



נישואים חד-מיניים בפסיקת בית המשפט העליון האמריקני: ירידת ההומופוביה ועליית ההטרופיליה במשפט

צבי טריגר*

א. מבוא. ב. מושג ההטרופיליה ומוסד הנישואים כמקרה מבחן שלו.
ג. נישואים והטרופיליה. ד. משפט והשפלה. ה. סיכום: ירידת ההומופוביה ועליית ההטרופיליה.

א. מבוא

סיפור אהבתן של אדית וינדזור (המכונה אידי) ותיאה ספייר עמד במרכז הסרט התיעודי המרתק והנוגע ללב "אידי ותיאה: אירוסין ארוכים מאוד" משנת 2009.¹ השתיים הכירו בתחילת שנות השישים של המאה העשרים, ולאחר זוגיות שנמשכה ארבעים ושתיים שנים, הן נישאו זו לזו באונטריו שבקנדה בשנת 2007. תיאה ספייר, שחלתה שנים רבות קודם לכן בטרשת נפוצה, נפטרה שנתיים לאחר הנישואים, ב-2009, והורישה את כל רכושה לבת זוגה, אידי וינדזור. אף שנישואיהן של וינדזור וספייר הוכרו במדינת ניו-יורק שבה הן חיו, ובה נמצא ביתן המשותף, וינדזור נאלצה לשלם מס עזבון פדרלי בסך \$363,053 כאילו היא יורשת אדם זר ולא את בת זוגה המנוחה; הפטור ממס עיזבון, ניתן, לפי הדין הפדרלי, רק לבני זוג נשואים, וסעיף 3 ל"חוק ההגנה על הנישואים" (Defense of Marriage Act, המכונה גם על פי ראשי התיבות שלו DOMA)² הפדרלי קבע שלצורך חוק הפרשנות הפדרלי (Dictionary Act), נישואים הם בין גבר לאישה ותו לא.

עקב כך, נוצר מצב שלפיו נישואים חד-מיניים סובלים ממעמד משפטי כפול וסותר: מצד אחד, הם תקפים במדינות ארצות-הברית המכירות בהם, ומצד שני הם חסרי תוקף מבחינת השלטון הפדרלי (וכמובן, במדינות שבהן נישואים כאלה אינם מוכרים). וינדזור יצאה למאבק משפטי בסעיף, ותבעה החזר של מס העיזבון שנגבה ממנה. לאחר שרשרת של ניצחונות בערכאות נמוכות, ולאחר שממשל אובמה הביע תמיכה, בראשית 2011, בביטול סעיף 3 ל-DOMA בשל היותו בלתי-חוקתי, המקרה הובא לפתחו של בית המשפט העליון האמריקני.

* מרצה בכיר, בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למינהל. כל התרגומים מהשפה האנגלית הם שלי, אלא אם כן צוין אחרת. תודה לארנה בן-נפתלי, אייל גרוס, הדי ויטרבו, טל מימרן ואור סדן על הערותיהם המועילות.

¹ EDIE & THEA: A VERY LONG ENGAGEMENT (Bless Bless Productions, 2009).

² 1 U.S.C. §7.



בפסק דין חשוב ופורץ דרך – בעיקר על רקע דרכו העקלקלה של בית המשפט העליון האמריקני בכל הנוגע לזכויות של הומואים ולסביות – פסק בית המשפט העליון ברוב של חמישה שופטים כנגד ארבעה, בסעיף 3 ל-DOMA אינו חוקתי, בשל פגיעה בחירות שמוגנת בתיקון החמישי לחוקה.³

באותו יום שניתן פסק הדין הזה, ה-26.6.2013, נתן בית המשפט העליון האמריקני פסק דין נוסף שעוסק בהכרה בנישואים חד-מיניים: פסק הדין בפרשת הולינגסוורת'.⁴ בפרשה זו בית המשפט העליון נדרש לשאלת זכות העמידה של תומכי "הצעה 8" לתיקון החוקה של מדינת קליפורניה באופן שיאסור על נישואים חד-מיניים באותה מדינה. בית המשפט פסק שלתומכים ב"הצעה 8" אין זכות עמידה, ובכך סתם את הגולל על ניסיונם להיאבק בפסיקה של הערכאות הנמוכות יותר שפסלו את ההצעה כבלתי-חוקתית.

בשני פסקי הדין הללו בית המשפט העליון תיקן חוסר צדק משווע. סיפור אהבתן של אידי ותיאה היה רק אחד מני רבים שנתקלו בהומופוביה הממוסדת שאפיינה את המשפט האמריקני ושרדה הרבה לאחר שהוא החל להתמודד עם הגזענות הממוסדת.⁵ פסקי הדין הללו, ובעיקר פסק הדין בפרשת וינדזור, שמו קץ לאפקט המשפיל שיכול להיות לעתים למשפט: במקרה זה, חוסר ההכרה בזוגיות באמצעות מיסוי ירושה בין בני זוג כאילו מדובר בירושה בין זרים, הכאיב לא רק בכיס, אלא גם פגע בתחושת הזהות של אדית וינדזור, שחלקה את רוב שנותיה עם בת זוגה, ושסעדה אותה במסירות אין קץ בשנים האחרונות לחייה. כשהשתיים התארסו, עשורים רבים לפני שהחל המאבק למען הכרה בנישואים חד-מיניים, מעטים בלבד דמיינו את האפשרות של נישואים חד-מיניים.

