בין שתיקה לגינוי: הבניית הזהות של ההומואים בשיח המשפטי בישראל 1948–1988*

יובל יונאי,** דורי ספיבק***

הבניית הזהות ההומואית

במחצית השנייה של המאה התמסדה בתרבות המערבית זהות הומואית[1] וזהות לסבית בעלות קווים מגובשים פחות או יותר. אף־על־פי שהן הקהילה ההומואית והן הקהילה הלסבית כוללות פרטים בעלי זהויות מגדריות ומיניות שונות, ואף־על־פי שהקהילה ההומולסבית נחלקת בין "מתבוללים" (assimilationists – אלה הסבורים שהומואים ולסביות הם כמו סטרייטים חוץ מהמושא של תשוקתם) לבין "בדלניים" (isolationists – אלה הסבורים שההומואים והלסביות צריכים לפתח תרבות שונה, שתתאים לחוויותיהם ולצורכיהם), ההנחה הרווחת הן בקהילה והן מחוצה לה היא ראשוניות קיומם של פרטים הומואיים ולסביים. פרטים אלה אינם חושפים תמיד את זהותם; רובם אולי מסתירים אותה, וחלקם אולי אף אינם מודעים לנטייתם המינית בשל ההדחקה וההכחשה של משיכה מינית החשופה עדיין לסנקציות שליליות חמורות ביותר אפילו מצד ידידים טובים וקרובי משפחה. אך ההנחה הרווחת בכל חברה קובעת שיש פרטים כאלה, ולכן אפשר להציב כיעד מחקרי לגלות ולתעד כיצד חיו פרטים אלה בחברות מסוימות בעבר או מהם תנאי קיומם בחברות עכשוויות אלה או אחרות.

הנחות אלה נתמכו על־ידי סדר־יום פוליטי לקידום הזכויות החוקיות של הומואים ולסביות. ארגון מאבק חברתי וגיוס חברים ותומכים מחייבים יצירת "קהילה מדומיינת" של הומואים ולסביות בעלת עבר מיתי משותף של דיכוי ושל מאבק עם גיבורים הירואיים שניתן להזדהות עימם (Hunt, 1994; Weeks, 1991; Epstein, 1990). באורח פרדוקסלי,

---

* תחילתו של מאמר זה בעבודה שהוגשה לד"ר סנדי קדר מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, ואנו מודים לו על הערותיו. ניצה ברקוביץ, אייל גרוס, אלון הראל, דן יקיר, אילן סבן ורונן שמיר קראו גרסות קודמות של המאמר והעירו הערות מועילות רבות. האחריות לטעויות שנותרו בטקסט היא שלנו, כמובן.

** החוג לסוציולוגיה ולאנתרופולוגיה, אוניברסיטת חיפה.

*** הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל־אביב.

1 המונח "הומו" השתרש בשנים האחרונות בקהילה ההומואית הישראלית כמקביל לכינוי "gay" באנגלית וכתחליף למונח "הומוסקסואל", הנשמע קליני ומנוכר. כינויים אחרים שהוצעו בעבר, כגון "עליז" ו"גאה", לא נקלטו כל־כך, אף שנעשה בהם שימוש מזדמן. בספרות האקדמית העברית לא נהוג עדיין להשתמש במונח זה ובנגזרותיו ("הומואי", "הומואיות" וכולי) אבל אנו סבורים שמינוח זה נוח יותר וגם מתאים יותר למינוח האנגלי.

This content downloaded from 132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

ההתנגדות ההומופובית של ארגונים פונדמנטליסטיים שונים לקידום הזכויות של הומואים ולסביות תרמה לחיזוק ההבחנה הבינארית בין סטרייטים להומואים ולסביות, ולהפיכתה לחלק מהתפיסה המקובלת בחברות המערביות העכשוויות. גם הליברלים מאמינים שיש מיעוט הומולסבי מדוכא, והמאבק הוא על "שחרור" מיעוט זה.[2] מול תפיסה זו, המציגה את ההבחנה הבינארית כחלק מסדר־הדברים הטבעי, עומדת התפיסה הרואה בזהות מבנה חברתי הנוצר ומתפתח באופן היסטורי ובהקשר מסוים תוך כדי מאבק *לא־שוויוני* בין שחקנים חברתיים שונים. בין שמדובר בזהות אתנית ובין בזהות לאומית (Anderson, 1991) או בזהות מגדרית (למשל, Butler, 1990), ה"תוכנה" המוטענת בכל "חומרה" אנושית היא מוצר חברתי, תעשייתי אם תרצו, שאינה מוכתבת על־ידי החומרה הגנטית של הפרט. הפיסיולוגיה מציבה אולי גבולות ותנאים לפעולת התוכנה, אך אותה "חומרה" פיסיולוגית מאפשרת למגוון רחב של תוכנות לפעול.

כך גם בהקשר של משיכה מינית. הספרות התיאורטית הקווירית (queer theory) של שני העשורים האחרונים טוענת כי אין זהות הומואית אחידה המקשרת בין הניסיון של פרטים מחברות שונות, גם אם יש דמיון מסוים בפרקטיקות המיניות שלהם (ראו Abelove et al., 1993; Bersani, 1995; Butler, 1990; Fuss, 1989, 1991; Halperin, 1990, 1995; Kitzinger, 1987; Plummer, 1981; Seidman, 1996; Weeks, 1991; Wittig, 1992).[3] המשמעות הניתנת לפרקטיקות אלה יכולה להיות שונה מאוד במהותה, ולכן אין להתייחס לפרטים המעורבים באקטים אלה ואחרים כשייכים לאותה קבוצה ותרבות. Halperin (1990), אחד החלוצים בגישה זו, עמד במאמרו המפורסם "מאה שנים של הומוסקסואליות" על כך שהזהות ההומואית המוכרת לנו כיום הובנתה פחות או יותר רק במאה האחרונה. הוא מזכיר כי עצם המונח "הומוסקסואליות" הופיע לראשונה ב־1892, והמונח המשלים, "הטרוסקסואליות", הופיע כעבור שנים אחדות. בגרמניה הופיע המונח כבר ב־1869, אבל בכל מקרה, מדובר במונח חדיש מאוד. הוא טוען כי אין מדובר בסתם חידוש לשוני. הופעת המונח החדש מציינת הופעה של זהות חדשה השונה מאוד מזהויות קודמות של פרטים שהיו מעורבים באקטים דומים. כך, למשל, ביוון העתיקה הוכרה זכותם הלגיטימית של אזרחים לבחור במשרתים, בחניכים או בכפיפים אחרים כבאובייקטים מיניים, בתנאי שהאזרח היה הצד החודר ("הפעיל"). האקט המיני נתפס בהקשר פוליטי,

---

2 דווקא תפיסות דתיות־שמרניות יכולות להיות פחות דכאניות, במובן זה שאין הן תופסות את ההומואים והלסביות כקבוצות מובחנות. הן שוללות את האקטים ועלולות להיות דכאניות מאוד כלפי פרטים הנתפסים בביצוע העבירה, אבל פרט שהתפתה וחטא יכול לחזור למוטב מבלי שייתפס כחריג.

3 במסגרת מאמר זה לא ננסה להגדיר ולהסביר את מהות הגישה הקווירית, שלמרות חדישותה, יש לה כבר גרסות שונות. ניתן לראות בגישה זו סינתיזה של תיאוריה פמיניסטית, לימודים הומולסביים ומחקרי מיניות. בניגוד לשני המקורות האחרונים, התיאוריה הקווירית אינה עוסקת דווקא בלסביות ובהומואים, בתרבותם, בנסיון החיים שלהם ובבעיותיהם המיוחדות, אלא – כמו הגישה הפמיניסטית – שואלת מה ניתן ללמוד על החברה והתרבות בכלל מהצורה בה התרבות מגדירה את ההתנהגות המינית "הנכונה" ומהדרך בה היא מבדילה ומתייחסת למיעוטים מיניים (כולל מיעוטים לא חד־מיניים, כגון סדו־מזוכיסטים, פדופילים וקוקסינלים).

This content downloaded from 132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

ואקט החדירה ביטא יחס של אדנות ובעלות; לכן, שני אזרחים לא יכלו לקיים קשר זוגי ושוויוני של אהבה במובן המודרני, בניגוד למה שהומואים רבים היו רוצים להאמין. דוגמה אחרת: מיכאל רוק, שחקר את הארכיון של "משרד הלילה" בפירנצה של ימי הרנסנס – בית־משפט מיוחד למעשי־סדום (sodomy), שחקר שבעה־עשר אלף מקרים בין 1432 ל־1502, והרשיע שלושת אלפים – טוען כי גברים רבים בגילאי העשרים קיימו יחסים מיניים עם בני־עשרה, והמבוגרים היו תמיד בתפקיד הפעיל. (ראו גם Goldberg, 1994b ;1994a, Padgug, 1990 על המשמעויות השונות של אקטים "הומואיים" ושל יחסים בין גברים בתקופות שונות.)

הופעת המונח "הומוסקסואליות" וצמיחת זהות הומואית "מודרנית" מתרחשות בו־בזמן שהתפיסה של הקשרים המשפחתיים והרומנטיים משתנה אף היא. Illous (1997) ו־D'Emilio (1993) עומדים על כך שרק בסוף המאה התשע־עשרה, עם התפתחות הקפיטליזם המודרני, מתפשטת התפיסה של הקשר הזוגי הרומנטי בין בעל ואשה כקשר הכרוך לא רק במגע מיני "לגלי" ולא רק כיחידת ייצור כלכלית, אלא כ"קשר בו נשים וגברים יוצרים מערכת יחסים המעניקה סיפוק רגשי ותומכים זה בזה" (D'Emilio, 1993, 469). בצורות החיים שקדמו לעידן המודרני, גברים שמושאי תשוקתם היו גברים יכלו למצוא סיפוק מיני מחוץ לנישואים מבלי שהדבר יחייב אותם לפתח זהות הומואית מקיפה, ורק מיעוט קטן פיתח תת־תרבות הומוסקסואלית חצי־מחתרתית בערים הגדולות של המאה השבע־עשרה ואילך (McIntosh, 1981). Brake מציע הסבר דומה המתמקד אף הוא במעבר לחברה התעשייתית, אך רואה את צמיחת התפקיד ההומואי והתיוג המולבש עליו כאמצעי לקדש ולשמר את מודל המשפחה הגרעינית החיוני לחברה הקפיטליסטית המודרנית (Brake, 1976; ראו גם Adam, 1985; ראו ביקורת על טיעון זה אצל Weeks, 1991, 22).

הסבר אחר המדגיש את ההבניה החברתית של המיניות, אך אינו כורך אותה בשינוי מבני בחברה ובכלכלה, הציע מישל פוקו, ונתמך, בין השאר, על־ידי Weeks ו־Davidson (1990 [1987]). חוקרים אלה קושרים את צמיחת הזהות ההומואית לשינויים בשיח הרפואי והפסיכולוגי ולנטייה של מדעי החברה למיין טיפוסים חברתיים. Kitzinger טוענת שהזהות הלסבית הובנתה אף מאוחר יותר, בעשורים הראשונים של המאה הנוכחית, כתגובה על החרדה של גברים מהעצמאות הגוברת של נשים. פסיכולוגים, גברים, "גילו" שהנשים הן יצורים מיניים הזקוקים לגבר כדי להגיע לסיפוק מיני (Kitzinger, 1987), והגדירו את הלסביות כמיניות של נשים "אחרות" ו"סוטות". למרות המחלוקת על מועד צמיחתה של הזהות ההומואית והלסבית וסיבותיה, מסכימים כל החוקרים הללו שהמיניות המודרנית – כולל המיניות ההומואית, הלסבית *וההטרוסקסואלית* (ראו Katz, 1995) – היא תופעה היסטורית שניתן להסבירה, ולא מהות אוניוורסלית על־זמנית (Fuss, 1989, 108). "למרות שאנו מתייחסים [להומואיות] כאל תופעה טבעית, תופעת טבע שאינה שייכת לתחום של הופעה היסטורית, חוויית המיניות שלנו היא תוצר של ידע ואפנון כוח שאינו בלתי־נמנע" (Davidson, 1990, 91; למאמרים נוספים על צמיחת הזהות ההומואית והלסבית במאה האחרונה, ראו Plummer, 1981; Stein, 1990).

התפיסות של ההומו ושל הלסבית קשורות גם לתפיסות מגדריות ולמשמעות החברתית של יחסי־מין (Weeks, 1991; Connel, 1995). Butler ביססה את הטענה שהמאפיינים הביולוגיים אינם קובעים את הזהות המגדרית; "אשה" היא אובייקט המובנה

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

על־ידי החברה ולא על־ידי הטבע, גם אם יש תכונות פיסיולוגיות המסייעות לזיהוי נשים. (Butler, 1990; ראו גם Wittig, 1992, ובמיוחד מאמרה "One Is Not Born a Woman", שם.) בעקבות פוקו, שהראה איך השיחים הפרופסיונליים של העידן המודרני עיצבו את המושגים הנוכחיים של נשיות (1996), Butler עומדת על ארעיותן של תפיסות אלה ועל היכולת לשנותן על־ידי משחק ופרודיה (ראו Weir, 1994). גם המשמעות של פעילות מינית וקישורה לזהות מגדרית השתנו בצורה רדיקלית לאורך ההיסטוריה של העידן המודרני (פוקו, 1996). אחד השינויים החשובים הוא הדגשת הפעילות המינית בזיהוי האישיות של הפרט. Kitzinger, למשל, טוענת כי במהלך המאה שלנו "פעילות מינית מתורגמת לזהות מינית" (Kitzinger, 1994, 195). לכן, רק במאה האחרונה –

> מניחים כי ההומוסקסואליות היא תכונת אופי רבת־משמעות, ושכדי לעשות דברים הומוסקסואליים יש להיות בעל היסטוריה פסיכולוגית מסוג מסוים, וההיסטוריה הזו בצירוף ניסיון הומוסקסואלי יוצרים השפעה חזקה ביותר גם על כל טווח הפעולות הלא־מיניות של האדם. (שם; ראו גם Goldstein, 1988, 1087; Moran, 1995, 3.)

ההומאיות לא עלתה כמעט לדיון ציבורי בישראל עד לשנים האחרונות, ולכן, אחד המאפיינים המרכזיים של השיח על הומואיות הוא *השתיקה* (Mohr, 1988, 21–22; ראו גם Moran, 1995). על רקע זה בולטת במיוחד השפעת השיח הפסיכולוגי והשיח המשפטי על הבניית "האישיות ההומוסקסואלית". לגופים דיסציפלינריים־ממסדיים אלה לא היה אולי אינטרס ישיר בעיצוב דימוי של הומואיות או לסביות, אך היו להם אינטרסים מקצועיים מושקעים ושגרת פרקטיקות מסוימת שחייבה אותם "לטפל" בהומואים (בעיקר, ופחות גם בלסביות), וכך הקנתה להם תפקיד־מפתח בהצגת דימוי הומוסקסואלי לציבור הרחב. הפסיכולוגיה והפסיכיאטריה הן תחומי־דעת הבנויים על תביעה למונופול על ידע "מדעי" – כלומר, ידע אובייקטיבי, בדוק ואמין – על טיבו של האדם (Kitzinger, 1987), ועיסוק מרכזי שלהם הוא ההבחנה בין התנהגות נורמלית לבין התנהגות חריגה. בשל טבעו של עיסוק זה, הם חייבים להגדיר גם מהי מיניות נורמלית. השיח של תחומי־הדעת הללו שהתפתח בתחומים אלה בראשית המאה (והשתנה בעשרים או שלושים השנים האחרונות) הגדיר את המשיכה המינית לבן אותו מגדר כחריגה מהדפוס הנורמלי והבריא, חריגה שניתן להסבירה ולתקנה (פוקו, 1996; Troiden, 1988). יתר־על־כן, השיח הפסיכולוגי העמיד את המיניות במקום מרכזי בזהות של כל פרט ופרט, ובכך תרם גם למרכזיות של משיכה חד־מגדרית בהגדרת הזהות של פרטים שונים (Bayer, 1987).

בעבודה זו, בכל אופן, אנו מתמקדים בגופים ממסדיים אחרים שמילאו תפקיד מרכזי בהבניית ההומואיות. אנו נעסוק בשיח המשפטי על הומואיות ועל פרקטיקות מיניות הומואיות, שיח שבא לידי ביטוי בספרי החוק, בפרקטיקות של המשטרה ושל התביעה ובפסקי־דין. בעקבות Moran אנו מתעניינים במשפט מכיוון שהמשפט הוא "מרחב חברתי חשוב; הוא מערך של פרקטיקות תרבותיות באמצעותן יוצרים ואוכפים משמעות וסדר" (Moran, 1995, 2). השיח המשפטי על פרקטיקות מיניות חד־מגדריות ותיק הרבה יותר מהשיח הפסיכולוגי, ומקורו עוד בחקיקה הדתית של סוף ימי־הביניים (Boswell, 1980; Mohr, 1988). גם השיח המשפטי הישראלי צמח מתוך המשפט המנדטורי, ששאב מהדין האנגלי, בו נאסר על "buggery" כבר בימי הנרי השמיני, בשנת 1533 (Bray, 1994). אך

This content downloaded from 132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

ההשלכות של האיסור היו תלויות בפרקטיקה של גופי משטרה ותביעה ובתי־משפט, שהחליטו על פירוש החוק, על היקף יישומו ועל צורת אכיפתו. Maynard, למשל, עמד על התפקיד המרכזי שהמשטרה מילאה בהבניית ההומואיות בקנדה על־ידי חשיפה של היבט מסוים של החיים ההומואיים (Maynard, 1994, ראו הערת־שוליים בע' 209). הציבור נחשף לעולם זה רק בעת מבצעים משטרתיים באזורי מפגש כדי לתפוס גברים המעורבים במגע מיני והצגתם כ"סוטים מוסרית" (morally perverse). העיתונים דיווחו על משפטים של גברים שנתפסו, וציטטו את התובעים המחוזיים שהציגו את הפעילות המינית שלהם כ"עסק מלוכלך". כפי שנראה, גם בישראל נחשף הציבור להיבטים של העולם ההומואי בעיקר כאשר הומואים הועמדו לדין על עבירות פליליות, תופעה שתרמה לזיהוי כל ההומואים כסוטים וכמסוכנים.

