

בתי המשפט

פ 000389/02		בית משפט מחוזי חיפה	
07/09/2003	תא ריד:	הרכב: נאמן, עמית, שפירא	ב פני:

בעניין: מדינת ישראל
 ע"י ב"כ עו"ד פרקליטות מחוז חיפה המשאימה
 נ ג ד
 חן אלקובי ואח'
 ע"י ב"כ עו"ד בשם נאשם 1 עו"ד הנאשמים

כתבי עת:

[בועז סנג'רו, "פרשנות מרחיבה בפלילים?!", עלי משפט, כרך ג, חוברת 1 \(תשס"ג-תשס"ד\) 165](#)
[אלון הראל, "עלייתה ונפילתה של המהפכה", המשפט, כרך ז \(תשס"ב\) 195](#)
[מרים גור אריה, "התחזות לדמות פיקטיבית -", משפטים, כרך ה \(תשל"ג-תשל"ד\) 673](#)

גזר דין

"זו לא גברת זה אדון..". כך מסתיים השיר שתחילתו באותו אחד שיתפס ראש על הברי. אלא שבמקרה שלפנינו, נתברר כי האדון הוא גברת, ועל כך נסב כתב האישום שבפנינו.

כתב האישום

1. כתב האישום המתוקן כולל שלושה אישומים, ופורס מערכת עובדתית חריגה ונדירה במקומותינו, שדומה כי טרם נראתה בישראל ובמדינות הים.

על פי עובדות כתב האישום המתוקן, הנאשמים היו בקשרים אישיים הדוקים, והנאשם מס' 2 (להלן: "הנאשם") ידע כי הנאשמת מס' 1 (להלן: "הנאשמת") היא בחורה.

כתב האישום מגולל בהרחבה את עוללותיהם של הנאשמים, ובמיוחד של הנאשמת. לא נתזור על פירוט העובדות ונביא את הדברים בתמצית שבתמצית.

האישום הראשון - סמוך לסוף שנת 2001, יצרו הנאשמים קשר עם מספר בנות, בגילאים 15-16, למטרות הכרות וחברות. הנאשמת, ילידת 1981, שהייתה לבושה כגבר, הציגה עצמה בפני הבנות כגבר בשם "קובי", תוך שהנאשם פונה אליה בלשון זכר כ"קובי" והיא מתייחסת אל עצמה בלשון זכר. מעת לעת, כאשר עלה חשד בדבר זהותה של הנאשמת כאשה, היא הדפה חשדות אלו בהסבירה כי יש לה בת דודה בשם חן אלקובי הדומה לה מאוד, וכי אנשים מתבלבלים ביניהם.

האישום הראשון מפרט ארבעה מקרים בהם הנאשמים הכירו ארבע מתלוננות, שהנאשמת יצרה עמן קשרי אהבה וידידות תוך שהיא מתחזה לגבר. בכל אותם מקרים, היה הנאשם מעורב בהיכרות ובקשרים שיצרה הנאשמת עם אותן מתלוננות, תוך שהוא מחזק את המצג שנוצר אצלן בדבר זהותה של הנאשמת כגבר.

על רקע עובדות אלו, האישום הראשון מייחס לנאשמים את העבירות הבאות:

(-) קשירת קשר לביצוע עוון - עבירה לפי סעיף 499 (א) (2) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977.

(-) התחזות כאדם אחר - עבירה לפי סעיף 441 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (הנאשמת בלבד)

(-) סיוע להתחזות כאדם אחר - עבירה לפי סעיף 31 + 32 + 441 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (הנאשם בלבד).

האישום השני - ולפיו התנשקה המתלוננת ע.ג. עם הנאשמת, כאשר באחת הפעמים החדירה הנאשמת לשונה לפיה, והכל תוך שהמתלוננת מאמינה כי הנאשמת היא אכן בחור בשם "קובי".

