

חלק שישי

פילים

מה לי ולמשפט הפלילי? קהילת הלהט"ב, המשפט הפלילי ואכיפת החוק

מאת

חגית לרנאו* ועינב מורגנשטרן**

א. מבוא

בפרק זה נבחן את יחסו של המשפט הפלילי לתחומים הקשורים לקהילת הלהט"ב משתי נקודות מבט שונות: האחת סוקרת את יחס המשפט הפלילי להתנהגות הקשורה לביטויים של מיניות, והאחרת – את תפקיד המשפט הפלילי כמגן על הקהילה הגאה. נבקש לעמוד על שינוי מהותי שחל במשפט הפלילי ביחס לחברי קהילת הלהט"ב: ממי שנחשבו לעבריינים הלוקים בפתולוגיה נפשית בשל נטייתם המינית לקהילה הנתפסת כקבוצת מיעוט שיש לאפשר לה לממש נטיות והעדפות מיניות שונות ולהגן על אורח חייה מפני גילויי אלימות, שנאה והדרה.

הפרק פותח בדיון על אודות המעבר מאיסור התנהגות מינית להט"בית להתרתה, תוך ביסוס הטענה שהאיסור הפלילי על התנהגות מינית כזו, גם כאשר איננו נאכף, מונע פיתוח של שיח משפטי העוסק בזהות להט"בית ובזכויות. בהמשך הפרק נדון בחקיקת המגן ובצעדים שהרחיבו את ההכרה המשפטית בזכויות הקהילה הגאה, ובפרט בחקיקתו של סעיף 144 לחוק העונשין, העוסק בפשעי שנאה.

נסיים את הפרק בבחינה ביקורתית של השינויים שחלו ביחסו של המשפט לקהילת הלהט"ב ובעיקר למידה שבה נאכפים איסורים פליליים שנועדו להגן עליה. נטען כי הגם שהמשפט הפלילי עבר מלהיות חרב במאבק נגד התנהגות מינית להט"בית לשמש כמגן על אורח חיים זה, הרי שמבט מעמיק יותר, הבוחר לא רק את נוסח החוק אלא גם את יישומו, מעורר ספק אם השינויים המהותיים שנקבעו בחוק הוטמעו דיים במערכת אכיפת החוק.

* חגית לרנאו, ד"ר לקרימינולוגיה ובעשור האחרון מכהנת כמשנה לסניגור הציבורי הארצי.
** עינב מורגנשטרן, בוגרת הפקולטה למשפטים ובית הספר לעבודה סוציאלית, האוניברסיטה העברית בירושלים.

נבקש להוקיר תודה מיוחדת לאסף שרף ולד"ר גיל פישוהוף שסייעו לנו להבין את הקשיים שעמם מתמודדת קהילת הלהט"ב ואת הביקורת של פעילים בקהילה על החקיקה הקיימת הנוגעת לפשעי שנאה וחשפו אותנו לפעילות החשובה של מרכז ניר כץ. נוסף על כך נבקש להודות למירי גור-אריה, להדר דנציג-רוזנברג, לעידו דרויאן, לענת הורוויץ, לענבל וילמובסקי, לענבר כהן וללילה מרגלית שהשקיעו מזמנם בקריאת נוסחים קודמים של הפרק וסייעו לנו בפיתוחו.

ב. להט"בים כנאשמים בהליך הפלילי

1. האיסור הפלילי על יחסי מין להט"בים וביטולו

עד לשנת 1988 הייתה קבועה בחוק העונשין עבירה פלילית חמורה, שמקורה בחקיקה מנדטורית, אשר אסרה על משכב זכר ועל יחסי מין שלא כדרך הטבע. כותרת הסעיף הייתה "סטיות מדרך הטבע", והעונש המרבי שהיה קבוע בצדה היה עשר שנות מאסר. העבירה כללה ארבע חלופות עובדתיות שונות: "שוכב עם אדם שלא כדרך הטבע"; "שוכב עם בהמה"; "מרשה לגבר לשכב עמו"; "מרשה לגבר לשכב עמו שלא כדרך הטבע".¹

בשנות החמישים הנחה היועץ המשפטי דאז, חיים כהן, את המשטרה והתביעה הכללית להימנע מאכיפת האיסור כנגד בוגרים שקיימו יחסי מין בהסכמה.² הנחייתו קיבלה תוקף רשמי עת הוספה לקובץ הנחיות היועץ המשפטי לממשלה על ידי היועץ המשפטי בשעתו, מאיר שמגר.³ ואכן, במאגרים משפטיים ניתן לאתר רק מקרים מעטים שבהם הוגשו כתבי אישום בגין יחסי מין שלא כדרך הטבע. עיון בדרך שבה מתוארות עובדות הפרשות השונות בהחלטות בית המשפט מלמד שכתבי האישום הוגשו במקרים שבהם התקיימו יסודותיה של עבירת האינוס: כאשר האקט המיני נעשה כלפי קטינים, בנסיבות של ניצול משמעותי של נפגע העבירה או כאשר הוא הביע ביטויים ברורים של היעדר הסכמה.⁴ בפסיקת בית המשפט העליון נחלקו הדעות אם הסעיף אוסר על קיום יחסי מין אורליים או רק על יחסים אנליים, אך הוסכם שהאיסור אינו מתמקד ביחסים בין גברים אלא חל גם על יחסי אנליים בין גבר לאישה וככל הנראה גם על יחסים לסביים. עם זאת, ככל שניתן ללמוד מהספרות המקצועית, מעולם לא הועמדה אישה לדין בגין עבירות אלו.⁵

בשנת 1964 נתן השופט חיים כהן, הפעם ביושבו כשופט בית המשפט העליון, החלטה שהיא ציון דרך חשוב במאבק לדה-קרימינליזציה של יחסי מין הומוסקסואליים. במסגרת פסק דינו הדגיש השופט

1 ס' 351 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226. להקשר משפטי וחברתי של האיסור בחוק ראו יובל יונאי "אסור להיות הומוסקסואל": כיצד הומואים והעיתונות הכתובה חשבו וכתבו על החוק 'האוסר הומוסקסואליות' בספר זה (להלן: יונאי "אסור להיות הומוסקסואל").

2 יובל יונאי "הדין בדבר נטייה חד-מינית – בין היסטוריה לסוציולוגיה" משפט וממשל ד 531, 534–535, (1998) (להלן: יונאי "הדין בדבר נטייה חד-מינית").

3 "הגשת כתבי-אישום בעניין משכב זכר" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 50.049 (התשל"ב) <http://justice.gov.il/NR/rdonlyres/702F4685-3036-49C1-A3F9-5FAE64FEB214/0/50049.pdf>.

4 ראו ע"פ 261/83 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 570 (1984); ע"פ 128/52 שוילי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ז 438 (1953). בספרות הועלתה טענה שלפיה קשיי הוכחה הם שהובילו את התביעה להעדיף את השימוש בסעיף 152(2) לפקודת החוק הפלילי, 1936 במקום בהוראות חוק אחרות, התואמות את המקרים. להרחבה ראו אלון הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית" המשפט ז 195 (2002).

5 שתי החלטות החשובות בהקשר זה הן: ע"פ 224/63 בן עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 225 (1964). החלטות ספורות נוספות ניתן לאתר במאגר המידע משפט ולהט"ב של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב. ראו www.lgbtlaw.tau.ac.il/%D7%A7%D7%A8%D7%99%D7%9E%D7%99%D7%A0%D7%9C%D7%99%D7%96%D7%A6%D7%99%D7%94-%D7%9C%D7%94%D7%98%D7%91.

כהן כי ראוי לבטל את האיסור הפלילי ככל שהוא מתייחס לבגירים הפועלים בצנעה ובהסכמה, באומרו:

משכב-אשה-שלא-כדרכה, וכן משכב-זכר, כשהמעשה נעשה בצנעה ועל-ידי בני-אדם בגירים מרצונם הטוב, אינם מעשים שיש בהם קלון, ואין הם מעידים על עושיהם שהם פושעים הראויים לעונש. עבירות הן אשר באו אלינו בירושה משיטות עתיקות ומדורות עברו, ואין מקומן מדיני העונשין של מדינה בת זמננו. הן נוצרו כדי להגן על "הטבע", כלומר על אבסטרקציה של התנהגות מינית נורמלית; [...] "הטבע" בתור שכזה אינו עוד זקוק להגנת דיני העונשין; מה שזקוק ועל-כן זכאי להגנתם, הם כבודו וגופו וחירותו של אדם, שלא ייפגעו שלא בהסכמתו. מזכויות-היסוד של האזרח היא שהמדינה לא תתערב בחייו הפרטיים ובהתנהגותו בחדרי חדרים, כל עוד אינו פוגע בזכות הזולת שלא כדין; ואין פגיעה בזכות הזולת כשהלה מסכים להיפגע. אדם המוחל על כבודו, כבודו מחול; ואדם המוסר גופו להנאתו או להנאת זולתו (ובלבד שלא יסכן את חייו או את חיי הזולת), גופו מחול; אין להם לבתי המשפט לשים עצמם אפוטרופסים על העריות.⁶

אף שהדברים מבטאים סובלנות כלפי פרקטיקות והתנהגויות מיניות הנעשות בצנעה ובהסכמה, בדרך של שלילת היסוד הפלילי שבמעשה המיני הלהט"בי, הם מבוססים על עמדה ערכית התופסת יחסי מין שאינם הטרוסקסואליים כתוצר של פתולוגיה נפשית.⁷

בשנת 1977 נערכה קודיפיקציה של הפקודה הפלילית המנדטורית ונוסחה תורגם מחדש והותאם כחוק העונשין דהיום. על אף הנחיות היועץ המשפטי לממשלה והביקורת של בית המשפט העליון, כמו גם ניסיונות שונים במהלך שנות השבעים לעודד חקיקה שתביא לביטול העבירה הפלילית או להחלפתה בעבירה קלה יותר, נותרו בחוק הסעיפים הכוללים איסור על משכב זכר וקיום יחסי מין שלא כדרך הטבע. חרף מדיניות אי-האכיפה והימנעות רשויות התביעה מהגשת כתבי אישום, בציבור הרחב הובנה העבירה הפלילית כאיסור על יחסים הומוסקסואליים, וקיומה בחוק שימר יחס מפלה כלפי הקהילה. מעדויות של חברי קהילה ניתן ללמוד על פיקוח שנהגה המשטרה לקיים בשנים הללו במקומות מפגש של הומואים, אשר כלל בדיקות של תעודות זהות, תיעוד ורישום של חברי הקהילה.⁸ בשנת 1988, במסגרת רפורמה שנערכה בפרק העוסק בעבירות מין, בוטל הסעיף שאסר על קיום יחסי מין שלא כדרך הטבע. יותר משניתן לדבר על הכרעה מודעת ומושכלת של המחוקק לביטולו של

6 ראו פרשת בן עמי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 238ה.

7 במסגרת פסק הדין מציין השופט כהן כי הוא מוכן להניח " [...] כדבר ידוע ומוכן מאליך, שאלה אשר התנהגותם המינית היא בלתי נורמלית, רובם ככולם סובלים מהפרעות נפשיות אשר הטיפול יפה להן"; שם, בעמ' 238. ראוי לזכור כי זיהוי בין הומוסקסואליות להפרעה נפשית היה נהוג בתקופה זו גם בקרב הקהילה הפסיכיאטרית, וכי רק בשנת 1973 החל תהליך מדורג של ניתוק הקשר בין נטייה מינית לבין סיווג מחלות נפש ב-DSM. להרחבה ראו Charles Silverstein, *The Implications of Removing Homosexuality from the DSM as a Mental Disorder*, 38 ARCHIVES OF SEXUAL BEHAVIOR 161 (2009); Robert L. Spitzer, *The Diagnostic Status of Homosexuality in DSM-III: A Reformulation of the Issues*, 138 AM J. PSYCHIATRY 210 (1981).

8 יונאי "אסור להיות הומוסקסואל", לעיל ה"ש 1; יונאי "הדין בדבר נטייה חד מינית", לעיל ה"ש 2.

הסעיף, נראה שהרפורמה הכללית אפשרה את השמטתו בשלב מתקדם של הליכי החקיקה. בדברי ההסבר לרפורמה לא אוזכר הסעיף, וביטולו גם לא נדון במהלך הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט או במליאת הכנסת. הסעיף כאילו נשכח בשלבים האחרונים של הכנת הרפורמה, אם מתוך חוסר תשומת לב של המפלגות הדתיות ואם מתוך הסכמה שבשתיקה.⁹

מהלך חקיקתי זה מסמן נקודת מפנה ביחס המשפט הישראלי כלפי הומוסקסואליות ובמאבקה של הקהילה הגאה להבטחת זכויותיה.¹⁰ השפעה זו אינה ברורה מאליה. ניתן היה לתת משמעות מצמצמת לביטול הסעיף של איסור יחסי מין שלא כדרך הטבע ולהבינו כחלק ממגמה רחבה יותר, המבקשת לשנות את המשפט ולהופכו מכלי לאכיפת מוסר לאמצעי המשמש להגנה על האוטונומיה ושלומו הגוף. פרשנות מעין זו מתבטאת למשל בפסיקתו של השופט כהן שהזכרה לעיל, המשמרת יחס של הוקעה חברתית כלפי יחסים הומוסקסואליים, אך מבטלת את האיסור הפלילי עליהם. עד ביטול הסעיף שימש הכלי הפלילי להגדרה ולאפיון של מי שמשתייכים לקהילה הגאה באמצעות נהגים מיניים אסורים. נקודת מבט זו הצרה את אופן התייחסותו של המשפט להומוסקסואליות, גם בשנים שבהן העבירה הפלילית לא נאכפה. ביטול האיסור בחוק פתח אפשרות להרחבת השיח המשפטי על אודות נטייה מינית הומוסקסואלית מעבר לאקט המיני, וסלל דרכים להכרה בזהות להט"בית ובאורח חיים זה כמושא לשוויון ולכבוד.¹¹

2. להט"ב כנאשמים

עם ביטול האיסור על קיום יחסי מין הומוסקסואליים חדל המשפט מלהגדיר עבירות ייחודיות המתייחסות לאורח החיים של הקהילה הגאה. בהיעדר עבירות ספציפיות מתאפיינת פסיקת בית המשפט בתחום הפלילי בגישה של חוסר התייחסות ואף התעלמות מזהות להט"בית ומהמשמעות החברתית שיכולה להיות לה עבור חשודים, נאשמים ועוברי חוק. בחלק זה נסקור מספר מצומצם של החלטות משפטיות שאיתרנו, המתייחסות לזהות המינית והמגדרית של הנאשם או הנאשמת, ונבחן אם וכיצד זו משפיעה על הכרעות שונות המתקבלות במהלך הדיון הפלילי.

9 מאמרים מרכזיים שעוסקים בנושא הם יונאי "אסור להיות הומוסקסואל", לעיל ה"ש 1; יונאי "הדין בדבר נטייה חד מינית", לעיל ה"ש 2; הראל, לעיל ה"ש 4. מהלך דומה התרחש ביחס לס' 211 לחוק העונשין, אשר קבע עבירה שאסרה על גבר להיכנס בלבוש אישה למקום שמיוחד לנשים, אשר עונש המאסר שהיה קבוע בצדה עמד על שנת מאסר אחת. גם סעיף זה הושמט מחוק העונשין בלי שנערך דיון ממשי, אגב תיקון כללי שנעשה בשנת 2000 בחלק הדין בעבירות מין ותועבה. ראו הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 58) (עבירות זנות, מין ותועבה), התשנ"ז-1997, ה"ח 464; חוק העונשין (תיקון מס' 56), התש"ס-2000, ס"ח 226.

10 הראל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 207, במאמרו אף מפצל את הדיון באופן מובהק לתקופה שלפני ואחרי 1988. פייפר מתייחסת במאמרה לחסמים משפטיים המעכבים את הטיפול בסוגיה של אלימות אינטימית בקרב קהילת הלהט"ב בארצות הברית. לדבריה, כל עוד היו בחלק מן המדינות חוקים שאסרו על קיום יחסי מין אנליים, הם שימשו לחיזוק סטיגמות פוגעניות ולשימור חשש מפני חשיפה, גם אם לא נאכפו. בכך היוו איסורים אלו חסם ממשי בפני נפגעים להט"בים מפני פנייה למשטרה. שינוי מגמה החל בשנת 2003 בהחלטה בעניין *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 123 S. Ct. 2472, 156 L. Ed. 2d 508 (2003), שבה פסל בית המשפט העליון בארצות הברית חוק של מדינת טקסס שאסר על משכב זכר. ראו *Tara R. Pfeifer, Out of the Shadows: The Positive Impact of Lawrence v. Texas on Victims of Same-Sex Domestic Violence*, 109 PENN ST. L. REV. 1251 (2005).

