

מהכחשה להנכחה: ביקורת נוהל ניתוחים באינטרסקס

מאת

שגית מור, מעין סודאי ואור שי*

מאמר זה הוא המאמר הראשון בתחום המשפט בישראל אשר עוסק בא/נשים אינטרסקס, א/נשים שנולדו עם חוסר בהירות מינית, כלומר עם אנטומיה שאינה זכרית במובהק ואינה נקבית במובהק. הגישה המקובלת בעולם המערבי כיום היא לנתח א/נשים אינטרסקס סמוך ללידתם כדי לשייך אותם לאחד משני המגדרים המקובלים בחברה: זכר או נקבה. המאמר מציג תשתית לפיתוחה של ביקורת אינטרסקס במשפט התומכת בהכרה בזכויותיהם של א/נשים אינטרסקס ופורסת קווים מנחים לביקורת ההסדר הקיים ולעיצובו של הסדר חלופי ראוי. המאמר מציג את עלייתה של הגישה הרפואית-ניתוחית לטיפול באינטרסקס, את מקורותיה ואת הביקורות המופנות כלפיה. הביקורות קשורות בספקות הרבים בדבר נחיצותם הרפואית ויעילותם של הניתוחים בא/נשים אינטרסקס ובמניעים החברתיים העומדים מאחריהם. ביצועם של ניתוחים בא/נשים אינטרסקס בישראל כיום מעוגן בנוהל רפואי יחיד וקצר, אשר תוכנו אינו מעיד על המורכבויות החברתיות, הרפואיות והמשפטיות המאפיינות את התחום. המאמר מבקר את הנוהל על השפה שהוא נוקט, על שאינו מתייחס להשלכות של הסיכונים והמורכבויות הכרוכים בביצוע הניתוח על שאלת ההסכמה מדעת, כולל הבעיות הטמונות בהסכמתם של ההורים לניתוח בשם ילדיהם, וכן על שאינו מתייחס לממשק המתמשך בין א/נשים אינטרסקס למערכת הבריאות. כחלופה

* שגית מור היא מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. מעין סודאי ואור שי הן בוגרות הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. המאמר נכתב במשותף, סדר הכותבות הוא על פי סדר הא"ב.

מאמר זה הוא תוצר של הקליניקה לפמיניזם משפטי של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ועמותת "איתך – משפטניות למען צדק חברתי". מטרתה של הקליניקה לפמיניזם משפטי היא ליצור עבודה משותפת בין סטודנטיות לבין נשים מקבוצות אוכלוסייה מוחלשות ("חונכות לזכויות") כדי להיאבק יחד נגד דיכוי מגדרי ולמען השמעת קולותיהן של נשים ממגוון קבוצות האוכלוסייה בשיח הציבורי. חיבור זה נכתב מתוך עבודה משותפת עם פעילות אינטרסקס למען קידום זכויותיהן כפרטים וכקהילה. העדויות האישיות המובאות במאמר מבוססות על ראיונות, כתבות ופרוטוקול דיון שנערך בנושא במסגרת פעילות הקליניקה. אנו מבקשות להודות לדנה מירטנבאום ולרויטל קשינבסקי על ליווי הפרויקט והצמחתו, לארנה רבינוביץ-עיני, לאמנון רייכמן, לאריאן רנן-ברזילי, ליאיר שגיא, ליופי תירוש ולדורון דורפמן על קריאת טיוטות ממוקדות של המאמר ועל הערות ושיחות מצוינות על הרעיונות המובעים בו, וכן לחווי הדעה האנונימיים ולחברי מערכת משפטים על העבודה הקפדנית והמסורה ועל ההערות המועילות. תודה גדולה ומיוחדת אנו חבות לסוזן, שחשפה אותנו לנושא, לימדה אותנו על מורכבותו ושימשה דוגמה למאבק אינטרסקס גאה.

לגישה הרפואית-ניתוחית מציב המאמר את גישת ההשהיה (מורטוריום) המבקשת להשהות את ההחלטה בדבר הצורך בהתערבות ניתוחית או אחרת עד שהאדם אינטרסקס יגיע לבגרות ויקבל החלטה עצמאית ככל האפשר באשר לזהות המינית והמגדרית הנכונה מבחינתו או מבחינתה. המסגרת הנורמטיבית המוצעת בתמיכה לגישה זו מבקשת לבסס את חירותו של אדם לעצב את גורלו ואת זהותו המיניגדרית. בהמשך לכך המאמר בוחן את שני אפיקי הפעולה המשפטיים העומדים כיום לרשותם של א/נשים אינטרסקס, רגולציה וליטיגציה, ואת היתרונות והחסרונות הגלומים בהם. המאמר מבקר את האופן שבו המשפט משתתף בתהליכי ההדרה וההשתקה של אנשים אינטרסקס ובהכחשת קיומם ומבקש להראות שהמשפט יכול לשמש גם משאב בקריאת התיגר על תהליכים אלו: בביקורת הפרקטיקות המקובלות בתחום, בהצבת כוח נגד לכוחן של החברה והרפואה ובהנכחתם של א/נשים אינטרסקס בחברה. המאמר מראה שלמשפט יש הפוטנציאל להיות סוכן שינוי התומך בתהליך המעבר מהכחשה להנכחה, וכי חשיבותו של תפקיד זה תלך ותגבר ככל שא/נשים אינטרסקס שיבחרו להיות פתוחים באשר לזהותם ולחיות בגלוי כאינטרסקס יהיו רבים יותר, בין שנותחו ובין שלא.

מבוא. א. אתגר האינטרסקס. 1. כללי; 2. אינטרסקס במבט תרבותי השוואתי; 3. אינטרסקס עכשיו: מהשתקה להתנגדות; ב. לקראת ביקורת אינטרסקס במשפט. 1. אינטרסקס כ"חולים"; 2. אינטרסקס כ"קטינים"; 3. אינטרסקס כ"מגדר"; 4. אינטרסקס כ"קוויר"; 5. אינטרסקס כ"מוגבלות"; 6. אינטרסקס כצומח; ג. הגישה הרפואית: מקורות וביקורת. 1. התפתחות הגישה הרפואית לאינטרסקס; 2. ביקורת הגישה הניתוחית-רפואית; 3. בין טובת ההורים לטובת האדם אינטרסקס; 4. מ"מצב חירום רפואי" לאורך רוח חברתי; ד. ביקורת הוראות נוהל הניתוחים באינטרסקס. 1. לשון הנוהל; 2. הסכמה מדעת; 3. לאחר הניתוח: הממשק המתמשך עם מערכת הבריאות; 4. סיכום ביניים; ה. לקראת פעולה: גישת ההשהיה בראי המשפט. 1. הצגת גישת ההשהיה; 2. גישת ההשהיה בראי שיח הזכויות; 3. אפיקי פעולה משפטיים; 4. תפקיד המשפט: מעבר לגישת ההשהיה; ו. סיכום.

סוזן: "היום אני בת 35. חונכתי וגדלתי כאישה, אני מתייחסת לעצמי ככל האדם. לא רוצה שיתייגו אותי כאישה ולא כגבר. אני לא אוהבת כשפונים אליי בלשון זכר, ומעדיפה גם שלא יפנו כאישה. אני עדיין מרגישה אבודה, ושאני חייבת לבחור בין שני מינים, למרות שאני מרגישה ששניהם לא מאפיינים אותי... היום אני מטפלת בעצמי ומנסה להבין את הגוף שלי. אני מנסה למצוא את התשובות והשקט הפנימי, אבל עודני אבודה בתוכי, מחפשת את האני שלי".¹

1 ריאיון עם סוזן, פעילה אינטרסקס וחונכת לזכויות בפרויקט הקליניקה לפמיניזם בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה (28.11.2009).

ז'ולי: [...] ההרגשה שלי, כשאני בחברה, אני מרגישה שאני לא אישה נורמלית ולא גבר נורמלי. [הדרך] שאני מרגישה שאנשים מסתכלים עליי היא מאוד לא טבעית וחדשנית. אני מרגישה מאוד לא נוח בחוץ בחברה. [...] חשוב לי מאוד להיראות כמו אישה, כמו כל אישה נורמלית. אני משתדלת ומתאמצת המון להצליח במסכה הזו. לא בגלל שאני רוצה, בכלל לא, אלא בגלל שאין לי ברירה, אילצו אותי להיות ולחיות במסכה הזו אז אני משתדלת לשחק את המשחק כמו שצריך ועל הצד הכי טוב".²

מבוא

דברי ימיה של כל חברה עד כה שזורים בדברי ימיה של הבינריות המגדרית: זכר ונקבה, גבר ואישה, אדם וחווה. אנו מורגלים לחשוב שקיימים בעולמנו רק שני מינים ושני מגדרים, וכי קיים קשר הכרחי בין מין למגדר. א/נשים אינטרסקס,³ שבהם עוסק מאמר זה, הם א/נשים שנולדו עם חוסר בהירות מינית, כלומר עם אנטומיה שאינה זכרית במובהק ואינה נקבית במובהק.⁴ אינטרסקסואליות יכולה להתבטא במגוון דרכים, לדוגמה חוסר התאמה בין אברי המין החיצוניים למערכת הרבייה הפנימית, חוסר התאמה בין המין החיצוני למין הכרומוזומלי, וכן וריאציות אנטומיות מגוונות אחרות, השונות מכפי שמקובל לראות בחברה.⁵ א/נשים אינטרסקס מאתגרים את הנחת הבינריות

2 ריאיון עם ז'ולי (שם בדוי), אישה אינטרסקס (12.10.2011).

3 צורת הכתיבה א/נשים אינטרסקס (או א/נשים בכלל) מכילה בתוכה מסר ביקורתי כלפי הכתיבה בלשון זכר הדומיננטית בשפה העברית וכלפי הנחת הבינריות המגדרית הרווחת, שאותה נציג בהמשך. אנו סבורות שהשימוש בה מתאים בכל הקשר (כמו השימוש ב"שלו/ה") ובעיקר בהקשר הנוכחי, שכן הוא מעיד על חוסר היציבות הטבוע בהבחנות אלו.

4 Alice Domurat Dreger, *A History of Intersexuality: From the Age of Gonads to the Age of Consent*, in INTERSEX IN THE AGE OF ETHICS 5 (Alice Domurat Dreger ed., 1999) (להלן: intersex people שנוקט ISNA (Intersex Society of North America), ארגון האינטרסקס המוביל בארצות הברית. מאחורי ביטוי זה עומדת השקפת עולם שמובילה מאבקים רבים בתחום המוגבלות והחולי שלפיהם אין לעשות רדוקציה של האדם למחלתו, למוגבלותו או למצב שעמו הוא מתמודד, אלא יש לשים את האדם במרכז ולהתייחס למחלה או למוגבלות כפן מסוים בחייו. מעידים על כך הביטויים אנשים עם מוגבלויות, אנשים עיוורים, אנשים החיים עם איידס ועוד. ההנחה היא שהשפה מכוננת את התודעה, ולכן שינוי הכינוי של קבוצה או אדם הוא מהלך ביקורתי-פוליטי שיש לו פוטנציאל טרנספורמטיבי.

5 Anne Tamar-Mattis, *Exceptions to the Rule: Curing the Law's Failure to Protect Intersex Infants*, 21 BERKELEY J. GENDER L. & JUST. 59, 63 (2006) (להלן: Tamar-Mattis, *Exceptions to the Rule*). ראו גם ISNA, *What is Intersex? FREQUENTLY ASKED QUESTIONS*, http://www.isna.org/faq/what_is_intersex.

המגדרית; עצם קיומם מציב סימני שאלה רבים באשר לאקסיומות הבסיסיות של תרבויות רבות ובכללן התרבות המערבית המודרנית. ברוב החברות המודרניות קיומה של האינטרסקסואליות מושקק, ורבים אינם יודעים עליה כלל. מכיוון שטרם התקבלה הגדרה אחידה לאינטרסקס, קשה להעריך כמה תינוקות אינטרסקס נולדים מדי שנה בעולם בכלל ובישראל בפרט.⁶ האדם מן הרחוב או האישה מן השורה אשר יתוודעו לקיומם של א/נשים אינטרסקס יגיבו בפליאה ולעתים בסלידה וחרדה, ויראו בכך "מחלה" או "פתולוגיה" אשר יש "לרפא" ו"לתקן".⁷ דרכה של החברה המערבית המודרנית להתמודד עם אתגר האינטרסקס היא לנתח א/נשים אינטרסקס זמן קצר לאחר לידתם כדי לשייך אותם לאחד משני המגדרים המקובלים בחברה.⁸ ההנחה היא שהניתוח "מעלים" בהצלחה את קיומם של א/נשים אינטרסקס ולפיכך הוא פתרון ראוי ל"בעיה". ביצועם של הניתוחים באינטרסקס בישראל מעוגן בנוהל רפואי יחיד וקצר, אשר תוכנו אינו מעיד על המורכבויות החברתיות, הרפואיות

6 ההערכות יכולות לנוע בין אחת למאה לידות בריאות ועד אחת לאלפיים לידות, ולעתים אף להערכות קיצוניות מכך. ראו לדוגמה ויכוח בין החוקרת הביולוגית פאטור-סטרלינג, הגורסת כי שיעור לידתם של אינטרסקס בקרב האוכלוסייה הוא 1.7%, לבין החוקר לאונרד סאקס, הטוען כי שיעורם הוא רק 0.018%, והפער לשיטתו נובע מהכללת מצבים מגוונים שאינם כרומוזומליים כמצבי אינטרסקס. קיימים נתונים המעידים אף על שיעור של 4%. ראו Kate Haas, *Who Will Make Room for the Intersexed?*, 30 AM. J.L. & MED. 41, 41 (2004); Leonard Sax, *How Common is Intersex? A Response to Anne Fausto-Sterling*, 39 J. SEX RES. 174, 174 (2002); ANNE FAUSTO-STERLING, *SEXING THE BODY: GENDER POLITICS AND THE CONSTRUCTION OF SEXUALITY* (2000). ראו גם Tamar-Mattis, *Exceptions to the Rule*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 63. אשר לישראל ידוע כי בשנים 1995–2005 עברו יותר משמונים תינוקות אינטרסקס ניתוח ל"תיקון המין" בבית החולים שערי צדק. ראו Boris Chertin, Dmitry Koulikov, Josef Alberton, Irit Hadas-Halpern, Pethacha Rissman & Amicur Farkas, *The Use of Laparoscopy in Intersex Patients*, 22 PEDIATRIC SURGERY INT'L 406 (2006). אפשר להניח כי מספרם של סך האנשים אינטרסקס בישראל הוא רב יותר. מסמך פנימי של ראש מנהל רפואה במשרד הבריאות מתאריך 9/1/2009 ונושא מס' אסמכתה: 12201917912, המצוי בידי המחברות, נוקב במספר של בין 70–80 לידות בשנה של תינוקות אינטרסקס.

7 Robert A. Crouch, *Betwixt and Between: The Past and Future of Intersexuality*, in INTERSEX IN THE AGE OF ETHICS 29 (Alice Domurat Dreger ed., 1998).

8 רוב האנשים הנולדים אינטרסקס מנותחים מוקדם ככל האפשר; ניתוחים רבים מבוצעים בתינוקות בני יומם, ורובם המכריע מבוצע בשנות החיים הראשונות או בסמוך לדבר היוודע התסמונת. ראו Bruce E. Wilson & William G. Reiner, *Management of Intersex: A Shifting Paradigm*, in INTERSEX IN THE AGE OF ETHICS 119, 123–124 (Alice Domurat Dreger ed., 1998); Catherine L. Minto, Lih-Mei Liao, Christopher R.J. Woodhouse, Phillip G. Ransley & Sarah M. Creighton, *The Effect of Clitoral Surgery on Sexual Outcome in Individuals Who Have Intersex Conditions with Ambiguous Genitalia: a Cross-Sectional Study*, 361 LANCET 1252 (2003). להרחבה ראו להלן פרק ג.

והמשפטיות המאפיינות את התחום.⁹ למעשה, קיימים ספקות רבים בדבר נחיצותו הרפואית של הניתוח, יעילותו והמניעים החברתיים העומדים מאחוריו,¹⁰ וכן בדבר מעמדם של ההורים בקבלת החלטה מעין זו בשביל ילדיהם.¹¹ ספקות אלו קיבלו לאחרונה גיבוי חד-משמעי בדוח של האו"ם המגנה את פרקטיקת הניתוח בא/נשים אינטרסקס בטענה שהדבר אסור על פי אמנת האו"ם נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים.¹² טענתנו היא שתוצאות הנוהל ומערך הכוחות החברתיים המזין אותו הן הכחשת קיומם של א/נשים אינטרסקס בחברה והפרה בוטה של זכויותיהם.

מאמר זה הוא אחד הפיתוחים הראשונים של ביקורת אינטרסקס בישראל, והראשון בתחום המשפט. המאמר מבקש לפזר את ערפל הסודיות המאפיין את יחסם של החברה ומוסדותיה לאינטרסקסואליות, לחשוף את הקורא והקוראת הישראלים לביקורות הקיימות על ביצועם של ניתוחים בא/נשים אינטרסקס, לבקר את הפרקטיקות הרווחות כיום בישראל בתחום זה ולבחון את תפקידו של המשפט בעיגונון, בהנצחתן ובהכשרתן וביצירת כלים לשינוין. המאמר בוחן הן את האופן שבו המשפט משתתף בתהליכי ההדרה וההשתקה של א/נשים אינטרסקס ובהכחשת קיומם והן את האופן שבו המשפט יכול לשמש משאב בקריאת התיגר על תהליכים אלו, בביקורת הפרקטיקות המקובלות בתחום ובהצבת כוח נגד לכוחן של החברה והרפואה.

א/נשים אינטרסקס נעדרים מן המשפט בישראל – אין עדות לקיומם בחקיקה, בפסיקה או בכתיבה המשפטית. המקור היחיד בעל נפקות משפטית המתייחס לאינטרסקס הוא אותו נוהל רפואי קצר הנזכר לעיל, שמעמדו הוא כשל הנחיה מנהלית פנימית:¹³ מצד אחד הנוהל הוא דוגמה לפעולתו הדכאנית של "המשפט הסמוי מן העין"¹⁴ – המשפט שאינו גלוי בספר החוקים אך פעולתו הסמויה ניכרת, לעתים אך משום שאינו מתערב ובכך מותיר מרחב פעולה חופשי ליחסי הכוחות החברתיים. הנוהל מכשיר למעשה את הפרקטיקה הניתוחית כפרקטיקה הרפואית המקובלת, המבוססת על גישה הרואה באינטרסקס סטייה ופתולוגיה ואשר מתעלמת מן הסיכונים והמורכבויות הכרוכים בתהליך השיוך המיניגדרי הרפואי¹⁵ ומאפשר להורים לקבל החלטות בדבר

9 חוזר משרד הבריאות 39/86 "ביצוע ניתוחים לשינוי מין אצל Transsexuals ולתיקון פגמים במצבים של Hermaphroditism ודומיהם" (16.4.1986) (להלן: "נוהל ניתוחים באינטרסקס" או "הנוהל"). החוזר פורסם על ידי ד"ר משיח, ראש שירותי האשפוז. לנוסח הנוהל המלא ולביקורת הנוהל ראו להלן פרק ד.

10 ראו להלן, פרק ג.3.

11 ראו להלן, פרק ג.3 ו-ד.2.(ב).

12 ראו פירוט להלן בה"ש 167–169. הטקסט שלידן.

13 לנוסח הנוהל ולדיון בדבר מעמדו ראו להלן פרק ד.

14 מנחם מאוטנר "המשפט הסמוי מן העין" אלפיים 16, 45 (1998).

15 המושג מיניגדר מצריך הסבר. המושג מוצע על ידינו במאמר זה כמושג שמשלב בתוכו רכיבים של מין, מגדר ומיניות וממחיש את הקשרים ההדוקים הקיימים בין שלושת המושגים, אשר באים לידי

טיפול רפואי לילדם בלא התייחסות למעמד ולזכויות הילד בתהליך זה.¹⁶ מצד אחר, ביקורת הנוהל באמצעות טענות מבוססות-זכויות מראה שלמשפט יש גם הפוטנציאל להיות סוכן שינוי התומך בתהליך המעבר מפרדיגמה של הכחשה והשתקה לגישה של הנכחה והכרה. המשפט יכול להפוך למשאב אפקטיבי במאבקם של שחקנים בשדה המשפטי: לתמוך בהתנגדותם של א/נשים אינטרסקס, לשים גבולות לסמכות הרפואית, להכיר בא/נשים אינטרסקס כנשאי זכויות וכקבוצת מיעוט, להגן על זכויותיהם בכל זירות החיים ולטפח אתיקה של ייצוג המבוססת על דיאלוג ואשר מבטאת את קולם של א/נשים אינטרסקס.