האישום השני מייחס לנאשמת מעשה מגונה - עבירה לפי סעיף 348 (א) + 345 (א) (2) + 350 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977.

האישום השלישי - המתלוננת א.ש., שהייתה אז קטינה שטרם מלאו לה שש עשרה, התאהבה בנאשמת תוך שהיא סבורה כי מדובר בבחור בשם "קובי". עם התהדקות הקשרים הרומנטיים ביניהן, ניסתה הנאשמת לבעול את המתלוננת בשלוש הזדמנויות שונות, תוך שהיא מנסה להחדיר לאיבר מינה של המתלוננת חפץ בלתי ידוע שהיה קשור באופן כלשהו לגופה. בנוסף, נישקה הנאשמת את אותה מתלוננת על שפתייה, בצווארה ובחזה, וליטפה את חזה.

האישום השלישי מייחס לנאשמת נסיון לאינוס (שלוש עבירות) - עבירה לפי סעיף 345 (ב) (1) + 345 (א) (2) + 25 + 34 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977.

עבירת ההתחזות

2. לאחר שנשמעה עדותה של המתלוננת א.ש., הודו הנאשמים בעובדות כתב האישום המתוקן והורשעו, והדיון נדחה לשמיעת טיעונים לעונש, לשם קבלת תסקיר בעניינה של הנאשמת, ותסקיר קרבן בעניינה של המתלוננת א.ש.

בישיבה בה הודתה הנאשמת והורשעה על פי הודאתה, הצהיר הסניגור כלהלן:

"אין מחלוקת לגבי דברי חברתי לגבי התחזות שהיא כוללת גם התחזות למין אחר, אני מסכים לדברי חברתי ולא מעבר לזה" (ישיבה מיום 25.5.2003, עמ' 75 שורה 9).

ברם, בפתח הישיבה שנקבעה לטיעון לעונש, טען הסניגור כי בית המשפט אינו יכול להרשיע את הנאשמת בעבירת ההתחזות. וכל כך למה?

סעיף 441 שכותרתו **"התחזות כאדם אחר"** קובע כלהלן:

"המתייצג בכזב כאדם אחר, חי או מת, בכוונה להונות, דינו – מאסר שלוש שנים. התייצג כאדם הזכאי על פי צוואה או על פי דין לנכס פלוני והוא עושה זאת כדי להשיג את הנכס או את החזקתו, דינו – מאסר חמש שנים."

בע"פ 499/72 סאמי דיב אל שעבי נ. מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 602, נדון עניינו של מערער בן העדה הדרוזית ונשוי, שהתחזה ליהודי רווק וגרם לפלונית להתאהב בו ולקיים עמו יחסי מין שכתוצאה מהם הרתה לו. בית המשפט קבע כי אין להרשיע את המערער בעבירה של התחזות, וזאת מן הטעם שההתחזות צריכה לבוא **"במקום אדם מסויים, פלוני אלמוני, שהיה אי-פעם או שהוא כיום בחיים.. לא אדם הנמנה על חוג או חבר אנשים, אלא אדם "חי או מת".." .** לכן, זיכה בית המשפט את המערער מעבירת ההתחזות, אך הרשיע אותו בעבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות לפי סעיף 415 **לחוק העונשין**.

בהסתמך על הלכה זו, ביקש הסניגור לזכות את הנאשמת מעבירת ההתחזות.

3. נזכיר כי הסניגור העלה את הטענה לאחר שהצהיר כי הוא מסכים להרשעת הנאשמת בהתחזות ולאחר שניתנה הכרעת הדין. למעשה, הסניגור ביקש לאכול את העוגה ולהותירה שלמה, קרי, להותיר את הסדר הטיעון על כנו, אך לחזור בו מעבירת ההתחזות.

דין הטענה להידחות לגופא.

