

גולד (איל) ריב 1
2001

קפניאויז (סיג)

גבע (ה)
הגכני-
1123

דנילוביץ, שטיינר, והתיאוריה הקווירית

001912046

אייל גרוס

המעמד המשפטי של זוגות הומוסקסואלים עשה כמה צעדים חשובים, אך הוא מצוי עדיין בתחומי השיח הליברלי שהמודד הנורמטיבי שלו הוא הזוג הנשוי ההטרסקסואלי; התפיסה הקווירית המבטלת את ההיררכיה בין מודלים של זוגיות, ומעדיפה את עקרון השוני על עקרון הדמיון, יכולה להיות בסיס לתפיסה משפטית חדשה

ד"ר אייל גרוס מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב

החקיקה בלטו במיוחד ביטול האיסור הפלילי על יחסי מין "שלא כדרך הטבע" (1988), התיקון לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה שהוסיף לחוק זה איסור הפליה על רקע של נטיה מינית (1992), והשוואת גיל ההסכמה הנדרש ל"מעשה סדום" לזה הנדרש ליחסים הנערכים תוך שימוש באיברי הרבייה של גבר ואשה (2000). בתחום הפסיקה בלטו מספר פסקי דין, אך במיוחד פסק הדין בבג"צ 721/94 אליעל נ' יונתן דנילוביץ (1994, פורסם בפ"ד מח (5) 749).



בשנות התשעים של המאה העשרים חלו שינויים ניכרים במעמדה של הקהילה ההומוסקסואלית בישראל. מקהילה שנמצאת עמוק בארץ הפכה זו לקבוצה בעלת נראות גדולה למדי. ביטוי לשינויים אלה ניתן לראות באמצעות ההתפתחות שעבר יום הגאווה כמשך השנים: לראשונה צוין יום הגאווה בישראל באירוע פומבי שנערך במקום פתוח. בגינת שינקין בשנת 1993, בנוכחות של כמה מאות אנשים. האירוע גדל משנה לשנה, וב-1998 נערך לראשונה, במקובל בערים גדולות בעולם מזה שנים רבות, מצעד לכבוד יום הגאווה. החל משנת 1999, נערך מצעד זה בחסות עיריית תל אביב.

פסק הדין בעניין דנילוביץ ניתן כתוצאה מעתירה שהגישה אליעל כנגד פסק דין של בית הדין הארצי לעבודה, בו נקבע כי על אליעל לתת לבן זוגו של הדייל יונתן דנילוביץ את אותן חטבות בתחום כרטיסי הטיסה עבור בני זוג של דיילים. שהיא נותנת לבני זוג נשואים או לגבר ואשה שהם ידועים בציבור. פסק הדין היה אחת מנקודות השיא של השינויים שהתרחשו בשנות התשעים ושאותם הזכרתי לעיל. המאבק המשפטי של יונתן דנילוביץ היה

כשהגלי הקשת, שהם סימלה של הקהילה ההומוסקסואלית, תלויים לאורך רחוב אבן גבירול בתל אביב כולו, ובאירוע מסתתפים כמה עשרות אלפי בני אדם. התפתחויות בורה המשפטית היו חלק משמעותי

אם קודם לכן היו איסורים במקומות שונים על "מעשה סדום" כמעשה אסור, הרי שבמאה התשע עשרה בלבד החלה להתפתח התפיסה של ההומוסקסואליות כסטייה

מתקשר מאוד. וההכרה בזכויותיו מפי בית המשפט העליון היתה רגע משמעותי בתהליך של נראות של הקהילה ההומוסקסואלית והכרה בה כשוות זכויות. לאחר פסק דין זה באו מספר פסקי דין נוספים וביניהם פסק הדין שביטל את החלטתו של שר החינוך לאסור על

בשינויים אלה, וסיפקו את כמה מרגעי השיא במאבק ההומוסקסואלי לשוויון. ניתן לומר כי בהקשר של ישראל, להתפתחויות בורה המשפטית היה לעתים קרובות תפקיד משמעותי כחלק מהשינוי החברתי בתחום זה. התפתחויות אלה לקחו הן את הצורה של חקיקה, והן של פסיקה. בתחום

הסטטיסטיקה, ולאורה הכריע ברק כי במקרה זה היתה אכן אפליה אסורה, ועל אליעל, בהתאם לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, להעניק לדנילוביץ ובן זוגו את הזכות שבנדון. ברק לא הכריע דבר לגבי הקונסטרוקציה הפרשנית, השופט דורנר הצטרפה למסקנה לפיה הובר במקרה זה באפליה אסורה, אם כי לשיטתה היתה ההפליה אסורה אף ללא התקן לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, מכוח עקרון השוויון הכללי בדיני העבודה.

הצורה ההטרוסקסואלית של זוגיות, וביחוד מיסודה של זו במסגרת הנישואין, היא חלק ממבנה מסוים של החברה, קרי המבנה הפטריארכלי-הטרוסקסואלי

לכאורה, מוגבלת אם כן הכרעת הרוב בענין דנילוביץ לתחום יחסי העבודה: משקבע ברק כי הזכות קמה לדנילוביץ מכוח הקונסטרוקציה הסטטיסטית, הרי הרציו של פסק הדין הוא כי איסור האפליה בעבודה על רקע נטייה מינית מחייב מעסיקים להעניק לעובדים שיש להם בני זוג מאותו המין, את אותן הטבות וזכויות שהם מעניקים עבור בני זוג ממין שונה.

