

## הבניית הזהות של ההומואים בשיח המשפטי בישראל בין שתיקה לגינוי: \*1988 - 1948\*

יובל יונאי, \*\* דורי ספיבק\*\*\*

### הבניית הזהות ההומואית

במחצית השנייה של המאה התמסדה בתרבות המערבית זהות הומואית והות לסבית בעלות קיום מגובשים פחות או יותר. אף-על-פי שהן הקהילה ההומואית והן הקהילה הלסבית כוללות פרטים בעלי זהויות מגדריות ומיניות שונות, ואף-על-פי שהקהילה ההומוסלסבית נחלקת בין "מתבוללים" (assimilationists) - אלה הסבורים שהומואים ולסביות הם כמו סטרייטים חוץ מהמשאש של תשוקתם לבין "בלדניים" (isolationists) - אלה הסבורים שהומואים והומואיות צריכים לפתח תרבות שונה, שתתאים לחוויותיהם ולצורכיהם, ההנחה הרווחת הן בקהילה והן מחוצה לה היא ראשוניות קיומם של פרטים הומואים ולסביים. פרטים אלה אינם חושפים תמיד את זהותם; רובם אולי מסתירים אותה, וחלקם אולי אף אינם מודעים לנשיתם המינית בשל ההתחקה והתכחשה של משיכה מינית החשופה עדיין לסנקציות שליליות תמורת ביותר אפילו מצד ידידים טובים וקרובי משפחה. אך ההנחה הרווחת בכל חברה קובעת שיש פרטים כאלה, ולכן אפשר להציב כיעד מחקר לגלות ולתעד כיצד חיו פרטים אלה בחברות מסוימות בעבר או מהם תנאי קיומם בחברות עכשוויות אלה או אחרות.

הנחות אלה נתמכו על-ידי סדרים פוליטי לקידום הזכויות החוקיות של הומואים ולסביות. ארגון מאבק חברתי וגיוס חברים ותומכים מחייבים ציירת "קהילה מדומיינת" של הומואים ולסביות בעלת עבר מיני משותף של דיכוי ושל מאבק עם גיבורים הירואים שניתן להזדהות עימם (Hunt, 1994; Weeks, 1991; Epstein, 1990). באורח פרודוקסלי,

\* תחילתו של מאמר זה בעבודה שהוגשה לה"ר סנדי קרד מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, ואנו מודים לו על הערותיו. ניצה בקוביץ, איל גרוס, אלון דהאל, דן יקיר, אילן סבן ורונו שמיר קראו גרסות קודמות של המאמר העירו הערות מועילות רבות. האחריות לסעיפים שנוהו במקטט היא שלנו, כמובן.

\*\* התוג לסוציולוגיה ולאנתרופולוגיה, אוניברסיטת חיפה.

\*\*\* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

1 המונח "הומו" השתרש בשנים האחרונות בקהילה ההומואית הישראלית כמקביל לכינוי "gay" כאנגלית וכתחליף למונח "הומוסקסואל", הנשמע קליני ומנוכר. כינויים אחרים שהוצעו בעבר, כגון "על"י ר"גאה", לא נקלטו כל-כך, אף שנעשה בהם שימוש מודמן. בספרות האקדמית העברית לא נהוג עדיין להשתמש במונח זה ובנגזרותיו ("הומואי", "הומואיות" וכו') אצל אנשי ספרים שמונח זה נוהג יותר וגם מתאים יותר למינוח האנגלי.

ההתנגדות ההומופובית של ארגונים פונדמנטליסטיים שונים לקידום הכויות של הומואים ולסביות תרמה לחיזוק ההכחנה הבינארית בין סטרייטים להומואים ולסביות, ולהפיכתה לחלק מהתפיסה המקובלת בחברות המערביות העכשוויות. גם הליברלים מאמינים שיש מיעוט הומוולסבי מדוכא, והמאבק הוא על "שחרור" מיעוט זה<sup>2</sup>. מול תפיסה זו, המציגה את ההכחנה הבינארית כחלק מסדר-הדברים הטבעי, עומדת התפיסה הריאה בהיות מבנה חברתי הנוצר ומתפתח באופן היסטורי ובהקשר מסוים תוך כדי מאבק לא-שוויוני בין שחקנים חברתיים שונים. בין שמדיובר בהוות אנית ובין בהוות לאומית (Anderson, 1991) או בהוות מגדרית (למשל, Butler, 1990), ה"תוכנה" המוטענת בכל "חומרה" אנושית היא מוצר חברתי, תעשייתי אם תרצו, שאינה מוכתבת על-ידי החומרה הגנטית של הפרט. הפסיכולוגיה מציבה אולי גבולות ותנאים לפעולת התוכנה, אך אותה "חומרה" פסיכולוגית מאפשרת למגוון רחב של תוכנות לפעול.

שני העשורים האחרונים טוענת כי אין זהות הומואית אחידה המקשרת בין הניסיון של פרטים מחברות שונות, גם אם יש רמיון מסוים בפריקטיקות המיניות שלהם (ראו Halperin, 1990, et al., 1993; Bersani, 1995; Fuss, 1989, 1990; Butler, 1990; Fuss, 1993; Bersani, 1995; Kitzinger, 1987; Plummer, 1981; Seidman, 1996; Weeks, 1991; Wittig, 1992).<sup>3</sup> 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 שהזוהות ההומואית המוכרת לנו כיום הובנתה פחות או יותר רק במאה האחרונה. הוא מזכיר כי עצם המונח "הומוסקסואליות" הופיע לראשונה ב-1892, והמונח המשלים, "הטרנסקסואליות", הופיע כעבור שנים אחדות. בגרמניה הופיע המונח כבר ב-1869, אבל בכל מקרה, מדובר במונח חדש מאור. הוא טוען כי אין מדובר בסתם חירוש לשוני, הופעת המונח החדש מציינת הופעה של זהות חדשה השונה מאוד מזוהות קודמות של פרטים שהיו מעורבים באקטים דומים. כך, למשל, כיוון העתקה הוכרה זכותם הלגיטימית של אורחים לבחור במשרתים, בהנכים או בכפופים אחרים כבאווייסקים מיניים, בתנאי שהאזרח היה הצד החרוד ("הפעיל"), האקט המיני נתפס בהקשר פוליטי,

2 דווקא תפיסת רזיות-שמרנית יכולת להיות פחות דכאנית, במובן זה שאין זה תופסת את ההומואים והלסביות כקבוצות מובחנות. הן שוללות את האקטים ועלולות להיות דכאניות מאוד כלפי פרטים התפסים כביצוע העבירה, אבל פרט שהתפתח תסא יכול לחודר למוטב מבלי שיתפס כחריג.

3 במסגרת מאמר זה לא ננסה להגדיר ולהסביר את מהות הגישה הקווירית, שלמרות חדשותה, יש לה כבר גרסות שונות. ניתן לדאוג בגישה זו סתגותה של תיאוריה פמיניסטית, לפורדים והומולסביים ומחקרי מיניות. בניגוד לשני המקורות האחרונים, התיאוריה הקווירית אינה עוסקת דווקא בלסביות ובהומואים, בתרבותם, בניסיון ההיים שלהם ובבעיותיהם הפיזיולוגיות, אלא - כמו הגישה הפמיניסטית - שואלת מה ניתן ללמוד על החברה והתרבות בכלל מהצורה בה התרבות מגדירה את ההתנגדות המינית "הנכונה" ומחדד בה היא מבדילה ומתייחסת למיעוטים מיניים (כולל מיעוטים לא חד-מיניים, כגון סדו-מוז'כיסטים, פדופילים וקוספליים).

ואקט החרידה ביטא יחס של אונות ובעלות; לכן, שני אורחים לא יכלו לקיים קשר זוגי ושוויוני של אהבה במובן המודרני, בניגוד למה שהומואים רבים מו רוצים להאמין. דוגמה אחרת: מיכאל רוק, שחקן את הארכיון של "משרד היליה" בברנדנה של ימי הדנסנס - בית-משפט מיוחד למעשי-סדום (sodomy), שחקן שבעה-עשר אף 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, 1994a, 1994b; Padgug, 1990) על המשמעויות השונות של אקטים "הומואיים" ושל יחסים בין גברים בתקופות שונות.

הופעת המונח "הומוסקסואליות" וצמיחת זהות הומואית "מודרנית" מתרחשות בריבון שהתפתחה של הקשרים המשפחתיים והרומנטיים משתנה אף היא. D'Emilio ו- Illous (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 כייחידת 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 שמושיא 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-מתחמתית בערים הגדולות של המאה השבע-עשרה ואילך (McIntosh, 1981). מציעו Brake המסר דומה המתמקד אף הוא במעבר לחברה התעשייתית, אך רואה את צמיחת התפקיד ההומואי והתיג המולבש עליו כאמצעי לקידש ולשמר את מודל המשפחה הגרעינית החיוני לחברה הקפיטליסטית המודרנית (Brake, 1976; ראו גם Adam, 1985; וראו ביקורת על טיעון זה אצל Weeks, 1991, 22).

הסבר אחר המדגיש את ההבניה החברתית של המיניות, אך אינו כורך אותה בשנינו מבני חברה ובכלכלה, הציג מישל פוקו, ונתמך, בין השאר, על-ידי Weeks ו-Davidson (1987) [1990]. חוקרים אלה קושרים את צמיחת הזהות ההומואית לשנינוים כשיח הרפואי והפסיכולוגי ולנטייה של מדעי החברה למיין סיפוסים חברתיים. טוענת שזוהות הלסבית הובנתה אף מאוחר יותר, בעשורים הראשונים של המאה הנוכחית, כתגובה על חדרה של גברים מהצמאות הגוברת של נשים. פסיכולוגים, גברים, "גילו" שהנשים הן יצורים מיניים הוקנים לגבר כדי להגיע לסיפוק מיני (Kitzinger, 1987). הגדירו את הלסביות כמיניות של נשים "אחרות" ו"סוּטות". למרות המחלוקת על מועד צמיחתה של הזהות ההומואית והלסבית וסיבותיה, מסכימים כל החוקרים הללו שהמיניות המודרנית - כולל המיניות ההומואית, הלסבית וההטרנסקסואלית (ראו Katz, 1995) - היא תופעה היסטורית שניתן להסבירה, ולא מוחת אוניוורסלית על-זמנית (Fuss, 1989, 108). "למרות שאנו מתייחסים [להומואיות] כאל תופעה טבעית, תופעת טבע שאינה שייכת לתחום של הופעה היסטורית, חווית המיניות שלנו היא תוצר של ידע ואפנון כוח שאינו בלתי-נמנע" (Davidson, 1990, 91); למאמרים נוספים על צמיחת הזהות ההומואית והלסבית במאה האחרונה, ראו Stein, 1990; Plummer, 1981). התפיסות של ההומו ושל הלסביות קשורות גם לתפיסות מגדריות ולמשמעות החברתית של יחסי-מיין (Connel, 1991; Weeks, 1991). ביססה את הטענה שהמאפיינים הביולוגיים אינם קובעים את הזהות המגדרית; "אשה" היא אויביקט המובנה

על-ידי ההבדל ולא על-ידי השבע. גם אם יש תכונות פסיכולוגיות המסייעות לזיהוי נשים. (Butler, 1990; Wittig, 1992) ראו גם "One Is Not Born a Woman", בוטלר (1990), ובייחוד מאמרה "One Is Not Born a Woman", בוטלר (1990). בעקבות פוקו, שהראה איך השיחים הפרופגנדיסטיים של העידן המודרני עיצבו את המושגים הנכונים של נשיות (Butler, 1996), 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 דיקלית לאורך ההיסטוריה של העידן המודרני (פוקו, 1996). אחד השינויים החשובים הוא ההגשת הפעילות המינית בוויחוי האישיות של הפרס. Kitzinger, למשל, טוענת כי במהלך המאה שלנו "פעילות מינית מתורגמת לזהות מינית" (Kitzinger, 1994, 195). לכן, רק במאה האחרונה - מניחים כי הומוסקסואליות היא תכונת אופי רבת-משמעות, ושכדי לעשות דברים הומוסקסואליים יש להיות בעל היסטוריה פסיכולוגית מסוג מסוים, וההיסטוריה הזו בצידוק ניסיון הומוסקסואלי יוצרים השפעה חזקה ביותר גם על כל סווח הפעולות הלא-מיניות של האדם. (שם: ראו גם Moran, 1995, 3; Goldstein, 1988, 1087).

