





## "התחזות כאדם אחר": חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי\*\*

"הרי לכם משהו כמו וידוי, שמטרתו להדגים את חוסר האפשרות של וידוי: בנצור, סבלתי זמן רב, וגדמה לי שכמותי גם רבים אחרים, מכך שנאמר לי במפורש או במובלע, שמה 'שאני' זה העתק, חיקוי, דוגמה נגזרת, צל של הממשי."<sup>1</sup>

ג'ודית בטלר "חיקוי ומרי מגדרי".<sup>1</sup>

א. מבוא א ב. מחן אלקובי לחן אל/קובי: גזר-הדין על "התחזות כאדם אחר" א ג. "אתה חברה שלי": גזר-הדין על מגדר והסכמה א 1. מגדר א 2. הסכמה א ד. "בנים אינם בוכים": הפוליטיקה של הייצוג ומלחמות הגבול – המשפט של חן אלקובי בין לסביות לטרנסקסואליות א ה. מין, גדר, מגדר

\* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.  
 \*\* התיכו "חיקוי ומרי מגדרי" שאולה מהמאמר בשם זה מאת ג'ודית באטלר (Butler). ראו ג'ודית בטלר "חיקוי ומרי מגדרי", להלן הצעה 1, בע' 329. גרסות קודמות של מאמר זה הוצגו בפורום ללימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית באוניברסיטת תל-אביב, ב"גיי באר" – פורום משפטים שליד אגודת ההומואים, לסביות, ביסקסואלים וטרנסג'נדרים בישראל, בפורום הסגל של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, ובכנס "סקס אחר 04" שהתקיים באוניברסיטת תל-אביב במאי 2004. אני מודה למשתתפי פורומים אלו על הדיונים המרתקים. תודה מיוחדת לעמליה זיו שהדברים פותחו תוך דיאלוג איתה, ושהשימוש שלי בתובנות של ג'ודית באטלר נעשה בהשראת פרשנותה לכתיבתה של באטלר. תודה מיוחדת גם לנורה גרינברג על הדיאלוג בינינו שתרם אף הוא רבות למאמר. תודה לתמר פלדמן על הסיוע במחקר ועל תרומתה למאמר. כמו-כן תודה לאלישבע אביצור, רפנה ברק-ארו, אלון הראל, איתי הרמלין, דנה פוגץ ומאיה רוזנשטיין על הערותיהם לגרסה קודמת של המאמר. תודה גם לקוראת עלומת-שם מטעם המערכת שהערותיה הציבו אתגרים רבים שרק עם חלקם יכולתי להתמודד. תודה גם למרכז מיגדרה לזכויות אדם של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב על תמיכתו במחקר. לבקשתי הובאו שמות המהברים בהערות במלואם.

1 ג'ודית בטלר "חיקוי ומרי מגדרי" מעבדי למיניווי: מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית (יאר קדר, עמליה זיו ואורן קנד עורכים, עמליה זיו מתרגמת, 2003) 329, 336.

## א. מבווא

עובדות רבות בפרשת חן אלקובי שנויות במחלוקת. אין מחלוקת לגבי העובדה שחן אלקובי נולד<sup>2</sup> עם איברי מין נקביים ונתפס בעיני הסביבה החיצונית כבת, וכן אין מחלוקת שבשלב מסוים החל חן אלקובי, לפחות בחלק מהזמן, לחיות כבן ולהציג 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, כאשר, בלשון כתב-האישום, "הנאשמת תתחזה לגבר".<sup>4</sup> אלקובי, שלפי כתב-האישום הציג עצמו בשם "קובי" או "קובי ביטון" או "קובי אלקובי", היה לכוש כגבר ודיבר על עצמו בלשון זכר.<sup>5</sup> כאשר עלה תשד, כדברי כתב-האישום, בדבר היות אלקובי אשה, הוסבר כי יש לאלקובי בת-דודה ששמה חן אלקובי הדומה לה מאוד וכי אנשים מבלבלים ביניהם.<sup>6</sup> כתב-האישום המתוקן התייחס לארבעה 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 ביניהן קשר "כבין בחור לבחורה"; בעניין המתלוננת השנייה נטען כי היא ואלקובי היו "חברים"; לעניין המתלוננת השלישית נטען שנוצרו ביניהן "קשרי ידידות"; ולעניין המתלוננת הרביעית נטען כי מתלוננת זו התאהבה באלקובי בהאמינה שהוא גבר ו"הן" (בלשון כתב-האישום) נעשו זוג.<sup>7</sup> לאור דברים אלה הואשם אלקובי בעברה של התחזות כאדם אחר, בניגוד לסעיף 441 לחוק העונשין, תשל"ז-1977,<sup>8</sup> בעניינן של שתיים מהבחורות שנוצר עמן קשר הואשם אלקובי גם בעברות נוספות הקשורות למגעים שנטען כי התקיימו בינו ובין המתלוננות: אשד למתלוננת הראשונה, שעל-פי כתב-האישום "התאהבה [...] ב'קובי' בהאמינה לנאשמת כי היא גבר", נטען שהשניים התגסקו,

- 2 לנוכח העובדה שחן אלקובי מציג עצמו כיום כמי שתמיד הרגיש בן (ראו הנה שבת ומאיר תורגימן "העשירייה הפותחת" הזמן הורוד (יוני 2004) 35), אתיחס אליו במהלך המאמר בלשון זכר, עם זאת, בפעמים שאביא בהם ציטוט או התייחסות ישירה מגזר-הדין אשתמש בלשון גזר-הדין, שהתייחס לאלקובי בלשון נקבה. אלקובי עצמו ציין שהוא התראיין אומנם בעיתון בלשון נקבה, אך זאת כדי לכבד את הוריו, שבת ותורגימן, שם, שם.
- 3 ליאור אליחי ואמירה לם "רצחו את השם שלי" ידיעות אחרונות 23.5.03, 33.
- 4 כתב-האישום מתוקן [תיקון שלישי], ת"פ (ה') 387/02 מדינת ישראל נ' חן בת מאיר אלקובי ואח' (הוגש ב'25.5.2003), סעיף 2 לכתב-האישום המתוקן (להלן: כתב-האישום המתוקן).
- 5 סעיף 3 לאישום ראשון, כתב-האישום המתוקן, שם.
- 6 סעיף 5 לאישום ראשון, כתב-האישום המתוקן, שם.
- 7 סעיפים 8-12 לאישום ראשון, כתב-האישום המתוקן, שם.
- 8 ס"ח 864, 226 (להלן: חוק העונשין). ראו אישים שני, כתב-האישום המתוקן, סעיף 441 לחוק העונשין קובע: "המתייצג בכזו כאדם אחר, חי או מת, בכוונה להונות, דינו - מאסר שלוש שנים;..." אלקובי הואשם גם בעברות גלוות נוספות של קשירת קשר לביצוע עוון בניגוד לסעיף 449(אא) לחוק העונשין, בעברה זו הואשם גם ידיו של אלקובי, אורן סינאי. סינאי הואשם גם בעברה של סיוע להתחזות כאדם אחר בניגוד לסעיפים 31, 32 ו-441 לחוק העונשין.

ושבאחד המקרים נישק אותה "קובי" תוך החדרת לשונו לפיה. כגין עוכרות אלה הואשם אלקובי בעברה של "מעשה מגונה" שהסכמה לו הושגה תוך מרמה לגבי מיהות העושה, בניגוד לסעיף 348(א) לחוק העונשין.<sup>9</sup> באשר למתלוננת השנייה נטען בכתב-האישום כי במסגרת קשר רומנטי שנוצר בינה ובין חן, ניסה "קובי", כפי שמגדיר זאת בתב-האישום, לבעול אותה בשלוש הזדמנויות שונות, כאשר בכל פעם ניסה "קובי" [...] להחזיר לאיבר מינה של המתלוננת כי הפץ בלתי ידוע לתביעה, שהיה קשור באופן בלשהו לגופו של "קובי", וזאת נוסף על כך שנישק אותה וליטף את חזה. עוד נטען כי כעת ביצוע המעשים היתה המתלוננת קטינה שטרם מלאו לה שש-עשרה שנים, ו"קובי" ידע זאת. כגין עוכרות אלה הואשם אלקובי כ"מעשה מגונה" שהסכמה לו הושגה במרמה לגבי מיהות העושה, וכן בניסיון לאינוס, וזאת לאור סעיף 345(א)2 לחוק העונשין הקובע כי בעילת אשה בהסכמה שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה מהווה אינוס.<sup>10</sup> ההאשמה בכתב-האישום המתוקן בניסיון לאינוס במקום היתה תוצאה של עסקת-הטיעון.<sup>11</sup> יש לציין כי אחת מארבע המתלוננות המקוריות נגד אלקובי כתבה מכתב לשופט שבו חזרה מה מעדותה שמטרה כמשטרה, וכתבה שהיא נגררה להתלונן נגד אלקובי אף-על-פי שידעה כל העת כי מדובר, כדבריה, באשה, ולא בגבר, וזאת בשל חששה להיחשף כלסביבת לפני משפחתה וחבריה. "עכשיו לראשונה אני מוכנה להודות בפניך," כתבה מתלוננת זו, "וגם בפני עצמי, שאני לסבית..."<sup>12</sup>

חן אלקובי עצמו לא העיד בבית-המשפט. עם זאת יש להרגיש כי הוא הכחיש את הטענה שקיים מגע מיני עם המתלוננת שהתלוננה על כך, וטען, בראיון לעיתונות, שלא היו ביניהם אלא נשיקות וחיבוקים: "בל עניין האקט המיני בדוי לגמרי." עוד טען אלקובי כי הוא סיפר לאותה מתלוננת שהוא "כת-כן" ועל "הכעיה שלי והבלבול שלי".<sup>13</sup> לאור עסקת-הטיעון, שבמסגרתה הודה אלקובי בכל מה שיוחס לו בכתב-האישום המתוקן,<sup>14</sup> לא נזקק בית-המשפט לקבוע ממצאים עובדתיים בעניינים שנויים כמחלוקת אלה. כעקבות הכרעת הדין, ניתן, כספטמבר 2003, גזר-הדין שבו נידון אלקובי למאסר בפועל של שישה חודשים שהומר בעבודות-שירות, וכן למאסר על-תנאי של שנה לתקופה

9 סעיף 348(א) לחוק העונשין קובע כי עשיית מעשה מגונה באחת הנסיבות המנויות בסעיפים 345(א)2) עד 5) לחוק תהיה לעבדה פלילית. סעיף 345(א)2) עוסק בנוסחה שיש בה הסכמה, אך זו הושגה תוך מרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה. מעשה מגונה מוגדר בסעיף 348(ו) כ"מעשה לשם גידוי, סיפוק או ביזוי מיניים".

10 ככתב-האישום המתוקן, אישום שלישי. סעיף 345(א)2) לחוק העונשין קובע: "[הבועל אשה]... בהסכמת האישה שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה" מבצע אינוס. "כועל" מוגדר כ"המחזיר איבר מאיברי הנוף או הפץ לאיבר המין של האישה" (סעיף 345(ג)). אלקובי הואשם בסעיף 345(א)2) יחד עם סעיף 345(ב)1) לחוק העונשין, המחמיר את העונש אם היתה הנבעלת קטינה שטרם מלאו לה שש-עשרה שנים וחלה אחת מנסיבות חלופיות, לרבות זו של מרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה, ויחד עם סעיפים 125 ו-134 לחוק העונשין העוסקים בניסיון לבצע עברה.

11 ת"פ (חי') 387/02 מדינת ישראל נ' חן אלקובי (טרם פורסם), פסקות 2-3. גזר-הדין ניתן ביום 7.9.2003 (להלן: גזר-הדין).

12 אליחי ולם, לעיל הערה 3, בע' 33-35.

13 אליחי ולם, שם, בע' 36.

14 גזר-הדין, לעיל הערה 11, פסקות 2-3.

של עשרים וארבעה חודשים, ואף חוייב בפיצוי כספי לשתיים מהמתלוננות.<sup>15</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>16</sup> גזר הדין הסתמך על המערכת העובדתית שמידטה בכתב האישום המתוקן.<sup>17</sup>

במסגרת מאמר זה לא אוכל ולא אנסה לקבוע ממצאים עובדתיים בנושאים שנתרו שנויים במחלוקת. עם זאת אבקש לקרוא את גזר הדין, שבמסגרתו נכנס בית המשפט בעובדי הקורה של המקרה, ולבחון את ההיבט המשפטי של הפרשה ואת השאלות שורא מעלה לגבי היחס בין משפט למין, מגדר ומיניות. מוקד דיוני לא יהיה חן אלקובי, האדם הספציפי, אלא הנושפט וגזר הדין והשאלות שהם מעלים על אודות הרגולציה המשפטית של מין, מגדר ומיניות.

המשפט של חן אלקובי מעלה שאלות בצמתים אחדים הנוגעים בהסדרה ובפוליטיקה של מין, מגדר ומיניות. גישות שהינן בעלות ברית לעיתים קרובות מצאו עצמן תלוקות סביב פרשת זו. צומת ראשון של המחלוקת הוא זה שבין גישה פמיניסטית, הרואה את המין כאחד מסוכן לאשה בחברה פטריארכלית, ומבקשת להבטיח לאשה מידע ושליטה מלאים לגבי שותפיה לקשדים אינטימיים, ובין גישה קוויירית ודגמים קרובים לה במחשבה הפמיניסטית שמערצת על קיומם של גבולות ברורים של מין, מגדר ומיניות, וממילא גם על הצורך ועל היכולת לזהות גבולות אלה. במקרה של אלקובי נפגשו בצומת זה לסביות פמיניסטיות עם טרנסג'נדרים, והוויכוח גלש לשאלה: מי היא – אם יש דבר כזה – אשה אמיתית ולמה נדרשת הסכמה? צומת שני של המחלוקת הוא איזור הגבול שבין לסביות גבריות ובין טרנסג'נדריות, וכפי שנראה, פרשת אלקובי זכתה הן לפרשנות לסבית והן לפרשנות טרנסג'נדרית. צומת שלישי – הקשור לזה השני – הוא זה שבין גישה טרנסקסואלית, שבאה להבטיח לאנשים שחשים אי־הלימות בין גופם ומינם הביולוגי ובין זהותם המגדרית את האפשרות לשנות את גופם ולהתאים אותו בצורה מלאה לתחושתם המגדרית, ובין גישות אחרות, הדוחות כליל את הרעיון של צורך בהתאמה בין גוף ובין זהות מגדרית, לעיתים מתוך דחייה כוללת של הרעיון של זהות מגדרית ביצרית. הקונפליקטואליות והסערה של צמתים אלה גובעות במידה רבה מריבוי קטיגוריות שונות של זהות המעורבות בהבנת הפרשה ובהמשגתה (נשיות, גבריות, לסביות, טרנסקסואליות, טרנסג'נדריות) והמעידות לא רק על המתח הבלתי־פתור בין הוהויות האלה, אלא גם על הקונפליקטים הפנימיים שבהגדרת כל אחת מהן ועל הקושי בשימור הגבולות ביניהן. בחינת הפרשה לאור צמתים אלה ובחינתם הביקורתית יעמדו במרכזו של מאמר זה.

**חלק ב של המאמר יבחן את עמדת בית המשפט, כפי שפותחה בגזר הדין, בנייתו עברת ה"התחזות באדם אחר". חלק ג יתמקד ב"הערה" שדוסיף בית המשפט בגזר הדין בשאלות על מגדר והסכמה. חלק ד יבחן, מתוך לשיה המשפטי של גזר הדין, את השיה שיצרה הפוליטיקה ההומו־לסבית־טרנסג'נדרית בישראל סביב המקרה של חן אלקובי.**

15 שם, בפרקות 8–9.  
16 שם, בפרקה 7.  
17 שם, בפרקה 1.

לבסוף, בחלק ה, אציע, בהמשך לדיון במשפטו של חן אלקובי, פרספקטיבה רחבה יותר לבחינת שאלות של מין, גבולות, גדר, ומגדר.

### ב. מחן אלקובי לחן אל/קובי: גזר-הדין על ”התחזות כאדם אחר”

הגם שבמסגרת עסקת-הטיעון הודה אלקובי בעברה של ”התחזות כאדם אחר”, הרי שבפתח הישיבה שנקבעה לטיעון לעוגש טען עורך-דין רונן בנדל, סניגורו של אלקובי, כי למעשה אין בית-המשפט יכול להרשיע את אלקובי בעברת ההתחזות.<sup>18</sup> טענה זו נסמכה על נוסח סעיף 441 לחוק העונשין, שכותרתו ”התחזות כאדם אחר”, המגדיר את העברה כהתייצגות ”ככזב כאדם אחר, חי או מת, בכוונה להונות”,<sup>19</sup> ועל פסיקה שקבעה בעבר כי התחזות צריכה להיות התייצגות במקום אדם מסוים. פסק-הדין שעליו הסתמך הסניגור ניתן בע”פ 499/72 סאמי דיב אל שעבי נ’ מדינת ישראל.<sup>20</sup> בפרשה זו עסק בית-המשפט העליון בעניינו של דרוזי נשוי שהציג עצמו לפני כחורה יהודייה כיהודי וכרווק והבטיח לה לשאתה לאשה. על-סמך זה קיימה עמו הכחורה יחסים ואף הרתה לו. בית-המשפט קבע כאמור שאין להרשיעו בעברת ההתחזות, שכן ההתחזות צריכה להיות לאדם מסוים, לא סתם אדם, לא אדם בדוי ולא אדם הנמנה עם חוג או חבר אנשים, אלא אדם, כדברי סעיף 441, ”חי או מת”, הקיים במציאות או שהיה קיים ואיננו עוד.<sup>21</sup> עם זאת אישר בית-המשפט העליון את הרשעתו של אל שעבי בעברה של קבלת דבר במרמה<sup>22</sup> בנסיבות מתמירות, בקובעו, בין היתר, כי ”אין מקום לשום ספק כי הבאת אישה להתמסרות, והסיפוק המיני והנפשי שהאיש שואב ממנה, הם בגדר קבלת יסובת הנאה”<sup>23</sup> במובן החוקי.

בית-המשפט רחה את טענת סניגורו של אלקובי והשאיר את ההרשעה בעברת ההתחזות על כנה.<sup>24</sup> בגזר-הדין ביקר בית-המשפט את נסיון הסניגור לפתוח מחדש את הדיון בעברה זו לאחר מתן הכרעת הדין,<sup>25</sup> אך גם קבע שיש לדחות את הטענה לגופה, וכי אכן ניתן במקרה זה להרשיע את אלקובי בעברת ההתחזות. בדחותו את טענת הסניגור כי לא ניתן להרשיע את אלקובי בעברת ההתחזות, ציין בית-המשפט, בהסתמכו על התגדרה המילוגית של ”התחזות”, כי מבחינה לשונית הביטוי ”מתחזה לאדם אחר” סובל את

18 לסיעונו של הסניגור ראו ת”פ (חי) 387/02 מדינת ישראל נ’ חן אלקובי ואח’, פרוטוקול דיון מיום 2.9.03, בע’ 1-2 (להלן: פרוטוקול 2.9.03), וכן הדיון בגזר-הדין, שם, פסקה 2.  
19 סעיף 441 לחוק העונשין.  
20 פ”ד כז(1) 602.  
21 שם, בע’ 607.  
22 עברה המצויה כיום בסעיף 415 לחוק העונשין.  
23 לעיל הערה 20, בע’ 609.  
24 פרוטוקול 2.9.03, לעיל הערה 18.  
25 בית-המשפט התנגד לנסיגו של הסניגור ”לאכול את העוגה ולהשאירה שלמה”, קרי להתיר את הסדר הטיעון על כנו ולהמיר את אישום האינטוס באישום הניסיון לאינטוס, אך לחזור בו מן ההודאה בעברת ההתחזות. ראו גזר-הדין, לעיל הערה 11, פסקה 3.

הפירוש של התחנות 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 אחד היסוד העובדתי של 'התחנות',<sup>26</sup> זאת בתנאי שמתקיים היסוד הנפשי של כוונה מיוחדת להונות אדם אחר.<sup>27</sup> בהתייחסו לפסק-הדין שדדש בהתחנות התייחסות לאדם מסוים, שעליו הסתמך הסניגור בגרל, ציין בית-המשפט כי למן אותו פסק-דין "ורמו מים רבים בקישון", וכי פרשנות תכליתית של החוק, כמתבקש כיום גם בדין הפלילי, אינה מחייבת שההתחנות תהיה לאדם מסוים, "ודי בהתחנות כרמות פיקטיבית להקים את יסודות העבירה". הפרשנות שניתנה בפסק-הדין בעניין אל שעבי, קבע בית-המשפט, אינה עולה בקנה אחד עם הערך המוגן בעברה, והוא הגנה על כל אדם מפני הונאה הנעשית באמצעות התחנות בדבר מיהותו וזהותו של מי שעומד מולו.<sup>28</sup> בית-המשפט אף הסתמך על ביקורת שמתחה מרים גור-אריה על פסק-הדין שניתן בעניין אל שעבי. היא טענה, לדברי בית-המשפט, כי "העבירה מתהווה כאשר אדם מאמץ לעצמו זהות מסוימת השונה מזהותו הוא, וזהות זו לא מותנית בהכרח בקיומו של בעל אותה זהות".<sup>29</sup> עוד הסתמך בית-המשפט על פסק-הדין שניתן בבית-המשפט העליון בעניינו של הפסיכולוג אליהו פלח, שהורשע בסדרת מעשים מגונים כמרמה שביצע במטופלות שלו במסגרת עבודתו כפסיכולוג קליני ובמהלך הטיפול.<sup>30</sup> בית-המשפט הסתמך על החלק בפסק-הדין בעניין פלח שניתח את היסוד של "מרמה לגבי מהות המעשה" כעילה לשלילת הסכמה בעברות מין שבחוק העונשין. בפסק-דין זה נקבע כי הצגת המעשים האידוטיים כחלק מהטיפול הפסיכולוגי עלתה לכדי מרמה שכוו, שהרי השיקול האמיתי והמכריע למתן ההסכמה היה אמנות המתלוננות שהמעשים האידוטיים נעשים כחלק מהטיפול הפסיכולוגי. מכאן הסיק בית-המשפט ש"גם במקרה שבפנינו, מדובר בהשגת 'הסכמה' לעשיית מעשים אידוטיים בגופן של המתלוננות, שאילו היו יודעות את העובדות לאשורן, לא היו מסכימות לכך".<sup>31</sup>

לא ברור מדוע סבר בית-המשפט שניתוח המרמה לגבי מהות המעשה בעניין פלח רלוונטית לדיון בשאלת האפשרות להרשיע את אלקובי בהתחנות כאדם אחד; נראה שלכל היותר היה הדבר יכול להיות רלוונטי לשאלת עברות הניסיון לאיגוס והמעשה המגונה תוך שלילת ההסכמה, אם כי גם בהקשר זה יש לתת את הרעת על כך שאלקובי הואשם בכתב-האישום במרמה לגבי מיהות העושה, (ולא לגבי מהות המעשה). לאור אי-הרלוונטיות של פסק-הדין בעניין פלח לעניין זה, ניתן לומר שבקביעתו, אף אם היא הסתמכה לשיטתו על עקרונות הפרשנות ההדדית ועל ביקורתה של גור-אריה, סטה בית-המשפט המחוזי מן ההלכה שנמסקה בבית-המשפט העליון בעניין אל שעבי לעניין

26 שם, בפסקה 3.

27 שם, בפסקה 5.

28 שם, בפסקה 3.

29 כך מסכם בית-המשפט את הביקורת שמתחה גור-אריה על פסק-הדין. ראו מרים גור-אריה "התחנות לרמות פיקטיבית – התראות כאחר או מרמה" משפטים ה (תשל"ג-תשל"ד) 673. ראו גור-הדין, שם, פסקה 3.

30 ע"פ 7024/93 פלח נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(1) 2.

31 גור-הדין, לעיל הערה 11, פסקה 5.



עברת ההתחזות.<sup>32</sup> סעיף 34 לחוק העונשין, שעליו הסתמך בית המשפט בבואו להבהיר את השינוי בעקרונות הפדשנות, קובע: ”ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין.”<sup>33</sup> בהסתמכו על סעיף זה הדגיש בית המשפט את המילים ”לפי תכליתו”, אך בכך בחר לא לתת משקל מכריע לסיפא של הסעיף, שלפיו העניין יוכרע לפי הפירוש המקל עם הנאשם.<sup>34</sup>

בסיכום ניתוחה של סוגיה זו ציין בית המשפט ”למעלה מן הצורך” שגם אילו קיבל את טענת הסניגור שאין להדשיע את אלקובי בעברת ההתחזות, היה ניתן להדשיעו<sup>35</sup> בעברת קבלת דבר במרמה לפי סעיף 415 לחוק העונשין,<sup>36</sup> כפי שאכן געשה במקרה של הדרווי הנשוי שהתחזה ליהודי דווק (עניין אל שעבי) שעליו הסתמך המערער.<sup>37</sup> גם אם נקבל את הפרשנות החדשה שאימץ בית המשפט, עולה השאלה: האם היה נכון להדשיע את אלקובי בעברת ההתחזות לאדם אחר בכונה לתונת? את הרעיון כי ניתן להדשיע בעברה זו גם כאשר אין מדובר באדם מסוים, אלא באדם פיקטיבי, פיתחה מריס גורי-אריה במאמר שעליו הסתמך בית המשפט בהרשעתו זו. גורי-אריה ביקרה, בעקבות פסק-הדין בעניין אל שעבי, את אי-הכרת הפסיקה בהתחזות לדמות פיקטיבית כמקומה

32 דא סעיף 20(ב) לחוק יסודי השפיטה, ס”ח 1110, 78, התשמ”ד, הקובע כי ”הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, וזאת בית המשפט העליון”. בית המשפט המחוזי בתל-אביב חזר בשנת 2001 על הקביעה כי עברת ההתחזות כאדם אחר דורשת שאותו אדם יהיה אמיתי, ולא בדוי. דאן ת”פ (ת”א) 40250/99 מ.ג. נ’ בן קאסם בדין (לא פורסם), פרק שנים-עשר לפסק-הדין, פסקה 2. עם זאת, בת”פ 01/40191 מדינת ישראל נ’ אנואר (לא פורסם), הורשע אדם בעברת ההתחזות על-סמך העובדה שהציג את עצמו ”בשם בדוי”. בית המשפט לא דן בפסק-דין זה בשאלת קיומו או אי-קיומו של האדם שמאחורי השם הבדוי ובמשמעות המשפטית של עובדה זו. בתפ”ח (ת”א) 1010/01 מדינת ישראל נ’ פדר (לא פורסם) הורשע בעברת ההתחזות נאשם שביצע עבדות מין בנשים בהציגו עצמו כ”מדריך חתנים”. בית המשפט שהרשיעו לא דן כלל בשאלה המשפטית של מידת הצורך בקיומו של האדם שאליה התחזה.