אולם, לעומת רציו צר זה, ניתן למצוא בהכרעה בענינו

שידור התוכנית "לופים פתוחים" על ניצח הומוסקסואלי בטלוויזיה החינוכית (1997), ופסק הדין בענין חובתו של משרד הפנים להתחשב ברישום של שתי אמהות לילד אחד שנעשה בארצות הברית, ולרשום גם בארץ את אותו ילד כבנו של שתי אמהות (2000), אשר לסוגיה שפסק הדין בענין דנילוביץ החל לעסיק בה, קרו שיויון לזוגות הומוסקסואלים, נותרה הפסיקה שאחרי דנילוביץ סותרת: כך למשל, בשני הליכים נפרדים שקיים אדיר שטיינר, ובהם

הרש כי יבחרו בני לצורה תשלומים המשולמים על פי חוק, כפי זוגי של אה"ש יצונו מיניל ז"ל, שנפטר תוך כדי שירותו הצבאי. הגיעו שני שופטים שונים למסקנות שונות כאשר לשאלת ההכרה בבני זוג מאיתו מין, בהליך שהתנהל לפי חוק משפחות היולדים שנספדו במערכת (תגמולים ושיקום), קבעה ועדת ערעורים שהליך בית המשפט השלום בתל-אביב בו אין להכיר בשניים כבני זוג ואין שטיינר זכאי לתגמולים לפי חוק זה (שטיינר א', 1995). לעומת זאת, בהליך שהתנהל לפי חוק שירות הקבע (גמלאות) קבעה ועדת הערעורים לפי חוק זה, בראשות השופט המחוזי (כדימוס) אלונז, כי יש להכיר בשניים כבני זוג ושטיינר זכאי לגמלאות לפי חוק זה (שטיינר ב', 1997). מאחר וזאת הגיעו הצדדים לפשרה לגבי שני הליכים במאחד כך שלא התקבלה הכרעה אחידה.

כדי להבין את ההחלטות הסותרות בענין שטיינר, יש לחזור אל פסק הדין בענין דנילוביץ, ולראות כיצד זה השאיר את שאלת ההכרה בבני זוג מאיתו מין פתוחה, בצורה שאפשרה את ההחלטות הסותרות בענין שטיינר. אפנה אם כן עתה לסוגיה זו, ולאחר מכן אציע קריאה של פסק הדין דנילוביץ שעושה שימוש בתיאוריה קווירית וממחישה את השימוש של תיאוריה זו לניתוח משפטי.

בענין דנילוביץ ישבו במועם שלושה שופטים, המשנה לנשיא (כתוארו אז) אהרן ברק כתב את פסק הדין העיקרי, אליו הצטרפה, מנימוקה היא, השופטת הילה דורנר, השופט יעקב קרמי כתב דעת מיעוט.

השופט ברק עי" על שתי קונסטרוקציות אפשריות לאורן ניתן היה להגיע למסקנה לפיה יש להעניק לבן זוגו של דנילוביץ את ההטבה שבנדון. הראשונה, הקונסטרוקציה הפרשנית, לפי קונסטרוקציה זו, צריך היה לפרש את חוזה העבודה של אליעל, שקבע כי כדטים טיסה יוענק לבן זוגו של עובד, ככולל בני זוג מאותו מין, ולקבוע כי בן זוגו של דנילוביץ ככלל בגדר הגדרות אלה וזכאי לכדטים מכוח הסכם העבודה. השנייה, הקונסטרוקציה הסטטיסטית, לפיה הסכם העבודה כאליעל הינו מבלה, מאחר שאינו מעניק הטבה זו לבני זוג מאותו מין, וזאת בניגוד לחוק שיויון הזדמנויות בעבודה, שאוסר על אפליה במקום העבודה על רקע של נטייה מינית. לאור האיסור על אפליה זו, גרסה הקונסטרוקציה הסטטיסטית, קמה הזכות לדנילוביץ ובן זוגו לקבל את כדטים הטיסה לא מכוח ההסכם עצמו, אלא מכוח החוק האוסר אפליה. שכן ההסכם שבנדון נמצא במפלג הוויסקסואליים.

כבית המשפט העליון התמקד הדין בקונסטרוקציה



דנילוביץ גם רציו חכם יותר, יש לתת את הדעת לכך שעל מנת להגיע למסקנה כי במקרה זה היתה אפליה אסורה היה על בית המשפט למצוא דמיון בין בני זוג ממין שונה, לבין בני זוג מאיתו מין – שכן אחרת אין מדובר באפליה אסורה בין דומים, ואכן, בפסק דינו עמד ברק על הדמיון שבין שני בני זוג ממין שונה מצד אחד, ושני בני זוג מאותו מין, מצד שונה. כדבריו ברק בפסק הדין: "האם הרי השיתוף בין בני אותו מין שונים הם, מבחינת יחסי השיתוף והאחווה וניהול התא החברתי, מהיו שיתוף אלה בין בני זוג ממין שונה?"

