

הכול ק(א)שור: פרפורמטיביות וחציית גבולות המגדר והלאום בפסיקה על אונס במרמה

אייל גרוס

הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב

מבוא

בשנת 2012 ניתן בבית המשפט העליון פסק הדין בערעורו של סאבר קאשור, אדם שהורשע באונס במרמה בדבר מיהות העושה ובמעשה מגונה.¹ הרשעה זו נעשתה על פי סעיף בחוק העונשין שקובע כי מי שבעל אישה בהסכמה שהושגה במרמה לגבי מיהותו, כלומר זהותו, או לגבי מהות המעשה, הרי הוא אנס.² קאשור הוא אנס.³ קאשור הוא אנס במרמה בדבר זהותו הלאומית, ונפסק שהוא הציג עצמו "ככזב" כיהודי, נוסף על מרמה לגבי מעמדו האישי. העמדתו לדין והרשעתו עוררו דיון ציבורי ומשפטי עשיר בשאלות של מין, לאום והקשר ביניהם. באותה שנה (2012) הוסר חלקית איסור פרסום⁴ על פרשה אחרת, פרשת "פלונית",⁴ שהסתיימה בהרשעה בעברת

* תודה לאיתי הרמלין, הדי ויטרבו, עמליה זיו, אלקנה לייסט, עמית פונדיק ותמי קצביאן על הערותיהם לגרסה קודמת של מאמר זה, וליהודה גור ונדב דישון על עבודת המחקר המצוינת. תודה גם לעורך תיאוריה וביקורת איתן בר-יוסף ולקוראים האנונימיים מטעם המערכת על הערותיהם המועילות. גרסה קודמת של הדברים הוצגה ביום עיון שהתקיים בחסות המכון למשפט פלילי על שם טאובנשלג בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב ובמסגרת הסדנה הפלילית במרכז האקדמי כרמל, ואני מודה למשתתפי פורומים אלו על הערותיהם המועילות.

1 ע"פ 5734/10, סאבר קאשור נ' מדינת ישראל (להלן: פרשת קאשור, פסק הדין בערעור) (פורסם בתקדין, 25.1.2012).

2 חוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), סעיף 345(א)(2). עברת האונס, על פי לשונה, עוסקת באונס של אישה בלבד. עברה אחרת היא "מעשה סדום" בכפייה, ודינה כדין אונס.

3 ת"פ 2372/07, פרופ' אייל גרוס נ' מדינת ישראל, החלטה בבקשה מס' 7 (1.1.2012). החלטה זו היא שהביאה להסרה חלקית של צו איסור הפרסום.

4 ת"פ 2372/07, מדינת ישראל נ' פלונית, הכרעת הדין (25.11.2007), גזר הדין (28.1.2009) (להלן בהתאמה: הכרעת הדין בפרשת פלונית; גזר הדין בפרשת פלונית).

אונס במרמה לגבי מיהות העושה, שבה האשמה הייתה התחזות מגדרית. היה זה המקרה השני בישראל של הרשעה בנסיבות כאלה. המקרה הראשון, בשנת 2003, היה זה של חן אלקובי, והוא זכה לתהודה ציבורית גדולה יותר. אלקובי הועמד לדין והורשע במסגרת הסדר טיעון בעברה של ניסיון לאונס במרמה לגבי מיהות העושה, ובעברה של התחזות לאדם אחר. ההרשעה התבססה על מסכת עובדות שתיארה יחסים שקיים אלקובי – אדם צעיר שנולד עם איברי מין נקביים אך חי כגבר לפחות חלק מהזמן – עם כמה בחורות צעירות ממנו.⁵

במאמר זה אדון בשאלות שמתעוררות לנוכח מקרים אלו ומקרים אחרים דומים להם בארץ ובעולם – שאלות בנוגע לשימוש בקטגוריה של עברת האונס במרמה במקרים הנוגעים לסוגיות של זהות מגדרית ולאומית וחצייתה. מטבע הדברים לא אדון במכלול שאלות המשפט הפלילי העולות מעברת האונס במרמה. תחת זאת, אראה כיצד בחינה משולבת של הפסיקה שעסקה בהאשמה בהתחזות מגדרית ושל הפסיקה שעסקה בהאשמה בהתחזות לאומית, חושפת את הדרך שבה כללי המשפט הפלילי שעוסקים בעברת האונס במרמה לגבי מיהות העושה מופעלים כדי לשמר את הסדר הלאומי-מגדרי מפני חציית גבולות אסורה. חציית הגבולות שבגינה ניתן העונש היא למעשה כפולה: היא באה לידי ביטוי הן בעצם מעשה ההתחזות, שמערער את היציבות וה"טבעיות" של קטגוריות זהות שעומדות בבסיס הסדר הלאומי-מגדרי (בפרט בהקשר של קיום יחסים אינטימיים) והן בעצם קיומם של יחסים שנתפסים בסדר זה כבעייתיים. כמו כן אראה כיצד הפסיקה שעוסקת בחציית גבולות המגדר והלאום מענישה את האדם שחורג מהזהויות שיוחסו לו, וכיצד בחינה השוואתית של פסיקה זו חושפת לא רק את האופי הפרפורמטיבי של הזהות המגדרית אלא גם את האופי הפרפורמטיבי של הזהות הלאומית. המשפט הפלילי ממלא תפקיד בשימור הגבולות של שתי זהויות אלו ובענישת אלה המנסים לחצותם – ובפרט אלה המנסים "לעבור" כבעלי זהות פריבילגית.

בפרק הראשון של המאמר אדון בפרשת פלונית, שעוסקת בזהות מגדרית ושמזכירה בעובדותיה את פרשת אלקובי ומקרים דומים שהתרחשו בבריטניה ובארצות הברית. הדיון בשימור גבולות המגדר בפרשה זו יוביל לפרק השני, הכולל דיון בשמירת גבולות הלאום בפרשת קאשור. בפרק השלישי אדון בהיבט הפרפורמטיבי של זהויות לאומיות ובקשר בין הסדר המיני-מגדרי ובין הסדר הלאומי. לסיום אדון בפרדוקס שבפנייה למשפט הפלילי המדינתי על מנת להשיג צדק בתחום החירות המינית – פרדוקס שעולה מבחינת המקרים הנדונים.

5 גזר דין בת"פ (חי') 389/02, מדינת ישראל נ' חן אלקובי (7.9.2003) (להלן: פרשת אלקובי).

אשמת ההתחזות המגדרית: פסיקה חדשה בישראל

משפטו של חן אלקובי העלה שאלות על מושגי ההתחזות, ההסכמה והזהות המגדרית. אלקובי הורשע בעברה של התחזות לאדם אחר,⁶ וגם במעשה מגונה ובניסיון לאינס — לפי סעיפי החוק שאוסרים מעשים מיניים אם ההסכמה להם הושגה במרמה לגבי מיהות העושה.⁷ במאמר אחר כבר הצבעתי על הבעייתיות בהרשעתו של אלקובי בעברות אלו. לטענתי, ההרשעה התבססה על תפיסה שמעניקה למין הביולוגי מעמד מכריע בקביעת הזהות ה"אמיתית" של אדם, ומותירה מקום משני בלבד לזהות המגדרית (גרס 2005). ההגות הפמיניסטית והקווירית⁸ (ובייחוד כתביה של ג'ודית באטלר⁹) מגדירה את המגדר כפרפורמנס ביצועי, שנתון למשטור חברתי, התובע התנהגות מגדרית מסוימת שנובעת כביכול באופן טבעי מהמין הביולוגי. אלקובי נענש כיוון שחרג מנורמה מגדרית זו, שנתפסת כטבעית, והרשעתו נעשתה מתוך התעלמות מהעובדה שכאשר הציג את עצמו כבחורה, למעשה לא הייתה בכך אמת רבה יותר או פרפורמנס מועט יותר מאשר כשהציג את עצמו כבחור (שם, 372–375).

בית המשפט המחוזי ציין בגזר הדין של אלקובי כי כתב האישום פרס "מערכת עובדתית חריגה ונדירה במקומותינו, שדומה כי טרם נראתה בישראל ובמדינות הים". ואולם, הרי עוד קודם לפרשת אלקובי התנהלו בארצות הברית שני משפטים דומים עד מאוד בנסיבותיהם, וגם בבריטניה התקיים משפט דומה.¹⁰ ברוב המקרים של מקרי ההתחזות המגדרית לצורך קיום יחסי מין הואשם אדם שהתחזה לגבר וקיים יחסים עם נשים, בעוד שמינו הביולוגי הוא נקבה.¹¹ מבחינה זו ניתן לראות בפסקי דין אלה קביעות שמבקשות להגן על נשים מפני מה שנתפס כפגיעה מינית, על ידי כך שהן מקנות מעמד פלילי ליחסי מין שלכאורה אינם מתקיימים בהסכמה מלאה. אפשר לומר שבאופן פרדוקסלי, אף שהתפיסה המשתקפת בפסקי

6 סעיף 441 לחוק העונשין.

7 סעיפים 348(א) ו-345(א2) לחוק העונשין.

8 למבוא לתיאוריה קווירית והקשר בינה ובין תיאוריה פמיניסטית ראו גרוס וזיו 2003.

9 באטלר 2001; זיו 2001; Butler 1990.

10 גרוס 2005, 386–387; Gross 2009. נוסף על המקרים הנדונים במאמר זה, נוסף על המקרים הנדונים בשני מאמריי הנ"ל, בשנותיים האחרונות הסתיימו בהרשעות עוד שלושה מקרים דומים להם עד מאוד בבריטניה. בשנת 2012 הוכרע המקרה של ג'מה בארקר, שתוארה כנערה שהציגה עצמה כבחור כדי להתראות עם בחורות. היא הורשעה (ה) בתקיפה מינית ובמרמה, ונדונה לשלושים חודשי מאסר. בארקר הייתה בת 19 בזמן ההתרחשויות ועל פי התקשורת הציגה עצמה בזהויות גבריות "בדויות" שונות כדי לקיים יחסים עם נערות בנות 15 ו-16. בית המשפט ציין שבארקר הודתה בקיום היחסים. בדבריו לנאשמת תיאר בית המשפט את "הנזק הגדול" שהיא גרמה למתלוננות ותיאר אותה כמאית (על מקרה זה ראו 2012a; 2012b; Blake 2012; Mirror News). בשנת 2013 הסתיים בסקוטלנד משפט של קריסטין וילסון, בת 25. היא הורשעה (על סמך הודאה) בקיום יחסי מין במרמה עם נערות כבנות 15 שלא ידעו את ה"אמת" על מינה. סנגורה של וילסון טען שהיא מתכננת לעבור ניתוח לשינוי מין (על מקרה זה ראו Philipson 2013; STV News 2013). בשנת 2013 הורשעה (ה) גם ג'סטין מקנאלי בקיום יחסי מין באמצעות התחזות לנער "גותי" בשם סקוט. נגזרו עליה שלוש שנות מאסר, ועונש זה הומר בערעור לתשעה חודשי מאסר על תנאי במוסד לעבריינים צעירים (על מקרה זה ראו Justine McNally v. The Queen, WLR(D) 256, [2013], www.bailii.org/8.12.13; jew/cases/EWCA/Crim/2013/1051.htm). לדיון ביקורתי במקרים בבריטניה ראו לביקורת על שני המקרים האחרונים ראו Sharpe 2013; 2014.

11 שני יוצאי דופן הם המקרים המוזכרים להלן בהערה 12 ובהערה 33, ששונים בנסיבותיהם מהמקרים הנדונים כאן.