ההומאיות לא עלתה כמעט לדיון ציבורי בישראל עד לשנים האחרונות, ולכן, אחד המאפיינים המרכזיים של השיח על הומואיות הוא *השתקה* (Moran, 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 ישרי בעיצוב דימוי של הומואיות או לסביבות, אך היו להם אינטרסים מקצועיים מושקעים ושגרת פוקסיקות מסוימת שחיבה אותם "לספלי" 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 אונייטיבי, בדוק ואמין - על טיבו של האדם (Kitzinger, 1987). ועיסוק מרכזי שלהם הוא ההבחנה בין התנהגות נורמלית לבין התנהגות חריגה. בשל 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 ולהקנה (פוקו, 1996; Trolden, 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, שיה 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 חברתיות באמצעותן יוצרים ואוכפים משמעות וסדר" (Moran, 1995). השיח המשפטי על פרקטיקות מיניות חד-מגדריות ותק הבה יותר מהשיח הפסיכולוגי, ומקורו עוד בחקיקה הרתית של סוף ימי-הביניים (Boswell, 1980; Moran, 1998). גם השיח המשפטי הישראלי צמח מתוך המשפט המגדרני, ששאב מהדיון האנגלי, בו נאסר על "buggery" כבר בימי הנרי השמיני, בשנת 1533 (Bray, 1994). אך

ההשלכות של האיסור היו תלויות בפרקטיקה של גופי משטרה ותביעה ובתי-משפט, שהחליטו על פירוש החוק, על הקק יישמו ועל צורת איכפתו. Maynard, למשל, צמד על התפקיד המרכזי שהמשטרה מילאה בהבניית ההומואיות בקנה על-ידי השיפה של היבט מסוים של החיים ההומואיים (Maynard, 1994). ראו הערת-שוליים בע' 209. הציבור נחשף לעולם זה רק בעת מבצעים משטריים באזורי מופש כדי לתפוס גברים המעורבים במגע מיני והצגתם כ"סוטים מסוים" (morally perverse). העיתונים דיווחו על משפטים של גברים שנתפסו, וציטטו את התובעים המתחיים שהציגו את הפעילות המינית שלהם כ"עסק מלוכלך". כפי שנראה, גם בישראל נחשף הציבור להיבטים של העולם ההומואי בעיקר כאשר הומואים הועמדו לדיון על עבירות פליליות, תופעה שתרמה לזיהוי כל הומואים כסוטים וכמסוכנים.

המאמר מתחיל בביתוח החוק שאסר (כביכול) ראו להלן) יחסים הומואים. נגחת את נוסח החוק ואת המשמעויות השמונות בו. אחד-כך נגחת את הוראת היעוץ המשפטי שתנתחה את המשטרה והתביעה להימנע מיישום החוק, נדון במשמעות של הנחיה זו ובמקרים אחרים בהם בני-אדם הרשעו בכל זאת בהפרת חוקי ה. לאחר-מכן געבור לדיון בפירוש שנתנו השופטים ל"שלא כדרך השבע" באמצעות פסקי-הדין בפרשות ריבה ובין-עמי. תת-הפרק הבא יעסוק בפרשת שווילי, הוושפת 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 שיז' חשון בפרשת נסים כירארי והשופט שמג' בפרשת וייס) ואת שני המקרים בהם הביעו השופטים עמדות סובלניות יותר (השופט כהן בפרשת בר-עמי והשופט ברק בפרשת וייס). התת-פרק שלפני הארוז מסכם את עמדת המשפט הישראלי וביח-המשפט העליון כלפי הומואים. אנו נעטן שם כי השיח המשפטי תרם להבניית הזהות 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 שיתום ציבוריים חלופיים על הומוסקסואליות, היתה התרומה של השיח המשפטי הנוכח בתשומת-לב רבה משמעותית ביותר. נחתום את המאמר בהתייחסות קצרה לשינוי בשיח המשפטי בעקבות ביטול החוק שנתפס כאוסר הומואיות בשנת 1988. אף-על-פי שבכיוול החוק לא היה אמור לשנות את מצעדם החוקי של הומואים בשל הוראת היעוץ המשפטי, אנו נעטן כי ביטול החוק איפשר שינוי במעמד הציבורי של הומואים 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) ו-Hunt (1994) Moran (1995) ו-Maynard (1994). ונבדוק את כל ההתייחסויות של בית-המשפט העליון ליחסים בין בני אותו מין ולפרקטיקות מיניות המקושרות בחברות שלנו להומואיות. בלי קשר להגדרת ההומואיות על-ידינו או על-ידי מושאי מחקרנו, 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 באוכור אחד של מגע מיני

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 שמוזכר במעשה הנעשה בהסכמה, בצנזר ובלי לפגוע פיסית באדם או ברכוש, המחוקק קובע עונש תמור מאוד. בלי קשר להפעלת הענישה, עצם קביעת עונש כזה משרתת לכל מי שקורא את החוק כי מדובר במשהו חמור. השופט העליון האמריקאי Powell העיר בפרשת *Bowers*, בו נידונה החוקיות של האיסור על מעשה-סדום במדינת ג'ורג'יה, כי חומרת העונש - עד עשרים שנות מאסר - עשויה להיות מוגזת לתוקן לחוקה האמריקאית האוסר *cruel and unusual punishment* (עונש אכזרי ורצח-דפוף).<sup>4</sup> 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 ששוב עם בהמה ומי ששוב עם אדם אחר "שלא כדרך הטבע". לא רק ששתי הפרקטיקות נאסרות באותו סעיף ומעונשות באותו עונש, אלא שהסעיף-הקטן האוסר קיום מגע מיני עם בהמה מפייד בין שני הסעיפים-הקטנים הנוגעים יחדים "שלא כדרך הטבע" בין בני-אדם כאילו מדובר בסוגים שונים של אותה פרקטיקה אסורה. צירוף זה משיקף את התפיסה, ונותן לה תוקף מחודש, לפיה קיום מגע מיני עם בעלי-חיים זהו 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 דיסקרמינרית מקובלת על גורמים הומופוביים שונים, כאילו מדובר בצורות שונות של סטייה מן הדפוס "הנורמלי",<sup>5</sup> וניסוח החוק מעורר תפיסה זו.

אבל הנקודה המעניינת ביותר היא, כמובן, עצם הביטוי "שלא כדרך הטבע". ברור שצנזר 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 מהגיש הכנסייתי דרך הקהילה אנגליקנית בת מאות שנים. ארכיאולוגיה של מושג זה ושימושו חורגת, לפיכך, מתחומי מאמר זה.<sup>6</sup>

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

5 פרק "אל-על", עורך-דין עמרם בלום התנגד בשעתו להענקת זכויות של בני-זוג לכן-זוג של הדייל הנילוובי, ובין השאר טען שהענקת זכויות כאלה לבני-זוג מאותו מגדר תוליד לדרשה להעניק זכויות לעיזים אם אחד העזרים יקיים מגע עם עז. גם המשנה ליועץ המשפטי, פרופסור רוקבר, השווה בין מין הומואי לבין מגע עם בהמה בדיון של ועדת העבודה והרווחה של הכנסת (מערבי, 1995: 22.2); ראו גם שניצ'ר, 1995: 106, שכל שיח הומופובי זה, השיח של פעילים הומואים מדיש את השוני בין הקשר המיני והרגשי בין שני בני-אדם (מאוחז מין או משני המינים) לבין המגע הפיסי בין בן-אדם לחיה. יש להיזהר שהתנגנות זו לא תובא על חשבון אלה המקיימים מגע מיני עם בעלי-חיים. פרקטיקה זו סובלת מתיוג חמור מאוד, ולכן אין כמעט מדע על מידת שכיחותה, אבל בהערה שלנו איננו רוצים לתרום עוד יותר לתיוג זה ולרמוז שהפרקטיקה כזו, במקרים בהם אין היא כרוכה בהתלהלות, היא פחות לגיטימית מקשר מיני בין בני-אדם.

6 על המשמעות של מעשה-סדום (sodomy) באירופה של תקופת הרנסנס ועל הקשר והתברל בין

ההפרותי בלבד) בין נשים, ולכן המחוקק שלנו עוסק כמעט אך ורק בהומואים והומואיות. חוזרו לנקודה זו בדיון המסכם.

### להתנגדות מינית ונטייה מינית: האם המשפט התייחס ככלל 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 המודרני, 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 או כנקודת-המוצא לסקירה ההיסטורית שלנו.

סעיף 162 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 בהמה; או

(ב) השוכב עם אדם, 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 קוסמיים בלבד שנעשו בו ב-1977. למרות הניסוח התמציתי והלקוני של האיסור, ניתן ללמוד ממנו דברים אחרים לגבי תפיסת המיניות שעמדה בבסיסו. ראשית, מעניינת ההבחנה בין מי ש"שוכב עם אדם שלא כדרך הטבע" לבין מי שמרשה שישכבו עמו (או עמה) כדרך הטבע. אין כאן איסור על משכב "שלא כדרך הטבע" בין שני אנשים, אלא איסור אחר על גברים לשכב "שלא כדרך הטבע". אקס השכיבה אינו נתפס כמשו להרשות לזולת לשכב עימם "שלא כדרך הטבע". אקס השכיבה אינו נתפס כמשו המשותף לגבר ולאשה או לשני גברים (ובוראי לא של שתי נשים), אלא כפעולה המערבת שני צדדים. ניסוח זה מראה כיצד המחוקק מקבע את היחסים המיניים בצורה היררכית, המשמרת את יחסי העוצמה בין גברים לנשים ומבנה את המיניות ההומואית באמצעות המודל ההטרוסקסואלי-הסקסיסטי (עילם, ללא שנתה; ראו דיון אצל האופטמן, 1995: 192-201, 203). למרות הברלי התפקידים וההבדל ביוזמה המיניתים לשני הצדדים לאקט המשכב, העונש המוטל על הצד הטכיל הוא אותו עונש המוטל על הצד הפעיל. הצד "הנשי" הוא טכיל וחלש, אבל זה אינו מנע עליו מבחינה מוסרית. אם הוא

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 החבה בחוק של יחסים "שלא כדרך הטבע", נוצרה בשיתוף המשפטי והציבורי בישראל זהות בין האיסור הפלילי לבין יחסים מיניים בין בני אותו מין. הדברים השונים, הומואים ומטרייטים כאחד, פירשו את האיסור כאיסור על הומואיות. פירושו זה של האיסור בולט בהוראה המפורסמת של היועץ המשפטי חיים כהן (ראו להלן) משנת 1983, בה מדובר על "הכללים הבאים להקצרת עבידה של משכב זכר".<sup>7</sup> 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 שמוציא, מניח גם שהאיסור הפלילי אוסר כל מגע מיני בין הומואים, כלומר, שלא ייתכנו יחסי-מין בין שני גברים בלי חדרה אנלית או אורלית. הווייתו החד-חד-ערכי של הומואיות ומין אנלי, כאילו אין הומואיות בלי מין אנלי או 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 זרוח מאמץ מיוחד כדי לקבל תמונה מתוקנת.<sup>8</sup>

הפירוש הרווח של האיסור הפלילי כמכוון נגד הומואים בלבד מעיד על מאפייניו של השיח על הומואים המשותף גם למדינות אחרות. Michael Hardwick, אודר מדינת גורג'יה שבארצות-הברית, נעצר בשל מגע מיני עם גבר והעמיד לבחונה חקתית 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 שלווג זה אין זכות עמידה במקרה. בית-המשפט העליון חיקה פהררה זו בין הומואים לסטרייטים והגביל את פסיקתו ל-"homosexual sodomy", וזאת

7 ראו גם אוכור של הוראה זו בשאליתה של ח"כ אורי אנברי ותשובת שר המשפטים י. ש. שפירא, דברי הכנסת 62, 16.11.1971, 308. אנברי שואל האם זה נכון שיש הנחיות שלפיהן אין להעמיד לדין בניו קרום יחסים הומוסקסואליים בין גברים, בהסכמה ובצנעות? שר המשפטים מצטט מההנחיה: "תלונה על משכב זכר לא תיחקר" וגו'.