כדברים אלה פותחים פתח לרציו חכם הרבה יותר מהרציו הצר שהזכרתי לעיל, שכן אם אין שוני ביחס השיתוף בין השניים הראשונים והשניים האחרונים, הרי שמתבקשת מסקנה גורפת הרבה יותר, לפיה יש להכיר לכל חבר וענין בחיי השיתוף והאחווה של בני זוג מאותו מין משויים, וכמולידים אותם זכויות, כפי של בני זוג ממין שונה. פסק הדין בענין דנילוביץ פתח אם כי לרעתי לשתי קריאות

כאלה: הנילוביץ הצר מוגבה לאיסור הפליה בטקס העבודה, בעיד שנילוביץ הרחם מהרים הכרה בבני זוג מאותו מין גם מוזני להקשר של מקום העבודה.

בשלב זה אנו יכולים להתחיל ולהבין את הפער בין שתי החלטות בעניין שטיינר, ששתיהן התבססו על פסק הדין בעניין הנילוביץ. שתי החלטות אלה עסקו בתשלומים הניתנים במסגרת שאין חוק שוויון הזדמנויות בעבודה חלה עליה וזאת משתי סיבות: (א) אי תחולת יחסי עובד

במסגרת החוק וזאת מאותו מין.

יאה, בעקבות פגישת של אורחים מעוניינים יעורכי חין שייצגו אותם, וכיום כיום בני זוג מאותו מין להכירה מסוימת בתחומים כמו נמלאות משירות המדינה, אפשרות לקבלת אשרה לשהיה בארץ על סמך קשר זוגי, ועוד. מנגד, בתחומים רבים – כמו מיסוי – עדיין אין הכרה כזו. מבחינה זאת השוויון שהושג בעקבות פסק הדין הנילוביץ הוא חלקי, והומאוס ולסביות עדיין לא יכולים לקחת כמובן מאליו שיכירו

ייתחשבו בזוגיות שלהם בכל ההקשרים. למעשה, רק בהקשר של מקום

דנילוביץ, שטיינר, והתיאוריה הקווירית

העבודה מוכתרת הכרה כזו בצורה חד משמעית. יתרה מכך, לעתים קרובות נמצאים הומאוס ולסביות נמצב מבלבל. בו לא ברור להם ואם תוכר זוגיות בהקשר ספציפי. יכתוצאה מכך, ימהחשש יחסיין החשיפה. הם לעתים קרובות לא מבררים את יכוונותיהם ולא עומדים עליהן.

מדתי עד כה על אי הכחיות שהסאיר אחריו פסק הדין בעניין הנילוביץ בכל הנוגע להכרה בזוגות מאותו מין מחוץ להקשר של מקום העבודה. בשלב זה ברצוני להציע קריאה של פסק הדין ושל הסוגיות שעלו בו שנעזרת בתיאוריה הקווירית (queer theory). למטרה זו מן הראוי לתת הצגה קצרה של תיאוריה זו. התיאוריה הקווירית התפתחה בעיקר באקדמיה האמריקאית. משנות התשעים של המאה העשרים, תוך שהיא מהווה המשך של הלימודים ההומוסאליים (gay and lesbian studies) ימושפעת רבות הן מתיאוריה פמיניסטית, והן מכתובתו

מעביד על שירות בצה"ל (ב) היות התשלומים תשלומים סטטוטוריים, הניתנים לפי חוקים ספציפים המגדירים את הזכאות להם.

כסיוואציה זו. ההחלטה בשטיינר א' התבססה על הרציו של הנילוביץ הצר, יקבעה כי אין פסק הדין חל במקרה זה, וכי גם לפי הגיונם של שופטי הרוב בעניין הנילוביץ אין לראות את שטיינר כבן זוג של מיזל לצורך החוק, יהוא אינו יכאי לתשלומים שדרש. מנגד, ההחלטה בשטיינר ב' התבססה על הרציו של הנילוביץ הרחב, והחילה את תפיסת השוויון בדנילוביץ גם על תשלומים שהוק שוויון הזדמנויות בעבודה לא חל עליהם והחלטה זו, אף כי הסתמכה על פסק הדין בעניין הנילוביץ, התמקדה באפלייתו של שטיינר מטעמי מין, ולא, או לא רק, באפלייתו מטעמי נטיה מינית. לוי דיה הוא אשר שהיתה בת זוג של מיזל, קבע השופט אלונזו, היה שטיינר מקבל את הכספים שבמקרה, ועל כן הדינר במקרה זה בהפליה על רקע מין. שטיינר א' ישטיינר ב' מספרים והדיו את הרציו הצר

אצל זוג נשים שמגדלות ילדים, לא ברור מראש מי תהיה זו שתקדיש יותר זמן למשפחה ומי תקדיש את מירב משאביה לקריירה המקצועית שלה

של מיטל פוקו על מיניות (ביחוד בספרו תולדות המיניות 1: הרצון לדעת). בעקבות מקורות אלה, הוצאה התיאוריה הקווירית את המיניות, ובפרט את הקטיגוריות "הטרנסקסואליות" ו"הומוסקסואליות" כהבניה חברתית, ולא כמשקפות חלוקה טבעית מהותנית של בני האדם. כמובן זה התיאוריה הקווירית מערערת על הטבעיות של הגדרות המיניות.

