עובדתית להופיע "כמו שהם", ללא צורה וארגון. האמת תמיד מקבלת מובן על ידי סידור מסוים, והסידור הזה תמיד מפריד בין עיקר וטפל, בין מה שנאמר במפורש למה שנאמר במרומז – ומה שבכלל לא נאמר. מכאן שהסיפור הוא חשוב לכל מי שהאמת חשובה לו. "סיפור" או "נרטיב" בהקשר זה משמעם תיאור מאורגן בעל היגיון פנימי של חוויה אנושית. המובן שבו האמת מופיעה כסיפור הוא המובן שבו כל אמת חייבת להופיע כאחדות, כשלם, ואותו שלם מוכרח שיהיו דברים שלא יהיו שייכים אליו, במובן זה שיפגעו בהיגיון הפנימי שלו. בהינתן הנחות יסוד אלו, רשימה זו איננה מוגבלת להבחנות הבינאריות בין "אמת" ל"סיפור" ובין "גילוי" ל"אי-גילוי" (אם כי היא בוודאי תהיה רגישה להבחנה בין "אמת" ל"שקר", כפי שאפרט).

בפרק הראשון של הרשימה אסקור את התאוריה הקיימת בנוגע לאופן שבו עובדים מציגים את עצמם במקום העבודה, במיוחד לאור כתיבתו של חוקר דיני איסור האפליה קנג'י יושינו והביקורות עליו. בפרק השני אציע בחינה אמפירית של האופן שבו אנשים על הקשת הטרונסית תופסים את החשיבות של השליטה בסיפור שהם מספרים במקום העבודה על עצמם ועל הסטטוס הטרונסי שלהם. בתמצית, מהנתונים עולה שישנם גוונים רבים לאופן שבו אנשים על הקשת הטרונסית מספרים על הסטטוס הטרונסי במקום העבודה (ולסיבות לכך), ושחוסר השליטה בסיפור המסופר במקום העבודה נושא מחירים כבדים שתוארו במילים קשות מאוד. בפרק השלישי אציע שיש לפתח תאוריה חדשה לגבי התפיסה המשפטית של הסיפורים שעובדים מספרים על עצמם במקום העבודה. במרכז של התאוריה הזו ההכרה בעיקרון מארגן, והוא הנרטיב וההגנה על אי-ההגדרה העצמית של עובדים במקום העבודה. בפרק הרביעי אציע לבחון שורה של מקרים קונקרטיים שבתי הדין לעבודה בישראל, וכן ערכאות בחו"ל, נדרשו אליהם, ואראה שאילו היו מוכרות במשפט זכויות נרטיביות ניתן היה להגיע לתוצאה, או לפחות להנמקה, טובה יותר.

א. "העצמי האמיתי" במקום עבודה – התאוריה

1. הסתוות בתאוריה של קנג'י יושינו

דומה שהתאוריה המובילה לבחינת שאלות של גילוי ואי-גילוי של עובדים על עצמם במקום העבודה היא התאוריה החשובה שפיתח חוקר דיני איסור האפליה יושינו. יושינו תבע את מושג ההסתוות (Covering), והוא זה שמסגר אותו בתור "סוגיית

זכויות האזרח של ימינו.²⁰ יושינו זיהה שלושה "שלב" (Phases) שבאמצעותם הוא חושב על ההתמודדות של אדם, מול עצמו ומול העולם, עם שונות או חריגות כלשהי שיש לו ביחס למיינסטרים (הדוגמה האוטוביוגרפית שיושינו מציג, ושהמודל הזה מבוסס עליה, היא ההתמודדות שלו עם ההומוסקסואליות שלו). השלב הראשון הוא **המרה** (Conversion), שבו האדם מנסה לשנות את ההיבט שבו הוא חורג מהמיינסטרים, או את ההיבט שבו הוא שונה מהקבוצות החזקות בחברה. השלב השני הוא **מעבר** (Passing), שבו האדם מוותר על הניסיון לשנות את החריגה שלו, ומנסה להסתיר אותה בלבד. השלב השלישי הוא **הסתוות** (התרגום שהוצע בכתב העת "מעשי משפט" למונח Covering שבו יושינו משתמש באנגלית). בשלב זה, האדם כבר מוותר על הניסיון להסתיר את החריגות שלו, והוא רק מנסה לעמעם אותה (to tone down); ההסתוות היא ניסיון מחד גיסא לא להחצין ולא להתנהג באופן שהסטיגמה מזהה עם החריגות שלו, ומאידך גיסא לא להסתיר את החריגות.²¹ כלומר, הסתוות של הומוסקסואלים היא אי-הסתרה של היותם הומוסקסואלים (אם ישאלו אותם – הם יענו בחיוב), אך הימנעות מהתנהגויות שמזוהות עם הסטיגמה על הומוסקסואלים. הצליחה של שלושת השלבים, והצגה כלפי העולם של החריגות מבלי להתאמץ לשנות, להסתיר או לעמעם אותה, מוצגת אצל יושינו בתור עמדה אותנטית יותר.²² למעשה, ההסתוות מתוארת בעיקר על דרך השלילה: אי-הביטוי של העצמי האותנטי, למרות אי-ההסתרה שלו.

לעיתים קרובות נעשה שימוש במילים "יציאה מהארון" על מנת לתאר הליך של חשיפת זהות חריגה כלשהי, במיוחד חשיפת זהות להט"בית.²³ בדומה לכך, כפי שציניתי, גם המשפט חושב באמצעות מושגים בינאריים: גילוי ואי-גילוי. המונחים שבאמצעותם יושינו מציג לחשוב על ההופעה והגילוי של זהות מסייעים לנו להימנע מהחשיבה הבינארית שמחלקת את העולם לשני מחנות: מי שמחוץ לארון ומי שבתוך הארון. יושינו היטיב להאיר את אזור הדמדומים שבו לכאורה מישוהו נמצא "מחוץ לארון" אך משקיע משאבים עצומים כדי לא להיתפס כחריג.²⁴

²⁰ קנג'י יושינו "הסתוות" **מעשי משפט** ח 31, 34 (שושנה לונדון-ספיר מתרגמת 2016). להלן, אשתמש בחלקים שתורגמו ופורסמו בכתב העת "מעשי משפט" מתוך ספרו של יושינו, ואפנה אל התרגום המעולה לעברית, ובחלקים שלא תורגמו מתוך הספר, אפנה לגרסה המקורית באנגלית: KENJI (2006) *YOSHINO, COVERING: THE HIDDEN ASSAULT ON OUR CIVIL RIGHTS*.

²¹ שם, בעמ' 31.

²² שם.

²³ לסקירה היסטורית על הופעתו של מונח זה והמשמעות המקורית שלו, בארה"ב בשנים שבין מלחמת העולם, ראו: GEORGE CHAUNCEY, *GAY NEW YORK: GENDER, URBAN CULTURE, AND THE MAKING OF THE GAY MALE WORLD, 1890-1940*, 7-8 (1994).

²⁴ לא בכדי, מאז פורסם ספרו של יושינו, הקטגוריה של הסתוות שימשה חוקרים רבים שעסקו בחברות ובשיטות משפט שונות כדי לאפיין תופעה שקשה מאוד היה לתאר את הניואנסים המיוחדים לה אילולא הניתוח המקיף של יושינו בספרו. בהקשר הישראלי, ראו למשל: Michael Karayanni, *Multiculturalism as Covering: On the Accommodation of Minority Religions in Israel*, 66 AM. J. COMP. L. 831 (2018).

יושינו לא רק תיאר את תופעת ההסתוות, אלא גם פירש אותה כבעלת מטען נורמטיבי שלילי. יושינו טען שהנסיבות החברתיות, התרבותיות והמשפטיות שגורמות לאנשים להסתוות במקום העבודה ולאמץ התנהגויות שמזוהות עם הקבוצות החזקות בחברה היא בעייתית בעבור כל מי שלוקח ברצינות את הרעיונות של שוויון ואוטונומיה. לפי הטענה, כל עוד המשפט והחברה מגינים רק על מיעוטים גזעיים שמאמצים נורמות שמזוהות מבחינה היסטורית עם לבנים, וכל עוד הם מגינים על להט"ב רק כשהם מתנהגים כמו סטרייטים, וכל עוד נשים מצליחות להתקדם בשוק העבודה רק כאשר הן מתנהגות כמו גברים – המשפט והחברה נכשלים בהגנה על השוויון. הוא הצביע על העומק התרבותי של ההסתוות: רוזולט (Roosevelt), הנשיא ה-32 של ארה"ב, שנזכר בתור מי שהוביל את המדינה בשעות קשות של משבר כלכלי חמור וגם היה נשיא משך רוב שנות מלחמת העולם השנייה – תמיד הצטלם מאחורי שולחן כך שלא יראו את כיסא הגלגלים שלו (אף על פי שמוגבלותו הפיזית הייתה ידועה לכול).²⁵ ראשת ממשלת בריטניה, תאצ'ר (Thatcher), האישה הראשונה שהגיעה למשרה זו בבריטניה, עברה אימונים כדי לגרום לקולה להישמע נמוך וגברי יותר (אף על פי שהעובדה שהיא אישה הייתה ידועה לכול).²⁶ יושינו עצמו, פרופסור למשפטים באוניברסיטת ניו יורק, שכולם מסביבו יודעים שהוא הומוסקסואל, נמנע במשך שנים מלחקור ולכתוב על "gay topics".²⁷ החברה והתרבות שמקדשים את ההסתוות, לפי יושינו, חוטאות לערכים הדמוקרטיים הנעלים ביותר ומפקירות את הפרטים הפגיעים ביותר. למעשה זהו שלב שהחברה והתרבות צריכות להתגבר עליו, וגם מוטל על דיני איסור האפליה להשתנות, על מנת שיתקדמו מעבר להגנה "על מעמד אך לא על התנהגות, על היות אך לא על עשות".²⁸

תרומה נוספת וחשובה של יושינו היא בהבנה שמושג ההסתוות אינו מתאר רק להט"ב, נשים ומיעוטים אתניים וגזעיים שסובלים מאפליה. מבחינה נורמטיבית, התנגדותו של יושינו אינה עומדת רק על ערך השוויון אלא גם על האוטונומיה, ומכאן יש לו היכולת להסביר מדוע גם דרישת ההסתוות מקבוצות שאינן סובלות מאפליה היא דרישה בלתי צודקת ופוגענית.²⁹ קשה להתחרות בתיאור המעולה של טענה זו בספרו של יושינו:

כשאני מרצה על הסתוות... כמעט תמיד יכחיש מישהו מהקהל, והוא כמעט תמיד יהיה גבר לבן, וכמעט תמיד זועם, שהסתוות היא סוגיית

²⁵ יושינו, לעיל ה"ש 20, בעמ' 31.

²⁶ YOSHINO, COVERING, לעיל ה"ש 20, בעמ' 4.

²⁷ שם, בעמ' 18.

²⁸ יושינו, לעיל ה"ש 20, בעמ' 34.

²⁹ יופי תירוש הציעה שהמעבר מהדגש על ההסתוות בתור פגיעה בשוויון להסתוות בתור פגיעה באוטונומיה או בחירות, היה קשור בכך שהפרסום הראשון של יושינו בנוגע להסתוות, ב-Yale Law Journal, שם את עיקר הדגש על הפגיעה בשוויון, אך עמד בשל כך בפני ביקורות, ומשום כך, כאשר פרסם את ספרו, הוא שינה מעט את ההצגה הנורמטיבית של ההסתוות (יופי תירוש "גילוי וכיסוי בשוויון: הקדמה לתרגום של Covering מאת קנז' יושינו" **מעשי משפט** ח 13, 24-25 (2016)).

זכויות אזרח. למה שמיעוטים אתניים וגזעיים, נשים או גיז לא יצטרכו להסתוות? [...] הרי גם אני, אומר השואל, צריך להסתוות כל הזמן. אני צריך להדחיק את הדיכאון שלי, או את השומן שלי, או את האלכוהוליים שלי, או את הסכיזופרניה שלי, או את הביישנות שלי, או את מוצאי ממעמד הפועלים, או אי-התאמה אחרת שלי שאין לה שם. אף אני משתייך לאותו המון של גברים המנהלים חיים של ייאוש שקט. למה שלקבוצות זכויות אזרח קלאסיות תהיה זכות הבעה עצמית שאין לי? למה שהמאבק שלי למען עצמי אותנטי יהיה חשוב פחות?

אני מפתיע אנשים אלה כשאני מסכים אתם. מאבק זכויות האזרח בימינו שוגה כשהוא מתמקד אך ורק בקבוצות זכויות אזרח מסורתיות, כגון מיעוטים גזעיים, נשים, גיז, מיעוטים דתיים, ואנשים עם מוגבלות. ההנחה היא שלא לה שמשתייכים לרוב – כל אותם גברים לבנים סטרייטים, כביכול – אין עצמי מוסווה.³⁰

2. הביקורות על יושינו

ספרו של יושינו זכה לשבחים רבים, ולצידם לביקורות נוקבות, שהופנו נגד רבדים שונים בעבודתו, ואשר אסקור כעת בקצרה. הבולטת שבמבקורות היא הפילוסופית והמשפטנית מרתה נוסבאום (Nussbaum).³¹

*(א) הביקורת על הרומנטיזציה של ה"עצמי" וההנחה שיש עצמי אחד
ואותנטי*

כיוון אחד של ביקורות התמקד בהנחה של יושינו כי ישנו "עצמי" אותנטי ויציב, שאם ננקה מעליו את הציפיות החברתיות והכוחות החיצוניים המופעלים עליו הוא יוכל לפתח, לפענח ולממש את עצמו. יושינו נעזר לביסוס טענתו במשנתו של הפסיכואנליטיקאי הבריטי וויניקוט (Winnicott). יושינו מפרש את וויניקוט באמצעות ההנגדה בין העצמי האמיתי, שמקנה הווייה אמיתית שנובעת מן הפנים, לבין העצמי הכוזב, שאיננו אלא מתווך בין העצמי האמיתי לבין העולם.³² ואולם כפי שהטיבה להסביר נוסבאום, אפילו בכתובתו של וויניקוט עצמו קשה לאתר לכידות בהגדרה של העצמי האמיתי.³³

הביקורת הפוסט-מודרנית המתבקשת על האופן שבו יושינו מציג את העצמי היא שבניגוד להנחות הרומנטיות של יושינו, הרי שהעצמי הוא גמיש, פוליפוני, תלוי הקשר

³⁰ יושינו, לעיל ה"ש 20, בעמ' 34.

³¹ Martha C. Nussbaum, *The Prohibition Era*, THE NEW REPUBLIC (Mar. 20, 2006), <https://newrepublic.com/article/65356/the-prohibition-era>

³² YOSHINO, COVERING, לעיל ה"ש 20, בעמ' 184.

³³ Nussbaum, לעיל ה"ש 31.

ותלוי דיאלוג עם העולם החיצון.³⁴ אם העצמי מובן כך, ממילא ההסתוות איננה "כיסוי" על העצמי אלא גילוי נוסף של העצמי, ו"העצמי-האותנטי" איננו אותו מושא מפואר שמצופה מאיתנו לטפח, לפתח ולפענח באובססיות. לפי התפיסה הזו, קשה יותר להסביר מדוע הסתוות היא תופעה שלילית כל כך כפי שיושינו מתאר. כאשר אין אמת שאותה מסווים, והאמת עצמה היא בהסוואה, כמעט כל הטיעון התיאורי והנורמטיבי של יושינו קורס.

כמובן, יכולות להיות תשובות לביקורת זו. אחת מהתשובות שניתנו על ידי תומכיו של יושינו היא שעם כל הכבוד למשחק עם העצמי והיעדר האפשרות לאותנטיות אינדיבידואלית ויציבה בתקופתנו, הרי שבפועל עדיין "בהחלט יש חוויה אנושית רווחת של כמיהה לאותנטיות, ושל תחושת שלווה נפש וסיפוק אם אנחנו מצליחים להרגיש שאנחנו מבטאים את עצמנו באופן אותנטי".³⁵ ואולם, גם אם מקבלים את ההגנה שלפיה תפיסה מסוימת של אותנטיות היא רווחת, אין בכך כדי ללמד על כך שהאותנטיות והיציבות של העצמי היא מן האפשר.³⁶ מענה אחר שניתן להעלות הוא שגם אם קיים עצמי "אמיתי" כלשהו לכל אדם, הימנעות מהסתוות היא לא בהכרח הדרך הטובה לקדם ולפתח את אותו "עצמי", משום שדווקא ההסתרה של היבטים מסוימים בעצמי יכולה לפתח את העצמי.

(ב) ביקורת על ביסוס מודל ההסתוות שיושינו מציע על החוויות וההיסטוריה של הומוסקסואלים, ואי-ההתייחסות או ההתייחסות החסרה להסתוות של קבוצות אחרות

נוסבאום בביקורתה טענה שהמודל שיושינו מציע, על שלושת שלביו – המרה, מעבר והסתוות – איננו נכון לגבי כל הקבוצות שמופלות לרעה, לא ברמה ההיסטורית וגם לא

³⁴ ראו למשל את ביקורתו של הורביץ, המבוססת על משנתו של הפילוסוף הקנדי טיילור (Taylor), שמעיר שהדגש על האותנטיות והאינדיבידואליות בתקופה המודרנית חוטאת להבנה שהוהות של האדם לעולם נבנית מתוך דיאלוג (ראו: Paul Horwitz, *Uncovering Identity*, 105 MICH. L. REV. 1283, 1290-91 (2007)). גודריץ' הציע ביקורת ספרותית יותר על יושינו, שמבססת את הביקורת על יושינו באמצעות ביקורת על הכריכה (Cover) של הספר, ולאור סקירה היסטורית ואינטלקטואלית של היחס לכריכות של ספרים, אך מגיעה בסופו של דבר לביקורת דומה על הנחות של יושינו שניתן להבחין בין הכריכה לספר, או בין העצמי האמיתי לעצמי הכוב: Peter Goodrich, *Theatres of the Book: Covering, Flaunting, Marketing, Author and Text*, 14 L. TEXT CULTURE 356 (2010). תירוש, לעיל ה"ש 29, בעמ' 23.

³⁵ ניתן להדגים טענה זו באמצעות כמעט כל התיאוריות שיש להן היבטים דה-קונסטרוקטיביים. אם למשל נדגים את הטענה באמצעות התיאוריה הקווירית ניתן יהיה להשיב לטענת-ההגנה על יושינו, שמעצם העובדה שהחשיפה של המובן שבו המגדר הוא לעולם חיקוי היא מעשה חתרני, הרי שברור שהתפיסה שלפיה לכל אדם יש מגדר קבוע, יציב ואותנטי היא תפיסה רווחת. אם זו לא הייתה תפיסה רווחת, לא היה שום דבר חתרני בחשיפה של חוסר-האותנטיות המובנה שבה. ראו: JUDITH BUTLER, *GENDER TROUBLE: FEMINISM AND THE SUBVERSION OF IDENTITY* 128-49 (1990).

ברמה של החוויות האישיות של פרטים מתוך אותן קבוצות.³⁷ כך למשל, קשה לתרגם את ההיסטוריה של אפליית נשים (גם כקבוצה וגם בחיים הפרטיים) לשלושת השלבים שאכן ניתן לזהות בהיסטוריה של גייז בארה"ב ובחיי האישיים של יושני שהזכרתי לעיל: המרה, מעבר והסתוות. ההיסטוריה של האפליה והדיכוי של נשים לא כללה שלב של ניסיון להמיר אותן לגברים, שאחריו בא ניסיון לגרום להן להסתיר את היותן נשים, ולבסוף ניסיון להסוות את הנשיות שלהן. יושני כמובן היה ער לכך והוא ניסה להסתייע במושג משלים, שאותו הוא כינה reverse-covering, כלומר הדרישה מחברי קבוצות מסוימות שיחצינו תכונות והתנהגויות סטראוטיפיות שמזוהות עם הקבוצה שאליה הם משתייכים.³⁸ ואולם, גם מושג זה לא ממש קולע לדפוסי אפליה נגד נשים, שלעיתים מצופה מהן לאמץ סטראוטיפים נשיים ולעיתים מצופה מהן לאמץ התנהגויות ונראות גברית. בנוסף, אחת הצורות שאפליית נשים לובשת היא ההאשמה כלפיהן שהן לא מספיק גבריות אך גם לא מספיק נשיות,³⁹ או שהן כל כך נשיות שכבר אין בהן שום דבר נשי,⁴⁰ כלומר שהקיום שלהן הוא באופן אינהרנטי נעדר אפשרות להיות לגיטימי, לא משנה כיצד תתנהגנה. כך, נראה שבמקום לסייע בביאור דפוסי האפליה של נשים, מושגיו של יושני רק מערפלים מובנים מסוימים של אפליית נשים, אשר המשפט הישראלי השתמש במונח "הדרה" כדי לתאר אותם.⁴¹ אלו הם אותם היבטים שבהם שלילת הלגיטימיות של נשים היא שלילה שאיננה "מסתפקת" בדרישת הסתוות, הסתרה או המרה מצד נשים.

נוסבאום מזכירה גם את חוסר הדיוק של יושני בתיאורו את הסתוותם של היהודים בארה"ב. אכן, הסתוותם של יהודים והאימוץ של לבוש, דיבור, שמות והתנהגויות שאינם מזוהים עם יהודים אלא עם הקבוצה האנגלו-סקסונית, הלבנה והפרוטסטנטית בארה"ב (WASP) הייתה תופעה נפוצה מאוד בשנות הארבעים והחמישים, אולם

³⁷ Nussbaum, לעיל ה"ש 31.

³⁸ YOSHINO, COVERING, לעיל ה"ש 20, בעמ' 155.

³⁹ זה מה שכינה שופט בית-המשפט העליון בארה"ב ברנן (Brennan) "מלכוד 22":

"An employer who objects to aggressiveness in women but whose positions require this trait places women in an intolerable and impermissible catch 22: out of a job if they behave aggressively and out of a job if they do not" (*Price Waterhouse v. Hopkins* 228 (1989)).

⁴⁰ בהקשר זה, ראו גם את הקריאה המרתקת שמציעה ורביץ בפמיניזם הפוסט-מודרני, ובפרט בתיאוריה של באטלר, לאור תופעת האנורקסיה; ראו: אנלו ורביץ "אני יודעת שאם לא אוכלים מתים, אבל זה מה שאני רוצה": מבט פמיניסטי על אנורקסיה ומשפט "עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 809 (דפנה ברק-ארוז, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוג'ץ' עורכות 2007).

⁴¹ יש לציין שהמושג "הדרת נשים" מתייחס גם להפרדה כללית בין המגדרים במרחב הציבורי, אך יש לו מובן נוסף אליו בעיקר כיוונתי את דברי, והוא "מצב דברים שבו נשים מנועות או מוגבלות קטגורית מלקבל שירותים או להיות שותפות אקטיביות בפעילויות המתקיימות במרחב הציבורי, כמעין הצבת תמרון לפיו השירות המסופק מסופק "לגברים בלבד" (וראו רע"א 6897/14 ודין קול ברמה בע"מ נ' קולך - פורום נשים דתיות, פס' 22 לפסק הדין של השופטת ברק-ארוז (נבו 9.12.2015)); ע"פ 5338/17 ראש עיריית בית שמש נ' פיליפ, פס' 33-35 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר (נבו 1.11.2013); משרד המשפטים דו"ח הצוות המשרדי לבחינת תופעת הדרת הנשים במרחב הציבורי (2013).

נוסבאום טענה שבעוד שתופעה זו ממשיכה להיות נפוצה באירופה, היא פחות ופחות נפוצה בארה"ב.⁴²

כמו כן, ביקורת דומה הושמעה מהכיוון של התאוריה של הצטלבויות. תאוריה זו, שאותה פיתחה המשפטנית קרנשו (Crenshaw) בסוף שנות השמונים של המאה הקודמת, מבקשת לחשוף את המובנים שבהם הפגיעה במי שמשתייכים ליותר מקבוצה מוחלטת אחת, כמו למשל נשים שחורות, איננה רק "פגיעה כפולה" שהיא סכום הפגיעות בנשים והפגיעות בשחורים, אלא שזו פגיעה שונה מבחינה איכותית.⁴³ בהקשר של התאוריה של יושינו נטען שהדרישות ממי שנמצאים בנקודת הצטלבות של כמה קבוצות מוחלטות להתנהג או לא להתנהג בכל מיני דרכים הן דרישות "ממולכרות" שמייצרות פגיעה מיוחדת, קיצונית במיוחד ומפלה לרעה.⁴⁴

(ג) הביקורת על היעדר ההבחנה בין הסתוות ראווה להסתוות בלתי ראווה

יושינו מציין שלא כל דרישה של החברה להתנהגות מסוימת שאינה עולה בקנה אחד עם ה"עצמי" של הפרט עולה כדי פגיעה בזכויותיו האזרחיות, והוא טוען שרק דרישה להסתוות שהיא סבירה ("reason-forcing conversation") תהיה לגיטימית.⁴⁵ המשפטן הורביץ (Horwitz) מבקר את יושינו על כך שהוא אינו מספק קווים ברורים להבחנה בין דרישה להסתוות שאיננה מהווה פגיעה בזכויות אזרחיות לדרישה להסתוות שאכן פוגעת בזכויות אזרחיות.⁴⁶

⁴² Nussbaum, לעיל ה"ש 31. ויש להעיר, שגם בשנות הארבעים והחמישים, היו יהודים שלא רק שלא הסתוו, אלא גם התנגדו להסתוות וביקרו יהודים אחרים על הסתוותם. החיבור החשוב ביותר בהקשר הזה הוא המאסה הקצרה של חנה ארנדט משנת 1943, "אנו פליטים" (חנה ארנדט "אנו פליטים" כתבים יהודיים 159 (איה ברזיר מתרגמת 2011)). במאסה הזו שפרסמה בשנת 1943 בכתב-עת יהודי, ארנדט מתארת בעוקצנות דמות שמדגימה תופעה רחבה, מר כהן, שבוינה היה הכי יונאי, עד שגורש לצרפת, שם היה הכי צרפתי. עד שנאלץ להימלט לארה"ב, שם תוך זמן קצר הוא נהג כמו ינקי מבטן ולידה: "אילו הייתה הפטריוטיות עניין של שגרה או תרגול, היינו אנחנו הפטריוטים הגדולים ביותר בעולם" (שם, בעמ' 167). אך לצד מסורת זו של "משיגנות", ארנדט מתארת מלב ליבם של שנות הארבעים האפלות, מסורת מקבילה, שהמשיכה להתקיים, המסורת של המנודים המצפוניים (Conscious Pariahs), בתוכם היינריך היינה, רחל וארנהאגן, שלום עליכם, ברנאר לאזאר, פרנץ קפקא וצ'רלי צ'אפלין – מסורת שניתן לשייך אליה גם את ארנדט עצמה. בניגוד לתיאור החד-מימדי של יושינו את היהדות האמריקאית בתור יהדות שהסתוותה ועודנה ממשיכה להסתוות, ארנדט הצביעה גם על מסורת אחרת שנטועה עמוק במאה ה-19, מסורת של האנשים שאמנם אינם פופולריים, אך "ההיסטוריה שוב אינה ספר חתום בשבילים והפוליטיקה אינה עוד זכות-יתר של הגויים" (בעמ' 170). ואולם התיאוריה הפוליטית של ארנדט והתרומה שאני סבורה שיש לה לדיון על הסתוות, היא מעט מורכבת ממה שאני יכולה לתאר ברשימה קצרה זו, במיוחד לאור התפיסה של האזרחות כמסכה, והיא ראווה להתייחסות נפרדת (להרחבה על המשמעויות של התפיסה של ארנדט את השוויון והאזרחות, ראו: Leora Bilsky, *Citizenship as Mask: Between the Imposter and the Refugee*, 15(1) CONSTELLATIONS 72 (2008)).

⁴³ Kimberle Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, 1989 U. CHI. LEGAL F. 139 (1989).

⁴⁴ Gowri Ramachandran, *Intersectionality as Catch 22: Why Identity Performance Demands Are Neither Harmless nor Reasonable*, 69 ALB. L. REV. 299 (2005).

⁴⁵ YOSHINO, COVERING, לעיל ה"ש 20, בעמ' 178.

⁴⁶ Horwitz, *Uncovering Identity*, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1286-1287.

נוסבאום ניסחה את הדברים באופן חד יותר, וזוהי לטעמי הביקורת החשובה ביותר על יושינו. היא הראתה שהבעיה המרכזית בתאוריה של יושינו היא היעדר היכולת להצדיק נורמות כלשהן.⁴⁷ אם יש עצמי אמיתי וכל נורמה עלולה לגרום לאנשים להסתוות, יושינו מתקשה להצביע על הצדקה כלשהי לקיומן של נורמות. הוא אומנם אינו מזהה את עצמו עם התפיסה הרומנטית שרואה בכל נורמה באשר היא דיכוי של העצמי האותנטי, אך הוא אינו מסביר כיצד יכולות להיות נורמות ראויות. אם חלק מההסתוות היא ראויה וחלק לא, איך נדע מתי נורמה שגורמת להסתוות היא ראויה ומתי לא? שאלה זו חשובה לא רק באופן תאורטי, אלא גם באופן מעשי. נדמיין שופטת בבית הדין לעבודה שקראה את ספרו של יושינו בסוף השבוע והסכימה עם כל מילה. ביום ראשון בבוקר קבועים אצלה ארבעה דיונים, בתיקים שאלו נסיבותיהם: עובדת שהמעסיק דרש ממנה להסתיר את הקעקועים שמבחינתה מבטאים את העצמי שלה; מעצב תוכנה בחברת היי-טק שפוטר משום שהוא מסרב להשתמש בדאודורנט משהוא סבור שגורמת השימוש בחומרים שמסתירים ריחות טבעיים היא דכאנית; אי-קידום עורכת דין צעירה שאיננה מחייכת ללקוחות משום שהיא סובלת מדיכאון ומסרבת להסוות את זה; ומלצרית ממוצא מרוקאי בבית קפה ברמת אביב שמתלוננת על הרעה בתנאי ההעסקה מאז שהחלה להשמיע מוזיקה מזרחית בשעות שבהן בית הקפה משמיע מוזיקה. נניח שאותה שופטת שהתלהבה כל כך מיושינו תבקש לפסוק בהתאם לעמדה שהוא הציג בספרו. אילו כלים יושינו מספק בידי שופטת זו כדי לקבוע אם דרישות ההסתוות במקרים האלו הינן סבירות או לא? איזו הצדקה או היעדר הצדקה יש לנורמות שהמעסיקים מבקשים לשמר?

ב. בחינה אמפירית – נרטיבים של אנשים על הקשת הטרונסית בשוק העבודה

לצד התובנה החשובה של יושינו בנוגע לתופעות השליליות שעלולות להיות כרוכות בהסתוות, התאוריה של יושינו מעוררת בעיות משמעותיות, הן מהטעם שהיא אינה מתארת את כל המופעים של ההסתוות והקשרים שלה לאפליה, הן מהטעם שהיא מניחה הנחות רומנטיות על ה"עצמי" שאינן רלוונטיות לעולם של זהויות דינמיות, והן משום שיש בה אלמנט אנטי-משפטי מובהק. זו הנקודה שבה אני מבקשת להניח לוויכוח האקדמי ולהפנות את הזרקור לאנשים ונשים שעל הקשת הטרונסית בישראל.

1. רקע על אנשים על הקשת הטרונסית בישראל

אומנם, נראה שבשנים האחרונות אנשים על הקשת הטרונסית זוכים ליותר ויותר נראות ציבורית. אך אנשים לא-קונפורמיים מבחינה מגדרית, לרבות אנשים שעברו פרוצדורות רפואיות להתאמה מגדרית (מה שלעיתים מכונה "שינוי מין"), חיו בארץ עוד לפני

⁴⁷ Nussbaum, לעיל ה"ש 31.

שהוקמה המדינה.⁴⁸ לאורך הדורות, בעמל רב ובתעצומות נפש, אנשים אלה ציירו לעצמם אהבות מחוץ לקווי המותר, בנו לעצמם עולם עם חברויות, משפחות, עבודה, רשתות תמיכה ושפה.⁴⁹ כל זה נוצר תחת תנאים קשים של אפליה והדרה שנגעו בכל תחומי החיים.⁵⁰ בשנים האחרונות התפתח גוף כתיבה משפטי שנתן תשובות ביקורתיות ומרתקות לשאלות כיצד המשפט הישראלי יכול להגן ולקדם את זכויות היסוד החוקתיות של אנשים על הקשת הטרינסית, ומהם ההיבטים שבהם הוא נכשל במשימה זו כעת.⁵¹ בפרק זה אני מציעה לשאול שאלה אחרת: מה יכול המשפט הישראלי ללמוד מאנשים על הקשת הטרינסית?

שאלה זו מושפעת ממחקרים אחרים שהשתמשו במחקר האמפירי על קבוצות מוחלשות כדי לנסות ללמוד משהו עמוק מהקבוצה, ולא רק לאפיין פגיעה מסוימת

⁴⁸ ראו למשל את מחקרן מאיר העיניים של רחמימוב וסברן על קרל באר, שהחל בתהליכים לשינוי מגדרי בגרמניה בתחילת המאה שעברה, והודה בחלק מהזמן כגבר הטרוסקסואל ובחלק מהזמן כאישה לסבית. הוא היה פעיל ציוני, ונרדף על ידי השלטונות הנאציים בגרמניה. הוא עלה לארץ ביחד עם אשתו בשנת 1938 ועבד כאן כסוכן ביטוח ומנהל חשבונות עד שהלך לעולמו בשנת 1956 (עדי סברן ואיריס רחמימוב "בין קפלי החצאית: חייו השונים של קרל מ. באר" **זמנים** 131, 22 (2015) ובהקשר של ה"יבוא" של תפיסות חדשות של מיניות ומדעי המין מגרמניה לארץ בתקופת המנדט, ראו גם: ליאת קוזמא "אתו הסקס בדיוק: ייעוץ מיני ביישוב העברי בשנות השלושים" **תיאוריה וביקורת** 37, 96 (2010)). ראו גם את מאמר של אליגון-דר, שבחנה 147 תיקים פליליים בנוגע לעבירות מין שנוהלו בבית-המשפט המחוזי בחיפה, שבו בין השאר מתואר המקרה של עבדאללה, משנת 1943, שהוגש נגדו כתב אישום כי התיר לגבר אחר לשכב עימו וכי החזיק בית בושת: "על פי הראיות בתיק נהג עבדאללה ללבוש שמלת אישה, לעטות על גופו שדיים מלאכותיים, להתאפר בפודרה ובסומק ולהשלים את הופעתו הנשית בנעיצת ורד בשערו הארוך" (ארנה אליגון-דר "נרטיבים של "מעשה סדום" ו"עבירות כנגד הטבע" בבתי המשפט בפלשתינה מנדטורית" **זמנים** 141, 50, 61 (2019)).

⁴⁹ גיל אנגלשטיין תיאר בצורה מעוררת השתאות את ההירקמות של הרשתות החברתיות הראשונות של טרנסג'נדריות בארץ, במחקרו ההיסטורי על אותן נשים בשנות החמישים והשישים; ראו: גיל אנגלשטיין "כבר נמאס לי להתחפש, רציתי להיות": מרחב, זהות והתנגדות בסיפורי חיים של נשים טרנסג'נדריות בישראל" **זמנים** 131, 34 (2015).

⁵⁰ שם. כנראה שאחד מהסיפורים הקיצוניים ביותר על הכוח הדכאני שהופעל כנגד נשים טרנסג'נדריות, היא סיפורה של רינה נתן, שחיה בארץ בשנות החמישים ודרשה שוב ושוב שיבוצע בה ניתוח לשינוי מין, ובקשתה נדחתה והיא אף נעצרה כמה פעמים. היא בסופו של דבר כתה בעצמה את איבר מינה, מה שכמעט הביא למותה, והיא הובהלה לבית-חולים שם זכתה סוף סוף לעבור את הניתוח שהתחננה לעבור במשך שנים, רק שבעת זו הייתה פרוצדורת חירום. סיפור חייה זכה להתפרסם בכותב המחקר ההיסטורי החשוב של גיל אנגלשטיין ואיריס רחמימוב, ואולם הסיפור הזה לא היה מקרה בודד; ראו: Gil Engelstein & Iris Rachamimov, *Crossing Borders and Demolishing Boundaries: The Connected History of the Israeli Transgender Community 1953–1986*, 18(2) J. MOD. JEWISH STUD. 142 (2019).

⁵¹ ראו למשל: עידו קטרי "על צומת דרכים: מפגשה של הקהילה הטרינסית עם מערכת המשפט" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 727 (עינב מורנגסטרן, ניב לושינסקי ואלון הראל עורכים 2016); עידו קטרי "שונות מגדרית בפסק הדין פלוגי(ת) - בין שמרנות להרשנות" **"המשפט" ברשת: זכויות אדם** 26, 32 (2014); אייל גרוס "טרנסג'נדרים והמשפט הפלילי: בצלה של האשמת ההתחזות" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 777 (עינב מורנגסטרן, ניב לושינסקי ואלון הראל עורכים 2016); ליה יוני ועידו קטרי "אחות את לא פה לבד": חוויות של שונות מגדרית במערכת הענישה הפלילית" **משפט זדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים** 595 (אלון הראל עורך 2017). ראו גם: DEAN SPADE, *NORMAL LIFE: ADMINISTRATIVE VIOLENCE, CRITICAL TRANS POLITICS, AND THE LIMITS OF LAW* (2011).

שבני הקבוצה חווים.⁵² ישנם שני יתרונות לכיוון חשיבה זה. ראשית, ייתכן שגם הצעה מאוד מתוחכמת להתמודד עם תופעה כמו הסתוות, ובאופן כללי נרטיבים במקומות העבודה, איננה מתיישבת עם מידע שיכול להצטבר רק אצל מי שמופנות כלפיהם דרישות הסתוות והסתרה באופן אינטנסיבי. שנית, לעיתים ההימצאות במה שמכונה "השוליים" מאפשרת לראות בבהירות יתרה את מה שאיננו "שוליים". כלומר, ההשתייכות לקבוצה המוחלשת מאפשרת פרספקטיבות מחדשות ומרעננות על הכוח, פרספקטיבות שיכולות לחלץ גם תאוריות מורכבות למדי שנכתבות הרחק מהשוליים, כמו התאוריה של יושינו, מהמבוי הסתום שאליהן הן נקלעות. בקיצור, היתרון הראשון הוא גישור על פערי מידע, והיתרון השני הוא מתן קול. בהקשר של מחקר זה, היתרון הראשון של מתודולוגיה זו מתבטא בכך שהמתודולוגיה תאפשר בדיקה של התאוריה של יושינו בעולם המעשה – האם הקטגוריות התיאוריות שהציע רלוונטיות. היתרון השני יתבטא בכך שהמחקר יאפשר לקבוצה שעובדים רבים מתוכה סובלים, בצורה קיצונית, מחוסר שליטה על הסיפורים שהם נאלצים לספר – להשמיע קול. הקולות של האנשים על הקשת הטרנסית שיושמעו בשורות הבאות איננו רלוונטי רק לאנשים על הקשת הטרנסית; בשלב הניתוח של הממצאים אטען שהאזנה זהירה לקולות האלו מלמדת על קטגוריות של פגיעות שמהן סובלים גם אנשים שאינם על הקשת הטרנסית. לפני שאתאר את המחקר ואת תוצאותיו, קשה להימנע מלנסות להגדיר את "הקבוצה" שאליה משתייכים האנשים שהתראינו במסגרת מחקר זה. אין ספק שזהו אתגר להגדיר "טרנסג'נדר". המושג "טרנסג'נדר" אינו מופיע באף חוק, ובאופן כללי ניתן לומר שבתי המשפט נמנעו גם הם מלנסות לספק לו הגדרה.⁵³ קיימים ניסיונות שונים לתת הגדרה למושג "טרנסג'נדר" בהקשרים לא משפטיים. קבוצה אחת של הגדרות מציגה את המושג כמושג פוליטי שמתאר את הטרנסג'נדריות כחריגה מהציפיות החברתיות המגדריות שמערערת על הדיכוטומיה שמכוננת את

⁵² אחת מהכתובות הבולטות בהקשר זה היא לוס ווייט; ראו: Lucie E. White, *Subordination, Rhetorical Survival Skills, and Sunday Shoes: Notes on the Hearing of Mrs. G.*, 38 BUFF. L. REV. 1 (1990) (גרסה מקוצרת של מאמר זה תורגמה לעברית; ראו: לוס א' וויט "הכפפה, כישורי הישרדות רטוריים ונעלי יום ראשון: הערות על השימוע בעניינה של גברת ג'" **מעשי משפט** ב 119 (זהר כוכבי מתרגם 2009). בהקשר של אימהות עניות בישראל, ראו: Shiri Regev-Messalem, *Claiming Citizenship: The Political Dimension of Welfare Fraud*, 38 LAW & SOC. INQUIRY 993 (2013). ניתן לראות גם ניצנים למתודולוגיה דומה, אם כי לא מהתחום האמפירי, במחקר על עובדות מין: Julia O'Connell Davidson, *Let's Go Outside: Bodies, Prostitutes, Slaves and Worker Citizens*, 18(5) CITIZENSHIP STUDIES 516 (2014).

⁵³ חריג בודד לכך הוא אחד מהמקרים הבודדים שהגיע לפתחו של בית-המשפט העליון עניינה של אישה טרנסג'נדרית, במסגרת ערעור פלילי, שם השופט שהם פנה לויקיפדיה כדי לנסות למצוא הגדרה למושג: "לנוחות הקורא נביא את ההגדרה המופיעה בוויקיפדיה לגבי המונח "טרנסג'נדר". על פי ההגדרה המקובלת, המדובר ב"מונח הכולל קשת רחבה של זהויות שקשורות לתחושות והתנהגויות שאינן תואמות בין היות האדם זכר או נקבה מבחינה ביולוגית לבין התחושות המגדריות שלו או שלה." (ע"פ 2734/14 **און נ' מדינת ישראל**, פס' 6 לפסק הדין של השופט שהם (נבו 13.8.2014). ואולם, גם במקרה הזה נראה שההגדרה מתוך "ויקיפדיה" הובאה רק "לנוחות הקורא" (שם), כלומר שהיא לא נועדה להכריע במחלוקת שניטשה בין הצדדים, בוודאי לא מחלוקת יש לה נפקות משפטית כלשהי.

ההטרונורמטיביות, בין גברים-זכרים-סטרייטים לנשים-נקבות-סטרייטיות, וזוהי נקודת מבט שקשורה לתאוריה הקווירית.⁵⁴ קבוצה אחרת של הגדרות מציגה את המושג בתור חוויה של הפרט, כלומר חוסר הלימה בין התחושה של האינדיבידואל בין המין שאיתו נולד (זכר, נקבה או אינטרסקס) לבין הזהות המגדרית (גבר, אישה, או אופציה אחרת).⁵⁵ הגדרות אלו אינן סותרות זו את זו בהכרח, אך הן ניתנות מנקודות מבט שונות. מה שחשוב להעיר בהקשר זה הוא שיש קשת רחבה של סטטוסים וזהויות שונות בתוך הקשת הטרנסית, לרבות זהויות שאינן נפלות לקטגוריות הנוקשות של "גבר", "אישה", "זכר" ו"נקבה" (ומכאן, ההעדפה שלי להשתמש במושג "הקשת הטרנסית" ולא רק "טרנסג'נדרים").

אני אודה שלעניות דעתי כל עוד הדבר אפשרי, מוטב להימנע מלהגדיר מיהו "טרנסג'נדר". הבעיה היא בכך שאומנם ניתן לתת הגדרות שונות שתתארנה אנשים טרנסג'נדרים, אך הגדרה כזו לא תוכל ללכוד את הדבר העמוק והמהותי יותר בהוויה הטרנסית. ההוויה הטרנסית, הנגזרת מהמילה Trans בלטינית, מהותה שינוי, מעבר. השינוי המגדרי של הפרט קשור גם בשינוי של המושגים שמתארים פרטים שעוברים שינויים מגדריים, ובאופן רחב יותר, בשינויים חברתיים עמוקים בהבנה של מגדר ומין. אנשים על הקשת הטרנסית הם לא רק החריג שמגדיר את הכלל (כלומר שעצם האפשרות להצביע עליהם כחריגים מאפשרת לזהות את מי שאינם חריגים), אלא גם החריג שמשנה את הכלל (שכן טרנסג'נדרים, בכל מקום שבו הם נמצאים, נותנים הזדמנות למי שאינם טרנסג'נדרים לחשוב מחדש על מושגי היסוד של זהות, מין ומגדר). אנשים על הקשת הטרנסית אינם רק אנשים שמשנים בעולם, אלא גם אנשים שמשנים את העולם.⁵⁶ יש קשר מורכב ורב-גווני בין השינוי האישי להשתנות החברתית העמוקה באופן שבו אנשים ומגדר נתפסים. לכן, לדעתי, הדרך העדיפה להבין אנשים על הקשת הטרנסית תהיה לוותר על ההגדרות, ולזכור שהדבר היחיד שהוא אינהרנטי לזהויות של אנשים על הקשת הטרנסית הוא ההשתנות המגדרית, שבה לא רק האינדיבידואל משתתף אלא גם מי שסביבו.

⁵⁴ קטרי, על צומת דרכים, לעיל ה"ש 51, בעמ' 730-737.

⁵⁵ "מה זה טרנסג'נדר?" **מעברים** <https://www.maavarim.org/what-is-trans>

⁵⁶ זו גם הסיבה לכך שההיסטוריונית מיירוביץ' (Meyerowitz), מהכותבות המובילות של ההיסטוריה של הקשת הטרנסית בארה"ב, ניתחה את ההיסטוריה של אנשים על הקשת הטרנסית בארה"ב במאה העשרים בתור חלק, או ביטוי, להיסטוריה הכללית של השינויים בהבנה של מין, מיניות ומגדר במאה הזו, ומבצע לעדשה הזו, השינוי הטרנסי נראה כשינוי עמוק בהרבה מהשינוי שנוגע רק לאנשים על הקשת הטרנסית; ראו: JOANNE MEYEROWITZ, HOW SEX CHANGED A HISTORY OF TRANSSEXUALITY IN THE UNITED STATES (2004).

2. בחינה אמפירית

המשפט הישראלי מכיר בכך שאפליה נגד אנשים על הקשת הטרונסית היא אפליה אסורה לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה.⁵⁷ בכל זאת, קיים דפוס נרחב מאוד של אפליה נגד אנשים על הקשת הטרונסית במקום העבודה, שלמיטב ידיעתי אין שני לו מבחינת היקפי התופעה. לפי הסקר המקיף האחרון בנושא של אפליה של להט"ב בשוק העבודה (להלן: הסקר של נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה), 68% מהאנשים על הקשת הטרונסית סובלים מאפליה במקום העבודה.⁵⁸ בנוסף, סקר זה מצא ש-35%

⁵⁷ בסע"ש (אזורי ת"א) 13-06-791 מרינה משל - המרכז לטכנולוגיה חינוכית (נבו 13.5.2014) קבעה השופטת איציקוביץ' שחר שאפליה על רקע סטטוס טרנסי של עובדת מהווה אפליה אסורה, והיא נכנסת לקטגוריה אפליה על בסיס מין, שנאסרה בס' 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. אמנם השופטת איציקוביץ' שחר נשארה בדת מיעוט באותו מקרה, אך המחלוקת שלה עם נציגי הציבור לא נגעה לשאלה האם חוק שוויון הזדמנויות בעבודה אכן מגן על אנשים על הקשת הטרונסית מפני אפליה על רקע הסטטוס הטרונסי (נציגי הציבור לא הביעו את עמדתם בנוגע לשאלה העקרונית כלל ועיקר), אלא על השאלה האם באותו מקרה ספציפי אכן התקיימה אפליה. בכל אופן, מט"ח הגישה ערעור על אותו פסק-דין לבית-הדין הארצי לעבודה, שבו התקבלה הצעת בית-הדין להגיע לפשרה בין הצדדים, אך בית-הדין מצא להוסיף במפורש בהחלטתו הערה בנוגע לשאלה העקרונית שאותו התיק עורר: "בית דין זה אכן סובר שעל פני הדברים אפליה מחמת מין ונטייה מינית על פי ס' 2 על פי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה כוללת בחובה גם הפליה מחמת זהות מגדרית" (ע"ע (ארצי) 14-06-23372 המרכז לטכנולוגיה חינוכית (חל"צ) - מרינה משל (נבו 2.6.2015)). עוד יש לציין שברמה החוקתית, בפסק-דין שאיננו נוגע לדיני העבודה, השופט ג'ובראן (כתוארו אז) העיר כי "הזכות לשוויון של טרנסג'נדרים, בדומה לזכות החוקתית לשוויון של חברי הקהילה הגאה, היא זכות חוקתית מוגנת... הנגתה של הזכות לשוויון נפרשת לא רק על מי שהשלים את תהליך השינוי המגדרי. הקשיים החברתיים והמשפטיים שעמם נדרש הטרנסג'נדר להתמודד אינם תלויים במידת השלמת תהליך פיזיולוגי לשינוי המין. עצם אי ההכרה בזהות המגדרית של הפרט, כפי שהוא רואה אותה, היא פגיעה בזכות לשוויון. עצם אי ההכרה בזהות המגדרית של הפרט, כפי שהוא רואה אותה, היא פגיעה בזכות לשוויון" (ע"פ 5833/12 פלונית נ' מדינת ישראל, פס' 5 לפסק הדין של השופט ג'ובראן (נבו 12.9.2013)). בהקשר זה ראו גם: קטרי "שונוות מגדרית בפסק הדין פלונית", לעיל ה"ש 51.

עוד מעניין לציין בהקשר זה שרק לאחרונה, בית המשפט העליון בארה"ב נדרש לשאלה האם חוק זכויות האזרח משנת 1964 אוסר על פיטורים של הומוסקסואלים וטרנסג'נדרים (ויש לציין שלהבדיל מהחוק הישראלי, החקיקה הפדראלית בארה"ב מכילה רשימה קצרה בהרבה של עילות אסורות, ונטייה מינית לא נמנית עליהן, מה שהוביל לכך שהמחלוקת לא נגעה רק לאפליה מחמת זהות המגדרית וסטטוס טרנסי אלא גם לאפליה מחמת נטייה מינית). השופט גורסאץ' (Gorsuch) שכתב את חוות-הדעת המובילה, קבע שגם אם מאמצים את ההגדרה הצרה ביותר של המושג "מין", כפי שהיא מפורשת במילונים שפורסמו בשנת 1964 שבה נחקק החוק, כלומר ההגדרה של מין בתור קטגוריה שמוגדרת לפי איבר-המין והמצב הפיזיולוגי של האדם, עדיין אין מנוס מלפרש את החוק כך שיגן על הומוסקסואלים וטרנסג'נדרים. זאת, משום שהפלייתם קשורה באופן עמוק למין שלהם. פיטורים של גבר טרנסג'נדר כי הוא טרנסג'נדר, הם פיטורים שקשורים למין שלו, משום שאילו לא סומן כנקבה בלידה, אלא כגבר, לא היה מפורט כעת. פיטורים של הומוסקסואלים משום שהם הומוסקסואלים, גם הם פיטורים שקשורים בצורה ישירה למין שלהן, משום שאם הומוסקסואל היה נולד נקבה והיה מזדהה כאישה שנמשכת לגברים, הוא לא היה מופלה לרעה, ורק משום שנולד זכר והוא מזדהה בגבר שנמשך לגברים, הוא מופלה לרעה. ראו: *Bostock v. Clayton Cty.*, 140 S. Ct. 1731 (2020).

⁵⁸ חנה קופפר תחושות וחוויות אפליה של מועסקים מקהילת הלהט"ב בשוק העבודה בישראל 4 (נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, 2015). כמוכן שכאן מתעוררת השאלה הקשה, עד כמה דיני איסור האפליה במקום העבודה מצליחים להשפיע על העולם. גיא מונדלק עמד על הקשיים והדילמות המתודולוגיות שהבחינה של שאלה זו מעוררת: גיא מונדלק "האם דיני איסור האפליה בעבודה 'עושים את העבודה'?" **האם המשפט חשוב?** 199 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות 2010). בהקשר זה, ראו גם: רון חרומן, חגי פורת, יובל פלדמן ותמר קריכלי-כץ **אפליה תעסוקתית בישראל: התמודדות מברלת** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2018).

מהטרנסג'נדרים אינם מספרים במקום העבודה שלהם על הסטטוס הטרנסי שלהם, ושמתוך 65% הטרנסג'נדרים שכן גילו על הסטטוס הטרנסי שלהם, רק ב-68% מהמקרים הגילוי נעשה מרצון.⁵⁹ שיעורים אלה גבוהים במידה רבה משיעור ההומוסקסואלים, הלסביות, הביסקסואלים והפנסקסואלים שאינם מספרים במקום העבודה על הנטייה המינית שלהם. עם זאת, הסקר לא בחן כיצד אנשים על הקשת הטרנסית תופסים את המצב הזה, וגם לא בחן גוונים מורכבים יותר, בין גילוי ואי-גילוי, של הסטטוס הטרנסי.

המחקר שערכתי מורכב משני חלקים: ראשית, הוא מבוסס על סקרים שהפצתי בחודשים אפריל–יוני 2020 בקבוצות שונות של הקהילה הטרנסית שאני חברה בהן ומולאו על ידי 47 אנשים על הקשת הטרנסית, ושנית, הוא מבוסס על 11 ראיונות אישיים מובנים-למחצה שנערכו בדצמבר 2020.

(א) תוצאות הסקרים

הסקרים נערכו בעזרת Google Forms, ובסך הכול הגעתי ל-47 מענים, מגילאים ואזורים גאוגרפיים שונים,⁶⁰ ושמזדהים בצורות רבות ומגוונות על הקשת הטרנסית.⁶¹ הסקר הופץ בקבוצות באינטרנט של מי שמזדהים כטרנסג'נדרים, וייתכן שישנה הטיה מסוימת במסגרתו לטובת אנשים צעירים שלוקחים חלק בקבוצות קהילתיות.

ראשית, בתור רקע לדברים, יש לציין שתמונת המצב מבחינת רמת ההשתכרות והביטחון התעסוקתי של מי שענו על הסקר היה עגום למדי. ממוצע ההשתכרות בקרב מי שענו על הסקר היה קרוב לחצי מהשכר הממוצע במשק, ובקרב נשים טרנסג'נדריות הוא היה נמוך עוד יותר. קרוב לחצי מהנשאלים. ות ענו שחשו במצוקה כלכלית בעקבות משבר הקורונה, וכמעט 50% דיווחו שיצאו לחל"ת, חופשה כפויה או שצומצמו באופן משמעותי שעות העבודה שלהן, שיעור גבוה בהרבה משיעור הכללי של העובדים שנפגעו מהקורונה בזמן שהסקר פורסם.⁶²

במבט-על ניתן לומר שישנן מגמות שמאפיינות את מכלול המענים לסקר. מגמות אלו אינן מהוות תוצאות מובהקות מבחינה סטטיסטית, אבל הן כן מצביעות על כיוונים שאפיינו את התשובות של מי שענו על הסקר. בדומה לתוצאות שאליהן הגיע הסקר

⁵⁹ קופפר, לעיל ה"ש 58.

⁶⁰ שרובם בגילאי 30 ומטה ומהמרכז, אך ישנו גם ייצוג, שהפתיע אותי לטובה, של אזורים גיאוגרפיים וגילאים שונים. חששתי מהטיה מסוימת שגורמת לייצוג יתר של מי שנמצאים בהרבה קבוצות של טרנסג'נדרים ברשתות החברתיות. עם זאת, נראה שהחשש הראשוני שלי מהטיה לטובת צעירים הופרך. מנעד הגילאים נע בין ילידי שנת 2001 לילידי שנת 1958, והיו 9 נשאלים מתוך 47 שנולדו לפני שנת 1978.

⁶¹ 34% ממי שענו על הסקר הגדירו עצמן כ"אישה טרנסג'נדרית", 23.4% הגדירו עצמם כגברים טרנסג'נדרים, 23.4% הגדירו עצמם כקוויריות, 6.4% ענו שאינם מגדירות. 4.2% את עצמם, 4.2% ענו שהן מזדהות. 4.2% כפלואידים (כלומר שהזדהות המגדרית שלהן אינה קבועה) ו-4.2% הגדירו עצמם כדרכים אחרות על הקשת הטרנסית.

⁶² לניתוח מעובד של שיעור האבטלה הכללי באוכלוסייה בזמן הגל הראשון של הקורונה ראו: קרנית פלוג ואח' סקירת מצב שוק העבודה בזמן הקורונה 13 (2021).

של נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, מצאתי ש-29.8% מהאנשים על הקשת הטרנסית אינם מספרים במקום העבודה על הסטטוס הטרנסית שלהם. 34% אחוזים סיפרו על כך מיוזמתם במקום העבודה, והאחרים השיבו תשובות שניתן להגדירן כצורות שונות של הסתרה שאיננה הסתרה מוחלטת של הסטטוס הטרנסית.⁶³ ואולם, 65.8% מתוך מי שענו שהם כן סיפרו במקום העבודה על הסטטוס הטרנסית, ולו באופן חלקי, עשו זאת מרצון. מדוע אם כן חלק מהאנשים סיפרו על הסטטוס הטרנסית במקום העבודה? ראשית, רבים סיפרו על הסטטוס הטרנסית אף על פי שלא רצו לספר עליו. מהניתוח של התשובות מצאתי ארבע תת-קטגוריות של אנשים שסיפרו על הסטטוס הטרנסית מבלי שרצו בכך. תת-קטגוריה הראשונה היא של מי שמכיוון שנדרשו להציג את תעודת הזהות שבה רשום המין המולד, נאלצו לתת הסברים על ההבדל בין הנראות החיצונית לבין המין שרשום בתעודת הזהות. תת-קטגוריה השנייה, שעמיה נמנו במיוחד נשים טרנסג'נדריות, נחשפו בניגוד לרצונן על ידי עובדים ש"חקרו" באופן עצמאי את עברן, במיוחד ברשתות החברתיות, ללא כל קשר לתעודת הזהות; אחת מהן, מלצרית באזור המרכז ילידת שנת 1994, סיפרה כי "לא רציתי לעסוק בזה, אבל עובד אחד בדק וגילה וסיפר לכולם". תת-קטגוריה השלישית, שנראה שהייתה רלוונטית מאוד לקווירים שלא מגדירים את עצמם כ"גבר" או כ"אישה", היא שהנראות שלהם אינה מותירה ספק בנוגע לסטטוס הטרנסית שלהם, ולכן לא נתונה להם האופציה להסתיר או להסוות את הסטטוס הטרנסית. תת-קטגוריה הרביעית נוגעת למי שנשאלו על הסטטוס הטרנסית בריאיון העבודה. אומנם, רוב מי שהשיבו לסקר לא נשאלו בריאיון הקבלה לעבודה האם הם טרנסג'נדרים, אולם 21.3% דיווחו כי זה "עלה תוך כדי השיחה", ואישה טרנסג'נדרית אחת נשאלה על כך במפורש בריאיון.

לצד הקטגוריה של מי שסיפרו על הסטטוס הטרנסית בלידת ברירה, יש גם אנשים שדיווחו על כך שסיפרו מיוזמתם על הסטטוס הטרנסית. נראה שאחד מהאינדיקטורים החשובים לשיתוף בסטטוס הטרנסית הוא מידת הביטחון בכך שהדבר לא יפגע בסיכוי להמשיך לעבוד באותו מקום עבודה בלי להיות חשופים ליחס עויין:

מפני שאני עובד במעבדה במוסד יוקרתי יחסית, הרגשתי שהמשרה שלי / הביטחון האישי שלי לא בסכנה אם אספר, אז הסברתי לאחראית כוח האדם שזו לא טעות ושאני גבר טרנסג'נדר. היא הגיבה בצורה מקסימה ומכבדת, אך זה לא ברור מאליו שזה מה שיקרה. במקום עבודה קודם, עבדתי כקופאי ברמי לוי [...]⁶⁴ ואם הייתה סיטואציה דומה שם, לא הייתי מרגיש נוח או בטוח להסביר את עצמי.

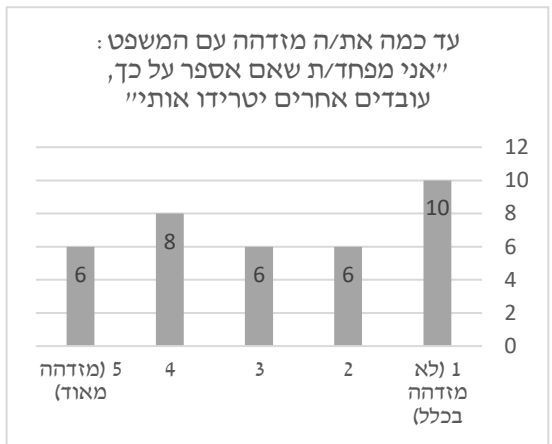
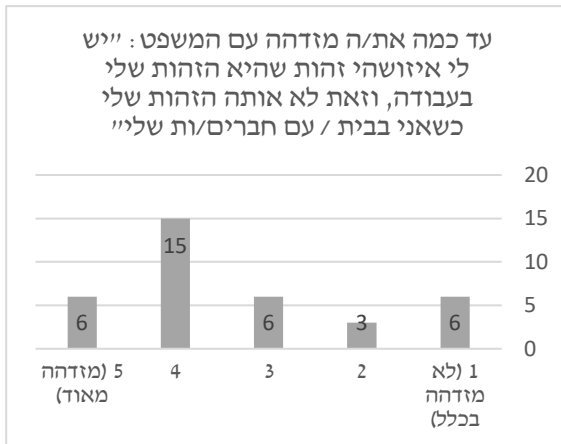
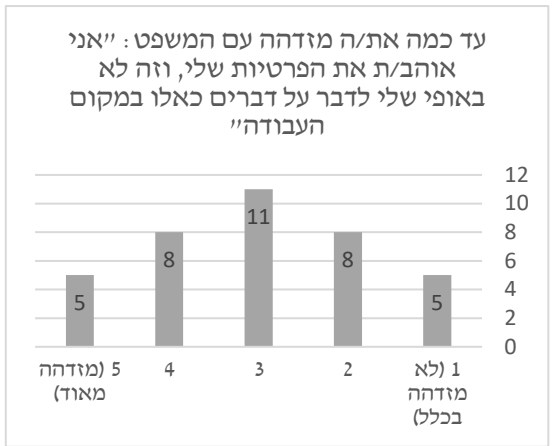
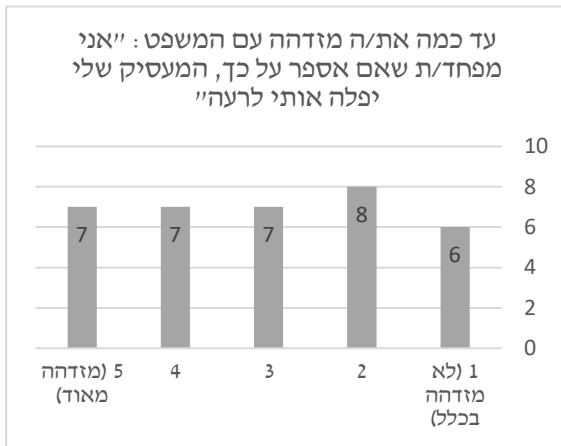
ומדוע אנשים אינם מספרים על הסטטוס הטרנסית במקום העבודה? ניסיתי לחלק את האפשרויות השונות להשיב לשאלה הזו לשש קטגוריות של הסברים לאי-גילוי (או

⁶³ כך למשל, 10.6% סיפרו למעסיק, אך לא לשאר העובדים, וכך גם 10.6% סיפרו על כך לשאר העובדים או לחלקם אך לא למעסיק.

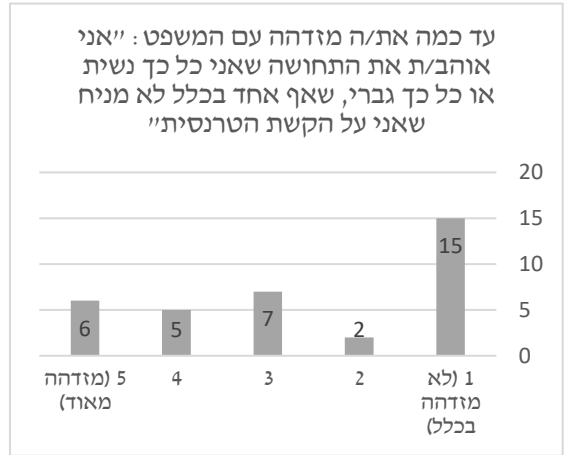
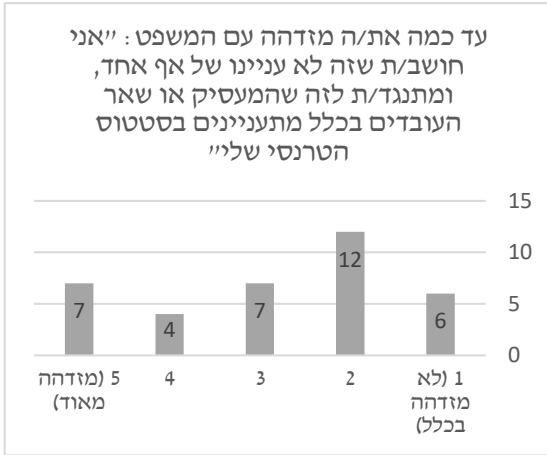
⁶⁴ מטעמי זהירות, השמטתי את הפרטים של הסניף.

גילוי חלקי) של הסטטוס הטרנסי, ולמדוד את מידת ההזדהות עם כל אחת מהן. התוצאות, כפי שנראה בתרשימים 1–6, חושפות תמונה מגוונת מאוד שנעה בין פחד מאפליה, התנכלות והטרדה, לבין הזדמנות להעצמה, חתרנות מגדרית, ביישנות או תפיסה כללית של הסטטוס הטרנסי בתור נושא פרטי שאינו מתאים להתייחסות במקום העבודה. מה גם שחלק ממי שהזדהו מאוד עם אופציה אחת הזדהו לעיתים גם עם עוד אופציות. גם אם היה שיעור נמוך של הזדהות עם חלק מהמשפטים, לא היה אף אחד מהם שלא נמצאו לפחות 11 מתוך כ-37 שהזדהו או הזדהו מאוד עם אותו משפט.

תרשימים 1–6:⁶⁵



⁶⁵ התרשימים מתארים את מספר האנשים שדירגו את מידת ההזדהות שלהם עם המשפטים השונים, על סקאלה שבין "מזדהה מאוד" ל"לא מזדהה בכלל".



כיצד אי-גילוי נחווה על ידי מי שאינם מגלים את הסטטוס הטרוני שלהם? ישנם מי שמתארים את אי-הסיפור על עצמם כחוויה קשה מאוד. במקרים אלו, ניכר שההסתרה היא תוצר של פחד ברור מפני פיטורים בשל הסטטוס הטרוני, אך אפילו אז, נראה שההסתרה מקנה גם תחושת ביטחון וכוח, משום שהיא נותנת כלי פרקטי כדי להימנע מהפיטורים. כך כתבה אישה טרנסג'נדרית מאזור המרכז:

לחיות בזהות כפולה מפחד מפני יחס עויין במקום העבודה? זאת זוועה שאני לא מאחלת לאף אחד. זה מחזק את תחושת הביטחון העצמי מצד אחד, ומצד אחר עם הזמן זה נעשה כואב יותר ואין למי לפנות.

וכך כותב טרנס א-בינארי מאזור המרכז:

הסיבה שאני בדרך כלל דואג לספר היא הפחד מרגע הגילוי. אני מעדיף שזה יהיה בשליטי ולכן מספר.

ותשובה אחרת של אישה טרנסג'נדרית מלמדת שההסתרה היא כלי שהשימוש בו נובע מחוסר אמון ביכולת של דיני העבודה לספק לה סעד אם תפוטור:

בשלב הזה במידה ואספר אפוטור. גם המעסיק וגם רוב העובדים חוטאים יום יום בלהטבופוביה ותימצא הדרך "הכאילו חוקית" לפטר אותי תוך מספר חודשים מועט מבלי שהמהלך ייתפס כאפליה.

לכאורה, בהתאם לתאוריה של יושינו, ניתן היה לצפות שזה יהיה סוף פסוק. אך מתברר שלצד הדיווחים על ההסתוות וההסתרה כחוויות קשות, ישנם דיווחים אחרים שמראים על בחירה לא לספר על סטטוס טרוני גם ללא כל קשר לאפליה. כך למשל כתבה אישה

טרנסג'נדרית מאזור הצפון, ילידת 1995, שהיא מעדיפה להסתיר את זהותה אפילו כשהיא יודעת שגם אם הייתה מספרת על הסטטוס הטרנסי שלה לא הייתה מופלית לרעה, והיא מסבירה זאת כך:

אפשר ככה לדעת בוודאות שרואים בך אישה. הקונפליקט שיש עם זה שיודעים שאת טרנסית לא קיים.

לבסוף עולה מהסקרים שיש קשת מורכבת מאוד של מקרים שקשה לקטלג אותם באמצעות הדיכוטומיה הבינארית שבין "גילוי" ו"אי-גילוי". כך, למשל, לעיתים הסטטוס הטרנסי עצמו הוא חצי-גלוי. כך למשל ג'נדרקוויר שמעדיף שימוש בלשון פנייה מעורבת (כלומר לשון פנייה שהיא לפעמים זכר ולפעמים נקבה), תיאר בחדות דפוס ייחודי לקבוצה זו של הסתוות:

אני סיפרתי בעבודה שאני ג'נדרקוויר. אבל אני עדיין משתמש ב"את" בעבודה, כך שזה מין חצי בארון חצי מחוץ לארון כזה.

עוד דוגמה לקבוצת מקרים שקשה לקטלג באמצעות הקטגוריות הבינאריות של "גילוי" ו"אי-גילוי" היא המקרים שבהם הנשאלים תיארו שלא הסתירו את הסטטוס הטרנסי אבל הסתירו כל מיני פרטים שיכולים לקשור אותם עם סטראוטיפים שליליים לגבי הסטטוס הטרנסי (הגם שהפרטים האלו נכונים לגביהם). בולטת במיוחד בהקשר הזה התשובה הבאה:

אני באופן אישי עובדת במקום מאוד מכבד שמהתחלה ידעתי שזה בטוח לדבר בו על הטרנסיות שלי, אבל לא על הכול נוח לי לדבר. כאילו יודעים שאני טרנסית אבל לא יודעים למשל שבעבר עבדתי בזנות וגם לא יודעים שאני הייתי בחובות, אני כאילו נראית בעבודה "טרנסית טובה". אבל זה לא שאני צריכה להסתיר את זה שאני טרנסית.

(ב) הראיונות

במהלך דצמבר 2020 ערכתי 13 ראיונות עם אנשים על הקשת הטרנסית, 3 מהם מילאו את הסקרים והסכימו להרחיב על תיאוריהם גם בשיחה.⁶⁶ הראיונות היו כלי ללמוד על המשמעות של סיפורים בשוק העבודה בתוך המסגרת התרבותית שבתוכה המרואיינים מבינים את עצמם.⁶⁷ גיוס המרואיינים נעשה באמצעות מודעות ברשתות חברתיות

⁶⁶ מתוך המתראיינים, 6 היו נשים טרנסג'נדריות, 3 היו אנשים א-בינאריים, וארבעה היו גברים טרנסג'נדרים. כל השמות של המרואיינים בחלק זה הם שמות בדויים, וכן טשטשתי פרטים שנוגעים למעסיקים ספציפיים.

⁶⁷ A. Fontana, & J. H. Frey, *The interview: From Structured Questions to Negotiated Text*, In HANDBOOK OF QUALITATIVE RESEARCH (2000) SEIDMAN, INTERVIEWING AS QUALITATIVE RESEARCH: A GUIDE FOR RESEARCHERS IN EDUCATION AND THE SOCIAL SCIENCES (1991)

ובאמצעות פנייה לארגונים שפעילים למען זכויות אנשים על הקשת הטרונסית שהכירו אנשים שהסכימו להתראיין, וללא כל תמורה כלכלית על הראייון. הראיונות היו חצי-מובנים וארכו כשעה וחצי כל אחד (למעט שני ראיונות שנמשכו קרוב לשלוש שעות בסך הכול). הראיונות הובנו כשיחה פתוחה על מנת שהמראיינים שירצו בכך יוכלו לכוון את הראייון לכיוונים שחשובים עבורם. כך, תוך כדי עבודת הראיונות, השתכללה רשימת השאלות הראשונית שהייתה מעין "שלד" לכלל הראייון (שאלות על ניסיון תעסוקתי, על הניסיון בגילוי, אי-גילוי ועמעום של הטרונסיות, ועל חוויות שבהן גילוי, אי-גילוי ועמעום של הטרונסיות הייתה מעצימה או דווקא מדכאת).

הראיונות הוקלטו בהסכמת המראיינות. ים ותומללו בדיעבד בצורה נאמנה למקור ככל שניתן, ולאחר מכן נותחו לפי העקרונות של תאוריה מעוגנת בשדה.⁶⁸ בהתאם לכך, הראיונות נותחו ופורקו לפי דפוסים וקטגוריות תמטיות, ולאחר מכן נבדקה התאמה בין הקטגוריות בראיונות השונים, כך שנוצרו מחדש קטגוריות שאפשרו להבין באופן רחב יותר מאפיינים מרכזיים של הצבעים השונים של גילוי ואי-גילוי על סיפורים של עובדים במקום העבודה. רשימה זו קצרה מכדי לתאר את הראיונות במלואם, לכן בחרתי קטעים מראיונות בולטים שלהערכתי מייצגים אלמנטים שבלטו גם בראיונות אחרים, ולעיתים אשלב גם השוואות לראיונות אחרים.⁶⁹

סיפורה של נטע, אישה טרונסג'נדרית בת 32 ממרכז הארץ, ממחיש הן את המשמעות של הפגיעה בשליטה של עובדים בסיפור שלהם, והן את המשמעות של כיבוד השליטה של עובדים בסיפור שלהם. נטע סיפרה שההתבררות שלה הייתה קשה מאוד, ושמגיל צעיר היא חיה מחוץ לבית הוריה. העבודה הראשונה שבה עבדה הייתה בסניף של רשת בתי קפה שכבר עבדו בו חברות שלה. למעשה, הסניף הזה היה ידוע בתור מקום שמנהלו מוכן להעסיק טרונסג'נדריות קטניות ללא האישורים הנדרשים, ובשל כך נחשב למעסיק "ידידותי" שמאפשר פרנסה לנערות אלו שיצאו מבתיהן מתחת לגיל 16. הצד השני של המטבע היה שאותו מנהל התעקש בכל פעם שנמצא בסניף לשמוע עוד ועוד פרטים על חייהן של העובדות:

מבחינתו הוא היה כמו הפסיכולוג שלנו. היה בא בשעה ארבע וקורא לכולנו החוצה לשבת איתו ומתחיל לשאול אותנו, למה את לא גרה אצל ההורים, מתי הבנת שאת בת, איפה את ישנה, אם את עובדת [כולומר

⁶⁸ ראו: KATHY CHARMAZ, CONSTRUCTING GROUNDED THEORY: A PRACTICAL GUIDE THROUGH QUALITATIVE ANALYSIS (2006).

⁶⁹ בשל מגבלות הקורונה, כל הראיונות נערכו "מרחוק", באמצעות Zoom. אמנם יש חסרונות ברורים לכלי הזה, שמאפשר פחות זיהוי של ניואנסים שקשורים בתנועות פנים ותנועות גוף, ולעיתים גם קשיים בחיבור לאינטרנט שפוגעים בזרימת התקשורת. אולם, היו בשימוש בכלי הזה גם יתרונות ברורים: היעדר הצורך של המראיינת או המראיינים להגיע למקום שהוא לפעמים רחוק לצורך ראיונות שאין בעדם תמורה כלכלית, וכן ההימצאות בבית של מראיינים. (כמעט בכל הראיונות), שהוא מרחב מוכר ונחשבוש דיווחו שחשו בנוח להתבטא (והדבר היה מורגש).

בזנות⁷⁰... ואמרתי לו כמה פעמים "לא מתאים, תשחרר", אבל בסוף הייתי עונה אבל בקטע רע, לא הרגשתי טוב, וגם לא אמרתי לו מה שהוא רצה לשמוע, למה אני לא שקרנית, וגם לא רציתי לבוא לו ברע כי בכל זאת הוא שילם טוב ולא היינו במצב [שבו יש ברירות טובות מלבד לעבוד אצלו]... והוא כאילו מבחינתו גם לא באמת רצה לשמוע מי אנחנו, הוא כבר ידע מי אנחנו... זה לא היה קטע של הטרדה מינית לדעתי, זה היה קטע שהוא רצה להרגיש שהוא כאילו קדוש, לא יודעת... מה הוא רצה? שאני אגיד שברחתי מהבית, שאני זונה, ישנה ברחוב, סמים, למרות שזה בכלל לא נכון. הכול טוב. הייתי חוזרת הביתה אם הייתי רוצה, לא רציתי. בסוף פעם אחת נשבר לי. הוא התחיל לשאול אותי אם אני מתגעגעת לאמא. וכשאמרתי על עצמי שירד ממני, שאני לא מתגעגעת ושאני בסדר, ושיפסיק בכלל כל פעם לעשות כאילו הוא פסיכולוג, הוא התחרפן עליי... הוא שאל אותי אם אני יודעת איפה הייתי בלעדיו, צעק עליי שהייתי סתם זונה בחמישים שקל, ככה התחיל להשתגע. וזהו. אחרי זה הוא פיטר אותי... הוא קרא לי אחרי שבוע לשיחה ואמר לי שאני תמיד מאחרת, שזה לא נכון כי תמיד הגעתי בזמן, ואמר לי שאני מפורטת, בלי זכויות בלי כלום, ושאני אזהר לא לתבוע אותו כי ל[שם של רשת בתי הקפה] יש חברים. זהו. כאילו פתאום כבר לא באתי לו בטוב, עכשיו אני אויבת. או שאני טרנסית מסכנה מהחלומות שלו או שאני זבל, ככה.

לאחר חודשים אחדים שבמהלכם נטע לא עבדה, היא לקחה הלוואות בסכומים ניכרים כדי לממן ניתוחים להתאמה מגדרית בחו"ל ופרוצדורות נוספות. לאחר ששבה לארץ היא חיפשה עבודה כמזכירה, והפעם החליטה להסתיר כל סממן במראה החיצוני או בהתנהגות שיכולים להסגיר את הסטטוס הטרנסי שלה, כדי להימנע ממצב שבו שוב לא יראו בה אדם אלא סטראוטיפ. בסופו של דבר היא התקבלה לעבודה בחברת ביטוח כמזכירה באחת המחלקות:

עבדתי שם חצי שנה וזו הייתה החצי שנה הכי קשה בחיים שלי. ותאמיני לי שאני לא אומרת לך סתם עכשיו... כאילו הכול היה בסדר, באמת, עובדת, מגיעה בזמן, יושבת עם הבנות לצהריים, הפסקת סיגריה, הכול בסדר. קיבלתי אפילו שי לחג בפסח... אבל זה לא חיים. זה לא חיים הדבר הזה... מאיפה להתחיל? את קמה בחמש וחצי כשאת צריכה להיות בשמונה וחצי בעבודה ואני גרתי ליד המשדר. למה, כי את בלחץ. את צריכה לשים בגדים, את צריכה להתאפר, את עושה תרגילים מול

⁷⁰ כל התוספות בסוגריים המרובעים הן של כותבת המאמר, ונועדו לבאר את החלקים שפחות ברורים מהתמלול אך היו ברורים במהלך הריאיון.

המראה לראות איך את, אם את עוברת [כאישה לא טרנסג'נדרית]. ואני עוד אחרי ניתוח אחרי הכול, עדיין, את לא מבינה, הייתי קמה בחמש וחצי עם פחד, עם זיעה. את שמה פאה, את מדביקה אותה כמו חולת נפש רק שלא תיפול לך באמצע. את עושה תרגילי קול [כדי לוודא שהקול נשמע נשין]. ואז גם בעבודה, פתאום באמצע היום את עונה לטלפון ויוצא לך קול נמוך יותר, ומישהו אומר לך בצד השני [של הקול] "אתה", זהו גמרנו עוד שנייה בורח לך פיפי. אני חזרתי הביתה לא הצלחתי לעשות כלום. נגמרתי...

אני חשבתי הרבה פעמים, כל יום [אם כדאי לספר במקום העבודה על הסטטוס הטרנסגי]. אבל זה משהו שאי-אפשר להבין. את נכנסת ללופ, כולם בטוחים שאת אישה, וזה לא רק הקטע של הפיטורים... מילא יפטרו אותי. זה משהו יותר מזה, אני לא יודעת... יש בזה משהו מפחיד בלי קשר אפילו. זה פשוט מפחיד. ומי שלא היה שם לא יודע מה זה. זה כאילו יותר גדול...

בסופו של דבר נטע התפטרה, ולאחר מכן עבדה בכמה עבודות מזדמנות שעליהן לא פירטה, עד שלפני שלוש שנים מצאה מקום עבודה שמקבל אותה. היא שמעה עליו דרך הפייסבוק והיה ברור מאוד מהמודעה שזה מקום ידידותי לטרנסג'נדריות. היא סיפרה מייד בריאיון לעבודה שהיא טרנסג'נדרית וזה התקבל בהבנה. אך הריאיון שערכתי עם נטע הסתיים בהערה עצובה במיוחד, דווקא לאור זה שהיה נראה שהיא מרגישה סוף סוף בנוח במקום העבודה:

כל הדברים האלה זה לא עוזב אותך. את לא יכולה פשוט להמשיך הלאה... אני כאילו עכשיו במקום טוב, אבל דווקא בגלל זה אני לא ישנה טוב בלילה. כי אני מרגישה שאני חייבת להם הכול. פעם ראשונה אני במקום שבו רואים אותי אבל אחרי שכל כך הרבה שנים אף אחד לא ראה אותי, גם זה נהיה מפחיד... כאילו לא מזמן ראיתי איפשהו מישהי כותבת שהיא כאילו "אסירת תודה", את מבינה? זה באמת ככה. אני אסירה שלהם. באף מקום אחר לא ייתנו לי להיות מי שאני פתוחה, אז אני שלהם... אני יודעת שאני במקום נדיר, אבל דווקא בגלל שאני יודעת את זה זה כל כך מפחיד. אז לא, [הפחד] לא נגמר.

אוריאל, גבר טרנסג'נדר בן 24 שלומד לתואר ראשון באחת האוניברסיטאות במרכז הארץ, עובד בחברת היי-טק קטנה. הוא עלה ארצה בגיל 18 כדי לשרת בצבא ובמהלך השירות הצבאי שלו החל בתהליך לשינוי מגדרי. אוריאל היטיב לתאר את אחת מהבעיות המרכזיות ביותר שהעלו המתראיינים, והיא הבעיה של תעודת הזהות:

בריאיון [קבלה לעבודה] שלי זה לא עלה. זה לא נושא שפשוט "עולה". היום אני נראה גבר, לכל דבר, נשמע כמו גבר. אז זה לא ששואלים אותך. וגם אגב אני חושב שהם בכלל לא חשבו על זה. זה פשוט לא רלוונטי בעיניי... דיברתי על מה שאני יודע, התעניינו בשירות שלי, התעניינו במבטא שלי, קצת דיברו איתי על הניסיון שלי...

ביום הראשון או השני הייתי צריך למלא טפסים, ויש שם מישהי שאחראית על כוח אדם... היא רצתה תעודת זהות. ואני נשבע שבאותו רגע בכלל לא חשבתי על זה [על סעיף המין בתעודת-הזהות]. כאילו פשוט חשבתי שאני אתן לה, נחתום על כמה ניירות וזהו. אחרי כמה ימים היא מתקשרת אליי בבוקר, שעות שאני בלימודים, אומרת לי שיש בעיה. שאלתי אותה מה קרה, והיא אומרת שיש משהו מוזר בתעודת זהות שלי. ואז הבנתי מה קורה. אז אמרתי לה כן נכון אני טרנסג'נדר. אז היא שאלה אותי "מה?" כאילו אמרתי שאני פרנקשטיין. אמרתי לה שבתעודת זהות שלי באמת כתוב כי אני נולדתי בת, אבל עכשיו אני בן, הסברתי לה. אז הייתה שתיקה ואז היא אמרה שהיא מבינה וסליחה וזהו. יום אחרי זה אני בא לעבודה ואלעד⁷¹ קורא לי לשיחה. הוא אומר לי שהם כמובן מאוד מקבלים אותי אבל לא מבינים למה לא אמרתי להם. לא הבנתי מה הוא רוצה ממני. אמרתי לו שאני מצטער ושלא חשבתי שזה issue. כאילו זה לא עלה בריאיון פשוט. אז הוא אמר לי שאין בעיה ושהוא מאוד שמח, אבל אני לא הייתי שמח. הוא גם שאל אותי אם ההורים יודעים ואם הם בסדר, וכאילו אמרתי לו שכן למרות שזה מורכב יותר, פשוט רציתי לצאת מהחדר, ואז גם הרגשתי רע ששיקרתי לו. למרות שגם לא באמת שיקרתי...

אני לא פחדתי שלא יקבלו אותי, אני גם לא פחדתי שיעשו לי משהו רע... אבל פשוט לא אמרתי להם, לא חשבתי שזה חשוב, מה שחשוב זה שאני העובד הכי טוב שהם מצאו. מה, אני צריך ללכת עם מדבקה על החולצה? לכל ריאיון? ואחרי השיחה הזאת אני הרגשתי כאילו עשיתי משהו לא בסדר. ממש הרגשתי רע אחרי זה כמה ימים, ומאז אני גם ממש לחוץ כשאלעד קורא לי לשיחה. וזה גם פשוט מעצבן, למה זה צריך להיות ככה? אם הייתי רוצה הייתי אומר. זה שאין לנו ברירה, ושזה בתעודת זהות, וגם שעושים מזה כזה big deal, זה בעיה. מותר לי לא לספר הכול על עצמי, אלעד לא מספר לי הכול על עצמו... אף אחד שם לא מספר על עצמו הכול... אז אני אומר שצריך לתת את הבחירה.

⁷¹ המרואיין השתמש כאן בשם של המנהל הישיר שלו בחברה, והחלפתי שם זה בשם בדוי.

רועי, קוויר א-בינארי שהחלה לעבוד לאחרונה בעמותה בגודל בינוני תיאר. חוויות שהיו משותפות גם לשאר המרואיינים. ות שהזדהו בצורה הזו. האנרגיות שכרוכות בהסבר על מה זה "א-בינארי" בדרך כלל גורמת להימנעות מלאה או חלקית מהתשובה המפורטת, והסתפקות בסיפור שלא הרגישו שלמים. ות איתו. בלשונו של רועי:

יש משהו בזהות הזאת שהופך את כל הנושא הזה כל פעם למסע. כאילו מצד אחד זה מרגיש מדהים, כל פעם שאני מספרת על עצמי מי אני זה כאילו אני בוראת את עצמי מחדש. מצד שני, כמעט תמיד אין לי כוח לעשות את זה... אז או שאני פשוט אנסה בעבודה לעבור כגבר ואחרי העבודה להרים, או שאני אגיד "יאללה היום יש לי כוח" ואני אתמודד עם זה... יותר מזה, גם בהרבה פעמים אני מספר על עצמי וצריך להשתמש במילים שהם לא באמת המילים שלי. אני צריך להגיד שאני קצת גבר וקצת אישה אבל זה לא באמת ככה, זה יותר מורכב... אין לי את המילה שישר תסביר להם מה זה. "טרנסג'נדר" או "הומו" כולם מבינים. אבל "קוויר" זה לא בכל מקום מסביר משהו. אז כל הזמן אני מתעסק בזה, אין לי ברירה... אני כאילו בעבודה צריך להיות 150%, [מתוכנן] 100% עובדת ו-50% להשקיע בלהסתיר את עצמי או להסביר את עצמי. זה נורא מתיש. אני תמיד יותר עייפה משאר העובדים...

הריאיון הקשה ביותר שעשיתי היה הריאיון עם נועם, אישה טרנסג'נדרית בת 54 מהצפון, שבשלב די מוקדם בריאיון הסבירה שהיא עובדת במקום עבודה שבו לא יודעים על הסטטוס הטרנסי שלה ושקשה לה לדבר על כך. למעשה, היא כמעט לא הצליחה לומר משפט שלם במהלך הריאיון. בשלב מסוים היא אמרה את הדברים הבאים, שמסכמים בצורה טובה חלק זה של המאמר:

לכל אחד יש סיפור כי לכל אחד יש משהו עצוב בחיים. אבל לא לכל אחד יש עבודה, בטח לא עבודה ששם יראו אותו. שיקיבו. מה צריך? להיות בני אדם. לשבת רגע, לתת הזדמנות. לראות שמולך בן אדם. זהו... לי אף פעם לא הייתה עבודה כזאת.

ג. זכויות נרטיביות וצדק נרטיבי

התוצאות של המחקר האמפירי מעוררות את הצורך לטעון במשמעות חדשה את המושג "צדק נרטיבי". המושג "צדק נרטיבי" שימש בעבר כותבים מהזרם של המשפט והספרות (Law and Literature). ניתן למנות דרכים שונות להתייחס לצדק נרטיבי. ראשית, ישנם מחקרים שמנתחים את הנרטיבים שמגולמים בפסיקה של בתי המשפט.⁷²

⁷² ראו למשל: יונתן יובל "צדק נרטיבי" מחקרי משפט יח 283 (2002); פיטר ברוקס "משטור סיפורים" מחקרי משפט יח 249 (2002).

ישנם מחקרים שמתבוננים באופן שבו ההליך המשפטי מבנה נרטיבים של קבוצות מסוימות.⁷³ לצד מי שראו בפסקי דין ובהליך המשפטי את הספרות והנרטיב, ישנן גם תאוריות שביקשו לחפש אחר מה שהספרות יכולה ללמד על שיטת משפט מסוימת⁷⁴ או על נורמות שראוי לאמץ במשפט.⁷⁵ דרך אחרת לחשוב על נרטיבים וצדק נוגעת לנגישות לצדק. המאמר הקלאסי הוא של פלסטיןר (Felstiner), אבל (Abel) וסאראט (Sarat) מציע שתנאי לכך שתובעת תגיש תביעה לבית משפט בגין פגיעה שנפגעה הוא שהיא תאמץ נרטיב שממשיג אירוע מסוים שאירע כפגיעה בזכות, והתהליך של גיבוש נרטיב כזה הוא לא ברור מאליו.⁷⁶ תאוריות אחרות התמקדו בקשר שבין נרטיב לבין כינון חוק ופרשנות לחוק, כשאחד החיבורים הבולטים בתחום הוא חיבורו של קאבר (Cover) על נמוס ונרטיב, שבו הוא מציע אפיק מחשבה מושגי על החוק ככזה שאינו יכול להופיע מחוץ למרחב משוקע בנרטיבים שמקנים לו משמעות.⁷⁷

המשותף לתאוריות האלו, שלא ניתן לעשות עימן צדק במסגרת רשימה זו, ועל כל ההבדלים ביניהן, הוא שהן מתמקדות בכוח של נרטיב בהפעלה, בקביעה, בפרשנות או בכינון של החוק. עם זאת, ייתכן שראוי לחשוב על צדק נרטיבי לא רק במסגרת הבחינה של היחס בין נרטיב לחוק אלא גם במסגרת היחס בין הנרטיב לבני האדם. התאוריה של יושינו אינה מגדירה את עצמה כתאוריה שעוסקת בצדק נרטיבי, אולם אני סבורה שנכון להבין אותה ככזו. הדרישה של יושינו היא בסופו של דבר שכל אדם יוכל להיות מי שהוא ולספר על עצמו בצורה אותנטית. הכתיבה של יושינו ביססה את ההנחה, שאותה אני מקבלת, כי הסיפורים שאנחנו מספרים על עצמנו הם סוגיה חשובה שבלעדיה המאמצים הליברליים לקדם את השוויון והאוטונומיה נידונו לכישלון, אולם אני סבורה שהאזנה רגישה לקולות שנשמעו בפרק הקודם של רשימה זו מלמדת שיש לחשוב מחדש על ההנחות של יושינו. ניתן לחלק את המסקנות התאורטיות שעולות מהמחקר האמפירי לשלוש: מן הראוי להכיר בזכות של עובדים על הסיפורים שהם מספרים על עצמם במקום העבודה; ככלל, העיקרון המנחה צריך להיות שאם אין למעסיק אינטרס לגיטימי, העובד אינו חייב לגלות על עצמו שום דבר אמיתי; החלוקה של המשפט הישראלי לגילוי ואי-גילוי והחלוקה של יושינו להמרה, הסתרה והסתוות, אינן מדויקות בתיאור של המציאות, ויש להעדיף במקום הקטגוריות הללו ניתוח שונה של הסיפורים שעובדים מספרים על עצמם.

⁷³ ראו למשל: יובל יונאי ודורי ספיבק "בין שתיקה לגינוי: הבניית הזהות של ההומואים בשיח המשפטי בישראל 1948–1988" *סוציולוגיה ישראלית* א 257 (1999); אליגון דר, לעיל ה"ש 48.

⁷⁴ יורם שחר "המשפט על-פי הנון לוי" *משפט ועסקים* כ 613 (2017).

⁷⁵ ראו למשל: נילי כהן "משפט וספר" *עיוני משפט* טז 443 (1991); שולמית אלמוג *קריאת כבוד: ארגון ופרט, סיפור ומשפט* (2015); לילאורה בילסקי "פמיניזם ומשפחתיות בישראל: מגילת רות" *על אהבת אם ומורא אב* 194 (אביעד קליינברג עורך 2004).

⁷⁶ William L. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Dispute: Naming, blaming, Claiming...*, 15 L. & SOC. REV. 631 (1980).

⁷⁷ רוברט קאבר *נמוס ונראטיב* (אביעד שטיר מתרגם 2012).

1. תאוריה של צדק נרטיבי

בחלק מהראיונות, המרואיינים תיארו את החוויות של אי השליטה בסיפור במקום העבודה במונחים שלקוחים מהשדה הסמנטי של כליאה ושלילת חירות. בהקשר זה בולטים הדברים שאמרה נטע ושצוטטו בפרק הקודם. אחרי ניסיונות קשים של חוסר שליטה בסיפור שלה במקומות עבודה קודמים, היא הגיעה למקום עבודה שבו אין שום דבר שמגביל אותה מלספר על עצמה כפי שהיא רואה לנכון, ומשום שהיא ידעה כמה זה נדיר, היא תיארה שהיא מרגישה במקום העבודה הזה כמו "אסירה". כך, החוויה של ה"מאסר" נצרבה בתודעתה כחוויה כל כך מאיימת ורווחת, שהיוצרות התהפכו: החירות הפכה לכלא.

מה המשמעות של הפנייה לשדה הסמנטי של חירות וכליאה? לכאורה, פנייה זו מלמדת על ניסיון להדגים את מידת החומרה של הפגיעה שנגרמת כתוצאה מחוסר השליטה בסיפורים. ייתכן שיש בהשערה זו טעם. אולם, אני סבורה שישנן מסקנות אחרות ומעמיקות יותר שניתן ללמוד מכך.

ראשית, עצם השימוש במטפורה (של חירות ומאסר) מלמד על הקושי לבטא במילים את הפגיעה. בשונה מפגיעה כספית או הרעה בתנאי עבודה, מדובר בפגיעה לא מטריאלית שקשה יותר לכמת ולבטא, אף על פי שהיא פגיעה שמותרת תחושות קשות. המטפורה אינה משמשת כאן כבחירה ספרותית אלא כהכרח לשוני, שנובע מהיעדרן של מילים מתאימות לבטא את הפגיעה. השערה זו מתחזקת נוכח העובדה שבכמה ראיונות, מרואיינים שנתנו אינדיקציות לכך שיש להם רצון לשתף ויכולת התבטאות בעל פה ממוצעת ולעיתים טובה – שתקו או ענו שקשה להסביר את הפגיעה שנגרמת כתוצאה מאי-שליטה בסיפור במקום העבודה, ולחלופין, את היתרון ביכולת לשלוט בסיפור במקום העבודה.

שנית, המשותף לעובד שמאבד שליטה בסיפור שהוא מספר על עצמו ולאסיר הכלוא בבית הכלא הוא בבדידות ובנפרדות שנגזרת עליהם כלפי שאר העולם. הכוח של הפנייה לשדה הסמנטי של חירות ומאסר הוא בהדגשה של חוסר ההשתתפות של העובד בהתרחשויות שקורות בעבודה. בעוד שאחרים מחליטים מה ואיך לספר על עצמם, העובד שנשללו ממנו הבחירות הללו אינו טווה קשרים עם הזולת בעזרת הסיפורים שהוא מספר על עצמו, אלא שהקשרים נטווים מאליהם, מבלי שהוא שותף אמיתי להם. מכאן שהמטפורה מלמדת ששליטה בסיפורים קשורה בצורה עמוקה ליכולת ליצור קשרים משמעותיים שהעובד הוא שותף להם ולא רק צד פסיבי, מושא להדבקות טראומטיים, כמו אסיר שמתקשה ליטול חלק ממשי בהתרחשויות שקורות מחוצה לכלא.

שלישית, בדומה לאסיר, גם העובד שמאבד שליטה על הסיפור שלו במקום העבודה הוא חריג. החריגות מבשרת על פגיעה בשוויון. הדרישות מאנשים מסוימים לגלות משהו על עצמם או להסתיר משהו על עצמם אינן פועלות באותו אופן ובאותה

מידה על כולם. היטיב לבטא את תחושת החריגות והעלבון שנובעת מהפגיעה אחד המרואיינים שדבריו הובאו בפרק הקודם: *"אם הייתי רוצה הייתי אומר. זה שאין לנו ברירה, ושוזה בתעודת זהות, וגם שעושים מזה כזה big deal, זה בעיה. מותר לי לא לספר הכול על עצמי, אלעד לא מספר לי הכול על עצמו... אף אחד שם לא מספר על עצמו הכול...".* דברים אלו מראים על תחושת החריגות של אוריאל, שנדרש לגלות על עצמו דברים שאף אחד אחר לא נדרש לגלות על עצמו במקום העבודה – הגם שהוא אינו עובד במקום עבודה שבו הוא חש שהגילוי של הטרנסיות שלו עלול להביא להפליה שלו. די בכך שהוא נדרש לספר על עצמו משהו שאחרים לא נדרשו לספר על עצמם (אף אחד לא נדרש להצהיר במקום העבודה על כך שהוא איננו טרנסג'נדר, או לנהל שיחות על המין שכתוב בתעודת הזהות שלו), כדי לפגוע בו ולזרוע בו את התחושה שהוא שונה, והשליטה שלו בסיפור שלו איננה ברורה מאליה כמו השליטה של אחרים, שאינם על הקשת הטרנסית, בסיפור שלהם.

רביעית, התחושה שהשליטה של עובד בסיפור שהוא רואה לנכון לספר על עצמו איננה ברורה מאליה, היא למעשה התחושה שהוא נתון תחת פיקוח – והמצב של היות תחת פיקוח הוא המאפיין המובהק ביותר של הסדרי הענישה המודרניים. התחושה של הימצאות תחת פיקוח באה לידי ביטוי בדברים שאמרה נטע: *"את קמה בחמש וחצי... למה, כי את בלחץ. את צריכה לשים בגדים, את צריכה להתאפר, את עושה תרגילים מול המראה לראות איך את, אם את עוברת [כאישה לא טרנסג'נדרית]... את לא מבינה, הייתי קמה בחמש וחצי עם פחד, עם זיעה".* תחושת הלחץ והפחד הן ביטוי של הידיעה שעליה לעמוד על המשמר, משום שהסיפור שהיא מספרת והנכונות שלו נתונים למבט הממשטר והמפקח תמיד של המעסיק ושל העובדים האחרים.

חשוב להדגיש שהמטפורה אינה מעמידה את אי-הגילוי בתור כלא ואת הגילוי בתור חירות; אלא את אי-השליטה בסיפור ככלא ואת השליטה בו בחירות. מסקנה זו מתחזקת על ידי התיאורים שהאירו באור חיובי את אי-הגילוי על הסיפור שלהן. כך, למשל, נראה שלגבי כמה טרנסיות ש"עוברות", כלומר שנראות כנשים שאינן טרנסיות, החוויה של אי-הגילוי דווקא הייתה חוויה של אשרור (Verification); כפי שניסחה זאת אחת מהמשיבות לסקר: *"אפשר ככה לדעת בוודאות שרואים כך אישה".* החוויה של אי-הגילוי הוכתבה על ידי התשובה לשאלה אם זה אי-גילוי שמגיע ממקום של שליטה, או אי-גילוי שמגיע ממקום של אי-שליטה.

אני סבורה שהפנייה לשדה הסמנטי של חירות ומאסר תורמת להבנתנו את מערך השליטה בנרטיבים במקום העבודה, לא רק במישור הדסקריפטיבי אלא גם במישור הנורמטיבי. ההתקה הסמנטית היא קריאה לפעולה. אי-ההסדרה, או ההסדרה הספורדית שבנויה מכללים ספציפיים שאינם שואפים לכסות את כל השאלות שנוגעות לגילוי ואי-גילוי של עובדים על עצמם, מותירה את העובדים מהקבוצות החלשות ביותר, אך גם עובדים חזקים, חשופים לגחמות של מעסיקהם ושל עמיתיהם. אני סבורה שנכון להבין את הקריאה לפעולה שבבסיס המטפורה של החירות והמאסר, כך

שכלל ברירת המחדל צריך להיות אי-גילוי. דהיינו: עובד אינו חייב לגלות על עצמו שום דבר אמיתי אלא אם יש אינטרס לגיטימי שמחייב אותו לגלות דבר מה על עצמו. האינטרסים הלגיטימיים של מעסיקים הם אלו שבלב הפררוגטיבה הניהולית שלהם. השאלה מהם גבולות הפררוגטיבה הניהולית חורגת מתחומי מאמר זה, והוצעו לה גבולות והצדקות שונות בפסיקה ובספרות.⁷⁸ בעיקרו של דבר, עניינה של הפררוגטיבה הניהולית בזכותו של מעביד לקבל החלטות באופן חד-צדדי, הגם שהן יכולות לפגוע בעובד, לשם הניהול וההפעלה של העסק שלו בצורה יעילה. למשל, לשם ניהול העסק המעביד צריך לדעת אם עובדת תיזקק לחופשת לידה בזמן הקרוב; או אם למועמד לעבודה יש בעברו הרשעות פליליות הנוגעות לתחום שאליו הוא מתראיין; ודאי כשמדובר בעבירות או באדם ספציפי שנוטה לרצידיביזם, זכותו של המעביד היא לדעת על כך. יש להדגיש שהפררוגטיבה נתונה אך ורק למעביד ולא לעובדים אחרים, שלהם לא ראוי שתהיה גישה או יכולת ללחוץ על עובד לגלות על אודות פרט שהוא מבקש שלא לגלות על עצמו. כמו כן, הפררוגטיבה הניהולית, כשמה כן היא – היא נוגעת לזכותו של המעביד לבחור כיצד לנהל את העסק. ככלל, הניהול של העסק אינו נוגע לשאלה אם העובדים שלו משתייכים או אינם משתייכים לקבוצה מגדרית, דתית, פוליטית או חברתית, ולכן, כך אני סבורה, את התחומים האלו ראוי להותיר הרחק מחוץ לתחום הדברים שלגביהם המעביד זכאי לשאול את עובדיו ולצפות לתשובה שאיננה שקר.

העיקרון המנחה בדבר אי-הגילוי מוגן על ידי שורה של זכויות יסוד ליברליות שעליהן אפרט בהמשך המאמר, ושאותן יש לפרש לאור העיקרון המנחה, ואל מולן תעמוד החובה של המעסיק ושל עובדים אחרים לא לשאול שאלות שתפגענה בהגנה על אי-הגילוי.

הגישה שאני מציעה נשמעה בעבר, בשינויים מסוימים, בפסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בעניין ארביב, אך נדחתה על ידי בית הדין הארצי לעבודה.⁷⁹ באותו מקרה, עובדת התקבלה לעבודה לאחר שלא סיפרה למעביד במעמד ריאיון העבודה שהיא בהיריון; לאחר שסיפרה למעביד על ההיריון בחודש החמישי להריונה, היא פוטרה. בית הדין האזורי מצא שבהעדר חוק שמחייב גילוי, ברירת המחדל היא אי-גילוי, ובמקרה הקונקרטי אין בחוק חובה על מועמדת לעבודה לגלות על היריון בשלב מוקדם להריונה. בית הדין הארצי אומנם הסכים עם התוצאה, אך לא עם ההנמקה. לפי בית הדין הארצי, המבחן העיקרי הוא הרלוונטיות של המידע, ולא קיומה של חובה בחוק. אני סבורה שבית הדין האזורי צדק בקביעה העקרונית שברירת המחדל היא אי-גילוי, אם כי אני מסכימה אף עם בית הדין הארצי שלא ניתן להוציא מכלל אפשרות הצדקה להטלת חובת גילוי גם כשהחוק אינו מטיל במפורש חובת גילוי (אלא, כשחובת

⁷⁸ גיא דוידוב "הפררוגטיבה של המעביד ודיני החוזים: בעקבות פרשות נהרי וגרינשפן" **משפטים** לח(2) 417 (2008); ראו גם, למשל, את השוני בין הגישה של השופט מצא לגישה של השופט אור בבג"ץ 8111/96 **הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ** (נבו 2.6.2004).

⁷⁹ ע"ע (ארצי) 363/07 **ארביב - פואמיקס בע"מ** (26.5.2010).

הגילוי נובעת במובהק מהפררוגטיבה הניהולית שזכותו של המעביד לדעת על העובד פרט מסוים). מבחן הרלוונטיות שהציע בית הדין לעבודה, לטעמי, איננו מדויק מספיק, כל עוד לא מובהר מהו הדבר שביחס אליו נדרשת רלוונטיות. אני סבורה, כאמור, שרק ביחס לניהול של העסק ניתן להכיר ברלוונטיות של מידע ולדרוש מעובד את גילוי הכן. לעומת זאת, רלוונטיות של מידע שנוגע להתאמת העובד למרקם החברתי של מקום העבודה, או רלוונטיות של מידע "לעבודה" באופן כללי כפי שעולה מפסק הדין של בית הדין הארצי שהמעביד זכאי לדרוש מהעובד לגלות, הם מושגים עמומים שעלולים להרחיב את גודל חובת הגילוי המוטלת על עובדים מעבר לראוי, ואינם מקנים ודאות באשר לגדרי הדוקטרינה.⁸⁰

חשוב לחדד הבדל אנליטי שבקושי קיים כיום במשפט הנוהג, הן בישראל והן מחוצה לה, בין החובות שמוטלות על המעביד כשהוא שואל שאלות לבין החובות שמוטלות על העובד כשהוא עונה תשובות. יכול להיות שמעסיק יפר את העיקרון המנחה וישאל שאלות שאסור לו לשאול, ובמצב כזה העובדת בהחלט יכולה לחשוב, בצדק או שלא בצדק, שלא תוכל לתבוע אותו על כך ששאל את השאלה ולזכות בסעד ראוי. למעשה, ברור מאליו שהעובדת לא תוכל למנוע ממנו לשאול את השאלה: מהרגע שהשאלה נשאלה, השתנתה המציאות. אולם, גם אם המעסיק הפר את חובתו ושאל שאלה שאין אינטרס לגיטימי שמצדיק את שאילתה, אין בעניין זה כשלעצמו כדי להטיל על העובדת חובה עצמאית להשיב דברי אמת. על הזכות לשקר ארחיב בהמשך המאמר; בתמיצית, אני סבורה ששקרים יכולים לתת מענה ראוי לכל שאלה שהייתה חובה על המעסיק להימנע מלשאול מלכתחילה, ושיש להכיר בהם כחלק מהזכות לחופש הביטוי של העובדים, שאין להצר אותה אלא במקרים מיוחדים שעליהם אפרט. בשונה מתאוריות של אוטונומיה שמניחות במרכזן את זכותו של האדם להגדרה עצמית, התאוריה של הצדק הנרטיבי מניחה במרכז את אי-ההגדרה העצמית של האדם ושמירה על הכוח לעצב ולהתעצב בכל קשר מחדש לפי האופן שבו אנחנו מספרים על עצמנו במסגרתו. אכן, ההיבט החיובי של הזכות לאוטונומיה מתואר בדרך מטפורית לעיתים בתור הזכות של אדם "לכתוב את סיפור חייו",⁸¹ וכך היא עלולה

⁸⁰ מענין להשוות את ההנמקה בעניין ארביב להנמקה בע"א 8189/11 דין נ' מפעל הפייס (נבו 21.2.2013). באותו מקרה נקבעו מבחנים להכרעה בשאלה האם ובאילו מקרים רשאי מעסיק לדרוש מעובד או מועמד למכרו מידע על עברו הפלילי, תחת נסיבות שאינן הוסדרו בחוק המרשם הפלילי. השופטת ברק-ארוז קבעה כי בנוסף על דרישת הרלוונטיות יש לבחון גם את מידתיות והתכלית של דרישת הגילוי. נקבע שהמושג של הרלוונטיות הוא המשרה (כלומר, שהמידע צריך להיות רלוונטי "למשרה" כדי שהמעביד יהיה רשאי לדרוש גילוי). אולם, גבולות הגזרה של מידע רלוונטי למשרה אינם ברורים. סבורני שגם גישה כזו, כל עוד היא לא מגדירה בצורה "מהודקת" את המושג לרלוונטיות הנדרשת, עלולה להוביל לעמימות משפטית בנוגע לגדרי הדוקטרינה באופן שיביא לכך שעובדים יידרשו לגלות על עצמם יותר ממה שראוי לדרוש מהם לגלות.

⁸¹ ראו ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס (30) 13, פס' 33 לפסק הדין של השופט ריבלין (2005). ההמשגה הזו של מושג האוטונומיה לקוחה מכתיבתו של יוסף רו; ראו: Joseph Raz, "Autonomy, Toleration, and the Harm Principle" in JUSTIFYING TOLERATION: CONCEPTUAL AND HISTORICAL PERSPECTIVES 155, 155-56 (Susan Mendus ed., 1988).

להישמע מבחינה רטורית דומה לרעיון של צדק נרטיבי, אבל הדמיון הזה מתעתע יותר משהוא מועיל. המטפורה הרזיאנית של סיפור חיים נועדה לבטא את הרעיון שהאוטונומיה משמעותה "הכרה בערכו של [כל] פרט ופרט כעולם בפני עצמו"⁸². כלומר, הסיפור הוא מטפורה לערך האנושי. צדק נרטיבי מסתכל על המילה "סיפור" בצורה ליטרלית. הכוונה היא ממש לסיפור שאנשים מספרים על עצמם ולאופן שבו הם מלווים את הסיפור הזה בתנועות, לבוש, מבטא – מה שלעיתים מכונה בתאוריות אחרות performance (הופעה).

ניתן להעלות שורה של הסתייגויות מברירת המחדל של אי-גילוי. ראשית, יש מעשים שלא ניתן ולא ראוי לקבוע לגביהם כללי "עשה" ו"לא תעשה" בעלי תוקף משפטי. האינטראקציות היומיומיות והספונטניות, שנעשות בתום לב ומרכיבות את חיי העבודה, הן אינטראקציות שקשה, ואולי לא ראוי, למשטר. המענה לקושי הזה הוא שראוי שתעמוד הגנת תום לב לכל פגיעה בזכויות נרטיביות. אני סבורה שהגנה כזו תפתור את הבעיה ברמה העקרונית.⁸³ היבט נוסף של הקושי הזה הוא שמערך הכוחות התרבותיים, הכלכליים והחברתיים שמכוננים בושה בבני אדם לגבי סיפור חייהם, לא בהכרח נובעים ממישהו ששאל או אמר משהו קונקרטי במקום העבודה שלהם. ייתכנו תסריטים תרבותיים שמוטמעים בהתנהגות ובתפיסה העצמית של העובדים ללא קשר להתנהגות של המעבידים או העובדים האחרים. כך, למשל, במענה לאחד הסקרים נכתב כי "אני באופן אישי עובדת במקום מאוד מכבד שמהתחלה ידעתי שזה בטוח לדבר בו על הטרגדיות שלי (...). יודעים שאני טרנסית אבל לא יודעים למשל שבעבר עבדתי בזנות וגם לא יודעים שאני הייתי בחובות, אני כאילו נראית בעבודה טרנסית טובה". ייתכן בהחלט, לפי תיאור זה, שאף אחד במקום העבודה של הכותבת לא נתן לה את התחושה שהיא חייבת להסתוות. ודאי שבמקרים שבהם המעסיק או עובדים אחרים לא פעלו באופן שפגע ישירות בהגנה על אי-גילוי של העובד אין כל חובה משפטית שניתן להטיל על המעסיק או על עובדים אחרים.

בדומה לכך, רבים מהאנשים על הקשת הטרנסית שאינם מזדהים באופן בינארי כאישה או כגבר תיארו שאחד מהקשיים שהם מתמודדים איתם בבואם לספר על עצמם במקום העבודה הוא הקושי לאתר בעברית מילים שתבטאנה את הזהות שלהן. באופן שהוא מחד גיסא מדויק, ומאידך גיסא מובן למי שאינו בקיא במשמעות של מילים כמו "קוויר" ו"א-בינארי". אין להמעיט בקושי הזה. אולם, גם הוא לא קושי שהדרך להתמודד איתו היא להטיל חובות כלשהן על מעבידים ועובדים. אופן השימוש וההכרה של השפה הם נושאים שאולי ניתן לשנות באמצעות חינוך, מאבק חברתי ותרבותי להעלאת מודעות, ופיתוח בלשני של אוצר מילים, אך לא ברור במה יש למשפט יתרון על הזירות החברתיות האחרות כדי להביא לשינוי; ובנוסף, כלל לא

⁸² ע"א 2781/93 דקעה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526, פס' 15 לפסק הדין של השופט אור (1999).

⁸³ ראו והשוו: ס' 18(2) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

בטוח ששינוי כזה, במשפט או מחוצה לו, הוא רצוי. עוד אציין כי המצאה של מילים נוספות כדי לבטא את הזהויות החדשות אולי תפתור דאגות וקשיים של היומיום, אך מנגד היא תהיה כרוכה בויתור על החתרנות.⁸⁴

הסתייגות נוספת שניתן להעלות נובעת מהתאוריה של יושינו. יושינו ותומכיו בוודאי יציעו שההגנה שאני מתייחסת אליה רק תכלא מייעוטים בארונות. ביקורת זו מתכתבת עם הביקורת החשובה שנשמעה על הטקטיקה המשפטית של התנועות לזכויות להט"ב בארה"ב, שבמשך שנים נשענו על הזכות החוקתית לפרטיות: מותר לנו לעשות מה שאנחנו רוצים בתוך הבית שלנו מבלי שהמדינה תחדור אליו ותגדיר בעבורנו אילו פרקטיקות מיניות הן ראויות ואילו לא. המבקרים טענו כי הטקטיקה הזו רק כלאה להט"ב בתוך בתיים; ושבשם ההגנה על הפרטיות של הבית נזנח המאבק על המרחב הציבורי.⁸⁵ האם לא ראוי יותר לחיות בעולם שבו כל אחד יחיה במקום העבודה מחוץ לארון, בלי הסתרה ובלי הסתוות, עם העצמי האותנטי נוסח יושינו? אני סבורה שנורמה של גילוי אינה מייצרת שום דבר אותנטי יותר מנורמה של אי-גילוי. כל סיפור כולל גם את מה שלא נאמר בסיפור. סיפור איננו מכלול העובדות הקיימות, אלא סידור מסוים של פרטים באופן מסוים. לפיכך לכל אדם, בהכרח, תמיד יהיה חלק כלשהו שהוא ישאיר "בארון" כשהוא ילך למקום העבודה שלו. ועוד: בחיינו הנפשיים, הרגשיים והרוחניים, לא הכול ברור לנו עצמנו; מה שלא יהיה גלוי לנו לגבי עצמנו, ממילא לא נוכל לגלות לאחרים בצורה מילולית. מכאן שההצעה שלי איננה הצעה טקטית להגן על הארון של מייעוטים; ההצעה שלי היא להכיר בכך שלכל אחד יש ארון, וצריך להתיר לכל אחד להחליט, עד כמה שהדבר אפשרי (ומובן לי שבעניינים מסוימים, זה לא אפשרי באמצעות המשפט), מה ישאיר בארון ומה יהיה מחוצה לו. ארון, בושא, וחלקים כואבים בנו שאנחנו לא מגלים עליהם בקלות או לא מגלים עליהם כלל, הם חלק ממה שהופך את מה שאנחנו אומרים על עצמנו ל"סיפור" – ולכולנו יש דברים כאלו עם עצמנו. כלומר, אני חולקת על האפשרות לחיות מחוץ לארון. גם אם פרט כמו נטייה מינית יהיה מחוץ לארון, תמיד ישארו דברים אחרים בארון. זכויות נרטיביות לא תעודדנה מייעוטים להישאר בארון; הן אינן באות על חשבון דיני איסור האפליה במקום העבודה. זכויות נרטיביות רק מגינות על ההזדמנות להשאיר משהו בארון, כדי לאפשר לעובדים באמת להיות מי שמספרים על עצמם בעבודה, ולא מי שמסופר עליהם סיפור, מעל ראשם, במקום העבודה.

⁸⁴ התיאוריה הקווירית עסקה רבות בקוויריות כאפשרות חתרנית שמשבשת את המובנות של השפה, ובפרט ביציאה מהארון כאקט חתרני שמערער תחת מערך המושגים הקיימים להבנה של הסדר המיני-מגדרי של הפטריארכיה: JUDITH BUTLER, ANTIGONE'S CLAIM: KINSHIP BETWEEN LIFE AND DEATH (2002); EVE KOSOFSKY SEDGWICK, EPISTEMOLOGY OF THE CLOSET (1990).

⁸⁵ מיכאל בינהק "מעגלים של פרטיות" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 195, 212 (עניב מורנגסטון, יניב לוינסקי ואלון הראל עורכים) (2016).

2. ההיבט התיאורי: קטלוגים של סיפורים

התאוריה של צדק נרטיבי וזכויות נרטיביות חשובה לא רק בשביל לדמיין עולם טוב יותר ולעצב נורמות שתאפשרנה לנו להתקרב אליו, אלא גם בשביל להבין את העולם שלנו, וזאת בשני מובנים: ראשית, בהבנה של מה שעובדים מספרים על עצמם במקום העבודה בתור "סיפור"; שנית, בהבנה של גילוי ואי-גילוי כמרחב לא בינארי.

ראשית, אני סבורה שנכון להבין את הדבר שאנשים מספרים על עצמם במקום העבודה כ"סיפור" או "נרטיב". בניגוד לשפת היומיום שבה אנשים אומרים "מי הם", הנחת המוצא שלי היא הטענה של ארנדט (Arendt) כי בני האדם אינם יכולים להגיד מי הם. בני אדם יכולים לספר סיפור מסוים, ואם הם יישאלו לפרטים מסוימים הם יכולים להגיד מה הם, אך לא מי הם. המהות שלהם היא מהות שמשותפת להם ולרבים אחרים כמוהם: "טרנסג'נדר", "קציץ", "נמוך", "ירושלמי" – כל אלו מאפיינים שאינם משותפים לאחד אלא לרבים, ולכן המילים הללו לעולם לא תוכלנה לתאר מי הוא האדם שמאחוריהן אלא רק מהו. מי שאנחנו הוא מי שאנחנו מתגלים באמירות ובפעולות שלנו, לפי ארנדט.⁸⁶

מכאן, שעובדים מספרים על עצמם סיפור. הם אינם "מספרים מי הם". הסיפור נפרד מהמיהות של מי שמספרים אותו, והזיקה ביניהם היא עקיפה בלבד. "סיפור", חשוב להדגיש, איננו שקר בהכרח. יכול להיות שבסיפור יהיו שקרים, אולם הוא יכול להיות גם אמיתי לגמרי.

הסיפור גם איננו רשימה תמימה של עובדות. קורות חיים נערכים תמיד כך שהם כוללים פרטים מסוימים ולא פרטים אחרים. כך גם בראיונות, הסיפור שמועמדים מציגים על עצמם הוא סיפור שמהונדס באופן מסוים, בתוך הדינמיקה שבין הציפיות של המועמד ממה שייטיב איתו לציפיות של המראיין כפי שהוא מביע אותן בזמן הריאיון או לפניו. כך גם הסיפור שעובדים מציגים בזמן "חיי העבודה": זהו סיפור שעל פי טבעו כולל פרטים מסוימים ולא אחרים. כאמור, לכולם יש ארון. לכולם יש פרטים בסיפור שהם אינם מספרים במקום העבודה. לכן נכון לחשוב על הסיפור בתור סיפור, ולא בתור רשימת מכולת של עובדות.

חשוב להדגיש שכוונתי כאן איננה לסיפור שחוקרי הספרות בוחנים. ראשית, הסיפורים שעליהם הצדק הנרטיבי מבקש להגן אינם יצירות אומנות. מכאן שהמחקר של הנרטיבים שעליהם הצדק הנרטיבי מגן מוכרח להיות שונה מהמחקר הספרותי שמניח שאדם התכוון להעמיד את מה שהוא כותב כספרות. שנית, בני אדם שונים מספרים. הספר הוא מודפס. גם אם נפתח אותו בעוד שנה, הוא יישאר כתוב באותן מילים, והמילים תהיינה באותם עמודים, והעמודים יהיו מסודרים באותה צורה. בני אדם אינם יכולים לספר את הסיפור על עצמם באותה צורה פעמיים, ועם הצורה כמובן משתנה גם התוכן. גם אם אדם יגיד אותן מילים, הוא יהגה אותן אחרת בכל פעם שייציג

⁸⁶ חנה ארנדט **המצב האנושי** 214 (אריאלה אזולאי ועדי אופיר מטרגמות 2013).

את עצמו. הלבוש שלו יהיה אחר. התפאורה תהיה שונה. הזמן והמקום מחייבים שלא ניתן יהיה לחזור באופן מכני על אותו סיפור בכל מקום. זה הממד שבו צדק נרטיבי הוא לא רק צדק שמגן על סיפור כדבר כתוב, אלא גם על המובן התיאטרוני והאֶלתורי של הסיפור. כמו כן, בעוד שלסיפורים יש התחלה וסוף, הסוף של הסיפור שבני אדם מספרים על עצמם מוכרח להישאר פתוח, וכל פרק שנוסף לסיפור הזה יכול לגרום למאזין להבין מחדש את הפרקים הקודמים.

ההיבט השני שבו התאוריה של צדק נרטיבי תורמת לתיאור של מה שעובדים מספרים על עצמם במקומות עבודה הוא בכך שלא נכון להבין סיפורים באופן בינארי בקטגוריות של "גילוי" מול "אי-גילוי". יושינו תרם רבות לתאוריה בכך שזיהה את המטענים הנורמטיביים הנפרדים של המרה, הסתרה והסתוות, ובכך ערער על הדיכוטומיה המקובלת הן במשפט והן בשיח הציבורי בין גילוי לבין אי-גילוי, או בין להיות בארון לבין לצאת מהארון. אולם, הפתרון של יושינו רק יצר טריכוטומיה (Trichotomy). במתמטיקה, אכן ישנה טריכוטומיה; למשל, מספרים הם חיוביים, שליליים או ניטרליים. בסיפורים שעובדים מספרים על עצמם אין דיכוטומיה, וגם אין טריכוטומיה. מסקנה זו עולה בבירור מהמחקר האמפירי שהוצג בפרק הקודם. האם אדם שאין מילים בעברית כדי לתאר בדיוק את הזהות שלו מסתווה, מסתיר או ממיר את זהותו? ומה לגבי מי שמספרת שהיא טרנסג'נדרית ואינה מנסה לעמעם את היותה טרנסג'נדרית אבל אינה מספרת שבעבר עסקה בזנות, כי היא רוצה לייצר דימוי של "טרנסית טובה" (כך במקור)? מה לגבי מי שמסתיר את זהותו רק מהמעסיק ולא מהעובדים, או להפך?

אני סבורה שהדרך הטובה ביותר להבנת הסיפורים שעובדים מספרים על עצמם במקום העבודה היא בתור קטלוג. שטיין ופרחמובסקי טענו שישנו סוג שלישי של נורמה, שאיננה כלל ואיננה סטנדרט, אלא היא קטלוג: איסור שחל על רשימה לא סגורה של מקרים.⁸⁷ בהשאלה מהמושג שפיתחו שטיין ופרחמובסקי בתורת המשפט, אני משתמשת במושג הקטלוג כדי לתאר תופעה שקיימת בעולם. התופעות שיושינו תיאר קיימות בעולם, אולם אין הן ממצות; ישנן קטגוריות נוספות של סיפורים שעובדים מספרים על עצמם שאינן קולעות בדיוק לקטגוריות הללו. ישנם מצבי ביניים מורכבים ותת-קטגוריות.

אדגיש שאינני סבורה שנכון להבין את המציאות של הסיפורים שעובדים מספרים על עצמם בתור חלק מסקאלה. המצבים שתיארת בפסקה הקודמת הם מצבים שקשה להחליט אם למשל הם קרובים יותר לגילוי או למצב של הסתוות. בנוסף, נדמה שסקאלה בין גילוי לאי-גילוי תחמיץ הבדלים נוספים שיש לקחת בחשבון כשעורכים חלוקה לקטגוריות, כמו למשל ההבדל בין שקר לאמת ובין סוגים שונים של שקרים. מנגד, אני סבורה שנכון להשאיר את הקטלוג כקטלוג, מבחינה מושגית, ולא כרשימה סגורה של קטגוריות, משום שאני בטוחה שהדינמיקה האנושית בהכרח תוליד תמיד

⁸⁷ Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *Catalogs*, 115 COLUM. L. REV. 165 (2015)

מצבים שיהיה קשה מראש לחזות את קיומם באמצעות בנייה של רשימה סגורה של קטגוריות, כפי שעשה יושינו. מובן כי עניין זה אינו אמור למנוע מיפוי מעמיק של הקטגוריות של סיפורים במקום העבודה; אולם, אין לצפות שמיפוי כזה יוכל להיות ממצה.

3. ההיבט הנורמטיבי: קריאה מחדש של זכויות עובדים לאור הרעיון של צדק נרטיבי

כותבים אמריקאים מהזרם של הריאליזם המשפטי חשפו שלעיתים המשפט מאמץ קטגוריות שנשמעות ניטרליות ונעדרות השפעות חלוקתיות, אף על פי שיש להן השפעות חלוקתיות במציאות. אלא שהם התכוונו בעיקר להשפעות בחלוקת ההון, ובמיוחד ההון הכספי.⁸⁸ אני מבקשת להציע שהקטגוריות המשפטיות של "גילוי" ו"אי-גילוי" שבאמצעותן המשפט חושב על הסוגיות שבמרכז רשימה זו מטשטשות את הפגיעה הפוטנציאלית וההשלכות החלוקתיות של כל הכרעה נורמטיבית בתחום זה של שוק העבודה – לא במובן של חלוקה בלתי הוגנת של כסף, אלא במובן של חלוקה בלתי הוגנת של שליטה בסיפור. דרישה ל"גילוי" או הכרה באפשרות ל"אי-גילוי" הן צורות ניסוח שעלולות לטשטש את מה שמונח על הכף. כפי שראינו בחלק האמפירי של הרשימה, יש מקרים שבהם גילוי יכול להיות מעצים, ויש מקרים שבהם הוא נכפה ונחוה כמשפיל. יש מקרים שבהם אי-גילוי הוא תוצאה של פחד מאפליה, ויש מקרים שבהם אי-גילוי הוא בחירה שמנותקת מכל פחד וקשורה לפיתוח ואשרור של עצמי כלשהו של העובד. כפי שראינו בחלק שעסק בתאוריה של צדק נרטיבי, השליטה של עובדים בסיפורים שהם מספרים על עצמם היא הכרחית לכך שיהיו שותפים לחיי העבודה שלהם, ולא ניצבים פסיביים. מכאן שההבחנה הרלוונטית היא בין שליטה בנרטיב לבין אי-שליטה בנרטיב; ולכן הצעתי שכלל ברירת המחדל צריך להיות שעובד אינו חייב לגלות דבר, אלא אם יש אינטרס לגיטימי. בפרק הזה אטען שיש לגייס את הזכויות ה"קלאסיות" הקיימות במשפט כדי להגן על עובדים מפגיעה בנרטיב שלהם. האם באמת הפגיעה בשליטה על נרטיבים מצדיקה לגייס את מושג הזכות? אני סבורה שהנתונים שהוצגו בפרק האמפירי אינם מותירים ספק שהתשובה לשאלה הזו היא חיובית. נתונים אלו מתארים תמונה עגומה של קבוצה של עובדים שהשליטה על הזכויות הנרטיביות שלהם נמנעת ממנה. המילים שבהן המתראיינות מתארות את הפגיעה הכרוכה בחוסר שליטה בסיפור שלהן אינן התפיסות של סטודנטית למשפטים שמנסה לקשור כתרים וכותרות לזכות כלשהי שלדעתה היא חשובה. "זאת זוועה שאני

⁸⁸ Robert L. Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, 38 POL. SCI. Q. 470 (1923); Duncan Kennedy, *The Stakes of Law, or Hale*; חנוך דגן "התפיסה הריאליסטית של המשפט" *and Foucault*, 15 LEGAL STUD. F. 327 (1991); ספר דליה דורנר 303, 332-336 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכות 2009).

לא מאחלת לאף אחד", כתבה אחת מהן, וצריך לתת למילים האלו להדהד לרגע. לתת לעובדת לבחור איך היא מעצבת את הסיפור שלה פירושו "לראות שמולך בן אדם", בלשונה של אחת המרואיינות. האינטרס שהזכות שאני מציעה מגינה עליו הוא האינטרס שתהיה לעובד בחירה, או שליטה, ובמילים של אחת מהתשובות לסקר: "אני מעדיף שזה יהיה בשליטתי". מקום עבודה שבו עובד הרגיש שהזכויות הנרטיביות מכובדות, במובן זה שהוא מתאר בתשובתו שניתן לו המרווח שבתוכו הוא יכול לשלוט מה לספר ומה לא לספר, תואר בתור מקום עבודה שבו "הרגשתי שהמשרה שלי / הביטחון האישי שלי לא בסכנה". הנתונים האמפיריים שהוצגו בחלק הקודם של רשימה זו מסייע לבטא את הפגיעה הזו בתור שלילה של מהות שבלעדיה חיי העבודה הם בלתי נסבלים.

(א) פרטיות

נתחיל מהזכות לפרטיות. השאלה מהי בדיוק הזכות לפרטיות מטרידה משפטנים מעולים כבר מאז סוף המאה ה-19, וככל שהשנים נוקפות נראה שמשמית ההגדרה של זכות זו רק הולכת ומסתבכת.⁸⁹ לצורך הדיון כאן אאמץ את הצעתו של בירנהק להבין את הזכות לפרטיות.⁹⁰ הדרך הראשונה שבה יש להרחיב את הזכות לפרטיות כדי שתוכל להיכלל באגד הזכויות הנרטיביות שמקדמות את הצדק הנרטיבי היא להכיר בכך שאם עובדים נמצאים במצב שבו אין להם ברירה טובה אלא להשאיר פרט מסוים בסיפור שלהם במרחב הפרטי – נפגעת זכותם לפרטיות. ההרחבה הזו אינה מחייבת חריגה מההגדרה של בירנהק לזכות לפרטיות. ניתן לומר שהדרך היחידה שבה יוכל אדם לשלוט במרחב הפרטי שלו היא אם הוא לא יהיה חייב להחזיק בתוך המרחב הפרטי הזה פרט שהוא מעוניין שיהיה לא-פרטי. נחשוב על מקום עבודה שבו בכל יום חמישי בשעה חמש אחר הצהריים המעסיק מביא למשרד בירות וכל מי שרוצה יכול לקחת לו בירה, ועובד אחד נמנע מלשתות בירה. עוד נניח שאותו עובד הוא אלכוהוליסט בגמילה ולכן הוא נמנע מלשתות בירה. אין ספק שהזכות לפרטיות תיפגע אם המעסיק יחליט לרגל אחרי העובד במטרה לדעת מדוע אין הוא שותה בירה. ההרחבה שאני מציעה לזכות לפרטיות תוכל לבסס טענה שלפיה אם במשרד מתפתחת בדיחה קבועה על אלכוהוליסטים שתיתן לעובד סיבות טובות לחשוב שאם הוא יגלה על האלכוהוליסט שלו הוא יוערך פחות ולכן תימנע ממנו שליטה בנרטיב שלו, ולא

⁸⁹ ראו: Samuel Warren & Louis Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890); James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 Yale L.J. 1151 (2004); William L. Prosser, *Privacy (A Legal Analysis)*, 48 AL. L. REV. 383 (1960); JEFFREY ROSEN, THE UNWANTED GAZE: THE DESTRUCTION OF PRIVACY IN AMERICA 3 (2001); Irwin Altman, *Privacy – A Conceptual Analysis*, 8 ENV. & BEHAVIOR 7 (1976).

⁹⁰ בירנהק "מעגלים של פרטיות", לעיל ה"ש 85, בעמ' 203. להרחבה על הזכות לפרטיות של עובדים בידין הישראלי, ראו: מנחם גולדברג, "הגנת הפרטיות של העובד וחובות הגילוי שלו כלפי מעבידו" *עבודה, חברה ומשפט* 85 (2002)

תהיה לו ברירה אלא להחזיק את האלכוהוליסט כעניין פרטי – גם אז תיפגע זכותו לפרטיות.

ייתכן בהחלט שלשם הפיתוח האמור של הזכות לפרטיות יש לשאול מדיני ההטרדה המינית את מבחן הסביבה העוינת. מבחן זה, שפותח על ידי המשפטנית והפמיניסטית מקינאן (MacKinnon), נועד לתאר מצב שבו הטרדה מינית במקום העבודה לובשת צורה של עיסוק ודיבור אינטנסיבי על מין ומיניות, למשל בצורה של בדיחות גסות, צפייה בפורנוגרפיה, הערות מיניות ועוד.⁹¹ סביבת עבודה שבה מתברחים ומחקים אנשים בעלי מבטא מסוים, או שמנים או נשים, או סביבת עבודה שבה נאמרות אמירות אנטי-להט"ביות קבועות, היא סביבת עבודה שבה לעובד אין ברירה אלא להחזיק משהו במרחב הפרטי, וניתן לגייס את הזכות לפרטיות כדי להמשיג את הפגיעה שנגרמת כתוצאה מכך. יש צורך ביצירה משותפת של עובדים מספר שתהפוך את סביבת העבודה לכזו שהאפשרות של עובד לספר בה את הנרטיב שלו תהיה אפשרות בלתי נסבלת, שתסמן אותו כחריג מוקצה ואולי אף כעובד פחות ערך.

(ב) שוויון

הן בספרים והן בראיונות שהוצגו בפרק הקודם הראיתי שישנם עובדים שאינם מספרים (או שהיו מעדיפים שלא לספר) על הסטטוס הטרנסי שלהם בלי שום פחד מאפליה, אלא פשוט כי הם חושבים שזה לא רלוונטי למקום העבודה, או שיש משהו שמטיב איתם בכך שהם כל כך גבריים או כל כך נשיות שאיש אינו "חושד" שהם טרנסג'נדרים. העובדה הזו מפעימה משום שמדובר בקבוצה שסובלת מאפליה בשוק העבודה בשיעורים שאין דומים להם בישראל. ואם בקרב הקבוצה הזו יש אנשים שאינם מספרים על פרטים משמעותיים בחייהם בנוגע למינם ומגדרם ללא קשר לפחד מפני אפליה, קל וחומר ששאר האנשים יימנעו מלספר פרטים על עצמם גם ללא קשר לאפליה. בכל זאת, לא ניתן להתעלם מהקשר העמוק בין המאבק על נרטיבים בשוק העבודה לבין שוויון.

האופן שבו יש להרחיב את הזכות לשוויון תהיה קשורה להשפעה של סטראוטיפים על אפליה. סטראוטיפים הם תסריטים תרבותיים שמשקפים את האמונות שלנו בנוגע לזהויות מסוימות, למשל נשים, גברים, ערבים או לסביות. אחת מהתובנות החשובות של יושינו היא שכשאנשים מקבוצות שיש לגביהן סטראוטיפ מסוים מגיעים לשוק העבודה הם יבקשו לעיתים לנסות להתרחק כל כמה שניתן מהזיהוי שלהם עם הסטראוטיפ, ולחלופין, הם יאמצו אותו לחלוטין. בכך אני סבורה שהם מבטאים סיפור מסוים על עצמם שנכון להבינו בכלים של צדק נרטיבי, ואני סבורה שניתן להרחיב את הזכות לשוויון, מבלי לחרוג מהמסגרת הרעיונית שלה, כך שתגן על השליטה של עובדים בסיפורים האלו.

⁹¹ קת'רין א' מקינאן 'הטרדה מסוג זה תמורת זה' והטרדה מסוג 'סביבה עוינת' מילים מטרידות 51 (ליאת לבנון עורכת 2011).

אדגים את הטענה. דיני איסור אפליה יעמידו סעד לעובד שלא קיבלו אותו לעבודה בגלל נטייתו המינית. כעת נדמיין שהסיבה לכך שלא קיבלו עובד הומוסקסואל איננה נטייתו המינית, ולראיה, יש עובדים הומוסקסואלים רבים באותו מקום עבודה, גם בעמדות בכירות. הסיבה שלא קיבלו את העובד הזה היא האופן שבו הוא מבטא את ההומוסקסואליות שלו – הקול הנשי שלו, סגנון הלבוש שלו, הסלנג שהוא משתמש בו וכן הלאה. סבורני שראוי להגדיר כאפליה גם את המקרים המשיקים: הומו שמאמץ לחלוטין נורמות התנהגות סטרייטיות או סטרייט שמאמץ לחלוטין נורמות התנהגות הומואיות. דהיינו, אני סבורה שהרעיון של צדק נרטיבי יכול להצדיק קריאה רחבה יותר של התיבה "נטייה מינית", כך שהיא תכלול גם הגנה על התנהגויות ולא רק על היות. אזכיר כי גם יושינו סבר שיש להרחיב את ההגנה על השוויון כך שתכלול הגנה על התנהגויות ולא רק על עצם ההשתייכות לקבוצת זהות מסוימת, אולם ההנמקה שלו נשענה על ההנחה שלקבוצת זהות מסוימת בהכרח מתלווה התנהגות מסוימת, ואני סבורה שהנחות מהותניות אלו מזיקות לטיעון משום שבפועל, לא חייב להיות כל קשר בין דפוסי התנהגות לבין השתייכות לקבוצת זהות.

(ג) שקרים

בחלק זה אציע שיש מקום להרחיב את הזכות לשוויון, הזכות לחופש הביטוי והזכות להתאגדות במקום העבודה, כדי שיכללו בתוכם גם את הזכות לשקר במקרים מסוימים על מנת שיקדמו את הצדק הנרטיבי. המקרה שבו הדבר יצריך הרחבה של הזכות לשוויון יהיה למשל המקרה שבו עובד מוסלמי ישקר בנוגע לדת שלו כדי להתקבל לעבודה שהוא חושש שלא יתקבל אליה אם הדת שלו תהיה ידועה למעסיק. כעבור חודשיים דתו התגלתה והוא פוטר – לא משום שהוא מוסלמי, אלא משום שהוא שיקר והמעסיק מרגיש שהוא אינו יכול לסמוך עליו עוד בשום עניין. המקרה של הזכות לחופש הביטוי יתעורר למשל כאשר עובד ישקר בקורות החיים שלו שהוא זכה בעיטור צבאי שמעולם לא זכה בו, ואחרי זמן מה הוא מפוטר כשמתברר ששיקר. המקרה של הזכות להתאגדות הוא מקרה שבו עובד מפוטר מכיוון שהוא שיקר למעסיק כאשר נשאל האם הוא חבר בהתארגנות עובדים פורצת, והוא פוטר – לא משום חברותו בארגון אלא בגלל השקר לגבי החברות בהתארגנות. בשלושת המקרים הללו אני סבורה שיש להרחיב את הזכויות הקיימות כך שיגנו גם על האפשרות של העובד לשקר על מנת לקדם את הרעיון של צדק נרטיבי. ניתן לראות התפתחויות בכיוון זה במשפט האמריקאי, בהקשר של הזכות לחופש הביטוי⁹² והזכות להתארגנות עובדים,⁹³ אם כי נראה שההנמקות של פסקי הדין הללו התקשו להצביע על הגבולות של הזכויות לשקר ועל המקור התאורטי שיוכל להקנות עיקרון מארגן למחשבה על שקרים במשפט.

⁹² ראו: עניין *Alvarez*, לעיל ה"ש 7. יש לציין שבאותו מקרה לא נדונה השאלה דווקא בהקשר הספציפי של יחסי עבודה, אלא בהקשר של בחינת החוקתיות של חוק פלילי שאסר לשקר בנוגע לעיטור צבאי.

⁹³ ראו: עניין *Hartman Bros. Heating*, לעיל ה"ש 19.

כאן מתעוררת השאלה עד כמה הנרטיב שהצדק הנרטיבי מבקש להגן עליו הוא נרטיב שמתאר נאמנה אירועים שהתרחשו במציאות. אין ספק שיש מובן מסוים שבו הנרטיב אינו יכול שלא לגלם אמת. זו יכולה להיות אמת נחותה או נעלה, אבל היא לעולם תהיה אמת. הפואטיקה אינה פועלת עלינו בדרכים שכפופות לאמת ושקר. עם זאת, יש מובן עמוק שבו נרטיב יכול להיות שקרי ובלתי ניתן להצדקה תאורטית משפטית (זאת, בשונה מהצדקה אומנותית). שקרים עלולים לפגוע באופן עמוק בפרווגטיבה הניהולית של המעביד. דוגמה לכך תהיה שקרים בנוגע לניסיון תעסוקתי רלוונטי קודם: אין זכות שתוכל להגן על עובד שמספר שיש לו ניסיון במקצוע מסוים כשאין לו הניסיון הזה. חופש הביטוי אינו כולל בתוכו את החופש למנוע ממעביד לבחור אנשים שיש סיבה טובה לבטוח בכך שיבצעו את העבודה כדבעי. כך גם שקר לגבי היריון בתקופה שקרובה למועד הלידה הוא שקר שפוגע באינטרס הלגיטימי של מעביד להיערך לאפשרות שאחת מהעובדות שלו לא תהיה זמינה לעבודה לתקופה לא מבוטלת בלי התראה מוקדמת. דוגמה נוספת שהתעוררה בפסיקה נוגעת לשקר שנועד להשגת הטבות שעובד לא זכאי להן, ומובן שזהו שקר לא לגיטימי ואף התנהגות מחפירה, כפי שקבע בית הדין הארצי באותו מקרה.⁹⁴ למעט שקרים מהסוג שפוגע בפרווגטיבה הניהולית של מעביד ובניהול התקין של העבודה בידי המעביד, אני סבורה ששקרים ראויים לחסות תחת ההגנה של הזכות לחופש הביטוי או זכויות אחרות, לפי העניין.

קיימת בספרות התייחסות "אוהדת" במקרים מיוחדים לשקרים של עובדים במקום העבודה. כך, למשל, יש התייחסות כזו לשקרים כאמצעי הגנה,⁹⁵ כלומר למצבים שבהם שקר הוא כלי להגנה אפקטיבית של העובד מפני אפליה, פגיעה בזכות להתארגן, פגיעה בזכות לפרטיות, או פגיעה בזכויות אחרות. אומנם, פורת וידלין העירו שהחיסרון של הגנה מהסוג הזה על שקרים הוא שבמצבים רבים גם אם מעסיקים לא ישאלו את העובדת ששיקרה לגבי נתון שהיא עלולה לסבול מאפליה על בסיסו, ובכך יעמדו בחובה שלהם, בכל זאת עלול להיווצר מצב שבו המעסיקים יוכלו לשים לב אם העובדת אינה מספרת על פרט מסוים או נמנעת מלדבר עליו, ומכאן להסיק שמתקיים לגביה הנתון שהיא מסתירה.⁹⁶ אין ספק שמדובר בחשש רציני, אבל העובדה ששקרים אינם פתרון אולטימטיבי לכל מי שסובלים מאפליה אינה שוללת את האפשרות שהוא יהיה פתרון מסוים לפחות לחלק מהאנשים במצב קשה זה.

ניתן לבקר את ההצעה שלי להגן על שקרים ולומר שבסופו של דבר שקרים יכולים להעליב מעסיק ולהעכיר את יחסיו עם העובד, ושלא ראוי לדרוש מהמעסיק "לספוג"

⁹⁴ ע"ע (עבודה ארצי) 300353/98 יוסף הרמן - סנוול ישראל בע"מ (נבו 29.12.2002).
⁹⁵ במאמרם, פורת וידלין הציעו קטגוריה דומה שאותה כינו Anti-Abuse Lies. עם זאת, המסגרת התאורטית שדרכה ביקשו פורת וידלין למפות שקרים שראוי שהמשפט יאפשר, הייתה שונה מאוד מזו של הצדק הנרטיבי. הם ביקשו לאתר שקרים מועילים מבחינה חברתית שתורמים לרווחה המצרפית; ראו: פורת וידלין, לעיל ה"ש 15.
⁹⁶ פורת וידלין, לעיל ה"ש 15, בעמ' 637.

את העלבון ואת חוסר האמון שנוצר. אני סבורה שלצורך בחינה של טענות אלו יש לערוך מחקר שיבחן אם אכן מעסיקים נפגעים משקרים כאלו, ואם ניתן לאפיין סוגים שונים של שקרים ומידת הנזק שהם גורמים לחיי העבודה. מחקר כזה בוודאי יוכל לתרום להמשך המחשבה על עיצוב ההגנה על שקרים במקום העבודה, תחת ההנחה שאכן יש חשיבות בשמירה על מרקם של חיי עבודה שבו הצדדים מרגישים, באופן כללי, שהם יכולים לבטוח זה בזה.

(ד) זכויות נרטיביות מול התאוריה של יושינו

כפי שבוודאי כבר ניתן לזהות, העמדה שלי ביחס לתאוריה של יושינו היא מורכבת. מצד אחד אני מבקשת להגן מפני הדרישה להסתוות, ומצד שני אני מבקשת להגן על הבחירה להסתוות. במובן זה, היחס בין זכויות נרטיביות לבין ההסתוות מזכיר את היחס בין חופש הדת לבין הדת; זכויות נרטיביות כוללות את החופש להסתוות ואת החופש מדרישה להסתוות.⁹⁷ כך, לאור התובנה שהסתוות (וכמוה גם שני השלבים האחרים שתיאר יושינו – הסתרה והמרה) יכולים להיות פוגעניים כאשר יש בהם היבט של שלילת השליטה של העובד על ההסתוות.

כאשר אישה מבוגרת עם שיער שיבה מרגישה שאין לה ברירה אלא לצבוע את השיער, משום שיש בדיחות קבועות במקום העבודה על נשים מבוגרות, ואם היא לא תסווה את גילה באמצעות צביעת השיער לא תוכל להימנע מהשפלות והקנטות – זוהי הסתוות שאני מסכימה עם יושינו שהיא בעייתית. זאת משום שהשיח שנוצר במקום העבודה הוא כזה שמקשה עליה לשלוט בנרטיב של עצמה, ולכן הוא אינו יכול לאפשר לה קשר אמיתי עם שאר העובדים.

לעומת זאת, התוצאות שהוצגו בפרק הקודם חושפות שורה של שימושים בהסתוות שהם דווקא מעצימים. נדמה שיש אנשים שעבורם ההסתרה וההסתוות הן הגילוי, כלומר שעצם הבחירה לספר סיפור מסוים במקום העבודה שלא נמצאים בו פרטים מסוימים על עצמם – היא ההצגה האמיתית והטובה ביותר עבורם של הסיפור שלהם במקום העבודה. במקרים אלו, שבהם ההסתוות נובעת משליטה של העובד בנרטיב שלו, אני סבורה שאין כאן בעיה כלשהי מבחינה משפטית. בעבור יושינו, הסתוות בהכרח נובעת מגורמים חיצוניים שגורמים לאדם לחוש שעליו להסתוות כדי להתקדם בעולם. מבחינה אמפירית, ההנחה הזו אינה נכונה.

⁹⁷ אחד מחיבוריו של אביחי דורפמן דן בקושי התאורטי להצביע על הקוהרנטיות של החופש מדת והחופש לדת, וכן הצעה למסגרת תאורטית שכן תאפשר קוהרנטיות כזו; ראו: אביחי דורפמן **חופש הדת והחופש מדת בראי הרעיון הרמוקרטי** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015).

ד. דוגמאות ליישום דוקטרינרי של ההכרה בזכויות נרטיביות

אינני מתיימרת להציע תוכנית לדוקטרינה שיכולה להיקלט מייד במשפט העבודה, אלא מחשבה מחדש על הרגולציה של הסיפורים שעובדים מספרים על עצמם בשוק העבודה. עם זאת, ועם סיום המאמר, אנסה להראות בקצרה שצדק נרטיבי אכן יכול לאפשר לנו להבין טוב יותר בעיות משפטיות ולנסח את הפתרון להן. לצורך כך, אבקר שני פסקי דין של בתי הדין האזוריים לעבודה, פסק דין של בית הדין לעררים, נוהל של רשות האוכלוסין וההגירה ופסק דין של בית המשפט לערעורים בארה"ב, ואראה שאילו היו מובנים בכלים של צדק נרטיבי – התוצאה שאליה היו מגיעים וההנמקה שבה היו משתמשים היו לכידים ונכונים יותר.

בעניין טופט⁹⁸ נדונה תביעתו של מועמד למשרת קופירייטר שהתראיין בחברה העוסקת בשיווק ופרסום דיגיטלי. במהלך הריאיון התגלגלה השיחה למעין שיחת חולין שבמהלכה נשאל המועמד לגילו. השופט לובצקי התרשם, ממכלול הראיות, כי *"שאלת הגיל עלתה כתום לב, ובמהלך שיחה שהתקיימה בין הצדדים ברוח טובה, כשהשיחה ביניהם 'התגלגלה' לסוגיית התחביב המשותף... שאלת הגיל הייתה מתוך סקרנות גרידא, ואף התובע קיבל זאת ברוח טובה"*.⁹⁹ התובע לא התקבל לעבודה אך באופן מעניין, במהלך עדותו, הודה התובע שהדבר לא נבע מאפליה על רקע גילו. גם בית הדין לא התרשם שהעובד הופלה לרעה. אף על פי כן מצא בית הדין לקבל את תביעתו ולפסוק לטובתו פיצויים, משום שעצם העלאת נושא הגיל בריאיון היא פגומה. ההנמקה שניתנה לפסיקה היא ש"יש חשיבות גם לשאלה כיצד הדברים מצטיירים אצל המתבונן מן הצד".

לעניות דעתי, ההנמקה של בית הדין האזורי לעבודה היא בעייתית משום שלא ברור מכוח מה ניתן לפסוק פיצויים בתביעת אפליה מבלי שמישהו טוען שאכן התרחשה אפליה, אך ורק משום התחשבות באופן שבו *"הדברים מצטיירים אצל המתבונן מן הצד"*.¹⁰⁰ לעומת זאת, אילו היה בית הדין מנמק את החלטתו על בסיס צדק נרטיבי, הוא היה יכול להגיע לתוצאה מדויקת ונכונה יותר, שהיא דחיית התביעה. פסק הדין היה מתחיל מכך שיש חשיבות לסיפורים שעובדים מספרים בראיונות קבלה מעבר לצורך האינסטרומנטלי של המועמד להציג את עצמו בצורה הכי טובה והצורך של המעסיק לבחון את התאמתו לעבודה. סיפורים יכולים לפעול את פעולתם, ולאפשר לבני אדם להכיר ולהיות זה עם זה, רק אם המספר יכול לשלוט בהם, משום שרק אז המספרים משתתפים באופן פעיל באינטראקציה. במקרה זה, היה ממשיך פסק הדין, מתעוררת השאלה האם יש מקום לגייס את הזכות לשוויון כדי לקדם את הרעיון של צדק נרטיבי. אומנם נפגעה היכולת של המועמד לשלוט בחלק הסיפור שנוגע לגילו, ושאכן גיל הוא

⁹⁸ עניין טופט, לעיל ה"ש 16.

⁹⁹ ש.ם.

¹⁰⁰ ש.ם.

נתון שאסור הפלות על בסיסו, אולם לפי הממצאים העובדתיים שקבע בית הדין בפסק דינו – הדבר נעשה במסגרת שיחה ידידותית ובתום לב. משום שמלכתחילה התכלית של הצדק הנרטיבי היא לאפשר לאנשים להיות ביחד ולתקשר ולא לצנן את האפשרות לשיחות ידידותיות מהסוג שמתואר בפסק הדין – קשה לומר שזה המקרה המתאים להרחבה של הזכות לשוויון כדי שתקדם את הצדק הנרטיבי. כמו כן, במבחן התוצאה עולה מפסק הדין שאין מחלוקת שהתוצאה של אי-קבלתו של המועמד לעבודה הייתה עניינית, ולכן קשה להבין על בסיס מה ניתן לבסס טענה לפגיעה בזכות לשוויון של המועמד. על הרקע הזה, אני סבורה שבית הדין צריך היה לדחות את התביעה.

אדגיש, שככלל, נכונה העמדה המשתמעת מדבריו של בית הדין הארצי לעבודה באחד המקרים, לפיה שאלה שנשאלת בריאיון עבודה היא שאלה שמעסיק מעוניין לשמוע את התשובה עליה באשר היא רלוונטית, לדידו, לקבלה לעבודה.¹⁰¹ האופן שבו הצעתי שצריך היה להכריע בעניין **טופט** מבוסס על הקביעה העובדתית של בית הדין האזורי באותו עניין, לפיה השאלה שנשאלה לא הייתה רלוונטית למשרה, והיא נשאלה כשאלה ידידותית.

בעניין משה¹⁰² נדונה תביעתו של מלצר בבית קפה שטען שפוטר משום שיש על גופו קעקועים רבים, ביניהם גם קעקועים של דגל הגאווה, קעקוע שמסמל בעבורו את עזיבתו את הדת, קעקוע שמסמל את חוויתיה של סבתו בשואה, ועוד קעקועים שכולם סמליים וקשורים באופן עמוק לאישיות של אותו עובד. העובד טען שרשימת העילות האסורות לאפליה בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה היא רשימה פתוחה, ושהוא הופלה על בסיס מראה חיצוני, וממילא זוהי אפליה אסורה מכוח מעמדו הכללי של עקרון השוויון במשפט העבודה הישראלי. באותו מקרה התעוררו מחלוקות לגופו של עניין בנוגע לשאלה האם העובד פוטר או התפטר, ואני אניח לצורך הניתוח שהעובד פוטר. בית הדין האזורי לעבודה דחה את הטענה לאפליה על רקע מראה חיצוני, וקבע שמעסיק זכאי לקבוע קוד מסוים להופעה החיצונית משום שזהו חלק מהפררוגטיבה הניהולית של המעסיק ומזכויותיו הקניינות לנהל את עסקו באופן הנראה לו. עם זאת, בית הדין החליט להשתמש במבחן המידתיות אשר מצריך שקילת שיקולים *‘כגון מהות הפגיעה בעובד, טיבה והיקפה, מידת השרירות שיש בדרישה המפלה, תום לבו של המעסיק וכיו"ב שיקולים. שיקולים אלה יש לאזן אל מול מידת הפגיעה הקניינית והתדמיתית במעסיק, טיב העסק ומהותו (למשל, השאלה אם מדובר במתן שירות אישי) והשאלה אם האינטרס הנפגע קשור בליבת עסקיו של המעסיק או בשוליה*¹⁰³.

בית הדין קבע שגם לפי מבחן המידתיות השיקולים נוטים לדחיית התביעה.

ואולם, נראה שבית הדין האזורי מדבר בשני קולות. אם אין מדובר בדרישה שמפלה את העובד לרעה, מדוע יש צורך לבחון אם הדרישה הזו היא מידתית? וכיצד ניתן

¹⁰¹ ע"ע (ארצי) 16136-05-15 מ. דיזנוף ושות' (נציגות קלובים) בע"מ – נעמי מושקוביץ סקורצקי (נבו) 18.1.2018.

¹⁰² תע"א (אזורי ת"א) 8435-09 גבאי משה – פינות קפה בע"מ (נבו 9.1.2012).

¹⁰³ שם, בפס' 27(ה).

לערוך מבחן מידתיות כזה: אם נקבע כבר שלמעסיק יש פררוגטיבה לבחור כיצד יהיה המראה החיצוני של עובדיו, כיצד ניתן לבדוק אם ההכרעה שלו שרירותית (שכן אם זו הפררוגטיבה של המעסיק לא ברור מה הבעיה בשרירותיות), ומה יכולה להיות הנפקות המשפטית של מידת הפגיעה בעובד שכרוכה בה (בהינתן, כאמור, שנקבע שלא מדובר באפליה אסורה). נראה שבמקרה זה, לאחר שנקבע שאין מקום להכיר באפליה על בסיס מראה חיצוני, ומבלי שאביע עמדה ביחס לקביעה זו כשלעצמה (ומשום שהעובד עצמו נמנע מלטעון שדרישת ההסתרה הייתה קשורה בנטייתו המינית)¹⁰⁴ – ראוי היה להניח לשאלת השוויון ולשאול האם יש זכות אחרת שניתן לגייס כדי לבחון האם ראוי להגן על הפגיעה ביכולת של העובד לשלוט בנרטיב שלו. התשובה נמצאת בזכות לחופש הביטוי, שכלל לא הוזכרה בפסק הדין (ויש לציין שגם לא נטענו לגביה טענות על ידי הצדדים). קעקועים מהווים ביטוי, ולכן יש מקום לבחון האם ההגבלות שהוטלו על הצגת הקעקועים הן מידתיות ביחס לזכות לחופש הביטוי. מכאן, ניתן לראות שהיה טעם רב באינטואיציה של בית הדין שיש מקום לבחון את מידתיות הפגיעה, ואולם את מבחני המידתיות יש להפעיל כשהנחת המוצא היא שהדבר שעומד מנגד הוא הזכות לחופש הביטוי ולא דבר בלתי מוגדר שלא ברור מדוע יש צורך במבחני מידתיות על-מנת להעריך את הפגיעה בו. במקרה הנוכחי ייתכן שבהקשר של המבחן השני של המידתיות, ולאור החשיבות של הזכות לחופש הביטוי בהגנה על נרטיבים ולאור הרעיון של צדק נרטיבי – היה מקום לתור אחר אמצעי שפגיעתו פחותה, כמו למשל הסדר שבמסגרתו העובד ילבש חולצה ארוכה רק בחלק מהזמן (למשל, בשעות העומס), או שיועבר לעבודה אחרת באותו מקום עבודה שבה הוא אינו מופיע בפני לקוחות מקהל היעד השמרני שפוקד את בית הקפה, כפי שתואר בפסק הדין. כמו כן, ברמה הראייתית, לאור החשיבות של הזכות לחופש הביטוי, היה מקום לבחון בדקדקנות האם יש בסיס לטענה של המעסיק שקהל הלקוחות עלול להצטמצם בגלל הקעקועים של המלצר, שכן לכאורה נראה שהטענה נטענה בעלמא.

מקרה נוסף הוא פסק דין שניתן אך לאחרונה בערכאה השישית של בית המשפט הפדרלי לערעורים בארה"ב, והוא **עניין ניקולס**.¹⁰⁵ במקרה זה נדונה תביעה של מרצה באוניברסיטה שסירב לפנות לסטודנטית טרנסג'נדרית שלמדה אצלו באחד הקורסים בתואר madam, ופנה אליה בתואר sir. המרצה הסביר שהוא פועל כך משום מחויבותו לאמונה הנוצרית שלפיה אלוהים בורא את בני האדם והם אינם יכולים לשנות את המין שאליו נולדו. האוניברסיטה הזמינה את המרצה לביורורים וביקשה שישנה את דרכיו לאור מדיניות שיש לאוניברסיטה בנושא, והוצעה הפשרה שהמרצה יפנה לסטודנטית בתואר madam אך יוסיף לסילבוס שלו פסקה שבה הוא מסביר שהוא עושה זאת בניגוד לרצונו ושם יסביר את טעמיו. לאחר שבית המשפט המחוזי קיבל את עמדת האוניברסיטה וקבע כי המרצה חייב לפנות לסטודנטית בלשון נקבה, בית

¹⁰⁴ שם, בפס' 27(ב).

¹⁰⁵ *Meriwether v. Hartop*, No. 20-3289, 2021 WL 1149377 (6th Cir. Mar. 26, 2021)

המשפט לערעורים הפך את ההכרעה וקבע כי לאור הזכות לחופש הביטוי ולחופש אקדמי לא ניתן לכפות על המרצה לפנות לסטודנטים בדרך שהוא אינו מאמין בה. המקרה הזה חשוב מכיוון שהוא למעשה מעורר את השאלה כיצד יש לחשוב על מצב שבו שתי זכויות נרטיביות נפגשות זו בזו ומצריכות איזון ביניהן. אכן, התאוריה של צדק נרטיבי אינה מבקשת להגן רק על עובדים, אלא על כולם, ובתוך כך גם על מעסיקים ולקוחות, ובהקשר האוניברסיטאי – סטודנטים. במקרה כזה, מצד אחד מונחת הזכות לחופש הביטוי, ומצד שני מונחת הזכות לכבוד.¹⁰⁶ דרך המלך להכריע בסכסוכים שמעוררים מפגש בין שתי זכויות נרטיביות היא לחפש אחר הדרך שבה שני הצדדים יוכלו להשמיע את הנרטיב שלהם, מבלי להשתיק אף אחד מהם. בהקשר הנוכחי, דרך המלך הייתה סלולה. הצעת הפשרה שלפיה המרצה יכבד את הנרטיב של הסטודנטית אך לא יותר על העמדה העקרונית והנרטיב הנוצרי שהוא ביקש לקדם ויוסיף הערה בסילבוס על עמדותיו – היא הצעה ראויה שמאפשרת לשני הנרטיבים להתקיים זה לצד זה. מצב שבו הנרטיבים חשופים, לשכנע ולהשתכנע – עדיף במידה רבה על מצב שבו רק נרטיב אחד "לוקח הכול", כפי שאכן קרה בפסק הדין. לעיתים המדינה מהווה מעין "שחקן שלישי" בתחרות מספרי הסיפורים שמתנהלת בין עובדים למעסיקים. במצבים אלו, ראוי לאמץ את התאוריה של צדק נרטיבי גם לתוך המשפט המנהלי. אדגים שני מקרים שבהם אני סבורה שהמדינה פוגעת בשליטה של עובדים על הסיפורים שלהם, ואת הפתרון המשפטי שאני סבורה שראוי לאמץ לאור התאוריה.

הדוגמה הראשונה נוגעת לשליטה בסיפורים של עובדות סיעוד על הזוגיות שלהן. על פי נהלי רשות האוכלוסין וההגירה, אם יתברר שלעובדת סיעוד יש בן זוג שנמצא בארץ, היא עלולה למצוא את עצמה מגורשת מכוח נוהל בנושא זה של רשות האוכלוסין וההגירה.¹⁰⁷ כמובן, עובדות סיעוד יכולות להסתיר את הזוגיות ולא לדבר עליה עם אף אחד שעלול להסגיר את הסיפור לידי רשות האוכלוסין וההגירה. חשוב להדגיש שלרשות האוכלוסין וההגירה יש יכולת מוגבלת לעקוב אחרי הסטטוס הזוגי של כל מהגרי העבודה בארץ, אבל יש לה יכולת לשאול אותם ואת האנשים מסביבם שאלות ולעקוב אחר התשובות שניתנות. בנוסף, מהגרי העבודה בתחום הסיעוד חיים בישראל שנים רבות, וישנם היתרים שמאפשרים את שהייתם כדין עוד יותר מכל שאר מהגרי העבודה בארץ. בשנים הרבות שבני אדם נמצאים הרחק ממדינת מוצאם, וחיים

¹⁰⁶ ניתן לחשוב על עוד זכויות רלוונטיות, כמו למשל הזכות לחופש לדת של המעביד והחופש מדת של העובדת, שגם אותן ניתן להבין כזכויות נרטיביות בהקשר של המקרה הנדון.

¹⁰⁷ ס' 3. ד. לנוהל רשות האוכלוסין וההגירה 5.3.0002 "נוהל הזמנה והעסקת עובד זר בענף הסיעוד" (30.8.2018). אמנם לשון הנוהל מתייחסת לאיסור להיכנס ארצה כשלעובדת יש כאן בן-זוג, אך בפועל המדינה הסתמכה על הנוהל גם כדי לגרש את מי שבמהלך תקופת חייה בארץ רקמה כאן קשר זוגי עם מהגר עבודה אחר (ראו: הילה שמיר "גישת עבודה לסחר בבני אדם: 20 שנה למאבק הבינלאומי בסחר בבני אדם" עיוני משפט מד 482, 456-455 (2021)). בשנים האחרונות מוגברת האכיפה של סעיף זה; ראו: אילן ליאור "המדינה פועלת למנוע קשרים זוגיים בין עובדים זרים" הארץ (7.7.2017) <https://www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.4236011>

בחברת אחרים, היכולת של רשות האוכלוסין וההגירה לשלוט בסוג הקשרים שהם מנהלים עם הזולת, והאפקטיביות של רגולציה על הבחירות בזוגיות של אנשים אלה, מוטלת בספק. מכאן שהרגולציה בנוגע לזוגיות של עובדות סיעוד אינה מעמידה במרכזה רק את השליטה בסטטוס הזוגי של מהגרי העבודה אלא גם, ואולי בעיקר, את השליטה באפשרות שלהם לספר על הזוגיות הזו. ואכן, הדבר משפיע באופן ישיר על האפשרות לספר את הסיפור במקום העבודה, משום שאם עובדת הסיעוד תסבור שהמעסיק שלה, שנדרש לאמת את הפרטים שהיא מצהירה עליהם כשהיא מחדשת את רישיונה, עלול במקדם או במאוחר להסגיר לרשות את הסיפור על זוגיותה, היא תסתיר זאת ממנו. למעשה די בכך שאם המעסיק ידע על הסיפור זה יקנה לו שליטה באפשרות להביא לגירושה מהארץ כדי ללמד עד כמה עמוקה השליטה האפשרית של המעסיק עצמו בסיפור על הזוגיות בשל נוהלי הרשות בהקשר הזה.

אני סבורה שזו דוגמה טובה להרחבה שטענתי לעיל שראוי לעשות לזכות לפרטיות. עובדות הסיעוד אינן נפגעות בפגיעה ה"רגילה" בזכות לפרטיות: למיטב הידיעה, הרשות לא חודרת לטלפונים ניידים של עובדות הסיעוד כדי לבדוק אם משיחות הוואטסאפ שלהן עולה שהן מנהלות קשר זוגי עם מהגר עבודה אחר החי בארץ. הפגיעה היא הפוכה: המדינה יצרה מערך רגולטורי שבו לעובדות סיעוד אין ברירה סבירה אלא לשמור בסוד על זוגיות שנרקמה בישראל מפני המעסיק שלהן. בכך היכולת שלהן ליצור קשר אמיתי, שבו הן בוחרות מה לספר ומה לא, עם המעסיק, שבמקרים רבים הן חיות איתו תחת אותה קורת גג – נפגעת בצורה אנושה. אני סבורה שמקרה כזה הוא מקרה מתאים לטעון שפגיעה בפרטיות היא פגיעה בשליטה מה יישאר פרטי, ולכן גם יצירת מצב שבו לעובד אין ברירות טובות אלא להסתיר את הזוגיות שלו מהמעסיק שלו היא פגיעה בפרטיות. במקרה זה הפגיעה אינה נגרמת על ידי המעסיק, אבל היא משפיעה באופן ישיר על השליטה בנרטיב בתוך יחסי העבודה, ולכן הפריזמה הנכונה לנתח אותה ולטעון לגביה טענות משפטיות היא הפריזמה של צדק נרטיבי במקום העבודה.

דוגמה אחרת היא שמהגרי עבודה ומבקשי מקלט אינם יכולים לשנות את השמות שלהם ברישיונות הישיבה שמתירים את שהייתם בארץ. חוק השמות¹⁰⁸ מסדיר את האפשרות לשנות שם פרטי ושם משפחה, אך לפי סעיף 27 לחוק הוא חל רק על מי שרשום במרשם האוכלוסין מכוח חוק מרשם האוכלוסין, כלומר הוא אינו כולל מהגרי עבודה ומבקשי מקלט שיושבים בארץ מכוח רישיון ישיבת ביקור.¹⁰⁹ פסק הדין היחיד, למיטב ידיעתי, שניתן בנושא, ניתן על ידי בית הדין לעררים שעסק במבקש מקלט.¹¹⁰ במקרה זה טען העורר שהוא נרדף על ידי השלטונות בסודאן, שבכוונה על מנת לבזות אותו בחרו לתת לו את שמו של הצורר סדאם חוסיין בדרכון הרשמי, במקום את שמו

¹⁰⁸ חוק השמות, התשט"ז–1956.

¹⁰⁹ ס' 1(ב) לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה–1965.

¹¹⁰ ערר (ת"א) 2783/17 **Sadam Eshag Hussien נ' משרד הפנים- רשות האוכלוסין וההגירה** (נבו) 6.8.2017. למען ההגינות יציין שכותרת המאמר הייתה מעורבת בייצוג של העורר באותו מקרה.

האמיתי – סאמון ג'וקה – וכשהגיע ארצה נרשם ברשיון הישיבה שניתן לו השם שהיה כתוב בדרכון הרשמי מסודאן. כך יצא שהוא הסתובב בארץ עם רישיון ישיבה של משרד הפנים שרשום עליו השם "סדאם חוסיין". העורר טען בין השאר שהדבר מקשה עליו בחיפוש עבודה, משום שמעסיקים נרתעים מלהעסיק אדם ששמו סדאם חוסיין. במקרה זה התעוררו שאלות רבות, ובתוכן גם השאלה העקרונית האם ראוי להיעתר לבקשה לשינוי שם של מי שחוק השמות אינו חל עליו. הדיין ברגמן קבע כי אם העורר רוצה הוא יכול להשתמש באיזה שם שהוא רוצה בחייו הפרטיים, ואין זה מצריך שינוי ברישיון הישיבה. זאת, תוך התעלמות מכך שבשוק העבודה העורר נדרש להציג את רישיון הישיבה הרשמי, ודווקא ההסבר שהשם שמופיע שם איננו שמו יכול עוד יותר להרתיע מעסיקים מלהעסיק אותו בשל חשש שהרישיון מזויף.

לכאורה הבעייתיות בעמדה של בית הדין היא נקודתית, ונוגעת רק לאותו מקרה נדיר שקשה לדמיין שיחזור על עצמו. אולם פסק הדין חושף מערך רגולטורי שמדגים את המעורבות של המדינה בשליטה בסיפורים של עובדים בשוק העבודה. למעשה, גם אם מהגרי עבודה ומבקשי מקלט יבקשו לשנות את השם שלהם בנסיבות הרבה פחות קיצוניות, למשל בשל נישואין, שינוי דת או שינוי מגדרי שכולל שינוי שם, או אפילו אם הם פשוט מאסו בשמם ורצו לשנותו ושתייחסו אליהם בעבודה באמצעות שמם העדכני – הם אינם יכולים לעשות זאת. ניתן להניח שאם אפילו במקרה הקיצוני של סאמון ג'וקה לא אושר שינוי השם (ובמקרה זה מדויק יותר לומר "תיקון השם"), קל וחומר לא יאושר שינוי שם בנסיבות פחות דרמטיות. אני סבורה שאת הלאקונה שהשאייר אחריו חוק השמות ראוי לפרש לאור העקרונות של צדק נרטיבי. לא ניתן להעלות טענות נגד המעביד על כך שהוא נזקק למסמכים רשמיים שבהם רשום השם של העובד; הצורך הזה נובע מהאינטרס הלגיטימי לדעת שהוא מעסיק עובדים שמחזיקים ברישיונות שהייה בישראל שמתירים להם לעבוד. הטענות הן נגד רשות האוכלוסין וההגירה, על כך שהיא כובלת את העובדים לשם שהוא אינו חלק מהסיפור שהם מספרים על עצמם. התפיסה שלפיה אי-אפשר לשנות שמות סותרת את הנחות היסוד של צדק נרטיבי; בשונה מסיפור שכתוב עלי ספר, בני אדם הם ישות דינמית. לא ניתן לקבוע בשום שלב של חייהם שהסיפור של העובדים חתום. הסיפור ימשיך להתפתח, וכל מניעה של דינמיות בזהות, ודאי כשאינן למדינה כל קושי או עלות בשינוי השם, פוגעת ביסודות של הצדק הנרטיבי. בשפת הזכויות, ניתן לומר שמדובר בפגיעה בזכות העצמאית של העובד לנרטיב: הזכות שלא להיות מוגדר, ולהשאיר תמיד את הסוף של הסיפור פתוח.

סיכום

במאמר זה העליתי את הטענה שהתאוריה של יושינו, כמו גם המשפט הנוהג, משתמשים במושגים שבעזרתם לא ניתן להבין את הסיפורים שעובדים מספרים על עצמם במקום העבודה, ומציעים כללים שאינם מגינים בצורה מיטבית על הזכות של עובדים לשלוט בסיפור שלהם. טענתי שמבחינה תיאורית, הסיפורים שעובדים מספרים על עצמם הם סיפורים עם יותר מדי ניואנסים מכדי שניתן יהיה לקטלג אותם בקטגוריות בינאריות של גילוי ואי-גילוי, או בקטגוריות שיושינו הציע: המרה, הסתרה והסתוות. הצעתי שבמקום זאת ראוי להכיר בכך שסיפורים שעובדים מספרים על עצמם הם קטלוג: הם כוללים מצבים של המרה, הסתרה והסתוות, אבל גם עוד הרבה קטגוריות אחרות שלא ניתן למנות אותן מראש. מבחינה נורמטיבית, טענתי שעובדים זכאים להגנה על השליטה שהם מספרים במקום העבודה, משום שבלי השליטה הזאת, היכולת שלהם ליצור קשרים אנושיים במקום העבודה תיפגע. טענה זו מתפתחת מתוך המחקר האמפירי שבו עלתה שוב ושוב המטפורה שמדמה את אי-השליטה בסיפורים במקום העבודה לכליאה, ואת השליטה לשחרור או חירות.

בשוק עבודה שמתאפיין בהידוק הפיקוח והמשמוע של עובדים, בשוק שבו הסיפורים שעובדים מספרים נהיים יותר ויותר דומים זה לזה, תוך כדי כך שמשפט העבודה מטיל רגולציה לא לכידה ולא אופטימלית על הסיפורים שעובדים מספרים – ביקשתי לטעון שצריך להכיר בזכות של עובדים לשלוט במה שנכנס ובמה שאינו נכנס לנרטיבים שלהם. ניסיתי להראות מהי המשמעות של שליטה בנרטיבים עבור אנשים על הקשת הטרנסית כדי ללמוד מההתבוננות הזאת תאוריה חדשה בנוגע לשליטה של עובדים בסיפוריהם. השארתי גם כמה דברים פתוחים לעתיד, כמו למשל את הדוקטרינה והגבולות הקונקרטיים שיוטלו על כל ענף והקשר שאליו הזכויות לנרטיב רלוונטיות, ואת השאלה מהם הסעדים שניתן לפסוק בגין הפרת הזכות ומכוח מה. ניסיתי להראות שהשליטה של עובדים בסיפורים שלהם היא חשובה עבורם. ניסיתי להראות שהצל הוא לא פחות חשוב מהאור, והפרקים שאינם נכתבים בסיפור הם הפרקים שהופכים את הסיפור למה שהוא.