דוגמה אחת לתחום שבו התבקש בית המשפט להתייחס לזהות להט"ב היא בחינת הקשר שבין זהות מגדרית לבין לחצים המופעלים על חשודים להודות במהלך החקירה. בפסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת מובארק הורשעו שני צעירים פלסטינים ברצח אדם שלו סיפקו שירותי מין בתשלום. הרשעת המערער, אחד הצעירים, התבססה בעיקרה על הודאותיו במשטרה. ההגנה טענה שיש לפסול את ההודאות שניתנו בחקירה, בין היתר בשל העובדה שהן ניתנו תמורת הבטחה שהחוקרים לא יביאו את אביו לתחנת המשטרה ולא יחשפו בפניו את עיסוקו בזנות הומוסקסואלית, דבר אשר היה מטיל עליו קלון חברתי ואף מעמידו בסכנת חיים. בית המשפט העליון קבע שחלק מהדברים שאמרו החוקרים עולים כדי פעולת חקירה פסולה, אשר יכולה, בתנאים מסוימים, להביא לפסולת הודאה שניתנה בעקבות כך. לגופו של עניין החליט בית המשפט שלא לפסול את ההודאה, נוכח הודאה נוספת שמסר המערער כעשרה ימים לאחר מכן. עובדה זו ניתקה, להערכת בית המשפט, את הקשר בין ההודאה לבין החשש מפני יידוע משפחתו על אורח חייו.¹²

דוגמה בולטת יותר, אשר מלמדת על הרחבת ההכרה המשפטית בזכויות הקהילה הלהט"בית במסגרת המשפט הפלילי, ניתן למצוא בהחלטת בית המשפט העליון שעניינה מצבם של אסירים טרנסג'נדרים.¹³ תחילת הפרשה בשוד שביצעו שלושה צעירים בחנות נוחות בתחנת דלק, שבמהלכו נשדדו באיומי סכין כ-1,000 שקלים. בבית המשפט המחוזי נגזרו על כל אחד מהם 15 חודשי מאסר לריצוי בפועל. אחד מבני החבורה הוא טרנסג'נדר (Female to Male) בשלבים מתקדמים של תהליך לשינוי מין. בערעור שהוגש בעניינו הוגשו מסמכים מטעם שירות בתי הסוהר שמהם עלה שמדיניות שב"ס היא לכלוא אסירים שזהותם המינית אינה חד־משמעית (כך במקור, הכוונה לזהות מגדרית) באגף הפרדה, בשל חשש מפגיעה בהם או באחרים.¹⁴ טענת הסנגוריה התמקדה בקושי הייחודי של ריצוי מאסר באגף הפרדה שבו מוחזקים האסירים בבידוד מלא, בתא סגור, במשך כל שעות היממה למעט יציאה לשעת טיול יחידה ביום בחצר נפרדת. החזקה באגף הפרדה שוללת מאסירים אפשרות להשתלב במסגרות חינוך, טיפול ותעסוקה בכלא ועוללות להיות לה השפעות פסיכולוגיות ונפשיות הרסניות.¹⁵ בהחלטה בערעור התייחס בית המשפט העליון לקשר בין תנאי המאסר של טרנסג'נדרים לבין מדיניות ענישה ראויה, ואף קיצר את עונשו של המערער לעשרה חודשי מאסר. ההחלטה החשובה

12 ע"פ 10477/09 מובארק נ' מדינת ישראל, פס' 42–62 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 10.4.2013). דוגמה נוספת ניתן למצוא בתפ"ח (מחוזי חי') 3031/06 מדינת ישראל נ' שלגין (פורסם בנבו, 19.4.2007). בפרשה זו נאשמה עובדת משק בית ברצח בעלת הבית. במסגרת פרשת ההגנה העלתה הסנגוריה טענה שלפיה הודאת הנאשמת בחקירה חולצה ממנה לאחר איומים של החוקרים כי יעצרו אנשים הקרובים לה ובהם חברתה, וכן בשל חששה שאדם אחר שהיה מעורב בפרשה יפגע בבת זוגה. בית המשפט, שהיה ער להיותה של הנאשמת אישה לסבית, דחה את טענות ההגנה מבלי לרדת לעומקה של מערכת היחסים בין הנאשמת ל"חברתה". נציין כי במקרה זה חומר הראיות התבסס נוסף על הודאות הנאשמת גם על ראיות דנ"א שנאספו מהזירה, וכי הנאשמת לא חזרה על טענותיה בדבר חוסר קבילות ההודאה בערעור שהוגש לעליון.

13 ע"פ 5833/12 פלונית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.9.2013) (להלן: פרשת פלונית).

14 שם, הודעת שב"ס ביחס להחזקת אסירים טרנסג'נדרים, המצוטטת בפס' 2 להחלטת השופט ג'ובראן.

15 למידע על תנאי ההחזקה בהפרדה והמשמעות הקשה של בידוד מוחלט מבחינה פסיכולוגית והשפעות נפשיות, וכן לביקורת על שימוש יתר בכלי בבתי הכלא בישראל ראו משרד המשפטים, הסניגוריה הציבורית מופרדים מזכויותיהם: דוח הסניגוריה הציבורית בנושא החזקת אסירים בהפרדה (2012) <http://index.justice.gov.il/Pubilcations/News/Documents/hafrada.pdf>

ביותר מבחינה נורמטיבית ניתנה על ידי השופט ג'ובראן, שקבע כי הזכות לשוויון, זכות חוקתית מוגנת, מאצילה גם על זכותו של אסיר טרנסג'נדר להכרה של רשויות הכלא בזהות המגדרית שהוא מייחס לעצמו ועל זכותו להיכלא בתנאים זהים לאלה של כל אסיר אחר:

הזכות לשוויון של טרנסג'נדרים, בדומה לזכות החוקתית לשוויון של חברי הקהילה הגאה, היא זכות חוקתית מוגנת, מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: (עצ"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (14.9.2010), פסקה 56 לפסק דינו של השופט י' עמית). משכך, לאסיר הטרנסג'נדר עומדת הזכות להיכלא בתנאים שווים לכל אסיר אחר ככל הניתן. הגנתה של הזכות לשוויון נפרשת לא רק על מי שהשלים את תהליך השינוי המגדרי. הקשיים החברתיים והמשפטיים שעמם נדרש הטרנסג'נדר להתמודד אינם תלויים במידת השלמת תהליך פיזיולוגי לשינוי המין. עצם אי ההכרה בזהות המגדרית של הפרט, כפי שהוא רואה אותה, היא פגיעה בזכות לשוויון. [...] המצב הנוכחי לפיו, כפי שצוין, "בכל מקרה בו מתקבל אסיר אשר זהותו אינה חד משמעית נדרשת החזקה בתנאי הפרדה וזאת מחשש לפגיעה באסיר או באסירים בסביבתו" מעורר קשיים.¹⁶

הדברים חשובים, אך קשה להתעלם מן הפער שבין העוצמה הרטורית של ההחלטה לבין המשמעות המעשית שלה. ראשית, על אף ההצהרה המרשימה בדבר זכותו של הפרט שיכירו בזהות המגדרית שלו, כפי שהוא רואה אותה, המשיך בית המשפט העליון, לאורך פסק הדין, לפנות ולהתייחס למערער בלשון נקבה.¹⁷ שנית, ספק אם קיצור העונש לעשרה חודשי מאסר יכול היה למנוע את הפגיעה הפסיכולוגית והנפשית החמורה שהחזקה מתמשכת בתנאי הפרדה עלולה לגרום.¹⁸ ואחרון, על אף הביקורת מקבלים כל שופטי ההרכב את ההנחה ששימוש בהפרדה הוא אמצעי לגיטימי והכרחי במאסר של אסירים טרנסג'נדרים.¹⁹

חודשים מספר לאחר מכן, בפרשת אוזן, נדרש בית המשפט העליון לסוגיה זו שוב, בעקבות החלטת בית המשפט המחוזי לשלוח למאסר טרנסג'נדרית אשר הורשעה בשני אירועים של תקיפה הגורמת חבלה חמורה וגניבה מלקוחות שאותם פגשה בעבודתה בזנות. בהחלטתו ממעט בית המשפט העליון לעסוק בפן החוקתי והעקרוני של הסוגיה, אך מבחין את עניינה מההחלטה בעניין פלונית,

- 16 פרשת פלונית, לעיל ה"ש 13, פס' 5 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.
- 17 בכותרת פסק הדין מזוהה המערער כ"פלונית", וכל שלושת השופטים מתייחסים אליו כ"מערער". דווקא התייחסות שב"ס (המצוטטת בפסק הדין) מתייחסת למערער בלשון זכר.
- 18 לימים, בעקבות פנייה לשרת המשפטים ולנשיא המדינה, חנן הנשיא את המערער במונח זה שהמתיק את עונש המאסר בפועל לעונש מאסר שירוצה בעבודות שירות. אביאל מגנזי "לא אשרוד כלא" – טרנסג'נדר לפני מאסר" Ynet (17.9.2013) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4430773,00.html; אביאל מגנזי "בעקבות הראיון ב-Ynet: חנינה לטרנסג'נדר" Ynet (17.10.2013) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4442147,00.html.
- 19 לגישה ביקורתית יותר לפסק הדין ראו נורה גרינברג "משפטו של אדם בלתי נראה: אי-הכרה בזהותו של עבריין טרנסג'נדר כמחיקת קיומו" המשפט ברשת: מבזקי הארות פסיקה 26, 5 (2014); עידו קטרי "שונות מגדרית בפסק הדין פלונית" – בין שמרנות לחדשנות" המשפט ברשת: מבזקי הארות פסיקה 26, 32 (2014).

בהדגישו שבמקרה של המערערת אין מדובר במאסר ראשון, שהערכאה הראשונה כבר שקלה את תנאי המאסר הקשים וכן שהוגש לבית המשפט מידע שממנו עולה כי נעשה מאמץ שבש"ס לשלב את המערערת בהדרגה בפעילות בכלא ואף נבחנת אפשרות לשלבה במסגרת טיפולית.²⁰ עיון בפסיקת הערכאות הנמוכות מלמד שהחלטת בית המשפט העליון משמשת כשיקול מסוים בענישת עוברי חוק טרנסג'נדרים. עם זאת, בתי המשפט, אף שהם מקפידים להתייחס לנאשמים בזהות המגדרית שהנאשמים מייחסים לעצמם, אינם רואים בה שיקול מכריע להימנעות משליחת טרנסג'נדרים לכלא גם בגין עבירות קלות ערך יחסית. בשלב גזירת העונש, בתי המשפט גם אינם רואים את עצמם מוסמכים להיכנס לגדרי שב"ס ולחייב אותו להימנע מהחזקת אסירים אלו בתנאי הפרדה.²¹

שאלת מדיניות המאסר של טרנסג'נדרים הנה שאלה חשובה הראויה למאמר נפרד, אך אינה עומדת במרכז פרק זה. בנקודה זו נבקש להתמקד בשינוי שחל ברטוריקה של הפסיקה ביחס לקהילת הלהט"ב. בעוד הרטוריקה של השופט כהן בעניין בן עמי מתמקדת בפעילות מינית של הומוסקסואלים, הרטוריקה בהחלטה של השופט ג'ובראן מתמקדת בזהות הפרט ובזכותו לכך שהחברה תתייחס אליו בהתאם לזהות שאותה הוא מגדיר, גם כאשר התהליך הפיזי של שינוי המגדר לא הושלם.²² חשוב מכך, השופט חיים כהן ביטא דרישה מהחברה להפגין יחס של סובלנות כלפי אחר הבוחר לפגוע בעצמו כל עוד הפגיעה העצמית נעשית בצנעה, ואילו בהחלטה בעניין פלונית מעלה השופט ג'ובראן דרישה רחבה להכרה, לכבוד ולשוויון. בפסק הדין בעניין אוזן צועד בית המשפט העליון צעד נוסף בהכרה זו, בכך שהוא מאמץ את גישת הערכאות הנמוכות ומתייחס לנאשמת בהתאם למגדר שבו היא חיה. בתחילת פסק הדין נאמר "יצוין, כי המערערת הינה טרנסג'נדרית הנחזית להיות כאישה ולכן ההתייחסות אליה תהיה כמין נקבה ושלא כמין זכר כפי שמופיע בכתב האישום". גם כאן ניתן להצביע על דואליות ערכית ביחסו של בית המשפט, שכן ניתן להניח שהנאשמת רואה את עצמה כאישה ממש ולא כנחזית להיות אחת. עם זאת, ניכרת ההתקדמות מבחינת ההכרה בכך שהאופן שבו הנאשמת מגדירה את עצמה צריך להשפיע על התייחסותו של בית המשפט אליה.

גישה זו, של הכרה הולכת וגוברת בצורכי הקהילה הלהט"בית במסגרת ההליך הפלילי, מצאה ביטוי גם בהחלטת נציבות שב"ס משנת 2013, שבה הכיר שב"ס גם בזכותם של אסירים להט"בים להתייחדות. הכרה זו נעשתה לאחר פניות חוזרות של הזרוע המשפטית של האגודה לשמירת זכויות הפרט ושל האגודה לזכויות האזרח.²³ מעניין לציין כי השינוי בעמדת שב"ס נעשה אף על פי שבתי

20 ע"פ 2734/14 אוזן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.8.2014).

21 במקרה אחד נשפטה נאשמת בבית משפט השלום לעונש של עשרה חודשי מאסר בגין עבירות רכוש קלות ערך, תוך שבית המשפט מפעיל עונש מאסר על תנאי בר הפעלה של תשעה חודשים. החלטת בית משפט השלום נהפכה בערעור שהוגש למחוזי, ועונש המאסר בפועל בוטל. ראו עפ"ג (מחוזי ת"א) 36025-11-13 ר.ק. נ' מדינת ישראל (3.9.2014).

22 על חשיבות המעבר מהתייחסות להומוסקסואליות כאקט מיני להתייחסות אליה כזהות ראו במאמרה של מיכל טמיר "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביבות" הפרקליט מה 94 (2000).

23 ראו פנייה של האגודה לזכויות האזרח לשב"ס משנת 2006 ותשובה של שב"ס משנת 2007 www.acri.org.il/he/27728, וכן ראו באתר האגודה לשמירת זכויות הפרט התייחסות לפעולותיה של האגודה בעניין זה <http://gibt.org.il/he/listen/articles.php?categoryID=1075>.

המשפט המחוזיים, שהסוגיה הובאה לפתחם במסגרת עתירות אסירים, לא סברו שמדיניות שב"ס שלא לאפשר התייחדות לבני זוג מאותו המין מהווה הפליה פסולה.²⁴

ג. להט"בים כקרבנות בהליך הפלילי

1. מחרב למגן – מניעת התעמרות, אלימות והפליה

אף שהחרב הפלילית נגד משכב זכר ויחסי מין שלא כדרך הטבע הייתה חלודה וכמעט לא נעשה בה שימוש, ביטולה היה צעד חשוב לקראת שינוי משפטי וחברתי כולל. הסלחנות והחסד כלפי הקהילה הלהט"בית, שהתבטאו במדיניות של אי-הגשת כתבי אישום מתוקף הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, התחלפו תוך שני עשורים במכלול של חקיקת מגן. חקיקה זו מכירה בקהילה ככזו שנאלצת להתמודד עם יחס מפלה, והיא מקימה הגנה מפני פגיעה באדם בשל נטייתו המינית במכלול רחב של הקשרים, אשר יוצגו בקצרה בחלק זה.

החל משנות התשעים המאוחרות נערכו בחוק הישראלי תיקונים רבים, אשר עיקרם איסור פלילי וקביעת עוולות אזרחיות על הפליה או פגיעה באדם בשל נטייתו המינית או שיוכו המגדרי. בין תיקונים אלו ניתן למנות את התיקון לחוק איסור לשון הרע משנת 1997, אשר היה הראשון בחקיקה הפלילית שהכיר במעמד המיוחד של קרבנות להט"בים. להגדרת לשון הרע נוסף גם פרסום דבר שעלול לבזות אדם בשל "גזעו, מוצאו, דתו, מקום מגוריו, מינו או נטייתו המינית".²⁵ שנה לאחר מכן נחקק חוק למניעת הטרדה מינית, הקובע עבירות פליליות בגין הטרדה מינית או התנכלות על רקע מיני. הטרדה מינית הוגדרה בחוק, בין השאר, כ"התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או מיניותו, לרבות נטייתו המינית".²⁶ כך גם בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ומקומות ציבוריים, הקובע עבירה פלילית ועוולה אזרחית בגין הפליה בקבלת שירותים או מוצרים בגין השתייכות לקבוצות שונות, לרבות הפליה על רקע מין או נטייה מינית.²⁷ למותר לציין שחקיקה זו אינה עומדת בריק; לצדה תוקנו תקנות ונקבעו הלכות שהצטרפו לשינוי רחב יותר, החוצה את הספירה המשפטית ומתרחש בזירות נוספות, כמו הזירה התקשורתית, הצבא, מערכת החינוך וההשכלה הגבוהה. דמותו השטוחה והחד-ממדית של ההומוסקסואל, המאופיין דרך התנהגותו המינית, התעבתה והתרחבה, ואל השיח הציבורי והמשפטי נכנסו לסביות, טרנסג'נדרים, דיון על הורות ועל זכויות סוציאליות ועוד.²⁸

24 ראו למשל עע"א (מחוזי ת"א) 2260/08 שלגין נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 8.1.2009).