הוויכוח הפנים-קהילתי בקרב הלהט"בים בנוגע לצדקת המאבק לקידום נישואים חד-מיניים⁶ החמיץ במידה רבה את ההיבטים האנושיים של מאבק זה; המתנגדים למאבק נטו לצייר אותו כמאבק המקבל על עצמו את הנחת היסוד הפטריארכלית בדבר עליונות מוסד הנישואים, וכתוצאה מכך כתורם לחיזוקו; התומכים בהכרה בנישואים חד-מיניים תוארו על ידי מבקרים אחדים כאנשים שבעים, התרים אחר זכויות של עשירים. היו אף שאפיינו את המאבק כמאבק גברי בעיקרו, וציינו את מיעוט הלסביות שפעילות בתנועה להכרה בנישואים חד-מיניים. מנגד, התומכים בנישואים חד-מיניים נטו להתמקד בהיבט של האזרחות ושל זכויות האזרח. בשני המקרים הוזנח הכוח של המשפט להשפיל ולפגוע.

בהארת פסיקה זו אני מבקש לעמוד על שני היבטים חשובים של ההכרה בנישואים חד-מיניים שפרשות וינדזור והולינגסוורת' מדגמות באופן מעניין: ההיבט הראשון הוא זה המרומם זוגיות הטרוסקסואלית הבנויה סביב

³ United States v. Windsor, No. 12-63, 2013 U.S. LEXIS 4921 (June 26, 2013).

⁴ Hollingsworth v. Perry, No. 12-144, 2013 U.S. LEXIS 4919 (June 26, 2013).

⁵ הדוגמות המפורסמות ביותר: Loving v. Virginia, 388 U.S. ;Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).
¹ (1967).

⁶ ראו להלן ה"ש 18.



מודל מסוים (ולא כל זוגיות הטרסקסואלית באשר היא), וזאת בשל ההטרופיליה של המשפט – דעה קדומה המאדירה אידאולוגיה מינית הטרסקסואלית. ההיבט השני הוא כוחו המשפיל של המשפט. שני ההיבטים הללו מוסיפים להבנה מורכבת של המאבק להכרה בנישואים חד-מיניים מעבר לשיח ה"בעד" ו"נגד" השגור.

ב. מושג ההטרופיליה ומוסד הנישואים כמקרה מבחן שלו

הכתיבה על הומופוביה בכלל ועל ההומופוביה של המשפט בפרט ענפה. הפליה נגד להט"בים (לסביות, הומואים, טרנסקסואלים וביסקסואלים) מתויגת, בדרך כלל, ובמידה רבה בצדק, כתוצר של הומופוביה. הפללה של יחסי מין בין גברים, למשל, היא הסדר משפטי הומופובי מובהק. כך למשל, חוק העונשין הישראלי הפליל "משכב זכר" עד לביטול הסעיף בשנת 1988, בסעיף 351 שקבע עונש של עד 14 שנות מאסר בגין הרשעה בעברה של קיום יחסי מין "שלא כדרך הטבע". סעיף זה אמנם אסר גם על גבר להרשות לגבר לקיים איתו יחסי מין "שלא כדרך הטבע" וגם על נשים להרשות לגברים לשכב איתן כך. ואולם, על אף הניטרליות הלכאורית של הסעיף מבחינת הזהות המגדרית של המשתתפים באקטים מיניים "שלא כדרך הטבע", הסעיף הובן כאוסר על יחסי מין בין גברים בלבד. בניגוד לדעה הרווחת כאילו הסעיף לא נאכף, ולמרות הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, חיים כהן, מ-1953, שאסרה על העמדה לדין של גברים, ומאוחר יותר גם על קיום חקירה משטרתית בגין עברה על הסעיף, כאשר מדובר ביחסים בהסכמה בין בוגרים, גברים לא מעטים הועמדו לדין בשל עברה על סעיף זה.⁷

במשפט האמריקני ידועה לשמצה פרשת באוארס מ-1986, שבה בית המשפט העליון האמריקני פסק שהפללה של משכב זכר במדינת ג'ורג'יה היא חוקתית, שכן החוקה אינה מגנה על "זכות יסוד לעסוק במעשי סדום הומוסקסואלים" ("a fundamental right to engage in homosexual sodomy").⁸ באותו מקרה מדובר היה בשוטרים שפרצו לדירתו של הנאשם, נכנסו לחדר השינה שלו, ומצאו אותו בו בשעת קיום יחסי מין עם גבר אחר. פסק הדין נהפך בשנת 2003 בפרשת לורנס, שבה בית המשפט העליון האמריקני קבע ש"פסק הדין בעניין באוארס לא היה נכון כשניתן, אינו נכון כיום, והוא בטל ומבוטל בזאת".⁹

⁷ יובל יונאי ודורי ספיבק "בין שתיקה לגינוי: הבניית הזהות של ההומואים בשיח המשפטי בישראל 1948–1988", סוציולוגיה ישראלית 2, 257, 267 (1999); אייל גרוס "מיניות, גבריות, צבא ואזרחות: שירות הומואים ולסביות בצה"ל במשקפים השוואתיים" פלילים ט' 95 (2000); צבי טריגר פשעים נגד הפטריארכיה: ניאוף, הפלות והומוסקסואליות במשפט ובתרבות מהעת העתיקה ועד ימינו, פרק 12 (טרם פורסם).