8 הוטר הדריעה 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 מסוף?" הביטוי "עד מסוף", שהתייחס, כנראה, ליחסים אנליים, הוא ביטוי סטרייטי, שאין לו מובן בשיח ההומואי, אבל המחוקקים, התובעים, השופטים והשופרים, 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 שעיצב את הציאה שלהם מהארון, כלפי עצמם וכלפי אחרים, הייתה העובדה שהם זהו את המשיכה ההומוסקסואלית עם יחסים אנליים. כיוון שהם לא נמשכו למין אנלי הם לא ידעו כיצד להגדיר את עצמם, עד שנודממה להם אפשרות להכיר שיחים אלטרנטיביים בהם ההומוסקסואליות מוגדרת כעודה אחת.

לצרכינו כאן נסתפק בתמצות התפיסה הדתית שהולכה 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 הנורא (ראו גם Weeks, 1991; Mohr, 1988). המחוקק לא הסתמך על נתונים אמפיריים או על מחקרים מדעיים בבואו להגדיר מהו קשר "טבעי", וגם לא סרח לפרש מה "טבעי" ומה אינו כזה. כפי שנראה, נאלצה הרשות השופטת לעסוק בפריטים 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 (ו) של סעיף 152 העוסק בכל יחסי המין הנעשים שלא בהסכמה. תת-סעיף (א) עוסק במי שיבועל אשה שלא כחוק נגד רצונה<sup>9</sup>, כלומר, אינוס.

תת-סעיפים (ב) ו-(ג) אומרים:  
(ב) השובכ עם זכר משכבי אישה נגד רצונה, בהשתמשו בכפייה או באימוץ עליו שימיתנו או שיגרום לו חבלה גופנית חמורה, או כשהוא נטול

הכרה או כשאינו יכול מסיבות אחרות לעמוד נגדו; או

(ג) הבעול שלא כחוק ילדה, או השובכ משכבי אישה עם ילד והם למשה מגיל שש-עשרה. [ההדגשות שלטנו - י. ד' ס']

כל העבריינים הללו צפויים לאסר של ארבע-עשרה שנים. הנקודה המעניינת מבחינתנו בסעיף זה היא הטעות בהרגום מהנוסח המקורי האנגלי, שהיה למעשה הנוסח המחייב. הביטוי "השובכ עם זכר משכבי אשה" הוא תרגום של "any person" *commits an act of sodomy*. 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 *sodomy act of a child*, בניים ובנות כאחד, בעוד הנוסח העברי אוסר בעילת ילדות לחוד וקיום מעשה-סדום עם בניים 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 הווייתו 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"שובכ 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 או, ראו המאמרים ב-Goldberg, 1994a; על יחס הנסייה להומואים ראו Boswell, 1980.

איפוא את העמדת-הפנים כאילו סטרייטים מקיימים יחסים "טבעיים", ותבע רק להכיר בזכות של הומואים לעשות את המין המותר-כביכול שלהם, ובכך חיזק השיח את התיקה כביכול בין הומואים לבין "אי-טבעיות", וביסס את הגדרת הזוהם באמצעות הפרקטיקה המינית.<sup>12</sup>

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 הוקנו, בוטלו או נוספו בהתאם לדוח החברה והזמן. גם הסעיפים הקשורים לעבירות מיניות הוקנו, כך, למשל, חלק הסעיף הישן המתיחס ל"חסי-מין בכפייה (11152)"; סעיפים חדשים, 345-349 לחוק החדש, עוסקים באונס נשים וביחסים עם קטינות, וסעיף חדש, 350, יוחד למעשה-סדום בכפייה. סעיף יישן, 351, העוסק במין שלא כדרך הטבע עבר שניו קוסמטי בלבד הוכה בסעיף מיוחד, מס' 351. התיקון ומה שלא הוקן חשויים 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
1152(ב) השוכב את זכר משכבי אשה נגד	העונשה... העונשה... מעשה סדום באדם.
רצונו בהשתמשו בכפייה או באי-ימץ עליו...	נגד רצונו ותוך שימוש בכוח או באי-ימץ עליו...
הרובע ילדה פחות מבן ט"ו, או	העונשה... מעשה סדום קטין שלא מלאו לו 16 שנים
השוכב את ילד פחות מבן ט"ו	[המקיים] מגע מיני עם קטין כאמור
השוכב עם אדם אחד שלא כדרך	שוכב עם אדם שלא כדרך הטבע
הטבע	השוכב עם בהמה
המורשה לזכר לשכב עמו (או	מורשה לגבר לשכב עמו;
עמה) שלא כדרך הטבע	מורשה לגבר לשכב עמה שלא כדרך הטבע.

הסעיף האוסר על מעשה-סדום בכפייה זהה לנוסח הקודם, אך הביטוי הבעייתי "השוכב עם זכר משכבי אישה" שוגה 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 גועד לתקן טעות זו. גם ההתייחסות לקטינים ("הרובע שלא כדרך ילדה, או השוכב משכבי

12 אבל ראו דיון בנכנס ב-4.1978 (דברי הכנסת 82, 2447-2451). בעת דיון בהצעת-תיקן לביטול סעיף 351, המגישה, ח"כ אלוני, אומרת שהחוק הוא לא רק למען הומואים, מכיוון ש"החוק הזה רואה למעשה עבירה... אם בעל זאשתו מקיימים יחסים שאינם כדרך הטבע" (שם, ע' 2248). גם שר המשפטים, שמואל תמיר, מבהיר בתשובתו ש"המדובר אינו רק בהומוסקסואלי" (שם). למרות זאת ברור כי הדיון שם נסב בעיקרו על הומואים.

לאחר שמדינת ג'ורג'יה הסכימה שאכיפת החוק על סטרייטים אינה הוקנית (Thomas, 1431n, 1992). לאחר יצירת הבחנה זו המשיך בית-המשפט בשיקולים לגבי היחס של החברה להומואיות, ומען שלקהילה מסוימת יש זכות לקבוע שחיסים מיניים בין בני אותו מין פוגעים בערכיה ולאסור אותם.<sup>9</sup> Halley (1993) ניתחה וביקרה פסק-דין זה והראתה כיצד עידוד בית-המשפט בין פעולה (act) לבין זהות (identity), ובכך יצר, מחד גיסא, זהות הומואיות הנשענת על אקט מסוים כאילו מעשה-סדום מכונן את הזוהם, ויחד, מאידך גיסא, את האקט עם הזהות כאילו אנשים בעלי זהות אחרת, סטרייטים, אינם מבצעים אקט זה.<sup>10</sup> הצורה בה הוכן החוק הישראלי מראה שגם בשיח המשפטי בארץ התקבלה זהות כו בין ההתנהגות המינית המקושרת להומואים לבין הסטטוס של "להיות הומו", למרות פסיקה מפורשת כפרשת בן-עמי, אליה נגיע להלן.

פעילים הומואיים עשויים להתרעם ולטעון שמין אורלי ומין אנלי הם אכן רכיבים מכוננים של הומואיות. גם אם לא כל הומואים מעורבים בפרקטיקות כאלה, הם ישענו, כל חוק האוסר אותן מכונן בראש ובראשונה נגד הומואים. אבל תביעה זו אינה צריכה להפריע לנו לראות כי הווייתו של הומואיות עם מעשי-סדום היא מוסכמת דיסקורסיבית שהתפתחה באופן היסטורי, ולא שיקוף של מצב-טבע אוניברסלי. כפי ש-Bray מראה, האיסור בימי הנרי השמיני על מעשה-סדום לא כוון נגד הומואים, ויחסים אינטימיים בין גברים היו ליגיטימיים למרות הקניקה נגד מעשה-סדום (Bray, 1994). ראו גם בווארן, 1995, לגבי יחסים בין גברים יהודיים בתקופת התלמוד. ברור גם שיש הומואים רבים שאינם מקיימים יחסים אנליים,<sup>11</sup> ומגיעים לסיפוק מיני על-ידי מגע פיסו שאינו כרוך בחיירה, 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 שחיסים "שלא כדרך הטבע", כלומר, מין אורלי או אנלי בין גברים לגשים, נפוצים ביותר ומקיימים 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 להתייר 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 אודוויק נובעת, כנראה, במידה רבה מהתנגות המופנת של מדינת ג'ורג'יה לאכוף על הומוסקסואלים חוק שאין לה כל ידעו לכפותו על הומוסקסואלים... אבל תביעתו שהחוק... מהווה חידרה לא חוקית לפרטיות שלו ולזכותו לקשרים אינטימיים אינה תלויה בשום צורה שהיא בגנטייתו המינית" (Blackmun, 1994a, 124c).

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

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

בהתאם לתגיות היועץ המשפטי לממשלה קבעה משרת 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... [ההגשות שלנו - י"ד ס"א].<sup>14</sup>

השיח על מצב ההומואים בישראל חוזר ושוב על הטענה שהחוק האוסר יחסי-מין "שלא כדרך הטבע" לא הופעל בשל הוראת היועץ המשפטי לממשלה. השימועו טיעון זה אנטי-חוקר כאמון ריבניטסיין וברק מינה, שכתבו בספרם, המווה מקור חשוב ללימוד המשפט הישראלי, ש"האיסור הפלילי מעולם לא נאבק, ולא הוגשו כתבי אישום כנגד מפירי" (1996, 327). ראו גם סטרשנוב, 1994, 282). גם המחוקקים הליברליים שרצו להביא לידי ביטול החוק הסבירו שמילא הוא לא נאבק; "עבירה זו קיימת עד היום, ותורה לאל, אין מפעילים את החוק לגביה" (ח"כ ורשובסקי בדברי הכנסת, 11.9.1986, ע' 4208; ראו גם ח"כ אנברי בדברי הכנסת 60, ע' 2615; ח"כ אלוני בדברי הכנסת 82, 2447). אפילו שופטים טענו כך, כגון השופט דורני, שכתבה כי "איסור זה מעולם לא נאבק" (בג"צ דילוביץ). 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, וכמה 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 הלה, אבל במקרים אלה היה אפשר להפעיל סעיפים אחרים האוסרים בפורש התנהגות כאלה.

המקרה הראשון הוא פרשת והבה משנת 1954. אליהו והבה הואשם בהכנסת איבר-מינו לפיו של ילד בן המש, 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 בפסקי-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 לפיהטבעת ולפיה של אשתו לשעבר בניגוד לרצונה, והוא הורשע בבית-המשפט המחוזי ב"ידיעת גופו של אדם אחר שלא כדרך הטבע". המציער בן-עמי טען שקיים את המגע בהסכמה, ועליך כתב השופט העליון חיים כהן

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

אישה עם ילד" שונתה כדי להתאימו לצומח האנגלי המקורי שתוקפו פג עם המעבר לחוק החדש. החירוש 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 וכולל ניצול של ילדים על-ידי גנים, עבירה שלא נכללה בפקודת החוק הפלילי, והן לניצול של ילדים על-ידי הומואים ולסביות.<sup>13</sup> 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 לוחות את ההומואים עם פרקטיקה מינית מסוימת.

