

## טרנסג'נדרים והמשפט הפלילי: בצלה של האשמת ההתחזות

מאת

אייל גרוס\*

### א. מבוא

בשני מקרים הרשיעו בתי משפט בישראל בעברה פלילית אנשים שנולדו עם איברי מין נקביים אך קיימו יחסים עם נערות צעירות תוך שהם "עוברים" כבחורים. המקרה המפורסם בין השניים הוא זה של חן אלקובי.<sup>1</sup> אמנם עובדות רבות בפרשה זו היו שנויות במחלוקת, אולם אין מחלוקת שחן אלקובי נולד<sup>2</sup> עם איברי מין נקביים ונתפס בעיני הסביבה כבת. עוד אין מחלוקת שבשלב מסוים החל חן אלקובי, לפחות בחלק מהזמן, לחיות כבן ולהציג את עצמו ככזה.<sup>3</sup> בכתב האישום המתוקן שהוגש נגד אלקובי, כחלק מעסקת הטיעון במשפטו, נטען שאלקובי, יליד 1981, ונאשם נוסף, קשרו בשנים 2001–2002 קשר להכיר לאלקובי בנות לשם חברות, ובלשון כתב האישום, "הנאשמת תחזה לגבר".<sup>4</sup> אלקובי, שלפי כתב האישום הציג את עצמו בשם "קובי" או "קובי ביטון" או "קובי אלקובי", היה לבוש כגבר, ודיבר על עצמו בלשון זכר.<sup>5</sup> כתב האישום המתוקן עסק בארבעה מקרים של קשרים שונים שנוצרו בין אלקובי לבין ארבע מתלוננות. בעניין המתלוננת הראשונה נטען כי אלקובי ("הנאשמת" בלשון כתב האישום) התחזה לבחור ששמו "קובי", וכי המתלוננת התאהבה ב"קובי" ונוצר ביניהם קשר "כבין בחור לבחורה"; בעניין המתלוננת השנייה נטען כי היא ואלקובי היו ל"חברים"; לעניין המתלוננת השלישית נטען שנוצרו ביניהם "קשרי ידידות"; ולעניין המתלוננת הרביעית נטען כי היא

\* פרופסור אייל גרוס, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודה ליהודה גור על עבודת המחקר ולעידו קטרי על הערותיו על גרסה קודמת של פרק זה.

1 הדיון בפרשת אלקובי נסמך בעיקרו על מאמרי: אייל גרוס "ההתחזות כאדם אחר": חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי" משפטים על אהבה 365 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005) (להלן: גרוס "ההתחזות כאדם אחר"), שם דנתי בפרשה ביתר הרחבה.

2 לנוכח העובדה שחן אלקובי הציג את עצמו כמי שתמיד הרגיש בן (ראו דנה שבת ומאיר תורג'מן "העשירייה הפותחת" הזמן הורוד 35 (יוני 2004)), אתייחס אליו במהלך המאמר בלשון זכר. עם זאת, בפעמים שאביא בהן ציטוט או התייחסות ישירה מגזר הדין אשתמש בלשון גזר הדין, שהתייחס לאלקובי בלשון נקבה. אלקובי עצמו ציין שאמנם הוא התראיין בעיתון בלשון נקבה, אך זאת כדי לכבד את הוריו (ראו שם).

3 ליאור אל-חי ואמירה לם "רצחו את השם שלי" ידיעות אחרונות 23.5.2003, 33.

4 ס' 2 לכתב אישום מתוקן (תיקון שלישי) בת"פ (מחוזי חי') 389/02 מדינת ישראל נ' אלקובי (הוגש ב-25.5.2003) (להלן: פרשת אלקובי – כתב האישום המתוקן).

5 שם, ס' 3 לאישום הראשון.

התאבה באלקובי בהאמינה שהוא גבר ו"הן" (בלשון כתב האישום) נעשו זוג.<sup>6</sup> לנוכח תלונות אלו הואשם אלקובי בעברה של התחזות כאדם אחר, לפי סעיף 441 לחוק העונשין.<sup>7</sup> בעניינן של שתיים מהבחורות שנוצר עמן קשר הואשם אלקובי גם בעברות נוספות הקשורות למגעים שנטען כי התקיימו בינו לבין המתלוננות: אשר למתלוננת הראשונה, שעל פי כתב האישום "התאבה [...] ב'קובי' בהאמינה לנאשמת כי היא גבר", נטען שהשניים התנשקו, ושכאחד המקרים נישק אותה "קובי" והחדיר את לשונו לפיה. בגין עובדות אלו הואשם אלקובי בעברה של "מעשה מגונה" שהסכמה לו הושגה במרמה לגבי מיהות העושה, לפי סעיף 348(א) לחוק העונשין.<sup>8</sup> באשר למתלוננת השנייה נטען בכתב האישום כי במסגרת קשר רומנטי שנוצר בינה לבין חן, ניסה "קובי", כפי שמוגדר בכתב האישום, לבעול אותה בשלוש הזדמנויות שונות. בכל פעם ניסה "קובי" [...] להחדיר לאיבר מינה של המתלוננת ב' חפץ בלתי ידוע לתביעה, שהיה קשור באופן כלשהו לגופו של 'קובי', וזאת נוסף על כך שנישק אותה וליטף את חזה. עוד נטען כי בעת ביצוע המעשים הייתה המתלוננת קטינה שטרם מלאו לה שש-עשרה שנים, ו"קובי" ידע זאת. בגין עובדות אלו הואשם אלקובי ב"מעשה מגונה" שהסכמה לו הושגה במרמה לגבי מיהות העושה, וכן בניסיון לאינוס, וזאת לפי סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין הקובע כי בעילת אישה בהסכמה שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה היא אינוס.<sup>9</sup> ההאשמה בכתב האישום המתוקן בניסיון לאינוס במקום באינוס הייתה תוצאה של עסקת הטיעון.<sup>10</sup> חן אלקובי עצמו לא העיד בבית המשפט. עם זאת, יש להדגיש כי הוא הכחיש את הטענה שקיים מגע מיני עם המתלוננת שהתלוננה על כך וטען, בריאיון לעיתונות, שלא היו ביניהם אלא נשיקות

6 שם, ס' 8–12 לאישום הראשון.

7 ס' 441 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. ראו עניין אלקובי – כתב האישום המתוקן, לעיל ה"ש 4, האישום השני. ס' 441 לחוק העונשין קובע: "המתייצג ככזב כאדם אחר, חי או מת, בכוונה להונות, דינו – מאסר שלוש שנים [...]". אלקובי הואשם גם בעברות נלוות נוספות של קשירת קשר לביצוע עוון בניגוד לס' 449(א)(2) לחוק העונשין. בעברה זו הואשם גם ידידו של אלקובי, אורן סינאי. סינאי הואשם גם בעברה של סיוע להתחזות כאדם אחר בניגוד לס' 31, 32 ו-441 לחוק העונשין.

8 ס' 348(א) לחוק העונשין קובע כי עשיית מעשה מגונה באחת הנסיבות המנויות בס' 345(א)(2)–(5) לחוק תהיה לעברה פלילית. ס' 345(א)(2) לחוק עוסק בנסיבה שיש בה הסכמה, אך זו הושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה. מעשה מגונה מוגדר בס' 348(ו) לחוק כ"מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים".

9 פרשת אלקובי – כתב האישום המתוקן, לעיל ה"ש 4, באישום השלישי. ס' 345(א)(2) לחוק העונשין קובע כי: "[הבועל אישה...] בהסכמת האישה שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה" מבצע אינוס. "בועל" מוגדר כ"המחדיר איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה" (שם, בס' 345(ג)). אלקובי הואשם בס' 345(א)(2) יחד עם ס' 345(ב)(1) לחוק העונשין, המחמיר את העונש אם הייתה הנבעלת קטינה שטרם מלאו לה שש-עשרה שנים וחלה אחת מכמה נסיבות חלופיות, לרבות זו של מרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה, ויחד עם ס' 125 ו-348 לחוק העונשין העוסקים בניסיון לבצע עברה.

10 ת"פ (מחוזי חי') 389/02 מדינת ישראל נ' אלקובי, פס" 2–3 (פורסם בנבו, 7.9.2003) (להלן: פרשת אלקובי – גזר הדין). יש לציין כי אחת מארבע המתלוננות המקוריות נגד אלקובי כתבה מכתב לשופט שבו חזרה בה מעדותה שמסרה במשטרה, וכתבה שהיא נגררה להתלונן נגד אלקובי אף על פי שידעה כל העת כי מדובר, כדבריה, באישה, ולא בגבר, וזאת בשל חששה להיחשף כלסבית לפני משפחתה וחבריה. ראו אל-חי ולם, לעיל ה"ש 3, בעמ' 33–35 ("עכשיו לראשונה אני מוכנה להודות בפניך", כתבה מתלוננת זו, "וגם בפני עצמי, שאני לסבית [...]").

וחיבוקים: "כל עניין האקט המיני בדוי לגמרי". עוד טען אלקובי כי הוא סיפר לאותה מתלוננת שהוא "בת־בן" ושיתף אותה ב"בעיה שלי והבלבול שלי".<sup>11</sup>

לאור עסקת הטיעון, שבמסגרתה הודה אלקובי בכל מה שיוחס לו בכתב האישום המתוקן,<sup>12</sup> לא נזקק בית המשפט לקבוע ממצאים עובדתיים בעניינים שנויים במחלוקת אלה. בעקבות הכרעת הדין ניתן בספטמבר 2003 גזר הדין שבו נידון אלקובי למאסר בפועל של שישה חודשים שהומר בעבודות שירות, וכן למאסר על תנאי של שנה לתקופה של עשרים וארבעה חודשים, ואף חויב בפיצוי כספי לשתיים מהמתלוננות.<sup>13</sup> בקביעת העונש התחשב בית המשפט, בין היתר, בכך שאלקובי שהה כמעט כחודש ימים בבית המעצר ונוסף על כך היה במעצר בית כתשעה חודשים.<sup>14</sup> גזר הדין הסתמך על המערכת העובדתית שפורטה בכתב האישום המתוקן.<sup>15</sup>

פרשה זו העלתה שאלות בצמתים אחדים הנוגעים בהסדרה ובפוליטיקה של מין, מגדר ומיניות, שדנתי בהן בהרחבה במאמרי עליה.<sup>16</sup> בפרק זה אתמקד בהשלכות של פרשת אלקובי על טרנסג'נדרים ולמעשה על כל מי שחורג מההתנהגות המגדרית המצופה ממנו במסגרת ההטרונורמטיבית. בחלק א' אדון בתפיסות של מין ומגדר שעלו בפרשת אלקובי ואבחן כיצד הקביעות השיפוטיות בפרשה מייצגות תפיסה שמכירה בזהות מגדרית נבחרת של טרנסג'נדרים, רק אם אזמל המנתחים התערב לשינוי המצב. זאת, לפחות בכל הנוגע למצבים שבהם הם מקיימים יחסים אינטימיים עם אחרים. תפיסה זו דורשת בעצם את שימור הסדר של הלימה בין הגוף – ולרוב, איברי המין עצמם – לבין המגדר, ומסמנת את גבולות ההכלה של המעבר בין המינים-המגדרים במשפט המדינה; בחלק ב' אעסוק בשאלות שהפרשה העלתה בנוגע לחובת הגילוי בהקשר של יחסי מין; בחלק ג' אדון בפרשת פלונית – פרשה חדשה המקבילה לפרשת אלקובי, ואעמוד על הדומה והשונה בין הפרשות; בחלק ד' אדון בדרך שבה הקביעות המשפטיות בפרשות הנדונות מגנות על סדר הטרונורמטיבי מפני מציאות קווירית. לסיום, בחלק ה', אעסוק בפרשת קאשור, שבה הואשם אדם באונס במרמה על בסיס האשמה בהתחזות לאומית, ואדון ביחס שבין אשמת "ההתחזות המגדרית" לבין אשמת "ההתחזות הלאומית".

