

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

“הרי לכם משהו כמו וידוי, שמטרתו להדגים את חוסר האפשרות של וידוי: בנעורי, סבלתי זמן רב, ונדמה לי שכמותי גם רבים אחרים, מכך שנאמר לי במפורש או במובלע, שמה ‘שאני’ זה העתק, חיקוי, דוגמה נגזרת, צל של הממשי.”  
ג'ודית בטלר “חיקוי ומרי מגדרי”<sup>1</sup>.

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

\* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.  
\*\* התיבה “חיקוי ומרי מגדרי” שאולה מהמאמר בשם זה מאת ג'ודית בטלר (Butler). ראו ג'ודית בטלר “חיקוי ומרי מגדרי” מעבר למיניות: מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית (מתרגמת: עמליה זיו, עורכים: יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר, 2003) 329. גרסות קודמות של מאמר זה הוצגו בפורום ללימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית באוניברסיטת תל-אביב, ב“גיי באר” – פורום משפטנים שליד אגודת ההומואים, לסביות, ביסקסואלים וטרנסג'נדרים בישראל, בפורום הסגל של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, ובכנס “סקס אחר 04” שהתקיים באוניברסיטת תל-אביב במאי 2004. אני מודה למשתתפי פורומים אלו על הדיונים המרתקים. תודה מיוחדת לעמליה זיו שהדברים פותחו תוך דיאלוג איתה, ושהשימוש שלי בתובנות של ג'ודית בטלר נעשה בהשראת פרשנותה לכתיבתה של בטלר. תודה מיוחדת גם לנורה גרינברג על הדיאלוג בינינו שתרם אף הוא רבות למאמר. תודה לתמר פלדמן על הסיוע במחקר ועל תרומתה למאמר. כמו-כן תודה לאלישבע אביצור, דפנה ברק-ארוז, אלון הראל, איתי הרמלין, דנה פוגין ומאיה רוזנשיין על הערותיהם לגרסה קודמת של המאמר. תודה גם לקוראת עלומת-שם מטעם המערכת שהערותיה הציבו אתגרים רבים שרק עם חלקם יכולתי להתמודד. תודה גם למרכז מינרבה לזכויות אדם של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב על תמיכתו במחקר.  
1 ג'ודית בטלר “חיקוי ומרי מגדרי” מעבר למיניות: מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, עמליה זיו מתרגמת, 2003) 329, 336.

א. מבוא

עובדות רבות בפרשת חן אלקובי שנויות במחלוקת. אין מחלוקת לגבי העובדה שחן אלקובי נולד<sup>2</sup> עם איברי מין נקביים ונתפס בעיני הסביבה החיצונית כבת, וכן אין מחלוקת שבשלב מסוים החל חן אלקובי, לפחות בחלק מהזמן, להיות כבן ולהציג עצמו ככזה.<sup>3</sup> בכתב־האישום המתוקן שהוגש נגד אלקובי, כחלק מעסקת־הטיועון במשפטו, נטען שאלקובי, יליד 1981, ונאשם נוסף קשרו בשנים 2001–2002 קשר להכיר לאלקובי בנות לשם חברות, כאשר, בלשון כתב־האישום, "הנאשמת תתחזה לגבר".<sup>4</sup> אלקובי, שלפי כתב־האישום הציג עצמו בשם "קובי" או "קובי ביטון" או "קובי אלקובי", היה לבוש כגבר ודיבר על עצמו בלשון זכר.<sup>5</sup> כאשר עלה חשד, כדברי כתב־האישום, בדבר היות אלקובי אשה, הוסבר כי יש לאלקובי בת־דודה ששמה חן אלקובי הדומה לה מאוד וכי אנשים מבלבלים ביניהם.<sup>6</sup> כתב־האישום המתוקן התייחס לארבעה מקרים של קשרים שונים שנוצרו בין אלקובי לבין ארבע מתלוננות. בעניין המתלוננת הראשונה נטען כי אלקובי ("הנאשמת" בלשון כתב־האישום) התחזה לבחור ששמו "קובי", וכי המתלוננת התאהבה ב"קובי" ונוצר ביניהן קשר "כבין בחור לבחורה"; בעניין המתלוננת השנייה נטען כי היא ואלקובי היו ל"חברים"; לעניין המתלוננת השלישית נטען שנוצרו ביניהן "קשרי ידידות"; ולעניין המתלוננת הרביעית נטען כי מתלוננת זו התאהבה באלקובי בהאמינה שהוא גבר ו"הן" (בלשון כתב־האישום) נעשו זוג.<sup>7</sup> לאור דברים אלה הואשם אלקובי בעברה של התחזות כאדם אחר, בניגוד לסעיף 441 לחוק העונשין, תשל"ז–1977.<sup>8</sup> בעניינן של שתיים מהבחורות שנוצר עמן קשר הואשם אלקובי גם בעברות נוספות הקשורות למגעים שנטען כי התקיימו בינו ובין המתלוננות: אשר למתלוננת הראשונה, שעל־פי כתב־האישום "התאהבה [...] ב'קובי' בהאמינה לנאשמת כי היא גבר", נטען שהשניים התנשקו,

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

3 ליאור אל־חי ואמירה לם "רצחו את השם שלי" ידיעות אחרונות 23.5.03, 33.  
4 כתב־האישום מתוקן [תיקון שלישי], ת"פ (חי') 387/02 מדינת ישראל נ' חן בת מאיר אלקובי ואח' (הוגש ב־25.5.2003), סעיף 2 לכתב־האישום המתוקן (להלן: כתב־האישום המתוקן).

5 סעיף 3 לאישום ראשון, כתב־האישום המתוקן, שם.

6 סעיף 5 לאישום ראשון, כתב־האישום המתוקן, שם.

7 סעיפים 8–12 לאישום ראשון, כתב־האישום המתוקן, שם.

8 ס"ח 864, 226 (להלן: חוק העונשין). ראו אישום שני, כתב־האישום המתוקן. סעיף 441 לחוק העונשין קובע: "המתייצג ככזב כאדם אחר, חי או מת, בכוונה להונות, דינו – מאסר שלוש שנים;..." אלקובי הואשם גם בעברות נלוות נוספות של קשירת קשר לביצוע עוון בניגוד לסעיף 449(א)2 לחוק העונשין. בעברה זו הואשם גם ידידו של אלקובי, אורן סינאי. סינאי הואשם גם בעברה של סיוע להתחזות כאדם אחר בניגוד לסעיפים 31, 32 ו־441 לחוק העונשין.

ושבאחד המקרים נישק אותה “קובי” תוך החדרת לשונו לפיה. בגין עובדות אלה הואשם אלקובי בעברה של “מעשה מגונה” שהסכמה לו הושגה תוך מרמה לגבי מיהות העושה, בניגוד לסעיף 348(א) לחוק העונשין.<sup>9</sup> באשר למתלוננת השנייה נטען בכתב-האישום כי במסגרת קשר רומנטי שנוצר בינה ובין חן, ניסה “קובי”, כפי שמגדיר זאת כתב-האישום, לבעול אותה בשלוש הזדמנויות שונות, כאשר בכל פעם ניסה “קובי” [...] להחדיר לאיבר מינה של המתלוננת ב’ חפץ בלתי ידוע לתביעה, שהיה קשור באופן כלשהו לגופו של “קובי”, וזאת נוסף על כך שנישק אותה וליטף את חזהו. עוד נטען כי בעת ביצוע המעשים היתה המתלוננת קטינה שטרם מלאו לה שש-עשרה שנים, ו”קובי” ידע זאת. בגין עובדות אלה הואשם אלקובי ב”מעשה מגונה” שהסכמה לו הושגה במרמה לגבי מיהות העושה, וכן בניסיון לאינוס, וזאת לאור סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין הקובע כי בעילת אשה בהסכמה שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה מהווה אינוס.<sup>10</sup> ההאשמה

בכתב-האישום המתוקן בניסיון לאינוס במקום באינוס היתה תוצאה של עסקת-הטיעון.<sup>11</sup> יש לציין כי אחת מארבע המתלוננות המקוריות נגד אלקובי כתבה מכתב לשופט שבו חזרה בה מעדותה שמסרה במשטרה, וכתבה שהיא נגררה להתלונן נגד אלקובי אף-על-פי שידעה כל העת כי מדובר, כדבריה, באשה, ולא בגבר, וזאת בשל חששה להיחשף כלסבית לפני משפחתה וחבריה. “עכשיו לראשונה אני מוכנה להודות בפניך, כתבה מתלוננת זו, “וגם בפני עצמי, שאני לסבית...”<sup>12</sup>

חן אלקובי עצמו לא העיד בבית-המשפט. עם זאת יש להדגיש כי הוא הכחיש את הטענה שקיים מגע מיני עם המתלוננת שהתלוננה על כך, וטען, בראיון לעיתונות, שלא היו ביניהם אלא נשיקות וחיבוקים: “כל עניין האקט המיני בדוי לגמרי.” עוד טען אלקובי כי הוא סיפר לאותה מתלוננת שהוא “בת-בן” ועל “הבעיה שלי והבלבול שלי.”<sup>13</sup>

לאור עסקת-הטיעון, שבמסגרתה הודה אלקובי בכל מה שיוחס לו בכתב-האישום המתוקן,<sup>14</sup> לא נזקק בית-המשפט לקבוע ממצאים עובדתיים בעניינים שנויים במחלוקת אלה. בעקבות הכרעת הדין, ניתן, בספטמבר 2003, גזר-הדין שבו נידון אלקובי למאסר בפועל של שישה חודשים שהומר בעבודות-שירות, וכן למאסר על-תנאי של שנה לתקופה

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

10 כתב-האישום המתוקן, אישום שלישי. סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין קובע: “[הבועל אשה]... בהסכמת האישה שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה” מבצע אינוס. “בועל” מוגדר כ”המחדיר איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה” (סעיף 345(ג)). אלקובי הואשם בסעיף 345(א)(2) יחד עם סעיף 345(ב)(1) לחוק העונשין, המחמיר את העונש אם היתה הנבעלת קטינה שטרם מלאו לה שש-עשרה שנים וחלה אחת מכמה נסיבות חלופיות, לרבות זו של מרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה, ויחד עם סעיפים 125 ו-34 לחוק העונשין העוסקים בניסיון לבצע עברה.

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

12 אליחי ולם, לעיל הערה 3, בע’ 33-35.

13 אליחי ולם, שם, בע’ 36.

14 גזר-הדין, לעיל הערה 11, פסקות 2-3.

של עשרים וארבעה חודשים, ואף חויב בפיצוי כספי לשתיים מהמתלוננות.<sup>15</sup> בקביעת העונש התחשב בית-המשפט, בין היתר, בכך שאלקובי שהה כמעט כחודש ימים בבית-המעצר, ונוסף על כך היה במעצר-בית כתשעה חודשים.<sup>16</sup> גזר-הדין הסתמך על המערכת העובדתית שפורטה בכתב-האישום המתוקן.<sup>17</sup>

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

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

*חלק ב של המאמר יבחן את עמדת בית-המשפט, כפי שפותחה בגזר-הדין, בניתוח עברת ה"התחזות כאדם אחר". חלק ג יתמקד ב"הערה" שהוסיף בית-המשפט בגזר-הדין בשאלות על מגדר והסכמה. חלק ד יבחן, מחוץ לשיח המשפטי של גזר-הדין, את השיח שיצרה הפוליטיקה ההומו-לסבית-טרנסג'נדרית בישראל סביב המקרה של חן אלקובי.*

15 שם, בפסקות 8-9.  
16 שם, בפסקה 7.  
17 שם, בפסקה 1.

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

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

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

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

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

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

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

26 שם, בפסקה 3.

27 שם, בפסקה 5.

28 שם, בפסקה 3.

29 כך מסכם בית-המשפט את הביקורת שמתחה גור-אריה על פסק-הדין. ראו מרים גור-אריה "התחזות לדמות פיקטיבית - התראות כאחר או מרמה" משפטים ה (תשל"ג-תשל"ד)

673. ראו גור-הדין, שם, פסקה 3.