בעקבות כתיבתם של פוקו ואחרים, עומדת התיאוריה הקווירית על כך שהתפיסה של מיניות כעקרון נכונ של העצמי, היא תפיסה מודרנית, ושההוויות – כמו גם המונחים – הטרנסקסואל והומוסקסואל, נולדו בטאה התשיעשערה. עמדה זו, שמעוגנת נכתיבה רבה על תולדות המיניות, אינה גורסת כמובן שאין כיום "באמת" הטרנסקסואלים והומוסקסואלים בעולמנו, אלא שהליקה זו של בני האדם לקטיגוריות אלה היא דבר תלמי זמן ומקום, ומאפיינת את החברות המערביות המערביות. נוסף על כך, אין עמדה זו גורסת כי לא היו לפני המאה התשע-עשרה יחסים מין בין בני אותו המין. יחסים כאלה, כמו גם יחסים בין בני שני מינים שונים, התקיימו לאורך ההיסטוריה, אלא שמבציעים לא וזילקו לקטיגוריות הוותיות של הטרנסקסואליות והומוסקסואליות. החלוקה של בני אדם להוויות לפי המין של האובייקט ומועדף

והרציו הרחב של הנילוביץ, ימעידים על כך שאחרי הנילוביץ, סוגיות ההכרה בזוגות מאותו מין נשארה פתוחה. מצד אחר הנילוביץ עסק בצורה ישירה רק באפליה במקום העבודה, אך מצד שני רחון של ההנמקות בדנילוביץ פתחה אולי את הפתח ליפסיסה של פסק הדין כמצדיק הכרה בזוגות מאותו מין בהקשרים נוספים.

לאור העובדה שפרשת שטיינר נסתיומה בפשרה בין הצדדים, לא הוכרע עד היום המתח שבין הנילוביץ הצר (שטיינר א') להנילוביץ הרחב (שטיינר ב') מבחינה משפטית. בפועל, נוצר אפקט מסוים לאור פסק הדין הנילוביץ של הכרה רחבה ביותר בבני זוג מאותו מין, שעורר הכרה כזו. ווצר שני, במקומות והקשרים רבים עדיין אין הכרה כזו. בהעדר הכרה כוללת במעמד של בני זוג מאותו מין כ"בני זוג", המאבק לשוויון עבורם בהקשרים שונים של החיים נשאר מאבק נקודתי שמתנהל בהקשרים שונים בנפרד. כך למשל, בהקשרים רבים של מיסוי, ירושה, ביטוח לאומי ועוד. בהעדר סטנדרט אחיד, נשארת שאלת ההכרה בזוגות מאותו מין לא מוסדרת, האפשרות לדיווח הכרה כזו תלויה לעתים באופן בו מנוסחים החוקים הרלבנטיים – כאשר אלו מדברים על "בעל ואשה" קשה יותר לדרוש במסגרתם הכרה בזוגות מאותו מין, אך אם מדובר בידועים בציבור יש יותר מקום לנסות ולהכניס

כסטיה, ברוח דברים אלה - מרגע שהתיאוריה הקווירית ערערה על עצם הטבעיות של החלוקה הטרוסקסואליות/ הומוסקסואליות, הרי שהיא נמצאת גם מערערת על ההנחה שנמצאת ביסוד החלוקה זו, לפיה מדובר בחלוקה הירארכית, המייצגת את הטבעי אל מול הלא טבעי.

הגישה הקווירית דוחה חלוקה זו, וגורסת כי מה שמאפיין חלק ניכר מהשיח - גב השיח הליברלי כביכול - על מיניות, היא הירארכיה. מתוך דחיית גישה זו, מתנגדת הגישה הקווירית לתפיסה לפיה יש להעניק זכויות להומואים ולסביות לאור מידת התאמת התנהגותם למודל ההתנהגות הנורמטיבי ההטרוסקסואלי: גישה זו מתבססת על מידת ההתאמה לסטנדרט ההטרוסקסואלי, ומפגימה לתוכה את העליונות, הטבעית כביכול, של ההטרוסקסואליות. כחלק מההרישה לקבלת כל שוני, מתנגדת הגישה הקווירית להצבת סטנדרט אחד - קרי הסטנדרט ההטרוסקסואלי - ודרישת קבלה או שוויון עד כמה שהומואים ולסביות דומים לסטנדרט זה, שכן פיתוח תפיסה של שוויון להומואים ולסביות על בסיס מידת היותם דומים להטרוסקסואלים, פירושו הפגמת הרעיון של אי קבלת השונה.