הסעיף החדש 351, האוסר משכב "שלא כדרך הטבע", הוא העתק כמעט מושלם של התחסיף 152(2). השינוי היחיד הוא שהמשפט המתיחס למי שימרשה לזכר לשכב עמו (או עמה) שלא כדרך הטבע "חולק לשני משפטים: האישון 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 בחרייה אנגית, ולכן אין צורך להוסיף את הביטוי "שלא כדרך הטבע"? או אולי להפך, המחוקק ביקש לאסור כל מגע מיני בין שני גברים, ולא רק מין אנלי? אם הפירוש השני הוא הנכון, הרי שהניסוח המחדש מחמיר את היחס להומואים (באוסרו על פרקטיקות שלא נאסרו קודם לכן), וגם רומז שהשיח מפסיק לוחות 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, הנחה לתביעה הכללית להימנע מהגשת כתבי-אישום על עבירות על החוק האיסור הפלילי. בשנת 1956 הוסיף חיים כהן והנחה גם את משרת ישראל להימנע מלחקור חשודות לעבירות על האיסור הפלילי (דברי הכנסת 62, 308; גביון, 1991, 156). הנתיחתו של כהן אומצה על-ידי כל היועצים המשפטיים שבאו אחריו, והיועץ מאיד שמגר, לימים נשיא בית-המשפט העליון, אף צירף הנחה 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 חוג". לאחד כתשעה חורשים פורסם תיקון לסעיף שבביטל את הסיפא של המשפט (ספר החוקים 891, כי"א באדר ב' תשל"ח, 1978.3.180). תגיות המקורי ובשולו מוסיפים לקושי בפירוש החוק, שנית-המשפט העליון לא התייחס אליו צעיר כלל.

רכים מהם "בארון". במצב זה, נאשמו הומואים הנחקרים במטרה עלולים פעמים רבות להשבר ולהרוח הודות 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 להפעיל דרך שגרה (בדכה, 1980).

הטענות שהחוק אינו מיושם ממוחשות גם את הפער בין מציאות להשתקפותה בשיח חברתי. בלי קשר לסיבות בהן הופעל החוק, קיבע השיח את ה"עובדה" שהחוק לא הופעל, ו"עובדה" זו שימשה משפטיים, שופטים ומחוקקים בשיח על מצבם המשפטי של ההומואים. "ישראל לא ידעה מעולם רדיפות נגד הומוסקסואלים מהסוג שידעו בעבר מידינת מערביות אחרות... על אף האיסור לדתי, ולמרת קיומו של איסור פלילי...". ישראל נהגה תמיד בסבלנות בתחום זה" (רויבנשטיין ומדינה, 1996, 326). היעדר הערער על ה"עובדה" שהאיסור לא הופעל מנע התעניינות ובדיקה לגבי מצבם של הומואים בפועל, דבר שהחמיר את חוסר הנראות שלהם ושתיקתם בשל התיג 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 גמוכות יותר והדיווח העיתונאי. על ההליכים המשפטיים 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 וסוטרם 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 באוזן הפרטים שקראו את הפסיקה, אלא בהשפעתו על כינון שיח ציבורי בו ההומואים מופיעים רק כנאשמים.

אבל מבחינת פסיקה בשאלה כיצד השיח המשפטי תורם לעיצוב של דימוי הומואי, הנקודה העיקרית היא שלעצם קיומו של החוק - בלי קשר לשאלת איכותו בפועל - יש משמעות רבה. החוק הרשמי במדינה המודרנית-דמוקרטית הוא סוג של פרקטיקה המשפיעה על גורלם של אנשים גם כאשר אין הוא נאכף. במקרה שלנו הייג החוק את ההומואים בעבריינים והסם את דרכם של אלה מהם שרצו לפעול לשיפור מצבם. הנתיג הופעל המשפטי מנעה אולי נקיטה בהליכים משפטיים נגד הומואים, אך השאייה אותם בגדר עבריינים-בכוח. לעובדה זו היו השלכות פרקטיות ממשיות: כיצד ניתן לבוא בטענות אל מלטיק המפטר עובד בשל "סטייתו" אם המשפט עצמו רואה באדם זה סופה? והאגודה 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 ויוצעים 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, 12, 1996 March). הומואים ולסביות שהתארגנו פוליטית וחברתית מדווחים שהם סבלו מהתיג הפלילי, שביטלו היה משאת-נפשם של כל הפעילים בשנות השבעים והשמונים.

הם גם מספרים כי למרות אי-השימוש באיסור הפלילי נגד הומואים בגירים שקיימו יחסים

שחידרה לפי-השבעת מתווה עבירה גם אם זה בהסכמה, ולכן הורשעה תקפה.<sup>16</sup> ב-1971, כפרשת סמיר עווד, דן בית-המשפט במקרה בו התנפלו שלושה גברים על זוג שתינה אהבים במכונית, ניסו לאנוס את האשה וביצעו בה מעשה-סדום (חידה לפי-הטבעות). אחד המורשעים, סמיר עווד, הורשע הן במעשה-סדום בכפייה והן במשכב "שלא כדרך הטבע". השופט העליון לנדוי קבע בפסק-הדין כי מכיוון שמדובר באקט אחת, "אפשר היה להטיל עליו רק עונש אחד" (788). המקרה המעניין ביותר אולי מבחינת הדין 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 צויין וראו פרשת לוי להלן.

הודאת הידען המשפטי נשמרה אפוא כלשונוה, לפחות על-פי המקרים שהגיעו לבית-המשפט העליון. ובכל זאת, ניסוח ההסתייגויות בהודאת הידען המשפטי והרשעות שפורשו 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. רמו לתשובה כבר ניתן לנו בפרשת סמיר עווד, שם כללה התביעה בכתב-האישום גם את הסעיף האוסר מעשה-סדום בכפייה ונאכף. יורשע הנאשם לפחות בקיום וגם את הסעיף האוסר מעשה-סדום בהסכמה. נראה שהסעיף השני נוסף לכתב-האישום "ליתר ביטחון": אם לא יזכה אינוס, אך יזכה מגע מיני אנלי, יורשע הנאשם לפחות בקיום מעשה-סדום. גם בפרשת בן-עמי נראה שנעשה שימוש בסעיף 2162) כי היה קשה להוכיח שימוש בכוח ומעשה-סדום בכפייה. נראה אפוא כי אף-על-פי שהמשטרה והתביעה אינן אוכפות את הסעיף האוסר מעשה-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 הכופה יותר השופים יותר לשימוש מניפולטיבי זה כחוקי.

אישור למענה זו נמצא בפסיקה כפרשת לוי מ-1983. שוב מדובר ביחסים בין גבר לנער, שגילו אינו מצויין. לפי דברי השופט גבריאל בך, הואשם לוי בעשיית מעשה-סדום בנער בכפייה (נוסף לסעיף של ניסיון לרצח ותכלה בכוונה מתמירה), אך בית-המשפט המחוזי הרשיע את הנאשם במשכב "שלא כדרך הטבע". לפי סעיף 351, "שכן סבר, כי עוברת השימוש בכוח נגד הנער לא הוכחה כרבעי". בית-המשפט המחוזי קבע עוד שתנאשם "עשה את המעשה בכפייה ובניגוד לרצונו של המתלונן". אך מאחר שכפייה זו הייתה במישור הפסיכולוגי, מסביר השופט העליון בך את גימוקן בית-המשפט המחוזי, "החליט בית-המשפט [קמא] שלא להרשיע את המערער בעבירות אלה, כי אם בעבירה של סטייה מדרך הטבע". כך מסכים עם פסיקה זו ורוחה את הערעור על ההרשעה. זו פסיקה המזוהה, שכן החוק האוסר על מעשה-סדום בכפייה מרחיב במפורש את האיסור לכל "מצב המונע התנגדותו" של מי שנעשה בו המעשה. מקרה זה ממחיש את הסכמה הנשקפת לזכויותיהם של ההומואים מהסעיף ה"אנטי-הומואי" הזה, שכן, מה אומר לנו בית-המשפט: מכיוון שלא הצלחנו להוכיח אונוס, נסתפק בעצם קיום המגע המיני שהחוק קובע שדי בו להרשיע אדם. כאמור, החוק הופעל גם נגד לא-הומואים, אבל יש להודיש כאן שתומואים נמצאים מראש בעמדת נחיתות בשל ההשפלה הציבורית שהם השופים לה וההסתרות של



בתסבוכה, ניצלו שוטרים את הפליליות של ההומואיזם, כפי שהדבר נתפס על-ידי שוטרים והומואים כאחד למרות האמור לעיל, כדי להסיר אותם במקומות מפגש הומואיים ולשפלים. ב-1982, למשל, עצרה המשטרה בין עשרה לעשרים הומואים בגן העצמאות בתל-אביב והציעה אותם ברחוב עד לתחנת המשטרה כדי שהציבור (הסטרייט) יראה וייתנה<sup>16</sup> מובן גם שבאוידיה כיו לא היה אפשר לצפות מהמשטרה שתגן על הומואים שחוקקו והוטרו על-ידי בריונים. ולמרות מצב זה, השיח המשפטי-הציבורי טען שמצב ההומואים בישראל שפיר, כי "האיסור הפלילי אינו מופלג" (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 ואת רק שאלה של פילוסופיה חוקית, כלומר: שלא רצוי שיהיו בספרי החוקים חוקים שאין מפעילים אותם. יש סיבה אחת, הרבה יותר מעשית. מצויים בתוכנו אלפי בני-אדם, שחיייהם היוסיוניים הם בגדר עבירה המורה על החוק הכתוב. ולכן הם קורבנות בלתי-פוסקים לסחשנות 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 - לשירות יוסיונית, ומסירים מהם את הגנת החוק. (דברי הכנסת 59, ע' 1628)<sup>17</sup>

יש להעיר כאן כי ייתכן שמבחינה תיאורית היה אפשר להגן על ההומואים, ובודאי על לסביות, כל עוד לא הוכח שהם קיימו מגע אנלי. היה אפשר להגן על זכויותיהם של הומואים בעבודה, בצבא ובבתי-הספר, להכיר בווגיות חד-מגדרית וללמד תלמידים על אהבה הומו-לסבית. אבל מכיוון שהשיח יצר הפיפה בין הומואיות למין אנלי, האמור על-פי הדין, לא היתה אופציה זו קיימת למעשה. על המעמד התברתי של ההומואים ניתן ללמוד גם מהשיח המשפטי על הנחיות היועץ המשפטי עצמה. הנחיות 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 (גביון, 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).<sup>18</sup> דומה כי בלחט הוויכוח הזה נשכח להלומין הפן האנושי של הבעיה המשפטית.

- 16 ראוין של המחבר ויאשוו עם דוד נמיר, 13.12.1997.
- 17 בדיון בכנסת בהצעת-חוק גוספת לביטול הפלילי-האיסור שהגישו ב-1978 הורת הכנסת שולמת אלוני וקבוצת חברי-כנסת גוספים, מספרת אלוני סיפור המהווה טענה זו, על צעיר שנשפלו אליו בצבא לאחר שגילו שהוא הומו, והנסיבות לעזוב נדחו במענה שהוא עביון. ראו דברי הכנסת 82, 4.4.1978, 24478.
- 18 רובינשטיין ומדינה מעלים נימוקים כעד נגד התראה שהוציא היועץ המשפטי בעניין זה (1996), 230.

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

**פרשות הבה ובני-עמי: השיח המשפטי על הגדרת "דרך הטבע"**

בית המשפט העליון נדרש לראשונה לדון במשמעות של משכב "שלא כדרך הטבע" בפסקדין גתבה. אליהו הובה 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 השין ניצל את ההזדמנות כדי לברר: האם "אמנם מהווה אותו מעשה שרובה נמצא אשם בעשייתו עבירה על סעיף 2152(2)?" (ע' 277). פסק-הדין הארוך והמנומק שהוא כתב (בהסכמת השופטים גייטמן וזוסמן) מפרט את גרדי האיסור הפלילי ואף מרחיב אותם מעל ומעבר למה שהיה נדרש לצורכי הכרעה באותה פרשה. פסק-דין זה נהפך להלכה המקובלת בפירושו סעיף 2152(2), והוא מצוטט בספרי לימוד שונים המפרשים את המשפט לסטודנטים למשפטים והמשמשים את עורכי-הדין בהגנת הדינים.