המאמר מתחיל בניתוח החוק שאסר (כביכול! ראו להלן) יחסים הומואיים. ננתח את נוסח החוק ואת המשמעויות הטמונות בו. אחר־כך ננתח את הוראת היועץ המשפטי שהנחתה את המשטרה והתביעה להימנע מיישום החוק, נדון במשמעות של הנחיה זו ובמקרים אחדים בהם בני־אדם הורשעו בכל זאת בהפרת חוק זה. לאחר־מכן נעבור לדיון בפירוש שנתנו השופטים ל"שלא כדרך הטבע" באמצעות פסקי־הדין בפרשות והבה ובן־עמי. תת־הפרק הבא יעסוק בפרשת שווילי, החושפת את הנאיביות וחוסר ההתמצאות של השופטים ביחס לחוויה ההומואית ובהתייחסויות הערכיות של השופטים כלפי הומואיות. נזכיר את שני המקרים בהם גינו השופטים בחריפות את עצם ההומואיות (השופט ש"ז חשין בפרשת נסים כראדי והשופט שמגר בפרשת וייס) ואת שני המקרים בהם הביעו השופטים עמדות סובלניות יותר (השופט כהן בפרשת בן־עמי והשופט ברק בפרשת וייס). התת־פרק שלפני האחרון מסכם את עמדת המשפט הישראלי ובית־המשפט העליון כלפי הומואים. אנו נטען שם כי השיח המשפטי תרם להבניית זהות הומואית מאיימת ומסוכנת המבוססת על תאווה מינית סוטה לקיום יחסים אנליים. אף־על־פי שקשה לבדוק באיזו מידה השפיעה הבניה זו על הציבור הרחב, אנו סבורים כי בשל מיעוט שיחים ציבוריים חלופיים על הומוסקסואליות, היתה התרומה של השיח המשפטי הזוכה בתשומת־לב רבה משמעותית ביותר. נחתום את המאמר בהתייחסות קצרה לשינוי בשיח המשפטי בעקבות ביטול החוק שנתפס כאוסר הומואיות בשנת 1988. אף־על־פי שביטול החוק לא היה אמור לשנות את מעמדם החוקי של ההומואים בשל הוראת היועץ המשפטי, אנו נטען כי ביטול החוק איפשר שינוי במעמד הציבורי של ההומואים והתארגנות לקידום זכויותיהם האזרחיות.

מכיוון שאנו יוצאים מהנחה שהזהות ההומואית היא ישות גמישה ומשתנה, יש להקדים הערה מתודולוגית. אין אנו יכולים להסתפק בהתייחסויות של המשפט והשופטים להומואיות, כי עצם ההגדרה של המושא הינה בעייתית כפי שראינו (;D'Emilio, 1992 Padgug, 1990). במקום זה נלך בעקבות Weeks (1991), Hunt (1994), Moran (1995) ו־Maynard (1994), ונבדוק את כל ההתייחסויות של בית־המשפט העליון ליחסים בין בני אותו מין ולפרקטיקות מיניות המקושרות בתרבות שלנו להומואיות. בלי קשר להגדרת ההומואיות על־ידינו או על־ידי מושאי מחקרינו, ההתייחסויות של השופטים לנושאים אלה הן שהבנו את המשמעות של מה שנקרא כיום הומואיות (או הומוסקסואליות), כולל האופן בו אנשים המעורבים בפרקטיקות אלה תופסים את עצמם. כללנו במחקר מלכתחילה גם את היחס של השיח המשפטי ללסביות, אך נתקלנו רק באזכור אחד של מגע מיני

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

(היפותטי בלבד) בין נשים, ולכן המחקר שלנו עוסק כמעט אך ורק בהומואים ובהומואיות. נחזור לנקודה זו בדיון המסכם.

התנהגות מינית ונטייה מינית: האם המשפט התייחס בכלל ל"הומוסקסואליות"?

פרק 17 של פקודת החוק הפלילי, 1936, "עבירות נגד המוסר", עסק בעבירות שונות בתחום המיני, כולל אונס, מעשים מגונים, זנות ועוד. כמו חלק גדול מן המשפט המנדטורי, גם פקודת החוק הפלילי נקלטה לתוך המשפט הישראלי ותפסה את מקומה בספר החוקים של המדינה, עם הקמתה, על־פי סעיף 11 של פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח–1948. פקודת החוק הפלילי נשארה בתוקף עד 1977, מועד בו נוסחה הפקודה מחדש ונחקקה כחוק ישראלי, הוא חוק העונשין.

במסגרת מאמר זה לא נדון בתהליך הניסוח של הפקודה ב־1936 ובמצב המשפטי ששרר בארץ לפניו, ונתייחס לחוק כפי שהיה אז כנקודת־המוצא לסקירה ההיסטורית שלנו.

סעיף 152 לפקודת החוק הפלילי כולל שני סעיפים־קטנים. סעיף־קטן (1) עוסק במקרי אונס, ונשוב אליו להלן. סעיף־קטן (2) רלוונטי יותר לענייננו. בסעיף זה נאמר כך:

כל אדם –
(א) השוכב עם אדם שלא כדרך הטבע; או
(ב) השוכב עם בהמה; או
(ג) המרשה לזכר לשכב עמו (או עמה) שלא כדרך הטבע,
יאשם בפשע ויהא צפוי לעשר שנות מאסר.

להלן נקרא לסעיף זה "האיסור הפלילי". ניסוח זה מ־1936, שעלול להיתפס על־ידי רבים כניסוח אנכרוניסטי ושריד למצב משפטי ישן, נשאר בתוקפו עד 1988, עם שינויים קוסמטיים בלבד שנעשו בו ב־1977. למרות הניסוח התמציתי והלקוני של האיסור, ניתן ללמוד ממנו דברים אחדים לגבי תפיסת המיניות שעמדה בבסיסו. ראשית, מעניינת ההבחנה בין מי ש"שוכב עם אדם שלא כדרך הטבע" לבין מי *שמרשה* שישכבו עימו (או עימה) "שלא כדרך הטבע". אין כאן איסור על משכב "שלא כדרך הטבע" בין שני אנשים, אלא איסור אחד על גברים לשכב "שלא כדרך הטבע" ואיסור *נוסף* על גברים ונשים להרשות לזולת לשכב עימם "שלא כדרך הטבע". אקט השכיבה אינו נתפס כמשהו המשותף לגבר ולאשה או לשני גברים (ובוודאי לא של שתי נשים), אלא כפעולה המערבת שני צדדים. ניסוח זה מראה כיצד המחוקק מקבע את היחסים המיניים בצורה הירככית, המשמרת את יחסי העוצמה בין גברים לנשים ומבנה את המיניות ההומואית באמצעות המודל ההטרוסקסואלי־הסקסיסטי (עילם, ללא שנה; ראו דיון אצל האופטמן, 1995, 192–198, 201–203). למרות הבדלי התפקידים וההבדל ביוזמה המיוחסים לשני הצדדים לאקט המשכב, העונש המוטל על הצד הסביל הוא *אותו עונש* המוטל על הצד הפעיל. הצד "הנשי" הוא סביל וחלש, אבל זה אינו מגן עליו מבחינה מוסרית. אם הוא

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

מסכים למגע כזה, הוא חותר תחת אושיות המוסר בדיוק באותה מידה שהצד הפעיל, "החודר", עושה זאת.

יש להדגיש גם את חומרת העבירה בעיני המחוקק כפי שהיא מתבטאת בעונש המרבי של עשר שנות מאסר. אף־על־פי שמדובר במעשה הנעשה בהסכמה, בצנעה ובלי לפגוע פיסית באדם או ברכוש, המחוקק קובע עונש חמור מאוד. בלי קשר להפעלת הענישה, עצם קביעת עונש כזה משדרת לכל מי שקורא את החוק כי מדובר במשהו חמור. השופט העליון האמריקאי Powell העיר בפרשת *Bowers*, בו נידונה החוקתיות של האיסור על מעשה־סדום במדינת ג'ורג'יה, כי חומרת העונש – עד עשרים שנות מאסר – עשויה להיות מנוגדת לתיקון לחוקה האמריקאית האוסר cruel and unusual punishment (עונש אכזרי ויוצא־דופן).[4] בישראל לא נידונה חומרת העונש, מכיוון שהאיסור הפלילי עצמו לא עלה כמעט לדיון וכמעט לא הופעל, אבל כל מי שנדרש לעסוק בעניינים הקשורים להומואים – משפטנים ולא־משפטנים כאחד – קיבל כל הזמן תזכורת על חומרת העבירה שמדובר בה.

נקודה מעניינת נוספת היא הצירוף תחת כנפי אותו סעיף של מי ששוכב עם בהמה ומי ששוכב עם אדם אחר "שלא כדרך הטבע". לא רק ששתי הפרקטיקות נאסרות באותו סעיף ומוענשות באותו עונש, אלא שהסעיף־הקטן האוסר קיום מגע מיני עם בהמה מפריד בין שני הסעיפים־הקטנים הנוגעים ביחסים "שלא כדרך הטבע" בין בני־אדם כאילו מדובר בסוגים שונים של אותה פרקטיקה אסורה. צירוף זה משקף את התפיסה, ונותן לה תוקף מחודש, לפיה קיום מגע מיני עם בעלי־חיים זהה באי־נורמליות שלו ובחומרתו למשכב "שלא כדרך הטבע" עם בן־אדם אחר. הצירוף של קשר בין בני אותו מגדר עם מגע מיני עם בעלי־חיים היא פרקטיקה דיסקורסיבית מקובלת על גורמים הומופוביים שונים, כאילו מדובר בצורות שונות של סטייה מן הדפוס "הנורמלי",[5] וניסוח החוק מעודד תפיסה זו.

אבל הנקודה המעניינת ביותר היא, כמובן, עצם הביטוי "שלא כדרך הטבע". ברור שעצם הביטוי מעיד שהמחוקק מבחין בין מגע מיני "טבעי" לבין מגע מיני לא־טבעי. הביטוי "שלא כדרך הטבע" בעברית, או "against the order of nature" באנגלית, הוא ביטוי לשוני עתיק שהתגלגל אל הדין הישראלי מהשיח הכנסייתי דרך חקיקה אנגלית בת מאות שנים. ארכיאולוגיה של מושג זה ושימושיו חורגת, לפיכך, מתחומי מאמר זה.[6]

---

4 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

5 פרק "אל־על", עורך־דין עמרם בלום התנגד בשעתו להענקת זכויות של בני־זוג לבן־הזוג של הדייל דנילוביץ, ובין השאר טען שהענקת זכויות כאלה לבני־זוג מאותו מגדר תוליך לדרישה להעניק זכויות לעיזים אם אחד העובדים יקיים מגע עם עז. גם המשנה ליועץ המשפטי, פרופסור רקובר, השווה בין מין הומואי לבין מגע עם בהמה בדיון של ועדת העבודה והרווחה של הכנסת (*מעריב*, 22.2.1995); ראו גם שניצר, 1995; הסל, 1996. בשל שיח הומופובי זה, השיח של פעילים הומואיים מדגיש את השוני בין הקשר המיני *והרגשי* בין שני בני־אדם (מאותו מין או משני המינים) לבין המגע הפיסי בין בן־אדם לחיה. יש להיזהר שהתגוננות זו לא תבוא על חשבון אלה המקיימים מגע מיני עם בעלי־חיים. פרקטיקה זו סובלת מתיוג חמור מאוד, ולכן אין כמעט מידע על מידת שכיחותה, אבל בהערה שלנו איננו רוצים לתרום עוד יותר לתיוג זה ולרמוז שפרקטיקה כזו, במקרים בהם אין היא כרוכה בהתעללות, היא פחות לגיטימית מקשר מיני בין בני־אדם.

6 על המשמעות של מעשה־סדום (sodomy) באירופה של תקופת הרנסנס ועל הקשר וההבדל בין

This content downloaded from 132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

לצרכינו כאן נסתפק בתמצות התפיסה הדתית שהוליכה לקידוד חוקים נגד מעשה־סדום: המגע המיני שמדובר בו מפר את סדרי הטבע התקין; זהו עיוות של ההתנהגות הטבעית של האדם והתפקיד שיועד לאדם על־ידי הבורא (ראו גם Mohr, 1988; Weeks, 1991). המחוקק לא הסתמך על נתונים אמפיריים או על מחקרים מדעיים בבואו להגדיר מהו קשר "טבעי", וגם לא טרח לפרט מה "טבעי" ומה אינו כזה. כפי שנראה, נאלצה הרשות השופטת לעסוק בפרטים הקטנים של יחסים מיניים שונים כדי לפרש את המשמעות של "טבעי". זה אולי גם המקום להתייחס למגע מיני לסבי. האם האיסור הפלילי אוסר גם מגע כזה? הביטוי "משכב שלא כדרך הטבע" יכול להתפרש לכאורה גם כמגע מיני בין שתי נשים, אבל הניסוח האנגלי של "carnal knowledge" מוציא את המגעים הלסביים מכלל האיסור. גם בכך תעסוק הפסיקה שנדון בה בהמשך.

לענייננו חשוב גם סעיף־קטן (1) של סעיף 152 העוסק בכל יחסי המין הנעשים שלא בהסכמה. תת־סעיף (א) עוסק במי ש"בועל אשה שלא כחוק נגד רצונה", כלומר, אינוס. תת־סעיפים (ב) ו־(ג) אומרים:

> (ב) השוכב עם זכר *משכבי אישה* נגד רצונו, בהשתמשו בכפיה או באיימו עליו שימיתנו או שיגרום לו חבלה גופנית חמורה, או כשהוא נטול הכרה או כשאינו יכול מסיבות אחרות לעמוד נגדו; או
> (ג) הבועל שלא כחוק ילדה, או השוכב *משכבי אישה* עם ילד והם למטה מגיל שש־עשרה. [ההדגשות שלנו – י' י', ד' ס'.]

כל העבריינים הללו צפויים למאסר של ארבע־עשרה שנים.

הנקודה המעניינת מבחינתנו בסעיף זה היא הטעות בתרגום מהנוסח המקורי האנגלי, שהיה למעשה הנוסח המחייב. הביטוי "השוכב עם זכר משכבי אשה" הוא תרגום של "commits an act of sodomy with *any person*". הניסוח האנגלי מדבר במפורש על "מעשה־סדום *עם כל אדם*", בניגוד לנוסח העברי שמדובר בו בגברים בלבד. גם בסעיף האוסר יחסים עם קטינים, הנוסח האנגלי אוסר על בעילת ילדות ועל כל act of sodomy with a child, בנים ובנות כאחד, בעוד הנוסח העברי אוסר בעילת ילדות לחוד וקיום מעשה־סדום עם בנים לחוד. יוצא איפוא כי הנוסח העברי אינו מתייחס כלל לקיום מגע מיני אורלי או אנלי בכפייה עם נשים או ילדות. אין ספק כי מדובר פה בטעות של כותב הנוסח העברי, אך טעות זו מלמדת על הזיהוי של "sodomy" עם הומואים. אף־על־פי שהחוק באנגלית כולל במפורש sodomy בין גבר לאשה, המחבר העברי חושב שרק הומואים עושים "דברים כאלה", ומתרגם זאת ל"שוכב עם זכר משכבי אשה".

ניתוח החוק על שני סעיפיו (אינוס ו"משכב שלא כדרך הטבע" מרצון) מראה שהחוק אינו מתייחס בעצם לקשר הומואי בין שני גברים. בסעיף 152(2) (האיסור הפלילי) נאסר מגע מיני "לא־טבעי" בין כל שני אנשים, כולל, כמובן, מגע כזה בין גבר לאשה. וסעיף 152(1) אוסר "מעשה־סדום" בגברים ובנשים תוך שימוש בכוח. החוק אינו מתייחס כלל להומואים כאל קטיגוריה בפני עצמה, והמונח "הומוסקסואל" אינו נזכר בו כלל. החוק

מעשה־סדום והומוסקסואליות אז, ראו המאמרים ב־Goldberg, 1994a; על יחס הכנסייה להומואים, ראו Boswell, 1980.

This content downloaded from 132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

אוסר בפשטות על פרקטיקות מיניות מסוימות בין גבר לאשה או בין שני גברים, בין אם הם הומואים ובין אם לאו, ואין בו שום איסור על יחסי אהבה, זוגיות וחיים משותפים בין גברים. אבל למרות ההגדרה הרחבה בחוק של יחסים "שלא כדרך הטבע", נוצרה בשיח המשפטי והציבורי בישראל זהות בין האיסור הפלילי לבין יחסים מיניים בין בני אותו מין. הדוברים השונים, הומואים וסטרייטים כאחד, פירשו את האיסור כאיסור על הומואיות. פירוש זה של האיסור בולט בהוראה המפורסמת של היועץ המשפטי חיים כהן (ראו להלן) משנת 1953, בה מדובר על "הכללים הבאים לחקירת עבירה של *משכב זכר*".[7] בראיון לאחר פרישתו מבית־המשפט העליון הסביר כהן שהוא ראה ב"חוק האוסר *משכב זכר*" חוק לא־מוסרי (ששר, 1988), כלומר, גם הוא פירש את החוק כחוק נגד הומואים. כהן, בהסברו להנחיה שהוציא, מניח גם שהאיסור הפלילי אוסר *כל* מגע מיני בין הומואים, כלומר, שלא ייתכנו יחסי־מין בין שני גברים בלי חדירה אנלית או אורלית. הזיהוי החד־חד־ערכי של הומואיות ומין אנלי, כאילו אין הומואיות בלי מין אנלי ואין מין אנלי בלי הומואיות, יוצר מה שפרנץ מכנה "תמונה לא־שפויה" של המציאות החברתית־ההתנהגותית (French, 1994, 15). זוהי "תמונה לא־שפויה" מפני שהיא שונה בעליל מן המציאות כפי שכל מי שרוצה יכול להיווכח, אבל בשל השיח דרוש מאמץ מיוחד כדי לקבל תמונה מתוקנת.[8]

הפירוש הרווח של האיסור הפלילי כמכוון נגד הומואים בלבד מעיד על מאפיין של השיח על הומואים המשותף גם למדינות אחרות. Michael Hardwick, אזרח מדינת ג'ורג'יה שבארצות־הברית, נעצר בשל מגע מיני עם גבר והעמיד לבחינה חוקתית את האיסור על מעשה־סדום. המקרה הגיע לבית־המשפט העליון האמריקאי, שקבע ברוב דחוק, ב־1986, כי החוק תקף *לגבי הומואים*. לפני־כן סירב בית־המשפט, בערכאה נמוכה יותר, לצרף לעתירתו של Hardwick עתירה של זוג נשוי (גבר ואשה) שטען כי החוק פוגע גם בו, בנימוק הפורמלי שלזוג זה אין זכות עמידה במקרה. בית־המשפט העליון חיזק הפרדה זו בין הומואים לסטרייטים והגביל את פסיקתו ל־"homosexual sodomy", וזאת

7 ראו גם אזכור של הוראה זו בשאילתה של ח"כ אורי אבנרי ותשובת שר המשפטים י' ש' שפירא, דברי הכנסת 62, 16.11.1971, 308. אבנרי שואל האם זה נכון שיש הנחיות "שלפיהן אין להעמיד לדין בגין קיום יחסים הומוסקסואלים בין בגירים, בהסכמה ובצנעה"; שר המשפטים מצטט מההנחיה: "תלונה על משכב זכר לא תיחקר" וגו'.