הדין מעוגנת בשאיפה הפמיניסטית להגן על נשים, הרי יישומה במקרים אלו משקף דווקא תפיסה פטרנליסטית ואף פטריארכלית בדבר הצורך להגן על מיניותן של נשים ועל הגישה השמרנית לגבי המיניות הנשית ולגבי יחסי מין בכלל – תפיסה שמחייבת הענשה בגין יחסים שנתפסים כלא נורמטיביים.¹² אכן, מבקרות שונות הראו שגרסאות של הפמיניזם שבוחנות את סוגיית המין מזווית של שליטה גברית בנשים עלולות לשכפל בניתוח שלהן את ההיררכיה שהפמיניזם מבקר, ואת עמדת הקורבנות של הנשים.¹³ העובדה שבמקרים הנדונים המורשעים חיו לפחות חלק מהזמן כגברים וקיימו יחסים עם נשים מצביעה לא רק על כך שהנשים נתפסו במקרים אלה כקורבנות שזקוקים להגנה, אלא גם על הסנקציה שמופעלת על מי שחוצה את גבולות המגדר מהצד הנשי לצד הגברי, כלומר עוטה את הזהות המגדרית הפריבילגית אף שהוא נתפס כלא שייך אליה באמת. במובן זה, ניתן להקביל בין ההאשמה בהתחזות ליהודי בפרשת קאשור ובין ההאשמה בהתחזות לגבר בפרשת אלקובי ובפרשות אחרות: בכל הפרשות הללו הנאשם לא סתם "התחזה", אלא ביקש להשתייך לזהות פריבילגית בחברה הישראלית. פרשת אלקובי חזרה אל בין כותלי בית המשפט בבחינת מקרה בעל עניין תקדימי בפסק הדין העיקרי שפיתח את הנושא המשפטי של מין המושג במרמה: בשנת 2008 נתן בית המשפט העליון את פסק דין סלימאן, שעסק במקרהו של אדם, צבי סלימאן, שנהג להציג עצמו כבעל תפקיד בכיר במשרד השיכון או בחברת עמידר, ולקיים יחסי מין עם נשים תמורת הבטחה שידאג להן לדירור. בית המשפט העליון אישר את פסק הדין של בית המשפט המחוזי, שהרשיע את הנאשם באינוס במרמה בדבר מיהות העושה. השופט אליקים רובינשטיין הציע לאמץ מבחן של "מכלול מיהותו של האדם – כלל התכונות הקובעות מי הוא". לדבריו, ככלל, יש מקום להבחין בין מקרה שבו לא אמר אדם אמת באשר לפרט מסוים ביחס לזהותו, כגון גילו או עיסוקו, לבין מקרה שבו יצר דמות פיקטיבית וסיפור כיסוי כולל ועתיר פרטים. לאור זה פסק השופט רובינשטיין ש"כאשר גבר או אישה מציגים עצמם שקרית, ובמרמה מביאים למיתתם מי שאילו היה יודע את הדברים כהווייתם, לא היה עולה על דעתו לקיים עמם יחסי מין" – יש מקום להרשיע בפלילים.¹⁴ השופט רובינשטיין הזכיר בפסק דינו את פרשת אלקובי, אך לא חיווה את דעתו בשאלה כיצד ייושם המבחן שנקבע על ידו במקרים של

¹² לדיון בדרך שבה גזר הדין בעניין אלקובי ביטא תפיסה שלפיה נשים ראויות להגנה, ובעמדה הפמיניסטית שמזמינה הבנה כזו של המקרים המשפטיים ראו גרוס 2005, 392–396. מחקרה של דנה פוגץ' (2001) על אונס במרמה קדם לפרשת אלקובי ולפרשת קאשור ואינו עוסק בשאלה של האשמות בהתחזות מגדרית או לאומית. פוגץ' מדגישה את הצורך להגן על נשים ואף שהיא מודעת לכך שניתן לבקר את גישתה בבחינת "פמיניזם של קורבנות", היא טוענת שנחוצה הגנה רחבה על מנת לאפשר לנשים חירות מינית אמיתית (שם, 182). במקרה אחד יוצא דופן הורשע בבית דין צבאי קצין שביצע מין אורלי בשני חיילים גברים בעת שענייהם קשורות, והטעה אותם לחשוב שמבצע המין האורלי הוא חיילת. ואולם, אף שתחילה הואשם הקצין במעשה מגונה, לבסוף לא הואשם בעברות מין אלא הואשם והורשע במסגרת הסדר טיעון בעברות קלות בהרבה של התנהגות פסולה במקום ציבורי והתנהגות שאינה הולמת, בניגוד לסעיף 216(א)(1) לחוק העונשין ולסעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו–1955 בהתאמה. ראו במ"ץ 134.96, התובע הצבאי נ' סרן י.א.; עבמ"ץ 241/96, סרן י.א. נ' התובע הצבאי. לדיון במקרה זה ראו גרוס 2005, 386, 391–390.

¹³ ראו למשל 363–356, 347–104, 2008 Halley; 29–21, 1995 Brown.

¹⁴ ע"פ 2411/06, סלימאן נ' מדינת ישראל, פס' ק (פורסם בנבו, 17.8.2008) (להלן: פרשת סלימאן).

זהות מגדרית, ואחרי דיון בעמדות שהובעו בפסיקה ובכתיבה האקדמית¹⁵ קבע: "אמנם, כחברה ובמציאות קשה להלום כי כל אינטראקציה בין שני פרטים, שיש בה 'פגם מוסרי', תוסדר במסגרת החוק הפלילי [...] ברם נהיר לכול, כי נחוץ גבול אשר מעברו איננו מוכנים להשלים עם התנהגות מסוימת, הפוגעת בערכים מוגנים, ואי התערבות המשפט הפלילי משמעה הותרת קרבנות ללא הגנה"¹⁶. "אין מדובר", קבע רובינשטיין, "בפטרנליזם מופרז אלא בהגנה על כבוד האדם, על אוטונומיה האישית על גופה וחירותה המינית, שהרי המרמה דווקא היא זו הפוגעת באוטונומיה, והאיסור הפלילי נועד, מעבר לעצם איסור האיננס, אף לסכל אותה מרמה"¹⁷. בעת האחרונה נמתחה ביקורת בספרות על פסק דין זה.¹⁸

בפרשת פלונית, שמזכירה בעובדותיה את פרשת אלקובי, הואשם מי שכתב האישום כינה ה"נאשמת" במסכת העובדות הבאה: על פי כתב האישום, ה"נאשמת" הייתה כבת עשרים בעת האירועים המתוארים, עת פגשה קטינה בת 15, הציגה עצמה לפניה כנער בן 16.5 ודיברה בלשון זכר. אחרי כמה מפגשים נישקה ה"נאשמת" את הקטינה, ובמפגשים הבאים נגעה בחזה שלה, וקיימה אתה מגעים אחרים שכללו נגיעה באיבר מינה. במועד מאוחר יותר, כך מתאר כתב האישום, שכחה ה"נאשמת" את תעודת הזהות שלה, והקטינה מצאה אותה וקראה בה את שמה ומינה של ה"נאשמת". בעקבות כך הטיחה הקטינה ב"נאשמת" כי היא יודעת שמינה נקבה, אך ה"נאשמת" הכחישה זאת והכחישה שתעודת הזהות אכן שלה. אחר כך נמשכו המפגשים בין השניים, ובאחד מהם החדירה ה"נאשמת" את אצבעותיה לתוך איבר מינה של הקטינה. באחד המפגשים ראתה הקטינה שה"נאשמת" שלחה מסרון בטלפון הנייד לאדם אחר והזהתה בשמה האמיתי. כתב האישום טוען ש"בשלב זה הבינה הקטינה כי חשדה היה מבוסס והנאשמת רימתה אותה, וכי אינה ממין זכר". בהמשך, נאמר בכתב האישום, נפגשו השניים שוב ושוב ושוב החדירה ה"נאשמת" את אצבעותיה לתוך איבר מינה של הקטינה. על סמך עובדות אלו נטען בכתב האישום שה"נאשמת" ביצעה מעשים מגונים בקטינה בהסכמת הקטינה שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה,¹⁹ וזאת נוסף על עברה של בעילה אסורה של

15 לרבות מאמרי (גרס 2005) ובייחוד מחקרה המקיף של דנה פוגץ' (2001).

16 פרשת סלימאן, פס' צח.

17 שם, פס' ק.

18 לביקורת על פסק הדין ראו לייסט 2009. עמית פונדיק (2013) מותח ביקורת רחבה יותר, וטוען כי יש להוציא את המקרים שבהם הסכמה למין הושגה במרמה לגבי מיהות העושה מחוץ להגדרתה של עברת האונס. עם זאת פונדיק אינו שולל לחלוטין שעברות אחרות, חמורות פחות מאונס, עשויות להיות מוחלטות בנסיבות כאלו. גם המשנה לנשיאה השופט אליעזר ריבלין מתח ביקורת על הלכה זו בע"פ 5097/07, פחימה נ' מדינת ישראל, פס' 13 (פורסם בנבו, 25.5.2009). לביקורת רחבה על המושג של עברת האונס במרמה ראו Rubinfeld 2013; לדיון בפסיקה על אונס במרמה ראו Falk 1998.

19 בניגוד לסעיפים 345(א)(2) ו-348(א) לחוק העונשין. סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין: "הבועל אישה בהסכמת האשה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה"; וסעיף 348(א) לחוק העונשין: "העושה מעשה מגונה באדם באחת הנסיבות המנויות בסעיף 345(א)(2) עד (5), בשינויים המחויבים, דינו - מאסר שבע שנים".

קטין בהסכמה.²⁰ בעקבות הסדר טיעון חלקי הודתה ה"נאשמת" בעובדות שבכתב האישום והורשעה בהן.²¹

במסגרת הטיעונים לעונש הזכירה התביעה את פרשת חן אלקובי. היא ציינה ש"שם הנסיבות דומות הגם שהאישומים שונים", וביקשה שיוטל עונש דומה לזה שהוטל בפרשת אלקובי.²² מנגד, הצביע הסנגור על כך שכפי שכתב האישום ציין, הקטינה המשיכה בקשר גם "לאחר שהבינה שלא מדובר בבחור". הוא תיאר את האירועים כפגישה ב"שוליים של החברה", והצביע על בעיות שה"נאשמת" סבלה מהן, בין היתר פער בין הגיל הביולוגי ל"יכולת האישית, הנפשית והאינטליגנציה" והיותה בשלב שבו היא "תוהה לגבי הזהות המינית שלה". כמו כן, הסנגור ציין שהאירועים התרחשו "במסגרת בדיקה שלה כיצד היא מגיבה למה שהבנים עושים עם הבנות", וטען שה"נאשמת" חייתה במסגרת חברתית ומשפחתית שלא נתנה אפשרות "שלא להיות ישר בקונצנזוס בתוך התלם".²³ בגזר הדין חזר בית המשפט ופרס את העובדות כפי שפורטו בכתב האישום, ותיאר אותן כמעשים ש"הגם שנעשו בהסכמה לכאורה", הרי התרחשו "תוך רמייה בדבר מין הנאשמת".²⁴ עוד ציין השופט חנוך פדר כי מתסקירים שנעשו עלה "חשד להפרעה מגדרית" ולכך שה"נאשמת" "חוזה זהות מינית מבולבלת ולא מגובשת".²⁵ אחרי דיון בשיקולים השונים גזר בית המשפט על ה"נאשמת" שישה חודשי מאסר בפועל שירוצו בעבודות שירות ועוד 12 חודשי מאסר על תנאי, נוסף על קנס ופיצוי כספי לקטינה.²⁶ למרות הדמיון בעובדות ובסעיפי האישום, הרי בפרשה זו, שלא כמו בפרשת אלקובי, לא נכנס בית המשפט כלל לדיון בסוגיות המגדריות שהעלתה הפרשה,²⁷ פרט לאזכור של ה"חשד להפרעה מגדרית" והזהות המינית ה"מבולבלת ולא מגובשת". אזכורים אלו מעידים שבית המשפט, עד כמה שהתייחס כאן לשאלה המגדרית, בחר לעשות זאת בדרך שעושה פתולוגיזציה לזהות המגדרית של מי שהוא כינה ה"נאשמת". מעניין לעמוד על המתח שבין פתולוגיזציה זו מצד אחד ובין ההאשמה בפלילים מצד שני — האשמה שמניחה כוונה פלילית מצד הנאשמת. לשני ערוצים אלו, אף אם הם נוגדים זה את זה למעשה, משותף חוסר כיבוד הזהות המגדרית הנבחרת.²⁸ בהיעדר פרטים נוספים קשה לקבוע קביעות חד-משמעיות בכל הנוגע לפרשה זו, אך ה"חשד להפרעה מגדרית" ו"זהות מינית מבולבלת" עשוי להעיד שגם במקרה זה דובר באדם שהזדהה כגבר לפחות בחלק מהזמן, אף שנולד עם איברי רבייה נקביים. בהיעדר ניתוח

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

21 הכרעת הדין בפרשת פלונית.

22 פ' 2372/07, מדינת ישראל נ' פלונית, פרוטוקול טיעונים לעונש, עמ' 7 (3.12.2008).

23 שם, עמ' 7-8.

24 גזר הדין בפרשת פלונית, עמ' 3.

25 שם, עמ' 5.

26 שם, עמ' 8-10.

27 לניתוח הדין בשאלות המגדריות בגזר הדין בפרשת אלקובי ראו גרוס 2005, 380-382.

28 תודה לקורא האנונימי מטעם תיאוריה וביקורת על הערה זו.