## ב. מין ומגדר בפרשת אלקובי

הגם שבמסגרת עסקת הטיעון הודה אלקובי בעברה של "התחזות כאדם אחר", הרי בפתח הישיבה שנקבעה לטיעון לעונש טען עו"ד רונן בנדל, סנגורו של אלקובי, כי למעשה אין בית המשפט יכול להרשיע את אלקובי בעברת ההתחזות.<sup>17</sup> טענה זו נסמכה על נוסח סעיף 441 לחוק העונשין, שכותרתו "התחזות כאדם אחר", המגדיר את העברה כהתייצגות "בכזב כאדם אחר, חי או מת, בכוונה

11 שם, בעמ' 36.

12 פרשת אלקובי – גזר הדין, לעיל ה"ש 10, פס' 2–3.

13 שם, פס' 8–9.

14 שם, פס' 7.

15 שם, פס' 1.

16 גרוס "התחזות כאדם אחר", לעיל ה"ש 1.

17 לטיעונו של הסנגור ראו בעמ' 1–2 לפרוטוקול הדיון מיום 2.9.2003 בת"פ (מחוזי חי) 389/02 מדינת ישראל נ' אלקובי. כן ראו פרשת אלקובי – הדיון בגזר הדין, לעיל ה"ש 10, פס' 2.

להונות",<sup>18</sup> ועל פסיקה של בית המשפט העליון שקבעה בעבר כי התחזות צריכה להיות התייצגות במקום אדם מסוים.<sup>19</sup> בית המשפט דחה את טענת סנגורו של אלקובי והשאיר את ההרשעה בעברת ההתחזות על כנה.<sup>20</sup> בגזר הדין ביקר בית המשפט את ניסיון הסנגור לפתוח מחדש את הדיון בעברה זו לאחר מתן הכרעת הדין,<sup>21</sup> אך גם קבע שיש לדחות את הטענה לגופה, וכי אכן ניתן במקרה זה להרשיע את אלקובי בעברת ההתחזות. בדחותו את טענת הסנגור כי לא ניתן להרשיע את אלקובי בעברת ההתחזות, ציין בית המשפט, בהסתמכו על ההגדרה המילונית של "התחזות", כי מבחינה לשונית ניתן לפרש את הביטוי "מתחזה לאדם אחר" גם כהתחזות לבעל מין אחר: "פשוטו של מקרא, כי מי שמציג עצמו כזכר, למרות שיש לו אברי מין נקביים – ללא ספק אחד הקריטריונים המקובלים כיום להבחנה בין זכר לנקבה – ממלא אחר היסוד העובדתי של 'התחזות'".<sup>22</sup> זאת, בתנאי שמתקיים היסוד הנפשי של כוונה מיוחדת להונות אדם אחר.<sup>23</sup> בהתייחסו לפסק הדין שדרש בהתחזות התייחסות לאדם מסוים, שעליו הסתמך הסנגור בנדל, ציין בית המשפט כי פרשנות תכליתית של החוק, כמתבקש גם בדין הפלילי, אינה מחייבת שההתחזות תהיה לאדם מסוים, "ודי בהתחזות כדמות פיקטיבית להקים את יסודות העבירה". הפרשנות שניתנה בעבר, קבע בית המשפט, אינה עולה בקנה אחד עם הערך המוגן בעברה, והוא – הגנה על כל אדם מפני הונאה הנעשית באמצעות התחזות בדבר מיהותו וזהותו של מי שעומד מולו.<sup>24</sup>

גם אם נקבל את הפרשנות החדשה שאימץ בית המשפט (בניגוד לפסיקת בית המשפט העליון), עדיין עולה השאלה: האם היה נכון להרשיע את אלקובי בעברת ההתחזות לאדם אחר בכוונה להונות? האם התחזה אלקובי לאדם אחר? האם התחזה לאדם פיקטיבי? בקבעו כי היה נכון להרשיע את אלקובי בעברה זו, בית המשפט קובע למעשה כי הבחור שהציג את עצמו כ"קובי" הוא אדם פיקטיבי, אדם שאינו אמתי. בית המשפט, שמתייחס לחן, יש להדגיש, בלשון נקבה, קובע כי חן הבחורה התחזתה לאדם אחר, פיקטיבי, הוא קובי הבחור, וכי בהתחזות זו היה משום אימוץ זהות מסוימת השונה מהזהות האמתית של חן. התייחסות זו לקובי הבחור כאל אדם פיקטיבי, נתמכת בעובדות המפורטות בגזר הדין: "הנאשמת", במילות בית המשפט, "שהייתה לבושה כגבר, הציגה עצמה בפני הבנות כגבר בשם 'קובי', תוך שהנאשם [ידיד של חן] פונה אליה בלשון זכר כ'קובי' והיא מתייחסת אל עצמה בלשון זכר". "הנאשמת", אמר בית המשפט, יצרה עם המתלוננות "קשרי אהבה וידידות תוך שהיא מתחזה לגבר". עוד הוזכר ש"כאשר עלה חשש בדבר זהותה של הנאשמת כאישה, היא הדפה חשדות אלה בהסבירה כי יש לה בת דודה בשם חן אלקובי הדומה לה מאוד, וכי אנשים מתבלבלים ביניהם".<sup>25</sup>

18 ס' 441 לחוק העונשין.

19 ע"פ 499/72 דיב אל שעבי נ' מדינת ישראל, פ"ד כז (1) 602 (1973).

20 ת"פ (מחוזי חי') 389/02 מדינת ישראל נ' אלקובי (פורסם בנבו, 2.9.2003).

21 בית המשפט התנגד לניסיונו של הסנגור "לאכול את העוגה ולהשאירה שלמה", קרי להותיר את הסדר הטעון על כנו ולהמיר את אישום האינוס באישום הניסיון לאינוס, אך לחזור בו מן ההודאה בעברת ההתחזות. ראו פרשת אלקובי – גזר הדין, לעיל ה"ש 10, פס' 3.

22 שם.

23 שם, פס' 5.

24 שם, פס' 3.

25 שם, פס' 1.

האם עובדות אלה מצדיקות את ההרשעה בעברת ההתחזות הדורשת כוונה להונות? כזכור קבע בית המשפט כי "מי שמציג עצמו כזכר, למרות שיש לו אברי מין נקביים – ללא ספק אחד הקריטריונים המקובלים כיום להבחנה בין זכר ונקבה – ממלא אחר היסוד העובדתי של 'התחזות'".<sup>26</sup> נראה שבית המשפט התמקד במה שהוא כינה הצגתו של קובי כזכר (ולא בהצגתו בשם שונה משמו הרשום כשלעצמו). בית המשפט ציין בזהירות שאיברי מין הם אחד "הקריטריונים המקובלים כיום" להבחנה בין זכר לנקבה, ובכך הוא פותח לדיון את השאלה מהם הקריטריונים הנוספים. אך אף על פי שציין את איברי המין רק כאחד הקריטריונים, מתברר שבסיכומו של דבר הקריטריון הזה הוא המכריע בעיניו. למעשה, יש כמה גורמים שקובעים את מינו הביולוגי של אדם: (1) מין כרומוזומלי או גנטי – XY או XX; (2) מין גונאדאלי – אשכים או שחלה; (3) מין מורפולוגי פנימי (לרבות קיום רחם); (4) מין מורפולוגי חיצוני, קרי איברי המין – פיין או פות; (5) מין הורמונלי – אנדרוגנים או אסטרוגנים; (6) מין פנוטיפי – שיער פנים וחזה או שדיים. לאלו מצטרפים גורמים נוספים הקובעים את הזהות המינית של אדם פרט למין הביולוגי: המגדר שניתן לאדם ושהוא גדל לתוכו, והזהות המינית שלו בתפיסתו העצמית. אצל רוב האנשים גורמים אלו חופפים, אך לא אצל כולם.<sup>27</sup> יתר על כן, אף שבית המשפט הזכיר את סוגיית המעבר בין המינים, המגדר ואף תאוריה קוירית,<sup>28</sup> הוא פונה דווקא לאברי המין כאל אמת מידה להבחנה בין זכר לנקבה וכעילה להרשעה של אלקובי. בלשונו של בית המשפט, הייתה חן לבושה כגבר, הציגה את עצמה כגבר, התחזתה לגבר ודיברה בלשון זכר. בית המשפט קבע שבכל הנוגע ליחסי אהבה ולקשרים אינטימיים, הייתה לאלקובי החובה לגלות את מינו הביולוגי במשמעות של איברי המין. קביעה זו מעלה את השאלה אם התלבשות כגבר והצגה עצמית כגבר עולות כדי הצגה עצמית כזכר. איברי המין, לפי בית המשפט, הם אחד הקריטריונים להבחנה בין זכר לנקבה, קרי בין המינים. בית המשפט מלמד אותנו כי אלקובי מילאה, לשיטתו, תפקיד מגדרי של גבר (לבוש, דיבור, התנהגות). האם היא הציגה את עצמה בכך כזכר? האם היא הציגה, לשיטתו של בית המשפט, אדם פיקטיבי שאליו התחזתה?<sup>29</sup>

תפיסה זו של בית המשפט מתערערת אם נפנה לעיין בתפיסות ביקורתיות של מגדר ובתאוריה הקוירית. בראש ובראשונה, בית המשפט מערב בין הקטגוריה "מין", שנהוג לראותה כעוסקת בהבדלים ביולוגיים ושעניין איברי המין עשוי להיות רלוונטי לגביה, לבין הקטגוריה "מגדר", שעוסקת בהבדלים חברתיים-תרבותיים, ושענייני הלבוש, ההצגה והלשון רלוונטיים לגביה.<sup>30</sup> ההתייחסות ל"קובי", בעל הזהות המגדרית הגברית, כאל "אדם פיקטיבי" מפני של"חן" יש איברי מין נקביים מניחה את עליונות המין הביולוגי – שנתפס כ"טבעי" וכקובע כביכול את מגדרו האמתי ואת זהותו האמתית של אדם. גישה זו מעניקה למין הביולוגי מעמד מכריע לעומת משניתה של הזהות המגדרית

26 שם, פס' 3.

27 Julie A. Greenberg, *Defining Male and Female: Intersexuality and the Collision Between Law and Biology*, 41 ARIZ. L. REV. 265, 278 (1999).

28 פרשת אלקובי – גזר הדין, לעיל ה"ש 10, פס' 11–12.

29 Stephen Whittle, על העירוב בין זכר ונקבה לגבר ואישה בפסיקה שעוסקת באנשים ששינו את מינם ראו *The Becoming Man: The Law's Ass Brays*, in RECLAIMING GENDERS: TRANSEXUAL GRAMMARS AT THE FIN DE SIÈCLE 15, 18–21 (Kate More & Stephen Whittle eds., 1999).

30 לדיון בהבחנה בין "מין" לבין "מגדר" ראו דפנה יזרעאלי ואח' מין מיגדר פוליטיקה 11–9 (2006).