8 חוסר הידיעה של סטרייטים לגבי "מה הומואים עושים במיטה" משפיע על השיח גם כיום. בשאלון בנושא בריאות שהופץ בקהילה ההומואית בארץ הופיעה השאלה "כמה פעמים קיימת יחסי־מין *'עד הסוף'?*" הביטוי *"עד הסוף"*, שהתייחס, כנראה, ליחסים אנליים, הוא ביטוי סטרייטי, שאין לו מובן בשיח ההומואי, אבל המחוקקים, התובעים, השופטים והשוטרים, כמו חלק גדול מהציבור בכללותו, אינם מודעים לכך. שיח זה משפיע גם על הומואים עצמם או על כאלו המנסים לברר לעצמם מה זהותם המינית. רבים מההומואים שאינם מרגישים משיכה למין אנלי מדווחים בראיונות אישיים שאחד הדברים שעיכב את היציאה שלהם מהארון, כלפי עצמם וכלפי אחרים, הייתה העובדה שהם זיהו את המשיכה ההומוסקסואלית עם יחסים אנליים. כיוון שהם לא נמשכו למין אנלי הם לא ידעו כיצד להגדיר את עצמם, עד שנזדמנה להם אפשרות להכיר שיחים אלטרנטיביים בהם ההומוסקסואליות מוגדרת בצורה אחרת.

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

לאחר שמדינת ג'ורג'יה הסכימה שאכיפת החוק על סטרייטים אינה חוקתית (Thomas, 1992, 1431n). לאחר יצירת הבחנה זו המשיך בית־המשפט בשיקולים לגבי היחס של החברה להומואיות, וטען שלקהילה מסוימת יש זכות לקבוע שיחסים מיניים בין בני אותו מין פוגעים בערכיה ולאסור אותם.[9] Halley (1993) ניתחה וביקרה פסק־דין זה והראתה כיצד עירב בית־המשפט בין פעולה (act) לבין זהות (identity), ובכך יצר, מחד גיסא, זהות הומואית הנשענת על אקט מסוים כאילו מעשה־סדום מכונן את ההומו, וזיהה, מאידך גיסא, את האקט עם הזהות כאילו אנשים בעלי זהות אחרת, סטרייטית, אינם מבצעים אקט זה.[10] הצורה בה הובן החוק הישראלי מראה שגם בשיח המשפטי בארץ התקבלה זהות כזו בין ההתנהגות המינית המקושרת להומואים לבין הסטטוס של "להיות הומו", *למרות* פסיקה מפורשת בפרשת בן־עמי, אליה נגיע להלן.

פעילים הומואיים עשויים להתרעם ולטעון שמין אורלי ומין אנלי הם אכן רכיבים מכוננים של הומואיות. גם אם לא כל ההומואים מעורבים בפרקטיקות כאלה, הם יטענו, כל חוק האוסר אותן מכוון בראש ובראשונה נגד הומואים. אבל תביעה זו אינה צריכה להפריע לנו לראות כי הזיהוי של הומואיות עם מעשי־סדום היא מוסכמה דיסקורסיבית שהתפתחה באופן היסטורי, ולא שיקוף של מצב־טבע אובייקטיבי. כפי ש־Bray מראה, האיסור בימי הנרי השמיני על מעשה־סדום לא כוון נגד הומואים, ויחסים אינטימיים בין גברים היו לגיטימיים למרות החקיקה נגד מעשה־סדום (Bray, 1994; ראו גם בויארין, 1995, לגבי יחסים בין גברים יהודיים בתקופת התלמוד). ברור גם שיש הומואים רבים שאינם מקיימים יחסים אנליים,[11] ומגיעים לסיפוק מיני על־ידי מגע פיסי שאינו כרוך בחדירה, וכן יכולים להיות – למרות הנטייה של השיח הדומיננטי להכחיש זאת – יחסים הומואיים אפלטוניים. זיהוי ההומואיות עם מגע אנלי מטעה לא־פחות משום שלא כל מי שמקיים מגע אנלי הוא הומו. כל המחקרים על התנהגות מינית מלמדים שיחסים "שלא כדרך הטבע", כלומר, מין אורלי או אנלי בין גברים לנשים, נפוצים ביותר ומקיפים עשרות אחוזים מהאוכלוסייה. כל מי שהיה מעורב בפרקטיקות כאלה מרצונה או מרצונו היה צפוי עד 1988 לעשר שנות מאסר. אבל לגבי זוג הומואים היתה ההנחה שהם חייבים לקיים מגע מעין זה (כאמור, הנחה מופרכת מיסודה), בעוד שאצל הסטרייטים השיח מאפשר להעמיד פנים שהם מקיימים רק יחסים "טבעיים". הדרישה להתיר לסטרייטים לבצע פרקטיקות "לא־טבעיות" לא היתה על סדר־היום, שכן אף אחד לא התכוון לאכוף עליהם את החוק. כך קרה שגם המשתתפים הליברליים ביותר בשיח לא תבעו שוויון, כדי שגם הומואים יוכלו לבצע פרקטיקות מיניות שסטרייטים מבצעים ממילא. שיח זה שימר

---

9 השופט העליון Blackmun, בפסק־הדין של המיעוט, התרעם על פסק־הדין של הרוב, וכתב: "עמידתו של מיכאל הארדוויק נובעת, כנראה, במידה רבה מהנכונות המופגנת של מדינת ג'ורג'יה לאכוף על הומוסקסואלים חוק שאין לה כל רצון לכפותו על הטרוסקסואלים... אבל תביעתו שהחוק... מהווה חדירה לא חוקתית לפרטיות שלו ולזכותו לקשרים אינטימיים אינה תלויה בשום צורה שהיא בנטייתו המינית" (Goldberg, 1994a, 124־ב).

10 במאמר אחר (Halley, 1994) היא מבחינה בין "התנהגות" (conduct) לבין סטטוס.

11 זו עובדה מובנת מאליה בקהילה ההומואית, אף־על־פי שחלק גדול מהציבור הסטרייטי אינו מודע לה.

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

איפוא את העמדת־הפנים כאילו סטרייטים מקיימים יחסים "טבעיים", ותבע רק להכיר בזכות של הומואים לעשות את המין המוזר־כביכול שלהם, ובכך חיזק השיח את הזיקה כביכול בין הומואיות לבין "אי־טבעיות", וביסס את הגדרת ההומו באמצעות הפרקטיקה המינית.[12]

ב־1977 הוחלפה הפקודה המנדטורית בחוק ישראלי, חוק העונשין, תשל"ז–1977. החוק החדש נשען במידה רבה על פקודת החוק הפלילית הישנה, אך סעיפים שונים תוקנו, בוטלו או נוספו בהתאם לרוח החברה והזמן. גם הסעיפים הקשורים לעבירות מיניות תוקנו. כך, למשל, חולק הסעיף הישן המתייחס ליחסי־מין בכפייה (152(1)): סעיפים חדשים, 345–349 לחוק החדש, עוסקים באונס נשים וביחסים עם קטינות, וסעיף חדש, 350, יוחד למעשי־סדום בכפייה. סעיף ישן, 152(2), העוסק במין שלא כדרך הטבע עבר שינוי קוסמטי בלבד וזכה בסעיף מיוחד, מס' 351. התיקון ומה שלא תוקן חשובים ביותר לשיח על הומואיות ומין אנלי. כדי להקל את הצגת השינוי, נציג את החוק הרלוונטי בשני נוסחיו:

פקודת החוק הפלילי, 1936		חוק העונשין, תשל"ז–1977	
152(1)(ב)	השוכב את זכר משכבי אשה נגד רצונו בהשתמשו בכפיה או באיימו עליו...	350(א)(1)	העושה... מעשה סדום באדם, נגד רצונו ותוך שימוש בכוח או באיימו עליו...
152(1)(ג)	הבועל ילדה פחות מבת ט"ז, או השוכב את ילד פחות מבן ט"ז	350(א)(2)	העושה... מעשה סדום בקטין שלא מלאו לו 16 שנים
		350(א)(3)	[המקיים] *מגע מיני* עם קטין כאמור
152(2)(א)	השוכב עם אדם אחר שלא כדרך הטבע	351(1)	שוכב עם אדם שלא כדרך הטבע
152(2)(ב)	השוכב עם בהמה	351(2)	השוכב עם בהמה
152(2)(ג)	המרשה לזכר לשכב עמו (או עמה) שלא כדרך הטבע	351(3) 351(4)	מרשה לגבר לשכב עמו; מרשה לגבר לשכב עמה שלא כדרך הטבע.

הסעיף האוסר על מעשה־סדום בכפייה זהה לנוסח הקודם, אך הביטוי הבעייתי "השוכב עם זכר משכבי אישה" שונה ל"מעשה־סדום באדם", כך שהוא יחול גם על מי שעושה מעשה־סדום באשה, בהתאם לנוסח האנגלי מ־1936. כפי שהסברנו לעיל, היה הניסוח העברי הקודם תרגום מוטעה של הנוסח האנגלי המחייב (עד 1977), והתיקון פשוט נועד לתקן טעות זו. גם ההתייחסות לקטינים ("הבועל שלא כחוק ילדה, או השוכב משכבי

12 אבל ראו דיון בכנסת ב־4.4.1978 (דברי הכנסת 82, 2447–2451). בעת דיון בהצעת־חוק לביטול סעיף 351, המגישה, ח"כ אלוני, אומרת שהחוק הוא לא רק למען ההומואים, מכיוון ש"החוק הזה רואה למעשה עבירה... אם בעל ואשתו מקיימים יחסים שאינם כדרך הטבע" (שם, ע' 2248). גם שר המשפטים, שמואל תמיר, מבהיר בתשובתו ש"המדובר אינו רק בהומוסקסואל" (שם). למרות זאת ברור כי הדיון שם נסב בעיקרו על הומואים.

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

אישה עם ילד") שונתה כדי להתאימו לנוסח האנגלי המקורי שתוקפו פג עם המעבר לחוק החדש. החידוש המעניין בסעיף זה הוא ההתייחסות ל"מגע מיני" עם קטינים, מושג שלא הופיע בחוק הקודם. נראה שהתוספת נועדה לסתום את הפרצה שבין בעילה ומעשה־סדום, מחד גיסא, לבין מעשים מגונים גרידא, מאידך גיסא. לא ברור בדיוק למה התכוון המחוקק בהוסיפו סעיף זה. סביר שהוא התכוון הן לניצול מיני של קטינים על־ידי סטרייטים (כולל ניצול של ילדים על־ידי נשים, עבירה שלא נכללה בפקודת החוק הפלילי), והן לניצול של ילדים על־ידי הומואים ולסביות.[13] אם זו אכן הכוונה, ייתכן שזו עדות כי המחוקק נעשה מודע לכך שקשר מיני בין גברים אינו כולל בהכרח מעשה־סדום. גם אם אין מדובר כאן, כמובן, בקבלה ולגיטימציה, הדבר עשוי להעיד שהשיח מפסיק לזהות את ההומואים עם פרקטיקה מינית מסוימת.

הסעיף החדש 351, האוסר משכב "שלא כדרך הטבע", הוא העתק כמעט מושלם של התת־סעיף הישן 152(2). השינוי היחיד הוא שהמשפט המתייחס למי ש"מרשה לזכר לשכב עמו (או עמה) שלא כדרך הטבע" חולק לשני משפטים: הראשון מתייחס לזה ה"מרשה לגבר לשכב עמו", והשני לזו ה"מרשה לגבר לשכב עמה שלא כדרך הטבע". מעניין שלגבי שני גברים אין התייחסות ל"דרך הטבע". תחולת החוק לא הובאה מעולם להכרעה משפטית, כך שלא ברור בדיוק מה נאסר כאן. האם ההנחה היא שכל משכב ביניהם הוא "שלא כדרך הטבע" במובן המשפטי, כפי שפירשו השופטים חשין וכהן (ראו להלן), כלומר, כרוך בחדירה אנלית, ולכן אין צורך להוסיף את הביטוי "שלא כדרך הטבע"? או אולי להיפך, המחוקק ביקש לאסור כל מגע מיני בין שני גברים, ולא רק מין אנלי? אם הפירוש השני הוא הנכון, הרי שהניסוח המחודש מחמיר את היחס להומואים (באוסרו על פרקטיקות שלא נאסרו קודם לכן), וגם רומז שהשיח מפסיק לזהות את ההומואיות עם מין אנלי בלבד. בכל אופן, הניסוח החדש משמר, גם ב־1977, את האיסור על יחסים אנליים, ואנו נמשיך להתייחס אליו כאל האיסור הפלילי.

הוראת היועץ המשפטי, אכיפת החוק והשלכותיו

אף־על־פי שפקודת החוק הפלילית אוסרת לחלוטין יחסים "שלא כדרך הטבע", הוציא היועץ המשפטי לממשלה דאז ולימים השופט העליון, חיים כהן, בשנת 1953, הנחיה לתביעה הכללית להימנע מהגשת כתבי־אישום על עבירות על האיסור הפלילי. בשנת 1956 הוסיף חיים כהן והנחה גם את משטרת ישראל להימנע מלחקור חשדות לעבירות על האיסור הפלילי (דברי הכנסת 62, 308; גביזון, 1991, 156n). הנחייתו של כהן אומצה על־ידי כל היועצים המשפטיים שבאו אחריו, והיועץ מאיר שמגר, לימים נשיא בית־המשפט העליון, אף צירף הנחיה זו לקובץ הנחיות היועץ המשפטי לממשלה (הנחיה 50.049 מ־1.1.1972), ובכך נתן לה משנה תוקף. בהנחיה נאמר:

---

13 בניסוח המקורי נאסר קיום "מגע מיני עם קטין *והוא אינו בן זוגו*". לאחר כתשעה חודשים פורסם תיקון לסעיף שביטל את הסיפא של המשפט (ספר החוקים 891, כ"א באדר ב' תשל"ח, 30.3.1978). הניסוח המקורי וביטולו מוסיפים לקושי בפירוש החוק, שבית־המשפט העליון לא התייחס אליו עדיין כלל.

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

> בהתאם להנחיות היועץ המשפטי לממשלה קבעה משטרת ישראל בפקודת קבע מס' 14.01.102 את הכללים הבאים לחקירת עבירה של *משכב זכר* בניגוד לסעיף 152 לפקודת החוק הפלילי, 1936:
> תלונה על *משכב זכר* לא תיחקר – בשל חוסר עניין לציבור אלא אם קרה אחד מאלה... [ההדגשות שלנו – י' י', ד' ס'.][14]

השיח על מצב ההומואים בישראל חוזר שוב ושוב על הטענה שהחוק האוסר יחסי־מין "שלא כדרך הטבע" לא הופעל בשל הוראת היועץ המשפטי לממשלה. השמיעו טיעון זה אנשי־מחקר כאמנון רובינשטיין וברק מדינה, שכתבו בספרם, המהווה מקור חשוב ללימוד המשפט הישראלי, ש"האיסור הפלילי מעולם לא נאכף, ולא הוגשו כתבי אישום כנגד מפיריו" (1996, 327; ראו גם סטרשנוב, 1994, 282). גם המחוקקים הליברליים שרצו להביא לידי ביטול החוק הסבירו שממילא הוא לא נאכף: "עבירה זו קיימת עד היום, ותודה לאל, אין מפעילים את החוק לגביה" (ח"כ וירשובסקי בדברי הכנסת, 11.9.1986, ע' 4208; ראו גם ח"כ אבנרי בדברי הכנסת 60, ע' 2615; ח"כ אלוני בדברי הכנסת 82, 2447). אפילו שופטים טענו כך, כגון השופטת דורנר, שכתבה כי "איסור זה מעולם לא נאכף" (בג"צ דנילוביץ). למרות כל הטענות הללו, מסתבר שהחוק אכן הופעל. לא פעמים רבות, אומנם, אך הפעלתו היא בעלת משמעות שאי־אפשר להתעלם ממנה. המחקר שלנו עוסק רק בפסקי־דין של בית־המשפט העליון שפורסמו, ולכן איננו יודעים בעצם בכמה מקרים נאשמו אנשים בעבירה על סעיף 152(2) וזוכו, ובכמה מקרים הם הורשעו בעבירה זו ולא ערערו לעליון. אבל אפילו לבית־המשפט העליון הגיעו כמה מקרים. מדובר בחמישה מקרים לפחות בהם הואשמו אנשים והורשעו בעבירה לפי אותו סעיף שהיועץ המשפטי הורה לא להשתמש בו. אומנם, בכל המקרים הללו היה חשד לשימוש בכוח, בניצול סמכות או בקיום מגע מיני עם קטינים, מקרים עליהם *אין* הוראת היועץ המשפטי חלה, אבל במקרים אלה היה אפשר להפעיל סעיפים אחרים האוסרים במפורש התנהגויות כאלה.

המקרה הראשון הוא פרשת והבה משנת 1954. אליהו והבה הואשם בהכנסת איבר־מינו לפיו של ילד בן חמש, הורשע על־ידי בית־המשפט המחוזי במשכב "שלא כדרך הטבע" (סעיף 152(2)) ונידון לשתי שנות מאסר. ב־1956 הגיעה לבית־המשפט פרשת נסים כראדי, שגם בה הורשע הנאשם בעבירה של משכב זכר עם קטין. מעיון בפסק־דין של בית־המשפט העליון אין פרטי המקרה ברורים, אך ברור שמדובר באדם "מופרע הסובל מחוסר ויטאליות במעשיו", כהגדרת פסיכיאטר מומחה. בפרשת בן־עמי מ־1963 מדובר באדם שהואשם בהחדרת איבר־מינו לפי־הטבעת ולפיה של אשתו לשעבר בניגוד לרצונה, והוא הורשע בבית־המשפט המחוזי ב"ידיעת גופו של אדם אחר שלא כדרך הטבע". המערער בן־עמי טען שקיים את המגע בהסכמה, ועל־כך כתב השופט העליון חיים כהן

14 היועץ המשפטי קבע כי עבירות של משכב זכר כן ייחקרו "אם קרה אחד מאלה: (1) מעורב בעבירה צעיר שהוא למטה מגיל 18, או (2) העבירה נעשתה בכפייה, באיום או כשהקורבן נטול הכרה או הבנה, או (3) המעשה נעשה במקום ציבורי, או (4) בין המעורבים קיימים יחסי מרות או תלות" (הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, 50.049, 1.1.1972).

This content downloaded from 132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

שחדירה לפי־הטבעת מהווה עבירה גם אם זה בהסכמה, ולכן ההרשעה תקפה.[15] ב־1971, בפרשת סמיר עווד, דן בית־המשפט במקרה בו התנפלו שלושה גברים על זוג שתינה אהבים במכונית, ניסו לאנוס את האשה וביצעו בה מעשה־סדום (חדירה לפי־הטבעת). אחד המורשעים, סמיר עווד, הורשע הן במעשה־סדום בכפייה והן במשכב "שלא כדרך הטבע". השופט העליון לנדוי קבע בפסק־הדין כי מכיוון שמדובר באקט אחד, "אפשר היה להטיל עליו רק עונש אחד" (783). המקרה המעניין ביותר אולי מבחינת הדיון בהשלכות החוק "שלא נאכף" הוא מקרה מ־1983, בו אישר השופט גבריאל בך הרשעה של אדם ב"סטייה מדרך הטבע" ביחסים עם נער, שגילו לא צוין (ראו פרשת לוי להלן).

