

על התמורת בקער בין אהבה לנישואין - השלכות משפטיות ומגדריות

יגל מרזין*

Love and marriage, love and marriage,
Go together like a horse and carriage.

This I tell ya, brother, you can't have one without the other.

Love and marriage, love and marriage,
It's an institute you can't disparage.

Love and marriage, love and marriage,
It's an institute you can't disparage.

It's an institute you can't disparage.

Ask the local gentry and they will say it's elementary.¹

- א. מבוא ¹ ב. כרוניולוגיה של תמורת בקער הנישואין השונה בדבר
התפתחותו הלניארית ² ג. ממנה "פרכי" למסד משפטי-ציבורי ³
ד. על הקשר בין אהבה לנישואין ⁴ 1. נקודות-ציון עיוניות בתפיסות
של אהבה ונישואין (מאפלטון עד לטרובדוריס) ⁵ 2. אהבה ונישואין
במסגרות הנדרשין של מלשון ⁶ 3. התמורה שחלה בנישואין מתקופת
המסבלה עד לשאה התעשי-עשרה ⁷ 4. ההפיסה הנוכחית של מסד
הנישואין ומטרתו ⁸ 5. שוויון בנישואין: גזע, מין ונטייה מינית ⁹
6. אהבה, נישואין חד-מיניים, הומוסקסואליות ותיאוריה קוורטרית ¹⁰
7. סיכום

א. מבוא

לאורך ההיסטוריה היו הדעות חלוקות בכל הנוגע להגדרתו של מסד הנישואין
ובשאלה אילו קבוצות יזכו להיכלל במסגרתו ואילו קבוצות יודרו ממנו. הנישואין היו

* ד"ר למשפטים, מרצה בכיר וחבר מנהל החוקה וקבוצה של בית דסטפ למושפטים של
המכלול האקדמי, המכללה לנהל. חלקים מתאמר זה מובסים על הפרק השני בספר
Y. Merin *Equality for Same-Sex Couples: The Legal Recognition of Gay*
להזדהות לזוגיות בין זוגות מאוגנים באוגלית של חלקים אלה.
1. שיר "Love and Marriage" (F. Sinatra perf., J. Van-Heusen & S. Cahn writers)
ידוע ופופולרי זה נכתב בשנות התמישים לחפקה הטלוויזיונית של גרסה מוזיקלית
למחזה של "Our City" (1938) T. Wilder. אף-על-פי שנהוג לייחס למילות השיר
משמעות אירונית, הרי שברקשו, כפתיחה למחזה המוחה שיר הלל להומוסקסואליות
מאשרת, נדמה שהשיר נכתב בריגנות גמורה. האירוניה והתדהה הונה שז'ורנטיס וייקלר
היה הומוסקסואל.

בניגוד למצב המשפטי במדינת-ישראל, ברוב מדינות המערב החל להתגלגל של מצב להסדרת מוסד הנישואין על בסיס של זכות ארוח חילונית עזר במאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה, עם שכיחת המונופולין של השיפוט הכנסייתי והתנגדת נישואין אזרחיים.³ מאמר זה מתמקד במדינות מערביות שמשלשלו, במידה זו או אחרת, את החלק החליין של מוסד הנישואין ומניחו את רוב מאפייניו הפטרואריכליים, ומשום כך אינו כולל דיון במאפייניו של מוסד הנישואין במדינת-ישראל, שעלתם עמדתה בהרחבה במקום אחר.⁴ לאור שכתבן את הממורות שהלו במוסד הנישואין ואת מידת השקויון שהושגה במסגרתו בין הממנים, נעמוד על מאפייניו הנוכחיים ועל מאבקותן של קבוצות מעצט שהורדו ממנו – ובעיקרן הקהילה ההומוסלסית – להיכלל במסגרתה, בהקשר זה נעמוד על יחסי-הגומלין והאגלוגיה בין גזענות, הומופוביה וסקסיזם, ונצביע על המאמץ בין מידת השקויון בנישואין שמשניו נשים ומיעוטים גזעיים (כאמצות-הכרית והמדינות צפון-אירופה) לבין מידת השקוין בנישואין שעשויה להיות מולדת על-ידי זוגות הומו-מיניים. הפרק של דבר לירי הנדרת משפטיה מחדשה של מאפייניו המסורתיים של המוסד (ובכללם ילדות וחלוקה או שמא הפיחת בהשפעתם של מאפייניו המודרניים של האהבה היא אכן זו שמתבא בסופו של דבר לירי הנדרת משפטיה מחדשה של מאפייניו המסורתיים של המוסד (ובכללם ילדות וחלוקה בינית לפקדי מגדר), שמנעו נישואין הומו-מיניים בעבר, הוא שייצביל לרפורמה כוון הפרק מבציע על קשר אינהגטי בין התפיסה המודרנית של אהבה והנטייה לבין ערך השקויון, ועוסק במחלוקת המתקיימת בקהילה ההומוסלסית (וכמו גם במיעוטים של גורמים הומו-קוהזיטיים) בדבר הדרך האויה להשגת שקויון זכויות ולגות הומו-מיניים, פרק זה כותן באופן בקורותי את ההבנה המקובלת כי התגמות שבבסיס התיאורית הקוויזית מתקיימת להגלת הומואים ולסביות במוסד הנישואין, ומציע קריאה שונה ומחדשת של התיאורית ככל שהדבר נוגע לנישואי בני-זוג מאותו מין.

ההיסטוריות להכפפת הדין האישי בישראל לדין הדין האזרחי בישראל (מחוקק רביעית מודרנית, 1951-69, לזכות השלכותיה של פשרת היסטורית זו על מצבד האשה בישראל דא י' כובד אנסי 'שמצד האשה בישראל נשים במלברד (ר' יורצילי' אותו עורכומת, המשנת 2010, מתולת הדין הדין על ענייני נישואין ונידושין של הודיים בישראל וצי-היכולת להתקשר בנישואין אזרחיים מותרת פגיעה קשה בזכות לחיי משפחה בכלל וזכויות לנישואין בפרט. לא זו בלבד שהזכות אינה מחולקת באופן שווה על כל תושבי המדינה, אלא שאף קיימת תפילה דרניג נישואין והגירושי בישראל בין נשים בגברים, ולא לעצין ה' מדין 'הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים) – משפט בגלומי ומקוס' זכויות כלכליות, חברתיות וחברתיות בישראל (י' שני ר'י ר'בין עורכים, 2004) 668, צעין מאפיינים סוציולוגיים של מוסד הנישואין במדינת-ישראל ראו גם ס' פוגל-ביזיאוי 'משפחות בישראל: בין משפחותיות לפוסט-מודרניות' מין' מגדר פוליטיקה (ר' יורצילי' אותו עורכומת, 1999) 107.

1. רובנישואין 'חזרות לנישואין' ענני משפט ג (תשל"ג) 433.
2. ראו מדין, לעיל הערת 2. אם וכאשר יתגמו נישואין אזרחיים במדינת-ישראל יהיה ניתן להתחיל את שינויי האמור זה גם על מוסד הנישואין הישראלי ולדרוש שקויון זכויות למיעוטים מיניים במסגרתו.

3 4

ועודם מוסד מוצע לשינויים, המתויתם לגמון גדול של וריאציות גיאוגרפיות והיסטוריות. תפיסת הנישואין, הסדרתם, המניעים לקיומם ומידת שקויון בין בני-חוג במסגרתם – בכל אלה תלו שינויים מהותיים-קולטליים.

מאמר זה כותן את הקשר בין אהבה לנישואין באמצות המערב הוד המתבוננת בכמה בקורות ציון, החל בעת העתיקה וכלה בימינו אנו, וזאת מתוך אספקלריה היסטורית-ספרותית-משפטית. המאמר עומד על התמורות שהלו במוסד הנישואין – מתפיסת כמסוד פטרואריכלי המיועד בראש ובראשונה להבאת ילדים לעולם ולקידום מטרת כלכלית, ועד לתפיסת הנישואין כמוסד שבני-זוג האוהבים זה את זה נכנסים אליו על-מנת למסד את הקשר בניגמה, כשישקוילי ילודה, כסף ועבודה הם, על-פי רוב, שקוילים משניים. שנתנו המרכיז של המאמר הינה שקיים קשר סיבתי בין השניו שהל בתפיסת הנישואין, מוסד המתבוננת בעיקר זו המשפטית. תמורות אלה, כך אטען, מחייבות בימינו רפורמת מוסד בהסדרת המשפטיה של המוסד, רפורמה שעיקרה תכליתן של קבוצות שהודחו ממנו, כגון בני-זוג מאותו מין, במסגרתו.

התפיסה המערבית לזרורותיה באשר חשניים נתפסו כבלתי-מיטיביים זה עם זה, אהבה נתפסת כאידיאל שניתן לזווקא מתוך למוסד הנישואין. דוגמות לכך מצויות, בין היתר, במערבית הוסיס הומו-מיניות של גברים נשואים בכתיב אפלטון, ובחשוקה לאשה הל-משגת בשירת הטרובדורים בצרפת של המאה השתי-עשרה. רק מן המאה השמונה-עשרה והתשע-עשרה ניתן להבחין בתחילתו של התהליך הדרגתי של קישור, לפחות במישור האידיאלי, בין נישואין לאהבה, ורק במחצית השנייה של המאה התשעים התלה אהבה לשמש צידוק מרכזי, גם אם לא בלעדי, לנישואין. כיום, התפרקות למוסד הנישואין ומשורותיו מבוססת בעיקר על תנתת קיומה של אהבה הודית בין שני בני-אדם הבאים בבירור זו בתנאים שווים. גם הדין בנישואין הומו-מיניים יצא נשכר, לשיטתנו, אם נשמר את העובדה, המשתכחת על-פי רוב מלב, כי במרוצת רובת של ההיסטוריה לא נתפסה היקרה בין אהבה לנישואין במנותחים סיבתיים, וכי רק בעת האחרונה נעשתה האהבה בסיס מקובל לנישואין ואף הצדקותם העיקריות.

תמצברי החדרתי מהפחדה מוחלטת בין אהבה לנישואין לתפיסת האהבה כנידוק המרכזי של מוסד זה השפיע, כאמור, מבחינה משפטית ומעשית כאחד, על הטרומה החדרנית ממוסד הנישואין, המתאפיינת במערב משפט נישואין פטרואריכלי (תשל"ט על-ידי דין דני) למוסד שבני-חוג נתנים בו משקויון זכויות, לפחות חלוקה, מעבר זה רחוק מהשלמה ככל שהדבר נוגע למדינת-ישראל, שהינה אחת המדינות המדוקדקות היחידות שהדין האישי של אזרחיה נשלט בה עדיין, באופן בלעדי, על-ידי הדין החדרתי.²

1. ישראל מתאפיינת בהגבלות שונות המוטלות על הזכות להינשא הנובעות מחולת הדין החדרתי על ענייני נישואין וגירושיה ומתערד חסדי של נישואין אזרחיים. סעיף 2 לחוק שיפוט הדין רבניים (נישואין וגירושיה), תשי"ג-1953, קובצי: 'נישואין וגירושיה של יחידים ייערכו בישראל על פי דין תורה', באשר לחולת הדין החדרתי על בני-עדות דתיות אחרות בישראל, ראו סימנים 52, 64 ו-54 לדבר המלך במועצה, 1922. לדין בסיבות

2

ארוסי, נאמנות מינית או הגשמה רומנטית. הכנייה הנוצרית של ימי-הביניים, ובמדת רבה גם זו שלאחר הרפורמציה הפרוטסטנטית, העלתה על גס את האהבה בין הרעה לבצל, אך ראיתה בנישואין שותפות נטלת תשוקה הפיטה זו התעלמה בדרך-כלל מקיומה של אהבה מינית בין בני-הזוג. באופן פרוקסדלי, דווקא בתקופות שניכנו אוריאליזציה מפותחת של האהבה, כגון ברומנס המאחד ובתקופה הרומנטית, תהרת עזר יותר הפער בין תפיסת הנישואין לבין השאיפה הטרוצנטרנדטיליות שהיו קשורות לאהבה מינית. כך, במשך תקופות ארוכות לאורך ההיסטוריה נשמרת הפרדת תרבותית, גם אם לא ממשית, בין השניים.⁷

למחר לצידן שתגישות התרבותיות והדתיות למיניות, שתפציצו במישורין על תפיסת הנישואין, היו אף הן ממוגנות, הול בסובלנות ולכרלים בקושיים באחד האחד וכלו בריכוז ואי-סובלנות בקושי האחר. בכל הנוגע למיניות, כגון הנישואין ומחוצה להם, לא ברור כלל שמדובר בתהליך היסטורי עקבי ומתמשך של ליברליזציה הדרגתית. אדרבה, התנהגות שהתה בהשבת כיום בהוגים מסוימים להפקרות מינית היתה ככל הנראה נהוגה מקובל כהוגים מסוימים ביוון העתיקה, ואם במאה השש-עשרה רווחה באירופה גישת של סובלנות מתונה בתחום המיני, הרי שאנו מוצאים עצמות של דיכוי במיוחד של נשים – במאה התשיעית, והחלה להתרחב במאה השמונה-עשרה, שוב דיכוי מיני – במיוחד של נשים – במאה התשיעית. בתחלה בכלל ובמסגרת הנישואין במאה השש-עשרה, לא התנהגות התקדמות עקבית ומתמשכת. במאה השש-עשרה, למשל, היתה האהבה האינדיבידואלית שווה לבעלה מבחינת רכות יותר מהאשה בת המאה התשיעית, ואילו "אשה בשנת 1200, גם אם היתה רווקה או אלמנה לא היתה מצאית סיבה לקצא באשה בשנת 1700 ועוד פחות מכך בהן שתייתה בשנת 1800".⁸ גם התפיסה המוכרת לנו כיום של "המשפחה המסורתית" אינה אלא מושג תלוי-תקופה שידוע שינויים, תלוק קיצוניים למדי, אין איפוא לשיער שתפיסות המשפחה שלנו לא משיכו להשתנות ולהתפתח בעתיד. כפי שתהסטריון לורנס סטון (Stone) מטיביר:

"ההיה זו טענה גמורה להגות שתהתשה אינו תפתחות לינארית תהי-משפחתית. אין כל סיבה להגות שהנוצר שהתקבל מהאגידיוודיאליזם והגשי, תלך הוא משפחה מתישפוס הממורכו, מהייח פנימה, מחובר בקשר גשי, משפחה מינית ומורכו בלדים, אותה משפחה שהתגבשה ברבע השלישי של המאה העשרים, הוא מוסר שריר וקיים יותר משלפני המשפחה הרבים אשר קדמו לו. על כך מלמדים הן העובדה שאורך השנינו טמן בדיאלקטיקה אין-סופית של רציונות ואינטרסים מהוגשים; הן התייער ההיסטורי המוכרת את מסלולה הבלתי-צפוי של אותה התפתחות; הן ההבדלים המגדלים בהשפעה שנוצעה לה על מעצמות שונים הן

- ראו: I. Singer *The Nature of Love, Vol. I: Courty and Romantic* (Chicago, 1984) 7
 12, 13, 47-48
 L. Stone *The Family, Sex and Marriage in England 1500-1800* (London, 1977) 8
 545
 E.J. Graf *What is Marriage For?* (Boston, 1999) 217 9

ב. כרונולוגיה של תמורות מוסד הנישואין והשנות בדבר התפתחותו הלינארית

עד למאה העשרים היו הכאת צאצאים לעולם והישול הקשרים בין משפחה, שבנים, מדינות ושאר קבוצות חברתיות – על-מנת להבטיח ארמת, כסף, כוח או שליטה פוליטית – שתי מטורות העקרויות של מוסד הנישואין; משיכה מינית ותשוקה לא נחשבו למרכיבי תרתי. קשרי אהבה והגש התקיימו במקרים רבים מחוץ למוסד הנישואין לא פחות מאשר בתוכו.⁹ אם התפוסה הרווחת של נישואין בעולם המערבי המודרני היא של ברית חלופית, בה קיימא ובלעדיה, הוכחה בהכרח משפחית מטעם המודרני היא של אדם שווים האהבה וה את, הרי שבתקופה הרומנטית ובמשך כל ימי-הביניים היו הנישואין מוסר פריי במידה רבה, שגודעו לו השלכות משפחיות ואשר התאפיין על-ידי רוב כחוסר רכוש בין שתי משפחות. מוצמד תרתי ומצב כלכלי היו השקולים המכריעים בבחירת בן-זוג או בת-זוג. גם בקרב חסרי הרכוש התעניים, שתופש התעולה שלהם היה מן-הסתם גדול יותר, לא התבססה הבחירה אך ורק, ואולי אפילו לא בעיקר, על אהבה; בה-הזוג (ובמקרים מסוימים גם בן-הזוג) נהיה עלי-פי רוב בוכות מעלותיה בבחינת "עזר כנבדו", כלומר כשותפה לעבודה, תואיל והבעל והאשה היוו תיחד מלכלית לא פחות מחברותית. בווול (Boswell) מתאר את עיקרי של מוסד הנישואין במעין כרונולוגיה סכמטית:

"באירופה הטרום-מודרנית היו הנישואין על-פי רוב הסדר רכוש בראשיתם, אמצעתם היתה בעיקרה גידול ילדים, ואילו סופם היה אהבה. מעטים היו הנוגות שאכן נישאו "לאהבה", אבל בין רבים צמחה האהבה עם הלוף הזמן, שבמרוצתו נחילו בצורה את משק ביתם, תיכנו את יוצאי חלציהם ועבדו יחדיו את חויות החיים."⁶

עם זאת, יש להגיש כי הכללות הנוגעות לקשרים בינאישיים הן עניין מסוכן כמובן, גם אם מופנה, ואת נעוד, הנישואין היו הסדר, ובהמשך מוסר, שבסרטו העיקרי לא היה משפטי, ולפיכך קשה לעמוד על פשרם ומטרותם המקוריות בתקופות היסטוריות שמתערר בהן היה מצומצם יחסית – קל וחומר בעת העתיקה. אף-על-פי-כך דומה שנרתי להגיה בביטחון יחסי כי אהבה רומנטית לא היתה תלך אינה-נטי ממוסד הנישואין. אם קשה לנו כיום לקבל קביעה כזו, הרי זה משום ש"המצאת האהבה" בתקופה הרומנטית ממישכה לתח את אותה תחיה גם בימינו-אנו, ואין ספק שהיא התיירת נוחת כל "מחה על תפיסת הנישואין המודרנית (או לפחות על אידיאל הנישואין המודרני), אם נשוב לבחול ונציג את ישינו המורכב בקיצור נמרץ, ניתן לומר שהנישואין בתקופת יוון ורומי לא היו כרוכים בסיפוק המורכב בקיצור נמרץ, ניתן לומר שהנישואין בתקופת יוון ורומי לא היו כרוכים בסיפוק

- ההיסטוריון ג'ון בוונל מגדיר את הנישואין המודרניים לא רק כברית קרובה ובלעדיה, אלא גם כאיחוד יאשר יגיב לדים חוקיים או ניהודי [בני-הזוג] להביא ילדים לעולם". J. Boswell *Some-Sex Unions in Premodern Europe* (New York, 1994) 10
 אולם אף-על-פי שהנישואין כוללים לעיתים קרובות גם הולדת ילדים, הרי שבמילוי תישואין שוב אינם תגא במקום הכרחי לליגיטימיות של אותם ילדים; ודאי שאין זה מודיק להגדיר את הנישואין המודרניים במערב כמחשד שהבת לידים לעולם הוא עיקר מטרתי.
 Boswell, *ibid.* at p. xxi 6

שהתנהגותם הדיברתם מעידים על יחסם,¹⁷ עדי לסיק שתקופת הנישואין לא תהיה המשפחה מעורב באופן מלא בנישואין, שהיו מוסר חברתי, המאייפיים המשפחתיים הראשונים של הנישואין מקורם במוסרי, בתוספת לפרינס את הריציה ולשלים לה פייציים אם הנישואין ובכללות הולכים; אך כאשר לא היה מדובר ברכישי, הותר הקשר באמצעות נישואין או פירוד ומו לא לאורך הלך ניכר של נישואין-תמיכה. הכתיבה שיקולים כלכליים, פוליטיים ובלתי-אישיים בעיקרם את הנישואין, כאשר לא היו חילופי רכוש, לא היו הנישואין אלא חלופה פשוטה של בני-חוג לחיות יחדיו. זהו די בכך שהם רואים עצמם כבעל זאמה ומציגים את עצמם כך לפני הקהילה; לא חיתה כל חובת רישום או צורך בסיקס בעל זאמה ומציגים את אמן, במערב-אירופה, עדי לרפורמציה, לא היה מוסר הנישואין מוסר באופן רשמי על-ידי הרבון; הנישואין היו עניין פרטי שהפקוח וההסדר היה שיהיה על ידם ובע מורמות הרווח או ממנהג. שני בני-אדם נחשבו נישואים לא מוסר שיקימו סקס זה או אחר, אלא מצבם העובדה שהיו יחדיו כבעל זאמה; ואשן, הרינו, אנשים יכלו ליצור נישואין אך ורק באמצעות הסכמה הדדית ומגורים בצומת.¹⁸ בתקופה המאוחרת של ימי-הביניים פחתה הכניעה מעורבת של בת-ידוך וקובץ חוקים בענייני נישואין, במאה השלוש-עשרה, כאשר אבות הכניעה פסקו שהנישואין הם סקיזמוס, תולדה הכניעה הקתולית רפורמה מלאה בתוך הנישואין והפכה אותם למוסר יחיד, בלתי-ניתן לפירוד, תכופה לפקוח מרדוק-לכת של מעורבת בת-ידוך כנסייתיים.¹⁹ מוגזש שנקבע כי הנישואין הם קשר שאין לחזור - באמצעות כיתוף הלך לפירוד משפטי וקביעת עליות לביטול - קיבלו הנישואין הגדרה מוגברת יותר, ותגובה מעורבת משפטי כנסייתי של הנישואין ואיסורים.²⁰

באישית המאה השש-עשרה כבר היה חוק הכניעה הנוק הריאשון בעמלה אשר הל על הנישואין במערב; בוועידת טרונט, בשנת 1563, תוספת והוסר חוק הכניעה והוכרז כי מניעת הרייון והפקוחו מקצועות את מטרם הניקודית של הנישואין; לזדה והיון ילים.²¹ הטקס הפומבי הושמך הערך לפני כומר, שנעשה בתמשך דרישה כמעט בכל מערכות המשפט במערב המגאי לתקופת הנישואין, נעשה חובה רק בשלוחי המאה השש-עשרה, ובאנגליה המשיכה הכניעה להכיר בתקופן של בריות נישואין לא-דרישיות עוד

17 Graf, *supra* note 9, at pp. 194-195.
 18 *supra* note 15, at pp. 7, 15, 17, 19-21.
 19 שובאמצעות גזרה ברית הנישואין השונה מוגן לזמן ומקום לקום, אחד התנאים המוקדמים והתנאים ביותר שאפיינו את מעשה הכללות היה לרית האשה ביד בעלה המרדע, ונהג שהתחלה בתמשך בקיית האשה. בין הצורות התקפות האחרות שהתלו ואף היון את מעשה הכללות, הרווחת ביותר הייתה משנה הכללות; אולם היו עצים רבים שהם התחו הנישואין ללא קיודם של סקס רשמי כלשהו. ראו: J.A. Ryan, "History of Marriage" IX *The Catholic Encyclopedia* (Online Edition, 2003) (1910).
 20 Glendon, *ibid.*, at pp. 26-27.
 21 White, *supra* note 16, at pp. 4, 16-41.