משפטי מפורט קשה להסיק מסקנות משמעותיות על ההיגיון המשפטי שביסוד פסק הדין, אך בולטת העובדה — שאף הודגשה בטיעונים לעונש מטעם הסנגור — שעל פיה הקטינה חזרה וקיימה יחסים עם ה"נאשמת" גם לאחר שגילתה את זהותה ה"אמיתית", ולא פעם אחת כי אם פעמיים.²⁹ מבחינה זו, כמו מקרה אלקובי, גם מקרה זה מעורר שאלות בנוגע לדרך שבה כפה המשפט סדר הטרונומטיבי אל מול מציאות קווירית יותר, שמאפשרת זהויות מיניות ומגדריות נזילות. נראה שתפיסות אחדות ובינריות של זהות, ושל ידע ברור וחד-משמעי לגביהן — תפיסות שמאפיינות את הסדר ההטרנומטיבי — אינן יכולות להכיל מציאות קווירית זו ולמעשה המשפט הפלילי ממלא תפקיד בהענשה על חריגה מהסדר הזה.³⁰

הביקורת שהבעתי בעבר על פרשת אלקובי תקפה אפוא וביתר שאת בנוגע לפרשה זו. ג'ודית באטלר הראתה שקטגוריית המין אינה קיימת באופן טבעי ועצמאי, אלא מיוצרת על ידי המוסד החברתי של מגדר: הנחת היסוד של מערכת בינרית של מגדר היא שהמגדר הוא תמונת ראי של מין. ואולם, מתפיסה שמגדירה את המגדר כעצמאי ממין נובע שהמונחים "גבר" או "גבריי" עשויים לסמן גוף נקבי באותה מידה שהם עשויים לסמן גוף זכרי, ו"אישה" או "נשי" עשויים לסמן גוף זכרי באותה מידה שהם עשויים לסמן גוף נקבי (Butler 1990, 6, 112). כאמור, על פי באטלר, ניתן לחשוב על המגדר כפרפורמטיבי-ביצועי (performative), וכתוצאה (אפקט) של סימון גופני, ולגוף הממוגדר אין אפוא מעמד אונטולוגי הנפרד ממגוון הפעולות המכוונות את ממשותו (זיו 2001; Butler 1990, 25, 135–140). הסימנים המגדריים אינם הבעתיים (אקספרסיביים), אלא מיצגיים וביצועיים, והם שמכווננים למעשה את הזהות שהם מתיימרים לבטא. אם כן, אין בסיס לטענה שקיימת זהות אחרת מזו המוצגת, קודמת לה ואמיתית ממנה (Butler 1990, 141, 213). מגדר, בתפיסה זו, הוא סוג של חיקוי שאין לו מקור.³¹ כשאנו ממלאים תפקיד מגדרי של גבר אנו מחקים את "היות גבר", ואיננו עושים משהו הנובע באופן טבעי מעובדה ביולוגית. גבר שממלא תפקיד מגדרי של גבר תמיד מבצע "חיקוי" של גבריות, בין שאיברי המין שלו זכריים ובין שהם נקביים. לפיכך, 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 (זיו 2001, 197).

עם זאת, ההופעה המגדרית היא הופעה כפויה, ולכן התנהגות שאינה עולה בקנה אחד עם הנורמות שלה — הנורמות ההטרוסקסואליות — גוררת אחריה נידוי, ענישה ואלימות, כפי שהמקרים של האשמה בהתחזות מגדרית מראים (Butler 1990, 339). המעשים והמחוות שמהווים את הפרפורמנס נתונים למשטור חברתי חמור ביותר, שמגביל ומארגן אותם סביב שתי זהויות מגדריות מקוטבות ויציבות, קרי גבר ואישה. המשטור המגדרי, שבאטלר מכנה "הפיקציה של קוהרנטיות הטרוסקסואלית" (שם, 134–141), הוא שמוליד את הכלל שמחייב

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

30 על הדרך שבה המשפט כופה סדר הטרונומטיבי בהקשר אחר ראו ויטרבו 2010.

31 זיו 2001, 197; באטלר 2003, 329; Butler 1990, 137–138; (בתרגום ראו באטלר 2001, 209–210).

הלימה בין מין ביולוגי, מגדר ותשוקה. תוצאה זו של המשטור מוצגת כמצב טבעי. המערך שבאטלר מתארת – הבנוי על בינריות מגדרית ועל תפיסה שהתפקיד המגדרי נובע כביכול באופן טבעי מן המין הביולוגי, הבינרי אף הוא – הוא חלק ממנגנון ההטרסקסואליות הכפויה.³²

תפיסה זו של מגדר כזהות שהיא תמיד פרפורמנס וחקיקי חושפת את הכשל בקביעות בית המשפט בדבר התחזות מגדרית. בית המשפט ניהל דיון מפורט בפרשת אלקובי, והביע עמדה שבוססה על ההנחה שהתפקיד המגדרי הנשי חייב לנבוע בטבעיות מאיברי המין הנקביים שיש לאלקובי (גרוס 2005, 370). אף כי בפרשת פלוני לא נכנס בית המשפט לעובי הקורה של סוגיות אלו, הרי במשתמע הוא נקט עמדה זו ואף החמירה: אמנם לשיטתה של הפסיקה (כמו זו שניתנה בעניין אלקובי) היה אפשר להצדיק הרשעה במקרה זה אילולא למדה הקטינה על זהותה ה"אמיתית" כביכול של ה"נאשמת". ואולם נראה שהמשך קיום הקשר מצד הקטינה אחרי "גילוי" העובדות (אם לא בפעם הראשונה על סמך תעודת הזהות אזי לפחות אחרי הפעם השנייה, שבה הובהר הדבר באמצעות המסרון הטלפוני) מעיד לכאורה שהקטינה הייתה מעוניינת בהמשך קיום היחסים, בלי קשר לשאלת הזהות המינית והמגדרית של ה"נאשמת". בית המשפט לא דן כלל בשאלות אלו.

הדיון בפרשת אלקובי מזמין אותנו לבחון את משמעותה של הפרשנות הטרואקטיבית של יחסים המתקיימים מרצון – פרשנות המגדירה אותם כפגיעה המצדיקה את התערבות המשפט הפלילי אם נודע בדיעבד נתון שלכאורה לא היה ידוע קודם (שם, 390). פרשת פלוני שבה והעלתה שאלות אלו אף ביתר שאת: מה משמעות הגדרתם הטרואקטיבית של יחסים שהתקיימו בהסכמה כפגיעה המצדיקה את התערבות המשפט הפלילי, אף שהמתלוננת המשיכה בקיום היחסים גם לאחר שהנתון שלכאורה נעלם ממנה תחילה נודע לה בצורה מפורשת? כאמור, פרשת אלקובי העלתה שאלות קשות לגבי הדרך שבה בית המשפט כופה את הסדר ההטרונורמטיבי ומעניש את מי שחורג ממנו בכך שהוא חוצה את גבולות התפקיד המגדרי שיועד לו בסדר זה מכוח המין הביולוגי. והנה, הפרשה החדשה – אף שבית המשפט לא דן בה בשאלת הזהות המגדרית בפירוט כפי שעשה בפרשת אלקובי – מעלה שאלה זו בעוצמה לא פחותה, לאור עובדת המשך קיום היחסים אחרי ה"גילוי".³³ מבלי לקבוע מסמרות לגבי ההזדהות של הנאשמים בפרשות אלו, הרי ברור שלפסקי הדין במקרים אלו אפקט מאיים במיוחד על טרנסג'נדרים – אנשים שחיים בזהות מגדרית שונה מזו שיוחסה להם על סמך

³² לדיון נרחב יותר בעמדתה של באטלר וברלונטיות שלה לסוגיות הנדונות במאמר זה ראו גרוס 2005, 374–375.
³³ על מקרים אלו נוסף מקרה של "התחזות" מגדרית באינטרנט לצורך קיום יחסי מין וירטואליים. ראו מ"ת (חי') 54901-03-12, מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 7.5.2012). על פי כתב האישום התחזה הנאשם לחיילת בת 19, יצר קשר עם קטינות מתחת לגיל 14 וניהל איתן שיחות אינטימיות שבמהלכן ביקש מהן לגעת בעצמן. הוא הואשם בין היתר באונס על סמך סעיף המרמה. בית המשפט העליון דן אף הוא במקרה זה, במסגרת ערעור הנאשם על גזר הדין, ראו ע"פ 2656/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.1.2014). לדיון במקרה זה ובמקרים אחרים של "אינוס מרחוק" ראו הרדוף (טרם פורסם).

המין הביולוגי בלידתם.³⁴ המקרה של אלקובי אכן סומן במידה רבה כעוסק בטרנסג'נדריות — הן על ידי פעילים טרנסג'נדרים והן על ידי בית המשפט עצמו (שם, 399–400).

"הַיֵּשׁ עוֹד פִּלְמָחַ'נִיק כְּמוֹ דָּוִד?"³⁵ התחזות ליהודי בפרשת קאשור

במאמרי על פרשת אלקובי תהיתי אם תיתכן בעתיד האשמה בהתחזות לאומית, כפי שאלקובי — והמקבילים לו בישראל, בבריטניה ובארצות הברית — הואשמו בהתחזות מגדרית, ושאלתי: "כאשר מדובר באישה שיצאה עם אדם שנראה יהודי והסתבר לה כי הוא ערבי: האם בחברה הישראלית צריך לחשוד שאישה יהודייה אינה רוצה לקיים יחסים עם ערבי, ועל כן הוא עשוי להיות צפוי להרשעה אם לא יגלה לאישה את מוצאו הלאומי ביוזמתו?" (שם, 389). תסריט כזה אכן התרחש לבסוף — בין כותלי בית המשפט אם כי לא בפועל — בינואר 2012, כאשר הורשע סאבר קאשור בבית המשפט המחוזי בירושלים. גם הוא, כמו אלקובי וכמו ה"נאשמת" בפרשת פלונית שדנתי בה לעיל, הורשע במסגרת הסדר טיעון בעברה של אינוס ובמעשה מגונה לפי סעיף המרמה בגין מיהות העושה בחוק העונשין.³⁶ גזר הדין התבסס על העובדות שבכתב האישום המתוקן, שלפיו קאשור, אדם נשוי, הציג עצמו ככזב כרוק יהודי המעוניין בקשר רומנטי משמעותי, ואחרי שפגש את המתלוננת בבניין בירושלים הציע לה להתלוות אליו, והיא הסכימה לכך בעקבות "מצג השווא".³⁷ במעלית ואחר כך בקומה העליונה של הבניין נגע קאשור במתלוננת באופן מיני ובהמשך החדיר את איבר מינו לאיבר מינה עד שהגיע לסיפוק, ואז "עזב את הבניין והותיר אותה ערומה בקומה העליונה".³⁸ במילותיו של גזר הדין, הדבר נעשה "בהסכמת המתלוננת, שהושגה במרמה ובסתם על מצג השווא".³⁹ בית המשפט המחוזי ציין בגזר הדין שההסכמה הושגה במרמה ושאלמלא סברה המתלוננת שהנאשם הוא רווק יהודי שמעוניין בקשר רומנטי משמעותי לא הייתה "משתפת איתו פעולה".⁴⁰ בהטילו על קאשור עונש של 18 חודשי מאסר בפועל ועוד 30 חודשי מאסר על תנאי,⁴¹ כתב בית המשפט כי עליו "להגן על האינטרס הציבורי מפני עבריינים מתוחכמים

34 על היבט זה של פרשת אלקובי ראו גרוס 2005, 397–409. על המושג טרנסג'נדר כקטגוריה שלא רק מסבירה זהויות מגדריות אלא גם בעלת אופי יצרני בעצמה ראו Valentine 2007. על ההיסטוריה של קטגוריה זו ושל הקטגוריה טרנסקסואליות ראו Meyerowitz 2002.

35 הציטוט לקוח משירו של חיים חפר "דודו", ראו www.zemereshet.co.il/song.asp?id=432.

36 סעיפים 345(א)(2) ו-348(א) לחוק העונשין, ראו לעיל הערה 19.

37 גזר דין בתפ"ח (י"ם) 561–08, מדינת ישראל נ' סאבר קאשור, פס' 2–4 (פורסם בנבו, 19.7.2010) (להלן: פרשת קאשור, גזר הדין במחוזי).

38 שם.

39 שם.

40 שם, פס' 13. מעניין שלא כתב האישום ולא גזר הדין מציינים שקאשור ערבי, אלא רק שהצגתו כרוק יהודי הייתה מצג שווא. ראו כתב אישום בתפ"ח 561–08 (י"ם), מדינת ישראל נ' סאבר קאשור, פס' 3. מעניין להשוות זאת לכך שבפרשת אלקובי לא צוינה בכתב האישום העובדה שאלקובי היא אישה ואפילו לא שמינה הביולוגי הוא נקבה (גרוס 2005, 376).

41 שם (גזר הדין), פס' 18.