הוראת היועץ המשפטי נשמרה איפוא כלשונה, לפחות על־פי המקרים שהגיעו לבית־המשפט העליון. ובכל זאת, ניסוח ההסתייגויות בהוראת היועץ המשפטי וההרשעות שפורטו לעיל מעלים את השאלה מדוע בכלל נעשה שימוש בסעיף האוסר משכב־זכר בהסכמה כאשר קיים סעיף מפורש האוסר מעשה־סדום בכפייה ומעשה־סדום בקטינים גם ב"הסכמה", ואף קובע עונש חמור יותר על עבירה זו. רמז לתשובה כבר ניתן לנו בפרשת סמיר עווד, שם כללה התביעה בכתב־האישום גם את הסעיף האוסר מעשי־סדום בכפייה וגם את הסעיף האוסר מעשי־סדום בהסכמה. נראה שהסעיף השני נוסף לכתב־האישום "ליתר ביטחון": אם לא יוכח אינוס, אך יוכח מגע מיני אנלי, יורשע הנאשם לפחות בקיום מעשה־סדום. גם בפרשת בן־עמי נראה שנעשה שימוש בסעיף 152(2) כי היה קשה להוכיח שימוש בכוח ומעשה־סדום בכפייה. נראה איפוא כי אף־על־פי שהמשטרה והתביעה אינן אוכפות את הסעיף האוסר מעשי־סדום, כל מי שמעורב באקטים כאלה בהסכמה עלול למצוא עצמו מורשע אפילו אם אין כלל הוכחות לשימוש באלימות או להפעלת לחץ. הומואים המקיימים יחסים כאלה בצורה תכופה יותר חשופים יותר לשימוש מניפולטיבי זה בחוק.

אישוש לטענה זו נמצא בפסיקה בפרשת לוי מ־1983. שוב מדובר ביחסים בין גבר לנער, שגילו אינו מצוין. לפי דברי השופט גבריאל בך, הואשם לוי בעשיית מעשה־סדום בנער בכפייה (נוסף לסעיף של ניסיון לרצח וחבלה בכוונה מחמירה), אך בית־המשפט המחוזי הרשיע את הנאשם במשכב "שלא כדרך הטבע" לפי סעיף 351, "שכן סבר, כי עובדת השימוש בכוח נגד הנער לא הוכחה כדבעי". בית־המשפט המחוזי קבע עוד שהנאשם "עשה את המעשה בכפייה ובניגוד לרצונו של המתלונן". "אך מאחר שכפייה זו היתה במישור הפסיכולוגי", מסביר השופט העליון בך את נימוקי בית־המשפט המחוזי, "החליט בית־המשפט [קמא] שלא להרשיע את המערער בעבירות אלה, כי אם בעבירה של סטייה מדרך הטבע". בך מסכים עם פסיקה זו ודוחה את הערעור על ההרשעה. זו פסיקה תמוהה, שכן החוק האוסר על מעשה־סדום בכפייה מרחיב במפורש את האיסור לכל "מצב המונע התנגדותו" של מי שנעשה בו המעשה. מקרה זה ממחיש את הסכנה הנשקפת לזכויותיהם של ההומואים מהסעיף ה"אנטי־הומואי" הזה. שכן, מה אומר לנו בית־המשפט: מכיוון שלא הצלחנו להוכיח אונס, נסתפק בעצם קיום המגע המיני שהחוק קובע שדי בו להרשיע אדם. כאמור, החוק הופעל גם נגד לא־הומואים, אבל יש להדגיש כאן שההומואים נמצאים מראש בעמדת נחיתות בשל ההשפלה הציבורית שהם חשופים לה וההסתתרות של

---

15 לגבי חדירה לפה טוען כהן שאין זו עבירה לפי סעיף 152(2), ובכך נדון בהמשך.

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

רבים מהם "בארון". במצב זה, נאשמים הומואים הנחקרים במשטרה עלולים פעמים רבות להישבר ולהודות הודאת־שוא בעבירות שונות כאשר יש למשטרה הוכחות שהם קיימו מגע אנלי והיא מאיימת להביא אותם לדין באשמה זו. לכן, עצם קיום החוק פוגע בזכויות החוקיות של הומואים גם אם אין כוונה להפעילו דרך שגרה (ברכה, 1980).

הטענות שהחוק אינו מיושם ממחישות גם את הפער בין מציאות להשתקפותה בשיח חברתי. בלי קשר לנסיבות בהן הופעל החוק, קיבע השיח את ה"עובדה" שהחוק לא הופעל, ו"עובדה" זו שימשה משפטנים, שופטים ומחוקקים בשיח על מצבם המשפטי של ההומואים. "ישראל לא ידעה מעולם רדיפות נגד הומוסקסואלים מהסוג שידעו בעבר מדינות מערביות אחרות... על אף האיסור הדתי..., ולמרות קיומו של איסור פלילי..., ישראל נהגה תמיד בסבלנות בתחום זה" (רובינשטיין ומדינה, 1996, 326). היעדר הערעור על ה"עובדה" שהאיסור לא הופעל מנע התעניינות ובדיקה לגבי מצבם של הומואים בפועל, דבר שהחמיר את חוסר הנראות שלהם ושתיקתם בשל התיוג שהוטבע בהומואיות. מעבר לכך ואף־על־פי שמדובר במספר קטן של מקרים, יש לציין שאלה הן ההזדמנויות המעטות בהם השיח הציבורי עוסק בהומואיות. לפסיקות שנסקרו מצטרפים גם דיונים ופסיקות בערכאות נמוכות יותר והדיווח העיתונאי על ההליכים המשטרתיים והמשפטיים הקודמים להכרעה. דווקא בשל השתיקה שאפפה את נושא ההומואיות במשך שנים רבות כל־כך, העובדה שהציבור נתקל בהומואים באמצעות דיון בסעיף זה היא בעלת משמעות רבה. הציבור הרחב אינו קורא אולי בדקדקנות את פסקי־הדין, אבל עורכי־דין, תלמידי משפטים ושוטרים משננים את החוקים והפרשנויות המשפטיות. גם סוכני דעת־קהל אחרים, כגון עיתונאים, מורים ופוליטיקאים עשויים לשאוב השראה מפסיקות של בית־המשפט העליון, ולכן פסיקותיו הן בעלות כוח סימבולי שאינו מתבטא באחוז הפרטים שקראו את הפסיקה, אלא בהשפעתו על כינון שיח ציבורי בו ההומואים מופיעים רק כנאשמים.

אבל מבחינת עיסוקנו בשאלה כיצד השיח המשפטי תורם לעיצוב של דימוי הומואי, הנקודה העיקרית היא שלעצם קיומו של החוק -- בלי קשר לשאלת אכיפתו בפועל – יש משמעות רבה. החוק הרשמי במדינה המודרנית־הרציונלית הוא סוג של פרקטיקה המשפיעה על גורלם של אנשים גם כאשר אין הוא נאכף. במקרה שלנו תייג החוק את ההומואים כעבריינים וחסם את דרכם של אלה מהם שרצו לפעול לשיפור מצבם. הנחיית היועץ המשפטי מנעה אולי נקיטה בהליכים משפטים נגד הומואים, אך השאירה אותם בגדר עבריינים־בכוח. לעובדה זו היו השלכות פרקטיות ממשיות: כיצד ניתן לבוא בטענות אל מעסיק המפטר עובד בשל "סטייתו" אם המשפט עצמו רואה באדם זה סוטה? (האגודה לשמירת זכויות הפרט, 1983, 2). איך חבר כנסת יכול להילחם למען זכויותיהם של הומואים אם הדין הרשמי מגדיר אותם כסוטים? איך אפשר לצפות שמשרד החינוך ינחה מורים ויועצים בבתי־ספר לעזור להומואים לקבל את עצמם כל עוד הדין הרשמי מגדיר את ההומואיות (כפי שהיא נתפסת בשיח) כדבר לא־חוקי. אין איפוא ספק שקיום האיסור על "משכב שלא כדרך הטבע" פגע במעמדם המשפטי והחברתי של ההומואים אף שלא הופעל, כנראה, כלפי הומואים בוגרים שקיימו מגע מיני בהסכמה (ACLU Newswire, March 12, 1996). הומואים ולסביות שהתארגנו פוליטית וחברתית מדווחים שהם סבלו מהתיוג הפלילי, שביטולו היה משאת־נפשם של כל הפעילים בשנות השבעים והשמונים. הם גם מספרים כי למרות אי־השימוש באיסור הפלילי נגד הומואים בגירים שקיימו יחסים

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

בהסכמה, ניצלו שוטרים את הפליליות של ההומואיות, כפי שהדבר נתפס על־ידי שוטרים והומואים כאחד למרות האמור לעיל, כדי להטריד אותם במקומות מפגש הומואיים ולהשפילם. ב־1982, למשל, עצרה המשטרה בין עשרה לעשרים הומואים בגן העצמאות בתל־אביב והצעידה אותם ברחוב עד לתחנת המשטרה כדי שהציבור (הסטרייטי) יראה וייהנה.[16] מובן גם שבאווירה כזו לא היה אפשר לצפות מהמשטרה שתגן על הומואים שהותקפו והוטרדו על־ידי בריונים. ולמרות מצב זה, השיח המשפטי־הציבורי טען שמצב ההומואים בישראל שפיר, כי "האיסור הפלילי אינו מופעל" (Harel, 1996). בדיון בכנסת ב־1970 אמר חבר הכנסת אורי אבנרי:

> מה איכפת לי שסעיפים אלה נמצאים בספרי החוקים, כאשר מוסכם על כולנו שאין מפעילים אותם, ויש הנחיות ברורות למשטרה לא להפעילם? אין זאת רק שאלה של פילוסופיה חוקית, כלומר: שלא רצוי שיהיו בספרי החוקים חוקים שאין מפעילים אותם. יש סיבה אחרת, הרבה יותר מעשית. מצויים בתוכנו אלפי בני־אדם, שחייהם היום־יומיים הם בגדר עבירה חמורה על החוק הכתוב. ולכן הם קורבנות בלתי־פוסקים לסחטנות ולאלימות. כאשר יש מעשה אלימות על רקע הומוסקסואלי... הקורבן אינו פונה למשטרה. הוא אינו יכול לבוא למשטרה ולומר: בזמן שעשיתי מעשה שאינו חוקי קרה לי כך וכך. אנו, המחוקק הישראלי, מפקירים אלפי בני־אדם – ואיש מאתנו אינו יודע כמה – לשרירות יום־יומית, ומסירים מהם את הגנת החוק. (דברי הכנסת 59, ע' 628)[17]

יש להעיר כאן כי ייתכן שמבחינה תיאורטית היה אפשר להגן על הומואים, ובוודאי על לסביות, כל עוד לא הוכח שהם קיימו מגע אנלי. היה אפשר להגן על זכויותיהם של הומואים בעבודה, בצבא ובבתי־הספר, להכיר בזוגיות חד־מגדרית וללמד תלמידים על אהבה הומו־לסבית. אבל מכיוון שהשיח יצר חפיפה בין הומואיות למין אנלי, האסור על־פי הדין, לא היתה אופציה זו קיימת למעשה. על המעמד החברתי של ההומואים ניתן ללמוד גם מהשיח המשפטי על הנחיית היועץ המשפטי עצמה. הנחיית היועץ המשפטי נהפכה למוקד של ויכוח ער בין משפטנים, ויכוח שנלמד שוב ושוב בשיעורים בתורת המשפט בפקולטות למשפטים. היו שטענו כי מדובר בשימוש לגיטימי בסמכות לא להעמיד לדין מטעמים של חוסר עניין לציבור (גביזון, 1991, 156–157). אחרים טענו, לעומת זה, כי הנחיות מסוג זה של היועץ המשפטי לממשלה חורגות מסמכותו, משום שהן מהוות בעצם סיכול חוק והשמת היועץ המשפטי לממשלה כמי שעומד מעל הכנסת (Yaron, 1971).[18] דומה כי בלהט הוויכוח הזה נשכח לחלוטין הפן האנושי של הבעיה המשפטית,

---

16 ראיון של המחבר הראשון עם הדר נמיר, 13.12.1997.

17 בדיון בכנסת בהצעת־חוק נוספת לביטול האיסור הפלילי שהגישו ב־1978 חברת הכנסת שולמית אלוני וקבוצת חברי־כנסת נוספים, מספרת אלוני סיפור הממחיש טענה זו, על צעיר שנטפלו אליו בצבא לאחר שגילו שהוא הומו, והנסיונות לעזור נדחו בטענה שהוא עבריין. ראו דברי הכנסת 82, 4.4.1978, 8־2447.

18 רובינשטיין ומדינה מעלים נימוקים בעד ונגד ההוראה שהוציא היועץ המשפטי בעניין זה (1996, 230).

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

וההומואים עצמם לא נדרשו להביע עמדה בוויכוח. המוסריות של חוק כמו־גזעני, דוגמת האיסור הפלילי, היא קריטית בבחינת הסבירות של הנחיית היועץ המשפטי, אך היבט זה נשמט לגמרי מן הדיון המשפטי (אבל ראו רובינשטיין, תשל"ה). דבר זה מלמדנו כי השיח המשפטי לא התייחס אל ההומואים כאל קבוצה מופלה לרעה הזקוקה להגנה משפטית. היה ברור שמדובר בעבירה, והשאלה היתה אם לרשות המבצעת יש סמכות להחליט לא לטפל בעבירה זו.

פרשות והבה ובן־עמי: השיח המשפטי על הגדרת "דרך הטבע"

בית־המשפט העליון נדרש לראשונה לדון במשמעות של משכב "שלא כדרך הטבע" בפסק־דין והבה. אליהו והבה הורשע בבית־משפט מחוזי בהכנסת איבר־מינו לפיו של ילד בן חמש, והוא ערער על הרשעה זו לבית־המשפט העליון בטענה שהוא לא ביצע את המעשה שיוחס לו, טענה שנדחתה על־ידי בית־המשפט. אך השופט זלמן שניאור חשין ניצל את ההזדמנות כדי לברר: האם "אמנם מהווה אותו מעשה שוהבה נמצא אשם בעשייתו עבירה על סעיף 152(2)?" (ע' 277). פסק־הדין הארוך והמנומק שהוא כותב (בהסכמת השופטים גויטין וזוסמן) מפרט את גדרי האיסור הפלילי ואף מרחיב אותם מעל ומעבר למה שהיה נדרש לצורכי הכרעה באותה פרשה. פסק־דין זה נהפך להלכה המקובלת בפירוש סעיף 152(2), והוא מצוטט בספרי לימוד שונים המפרשים את המשפט לסטודנטים למשפטים והמשמשים את עורכי־הדין בהבנת הדינים.

הצורה בה ניגש השופט חשין לפירוש החוק מלמדת על כללי השיח המשפטי: הוא בודק ניסוחים של חוקים דומים ופסקי־דין הקשורים לנושא, ואינו מנסה להפעיל גופי־ידע אחרים כדי לזהות מהו משכב "טבעי" ומהו משכב "לא־טבעי". הוא מתחיל את הניתוח הפרשני שלו בניסוח האנגלי המקורי. באנגלית מדובר בכל אדם "who has carnal knowledge of any person against the order of nature". השאלה המשפטית היא איפוא: מה זה "carnal knowledge"? וחשין מסביר כי מבחינה *מילולית*, מדובר ב"ידיעת בשרים", מלשון "והאדם ידע את חוה אשתו". והוא מוסיף: "*בדרך כלל* מוסב הביטוי בלשון יום יום על היחסים המיניים שבין גבר לאשה; אך כאן... מדובר על הזדווגות בין בני־אדם – ולאו דווקא בין גבר לאשה – *'שלא כדרך הטבע'*." [ההדגשות שלנו – י' י', ד' ס'.] חשין מבחין איפוא בין "לשון יום יום" לבין המשמעות המשפטית של הביטוי "ידיעת בשרים" או "carnal knowledge"; המובן היומיומי הנורמלי הוא של יחסים בין גבר לאשה, אבל בחוק יש לכך כנראה משמעות שונה כדי לטפל במקרים *לא־נורמליים*. חשין תופס איפוא את היחסים ההומואיים כיחסים לא־מקובלים, שאין להם מקום בחיי היומיום של אנשים נורמליים. יחסים אלה נמצאים לדעתו באותו מישור עם אקטים "לא־נורמליים" אצל הטרוסקסואלים.

כדי לרדת לעומק המשמעות המשפטית, חשין מעיין בדין האנגלי שיש בו "שני סוגי עבירות מיניות בלתי טבעיות: מעשה סדום... ומעשה מגונה". למעשה־סדום, הוא מסביר, יש שתי משמעויות. במובן הצר, "משמעו יחסי מין או דרך זימה בין שני גברים, והוא המכונה 'משכב זכר'". "יש אומרים," הוא מוסיף, "כי מקורו של המונח בשם העיר 'סדום', אשר בה היה נוהג מעשה זה 'שלא כדרך הטבע' עד אשר נשחתה העיר בחמת ה'." הסבר

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

זה של המובן ההומוסקסואלי של מעשה־סדום מעניין במיוחד, שכן מייד לאחר־כן השופט חשין מסביר כי במשפט האנגלי הכוונה היא למובן הרחב של מושג זה, הכולל גם "ידיעת בשרים" "לא־טבעית" בין גבר *לאשה* ואף שכיבה עם בהמה, כלומר, bestiality. העבירה בה הורשע והבה, הכנסת איבר־מין לפה, היא, במשפט האנגלי, מעשה־מגונה, ולא מעשה־סדום, מכיוון שלא היה בה אלמנט של carnal knowledge, החיוני להגדרת אקט מסוים כמעשה־סדום. על השאלה מה זה "carnal knowledge" אין המשפט האנגלי מרחיב, וחשין מסביר שהכוונה לשפיכת־זרע (ejaculation), אקט שוהבה לא נאשם בביצועו. חשין מסביר כי בשל כך, מקרה והבה, כלומר, החדרת איבר־המין לפיו של ילד, לא היה מביא לידי הרשעה בבריטניה עד 1885. ב־1885 תוקן החוק הבריטי ואיפשר הרשעה במעשה־מגונה, אבל לא במעשה־סדום. בניגוד לדין האנגלי, הדין המנדטורי שירשה מדינת־ישראל אכן מגדיר כמעשה־סדום כל "מעשה שיש בו משום חדירה, או – ביתר דיוק – החדרת איבר־המין של הזכר לכל נקב מנקבי הגוף, *חוץ מן המקום הטבעי*", אפילו כאשר אין מדובר בשפיכת־זרע. והבה החדיר את איבר־מינו לפה, ולכן הוא הורשע בצדק.