33 סעיף 34 לחוק העונשין.

34 כנראה שבית המשפט התכוון לומר שהפדשנות הדורשת התחזות לאדם ספציפי אינה לדעתו פרשנות סבירה לפי תכלית ההוק. לדיון ביחס בין התלקים השונים של סעיף 34 לחוק דאן דנ”פ 1558/03 מדינת ישראל נ’ אסד (טרם פורסם), פסקות 15-19 לפסק-דין של הנשיא ברק, פסקות 5-11 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (דעת מיעוט).

35 מכות סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ”ב-1982, ס”ח 143, 143. המתיר להרשיע נאשם בעברה שאשמתו בה התגלתה מהעובדות שהוכחו לפניו, אף אם עובדות אלה לא נטענו בכתב-האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן. עם זאת ספק אם היה ראוי להפעיל סעיף זה במקרה כמו זה הנוכחי, שבו נמסרה הודאת הנאשם במסגרת הסדר-טיעון שעסק בסעיפי חוק אחרים.

36 סעיף 415 לחוק העונשין קובע עברה של קבלת דבר במרמה. ”דבר” מוגדר בסעיף 414 לחוק העונשין ככולל, בין היתר, ”שובת הנאה”. ”מרמה” מוגדרת באותו סעיף כ”טענת עובדה בעניין שבעבר, בחוזה או בעתיד, הנטענת בכתב, בעל פה או בהתנהגות, ואשר הטוען אותה יודע שאינה אמת או שאינו מאמין שהיא אמת”.

37 גורי-הדין, לעיל הערה 11, פסקה 5.

את עבדת ההתחזות לאזור. היא סברה שהפרשנות שבה נקט בית־המשפט לא הכירה דיה כהשפעת ההתחזות על קורבן ההונאה. קיומו או אי־קיומו במציאות של האדם מושא ההתחזות, טענה גור־אדיה, אינו מעלה ואינו מוריד מכתובתו של קורבן ההונאה.<sup>38</sup> על־כן הציעה גור־אדיה, לעניין עברת ההתחזות, את המבחן הבא: אם אימץ העושה לעצמו כמצגו זהות מסוימת השונה מזוהתו הוא והמייחדת אותו מאחרים, והקנה לה אפיונים שביכולתם להשפיע על קורבן ההונאה, יהיה ניתן לומר עליו שהציג עצמו בשקר כאיש אחר בלי קשר לשאלת הקיום הפיזי, בהווה או כעבר, של בעל אותה זהות מוצגת. לצורך הקביעה מהי זהות מסוימת השונה מזוהתו הוא והמייחדת אותו מאחרים, תשכ"ה-1965,<sup>39</sup> שלפיו מדדים לבדיקת זהות יכולו שם, לאום, דת, מצב אישי, מקום ותאריך לידה, מען וכדומה.<sup>40</sup> גוסיף עור כי לפי סעיף 2(א) לחוק מרשם האוכלוסין, גם המין יירשם כמרשם האוכלוסין. על כסיס פרשנות ראויה של עבדת ההתחזות, ולחלופין על־פי המבחן שהציעה גור־אדיה, האם אכן היה נכון להרשיע את אלקובי בעבדה זו?

האם התחזה אלקובי לאדם אחר? האם התחזה לאדם פיקטיבי? כקובעו כי היה נכון להרשיע את אלקובי בעבדה זו, בית־המשפט קובע למעשה כי הבחור שהציג עצמו כ"קובי" הוא אדם פיקטיבי, אדם שאינו אמיתי. בית־המשפט, שמתייחס לחן, יש להרגיש, בלשון נקבה, קובע כי חן אלקובי הכתורה התחזתה לאדם אחר, פיקטיבי, הוא קובי הבחור, וכי בהתחזות זו היה משום אימוץ זהות מסוימת השונה מהזהות האמיתית של חן. התייחסות זו לקובי הבחור כאל אדם פיקטיבי נתמכת בעובדות המפורטות בגור־הדין: "הנאשמת, כמלות בית־המשפט, "שהייתה לבושה כגבר, הציגה עצמה בפני הכנות כגבר כשם 'קובי', תוך שהנאשם [יריד של חן - א"ג] 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 כרכר זהותה של הנאשמת כאשה, היא הדפה חשדות אלה בהסבירה כי יש לה כת דודה בשם חן אלקובי הדומה לה מאוד, וכי אנשים מתבלבלים ביניהם".<sup>41</sup>

האם עוברות אלה מצדיקות את ההרשעה בעברת ההתחזות הרודשת כוונה להונות? כזכור קבע בית־המשפט כי "מי שמציג עצמו כזכר, למרות שיש לו אברי מין נקביים - ללא ספק אחר הקריטריונים המקובלים כיום להבחנה בין זכר ונקבה - ממלא אחד היסוד העובדתי של 'התחזות'.<sup>42</sup> נראה שההתמקדות של בית־המשפט היתה במה שהוא כינה הצגתו של קובי כזכר (ולא כהצגתו בשם שונה משמו הרשום כשלעצמו). יש לתת את הרעת על כך שכית־המשפט ציין כוהירות שאיכרי מין הם אחד "הקריטריונים המקובלים כיום" להבחנה בין זכר ונקבה, וכך הוא פותח לדיון את השאלה אילו הם הקריטריונים הנוספים. ייתכן שבכך באה לירי כיסוי תשומת־הלב של בית־המשפט למה שהוא כינה בתלק אחר של גור־הדין "התופעה של זהות מינית לא ברורה ומעכר בין המינים"

38 גור־אדיה, לעיל הערה 29, בע' 674-675.  
 39 ס"ח 466, 270 (להלן: חוק מרשם האוכלוסין).  
 40 גור־אדיה, שם, בע' 677-678.  
 41 גור־הדין, לעיל הערה 11, פסקה 1.  
 42 שם, בפסקה 3.

וההתפתחות התיאורטית בתחום לימודי המגדר והתיאוריה הקווירית.<sup>43</sup> אך אף-על-פי שציין את איברי המין רק כאזור הקריטריונים, מתברר שבסיבומו של דבר הוא מוצא את הקריטריון הזה כמכריע. יתר על-כן, בית-המשפט, ששמע על המונח "מגדר", פוגה דווקא לאיברי המין כאל אמת-מידה להבחנה בין זכר ונקבה, וכעילה להרשעתו של אלקובי, לגובה העובדה שבלשונו של בית-המשפט, היתה חן לבושה כגבר, הציגה עצמה כגבר, התחזתה לגבר ודיברה בלשון זכר. אך האם התלבשות כגבר והצגה עצמית כגבר עולות ברי הצגה עצמית כזכר? איברי המין, לפי בית-המשפט, הם אחד הקריטריונים להבחנה בין זכר ונקבה, קרי בין המינים. אלקובי, מלמד אותנו בית-המשפט, מילאה – לפי שיטת בית-המשפט – תפקיד מגדרי של גבר (לבוש, דיבור, התנהגות). האם היא הציגה עצמה בכך כזכר? האם היא הציגה, לשיטתו של בית-המשפט, אדם פיקטיבי שאליו התחזתה? התפיסה ש"קובי" הוא אדם פיקטיבי שחן התחזתה אליו, וכי ההצגה המגדרית של אלקובי כגבר הינה התחזות, שכן יש לה איברי מין נקביים, מעוגנת בסיבומו של דבר בתפיסה שעושה דיוקציה של מגדר למין וסוברת שהתפקיד המגדרי נובע באופן טבעי מהמין, ושעל-כן מילוי תפקיד מגדרי השונה מזה שמסומן על-ידי איברי המין הוא בגדר התחזות לאדם פיקטיבי.<sup>44</sup>

תפיסה זו של בית-המשפט מתעזרת אם נפנה לעיין בתפיסות של מגדר ושל תיאוריה קווירית. בראש ובראשונה, בית-המשפט מערב בין הקטיגוריה "מין", שנהוג לראותה בעוסקת בהבדלים ביולוגיים וששאלת איברי המין עשויה להיות רלוונטית לגביה, ובין הקטיגוריה "מגדר", שעוסקת בהבדלים חברתיים-תרבותיים, וששאלת הלבוש, ההצגה והלשון רלוונטית לגביה.<sup>45</sup> ההתייחסות ל"קובי", בעל הזהות המגדרית הגברית, כאל "אדם פיקטיבי" מפני של"חן" יש איברי מין נקביים מגיתה את עליונות המין הביולוגי – שנתפס כ"טבעי" וכקובע כביכול את מגדרי האמיתי ואת זהותו האמיתית של אדם. גישה זו מעניקה למין הביולוגי מעמד מכריע לעומת משניותה של הזהות המגדרית בקביעת זהותו האמיתית של האדם. כך המגדר מוכפף לחלוטין למין ביולוגי ונגזר ממנו כביכול בדייקנות ובשלמות. לביקורת ולעזעור על תפיסה זו נדרשו תיאוריות רבות.

תובנותיה של ג'ודית באטלר, אחת ההוגות החשובות ביותר בתחומים של מגדר ותיאוריה קווירית, חושפות את הכשל שבניתוח של בית-המשפט. בעוד שחלק ניכר מהתיאוריה הפמיניסטית לפני באטלר עסק בצורך להבחין בין קטיגוריית המין, שנתפסה

43 שפ, בפסקה 12. לדיון בדברים שאמר בית-המשפט לעניין זה ראו להלן טקסט להערות 81-74.

44 על העירוב בין זכר ונקבה לגבר ואשה בפסיקה שעוסקת באנשים ששינו את מינם, ראו: Stephen Whittle "The Becoming Man: The Law's Ass Brays" *Reclaiming Genders: Transsexual Grammars at the Fin de Siecle* (London & New York, Kate More & Stephen Whittle Eds., 1999) 15, 18-21.

45 לדיון בהבחנה בין "מין" ל"מגדר" ראו דפנה יורעאלי, אריאלה פרידמן, הנרייט דהאן-כלב, חנה הרצוג, מנאר חסן, חנה גוזה, סילביה פוגל-ביזאווי "מבוא" מין מגדר פוליטיקה (1999) 9-11. לאחד הניתוחים הקלסיים של מגדר כחבניה חברתית, ראו: Suzanne J. Kessler & Wendy McKeena *Gender: An Ethnomethodological Approach* (Chicago & London, 1978, 1985).

כטבעית, לבין קטיגוריית המגדר, שנתמסה כהבניה חברתית, באטלר מציעה קריאה חדשה של היחסים ביניהם, ובעיניה, קטיגוריית המין אינה קיימת באופן טבעי ועצמאי, אלא דווקא מיוצרת על ידי המוסד החברתי של מגדר: באופן מסורתי, ההבחנה התיאורטית בין מין למגדר שימשה לפיתוח הטענה כי לעומת המין הביולוגי, המגדר הוא הבניה חברתית, ולכן אין הוא תוצאה מקרית או "טבעיו" של מין ביולוגי וגם אינו קבוע ויציב כמו מין. כבר מתפסה זו של מגדר עולה כי אף אם מחזיקים בתפיסה הבינרית של מין, אין נובע מכך ש"גבר" ייגדר באופן בלעדי מגוף זכרי או ש"אשה" תיגדר רק מגוף נקבי. יתר עליכך, 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-דאי של מין. כאשר מפתחים תפיסה של מגדר כעצמאי ממין, נובע מכך ש"גבר" או "גברית" עשויים לסמן גוף נקבי כאותה מידה שבה הם עשויים לסמן גוף זכרי, ו"אשה" או "נשי" עשויים לסמן גוף זכרי כאותה מידה שבה הם עשויים לסמן גוף נקבי.<sup>46</sup>

באטלר צועדת צעד נוסף מעבר לתוכנה זו, וטוענת שאפילו קטיגוריית המין עצמה אינה רבר "טבעי", במובן של היותה קדם-חברתית. הקטיגוריה של מין הינה 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 קטיגוריית 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 ככה שאינו מוכנה כביכול, אלא "טבעי".<sup>47</sup>

באטלר מציעה להבין את המגדר כפרפורמטיבי-ביצועי (performative), וכאפקט של סימון גופני: המגדר נוצר באמצעות פעולות ומחזות, באמצעות מצגים, אלה מייצרים את האשליה של גרעין פנימי של מגדר. הפרפורמנס (המצג) מייצר את הזהות שהמגדר מתיימר להיות: הביטויים שמתיימרים להיות התוצאה של מגדר הם למעשה אלה שמכוננים את הזהות המגדרית בצורה פרפורמטיבית. כשאשה לובשת בגדי אשה, מדברת בלשון אשה, היא מייצרת עצמה כאשה. לגוף הממוגדר אין אם-כן מעמד אונטולוגי בנפרד מן הפעולות השונות המכוננות את ממשותו.<sup>48</sup> אם הסימנים המגדריים אינם הבעתיים (אקספרסיביים), אלא מצגיים-ביצועיים, הם מכוננים למעשה את הזהות שהם מתיימרים לכבא, ואין בסיס לטענה שקיימת זהות אחרת מזו המוצגת, קודמת לה ואמיתית ממנה.<sup>49</sup> ה"דראג", לפי באטלר, הושף את המבנה החיקויי הבסיסי ואת הפרקטיקה החיקויית של המגדר עצמו, ומאפשר להבין שהמגדר הוא תמיד חיקוי, שכן הדראג נועץ טרזן בין מין אנטומי לבין הופעה מגדרית. דראג, בעיני באטלר, אינו חיקוי או העתק של מגדר

Judith Butler *Gender Trouble* (New York & London, 1990) 6, 112 46

Butler, *ibid.*, at pp. 6-7 47

Butler, *ibid.*, at pp. 25, 135-140 48  
 מיגדר" [קטע] מכאן (מתרגמת: דבנה רו, תשס"א, כרך ב) 202, 208-210; עמליה  
 דו "חיקוי ציטוט והתנגדות: הצרות המגדריות של ג'ודית באטלר" מכאן (תשס"א, כרך  
 ב) 191.

Butler, *supra* note 46, at p. 141 49  
 שם, בע' 213.

קודם לו או אמיתי ממנו; דראג משעתק אותו מבנה של חיקוי שבאמצעותו נרכש מגדר מכל סוג שהוא. אין שום מגדר “נאות”, מגדר שהוא נאות למין אחד ולא לאחר, שהינו כביכול רכושו התרבותי של אותו מין, שכן כל רבישת מגדר הינה סוג של חיקוי. מגדר, ממשבה באטלר, הוא סוג של חיקוי שאין לו מקור.<sup>50</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 מבצע תמיד “חיקוי” של גבריות, בין אם איברי המין שלו זכריים ובין נקביים. לפיכך, אצל באטלר, לפרפורמנס של גבריות שזכר מבצע ולפרפורמנס של גבריות שנקבה מבצעת יש אותו מעמד אונטולוגי, שכן שניהם מהווים חיקוי במידה שווה, והאחד אינו אותנטי או אמיתי יותר מהאחר.<sup>51</sup>

עם זאת, ההופעה המגדרית היא הופעה כפויה, ולכן, התנהגות שאינה עולה בקנה אחד עם הנורמות שלה – הנורמות הטרוסקסואליות – גורדת, כפי שהמקרה של אלקובי אכן מראה, נידוי, ענישה ואלימות.<sup>52</sup> המעשים והמהוות שמהווים את הפרפורמנס נתונים למשטור חברתי חמור ביותר, שמגביל ומארגן אותם סביב שתי זהויות מגדדיות מקוטבות וייצובות, קרי גבר ואשה. המשטור המגדרי, שבאטלר מכנה “הפיקציה של קוהרנטיות הטרוסקסואלית”, הוא שמוליד את הכלל שמחייב הלימה בין מין ביולוגי, מגדר ותשוקה. 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 והתנהגות מיניות נאותות של אותו מין/מגדר.<sup>53</sup> בעקבות מוניק ויטיג (Wittig), באטלר מצביעה על כך שקטיגוריה המין (הטבעי כביכול) הברחית לקיום הטרוסקסואליות (הכפויה) כמוסד המאפשר את ניצול הנשים, מכיוון שרק אם מניחים את קיומו של הבדל מהותי ומבחין (“טבעי”) בין המינים ניתן להניח זיקה הכרחית ובלתי-גמגמת ביניהם, הנחה שהיא אקסיומה של ההטרוסקסואליות.<sup>54</sup> כך המערך שבאטלר מתארת, הבנוי על מיניות מגדרית ועל תפיסה שהתפקיד המגדרי נובע כביכול באופן טבעי ממין ביולוגי, בינדי אך הוא, הינו חלק ממנגנון הטרוסקסואליות הכפויה.

- 50 בטלר, לעיל הערה 1, בע' 336; זיו, לעיל הערה 48, בע' 197–137; Butler, *ibid.*, at pp. 137–138; ובתרגום: באטלר, שם, בע' 209–210.
- 51 זיו, שם, בע' 197.
- 52 בטלר, לעיל הערה 1, בע' 339.
- 53 Butler, *supra* note 46, at pp. 134–141; ובתרגום: באטלר, לעיל הערה 48, בע' 207–213; זיו, לעיל הערה 48, בע' 196.
- 54 Butler, *ibid.*, at pp. 1–34, 110–128; זיו, שם, שם. המונח “הטרוסקסואליות כפויה” נטבע על-ידי ארדיאן ריץ (Rich), ראו ארדיאן ריץ “הטרוסקסואליות כפויה והקיום הלסבי” מעבר למיניות: מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית (יאר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, ישראל מאיר תרגום, 2003) 73. לפיתוח של באטלר בנושאים אלה ראו גם ג' באטלר קוויר באופן ביקורתי (רפנה רוז תרגמה, 2001). לסקירת הגותה של באטלר ראו גם מירי רוזמרין “בין חזרה לשבתוב: ג'ודית באטלר והפרפורמטיביות של זהות” קוויר באופן ביקורתי (רפנה רוז תרגמה, 2001) 7. למיקום הגותה של באטלר בהתפתחות התיאוריות הפמיניסטיות והקוויריות ראו אייל גרוס ועמליה זיו “בין תיאוריה ופוליטיקה: לימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית” מעבר למיניות – מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית (יאר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, 2003) 9, 15–16.

תפיסה זו של מגדר כזהות שהיגה תמיר פרפורמנס, תמיד חיקוי, חושפת את הכשל בקביעת בית המשפט בי חן אלקובי האשה התחזתה לאדם אחר, פיקטיבי. עמדת בית המשפט מבוססת על ההנחה שהתפקיד המגדרי הנשי הייב לנבוע בטבעיות מאיברי המין הנקביים שיש לאלקובי. עמדה זו גותגת עריפות (אם לא בלעדיות) אונטולוגית לנקבה שממלאת תפקיד מגדרי של אשה על הנקבה שממלאת תפקיד מגדרי של גבר. הראשונה נחשבת אמיתית, השנייה הינה פיקטיבית או חיקוי. באטלר מצרערת על הריכוסומיה הכפויה הזאת בהציעה לראות את שתיהן כאמיתיות או פיקטיבות באותה מידה. לשיטתה של באטלר, חן אלקובי כבחורה הינה לא פחות פרפורמנס ולא פחות התחזות – וגם לא יותר אמת – מחן אלקובי כבחור. הרשעת אלקובי בהתחזות מייצגת גם את תמיכת בית המשפט בהטרסקסואליות הכפויה כפי שתוארה איתה באטלר: מהדיון בעברת ההתחזות בגזר הדין עולה תפיסה של המגדר כבינודי וכנבוע מהמין, ושל התפקיד המגדרי הנשי כנבוע באופן טבעי ואמיתי מאיברי המין הנקביים. אלה תפיסות שעומדות בבסיס ההטרסקסואליות הכפויה, והן חוזרות וכופות את מערכת הסדר ההטרסקסואלי על חן אלקובי. לאור זה אפשר להבין את הסתמכותו של בית המשפט על איברי המין הנקביים כקריטריון הוות 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 איברי המין הזכרי לזה הנקבי, והבחירה בהם כקריטריון מכריע מבטיחה שימוד של סדר המין ההטרסקסואלי.

אך הבחירה באיברים אלה כקריטריון המכריע של הזהות המגדרית מעלה שאלות קשות לגבי הרשעתו של אלקובי בעברת ההתחזות. זה המקום לציין כי בכתיב האישום, פרט להתייחסות לאלקובי כאל "הנאשמת", ולכך שהנאשם השני, ידיד של אלקובי, "ירע כי הנאשמת [...] היא בחורה",<sup>55</sup> לא נטען בשום מקום שאלקובי, שהתחזתה כדברי כתבי האישום לגבר, הינה אשה. למעשה, אף לא נטען שמינה הביולוגי הוא נקבה. מינו של אדם רשום במרשם האוכלוסין<sup>56</sup> ורישום זה הוא ראיה לכאורה לנכונותם של פרטי הרישום.<sup>57</sup> עליפי תיק, כל הודעה על לידה, וזו בוללת את מינו של הנולד – זכר או נקבה, נמסרת לפקיד רישום במרשם האוכלוסין על ידי האחראי על המוסד שבו אירעה הלידה, או אם אירעה במקום אחר, על ידי הורי היילוד, הרופא והמיילדת שטיפלו בלידה.<sup>58</sup> הרישום שנעשה על-סמך המידע שמסרו אלה הוא כאמור רק ראיה לכאורה. שאלת המין של חן אלקובי לא הוכחה אם-כן בבית המשפט אף כי הרישום יצר ראיה לכאורה לגבי המין של חן אלקובי כנקבה. אך גם אם כך, ראיה לכאורה זו אינה אימרת דבר לגבי היות חן אלקובי גבר או אשה מבחינת הזהות המגדרית. עלימנת להרשיע את אלקובי בעברת ההתחזות, גם לפי הפרשנות שנתן לה בית המשפט, היה צורך לטעון עובדות אלה. עם

55 גזר הדין, לעיל הערה 11, פסקה 1.

56 סעיף 4(2) לחוק מרשם האוכלוסין.

57 סעיף 3 לחוק מרשם האוכלוסין.

58 סעיף 6 לחוק מרשם האוכלוסין; תקנות מרשם האוכלוסין (הטפסים להודעת לידה ופטירה), התשל"ב-1972, ק"ת 2858, 1267. חוק מרשם האוכלוסין כולל גם הודאות בדבר שינוי של רישום קיים. בהקשר של מאמר זה מעניין לתת את הדעת על ההנחות המגדריות שביסוד חוק מרשם האוכלוסין העוסק ב"רופא" שהוא תמיד זכר וב"מיילדת" שהיא תמיד נקבה. תודה לרונן וודליוגר שהפנתה את תשומת-ליבי לנקודה זו.



זאת, בשל עסקת-הטיעון שבמסגרתה הודה אלקובי בבת-האישום המתוקן, לא הגיע הרבר לכלל דיון.