בעלי לשון חלקלקה ומתק שפתיים, שבכוחם להוליך שולל קרבנות תמימים, במחיר הכבד מנשוא — קדושת גופם ונפשם".⁴²

בית המשפט המחוזי לא התבסס בגזר דינו על כל פסיקה קודמת, ואולם בפסק הדין שניתן במסגרת הערעור על גזר הדין לבית המשפט העליון, התבסס בית המשפט העליון על פסק דינו של השופט רובינשטיין בפרשת סלימאן, והזכיר את טענת הסנגור שייצג את קאשור בערעור. לטענת הסנגור, בית המשפט המחוזי לא נתן משקל ראוי לעובדה שבין פגישתם של קאשור והמתלוננת ובין האקט המיני חלפו דקות אחדות בלבד, ועל כן לא ניתן לייחס משקל של ממש למצג השווא, בפרט שהייתה זו פגישה אקראית. השופט מלצר עמד בפסק דינו על כך שבהודעת הערעור נטען שמעשיו של קאשור אינם פליליים כלל, אלא בלתי מוסריים בלבד, ושהמשפט הפלילי אינו אמור להתערב בהם.⁴³ יש לציין כי בהודעת הערעור אכן נטען שהעובדות המתוארות בכתב האישום אינן אמורות להצמיח האשמה בעברה של אינוס במרמה, אלא לכל היותר בעברה של קבלת דבר במרמה, אך עם זאת הזכירה ההודעה את תקדים סלימאן, וציינה שלאורה הדין המצוי עשוי לאפשר הרשעה בעברת אינוס במרמה לגבי מיהות העושה בנסיבות אלה. הערעור התמקד אפוא בגזר הדין, והציג את הטענה שרמת הפליליות של מעשי המערער שעלתה מכתב האישום המתוקן הייתה נמוכה מאוד ולא הצדיקה השתת מאסר בפועל.⁴⁴ עם זאת, "בשולי הערעור" על גזר הדין ביקשה הסנגוריה מבית המשפט לעיין בהלכה שנקבעה בפסק דין סלימאן וביחסה לפרשנות העברה של אינוס במרמה לגבי מיהות העושה. הסנגוריה ציינה שעד פסק דין סלימאן הייתה ההלכה בישראל בעניין דומה להלכה שנהוגה ברוב רובן של ארצות המשפט המקובל, שלפיה אינוס במרמה לגבי מיהות העושה מתקיים רק במקרה שהנאשם מתחזה לאדם מסוים המוכר למתלוננת, שעמו היא חפצה לקיים יחסי מין.⁴⁵ ברוח זאת הוצע בהודעת הערעור שבית המשפט העליון ישקול להרשיע את קאשור בעברה הקלה יותר של קבלת דבר במרמה.⁴⁶ נראה שדברים אחרונים אלו עמדו ביסוד קביעתו של השופט מלצר שהטענות שהושמעו בערעור נגעו לעצם סוגיית ההרשעה ולא לשאלת העונש ההולם, והיו בעצם ניסיון לסגת מהסדר הטיעון.⁴⁷ השופט מלצר קבע כי אין מקום לטענותיו אלו של המערער לאחר שגובש הסדר טיעון ואושר, אך סייג דברים אלו באומרו כי במקרים נדירים שבהם ההודאה בעובדות במסגרת הסדר טיעון אינה מגלה עברה כלל, או אינה תואמת

42 שם, פס' 15.

43 פרשת קאשור, פסק הדין בערעור, פס' 11.

44 הודעת ערעור בע"פ 561/08, סאבר קאשור — ב"כ עו"ד ד"ר אלקנה לייסט נ' מדינת ישראל, פס' 7-14 (פורסם בנבו, 15.1.2012) (להלן: הודעת הערעור בפרשת קאשור).

45 שם, פס' 42.

46 שם, פס' 54.

47 פרשת קאשור, פסק הדין בערעור, פס' 15-16. במובן זה, ההתרחשויות בפרשת קאשור הייתה דומה לזו שבפרשת אלקובי, אף ששם הניסיון לסגת מהסדר הטיעון נעשה בשלב הטיעון לעונש בבית המשפט המחוזי ולא במהלך הערעור. במהלך הדיון טען הסנגור שלמעשה לא היה ניתן להרשיע את אלקובי בעברה של "התחזות כאדם אחר", שכן ניתן להרשיע בעברה זו רק בגין התחזות לאדם מסוים. בית המשפט דחה את הטענה. ראו גרוס 2005, 369, הע' 25-18.

את העברה שעליה הוסכם בהסדר הטיעון, אז יש מקום לפתוח במשפט מחדש, או לבצע את ההתאמות הנדרשות בהרשעה. אך נסיבות אלו, כך קבע בית המשפט, אינן מתקיימות במקרה זה, שבו הודה הנאשם בכתב האישום המתוקן, שכלל את הקביעה ש"מצג השווא" מבסס את האישומים של אינוס במרמה ושל מעשה מגונה שההסכמה לו הושגה במרמה.⁴⁸ את השאלות בנוגע לסוגי מצגי השווא שיכולים לבסס הרשעה בעברה של אינוס במרמה, את ההיבטים המוסריים והפילוסופיים-משפטיים הנוגעים לשימוש בכלי המשפטי של אינוס במרמה לשם מתן הגנה לציבור ככלל ולנשים בפרט, ואת היקף התפרסותה הראוי של הלכת סלימאן, יש להשאיר, כך קבע השופט מלצר, "לעת מצוא" ואין להם מקום בגדר ערעור על גזר הדין, כאשר הכרעת הדין שנשמכה על הודאת המערער אינה מושא לערעור כלל.⁴⁹ עם זאת, בית המשפט העליון קיבל את הערעור לגבי העונש, והפחית את המאסר בפועל בחצי – לתשעה חודשים, בין היתר על סמך העובדה שהעברה שבה הורשע קאשור לא נמצאה "במדרג הגבוה של עברות אונס". עם זאת הרגיש בית המשפט העליון כי מקובלת עליו עמדת בית המשפט המחוזי שהרשעה בעברות אלו מחייבת גזירת עונש מאסר בפועל.⁵⁰

אף כי לכאורה צדק בית המשפט העליון בכך שקבע שבפרשת קאשור אין מדובר בערעור על עצם ההרשעה, מה גם שההרשעה הייתה במסגרת הסדר טיעון, הרי אפשר לתהות אם לא היה יכול בית המשפט לקבוע שאכן מדובר במקרה זה בהרשעה שאינה מגלה עברה כלל – גם אם הנאשם הודה בה בבית המשפט המחוזי: האם הסדר טיעון יכול לקבוע אחריות פלילית על סמך מסכת עובדתית שאינה כוללת יסודות עברה? בית המשפט העליון קבע בהקשרים אחרים שלא.⁵¹ ניתן אף לשאול (גם אם נניח לרגע בצד את הביקורת הקיימת על הלכת סלימאן) האם היה נכון להרשיע את קאשור בעברת אונס, עקב מרמה בעניין מיהות העושה, גם על פי אמות המידה של הלכת סלימאן, כאשר דובר ביחסי מין שהתקיימו בין גבר לאישה בתוך זמן קצר ממפגש אקראי מהסוג שתואר בגזר הדין?⁵²

אורית קמיר (2010) טענה שמהלך העניינים שתואר בגזר הדין בערכאה הראשונה מעיד שהאישה ביקשה לקיים מגע מיני עם גבר זר שפגשה ברחוב, ולצורך הסכמה למגע מיני כזה תכונותיו הרלוונטיות של הזר הן היותו גבר המעוניין ומסוגל לקיים עמה מגע מיני בלא לפגוע בה או לגרום לה נזק, וקאשור לא הונה את המתלוננת באשר לתכונות אלו.⁵³ קאשור עצמו, בריאיון עיתונאי, אישר שהציג עצמו בשם "דודו", שלדבריו כונה בו מאז ילדותו, אך טען

48 פרשת קאשור, פסק הדין בערעור, פס' 17.

49 שם, פס' 18.

50 שם, פס' 20–24.

51 ראו להלן הערה 58.

52 לביקורת על פסק הדין של בית המשפט העליון ראו פרוקצ'יה 2010.

53 עמית פונדיק (2013) מציין שפרשת קאשור מעלה את השאלה: אם מוצאן, מצבו המשפחתי או כוונותיו הרומנטיות של הנאשם היו חשובים כל כך למתלוננת בבואה לגבש את רצונה האקטואלי, האם לא היה עליה להקדיש יותר משיחה אחת קצרה עם הנאשם כדי לברר פרטים אלו, ולשאול את השאלות הללו באופן מפורש יותר? פונדיק אינו מכריע בשאלה זו.

שהמתלוננת מעולם לא שאלה אם הוא יהודי. עם זאת, קאשור הודה בריאיון שאמר למתלוננת שהוא רווק, אף שהיה נשוי (גליקמן 2010; Sherwood 2010).

בישראל פורסמו ביקורות חריפות על ההרשעה, לרבות מזוויות פמיניסטיות.⁵⁴ היא זכתה גם להתהודה ביקורתית בין-לאומית,⁵⁵ ומחלק מהביקורות השתמעה הטענה כי פסק הדין גזעני. לאחר פרסום ביקורות אלה, ועוד טרם הדיון בערעור שהוזכר לעיל, פורסם כי התלונה המקורית של המתלוננת וכתב האישום המקורי היו על אונס אלים, ועליו גם העידה המתלוננת בבית המשפט, ולא על אונס במרמה, וכי מפאת האופי הטראומטי של העדות עבור המתלוננת, הייתה הפרקליטות מעוניינת בהסדר הטיעון על מנת לחסוך ממנה את המשך המעמד הקשה של העדות.⁵⁶ אמנם המתלוננת סיימה את עדותה אך הסנגוריה ביקשה להעלותה בשנית אל דוכן העדים, ולעמת אותה עם פרטי מקרים שלגביהם הגישה בעבר תלונות על עברות מין, ושעדותה בהן נמצאה לא אמינה. התביעה רצתה למנוע ממנה את הצורך בעדות טראומטית נוספת, והסדר הטיעון נרקם מתוך רצון זה. הפרשה התלקחה כאשר נגזר על קאשור עונש מאסר בפועל, שנדמה, בגלל השילוב של סעיף האישום וגזר הדין, כתוצאה של החלטה גזענית. התקשורת, כך נטען, התנהגה אז כלפי הפרשה "כמו פיל שנכנס לחנות חרסינה" (גרומן 2010).

מידע מאוחר זה — גם אם נייחס לתלונתה של המתלוננת אמינות מוחלטת (הסנגוריה טענה שעדותה הייתה מלאה סתירות ולא מהימנה; שם) — מאיר אמנם באור חדש את התגלגלות הפרשה. ואולם, הוא אינו משנה את העובדה שההרשעה שנעשתה בבית המשפט המחוזי, כפי שהוסברה בגזר הדין, יצרה הכרעה משפטית שבה מורשע אדם בעובדות שספק רב אם יש בהן משום התנהגות פלילית.⁵⁷ מצד אחד, בהנחה שגרסתה העובדתית של המתלוננת נכונה, פרסום מידע זה היה אמור לגרום לנו להפסיק לראות בקאשור קורבן תמים של גזענות ולראותו כמי שיצא מהפרשה בעונש קל יחסית בגין מעשה של אונס אלים וקשה. מצד שני, מידע זה מחמיר את התמונה מבחינת ההליך המשפטי: בעקבותיו מתברר כי עובדות שמעולם לא היו הומצאו (ככל הנראה על ידי הפרקליטות או לפחות בהשתתפותה הפעילה) ועליהן נבנו עברות פליליות בצורה מפוקפקת, במסגרת הסדר הטיעון — וזאת בניגוד לכללים שנקבעו

54 ראו למשל, בין רשימות רבות אחרות, סגל 2010; סער 2010; קמיר 2010.

55 ראו למשל Adetunji and Sherwood 2010; Mackey 2010; Susskind 2010.

56 גרוסמן 2010; Shabi 2010. למעשה, ביטוי לכך ניתן עוד קודם לכן, כאשר עורך דין מהפרקליטות מסר לעיתונות שקאשור הועמד לדין על אינוס בכוח אך במהלך שמיעת הראיות התגלו קשיים ראייתיים והסדר הטיעון נולד מכך (גליקמן 2010). לדיון במשמעות של פרסום זה ראו מיכאלי 2010.

57 ראו טענתו של יוסי דר (2010): "העובדה שאדם חותם על עסקת טיעון — עובדה זו, כשלעצמה, עדיין אינה מספיקה להרשיעו. צריך גם שכתב האישום המוסכם במסגרת העסקה יגלה אשמה". על הפער בין העובדות ובין "האמת המשפטית" בפרשת קאשור ראו הרדוף 2010.

בפסיקה הנוגעת להסדרי טיעון.⁵⁸ אם כן, בלי לגרוע מחשיבות הצורך להגן על המתלוננת מהטרומה של העדות, ברור שהפרקליטות, בית המשפט, וגם הסנגוריה בשלב הדיון בבית המשפט המחוזי היו כולם שותפים ליצירת הכרעה וגזר דין בעייתיים עד מאוד – הן בשל סיפורה של מסגרת עובדתית בתוך פסק דין שלמעשה, ולפי גרסתם של כולם, לא התרחשה מעולם אף שהנאשם הודה בה, והן בשל התקדים שקבע בית המשפט שלפיו מסכת כזו מצדיקה הרשעה בפלילים בעברת אונס במרמה.⁵⁹

פרשת קאשור מעלה בעוצמה רבה את השאלות והתהיות שהעלתה פרשת אלקובי בנוגע לחובת הגילוי בקיום יחסי מין, ומזמינה אותנו לשוב ולשאל אותן בשינויים המתאימים (גרוס 2005, 382–396). לו היה קאשור מזרחי ש"עובר" כאשכנזי, והיה מקיים יחסים עם בחורה בנסיבות דומות, ובדיעבד היה מתברר לבחורה שמדובר במזרחי – האם היה בית משפט קובע שמדובר בעברה פלילית? לו היה מציג עצמו כדודו ברקוביץ אך בדיעבד היה מתברר לבחורה שמדובר בדודו מזרחי – האם הייתה המשטרה מתייחסת לתלונתה כלל?