למרות ההתייחסות שלו למשכב זכר, השופט חשין מדגיש "כי העבירה תתכן גם בין אשה לאשה" – קביעה תמוהה מאוד לאור הצהרתו הקודמת שהחוק אוסר "החדרת איבר־המין של *הזכר* לכל נקב מנקבי הגוף, חוץ מן המקום הטבעי". קשה לתרץ את הרחבת הפרשנות הזו למגע מיני לסבי, וחשין עצמו הסתפק באמירה זו ולא פירש. נראה לנו שקביעה זו משקפת זיהוי בין הומואים ללסביות בשיח ההגמוני על מיניות ו"סטייה מינית". מכיוון שגם אלה גם אלה חורגים מהדפוס "הנורמלי" של זוגיות הטרוסקסואלית, השופט חשין שם אותם בסירה אחת של קשר "לא טבעי", למרות שקביעה זו מנוגדת להיגיון של השיח המשפטי שלו עצמו, המגדיר מין לא־טבעי כ"החדרת איבר המין של הזכר". זוהי כמובן השערה ספקולטיבית, אך לנוכח היעדר אזכורים נוספים של לסביות בשיח המשפטי – וחשוב להדגיש שזו אכן ההתייחסות *היחידה* שמצאנו ללסביות בפסקי־הדין של בית־המשפט העליון עד 1988 – מצאנו לנכון להעלות השערה זו.[19]

דיון מדוקדק נוסף בפירוש החוק ובמונח "שלא כדרך הטבע" ערך ב־1964 חיים כהן, בכהנו כשופט בית־המשפט העליון, בפרשת בן־עמי, בה הואשם אדם בהחדרת איבר־מינו לפי־הטבעת ולפיה של אשתו לשעבר (ראו לעיל). השופט כהן ניצל את המקרה כדי לנתח שוב את המשמעות של "שלא כדרך הטבע", והניתוח שלו שונה בכמה נקודות מזה של חשין לפניו. ראשית, הוא קובע בצורה שאינה משתמעת לשני פנים שמעשה־סדום (תת־סעיף (1)) וידיעת־גוף "שלא כדרך הטבע" (תת־סעיף (2)) נבדלים *בשל השימוש בכוח*, ולא בשל הבדל באקט המיני. "ידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע, מעשה־סדום הוא, ומעשה־סדום, ידיעת גופו של אדם היא, ואין בינהם כל הבדל; אם המעשה נעשה בכוח – עבירה לפי סעיף קטן (1) היא; ואם נעשה שלא בכוח, עבירה לפי סעיף (2) היא."

19 בדיון על החוק של מדינת ג'ורג'יה כותבת האלי שב־1968 תוקן החוק מ־1833, ומעשה־סדום הוגדר במפורש כך שיכלול גם מגע בין איברי־מין נשיים לבין הפה או פי־הטבעת (Halley, 1994). שינוי זה מעיד על שינוי ביחס למיניות הנשית, לאו דווקא הלסבית, לעומת החקיקה הקדומה, שהניחה שהאשה היא יצור א־מיני. על הבחנות מפורשות בחוק בין המיניות ההומואית למיניות הנשית, ראו גם Flynn, 1995, 33–34.

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

אחר־כך השופט כהן מבהיר את ההבדל בין המסורת העברית ולשון יומיום לבין המשפט. "גם במסורת העברית וגם בלשון בני־אדם, אין 'מעשה סדום' אלא משכב זכור, ואילו 'ידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע' יכול ותהא גם בין איש לאשה." גם כהן נזקק, כמו חשין בשעתו, לסיפור המקראי על סדום כדי להסביר את מקורות המונח, אבל הוא מציין ש"'מעשה־סדום' האמור בפקודה, אין לפרשו לפי המסורת העברית ואף לא לפי המקובל בלשון בני־אדם", אלא לפי מסורת הפסיקה האנגלית. כהן מביא ציטוטים מהתכתבות של אנשי־חוק אנגליים מ־1716(!), הקובעת באופן חד־משמעי שהמונח "מעשה־סדום" מתייחס גם ל"משכב אשה שלא כדרכה", כלומר, משגל אנלי, שכן דבר זה, כותב השופט פורטסקיו ב־1716, "נראה גרוע ממשכב זכר וגרוע ממשכב בהמה; מפני שיש בו משום עלבון ישיר יותר כלפי בורא הטבע, והבעה מחוצפת יותר של בוז לחכמתו, דחיית סדרי בראשית שהוא עשה, ומרד נגדם ונגדו גם יחד". כהן מדגיש שהמסורת העברית שונה מהאנגלית.

> בו בזמן שמשכב־זכר ומשכב־בהמה עבירות חמורות הן שדינן מוות, הרי משכב־אשה שלא כדרכה אינו בגדר עבירה כלל. בתלמוד מיצינו היתר מפורש לאיש לבוא אל אשתו בכל דרך ובכל צורה שייראו בעיניו. בלשונו של רבי יוחנן: "כל מה שאדם רוצה לעשות באשתו – עושה; משל לבשר הבא מבית הטבח; רצה לאוכלו במלח – אוכלו; צלי – אוכלו; מבושל – אוכלו; שלוק – אוכלו" (נדרים כ, ע"ב).

עד כאן פסיקתו של כהן זהה לזו של חשין. אבל בניגוד להלכת והבה, כהן קובע שלאור הפסיקה האנגלית מ־1817 ואילך, מעשה־סדום מתייחס רק לחדירה לפי־הטבעת, ולא לחדירה לפה. עוד קובע כהן ביחס למונח "carnal knowledge", "ידיעת גוף", שגם בדין האנגלי אפשר להסתפק "בראיה על כניסת איבר־המין ואין צורך בראיה על שפיכת־זרע". גם זה נוגד את פסיקת חשין, שהשופט כהן אינו מצטט.

פסקי־הדין בפרשות והבה ובן־עמי ממחישים לנו כיצד שאלה על מהות הטבע – הביולוגי, האנושי או החברתי – נהפכת בשיח המשפטי לשאלה של פרשנויות משפטיות ותקדימים. ההשוואה שחשין עורך בין הדין האנגלי לדין המנדטורי ממחישה כיצד השאלה של "טבעיות" זוכה בתשובות שונות בחקיקות שונות. מסתבר כי הגבולות בין מעשה־סדום לבין מעשה־מגונה תלויים בהגדרת המחוקק, ואינם טבעיים. באנגליה, החדרת איבר־המין לפה או לפי־הטבעת (לפי חשין) אינה מהווה מעשה־סדום, כלומר, אינה מנוגדת לסדר הטבעי, אם אין שפיכת־זרע. המחוקק המנדטורי, לעומת זאת, מגדיר את עצם החדירה כפגיעה בסדר הטבעי גם אם אין היא מלווה בשפיכה. השופט כהן מציע פרקטיקה פרשנית שונה משל חשין. הוא מביא תקדים מראשית המאה השמונה־עשרה כדי להוכיח שמעשה־סדום בין גבר לאשה הוא גם בגדר "מעשה שלא כדרך הטבע", והוא מסתמך על תקדים משפטי כדי להגביל את תחולת החוק למגע אנלי, ולא למגע אורלי. הוויכוח המשפטי בין חשין לכהן אופייני לערפול המושגי של המושג "מעשה־סדום", "that utterly confused category", בלשונו של פוקו (ראו Goldberg 1994b, 1). שופטי הרוב בפרשת *Bowers* בארצות־הברית סירבו לבטל את החוק של מדינת ג'ורג'יה בטענה שלאיסור על מעשה־סדום יש "שורשים עתיקים" בכל שלוש־עשרה המדינות המקוריות של ארצות־הברית, ועד 1961 המשיכו כל חמישים המדינות לאסור פרקטיקה זו. אן

This content downloaded from 132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

גולדשטיין מבקרת נימוק זה בטענה שאומנם היה איסור על מעשה־סדום בכל המדינות במשך מאות שנים, אך המשמעות של המושג השתנתה במשך הזמן. לדוגמה, במאה השמונה־עשרה לא כלל המושג מגע אורלי – הפרקטיקה שהביאה את מיכאל הארדוויק לבית־המשפט (Goldstein, 1988). האלי טוענת אף יותר מזה: היא גורסת שבכל רגע ורגע בהיסטוריה היה המושג עמום ושנוי במחלוקת בין מדינות שונות ובתוכן, והיא מראה איך במשפט של מדינת ג'ורג'יה פורש אותו חוק בצורות סותרות, למשל, לגבי התחולה של המונח על יחסים אורליים. רק ב־1968 נקבע ניסוח מדויק כדי לפתור אי־בהירות, אבל ניסוח זה בוודאי אינו משקף את התפיסה של מעשה־סדום במאה השמונה־עשרה (Halley, 1994). אם אנו מרחיקים מגבולות ארצות־הברית והולכים עוד יותר לאחור בזמן, מסתבר שהמושג עבר תהפוכות משמעותיות הרבה יותר לאורך מאות השנים בהן מנפנפים בו כאחד החטאים הכבדים ביותר. כפי שמרגרט האנט מסכמת, המונח יוחס בתקופות שונות למעשים שונים שנחשבו כפוגעים בסדר הטבעי, כולל משכב עם בעלי־חיים, מגע אנלי הטרוסקסואלי, מגע מיני עם קטינות, מגע מיני בין נוצרי ליהודי, אוננות, משגל נסוג, פרישות של כמרים או קיום יחסי־מין על־ידי כמרים, שימוש באמצעי־מניעה, מגע מיני עם ילדים וצרכנות ראוותנית (Hunt, 1994, 360).

הניסיון של שופטי בית־המשפט האמריקאי להצדיק את החוק של מדינת ג'ורג'יה בעזרת מסורת ערכית רצופה כביכול הוא איפוא ניסיון כושל. אבל לפחות לגבי פירוש החוק לא היתה להם בעיה, כי החוק הגדיר בצורה ברורה מה הוא מעשה־סדום. החוק הישראלי, לעומת זאת, לא כלל הגדרה כזו, והשופטים חיפשו את התשובה בתקדימים בריטיים מהמאות השבע־עשרה והשמונה־עשרה אף־על־פי שיכלו להפעיל גם עקרונות אחרים, כגון בירור המושג בחברה הישראלית. אבל השופטים לא פנו למחקרים של סקסולוגים, פסיכולוגים, אנתרופולוגים או היסטוריונים כדי להגדיר מהו מין "טבעי" ו"לא־טבעי", ולא ביקשו עדויות של מומחים. היעדרם של מדעני־החברה בולט עוד יותר לנוכח חדירה של שיח חוץ־משפטי אחר: כתבי־הקודש! השופט חשין מבהיר לשומעיו "כי מקורו של המונח [מעשה־סדום] בשם העיר 'סדום', אשר בה היה נוהג מעשה זה 'שלא כדרך הטבע' עד אשר נשחתה העיר בחמת ה'". מסתבר שאם שופטים חפצים בכך, הם רשאים להכניס פרקטיקות דיסקורסיביות חוץ־משפטיות גם לתוך טקסט משפטי פורמלי ויבש. ברור כי אזכור אגבי זה של העיר סדום אינו נחוץ לדיון המשפטי ואינו ניטרלי מבחינה ערכית. האזכור של השופט חשין מקשר הומואיות לסמל החטא והשחיתות, ורומז שסדום נהרסה בשל נוהגיה ההומוסקסואליים, טענה שאינה מצויה אפילו בתנ"ך.[20] מול האזכור ההומופובי של סדום, אנו רואים גם התייחסות לתלמוד בפסק־הדין של השופט חיים כהן בפרשת בן־עמי. בעוד השופט חשין כורך את הסעיף האוסר מעשי־סדום עם הרשע והחטא של סדום המקראית ועם רמזים ברורים להומואים, השופט כהן מקשר אותו סעיף בחוק לשיח התלמודי, ומראה שהחוק אוסר גם פרקטיקות מיניות שחכמי התלמוד

20 אגב, גם בנושא זה אפשר להצביע על דמיון לשיח האמריקאי. שופט בקנטקי, למשל, כותב ב־1992: "sodomy is derived from the biblical name of the city of Sodom which was destroyed by God for its perverse behavior" (מצוטט אצל Wintermute, 1995, 20; לביקורת שיפוטית על עירוב השיח התנ"כי בשיח המשפטי, ראו Thomas 1992, 1432–1433n).

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

הרשו. לפחות במשתמע נובע מכך שלא כל מה שאינו חוקי כיום הוא בהכרח גם עבירה על עיקרון מוסרי אוניוורסלי ונצחי. אבל הגנה זו מסופקת למי שמבצע מעשה־סדום במסגרת קשר בין אשה לגבר, לא לשני גברים המבצעים אותו אקט.

פרשת שווילי: חוסר התמצאות, תמימות וצניעות בשיח על הומואים

אחד מפסקי־הדין המעניינים ביותר החושפים את תפיסת־העולם השיפוטית בכל הנוגע במערכת יחסים אינטימית בין שני גברים הוא פסק־הדין בפרשת שווילי, שהוא כנראה פסק־הדין היחיד בו התייחס בית־המשפט העליון של מדינת־ישראל לקשר הומואי. מדובר בהרשעה בבית־המשפט המחוזי, שאושרה בעליון, על נסיון אונס; כלומר, אין מדובר באיסור על מין שלא כדרך הטבע בהסכמה. אבל זה מקרה יחיד במינו בו מצא בית־המשפט העליון לנכון לתאר בפירוט את עובדותיה של מערכת יחסים הומואית, אף־על־פי שלא ברור אם היה בית־המשפט מודע לכך. וכך השופט זילברג מתאר את התרחשות העניינים:

> המתלונן הוא עלם צעיר, יליד פריס, וביום המעשה היה בן 18... דרכו הובילה אותו על ירכתי העיר הגדולה, היא תל־אביב, אשר קסמה לו מרחוק עוד מהיותו מחוצה לה... הוא התגלגל ממקום לינה אחד למשנהו, ללא קרוב או גואל, עד שביום אחד *אינה הגורל לידו* להיפגש עם המערער. היתה זו פגישה מקרית, לפנות ערב, באחד מרחובות יפו: המתלונן נפל ונפצע בפגיעת אופניים, המערער עזר לו לקום, נהג בו באדיבות והזמינו לבוא אליו הביתה. המתלונן הסכים להצעה, תחילה ללינת לילה אחד, ואח"כ – להפצרותיו של המערער – לדירת קבע, כי לא היתה לו קורת גג, והמערער עשה עמדו חסד *ולא גילה, בראשית, כל מזימה שפלה*. [ע' 440, ההדגשות שלנו – י' י', ד' ס'.]

לפי העובדות המפורטות בפסק־הדין, היה "העלם הצעיר" (המתלונן) בעל עבר פלילי, ואילו לגבי הנאשם אין כל אזכור של עבר פלילי. עובדות אלה אינן מונעות את בית־המשפט מלצייר את "העלם הצעיר" כנאיבי וסימפטי, ומנגד לתאר את הנאשם כמי שחרש מלכתחילה "מזימות שפלות". השופט זילברג ממשיך:

> בינתיים מסתבך המתלונן בעסק ביש אחר. חשדו בו והאשימוהו בגניבת ספרים. המשטרה עצרה אותו, והמערער חתם על ערבות בשבילו, והוא שוחרר ממעצרו וחזר לגור בחדרו של המערער. מעתה החלה פרשה חדשה, *או פרשה יותר גלויה*, ביחסי "הידידות" שביניהם. כבר בלילה הראשון לשובו מבית־הסוהר, הרגיש המתלונן כי המערער רוצה לעשות בו מעשה־סדום אך הוא התנגד לכך, והלה לא הצליח להפיק את זממו. בלילה שלאחריו ניסה המערער בכוח לבצע את המעשה, ושוב התנגד המתלונן, והניסיון סוכל. למחרת היום, בנצלו את שעת היעדרו של מארחו, התחמק המתלונן וברח מן החדר והלך לגור אצל אחד מחבריו, אך המערער *לא הרפה מטרפו*, עקב אחריו ומצאהו, לקח ממנו את בגדיו ותעודותיו ואילץ אותו לשוב אל חדרו, – ובאחד הלילות הבאים הוא הצליח להשיג את

This content downloaded from 132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

> מבוקשו, וביצע בו, במתלונן, מעשה סדום בעל־כורחו. וכאן מתחילה סידרה של בריחות המתלונן מזה, ורדיפות המערער מזה – עד שאנו מגיעים אל ליל המעשה, אשר בגללו הובא המערער לדין. ...באותו לילה, אחרי חצות, לקח המערער את העלם הצעיר מן המקום בו התגורר, נסע עמו בטכסי עד ביתו... ועלה עמו לחדרו. [ע' 440, ההדגשות שלנו – י' י', ד' ס'.]

לפי פסק־דינו של בית־המשפט המחוזי, הנאשם שווילי תקף בחדר את העלם הצעיר וניסה לעשות בו מעשה־סדום. המתלונן החבול נמלט וקפץ מהמרפסת. בשלב זה הוזעקה המשטרה והמתלונן נלקח לבית־החולים. שווילי נעצר רק למחרת וטען שהוא לא היה באותו לילה בחדרו. לפי פסק־הדין, "גם לאחר צאת המתלונן מבית־החולים לא חדל המערער להציק לו, ולבקש את קרבתו באמצעים כשרים ובלתי־כשרים". בית־המשפט היה סבור שנסיונות אלה נעשו כדי להניא את המתלונן מלהעיד נגד הנאשם, אף־על־פי שהמתלונן הצהיר לפני שופט שלום שהנאשם לא פגע בו אף־פעם. בית־המשפט קבע שהצהרה זו ניתנה בשל האיומים של הנאשם, ולכן התעלם ממנה.

אין באפשרותנו, בעבודה מעין זו, לחקור באופן עצמאי את המקרה שקרה לפני יותר מארבעים שנה, ולהציע גרסה אחרת של העובדות, אבל פסק־הדין ממחיש את ההטיות של השופטים. הנדיבות של הנאשם שעזר למתלונן שנפל מהאופניים והצעת האירוח נתפסים כ"מזימה שפלה", כי מראש ברור שיחסים כאלה אינם טהורים. כוונה שהיתה נחשבת "רומנטית" בהקשר הטרוסקסואלי היא בהכרח מזימה שפלה כאשר מדובר בקשר בין גברים. בית־המשפט מציג את המתלונן, "העלם הצעיר", כבחור תמים שרק הגורל האכזר "אינה לידיו" להיפגש עם הומוסקסואל חורש מזימות. המתלונן לא היה מודע לכוונות השפלות של הנאשם, שכן מדובר, כנראה, בתופעה כה חריגה ומוזרה, ואין להתפלא על העלם התמים שלא הבין את המזימה. כאשר הנאשם משחרר את המתלונן בערבות, המתלונן חש – לראשונה כביכול – שלנאשם יש כוונות מיניות, וזאת אף־על־פי שהם גרו יחד במשך חודשים. בלילה השני ניסה הנאשם לכפות את רצונו בכוח, ללא הצלחה, ולמחרת המתלונן בורח. אלא שהנאשם מצליח להחזיר אותו הביתה. בית־המשפט מצייר חזרה זו כנובעת מהתמדתו של הנאשם, ש"אינו מרפה מטרפו"; הוא מאלץ אותו לחזור על־ידי לקיחת בגדיו ותעודותיו. העלם בעל העבר הפלילי נתפס כחסר־אונים לגמרי. גם לאחר שהמתלונן נאנס, על־פי הסיפור של בית־המשפט, אין הוא עוזב את הדירה. לפי השופטים מתחילה "סדרה של בריחות ורדיפות", כלומר "הבחור הצעיר" בן למעלה משמונה־עשרה, אינו מצליח להתחמק מהנאשם. ואפילו בליל האירוע הנאשם מצליח לשכנע אותו לבוא עימו לדירתו במונית. למרות כוונותיו השפלות של הנאשם והאונס שהוא ביצע, לפי גרסת בית־המשפט, חזר המתלונן לדירת הנאשם שוב ושוב.