הלחצים המופעלים עליה כיום; והן תפוצחה הניאורופית ברחבי תבל, שהינה מוגבלת בתחילת.¹⁰

כפי שהמשפחה הנישואין עצמה ידעו שינויים והגדרות בהי המעשה, כך אנו מוצאים גם שינויים בהשקפות על מלות הנישואין, השתיתם והשבתם לפרט ולחברה. גתה טען שהנישואין הם פסגת התישנים של החברות האירופיות והתשתית המוצקה להי הפרט.¹¹ הוגו אחרים, כנון בנדטו קרוציה (Croce), ראו בנישואין את "כור הקבר של האהבה המפוצלת" ואת מות הרגיש.¹² גם בנוגע להגדרת הנישואין בתורה המודרנית ואף הטרנס-מדרגית אין אחדות דעים.¹³ על-פי ציטוטים רבים מתוך נאום שנכתב כיוון העתיקה, "נהג מה פרישיות היות האדם נשוי; להיות לאיש אשר לו בנים שיוכל להציגם בפני משפחתו ושכניו ובנות להחן לבעלים. שכן יש לנו נשי-שעשעיים להנאנו, פילגשים ליטפול בצורה הנוף הרום-יומויים ונשים שילדו בתוך את ילדינו ויהי שומרות נאמנות במשך בתנו."¹⁴ אין ספק שהמדרה אינסטרומנטלית כוון דחוקה מודק רב מהפוסטיוני קרוציהס מעייבי-מודרניים. אולם לא רק מטרם הנישואין המפקדים, אלא עצם משפחותם - אם דלית, חברתית או משפחית - משתנה מחברה לחברה ומתקופה לתקופה. המורות אלה הושפעו, כפי שנראה להלן, מתפיסת פוליטית, תרבותית ודתית.

ג. מנתה "פרטי" למוסר משפחתי-נישואין

לאורך ההיסטוריה התקיים מרחק מתמיד בין שני פנים שולבים של הנישואין: נישואין כמוסר ציבורי, מוח גיסא, ונישואין כחיות של הפרט, מאידך גיסא. בתקופות שונות הוסט הודגש מהגדרת הנישואין כעניין פרטי להמשגתם כמוסר המוקנה מטיע הכללי, ובחזרה אולם כפי שנראה להלן, ניתן להתחקות אחר מנהג היסטורית של מעבר הדרגתי מהחיים הפרטי אל החיים הציבורי, "ממנהג למשפחתי"¹⁵ ומ"פולחן לחיות"¹⁶ הן על-פי נמשפט הרומי והן על-פי המשפט העברי. המהו הנישואין באמצעות פעולה פרטית. בתקופה הרומית היתה המדינה מוסמכת לפקח רק על הוצאות הנישואין, אך לא על יעירותם - המשפט ברק רק אם בני-חוג חיים יחדיו ב"כרונה נישואין" (*affecto maritalis*) כפי

10 Stone, *supra* note 8, at pp. 682-683.
 11 D. De Rougemont *Love in the Western World* (Princeton, M. Beligion trans., revised ed., 1983) 287-288.
 12 B. Croce *Ethica e Politica: Agguiriovi il Contributo alla Critica di Me Stesso* (Bari, 1931).
 13 Boswell, *supra* note 5, at p. 9.
 14 דלוטנטט אמולודודוט נגר נאייודה: קרודתה של הטארה כיוון העתיקה ריי גילולה תרגמה, תשס"ז, 122.
 15 M.A. Glendon *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in* (Chicago, 1989) the *United States and Western Europe*.
 16 I. White Jr. *From Sacrament to Contract: Marriage, Religion, and Law in the* (Louisville, Ky., 1997) *Western Tradition*.

המקובלת הראשונה במעלה לתקשורת חברית הנישואין ולקיום קשר הנישואין. ראי שהצדקות קודמות, כגון ענייני כספים ויחודה, לא נעלמו מהמשיכה הגורמים לנישואין, אבל האהבה – כמטרה ראשונית בנישואין – נעשית אידאל.

ד. על הקשר בין אהבה לנישואין

1. תקורות-ציון עיוניות בתפיסות של אהבה ונישואין (מאפלטון עד לטרוברדורים)

במובנים רבים, התפיסה המערבית של אהבה מינית ואהבה רומנטית מקבילת את משמעותה לאור הגותו של אפלטון. הנה, כך אמר אוסקר ויייל כאשר עמד למשפטו הראשון, בשנת 1896:

"אותה אהבה שאינה מעיזה לומר את שמה בנאה הזאת היא זוכה עצומה של גבר מבוגר לגבר צעיר מפני, כזו ששורתה בין דוד להננתו, כזו שאוהה עשה אפלטון לצעם תשורת תורתו הפוליטית וכזו שהניצא לכס בטונטות של מיכלאנג'לו ושל שייקספיר – חזבת דחנות עמוקה שהונה סהורה ומושלמת ומבטיבה צורות אומנות דיוגית, כמו אלה של שייקספיר ומיכלאנג'לו... היא כלילת יופי; היא מעורבת; היא צורתה הנאצלה ביותר של זכות הלב. היא אינטלקטואלית, והיא מתגלה שוב ושוב בין גבר מבוגר לגבר צעיר, כאשר למבוגר אינטלקט, ואילו לצעיר כל השמחה, התקווה החותר של החיים. את זאת אין העולם מבין. הוא שם אותה ללעג ולקלס ולפעמים אף מצמיד אים אל עמוד הקלון בגללה."²⁹

אפלטון אינו מבכיר מילים על הקשר בין אהבה ונישואין. למעשה, דומה שאין הוא מניח שקיים קשר כלשהו בין השניים. בפוליטיקה אפלטון מתנגד לנישואין, קורא לביטול ומציע שיאמן הנשים החיינה כולן משותפות לכל הגברים האלה, ואף אחת לא תדרוך בהידות עם אחר; וכן יהיו ילדיהם משותפים, ואב לא ידע את יוצא תלציו, ולא ילד את אביו.³⁰ אולם במסגרת תפיסת הרפורמליקה הקרקטיבית של אפלטון, אין לדאות בהצעה זאת מהקפה על הנישואין כשלעצמם. יתר על כן, אפלטון אינו מטפל בתפיסת האהבה בין בני-אדם כפרטים בפוליטיקה; תפיסה זאת מבוטאת במשחה ובפירורים, והיא נבדלת באופן חד-משמעי מנישואין.

המשחה של אפלטון – הדיאלוגים בין סוקרטס לתלמידיו המבדירים בשבחי האהבה, אשר הועלו על הכתב במאה הרביעית לפני הספירה – הוא ככל הידוע לנו המסח הראשונה שנובנה על קשרי אהבה בין אהבים לאהבים, אהבה תמימית בין גברים, אהבת-השוקה הומוסקסואלית היא הראשון הממואר כמבנים אלה.³¹ במשחה אין נשים

29 F. Harris *Oscar Wilde* (New York, 1960) 175–176.
30 אפלטון פוליטיקה (י' ג' ליבס תרגם, 1967, כרך שני) ת' 438–457.
31 יצוין עם זאת כי בחוקים דומה שהל שינוי בהשקפתו של אפלטון על פעילות

באמצע המאה השמונה-עשרה,²² חרף קביעתו של לורן, במחצית הראשונה של המאה השש-עשרה, כי הנישואין אינם סקדמנט אלא "דבר ארצי", וכי מדובר במסד חברתי בלתי-חלוי, הכפוף למדינה, שימרו גם הפרוטסטנטים את הפן הדתי של הנישואין (ובכלל זה חובת נוכחות של איש כמורה, ואף הם דגלו בהשקפה שההולדת היא מטרתו העיקרית של המוסד.²³ בתקופה זאת טבע קלווין את המושג "נישואין" ככרית שהעדה כולה נכנסת בה, ופרט לכך אימץ את רוב הרפורמות התיאולוגיות והמשפטיות של לורן.²⁴

הרעיון שהסדרת הנישואין או ההכרעה בסכסוכים הנוגעים לנישואין יכולות או צריכות להתבצע על-ידי הקהילה הפוליטית החילונית לא נשקל ביצירות עד למאה השש-עשרה ולרפורמציה הפרוטסטנטית.²⁵ תחת השפעתה של ההשקפה הליותרנית ושל המהפכה הצרפתית אחריה, הונהגו בהדרגה חזבת נישואין אודותיים ורישום כמעט בכל מדינות אירופה וצפון-אמריקה; כך נהפכו הנישואין באופן רשמי מעניין פורטי למוסד תהוות לפיקוח ממלכתי. עם התפתחות הקפיטליזם החשיתי והעויר, שוב לא נישאו בני-אדם ללא גושפנה רשמית, והמדינה השתלטה על מוסד הנישואין, עד לאמצע המאה השמונה-עשרה כבר חלה תמורה גמורה בהגדרת הנישואין, באנגליה וביתר מדינות אירופה והם נתפכו מסקדמנט פורטי לחזות חילונית ומורשה בפיקוחה של המדינה,²⁶ אבל רק במאה התשע-עשרה זכו הנישואין בהסדרה מלאה ומקופה בחוק. באמצע המאה התשע-עשרה במקביל לחוליק החילון של סמכות השיפוט בענייני נישואין ושל חוקי הנישואין, יצרו מדינות בכל רחבי העולם מדיש ציבורי ואפשרות של טקס נישואין אודותי. אולם היו מדינות, ביניהן ארצות-הברית, שהמשיכו להקנות הכרת משפטית לנישואין לא-רשמיים (מכנה זאת עזרנה שרירה וקיימת בכמה ממדינות ארצות-הברית, שם המוסד מכונה "common-law marriage" – מונח המקביל למוסד הדידועים-בציבור הישראלי.²⁷ באמצעה, באותה תקופה, יכולו שני בני-חוג לערוך את טקס הנישואין בעצמם ולקבל את ההכרה המשפטית לאחר מעשה, ויה ניתן אולי לראות בכך שימור של הנישואין כמוסד פורטי (חורה להפרכת הנישואין), אלא שההכרה ב"נישואי המשפט המקובל" במקביל לנישואין הוצטמצמה מאוד, וגם בארצות-הברית געשו הנישואין מוסד ציבורי תהוות לפיקוח ממלכתי.²⁸

נוכל איפוא לומר שלאורך ההיסטוריה חל תהליך של הידוק הפיקוח המשלכות על הנישואין, הם הלכו ונעשו פחות ופחות עניין פורטי, ובכך נתפכו "ממנהג למשפטי". במקביל, וכוונתו בלתי-חלית, התחולל שינוי נוסף: אהבה רומנטית נעשתה תוצרונה של הפיקוח ויא להצמיד צאצאים. *Ibid.*, at pp. 96–97, 105.

22 Glendon, *supra* note 15, at pp. 28–30.
23 Ryan, *supra* note 18; White, *supra* note 16, at pp. 42–73.
24 Ibid., at pp. 74–129, וראוי לציין שאף כי קלווין דווש את שעבוד האשה במדינות משימה, גם על-פי אמות-המידה של המאה השש-עשרה הוא תהוה, יחד עם זאת, שאהבת המיכה הודיות בין בעל לאשה חן מדיכ שוב בנישואין, גם אם משתמ הפיקוח ויא להצמיד צאצאים. *Ibid.*, at pp. 96–97, 105.
25 Glendon, *supra* note 15, at p. 26.
26 Graf, *supra* note 9, at pp. 202–203.
27 Glendon, *supra* note 15, at pp. 19, 33, 34.
28 Graf, *supra* note 9, at pp. 19, 33, 34.

הנצרות, שלא היתה לזקופה האמלגמית, הציבה את אלהים כמילואי אהבה, במשך תקופה ארוכה הוגדרה האהבה הדתית כשיאפה להמארת עם האל. בניגוד-הניינים נשיו נסיונות לשנות מימד אנושי לאוהב אהבה שהיה שמונה בנצרות לזוסט של הזרם לא, ³⁸ אולם לכל אורך מיידי-הניינים שלטה באירופה התפיסה הדתית כי אהבת האל נעלה מעל יתר סוגי האהבה.

המבונדורים בצרפת של המאה התשעים-עשרה היו חושגים (למן אפלטון) שדיכרו על אהבה אידאלית בין בני-אדם, ולא בין אדם לאלוהי, ולפיכך שירתם היא נקודת-המוצא של רוב המחברים העוסקים באהבה ונישואין. שירת המבונדורים נתנה בטיור ראשון לאידאל חדש, המושג "אהבה הרוחנית" (Courtly Love), שהיה עתיד לחלול את תורו של המלך והחילוני שנבנה באירופה מן המאה השתיים-עשרה ועד למאה התשעים-עשרה.³⁹ שירת המבונדורים היא אהבה אידאלית ועל-פי רוב לא-ממומשת, אצילית ומאצילית נעלה מהנישואין ואף אינה עולה איתם בקנה אחד, שכן: "נישואין כרוכים בבירית גופנית ואור, דבר-מה שהוא מעל ומעבר לכל אהבה מושגת בחיי העולם הזה."⁴⁰ אם הפילוסוף השווייצרי דני דהרודולפו (De Rougemont) מתאר התנגשות מתמדת בעולם המערבי בין תשוקה ואורגנומורקוסיה, בין אהבה מבוא והנישואין הודת הממוסדת מכאן, הרי שהתשוקה אורגנומורקוסיה, שכן אהבה מבוא והנישואין הודת הממוסדת מכאן, הרי שנותן, וכי תפיסות אלה אינן מהיבטות תמיד התנגשות בין תשוקה לנישואין.⁴¹ דה רודולפו, מצידו, ואמר שכמעט "הנישואין הם שנתפכו במאה השתיים-עשרה מישא לכה, ואילו התשוקה הוצתה על נס, דווקא משום שהיא אבסורדית, מיסרת את קורבנותיה ורועת תהם בעולם ובנופש המפיש גם יחד."⁴² כפי שראוי, שתי התשוקות הללו קיצוניות למדי; והחולקין בין החוקרים סנונה, כפי הנראה, בדעותיהם האישיות בנוגע לשאלה אם ניתן וצריך כלל ליישב את הסתירה, ולא בשאלה האובייקטיבית יותר אם אכן כאה הסתירה על פתרונה.

אוהב תפיסה חדשה ואידאלית של אהבה הרוחנית חסוסקוטאלית שהתגבשה במאה השתיים-עשרה, כאשר התנסות באתוס הצרפתי חדש - מערכת של כללי התנהגות ושל ערכי אברות - התייחסה בחלקה הגדול לאהבה כלהי-מושגת, ואהבה כמסע וכשיאפה, ולפיכך נבדלה במפגיע ממוסד הנישואין, הן כמושג תרבותי והן כאפשרות ממשית. היותה האהבה הזאת תמיד אסורה, במקרים רבים היתה כרוכה בניאוף, ומקובלה היתה בלי ספק מתוך לנישואין - היא הובילה לקשרים מוזין לנישואין או לפניהם היתה זו אהבה שמעצם טיבה אינה מהיבטית עם מוסד הנישואין.⁴³ האהבה הרוחנית נביאה לעולם התשוקות

38 Singer, *supra* note 7, at pp. 9-10.
 39 *Ibid.*, at p. 19.
 40 De Rougemont, *supra* note 11, at pp. 75-76.
 41 Singer, *supra* note 7, at pp. x-xi.
 42 De Rougemont, *supra* note 11, at pp. 71-72.
 43 Singer, *supra* note 7, at pp. 23, 29.
 44 Singer, *supra* note 7, at pp. 23, 29.
 45 Singer, *supra* note 7, at pp. 23, 29.

בין הנכונות, ודומה שאפלטון סבור שגשים אינן מסוגלות לזוות אהבת אמת, ולמעשה אף אין הן עשויות לעזור רגש אהבה אמיתי; לתשוקה ההומוסקסואלית אין מקום בהיררכיה שישארה הוא האהבה האידאלית.³² באחד הדיאלוגים אריסטופנס מתאר את האהבה כערגה אל המתחית האחרת שממנה תופר האדם: "ישנה שאוהב-הנערים או כל אדם אחר יפגוש בעצם מתחיתו שלו, אף לפלא יהי שיעור העיועו שידועשו בשל ירידות, השתכרות ואהבה, ואם לומר את הדבר בפה מלא: לעולם לא יסכימו להיפרד זה מזה אף למן קצו. [והם] חיים איש עם דעה כל ימיהם..."³³ ברית דומה אומר פאוסניאס: "דומים שהאומבים פחדוים, בנאום שבח האהבה שהוא נישא אהוביהם; מביא כמות של אהבה ומתחייבת את פחדוים שלפיה "האהבה מקשיק למות חתם אהוביהם";³⁴ כמו גם נאום האחרון הממרה שלפיה "האהבה מקשיק למות חתם אהוביהם";³⁵ אולם האהבה האחרת של אכלס למות למען מאהבו פטרולקוס,³⁶ דברים אלה, כמו גם נאום האחרון של סוקרטס בהמשחה, היו תשתית לכתביהם של החוגים האזריאליסטים המאחוריים שעסקו בנושא האהבה.³⁶ האהבה שאפלטון מתאר בהמשחה ובפילוסוף היא אהבה-תשוקה וזוהי בין שני גברים, בנפרד ובנבדל ממוסד הנישואין. היה מי שאמר שתשוקה והומוסקסואלים ביוון העתיקה, כפי שאפלטון מתאר אותם, היו במקרים רבים דומים לנישואין תרבות המודרניים המוכרים לנו, יותר משהיה להם מוסד הנישואין של היוונים עצמם, שבמסגרתו לא התקיימה זיקה רגשית בולטת בין תבעל לאשה, והגבר נתנה מרחיקת נכרת לתקשר בקשרים מיניים מוזין לנישואין.³⁷

הומוסקסואלית: הוא מוקד את ההומוסקסואליות הגברית כלהי-שגבית ופונה עורף לשברי האהבה ההומוסקסואלית שבהמשחה ובפילוסוף. לתיאור כללי, ראו: G. Vlastos, "The Individual as Object of Love in Plato," *Platonic Studies* (Princeton, 1981) 3-34. ראו גם: W.N. Eskridge Jr. *The Case for Same-Sex Marriage: From Sexual Liberty to Civilized Commitment* (New York, 1996) 221, note 12.
 32 E. Cantarella, *Bisexuality in the Ancient World* (New Haven, 1994) 61-63.
 33 *Evans v. Romer*, תלמוד מוקדם ברורה של ההומוסקסואליות גברית, ראו: *Evans v. Romer*, Empl. Prac. Dec. 63 (CCH) p. 42, 719 (Colo D. Ct. 1993); I. Finnis "Shameless Acts" in *Scholarship in Constitutional Cases*, M. Nussbaum, *Platonic Love and Colorado Law: The Relevance of Ancient Greek Norms to Modern Sexual Controversies*, 80 *Va. L. Rev.* (1994) 1515.
 34 R.B. Clark, "Platonic Love in a Colorado," ראו אצל: *Evans v. Romer*, Martha Nussbaum, *Courtroom: Plato's Laws in Evans v. Romer*, 12 *Yale J.L. & Human.* (2000) 1-76.
 35 Singer, *The Nature of Love*, vol. 1, *Plato to Luther* (Chicago, 2nd ed., 1984) 199-200.
 36 W.N. Eskridge Jr. "A History of Same-Sex Marriage," 103 *Scholarship* 182-181.
 37 *Evans v. Romer*, 100-100, *Scholarship* 179-180.
 38 *Marriage*, 79 *Va. L. Rev.* (1993) 1419, 1442.
 39 Singer, *supra* note 7, at pp. 8-9.
 40 D.M. Halperin *One Hundred Years of Homosexuality and Other Essays on Greek Love* (New York, 1990) 85-87.

המנוגדת, במסתבר, והיא תולדה של "המינוח המצורני", שהוקבעה את הנישואין המתוליים ודלה בניאוף כמעלה יתרה, ומתוך כך במסורת ערכים שבה הנישואין הם שיגאתי.⁵¹ לכל הפחות בספרות (וגינת) לטעון שהמסורת הייתה ממלאה התחום העיקרי שבו התקיימה האהבה המצורנית מלכתחילה, והדף המצורני השתלב בהדרגה במידה מסוימת ברונף הרחי, ומסע הנישואין האבירי התגלגל בתפישת אחר הגביע והקודש. כך או כן, האהבה המצורנית, או התאוקה, לא התיישה עם נישואי הכשר, ובמידה כבשה תמסורת המפרשו כבירה שאינה מבוססת על תשוקה.⁵² ולפיכך באה זו לידי ביטוייה המסורתית בקשרי נישואין. כתגובה נגד הקריעה המבטיחה את תפיסת האהבה המצורנית כמינוח, ולאורך רוב ימי הביניים שלט בכפף הרעיון שלפיו אהבת האל היא מעל לכל: "הנישואין היו קודשים, אבל רק באמצעי רבייה, הם לא יכלו לשמש בסיס לאהבה אידאלית, משום כך אומרו פאולוס הקדוש שמוטב לו לאדם להינשא מאשר להישרף באש הגיהנום, אולם ההתנזרות טובה מכל. ואילו היווניסט הקדוש גורס כי 'אהובת את אשתו בלתי – מנאף'.⁵³ אולם כתגובה נגד לאידאליזציה הרחיקה המהמירה של הנישואין, עברה בהמשך אהבת האל תהליך של אנטרופוצנטריות.⁵⁴ החל בגישה והמשך בתפיסותיה של מרבית מסוגו של פיצ'ינו, ובהדרגה התחזקה תפיסה של אהבה המוכיחה את תפיסתו אפלטון השטורבווריים.