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

31 גור-הדין, לעיל הערה 11, פסקה 5.

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

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

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

33 סעיף 34 לחוק העונשין.

34 כנראה שבית המשפט התכוון לומר שהפרשנות הדורשת התחזות לאדם ספציפי אינה לדעתו פרשנות סבירה לפי תכלית החוק. לדיון ביחס בין החלקים השונים של סעיף 34 ראו דנ”פ 1558/03 מדינת ישראל נ’ חליל פאוזת אסד (טרם פורסם), פסקות 15-19 לפסק-דינו של הנשיא ברק, פסקות 5-11 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ’יה (דעת מיעוט).

35 מכוח סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ”ב-1982, ס”ח 143, 43, המתיר להרשיע נאשם בעברה שאשמתו בה התגלתה מהעובדות שהוכחו לפניו, אף אם עובדות אלה לא נטענו בכתב-האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן. עם זאת ספק אם היה ראוי להפעיל סעיף זה במקרה כמו זה הנוכחי, שבו נמסרה הודאת הנאשם במסגרת הסדר-טיעון שעסק בסעיפי חוק אחרים.

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

37 גור-הדין, לעיל הערה 11, פסקה 5.

את עברת ההתחזות לאחר. היא סברה שהפרשנות שבה נקט בית המשפט לא הכירה דיה בהשפעת ההתחזות על קורבן ההונאה. קיומו או אי-קיומו במציאות של האדם מושא ההתחזות, טענה גור-אריה, אינו מעלה ואינו מוריד מבחינתו של קורבן ההונאה.<sup>38</sup> על-כן הציעה גור-אריה, לעניין עברת ההתחזות, את המבחן הבא: אם אימץ העושה לעצמו במצגו זהות מסוימת השונה מזהותו הוא והמייחדת אותו מאחרים, והקנה לה אפיונים שביכולתם להשפיע על קורבן ההונאה, יהיה ניתן לומר עליו שהציג עצמו כמי שאחר בלי קשר לשאלת הקיום הפיזי, בהווה או בעבר, של בעל אותה זהות מוצגת. לצורך הקביעה מהי זהות, הציעה גור-אריה לפנות לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965,<sup>39</sup> שלפיו מדדים לבדיקת זהות יכללו שם, לאום, דת, מצב אישי, מקום ותאריך לידה, מען וכדומה.<sup>40</sup> נוסף עוד כי לפי סעיף 2(א)(4) לחוק מרשם האוכלוסין, גם המין יירשם במרשם האוכלוסין. על בסיס פרשנות ראויה של עברת ההתחזות, ולחלופין על-פי המבחן שהציעה גור-אריה, האם אכן היה נכון להרשיע את אלקובי בעברה זו?

האם התחזה אלקובי לאדם אחר? האם התחזה לאדם פיקטיבי? בקובעו כי היה נכון להרשיע את אלקובי בעברה זו, בית המשפט קובע למעשה כי הבחור שהציג עצמו כ"קובי" הוא אדם פיקטיבי, אדם שאינו אמיתי. בית המשפט, שמתייחס לחן, יש להדגיש, בלשון נקבה, קובע כי חן אלקובי הבחורה התחזה לאדם אחר, פיקטיבי, הוא קובי הבחור, וכי בהתחזות זו היה משום אימוץ זהות מסוימת השונה מזהות האמיתית של חן. התייחסות זו לקובי הבחור כאל אדם פיקטיבי נתמכת בעובדות המפורטות בגור-הדין: "הנאשמת, במלות בית המשפט, 'שהייתה לבושה כגבר, הציגה עצמה בפני הבנות כגבר בשם 'קובי', תוך שהנאשם [ידיד של חן - א"ג] פונה אליה בלשון זכר כ'קובי' והיא מתייחסת אל עצמה בלשון זכר." "הנאשמת, אמר בית המשפט, יצרה עם המתלוננות 'קשרי אהבה וידידות תוך שהיא מתחזה לגבר." עוד הוזכר ש"כאשר עלה חשש בדבר זהותה של הנאשמת כאשר, היא הדפה חשדות אלה בהסבירה כי יש לה בת דודה בשם חן אלקובי הדומה לה מאוד, וכי אנשים מתבלבלים ביניהם".<sup>41</sup>

האם עובדות אלה מצדיקות את ההרשעה בעברת ההתחזות הדורשת כוונה להונות? כזכור קבע בית המשפט כי "מי שמציג עצמו כזכר, למרות שיש לו אברי מין נקביים - ללא ספק אחד הקריטריונים המקובלים כיום להבחנה בין זכר ונקבה - ממלא אחר היסוד העובדתי של 'התחזות'".<sup>42</sup> נראה שההתמקדות של בית המשפט היתה במה שהוא כינה הצגתו של קובי כזכר (ולא בהצגתו בשם שונה משמו הרשום כשלעצמו). יש לתת את הדעת על כך שבית המשפט ציין בזהירות שאיברי מין הם אחד "הקריטריונים המקובלים כיום" להבחנה בין זכר ונקבה, ובכך הוא פותח לדיון את השאלה אילו הם הקריטריונים הנוספים. ייתכן שבכך באה לידי ביטוי תשומת-הלב של בית המשפט למה שהוא כינה בחלק אחר של גור-הדין "התופעה של זהות מינית לא ברורה ומעבר בין המינים"

38 גור-אריה, לעיל הערה 29, בע' 674-675.

39 ס"ח 466, 270 (להלן: חוק מרשם האוכלוסין).

40 גור אריה, שם, בע' 677-678.

41 גור-הדין, לעיל הערה 11, פסקה 1.

42 שם, בפסקה 3.

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

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

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

43 שם, בפסקה 12. לדיון בדברים שאמר בית-המשפט לעניין זה ראו להלן טקסט להערות 76-81.

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

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

כטבעית, לבין קטיגוריית המגדר, שנתפסה כהבניה חברתית, באטלר מציעה קריאה חדשה של היחסים ביניהם, ובעיניה, קטיגוריית המין אינה קיימת באופן טבעי ועצמאי, אלא דווקא מיוצרת על-ידי המוסד החברתי של מגדר: באופן מסורתי, ההבחנה התיאורטית בין מין למגדר שימשה לפיתוח הטיעון כי לעומת המין הביולוגי, המגדר הוא הבניה חברתית, ולכן אין הוא תוצאה מקרית או "טבעית" של מין ביולוגי וגם אינו קבוע ויציב כמו מין. כבר מתפיסה זו של מגדר עולה כי אף אם מחזיקים בתפיסה הבינרית של מין, אין נובע מכך ש"גבר" ייגזר באופן בלעדי מגוף זכרי או ש"אשה" תיגזר רק מגוף נקבי. יתר על-כן, כדברי באטלר, אפילו אם נחזיק בתפיסה בינרית של מין כמורכב אך ורק מהצמד הניגודי זכר/נקבה, אין נובע מכך בהכרח שיש רק שני מגדרים: ההנחה של מערכת בינרית של מגדר בנויה על תפיסה שבה המגדר הוא תמונת-ראי של מין. כאשר מפתחים תפיסה של מגדר כעצמאי ממין, נובע מכך ש"גבר" או "גברי" עשויים לסמן גוף נקבי באותה מידה שבה הם עשויים לסמן גוף זכרי, ו"אשה" או "נשי" עשויים לסמן גוף זכרי באותה מידה שבה הם עשויים לסמן גוף נקבי.<sup>46</sup>

באטלר צועדת צעד נוסף מעבר לתובנה זו, וטוענת שאפילו קטיגוריית המין עצמה אינה דבר "טבעי", במובן של היותה קדם-חברתית. הקטיגוריה של מין הינה תמיד ממוגדרת מלכתחילה, ואין לה קיום טרומי למגדר. לשיטתה, אין להבין את המגדר רק כתוכן התרבותי שניתן למין, אלא גם כחלק ממערך הייצור שמקים את קטיגוריית המין עצמה. מערך המגדר, שמחלק אותנו לגברים ולנשים, הוא גם המערכת השיחית-התרבותית שהמין מיוצר בה כאילו הוא קדם-שיחני או קדם-תרבותי; המין מיוצר בה ככזה שאינו מובנה כביכול, אלא "טבעי".<sup>47</sup>

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

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

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

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

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

קודם לו או אמיתי ממנו; דראג משעתק אותו מבנה של חיקוי שבאמצעותו נרכש מגדר מכל סוג שהוא. אין שום מגדר “נאות”, מגדר שהוא נאות למין אחד ולא לאחר, שהינו כביכול רכושו התרבותי של אותו מין, שכן כל רכישת מגדר הינה סוג של חיקוי. מגדר, ממשכה באטלר, הוא סוג של חיקוי שאין לו מקור.<sup>50</sup> כשאנו ממלאים תפקיד מגדרי של גבר, אנו מחקים את “היות גבר”, ואיננו עושים משהו הנובע באופן טבעי מעובדה ביולוגית. גבר שממלא תפקיד מגדרי של גבר מבצע תמיד “חיקוי” של גבריות, בין אם איברי המין שלו זכריים ובין נקביים. לפיכך, אצל באטלר, לפרפורמנס של גבריות שזכר מבצע ולפרפורמנס של גבריות שנקבה מבצעת יש אותו מעמד אונטולוגי, שכן שניהם מהווים חיקוי במידה שווה, והאחד אינו אותנטי או אמיתי יותר מהאחר.<sup>51</sup>

עם זאת, ההופעה המגדרית היא הופעה כפויה, ולכן, התנהגות שאינה עולה בקנה אחד עם הנורמות שלה – הנורמות ההטרסקסואליות – גוררת כפי שהמקרה של אלקובי אכן מראה, נידוי, ענישה ואלימות.<sup>52</sup> המעשים והמחזות שמהווים את הפרפורמנס נתונים למשטור חברתי חמור ביותר, שמגביל ומארגן אותם סביב שתי זהויות מגדריות מקוטבות ויציבות, קרי גבר ואשה. המשטור המגדרי, שבאטלר מכנה “הפיקציה של קוהרנטיות הטרסקסואלית”, הוא שמוליד את הכלל שמחייב הלימה בין מין ביולוגי, מגדר ותשוקה. תוצאה זו של המשטור מוצגת כמצב טבעי, כאילו המין הביולוגי מצמיח בהכרח ובאופן ספונטני את המגדר כמהות פסיכולוגית פנימית שמשקפת אותו, ומהות פנימית זו מולידה – ספונטנית כביכול – תשוקות והתנהגות מיניות נאותות של אותו מין/מגדר.<sup>53</sup> בעקבות מוניק ויטיג (Wittig), באטלר מצביעה על כך שקטיגוריית המין (הטבעי כביכול) הכרחית לקיום ההטרסקסואליות (הכפויה) כמוסד המאפשר את ניצול הנשים, מכיוון שרק אם מניחים את קיומו של הבדל מהותי ומבחין (“טבעי”) בין המינים ניתן להניח זיקה הכרחית ובלתי־נמנעת ביניהם, הנחה שהיא אקסיומה של ההטרסקסואליות.<sup>54</sup> כך המערך שבאטלר מתארת, הבנוי על בינריות מגדרית ועל תפיסה שהתפקיד המגדרי נובע כביכול באופן טבעי ממין ביולוגי, בינרי אף הוא, הינו חלק ממנגנון ההטרסקסואליות הכפויה.

50 בטלר, לעיל הערה 1, בע' 336; זיו, לעיל הערה 48, בע' 197; Butler, *ibid*, at pp. 137–138; ובתרגום: בטלר, שם, בע' 209–210.

51 זיו, שם, בע' 197.

52 בטלר, לעיל הערה 1, בע' 339.