המאמר מציג את גישת ההשהיה (מורטוריום) כגישה חברתית-משפטית חלופית לגישה הרפואית השולטת.¹⁷ עיקרה של הגישה הרווחת היא הסתרה והכחשה. לעומתה, גישת ההשהיה מבקשת להנכיח את הא/נשים האינטרסקס בחברה ובמשפט על ידי אימוץ מדיניות שלפיה יש להשהות את ההחלטה בדבר שיוך מיניגדרי פיזיולוגי באמצעות ניתוח וכד בבד ליצור תנאים שיאפשרו את ההשהיה על ידי שינוי עמדות בקרב הציבור ובתוך מערכת הבריאות, קידום שוויון מיניגדרי וקבלת המגוון המיניגדרי הקיים. גישה זו תנחה אותנו בהמשך הדברים בביקורתנו על ההסדרה המשפטית הנוכחית של התחום ובהצגת קווים מנחים לעיצובו של הסדר משפטי חלופי.

פיתוח של ביקורת אינטרסקס במשפט יאפשר את קידום זכויותיהם של א/נשים אינטרסקס הן כקטינים והן כבוגרים. הוא מצריך התייחסות לייחודיות המאבק כמו גם למידה ממאבקים דומים. מאבקם של א/נשים אינטרסקס נמצא באזור המשיק לתחומים רבים, אך אי אפשר לשייך אותו בלעדית אף לאחד מן המאבקים המוכרים. זהו מאבק שנמצא בנקודת התפר שבין פמיניזם, קוויריות, מוגבלות וזכויות ילדים, והוא מתקשר גם למאבקי זכויות חולים במערכת הבריאות. ביקורת האינטרסקס במשפט מצויה בצומת שבין הגישות השונות, אך היא ראויה לפיתוח משלה. היא נשענת על תובנות מתחומים אחרים אך מתמקדת באינטרסקס: בחוויית החיים של א/נשים אינטרסקס, בגורמים המעצבים את זהותם האישית והקבוצתית, בדיכוי שא/נשים אינטרסקס חווים ובאפשרויות השחרור וההעצמה הטמונות לאינטרסקס בחברה.

בפרק הראשון של המאמר נציג את האתגר שנושא האינטרסקס מציג בפני החברה המערבית בת זמננו ונבחן את מעמדם של א/נשים אינטרסקס מנקודת מבט חברתית-תרבותית. נבקר את הגישה הרווחת בחברה המאמצת את הנחת הבינריות

ביטוי מרבי בסוגיית האינטרסקס. בדרך כלל מדובר בתחום על שיוך מגדרי או שיוך מיני, אך לטעמנו שאלת השיוך המגדרי של אנשים אינטרסקס קשורה בטבורה גם בהיבטים של שיוך מיני וכוללת בתוכה ציפיות בנוגע לזהות המינית של האדם. לפיכך ההבחנה בין הקטגוריות אינה מסייעת בפיתוח הביקורת אלא מצמצמת אותה. המושג מיניגדרי המוצע על ידינו משלב את שלושת ההיבטים יחד ויוצר מושג עשיר ומקיף יותר לטעמנו.

16 ראו להלן פרק ג.3. ר"ד.2.(ב).

17 לתיאור מפורט של גישת ההשהיה, ראו להלן פרק ה.1.

המיניגדרית, נבחן את יחסן של תרבויות ודתות שונות לאורך ההיסטוריה לנושא ונציג את הופעתה של תנועת ההתנגדות של א/נשים אינטרסקס בעת האחרונה. בפרק השני נסרטט קווי מתאר לגישה ביקורתית לאינטרסקס במשפט. הפרק בוחן את מקורות ההשפעה וההשראה השונים של גישה זו ומציע למקם את ביקורת האינטרסקס בצומת של גישות ביקורתיות שונות ולראות בה מסגרת המאפשרת יצירת שפה שתתמוך במאבקם החברתי-משפטי של א/נשים אינטרסקס. הפרק השלישי עוסק בביקורת על הגישה הרפואית לאינטרסקס. הפרק סוקר את התפתחותה של גישת הניתוח בתינוקות אינטרסקס בחברה המערבית בעשורים האחרונים, מציג את הביקורת החריפה שהושמעה על הניתוחים בתינוקות אינטרסקס וקורא לאימוצה של חלופה שעיקרה הוא אורך רוח חברתי. הפרק הרביעי עוסק בביקורת המשפטית על נוהל הניתוחים באינטרסקס. ניתוח הנוהל נחלק לשלושה חלקים: ביקורת לשון הנוהל והוראותיו, ביקורת הנוהל והטיפול בקטינים אינטרסקס לאור הזכות להסכמה מדעת, כולל הבעיות הטמונות בהסכמתם של ההורים לניתוח, וכן ביקורת על שהנוהל אינו מתייחס לממשק המתמשך בין א/נשים אינטרסקס למערכת הבריאות. בפרק החמישי נפנה להציג בפירוט את גישת ההשהיה, הגישה שבה אנו תומכות כחלופה הראויה לגישה הרפואית. לאחר מכן נציג את המסגרת המשפטית המוצעת על ידינו לצורך דיון בזכויות אינטרסקס במשפט שנדבכה המרכזי הוא חירותו של אדם לעצב את גורלו ואת זהותו המיניגדרית. נציג בקצרה את שני אפיקי הפעולה המשפטיים העומדים כיום לרשותם של א/נשים אינטרסקס – אסדרה (רגולציה) והתדיינות משפטית (ליטיגציה) – ונעמוד על היתרונות והחסרונות הגלומים באפיקים אלו. בסיום הפרק נדון בחשיבות המשפט בהנכחתם של א/נשים אינטרסקס בחברה ובדבר תפקידו בהגנה על זכויותיהם, תפקיד שחשיבותו תלך ותגבר ככל שיותר א/נשים אינטרסקס יבחרו להיות פתוחים בדבר זהותם ולחיות בגלוי כאינטרסקס, בין שנותחו ובין שלא.

א. אתגר האינטרסקס

1. כללי

יחסה של החברה לא/נשים אינטרסקס אינו מצוי בחלל ריק. מאמר זה מראה שתפיסת א/נשים אינטרסקס בחברה מסוימת או בתקופה נתונה מושפעת מיחסי כוחות חברתיים ותרבותיים, וכי מדובר בקטגוריה שאיננה "ניטראלית", "אובייקטיבית" או "מדעית", אלא תוצר של תהליכי הבניה חברתית מורכבים. למעשה, א/נשים אינטרסקס ממחישים את נזילותן של הקטגוריות הביולוגיות והחברתיות ואת הקשר שבין הסדר הביולוגי לסדר החברתי; מעמדם החברתי מושפע במידה ניכרת מההייררכייה המגדרית והצדקותיה הביולוגיות, מהפיקוח על המיניות ומהחרדה מפני שונות מינית וגופנית.

בחברה המערבית המודרנית "אינטרסקס" נחשבת לתופעה רפואית שהגדרתה רפואית ודרכי התגובה לה הן רפואיות בלבד.¹⁸ התאמת א/נשים אינטרסקס למוסכמות הסדר החברתי מושגת בעיקר באמצעות התערבות רפואית ניתוחית, אשר תכליתה שיוך האדם לאחד משני המינים המוכרים: זכר ונקבה.¹⁹ בשני העשורים האחרונים השתנה מערך הכוחות החברתי בעקבות מחאתם והתנגדותם של א/נשים אינטרסקס לתפיסתם כ"חולים" ו"פגומים"²⁰ ולדומיננטיות היתרה של מקצוע הרפואה בקביעת זהותם ובעיצוב גורלם. הביקורת מערערת את יומרתה של הרפואה לאובייקטיביות ומראה שהשיח הרפואי מושפע אף הוא מעמדות חברתיות ומהחרדה התרבותית מפני אינטרסקס.²¹

היעדרם של א/נשים אינטרסקס מן המרחב הציבורי והמשפטי קשור קשר הדוק לפרקטיקת הניתוחים באינטרסקס. מטרת הניתוחים המוצהרת היא לשייך את האינטרסקס למין ביולוגי מובהק, אך תוצאתם היא השתקת הנושא כמו גם העלמת הא/נשים שעברו את אותו תהליך של שיוך מיניגדרי. בפועל א/נשים אינטרסקס ממשיכים להתקיים בחברה, משום שגם אם עברו ניתוח מוצלח מבחינה רפואית, גופם וזהותם נושאים סימנים המושפעים מתוצאות הניתוח, מהטיפול המתמשך בהם ומהסודיות והבושה האופפות את הנושא. אנו נראה כי ניתוחים באינטרסקס אינם משיבים את הסדר המגדרי הטבעי על כנו: ראשית, הם מכוננים סדר מגדרי שאיננו "טבעי", שהרי הוא דורש התערבות בפעולת הטבע, ושנית, מה שנדמה להיות "מסודר" ממשיך לרחוש ולגעוש מתחת לפני השטח כאשר א/נשים אינטרסקס בוגרים מבקשים לדבר על חוויית החרגות, על ההדרה וההסתרה ועל התמודדותם עם הזהות שנכפתה עליהם.²²

2. אינטרסקס במבט תרבותי השוואתי

פרספקטיבה תרבותית השוואתית מאפשרת לאתגר את החשיבה החברתית המקובלת ולחשוף את הקונטינגנטיות של ההסדרים החברתיים. מחקרים השוואתיים במדעי החברה והרוח מראים שחברות שונות מתייחסות בדרכים שונות לנוכחותם של א/נשים

- Alice Domurat Dreger, "Ambiguous Sex" or Ambivalent Medicine? – Ethical Issues in the Treatment of Intersexuality, 28 HASTINGS CENTER REP. no. 3, 24 (1998) 18
- Sharon E. Preves, Sexing the Intersexed: An Analysis of Sociocultural Responses to Intersexuality, 27 SIGNS 523, 529–532 (2002) 19
ראו גם להלן פרק ג.
- ראו להלן פרק א.3. 20
- Kishka-Kamari Ford, "First, Do No Harm" – The Fiction of Legal Parental Consent To Genital-Normalizing Surgery on Intersexed Infants, 19 YALE L. & POLY REV. 469, 483–486 (2001) 21
- Cheryl Chase, Hermaphrodites with Attitude: Mapping the Emergence of Intersex Political Activism, 4 GLQ 189 (1998) 22

אינטרסקס.²³ עתים זהותם האינטרסקסואלית ידועה לכול ועתים לא, עתים לידתם נתפסת כביטוי לרצון השמים ועתים כביטוי לזעמם, עתים הם נתפסים כרמי מעלה, עתים כפחותי דרג ועתים כשווים. ברומא העתיקה למשל היה מקובל להרוג תינוקות אינטרסקס עם לידתם, שכן האמונה הייתה שהם מייצגים את זעם האלים.²⁴ ביוון היחס כלפיהם היה סובלני, והם הורשו לחיות ללא כל סנקציות חברתיות או חוקיות,²⁵ ואילו בקרב הנבאחו (משבטי האמריקאים הילידים) א/נשים אינטרסקס (המכונים נְאָדְל) הם קדושים ונחשבים למביאי מזל ואף למנהיגים.²⁶ הנבאחו רואים במשפחה שנולד לה ילד אינטרסקס משפחה בת מזל, שכן הם נחשבים למביאי סגולות טובות ושפע כלכלי. ילדים כאלה זוכים לטיפול מועדף ביחס לאחיהם ואחיותיהם. בהתבגרם נחשבים א/נשים אינטרסקס מביאי מזל לשבט כולו, ולכן כבעלי מעמד רם בהיררכיה השבטית. ניתנת להם הזכות לבחור את דרך לבושם, את לשון המגדר שבה יפנו אליהם ואת המלאכה שבה יבחרו לעסוק. לעומת זאת בשבטי הפוקוט שבמזרח קניה לידת תינוק אינטרסקס (סְרָר) נחשבת מאורע מצער, ולעתים התינוק נרצח לאחר לידתו בטענה שהוא נולד נגד רצון טורורוט (הישות השמימית שבה הם מאמינים).²⁷ א/נשים אלה יחיו לרוב במעמד חברתי נמוך. הם אינם יכולים להינשא, לקיים יחסי מין או לאמץ ילדים ולרוב יאמצו אורח חיים המבוסס על עבודה קשה וצבירת הון כלכלי כתחליף להון החברתי שנשלל מהם. היהדות, הנצרות והאסלאם מספקות אף הן פרספקטיבה השוואתית ואף מאפשרות הצצה אל שורשי יחסה של החברה המודרנית לאינטרסקס. ההלכה היהודית מחלקת את הא/נשים שהם אינטרסקס לשתי קטגוריות: טומטום ואנדרוגינוס.²⁸ האנדרוגינוס הוא

- 23 ראו הדוגמאות להלן וכן Claudia Lang & Ursula Kuhnle, *Intersexuality and Alternative Gender Categories in Non-Western Cultures*, 69 HORMONE RES. IN PEDIATRICS 240 (2008). מחקר נוסף בוחן את יחסן של חברות שונות לבעלי חיים אינטרסקס: John R. Baker, *Notes on New Hebridean Customs, with Special Reference to the Intersex Pig*, 28 MAN 113 (1928).
- 24 Celia E. Schultz, *The Romans and Ritual Murder*, 78 J. AM. ACAD. RELIG. 516, 529–530 (2010).
- 25 Robert B. Edgerton, *Pokot Intersexuality: An East African Example of the Resolution of Sexual Incongruity*, 66 AM. ANTH. 1288, 1289–1290 (1964).
- 26 W.W. Hill, *The Status of the Hermaphrodite and Transvestite in Navaho*; 1290 בעמ' שם, 273 (1935) *Culture*, 37 AM. ANTH. 273 (1935). טרנסוסטיטים או קרוס-דרסרים (Cross Dressers) הם אנשים הנוהגים ללבוש בגדים המשויכים באופן מסורתי לבני/ות המגדר האחר.
- 27 Edgerton, לעיל ה"ש 25, בעמ' 1290–1296.
- 28 Marianne Schleicher, *Construction of Sex and Gender: Attending to Androgynes and Tumtumim Through Jewish Scriptural Use*, 25 LIT. & THEOLOGY 422 (2011); Jonathan Wiesen, *Don't Judge a Book? Surgical Changes to Anatomical Features in Traditional and Modern Thought*, in AND YOU SHALL SURELY HEAL 315 (Jonathan Wiesen ed., 2011); Moshe Idel, *Androgyny and Equality in the Theosophico-Theurgical Kabbalah*, 52 DIOGENES 27 (2005).

אדם אשר לו אברי רבייה של שני המינים, ואילו הטומטום הוא אדם אשר אברי מינו מכוסים בעור או בשר המסתירים את מינו ה"אמת".²⁹ לפי גרסאות מסוימות בהלכה, דמויות ידועות כמו שרה ואברהם היו טומטומים.³⁰ טומטום ואנדרוגינוס מוגדרים לרוב במשפט העברי ספק גבר ספק אישה, ולכן מוטלות עליהם/ן הן חומרות הגבר והן חומרות האישה.³¹ היהדות מציבה כללים שונים לא/נשים אינטרסקס: עדותם אינה קבילה במשפט,³² הם פטורים ממצוות חגיגה ברגלים,³³ קידושין בין אדם אינטרסקס לבין אישה מוגדרים "קידושי ספק",³⁴ יחסי אישות בין אדם אינטרסקס לבין גבר הם עבירה פחותה ממשכב וזכר,³⁵ והם מוגבלים בתחום זכויות הירושה.³⁶

האסלאם מתמודד עם א/נשים אינטרסקס בדרך של הכרה מוגבלת בהיותם קטגוריה חברתית נבדלת.³⁷ תינוק אינטרסקס, אשר הדיינים אינם מצליחים לשייך אותו לאחד משני המינים, נכנס בהגדרת חוֹנְתָּהּ, שאליה הוא יכול להשתייך עד גיל ההתבגרות. במקרים שבהם מתחייב שיוך בשל דרישות הדין, כמו במקרים של ירושה, הילד נחשב לאישה עד אשר יוכח שהוא גבר. ההחלטה הסופית בדבר השיוך המגדרי מתבססת בעיקר על אברי המין החיצוניים, וכן על סממני מין משניים (זקן, גובה הקול וכו'). החלטתם של הדיינים היא בלתי הפיכה, אף אם בהמשך התבגרותו יתגלה שאותו אדם קרוב יותר למגדר שלא נבחר.³⁸

מבין כל הגישות שהוזכרו עד כה הנצרות מקפידה על חלוקה ברורה של כלל האוכלוסייה לשני מינים, אם כי היו מקרים בימי הביניים שבהם הכנסייה אפשרה לאדם האינטרסקס לבחור את המין שבו יחיה.³⁹ למן הרגע שבו נפלה ההחלטה היא הייתה לבלתי הפיכה, וא/נשים אינטרסקס שסטו ממנה (בייחוד במובן של מין עם אדם מהמגדר ה"לא נכון") היו צפויים לגזר דין מוות. מרבית הכנסיות בעולם משמרות גם היום את

29 משנה תורה, אישות, פרק ב, הלכה כה. לדיון בעניין האישה האיילונית ראו: משנה תורה, אישות, פרק ב, הלכה ו kodesh.snunit.k12.il/i/4102.htm. לדיון בנושא ראו: "אנדרוגינוס", המכון על שם ד"ר פלק שלזינגר ז"ל לחקר הרפואה על פי התורה, www.medethics.org.il/articles/tora/subject13.asp.

30 "אמר רבי אמי אברהם ושרה טומטמין היו" בבלי, יבמות סד, א.

31 בבלי, בכורות מא-מב; משנה, ביכורים ד, א-ה.

32 משנה תורה, עדות, פרק ט, הלכה ג.

33 משנה תורה, חגיגה, פרק ב, הלכה ב.

34 משנה תורה, אישות, פרק ד, הלכה יא.

35 משנה תורה, איסורי ביאה, פרק א, הלכה טו.

36 משנה תורה, נחלות, פרק ה, הלכה ב.

37 Rusmir Music, *Queer Visions of Islam* 37-43 (2003) (Unpublished dissertation, New York University) available at <http://www.blackandpink.org/wp-content/uploads/Queer-Visions-of-Islam.pdf>.

38 שם.

39 Maaikje Van Der Lugt, *Sex Difference in Medieval Theology and Canon Law: A Tribute to Joan Cadden*, 46 *MEDIEVAL FEM. FORUM* 101, 110-113 (2010).

התפיסה של הבינריות המגדרית ותומכות מאוד בניתוחים בקטינים אינטרסקס.⁴⁰ למעשה, במובנים רבים הממסד הרפואי אימץ את הגישה הנוצרית לסוגיית האינטרסקס, ובייחוד את הצורך לשייך כל פרט לאחד משני המינים בהקדם.

אתגר האינטרסקס הוביל אפוא לתגובות שונות בחברות שונות. השוני ביניהן מעיד שהיחס לאינטרסקס הוא תלוי-הקשר. אף על פי שתומכי גישת הניתוח מציגים את עמדתם כ"מדעית" או כ"אובייקטיבית", המחקר בתחום מבהיר שהתייג של אינטרסקס כ"מחלה" או כ"לקות" הוא במהותו נורמטיבי, אידאולוגי ותלוי-תרבות. המתנגדים לגישה זו מבקשים לחשוף הטיות אלו ואת תוצאותיהן. תקוותם היא שמהלך של התנגדות למוסכמות החברתיות הרווחות כיום יכול להביא לשינוי חברתי נוסף, המבוסס על קבלה והכרה.

3. אינטרסקס עכשיו: מהשתקה להתנגדות

בעשורים האחרונים, מאז שנות התשעים של המאה העשרים, החלה להתפתח תנועת התנגדות של פעילים ופעילות אינטרסקס המבקשים לחשוף את התוצאות הדכאניות של הגישות החברתיות והפרקטיקות הרפואיות הרווחות בחברה ולהציב חלופה של גאווה וקבלת המגוון האנושי הקיים בעולם. פעילים אלה יוצאים נגד הגישה הניתוחית הרווחת הן בשל נזקיו הגופניים של הניתוח והן בשל העובדה שהניתוח כפה עליהם זהות מיניגדרית בלתי הפיכה.⁴¹

מקובל לזהות את ראשיתה של התנועה למען זכויות אינטרסקס בעולם עם פרסום מאמרה המכונן של החוקרת סוזן קסלר, משנת 1990: *The Medical Construction of Gender: Case Management of Intersexed Infants*.⁴² מאמר זה ניסח את הביקורת הפמיניסטית על פרקטיקת הניתוחים באינטרסקס וחשף את התפיסות הסקסיסטיות וההטרסקסואליות שביסודה.⁴³ השותפויות בין האקדמיה לשטח העשירו את המאבק ותרמו לגיבוש חלופה למצב הקיים.⁴⁴ התארגנויות שונות שא/נשים אינטרסקס החלו

Stephen Kerry, *Intersex Individuals Religiosity and Their Journey to Wellbeing*, 18 J. GENDER STUD. 277 (2009).

41 שם, בעמ' 219. ראו גם Minto et al., לעיל ה"ש 8.