2. אהבה ונישואין במסכתות המרושנין של מילטון

באנגליה של המאה השש-עשרה עדיין היו הנישואין בראש ובראשונה חוזה בין שני משפחות, סוג תליפין במסכתות חמוריות; את השיווך עשו הורים, קודמי משפחה ופטרונים בעלי השפעה, והוא התבסס בעיקר על שיקולים כלכליים, חברתיים או פוליטיים. לבני-חוג המייצגים לא הייתה כוח המרעה של פמה בעיניו, ואיש לא חשב שצריכה לשרות בניניהם חובה מיוחדת מלבמתחילה.⁵⁵ בסוף המאה השש-עשרה וראשית המאה השבע-עשרה, כאשר גבר כוח שליטתה של המדינה והיה פורטרסטנטיות התבססה באנגליה על פחות בהשכרות של קשרים שבטיים-פירוליים; תנאונות לשוללת או לפסודון התחלפה באמונתו למדינה או לעדה הרחבת, כך קרה גם בשאר אירופה. משק-זבית גיעשה מרכז וסמל למערכת החברתית כולה, והמשפחה החלה מתאפיינת בצורת סביל בעל-דלא. יחסי הכוחות בתוך המשפחה הלכו ונעשו אוטוריטריים ופטריוארכליים, בעידוד הנמלך של הנכסיה והמדינה כאחת. המדינה הגישה את שערותיה של האשה לראש המשפחה כעורבת השרבה לחוק וסדר בקהילה המדינית המאורגנת.⁵⁶ שערור האשה לבעלה בלש פחות קשה המעמד הנמוך בהנבחה השטרות-עשיריות, שכן על-פי רוב היוו הבעל, האשה

51 De Rougemont, *supra* note 11, at p. 275.
 52 *Ibid.*, at pp. 276-277.
 53 Singer, *supra* note 32, at p. 365.
 54 *Ibid.*
 55 L. Stone & J.C. Flawler, *supra* note 8, at p. 271.
 56 *Open Elite? England 1540-1880* (New York, 1984) 12.
 57 *Stone, supra* note 8, at pp. 202, 653-654.
 58

בשברות-אמונים שלא היה לה דבר והצ'י דבר עם מוסר הנישואין המשפטי, ולישומה זאת היה לה קשר ברור למערכת היחסים הפיאודלית ולעולם שבו לא היה לרוב האבירים המצריים סיכוי של ממש לנישוא. תפיסה זאת מוכחשת לשיא אבסורדי במקצוע במסגרת של הממון הצרפתי בן המאה השש-עשרה, אנדריאס קפלאנוס (Cappelanus), המאמר את האהבה המצורנית כחלופה לנישואין: "לחזוי יודע שאין אהבה עשירה לפעול את פועלה בין שניים הנשואים זה לזה, שכן האהבה מעניקים זה לזה הכל מוצנעם החופשי, ללא כפייה וכוות, אבל הנשואים, חובה עליהם להינבע זה לרצונם של זה ולא למנוע זה מזה דבר מעצמם."⁵⁵ קפלאנוס קובע שאהבה אינה יכולה להקיים במסגרת הנישואין; בקצוע הדברים מרחף מוסר-ההשכל העגום של אגדת טרסטן ואיזלד הימי-ביניימית, שבה הקונפליקט בין אהבה לנישואין מניע לשיאן הדומש כאשר טרסטן מאונה באיזלד, והתפתח לאהבה לא-מושגת, והוא מסרב לשכב עם רעייתו הרווקה.⁵⁶

והנה, גם במקרה הדדי של אבלי ואליאין, שחיו במאה השש-עשרה, סירבה אליאין תחילה להצעת הנישואין של אבלי, וכדבריה רמזה על התחום הפעורה בין אהבה לנישואין. בסופו של דבר אכן נישאו השניים, אלא שהנישואין חתומים בכי רע: ודה של אליאין ראה לסרס את אבלי, ואילו אליאין געשנה נוריה.⁵⁷ אליאין ראתה בנישואין מבישול לאהבה, וכאוח ממכתביה היא מצהירה כי העדיפה את 'האהבה החופשית על ככל הנישואין... יקר ומכובד היה יותר בעיני להיקרא חונה שלך מאשר הקיסרית...'⁵⁸ ואבלי מספר: "אליאין... אמרה... שיקר יותר בעיניה ומכובד יותר עבורי יהיה אם תיקרא אהובה ולא אשתי. היא טענה שכל רצונה הוא להחזיק בי כבת האהבה היתנה מתוך חירות ולא ככוח ככלי הנישואין."⁵⁹ בעיני אליאין, כמו בעיני רבים שבאו בעקבותיה בדורות שאחריה, הייתה האהבה מיושם של המעלות טרנסצנדנטיות, תברות מקודשת באמצעות המציות, שחיי נישואין לבדם אינם מסוגלים להשתוות לה.⁶⁰

הרם המרכזי בתורה הימי-ביניימית, שהייתה תורה נוצרית במהותה, ראה את הנישואין בעין אחת: החברה הוקיעה את הניאוף כחטא, והייחסה לנישואין כאל גורם מוכן מאלין, ובהמשך אף הפכה אותם לסקרומנט – בריית קדושה ומקודשת. ההשקפה

55 "Chevalier de la charret" (אביר העגלה), מתאר ניאוף על רקע של תורה פיאודלית, שבה דבר אינו מצדיק את תורת גור כלכלית (20).
 56 De Rougemont, *supra* note 11, at p. 33.
 57 *Ibid.*
 58 A. Cappelanus *The Art of Courtly Love* (Montreal, J.J. Parry trans., 1969) 10.
 59 אולם הוא מסכים שהדברים מחזקים את ההשקפה שהאהבה המצורנית מתורה באהבה הנישואין, ומציעה אפשרויות שאינן קיימות בנישואין (7).
 60 Singer, *supra* note 7, at p. 80.
 61 ככלל, ובמיוחד לכאורה לפסקה שלעיל, חלקותו מתוך 'אמנות האהבה המצורנית', יוצא שהוא מגן על הנישואין כעל בריית מקודשת יחידה. *Ibid.*, at p. 85.
 62 Singer, *ibid.*, at pp. 81-82.
 63 ראו מכתבי אבלי ואליאין (ש' שורר תרגמה, 1997).
 64 *Ablad* (Ann Arbor, 1960).
 65 מכתבי אבלי ואליאין, שם, בע' 52.
 66 שם, בע' 28.
 67 Singer, *supra* note 7, at p. 100.
 68

הגישה הייחודית אנו מוצאים בתובנורי הנגידוּשין של מילטון – *The Doctrine and Discipline of Divorce* ו־*Tetrachordon* – שגירתם משנת 1643 – אשר בהם נארת ליידי ביטוי ותשקופת שונעת מקבילות רך בצפור מאורייני שנת, ⁶⁸ בתולדות "הזרסקרטינה והדיסציפלינה של הנגידוּשין" מילטון קובע כי "ההיאשונה והנאצלה שבמטרות הנישואין" היא "שיח ברוח נכונה בין גבר לאשה", המלה "שיח" (conversation) משמעה כאן רעות, דאגה חרדית והולופי רגשות ורעיונות, ⁶⁴ בגן העדן האבד, כאשר מילטון פורש את סיפורם של הנישואין הראשונים בעולם, תלם הם נישואין אדם ותוה, הוא מתאר את האהבה כמפתח לנישואין האהבה ואת היצירה כגורם לכשילון הנישואין אדם מספר שב"שיח" עם תוה קסמו לו יותר מכל:

"מצע־יחן
אשר עשוי יריה לאלפים
ושפתותיה תן נושפות יום יום –
בם הענות של זעם ואהבה,
אות נאמן כי בני לך אהר,
אתה נפשונו. בין בני-זוג נעים
לראות אהרות משמלע לך מתאם
צלילים." ⁶⁵

במקום אחר מילטון מגדיר את הנישואין כקשרים קשר בל-יינתקן לאהבה, ומעוז שנישואין הנצודדים אהבה וחובה אינם בני-זוגות: "צורת הנישואין עולה מתוך הפגנה חודית של רצון טוב, אהבה, סינע וגיחוחים בין הצדדים המשודכים, כפי שנובע מהלמוד עצמו, או מצדם המודות." ⁶⁶

תפיסה זאת הניעה את מילטון לטעון בוכות הנגידוּשין על בסיס אהונתו שתישואין אינם צריכים יאנוס יפולים לתחיקים אם וכאשר חולת האהבה בין תבעל לרעייה: "במקום של שבו לא יכולה להיות אהבה, לא ייוותר קשר תכלולות דבר, אלא קליפה ריקה של נישואין כליפי חוץ; לא מהנה ולא רצוי כמו כל בין אחר של צביעות." ⁶⁷ מילטון טען שיש

63 שני חוקייניים ונכללים בספר: E. Strick (ed.) *2 Complete Prose Works of John Milton* (New-Haven, 1959) אלאי ותיחתו מראי-המקובות שלולן, אלא אם צוין אחרת. פתוח נוסף של תפיסת הנישואין של מילטון ניתן למצוא בשתיים בציירותיו הנדולות, גר העדן האבד (*Paradise Lost*) ושמשוך הגיבור (*Samson Agonistes*). ער הוא מתייחס לנושא הנגידוּשין בהחבורה: J. Milton *The Judgment of Maritine Bucer: Answer against the Doctrine and Discipline of Divorce* (1644); J. Milton *The Answer against the Doctrine and Discipline of Divorce* (1644); *De Doctrina Christiana: A Reply to a Nameless* (hereinafter: Milton). כמו-כן: *Milton's Christian Doctrine* (1645) שנתחברתו בין השנים 1660–1666, מבטאת כמה מהשקפותיו של מילטון בשאלות הנישואין והנגידוּשין.

64 Milton, *ibid.*, at pp. 235–235.

65 ג' מילטון גר העדן האבד (ר) אבינעם תרגם, ספר שביעי, שורות 602–609 (השורות המקבילות תחתון במקור האנגלי תן שורות 600–606).

66 *Milton*, *supra* note 63, at p. 155.

67 *Ibid.*, חובה אחר בן-התקופה שהקפוטו על הנישואין דומה לזו של מילטון

והלקחים יקודה כלכלית אהר, שבה גודע לאשה תפקיד חיוני: גיחולה של כלכלת משקך תבית, אבל התשתיתותן של הנשים בכלכלה לא יזכרה את הרעיה בתוספת של כוח, סמכות או מעמד. ⁵⁷ לורנס טסון מתאר את אנגליה כמדינה שבה הקשרים האישיים בין בעלים לנשים התאפיינו על-ידי רוב בריאות, ותקשר הרגשי או החברתי ביניהם היה מועט, אם בכלל, תן מוטם שההפוסים התרבותיים הכתיבו נישואין לפי שידוך – ולא מתוך תסכמה חודית – ותן בגין שיעבוד הנשים. ⁵⁸ גם בצרפת וגרמניה של המאה השבע-עשרה נראה שהיבה גופנית-ארוטית הייתה נדירה בקרב זוגות נישואים, ושתוקה הייתה קשורה צרייה, בודד-כללי, לרומנים לעצמן עונג מיני עצמאי, לא התנהלה פעילות זאת בדרך-ממיתה של תופת מיני וביקשו לעצמן עונג מיני עצמאי, לא התנהלה פעילות זאת בדרך-כלל במטרת הנישואין. ⁵⁹ טסון טוען שבצרפת לא היה שמץ זרבה בקשרי הנישואין, והיה ידוע תפתגם הצרפתי: "אם הטוס והרעיה נופלים למשכב בעת ובצונת אהר, האכר רך לנפת שיטפל בבעל-החיים, ואילו אהר תחלהמת של אשתו הוא משאיר בידי הטבע, ייחבן בהחלטה, כמובן, שאין לפנינו אלא הומור צמחי, ואף-על-פי-כן היה בממדה זו, כפי הנראה, גם גרעין של אהר.

ההשקפה שרודחה בקרב הוגי העיות של המאה השבע-עשרה, בניניה מונטיין הקרטי, היתה שקיים גיגור בלתי-נמנע בין אהבה מינית לנישואין, השקפה שהשתמשה מפנה האפשרות שבני-זוג ייאלצו לבקש לעצמם את מנעמי האהבה המינית מוזין למטרת הנישואין. ⁶¹ בספרה הנסיכה דה קלז מדאם דה לפאריש מוהמת ביקורת על האיריא של אהבה כלולת, וכמותה עשו מחברים נוספים בני-זוגות, לציבורת סיפורת, הנסיכה דה-קלז עצמה, יש סיבות בודרות להינשא למסייה דה-זמור, שבו היא רואה את הקוחות והיחודה לאושר, אף-על-פי-כן הנסיכה מחליטה לא להינשא קביעה, לן, שכן היא משתכנעת שקיימת סחיחה טבעית בין נישואין ללזת האהבה היא תושמת שאם אין יינשא, יאבד לזם העניין החודי ואהבתו תדעך. לפיכך היא כוונה שתנשר קביעה, כמו קשר הנישואין, למסייה דה-זמור, באידי מדאם דה לפאריש מטייטה שקשרי קביעה, כמו קשר הנישואין, מכתיבים את לזת האהבה, ולי בשל חלוף הזמן, אין מנוס מבחירה בין נישואין לאהבה מינית. ⁶²

על רקע זה יובן שהשילוב האורגני בין אהבה לנישואין בכתביו של ג'ון מילטון, מאמצע המאה השבע-עשרה, והיה בכהינת חידוש מרעישי, חשיבות היבדיו של מילטון, בביקוּש זה, היא בתפסתו הייחודית של האהבה כלישך הנישואין, ככך תקדים מאור את זמנו. תפסיתו של ג'ורדישין והצדקנותהם קשורות קשר הדוק לתפיסת הנישואין, ואכן, את

57 *Ibid.*, at pp. 199–201.

58 *Ibid.*, at p. 102.

59 ראו: *The Transformation of Intimacy, Love, and Eroticism in Modern Societies* (Stanford, 1992) 38–39.

60 Stone, *supra* note 8, at p. 103.

61 *Ibid.*, at pp. 257–258.

62 במתחת של מוליידי "המיונדות", שם אלסס אינו מוטיל למצוא תואם בין הרגש שהיא רודת לסילפן לבין אהבת הנישואין.

שאין עולות בקנה אחד עם הכיבוד הצומח מסלידה, ועורה בין בעל ואשה, שאותה תבטח האהבה לבה, ולא מישת הכללות, אף לא חולדת צאצאים, אשר יכולה להתרחש גם בלא אהבה; ומכאן ברור שהיבה בין בני-הזוג חשונה ומצינה יותר ממישת הכללות עצמה, והארה ממנה להיחשב כמטרותו ועורתו הראשונה במעלה של המוסר.⁷²

חורף השקפותיו של מילטון עצמו, לא השתנתה בהרבה התפיסה השלטת במקצועו בנוגע למהות הנישואין ומטרותיהם למן המאה הריבועית, כאשר ניסח אוגוסטינוס שלוש הצדקות לנישואין, בסדר זה: ראשית, *proles* – רבייה; שנית, *fides* – נאמנות, או גביעת נישואין; שלישית, *sacramentum* – ברית-תמיד.⁷³ השקפה זאת נשארה שרירה וקיימת במרוצת כל ימי-הבניים; נוצריים ויהודים כאחד ראו במין מתוך נישואין תשא שרינה במדתו, ובמין במסגרת הנישואין – חובה.⁷⁴ כאשר כתב מילטון את קונטרס המדרש שלו, תחת זאת עדיין תפיסת הנישואין המקובלת על רוב המלומדים האחרים, נהיה סמית המציג את ביקרונה לנישואין, שם הוא קובע, כחומר על דברי אוגוסטינוס, כי לנישואין שולש מטרות: בראש ובראשונה חילדת ילדים; לאחר-מכן מגיעת הנאה; ורק אחריו מגיעת הבריות.⁷⁵ המגובה על השקפותיו של מילטון בענייני נישואין ונידושו בתקופתו הייתה על-פי רוב המעלות או התנגדות; רפורמטורים אנגליים בתקופות מאוחרות יותר ראו במילטון המגדעדות מבריק, שהיה רבות מרפורמות הגורשוין שאומצו במאות המשיע-עשרה והעשרים.⁷⁶

3. התמרות שחלה בנישואין מתקופת ההמשכלה עד למאה התשע-עשרה

באמצע המאה השמונה-עשרה כבר היו הנישואין מוסדרים באופן רשמי בתוקף, תכלית לכך תהליך הדרגתי, שהושג מהמאה השיש-עשרה עד למאה השמונה-עשרה, ובו אברהם הכנסייה הקתולית את סמכות השיפוט בתחום הנישואין בתלך-הארי של אירופה המערבית; באיזורים הפרוטסטנטיים תל תהליך מקביל בעקבות הרפורמציה, כאשר נשפטו ומנופול על הסדרת הנישואין מיד הכנסייה, עבדה הסמכות השיפוטית להדגינה

72 at p. 176. Milton, *supra* note 63, at p. 176. מילטון מבטא רעיונות דומים ב: *Tetrachordon*, *supra* note 63, at pp. 599, 623. שמשון הגיבור של מילטון מייצג את התמחותו של בעל לעבר שלמות רוחנית, לאחר שהתגרש בגיליון מציג את שלא הנאמה לו בהתאמה רוחנית. זו דומה פואטית שבה מילטון מציג את דילת האשתי הובדנה של שמשון, ומאחר את גישויותה כעדות שיש לשים לה קץ מתוך כבוד לקיומה של האהבה בנישואין. ליתרה של יצירה זאת, ראו אצל: Willis, *supra* note 253, at pp. 243–244, 253. Sanger, *supra* note 7, at pp. 77–84, 101–128. White, *supra* note 16, at p. 21; Graft, *supra* note 9, at pp. 59–60, 67. Willis, *supra* note 67, at pp. 67–68, 75. Willis, *supra* note 67, at pp. 67–68, 75. H. Smith "Preparative to Marriage" *The Sermons of Master Henry Smith* (1657) אצל: Willis, *supra* note 67, at pp. 33–34, 76. Witte, *supra* note 16, at p. 186.

להחיל גידושוין כיוון שאין לגאץ שני אנשים שאינם מתאימים ושוב אינם אהיבים זה את זה ליהשאר נישואים, שכן איזון כוח הוא נגד הטבע; קשר שכות יהיה בבחינה יחזי שיתוף באונם ומעשה הטבע.⁶⁸ הצעות של מילטון לתמוך גירושין מטעמי אי-התאמה רוחנית דחת קול ברוד ולא-רפורמטורי בשעתו, שכן העמדת המטרות הבהמות הששיע-עשרה השתבש עשויה כאנגליה הייתה התנגדות לגירושין מכל וכל. גירושין נתפסו כרע הכרחי, קביל רק בתנאים של נישואין אי-מימוש או נזישת.⁶⁹

ראוי לציין שמבחינת אחרות לא היו השקפותיו של מילטון חלוציות, והן תאמו את האמונות שורדות בתקופתו, וכמיוחד הדברים אמורים בתפיסתו את תפקיד הנישום במסגרת מוסד הנישואין והצדקות הגירושין הנוספות שהביא, מטעמים דתיים: מילטון סבר בהתלהט שחובה האהבה לאל היא מעל לכל, כולל הנישואין. בכתיבו, אהבה הוא השונה יותר מכל אהבה אנושית.⁷⁰ אולם על-מנת שאדם יוכל לאהוב את האל באופן מלא, עליו להיות נשוי באישר, ויכול אדם להיות נשוי באישר רק אם וכל עוד האהבה שוורה בין בני-הזוג. יתר על-כן, בניגוד לבני-הזוג, לא הקצה מילטון לגברים, להורים, לעדה ולכנסייה תפקיד חיוני בקשר הנישואין, וסבר שהחלדה היא רק מטרה משנית של הנישואין.⁷¹ מילטון מדגיש שהאהבה היא מטרתם החשובה ביותר של הנישואין:

”על הכל מוסכם כי ניתן לחתיר את הנישואין בדיון אם תלה פגימה במטרות וצורות הראשונה במעלה של המוסר; ואת, מקובל לטעון. היא הטיבה שבשלה תחיר ישוע הנוצרי גירושין רק במקרי נישואין. אבל מטרתם וצורותם הראשונה במעלה של הנישואין, כפי שיסכימו כמעט תכל, אינה מישת תכליות, אלא אהבה בעל ואשה, ועורה הדידה כל חיתום: שכן רדאי שמשדרת וצורתו הראשונה במעלה בתנאים היא זו המפורשת לכדה במקורו של המוסר. שם נוכרות הנאות והחברותא של

הוא ויליאם גאוז (Gouge), הוא המיין שמוכרות להתקיים אהבה הדידה בין בעל לזוגית; אהבה היא תגובה חוקית, כלומר נשמת אפן של כל אותן חובות שחוק קובע. היא קשר השלמות והקיום יחזי כל אותן חובות המתקיימות בין הפרטים במקום שבו יש שפע אהבה, שם יכולתו כל חובות בדיון ובשמותה” *W. Gouge Of Domestic Duties "The Penalty of Eve: John Milton and Divorce* (New York, 1984) 41. Milton, *supra* note 63, at p. 320. Willis, *supra* note 67, at pp. 31–32, 69. ראוי: Willis, *supra* note 67, at pp. 31–32, 69. גראט שמילטון מוסיף את אהבת האל בתו השקפות, אם איש אהב את אשתו יותר מאשר את אלוהי, רוחתו הרוחנית נפגמת, וחיי זו סיבה נוספת למצוקת גירושין: תגישין מוצדקים משום שלא אהבה, לא תיתכן ברית רוחנית בנישואין, והאדם והקיום כהרבה נגד האל. בקונטרס הגירושין שלו, בדומה למישויות יחודיות מסורתיות של החוק, מילטון מגדיר את הנישואין כמסד רוחני שבו האושר הרוחני תלוי במדת רבה בכשרותה ותפישת של הדיעה; הדיעה נובאת באמצעות בעלה ומשמרת את בעלה בפאנציו לונגצ' לאחדות מלאה עם האל. על-פי "כלל הצדקה" (rule of charity) של מילטון, והגירושין רצויים מהותית ומסורתית אם הדיעה מבשילה את חיי הדיח של בעלת רעה ילא-כשירה" עלולה לחדש את שלום-הבית של בעלה, השלום המובילי לאהבת האל בכל ליבו, ראו: Willis, *supra* note 63, at pp. 30–31, 40–44. I. Halset *Milton and the Idea of Marriage: A Study of the Divorce Tracts and Paradise Lost* (New-Haven, 1970) 13, 28.