הצורה בה ניגש השופט השין 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 nature* "מה זה *carnal knowledge*?" וחשן מסביר כי מבחינה מילולית, מדובר ב"דיעת בשרים", מלשון "והאדם ידע את זהה אשתו". והוא מוסיף: "בלדך כלל מוסב הביטוי בלשון יום יום על היחסים המיניים שבין גבר לאשה: אך כאן... מדובר על הזדווגות בין בני-אדם - ולא דווקא בין גבר לאשה - שלא כדרך הטבע." [ההדגשות שלו - י.י.]. ד"ר חשן מבחין איפוא בין "לשון יום יום" לבין המשמעות המשפטית של הביטוי "דיעת בשרים" או "יש לך כנראה משמעות שונה כדי לספל במקרים לא-נורמליים. חשן תופס איפוא את היחסים ההומואיים כיהחסים לא-מקובלים, שאין להם מקום בהיי המיניים של אנשים נורמליים. יחסים אלה נמצאים לדעתו באותו מישור עם אקטים "לא-נורמליים" אצל הטרוסקסואלים.

כדי לרדת לעומק המשמעות המשפטית, השין מעיין בדיון האנגלי שניש בו "שני סוגי עבירות מיניות בלתי טבעיות: מעשה סדום... ומעשה מוגנה". למעשה-סדום, הוא מסביר, יש שתי משמעויות. במובן הצר, "משמעו יחסי מין או דרך זימה בין שני גברים, והוא המכונה 'משכב זכרי'". "יש אמרים", הוא מוסיף, "כי מקורו של המונח בשם העיר 'סדום', אשר בה היה נוהג מעשה זה 'שלא כדרך הטבע' עד אשר נשתתה העיר בחמת ה'. הסבר

אחר-כך השופט כהן מבהיר את ההבדל בין המסורת העברית ולשון זמיון 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 הפקדאי 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-חוקר אנגליים מ-1716<sup>19</sup>, הקובעת באופן חד-משמעי שהמונח "מעשה-סדום" מתייחס גם ל"משכב אשה שלא כדרכה", כלומר, משגל אנלי, שכן דבר זה, כותב השופט פורטסקו ב-1716, "נראה גרוע ממשכב זכר וגרוע ממשכב בתמה; מפני שיש בו ממשום עלבון ישיר יותר כלפי בורא הטבע, ותבעה מהנצפת יותר של בורא לחכמתו, דהיינו סדרי בראשית שהוא עשה, ומרד נגדם ונגדו גם יחד". כהן מדיגיש שהמסורת העברית שונה מהאנגלית.

בו בזמן שמשכב-זכר ומשכב-בהמה עבירות תמורות הן שדינן מוות, הרי משכב-אשה שלא כדרכה אינו בגדר עבירה כלל. בתלמוד מיצינו היתר מפורש לאיש לבוא אל אשתו בכל דרך ובכל צורה שיירדאו בעיניו. בלשון 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" (גדרים כ, ע"ב).

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

הביוולוגי, האנושי או החברתי - נהפכת בשיח המשפטי לשאלה של פרשנויות משפטיות ותקדימים. ההשוואה שהשני עורך בין הרין האנגלי לדין המנדטורי מחישה כיצד השאלה של "טבעיות" זוכה בתשובות שונות בחקיקות שונות. מסתבר כי הגבולות בין מעשה-סדום לבין מעשה-מגונה תלויים בהגדרת המחוקק, ואינם טבעיים. באנגלית, החדרת איבר-המין לפה או לפי-הטבע (לפי חשין) אינה מהווה מעשה-סדום, כלומר, אינה מנוגדת לסדר הטבעי, אם אין שפרכת-זרע. המחוקק המנדטורי, לעומת זאת, מגדיר את עצם החדירה כפגיעה בסדר הטבעי גם אם אין מביא תקיים מראשית המאה השמונה-עשרה כדי פרקטיקה פרשנית שונה משל חשין. הוא מביא תקיים 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 category" Bowers בארצות-הברית סירבו לבטל את החוק של מדינת ג'ורג'יה בטענה שלאסור על מעשה-סדום יש "שורשים עתיקים" בכל שלוש-עשרה המדינות המקוריות של ארצות-הברית, ועד 1961 המשיכו כל המיישים המדינות לאסור פרקטיקה זו. אך

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

למרות ההתייחסות שלו למשכב זכר, השופט חשין מדיגיש "כי העבירה התכן גם בין אשה לאשה" - קביעה תמונה 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 וזויה בין הומואים לסביות בשיח ההגמוני על מיניות ו"סטייה מינית". מכיוון שגם אלה גם אלה חורגים מהדפוס "הנורמלי" של וזוגיות 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". וזהו כמובן השערה ספקולטיבית, אך לנוכח היעדר אובוריים נוספים של לסביות בשיח המשפטי - והשוב להדגיש שזו אכן ההתייחסות היחידה שמצאנו לסביות בפסקי-הדין של בית-המשפט העליון עד 1988 - מצאנו לנכון להשתלשע השערה זו.<sup>19</sup>

דיון מדויק נוסף בפירוש החוק ובמונח "שלא כדרך הטבע" ערך ב-1964 חיים כהן, ככהנו כשופט בית-המשפט העליון, בפרשת כ"נ-עמי, בה הואשם אדם בהחדרת איבר-המין לפי-הטבע ולפיה של אשתו לשעבר (ראו לעיל). השופט כהן ניצל את המקרה כדי לנתח שוב את המשמעות של "שלא כדרך הטבע", והגיתוח 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) נכללים בשל השימוש בכוח, ולא בשל הבדל באקט המיני. "ידיעת גופו של אדם שלא כדרך הטבע, מעשה-סדום הוא, ומעשה-סדום, ידיעת גופו של אדם הוא, ואין ביניהם כל הבדל; אם המעשה נעשה בכוח - עבירה לפי סעיף קטן (1) הוא; ואם נעשה שלא בכוח, עבירה לפי סעיף (2) הוא".

19 בדין על החוק של מדינת ג'ורג'יה כותבת האלי שב-1968 תוקן החוק מ-1833, ומעשה-סדום הוגדר במפורש כך שילכל גם מגע בין איבר-המין נשיים לבין הפה או פי-הטבע (Halley, 1994). שינוי זה מעיד על שינוי ביחס למיניות הנשית, לאו דווקא הלסבית, לעומת החקיקה הקודמת, שתגחה שהאשה היא יצור אימיני. על הבחנות מפורשות בחוק בין המיניות ההומואית למיניות הנשית, ראו גם Flynn, 1995, 33-34.

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 הארוויק 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 אך במשפט של מדינת ג'ורג'יה פורש אותו חוק בצורות סותרות, למשל, לגבי התחולה של המונח על יחסים אורליים. רק ב-1968 נקבע גישות מדויק כדי לפתור אי-בהירות, אבל גישות זו 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 מונפנים בו כאחד החסאים הכבדים ביותר. כפי שמרגרט האנס מסכמת, המונח יחס בתקופות שונות למעשים שונים שנחשבו כפוגעים בסדר הטבעי, כולל משכב עם בעלי-חיים, מגע אנלי הטרנסקסואלי, מגע מיני עם קטינות, מגע מיני בין נוצרי ליהודי, אוננות, משגל נסוג, פרישות של כמרים או קיום יחסים עם ילדי כמרים, שימוש באמצעי-מניעה, מגע מיני עם ילדים וצרכנות ראוונית (Hunt, 1994, 360).

הגיסיון 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 היה 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 כירור המושג בחברה הישראלית. אבל השופטים לא פנו למחקרים של סקולוגים, פסיכולוגים, אנתרופולוגים או היסטוריונים כדי להגדיר מהו מין "טבעי" ו"לא-טבעי", ולא ביקשו עדויות של מומחים. היעדרם של מרעני-החברה בולט עוד יותר לנוכח חריה של שית 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 תפצים בכך, הם רשאים להכניס פרקטיקות דיסקורסיביות חוץ-משפטיות גם לתוך סקסט משפטי פורמלי ויבשי. ברור כי אוכור אנבי זה של העיר סדום אינו נחוץ לדיון המשפטי ואינו גיטלי מבחינה ערכית. האוכור של השופט חשין מקשר המואיות לסמל החטא והשחיתות, ורומז שסדום נהרסה בשל נהוגיה ההומוסקסואליים, טענה שאינה מצויה אפילו בנת"ך.<sup>20</sup> מול האוכור ההומופובי של סדום, אנו רואים גם התייחסות לתלמוד בפסק-הדין של השופט חיים כהן בפרשת כן-יעמי. בעוד השופט חשין כורך את הסעיף האוסר מעשי-סדום עם הרע והחטא של סדום המקראית ועם המיזם 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 בקנטי, למשל, כתב ב-1992: "sodomy is derived from the biblical name of the city of Sodom which was destroyed by God for its perverse behavior"; Wintermute, 1995, 20. Thomas 1992, 1432-1433.

הרשו. לפחות נמשתמע נובע מכך שלא כל מה שאינו חוקי כיום הוא הכרחי גם עבירה על עיקרון מסוים 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 בשיתח על הומואים

אחד מפסקי-הדין המעניינים ביותר הנושפים 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 כפירוש 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 פרייס, וביום המעשה היה בן 18... ודרכו הובילה אותו על ידיכתי העיר הגדולה, היא תל-אביב, אשר קסמה לו מרחוק עוד מזהותו מתוצה לה... הוא התגלגל מקום לינה אחד למשנה, ללא קרוב או גואל, עד שכיום אחד אינה הגולל לידו להיפגש עם המערער. היתה זו פגישה מקרית, לפנות ערב, באחד מרחובות יפו; המתלונן נפל ונפצע בפגיעת אופניים, המערער עוד 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 עמנו חסד ולא גילה, ביאשית, כל מנימה שפלה. [ע' 440, והדגשות שלנו - י. ד. ס.]

לפי העובדות המפורטות בפסקי-הדין, היה "העלם הצעיר" (המתלונן) בעל עבר פלילי, ואילו לגבי הנאשם אין כל אוכור של עבר פלילי. עובדות אלה אינן מונעות את בית-המשפט מלציייר את "העלם הצעיר" כנאיבי וסימפטי, ומנגד לתאר את הנאשם כמי שחדש מלכתחילה "מיוזמות שפלות". השופט זילברג ממשיך:

בינתיים מסתבר המתלונן בעסק ביש אחר. חשדו בו והאישומו בגנבת 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" שבניהם. כבר בלילה הראשון לשובו מבית-הסוהר, הרגיש המתלונן כי המערער רוצה לעשות בו מעשה-סדום אך הוא התנגד לכך, והלה לא הצליח להפיך 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 הפנה משדפו, עקב אחריו ומצאאו, לקח ממנו את בגדיו ותעודותיו ואילץ אותו לשוב אל הדרו, - ובאחד הלילות הנאים הוא הצליח להשיג את

מלכתחילה, ואולי הם היו מושתתים על יחסי עצמה בלתי-שוויוניים, תמיכה כספית וניצול, כמו ביחסים הטרוסקסואליים רבים מדי, לצערו, אך לגיליים מבחינה פורמלית. ייתכן גם שהיה כאן "דומן 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 ברבר אחד, וכל עורתו למתלונן למן תאונת האופניים שלו - הדיר, השחרור בערבות, וכולי - כולם מונעים על-ידי הרצון לעשות מעשה-סדום. גם לאחר שהנאשם מגיע למשרה, ההצהרה היא שהנאשם "מחפש את קרבת המתלונן" בשל רצון להשפיע על ערותו, ולא, רחמנא לצלן, מכיוון שהוא מונע על-ידי רגש אהבה כלשהו. יחס זה לגנשם מעלה ספק חמור שעצם הרשעתו בתקיפה למרות הכחשתו, ואף-על-פי שהמתלונן חזר בו מתלוננתו, נבעו מהתינוג שהוצמד לו, ולא בשל משקלן של הראיות.