42 Suzanne J. Kessler, *The Medical Construction of Gender: Case Management of Intersexed Infants*, 16 SIGNS 3 (1990).

43 Dreger, *A History of Intersexuality*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 4.

44 Alice D. Dreger & April M. Herndon, *Progress and Politics in the Intersex Rights Movement: Feminist Theory in Action*, 15 GLQ 199, 203–213 (2009). ראו למשל את מטרות ISNA כפי שהן מופיעות בעמוד הראשי של אתר הארגון <http://www.isna.org/>, וכפי שנוסחו על ידי שריל צ'ייס במאמרה: Cheryl Chase, *What is the Agenda of the Intersex Patient Advocacy Movement?*, 13 ENDOCRINOLOGIST 240 (2003): "The Intersex Society of North America (ISNA) is devoted to systemic change to end

להקים אפשרו את יצירתו של מרחב חלופי מכיל ומקבל. חלקן הן רשתות של תמיכה הדדית, אחרות קמו כדי לשנות את דרך התייחסותו של הממסד הרפואי לא/נשים אינטרסקס.⁴⁵ ארגונים אלה הצליחו לעורר סימני שאלה בתוך הממסד הרפואי בקשר לצדקתה של גישת הניתוח תוך קידום מודעות ציבורית לנושא, שימוש באמצעי תקשורת, בשדולה פוליטית ובייצוג משפטי.⁴⁶ עם הזמן התגבשה תנועה פוליטית לזכויות א/נשים אינטרסקס, אשר הושפעה רבות מן התנועה הפמיניסטית, התנועה לזכויות להט"ב (לסביות, הומואים, טרנסג'נדר וביסקסואלים) והתנועה לזכויות א/נשים עם מוגבלויות, ושמהן למדה על ההתנגדות לדיכוי חברתי ועל דרכי מאבק למען קבלת שונות גופנית ומינית.⁴⁷ מטרת הפעילים בתחום האינטרסקס היא לקדם קבלתם של א/נשים אינטרסקס כחלק מן המגוון הקיים בחברה, לשנות את גישת הממסד הרפואי לאינטרסקס ולקדם שיח משפטי אשר מגן על זכויותיהם.

ב. לקראת ביקורת אינטרסקס במשפט

מאבקם של א/נשים אינטרסקס לקידום חברה המקבלת אותם כחלק מהמגוון המיניגנדרלי הקיים בה מעלה כי יש לפתח גישה ביקורתית לאינטרסקס שתציב חלופה לחיי ההסתרה והבושה הנכפים על חלקם. משמעותה של חלופה זו היא הנכחתם של א/נשים אינטרסקס בספרה הציבורית, שכן מימושה יוביל לכך שאנשים אינטרסקס צעירים ובוגרים יהיו פתוחים ביחס לעצמם ויאבקו כנגד הדרתם ודיכויים החברתיים.

הנכחתם של א/נשים אינטרסקס בחברה ובמשפט תתאפשר בין היתר באמצעות יצירת שפה חברתית־משפטית שתאפשר לא/נשים אינטרסקס מאבק במוסכמות החברתיות. שפה זו נשענת על תובנות מתחומים שונים של אפליה ומאבקי זכויות, אך היא מצריכה לטענתנו פיתוח עצמאי שישקף את ייחודיות ניסיון החיים של א/נשים אינטרסקס ואת אופני הדיכוי שהם חווים. בחלקים הבאים נעמוד על הקשרים שבין

shame, secrecy, and unwanted genital surgeries for people born with an anatomy that someone decided is not standard for male or female. We have learned from listening to individuals and families dealing with intersex that: Intersexuality is primarily a problem of stigma and trauma, not gender; Parents' distress must not be treated by surgery on the child; Professional mental health care is essential; Honest, complete disclosure is good medicine; All children should be assigned as boy or girl, without early surgery"

45 שם; SHARON E. PREVES, INTERSEX IDENTITY: THE CONTESTED SELF 89–95 (2005).

ארגונים אלו מבקשים בראש ובראשונה להפסיק את ביצוע הניתוחים הכפויים בתינוקות אינטרסקס.

46 ראו למשל את פועלן של אגודות כגון ISNA – Intersex Society of North America,

Organisation Intersex International (OII); <http://www.isna.org/>,

בארצות הברית – <http://oii-usa.org/>, ובאוסטרליה – <http://oii-australia.com/>.

47 Dreger & Herndon, לעיל ה"ש 44, בעמ' 204.

ביקורת האינטרסקס לביקורות רלוונטיות אחרות ונסרטט קווי מתאר לגישה ביקורתית לאינטרסקס בחברה ובמשפט. מהלך זה מבקש למלא את החלל המשפטי שבו פועלת הזהות האינטרסקסואלית, לתת לה שם וכלים במאבקה.

1. אינטרסקס כ"חולים"

עד כה זוהו א/נשים אינטרסקס בחברה ובמשפט כ"חולים". היות שהגישה השלטת כיום לאינטרסקס היא שמדובר בפתולוגיה רפואית אשר "תיקונה" נעשה באמצעים רפואיים רדיקליים (ניתוח בלתי הפיך וטיפול הורמונלי מתמשך), הרי שא/נשים אינטרסקס אכן חווים את עצמם כחולים. חוויה זו מתעצבת הן במפגש עם הגישה החברתית הרווחת כלפי אינטרסקס והן בממשק המתמשך עם מערכת הרפואה. למעשה, ההסתרה וההכחשה של קיומם של א/נשים אינטרסקס בחברה מצמצמות את קיומם ל"קיום רפואי" בלבד, בספרי הרפואה ובמסדרונות שירותי הבריאות השונים. אין זה מפתיע אפוא שעיקר הביקורת של תנועת האינטרסקס מופנה כלפי המסד הרפואי והשיח הרפואי הדומיננטי הנוגע לאינטרסקס בטענה שא/נשים אינטרסקס אינם חולים ואינם בבחינת "מצב חירום רפואי".⁴⁸ מבחינתם של פעילים אינטרסקס הביטוי "חולה" טומן בחובו מטען נורמטיבי שלילי, שכן הוא מתאר מצב לא מושלם הדורש תיקון באמצעים רפואיים ומתעלם מתפקידה של החברה בתהליכי ההבניה של האינטרסקסואליות כאבנורמליות. עם זאת, כפי שנראה בהמשך, בשל הקשר ההדוק בין א/נשים אינטרסקס לבין מערכת הבריאות אי אפשר להתעלם מקיומם של ה"קשרים" שבהם זיהוים כ"חולים" יסייע בעמידה על זכויותיהם, כולל הזכות לקבל טיפול רפואי, שמירה על כבודו ופרטיותו של המטופל, מתן הסכמה מדעת, סודיות רפואית ועוד, כפי שהוכרו בפסיקה ועוגנו בחוק זכויות החולה, התשנ"ו–1996.⁴⁹ באופן אירוני, דווקא האבחון כאינטרסקס גרם עד כה לפגיעה בזכויות. חשוב אפוא לדייק: א/נשים אינטרסקס אינם "חולים" אך יש להקפיד על זכויותיהם במערכת הבריאות ולא לראות בהיותם אינטרסקס עילה והיתר לפגיעה בזכויות.

2. אינטרסקס כ"קטינים"

ההשלכות הפרקטיות של הגישה הרפואית-ניתוחית הנוהגת עד כה הן שא/נשים אינטרסקס עוברים ניתוח בהיותם קטינים, ושמעמדם המשפטי של א/נשים אינטרסקס במסגרת הדיון הוא של קטינים. גם מרבית הכתיבה בתחום המבקרת את הפרקטיקה הנוהגת מדגישה את יסוד הקטינות ואת המורכבויות הקשורות בכך בעת ההחלטה על השיוך המיניגדרי ועל קיומו של ניתוח. התוצאה היא שימור והנצחה של התפיסה שלפיה

48 להרחבה בעניין מצב חירום רפואי ראו להלן פרקים ג.1 ו-ג.4.

49 להרחבה ראו להלן פרקים ד.2–ד.3.

אינטרסקס, ככלל, הוא "בעיה" של קטינים בלבד. הנחת הקטינות תורמת לפגיעה בזכויות במערכת הבריאות משום שזכויות הקטינים במערכת זו טרם הוסדרו בצורה מקיפה וראויה,⁵⁰ ומשום שההנחה היא שעדיף לא/נשים אינטרסקס ולהוריהם לקיים ניתוח בהקדם האפשרי בטרם הגיעם לבגרות או לגיל שבו יוכלו להשתתף השתתפות פעילה ושוויונית בקבלת הכרעות הנוגעות לעתידם.

למעשה, מאמר זה מצביע על מורכבות עמוקה עוד יותר: לפי פרדיגמת הניתוח, ההנחה היא שאין קיום אינטרסקסואלי בוגר. ההנחה היא שהקיום האינטרסקסואלי מתרחש רק בשלב הקטינות משום שהניתוח המתרחש בגיל זה "פותר" ו"מעלים" את סוגיית האינטרסקס ואת הזהות האינטרסקסואלית. אך כאמור, א/נשים אינטרסקס אינם נעלמים אלא ממשיכים להיות חלק מחברתנו. ברי כי קיימים הקשרים שבהם לעובדת הקטינות חשיבות רבה בדיון על המדיניות הראויה כלפי ילדים אינטרסקס, בעיקר ככל שמדובר בממשק עם מערכת הבריאות ועם מערכת החינוך. אך לטענתנו, פיתוח ביקורת אינטרסקס מקיפה מחייב שינוי בנקודת המוצא ואימוץ הנחה שלפיה א/נשים אינטרסקס הם א/נשים בוגרים החיים בחברתנו בגלוי, בין שעברו ניתוח ובין שלא, בין שהיו שותפים להחלטה בדבר שיוכם המיניגדרי ובין שלא.

3. אינטרסקס כ"מגדר"

ביקורת המגדר כפי שפותחה במסגרת התאוריה הפמיניסטית היא נדבך בסיסי ויסודי בביקורת האינטרסקס. בסיסה של ביקורת האינטרסקס נטוע בתאוריה הפמיניסטית ובהבחנה שיצרו תאורטיקניות פמיניסטיות בין "מין" ל"מגדר" כדי לערער על תפיסת הסדר החברתי המגדרי הרווחת, שעל פיה "ביולוגיה היא גורל" (Biology as Destiny).⁵¹ הבחנה זו הייתה מהפכנית למדי בשעתה, שכן היה לה תפקיד חשוב בחשיפת יחסי הכוחות העומדים ביסודו של הזיהוי המקובל בין השיוך המיני של האדם, המבוסס על המאפיינים הפיזיולוגיים-ביולוגיים שלו/ה, לבין השיוך המגדרי, המבוסס על תפקידים חברתיים והנחות חברתיות בדבר מקומם ותפקידם של בני המינים השונים בחברה. ידועה בהקשר זה אמירתה של סימון דה-בובואר שלפיה "אישה אינה נולדת אישה, אלא נעשית אישה".⁵² מבחינה משפטית התאוריה הפמיניסטית ביססה את איסור האפליה על

50 ראו להלן פרקים ד.2. (ב) ו-ה.2. (ג).

51 טענת ביקורת המגדר היא שהפיזיולוגיה המינית אינה צריכה להכתיב תפקידים חברתיים קבועים ומובחנים, וכי הייעודים הביולוגיים של גוף האישה אינם צריכים לקבוע את ייעודן החברתי של נשים להיות אימהות ורעיות, או לשמש במקצועות שירות וטיפול בלבד. ANN OAKLEY, SEX, GENDER AND SOCIETY (1972); CATHRINE A. MACKINNON, TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE 37-41 (1989). ראו גם זרמיין גריר מין וגורל – הפוליטיקה של פוריות המין האנושי (כרמית גיא מתרגמת, 1992).

52 סימון דה בובואר המין השני כרך שני 13 (שרון פרמינגר מתרגמת, 2007).

מין או מגדר ופרצה את הדרך לחקר תפקידו של המשפט בהבניית יחסי הכוחות בין המינים ובהנצחתם. עם השנים התעוררה ביקורת על הבחנה זו בשל ההנחה המשתמעת שלפיה "מין" ו"מגדר" הם קטגוריות מובחנות, שאינן קשורות זו בזו, ובשל המסר הטמון בה שלפיו "מין" הוא קטגוריה ביולוגית שאיננה נתונה להבניה חברתית.⁵³ בקצרה ובפשטות, התאוריה הפמיניסטית התמקדה ברובה בביקורת ההבניה החברתית של ה"מגדר" אך זנחה את שאלת ההבניה החברתית של ה"מין"; היא דבקה במשתמע בקיומם של שני מגדרים ושני מינים, ולכן תרומתה לפיתוח החשיבה בדבר הריבוי המיניגרדי הקיים בעולם מובחנת פחות.⁵⁴ טענה זו לרלוונטיות במיוחד בהקשר של א/נשים אינטרסקס אשר קיומם מערער על יציבות הבינריות המגדרית. מעניין שאף על פי שפמיניסטיות רבות נרתמו למאבק נגד דיכוי א/נשים אינטרסקס, היו בהן גם מי שתמכו בגישות דכאניות כלפיהם משום שראו באינטרסקס המחשה לטענה שלפיה הזהות המגדרית היא תוצר של ציפיות חברתיות ותפקידי מגדר נלמדים.⁵⁵

4. אינטרסקס כ"קוויר"

התאוריה הקווירית שותפה לביקורת המגדר של הביקורת הפמיניסטית אך חולקת על ההנחות הסמויות של הפמיניזם באשר להבניה החברתית של מין ומיניות.⁵⁶ התאוריה הקווירית צמחה מתוך תחום המחקר הלהט"בי, אך במהרה הרחיבה את תחום השתרעותה אל ביקורת היחס החברתי כלפי מגוון של "פעולות מיניות" ו"זהויות מיניות" המצויות מחוץ לזרם המרכזי (המיינסטרים). בקבוצה החברתית המזוהה עצמה כקווירית מצויות קבוצות בעלות מגוון אינטרסקס ופרספקטיבות, שהמשותף להם הוא דחיית המוסכמות החברתיות המסורתיות הנוגעות למין, מגדר ומיניות.⁵⁷ הספרות המחקרית הלהט"בית והקווירית חשפה את הרבדים הרבים והמורכבים של הזהות המיניגרדית של האדם, כמו גם את הכוחות השונים המשתתפים בעיצובה. המחקר הלהט"בי מבדיל בין כמה רכיבים המעצבים את המיניות האנושית: המין הביולוגי –

53 Katherine M. Franke, *The Central Mistake of Sex Discrimination Law: The Disaggregation of Sex from Gender*, 144 U. PA. L. REV. 1, 36–40 (1995); JUDITH BUTLER, *GENDER TROUBLE: FEMINISM AND THE SUBVERSION OF IDENTITY* (1990) (להלן: "TROUBLE"); ג'ודית באטלר קוויר באופן ביקורתי 53–54 (דפנה רו מתרגמת, 2001); JANET HALLEY, *SPLIT DECISIONS: HOW AND WHY TO TAKE A BREAK FROM FEMINISM* (2006).
 54 ביקורת זו אינה תקפה כלפי כל הכותבות בתחום, אך יש להודות שסכמת יחסי הכוחות החברתיים הבסיסית במסגרת הביקורת הפמיניסטית הקלסית היא סכמה של שני מינים – זכרים ונקבות, נשים וגברים – וההשתייכות למינים השונים מבוססת על הנחות ביולוגיות.
 55 Dreger & Herndon, לעיל ה"ש 44, בעמ' 215–216.
 56 ראו המקורות לעיל בה"ש 53.
 57 להרחבה ראו מעבר למיניות – מבחר מאמרים בלימודים הומו־לסביים ותיאוריה קווירית (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, 2003).

המרכיב הקובע אם אדם הוא זכר או נקבה, אשר נקבע על ידי גורמים ביולוגיים, פיזיולוגיים והורמונליים; הזהות המגדרית – תחושתו האישית של אדם כלפי היותו גבר או אישה; תפקידי המגדר – ההתנהגויות שהחברה מצפה מאדם בשל היותו גבר או אישה (מוגדרות לפי ההגדרות החברתיות המשתנות למושגים "גברי" ו"נשי"); הנטייה המינית – מרכיב הקובע את מושא המשיכה המינית והרומנטית של אדם.⁵⁸ טיפולוגיה זו מאפשרת לחשוף את היעדר הקשר ההכרחי בין מאפיינים ביולוגיים של האנוש (כגון אברי מין ואברי רבייה) לבין מאפיינים חברתיים ונפשיים (סגנון דיבור, לבוש, חלוקת תפקידים בבית ובעבודה), ובינם לבין נטייה מינית (משיכה לגברים ו/או לנשים). היא תורמת לביצועו של ניתוח רב-רבדים המאחד את תרבויות סמויות בדבר מיניות "נורמטיבית" או "נורמלית" וכן לקידום התאוריה החברתית בסוגיות מגוונות, בייחוד בדבר טרנסג'נדר ואינטרסקס, המערערות על החלוקות הבינריות המסורתיות בכל הקשור למין ומגדר.⁵⁹

לעומת המחקר הלהט"בי המחקר הקווירי העוסק בחקר היחסים בין מין, מגדר ומיניות נוטה לערער על עצם קיומן של קטגוריות אלו. כתיבתה של ג'ודית בטלר היא מאבני היסוד של תחום זה. בטלר חוקרת את אופני הביצוע של רכיבי הזהות המיניגדרית וטוענת כי זהות זו מתכוננת תוך כדי פעולות של חיקוי וחזרה. על פי בטלר, "הזהויות ההטרנסקסואליות הכפויות, 'גבר' ו'אשה', [הן] יצירי דמיון שרכשו מוצקות אונטולוגית, הן אפקטים תיאטראליים [...]".⁶⁰ לפיכך "המגדר הוא הופעה שמייצרת את האשליה של מין פנימי או מהות או גרעין מגדרי פסיכולוגי".⁶¹ מכאן שאין ממשות למין, למגדר ולמיניות אלא הם תוצר של מוסכמות חברתיות שהן מקור החיקוי ואשר הן עצמן תוצר

58 לגישה המחברת בין מכלול רכיבים אלה על יסוד הספרות הרבה שהצטברה בתחום ראו גיא שילה החיים בוורוד: בני נוער וצעירים הומואים, לסביות, ביסקסואלים וטרנסג'נדרים 12 (2007).

59 אי-הפרדה בעבר בין מין למגדר תרמה לדיכוי של טרנסקסואלים במערכת הבריאות. ראו למשל מיסס קריסטה "פסיכופתיה טרנסקסואליס: תיאוריות פסיכולוגיות מוקדמות על טרנסקסואליות" חוש"ן: חינוך ושינוי (נורה גרינברג מתרגמת, 2002) www.hoshen.org/info/articles/academic/psychopatia_transsexualis.html. ואילו לטיפולוגיה הנהוגה כיום, המבחינה בין מין למגדר, תרומה רבה לקידום גישה מכלילה כלפי טרנסג'נדרים במדעי החברה, במשפט ובמקצועות בריאות הנפש. ראו לדוגמה Marvin Dunson, *Sex, Gender and the Transgender: The Present and Future of Employment Discrimination Law*, 22 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 465 (2001); Taylor Flynn, *Transforming the Debate: Why We Need to Include Transgender Rights in the Struggles for Sex and Sexual Orientation Equality*, 101 COLUM. L. REV. 392 (2001); Lynne Carroll, Paula J. Gilroy & Jo Ryan, *Counseling Transgender, Transsexual and Gender-Variant Clients*, 80 J. COUNSELING & DEV. 131 (2002).

60 ג'ודית בטלר "חיקוי ומרי מגדרי" מעבר למיניות – מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית 329, 336 (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, 2003). ליישום גישה זו בהקשר ישראלי ראו אייל גרוס "התחזות כאדם אחר": חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי" משפטים על אהבה 365 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005).

61 בטלר, לעיל ה"ש 60, בעמ' 342.

של יחסי כוחות חברתיים.⁶² יתרה מכך, החיפוש אחר אותו גרעין מגדרי פנימי לצורך השיוך המיניגדרי של כל בני האדם, ובהם א/נשים אינטרסקס, הוא מהלך כוחני חסר תוחלת. א/נשים אינטרסקס הם בבחינת איום על ההנחה החברתית בדבר קיומה של מהות כזו וחושפים את חוסר יציבותה. עדויותיהם אכן נדמות לעתים לניסיון תאטרלי לעטות מסכה של זהות מיניגדרית תקינה כאשר הם עצמם אינם מרגישים שייכים לקטגוריות הקיימות.