המלוותה מידה של התולשת הפטריאריכליות המשפחתית; לגשים יהתה אוטונומיה רכה יותר, והסמנה שאיפה למידה רכה יותר של שוויון – הז לפני הזוק והז ברמת ההשכלה – בין המינים בכלל ובין בני-הזוג כפרט; מצדן של הנשים התחזק, והן היו רשאיות לקחת חלק בקבלת החלטות בתוך המשפחה, אולם תופעות אלה הוגבלו בדרך-כלל לחוגי המצמצם החליטן, ביות חלקי ההגדרה נשארו הנשים משועבדות לגברים.⁸²

עוד לפני שנוכרו ההתמטות אלה הלכה למעשה, הצלה גיון לוק על גס את העיקרון כי גברים נגשים הם בני-אדם שווים ותפשיים ואת עיקרון השוויון בין המינים במסגרת הנישואין, ואת "ישתי מסכתות על השלטון המדיני"⁸³, שם שכן שאדם ותהו נבוא שווים לפני האלהים, שווי זכויות וחובות, לוקי, שראה בנישואין תהו מדינו בין בני-אדם תופשיים שווים, התנגד לרעיון שצבורה של הרעיה לבצלה, אם כי סבר בכל-זאת שתגבר הוא בעל הזכויות ותכוח מבין השניים.⁸⁴ לוק סלל את הדרך לרבות מהרפורמות בריני הנישואין האנגלו-אמריקאיים שהיו עתידות להתחילל במאות שלאות-מכן, ובכלל הו תלוצם מתוךסקרינות התאולוגיות המקובלות השקופותיו בנושא הנישואין, כמו אלה של מילטון, תקדמו את זמנו, ובישור את השתדל להתחדש מבלי שנודעה לוק השפעה משפטית מדינית כלשהי.⁸⁴ המהמר המשפטי גיצן איתן בפני הקולות שקראו לרפורמה עד לשלב מאחר למדי, במאה התשע-עשרה, בשנת 1766 גוסה לורד בלקסטון את המושג "סיון" (coverture) המפורסם במשפט המקובל האנגלי: "מתוך הקופה הנישואין, הכעל והרעיה הם ישות אחת לפני החוק; הדינו, צעם ישותה או קופתה המשפטי של האשה מופיעים בתקופת הנישואין, או לכל הפחות מובלעים ומתמוגים באלה של הבעל, שתחת כנפו, הוגברו וחסונו היא עושה כל בפעולה... והצבה בתקופת נישואיה נקראת חסונו (best coverture). מעיקרון זה, אחרות הישות של בעל אשה, נביעות במעט כל החובות, החובות והמגבלות החוקיות המקוננות לכל אהו מהם מתוך הקופה הנישואין."⁸⁵ לפיכך השתלש הפעל במדיניות המשפט המקובל על ישותה המשפטית של האשה, והאשה לא יכלה להיות בעלת רכוש, לא תשפט לערוך חוזים ולא יכלה לרבות או להרבות.⁸⁶ כפי שכתב דניאל דפנו: "יצעם מהותו

82 ראו: Stone, *supra* note 8, at pp. 273, 328; וישואין של רעות והזבה רק במאה התשע-עשרה; Stone, *supra* note 8, at pp. 333, 389, 542, 656.

83 J. Locke *Two Treatises on Government* (Cambridge, P. Laslett ed., 1960) 44-45; וישואין בין שני לוק בכתביו התאולוגיים לפרשנות מקראית פשוטה יותר של מוסד הנישואין, ללא התסבוכות שצלוו הן בשתי המסכתות. זאת ועוד, ויאורישקאפה פמיניסטית, לוק מסתרת למעשה השקפה פמיניסטית ופטריוטית. כר, לורונה; C. Pateman *The Sexual Contract* (Stanford, 1988) 52-55.

84 W. Blackstone *Commentaries on the Laws of England* (New York, 1832) 44-45; וישואין בין שני לוק בכתביו התאולוגיים לפרשנות מקראית פשוטה יותר של מוסד הנישואין, ללא התסבוכות שצלוו הן בשתי המסכתות. זאת ועוד, ויאורישקאפה פמיניסטית, לוק מסתרת למעשה השקפה פמיניסטית ופטריוטית. כר, לורונה; C. Pateman *The Sexual Contract* (Stanford, 1988) 52-55.

85 W. Blackstone *Commentaries on the Laws of England* (New York, 1832) 44-45; וישואין בין שני לוק בכתביו התאולוגיים לפרשנות מקראית פשוטה יותר של מוסד הנישואין, ללא התסבוכות שצלוו הן בשתי המסכתות. זאת ועוד, ויאורישקאפה פמיניסטית, לוק מסתרת למעשה השקפה פמיניסטית ופטריוטית. כר, לורונה; C. Pateman *The Sexual Contract* (Stanford, 1988) 52-55.

86 W. Blackstone *Commentaries on the Laws of England* (New York, 1832) 44-45; וישואין בין שני לוק בכתביו התאולוגיים לפרשנות מקראית פשוטה יותר של מוסד הנישואין, ללא התסבוכות שצלוו הן בשתי המסכתות. זאת ועוד, ויאורישקאפה פמיניסטית, לוק מסתרת למעשה השקפה פמיניסטית ופטריוטית. כר, לורונה; C. Pateman *The Sexual Contract* (Stanford, 1988) 52-55.

87 W. Blackstone *Commentaries on the Laws of England* (New York, 1832) 44-45; וישואין בין שני לוק בכתביו התאולוגיים לפרשנות מקראית פשוטה יותר של מוסד הנישואין, ללא התסבוכות שצלוו הן בשתי המסכתות. זאת ועוד, ויאורישקאפה פמיניסטית, לוק מסתרת למעשה השקפה פמיניסטית ופטריוטית. כר, לורונה; C. Pateman *The Sexual Contract* (Stanford, 1988) 52-55.

למחנות, אלא שהממשלות החלוניות אימצו רבים מחוקי הכנייה ככתבם וכלשונם, רק עם עליית הממשל החלוני, ובהשפעת החופנים והאינדינאלים של אנשי המשלה, החלה מוגבשת תגובת-נגד של ממשל לעבודת העוצריות המסחריות בנושא; אז התחילה התקופה לתת את אחרותיה בחוקי הנישואין. התפתחה תפיסה של הנישואין כהוה אחרי, והמדינה החלה מסדרה לא רק את התחומים והתורים של הנישואין, אלא גם את תוכנם, עד לכמה מפרשנותם האינטנסיבית ביותר.⁷⁷

במאה השמונה-עשרה תופיעה משפחה מסוג חדש, שהותמחה על עקרונ "האינדינאלים הרגשי" במודליו של לורנס סטון; עליית האינדינאלים ביחס לתורה והתמללותו של רגש החיבה בין בעל לאשה.⁷⁸ היסטוריונים אחרים מסבירים את השינוי בתפיסת המשפחה באמצעות תיאוריות המודד-גידעה, המדברת על תהליכי העצמי, החלין והתפתחות האוטונומיה של הפרט.⁷⁹ אולם קשה לקבוע אם קיים אומנם קשר סיבתי ברור בין המודד-גידעה, הקפסילים התעשייתיים והאינדינאלים, מבאן, לבין התפתחותה של המשפחה כמותה "משפחה" לתמורות חברתיות ופוליטיות אחרות ואם לאו נשאלה תמורות שחלה כמותה "משפחה" לתמורות חברתיות ופוליטיות אחרות ואם לאו נשאלה הנתונה לפרשנות היסטורית, הרי שלמטרתנו די לציין כי השינויים שחלו במשפחה חלו בד בבד עם התמורות החברתיות והפוליטיות המרכזיות.

במאה השמונה-עשרה נמתה המשפחה המדינית בעצמאות יחסית, ושוב לא יהתה חלק בלתי-נפרד מן המשפחה השבטית. בתקופה זאת החלה החברה להכיר בכך שלפרט יש צורך באוטונומיה ולכבד את זכות הפרט לשאוף לאישי. כתוצאה מכך, הסמכות בבחירת בן-הזוג עברה במידה רכה מירי המשפחה המורחבת לירי בני-הזוג המיועדים עצמם; ברי החורים נותרו רק זכות להטיל וטו על מועמדים שלא ענו על הדרישות החברתיות או הכלכליות. וט נישואי הרעות הופיעו, ובפנים הראשונה נבחר בן-הזוג בעיקר על בסיס של חברה יהדית – המושג "ברית מקדושה" – ולא מבין שיקולים כלכליים וחברתיים. שינוי זה גרד בתודו שינוי יסודי ביחסי הכוחות בתוך המשפחה, סטון מסביר שער למאה השמונה-עשרה, תקדיד הרעיה והפילגש היו נפרדים; על האשה היטל לנהל את משקי הבית ולספק לבצלה יודיש ממון זכר, ואילו הפילגש נרעדה לספק לו רעות ועוג מיני. השמונה-עשרה, תקדיד הרעיה והפילגש היו נפרדים; על האשה היטל לנהל את משקי הבית ולספק לבצלה יודיש ממון זכר, ואילו הפילגש נרעדה לספק לו רעות ועוג מיני. במאה השמונה-עשרה התאחו תפקידיהן של נישואי אהבה ושל מין במסגרת הנישואין. ל כך והפילגש, והתגבשו אידיאלים של נישואי אהבה ושל מין במסגרת הנישואין. ל כך

77 Glendon, *supra* note 15, at pp. 30-32.

78 Stone, *supra* note 8, at pp. 222, 655; וישואין בין שני לוק בכתביו התאולוגיים לפרשנות מקראית פשוטה יותר של מוסד הנישואין, ללא התסבוכות שצלוו הן בשתי המסכתות. זאת ועוד, ויאורישקאפה פמיניסטית, לוק מסתרת למעשה השקפה פמיניסטית ופטריוטית. כר, לורונה; C. Pateman *The Sexual Contract* (Stanford, 1988) 52-55.

79 Stone, *supra* note 8, at pp. 222, 655; וישואין בין שני לוק בכתביו התאולוגיים לפרשנות מקראית פשוטה יותר של מוסד הנישואין, ללא התסבוכות שצלוו הן בשתי המסכתות. זאת ועוד, ויאורישקאפה פמיניסטית, לוק מסתרת למעשה השקפה פמיניסטית ופטריוטית. כר, לורונה; C. Pateman *The Sexual Contract* (Stanford, 1988) 52-55.

80 Stone, *supra* note 8, at pp. 222, 655; וישואין בין שני לוק בכתביו התאולוגיים לפרשנות מקראית פשוטה יותר של מוסד הנישואין, ללא התסבוכות שצלוו הן בשתי המסכתות. זאת ועוד, ויאורישקאפה פמיניסטית, לוק מסתרת למעשה השקפה פמיניסטית ופטריוטית. כר, לורונה; C. Pateman *The Sexual Contract* (Stanford, 1988) 52-55.

81 Stone & Flawler Stone, *supra* note 55, at p. 122.

82 Stone & Flawler Stone, *supra* note 55, at p. 122.

התמכרות המשפחה בבחירת בני-הזוג והיעלמותם של נישואין כפריים; ושליליות, תזירתו של המושג "אהבה רומנטית".⁹⁵

עד למאה התשע-עשרה ולאורך תקופת המושבה, "אם זוכר בכלל על אהבה בקשר לנישואין, הרי שידתה זו אהבת-אחרות, שהתקשרה לאחריהם ההדדית של הנבעל והאשה ליהולם של משק-הכרת או המשק החקלאי."⁹⁶ כמנות המאה התשע-עשרה חלה התפתחות דרמטית חדשה בתפיסת האהבה, והמושג "אהבה רומנטית" תפס את מקום האהבה המצוינת. המושג "אהבה רומנטית" התפתח במאה התשע-עשרה כתגובה נגד להגותם של הניצויניסטים בני המאות השביעית-עשרה והשמונה-עשרה, שלישותם עמדה אהבת-החשקה בסתירה לנישואין. הרומנטיקאים בני המאה התשע-עשרה היו הראשונים שהגדילו אהבת-אמת היא קשר אדיאטי, המופיע אך לעיתים נדירות בעולם האמפירי. לפי שהשקפתם בכל דגיגה באהבה ובמאין עקשני להתגבר על דואליזם, שקף בישואין לאחד גם את המושגים הנפרדים של אהבה ונישואין בתוך עולם ששוב לא תמר בנישואין כמוסד פיאורלי.⁹⁷ ואף-על-פי-כן, הקשר בין אהבה לנישואין טרם התבסס להוליווין, עמדתו של האהבה והתצורות בידת לנישואין, כלומר הטענה שאהבה אינה קשורה דווקא למוסד נישואין, לא עברה מהעולם, כך, לדוגמה, טענת תלוצת המפניזים מרי וולסטונקראפט (Wollstonecraft) כי "בבחינת בעל, אל לראשתן ללכת שולל אחר התוכנות המבוססות של המאה, שכן הנבעל לא יוכל להישאר אהבה לאורך זמן", ועל האשה "לחמקפן בכך שתדע אתה רק פעם בתימים ולאחר הנישואין, להגיד בשלוות נפש לתשוקה שתירשך ותהפך לירידות".⁹⁸

ככלל האמינו הרומנטיקאים שהאהבה המינית, על-מנת שתעלה יפה, מצריכה שוויון במה תרבותית גבוהה בין נשים לגברים, ולפיכך ביקשו לספק לנשים את מרב ההזדמנויות להתמחות אינטלקטואלית ואישית.⁹⁹ שדגל ב"אהבה רומנטית", מתח בקורת על הנישואין הקונוונציונליים כפי שהיו מוכילים לו, וטען שאין להגיד לאיסור על

זינוג מקשר את התגבשותה לעוברת שבמון ובמקום הללו, יותר מבכל זמן ובמקום אחרים, יכול הגשים לבחור בעצמן את בעלהו ולהגדיר את אופיים של חי הנישואין. ראו: Stone, *supra* note 7, at p. 302.

לדוגמא טיפן בעלהו בעניין זה תיאוריה מעניינת. לטענתו, "התפישותם של נישואי אהבה במאה השמונה-עשרה נגזרה עיקר הנידול בעריכתם של רומנים ספרותיים", שבמם היה אתה רומנטית תולדת תיעודי; אחרי שנת 1780, כולב סטון, תמחות ואהבה רומנטית ותפשות הרומנטיות בד בבד, ולראשונה בהיסטוריה נעשה אהבה רומנטית מניע מבור לנישואין. ראו: Stone, *supra* note 8, at pp. 283-284.

Childens, *supra* note 59, at p. 43.
 96. J. Singer 3 *The Modern World* (Baltimore, 1984) 31.
 97. הנישואין, דוגמת הירידות, טוענים שהצמדת הרומנטיות כלפי אהבת-תשוקה מתגברת לנאמנות בנישואין ושואפת לייחס עוד כוסף לניאוף או לפנטזיות מתוך למטרת הנישואין.
 98. Singer, *supra* note 7, at pp. 283-285.
 99. M. Wollstonecraft *A Vindication of the Rights of Women* (London, 1970) 100.
 Singer, *supra* note 7, at p. 300.

לא היה חוזה הנישואין אלא, בקצרה, מסירת החירות, הנחלה, הסמכות וכל חיתר לגבר, ואכן, לאחרי-מכן, לא חזרה האשה אלא אשה נרדף - כלומר שפחה".⁸⁷

במצבות השניות של המאה השמונה-עשרה התגבר גל חדש של רפורמות מוסריות ושל דרכי-חיים. מצד זה לא היה עתה להשתנות במהות; בשנת 1869 תיארה ג'וז סטוארט מיל את מעמדן המשפטי של רוב הנשים באנגליה כמצב של תלות מוחלטת בבעליהן.⁸⁸ מיל העתיך כי "שעבוד המשפטי של אחר המינים של אחר האחר הוא עוולה, ויש להתלפף בעיקרון של שוויון מושלם, ללא משוא-פנים והעדפה לצד האחר האחר הוא "אחר", וכי אם יהיו הנישואין חוזה שוויוני, כי אז יוכלו ליהפך למוסד אמיתי של חירות אהבה.⁸⁹ מיל קרא לשוויון מלא בין בני-הזוג, ובין גברים לנשים, בכל תחומי החיים הפרטיים והציבוריים, ונתון כך ורות שווה לכל ולאשה לחברו גירודיו ולזינוגו "לומדים לדעת שדגן במקרי ניאוף, אלא גם בציטוט ממילטון, או שחל מלחמת-לילה, או שחל מלחמת-לילה, או שחל מלחמת-לילה של המאה התשע-עשרה; חוק המשפטי של הנשים באנגליה חל רק במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה; חוק הנישואין משנת 1857 (Matrimonial Causes Act) לא היה חוק הגירודיו הנטייתיים אלא גם העביר את סמכות השיפוט בענייני נישואין וגירודיו מבתי-הדין הנטייתיים לבתי-הדין של המשפט המקובל, וביטל את הנתנות המקובלת עד אז כי האב הוא בעל כוח המשמורן על ילדיו, מה שאפשר לאשה, לראשונה, לתבוע חזקה על ילדיה".⁹⁰ באותה שנה תוצנקה לנשים שוננות שלשה בנסיה; שני חוקי "רכוש חזקה על ילדיה" (Married Women's Property Act), מן השנים 1870 ו-1882, העניקו לרעיה שלשה מטיימת בנכסיהן ואפשרו להן לחתום על חוזים ולהגיש תביעות משפטיות בנושאים המוגדרים לרכוש.⁹¹ גם לרפורמות משפטיות בנוגע לאמצעי-מניעה ולמספקת היריון נודעה חשיבות רבה בכל הנוגע לשוויון האשה ולהפיסת הנישואין החודשה.⁹² שינויים דומים במעמד האשה, המלמדים לא רק על חוזמים בין בעל לאשה, אלא גם על המושג "אהבה רומנטית" במסגרת הנישואין, החדושו במקביל גם בצפון-אמריקה ובמדינות נוספות במערב.

בתודעה הלכו והתחזקו הקשרים בין אהבה ונישואין, עד לקירוב גמור. ניתן ליהס את התמורה לשלושה גורמים שיש ביניהם יחסי-גומלין: ראשית, התודופות והתקופה שראתה בנישואין מטדד רכוש ומוסד שמטרתו העיקרית - ואף חובתו - היא הרבייה; שנית, התפתחות הדרגתית של שוויון בין גברים לנשים,⁹³ שהתלחו אליה תפוחת של

D. Defoe *Roxana* (New York, J. Lack ed., 1964) 148.
 87. Stone, *supra* note 8, at pp. 331, 545, 666-667.
 88. J.M. Robson (ed.) 23 *Collected Works of John Stuart Mill* (Toronto, 1984) 261.
 89. I.M. Robson (ed.) 23 *Collected Works of John Stuart Mill* (Toronto, 1984) 677-680.
 90. Wine, *supra* note 16, at pp. 204-205.
 91. Stone, *supra* note 8, at pp. 668-669.
 92. C.E. Schneider "Moral Discourse and the Transformation of American Family Law" 83 *Mich. L. Rev.* (1985) 1803, 1805.
 93. בוחג לאחר את שורשי תולדות הרומנטיות באנגליה של אמצע המאה השמונה-עשרה, 94

ומשת קיומם, הניכוסותיה הכרוכה בין אהבה לנישואין, שותקיימת מאות בשנים, נעלמה לבסוף.

תחוזה למתחייבות מינית, שראשתה בסוף המאה התשע-עשרה, התפשטה בהדרגה בקרב קבוצות שונות בחברת במרוצת שנות השישים והשבעים של המאה העשרים. תמסרת המינית הובילה לאובדן תכונה שבה עסף המוסר הנוצרי את הוזה המיני במשך אלפיים שנה.¹⁰⁷ זאת ועוד, התנועה לשחרור האשה, שיצאה נגד העליונות הגברית, הביאה לירי כרסום אדיר בפטריארכליה ולירי שוויון פורמלי של נשים וגברים לפני החוק. ידגיש שתנובה כאן היא לאידיאולוגיה; מובן שאין לשכות ששוויון מלא. השג רק ברמה התאורטית. ככל שתוכר נוגע שוויון דה-פקטו בין המינים בתוכנה ככלל ובאופיים המשפטי של הנישואין בפרט, ארוכה עדיין הדרך. יחסי המינים של שוויון מהותי מלא המודרניים באמריקה ובאירופה, רחוקים עדיין מהגשמת המטרה של שוויון מהותי מלא והאדיאל של אהבה חודית; אמכן, במקרים רבים קיים עדיין מתח רב בין האידיאולוגיה למציאות.

התפתחותיות גוספות כוללות את הלגיטימציה והנגישות של אמצעי-הניצח והפסקת תודיין, שהפרידו את העונה המיני מן העלחה ואפשרו לנישואין להיעשות ברית המיועדת ל"רצות קרובה ולהנאתם המינית של בני-הזוג".¹⁰⁸ במקום אמצעי למטרת רבייה, השפעתם הישירה של החודים על בחירתו בין-הזוגי שוב אינה מתקבלת כיום כמונח נאלה, כגורם תבוני מופר גם אם לא כגורם פסיכולוגי, אהבה, יותר מכל עיקרון מניע אחר, נעשתה קבוצת מיעוטים ופולחם מבודדים בחברה. אהבה, יותר מכל עיקרון מניע אחר, נעשתה חסיבה המוצהרת והמבוקשת לבחירתו בין בני-הזוג רבים מצפים כיום להגשים את מאויייהם הרגשיים והמיניים בנישואיהם.¹⁰⁹

הודישות שינסחה התנועה ל"אהבה תופשית" במאה התשע-עשרה נקלטו במתשבה ומעורבת בלעשויות על מיניות ונישואין. מדבר ניכר בהסדרים המשפטיים הנוהגים כיום בענייני נישואין וגירושין, כגון גירושין ללא אשמה והגדרת הנישואין בארצות-הנכרות, במטרת ת"ח U.S. Uniform Marriage and Divorce Act, ל"קשר אישי בין איש לאשה הנובע מתחת אודות שהסכמת הצדדים היא חלק חיוני ממנו".¹¹⁰ עקרון ההסכמה החוקשית והמעשית המינית נעשו המאפיינים המבולטים ביותר של דיני הנישואין והגירושין תעכשוויים. הנישואין הטרנסאקטואליים "מטורחיים" שומרים כיום רק לזארה על מעולם המרכיב בסדר החברתי; לבעשה חל ערעור מהמדי של בעמד זה, ודומה שכמוסד הם עתידים להיפך לזרזארה אהבה מני רבות של חיי משפחה.¹¹¹

עד לשנות השבעים של המאה העשרים היו הנישואין מוסד שעל-פני הגדרתו המשפטית ותפיסתו החברתית תעניק לגברים ולנשים תפקידים שונים מאוד, ותקיימה בו דיכוסותיה

107 Stone, *supra* note 8, at pp. 680-681.
 108 Stone, *supra* note 9, at p. 84.
 109 Stone, *supra* note 8, at p. 680.
 110 White, *supra* note 201, s. 201, Uniform Marriage and Divorce Act, 1974.
 111 Giddens, *supra* note 59, at p. 154.