25 חוק איסור חוק לשון הרע (תיקון מספר 5), התשנ"ז-1997, ס"ח 70. להשלמת התמונה נציין שבתיקונים מאוחרים יותר נוספה גם הוראה האוסרת על ביוזי אדם בשל גילו או מוגבלותו. להרחבה בנושא ראו הדי ויטרבו "לשון הרע" בספר זה.

26 חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 166. לדיון מרחיב בנושא ראו אורית קמיר "כבוד האדם של להט"ב בהקשר התרבותי הישראלי: הצעה פרשנית לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולאיסור הטרדה מינית" בספר זה.

27 חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ס"ח 58.

28 ראו למשל עירא הדר "זכויות כלכליות לזוגות מאותו המין" בספר זה.

בשנת 2004 נחקק הסעיף המהותי ביותר מבחינת ההגנה שיכול המשפט הפלילי להעניק לקהילת הלהט"ב, כמיעוט החשוף לפגיעות מהציבור הרחב, והוא הסעיף המגדיר עבירות שנאה. סעיף 144 לחוק העונשין תיקן את החוק וקבע שפשע שנאה הנו נסיבה מחמירה, המכפילה את עונש המקסימום הקבוע בשל עבירות פליליות, אם אלה נעשו מתוך מניע של גזענות או של "עוינות כלפי ציבור מחמת דת, קבוצה דתית, מוצא עדתי, נטיה מינית או היותם עובדים זרים". נוכח חשיבותו של הסעיף ומחלוקות שונות בדבר אופן יישומו, נרחיב מעט את דברינו על עקרונותיו ועל הביקורת המופנית כלפיו.

2. עבירות שנאה

(א) על חשיבותה ומגבלותיה של הוראת החוק

בעשורים האחרונים החלו שיטות משפט מערביות רבות להגדיר עבירות מיוחדות לפשעי שנאה, בדרך של קביעתן כעבירות נפרדות או באמצעות הגדרתן כנסיבה מחמירה לענישה. הגדרת פשעי השנאה מכוונת לשלול התנהגות בעלת אופי עברייני שהמוטיבציה לביצועה נובעת מחשיבה סטריאוטיפית, מגזענות ומדעות קדומות המופנות כנגד קבוצה מסוימת. מדינות שונות נבדלות זו מזו במענה לשאלות "מהו הפשע" וכלפי מי ה"שנאה". כך, בעוד מדינות אחדות דבקות בהגדרה מצומצמת למושאי השנאה, הכוללת גזע, דת או לאום בלבד, אחרות מוסיפות ומכלילות בגדרה אנשים בעלי מוגבלויות, שנאה על רקע השתייכות פוליטית, פגיעה על רקע השתייכות לשושלת מסוימת ועוד.²⁹ מבט על הסדרי חקיקה בעולם מגלה מגמת הרחבה של מספר הקבוצות המהוות מושא לפשעי שנאה וסוגיהן, ובמסגרתה גם נכונות להכיר במי שנפגעים על רקע העדפה מינית או זהות מגדרית כזכאים להגנה ולהכלילם בקרב הקבוצות המוגנות.³⁰

על פי רוב מוכוונים פשעי השנאה כלפי קבוצות מוחלשות, ובכך הם משמרים יחסי כוחות השוררים בין הקבוצה שממנה מגיעים התוקפים לבין הקבוצה שהיא מושא הפגיעה. ככאלו, הם אמצעי לאישוש הכפיפות ה"ראויה" בין הקבוצות, ולא פעם הם חוברים למנגנונים ודפוסים רחבים יותר של אידאולוגיה ושל אי-שוויון חברתי ופוליטי.³¹ מאפיין אחרון זה מלמד כי לעתים קרובות פשעי שנאה הם ביטוי לתפיסות חברתיות המקובלות בקרב ציבור גדול בחברה, ולכן הם זוכים לא פעם בלגיטימציה חברתית רחבה – גם אם היא מועברת באמצעים עקיפים ומסווים. הבנת פשעי השנאה כחלק מיחסי

29 להרחבה ופירוט ראו סקירה משווה מקיפה של מרכז מחקר ומידע של הכנסת, דינה צדוק ודפנה בן-פורת [www.knesset.gov.il/mmm/ \(2004\) מרכז מחקר ומידע, data/pdf/m00928.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/ (2004) מרכז מחקר ומידע, data/pdf/m00928.pdf). השוואה בין היקף ההגנה החוקית ומושאיה בקרב מדינות ארצות הברית ניתן למצוא באתר הליגה נגד השמצה archive.adl.org/learn/hate_crimes_laws/map_framesets.html.

30 להרחבה ודוגמאות ראו דפנה בן-פורת ודינה צדוק מין או נטייה מינית כרקע לעבירת הסתה או כמניע המהווה נסיבה מחמירה: סקירה משווה (הכנסת – מרכז מחקר ומידע, 2004) [www.knesset.gov.il/mmm/ \(2004\) מרכז מחקר ומידע, data/pdf/m00936.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/ (2004) מרכז מחקר ומידע, data/pdf/m00936.pdf).

31 לאחרונה פורסמה מהדורה מעודכנת של ספר הסוקר בהרחבה סוגיות פסיכולוגיות, קרימינולוגיות ומשפטיות הקשורות לפשעי שנאה ראו NATHAN HALL, HATE CRIME (2nd ed. 2013). ראו גם BARBARA PERRY, IN THE NAME OF HATE: UNDERSTANDING HATE CRIMES (2001); קמיר, לעיל ה"ש 26.

הכוח בחברה מעלה ציפייה שפשעי השנאה יפשוטו וילבשו צורה בהתאם לתרבות, לזמן, למקום, למגמות חברתיות ולאירועי דחק חברתיים.³²

מתובנות אלו עולה כי המוקד של פשעי השנאה הוא בהעברת מסר לחברי הקבוצה המותקפת. מי שנפלים קרבן לפשע שנאה הם כלי שדרכו מבקשים התוקפים להגיע לקולקטיב רחב, לקהילת השיוך של הקרבן, ולהבהיר כי היא אינה רצויה או לגרום לשינוי באורחות חייה.³³ בחירת הקרבן על סמך השתייכותו לקבוצה ה"אחרת", ולא על סמך מאפיין אינדיווידואלי, מבטאת ממד של דה־פרסונליזציה של הקרבן,³⁴ ויש הקושרים בין ממד זה לבין נטייה להסלמה ולהחמרה באלימות המופנית כלפיו.³⁵ מבחינת המשפט הפלילי, ההצדקה לקביעת עבירה נפרדת או נסיבה המחמירה את הענישה בגין פשעי שנאה טמונה בכך שמעגל הפגיעה שפשעים אלו יוצרים חורג מפגיעה בקרבן עצמו. הוא מתרחב אל עבר הקהילה הרלוונטית באמצעות זריעת פחד, הטלת טרור, יצירת דה־לגיטימציה של הקהילה והפיכת כל חבריה לקרבנות פוטנציאליים. הצדקה זו נכונה גם במקרים שבהם אין נפגע מסוים, כמו ריסוס כתובות שטנה על מוסדות חינוך ודת או במקומות מפגש או מגורים של חברי הקבוצה; פשעים אלו, אשר אין להם נפגע מידי, יוצרים חשש מפני "אפקט וירוס", שכן בכוחם להוביל לתגובת שרשרת של מעשי שנאה ונקם ההולכים ומסלימים.³⁶

הצדקה נוספת להחמרת הענישה על פשעי שנאה טמונה בהכרה ביחסי הכוח בין הפוגעים לקרבנות וברצון לחייב את מערכת אכיפת החוק ליצור הגנה טובה יותר לקבוצות מוחלשות. קביעת עבירות אלו מבטאת אפוא חשש שיחסי הכוחות החברתיים מחלחלים גם למשפט ולמערכת אכיפת החוק ועשויים להוביל להטיה של האורגנים הפועלים בה, כך שאלו יעדיפו שלא להעמיד לדין נאשמים שביצעו עבירות כלפי קהילות מוחלשות או להקל בדינם.

הצדקה שלישית היא רמת הפגיעה הפיזית והנפשית הגבוהה המאפיינת קרבנות של פשעי שנאה. מחקרים מורים כי כמה גורמים מובילים לכך שעבירות שנאה גורמות לפגיעה אנושה יותר. גורמים אלו הם האלימות החריפה במיוחד המופעלת בפשעי שנאה, יסוד הדה־הומניזציה שחוותה הקרבן כחלק מקבוצה מותקפת והעובדה שהפגיעה שסובל הקרבן – תהיה אשר תהיה – מתלווה לרצף פגיעות שחוותה בעבר על יסוד השיוך הקבוצתי שלו, באופן שמעצים את הפגיעה הנוכחית. סיבה נוספת לפגיעה החריפה בקרבן פשע השנאה היא אופי התגובה החברתית לתקיפה, במיוחד כאשר יש בה ביטוי של

32 ספרות מקצועית רחבה יחסית עוסקת בניסיון להגדיר ולאבחן את המוטיבציה לביצוע פשע שנאה, תוך התייחסות לקשרים בין גורמים אישיותיים לבין גורמים חברתיים המהווים זרז לעלייה בפשעי שנאה: Bureau of Justice Assistance – U.S. Department of Justice, *A Policymaker's Guide to Hate Crimes*, William B. ; (להלן: *A Policymaker's Guide to Hate Crimes*), NCJ 162304. p.13–21 (1999) Rubenstein, *The Real Story of U.S. Hate Crimes Statistics: An Empirical Analysis*, 78 TUL. L. REV. 1213 (2004); Neil Chakraborti & Jon Garland, *Reconceptualizing Hate Crime Victimization Through the Lens of Vulnerability and "Difference"*, 16 THEORETICAL CRIMINOLOGY 499 (2012) Maria Pabon Lopez, *Race & Immigration Symposium: An Essay Examining the Murder of Luis Ramirez and the Emergence of Hate Crimes Against Latino Immigrants in the United States*, 44 ARIZ. ST. L.J. 155 (2012) Chakraborti & Garland, לעיל ה"ש 21, בעמ' 505–506. PERRY, לעיל ה"ש 31. 34
35 *A Policymaker's Guide to Hate Crimes*, לעיל ה"ש 32; Rubenstein, לעיל ה"ש 32. 35
36 *A Policymaker's Guide to Hate Crimes*, לעיל ה"ש 32. 36

תמיכה או הבנה של התוקף ומעשיו. תגובה כזו יוצרת האשמה והוקעה חברתית של הקרבן והשתקה של הפגיעה, בד בבד עם טיפוח תחושות של בושה ואשמה עצמית אצל הקרבן. עם זאת, קיימת ביקורת המטילה ספק בהצדקות האמפיריות והנורמטיביות של חקיקה זו, ובעיקר במידת היעילות שלה לצמצום תופעות חברתיות של גילויי שנאה. חלק מהביקורת עניינו החשש שגישה מוסדית עונשית נוקשה גורמת להעמקת קונפליקטים חברתיים ולהחמרתם. המבקרים סבורים כי מוטב להפנות משאבים חברתיים לתמיכה בנפגעים, לפעולות חינוך או לניסיון להביא את הצדדים להליכים של צדק מאחה.

מבקרים אחרים גורסים כי החקיקה נגד פשעי שנאה מופנית, בסופו של דבר, להחמרת ענישה של קבוצות אוכלוסייה מודרות ופגיעות, שעליהן ביקשה החקיקה לכאורה להגן. יישום מדיניות ענישה מחמירה כלפי התוקפים מפנה את הזרקור החברתי לעבריינים ספציפיים, בדרך כלל מאוכלוסיות מוחלשות בשולי הקבוצה החזקה, ולא לגורמים ולמוסדות החברתיים שמקדמים תפיסות גזעניות והפליה.³⁷

הטיעונים שנפרסו עד כה מתייחסים לכל הגדרה של פשע שנאה. ואולם, לפשעי שנאה כלפי הקהילה הגאה, כקבוצה מרכזית הסובלת מהתנכלות, יש מאפיינים ייחודיים. ניתוח של נתוני דיווח על אודות פשעי שנאה בארצות הברית העלה שהקבוצות העיקריות המדווחות על פשעי שנאה הם חברי קהילת הלהט"ב, יהודים ואפרו-אמריקנים. הנתונים, אשר נאספו החל משנות התשעים, מלמדים ששיעור הדיווח על פגיעות על רקע נטייה מינית הוא כ-18% לכל 100,000 איש – שיעור הגבוה פי שניים וחצי משיעור הדיווח של חברי הקבוצות האחרות.³⁸

בתוך קהילת הלהט"ב, האוכלוסייה החשופה ביותר לפשעי שנאה הנה אוכלוסיית הטרנסג'נדרים. מחקרים מראים כי ככל שקבוצה רחוקה יותר מהתנהגות וממראה הטרנסג'נדרים טיפוסיים היא תהא חשופה יותר לאיומים ולפגיעה.³⁹ מחקרים אלו זוכים לתמיכה גם בישראל, בנתונים המתפרסמים בשנים האחרונות על ידי מרכז ניר כ"ץ, הפועל במסגרת האגודה לשמירת זכויות הפרט, ואשר מבוססים על דיווח אישי לאתר האינטרנט של המרכז. מהנתונים עולה שחלקה של האוכלוסייה

37 Heidi M. Hurd & Michael S. Moore, להתייחסות באופן ביקורתי למגמה של חקיקת חוקי שנאה ראו *Punishing Hatred and Prejudice*, 56 STAN. L. REV. 1081 (2004); Karen Franklin, *Good Intentions: The Enforcement of Hate Crime Penalty-Enhancement Statutes*, 46 AM. BEHAVIORAL SCIENTIST 154 (2002); Jessica S. Henry, *Hate Crime Laws: a Critical Assessment*, in HATE CRIMES 183 (Barbara Hall; Perry, Brian Levin, Paul Iganski, Randy Blazak & Frederick M. Lawrence eds., 2009) ה"ש 31, פרקים 8-9; Bill Dixon & David Gadd, *Look Before you Leap: Hate Crime Legislation*; 9-8 *Reconsidered*, 40 S. AFR. CRIM. Q. 25 (2014).

38 Rubenstein, לעיל ה"ש 32. לסקירת מאפיינים פסיכולוגים וחברתיים של אלימות כלפי להט"ב ראו Gregory M. Herek, J. Roy Gillis & Jeanine C. Cogan, *Psychological Sequelae of Hate-Crime Victimization Among Lesbian, Gay, and Bisexual Adults*, 67 J. CONSULTING & CLIN. PSYCHOL. 945 (1999); Ilan H. Meyer, *Prejudice, Social Stress, and Mental Health in Lesbian, Gay, and Bisexual Populations: Conceptual Issues and Research Evidence*, 129 PSYCHOL. BULL. 674 (2003).

39 Doug Meyer, *Evaluating the Severity of Hate-Motivated Violence: Intersectional Differences Among LGBT Hate Crime Victims*, NEIL CHAKRABORTI & JON טרנסג'נדרים ראו 44 SOCIOLOGY 980 (2010) להתייחסות לפשעי שנאה כלפי טרנסג'נדרים ראו NEIL CHAKRABORTI & JON GARLAND, HATE CRIME: IMPACT, CAUSES AND RESPONSES ch. 5 (2009).