⁸ Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186, 191 (1986).

⁹ Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 560 (2003).



קנדל תומס טען שההפללה של משכב זכר במשפט האמריקני (טרם פסילתה כבלתי-חוקתית בפרשת לורנס) הפכה את האלימות ההומופובית ללגיטימית, ובכך פגעה בזכותם החוקתית של להט"בים להיות מוגנים מפני אלימות, הן כזו המופעלת על ידי המדינה ובשמה, והן אלימות המופעלת על ידי אנשים פרטיים.¹⁰

גם חוק ההגירה האמריקני – שכעת יצטרך לעבור שינוי נוסף בעקבות פרשות וינדזור והולינגסוורת – מהווה דוגמה להומופוביה של המשפט האמריקני. כאשר נחקק החוק ב-1952, הומואים ולסביות לא היו זכאים להגר לארצות-הברית בשל נטייתם המינית.¹¹ מחקרים היסטוריים הראו, שבעוד שהחוק הוחל באופן "שוויוני" הן על הומואים והן על לסביות, רוב מסורבי ההגירה לארצות-הברית היו גברים הומואים, או כאלה ש"נחשדו" על ידי פקידי ההגירה כהומואים או כנשיים (למשל, בהסתמך על שפת הגוף שלהם).¹²

ההומופוביה, אם כך, היא דעה קדומה המכוונת נגד להט"בים, ומטרתה מלחמה בהם. נורמות משפטיות הומופוביות מיועדות לפגוע בהומואים ולסביות. התפיסה ההומופובית היא שלהט"בים הם נחותים מהטרוסקסואלים, ולכן יש להטיל עליהם סנקציות בשל היותם כאלה. ההומופוביה מושתתת על פחות במעמדו של האחר (המיני).

מעניין, אגב, שאף על פי שה"פוביה" משמשת דווקא בהוראה של שנאה, משמעות המילה היא דווקא פחד או חרדה. ואמנם, בפסיכולוגיה הפרעות נפשיות ששמותיהן מבוססים על הסיומת "פוביה", מתאפיינות בפחד מפני תופעות יומיומיות (הידרופוביה, חרדה ממים; אגורפוביה, פחד ממקומות ציבוריים; קלאוסטרופוביה, פחד ממקומות סגורים וכדומה). ברוח זו, פרופ' ג'יימס גיליגן, פסיכיאטר אמריקני מוביל, הציע להגדיר גם את ההומופוביה כהפרעה נפשית.¹³

אני מבקש לטעון שיש מקור נוסף להפליה נגד להט"בים, והוא תפיסת עולם שלא מבוססת על שנאה ופחד (כלומר, על פוביה), אלא כזו המבוססת על העדפה ערכית של האהבה ההטרוסקסואלית ושל האידאולוגיה המינית

¹⁰ Kendall Thomas, *Beyond the Privacy Principle*, 92 COLUM. L. REV. 1431, 1435 (1992)
¹¹ ראו, למשל, WILLIAM N. ESKRIDGE, JR., *GAYLAW: CHALLENGING THE APARTHEID OF THE CLOSET* 35–36 (1999); WILLIAM N. ESKRIDGE, JR., *DISHONORABLE PASSIONS: SODOMY LAWS IN AMERICA 1861–2003* 156–157 (2008); MARGOT CANADAY, *THE STRAIGHT STATE: SEXUALITY AND CITIZENSHIP IN TWENTIETH-CENTURY AMERICA* 20–21 (2009); Zvi Triger, *Fear of the Wandering Gay: Some Reflections on Citizenship, Nationalism and Recognition in Same-Sex Relationships*, 8 INT'L. J.L. IN CONTEXT 268, 270 (2012).
¹² CANADAY, לעיל ה"ש 11, בעמ' 232.
¹³ בהרצאה שנשא בבית הספר למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי – המכללה למינהל, בחודש מאי 2011. יש הרואים בהומופוביה דעה קדומה הנובעת גם מחרדה, לא רק משנאה, ובעיקר מחרדה של הגבר ההומופוב מפני ה"הומו שבפנים". ראו: הדי ויטרבו "משבר ההטרוסקסואליות: הבניית זהויות מיניות בדיני לשון-הרע" *עיוני משפט* לג 5, 38 (2010) (מאזכר את מייקל קימל המחזיק בעמדה זו). מחקר שהתפרסם ב-2012, מצביע על כך שהומופובים פעילים רבים הם הומואים בעצמם. לדיווח על המחקר, ראו: Richard M. Ryan and William S. Ryan, *Homophobic? Maybe You're Gay*, N.Y. TIMES, April 27, 2012, at SR12.