התמסרות מהותי למטרת הנישואין לצורך למכשול על דרכה של אהבה.¹⁰¹ אפילו רוסו (Rousseau) הנהיב לאחד ממבשרי התנועה הרומנטית, לא יזכה תמיד אהבת-משוקה רומנטית עם נישואין. בכמה מכתביו הוא מתייחס אליהם כנבל-לם, אם כי אין ספק שראה באהבות האהבה והנישואין אדיאל שיש לשאוף אליו.¹⁰²

רעיונותיו של קנט (Kant) בנוגע לאהבה מינית ונישואין קרובים יותר למינשים עכשויים על הנישואין האדיאליים: קנט ראה אהבה מינית דהק לא מוסר מטבעו, אך נגיע למסקנה שניתן להשיג הפיפה הרמונית בין אהבה ומין רק במטרת של נישואין חוקיים ומונוגמיים; מושג הנישואין הינו לגישתו "הטעם בין שני בני-אדם שבו הם מציינים את זהות וכוונת שוות והודיות, כאשר כל אחד מהם מקבל על עצמו למסור את כל ישותו לאחר ולהעניק לו זכות מלאה לעשות בו כראה בענייניו".¹⁰³ תיאור המיניות אצל קנט מציע, גם אם במובלע, על גישה של תפיסת נישואין חרישה, שלפיה הנישואין קשורים מצד שני באהבה והלזיים בה. גם תגל, במסותו על הפנומנולוגיה של תורת, משיג את מצעם טבעים באהבה והלזיים בה. אצל תגל, אהבה רומנטית.¹⁰⁴

ברית הנישואין כמטרתה תאמת של "אהבה רומנטית" אצל תגל, אהבה בנישואין כוללת את האהבה המינית (ואף מתעלה מעבר לה).¹⁰⁴

כדבריו של אהותי גרדנס (Giddens), בזכות המושג "אהבה רומנטית" חל לראשונה קישור בין אהבה לבין חירות ומימוש עצמי. להשקפתו, "אהבה רומנטית מנתקת את הפרט מנסבותיו החברתיות הכלליות ויוצרת "היסטורית משותפת" החותרת להפדתו של קשר הנישואין מידה מריכיבי הארגון המשפחתי ומעניקה לו מעמד ראשוני מיוחד".¹⁰⁵

ה. התמסרת הנוכחית של מוסד הנישואין ומטרותיו

גם במאה העשרים, שבה היה מוסכם על הרוב שקיים קשר בין אהבה לנישואין, נמצאו עדיין תוגים וכוונות שסבדו כי מדובר בשני מושגים מוגדרים. מוסל פרוסט (Proust), למשל, ייחס לנישואין השפעה הרסנית על אהבת-התשוקה, וכתב ש"אין אדם אהב אלא את מה שאינו שייך לו לגמרי".¹⁰⁶ אין ספק שאכן, מאפילטון ועד פרוסט, היו שראו באהבה ונישואין סתירה בלתי-ניתנת ליישוב. אלא שיהחם הספקתי של אחרים מן החוגים הרומנטיים המודרניים שחוו על הקשר בין אהבה לנישואין אינו נובע בהכרח מתפיסה המפרידת את מוסד הנישואין כשלעצמו מהאהבה, אלא מהאמונה שאהבה בתי-קיימא וממשיכה היא המיד אדיאל בלתי-מושב. ברוב העולם המערבי כיום, ובמיוחד בחברות ואמריקאיות, ניכרת השאיפה למיזוג בין אהבה לנישואין. במאה העשרים נעשתה תאבה התמסרה והשובה ביותר, אם לא היחידה, לנישואין - והיא היא העיקרון המניע שלהם

101 *Ibid.*, at pp. 420-421.
 102 ראו, לדוגמה, את ספרו אהיל (1911) Rousseau *Emile* (London, B. Foxley trans., 1911).
 103 I. Kant *Lectures on Ethics* (New York, L. Infield trans., 1963) 167.
 104 Singer, *supra* note 7, at pp. 406-408.
 105 Giddens, *supra* note 59, at pp. 39-40, 44-45.
 106 Proust *A la recherche du temps perdu: la prisonniere* (Paris, 1923) 106.
 דומים מבחינת דיווחו: Giddens, *supra* note 11, at p. 292.

יחסים או יבוא לעולם ילדים, זוגות רבים נכאים בכרית הנישואין אינם מתכוונים לחולק ילדים או אינם מסוגלים לכך, ובכל זאת המדינה מעודדת אותם להנישא; אמצעי-מניעה הם כיום חוקיים והמניחים בעולם המערבי כולו, ולבני-חוג מוקינת נזות חוקנית לקיים יחסים-מיין גם ללא פשרת תולדה.¹¹⁶ לטעמי, הביטוי הקולע ביותר להגדרת שותף בתפיסת הקשר בין נישואין להולדה מצויה במסקנין של בתי-המשפט החוקתי של דרום-אפריקה:

“יצן הביזנה המשפטית והחוקתית, פוטנציאל ההולדה (שוב איננו) תכונה מגדרה של קשרי נישואין. השקפה כזאת יש בה משום ביזוי של בני-חוג (בין נישואים ובין אם לאו) שאין בכוחלתם, מכל סובה שהיא, להביא ילדים לעולם בהכנסם בקשר כזה, או שיכולת זאת הנכנסים בקשר זה בגיל שבו טוב אין להם רצון בקשרים מיניים. לא פחות בני-חוג הנכנסים בקשר זה בגיל שבו טוב אין להם רצון שמשפת והכאת פחות ביזוי הוא להורים מאמצים לרצו שמשפתם את ילדיהם. היינו סויעים גם שותף מבודד בני-חוג לכבוד ולדאגה מהשפת שהולידה את ילדיהם. היינו סויעים לא לקיים יחסים-מיניים; שכן ההולדה תמחליטה מציגים לא להביא ילדים לעולם או לא לקיים יחסים-מיניים; שכן ההולדה זאת כל-כולה מצויה בתחום המוגן של חופש הפרט ופרטיותו.”¹¹⁷

וחל בשנות השישים של המאה העשרים התרחשו שינויים בסיסים ברציני הנישואין במדינות מערב-אירופה ובארצות-הברית, וחרף הברלים בהקשר המשפטי הפוליטי של רפורמות מקרקטיות במדינות השונות, התמצנו בעשורים האחרונים, בהגדרת, ההכללים בתחום ריגו המשפטי במדינות המערב, באופן בלתי-תלוי, אך מקביל, חלו התפתחויות משפטיות דורות במדינות שיש ביניהן הברלים רבים במדינות אחרות. השינויים שחלו באותן שנים מתאפיינים במגמה של הפרטה והדרגורלציה בתחום ריגו המשפטי, שהינו “וסתן פרוגרסיבית של ההסדרה המשפטית מעל יצירתם והחלתם של נישואין וניהולם של חיי משפחה, מצד אחד, והגברת ההסדרה של ההתנאות הנגזרות ליגלים ושל תוצאותיהם הנכללות של חיי חוג, עם גושפנקה רשמית או בלעדיה, מצד אחר.”¹¹⁸ השינויים ברציני

116 דין פורט בקשר בין נישואין ותולדה וראו אצל: D.A.J. Richards *Identity and the Case for Gay Rights: Race, Gender, Religion as Analogies* (Chicago, 1999) 160 (hereinafter *Identity and the Case for Gay Rights*); D.A.J. Richards *Women, Gays, and the Constitution: The Grounds for Feminism and Gay Rights in Culture and Law* (Chicago, 1998) 144 (hereinafter *Women, Gays and the Constitution*); M.S. Wald *Same-Sex Couples*, ראו עמ' 31, at pp. 96-98 *Marriage, Families, and Children: An Analysis of Proposition 22 – the Knight Initiative* (Stanford, 1999) 13

117 *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs S.* 117 לשנות את די-1991 (S. Afr. Const. Ct.) 1 (2000) 1 B. Const. L.R. 39 (S. Afr. Const. Ct.)

118 p. 2, at p. 15, *supra* note 116, *Glendon*, *supra* note 116, קיים תואם בין העניקה וכויות חלונות לא-נישואים (כולעים-בציבור וניצוא בוות לבין סרת הוסדרה מעל הנישואין; וטענה לגורמים משותפים ללא נישואין כנוחה ודוחה ומקובלת גם אם הוסדרת בוות) גובע מהפחות בתובנות של גוסד הנישואין, וגינתן לייחס להן-רגולציה של המוסד.

כרוחה בין הצד המפוזר לצד המספק שירותים. בתקופה שבה הנגידו הנישואין וכויות שונות לתמוכין לגברים ולנשים כנאשר אלה האחידות נחשבו “עור כנגוד”, והיינו הצד המשלם, ואילו הריאיונים לצד החומר או המפוזר היה קשה להבין כיצד יוכלו נישואין חד-צדדיים להתאים לדגם. למן שנות השבעים, התמסרה של נישואין המוכתרים על-פי מגדר הליכה ונשחקה, וכן המצרכת המשפטית וכן המצרכת החברתית התגערו ממהנה שקיעת הריכוזותה בין פרנסה לשיירותים, שהתקיימה מראשית המאה השבע-עשרה ועד לשנות השבעים של המאה העשרים, היא אוח הנהרגים המרכזיים שבנגזם נישואין חד-צדדיים נעשו אפשרות ממשית. בתקופה שבה הנישואין כמובנם המסורתי חולכים ונעלמים, לאור שתפקידי המגדר המסורתיים במסגרתם התעוררו במידה רבה, נתן לומר ש“ההומוסקסואלים הם החלוצים בתחום זה – הריאיונים לערוך ניסויים בתיי הומואים זה המין-מה שהם מגשימים בפועל את [הדגם] תרונות יותר בקרב זוגות הטרנסקסואליים.”¹¹²

תנישואין לא היו מעולם, כפי שראינו, מושג אחיד, מקובל ואוניוורסלי. מדובר במוסד נתגוון בשינוי מתמיד, כנאשר מדור לדור חלו תמורות איריות הן בהגדרת מוסד הנישואין והן במשתותיו. שינויים תרבותיים קדמו לשינויים משפטיים, והפורמה חקיקתית שקיפה מגמה דומות ברוב מדינות אירופה המערבית וצפון-אמריקה.¹¹³ אחת התמורות המרכזיות הייתה המעבר מותפיסת הנישואין כמוסד שיעניינו העיקרי הוא ההולדה לתפיסה הערכשויות תרואת בנישואין בקיץ מוסד המבוסס על קשר, ברית ויציאת, זו מגמה חדשה יחסית, שארשה בשלהי המאה השבע-עשרה, ובתי-המשפט החלו לתת לה ביטוי רק בעשורים האחרונים, כך, לדוגמה, בארצות-הברית המשיך בית-המשפט המערבי המרכזי של מוסד השישים של המאה העשרים לשים את הדגש בחולדה כמטרות המרכזיות של מוסד הנישואין, המתקשרת עם מסורות המשפט הוותיק והמשפט חטבי.¹¹⁴ רק משנות השמונים המאוחרות ניתן לאתר ביטוי ברור של תפיסה הוראה בהקמת קשר חוגי של ברית ושוויון המבוסס על אהבה ומחויבות, את משרתם העיקרית של הנישואין, כך, למשל, בעניין *Turner v. Safley*, שבה נידונה השאלה אם המדינה רשאית להשיל מגבלות על נישואי אסירים, לא חוכך בית-המשפט ולי כלמו תולדת ילדים כבסיס תכרחי לנישואין, וכך קבע בית-המשפט: “מאפיינים חשובים רבים של הנישואין המשפטיים להתקיים גם אם מבאים בושתון את מגבלות החיים בבית-הסוהר, “וביניהם “ביטויים של הנמכה ראשית ומחויבות פומבית”, “משמעות דתונית”, “המוש מיני, הטבות המשפטיות (כגון חטכות מטעים הביטוח תלאות), וכויות רבות חכויות יודשה, ויתרונות נוספים, מותשיים פחות (כגון העניקה לגיטימציה לילדים שנולדו מהזין לנישואין).”¹¹⁵ אכן, דיני המשפחה המודרניים אינם קוסרים את הנישואין לחולדה, שכן אין הם דורשים שזוג נשוי יתנה בצוותא, יקיים

112 *Ibid.*, at p. 135
113 *Gaffi*, *supra* note 9, at p. 87
114 *Glendon*, *supra* note 116, at p. 2
115 *W.N. Eskridge Jr. Gaylaw: Turner v. Safley* 482 U.S. 78, 95 (1987) 275
Challenging the Apartheid of the Closet (Cambridge, 1999) 275
Eskridge, *supra* note 31, at pp. 129-130

יחסיימיין או יבאי לעולם ילדים. זוגות רבים הבאים בברית הנישואין אינם מתכוונים להוליד ילדים או אינם מסוגלים לכך, וככלי'את המדינה מעודדת אותם להינשא; אמציי'מנייעת הם כיום חוקים ומינים בעולם המערבי כולו, ולכני'הזוג מוקנית נכות חוקתית לקיים יחסיימיין גם ללא מטרת הולדה.¹¹⁶ למצמי, הכיטי הקולע ביותר לתמורה שתלה בתפיסת הקשר בין נישואין להולדה מצויה בפסקדין של בית'המשפט החוקתית של דרום'אפריקה:

"כז' הבהזנה המשפטית והחוקתית, פוטנציאל ההולדה [שבו אינן] תכונה מוגדרת של קשרי נישואין, המקיפה זאת יש בה משום בזיזי של בני'זוג (בין ששואים ובין אם לא) שאין ביכולתם, מכל סיבה שהיא, להביא ילדים לעולם בהתבססם בקשר כזה, או שיכולת זאת נשללה מהם בכל שלב לאחר שההקשרו בקשר זה, היא מבוה לא פחות בבני'זוג הטכניסטי בקשר זה בניגל שבו אינן להם דצון בקשורים מיניים. בניזי הוא להזריג מאמצים לזמן שהמפתוח היא פחות בגוד משפחה והכאת פחות לכבוד ולהאגה מהשפחה שהולדה את ילדיה. היינו טוענים גם שהזי מבוה בני'זוג המלהיטים מרצונם לא להביא ילדים לעולם או לא לקיים יחסיימיין; שכן החלטה זאת כל'כולה מצויה בתחום המוגן של חופש הפרטי ופרטייותי."¹¹⁷

ההל בשנות השישים של המאה העשרים התרחשו שינויים בסיסיים בדיני הנישואין במדינות מערב'אירופה ובארצות'הברית, וחף'הבדלים בהקשר המשפטי והפוליטי של רפורמות חוקתיות במדינות השונות, התמצנו בעשורים האחרונים, בהתמדה, המבליים בתחום דיני המשפחה בין מדינות המערב. באופן כל'יתלי, אך מקביל, הלו המפתחות משפטיים דומות במדינות שיש ביניהן הבדלים רבים מבחינות אחרות. השינויים שהלי באותן מדינותימינים במגמה של הפישה והדיר'ולוציה בתחום דיני המשפחה, הדיינו "חסרה מרוב'רסרביית של ההסדרה הישעית מעל ציריחה והתרתם של נישואין וניהולם של ויי משפחה, מצד אחד, והגברת ההסדרה של התוצאות הנוגעות לילדים ושל התוצאותהם הכלכליות של ויי'הזוג, עם גושפנקו'רשמיות או בלעדיה, מצד אחר."¹¹⁸ השינויים בדיני

116 דין מודט בקשר בין נישואין והולדה ראו אצלי: D.A.J. Richards *Identity and the Case for Gay Rights: Race, Gender, Religion as Analogies* (Chicago, 1999) 160 (hereinafter: *Identity and the Case for Gay Rights*); D.A.J. Richards *Women, Gays, and the Constitution: The Grounds for Feminism and Gay Rights in Culture and Law* (Chicago, 1998) 144 (hereinafter: *Women, Gays and the Constitution*); M.S. Wald *Some-Sex Couples: לא גם Esquires*, supra note 31, at pp. 96-98 *Marriage, Families, and Children: An Analysis of Proposition 22 - the Knight Initiative* (Stanford, 1999) 13

117 *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs S. 117* (South Africa, 1998) 117. בפרישה זו נפסק שישי לשתות את ה'1991-1991 Aliens Control Act, שיועיק הכרת לזוגות חדי'מיניים כבעלי זכויות הולדה שוות לאלה של בני'זוג מתיין שות.

118 כבעלי זכויות הולדה שוות לאלה של בני'זוג מתיין שות. קיים מתאם בין הענקת זכויות לזוגות לא נישואיים לרצויים'בציבור וכרצא בוח לזין חסרת החסירה מעל הנישואין; המצטר למגורים משותפים ללא נישואין כנוהגה דומה ומקובלת גם אם מוסדרת בחוקי גובע מהפחתה בהשכיחות של מיסד הנישואין, וניתן ליתמו'לטיית להדיר'ולוציה של המוסד.

ברורה בין הצד המפרנס לצד המספק שירותותים. בתקופה שבה המדינה הנישואין וכירות שונות לחלוטין לגברים ולנשים כאשר אלה האחרונות תשובי "עוד כנגוד", והיינו הצד המשרת, ואילו היראשוניים לצד החומן או המפרנס) היה קשה להבין כיצד יוכלו נישואין הדי'מיניים להתאים לדגם. למן שנות השבעים, התפיסה של נישואין המובחנתם על'פי מגדר הליכה ונשחקה, והן המערכת המשפטית והן המערכת החברותית תמנעד ממנה שקיעת הדי'מיניות בין פורנסה לשירותיים, שהתקיימה מראשית המאה השבע'עשרה ועד לשנות השבעים של המאה העשרים, היא אחד המודעים המרכזיים שבניגים נישואין חדי'מיניים נעשו אפשרות ממשית. בתקופה שבה הנישואין מובחנים המסורתי הולכים ונעלמים, לאחר שתפקידי המגדר המסורתיים בסטנדרים בתחום זה - היראשוניים לערוך ניסויים בחיי לגור ש"ההומוסקסואלים הם החלוצים בתחום זה - היראשוניים לערוך ניסויים בחיי החינויים. זה ומו'מה שהם מנשימים כפועל את [הדגמן] הרווח יותר ויותר בקרב זוגות ה'הומוסקסואליים."¹¹²

הנישואין לא היו מעולם, כפי שרצונו, מושג אחד, מקובל ואוניברסלי. מותר במוסד נתנתו בשינוי מהמדי, כאשר מדור לדור חלו תמורות אדירות הן בהגדרת מוסד הנישואין והן במחויבותי. שינויים חברתיים קדמו לשינויים משפטיים, ורפורמה חוקתית שיקפה מגמות דומות ברוב מדינות הנישואין כמוסד שפעיינו העיקרי הוא ההולדה להפיסה העכשווית וחתה המעצב מתפיסת הנישואין כמוסד שפעיינו העיקרי הוא ההולדה להפיסה העכשווית הוראה בנישואין בעיקר מוסד המבוסס על קשר, בריית ורעיות. זו המגמה השה יחסיים שאריתה בשלהי המאה התשע'עשרת, ובתי'המשפט החלו להת'לק בשלהי שנות הארבעים. כך, לדוגמה, בארצות'הברית המשיך בית'המשפט החלויין גם בשלהי שנות השישים של המאה העשרים לשים את הדגש בהולדה כמטרתו המרכזית של מוסד הנישואין, המתקשרת עם מטרתו המשישית היא המלינה רשאית להטיל מגבלות על נישואי המבוסס על אהבה ומחויבות, את מטרתם העיקרית של הנישואין. כך, למשל, בנייין המאחרות ניתן לאתר ביטוי ברור של תפיסה הוראה בהקמת קשר זוגי של ברית ושוויון, המבוסס על אהבה ומחויבות, את מטרתם העיקרית של הנישואין. כך, למשל, בנייין *Turner v. Saifley*, שבה נידונה השאלה אם המלינה רשאית להטיל מגבלות על נישואי אסורים, לא הוכיז בית'המשפט ולו ברעו הולדה ילדים כבסיס הכרחי לזינשוואין. וכך קבע בית'המשפט: "לאפיינים השונים רבים של הנישואין ממשייכים להחייבים גם אם מביאים בתשבון את מגבלות החיים בבית'הסוהלי", ובניינה "ביטויים של המיכה רגשית ומחויבות פומבית", "אשעינות רוחנית", ממוש מיני, חסכות ממחיליות (כנון חסכות מושפם בחישוב תלאומי, נכריות רכוש וכריות ירושה, ויחידנות נוספים, מוחשיים פחות (כנון הענקת לגיטימציה לילדים שנולדו מתוך לנישואין),¹¹³ אכן, ריני המשפחה המודרניים אינם קושרים את הנישואין להולדה, שכן אין הם דורשים שזוג נשוי יחיה בצוותא, קיימים

112 *W.N. Eskridge Jr. Gaylaw: לאו Turner v. Saifley 482 U.S. 78, 95 (1987)* 115 *Challenging the Apartheid of the Closet* (Cambridge, 1999) 275 *Eskridge, supra note 31, at pp. 129-130*

113 *Graft, supra note 9, at p. 87*

114 *Glendon, supra note 15, at p. 2*

ג. שוויון בנישואין: זוג, מין ונטייה מינית

לאור התפתחותיות שנסקרו לעיל, תוליד הגמשה של סטגנה הנישואין סתמן בעצורים האחרונים באירופה ובאמצעות הרבות; הפרה מכשולים מודרנים של המבטקים להחיל בנישואין קיימים וצמצום המתכונות של המדינה בפיקוח על הנישואין והסדרתם, שני אלה קשורים עם חופש גם בכיוון ההפוך: החופש להשתלב במוסד הנישואין, מנגמה אלה תנונת ביהודי-צובלין של הגובה החוקי החד, התנועות העובדות כותש השני בהתפתחותיות שתלו בדיני המשפחה במרוצת המאה העשרים, הן בארצות-הברית והן במדינות אחרות, הן שחרורו ההדרגתי של הפרט מאילווצים שהגבילו את חירותו להינשא והשתתפות הנישים בנישואין על בסיס שוויוני. התודישו הייחודיים בהתפתחותיות שתלו בתחום זה בעשורים האחרונים, לצומת התמורות החלטיות במוסד הנישואין שעמדו עליל, הוא המחוקקים שבה השינויים בתפקידי המגדר תלויים. להערכתי, יישומו של עקרון השוויון בין המינים, שהיה השינוי המכריע בחילוי בירת המשפחה, שימשו וזו בהתפתחותיות המובילות לכינון נישואין חד-מיניים.