קביעת המין – או המגדר – של אדם לצרכים משפטיים הינה שאלה מורכבת במיוחד כשאנו עוסקים באנשים שאינם מתנהלים לפי הזהות המגדרית המצופה מהם. המונח "טרנסקסואל" משמש בינוי לאנשים ה"משנים את מינם" מהמין הביולוגי לתוכו נולדו (המונח מקושר היסטורית לאנשים שעברו או מתעתדים לעבור טיפול רפואי, לרבות ניתוח, למטרת שינוי המין), והמונח "טרנסג'נדר" משמש בצורה רחבה יותר במונח ביסוי כולל לתיאור אנשים החוצים בצורה זו או אחרת את גבולות המין והמגדר אף אם לא "שינו את מינם" בצורה רפואית.<sup>59</sup> אדון בקטיגוריות אלה בהמשך. אך יש לתת את הדעת על כך שהמשמעות של רישום המין אינה מוגבלת לאנשים שמשנים את מינם: הבעיה נעוצה בעצם הקביעה שכל אדם אמור להירשם בזכר או כנקבה. קביעה זו משקפת את התפיסה הבינרית של מין, המיוצרת לפי באטלר על-ידי עקרון הטרוסקסואליות הכפויה ונחוצה לה לשימורה. המשפט מניח אם-כן תפיסה בינרית של מין ושל מגדר אף שהמציאות מורכבת יותר, הן לגבי מין והן לגבי מגדר. המין, הנחשב לביולוגי ול"פשוט", שגורשם במרשם האוכלוסין, גורשם לרוכ על-פי הגניטליה (איברי המין) של הנולד. אולם סינוך הויהווי באמצעות גניטליה קורה בהולדת אינטרסקסואלים (שכוננו בעבר "הרמפרודיטים"), שנולדים עם אנטומיה שאינה זכרית או נקבית במובהק ועם איברים לא-ברורים. יילודים אלה מנותחים לעיתים קרובות כדי "לתקן" את הגניטליה ולעשות אותם לזכר או נקבה "ברורים".<sup>60</sup> יתר על-כן, אף כי קביעת המין נעשית לרוב לפי הגניטליה, יש למעשה כמה גורמים שקובעים את מינו הביולוגי של אדם: (1) מין כרומוזומלי או גנטי – XY או XX; (2) מין גונדלי – 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 פגוטיפי – שיער פנים וחזה או שדיים. לאלה מצטרפים גורמים נוספים הקובעים את הזהות המינית של אדם מעבר למין הביולוגי: המגדר שניתן לאדם ושהוא גדל לתוכו, והזהות המינית שלו בתפיסתו העצמית. גורמים אלה תופסים אצל רוב האנשים, אך לא אצל כולם.<sup>61</sup> אנשים אינטרסקסואליים באמור הם באלה שיש אצלם דו-משמעות או אי-מובהקות באחד מששת הגורמים הביולוגיים, או לחלופין אי-התאמה בין הגורמים לבין עצמם.<sup>62</sup> המונח טרנסקסואל, ובאופן רחב יותר טרנסג'נדר, משמש לתיאור אנשים שאין אצלם התאמה בין המגדר ותחושת הזהות המינית בתפיסתם העצמית ובין המין הביולוגי כעולה מהגורמים השונים הקובעים אותו.<sup>63</sup> לצד העובדה

59 ראו: Judith Shapiro "Transsexualism: Reflections on the Persistence of Gender and the Mutability of Sex" *Body Guards: The Cultural Politics of Gender Ambiguity* (New York & London, Julia Epstein & Kristina Straub Eds., 1991) 248; Andrew Sharpe *Transgender Jurisprudence* (London & Sydney, 2002) 1-2

60 Julie Greenberg "Therapeutic Jurisprudence: Defining Male and Female Intersexuality and the Collision between Law and Biology" *41 Ariz. L. Rev.* (1999) 265, 271-275

61 Greenberg, *ibid.*, at p. 278

62 Greenberg, *ibid.*, at p. 281

63 Greenberg, *ibid.*, at pp. 289-291

שווריאציות בתוך הגורמים הקובעים את המין הביולוגי מערערות על התפיסה הבינרית של מין, המחקר האנתרופולוגי וההיסטורי מערער על התפיסה הבינרית של מגדר, ומתוק את טענתה של באטלר כי הבינריות הזאת היא תוצאה של סדר חברתי מסוים, והיא מייצרת, ולא משקפת, סדר שנתפס כטבעי. במציאות קיימות וריאציות רבות יותר של מין ומגדר מאלה המתבטאות במערכות הבינריות שלהם. וריאציות אלה נמתקו במידה רבה מן התורעה המערבית המודרנית לטובת דימורפוזם (דו־צורתיות) מיני.<sup>64</sup>

שאלת הזהות המשפטית של אנשים ששינו את מינם הציבה אתגרים לפני תפיסה בינרית דומיננטית זו של מין ומגדר. בתי־משפט במדינות שונות עסקו רבות בסוגיה של הכרה בזהות המין של טרנסקסואלים. השאלה עלתה לצורך סוגיות כגון רישום בתעודות ובמסמכים שונים, למשל דרכון ורשיון נהיגה, אך גם לצורך שאלת תוקפם של נישואים: במדינות שמכירות רק בנישואים בין גבר לאשה, השאלה אם הטרנסקסואל הוא גבר או אשה הינה רלוונטית לקביעת תוקפם של הנישואים.<sup>65</sup> דיון מקיף בפסיקה בעניין זה יתרוג ממסגרת המאמר הנוכחי, אך אציין שאף כי הפסיקה המשווה נטתה בעבר לא להכיר בזהות המגדרית החדשה שאימץ טרנסקסואל, במיוחד כאשר רובר בנישואים,<sup>66</sup> פסיקה חדשה יותר מבתי־משפט לאומיים<sup>67</sup> וכן מבית־הדין האירופי לזכויות אדם<sup>68</sup> דורשת מהמדינות הכרה בזהות החדשה, לרבות למטרות נישואים. אך גם פסיקה זו מוגבלת בעיקרה לטרנסקסואלים שעברו תהליך רפואי כלשהו של שינוי מין. עם זאת, במקרה של

- Gilbert Herdt (Ed.) *Third Sex, Third Gender: Beyond Sexual Dimorphism in Culture and History* (New York, 1996) 64
- לסקירות וניתוחים מקיפים של הפסיקה המשווה בנושא זה, ראו: Greenberg, *supra* note 60, at pp. 296–318; Sharpe, *supra* note 59, at pp. 39–134; Stephen Whittle *Respect and Equality: Transsexual and Transgender Rights* (London, 2002) 1–18, 131–172; Whittle, *supra* note 43; Susan Keller "Operations of Legal Rhetoric: Examining Transsexual and Judicial Identity" 34 *Harv. C.R.-C.L. Rev.* (1999) 329; ראו גם מאגר הפסיקה בנושא: <http://www.transgenderlaw.org/cases/index.htm>
- פסקי־הדין המפורסם שייצג עמדה זו ניתן בבריטניה, ראו: *Corbett v. Corbett* [1970] 2 All E.R. 33 66
- ראו למשל באיסטריה: Appeal EA 97/2001 *The Attorney General for the Commonwealth v. Kevin and Jennifer* (21.2.2003) (Not published), available at <http://www.transgenderlaw.org/cases/InReKevinAppealDecision.pdf>
- בארצות־הברית ראו: Case 98-5375CA in *Re The Marriage of Michael J. Kantaras* (21.2.2003) (Not Published), available at <http://www.transgenderlaw.org/cases/kantarasopinion.pdf>; לניתוח החלטה זו ומשמעותה, ראו: Arthur Leonard "Transsexual Dad Wins Custody" *Gay City News* 6.3.2003–28.3.2003, available at <http://www.gaycitynews.com/gcn209/transsexualdadwins.html>. הסניגור הביא שתי החלטות אלה לבית־הדין הישראלי בעניין אלקובי, אך בית־המשפט לא מצא בהן כל רלוונטיות, כדבריו. ראו גור־הדין, לעיל הערה 41, פסקה 7.
- 68 *Goodwin v. United Kingdom*, 35 E.H.R.R. 18, 447 (2002). פסקי־דין זה שניתן ביולי 2002, חייב את המדינות להכיר בזהות החדשה של טרנסקסואלים באופן שונה מהותית מפסיקתו הקודמת של בית־הדין האירופי לזכויות־אדם.



טרנסקסואלים מאשה לגבר, הפסיקה החדשה אינה דורשת בהכרח ניתוח שכולל יצירת איברי-מין זכרי.<sup>69</sup> הנושא טרם נידון בישראל מבחינה משפטית. לפי המדיניות של משרד הפנים, טרנסקסואלים יכולים לשנות את מינם בתעודת הזהות רק לאחר ניתוח שינוי מין (Sex Reassignment Surgery). שינוי שם, לעומת זאת, יכול להתבצע גם ללא ניתוח לשינוי מין.<sup>70</sup> מבחינה זו, פסיקת בית-המשפט שהתייחסה לאלקובי באל אשה עולה בעיקרה בקנה אחד עם הפסיקה המשווה ועם מדיניות משרד הפנים, במובן זה שללא טיפול רפואי כלשהו לשינוי המין, אדם נחשב שייך למין הביולוגי שאליו נולד. עם זאת, וכניגוד לעמדת בית-המשפט, ניתן לדאוג בפסיקה המשווה החדשה שהזכרה לעיל תחילתה של גישה שמשתחררת מן ההתייחסות לגניטליה כאל הדבר המכריע. יתר על-כן, ההיתר לשינוי השם מציד – ולעובדה זו יש רלוונטיות למקרה אלקובי – שאין מניעה חוקית לאדם בישראל להציג עצמו בשם גברי אף אם איברי המין שלו נקביים.<sup>71</sup> אך כפוף להתפתחויות אלה, הפסיקה ומדיניות משרד הפנים מעוגנות בעיקרן באותה תפיסה בינרית של מין שתיארנו לעיל ובתפיסה של מגדר כנובע באופן "טבעי" מהמין הביולוגי וכמשקף אותו כל עוד לא התערב איזמל המנתחים לשינוי המצב. התערבות זו מחזירה על כנה את הסדר של הלימה בין הגוף – ולרוב איברי המין עצמם – וכין המגדר, ומטמנת את גבולות ההכלה של המעבר בין המינים במשפט המדינה. על תפיסה זו מעדעדים התובנות הפמיניסטיות והקווידיות לגבי מין, מגדר והקשר שביניהם, שנידונו לעיל, המחקרים ההיסטוריים והאנתרופולוגיים שבחנו את הסוגיה ורגמים אחרים של חציית גבולות המין, שאינם מנסים לייצר מחדש הלימה בין גוף ומגדר.

ראינו אם-כן בפרק זה את הבעייתיות שבקביעת בית-המשפט כי היה ניתן להרשיע את אלקובי בעברת ההתחזות, הן מבחינת הסטייה מהלכת אל שעבי והן מבחינת הבעייתיות של העמדה שלפיה חן אלקובי הינו מתחזה בכוונה להונות באשר הוא מציג את עצמו כגבר. כזכור, בית-המשפט ציין "למעלה מן הצורך" שגם אילו קיבל את עמדת הסניגור כי לא ניתן להרשיע את אלקובי בעברת ההתחזות, היה ניתן להרשיעו בעברת של קבלת דבר במרמה לפי סעיף 415 לחוק העונשין. כפי שנעשה בעניין אל שעבי, לעניין זה יש לציין כי לפי הלכת אל שעבי אכן ניתן להרשיע בעברה של קבלת דבר במרמה בנסיבות של קיום יחסי מין על-סמך מידע שאינו אמת, אך הפנייה לערוץ זה לא

69 ובכך, בין היתר, חשיבותם של פסקי-הדין בעניין *Kevin* ובעניין *Kantaros*, שבשניהם הוכרו אנשים שעברו ניתוחים לשינוי מין בגברים אף-על-פי שלא עברו ניתוח ליצירת פין.

70 ראלי סער "טרנסג'נדרים יוכלו לשנות שמם עוד לפני הניתוח" חדשות וואלה <http://news.walla.co.il/?w=90/560871>; 24.6.2004.

71 סעיף 10 לחוק השמות, התש"ז-1956, ס"ח 207, 94 (להלן: חוק השמות), קובע את זכותו של בגיד לשנות את שמו. לפי סעיף 16 לחוק השמות, אשר דשאי לפסול שינוי שם "אם סבור הוא שהשם החדש עלול להטעות או לפגוע בתקנת הציבור או ברגשותיו", המדיניות החדשה של משרד הפנים שאינה מגבילה שינוי שם של אנשים שלא עברו ניתוח מכירה אם-כן באפשרות של אדם להציג את עצמו, ולו מבחינת השם, כזהות המגדרית שהוא מזדהה איתה, ואינה רואה בשינוי שם כזה כנופל לגדר ההריגים שבסעיף 16 לחוק.

היתה פותרת את הקושי המהותי שבקביעה כי היתה זו מרמה מצידו של חן אלקובי להציג עצמו כגבר. אחזור לדיון בשאלת המרמה בהמשך דברי.<sup>72</sup>

### ג. "אתה חברה שלי": גזר-הדין על מגדר והסכמה

#### 1. מגדר

אחרי שקבע שהיה ניתן 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 באל התחזות ובהיות של אדם פיקטיבי. ב"הערה" על סוגיית המגדר התייחס בית-המשפט לעדויות שהובאו במסגרת הטיעונים לעונשו: 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 והיה כוזר, ובשנות הארבעים לחייה עברה תהליך לשינוי מין וכיום היא אשה; ועדותו של א"ט, ששירת בצה"ל כמדריך קרב מגע, ובית-המשפט הדגיש שהזהותו הגברית והשרידית אינה יכולה לדמו כי מאחוריה מסתתר מי שמוגדר עדיין בתעודת הזהות כ"נקבה". בית-המשפט הדגיש כי העדים לא הובאו במומחים, ולכן אין הוא מוצא לגכון להידרש לתופעת הטרנסג'נדרים ולהשלכותיה במישור המשפטי והחברתי, אך בכל-זאת מצא לנכון לומר מילים אחרות בנושא.<sup>73</sup> בהקשר זה ציין בית-המשפט שהתופעות של "זהות מינית לא ברורה והמעבר בין המינים" יעסיקו יותר ויותר את החברה, את המחוקק ואת בתי-המשפט, וכן הוסיף ואמר כי "בשנים האחרונות הוקמו באקדמיה [...] מחלקות וקתדראות העוסקות בטיבו ומהותו של הג'נדר. חידושי לשון כ'מגדר', 'תיאוריה קווירית' ועוד, כבר מתגלגלים על לשוננו מצוות אנשים מלומדה". אחרי שהוכיח סרטים אחדים שהציגו כדבריו את שבירת הזהות המינית ושטשוש הגבולות בין המגדרים, כגון מאדאם באטרפליי, משחק חודמעות, הכל אודות אמא ופדסיליה מלכת המדבר,<sup>74</sup> ציין בית-המשפט כי הוא מוכן לקבל את דברי העדים, כמו גם

72 דאו להלן בפרק ג.

73 התיבה "אתה חברה שלי" לקוחה משם שירה של יונה וולך (ראו יונה וולך "אתה חברה שלי" מופע (תשמ"ו) 62), והיא גם שמו של המופע והאלבום של שירי יונה וולך המולחנים שהוציא ערן צור (1997): "אתה חברה שלי / יש לך ראש של בחורה / ואתה בחורה בחורה / כמו שהילד המהוקק הוא / אמר לי בהערבה / את בחור בחורה / או להפך בחורה בחור... זה די מסתדר ביחד / הדי המוח מה שמשנה / ולא הצורה הגופנית / ביצים מדומות / המסתירות כוס תאוותני / או כוס / המסתיר ביצים..."

74 גזר-הדין, לעיל הערה 11, פסקה 11.

75 אך לא את הסרטים הרלוונטיים ביותר: "הסיפור של ברנדון טינה" (The Brendon Teena Story, 1998) ו"בנים אינם בוכים" (Boys Don't Cry, 1999). אלה, בהתאמה, הסרט התיעודי והסרט העלילתי שעסקו במקרה של ברנדון טינה, שגולד כנקבה. חי כגבר לפחות בחלק מחייו וקיים יחסים עם נשים. באשר התגלה חזבר, היה טינה קודבן לאלימות ולבסוף לרצח. על פרשה זו ראו להלן פרק ד, טקסט להערות 181-187.

את דברי הנאשמת (בלשוננו), בי הרגשתה בסרנסג'נדר היא בשל גבר כבל המובנים, והיינו הרגשת גבר הכלוא בגוף אשה. עם זאת, ולכך אשוב בהמשך, דחה בית המשפט את הטענה כי אין מוטלת על הסרנסג'נדרים חובה לגלות למי שהם מבקשים את קרבתו האינטימית ”את העובדה שהם בעלי אברי מין זכריים או נקביים”.<sup>76</sup> בית המשפט הבחין והדגיש מפורשות שאדם לא יואשם בהתחזות אם ייראה בזכר ויתנהג בזכר או ילבש בגדי גבר אף אם הוא בעל איברי מין נקביים (ולחיפך), 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 תחול חובת הגילוי של היותו ”זכר” או ”נקבה” כמה שבית המשפט מכנה ”המובן הצר והמקובל כיום בחברה”, שכן אחרת אין מתקיימת הסכמה חופשית ליחסים של בן-אב או בת-הווג.<sup>77</sup>

על פניו, בחלק זה של גזר-הדין, נראה שבית המשפט קיבל את הדגם הסרנסג'נדר של זהות ככלל ושל אלקובי בפרט: הוא ציין שאלקובי סובלת מבעיה בזהותה המינית, כעולה הן מדבריה והן מתזותה החיצונית, שהיא, כדברי בית המשפט, ”כחזותו של גער-גבר צעיר”. עובדה זו נתמכה בעיני בית המשפט בתסקיר קצין המבחן, שציין כי אלקובי חווה בלבול בין גטייתה להתנהג על-פי המגדר הגברי לבין הבנתה כי בסיטואציות מסוימות היא נדדשת להתנהג כבחורה.<sup>78</sup> לכאורה, היה בית המשפט אמור להתיר ולכבד את ההתנהגות הזאת, אולם למרות קביעות אלה, שלפיהן אדם יכול להיות לפי הזהות המגדרית התואמת את תחושתו ואת זהותו הפנימית והרגשית עד לרגע של קשירת קשר חברתי-אינטימי, אלקובי מוחזר להיות בחורה ואשה לכל אורך גזר-הדין: בית המשפט מתייחס אליו בלשון נקבה לאורך כל גזר-הדין,<sup>79</sup> בניגוד לקביעתו ברבר הצורך להתיר ולכבד את ההתנהגות המגדרית של אדם הנוהג לפי תחושתו וזהותו. גזר-הדין פותח בציטוט משירו של שלום הנך ”זו לא גברת זה ארון”, ומבשר ש”במקרה שלפנינו, נתברר כי הארון הוא גברת”.<sup>80</sup> כבר בפתיחת גזר-הדין מבשרים לנו אם-כן שאלקובי היא לא רק בעלת איברי מין נקביים, אלא היא גברת. כמוכן שההרשעה בהתחזות לאדם אחר, אדם פיקטיבי, אף היא שיללת 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 שבית המשפט קובע כי בדגיל לא יואשם אדם בהתחזות אם הוא חי לפי זהותו המגדרית הנבחרת, אלא באשר הוא קושר קשר חברתי-אינטימי עם זולתו. אם כך, לא ברור כיצד קביעה זו עולה בקנה אחד עם גיתות עברת-ההתחזות שהציע בית המשפט בגזר-הדין, שכן גיתות זה אינו מבחין ביסודות העברה, כפי שפירש אותם בית המשפט, בין הסיטואציה של ”קשר חברתי-אינטימי” לבין

76 גזר-הדין, לעיל הערה 11, פסקה 12.

77 שם, בפסקה 13.

78 שם, בפסקה 7.

79 אף-על-פי שלעדים נודה גדינברג וא”ש הוא מתייחס בלשון התואמת את הזהות המגדרית שלהב.

80 גזר-הדין, לעיל הערה 11, קטע הפתיחה.

סיטואציות אחרות. עברת ההתחזות כוללת אומנם 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 בוותת המינית התואמת את איברי המין שלהם בהתחזות גם בסיטואציות נוספות, שאינן כוללות קשר אינטימי. אומנם, יש לקרוא את ההרשעה צמיד להערה זו של בית-המשפט, אך ספק אם יש בהערה על-אורות המגדר כדי לשנות את קביעתו הפרשנית של בית-המשפט לגבי עברת ההתחזות. יתר על-כן, יש 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 לאינזוס, אלא גם בקשר למתלוננות שעמן פיתה יחסי ידידות ותכרות (ועם אהת מהן התנשק). לאור ההתייחסות לאלקובי כאל "גברת" לאורך גזר-הדין בולו, ולאור הקביעה שאלקובי הכתור הוא אדם פיקטיבי, הוא התחזות, נדמה שאבן "מגדר" ו"תיאוריה קווירית" נשארו בגזר-הדין, במידה רבה, כפי שכינה אותם בית-המשפט, מבלי משים ואולי עם משים, "חירושי לשון" ו"מצוות אנשים מלומדה" בלבד.

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 יחדר בית-המשפט ספרה זאת וקבע שרק בה חלה חובת הגילוי? נדמה שיש להבין מהלך זה לא רק בכך שבסקרת המין אנו מייחסים חשיבות רבה למין של בן-בת יהווג שלנו, אלא גם בכך 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.<sup>81</sup> במובן זה, תפיסת הגזילות המגדרית שבית-המשפט מציע מסויגת ומוגבלת, והיא מסתיימת במקום שבו תצייתם של גבולות המגדר מאיימת על ההומוסקסואליות הכפויה.

## 2. הסכמה

כזכור, לצד עברת ההתחזות, הודשע אלקובי בעברות נוספות של ניסיון לאינזוס ומעשה מגונה, וזאת על-סמך הודאת חוק העונשין הקובעת כי מעשה בעילה ייחשב אונס אם היתה הבעילה "בהסכמת האשה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות

81 אכן, בדונו בשאלת ההסכמה והיותה תלויה תרבות, הפנה בית-המשפט לפסקי-דין ומאמרים אקדמיים שעסקו בזכויות של הומואים ולסביות, ובכך דאיתו את העניין בולטת כעניין של מין הומוסקסואלי. שם, בפסקה 14, על הדרך שבה הומופוביה משפיעה על ההכרה בטרנסג'נדרים, ראו: Sharpe, *supra* note 59, at pp. 10–12, 89; Andrew Sharpe "Institutionalizing Heterosexuality: The Legal Exclusion of 'Impossible' (Trans)sexualities" *Legal Queeries – Lesbian, Gay and Transgender Legal Studies* (London & New York, Leslie Moran, Daniel Monk & Sarah Beresford Eds., 1998) 26.

המעשה<sup>82</sup>, ובי מעשה מגונה יהיה לפלילי אף הוא אם נעשה בנסיבות של הסכמה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה.<sup>83</sup> כתבי-האישום התייחסו למרמה בשאלה של מיהות העושה.<sup>84</sup> מאחר שהרשעות אלה היו במסגרת עסקת-הטיעון, ולהבדיל מן ההרשעה בעברת ההתחזות, לא בפר בהן הסניגור בשלב הטיעונים לעונש, לא נדרש בית-המשפט לתת החלטה מנומקת לגבי מידת יישומן במקרה זה. עם זאת, ב”הערה על מגרר ועל הסכמה לעניין עברות מין”, שהוא מצא לנכון לתת “לפני סיום” גזר-הדין, התייחס בית-המשפט במעט לשאלות אלה. בהקשר זה הוא קבע, באמור לעיל, שבצד שברגיל אין אדם חייב “לזהות”, כדברי בית-המשפט, את “מינו” לפני הסובב אותו, הרי “כאשר פלוגי קושר קשר חברתי-אינטימי עם זולתו, עליו לחשוף בפני הצד השני את היותו ‘זכר’ או ‘נקבה’ במובן הצד והמקובל ביום בחברה”, כאשר נוצרים יחסי אהבה וקשרים אינטימיים, קבע בית-המשפט, כל “הסכמה” של בן-אדם 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 פלוגי מקיים יחסים אינטימיים מבלי לסבד אוזנו/ה של בן-בת-הזוג אודות מינו הגנטי-ביולוגי, יראו בבך תרמית ומצג שווא ברבר ‘מיהות העושה’.”<sup>85</sup> גם דרישה מוצדקת לשינוי חברתי בהתייחסות לתופעת הטדנסג’נדים, כדברי בית-המשפט, אין בה כדי להחליף דרישה מוצדקת לספק הגנה משפטית לנשים כאשר זו נחוצה.<sup>86</sup> בית-המשפט מסבם ואמר: “מקום בו מתפתח קשר רומנטי-אינטימי-אירוטי בין שניים/שתיים, הוזהות המינית-ביולוגית של כל אחד מבני הזוג היא יסוד מהותי בקשר שביניהם. בנסיבות כאלו, הסתרת הוזהות המינית נתפסת כמעשה לא הוגן, בהולכת שולל בנקודה דלוונגטית היורדת לשורש היחסים בין השניים ומגיעה לכדי הטעייה ותרמית כאשר לטיב המעשה ולמיהות העושה. אי התערבות המשפט הפלילי במקרים כגון דא, אין פירושה השארת הרומנטיקה על כנה, כי אם הפקרה של קודבנות השופים למרמה.” רבדים אלה, מדגיש בית-המשפט, נאמרים הן לצורך מקרה זה והן בבחינת “הערת אזהרה” למקרים דומים בעתיד.<sup>87</sup> בהקשר המרמה יש להזכיר כי בית-המשפט ציין בגזר-הדין כי אמילו היה מקבל את הטענה כי לא ניתן להדשיע את אלקובי בעברת ההתחזות, היה ניתן להדשיעו בעברה של קבלת דבר במרמה.<sup>88</sup>

מתי אסיבן נוצרת מרמה לגבי מיהות העושה? בית-המשפט מציב בגזר-הדין דרישה לפני אלקובי והדומים לו להצהיר ברגע כלשהו על “הוזהות הגנטית-ביולוגית” ולחשוף את היותם “זכר” או “נקבה” במובן הצד 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 הבל, לפחות במסגרת קשר חברתי-

82 ראו לעיל הערה 10.  
 83 ראו לעיל הערה 9.  
 84 ראו לעיל הערות 9-11 והטקסט להן.  
 85 גזר-הדין, לעיל הערה 11, פסקה 13.  
 86 שם, בפסקה 14. בגזר-הדין נאמר: “דרישה מוצדקת שלא לספק הגנה משפטית לנשים.” אני מניח שהמלה “שלא” מיותרת, וכי מדובר בטעות-סופר.  
 87 שם, בפסקה 15.  
 88 ראו לעיל הערות 35-37, 72 והטקסט להן.