בקביעת זהותו האמתית כביכול של האדם. כך המגדר מוכפף לחלוטין למין הביולוגי ונגזר ממנו כביכול בדייקנות ובשלמות. לביקורת ולערעור על תפיסה זו נדרשו תאוריות רבות. רלוונטיות במיוחד הן תובנותיה של ג'ודית באטלר, אחת ההוגות החשובות ביותר בתחומים של מגדר ותאוריה קווירית, שמסייעות בחשיפת הכשל שבניתוח של בית המשפט. חלק ניכר מהתאוריה הפמיניסטית לפני באטלר עסק בצורך להבחין בין קטגוריית המין, שנתפסה כטבעית, לבין קטגוריית המגדר, שנתפסה כהבניה חברתית. באטלר מציעה קריאה חדשה של היחסים ביניהן, ובעיניה, קטגוריית המין אינה קיימת באופן טבעי ועצמאי, אלא דווקא מיוצרת על ידי המוסד החברתי של המגדר. כך, באופן מסורתי, ההבחנה התאורטית בין מין למגדר שימשה לפיתוח הטיעון כי לעומת המין הביולוגי, המגדר הוא הבניה חברתית, ולכן אין הוא תוצאה "טבעית" של מין ביולוגי וגם אינו קבוע ויציב כמו מין. כבר מתפיסה זו של מגדר עולה כי אף אם מחזיקים בתפיסה הבינרית של מין, אין נובע מכך ש"גבר" ייגזר באופן בלעדי מגוף זכרי או ש"אשה" תיגזר רק מגוף נקבי. יתר על כן, כדברי באטלר, אפילו אם נחזיק בתפיסה בינרית של מין כמורכב אך ורק מהצמד הניגודי זכר-נקבה, אין נובע מכך בהכרח שיש רק שני מגדרים: ההנחה של מערכת בינרית של מגדר בנויה על תפיסה שבה המגדר הוא תמונת ראי של מין. כאשר מפתחים תפיסה של מגדר כעצמאי ממין, נובע מכך ש"גבר" או "גבריי" עשויים לסמן גוף נקבי באותה מידה שבה הם עשויים לסמן גוף זכרי, ו"אשה" או "נשי" עשויים לסמן גוף זכרי באותה מידה שבה הם עשויים לסמן גוף נקבי.<sup>31</sup>

באטלר צועדת צעד נוסף מעבר לתובנה זו, וטוענת שאפילו קטגוריית המין עצמה אינה דבר "טבעי", במובן של היותה קדם-חברתית. הקטגוריה של מין היא תמיד ממוגדרת מלכתחילה, ואין לה קיום טרומי למגדר. לשיטתה, אין להבין את המגדר רק כתוכן התרבותי שניתן למין, אלא גם כחלק ממערך הייצור שמקים את קטגוריית המין עצמה. מערך המגדר, שמחלק אותנו לגברים ולנשים, הוא גם המערכת השיחית-התרבותית שהמין מיוצר בה כאילו הוא קדם-שיחני או קדם-תרבותי; המין מיוצר בה ככזה שאינו מובנה כביכול, אלא "טבעי".<sup>32</sup>

באטלר מציעה להבין את המגדר כפרפורמטיבי-ביצועי (performative), וכתוצא (אפקט) של סימון גופני: המגדר נוצר באמצעות פעולות ומחוות, באמצעות מצגים. אלו מייצרים את האשליה של גרעין פנימי של מגדר. המצג (הפרפורמנס) מייצר את הזהות שהמגדר מתיימר להיות: הביטויים שמתיימרים להיות התוצאה של מגדר הם למעשה אלה שמכוננים את הזהות המגדרית בצורה פרפורמטיבית. כשאישה לובשת בגדי אישה ומדברת בלשון נקבה, היא מייצרת את עצמה כאישה. לגוף הממוגדר אין אפוא מעמד אונטולוגי בנפרד מן הפעולות השונות המכוננות את ממשותו.<sup>33</sup> אם הסימנים המגדריים אינם הבעתיים (אקספרסיביים), אלא מצגיים-ביצועיים, הם מכוננים למעשה את הזהות שהם מתיימרים לבטא, ואין בסיס לטענה שקיימת זהות אחרת מזו המוצגת, קודמת לה ואמתית ממנה.<sup>34</sup> מגדר, לפי

JUDITH BUTLER, GENDER TROUBLE 112 (1990) 31

שם, בעמ' 6-7. 32

שם, בעמ' 25, 135-140, ובתרגום לעברית: ג'ודית באטלר "צרות של מגדר [קטע]" מכאן ב 202 (דפנה רו מתרגמת, 2001) (להלן: באטלר "צרות של מגדר"); עמליה זיו "חיקוי ציטוט והתנגדות: הצרות המגדריות של ג'ודית באטלר" מכאן ב 191 (2001). 33

BUTLER, לעיל ה"ש 31, בעמ' 141; באטלר "צרות של מגדר", לעיל ה"ש 33, בעמ' 213. 34

באטלר, הוא סוג של חיקוי שאין לו מקור.<sup>35</sup> כשאנו ממלאים תפקיד מגדרי של גבר, אנו מחקים את "היות גבר", ואיננו עושים משהו הנובע באופן טבעי מעובדה ביולוגית. גבר שממלא תפקיד מגדרי של גבר תמיד מבצע "חיקוי" של גבריות, בין שאיברי המין שלו זכריים ובין שהם נקביים. לפיכך, אצל באטלר, למצג של גבריות שזכר מבצע ולמצג של גבריות שנקבה מבצעת יש אותו מעמד אונטולוגי, שכן שניהם מהווים חיקוי במידה שווה, והאחד אינו אותנטי או אמתי יותר מהאחר.<sup>36</sup> עם זאת, ההופעה המגדרית היא הופעה כפויה, ולכן התנהגות שאינה עולה בקנה אחד עם הנורמות המגדריות השולטות – הנורמות הסיסג'נדריות-הטרנסקסואליות – גוררת כפי שהמקרה של אלקובי אכן מראה, נידוי, ענישה ואלמות.<sup>37</sup> המעשים והמחוות שמהווים את המצג נתונים למשטור חברתי שמגביל ומארגן אותם סביב שתי זהויות מגדריות מקוטבות ויציבות, קרי גבר ואשה. המשטור המגדרי, שבאטלר מכנה "הפיקציה של קוהרנטיות הטרנסקסואלית", הוא שמוליד את הכלל שמחייב הלימה בין מין ביולוגי, מגדר ותשוקה.<sup>38</sup> תוצאה זו של המשטור מוצגת כמצב טבעי, כאילו המין הביולוגי מצמיח בהכרח ובאופן ספונטני את המגדר כמהות פסיכולוגית פנימית שמשקפת אותו, ומהות פנימית זו מולידה – ספונטנית כביכול – תשוקות והתנהגויות מיניות נאותות של אותו מין או מגדר.<sup>39</sup> תפיסה זו של מגדר כזהות שהיא תמיד מצג, תמיד חיקוי, חושפת את הכשל בקביעת בית המשפט כי חן אלקובי התחזתה לאדם אחר, פיקטיבי. עמדת בית המשפט מבוססת על ההנחה שהתפקיד המגדרי הנשי חייב לנובע באופן טבעי מאיברי המין הנקביים שיש לאלקובי. עמדה זו נותנת עדיפות (אם לא בלעדיות) אונטולוגית לנקבה שממלאת תפקיד מגדרי של אישה על הנקבה שממלאת תפקיד מגדרי של גבר. הראשונה נחשבת אמיתית, השנייה היא פיקטיבית או חיקוי. באטלר מערערת על הדיכוטומיה הכפויה הזאת בהציעה לראות את שתייהן כאמיתיות או פיקטיביות באותה מידה. לשיטתה של באטלר, חן אלקובי כבחורה היא לא פחות מצג ולא פחות התחזות – וגם לא יותר אמת – מחן אלקובי כבחור.

35 ג'ודית באטלר "חיקוי ומרי מגדרי" (עמליה זיו מתרגמת) מעבר למיניות: מבחר מאמרים בלימודים הומו-סבביים ותיאוריה קווירית 329, 336 (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, עמליה זיו עורכת תרגום, (המאמר להלן: באטלר "חיקוי ומרי מגדרי"; הספר להלן: מעבר למיניות); BUTLER, לעיל ה"ש 31, בעמ' 137–138; זיו, לעיל ה"ש 33, בעמ' 197; ובתרגום: באטלר "צרות של מגדר", לעיל ה"ש 33, בעמ' 209–210.

36 זיו, לעיל ה"ש 33, בעמ' 197.

37 באטלר "חיקוי ומרי מגדרי", לעיל ה"ש 35, בעמ' 339.

38 בעקבות מוניק ויטיג (Wittig), מצביעה באטלר על כך שקטגוריית המין (הטבעי כביכול) הכרחית לקיום ההטרנסקסואליות (הכפויה) כמוסד המאפשר את ניצול הנשים, מכיוון שרק אם מניחים את קיומו של הבדל מהותי ומבחין ("טבעי") בין המינים, ניתן להניח זיקה הכרחית ובלתי-נמנעת ביניהם, הנחה שהיא אקסיומה של ההטרנסקסואליות. כך שהמערך שמתארת באטלר, שבנוי על בינריות מגדרית, ועל תפיסה שהתפקיד המגדרי נובע כביכול באופן טבעי ממין ביולוגי בינרי אף הוא, הוא חלק ממנגנון ההטרנסקסואליות הכפויה. ראו BUTLER, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1–34, 110–128; זיו, לעיל ה"ש 33, בעמ' 197. המונח "הטרנסקסואליות כפויה" נטבע על ידי אדריאן ריץ' (Rich). ראו אדריאן ריץ' "הטרנסקסואליות כפויה והקיום הלסבי" (ישראל מאיר מתרגם) מעבר למיניות, לעיל ה"ש 35, 73.

39 BUTLER, לעיל ה"ש 31, בעמ' 134–141; ובתרגום: באטלר "צרות של מגדר", לעיל ה"ש 33, בעמ' 207–213; זיו, לעיל ה"ש 33, בעמ' 196.

הרשעת אלקובי בהתחזות מייצגת גם את תמיכת בית המשפט בהטרסקסואליות הכפויה כפי שתיארה אותה באטלר: מהדיון בעברת ההתחזות בגזר הדין עולה תפיסה של המגדר כבינרי וכנובע מהמין, ושל התפקיד המגדרי הנשי כנובע באופן טבעי ואמתי מאיברי המין הנקביים. אלה תפיסות שעומדות בבסיס ההטרסקסואליות הכפויה, והן חוזרות וכופות את הסדר ההטרסקסואלי על חן אלקובי. לאור זה אפשר להבין את הסתמכותו של בית המשפט על איברי המין הנקביים כקריטריון זהות מכריע – אף שבית המשפט מודה שהוא רק אחד מהקריטריונים, ואינו מסביר מדוע הוא הקריטריון המכריע: איברי המין נתפסים כחיוניים למין ההטרסקסואלי, המבוסס על חדירה של איבר המין הזכרי לזה הנקבי, והבחירה בהם כקריטריון מכריע מבטיחה שימור של הסדר המיני ההטרסקסואלי.

אך הבחירה באיברים אלה כקריטריון המכריע של הזהות המגדרית מעלה שאלות קשות לגבי הרשעתו של אלקובי בעברת ההתחזות, ומעוגנת בהנחה – בעייתית, שלמעשה לא הוכחה בבית המשפט<sup>40</sup> – שאלקובי הוא נקבה, ויתרה מכך – אישה.