בקשר זה יש לציין שהתפתחות המובילות לכינון נישואין חד-מיניים, תואמת בתוכה את הדרושה הנוכחית והמשיבות של המשפחה, הרוב התרות המערביות, אינה בת-המשפחה ואת המתקיים בתחום דיני המשפחה. קיים קשר משתנה בין ההסדרים המשפחיים הנודעים למשפחה לבין "דפוסים ההתנהלות המהותיים את המשפחה כמוסד חברתי"¹²⁴ הרפורמות שהכנסו בדיני המשפחה בארצות-הברית החל בשנות השישים של המאה העשרים – שכללו, בין השאר, את חוקי השוויון בנישואין לנשים ולמיעוטים – שקפו במידה רבה תופעות חברתיות שכבר נקבעו בששת קודם-לכן. יש לצפות לסדר רבים רומה גם בסוגיית השוויון בנישואין לזוגות חד-מיניים, המתפתחים כחודות משפחיות לכל דבר ועניין כולקים רבים של העולם המערבי.

בת-המשפחה באירופה ובארצות-הברית, שנודשו השינויים לגמילות המשפחה שנהדרו על כן בנוגע לחופש הפרט להינשא או לבחור לו כדוגה, התחילו לפיש תופש את כוחות-יסוד, ו"חחופש להינשא" זכה בהכרה משפטית, ככוח-אדם בסיסית.¹²⁵ ההכרה בחופש להינשא ככוח-יסוד מצאה בארצות-הברית ביטוי, בשנת 1967, בעניין *Loving v. Virginia*, שבה פסל בית-המשפט העליון חוקים נגד נישואין-העדויות, וקבע שדרישת צבע-עור כתנאי לנישואין נוגדת את החוקה הפדרלית, בית-המשפט קבע כי "החופש להינשא נחשב זה מכבר לאחת מזכויות הפרט העיקריות החיוניות לפעולתם המסודרת של בני-חורין השיואיים לאשר"¹²⁶ המגבלות החודות המנוסחות כיום באיסורים מוחלטים על נישואין בארצות-הברית ובמדינות מערב- וצפון-אירופה, הן אלה המנוסחות על גיל

124 *Id.*, at p. 5.
 במערכת משפט זו או אחרת לבין הפעילות שתואר כפי האבה-ופולוג או הסוציולוג בהתנהגות של משפחה או נישואין.
 125 *Id.*, at pp. 35, 76.
 ולדיון בענייננו של החופש להינשא ללא הפליה במסגרת המשפט ובינלאומי ראו מרי, לעיל הערת 2.
 126 *Loving v. Virginia* 388 U.S. 1, 12 (1967).

משפחה בכלל וכדיני הנישואין בפרט נובעים מהתפתחותיות שונות, תכריות ופוליטיות, כגון הפיחות בהשפעתה של חרת הרשימה, המורות שתלו בתפקידי הנשים בכלכלה ובחברה, חזיק מעמדם של בני המשפחה כפרטים בעלי זכויות וחירות, המנוון הכול של משפחות מצורות מסוגים שונים, החפרת המברת בין נישואין להולדת והשלישה המציעה מניעים מנמות של אינדיבידואליזם, שוויוניות וחילין געשו מאפייניהם הכוליים של דיני הנישואין.¹²⁹ דיני המשפחה בארצות-הברית ובמדינות צפון-אירופה מתמקדים כיום ביאיש וביראשונה בפרט, ולא בהולדה המשפחתית או במשקל-הרבה, והם המייחסים לבני המשפחה כאל ישייות נפרדות ובלתי-תלויות, אולם דיני המשפחה המאפיינים ער בעיקר על משפט ציבורי ועל תוכניות המתחייבות פחות פחות למשפט הפרטי; הם מכוסים תרבותי יש משמעות רבה יותר במעמד הדינוני. את תוליד ההידרולוגיה של דיני הנישואין מקבלים בולטות רבה יותר במעמד הדינוני. את תוליד ההידרולוגיה של דיני הנישואין ניתן לראות באידיקציה לפחות שתל בהתיבותם של הנישואין כגורם המכתיב ביסוס חברתי וכישהו כלכלי בתורות המודרניות.¹³⁰

כיום, בפנות המאה העשרים ואתה, נתפסים אפוא הנישואין "כחות פרטי דרצודי שייצורנו, קיומו והחרנו מתבצעים לפי ראות עינינו של בני-חורנו."¹³¹ ברוב מדינות המערב הנישואין מתפרסים כיום כמוסד משפטי, חילוני, חוץ ומאה, הפחת לרוב בני האדם על בסיס שורה מאפייני הנישואין וחוצאותיהם רומים כיום ברוב מדינות המערב.¹³² הנטייה בדיני הנישואין היא להומנצ מניסיון לנסח מוסריות משופרת לכל. ההעדפה היא "להתמקד בהגדרתם של הגבולות המרכיבים העשויים של המנוון המתבר בענייני משפחה... להחיר מרחב מרבי לבחור ולהמנע משיטוטים ערכיים מלבד אלה התמוכים בחופש הפרטי."¹³³ תכונות אלה של הנישואין, שהינן חודות יסודית, הפכו את הנישואין תוד-היניניים לאפשרות הקפה וממשה.

119 *Ibid.* at p. 292.
 120 *Ibid.* at pp. 35, 293-295.
 121 *White, supra note 16*, at p. 195.
 122 ומאונות החינוך בארצות-הברית מבררים סבורים רבים כפי הנראה שאפילו את הנישואין תאורטיים לא ניתן להפריד משיטתם החריים, אולם הן בצפון-אירופה הן בארצות-הברית, חוקי הנישואין תאורטיים, כמוסד משפטי המוסדר על-ידי המדינה, תומכו מתק חדת הנודעים בנישואין, הואיל והנישואין מוגדרים בתוך כמוסד חוטי חילוני מאנו מוסדר באמצעות חדת, מדינות בצרמיה, צרפת והולנד מבררות אך ורק בנישואין אחרים, ולסקס הנישואין ככנסיות אין משמעות משפטית. אפילו במדינות סקנדינביה שקיימת בהן כנסיות מולכלתית ומוקנית בהן מברה משפטית הן נסקס תכסייתית והן לסקס תאורטי, אין חסס חודי בכנסיה משנה את אופיים המשפטי של הנישואין כוחות אודוי חילוני.
 123 *Glendon, supra note 15*, at p. 14.

ואנדרו קופלמן (Koppelman) הראו כי באופן היסטורי היהנה ההומופוביה קשורה לסקסיזם בקשרי-גוונויות, כשהיא משתלשלת ממנו ואף תורמת לו גם ככל הנגעו לשמורה של ההדרגה הגזנית שהגברים שולטים במסגרתה בנישים.¹⁴⁰ גם ריצ'רדס טוען שההומופוביה משקפת מסורת של עבדות גזנית דומה למסורת הסקסיסטית; "שורש ההומופוביה הוא כמו סקסיזם, המשנה נרקמה של הפקדיי מיני והתחומים מגודרים, אלא שבמקרה זה התפתחות היא בתפקודים הגזנית, והרס שהתרחש של בניי גרסה של הומואים מעדיקה ריצ'רדס משימש באנלוגיה הנעוצה, והרס שהתרחש של בניי גרסה של הומואים מעדיקה לנישואים ל"התעקרות לא-רציונלית ולא-ביקורתית נגד עצם הרעיון של נישואים הומוסקסואלים ולסגרות, המבטאת הנגיה מקוממת של הזהות ההומוסקסואלית כלא-אנושית, הנניה המשותפת על מעגל-סקסיזם של בניי תרבותי בדיוק כמו זה שנכפה על אפריקאים-אמריקאים באמצעות התוקים נגד נישואי מעורבת",¹⁴²

יש לראות את המאבק ההומו-לסבי לשוויון זכויות כחלק מהמאבק המפניני-הכללי לשוויון זכויות.¹⁴³ המשוררת והמסארת אדריאן ריץ' אומרת על שעבוד הנשים והשליטה הגברית כי הלק גדול מהאולרהודוקסיה של הפקדיי מגדר מושחת על מה שהיא מכנה "הטרוסקסואליות כפויה" – המפסה שמיניות תיבת להיות מורכבת מגבר והפקדיי יוסי-מן עם אשה, וכי זהו הגם הנורמטיבי הבלעדי למערכות יחסיים מוסריות. היא מוסיפה וטוענת שספיית הניאוריה של הפקדיי מגדר נורמטיביים, השייכת לקבוצת מסוימת, אינה לגיטימית.¹⁴⁴ כרכי ריצ'רדס, להיות מגדר נורמטיביים, השייכות לחיות באופן המטיל בקורא על הפקדיי מגדר מחוייבים ועל הטרוסקסואליות כפויה. כלומר, עצם קיומם של הומואים ולסביות קורא תיגר על מושגים מסורתיים של הפקדיי מגדר והדרגה גזנית הנכונה בחינה מהדרגת שלום: "קשרים כאלה מגלמים דגם נורמטיבי לחיים אינטימיים המפתח לכאורה בצורה מלאה יותר תכונות של שיתוף שוויוני בחיים אינטימיים, והקיימות חלכה יותר מאשר למעשה ברוב הקשרים ההטרוסקסואליים".¹⁴⁵ הואיל והומואים ולסביות מפרים את תפקידי המגדר המסורתיים, ההשקפה היא שאין הם ראויים שהתוכרד כמכב את זכותם האנושית הבסיסית לחיים אינטימיים, והוללת את זכות הניסוד לגישואין.¹⁴⁶ זכות

A. Koppelman "Why Discrimination against Lesbians and Gay Men Is Sex Discrimination" 69 *N.Y.U. L. Rev.* (1994) 197, 255–257; S.A. Law *Sex Discrimination* 69 *N.Y.U. L. Rev.* (1988) 187 וא"ל; "Homosexuality and the Social Meaning of Gender" *Wis. L. Rev.* (1988) 187 גבו; Pharr *Homophobia: A Weapon of Sexism* (Berkeley, 1988); Eskridge Jr., *supra* note 115, at p. 221.

Richards *Women, Gays, and the Constitution*, *supra* note 116, at pp. 346, 348 141

Ibid., at pp. 229, 308 142

וא"ל ריץ' "הטרוסקסואליות כפויה והקיום המפני" מעבר למיניות: מכתב מאתריים בלמודים הומו-לסביים והיאוריה קודרית (י' קודר, ע' וז' וא' קר עורכים, 2003) 73 (חלק); מעבר למיניות; וא"ל גבו; Richards *Women, Gays, and the Constitution*, *ibid.*, at pp. 344–346 143

Richards *Identity and the Case for Gay Rights*, *supra* note 116, at pp. 155–156 144

Richards *ibid.*, at pp. 246–247, 440–441 145

Richards *ibid.*, at pp. 155–156 146

המבדל בין ארצות-הברית למדינות צפון-אירופה מאליף בעיניי זה: האלה האחרונות,

השקפות סקסיסטיות וסטרויאופים מיניים רווחים פחות מאשר כזו הראשונה. העמדה כלפי מיניות ככלל וחלוקה לתפקדיי מגדר בפרט אינה מהו בצפון-אירופה ובארצות-הברית. אומנם, בשני האיחודים הנאיבורניים הללו ניכר קיומה המובד של סובלנות רחבת כלפי קשרים מיניים מחוץ למסגרת הנישואין (דוגמת ביטול האיסור הפלילי על נישואי ומעמדו כעילה לגירודי-155), אולם הסובלנות בעניי זה, כמו גם הסובלנות כלפי התגמגמת מינית מגוונת בכלל, גודלה יותר במדינות צפון-אירופה מאשר בארצות-הברית. אם "לאמריקאים יש רגשות עזים ואמונות חתכות בנוגע למוסריות מינית" והמברה האמריקאית היא עדיין תרבה שינוסח למיין רינו דו-ערכי, והמיניות מרתקת ורוחה אותה צפון-אירופה ניכר הם חופשי ופתוח יותר כלפי ההומוסקסואליות ומיניותו בכלל, ותפיסה ליברלית יותר ונקשה פחות של תפקדיי מגדר, הן בהי' המברה הן בהי' המבדל. בערים הקטנות בארצות-הברית ובקרב המעמד הבינוני, גם במקרים שבהם מוכנים לסבול את קיומם של זוגות חד-מיניים, המברה מצפה מהם להתנעף את מיניותם. היום של איפה ואיפה וסטנדרטים כפולים ככל הנגעו למיין ומגדר בארצות-הברית הוא לרוב לנשים ולמעשנים מיניים המתבועים שוויון פורמלי.¹³⁷ מדינות אירופה המפונות מפונות פחותה רבה יותר כלפי מיניות "אלטרנטיביות" ואין ספק שקיימת בהן לוגיקה תוד-מינית ומידת המשיגה המגדרי. מסיבות אלה, העמדות המבדיות בהם לוגיקה תוד-מינית ומידת המשיגה המגדרי. מסיבות אלה, פתיחה מוסר הנישואין לפני זוגות חד-מיניים ארועה יותר מאשר בארצות-הברית.¹³⁸ אכן, פתיחה מוסר הנישואין לפני זוגות חד-מיניים ארועה באירופה (חולצו ובלגיה) לפני שארועה בארצות-הברית (וזאת במדינה אחת בלבד – מסצ'וסטס), ונתקלה בהתנגדות פחותה בהרבה במדינות אלה לעומת המגדר הנגד הקשה בארצות-הברית.

תפילוסוף והמשפטן ריינולד ריצ'רדס (Richard's) מסביר שהמסורת לעולות הסקסיזם המגענית וההומופוביה הוא שכל השילוש הן צורות של "עבודת-המבדל והיררכיים תכלית-צדיקתים: גזניים, נשים והומואים הודרו כולם ממבני-המבדל והיררכיים תכלית-צדיקתים: "ההומופוביה, כמו המגענות והסקסיזם, מעוותת את הרעיון של זכויות-אדם מתקפות בהי' הפרט והציבור גם יחד. כמו הצורות המרכזיות האחרות של עבודת מוסרית (מגענות וסקסיזם), גם דעה קדומה זו, המקצה להומוסקסואלים מתום פרטי גמתי, פוגעת בכותם האדם הבסיסית שלהם לגרל חיים פרטיים וציבוריים גם יחד".¹³⁹ סילויה לו (Law)

אם כי אף בעניי זה הקיימה אירופה את ארצות-הברית, כך, למשל, בעוד נישואי מוכר עדיין בכמה ממדינות ארצות-הברית כעילה עצמאית לגירושין או כבסיס לתביעה נגד צד ג', המביא לתפדת קשר הנישואי, בוטל הניאוף כעילה פלילית בשוודיה כבר בשנת 1937, והו זמן רב אינו מהווה עילה לגירושין; וא"ל גבו; Glendon, *supra* note 15, at pp. 274, 286 135

Esikdage, *supra* note 31, at pp. 183–184, 186 136

Ibid., at pp. 183–184, 186 137

חברית, וא"ל: 7.3, sec. 7, ch. 7, *supra* note 133, ch. 7, sec. 7.3, *supra* note 133 138

Richards *Women, Gays, and the Constitution*, *supra* note 116, at p. 367 139

ג. אהבה, נישואין חד-מיניים, הומוסקסואליות וקוויריות

בפרק הקודם ראינו כי השיעור המישפטי ה"שהיה" או ה"שידור" להכרה בתושב של הומואים ולסביות להשתלב במוסד הנישואין מבוסס על שניים אלה: ראשית, תפיסת הומויות כלישואין כווכחות יסוד וקויריות שיש להחליף גם על הומואים ולסביות; שנית, השיעור כי איריבלגלות הומואים ולסביות במוסד הנישואין מהווה פגיעה בעקרון השוויון, שכן נודעה זו מהווה הפרעה על כבייה מינית, מיין ומגדר, והאיריבלגיות שממנה אוחה היא שמור עליונות הטרנסקסואליות ושומר החלוקה המגדרית להפקידי מגדר. לאור סיעודים אלה תביע המחוקקת הוולגה, בבג'לה, בשבץ פרוגרסיביות קויריות ובמסצ'וסטס את צמדת כי שוויין זכויות מלא והכרה בזכות היסוד של כל אדם להינשא ותהא נשיתו המינית אשר תהא) מצורכים את פתחתה של מוסד הנישואין לפני זוגות חד-מיניים.

נדמה כי הגורם המרכזי והמכריע שהניע מדיניות אלה לאמץ את השיעורים המשפטיים האמורים, ולהנהיג בעקבות כך רפורמה תקינת, הינו השינוי שחל בהפחתו המבדתה של מוסד הנישואין כמסד שהצדקתו המרכזית והמקובלת, גם אם לא הכלעית, הינה האהבה. אהבה רומנטית נעשתה הערך המרכזי המסדיר את מוסד הנישואין, ומצב זה הביא לראשונה לירי הטרדתן של כל המכשלות המורדנות של האהבה היא אכן זו שתוליד עם זאת ניתן להקשות ולשאול אם תפסתה המורדנות של האהבה היא אכן זו שתוליד בסופו של דבר להגדרת משפטיית מהותית של המוסד, או שמה היעדרם של כל אותם ערכים אחרים שמונע נישואין חד-מיניים בעבר הוא שיוכל להפריעה כונו. נדמה כי רפורמה משפטיית המקנה הכרה בנישואין חד-מיניים תחא מועת משילוב של המשפטיים אכן, העובדה שאהבה רומנטית היא הצדקתו המרכזית הנוכחית של מוסד הנישואין (מבחינה חברתית) בוודאי אינה מהווה, כשלעצמה ובאופן ישיר, נימוק משפטי להכרה בנישואין חד-מיניים. עם זאת, ההתייחסות הנוכחית של המוסד כמורשת על קשרי אהבה מהווה, באופן עקיף, גורם המאפשר ואף מצדיק הכרה בנישואין בין בני זוג שאינם מיין; משועה שתאהבה נהפכה להניע המרכזי העומד מאחורי מוסד הנישואין, איך כל הצדקה להבלין לעניין זה בין קשרי אהבה בין בני זוג מהיין שונה לבין קשרי אהבה בין בני זוג מאותו מיין. האהבה הווגית החד-מינית אינה שונה במהותה מהאהבה הווגית ההטרנסקסואלית באופן המצדיק את הדרתה ממוסד הנישואין, לפיכך אין המדינה רשאית להעניף או לערוד קשר אהבה אחר על האחר, ומיעיפה לעשות כן פסולים.

כפי שאיננו, אם הנה ניתן לכל לעמוד על קשר כלשהו בין אהבה לנישואין לאורך רוב ההיסטוריה המערבית, הרי שאהבה הינה הניצאה של קשר הנישואין ותמסכה כאמצעי להשגת מטרתו העיקרית של המוסד – תכאת ילדים לעולם וגידולם – אך לא כמסדה בפני עצמה. כיום מקובל על רובנו, מבחינה חברתית, לראות באהבה תנאי מקדים לנישואין. עם זאת, מבחינה משפטית, אין האהבה מהווה תנאי מקדים לנישואין, ואף אינה אמיתית והכרחית לקביעת תוכנים להיכלל במוסד זה, מבחינה משפטית, ניתן להחזיקו ללא קיומה של אהבה, מבלי לקיים יחסי-מיין ואף ללא האהבה מהווה תנאי מקדים לנישואין, ואף אינה יורש הוא שישני בני-אדם נכשלים (בני מיין שונה), שאין ביניהם קשרי משפחה קרובים, יביעו הסכמת לבוא בברית הנישואין. רצונם של בני-הזוג הוא המכונן את קשר הנישואין.

שאורה החילו בת-משפט ומחוקקים ספורים בלבד גם על זוגות הדי-מיניים, על הקשר בין הטרנסקסואליות כפויה לבין בני-גרות מגדרית כפויה אומר אסקרידג': "במתקיים אפשיים נמצא מתאם בין גישות אנטי-הומוסקסואלים לבין אמונה באדי-אולגיה של המשפחה המסורתית, כלומר אב דומיננטי, אם כנועה וילדים צייתניים, כמו גם אמונות מסורתיות על נשים". כמה מהמחוקקים סוענים גם לקשר סיבתי: גורם מרכזי הקובע צמדות שלילית כלפי הומוסקסואליות הוא הצורך להבטיח שבכרים יהיו גבריים ונשים יהיו נשיות, דהיינו למנוע בלבול בין תפקידי המגדר".¹⁴⁷ וטרנסקסואליות כפויה היא תבטיח העיקרי להפליה נגד הומואים ולסביות, ומכאן גם נגד זוגות הדי-מיניים. אם ננסמן על הסכרי של ויצ'רדס להיעדר שוויין מגדרי, דומה שההכרה מלאה בזכות-היסוד של ההומואים והלסביות לחיים אינטימיים לא תתאפשר כל עוד תפקידי מגדר כפויים הם אמת-המדינה שזכות זאת נמדדת לפיה.¹⁴⁸ ההומואים הם השיעור ליצואל של הומוסקסואליות, משום ש"בניגוד לפיה, הם עדיין בגדר מיעוט שהיחס אליו הוא במידה רבה יחס של בווי והודרה".¹⁴⁹ יש להעיר כי על-אף הזיות ההטרנסקסואליות הכפויה תופעה אוניוורסלית, אופיה משתנה במקום למקום. כך, למשל, ההטרנסקסואליות הכפויה תברתית ומגנט בתוך אצק זוגות הדי-מיניים כפולים שלפיהם "התנהגות מינית שהינה מקובלת בארצות-הברית נובעת מהטנדרטיס הכפולים שלפיהם "התנהגות מינית שהינה מקובלת תברתית ומגנט בתוך אצק זוגות הדי-מיניים כפולים כאלה אינם זכרים במדינות אסורה בתוך אצק זוגות הדי-מיניים".¹⁵⁰ סטנדרטים כפולים והגליות נגד הומוסקסואלים.¹⁵¹ צפון-אירופה, ושם גם פחותה בהרבה התפילה המפוייה והגליות נגד הומוסקסואלים.¹⁵² הטרנסקסואליות כפויה שוב אינה דגם מקובל במדינות אלה, ויעיר על כך יחס המתקיים יותר לקשרי זוגיות חד-מיניים.