אינטימי, ועל האדם שחי בוהות 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 תווד לשאלת "האמת" שעלתה בהקשר הדין בעברת ההתחזות. האם הגניטליה של בני-אדם מספרת את האמת על זהותם, אמת שלעולם אין הם יכולים להימלט ממנה? מהי האמת לגבי אלקוביו א"ט, שהעיד לפני בית-המשפט במסגרת הטיעונים לעונש וסיפר על השינוי שעבר מבחורה לבחור, התייחס לגקודות אלה בעדותו, ואמר: "לדעתי אין כאן עניין של התחזות. מאז שאני זוכר את עצמי אני זוכר את עצמי כגבר", "אני תמיד מציג את עצמי כגבר. גם כשאני מציג את עצמי בפני בחורה שהיא הטרוסקסואלית לחלוטין. אני מציג את עצמי כגבר, לחלוטין, למרות שיש לי איברים של אשה. אני לא עברתי עדין ניתוח לשינוי מין. יש לי מסמכים שהצבא מקבל אותי כגבר, או היכן ההתחזות?" וכאשר נשאל לגבי יחסים עם בחורות, ענה: "למה שאביר מישהי ובפגישה הראשונה אנייר לה 'נולדתי כבחורה'? אף פעם בחיים שלי לא הייתי בחורה. אני מציג את עצמי בגבר. כשזה מגיע שאני מודיר את המכנסים, זה מגיע. לשאלה מה קורה אם בחורה חושבת שאני גבר וריאה שיש לי אברי מין נשיים אני אומר שיש לי תשובה של כמה דקות." עוד סיפר העד שהיו בנות שיצא איתן והן לא ידעו "את זה". כדבריו: "אני לא מרגיש את עצמי כנקבה ולא הרגשתי את עצמי כנקבה אף פעם." לשאלת התובעת: "בת הווג שלך אין לה זכות לדעת שהיא לא מתחילה עם גברי", ענה העד: "תסבירי לי מה זה 'אשה'".<sup>89</sup>

עדותו של א"ט מעלה אסיבן את השאלה מהו מינו – או שמא מגדרו – הקובע של אדם. נזכיר גם כי החלטת בית-המשפט אינה מתייחסת לשאלה אם חובת הגילוי חלה גם על טרנסקסואל שעבר ניתוח לשינוי מין, אדם ששוגו איברי המין שלו, 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 גור-הדין, את העובדה שעבר שינוי מין כשהוא מקיים קשר רומנטי-אינטימי-אירוטי? במבט ראשון נראה שקביעה זו בגור-הדין לא תחול עליו, שכן בית-המשפט הרגיש את אמת-המידה של איברי המין הקיימים בפועל בגורם מבריע 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 מזביל לרישום מין חדש בתעודת הזהות, אך ייתכן בהחלט שהטרנסקסואל המנותח שייך, מבחינה היבטים אחרים של המין הביולוגי, גם למינו הקודם, והרי בית-המשפט דיבר על הצורך לסבר את האונן על-אודות המין ה"נגטיבי ביולוגי". האם טרנסקסואל מנותח צריך לגלות שהמין הכרומוזומלי שלו אינו תואם את איברי המין שלו והזהות המגדרית שלו?

המישור השני מעלה שאלה רחבה יותר: מה עלינו לגלות על עצמנו כאשר אנחנו מפתחים קשרים רומנטיים-אינטימיים-אירוטיים עם אחרים? האם עלינו להציג בכל פעם מצג מלא על עצמנו? מהו מירע רלוונטי שחובה למוסרו ומה ייחשב מרמה (במובן של מרמה לגבי מיהות העושה בכל הנוגע בעברת האונס, או לחלופין כעילה להרשעה בעברה

89 פרוטוקול 2.9.03, לעיל הערה 18, בע' 12-13.



של קבלת דבר במרמה? שאלה זו כבר העסיקה את הפסיקה הישראלית פעמים אחרות. מקרה ידוע הוא ע"פ (ת"א) 157/98 ערן בן אברהם נ' מדינת ישראל,<sup>90</sup> שעסק באדם ששיקר לגשים אחרות ביחס להוננו, משפחתו ומקצועו. בן-אברהם הציג עצמו בשמות בדויים (ד"ר גמרוד מידן, גיל אסף, ד"ר ערן אסף), ואימץ לעצמו זהויות שונות: רופא נירולוג-מנתח, טייס בחיל-האוויר, רופא נירוכירורג מבית-החולים תל-השומר, מושבניק, אדם אמיד בעל אמצעים ורכוש, פסנתרן, מרצה בפקולטה לרפואה באוניברסיטת תל-אביב, והכל, כדברי בית-המשפט, על-מנת לפאר ולהאריך את שמו. מהעדויות של חלק מהגשים במשפטו עלה כי "עובדות" אלה, לרבות היותו של בן-אברהם, בביכול, רופא עשיר, הן ששבו את ליבן. בית-המשפט עמד על כך שבן-אברהם טווה מסכת שקרים וכזבים בדרך ערמומית ומניפולטיבית, והמשיך בדרך זו גם בעומדו על דוכן העדים בבית-המשפט. בית-המשפט מצא שקיים קשר סיבתי בין המצג הכוזב שהציג בן-אברהם לבין התוצאה של קיום יחסי המין, שכן הנשים נבנסו לקשר איתו לאחר שהאמינו לשקריו, ודיק על בסיס זה ניאותו לקיים עמו יחסי מין. בן-אברהם הואשם והורשע בעברה של קבלת דבר במרמה, ונפסק שה"דבר" שקיבל היה יחסי מין מלאים. בעברה זו הורשע גם הרוזני הנשוי שהציג עצמו כיהודי רווק בעניין אל שעבדי. בסעיף של קבלת דבר במרמה אין הגבלה של המרמה להקשר או לנושא מסוים, להבדיל מסעיף האונס במרמה, שם צריכה המרמה להיות לגבי מיהות העושה או מהות המעשה.<sup>91</sup>

פסקי-דין אחרים עסקו במרמה לגבי מהות המעשה, ביניהם עניין פלח שהוזכר לעיל, שעסק במקרה שבו ביצע המערעד מעשים אירוטיים בגוף המתלוננות בהטעותו אותן להאמין שהמעשים הם חלק מטיפול פסיכולוגי. בפסקי-דין זה קבע השופט קרמי שבאשר המרמה מביאה לידי מתן הסכמה לביצוע מעשה מיני כמעשה טיפולי בביכול, ואילו בפועל מתבצע "מעשה אירוטי לשמו", זה אינוס תוך מרמה לגבי מהות המעשה, וכי המונח "מהות המעשה" צריך לבלול גם את "אופיו" של המעשה מן ההיבט הנפשי הסובייקטיבי של העושה. פסיקה שעסקה בקטיגוריה של מיהות העושה קבעה כי התקיימה מרמה לגבי מיהות העושה במקרים שניתנה בהם הסכמה למעשים מגונים כאשר הנאשמים הציגו עצמם בצורה שקרית: במקרה אחד דובר באדם שהתחזה לרופא אף שרשיונו כרופא בוטל;<sup>92</sup>

90 (לא פורסם).

91 בעברה של קבלת דבר במרמה הורשע גם אדם כן שישים וארבע שיצר קשר עם נערה בת חמש-עשרה באמצעות האינטרנט תוך שהוא מספר שהוא בן 17. הנערה מסרה פרטים על עצמה, לרבות את שמה האמיתי, בהמשך קיימו השניים שיחות טלפוניות, ולימים נפגשו, אחרי שמלאו לה שש-עשרה שנה ואחרי שהוא גילה לה שהוא עצמו אינו נער, והם קיימו יחסי מין בהסכמה. ההאשמה לא נגעה ביחסי המין שהיו בהסכמה, אלא לכך שהוא קיבל פדטים אישיים וקשר אינטרנט וטלפון עם הנערה על-סמך הטענה שהוא גער בן 17. הנאשם הורשע במסגרת הסדר-סיעון ונידון למאסר על-תנאי. ראו ת"פ (ב"ש) 2741/03 מדינת ישראל נ' סער (טרם פורסם). עניין סער מעיד שהשאלה של הצגה מטעה של העצמי צפויה להיות נפוצה במיוחד במדיום האינטרנט, לאחרונה התפרסמה פרשה בדבר אשה שהציגה עצמה כגבר באתרי אינטרנט המיועדים להומואים, והניעה גברים להתאהב בה באמצעות האינטרנט, עד שלכסוף גילו שמדובר באשה. ראו שרית מגן "אהובי, את שקרנית" העיר 26.2.04, 46.

92 ע"פ 616/83 פליישמן נ' מדינת ישראל, פ"ד (טו) 449.

במקרה אחר הציג עצמו הנאשם ברב, איש דתי ומקובל העושה מעשי כישוף ועוזר לאנשים,<sup>93</sup> ובמקרה נוסף הציג עצמו הנאשם כעוסק באסטרולוגיה.<sup>94</sup> ככל המקרים האלה דובר למעשה במרמה לגבי עיסוקם של הנאשם, שהובילה להסכמת המתלוננות למעשים המגונים. רק מקרה אחד הידוע לי בפסיקה הישראלית עסק בהתחזות לבן המין האחר. מקרה זה הוא של קצין 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 אפורה מבושמת בבושם 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 מתמגע המיני, ולאור תשובתו החיובית, החקיים מגע נוסף. אך התגלו אצל החיילים חשדות, ולאחר שהתגלתה והותה האמיתית של "החיילת", הועמד הקצין לדין. במקרה זה נערכה עסקת טיעון שבמסגרתה הומרה עברת המעשה המגונה בעברות קלות יותר של התנהגות פסולה במקום ציבורי<sup>95</sup> והתנהגות שאינה הולמת.<sup>96</sup> הקצין לא טען – או לפחות לא קיבל הדבר ביטוי בהכרעות הדין – שהוא מזדהה או חש כאשה, וחזות 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 הקלות יותר "עניין תמוה", ובניגוד לעסקת הטיעון, הטיל על הנאשם עונש מאסר בפועל של ארבעה חודשים, שאותן ריצה הנאשם בעבודה צבאית.<sup>97</sup> בארצות-הברית התנהל בשנים 1994-1995 משפט שדמה במפתיע למשפט אלקיבי:<sup>98</sup> שון אוניל נולד כנקבה, אך חי כנער וקיים יחסי מין עם ארבע נערות. אחרי שגילו הנערות והריחו את העובדות על עביו של שון, נתפך מה שהיה רומן נעורים להאשמה

93 ת"פ (ת"א) 549/90 מדינת ישראל נ' רן ג'רבי, פ"מ נב(3) 494.  
 94 תפ"ח (ת"א) 4042/98 מדינת ישראל נ' ירושלמי (טרם פורסם).  
 95 סעיף 216(א1) לחוק העונשין.  
 96 סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, ס"ת 189, 171.  
 97 חא/96/134 התובע הצבאי נ' סרן י.א.; ע/96/241 סרן י.א. ג' התובע הצבאי הראשי.  
 98 וזאת בניגוד לקביעתו של בית המשפט שכתב-האישום פרש "מערכת עובדתית הדיגה ונגדיה במקומותינו, שדומה כי טרם גיאתה בישראל ובמדינות הים". דאו גור-הדין, לעיל הערה 11, פסקה 1. גם בבדיטניה התקיים משפט על רקע דומה: ג'ניפר סונדרס הואשמה והורשעה בתקיפה מגונה בקשר למערכות יחסים מיניות שקיימה עם שתי בחורות. אלה טענו שנתנו את הסכמתן למין על-סמך כך שסונדרס הציגה עצמה כגבר. סונדרס טענה שהמתלוננות ידעו שהיא אשה, וכי היא הציגה עצמה כגבר רק בנוכחות קרוביהן והביהן של המתלוננות, וזאת לבקשתן. סונדרס הורשעה בשנת 1991 ובדונה לשש שנות מאסר. בית המשפט לערעורים הפחית את עונשה לשנתיים מאסר על תנאי. *Regina v. Jennifer Lynne Saunders, Crown Court at Doncaster* (20 September, 1991); *Regina v. Jennifer Lynne Saunders Court of Appeal, criminal division, Royal Court of Justice* (12 June, 1992) (לא פורסם). פסקי-הדין מתוארים ומנותחים בהדחנה, ובאופן שמשליך גם על עניין אלקובי, במאמר: Anna Marie Smith "The Regulation of Lesbian Sexuality through Brasure: the Case of Jennifer Saunders" *Lesbian Erotics* (New York, Karla Jay ed., 1995) 162.



באונס. הנערות טענו שהן לא ידעו ששון הוא ”אשה ביולוגית”. כמו במקרה של אלקובי, גם במקרה של אוניל היה הנאשם בחור צעיר, בעוד שהמתלוננות היו מתחת לגיל שש עשרה. כמו אלקובי, הואשם אוניל בהתחזות וכן בתקיפה מינית. כמו במקרה אלקובי, הסתיים גם משפט זה בעסקת טיעון שבמסגרתה הודה אוניל בעברות פחותות יותר, וכמו במקרה אלקובי, גם במקרה זה התערבו בתיק פעילים למען זכויות טרנסג'נדרים והעידו בשלב הטיעונים לעונש. גודלו של אוניל שפר עליו עם זאת פחות משל אלקובי, שנידון לעבודות-שירות, והוא נידון למאסר בפועל של תשעים יום וכן למאסר על-תנאי.<sup>99</sup>

דנה פוגץ עומדת על הצורך לתת הגנה רחבה לנשים כאשר מדובר בתחום המיני. היא טוענת כי המשפט נטה להגדיר באופן צר מדי את המצבים שבהם סעות נראית כשוללת את ההסכמה שניתנה לכאורה על-ידי הקורבן. לדבריה, יש צורך לפרש (ואף לתקן) את החוק באופן שיכלול את נקודת-המבט של הקורבן כאחד מיסודות העברת, ואת לנוכח הצורך להגן על חירותה המינית של האשה ועל ההסכמה החופשית כמרכזיות ליישומה של חירות זו.<sup>100</sup> כך, בעניין המרמה בדבר מיהות העושה, פוגץ מציעה לקבוע את מיהותו של אדם כמודרכת מאותן תכונות שחשובות במיוחד לצד האחר, קרי לקורבן, לאשה הנאנסת, ואפילו אם נסתכל מנקודת-המבט של הגבר-הנאשם, התכונות שהוא חושב שיהיו חשובות במיוחד לאשה.<sup>101</sup> כך, בהקשר של עברת האונס במרמה, פוגץ מציעה לומר כי מתקיימת מרמה בקשר למיהות העושה כאשר המרמה נוגעת בנקודות הרלוונטיות ביותר בעיני האשה. לשיטתה, הכרה בחירות המינית של נשים מחייבת הכרה בחירותן להגדיר את התכונות הנראות להן חשובות ואת העובדות המהותיות בעיניהן במיהותו של בן-זוגן לקשרים אינטימיים. פוגץ שמה בכך את הדגש בקורבן ובשאלה אילו הן העובדות המהותיות לגביה, מעבר לעצם קיום המעשה המיני.<sup>102</sup> אם היתה מרמה בקשר לעובדות מהותיות לאשה, תיתכן לדעתה הרשעה פלילית, וזאת אם דוכח הקשר הסיבתי בין המרמה ובין ההסכמה וכן אם הוכח היסוד הנפשי אצל הנאשם, כלומר יוכח שהגבר חשד לפחות שהאשה אינה מסכימה.<sup>103</sup> לדבריה, שצוטטו בהסכמה על-ידי בית-המשפט בעניין אלקובי,<sup>104</sup> אי-מעורבותו של המשפט בתחום זה אין פירושה השארת הרומנטיקה על כנה, כי אם השארת קורבנות חשופים למרמה.<sup>105</sup> פוגץ אף מבקרת את ההעמדה לדין

99 המשפט של שון אוניל נודע כ: *People v. Clark* (Not Published) (שרון קלארק דיה השט שניתן לאוניל בלידתו). המשפט מתואר בפירוט במאמר Jennifer Nye "The Gender Box" 13 *Berkeley Women's L. J.* (1998) 226 (במאמר זה ניתן למצוא גם כמה הפניות לפרוטוקולים של המשפט). עוד על המשפט של שון אוניל, ראו: Patrik *California Sex Changes – Transgender Politics* (San Francisco, 2nd ed., 2003) 234–237.

100 דנה פוגץ "קרימינליזציה של גינוני חיזור מקובלים? מרמה, טעות הקורבן, והסכמה לעניין עבירות מין" מגמות בפלילים (אליעזר לדרמן עורך, תשס"א) 149, 150–154.

101 פוגץ, שם, בע' 171–172.

102 פוגץ, שם, בע' 176–177, 185–187, 193–194.

103 פוגץ, שם, בע' 196. דרישה זו עולה מסעיפים 19 ו-20 לחוק העונשין העוסקים בדרישת המחשבה הפלילית ובהגדרתה.

104 גזר-הדין, לעיל הערה 11, פסקה 15.

105 פוגץ, לעיל הערה 100, בע' 185.

בעניין בן־אברהם, שהתחזה לטייס, רופא וכולי, בעברה של קבלת דבר במרמה בלבד, וסוכרת שהיה מן הראוי להאשימו ולהרשיעו בעברת מין שמרמה מוכרת בה כשוללת הסכמה, הגנה על אשה ממניפולציות של גבר ותפיסה מהותית של חירות האשה מצדיקות במקרים מעין אלה לומר שהמרמה שללה את הסכמת האשה, ובי העברה של קבלת דבר במרמה אינה מספקת באשר החוק מונה עברות בעלות אופי מיני ברור שיש להגן בהן על אינטרסים ייחודיים.<sup>106</sup>

כיצד ניתן לבחון את המקרה של אלקובי במשקפי הפסיקה הקיימת ולאור עמדתה של פוגץ, שמציעה להרחיב את ההגנה על נשים בהקשר זה, עמדה שאומצה על־ידי בית־המשפט בעניין אלקובי? נדמה לי שאם נבחן את המקרה לפי הפסיקה הקיימת, ואפילו לפי גישתה המרחיבה של פוגץ, ספק אם יישומם של עקרונותיהן במקרה אלקובי יכול להצדיק הרשעה, להבדיל מאותם מקרים שבהם סיפר אדם שהוא טייס או רופא או רב או אסטרוולוג בעוד שלא היה כזה, שהוא רווק ויהודי בעוד שהוא נשוי ודרוזי, במקרה אלקובי נראה שבית־המשפט לא חלק על כך שאלקובי הציג עצמו כפי שהרגיש – דהיינו כגבר. הטענה שהוא הציג דבר־שקר, שבהתנהגותו היתה מרמה לגבי מיהות העושה, מניחה שמאחורי אלקובי עמדת אשה שהיא האדם האמיתי, אלקובי האמיתי). ספק עד כמה ניתן להשוות מצב זה לאדם שמרמה באופן פעיל וטוען לזהויות שאפילו הוא מודה אחר־כך שאינן שלו. נראה שמקרה אלקובי שונה מבחינה זו גם מהמקרה של הקצין שהתחזה לחיילת.<sup>107</sup>

ניתן לחשוב על מצבים נוספים שבהם ספק אם היינו סוברים שעל אדם לגלות ביוחמתו פרטים שונים, גם אם הם עשויים להיות חשובים בעיני האשה שעמה הוא מקיים יחסים: נאמר שאני אדם מזרחי ש"השתכננו" וחזיתי אשבנוזית; האם עלי לגלות עובדה זו לבת־זוג (או לבן־זוג)? אם זו עובדה מהותית ודליונשית לאשה בבחייתה עם מי לקיים יחסים, האם עלי להתחייב בפלילים אם איני מגלה עובדה זו, ומתברר שבת־הזוג רוצה להתקשר ולקיים יחסים אינטימיים רק עם אשכנזים (מטעמים גזעניים) האם, באשר יתגלה לבת־הזוג שאני מזרחי למעשה (או שגולדתי למשפחה מזרחית) יהיה ניתן לומר שבת־הזוג דימתה לגבי מיהות העושה? לפי המבחן של פוגץ, יידרש שהגבר לפחות חשד שהאשה אינה

106 פוגץ, שם, בע' 176–180.

107 עם זאת איני מנסה להציע כאן אופי ייחודי לזהות המינית־המגדרית. ייתכן מצב שבי אדם אכן חש וחי כיהודי אף שהוא דרוזי מבחינה חוקית, ומקרה כזה אולי דומה לעניין אלקובי. ספק רב יותר אם אפשר לומר אותו דבר לגבי אדם שחש שהוא רופא או חש שהוא רווק.

יש לציין גם כי בעניין בן־אברהם עמד בית־המשפט המחוזי על כך שהעברה של השגת יתסי מין במרמה הינה בעייתית בתזוים מעשי החיזור, ואל לה למערכת המשפט להיות זו שתכפה נידמות התנהגות מוסריות או "כללי חיזור" על הבריות. אולם, הרגיש בית־המשפט, "מקום בו עסקינן בשיטה של שקרים מתחלפים, הגעדרת תום לב והמשמשת ליציד נשים תמימות או שאינן תמימות, וקו הגבול שבין המותר לבין האסור נחצה, המוסר הופך למשפט והמערכות האזכמות נדרשות להתכבד ולהיכנס... מקרים שכאלו ראוי שיובאו לערכאות תוך שימת לב, כי רובם של המקרים, נראה כי ראוי שיזכו לסנקציה מוסרית חברתית, ואמון על מוסדות התביעה שידעו מתי החיזור הפך ליציד והאשה לקרבן... נראה כי רק המקרים הקיצוניים כמו זה שלפנינו הם אלה הראויים לבוא בפתחי בתי משפט." האם מקרה חן אלקובי מתאים למבחן זה?

מסכימה; אך האם קביעה כי במקרה שהגבר חשד שעובדת מוצאו העדתי משנה לאשה יהיה ניתן להרשיעו באינוס אינה מעניקה לגיטימציה לדעות קדומות ולגזענות? לחלופין, כאשר מדובר באשה שיצאה עם אדם שנראה יהודי והסתבר לה כי הוא ערבי: האם גבר כחכרה הישראלית צריך לחשוד שאשה יהודייה אינה רוצה לקיים יחסים עם ערבי, ועל-כן הוא עשוי להיות צפוי להרשעה אם לא יגלה לאשה את מוצאו הלאומי ביוזמתו? פוגין סוברת שלכל אשה הזכות לבחור לעצמה בן-זוג בעל תכונות הנראות לה חשובות מבלי שהמשפט יתערב כשאלת מוסריותם של שיקוליה, וכי כאשר מדובר בסולם ערכים ”לא-מוסרי” של האשה, הפתרון אינו צריך להיות אי-מתן הגנה משפטית לאותה אשה, אלא דרכים לבר-משפטיות, כגון חינוך.<sup>108</sup> עם זאת, דברים אלה נאמרו על-ידיה בהקשר של מקרים מהסוג של עניין בן-אברהם, שבו השיקול ה”בעייתי” של האשה היה, לשיטתה של פוגין, ככך שהיא ראתה את המין כמעין עסקה שבה היא נותנת את גופה תמורת יתרונות חברתיים או כלכליים. השיקול של אשה להעדיף טיים או רופא אין בו, לשיטתה של פוגין, כדי לפסול הגנה משפטית, בעיקר כאשר הוא מתקיים כחכרה בלתי-שוויונית, ושבה אשה רואה צורך לקדם את מעמדה בחברה באמצעות גבר שמעמדו – כך נרמה לה – גבוה משלה.

אני מסכים עם פוגין שנשים ש”הטאן” היה בכך שהן רצו טיים או רופא זכאיות להגנה משפטית, ושהפתרון ה”חינוכי” במקרה כזה אינו באי-מתן הגנה משפטית להן, אלא בדרכים לבר-משפטיות. עם זאת ספק אם נכון להחיל דברים אלה על מקרים שבהם השיקול של הנשים היה מפלה או גזעני, הן מאחר שיש בכך, כאמור, משום מתן לגיטימציה לדעות קדומות והן משום שההגנה על הנשים באה בכך על-חשבון הפגיעה כנאשם.<sup>109</sup> אם נאמר ששיקול מפלה על רקע עדתי או לאומי אינו פסול, אפשר לשאול אם אין הדבר דומה כאשר מדובר כדעה קדומה מהסוג שבאה לידי ביטוי במקרה אלקובי. הרעה הקדומה בפרשת אלקובי מתכסאת בשתי רמות: גם בכך שהמתלוננת על ”מרמה” שוללת את הגבריות ואת ההגדרה העצמית של אלקובי, וגם בכך שהמתלוננת ”מפלה” ביחסיה האינטימיים על רקע מין. הפליה אחרונה זו לא נראית כעינווה במכש ראשון כהפליה לאור ההרגל שלנו לחיות בעולם שבו המין של איבייקט התשוקה שלנו מרכזי לנו ולזהותנו. זה העולם של המיניות המודרנית שמחלקת אותנו להטרנססואלים ולהומוסקסואלים.<sup>110</sup> חלוקה דומיננטית כל-כך זו של כני-אדם לקטיגוריות האלה הופכת את ההפליה של מושאי התשוקה שלנו לשקופה ומעניקה לה לגיטימיות שנשללת מהפליה על רקע

108 פוגין, לעיל הערה 100, בע' 183-187.

109 נוסף על כך יש לציין כי ניתוחה של פוגין עוסק ביחסים בין גברים ונשים וכצורך להגן על נשים. השאלה עד כמה ניתוח זה ישים לעניין אלקובי תלויה גם בשאלה עד כמה מכירים בתן אלקובי כגבר.

110 על עלייתה של תפיסת המיניות המודרנית המחלקת אנשים לקטיגוריות של זהות (הטרנססואליות והומוסקסואליות) על-פי המין של אובייקט התשוקה שלהם, ראו: David Halperin *One Hundred Years of Homosexuality* (New York, 1990); דייוויד הלפרין ”הומוסקסואליות: קונסטרוקט תרבותי – דיאלוג עם ריצ'ארד שניידר” מעבר למיניות מכהר מאמרים בלימודים הומניסטיים ותיאוריה קווירית (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, עמליה זיו מתרגמת, 2003) 135.