מבחינה זו, אפשר להשוות בין פרשת אלקובי, פרשת פלונית וכן פרשת קאשור מצד אחד, ובין שאר הפסיקה שעסקה באינוס במרמה בדבר מיהות העושה מצד שני. הפסיקה במקרים של האשמה בהתחזות במרכיבי זהות כמו מגדר או לאום דנה בנסיבות שונות משאר הפסיקה בנוגע לעברה זו, שדנה בדרך כלל בנסיבות כמו אלו שנדונו בפרשת סלימאן, קרי של אדם שהתחזה לבעל מקצוע או תפקיד מסוים, ושביקש להשיג טובת הנאה דרך התחזות זו.⁶⁰ אפשר לשאול אם ישנו הבדל איכותי בין האשמה בהתחזות לבעל מקצוע מסוים (ואף בהתחזות המלווה בהבטחה לטובות הנאה שבעל המקצוע יכול לספק הודות לעיסוקו) מתוך הנחה שהתחזות זו תיתן למתחזה יתרון בניסיון להשיג קשר מיני, ובין האשמה בהתחזות על בסיס אחד ממרכיבי הזהות כמו לאום או מגדר. לכאורה, בהקשר של התחזות לבעל זהות לאומית או מגדרית מסוימת עולה השאלה של חלוקת אנשים לקטגוריות שרירותיות של זהות וענישת מי שחורג מהקטגוריה שיוחסה לו. שאלה זו שונה באופייה משאלת ההתחזות לבעל מקצוע מסוים, ושונה

58 בע"פ 1820/98, אנ"ל נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 97 (1998), שהזכיר השופט מלצר בפס' 17 לפסק דינו בערעורו של קאשור, נקבע בפס' 7 כי יש להקפיד שעובדות אישום, כפי שנערכו בעקבות הסדר הטיעון, ישקפו את המעשים המיוחסים לנאשם בלא שינוי מהותי מאופן התרחשותם בפועל. "ראוי", קבעה השופטת ביניש, "שבית המשפט ירשיע נאשם בהתאם למעשיו, ולא על פי מסכת עובדתית מלאכותית ופיקטיבית". בית המשפט העליון קבע גם שהיה זה עיוות צדק לו היה מחויב בית המשפט לכבד סעיפי אישום המנויים בכתב האישום, אף אם אלו מוסכמים על ידי הנאשם עצמו, אם אין בעובדות כתב האישום כדי להקים עברה (ע"פ 7725/11, פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 21–23; ראו גם רע"פ 8122/12, פחמאוי נ' מדינת ישראל [פורסם בתקדין, 27.1.2013]).

59 תמי קצביאן עומדת על כך שהחלטה שלא להמשיך בעדות המתלוננת, שהתקבלה כביכול כדי להגן עליה, ויחד עם זה הבניית הסיפור מחדש בידי התביעה כסיפור של "אונס במרמה", מקטינות את המתלוננת לכדי אישה שהתנהגה התנהגות ילדותית וקורבנית, ומבססת תפיסה שלפיה נשים זקוקות להגנת החוק ולהצלה גם כאשר קיימו יחסי מין בהסכמה בעקבות מגישה מקרית. אשר על כן, לדבריה, מה שהתרחש למעשה לא היווה הגנה על המתלוננת כי אם השתקתה והשתקת תלונתה (Katsabian 2011).

60 לפסיקה שעסקה בהתחזות לבעל מקצוע ראו למשל ע"פ 10222/06, פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.12.2007) ולמקרה של הרשעת אדם שקיים יחסים עם אישה ואף הציע לה נישואים וקבע עמה מועד לחתונה מתוך שהוא מציג עצמו ככזב כסגן ראש המוסד ראו ת"פ 59629–01–13, מדינת ישראל נ' רז (פורסם בתקדין, 7.7.2013).

זה משמעותי לא רק מבחינת האדם שמואשם בהתחזות אלא בייחוד מההיבט החברתי, שכן קטגוריות הזהות החברתיות מבוססות בדרך כלל על בינריות (גבר/אישה, יהודי/ערבי) ועל היררכיה. החברה מבקשת לשמר בינריות והיררכיה אלו, והמשפט הוא אחד האמצעים לכך. בחלק הבא של המאמר אציע כי את התפיסה הביקורתית של מגדר כפרפורמנס ניתן להציע גם לגבי לאומיות, וכי קאשור – על פי המסגור המשפטי של הסיפור – נענש בין היתר על שחרג מהפרפורמנס הלאומי המצופה ממנו, בכך ש"עבר" כיהודי.

עם זאת, למרות ההבחנה שהצעתי בין קטגוריות זהות בינריות ומבוססות היררכיה ובין קטגוריות מסוג אחר כמו השתייכות מקצועית, ניתן לתהות אם הבחנה זו תקפה בכל המקרים. האם אפשר לומר שזהות היא "סובייקטיבית" ואילו משלח יד הוא "אובייקטיבי"? האם יש הבחנה חדה בין השניים? עד כמה מקצוע הוא חלק מזהותו של אדם בצורה שמטשטשת את ההבחנה? לשאלות אלו אין פתרון חד-משמעי. מבחינות רבות אכן ניתן להבחין בין קטגוריות זהות שרירותיות כמו דת, לאום, גזע וכדומה ובין מקצוע שאדם עוסק בו. מצד אחד ניתן לומר שלהבדיל מזהות המינית או הלאומית, שנכפית עלינו במרשם האוכלוסין ומשמשת לחלוקה שרירותית בין בני אדם וליצירת גבולות ביניהם, הרי קטגוריית המקצוע שונה: האדם בחר לעסוק בו, הוכשר אליו ועוסק בו בפועל. היא אינה כפויה, אינה שרירותית ואינה חלק מהחלוקה הבינרית וההיררכית של החברה. כמו כן, המעבר בין קטגוריות הזהות קשה עד בלתי אפשרי, שלא כמו קטגוריית העיסוק. מצד שני, ניתן לטעון שבחירתו של אדם במקצוע או בעיסוק מוגבלת על ידי תנאים חברתיים וכלכליים, נוסף על העובדה שמערכת הרישוי של מקצועות מסוימים יוצרת חסמי כניסה אליהם. אפשר, למשל, לשאול האם אדם שעוסק בסוגים שונים ולא קונוונציונליים של טיפול ורואה עצמו מרפא, אף שאינו מוכר כרופא, יכול לטעון שהדרתו ממקצוע הרפואה מבוססת על קריטריונים מדירים שאינם שונים במהותם מההדרה מזהות מגדרית או לאומית? נדמה שניתן לענות על שאלה זו בתשובה שתטען שהקריטריונים של השתייכות למקצוע הרפואה אינם שרירותיים. אין מדובר בהשתייכות מלידה,⁶¹ אלא בהשתייכות שנקנית בתהליך מסוים, ומבוססת על הנמקה, על התאמה, על ידע ועל הכשרה שמועמדים לבדיקה. מובן שניתן לבקר גם קריטריונים אלו, ולטעון שהקריטריונים האובייקטיביים לכאורה גם הם פונקציה של כוח.⁶² מכל מקום, כפי שדיון זה מעיד, אף שניתן להבחין בין קטגוריות הזהות הקשיחות ובין קטגוריות כמו מקצוע, ניתן גם לערער על הבחנה זו. אני סבור כי בהקשר של הסוגיות הנדונות במאמר זה, יש ערך להבחנה בין קטגוריות של זהות ובין קטגוריות אחרות, כיוון שהמשפט הפלילי, כפי שממחישים המקרים הנדונים, משמש לשמר את השתייכותו של אדם לזהות שאליה "יועד" ולהענישו על חצייתה, בפרט

61 אנו אמנם יודעים, בעקבות סימון דה בובואר, שאישה אינה נולדת אישה אלא נעשית אישה (דה בובואר 2007, 13), אך מבחינה חברתית הזהות המגדרית משויכת לאדם מלידתו ולעיתים אף קודם – מרגע שנקבע מינו הביולוגי של העובר ברחם.

62 הגותו של מישל פוקו רלוונטית במיוחד לביקורת על ה"אובייקטיביות" של הידע ושל המדעים. לדיון באופן שבו ידע הוא פונקציה של כוח ראו בייחוד Foucault 1980.

לעבר זהות פריבילגית. דרכו של המשפט במקרים אלה מעלה שאלות שונות מעיקרן מאלה העולות ממקרים שבהם הואשמו גברים שהתחזו לבעלי מקצוע מסוים ומתוך כך קיימו יחסים עם נשים.

"לחצות את גבולות המגדר, לבגוד בגבולות הלאום":⁶³ פרפורמנס מגדרי ופרפורמנס לאומי

אם כן, בפרשת אלקובי ובפרשת פלונית כמו גם בפרשת קאשור עלו שאלות באשר לזהויות שאנשים משויכים אליהן באופן שרירותי.⁶⁴ שלוש הפרשות עסקו בקיום יחסים שנחשבו בעיני בית המשפט לא נורמטיביים: בפרשת אלקובי וגם בפרשת פלונית ובמקבילות של פרשות אלו בארצות הברית ובבריטניה היו אלה יחסים שבעיני בית המשפט התקיימו בעצם בין שתי נשים, ובפרשת קאשור היו אלה יחסים בין ערבי ליהודייה.⁶⁵ אליזבת אמנס מצביעה על כך שלפי הנורמות החברתיות מצופה מאתנו לקיים יחסים מיניים עם השונה מאתנו מבחינה מגדרית, ועם הדומה לנו מבחינת מוצא אתני וגזעי (Emens 2009, 1317).

אני מבקש להציע שפרשות ה"התחזות" המגדרית של אלקובי ושל פלונית, ופרשת ה"התחזות" הלאומית של קאשור הובילו להרשעה בגלל הפרת הציפייה הנורמטיבית הזו, אף על פי שהרשעות אלה נעשו במסגרת הסדר טיעון שנוצר מתוך כוונה של הסנגורים לחסוך מלקוחותיהם גורל אכזר עוד יותר. בשני סוגי המקרים (התחזות מגדרית והתחזות לאומית) התקיימו יחסים שנחשבים בישראל לבלתי נורמטיביים. מעמדם זה מתבטא למשל בכך שהם מתקיימים בין אנשים שלא היו יכולים להינשא זה לזה על פי הדין החל בישראל (בהנחה שגם אילו היו אלקובי ופלונית נתפסים כחברה כגברים מבחינה מגדרית, ואפילו מבחינת מרשם האוכלוסין, דיני הנישואים הדתיים בישראל היו מונעים מהם להינשא לאישה). דיני האישות בישראל נשלטים על פי הדין הדתי בצורה שאינה מאפשרת קיום נישואים בין בני

63 כותרת זו מקורה באחת הסיסמאות של קבוצת "כביסה שחורה" במצעד הגאווה שנערך בישראל בשנת 2003, זמן קצר אחרי הרשעתו של אלקובי. לדיון בסיסמה זו ראו גרוס 2005, 412. הסיסמה מקבלת משמעות נוספת לאור הקשר בין פרשת אלקובי לפרשת קאשור. ראו גם זיו 2008.

64 למקרה נוסף שעסק לא במקצוע כי אם במאפיין של זהות ראו תפ"ח (מחוזי נצרת) 522/07, מדינת ישראל נ' מהדקר אורן יוסף (פורסם בנבו, 15.7.2007). הנאשם בתיק זה הורשע במרמה לגבי מיהות העושה, בטענה של מרמה לגבי גילו. ראו גם את המקרים הנדונים לעיל בהערה 10. עמית פונדיק מצביע על כך שבטעם שהמקרים הפרדיגמטיים של התחזות לבעל יחסי מין במסווה של טיפול רפואי מוכרים בהרבה מארצות המשפט המקובל כעברות, הרי הרשעה באונס במרמה מסוג שאינו שייך לשני חריגים אלו איננה מקובלת בשיטות זרות. רק במדינות אחדות אפשר למצוא הגדרה של עברת אונס שדומה בכלליותה להגדרה הישראלית, וגם כשיש איסור פלילי על קיום יחסי מין באמצעות מצג שווא, לרוב אין מדובר באונס אלא בעברה קלה יותר (פונדיק 2013).