הטרנסג'נדרית מתוך כלל הדיווחים על פגיעות להט"בופוביות גדול באופן ניכר ביחס לגודלה של קהילה זו.⁴⁰ נוסף על כך, נראה שכאשר נטייה מינית או זהות מגדרית חוברות לזהויות וקבוצות מודרות אחרות, נתונים חברי הקהילה לשנאה כפולה המגבירה את מידת הפגיעות, תדירותה ועוצמתה.⁴¹ לקהילת הלהט"ב מאפיינים המייחדים אותה מקבוצות מיעוט אחרות ומובילים לכך שהתמודדותה עם פשעי שנאה שונה מאלו של קבוצות אחרות. חבריה של קהילת הלהט"ב חוצים מגזרים, מעמדות ומבנים משפחתיים. בניגוד לקבוצות הסובלות מהתעמרות ואלימות על רקע גזע, דת או לאום, קהילות המוצא של חברי הקהילה אינן מהוות בדרך כלל מושא לשנאה להט"בופובית, ופעמים יכולות אף להיות המקור לה. עובדה זו אולי מאפשרת מידה רבה יותר של היטמעות בקרב האוכלוסייה הכללית, אך גם מותירה לא אחת את הקרבן ללא רשת חברתית תומכת אשר יכולה להבין את התחושות העולות בעקבות הפגיעה ולהזדהות עמן. מחקר שנערך בקרב בני נוער הומוסקסואלים, לסביות וביסקסואלים מצא כי אלו מביניהם שהתגוררו בשכונות שנועדו בשיעורים גבוהים של אירועי תקיפה על רקע להט"בופובי דיווחו על ניסיונות ומחשבות אבדניות בשיעורים גבוהים יותר מאשר אלו שהתגוררו בשכונות שבהן שכיחותם של פשעי שנאה אלו הייתה נמוכה.⁴²

(ב) החקיקה בנוגע לפשעי שנאה בישראל

עד שנת 2004 הכיר המחוקק הישראלי במסגרת חוק העונשין רק בעבירות המבוצעות על רקע של גזענות ככאלו שהרקע להן יכול לשמש כנסיבה מחמירה לעונש. "גזענות" הוגדרה באופן מצמצם יחסית כהתייחסות לגזע, צבע או מוצא לאומי-אתני. באותה שנה התקבל כאמור תיקון לסעיף אשר קבע כנסיבה מחמירה פגיעה באדם על רקע "עוינות כלפי ציבור" מפאת השתייכות לאחת הקבוצות המוגנות בסעיף, וביניהן נטייה מינית. ובלשון הסעיף:

1144. (א) העובר עבירה מתוך מניע של גזענות כהגדרתה בסימן א' או של עוינות כלפי ציבור מחמת דת, קבוצה דתית, מוצא עדתי, נטייה מינית או היותם עובדים זרים, דינו – כפל העונש הקבוע לאותה עבירה או מאסר עשר שנים, הכל לפי העונש הקל יותר.

נוסח מוקדם של ההצעה ביקש לכלול בגדרה כל פגיעה באדם בשל השתייכותו לציבור מסוים, מבלי להגדיר ולתחם את אופי הציבור או סוגו. התפיסה שעמדה בבסיס הצעה זו היא שהחומרה המיוחדת,

40 מרכז ניר כ"ץ הוקם בשנת 2012 והוא פועל לאיסוף דיווחים על פגיעה להט"בופובית, למיפוי סוגי הפגיעה ולפרסומם. דוח כללי יחסית המסכם את הדיווחים מפורסם באתר האגודה לשמירת זכויות הפרט. הדוח זמין בכתובת: www.glb.org.il/he/aguda/articles.php?articleID=2056.

41 בספרות הפמיניסטית נקבעו המונחים Intersectionality או Intersectionism לתיאור מערכת הדיכוי המוגברת הנובעת מהשתייכותו של אדם לקבוצות מיעוט שונות. מאמרו של הדר דנציג רוזנברג ונעמי לבנקרון "אלימות הגירית" עיוני משפט לז(2) (טרם פורסם) עוסק בנקודת המפגש של קבוצות מוחלשות בחברה הישראלית: נשים נפגעות אלימות במשפחה ונשים מהגרות. מונחים אלו עשויים לשמש לתיאור ה"צמתים" שבהם מצטלבות זהות מגדרית או נטייה מינית "שונות" עם שייכות לקבוצות מוחלשות אחרות כגון גזע, מין, השתייכות מעמדית וכדומה, אשר מובילה לפגיעות מוגברת של מי שמשתייכים לקבוצות אלו.

42 Brian Mustanski et al., *Envisioning an America Without Sexual Orientation Inequities in Adolescent Health*, 104 Am. J. Pub. Health 218, 220 (2014).

המצדיקה גם ענישה מחמירה, נגרמת מעצם הפגיעה באדם בשל השתייכותו לקבוצה וכי סוג הקבוצה וזהותה אינו מעלה ואינו מוריד.⁴³ ההצעה בנוסחה זה לא התקבלה, והמחוקק נקט גישה שביקשה לצמצם ולהגדיר את הקבוצות שסובלות מיחס מפלה ואלים ולהגן עליהן במפורש. המחוקק גם קבע רשימה של עבירות שעליהן חל הסעיף, הכוללות עבירות אלימות, רכוש, איומים, פגיעה ברכוש ובריאות וכן עבירות בשירות הציבור וכלפיו (לדוגמה, שימוש לרעה בסמכות הנתונה לאדם מכוח משרתו) ועוד.⁴⁴ התנאי להכללתן של עבירות אלה הוא שהעונש הקבוע בצדן הוא פחות מעשר שנים.

(ג) ניתוח ביקורתי של ההסדר החוקי

הבעייתיות בהגדרתה של עבירת השנאה וצמצומה לעבירות בדרגת חומרה קלה ובינונית התעוררה בעקבות הגשת כתב האישום בגין הרצח בבר נוער. פיגוע הירי בבית אגודת הלהט"ב בתל אביב במוצאי שבת, ה-1 באוגוסט 2009, שבו נרצחו שני צעירים ונפצעו עשרה, הוא מהאירועים הקשים והמטלטלים שעברו על הקהילה הלהט"בית בישראל. בעקבות הרצח זכתה הקהילה לחיבוק ממסדי חסר תקדים מפוליטיקאים שקודם לכן היססו לתמוך בה בגלוי.⁴⁵ מנגד, התגובה של חלק ממשפחות הנפגעים חשפה את עוצמת ההומופוביה והניכור שעמה נדרשים להתמודד בני נוער להט"בים. הרצח והתגובה הממסדית אליו עוררו ויכוחים הקשורים לפוליטיקה הפנימית בקהילה ולתפיסות חברתיות כלפיה.⁴⁶ בימים שלאחר הרצח החל ויכוח ביחס להגדרתו כרצח שנאה. לצד הקולות הברורים בתוך הקהילה שהגדירו אותו כרצח שנאה וביטוי להומופוביות גלויה וסמויה, נחשפה הבלוגוספירה לביטויים הומופוביים ולביקורת על שימוש ברצח לצרכים פוליטיים של הקהילה. ביולי 2013, לאחר חקירה משטרתית מאומצת, הוגשו כתבי אישום נגד שלושה עבריינים מוכרים למשטרה, אשר נחשדו כי ביצעו את הרצח מתוך רצון לפגוע במנהל הברנוער, כנקמה על פגיעה מינית שהוא פגע, לכאורה, באחיו של החשוד המרכזי ומתוך עוינות לנטייתו המינית. לאחר שהחקירה הפכה לגלויה פנתה האגודה לזכויות הפרט לפרקליטות בדרישה לכלול בכתב האישום גם עבירה של פשע שנאה. לפי דיווח בעתונות, הדרישה נועדה להבהיר את המהות הנורמטיבית של המעשה וכן להקל את קידומה של הצעת חוק

43 כך נאמר בדברי ההסבר להצעת החוק העונשין (תיקון מס' 82) (עבירה בשל השתייכות לקבוצה), התשס"ד–2004, ה"ח 173: "קשה להצדיק הבחנה בחומרה בין מעשה עבירה שנעשה כנגד אדם בשל השתייכות לגזע, צבע או מוצא לאומי אתני לבין מעשה עבירה שנעשה כנגד אדם בשל השתייכות או נטייה מינית, השתייכות דתית או השתייכות לציבור מסוים אחר [...] פגיעה באדם בשל השתייכות לציבור מסוים פוגעת באדם מעבר לפגיעה הגלומה במעשה עצמו. היא פוגעת בזהותו של אדם ובכבודו כאדם. וכן בקבוצת האוכלוסיה שאליה הוא משתייך ובתחושת הבטחון של כלל חבריה בחברה".

44 ס' 144(ב) לחוק העונשין מגדיר "עבירה" לצורך סעיף זה כ"עבירה נגד הגוף, החירות או הרכוש, עבירה של איומים או סחיטה; עבירות של בריאות ותקלות לציבור ושל מטורדים הכלולים בסימנים ט' ו"א בפרק זה, ועבירה בשירות הציבור וכלפיו הכלולה בפרט ט' סימן ד", הכל למעט עבירה שהעונש שנקבע לה הוא מאסר עשר שנים ומעלה".

45 יאיר קדר "אימפריית הגאווה" הארץ דעות 7.6.2010 www.haaretz.co.il/opinions/1.1205681

46 אייל גרוס "הפוליטיקה של זכויות הלהט"ב: בין (הומו) נורמטיביות ו(הומו) לאומיות לפוליטיקה קווירית" מעשי משפט ה 101 (2013) (להלן: גרוס "הפוליטיקה של זכויות הלהט"ב").

לתשלום פיצויים לנפגעי הירי, כנפגעי פשע שנאה.⁴⁷ בשולי הדברים נציין כי כתשעה חודשים לאחר הגשת כתב האישום, בעקבות ראיות חדשות שפגעו באמינותו של עד המדינה, בוטל כתב האישום והפרשה נותרה לא מופענחת.⁴⁸

שתי ביקורות מרכזיות מופנות כלפי ההסדר החוקי ביחס לפשעי שנאה. הראשונה מצביעה על כך שהמחוקק לא יצר השוואה מלאה בין עבירות שמבוצעות על רקע גזענות מסורתית המתייחסת לצבע, לגזע או למוצא לבין השתייכות לקבוצות שנוספו בתיקון לחוק משנת 2004. ביחס לראשונות מכיר החוק גם בעבירות המצמצמות את חופש הביטוי, כגון הסתה והחזקת פרסומים גזעניים, בעוד אותן עבירות המבוצעות כלפי קבוצה דתית, מוצא אתני ונטייה מינית, אינן מהווה "פשע שנאה" כפשוטו של החוק.⁴⁹ ההסבר המקובל להבדל זה נשען על הרצון המסורתי של המחוקק להימנע מפגיעה בחופש הביטוי, ולצמצם ככל האפשר בעבירות המבוססות על פגיעה כזו. ההגנה על חופש הביטוי נשמרת גם באמצעות הדרישה לאישור היועץ המשפטי לממשלה בהגשת כתבי אישום בגין עבירות על רקע של גזענות שאכיפתן כרוכה בפגיעה בחופש הביטוי.

ביקורת שנייה נוגעת לחומרת העבירות שעליהן יכול לחול הסעיף של פשעי שנאה. הקושי נוצר מכיוון שהמחוקק הגביל את הנפקות העונשית של היות העבירה פשע שהתבצע על רקע של גזענות או שנאה לתוספת של חמש שנות מאסר לכל היותר. לצורך כך נקבע שתקרת הענישה בגין ביצוע עבירה על רקע של פשע שנאה תעמוד על עשר שנים (כפל העונש עבור העבירה הספציפית או עשר שנות מאסר, הנמוך מביניהם). בהתאמה נקבע בסעיף 1144(ב) שהנסובה המחמירה של פשע שנאה תתלווה אך ורק לעבירות שהעונש בגינן אינו גבוה מעשר שנות מאסר. טכניקת חקיקה זו יוצרת תוצאה אבסורדית שלפיה דווקא במקרים שבהם גזענות ושנאה מובילות לפשעים החמורים ביותר אין אפשרות לתת ביטוי פורמלי בכתב האישום או בענישה לעובדה שהמניע לביצוע העבירה היה מניע של שנאה.⁵⁰ טיעון שיכול לתמוך בטכניקת החקיקה שנקט המחוקק קשור לכך שבעבירות החמורות, שהעונש הקבוע בצדן הוא מעל עשר שנות מאסר, יש לבית המשפט מרחב גדול מאוד של שיקול דעת בגזירת הדין, והוא יכול לתת ביטוי עונשי מחמיר למניע לביצוע העבירה גם ללא קיומה של נסיבה מחמירה המאפשרת את הכפלת העונש. להערכתנו, יש גם טעם רב במדיניות חקיקתית אשר מבקשת להגביל ולווסת את עוצמת המשקל העונשי שיש לתת למניע השנאה שעמד ביסוד העבירה, במיוחד כאשר משקל זה מצטבר לעונש הקבוע בגין ביצועה. עם זאת אנו סבורות כי ראוי לשקול שינוי בטכניקת החקיקה שנקט המחוקק בהגדרת פשעי השנאה, באופן שיתאפשר ויסות המשקל העונשי שראוי לתת למניע השנאה מבלי שייווצר אבסורד נורמטיבי המביא לכך שדווקא בעבירות החמורות ביותר אין ביטוי פורמלי למניע זה. דוגמה אחת להסדר חקיקתי כזה היא שינוי ההגדרה של פשע השנאה והפיכתו

47 מערכת ערוץ הגאווה "האגודה דורשת: להאשים את חגי פליסיאן גם בפשע שנאה" MAKO גאווה 2.7.2013 www.mako.co.il/pride-news/local/Article-2e4aa871eae9f31006.htm

48 גיא פלד "תיק הברנוער קרס סופית: כתב האישום נגד חגי פליסיאן בוטל" MAKO 9.3.2014 www.mako.co.il/news-law/legal/Article-d2d481b8fd6a441004.htm

49 תיקון חקיקה שניסה להוביל חבר כנסת ניצן הורביץ בשנת 2010 במטרה להשוות את מעמדם של פשעי השנאה לזה של עבירות על רקע גזענות נדחה: הצעת חוק העונשין (תיקון – הסתה לגזענות), התשס"ט – 2009, www.israelbar.org.il/UploadFiles/racism_incitement_bill_amendment_2009.pdf

50 אנחנו מבקשות להודות לאסף שרף שהפנה את תשומת ליבנו לסוגיה זאת, לקושי הערכי שהיא מעוררת ולפתרונות אפשריים.

מנסיבה מחמירה (המכפילה את הענישה שנקבעה בעבירת המקור) לעבירה עצמאית, אשר עונש המקסימום הקבוע בצדה אחיד. בדרך זו ניתן יהיה, במקרים שבהם יש בסיס ראיתי לכך שהעבירה התבצעה מתוך מניע של שנאה, להעמיד נאשמים לדין בגין ביצוע עבירת שנאה כעבירה עצמאית נוספת לכל עבירה אחרת. גישה אחרת היא הכללת מניע השנאה כחלק מהוראות החוק המבקשות להבנות את שיקול הדעת של בית המשפט בהליך גזירת הדין.⁵¹ במסגרת זו יהיה מניע השנאה חלק ממארג הנסיבות הקשורות לביצוע עבירה ואשר משפיעות לחומרה על מתחם העונש ההולם. טכניקת חקיקה זו תחייב את התביעה לפרט את מניע השנאה בכתב האישום ולהוכיחו; במקרים שבהם יוצג לפני בית המשפט בסיס ראיתי להתרחשות נסיבה מחמירה זו, הוא יידרש להתייחס אליה כחלק מהמבחנים המנחים את שיקול דעתו בכל עבירה ועבירה.⁵²

ד. משוואה עם נעלמים – ביקורת על דרך יישומם של ההסדרים החוקיים

בעשורים האחרונים ניתן כאמור לזהות מגמה ברורה בחקיקה הפלילית, שהחלה עם ביטול האיסור הפלילי על משכב זכר, ועיקרה עיגון נורמות שתכליתן הגנה על אורח חיים הלהט"בי. התפיסה המשתקפת בחוק הפלילי כיום מבטאת עמדות המכירות בחופש בביטוי המיניות (ככל שהם נעשים במסגרת הנורמות המקובלות על התנהגות מינית, כלומר בהסכמה, ללא ניצול יחסי כוח ותוך הגנה מפני ניצול מיני של ילדים וקטינים) והמכירות גם בחובת החברה להגן על מי שמקיים אורח חיים שונה מפני פשעי שנאה, הפליה או הדרה.