שהתרבות הפטריארכלית קושרת בהטרסקסואליות: יחסים הטרסקסואלים זוגיים מונוגמיים שהמופע הלגיטימי העליון שלהם הוא במסגרת של קשר נישואים. תפיסת עולם זו כונתה על ידי הפסיכואנליטיקאי האמריקני דייוויד שוורץ בשם "הטרופיליה"¹⁴. כמו ההומופוביה, גם הטרופיליה היא דעה קדומה. אולם שלא כמו ההומופוביה, המתבססת על פחות במעמדו של האחר, ההטרופיליה מושתתת על האדרת האני הטרסקסואלי; כלומר על האדרת האידאולוגיה המינית הטרסקסואלית. ההומופוביה היא "נגד" (להט"בים) ואילו הטרופיליה היא "בעד" (הטרסקסואלים).

התוצאה היא שבעוד שנורמות הומופוביות מפלות במודע ובמתכוון נגד הומואים ולסביות, הרי שנורמות הטרופיליות, מעדיפות הטרסקסואלים, ומטרותן אינה פגיעה בהומואים ובלסביות; הפגיעה היא תוצאה של ההעדפה הזו. השפירות של ההטרופיליה, כאידאולוגיה שאינה רודפת את האחר אלא מאדירה את האני הטרסקסואלי, עשויה להיות מסוכנת ובעייתית לא פחות מהומופוביה, וזאת בשל שלוש סיבות עיקריות: ראשית, כפי שכתב שוורץ, היעדר השנאה והפחד "מחסנים את המחויבויות האידאולוגיות [של הטרופילים] מפני זיהוי וביקורת"¹⁵. שנית, קשה הרבה יותר לזהות הפליה על בסיס נטייה מינית שמקורה בהטרופיליה מאשר כזו שמקורה בהומופוביה, שכן אין בה רדיפה של להט"בים בשל מינותם. שלישית, הפליה הטרופילית פוגעת גם בהטרסקסואלים, שכן ההטרופיליה, כפי שאסביר בהמשך, מקדשת אידאולוגיה מינית הטרסקסואלית אחידה, ובמידה רבה פטריארכלית; כלומר, גם הטרסקסואלים חייבים לעמוד בדרישות ההטרופיליה כדי שיוכלו ליהנות ממנעמיה. מוסד הנישואים בכלל, והנישואים בארצות-הברית בפרט, הם דוגמה מרתקת לפגיעה שהפליה שמקורה בהטרופיליה עשויה לפגוע הן בלהט"בים והן בהטרסקסואלים.

קו הגבול בין הומופוביה לבין הטרופיליה אינו תמיד ברור וחד. ניתן לפרש הסדרים מסוימים הן כהטרופילים והן כהומופובים, תלוי בנקודת המבט. ככלל, הסדרים חקיקתיים שמעדיפים זוגות נשואים הם הסדרים הטרופיליים, ואילו הסדרים שמפלים להט"בים או מגבילים אותם הם הומופוביים. בשל נקודת המבט של העדפה (להבדיל מהפליה) שמאפינת הסדרים הטרופילים דוגמת עליונותו של מוסד הנישואים, התוצאה מפלה גם הטרסקסואלים שאינם נישואים, שכן הם לא עומדים בתנאי האידאולוגיה המינית הטרסקסואלית שעיצבה את ההסדר הטרופילי.¹⁶

David Schwartz, *Heterophilia – The Love That Dare Not Speak Its Aim: Commentary on Trop and Stolorow's "Defense Analysis in Self Psychology: A Developmental View"*, 3 PSYCHOANALYTIC DIALOGUES 643, 647 (1993).

14

.ש, Schwartz

15

קו הגבול בין הטרופיליה לבין הומופוביה, כמו גם האבחנה בין הטרופיליה לבין הטרונורמטיביות והטרסקסיוזם, נדונים בפירוט במאמרי Zvi Triger, *Law's Heterophilia*, שטרם פורסם.

16



ג. נישואים והטרופיליה

אחד הביטויים המובהקים של ההטרופיליה הוא הדרישה החברתית להיטמע באמצעות תמריצים שניתנים למי שמוכנים להיטמע.¹⁷ בצד הדרישה מצד החברה להיטמע, קיים גם צורך חברתי ואנושי להיטמע. ברשימה קצרה זו לא אכנס לדיון בשאלה אם הצורך להיטמע הוא תוצר של הדרישה החברתית להיטמע, או שהוא קודם לה, ומקורו בצורך אנושי "טבעי" בתחושת שייכות. ייתכן מאוד שמה שנחווה על ידי אנשים מסוימים כצורך אנושי "טבעי" (כמו למשל, הצורך להינשא) הוא תוצר של הבניה חברתית, אולם לצורך רשימה זו אסתפק בהצגת הבעייתיות שבקשר שבין הדרישה לבין הצורך בלבד.