53 Butler, *supra* note 46, at pp. 134–141; ובתרגום: באטלר, לעיל הערה 48, בע' 207–213; זיו, לעיל הערה 48, בע' 196.

54 Butler, *ibid*, at pp. 1–34, 110–128; זיו, שם, שם. המונח “הטרסקסואליות כפויה” נטבע על־ידי אדריאן ריץ' (Rich), ראו אדריאן ריץ' “הטרסקסואליות כפויה והקיום הלסבי” מעבר למיניות: מבחר מאמרים בלימודים הומו־לסביים ותיאוריה קווירית (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר, עורכים, ישראל מאיר מתרגם, 2003) 73. לפיתוח של באטלר בנושאים אלה ראו גם ג' באטלר קוויר באופן ביקורתי (מתרגמת: דפנה רו, 2001). לסקירת הגותה של באטלר ראו גם מירי רוזמרין “בין חזרה לשכתוב: ג'ודית באטלר והפרפורמטיביות של זהות” קוויר באופן ביקורתי (מתרגמת: דפנה רו, 2001) 7. למיקום הגותה של באטלר בהתפתחות התיאוריות הפמיניסטיות והקוויריות ראו אייל גרוס ועמליה זיו “בין תיאוריה ופוליטיקה: לימודים הומו־לסביים ותיאוריה קווירית” מעבר למיניות – מבחר מאמרים בלימודים הומו־לסביים ותיאוריה קווירית (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, 2003) 9, 15–16.

תפיסה זו של מגדר כזהות שהינה תמיד פרפורמנס, תמיד חיקוי, חושפת את הכשל בקביעת בית־המשפט כי חן אלקובי האשה התחזתה לאדם אחר, פיקטיבי. עמדת בית־ המשפט מבוססת על ההנחה שהתפקיד המגדרי הנשי חייב לנבוע בטבעיות מאיברי המין הנקביים שיש לאלקובי. עמדה זו נותנת עדיפות (אם לא בלעדיות) אונטולוגית לנקבה שממלאת תפקיד מגדרי של אשה על הנקבה שממלאת תפקיד מגדרי של גבר. הראשונה נחשבת אמיתית, השנייה הינה פיקטיבית או חיקוי. באטלר מערערת על הדיכוטומיה הכפויה הזאת בהציעה לראות את שתיהן כאמיתיות או פיקטיבות באותה מידה. לשיטתה של באטלר, חן אלקובי כבחורה הינה לא פחות פרפורמנס ולא פחות התחזות – וגם לא יותר אמת – מחן אלקובי כבחור. הרשעת אלקובי בהתחזות מייצגת גם את תמיכת בית־המשפט בהטרנסקסואליות הכפויה כפי שתיארה אותה באטלר: מהדין בעברת ההתחזות בגזר־הדין עולה תפיסה של המגדר כבינרי וכנובע מהמין, ושל התפקיד המגדרי הנשי כנובע באופן טבעי ואמיתי מאיברי המין הנקביים. אלה תפיסות שעומדות בבסיס ההטרנסקסואליות הכפויה, והן חוזרות וכופות את מערכת הסדר ההטרנסקסואלי על חן אלקובי. לאור זה אפשר להבין את הסתמכותו של בית־המשפט על איברי המין הנקביים כקריטריון זהות מכריע – אף שבית־המשפט מודה שהוא רק אחד מהקריטריונים, ואינו מסביר מדוע הוא הקריטריון המכריע: איברי המין נתפסים כחיוניים למין ההטרנסקסואלי, המבוסס על חדירה של איבר־המין הזכרי לזה הנקבי, והבחירה בהם כקריטריון מכריע מבטיחה שימור של סדר המין ההטרנסקסואלי.

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

55 גזר־הדין, לעיל הערה 11, פסקה 1.

56 סעיף 4(2) לחוק מרשם האוכלוסין.

57 סעיף 3 לחוק מרשם האוכלוסין.

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

זאת, בשל עסקת־הטיעון שבמסגרתה הודה אלקובי בכתב־האישום המתוקן, לא הגיע הדבר לכלל דיון.

קביעת המין – או המגדר – של אדם לצרכים משפטיים הינה שאלה מורכבת במיוחד כשאנו עוסקים באנשים שאינם מתנהלים לפי הוהות המגדרית המצופה מהם. המונח ”טרנסקסואל” משמש כינוי לאנשים ה”משנים את מינם” מהמין הביולוגי לתוכו נולדו (המונח מקושר היסטורית לאנשים שעברו או מתעתדים לעבור טיפול רפואי, לרבות ניתוח, למטרת שינוי המין), והמונח ”טרנסג'נדר” משמש בצורה רחבה יותר כמונח כיוסי כולל לתיאור אנשים החוצים בצורה זו או אחרת את גבולות המין והמגדר אף אם לא ”שינו את מינם” בצורה רפואית.<sup>59</sup> אדון בקטיגוריות אלה בהמשך. אך יש לתת את הדעת על כך שהמשמעות של רישום המין אינה מוגבלת לאנשים שמשנים את מינם: הבעיה נעוצה בעצם הקביעה שכל אדם אמור להירשם כזכר או כנקבה. קביעה זו משקפת את התפיסה הבינרית של מין, המיוצרת לפי באטלר על־ידי עקרון ההטרנסקסואליות הכפויה ונחוצה לה לשימורה. המשפט מניח אם־כן תפיסה בינרית של מין ושל מגדר אף שהמציאות מורכבת יותר, הן לגבי מין והן לגבי מגדר. המין, הנחשב לביולוגי ול”פשוט”, שנרשם במרשם האוכלוסין, נרשם לרוב על־פי הגניטליה (איברי המין) של הנולד. אולם סיבוך הזיהוי באמצעות גניטליה קורה בהולדת אינטרסקסואלים (שכוננו בעבר ”הרמפרודיטים”), שנולדים עם אנטומיה שאינה זכרית או נקבית במובהק ועם איברים לא־ברורים. יילודים אלה מנותחים לעיתים קרובות כדי ”לתקן” את הגניטליה ולעשות אותם לזכר או נקבה ”ברורים”.<sup>60</sup> יתר על־כן, אף כי קביעת המין נעשית לרוב לפי הגניטליה, יש למעשה כמה גורמים שקובעים את מינו הביולוגי של אדם: (1) מין כרומוזומלי או גנטי – XY או XX; (2) מין גונדלי – אשכים או שחלה; (3) מין מורפולוגי פנימי (לרבות קיום רחם); (4) מין מורפולוגי חיצוני, קרי איברי המין – פינ או פות; (5) מין הורמונלי – אנדרוגנים או אסטרוגנים; (6) מין פנוטיפי – שיער פנים וחזה או שדיים. לאלה מצטרפים גורמים נוספים הקובעים את הוהות המינית של אדם מעבר למין הביולוגי: המגדר שניתן לאדם ושהוא גדל לתוכו, והוהות המינית שלו בתפיסתו העצמית. גורמים אלה חופפים אצל רוב האנשים, אך לא אצל כולם.<sup>61</sup> אנשים אינטרסקסואלים כאמור הם כאלה שיש אצלם דו־משמעות או אי־מובהקות באחד מששת הגורמים הביולוגיים, או לחלופין אי־התאמה בין הגורמים לבין עצמם.<sup>62</sup> המונח טרנסקסואל, ובאופן רחב יותר טרנסג'נדר, משמש לתיאור אנשים שאין אצלם התאמה בין המגדר ותחושת הוהות המינית בתפיסתם העצמית ובין המין הביולוגי כעולה מהגורמים השונים הקובעים אותו.<sup>63</sup> לצד העובדה

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

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

61 Greenberg, *ibid*, at p. 278

62 Greenberg, *ibid*, at p. 281

63 Greenberg, *ibid*, at pp. 289–291

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

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

- Gilbert Herdt (Ed.) *Third Sex, Third Gender: Beyond Sexual Dimorphism in Culture and History* (New York, 1996) 64
- לסקירות וניתוחים מקיפים של הפסיקה המשווה בנושא זה, ראו: Greenberg, *supra* note 60, at pp. 296–318; Sharpe, *supra* note 59, at pp. 39–134; Stephen Whittle *Respect and Equality: Transsexual and Transgender Rights* (London, 2002) 1–18, 131–172; Whittle, *supra* note 43; Susan Keller "Operations of Legal Rhetoric: Examining Transsexual and Judicial Identity" 34 *Harv. C.R.-C.L. Rev.* (1999) 329 <http://www.transgenderlaw.org/cases/index.htm>; ראו גם מאגר פסיקה בנושא: <http://www.transgenderlaw.org/cases/index.htm> 65
- פסק־הדין המפורסם שייצג עמדה זו ניתן בבריטניה, ראו: 2 *Corbett v. Corbett* [1970] All E.R. 33 66
- ראו למשל באוסטרליה: Appeal EA 97/2001 *The Attorney General for the Commonwealth v. Kevin and Jennifer* (21.2.2003) (Not published), available at <http://www.transgenderlaw.org/cases/InReKevinAppealDecision.pdf> 67
- בארצות־הברית ראו: Case 98-5375CA in *Re The Marriage of Michael J. Kantaras* (21.2.2003) (Not Published), available at <http://www.transgenderlaw.org/cases/ArthurLeonard>; *kantarasopinion.pdf*; לניתוח החלטה זו ומשמעותה, ראו: Arthur Leonard "Transsexual Dad Wins Custody" *Gay City News* 6.3.2003–28.3.2003, available at <http://www.gaycitynews.com/gen209/transsexualdadwins.html>. הסניגור הביא שתי החלטות אלה לבית־הדין הישראלי בעניין אלקובי, אך בית־המשפט לא מצא בהן כל רלוונטיות, כדבריו. ראו גור־הדין, לעיל הערה 11, פסקה 7.
- Goodwin v. United Kingdom*, 35 E.H.R.R. 18, 447 (2002) 68
- 2002, חייב את המדינות להכיר בזהות החדשה של טרנסקסואלים באופן שונה מהותית מפסיקתו הקודמת של בית־הדין האירופי לזכויות־אדם.

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

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

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

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

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

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

### ג. "אתה חברה שלי":<sup>73</sup> גזר־הדין על מגדר והסכמה

#### 1. מגדר

אחרי שקבע שהיה ניתן להרשיע את אלקובי בעברת ההתחזות ולאחר קביעת גזר־הדין, הוסיף בית־המשפט בסיום גזר־הדין "הערה על מגדר ועל הסכמה לעניין עברות מין". כאמור, במסגרת הדיון בעברת ההתחזות התייחס בית־המשפט לזהות הגברית של אלקובי כאל התחזות וזהות של אדם פיקטיבי. ב"הערה" על סוגיית המגדר התייחס בית־המשפט לעדויות שהובאו במסגרת הטיעונים לעונש: עדותה של ד"ר אילנה ברגר, מנהלת המרכז למיניות ולזהות מינית, שהדגישה כי מגדר וזהות מינית אינם תלויים רק באיברי־המין; עדותה של נורה גרינברג, שסיפרה כי נולדה וחיה כזכר, ובשנות הארבעים לחייה עברה תהליך לשינוי מין וכיום היא אשה; ועדותו של א"ט, ששירת בצה"ל כמדריך קרב מגע, ובית־המשפט הדגיש שחזותו הגברית והשרירית אינה יכולה לרמוז כי מאחוריה מסתתר מי שמוגדר עדיין בתעודת הזהות כ"נקבה". בית־המשפט הדגיש כי העדים לא הובאו כמומחים, ולכן אין הוא מוצא לנכון להידרש לתופעת הטרונסג'נדרים ולהשלכותיה במישור המשפטי והחברתי, אך בכל־זאת מצא לנכון לומר מילים אחדות בנושא.<sup>74</sup> בהקשר זה ציין בית־המשפט שהתופעות של "זהות מינית לא ברורה והמעבר בין המינים" יעסיקו יותר ויותר את החברה, את המחוקק ואת בתי־המשפט, וכן הוסיף ואמר כי "בשנים האחרונות הוקמו באקדמיה [...] מחלקות וקתדראות העוסקות בטיבו ומהותו של הג'נדר. חידושי לשון כ'מגדר', 'תיאוריה קוירית' ועוד, כבר מתגלגלים על לשוננו מצוות אנשים מלומדה". אחרי שהזכיר סרטים אחדים שהציגו כדבריו את שבירת הזהות המינית וטשטוש הגבולות בין המגדרים, כגון מאדאם באטרפליי, משחק הדמעות, הכל אודות אמא ופרסיליה מלכת המדבר,<sup>75</sup> ציין בית־המשפט כי הוא מוכן לקבל את דברי העדים, כמו גם

72 ראו להלן בפרק ג.