חשוב להדגיש שאין בכוונתנו להתעלם מהאפשרות שהנאשם הפעיל לחצים ואיומים כדי לכפות על המתלונן מגע מיני בניגוד לרצונו, אבל אפילו מהפרטים שציין בית־המשפט, עולה מערכת יחסים שונה לחלוטין מזו שהוצגה בפרשנות של השופטים. ייתכן מאוד שמדובר כאן בבני־זוג שחיו יחד.[21] ייתכן שהיחסים ביניהם לא היו אידיאליים

21 למעשה איננו יודעים אם שווילי, הנאשם, היה הומו או לא. בית־המשפט אינו מגדיר את נטיותיו.

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

מלכתחילה, ואולי הם היו מושתתים על יחסי עוצמה בלתי־שוויוניים, תמיכה כספית וניצול, כמו ביחסים הטרוסקסואליים רבים מדי, לצערנו, אך לגליים מבחינה פורמלית. ייתכן גם שהיה כאן "רומן אמיתי" בין הנאשם למתלונן, שעלה על שרטון בשלב כלשהו. בכל מקרה, הסיפור המסופר אינו תואם את הצגת המתלונן כאדם תמים, שלא היה לו מושג לגבי כוונות הנאשם. ההתייחסות של השופטים לשווילי היא כאילו הוא היה מעוניין רק בדבר אחד, וכל עזרתו למתלונן למן תאונת האופניים שלו – הדיור, השחרור בערבות, וכולי – כולם מונעים על־ידי הרצון לעשות מעשה־סדום. גם לאחר שהנושא מגיע למשטרה, ההנחה היא שהנאשם "מחפש את קרבת המתלונן" בשל רצון להשפיע על עדותו, ולא, רחמנא לצלן, מכיוון שהוא מונע על־ידי רגש אהבה כלשהו. יחס זה לנאשם מעלה ספק חמור שעצם הרשעתו בתקיפה למרות הכחשתו, ואף־על־פי שהמתלונן חזר בו מתלונתו, נבעו מהתיוג שהוצמד לו, ולא בשל משקלן של הראיות.

נקודה חשובה העולה ממקרה זה היא ה"צניעות" של בית־המשפט וחוסר נכונותו להיכנס לפרטי המגע המיני בין גברים (בניגוד לתיאורים ציוריים למדי, לפעמים, של מקרי אונס, למשל).

בית־המשפט כתב כי לאחר ששוחרר המתלונן בערבות על־ידי הנאשם, הרגיש המתלונן "כי המערער רוצה לעשות בו מעשה סדום". מה בדיוק הרגיש המתלונן ומה רצה הנאשם לעשות לו – אין אנו יודעים למעשה. לפני־כן, בפסק־הדין של השופט המחוזי י' גביזון, הלה כותב שבליל המעשה הנאשם "קרע מעל המתלונן את חולצתו וגופייתו, דחפו והפילו על המיטה ופשט לו מכנסיו ובאותו מעמד קרא הנאשם *שהוא יעשה במתלונן מעשה סדום*" (מצוטט בע' 441 בפסק־הדין של בית־המשפט העליון). קשה לנו מאוד לדמיין שהנאשם אכן קרא: "אני אעשה לך מעשה־סדום." סביר יותר להניח שהוא ציין במפורש מה הוא עמד לעשות, אבל בית־המשפט, בצניעותו, אינו מספר לנו במה מדובר, ולא נותר לנו אלא לנחש כי מדובר בחדירה אנלית. כללי השיח השומרים על צניעותנו משבשים את תהליך התקשורת בכל אחד משלבי גלגוליו של המקרה: ייתכן שהמתלונן התבייש לומר מילים מסוימות והשוטרים הבינו משהו אחר ממה שהוא התכוון; ייתכן שהמתלונן תיאר דברים מפורשים, והשוטרים שרשמו את הדו"ח לא העזו לכתוב "מילים גסות"; ייתכן שהתביעה השמיטה מהתיאור פרטים חשובים כדי לא להפר את הטאבו החברתי על מילים מסוימות.[22] צניעות זו מעידה על רתיעה ועמדה שלילית כלפי מי שמעורב בפרקטיקות מיניות "אסורות"; אך מעבר לרתיעה זו, יש חשש שמא ההימנעות מתיאור יחסים מסוימים תגרום לעיוות דין ולתפיסה מעוותת של מה שקורה בין הומואים או בין אנשים אחרים המעורבים בפרקטיקות אלה. בלקסיקון החוקי ובשיח המשפטי אין, למשל, מונח למקרה בו "התוקף" מקיים מגע אורלי עם איבר־מינו של "המותקף" בניגוד לרצונו של זה. ספק אם המחוקק או השופט ההטרוסקסואלי יכלו לחשוב על אפשרות כזו,

---

בית־המשפט אינו יכול כלל לחשוב שהיתה מערכת יחסים "רומנטית" בינו לבין המתלונן. זוהי דוגמה נוספת לבעייתיות בהגדרת הנושא של "ההיסטוריה של הומוסקסואליות" – האם חוקרים התנהגות, תשוקה או זהות?

22 גם בפרשת *Bowers v. Hardwick*, שהזכרנו קודם־לכן, השופטים נמנעים מלהתייחס למקרה בו מדובר במפורש במין אורלי, ומדברים בערפול על "sodomy" (Halley, 1994, 20).

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

בה זה ש"מחדיר" את איבר־מינו הוא "קורבן" האונס. השיח המשפטי הלביש את הדפוס המיני *הסטרייטי*, בו אקט החדירה הוא העיקר (MacKinnon, 1987; האופטמן, 1995, 201) על היחסים המיניים בין גברים.

פרשות כראדי, בן־עמי ווייס: היחס הרגשי של השופטים אל ההומואים

אף־על־פי שהשופטים אמונים על יישום אובייקטיבי של חוקים שלא תמיד הם מסכימים עימם, ניסוח פסקי־הדין מאפשר להם לא־פעם להביע עמדות ערכיות. הצהרות ערכיות אלה הן חלק שגרתי בפסקי־הדין של בית־המשפט, והן מבטאות לא רק את ערכי השופט, אלא גם את מה שנראה לו כדעת הציבור הנאור כולו. השופטים נמנעים לרוב מהבעת עמדות בנושאים השנויים במחלוקת, אך מוסיפים לפסקי־הדין ולגזרי־הדין עמדות ערכיות הנתפסות בעיניהם כמוסכמות. בשיח המשפטי האמריקאי ניתן למצוא דוגמות רבות לכך, כולל בפסק־הדין של בית־המשפט העליון בפרשת *Bowers v. Hardwick*, בה השופט העליון White כותב כי מדובר ב"מעשה נתעב שעצם הזכרתו מהווה עלבון לטבע האדם"; והוא מוסיף שזהו "פשע שראוי אפילו לא להזכירו". בפסקי־דין של בית־המשפט העליון הישראלי יש שתי דוגמות ביחס להומואים. בפרשת נסים כראדי, מ־1956, השופט זלמן שניאור חשין כותב ש"העבירה שבה הורשע המערער – משכב זכור, היא חמורה ביותר". "חמורה היא בייחוד," הוא מוסיף, "כשהיא נעשית כאשר היה כאן... בגופו של קטין." למרות הנחיית היועץ המשפטי, בית־המשפט מחווה את דעתו כי מדובר בעבירה חמורה ביותר גם כאשר היא מבוצעת על־ידי מבוגרים. אפשר להבין את קביעת השופט חשין כאילו הוא מתייחס לדעת המחוקק, ולא לדעתו האישית. "משכב זכור" הוא עבירה חמורה, לפי פירוש זה, מכיוון שהמחוקק קבע עשר שנות מאסר בגינה. אבל גם אם זה הרציונל לקביעה של חשין, העובדה שהוא טורח להדגיש שמדובר בעבירה חמורה מעידה כנראה שהוא מזדהה עם המחוקק (ולא עם הנחיית היועץ המשפטי, למשל).

גם בפרשת וייס בית־המשפט מגנה את ההומואים ככלל. וייס וחברו הורשעו ונידונו לשבע ולארבע שנות מאסר בשל ביצוע מעשה־סדום בקטין, מעשה־מגונה בקטין ועבירות אחרות. אין ספק שמדובר בעבירות הראויות לגינוי. אך ההתבטאויות של נשיא בית־המשפט העליון לשעבר, השופט שמגר, כוללות גינוי לא רק של וייס וחברו, אלא של ההומואים באשר הם. למעשה, זו הפעם הראשונה שההומואיות של הנאשמים גלויה לעין כל במשפט, ואף מובאת על־ידי הסניגור צבי לידסקי כנימוק להקלה בעונש, ולכן מעניין במיוחד לעקוב אחר יחסם של השופטים לנאשמים. כבר בתיאור המקרה שמגר כותב כי "מדובר בשניים שהם בעלי *סטייה מינית* הומוסקסואלית". המערער, הוא מוסיף, "נהג להזמין קטינים לדירתו ולבצע בגופם עבירות מין מסוגים שונים, אשר הן כולן, ביטויים *לסטייתו המתוארת*". [ע' 379, ההדגשות שלנו – י' י', ד' ס'.] ברגע ששמגר מדבר על "שניים שהם בעלי סטייה מינית הומוסקסואלית", הוא כבר מוקיע אותם אל מחוץ לגדר, ולאו דווקא בשל הניצול המיני של ילדים. הקורא בפסק־הדין עלול להתרשם בנקל שניצול מיני של קטינים הוא חלק מה"סטייה" ההומוסקסואלית. השופט שמגר אף דוחה את טיעוניו של הסניגור צבי לידסקי שהמערערים "נהגו ב[קטינים] בחיבה". שמגר מעיר,

This content downloaded from 132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

בצדק לפי החוק, שהסכמה של קטינים היא חסרת משמעות. אבל נראה לנו כאן שלמרות יחסם הטוב של הנאשמים לקטינים והיעדר השימוש בכוח, נקט בית־המשפט ביתר חומרה בעניינם מאשר במקרים בהם נעשה שימוש בכוח ובאיומים כלפי קטינות. שמגר כותב במפורש:

> לא יכול להיות ספק כי שני המערערים גרמו נזק נפשי חמור לקטינים, *אותם סיבכו בסטיותיהם*, ואשר בהם מצאו פורקן לנטיותיהם המיניות... לצורך מסקנה בנושא זה מספיקים ההגיון ונסיון החיים של האדם הרגיל ואין צורך בתעודות רפואיות כדי להוכיח זאת. [ע' 380, ההדגשה שלנו – י' י', ד' ס'.]

נראה שלדעת שמגר, קיום יחסי־מין הומואיים עם קטינים חמור יותר מיחסים הטרוסקסואליים עם קטינים. זו דעה הנובעת מהשקפה הומופובית הנפוצה גם בין אנשים הנחשבים בדרך־כלל לליברלים, לפיה משיכה מינית בין גברים אינה נורמלית, וכל מי שנחשף אליה עלול להיפגע. דעה זו אף מחזקת את ההשקפה ההומופובית הזאת. לדעתנו, הפגיעה חמורה באותה מידה כאשר קטין או קטינה מנוצלים לטובת מין הטרוסקסואלי נורמלי־כביכול. ההחמרה בולטת בהשוואה להתחשבות שגילו שופטים, לפחות בעבר, בגברים שאנסו נשים, כולל במקרים של שימוש באלימות או בניצול ילדות בנות־משפחה. הרחמנות כלפי אנסים סטרייטיים מבטאת את השיח הרואה בהם פרטים "נורמליים" שלא הצליחו להדחיק את הדחף הנורמלי והטבעי. לעומתם, ההומואים מוגדרים מראש כסוטים; גם כשהם מקיימים יחסים מתוך הסכמה ואהבה – זו סטייה ואף עבירה על החוק. ולכן קיום יחסים עם קטינים או תוך שימוש בכוח על־ידם הוא אף חמור יותר מאשר מעשים דומים שעושים סטרייטים "נורמליים".

יש לציין שסניגורם של וייס וחברו, עורך־דין צבי לידסקי, שותף להבניית ההומו כדמות סוטה ומסוכנת. לידסקי ביקש הקלה בעונשם של המורשעים בהתחשב בכך שהנאשם הראשון לא הורשע אף־פעם, ביחסם הטוב לקטינים, ובכך שמדובר בסטייה הומוסקסואלית שאין לנאשמים שליטה בה. הוא משתמש בשיח מדעי־פסיכולוגי המציג את ההומואים – את כל ההומואים – כחולים "שאינם יכולים להשתחרר מנטייתם", ומבקש מבית־המשפט לרחם על הנגועים בהומוסקסואליות, ולא לקבל אותם ולכבדם. בכך הוא מחזק כמובן את התיוג השלילי של ההומואיות. ההגנה של הסניגור לידסקי והכרעת־הדין של השופט שמגר שותפות איפוא ביצירת הרושם כי הנאשמים היו הומואים שלא הצליחו לשלוט ביצריהם, ולכן ניצלו קטינים, כאילו כל מי שהוא הומו הוא חסר בינה ושליטה עצמית הנחוצים כדי להימנע מהתנהגות פתולוגית ופלילית.

בניגוד להבעת עמדות ערכיות האמורות לשקף את עמדת החברה כולה, יש שופטים המוסיפים הערות ודיונים דווקא בנושא שנוי במחלוקת כאשר הם חושבים שהחוק סותר ערכים עליונים בחברה או כדי להצביע על חילוקי הדעות. אין זו פרקטיקה שכיחה של שופטים, אך דווקא בהקשר שלנו יש שתי דוגמות חשובות. הראשונה היא פרי עטו של השופט כהן בפרשת בן־עמי. אף־על־פי שכהן מוצא שמעשה־סדום מנוגד לחוק, הוא כולל בפסק־הדין הערת־אגב (obiter dictum) למחוקק:

> משכב אשה שלא כדרכה, וכן משכב זכר, כשהמעשה נעשה בצנעה ועל ידי בני אדם בוגרים מרצונם הטוב, אינם מעשים שיש בהם קלון, ואין הם

This content downloaded from 132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

> מעידים על עושיהם שהם פושעים הראויים לעונש. עבירות אלו הן אשר באו אלינו בירושה משיטות עתיקות ומדורות עברו, ואין מקומן בדיני העונשים של מדינה בת זמננו... ה"טבע" בתור שכזה אינו זקוק עוד להגנת דיני העונשין. מה שזקוק להגנתם הם כבודו וגופו וחירותו של האדם... מזכויות היסוד של האזרח היא שהמדינה לא תתערב בחייו הפרטיים ובהתנהגותו בחדרי חדרים, כל עוד אינו פוגע בזכות הזולת שלא כדין. (ע' 238)

לכאורה יש כאן שינוי מהפכני בשיח. כהן מצהיר שיחסי־מין אנליים בין גבר לאשה או בין שני גברים אינם כרוכים בקלון, וכי זהו עניין פרטי, שאין למחוקק להתערב בו. ייתכן שכהן בחר במקרה "הטרוסקסואלי" וניצל את ההזדמנות לבקר את החוק דווקא כאשר היה מדובר בקשר לא־הומואי, שכן, כפי ש־Wintemute (1995) טוען, קל יותר לתבוע זכות חדשה – למין אנלי או אורלי במקרה זה – לחבר קבוצת הרוב מאשר לתבוע את הענקתה לחבר קבוצת מיעוט – הומואים במקרה שלנו. עצם הנכונות של השופט כהן להעיר מה שהעיר מעידה על האפשרות ששופטים אחרים לא טרחו להביע את דעתם. שופטים המואשמים ביישום חקיקה לא־מוסרית מתגוננים לעיתים קרובות בטענה שידיהם כבולות. גם ידי חיים כהן היו כבולות בפסיקה, אך הוא ניצל את מרחב הביטוי שלו כדי לבטא עמדה ליברלית הרבה יותר בנושא ההומואים. על רקע התבטאות זו בולטת השתיקה הרועמת של כל יתר השופטים, למעט אלה שניצלו את מרחב הביטוי להבעת דעות הומופוביות, כפי שראינו קודם.

אבל גם הערת־האגב של השופט כהן אינה כה רדיקלית כפי שהיא עשויה להצטייר מקריאה ראשונה. כדי להבין את עמדת כהן יש להמשיך לקרוא את ההערה שלו עד הסוף:

> ואין פגיעה בזכות הזולת *כשהלה מסכים להיפגע*. אדם *המוחל על כבודו*, כבודו מחול; ואדם *המוסר גופו* להנאתו או להנאת זולתו (ובלבד שלא יסכן את חייו או את חיי הזולת) גופו מחול; אל להם לבתי המשפט לשים עצמם אפוטרופסים על העריות.

כלומר, גם הליברלי והנועז שבין השופטים מציג את היחסים האנליים כפגיעה בכבוד; כמשהו בעל ערך שלילי. הסתייגותו מהחוק אינה מבטאת קבלה של הומואיות כנורמלית ומכובדת, אלא השקפה לפיה אין המדינה צריכה לפקח על התנהגות מינית של מבוגרים. "מעשה שהוא בגדר *סטייה* מינית בלתי מסוכנת ובלתי נפשעת כשהוא נעשה בהסכמת השותף למעשה," כותב כהן על יחסים אנליים בהמשך, "הופך למעשה מסוכן ביותר ונפשע ביותר, משהוא נעשה בכוח וללא הסכמה." כלומר, יחסים כאלה מהווים "סטייה"; לא מסוכנת, אבל סטייה. לצורך הניתוח ההיסטורי־התרבותי שלנו אין זה משנה כלל אם השופט כהן אכן חשב שיחסים כאלה הם סוטים ופוגעים בכבוד, או שזוהי התבטאות רטורית בלבד, כדי לשכנע את עמיתיו לכס המשפט ואת בית־המחוקקים. העובדה היא שבטקסט הכתוב, בשיח הציבורי, הוא כותב על פרקטיקה מינית מסוימת שהיא סטייה; מעשה לא־נורמלי המטיל צל כבד על מי שמעורב בו. זה הטקסט שתלמידי משפטים, עיתונאים או סתם אנשים "פשוטים" המעיינים בפסקי־דין קוראים.

חשוב גם לזכור ששני השופטים האחרים שישבו בדין הסתייגו מהערתו של כהן.