לצורך הדיון כאן, ברצוני להתמקד בטיעון שהזכות לנישואים היא רכיב חשוב בתחושת השייכות החברתית של הומואים ולסביות ולא ברקע החברתי או הפסיכולוגי לטיעון. רבים מהתומכים והתומכות בהכרה בנישואים חד-מיניים טוענים שהיעדר נישואים כאלה הופך אותם לאזרחים סוג ב', כלומר שהזכות לנישואים היא רכיב חשוב של מושג האזרחות.¹⁸ מנגד, מבקרי המאבק להכרה בנישואים חד-מיניים (ואני מתייחס כאן לביקורות לא הומופוביות, כמובן), סבורים שמאבק זה מקבל את ההיררכיה שהתרבות והמשפט יוצרים בין צורות שונות של זוגיות, שבראשה מוצבת הזוגיות שמוסדה באמצעות קשר נישואים. בצד חוסר הביקורתיות כלפי מוסד הנישואים והשאיפה להיות חלק ממנו, טוענים מבקרי המאבק להכרה בנישואים חד-מיניים, אורבת סכנה של אבדן הייחודיות של הומואים ולסביות בשל כוחו המנרמל של מוסד הנישואים ההטרוסקסואלי.¹⁹ ביקורת נוספת ברוח זו מצביעה על ההיררכיה שבין זוגיות לבין מי שאינם חיים בזוגיות כלל,²⁰ וכן בין מי שחיים בזוגיות המבוססת על קשר

¹⁷ במובן זה, ניתן אולי לראות בהטרופיליה צורה מתוחכמת יותר, תקינה פוליטית, של הומופוביה; בעוד שהומופוביה שואפת להיאבק בלהט"בים באלימות, ההטרופיליה שואפת "להסלם" בנעימים, באמצעות היטמעות. ראו: Zvi Trigger, *Discriminating Speech: On the Heterophilia of Freedom of Speech Doctrine*, 19 CARDOZO J.L. & GENDER 349, 352 (2013).

¹⁸ לסקירה מלאה של טיעונים אלה ראו Trigger, לעיל הערה 11, בעמ' 275.
¹⁹ החשש מפני היטמעות בחברה ההטרוסקסואלית ואבדן הייחודיות של ההומוסקסואלים בשל כוחה המנרמל של התרבות אינו חדש ואינו מייחד את דילמת הנישואים (או את ההומואים). בכרך "סדום ועמורה" מתוך "בעקבות הזמן האבוד" הקדיש מרסל פרוסט מקום רב לדיון בשאלת האסימילציה של הומואים וסכנותיה לזהות ההומואית, ואף ערך הקבלה בין הומואים לציונים בעזרת משחק המילים Sodomisme/Sionisme (ששימש את האנטישמים הצרפתי של ראשית המאה העשרים כדי "להוכיח" שיהודים הם הומואים, ולהיפך). פרוסט סבר שאל להם ליהודים ולהומוסקסואלים לשאוף להיות כמו כולם, ושרק כחריגים הם יוכלו להמשיך ולתרום לתרבות. ז'ולייט חסין *אמנות ויהדות ביצירתו של פרוסט 139–153* (1994). ראו גם: צבי טריגר "יש מדינה לאהבה: נישואין וגירושין בין יהודים במדינת ישראל" *משפטים על אהבה* 173, 214 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005).

²⁰ לשני סוגי הביקורת, ראו: Aeyal Gross, *Challenges to Compulsory Heterosexuality: Recognition and Non-Recognition of Same-Sex Couples in Israeli Law*, in LEGAL RECOGNITION OF SAME-SEX PARTNERSHIPS: A STUDY OF NATIONAL, EUROPEAN AND INTERNATIONAL LAW 391 (Robert Wintemute & Mads Andenaes eds., 2001).



רומנטי-מיני, לבין מי שחיים בזוגיות שאינה מבוססת על קשר שכזה.²¹ בשני המקרים ההיררכיות באות לידי ביטוי בהקניית זכויות לזוגיות המוכרת.

בעבר טענתי שהנישואים הם כלי-נשק;²² כפי שאדגים, פסק הדין בפרשת וינדזור מאשש את טענתי, ואף מראה מדוע המאבק להכרה בנישואים חד-מיניים עלול לפגוע בזכויות של הומואים ולסביות שאינם נישאים. זוהי השלכה לא מכוונת של המאבק המוצדק נגד הפליה על-בסיס נטייה מינית. אולם השלכה זו צפויה, ומבקרי המאבק להכרה בנישואים חד-מיניים התריעו מפניה בעבר.

הנישואים הם לא כלי-נשק רגיל, אלא חרב פיפיות. חרב פיפיות היא נשק שפוגע גם באוחז בו, שכן שני צידיה הם להבים. יש אם כן לברר, ראשית, מדוע הנישואים החד-מיניים הם כלי נשק, ושנית, מדוע מדובר בחרב-פיפיות, כלומר בנשק אשר פוגע גם בשוויון הזכויות להומואים ולסביות.