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

74 גזר־הדין, לעיל הערה 11, פסקה 11.

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

את דברי הנאשמת (בלשוננו), כי הרגשתה כטרנסג'נדר היא כשל גבר בכל המובנים, דהיינו הרגשת גבר הכלוא בגוף אשה. עם זאת, ולכך אשוב בהמשך, דחה בית המשפט את הטענה כי אין מוטלת על הטרנסג'נדרים חובה לגלות למי שהם מבקשים את קרבתו האינטימית “את העובדה שהם בעלי אברי מין זכריים או נקביים”.<sup>76</sup> בית המשפט הבחין והדגיש מפורשות שאדם לא יואשם בהתחזות אם ייראה כזכר ויתנהג כזכר או ילבש בגדי גבר אף אם הוא בעל איברי מין נקביים (ולהיפך), ובמקרה זה יש לראות אותו לא כמי שהתחזה, אלא כמי שנהג בהתאם לתחושתו ולזהותו הפנימית והרגשית. יש להתיר ולכבד את ההתנהגות הזאת, כדברי בית המשפט. אך כל זה אמור עד לרגע של קשירת קשר חברתי-אינטימי, עת תחול חובת הגילוי של היותו “זכר” או “נקבה” במה שבית המשפט מכנה “המובן הצר והמקובל כיום בחברה”, שכן אחרת אין מתקיימת הסכמה חופשית ליהסיון של בן-אדם או בת-הזוג.<sup>77</sup>

על פניו, בחלק זה של גזר-הדין, 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 חווה בלבול בין נטייתה להתנהג על-פי המגדר הגברי לבין הבנתה כי בסיטואציות מסוימות היא נדרשת להתנהג כבחורה.<sup>78</sup> לכאורה, היה בית המשפט אמור להתיר ולכבד את ההתנהגות הזאת, אולם למרות קביעות אלה, שלפיהן אדם יכול לחיות לפי הזהות המגדרית התואמת את תחושתו ואת זהותו הפנימית והרגשית עד לרגע של קשירת קשר חברתי-אינטימי, אלקובי מוחזר להיות בחורה ואשה לכל אורך גזר-הדין: בית המשפט מתייחס אליו בלשון נקבה לאורך כל גזר-הדין,<sup>79</sup> בניגוד לקביעתו בדבר הצורך להתיר ולכבד את ההתנהגות המגדרית של אדם הנהג לפי תחושתו וזהותו. גזר-הדין פותח בציטוט משירו של שלום חנוך “זו לא גברת זה אדון”, ומבשר ש“במקרה שלפנינו, נתברר כי האדון הוא גברת”.<sup>80</sup> כבר בפתיחת גזר-הדין מבשרים לנו אס-כן שאלקובי היא לא רק בעלת איברי מין נקביים, אלא היא גברת. כמובן שההרשעה בהתחזות לאדם אחר, אדם פיקטיבי, אף היא שוללת את קיומו של חן או קובי, החי לפי זהותו המגדרית התואמת את תחושתו וזהותו הפנימית והרגשית. יש להדגיש כי הערת בית המשפט מסייגת לכאורה את ההרשעה בעברת התחזות, בכך שבית המשפט קובע כי ברגיל לא יואשם אדם בהתחזות אם הוא חי לפי זהותו המגדרית הנבחרת, אלא כאשר הוא קושר קשר חברתי-אינטימי עם זולתו. אם כך, לא ברור כיצד קביעה זו עולה בקנה אחד עם ניתוח עברת-ההתחזות שהציע בית המשפט בגזר-הדין, שכן ניתוח זה אינו מבחין ביסודות העברה, כפי שפירש אותם בית המשפט, בין הסיטואציה של “קשר חברתי-אינטימי” לבין

76 גזר-הדין, לעיל הערה 11, פסקה 12.

77 שם, בפסקה 13.

78 שם, בפסקה 7.

79 אף-על-פי שלעדים נורה גרינברג וא”ט הוא מתייחס בלשון התואמת את הזהות המגדרית שלהם.

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

סיטואציות אחרות. עברת ההתחזות כוללת אומנם את היסוד של "בכוונה להונות", אך יסוד זה עשוי לא להיות מוגבל לסיטואציה של קשר מיני או זוגי, וכך בית-המשפט פותח למעשה בקביעתו לגבי עברת ההתחזות את האפשרות להאשמת אנשים שאינם חיים בזהות המינית התואמת את איברי המין שלהם בהתחזות גם בסיטואציות נוספות, שאינן כוללות קשר אינטימי. אומנם, יש לקרוא את ההרשעה צמוד להערה זו של בית-המשפט, אך ספק אם יש בהערה על-אודות המגדר כדי לשנות את קביעתו הפרשנית של בית-המשפט לגבי עברת ההתחזות. יתר על-כן, יש להדגיש כי בית-המשפט לא הגביל את חובת הגילוי למצב של יחסי מין. הוא דיבר על "קשר חברתי-אינטימי", אך מעובדת הרשעתו של אלקובי בעברת ההתחזות עולה חובת גילוי רחבה לא רק בקשר לאישום בניסיון לאיננוס, אלא גם בקשר למתלוננות שעמן פיתח יחסי ידידות וחברות (ועם אחת מהן התנשק). לאור ההתייחסות לאלקובי כאל "גברת" לאורך גזר-הדין כולו, ולאור הקביעה שאלקובי הבחור הוא אדם פיקטיבי, הוא התחזות, נדמה שאכן "מגדר" ו"תיאוריה קווירית" נשארו בגזר-הדין, במידה רבה, כפי שכינה אותם בית-המשפט, מבלי משים ואולי עם משים, "חידושי לשון" ו"מצוות אנשים מלומדה" בלבד.

בהקשר זה יש גם לתהות על קביעתו של בית-המשפט שככלל, אנשים אינם חייבים לגלות את הזהות המינית הגניטלית שלהם אלא כאשר הם יוצרים קשר אינטימי. מדוע ייחד בית-המשפט ספרה זאת וקבע שרק בה חלה חובת הגילוי? נדמה שיש להבין מהלך זה לא רק בכך שבספרת המין אנו מייחסים חשיבות רבה למין של בן-בת-הזוג שלנו, אלא גם בכך שקביעה זו מבטאת למעשה חשש מהומוסקסואליות: מתן היתר לאנשים בעלי איבר מין זכרי לקיים יחסים עם גברים, או לאנשים עם איבר מין נקבי לקיים יחסים עם נשים, מבלי שיגלו לשותפיהם את ה"אמת" על איברי המין שלהם עשוי, לפי תפיסת בית-המשפט, לחשוף את השותפים להומוסקסואליות לא-רצונית ולא רצויה.<sup>81</sup> במובן זה, תפיסת הנזילות המגדרית שבית-המשפט מציע מסויגת ומוגבלת, והיא מסתיימת במקום שבו חצייתם של גבולות המגדר מאיימת על ההטרסקסואליות הכפויה.

## 2. הסכמה

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

81 אכן, בדונו בשאלת ההסכמה והיותה תלויה תרבות, הפנה בית-המשפט לפסקי-דין ומאמרים אקדמיים שעסקו בכויות של הומואים ולסביות, ובכך ראייתו את העניין בולטת כעניין של מין הומוסקסואלי. שם, בפסקה 14. על הדרך שבה הומופוביה משפיעה על ההכרה בטרנסג'נדרים, ראו: Sharpe, *supra* note 59, at pp. 10–12, 89–134; Andrew Sharpe "Institutionalizing Heterosexuality: The Legal Exclusion of 'Impossible' (Trans)sexualities" *Legal Queeries – Lesbian, Gay and Transgender Legal Studies* (London & New York, Leslie Moran, Daniel Monk & Sarah Beresford Eds., 1998) 26

המעשה<sup>82</sup>, וכי מעשה מגונה יהיה לפלילי אף הוא אם נעשה בנסיבות של הסכמה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה.<sup>83</sup> כתב-האישום התייחס למרמה בשאלה של מיהות העושה.<sup>84</sup> מאחר שהרשעות אלה היו במסגרת עסקת-הטיעון, ולהבדיל מן ההרשעה בעברת ההתחזות, לא כפר בהן הסניגור בשלב הטיעונים לעונש, לא נדרש בית-המשפט לתת החלטה מנומקת לגבי מידת יישומן במקרה זה. עם זאת, ב”הערה על מגדר ועל הסכמה לעניין עברות מין”, שהוא מצא לנכון לתת “לפני סיום” גזר-הדין, התייחס בית-המשפט במעט לשאלות אלה. בהקשר זה הוא קבע, כאמור לעיל, שבעוד שברגיל אין אדם חייב “לזהות”, כדברי בית-המשפט, את “מינו” לפני הסובב אותו, הרי “כאשר פלוני קושר קשר חברתי-אינטימי עם זולתו, עליו לחשוף בפני הצד השני את היותו ‘זכר’ או ‘נקבה’ במובן הצר והמקובל כיום בחברה”. כאשר נוצרים יחסי אהבה וקשרים אינטימיים, קבע בית-המשפט, כל “הסכמה” של בן- או בת-הזוג שהושגה ללא ידיעה על “עובדה מהותית” זו מבוססת על פגיעה באוטונומיה של בן-הזוג, ואינה “הסכמה חופשית”. בעיני החוק, קובע בית-המשפט, “מקום בו פלוני מקיים יחסים אינטימיים מבלי לסבר אוזנו/ה של בן- בת-הזוג אודות מינו הגנטי-ביולוגי, יראו בכך תרמית ומצג שווא בדבר ‘מיהות העושה’.<sup>85</sup> גם דרישה מוצדקת לשינוי חברתי בהתייחסות לתופעת הטרוסג’נדים, כדברי בית-המשפט, אין בה כדי להחליף דרישה מוצדקת לספק הגנה משפטית לנשים כאשר זו נחוצה.<sup>86</sup> בית-המשפט מסכם ואומר: “מקום בו מתפתח קשר רומנטי-אינטימי-אירוטי בין שניים/שתיים, הזהות המינית-ביולוגית של כל אחד מבני הזוג היא יסוד מהותי בקשר שביניהם. בנסיבות כאלו, הסתרת הזהות המינית נתפסת כמעשה לא הוגן, כהולכת שולל בנקודה רלוונטית היורדת לשורש היחסים בין השניים ומגיעה לכדי הטעייה ותרמית באשר לטיב המעשה ולמיהות העושה. אי התערבות המשפט הפלילי במקרים כגון דא, אין פירושה השארת הרומנטיקה על כנה, כי אם הפקרה של קורבנות חשופים למרמה.” דברים אלה, מדגישים בית-המשפט, נאמרים הן לצורך מקרה זה והן בבחינת “הערת אזהרה” למקרים דומים בעתיד.<sup>87</sup> בהקשר המרמה יש להזכיר כי בית-המשפט ציין בגזר-הדין כי אפילו היה מקבל את הטענה כי לא ניתן להרשיע את אלקובי בעברת ההתחזות, היה ניתן להרשיעו בעברה של קבלת דבר במרמה.<sup>88</sup>

מתי אם-כן נוצרת מרמה לגבי מיהות העושה? בית-המשפט מציב בגזר-הדין דרישה לפני אלקובי והדומים לו להצהיר ברגע כלשהו על “הזהות הגנטית-ביולוגית” ולחשוף את היותם “זכר” או “נקבה” במובן הצר והמקובל כיום בחברה. בית-המשפט דורש מהאדם לחשוף איזו אמת ביולוגית על-אודות עצמו ברגע האינטימי. קביעה זו מניחה ביסודה שבאופן כלשהו, איברי המין הם הקובעים למרות הכל, לפחות במסגרת קשר חברתי-

82 ראו לעיל הערה 10.