65 פונדיק עומד על כך שלמרות תשומת הלב התקשורתית להיבט הגזעני של הפרשה, גזר הדין הזכיר רק פעם אחת את היותו של קאשור "לא יהודי" (ראו לעיל הערה 40), ונתן משקל לרכיבים האחרים בזהותו שלגביהם הטעה את המתלוננת (על פי העובדות המוסכמות בכתב האישום המתוקן) קרי מצבו המשפחתי וכוונותיו לקשר רציני, ולאור זאת מעלה את השאלה עד כמה היה ההיבט הגזעני מרכזי לפרשה זו (שם, הע' 4). עם זאת, להערכתי קשה לנתק את היבט ערביותו של קאשור מהסיפור כפי שמוסגר בבית המשפט. לדיון בפרשת קאשור ובאופי הפוגעני של שקרים כלפי נשים – בפרט שקרים לגבי מעמד אישי מהסוג שסיפר קאשור על פי גזר הדין – ראו ספקטור 2010.

דתות שונות או בין בני אותו המין (עם זאת, נישואים כאלו, אם נערכו בחו"ל, יירשמו במרשם האוכלוסין הישראלי).⁶⁶ אם כן, כפי שבפרשת אלקובי – וכנראה גם בפרשת פלונית הדומה לה – הגן בית המשפט על הסדר ההטרונורמטיבי תחת הכסות של הגנה על נשים ממרמה, כך נראה שבפרשת קאשור הגן בית המשפט על הסדר האתנר-לאומי. בפרט נראה כך על רקע התפיסה הקיימת בחברה היהודית בישראל בדבר הצורך להגן על הנשים היהודיות מפני "האיום הערבי", ובפרט לנוכח "האיום הדמוגרפי". צבי טריגר דן בתפיסה זו ומראה שהאיסור על נישואים בין בני דתות שונות בישראל משרתה ולו בפועל. טריגר טוען שאף שאיסור זה חל לכאורה באופן סימטרי על שני המינים, הרי בפועל היחס החברתי לנשים יהודיות שנישאות לערבים חמור בהרבה מזה שבמקרים ההפוכים (Triger 2009). יחס זה מתבטא גם בקיומם של כמה ארגונים הפועלים "להגן" על נשים יהודיות מפני גברים ערבים שמבקשים להתראות עמן,⁶⁷ ואף בפעילותה של עיריית תל-אביב-יפו בתחום (בן יוסף 2010). במובן זה הסדר הלאומי הוא גם סדר בעל היבטים מוגזעים-קולוניאליים. יתרה מזאת, כפי שטוענת תמי קצביאן, למעשה גם המתלוננת במקרה קאשור נענשה על שקיימה יחסי מין מחוץ לגבולות הלאום: תלונתה על אונס בכפייה נזנחה, והבעיה שהוצגה במשפט הייתה שהיא קיימה יחסים עם פלסטיני מבלי שלאומיותו ידועה לה (Katsabian 2011).

וידוע: אין ביכולתי להכריע בכל הנוגע למחלוקת העובדתית בשאלה מה באמת התרחש בפרשה. הדיון שלי עוסק במסגור המשפטי שלה ובמשמעותו החברתית. זה המקום לציין גם שכאשר אני מעלה תהיות לגבי ההצדקה של ההרשעות במקרים מסוג אלה, כמובן אין בכוונתי לטעון שיש זכות לשוויון בתחום יחסי המין. איש אינו מציע "חוק שוויון הזדמנויות במין" המקביל לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה,⁶⁸ שיטיל סנקציות אזהרות או פלילות על מי ש"מפלה" בתחום יחסי המין. ביקורתי אינה קוראת להעניש את המפלה. המקרים שאני דן בהם במאמר זה הם אלו של ענישת המופלה. ברור שיש להגן על זכות הבחירה של נשים (וגברים) עם מי לקיים יחסים אינטימיים. השאלה אינה אם קיימת זכות בחירה זו וכאמור, העניין העומד על הפרק אינו הצעה להטיל סנקציות על מי שמסרב לקיים יחסים עם אדם אחר מטעמים של "הפליה". השאלה היא אם במקרים הנדונים הייתה כלל התנהגות פלילית המצדיקה את הרשעתם של המופלים, קרי הנאשמים, ואם זכות בחירה זו משמעה הטלת אחריות פלילית על מי שקיים יחסים עם המבקשת להפלות מבלי שזו ידעה על זהותו ה"אמיתית" של המואשם במרמה והתחזות. אי-ידיעה כזו יכולה לנבוע מכך שהנאשמים "עברו" כשייכים לזהות שעטו על עצמם, או בשל טעות של המתלוננת, או בשל שקר אקטיבי של הנאשמים; וכמובן שאפשר

66 סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953; ראו גם בג"ץ 143/62, פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז(1) 225 (1963); בג"ץ 3045/05, בן-ארי נ' מנהל מיונהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד סא(3) 537 (2006).

67 לדיון ביקורתי בארגון להב"ה (למניעת התבוללות בארץ הקודש) שמטרתו "להגן" על נשים יהודיות מגברים ערבים שמבקשים לקיים עמן קשר רומנטי ראו לוין 2012. על ארגון זה ועל חמישה ארגונים אחרים שפועלים בשם אותו עניין ראו גם לי 2013; כרמי 2014. ראו לעניין זה גם בלאו וגרינברג 2011.

68 חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.

להבחין בין המקרים האלה ולטעון למידה שונה של אחריות פלילית — אם בכלל ישנה — המוטלת על הנאשמים בכל מקרה ומקרה.⁶⁹ השאלה מסתבכת עוד יותר לנוכח מורכבותה של סוגיית הזהות ה"אמיתית": מהי זהות "אמיתית" וכיצד היא נקבעת — אם בכלל? האם, ועוד כמה, יש מקום ואפשרות להעדיף את עמדתן של המתלוננות על פני הראייה העצמית וההגדרה העצמית של הנאשמים — ובפרט כאשר מדובר במשפט פלילי, שבו נדרש יסוד נפשי אצל הנאשם?

בהודעת הערעור בפרשת קאשור נטען שיש לבחון את הדרך שבה הציג עצמו הנאשם מבעד לאספקלריה של תופעת הפאסינג (passing), ה"מעבר". "מעבר" הוא הפרפורמנס של בני קבוצות מיעוט שרואות עצמן מקופחות, המציגים עצמם בנסיבות חברתיות מסוימות כחברי קבוצת הרוב, כדי שלא להיות חשופים ליחס מקפח או גזעני. בהודעת הערעור צוין גם כי המעבר הוא למעשה אסטרטגיית התמודדות עם הפליית מיעוטים, והוא תופעה מוכרת ברחבי העולם וגם בישראל.⁷⁰ ההיסטוריה של תופעת המעבר נחקרה בייחוד בהקשר האמריקני, שבו משמעותה היא על פי רוב לבישת זהות לבנה על מנת להימלט מן ההפליה שאליה נחשף בעל הזהות השחורה. אך למעבר יש גם היסטוריה מגדרית ולא רק גזעית-אתנית. במסגרת התפיסה המזהה זהויות עם עובדות ביולוגיות תופעת המעבר נחשבת מאיימת בייחוד כאשר האדם שמואשם בה "עובר" כשייך לזהות ההגמונית, בעלת הפריבילגיות, שהגישה אליה אמורה להיות מוגבלת למי שנתפס כשייך אליה באופן "אמיתי" ו"טבעי", כלומר כביכול ביולוגי. המערכות החברתיות והמשפטיות מענישות על חציית גבולות אסורה כזו, שמאיימת על הסדר החברתי המבוסס על קטגוריות זהות קשיחות, ומקצה פריבילגיות על פי הגבולות ביניהן.⁷¹ הנאשמים במשפטים שאני דן בהם במאמר זה אכן חצו את הגבולות המגדירים את המערכת ההיררכית של הזהויות הבינריות (גבר/אישה ויהודי/ערבי) לעבר זהויות פריבילגיות, ונענשו על כך. ואולם במקרה קאשור בית הדין לא נתן את דעתו למשמעותו של המעבר עבור קבוצות מוחלשות ומודרות.

על מקרים אלו אפשר להוסיף שלושה מקרים אחרים של מעבר לעבר הזהות הלאומית הפריבילגית שנדונו בפסיקה ושכללו קיום יחסים בין גברים ערבים לנשים יהודיות. הראשון הוא מקרה שנסיבותיו שונות ובהתאם לכך גם גישת בית המשפט אליו הייתה שונה מאוד מהגישה שננקטה בפרשת קאשור. וליד סעיד, פלסטיני ששהה בישראל ללא היתר במשך

69 מאחר שכל פרשת ה"התחזות" של קאשור הייתה למעשה הבניית נרטיב פיקטיבי לצורך הסדר הטיעון, אין למעשה במקרה זה עובדות "אמיתיות" שלאורן ניתן לנתח וליישם היבטים אלו של השאלה. כתב האישום המתוקן הגדיר את מה שכונה "מצג השווא" במילים אלו: "הנאשם, שהינו נשוי, הציג את עצמו ככזב בפני המתלוננת כרוק יהודי, וכן הציג את עצמו כמי שמעוניין בקשר רומנטי משמעותי", ובתי המשפט חזרו על נרטיב זה, ללא פירוט. ראו קאשור, גזר הדין במחוזי, פס' 3; קאשור, פסק הדין בערעור, פס' 3.

70 הודעת הערעור בפרשת קאשור, פס' 41.

71 על משמעות זו של "פאסינג" בהקשר הגזעי והמגדרי ראו Ginsberg 1996, 1–18. איליין גינזברג מזהה בזהויות גזעיות ומגדריות היגיון ייחודי, להבדיל מזהויות אחרות כמו מעמד, נטייה מינית ואתניות. אך אני מבקש להציע שבהקשר הישראלי לאומיות-אתניות ממלאת תפקיד דומה לזה שגזע ממלא בהקשר האמריקני שבו גינזברג מתמקדת. על "פאסינג" כמשטש הגבולות המסומנים היטב של גזע, מגדר ומעמד ראו גם Schlossberg 2011, 1–12.

13 שנה, הציג עצמו כיהודי העונה לשם אייל חלבי, והורשע בכמה עברות לרבות קבלת דבר במרמה ושידולי מרמה (אך לא בעברות מין), בין היתר עקב קשר רומנטי שקיים עם מתלוננת שאף עברה לגור איתו. בתסקיר שהוגש לבית המשפט נאמר שהנאשם רואה עצמו ישראלי לכל דבר.⁷² במקרה זה בית המשפט דווקא גילה אמפתיה לזהות החדשה שאימץ הנאשם: השופטים הטילו עליו עונש מינימלי, ציינו שנדמה שבאימוץ השם העברי פעל הנאשם כדי למצוא לעצמו תחליף מולדת או מולדת חדשה, ואף הביעו ספק אם היה הכרח להאשימו בגין שימוש בשם העברי. השופטת כרמלה רוטפלד-האפט אף המליצה לסייע לנאשם לקבל מעמד של קבע בישראל.⁷³ המקרה השני הוא זה של סאמי דיב אל-שעבי, שדומה מבחינות מסוימות לפרשת קאשור. במקרה זה הורשע דרווי נשוי שהציג עצמו לפני בחורה יהודייה כיהודי רווק. כמו סעיד, גם אל-שעבי לא הורשע בעברות מין כי אם בעברה של קבלת דבר במרמה, אך בנסיבות שונות ולכאורה חמורות בהרבה משל פרשת קאשור, שכן דובר ביחסים מתמשכים, בהצהרות על כוונה לנישואים ובהיריון של המתלוננת.⁷⁴ פרשת קאשור היא הפרשה הראשונה המוכרת, לפחות בישראל, שבה נעשה בנסיבות כאלו שימוש בעברת האונס במרמה, החמורה יותר. המקרה השלישי, שעדיין תלוי ועומד לפני בית המשפט, הוא זה של תמיר מזאריב, גבר בדואי נשוי המשרת בתור קצין אבטחה במילואים בחיל האוויר, שהואשם שהציג עצמו לפני נשים כיהודי, רווק וטייס פעיל בחיל האוויר על מנת לגרום להן להסכים לקיים יחסי מין. השמות שבהם בחר להציג את עצמו הם דניאל או דודו תמיר (גרוסמן 2013).⁷⁵

במסגרת הטענות להקלה בעונשו של קאשור, שנפרסו בשלב הערעור, התייחסה הסנגוריה לפרשת אלקובי, וטענה שהמקרה שתואר באותה פרשה היה חמור בהרבה מעניינו של קאשור, הן בשל התכנון מראש של ה"מרמה", הן כיוון שדובר בשורה של מתלוננות לאורך זמן והן כיוון שכאשר מדובר ביחסי מין, "מרמה" באשר למגדר חמורה בהרבה ממרמה באשר לזהות האתנית. ה"מרמה" של אלקובי, כך טענה הסנגוריה, נגעה בנתון מכריע הרבה יותר לשאלת קיום יחסי המין: "ניתן להתווכח", כך נטען בהודעת הערעור של הסניגוריה, "עד כמה זהותו האתנית של אדם הנה שיקול לגיטימי לשאלת קיום יחסי המין עמו. דומה כי לא יכול להיות ספק שזהותו המגדרית של השותף היא שיקול לגיטימי ורלוונטי הרבה יותר". על כן, טענה הסניגוריה, "המרמה של חן אלקובי הייתה חמורה הרבה יותר. היא נגעה בנתון מכריע הרבה יותר לשאלת קיום יחסי המין", וזאת נוסף על ההבדלים העובדתיים האחרים שעשו אותה חמורה יותר, לטענת הסנגוריה.⁷⁶ עמדת הסנגוריה, אף כי אין ספק שננקטה מתוך חובת הנאמנות ללקוח במקרה זה, אימצה בלי ביקורתיות את הדרך שבה הציג בית המשפט המחוזי

72 יש להדגיש שבמקרה זה דובר בפלסטיני תושב השטחים, לא-יהודי ונוסף על כך גם לא אזרח ישראלי.