התאוריה הקווירית פיתחה כלים תאורטיים אשר מתאימים במיוחד לביקורת האינטרסקס.⁶³ בין השאר כלים אלה כוללים התנגדות למופעים שונים של כוח מיני, הכופה את עצמו באמצעות קטגוריות קשיחות ובינריות, אימוץ גישה גמישה ודינמית להבנת מגוון הזהויות המגדריות והמיניות הקיימות והעדפת אסטרטגיות פעולה של התבלטות על פני היטמעות.⁶⁴ גם התנועה הלהט"בית-קווירית אימצה בחוסם ובקלות את קהילת האינטרסקס משום הקרבה בין הקהילות ואופני הדיכוי שהן חוות. קרבה רבה במיוחד קיימת בין טרנסג'נדר לאינטרסקס. אף על פי שהיחס החברתי לשתי הקבוצות נדמה להיות שונה עד כדי היפוך של ממש – כפיית ניתוח לעומת סירוב והערמת קשיים בפני ניתוח – שורשיו של יחס זה הם משותפים: שתי הקבוצות מערערות באופן העמוק ביותר על הקשר שבין המין הביולוגי, הזהות המגדרית, תפקידי המגדר והנטייה מינית.⁶⁵ ואמנם מיקומה הנוכחי של ביקורת האינטרסקס הוא במסגרת התאוריה הקווירית וא/נשים אינטרסקס מוצאים את מקומם במסגרת הקהילה הקווירית-להט"בית. עם זאת, לטענתנו, את מאמצי הנרמול של אברי המין ותפקודי המין אין להבין רק על רקע ביקורת החשיבה המיניגדרית הבינרית אלא גם על רקע שיח דכאני המבוסס על "עריצות הגופניות התקנית הכפויה" (compulsory able-bodiedness) באשר היא.⁶⁶ כפי שנראה מיד, תחום לימודי המוגבלות (disability studies) הוא עוד אופציה אטרקטיבית לא/נשים אינטרסקס וכך גם התנועה החברתית של א/נשים עם מוגבלויות. לטענתנו, גישה ביקורתית שלמה ומקיפה לאינטרסקס מחייבת את שילוב שתי הגישות הללו.

62 ראו גם BUTLER, GENDER TROUBLE, לעיל ה"ש 53; גרוס, לעיל ה"ש 60, בעמ' 375–373.
 63 Mark Sherry, *Overlaps and Contradictions Between Queer Theory and Disability Studies*, 19 DISABILITY & SOC'Y. 769 (2004).
 64 שם, בעמ' 771.
 65 JUDITH BUTLER, UNDOING GENDER 6 (2004). מעידה על כך גם הסמיכות בין נוהלי הניתוחים בכל אחת מן הקבוצות באותו חוזר של משרד הבריאות, ראו להלן טקסט ליד ה"ש 177.
 66 Robert McRuer, *Compulsory Able-bodiedness and Queer/Disabled Existence*, in THE DISABILITY STUDIES READER 369 (Lennard Davis ed., 2013); ROBERT MCRUER, CRIP THEORY: CULTURAL SIGNS OF QUEERNESS AND DISABILITY (2006).

5. אינטרסקס כ"מוגבלות"

הכתיבה הביקורתית בתחום המוגבלות עוסקת אף היא בשאלות של יחסי כוחות חברתיים ותרבותיים, אך במרכזה אין ניצבות שאלות של מין ומגדר אלא שאלות של נורמליות וגופניות תקינה.⁶⁷ הגישה הביקורתית למוגבלות מבקשת להראות שחיים עם מוגבלות אינם חיי נחיתות וסבל באופן אינהרנטי, אלא שמגוון כוחות תרבותיים, חברתיים, כלכליים ופוליטיים תורמים למשמעות השלילית המיוחסת למוגבלות.⁶⁸ הטענה היא שאין לראות במוגבלות "מחלה" או "מצב רפואי" נתון אלא תוצר של תהליכי הבניה חברתית מורכבים, וכי במקרים רבים הסבל הכרוך במוגבלות הוא סבל חברתי בעיקרו אשר איננו אינהרנטי ללקות עצמה. ביקורת המוגבלות מבקשת גם לחשוף את השפעתו הניכרת של השיח הרפואי והמדעי על תהליכי ההדרה של א/נשים עם מוגבלויות וכן על ההבניה החברתית של הגוף הנכה כ"פתולוגי", "אבנורמלי" או גרוטסקי.⁶⁹ א/נשים עם מוגבלויות נתונים במהלך חייהם לניסיונות נרמול ומשטור ניכרים דרך טיפולים רפואיים ושיקומיים שמטרתם להתאים את האדם עם מוגבלות לחברה במקום להתאים את החברה לצורכיהם ולניסיון חייהם של א/נשים עם מוגבלויות.⁷⁰ בדומה להבחנה בין מין למגדר גם א/נשים עם מוגבלויות טענו שיש להפריד בין "לקות", שהיא הרכיב הפיזיולוגי, לבין ה"מוגבלות", שהיא הרכיב החברתי.⁷¹ ובדומה לביקורת על ההבחנה בין מין למגדר גם הביקורת על היחס לקות-מוגבלות טוענת כי יחס זה זנח את ההבניה החברתית של הלקות ואת יחסי הגומלין בין השתיים.⁷²

כמו א/נשים עם מוגבלויות, גם א/נשים אינטרסקס חיים עם גוף שאינו תואם את הנורמות החברתיות הסמויות בדבר גופניות תקינה. על פי לנרד דייוויס, המושג נורמלי במובנו הנוכחי צמח באמצע המאה התשע-עשרה עם השתכללות מדע הסטטיסטיקה, אז

- LENNARD J. DAVIS, ENFORCING NORMALCY: DISABILITY, DEAFNESS, AND THE BODY 67 (1995).
- SIMI LINTON, CLAIMING DISABILITY: KNOWLEDGE AND IDENTITY 110–115 (1998);
- MICHAEL OLIVER, UNDERSTANDING DISABILITY: FROM THEORY TO PRACTICE 19–29 (1996); SUSAN WENDELL, THE REJECTED BODY: FEMINIST PHILOSOPHICAL REFLECTIONS ON DISABILITY (1996).
- FREAKERY: CULTURAL SPECTACLES OF THE EXTRAORDINARY ; שם, בפרק 5; WENDELL 69
- BODY (Rosemarie Garland Thomson ed., 1996). ראו גם: שרה כהן שבוט הגוף הגרוטסקי – עיון פילוסופי בבחטין, מרלו-פונטי ואחרים (2008).
- Sally French & John Swain, *The Relationship Between Disabled People and Health and Welfare Professionals*, in HANDBOOK OF DISABILITY STUDIES 734 (Gary L. Albrecht, Katherine D. Seelman & Michael Bury eds., 2001).
- OLIVER, לעיל ה"ש 68, בעמ' 21–28.
- Tom Shakespeare & Nicholas Watson, *The Social Model of Disability: An Outdated Ideology?* 2 RESEARCH IN SOC. SCI. & DISABILITY 9 (2002)

הפכה הנורמה הסטיסטית, שהיא הממוצע האנושי, להיות אמת המידה.⁷³ עבודתה של גרלנד תומסון מראה שמלאכת הקטלוג, האבחון והסינון של הגוף המוגבל תורמת לשימור אידאל היציבות של הגוף הלא מוגבל.⁷⁴ כמו ביקורת המוגבלות גם ביקורת האינטרסקס מאופיינת בהתנגדות לדומיננטיות של השיח הרפואי והמדעי, המתבטאת בהיותו בעל מעמד בכיר בתהליכי קבלת החלטות בשביל א/נשים עם מוגבלויות, במעמדו כמקור הידע המוסמך באשר לחוויית החיים עם מוגבלות ובתרומתו לזיהוי של שוני גופני עם "פתולוגיה", "סטייה" ו"מחלה".⁷⁵

תרומתה של הגישה הביקורתית למוגבלות לביקורת האינטרסקס בכך שהיא מאפשרת לדיון באינטרסקס להתרחב מעבר לשאלות של מין ומגדר אל עבר סוגיות הקשורות במשמעות החברתית-תרבותית המיוחסת לגוף ה"אב-נורמלי", זה שאינו מציית לנורמות בדבר גופניות תקינה וזהות יציבה.⁷⁶ מארק שרי (Sherry) הראה שהמערכות הרפואיות, החברתיות והמשפטיות ממסדות, ולעתים מכחידות, סוגים מסוימים של גופים במשך מאות שנים תוך הכתמת ה"לא רגיל" בכתם של "לא בריא".⁷⁷ למעשה, למוגבלות יש נוכחות ערה בהבניית הזהות הקווירית כפי שמעידה ההיסטוריה של המאבק הלהט"בי נגד הסיווג והתייג של קבוצות רבות מקרב קהילה זו כ"מחלות נפש" או "הפרעות פסיכיאטריות".⁷⁸ בשביל א/נשים אינטרסקס החיבור בין מוגבלות וקוויריות הוא חזק במיוחד משום שהם כפופים לפרקטיקות רפואיות קיצוניות המשלבות בבסיסן הנחות בדבר מיניגדריות תקינה וגופניות תקינה.

6. אינטרסקס כצומת

ביקורת האינטרסקס במשפט שואבת את מקורותיה מכל הגישות הנזכרות למעלה: היא נמצאת בצומת שבין תאוריה קווירית ללימודי מוגבלות, נשענת על יסודות החשיבה הפמיניסטית ונעזרת בשיח של זכויות החולה וזכויות ילדים בעת הצורך. הימצאותה בצומת זה מאפשרת דיון עשיר ועמוק ביחס החברתי כלפי א/נשים אינטרסקס ויוצרת גשר חשוב בין גישות ביקורתיות המשלימות זו את זו. בצד זאת יש חשיבות פוליטית להתייחסות לאינטרסקס כקטגוריה מובחנת התורמת לנראותם של א/נשים אינטרסקס

73 DAVIS, לעיל ה"ש 67, בעמ' 23–49.

74 Rosemarie Garland-Thomson, *Integrating Disability, Transforming Feminist Theory*, 14 NWSA J. 1, 5 (2002).

75 WENDELL, לעיל ה"ש 68; French & Swain; לעיל ה"ש 70.

76 Sherry, לעיל ה"ש 63; M. Morgan Holmes, *Mind the Gaps: Intersex and (Re-productive) Spaces in Disability Studies & Bioethics*, 5 J. BIOETHIC. INQ. 169, 169 (2008).

77 Sherry, לעיל ה"ש 63, בעמ' 781.

78 לכתובה המחברת בין ביקורת קווירית לביקורת מוגבלות ראו שם, בעמ' 780–781; MCRUER, לעיל ה"ש 66, בעמ' 1–32; Ellen Samuels, *My Body, My Closet: Invisible Disability and the Limits of Coming-Out Discourse*, 9 GLQ 233 (2003).

ולתשומת הלב לדפוסי ההדרה שלהם מהחיים החברתיים, התרבותיים והפוליטיים ומתהליכי קבלת החלטות הקשורים לגופם ולחיייהם כא/נשים אינטרסקס. פרספקטיבות אלה מסייעות בהבנת האתגר שהקטגוריה אינטרסקס מציבה בפני הסדר החברתי, המיני, המגדרי והגופני כאחד. כאשר נולד תינוק אינטרסקס החברה שואפת "לתקן" את השונות הגופנית שעמה נולד ולשייך אותו לאחת משתי הקטגוריות המוכרות לה, אך מלאכה זו דורשת חיזוי מורכב בדבר זהותו המיניגדרית הצפויה. החברה מבקשת ליישב בין הרכיבים השונים של הזהות המיניגדרית – בין המין הביולוגי, הזהות המגדרית, תפקידי המגדר והנטייה המינית – אך מגוון הקומבינציות האפשריות רב, והתגבשותן תלויה בגורמים חברתיים וסביבתיים רבים שקשה לחזותם. כל אלו מעידים שהפרויקט של "תיקון" האינטרסקס הוא בעייתי הן מבחינה מעשית והן מבחינה חברתית-מוסרית-אתית ומצביעים על הצורך בשינוי נקודת המבט – מתיקון הפרט והתאמתו לסדר החברתי לתיקון החברה ושינוי הנחות היסוד של הסדר החברתי.⁷⁹

ג. הגישה הרפואית: מקורות וביקורות

היחס לאינטרסקס בחברה המערבית המודרנית מאופיין בכך שסמכות קבלת ההחלטות בנושא נמסרה לידי הממסד הרפואי. תהליכים של התפתחות המדע והשתכללות הידע הרפואי, אשר החלו במאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה והגיעו לשיאם במאה העשרים, הביאו לכך שהדיון באינטרסקס, כמו בנושאים רבים אחרים, הפך לדיון אשר נשלט על ידי שיח רפואי-מקצועי.⁸⁰ הממסד הרפואי מצא עצמו נושא בנטל מלאכת הפיקוח החברתי, ומערכת הבריאות הפכה לשחקנית מרכזית בעיצוב גורלם של א/נשים אינטרסקס. תופעה זו של התגברות הדומיננטיות של מקצוע הרפואה בחייהם של א/נשים שגופניותם לא עמדה בתקן החברתי איננה ייחודית לאינטרסקס. המדיקליזציה של קבוצות מיעוט וקבוצות שוליים והכפפתן לידע רפואי ומדעי הייתה נחלתן של קבוצות מוחלשות רבות, ובהן מיעוטים גזעיים ואתניים, נשים, להט"בים, א/נשים עם מוגבלויות ועוד.⁸¹ בפרק זה נבחן את מקורותיה וביטוייה של הגישה הרפואית לאינטרסקס ונציג את הביקורות כלפיה.

79 לגישה הקוראת למהלך מ"תיקון הפרט" ל"תיקון החברה" ראו שגית מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה" עיוני משפט לה 97, 102–107 (2012).

80 מישל פוקו הולדת הקליניקה – ארכיאולוגיה של המבט הרפואי (נועם ברוך מתרגם, 2008).

81 מישל פוקו תולדות המיניות כרך שני – הרצון לדעת 33–34 (גבריאל אש מתרגם, 1997); Vanessa Jackson, *In Our Own Voices: African American Stories of Oppression, Survival and Recovery in the Mental Health System*, 33 OFF OUR BACKS 19 (2003); Graham Hart & Kaye Wellings, *Sexual Behaviour and Its Medicalisation: In Sickness and in Health*, 324 BMJ 896 (2002); Mary C. Burke, *Resisting Pathology: GID and the Contested Terrain of*

1. התפתחות הגישה הרפואית לאינטרסקס

הפיקוח הרפואי על אינטרסקס צמח באירופה של סוף המאה התשע-עשרה.⁸² באותה תקופה הקריטריון שעל פיו שייכו רופאים את האינטרסקס למגדר מסוים היה הגונדות (בלוטות המין): אם הגונדות של אדם היו אשכים הוא הוגדר "גבר", ואם הגונדות היו שחלות, הוא הוגדר "אישה". רוב המקרים אופיינו בגונדות חד-משמעיות ואז הוגדר האדם רפואית – Pseudo Hermaphrodite. המקרים שהוגדרו רפואית True Hermaphrodite היו רק אותם מקרים נדירים שבהם היו לאדם שחלה אחת ואשך אחד.⁸³ ההתפתחויות הטכנולוגיות והמחקריות שחלו במאה העשרים הביאו לשינוי בתפקידם החברתי של הרופאים: מתפקיד של מאבחני המין שאליו שייך האדם האינטרסקס לתפקיד של מכווני המין שלו. עם זאת הנחות היסוד של הממסד הרפואי לא השתנו: לא/נשים אינטרסקס יש "מין אמיתי" שהוא אחד משני המקובלים בחברה, ומערכת הבריאות היא שאמורה לזהות את "המין האמיתי" ולבצע את משימת השיוך.⁸⁴ החל משנות החמישים החלה מקובלת ברחבי העולם המערבי הגישה הניתוחית לאינטרסקס, ולפיה יש לנתח תינוקות אינטרסקס מיד לאחר לידתם כדי לשייך אותם לאחד המינים מוקדם ככל האפשר.⁸⁵ גישה זו התאפשרה בזכות ההתפתחויות בתחום הרפואה, אך התבססה בראשיתה על תאוריה סביבתית בעיקרה שלפיה תינוקות הם ניטרליים מגדרית ברגע לידתם, וכי אפשר בעזרת ניתוח לשייך אותם לאחד משני המגדרים באופן מושלם.⁸⁶ מקורה של התאוריה בדבר הניטרליות המגדרית הוא במחקרו של הפסיכולוג מאני (Money) בשנות החמישים והשישים.⁸⁷ מאני חקר מקרה של ילד

Diagnosis in the Transgender Rights Movement, in SOCIOLOGY OF DIAGNOSIS (ADVANCES IN MEDICAL SOCIOLOGY) 183 (PJ McGann & David J. Hutson eds., 2011); Mike Oliver, Social Policy and Disability: Some Theoretical Issues, 1 DISABILITY HANDICAP & SOC'Y. 5 (1986); Elina Oinas, Medicalisation by Whom? Accounts of Menstruation Conveyed by Young Women and Medical Experts in Medical Advisory Columns, 20 SOCIOLOGY HEALTH & ILLNESS 52 (1998).

82 Dreger, *A History of Intersexuality*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 5–6.

83 Alice D. Dreger, Cheryl Chase, Aron Sousa, Philip A. Gruppuso & Joel Frader, *Changing the Nomenclature/Taxonomy for Intersex: A Scientific and Clinical Rationale*, 18 J. PEDIATRIC ENDOCRINOLOGY METABOLISM 729 (2005).

84 Dreger, *A History of Intersexuality*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 10–11.

85 אדר מתארת התפתחות זו על רקע התפיסות התרבותיות של שנות החמישים, ובייחוד החרדה מפני הומוסקסואליות ומפני חריגה מתפקידי המגדר "הקלסיים". ראו Sandra Eder, *The Volatility of Sex: Intersexuality, Gender and Clinical Practice in the 1950s*, 22 GENDER & HIST. 692, 693 (2010).

86 Dreger, *A History of Intersexuality*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 11–13.

87 בין כתביו של מאני: JOHN MONEY, *BIOGRAPHIES OF GENDER AND HERMAPHRODITISM IN PAIRED COMPARISONS: CLINICAL SUPPLEMENT TO THE HANDBOOK OF SEXOLOGY* (1991);

בשם ברוס, שבשל תאונה בעת מילתו נאלצו הרופאים להסיר את אשכיו. הוחלט שברוס יעבור ניתוח לבניית מערכת מינית נקבית ויגודל כילדה בשם "ברנדה". כעבור כמה שנים דיווח מאני כי "ברנדה" הוא ילדה מאושרת הלוכשת חצאיות ומשחקת בכובות (לעומת אחיה המשחק במכוניות ולובש בגדי בנים). מאני טען כי העובדה ש"ברנדה" נותח בינקותו וגודל כבת על ידי הוריו, שלא סיפרו לו דבר על הניתוח, היא שהבטיחה כי הוא יחיה חיים בריאים ומאושרים כאישה. בעקבות מחקר זה וההדים שלו זכה התפשטה במערב הפרקטיקה של ניתוח מוקדם בילדים אינטרסקס מתוך שאיפה להשיג את התוצאות הרצויות שתואר מאני. רק שנים מאוחר יותר התברר כי "ברנדה" לא היה מאושר בזהות שנבחרה לו: כילד הוא היה קורע את שמלותיו וטוען שהוא "בן עם שער ארוך". בגיל ההתבגרות הוא החליט לחיות כגבר בשם דייוויד, ולאחר שגילה על אודות הניתוח שעבר הוא החליט לעבור טיפולים שיקרבו אותו למין הביולוגי הזכרי. דייוויד חי חיים עגומים ולא מאושרים בשל הניתוח והזהות שנכפו עליו, והוא התאבד בשנות השלושים לחייו.⁸⁸ אף על פי שתאוריית הניטרליות המגדרית שביסוד הגישה הניתוחית הופרכה, השפעתה עדיין ניכרת עם המשך אחיזתה של ההנחה שביסודה, שלפיה קיים "מין אמת" שניתן לזיהוי ול"חיזוק".⁸⁹ השילוב בין שתי אלה הוא הצדקה "מדעית" להפרת זכויותיהם של קטינים אינטרסקס.⁹⁰

כיום הגישה השלטת היא ביולוגית-רפואית, ולפיה אפשר לאתר על פי מרב התסמינים את השיוך המיניגדרי של האדם. לצורך קביעת "המין האמתי" של האדם מובאים בחשבון מכלול של רכיבים, ובהם צורת אברי המין הפנימיים והחיצוניים, המבנה הגנטי, יכולת תפקוד מיני בעתיד, יכולת תיקון ניתוחי, הסבירות לפוריות, מיעוט התערבויות כירורגיות, סיכונים לגידולים ממאירים בעתיד, התאמה לזהות המינית הצפויה והעדפת ההורים.⁹¹ ההכרעה נעשית על יסוד התמונה הכוללת המתקבלת.⁹² על

JOHN MONEY & ANKE A. EHRHARDT, MAN & WOMAN, BOY & GIRL: THE DIFFERENTIATION AND DIMORPHISM OF GENDER IDENTITY FROM CONCEPTION TO MATURITY (1972).

88 Tamar-Mattis, *Exceptions to the Rule*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 59–62.

89 לימור מעודד-דנון "אינטרסקסואליות" ותהליך "המינינגוף": הפרדוקס של "מין" בגוף 12–16 (מחקר לשם מילוי חלקי של הדרישות לקבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בן-גוריון בנגב – המחלקה לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה, 2011).

