

סמינריון: "סובלנות וזכויות אדם"

מרצה ומנחה: ד"ר מיטל פינטו

מאת: ראודה מורקוס

נושא הסמינריון:

שולי המגדר והלאום וחוק השלטון- מיהו ה"תוקפן" במשפט הישראלי?

שאלת המחקר:

האם יש מקום בשיטת משפט ליברלית ליסוד "מיהות העושה" או שמא יש להיפטר ממנו?

"The master's tools
Will never dismantle
The mater's house!"

Audre Lorde, Sister Outsider, The Crossing Press Feminist Series, (1984).



VS.



סמסטר אביב, 2012

תוכן עניינים

מבוא	עמ' 3
• <u>הצגת שאלת המחקר</u>	
• <u>התשובה לשאלת המחקר</u>	
• <u>הפרקים בעבודת המחקר</u>	
פרק ראשון	עמ' 6
• <u>פרשנות ובלשנות ל"מיהות העושה"?</u>	
• <u>פרשת קאשור ואלקובי כמקרי מבחן לגבי סעי' 345(א)(2) לחוק העונשין.</u>	
פרק שני	עמ' 11
• <u>מיהו ה"תוקפן" במשפט הישראלי? מיהות העושה או מיהו העושה?</u>	
• <u>מאמרים ופסקי דין שמתארים את הבעיה</u>	
• <u>ביקורת</u>	
פרק שלישי	עמ' 20
• <u>הקונטקסט הפוליטי/ חברתי והשלכתו על החקיקה מול הפסיקה?</u>	
פרק רביעי	עמ' 24
• <u>פרשנות וביקורת פמיניסטית- בעד ונגד- לדרישה הסובייקטיבית</u>	
• <u>האם יש מקום לסובייקטיביות של ה"נאשם/ת" או רק של ה"קורבן"?</u>	
סיכום	עמ' 27
• <u>הרחבה על התשובה שלי וסיכום מורחב של הפרקים</u>	
• <u>מסקנה והמלצה נורמטיבית</u>	
רשימה ביבליוגרפית	עמ' 30

מבוא

כמי שנושא עבירות מין קשור אליה באופן ישיר ובעקיפין, וכמי שחשוב לה העלאת רף הענישה למי שעושה מעשה שיש בו מעין פגיעה בגוף, בכבוד ובנפש של כל אישה ואדם, הערכים שמנחים אותי, הם אלה ששאבתי מביתי, ממודלי החיקוי, מספרים ומכותבים שונים, שעליהם חונכתי. הכיוון שלי בעבודה מונחה על ידי הפרקטיקה של הזהות, כי לא חשוב איך נסתכל על זה, גם הזהות הקווירית שלי וגם הזהות הפלסטינית שלי מעצימות את הראיה הביקורתית לגבי הקונטקסט הרב תרבותי בו אני חיה.

מכאן, חשוב לי קידום נושא שיח זכויות האדם במערכת החוק, הן כאישה, הן כקווירית ובראש ובראשונה כפלסטינית. אני תוהה פעמים רבות מדוע קורבנות אלימות מסתתרות ונמצאות במקלטים בעוד הנאשמים מסתובבים חופשי אחרי ריצוי עונש, פעמים רבות מבלי שעברו תהליך של שיקום. מנגד, אני מכירה בכך שנאשם הינו חף מפשע עד שהוכחה אשמתו "מעל ספק סביר", ושטורות הענישה הפלילית היא לא רק הגנה על הקורבנות, אלא גם שיקום הנאשם ומיגור הפשע.¹ לדעתי, מונחים כמו, סבירות, אדם מן היישוב, האישה הסבירה, בחינת כל מקרה לגופו, מסתמכים על נורמה מסוימת והסכמה חברתית כלשהי, לכן מי קובע נורמות אלו ומי הם השותפים למוסכמות החברתיות?²

בין ערכיה של מדינת ישראל מצויים אותם ערכים המשקפים את אופייה הדמוקרטי, כגון שוויון, צדק, מוסר, הפרדת רשויות, חופש ביטוי, תהלוכה, עיסוק, טוהר שיפוט, כבוד האדם, תום לב, צדק טבעי, הגינות, סבירות, אי ניגוד עניינים וכיוצא בהם.³ אלה הם ערכי יסוד שכל מדינה דמוקרטית נאורה מתברכת בהם. ערכי היסוד של השיטה אינם מהווים רשימה סגורה. אין הם קבועים ועומדים, אלא משתנים. בהתאם לשינוי בהווייתו של העם, עקרונות יסוד שהיו מקובלים בעבר מאבדים מחשיבותם. עקרונות יסוד חדשים נולדים בכור ההיתוך של המציאות החברתית.⁴

הנושא שאבחן דרך העבודה נע בין שולי המגדר והלאום לבין החוק והשלטון- מיהו ה"תוקפן" במשפט הישראלי? אדון בנושא זה דרך השאלה האם יש מקום בשיטת משפט ליברלית ליסוד "מיהות העושה" או שמא יש להיפטר ממנו? הפרק הראשון יתמקד בפרשנות ובלשנות ל"מיהות העושה"? תוך התמקדות בשתי פרשות

¹ בועז סנגיר "פרשנות מרחיבה בפלילים?" **עלי משפט** ג 1 (תשס"ג-תשס"ד) 165 ;

מרים גור- אריה "חובה פלילית למנוע פשע- אימתי מוצדקת" **מחקרי משפט** יז (תשס"ב) 355.

² אורית קמיר "יש סקס אחר- הביאווה לכאן": עברת האינס בין הדרת כבוד (honor), שוויון וכבודו הסגולי של האדם (dignity) והצעה חדשה ברוח ערך כבוד האדם **משפט וממשל** כרך ז (תשס"ד-תשס"ה) 669.

³ חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992.

⁴ אהרון ברק "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל, ספר אורי ידן" **האיש ופועלו** (בעריכת אהרון ברק וטניה שפינץ) ירושלים (תש"ן 1990) 27.

קאשור⁵ ואלקובי⁶ כמקרי מבחן לגבי סעי' 345(א)(2) לחוק העונשין⁷. בפסק דין פלוני⁸ נקבעו שני מבחנים על מנת להכריע במקרים של אינוס במרמה, מבחן האישה הסבירה⁹ ומבחן עזר של אדם מן היישוב¹⁰, תוך בחינת כל מקרה לנסיבותיו. האם בחינת המקרה לפי נסיבותיו יכול להתקיים מבלי שתהיה מעורבת בסטריאוטיפים, דעות קדומות, השפעה חברתית, היסטורית ופוליטית? אין בכוונתי לערער על ההכרעה של בית המשפט בפסקי דין שמינתי, אלא לבחון את השיקולים והפרמטרים המנחים קביעותיו לגבי האינוס במרמה ו"מיהות" העושה או "המיהות" הבדויה. הבחינה שלי לשני המקרים תתמקד בהתייחסות שיטת המשפט למקרים אלה בעיניים של מגדר ולאום. למעשה אבחן האם תכונות של לאום ומגדר מהווים פקטור בקביעת הענישה?

בפרק השני, הקרוי "מיהו ה"תוקפן" במשפט הישראלי? מיהות העושה או מיהו העושה?", אגש לשאלות לעיל תוך התמקדות בשאלה מיהו ה"תוקפן" או במילים אחרות מיהו העושה? השאלה היא האם התשובה לשאלה זו נגזרת מהפרדה סלקטיבית וממדרג נורמטיבי, או האם במשפט הישראלי יש למצוא תשובה לשאלה זו בחקיקה מפורטת ועדכנית, שעל ביהמ"ש ליישם אותה בהסתמך על ערכי היסוד של המשפט הישראלי, ובכך בעצם לקיים הלכה למעשה את מהות ההגדרה של מדינה יהודית ודמוקרטית, ב'אמת' ולא בפיקציה.

בפרק השלישי אתייחס לקונטקסט הפוליטי/ חברתי, ולשאלה האם יש לו השלכות על החקיקה מול הפסיקה? האם אני כאזרח בחברה רב תרבותית או כמיעוט לאומי צריכה לחשוש משלטון החוק? במאמרם של פישמן, ראטנר ותורג'מן- לגבי ענישה בחברה תרבותית¹¹, עולה סטטיסטיקה, כי אזרחים פלסטינים נענשים יותר, גם כאשר השופטים הם פלסטינים בעצמם. מסקנת המחקרים היא כי הזהות של הקורבן מצד אחד, וסטריאוטיפים מנגד, משחקים תפקיד מכריע, הן לגבי הקורבן והן לגבי הנאשם. לדעתי, אין מנוס אלא להבין שיש לקונטקסט הפוליטי- חברתי חלק ניכר בעיצוב ושרטוט היחס לפלסטינים ומעמדם של הפלסטינים בישראל. קרצ'מר¹², בהסתמך על מחקרים נרחבים, קובע שאין כתיבה נרחבת לגבי מצבם של פלסטינים בתוך ישראל, בייחוד מאז מלחמת ששת הימים ב 1967. לטענתו, מצב זה הוא תוצאה של השיח של מדינה פלסטינית עצמאית (בעזה ובשטחים). מנגד טוען קרצ'מר שלמרות זאת יש לרקע ההיסטורי והפוליטי חלק בקביעת מעמדם המשפטי של פלסטינים בתוך ישראל.

⁵ ע"פ 5734/10 קאשור נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו) 25.1.2012. (להלן: "ענין קאשור")

⁶ ת"פ 389/02 מדינת ישראל נ' אלקובי ואח', תק-מח 2003(3), 3341. (להלן: "ענין אלקובי")

⁷ חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח תשל"ז, 226. (להלן: "החוק" או "חוק העונשין").

⁸ ע"פ 2411/06 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2008(3) 3815 (2008). (להלן: "ענין פלוני")

⁹ שם, פסקה קה לפס"ד.

¹⁰ שם, פסקה קו לפס"ד.

¹¹ Gideon Fishman, Arye Rattner and Hagit Turjeman, *Sentencing outcomes in a Multinational Society: When Judges, Defendants and Victims can be Either Arabs or Jews*, European Journal of Criminology 3(1): 69–84, (2006). (להלן: "פישמן, ראטנר ותורג'מן")

¹² David Kretzmer, *The Legal Status of the Arabs in Israel* (1990). (להלן: "קרצ'מר")

הפרק הרביעי קרוי "פרשנות וביקורת פמיניסטית-בעד ונגד-לדרישה הסובייקטיבית האם יש מקום לסובייקטיביות של ה"נאשם/ת" או רק של ה"קורבן"? תוך ניסיון לענות על השאלה אבחן האם יש לפמיניזם המשפטי קרקע מוכנה להתערבות במערכת המשפט? ואם כן, מהו המחיר ולאיזה כיוון? לצורך כך איעזר במאמרה של פוגץ¹³ הבוחנת את השאלות הבאות: מהו השיח הפמיניסטי המודרני שאנו שואפות אליו, האם נסכים על הגנת נשים? והאם מערכת החוק צריכה לתת יד בהגנה על בחירתם של נשים מתוך מניעים פסולים? בנוסף, פוגץ' מערערת על קביעת מקרים דומים כעבירה מתוך ניתוח תלוי תקופה. לדבריה, "...דירוג קבלת יחסי מין במרמה, כשהקריטריון מדוע מקרה זה לבדו יהווה עבירה זו אינו ברור, וספק אם רלוונטי לימינו".¹⁴ יש לאמץ לדעתי מתוך הניתוח של פוגץ' את הביקורת העצמית על מעמד האישה המשתקף כחלש ומנציח דינמיקה פטרנליסטית והיררכית.

¹³ דנה פוגץ' "קרמינליזציה של גינוני חיזור מקובלים? מרמה, טעות הקורבן והסכמה לעניין עבירת מין" **מגמות בפלילים** -

עיונים בתורת האחריות הפלילית, אלי לדרמן עורך, 151 (2001).

¹⁴ שם, עמ' 197.

פרק ראשון

פרשנות ובלשנות ל"מיהות העושה"? פרשת קאשור ואלקובי כמקרי מבחן לגבי סעי' 345(א)(2) לחוק העונשין.

פרק זה יתמקד בפרשנות ובלשנות של היסוד "מיהות העושה" של סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין. בכדי להבין סעיף זה עלינו להבין תחילה את ההיסטוריה שלו ואת סעיפיו הקטנים. השופט רובינשטיין, בפס"ד פלוני, סוקר את היסטוריה המקיפה של הסעיף לעניין דרישת ההסכמה, אינוס במרמה, מיהות העושה ומהות המעשה¹⁵. לפי רובינשטיין, עולה מנוסח סעיף 345(א)(2) לפי תיקון מס' 61 הגזור מהסעיף הכללי (אינוס שלא בהסכמתה החופשית של האשה), כי נדרשת דרישת "ההסכמה" לגבי מיהות העושה והן לגבי מהות המעשה. דרישת ההסכמה זו, הורחבה מערב תיקון 22 (1988)¹⁶, כלומר, נוסח הסעיף עם חקיקת חוק העונשין לא הפנה לדרישה זו.