51 בשנת 2012 נחקק בחוק העונשין פרק העוסק בשלבים שעל בית המשפט לבחון כחלק מתהליך גזירת הדין. השלב הראשון הוא קביעת מתחם העונש ההולם, אשר משקף את היחס החברתי הגמולי ההולם כלפי העבירה. המתחם נקבע, בין היתר, על פי רשימה של נסיבות הקשורות לביצוע העבירה ואשר משפיעות על הערכת חומרתו. חלק מהנסיבות הללו, כמו לקוח נפשית או שכלית של מבצע העבירה, יכולות להביא להקלה במתחם העונש ההולם, וחלק מהן, כמו פעולה מתוך אכזריות או ניצול של קרבת העבירה, יכולות להביא להחמרת המתחם. למתחם העונש ההולם שקובע בית המשפט יש השפעה לא רק על הענישה במקרה ספציפי, אלא גם על ענישה בגין אירועים פליליים הנעשים בנסיבות דומות. רק לאחר קביעת המתחם נדרש בית המשפט להחליט אם לחרוג ממנו לקולא (מטעמים של שיקום הנאשם) או לחומרה (מטעמי הגנה על הציבור). בשלב שלישי מתייחס בית המשפט לאינטרס ההרתעה ולנסיבות האישיות של מבצע העבירה (רקע אישי ומשפחתי, עבר פלילי, תרומה קודמת של הנאשם לחברה, מאמציו לפצות את נפגע העבירה ועוד) כדי לקבוע את העונש המתאים בתוך המתחם. לפירוט והרחבה ראו יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב 413 (2013); חגית לרנאו וישי שרון "שמונה הכרעות ערכיות בחקיקת חוק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" הסניגור 183, 14 (2012).

52 גישה זו עוקבת במידה מסוימת אחר טכניקת החקיקה באיסור הפדרלי בארצות הברית, אשר הופכת את היסוד של פשע שנאה לנסיבה מחמירה במודל של טבלאות ענישה (SGL) המקובל שם וכן ב-Criminal Justice Act באנגליה המנחה את בית המשפט להחמיר בעונשן של עבירות שהתבצעו על רקע מניע של שנאה. ראו לעניין זה מסקנות מדוח של המועצה המשפטית לבחינת רפורמות חקיקה באנגליה, הממליצה על מדיניות דומה: LAW COMMISSION, HATE CRIME: SHOULD THE CURRENT OFFENCES BE EXTENDED?, (Law Com No. 348), (May 2014), available at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/316099/9781474104852_Web.pdf

הגם שהשינוי שחל בחקיקה חשוב עד מאוד, בחינה מקיפה של יחס החברה והמשפט הפלילי הישראלי לקהילת הלהט"ב מחייב בחינה של המישור המעשי של אכיפת הוראות החוק ויישומן.⁵³ את מישור זה ניתן לבחון דרך עיון בפסקי דין וכן מתובנות הלקוחות מספרות אקדמית העוסקת בקשר שבין קהילת הלהט"ב למשפט הפלילי. ניתן להצביע על שלוש ביקורות מרכזיות כלפי מערכות האכיפה של המשפט הפלילי: הראשונה, והשכיחה ביותר, היא ביקורת על אי-אכיפה בגין עבירות פליליות המתבצעות כלפי קהילת הלהט"ב; ביקורת שנייה מתייחסת לאי-אכיפה נגד עבירות בתוך קהילת הלהט"ב, בעיקר עבירות של אלימות אינטימית בין זוגות להט"בים ועבירות מין בין חברי הקהילה; ביקורת שלישית, הבאה מכיוון לימודי המגדר, מתייחסת לעודף אכיפה של עבירות, בעיקר עבירות מין, אשר אינו מביא בחשבון את הזהות המגדרית הייחודית של מבצע העבירה. לפי ביקורת זו, העמדה לדין בשל התנהגות שמאפיינת התנהגות מגדרית שונה מבטאת תפיסות חברתיות שביסודן הרצון להגן על נורמות התנהגות מגדריות המתאימות לחברה הטרוסקסואלית.

1. היעדר אכיפה של חקיקת המגן ופשעי שנאה

הביקורת הראשונה והנפוצה ביותר ביחס למדיניות האכיפה, מתייחסת לאי-אכיפה במקרים של עבירות פליליות המתבצעות כלפי קהילת הלהט"ב. הטענה הבסיסית היא כי על אף שכיחותם של אירועי אלימות והדרה כלפי קהילת הלהט"ב, תופעה זו כמעט אינה מתורגמת לפעולות אכיפה נגד התוקפים, הן בשל מיעוט הדיווח על אירועים אלו והן בשל קושי של מערכת אכיפת החוק, כמו גם של נפגעים, להגדיר את העבירות המדווחות כפשעי שנאה.⁵⁴

ואכן, חיפוש במאגרי נתונים רשמיים מעלה כי למרות חקיקת המגן המרובה, ובעיקר הוראת החוק נגד פשעי שנאה, אין כמעט אזכורים של הוראות חוק אלו. כך, לדוגמה, מאגרי נתונים רשמיים, כמו השנתון הסטטיסטי של משטרת ישראל ודוחות שנתיים של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, המכילים פירוט על מגמות של חקירות פליליות ושל כתבי אישום, חסרים התייחסות כלשהי לקטגוריה של פשעים המתבצעים על רקע מניע של שנאה.⁵⁵

53 לאחרונה פורסם דוח של נציבות האומות המאוחדות לזכויות אדם הסוקר התפתחויות בחקיקה ובמדיניות כלפי הקהילה הלהט"בית ברחבי העולם. המגמה הכללית עליה מצביע הדוח דומה לזו שמאפיינת את ישראל: ביטול חקיקה פלילית האוסרת על התנהגות מינית הומוסקסואלית, אימוץ חקיקת מגן והשקעה חברתית בהכשרת סוכנים של מערכת אכיפת החוק לזהות ולהתמודד עם אלימות והפלייה כלפי קהילת הלהט"ב. אך לצד מגמה חיובית זו, ממשיכות אלימות ופגיעה בזכויות אדם על רקע להט"בי. לעיון בדוח ראו UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, DISCRIMINATION AND VIOLENCE AGAINST INDIVIDUALS BASED ON THEIR SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY (A/HRC/29/23) (2015).

54 Gregory M. Herek, *Hate Crimes against Lesbians and Gay Men: Issues for Research and Policy*, 44 AM. PSYCHOL. 948 (1989); Kath Browne, Leela Bakshi & Jason Lim, "It's Something you Just Have to Ignore": *Understanding and Addressing Contemporary Lesbian, Gay, Bisexual and Trans Safety Beyond Hate Crime Paradigms*, 40 J. SOC. POL'Y 739 (2011).

55 משטרת ישראל, אגף התכנון והארגון שנת המפנה 2013: השנתון הסטטיסטי של משטרת ישראל (2014) www.cbs.gov.il/reader/?MIval=cw_usr_view_SHTML&ID=394. לדיווחי הלמ"ס ראו www.police.gov.il/Doc/TfasimDoc/shnaton2013v4.pdf.

גם בפסיקת בתי המשפט בארץ אין כמעט אזכור של שימוש בחקיקת המגן במסגרת המשפט הפלילי.⁵⁶ מעיון בפסיקה עולה כי לצד שימוש ברטוריקה המוקיעה את הפגיעה באוכלוסיית הלהט"ב על רקע מוחלשות,⁵⁷ גם במקרים שבהם ניתן היה לעשות שימוש פורמלי בסעיף 1144 מסתפקים התביעה ובתי המשפט בשימוש במונחים כמו הומופוביה ושנאה, ללא אזכור הסעיף המחמיר או הרשעה לפיו.⁵⁸

אחת הדוגמאות הבולטות לחוסר השימוש של התביעה או בתי המשפט בחקיקת המגן היא בעניינו של ישי שליסל, אשר ביוני 2005 דקר בסכין שלושה מהצועדים במצעד הגאווה בירושלים. שליסל הועמד לדין בגין שלוש עבירות של ניסיון לרצח. נוכח חומרת העבירות, אשר העונש הקבוע בצד כל אחת מהן הוא 20 שנות מאסר, לא הייתה אפשרות לכלול בכתב האישום גם את סעיף 1144, המתייחס לפשעי שנאה, אך האופי הלהט"בופובי של המעשה בא לידי ביטוי בגזר הדין. בתשובה לכתב האישום טען הנאשם כי פעל מתוך ערפול חושים וכאוטומט, כשליח של הקדוש ברוך הוא, נוכח חילול השם הגדול שהיה כרוך בתהלוכה. בית המשפט דחה טענה זו בקובעו שהתלבטות הנאשם לפני ביצוע המעשה והעובדה שסימן לו למטרה לפגוע דווקא במי שאחזו בדגל הגאווה מלמדים על שיקול דעת ושליטה, במיוחד נוכח העובדה שלנאשם לא הייתה היסטוריה של מחלת נפש. בית המשפט קבע שהנאשם פעל מתוך פנטיות, כשהוא מונע מהחלטה פנימית שלא להניח למצעד להסתיים בשלום, וכי מעשיו מבטאים השקפת עולם הנעדרת כל סובלנות כלפי משתתפי המצעד.⁵⁹ בגזר הדין עמד בית

56 החיפוש במאגרי המידע נסמך על בחינה פרטנית של פסקי דין שבהם מוזכר סעיף 1144 וכן באמצעות השימוש במילות מפתח כגון "פשע שנאה" ו"הומופוביה". נציין כי גם במאגר המידע שפורסם לאחרונה על ידי הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב מובאים רק שבעה גזרי דין של פשעי שנאה נגד הלהט"ב (ניתן לעיין במקרים אלו ב- www.lgbtlaw.tau.ac.il/%D7%A4%D7%A9%D7%A2%D7%99-%D7%99-%D7%9C%D7%94%D7%98%D7%91).

57 כך למשל בת"פ (מחוזי ב"ש) 8281/03 מדינת ישראל נ' נביל (פורסם בנבו, 3.5.2005) מתייחס בית המשפט לעובדה שבחירת המתלונן נעשתה על רקע נטייה מינית ולא ינטרס הציבורי שיש בהוקעת המעשה והגנה על "חריגים בחברה". דוגמה נוספת ניתן למצוא בפסק דין בע"פ (מחוזי ת"א) 40050/07 מדינת ישראל נ' חאזם (פורסם בנבו, 9.9.2008) שעסק במעשי שוד יזומים שבוצעו בצוותא, שבהם הוצב אחד מחברי הקבוצה כפתיון עבור גברים שביקשו לקיים יחסי מין הומוסקסואליים ולאחר מכן נשדדו. בהחלטה על הארכת המעצר מתייחס בית המשפט לחומרת המעשים וכן עושה שימוש בסטריאוטיפים ביחס חברי הקהילה הגאה ההומוסקסואלים: "[המשיבים] תכננו את מעשי השוד כלפי אוכלוסיה חלשה [...] תוך הנחה שכוחם של אלה לא יעמוד להם למול מספר תוקפים שיתקפו אותם, ואולי גם מתוך הנחה שעצם המעמד הוא כה מביש עבור המתלוננים עד אשר אלה יהססו בטרם יפנו".

58 כך לדוגמה, בת"פ (שלום ת"א) 38513-12-10 מדינת ישראל נ' גבארין (פורסם בנבו, 7.5.2012) הורשע נאשם בתקיפת שני בני אדם באמצעות אלת עץ וסכין על רקע היותם הומוסקסואלים. הנאשם לא הורשע פורמלית בסעיף 1144, אך השופטת מתייחסת לחומרה היתרה שיש במעשה שנעשה על רקע סלידת הנאשם מנטייתם המינית של המתלוננים. במקרה אחר הגיע אדם לפאב של הקהילה הלהט"בית והחל מאיים על הנוכחות באמצעות גרוזן. בפסק הדין, שבו נגזרו על הנאשם שמונה חודשי מאסר בפועל, מאסר על תנאי, קנס ופיצויים, מיוחסת לו התנהגות מתוך מניע של "הומופוביה" אולם אין אזכור של סעיף 1144 (ת"פ (שלום ת"א) 19561-06-13 מדינת ישראל נ' כהן (פורסם בנבו, 14.7.2014)). בעפ"ג (מחוזי חי') 59808-06-13 מדינת ישראל נ' אלפאר (פורסם בנבו, 7.8.2013), מקרה שבו הותקף צעיר בגן ציבורי על רקע זיהויו כהומוסקסואל, מתקבלת הטענה כי מדובר ב"פשע שנאה", אולם בפועל הוראות ס' 1144 אינן מוצאות ביטוי בגזר הדין.

59 פ"ח (מחוזי י-ם) 843/05 מדינת ישראל נ' שליסל (פורסם בנבו, 31.1.2006).

המשפט באופן מפורש יותר על האופי הלהט"בופובי של המעשה ונתן משקל לעובדה שהנאשם ביצע את העבירה על רקע אידאולוגי, תוך שהוא שולל את אורח חייהם, כבודם וגופם של משתתפי המצעד, ובהתחשב בכך שמעשיו מבטלים ערכים חברתיים של חופש הבעת דעה וזכות התקלות. בבית המשפט המחוזי נגזרו על שליסל 12 שנות מאסר. בפסק הדין בעניין ערעורו של שליסל הצטרף בית המשפט העליון לרטוריקה של בית המשפט המחוזי, אף שבסופו של דבר הקל את עונש המאסר והעמיד אותו על עשר שנים.⁶⁰

אף שפרק זה מתמקד ביחס המשפט לפשעי שנאה כלפי קהילת הלהט"ב, חשוב לציין שהיעדר פסיקה המתייחסת לפשעים אלו במישורין נכון גם ביחס לקבוצות נוספות שעליהן ביקש המחוקק להגן. אפשר כמובן לטעון שהיעדר התייחסות מערכתית לעבירה של פשעי שנאה מלמדת על כך שבישראל כלל לא קיימת בעיה של הפליה ועבריינות כלפי קבוצות מובחנות, וכי המקרים המועטים המוזכרים בפסיקה משקפים טיפול מערכתי ראוי. ואולם, טענה זו מעוררת קושי: ראשית, היא סותרת תובנות ממחקרים בעולם המבוססים על דיווח עצמי של חברי קהילות שונות והמצביעים על תופעה רחבה של פגיעה בזכויותיהן של קבוצות מוחלשות. ספק רב אם יש סיבה טובה להניח שביטויים של גזענות ושנאה בישראל שונים מאלה שבמדינות מערביות אחרות.⁶¹ שנית, אף שהנתונים הנאספים בישראל דלים מאוד, עדיין ניתן ללמוד מהם על התרחשותם של פשעי שנאה ועל דפוסים של חוסר דיווח למשטרה.⁶² ולבסוף, טענה זו אינה מתיישבת עם ההתפתחות הענפה של חקיקת המגן, המלמדת על פועלם של ארגוני זכויות וקבוצות אינטרס המקדמים חקיקה מסוג זה ומבטאים צורך בהגנה מפני הדרה, הפליה ואליומות.

בישראל לא נערך סקר נפגעי עבירות בקרב הקהילה הלהט"בית ואין מידע מחקרי בדבר הפער בין מספר אירועי השנאה נגד חברי הקהילה לממדי הדיווח למשטרה ולמספר המקרים בהם הוגש כתב אישום. עם זאת, נראה שהיעדר כמעט מוחלט של התייחסות לנושא במאגרי הנתונים הרשמיים מלמד על קושי מערכתי בטיפול בו ולא על היעדרה המוחלט של תופעה כזו.

בכתיבה אקדמית העוסקת בהיעדר אכיפה בשל פשעי שנאה ניתן למצוא התייחסות לחסמים רבים התורמים למצב זה, ובהם חסמים הגורמים לתת-דיווח ביחס לאירועי אלימות מצד חברי הקהילה וחסמים הקשורים להיעדר מודעות של סוכני מערכות אכיפת החוק. תחושות של בושה, אשמה עצמית

60 ע"פ 2625/06 שליסל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.12.2007). חודש לאחר שחרורו מעונש המאסר, ביום 30 ביולי 2015, שב ודקר ישי שליסל שישה בני אדם במצעד הגאווה בירושלים. הנערה שירה בנקי ז"ל, אשר נפצעה מהדקירות, נפטרה ימים ספורים לאחר מכן. בעקבות זאת שליסל נעצר והוגש נגדו כתב אישום בגין רצח, ניסיונות רצח ופציעה בנסיבות מחמירות. ראו רועי ינובסקי ואח' "פיגוע שנאה: הדוקר במצעד הגאווה לפני עשור דקר שוב הערב ופצע קשה משתתפים" Ynet 30.7.2015 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4685873,00.html; רועי ינובסקי, רותם אליזרע ודני אדינו אבבה "נפטרה הנערה שנדקרה במצעד הגאווה: 'בשל רשעות ורשלנות קופד פתיל חייה'" Ynet 2.8.2015 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4686659,00.html.

61 קיומו של פער בין שיעור הדיווח למשטרה לבין ממדי תופעות חברתיות הקשורות לאלימות הוא אתגר מוכר של מערכות חברתיות ומערכת אכיפת החוק גם בהקשרים אחרים, כמו אלימות במשפחה ופגיעות מיניות. המחקר הקרימינולוגי יכול לתרום להבנת תופעה זו באמצעות עריכת סקרי נפגעים שבהם נשאלים חברים באוכלוסייה הנחקרת אם היו חשופים לסוגים שונים של פגיעות.

62 זאת ניתן ללמוד בין היתר מהטענה בדבר שיעורי דיווח נמוכים למשטרה, אשר עולה מדוח מרכז ניר כ"ץ לשנת 2014, לעיל ה"ש 40.