קריאה ליברלית של פסקי דין שעוסקים בהומואים ולסביות, כמו פסק דין

דנילוביץ, תהיה בנויה כערך בצורה הבאה: נקודת המוצא תהיה כי יש בעולם הומואים ולסביות, והשאלה היא כיצד המשפט מתייחס אליהם. הגישה הליברלית תדבק בשוויון, ותבחן האם בפסק דין ספציפי, מוענק שוויון להומואים ולסביות. בהינתן שאלה זו תיעשה לרוב לאור הנורמות החברתיות המקובלות, תוך שימוש בנוסחת השוויון הקלאסית של "יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים". עד כמה שההומואים והלסביות יתנהגו לפי הסטנדרט המצוי, יש להכיר בזכויותיהם, לכן, אם זוג גברים או זוג נשים חי

עליהם היא חלוקה מודרנית, שאינה ילכנסית לחברות עתיקות, כך למשל. כיוון העתיקות נברייאורחים קיימו יחסים עם מי שאינם אורחים מלאים של זיון, קרי עבדים, נשים, אורחים זרים, גברים יאורחים אלה לא היו הטרוסקסואלים ואף לא הומוסקסואלים. שימוש במושגים אלה יהיה פשוט אנאכרוניסטי לגביהם.

התיאוריה הקווירית מערערת אם כן על התפיסה המהותנית של מיניות, כלומר התפיסה לפיה קיימת זהות הטרוסקסואליות, או הומוסקסואליות באופן קבוע לאורך ההיסטוריה. התיאוריה מראה כיצד בעוד שלאורך

ההיסטוריה היו גילויים רבים של יחסים בין בני אותו מין הרי שמיניות, היא הבנייה חברתית המשתנה מזמן לזמן וממקום למקום. בתקופות ובהכרזות בהן לא קיימת חלוקה של בני אדם לדו סקסואלים, ייתכן שאנשים החזיקו בהעדפות לשותף מיני זה או אחר, אך אלה לא נחשבו כמכוננות קטגוריה מרכזית של זהות - כפי שבעולמנו שלנו העדפה קולינרית לא ממלאת תפקיד כזה.

ב"תולדות המיניות" אמר פיטר לענין זה את הדברים המפורסמים הבאים: "מעשה הסדום - זה שר המשפט האורחני או הקטנוי הישן - היה סיג של פעילות אסורית, החוטא בהן נשא באחריות להן רק כסובייקט

משפטי... ההומוסקסואל של המאה התשע עשרה הפך לאישיותו היא הפך להיות סיג של עבר, של תולדות היים ישל ילדות, של אופי ושל צורת חיים, וכן של מורפולוגיה אשר כוללת מבנה גוף לא דיסקרטי, ואולי אף פיזיולוגיה מסתורית, רבה מהותית הכוללת לא נמלט ממיניותו. היא ניכרת בכל ישינתו, נחבאת בכה פרט בהתנהגותו, משום שהוא העקרין הערמוני והפעיל תמיד שלה. היא חרוטה ללא בושה על פיצופי יעל גופי משום שהיא סוד אשר תמיד מסגיר את עצמו. מיניותו של ההומוסקסואל שקולה

בתורה מופיע איסור ידוע על משכב זכר, אך מדובר באיסור על התנהגות חסוימת, שאינו שונה באופיו מאיסורים אחרים כמו למשל האיסור לעשות מלאכה בשבת

יחד ומקיים יחסי שיתוף, בדומה לזוג של גבר ואשה, הרי שיש להעניק לזוג כזה את אותן זכויות המוענקות לזוג של גבר ואשה.

הגישה הקווירית רואה את הדברים באופן קצת שונה. ראשית כל, ניתוח קווירי של המשפט, יצא לרוב מנקודת הנחה שהמשפט הוא אחד מאותן זירות בהם מעוצבות ההכניות החברתיות "הטרוסקסואליות" ו"הומוסקסואליות". בהן ניצט להן תוכן, ובהן משייטטים הגבולות ביניהן.

למהותו, לאי דיוקא בהטא שהוא מבצע דרך קבע, אלא כטבעי הייחודי... עושה מעשי הסדום היה מי שמעד ושב ויחטא. ההומוסקסואל הוא עתה זן בפני עצמו".

פסקה זו ממחישה את עליית התפיסה של מיניות כזהות הומוסקסואליות כסטייה, שפיקי וזהה כמתרחשת במאה התשע עשרה: אם קודם לכן היו איסורים במקומות שונים על "מעשה הסדום" כמעשה אסור, הרי שבמאה התשע עשרה בלבד החלה להתפתח התפיסה של ההומוסקסואליות

למשפחה (התפקיד הכמעט מובן מאליו של האשה בבית ובגידייל המשפחה משפיע על כך שהגברים הם השולטים בשוק העבודה ובמיוחד במסגרות הבכירות שלו). הווג ההטרנסקסואלי הוא לרוב חלק מהמשפחה הפאטריארכלית שאיננו חלק מהסדר החברתי הפאטריארכלי-הטרנסקסואלי. מנגד, הווג מאותו מין, שונה בכמה צורותיו הוא אינו חלק מהווגיות הנורמטיבית המקובלת, ולא מתקבל את תוך המיסוד של זוגיות זו (קרי הנישואין). מסיבה זו עיצוב החסמים פתוח לאפשרויות מגוונות יותר מאשר אצל הווג מהמין השונה, כאשר סוגיות כמעט ברויות מאליון כמו שיתוף כלכלי, מונוגמיה, ועוד, פתוחות למשא ומתן ולהכרעה בין בני הווג. בנוסף על כך, בשל היותו מורכב מבני זוג מאותו מין, אין חלוקת עבודה ברורה מאלוה מראש בין בני הווג. כך למשל, אצל זוג נשים שמגדלות ילדים, לא ברור מראש מי - אם מישו

באופן שעולה בקנה אחד עם הגישות הריאליסטיות והביקורתיות למשפט. תסרב גישה קווירית להסתפק בשאלה של כיצד מתיחס המשפט ל"הומואים", אלא תבחן כיצד משתתף המשפט בעיצוב של מה זה "הטרנסקסואלים", מה זה "הומוסקסואלים", ובמישטיו הגבולות בין השניים. נוסף על כך, גישה קווירית תתייחס בספקנות לניתוח של שוויון שמתבסס על השוואה לסטנדרט ההטרנסקסואלי.