90 R. Rajendran & S. Hariharan, *Profile of Intersex Children in South India*, 32 INDIAN PEDIATRICS 666, 669–670 (1995). ראו למשל

91 נעמי ויינטרוב הגישה לילוד עם אברי מין לא ברורים 14 (שנה לא ידועה) (להלן: ויינטרוב הגישה לילוד). ראו גם Lisa Melton, *New Perspectives on the Management of Intersex*, 357 (2001); S.M. Creighton & L.M. Liao, *Changing Attitudes to Sex Assignment in Intersex*, 93 BJU INT'L 659, 659 (2004); Minto et al., לעיל ה"ש 8; Kristin Zeiler & Anette Wickström, *Why Do 'We' Perform Surgery on Newborn Intersexed Children? The*

פי ספרון ההדרכה היחיד הקיים בנושא בעברית, אשר נכתב על ידי פרופסור נעמי ויינטרוב, אנדוקרינולוגית בכירה העוסקת בתחום, הרכיב החשוב ביותר בהחלטה כיום הוא "איכות החיים הטובה יותר שתהיה למטופל בעתיד והזהות המינית המשוערת שלו לכשיגדל, על פי ניסיון עבר במטופלים עם אבחנה דומה".⁹³ עם זאת בפרקטיקה לא פעם המין שייבחר יהיה המין שלו מרב הסיכויים להצליח בניתוח.⁹⁴ בשל מגוון המצבים והתסמונות המנויים תחת הכותרת אינטרסקס קיימים הבדלים במידת הוודאות שחש הצוות הרפואי בעת השיוך המיניגדרי של היילוד, אך הספרות הרפואית מודה כי בכל מקרה קיים חוסר ידע המקשה על שיוך המטופל למגדר שהוא יאמץ בהמשך.⁹⁵ העמדה התומכת בביצוע הניתוחים מוקדם ככל האפשר מתבססת גם על נימוקים משניים שלפיהם מדובר בהליך שהסיכונים הכרוכים בו מועטים והיתרונות רבים. היתרונות המיוחסים להליך זה הם גם רפואיים וגם פסיכולוגיים וחברתיים בשביל הילד ובשביל הוריו.⁹⁶ הגישה המקובלת היא שככל שההליך יבוצע מוקדם יותר הוא לא יותיר טראומה בזיכרונו של הילד, וכך יוכל להתחיל את חייו באחת משתי הזוויות המגדריות

Phenomenology of Parental Experience of Having a Child with Intersex Anatomies, 10 FEMINIST THEORY 359, 359–360, 365–367 (2009).

92 Sara Creighton, *Surgery for Intersex*, 94 JRSM ; 14 עמ' 91, לעיל ה"ש 91, בעמ' 14. 218, 218 (2001).

93 ויינטרוב הגישה לילוד, לעיל ה"ש 91, בעמ' 14.

94 P.D.E. Mouriquand, *Possible* ; 66 בעמ' 5, לעיל ה"ש 5, בעמ' 66. *Tamar-Mattis Exceptions to the Rule Determinates of Sexual Identity: How to Make the Least Bad Choice in Children with Ambiguous Genitalia*, 93 BJU INT'L 1 (2004); Hazel Glenn Beh & Milton Diamond, *An Emerging Ethical and Medical Dilemma: Should Physicians Perform Sex Assignment Surgery on Infants with Ambiguous Genitalia?*, 7 MICH. J. GENDER & L. 1, 17–18 (2000), available at <http://www.hawaii.edu/PCSS/biblio/articles/2000to2004/2000-emerging-ethical-dilemma.html>. כמו כן, לעדותו של Mauro Isaac Cabral, ראו Marcus De Maria Arana, A Human Rights Investigation into the Medical 'Normalization' of Intersex People: A Report of a Public Hearing By the Human Rights Commission of the City & County of San Francisco 37 (Apr. 28, 2005), http://www.isna.org/files/SFHRC_Intersex_Report.pdf דוח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס). קיימת בספרות הרפואית גם עמדה שונה, ולפיה ההחלטה לאיזה מין לשייך את הרך הנולד תלויה בעיקר בגודל אבר המין. ראו Rajendran & Hariharan, לעיל ה"ש 90, בעמ' 670.

95 יורם בייט "מצבי Intersex בילדים ובמתבגרים: הבטים כירורגיים אתיים ומשפטיים" עדכון במיילדות ובגניקולוגיה 54, 15, 15 (2006): "קיימים חלוקי דעות בנושא קביעת הזהות המינית במצבים של Intersex: האם היא נקבעת ביולוגית על ידי גורם גנטי ואנטומי או שהיא מושפעת על ידי החברה והתרבות. לכן לא קיימת המלצה חד-משמעית לגבי הפעולות הניתוחיות ב-Intersex, כך שלא קיימות הנחיות ונוהלים ברורים לגניקולוגיים וכירורגיים".

96 ראו להלן פרק ג.3.

המקובלות.⁹⁷ גישה זו מדגישה את טובת הילד ומבוססת על ההנחה שלפיה יש חשיבות פסיכולוגית רבה לקיומם של אברי מין מובהקים של אחד המינים לצורך פיתוח זהות מינית וזהות מגדרית ברורה. עיקר הטיעון הוא שמראה חיצוני נורמטיבי לצד חברות מגדרי תקין מילדות יובילו להתפתחות "נורמלית" של הילד/ה,⁹⁸ יסייעו בתהליך ההיקשרות הורה-ילד, יאפשרו קבלה חברתית, יקלו במציאת בני זוג בעתיד וימנעו דחייה חברתית ואף השפלה חברתית, או ניצול מיני.⁹⁹ טיעונים אלו ממחישים את הקו הדק המצוי בין הטיעונים הרפואיים-מדעיים לבין הטיעונים החברתיים בהקשר של אינטרסקס.

בשני העשורים האחרונים חלו התפתחויות במדע הגנטיקה ובתחום הרפואה המיילדותית ומעקב ההיריון אשר מאפשרות לזהות חלק מהתסמונות המוגדרות כאינטרסקס עוד בשלבי הגדילה ברחם ולהגדירן "מומים מולדים".¹⁰⁰ התפתחויות אלו הביאו להופעתן של שתי תגובות רפואיות נוספות לאינטרסקס: ביצוע הפסקת היריון בשל המום שאותר¹⁰¹ או במקרים מתאימים, מתן טיפול הורמונלי במהלך ההיריון אשר מגביר את הסיכוי להתפתחות מינית טיפוסית, שתואמת את הסטנדרטים הרפואיים והחברתיים.¹⁰² התערבויות אלו מעלות סוגיות נוספות ומצריכות דיון בהיבטים נוספים.¹⁰³

97 American Academy of Pediatrics, *Timing of Elective Surgery on the Genitalia of Male Children with Particular Reference to the Risks, Benefits, and Psychological Effects of Surgery and Anesthesia*, 97 PEDIATRICS 590-594 (1996); American Academy of Pediatrics, *Evaluation of the Newborn with Developmental Anomalies of the External Genitalia*, 106 PEDIATRICS 138-142 (2006), <http://pedclerk.bsd.uchicago.edu/sites/pedclerk.uchicago.edu/files/uploads/NewbornAmbGenitalia.Pediatrics.2000.pdf> גם לשון נוהל הניתוחים באינטרסקס מבטאת את ההנחה שמדובר בהליך חד-פעמי, ראו להלן פרק ד.1.

98 למאמר המתאר גישה זו ומדגים כיצד היא אינה מבוססת מחקרית באופן מספק ראו Creighton & Liao, לעיל ה"ש 91, בעמ' 661.

99 Tamar-Mattis, *Exceptions to the Rule*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 73-75.
100 נעמי ויינטרוב שגשוג מולד של האדרנל, מינקות לבגרות 12-14 (להלן: ויינטרוב שגשוג מולד של האדרנל).

101 Michal Sagi, Vardiella Meiner, Nurith Reshef, Judith Dagan & Joel Zlotogora, *Prenatal Diagnosis of Sex Chromosome Aneuploidy: Possible Reasons for High Rates of Pregnancy Termination*, 21 PRENATAL DIAGNOSIS 461 (2001); יעל השילוני-דולב "מיהו תינוק רצוי? הפלות סלקטיביות בשל אנומליות בכרומוזומי מין בגרמניה ובישראל" תיאוריה וביקורת 25, 97 (2004).

102 ויינטרוב שגשוג מולד של האדרנל, לעיל ה"ש 100, בעמ' 12-13.
103 כך, הפסקות היריון מעלות שאלות בדבר השפעת העמדה החברתית על מצבים של אינטרסקס במסגרת הטעמים הראויים להפסקת היריון. ראו השילוני-דולב, לעיל ה"ש 101; Sagi et al., לעיל ה"ש 101. ואילו הטיפול בעובר מעלה שאלות בדבר משמעות הטיפול: אם דינו כדין טיפול מונע או ריפוי (בדומה לטיפול במום לבבי), או שמא אף הוא מבטא דחייה חברתית. לדיון דומה בהקשר של מוגבלות ראו Adrienne Asch, *Why I Haven't Changed My Mind About Prenatal Diagnosis: Reflections and Refinements*, in PRENATAL TESTING AND DISABILITY RIGHTS 234 (Erik

שאלות אלו, כבודות משקל ככל שיהיו, הן מחוץ לתחום דיונו של מאמר זה, המתמקד בפרק הזמן אחרי שאדם אינטרסקס יוצא מרחם אמו. עם הזמן התגברו הקולות בקרב הקהילה הרפואית התומכים בשינוי תוך הקשבה לבעיות הטמונות במודל הקיים ופתיחות לדיאלוג עם א/נשים אינטרסקס ובני משפחותיהם.¹⁰⁴ החל משנת 2004 החלה ביקורת האינטרסקס להשפיע השפעה רבה יותר גם על השיח הרפואי, כאשר רופאים באקדמיה האמריקנית לרפואת ילדים הביעו הסתייגות מהטיפול המקובל, ובהם מנתחים שהיו תומכים נלהבים של המודל.¹⁰⁵ בשנת 2005 הוקמה 'ועדת שיקגו', שכללה איגודים מוכרים של רופאי ילדים ואנדוקרינולוגים, לצורך בדיקת הטיפול באינטרסקס. מסקנות הוועדה הציעו גישה פסיכולוגית משלימה לטיפול הכירורגי, אמירת אמת למטופלים, שמירה על הסכמה מדעת ואיסוף נתונים באשר לתוצאות הניתוח. מאמר שהתפרסם לאחרונה מראה כי המלצות הוועדה יושמו בהצלחה רבה למדי ברחבי אירופה.¹⁰⁶ מסקנות הוועדה עדיין תמכו בכך שכל אינטרסקס ישויך למין מסוים באמצעים כירורגיים, אולם רק לאחר הערכת מומחים ותוך הסתת הדגש מקוסמטיקה לפונקציונליות. גם בארץ נראה שגישה זו הולכת ומתבססת, כפי שמעידים ספרי ההדרכה בנושא.¹⁰⁷ בשנת 2006 אימצה אקדמיית רופאי הילדים האמריקאית את המונח "הפרעה בהתפתחות מינית" (DSD – Disorders of Sex Development) כדי לתאר את מצבם של א/נשים אינטרסקס.¹⁰⁸ מונח זה מבקש לבטא עמדה מדעית המתרחקת מביטויים בעלי מטען פוגעני היסטורי, כגון 'הרמפרודיטים' או "אינטרסקס" ומתמקדת בהיבטים פיזיולוגיים ולא בהיבטים מגדריים.¹⁰⁹ עם זאת

Parens & Adrienne Asch eds., (2000). היבטיה האתיים של הסוגיה נבחנו גם בהקשר של הניסיון ליצור טכנולוגיות רפואיות שיקבעו את מין היילוד. ראו נועה גרוסמן "בחירת מין היילוד" רפואה ומשפט 40, 83 (2009).

Justine Marut Schober, *A Surgeon's Response to the Intersex Controversy*, in INTERSEX IN THE AGE OF ETHICS 161 (Alice Domurat Dreger ed., 1998) 104

V. Pasterski, P. Prentice & I.A. Hughes, *Consequences of the Chicago Consensus on Disorders of Sex Development (DSD): Current Practices in Europe*, 95 ARCH. DIS. CHILD. 618 (2010) 105

Peter A. Lee, Christopher P. Houk, S. Faisal Ahmed, Ieuan A. Hughes, *Consensus Statement on Management of Intersex Disorders*, 91 ARCH. DIS. CHILD. 554, 556–558 (2006) 106
שם; לסיכום מסקנות הוועדה ראו
A. Hughes, *Consensus Statement on Management of Intersex Disorders*, 91 ARCH. DIS. CHILD. 554, 556–558 (2006). במחקר זה נבדקו 60 מרכזים ברחבי אירופה אשר דיווחו על כ-6,000 ניתוחים מדי שנה סך הכול. 65% ממרכזים אלו דיווחו על שימוש באלגוריתם רפואי מאבחן: "Diagnostic Algorithm", ר-85% דיווחו כי הם תומכים בפיתוח של אלגוריתם זה. ראו Pasterski & Hughes, לעיל ה"ש 105. אלגוריתם קליני הוא מעין "עץ טיפול" שנועד לסייע למטפל להגיע לאבחון המדויק ולדרך הטיפול הנלווית לו באמצעות שאלות מובילות.

ויינטרוב הגישה לילוד, לעיל ה"ש 91; ויינטרוב שגשוג מולד של האדרנל, לעיל ה"ש 100.

108 להצהרה של אקדמיית רופאי הילדים האמריקאית ראו Lee et al., לעיל ה"ש 106, בעמ' 554–555.

109 Thomas A. Marino, *Embryology and Disorders of Sexual Development*, 53 PERSP. BIOLOGY & MED. 481 (2010). ראו גם דבריו של אריק וילאן, מומחה עולמי החוקר את הגנטיקה

הושמעה ביקורת על המונח משום שהוא ממשיך לראות באינטרסקס תופעה רפואית המוגדרת על ידי מדע הרפואה ואשר הטיפול בה הופקד בידי מערכת הבריאות.¹¹⁰ בנוסף, השימוש במונח "הפרעה" ממשיך להטיל סטיגמה בא/נשים.¹¹¹ לכן הוצע לכל הפחות להחליף את המילה "הפרעה" ב"תסמונת".¹¹²

מחקר מקיף שנערך לאחרונה על ידי ד"ר לימור מעודד-דנון מתאר את הגישה הפרופסיונלית העכשווית להולדת אינטרסקס בישראל.¹¹³ דנון מכנה את תהליך השיוך המיניגדרי תהליך "מינגוף" המתרחש בארבעה שלבים עיקריים: ראשון הוא שלב האבחון, המתרחש בשלבי ההיריון המוקדמים או מיד לאחר הלידה. שלב זה יוביל לרוב להמלצה על הפסקת היריון, או לאחר הלידה – לקביעת המין המיועד של הוולד. השלב השני הוא שלב העיצוב, שבמסגרתו יעוצב הגוף לפי המין הנבחר באמצעות ניתוחים ומתן תחליפי הורמונים. השלב השלישי, שלב המעקב, מתרחש לאחר כינון המין באופן קוסמטי והוא כולל מעקב רפואי צמוד אשר נועד להבטיח כי הגוף מסתגל למין הנבחר, תוך ביצוע תיקונים במידת הצורך. במסגרת המעקב תיבחן גם ההסתגלות הפסיכולוגית למגדר הנבחר, וההורים מודרכים כיצד להכווין את ילדיהם להתנהגות מגדרית מתאימה. רכיב רביעי הוא רכיב הסודיות, הכולל את המלצת הצוות הרפואי להורים שלא לספר למשפחה והסביבה על המצב הגופני הייחודי, ולעתים קרובות אף לא לילדים עצמם לפחות עד גיל ההתבגרות. מסקנתה של דנון היא כי חיייהם של א/נשים אינטרסקס מתאפיינים בדיאלקטיקה תמידית בין גופם לבין ה"סוד".

למרות הביקורת המצטברת כלפי הגישה הרפואית-ניתוחית רוב העוסקים בתחום ממשיכים לדבוק בה. הם מתקשים לקבל את עמדותיהם של א/נשים אינטרסקס ונוטים לייחס זאת לקבוצת שוליים שאינה צריכה להשפיע על דרכי הטיפול המקובלות. האתגר הגדול העומד כיום בפני השיח הרפואי בישראל ובעולם הוא פיתוח גישה חדשה המעודדת הקשבה לא/נשים אינטרסקס ולבני משפחותיהם, ומקבלת את הרעיון שלפיו

19, 18, 5, ישראל אמריקן סיניטיפיק ארטיקל, 2007) sciam.co.il/archives/6266. לפוגענות שבמושג 'הרמפרודיטים' ראו Dregler et al., לעיל ה"ש 83, בעמ' 732; וכן ראו להלן טקסט ליד ה"ש 174.

110 ראו הצהרה של ארגון האינטרסקס הבינלאומי: Curtis E. Hinkle, *Why is OLL Not Using the Term DSD or "Disorders of Sex Development"?*, DSD <http://notadisorder.weebly.com/dsd.html>

111 סאלי, לעיל ה"ש 109.

112 Hinkle, לעיל ה"ש 110.

113 מעודד-דנון, לעיל ה"ש 89. במסגרת עבודת הדוקטור קיימה מעודד-דנון ראיונות עם שמונה אנשים אינטרסקס בוגרים, עשרים ושניים אנשי צוות רפואי ושש אימהות לילדים עם תסמונות שונות הנכללות במושג הגג "אינטרסקס".

ביכולתם של א/נשים אינטרסקס להגדיר את עצמם, לקבל החלטות בנוגע לגופם ולקבוע את גורלם בעצמם.¹¹⁴

2. ביקורת הגישה הניתוחית-רפואית

דייוויד: "אנחנו בלתי ניתנים להתאמה, זו הנקודה. אנחנו מי שאנחנו ושום ניתוח, טיפול הורמונלי או שטיפת מוח לא ישנו זאת. אף על פי שבמשך שנים רבות ניסיתי להתאים לתפקיד מגדרי כלשהו בסיוע של הורמונים וניתוחים, אני עדיין לא מרגיש שם נוח. לבסוף, אני נאלץ להתכונן באמת, האמת שלי, שאומרת שאני מה שאני, לא פחות ולא יותר, ואני לא מה שאינני [...]"¹¹⁵.

כאמור, חלק אינטגרלי מצמיחתו של הקול האינטרסקסואלי היה כרוך בהצמחת חלופה לגישת הניתוח. הביקורות על גישת הניתוח נטועות בניסיון החיים של פעילים אינטרסקס. לעתים הן נתמכות במחקרים מתחומים שונים, ולעתים עצמתן טמונה דווקא בהצבעה על היעדרו של ביסוס מחקרי מספק.

כמו ביקורות אחרות שהשמיעו קבוצות אחרות לפנייה, גם ביקורת האינטרסקס על הגישה הרפואית-ניתוחית נאלצת להתמודד עם הקושי של מערכת הבריאות ואנשי הצוות הרפואי-מקצועי לקבל אותה. קושי זה קשור בחלקו לתפיסות המייחסות לידע הרפואי והמדעי ניטרליות ואובייקטיביות וריחוק מערכים ופוליטיקה.¹¹⁶ אך המחקר הסוציולוגי חשף זה מכבר כי עובדות רפואיות אינן חפות מתלות בהקשרים חברתיים ותרבותיים.¹¹⁷ דוגמה מובהקת לכך הוא השינוי שחל בעשורים האחרונים ביחסה של מערכת הבריאות לקהילת הלהט"ב,¹¹⁸ ששיאו היה בשנת 1973, עם הצלחת המאבק

114 Drew MacKenzie, Anette Huntington & Jean A. Gilmour, *The Experience of People with an Intersex Condition: a Journey from Silence to Voice*, 18 J. CLINICAL NURSING 1775 (2009).

115 Tamar-Mattis, *Exceptions to the Rule*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 110.

116 ביקורת על תפיסה זו אפשר למצוא אצל קון, היסטוריון של המדע אשר חשף את העובדה שביסוד כל ידע מדעי עומדת פרדיגמה, שהיא סדרה של הנחות יסוד וכללי עבודה של מדענים. הפרדיגמה היא קדם-מדעית במהותה. הכרה בקיומן של פרדיגמות מדעיות אין פירושה בהכרח דחיית המדע והאובייקטיביות המדעית, אלא אימוץ השקפה ביקורתית על אופן היווצרותן של תאוריות מדעיות. תומס ס' קון המבנה של מהפכות מדעיות (יהודה מלצר מתרגם, 2005).

117 לדיון בנושא ראו Pauline B. Bart, *Social Structure and Vocabularies of Discomfort: What Happened to Female Hysteria?*, 9 J. HEALTH & SOC. BEHAV. 188 (1968).

118 ראו למשל עמית קמה העיתון והארון – דפוסי תקשורת של הומואים פרק המבוא (2003).