1. הנישואים ככלי נשק

התפיסה השמרנית של מוסד הנישואים רואה בקיומו של מוסד זה במתכונתו המסורתית (קשר חוקי בין גבר לאישה) אינטרס גברי (פטריארכלי) ולאומי.²³ האקסקלוסיביות של מוסד הנישואים במסגרת תפיסה זו מיועדת להילחם על גבולות הנגישות המינית של נשים (למשל, באמצעות דיני הניאוף), וכן על גבולות הקולקטיב הדתי, הגזעי או הלאומי. במדינות שבהן הנישואים נתונים תחת מונופול דתי, כמו בישראל, המלחמה היא בנישואים בין-דתיים.²⁴ ברוב המדינות חוקי ההגירה חשדניים מאוד כלפי נישואים של אזרח עם מי שאינו אזרח, ואינם מקנים אזרחות אוטומטית מכוח קשר הנישואים. כך הם מגנים על הגבולות הלאומיים. בתקופת ההפרדה הגזעית בארצות-הברית, ועד לשנת 1967, כאשר נפסלו בפרשת Loving, חוקי הנישואים במדינות מסוימות בארצות-הברית אסרו על נישואים בין לבנים לשחורים, ובכך הגנו על גבולות הגזע הלבן ועל עליונותו.²⁵ נשק הנישואים שימש (ועדיין משמש בחלק מהמדינות) להגנת הקולקטיב הדתי/גזעי/לאומי מפני היטמעות של האחר הלא רצוי.²⁶

התבוננות במוסד הנישואים מנקודת המבט של מושג ההטרופיליה, מדגימה כיצד, בשל ההטרופיליה

²¹ כמו במקרה של שתי אחיות, כפי שקרה בפרשת *Burden v. The United Kingdom*, 47 Eur. Ct. H.R. 38 (2008), שבה אחות שירשה את חלקה בעיזבון של אחותה המנוחה, לא יכלה ליהנות מפטור ממס אף שהשתיים חיו יחד כל חייהן, משום שהן לא ענו על המודל המוכר של זוגיות. לביקורת על פסק דין זה ועל תפיסת הזוגיות הצרה שהוא מבטא, ראו: *Aeyal Gross, The Burden of Conjugal, in DIVERSITY AND EUROPEAN HUMAN RIGHTS: REWRITING JUDGMENTS OF THE ECHR* 265 (Eva Brems ed., 2013).

²² *Triger*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 275.

²³ שם.

²⁴ נישואים כאלה כמובן אפשריים, אולם רק אם נערכו בחו"ל, שכן אין נישואים אזרחיים בישראל.

²⁵ כך היה גם עם חוקי נירנברג בגרמניה הנאצית, שנועדו לשמור על טוהר הגזע הארי, ואסרו, בין היתר, על נישואים בין יהודים לגרמנים. החוק הנאצי אסר לא רק על נישואים כאלה, אלא על קיום יחסי מין בין יהודים לגרמנים גם מחוץ למסגרת הנישואים.

²⁶ *Triger*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 276–277.



(וכנראה גם בשל קורטוב הגון של הומופוביה), מוסד זה מיועד גם לשמור על גבולות מיניים, באמצעות ייחוד הנישואים לזוגות הטרוסקסואלים בלבד. האם פסילת DOMA על ידי בית המשפט האמריקני ביטלה את הנישואים כנשק כנגד מיעוטים מיניים? האם בעקבות פסילת DOMA הנישואים חדלים להיות מוסד הטרופילי מובהק?

2. הנישואים החד-מיניים כחרב פיפיות

מעמדו של מוסד הנישואים בארצות-הברית שונה במידה משמעותית ממעמדו בארץ. בניגוד לתפיסת השוויון של הזוגיות המאפיינת את המשפט הישראלי, ואשר מכוחה זוגות ישראלים שאינם נשואים נהנים מרוב הזכויות שמוקנות לזוגות נשואים, במדינות רבות בארצות-הברית ישנה הפליה ברורה בין זוגות נשואים לכאלה שאינם נשואים כמעט בכל ההיבטים: החל בחובות כלפי ילדים, דרך הסדרי משמורת וראייה במקרה של פרידה, וכלה במשטר הרכושי השונה שחל על זוגות לא נשואים.²⁷ הבדל זה בין המשפט הישראלי לאמריקני הוא פרדוקסלי, שכן בישראל השוויון בין ידועים בציבור לבין זוגות נשואים הושג למרות המונופול הדתי על נישואים וגירושים, וכדי לתקן כמה מהעוולות שמונופול זה יוצר, מנגד בארצות-הברית לא קיים מונופול שכזה, וניתן להינשא בנישואים דתיים או אזרחיים, לפי בחירת בני הזוג.

התוצאה של העדיפות של מוסד הנישואים בארצות-הברית היא מפלה לא רק בין סוגי הזוגות, אלא גם בין סוגי אוכלוסיות אחרים. למשל, בין לבנים לשחורים: בשנים האחרונות התפתחה כתיבה ענפה בארצות-הברית על ההפליה הגזעית שיוצרת ההעדפה למוסד הנישואים, שכן מגורים משותפים בלא נישואים, או היעדר מגורים משותפים, מאפיינים בעיקר זוגות סטרייטים שחורים, אשר מסיבות שונות מעדיפים שלא להינשא. התוצאה היא שהעדיפות המוקנית למוסד הנישואים מוקנית לסטרייטים לבנים נשואים, שכן הם קהל היעד המרכזי של מוסד זה.²⁸