עדתי.<sup>111</sup> בשתי הרמות האלה – שלילת יחסים עם מי שמשנה את מינו והפליה ביחסים למי המין – האם ההרשעה של אלקובי אינה נותנת הגנה מפני פגיעה שנתפסת או נחווית כפגיעה רק כי אנו חיים בחברה טרנספוּבית והומופובית?<sup>112</sup> האם הפגיעה במתלוננות (בהנחה שמקבלים את גרסתן העובדתית) היא פגיעה רק משים שהן לא ידעו על הגניטליה של אלקובי, או שמא מקורה גם בעובדה שהן נחשפו למין שנתפס במין הומוסקסואלי? האם הפגיעה נעוצה בעצם חווייתן של המתלוננות, או שמא התפיסה החברתית לגבי סוג היחסים שהן חוו "מכריחה" אותן לראות את החוויה כפגיעה? האם מה שהן חשו בלמי אלקובי (המשיבה, האהבה), שהניע אותן לקיים איתו יחסים, תלוי בדבר, דהיינו באיברי המין של קובי? גם אם נניח שהן רצו לקיים יחסים אך ורק עם "גבר", האם הדבר שמושך אותנו ל"גבריות" או ל"נשיות" הם בהכרח איברי המין, או מכלול של התנהגות מגדדית? מה מסתור מאחורי האידיאולוגיה שמסמנת את איברי המין כמכריעים לעניין הזהות המינית? האם הפגיעה שחוו המתלוננות היא תוצר של טרנספוּביה והומופוביה שקיימת גם אצלן? והאם פגיעת שזו בסיסה ראויה להגנת משפטית? העלאת שאלות אלה לא באה לשלול את חוויית הפגיעה של המתלוננות, שחשו מדומות 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 ומרוע? בשאלה: מתי הכרה בפגיעה שנפגע אדם אחד גוררת פגיעה באדם אחר? ובשאלה: מרו תפקידו של בית-משפט במערך מורכב זה?

ניתן לשאול שאלות דומות לגבי המקרה שהוזכר לעיל, מקרהו של הקצין שהתחזה לחיילת וקיים מין אורלי עם שני חיילים.<sup>113</sup> מצד הקצין היתה זו אומנם תרמית, אך האירוע שבו קיימו החיילים המתלוננים מין אורלי כשעניניהם קשורות מעלה את השאלה: מדוע יש חשיבות, במיוחד בסיטואציה מהסוג שתואר בפסק-הדין, למינו של שותפם של החיילים למין האורלי? בובה, אחד משני החיילים אף אמר לקצין שהוא נהנה מהמעשה, ולפיכך חזר עליו שנית. מדוע ברגע שמתברר כי הפה שעינג את איבר המין של החיילים שייך לקצין, ולא לחיילת, נהפך המעשה מאירוע של מין אנונימי מהנה לאירוע של "מעשה מגונה"? האם במין האנונימי הזה, או ביחסים בכלל, יש חשיבות לזהות המין או המגדר של השותף? איני מתכוון לטעון כי יש לשלול את התחושה המוצדקת של החיילים כי רובו, ואף לא לפרק את הקשר המיני או הווגי לאיברי גוף נפרדים ומנותקים, אלא להשתמש בסיטואציה זו כדי לשאול כיצד פועלים המגננונים החברתיים המאפשרים הרשעה של הקצין כאשר מתברר שהחיילת היא למעשה גבר, אך לא היו מאפשרים הרשעה אילו, למשל, היה הקצין מבטיח לחיילים מין אורלי מהנה וטוב ובמקומו היו מקבלים מין

111 עם זאת, הפליה על רקע לאומי מקבלת אף היא במידה רבה לגיטימיות בישראל בגלל הרומינגטיות של הלאומיות היהודית האתנוצנטרית ומקומם המרכזי של האיסורים הדתיים.

112 ראו דברי בית-המשפט כי שאלת ההסכמה הינה תלויה תרבות ומוסכמות תרבותיות והכרתיות, וייתכן שיחילו בה שינויים עם שינויי העיתים והתמורות ושינוי בהגים מיניים. ראו גזר-הדין, לעיל הערה 11, פסקה 14.

113 ראו לעיל טקסט להעדות 95–97.

אודלי גרוע, עליאף ההבדלים בין המקרים, גם במקרה זה, כמו במקרה אלקובי, הפגיעה היא אס-יכן תולדה של המערך החברתי שבא להבדיל בין הטרוסקסואליות להומוסקסואליות ולהבטיח את עליונותה של הראשונה. יתר עלי-כן, גם כשאנו יוצאים מנקודת-הנחה שהמין של השותף היה חשוב לתיילים במקרה של הקצין ולמתלוננות במקרה של אלקובי, השיבות שהיתה מניעה איתם לבחור מראש רק שותפים שהולמים את תשוקתם המינית, מהי המשמעות המגולמת בקביעה בדיעבד, אחרי שכבר קיימו יחסים (רומנטיים, מיניים או שניהם) ובהנחה שהיו שבעי-דיון מדיחסים כשלעצמם, כי אין אלה יחסים ההולמים את רגם תשוקתם? 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, עליפי מינם; במקום זאת ברצוני לבחון כיצד, אחרי שקיימתי יחסים עם מי שבתרתי לקיים עמו יחסים, הפרשנות שלי לגבי היחסים האלה ולגבי מידת התאמתם לתשוקתי משתנה לפתע כאשר עובדות חדשות מתגלות לגבי הזהות המינית (הביולוגית או האדרת) של בן-בת-הזוג, ולהבין מדוע וכיצד שינוי זה וזכה בהמשגת של פגיעה.

מהי אס-יכן פגיעה שראויה להגנה משפטית? בהקשר זה יש לומר כי אם התלונה לגבי עניין אלקובי כי החדר הפץ לאיבר המין של אחת המתלוננות בעוד זו סוברת שמוחדר לה איבר מין זכרי ביולוגי הינה נכונה, ייתכן בהחלט שמדובר באינטרס שלה הראוי להגנה. בזכור הכתיש אלקובי שהתקיים בכלל מגע מיני, וכן טען כי המתלוננת על החזירה ידעה את כל הסיפור על זהותו. אך אם נאמץ לצורך הריון את התזה העובדתית של כתב-האישום המתוקן, שעליפיו הורשע אלקובי על-סמך הודאתו (במסגרת עסקת-הסיעון), ייתכן מאוד שבחורה שסברה שהיא מקיימת יחסים עם גבר בעל פין, ולמעשה הוחדר לגופה איבר מין מלאכותי, עלולה לחוש פגיעה קשה ואמיתית. יתר עלי-כן, בעולם שבו אנו חיים (הכנוי על החלוקה בין הטרוסקסואליות להומוסקסואליות ובין גברים לנשים), למין של בן-הזוג שלנו יש לרוב חשיבות גדולה מאוד לגבינו; וייתכן שאם אכן סברה המתלוננת שאלקובי הוא גבר שנולד כזכר עם איבר מין זכרי, וזו היתה עובדה דלוונטית לגביה, מדובר לא רק בפגיעה מנקודת-מבטה, אלא גם בפגיעה שאלקובי היה יכול או היה צריך לצפות אותה ולהשד בה – אפילו אם הוא עצמו חש כגבר.<sup>114</sup> עם זאת, האין אנו שוגים כאן שוב במהותנות מגרדית ופלוצנטריות כאשר אנו מניחים שקיומו או אי-קיומו של הפין הוא הקובע לעניין זהותו של אלקובי? האם גם אדם שיש לו איבר מין קטן במיוחד חייב לדעות על כך? ומעבר לזה, השאלה היא: 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 בחזרות ולקיים יחסים עמין גם אם נקבל שהחדרת איבר מין מלאכותי במקום פין הינה פגיעה שראוי להגן מפניה, נרמה שמדובר במקרה זה במרמה בקשר ל”מהות המעשה”, ולא ל”מהות העושה”.

114 יתר עלי-כן, ניתן לטעון שכאשר אנו שואלים מהי זהותו של אדם במסגרת האינטרסובייקטיבית של יחסים, התפיסה של המתלוננת את אלקובי, משהתבררו להן העובדות על איברי המין שלו, הינה בעלת מעמד שווה-ערך לתפיסתו את עצמו כגבר. עם זאת נדמה שלכל הפחות, לצורך ההקשר הפלילי, יש לתת במקרה זה עדיפות להגדרה העצמית של אלקובי.

ובבל מקרה לא היה מקום להאשמה ולהרשעה בעברת המעשה המגונה (ובודאי לא בעברת ההתחזות), אלא רק בעברת הניסיון לאינזום בעניינה של המתלוננת על ההרירה.<sup>116</sup> במידה כן יש להזכיר שהמתלוננת שכקשר אליה הואשם אלקובי בעברת הניסיון לאינזום היתה קטינה שטרם מלאו לה שש-עשרה שנה בעת האירוע, וגם לכך – מעבר לעוברת שעצם קיום יחסים עמה מהווה עבדה<sup>116</sup> – עשויה להיות השלכה על שאלת ההסכמה והפגיעה. הדיון בצורך להביר בפגיעה במתלוננות משקף את המגמה הפמיניסטית לתת הגנה נרחבת לקורבנות של עברות מין, ולהבטיח שיוכלו לממש את הסכמתן במלואה. דנה פוג'י, שמייצגת עמדה זו, עומדת על כך שניתן לבקר את גישתה, מהווית שהיא מבנה "פוסט-פמיניזם", כמציגה "פמיניזם של קורבנות", הרואה את האשה כקורבן חסר ישע, ולא באדם בעל חירות. אך לטענתה, הגנה רחבה על האשה נחוצה דווקא כדי לאפשר לאשה חירות מינית אמיתית.<sup>117</sup> פוג'י מנסה אס-כן לשלב בין תובנות של הפמיניזם הרדיקלי לבין מה שמבונה לעיתים "פרו-סקס פמיניזם". הפמיניזם הרדיקלי, המזוהה עם הגותה וכתביה של קתרין מק'קינאון (MacKinnon),<sup>118</sup> מתייחס למיניות כאל אתר של שליטה גברית: גם משגל שאינו אונס הוא בעיניה צורה של שליטה גברית.<sup>119</sup> הצורך להגן על נשים מפני ניצול, הטורדה ואונס, ועיגונו בתפיסה הרחבה יותר של מין ומיניות כאחד של שליטה גברית, השפיעו על התפתחותה והרחבתה של רשימת ההסכמה בעברות מין.<sup>120</sup> אף בי איש אינו חולק על הצורך להגן על נשים מפני מין שאינו בהסכמה, ודם הפרויסקס פמיניזם סובר שהמאבקים של הפמיניזם הרדיקלי, ובמיוחד המאבק נגד פורנוגרפיה,

115 אגב, מעניין לתהות מה היתה התוצאה אילו היה מדובר במקרים הפוכים: מה היה קורה אילו היתה אשה מעוניינת בקיום יחסים לסביים עם אשה אחרת ולפתע היה מתברר לה שלאשה האחרת יש איברי מין זכריים? לתלופין, מה היה קורה כאשר גבר מקיים יחסים עם מישהי ומגלה להפתעתו כי לבת-זוגו איברי מין זכריים? האם היתה הפגיעה במקרים כאלה מקבלת אף היא הגנה משפטית? דוגמה אחרונה זו, שבה הנפגע לכאורה הינו גבר, מעוררת במיוחד תהיות לגבי האופן שבו היה המשפט מתייחס למקרה כזה. האם באופן דומה למקרה של אלקובי, או שמא באופן שונה, שכן המקרה של אלקובי וההרשעה בו מייצגים הגנה פטרנליסטית על נשים?

116 סעיף 346(א) לחוק העונשין קובע כי בעילת קטינה שגילה בין ארבע-עשרה לשש-עשרה הינה עברה. (בעילת קטינה צעירה מגיל ארבע-עשרה מהווה אונס. ראו סעיף 345(א)(5) לחוק העונשין.)

117 פוג'י, לעיל הערה 100, בע' 182.

118 Catherine MacKinnon *Feminism Unmodified* (Cambridge, MA & London, 1987); Catherine MacKinnon *Toward a Feminist Theory of the State* (Cambridge, MA & London, 1989).

119 MacKinnon *Toward a Feminist Theory of the State*, *ibid*, at p. 174.

120 להרחבת רשימה זו בעברת האונס במשפט הישראלי ראו ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מה(1) 302. לדיון ברשימת ההסכמה, ובפרט בפרשנות שניתנה לה בעניין בארי, ראו דון שפירא "דיני עונשין: מהתמקדות בפרט להכרעה במאבקים בין-קבוצתיים" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו (אריאל רוזן-צבי עורך, 1997) 629; דפנה ברק-ארוז "האשה הסבירה" פלילים ו (תשנ"ח) 115, 125-130; יובל לבנת "אונס, שתיקה, גבר, אשה (על יסוד אי-הסכמה בעבירת האונס)" פלילים ו (תשנ"ח) 187; ארית קמיר "ואם בעל – קנה – סיפורי 'בעילה' והיבעות' בהוק העונשין" פלילים ו (תשנ"ט) 121, 153-155.



מציגים גישה חשדנית ושלילית אל המין, ואינם מקצים מקום, לצד הקטנת הסכנות האורבות לנשים, לתרחבת האפשרויות, תהודמנויות וההיתרים שיש להן לעונג מיני.<sup>121</sup> קתרין פרנקי (Franke) מצביעה ברוח זו על כך שהפמיניזם המשפטי פיתח, במיוחד בהשפעת מק'קינגון, תיאוריה רחבה על הזכות לומר "לא" למין, אך השאיר לאחרים – במיוחד לתיאוריות גיות וקוויריות – את פיתוח המחשבה של מהי המשמעות של אמירת "כן" למין. המין, למי תפיסה זו ברוחה של מק'קינגון, נהפך לאחד של סכנה בלבד. פרנקי סוברת שאסור לפמיניזם להשאיר רק לתיאוריה הקווירית את פיתוח המחשבה החיובית על מין, ובפרט את פיתוח המחשבה הבוחנת את הדרכים המורכבות שבהן הכחשה, בושה, שליטה, איסור, אובייקטיביזציה וכוח מאפשרים תשוקה ותענוג.<sup>122</sup> אכן, ניתן לומר בניחות פמיניסטי של עניין אלקובי כי ייתכן שלא היה בידי המתלוננות כל המידע לגבי הזכות המדויקת של אלקובי, וכי בכך נשללה מהן השליטה והבחירה המלאה; אולם מנגד אפשר אולי לשאול עד כמה אי-הוודאות לגבי זהות, טשטוש גבולות מגדריים ואובדן שליטה לגבי כל המידע הם גם חלק מעולם התשוקה, ועד כמה מחיקתם מגבילה את המינויות, לרבות זו הנשית. כדברי פרנקי:

"Desire is not subject to cleaning up, to being purged of its nasty, messy, perilous dimensions, full of contradictions and the complexities of simultaneous longing and denial. It is precisely the proximity to danger, the lure of prohibition, the seamy side of shame that creates the heat that draws us toward our desires, and that makes desire and pleasure so resistant to rational explanation. It is also what makes pleasure, not a contradiction of or haven from danger, but rather a close relation. These aspects of desire have been marginalized, if not vanquished, from feminist legal theorizing about women's sexuality."<sup>123</sup>

אכן, הגיתות הפמיניסטי של פונקי מגסה לבטא את הגישה של הרחבת האפשרויות המיניות לנשים, ובכך הוא מגסה לשלב בין הוויית השונות בתוך הפמיניזם. אולם אם אנו מקבלים את הפיתוח של דרישת ההסכמה כפי שהיא מציעה, דרישה המניחה שיש מידע מהותי וחשוב לאשה בעת החלטתה לקיים יחסי מין וקיימת חובת גילוי בקשר למידע זה, אנו תוודים לדגם "נקי" מאוד של מין ותשוקה, ואין אנו נפטרים מהבעיות שהפרוי"סקס

121 ראו הספר החשוב בדרם זה: Carole Vance (Ed.) *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality* (London, 1989) ובמסגרתו: Carole Vance "More Danger, More Pleasure: A Decade After the Barnard Sexuality Conference" *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality* (London, Carole Vance Ed., 1989) xvi, xvii. לדיון בוויכוח הפמיניסטי בנושא זה בהקשר פורנוגרפיה ראו עמליה זיו "בין סתורות מיניות לסובייקטים מיניים: המחלוקת הפמיניסטית על פורנוגרפיה" תיאוריה וביקורת 25 (2004) 163.

122 Katherine Franke "Theorizing Yes: An Essay on Feminism, Law and Desire" 101 *Colum. L. Rev.* (2001) 181, 181–182, 197–208.

123 Franke, *ibid.*, at p. 207.

פמיניזם ופרנקי הצביעו עליו. ג'נט האלי (Halley) הצביעה על כך שהדגם של מק'קיגון בנוי על תפיסה של היררכיה בין גברים לנשים, וניתוחה את כל סוגיית המין נעשה מזווית של שליטה בנשים, תוך סגירת אפשרות של תופעות מורכבות יותר של תשוקה, מהסוג שפרנקי מדברת עליהן. יתר עליבן, דגם זה של פמיניזם, בניתוחו הטוטלי את שאלת המין, עשוי להיות עיוור לאינטרסים אחרים של צדק ולפגיעות שעלולות להיווצר אם ננתח כל מקרה של מין במשקפיו של דגם זה.<sup>124</sup> יש לציין כי במקרה של אלקובי המתלוננת נתפסות כנשים שראויות להגנה לפי דגם זה, הגנה הנתפסת בדרך-כלל בדרושה להן אל מול השליטה הגברית, וזאת למרות אי-הקבלה כביכול של אלקובי כגבר. במובן זה, בית-המשפט המרשיע את אלקובי בניסיון לאונס, מציב אותו בשורה אחת עם גברים שפגעו בנשים ומעניק הגנה לנשים שנפגעו ממנו על בסיס דגם השליטה הגברית. הוא שהופך אותו לגבר ומתייחס אליו כאל גבר, ולו לצורך זה בלבד.<sup>125</sup> מכל מקום, הפגיעה שנגרמת לאלקובי גמנית עם הפגיעות שתיארה האלי שפמיניזם השליטה של מק'קיגון עשוי להיות עיוור להן אם הוא יישאר בהנחה כי דגם השליטה הגברית בנשים הוא הדרך הטובה והיחידה לניתוחה של סוגיית המין.

אין מסרתי להצטרף למקהלה המקוננת על שחוקי ההטרדה המינית והרחבתה של דרישת ההסכמה "שמים קץ לדומנטיקה". ברור כי יש להיאבק נגד פגיעות בנשים. נסיגה של פוג'י להבטיח הגנה זו תוך שמירה על תפיסה הרואה במיניות ערך לגבי נשים הוא לדעתי ניסיון בכיוון הנכון. עם זאת ובמנותק מהאנשים ומהאירועים הקונקרטיים שמאחורי פרשת אלקובי, סבורני שניתוח השאלות שעלו בעניין אלקובי, תוך התחשבות בתובנות של הפרויקט פמיניזם ושל המחשבה הקווידרית, צריך לפחות להותיר מקום לאפשרות שאי-הידיעה, הבלבול לגבי המגדר וחוסר ההלימה המגדרי יכולים להיות לעיתים חלק מהתשוקה.<sup>126</sup> תפיסה "רציונליסטית" לחלוטין של תשוקה עשויה למחוק אפשרות זו, ולסמן פרשות מהסוג של פרשת אלקובי כמקרים ברורים וחד-משמעיים של מרמה.

הקול הפמיניסטי המסודרתי אכן נשמע בדיון הציבורי שהתנהל בתוך הקהילה ההומו-לסבית ביסקסואלית-טרנסג'נדרית בישראל על-אודות פרשת אלקובי. בפודומים באינטרנט המוקדשים לקהילה סערו הרוחות סביב הפרשה. התגלו בהם מתחים בינקויליטיים שהובילו לעיתים לדיונים קשים ורגשיים. חלק מהכותבים, ובמיוחד הכותבות, הדגישו את זכותן של נשים לבחור ולהחליט עם מי הן רוצות לקיים יחסים. אחרים הצביעו על זכותם של טרנסג'נדרים לחיות בהוות המתאימה להם. דיונים אלה חזרו גם הם לשאלה מי הוא "גבר" ומי היא "אשה", שכן מהעמדה שסברה שהצדק עם המתלוננת עלה שאדם ששינה את מינו אינו "גבר" או "אשה" אמיתיים – ועליו לגלות

Janet Halley "Sexuality Harassment" *Left Legalism/Left Critique* (Durham & London, Wendy Brown & Janet Halley Eds., 2002) 80; Janet Halley "Take a Break from Feminism?" *Gender and Human Rights* (Oxford, Karen Knop Ed., 2004) 57

125 תודתי לעמליה ויו על תובנה זו.

126 על כך שדווקא הדיסוננס הוא זה שמייצר לעיתים את אובייקט התשוקה, למשל בהקשר של נשים שהן "בוץ" (Butch), דהיינו נשים בעלית הופעה גברית, ראו: Butler, *supra* note 46, at pp. 122–123



זאת לשותפיו,<sup>127</sup> אחת המשתתפות הפעילות בפורום אינטרנט המוקדש ללסביות, שהיא טרנססקסואלית, פרשה מהפורום תוך שהיא כותבת כי העמדות שנגקטו בו בקשר לאלקובי הדירו טרנסג'נדרים לא רק מהקבוצה של לסביות "אמיתיות" או "טבעיות", אלא גם מהקבוצה של נשים "אמיתיות".<sup>128</sup> הוויכוח נמשך במפגש שנערך עם אלקובי באגודת התומאים, הלסביות, הביסקסואלים והטרנסג'נדרים, והתגלגל לפני עיתון הקהילה, הזמן החרוד.<sup>129</sup> כך, למשל, צוטטה בהזמן החרוד אורית פוטושניק, לסבית פמיניסטית שנכחה במפגש עם אלקובי, בטוענת שאם ביצע אלקובי את המעשים שהואשם והורה בהם, מדובר בנטילת זכות הבחירה החופשית של זהות שותפיה לסקס, והצביעה על כך שדרישת ההסכמה וסעיף המרמה בחוק הישגו בעמל רב כדי להגן על נשים ועל זכותן זו. מנגד צוטטו באותה כתבה פעילות שתמכו באלקובי, כגון המשפטנית מאיה רוזנשיין, שעמדה על הבעייתיות בהנחה שאלקובי הוא אשה ואינו גבר.<sup>130</sup> פרשת אלקובי העלתה אס'בן על מסלול התנגשות את הפמיניזם הרדיקלי עם הגישה הקווירית למין ולמגדר. בגישה הפמיניסטית שהציגה פוטושניק יש משום הגנה על האשה, אך פגיעה באלקובי. היא מנתחת את המקרה לפי הדגם של האשה כקורבן הפוטנציאלי של עברות המין, כמה מהביקורות הקוויריות והפמיניסטיות על הפמיניזם הרדיקלי עמדו על הבעייתיות בתפיסה זו, שמייצרת את הזהות הנשית בבנויה על פגיעה ומיצרת נשים כקורבנות, וונדי בראון (Brown), אחת המבקרות הבולטות מכיוון זה, אף עומדת על הבעייתיות של הפנייה הפמיניסטית למדינה, על בוחה המשפטי והממשעי, בדרישה לצרף,<sup>131</sup> פנייה שניתן לראות את השלבותיה בגור-הדין בעניין אלקובי, שנותן הגנה לנשים, הנתפסות כקורבנות, עליהשכון התורת הסדר המגדרי על כנו. הפרדוקסליות הנעוצה בכך היא שהסדר המגדרי

127 פורומים עיקריים שבהם התנהלו הדיונים שאני מתייחס אליהם הם פורום לסביות ב"נענע": <http://forums.nana.co.il/Forum/?ForumID=2049>, ופורום טרנסג'נדרס וחברים ב"תפוז": <http://www.tapuz.co.il/tapuz/forum/main/anashim.asp?forum=496&pass=1>.

128 ראו: Yael Rozin "The Socializing Dimension of the Virtual Sphere in Founding a Lesbian Community" *Vision of the Human in Cyberculture, Cyberspace and Science Fiction* (Amsterdam & NY, Marcus Leaning & Birgit Pretzsch Eds., forthcoming), ויכוחים אלה הוכירו במידת-מה מחלוקות בין התנועה הטרנססקסואלית ובין הפמיניזם, ולעיתים אף התנועה הלסבית, הקיימות בארצות-הברית למן שנות השבעים, ונסבו בחלקם על הוויכוח מי היא "אשה אמיתית". כך, למשל, פסטיבל המוזיקה של נשים במישיגן, אירוע לסבי-פמיניסטי, קבע בשנת 1991 מדיניות רשמית שלפיה האירוע פתוח רק ל-womyn-born-womyn. על הקונפליקטים בין טרנססקסואליות ופמיניזם, לסביות וגם התנועה ההומואית, ועל פסטיבל המוזיקה במישיגן, ראו: Joanne Meyerowitz *How Sex Changed: A History of Transsexuality in the United States* (Cambridge, MA & London, 2002) 256–262; Califia, *supra* note 99, at pp. 86–119, 227–229.

129 תמדה שרייבר "נראה אותך גבר" הזמן החרוד, יולי 2003, 26.

130 שרייבר, שם, שם.

131 Wendy Brown *States of Injury – Power and Freedom in Late Modernity* (Princeton, 1995) ix–xiii, 21–29, 43–47, 52–95 Halley, ראו לעניין זה גם: *supra* note 124, at pp. 65–66.

שכפה בית־המשפט הוא הסדר החברתי של הטרוסקסואליות הכפויה והפטריוארכליות,<sup>132</sup> אותו סדר חברתי שפוגע במעמדן של הנשים.