73 ת"פ (שלום נצרת) 4054/05, מדינת ישראל נ' וליד סעיד (פורסם בנבו, 22.3.2006). לדיון במקרה זה ראו, Bilsky 2008, 86-88.

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

75 ראו בש"פ 321/11, פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.1.2011). בהחלטה שניתנה בינואר 2011 אישר בית המשפט העליון את פרסום פרטי הנאשם.

76 הודעת הערעור בפרשת קאשור, פס' 24-27.

את פרשת אלקובי, ולמעשה חיזקה את התפיסה שיש אמיתות שחובה לגלות במסגרת של יחסי מין, ושאמיתות אלה מדורגות במדרג של חשיבות. אפשר לפרש את עמדת הסנגוריה כאמירה שחמור יותר לחצות את גבולות המגדר מאשר את גבולות הלאום. עמדה זו גם אימצה את הרעיון של אחידות בין מין ביולוגי ובין זהות מגדרית ואת ההנחה שהשתייכות לזהות מגדרית שונה מזו שהאדם יועד אליה היא "מרמה". במובן זה היא אימצה את הקביעות הבעייתיות של בית המשפט המחוזי בפרשת אלקובי בלי להרהר אחריהן.

אני מבקש לטעון כי את עמדת הסנגוריה יש לשלול בגלל ההנחות בנוגע למין ולמגדר המונחות ביסודה. יתרה מכך, עמדת הסנגוריה עירבה בין שאלת הלגיטימיות של בחירתו של אדם עם מי לקיים יחסים ובין השאלה של מה שכיניתי לעיל הענשת המופלה, כדוגמת ההענשה בפרשת אלקובי וכמו זו בפרשת קאשור. בניגוד לעמדת הסנגוריה, שביקשה כאמור להבחין בין המקרים וליצור היררכיה בין הפרשה המגדרית לפרשה האתנית-לאומית, לטענתי יש לעמוד דווקא על הדמיון ועל הקשר שבין משטור גבולות המגדר לבין משטור גבולות הלאום. שהרי המשפט ממשטר את השתייכותנו לזהויות המגדריות והאתניות השרירותיות ששויכנו אליהן, ויתרה מזאת – הנוקשות המגדרית של חלוקה לגברים ונשים הכרחית לא רק להטרונורמטיביות ולהטרנסקסואליות הכפויה,⁷⁷ אלא גם לפרויקט המגדרי-לאומי של הציונות. כפי שהראו כמה חוקרים, פרויקט זה ביקש לרפא את הגבר היהודי מהפגמים בגבריותו כביכול, ולעשות מהגברים גברים ומהנשים נשים.⁷⁸ מעצם טבעו, הוא דורש סימון ברור שיגדיר מיהו יהודי ומי אינו, מיהו גבר ומי אינו, ובמסגרתו חיים באזורי הגבול, שטטוש הגבולות או חצייתם הם בגדר מעשה מסוכן שראוי להעניש בגינו (גרוס 2005, 412). אלקובי וקאשור הפרו את הסדר החברתי ואת משטר הפריבילגיות בשני אופנים. ראשית, הם חצו את גבולות הזהות (אל עבר הזהות הפריבילגית) ובהתנהגותם בעצם חשפו את העובדה שהזהות מובנית ומבוססת על פרפורמנס ואינה "טבעית". שנית, הם קיימו יחסים שנתפסו כחורגים מאלו שמשטר זה דורש, כלומר יחסים בין בני זוג בעלי השתייכות לאומית אחת אך השתייכות מגדרית נבדלת.

כאמור, ניתוח הפסיקה בעניין התחזות מגדרית שנסמך על התפיסה של מגדר כפרפורמנס יכול לסייע בניתוח הפסיקה שעוסקת בהתחזות לאומית, בצורה שמזמינה פיתוח תפיסה של לאומיות כפרפורמנס. כמו לגוף הממוגדר כך גם לגוף המשוך לקבוצה לאומית מסוימת אין מעמד אונטולוגי הנפרד מן הפעולות השונות המכוננות את ממשותו. כפי ששם מסוים או התנהגות מסוימת מזוהים עם מגדר אך למעשה הם פרפורמנס של גבריות, כך שם מסוים או התנהגות מסוימת הם פרפורמנס של "היות יהודי". כמו הסימנים המגדריים כך גם הסימנים הלאומיים הם סימנים מיצגיים-ביצועיים שמכוננים למעשה את הזהות שהם מתיימרים לבטא. וכמו מגדר, גם לאום הוא סוג של חיקוי שאין לו מקור. הוא יכול להתבטא במאפיינים שונים המזוהים עם קבוצת לאום כמו מבטא, שפה, סגנון דיבור, לבוש, שפת גוף, שם, ואופנים אחרים

77 על הטרנסקסואליות כפויה ראו ריץ' 2003.

78 ראו גלזמן 2007; Boyarin 1997.

של הצגת העצמי. אך כמו הופעה מגדרית, כך גם ההופעה הלאומית היא הופעה כפויה, ולכן התנהגות שאינה עולה בקנה אחד עם הנורמות שלה גוררת אחריה נידוי, ענישה ואללימות. המשטור החברתי של לאומיות חמור לא פחות מזה של מגדר, וגם הוא, בוודאי בהקשר הישראלי, מבוסס על שתי זהויות שנתפסות כמקוטבות ויציבות, קרי יהודי וערבי.⁷⁹ בשני המקרים מדובר על הבניות חברתיות שמתיימרות להציג עצמן כ"טבעיות", כדברי בנדיקט אנדרסון: "בעולם המודרני לכל אחד יש, או 'תהיה' לו, או צריך שתהיה לו, השתייכות לאומית, בדיוק באותו אופן שלכל איש או אישה יש מגדר" (אנדרסון 1999, 35). החריגה מהלאום או מהמגדר ש"יש" לכל אחד ואחת מאתנו מביאה בעקבותיה ענישה, בייחוד כאשר היא נעשית במסגרת של קשר אינטימי, המפר את הסדר המיני-מגדרי-לאומי. שכן כדברי דוריס סאמר, לאומיות ומיניות (בפרט הטרוסקסואלית) אלגוריות זו לזו, וכל אחת מהן מעגנת עצמה ביציבות לכאורה של האחרת.⁸⁰ הלאומיות מכילה בתוכה תפיסה מסוימת של גבריות, משפחה והורות שמהווים מרכיבים בהמשכיות הלאום ובשימורו, וכולם מניחים מיניות מסוימת: נראה שכל אחד מצדי הסדר הזה מציג את הצד שני כמרכיב "טבעי" בקיומו. כך, במסגור המשפטי של הסיפור, סאבר קאשור שמציג עצמו כ"דודו" חורג מהפרפורמנס הלאומי שמצופה ממנו, ונענש על כך (ובפרט על ש"עבר" כיהודי) ועל העובדה שהוא, הערבי, קיים יחסים עם יהודייה. מעניין שאף על פי שניתן למצוא מקבילות לפרשת אלקובי ופרשת פלוגנית במשפט המשווה, הרי לא נמצא בספרות על עברת האונס במרמה מקרה מודרני הדומה בעובדותיו לזה של קאשור. במובן זה בעוד שהמשטור המגדרי שבא לידי ביטוי בפרשות בישראל דומה לזה שהיה גם במקרים שנדונו בבתי משפט בארצות הברית ובבריטניה, הרי המשטור הלאומי מהסוג שנעשה בפרשת קאשור, בהקשרו ובצורתו המסוימים, ייחודי לישראל באופן שמשקף את האופי האתנו-לאומי שלה (גרוס 2000).

בית המשפט העליון עצמו סירב לתת משקל להשוואה שהסנגוריה הציעה בין מקרה קאשור למקרה אלקובי, ותיאר את פרשת אלקובי "פרשה חריגה כשלעצמה, אשר עובדותיה שונות מהותית מן המקרה שלפנינו".⁸¹ אך למעשה, אפשר להבחין שגורלותיהם של חן אלקובי, שהציג עצמו בשמות של גברים כמו "קובי אלקובי" או "קובי ביטון",⁸² ושל סאבר קאשור, שהציג עצמו בשם היהודי "דודו" — היו דומים במסגור המשפטי שלהם ומבחינת המסר שהוא שלח. גורלותיהם דומים בשל "חטאם" הכפול: ראשית, הם עשו את האסור בכך שחצו את התפקיד (המגדרי/הלאומי) שהחברה בישראל ייעדה להם ועברו אל הזהות האחרת, הפריבילגית, ועוד בהצלחה יחסית בזכות יכולתם "לעבור". שנית, הם קיימו יחסים שנחשבים למאיימים על הסדר המגדרי-לאומי הדומיננטי. המשפט הפלילי, באמצעות המושג של עברת

⁷⁹ מעמדם המורכב של המזרחים קשור לבינריות זו שמבוססת על הכחשת זהותם הערבית (ראו שנהב 2003).

⁸⁰ על הקשר בין לאומיות למיניות ראו Sommer 1991, 30–41. בהקשר הישראלי ראו למשל גלזמן 1997. בסדר המיני-מגדרי-לאומי הישראלי, "הגוף הציוני" כפי שמכנה אותו גלזמן (2007), הוא גוף גברי תקני, והטרוסקסואליות היא אחד התנאים לתקניות גברית זו, הנחוצה לשם הפרויקט הלאומי.

⁸¹ קאשור, פסק הדין בערעור, פס' 19.

⁸² סעיף 3 לכתב האישום המתוקן [תיקון שלישי] בת"פ (חי') 387/02, מדינת ישראל נ' חן אלקובי (25.3.2003).

האונס במרמה, גויס במקרים שנדונו כאן למאמץ להחזיר סדר זה על כנו, ולשדר מסר מרתיע למבקשים לחצות את הגבולות האסורים.

סיכום

ניתן לבחון את עברת האונס במרמה אך ורק מבחינת תכליתה למלא את דרישת ההסכמה של נשים ליחסי מין. הרצון להחמיר בדרישת ההסכמה מתבקש מהצורך להגן על נשים ועל חירותן המינית. אך ניתן לתהות מה קורה כאשר בשם הרצון להגן על נשים מגדילים את כוחה של המדינה להעניש, וכיצד המדינה מפעילה כוח זה. כפי שמאמר זה מראה, כוח ההענשה של המדינה במקרים אלו מופעל בצורה שמשמרת את הסדר המיני-מגדרי-לאומי. במובן זה אפשר לראות בפסקי הדין שנדונו במאמר זה ניצחון פירוס של הרצון החשוב להגן על האוטונומיה המינית של נשים: רצון שבשמו מיוצרות נורמות משפטיות שמחזקות את הסדר החברתי הלאומי-מגדרי, שבו מעמדן של נשים – ובהקשר הישראלי גם של ערבים – נחות.⁸³ סיפורה של עברת האונס במרמה מספר את הסיפור הגדול יותר של הפרדוקס שבפנייה למדינה ולמערכת המשפט שלה בשם פרויקטים אמנציפטוריים (Brown and Halley 2002). פנייה זו, שנדמה שאי-אפשר בלעדיה על אף מחירה, שעלינו להכירם, משקפת את הפרדוקס הכללי יותר של החיפוש אחר צדק במדינה המודרנית.

ביבליוגרפיה

- אנדרסון, בנדיקט, 1999. קהיליות מדומיינות, בתרגום דן דאור, תל אביב: האוניברסיטה הפתוחה.
 באטלר, ג'ודית, 2001. "צרות של מגדר", בתרגום דפנה רז, מכאן 2, עמ' 202–219.
 _____, 2003. "חיקוי ומרי מגדרי" (בתרגום עמליה זיו), עמליה זיו, יאיר קדר ואורן קנר (עורכים), מעבר למיניות: מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית, תל אביב: הקיבוץ המאוחד, עמ' 329–346.
 בלאו, אורי, ושי גרינברג, 2011. "כהנא חי ברווחה", הארץ, 7.5.11, www.haaretz.co.il/misc/1.1173276 (אוחזר ב־23.11.13).
 בן יוסף, מוריה, 2010. "ת"א: העירייה משיקה תוכנית למניעת קשרי יהודיות עם בני מיעוטים", זמן תל-אביב, 23.2.10, www.nrg.co.il/online/54/ART2/066/580.html?hp=54&loc=4&tmp=7464 (אוחזר ב־23.11.13).

⁸³ על הבעייתיות בפנייה הפמיניסטית למדינה – על כוחה הממשמע – בדרישה לצדק ראו, Brown 1995, 21–29, 43–47. 52–96

- גלזמן, מיכאל, 1997. "הכמיהה להטרסקסואליות: ציונות ומיניות באלטנוילנד", תיאוריה וביקורת 11 (חורף), עמ' 145–162.
- _____, 2007. הגוף הציוני: לאומיות, מגדר ומיניות בספרות העברית החדשה, תל אביב: הקיבוץ המאוחד.
- גליקמן, אביעד, 2010. "העליון צריך להפחית בעונש על האונס במרמה", *Ynet*, 22.7.10, www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3923281,00.html (אוחזר ב־23.11.13).
- גרוס, אייל, 2000. "דמוקרטיה, אתניות וחוקתיות בישראל: בין 'המדינה היהודית' ו'המדינה הדמוקרטית'", *סוציולוגיה ישראלית* 2, עמ' 647–673.
- _____, 2005. "התחזות כאדם אחר: חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי", ארנה כן-נפתלי וחנה נוה (עורכות), *משפטים על אהבה*, תל אביב: אוניברסיטת תל-אביב, עמ' 365–413.
- גרוס, אייל, ועמליה זיו, 2003. "בין תיאוריה לפוליטיקה: לימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית", יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר (עורכים), *מעבר למיניות: מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית*, תל אביב: הקיבוץ המאוחד, עמ' 9–44.
- גרוסמן, גלעד, 2013. "ברדאי התחזה לטייס כדי לקיים יחסי מין עם נשים", *וואלה! חדשות*, 29.7.13, news.walla.co.il/?w=%2F10%2F2665046&m=1 (אוחזר ב־24.11.13).
- גרוסמן, ליטל, 2010. "הייתי בלי מכנסים, נשארתי ככה כאילו, כי הייתי בהלם. הרצפה היתה מלוכלכת בדם ונורא פחדתי לגעת בעצמי כדי לראות אם אני בסדר", *הארץ*, 3.9.10, www.haaretz.co.il/misc/1.1219822 (אוחזר ב־23.11.13).
- דה בובואר, סימון, 2007. *המין השני ב (המציאות היומיומית)*, בתרגום שרון פרמינגר, תל אביב: ככל.
- דר, יוסי, 2010. "לזכות את סאבר קאשור", *News 1*, 5.8.10, www.news1.co.il/Archive/003-D-50712-00.html (אוחזר ב־23.11.13).
- הרדוף, אסף, 2010. "אינוס במרמה ואמת משפטית", *Legal Talking*, 3.10.10, <http://tinyurl.com/2cvrna8> (אוחזר ב־23.11.13).
- _____, (טרם פורסם). "אונס מרחוק או רחוק מאונס".
- ויטרכו, הדי, 2010. "משבר הטרסקסואליות: הבניית זהויות מיניות בדיני לשון הרע", *עיוני משפט לג*, עמ' 5–50.
- זיו, עמליה, 2001. "חיקוי, ציטוט והתנגדות: הצרות המגדריות של ג'ודית באטלר", *מכאן* 2, עמ' 191–201.
- _____, 2008. "לחצות את גבולות המגדר, לבגוד בגבולות הלאום: הפוליטיקה הפרפורמטיבית של 'כביסה שחורה'", יוסי יונה ואדריאנה קמפ (עורכים), *פערי אזרחות: הגירה, פריז וזהות בישראל*, ירושלים ותל אביב: מכון ון ליר בירושלים והקיבוץ המאוחד, עמ' 290–320.
- כרמי, רות, 2014. "'מה אם ערבי היה מתחיל עם אחותך?': על גזענות ומגדר בישראל", ירושלים: המרכז הרפורמי לדרת ומדינה.
- לוי, ליטל, 2012. "שנאת ערבים ושנאת נשים: ארגון להב"ה עושה סיבוב ברשת", *הארץ*, 23.8.12, www.haaretz.co.il/news/education/1.1807354 (אוחזר ב־23.11.13).

- לי, ורד, 2013. "איך הפך גוף האישה היהודית לרכוש לאומי", *הארץ*, 21.4.13, www.haaretz.co.il/magazine/the-edge/premium-1.1996394 (אוחזר ב־23.11.13).
- לייסט, אלקנה, 2009. "הערת פסיקה: אינוס במרמה לגבי 'מיהות העושה' — בעקבות ע"פ 2411/06 פלוני נגד מדינת ישראל", *הסנגור* 146, עמ' 4–9.
- מיכאלי, מרב, 2010. "להאמין אחת לשנייה", *הארץ*, 6.9.10, www.haaretz.co.il/opinions/1.1220102 (אוחזר ב־23.11.13).
- סגל, זאב, 2010. "זילות של האנוס", *הארץ*, 21.7.10, www.haaretz.co.il/opinions/1.1213045 (אוחזר ב־23.11.13).
- סער, צפי, 2010. "טשטוש ההבדל בין אנוס למין", *עכבר העיר*, 27.7.10, www.mouse.co.il/CM.articles_item,1048,209,52688,.aspx (אוחזר ב־23.11.13).
- ספקטור, דנה, 2010. "בשקר בשקר", *ידיעות אחרונות*, 23.7.10, מוסף "7 ימים".
- פוגץ, דנה, 2001. "קרימינליזציה של גינוני חיזור מקובלים? מרמה, טעות הקורבן, והסכמה לעניין עברות מין", *אלי לדרמן (עורך)*, *מגמות בפלילים*, תל אביב: לשכת עורכי הדין, עמ' 149–200.
- פונדיק, עמית, 2013. "בין מרמה לכפייה: על עבירת האנוס במרמה לגבי מיהות העושה", *עיוני משפט* לו, עמ' 215–267.
- פרוקצ'יה, אוריאל, 2010. "אינוס הדין", *הארץ*, 5.2.10, www.haaretz.co.il/opinions/1.1633739 (אוחזר ב־23.11.13).
- קמיר, אורית, 2010. "אינוס במרמה — פרשת סבאר קאשור: הערבי שהתחזה לגבר, והתייחסות לעדות המתלוננת בבית המשפט", *כבוד אדם וחווה*, *2nd Opinion*, 23.7.10, 2nd-ops.com/orit/?p=65632 (אוחזר ב־23.11.13).
- ריץ' אדריאן, 2003. "הטרנסקסואליות כפויה והקיום הלסבי" (בתרגום עמליה זיו), *עמליה זיו, יאיר קר ואורן קנר (עורכים)*, *מעבר למיניות: מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית*, תל אביב: הקיבוץ המאוחד, עמ' 180–189.
- שנהב, יהודה, 2003. *היהודים-הערבים: לאומיות, דת ואתניות*, תל אביב: עם עובד.
- Adetunji, Jo, and Harriet Sherwood, 2010. "Arab Guilty of Rape After Consensual Sex With Jew," *The Guardian*, 21.7.10, www.guardian.co.uk/world/2010/jul/21/arab-guilty-rape-consensual-sex-jew (accessed November 24, 2013).
- Bilsky, Leora, 2008. "Citizenship as Mask: Between the Imposter and the Refugee," *Constellations* 15, pp. 72–97.
- Blake, Matt, 2012. "'I Felt Repulsed and Dirty and Wanted to Kill Myself': Schoolgirl Victims of Teenage Girl Who Dressed as Boy to Date Them Speak of Their Anguish as She Is Jailed," *Mail Online*, 6.3.12, <http://tinyurl.com/d8x72nk> (accessed November 24, 2013).
- Boyarin, Daniel, 1997. *Unheroic Conduct: The Rise of Heterosexuality and the Invention of the Jewish Man*, Berkeley: University of California Press.

- Brown, Wendy, 1995. *States of Injury: Power and Freedom in Late Modernity*, New Jersey: Princeton University Press.
- Brown, Wendy, and Janet Halley, 2002. *Left Legalism/Left Critique*, Durham: Duke University Press.
- Butler, Judith, 1990. *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, New York: Routledge.
- Emens, Elizabeth, 2009. "Intimate Discrimination: The State's Role in the Accidents of Sex and Love," *Harvard Law Journal* 122, pp. 1307–1402.
- Falk, Patricia, 1998. "Rape by Fraud and Rape by Coercion," *Brooklyn Law Review* 64, pp. 39–180.
- Foucault, Michel, 1980. *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972–1977*, C. Gordon (ed.), London: Harvester.
- Ginsberg, Elaine, 1996. "Introduction: The Politics of Passing," in idem (ed.), *Passing and the Fictions of Identity*, Durham: Duke University Press.
- Gross, Aeyal, 2009. "Gender Outlaws Before the Law: The Courts of the Borderlands," *Harvard Law Journal of Law and Gender* 32, pp. 165–231.
- Halley, Janet, 2008. *Split Decisions: How and Why to Take A Break from Feminism*, New Jersey: Princeton University Press.
- Katsabian, Tammy, 2011. "Gender Nationality Rape and the Legal Discourse," Seminar Paper Submitted in Yale University.
- Mackey, Robert, 2010. "Israeli Court Calls Lying for Sex Rape," *The Lede, New York Times*, 21.7.10, thelede.blogs.nytimes.com/2010/07/21/israeli-court-calls-lying-for-sex-rape (accessed November 24, 2013).
- Meyerowitz, Joanne, 2002. *How Sex Changed: A History of Transsexuality in the United States*, Cambridge: Harvard University Press.
- Mirror News, 2012a. "Deceptive and Deceitful: Girl, 19, Who Disguised Herself as a Boy to Trick Girls into Sex Warned She Faces Jail," *Mirror News*, 2.3.12, www.mirror.co.uk/news/uk-news/girl-19-who-disguised-herself-750356 (accessed November 24, 2013).
- _____, 2012b. "'Not a Flicker of Remorse': Girl who Disguised Herself as a Boy to Trick Female Friends into Sex Jailed," *Mirror News*, 5.3.12, www.mirror.co.uk/news/uk-news/girl-who-disguised-herself-as-a-boy-752004 (accessed November 12, 2013).
- Philipson, Alice, 2013. "Woman, 25, Posed as a Boy to Get Girls to Become Sexually Intimate with Her, Court Hears," *The Telegraph*, 6.3.13, <http://tinyurl.com/av7shll> (accessed November 24, 2013).

- Rubinfeld, Jed, 2013. "The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy," *Yale Law Journal* 122, pp. 1372–1443.
- Schlossberg, Linda, 2011. "Introduction: Rites of Passing," in S. Maria Carla and Linda Schlossberg (eds.), *Passing: Identity and Interpretation in Sexuality, Race and Religion*, New York: NYU Press.
- Shabi, Rachel, 2010. "Arab Rape-By-Deception Charge 'Was Result Of Plea Bargain,'" *The Guardian*, 8.9.10, <http://tinyurl.com/opflsqp> (accessed November 24, 2013).
- Sharpe, Alex, 2013. "We Must Not Uphold Gender Norms At The Expense Of Human Dignity," *New Statesman*, 1.5.13, www.newstatesman.com/politics/2013/05/we-must-not-uphold-gender-norms-expense-human-dignity (accessed November 24, 2013).
- _____, 2014. "Criminalising Sexual Intimacy: Transgender Defendants and the Legal Construction of Non-Consent," *Criminal Law Review* 3, pp 207–223.
- Sherwood, Harriet, 2010. "Saber Kushour: 'My Conviction For "Rape By Deception" Has Ruined My Life,'" *The Observer*, 25.7.10, www.guardian.co.uk/world/2010/jul/25/saber-kushour-rape-deception-charge (accessed November 24, 2013).
- Sommer, Doris, 1991. *Foundational Fictions*, Los Angeles: University of California Press.
- STV News, 2013. "Woman was Sexually Intimate with Girls While Pretending to Be a Man," 6.3.13, <http://news.stv.tv/north/216583-christine-wilson-pretended-to-be-a-man-to-have-sex-with-teenage-girls/> (accessed November 18, 2013).
- Susskind, Yifat, 2010. "In Israel, Miscegenation Equals Rape," *Common Dreams*, 22.7.10, www.commondreams.org/view/2010/07/22-3 (accessed November 18, 2013).
- Triger, Zvi, 2009. "The Gendered Racial Formation: Foreign Man, 'Our' Women, and the Law," *Women's Rights Law Reporter* 30, pp. 479–525.
- Valentine, David, 2007. *Imagining Transgender: An Ethnography of a Category*, London: Duke University Press.