קביעת המין – או המגדר – של אדם לצרכים משפטיים היא שאלה מורכבת במיוחד כשאנו עוסקים באנשים שאינם מתנהלים לפי הזהות המגדרית המצופה מהם, ונדונה בהרחבה בפרקו של עידו קטרי "על צומת דרכים – מפגשה של הקהילה הטרנסית עם מערכת המשפט" בספר זה. ביסודה עומדת הקביעה הבעייתית שכל אדם אמור להירשם כזכר או כנקבה. קביעה זו משקפת את התפיסה הבינרית של מין ומגדר שהמשפט מניח אף שהמציאות מורכבת יותר, הן לגבי מין והן לגבי מגדר. המין, הנחשב ביולוגי ו"פשוט", שנרשם במרשם האוכלוסין, נרשם לרוב על פי איברי המין (הגניטליה) של הנולד. המונח טרנסקסואל, ובאופן רחב יותר טרנסג'נדר, משמש כידוע לתיאור אנשים שאין אצלם התאמה בין המגדר ותחושת הזהות המינית בתפיסתם העצמית לבין המין הביולוגי כעולה מהגורמים השונים הקובעים אותו,<sup>41</sup> ושאלת הזהות המשפטית של אנשים ששינו את מינם, או שמא את מגדרם, מצביחה אתגרים לפני תפיסה בינרית דומיננטית זו של מין ומגדר. תפיסה שמכירה בזהות מגדרית רק אם איזמל המנתחים התערב לשינוי המצב דורשת בעצם את שימור הסדר של הלימה בין הגוף – ולרוב איברי המין עצמם – לבין המגדר, ומסמנת את גבולות ההכלה של המעבר בין המינים המגדרים במשפט המדינה, גבולות שעליהם מצביע גם קטרי.

אחרי שקבע שניתן להרשיע את אלקובי בעברת ההתחזות ולאחר קביעת גזר הדין, הוסיף בית המשפט בסיום גזר הדין "הערה על מגדר ועל הסכמה לעניין עברות מין". כאמור, במסגרת הדיון בעברת ההתחזות התייחס בית המשפט לזהות הגברית של אלקובי כאל התחזות וכזהות של אדם פיקטיבי. ב"הערה" על סוגיית המגדר התייחס בית המשפט לעדויות שהובאו במסגרת הטענות לעונש: עדותה של ד"ר אילנה ברגר, מנהלת המרכז למיניות ולזהות מינית, שהדגישה כי מגדר וזהות מינית אינם תלויים רק באיברי המין; עדותה של נורה גרינברג, שסיפרה כי נולדה וחיה כזכר, ובשנות הארבעים לחייה עברה תהליך לשינוי מין וכיום היא אישה; ועדותו של א"ט, ששירת בצה"ל כמדריך קרב מגע, ובית המשפט הדגיש שחזותו הגברית והשרירית אינה יכולה לרמז כי מאחוריה מסתתר מי שמוגדר עדיין בתעודת הזהות כ"נקבה". בית המשפט הדגיש כי העדים לא הובאו כמומחים, ולכן אין

40 לדיון מפורט ראו גרוס "התחזות כאדם אחר", לעיל ה"ש 1, בעמ' 376–377.

41 שם, בעמ' 289–291.



הוא מוצא לנכון להידרש לתופעת הטרנסג'נדרים ולהשלכותיה במישור המשפטי והחברתי, אך בכל זאת מצא לנכון לומר מילים אחדות בנושא.<sup>42</sup> בית המשפט ציין כי הוא מוכן לקבל את דברי העדים, כמו גם את דברי הנאשמת (בלשוננו), כי הרגשתה כטרנסג'נדר היא כשל גבר בכל המובנים, דהיינו הרגשת גבר הכלוא בגוף אישה. עם זאת, דחה בית המשפט את הטענה כי אין מוטלת על הטרנסג'נדרים חובה לגלות למי שהם מבקשים את קרבתו האינטימית "את העובדה שהם בעלי אברי מין זכריים או נקביים".<sup>43</sup> בית המשפט הבחין והדגיש מפורשות שאדם לא יואשם בהתחזות, אם יראה כזכר ויתנהג כזכר או ילבש בגדי גבר אף אם הוא בעל אברי מין נקביים (ולהפך), ובמקרה זה יש לראות אותו לא כמי שהתחזה, אלא כמי שנהג בהתאם לתחושתו ולזהותו הפנימית והרגשית. יש להתיר ולכבד את ההתנהגות הזאת, כדברי בית המשפט. אך כל זה אמור עד לרגע של קשירת קשר חברתי-אינטימי, עת שתחול חובת הגילוי של היותו "זכר" או "נקבה" במה שבית המשפט מכנה "המובן הצר והמקובל כיום בחברה", שאם לא כן אין מתקיימת הסכמה חופשית ליחסים של בן או בת הזוג.<sup>44</sup>

לכאורה, בחלק זה של גזר הדין נראה שבית המשפט קיבל את המודל הטרנסג'נדר של זהות בכלל ושל אלקובי בפרט: הוא ציין שאלקובי סובלת מבעיה בזהות המינית שלה, כעולה הן מדבריה והן מחזותה החיצונית, שהיא, כדברי בית המשפט, "כחזותו של נער-גבר צעיר". עובדה זו נתמכה בעיני בית המשפט בתסקיר קצין המבחן, שציין כי אלקובי חווה בלבול בין נטייתה להתנהג על פי המגדר הגברי לבין הבנתה כי בסיטואציות מסוימות היא נדרשת להתנהג כבחורה.<sup>45</sup> לכאורה, היה בית המשפט אמור להתיר ולכבד את ההתנהגות הזאת, אולם למרות קביעות אלה, שלפיהן אדם יכול לחיות לפי זהות המגדרית התואמת את תחושתו ואת זהותו הפנימית והרגשית עד לרגע של קשירת קשר חברתי-אינטימי, אלקובי מוחזר להיות בחורה ואישה לכל אורך גזר הדין: בית המשפט מתייחס אליו בלשון נקבה,<sup>46</sup> בניגוד לקביעתו בדבר הצורך להתיר ולכבד את ההתנהגות המגדרית של אדם הנוהג לפי תחושתו וזהותו. עצם ההרשעה בהתחזות לאדם אחר, אדם פיקטיבי, אף היא שוללת את קיומו של חן או קובי, החי לפי זהותו המגדרית התואמת את תחושתו וזהותו הפנימית והרגשית. יש להדגיש כי הערת בית המשפט מסייגת לכאורה את ההרשעה בעברת התחזות, בכך שהוא קובע כי ברגיל לא יואשם אדם בהתחזות אם הוא חי לפי זהותו המגדרית הנבחרת, אלא כאשר הוא קושר קשר חברתי-אינטימי עם זולתו. אם כן, לא ברור כיצד קביעה זו עולה בקנה אחד עם ניתוח עברת ההתחזות שהציע בית המשפט בגזר הדין, שכן ניתוח זה אינו מבחין ביסודות העברה, כפי שפירש אותם בית המשפט, בין הסיטואציה של "קשר חברתי-אינטימי" לבין סיטואציות אחרות. עברת ההתחזות כוללת אמנם את היסוד של "בכוונה להונות", אך יסוד זה עשוי לא להיות מוגבל לסיטואציה של קשר מיני או זוגי, וכך בית המשפט פותח למעשה בקביעתו לגבי עברת ההתחזות את האפשרות להאשמת אנשים שאינם חיים בזהות המגדרית התואמת את איברי המין שלהם בהתחזות גם בסיטואציות נוספות, שאינן כוללות קשר אינטימי. אמנם יש לקרוא את ההרשעה צמוד להערה זו של בית המשפט, אך ספק אם יש בהערה על אודות המגדר כדי לשנות את קביעתו הפרשנית של בית המשפט לגבי עברת ההתחזות. יתר על כן, יש

42 פרשת אלקובי – גזר הדין, לעיל ה"ש 10, פס' 11.

43 שם, פס' 12.

44 שם, פס' 13.

45 שם, פס' 7.

46 אף על פי שלעדים נורה גרינברג וא"ט הוא מתייחס בלשון התואמת את זהות המגדרית שלהם.

להדגיש כי בית המשפט לא הגביל את חובת הגילוי למצב של יחסי מין. הוא דיבר על "קשר חברתי-אינטימי", אך מעובדת הרשעתו של אלקובי בעברת ההתחזות עולה חובת גילוי רחבה לא רק בקשר לאישום בניסיון לאיננוס, אלא גם בקשר למתלוננות שעמן פיתה יחסי ידידות וחברות (ועם אחת מהן התנשק).

בהקשר זה יש גם לתהות על קביעתו של בית המשפט שככלל אנשים אינם חייבים לגלות את הזהות המינית הגניטלית שלהם אלא כאשר הם יוצרים קשר אינטימי. מדוע ייחד בית המשפט ספרה זאת וקבע שרק בה חלה חובת הגילוי? ניתן להבין מהקביעה של בית המשפט כי לא רק שבספרת המין אנו מייחסים חשיבות רבה למין של בן או בת הזוג שלנו, אלא גם שקביעה זו מבטאת למעשה חשש מהומוסקסואליות: מתן היתר לאנשים בעלי איבר מין זכרי לקיים יחסים עם גברים, או לאנשים עם איבר מין נקבי לקיים יחסים עם נשים, מבלי שיגלו לשותפיהם את ה"אמת" על איברי המין שלהם עשוי, לפי תפיסת בית המשפט, לחשוף את השותפים להומוסקסואליות לא-רצונית ולא-רצויה. במובן זה, תפיסת הנזילות המגדרית שבית המשפט מציע מסויגת ומוגבלת, והיא מסתיימת במקום שבו חצייתם של גבולות המגדר מאיימת על ההטרוסקסואליות הכפויה.

### ג. גילוי נאות ביחסי מין?

כזכור, לצד עברת ההתחזות, הורשע אלקובי בעברות נוספות של ניסיון לאיננוס ומעשה מגונה, וזאת על סמך הוראת חוק העונשין הקובעת כי מעשה בעילה ייחשב אונס אם הייתה הבעילה "בהסכמת האשה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה"<sup>47</sup> וכי מעשה מגונה יהיה לפלילי אף הוא אם נעשה בנסיבות של הסכמה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה.<sup>48</sup> כתב האישום נגע למרמה בשאלה של מיהות העושה.<sup>49</sup> מאחר שהרשעות אלה היו במסגרת עסקת הטיעון, ולהבדיל מן ההרשעה בעברת ההתחזות, הסנגור לא כפר בהן בשלב הטיעונים לעונש, בית המשפט לא נדרש לתת החלטה מנומקת לגבי מידת יישומן במקרה זה. עם זאת, ב"הערה על מגדר ועל הסכמה לעניין עברות מין", שהוא מצא לנכון לתת "לפני סיום" גזר הדין, עסק בית המשפט במעט בשאלות אלה. בהקשר זה הוא קבע, כאמור לעיל, שאף שברגיל אין אדם חייב "לזהות", כדברי בית המשפט, את "מינו" לפני הסובב אותו, הרי "כאשר פלוני קושר קשר חברתי-אינטימי עם זולתו, עליו לחשוף בפני הצד השני את היותו 'זכר' או 'נקבה' במובן הצר והמקובל כיום בחברה". כאשר נוצרים יחסי אהבה וקשרים אינטימיים, קבע בית המשפט, כל "הסכמה" של בן או בת הזוג שהושגה ללא ידיעה על "עובדה מהותית" זו מבוססת על פגיעה באוטונומיה של בן הזוג, ואינה "הסכמה חופשית". בעיני החוק, קובע בית המשפט, "מקום בו פלוני מקיים יחסים אינטימיים מבלי לסבר אוזנו/ה של בן-בת-הזוג אודות מינו הגנטי-ביולוגי, יראו בכך תרמית ומצג שווא בדבר 'מיהות העושה'".<sup>50</sup> גם דרישה מוצדקת לשינוי חברתי בהתייחסות לתופעת הטרוסקסואליות, כדברי בית המשפט, אין בה כדי להחליף דרישה מוצדקת לספק

47 ראו לעיל ה"ש 9.

48 ראו לעיל ה"ש 8.

49 ראו לעיל ה"ש 8-10 והטקסט הנלווה להן.

50 פרשת אלקובי – גזר הדין, לעיל ה"ש 10, פס' 13.