בסיכומו של דיון בסוגיית ההסכמה כפי שהתנהל בגזר־הדין ומחוצה לו, יש לתת את הדעת על כך שהקביעות של בית־המשפט שנידונו בחלק זה מחזירות למעשה את הסדר הטרונוורמטיבי אל כנו, וזאת אל מול מציאות קווידית מורכבת שמטשטשת את הגבולות הבוררים של מגדר ומיניות, של זהות גבר וזהות אשה, של מין הטרוסקסואלי ומין הומוסקסואלי<sup>133</sup> ושל עקרון ההלימה בסדר של מין-מגדר-מיניות.<sup>134</sup> אל מול מציאות זו, בית־המשפט מחויר את הסדר הבינרי של גברים ונשים למרות הכל, יש מובן "מקובל" למושג מין, ובמובן הזה אלקובי היא אשה. אולם כאמור, גזר־הדין מדבר בשני קולות: מצד אחד, ב"הערות" על מגדר, הוא מדבר על המעבר בין המינים, על מגדר ותיאוריה קווידית, ועל זכותו של כל אדם לנהוג לפי תחושתו הפנימית והרגשית; ומצד אחר, בית־המשפט ממשיך להתייחס לאלקובי כאל אשה ומדשיע אותה כהתחזות. מצד אחר, בית־המשפט מדבר על כך שקשר רומנטי-אינטימי-אירוטי יכול להיות בין "שניים/שתיים",<sup>135</sup> ובכך הוא מכיל את כל האפשרויות הווגיות, ומצד אחר, בנימוקים לחומרת עונשו של אלקובי, בית־המשפט מציין כי היא ניצלה, בלשונה, את "הכמיהה הטבעית והמקובלת בגילאים אלו" - שהיתה קיימת אצל המתלוננת - "ליצור קשרי חברות עם המין השני".<sup>136</sup> בכך אנו רואים שבסיכומו של דבר, הבמיהה - זו שלעולם היא הטרוסקסואלית - ליתסם עם המין השני היא בעיני בית־המשפט הכמיהה הטבעית (נוסף להיותה הכמיהה המקובלת). האיום על הטרוסקסואליות ועל מכלול הסדר של הלימת מין-מגדר-תשוקה מסוכן למבנה החברתי שבנוי על בינריות היררכית (זכר/נקבה, גבר/אשה, הטרוסקסואליות/הומוסקסואליות), והצגת אופציה שלישית, או ריבוי של אופציות, במקום שתי אופציות היררכיות שהסדר החברתי בנוי עליהן, הינה איום על אותו סדר חברתי.<sup>137</sup> אף שהצלחתה של דגה אינטרנשוניבל מעידה על קבלה כלשהי של חציית גבולותיו של המגדר בחברה הישראלית, המשפט של אלקובי מעיד גם על מגבלותיה של קבלה זו.

132 על הקשר בין הטרוסקסואליות כפויה לפטריוארכליות והשפעתו על מעמד הנשים עמדה אדריאן דיין, דאו ריץ', לעיל הערה 54.

133 על תפקידו הרגולטיבי של המשפט, המנסה לייצר במפגשו עם הגוף הטרונסגינדרני תמיכות רפואיות־משפטיות בינריות של מין, מגדר ומיניות והיחס ביניהם, ראו: Sharpe, *supra* note 58, at p. 5.

134 על קווידיות כמערצרת על הסדר הטבעי כביכול שבו לכל אחד יש מין שמגדר זהה לו ניבע ממנו ותשוקה ומיניות שנובעות ממנו משמען משיכה לבני המין ההפוך, ראו: Eve Kosofsky-Sedgwick *Tendencies* (Durham, 1993) 5-9.

135 גזר־הדין, לעיל הערה 11, פסקה 15.

136 שם, בפסקה 7.

137 על ה"שלישי" בהקשר של מגדר כמאיים על הסדר החברתי שבנוי על בינריות, ראו: Gilbert Herdt "Preface" *Third Sex, Third Gender: Beyond Sexual Dimorphism in Culture and History* (New York, Gilbert Herdt Ed., 1996) 11, 19; Marjorie Garber *Vested Interests: Cross-Dressing and Cultural Anxiety* (New York, 1992) 9-13.

ד. ”בנים אינם בוכים“<sup>138</sup>: הפוליטיקה של הייצוג ומלחמות הגבול – המשפט של חן אלקובי בין לסביות לטרנססקסואליות

ראינו בחלק הקודם כיצד המקרה של אלקובי עוֹדד מחלוקות בתוך קהילת ההומואים לסביות-טרנססקסואלים וטרנסג'נדרים סביב הציוד של המתח בין גישה פמיניסטית, שביקשה להגן על נשים מפני מיין ללא הסכמתן המלאה, ובין כאלה שסברו שאלקובי רשאי להיות בנות הטגנרית שבחר ואין מוטלת עליו כל חובה לגלות רבר, כמתחייב מזכותו לפרטיות ולהגנה משפטית וחברתית על זהותו. ראינו כיצד מחלוקות אלה נסבו גם סביב עצם הצייתם של גבולות המגדר: טרנסג'נדרים פירשו את הדישה מאלקובי ומדומים לו לגלות את העוברות על-אורות איברי המין שלהם כאומרת שנשים שנולדו בזכרים הן נשים פחות אמיתיות מ”נשים ביולוגיות”, והרגישו אגב כך שלילה של זהותן כנשים, ובמקרה של טרנסג'נדריות שנמשכות לנשים – גם של זהותן כלסביות. המקרה של אלקובי סווג במחלוקת זו כמקרה של טרנסג'נדריות, קרי של שינוי מיין או חצייה של גבולות המין. זה היה הקו המוביל של הסניגוריה במשפט, לפחות בשלב הטיעונים לעוגש. עם זאת, המתלוננת נגר אלקובי שחזרה בה מערותה ציינה במכתבה לבית המשפט כי היא ידעה שחן היא ”אשה”, ושהיא החליטה לשמור זאת בסוד ואף להתלונן נגר אלקובי בשל חששה להיחשף כלסבית: ”ירעתי שזאת בת בגלל שיש לה קול מאוד נשי [...] אך כל זה לא הפריע לי בכלל ואף התאהבתי בה. ועכשיו לראשונה אני מוכנה להודות בפניך, כבוד השופט, וגם בפני עצמי, שאני לסבית.”<sup>139</sup> מדברים אלה עולה האפשרות לראות את הפרשה, לפחות מהווית של מתלוננת זו, כסיפור של קשר לסבי. אולם אלקובי, כאמור, הזדהה בפומבי כטרנסג'נדר, במי שרואה עצמו כגבר, ובמלותיו לעיתונות לאתר סיום המשפט: ”אני בחיים לא הייתי לסבית וגם לא הומו.”<sup>140</sup> לדבריו, הוא לא הזדהה עם נשים שאוהבות נשים, אלא הרגיש מגיל צעיר, כפי שציין במכתבה שהתפרסמה במהלך המשפט, ”שאני רוצה להיות ילד”, ו”יש בתוכי בן”.<sup>141</sup> אומנם, היו פעמים שאלקובי הציג עצמו לפני משפחתו כלסבית,<sup>142</sup> אך במכתב להוריו שפורסם בעיתון הרגיש שאוהבתו לבנות אינה ”בקטע של הלסביות, כי יש הבדל. בדרך כלל הלסביות זו בת שאוהבת בת. במקרה שלי אני לא מרגישה בת בפנים. אני מדברת עם עצמי בלשון זכר, אני חושבת להיות בן [...] הנשמה שלי בפנים היא גברית.”<sup>143</sup> כפי שהדגשתי קודם-לכן, אין בכונתי לדבר כאן על חן אלקובי האדם הספציפי, שיש לכבד את הדרך שבה הוא מורה. עם זאת אני מעוניין לרונ בשגי הייצוגים שאלקובי ואחרים השתמשו בהם בפרשנות האירועים שהיו מושאי המשפט: האחד, באירוע של קשר לסבי (כפי שתיארה המתלוננת שחזרה בה), והאחר באירוע של קשר מצד מי שמרגיש עצמו כבן שמקיים קשרים עם בנות, ולפחות מבחינתו, הקשר גחווה כהטרנססקסואלי. אזכיר כי בגנדהדן ציין בית המשפט שהוא מובן

138 ”בנים אינם בוכים” הינו שם הסרט העלילתי על פרשת בדנדון טינה, ראו לעיל הערה 75.  
 139 המכתב מצוטט אצל אליחי ולם, לעיל הערה 3, בע' 33–34.  
 140 שבת ותורנימן, לעיל הערה 2.  
 141 אליחי ולם, לעיל הערה 3, בע' 35.  
 142 אליחי ולם, שם, בע' 38, 74.  
 143 מצוטט אצל אליחי ולם, שם, בע' 74.

לקבל את דברי העדים, כמו גם את דברי "הנאשמת", כי "הרגשתה בטרנסג'נדר, היא כשל גבר בכל המובנים, גבר הכלוא בגוף אשה"<sup>144</sup> כזכור, בית המשפט אף ציין ש"אלקובי סובלת מבעיה בוחות המינית שלה", בעולה הן מדבריה וגם במכתבה לבית המשפט שבו ציינה כי היא מדגישה כ"גבר בגוף של אשה". אכן, חוותה החיצונית, בדברי בית המשפט, היא "כחזותו של נער גבר צעיר". עובדה זו נתמכה בעיני בית המשפט בתסקיר קצין המבחן, שציין, באמור לעיל, כי הנאשמת חווה בלבול בין נטייתה להתנהג על-פי המגדר הגברי לבין הבנתה כי בסיטואציות מסוימות היא נדדשת להתנהג בבוהרה.<sup>145</sup>

דברים אלה וגישה זו להגנה של אלקובי נתמכו בעדויות שהובאו לפני בית המשפט בשלב הפיעונים לעונש. העירה בבית המשפט נורה גרינברג, באותה עת חברת ועד האגודה לשמירת זכויות הפרט, שהיא אגודת ההומואים, לסביות, ביסקסואלים וטרנסג'נדרים. גרינברג סיפדה שהיא עצמה נולדה בזכר ועברה שינוי מין. היא סיפדה שהיא יצדה קשר עם אלקובי בעקבות תפקידה, כי היה לה ברור לחלוטין שמדובר באדם בעל זהות מגדר לא-נורמטיבית, שהיה זקוק להגנת האגודה. לדבריה: "כשחברתי אותו היה לי ברור שמדובר בטרנסקסואל מאשה לגבר, גם אם הוא בעצמו לא מודע להגדרה של מצבו, אבל הן על-פי הדרך שהוא מציג עצמו והדרך שבה הוא מתנהג, הדרך שהוא מדבר על עצמו, שוחחנו ארובות על בעיות הזהות שלו, ברור לגמרי שמדובר באדם שזהותו היא גבר. מדובר בטרנסקסואל שהואשם והורשע מתוך חוסר הבנה מוחלט של מצבו ושל זהותו". גרינברג המשיכה ודיברה על כך ש"בתפישה של החברה שלנו, איברי המין נתפשים בסימנים של המין הביולוגי, והמין הביולוגי נתפש כקובע לגבי זהות מגדר, וזה קובע אם זה גבר או אשה. כך גם מגדלים ילדים, בלומר מחנכים אותם לתוך תפקיד מגדר מסוים ואצל רוב הילדים הדברים מסתדרים. אבל יש ילדים שבהם יש חוסר הלימה בין זהות [...]". בהמשך עדותה הדגישה גרינברג שזהות מגדר ונטייה מינית הם שני דברים שונים. "לטרנסקסואלים יש נטיות מיניות לבאן או לכאן [...] אין קשר בין נטייה מינית למי בן אדם נמשך לבין זהות המגדר שלו". "חן ואני", הוסיפה גרינברג, "לא נמצאים באותו מצב. אני אדם שהגעתי למשבר במצב, עברתי אותו. אני נמצאת במקום אחר. חן נמצא במצב שהוא אפילו לא התחיל להתמודד עם הבעיה שלו. ואי אפשר להשוות בינינו." גרינברג אף עמדה על כך שטרנסקסואל, שרוצה לעבוד תהליך של שינוי מין, חייב להיות בתקופה מסוימת בתפקיד המגדר שהוא רואה עצמו שייך לו ולהציג דימוי אמין של מי ששייך לתפקיד המגדר, כלומר, לדבריה, בעצם חובה עליו "להתחזות"<sup>146</sup> אך אלקובי, כך המשיכה, לא הגיע כלל לשלב הזה, למדעות הזאת: "הוא חי את חייו, לא נותן דין וחשבון אפילו לעצמו, לא תופש שהוא מרמה מישהו [...]. הוא לא מסביר לעצמו בצורה מפורשת."

144 גור-הדין, לעיל הערה 11, פסקה 12.

145 שם, בפסקה 7.

146 לפי פרוטוקול הטיפול המקובל על הקהילייה הרפואית בארץ ובעולם ביחס לטרנסקסואלים, נהוג שטרנסקסואלים חיים תקופה מסוימת, לפני הניתוח לשינוי מין, במין שאליו הם שואפים להשתנות. ראו: Walter Meyer III et al. "The Standards of Care for Gender Identity Disorders" 5 *Int'l J. Transgenderism* (2001, 6th Version) Chap. IX, available at [http://www.symposium.com/iji/soc\\_2001/index.htm](http://www.symposium.com/iji/soc_2001/index.htm)

לשאלת הסניגור ”האם בשחן הציגה את עצמה כ”קובי” היא האמינה שהיא קובי”, ענתה גרינברג: ”להערכת, זה המצב.”<sup>147</sup>

עדות נוספת העירה ד”ר אילנה ברגר, מטפלת שתחום ההתמחות שלה הוא מיניות ומגדר. ברגר דיברה בעדותה על הפרעה בזהות המגדרית שלשמה דרושה חוויה חזקה של תפיסה עצמית ודימויים פנימיים של הרצון להיות שייך למין מסוים, וכן חוויה של חוסר הלימה – דיספוריה – בין המין הביולוגי שמוגדר עליפי מין גנטי, אנדוקריני, והמין הפיזיולוגי-אנטומי ובין זהות המגדר. זהות המגדרית לא נקבעת על-ידי איבר המין בלבד, והמין הביולוגי שמופיע בתעודת הזהות אינו רלוונטי. לשאלת בית-המשפט באשר לגילוי לגבי איברי מין, ציינה ברגר שאם מדובר בקשר משמעותי, היא מניחה שאין בררה, שכן ”השאלה עולה”, אך הרגישה כי אין במקרה של אי-גילוי מצד האדם כוונה ”להציג עצמי במסדה להונות, כי [...] טרנסקסואלים [...] חווים ותופסים עצמם בצורה ה[כ]י מהותנית, הבי סובייקטיבית וראשונית בחוויה של היותם בנים או בנות [...] רואים עצמם בצורה מאוד עמוקה ומאוד אמיתית וכנה כמו שכל אחד שקם בבוקר וישאלו אותו מי הוא.”<sup>148</sup> דברים אלה מוכיחים במידה רבה את תפיסת ה-Gender Identity Disorder כפי שהיא מופיעה במדריך לאבחון הפרעות נפשיות,<sup>149</sup> והם טבעו בחותמם את גורי-הדין, בזכור, כאשר נקבע שם שאלקובי אכן ”סובלת” מבעיה בזהות המינית, ובדברי בית-המשפט, מרגישה כ”גבר בגוף של אשה”. אף כי יש מקום להבחין בין הגישה הפסיכיאטרית שעושה פתולוגיזציה של זהות מגדר לא-נורמטיבית ובין הפרדיגמה הטיפולית שהציגה ברגר, שתי גישות אלה מתארות את ה”דיספוריה” בצורה דומה.

ניתן לראות אם-כן כיצד השיח של הפוליטיקה הטרנסג'נדרית, שיוצג על-ידי נודה גרינברג, ושל הגישה הטיפולית לטרנסקסואליות, שיוצגה על-ידי אילנה ברגר, מיקמו שניהם את אלקובי בעיני בית-המשפט בתיבה של הגבר הבלוא בגוף של אשה גם אם אינו מודע לכך עדיין. במידה רבה קיבל בית-המשפט דגם זה. בכך סומן המקרה של אלקובי כמקרה של טרנסקסואליות וטרנסג'נדריות, כלומר מקרה של מעבר בין המינים, ולא של

147 פרוטוקול 2.9.03, לעיל הערה 18, בע' 8-11.

148 שם, בע' 14-18.

149 הכוונה לתפיסה המופיעה במדריך לאבחון הפרעות נפשיות, ה-DSM IV; בעוד שב-DSM III תופיעה טרנסקסואליות, הרי שב-DSM IV החלפה זו ב-”Gender Identity Disorder”. אבחנה זו מורכבת מארבעה מרכיבים:

- A. A Strong and persistent cross-gender identification.
- B. Persistent discomfort with his or her sex or sense of inappropriateness in the gender role of that sex.
- C. The disturbance is not concurrent with a physical intersex condition.
- D. The disturbance causes clinically significant distress or impairment in social, occupational, or other important areas of functioning.

ראו: American Psychiatric Association *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM IV* (Washington DC, 4th ed., 1994) 532-538 הרכיב הרביעי מגביל את האבחנה הפסיכיאטרית למקרים שבהם היא גורמת לפגיעה בתפקודו של האדם. זה סייג הנפוץ באבחנות רבות במדריך. על השינוי ב-DSM, ראו: Meyerowitz, *supra* note 128, at pp. 254-255; Stephen Whittle *Respect and Equality: Transsexual and Transgender Rights* (London, 2002) 20

יחסים בין בני אותו מין, יש להדגיש שגישה זו עולה בקנה אחד עם התחושות, הצרכים וההגדרה העצמית של אלקובי, בפי שעולה מדבריו שהוזכרו לעיל. מנגד, המתלוננת שחזרה בה מהתלונה פידשה כזכור את היחסים עם אלקובי כיהסטים לסביים, וכמוכן שאין מקום למחוק פרשנות זו. גם אלקובי סיפר שאחד הקשרים שלו היה עם בחורה שהוא הכין שזיהא לסבית, ושהציגה אותו לפני הוריה כ"קובי". בי הם "פרימיטיבים ולא יכולים לקבל את זה".<sup>150</sup> שתי הפרשנויות השונות האלה שימשו בהגנתו של אלקובי: המתלוננת שחזרה בה הסבירה את תלונתה המקורית בכך שהרגישה צורך להסתיר את האופי הלסבי של היחסים; אלקובי ואלה שבאו לטעון למענו הסבירו את התנהגותו בכך שהוא חש בגבר לכל דבר.

שני העדושים האלה, האחד שנבנה על טענה מתחום המיניות (לסביות) והאחר על טענה מתחום המגדר (טרנסקסואליות), מצויים לבאורה על מסלול התנגשות, או לחלופין נפגשים באיזור הגבול שבין שאלת המגדר ושאלת המיניות. במסגרת מאמר זה, נקודת המוצא שלי היא שכל אדם פירש את האירועים כפי שהבין וחווה אותם. אין גם לזלזל בכך שקי ההגנה הטרנסקסואלי הציג לפני בית המשפט את בעייתם של אנשים עם זהות מגדרית שאינה הולמת את הגניטליה, ויש להניח שקו זה תרם לעונש הקל יחסית שהוטל על אלקובי.<sup>151</sup> עם זאת ברצוני לברר מהי המשמעות של המשגת הסוגיה, בפי שנעשתה עליידי ההגנה, בשאלה של מגדר בלבד, במיוחד לאור ההמשגה השונה של המתלוננת שחזרה בה מתלוננתה. היחס בין שתי פרשנויות ושני עדושי הגנה אלה ממחיש כיצד המשפט של חן אלקובי מעלה כמה שאלות חשובות: האם נטייה מינית וזהות מגדרית הם אכן דברים שונים לחלוטין? האם קשה מהסוג שנוצר בין אלקובי לבין המתלוננת הוא קשה הטרנסקסואלי, כפי שרואה זאת אלקובי כנראה, או קשה לסבי, כפי שראתה זאת המתלוננת שחזרה בה מתלוננתה? או שניהם? או אף אחד מהם? האם בעיני הבהורות שאיתן קשר קשרים היה אלקובי לסבית, גבר הטרנסקסואל, טרנסקסואל, או שמא המקרה מהווה המחשה לבעייתיות של קטיגוריות אלה כקטיגוריות שנכפות עלינו אך גם נעשות בסיס לזהותנו? האם בעייתיות זו מצביעה על הצורך להשתחרר מקטיגוריות אלה?

בבואנו לשאול שאלות אלה אסוד לנו להתעלם מהעובדה שאנחנו בסובייקטים אכן מרגישים לעיתים קרובות "לסביות" או "טרנסקסואלים". עם זאת ראוי גם לבחון כיצד פועלת האידיאולוגיה שעושה אותנו, כדברי לואי אלטוסר (Althusser) – או במלותיו, מסיבה אותנו – לסובייקטים, במסתו על האידיאולוגיה עמד אלטוסר על כך שאידיאולוגיה מתפקדת בצורה שמפיקה את הפרטים הקונקרטיים כסובייקטים ומניעה אותם "לפעול בעצמם". כך מתברר אופיו הכפול של הסובייקט: הוא משועבד ואוטונומי בעת ובעונה אחת. הוא נוצר מתוך השיח האידיאולוגי והוא נענה לשיח זה (subjected); ואותו שיח ממקם אותו כפרט עצמאי ורצוני בשדה הפעולה החברתי (subject). היותנו סובייקטים אינו, לפיכך, תוצאה של בינון עצמי בלבד, אלא תוצאה של היענות להסבה

150 לם ואלית, לעיל הערה 3, בע' 3.

151 עם זאת יש לציין כי התנהל ויכוח לגבי הצגת המשפט של אלקובי כעניין טרנסקסואלי, והובע החשש שעקב כך, ועקב דרישת הגילוי שהציב בית המשפט, ייפגעו טרנסקסואלים בעתיד. ראו הדיונים בפירוטים השיגים באינטרנט, לעיל הערה 127.

(”אינטרפלציה” בלשוננו של אלתוסר) אידיאולוגיות.<sup>152</sup> האידיאולוגיה הדומיננטית מחלקת אותנו להטרנסקסואלים ולהומוסקסואלים, לגברים ולנשים, ל”לא-טרנסקסואלים” (קטיגוריה שקופה כל-כך שטרם קיבלה שם) ולטרנסקסואלים. האם אידיאולוגיה זו עושה אותנו, כאשר אין אנו מתאימים לתפיסת המגדר הדומיננטית, לטרנסקסואלים? האם הקטיגוריה ”טרנסקסואלים” אינה תולדת עולם של בינריות מינית, שבו עלינו לבחור באיזה צד של הגבול המגדרי להתפקד? האם הזהות הטרנסקסואלית – או הלסבית – אינה תולדת הסבה אידיאולוגית? לא רק אידיאולוגיית המגדר והמיניות הדומיננטית מחלקת אותנו לקטיגוריות אלה; גם תנועות חברתיות המתנגדות להגמוניה עשויות להשתתף בפעולת ההסבה וביצירת הסובייקט הקונקרטי, כגון אלה הפועלות בזירות השונות של פוליטיקת הזהות, כמו זו המשפטית, למען רפורמות.<sup>153</sup>

בהקשר זה יש לזכור שהקטיגוריה של טרנסקסואליות כזהות הינה קטיגוריה מודרנית שנוצרה יחד עם שינויים טכנולוגיים ותרבותיים של המאה העשרים.<sup>154</sup> המונח ”טרנסקסואל” הופיע לראשונה במיבנו הנוכחי בשנת 1949, במקביל לתחילת ההתמסרות של הניתוחים לשינוי מין, והיה למסמן של זהות חדשה ושל מיעוט חדש.<sup>155</sup> מובן שאפשר למצוא לקטיגוריה זו מקבילות רבות קודמות בהתנהגויות החוצות את הגבולות המוכרים לנו של מגדר בחברות שונות, אך חשוב להדגיש שעלייתה בעולם המערבי המודרני היא חלק מהמערך הבינרי של המין, שכן היא מאשרת ומשעתקת את הבינריות באמצעות ניתוח שיוצר מחדש הלימה בין גניטליה ומגדר.

הסימון של אלקובי כטרנסקסואל (או טרנסג'נדר), תוך הרגשה שמדובר בשאלה נפרדת לחלוטין משאלת הנטייה המינית (כפי שהיא באה לידי ביטוי בין היתר בדברי אלקובי עצמו, שהוא לא הומו ולא לסבית), מסמנת את הטריז בין שאלת המיניות ושאלת המגדר, טריז שמאפיין במידה רבה את פוליטיקת הזהות, הן ההומוסקסואלית והן הטרנסג'נדרית, של השנים האחרונות. טריז זה אינו מוחלט, והא דאיה שאגדת ההומואים

152 לואי אלתוסר על האידיאולוגיה (אריאלה אולאי מתרגמת, 2003) 34–35, 51–60. בדוגמה המפורסמת של אלתוסר להסבה, אדם עובר ברחוב, ולפתע הוא שומע שוטר קורא ”הי, אתה שמו”. כאשר הוא מסתובב, הוא נהפך לסובייקט – הוא הכיר בכך שההסבה הופנתה ”בדיוק” אליו, ראו גם אייל דותן ”קול קורא במדבר: אינטרפלציה, אידיאולוגיה ומקורות” תיאוריה וביקורת 22 (2003) 9. דותן מביא את הטרנסג'נדר כאחת הדוגמות של מה שהוא מכנה ”גיבור אלגורי”, האמור להדגים את הסובייקט או להפעילו”. דותן, שם, בע' 12.

153 על כך עומדת ג'נט האלי. Janet Halley "Gay Rights and Identity Imitation: Issues in the Ethics of Representation" *The Politics of Law: A Progressive Critique* (David Kairys Ed., 3rd ed., Basic Books, 1998) 114, 117–118; האלי מנגידה פוליטיקת זהות מהסוג הזה לתיאוריה קווירית שטוענת כי זהות אינה אמת גרעינית ובטוחה שמייצגת אותנטיות וסמכות לגבי עצמנו, כי אם מובנית חברתית ומהווה חלק מהבעיה עצמה. ג'ורית באטלר עומדת על הדרך שבה הסבה הופכת אותנו לחלק מקטיגוריה חברתית, ועל הפרדוקס של פוליטיקת זהות שגאלצת להשתמש בקטיגוריות שהיגן, מצד אחד, חלק מהפגיעה, אך מכוננת אותנו חברתית, מצד אחר. ראו: Judith Butler *The Psychic Life of Power: Theories in Subjection* (Stanford, 1997) 83–131.

154 להיסטוריה מפורטת ומרתקת של הטרנסקסואליות, ראו: Meyerowitz, *supra* note 128.

155 Meyerowitz, *ibid*, at pp. 5–8, 43–44.



והלסביות צירפה אליה לפני שנים מספר את הטרגנס/נדרים, ובמשך תקופה מסוימת אף עמדה ב"אשה אשה טרוסקסואלית, קרי נורה גרינברג עצמה, שפעילותה זו הרגישה דווקא את הקישור בין שאלות המיניות ושאלות המגדר. עם זאת נדמה ששתי הקבוצות גם מקפידות על ההפרדה. ההומואים, אולי במיוחד ההומואים הגברי(ים), רוצים למנוע את החשבתם לנשיים, ועל-כן חשוב להם להפריד בין שאלת המיניות שלהם לשאלת המגדר: הם שונים רק בנטייה המינית, ולא בשום דבר אחר. הטרוסקסואלים רוצים למנוע את החשבתם להומואים וללסביות, ועל-כן חשוב גם להם להפריד בין שאלת המגדר שלהם לשאלת המיניות: הם שונים רק במגדר, ולא בשום דבר אחר. הדגם הראשון מגולם בדמותו של הגבר ההומו שהוא "straight acting" ו"straight appearing", כלומר אינו שונה כלל מגברים הטרוסקסואליים מרט לכך שהוא נמשך לגברים, ושונה מדגמים אחרים שבהם שאלות המגדר והמיניות קשורות זו לזו.<sup>156</sup> קודם לעלייתו של דגם הגיי ה"סטרייט-אקטינג" שלטה בכיפה במחשבה על מגדר ומיניות, במאה התשע-עשרה, תפיסת האינורסיה המינית כדגם שהיה מקושר תן למשיכה בין בני אותו מין והן לתציית גבולותיו של המגדר.<sup>157</sup> פרקטיקות ידגמים רבים, בעבר וכתווה, בחברות מערביות ולא-מערביות, מעידים ששאלת המגדר ושאלת המיניות אינן מהוות תמיד שאלות נפרדות לחלוטין. בין אם נדבר על ה"מוליו" (Mollies) באנגליה של המאה השמונה-עשרה<sup>158</sup> ובין על ה"בראש" בחברה האינדיאנית,<sup>159</sup> אך גם על ה"דראג קוויין" בחברה הגייתית בת-זמננו<sup>160</sup> או ה"לסבית הבוצ",<sup>161</sup> נראה שבהגדרת הזהויות האלה יש קשר בין שאלת המגדר ושאלת המיניות. ההומו ה"אותציה" (ה"נשי") והלסבית ה"בוצית" (ה"גברית") מעידים על רצף ועל איזור גבול שבו שאלות המיניות והמגדר מתערבבות זו בזו. אולם כנגד עירוב הקטיגוריות הנה, שבלעריו חלק מן הזהויות הנידונות נותרות בלי קיום (משפטי ואחר) ובלי ייצוג (משפטי ואחר), קיימת בכירור גם ההפרדה בין השאלות,

156 על דגם זה ועלייתו, ראו: Halperin, *supra* note 110, at p. 9.  
 157 David Halperin *How To Do The History of Homosexuality* (Chicago & London, 2002) 121–130; Halperin, *ibid*, at pp. 9, 15–16.  
 158 ה"מוליו" (Mollies) הם דוגמה ל"אינורסיה מינית": מדובר בגברים שקיימו יחסים עם גברים תוך חיקוי התנהגות נשית, וזאת בלונדון של המאה השמונה-עשרה. ראו: Halperin *How To Do The History of Homosexuality*, *ibid*, at p. 157.  
 159 ה"בראש" (Berdache) בחברה האינדיאנית הם מעין "מין שלישי", אנשים שממלאים תפקיד חברתי ומגדרי שונה מזה של מינם הביולוגי, ולרוב, אם כי לא תמיד, מקיימים יחסים עם בני-זוג מאותו מין. ראו: Will Roscoe "How to Become a Berdache: Toward a Unified Analysis of Gender Diversity" *Third Sex, Third Gender: Beyond Sexual Dimorphism in Culture and History* (New York, Gilbert Herdt Ed., 1996) 329.  
 160 על דראג בישראל ראו נמרוד בן-כוכנן ודני קפלן "דראג בישראל: יכולת העמידה על עקבים" במה 169–159 (תשס"א) 81.  
 161 על ה"בוצ" (Butch), קרי הלסבית עם מאפיינים גבריים, ראו: Gayle Rubin "Of Calamities and Kings: Reflections on Butch, Gender and Boundaries" *The Persistent Desire: A Femme-Butch Reader* (Joan Nestle Ed., Alyson Publications, 1992) 466; אסתר גיוסון "הלסבית הגברית המיתולוגית: רדקליף הול והאשה החודשה" מעבר למיניות – מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, שרון אס מתרגמת, 2003) 178.

הפרדה שמקבלת לעיתים ביטוי תיאורטי ובוודאי ביטוי פוליטי. הפרדה זו מיוצגת על-ידי פוליטיקה הומואית מיינסטרימית, אך ניתן למצוא לה ביטוי גם בתפיסה של טרנסג'נדריות שהביאו גרינברג וברגר לבית-המשפט. הפרדה זו עושה את הטרנסג'נדריות למיקום היחיד של ערעור על גבולות המגדר, כאילו הטרנסקסואליות והומוסקסואליות הן קטיגוריות יציבות שאינן מערבות שאלות של מגדר.<sup>162</sup> גישת ההפרדה מתעלמת מסוגיות אחרות, וביניהן השאלה של התפתחות הטרנסקסואליות עצמה בקטיגוריה על רקע הטכנולוגיה הרפואית שמאפשרת מעבר בינמגדרי. התפתחות טכנולוגית זו שינתה את הארגון של מין, מגדר ומיניות, והייתה שהיו זוכות בעבר לפתולוגיזציה ב”אינוורסיה מינית”, ואחר-כך לניכוס הלסבי בפיתוח הזהות “הלסבית הבוצי”, עשויות עתה להיות מזוהות עם הצייה של גבולות המגדר.<sup>163</sup> עליית הקטיגוריה של טרנסקסואליות במאה העשרים תרמה להתפתחות השיח על מין ביולוגי, מגדר ומיניות כקטיגוריות נפרדות. היא הביאה לידי שימוש בתפיסות של מגדר ומיניות כדי לסמן הפרדה בין משיכה לאותו מין אצל אנשים עם מגדר נורמטיבי, קרי הומוסקסואליות, לבין הרצון לעבור למין אחר בשל תחושה של זהות מגדרית שאינה תואמת את מה שמצופה למן הלידה – טרנסקסואליות. ההפרדה האנליטית התקיימה אף אם התקיימו ונמשכו כתיי היומיום זיקות ומעברים בין הקבוצות השונות.<sup>164</sup> אף אם התפתחות הקטיגוריה “טרנסג'נדר” בשנים האחרונות הציבה אופציה גמישה יותר, שאינה מזוהה בהכרח עם שינוי מין וניתוח (להבדיל מ”טרנסקסואליות”), הרי שבעידן הטרנסקסואליות/טרנסג'נדר נותקה החצייה של גבולות המגדר בשיח הדומיננטי משאלת המיניות. הקטיגוריה של טרנסקסואליות הנותנת ביום מתעלמת במידה רבה מתצורות קוויריות חוצות גבולות שמזדהות כ”גיי” או “לסבית” אף-על-פי שמה שמאפיין אותן הוא גם תצויה של גבולות המגדר.<sup>165</sup> הפוליטיקה והמאבק ההומו-לסבי לזכויות תרמו רבות להפרדה זו, בכך שהמאבק המיינסטרימי אימץ, באמור, את הדגם של התנהגות הומוסקסואלית בלי כל סטייה מהנורמות המגדריות. המשמעות של התעקשות על הפרדה תיאורטית ופוליטית בין מיניות ומגדר עשויה להיות מחיקת ה”אוחציה” וה”בוצי” מהייצוג, כי הם אינם הומואים ולסביות נורמטיביים, מצד אחד, ואינם טרנסקסואלים, מצד אחר. החלוקה הנוקשה בין שאלת המיניות ושאלת המגדר הינה אם-כן מודרנית, היא משקפת אידיאולוגיה מסוימת המייצרת בתורה סובייקטים על-ידי הסבה (במובן שהציע אלתוסר). הסובייקטים המודרניים של החומו והלסבית, מצד אחד, ושל הטרנסקסואל ובמידה מסוימת גם

162 Susan Stryker "Transgender Studies: Queer Theory's", ראו: *Evil Twin* 10 *GLQ: J. Lesbian & Gay Stud.* (2004) 212, 214  
 163 Judith Halberstam "Transgender Butch: Butch/FTM Border Wars and the Masculine Continuum" 4 *GLQ: J. Lesbian & Gay Stud.* (1998) 287, 288  
 164 Meyerowitz, *supra* note 128, at pp. 98–129, 168–207  
 165 ראו למשל את סדרת הטלוויזיה "בובות של ג'יר" (2004), העוסקת בחבורת הדראג קווינז הפיליפינית "Paper Dolls", שפעלה בישראל והורכבה ממוחרי עבודה. מצפייה בסדרה עולה כי התחליכים המובילים את גיבורי הסדרה לתצויה של גבולות המיניות (אל עבר זהות הומו-לסבית) ואל עבר תצויה של גבולות המגדר (אל עבר זהות נשית) מעורבים. ראו בהקשר דומה: Martin F. Manalansan IV *Global Divas – Filipino Gay – Men in the Diaspora* (Durham & London, 2003)

הטרנסג'נדר, מצד אחר, הם תוצאתה. תוצאה זו טובה ומתאימה לחלק מהאנשים, אך לא לחלק אחר. זו תוצאה שמסווגת אותנו מחדש לקטגוריות כובלות מבחינת המיניות – לגבי טרנסקסואלים, ומבחינת המגדר – לגבי הומוסקסואלים.

אין להתכחש לכך שרבים מבינים את עצמם כשייכים לקטגוריות השונות, כגון הומוסקסואל או טרנסקסואל, עליסמך הבחנה מוחלטת בין שאלת המגדר ושאלת המיניות. אך יש לתת את הדעת על כך שהפרדה בין שאלת המיניות לשאלת המגדר אינה הרגם היחיד הקיים, והיא מייצרת אס־כך מחדש זהויות נוקשות במקום לאפשר לנו להשתחרר מהן.<sup>166</sup> ההבחנה בין שאלת המיניות לשאלת המגדר ועליות הקטגוריה של טרנסקסואליות מציבות את הטרנסקסואליות במקום פרדוקסלי, שבו היא מערערת, מצד אחד, על התפיסה הבינרית והטבעית של מין, אך מצד אחר, מחזקת אותה: התפיסה שלפיה התשובה לתחושה חוצת מגדר היא שינוי מוחלט של המין, תוך ניתוח, ומעבר מוחלט למין האחר מערערת על הרעיון שמין הוא דבר אחד וטבעי, אך גם מחזקת את הרעיון שאדם הוא או גבר או אשה באופן אחד, ולא־יברי המין יש תפקיד מכריע בכך.<sup>167</sup>

אך גם בתוך השיח על טרנסקסואליות התפתחו כיוונים שונים. סנדי סטון (Stone) הציעה את דגם הפוסט־טרנסקסואל, בו הטרנסג'נדר יגלם את סיפורו האמיתי, ולא את הנרטיב הקליני שבו נפטרים מן העבר. לדברי סטון, כדי להציג שיח־גדר לשיח המגדר, על הטרנסקסואל לדבר מחוץ לגבולות המגדר, ולממש את הפוטנציאל להפיעה יצרנית של המבנה הקיים של מגדר ומיניות. לשם כך דושים, לדעתה, טרנסקסואלים "נראים", וזאת בניגוד לניסיון הטרנסקסואלי "לעבור" (to pass) בזהות המין החדשה (כלומר לחיות בה מבלי שיזוהו אותו כמי ששינה את מינו). הניסיון "לעבור" פירושו מחיקת העירוב שיש בטרנסקסואל, מחיקת תפקיד המין הקודם וחלק מחייו הקודמים של הטרנסקסואל. מחיקה

166 דברים אלה בהשראת: David Valentine "The Categories Themselves" 10 *GLQ: J. Gay & Lesbian Stud.* (2004) 215; Arlene Stein "From Gender to Sexuality and Back Again; Notes on the Politics of Sexual Knowledge" 10 *GLQ: J. Gay & Lesbian Stud.* (2004) 254

שאלת הקשר בין ניתוח של מגדר וניתוח של מיניות העסיקה את הספרות התיאורטית שנים רבות. הצורך בהפרדה אנליטית בין ניתוח מגדר לניתוח מיניות עלימנת לאפשר ניתוח עצמאי של שאלת המיניות נוסח במאמרה המפורסם של גייל רובין (Rubin). ראו: Gayle Rubin "Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality" *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality* (London: C. Vance Ed., 1989) 267, 307–308; ההנמקות של רובין לצורך בניתוח גפרד של מיניות עדיין תקפות בעיני, ואין באמור לעיל כדי לשלול צורך זה. על היחסים המורכבים בין שאלת המגדר ושאלת המיניות ראו גם איב קוסופסקי־סדגוויק "האפיסטמולוגיה של הארון" מעבר למיניות – מבחר מאמרים בלימודים הומו־לסביים ותיאוריה קווירית (יארד קדר, עמליה זיו וארון קנר עורכים, עמליה זיו מתרגמת, 2003) 303–310; וכן Judith Butler "Against Proper Objects" 6 *Differences* (1994) 1. לדיון בהקשרים הפוליטיים והתברתיים של ההפרדה והקישור בין שאלות המיניות והמגדר, ראו: Riki Wilchins "Deconstructing Trans" *GenderQueer – Voices from Beyond the Sexual Binary* (Los Angeles & New York, Joan Nestle, Clare Howell & Riki Wilchins Eds., 2002)

167 Shapiro, *supra* note 59, at pp. 252–255

זו מחסלת בעיני סטון את האפשרות של ערעור על השיח היסודי שבתוכו התפתחה המחשבה על מיניות ועל טרנסקסואליות. כך, למשל, השיח של ”הגוף הלא-נכון” כמגדיר את הטרנסקסואליות, שיח שהופיע בעניין אלקובי, מבוסס על התפיסה הבינרית והפלוצנטרית של הבחנה מגדרית, ויש להתייחס אליו בחשדנות. שיח זה מפנים את התפיסה כי יש רק גוף אחד ”נכון” לכל מגדר. סטון, ב”מניפסט הפוסט-טרנסקסואלי” שלה, מעוניינת שטרנסקסואלים ייטלו אחריות על כל ההיסטוריה שלהם, וינסחו את תייהם לא בסדרת מחיקות, אלא כפעולה פוליטית שנעשית על-ידי ניכוס מחדש של שינוי כך יגיעו גם ליחסים אותנטיים יותר, שאין בהם שקרים.<sup>168</sup> דנה אינטרנשיונל הינה רגם לפוסט-טרנסקסואליות/טרנסג'נדריות כזו: כדברי עמליה זיו, דנה אינטרנשיונל מאשרת את נשיותה, אך מתרחקת מהדגם המהותני-הקוטבי של טרנסקסואליות בכך שהיא ממשיכה לדאות עצמה כחלק אינטגרלי מהקהילה הגיית, ומציעה בדבריה ובאורח חייה תפיסה של רצף בין ההומו הנשי לטרנסקסואל, תפיסה המאיימת על הרגס הרפואי של הטרנסקסואליות ועל הפוליטיקה הגיית שמנתקת בין הזהות המגדרית והנטייה המינית.<sup>169</sup> אכן, הקטיגוריה ”טרנסג'נדר”, שעלתה בשנות התשעים של המאה העשרים, הציעה במידה רבה תפיסה גמישה יותר מהמדל הטרנסקסואלי, כזו שיכולה להכיל את הפוסט-טרנסקסואליות הקווירית של סטון, קטיגוריה זו מייצרת את האפשרות של רצף מגדרי, ולאוו דווקא בינריות.<sup>170</sup> עם זאת, טרנסג'נדר משמש לעיתים מלה נרדפת לטרנסקסואל. בשימוש הראשון, הקווירי, טרנסג'נדר מסמן את הערעור על הכינריות המגדרית ואת ההפרעה לסדר ההלימה של גוף ותשוקה. בשימוש השני, הטרנסקסואלי, טרנסג'נדר מסמן את השמירה על הסדר, או את החזרת הסדר, של אחדות בין מורפולוגיה גופנית וזהות מגדרית.<sup>171</sup> ואומנם, ג'יי פרוסר (Prosser) ביטא בבתיבתו צורך טרנסקסואלי – שבוודאי יש לו גם מקבילה הומוסקסואלית – דווקא ביציבות, בקטיגוריות ברורות, בביטחון ובהכרה בצרכים ובתחושות (שלצורך העניין אין זה משנה אם הן תוצר של אידיאולוגיה). פרוסר, יותר מכל אחד אחר, ניסח את הפוליטיקה הטרנסקסואלית שמרגישה את חשיבות הגוף והצורך ביציבות מגדרית על-ידי פיתוח גישה טרנסג'נדרית שמנוגדת לגישה הקווירית, ובמיוחד ל”צרות המגדר” של באטלר. כנגד חציית הגבולות הקווירית, הוא מדבר על הצורך בבית; על הצורך של הטרנסקסואל לא לחיות באיזור הגבול, אלא בבית

Sandy Stone "The Empire Strikes Back: A Posttranssexual Manifesto" *Body Guards: The Cultural Politics of Gender Ambiguity* (New York & London, Julia Epstein & Kristina Straub Eds., 1991) 280; על שאלת הנראות של טרנסקסואלים ראו: Whittle, *supra* note 44.

169 עמליה זיו "דנה אינטרנשיונל" המישים לארבעים ושמונה – גליון מיוחד של תיאוריה וביקורת 12-13 (1999) 401, 401-405. ראו גם אייל גרויס "גלובליזציה קווירית וחוויות אדם: דנה אינטרנשיונל/אמנסטי אינטרנשיונל" תיאוריה וביקורת 23 (2003) 227, 231.

170 Meyerowitz, *supra* note 128, at p. 284.

171 Halberstam, *supra* note 163, at p. 291. כיוון דומה לזה של סטון מאמצת סטון

סטריוקר בדגם הקווירי שלה לטרנסג'נדריות, ראו: Susan Stryker "The Transgender Issue: An Introduction" 4 *GLQ: J. Gay & Lesbian Stud.* (1998) 145; מאמרה של סטריוקר מציע ניתוח מפורט של הקטיגוריות "טרנסקסואל", "פוסטטרנסקסואל", "טרנסג'נדר", "קוויר" והיחסים ביניהם.

משלו, באחד מצידיו של הגבול; על כך שטרנסקסואלים רבים אכן חשים דיספוריה, אותה אי־התאמה שמרחיקה את העצמי מגופו, ושמבחינתם, ניתוח לשינוי מין הינו בעל חשיבות רבה. ב"פוליטיקה של הבית" של פרוסר יש חשיבות לצורך של הטרנסקסואל "לעבור" בזהות המגדרית והחדשה, שכן הצלחה בכך מסמנת את התאמת הזהות המגדרית עם הזהות החברתית. הפוסט־טרנסקסואליות מוותרת, לטענתו, על מה שטרם הושג, קרי על ההבדל בזהות המגדרית החדשה ובזכות לבית בה.<sup>172</sup> הגישה הקווירית מוזקת בעיניו את החוויות האמיתיות של הסובייקטים הטרנסקסואליים והטרנסג'נדריים.<sup>173</sup> גישתו של פרוסר מזכירה לנו בי טרנסג'נדרים רבים חיים במצוקה בשל תחושותיהם. למותר לציין כי מדובר בתחושות שיש לתת להן מענה. הצרבים ותנאי החיים הממשיים שלהם מצריכים לעיתים יצירת הלימה בין הגוף ובין הזהות המגדרית, ואפשרות "לעבור" ולחיות חיים יציבים ובטוחים בזהות המגדרית הרצויה. אין גם לזלזל בפוטנציאל הטרנספורמטיבי לגבי האדם בפרט ולגבי החברה בכלל הסמון בעצם הרעיון של "שינוי מין". מנגד, ג'ודית הלברשטם (Halberstam) מציעה שיש מגוון של gender outlaws שאינם מקימים גבריות וגשיות נורמטיביות.<sup>174</sup> בניתוח של פרוסר, היא אומרת, אין הברה ב"כוצ", המחלישה מסיבות שונות (חשש מניתוח, רצון להשאיר חלק מקהילה לסבית ועוד) שביתה יהיה בגוף שבו נולדה. יתר על־כן, בניתוחו אין הכרה בכך שטרנסקסואלים רבים חיים ומתים בטריטוריות ה"הבין לבין": טרנסקסואלים רבים רוצים אומנם לעבור למין החדש ולוותר על דו־המשמעות של זהותם, אך רבים, לרבות טרנסקסואלים שנוחתו, נשארים בין לבין, בין אם אין הם יכולים "לעבור" כשייבים למין החדש, ובין אם אינם יכולים לממן ניתוח לשינוי מין או שהם מזדהים בטרנסקסואלים, אך אינם חשים צורך לשנות את איברי המין שלהם. המיפוי של פרוסר, טוענת הלברשטם, מסתמך על אמונה בשתי טריטוריות, של זכר ונקבה, שיש להן גוף ברור שנחצה על־ידי ניתוח ואנדוקרינולוגיה. המיפוי הקווירי שפרוסר דוחה מביד בקטיגוריות היברידיות, ומעניק לגטימציה ונראית להיברידיות של אלה שלעולם אינם בבית, אלה שאינם יכולים לחצות את הגבול, אלה שמעדיפים להיות "ג'נדר־קוויר" ואלה שהחיים עם אי־היציבות של זהותם.<sup>175</sup>

אכן, בדגם הטרנסג'נדר החדש, או בדגם ה"ג'נדר־קוויר" הממשיך אותו, אנו רואים אנשים שמערערים על גבולות המגדר לא על־ידי חציית הגבול לצד האחר, אלא על־ידי

Jay Prosser *Second Skins: The Body Narratives of Transsexuality* (New York, 1998) 171–177, 200–205; Jay Prosser "No Place Like Home: The Transgendered Narrative of Leslie Feinberg's *Stone Butch Blues*" 41 *Modern Fiction Stud.* Heather Love (1995) 483. על ההנגדה בין עמדתו של פרוסר לעמדה הקווירית ראו: "Oh, the fun we'll have: Remembering the Prospects for Sexuality Studies" 10 *GLQ: J. Gay & Lesbian Stud.* (2004) 258; Vernon Rosario "The Biology of Gender and the Construction of Sex?" 10 *GLQ: J. Gay & Lesbian Stud.* (2004) 280.

Jay Prosser "Exceptional Locations: Transsexual Travelogues" *Reclaiming Genders: Transsexual Grammars at the fin de siècle* (London & New York, Kate More & Stephen Whittle Eds., 1999) 83, 83–89.

Halberstam, *supra* note 163, at pp. 291–292 174

Halberstam, *ibid.*, at pp. 304–307 175



חיים באיזור הגבול, תוך סירוב להזדהות כשייכים לאחד המגדרים, או לחלופין תוך הזדהות כשייכים לשני המגדרים, או במקרים אחרים כדוחים מכל וכל את הרעיון של מגדר.<sup>176</sup>

הדיון של הלבֶרשטס על תצורות שונות של gender outlaws ועל איזור הגבול של ההיברידיזציה, שבניגוד לפדוסטר, אין היא רואה אותו כמסומן בצורה חדה המניעה אותנו להיות תמיד – או לרצות להיות תמיד – באחד הצדדים שלו, מוביל אותה לתובנה שעצם הקטיגוריות ”בוצ” ו”טרנסקסואל FTM”,<sup>177</sup> עם ההבחנה ביניהן (הראשונה מסמנת אשה לסבית ושהשנייה מסמנת אדם ששייכה את מינו מנקבה לזכר), מסמנת פיקציה מגדרית של הבחנות ברורות בין הקטיגוריות.<sup>178</sup> כמוכן, היא אומרת, יש הבדל בין נקבות גנטיות שנוה להן עם גבריות נשית לבין נקבות גנטיות שמזדהות כגברים.<sup>179</sup> יש הבדלים בין ”בוציות” שהיות דו־משמעות מגדרית לבין מי שלוקח הורמונים, מנתח ומי כגבר, אך יש גם מקומות רבים שבהם הבדלים אלה ברורים פחות: יש ”בוציות” ש”עוברות” כגברים, יש טרנסקסואלים שהיים דו־משמעות מגדרית, ויש כאלה שאי־אפשר לסווג אותם למי מקטיגוריות אלה.<sup>180</sup>

מבחינה זו, מעבר לשאלת ההגדרה העצמית, סימון מקרהו של אלקובי כמקרה של טרנסקסואליות, על כל המהותנות של רגם הגבר הבלוא בגוף אשה (אפילו אם אינו מודע לכך שזו זהותו, כדברי הערים בבית־המשפט), והצגת הסוגיה כסוגיה של מגדר בלבד, ולא של מיניות, מוחקים את האפשרות של טשטוש גבולות המגדר שמתממשת בנשיות

176 לדגמים באלה של טרנסגנדריות, ראו: Kate Bornstein *Gender Outlaw – on Men, Women, and the Rest of Us* (New York, 1994); Leslie Feinberg *Trans Liberation – Beyond Pink or Blue* (Boston, 1998); להצגת חצייה של הגבולות המגדריים בצורה שאינה מאמצת זהות מסוימת ראו גם ההצגה ”בן לבין” מאת רוני אלמוג. המחזאי חי בעבר ככתורה, ואף כי הפך, בעקבות ניתוח ולקחת הורמונים, למי שנראת כגבר לכל דבר, הוא ממרב להגדיר עצמו כגבר. לדבריו, ”אין ממש הגדרה למגדר שלי”, ”יש בי קצת מהמגדר של גבר וקצת מהמגדר של אשה. אני בין לבין”. ראו אריק אלפר ”לא ילד ובטח לא ילדה” הזמן הורוד, יוני 2003, 42. על העידן החדש שבו גבולות המגדר נחצים, שתצורות מגדריות רבות מתקיימות בו – דוגמת Transmen, אנשים שנולדו כנקבות אך חיים ומזדהים לפחות הלכית כגברים, וזאת בלי ניתוח ליצירת פיך, ולצידם אנשים שנולדו כנקבות ומזדהים עם גבריות אף שאינם מזדהים כגברים – כל אלה תחת הכותרת ”ג'נדר קווייר”, ראו: Elizabeth Cline ”Transmale Nation – Remaking Manhood in the Genderqueer Generation” *Village Voice*, 22.6.2004, available at <http://www.villagevoice.com/issues/0425/cline.php>. על ”ג'נדר קווייר”, הפוטנציאל והמגבלות של קטיגוריה זו, ראו האוספה: *GenderQueer – Voices from Beyond the Sexual Binary* (Los Angeles & New York, Joan Nestle, Clare Howell & Riki Wilchius Eds., 2002).

177 כלומר טרנסקסואלים שעוברים מנקבה לזכר (להבדיל מ”MTF=Male to Female”).

178 על הקשר ועל הגבולות העמומים בין לסביות בוצ' לבין טרנסקסואלים FTM, ראו: Rubin, *supra* note 161.

179 על גבריות נשית ראו ספרה של הלבֶרשטס: Judith Halberstam *Female Masculinity* (Durham & London, 1998).

180 Halberstam, *supra* note 163, at pp. 300–301.

הגברית – הבוזיית. הפרשנות האחרת למקרה של אלקובי, זו שראתה את היחסים שקיים ביחסים לסביים, בנויה על עירוב מחדש של שאלת המגדר ושאלת המיניות. המקרה של חן אלקובי הושווה למקרה של ברנדון טינה, שכמו אלקובי, נולד גניטלית כנקבה אך חי לפחות חלק מהזמן כבחור, קיים יחסים עם בחורות שחשבו לכאורה שמדובר בזכר ביולוגי, ולאחר שהתגלו פרטי הפרשה, נאנס ונרצח בנברסקה בשנת 1993.<sup>181</sup> אלקובי עצמו חש הודחות עם טינה, ובמהלך מעצרה הבית שלו צפו שוב ושוב בסרט "בנים אינם בוכים" על פרשת ברנדון טינה.<sup>182</sup> הוא אף סבר שהמתלוננת שטענה כי היה ביניהם מעשה מיני המציאה את הסיפור בהשראת הסרט "בנים אינם בוכים".<sup>183</sup> מביב דמותו של ברנדון טינה נסבו ועדיין נסבות "מלחמות הגבול" בין ה'בוז' ל-FTM: היש לראות את טינה כלסבית ב'בוז' או שמא כטרנסקסואל FTM? המלחמה על השאלה למי הוא "שייך" ו"גיבור" של איזו קהילה הוא הסעירה את הרוחות. גיודית הלברשטם וג'ייקוב הייל טוענים שיש מהיר לניסיון לייצב את הקטיגוריות טרנסקסואל, טרנסג'נדר ובוז' כפי שנעשה בדיון על פרשת ברנדון טינה, ומאמינים שיש הרבה יותר מרווח בין הקטיגוריות האלה, ושאינשים – כולל ברנדון טינה בחיים הקצרים שלו/שלה – עברו דרך כמה קטיגוריות.<sup>184</sup> ג'ייקוב הייל טוען שהאג'נדה הטרנסג'נדרית, שמענינה כל התייחסות לטינה כאל ב'בוז' נחשבה טרנספובית, מחקה היבטים שונים בחיים של ברנדון טינה שלא התאימו לדגם של טרנסקסואליות.<sup>185</sup> בכך נשללה, לדבריו, ההכרה שברנדון טינה חי באיזור הגבול. אין אנו יודעים מה היה טינה עושה אילולא נרצח: נשאר באיזור הגבול או מעדיף קטיגוריה יציבה יותר?<sup>186</sup> הייל אינו שולל אפשרות שיש טרנסג'נדרים FTM שלא

181 הפרשה תועדה בהרחבה בספר *All She Wanted*, ראו: Aphrodite Jones *All She Wanted* (New York, 1996); לפרטי הרצח כפי שגורשו מפי אחד הרוצחים, ראו: *Nebraska v. Letter*, 586 N.W.2d 591 (1998). עובדות נוספות מפורטות בפסקי-הדין שניתן בעקבות תביעה שהגישה משפחתו של טינה נגד המשטרה על כך שלא סיפקה לו הגנה ראויה, ראו: *Teena Brandon v. County of Richardson* 261 Neb. 636, 624 N.W.2d (2001), 604. על המקרה של ברנדון טינה כמעלה את שאלת הצורך במתן הגנה לאנשים בעלי זהות מגדרית לא-נורמטיבית, ראו: Patricia A. Cain "Toward Intersexuality: Stories from the Gender Garden: Transsexuals and Anti-Discrimination Law" *75 Denv. U. L. Rev.* (1998) 1321; NYC, *supra* note 99, at pp. 240–241 ברנדון טינה כנקודת-מפנה באקטיביזם הטרנסג'נדר, ראו: *California, supra* note 99, at pp. 233–230.

182 אליחי ולם, לעיל העדה 3, בע' 34.

183 אליחי ולם, שם, בע' 36. גם אימו של אלקובי הביעה את הדעה כי המתלוננת נטלו את מה שאמרו על אלקובי מהסרט, וואת בין היתר עלי-מך פרטים שהן תיארו. שהופיעו בסרט. אליחי ולם, שם, בע' 74. לדיון בייצוג הקולנועי של פרשת ברנדון טינה והשאלות שהוא מעלה, ראו: Judith Halberstam "The Brandon Teena Archive" *Queer Studies: An Interdisciplinary Reader* (Oxford, R. Corber & S. Valocchi Eds., 2003) 159.

184 Judith Halberstam & Jacob Hale "Butch/FTM Border Wars: A Note on Collaboration" *4 GLQ: J. Gay & Lesbian Stud.* (1998) 283.

185 Jacob Hale "Consuming the Living, Dis(re)membering the Dead in the Butch/FTM Borderlands" *4 GLQ: J. Gay & Lesbian Stud.* (1998) 311, 313–314.

186 Hale, *ibid.*, at p. 318.



ירצו לחיות בארצות הגבול ויעדישו את היציבות והבית שפרוסר מדבר עליהם; אך הוא מסתייג מהדגם הבינרי של פרוסר ומבך שפרוסר מציג את הדחייה של החיים באיזור הגבול לטובת בית בטוח בדבר הנכון לכל הטנרסג'נדרים באשר הם. הצגה בזו מוחקת את מי שאינו שייך לנרטיב הטנרסג'נדרים שהוא מציע.<sup>187</sup>

המשפט של חן אלקובי יכול וצריך לפתוח את השאלות האלה לדיון. עיקר הדיון שהתקיים בעקבות פרשת אלקובי היה על ציר המתח בין הגישות הקווידריות והטרגסג'נדריות, מצד אחד, לבין הגישה הפמיניסטית שרוצה להגן על הנשים, מצד אחר. אך יש מקום לבחון את הפרשה גם מבחינת הפרשנות וההמשגה השונות שניתנו לאירועים, מבחינת הקשר בין שאלות המגדר והמיניות ומבחינת האידאולוגיות שהופכות אותנו לסובייקטים, אידאולוגיות שתנועות פוליטיקה הוותיקות חזרות ומשבפלות לעיתים. עמדתו בפרק זה על כך שהטנרסג'נדריות גם מערערת על יציבות המגדר – בכך שהיא מראה שאפשר לחצות אותו, אך היא גם מחוקת אותה – בהתעקשותה על שתי קטיגוריות מגדר שצריך לעבור ביניהן. הפוסט-טנרסג'נדריות של סטון, כמו גם גישתם של הלברשטם והייל, מציעות טנרסג'נדריות – או שמא טנרסג'נדריות – קווירית יותר, בזו של חציית גבולות וחיים באזורי גבול, פרוסר טוען, כזכור, שגישה זו אינה עונה על הצורך של אנשים ביציבות, ביטחון ובית. המקרה של אלקובי הוא הודמנות טובה לקיים את הדיון הזה אצלנו, ולשאל מה איבדנו בהפרדה בין שאלת המגדר לשאלת המיניות. האם הצגתה של פרשת אלקובי במקרה של טנרסג'נדריות כלבד אינה מוחקת את הפרשנות הלסבית, שלפחות אחת המתלוננות נתנה לאירוע, או את העמימות המינית המגדרית. עם הפוטנציאל התשוקתי הייחודי שלה? האם פעולת ההמשגה של המקרה מצד פוליטיקה הוהות, בבזו של טנרסג'נדריות שאינו מודע עדיין לזהותו, לצד העובדה שסייעה לבית המשפט להבין את מצוקתו של אלקובי, לא השתתפה במעשה ההסבה של הסובייקט הטנרסג'נדרלי, ובכך אימצה שית של אמת לגבי הזהות, המבוסס מחדש על הרגם של זהות מינית בינרית ועל ההבחנה בין שאלת המיניות לשאלת המגדר? האם אנו חייבים לבחור בין להיות טנרסג'נדרים לבין להיות לסביות “בוציות”, או שמא מקרים בגין המשפט של אלקובי מעידים שעלינו להשתחרר כליל מהקטיגוריות של סטרייט/לסבית וגבר/אשה? ואולי הם מוכיחים את ההיפך: אולי הברה באלקובי כבגבר פירושה הענקת הבית והמקום הבטוח שהוא זקוק להם? חן אלקובי, שזן אוניל וברנדון טינה – כולם סבלו מתוסר הברה בזו ושילמו את מחיר הסבנה של איזור הגבול. אכן, הברה בהם בוהות המגדרית הגברית היא בית ומקום בטוח, ואילו איזור הגבול הוא מקום מסוכן. אך איזור הגבול, הנקרא אצלנו “מרחב התפר”,<sup>188</sup> הוא איזור מסוכן בגלל ההיגיון של ההפרדה. אם נילחם בהיגיון של ההפרדה יהיה איזור הגבול, אולי, מסוכן פחות.

187 Hale, *ibid*, at pp. 339–340.

188 “מרחב התפר” הוא הכינוי לאיזור שגדר ההפרדה מוקמת בו, ובמיוחד לחלק של השטחים הנמצא בין הקו הירוק ובין גדר ההפרדה. ראו באתר מרחב התפר של משרד הביטחון <http://www.seamzone.mod.gov.il/Pages/Heb/default.htm>. כמו כן ראו נייר העמדה של “בצלם” “הגדר הרעה: הפרת זכויות האדם כתוצאה מהקמת מכשול ההפרדה” (2003) [http://www.btselem.org/Download/2003\\_Behind\\_The\\_Barrier\\_Heb.doc](http://www.btselem.org/Download/2003_Behind_The_Barrier_Heb.doc)

## ה. מין, גדר, מגדר

בפברואר 2004 התקיים ב"סלון מול" בתל-אביב<sup>189</sup> חודש "מין, גדר ומגדר".<sup>190</sup> בדצוני לסיים מאמר זה במחשבות אחדות על הקשר בין השלושה. בדיון ב"מלחמות הגבול" בין ה"בוצי" ל-FTM ציינתי כי הדרך הנכונה אינה אולי לתהות אם אנשים כברנדון טינה, או להבדיל, חן אלקובי, הם לסביות (שהן "בוצי") או טרנססקסואלים. הדיונים האלה מעידים, כך טענתי, על המגבלות של הגדרות אלה ועל הצורך להשתחרר מתן. התפיסה הטרנססקסואלית, כפי שהיא באה לידי ביטוי במשפט של אלקובי, בתסקיר של קצין המבחן ובעדויות של בדגר וגדינברג, אימצה את דגם הבלכול המיני, או הדיספוריה המגדרית, הדומה בהיבטים רבים לרגם הפתולוגי-פסיכיאטרי. גלוריה אנזלדואה (Anzaldua) יוצאת נגד רגם זה בספרה "אזור הגבול" *La Frontera* /<sup>191</sup> בניגוד לגישת הפסיכיאטריה, היא אומרת, היות "חצי וחצי" אין פירושו לכול מבלכול בהות המינית או במגדר. "מה שאנו סובלים ממנו," היא אומרת, "זו דואליות עדיצה שאומרת שאנחנו יכולים להיות רק האחד או השני." בעיני אנזלדואה, היא עצמה, כמו גם אנשים קוויריים אחרים, מהווה שניים בגוף אחד, גוף שמכיל גם זכר וגם נקבה.<sup>192</sup> לפיכך, לפי עקרון ההכלה של שניים בגוף אחד, היא מציעה להשתחרר מחלוקה זו. הבחירה בהות "חצי וחצי" עליידי אנזלדואה אינה מקרית: עבורתה של אנזלדואה עוסקת כולה באיזור הגבול, שעולמות אחדים נפגשים בו, שגבולות נחצים בו, שה-*mestiza*, היא בת" התערובת, נוצרת בו. ארץ הגבול של אנזלדואה היא הגבול בין אדמות-הברית למקסיקו, ארץ שנוצרה כאשר האנגלים פלשו לטקסס, שהיתה עד אז חלק ממקסיקו, וסילקו בהדרגה את הטקסנים ממוצא מקסיקאי מארמתם. אלה נהפכו לזרים בביתם שלהם. ב-2 בפברואר 1848 נולדה גדר הפרדה שהילקה את העם המקסיקאי, והשאירה מאה אלף מקסיקאים בצד האמריקאי של הגדר, מסופחים עליידי כיבוש. הלבנים גישלו את המקסיקאים והאינדיאנים מאימותיהם, ורבים נטשו את בתיהם והוותיהם ועברו למקסיקו. כתוצאה ממתלכים אלה נוצד סכמוך אליים:<sup>193</sup> המקסיקאים חזרו לאדמותיהם כדי לעבוד ולהתפדנס, והאמריקאים דאי בכך פלישה.<sup>194</sup>

<sup>189</sup> <http://www.salonmazel.org/zope/home>

<sup>190</sup> ניתן למצוא את תוכנית האירועים של "מין, גדר ומגדר" באתר <http://www.community.syncopa.org.il/modules.php?name=Forums&file=viewtopic&p=894>

<sup>191</sup> תרגום של חלקים מהספר לעברית עליידי רונה ברייר-גארב צומד להופיע: גלוריה אנזלדואה "אזור הגבול" *La Frontera* / במסגרת הקובץ מאמרי יסוד במחשבה פמיניסטית (שם זמני) (דלית באום, שרון הלוי, רונה ברייר-גארב, דינה תרובי, דבורה גריינגמן, דלילה אמיר ויפה ברלזביץ עורכות) (סרס פורסם). גלוריה אנזלדואה גפטרדה ביום ה-15 במאי 2004, ימים ספורים אחרי שכתבתי לראשונה את הטיוטה לפרק זה במאמר.

<sup>192</sup> Anzaldua, *ibid.*, at p. 41. בשיור "לחיות באיזור הגבול משמעו שאת", כותבת אנזלדואה: "לחיות באיזור הגבול משמעו שאת/.../חצי חצי גם אשה וגם גבר לא זה ולא זה מגדר חדש." ראו אנזלדואה, שם.

<sup>193</sup> Anzaldua, *supra* note 191, at pp. 28–31.

<sup>194</sup> Anzaldua, *ibid.*, at pp. 32–34.

חוויית ארצות הגבול ומרחב התפר הולידה אצל אנזלדואה את התורעה המעורבת וההיברידיית, תודעת ה־mestiza, שכוללת סובלנות כלפי סתירות ועמימות, אישיות פלורלית והתחברות לקוויריות לגבי מין, מגדר ומיניות.<sup>195</sup> אולם משטור הגבולות בארצות הגבול שלנו קפדני בהרבה: גור־הדין בעניין אלקובי מנסה להתזרז ולהשליט סדר במשטור של מי הוא גבר ומי היא אשה – על־אף קבלת “מצוות אנשים מלומדה” של הכרה ב־חידושי הלשון של “מגדר” ו־תיאוריה קווירית”. משטור הגבולות הזה, המסמן אותנו כשייכים לאחת הקטיגוריות, הוא גם המשטור של ארצות הגבול שלנו, מרחב התפר שלנו, שאין בו מקום ל־mestiza, ויש בו רגולציה קשה של מי הוא יהודי ומי אינו יהודי. ב־23.5.03 הופיעה תמונה של חן אלקובי על שער העיתון הנקרא ביותר במדינה, מוסף “7 ימים” של ידיעות אחרונות, ולצידה הכותרת: “לב של גבר – חן אלקובי, הגערה שנאשמת בהתחזות לגבר ובפיתוי נערות, מדכרת לראשונה על לבטי הזהות, השקרים, הבושה, ההשפלה והחודשים המתמשכים במעצר־בית”. מעל לכותרת זו הופיעה כותרת אחרת: “שיטת הסלאמי – במסווה של תכנית גדר ההפרדה, הולכת ומתגשמת בשטח תכנית הקנטונים המבותרת את שטחי הגדה לנזקקים צרים ומוקפי חומה. המשמעות: לא ביטחון ולא שלום”. לצד הכתבה המספרת על המשפט של מי שהצה את גבולות המגדר, אנו למדים על גבולות הלאום ועל הגדר שבאה למשטר אותם. הגדר קובעת כי בארצות הגבול שלנו, במרחב התפר, באיזור שבין הגרר לקו הירוק, וכאי לשהות בלי היתר אורה או תושב ישראל, או מי שזכאי לעלות לישראל לפי חוק השבות. אחרים, לרבות פלסטיני שחי באיזור הזה, בביתו שלו, נזקקים להיתר מיוחד כדי לשהות שם.<sup>196</sup> ולהיתרים מיוחדים כדי לחצות שער בגדר כדי להגיע למקום עבודתם. אף מספר השער שדרכו בלבד ניתן להם לעבור מסומן על ההיתר. כך, בדרך זו, הגדר ומשטר ההיתרים שלה מהווים אמצעי לשליטה בגוף ובתנועתו ולהפרדה בין יהודי לערבי.<sup>197</sup>

195 Anzaldúa, *ibid.*, at pp. 101–102, 107.

196 אלא אם־כן הם שייכים לאחת מהקבוצות המנויות בהיתר הבללי. אלה בוללות את מי שאינו תושב האיזור ושכיר דרכון זר בתוקף ואשרת שהייה תקפה בישראל; מי שכיר היתר תעסוקה בתוקף ביישוב ישראלי הנמצא במרחב התפר; ומי שכיר היתר יציאה בתוקף מהאיזור לישראל. שהותם של שני הסוגים האחרונים במרחב התפר מוגבלת למטרות של תעסוקה ומעבר, בהתאמה. ראו צו בדבר הוראות הביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל-1970, היתר כללי לכניסה למרחב התפר ולשהייה בו (2.10.2003). צו בדבר הוראות הביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל-1970, הכרזה בדבר סגירת שטח מס' 2/03' (מרחב התפר) (2.10.2003). ניתן למצוא צו זה, את היתר הכללי וצווים נוספים המהווים חלק ממשטר ההיתרים באתר: [http://www.hamoked.org.il/items.asp?cat\\_id=8&sub\\_cat\\_id=59&section01\\_id=1&section02\\_id=2](http://www.hamoked.org.il/items.asp?cat_id=8&sub_cat_id=59&section01_id=1&section02_id=2). ניתוח מפורט של משטר ההיתרים מצוי בעתירה שדוגשה לבג"צ 639/04 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון (שרם התקבלה ההלטה). בפסק־דין שניתן ביוני 2004 פסל בג"צ חלק מתוואי הגדר באיזור ירושלים בשל פגיעה בזכויות התושבים הפלסטיניים. ראו בג"צ 2086/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל (שרם פורסם). במסגרת פסק־הדין התייחס בג"צ למערך ההיתרים באיזור הגדר מאל "משטר בירוקראטי מפותל, סבוך ומכביד של היתרים". ראו פסקה 9 לפסק־דינו של הנשיא ברק. בית־הדין הבינלאומי בהאג הכריז בחודש יולי 2004 כי בניית הגדר בשטחים עומדת בניגוד למשפט הבינלאומי. ראו: *Legal Consequences of the*

ההיגיון של ההפרדה, שאינה בהכרח הפרדה טריטוריאלית, אלא לעיתים הפרדה משפטית בסטטוס, ההיגיון של (ה)הגדרות, של סימון זהויות שלנו בצידה נוקשה (ריג'ידיית) וקביעת רגולציה של ההתנתגות על-סמך זהויות אלה, משותף לפרויקט של הגדר ולפרויקט המגדרי של ההטרונורמטיביות. "לחצות את גבולות המגדר, לבגוד בגבולות הלאום" היתה אחת הסיסמות של קבוצת "בביסה שחורה" במצעד הגאווה של שנת 2003, ומן קצד אחרי הרשעתו של אלקובי.<sup>198</sup> הנוקשות (ריג'ידייות) המגדדית של חלוקה לגברים ולנשים הברחית לא רק להטרונורמטיביות הכפויה, אלא גם לפרויקט המגדרי-הלאומי של הציונות, שביקש לרפא את הגבר היהודי מהפגמים בגבריותו ולעשות מהגברים גברים ומהנשים נשים.<sup>199</sup> פרויקט זה דודש סימון ברור של מי הוא יהודי ומי לא, מי הוא גבר ומי לא.<sup>200</sup> מבחינה זו, ההופעה של חן אלקובי ושל הגדר על אותו עמוד שער של ידיעות אחרונות מספרת יהודי את הסיפור של הגבולות שמקיפים אותנו ומפרידים בינינו.<sup>201</sup>

*Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory – Advisory Opinion*, available at <http://www.icj-cij.org/iccjwww/idoctet/imwp/imwpframe.htm>, במסגרת החלטה זו התייחס בית-הדין הבינלאומי לפגיעה בזכויות כתוצאה ממשטר המיתרים. ראו פסקות 85 ו-133-134 לחוות-הדעת המייעצת.

198 ראו "ירושלים: כביסה שחורה" תפגין במצעד הגאווה" חדשות Gogay 10.6.2003. <http://www.gogay.co.il/today/Item.asp?CMId=2909>. באותו אירוע חילקה "כביסה שחורה", בשם הזמני "כביס שחור". "תעודת התחוות" מטעם "משרד על הפנים", שבו נכתב מתחת התיבה "מיין": "כן, בבקשה. ואת המגדר שלי אני אבחר בעצמי, ואשנה אותו בשיתחשק לי". ומתחת לסעיף "לאום" נכתב: "פלסטינית/יהודי/אנרכיסטית/מהגר/בוגדת בגבולות הלאום". זה המקום לחזק גם סיכמה נוספת של "כביסה שחורה", שעוסקת באזורי הגבול הלאומיים והמינימיים: "טרנסג'נדר ולא טרנספר". על "כביסה שחורה" ראו ענת ליבר "מיכולנו בגאווה" לאין גאווה בכיבוש/ אתגור קווידי של הפוליטיקה ההומוריסטית ושיה האזרחות בישראל", הרצאה שנתנה במסגרת הכנס סקס אחר 03 (אוניברסיטת תל-אביב, מאי 2003).

199 על כך ראו מיכאל גלזמן "הכמיהה להטרונורמטיביות: ציונות ומיניות באלטנורלנד" תיאוריה וביקורת 11 (1997) 145 (Berkeley, Daniel Boyarin *Unheroic Conduct* (1997)).

200 על הצורך לשלב יהודי את החשיבה על הפוליטיקה הלאומית ועל הפוליטיקה המינית בקשר לציונות, ראו: 10 Jacqueline Stevens "The Politics of LGBTQ Scholarship" 220 *GLQ: J. Gay & Lesbian Stud.* (2004). אין זה אולי אך מקרה שג'ודית באטלר עוסקת לאחרונה בבחינת המקום של דו-לאומיות במחשבה היהודית והציונית, ראו: Judith Butler "Jews and the Bi-National Vision" 3 *Logos* (2004), available at <http://www.logosjournal.com/butler.htm>.

201 חלופה לתפיסת הפרדה זו אפשר למצוא אצל דנה אינטרנשיונל, שמשלבת בין חצייה של גבולות המין והמגדר לחצייה של גבולות האתניות והלאומיות. ראו גרוס, לעיל הערה 169.

**6** במסודה של תכנית גדר ההפרדה, הולכת ומתגשמת בשטח תכנית הקסטרים המבותרת את שטחי הגרה לנקיטות צדים ומוקפי חומה המשמעות לא ניסוח ולא שלום מירון הפופרט

**יהים**

2022 יולי  
50 ש"ח  
50 ש"ח

# לב של גבר

חן אלקובי, הנערה שנאשמת בהתחנות לגבר ומפיתוי נערות, מדברת לראשונה על לבטי הזהות, השקרים, הבושה, ההשפלה והתודשים המתמשכים במעצר בית **32** אמירה לס וליאור אליו

חמי רודג'ר מנקשה להשתקם מתפצע שהטאורה בו תקומת ילדותו בקיבוץ, מולל מקרי האונס, ההשפלות והמדידות האיומה אכנה ברנהיימר, עמ' 46