וחשש מתגובה חברתית מאפיינות חלק גדול מקרבנות פשעי השנאה ומסבירות את הקושי הרגשי לפנות ולדווח לרשויות אכיפת החוק. תחושות אלו מתלוות לא אחת לחשש מחשיפה של הנטייה המינית בפני אנשי מערכת אכיפת החוק, ובעקבותיה חשיפה אפשרית מול המשפחה או הסביבה הקרובה. לכך מתווסף החשש מפני יחס מתנכל ולא מכבד מצד גורמי אכיפת החוק. חוסר אמון וחשש הנם חסם גדול יותר כאשר חברי קהילת הלהט"ב באים מקרב אוכלוסיות מיעוטים.⁶³ חסם נוסף קשור למודעות אנשי המשטרה לתופעה וליכולתם לזהות אירועים אלימים כאירועים שבבסיסם פגיעה באוכלוסיית הלהט"ב. ככל שהמודעות של אנשי המשטרה והתביעה קטנה יותר, כך רב הסיכוי שאירועים שונים יוגדרו כעבריינות רגילה ויטופלו ככאלה, מבלי שבמהלך החקירה ובהחלטה להגיש כתב אישום יינתן משקל לאופי הלהט"ב בפופי שלהם.⁶⁴ דוגמה מובהקת לקושי זה ניתן למצוא בפולמוס הציבורי והתקשורתי בעקבות אירועי הברנוער וברתיעה של גורמים רבים להגדיר את האירוע כפשע שנאה.⁶⁵

מודל התערבות אחד ליצירת שינוי מערכתי ניתן למצוא בדמות ה-Hate Crime Statistic Act שנחקק בארצות הברית בשנת 1990. החוק מנחה את התובע הכללי ליצור מאגר נתונים המבוסס על מידע שנאסף מרשויות אכיפת החוק השונות ברחבי ארצות הברית ולפרסם דוח שנתי על פשעים שבוצעו על בסיס מניע גזעני. מטרת החוק היא לייצר עבור סוכנויות אכיפת החוק כלי עזר לזיהוי פשעי שנאה וכן לשמש בסיס אמפירי לקביעת מדיניות אכיפה. במהלך השנים הפך מאגר המידע שנאסף על ידי ה-FBI למקור מרכזי לבחינה וניתוח סטטיסטי על פשעים המונעים משנאה.⁶⁶

63 במחקר שנערך בקרב הקהילה הטרונסג'נדרית בארצות הברית דיווחו כמעט מחצית מהמשיבים (46%) על כך שאינם חשים בנוח לפנות לעזרת המשטרה. עוד נרשם כי חמישית מהמשיבים שבאו במגע עם המשטרה דיווחו על הטרדה מצד השוטרים, עם שיעורים גבוהים יותר בקרב אנשים ממיעוטים אתניים. ראו Jaime M. Grant, Lisa A. Mottet & Justin Tanis, *Injustice at Every Turn: a Report of the National Transgender Discrimination Survey*, 162-165 NATIONAL CENTER FOR TRANSGENDER EQUALITY (http://www.thetaskforce.org/static_html/downloads/reports/reports/ntds_full.pdf). למאמרים המתייחסים לאימוץ מדיניות מכוונת לצמצום חסמים ולהתערבות מערכתית מיטיבה עם נפגעי פשעי שנאה ראו: Kevin T. Berrill & Gregory M. Herek, *Primary and Secondary Victimization in Anti-Gay Hate Crimes: Official Response and Public Policy*, 5 JOURNAL OF INTERPERSONAL VIOLENCE 401 (1990); Gregory M. Herek, Jeanine C. Cogan & J. Roy Gillis, *Victim Experiences in Hate Crimes Based on Sexual Orientation*, 58 J. SOC. ISSUES 319 (2002); Marian Duggan, *Working with Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender: Communities to Shape Hate Crime Policy*, in RESPONDING TO HATE CRIME: THE CASE FOR CONNECTING POLICY AND RESEARCH 87 (Neil Chakraborti & Jon Garland eds., 2014). דיון דומה אפשר למצוא בהקשר של תלונות של נשים זרות על פגיעות מיניות ופיזיות וכן ביחס למחסום של נשים בזנות לפנות למשטרה. ראו גלעד נתן ומריה רבינוביץ עבירות מין נגד עובדות זרות – מסמך עדכון (הכנסת – מרכז מחקר ומידע, 2011).

64 לתרבות הארגונית במשטרה יכולה להיות השפעה רבה על דפוסי הדיווח. ראו James J. Nolan & Yoshio Akiyama, *An Analysis of Factors that Affect Law Enforcement Participation in Hate Crime Reporting*, 15 J. CONTEMP. CRIM. JUST. 111 (1999).

65 ראו לעיל בעמ' 899.

66 למידע נוסף ראו מרכז המחקר של ה-FBI, www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/hate-crime/2012, לסקירה אקדמית של השפעת החוק ראו James J. Nolan, Yoshio Akiyama & Samuel Berhanu, *The Hate Crime Statistics Act of 1990: Developing a Method for Measuring the Occurrence of Hate Violence*, 46 AM. BEHAVIORAL SCIENTIST 136 (2002); James B. Jacobs & Barry Eisler, *The Hate Crime Statistics*

מודל אחר ליצירת אקלים המעודד הגשת תלונות בגין פשעי שנאה מופעל על ידי האגודה לזכויות הפרט, אשר הקימה בסוף שנת 2012 את מרכז ניר כ"ץ למאבק בלהט"בופוביה.⁶⁷ המרכז מקבל השראה מארגון MANEO הפועל בברלין מאז 1990. המרכז פועל לאסוף נתונים המבוססים על דיווח עצמי של נפגעים, ובאמצעותם ליצור בסיס ידע בנוגע לפגיעות על רקע להט"בופוביה ומאפייניהן. מטרה נוספת של המרכז היא ליזום שיתוף פעולה עם משטרת ישראל וגורמי אכיפת החוק, במטרה להגביר מודעות לצורכי הקהילה, להביא לשינוי בדפוסי התנהגות של שוטרים וחוקרים וליצור אקלים המיטיב עם מתלוננים. בה בעת מבקש המרכז לספק לקרבנות ליווי רגשי ומשפטי, ובמקרים המתאימים גם ליצור הד תקשורתי וציבורי להוקעת התופעה. מאז הקמתו פרסם המרכז שני דוחות המבוססים על דיווח עצמי של נפגעים. כותבי הדוח ביקשו להדגיש כמה ממצאים ובהם: הערכה שאירועים על רקע להט"בופוביה מתרחשים בכל הארץ ובכל אחד ממרחבי החיים (עבודה, בית, שטחים ציבוריים), מיעוט הפניות למשטרה בקרב הפונים לדווח למרכז (רק כ-17%) וריבוי יחסי של פניות מקרב הקהילה הטרנסג'נדרית.⁶⁸

2. אי־שוויון באכיפת החוק – אלימות אינטימית ומינית בקהילה

ביקורת מסוג אחר המתייחסת לאכיפת הדין הפלילי בהקשר לקהילת הלהט"ב מצביעה על היעדר אכיפה מספקת של עבירות המתרחשות בתוך הקהילה הגאה, ובעיקר עבירות אלימות אינטימית ופגיעות מיניות בין חברי הקהילה.

במרבית העבירות המוגדרות בחוק העונשין המחוקק אינו נוקט לשון מגדרית. כך, לדוגמה, נוסח עבירות התקיפה כולל גם תקיפה של "בן זוג, לרבות הידוע בציבור של בן זוג", נוסח החל גם על זוגות בני אותו המין.⁶⁹ נוכח המורכבות הייחודית של עבירות אלימות ומין המתבצעות בתוך התא המשפחתי, ומידע מחקרי שנצבר על דפוסים של היעדר דיווח ועל חשש מתלות כלכלית ורגשית של קרבן העבירה, ייחד המחוקק כמה אמצעים ייחודיים להתמודדות עם עבירות כאלה. אמצעים אלו כוללים, בין היתר, הוראות הקובעות שבמקרים של אלימות בין בני זוג לא תתקבל החלטה שלא לחקור תלונה או לא להגיש כתב אישום בשל חוסר עניין לציבור רק על סמך בקשת בן הזוג הנפגע.⁷⁰ ואולם, הכלי המרכזי להתמודדות עם אלימות במשפחה הוא החוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א–1991 והתקנות שהותקנו מכוחו. החוק נועד לתת לבית משפט לענייני משפחה כלים משפטיים מהירים ויעילים יחסית להתמודד עם מצבים של אלימות אינטימית ופגיעות מיניות בתוך התא המשפחתי. בין

Act of 1990, in VICTIMS OF CRIME AND THE VICTIMIZATION PROCESS 113 (Marilyn McShane & Frank P. Williams eds., 2013)

67 מרכז ניר כ"ץ למאבק באלימות ולהט"בופוביה הוקם לזכרו של ניר כ"ץ, מדריך נוער במרכז ההומו-לסבי שנרצח בשנת 2009 באירוע הירי בברנוער. המרכז מיועד להתמודד עם התופעות הרווחות של אלימות, הפליה ופגיעות בקהילת הלהט"ב על רקע של שנאה ובורות, כמו גם עם תופעות של אלימות ופגיעות בתוך הקהילה. למידע על הארגון ראו www.maneo.de/en/about-maneo.html.

68 הדברים מבוססים על ריאיון שערכנו עם ד"ר גיל פישהוף, רכז המרכז. למידע נוסף ולטופס דיווח על אירוע להט"בופוביה ראו באתר האגודה www.glb.org.il/he/aguda/articles.php?articleID=1973. לעיון בדוח המרכז לשנת 2014 ראו www.glb.org.il/he/aguda/articles.php?articleID=2056.

69 ס' 382(ב) לחוק העונשין.

70 ס' 59 ו-62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982, ס"ח 43.

היתר מאפשר החוק לבית המשפט להוציא באופן מידי צווי הרחקה כנגד בני זוג אלימים, צווים אשר בשלב הראשון ניתנים כמעמד הצד הנפגע בלבד ועל בסיס תצהיר שהוא מגיש. החוק גם מאפשר לבית המשפט לקבל התחייבות לקבלת טיפול בכפוף להסכמת בן הזוג האלים, לאסור החזקה ונשיאה של נשק ועוד.⁷¹

דווקא בעניין יישומו של חוק זה התעוררה בפסיקת בתי המשפט לענייני משפחה מחלוקת ביחס לאפשרות לראות בני זוג להט"בים כנכללים בהגדרת "משפחה" וליישם בעניינם את החוק. בשנת 1997 ניתנה ההחלטה הראשונה בעניין זה, כאשר בית משפט לענייני משפחה בחיפה הכיר במערכת יחסים בין שתי נשים כתא משפחתי והורה על הרחקה בת זוג מהבית בשל תלונות על אלימות.⁷² מנגד, בשנת 2003 ניתנה החלטה שזכתה לחשיפה גדולה יחסית ולביקורת רבה בקרב הקהילה הגאה, שבה קבע שופט בית משפט לענייני משפחה ברמת גן שהחוק למניעת אלימות במשפחה אינו חל על זוגות להט"בים בהנמקה שלא מתקיים יסוד ה"משפחה" וכי יחסים הומוסקסואליים עומדים בסתירה לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.⁷³ יש סבירות גבוהה לכך שבאווירה המשפטית הקיימת היום יטו רוב השופטים וערכאות הערעור לאמץ את הגישה שבאה לידי ביטוי בהחלטה הראשונה של בית המשפט בחיפה. ואולם, נראה כי ההחלטה של בית המשפט לענייני משפחה ברמת גן שולחת מסר מטריד כלפי חברי הקהילה הלהט"בית, אשר עלול להניא מפנייה לבית המשפט לענייני משפחה במקרים של אלימות אינטימית.

המבקרים את היעדר האכיפה מתייחסים גם להיעדר התמודדות של רשויות החוק עם עבירות מין הנעשות בין חברי קהילת הלהט"ב. עבירת האונס מוגדרת בחוק כהחדרה של איבר או חפץ לאיבר המין של אישה, ללא הסכמתה או כאשר בשל מאפיינים שונים של האישה ההסכמה אינה נחשבת כהסכמה חופשית. המקבילה הרלוונטית לעבירה זו בהקשר ההומוסקסואלי היא העבירה של ביצוע מעשה סדום, המוגדר כהחדרה של איבר או חפץ לפי הטבעת (של גבר או של אישה) או החדרה של איבר מין לפיו של אדם. עבירה זו יכולה להתבצע כלפי גבר או אישה ועל ידי גבר או אישה, והמחוקק אף השווה, ככלל, בין דרישת ההסכמה, הנסיבות האסורות ורמת הענישה בביצוע אונס לבין רמת הענישה בביצוע מעשה סדום באותן הנסיבות.⁷⁴

בד בבד עם המגמה שאותה סקרנו בתחילת הפרק, שלא לאסור מעשים מיניים מסוימים, הלכה עם השנים וגברה מגמה להרחיב את האוטונומיה של הפרטים המשתתפים באקט המיני ולבססה. הגורם המבחין בין יחסי מין חוקיים ונורמטיביים לבין המישור הפלילי עבר עם השנים מהתייחסות לשאלה אילו פעולות עושים הצדדים לאקט המיני, שאלה שהתשובה לה היא במישור הפיזי, אל המישור הנפשי ולקיומה של הסכמה לקיום יחסי מין. עם השנים התפתח מושג ההסכמה ועבר מהדרישה שלא לקיים יחסי מין בכפייה לעבר דרישה לברר ולהבטיח שבן או בת הזוג לאקט המיני רוצים בכך (ובהנחה שהם מצויים בגיל ובנסיבות שבהם ניתן לתת הסכמה). יתרה מכך, המשפט פיתח את יסוד ההסכמה כך שההסכמה תהיה חופשית מאילוצים הנובעים מיחסי כוח ותהיה מודעת במובן זה שתתייחס למהות האקט המיני ולמאפיינים הקשורים לבן או לבת הזוג. נחזור ונעסוק ביסוד ההסכמה בתת-הפרק הבא,

71 ס' 2, א2, ב2 לחוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991, ס"ח 138.

72 תמ"ש (משפחה חי') 32520/97 פלונית נ' אלמונית (פורסם בנבו, 2.6.1997).

73 תמ"ש (משפחה ת"א) 16310/08 פלוני נ' אלמוני (פורסם בנבו, 27.4.2008).

74 ראו ס' 347 (ב) לחוק העונשין.

אך לעניין הביקורת על הקושי באכיפה בגין אלימות מינית בקהילה הגאה, חשוב לשים לב שההגדרות המשפטיות הקיימות מרחיבות ולמעשה מכילות גם פרקטיקות מיניות שנדמה שהן מקובלות בחלקים שונים של קהילת הלהט"ב.⁷⁵

בדומה לחוקי המגן והחקיקה בדבר פשעי שנאה, גם בהקשר של אלימות אינטימית בתוך הקהילה ניכר פער בין רובד החקיקה, אשר לכאורה מעניק לחברי קהילת הלהט"ב הגנה משפטית זהה להגנה על יחסים הטרסקסואליים, לבין מידת האכיפה הקיימת. בדומה להיעדר אזכור של אירועי אלימות כנגד חברי הקהילה, אין כמעט התייחסות משפטית לאלימות אינטימית בתוך קהילת הלהט"ב. גם בתיקים פליליים שבהם נדונות פגיעות מיניות בין בני אותו המין ממעטים בתי המשפט להתייחס לזהות המגדרית של התוקף והנפגע; הם בוחנים את התגבשותם של יסודות העבירה והעונש ומתעלמים מהזהות המגדרית ומהנטייה המינית של הפוגע או הנפגע. למעט ההחלטות של בית המשפט לענייני משפחה לא הצלחנו לאתר החלטות במסגרת המשפט הפלילי שבהן דנים בתי המשפט במפורש במשמעות של אלימות אינטימית בקהילה הלהט"בית. שתיקת המשפט בעניין זה צורמת על רקע נתונים שונים המלמדים ששיעור האלימות הפיזית וההיפגעות המיניות בקרב זוגות להט"בים אינו נופל מזה של זוגות הטרסקסואלים.⁷⁶

קושי נוסף באכיפת החוק האוסר על אלימות מינית בכל הנוגע לקהילת הלהט"ב נובע מחסמים ייחודיים לקהילה, אשר מובילים למיעוט תלונות ולהשתקת התופעה על ידי הקהילה עצמה. כך, פרט לחסמים המאפיינים קרבנות של עבירות מין ושל עבירות שנאה, ובהם חוסר מודעות של גורמי מערכות החוק, היעדר פעולות אכיפה וחשש של הקרבנות מתיוג וחשיפה, ניתן להוסיף לגורמים המביאים להשתקת התופעה גם קושי להמשיג ולהגדיר אלימות אינטימית בין זוגות להט"בים.⁷⁷ קושי זה נובע מתפיסות חברתיות הנוטות לקשור בין אלימות אינטימית לבין יחסי כוח המאפיינים מערכות יחסים הטרסקסואליות. מחקרים מראים שבני זוג להט"בים הסובלים מאלימות אינטימית מתקשים יותר לחשוף אותה בשל חשש ליחס מזלזל וקושי להתמודד עם ציפייה, הן בקרב החברה הקרובה והן בקרב סוכני אכיפת החוק, שהאלימות תהיה הדדית.⁷⁸

חסם ייחודי נוסף הוא הנטייה של הקהילה הגאה עצמה להשתיק תופעות של אלימות בקרבה מתוך חשש שתופעות כאלו יפגעו בתדמיתה ובמאבקה לשוויון. ביטוי לחסם זה ניתן לראות בקושי שהיה לאנשי הקהילה להתמודד עם העובדה שכחלק מחקירת הרצח בברנוער נחשד ונחקר אחד מהפעילים

75 ראו ענבר כהן "מבנה של פגיעה: על היתכנות קיומו של מבנה כוח פטריארכלי המקיים אלימות מינית בקהילת הלהט"ב" בספר זה.