הגנה משפטית לנשים כאשר זו נחוצה.<sup>51</sup> בית המשפט מסכם ואומר: "מקום בו מתפתח קשר רומנטי-אינטימי-אירוטי בין שניים/שתיים, הזהות המינית-ביולוגית של כל אחד מבני הזוג היא יסוד מהותי בקשר שביניהם. בנסיבות כאלו, הסתרת הזהות המינית נתפסת כמעשה לא הוגן, כהולכת שולל בנקודה רלוונטית היורדת לשורש היחסים בין השניים ומגיעה לכדי הטעייה ותרמית באשר לטיב המעשה ולמיהות העושה. אי התערבות המשפט הפלילי במקרים כגון דא, אין פירושה השארת הרומנטיקה על כנה, כי אם הפקרה של קורבנות חשופים למרמה". דברים אלה, מדגיש בית המשפט, נאמרים הן לצורך מקרה זה והן בבחינת "הערת אזהרה" למקרים דומים בעתיד.<sup>52</sup> בהקשר של המרמה, יש להזכיר כי בית המשפט גם ציין בגזר הדין כי אפילו אם היה מקבל את הטענה כי לא ניתן להרשיע את אלקובי בעברת ההתחזות, היה ניתן להרשיעו בעברה של קבלת דבר במרמה.<sup>53</sup>

מתי אפוא נוצרת מרמה לגבי מיהות העושה? בית המשפט מציב בגזר הדין דרישה לפני אלקובי והדומים לו להצהיר ברגע כלשהו על "הזהות הגנטית-ביולוגית" ולחשוף את היותם "זכר" או "נקבה" "במובן הצר והמקובל כיום בחברה". בית המשפט דורש מהאדם לחשוף איזו אמת ביולוגית על אודות עצמו ברגע האינטימי. קביעה זו מניחה ביסודה שבאופן כלשהו, איברי המין הם הקובעים למרות הכול, לפחות במסגרת קשר חברתי-אינטימי, ועל האדם שחי בזהות מגדרית שונה ממה שאיברים אלה מסמנים להצהיר על כך בשלב כלשהו של התפתחות קשר רומנטי-אינטימי-אירוטי. קביעה זו מעלה שאלות לפחות בשני מישורים.

המישור הראשון חוזר לשאלת ה"אמת" שעלתה בהקשר של הדין בעברת ההתחזות. האם איברי המין של בני אדם מספרים את האמת על זהותם, אמת שלעולם אין הם יכולים להימלט ממנה? מהי האמת לגבי אלקובי? מהו מינו – או שמה מגדרו – הקובע של אדם. נזכיר גם כי החלטת בית המשפט אינה נוגעת בשאלה אם חובת הגילוי חלה גם על טרנסקסואל שעבר ניתוח לשינוי מין, אדם ששונן איברי המין שלו (או לחלופין מי שעבר חלק מתהליכי שינוי מין ולא אחרים) ועתה יש לו איברי מין התואמים את זהותו המגדרית החדשה. כזכור, טרנסקסואל כזה אף יהיה רשום בתעודת הזהות לפי זהות המגדר החדשה שלו. האם עליו לגלות, לפי גזר הדין, את העובדה שעבר שינוי מין כשהוא מקיים קשר רומנטי-אינטימי-אירוטי? במבט ראשון נראה שקביעה זו בגזר הדין לא תחול עליו, שכן בית המשפט הדגיש את אמת המידה של איברי המין הקיימים בפועל כגורם מכריע בקביעת הזהות, אך כפי שצוין לעיל, זה רק אחד הגורמים הקובעים את מינו הביולוגי של אדם. ניתוח שינוי מין עשוי לשנות את איברי המין בפועל ואף מוביל לרישום מין חדש בתעודת הזהות, אך ייתכן בהחלט שהטרנסקסואל המנותח שייך, מבחינת היבטים אחרים של המין הביולוגי, גם למינו הקודם, והרי בית המשפט דיבר על הצורך לסבר את האוזן על אודות המין ה"גנטי-ביולוגי". האם טרנסקסואל מנותח צריך לגלות שהמין הכרומוזומלי שלו אינו תואם את איברי המין שלו והזהות המגדרית שלו? אלו שאלות שהקביעות השיפוטיות בפרשת אלקובי משאירות פתוחות.

המישור השני מעלה שאלה רחבה יותר שחורגת מגבולות הדין בפרק זה אך העסיקה את הפסיקה הישראלית פעמים רבות: מה עלינו לגלות על עצמנו כאשר אנחנו מפתחים קשרים רומנטיים-

51 שם, פס' 14 (שם נאמר: "דרישה מוצדקת שלא לספק הגנה משפטית לנשים". אני מניח שהמילה "שלא" מיותרת, וכי מדובר בטעות סופר).

52 שם, פס' 15.

53 שם, פס' 5.

אינטימיים-אירוטיים עם אחרים? האם עלינו להציג בכל פעם מצג מלא על עצמנו? מהו מידע רלוונטי שחובה למסרו ומה ייחשב מרמה (במובן של מרמה לגבי מיהות העושה בכל הנוגע בעברת האונס, או לחלופין כעילה להרשעה בעברה של קבלת דבר במרמה)?

בית המשפט העליון עסק בעברת האינוס במרמה ובשאלה שנייה זו בהרחבה בפסק דין צבי סלימאן שניתן בשנת 2008. פסק דין זה עסק במקרה של אדם שנהג להציג את עצמו כבעל תפקיד בכיר במשרד השיכון או עמידר, ולקיים יחסי מין עם נשים תמורת הבטחה שידאג להן לדיור. בית המשפט העליון אישר את פסק הדין של בית המשפט המחוזי, שהרשיע את הנאשם באינוס במרמה בקשר למיהות העושה, וקבע ש"כאשר גבר או אשה מציגים עצמם שקרית, ובמרמה מביאים למיטתם מי שאילו היה יודע את הדברים כהוייתם, לא היה עולה על דעתו לקיים עמם יחסי מין" – יש מקום להרשיע בפלילים.<sup>54</sup> השופט רובינשטיין מציע לאמץ מבחן של "מכלול מיהותו של האדם – כלל התכונות הקובעות מי הוא". לדבריו, ככלל, יש מקום להבחנה בין מקרה שבו לא יאמר אדם אמת באשר לפרט מסוים בנוגע לזהותו, כגון גילו או עיסוקו, לבין מקרה שבו ייצור דמות פיקטיבית ו"סיפור כסוי" כולל ועתיר פרטים.<sup>55</sup> כמבחן אפשרי הוא מציע את השאלה: "האם אדם אינו אומר אמת באשר למאפיינים אשר הם קריטיים בעיניה של אשה סבירה, ונוכח מצג שגוי זה קיימה עמו אשה יחסי מין".<sup>56</sup> השופט רובינשטיין הזכיר בפסק דינו את פרשת אלקובי ותיאר אותה כפרשה שעסקה במקרה שבו "יצרה נערה צעירה קשרים רומנטיים עם מספר נשים, תוך יצירת מצג כי היא גבר" כלומר תוך אימוץ הנרטיב שלא מכיר בזהות המגדרית של אלקובי,<sup>57</sup> אך בלי שחיווה את דעתו כיצד ייושם המבחן שנקבע בפסק הדין במקרים של זהות מגדרית. אחרי דיון בעמדות שהובעו בפסיקה ובכתיבה האקדמית<sup>58</sup> קבע השופט רובינשטיין כי "אמנם, כחברה ובמציאות קשה להלום כי כל אינטראקציה בין שני פרטים, שיש בה 'פגם מוסרי', תוסדר במסגרת החוק הפלילי [...] ברם נהיר לכל, כי נחוץ גבול אשר מעברו איננו מוכנים להשלים עם התנהגות מסוימת, הפוגעת בערכים מוגנים, ואי התערבות המשפט הפלילי משמעה הותרת קרבנות ללא הגנה".<sup>59</sup> "אין מדובר", קבע רובינשטיין, "בפטרנליזם מופרז אלא בהגנה על כבוד האדם, על אוטונומיית האשה על גופה וחירותה המינית, שהרי המרמה דווקא היא זו הפוגעת באוטונומיה, והאיסור הפלילי נועד, מעבר לעצם איסור האינוס, אף לסכל אותה מרמה".<sup>60</sup> לדבריו, יש להבטיח שהאינטימיות של האישה ואוטונומיית הרצון שלה יוגשמו באופן מיטבי.<sup>61</sup> פסק דין זה זכה לאחרונה לביקורות בספרות.<sup>62</sup>

- 54 ע"פ 2411/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(1) 170, פס' קא לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2008) (להלן: פרשת סולימאן).
- 55 שם, פס' קד.
- 56 שם, פס' קה.
- 57 שם, פס' צה.
- 58 בין היתר נדונו מאמרה של דנה פוגץ' "קרימינליזציה של גינוני חזור מקובלים? מרמה, טעות הקורבן, והסכמה לעניין עבירות מין" מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית 149 (אלי לדרמן עורך, 2001); וכן מאמרי – גרוס "התחזות כאדם אחר", לעיל ה"ש 1.
- 59 פרשת סולימאן, לעיל ה"ש 54, פס' צח.
- 60 שם, פס' ק.
- 61 שם, פס' קב.
- 62 לביקורת על פסק הדין ראו אלקנה לייסט "הערת פסיקה: אינוס במרמה לגבי 'מיהות העושה' – בעקבות ע"פ 2411/06 פלוני נגד מדינת ישראל" הסניגור 4 146 (2009); עמית פונדיק "בין מרמה לכפייה: על

#### ד. ההיסטוריה חוזרת

יש לציין כי בניגוד לקביעתו של בית המשפט המחוזי בגזר הדין בעניין אלקובי שעל פיה כתב האישום פרש "מערכת עובדתית חריגה ונדירה במקומותינו, שדומה כי טרם נראתה בישראל ובמדינות הים",<sup>63</sup> הרי עוד טרם פרשת אלקובי, התקיימו שני משפטים הדומים לה עד מאוד בנסיבותיהם בארצות-הברית ומקרה דומה נוסף בבריטניה.<sup>64</sup> מאוחר יותר, בשנים 2012 ו-2013 הסתיימו שלושה מקרים חדשים דומים עד מאוד בבריטניה בהרשעות: בשנת 2012 הורשעה (ה) בתקיפה מינית ובמרמה מי שתוארה כנערה שהציגה עצמה כבחור על מנת לצאת עם בחורות אחרות.<sup>65</sup> ג'מה בארקר (הייתה) בן(ת) 19, ועל פי התקשורת הציגה (ה) את עצמו (ה) בזהויות גבריות "בדויות" שונות על מנת לקיים יחסים עם נערות אחרות בנות 15 ו-16. בית המשפט ציין שבארקר הודתה בקיום היחסים. בית המשפט בדבריו לנאשמת תיאר את "הנוק הגדול" שהיא גרמה למתלוננות ותיאר אותה כרמאית, וגזר עליה שלושים חודשי מאסר.<sup>66</sup> בשנת 2013 הסתיים בסקוטלנד בהרשעה על סמך הודאה המשפט של קריסטיין וילסון, בת 25,