אם כן, דוגת השוויין שאליה הגיעו קבוצות אחרות שסבלו מעמדת נזירות היסטורית, ובייקר נשים, משמשת אינדיקציה לדוגת השוויין שהומואים ולסביות עשויים להגיע אליה ובייחוד לאפשרות שיתנו בניגודה למוסד הנישואין. משום כך הלאר האמור לעיל, יש לצפות שמדינות נוספות באירופה (ובעיקר המדינות הסקנדינביות) יכררו בנישואין חד-מיניים בשום יעשו כן מדינות נוספות בארצות-הברית.

147. Eskridge, *supra* note 115, at p. 224.
 148. *supra* note 116, at p. 158.
 149. *Ibid.*, at p. 165.
 150. U.S. 186 (1986) הינה דוגמה נוספת במעשה-הסדר בין גבר ואשה שהתנהגות הוגנת בתוקף; זה ביטוי נוסף לשענה בדבר קיומם של סטנדרטים כפולים בארצות-הברית. עם זאת יש להעיר כי דבריו אלה של אסקרידג' נחמו כיום כפי שהארצות-הברית תאסור תפליל על קיום יחסי-מיין בין הומוסקסואלים, בשנת 2003, על-ידי בית-המשפט החלון בעניין *Lawrence v. Texas* 123 S. Ct. 2472 (2003).
 151. *supra* note 133, ch. II, at p. 151.
 152. *supra* note 115, at p. 224.
 153. *supra* note 116, at p. 158.
 154. *Ibid.*, at p. 165.

קדומות הנוגעות לקניית התזומאים והלגיטימיות. אחד השינויים המהותיים של המתנה לישואין הדיגיטליים הינו שינוי "המדדון החלקלק", שלפני פתיחת המוסד להזומאים ולסכיות תוביל (ראו תנודיק) את חסרתן של המגבלות האמורות. לישואין הדיגיטליים יילכדו, כך נספח, לנישואין קשיחים, גילוי-עיריות ופוליגמיים.¹⁵⁴ השינוי לוקח בחשבון תבונה בין לישואין הדיגיטליים, מחד גיסא, לבין נישואין קשיחים, לישואין עיריות וריבוי נישואין, מאידך גיסא. באשר לחשש הפוליגמייה, המאבק לפתיחת מוסד הנישואין לפני הזוג מאותו מין לא כלל מעולם דרישה להפרעה בהגדרתו המסוימת של המוסד כמונוגמי. יור על-כן, התופעה של ריבוי נישואין בתכרות מסודרות מסוימות מוצאת ביטוי במסגרת הטרנססואאלית מובהקת, ונובעת בדרך-כלל ממהותם של גברים הטרנססואאליים לשאת יתרה מאשה אחת. על רקע זה יש להבין את האיטור על גברים נישואין המקובל במדינות המערב כאיטור מבוזס על עקרון השוויון בין המינים וככה שנועד למנוע שיעבודן של נשים לשלשון גברי פטריארכלי. לעומת זאת, השינוי בוכות ההכרה בנשואין הדיגיטליים משתה על הגנה של שוויון בין בני-הזוג, והדרישה להגדרתו של המוסד מחדש באה בעקבות השגת שוויון הדיוראן בין המינים וכתוצאה מהשגתו, כפי שהוראתי לעיל. שינוי זה מבקש הכרה בנישואין הדיוראן בין בני-הזוג, אך כל קשר לזוג בין התרת נישואין עיריות לבין פוליגמייה ולא-כלולים.¹⁵⁵ באופן דומה, אין כל קשר לזוג בין התרת נישואין עיריות לבין נישואין הדיגיטליים. אם תכניס המרכזי למוסד הנישואין המודרני, מבחינה חברתית, הינו אהבה בין שני בני-אדם, ניתן אכן לשאל מדוע אין אתה אתה או בין שני חברים טובים, נוספים המבוססים על אהבה חודית (כגון תפקוד בין אתה אתה או בין שני חברים טובים, אכן, יש הטוענים על אהבה חודית (כגון תפקוד בין אתה אתה או בין שני חברים טובים, נוספים המבוססים על אהבה חודית) וכן להעדיף, מבחינת כל החכמות שמוסד הנישואין מקנה, דווקא זוגות מסוג מסויים או קשרים זוגיים בכלל.¹⁵⁶ עם זאת, המאבק למען תכרת בנישואין

154 שינוי זה בשמע לא רק בפני פוליטיקאים מהימין ואנשי דת, אלא גם בפני שופטים ואנשי האקדמיה המשפטית. ראו, למשל: L.D. Wardle "A Critical Analysis of 'Same-Sex Marriage'", *B.Y.U.L. Rev.* (1996) 1, 47 ואת: *Constitutional Claims for Same-Sex Marriage*, וספר בית-המשפט העליון הפדורלי ליד תורת פוליגמייה ונישואין אחרים. אך בנוסף להתממשות העליון הפדורלי באמצעות-הברית, אנטוניו סקלייה, שמתמם תזירות לסכיות, לאודנה הוא תביע את עמדתו (כדעת מיעוט) כי ביטול האיטור הפדורלי על קיום היסטוריון בין הטרנססואאליים בגברים במסגרת ובנועה יוביל להחלת דיגמייה גילוי-עיריות, זוגות, אוניגמייה ואף יתייבון עם זוגות ואת: *Lawrence v. Texas*, *supra* note 154, at pp. 2490, 2495-2496. אין זה חשש בשינוי זה. עוד באנגליה של שנות ה-90 ביטלה אנגליה את האיטור הפדורלי בעלי שותף-חודית במודדון חלקלקי J.M. Donovan: "The Slippery Slope: Why Same-Sex Marriage is not a Commitment to Polygamous Marriage", *29 N.Y.L. Rev.* (2002) 551; M. Stussler "Loving, Bach, and the Right to Marry: On Legal Argumentation and Sophistical Rhetoric", *24 Nova L. Rev.* (2000) 769, 787-788. P.A. Cain "Imagine There's No Marriage" 16: *Quantitative L. Rev.* (1996) 27

כשם שהצדקותיו ומטרותיו תובנות של מוסד הנישואין חשבוני לבלי הכר, כך גם חל שינוי במנייניהם הלגיטימיים של המדינה להסדיר מבחינה משפטית קשרי זוגיות במסגרת מוסד הנישואין. אם מסורות המדינה, במסדיריה את מוסד הנישואין, היו מושגות בעצב בעיקר על צידוד ילודה ומסדרת היחסים בין תורים לילדים, הרי שבימים אלו משה זו יכולה לחוות נימוק מרכזי לאופן מסדרת המוסד, כפי שהתבאר בפרק הקודם. מבחינה משפטית, לא קיים עוד תבולת בין ילד שניולד במסגרת של נישואין לבין כוח שניולד מחוץ למסגרת זו; ילודה אינה תנאי לנישואין כפי שנישואין אינם תנאי לילודה, והמדינה אף מעודדת ילודה במסגרת שאין דבר בינן לבין נישואין. המטרה המרכזית שנתרת כיום לתסדרת המוסד-הינה אס-כן קידום הקשר הרגשי והכלכלי בין בני-הזוג, תוך חתירה לשוויון. מטרה זו מבוססת על תנחת קיומו של קשר רגשי מחייב בין שני אנשים, או במילים אחרות – אהבה. כאשר המדינה בוחרת להעניק יחס מיוחד לקשרי אהבה הטרנססואאליים על פני קשרי אהבה הטרנססואאליים (שהרי מוסד הנישואין וקביעת חובתם להקבל במסגרתו הינם אמצעים מובהקים שהמדינה נוקטת על-מנת לקדם קשרים הראויים בעיניה, בחנת קביעה של נורמת התנהגות מקובלת) היא נמנעת על שיקולים וריים ובלתי-לגיטימיים, ובעיקרם – תפיסת הזוגיות הטרנססואאלית כנורמת התנהגות מחייבת ובלעדית ותפסת קשרי זוגיות הטרנססואאליים כפתח-יעד ובלתי-ראויים להתנהלה כהנהנה.

כשם שקיימת בעולם המערבי כוחל מגמה למגר את מאפייניו הסקסיסטיים של מוסד הנישואין, כך יש לאמץ אף את המגמה למגר ממוסד זה את מאפייניו הטרנססוקסיסטיים. מגמה המוצאת כיום ביטוי במדינות ספורות בלבד. יש לראות במוסד הנישואין במתכונתו הנוכחית מוסד המתווה מסגרת חזית ניטרלית (ניטרלית תוכן סקסיסטי, הנומפובי או מוצני) המסדירת מערכת יחסים רגשית וכלכלית בין שני בני-אדם. במסגרת חזית זו המערכת המשפטית נדרשת לאפשר לכל שני בני-אדם בוגרים שאין ביניהם קשרי-ידים או חיתון להתקשר בברית הנישואין, תחת נטייתם המינית אשר תהא. כמה מגבלות מפורשות על חוכות להנישא מקובלות ברוב מדינות המערב. כעניין של תקנת-הציבור. שלוש המגבלות המקובלות (פרט למגבלה הנוגעת למינים של בני-הזוג) הינן: גיל מינימלי לנישואין איטור; עיריות; ואיטור ביגמייה ופוליגמייה.¹⁵²

152 בעוד המגבלות בעניין גיל נישואין, ריבוי נישואין ונישואין קורבים הינן רצונו-ליליות ורצונית,¹⁵³ המגבלת הנישואין לקשרי זוגיות הטרנססוקסיסטיים הינה פסולה ונובעת מדעות והתנגדות שם.
153 ראו לעניין זה מריין, לעיל הערה 2.
154 המגבלה ברוב גיל הנישואין נובעת, בין היתר, מן המפוסה כי תנאי מוקדם לנישואין הוא תכנית חופשית של בני-הזוג וקביעה על מניגמם הברחת על-יפת להבטיח את חופשיות התכנית; נימוק נוסף הוא הצורך להבטיח חיי נישואין יציבים והתפסה כי ניתן להבטיח יציבות כזו רק אם שני בני-הזוג בוגרים מדי המשטרה מודעות מלאה לחובותיהם במסגרת המשטרה איטור העיריות גורב, בין היתר, מסעמים גנטיים (ככל שהדבר נוגע לקרבת-דם) ובעיקר מנימוקים פסיכולוגיים וסוציולוגיים שונים. מטרתו של האיטור ברוב ריבוי נישואין הינה, בראש ובראשונה, עקרות מוגנים מקרבלים בתכרות מסודרות תמונציה במעמדן של הנשים בתוכן. ראו מריין, שם והתנגדות שם.

השוני בין הזמואים לזוסרוסקסואליזם ובין קשרי הזוגיות ששני הסוגים.¹⁶⁰ השקפות שדבריה הקהילה מציעים נגד הכרה בנישואין תרמיניניים מבוססים, כך נפיש, על תמורת שבבסיס התאוריה הקווינרית, הנשענת על תורתו של פוקו.¹⁶¹ בהתבסס על תמות אלה, יש השוללים את מוסד הנישואין מותר התנגדות נחרצת למונוגמיה המשמעת מעצם הגדרתו.¹⁶² יש המטענים כי נישואין תרמיניניים בינאו לידי "מיסוד" (מיניסטריאליזם) ונישואין תרמיניניים של הקהילה התומך לטענת – דבר שייביל לאובדן התופש המיני של חברי הקהילה ולאובדן זהותה.¹⁶³ המשל שבשיעורינו מסוג זה הוא אימוץ המסריאריטיפיים הקלה ואתגוריה ההומוסקסואלית, ובעיקר אלה הקשורים במתירנות מינית: זו גישה ברורה והתנגדות ההומוסקסואלית, ובעיקר אלה השוני הקיים בין תכרי הקהילה התומך לטענת לבין מהותנות שאינה מביאה בחשבון את השוני הקיים בין תכרי המיניזם זה או אחרת. זו רטוריקה עצומה. כמורכב, טיעונים אלה אינם מיוחסים לבעלי נטייה מינית זו או אחרת, זו רטוריקה המייצגת מודרן כשירן מוטענת: מבקרים אלה הם חלק מקבוצה של בעלי אופניות חברתיות השואפות לדה-קונסטרוקציה של מוסד המשפחה ולביטול מוסד הנישואין, ויש לשייכם לתנועות שחרור רדיקליות אחרות, ולא-דווקא לתנועת השחרור ההומו-לסבית. מבקרים אלה אינם מציעים פתרון כלשהו לא-השוויון שזוגות תרמיניניים סובלים ממנו

האחרון של הצעת-תיקון זו, ראו: H.J. Res. 56, Federal Marriage Amendment, 108th Cong. (2003).

160 לסיקרה וגינתה של המלוכה בתוך הקהילה ההומו-לסבית ברוב הצרפת המאבק לנישואין תרמיניניים ראו גם מריי, לעיל השורה 133, כפי 271-274.
 161 לרין במאמצי התאוריה הקווינרית ובמקורותיה ראו פוקו ומבוא במעבר למיניות, לעיל תוצר 144: H. Abelove, M.A. Barale & D.M. Halperin (eds.), *The Lesbian and Gay Studies Reader* (New York, 1993); D. Fuss (ed.), *Inside/Out: Lesbian Theories, Gay Theories* (New York, 1991); כן ראו מ פוקו תולדות המיניות I – תוצר לענת ג. אש תרגם, 1996.

162 כך, למשל, ארמונד ווייט (White) טען בעבר כי הנישואין הם "אפריוריים עד יאוש" ומתווים "ראו לרין לנישואין" תועמד בניגוד מוחלט לאורח החיים ההומוסקסואלי על-פי המודל, מכיון שלנישואין, "בתחילה היה דומה שלחיות יצי הוא צורה נוספת של לחיות ב"הומו", משוקרד ב"קומוניזם" מהסוג הנר, ומסלדי האנרכי ביותר". ראו: E. White, *The Advocate* (June 13, 1998).
 163 חזר בו ווייט מהתנגדותו הנחרצת והצטרף לותלמיים בנישואין תרמיניניים: "עד לפני שנת הייתה מתייחס אל התנועה למען נישואין תרמיניניים כקבוצה ורדוקה הסטרייטיס הלבנים מציעה של נישואין תרמיניניים ההומואים לזימנע בין קבוצות ורדוקה הסטרייטיס הלבנים הממערב הניגוני, אבל תרפקות השיעור של תמיך תוצרי נגד נישואין הומוסקסואליים שנוצרו אחר הצטרף אל התומכים. כל דבר שהיה-לביקאום והניצורים שונאים בליכר וראו יש בו משום טוב. בעיני שוב אין מודרך בטנון חיים, אלא בנוריות אחרת... משובה, אבל אולי דווקא תלוש התקאות שיציקים הומואים בנישואין הם שעשויים לזייש לבסוף את יוקרתו, גם בעיני הסטרייטיים". ראו: E. White "Can Marriage be Saved?" *The Nation* (July 5, 2004).

163 ראו: M. Warner *The Trouble with Normal: Sex, Politics, and the Ethics of Queer Life* (New York, 1999) "normalizing the queer would be, *after all, its sad*"; גם גורדי פוקו (Butler) מביעה סלידה מרעיון "דילטריאליזם", וטוענת כי: *against all its sad*; J. Butler "Against Proper Objects" *Feminism Meets Queer Theory* (New York, 1997) 1, 25. (Bloomington Ind., E. Weed & N. Schor eds., 1997)

תרמיניניים, המבוסס על עקרון השוויון, אינו שואף להולל שינוי במסורת המוסד הקיים כמוסד שנוצר להטויר קשרי רגשי וכלכלי בין שני בני-אדם בוגרים האוהבים זה את זה. לפיכך שומה עלינו להטויר ולהגדיר מתי אהבה" שבה עסקינן במושג "אהבה" אין הכוונה לכל אהבה שהיא, ונישואין אינם מבוססים על אהבה מכל סוג שהוא או על אהבה בין כל שני פרטים, וזוהי הקשרים שביניהם אשר יהיו. כפי שטעמתי: לעיל, האהבה שהצדקתה של מוסד הנישואין מושתתת עליה הנה אהבה אומללת: אהבה המערבת משיכה מינית ארוטית עם ציפיה לקשר מהמשך ובלעדי. כיוון שבני-זוג מאוהבי מין עונים על דרישות-סף אלה – באותו אופן שבו בני-זוג מניח שונה עונים עליהן – חדרתם ממוסד הנישואין מהותה הפלית פסולה.¹⁵⁷

עם זאת, יש המתנגדים לזימנע שלא קיים שוני מהותי, או שוני רלוונטי, בין קשרי אהבה תרמיניניים לבין קשרי אהבה הטרוסקסואליים, הן בקרב תוגים שמרניים והן בקרב תכרי הקהילה ההומו-לסבית עצומה. המתנגדים לנישואין תרמיניניים שמהוץ לקהילה מבססים את התנגדותם על נימוקים הומופוביים וסקסיסטיים. המיעוט המקובל רוצה המודרני-היסטורי-מוסרי-סטורי, הנסמך על רת ומשפט טבעי, ולפי נישואין, מצעם טבעם, היו והינה בין גבר לאשה, תוך הדגשת מטרות המרכיבות כקשורת להבאת ילדים לעולם.¹⁵⁸ לפי גישה זו, יש להזג על מוסד המשפחה ועל ערכי המשפחה המסורתית מפני שהמואים ולסביות.¹⁵⁹ הוויכוח המתחולל בתוך הקהילה ההומו-לסבית מתמקד בשאלה מתי מידת

157 ביטוי לעמדה זו ניתן למצוא ברובי הנשיא בראק בעניין דינוליברין, המבור כי אף שבהקשרים מסוימים ייתכנו הבדלים בין זוגות הומוסקסואליים לזוגות הטרוסקסואליים, חיי שלצורך הערכת השבה (כריסיס חיתם לבר-זוגו של דינוליברין) – קרי: המכיה בתא חברתי תדוק המבוסס על חיי שיתוף – אין כל שוני רלוונטי בין שני סוגי חוזות, וכי ההבחנה ביניהם הינה שרירותית ומחזרת הפלית מבמה מטיה מינית: "יצי המפרידה מבר-זוג מאותו מין קלה יותר מפרידה מבר-זוג מהמין השונה והיא חיי השיתוף בין בני אותו מין שונים הם, מכוחית יחסי השיתוף האחרות וניתול תמא תלכתי, מתיי שיתוף אלה בין בני-זוג מניח שונה" ראו בגל 721/94 אל-על ני דינוליברין, פ"ד (תמו) 749/762.

158 ראו, לטעמי: 15 *J. L. & G.W. Dent, Jr. "The Defense of Traditional Marriage"* 581; J.Q. Wilson *Against Homosexual Marriage, in Some-Sex Politics* (1999) 581; J.Q. Wilson *Against Homosexual Marriage, in Some-Sex Marriage: Pro and Con* (New York, 1997) 159; S. Macedo *"Homosexuality and Marriage: Pro and Con"* 84 *Geo. L. J.* (1995) 261.

159 ליתנה על מוסד הנישואין", לרין תוצר 159.
 160 ביטוי לעמדה זו ניתן למצוא בהקיקה הפדרלית בארצות-הברית בנוגע לנישואין תרמיניניים. בשנת 1996, מתוך חשש שאותו או יותר ממדינות ארצות-הברית יבידו בנישואין תרמיניניים, תוקם הקונגרס האמריקאי תוך פדרלי המכונה "חוקק לזוגה על מוסד הנישואין" – (DOMA) 1996. *The Defense of Marriage Act*. בעקבותיו תוקקו עד כה שלשים ותשע מדינות בארצות-הברית תוקים דומים, שנועדו אך הם ליתנו על מוסד הנישואין. מפני זוגות תרמיניניים. תוקים אלה קובעים כי מוסד הנישואין מוגבל לקשר שבין גבר ואשה, וכי הן הממשל הפדרלי והן המדינות אינן מותרות להכיר בנישואין תרמיניניים שייצרכו במדינה זו או אחרת או מתוך יארוצות-חברתיות. יתר על-כך, בשנת 2004 יצא הנשיא בוש בהצעה שבנוחה לתוגי תיקון הפדרלית (תיקון שהציע אבי קונגרס אחרים בשנת 2003) שיבטל, את ולתולדי, את אפשרות החכית בנישואין תרמיניניים. הצעת-חוק זו נועדה לעצב בתוקף הפדרלית את האמור בתיקון להגנת על מוסד הנישואין ולמנוע הכרה בנישואין תרמיניניים בכל רמת ארצות-הברית. לנתוס

לצומתם, חברי הקהילה התומכים בנישואין חד-מיניים מוגישים את חופש הבחירה, קיי: הדישה שתצמוד לזוג חד-מיני אותה בחירה המצויה לזוג הטרוסקסואלי אם להחתין או לחיות במשותף ללא כל הסדר משפטי. חופש בחירה כזה אינו מצוי כיום ברוב מדינות העולם שאינן מקנות הכרה משפטית כלשהי לזוגיות החד-מינית המגוונת במקיילה חתומי-לסבית המתנגדים לנישואין חד-מיניים לא ייאצו, כמובן, לאגף את מוסד הנישואין; הבחירה תהיה ברירה. התומכים בנישואין חד-מיניים טוענים עוד כי אין להתפקד דווקא בשאלה אם נישואין הם דבר רצוי כשלצמון, אלא בכך שהזכות להנישואין והחלפת לבחור אם להנישוא או לא להנישוא הם הדבר הרצוי. זאת ועוד, המסר שבשלילה הכרה של הזוגיים ולסביות להנישוא הינו מסר משפיל לפיו מערכות היחסים חד-מיניות הינן פחותות-ערך.¹⁶⁶ יש לציין, עם זאת, כי תלק מהנימוקים הפנים-קהילתיים בעד נישואין חד-מיניים מקוממים לא פחות מהנימוקים נגד נישואין אלה, כך, למשל, הטיעון המרכזי של ויליאם אסקרידג' הוא שיש לתוך את חברי הקהילה המזוינים למחויבות ולמנוגומה באמצעות פתרונות מוסד הנישואין לפניהם.¹⁶⁷ בדומה למייקל וורנר, אף אסקרידג' עושה שימוש בטיעון מהותי (אם כי בניזון הפוך) המצויר אי-נוחותו, לגישתו, המאבק למען הכרה

תיאורטיקאים קווייניים הוא כי ההתמקדות בנישואין משרתת את האינטרסים של חברי קהילה לבנים מן הצלע ה"הגיונית-המבוהה", וזינה בביאה בחיבון את האינטרסים של מינשים אחרים ושל המומים המכונה עניים, וכי יש במאבק זה כדי לתרום להרחקתם של מינשים אחרים אלה לשולי הקהילה, ראו, למשל: "Out Yet: A Racial Critique of Gay and Lesbian Legal Theory and Political Discourse" 29 *Conn. L. Rev.* (1997) 561, 586-602. שדוקא המשפטים הקווייניים המתנגדים לנישואין חד-מיניים בינם האינטרסים של קבוצות מרכזיות בתחילה קורקים פחות למוסד הנישואין על-מנת להסיר, כמחנה משפטי, את מערכות היחסים, בעוד שהקבוצות החלשות בקהילה, שאין ברירן לפרוץ להכרה מהן, צוזאות הדינה, ייפוי-כוח שונים וכדומה (אחת הרכישים של מוסד הנישואין היתרניים להסדרה חוזרת - אלה שאינם נוגעים לזכויות וחובות כלפי צדדים שלישיים והמבליגו) יפיקו דווקא תועלת רבה מפתירת מוסד הנישואין לפניהם, באופן זה יתו בל תטבות משפטיות ובחלודה משפטית של מערכות היחסים ללא עלות, יש להניח כי דווקא קבוצות אלה יקבלו כבירה את מוסד הנישואין גם ב"מחיר" היגור-מלוציה".