83 ראו לעיל הערה 9.

84 ראו לעיל הערות 9-11 והטקסט להן.

85 גזר-הדין, לעיל הערה 11, פסקה 13.

86 שם, בפסקה 14. בגזר-הדין נאמר: “דרישה מוצדקת שלא לספק הגנה משפטית לנשים.” אני מניח שהמלה “שלא” מיותרת, וכי מדובר בטעות-סופר.

87 שם, בפסקה 15.

88 ראו לעיל הערות 35-37, 72 והטקסט להן.

אינטימי, ועל האדם שחי בזהות מגדרית שונה ממה שאיברים אלה מסמנים להצהיר על כך בשלב כלשהו של התפתחות קשר רומנטי-אינטימי-אירוטי. קביעה זו מעלה שאלות לפחות בשני מישורים.

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

עדותו של א"ט מעלה אס-כן את השאלה מהו מינו - או שמא מגדרו - הקובע של אדם. נזכיר גם כי החלטת בית-המשפט אינה מתייחסת לשאלה אם חובת הגילוי חלה גם על טרנסקסואל שעבר ניתוח לשינוי מין, אדם ששונן איברי המין שלו, ועתה יש לו איברי מין התואמים את זהותו המגדרית החדשה. כזכור, טרנסקסואל כזה אף יהיה רשום בתעודת הזהות לפי זהות המגדר החדשה שלו. האם עליו לגלות, לפי גזר-הדין, את העובדה שעבר שינוי מין כשהוא מקיים קשר רומנטי-אינטימי-אירוטי? במבט ראשון נראה שקביעה זו בגזר-הדין לא תחול עליו, שכן בית-המשפט הדגיש את אמת-המידה של איברי המין הקיימים בפועל כגורם מכריע בקביעת הזהות, אך כפי שצוין לעיל, זה רק אחד הגורמים הקובעים את מינו הביולוגי של אדם. ניתוח שינוי מין עשוי לשנות את איברי המין בפועל ואף מוביל לרישום מין חדש בתעודת הזהות, אך ייתכן בהחלט שהטרנסקסואל המנותח שייך, מבחינת היבטים אחרים של המין הביולוגי, גם למינו הקודם, והרי בית-המשפט דיבר על הצורך לסבר את האוזן על-אודות המין ה"גנטי-ביולוגי". האם טרנסקסואל מנותח צריך לגלות שהמין הכרומוזומלי שלו אינו תואם את איברי המין שלו והזהות המגדרית שלו?

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

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

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

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

90 (לא פורסם).

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

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

במקרה אחר הציג עצמו הנאשם כרב, איש דתי ומקובל העושה מעשי כישוף ועוזר לאנשים;<sup>93</sup> ובמקרה נוסף הציג עצמו הנאשם כעוסק באסטרולוגיה.<sup>94</sup> בכל המקרים האלה דובר למעשה במרמה לגבי עיסוקם של האנשים, שהובילה להסכמת המתלוננות למעשים המגוונים. רק מקרה אחד הידוע לי בפסיקה הישראלית עסק בהתחזות לבן המין האחר. מקרה זה הוא של קצין שקיים יחסי מין אורליים עם שני חיילים ששירתו ביחידתו תוך שהוא מתחזה לבחורה. במקרה זה דובר בקצין שהציע לחיילים מיחידתו לקיים מגע מיני אורלי עם חיילת שסירבה להזדהות. החיילים קיימו את היחסים עם הקצין – שלבש אפודה מבושמת בבושם נשי – כשידיהם אזוקות ועיניהם מכוסות, כך שלא יכלו לראות כי מדובר בקצין עצמו, ולא בחיילת. באחד משני המקרים, אחרי המגע המיני הראשון, שאל הקצין את החייל אם הוא נהנה מהמגע המיני, ולאור תשובתו החיובית, התקיים מגע נוסף. אך התגלו אצל החיילים חשדות, ולאחר שהתגלתה זהותה האמיתית של "החיילת", הועמד הקצין לדין. במקרה זה נערכה עסקת טיעון שבמסגרתה הומרה עברת המעשה המגונה בעברות קלות יותר של התנהגות פסולה במקום ציבורי<sup>95</sup> והתנהגות שאינה הולמת.<sup>96</sup> הקצין לא טען – או לפחות לא קיבל הדבר ביטוי בהכרעות הדין – שהוא מזדהה או חש כאשה, וחוותה הדעת הפסיכיאטריות שהוגשו לבית המשפט ייחסו את מעשיו למשברים נפשיים. בית הדין הצבאי לערעורים כינה את עסקת הטיעון ואת המרתה של עברת המעשה המגונה בעברות קלות יותר "עניין תמוה", ובניגוד לעסקת הטיעון, הטיל על הנאשם עונש מאסר בפועל של ארבעה חודשים, שאותן ריצה הנאשם בעבודה צבאית.<sup>97</sup>

בארצות הברית התנהל בשנים 1994–1995 משפט שדמה במפתיע למשפט אלקובי:<sup>98</sup> שון אוניל נולד כנקבה, אך חי כנער וקיים יחסי מין עם ארבע נערות. אחרי שגילו הנערות והוריהן את העובדות על עברו של שון, נהפך מה שהיה רומן נעורים להאשמה

93 ת"פ (ת"א) 549/90 מדינת ישראל נ' רן ג'רבי, פ"מ נב(3) 494.

94 תפ"ח (ת"א) 4042/98 מדינת ישראל נ' ירושלמי (טרם פורסם).

95 סעיף 216(א1) לחוק העונשין.

96 סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו–1955, ס"ח 189, 171.

97 במ"צ 96/134 התובע הצבאי נ' סרן י.א.; עבמ"צ 96/241 סרן י.א. נ' התובע הצבאי הראשי.

98 וזאת בניגוד לקביעתו של בית המשפט שכתב האישום פרש "מערכת עובדתית חריגה ונדירה במקומותינו, שדומה כי טרם נראתה בישראל ובמדינות הים". ראו גור-הדין, לעיל הערה 11, פסקה 1. גם בבריטניה התקיים משפט על רקע דומה: ג'ניפר סונדרס הואשמה והורשעה בתקיפה מגונה בקשר למערכות יחסים מיניות שקיימה עם שתי בחורות. אלה טענו שנתנו את הסכמתן למין על-סמך כך שסונדרס הציגה עצמה כגבר. סונדרס טענה שהמתלוננות ידעו שהיא אשה, וכי היא הציגה עצמה כגבר רק בנוכחות קרוביהן וחבריהן של המתלוננות, וזאת לבקשתן. סונדרס הורשעה בשנת 1991 ונידונה לשש שנות מאסר. בית המשפט לערעורים הפחית את עונשה לשנתיים מאסר. *Regina v. Jennifer Lynne Saunders, crown court at Doncaster* (20 September, 1991); *Regina v. Jennifer Lynne Saunders court of appeal, criminal division, royal court of justice* (12 June, 1992) (לא פורסם). פסקי הדין מתוארים ומנותחים בהרחבה, ובאופן שמשליך גם על עניין אלקובי, במאמר: Anna Marie Smith "The Regulation of Lesbian Sexuality through Erasure: the Case of Jennifer Saunders" *lesbian erotics* (New York, Narla Jay ed., 1995) 162.

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

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

99 המשפט של שון אוניל נודע כ: 94CR3290 *People v. Clark* (Not Published) (שרון קלארק היה השם שניתן לאוניל בלידתו). המשפט מתואר בפירוט במאמר Jennifer Nye "The Gender Box" 13 *Berkeley Women's L. J.* (1998) 226 גם כמה הפניות לפרוטוקולים של המשפט. עוד על המשפט של שון אוניל, ראו: Patrik *Califia Sex Changes – Transgender Politics* (San Francisco, 2nd ed., 2003) 234–237.

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

101 פוגין, שם, בע' 171–172.

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

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

104 גורי-הדין, לעיל הערה 11, פסקה 15.

105 פוגין, לעיל הערה 100, בע' 185.

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

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

ניתן לחשוב על מצבים נוספים שבהם ספק אם היינו סוברים שעל אדם לגלות ביוזמתו פרטים שונים, גם אם הם עשויים להיות חשובים בעיני האשה שעמה הוא מקיים יחסים: נאמר שאני אדם מזרחי ש"השתכנז" וחזותי אשכנזית; האם עלי לגלות עובדה זו לבת־זוג (או לבן־זוג)? אם זו עובדה מהותית ורלוונטית לאשה בבחירתה עם מי לקיים יחסים, האם עלי להתחייב בפלילים אם איני מגלה עובדה זו, ומתברר שבת־הזוג רוצה להתקשר ולקיים יחסים אינטימיים רק עם אשכנזים (מטעמים גזעניים)? האם, כאשר יתגלה לבת־הזוג שאני מזרחי למעשה (או שנולדתי למשפחה מזרחית) יהיה ניתן לומר שבת־הזוג רומתה לגבי מיהות העושה? לפי המבחן של פוג'ין, יידרש שהגבר לפחות חשד שהאשה אינה

106 פוג'ין, שם, בע' 176–180.

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

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

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

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

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

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

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

עדתי.<sup>111</sup> בשתי הרמות האלה – שלילת יחסים עם מי שמשנה את מינו והפליה ביחסים לפי המין – האם ההרשעה של אלקובי אינה נותנת הגנה מפני פגיעה שנתפסת או נחווית כפגיעה רק כי אנו חיים בחברה טרנספובית והומופובית?<sup>112</sup> האם הפגיעה במתלוננות (בהנחה שמקבלים את גרסתן העובדתית) היא פגיעה רק משום שהן לא ידעו על הגניטליה של אלקובי, או שמא מקורה גם בעובדה שהן נחשפו למין שנתפס כמין הומוסקסואלי? האם הפגיעה נעוצה בעצם חווייתן של המתלוננות, או שמא התפיסה החברתית לגבי סוג היחסים שהן חוו "מכריחה" אותן לראות את החוויה כפגיעה? האם מה שהן חשו כלפי אלקובי (המשיכה, האהבה), שהניע אותן לקיים איתו יחסים, תלוי בדבר, דהיינו באיברי המין של קובי? גם אם נניח שהן רצו לקיים יחסים אך ורק עם "גבר", האם הדבר שמושך אותנו ל"גבריות" או ל"נשיות" הם בהכרח איברי המין, או מכלול של התנהגות מגדרית? מה מסתתר מאחורי האידיאולוגיה שמסמנת את איברי המין כמכריעים לעניין הזהות המינית? האם הפגיעה שחוו המתלוננות היא תוצר של טרנספוביה והומופוביה שקיימת גם אצלן? והאם פגיעה שזו בסיסה ראויה להגנה משפטית? העלאת שאלות אלה לא באה לשלול את חוויית הפגיעה של המתלוננות, שחשו מרומות לגרסתן, ושהאוטונומיה המינית ועולם התשוקה שלהן ראויים גם הם להגנה. אך הכרה בפגיעה שלהן אינה יכולה, לדעתי, לפטור אותנו מדיון בשאלה: מה נתפס בחברה שלנו כפגיעה ומדוע? בשאלה: מתי הכרה בפגיעה שנפגע אדם אחד גוררת פגיעה באדם אחר? ובשאלה: מהו תפקידו של בית־משפט במערך מורכב זה?

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

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

112 ראו דברי בית־המשפט כי שאלת ההסכמה הינה תלויה תרבות ומוסכמות תרבותיות וחברתיות, וייתכן שיחולו בה שינויים עם שינויי העיתים והתמורות ושינוי בנהגים מיניים. ראו גורי־הדין, לעיל הערה 11, פסקה 14.

113 ראו לעיל טקסט להערות 95–97.

אורלי גרוע. על־אף ההבדלים בין המקרים, גם במקרה זה, כמו במקרה אלקובי, הפגיעה היא אם־כן תולדה של המערך החברתי שבא להבדיל בין הטרוסקסואליות להומוסקסואליות ולהבטיח את עליונותה של הראשונה. יתר על־כן, גם כשאנו יוצאים מנקודת־הנחה שהמין של השותף היה חשוב לחיילים במקרה של הקצין ולמתלוננות במקרה של אלקובי, חשיבות שהיתה מניעה אותם לבחור מראש רק שותפים שהולמים את תשוקתם המינית, מהי המשמעות המגולמת בקביעה בדיעבד, אחרי שכבר קיימו יחסים (רומנטיים, מיניים או שניהם) ובהנחה שהיו שבעי־רצון מהיחסים כשלעצמם, כי אין אלה יחסים ההולמים את דגם תשוקתם? מטרתו של דיון זה אינה לשלול את זכותם של אנשים לבחור את שותפיהם לרומנטיקה ולמין, ואף לא לשלול את זכותם לבחור שותפים אלה, בין היתר, על־פי מינם; במקום זאת ברצוני לבחון כיצד, אחרי שקיימתי יחסים עם מי שבחיתי לקיים עמו יחסים, הפרשנות שלי לגבי היחסים האלה ולגבי מידת התאמתם לתשוקתי משתנה לפתע כאשר עובדות חדשות מתגלות לגבי הזהות המינית (הביולוגית או האחרת) של בן־בת־הזוג, ולהבין מדוע וכיצד שינוי זה זוכה בהמשגה של פגיעה.

מהי אם־כן פגיעה שראויה להגנה משפטית? בהקשר זה יש לומר כי אם התלונה לגבי עניין אלקובי כי הוחדר חפץ לאיבר המין של אחת המתלוננות בעוד זו סוברת שמוחדר לה איבר מין זכרי ביולוגי הינה נכונה, ייתכן בהחלט שמדובר באינטרס שלה הראוי להגנה. כזכור הכחיש אלקובי שהתקיים בכלל מגע מיני, וכן טען כי המתלוננת על החדירה ידעה את כל הסיפור על זהותו. אך אם נאמץ לצורך הדיון את התזה העובדתית של כתב־האישום המתוקן, שעל־פיו הורשע אלקובי על־סמך הודאתו (במסגרת עסקת־הטיועון), ייתכן מאוד שבחורה שסברה שהיא מקיימת יחסים עם גבר בעל פיין, ולמעשה הוחדר לגופה איבר מין מלאכותי, עלולה לחוש פגיעה קשה ואמיתית. יתר על־כן, בעולם שבו אנו חיים (הבנוי על החלוקה בין הטרוסקסואליות להומוסקסואליות ובין גברים לנשים), למין של בן־הזוג שלנו יש לרוב חשיבות גדולה מאוד לגבינו; וייתכן שאם אכן סברה המתלוננת שאלקובי הוא גבר שנולד כזכר עם איבר מין זכרי, וזו היתה עובדה רלוונטית לגביה, מדובר לא רק בפגיעה מנקודת־מבטה, אלא גם בפגיעה שאלקובי היה יכול או היה צריך לצפות אותה ולחשוך בה – אפילו אם הוא עצמו חש כגבר.<sup>114</sup> עם זאת, האין אנו שוגים כאן שוב במהותנות מגדרית ופלוצנטריות כאשר אנו מניחים שקיומו או אי־קיומו של הפיין הוא הקובע לעניין זהותו של אלקובי? האם גם אדם שיש לו איבר מין קטן במיוחד חייב לדווח על כך? ומעבר לזה, השאלה היא: מהי מידת הפגיעה הזאת לעומת מידת הפגיעה בנאשם במקרה מעין זה? האם חובת הגילוי המוטלת על אדם כאלקובי אינה פוגעת בו – הן בזהותו העצמית והן ביכולתו להכיר בחורות ולקיים יחסים עמן? גם אם נקבל שהחדרת איבר מין מלאכותי במקום פיין הינה פגיעה שראוי להגן מפניה, נדמה שמדובר במקרה זה במרמה בקשר ל”מהות המעשה”, ולא ל”מהות העושה”,

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

ובכל מקרה לא היה מקום להאשמה ולהרשעה בעברת המעשה המגונה (ובוודאי לא בעברת ההתחזות), אלא רק בעברת הניסיון לאיגוס בעניינה של המתלוננת על החדירה.<sup>115</sup> כמו-כן יש להזכיר שהמתלוננת שבקשר אליה הואשם אלקובי בעברת הניסיון לאיגוס היתה קטינה שטרם מלאו לה שש-עשרה שנה בעת האירוע, וגם לכך – מעבר לעובדה שעצם קיום יחסים עמה מהווה עברה<sup>116</sup> – עשויה להיות השלכה על שאלת ההסכמה והפגיעה. הדיון בצורך להכיר בפגיעה במתלוננות משקף את המגמה הפמיניסטית לתת הגנה נרחבת לקורבנות של עברות מין, ולהבטיח שיוכלו לממש את הסכמתן במלואה. דנה פוגין, שמייצגת עמדה זו, עומדת על כך שניתן לבקש את גישתה, מהזווית שהיא מכנה "פוסט-פמיניזם", כמציגה "פמיניזם של קורבנות", הרואה את האשה כקורבן חסר ישע, ולא כאדם בעל חירות. אך לטענתה, הגנה רחבה על האשה נחוצה דווקא כדי לאפשר לאשה חירות מינית אמיתית.<sup>117</sup> פוגין מנסה אס-כן לשלב בין תובנות של הפמיניזם הרדיקלי לבין מה שמכונה לעיתים "פרו-סקס פמיניזם". הפמיניזם הרדיקלי, המזוהה עם הגותה וכתביה של קתרין מק'קינאון (MacKinnon),<sup>118</sup> מתייחס למיניות כאל אתר של שליטה גברית: גם משגל שאינו אונס הוא בעיניה צורה של שליטה גברית.<sup>119</sup> הצורך להגן על נשים מפני ניצול, הטרדה ואונס, ועיגונו בתפיסה הרחבה יותר של מין ומיניות כאתר של שליטה גברית, השפיעו על התפתחותה והרחבתה של דרישת ההסכמה בעברות מין.<sup>120</sup> אף כי איש אינו חולק על הצורך להגן על נשים מפני מין שאינו בהסכמה, זרם הפרו-סקס פמיניזם סובר שהמאבקים של הפמיניזם הרדיקלי, ובמיוחד המאבק נגד פורנוגרפיה,

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

116 סעיף 346(א) לחוק העונשין קובע כי בעילת קטינה שגילה בין ארבע-עשרה לשש-עשרה הינה עברה. (בעילת קטינה צעירה מגיל ארבע-עשרה מהווה אונס. ראו סעיף 345(א)(3) לחוק העונשין.)

117 פוגין, לעיל הערה 100, בע' 182.

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

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

120 להרחבת דרישה זו בעברת האונס במשפט הישראלי ראו ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302. לדיון בדרישת ההסכמה, ובפרט בפרשנות שניתנה לה בעניין בארי, ראו רון שפירא "דיני עונשין: מהתמקדות בפרט להכרעה במאבקים בין-קבוצתיים" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו (אריאל רוזן-צבי עורך, 1997) 629; דפנה ברק-ארוז "האשה הסבירה" פלילים 1 (תשנ"ח) 115, 125-130; יובל לבנת "אונס, שתיקה, גבר, אשה (על יסוד איהסכמה בעבירת האונס)" פלילים 1 (תשנ"ח) 187; אורית קמיר "ואם בעל – קנה – סיפורי 'בעילה' ו'היבעלות' בחוק העונשין" פלילים 2 (תשנ"ט) 121, 153-155.

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

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

אכן, הניתוח הפמיניסטי של פוג'י מנסה לבטא את הגישה של הרחבת האפשרויות המיניות לנשים, ובכך הוא מנסה לשלב בין הזוויות השונות בתוך הפמיניזם. אולם אם אנו מקבלים את הפיתוח של דרישת ההסכמה כפי שהיא מציעה, דרישה המניחה שיש מידע מהותי וחשוב לאשה בעת החלטתה לקיים יחסי מין וקיימת חובת גילוי בקשר למידע זה, אנו חוזרים לדגם "נקי" מאוד של מין ותשוקה, ואין אנו נפטרים מהבעיות שהפרוֹסֶקס

121 ראו הספר החשוב בורם זה: Carole Vance (Ed.) *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality* (London, 1989) ובמסגרתו: Carole Vance "More Danger, More Pleasure: A Decade After the Barnard Sexuality Conference" *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality* (London, Carole Vance Ed., 1989) xvi, xvii. לדיון בוויכוח הפמיניסטי בנושא זה בהקשר פורנוגרפיה ראו עמליה זיו "בין סחורות מיניות לסובייקטים מיניים: המחלוקת הפמיניסטית על פורנוגרפיה" תיאוריה וביקורת 24 (2004) (טרם פורסם).

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

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

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

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

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

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

125 תודתי לעמליה זיו על תובנה זו.

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

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

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

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

129 תמרה שרייבר "נראה אותך גבר" הזמן הוורוד, יולי 2003, 26.

130 שרייבר, שם, שם.

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

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

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

132 על הקשר בין הטרוסקסואליות כפויה לפטריארכליות והשפעתו על מעמד הנשים עמדה אדריאן ריץ. ראו ריץ, לעיל הערה 54.

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

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

135 גזר־הדין, לעיל הערה 11, פסקה 15.

136 שם, בפסקה 7.

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

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

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

138 "בנים אינם בוכים" הינו שם הסרט העלילתי על פרשת ברנדון טינה, ראו לעיל הערה 75.

139 המכתב מצוטט אצל אלי-חי ולם, לעיל הערה 3, בע' 33-34.

140 שבת ותורג'מן, לעיל הערה 2.

141 אלי-חי ולם, לעיל הערה 3, בע' 35.

142 אלי-חי ולם, שם, בע' 38, 74.

143 מצוטט אצל אלי-חי ולם, שם, בע' 74.

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

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

144 גור-הדין, לעיל הערה 11, פסקה 12.

145 שם, בפסקה 7.

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

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

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

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

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

148 שם, בע' 14-18.

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

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

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

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

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

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

150 לם ואל-חי, לעיל הערה 3, בע' 3.

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

”אינטרפלציה“ בלשונו של אלתוסר) אידיאולוגית.<sup>152</sup> האידיאולוגיה הדומיננטית מחלקת אותנו להטרנסקסואלים ולהומוסקסואלים, לגברים ולנשים, ל”לא-טרנסקסואלים” (קטיגוריה שקופה כל-כך שטרם קיבלה שם) ולטרנסקסואלים. האם אידיאולוגיה זו עושה אותנו, כאשר אין אנו מתאימים לתפיסת המגדר הדומיננטית, לטרנסקסואלים? האם הקטיגוריה ”טרנסקסואלים“ אינה תולדת עולם של בינריות מינית, שבו עלינו לבחור באיזה צד של הגבול המגדרי להתפקד? האם הזהות הטרנסקסואלית – או הלסבית – אינה תולדת הסבה אידיאולוגית? לא רק אידיאולוגיית המגדר והמיניות הדומיננטית מחלקת אותנו לקטיגוריות אלה: גם תנועות חברתיות המתנגדות להגמוניה עשויות להשתתף בפעולת ההסבה וביצירת הסובייקט הקונקרטי, כגון אלה הפועלות בזירות השונות של פוליטיקת הזהות, כמו זו המשפטית, למען רפורמות.<sup>153</sup> בהקשר זה יש לזכור שהקטיגוריה של טרנסקסואליות כזהות הינה קטיגוריה מודרנית שנוצרה יחד עם שינויים טכנולוגיים ותרבותיים של המאה העשרים.<sup>154</sup> המונח ”טרנסקסואל“ הופיע לראשונה במונח הנוכחי בשנת 1949, במקביל לתחילת ההתמסדות של הניתוחים לשינוי מין, והיה למסמן של זהות חדשה ושל מיעוט חדש.<sup>155</sup> מובן שאפשר למצוא לקטיגוריה זו מקבילות רבות קודמות בהתנהגויות החוצות את הגבולות המוכרים לנו של מגדר בחברות שונות, אך חשוב להדגיש שעלייתה בעולם המערבי המודרני היא חלק מהמערך הבינרי של המין, שכן היא מאשרת ומשעתקת את הבינריות באמצעות ניתוח שיוצר מחדש הלימה בין גניטליה ומגדר.