אעבור עתה לבהינתן דעת הרוב ודעת המיעוט בפסק הדין הנילוביץ' במשפטו הגישה הקווירית. ציטטתי כבר לעיל מהדברי השופט ברק בפסק הדין זה, שתהה "האם היו השיתוף בין בני אותו מין שונים הם, מבחינת יחסי השיתוף והאחרונה וניהול התא החברתי, מחיי שיתוף אלה בין בני זוג ממין שונה?". בנוסף על כך יש לציין כי בין העובדות שפורטי בפסק הדין היו הנתונים הבאים: ונתן הנילוביץ'

הרצונו של פסק הדין הוא כי איסור האפליה בעבודה על רקע נטייה מינית מחייב מעסיקים להעניק לעובדים שיש להם בני זוג מאותו המין את אותן הטבות וזכויות שהם מעניקים עבור בני זוג ממין שונה

כללה - תהיה זו שתקדיש יותר זמן למשפחה ומי תקדיש את מירב משאביו לקריירה המקצועית שלה.

הנה כי כן, ייתכן כי חיי השיתוף בין שניים מאותו מין שונים דווקא בהיבטים רבים מחיי השיתוף של שניים ממין שונה. יתרה מכך, השוני עשוי להיות כזה שעלול לגרום לשלילת הזכויות בשל אי התאמה לסטנדרט ההטרנסקסואלי. כך למשל, ניתן להעלות על הדעת שווג הטרנסקסואלי שהיה פחות דומה לווג הטרנסקסואלי מיונתן הנילוביץ' וכן זוגו, בכל הנוגע למשך החסמים, שתפית כלכלית, מגורים משותפים וכו'. היה מתקשה יותר לזכות בזכויות השוות.

ליום מערכת החסמים יציבה ומתמשכת (מאז 1979) עם גבר אחר. מערכת זו התבטאה בין השאר בניהול משק בית משותף ומגורים משותפים בדירה פרטית אשר נרכשה במאמץ משותף.

הנה כי כן, אני רואים כי נקודת המוצא בפסק דינו של ברק היא קרימי של המין בין ונתן הנילוביץ' ובן זוגו מצד אחר, יבין שני בני זוג ממין שונה מצד שני, אך יש לעמוד על כך שהענקת הזכויות לאור המין זה נעשתה במקרה זה לאור מדידת הווג ההטרנסקסואלי לפי מידת התאמתו למידל ההטרנסקסואלי. השאלה של ברק לגבי חיי השיתוף היתה שאלה רטורית, אך לא ברור האם התשובה לה כל כך ברורה מאלוה.

הגישה הקווירית מכירה גם ביתרון של השינוי והמגוון. מתוך הגישה הקווירית ייתכן שנרצה לומר דווקא שישנו שוני בין שני סוגי הווגיות - אך שוני זה אינו מצדיק אי הענקת הזכויות.

השינוי נובע בעיקרו מכך שהיחודה של בני הווג מאותו המין אינה מהווה חלק מהצורה הטרנסקסואלית של זוגיות, ושונה מצורה אחרונה זו, בכך שהצורה הטרנסקסואלית של זוגיות, וביחוד מיסודה של זו במיסגרת הנישואין, היא חלק ממבנה מסיים של החברה, קרי המבנה הפאטריארכלי-הטרנסקסואלי. זהו מבנה המבוסס על זוגיות, לרוב מונוגמית, לתוכה מובנית לרוב חלוקת עבודה ממוגדרת בתוך המשפחה (קרי תפקידים ידועים מראש לגברים ולנשים), שקשורה ומשפיעה על חלוקת העבודה החברתית מהוץ

ניתוח קווירי זה של פסק דינו של ברק מעלה שאלות סבוכות לגבי המאבק לשוויון של הומואים ולסביות. כיצד ניתן להאבק מאבק כזה בלי להתבסס על הטענה של המיון למודל הטרנסקסואלי? כיצד ניתן לנצל את הפוטנציאל הקווירי ולהשתמש במאבק זה על מנת לערער על המבנה החברתי הקיים, ולא רק על מנת להשתלב בו? ניתן לומר כי בעצם הצגת מודל של זוגיות של שני גברים או שני נשים, כבר נעשה ערעור על הווגיות והנישואין כמוסד פאטריארכלי-הטרנסקסואלי. מנגד, ייתכן שמאבק שוויוני יותר היה דורש את ניתוק הקשר בין זכויות ובין נישואין וזוגיות ממוסדת. כך למשל, ייתכן שצורך יותר לדרוש כי כל דייל באל-על יקבל כרטיס טיסה חניס אחת לשנה, שיעשה בו איזה שימוש שימצא לנכון. כך לא יופלה הדייל שאינו לי מווייני או בתזוג כלל.