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

בית-המשפט כתב כי לאחר ששותרר המתלונן בערבות על-ידי הנאשם, הריגש המתלונן "כי המערער רוצה לעשות בו מעשה סדום". מה בדיוק הריגש המתלונן ומה רצה הנאשם לעשות לו - אין אנו יודעים למעשה. לפני-כן, בפסק-הדין של השופט המחוזי "גביוון, הלה כתב שכליל המעשה הנאשם "יקרע מעל המתלונן את חולצתו וגופייתו, דחפו והפילו על המיטה ופשוט 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 בהדירה אנלית. כללי השיח השומרים על צניעותו משבשים את תהליך התקשורת בכל אחד משלבי גלגוליו של המקרה: ייתכן שהמתלונן התבייש לומר מילים מסוימות והשומרים הבינו משהו אחר ממה שהוא התכוון; ייתכן שהמתלונן תיאר דברים מפורשים, והשומרים שרשמו את הדיווח לא העזו לכתוב "מילים גסות"; ייתכן שהתביעה השמיטה מהתיאור פרטים חשובים כדי לא להפר את הסטאבו החברתי על מילים מסוימות.<sup>22</sup> צניעות זו מעידה על רתיעה ועמדה שלילית כלפי מי שמעררב בפרקטיקות מיניות "אסורות"; אך מעבר לרתיעה זו, יש חשש שמה ההימנעות מתיאור יחסים מסוימים תגרום לעיוות דין ולתפיסה מעוותת של מה שקורה בין הזוגאים 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 המוחק או השופט הטרוסקסואלי יכלו לחשוב על אפשרות כזו,

בית-המשפט אינו יכול כלל לחשוב שיהיה מערכת יחסים "דומנטית" בינו לבין המתלונן. זוהי דוגמה נוספת לכניעיות בהגדרת הנושא של "ההיסטוריה של הומוסקסואליות" - האם חוקרים התנהגות, תשוקה או זהות?

22 גם בפרישת *Hardwick v. Bowers*, שחברנו קודם לכן, השופטים נמנעים מלהתייחס לסיקה בו מדובר במפורש במין אורלי, ומדברים בעירפול על "sodomy" (Halley, 1994, 20).

מבוקשו, וביצע בו, במתלונן, מעשה סדום בעל-כרחו. וכאן מתחילה סידרה של בדיחות המתלונן מזה, ורדיפות המערער מזה - עד שאנו מניעים אל ליל המעשה, אשר בגללו הוכח המערער לדון...באותו לילה, אחרי הצות, לקח המערער את העלם הצעיר מן המקום בו התגורר, נסע עמו בטכסי עד ביתו... ועלה עמו לחדרו. [ע' 440, ההגשות שלנו - י"ד, ד' ס'.]

לפי פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, הנאשם שווילי תקף בחדר את העלם הצעיר וניסה לעשות בו מעשה-סדום. המתלונן התבול נמלט וקפץ מהמרפסת. בשלב זה הועקה המשטרה והמתלונן נלקח לבית-החולים. שווילי נעצר רק למחרת ושען שהוא לא היה באותו לילה בחדרו. לפי פסק-הדין, "גם לאחר צאת המתלונן מבית-החולים לא הדלי המערער להציק לו, ולבקש את קרבתו באמצעים כשרים ובלתי-כשרים". בית-המשפט היה סבור שניסיונות אלה נעשו כדי להניא את המתלונן מלהיעד 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 החשיבות של השופטים. הנדיבות של הנאשם שעזר למתלונן שנפל מהאופניים והצעת האירוח נחשבת כ"מוזמה שפלה", כי מראש ברור שיהחסיס כאלה אינם מתורים. כוונה שהיתה נחשבת "דומנטית" בהקשר הטרוסקסואלי היא בהכרח מוזמה שפלה כאשר מדובר בקשר בין גברים. בית-המשפט מציג את המתלונן, "העלם הצעיר", כבחור תמים שרק הגורל האכזר "אינה לירידי" להיפגש עם הומוסקסואל חורש מוזמות. המתלונן לא היה מודע לכוננות השפלות של הנאשם, שכן מדובר, כנראה, בתופעה כה חריגה ומיוחדת, ואין להתפלא על העלם התמים שלא הבין את המוזמה. כאשר הנאשם משחרר את המתלונן בערבות, המתלונן חש - לראשונה כביכול - שלנאשם יש כוונות לכפות את רצונו בכות, ללא הצלחה, גרו יחד במשך חודשים. בלילה השני ניסה הנאשם לכפות את רצונו בכות, 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 מאלין 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 במוגנת. 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 מזה שהוצגה בפרשנות של השופטים. ייתכן מאוד שמדובר כאן בבני-זוג שחזו יחד.<sup>21</sup> ייתכן שהיחסים ביניהם לא היו אידיאליים

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

בה זה "מחיר" את איברימינו הוא "קורבן" האונס. השיח המשפטי הליביש את הדפוס המיני הסטרייטי, בו אקט החרידה הוא העיקר (MacKinnon, 1987; האופטמן, 1995, 201) על היחסים המיניים בין גברים.

### פרשות כראדי, כן-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 שגרתני בפסקי-הדין של בית-המשפט, והן מכנאות לא רק את ערכי השופט, אלא גם את מה שגראה לו כדעת הציבור הנאור כולו. השופטים נמנעים לרוב מהבעת עמדות בנושאים השנויים במחלוקת, אך מוסיפים לפסקי-הדין ולגזרי-הדין עמדות ערכיות הנחפזות בעיניהם כמוסכמות. בשית המשפטי האמריקאי ניתן למצוא דוגמות רבות לכך, כולל בפסקי-הדין של בית המשפט העליון בפרשת *Bowers v. Hardwick*, בה השופט העליון White כותב כי מדובר "בימשה נחשב כעצם הוכרתו מזוהה עלבון לטבע האדם"; והוא מוסיף שזהו "פשע שראוי אפילו לא להזכירו". בפסקי-הדין של בית-המשפט העליון השראלי יש שתי דוגמות ביחס להומואים. בפרשת נסים כראדי, מ'1956, השופט זלמן שניאור חשין כותב ש"העבירה שבה הורשע המזער - משכב זכור, היא חמורה ביותר". "חמורה היא בייחוד", הוא מוסיף, "כשהיא נעשית כאשר היה כאן... בגופו של קטין". למרות הנחמית 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 פירושו זה, מכיוון שהמחוקק קבע עשר שנות מאסר בניגוד. אבל גם אם זה הדיניול לקביעה של חשין, העובדה שהוא טורח להדגיש שמדובר בעבירה חמורה מעידה כנראה שהוא מודרה עם המחוקק (ולא עם הנחמית היועץ המשפטי, למשל).

גם בפרשת וייס בית המשפט מנגה 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 חמורות לגיבו, אך ההתבטאות של נשיא בית המשפט העליון לשעבר, השופט שמגר, כוללות גינוי לא רק של וייס וחברו, אלא של ההומואים כאשר הם. למעשה, זו הפעם הראשונה שההומואים של הנאשמים גלוייה 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", המזער, הוא מוסיף, "נגז להזמין קטינים לדידתו ולבצע בגופם עבירות מין מסוגים שונים, אשר הן כולן, בישיבים לסטייתו המתוארת". (ע' 379, ההדגשות שלנו - י.י. ד' ס'1.) ברגע ששמגר מדבר על "שניים שהם בעלי סטייה מינית הומוסקסואלית", הוא כבר מוקיע אותם אל מחוץ לגדר, ולא רווקא בשל הניצול המיני של ילדים. הקורא בפסקי-הדין עלול להתישם בגבל שניצול מיני של קטינים הוא חלק מה"סטייה" ההומוסקסואלית. השופט שמגר אף דוחה את טיעונו של הסניגור צבי לידסקי שתמערעורים "נהגו ב[קטינים] בחובה", שמגר מעיד,

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 ובאימים כלפי קטינות. שמגר כותב במפורש:

לא יכול להיות ספק כי שני המזערעים גרמו נזק נפשי חמור לקטינים, אותם סיכמו בסטיותיהם, ואשר בהם מצאו פורקן לנטייתיהם המיניות... לצורך מסקנה בנושא זה מספיקם ההגיון וגמיון החיים של האדם הריגל ואין צורך בתעודות רפואיות כדי להוכיח זאת. [ע' 380, ההדגשה שלנו - י.י. ד' ס'1.]

נראה שלדעת שמגר, קיום יחסי-מין הומואיים עם קטינים חמור יותר מיתחם הטרוסקסואליים עם קטינים. זו דעה הנובעת מהשקפת הומופובית הנפוצה גם בין אנשים הנחשבים בדרך-כלל לליברלים, לפיה משיכה מינית בין גברים אינה נורמלית, וכל מי שנחשף אליה עלול להפגע. דעה זו אף מחזקת את ההשקפה ההומופובית הזאת. לדעתנו, הפגיעה חמורה באותה מידה כאשר קטין או קטינה מנוצלים לטובת מין הטרוסקסואלי גורמל-כביכול. ההחמרה בולטת בהשוואה להתחשבות שגילו שופטים, לפחות בעבר, בגברים שאנסו נשים, כולל במקרים של שימוש באלימות או בניצול ילדות בנות-משפחה. ההחמרה כלפי אנסים סטרייטיים מכנאת את השיח הרואה בהם פרטים "גורמליים" שלא הצליחו להחזיק את הדתף הנורמלי והטבעי. לעומתם, ההומואים מוגדרים מראש כסוטים; גם כשם מקיימים יחסים מתוך הסכמה ואתנה - 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 "גורמליים".

יש לציין שבניגודם 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 מדיע-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 מובחן את התיגו השלילי של ההומואיות. ההגנה של הסניגור לידסקי והכרעת-הדין של השופט שמגר שותפות איופה ביצירת הרשם כי הנאשמים היו הומואים שלא הצליחו לשלוט ביצירתם, ולכן ניצלו קטינים, כאילו כל מי שהוא הומו הוא חסר בינה ושליטה עצמית הנחוצים כדי להימנע מהתנהגות פתולוגית ופילית.

בניגוד להבעת עמדות ערכיות חמורות לשקף את עמדת החברה כולה, יש שופטים הומופובים הערות רדיניות רווקא בנושא שנוי במחלוקת כאשר הם חושבים שהחוק סותר ערכים עליונים בחברה או כדי להצביע על חילוקי הדעות. אין זו פרקטיקה שכיחה של שופטים, אך רווקא בהקשר שלנו יש שתי דוגמות חשובות. הראשונה היא פרי עטו של השופט כהן בפרשת כן-עמי. אף-על-פי שכהן מוצא שמעשה-סדום מנוגד לחוק, הוא כולל בפסקי-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

השופט ברנזון מבקר את כהן על שהביא את "עמדותיו הפטריות" אל תוך פסק-הדין, והוא מוסיף:

אינני מביע דעה בשאלות האחרות הצדדיות, שהכרי הנכבד דן בהם, כגון: ...האם מן הראוי שמה שבני אדם בגדים עושים ביניהם בהסכמה, אף שלא בדרך הטבע, יחשב לעבירה פלילית וכולי. אלו הן שאלות נכבדות שלא נסענו 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, וסוּען 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..." [העלולה אולי לעורר ויכוח ומחלוקת] משקפת את עמדתו, וכנראה גם של השופט מני, כי החוק אינו פוגע באופן משמעותי בכוונות-היסוד של אף אדם ו/או שהנושא אינו חשוב דיו לנקיטת בו עמדה כלשהי העולה להכניס את בית-המשפט ללב הסערה הציבורית.<sup>23</sup>

המקרה השני בו ניצל שופט את מעמדו כדי להביע עמדה כללית מפורשת ביחס לחומאות וולא סתם הבעת עמדה ערכית) הוא משפט וייס, שהוכרנו זה עתה. בניגוד לגינוי הרגשי של השופט שמגר באותו פסק-דין, השופט ברק מספר על ויכוח חריף הנמשך -

בין אלה הגורסים כי מותר לה וראוי לה להכרה לאבוק באמצעות המשפט את השקפותיה המוסריות לבין אלו הגורסים כי המוסר הוא ענינו של היחיד ואין לה להכרה להתערב בדבר... לעניין יחסי מין הומוסקסואליים גורסת ההשקפה הראשונה, כי בחברה שערכי המוסר שלה מתנגדים ליחסים אלה, וזוהתה של החברה לאסור על יחסים אלה ולהעניש עליהם. לעומתם גורסים בעלי ההשקפה המנוגדת כי יחסי המין הומוסקסואליים 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 ברעמי, תמשי-עשרה שנה קודם-לכן, שופט עליון מביע עמדה המבקרת את האיסור על

23 יש להוסיף עוד שהדעתו של כהן אכן עוררה סערה: ז'וטא בננסת וניחונה פעמיים, פעם כשאלילתה של חבר הכנסת בין מפעלי אנדרת-ישראל (29.6.1964), ופעם כהצעה לסדר-היום (14.7.1964). ראו דברי הכנסת מתאריכים אלה.