להוצאת ההומוסקסואליות מן ה-DSM, ספר המחלות הפסיכיאטריות.¹¹⁹ מאבקם של א/נשים טרנסקסואלים הביא גם הוא להישגים לא מבוטלים, אשר הקלו עליהם בתהליכים לשינוי מין.¹²⁰ עם הזמן הוסט הדגש מבירור הגורמים לזהות המינית ה"אחרת" ומהגדרתה כמחלה אל עבר בחינת מקור הנורמות החברתיות השוללות אותה.¹²¹ ואל בירור הסיכונים הנשקפים לחבריה בעקבות דיכוי החברתי.¹²² ביקורת האינטרסקס מבקשת אף היא להשפיע על השיח והפרקטיקה הרפואיים. לשם כך היא מבקשת בראש ובראשונה להפריך את תחושת הדחיפות הרפואית שבביצוע ניתוח לקביעת מין בקרב תינוקות אינטרסקס. הגישה המקובלת בקרב הרופאים בישראל כלפי אינטרסקס היא שלידת ילד אינטרסקס היא "מצב חירום רפואי". מעידים על כך דבריה של ד"ר ויינטרוב בספרון ההדרכה שהוציאה:

"עקב הצורך הבסיסי של כולנו בהגדרת מין ברורה ומוחלטת, לידה של תינוק עם אברי מין לא ברורים מעוררת בלבול וחרדה רבה בקרב הצוות המטפל ובני המשפחה. חוסר הבהירות והעדר היכולת לתת תשובה מידית להורים, גורמים לכך שלידה של ילד עם אברי מין לא ברורים נחשבת למצב חירום רפואי ופסיכולוגי, המחייב התערבות רב מערכתית".¹²³

אך כפי שעולה מדבריה של ד"ר ויינטרוב, נראה שמצב החירום הוא נגזרת של מצב ההורים והרופאים ושל מצב היילודים פחות מכך. המחקר הרפואי מראה שאברי המין של א/נשים אינטרסקס לרוב אינם נגועים במחלה ואינם דורשים התייחסות פתולוגית.¹²⁴ ידועה וריאציה אחת שעלולה להתפתח לכדי מצב מסכן חיים, אך מרבית המצבים אינם

119 להפניות למחקר הבוחן את השינויים בקרב פסיכיאטרים עשרים שנה לאחר מכן ראו Gidi Rubinstein, *The Decision to Remove Homosexuality from the DSM: Twenty Years Later*, 49 AM. J. PSYCHOTH. 416 (1995).

120 קריסטה, לעיל ה"ש 59. להתייחסות לאינטרסקס ב-DSM ראו Heino F.L. Meyer-Bahlburg, *Gender Assignment and Reassignment in Intersexuality: Controversies, Data, and Guidelines for Research*, 511 ADVANCES IN EXPERIMENTAL MED. & BIOLOGY 199 (2002).

121 סו ק' המרסמית "גישה סוציולוגית ביעוץ למטופלים הומוסקסואלים ולבני משפחותיהם" לסביות והומוסקסואליות בראי המציאות 19, 19-22 (דלית באום ועדית מרן עורכות, מיכל אסייג מתרגמת, 1999).

122 קלטה ל' דמפסי "בעיות בריאותיות וחברתיות של מתבגרים ומתבגרות הומוסקסואלים, לסביות ובייסקסואלים" לסביות והומוסקסואליות בראי המציאות 11 (דלית באום ועדית מרן עורכות, מיכל אסייג מתרגמת, 1999).

123 ויינטרוב הגישה לילוד, לעיל ה"ש 91, בעמ' 13 (ההדגשה הוספה).

124 Dreger, *A History of Intersexuality*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 352.

כאלה, וגם היא איננה צפויה לקרות בגיל ינקות אלא לעת בגרות.¹²⁵ למעשה, אחת הסיבות לדחיפות הרפואית היא לא סכנה פיזית ליילוד אלא הקושי שמעוררת הסיטואציה בקרב החברה בכללותה ובקרב הצוות הרפואי וההורים.¹²⁶ על פי אחת הביקורות, דווקא דחיית הניתוח לשלב מאוחר יותר, כאשר המנותח בוגר יותר ומפותח יותר מבחינה שכלית, נפשית ומינית, ולאחר שכבר התרחש תהליך של אימוץ מגדר, תביא לתוצאות טובות יותר לא רק מבחינה מנטלית אלא גם מבחינה רפואית.¹²⁷

ביקורת מרכזית נוספת הנוגעת לניתוחים באינטרסקס היא שקיים סיכוי לא מבוטל "לטעות" בפעולת השיוך המיניגדרי, וכי לעתים פעולה זו אף אינה אפשרית כלל. קביעת המין הרצוי נעשית כאמור על סמך מגוון אינדיקציות, אולם המין שייבחר הוא לא פעם זה שלו מרב הסיכויים להצלחה בניתוח. למעשה, גם במצב שבו הניתוח מוצלח מבחינה פיזיולוגית, עדיין קיים סיכוי שהאדם יפתח זהות מיניגדרית הפוכה לזו אשר שויך אליה בילדות.¹²⁸ הסיבה לכך היא שמגדר הוא עובדה חברתית ונפשית אשר אינה נגזרת מן הביולוגיה בהכרח.¹²⁹ עדויות שנאספו מלמדות כי לא מעט א/נשים אינטרסקס חווים אי-התאמה לשיוך המיניגדרי שנקבע להם.¹³⁰ חלקם מעדיפים את המגדר השני ואחרים היעדר הגדרה מגדרית כלשהי.¹³¹ מעיד על כך המקרה של "ברוס", אשר שימש בעבר לביסוס הגישה הניתוחית אך לאחר מכן התברר ככישלון ואף הביא לסיום חייו.¹³² אחד המחקרים המדעיים המקיפים ביותר שנערכו בנושא תומך אף הוא במסקנה זו. המחקר נערך בבית חולים בהולנד ועסק בילדים עם אחת מתסמונות האינטרסקס, הקרויה

125 ראו דיון לגבי מצב זה באתר ISNA – http://www.isna.org/faq/medical_risks/cah; לריון בפתולוגיה של אינטרסקס ראו Sax, לעיל ה"ש 6, בעמ' 177; וכן Wilson & Reiner, לעיל ה"ש 8, בעמ' 365.

126 Ford, לעיל ה"ש 21, בעמ' 477; Katrina Roen, "But We Have to Do Something": Surgical "Correction" of Atypical Genitalia, 14 BODY & SOC. 47, 51–52 (2008); Karen Gurney, Sex and The Surgeon's Knife: The Family Court's Dilemma... Informed Consent and the Specter of Iatrogenic Harm to Children with Intersex Characteristics, 33 AM. J.L. & MED. 625, 631–632 (2007); Beh & Diamond, לעיל ה"ש 94, בעמ' 43–46.

127 Ford, לעיל ה"ש 21, בעמ' 476–477.
128 Tamar-Mattis, *Exceptions to the Rule*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 66; Beh & Diamond, לעיל ה"ש 94, בעמ' 3.

129 David T. Ozar, *Towards a More Inclusive Conception of Gender-Diversity for Intersex Advocacy and Ethics*, in ETHICS AND INTERSEX 17, 20 (Sharon E. Sytsma ed., 2006)

130 ראו את עדויותיהם הרבות של אנשים אינטרסקס ברוח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס, לעיל ה"ש 94, בעמ' 29–47; מעודד-דנון, לעיל ה"ש 89, בעמ' 19–20.

131 Sharon E. Preves, *For the Sake of the Children: Destigmatizing Intersexuality*, in INTERSEX IN THE AGE OF ETHICS 51 (Alice Domurat Dreger ed., 1998) (the Sake of the Children).

132 ראו לעיל טקסט בצמוד לה"ש 87–88; Tamar-Mattis, *Exceptions to the Rule*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 59–62.

CAH (Congenital Adrenal Hyperplasia). אף על פי שכל הילדים נותחו בחודשים הראשונים לחייהם, ועל אף טיפול נפשי מתמשך שכל תכליתו להבטיח את התאמת המטופלים למין ה"נכון", מדווח כי 13% דחו את המגדר שנקבע להם (מה שהוגדר על ידי החוקרים כ"הפרעה בזהות מגדר") ו-46% גילו התנהגויות שאינן נופלות בגדר הציפיות של החוקרים מהמגדר שהצוות הרפואי קבע ("תפקוד מגדרי סוטה").¹³³ במקור רפואי נוסף נטען כי ילדים אינטרסקס צפויים יותר לחוש זרות וניכור כלפי המין שנבחר בשבילם בלידתם מאשר כלל האוכלוסייה.¹³⁴ הקושי העולה מביקורת זו אפוא הוא לא רק בדבר "טעות בזיהוי או בשיוך" אלא בדבר עצם היכולת לבצע שיוך כלשהו, לפחות בקרב חלק מהאנשים שהם אינטרסקס.

ביקורת נוספת מצביעה על מורכבות ההליך הרפואי של שיוך מיניגדרי: הטיפול באנשים אינטרסקס נמשך לאורך החיים ואינו מתמצה בפעולה כירורגית יחידה. הוא כולל טיפול הורמונלי מתמשך, המשך מעקב התפתחותי, ואפשר שיהיה כרוך בכמה ניתוחים.¹³⁵ ההנחה בדבר פשטות ההליך, אשר מועברת גם להורים, היא למעשה חלק מאותה הנחה רחבה יותר ש"תופעת האינטרסקס" ניתנת לטיפול, לריפוי ול"העלמה", ושאנשים אינטרסקס שעברו ניתוח בילדותם חדלים מלהיות אינטרסקס. אך מורכבות ההליך הרפואי חותרת תחת הנחת הפשטות של הליך השיוך המיניגדרי. התמשכות הממשק עם מערכת הבריאות מעידה שנרמול הגוף והזהות האינטרסקסואלית מצריכים פיקוח רפואי מתמיד.

טענה אחרת היא שהניתוח אינו מממש את ההבטחה לגופניות "נורמלית", וכי לעתים הוא בעצמו גורם לנזק. הרעיון הטמון בבסיס הניתוח הוא שמראה "נורמלי" של אברי מין יביא להתפתחות משוללת תחושת חריגות, אך אנשים אינטרסקס רבים מדווחים על המשך קיומו של שוני פיזיולוגי ניכר.¹³⁶ פעמים רבות הניתוח יוצר אברי מין מצולקים ולא מתפקדים, המצריכים מעקב רפואי וטיפול המשך.¹³⁷ הוא עלול גם לפגום

Froukje M.E. Slijper, Stenvert L.S. Drop, Jan C. Molenaar & Sabine M.P.F. de Muinck 133
Keizer-Schrama, *Long-Term Psychological Evaluation of Intersex Children*, 27 ARCHIVES
SEXUAL BEHAV. 125 (1998).

CLINICAL GUIDELINES FOR THE MANAGEMENT OF DISORDERS OF SEX DIFFERENTIATION 134
IN CHILDHOOD 25–26 (2006) <http://www.accordalliance.org/dsdguidelines/htdocs/clinical/index.html>;
מנגד טוענת ד"ר נעמי ויינטרוב כי רק "במקרים נדירים ההחלטה יכולה להיות מוטעית, והבוגר ירצה להחליף את מינו". ויינטרוב הגישה לילוד, לעיל ה"ש 91, בעמ' 14.

Tamar-Mattis, *Exceptions to the Rule* 135
לעיל ה"ש 5, בעמ' 70. למאמר המציג את שיטות הטיפול המודרניות באינטרסקס, ראו Creighton & Liao, לעיל ה"ש 91.

ראו בין היתר את עדויותיהם הרבות של אנשים אינטרסקס ברוח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס, לעיל ה"ש 94, בעמ' 29–47. דיון בנושא מפרסקטיבה פסיכולוגית ניתן למצוא ב: KATRINA KARKAZIS, *FIXING SEX: INTERSEX, MEDICAL AUTHORITY AND LIVED EXPERIENCE* (2008).

Ford, לעיל ה"ש 21, בעמ' 483.

בהנאה המינית ובתחושה העצבית ולפגוע בפוריות, לעומת האברים המקוריים שהיו בריאים במובנים אלה.¹³⁸ כל אלו, לצד המעקב הרפואי החודרני המתמשך וההסתרה והסודיות המלוות את הנושא, עשויים ליצור ניכור גופני בקרב א/נשים אינטרסקס ותחושה שגופם "חולה" או "פגום".

קיימות עדויות שהניתוח אינו משיג גם את מטרותיו החברתיות-פסיכולוגיות.¹³⁹ א/נשים אינטרסקס שנותחו חווים פעמים רבות קשיים פסיכולוגיים שמקורם בסיבות מגוונות: חשיפה ממושכת של אברי המין לאנשי מקצוע;¹⁴⁰ קושי בהסתרת אברי מין מנותחים בעלי צורה חריגה; קשיים ביצירת קשרים רומנטיים, אשר קשורים בחלקם לטיפולים הרפואיים שעברו;¹⁴¹ התמודדות עם סממנים חיצוניים נוספים של אינטרסקס, כגון גובה נמוך וכפות ידיים קטנות בקרב גברים, או קול עבה ומראה כללי גברי בקרב נשים.¹⁴² למרות כל זאת, בשל אמונתה באמצעים ניתוחיים בלבד, הגישה הניתוחית אינה מערבת בתהליך אנשי בריאות הנפש שיתמכו בהורים ובילד.¹⁴³ התוצאה היא שההסתרה והסודיות יוצרות במקרים רבים פחד וחוסר ידיעה, ולעתים מעצימות תחושות של בושח וסנאה עצמית.¹⁴⁴ מחקרה המקיף של דנון מעיד אף הוא על מרכזיות הסוד

138 שם, בעמ' 484; דוח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס, לעיל ה"ש 94, בעמ' 20–21. דוגמה לכך נמצאת בפרקטיקה של כריתת דגדגן מוגדל אשר תוצאתה עשויה להיות פגיעה בהנאה המינית. רופאים ופסיכיאטרים אשר תומכים בכך סבורים כי המטרה העיקרית היא לייצר גינה בעלת מראה ותפקוד "נורמלי" ולא לשמור על ההנאה המינית. ראו, Peter Hegarty, *Intersex Activism, Feminism and Psychology: Opening a Dialogue on Theory, Research and Clinical Practice*, 10 FEMINISM & PSYCHOL. 117 (2000). למחקר המתאר את ההשפעות האפשריות של הניתוח על התפקוד המיני ראו, Minto et al., לעיל ה"ש 8.

139 Tamar-Mattis, *Exceptions to the Rule*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 72–74; ראו גם את מחקרה של לימור מעורד-דנון, המביא את סיפוריהם של שישה אנשים אינטרסקס בישראל: מעורד-דנון, לעיל ה"ש 89, בעמ' 125–176.

140 Alison Davidian, *Beyond the Locker Room: Changing Narratives on Early Surgery for Intersex Children*, 26 WIS. J.L. GENDER & SOC. 1, 8–9 (2011); Samantha S. Uslan, *What Parents Don't Know: Informed Consent, Marriage, and Genital-Normalizing Surgery on Intersex Children*, 85 IND. L.J. 301, 306–311 (2010).

141 Uslan, שם; דוח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס, לעיל ה"ש 94, בעמ' 19.

142 CATHERINE HARPER, INTERSEX 20–21: לתיאור חוויות של חריגות גופנית חיצונית ברוח זו ראו: (2007).

143 Esther Morris Leidolf, Megan Curran, Scout & Judith Bradford, *Intersex Mental Health and Social Support Options in Pediatric Endocrinology Training Programs*, 54 J. HOMOSEXUALITY 233 (2008).

144 Preves, *For the Sake of the Children*, לעיל ה"ש 131. ראו גם את דבריה של ד"ר ג'ודית גדליה, מנהלת היחידה לנייר-פסיכולוגיה בשערי צדק, הטוענת כי אנשים אינטרסקס מפתחים תסמינים של אנשים שעברו התעללות מינית בשל הפלישות החוזרות ונשנות לגופם: דקלה קפקא "המין השלישי" הארץ – בריאות 25.7.2005 1.1030340 www.haaretz.co.il/news/health/1.1030340.

בחייהם של א/נשים אינטרסקס בוגרים ושל הוריהם, והוא כולל סיפורים אישיים מטלטלים הממחישים את הקשיים שעמם הם מתמודדים ואת אופני ההתנגדות שהם מפתחים לשיוך המיניגדרי שנכפה עליהם.¹⁴⁵

3. בין טובת ההורים לטובת האדם אינטרסקס

הגישה הרפואית-ניתוחית מבטאת אמונה "מדעית" בקיומו של "מין אמת" וביכולת לאתרו ולתקנו. בדיון שלעיל עסקנו בנימוקים התומכים בגישה זו הקשורים בטובת הילד. בחלק זה נרחיב בעניין טובת ההורים. הטענה המקובלת בהקשר זה היא כי שיוך מיניגדרי ברור בשלבים מוקדמים יסייע להורים ביכולת ההיקשרות שלהם לילד ויקל על אינטראקציות פנים-משפחתיות וחברתיות הקשורות בילד,¹⁴⁶ וכי פגיעה בהיקשרות זו תפגע גם בילד עצמו מבחינה פסיכולוגית.¹⁴⁷ לטענתנו, משקל רב מוענק במסגרת הגישה הרפואית לשיקולים שמקורם בקשיי ההורים להתמודד עם אי-הבהירות הכרוכה באינטרסקס ובהשפעת קשיים אלה על יחסיהם עם ילדם. לעתים נדמה כי בעידן הנוכחי הנימוקים הפסיכולוגיים הקשורים ביחסי הורה-ילד הפכו להיות הנימוקים העיקריים להצדקת הניתוח.¹⁴⁸

אכן, קושי ההורים להתמודד עם השונות של ילד/תם הוא כן ואמתי, אך הפתרון שנמצא לו – בדמות ניתוח מוקדם – מעלה קשיים אף הוא: ראשית, הוא מניח שטובת הילד/ה מתמזגת עם טובת ההורים ומתעלם מהאינטרסים השונים של כל אחד מהם; שנית, הוא מניח שלהורים יש הכלים והיכולת לקבל הכרעה בדבר השיוך המיניגדרי ובדבר ביצוע ניתוח בלתי הפיך בעת שהם עצמם מצויים במצב של חרדה ואי-ודאות קיצונית; שלישית, הוא מוביל לעתים לכך שהורים אינם מקבלים את מלוא המידע כדי לקבל החלטה מושכלת.

העדויות שנאספו מלמדות כי בחברה הנוכחית לא מעט הורים לילדים אינטרסקס חווים תחושה של בלבול קיצוני הנובעת מאי-הבהירות באשר לזהותו המיניגדרית של ילדם, מהחשש ממה שצופן לו העתיד, החשש מהשפעת המצב החדש על המשפחה

145 מעודד-דנון, לעיל ה"ש 89.

146 Lee et al., לעיל ה"ש 106, בעמ' 557; Katherine Rossiter & Shonna Diehl, *Gender Reassignment of Children: Ethical Conflicts in Surrogate Decision Making*, 24 PEDIATRIC NURSING 59 (1998).

147 Roen, לעיל ה"ש 126, בעמ' 48–51.

148 בספרון ההדרכה שכותרתו "הגישה לילוד עם אברי מין לא ברורים", מצוין כי "חשוב לדעת שבחברה שלנו השיוך המגדרי (האם מדובר בן או בת), חשוב ביותר להורים" (ההדגשה הוספה) (ויינטרום הגישה לילוד, לעיל ה"ש 91, בעמ' 1). בהמשך מצוין כי "אחד הדברים החשובים בגידול ילד הוא קבלת ההורים ורוב אנשי המקצוע טוענים שהורים צריכים הגדרה מינית ברורה של ילדם, אחרת יהיה להם קשה לקבלו ואז הנזק המשני הפסיכולוגי בגידולו יהיה גדול יותר" (ההדגשה הוספה) (שם, בעמ' 14).

והחשש מתגובת החברה. הורים רבים מופתעים הן מעצם קיומם של א/נשים אינטרסקס והן מהעובדה שילדם הוא כזה.¹⁴⁹ הורים אלה מצויים בקונפליקט בין הגנה על הילד מפני החברה לבין התאמתו אליה.¹⁵⁰ רובם חשים בושה חברתית, ולכן בוחרים להסתיר מסביבתם הקרובה את היות ילדם אינטרסקס, ואף ממנו עצמו. גם נציגי המסד הרפואי ממליצים לעתים על הסתרה ועל שקרים מתוך אמונה שהם עדיפים על פני האמת.¹⁵¹ על אף קיומם של נימוקים נוספים לביצוע הניתוחים ביילודים אינטרסקס,¹⁵² תשומת הלב הרבה הניתנת למצוקות ההורים מעלה את החשש שהצורך בניתוח מעוגן כיום בצרכים הפסיכולוגיים של ההורים ופחות במצבם הפיזי-אובייקטיבי של היילודים, בצורכיהם הרפואיים ובטובתם הכוללת של א/נשים אינטרסקס.¹⁵³

הגישה הניתוחית-רפואית מספקת להורים מוצא בדמות פתרון רפואי קל וברור יחסית למצב המורכב שעמו הם צריכים להתמודד. מלבד העובדה שהפתרון אינו קל וברור, השאלה היא אם באמת הורים יכולים להחליט בשביל ילדיהם אם לעבור ניתוח שתוצאותיו אינן ודאיות ואינן הפיכות. טענה מרכזית בעניין זה היא שההורים מצויים בניגוד עניינים מובנה, והמצוקה הרגשית והחששות שבהם נתונים הורים לילדים אינטרסקס משבשים את תהליך שקילת האינטרסים העצמאיים של ילדם.¹⁵⁴ סוזן קסלר שאלה במחקרה גברים בוגרים אם היו מעדיפים לשנות את מינם לו היו נולדים עם פין קטן מאוד (micropenis), ובמקביל שאלה נשים לו היו נולדות עם דגדגן מוגדל (large clitoris), אם היו מעדיפות שיקוצר בניתוח. רוב הנשים והגברים הבוגרים השיבו בשלילה, אולם כאשר נדרשו להכריע שוב בשאלה אם היה מדובר בילדיהם, תשובותיהם השתנו. נראה שהצורך להגן על היילוד הביאם להכרעה שונה משהיו רוצים לעצמם.¹⁵⁵ הדבר מעלה תהיות גם בדבר יכולתם לתת הסכמה מדעת לניתוח בשם ילד/תם בעודם מצויים בהשפעתה החזקה של ההבניה החברתית-תרבותית ובלחץ רפואי וסביבתי לבחור באופציית הניתוח.¹⁵⁶ יתרה מכך, למרות הקשיים הרגשיים והפסיכולוגיים שעמם

149 Zeiler & Wickström, לעיל ה"ש 91, בעמ' 364–367. ויינטרוב הגישה לילוד, לעיל ה"ש 91, בעמ' 1, 13, 14; מעודד-דנון, לעיל ה"ש 89, בעמ' 86–108; ראו גם עדויות של בני משפחה ברוח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס, לעיל ה"ש 94, בעמ' 47–50.