יוכלו כל החיילים, הטרוסקסואלים, הומוסקסואלים, יאלו שבאמצע, להנות מהטבה זו גם אם לא "מיסדרו" יוגית התואמת את ה"סטנדרטים".

לקראת סיום, ברצוני לומר מספר מלים על דעת המיעוט בפסק דין דנילוביץ, של השופט יעקב קרמי. מלים הבות נכתבו יעוד ויכתבו על דעת מיעוט זו, ובמסגרת זו אדון בה רק בקיצור האימרה. ראשית יש להדגיש כי בעוד שפסק הדין של שופטי הדיום לא הסתמך בזכור על הגדרת

אך אין הם הופכים בכך ל"זוג" ל משפחה עמיתו אלון הראל עמד על כך שבאף אחת מהאסמכתאות המקראיות שקדמו נזקק להן, ולמעשה בשום מקום בתורה, לא מופיעה המלה "זוג". יש להוסיף ולציין מעבר לכך, כי לו היה קומי פונה לאטימולוגיה של המלה, היה מגלה כי מקור המלה "זוג" ביוונית, וכי במקור זה היא דווקא כן מציינת שניים מאותו מין: ה"זוג" המקורי הוא שני השוורים שמושכים את העגלה. אך לא בכך אתמקד כאן, מה שמעניין לצורך הניתוח הקווירי, הוא הדיכויטומיה שמשורטטת לאורך פסק דינו של קרמי: קרמי סובר ששניים מאותו מין אינם יכולים להיות זוג

דנילוביץ, שטיינר, והתיאוריה הקווירית

לאור המשמעות הרגילה של המונח זוג, משמעות שנתנו לו החיים גופם (וכדו). לאור כך שזוג נמצא ביסודה של משפחה, אין לך משפחה אלא אם כן "בזיווג" בת-זוג – משני המינים, מרכיבים את תולדותיה.

במובן זה דומה פסק דינו של קרמי לפסק דינו של השופט גרמן בשטיינר א', בו סויבה ועדת הערר להכיר בשטיינר כבן זוגו של אל"מ הודון מייזל. גם פסק דין זה הסתמך על מקורות מקראיים, ובחודר על האיסור המקראי על משכב זכר. לאור איסור זה, סבר גרמן, תעמוד הכרה בקשר בין שטיינר ומייזל בניגוד לערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית. עוד הביע השופט גרמן בהחלטה את דעתו

המושג "זוג", אלא על איסור ההפליה שבחוק שוויון הדמיוניות בעבודה, הרי שדעת המיעוט של קרמי מבוססת כל כולה על נסיון להוכיח באותות ובמופתים ששניים מאותו מין שהכרו לחיים משותפים אינם כלל זוג – אלא, דבריו קדמו "צמד חברים", בדרך למסקנה תמוחה זו, התעלם קרמי לא רק מהרציונאל של שופט הדיום, אלא גם מכל מקור משפטי המוכר כחלק מהמשפט הישראלי. במקום זאת, הוא מציע הסתמכות על סיפורי בראשית, וביחוד על סיפור תיבת נוח, שניים מאותו מין שאימצו לעצמם תווי אופי חיצוניים הדומים ל"זוג", הם, לדברי קרמי, שניים וסמליתם בלבד את דרך התנהגותם של "זוג".

מתבקשת מסקנה גורפת הרבה יותר, לפיה יש להכיר לכל דבר ועניין בחיי השיתוף והאחוזה של בני זוג מאותו מין כשוויים, וכמולידים אותם זכויות, כמו של בני זוג ממין שונה

על כך ששניים מאותו המין אינם זוג, שכן הקשר ביניהם אינו מוכר. לא רק לפי חוקי מדינת ישראל – אלא אף לפי חוקי הטבע, וזאת בשל העדר פוטנציאל הרבייה שלהם. פסקי הדין של קרמי (ובמיעוט) ישל גרמן בנויים אם כן על מספר דיכויטומיות מקבילות: זוג לא זוג, משפחה לא משפחה, טבעי לא טבעי, פורה עקר, יהודי/יה, מקוד/חוקי, כאשר כל המקבילות האלה מקבילות להליקה הטרוסקסואליות/הומוסקסואליות.

הניתוח הקווירי מערער מן הסתם על חלוקות בינאריות אלו. בראש ובראשונה הוא מתנגד לרעיון כי להטרוסקסואליות, או להומוסקסואליות, יש תוכן קבוע מראש שהמשפט רק "מתייחס" אליו. הוא סובר כי המשפט הוא אחד מהאתרים בו משורטטים הגבולות בין "טבעי" לבין "לא טבעי". בין מה יחשב "זוג" לבין מה לא יחשב "זוג". "החיים גופם" לא יכולים לתת תוכן למונח "זוג", אלא הפרקטיקות השיחיות, לרבות המשפט, שיוצקות למושגים מסוג זה משמעות. אשר לשימוש שעושים קרמי וגרמן במקורות המקראיים: הגישה הקווירית עומדת על כך שמקורות אלה אינם רלבנטיים כלל לדיון על הומוסקסואליות, ויהיה זה אנאכרוניסטי להשתמש בהם כדי להבין משהו על סוגיה זו: החלוקה להטרוסקסואליות ולהומוסקסואליות, כפי שהוזכר לעיל, היא חלוקה



מודרנית. אמנם בתורה מופיע איסור ידוע על משכב זכר, אך מדובר באיסור על התנהגות מסוימת, שאינו שונה באופיו מאיסורים אחרים כמו למשל האיסור לעשות מלאכה בשבת, ואין איסור זה מלווה בתפיסה של זהות המשויכת למפריו.