מעדיים על עושיהם שהם פושעים הראויים לעונש. עבירות אלו הן אשר כאו אלינו בידושה משישות עתיקות ומדורות עברו, ואין מקומן בדני העונשים של מדינה בת זמננו... ה"שב" בתוך שמה אינו זקוק עוד להגנת דיני העונשין. מה שזקוק להגנתם הם כבודו וגופו וחירותו של האדם... מזכויות היסוד של האורח היא שהמדינה לא תתערב בחייו הפרטיים ובהתנהגותו בחרי הדדים, כל עוד אינו פוגע בזכות הוולת שלא כדן. (ע' 238)

לכאורה יש כאן שינוי מהפכני בשית. כהן מצהיר שיחסי-מין אגליים בין גבר לאשה או בין שני גברים אינם כרוכים בקלון, וכי זהו עניין פרטי, שאין למחוקק להתערב בו. ייתכן שכוח בחר במקרה "הטרוסקסואלי" וניצל את ההודמנות לבקר את החוק דווקא כאשר היה מדובר בקשר לא-הומואי, שכן, כפי ש-Wintermute (1995) סוּען, קל יותר לתבוע זכות חדשה - למין אגלי או אורלי במקרה זה - לחבר קבוצת הרוב מאשר לתבוע את העקבה לחבר קבוצת מיעוט - הומואים במקרה שלנו. עצם הניכונות של השופט כהן להעיר מה שהעיר מעידה על האפשרות ששופטים אחרים לא סרתו להביע את דעתם. שופטים המאשמים ביישום חקיקה לא-מוסרית מהגוונים לעיתים קרובות במענה שיריהם 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 המופרכות, 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 הוולת כשהלה מסכים להיפגע. אדם המוחל על כבודו, כבודו מחול; ואדם המוסר גופו לתנאות או להנאת זולתו (ובלבד שלא יסכן את חייו או את חיי הוולת) גופו מחול; אל להם לבתי המשפט לשים עצמם אפטרופסים על העריות.

כלומר, גם הליברלי והנועז שבין השופטים מציג את היחסים האגליים כפגיעה בכבוד; כמשו בעל ערך שלילי. הסתייגותו מחוק אינה מבטאת קבלה של הומואיות כנומלית 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 אגליים בהמשך, "הופך למעשה מסוכן ביותר ונפגע ביותר, משווא 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 שיתמים כאלה הם סוטים ופוגעים בכבוד, או שוויה התבטאות רטורית בלבד, כדי לשכנע את עמיתיו לכס המשפט ואת בית המחוקקים. העובדה היא שבמקסם הכתוב, בשיח הציבורי, הוא כותב על פרקטיקה מינית מסוימת שהיא סטייה; מעשה לא-נורמלי המטיל על כבד על מי שמעורב בו. זה הטקסט שתלמידי משפטים, עיתונאים או סתם אנשים "פשוטים" המעיינים בפסק-דין קוראים. חשוב גם לזכור ששני השופטים האחרים שישבו בדן הסתייגו מהערתו של כהן.

יחסים הומואיים. אין זה משנה שאין הוא אומר במי הוא עצמו מצדו; מספיק שהדעה החדשה נאמרת בפומבי בפסקי-הדין. עצם העמדת העניין כשאלה אם להכריח 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 בן גברים הינם מעטים ביותר, לפחות בפסיקה של בית-המשפט העליון. למעשה יש רק מקרה אחד בתיק בית-המשפט העליון - פרשת וויס - בו יש התייחסות מפורשת להוות 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 ההומואיות. ניתוח אותן התייחסויות מעשיות להומואיות מדגים כיצד השיח הבנה דימוי קשיח מאוד של ההומואים, דימוי שהינו לא-מצויאות בה במידה שהוא המופזי.

מהו אותו דימוי קשיח העולה משיח משפטי זה? אנו רוצים להדגיש בסיכום קצר זה תמישה מאפיינים חשובים של השיח, של מה שנאמר בו ושל מה שלא נאמר בו. ראשית, החוק הכתוב והפסיקה אינם מתייחסים להומואים ואינם כוללים הגדרה של "מינו הומו". כאמור, רק בפסיקה אחת (וייס) מופיע המונח המפורש של "הומוסקסואליות", ואם מתעלמים מפסיקה זו, אפשר לחשוב שאין כלל הדברים 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 והדין בו ובביטולו יצר זיהוי בין פרקטיקה מינית מסיימת 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 ובעלי אינטרסים חברתיים ופסיכולוגיים "נורמליים". במקביל נוצר דימוי "פוריטני" של סטרייטים, כאילו הם אינם מבצעים את האקס הנאלי האסור.

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

הדימוי של יחסים מיניים בין גברים כדבר מסוכן ומעוות המאיים לטרף בסמייתו את החברה "הנורמלית" המוסרית. כך, מבלי להתייחס אפילו לאופי של ההומואים, 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 וויס מתרשם שכל מי שהוא הומו, ולא רק שני הנאשמים שם, הוא עבד ליצרים מיניים בלתי-יניינים לכיבוש. עצם ניסוח החוק, הופעתו כחלק מחוק האוסר אונס, והעונש שנקבע בו - עשר שנות מאסר - מגבירים את התחושה כי מדובר בפשע ובפגיעה בודן בפרטים אחרים ובחברה.

שלישית, העמדות של השופטים, כפי שהן באות לידי ביטוי בפסיקות, מגבירות ומשקתקות את הדימוי המיני-הומוסיה של ההומואים, וזאת מבלי ללקוב אפילו במושג זה. שופטי בית-המשפט העליון בעלי הויקרה החברתית הרבה לא הסתפקו בגינוי עבירות המין והאונס, אלא השתמשו בהודמנויות שנקדו להם להתייחס לנושא ההומואיות כדי להביע ולהפיץ עמדות הומופוביות מובהקות. כך השופט זילברג בפרשת הומואיות כדי כוונות ודון להומו שהומיזן אדם חסר-יבית לביתו ואירח אותו במשך חודשים ארוכים לפני שארעו ההתרחשויות האלימות בגינן הוא נמצא אשם. כך גם השופט חשין, השורה לציין שמעשה-סדום הוא עבירה המורה גם כאשר היא נעשית בהסכמה בין מבוגרים (פרשת נסים כראדי), וכך גם השופט שמגר, המדבר בסלידה על "סטייתו המינית" של הנאשם וויס. בניגוד למקרים אחרים בישראל ומחוצה לה, בהם התערב בית-המשפט כדי להגן על קבוצות מזדקנות 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 ההומואים ולחקיקה מפלה ומדכאת נגדם. התפקיד השלילי של השופטים מודגש דווקא על-ידי המקרה החריג של השופט כהן בפרשת ביי-עמי. העובדה שגם השופט החורג מהקו המקובל וקורא לשינוי החוק האוסר משכב-זכר טורח לציין - מסיבות רטרוריות או מתוך אמונה כנה - שמדובר בתופעה בוזיה ("מחילה על כבוד") מדגישה את גבולות השיח וזאת מה שאפילו השופט כהן אינו יכול או אינו מעז לומר. פסקתו של השופט ברק בפרשת וויס מהווה, מבחינה זו, תחילתו של שינוי. ברק נוהר אומנם מלדמוז שהוא מקבל את ההומואיות כתופעה טבעית ושווה-ערך לדפוס המיניות המקובל, והוא מתייחס אל הנגשא כאילו מדובר בסוגיה משפטית גרידא, אך מאידך גיסא הוא גם אינו משתמש בשפה המניחה מראש את נחיתותה.

רביעית, ברור מניחות החוק ומפורשנותו המשפטית שתקפותו ותחלתו תלויים בתפיסה של "דרך הטבע"; אם התפיסה של "דרך הטבע" משתנה, או 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 לצלל חלל זה כדי לצאת לחוק תוכן על-יפי השקפתם השיפוטית. בניגוד למקרים בהם שופטים מצטדקים על פסקי-דין ביידיתיים מבחינה מוסרית בטענה ש"ידיהם כבולות", במקרה זה השאיר להם הניסוח הלקוני מרחב תמרון. אך רוב השופטים ניצלו מרחב זה כדי לתת משאיר להם דכאנית עוד יותר. במקום לשאול מהו "מין טבעי" ולהיעזר במחקרים היסטוריים, אנתרופולוגיים, פסיכולוגיים וסוציולוגיים המראים כי מגע מיני אורלי נאלי 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

הישראלית המודרנית. העדפה זו בולטת עוד יותר על רקע הבלטת העמדה הנביאית כאילו היא מספקת אסמכתה נוספת לאיסור הפלילי. אם השופטים מצטטים סיפורים מהתנ"ך, הם יכולים לצטט גם את השיח של מדעי הנבירה. העובדה שהם כחרו לצטט מהתנ"ך מעידה על העדפות תרבותיות לא-משפטיות של השופטים, העדפות המציבות את ההומואיזם במעמד נחות. ייתכן שהשופטים הוגבלו על-ידי המקובלות הפורמליסטיות לגבי תפקיד השופטים, שהשתנו רק כעשור 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 המשתתף עמדות הומופוביות שתרמו לדיכוי של הומואים ולסביבות בחברה הישראלית.

המישית, השיח המשפטי של הומואיות מלביש את דפוס היחסים הסטרייטי על היחסים ההומואיים. מכיוון שבמגע מיני הטרוסקסואלי אקט החזירה נתפס כתכלית המגע, כל מה שפסטיב נתפס כ"משחק מוקדם", שנועד לעורר מיניות את המשתתפים לקראת אקט זה, ואם האקט אינו מתרחש, או אין מדובר במגע מיני של ממש. השיח המשפטי תופס את המגע ההומואי בצורה דומה, כאילו אין מגע מיני ממשי בלי חזירה אנלית. כמו שהמשפט תופס כל הטרוסקסואל כבעל אינטרס מיני במגע מיני הכולל חזירה וגילית, המשפט והשיח תופסים את כל ההומואים כבעלי אינטרס מקביל לבצע מגע מיני הכולל חזירה אנלית. אנו רואים זאת גם בהפרדה בין מי ששוכב "שלא כדרך הטבע" לבין מי שמרשה שישבבו עימו "שלא כדרך הטבע". הנבחה היא שהיית להיות צד אחד פעיל וצד נוסף סביל, כמו ביחסים הטרוסקסואליים, או-על-פי שבמגע מיני הומואי אי-אפשר להבחין פעמים הרבה בין "פעיל" ל"סביל", או שהתפקידים מתחלפים. השימוש בדימוי הסטרייטי מקשה על הכנת ההתרחשויות שמדובר עליון בתיעוד המשטרתי והמשפטי של המקרים. כך, לא ברור לנו, למשל, למה התכוון שווילי כאשר איים לבצע מעשה-סדום בקובני. המשפט אינו מסוגל להתמודד עם מצב שאינו מוכר למוחקק ההטרוסקסואל. גם אם בין המתקיים וההומואים המשפטיים המסיעים לחקיקה אנשים המודעים יותר לאורח-החיים ההומואי, המצב כפי שהיה עד לאחריה לא איפשר להם לגלות את "מומחיותם" מחמת החשש שהם ייחשפו או ייחשדו כהומואים.

תופעה נוספת הנחשפת בביתות השיח המשפטי קשורה לשתוקה וליציגעות" סביב כל הכרוך בנושאים מיניים בכלל, והומואיות בפרט. יש לכך שלוש דוגמות במחקר שלנו. ראשית, השיח עוזר למסד את ההתעלמות ממשכיותה של מגע מיני "לא-טבעי" בין גברים לנשים. אומנם, הגיעו לבית-המשפט מקרים של גברים שקיימו מעשה-סדום בכוח, אבל בשח הציבורי השתרשה האמונה שפרקטיקה של יחסים אנליים היא פרקטיקה הומואית. העובדה שגם כמה סטרייטים ביצעו אותה הורשעו בגינה רק תרמה לדימוי סטייתי של סטרייטים אלה. דוגמה נוספת לחוסר התמצאות של בית המשפט היא הצורה בה השופט זילברג מציייר את מערכת היחסים בין שווילי לבין "עלם החמורות" 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 הדיע שלהם כדי לא לחשוף את הידיעה של צדדים "לא-מכובדים" של החיים. מהתמונה שהשופטים מצייירים נראה כאילו המתלונן לא היה יכול בכלל לחשוב שלנאשם יש כוונות רומנטיות או מיניות ("שפלות" בלשון בית-

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 המתלונן. שנית, בעוד שהומואים מופיעים "בתפקיד חדי-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"החזרת איבר המין של הזכר לכל נקב מנקבי הגוף, חוץ מן המקום הטבעי", ולמרות זאת קבע "כי העבירה חתמן גם בין אשה לאשה". החוק אינו מתייחס למין בין נשים וראו 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 חוץ התייחסות למגע מיני אנלי. מצד אחר, התעלמות מוחלטת מהוזה קושי בפני עצמו לגבי נשים המתלבשות בעניין זחוקן המינית ואינן מוצאות בשיח הציבורי התייחסויות ולו גם שליליות - לקיומן של נשים הנמשכות מינית ו/או רומנטית לנשים.

למרות הפעלתו. בשל הוראת הדין המשפט, התקבעה האמונה שהחוק אינו מופעל, ולכן הומואים אינם נדרפים על-ידי רשויות החוק. כפי שראינו, החוק אכן הופעל, אומנם אולי רק במקרים שעירבו שימוש בכוח או ניצול של קטינים, אבל ההפליה של הומואים והתייג שהוטבע בהם יצרו מצב בו הם היו חשופים יותר לשימוש בחוק כדי להרשיעם גם כאשר לא השתמשו באלמות ולא ניצלו קטינים. רבים מהמומחים המשפטיים שיבחו את המצב בישראל וטענו שהוא טוב יותר מאשר בארצות דמוקרטיות אחרות, בהן יש עדיין, או היה עד לאחריה, איסור פלילי על קיום יחסים מיניים בין גברים, כולל תשע-עשרה מדינות בארצות-הברית. בהן חוק מעין זה שרד וקיים עדיין. תשבתה עצמית זו, שבאה כמובן בעקב מפני זכרים הטרוסקסואליים, מעידה על ההתעלמות של הזכרים מן ההשלכות של החוק והשימוש האפשרי בו. היא גם מעלימה כמובן את ההשלכות של החוק על היכולת של הומואים להתארגן ולפעול לשיפור מצבם. החוק שימר את הגדרתם כסטים וכעבריינים אף-על-פי שלא נקטמו נגדם צעדים משפטיים. דוגמה למכשול שהאיסור "הבלתי-מופעל" הציב לפני פעולה קולקטיבית למען הומואים ולסביות היא השם שהומואים כחרו 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 הנאווה בליברליות של החוק הישראלי מופרת ביותר גם מכיוון שחוקים האוסרים יחסים בין בני אותו מין אינם נאכפים כמעט באף מדינה על אנשים העושים זאת בנטיה, כולל מדינות "חשובות" רבות. מבצעים נרחבים לחשיפת הומואים הבאתם לדיון קרו רק בתקופות קצרות במדינות מסוימות. בדרך-כלל נוה לשלטון לשמור על האיסור גם אם לא נעשה הרבה לכפיינו כאמצעי לפיקוח חברתי ו"סחסיטי" נגד הומואים העלולים להצטרף לפעילות אנטי-משלתית או להשדירים בעבירות פליליות.



## אפילוג: שינוי מחתרתי בחקיקה מחולל שינוי כשיח הציבורי

המשפט הישראלי לא אסר מעולם גילויי הומואזיות שאינם כרוכים ביחסים אגליים, אבל השיח הציבורי והמשפטי תפס אותו כחוק האוסר הומואזיות בכלל. ביטול האיסור על קיום יחסי-זוגי "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 ממש 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 אינדיבידואליים ואידיאולוגיה של כלכלת-ישוק וחופש הפרט, והיכרות עם אמנים הומואים ולסביות בתחומים שונים. בשל כך קשה לבודד את השפעת השינוי החוקי, אך אין ספק שביטולו הקל על לסביות והומואים לפעול בצורה גלויה וישירה לשיפור מצבם האזרחי. בתוך חודשים ספורים לאחר ביטול האיסור הפלילי, התארגנה באגרות ההומואים, הלסביות והביסקסואלים בישראל קבוצה שנקראה "עצמה", שראתה עצמה כורע הפוליטית של האגודה. קבוצת "עצמה" ניסתה מגיפסט שאפתני לשיפור מצבם של הלסביות והומואים בתחומי תעסוקה, משפחה, יחסים עם השלטונות ועוד, ופעילותה הביאה, בין השאר, לידי תיקון חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, ב-1991, כך שהוא יאסר 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 תדריך ליועצים חינוכיים המסביר את הידוע על נטיות מיניות חד-מיניות כלי תינוג 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 הגרדי אותה כעבירה, נתפסו כל ההומואים כעבריינים-בכוח. ביטול החוק יצר שיח חדש. אם עד אז נתפסו ההומואים והגודרו כמקיימים פרקטיקה מינית אסורה הנמנים בחסד מהחלטה מינולית לא לרדפם, הרי שפאו ביטול החוק, ההומואים נתפסים כקבוצה נבדלת הנאבקת על זכויותיה ועל היחס כלפיה. מבני-עירוב של המשפט, נהפכו ההומואים לקבוצה-לחץ המנסה לעצב את המשפט. ההומואים אינם מגיעים רק כנאשמים במשפטים פליליים, אלא גם כתובעים העומדים על זכויותיהם. שיח זה יכול לכלול מענות 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 מהוזה שינוי משמעותי. השופט העליון יעקב קרמי, למשל, ברעת מיעוט בפרשת דנילוביץ, מתפלסף על ההבדל בין "צמד" לבין "זוגי". לדעתו, שני גברים החיים יחד, או שתי נשים, מהווים צמד, ולא זוגי, ולכן אינם נכאים להטבות סוציאליות שהמעביד נוהן לזווגות. זו עמדה מקוממת מאוד, אבל עצם הדיון שלו והזיכוח 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

גם בפרשת אמסלם, בה הוגשה תביעת-דיבה על רקע השימוש במלה "הומו" כבלבון, אף-על-פי שהשופט דותן קיבלה את השימוש במלה כבלבון, היא עשתה זאת תוך כדי הדגשה שיבחברה סובלנית ופחותה יש להתייחס לנטייתו המינית של אדם כשם שמתניחים לבצע שערור. פעילים הומואים ולסביות לא אהבו את ההכרעה של השופט דותן, אך לדעתנו, עצם המאמץ של השופטים לא להתפרש כשוללים את ההומואיות הוא הישג עצום של הקהילה ההומוסבסלית. אין לצפות שצמדות השופטים שתנו כה מהר (ראו הראל, 1988, המתניחם לרטרקיה של בית-המשפט העליון בפרשת "קלפס 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 בפסקי-דין, דנילוביץ, שינו את חוקי המשחק. שינויים אלה לא אפשרו גם לשופטים הומופוביים להתבטא בחוקשיות על "הסטייה" של ההומואים, ויזיבו 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 נוהן חוקי ומחוק דימויים מסוימים של הומואים - שליליים עד 1988, ניטרליים לאחר-מכן.

### פסקי-דין שהוזכרו

- ע"פ 128/52 אליעזר שויילי נ' היועץ המשפטי, פסקי-דין ה' תשי"ג/תשי"ד - 1953, 446-438, ניתן 10.4.1953.
- ע"פ 229/53 אליהו רתבה נ' היועץ המשפטי, פסקי-דין ח, תשי"ד/תשט"ו - 1954, 280-276, ניתן 4.3.1954.
- ע"פ מס' 94/56 נסים כרארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקי-דין י, תשפ"ז/תשי"ז - 1956-1193, ניתן 3.7.1956.
- ע"פ 224/63 יוסף בר-עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקי-דין יח(3), תשכ"ד/תשכ"ה - 1964-225, ניתן 22.6.1964.
- ע"פ 416/71 סמיר עורח, אברדים רשידי ועלי נהלאוי נ' מ"י, פסקי-דין כו(1), תשל"ב/תשל"ג - 1972-775, ניתן 17.5.1972.
- ע"פ 308/79 גיורג גיורג וייס ואבנר קווחי נ' מ"י, פסקי-דין לד(2) 331-378, ניתן 30.12.1979.
- ע"פ 261/83 לוי נ' מ"י, לוי נ' מ"י, פסקי-דין לה(1), תשמ"ד/תשמ"ה - 1984, 580-570, ניתן 19.2.1984.
- בג"צ 721/94 אל על נחזבי אויר לישראל נ' יונתן דנילוביץ, פסקי-דין מח(6) 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 (קלפס פתוחים).

- 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.
- Goldberg, J. (1994b). "Introduction". In Jonathan Goldberg (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.

## מקורות

- האגודה לשמירת זכויות הפרט (1983). על ההומוסקסואלים בישראל: רקע ועובדות. תל-אביב: האגודה לשמירת זכויות הפרט.
- ביאריק, ד' (1995). "דברים חברים – האם יש יהודים בתולדות המנייה?" זמנים, 52, 66–50.
- ברכה, ב' (1980). "השבע אינו וקן למוחוק". הארץ, 6.8.80.
- גביון, ר' (1991). שיקול דעת מנהלי באכיפת החוק. ירושלים: המכון המחקרי למשפט השוואתי ע"ש הר"י זמיר, סאק, הפקולטה למשפט, האוניברסיטה העברית.
- האופשמן, צ' (1995). "אונס – יסוד ההסכמה דיני הראיות". אצל פרנסיס רדא, כרמל שלז ומיכל ליבנקובי (עורכות), מעמד האשה בחברה ובמשפט (ע' 189–234). תל-אביב: שוקן.
- הסל, ג' (1996). "בין נותן למשכב בהמות פשוט ככה". העיר, 18.10.1996.
- הראל, א' (1998). "בתי-המשפט והומוסקסואליות – כבוד או סובלנות?" משפט וממשל, 792–785 (27).
- יונאי, י' (1998). "הדין בדבר נטייה הומוסקסואלית – בין הסטוריה לסוציולוגיה". משפט וממשל, 792–785 (27).
- כחן, ח' (1989). שיחות עם מיכאל ששור. ירושלים: כתר.
- מרמור, א' (1997). "ביקורת שופטית בישראל". משפט וממשל, 133 (1), 160–160.
- סטרשנברג, א' (1994). "עבירות מין – הודו החוק והפסיקה". המשפט, כרך ב' עילם, א' (ללא שנת). "היבטים של אי הסכמה בלשון החוק". מאמר משוכפל.
- פוק, מ' (1996). תולדות המנייה I (תרגום: גבריאל אש). תל אביב: "הצרפתים"/ הוצאת הקיבוץ המאוחד.
- רובינשטיין, א' (תשל"ט). אכיפת מוסר בחברה מתרנית. 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 סרס", 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

- 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, 1431–1516.
- Halley, J.E. (1994). "Bowers v. Hardwick in the Renaissance". 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). "Problematising 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.