150 Samantha Murray, *Within or Beyond the Binary/Boundary? Intersex Infants and Parental Decisions*, 24 AUSTL. FEMINIST STUD. 265, 270–271 (2009).

151 לעדויות של הורים בעניין זה ועניינים אחרים ראו דוח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס, לעיל ה"ש 94, בעמ' 47–50. ראו גם מעודד-דנון, לעיל ה"ש 89, בעמ' 86–117.

152 ראו לעיל פרק ג.1.

153 ראו גם: מעודד-דנון, לעיל ה"ש 89, בעמ' 20.

154 Uslan, לעיל ה"ש 140, בעמ' 303, 309.

155 Alyssa Connell Lareau, *Who Decides? Genital-Normalizing Surgery on Intersexed Infants*, 92 GEO. L.J. 129, 143 (2003).

156 ראו דיון להלן פרק ד.2.(א).

מתמודדים ההורים הדגש הביולוגי-פיזיולוגי המאפיין את הגישה הרפואית-ניתוחית גורם להזנחת היבטים רגשיים בתהליך ופוגע ביכולת ההתמודדות של ההורים עם המצב. לעתים דווקא המודעות לקשיי ההורים גורמת לרופאים להמעיט במידע, להסתיר מידע או להימנע ממתן הסברים כאשר לחלופות אפשריות.¹⁵⁷ בעבר גרמו גישה פטרנליסטית רפואית ועמדות שליליות כלפי אינטרסקס לרופאים להחליט על קיום ניתוח בלא כל התייעצות עם ההורים או יידוע שלהם.¹⁵⁸ אותם רופאים הסבירו להורים כי מדובר בטיפול שגרתי והסתירו את תוצאת האבחון ומהות הטיפול. כיום גישה זו אינה מקובלת ונחשבת ללא מוסרית.¹⁵⁹ אך הכתיבה בתחום מתארת מציאות מורכבת. אמנם ברוב המקרים ההורים מיודעים על המצב של בנם או בתם, והם מתבקשים להחליט אם לנתח, אך כמות המידע שנמסר להם וגיוונו משתנים מאוד ממקרה למקרה.¹⁶⁰ הורים רבים דיווחו כי פעמים רבות לא יודעו באופן מלא כאשר לסיכונים הטמונים בהליך ובדבר חוסר הוודאות של הצלחתו.¹⁶¹ לעתים המידע החסר בדבר משמעות האבחון והטיפול הנבחר מגביר את מצוקתם.¹⁶² לעתים הטרמינולוגיה הנקטת, הנחות הבסיס והשיפוטיות המובלעת בהסברים מאיינים הלכה למעשה כל אפשרות לבחור בחלופות לטיפול הרפואי המקובל.¹⁶³ חלק מההורים דיווחו גם שחשו לחץ מצד הסגל הרפואי

- Ford 157, לעיל ה"ש 21, בעמ' 487-488.
- Gurney 158, לעיל ה"ש 126, בעמ' 632; Tamar-Mattis, *Exceptions to the Rule*; לעיל ה"ש 5, בעמ' Sarah Creighton & Catherine Minto, ; בעמ' 43-46; Beh & Diamond, לעיל ה"ש 94, בעמ' 85-87; *Managing Intersex: Most Vaginal Surgery in Childhood Should be Deferred*, 323 *BMJ* 1264, 1265 (2001). ראו למשל את סיפורו של משה (שם בדוי): ליאת שלזינגר "המין השלישי: היציאה מהארון של האינטרסקס" *NRG* – חדשות 13.5.2011 www.nrg.co.il/online/1/ART2/13.5.2011 – בכתבה מצוטטת תרשומת רפואית, ולפיה: "לא מצאנו הצדקה וטעם לזעזע את ההורים ולהודיעם העובדות שמצאנו". לעדויות רבות נוספות ראו דוח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס, לעיל ה"ש 94, בעמ' 18-19, 47-50.
- Anne Tamar-Mattis, *Medical Decision-Making and the Child with a DSD*, 159 *ENDOCRINE TODAY* (10.11.2008), <http://www.endocrinetoday.com/view.aspx?rid=3254>
- Tamar-Mattis, *Exceptions to the Rule*; לעיל ה"ש 5, בעמ' 65.
- Ozar 160, לעיל ה"ש 129, בעמ' 18; מעורר-דנון, לעיל ה"ש 89, בעמ' 114.
- Beh & Diamond 161, לעיל ה"ש 94, בעמ' 36-57; אגודת האינטרסקס של צפון אמריקה ISNA אף יצרה שאלון לדוגמה שאותו יוכלו הורים להציג לצוות הרפואי, ראו *Tips for Parents*, ISNA (9.7.2004), http://www.isna.org/articles/tips_for_parents.
- Leidolf et al. 162, לעיל ה"ש 143, בעמ' 235. כך מספרת נדיה (פעילת אינטרסקס) בריאיון עמה: "אימא לא הבינה עברית והסבירו לה שזה ניתוח לטיפול באשך תמיר. ההורים זוכרים שלושה ניתוחים אבל לא ידעו מה היה בדיוק". ריאיון עם נדיה, אישה אינטרסקס (22.12.2009).
- J. David Hester, *Intersex(es) and Informed Consent: How Physicians' Rhetoric Constrains Choice*, 25 *THEORETICAL MED.* 21 (2004). כך למשל השימוש בטרמינולוגיה של "תיקון" מגביר את נטייתם של ההורים להסכים לקיומו של הניתוח. ראו Ford, לעיל ה"ש 21, בעמ' 487.

לקבל החלטה במהירות.¹⁶⁴ התוצאה היא פגיעה בקבלת ההחלטה האוטונומית על ידי ההורים.

מכלול הנימוקים הקשורים בטובת ההורים המשתתפים בהכרעה בדבר נחיצות הניתוח ובדבר קביעת המין חושפים אף הם את היסוד החברתי שבבסיס הגישה הרפואית-ניתוחית לאינטרסקס ואת הקשרים ההדוקים שבין שימור הסדר החברתי לבין שימור הסדר המיניגדרי.¹⁶⁵ ניכר שהנורמה החברתית השלטת היא המועדפת, למרות הביקורת המופנית כלפיה, בהנחה שקל יותר לשנות את האדם האינטרסקס ולהתאימו לנורמה החברתית מאשר לשנות את הנורמה החברתית.

4. מ"מצב חירום רפואי" לאורך רוח חברתי

לסיום חלק זה של ביקורת הגישה הרפואית חשוב להבהיר שאין בנמצא מחקר מקיף ומהימן המשווה את מצבם של א/נשים אינטרסקס שעברו ניתוח לאלו שלא. הטענות נגד הגישה הניתוחית מתבססות על עדויותיהם של אלו שנפגעו מהפרקטיקה הנוהגת, אולם אין מידע מקיף בדבר עמדותיהם וחוויותיהם של כלל הא/נשים האינטרסקס.¹⁶⁶ מצב זה מעורר חשש שאותם פעילים המתנגדים לפרקטיקה הם מיעוט, וכי יש רבים שהפרקטיקה מיטיבה עמם אך קולם אינו נשמע. עם זאת במצב הנוכחי רבים אינם יודעים שהם אינטרסקס ומצויים במשטר סוד שאינו מאפשר להם להיות מודעים למצבם או שמקשה עליהם ביציאה נגד הטיפול שעברו או נגד הנורמה החברתית שבשמה עברו טיפול זה. נדמה כי ההישג הגדול ביותר של ההתנגדות לגישת הניתוח התרחש לאחרונה, כאשר בעת כתיבת שורות אלו פרסם האו"ם דוח של הדרווח המיוחד לנושא עינויים המגנה את הפרקטיקה של ניתוחים בתינוקות אינטרסקס.¹⁶⁷ הגינוי נעשה במסגרת דוח מיוחד

164 דוח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס, לעיל ה"ש 94, בעמ' 47-50.
165 בישראל ד"ר נעמי ויינטרוב מנמקת את הצורך בניתוח בגיל הינקות בכך ש"התרבות שלנו מכירה בשלב זה בקיומם של שני מינים". ויינטרוב הגישה לילוד, לעיל ה"ש 91, בעמ' 14.

166 הגישה הרווחת אינה מגובה במחקר פסיכולוגי המעיד שהיא אכן מועילה למצבו הנפשי של האדם בבגרותו. ראו מסקנות מעדויות הרופאים בדוח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס, לעיל ה"ש 94, בעמ' 53-54. כמו כן רוב האנשים אינם מצויים במעקב אחר מצבם הנפשי והרגשי, בין שנותחו ובין שלא. Creighton, לעיל ה"ש 92, בעמ' 219; ביט, לעיל ה"ש 95, בעמ' 15 ("ככלל, קיים יחסית מעט מידע אודות הפעולות הכירורגיות והמעקב הפסיכולוגי אחר מטופלים שעברו כירורגיה בגלל מצבי Intersex, ועוד פחות בארצות מתפתחות"). מחקרה האיכותני של לימור מעורד-דנון הוא סנונית ראשונה למחקר מסוג זה בישראל, שכן הוא מתמקד בחוויית החיים כאינטרסקס בוגר בישראל. הוא חושף את השלכות הגישה הרפואית על אנשים אינטרסקס בישראל ואת הקשיים שעמם הם מתמודדים. ראו מעורד-דנון, לעיל ה"ש 89.

167 *Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment A/HRC/22/53 (1/2/2013), available at http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.53_English.pdf?utm_source=AIC+mailing+list&utm_campaign=0940e5a7fc-&utm_medium=email*

שנערך על פי אמנת האו"ם נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים ואשר יוחד ליחס אכזרי ועינויים המתרחשים במסגרת מוסדות בריאות לפי מדיניות בריאות מקובלת או בהיעדר פיקוח ואסדרה מספיקים. הדוח גינה את הנטייה לבצע טיפולים וניתוחים בא/נשים אינטרסקס שתוצאתם "שיוך מגדרי בלתי הפיך, עיקור כפוי ונרמול אברי מין שלא מרצון, שלא בהסכמה מדעת, [...] במטרה 'לתקן את מינם', תוך השארתם במצב של עקרות קבועה ובלתי הפיכה וגרימת סבל נפשי חמור".¹⁶⁸ הדוח קרא להעניק תשומת לב רבה יותר ליישום כללי ההסכמה מדעת בקרב קבוצות פגיעות, כגון א/נשים עם מוגבלויות וקבוצות מיעוט על רקע מיני ומגדרי, כולל אינטרסקס ולהימנע משימוש בדוקטרינה של "מצב חירום רפואי" כדי להצדיק טיפולים אלה. לסיום קרא הדווח למדינות לערוך את השינויים הנדרשים בחקיקה כדי למנוע קיומן של פרקטיקות אלו. על המדינות למלא את חובתן להסדיר, לשלוט ולפקח על הנעשה במסגרת שירותי בריאות ולמנוע נזקים שהם תוצר של טיפול לא ראוי.¹⁶⁹

התפתחות זו מחזקת את טיעוננו שלפיו גם אם מצב הדברים מבחינת המחקר הרפואי והפסיכולוגי הוא של היעדר תמיכה מדעית חד-משמעית הן לגישת הניתוח והן לגישת ההשהיה או ההימנעות מניתוח, התחזקותה של גישת זכויות האדם מעלה ספקות בדבר תפקידם המרכזי של המדע והרפואה בעיצוב היחס החברתי לאינטרסקס. לפיכך אי-הבהירות האמפירית איננה שומטת את הקרקע מתחת לטיעוננו. עמדתנו כלפי המצב החברתי-משפטי-רפואי הראוי נובעת מגישה נורמטיבית המדגישה את החשיבות שבקיומו של מגוון גופני ומיניגדרי ומאמונה בזכותו של אדם לעצב את גורלו ואת זהותו המיניגדרית. המסקנה העולה מן הדברים היא כי אינטרסקס אינו מצב חירום רפואי ואינו מצדיק את שלילת ההסכמה מדעת.¹⁷⁰ לדעתנו יש להגדיר מצב זה מחדש ולאמץ גישה חלופית המושתתת על אורך רוח חברתי וסובלנות כלפי המגוון המיניגדרי הקיים בעולם.

ד. ביקורת הוראות נוהל הניתוחים באינטרסקס

ביקורת הנוהל שלהלן נבנית על ביקורת החברה והתרבות ועל ביקורת מערכת הבריאות שהצגנו בפרקים הקודמים, ומוסיפה עליהן נדבך נוסף של ביקורת משפטית הבוחנת את הנוהל כטקסט משפטי-רגולטיבי בעל רבדים נורמטיביים, נרטיביים, דוקטרינריים

168 שם, בעמ' 18–19 (תורגם על ידי המחברות).

169 שם, בעמ' 21–23.

170 Ford, לעיל ה"ש 21, בעמ' 475–477; Lareau, לעיל ה"ש 155, בעמ' 135–136; Erin Lloyd, *From the Hospital to the Courtroom: A Statutory Proposal for Recognizing and Protecting the Legal Rights of Intersex Children*, 12 CARDOZO J.L. & GENDER 155, 172–173 (2005).

ואתיים. בפרק זה נבקש לבחון את תפקידו של המשפט במארג היחסים שבין החברה, הרפואה והמשפט ואת חלקו בעיצוב היחס לאינטרסקס. מחקרנו העלה שאיתור ותיאור יחסו של המשפט הישראלי לאינטרסקס חמקמקים במיוחד. אינטרסקס נעדר מן המשפט כמושג, כקטגוריה, כקבוצה מופלית או כמאפיין של פרטים בחברה. סקירת הפסיקה והחקיקה בישראל, בכל הערכאות והרבדים הנורמטיביים, מגלה היעדר מוחלט המעיד על הדומיננטיות בשטח של הגישה הניתוחית, שתוצאתה היא מחיקת הזוהות האינטרסקסואלית כזהות אינדיווידואלית וקולקטיבית. היעדר זה מעיד על עצמת הדחייה החברתית והתרבותית כלפי אינטרסקס: על הסטיגמה, ההסתרה, השתיקה וההכחשה המביאות לכך שאנשים אינטרסקס אינם נוכחים בשיח הציבורי. לכאורה מדובר בהצלחה. למעשה מדובר בהכחשה ובהדחקה עמוקות שתוצאתן רכאנית.

במבט ראשון, חלקו של המשפט בעיצוב היחס החברתי לאינטרסקס נראה מינורי ביותר. כאמור, ההתייחסות המפורשת היחידה לאינטרסקס במשפט הישראלי היא במסמך פנימי של משרד הבריאות, שיצא בשנת 1986, ואשר עוסק הן בניתוחים באנשים טרנסקסואלים והן באנשים אינטרסקס.¹⁷¹ חלק ב של הנוהל עוסק ב"ניתוחים לתיקון פגמים במצב של הרמפרודיטיזם ודומיהם", ואורכו הוא שלוש פסקאות קצרות בלבד.¹⁷² בחינה מעמיקה יותר מגלה שדווקא היעדרו של המשפט מעיד על תפקידו החשוב הפוטנציאלי. כפי שמיד נראה, ההסדרה הרופפת המצויה בנוהל הקיים אינה נותנת ביטוי למורכבות הנושא. אכן, למשפט יש היכולת והכלים להציב גבולות וליצור הסדרים אשר מבטיחים את זכויותיהן ואת צורכיהן של קבוצות שונות. עם זאת בהקשר של ניתוחים אינטרסקס לא נעשה עד כה כל שימוש בכלים שהמשפט מציע. מי שמתווים את דרך ההתייחסות לאינטרסקס הם המוסכמות החברתיות והמסד הרפואי. התוצאה היא שאנשים אינטרסקס אינם נהנים מהגנת המשפט אף על פי שיש ביכולתו לעשות כן בעזרת כלים מתחום הזכויות החוקתיות, זכויות במערכת הבריאות וזכויות של קבוצות מיעוט חברתיות.

הדיון שלהלן יציע קריאה ביקורתית של הנוהל. בשל חשיבותו ומשום שאיננו תמיד בר השגה נביא כאן את הנוהל ככתבו וכלשונו:

171 אין בידנו להרחיב במסגרת ביקורת זו באשר לחלק בנוהל העוסק בטרנסקסואלים אלא בהקשרים השוואתיים מתבקשים אל מול נוהל הניתוחים באינטרסקס. ניתוח כזה אפשר למצוא במכתב מיובל לבנת, עורך דין, לחברי הוועדה לבחינת הנוהל לביצוע ניתוחים לשינוי מין (7.1.2009) www.tau.ac.il/law/clinics/files-for-clinikan/200919trgender.doc. לביקורת יחס המשפט לטרנסג'נדריות ראו גרוס, לעיל לעיל ה"ש 60.

172 נוהל ניתוחים באינטרסקס, לעיל ה"ש 9.

תיקון פגמים במצבים של Hermaphroditism

הניתוחים המבוצעים במקרים של (pseudo ו-true) Hermaphroditism ומקרים אחרים של פגמים בייצור ההורמונלי התקין, מטרתם להגביר ולחזק את מינם הגנטי של המנותחים מבחינת סימני המין המשניים וכו', ולא לשם שינוי מינו של המנותח.

ניתוחים מסוג זה אינם מבוצעים [כך במקור] על-סמך אינדיקציה פסיכיאטרית, אלא במקרים בהם קיימת אינדיקציה בהסתמך על שינויים גנטיים – הורמונאליים או כרומוסומליים.

מובן כי על המועמד לניתוח כנ"ל לחתום על טופס הרגיל הנהוג להסכמה לניתוח, לאחר קבלת הסברים מתאימים, כמקובל בכל ניתוח אחר.

הנוהל הוא מסמך פנימי של משרד הבריאות, מעמדו כשל הנחיות פנימיות, והוראותיו מחייבות אפוא את כל אנשי הצוות הרפואי והטיפולי במערכת הבריאות הציבורית.¹⁷³ בהיותו המדיניות הממשלתית היחידה בנוגע לאינטרסקס הוא מתווה את התנהגותם ויחסם של רופאים ושאר אנשי מערכת הבריאות כלפי א/נשים אינטרסקס. עם זאת אופיו המינימלי של הנוהל אינו מתווה גבולות או אפשרויות פעולה אלא מותיר חופש פעולה נרחב בידי הצוות הרפואי בשטח. יתרה מכך, הנוהל מגדיר את הפרקטיקה הניתוחית כדרך המקובלת להתייחס לאינטרסקס, הוא מכשיר את עצם קיומה ואת אופן ביצועה ובכך הופך למשתתף פעיל ב"העלמה" ובהשתקה של א/נשים אינטרסקס ושל סוגיית האינטרסקס כסוגיה חברתית-תרבותית. בכך נוצרת מעין שותפות בין המשפט למערכת הבריאות, שותפות אשר משקפת את העמדות החברתיות כלפי האינטרסקס אך בד בבד גם מכוננת אותן ומנציחה אותן. נראה כי מערכת הבריאות ומערכת המשפט פועלות כמנגנונים חברתיים משלימים אשר משקפים, אוכפים ומשעתקים את הסדר החברתי, לרבות ההייררכייה המיניגדרית.

1. לשון הנוהל

לשון הנוהל איננה ניטרלית מבחינה ערכית, ואף היא משתתפת בתהליכי כינון המשמעות של אינטרסקס. המונח הרפואי העומד במרכז הנוהל הוא "הרמפרודיטיזם", מונח אנאכרוניסטי שכמעט שאינו בשימוש עוד. הנוהל מבחין בין "הרמפרודיטיזם אמתיים" ו"פסאודו-הרמפרודיטיזם", אך גם הבחנה זו אינה בעלת חשיבות יישומית כיום ואף נתונה לביקורת מצד פעילים אינטרסקס בשל היותה שגויה ופוגענית.¹⁷⁴ מקורו של

173 יואב דותן הנחיות מנהליות 31 (1996).

174 *Is a Person who is Intersex a Hermaphrodite?*, ISNA <http://www.isna.org/faq/> 174 Dreger et al. ; hermaphrodite, לעיל ה"ש 83.