אכן, חוקרים של סוגיות המיניות ביהדות, עמדו על כך שבעוד שבתורה הופיע איסור על משכב זכר (שפורש כאוסר על מין אנאלי בין גברים), הרי שלתורה ואף לתלמוד אין כמוכן כל עמדה לגבי "הומוסקסואליות". יתרה מכך, הניאל בווארין הראה במחקרו כיצד דווקא משום שבתרבות המקראית והתלמודית לא היתה קטיגוריה ל"הומוסקסואליות", התירו תרבויות אלו אפשרויות

הומוסקסואליות ושל ההירארכיה עליה בנויה חלוקה זו, יכולה לשמש לערעור הדיכוטומיות עליהן בנויים פסקי הדין של קרמי ושל גרמן. החלוקה טבעי/ לא טבעי, יהודי/ זה, שהב עורכים. מפורקת לגורמים על ידי ניתוח קווירי. בכך יכולה ההירארכיה הקווירית לשמש ככלי לניתוח משפטי שטומט את היסודות מתחת לפסקי דין שמנסים לקבע הירארכיה זו. הכלים שהיא מספקת לניתוח כזה מאפשרים ערעור עמוק יותר על יסודותיהם של פסקי דין מסוג זה מאשר אלה שמציעה הגישה הליברלית. לסיכום, כפי שהראיתי במהלך מאמר זה הניתוח הקווירי של המשפט מציע לבחון כיצד המשפט הוא אחת הזירות בהן מעוצבות הקטיגוריות הטרוסקסואליות

בהקשרים רבים של מיסוי, ירושה, ביטוח לאומי ועוד, בהעדר סטנדרט אחיד, נשאלת שאלת ההכרה בזוגות מאותו מין לא מוסדרת

הומוסקסואליות, בהן ניתן להן תוכן, ובהן מעוצב הגבול ביניהן. גבול שמנסה להיות יציב. הגישה הקווירית שיוצאת מנקודת המוצא לפיה מדובר בהבניות חברתיות תלויות זמן ומקום, קוראת את המשפט כטקסט שלא רק מתייחס לקטיגוריות אלה, אלא משתתף בעיצובן. היא משתמשת בתוכנות של גישה ההבניה החברתית כדי לערער על החלוקה הבינארית ועל כל הנחות היסוד שברקע לה, כדי להראות שאין בתחום זה דבר אחד ש"טבעי" יותר ממשנהו, במטרה לנטיש את הבינאריות ההירארכית לטובת ריבוי של שוני שוויוני – קרי שוויון המבוסס לא רק על הרומה, אלא גם על השונה.

נודמטיביות רבות לכיטויים שונים של הומואירוטיות: מאחר שתרבויות אלו קרמו לתפיסה המודרנית של "מיניות" בכלל ו"הומוסקסואליות" כזוהת בפרט, הרי בעוד שהתקיים בהם האיסור על משכב זכר, הרי לא היה קשר בין איסור זה ובין קטיגוריציה של בני אדם לזהות מסוימת. מכאן, שקיום מערכות יחסים הומואירוטיות לא זוהה עם "זהות" הומוסקסואלית שזוהתה בתורה עם האקט המיני האסור. האיסור המקראי נתפס אפוא כאוסר על אקט מיני מסוים, אך לא כמגנה התנהגות הומואירוטית בכללה. ניתן לראות אם כן כיצד פניה לתיאוריה הקווירית, עם הערעור שלה על הטבעיות של החלוקה הטרוסקסואליות

לקריאה נוספת

1. מישל פוקו, תולדות המיניות I – הרצון לרעת (הוצאת הקיבוץ המאוחד, 1996).
2. David Halperin One Hundred Years of Homosexuality. 15-40 (Routledge, 1990)
3. הניאל בווארין, "בנים וחברים – האם יש יהודים ב"תולדות המיניות", זמנים גליון 52 עמ' 50 (תשנ"ט).
4. Carl Stychin, Law's Desire. (Routledge, 1995)
5. Alon Harel, "Gay Rights in Israel: A New Era?" (1996) 1 *International Journal of Discrimination and the Law* 261
6. Aeyal M. Gross, CHALLENGES TO COMPULSORY HETEROSEXUALITY: RECOGNITION AND NON-RECOGNITION OF SAME-SEX COUPLES IN ISRAELI LAW* In: Robert Wintemute and Mads Andenas. eds., "Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law" (Oxford, Hart Publishing, forthcoming, 2001)
7. Annamarie Jagose, Queer Theory --- An Introduction (New York, New York University Press, 1966)