76 שם.

77 להרחבה בדבר בעיית ההמשגה (naming) ראו דפנה ברק-ארו "מזיהוי עוול לסעד משפטי: בעקבות Naming, Blaming, Claming" מעשי משפט ג 33 (2010).

78 בהיעדר נתונים זמינים או כתיבה רלוונטית ביחס למתרחש בארץ ראו Pfeifer, לעיל ה"ש 11; Dena Hassounah & Nancy Glass, *The Influence of Gender Role Stereotyping on Women's Experiences of Female Same-Sex Intimate Partner Violence*, 14 VIOLENCE AGAINST WOMEN 310 (2008); Emily F. Rothman, Deiner Exner & Allyson L. Baughman, *The Prevalence of Sexual Assault Against People Who Identify as Gay, Lesbian, or Bisexual in the United States: A Systematic Review*, 12 TRAUMA VIOLENCE & ABUSE 55 (2011); Susan Turell, Molly Herrmann & Gary Hollander, *Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Communities' Readiness for Intimate Partner Violence Prevention*, 24 J. GAY & LESBIAN SOC. SERV. 289 (2012).

המוכרים, אשר היה ממקימי הברנוער ובמשך שנים התנדב בסיוע לבני נוער להט"בים בקשר לפגיעה מינית לכאורה.⁷⁹ לרגעים היה נדמה שהחשדות מאיימים לפתוח תיבת פנדורה ולחייב את הקהילה להתמודד עם מאפיינים פנים-קהילתיים שיש בהם כדי לעודד ניצול מיני של בני נוער, אך בפועל רק מעטים בקהילה הביעו ביקורת ציבורית גלויה. אחד ממאמרי הדעה הצלולים בביקורתם נכתב על ידי רעות גיא, המסתמכת על שנים של ניסיון בעבודה עם נוער להט"בי ונוער בסיכון:⁸⁰

לא אגזים אם אומר, שכל אחד מאתנו שמע או מכיר אפילו אישית סיפור כזה או אחר על מישהו מהקהילה, בעל תפקיד בכיר או שלא, במסיבה כזו או אחרת, תמורת כסף או תמורת שווה ערך כסף, תוך כדי גלישה באתר כזה או אחר. אנחנו סובלניים מדי לתופעה, בגלל זה היא כל כך נפוצה. מי שלא מאמין לי עדיין, שיעשה עם עצמו ניסוי קצרצר. כניסה חפוזה לאתר ההיכרויות של הקהילה אטרף תחת הניק "בן 15 מחפש תומך" ויראה מה קורה תוך עשר שניות.

קריאה ממוסדת להתחיל להתייחס לפגיעות אינטימיות בתוך הקהילה נשמעה בדצמבר 2013 באוניברסיטת תל אביב בכנס שכותרתו "במילים אחרות – שיח מתעורר על פגיעה מינית במרחב הלהט"בי". הכנס אורגן על ידי אוניברסיטת תל אביב, מרכז סיוע לנפגעות ונפגעי תקיפה מינית בתל אביב ופרויקט שקמ"ה, שהוקם במטרה להתמודד עם פגיעות מיניות במרחב הלהט"בי.⁸¹

3. אכיפה עוזפת – יישום יסוד ההסכמה בעבירות מין בקרב קהילת הלהט"ב

ביקורת שלישית, ואולי המעניינת ביותר מבחינה תאורטית, מתייחסת לעודף אכיפה בגין מעשים הנתפסים כעבירות, בעיקר עבירות מין, אשר אינו מביא בחשבון את הזהות המגדרית וחווית החיים הכוללת של מבצע העבירה. כתבי האישום המוגשים במקרים אלו אינם בגין התנהגות מינית "סוטה", אלא מתמקדים בסוגיות הקשורות להסכמה לקיום יחסי מין ולאוטונומיה של הצדדים השותפים ליחסים המיניים. אף על פי כן, טענת המבקרים היא שההרשעה הפלילית משקפת את הפגיעה שחווה מי שהתנהגותו המינית מבוססת על תפיסה הטרו-נורמטיבית שעה שהוא נחשף להתנהגות מינית המבוססת על יחסי מגדר שונים.

הפרשה שזכתה לפרסום הרב ביותר היא פרשת הרשעתו של חן/קובי אלקובי בעבירות של התחזות לאדם אחר, מעשה מגונה וניסיון אינוס. אלקובי, אשר נולד עם אברי מין נקביים, היה בעת ביצוע העבירות כבן 20 ובהקשרים חברתיים מסוימים נהג להציג את עצמו כגבר. כתב האישום מתייחס

79 נסלי ברדה "פרשת ה'ברנוער': מנהל המועדון, שאול גנון, משתף מה עבר עליו בחודשים האחרונים" <http://news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=1040747> 27.2.2014 nana10

80 רעות גיא "קהילת הלהט"ב אחרי הבר נוער: לאן אנחנו הולכים?" 24.6.2013 <http://saloon.co.il/blog/%D7%A7%D7%94%D7%99%D7%9C%D7%AA-%D7%94%D7%9C%D7%94%D7%98%D7%91-%D7%90%D7%97%D7%A8%D7%99-%D7%94%D7%91%D7%A8-%D7%A0%D7%95%D7%A2%D7%A8-%D7%9C%D7%90%D7%9F-%D7%90%D7%A0%D7%97%D7%A0%D7%95-D7%94%D7%95/>

81 בעקבות הכנס פורסמה אסופת ההרצאות והסדנאות שנשמעו בכנס הזמינה בכתובת: www.macom.org.il/wp-content/uploads/2014/04/Asufat-Arzaot-for-Mail.pdf

לקשרים אינטימיים ומיניים שקשר עם כמה קטינות. היסוד הפלילי בהתנהגותו טמון בעובדה שבנות זוגו סברו בטעות שהוא זכר, וטענו כי לא היו רוקמות עמו יחסים אינטימיים לו ידעו את זהותו המינית הביולוגית.

אלקובי הודה בשלושה אישומים, דבר שייתר בירור טענות משפטיות בבית המשפט. ואולם, בגזר הדין קבע בית המשפט כי קיימת חובה לגילוי הזהות המינית הביולוגית כתנאי למילוי יסוד ההסכמה לקיום יחסי מין. כאמור בגזר הדין, על אדם לחשוף "את היותו 'זכר' או 'נקבה' במובן הצר והמקובל כיום של המילה", והיעדר החשיפה פוגע באוטונומיה של בן הזוג ובהסכמה לקיים יחסי מין.⁸² הפרשה עוררה דיון אקדמי ביקורתי בסדרת מאמרים שכתב פרופ' אייל גרוס.⁸³ במישור המהותי מציינ גרוס שההרשעה בעבירת ההתחזות והקביעה כי על אדם לגלות את זהותו המינית הן ביטוי לחרדה מהומוסקסואליות כפויה, וכי דרישה זו נועדה להגן על החברה ההטרוסקסואלית מפני מצב של משיכה או נגיעה באופן מיני במי שאבריו המיניים זהים לאבריהם. לדברי גרוס, הגבול שאותו מסמן בית המשפט בפרשת אלקובי עלול להשתיק חוויית חיים של מי שהזהות המגדרית שלו אינה דיכוטומית וברורה, ופסיקת בית המשפט מאלצת אותו, בשלב מסוים של התפתחות מערכת יחסים אינטימיים, "לגלות" ו"לחשוף" את היותו שייך לקבוצה שמעולם לא חש חלק ממנה.

רובד נוסף שאליו מתייחסת הביקורת על ההחלטה בעניין אלקובי נוגע למגמה משפטית כללית להרחיב את ההגנה על האוטונומיה ועל חופש הרצון בקיום יחסי מין. בהקשר זה יש לראות את פרשת אלקובי בתוך רצף של קביעות מתחום המשפט הפלילי, אשר אינן נוגעות באופן ישיר לנושא הלהט"ב, העוסקות בקשר בין גילוי פרטים על אדם לבין הסכמה לקיום יחסי מין. בעבר, כאשר הוגשו כתבי אישום נגד גברים אשר הציגו מצג שווא בקשר למעמדם החברתי או הכלכלי, הם הוגשו בגין עבירה של קבלת דבר במרמה. כך היה בעניינו של נאשם אשר הציג את עצמו ככזב לפני בנות זוג כטייס לשעבר ורופא עשיר בהווה, וכך גם בעניינם של נאשמים שהסתירו מבנות הזוג שלהם את היותם נשואים ושיקרו ביחס לדתם.⁸⁴ לאחר פרשת אלקובי חלה החמרה בגישת המשפט הפלילי להתנהגות מסוג זה, ובמקרים דומים מורשעים נאשמים בגין עבירת האינוס, שהיא חמורה בהרבה מהעבירה של קבלת דבר במרמה.⁸⁵ כך למשל הורשע אדם בסדרה של מעשי אינוס לאחר שהציג את עצמו במרמה כבכיר במשרד השיכון והבטיח לנשים קשות יום לסייע להן בהשגת דירות תמורת קיום יחסי מין.⁸⁶ בפרשה זו קבע בית המשפט כי הרשעה בעבירה הקלה יחסית של קבלת דבר במרמה אינה מתאימה להתנהגות מינית בשל האופי העסקי והקנייני שיש לעבירה זו, ומאחר שלא ראוי לסווג יחסי מין כ"דבר" או לסווג עבירת מין כ"טובת הנאה". דוגמה נוספת להחמרה היא בעניינו של אדם שהורשע

82 ת"פ (מחוזי חי') 389/02 מדינת ישראל נ' אלקובי, ס' 13–14 לגזר הדין (פורסם בנבו, 7.9.2003).
 83 אייל גרוס "התחזות כאדם אחר: חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי" משפטים על אהבה 365 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005); Aeyal Gross, *Gender Outlaws Before the Law: The Courts* (2009); *of the Borderlands*, 32 HARV. J.L. & GENDER 165 (2009).
 84 יש החלטות רלוונטיות מעטות. ראו ע"פ 817/76 דנינו נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(3) 645 (1977); ע"פ (מחוזי ת"א) 157/98 בן אברהם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.7.1997); תפ"ח (מחוזי ת"א) 1010/01 מדינת ישראל נ' פדר (פורסם בנבו, 17.10.2001).
 85 להרחבה בסוגיה ראו ע"פ 5097/07 פחימה נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(1) 830 (2009), שבו דעות חלוקות של השופטים הביאו לכתיבת חוות דעת מעמיקות בנוגע להגדרת העבירה של אינוס במרמה.
 86 ע"פ 2411/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(1) 170 (2008).

באינוס במרמה על סמך עובדות כתב אישום, שלפיהן במפגש אקראי שהוביל לקיום יחסי מין אנונימיים הציג את עצמו כרווק ששמו "דודו" על אף היותו ערבי בעל משפחה.⁸⁷ התפתחות הפסיקה מעוררת שאלה: איפה עובר הגבול של מה שעלינו לגלות על עצמנו כשאנו מפתחים קשרים רומנטיים-אינטימיים-ארוטיים כדי שהתנהגותנו לא תחשב כאינוס? תשובת בית המשפט העליון היא שטרם קיום יחסי מין נדרש אדם לחשוף ולגלות מאפיינים אישיים שהם מהותיים בעיניה של בת זוג סבירה. במקרים שבהם ההסכמה לקיום יחסי מין קשורה לאי-חשיפה של מאפיינים אלו מתקיימים יסודותיה של עבירת האינוס.

מגמה פסיקתית זו זכתה להתייחסות אקדמית רחבה יחסית. בקליפת אגוז ניתן לאפיין את ההתייחסות באופן דו-ערכי: מצד אחד זוכה פסיקת בית המשפט לתמיכה ככזו המגינה על החירות המינית של נשים ועל הצורך להבטיח שיחסי מין יתקיימו מתוך הסכמה ממשית ומחזקת אותם; מצד אחר נטען שהרחבת עבירת האינוס אינה שומרת על יחס מידתי ונכון בין מידת החומרה של מקרים שבהם ההתנהגות המינית נכפית על אדם בניגוד לרצונו לבין מקרים שבהם יחסי המין מתבצעים בהסכמה, אף שבדיעבד מתברר שהיא הושגה במרמה. על פי טענה זו היה צריך לפתח עבירה אחרת, בעלת דרגת חומרה נמוכה יותר, למקרי הרמייה וההטעיה ולא להכליל אותם כחלק מעבירת האינוס.⁸⁸ עוד נטען שהלכות אלו נותנות גיבוי משפטי חזק גם לשיקולים בעייתיים, כמו במקרים שבהם מערכות יחסים אינטימיות נתפסות ככלי לשרדוג מעמד חברתי/כלכלי (במקרה של היענות ליחסי מין התלויה בהצגה עצמית כרופא עשיר), שיקולים גזעניים (במקרה של מי הציג את עצמו כיהודי), או במקרים שבהם השיקולים לקיום יחסי מין מבוססים על הומופוביה, דעות קדומות והתרחקות מאחרות ומשונות.⁸⁹ אייל גרוס טוען כי דרישה משפטית מסוג זה יוצרת דגם נקי ורציונלי של מיניות, ובכך גם

87 ע"פ 5734/10 קאשור נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.1.2012). כתב האישום המקורי בפרשה זו התבסס על תיאור עובדתי של עבירת אינוס קלאסית. כתב האישום תוקן כחלק מהסדר טיעון, ובעקבותיו תוקנו הסעיפים המפרטים את עובדות המקרה כך שהיסוד העובדתי לעבירת האינוס התבסס על אי-גילוי הזהות האתנית והסטטוס המשפחתי. הפרשה זכתה לבולטות תקשורתית גבוהה לאחר שבית משפט מחוזי דן את קאשור ל-18 חודשי מאסר בפועל, וערעור שהוגש מטעמו התייחס באופן ביקורתי לעובדות כתב האישום המתוקן. בסופו של דבר בערעור הומתק עונשו לתשעה חודשי מאסר בפועל.

88 עמית פונדיק "בין מרמה לכפייה: על עברת האונס במרמה לגבי מיהות העושה" עיוני משפט לו 215 (2013).

89 ראו אלקנה לייסט "הערת פסיקה: אינוס במרמה לגבי מיהות העושה" – בעקבות ע"פ 2411/06 פלוני נגד מדינת ישראל" הסניגור 4, 146 (2009); פונדיק, לעיל ה"ש 88; עמיר פוקס "התחזות לאונס – על תיק סאבר קשור" 20.12.2010 www.idi.org.il/%D7%A1%D7%A4%D7%A8%D7%99%D7%9D-%D7%20.12.2010%D7%9E%D7%90%D7%9E%D7%A8%D7%99%D7%9D/%D7%94%D7%AA%D7%97%D7%96%D7%95%D7%AA-%D7%9C%D7%90%D7%95%D7%A0%D7%A1-%D7%A2%D7%9C-%D7%AA%D7%99%D7%A7-%D7%A8%D7%95%D7%A9%D7%90%D7%A7%D7%90%D7%A8-%D7%A1%D7%90%D7%91%D7%A8-%D7%A7%D7%90%D7%A9%D7%95%D7%A8. לגישה אחרת, רלוונטיים עבורה ראו דנה פוגן "קרימינליזציה של גינוני חיזור מקובלים? מרמה, טעות הקורבן והסכמה לעניין עבירות מין" מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית 149 (אליעזר לדרמן עורך, 2001), מאמר שנכתב כביקורת על הרשעת בן אברהם בעבירה של קבלת דבר במרמה והשפיעה על ההתפתחות ההלכה לאחריו.

מגבילה ומצמצמת את האפשרות שתשוקה ומיניות יהוו מרחב להתנסות שאינה מוגבלת על ידי דעות קדומות ותפיסות אישיות וחברתיות.

לצורך פרק זה נבקש להצביע על כך שההלכה המשפטית המתפתחת, המבקשת להגן על האוטונומיה של נשים ולמנוע את ניצולן על ידי גברים, עלולה לעורר קשיים לא מבוטלים כאשר היא מיושמת על התנהגות מינית בקהילות שבהן יחסי הכוח מורכבים ואינם ניתנים לזיהוי על בסיס מאפייניה של ההשתייכות המגדרית. אם נחזור להצדקות שעמדו בבסיס הרשעתו של אלקובי בעבירת האינוס, הרי שהן מיטשטשות אם מניחים שביחסי הכוח שעליהן הושתתה מערכת היחסים האינטימית בינו לבין הנערות שאת קרבןן חיפש היה אלקובי דווקא בעמדת נחיתות. מנקודת מבט זו אפשר להבין את התנהגותו על רקע חששו מביזוי, הוקעה חברתית ואף אלימות אם תתגלה זהותו המגדרית.⁹⁰ בדומה לאלקובי, הצבת רף גבוה של חובות גילוי וחשיפה בפני קבוצות שהכוח החברתי שלהן נמוך יחסית ואשר גילוי המידע עלול לגרום להן לנידוי ולהפליה עלולה לחזק תהליכים חברתיים הפוגעים בהן. בהקשר זה ניתן להניח שככל שזהותו של הפרט והתנהגותו חורגים במידה רבה יותר ממודל הטרו-נורמטיבי מקובל, כך גוברים חששותיו שלו מפגיעה ומהוקעה חברתית, ובהתאמה – מפני גילוי מאפיינים אישיים רלוונטיים.

דוגמה אחת שניתן לחשוב עליה קשורה לשאלה אם ומתי קמה דרישה מאנשים שחיים עם HIV/איידיס לחשוף את דבר נשאותם. על פי המבחן המשפטי שהתווה בית המשפט העליון, המדרג לשאלה זו הוא מה היו מצפים בת או בן זוג סבירים כתנאי להסכמה לקיום יחסי מין.⁹¹ נדמה שעל פי מבחן זה נדרש נשא HIV/איידיס לחשוף את נשאותו קודם לכל מגע בעל אופי מיני, גם כאשר מדובר במגע מיני שבו החשש להדבקה נמוך ביותר ואשר אינו מסכן את בן או בת הזוג. ואולם, אמת מידה משפטית זו אינה מביאה בחשבון את יחסי הכוח הנרקמים בסיטואציה כזו: מי שחי עם HIV/איידיס עלול להיות, או לראות את עצמו, בעמדת נחיתות, בשל חששו מהמחיר החברתי הקשה שהוא עלול לשאת בו במונחים של התמודדות עם סטיגמה, נידוי והוקעה, הנובעים לרוב מבורות ומחוסר ידע על דרכי ההדבקה. כאמור, שאלה זו לא הגיעה לפתחו של בית המשפט, אך הדוגמה מבקשת להמחיש שהכללים המשפטיים שנקבעים על בסיס הנחה בדבר מבנה יחסי הכוח הקיים בין גברים לנשים בחברה הטרוסקסואלית מקבלים משמעות אחרת כאשר הם מיושמים במערכת שונה של יחסי הכוחות. יישומה של חובת הגילוי במקרה של נשא או נשאת HIV/איידיס המקיימים יחסי מין מוגנים עם בן זוג אשר

90 בית המשפט מזכיר את היות המתלוננות בפרשה קטינות על מנת להצדיק את ההגנה שיש לספק להן מפני הולכת השולל הכרוכה בהסתרת הזהות המינית של אלקובי.

91 ככל הידוע לנו, עד כה לא הוגשו כתבי אישום במקרים אלו בגין עבירת האינוס אלא בעבירה של מעשה העלול להפיץ מחלה מידבקת, אשר הערך המוגן שבה מתייחס לחשש מפני הדבקה ולא להגנה על האוטונומיה והבחירה של בן הזוג. שלושה מקרים ידועים: ע"פ (מחוזי ב"ש) 560/96 פלנסיה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.11.1997); ע"פ 11699/05 סרפו נ' מדינת ישראל, פ"ד (סב) 498 (2008). החלטה הרלוונטית במיוחד היא ברע"פ 6136/09 חגשי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.4.2010), שם טען המערער שהמדינה לא הוכיחה שמשגל נסוג מהווה מעשה שעלול להפיץ את המחלה. בית המשפט העליון דחה טענה זו וקבע כי משגל נסוג, בניגוד לשימוש בקונדום, תלוי ברצון הצדדים ומועד לתקלות, ולכן לא ראוי להגדירו "פרקטיקה מינית נורמטיבית" עבור נשאי HIV/איידיס. בנימוקיו נתן בית המשפט משקל מחמיר לעובדה שהמערער הסתיר מבת זוגו את מחלתו ואף רמז על כך שהייתה אפשרות להעמיד את המערער לדין בגין עבירת האינוס.

אינו מודע לנשאותם אינו מגן על קבוצה הסובלת מנחיתות מובנית; חובה כזו עלולה להחליש, לבודד ולהוקיע קבוצה חברתית הסובלת ממילא מיחס חברתי פוגעני.

חשש נוסף העולה ממגמת הפסיקה להחמיר במקרים כגון אלה הוא שהמבחן שמציב בית המשפט עלול לחזק יחס סטריאוטיפי, גזעני ומפלה ולתת לו גיבוי. ביקורת זו הושמעה הן בפרשה שבה התחזה גבר ערבי ליהודי והן בהקשר של זהות מינית טרנסג'נדרית.

שאלות אלו יכולות כאמור להיות רלוונטיות גם בהקשר של יחסים הטרור-נורמטיביים, אך הן מתחדדות ומקבלות משנה תוקף נוכח נהגים מיניים הרלוונטיים לפחות לחלק מהקהילה הלהט"בית: האם חובת הגילוי באשר למאפייניו של אדם כוללת גילוי מלא של ההעדפה המינית? האם חובה זו משתנה כאשר הקשרים החברתיים המובילים ליחסי מין הם שטחיים יחסית למצב שבו נרקמים יחסים ארוכי טווח? האם ניתן לטעון שבמקרים כגון אלו הציפייה לגילוי היא פחותה? האם החשש מפני חשיפה, נידוי וגינוי צריך ויכול להיות רלוונטי ביחס להיקף חובת הגילוי? והאם יש מקום לתמוך בדרישת הגילוי כאשר היא מבטאת למעשה יחס של סלידה ושנאה כלפי אחרות?

בצורה מופשטת יותר ניתן לנסח את השאלות שהוצגו לעיל (וגם את הביקורת הקווירית על הרשתות של אלקובי) כחלק מהמשגה משפטית של שאלות הקשורות להגנה תרבותית: האם בית המשפט נדרש, בבחון את מידת הפליליות של התנהגות מינית, לשים את עצמו בתוך ההקשר הספציפי של הנהגים המיניים והחברתיים של הקהילה שבתוכה מתבצעת התנהגות זו, או שמא עליו ליישם בכל מקרה נורמות גילוי כלליות וזהות?

ה. סיכום

המשפט הישראלי עבר תהליך מהיר יחסית של שינוי ביחס לקהילה הלהט"בית. בעשורים הראשונים לקום המדינה נחשבה מיניות הומו-לסבית לעבירה פלילית, אך היחס של מערכת המשפט התאפיין בסלחנות וחסד, שהתבטאו בהנחיה של היועץ המשפטי לממשלה שלא לאכוף את העבירה של "סטיות מדרך הטבע". נדמה שגם ביטול העבירה, בשנת 1988, נעשה באופן כמעט אקראי, אגב ניצול הזדמנות במסגרת רפורמה כללית בעבירות המין ומבלי לקיים דיון ישיר או הכרעה ערכית עקרונית. שנים מעטות לאחר מכן החלה תקופה חדשה ביחס המשפטי לקהילה הלהט"בית, אשר הביאה לחקיקת שורה ארוכה של חוקים שנועדו להגן על הזכות לקיים אורח חיים שונה ללא התעמרות, אלימות, הפליה או נידוי, שהחשבה שבהן היא הוראת החוק המתייחסת לעבירות שנאה.

ואולם, היחס המשפטי כפי שהוא בא לידי ביטוי בהוראות החוק הוא רק חלק מתמונה מורכבת יותר. בחלק השלישי של פרק זה הוצגו שלוש ביקורות מרכזיות העוסקות ביישום החקיקה הקיימת ותרומה מהוראות החוק לפרקטיקות של אכיפה. הראשונה, והנפוצה ביותר, מתייחסת לאי-אכיפה בגין עבירות פליליות המתבצעות כלפי קהילת הלהט"ב; ביקורת שנייה מתייחסת לאי-אכיפה בגין עבירות בתוך הקהילה, בעיקר עבירות של אלימות אינטימית בין זוגות להט"בים ועבירות מין בתוך הקהילה; ביקורת שלישית מתייחסת לחשש מפני עודף אכיפה, בעיקר בתחום עבירות המין, אשר אינו מביא בחשבון את יחסי הכוח והזהות המגדרית של מבצע העבירה. במבט ראשון ביקורות אלו שונות זו מזו ואף קוראות למערכת אכיפת החוק לאמץ מדיניות סותרת. הראשונה מבקשת להרחיב את ההגנה על הקהילה מפני אלימות חיצונית והשנייה מתמקדת באלימות בתוך הקהילה; שתיהן גם יחד מבקרות

את מערכת אכיפת החוק על הימנעותה משימוש בכלים פליליים ככל שהדבר נוגע לאלימות כלפי הקהילה ובתוכה, ואילו השלישית מעלה חששות מפני שימוש עודף בכלי המשפט הפלילי, אשר אינו מביא בחשבון מאפיינים ייחודיים לקהילה הלהט"בית או לחלקים בה.

עם זאת, יש מן המשותף לשלוש הביקורות הללו, והוא טמון בתפיסה שבניגוד לרובד הנורמטיבי המתבטא בהוראות החוק, מערכת אכיפת החוק פועלת כמערכת העיוורת לקיומה של קהילת הלהט"ב, לנהגיה ולצרכיה הייחודיים. עיוורון זה מוביל מצד אחד לחוסר רגישות בנוגע לצרכים של חברי הקהילה כנפגעי עבירות המתבצעות על רקע שנאה והדרה, ומצד אחר לזלזול בזוגיות שאינה הטרו-נורמטיבית ולחוסר רגישות ביחס למשמעות הפוגענית שיכולה להיות להיווצרותם של יחסי כוח ולחשש מפני אלימות והדרה במסגרת היחסים הללו.

לכל שלוש הביקורות משותפת התחושה שהקהילה הלהט"בית נמצאת במידה רבה "מתחת לרדאר" של המשפט הפלילי: נראה שהמטרה וגורמי אכיפת החוק נמנעים מהפניית משאבים ייחודיים להבין את צורכי הקהילה ולהגן עליה, וכי בשל חסמים אישיים ומערכתיים חברי הקהילה ממעטים לפנות למטרה במקרים של פגיעה בהם. נדמה כי ניתן לראות ראשיתו של שינוי בקהילה הגאה, שהחל בעקבות הרצח בברנוער, שעיקרו עידוד חשיפתם של מעשי אלימות כלפי הקהילה ובתוכה. כחלק משינוי זה ניתן למנות את הקמת מרכז ניר כ"ץ למאבק בלהט"בופוביה, המתמקד באלימות כלפי חברי הקהילה, את פרויקט גילה, הפועל להעצמת הקהילה הטרנסג'נדרית, את הקמת פרויקט שקמ"ה ואת עריכת כנס "במילים אחרות", העוסקים בפגיעות ואלימות בתוך הקהילה.

מגמה זו, המבקשת להרחיב את הנגישות של חברי הקהילה למערכות אכיפת החוק כחלק ממארג שתפקידו להגן על הקהילה, חיונית להתמודדות עם מה שנתפס כהזנחה חברתית ביחס לאלימות כלפי הקהילה. פעולות כאלו יחייבו את הקהילה לרמה גבוהה יותר של מודעות והתייחסות לנורמות משפטיות פליליות ולהתאמת הנורמות הפנים-קהילתיות לנורמות אלו. ואולם, כניסת המשפט הפלילי לתוך תחומי הקהילה ונהגיה יכולה להביא עמה גם בחינה חיצונית וביקורתית של נורמות מיניות מקובלות שהתפתחו בקהילה, בחינה שתיעשה גם בכלים משפטיים של המשפט הפלילי. כאמור, המשפט הפלילי המודרני אינו עוסק עוד בהבחנות בין התנהגות מינית אסורה להתנהגות מינית מותרת, אך הוא מפתח כללים משפטיים המסדירים את אופייה של מערכת היחסים המובילה להסכמה לקיים יחסי מין, תוך הרחבת ההגנות נגד יחסי מין המושתתים על ניצול של יחסי כוח. בעניין אחרון זה חשוב לשים לב לכך שקהילות וקבוצות יכולות להימצא "מתחת לרדאר" של פיקוח חברתי, אך ספק רב אם הן יכולות להיות "מחוץ לרדאר" של קביעות משפטיות נורמטיביות. המשפט הפלילי נוטה לדחות טענות הקשורות להגנה תרבותית עקב קיומן של נורמות חברתיות בקבוצות מיעוט. בהקשרים שונים ומגוונים הוא ידחה טענות של עוברי חוק המבקשים להסביר את התנהגותם או להצדיק על רקע של ערכים ונהגים תרבותיים, ופעמים טענות מסוג זה אף משמשות את בית המשפט כדי להצדיק החמרה עמם.⁹²

92 תמר תומר-פישמן יחס בתי המשפט לשונות תרבותית: תרבות וכוח במשפט 180–182 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", האוניברסיטה העברית בירושלים, 2006) זמין בכתובת: http://digitool.haifa.ac.il/view/action/singleViewer.do?dvs=1435750931809~746&locale=en_US&VIEWER_URL=/view/action/singleViewer.do?&DELIVERY_RULE_ID=3&adjacency=N&application=DIGITool-3&frameId=1&usePid1=true&usePid2=true. ראו פירוט והרחבה של הוויכוח הנורמטיבי

אנו סבורות שהביקורות השונות שהצגנו ביחס לדפוסי אכיפת החוק בעבירות אלימות מינית ואינטימית הן ביטוי למישור מתח רחב יותר בתוך הקהילה, שאייל גרוס הגדיר אותו במונחים של מתח בין הומו-נורמטיביות לבין פוליטיקה קווירית.⁹³ השאיפה ההומו-נורמטיבית מתבטאת ברצון לזכות בהגנתו המלאה של המשפט הפלילי בדרך של היטמעות באמות המידה הקולקטיביות, בעוד הפוליטיקה הקווירית מבקשת להתמיד במבט ביקורתי על ערכים הומו-נורמטיביים ולפתח תרבות המאפשרת שונות ואחרות. בכנס "במילים אחרות" ביקשה אפי זיו להתייחס למתח זה בניסיון להגדיר מיניות קווירית ולייחד אותה כמיניות הפועלת במרחב המודע לקשרים המורכבים בין מיניות לבין יחסי כוח ואלימות. לדבריה, הכרה בקשרים הללו, בניגוד להכחשתם במסגרת הגדרת המיניות הנורמטיבית, מאפשרת לנסח כללי התנהגות המתאימים למרחב זה ו"לשחק עם הכוח במקום שהוא ישחק אתנו".⁹⁴ דברים אלו יכולים לשמש נקודת מוצא לפיתוח כלליים נורמטיביים להתנהגות מינית בתוך קהילת הלהט"ב, אשר מצד אחד לא יכפיפו את תפיסת המיניות לדרך ההסדרה של מערכות הטרור-נורמטיביות ומצד אחר לא ישמשו כמנגנון של הכחשה ושל הסתרה של פגיעות מיניות בתוך הקהילה.

בשאלה אם ראוי להכיר בהגנות תרבותיות וכאיזה הקשר משפטי, אצל יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 609–629 (מהדורה ראשונה, 2008).

93 גרוס "הפוליטיקה של זכויות הלהט"ב", לעיל ה"ש 46.

94 אפי זיו "פגיעות מיניות בקהילה הגאה – הצעה לחזון קווירי" כנס במילים אחרות: שיח מתעורר על פגיעה מינית במרחב הלהט"בי – אסופת הרצאות וסדנאות 10 www.macom.org.il/wp-content/uploads/2014/04/Asufat-Arzaot-for-Mail.pdf