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

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

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

154 להיסטוריה מפורטת ומרתקת של הטרנסקסואליות, ראו: Meyerowitz, *supra* note 128.  
155 Meyerowitz, *ibid*, at pp. 5–8, 43–44.

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

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

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

162 Susan Stryker "Transgender Studies: Queer Theory's Evil Twin" 10 *GLQ: J. Lesbian & Gay Stud.* (2004) 212, 214.

163 Judith Halberstam "Transgender Butch: Butch/FTM Border Wars and the Masculine Continuum" 4 *GLQ: J. Lesbian & Gay Stud.* (1998) 287, 288.

164 Meyerowitz, *supra* note 128, at pp. 98–129, 168–207.

165 ראו למשל את סדרת הטלוויזיה ”בובות של נייר” (2004), העוסקת בחבורת הדראג-קווין הפיליפינית ”Paper Dolls”, שפעלה בישראל והורכבה ממהגרי עבודה. מצפייה בסדרה עולה כי התהליכים המובילים את גיבורי הסדרה לחצייה של גבולות המיניות (אל עבר זהות הומו-לסבית) ואל עבר חצייה של גבולות המגדר (אל עבר זהות נשית) מעורבים. ראו בהקשר דומה: Martin F. Manalansan IV *Global Divas – Filipino Gay Men in the Diaspora* (Durham & London, 2003).

גם הטרג'נדר, מצד אחר, הם תוצאתה. תוצאה זו טובה ומתאימה לחלק מהאנשים, אך לא לחלק אחר. זו תוצאה שמסוגלת אותנו מחדש לקטיגוריות כובלות מבחינת המיניות – לגבי טרג'נסואלים, ומבחינת המגדר – לגבי הומוסקסואלים.

אין להתכחש לכך שרבים מבינים את עצמם כשייכים לקטיגוריות השונות, כגון הומוסקסואל או טרג'נסואל, על-סמך הבחנה מוחלטת בין שאלת המגדר ושאלת המיניות. אך יש לתת את הדעת על כך שהפרדה בין שאלת המיניות לשאלת המגדר אינה הדגם היחיד הקיים, והיא מייצרת אס-כן מחדש זהויות נוקשות (ריג'ידיות) במקום לאפשר לנו להשתחרר מהן.<sup>166</sup> ההבחנה בין שאלת המיניות לשאלת המגדר ועליית הקטיגוריה של טרג'נסואליות מציבות את הטרג'נסואליות במקום פרדוקסלי, שבו היא מערערת, מצד אחד, על התפיסה הבינרית והטבעית של מין, אך מצד אחר, מחזקת אותה: התפיסה שלפיה התשובה לתחושה חוצת מגדר הוא שינוי מוחלט של המין, תוך ניתוח, ומעבר מוחלט למין האחר מערערת על הרעיון שמין הוא דבר אחד וטבעי, אך גם מחזקת את הרעיון שאדם הוא או גבר או אשה באופן אחיד, ולאברי המין יש תפקיד מכריע בכך.<sup>167</sup>

אך גם בתוך השיח על טרג'נסואליות התפתחו כיוונים שונים. סנדי סטון (Stone) הציעה את דגם הפוסט-טרג'נסואל, בו הטרג'נס'נדר יגלם את סיפורו האמיתי, ולא את הנרטיב הקליני שבו נפטרים מן העבר. לדברי סטון, כדי להציג שיח-נגד לשיח המגדר, על הטרג'נסואל לדבר מחוץ לגבולות המגדר, ולמשש את הפוטנציאל להפרעה יצרנית של המבנה הקיים של מגדר ומיניות. לשם כך דרושים, לדעתה, טרג'נסואלים "נראים", וזאת בניגוד לניסיון הטרג'נסואלי "לעבור" (to pass) בזהות המין החדשה (כלומר להיות בה מבלי שיהיו אותו כמי ששינה את מינו). הניסיון "לעבור" פירושו מחיקת העירוב שיש בטרג'נסואל, מחיקת תפקיד המין הקודם וחלק מחייו הקודמים של הטרג'נסואל. מחיקה

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

שאלת הקשר בין ניתוח של מגדר וניתוח של מיניות העסיקה את הספרות התיאורטית שנים רבות. הצורך בהפרדה אנליטית בין ניתוח מגדר לניתוח מיניות על-מנת לאפשר ניתוח עצמאי של שאלת המיניות נוסח במאמרה המפורסם של גייל רובין (Rubin). ראו: Gayle Rubin "Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality" *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality* (London, C. Vance Ed., 1989) 267, 307–308; ההנמקות של רובין לצורך בניתוח נפרד של מיניות עדיין תקפות בעיני, ואין באמור לעיל כדי לשלול צורך זה. על היחסים המורכבים בין שאלת המגדר ושאלת המיניות ראו גם איב קוסופסקי-סדג'וויק "האפיסטמולוגיה של הארון" מעבר למיניות – מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, עמליה זיו מתרגמת, 2003, 303, 310–303; וכן Judith Butler "Against Proper Objects" 6 *Differences* (1994) 1

הפוליטיים והחברתיים של ההפרדה והקישור בין שאלות המיניות והמגדר, ראו: Riki Wilchins "Deconstructing Trans" *GenderQueer – Voices from Beyond the Sexual Binary* (Los Angeles & New York, Joan Nestle, Clare Howell & Riki Wilchins Eds., 2002)

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

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

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

ראו: Whittle, *supra* note 44.

עמליה זיו “דנה אינטרנשיונל” חמישים לארבעים ושמונה – גליון מיוחד של תיאוריה וביקורת 12–13 (1999) 401–405. ראו גם אייל גרוס “גלובליזציה קווירית וזכויות אדם: דנה אינטרנשיונל/אמנסטי אינטרנשיונל” תיאוריה וביקורת 23 (2003) 227, 231.

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

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

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

משלו, באחד מצידיו של הגבול; על כך שטרנסקסואלים רבים אכן חשים דיספוריה, אותה אי-התאמה שמרחיקה את העצמי מגופו, ושמבחינתם, ניתוח לשינוי מין הינו בעל חשיבות רבה. ב"פוליטיקה של הבית" של פרוסר יש חשיבות לצורך של הטרנסקסואל "לעבור" בזהות המגדרית החדשה, שכן הצלחה בכך מסמנת את התאמת הזהות המגדרית עם הזהות החברתית. הפוסט-טרנסקסואליות מוותרת, לטענתו, על מה שטרם הושג, קרי על ההכרה בזהות המגדרית החדשה ובזכות לבית בה.<sup>172</sup> הגישה הקווירית מוחקת בעיניו את החוויות האמיתיות של הסובייקטים הטרנסקסואליים והטרנסג'נדריים.<sup>173</sup> גישתו של פרוסר מזכירה לנו כי טרנסג'נדרים רבים חיים במצוקה בשל תחושותיהם. למותר לציין כי מדובר בתחושות שיש לתת להן מענה. הצרכים ותנאי החיים הממשיים שלהם מצריכים לעיתים יצירת הלימה בין הגוף ובין הזהות המגדרית, ואפשרות "לעבור" ולחיות חיים יציבים ובטוחים בזהות המגדרית הרצויה. אין גם לזלזל בפוטנציאל הטרנספורמטיבי לגבי האדם בפרט ולגבי החברה בכלל הטמון בעצם הרעיון של "שינוי מין". מנגד, ג'ודית הלברשטם (Halberstam) מציעה שיש מגוון של gender outlaws שאינם מקיימים גבריות ונשיות נורמטיביות.<sup>174</sup> בניתוח של פרוסר, היא אומרת, אין הכרה ב"בוצי", המחליטה מסיבות שונות (חשש מניתוח, רצון להישאר חלק מקהילה לסבית ועוד) שביתה יהיה בגוף שבו נולדה. יתר על-כן, בניתוחו אין הכרה בכך שטרנסקסואלים רבים חיים ומתים בטריטוריות ה"הבין לבין": טרנסקסואלים רבים רוצים אומנם לעבור למין החדש ולוותר על דו-המשמעות של זהותם, אך רבים, לרבות טרנסקסואלים שנותחו, נשארים בין לבין, בין אם אין הם יכולים "לעבור" כשייכים למין החדש, ובין אם אינם יכולים לממן ניתוח לשינוי מין או שהם מזדהים כטרנסקסואלים, אך אינם חשים צורך לשנות את איברי המין שלהם. המיפוי של פרוסר, טוענת הלברשטם, מסתמך על אמונה בשתי טריטוריות, של זכר ונקבה, שיש להן גוף ברור שנחצה על-ידי ניתוח ואנדוקרינולוגיה. המיפוי הקווירי שפרוסר דוחה מכיר בקטיגוריות היברידיות, ומעניק לגיטימציה ונראות להיברידיות של אלה שלעולם אינם בבית, אלה שאינם יכולים לחצות את הגבול, אלה שמעדיפים להיות "ג'נדר-קוויר" ואלה שחיים עם אי-היציבות של זהותם.<sup>175</sup> אכן, בדגם הטרנסג'נדר החדש, או בדגם ה"ג'נדר-קוויר" הממשיך אותו, אנו רואים אנשים שמערערים על גבולות המגדר לא על-ידי הציית הגבול לצד האחר, אלא על-ידי חיים באיזור הגבול, תוך סירוב להזדהות כשייכים לאחד המגדרים, או לחלופין תוך

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

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

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

הזדהות כשייכים לשני המגדרים, או במקרים אחרים כדוחים מכל וכל את הרעיון של מגדר.<sup>176</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

182 אל-חי ולם, לעיל הערה 3, בע' 34.  
183 אל-חי ולם, שם, בע' 36. גם אימו של אלקובי הביעה את הדעה כי המתלוננת נטלו את מה שאמרו על אלקובי מהסרט, וזאת בין היתר על-סמך פרטים שהן תיארו, שהופיעו בסרט. אל-חי ולם, שם, בע' 74. לדיון בייצוג הקולנועי של פרשת ברנדון טינה והשאלות שהוא מעלה, ראו: Judith Halberstam "The Brandon Teena Archive" *Queer Studies: An Interdisciplinary Reader* (Oxford, R. Corber & S. Valocchi Eds., 2003) 159.