ראו: "Lesbian and Gay People Should Seek the Right to Marry" *Public Commentaries*, Philadelphia, and *Gay Marriage: Private Ceremonies*, Philadelphia, 1992) 13, S. Shuman, ש. דבריו של אדוו סליואן קוליאן ברוקס: התי "חלופתי שאני לנספח לא-רציונלי של חלופות, שנים שלב... לא עלה בדעת מישהו שהמשפחה צריכה שום מומן, לסקט שאינו רשאי להשתתף בו בעצמי" גבוהה תוקפת, לא משפטי שום תחלופות, שום תכשורה שהיא הנישואין שלהם בקלות ובהנאה מכלי שעולה על דעתם ירדו מוכרים כנוכחיה את הנישואין שלהם בקלות ובהנאה מכלי שעולה על דעתם שום הנפגעים בתוך-יחסי-החיים והסדרה בחיבון כדי לחסיל סיטואציה אחת הם מוכרים. הם אינם קולומבינוס. בדומה ללבינסקי המזוינים אורזים שחורים חורגים לאירועים במקביל קלאר על סדרת חלופות, הם חושבים שום מעניקים לך תמנה, בעוד שלבשה הם מפגינים את קראון אל מחוץ למעגל, הם פשוט אינם מבינים זאת, ומהם מהם, כמובן, לא ירבו ועולם, "Why Civil Unions Isn't Marriage" A. Sullivan (May 8, 2000) *The New Republic*.
167 note 31 *supra*, Esbridge, *From Sexual Liberty To Civilized Commitment*, פסק דין: "From Sexual Liberty To Civilized Commitment".

ומתנגדים לכל הסדרה פורמלית של מערכות יחסים על-ידי המדינה, עמדה כזו הייתה יכולה להיות אטרקטיבית בעולם אוטופי שהנישואין אינם מהווים בו קריטריון-על להערכת זכויות, עולם המעודד פלורליזם של קשרי משפחה, ללא היררכיה ביניהם, והכלל חופש בחירה לכל בין חלופות שונות להסדרת קשרי משפחה, אולם כל עוד הנישואין מהווים מוד מרכזי להענקת זכויות וחובות (ובעצת הנראה לעין אין מסתמנת ריידת במעמדו המיוחד של מוסד הנישואין) אין הצדקה להדרת הזוגיים והלסביים ממוסד זה. יתר על-כן, הישארותם של הזוגיים ולסביות מחוץ למוסד הנישואין לא הוכיחה את עצמה כאמצעי אפקטיבי לעידוד מעמדו של המוסד, ויתכן אפילו שהתופך הוא הנכון.
מלומדים אחרים, הנמנים אף הם עם הקהילה החלופית-לסבית, מתנגדים לנישואין חד-מיניים מהדש מפני הישמעותם של ההמומים והלסביות בתוך הדרת ההטרסקסואלי. הם תומכים בניזון מוסד חלופי ומקביל לנישואין, שמטרתו להסדיר, בין היתר, את קשרי הזוגיות החד-מינית, בדרך-כלל, אם כי לא תמיד, מתלווה לטיעון זה התנגדות עקרונית למוסד הנישואין כפי שהוא מתאפיין כיום. פולח אטלבריק (Etzelbeck), למשל, מבססת את התנגדותה על תביקורת הפמיניסטית על מוסד הנישואין במוסד זכאי ופטיארכלי המבצית את בחירתו של גישור וגורם להכפפתו, לגישתו, בנישואין חלק במוסד פטריארכלי, קבלת ההטרסקסואליות כנוכחה ומסירה בתכונה ונטייה חלק במוסד פטריארכלי, וטרסקסואלי ועל זיקות דתיות.¹⁶⁴ זאת ועוד, עצם ההחלטה, הישירה, הקהילתית והחברתית הקווית, המשמעות כיום כקיימת-יציבה על מוסדות ומסורת, יורד כולן לשריית וסופן שישכתו; שימור התרבות הקווית (תזוג משמעותה אשר תוא) לא תימצא בנישואין חד-מיניים.¹⁶⁵

ראו: Etzelbeck "Since When Is Marriage a Path to Liberation?" *Lesbian and Gay Marriage: Private Ceremonies*, Philadelphia, S. Sherman ed., 1992) 20; P.L. Etzelbeck "Wedlock Alert: A Comment on Recognition of Gay and Lesbian Family Recognition" 5 *J. L. & Poly* (1996) 107 (Pollock) טוענת ש"השאפה להנישואין ומפצנת בקהילה החלופית-לסבית אינה אלא ניסוח לקהילת את הדבר הנרצה ביותר בהכרה ההטרסקסואלית, ניסוח להשתלב בתוך מוסד שחינו בעייתי, באופן מובנה ומנוגד מן המוסדות של תנועת השוויון של התומכים והלסביות וכן לאלה של המפגינים הדיקלי". ראו: N.D. Pollock "We Will Get What We Ask For: Why Legalizing Gay and Lesbian Marriage Will Not Dismantle the Legal Structure of Gender in Every Marriage" 79 *Va. L. Rev.* (1993) 1535, 1536. תביקות הפמיניסטית על מוסד הנישואין הינה הנימוק המשנוע ביותר להתנגדות להכללת הזוגיים ולסביות במוסד זה. בקורות זו תקפה עדיין ככל שיתא נוגעת לבעיות של גישים בחיי המשפחה, עם זאת, כפי שראינו בפדקים הקודמים, לאורך מאה השנים האחרונות, ובמיוחד משנות השבעים של המאה העשרים, חלו תמורות שהביאו לידי כך שהאמצעים החוקיים, הקסיטיים והפטיארכליים של המוסד חוליים ונעלמים לפחות לחלקם, תביקות הפמיניסטית, במתכונתה הקיימת, תוצרמה מהתמורות אלה, ככל מקום, תביקות זו מצדיקה מאבק לשוני אופייני ומפטיארכלי של המוסד במסורת, כפי שאשען, פתירת אין לפרשה במצדיקה חדרה של קבוצות אלה או אחרות במסורת. כפי שאשען, פתירת המוסד להזוגיים ולסביות תחולל דווקא תמורה חזרה באופיו הקסיטי של המוסד ככל שהדבר נוגע לחלוקת הזכויות לתפקידי המגדר במסורת.
ראו: C.R.P. Pouncy "Marriage and Domestic Partnership: Rationality and Inequality" 7 *Temple Pol. & Civ. Rev.* (1998) 363

תוכניות הנובעות ממנו באופן נפרד. מטרת המתנגדים לנישואין הוֹמִיִּינִים (מתוך לקבלה) היא לשקוע את תפיסת "ההטרוסקסואליות הכפויה" ולשפר את תפקידי המגדר. המטרה היא ואת ההזדככיה החוסר השוויון בין נשים לגברים במסגרת מוסד הנישואין. לאור זאת, ההידשה להכרה בנישואין הוֹמִיִּינִים אינה צריכה להיחשב כצעד קונסרבטיבי דווקא. נהפוך הוא, ההכרה בוכוחם של זוגות הוֹמִיִּינִים להינשא תהפוך את סקס הנישואין, שיא הפרפורמטיביות של ההטרונומרקליות, לפרפורמנס קווינרי.¹⁷⁰ כך "נתמקן" הפרפורמטיביות הקווינרית את הפרפורמנס ההטרונומרקלי והכונן שינוי קטיגוריה תרבותית מכופים: היא תעריץ את מוסכמות-היסוד של המוסד, תחולל תמורה חגיבית באופי של מוסד הנישואין ותצור יתר שוויוניות בין המינים במסגרתו, שכן דגם הווגיות החד-מינית הוא לרוב שוויוני יותר (מבחינת ההזדככיה בין בני-זוגות) מדגם הווגיות ההטרוסקסואלית המסורתית. הניתוח הקווינרי של המשפט מציע לבחון כיצד המשפט מורם לעיצוב הקטיגוריות "הומוסקסואליות" ו"הטרוסקסואליות". הדרך המואגם ולסביות ממוסד הנישואין תורמת לעיצוב הקטיגוריות הללו קטיגוריות נפרדות ומובחנות זו מזו. מכיוון שהתיאוריה הקווינרית מתנגדת לתפיסה מהותנית ומקובעת של הזויות והפקרי מגדר, ומכיוון שהתיאוריה הקווינרית יוצאת נגד ההנחה שקשרן לקשרן אנשים באופן קלאסיכי על יסוד תכונה משותפת אחת, נמצא שקשרן לתצדק הכללה הומואים ולסביות במוסד הנישואין על בסיס התיאוריה עצמה, שכן הכללה כזו הינה האמצעי היעיל ביותר להצמיד בסיסן-שאלה את החלוקה הבינרית בין "הטרוסקסואליות" ל"הומוסקסואליות", בין "גברי" ל"נשי", וכאחת עת להשיג שוויון וכווין להומואים ולסביות.

ת. סיכום

כל "מלחמת נישואין" – ובכלל זה מאבקיזם של נשים ומיעוטים גויעים לשוויון בנישואין – וכל גיסיון ויסקטרי לחולל תמורה יסודית במושג "משפחה" או במצפדים של בני המשפחה, נמקלו בהתנגדויות דומות זו לזו, שנבעו מפחדים דומים מבחנה זאת,

170 תיאורית "פרפורמטיביות המגדרית" (Gender Performativity) פותחה על-ידי גודית בסלר בספרה *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity* (New York, 1990). *ibid.*, at pp. 24–25. בסלר מבקרת את התפיסה המהותנית של הזויות ומציעה תיאוריה של מגדר ככפינה חברתית, כ-"performance", דיון בתיאוריה זו חוהג מנג'ולרתי של לייטום לעינין של תיאורית ראו: 769, *L. J. Yale* (2002), "Covering" 111. על תיאוריות "פרפורמטיביות המגדרית" של סלר נמתחה ביקורת נוקבת על-ידי כמה כותבות מהכאן, כן נטען כי ההתמקדות ב"דראג" הגברי ושטושים החתו של המגדר תומכים למעשה בסקיזם ובהומופוביה שהתיאורית הקווינרית התיאורית והפרפורמטיביות מתמלאת S.D. Walters "From Here to Queer: Radical Feminism, Or, Why Can't a Woman Be More Postmodernism, and the Lesbian Menace (Or, Why Can't a Woman Be More Postmodernism, and the Lesbian Menace (Or, Why Can't a Woman Be More M. Nussbaum "The Professor of (Like a Fag?) 21 Signs (1996) 830, 843. Feb. 22, 1999) 37.

בנישואין הוֹמִיִּינִים אינו צריך להיות מבוסס על הנתה מאפיינים כאלה או אחרים של חבירי הקהילה, אלא על תופש הכרחה ועל צקרון השוויון הצלחה המאבק הכיאי, כך יש לקוות, לירי שינוי מבני של מוסד הנישואין (כלומר פירוק חובות תרבותיות המנוגות, ובכאשך התפיסה המקובלת של תפקידי מגדר, ובמקביל – להקניית פלא תוכיות והתווכות הנובעות ממוסד זה לחוגות מאותו מין.

מדובר, כדודע, בסוגיה המעוררת רגשות צוים, המשפשים לעיתים בערבוביה. בתקשר זה אין לי אלא לצטט את דבריה של צמיתה אמריקאית: "I hate that we're fighting for same-sex marriage, and I hate that they won't give it to us" אחרון, נראה לי שהשקוללים בעד הכרה בנישואין הוֹמִיִּינִים עולים על שקולי הנגד שתיאורטיקאים קווינריים מצילים, אפילו לשיטתם-הם, עד כה נעשה שימוש בתיאוריה הקווינרית אך ורק על-מנת לבסס את הטיעון נגד הכרה בנישואין הוֹמִיִּינִים. צמיתה הניח תפיסה-קווינרית נגד נישואין הוֹמִיִּינִים משודרת את הגלום בהיאוריה הקווינרית רק לכאורה הם מתעלמים מהעובדה שחודרת הומואים ולסביות ממוסד הנישואין נובעת מהומופוביה וההטרוסקסיוזם, ומשרחה לשמר את הסטריגיה את ההומואים ואת נחותותם תוך יצירת הידרכיה כווינרית בין סוגים שונים של משפחות. מאפיין תעיקרי של החלופות שרוב התיאורטיקאים הקווינריים תומכים בהן (כגון דגם השותפות הרשומה הסקנדינבי¹⁶⁸) הוא היותן חקויות של מוסד הנישואין, ואין בהן שיקוף כלשהו של תרבות קווינרית. ההסברים החלופיים לא נחפכו במרוצת הזמן למוסדות קווינריים, הטיעון של המתנגדים "תצרכים המיוחדים" או "הקשר הייחודי" של זוגות הוֹמִיִּינִים, הטיעון של המתנגדים לנישואין הוֹמִיִּינִים בקרב חבירי הקהילה, המבוסס על הרחיעה מפני "נורמליזציה" או השמנעות, מצדק אותם לגורמים המהותית הנישואין את האנטרס של שימור עליונותה של ההטרוסקסואליות. זאת ועוד, גם אם יהכנו הכללים בין משפחות החיים החד-מיניות לבין אלה ההטרוסקסואליות, נדמה שהאמצעי הראוי לשימור השונות המאפייני המיעוט ולקידום המטרות של תנועת השחרור ההומו-לסבית אינו סמוך בשמורה של נחותות משפשית וחברתית בגלל תחשש שמא יכחדו נישואין הוֹמִיִּינִים תכונות ייחודיות כלשהן של התרבות ההומו-לסביות.

לבאורה, מהתיאוריה הקווינרית נובע כי אין לחבירי בקשרים הוֹמִיִּינִים רק אם הם דומים לקשרים הטרוסקסואליים, שכן אין בגישה כזו משום הכרה מלאה בחוגיות ההומוסקסואליות.¹⁶⁹ אין זה ראוי להגדיר מערכות יחסים בין זוגות הומואים חוגיות לסביות כמנוגדים הסטריאטיפיים והמקובעים של תפקידי המגדר המסורתיים במסגרת מוסד הנישואין. עם זאת ניתן לטעון שדווקא מאבק של הומואים ולסביות להיכליל במוסד הנישואין חוגיות צעד דיקלי יותר מאשר ההתעקשות להישאר מחוץ למוסד או לקבל את

168 לדיון ביקורתי בדגמים תלופיים למוסד הנישואין ולאופן יישומם במדינות שונות, ובכלל זה דגם השותפות הרשומה הצפון-אירופי ודגם השותפות המשותפת האמריקאי, ראו מרז, לעיל הערת 133.
169 ראו, למשל, א' גורם "דיגיטליזציה, ששינוי התיאוריה הקווינרית" משפט נוסף 1 (2001) 47.

בנימין שוואץ*

ציוני משפטי על אהבת הורה לילד ופיצוי בגין הזנחה רגשית: האם ילך משפט המדנה בעקבות משפט הטבעך

ציון משווה במשפט הרומי, הישראלי, האמריקאי והעברי בעקבות ריצא 2034/98 אסון נ' אסון

- א. הצגת דילמת-היסוד: הפרה בתביעה נזיקית של ילד כלפי הורה בגין הזנחה רגשית או היעדר אהבה † ג. שיקולים בעד ונגד הכרה משפטית בתביעה נזיקית של ילד כלפי הורה † ג. מודל המערכות משפטית גרופת-קשה: "שום הדין הכללי הנהג גם הוא המשתדלתי †
1. המשפט הישראלי: הכרה בהזנחה רגשית כעילה בלעדית לתביעה נזיקית של ילד כלפי הורה (עניין אמון נ' אמון, 1999) † (א) כללי † (ב) עניין אמון † (ג) משפעות עניין אמון: האם יצירת חובה משפטית פוזיטיבית לאהב את הילד או שמא חובה נגטיבית לא להזנוחה? †
2. ביקורת † ד. מודל המערכות משפטית מחוננה: הגנות ספציפיות ויחסיות לחוויה בתוך הדין הנהג † 1. המשפט האמריקאי: דוקטרינת חסינות הורית מסויגת וסטרדט ה"Restatement † 2. ביקורת † ת. מודל המערכות משפטית גרופת-רכה: הזנחה פוזיטיבית גורפת לצד אכיפה מחוננה † 1. המשפט העברי: בין הכרה תאורטית של החסד שנקט באחריות לבין אי-אכיפה ארצית † 2. שאלת תאורטית של החסד שנקט הדין העברי למשפט הכללי † ג. הצעת פתרון משולב לדילמת-היסוד: הסדרים פוזיטיביים מיוחדים המשולבים בתוך הדין הנהג † 1. סיכום-ביניים † (א) חקט בין המודלים השונים והבעייתיות שכלל אחד מהם †

מדינה במכללת "ישעור בשפט" ומורה במקוללות למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, באוניברסיטת בר-אילן ובמכללה האקדמית תל-אביב. מאמר זה מבוסס בחלקו על פרק מחיבור שכתבתו "התעללות המשפטית ביחס הוריים וילדים: עגישה גופנית, כליות שוא ותזונה", המיועד לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה" במקוללות למשפטים באוניברסיטת בר-אילן, תורתי לפרופסור ציפורה כהן, לפרופסור אריאל פורת, לעד"ד ערן פיינר, לד"ר שחר ליפשיץ, לד"ר עפרת רודצ'ר ולחבר'ת משרתת משפט, חברת וחברות, ובראשם ג'ניפר שקבטור, על הפרוזהים המוצגות לשיטת קודמת. כן תורתי לגבי, לית לית מספריית המקוללות למשפטים באוניברסיטת בר-אילן, תורת מחיבורת למפתח ומורי דרכי, פרופסור יפה יצילשך ור"ר שמשון אטינגר, ההשואה לחלק השני של כותרת המאמר נובעת מרבר'ת כבוד השופט מישאל חשין (ראו הצטווט במקסט הנלווה לחצרת 5 חולץ).

*

המאבק הנכונה להכרה בנישואין חד-מיניים אינו שונה מ"מלחמות נישואין" קודמות, השיעונים בכותב חסימת דרכם של ה"חיים" המבקשים להשמל'ב במוסד הנישואין נותרו דומים, והיו אותם זרים אשר יהיו, כך, לדוגמה, תומכי החוקים שאסרו על נישואי-תעורבות בארצות-הברית טענו שנישואין בניגודיים וחסרי-בין בין המזעים הנים המבינים ומבישים. בשלהי המאה התשע-עשרה, כאשר נאבקו נשים על זכותן בעלות רכוש, או במאה העשרים, כאשר בלחמו הפמיניסטייה לזמן הפסקת הדין יאמצע-המניעה תיקים, תביעות זאת אמצע-המניעה והתפלות לחוקים יוביל לגילוי-עדות, פולגמיה, נאוף והיס תביעות נישואין, ויאיים על שלום הילדים, המשפחה והחברה בכלל, אסר'ת, השמרנים מוסד הנישואין, וכל הצעת שינוי בדיני הנישואין יפירו ומתבררים בלשון דומה, בין אם מדובר המתנגדים לזכות לבעלות על רכוש לגיטימי ובין באמצע-המניעה חוקיים או בהתרת נישואין בניגודיים, ו"ו ההתנגדות הנכונה לנישואין חד-מיניים נשענת על אותם שיעונים. עלינו לזכור שהעדוקיות מסוג זה מתעוררות תמיד כחלק מגל של תגובת-נגד לשינויים תכתיים ותרתתיים שכבר התחוללו, שהתבואות השתורות התברר תמיר, ושכסופו של דבר טענות הנגד הוכסו תמיר.

כפי שראינו, האהבה אינה מהווה אמת-מידה משפטית בלעדית לקביעת הוכחים להכחלל במוסד הנישואין. עם זאת, היות האהבה הרומנטית העיקרת והנורית המרכזית (ולטענתי, הצדקתו הלגיטימית הוודעה) של מוסד הנישואין המודרני מחייב הפיכת משפטית מחודשת של מוסד זה. לנוכח התמורות שהתלו בתפיסתו של מוסד הנישואין, במסורתו וביאופו, עלינו עמדינו במאמר זה – ובעיקרן תמירנו בין אהבה לנישואין, שנתפסו כניגודים מוחלטים במשך רוב ההיסטוריה המערבית: תפיסת האהבה כהתקנת תצוקיות של המוסד בימינו-אנו; והשגת שוויון פורמלי בין המינים במסגרת הנישואין – אין זה משמע שהמומאים ולסביות יכולים לשעון כיום שיקייהם הולמים בחחלטי את המושגים והתמורות העכשוויות של מין, אהבה ותפקידי מגדר במסגרת הנישואין. ניתן אפוא לראות את התנועה לזמן נישואין חד-מיניים, שנוולדת בשלהי המאה העשרים, כהתפתחות טבעית, כחלק מתמורה מתמשכת במושגים "אהבה" ו"נישואין" במערב: מעבר מנישואין כהסדר רכוש פטר-ארכלי למטרות ילודה, שתפקידי מגדריים מוגדרים מוטלים בו על כל אחד מהצדדים, לנישואין כמצרכת יחסים המושחתת על שוויון, חיבה ואהבה בין שני בני-אדם.

171 ראו: 239, 222–220, 157, 86–87, at pp. 9, *supra* note 9, Graff.