המורשת האמריקנית הייחודית של מוסד הנישואים כביטוי העליון והעדיף של מיסוד זוגיות כבר נותנת את אותותיה בעידן שלאחר פרשות וינדזור והולינגסוורת. לאחרונה פורסם שחברות שהעניקו הטבות לזוגות חד-מיניים (כמו למשל זכאות לביטוח בריאות של בן או בת הזוג של העובד או העובדת) תובעות מהם כעת להינשא כתנאי להמשך הזכאות להטבות הללו. הנימוק: כל עוד הזוגות לא יכולים היו להינשא מכוח החוק, שלילת ההטבות

²⁷ לסקירה מקיפה וביקורתית של המצב המשפטי של זוגות לא נשואים הטרוסקסואלים במשפט האמריקני ראו CYNTHIA GRANT, *BOWMAN, UNMARRIED COUPLES, LAW AND PUBLIC POLICY* (2010).

²⁸ ראו, שם בעמ' 240; KATHRYN EDIN & MARIA KEFALAS, *PROMISES I CAN KEEP: WHY POOR WOMEN PUT MOTHERHOOD BEFORE MARRIAGE* (2005); Kathryn Edin, *What Do Low-Income Single Mothers Say About Marriage?*, 47 SOC. PROBS. 112 (2000).



הייתה הפליה. כעת, כשהם יכולים להינשא, עליהם לעשות זאת כתנאי לקבלת ההטבות, ככל זוג הטרנסקסואלי.²⁹ באבחת חרב, וכנראה גם תוך ניצול ציני של הפסיקה ושל החקיקה המכירה בנישואים חד-מיניים ביותר ויותר מדינות, נשללות כעט זכויות והטבות מזוגות חד-מיניים רק בשל כך שהם אינם נשואים.³⁰

קשה מאוד לראות במדינות הזו מדיניות הומופובית; שהרי דרישת הנישואים כתנאי לזכאות להטבות במקומות העבודה חלה על הטרנסקסואלים ולהט"בים כאחד. זוהי דוגמה מובהקת למדיניות שבאה לעולם בשל ההטרופיליה של התרבות. ההטרופיליה, בהאדירה את האידאולוגיה המינית ההטרנסקסואלית שרואה במוסד הנישואים את המטרה העליונה והנשגבת, פוגעת גם בהטרנסקסואלים שאינם עונים על דרישותיה, וכעת – היא פוגעת גם בלהט"בים, אם כי אחרים מאלה שפגעה בהם טרם פסיקת בית המשפט העליון האמריקני.

ד. משפט והשפלה

המשפט יודע גם להשפיל. כאשר הוא שולל זכויות מאנשים בשל תכונותיהם או השתייכותם הקבוצתית, הוא לא רק פוגע במעמד המשפטי; הוא גם משפיל אותם שכן הוא מכריז שאנשים או קבוצות אלה אינם בעלי מעמד שווה בפני החוק. המשותף להוראות משפטיות משפילות הוא הפלישה של המשפט אל תחומים שעבור המעמדות הגבוהים בהיררכיה נחשבים לתחום פרטי ומוגן, כמו חדר המיטות, אולם החתונה והגוף עצמו.

יש לא מעט דוגמאות לתפקיד המשפיל של המשפט במדינות רבות. בישראל, למשל, דיני הנישואים והגירושים, הרואים באישה רכוש הבעל (במשפט העברי, הנישואים נקראים גם "מעשה קניין"), הם הסדר משפטי משפיל. כך גם חוק איסור הפליה במוצרים ושירותים,³¹ המכשיר הפרדה בין המינים בנסיבות מסוימות מטעמים של "צניעות" וחוק איסור לשון הרע, שהפרשנות לו לעתים משיגה את התוצאה ההפוכה מזו שהחוק יועד לה.³² חוק העונשין, הקובע שהפלה היא עברה פלילית גם הוא חוק משפיל, שכן הוא שולל מהאישה את זכותה על גופה, ואף את אחריותה הפלילית בכל הנוגע להפסקת הריון (האחריות הפלילית מוטלת על מי שמבצע את ההפלה בגופה).³³ הסעיפים העוסקים בהפלה מופיעים בפרק שכותרתו "פגיעות בגוף", מיד לאחר הסעיפים שעוסקים ב"גרימת

²⁹ Heather J. Carlson, *Mayo Clinic employees must marry to keep getting same-sex partner benefits*, *PostBulletin.com*, August 2, 2013 (http://www.postbulletin.com/news/politics/mayo-clinic-employees-must-marry-to-keep-getting-same-sex/article_3e71cbda-ec99-5530-ac0b-fd99501e064f.html). תודה להדי

ויטרבו על שהפנה את תשומת לבי לכתבה הזו.

³⁰ יש יסוד סביר להניח שהשיקול הוא גם כלכלי: זוגות חד-מיניים שיסרכו להינשא ירדו ממצבת ההטבות של החברות שמשנות כעת את מדיניותן.

³¹ חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א–2000 (באופן אירוני, חוק זה שנועד להילחם בפוטנציאל המשפיל של המשפט באמצעות איסור הפליה גם במשפט הפרטי, אינו מונע לחלוטין השפלת נשים, וזאת בשל לחץ פוליטי שהופעל על ידי רבנים חרדים מסוימים).

³² חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה–1965. לעניין הפרשנות המשפילה, ראו הדי ויטרבו, לעיל ה"ש 13.

³³ ס' 313 לחוק העונשין, תשל"ז–1977; טריגר, לעיל ה"ש 7, פרק 9.



מוות", כמו סעיפי ההריגה והרצח. אישה יכולה לקבל אישור לביצוע הפלה רק אם היא מופיעה בפני ועדה ומספקת סיבה שהחוק רואה אותה כמוצדקת להפלה (מתוך רשימת סיבות מצומצמת וסגורה).³⁴ ההחלטה בנוגע לביצוע ההפלה אינה שלה. האיסור על יחסי מין בין גברים בחוק העונשין הוא דוגמה נוספת, וכך גם חוק האזרחות (הוראת שעה) שפוגע בזכותם של פלסטינים לחיי משפחה בשל היותם פלסטינים.

ההפלה של "מעשי סדום הומוסקסואלים", כפי שנקראו על-ידי בית המשפט העליון האמריקני בפרשת באוארס היא דוגמה מובהקת לפונקציה המשפילה של המשפט במערכת המשפט האמריקנית. קביעתו של בית המשפט, שביתו של ההומו, וחדר השינה שלו פרוצים ומפולשים, פוגעת הן בתחושת הערך העצמי והן בתחושת הביטחון של הומואים ולסביות, משום שהיא מעצבת אותם כמשוללי זכות לפרטיות ולכבוד.

בדיוק עשור לאחר ביטול הלכה זו, בפרשת וינדזור בית המשפט העליון האמריקני עמד על כוחו של המשפט להשפיל ולבזות. מטרת סעיף 3 ל-DOMA, נכתב בדעת הרוב, הייתה ליצור מעמד נישואים נפרד ונחות ובכך להטיל אות קין בכל מי שנישאים בנישואים חד-מיניים. זאת באמצעות יצירת שני מעמדות של נישואים בתוך כל מדינה שבה נישואים חד-מיניים מוכרים: נישואים שמוכרים רק על ידי המדינה ונישואים שמוכרים גם על ידי וגם על ידי השלטון הפדרלי.³⁵ לפיכך, קבע בית המשפט העליון, הסעיף אינו חוקתי. אידי וינדזור לא תירש את בת זוגה המנוחה כאדם זר, אלא כאישתה.

ה. סיכום: ירידת ההומופוביה ועליית ההטרופיליה

מהניתוח שהצעתי עולה שאנו ניצבים בפתחו של עידן חדש ביחס המשפטי להומואים ולסביות בארצות-הברית: ההומופוביה משפטית אינה לגיטימית עוד, לפחות לא ברמה הפדרלית. זאת ניתן ללמוד מדחיית הפונקציה המשפילה של המשפט. אולם האם בכך תמה ההפליה נגד הומואים ולסביות? כפי שהראיתי, דעות קדומות לא חייבות לנבוע רק מרצון להדיר ולהילחם. חלקן נובעות מהרצון להאדיר ולחזק. ההטרופיליה היא דעה קדומה כזו, שמטרתה חיזוק האידאולוגיה המינית ההטרנסקסואלית ולא מיגור ההומוסקסואליות. התוצאה בכל זאת מפלה. בהקשר של נישואים, התוצאה היא שרק זוגות – הטרנסקסואלים וחד-מיניים – שעונים על אידאל הטרנסקסואלי של זוגיות (קשר מיני-רומנטי מונגמי הממוסד באמצעות נישואים) יכולים ליהנות מיתרונות הזוגיות הממוסדת, זוגות אחרים, שבחרים שלא להינשא, מופלים לרעה. המאבק על השוויון בנישואים לא הסתיים עדיין, שכן הנישואים עדיין מהווים כלי נשק. בשל ההטרופיליה שבבסיסם האידאולוגי, כל עוד קיימת היררכיה בין זוגות נישואים לזוגות לא נישואים, ובין

³⁴ המחקר הסוציולוגי הראה כיצד הוועדה נזפת לעיתים בפונות אליה ו"מחנכת" אותן. ראו למשל דלילה אמיר, "אחראית", 'מחויבת' ו'נבונה' כינון נשיות ישראלית בוועדות להפסקת הריון" **תיאוריה וביקורת** 7 (1995).

³⁵ Windsor, לעיל ה"ש 3, בעמ' 20–26.



מי שחיים יחד בזוגיות רומנטית-מינית למי שאינם חיים יחד בזוגיות כזו, משטר הנישואים עדיין מפלה. התגובה לפסיקה, המחייבת זוגות חד-מיניים להינשא כתנאי לקבלת הטבות, רק משום שהחוק מאפשר להם כעת להינשא, מעידה היטב על עוצמתו של מכבש מוסד הנישואים, ועל כך שהמאבק לשוויון בזוגיות אינו מאבק סקטוריאלי של להט"בים, אלא מאבק של כולם – סטרייטים ולהט"בים כאחד – לעיצוב מוסד נישואים צודק יותר עבור כולם.