"התחזות" מוגדרת במילון אבן שושן **"הראות, התחפשות, הצגת עצמו בצורה כוזבת"**. מבחינה לשונית, הביטוי "מתייצג" או "מתחזה" לאדם אחר, סובל את 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 ונקבה - ממלא אחר היסוד העובדתי של "התחזות".

מאז נפסקה הלכת ע"פ 499/72 הנ"ל, זרמו מים רבים בקישון, והפרשנות התכליתית, תפסה את הבכורה גם בדין הפלילי. הדבר בא לידי ביטוי בהוראת סעיף 34כא לחלק הכללי הקובע כלהלן :

"ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין

לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין " (הדגשה הוספה).

פרשנות תכליתית של החוק, אינה מחייבת כי ההתחזות צריכה להיות לאדם ספיציפי ודי בהתחזות כדמות פיקטיבית להקים את יסודות העבירה. הפרשנות שניתנה בשעתו על ידי בית המשפט היא פרשנות צרה, שאינה עולה בקנה אחד עם הערך המוגן בעבירה, והוא, הגנה על כל אדם מפני הונאה הנעשית באמצעות התחזות בדבר מיהותו וזהותו של מי שעומד מולו. ואכן, על פסק הדין בע"פ 499/72 הנ"ל, נמתחה ביקורת מלומדים - מ. גור ["אריה" התחזות לדמות פיקטיבית – התראות כאחר או מרמה" משפטים ה \(תשל"ג- תשל"ד\) 673](#). המחברת גורסת כי העבירה מתהווה כאשר אדם מאמץ לעצמו זהות מסויימת השונה מזהותו הוא, וזהות זו לא מותנית בהכרח בקיומו של בעל אותה זהות.

4. ברוח הפרשנות התכליתית, פסק בית המשפט בע"פ 7024/93 אליהו פלח נ. מדינת ישראל, פ"ד מ"ט (1) 2. באותו מקרה, הורשע המערער בסדרה של מעשים מגונים במרמה שביצע במטופלות שלו במסגרת עבודתו כפסיכולוג קליני ובמהלך הטיפול. הסניגוריה טענה כי לא כל טענה כוזבת, באמצעותה משיג גבר הסכמה של אישה לביצוע מעשים אירוטיים בגופה, מהווה מרמה לגבי "מהות המעשה", אלא רק כאשר המרמה היא בקשר ל"טיבו" של מעשה הבעילה. כגון, מקום בו הבעילה מוצגת במרמה כ"בדיקה רפואית".

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

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

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

המרמה בהקשר זה, ירדה איפוא ל"מהות המעשה"; שאין המדובר כאן בהשגת הסכמה במרמה למעשה שבוצע בפועל, אלא בהשגת הסכמה ל"מעשה אירוטי" שהוצג במרמה כ"מעשה אחר", קרי:

כמעשה טיפולי. המתלוננות ידעו כי המעשה שלו הן "מסכימות" הינו בעל חזות מינית מן ההיבט האוביקטיבי, אך נתנו לו את הסכמתן משום שמחמת המרמה האמינו שאין הוא כזה; ואילו המערער ניצל את ההסכמה לביצוע מעשה בעל חזות מינית "לצרכי טיפול", וביצע במתלוננות "מעשה אחר" לאמור: מעשה אירוטי לשמו.

אכן, אפשר שהפסיקה לא נדרשה עד כה להתמודד עם מצב דומה. ברם, אין בכך כדי לצמצם את משמעותו של המושג "מהות" המעשה, באופן שלא יכלל בו גם "אופיו" של

המעשה מן ההיבט הנפשי הסוביקטיבי של העושה. המדובר בהשגת "הסכמה" במרמה לעשיית מעשה אירוטי לשמו בגופו של אחר, בנסיבות שללא הסכמה מהווה המעשה עבירה מינית חמורה; ומן הדין הוא ש"הסכמה" כזו תהיה הסכמה לא רק לטיבו ("הפיסי- אוביקטיבי") של המעשה, אלא גם ל"אופיו" ("הנפשי-סוביקטיבי") שמקנה לו העושה".

לפרשנות רחבה זו, הצטרפה השופטת דורנר מנקודת מבט נוספת:

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

5. גם במקרה שבפנינו, מדובר בהשגת "הסכמה" לעשיית מעשים אירוטיים בגופן של המתלוננות, שאילו היו יודעות את העובדות לאשורן, לא היו מסכימות לכך. פרשנות תכליתית מביאה אפוא את המקרה שבפנינו, לגדרו של סעיף 441. ודוק: לא סגי בהתחזות גרידא על מנת להטיל על פלוני או פלונית סנקציה פלילית, אלא יש צורך ביסוד נפשי של כוונה מיוחדת. רק התחזות בכוונה להונות אדם אחר, מהווה עבירה פלילית (בהמשך הדברים, נאמר מלים מספר על "קו הגבול" בין הטעייה שהיא בגדר התחזות, לבין מצג שווא שאינו עולה כדי התחזות במישור היחסים בין המינים).

למסקנה דלעיל הגענו, מבלי שנעלמה מעינינו הביקורת החריפה הן על פרשנותו של בית המשפט העליון בע"פ 7024/93 הנ"ל, והן על נוסחו של סעיף 34כא והפעלת הפרשנות התכליתית בתחום הדין הפלילי – ב. סנג'רו ["פרשנות מרחיבה בפלילים"](#)? האומנם "אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה"? על נשיא בית המשפט העליון כמחוקק על והספד לכלל הפרשנות המצמצמת "עלי משפט ג (תשס"ג) 141.

למעלה מן הצורך נאמר, כי אם היינו מקבלים את טענת הסניגור שאין להרשיע את הנאשמת לפי סעיף 411 [לחוק העונשין](#), הרי שמכוח סעיף 184 לחוק סדר הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב – 1982, היה מקום להרשיע אותה בקבלת דבר במרמה לפי סעיף 415, כפי שנעשה בע"פ 499/72 הנ"ל, שעליו הסתמך הסניגור בטיעונו.

וכעת, לאחר שהסרנו משוכה זו מעל דרכנו, ניפנה למלאכת גזירת הדין.

הנאשמת

6. לא כל אימת שבית המשפט גוזר דינו של נאשם, עליו להידרש מבראשית למטרות הענישה, החל משיקול הגמול, דרך שיקול ההרתעה (הכללית והאינדיבידואלית) וכלה בשיקול השיקום. כל אלו, טבועים בשופט היושב על מדין, בבחינת 'תבנית נוף' גזר דינו.

שיקולים אלו עומדים נגד עיננו בבואנו לגזור דינה של הנאשמת. נאמר כי לא הנאשמת לבדה עומדת לפנינו, אלא גם הנזק שנגרם למתלוננות, ובמיוחד המתלוננת א.ש. שהעידה בפנינו, והוגש בעניינה תסקיר קרבן.

7. פתחנו ואמרנו כי המקרה שבפנינו הוא חריג, ולא מצאנו לו אח ורע בפסיקה.

[במאמר מוסגר נציין כי לא מצאנו כל רלוונטיות בחומר שהוגש לנו על ידי הסניגור: פסק דין העוסק בשאלה אם גבר שעבר ניתוח לשינוי המין נחשב כ"גבר" לצורך חוק הנישואין האוסטרלי, ופסק דין מפלורידה ארה"ב באשר לזכות אשה שהפכה לגבר להחזקת ילדיה לאחר גירושיה].

לכף החומרה, שקלנו את עצם המעשה. לכך הוספנו את העובדה שהנאשמת ניצלה את פער הגילאים בינה לבין המתלוננות, וניצלה את תמימותן ואת הכמיהה הטבעית והמקובלת בגילאים אלו, ליצור קשרי חברות עם המין השני. על הצלקת שהותירו הדברים על המתלוננת א.ש. ניתן ללמוד מתחושתה ומדבריה, כי חייה מתחלקים לפני ואחרי המקרה.

לצד הזכות, שקלנו את השיקולים הבאים:

(-) הנאשמת סובלת מבעייה בזהות המינית שלה. בלשונה של הנאשמת - הן בדבריה והן במכתבה לבית המשפט (נ / 12) - היא מרגישה כ"גבר בגוף של אשה". ואכן, חזותה החיצונית של הנאשמת, כחזותו של נער-גבר צעיר. מתסקיר קצין המבחן עולה כי הנאשמת חווה בלבול בין נטייתה להתנהג על פי המגדר הגברי, לבין הבנתה כי בסיטואציות מסוימות היא נדרשת להתנהג כבחורה.

(-) הנאשמת היא בת 22 בלבד, בת למשפחה נורמטיבית דתית-מסורתית, ואין לה עבר פלילי.

(-) תסקיר קצין המבחן והמלצתו שלא להטיל על הנאשמת עונש מאסר בפועל.

(-) הודאתה של הנאשמת בשלב מוקדם של המשפט, והחסכון בזמן השיפוטי.

(-) הנאשמת "זכתה" לחשיפה תקשורתית בנוסח סנסציוני, חשיפה לא מחמיאה בהכרח, כך שתמונותיה וסיפורים מחדר המיטות "נמרחו" בתקשורת הכתובה והאלקטרונית. ממכתבה של הנאשמת (נ/12) למדנו כי היא נתונה להצקות וללעג מצד אנשים המזהים אותה. בעצם הפגיעה בפרטיותה, לצד הסבל והכאב שהמיטה על עצמה ועל משפחתה, כבר באה הנאשמת, במידת מה, על עונשה. נזכיר כי ההלכה הכירה בנזק שנגרם לשמו של הנאשם עקב העמדתו לעמוד הקלון באמצעי התקשורת, כשיקול לקולא – [ע"פ 347/75 פוקה הירש נ. מדינת ישראל, פ"ד ל\(3\) 197](#).

(-) הנאשמת שהתה כמעט כחודש ימים בבית המעצר, לראשונה בחייה. בנוסף, הייתה הנאשמת במעצר בית משך כתשעה חודשים, כחלופת שחרור שהוטלה עליה לאור בקשת המאשימה לעצור אותה עד תום ההליכים.

8. לאחר ששקלנו וטרינו בין השיקולים השונים הצריכים לעניין, החלטנו להטיל על הנאשמת את העונשים הבאים:

* מאסר בפועל של ששה חודשים, תוך בחינת האפשרות כי הנאשמת תרצה תקופה זו בעבודות שירות, בכפוף לחוות דעתו של הממונה.

* מאסר על תנאי של שנה למשך 24 חודשים, אם תעבור הנאשמת עבירות בהן הורשעה בתיק זה.

* פיצוי בסך של 40,000 ש"ח (ארבעים אלף) למתלוננת א.ש. (האישום השלישי) ופיצוי בסך של 10,000 ש"ח (עשרת אלפים) למתלוננת ע.ג. (האישום השני). הפיצוי ישולם למתלוננות תוך ששה חודשים מהיום.

9. משהזכרנו פיצוי למתלוננות, נאמר מילים מספר למתלוננת א.ש. שהעידה בפנינו, והרשימה בכושר הביטוי והביטחון העצמי שהפגינה גם נוכח חקירה קשה ובלתי נעימה.

העובדה שבחרנו שלא להטיל עונש מאסר בפועל על הנאשמת, אין בה כדי לגרוע כהוא זה, מהבנתנו והכרתנו את הסבל והכאב הנפשי שהיו מנת חלקה של א.ש. בגין הפרשה. אל למתלוננת לחוש בושה או רגשי אשמה על מה שאירע לה, שלא מרצונה החופשי. בהתחשב בכך שהמקרה הוא כה נדיר ובלתי שכיח, ובהתחשב בגילה הצעיר ובחוסר נסיונה, לא ייפלא כי לא הבחינה בתרמית ובהתחזות. נהפוך הוא, מי יכול היה להעלות כדבר הזה על הדעת?

הנאשם

10. הנאשם הוא שסייע לנאשמת ליצור קשר עם המתלוננות, והוא חיזק אצלן את מצג השווא כי הנאשמת היא גבר, במובן המקובל של המילה.

עם זאת, חלקו של הנאשם בפרשה הוא שולי, אין לו עבר פלילי והתסקיר בעניינו חיובי.

הסניגור המלומד ביקש לבטל את הרשעתו של הנאשם נוכח התסקיר החיובי, ובהתחשב במצבם הבריאותי הקשה של הוריו.

בפסיקה נקבע כי משהוכח ביצועה של עבירה יש להרשיע את הנאשם, ורק במקרים יוצאי דופן ראוי שלא להרשיע. זאת, מקום בו אין יחס סביר בין הנזק הצפוי לנאשם מן ההרשעה לבין חומרת העבירה, וניתן לוותר בנסיבות המקרה המסוים וסוג העבירה על ההרשעה, מבלי לפגוע בשיקולי הענישה האחרים - ראה, לדוגמה, ע"פ 2083/96 תמר כתב נ. מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 337. לא מצאנו כי מתקיימים בעניינו של הנאשם שני גורמים אלו ואנו מותירים אפוא על כנה את הרשעת הנאשם בעבירה של קשירת קשר לביצוע עוון ובעבירה של סיוע להתחזות.

בהתאם להמלצת קצין המבחן, אנו מטילים על הנאשם 220 שעות של"ץ על פי התוכנית שהותוותה בתסקיר.

לפני סיום – הערה על מגדר ועל הסכמה לעניין עבירות מין

11. במסגרת הטיעון לעונש, העידו בפנינו מספר עדים לזכות הנאשמת. העדים ביקשו להאיר את עיננו בנושא של מגדר וזהות מינית ומה שביניהם.

ד"ר אילנה ברגר, מנהלת המרכז למיניות ולזהות מינית, הדגישה בעדותה כי המגדר והזהות המינית אינם תלויים רק באיברי המין. העדה נורה גרינברג, סיפרה כי נולדה וחייה כזכר, ואף הקימה משפחה ובגיל 46 עברה ניתוח לשינוי מין, וכיום היא אשה. אף היא הדגישה בעדותה את ההבחנה בין זהות מגדר ונטייה מינית. כן העיד א.ט. שחזותו הגברית והשרירית, אף אינה יכולה לרמז כי מאחוריה מסתתר מי שמוגדר עדיין בתעודת הזהות כ"נקבה". העד שירת בצה"ל שירות מלא כמדריך קרב מגע.

עדים אלו, הרשימו אותנו ברצונם העז להביא לתודעתו של הציבור את הנושא של טרנסג'נדרים. ברם, העדים לא הובאו כמומחים, לא הונחה בפנינו חוות דעת בנושא, כך שאיננו מוצאים להידרש לתופעה ולהשלכותיה במישור המשפטי והחברתי. עם זאת, פטור בלא כלום אי אפשרי, ונאמר מלים מספר לאור הדברים ששמענו.

12. ברי כי התופעה של זהות מינית לא ברורה והמעבר בין המינים, תעסיק יותר ויותר את החברה ואת המחוקק ובתי המשפט. בשנים האחרונות הוקמו באקדמיה ברחבי העולם, וגם בארץ, מחלקות וקתדראות העוסקות בטיבו ומהותו של הג'נדר. חידושי לשון כ"מגדר", "תיאוריה קווירית" ועוד, כבר מתגלגלים על לשוננו מצוות אנשים מלומדה.

סרטים כמו "מאדאם בטרפליי", "משחק הדמעות", "הכל אודות אמא" ו"פרסילה מלכת המדבר", הציגו בפני הציבור את שבירת הזהות המינית המקובלת בחברה, ואת טשטוש הגבולות בין המגדרים. אגב, באותם סרטים היה מדובר בגברים שביקשו להיראות כנשים, בעוד שבמקרה שלפנינו, הנאשמת ביקשה

להיראות כגבר. זאת, בדומה לגיבור הסיפור "החצוצרה" מאת ג'קי קיי, המגולל סיפור של אהבה, גם במישור המיני והגופני, כלפי בעל אהוב שהיה בעצם אשה.

אנו נכונים לקבל דברי העדים, כמו גם דברי הנאשמת, כי הרגשתה כטרנסגינדר, היא כשל גבר בכל המובנים, גבר הכלוא בגוף אשה. ברם, ממה ששמענו מפי העדים, במפורש או במשתמע, עולה כי לדעתם, אין על הטרנסגינדרים חובה לגלות למי שהם מבקשים את קרבתו האינטימית, את העובדה שהם בעלי איברי מין זכריים או נקביים.

לזאת לא נוכל להסכים.

13. יכול פלוני להיראות כזכר ולהתנהג כזכר, ולהיות בעל אברי מין נקביים ולהיפך. אם יעשה כך, וגם אם ילבש בגדי אשה ולהיפך, לא נראה אותו/ה כמי ש"התחזה", אלא כמי שנהג בהתאם לתחושתו ולזהותו הפנימית והרגשית. כחברה סובלנית שבה רצונו של אדם כבודו, נתיר ונכבד התנהגות זו. פלוני גם אינו נדרש "לזהות" את מינו בפני הסובב אותו בכל מפגש כזה או אחר. בהקשר זה, ראה ביטול סעיף 211 לחוק [העונשין](#) שקבע בשעתו עונש מאסר של עד שנה ל"גבר הנכנס בלבוש אשה למקום המיוחד לנשים" (ראה חוק העונשין, תיקון מס' 4 התש"ס).

עם זאת, כאשר פלוני קושר קשר חברתי-אינטימי עם זולתו, עליו לחשוף בפני הצד השני את היותו "זכר" או "נקבה" במובן הצר והמקובל כיום בחברה. איננו מתיימרים לקבוע מסמרות מתי ובאיזה שלב על פלוני לחשוף עובדה זו. נאמר אך זאת, כי מקום בו נוצרים יחסי אהבה וקשרים אינטימיים, כל "הסכמה" של בן או בת הזוג שהושגה ללא ידיעה של עובדה מהותית זו, מהווה כפגיעה באוטונומיה של בן הזוג, ואינה "הסכמה חופשית" כביטוי של רצון פנימי של ממש, וכמוה כהסכמה שלא מדעת (באנלוגיה ל"הסכמה מדעת" הנדרשת לצורך קבלת טיפול רפואי - פרק ד' לחוק [זכויות החולה](#), התשנ"ו - 1996).

אנו דוחים אפוא את טענת הסניגוריה, והדברים שהשתמעו, או עלולים להשתמע, מדברי מי מהעדים, כי גם בנסיבות אינטימיות, הגילוי מסור לשיקולו ולמצפונו של הטרנסגינדר. מעבר לשאלה המוסרית שמעוררת התנהגות כזו, הרי שבעיני החוק, 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".

14. אכן, לא תמיד ברור קו הגבול בין מצג שווא והטעייה של בן הזוג, המגיעים כדי עבירה פלילית, לבין הטעייה שאינה נופלת לתחולת החוק הפלילי.

כך לדוגמה, בחר המחוקק הישראלי לאסור מקרה פרטי של מצג שווא, בקובעו בסעיף 346(ב) סנקציה פלילית על בעילה בהסכמה עקב הבטחת שווא לנישואין תוך התחזות של גבר כפנוי למרות היותו נשוי.

מנגד, לא כל אי גילוי, "שקר לבן", התרברבות או מצג שווא בסצינת החיזור, ישללו את יסוד ההסכמה, עד כדי אישום בהתחזות ובאינוס, ושומא על המחוקק ובתי המשפט, לנהוג במשנה זהירות בקרימינליזציה של התנהגות מינית.

ה"הסכמה" של בן הזוג, היא תלויה תרבות ומוסכמות תרבותיות וחברתיות. עם שינויי העיתים והתמורות ושינוי בנהגים מיניים ובתפיסות המוסר בחברה, ייתכן ויחולו שינויים בנושאים אלו - ראה, לדוגמה, [בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ. דנילוביץ, פ"ד מח\(5\) 749; בג"ץ 237/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט למען הומוסקסואלים, לסביות נ. שר החינוך והתרבות, פ"ד נא\(5\) 822](#) (בעניין שידור התוכנית "קלפים פתוחים"). לניתוח וביקורת על פסק הדין ראה א. הראל "בתי משפט והומוסקסואליות - כבוד או סובלנות". [משפט וממשל ד \(תשנ"ז\) 785](#). לסקירת ההתפתחות המשפטית בנושא ראה, בין היתר, א. [הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית" המשפט ז \(תשס"ב\) 195](#); מ. טמיר "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות" [הפרקליט מה \(תש"ס\) 94](#) והאסמכתאות שם.

אלא שגם דרישה מוצדקת לשינוי חברתי בהתייחסות לתופעת הטרנסג'נדרים, אין בה כדי להחליף דרישה מוצדקת שלא לספק הגנה משפטית לנשים, כאשר זו נחוצה - ד. פוגץ "קרימינליזציה של גינוני חיזור מקובלים: מרמה, טעות הקורבן והסכמה לעניין עבירות מין" - ["מגמות בפלילים - עיונים בתורת האחריות הפלילית"](#) בעריכת אלי לדרמן (המכון למשפט פלילי ע"ש טאובנשלאג, תשס"א - 2001) 149, 152.

15. "ויהי בבקר והנה-היא לאה" [\[בראשית כט, כה\]](#). בהאינדא, 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 הטעיה 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 - [פוגץ' לעיל, בעמ' 185](#). והדברים נכונים במיוחד, מקום בו בן הזוג המוטעה הוא קטין, כפי שאירע במקרה שלפנינו.

אמרנו דברים שאמרנו, הן לצורך המקרה שבפנינו, והן בבחינת "הערת אזהרה" למקרים דומים בעתיד.

סוף דבר

16. אנו מטילים על הנאשמים את העונשים הבאים:

הנאשמת: מאסר בפועל של ששה חודשים, והממונה על עבודות שירות יתן חוות דעתו אם הנאשמת מתאימה לריצוי העונש בעבודות שירות. מאסר על תנאי של שנה לתקופה של 24 חודשים אם תעבור עבירות בהן הורשעה בתיק זה. פיצוי למתלוננות - סך של 40,000 ₪ למתלוננת א. ש. וסך של 10,000 ₪ למתלוננת ע.ג.

הנאשם: 220 שעות של"צ כאמור בהמלצת קצין המבחן.

נקבע להמשך בעניינה של הנאשמת ליום 6/11/2003 שעה 09:00 לקבלת חוות דעת הממונה על עבודות השירות.

מובהר בזה כי חל איסור פרסום על כל פרט העשוי לזהות את המתלוננות. בכפוף לכך, גזר הדין ניתן לפרסום.

למזכירות: לשלוח העתק גזר הדין לממונה על עבודות השירות.

ניתן היום י' אלול תשס"ג (07.09.2003) במעמד התובעת, הנאשמים וסניגוריהם.

י. עמית - שופט

ר. שפירא - שופט

נאמן 54678313-389/02

מ. נאמן - שופט

אב"ד

נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)