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

השופט ברנזון מבקר את כהן על שהביא את "עמדותיו הפרטיות" אל תוך פסק־הדין. והוא מוסיף:

> אינני מביע דעה בשאלות האחרות הצדדיות, שחברי הנכבד דן בהם, כגון: ...האם מן הראוי שמה שבני אדם בגירים עושים ביניהם בהסכמה, אף שלא בדרך הטבע, יחשב לעבירה פלילית וכולי. אלו הן שאלות נכבדות שלא נטענו בפנינו. והואיל ואינן דרושות להכרעת העניין אינני סבור כי שומה עלינו לערוך חקירה ודרישה פרטית כדי לחוות דעה עליהן, שממילא תהא רק בגדר דעה אישית בלתי מחייבת, אך עלולה אולי לעורר ויכוח ומחלוקת. (ע' 239)

השופט מני נוקט גישה דומה, וטוען שאין הוא נדרש לחוות דעה בנושא זה. יש להדגיש כי שופטים אינם נמנעים מלהביע עמדה ערכית כאשר מדובר בנושא הנמצא בתחום ההגמוני, או כאשר למערכת השיפוטית יש עמדה משותפת נגד גורם חברתי אחר. לפיכך, דברי השופט ברנזון שאין צורך להביע דעה בנושא מכיוון שדעתו "ממילא תהא רק בגדר דעה אישית בלתי מחייבת... [ה]עלולה אולי לעורר ויכוח ומחלוקת" משקפת את עמדתו, וכנראה גם של השופט מני, כי החוק אינו פוגע באופן ממשי בזכויות־היסוד של אף אדם ו/או שהנושא אינו חשוב דיו לנקוט בו עמדה כלשהי העלולה להכניס את בית־המשפט ללב הסערה הציבורית.[23]

המקרה השני בו ניצל שופט את מעמדו כדי להביע עמדה כללית מפורשת ביחס להומואיות (ולא סתם הבעת עמדה ערכית) הוא משפט וייס, שהזכרנו זה עתה. בניגוד לגינוי הרגשי של השופט שמגר באותו פסק־דין, השופט ברק מספר על ויכוח חריף הנטוש –

> בין אלה הגורסים כי מותר לה וראוי לה לחברה לאכוף באמצעות המשפט את השקפותיה המוסריות לבין אלו הגורסים כי המוסר הוא ענינו של היחיד ואין לה לחברה להתערב בדבר... לעניין יחסי מין הומוסקסואליים גורסת ההשקפה הראשונה, כי בחברה שערכי המוסר שלה מתנגדים ליחסים אלה, זכותה של החברה לאסור על יחסים אלה ולהעניש עליהם. לעומתם גורסים בעלי ההשקפה המנוגדת כי יחסי המין ההומוסקסואליים הם ענינו של היחיד, וכל עוד הם מתקיימים בצנעה ומתוך הסכמה, אין לחברה זכות להתערב בהם. (ע' 380–381)

ברק מצטט את שתי הדעות ואינו נוקט עמדה, שכן, במקרה שמדובר בו, שמעורבים בו קטינים, אין ויכוח בין שתי ההשקפות. אזכור ההשקפות השונות אינו נחוץ אם־כן להכרעה; אך *לעצם העלאתן של השקפות אלה יש משמעות רבה*. לראשונה למן פרשת בן־עמי, חמש־עשרה שנה קודם־לכן, שופט עליון מביע עמדה המבקרת את האיסור על

23 יש להוסיף עוד שהערתו של כהן אכן עוררה סערה־זוטא בכנסת ונידונה פעמיים, פעם *כשאילתה* של חבר הכנסת כץ מפועלי אגודת־ישראל (29.6.1964), ופעם כהצעה לסדר־היום (14.7.1964). ראו דברי הכנסת מתאריכים אלה.

This content downloaded from 132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

יחסים הומואיים. אין זה משנה שאין הוא אומר במי הוא עצמו מצדד; מספיק שהדעה החדשה נאמרת בפומבי בפסק־הדין. עצם העמדת העניין כשאלה אם לחברה מותר לכפות את *השקפותיה* אומרת במשתמע כי השקפות מוסריות, לפחות בנושא זה, אינן אוניוורסליות. גם זו מסקנה חשובה על רקע הצגת ההומואיות על־ידי בית־המשפט עד אותה שנה, כולל של השופט שמגר באותו פסק־דין, כסטייה מדרך הטבע.

סיכום: השיח המשפטי והדימוי ההומואי

ההומואים לא עמדו במרכז השיח המשפטי. הם אינם מוזכרים בחוק במפורש, ומקרים הקשורים ישירות להומואים או למגע מיני בין גברים הינם מעטים ביותר, לפחות בפסיקה של בית־המשפט העליון. למעשה יש רק מקרה אחד בתיקי בית־המשפט העליון – פרשת וייס – בו יש התייחסות מפורשת לזהות מינית הומואית. למרות זאת אנו טוענים כי לשיח זה יש חשיבות רבה בהבניית הדימוי הציבורי של ההומואים, בשל הנראות של השיח המשפטי ובשל היעדר שיחים ציבוריים אחרים על הומואיות. ניתוח אותן התייחסויות מעטות להומואיות מדגים כיצד השיח הִבנה דימוי קשיח מאוד של הומואים, דימוי שהינו לא־מציאותי בה במידה שהוא הומופובי.

מהו אותו דימוי קשיח העולה משיח משפטי זה? אנו רוצים להדגיש בסיכום קצר זה חמישה מאפיינים חשובים של השיח, של מה שנאמר בו ושל מה שלא נאמר בו. ראשית, החוק הכתוב והפסיקה אינם מתייחסים להומואים ואינם כוללים הגדרה של "מיהו הומו". כאמור, רק בפסיקה אחת (וייס) מופיע המונח המפורש של "הומוסקסואליות", ואם מתעלמים מפסיקה זו, אפשר לחשוב שאין כלל הבדלים בין הפרטים במיניותם; יש גברים המבצעים דברים אסורים, כגון מגע מיני עם גברים, אבל אין הם שונים עקרונית מפרטים אחרים. יחד עם זאת, החוק עצמו והדיון בו ובביטולו יצר זיהוי בין פרקטיקה מינית מסוימת לבין זהות מינית הומואית. מכיוון שהשיח שנוצר בחברה תפס את החוק כחוק "נגד הומואים", הוא תרם להגדרת ההומואים על־ידי הפרקטיקה של יחסים אנליים. יתר על־כן, מערכת החוקים לא התייחסה כלל וכלל להומואים וללסביות בכל סעיפיה הרבים האחרים, ובכך עיכבה את ההתפתחות של זהויות הומואיות ולסביות כפרטים העשויים להיות חלק מקשר זוגי או משפחתי וכבעלי אינטרסים חברתיים ופסיכולוגיים "נורמליים". במקביל נוצר דימוי "פוריטני" של סטרייטים, כאילו הם אינם מבצעים את האקט האנלי האסור.

שנית, המצב החוקי שהיה עד 1988 גרם לכך שהשופטים נתקלו בפרקטיקה של מגע מיני בין גברים (הומואים או לא) בעיקר כנאשמים במשפטים פליליים וכחשודים בעבירות מין לרוב בשל חשד בתקיפות מיניות של קטינים או קיום מגע מיני עימם. Mohr (1980, 25) מעיר כי אלימות של הטרוסקסואלים אינה מובאת כהוכחה לכך שמשהו לקוי בהטרוסקסואליות, ולעומת זאת כל אירוע של אלימות "על רקע הומוסקסואלי" מוצג על־ידי התקשורת כעדות לכך שמדובר בקשר מעוות. הומואים שהותקפו במקומות מפגש של הומואים, לפעמים על־ידי שוטרים, לא הופיעו בבתי־משפט כתובעים וכעדים; הומואים שפוטרו בשל נטיותיהם המיניות לא יכלו לתבוע את מעסיקיהם; ובני־זוג הומואיים לא יכלו לפנות לבית־המשפט כדי שיכריע בעניינם. כתוצאה מכך, השיח השיפוטי חיזק את

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

הדימוי של יחסים מיניים בין גברים כדבר מסוכן ומעוות המאיים לטרוף בסטייתו את החברה "הנורמלית" המוסרית. כך, מבלי להתייחס אפילו לאופי של הומואים, נוצרת הבחנה בינארית בין "פנים (חברתי) טבעי והטרוסקסואלי לבין חיצוניות הומואית טמאה ולא־טבעית" (Fuss, 1991, 2). מי שקורא, למשל, את פסק־הדין שכתב שמגר בפרשת וייס מתרשם שכל מי שהוא הומו, ולא רק שני הנאשמים שם, הוא עבד ליצרים מיניים בלתי־ניתנים לכיבוש. עצם ניסוח החוק, הופעתו כחלק מחוק האוסר אונס, והעונש שנקבע בו – עשר שנות מאסר – מגבירים את התחושה כי מדובר בפשע ובפגיעה *בזדון* בפרטים אחרים ובחברה.

שלישית, העמדות של השופטים, כפי שהן באות לידי ביטוי בפסיקות, מגבירות ומשעתקות את הדימוי המיני־הסוטה של ההומואים, וזאת מבלי לנקוב אפילו במושג זה. שופטי בית־המשפט העליון בעלי היוקרה החברתית הרבה לא הסתפקו בגינוי עבירות המין והאונס, אלא השתמשו בהזדמנויות שנקרו להם להתייחס לנושא ההומואיות כדי להביע ולהפיץ עמדות הומופוביות מובהקות. כך השופט זילברג בפרשת שווילי, שייחס כוונות זדון להומו שהזמין אדם חסר־בית לביתו ואירח אותו במשך חודשים ארוכים לפני שאירעו ההתרחשויות האלימות בגינן הוא נמצא אשם. כך גם השופט חשין, הטורח לציין שמעשה־סדום הוא עבירה חמורה גם כאשר היא נעשית בהסכמה בין מבוגרים (פרשת נסים כראדי). וכך גם השופט שמגר, המדבר בסלידה על "סטיותיו המיניות" של הנאשם וייס. בניגוד למקרים אחרים בישראל ומחוצה לה, בהם התערב בית־המשפט כדי להגן על קבוצות מדוכאות מפני דעות־קדומות שליליות, במקרה של ההומואים בישראל בית־המשפט לא רק שלא הגן על ההומואים, אלא אף נתן תוקף ולגיטימציה לסטריאוטיפים השליליים ביותר של הומואים ולחקיקה מפלה ומדכאת נגדם. התפקיד השלילי של השופטים מודגש דווקא על־ידי המקרה החריג של השופט כהן בפרשת בן־עמי. העובדה שגם השופט החורג מהקו המקובל וקורא לשינוי החוק האוסר משכבי־זכר טורח לציין – מסיבות רטוריות או מתוך אמונה כנה – שמדובר בתופעה בזויה ("מחילה על כבוד") מדגישה את גבולות השיח ואת מה שאפילו השופט כהן אינו יכול או אינו מעז לומר. פסיקתו של השופט ברק בפרשת וייס מהווה, מבחינה זו, תחילתו של שינוי. ברק נזהר אומנם מלרמוז שהוא מקבל את ההומואיות כתופעה טבעית ושוות־ערך לדפוס המיניות המקובל, והוא מתייחס אל הנושא כאילו מדובר בסוגיה משפטית גרידא, אך מאידך גיסא הוא גם אינו משתמש בשפה המניחה מראש את נחיתותה.

רביעית, ברור מניתוח החוק ומפרשנותו המשפטית שתקפותו ותחולתו תלויים בתפיסה של "דרך הטבע"; אם התפיסה של "דרך הטבע" משתנה, אז גם הפרשנות המשפטית של אילו פרקטיקות מיניות הן לגליות ואילו אינן כאלה צריכה להשתנות. אבל החוק אינו קובע מי מוסמך לפרש את "דרך הטבע", והשופטים יכלו לנצל חלל זה כדי לצקת לחוק תוכן על־פי השקפתם השיפוטית. בניגוד למקרים בהם שופטים מצטדקים על פסקי־דין בעייתיים מבחינה מוסרית בטענה ש"ידיהם כבולות", במקרה זה השאיר להם הניסוח הלקוני מרחב תמרון. אך רוב השופטים ניצלו מרחב זה כדי לתת לחוק משמעות דכאנית עוד יותר. במקום לשאול מהו "מין טבעי" ולהיעזר במחקרים היסטוריים, אנתרופולוגיים, פסיכולוגיים וסוציולוגיים המראים כי מגע מיני אורלי ואנלי הם דבר נפוץ ומקובל, הם שאלו למה התכוון המחוקק האנגלי במאות שעברו, ונעזרו בפרשנויות של שופטים אנגליים שפעלו בהקשר חברתי ותרבותי שונה לגמרי מן ההקשר של החברה

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

הישראלית המודרנית. העדפה זו בולטת עוד יותר על רקע הבלטת העמדה התנ"כית כאילו היא מספקת אסמכתה נוספת לאיסור הפלילי. אם השופטים מצטטים סיפורים מהתנ"ך, הם יכולים לצטט גם את השיח של מדעי החברה. העובדה שהם בחרו לצטט מהתנ"ך מעידה על העדפות תרבותיות לא־משפטיות של השופטים, העדפות המציבות את ההומואים במעמד נחות. ייתכן שהשופטים הוגבלו על־ידי המקובלות הפורמליסטיות לגבי תפקיד השופטים, שהשתנו רק בעשור האחרון, בעקבות "המהפכה השיפוטית" שהוביל נשיא בית־המשפט העליון הנוכחי, פרופסור אהרון ברק, וירידת הפורמליזם בפרקטיקה השיפוטית (מרמור, 1997); אבל גם אם הסבר זה נכון, אין בו כדי לסתור את טענתנו כי בית־המשפט שימש כסוכן המשעתק עמדות הומופוביות שתרמו לדיכוי של הומואים ולסביות בחברה הישראלית.

חמישית, השיח המשפטי של הומואיות מלביש את דפוס היחסים הסטרייטי על היחסים ההומואיים. מכיוון שבמגע מיני הטרוסקסואלי אקט החדירה נתפס כתכלית המגע, כל מה שמסביב נתפס כ"משחק מוקדם", שנועד לעורר מינית את המשתתפים לקראת אקט זה, ואם האקט אינו מתרחש, אז אין מדובר במגע מיני של ממש. השיח המשפטי תופס את המגע ההומואי בצורה דומה, כאילו אין מגע מיני ממשי בלי חדירה אנלית. כמו שהמשפט תופס כל הטרוסקסואל כבעל אינטרס מיני במגע מיני הכולל חדירה וגינלית, המשפט והשיח תופסים את כל ההומואים כבעלי אינטרס מקביל לבצע מגע מיני הכולל חדירה אנלית. אנו רואים זאת גם בהפרדה בין מי ששוכב "שלא כדרך הטבע" לבין מי שמרשה שישכבו עימו "שלא כדרך הטבע". ההנחה היא שחייב להיות צד אחד פעיל וצד נוסף סביל, כמו ביחסים הטרוסקסואליים, אף־על־פי שבמגע מיני הומואי אי־אפשר להבחין פעמים הרבה בין "פעיל" ל"סביל", או שהתפקידים מתחלפים. השימוש בדימוי הסטרייטי מקשה על הבנת ההתרחשויות שמדובר עליהן בתיעוד המשטרתי והמשפטי של המקרים. כך, לא ברור לנו, למשל, למה התכוון שווילי כאשר איים לבצע מעשה־סדום בקורבן. המשפט אינו מסוגל להתמודד עם מצב שאינו מוכר למחוקק ההטרוסקסואל. גם אם יש בין המחוקקים והמומחים המשפטיים המסייעים לחקיקה אנשים המודעים יותר לאורח־החיים ההומואי, המצב כפי שהיה עד לאחרונה לא איפשר להם לגלות את "מומחיותם" מחמת החשש שהם ייחשפו או ייחשדו כהומואים.

תופעה נוספת הנחשפת בניתוח השיח המשפטי קשורה לשתיקה ול"צניעות" סביב כל הכרוך בנושאים מיניים בכלל, והומואיות בפרט. יש לכך שלוש דוגמות במחקר שלנו. ראשית, השיח עוזר למסד את ההתעלמות מהשכיחות של מגע מיני "לא־טבעי" בין גברים לנשים. אומנם, הגיעו לבית־המשפט מקרים של גברים שקיימו מעשה־סדום בכוח, אבל בשיח הציבורי השתרשה האמונה שפרקטיקה של יחסים אנליים היא פרקטיקה הומואית. העובדה שגם כמה סטרייטים ביצעו אותה והורשעו בגינה רק תרמה לדימוי סטייתי של סטרייטים אלה. דוגמה נוספת לחוסר ההתמצאות של בית־המשפט היא הצורה בה השופט זילברג מצייר את מערכת היחסים בין שווילי לבין "עלם החמודות" שהותקף, אליבא דבית־המשפט, על־ידי שווילי. למקרא פסק־הדין של בית־המשפט העליון מתגנב חשש כבד שלשופטי בית־המשפט אין כל מושג על עולמם החברתי של הנאשם והמתלונן. או אם יש להם מושג, יש חשש, שוב, שהם יסתירו את הידע שלהם כדי לא לחשוף את הידיעה של צדדים "לא־מכובדים" של החיים. מהתמונה שהשופטים מציירים נראה כאילו המתלונן לא היה יכול בכלל לחשוב שלנאשם יש כוונות רומנטיות או מיניות ("שפלות" בלשון בית־

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

המשפט). גם בתיאור ההתקפה המינית נראה שהשופטים או המשטרה והתביעה נמנעים מתיאור מדויק של המקרה, צניעות שאינה מאפשרת לנו לדעת מה קרה בעצם בין הנאשם והמתלונן.

שנית, בעוד שהומואים מופיעים "בתפקיד חד־ממדי" במחזה המשפטי, ללסביות אין אף תפקיד במחזה זה. לקיומן לא היה זכר בשיח המשפטי, למעט אזכור אחד של השופט חשין, שהגדיר מגע "שלא כדרך הטבע" כ"החדרת איבר המין של הזכר לכל נקב מנקבי הגוף, חוץ מן המקום הטבעי", ולמרות זאת קבע "כי העבירה תתכן גם בין אשה לאשה". החוק אינו מתייחס למין בין נשים (ראו להלן), המחוקקים לא דיברו על נשים, וגם לבתי־המשפט לא הגיעו נשים על רקע של יחסים לסביים. במובן מסוים היה מצב זה עדיף על מצב ההומואים, שהיו חשופים לתביעות פליליות והוגדרו רק תוך התייחסות למגע מיני אנלי. מצד אחר, התעלמות מוחלטת מהווה קושי בפני עצמו לגבי נשים המתלבטות בעניין זהותן המינית ואינן מוצאות בשיח הציבורי התייחסויות ולו גם שליליות – לקיומן של נשים הנמשכות מינית ו/או רומנטית לנשים.

שלישית, חלק מאי־ההתמצאות וההטעיות הטמונות בשיח קשורות לשימוש בחוק ולמידת הפעלתו. בשל הוראת היועץ המשפטי, התקבעה האמונה שהחוק אינו מופעל, ולכן הומואים אינם נרדפים על־ידי רשויות החוק. כפי שראינו, החוק אכן הופעל, אומנם אולי רק במקרים שעירבו שימוש בכוח או ניצול של קטינים, אבל ההפליה של הומואים והתיוג שהוטבע בהם יצרו מצב בו הם היו חשופים יותר לשימוש בחוק כדי להרשיעם גם כאשר לא השתמשו באלימות ולא ניצלו קטינים. רבים מהמומחים המשפטיים שיבחו את המצב בישראל וטענו שהוא טוב יותר מאשר בארצות דמוקרטיות אחרות, בהן יש עדיין, או היה עד לאחרונה, איסור פלילי על קיום יחסים מיניים בין גברים, כולל תשע־עשרה מדינות בארצות־הברית בהן חוק מעין זה שריר וקיים עדיין. תשבחת עצמית זו, שבאה כמובן בעיקר מפי דוברים הטרוסקסואליים, מעידה על ההתעלמות של הדוברים מן ההשלכות של החוק והשימוש האפשרי בו נגד הומואים.[24] היא גם מעלימה כמובן את ההשלכות של החוק על היכולת של הומואים להתארגן ולפעול לשיפור מצבם. החוק שימר את הגדרתם כסוטים וכעבריינים אף־על־פי שלא ננקטו נגדם צעדים משפטיים. דוגמה למכשול שהאיסור "הבלתי־מופעל" הציב לפני פעולה קולקטיבית למען הומואים ולסביות היא השם שההומואים בחרו לעצמם ב־1975 לאגודה שהוקמה להגנת זכויותיהם ולקידום עניינם. האגודה נקראה, ונקראה עד 1997, "האגודה לשמירת זכויות הפרט", מכיוון שב־1975 היתה ההומואיות עדיין "לא־חוקית".