- עברת האונס במרמה לגבי מיהות העושה "עיוני משפט לו 215 (2013). לשיטתו של פונדיק, יש להוציא את המקרים שבהם הסכמה למין הושגה במרמה לגבי מיהות העושה מחוץ לעברת האונס. עם זאת, פונדיק אינו שולל לחלוטין שעברות אחרות, חמורות פחות מעברת האונס, עשויות להיות מוחלטות בנסיבות כאלו. גם המשנה לנשיאה השופט ריבלין הביע ביקורת על הלכה זו בע"פ 5097/07 פחימה נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(1) 830, פס' 13 (2009). לביקורת רחבה על עברת האונס במרמה ראו Jed Rubinfeld, *The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy*, 122 YALE L.J. 1372 (2013) דעותיו ראו המקורות המצוטטים ב- Aeyal Gross, *Rape by Deception and the Policing of Gender and Nationality Borders*, 24 TUL. J.L. & SEXUALITY 1, supra note 8 (2015) במרמה ראו גם Patricia J. Falk, *Rape by Fraud and Rape by Coercion*, 64 BROOK. L. REV. 39 (1998).  
 פרשת אלקובי – גזר הדין, לעיל ה"ש 10, פס' 1.  
 דנתי במקום אחר בהרחבה במשפטים אלו ובשאלות שהם העלו בהשוואה למקרה אלקובי. ראו Aeyal Gross, *Gender Outlaws Before the Law: The Courts of the Borderlands*, 32 HARV. J.L. & GENDER 165 (2009).  
 מאחר שמסמכי הדיון בערכאה פלילית ראשונה מסוג זה אינם מתפרסמים בבריטניה, המידע נסמך על דיווחים עיתונאיים. כמו כן, בהיעדר מידע נוסף התייחסתי בדיון במקרה זה (ובמקרים הנוספים) ל"נאשמת" בלשון נקבה. על פי הפרסומים המצוטטים, כנראה ההרשעה במרמה במקרה זה אינה קשורה ישירות להאשמת ההתחזות המגדרית, כי אם לעובדות אחרות.  
 'Deceptive and Deceitful': *Girl, 19, Who Disguised Herself as a Boy to Trick Girls into Sex Warned She Faces Jail*, MIRROR ONLINE (Mar. 2, 2012), <http://www.mirror.co.uk/news/uk-news/girl-19-who-disguised-herself-750356>; 'Not a Flicker of Remorse': *Girl Who Disguised Herself as a Boy to Trick Female Friends into Sex Jailed*, MIRROR ONLINE (Mar. 5, 2012), <http://www.mirror.co.uk/news/uk-news/girl-who-disguised-herself-as-a-boy-752004>; Matt Blake, 'I felt repulsed and dirty and wanted to kill myself': *Schoolgirl Victims of Teenage Girl who Dressed as Boy to Date them Speak of Their Anguish as She is Jailed*, MAIL ONLINE (Mar. 6, 2012), <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2110430/Gemma-Barker-jailed-Victims-girl-dressed-boy-date-speak-anguish.html>.  
 הפרשה, מהזווית של המתלוננות ולא של בארקר עצמה, תועדה בסרט *The Girl Who Became Three Boys*, available at <http://www.youtube.com/watch?v=vDm3R-zxQfY>. ב-2011 אמור היה גם להתקיים משפט נוסף עקב נסיבות דומות בסקוטלנד, אך לבסוף בוטלה האשמה: *Woman's Sex Deceit Charges Dropped*, BBC NEWS (Mar. 8, 2011), <http://www.bbc.co.uk/news/uk-scotland-tayside-central-12680781>.

שהורשע(ה) בקיום יחסי מין במרמה בעקבות יחסים עם נערות כבנות 15 שלא ידעו את ה"אמת" על מינה. סנגורה של וילסון טען שהיא מתכננת לעבור ניתוח לשינוי מין.<sup>67</sup> בשנת 2013 הורשע(ה) גם ג'אסטין מקנאלי בקיום יחסי מין תוך התחזות לנער גותי בשם סקוט, והעונש שנגזר היה שלוש שנות מאסר שהומר בערעור לתשעה חודשי מאסר על תנאי במוסד לעבריינים צעירים.<sup>68</sup>

גם בארץ חזר התסריט על עצמו שוב: לעומת המקרה של אלקובי, שזכה לתהודה רבה, בשנת 2009 ניתן גזר דין במקרה שנסיבותיו דומות, שזכה להרבה פחות תהודה.<sup>69</sup> ב-2012 הוסר חלקית איסור פרסום שהוטל על פרשה זו שהסתיימה בהרשעה בעברת אונס במרמה על אודות מיהות העושה. הטענה, בדומה לזו שבמקרה של אלקובי, הייתה שזו הייתה התחזות מגדרית.<sup>70</sup>

בפרשה שנייה זו הואשם מי שכתב האישום כינה "הנאשמת" במסכת העובדתית הבאה: על פי כתב האישום, "הנאשמת" הייתה כבת עשרים בעת האירועים המתוארים, עת שפגשה קטינה בת 15, הציגה את עצמה בפניה כנער בן שש-עשרה וחצי ודיברה בלשון זכר. אחרי כמה מפגשים נישקה, בלשון כתב האישום, "הנאשמת" את הקטינה, ובמועדים מאוחרים יותר נגעה בחזה שלה, וקיימה אתה מגעים נוספים שכללו נגיעה באיבר המין של הקטינה. במועד מאוחר יותר, מתאר כתב האישום, שכחה "הנאשמת" את תעודת הזהות שלה, והקטינה מצאה אותה, פתחה אותה והבחינה בשמה ובמינה של "הנאשמת". בעקבות כך, הטיחה הקטינה ב"נאשמת" כי היא יודעת שמינה נקבה, אך ה"נאשמת" הכחישה זאת והכחישה שמדובר בתעודת הזהות שלה. אחר כך נמשכו המפגשים בין השניים, ובאחד מהם החדירה ה"נאשמת" את אצבעותיה לתוך איבר מינה של הקטינה. באחד המפגשים ראתה הקטינה ש"הנאשמת" שלחה מסרון בטלפון הנייד לאדם אחר והזדהתה בשמה האמתי. כתב האישום טוען ש"בשלב זה הבינה הקטינה כי חשדה היה מבוסס והנאשמת רימתה אותה, וכי אינה ממין זכר".

67 *Woman Was Sexually Intimate with Girls While Pretending to be a Man*, STV News (Mar. 6, 2013), <http://news.stv.tv/north/216583-christine-wilson-pretended-to-be-a-man-to-have-sex-with-teenage-girls/>; Alice Philipson, *Woman, 25, Posed as a Boy to Get Girls to Become Sexually Intimate with Her*, *Court Hears*, THE DAILY TELEGRAPH (Mar. 6, 2013), available at <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/crime/9913163/Woman-25-posed-as-a-boy-to-get-girls-to-become-sexually-intimate-with-her-court-hears.html>.

68 *Justine McNally who Pretended to be a Boy to Take 16-Year-Old Schoolgirl's Virginity, Jailed*, THE HUFFINGTON POST UK (Mar. 22, 2013), available at [http://www.huffingtonpost.co.uk/2013/03/22/justine-mcnally-pretended-boy-schoolgirl-virginity\\_n\\_2930676.html](http://www.huffingtonpost.co.uk/2013/03/22/justine-mcnally-pretended-boy-schoolgirl-virginity_n_2930676.html); *McNally v. The Queen*, [2013] WLR(D) 256 (Eng.), available at [http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2013/Alex Shrape, We Must Not Uphold Gender Norms at the Expense of Human Dignity](http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2013/Alex%20Shrape,%20We%20Must%20Not%20Uphold%20Gender%20Norms%20at%20the%20Expense%20of%20Human%20Dignity), NEW STATESMAN (May. 1, 2013), <http://www.newstatesman.com/politics/2013/05/we-must-not-uphold-gender-norms-expense-human-dignity>. הפסיקה החדשה בבריטניה בנושא ראו: Gross, *Rape by Deception*, לעיל ה"ש 62, בעמ' 13–15.

69 הכרעת הדין בת"פ (שלום כ"ס) 2372/07 מדינת ישראל נ' פלונית (לא פורסם, 25.11.2007) (להלן: פרשת פלונית – הכרעת הדין); גזר הדין בת"פ (שלום כ"ס) 2372/07 מדינת ישראל נ' פלונית (לא פורסם, 28.1.2009) (להלן: פרשת פלונית – גזר הדין). ראו כתב אישום בת"פ (שלום כ"ס) 2372/07 מדינת ישראל נ' פלונית (25.9.2007). במהלך הדיון בתיק זה אתייחס ל"נאשמת" כפי שכינה אותה בית המשפט, בלשון נקבה. להבדיל מפרשת אלקובי, אין בידי אינדיקציה לגבי צורת ההצגה המגדרית המועדפת על ה"נאשמת".

70 ת"פ (שלום כ"ס) 2372/07 גרוס נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1.1.2012).

בהמשך, אומר כתב האישום, נפגשו השתיים שוב, ושוב החדירה "הנאשמת" את אצבעותיה לתוך איבר מינה של הקטינה. על סמך עובדות אלו נטען בכתב האישום ש"הנאשמת" ביצעה מעשים מגונים בקטינה בהסכמת הקטינה שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה,<sup>71</sup> וזאת נוסף על עברה של בעילה אסורה של קטין בהסכמה.<sup>72</sup> בעקבות הסדר טיעון חלקי הודתה "הנאשמת" בעובדות שבכתב האישום והורשעה בהן.<sup>73</sup>

במסגרת הטיעונים לעונש הזכירה התביעה את פרשת אלקובי, וציינה ש"שם הנסיבות דומות הגם שהאישומים שונים", וביקשה הטלת עונש דומה לזה שהוטל בפרשת אלקובי.<sup>74</sup> מנגד, הצביע הסנגור על כך שכפי שכתב האישום ציין, הקטינה המשיכה בקשר גם "לאחר שהבינה שלא מדובר בכחור". הוא תיאר את האירועים כפגישת "שוליים של החברה" והצביע על בעיות ש"הנאשמת" סבלה מהן, ובהן פער בין הגיל הביולוגי ל"יכולת אישית, הנפשית והאינטליגנציה" ועל היותה בשלב שבו היא "תוהה לגבי הזהות המינית שלה", כמו גם על כך שהאירועים היו "במסגרת בדיקה שלה כיצד היא מגיבה למה שהבנים עושים עם הבנות" ושהיא הייתה במסגרת חברתית ומשפחתית שלא נתנה אפשרות "שלא להיות ישר בקונצנזוס בתוך התלם".<sup>75</sup>

בגזר הדין חזר בית המשפט ופרש את העובדות כפי שפורטו בכתב האישום, ותיאר אותן כמעשים ש"הגם שנעשו בהסכמה לכאורה", הרי הם היו "תוך רמיה בדבר מין הנאשמת".<sup>76</sup> בית המשפט ציין כי מתסקירים שנערכו עלה "חשד להפרעה מגדרית" ושהנאשמת "חווה זהות מינית מבלבלת ולא מגובשת".<sup>77</sup> בית המשפט גזר על "הנאשמת" שישה חודשי מאסר בפועל שירוצו בעבודות שירות ועוד 12 חודשי מאסר על תנאי, וזאת נוסף על קנס ופיצוי כספי לקטינה.<sup>78</sup>

למרות העובדות הדומות והדמיון בסעיפי האישום, הרי בפרשה זו, להבדיל מפרשת אלקובי, לא נכנס בית המשפט לדיון בסוגיות המגדריות שהעלתה הפרשה, פרט לאזכור של ה"חשד להפרעה מגדרית" והזהות המינית ה"מבלבלת ולא מגובשת". התיאור של "הפרעה מגדרית" וזהות מינית "מבלבלת" עשויים להעיד שדובר גם במקרה זה באדם שהזדהה, לפחות כחלק מהזמן, כגבר (אף שנולד עם איברי רבייה נקביים), גם אם הפרטים על פרשה זו מעטים. בהיעדר ניתוח משפטי מפורט קשה גם להסיק מסקנות על ההיגיון המשפטי שביסוד פסק הדין, אך בולטת העובדה, שהודגשה בטיעונים לעונש מטעם הסנגור, שעל פיה הקטינה חזרה וקיימה יחסים עם "הנאשמת" גם לאחר

71 בניגוד לס' 345(א)2) וס' 348(א) לחוק העונשין: ס' 345(א)2) לחוק העונשין: "הבועל אישה – בהסכמת האישה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה"; וס' 348(א) לחוק העונשין: "העושה מעשה מגונה באדם באחת הנסיבות המנויות בסעיף 345(א)2) עד (5), בשינויים המחוייבים, דינו – מאסר שבע שנים".