לגבי האינוס במרמה, אשר מופיע בסעי' 345(א)(2) לחוק, בראשית הייתה הקטגוריה של "אינוס במרמה" אחת מקטגוריות של עבירת האינוס בפקודת החוק הפלילי¹⁷, ונוסחה כדלקמן: "כל הבוהל אשה שלא כחוק והיא ידועה כחולת רוח או כשוטה, או הבוהל אשה שהסכמתה נתקבלה ע"י איומים או בתרמית בנוגע למהותו של המעשה או בנוגע לאדם העושה את המעשה, יאשם בפשע ויהיה צפוי למאסר עשר שנים". עם חקיקת חוק העונשין, תוקן הסעיף, והיה לסעיף 346 לחוק העונשין: "הבוהל אשה, שאינה אשתו, ביודעין שהיא לקויה בנפשה או בשכלה או כשהסכמתה הושגה באיומים או במרמה לגבי מהות המעשה או מיהות העושה, דינו - מאסר עשר שנים". במסגרת תיקון 22 לחוק (שנת 1988), וחקיקתו מחדש של סימן ה', הפכה חלופת המרמה שבסעיף 346 לחלופה שבסעיף 345(א)(2) דהאידיא. הצעת החוק שקדמה לתיקון 22 (הצעת חוק לתיקון חוק העונשין (מס' 26), התשמ"ו-1986)¹⁸, הציעה לאחד את העבירה של אינוס במרמה עם העבירה של בעילת קטינה ובעילת קטינה הנתונה למרות. בדברי ההסבר צוין כי "יסודות העבירה, לפי הסעיף המוצע הם בעילה בנסיבות שבהן נעדרת ההסכמה שקולה ומחושבת של הנפגעת, אף שזו ניתנה לכאורה".

מפרשת פלוני וממאמרו של לייסט¹⁹ עולה כי הורחב המבחן לעניין מרמה באשר ל"מיהות העושה", המדגיש את המאפיינים הקריטיים הדרושים בעיניי "האשה הסבירה" להסכמה. בנוסף, יש מבחן עזר והוא בוחן את הסיכוי שהאשה תסכים בלא ה"מיהות" הבדויה. השאלה היא האם השינוי הסובייקטיבי הזה פותח פתח לפניות על רקע גזעני או מפלה?

¹⁵ עניין פלוני, ה"ש 8 לעיל, בעמ' 23-28, עמ' 33-34 ועמ' 35-45.

¹⁶ תיקון 22 ס"ח תשמ"ח מס' 1246 מיום 31.3.1988 עמ' 62 (ה"ח תשמ"ו מס' 1797 עמ' 303).

¹⁷ פקודת החוק הפלילי, 1963, סעיף 153.

¹⁸ הצעת חוק לתיקון חוק העונשין (מס' 26), התשמ"ו-1986, ה"ח 1797.

¹⁹ אלקנה לייסט "הערת פסיקה: אינוס במרמה לגבי "מיהות העושה"- בעקבות ע"פ 2411/06 פלוני נגד מדינת ישראל"

הסניגור (מאי 2009) 146; עניין פלוני, ה"ש 8 לעיל, פסקות ק, קה וקו.

בפס"ד קאשור²⁰ אותה פרשה בה סאבר קאשור, הידוע כדודו, הואשם בהתחזות ליהודי ובאינוס, הואשם סאבר קאשור בגזר דין המתקין, באינוס ובהתחזות לפי סעי' 345(א)(2) לחוק, לגבי מיהות העושה, ובמעשה מגונה לפי סעיפים 348(א) ו-345(א)(2).

בקאשור השופט מלצר מדבר לדעתי ברטוריקה של פטרנליזם מוסווה. לדבריו, "העבירה העיקרית שבה הורשע המערער איננה מצויה במדרג הגבוה של עבירות האונס. המדובר בעבירה חד-פעמית אותה ביצע המערער. יתר על כן המערער נעדר עבר פלילי, ולפי המדווח בתסקיר המשלים גם לא תלויים ועומדים נגדו תיקים הממתיינים לבירור דין. התסקירים, לרבות התסקיר המשלים שהוגש לבית משפט זה, מלמדים מחד גיסא כי אישיותו של המערער מורכבת ומאידך גיסא על התקדמות מסוימת של המערער בכל הנוגע להפנמה של חומרת מעשיו ותיקון דרכיו. בסיכום נראה כי הוא חותר להשתלבות בחברה בנתיב נורמטיבי ומועיל. בהתחשב בכך ששלושת התסקירים שהוגשו בעניינו נפרסו על פני תקופה של למעלה משנה, ניתן להעריך כי המערער אכן עקבי בניסיונו להשתקם. נתונים שונים נוספים בתסקירים, שמחמת צנעת הפרט לא אפרטם כאן - תומכים אף הם בעמדה כי יש להקל בעונשו של המערער. כל אלו מצדיקים הפחתה בעונש המאסר בפועל שהושת על המערער. תוצאה זו מתחייבת גם מכך ששני הצדדים - בניגוד לאמור בהסדר הטיעון - הוסיפו בטיעוניהם בערכאה הדיונית (ואף ביקשו לעשות כן לפנינו) נסיבות החורגות מהמוסכם ביניהם, דבר שאין לקבלו... נראה שתוספות והדגשים אלה הם שהביאו אף את בית המשפט המחוזי הנכבד להעיר הערות, שלא היה צורך בהן ביחס לנסיבות ההרשעה. בא-כוח המערער השיג על אמירות אלו כאמור וראיתי גם בהשגות אלו טעם מיוחד להקלה בעונש.²¹

פרשה זו של קאשור שהצטרפה לפס"ד חן אלקובי²² בה טראנסגינדר, הידוע כקובי, הואשם בארבעה מקרים בעבירות שונות (בהתחזות לאדם אחר סעי' 441 לחוק העונשין - המתייחס למצג כוזב בכוונה להונות, עבירות נוספות לקשירת קשר לביצוע עוון סעי' 449(א)(2) (גם ידידו של אלקובי, בנוסף לעבירה של סיוע להתחזות סעיפים 31, 32 ו-441 לחוק). במקרים אחרים בעבירה של מעשה מגונה סעי' 348(א) ולעניינינו השאלה/העבירה שאתמקד בה היא נושא האישום הפלילי סעי' 345(א)(2) לעניין מיהות המעשה או מהות העושה - (345(ג)) וב-345(ב)(1) המחמיר את העונש.²³

לשון פסק הדין מורה על "זלזול" במגדרו של אלקובי, דבר המרתיח כל קורא מחד גיסא, ומאידך נותן אינדקציה ברורה ל"אי יכולת", עד היום, של המשפט הישראלי להכיל או לעקל סוגיה ששוברת את המוסכמות הפטריארכאליות המדכאות את ה"שונות" בחברה. כך נפתח הדיון באלקובי: "זו לא גברת זה אדון..." כך

²⁰ עניין קאשור, לעיל ה"ש 5.

²¹ שם, פסקה 21 לפסק דינו של השופט מלצר.

²² עניין אלקובי, לעיל ה"ש 6.

²³ אייל גרוס "ההתחזות כאדם אחר": חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי" משפט חברה ותרבות, משפטים על אהבה,

ארנה בן-נפתלי וחנה נוה, (תשס"ה 2005) 365.

מסתיים השיר שתחילתו באותו אחד ש'תפס ראש על הבר'. אלא שבמקרה שלפנינו, נתברר כי האדון הוא גברת, ועל כך נסב כתב האישום שבפנינו".

ממשיך בית המשפט (לא מצוין מפי איזה שופט אבל היו שלושה שופטים בהרכב במחוזי - נאמן, עמית ושפירה), **"לפני סיום - הערה על מגדר ועל הסכמה לעניין עבירות מין - 11**. במסגרת הטיעון לעונש, העידו בפנינו מספר עדים לזכות הנאשמת. העדים ביקשו להאיר את עינינו בנושא של מגדר וזהות מינית ומה שביניהם. ד"ר אילנה ברגר, מנהלת המרכז למיניות ולזהות מינית, הדגישה בעדותה כי המגדר והזהות המינית אינם תלויים רק באיברי המין. העדה נורה גרינברג, סיפרה כי נולדה וחיה כזכר, ואף הקימה משפחה ובגיל 46 עברה ניתוח לשינוי מין, וכיום היא אשה. אף היא הדגישה בעדותה את ההבחנה בין זהות מגדר ונטייה מינית. כן העיד א.ט. שחזות הגברית והשרירית, אף אינה יכולה לרמז כי מאחוריה מסתתר מי שמוגדר עדיין בתעודת הזהות כ"נקבה". העד שירת בצה"ל שירות מלא כמדריך קרב מגע. עדים אלו, הרשימו אותנו ברצונם העז להביא לתודעתנו של הציבור את הנושא של טרנסג'נדרים. ברם, העדים לא הובאו כמומחים, לא הונחה בפנינו חוות דעת בנושא, כך שאיננו מוצאים להידרש לתופעה ולהשלכותיה במישור המשפטי והחברתי. עם זאת, פטור בלא כלום אי אפשרי..."²⁴.

"12. ברי כי התופעה של זהות מינית לא ברורה והמעבר בין המינים, תעסיק יותר ויותר את החברה ואת המחוקק ובתי המשפט. בשנים האחרונות הוקמו באקדמיה ברחבי העולם, וגם בארץ, מחלקות וקתדראות העוסקות בטיבו ומהותו של הג'נדר. חידושי לשון כ"מגדר", "תיאוריה קווירית" ועוד, כבר מתגלגלים על לשוננו מצוות אנשים מלומדה. סרטים כמו "מאדאם בטרפליי", "משחק הדמעות", "הכל אודות אמא" ו"פרסילה מלכת המדבר", הציגו בפני הציבור את שבירת הזהות המינית המקובלת בחברה, ואת טשטוש הגבולות בין המגדרים. אגב, באותם סרטים היה מדובר בגברים שביקשו להיראות כנשים, בעוד שבמקרה שלפנינו, הנאשמת ביקשה להיראות כגבר. זאת, בדומה לגיבור הסיפור "החצוצרה" מאת ג'קי קיי, המגולל סיפור של אהבה, גם במישור המיני והגופני, כלפי בעל אהוב שהיה בעצם אשה. אנו נכונים לקבל דברי העדים, כמו גם דברי הנאשמת, כי הרגשתה כטרנסג'נדר, היא כשל גבר בכל המובנים, גבר הכלוא בגוף אשה. ברם, ממה ששמענו מפי העדים, במפורש או במשתמע, עולה כי לדעתם, אין על הטרנסג'נדרים חובה לגלות למי שהם מבקשים את קרבתו האינטימית, את העובדה שהם בעלי איברי מין זכריים או נקביים. **לזאת לא נוכל להסכים**."²⁵ (ההדגשות אינן במקור, ר.מ.).

נראה שבית המשפט קיבל את הדגם הטרנסג'נדר של זהות בכלל ושל אלקובי בפרט: הוא ציין שאלקובי סובלת מבעיה בזהותה המינית, כעולה הן מדבריה והן מחזותה החיצונית, שהיא, כדברי בית המשפט, "כחזותו של נער גבר צעיר". עובדה זו נתמכה בעיני בית המשפט בתסקיר קצין המבחן, שציין כי אלקובי חוזה בלבול בין נטייתה להתנהג על פי המגדר הגברי לבין הבנתה כי בסיטואציות מסוימות הי נדרשת להתנהג כבחורה. לכאורה, היה בית המשפט אמור להתיר ולכבד את ההתנהגות הזאת, אולם למרות קביעות אלה, שלפיהן אדם יכול לחיות לפי

²⁴ עניין **אלקובי**, לעיל ה"ש 6, פס' 11.

²⁵ עניין **אלקובי**, לעיל ה"ש 6, פס' 12.

הזהות המגדרית התואמת את תחושתו ואת זהותו הפנימית והרגשית עד לרגע של קשירת קשר חברתי-אינטימי, אלקובי מוחזר להיות בחורה ואישה לכל אורך גור-הדין, דהיינו, בית המשפט מתייחס אליו בלשון נקבה לאורך כל גור הדין, בניגוד לקביעתו בדבר הצורך להתיר ולכבד את ההתנהגות המגדרית של אדם הנוהג לפי תחושתו וזהותו.

הקביעות של בית המשפט שנידונו בפרשת אלקובי מחזירות למעשה את הסדר ההטרונורמטיבי אל כנו, וזאת אל מול מציאות קווירית מורכבת שמטשטשת את הגבולות הברורים של מגדר ומיניות, של זהות גבר וזהות אישה, של מין הטרנסקסואלי ומין הומוסקסואלי²⁶ ושל עקרון ההלימה בסדר של מין-מגדר-מיניות.²⁷ אל מול מציאות זו, בית המשפט מחזיר את הסדר הבינרי של גברים ונשים, קרי, יש מובן "מקובל" למושג מין, ובמובן הזה אלקובי הוא אישה. אולם כאמור, גור הדין מדבר בשני קולות: מצד אחד, ב- "הערתו" על מגדר, הוא מדבר על המעבר בין המינים, על מגדר ותיאוריה קווירית, ועל זכותו של כל אדם לנהוג לפי תחושתו הפנימית והרגשית. מאידך, בית המשפט ממשיך להתייחס לאלקובי כאל אישה ומרשיע אותה בהתחזות. מצד אחד, בית המשפט מדבר על כך שקשר רומנטי-אינטימי-ארוטי יכול להיות בין "שניים/שתיים", ובכך הוא מכיל את כל האפשרויות הזוגיות, ומאידך, בנימוקים לחומרת עונשו של אלקובי, בית המשפט מציין כי הי ניצלה, כלשונו, את "הכמיהה הטבעית והמקובלת בגילאים אלו" – שהייתה קיימת אצל המתלוננות – "ליצור קשרי חברות עם המין השני".²⁸

לסיכום פרק זה, לפי אלקובי, טרנסג'נדר הוא זהות שאינה מוכרת בפסיקה. השופט בפסק הדין דיבר בלשון "נקבה". היינו, התייחס לא "אליו", אלא "אליה". העובדה שאלקובי מגדיר עצמו כגבר אינה מתקבלת במשפטינו כהגדרה, אלא כ"תופעה". טרנסג'נדר אכן הופך לגבר לעניין האינוס, שהרי לא מרשיעים נשים באינוס. הדבר חמור כי לדעתי ביהמ"ש יורה לעצמו ברגל. לשון סעיף 345 מתחילה במילים "הבועל" אישה. מכאן, שהבועל הוא גבר. לכן, טרנסג'נדר כן יוכר לעניין ההרשעה ולא כדרך חיים מקובלת חברתית. מסקנתי, שאם אישה יכולה להיות אונסת אז פלסטיני או גבר יכול להיות חף מפשע, לא! זהו למעשה החידוש שאני מביאה לעבודה זו.

"ליחסי-מין משמעות חברתית ותרבותית מיוחדת. יחסי-מין, בבסיסם, מקוימים לשם השגת סיפוק מיני או צרכים אחרים שבתחום היחסים בין המינים, כגון הולדת ילדים. ההסכמה ליחסי מין מתוך מודעות להקשרם החברתי, כלומר, מודעות לכך שמטרת המעשים היא סיפוק היצר המיני, הולדת ילדים וכיוצא באלה, תופסת גם אם המסכים רומה לגבי העילה שהניעה אותו

²⁶ Andrew Sharpe, *Transgender Jurisprudence* (London & Sydney, 2002) p. 5 ; Jin Haritaworn, *Shifting Positionalities: Empirical Reflections on a Queer/Trans of Colour Methodology* (Goldsmith College, Research online, last seen on 13/5 at 12.44 pm) (2008).

²⁷ אייל גרוס, לעיל הע"ש 23, בעמ' 396 ; ראה : 5-9 (Durham' 1993) *Tendencies* Eve Kosofsky-Sedgwick.

²⁸ עניין אלקובי, לעיל ה"ש 6, פסקה 7. ההדגשות שלי.

לקיים יחסי-מין, כגון: הבטחת נישואין, תשלום, מצג של נישואין, השגת עבודה וכדומה. שכן, במקרה כזה "הקורבן" הסכים לקיום יחסי-מין מתוך מודעות לכך שמטרתם סיפוק מיני, ואילו המירמה לא נגעה אלא לסיבה שהניעה אותו לתת הסכמתו.²⁹ (ההדגשות אינן במקור, ר.מ).

כב' הש' דורנר מפרטת שורה של סיבות בגינן הושגה ההסכמה – וכל אחת מהן אינה רלבנטית לעבירת האינוס במרמה, שכן אין היא אלא סיבה שהניעה את ה'קורבן' להסכים, אך אין היא משנה במשהו את משמעותם של יחסי המין: השותף ידוע, מטרתם האמיתית של יחסי המין ידועה. והרי ההגנה הנרחבת המצויה בחוק הינה מפני פגיעה הטמונה במשמעות של קיום יחסי-מין.

מתי, אם כן, תבוא לידי ביטוי אותה הסכמה שמושגת במרמה באשר למיהות העושה; האם אכן פרשנות זו מותירה את הסעיף כ"אות מתה"? האינטרס המוגן בסימן ה' לחוק העונשין נפגע, כאשר אישה מקיימת יחסי-מין עם אדם שהיא משוכנעת שהוא אדם אחר, ובשל זהותו זו היא מקיימת עמו את יחסי-המין.³⁰

²⁹ ע"פ 7024/93 אליהו פלח נ' מדינת ישראל תק-על 195(1), 295, עמ' 318-319. (להלן: "פרשת פלח").

³⁰ פח (ת"א) 1134/04 מדינת ישראל נ' סלימאן צבי, (פורסם בנבו, 4.1.06). (להלן: "פרשת סלימאן").

פרק שני

מיהו ה"תוקפן" במשפט הישראלי? מיהות העושה או מיהו העושה?

התחלתי מחיפוש אחר הגדרות למילה תוקפנות, ולפי אבן שושן מדובר במעשה התגרות, התנפלות על היריב, שימוש בכוח הזרוע. מילון אוקספורד האנגלי מגדיר Aggression כהתקפה ללא שנעשתה פרובוקציה מוקדמת. בהמשך להגדרות אני מוסיפה, שבעיני התוקפן הוא אדם/ אישה העושה כל מעשה "כוחני, תוקפני" בו נשלל מצד אחר זכות מסוימת.

בפס"ד בדוי³¹, ולמרות שמדובר בפס"ד נזיקי אבל שימוש כזה של תיאור מעיד על חוסר סובלנות ברורה ל"אחר" - "חוסר אמינותה של התובעת, בא לידי ביטוי אפילו באופן שבו בחרה להתלבש, כאשר העידה בבית המשפט. בניגוד לחזותה הנערית בדרך כלל דבר שהוא בעל משמעות במקרה זה, התלבשה התובעת ביום העדות בבגדי אישה מוסלמית אדוקה".³² עוד הוסיף בית המשפט כי: "י הסביר, כי הוא זוכר היטב את נסיבות האירוע, בהיותו אירוע כל כך חריג, שבו ירה בנער שאח"כ הסתבר, בדיעבד, שהוא נערה. בהחלט ניתן לקבל דבריו..."³³.

מיהו התוקפן כאן? האם הנאשם או מערכת החוק שקשה לה לעקל פלסטינים או במקרה האחר טרנסגינדרים. אפילו במקרה של הילדה שנורתה ברגל?³⁴ כל אלה הופכים בעיני ביהמ"ש מקור לפקפוק אמינות הן בגלל המראה של הטרנס-גינדר או הלאום שלה. איך שנסתכל על זה ביהמ"ש לא אמור לקבוע את העבירות לפי הלאום אן המגדר- כולנו שווים בפני החוק.³⁵

פרשנות תכליתית של החוק, אינה מחייבת כי ההתחזות צריכה להיות לאדם ספציפי ודי בהתחזות כדמות פיקטיבית להקים את יסודות העבירה. הפרשנות שניתנה בשעתו על ידי בית המשפט היא פרשנות צרה, שאינה עולה בקנה אחד עם הערך המוגן בעבירה, והוא, הגנה על כל אדם מפני הונאה הנעשית באמצעות התחזות בדבר מיהותו וזהותו של מי שעומד מולו. ואכן, על פסק הדין בע"פ 36499/72,³⁶ נמתחה ביקורת מלומדים - מ. גור

³¹ תא (י-ם) 8047/99 בדוי נ' מדינת ישראל, (2007).

³² שם, פסקה 22 לפסק הדין. ההדגשות שלי.

³³ שם, פסקה 26 לפסק הדין. ההדגשות שלי.

³⁴ עניין בדוי, שם.

³⁵ Arye Rattner & Gideon Fishman, *Justice for All? Jews and Arabs in the Criminal Justice System* (1998).

³⁶ ע"פ 499/72 סאמי דיב אל שעבי נ. מדינת ישראל, פ"ד כז(1) 602, נדון עניינו של מערער בן העדה הדרוזית ונשוי, שהתחזה ליהודי רווק וגרם לפלונית להתאהב בו ולקיים עמו יחסי מין שכתוצאה מהם הרתה לו. בית המשפט קבע כי אין להרשיע את המערער בעבירה של התחזות, וזאת מן הטעם שההתחזות צריכה לבוא "במקום אדם מסויים, פלוני אלמוני, שהיה אי-פעם

אריה³⁷ גורסת כי העבירה מתהווה כאשר אדם מאמץ לעצמו זהות מסוימת השונה מזוהתו הוא, וזהות זו לא מותנית בהכרח בקיומו של בעל אותה זהות.

ברוח הפרשנות התכליתית, פסק בית המשפט בפרשת פלח והורשע המערער בסדרה של מעשים מגונים במרמה שביצע במטופלות שלו במסגרת עבודתו כפסיכולוג קליני ובמהלך הטיפול. הסניגוריה טענה כי לא כל טענה כוזבת, באמצעותה משיג גבר הסכמה של אישה לביצוע מעשים ארוטיים בגופה, מהווה מרמה לגבי "מהות המעשה", אלא רק כאשר המרמה היא בקשר ל"טיבו" של מעשה הבעילה. כגון, מקום בו הבעילה מוצגת במרמה כ"בדיקה רפואית".

בית המשפט התמודד עם טענה זו, תוך שהוא נדרש לפירוש המילים **"מרמה לגבי מהות המעשה"** בסעיף 345(א)(2) לחוק העונשין. בדחותו את הפרשנות הצרה שהוצעה למילים אלו, אומר השופט קדמי בפרשת פלח את הדברים הבאים:

"המערער הציג את המעשים הארוטיים שביצע במתלוננות כחלק מן הטיפול הפסיכולוגי, וגם אם העובדה שהמתלוננות הבגירות פיתחו אהבה למערער הקלה עליהן את מתן ההסכמה למעשים האלה - עדיין השיקול האמיתי והמכריע למתן ההסכמה היה אמונתה של כל אחת משלוש המתלוננות שהמעשים הארוטיים נמנים על רכיבי הטיפול הפסיכולוגי שניתן להן, כמטופלות.

ה"מרמה" העומדת בבסיס הרשעתו של המערער נעוצה בהצגת המעשים הארוטיים כחלק מן הטיפול הפסיכולוגי, להבדיל ממעשים ארוטיים לשמם על רקע חברתי. ההבדל בין מעשה ארוטי בתור שכזה, לבין מעשה מיני כחלק מטיפול פסיכולוגי - הינו הבדל היורד ל"מהות המעשה"; ועל כן - יש לראות את ההסכמה למעשה מיני כחלק מן הטיפול הפסיכולוגי, כהסכמה למעשה "אחר" ביחס למעשה הארוטי שבוצע בפועל.

המרמה בהקשר זה, ירדה אפוא ל"מהות המעשה"; שאין המדובר כאן בהשגת הסכמה במרמה למעשה שבוצע בפועל, אלא בהשגת הסכמה ל"מעשה ארוטי" שהוצג במרמה כ"מעשה אחר", קרי: כמעשה טיפולי. המתלוננות ידעו כי המעשה שלו הן "מסכימות" הינו בעל חזות מינית מן ההיבט האובייקטיבי, אך נתנו לו את הסכמתן משום שמחמת המרמה האמינו שאין הוא כזה; ואילו המערער ניצל את ההסכמה לביצוע מעשה בעל חזות מינית "לצרכי טיפול", וביצע במתלוננות "מעשה אחר" לאמור: מעשה ארוטי לשמו.

או שהוא כיום בחיים.. לא אדם הנמנה על חוג או חבר אנשים, אלא אדם "חי או מת".." . לכן, זיכה בית המשפט את המערער מעבירת ההתחזות, אך הרשיע אותו בעבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות לפי סעיף 415 לחוק העונשין.

³⁷ מרים גור אריה, התחזות לדמות פיקטיבית – התראות כאחר או מרמה, **משפטים** ה (תשל"ג- תשל"ד) 673.

אכן, אפשר שהפסיקה לא נדרשה עד כה להתמודד עם מצב דומה. ברם, אין בכך כדי לצמצם את משמעותו של המושג "מהות" המעשה, באופן שלא ייכלל בו גם "אופיו" של המעשה מן ההיבט הנפשי הסובייקטיבי של העושה. המדובר בהשגת "הסכמה" במרמה לעשיית מעשה ארוטי לשמו בגופו של אחר, בנסיבות שללא הסכמה מהווה המעשה עבירה מינית חמורה; ומן הדין הוא ש"הסכמה" כזו תהיה הסכמה לא רק לטיבו ("הפיסי- אובייקטיבי") של המעשה, אלא גם ל"אופיו" ("הנפשי-סובייקטיבי") שמקנה לו העושה".³⁸

לפרשנות רחבה זו, הצטרפה השופטת דורנר בפרשת פלח, מנקודת מבט נוספת:

"אין לפרש את העבירה באופן שהיא תחול רק לגבי נשים בוגרות שאינן מודעות לאופי המיני של בעילה. מציאותן של נשים כאלה בימינו היא כידוע, נדירה עד מאוד, ואין להניח כי עליהן בלבד מכוון הסעיף להגן. מנגד, מקרים של מרמה לגבי מטרת המעשה המיני ביחסים שבין מטפל למטופל אינם כה נדירים".³⁹

מדובר בהשגת "הסכמה" לעשיית מעשים ארוטיים בגופן של המתלוננות, שאילו היו יודעות את העובדות לאשרן, לא היו מסכימות לכך. לא סגי בהתחזות גרידא על מנת להטיל על פלוני או פלונית סנקציה פלילית, אלא יש צורך ביסוד נפשי של כוונה מיוחדת. רק התחזות בכוונה להונות אדם אחר, מהווה עבירה פלילית (בהמשך הדברים, נאמר מלים מספר על "קו הגבול" בין הטעייה שהיא בגדר התחזות, לבין מצג שווא שאינו עולה כדי התחזות במישור היחסים בין המינים).

ראוי יהיה להתייחס לביקורת החריפה הן על פרשנותו של בית המשפט העליון בפרשת פלח הנ"ל, והן על נוסחו של סעיף 34א והפעלת הפרשנות התכליתית בתחום הדין הפלילי.⁴⁰

האם יעלה על הדעת להרשיע כל מי שרימה אישה בנוגע לזהותו, או אפילו הבטיח לה הבטחות שווא, והשיג - בעקבות אותה מרמה – הסכמתה של אישה לקיים עמו יחסי-מין, בעבירה המחמירה של אינוס, שהעונש

³⁸ פרשת פלח, פסקה 6 לפסק דינו של השופט קדמי.

³⁹ פרשת פלח, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת דורנר.

⁴⁰ בועז סנג'ור "פרשנות מרחיבה בפלילים: האומנם "אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה"? על נשיא בית המשפט העליון כמחוקק על והספד לכלל הפרשנות המצמצמת "עלי משפט ג (תשס"ג) 141; פרשת סלימאן, לעיל ה"ש 30, פסקה 114 ואילך.

עליה 16 שנות מאסר (ובתוך אלה עונש מזערי, שלא יחרוג מרבע הימנו, כפי סעיף 355 לחוק העונשין), רק משום שה"דבר" שקיבל במרמה, הוא יחסי-מין?⁴¹

המישור הפורמליסט על פי פס"ד סלימאן:

הגדרת ה"מרמה" שבסעיף 414 לחוק העונשין [המושאלת ונקראת – על-פי המקובל, אל תוך סעיף 345(א)(2)], מגדירה – מיד בהמשך – מושג נוסף:

"לרמות – להביא אדם לידי מעשה או מחדל"

סעיף נוסף, ופחות מעט, בחוק העונשין – ראוי שיובא, בהקשר זה:

"34כא. פרשנות"

ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין."

המושג "לרמות", איננו מצריך פרשנות מיוחדת, בהקשר לפרק הדין בעבירות רכוש ולסימן העוסק בעבירות מרמה סחיטה ועושי, בהם הוא מצוי. אולם כשהוא "מושאל" לסימן ה' של פרק י' העוסק בעבירות מין, ראוי לבחון אותו בזכוכית מגדלת, ותוך שימוש בפרשנות המקלה עם הנאשם. כשמדובר בטיב המעשה (למשל: טיפול רפואי או פרה-רפואי) – קל לקבוע כי הרמאות הביאה את האישה להסכמה בנוגע לטיפול בה, משום שלא העלתה בדעתה שמדובר במעשה בעל אופי מיני.

גם כשמדובר בזהות העושה: רופא, פיזיותרפיסט, טכנאי רנטגן, מעסה, מאמן במכון כושר וכד' – ניתנת ההסכמה כתוצאה מהמרמה, בלי שתהיה לה כוונה לקיום יחסים מיניים (כך בעניין פלוני, כאשר שיח הציג את יחסי-מין שקיים עם אישה כטיפול לקשיים בחיי הנישואין.⁴²

שונה הלך מחשבתה (כי כאשר נבדקת המילה "לרמות" – חייבים אנו לבדוק את הלך מחשבתה של האישה) כשמדובר במי שמתחזה, לדוגמא, לבעלה או חברה, ונכנס למיטתה בחשיכה. במקרה כזה, היא מקיימת יחסי-מין בהסכמה, אולם כאלה הנראים בעיניה לגיטימיים ושגורתיים בהיותה בת-זוגו.

⁴¹ פרשת סלימאן, שם.

⁴² ע"פ 4152/90 פלוני נ' מדינת ישראל, דינים עליון כ, 449; ובעניין ג'רבי, שם הנאשם הציג עצמו כרב וכמטפל, ואת המעשים המגונים שהוא ביצע כטקס טיהור וטיפול, ת"פ 549/90 מדינת ישראל נ' דן ג'רבי, פס"מ תשנ"ב (3) עמ' 495.

אולם הסכמתה המלאה והחופשית של אישה, לקיים יחסי-מין רק מטעמים של כדאיות – מוגבלת, לתחום הפרקטי של "קבלת דבר במרמה" וכל פרשנות המטילה על אדם אחריות פלילית, למעשה אינוס, איננה יכולה להתיישב עם ההוראה שבסעיף 34כא לחוק, שהובא לעיל.

המישור הערכי על פי פס"ד סלימאן:

חופשיה כל מי שמתרשמת מאדם המציג את עצמו (במרמה) כטייס; מיליארדר; קצין משטרה; רופא מנתח; שר בממשלה; איש "המוסד"; או בעל תפקיד בכיר אחר - בין אם הוא מבטיח לה הרים וגבעות; בין אם הוא מבטיח לה לעזור לה באופן מפורש ובין אם היא מקווה שהמעשה ישתלם לה - לקיים עמו יחסי מין. בית המשפט בפרשת סלימאן איננו רואה כל סיבה לקבוע, כי אישה זו איננה יודעת בפני מה היא עומדת (קיום יחסי-מין) וכי היא אינה עושה זאת מתוך הסכמה חופשית, וללא שום כפייה חיצונית, או מצב שאיננו מאפשר לה בחירה.⁴³

זוהי לכל היותר, לדעת בית המשפט בפרשת סלימאן, (ובאנלוגיה לדיני החוזים) "טעות בכדאיות העסקה", מעת שהתגלתה המרמה.

אינני סבורה כי הנשים עצמן - באשר הן - זקוקות לפטרנליזם ברמה כזאת, שעל פיו ייחשב כל מעשה מיני עמן, שנעשה מטעמים אינטרסנטיים, עבירה פלילית. במקרה כזה, קיימת עבירה אחרת, מתאימה הרבה יותר והוגנת הרבה יותר, שפגיעתה באדם העומד לדין, איננה אנושה כמו זו הצפויה לו, אם יואשם באינוס. ואכן, כך נהגה התביעה הכללית כשהאשימה את ערן בן אברהם, שהתחזה לטייס, וקיבל בתמורה יחסי-מין, בעבירה של קבלת דבר במרמה.⁴⁴

זאת ועוד: אם היה הנאשם מציג עצמו כיו"ר ועדת משרד השיכון, ולא היה דבר באמירותיו המעיד על הבטחה כלשהי, אזי, ראשית, יש להניח כי המתלוננת לא הייתה ממחרת לקיים עמו יחסי מין. שנית, גם אם הייתה מקיימת עמו יחסי-מין, היה זה בתקווה שיסייע לה בהשגת דירה, ושוב – לא בזכות זהותו הפרטית ("ירון עוז") או תפקידו הציבורי.

"קל וחומר, אם הבטחותיו לעזור לה היו מפורשות, כמו במקרה זה. על-כן, לא אוכל לחרוג מלשון החוק, ולקבוע כי "מיהות העושה" הינה הבטחותיו לתת תמורה למתלוננת, כאשר ברור שתמורה זו הייתה הסיבה היחידה להסכמתה לקיים עמו יחסי-מין, ולא זהותו."⁴⁵

⁴³ פרשת סלימאן, לעיל ה"ש 30, פסקה 116.

⁴⁴ ע"פ (ת"א) 157/98 ערן בן אברהם נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי, כרך לב(2) 96. (להלן: "עניין בן אברהם").

⁴⁵ פרשת סלימאן, לעיל, פסקה 117.

פרשנות זו עולה בקנה אחד גם עם תכליתו של סעיף 345 לחוק, שעבירת האינוס במרמה נכללת בו. זאת הדגישה כב' הש' דורנר (תשומת הלב, כי בדעת-יחיד) בדבריה היפים בעניין פלח שעסק, יש לציין, במהות המעשה:

"עבירת האינוס במרמה על-פי סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין אינה עומדת כשלעצמה. היא אחת מצורותיה של עבירת האינוס, ויש לפרשה בהקשר של הגדרת האינוס בסעיפי המשנה האחרים של סעיף 345".⁴⁶

כעת מרחיבה הש' דורנר על יסוד ההסכמה החופשית החדש בחוק, ומבהירה כי:

"יש איפוא לקרוא אל תוך עבירת האינוס במרמה את היסוד "שלא בהסכמתה החופשית". כלומר, על המרמה הדרושה בעבירה זו לשלול את הסכמתו החופשית של הקורבן".

...

"עבירת האינוס במרמה מתקיימת כאשר הקורבן מסכים לבעילה, אלא שהסכמתו זו אינה מגשימה את רצונו החופשי, וזאת עקב המרמה בדבר מהות המעשה או מיהות העושה".

...

"ליחסי-מין משמעות חברתית ותרבותית מיוחדת. יחסי-מין, בבסיסם, מקוימים לשם השגת סיפוק מיני או צרכים אחרים שבתחום היחסים בין המינים, כגון הולדת ילדים. ההסכמה ליחסי מין מתוך מודעות להקשרם החברתי, כלומר, מודעות לכך שמטרת המעשים היא סיפוק היצר המיני, הולדת ילדים וכיוצא באלה, תופסת גם אם המסכים רומה לגבי העילה שהניעה אותו לקיים יחסי-מין, כגון: הבטחת נישואין, תשלום, מצג של נישואין, השגת עבודה וכדומה. שכן, במקרה כזה "הקורבן" הסכים לקיום יחסי-מין מתוך מודעות לכך שמטרתם סיפוק מיני, ואילו המירמה לא נגעה אלא לסיבה שהניעה אותו לתת הסכמתו.⁴⁷ (ההדגשות שלי, ר.מ.).

נשאלת השאלה אפוא, האם פסקה זו נכונה גם באשר למיהות העושה. השופטת דורנר מפרטת שורה של סיבות בגינן הושגה ההסכמה – וכל אחת מהן אינה רלבנטית לעבירת האינוס במרמה, שכן אין היא אלא סיבה שהניעה את ה'קורבן' להסכים, אך אין היא משנה במשהו את משמעותם של יחסי המין: השותף ידוע, מטרתם האמתית של יחסי המין ידועה. והרי ההגנה הנרחבת המצויה בחוק הינה מפני פגיעה הטמונה במשמעות של קיום יחסי-מין.⁴⁸

⁴⁶ פרשת פלח, ה"ש 29, בעמ' 318-319.

⁴⁷ שם.

⁴⁸ פרשת סלימאן, ה"ש 30.

מה פירוש המילה "מיהות"?

מילון אבן שושן (הוצאת קרית ספר, ירושלים) מגדירה כך:

"מיהות- כלל התכונות הקובעות מי הוא פלוני. זהות."

על פי מילון רב מילים- המילון השלם לעברית חדשה/שוויקה:

"מיהות- הקביעה מי הוא (האיש או הגוף שעשה או שעושה מעשה מסוים, שמילא או שממלא תפקיד מסוים וכד'); זהותו או קביעת זהותו."

על פי הגדרות אלה, לא יכול להיות ספק כי התרמית נוגעת בברור למיהותו של הנאשם.

לכאורה, על פי האמור לעיל, די במרמה באשר לזהות הפרסונאלית- שמו של אדם, תפקידו וכד'. על אחת כמה וכמה כך, כאשר הנאשם מציג את עצמו ובונה סיפור כיסוי שלם ומלא פרטים, ואף מתנהג באדנות בהתאם. תרמית כזו, על פי הפסיקה, פוגעת בבסיס המודעות האמתית של המתלוננת לנסיבות הקשר עם הנאשם ובהסכמתה החופשית לקיים עימו יחסי מין. כפי שצוין לעיל, אין כל ספק כי לו ידעה המתלוננת בפרשת בן אברהם את זהותו האמתית של הנאשם ואת כוונותיו האמתיות- הייתה משלחת אותו מעל פניה בבושת פנים. אין כל ספק, כי העובדה שהמתלוננת בפרשת בן אברהם נאלצה להסכים לדרישותיו (וכנראה "נאלצה" לעשות זאת ולא בחרה בכך מפני שמיהרה לביתה)- אינה מעידה על הסכמה חופשית, אלא באה אך ורק על רקע התרמית הכוללת שהציג בפניה הנאשם באשר למיהותו, סמכויותיו ויכולותיו.⁴⁹

ראויים ומתאימים גם דבריו של כבוד הש' בן שלמה בפרשת בן אברהם⁵⁰:

"בענייננו נשאל האם התוצאה האסורה- קבלת יחסי מין- נגרמה באופן בלעדי מכוח ההתנהגות השקרית, המירמה בקשר למיהות המערער? ... יובהר, אין המדובר, כאמור, בשקר אחד ויחיד, גדול ככל שיהיה, כמו עת אדם מתחזה לעו"ד, לרופא או לטייס (קרי מסכה בלבד), אלא במסכת שקרית מלאה, טייס ורופא, אב וגרוש, עשיר ובעל נכסים וכיוצ"ב (קרי, תפאורה שקרית מלאה) ובמקום שכזה, בו השקר חוזר פעמים כה רבות, אין שוכנת האמת והשקר הוא הגורם בלעדיו אין".⁵¹

⁴⁹ ד. פוגץ, ה"ש 13 לעיל, בעמ' 176.

⁵⁰ עניין בן אברהם, לעיל ה"ש 44.

⁵¹ שם, בעמ' 96.

יצוין, כי באותו מקרה, מצאה התביעה להאשים את הנאשם בקבלת דבר במרמה, ובכך הורשע. ועם זאת, הדברים דלעיל נאמרו והתייחסו במפורש, כאמור, לטעות באשר ל"מיהותו" של העושה כנדרש על פי סעיף 345(א)(2).

חיזוק לפרשנות המוצעת דלעיל, נמצא, עוד בע"פ 616/83⁵². באותו מקרה הורשע הנאשם, ברוב דעות, בביצוע מעשים מגונים במרמה, בכך כי התחזה לרופא גניקולוג והעניק ללקוחותיו טיפול שהתיימר להיות טיפול גניקולוגי לריפוי עקרות. בעוד שגדר המחלוקת והספק נסב להגדרת המעשים המגונים, שאינם רלבנטיים לענייננו, לא הייתה מחלוקת בין שופטי הרוב והמיעוט באשר לסיווג התרמית כנוגעת למיהותו של העושה. וכך פסק כבוד השופט ד. לוי בע"פ 616/83 :

"אין ספק כי במקרה כגון דא, מתקיים היסוד של השגת ההסכמה במרמה לגבי מיהות העושה ובמידה מסוימת גם לעניין המעשה. שכן הסכמת המטופלים לטיפול שהוענק להם נבעה ממצג השווא שהציג המערער בטענו שהוא רופא..."⁵³

הרחיק לכת כבוד השופט גולדברג באותו עניין (ע"פ 616/83), כשקבע כי למרות שהמעשה עצמו לא נעשה לצורך סיפוק מיני, הרי "כשרותו" נשללת משום התרמית בדבר זהותו של הנאשם, כרופא גניקולוג מומחה עולמי, שגרמה למתלוננות לתת הסכמתן למעשיו.

הפרשנות התכליתית על פי בית המשפט בפרשת סלימאן :

בית המשפט בעניין סלימאן אינו רואה צורך להכביר מילים באשר לתכלית העומדת ביסוד החקיקה בעבירות מין, ואשר באה לידי ביטוי, בין היתר, בהכרה במעמדו של נפגע העבירה ובזכויותיו ככלל. אביא לעניין זה מדבריה של כבוד השופטת ד. דורנר בעניין פלח, אשר יש בהם כדי לתמצת את ההלכה הפסוקה הנוגעת לתכלית עבירת האינוס ככלל ואינוס במרמה בפרט :

"תכליתה של עבירת האינוס ... על כל צורותיה, היא להגן על אישה מפני עשיית מעשה מיני בגופה שלא בהסכמתה החופשית. היעדר הסכמה זה יכול שיהיה תוצאה של כוח, איומים (סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין), מצב פיזי או נפשי המונע מתן הסכמה (סעיף 345(א)(4)) או מרמה (סעיף 345(א)(2))... דרישת ההסכמה החופשית, מייחסת מעמד מרכזי לאוטונומיה של האישה, למצב המנטלי שלה, ולשאלה האם הייתה מודעת למטרה שלשמה נעשה המעשה ... עבירת

⁵²ע"פ 616/83 דוד פליישמן נ' מדינת ישראל, פ"ד (ט)1, 449.

⁵³ שם ; ראי גם התייחסות השופטת תחיה שפירא בפרשת סלימאן לעיל ה"ש 30, בפסקה 7 לפסק דינה.

האינוס במירמה מתקיימת כאשר הקורבן מסכים לבעילה, אלא שהסכמתו זו אינה מגשימה את רצונו החופשי, וזאת עקב המירמה בדבר מהות המעשה או מיהות העושה...⁵⁴

הערך המוגן הוא האוטונומיה של האישה, לבחור באופן חופשי בן הזוג שעומו תקיים יחסים אינטימיים. ההגנה על גופה, נפשה וכבודה של האישה, מיחסי קירבה אינטימיים שאינם לרצונה, הינם תכלית החוק. דרישת ההסכמה החופשית ממחישה את ההגנה על חירותה המינית של האישה, כאשר מוכרת המגמה לעבור מבחינת ההסכמה הפורמאלית לבדיקה מהותית של מודעות והסכמה.⁵⁵

בשל ייחודיותו של הקשר והמעשה המיני (בהבדל מקשרים בינאישיים אחרים) קיימת חשיבות עליונה לזהותו האמיתית המלאה של ה"פרטנר" כבסיס הכרחי לקיומה של הסכמה חופשית לקיום יחסי המין. לא רק השם הפרטי הוא המקיים את הזהות. הרבה יותר מכך חשוב מכלול מיהותו של אותו אדם, יהא שמו אשר יהא.

אין כל ספק, כי חירותה של אישה לבחור את בן זוגה לקשר מיני, משיקולים אלה או אחרים, שרירה וקיימת. שיקולים כגון: היותו של האדם רגיש, ענו, חכם ומסתפק במועט, או לחילופין בעל הופעה נאה, דירה נאה, מכונית חדשה ורמת חיים גבוהה. אם תרצו- שיקולים "אינטרסנטיים" לטווח ארוך. לא תמיד שיקולים אלה מוכיחים עצמם והציפיות מתממשות. במקרים כאלה- אין לאישה להלין אלא על עצמה.

ואולם, משעה ששיקולים אלה (או האחרים) נגועים בתרמית מצד בן הזוג באשר ל"כלל התכונות הקובעות מי הוא" (ראה הגדרת מילון אבן שושן)- הרי, כך קובע החוק במפורש, - הסכמת האישה לאו הסכמה היא ויחסי מין שקוימו כתוצאה מהסכמה כזו הינם "אינוס במרמה", במשמעות סעיף 345(א)(2) לחוק.

אין בכך כל פטרנליזם מיותר, אלא שמירה על הערך המוגן והוא- מתן הגנה לכל אישה מפגיעתו של מי שמשיג הסכמתה במרמה לקיים עימו יחסי מין.⁵⁶ מסקנתי בפרק זה היא, שלמרות ההגדרה הברורה למיהו ה"תוקפן" הן מהחקיקה והן מהספרות, עדיין, כאשר

⁵⁴ פרשת פלח, ה"ש 29, בעמ' 33-34.

⁵⁵ ע"פ 5612/92 מדינה ישראל נ' בארי ואח', פ"ד מח(1) 302, בעמ' 336-337, ובו אף צוטטה אמירתו של השופט Coleridge,

במשפט 227 C&P, (184) Day :

"Every consent involves a submission but it by no means follows that a mere submission involves consent."

⁵⁶ דבריו של כב' השופט חשין בע"פ 115/00 אריק (מוריס) טייב נ' מ.י, פ"ד נד (3), 289: "פלישה שלא בהיתר לגופה של אישה, לגופו של אדם, משפילה היא- משפילה ומדכאת; כואבת היא, כואבת מאוד; פוגעת היא- פגיעה חדה וכואבת; מעליבה היא- והעלבון עמוק וצורב. נרמס האני, הנפש נחתכת, נפגע החופש, נגרעת האוטונומיה של הרצון, נדרס הכבוד".

פרק שלישי

הקונטקסט הפוליטי/ חברתי והשלכותו על החקיקה מול הפסיקה?

בפרק שלישי אתייחס לקונטקסט הפוליטי/חברתי, ולשאלה האם יש לו השלכות על החקיקה מול הפסיקה? האם אני כאזרח בחברה רב תרבותית או כמיעוט לאומי צריכה לחשוש משלטון החוק? במאמרם של פישמן, ראטנר ותורג'מן- לגבי ענישה בחברה תרבותית⁵⁷, עולה סטטיסטיקה, כי אזרחים פלסטינים נענשים יותר, גם כאשר השופטים הם פלסטינים בעצמם. מסקנת המחקרים היא כי הזהות של הקורבן מצד אחד, וסטריאוטיפים מנגד, משחקים תפקיד מכריע, הן לגבי הקורבן והן לגבי הנאשם. לדעתי, אין מנוס אלא להבין שיש לקונטקסט הפוליטי- חברתי חלק ניכר בעיצוב ושרטוט היחס לפלסטינים ומעמדם של הפלסטינים בישראל. קרצ'מר⁵⁸, בהסתמך על מחקרים נרחבים, קובע שאין כתיבה נרחבת לגבי מצבם של פלסטינים בתוך ישראל, בייחוד מאז מלחמת ששת הימים ב 1967. לטענתו, מצב זה הוא תוצאה של השיח של מדינה פלסטינית עצמאית (בעזה ובשטחים). מנגד טוען קרצ'מר שלמרות זאת יש לרקע ההיסטורי והפוליטי חלק בקביעת מעמדם המשפטי של פלסטינים בתוך ישראל.

מהות הכתיבה הקווירית ועל בסיס טענותיה נוצר מסך תיאורטי רחב שעניינו היעדר הטבעיות של המגדר, הנטייה המינית, הגזע וכדומה. יחד עם זאת, בשיח המשפטי נדחו התיאוריות הקוויריות ואומץ מודל מהותני המניח את קיומה של הקבוצה כ"טבעית"⁵⁹. משום כך, פיתוחן של זכויות הלהט"ב בעולם ובישראל נשען, בראש ובראשונה, על זיהוי קבוצת לסביות, הומואים, ביסקסואלים וטרנסג'נדרים (להט"ב) כקבוצה מובחנת לצורכי הסדרה משפטית.⁶⁰

מאבקי הלהט"ב התבססו על הדרישה לשנות את ההיררכיה הנורמטיבית הקיימת בין קבוצות בעלות נטיות מיניות שונות, ולא על ערעור על עצם החלוקה לקבוצות חברתיות על פי המין של מושא התשוקה. זאת, לאור ההנחה הרווחת בקרב אנשי המשפט כי ערעור גבולות הקבוצה הלהט"בית משמעותו בפועל רלטיביזם משפטי.⁶¹

בה בעת, לפי מאמרו של חגי קלעי, אף שהשיח המשפטי הנוכחי מעמיד במוקדו תפיסות מהותניות של זהות מגדרית ונטייה מינית, נדרשים בתי-משפט, משפטניות ופעילים חברתיים פעם אחר פעם לבחון את גבולות הקבוצה ואת אופן הגדרתה וזיהויה, וזאת תוך שהם מוסיפים לדבוק בהנחה שמדובר בקבוצה טבעית ומובחנת

⁵⁷ פישמן, ראטנר ותורג'מן, הי"ש 11 לעיל.

⁵⁸ קרצ'מר, הי"ש 12 לעיל.

⁵⁹ חגי קלעי, אלעד רוט לא הומו: התיאוריה הקווירית בפרקטיקה המשפטית, מעשי משפט כרך ד (2011). (להלן: "חגי קלעי").

⁶⁰ מיכל טמיר, הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות, הפרקליט מה 94 (2000).

⁶¹ שם.

בבירור. דבר זה מתרחש לפחות בשני הקשרים מרכזיים: ההבחנה בין מי שמשויך לקבוצה לבין מי שאינו משויך אליה, והיחס כלפי מי שמתעורר ספק בדבר השתייכותו לקבוצה.⁶² דוגמה חריפה לקושי זה עולה סביב השונות המרובה של פרטים המצויים בספקטרום הטרנסג'נדר. אף תחת ההנחה שאבחנה הנערכת על בסיס טרנסג'נדריות מהווה אבחנה "חשודה", כלל לא ברור כיצד מזוהה הטרנסג'נדר/ית.

בפרשת פלונית⁶³, מלצרית שנולדה במין זכר פוטרה מעבודתה בעת שעברה תהליך לשינוי מין, שכלל בשלב הראשון לבישת בגדי נשים. תביעתה של פלונית התבססה על הטענה שאין להפלות מי שמצוי בתהליך שינוי מין, שכן זוהי הפליה על בסיס מין ועל בסיס נטייה מינית. כתב התביעה מקדיש חלקים ארוכים להבהרת הטבעיות והמוחלטות של התהליך.⁶⁴ לא בכדי מכיל כתב התביעה תיאור נרחב של הזהות והקוהרנטיות המגדרית של התובעת כאישה, ומכאן כטרנסג'נדרית; שכן בכך מאמצת התובעת את שפתו של המשפט, הדורש השתייכות לקטגוריה מגדרית סגורה. אף שמבחינה מהותית מדובר בקטגוריות דיכוטומיות לכאורה (גבר/אישה, טרנסג'נדרית/סיסג'נדרית), הרי שהסיווג לקטגוריות מתאפשר רק דרך שורה של פרקטיקות מגדריות "בלתי-טבעיות" (ושאינן נובעות בהכרח מהזהות המגדרית המבוקשת) כגון איפור ולבוש.⁶⁵ יחד עם זאת, מבין השורות של כתב התביעה ניתן לראות כי הפלייתם של התובעת לא נבעה מהיותה טרנסג'נדרית, אלא מכך שהתובעת לא "עבדה" כאישה.⁶⁶ במילים אחרות, הקושי של הנתבעים (המעסיקים שלה) לא נבע מכך שהפרפורמנס המגדרי המצופה מהתובעת היה שונה מזה המיוחס למין הביולוגי שלה, כי אם מהידיעה שהתובעת אינה נוהגת על פי זהות המגדר ה"נכונה" שלה - משמע, מזיהוי הפער בין הפרפורמנס המגדרי המצופה לבין ביצועו.⁶⁷

מקרה הפוך שהגיע לפתחו של בית-המשפט הוא המקרה, כאמור, של חן אלקובי.⁶⁸ בהמשך למה שנאמר לעיל, אלקובי הורשע בקבלת דבר במרמה, מאחר שהציג את עצמו כגבר, בעוד שפיזית היו לו איברי מין נקביים. במקרה זה דחה בית-המשפט את טענת היותו של אלקובי גבר טרנסג'נדר, בשל אי-קיומו של הליך כירורגי לשינוי המין. בית-המשפט עיצב את גבולות הזהות המגדרית סביב איברי המין,⁶⁹ וההלכה המשתמעת היא שהכניסה לקבוצה הטרנסג'נדרית מתרחשת רק במועד ביצוע הניתוח הפיזי. אף שנדמה שהגיונו של בית-

⁶² חגי קלעי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 169.

⁶³ ס"ע (אזורי ת"א) 57199-11-10 פלונית נ' פלוניס, (לא פורסם, 29.11.2010).

⁶⁴ שם.

⁶⁵ שם, שם.

⁶⁶ שם, בסעי' 21.

⁶⁷ חגי קלעי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 170.

⁶⁸ ענין אלקובי, לעיל ה"ש 6.

⁶⁹ אייל גרוס, לעיל ה"ש 23.

המשפט הוא מהותני (שכן הוא כורך בין המין והמגדר), הרי שיש בו יסוד פרפורמטיבי מובהק: בית-המשפט למעשה קבע שרק סוג מסוים של פעולה אקטיבית, שאינה "טבעית", יכול לכונן זהות טרנסג'נדרית.⁷⁰

במאמר של חגי קלעי, נאמר כי הדרישה מהפרט הטרנסג'נדרית לתאר את זהותו המגדרית כאמתית, שלמה וקוהרנטית, ויתר על כן, להוכיח זהות זו באמצעות שורת מאפיינים שמעצם טבעם אינם קוהרנטיים, טבעיים או אמתיים (דוגמת לבוש או איפור), היא מאפיין יסוד של תפיסת זכויות-האדם העוסקת בהגנה על אוכלוסיות מוחלשות. עבור קבוצות רבות, השיח המשפטי המאפשר הגנה על קבוצת מיעוט מוגנת הוא כה קשיח ומובנה, עד ששאלת ההשתייכות הקבוצתית של הפרט בכלל לא עולה על הפרק. כך הדבר לגבי נשים, לגבי מזרחים, לגבי ערבים, לגבי אתיופים וכדומה. גם חברות בני-אדם אחרות, אליהן נהוג להתייחס כקבוצה, לא מעוררות לרוב דיון רציני לגבי מהותה של קבוצה זו. כך, למשל, במקרה של זהות דתית, שהיא פרפורמטיבית מטבעה. אולם כאשר הדיון סובב סביב זהויות בלתי-יציבות במובהק, דוגמת הפליית הפריפריה, הפליית עניים או הפליה על בסיס נכות, השיח ששואף לקדם את ההכרה בהפליות אלו מובנה כשיח מהותני. התומכים בקידום הכרה זו מתאמצים להוכיח שהמעבר בין מקומות מגורים אינו באמת חופשי; שהיכולת של עניים לצאת ממעגל העוני אינה קיימת באמת; שהנכות היא רפואית ומוכחת מדעית. התנהלות זו נובעת מכך שבעיני המשפט, הפליה שאינה מבוססת על זהות יציבה נתפשת כהפליה מנהלית, שאינה אסורה בספירה הפרטית ומהווה עילה חלשה יותר בספירה הציבורית.⁷¹ כך, לא ברור האם הפליה על בסיס מראה, לבוש, שפת גוף, קעקועים, פירסינגים, התנהגות, סגנון דיבור, אי-הורות או כל מאפיין פרפורמטיבי אחר של הפרט, היא אסורה.⁷²

יחד עם זאת, אף ביחס לקבוצות הנחשבות ל"טבעיות ביותר" השיח המשפטי המהותני מתקשה לעתים להתמודד עם מציאות החיים. כך, החלוקה לזכרים ונקבות מתערערת כאשר המשפט צריך לעסוק באינטרסקס (פרטים הנולדים עם איברי מין גבריים ונשיים) ובטרנסג'נדרים המסרבים לקבל את הבינאריות המינית;⁷³ החלוקה בין יהודים וערבים מתערערת במקרים של ילד להורה אחד יהודי ואחד ערבי, וכך גם החלוקה בין אשכנזים ומזרחים;⁷⁴ החלוקה בין בני דתות שונות מתערערת סביב שאלת הסמכות של ממיר הדת; הניסיון לזהות את הקו המגדיר "עניים" מתגלה כעמום; וגבולות הקבוצה של בעלי הנכויות מתגלים כנזילים.⁷⁵ למעשה, נקודת המבט המהותנית של המשפט נתקלת בשני קשיים מובנים. הקושי הראשון נוגע לקביעת גבולות הקבוצה שהפליית פרט מחבריה מהווה הפליה "חשודה", ולהוכחות להשתייכות לקבוצה זו. מאחר שהקבוצה המוגנת

⁷⁰ חגי קלעי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 170.

⁷¹ אריאל בנדור, שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מנהלי, ספר שמגר – מאמרים א 287 (2003).

⁷² יופי תירוש, בעקבות האהבה והפרט למרתה נוסבאום: על גבולות השפה ומאפייניהם החד פעמיים של נמעני המשפט, משפטים על אהבה 433 (משפט, חברה ותרבות, חנה נוה וארנה בן-נפתלי עורכות, 2005).

⁷³ אייל גרוס, גלובליזציה קווירית וזכויות אדם: דנה אינטרנשיונל/ אמנסטי אינטרנשיונל, תיאורה וביקורת 23, 227 (2003).

⁷⁴ יפעת ביטון, מזרחים במשפט: ה"אין כ"יש", משפטים מג 455 (2011).

⁷⁵ רוני רוטלר ורון גיל, על הספקטרום ומעבר לו: ייצוג אנשים אוטיסטים – שונות, יכולות, זכויות ומה שביניהן, מעשי משפט ג 83 (2010).

צריכה להיות מובחנת באופן מובנה מהקבוצה שאינה מוגנת, יש לפעול תחת ההנחה הבלתי-מציאותית שלפרט יש זהות אחת מוגדרת ויציבה - כאישה, כלסבית, כהומו, כיהודי, כעני או כפריפריאלי. יתרה מזאת - לזהות האחת הזו צריכים להיות מאפיינים ברורים וגלויים לעין הציבור, ונוסף על כך, על מאפיינים אלו להיות קשורים למהות ה"טבעית" של הפרט. למשל, היות בן להורים ערבים הוא מדד להיותו של מישהו ערבי. לעומת זאת, אדם שחוס עור שמדבר רק ערבית אבל נולד להורים יהודים, אינו חלק מקבוצת הערבים, אף שסביר להניח שהוא חשוף לפגיעות דומות. הקושי השני של המבנה המהותני הוא גבולות ההגנה. ההגנה הניתנת מוגבלת רק ליסודות הקשורים מטבעם לאותה "מהות" של הפרט. יחד עם זאת, הדרישה לזיהוי היסודות הטבעיים של ה"מהות" של הפרט מחייבת שיח על המאפיינים המשותפים של הקבוצה, משמע הפרקטיקות הקבוצתיות. כלומר, מרגע שהפרט רוצה בסעד מסוים ממערכת המשפט, השיח נע באחת משיח של מהויות לשיח של פרקטיקות. עם זאת, מאחר וההנחה הבסיסית היא שהמהות קודמת לפרקטיקה, ושהקבוצה אינה מוגדרת על פי פרקטיקות, במרבית המקרים אכן לא ניתן לזהות פרקטיקות שהן טבעיות לפרט. במילים אחרות, בעוד שהמשפט דורש כי, לצורך הכניסה אל גבולות הקבוצה המוגנת, הזהות לא תנבע מפרקטיקות מסוימות אלא ממהות, הרי שבכדי לבקש סעד מבית-המשפט, על התובע להוכיח כי הפגיעה נעשתה בשל מאפיין או פרקטיקה של קבוצתו (ולפיכך הוא זכאי לסעד) - בעוד שבו בזמן, על פי ההיגיון המהותני, מאפיינים שכאלו או פרקטיקות קבוצתיות אינם יכולים להתקיים.⁷⁶ בהקשר הלהט"בי מתעוררים שני קשיים אלו בחריפות. הלהט"ב אינו מובחן בצבע עורו, באיברי מינו, בשפתו, במעמדו הסוציו-אקונומי או ביכולותיו מכל פרט אחר בחברה. לא ניתן לזהות גורם בסביבת הלהט"ב המכונן אותו ככזה. אפילו הפרקטיקה המינית או המגדרית של הלהט"ב אינן יכולות לשמש כאינדיקטור לזהות להט"בית, שכן זהות זו אינה יציבה בהכרח ואינה דיכוטומית, ולא פעם אף אינה ניתנת לוודא.⁷⁷ למעשה, המאמץ המשפטי לזיהוי הלהט"ב הוא מאמץ לקביעת הנקודה בה ריבוי פרקטיקות להט"ביות הופכת את הפרט המבצע אותן ללהט"ב.⁷⁸

כפי שנדון לעיל, בהקשר הטרונסג'נדר, שאלת הגבול אינה שאלה היפותטית, כי אם מעשית. בדומה לזהות מגדרית, קושי זה מתעורר גם סביב שאלת הזהות המינית. כך לדוגמה, אם אישה קיימה מפגש מיני אחד עם אישה אחרת, האם מעסיקה יכול להשתמש בכך כ"מגן" בפני טענות שיופנו כלפיו על הפליה תוצאתית של להט"בים אחרים? אם שני גברים בוחרים לחיות יחד מבלי לקיים יחסי-מין ונדחים מקבלה ליישוב קהילתי על בסיס עובדה זו, האם מדובר בהפליית הומוסקסואלים? האם פיטוריו של הומוסקסואל "נשי" ממקום עבודה המעסיק הומוסקסואלים "גבריים" רבים מהווה הפליה על רקע נטייה מינית, על רקע מגדר, על רקע שניהם - או שאינו מהווה כלל הפליה?⁷⁹

⁷⁶ חגי קלעי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 171-172.

⁷⁷ הרי ויטרבו, משבר ההטרסקסואליות: הבניית מיניות בדיני לשון-הרע, **עיוני משפט** לג 5 (2010).

⁷⁸ חגי קלעי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 172.

⁷⁹ שם.

פרק רביעי

פרשנות וביקורת פמיניסטית- בעד ונגד- לדרישה הסובייקטיבית האם יש מקום לסובייקטיביות של ה"נאשם/ת" או רק של ה"קורבן"?

הפרק הרביעי קרוי "פרשנות וביקורת פמיניסטית- בעד ונגד- לדרישה הסובייקטיבית האם יש מקום לסובייקטיביות של ה"נאשם/ת" או רק של ה"קורבן"? תוך ניסיון לענות על השאלה אבחן האם יש לפמיניזם המשפטי קרקע מוכנה להתערבות במערכת המשפט? ואם כן, מהו המחיר ולאיזה כיוון? לצורך כך איעזר במאמרה של פוגץ⁸⁰ הבוחנת את השאלות הבאות: מהו השיח הפמיניסטי המודרני שאנו שואפות אליו, האם נסכים על הגנת נשים? והאם מערכת החוק צריכה לתת יד בהגנה על בחירתם של נשים מתוך מניעים פסולים? בנוסף, פוגץ' מערערת על קביעת מקרים דומים כעבירה מתוך ניתוח תלוי תקופה. לדבריה, "...דירוג קבלת יחסי מין במרמה, כשהקריטריון מדוע מקרה זה לבדו יהווה עבירה זו אינו ברור, וספק אם רלוונטי לימינו".⁸¹ יש לאמץ לדעתי מתוך הניתוח של פוגץ' את הביקורת העצמית על מעמד האישה המשתקף כחלש ומנציח דינמיקה פטרנליסטית והיררכית.

נשאלת השאלה, האם אנו כפמיניסטיות יכולות להכיל, להתמודד, ולהכיר באופנים בהם חקיקה פרוגרסיבית ומאבקים משפטיים עלולים לחבל בצדק במקום להיות מחוללי.⁸² פרשות אלו על הלבטים שהן מעלות, הן המקום בו אני מצליחה לראות את שני הצדדים והאם השוני בין שני פסקי הדין (הן של קאשור והן של אלקובי) **משקף היררכיה נוספת בה ניתנת עדיפות של שוליים מסוג טרנס על השוליים מסוג פלסטיין?** ואם אכן מדובר ב"תוקפן" אז האם מדובר בענישה הולמת? (שנה בערך לאלקובי 39 חודש לקאשור) האם סעיפי החוק של הדין הפלילי אכן מגינים על נשים והאם נשמר ערך השוויון? האם אנחנו משמרות את המבנה הפטריארכלי במאבקנו? האם יש פתרון? האם מהנתונים ניתן להכריע? ולבסוף כיצד ניתן לשאול שאלות אלו ולנהל דיון זה בלי להיכשל בהגנה על התוקפן והטלת האחריות על הקורבן?

כל האמור גורם לי לתהות, האם משהו במאבק שלי או של ארגוני הנשים נגד אונס ותקיפה מינית "לקוי", משום שהתוצאה בשתי הפרשות אינה "רצויה" ומשעתקת אפלויות, הדרות ורדיפות של 'אחרים' בחברה. ההזדהות עם ה"תוקפן" ה"מתחזה" לגבר בפרשת אלקובי גרמה לי לתהות האם הוא צפוי לתלייה כמו טינה ברנדון ב"בנים אינם בוכים". בפרשת קשור איני יכולה שלא לראות כיצד השימוש בסעיף החוק הפלילי אינוס במרמה ומיהות העושה- עלול להפוך לנגד עינינו למכשיר דיכוי "התוקפן" על רקע לאומי במקרה הזה ועל רקע

⁸⁰ דנה פוגץ', לעיל ה"ש 13.

⁸¹ שם, עמ' 197.

⁸² Ruth E. Gavison, *Feminism and the Public-Private Distinction*, 45 p.1, 1992-1993 Stanford L. Rev. (1992).

מגדרי בעניין אלקובי. האם הענישה נעשית בגלל שמדובר בפלסטיני?? אלו הן שתי דוגמאות לאופנים בהם חקיקה פרוגרסיבית בנושא תקיפה מינית מביאה לתוצאות שלא חשבנו עליהן- אנו הפמיניסטיות. מצד אחד דיכוי הוא דיכוי, על רקע מגדרי, לאומי או אחר.⁸³ מצד שני, אני מבינה את עוצמת הזכות שמגיעה לי כנפגעת להסכמה מדעת ולזכות שלי על גופי... נשאלת השאלה כיצד עגלת המאבק נגד אלימות כלפי נשים נרתמה על ידי המדינה ומשמשת לדיכוי בידי המערכת.⁸⁴

שיח הזכויות אינו צריך להגן על המסמן, על עמדת-הסובייקט המתוחמת והמחפצנת, אלא על התנועה החופשית של המסומן בין עמדות-סובייקט. המוגן אינו האזרח ההומוסקסואל, כי אם הפרקטיקות אותן מבצע האדם, ככל שאלו מקטלגות אותו בשיח הרווח כהומוסקסואל. על ההגנה להיות הגנה מפני פגיעה בשל פרפורמנס מגדרי חורג — ולא הגנה על האדם ה"שגוי" מגדרי.

ניתן לראות כי הפגיעה לא נבעה מהיות הפרט להט"בי, כי אם מידיעתם של הפוגעים על פרפורמנס המשויך לעמדת הסובייקט הלהט"בית. גישה קווירית תבקש אם כן להסיט את המבט מהגוף הלהט"בי אל המבט המחפצן. השאלה שתעמוד במוקד הדיון אינה האם הפרט זכאי להגנה, אלא האם הפגיעה על בסיס הפרקטיקה הספציפית מותרת. המשמעות המעשית היא מעבר מהשאלה האם מותרת פגיעה בפרט הלהט"בי לשאלה האם מותרת הפגיעה בפרט המזוהה כמקיים פרקטיקות להט"בית. כך, איסור הפליית אישה המזוהה כטרנסג'נדרית אינו נובע מהאיסור על הפליית טרנסג'נדרים, כי אם מהאיסור על הפליה שנובעת מזיהוי של פרט כטרנסג'נדר. בדומה, האיסור על הפלייתו של הומוסקסואל שמעולם לא קיים יחסי-מין עם גברים נובע לא מהשאלה האם מדובר בהומוסקסואל "אמיתי", כי אם מהשאלה האם מדובר בפגיעה בפרט על בסיס פרקטיקה המזוהה כהומוסקסואלית.

בניגוד לתפיסה פופולרית ושגויה, התפיסה שלליצוג לא קודם ערך אמת אינה מעקרת את ערך האמת מהייצוג עצמו. עובדת היות הסימולקרה מסמן ללא מסומן אינה מעקרת מתוכן את עובדת היות המסומן מכונן לאורו של המסמן. הפרט הלהט"בי הוא להט"בי לא בשל טבעו, אלא בשל האופן שבו הוא מכונן בשיח החברתי ולאור הפנמת השיח. במילים אחרות, פעולת הכוח הדיסקורסיבית היא אמתית מתוקף היותה קיימת. עמדות-הסובייקט, אף אם אינן טבעיות, הינן מרחב מתוחם ומוגבל של מימוש פרקטיקות המכונן את הפרטים הממשיים בחברה.

הניסיון ליצר שיח זכויות-אדם פרפורמטיביות, אם כן, צריך לכלול מהלך כפול. חלקו הראשון של המהלך, שכבר נרמז לעיל, הוא התנועה החופשית של המסומן בין המסמנים. תנועה חופשית זו נובעת מניתוק הדרישה לחפיפה מלאה בין עמדת-הסובייקט המוגנת לבין הפרט הספציפי. ההגנה המשפטית, בהקשר זה, צריכה לקום

⁸³ נאדירה שלחוב-קיבורקיאן "כשחוקים הם כלי לדיכוי: השיח הנוגד של נשים פלסטיניות ומדיניות הריסת הבתים" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם**, דפנה ברק-ארז, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון ודפנה פוג'י, (תשס"ז-2007) 463.

⁸⁴ Dean Spade "The Identity Victim, Symposium: Sex, Gender and Crime: The Politics of the State as Protector and Punisher" 7 Geo. J. Gender & L. (2006) 255;

במקום שבו פרפורמנס המשוך בשיח החברתי לעמדת סובייקט מוחלשת מוביל לפגיעה בפרט. יחד עם זאת, אין די בניתוק האמור. מאחר ועמדות הסובייקט עצמן אינן קודמות לקיומן ואינן טבעיות, תנועה חופשית בין עמדות-סובייקט מוגבלות נותרת תנועה מוגבלת. המעבר ממאבק בהיררכיה שבין הפרט ההומו-לסבי לפרט ההטרוסקסואלי למאבק בהיררכיה שבין עמדת-הסובייקט ההומו-לסבית לעמדת-הסובייקט ההטרו-נורמטיבית, אומנם מאפשר תנועה חופשית של הפרט בין עמדות-הסובייקט (ומרחיב את הסובייקטיפיקציה של הפרט), אך אינו מאפשר את פריצת גבולות עמדת-הסובייקט. במילים אחרות, מדובר במעבר לתפיסתם של המיניות והזהות המגדרית כספקטרום, תוך שימור המערך הבינארי: הטרוסקסואליות/הומוסקסואליות, ביסקסואליות/מונוסקסואליות וטרנסג'נדריות/סיסג'נדריות.

אם כן, תנועה לעבר תפיסה זו של זכויות הפרט תוסיף לשמר ולשעתק את הכשל האפיסטמולוגי של המודל המהותני, אף שכל זה יועבר מהגוף הבודד לגוף הקולקטיבי. הרובד השני של זכויות-האדם במובן הפרפורמטיבי הוא המחויבות לערעור עמדות הסובייקט עצמן. בעוד שהרובד הראשון של הזכות עיקרו היכולת של הסובייקט הבודד לנוע בתוך תחומי השיח החברתי, ממד נוסף זה של הזכות פועל, בראש ובראשונה, במסגרת החברתית. עמדת הסובייקט בנויה למעשה משני מערכים של כוחות שייחניים — מערך של הנגדה ומערך של הדרה. מערך ההנגדה מבוסס על מבנה השיח כדיכטומיות בינאריות המייצרות היררכיה בין עמדות הסובייקט, בשל תפיסתו של קוטב אחד של הניגוד הבינארי כעליון, נורמלי וקודם לקוטב השני — ניגודו. לצד זאת, עמדת-הסובייקט מעקרת ממשמעות את המאפיינים של הסובייקט שאינם חלק מהניגוד הבינארי. כך, למשל, בעוד פרקטיקה של קיום יחסי-מין עם בני אותו המין או עם בני המין הנגדי מצויה בליבת הדיכטומיה ההומו-לסבית/הטרונורמטיבית, מאפייני הפרט, כגון העדפה לצבע עור מסוים, אישיות מסוימת או פרקטיקה מינית מסוימת, מעוקרים ממשמעותם ונתפסים כחסרי ערך חברתי "אובייקטיבי".

תופעת כינון וגיושן של עמדות-הסובייקט, כמו גם אשורון ושעתוקן, היא תופעה הנעה בחוסר יציבות בין האישי ובין הציבורי. תנועה כפולה זו של הכוח הדיסקורסיבי אינה ייחודית לעמדת-סובייקט זו או אחרת, והיא נכונה ביחס לעמדות-הסובייקט ה"מקובלות" וה "חריגות" כאחד. עמדת-הסובייקט של ההטרוסקסואליות מכוננת באופן הדדי ומשלים לעמדת-הסובייקט של ההומו-לסביות. עמדת-הסובייקט של הגבר מכוננת באופן זהה ומשלים לעמדת-הסובייקט של האישה. אף עמדות-סובייקט שזכו לפחות ביקורת, מכוננות באופן זה. יחד עם זאת, עצם היות המבנה של עמדות-הסובייקט השונות דומה, אינו מוביל למסקנה כי קיים שוויון בין יכולתם של הפרטים לכונן עמדות-סובייקט. אף שהכוח השיחני מופעל, משועתק ומורכב מכלל הפרטים בחברה, הרי שמידת יכולתו של הפרט לעצב את תנועת הכוח משתנה בהתאם למבנה הנוכחי של השיח. יכולתה של בעלת הכוח לכונן זהויות שיחניות ולכפות זהויות אלו על מי שאינן בעלות כוח, גדולה לאין ערוך מיכולתם של המודרים מהשיח לכונן את בעלי הכוח הדיסקורסיבי. משכך, הרי שהותרת עמדות-הסובייקט לעיצוב "חופשי" של השיח, משמעותה בפועל שימור שיח של כפייה.

אף אם הפרט מסוגל לעבור מעמדת-הסובייקט המוחלשת לעמדת-הסובייקט הדומיננטית, הרי שלשם עצם המעבר עליו לוותר, באופן מובנה, על רצונו לערער את הסדר המובנה של עמדות הסובייקט.

סיכום

אינני מתיימרת לענות על כל השאלות שהעליתי בסמינריון או לקבוע קביעה מכרעת. אין ביכולתי אפילו להיכנס לנעלי ביהמ"ש ולשנות החלטות וגם לא לצדד באף צד ולא להתערב בהחלטותיו של ביהמ"ש. הדבר היחידי שאני יכולה להסתמך עליו הוא שבשני המקרים של התחזות לפי סעי' 345(א)(2) לגבי מיהות העושה, עבירה שעושה יכול להגיע ל-16 שנים הלכה למעשה ניתנת ענישה שלא עולה על 3 שנים ומצד שני אות קלון שלא ימחק שנים! אם אכן ביצעו את מה שנקבע בעבירה אז למה ההקלה בעונש? אם כי מבלי לבדוק הרי ברוב המקרים העונשים אינם הולמים את העבירה אז מהי מטרת העונש הפלילי? מיגור הפשע? אם כן, יש לחשוב על כמות הפושעים התוקפנים שיוצאים אחרי כמה חודשים מהכלא ולעומתן על הנשים הכלואות במקלטים לשנים רבות. לסיכום, המסקנות העולות מפרשת קאשור הן שאסור על טנסג'נדר לחיות את זהותו ואסור לפלסטיני שיהיה לו שם יהודי. אף אסור לו להתקרב ליהודיות. אז מה יהיה עונשו של ימני המתחזה לשמאלני וחודר לקבוצות השמאל ומלשין? מה יהיה עונשו של שוטר המתחזה לאסיר בכלא? או לגבר המתבייש בעברו? או לטרנס המאמין שהוא גבר? או לפלסטיני שיש לו רגשי נחיתות? אין בכך משום מתן לגיטימציה לפגיעה בנשים או להקל ראש בענישה במקרה אונס.

הקונפליקט מתעורר כאשר ביהמ"ש אינו מצליח לקבל - והמדינה היהודית הדמוקרטית לא מצליחה להכיל - הגדרה אחרת מאשר שטרנסג'נדר הוא גבר רק לעניין האשמה והענישה, ושהפלסטיני חייב להיות שלם עם זהותו ומיד להגיד מהו מוצאו- יעודכן לאלתר טופס הסכמה והיכרות לכל אפשרות של מגע או קירבה מינית בין ה "תוקפנים" האמורים לבין "הקורבנות" העתידיים.

אולי הגיע הזמן שנשכים כולנו, כקבוצות של נשים, גברים, קווירים, סטרייטים וטרנסג'נדרים שמאבקינו הוא לשים קץ להמשך הדיכוי נגד המדכא הפטריארכלי, ושהאויב איננו מדינת פלסטין או זהות טרנסג'נדרית, אלא החוק שמחוויר פנים מול השוליים כגון טרנס או פלסטינאיים. אז האסון הראשון כאן הוא- שטרנס אינו גבר, והאסון השני שפלסטיני "בעל" יהודייה, ונותרנו עם זכויות לא ממומשות הן של קורבנות התקיפה והן של זהויות השוליים.

הנושא שנבחן דרך העבודה נע בין שולי המגדר והלאום לבין החוק והשלטון- מיהו ה"תוקפן" במשפט הישראלי? דנתי בנושא זה דרך השאלה האם יש מקום בשיטת משפט ליברלית ליסוד "מיהות העושה" או שמא יש להיפטר ממנו? הפרק הראשון התמקד בפרשנות ובלשנות ל"מיהות העושה" תוך התמקדות בשתי פרשות קאשור ואלקובי. בפסק דין פלוני⁸⁵ נקבעו שני מבחנים על מנת להכריע במקרים של אינוס במרמה, מבחן האישה הסבירה⁸⁶ ומבחן עזר של אדם מן הישוב⁸⁷, תוך בחינת כל מקרה לנסיבותיו. האם בחינת המקרה לפי נסיבותיו

⁸⁵ עניין פלוני, ה"ש 8 לעיל.

⁸⁶ שם, פסקה קה לפס"ד.

יכול להתקיים מבלי שתהיה מעורבת בסטריאוטיפים, דעות קדומות, השפעה חברתית, היסטורית ופוליטית? נבחנו השיקולים והפרמטרים המנחים קביעותיו של בית המשפט לגבי האינוס במרמה ו"מיהות" העושה או "המיהות" הבדויה.

בפרק השני ניגשתי לשאלות לעיל תוך התמקדות בשאלה מיהו ה"תוקפן" או במילים אחרות מיהו העושה? התשובה לשאלה זו נגזרת מהפרדה סלקטיבית וממדרג נורמטיבי. הייתי צריכה למצוא תשובה לשאלה זו בחקיקה מפורטת ועדכנית, שביהמ"ש אמור ליישם אותה בהסתמך על ערכי היסוד של המשפט הישראלי, אך לא נמצאה תשובה חד משמעית האם המשפט הישראלי, ובעיקר ביהמ"ש, מקיים הלכה למעשה את מהות ההגדרה של מדינה יהודית ודמוקרטית.

בפרק שלישי התייחסתי לקונטקסט הפוליטי/חברתי, ולשאלה האם יש לו השלכות על החקיקה מול הפסיקה? האם אני כאזרחית בחברה רב תרבותית או כאזרחית הנמנית עם המיעוט הלאומי צריכה לחשוש משלטון החוק? במאמרם של פישמן, ראטנר ותורג'מן- לגבי ענישה בחברה תרבותית⁸⁷, עלה סטטיסטית, כי אזרחים פלסטינים נענשים יותר, אף כאשר השופטים הם פלסטינים בעצמם. מסקנת המחקרים היא כי הזהות של הקורבן מצד אחד, וסטריאוטיפים מנגד, משחקים תפקיד מכריע, הן לגבי הקורבן והן לגבי הנאשם. לדעתי, אין מנוס אלא להבין שיש לקונטקסט הפוליטי- חברתי חלק ניכר בעיצוב ושרטוט היחס לפלסטינים ומעמדם של הפלסטינים בישראל. קרצ'מר⁸⁸, בהסתמך על מחקרים נרחבים, קובע שאין כתיבה נרחבת לגבי מצבם של פלסטינים בתוך ישראל, בייחוד מאז מלחמת ששת הימים ב 1967. לטענתו, מצב זה הוא תוצאה של השיח של מדינה פלסטינית עצמאית (בעזה ובשטחים). מנגד טוען קרצ'מר שלמרות זאת יש לרקע ההיסטורי והפוליטי חלק בקביעת מעמדם המשפטי של פלסטינים בתוך ישראל.

בפרק הרביעי עניתי על השאלה תוך בחינה האם יש לפמיניזם המשפטי קרקע מוכנה להתערבות במערכת המשפט? ואם כן, מהו המחיר ולאיזה כיוון? לצורך כך נעזרתי במאמרה של פוגץ' הבוחנת את השאלות הבאות: מהו השיח הפמיניסטי המודרני שאנו שואפות אליו, האם נסכים על הגנת נשים? והאם מערכת החוק צריכה לתת יד בהגנה על בחירתם של נשים מתוך מניעים פסולים? בנוסף, פוגץ' מערערת על קביעת מקרים דומים כעבירה מתוך ניתוח תלוי תקופה. לדבריה, "...דירוג קבלת יחסי מין במרמה, כשהקריטריון מדוע מקרה זה לבדו יהווה עבירה זו אינו ברור, וספק אם רלוונטי לימינו". אימצתי בתשובתי לשאלה את הניתוח של פוגץ' ובעיקר את הביקורת העצמית על מעמד האישה המשתקף כחלש ומנצח דינמיקה פטרנליסטית והיררכית. התיאוריה הקווירית, הנתפשת לא פעם כהגות פילוסופית חסרת השלכות מעשיות, מייצרת לפחות שני מערכי תובנות. ראשית, היא מאפשרת להראות כי השיח הליברלי הוא שיח מהותני ומוגבל, שמייצר באופן תדיר את אותן ההנחות עליהן הוא מתבסס. זהו שיח בלתי-קוהרנטי, פתוח למניפולציות, ונעדר יכולת ליצור תפיסה

⁸⁷ שם, פסקה קו לפס"ד.

⁸⁸ פישמן, ראטנר ותורג'מן, ה"ש 11 לעיל.

⁸⁹ קרצ'מר, ה"ש 12 לעיל.

נורמטיבית יציבה. שנית, התיאוריה הקווירית מאפשרת פתח ליצירת מסגרת נורמטיבית יציבה המסוגלת להחליף את המסד המשפטי הקיים. דרך ערעור הסובייקט ופירוק הדיכוטומיה שבין האמת והשיח, מסוגל המשפט ליצור מרחבי סובייקטיפיקציה, להרחיב את תנועתו של השיח ולערער על מבנהו. בכך, יעבור המשפט מתפקידו כמוסד המייצר משמעויות, משמע מקבע את השיח, לתפקיד חדש, כמוסד המייצר אתרים בהם הסובייקט יכול ליצור משמעויות המנותקות מהמשפט. ברי, כי כדי לקדם מערכת משפט הנאמנה באמת לסובייקט, צריכים להתרחש שני תהליכים משמעותיים. ראשית, צריך להיווצר שיח מורכב ועשיר מזה הקיים כיום על אודות הפן הנורמטיבי של התיאוריה הקווירית. שנית, על נשות ואנשי משפט וחקיקה לפתח סל כלים חדש, שבמוקדו כלים לניתוח תנועתו של השיח ומבנהו.⁹⁰

בעבודת המחקר נשוא הסמינריון ניסיתי לשרטט ראשיתה של הצעה, על-ידי בחינת היבטים מוגבלים של שיח הזכויות המהותני, והתחליף המוצע לו: - שיח זכויות פרפורמטיביות. מתווה זה, אף אם בידו לסמן כיוון להמשך הדיון, אינו אלא סקיצה, שאינה מקיפה דיה מבחינת עומקה או מבחינת נושאה. כולי תקווה שעבודה זו תשמש מבוא וקריאה ליצירתו של משפט קווירי חי וחדש, באקדמיה, בחקיקה ובבתי-המשפט.

⁹⁰ Catherine A. Mackinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (1989).

רשימת ביבליוגרפית⁹¹

מקורות עבריים:

חקיקה

- פקודת החוק הפלילי, 1963.
- חוק העונשין, התשל"ז-1977.
- הצעת חוק לתיקון חוק העונשין (מס' 26), התשמ"ו-1986, ה"ח 1797.
- תיקון 22 ס"ח תשמ"ח מס' 1246 מיום 31.3.1988 עמ' 62 (ה"ח תשמ"ו מס' 1797 עמ' 303).
- חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992.

פסקי דין

- ע"פ 499/72 אל שעבי נ' מדינת ישראל פ"ד (כו) (1) 602 (1973).
- ע"פ 616/83 דוד פליישמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1), 449.
- ע"פ 4152/90 פלוני נ' מדינת ישראל, דינים עליון כ, 449.
- ת"פ 549/90 מדינת ישראל נ' דן ג'רבי, פס"מ תשנ"ב (3), 495.
- ע"פ 5612/92 מדינה ישראל נ' בארי ואח', פ"ד מח(1) 302.
- ע"פ 7024/93 אליהו פלח נ' מדינת ישראל תק-על 95(1), 295.
- ע"פ (ת"א) 157/98 ערן בן אברהם נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי כרך לב(2), 96.
- תא (י-ם) 8047/99 בדוי נ' מדינת ישראל, (2007).
- ע"פ 115/00 אריק (מוריס) טייב נ' מ.י, פ"ד נד (3), 289.
- ת"פ 389/02 מדינת ישראל נ' אלקובי ואח' תק-מח 2003 (3), 3341 (2003).
- פח (ת"א) 1134/04 מדינת ישראל נ' סלימאן צבי, (פורסם בנבו, 4.1.06).
- ע"פ 2411/06 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2008(3) 3815 (2008).
- ע"פ 5734/10 קאשור נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו 25.1.2012).
- ס"ע (אזורי ת"א) 57199-11-10 פלונית נ' פלוניס, (לא פורסם, 29.11.2010).

⁹¹ הצוות לעדכון הכללים לאזכור אחיד של מקורות בכתובה משפטית כללי האזכור האחיד בכתובה המשפטית (מהדורה שנייה, 2013).

מאמרים

- אהרון ברק "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל, ספר אורי ידין" **האיש ופועלו** (בעריכת אהרון ברק וטניה שפינץ) ירושלים (תש"ן 1990) 27.
- אורית קמיר "יש סקס אחר- הביאווה לכאן": עברת האינוס בין הדרת כבוד (honor), שוויון וכבודו הסגולי של האדם (dignity) והצעה חדשה ברוח ערך כבוד האדם" **משפט וממשל** כרך ז (תשס"ד-תשס"ה) 669.
- אייל גרוס "'התחזות כאדם אחר': חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי" **משפט חברה ותרבות, משפטים על אהבה**, ארנה בן- נפתלי וחנה נוה, (תשס"ה 2005) 365.
- אייל גרוס, גלובליזציה קווירית וזכויות אדם: דנה אינטרנשיונל/ אמנסטי אינטרנשיונל, **תיאורה וביקורת** 23, 227 (2003).
- אלקנה לייסט "הערת פסיקה: אינוס במרמה לגבי 'מיהות העושה'" בעקבות ע"פ 2411/06 פלוני נגד מדינת ישראל" **הסניגור** (מאי 2009) 146.
- אריאל בנדור, שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מנהלי, **ספר שמגר – מאמרים א** 287 (2003).
- בועז סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים?!" **עלי משפט ג 1** (תשס"ג-תשס"ד) 165.
- בועז סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים? האומנם "אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה?" על נשיא בית המשפט העליון כמחוקק על והספד לכלל הפרשנות המצמצמת " **עלי משפט ג** (תשס"ג) 141.
- דנה פוגץ' "קרמינליזציה של גינוני חיזור מקובלים? מרמה, טעות הקורבן והסכמה לעניין עבירת מיין" **מגמות בפלילים- עיונים בתורת האחריות הפלילית**, אלי לדרמן, (2001) 151.
- הרי ויטרבו, משבר ההטרסקסואליות: הבניית מיניות בדיני לשון-הרע, **עיוני משפט** לג 5 (2010).
- חגי קלעי, אלעד רוט לא הומו: התיאוריה הקווירית בפרקטיקה המשפטית, **מעשי משפט** כרך ד (2011).
- יופי תירוש, בעקבות האהבה והפרט למרתה נוסבאום: על גבולות השפה ומאפייניהם החד פעמיים של נמעני המשפט, **משפטים על אהבה** 433 (משפט, חברה ותרבות, חנה נוה וארנה בן-נפתלי עורכות, (2005).
- יפעת ביטון, מזרחים במשפט: ה"אין כ"יש", **משפטים** מג 455 (2011).
- מיכל טמיר, הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות, **הפרקליט** מה 94 (2000).
- מרים גור- אריה "התחזות לדמות פיקטיבית- התראות כאחר או מרמה" **משפטים** ה (תשל"ג-תשל"ד) 673.

- מרים גור-אריה "חובה פלילית למנוע פשע- אימתי מוצדקת" **מחקרי משפט** יז (2) (תשס"ב 2001/02) 355.
- נאדירה שלהוב-קיבורקיאן "כשחוקים הם כלי לדיכוי: השיח הנוגד של נשים פלסטיניות ומדיניות הריסת הבתים" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם**, דפנה ברק-ארז, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון ודפנה פוגץ', (תשס"ז-2007) 463.
- רוני רוטלר ורון גיל, על הספקטרום ומעבר לו: ייצוג אנשים אוטיסטים – שונות, יכולות, זכויות ומה שביניהן, **מעשי משפט** ג 83 (2010).

מקורות באנגלית:

- Andrew Sharpe, *Transgender Jurisprudence* (London & Sydney, 2002) .
- Arye Rattner & Gideon Fishman, *Justice for All? Jews and Arabs in the Criminal Justice System* (1998).
- Catherine A. Mackinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (1989).
- Charles B. Fields & Richter H. Moore, Jr, *Comparative and International Criminal Justice: Traditional and Nontraditional Systems of Law and Control* (2nd Edition 2005).
- David Kretzmer, *The Legal Status of the Arabs in Israel* (1990).
- Dean Spade "The Identity Victim, Symposium: Sex, Gender and Crime: The Politics of the State as Protector and Punisher" 7 *Geo. J. Gender & L.* (2006) 255.
- Eve Kosofsky-Sedgwick, *Tendencies* (Durham' 1993).
- Gideon Fishman, Arye Rattner and Hagit Turjeman, *Sentencing outcomes in a Multinational Society: When Judges, Defendants and Victims can be Either Arabs or Jews* *European Journal of Criminology* 3(1): 69–84, (2006).
- Jin Haritaworn, *Shifting Positionalities: Empirical Reflections on a Queer/Trans of Colour Methodology* (Goldsmith College, Research online, last seen on 13/5 at 12.44 pm) (2008).
- Ruth E. Gavison, *Feminism and the Public-Private Distinction*, 45 p.1, 1992-1993 *Stanford L. Rev.* (1992).