24 הגאווה בליברליות של החוק הישראלי מופרזת ביותר גם מכיוון שחוקים האוסרים יחסי־מין בין בני אותו מין אינם נאכפים כמעט באף מדינה על אנשים העושים זאת בצנעה, כולל מדינות "חשוכות" רבות. מבצעים נרחבים לחשיפת הומואים והבאתם לדין קרו רק בתקופות קצרות במדינות מסוימות. בדרך־כלל נוח לשלטון לשמור על האיסור גם אם לא נעשה הרבה לכפייתו כאמצעי לפיקוח חברתי ו"סחיטה" נגד הומואים העלולים להצטרף לפעילות אנטי־ממשלתית או החשודים בעבירות פליליות.

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

אפילוג: שינוי מחתרתי בחקיקה מחולל שינוי בשיח הציבורי

המשפט הישראלי לא אסר מעולם גילויי הומואיות שאינם כרוכים ביחסים אנליים, אבל השיח הציבורי והמשפטי תפס אותו כחוק האוסר הומואיות בכלל. ביטול האיסור על קיום יחסי־מין "שלא כדרך הטבע", ב־1988, היווה איפוא שינוי משמעותי ביותר בשיח, גם אם האיסור לא נאכף באופן סדיר בעבר. אף־על־פי שאין להניח כי עצם ביטול האיסור גרם לשינוי ממשי בעמדות של אנשים פרטיים, הביטול *אכן* שינה את כללי השיח. מרגע ביטול החוק, השיח נסב על הפגיעה בהומואים ובלסביות, הפלייתם וזכויותיהם. השינוי הלגלי התרחש תוך כדי שינויים תרבותיים רחבים יותר בחברה הישראלית, כגון קבלה הולכת וגוברת של פלורליזם תרבותי, הכרה נרחבת בערכים פמיניסטיים, התפשטות ערכים אינדיווידואליים ואידיאולוגיה של כלכלת־שוק וחופש הפרט, והיכרות עם אמנים הומואיים ולסביות בתחומים שונים. בשל כך קשה לבודד את השפעת השינוי החוקי, אך אין ספק שביטולו הקל על לסביות והומואים לפעול בצורה גלויה וישירה לשיפור מעמדם האזרחי. בתוך חודשים ספורים לאחר ביטול האיסור הפלילי, התארגנה באגודת ההומואים, הלסביות והביסקסואלים בישראל קבוצה שנקראה "עצמה", שראתה עצמה כזרוע הפוליטית של האגודה. קבוצת "עצמה" ניסחה מניפסט שאפתני לשיפור מצבם של הלסביות וההומואים בתחומי תעסוקה, משפחה, יחסים עם השלטונות ועוד, ופעילותה הביאה, בין השאר, לידי תיקון חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, ב־1991, כך שהוא יאסור גם הפליה בתעסוקה על רקע של נטייה מינית – המקרה הראשון בו התייחס החוק הכתוב במפורש לקיומן של נטיות מיניות שונות (יונאי, 1998). מעורבות האגודה ו"עצמה" גם הניעה את משרד החינוך לפרסם חומר תדרוך ליועצים חינוכיים המסביר את הידוע על נטיות מיניות חד־מיניות בלי תיוג שלילי, ומדריך אותם כיצד לפתח פעילויות חינוכיות כדי לשנות דעות־קדומות הומופוביות.

לכאורה ביטול האיסור הפלילי לא היה דרוש כדי להגשים מדיניות זו. תיאורטית, היה ניתן גם קודם־לכן לקבוע שהפליית אדם אסורה על רקע של נטייה מינית, אך כל עוד הפליה של גברים המקיימים מין אנלי היתה מותרת מכיוון שהשיח המשפטי הגדיר אותה כעבירה, נתפסו כל ההומואים כעבריינים־בכוח. ביטול החוק יצר שיח חדש. אם עד אז נתפסו ההומואים והוגדרו כמקיימים פרקטיקה מינית אסורה הנהנים בחסד מהחלטה מינהלית לא לרודפם, הרי שמאז ביטול החוק, ההומואים נתפסים כקבוצה נבדלת הנאבקת על זכויותיה ועל היחס כלפיה. מבני־ערובה של המשפט, נהפכו ההומואים לקבוצת־לחץ המנסה לעצב את המשפט. ההומואים אינם מגיעים רק כנאשמים במשפטים פליליים, אלא גם כתובעים העומדים על זכויותיהם. שיח זה יכול לכלול טענות רבות שהומואים ולסביות לא יאהבו לשמוע, ושופטים רבים משמיעים עדיין ובוודאי עוד ישמיעו דעות הומופוביות (Harel, 1996; הראל, 1998), אך עצם שינוי המוקד של השיח מהווה שינוי משמעותי. השופט העליון יעקב קדמי, למשל, בדעת מיעוט בפרשת דנילוביץ, מתפלסף על ההבדל בין "צמד" לבין "זוג". לדעתו, שני גברים החיים יחד, או שתי נשים, מהווים צמד, ולא זוג, ולכן אינם זכאים להטבות סוציאליות שהמעביד נותן לזוגות. זו עמדה מקוממת מאוד, אבל עצם הדיון שלו והוויכוח שלו עם השופט אהרון ברק והשופטת דורנר מעלים אל פני השטח את קיומם של זוגות חד־מיניים האוהבים זה את זה, חיים זה עם זה ומתגעגעים זה לזה כאשר הם נאלצים להיפרד בשל עבודת אחד מבני־ או בנות־הזוג. כך

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

גם בפרשת אמסלם, בה הוגשה תביעת־דיבה על רקע השימוש במלה "הומו" כבעלבון. אף־על־פי שהשופטת דותן קיבלה את השימוש במלה כבעלבון, היא עשתה זאת תוך כדי הדגשה ש"בחברה סובלנית ופתוחה יש להתייחס לנטייתו המינית של אדם כשם שמתייחסים לצבע שערו". פעילים הומואיים ולסביות לא אהבו את ההכרעה של השופטת דותן, אך לדעתנו, עצם המאמץ של השופטים לא להתפרש כשוללים את ההומאיות הוא הישג עצום של הקהילה ההומולסבית. אין לצפות שעמדות השופטים ישתנו כה מהר (ראו הראל, 1988, המתייחס לרטוריקה של בית־המשפט העליון בפרשת "קלפים פתוחים"), ומי שהיה הומופוב עד 1988 סביר שנשאר הומופוב. אבל אין ספק שביטול האיסור הפלילי, הוספת חוק שנועד להגן על הומואים ולסביות בעבודה, והתיקוף של חוק זה בפסק־דין דנילוביץ, שינו את חוקי המשחק. שינויים אלה לא יאפשרו גם לשופטים הומופוביים להתבטא בחופשיות על "הסטייה" של ההומואים, ויחייבו אותם להתייחס בכבוד להומואים בכל התבטאויותיהם. במקרה זה השתנה השיח המשפטי אולי בשל שינויים פוליטיים־תרבותיים, אך כמו במצב עד 1988, כך גם לאחר־מכן, השיח המשפטי נותן תוקף ומחזק דימויים מסוימים של הומואים – שליליים עד 1988, ניטרליים לאחר־מכן.

פסקי־דין שהוזכרו

ע"פ 128/52 אליעזר שווילי נ' היועץ המשפטי, פסקי־דין ז, תשי"ג/תשי"ד–1953, 438–446, ניתן 10.4.1953.

ע"פ 229/53 אליהו והבה נ' היועץ המשפטי, פסקי־דין ח, תשי"ד/תשט"ו–1954, 276–280, ניתן 4.3.1954.

ע"פ מס' 94/56 נסים כראדי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקי־דין י, תשט"ז/תשי"ז–1956, 1193–1194, ניתן 3.7.1956.

ע"פ 224/63 יוסף בן־עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקי־דין יח(3), תשכ"ד/תשכ"ה–1964, 225–239, ניתן 22.6.1964.

ע"פ 416/71, 429/71 סמיר עווד, אברהים רשידי ועלי נחלאוי נ' מ"י, פסקי־דין כו(1), תשל"ב/תשל"ג–1972, 775–784, ניתן 17.5.1972.

ע"פ 308/79, 439/79 ג'ורג' וייס ואבנר קוזחי נ' מ"י, פסקי־דין לד(2) 331–378, ניתן 30.12.1979.

ע"פ 261/83 ו־276/83 לוי נ' מ"י; מ"י נ' לוי, פסקי־דין לח(1), תשמ"ד/תשמ"ה–1984, 570–580, ניתן 19.2.1984.

בג"צ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' יונתן דנילוביץ, פסקי־דין מח(5) 749.

ת"א, 20174/94 שמעון אמסלם נ' יוסף קליין ואחרים, לא פורסם.

בג"צ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט ("קלפים פתוחים").

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

מקורות

האגודה לשמירת זכויות הפרט (1983). על ההומוסקסואלים בישראל: רקע ועובדות. תל־אביב: האגודה לשמירת זכויות הפרט.

בויארין, ד' (1995). "רבנים וחברים – האם יש יהודים ב'תולדות המיניות'?" זמנים, 52, 50–66.

ברכה, ב' (1980). "הטבע אינו זקוק למחוקק". הארץ, 6.8.80.

גביזון, ר' (1991). שיקול דעת מנהלי באכיפת החוק. ירושלים: המכון המחקרי למשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית.

האופטמן, צ' (1995). "אונס – יסוד ההסכמה ודיני הראיות". אצל פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן־קובי (עורכות), מעמד האשה בחברה ובמשפט (ע' 189–234). תל־אביב: שוקן.

הסל, ג' (1996). "בין זנות למשכב בהמה. פשוט ככה". העיר, 18.10.1996.

הראל, א' (1998). "בתי־המשפט והומוסקסואליות – כבוד או סובלנות?" משפט וממשל, ד(2), 785–792.

יונאי, י' (1998). "הדין בדבר נטייה חד־מינית – בין היסטוריה לסוציולוגיה". משפט וממשל, ד(2), 531–586.

כהן, ח' (1989). שיחות עם מיכאל ששר. ירושלים: כתר.

מרמור, א' (1997). "ביקורת שיפוטית בישראל". משפט וממשל, ד(1), 133–160.

סטרשנוב, א' (1994). "עבירות מין – חידושי החקיקה והפסיקה". המשפט, כרך ב.

עילם, א' (ללא שנה). "היבטים של 'אי הסכמה' בלשון החוק". מאמר משוכפל.

פוקו, מ' (1996). תולדות המיניות I (תרגום: גבריאל אש). תל אביב: "הצרפתים"/ הוצאת הקיבוץ המאוחד.

רובינשטיין, א' (תשל"ה). אכיפת מוסר בחברה מתירנית. ירושלים ותל־אביב: שוקן.

רובינשטיין, א' ומדינה, ב' (1996). המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית מורחבת). ירושלים ותל־אביב: שוקן.

שניצר, ש' (1995). "הרהביליטציה של סדום". מעריב, מוסף שבת, 27.2.1995.

Abelove, H., Barale, M.A. and Halperin, D.M. (Eds.) (1993). *The Lesbian and Gay Studies Reader*. New York: Routledge.

Adam, B.D. (1985). "Structural Foundations of the Gay World". *Comparative Study of Society and History, 27*, 658–671.

Anderson, B. (1991 [1983]). *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism* (Revised edition). London: Verso.

Bayer, R. (1987). *Homosexuality and American Psychiatry: The Politics of Diagnosis* (new ed.). Princeton: Princeton University Press.

Bersani, L. (1995). *Homos*. Cambridge: Harvard University Press.

Boswell, J. (1980). *Christianity, Social Tolerance, and Homosexuality: Gay People in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to the Fourteenth Century*. Chicago: The University of Chicago Press.

Brake, M. (1976). "I May be Queer But At Least I'm a Man: Male Hegemony

This content downloaded from 132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

and Ascribed 'V' Achieved Gender". In Diana Leonard Barker and Sheila Allen (Eds.), *Sexual Divisions and Society*. London: Tavistock.

Bray, A. (1994). "Homosexuality and the Signs of Male Friendship in Elizabethan England". In Jonathan Goldberg (Ed.), *Queering the Renaissance* (pp. 40–61). Durham: Duke University Press.

Butler, J. (1990). *Gender Trouble – Feminism and the Subversion of Identity*. New York: Routledge.

Connell, R.W. (1995). *Masculinities*. Berkeley: University of California Press.

Davidson, A. (1990). "Sex and the Emergence of Sexuality". In Edward Stein (Ed.), *Forms of Desire: Sexual Orientation and the Social Constructionist Controversy* (chap. 6). New York: Garland.

D'Emilio, J. (1992). *Making Trouble: Essays on Gay History, Politics, and the University*. New York: Routledge.

D'Emilio, J. (1993). "Capitalism and Gay Identity". In Henry Abelove, Michele Aina Barale and David M. Halperin (Eds.), *The Lesbian and Gay Studies Reader* (pp. 467–476). New York: Routledge.

Epstein, S. (1990 [1987]). "Gay Politics, Ethnic Identity: The Limits of Social Constructionism". In Edward Stein (Ed.), *Forms of Desire: Sexual Orientation and the Social Constructionist Controversy* (chap. 10). New York: Garland.

Flynn, L. (1995). "The Irish Supreme Court and the Constitution of Male Homosexuality". In Didi Herman and Carl Stychin (Eds.), *Legal Inversions: Lesbians, Gay Men, and the Politics of Law* (pp. 29–45). Philadelphia: Temple University Press.

French, M. (1994). "Power/Sex". In Lorraine H. Radtke and Henderikus J. Stam (Eds.), *Power/Gender: Social Relations in Theory and Practice* (pp. 15–35). London: Sage.

Fuss, D. (1989). *Essentially Speaking: Feminism, Nature and Difference*. New York: Routledge.

Fuss, D. (Ed.) (1991). *Inside/Out: Lesbian Theories, Gay Theories*. New York: Routledge.

Goldberg, J. (Ed.) (1994a). *Queering the Renaissance*. Durham: Duke University Press.

Goldenberg, J. (1994b). "Introduction". In Jonathan Goldenberg (Ed.), *Queering the Renaissance* (pp. 1–14). Durham: Duke University Press.

Goldstein, A.B. (1988). "History, Homosexuality, and Political Values: Searching for the Hidden Determinants of Bowers v. Hardwick". *Yale Law Journal, 97*, 1073–1103.

Halley, J.E. (1993). "Reasoning About Sodomy: Act and Identity in and after Bowers v. Hardwick". *Virginia Law Review, 79*, 1721–1780.

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

Halley, J.E. (1994). "Bowers v. Hardwick in the Renaussance". In Jonathan Goldberg (Ed.), *Queering the Renaissance* (pp. 15–39). Durham: Duke University Press.

Halperin, D.M. (1990). *One Hundred Years of Homosexuality and Other Essays on Greek Love*. London: Routledge.

Halperin, D.M. (1995). *Saint Foucault: Toward a Gay Hagiography*. New York: Oxford University Press.

Harel, A. (1996). "Gay Rights in Israel: A New Era?" *International Journal of Discrimination and the Law, 1*, 262.

Hunt, M. (1994). "Afterword". In Jonathan Goldberg (Ed.), *Queering the Renaissance* (pp. 359–377). Durham: Duke University Press.

Illouz, E. (1997). *Consuming the Romantic Utopia: Love and the Cultural Contradictions of Capitalism*. Berkeley: University of California Press.

Katz, J.N. (1995). *The Invention of Heterosexuality*. Harmondsworth, Middlesex: Dutton/Penguin.

Kitzinger, C. (1987). *The Social Construction of Lesbianism*. London: Sage.

Kitzinger, C. (1994). "Problematizing Pleasure: Radical Feminist Deconstructions of Sexuality and Power". In Lorraine H. Radtke and Henderikus J. Stam (Eds.), *Power/Gender: Social Relations in Theory and Practice* (pp. 194–209). London: Sage.

MacKinnon, C. (1987). *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge: Harvard University Press.

Maynard, S. (1994). "Through a Hole in the Lavatory Wall: Homosexual Subcultures, Police Surveillance, and the Dialectics of Discovery, Toronto, 1890–1930". *Journal of the History of Sexuality, 5*, 207–242.

McIntosh, M. (1981 [1968]). "The Homosexual Role". In Kenneth Plummer (Ed.), *The Making of the Modern Homosexual*. London: Hutchinson.

Mohr, R.D. (1988). *Gays/Justice: A Study of Ethics, Society, and Law*. New York: Columbia University Press.

Moran, L.J. (1995). "The Homosexualization of English Law". In Didi Herman and Carl Stychin (Eds.), *Legal Inversions: Lesbians, Gay Men, and the Politics of Law* (pp. 3–28). Philadelphia: Temple University Press.

Padgug, R. (1990). "Sexual Matters: On Conceptualizing Sexuality in History". In Edward Stein (Ed.), *Forms of Desire: Sexual Orientation and the Social Constructionist Controversy* (chap. 4). New York: Garland.

Plummer, K. (Ed.) (1981). *The Making of the Modern Homosexual*. London: Hutchinson.

Seidman, S. (Ed.) (1996). *Queer Theory Sociology*. Boston: Blackwell.

Stein, E. (Ed.) (1990). *Forms of Desire: Sexual Orientation and the Social Constructionist Controversy*. New York: Garland.

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

Thomas, K. (1992). "Beyond the Privacy Principle". *Columbia Law Review, 92*, 1431–1516.

Troiden, R.R. (1988). *Gay and Lesbian Identity: A Sociological Analysis*. Dix Hills, NY: General Hall Inc. Publishers.

Weeks, J. (1991). *Against Nature: Essays on History, Sexuality and Identity*. London: Rivers Oram.

Weir, L. (1994). "Post-Modernizing Gender: From Adrienne Rich to Judith Butler". In Lorraine H. Radtke and Henderikus J. Stam (Eds.), *Power/ Gender: Social Relations in Theory and Practice* (pp. 210–218). London: Sage.

Wintemute, R. (1995). *Sexual Orientation and Human Rights*. Oxford: Clarendon.

Wittig, M. (1992). *The Straight Mind and Other Essays*. New York: Harvester/ Wheatsheaf.

Yaron, R. (1971). "Laws Disregarded". *Israel Law Review*, 6.

This content downloaded from
132.66.11.218 on Mon, 22 Feb 2021 16:40:53 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms