



חירות, שוויון ונישואין חד-מיניים

יובל מריין*

א. ציון דרך היסטורי במאבק על הגדרת הנישואין. ב. שוויון בנישואין:
מ-Loving עד Windsor ו-Perry. ג. תבוסת "התפיסה המסורתית"
של מוסד הנישואין ד. מבט לעתיד.

"This was discrimination enshrined in law. It treated loving, committed gay and lesbian couples as a separate and lesser class of people. The Supreme Court has righted that wrong, and our country is better off for it".

President Barack Obama**

א. ציון דרך היסטורי במאבק על הגדרת הנישואין

זה כשלושה עשורים ניטש בארצות-הברית (ובמדינות רבות נוספות) ויכוח נוקב בסוגיית הנהגתם של נישואין חד-מיניים. שני פסקי הדין של בית המשפט העליון של ארצות-הברית מיום 26 ביוני 2013 מהווים, בעקיפין, הכרעה חד-משמעית לטובת העמדה התומכת בפתיחת מוסד הנישואין לפני זוגות בני אותו המין, ונראה כי יש בהם כדי לסתום את הגולל על טיעוני הנגד, המשפטיים והחברתיים כאחד.

פסקי הדין החדשים נוגעים לשני היבטים מרכזיים (ומשלימים) של הזכות לנישואין במשפט האמריקני – המישור הפדרלי והמישור המדינתי. פסק הדין הראשון, *United States v. Windsor*¹, עוסק בשאלת ההכרה הפדרלית בנישואין חד-מיניים הנערכים באחת ממדינות ארצות-הברית המתירות אותם. פסק הדין השני, *Hollingsworth v. Perry*², נוגע לפתיחתו המחודשת של מוסד הנישואין לזוגות בני אותו המין במדינת קליפורניה.

* מרצה בכיר וחבר סגל ההוראה הקבוע, בית הספר למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למינהל.

** Megan Slack, *Supreme Court Strikes Down the Defense of Marriage Act*, THE WHITE HOUSE (June 26, 2013, 2:30 PM), <http://www.whitehouse.gov/blog/2013/06/26/supreme-court-strikes-down-defense-marriage-act>

¹ *United States v. Windsor*, No. 12-63, 2013 U.S. LEXIS 4921 (June 26, 2013)

² *Hollingsworth v. Perry*, No. 12-144, 2013 U.S. LEXIS 4919 (June 26, 2013)



בפסק הדין המשמעותי מבין השניים, פסק הדין בעניין Windsor, פסל בית המשפט העליון את הסעיף המרכזי בחוק "ההגנה על הנישואין" (The Defense of Marriage Act) משנת 1996 (להלן "DOMA"), שהגדיר את המונח "נישואין", לצורך כלל החקיקה הפדרלית (למעלה מ-1100 חוקים ותקנות המשליכים על זכויותיהם של זוגות נשואים), כמוגבל לאיחוד בין גבר לאישה, ואת המונח "בן זוג" ככולל אך ורק אדם בן המין השני שהוא בעל או אישה.³ מטרתו של DOMA, שנחקק על רקע החשש פן אחת או יותר ממדינות ארצות הברית תכרנה בנישואין חד-מיניים, הייתה לשלול מזוגות חד-מיניים את כלל הזכויות וההטבות הנובעות מנישואין במישור הפדרלי.⁴ הואיל ובשעה שDOMA נחקק לא הוכרו נישואין חד-מיניים באף אחת ממדינות ארצות-הברית (ואף לא ביתר מדינות העולם),⁵ השלכותיו המעשיות של החוק ניכרו רק החל משנת 2003, כאשר מדינת מסצ'וסטס הייתה למדינה הראשונה בארצות-הברית שפתחה את מוסד הנישואין לפני זוגות בני אותו המין. בעקבותיה הונהגו רפורמות דומות בשורה של מדינות נוספות בארצות-הברית, וכעת, כתוצאה מהכרעת בית המשפט בעניין Perry, שהביאה להכרה מחודשת בנישואין חד-מיניים בקליפורניה, עומד מספר המדינות בארצות-הברית המנהיגות שוויון בנישואין על

⁶.13

המקרה של אדית ווינדזור ובת זוגה, תיאה ספייר, משמש דוגמה מובהקת להשלכותיו הקשות והפוגעניות של DOMA על זוגות נשואים בני אותו המין. בנות הזוג, תושבות ניו-יורק, נישאו זו לזו בקנדה בשנת 2007 (טרם פתיחת מוסד הנישואין עבור זוגות חד-מיניים במדינת ניו-יורק עצמה),⁷ לאחר למעלה מ-40 שנות זוגיות. מדינת ניו-יורק אמנם הכירה בנישואיהן הקנדיים של בנות הזוג,⁸ אולם לאחר פטירתה של ספייר, שהותירה לווינדזור את כל רכושה, סירבו רשויות המס הפדרליות להעניק לווינדזור את הפטור ממס עיזבון המוענק לזוגות נשואים ווינדזור נאלצה לשלם מסים בסכום של \$363,000. משבקשתה להחזר נדחתה נוכח הסעיף ההגדרתי של DOMA, הגישה ווינדזור תביעה התוקפת את חוקתיות הסעיף כנוגד את עקרון השוויון הנגזר מהתיקון החמישי לחוקה. טענתה של ווינדזור תאמה את עמדת ממשל אובמה, שגרס כי DOMA אינו חוקתי, ואף סירב להגן על

3 1 U.S.C. §7
 4 ראו YUVAL MERIN, EQUALITY FOR SAME-SEX COUPLES: THE LEGAL RECOGNITION OF GAY AND
 PARTNERSHIPS IN EUROPE AND THE UNITED STATES 228-236 (2002).
 5 המדינה הראשונה שפתחה את מוסד הנישואין לפני זוגות חד-מיניים הייתה הולנד (בשנת 2001). עד כה הצטרפו אליה 15 מדינות
 נוספות: בלגיה, ספרד, קנדה, דרום-אפריקה, נורבגיה, שוודיה, איסלנד, דנמרק, פורטוגל, ארגנטינה, אורוגוואי, צרפת, אנגליה,
 ברזיל וניו-זילנד. נישואין חד-מיניים מוכרים גם במחוזות מסוימים במקסיקו. ראו www.marriageequality.org.
 6 מסצ'וסטס, קונטיקט, איווה, ורמונט, ניו-המפשייר, ניו-יורק, מין, מרילנד, וושינגטון, רוד איילנד, דלוור, מינסוטה, קליפורניה
 והבירה וושינגטון DC. ראו www.lambdalegal.org.
 7 עד שנת 2011 היו מנועים זוגות חד-מיניים מלהינשא במדינת ניו-יורק. ביוני 2011 התקבל "החוק לשוויון בנישואין" שפתח את
 המוסד בפני זוגות בני אותו המין. ראו Marriage Equality Act, 2011 N.Y. Laws 749 (McKinney).
 8 עניין Windsor, לעיל ה"ש 1. כן ראו Martinez v. County of Monroe, 850 N.Y.S.2d 740, 742 (N.Y. App. Div. 4th Dept. 2008). הלכה זו שימשה תקדים להכרה בנישואין חד-מיניים שנערכו מחוץ לניו-יורק והוחלה בשורה ארוכה של
 מקרים דומים. ראו: יובל מרין "הכרה בנישואיהם של מנועי החיתון מחוץ לישראל – מבט מחודש על כללי בררת הדין ושיקולי
 תקנת הציבור" הפרקליט נא 513, 582 (2012).



החוק בבתי המשפט.⁹ הערכאות הנמוכות קיבלו את תביעתה של ווינדזור וציוו על רשויות המס להשיב לה את הסכום ששילמה. המדינה מצדה סירבה לבצע את פסק הדין ותחת זאת בחרה להגיש בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון בתקווה שיפסול את החוק באופן גורף וסופי – תקווה שבסופו של דבר אכן התגשמה. פסק הדין מעניק אפוא לראשונה מעמד שווה לחלוטין לזוגות חד-מיניים שנישאו באחת המדינות המתירות זאת.

פסק הדין השני, בעניין Perry, הוא פסק דין טכני, שאינו עוסק בסוגיית השוויון בנישואין כשלעצמה, אלא בשאלת זכות העמידה של קבוצת אזרחים מקליפורניה המתנגדים להנהגת נישואין חד-מיניים במדינה זו. הסוגיה הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון לאחר שבמסגרת משאל עם שנערך בקליפורניה בשנת 2008, תמכו מרבית הבוחרים ביזמת חקיקה ("Proposition 8". להלן "הצעה 8") שנועדה לבטל החלטה של בית המשפט העליון של קליפורניה שהתקבלה מוקדם יותר באותה שנה, אשר חייבה את המדינה לפתוח את מוסד הנישואין בפני זוגות חד-מיניים.¹⁰ עקב אישור יזמת החקיקה הוספה לחוקת המדינה הוראה הקובעת כי "רק נישואין בין גבר לאישה תקפים ומוכרים בקליפורניה".¹¹ לאחר קבלת התיקון פנו שני זוגות בני אותו המין לבית המשפט הפדרלי בטענה ש"הצעה 8" נוגדת את עקרון השוויון המעוגן בתיקון ה-14 לחוקה האמריקנית. בדומה להליכים שהתנהלו בעניין DOMA, סירב הממשל של קליפורניה להגן על התיקון, אף שהמשיך לאכוף את האיסור על עריכת נישואין חד-מיניים. עקב סירוב זה, התיר בית המשפט הפדרלי לתומכי "הצעה 8", קבוצה של אזרחים פרטיים, להתייצב בפניו על מנת להגן על חוקתיות התיקון, אולם בסופו של דבר פסק כי "הצעה 8" מנוגדת לחוקה.¹² משהגישו תומכי ההצעה ערעור על פסק הדין, ביקש בית המשפט הפדרלי לערעורים את חוות דעתו של בית המשפט העליון של קליפורניה בשאלת זכות העמידה. האחרון השיב כי לפי חוקי קליפורניה רשאים תומכי הפרטיים של יזמת חקיקה שאושרה על ידי הבוחרים להגן על החוק בבתי המשפט ולערער על פסק דין שפוסל חקיקה שכזו כאשר נציגי הרשמיים של המדינה מסרבים לעשות כן. בהסתמך על חוות הדעת, העניק בית המשפט לתומכים זכות עמידה, אולם דחה את הערעור לגופו ואישר את הכרעתה של הערכאה הנמוכה.¹³ עם הגשת בקשת רשות הערעור לבית המשפט העליון של ארצות-הברית, התעוררה פעם נוספת שאלת זכות העמידה. בית המשפט העליון קבע, בניגוד לעמדת בית המשפט הפדרלי לערעורים, כי תומכי ההצעה נעדרים זכות עמידה בבתי המשפט הפדרליים, להבדיל

⁹ עניין Windsor, לעיל ה"ש 1. על אף עמדתו ש-DOMA אינו חוקתי, החליט משרד המשפטים האמריקני להמשיך לאכוף את הוראותיו עד להכרעה שיפוטית סופית בעניין זה. נוכח עמדת משרד המשפטים, לקחה על עצמה קבוצת ייעוץ משפטית של הקונגרס, בהנהגת הרפובליקאים, להגן על החוק בבתי המשפט.

¹⁰ .Marriage Cases, 43 Cal. 4th 757, 76 Cal. Rptr. 3d 683, 183 P. 3d 384

¹¹ .Cal. Const., art. I, §7.5

¹² .Perry v. Schwarzenegger, 704 F. Supp. 2d 921 (ND Cal. 2010)

¹³ .Perry v. Brown, 671 F. 3d 1052 (2012)



מבתי המשפט של קליפורניה עצמה,¹⁴ ולפיכך נמנע מלפסוק לגופו של עניין בשאלת חוקתיות "הצעה 8".¹⁵ ההחלטה שלא לפסוק בסוגיה לגופה הותירה על כנו את פסק הדין של הערכאה הפדרלית הנמוכה, שפסלה את "הצעה 8" וקבעה כי קליפורניה רשאית לחזור ולפתוח את מוסד הנישואין לפני זוגות בני אותו המין. ואכן, ימים ספורים לאחר שניתן פסק הדין בעניין Perry, חזרה קליפורניה להנהיג נישואין חד-מיניים.¹⁶

שני פסקי הדין, שניתנו עשור אחד בלבד לאחר שבית המשפט העליון של ארצות-הברית, בעניין Lawrence v. Texas,¹⁷ פסל את החוקים הפליליים שאסרו על "מעשה סדום" בין בגירים בהסכמה (שעדיין היו בתוקף באותה עת ב-13 מדינות בארצות-הברית) הם בגדר הישג יוצא דופן עבור הקהילה ההומו-לסבית בארצות-הברית בפרט ובתחום זכויות האדם בכלל. פסקי הדין מסמלים את שיאו של המאבק על הגדרתו של מוסד הנישואין, וכפי שיבואר בהמשך הדברים, נראה כי יש בהם כדי לסלול את הדרך להנהגת שוויון בנישואין בכל מדינות ארצות-הברית.

ב. שוויון בנישואין: מ-Loving עד Windsor ו-Perry

בחינת פסקי הדין הנדונים בפרספקטיבה רחבה יותר מעלה כי המאבק הנוכחי להכרה בנישואין חד-מיניים הוא חלק מתנועה כללית ומתמשכת ומהווה חוליה בשרשרת ארוכה של תהליכים חברתיים ומשפטיים, שראשיתם בשנות

¹⁴ על מנת לבסס זכות עמידה במישור הפדרלי, על התובע להראות כי ההחלטה שאותה הוא מבקש לתקוף פגעה בו בפועל, ובאופן אישי, קונקרטי ומוחשי. שופטי הרוב בבית המשפט העליון גרסו כי תנאי זה אינו מתקיים לגבי תומכי "הצעה 8", בהיותם אזרחים פרטיים בעלי אינטרס כללי ועקיף בלבד, ופסקו כי רק סוכניה הרשמיים של המדינה רשאים לטעון בשמה בסוגיה שכזו בפני בתי המשפט הפדרליים. שופטי המיעוט, לעומת זאת, גרסו כי לתומכים יש זכות עמידה שכן, לתפיסתם, הכרעת בית המשפט העליון של קליפורניה בסוגיה זו מחייבת גם בבתי המשפט הפדרליים, ובכלל זה בבית המשפט העליון.

¹⁵ מעניין לציין כי בעניין Perry, לעיל ה"ש 2, להבדיל מעניין Windsor, לעיל ה"ש 1, התפלגות השופטים לעמדת הרוב ועמדת המיעוט לא חפפה את החלוקה בין הליברלים לשמרנים. יש הגורסים כי שלושת השופטים הליברליים שנמנים על עמדת הרוב (גינסבורג, ברייר וקגאן) העדיפו לתמוך בהנמקה טכנית ופורמליסטית, שמובילה לתוצאה הרצויה של הכרה בנישואין בקליפורניה, ולא לנקוט עמדה מפורשת בסוגיה הנתונה במחלוקת חברתית עמוקה. ראו: Prof. Arthur Leonard, *Supreme Court Strikes Section 3 of DOMA, Dismisses Proposition 8 Appeal*, ARTLEONARDOBSERVATIONS.COM (June 28, 2013), <http://www.artleonardobservations.com/supreme-court-strikes-section-3-of-doma-dismisses-proposition-8-appeal/>

¹⁶ ביום 28.6.2013, עקב פסק הדין בעניין Windsor, ביטל בית המשפט לערעורים את צו המניעה שהטיל על יישום החלטתה של הערכאה הנמוכה ובכך הסיר את האיסור על עריכת נישואין חד-מיניים. מיד לאחר מכן החלה המדינה לקיים (שוב) חתונות חד-מיניות. הראשונים שנישאו היו שני הזוגות שהגישו את העתירה לביטול "הצעה 8". ראו: Jennifer Medina, *Gay Couples Who Sued in California Are Married*, N.Y. TIMES (June 28, 2013), http://www.nytimes.com/2013/06/29/us/couples-in-california-marriage-case-lose-no-time.html?_r=0

¹⁷ Lawrence v. Texas, 539 U. S. 558 (2003).



השישים של המאה העשרים, ושמגמתם לצמצם את המכשולים והדרישות הרשמיות הנוגעים לנישואין, להקל את הכניסה למוסד זה (כמו גם היציאה ממנו) ולפתוח אותו בפני קבוצות שהודרו ממנו בעבר.¹⁸

ההישגים הנוכחיים של הקהילה ההומו-לסבית באו לעולם על רקע מאבקהן והישגיהן הקודמים של תנועות שחרור דומות בארצות-הברית, ובעיקרן – התנועה למאבק בגזענות והתנועה הפמיניסטית. תנועות ההומואים והלסביות לשוויון זכויות קמה לאחר הצלחותיהן של תנועות אלה ובעקבותיהן. בטרם זכו התנועות האמורות להישגים משפטיים, הודרו מיעוטים גזעיים ונשים בארצות-הברית מהשתתפות בנישואין על בסיס שוויוני. על אף קיומם של הבדלים בין בסיסי ההפליה השונים ועל אף הרקע ההיסטורי השונה, ניתן להצביע על אנלוגיה בין מאבקהן של שלוש הקבוצות – מיעוטים גזעיים, נשים והומואים ולסביות – להשגת שוויון זכויות בכלל, ושוויון זכויות במסגרת הנישואין בפרט.¹⁹ התנועה לזכויות האזרח והתנועה לשחרור האישה הן שסללו את הדרך לאפשרות של פתיחת מוסד הנישואין גם בפני זוגות חד-מיניים: "מרגע שתאוריית העליונות של הגזע הלבן קרסה, שוב לא היה אפשר לאסור על נישואין בין גזעיים. באותה מידה, מרגע שהתפוררה התיאוריה של עליונות גברית ונחיתות נשית – התורה הגורסת שעל הגבר לשלוט ועל האישה לשרת – נשמת הבסיס לאיסור על נישואין בין שתי נשים או שני גברים".²⁰

ההכרה של המשפט האמריקני בחופש להינשא כזכות יסוד חוקתית קיבלה ביטוי לראשונה בשנת 1967, בעניין *Loving v. Virginia*.²¹ הפרשה עסקה בעתירתם של בני זוג – אישה שחורה וגבר לבן – כנגד החוק הפלילי של מדינת וירג'יניה שאסר על נישואין בין גזעיים. בדומה לטיעוניהם הנוכחיים של המתנגדים לנישואין חד-מיניים, טענו בזמנו המתנגדים ל"נישואי תערובת" כי יחסי מין בין הגזעים הם "בהמיים ומבישים", כי נישואין שכאלה מנוגדים למשפט הטבע וכי התרתם תוביל להרס מוסד הנישואין ותאיים על שלומם של הילדים, המשפחה והחברה בכללותה.²² בית המשפט בעניין *Loving* דחה טיעונים אלה מכול וכול ופסל באופן גורף את החוקים האוסרים על נישואין בין גזעיים (*Anti-Miscegenation Laws*), בקבעו שדרישת צבע עור כתנאי לנישואין נוגדת את החוקה ובצינו כי "החופש להינשא נחשב זה מכבר לאחת מזכויות הפרט העיקריות החיוניות לפעולתם המסודרת של בני חורין השואפים לאושר".²³

18 יובל מרין "על התמורות בקשר בין אהבה לנישואין – השלכות משפטיות ומגדריות" **משפטים על אהבה** 227, 254–255 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005) (להלן: מרין "על התמורות בקשר בין אהבה לנישואין").

19 ראו DAVID A.J. RICHARDS, *WOMEN, GAYS, AND THE CONSTITUTION: THE GROUNDS FOR FEMINISM AND GAY RIGHTS IN CULTURE AND LAW*, 6–38 (1998).

20 E. J. GRAFF, *WHAT IS MARRIAGE FOR?* 223 (1999).

21 388 U.S. 1 (1967).

22 ראו מרין "על התמורות בקשר בין אהבה לנישואין", לעיל ה"ש 18, בעמ' 267–268.

23 *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967).



בית המשפט בעניין Loving מצא כי הרציונל היחיד העומד בבסיס חקיקה זו הוא השקפת עולם גזענית שנועדה לשמר את האידאולוגיה של עליונות הגזע הלבן. ההדרה הנוכחית של הומואים ולסביות ממוסד הנישואין במרבית מדינות ארצות-הברית, כמו גם שלילת ההטבות הפדרליות מזוגות בני אותו המין שנישאו באחת המדינות המתירות זאת (טרם עניין Windsor), מבוססות על טעמים אנלוגיים של הפליה (נטייה מינית, מין ומגדר) ועל אידאולוגיה דומה: הומופוביה, סקסיזם ו"הטרסקסואליות כפויה", קרי: שימור עליונותה של ההטרסקסואליות כנורמת ההתנהגות המחייבת והבלעדית. הן DOMA והן "הצעה 8" נשענים אפוא על תפיסת עולם הומופובית ושמרנית ועל הרצון לשעתק את החלוקה הדיכוטומית המסורתית לתפקידי מגדר ובתוך כך לשמר את מאפייניו הפטריארכליים וההטרסקסיסטיים של מוסד הנישואין.

נראה כי תובנה זו עמדה בבסיס דעת הרוב בעניין Windsor, שנכתבה על ידי השופט קנדי, שאליו הצטרפו ארבעת שופטי "המחנה הליברלי": גינסבורג, ברייר, סוטומאייר, וקגאן. בפסק דין עקרוני, גורף ומעורר השראה הדגיש השופט קנדי, לאחר שקבע כי לארצות-הברית זכות עמידה לתקוף את החוק,²⁴ כי DOMA מושתת על עוינות צרופה כלפי חברי הקהילה ההומו-לסבית ונועד להוקיעם מבחינה מוסרית, וכי הדרתם ממוסד הנישואין (במישור הפדרלי) פוגעת בזכותם לחירות ולשוויון ומשדרת להם ולילדיהם מסר משפיל של נחיתות. לגישתו, סטטוס הנישואין שהוקנה לזוגות החד-מיניים בחוקי מדינת ניו-יורק מבטא הכרה משפטית מקיפה ונרחבת במערכת יחסים אינטימית בין שני בני אדם – מערכת יחסים הראויה לכבוד, להגנה ולשוויון כמו כל יתר קשרי הנישואין. הממשל הפדרלי, לעומת זאת, עושה שימוש בסיווג הקבוצתי שהגדירה המדינה למטרה הפוכה – על מנת לפגוע, לבזות, להשפיל ולגנות את חברי הקבוצה שעליה ביקשה ניו-יורק להגן. בית המשפט מצא אפוא כי מדובר בחוק מפלה ומשפיל שנובע ממניעים פסולים, וכי מטרותיו, כמו גם תוצאותיו המעשיות, הן יצירת סטיגמה, סטטוס נפרד, חוסר שוויון ונחיתות של כלל הזוגות הנשואים בני אותו המין, שנחשבים, למטרות החוק הפדרלי, כקשורים בנישואין סוג ב'. כן הדגיש השופט קנדי כי בקבעו שני משטרי נישואין סותרים באותה המדינה, מאלץ DOMA את הזוגות החד-מיניים לחיות כנשואים למטרות החוק המדינתי וכבלתי-נשואים למטרות החוק הפדרלי, ובכך פוגע ביציבות ובוודאות של המעמד האישי הבסיסי ביותר – מעמד שהמדינה מצאה לנכון להעניק לו הכרה, כבוד והגנה מן המעלה הראשונה.

²⁴ שופטי המיעוט (נשיא ביהמ"ש רוברטס והשופטים, תומאס וואליטו) גרסו כי בית המשפט נעדר סמכות לדון בתיק שכן, לגישתם, לא הייתה כל מחלוקת בין הצדדים, הואיל וגם המדינה תמכה בהחלטת הערכאה הנמוכה, שפסקה לזכותה של גב' ווינדזור. עמדת הרוב, לעומת זאת, גרסה כי נוכח נסיבותיו הייחודיות של המקרה (ובפרט – העובדה שהממשל המשיך לאכוף את החוק על אף עמדתו בדבר אי-חוקיותו), ומתוך חשש שללא הכרעה של בית המשפט העליון, תמשכנה להתעורר מחלוקות בעניין זה בערכאות השונות ברחבי ארצות-הברית, ראוי כי תוקנה למדינה זכות עמידה לתקוף את החוק.



השופט קנדי ניסח במידה מסוימת של עמימות את הבסיס המשפטי לפסילתו של DOMA. במבט ראשון נדמה כי ההכרעה מושתתת על עקרונות הפדרליזם, שכן לאורך פסק הדין מדגיש בית המשפט כי נוכח היקף תחולתו והשתרעותו הרחבים, מגלם DOMA חריגה מהתפיסה החוקתית המקובלת שלפיה הגדרת הנישואין (כמו גם הסדרת דיני המשפחה בכללותם) נתונה לסמכותן של המדינות השונות ונכללת בתחום ריבונותן, וכי הזכויות והחובות הנובעות מנישואין צריכות להיות אחידות עבור כל הזוגות הנשואים באותה המדינה, אף שהן יכולות להשתנות, בכפוף לעקרונות יסוד חוקתיים, ממדינה אחת לרעותה. מהנמקה זו משתמע, לכאורה, כי הקונגרס, בחקקו את DOMA, חרג מסמכותו. עם זאת, בית המשפט הבהיר כי הוא אינו רואה לנכון להכריע אם התערבות הממשל הפדרלי בסמכות המדינות נוגדת את עקרונות הפדרליזם.

עיקר הנמקתו של בית המשפט הייתה כי DOMA, בהיותו חוק הומופובי ומפלה שכל מטרתו לפגוע בקבוצת אוכלוסייה מוחלשת, נעדר מטרה לגיטימית כלשהי, ולפיכך מנוגד לתיקון החמישי לחוקה. עם זאת, אין זה ברור אם דעת הרוב מתבססת על עקרון השוויון או שמא על הזכות לחירות, הנגזרות שתיהן מהתיקון החמישי. אף שסוגיית השוויון עוברת כחוט השני לאורך פסק הדין, נמנעה דעת הרוב מלדון בטיב המבחן שיש ליישמו לשם בחינת עמידתו של החוק בדרישת השוויון החוקתית, ונראה כי הכרעתו של בית המשפט הושתתה בעיקר על הפגיעה בזכות לחירות. היא הבסיס המשפטי המדויק להחלטה אשר היא (פדרליזם, שוויון, חירות), משמעותו המעשית של פסק הדין היא כי מעתה ייהנו זוגות בני אותו המין מהכרה פדרלית בנישואיהם ויזכו לשלל ההטבות הפדרליות הנובעות מסטאטוס זה (דוגמת זכויות בתחום הביטוח הלאומי, ביטוח רפואי, דיור, מסים, הגירה ועוד).²⁵

פסקי הדין בעניין Windsor ו-Perry אמנם אינם מחייבים שוויון בנישואין בכל מדינות ארצות-הברית, ובמובן זה תחולתם צרה יותר מהלכת Loving. יתרה מכך, בית המשפט בעניין Windsor נמנע מלפסוק, כפי שקבע בהקשר של הבחנה על בסיס גזע, כי יש להתייחס להבחנה על בסיס נטייה מינית כ"סיווג חשוד" המחייבת ביקורת שיפוטית מחמירה. עם זאת, סבורני כי הרטוריקה של בית המשפט בעניין Windsor דומה במובנים רבים לרטוריקה ששימשה את בתי המשפט בהקשר של ההפליה הגזעית, וכי האפקט המצטבר של פסקי הדין החדשים מבחינת הקהילה ההומו-לסבית אינו נופל בחשיבותו ובעוצמתו מזה שהיה לעניין Loving לגבי דידם של מיעוטים

²⁵ אין זה ברור אם החלטת בית המשפט ב-Windsor מחייבת את הממשל הפדרלי להכיר רק בנישואי זוגות שמתגוררים באחת המדינות המנהיגות שוויון בנישואין, או שמא תחולתה רחבה יותר, וישימה גם על זוגות בני אותו המין שנישאו במדינה המתירה נישואין חד-מיניים אך מתגוררים במדינה שאינה מכירה בנישואיהם. חלק מהחוקים המקנים הטבות פדרליות מפנים לדין מקום עריכת הטקס בשאלת ההכרה בנישואין, ועל כן חלים על כלל הזוגות הנשואים, ללא תלות במקום מגוריהם (כדוגמת חוקי ההגירה); ישנם חוקים הנסמכים על דין מקום מושבם של בני הזוג, ואחרים שאינם כוללים הנחה כלשהי בעניין זה. נראה כי לא יהא מנוס מפנייה לערכאות לשם הבהרת היקף תחולתו של פסק דין Windsor בסוגיות אלה. לדיון ביתרונות הכלל של דין מקום עריכת הטקס, ראו מרין, לעיל ה"ש 8; (Matter of Zeleniak & Polajenko, 26 I&N Dec. 158 (BIA July 17, 2013)).



גזעיים. המסר העקרוני של פסק דין Windsor בדבר מידת הכבוד והשוויון שיש לנהוג במיעוטים מיניים, כמו גם השלכותיו של פסק הדין על הגדרת מוסד הנישואין, משמעותיים לא פחות מתוצאותיו המעשיות.

ג. תבוסת "התפיסה המסורתית" של מוסד הנישואין

במסגרת שני פסקי הדין לא נדרש בית המשפט לנקוט עמדה במחלוקת בדבר הנהגתם של נישואין חד-מיניים, שהרי השאלה המשפטית בעניין Windsor נגעה להיקף הזכויות המוענקות לזוגות שנישאו במדינות שכבר מכירות בנישואין חד-מיניים. אף בעניין Perry לא נזקק בית המשפט לדון במחלוקת האמורה שכן מצא כי תומכי "הצעה 8" נעדרים זכות עמידה.

השופט היחיד שראה לנכון להתייחס בהרחבה לסוגיה זו היה השופט אליטו, במסגרת עמדת המיעוט שכתב בעניין Windsor. השופט אליטו הגדיר את הוויכוח בשאלת הנהגתם של נישואין חד-מיניים כמחלוקת בין שתי תפיסות מתחרות של מוסד הנישואין: התפיסה האחת, שבה מצדד אליטו עצמו, ושאותה כינה "התפיסה המסורתית", היא זו הרואה בנישואין מוסד שנועד מעצם טבעו לזוגות בני מין שונה בלבד, שכן מטרתו העיקרית היא לתעל יחסי מין הטרוסקסואלים לתבנית שתומכת בגידול ילדים. לפי גישה זו, הזוגיות החד-מינית אינה עולה בקנה אחד עם הגדרת המוסד ועם מטרותיו, ופתיחתו בפני זוגות בני אותו המין אף עלולה לפגוע ביציבותו. התפיסה השנייה של נישואין, כהגדרתו של השופט אליטו, היא גישה "מבוססת הסכמה", שרואה בנישואין מוסד המתאפיין בקרבה רגשית עמוקה ובמשיכה מינית בין שני בני אדם, שעיקר מטרתו לקדם את המחויבות ההדדית בין בני הזוג. גישה אחרונה זו אינה נשענת על הבחנות מגדריות ומשום כך יכולה לעלות בקנה אחד עם הנהגתם של נישואין חד-מיניים.

הכשל בבחירתו של השופט אליטו להציג את העמדות הנוגדות כשתי תפיסות לגיטימיות של מוסד הנישואין, שאל לו לבית המשפט להכריע ביניהן, נעוץ בהתעלמותו מהתמורות הרבות שחלו במאפייניו החברתיים והמשפטיים של מוסד זה במהלך העשורים האחרונים, ועיקרם המעבר מהתפיסה ההיסטורית של נישואין כמוסד פטריארכלי המיועד בראש ובראשונה להבאת ילדים לעולם, לתפיסתו הנוכחית כמוסד המבוסס על ברית ורעות, שעיקר מטרתו להסדיר ולקדם את הקשר הרגשי והכלכלי בין בני זוג, תוך חתירה לשוויון.²⁶ אין המדובר אפוא בתפיסות שונות של מוסד הנישואין במתכונתו העדכנית, אלא בתפיסה נושנה ושמרנית שאבד עליה הכלח לעומת תפיסה מודרנית (או פוסט-מודרנית), שמאפיינת את דיני הנישואין של מרבית מדינות המערב.

²⁶ מרין "על התמורות בקשר בין אהבה לנישואין", לעיל ה"ש 18, בעמ' 260.



ניסיונו הנואש והעיקש של השופט אליטו (וכמוהו אף שופטי המיעוט סקלייה ותומאס) להיאחז בתפיסה "המסורתית" של מוסד הנישואין ולהצדיקה, מתכחש לכך שהשינוי החברתי-תרבותי בעניין זה כבר התחולל ושתפיסה זו איבדה מן הלגיטימיות שלה, הן במישור הציבורי²⁷ והן במישור המשפטי, כפי שעולה בברור מעמדת שופטי הרוב בעניין Windsor. שופטי הרוב אמנם בחנו את החוקתיות של DOMA מבלי לנקוט עמדה מפורשת בוויכוח האמור, אולם אין ספק כי מפסיקתם משתמעת דחייה של העמדה שבה דוגל השופט אליטו. החלטתו של השופט קנדי לגנות באופן חריף וחד-משמעי את הבסיס המשפטי והמוסרי של DOMA, כמו גם הצהרותיו החוזרות ונשנות בדבר החובה לנהוג בזוגות בני אותו המין בכבוד ושוויון, מצביעות על תבוסתה של "הגישה המסורתית". פסילתו של DOMA, כחוק שנועד להגן על מוסד הנישואין ההטרוסקסואלי המסורתי, משמעה שגישה זו אינה יכולה לשמש עוד בסיס להסדרתו המשפטית של מוסד הנישואין. ואכן, התפיסה החדשה של מוסד הנישואין צוברת תאוצה בקצב מסחרר וקונה לה אחיזה לא רק ברחבי ארצות הברית, אלא גם במספר הולך וגדל של מדינות בעולם כולו, כשבשנה האחרונה בלבד הוכרו נישואין חד-מיניים בשורה של מדינות נוספות (ברזיל, צרפת, אורוגוואי, אנגליה וניו-זילנד).

נדמה כי גם המתנגדים לנישואין חד-מיניים מקרב הקהילה ההומו-לסבית עצמה מבססים במידה רבה את עמדתם על תפיסתו המסורתית של מוסד הנישואין. מתנגדים אלה מתייחסים לתביעה לשוויון בנישואין כמהלך שמרני שנועד להקנות לקהילה דריסת רגל במוסד הטרוסקסיסטי, ממִשטר ובעל צביון פטריארכלי, וכניסיון נואל "לנרמל" את חבריה.²⁸ לא זו בלבד שגישתם מתעלמת מהתמורות המשמעותיות שחלו במוסד הנישואין כאמור לעיל, אלא שסבורני כי תפיסה צרה זו חוטאת לטיבו האמיתי והעמוק יותר של המאבק, כמאבק שעיקר מטרתו למגר את ההומופוביה השמרנית-דתית ואת היחס רב השנים לחברי הקהילה כאל אזרחים סוג ב', שבא לידי ביטוי, בין היתר, בהדרתם מהמוסדות המרכזיים של המדינה והחברה. אין אפוא סתירה הכרחית בין סלידה אישית ממוסד הנישואין לבין תמיכה במאבק הציבורי להנהגת שוויון במסגרתו, בהיותו אמצעי להשגת אזרחות שווה ולא מטרה בפני עצמה.

27 סקרי דעת קהל בארצות-הברית מצביעים על שינוי דרמטי ביחסה של החברה האמריקנית כלפי נישואין חד-מיניים: בעוד שבשנת 1996 ציידו 27% מהציבור בלבד בנישואין חד-מיניים, בשנת 2009 עלה מספרם ל-40% והיום עומד מספר התומכים על למעלה מ-55%. ראו חמי שלו "זו לא החוקה, אלא החברה שהשתנתה" **הארץ** 25.6.2013.

28 ראו, למשל, MICHAEL WARNER, THE TROUBLE WITH NORMAL: SEX, POLITICS, AND THE ETHICS OF QUEER LIFE (1999).



ד. מבט לעתיד

בעניין Perry, כאמור, נמנע בית המשפט מדיון לגופו של עניין הואיל ומצא כי תומכי יזמת החקיקה נעדרים זכות עמידה. אף שפסק הדין הביא לפתיחה מחודשת של מוסד הנישואין בקליפורניה עבור זוגות בני אותו המין, הרי שהוא נעדר כל ערך תקדימי. אילו היה בית המשפט נדרש לטענות הצדדים לגופן, ייתכן שהיה פוסק כי יש לפסול את כלל האיסורים המדינתיים על נישואין חד-מיניים מכוח התיקון ה-14 לחוקה, ובכך משלים את המהפכה שחוללה פסק דין Windsor ומחייב הנהגת שוויון בנישואין בכל רחבי ארצות-הברית. עם זאת, סביר להניח כי דיון לגופו של עניין היה מוגבל בתחולתו למדינת קליפורניה, הן בשל נסיבותיו הייחודיות של המקרה (העובדה שקליפורניה הכירה בעבר בזכות של זוגות חד-מיניים להינשא, ולאחר מכן חזרה בה באמצעות משאל עם) והן בשל עמדתו העקרונית של בית המשפט בדבר ריבונות המדינות בהגדרת מוסד הנישואין. מכל מקום, סוגיית השוויון בנישואין במישור הכלל-מדינתי טרם הוכרעה. עם זאת, סבורני כי ניתן למצוא לה מענה בפסק הדין בעניין Windsor. אף כי הכרעת בית המשפט מוגבלת למישור הפדרלי ול-13 המדינות שכבר הכירו בשוויון בנישואין, נראה כי יש בה כדי להשליך על פתיחת מוסד הנישואין במדינות נוספות בארצות-הברית.

השופט סקלייה, שחלק בחריפות על עמדת הרוב, ציין כי ניתן אמנם לנסות לאבחן את עניין Windsor מסוגיית החקיקה המדינתית האוסרת על נישואין בין בני אותו המין, שהרי שופטי הרוב ציינו במפורש כי פסק הדין איננו עוסק בסוגיה זו. עם זאת, השופט סקלייה חזר והדגיש כי עמדת הרוב לגבי האיסורים המדינתיים עולה בבירור מהנמקתה. לגישתו, בית המשפט אמנם התאמץ לשכנע שהכרעתו מוגבלת למישור הפדרלי ולמדינות שכבר הכירו בנישואין חד-מיניים, אך למעשה מדובר ב"אחיזת עיניים", כלשונו, שכן את הנמקת הרוב ניתן ליישם באותה מידה עצמה על חובתן החוקתית של יתר המדינות להכיר בנישואין חד-מיניים, וניתן יהיה להחילה גם לצורך פסילת איסורים מדינתיים על נישואין חד-מיניים מכוח התיקון ה-14 לחוקה. נראה כי פרשנותו האמורה של השופט סקלייה אכן נכונה ומבוססת, אלא שלטעמי, אין המדובר בתחזית קודרת ומאיימת (כפי שגורס השופט סקלייה), אלא בהתפתחות טבעית, ראויה ומתבקשת. ואכן, המסקנה שלפיה DOMA פסול בהיותו מושגת על השקפת עולם הומופובית ועל עוינות כלפי זוגות בני אותו המין, מתחייבת גם לגבי חוקים ששוללים מזוגות אלה את הזכות להינשא במישור המדינתי, שהרי הרציונאל שבבסיס החוקים האמורים הוא בדיוק אותו הרציונאל שהנחה את מחוקקי DOMA. לפיכך נראה כי כאשר שאלת חוקתיותם של האיסורים המדינתיים תגיע לפתחן של הערכאות הנמוכות, תהיה התוצאה דומה. כדברי השופט סקלייה, "דעת הרוב מספקת כלים מצוינים לכל מי שינסה לתקוף חוק מדינתי שמגביל נישואין להגדרתם המסורתית". ניתן לשער כי בשנים הקרובות, בהשראת ההנמקה הגורפת בעניין Windsor, יפתחו עוד ועוד מדינות בארצות-הברית את מוסד הנישואין לפני זוגות בני אותו המין.



הדיון בעניין Loving התקיים לאחר שמרבית מדינות ארצות-הברית כבר ביטלו את האיסור על נישואין בין-גזעיים. גם עניין Lawrence הגיע לפתחו של בית המשפט העליון לאחר שרוב המדינות ביטלו את האיסור הפלילי על "מעשה סדום". בשני המקרים אפוא כבר בשלו התנאים לפסילת האיסורים גם ביתר המדינות. פסקי הדין בעניין Perry ו-Windsor, לעומת זאת, נדונו בשעה שרוב מדינות ארצות-הברית עדיין אוסרות על נישואין חד-מיניים וכאשר סוגיה זו עודנה נתונה במחלוקת חברתית עמוקה. יש להניח כי בית המשפט העליון יהיה נכון לפסול באופן גורף את החוקים האוסרים על נישואין חד-מיניים לאחר שמספר רב יותר של מדינות יתירו נישואין שכאלה. נוכח המהירות שבה מחילות מדינות נוספות שוויון בנישואין, נראה כי לא ירחק היום ונישואין חד-מיניים יונהגו בכל רחבי ארצות-הברית.