72 בניגוד לס' 346(א)1) לחוק העונשין. ס' 346(א)1): "הבועל קטינה שמלאו לה ארבע עשרה שנים וטרם מלאו לה שש עשרה שנים, והיא אינה נשואה לו, או הבועל קטינה שמלאו לה שש עשרה שנים וטרם מלאו לה שמונה עשרה שנים, תוך ניצול יחסי תלות, מרות, חינוך או השגחה, או תוך הבטחת שווא לנישואין, דינו – מאסר חמש שנים".

73 פרשת פלונית – הכרעת הדין, לעיל ה"ש 69.

74 עמ' 7 לפרוטוקול הדיון מיום 3.12.2008 בת"פ (שלום כ"ס) 2372/07 מדינת ישראל נ' פלונית.

75 שם, בעמ' 7–8.

76 פרשת פלונית – גזר הדין, לעיל ה"ש 69, בעמ' 3.

77 שם, בעמ' 5.

78 שם, בעמ' 8–10.

שגילתה את זהותה ה"אמתית", תסריט שהתרחש לא פעם אחת, כי אם פעמיים.<sup>79</sup> אף כי בפרשה זו לא נכנס בית המשפט לעובי הקורה של סוגיות אלו, הרי במשתמע הוא נקט עמדה דומה לזו שננקטה בפרשת אלקובי ואף החמירה: נראה לכאורה שהמשך קיום הקשר מצד הקטינה אחרי "גילוי" העובדות, אם לא בפעם הראשונה על סמך תעודת הזהות אזי לפחות אחרי הפעם השנייה שבה הדבר הובהר אחרי המסרון הטלפוני, מעיד לכאורה על כך שהקטינה הייתה מעוניינת בהמשך קיום הקשר, בלי קשר לשאלת הזהות המינית והמגדרית של ה"נאשמת". בית המשפט לא דן בשאלות אלו.

אם פרשת אלקובי מעלה את השאלה מה המשמעות של פרשנות רטרואקטיבית של יחסים רצוניים כפגיעה המצדיקה את התערבות המשפט הפלילי, אם נודע בדיעבד נתון על איברי המין שלא היה ידוע לכאורה קודם,<sup>80</sup> הרי המקרה החדש מעלה שאלות אלו אף ביתר שאת: מה משמעות המשגתם הרטרואקטיבית של יחסים שהתקיימו בהסכמה, כפגיעה המצדיקה את התערבות המשפט הפלילי, כאשר המתלוננת המשיכה בקיום היחסים גם לאחר שהנתון שלכאורה נעלם ממנה תחילה, נודע לה בצורה מפורשת? אם כן, אם פרשת אלקובי העלתה שאלות קשות לגבי הדרך שבה כופה בית המשפט את הסדר ההטרונורמטיבי ומעניש את מי שחורג ממנו בכך שחוצה את גבולות התפקיד המגדרי שיועד לו בסדר זה מכוח המין הביולוגי, הרי שהפרשה החדשה, גם אם בית המשפט לא דן בה בשאלת הזהות המגדרית בפירוט כפי שעשה בפרשת אלקובי, מעלה לאור עובדת המשך קיום היחסים אחרי ה"גילוי", שאלה זו בעצמה חזקה לא פחות.<sup>81</sup>

פרשת אלקובי שבה נכנס בית המשפט לעובי הקורה המגדרית, מעלה אפוא כמה שאלות, שכאן אוכל להזכירן רק בקצרה: האם ההרשעה של אלקובי אינה נותנת הגנה מפני פגיעה שנתפסת או נחוות כפגיעה רק כי אנו חיים בחברה טרנספובית והומופובית? האם הפגיעה במתלוננות (בהנחה שמקבלים את גרסתן העובדתית) היא פגיעה רק משום שהן לא ידעו על איברי המין של אלקובי, או שמא מקורה גם בעובדה שהן נחשפו למין שנתפס כמין הומוסקסואלי? האם הפגיעה נעוצה בעצם חווייתן של המתלוננות, או שמא התפיסה החברתית לגבי סוג היחסים שהן חוו "מכריחה" אותן לראות את החוויה

79 יש להדגיש כי גם היחסים שהתקיימו לאחר הגילוי תוארו בכתב האישום כחלק מהמסכת העובדתית שהיוותה מעשים מגונים בהסכמה שהושגה במרמה.

80 לדיון ראו גרוס "התחזות כאדם אחר", לעיל ה"ש 1, בעמ' 391.

81 מקרה נוסף שעסק בהתחזות לבן המין האחר שונה מאוד בנסיבותיו משני המקרים הנ"ל: במקרה זה דובר בקצין שקיים יחסי מין אורליים עם שני חיילים ששירתו ביחידתו תוך שהוא מתחזה לבחורה. במקרה זה דובר בקצין שהציע לחיילים מיחידתו לקיים מגע מיני אורלי עם חיילת שסירבה להזדהות. החיילים קיימו את היחסים עם הקצין – שלבש אפודה מכושמת כבושם נשי – כשידיהם אזוקות ועיניהם מכוסות, כך שלא יכלו לראות כי מדובר בקצין עצמו, ולא בחיילת. באחד משני המקרים, אחרי המגע המיני הראשון, שאל הקצין את החייל אם הוא נהנה מהמגע המיני, ולאור תשובתו החיובית, התקיים מגע נוסף. אך התגלו אצל החיילים חשדות, ולאחר שהתגלתה זהותה האמיתית של "החיילת", הועמד הקצין לדין. במקרה זה נערכה עסקת טיעון שבמסגרתה הומרה עברת המעשה המגונה בעברות קלות יותר של התנהגות פסולה במקום ציבורי והתנהגות שאינה הולמת בניגוד לס' 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. הקצין לא טען – או לפחות הדבר לא קיבל ביטוי בהכרעות הדין – שהוא מזדהה או חש כאישה, וחווה הדעת הפסיכיאטריות שהוגשו לבית המשפט ייחסו את מעשיו למשברים נפשיים. בית הדין הצבאי לערעורים כינה את עסקת הטיעון ואת המרתה של עברת המעשה המגונה בעברות קלות יותר "עניין תמוה", ובניגוד לעסקת הטיעון, הטיל על הנאשם עונש מאסר בפועל, של ארבעה חודשים, שאותו ריצה הנאשם בעבודה צבאית. ראו ח/134/96 התובע הצבאי נ' סרן י.א. (לא פורסם, 22.10.1996); ע/241/96 סרן א.י. נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 12.12.1996).



כפגיעה? האם מה שהן חשו כלפי אלקובי (המשיכה, האהבה), שהניע אותן לקיים אתו יחסים, תלוי בדבר, דהיינו באיברי המין של קובי? גם אם נניח שהן רצו לקיים יחסים אך ורק עם "גבר", האם בהכרח איברי המין הם שמושכים אותנו ל"גבריות" או ל"נשיות", או מכלול של התנהגות מגדרית? מה מסתתר מאחורי האידאולוגיה שמסמנת את איברי המין כמכריעים לעניין הזהות המינית? האם הפגיעה שחוו המתלוננות היא תוצר של טרנספוביה והומופוביה שקיימת גם אצלן? והאם פגיעה שזו בסיסה ראויה להגנה משפטית?<sup>82</sup> העלאת שאלות אלה לא באה לשלול את חוויית הפגיעה של המתלוננות, שחשו מרומות לגרסתן, ושהאוטונומיה המינית ועולם התשוקה שלהן ראויים גם הם להגנה. אך הכרה בפגיעה שלהן אינה יכולה, לדעתי, לפטור אותנו מדיון בשאלה: מה נתפס בחברה שלנו כפגיעה ומדוע; בשאלה: מתי הכרה בפגיעה של אדם אחד גוררת פגיעה באדם אחר? ובשאלה: מהו תפקידו של בית המשפט במערך מורכב זה?

מטרתו של דיון זה אינה לשלול את זכותם של אנשים לבחור את שותפיהם לרומנטיקה ולמין, ואף לא לשלול את זכותם לבחור שותפים אלה, בין היתר, על פי מינם; במקום זאת, ברצוני לבחון כיצד, אחרי שקיימתי יחסים עם מי שבחיתי לקיים עמו יחסים, הפרשנות שלי לגבי היחסים האלה ולגבי מידת התאמתם לתשוקתי משתנה לפתע כאשר עובדות חדשות מתגלות לגבי הזהות המינית (הביולוגית או האחרת) של בן או בת הזוג, ולהבין מדוע וכיצד שינוי זה זוכה בהמשגה של פגיעה ובפרט פגיעה שמצדיקה הרשעה פלילית; יש לזכור שהרשעה כזו דורשת אקטוס ראוס ומנס ריאה של הנאשם. בדיון במקרים הדומים לפרשת אלקובי שנדונו בבריטניה, מבקרת אלקס שארפ את חובת הגילוי שנדרשת מטרנסג'נדרים על פי הפסיקה, ומצביעה על חוסר העקביות שלה בנוגע למה שנתפס בפסיקה כחובת גילוי במסגרת יחסי מין באופן כללי; על הנזק הצפוי לטרנסג'נדרים מחובה כזו שכרוכה לרוב בעיסוק בנושאים שהם מקור לכאב וטראומה, שאינו מוצדק בייחוד כאשר האינטרס של הצד השני שעליו מבקש המשפט להגן מבוסס על תגובות שהן תוצאת הומופוביה או טרנספוביה מערכתיות; ועל כך שהאינטרס הציבורי במניעת דעה קדומה מצדיק לא להטיל חובה כזו.<sup>83</sup>

מהי אפוא פגיעה הראויה להגנה משפטית? בהקשר זה יש לומר כי אם נכונה התלונה בעניין אלקובי כי הוחרד חפץ לאיבר המין של אחת המתלוננות ואילו היא סברה שמוחרד לה איבר מין זכרי ביולוגי, ייתכן בהחלט שמדובר באינטרס שלה הראוי להגנה. כזכור, הכחיש אלקובי שהתקיים בכלל מגע מיני, וכן טען כי המתלוננת על החדירה ידעה את כל הסיפור על זהותו. אך אם נאמץ לצורך הדיון את התזה העובדתית של כתב האישום המתוקן, שעל פיו הורשע אלקובי על סמך הודאתו (במסגרת עסקת הטיעון), ייתכן מאוד שבחורה שסברה שהיא מקיימת יחסים עם גבר בעל פין, ולמעשה הוחרד לגופה איבר מין מלאכותי, עלולה לחוש פגיעה קשה ואמתית. יתר על כן, בעולם שבו אנו חיים (הבנוי על החלוקה בין הטרנססואליות להומוסקסואליות ובין גברים לנשים), למין של בן הזוג שלנו יש לרוב חשיבות גדולה מאוד עבורנו; וייתכן שאם אכן סברה המתלוננת שאלקובי הוא גבר שנולד כזכר עם איבר מין זכרי, וזו הייתה עובדה רלוונטית לגביה, מדובר לא רק בפגיעה מנקודת מבטה, אלא גם

82 לדיון נרחב ראו גרוס "התחזות כאדם אחר", לעיל ה"ש 1.

83 Alex Sharpe, *Criminalising Sexual Intimacy: Transgender Defendants and the Legal Construction of Non-Consent*, 3 CRIM. L. REV. 207 (2014)

בפגיעה שאלקובי היה יכול או היה צריך לצפות אותה ולחשוך בה – אפילו אם הוא עצמו חש כגבר.<sup>84</sup> עם זאת, האיך אנו שוגים כאן שוב במהותנות מגדרית ופלוצנטריות כאשר אנו מניחים שקיומו או אי-קיומו של הפיך הוא הקובע לעניין זהותו של אלקובי? וגם, מהי מידת הפגיעה הזאת לעומת מידת הפגיעה בנאשם במקרה מעין זה? האם חובת הגילוי המוטלת על אדם כאלקובי אינה פוגעת בו – הן בזהותו העצמית והן ביכולתו להכיר בחורות ולקיים עמן יחסים? גם אם נקבל שהחזרת איבר מין מלאכותי במקום פיך היא פגיעה שראוי להגן מפניה, נדמה שמדובר במקרה זה במרמה בקשר ל"מהות המעשה", ולא ל"מהות העושה", ובכל מקרה לא היה מקום להאשמה ולהרשעה בעברת המעשה המגונה (ובודאי לא בעברת ההתחזות), אלא רק בעברת הניסיון לאינוס בעניינה של המתלוננת על החזרה. כמו כן יש להזכיר שהמתלוננת שבקשר אליה הואשם אלקובי בעברת הניסיון לאינוס הייתה קטינה שטרם מלאו לה שש-עשרה שנה בעת האירוע, וגם לכך – פרט לעובדה שעצם קיום יחסים עמה הוא עברה<sup>85</sup> – עשויה להיות השלכה על שאלת ההסכמה והפגיעה.

### ה. הטרסקסואליות כפויה והקיום הטרנסג'נדר

בסיכומי של דיון במקרים שנדונו בפרק זה, יש לתת את הדעת על כך שהקביעות של בית המשפט, בייחוד במקרה אלקובי, מחזירות למעשה את הסדר הטרונורמטיבי אל כנו, וזאת אל מול מציאות קווירית מורכבת שמטשטשת את הגבולות הברורים של מגדר ומיניות, של זהות גבר וזהות אישה, של מין הטרסקסואלי ומין הומוסקסואלי<sup>86</sup> ושל עקרון ההלימה בסדר של מין-מגדר-מיניות.<sup>87</sup> אל מול מציאות זו, בית המשפט מחזיר את הסדר הבינרי של גברים ונשים: למרות הכול, יש מובן "מקובל" למושג מין, ובמובן הזה אלקובי היא אישה. אולם גזר הדין בעניין אלקובי מדבר בשני קולות: מצד אחד, הוא מדבר על המעבר בין המינים, על מגדר ותאוריה קווירית ועל זכותו של כל אדם לנהוג לפי תחושתו הפנימית והרגשית; ומצד אחר, בית המשפט ממשיך להתייחס לאלקובי כאל אישה ומרשיע אותה בהתחזות. מצד אחד, בית המשפט מדבר על כך שקשר רומנטי-אינטימי-אירוטי יכול להיות בין "שניים/שתיים",<sup>88</sup> ובכך מכיל את כל האפשרויות הזוגיות, ומצד אחר, בנימוקים לחומרת עונשו של אלקובי, בית המשפט מציין כי היא ניצלה, כלשונו, את "הכמיהה הטבעית והמקובלת בגילאים אלו" –

84 יתר על כן, ניתן לטעון שכאשר אנו שואלים מהי זהותו של אדם במסגרת האינטרסובייקטיבית של יחסים, האופן שבו נתפס אלקובי בעיני המתלוננת, משהתבררו להן העובדות על איברי המין שלו, הוא בעל מעמד שווה ערך לתפיסתו את עצמו כגבר. עם זאת, נדמה שלכל הפחות, לצורך ההקשר הפלילי, יש לתת במקרה זה עדיפות להגדרה העצמית של אלקובי.

85 ס' 346(א) לחוק העונשין קובע כי בעילת קטינה שגילה בין ארבע-עשרה לשש-עשרה היא עברה (בעילת קטינה צעירה מגיל ארבע-עשרה מהווה אונס. ראו ס' 345(א)(3)).

86 על תפקידו הרגולטיבי של המשפט, המנסה לייצר במפגשו עם הגוף הטרנסג'נדר תפיסות רפואיות-משפטיות בינריות של מין, מגדר ומיניות והיחס ביניהם, ראו ANDREW SHARPE, TRANSSEXUAL BODIES OF LAW 5 (2002).

87 על קוויריות כמערכת על הסדר הטבעי כביכול, שבו לכל אחד יש מין שמגדר זהה לו נובע ממנו ותשוקה ומיניות שנובעות ממנו משמען משיכה לבני המין ההפוך ראו EVE K. SEDGWICK, TENDENCIES 5-9 (1994).

88 פרשת אלקובי – גזר הדין, לעיל ה"ש 10, פס' 15.

שהייתה קיימת אצל המתלוננות – "ליצור קשרי חברות עם המין השני".<sup>89</sup> בכך אנו רואים שבסיכומו של דבר, הכמיהה – זו שלעולם היא הטרנסקסואלית – ליחסים עם המין השני היא בעיני בית המשפט הכמיהה הטבעית (נוסף להיותה הכמיהה המקובלת). האיום על הטרנסקסואליות ועל מכלול הסדר של הלימת מין-מגדר-תשוקה מסוכן למבנה החברתי שבנוי על בינריות הייררכית (זכר-נקבה, גבר-אשה, הטרנסקסואליות-הומוסקסואליות), והצגת אופציה שלישית, או ריבוי של אופציות, במקום שתי אופציות הייררכיות שהסדר החברתי בנוי עליהן, היא איום על אותו סדר חברתי.<sup>90</sup>

סדר זה מאוים לא רק על ידי טרנסג'נדריות, אלא גם על ידי דגם ה"ג'נדר-קוויר" הממשיך אותו, שבמסגרתו אנו רואים אנשים שמערערים על גבולות המגדר לא בכך שהם חוצים את הגבול לצד האחר, אלא בכך שהם חיים באזור הגבול, ומסרבים להזדהות כשייכים לאחד המגדרים, או לחלופין מזדהים כשייכים לשני המגדרים, או במקרים אחרים דוחים מכול וכול את הרעיון של מגדר.<sup>91</sup>

בהקשר זה יש לציין את חוות דעתו של השופט ג'ובראן בפסק דין שניתן בשנת 2013, ועל פיה הזכות לשוויון של טרנסג'נדרים, כזכות חוקתית, נפרשת לא רק על מי שהשלים תהליך שינוי מגדרי. לגישתו, על פיה אי-הכרה בזהות המגדרית של הפרט, כפי שהוא רואה אותה, היא פגיעה בזכות לשוויון.<sup>92</sup> יכולה להיות פתח לגישה שונה מזו שנקט המשפט הפלילי עד כה בשאלה, ונדמה שמתחייבת בה הכרה רחבה יותר בזכות להגדרה עצמית מגדרית משניתנה בפרשת אלקובי.

## 1. מ"התחזות" מגדרית ל"התחזות" לאומית

לסיום פרק זה ראוי להזכיר מקרה נוסף שנדון בישראל ושעסק בעברת האונס במרמה, אך לא דן בסוגיה של "התחזות" מגדרית, כי אם "התחזות" לאומית: סאבר קאשור, שבית המשפט העליון נתן בשנת 2012 את פסק הדין בערעורו,<sup>93</sup> הורשע באונס במרמה על אודות מיהות העושה ובמעשה מגונה, אך בניגוד לשני המקרים שנדונו כאן שבהם הואשמו הנאשמים בהתחזות מגדרית, הרי קאשור הואשם במרמה הנוגעת לזהות לאומית. נפסק שהוא הציג את עצמו "בכזב" כיהודי, וזאת לצד מרמה לגבי מעמדו האישי. פרשת העמדתו לדין והרשעתו הובילה לדיון ציבורי ומשפטי עשיר על אודות שאלות של מין, לאום והקשר ביניהם. יש לציין כי תחילה הואשם קאשור, בהתאם לתלונתה של המתלוננת, באונס אלים, אך הסדר הטיעון במקרה שלו מסגר את הסיפור מחדש ככזה של אונס במרמה, והנורמה

89 שם, פס' 7.

90 על ה"שלישי" בהקשר של מגדר כמאיים על הסדר החברתי שבנוי על בינריות ראו Gilbert H. Herdt, *Preface, in THIRD SEX, THIRD GENDER: BEYOND SEXUAL DIMORPHISM IN CULTURE AND HISTORY* 11, 19 (Gilbert Herdt ed., 1996); MARJORIE GARBER, *VESTED INTERESTS: CROSS-DRESSING AND CULTURAL ANXIETY* 9–13 (1992).

91 לדגמים כאלה של טרנסג'נדריות ראו KATE BORNSTEIN, *GENDER OUTLAW: ON MEN, WOMEN, AND THE REST OF US* (1994); LESLIE FEINBERG, *TRANS LIBERATION: BEYOND PINK OR BLUE* (1998) קוויר, הפוטנציאל והמגבלות של קטגוריה זו, ראו האסופה GENDERQUEER: VOICES FROM BEYOND THE SEXUAL BINARY (Joan Nestle et al. eds., 2002).

92 ע"פ 5833/12 פלונת נ' מדינת ישראל, פס' 5 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 12.9.2013).

93 ע"פ 5734/10 קאשור נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.1.2012) (להלן: הערעור בפרשת קאשור).

המשפטית שנקבעה בו מתייחסת לתסריט – ככל הנראה הדמיוני לחלוטין – של התחזות לאומית (לצד מרמה בנוגע למעמדו האישי).<sup>94</sup>

אף כי בפרשת קאשור הסנגוריה ניסתה להשוות בין המקרה לבין פרשת אלקובי (באופן בעייתי ביותר, בטענה שהמקרה של אלקובי חמור יותר),<sup>95</sup> הרי בית המשפט העליון עצמו סירב לתת משקל להשוואה זו, והתייחס בפרשת קאשור לפרשת אלקובי כ"פרשה חריגה כשלעצמה, אשר עובדותיה שונות מהותית מן המקרה שלפנינו".<sup>96</sup> אך למעשה, אפשר לחשוב, כפי שאני מציע בפירוט במאמרי על פרשת קאשור,<sup>97</sup> על כך שגורלם של חן אלקובי (וכנראה גם של ה"נאשמת" במקרה הנוסף) ושל סאבר קאשור דומה במסגור המשפטי שלהם ובמסר שהוא שלח, וזאת בשל "חטאם" הכפול: זה של חציית התפקידים – המגדריים והלאומיים – שהחברה בישראל ייעדה להם, וזה של קיום יחסים שנחשבים כמאיימים על הסדר המגדרי-לאומי הדומיננטי.

94 מאמר שכתבתי, שהתפרסם בשנת 2014, דן בהרחבה בפרשת קאשור כמו גם בפרשת ההתחזות המגדרית החדשה, ובוחר במשולב את השאלות של חציית הגבולות המגדריים והלאומיים בפסיקה על אודות אונס במרמה, ואת הדרך שבה עברת האונס במרמה לגבי מיהות העושה, שימשה במקרים הנדונים כדי לשמר את הסדר הלאומי-מגדרי, שיש להסתכל עליו במשולב, מפני חציית גבולות אסורה. ראו אייל גרוס "הכל ק(א)שור: פרפורמטיביות וחציית גבולות המגדר והלאום בפסיקה על אונס במרמה" תיאוריה וביקורת 42, 99 (2014) (להלן: גרוס "הכל ק(א)שור").

95 שם.

96 הערעור בפרשת קאשור, לעיל ה"ש 93, פס' 19.

97 גרוס "הכל ק(א)שור", לעיל ה"ש 94.