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

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

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

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

המשפט של חן אלקובי יכול וצריך לפתוח את השאלות האלה לדיון. עיקר הדיון שהתקיים בעקבות פרשת אלקובי היה על ציר המתח בין הגישות הקוויריות והטרנסג'נדריות, מצד אחד, לבין הגישה הפמיניסטית שרוצה להגן על הנשים, מצד אחר. אך יש מקום לבחון את הפרשה גם מבחינת הפרשנות וההמשגה השונות שניתנו לאירועים, מבחינת הקשר בין שאלות המגדר והמיניות ומבחינת האידיאולוגיות שהופכות אותנו לסובייקטים, אידיאולוגיות שתנועות פוליטיקת הזוהות חוזרות ומשכפלות לעיתים. עמדתי בפרק זה על כך שהטרנסקסואליות גם מערערת על יציבות המגדר – בכך שהיא מראה שאפשר לחצות אותו, אך היא גם מחזקת אותה – בהתעקשותה על שתי קטיגוריות מגדר שצריך לעבור ביניהן. הפוסט-טרנסקסואליות של סטון, כמו גם גישתם של הלברשטם והייל, מציעות טרנסקסואליות – או שמא טרנסג'נדריות – קווירית יותר, כזו של הציית גבולות וחיים באזורי גבול. פרוסר טוען, כזכור, שגישה זו אינה עונה על הצורך של אנשים ביציבות, ביטחון ובית. המקרה של אלקובי הוא הזדמנות טובה לקיים את הדיון הזה אצלנו, ולשאול מה איבדנו בהפרדה בין שאלת המגדר לשאלת המיניות. האם הצגתה של פרשת אלקובי כמקרה של טרנסג'נדריות בלבד אינה מוחקת את הפרשנות הלסבית, שלפחות אחת המתלוננות נתנה לאירוע, או את העמימות המינית-המגדרית, עם הפוטנציאל התשוקתי הייחודי שלה? האם פעולת ההמשגה של המקרה מצד פוליטיקת הזוהות, ככזה של טרנסקסואל שאינו מודע עדיין לזוהותו, לצד העובדה שסייעה לבית-המשפט להבין את מצוקתו של אלקובי, לא השתתפה במעשה ההסבה של הסובייקט הטרנסקסואלי, ובכך אימצה שיח של אמת לגבי הזוהות, המבוסס מחדש על הדגם של הזוהות מינית בינרית ועל ההבחנה בין שאלת המיניות לשאלת המגדר? האם אנו חייבים לבחור בין להיות טרנסג'נדרים לבין להיות לסביות “בוציות”, או שמא מקרים כגון המשפט של אלקובי מעידים שעלינו להשתחרר כליל מהקטיגוריות של סטרייט/לסבית וגבר/אשה? ואולי הם מוכיחים את ההיפך: אולי הכרה באלקובי כגבר פירושה הענקת הבית והמקום הבטוח שהוא זקוק להם? חן אלקובי, שון אונגל וברנדון טינה – כולם סבלו מחוסר הכרה כזו ושילמו את מחיר הסכנה של איזור הגבול. אכן, הכרה בהם בזוהות המגדרית הגברית היא בית ומקום בטוח, ואילו איזור הגבול הוא מקום מסוכן. אך איזור הגבול, הנקרא אצלנו “מרחב התפר”,<sup>188</sup> הוא איזור מסוכן בגלל ההיגיון של ההפרדה. אם נילחם בהיגיון של ההפרדה יהיה איזור הגבול, אולי, מסוכן פחות.

187 Hale, *ibid*, at pp. 339–340.

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

ה. מין, גדר, מגדר

בפברואר 2004 התקיים ב"סלון מזל" בתל-אביב<sup>189</sup> חודש "מין, גדר ומגדר".<sup>190</sup> ברצוני לסיים מאמר זה במחשבות אחדות על הקשר בין השלושה. בדיון ב"מלחמות הגבול" בין ה"בוצ'" ל-FTM ציינתי כי הדרך הנכונה אינה אולי לתהות אם אנשים כברנדון טינה, או להבדיל, חן אלקובי, הם לסביות (שהן "בוצ'") או טרנסקסואלים. הדיונים האלה מעידים, כך טענתי, על המגבלות של הגדרות אלה ועל הצורך להשתחרר מהן. התפיסה הטרנסקסואלית, כפי שהיא באה לידי ביטוי במשפט של אלקובי, בתסקיר של קצין המבחן ובעדויות של ברגר וגרינברג, אימצה את דגם הבלבול המיני, או הדיספוריה המגדרית, הדומה בהיבטים רבים לדגם הפתולוגי-פסיכיאטרי. גלוריה אנזלדואה (Anzaldua) יוצאת נגד דגם זה בספרה "אזור הגבול" / "La Frontera"<sup>191</sup> בניגוד לגישת הפסיכיאטריה, היא אומרת, היות "חצי וחצי" אין פירושו לסבול מבלבול בזהות המינית או במגדר. "מה שאנו סובלים ממנו," היא אומרת, "זו דואליות עריצה שאומרת שאנחנו יכולים להיות רק האחד או השני." בעיני אנזלדואה, היא עצמה, כמו גם אנשים קוויריים אחרים, מהווה שניים בגוף אחד, גוף שמכיל גם זכר וגם נקבה.<sup>192</sup> לפיכך, לפי עקרון ההכלה של שניים בגוף אחד, היא מציעה להשתחרר מחלוקה זו. הבחירה בזהות ה"חצי וחצי" על-ידי אנזלדואה אינה מקרית: עבודתה של אנזלדואה עוסקת כולה באיזור הגבול, שעולמות אחדים נפגשים בו, שגבולות נחצים בו, שה-*mestiza*, היא בת-התערובת, נוצרת בו. ארץ הגבול של אנזלדואה היא הגבול בין ארצות-הברית למקסיקו, ארץ שנוצרה כאשר האנגלים פלשו לטקסס, שהיתה עד אז חלק ממקסיקו, וסילקו בהדרגה את הטקססים ממוצא מקסיקאי מאדמתם. אלה נהפכו לזרים בביתם שלהם. ב-2 בפברואר 1848 נולדה גדר הפרדה שחילקה את העם המקסיקאי, והשאירה מאה אלף מקסיקאים בצד האמריקאי של הגדר, מסופחים על-ידי כיבוש. הלבנים נישלו את המקסיקאים והאינדיאנים מאדמותיהם, ורבים נטשו את בתיהם וחוותיהם ועברו למקסיקו. כתוצאה ממהלכים אלה נוצר סכסוך אלים:<sup>193</sup> המקסיקאים חזרו לאדמותיהם כדי לעבוד ולהתפרנס, והאמריקאים ראו בכך פלישה.<sup>194</sup>

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

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

191 Gloria Anzaldua *Borderlands/ La Frontera* (San Francisco, 2nd ed., 1999). תרגום של חלקים מהספר לעברית על-ידי רונה ברייר-גארב עומד להופיע: גלוריה אנזלדואה "אזור הגבול" / "La Frontera" במסגרת הקובץ מאמרי יסוד במחשבה פמיניסטית (שם זמני) (דלית באום, שרון הלוי, רונה ברייר-גארב, דינה חרובי, דבורה גריינמן, דלילה אמיר ויפה ברלוביץ עורכות) (טרם פורסם). גלוריה אנזלדואה נפטרה ביום ה-15 במאי 2004, ימים ספורים אחרי שכתבתי לראשונה את הטייטה לפרק זה במאמר.

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

193 Anzaldua, *supra* note 191, at pp. 28–31.

194 Anzaldua, *ibid*, at pp. 32–34.

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

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

196 אלא אם־כן הם שייכים לאחת מהקבוצות המנויות בהיתר הכללי. אלה כוללות את מי שאינו תושב האיזור ושבידו דרכון זר בתוקף ואשרת שהייה תקפה בישראל; מי שבידו היתר תעסוקה בתוקף ביישוב ישראלי הנמצא במרחב התפר; ומי שבידו היתר יציאה בתוקף מהאיזור לישראל. שהותם של שני הסוגים האחרונים במרחב התפר מוגבלת למטרות של תעסוקה ומעבר, בהתאמה. ראו צו בדבר הוראות הביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל–1970, היתר כללי לכניסה למרחב התפר ולשהייה בו (2.10.2003).

197 צו בדבר הוראות הבטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), התש"ל–1970, הכרזה בדבר סגירת שטח מס' 2/03/ס' (מרחב התפר) (2.10.2003). ניתן למצוא צו זה, את ההיתר הכללי וצווים נוספים מהווים חלק ממשטר ההיתרים באתר: [http://www.hamoked.org.il/items.asp?cat\\_id=8&sub\\_cat\\_id=59&section01\\_id=1&section02\\_id=2](http://www.hamoked.org.il/items.asp?cat_id=8&sub_cat_id=59&section01_id=1&section02_id=2)

ניתוח מפורט של משטר ההיתרים מצוי בעתירה שהוגשה לבג"צ 639/04 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון (טרם התקבלה החלטה). בפסק־דין שניתן ביוני 2004 פסל בג"צ חלק מתוואי הגדר באיזור ירושלים בשל פגיעה בזכויות התושבים הפלסטיניים. ראו בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם). במסגרת פסק־הדין התייחס בג"צ למערך ההיתרים באיזור הגדר כאל “משטר בירוקראטי מפותל, סבוך ומכביד של היתרים”. ראו פסקה 9 לפסק־דינו של הנשיא ברק. בית־הדין הבינלאומי בהאג הכריז בחודש יולי 2004 כי בניית הגדר בשטחים עומדת בניגוד למשפט הבינלאומי. ראו: *Legal Consequences of the*

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

- Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory – Advisory Opinion (Forthcoming)*, available at <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm>. במסגרת החלטה זו התייחס בית-הדין הבינלאומי לפגיעה בזכויות כתוצאה ממשטר ההיתרים. ראו פסקות 85 ו-133–134 לחות-הדעת המייעצת.
- 198 ראו "ירושלים: כביסה שחורה" תפגין במצעד הגאווה "חדשות Gogay 10.6.2003". <http://www.gogay.co.il/today/Item.asp?CMId=2909>. באותו אירוע חילקה "כביסה שחורה", בשם הזמני "כביסה שחורה", "תעודת התחזות" מטעם "משרד על הפנים", שבו נכתב מתחת התיבה "מין": "כן, בבקשה. ואת המגדר שלי אני אבחר בעצמי, ואשנה אותו כשיתחשק לי". ומתחת לסעיף "לאום" נכתב: "פלסטינית/יהודי/אנרכיסטית/מהגר/בוגדת בגבולות הלאום". זה המקום להזכיר גם סיסמה נוספת של "כביסה שחורה", שעוסקת באזורי הגבול הלאומיים והמיניים: "טרנסג'נדר ולא טרנספר". על "כביסה שחורה" ראו ענת ליבר "מי'כולנו בגאווה" ל'אין גאווה בכיבוש: אתגור קוויירי של הפוליטיקה ההומו-לסבית ושיח האזרחות בישראל", הרצאה שנתנה במסגרת הכנס סקס אחר 03 (אוניברסיטת תל-אביב, מאי 2003).
- 199 על כך ראו מיכאל גלזמן "הכמיהה להטרונורמטיביות: ציונות ומיניות באלטנוילנד" תיאוריה וביקורת 11 (1997) 145; Daniel Boyarin *Unheroic Conduct* (Berkeley, 1997).
- 200 על הצורך לשלב יחדיו את החשיבה על הפוליטיקה הלאומית ועל הפוליטיקה המינית בקשר לציונות, ראו: Jacqueline Stevens "The Politics of LGBTQ Scholarship" 10 *GLQ: J. Gay & Lesbian Stud.* (2004) 220. אין זה אולי אך מקרה שג'ודית באטלר עוסקת לאחרונה בבחינת המקום של דו-לאומיות במחשבה היהודית והציונית. ראו: Judith Butler "Jews and the Bi-National Vision" 3 *Logos* (2004), available at <http://www.logosjournal.com/butler.htm>.
- 201 חלופה לתפיסת הפרדה זו אפשר למצוא אצל דנה אינטרנשוין, שמשלבת בין חצייה של גבולות המין והמגדר לחצייה של גבולות האתניות והלאומיות. ראו גרוס, לעיל הערה 169.

**שיטת הסלאמי**  
במסווה של תכנית גדר ההפרדה, הולכת ומתגשמת בשטח תכנית הקנטונים המבותרת את שטחי הגדה לנגניקים צרים ומוקפי חומה. המשמעות: לא ביטחון ולא שלום • מירון רפופרט



# לב של גבר

חן אלקובי, הנערה שנאשמת בהתחזות לגבר ובפיתוי נערות, מדברת לראשונה על לבטי הזוהות, השקרים, הבושה, ההשפלה והחודשים המתמשכים במעצר בית

**32** אמירה לם וליאור אליחי

**איפה הילד**  
חמי רודנר מתקשה להשתקם מהפצע שהשאירה בו תקופת ילדותו בקיבוץ, כולל מקרי האונס, ההשפלות והבדידות האיומה • אבנר ברנהיימר, עמ' 46