המונח "Hermaphroditism" הוא במיתולוגיה הרומית.¹⁷⁵ אף על פי שהפך למונח שגור בשיח הרפואי, השימוש בו מחזק את הרושם שמדובר בתופעה אזוטריה ואקזוטיה, הממוקמת מחוץ לקטגוריות החברתיות המוכרות.

הנוהל פותח בהגדרה רפואית של המקרים שעליהם הוא חל, שהמשותף להם הוא "פגמים בייצור ההורמונלי התקין", אך בפועל תחולתו רחבה וכוללת את מכלול התסמונות הקיים החוסה תחת הקטגוריה של אינטרסקס. ברקע הדברים נמצאת ההנחה החברתית-תרבותית שלפיה מצב של "ייצור ההורמונלי תקין" הוא המצב הביולוגי הראוי, שבו גופו של כל אדם הוא זכרי או נקבי במובהק, וגם המצב החברתי הראוי, שכן מתקיים בו קשר הדוק בין זהות מינית לזהות מגדרית. השימוש במונחים מתחום הרפואה בלבד מחזק את הרושם שמדובר בגוף חריג, פגום וחולה, אשר ניתן וצריך לרפא ו"לתקן".

מטרת הנוהל המוצהרת היא "להגביר ולחזק את מינם הגנטי של המנותחים [...] ולא לשם שינוי מינו של המנותח". ניסוח זה של המטרה תואם את הנחת קיומו של מין גנטי "אמתי" שביסוד הגישה הרפואית, שאותו אפשר לזהות ו"לחזק". הרטוריקה של הגברה וחיוזוק מסתירה את יסוד הבחירה ושיקול הדעת ומתעלמת מן ההיבט המכונן שבהליך השיוך המיניגדרי.¹⁷⁶ עם זאת השימוש בלשון של "הגברה" ו"חיוזוק" הוא מעין הודאה סמויה בהיותו של המגדר רצף, וכי מטרת הניתוח היא לשנות את מיקומם של א/נשים אינטרסקס על פני רצף זה.

לשון הנוהל מבקשת להרחיק בין פעולת התיקון והחיוזוק שהוא מבקש לאפשר לבין פעולה שתכליתה שינוי מין. ההנגדה הסמויה כאן היא בין ניתוחים באינטרסקס לניתוחים של טרנסקסואלים. למעשה גם א/נשים אינטרסקס וגם א/נשים טרנסקסואלים הם דמויות לימינאליות בתרבותנו. הם מאתגרים את ההפרדה הדיכוטומית בין שני המגדרים ובונים גשר של זהויות ביניים בין גבר לאישה. א/נשים אינטרסקס הם בעלי גוף אשר החברה אינה יודעת כיצד למגדר, ואילו טרנסקסואלים הם בעלי נפש הדוחה את הזהות המגדרית שנכפתה עליהם. החוזר אשר מסדיר את הניתוחים בשתי קבוצות אלו מבקש ליצור הבחנה ברורה ביניהן אך באותה עת גם מסמיך אותן זו לזו ובעקיפין מכיר באתגר המשותף שהן מציבות לחברה ולתרבות.¹⁷⁷ סמיכות זו חותרת תחת הנחות היסוד של

175 April Herndon, *Getting Rid of "Hermaphroditism" Once and For All*, ISNA (11.11.2005) <http://www.isna.org/node/979>

176 ראו לעיל, טקסט ליד ה"ש 84.

177 ההנגדה בין שני הנהלים מרתקת: החוזר מתייחס לאינטרסקסואליות כ"פגם" ביולוגי ומדגיש כי אין צורך ב"אינדקציה פסיכיאטרית" כדי לנתח אדם אינטרסקס, ואילו בטרנסקסואליות הוא רואה "פגם" נפשי ומחייב את האדם הטרנסקסואל לעמוד לבחינתם של פסיכיאטר ופסיכולוג, לחיות תקופה ממושכת במגדר הרצוי ולתת דין וחשבון על מצבו הנפשי בפני ועדה רפואית. גם שאלת ההסכמה מקבלת יחס שונה מאוד בפרקיו השונים של החוזר. אנשים טרנסקסואלים נאלצים לחתום על טופס אישור מיוחד, לתת דין וחשבון בפני ועדת מומחים לאורך תקופה ארוכה ולהוכיח חד-משמעית כי הם מעוניינים בטיפולה. לעומתם, אנשים אינטרסקס נדרשים לחתום על טופס הסכמה רגיל ואפשר שאפוטרופוס יחתום בשמם. לכתיבה המשווה בין שתי הקטגוריות ראו Noa

הנוהל, משום שעצם הדיון בטרנסקסואליות מראה שלא די בגוף שנדמה להיות "תקני" כדי לנבא את הזהות המיניגדרית העתידית.

ההליך הרפואי מוצג בנוהל כהליך אבחוני פשוט, נטול מורכבות פסיכולוגית, חברתית או תרבותית. הנוהל מבהיר שקביעת מין המטופל נעשית על פי קריטריונים גופניים ולא פסיכיאטריים, ובכך מחזק את המסר הגנטי-ביולוגי ומסתיר את היסודות הרגשיים-מנטליים הכרוכים בהליך. למעשה, הנוהל מבטא דחייה מפורשת של הצורך בהתערבותם של אנשי בריאות הנפש הן בהחלטה בדבר הצורך בניחות והן בקביעת מינו של המטופל. בכך מוציא החוזר את תופעת האינטרסקס מתחום הלקויות הפסיכיאטריות, אך באותה עת הוא מכחיש את ההיבטים הנפשיים הכרוכים בהחלטות אלה. החוזר אינו מכיר בצורך בליווי נפשי הן בקרב המטופלים והן בקרב הוריהם בשלבים שונים: בעת ההתמודדות עם הבשורה בדבר היות האדם אינטרסקס, בעת קבלת ההחלטה בדבר השיוך המיניגדרי ובשאלה אם לנתח וכן בהתמודדות לאורך השנים עם תוצאות ההחלטה, בין שהוחלט לנתח ובין שלא.

מי שמודרים לחלוטין מתהליך השיוך המיניגדרי הם הא/נשים אינטרסקס עצמם. מעמדם הוא פסיבי ורצונם אינו נתפס כרכיב רלוונטי בהליך השיוך. ייתכנו שתי סיבות עיקריות לכך: האחת, האמונה שפעולת השיוך מבוססת על נתונים פיזיולוגיים בלבד, ולכן אין מקום במסגרתה להעדפות אישיות או שיקולים רגשיים ונפשיים. השנייה, שהנוהל מניח שמדובר במטופלים קטינים אשר אינם יכולים להיות שותפים להחלטה, כפי שאכן קורה בפרקטיקה. אך אם אכן הנחת העבודה הייתה שמדובר בקטינים, הרי שהיה צריך לעצב את הנוהל כמתבקש ולציין זאת במפורש.

נוסף על ההנחות התרבותיות שביסוד הנוהל ולהדרתם של א/נשים אינטרסקס מההליך, הנוהל מעורר שני קשיים מרכזיים, והם יפורטו בחלק הבא: האחד קשור בהסדרה הבלתי מספקת של סוגיית ההסכמה מדעת; השני עוסק בממשק המתמשך בין א/נשים אינטרסקס והוריהם לבין הממסד הרפואי גם לאחר הניתוח.¹⁷⁸ טענתנו היא שעל מדיניות משרד הבריאות בנושא להתייחס למכלול הסוגיות הקשורות באינטרסקס ולא להתמקד רק בהחלטה לנתח.

2. הסכמה מדעת

ל': "הרגשתי שעשו לי משהו. היו פעמים שהייתי צועקת על ההורים שלי: 'אתם הרסתם אותי!'", ולא הבנתי למה אני עושה את זה. [...] לפני

Ben-Asher, *The Necessity of Sex Change: A Struggle for Intersex and Transsex Liberties*, 29 HARV. J.L. & GENDER 51, 97 (2006); Chinyere Ezie, *Deconstructing the Body: Transgender and Intersex Identities and Sex Discrimination – The Need For Strict Scrutiny*, 20 COLUM. J. GENDER & L. 141 (2011).

178 ראו להלן פרק ד.3.

שלוש שנים באתי וצעקתי עליהם: 'תגידו לי אחת ולתמיד – למה אני מרגישה כל הזמן שעשיתם לי משהו?!'. הם ניסו להתגונן, אמרו שלא עשו לי כלום. אבל באיזשהו שלב, אבא שלי עצר את הוויכוח [...] ואמר בשקט: 'די'. ה'די' השקט הזה גרם לדממה. אמא הסתכלה עליו במבט מפוחד, והחלה לבכות. ואז הם סיפרו לי מה קרה".¹⁷⁹

על פי הפסקה השלישית בנוהל: "מובן כי על המועמד לניתוח כנ"ל לחתום על טופס הרגיל הנהוג להסכמה לניתוח, לאחר קבלת הסברים מתאימים, כמקובל בכל ניתוח אחר". נוסח זה יוצר רושם שמדובר בניתוח "ככלל ניתוח". אך בחינה מעמיקה יותר מעלה שתי בעיות מרכזיות: הנוהל אינו מתייחס לסיכונים ולמורכבויות הכרוכים בביצוע הניתוחים ולהשלכותיהם על שאלת ההסכמה מדעת. כמו כן הוא אינו מתייחס להיבטים הקשורים בכך שבפועל מדובר לרוב בהסכמת ההורים לניתוח המבוצע בילדם הקטין. הרעיון העומד ביסוד הזכות להסכמה מדעת הוא שלכל אדם הזכות לקבל החלטות הנוגעות לגופו, ולפיכך אין לתת טיפול רפואי לאדם מבלי שנתן לכך הסכמה מודעת ומושכלת המבוססת על מידע רפואי מספק אשר יאפשר לו לקבל הסכמה זו.¹⁸⁰ עיקרון זה פועל במרחב שמתקיימים בו יחסי תלות בין המטפל למטופל, והוא נועד לקדם בין היתר את עקרון אוטונומיית החולה, הגנה עליו ועל גופו, מניעת לחץ ותרמית, עידוד תהליך קבלת החלטות מושכל על ידי הציבור וכן ביקורת עצמית של הסגל המטפל.¹⁸¹ מקובל לראות בדוקטרינת ההסכמה מדעת חמישה מרכיבים: גילוי, הבנה, חופשיות הרצון, הסכמה וכשירות.¹⁸² סוגיית המידע החסר מתמקדת ברובד הגילוי ובשאלת ההבנה וחופשיות הרצון. סוגיית ההסכמת ההורים בשם ילד/תם בוחנת אם ניתן משקל מספיק לכשירות ולהסכמה.

(א) מידע חסר בדבר סיכונים ומורכבויות הכרוכים בניתוח לשונו הצרה והסתמית של נוהל הניתוחים באינטרסקס אינה מעידה על המאפיינים הייחודיים של הנושא אשר צריכים להיות לנגד עיני המטופל, הוריו והצוות הרפואי בעת קבלת החלטה בדבר שיוך מיניגדרי ובדבר קיומו של ניתוח.¹⁸³

179 דני זאק "נולדתי גם גבר וגם אישה" mako 18.11.2011 www.mako.co.il/pride-sex-and-love/identity/Article-2f1f856ffb5b331006.htm&sCh=7489373c71380310&pId=2082585621

180 ס' 13 לחוק זכויות החולה.

181 אמנון כרמי בריאות ומשפט 945 (2003); נילי קרקו-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה, השנ"ו-1996 (2008) (להלן: קרקו-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת). ראו גם פרק 2.2.(ב).

182 RUTH R. FADEN & TOM L. BEAUCHAMP, A HISTORY AND THEORY OF INFORMED CONSENT 274 (1986); קרקו-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת, לעיל ה"ש 181, בעמ' 287.

183 ראו לעיל פרק 2.1; Ford, לעיל ה"ש 21, בעמ' 469.

(1) גילוי המידע

רכיב מרכזי ביותר בסוגיית ההסכמה מדעת הוא רכיב הגילוי. רכיב זה הופך את ההסכמה מפעולה סבילה של אישור לפעולה אקטיבית של השתתפות פעילה בקבלת החלטה בדבר ביצוע הליך רפואי.¹⁸⁴ סעיף 13(א) לחוק זכויות החולה מפרט מהו המידע הרפואי אשר מטפל נדרש להעביר למטופל על יסוד הכללים שהתגבשו בפסיקה עד לחקיקת החוק. המידע כולל את אלה: " (1) האבחנה (הדיאגנוזה) והסכות (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל; (2) תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע; (3) הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות; (4) סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי; (5) עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני".

כפי שהראינו עד כה, ביצועו של ניתוח באינטרסקס כולל קשיים ומורכבויות בכל אחד מההיבטים המצוינים לעיל: עצם זיהוי מצב האינטרסקס כמצב פתולוגי, התחזית הרפואית לא/נשים אינטרסקס, ההנחה שמהות ההליך היא "תיקון" פיזיולוגי גרידא, ספקות בדבר התועלת הצפויה והסיכויים להצלחת הטיפול, סיכונים אפשריים, נזקים ארוכי טווח בדמות צלקות, כאבים מתמשכים, היעדר הנאה מינית ואבדן פוריות וכן השלכות רגשיות ונפשיות של הניתוח ותוצאותיו. בנוסף, קיימים מניעים פסיכולוגיים-חברתיים התומכים בגישת הניתוח ומונעים את הצגת האפשרות של היעדר טיפול רפואי כחלופה אפשרית. אין ספק שנוהל הניתוחים באינטרסקס אינו מכיל את מכלול המידע הנדרש כדי לקבל החלטה מושכלת בדבר הצורך בביצוע ניתוח ואינו מרמז על קיומה של מורכבות כלשהי בקבלת החלטה מסוג זה.

המחקר והפעילות בתחום מעלים כי קיימת בורות גם בקרב רופאים ומטפלים אחרים בנושא אינטרסקס. לפיכך היה ראוי שמדיניות משרד הבריאות בעניין תהיה מקיפה ותנחה את הצוות כיצד לפעול במצב זה. נוהל מקיף שבצדו טופס הסכמה מדעת מפורט לדוגמה היה מסיר חלק ממעטה הסודיות וההסתרה ומסייע ביצירת אווירה מקבלת ומאפשרת של א/נשים אינטרסקס.¹⁸⁵ בצד תיקון הנוהל נדרשת גם פעילות חינוכית בקרב אנשי הצוות הרפואי כדי שיכירו היטב את הנושא, יהיו מודעים להטיות החברתיות שבבסיסו וידעו להציג למטופלים ולבני משפחותיהם את המצב ואת המידע הקיים בצורה מיטבית.

(2) נסיבות ולחצים בעת מתן ההסכמה

על פי סעיף 13(ג) לחוק זכויות החולה, על המטפל למסור למטופל את המידע הרפואי הרלוונטי להליך שהוא עומד לעבור "באופן שיאפשר למטופל מידה מרבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי תלות". בסעיף זה מגולמים שני

184 קרקו-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת, לעיל ה"ש 181, בעמ' 329.
185 דוגמת הטפסים המופיעים בחזור מנכ"ל משרד הבריאות 13/97 "טפסי הסכמה מדעת" (5.10.1997).

רכיבים נוספים של דרישת ההסכמה מדעת: הבנה וחופשיות הרצון. דרישת ההבנה באה להבטיח שהמטופל אכן מבין את המידע שנמסר לו, כלומר שתהיה התאמה בין תוכן המידע שהמטופל מוסר לאופן שהמטופל מפרש את המידע.¹⁸⁶ לשם כך על הרופא לקיים דו-שיח כן עם המטופל, המעודד הצגת שאלות ולבטים מצד המטופל בצד הודאה בפני המטופל כשאנו יודע את התשובות.¹⁸⁷ בנוסף, על הרופא להתחשב בנתונים המשתנים של מטופליו כדוגמת גיל, שפה ובגרות נפשית כדי שהמידע הרפואי יעבור בצורה הברורה ביותר, ללא חסרים ועיוותים.¹⁸⁸ דרישת חופשיות הרצון באה להבטיח שהמטופל מקבל את החלטה בעניינו כאשר הוא משוחרר מכפייה ומלחצים חיצוניים אחרים שעשויים להשפיע על שיקול דעתו ועל עצמאותו בקבלת החלטה.¹⁸⁹

בהקשר הנוכחי עולה ספק בדבר התקיימות היסוד של חופשיות הרצון בשל ההשפעה האפשרית של המוסכמות החברתיות הנוגעות לאינטרסקס על ההסכמה להליך הרפואי.¹⁹⁰ לטענתנו, כוחן של מוסכמות אלה רב והשפעתן עלולה לבוא לידי ביטוי במגוון דרכים: חוויית לחץ ומצוקה פנימית בשל אי-ההתאמה לנורמות המיניגדריות החברתיות המקובלות,¹⁹¹ לחץ חברתי מפורש של בני משפחה וחברים¹⁹² וכן בדרך העברת המסרים והמידע על ידי הצוות הרפואי עצמו.¹⁹³ השאלה היא אם מערך הכוחות החברתיים מאפשר לאדם או להוריו לקבל החלטה שלא לקיים את הניתוח, בניגוד לציפיות החברתיות ובניגוד לקביעת הרופאים. עולה החשש שדווקא ההבנה המהותית של המידע הנמסר והמסרים הסמויים הטמונים בתוכו עלולה ליצור לחץ חיצוני הקשור בחשיבה סטריאוטיפית וסטיגמטית באשר לאינטרסקס, ובכך לפגוע בחופשיות הרצון.¹⁹⁴

הפרדוקס הנוצר כאן הוא שבשלב קביעת מינו של המטופל הוא מגלם תפקיד של אובייקט פסיכי אשר רצונו ודעתו אינם נחשבים, אולם כאשר יש צורך בהסכמתו לניתוח, הוא הופך בן רגע לסובייקט אקטיבי בעל כשרות מלאה לקבל או לדחות את הניתוח, בעל

- 186 קרקו-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת, לעיל ה"ש 181, בעמ' 33, 387-386.
- 187 עמוס שפירא "הסכמה מדעת" לטיפול רפואי – היבטים משפטיים כרך א, חוברת 3, 2-3 (אלעאי אלון עורך, 1970).
- 188 פנינה ליפשיץ-אבירם הסכמה מדעת של קטין לטיפול רפואי 28-29 (2006).
- 189 קרקו-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת, לעיל ה"ש 181, בעמ' 30-31, 394-396. על פי קרקו-אייל מדובר במקרים כאלה שבהם "ההתערבות או ההשפעה החיצונית הן מסוג כזה שהמטופל אינו יכול להתנגד להן". שם, בעמ' 395.
- 190 כפייה בהקשר של הסכמה מדעת לטיפול רפואי מתרחשת גם במישור הכלכלי, ראו מירן אפשטיין "בראות, שוק וחירות – כביכול: חוק זכויות החולה בהקשר היסטורי" רפואה ומשפט 22, 6 (2000).
- 191 Caroline Sanders, Bernie Carter & Lynne Goodacre, *Searching for Harmony: Parents' Narratives About Their Child's Genital Ambiguity and Reconstructive Genital Surgeries in Childhood*, 67 J. ADVANCED NURSING 2220 (2011).
- 192 Murray, לעיל ה"ש 150, בעמ' 268-269.
- 193 Hester, לעיל ה"ש 163.
- 194 Gurney, לעיל ה"ש 126, בעמ' 633.

רצון וכוח הסכמה שהם חופשיים מן הנורמות החברתיות, מן הלחץ המשפחתי ומן הרושם שהותירה בו חוות דעתו של הרופא.¹⁹⁵ מחד הנוהל מכפיף את האדם אינטרסקס לתפיסה שלפיה הוא "פגום" ויש לכפות עליו את הנורמות החברתיות, ומאידך מבקש ממנו לקבל החלטה חופשית כביכול באשר להסכמתו לניתוח המנרמל. הקשיים בהקשר זה מתגברים אם מביאים בחשבון שברוב המקרים מי שמקבל את ההחלטה הם הוריו של הקטין.

(ב) "הסכמה מדעת" בשם קטין

מרים מהדרום: "בגיל 27 נודע לי בפעם הראשונה מה באמת עברתי בגיל 11 ומה היה הניתוח ואיזה חלקים נלקחו ממני ללא הסכמתי. התחושה הייתה שמישהו אנס חלקים ממני ואף לא טרח ליידע אותי לפני כן לשאול אותי אם אני מסכימה".¹⁹⁶

נוהל הניתוחים בא/נשים אינטרסקס אינו מגלה שרוב הפרקטיקה של ניתוחים באינטרסקס עוסקת בניתוחים בקטינים ואינו מתייחס למורכבויות הקשורות בכך שההסכמה הנדרשת לרוב היא למעשה הסכמת ההורים לניתוח שמבוצע בילדם. מכיוון שניתוחים אלו נחשבים בעלי דחיפות רפואית, הם מבוצעים לרוב בתינוקות בני יומם או בפעוטות.¹⁹⁷ שיתוף הקטין בגיל זה אינו אפשרי, ואילו המתנה לגיל שבו אפשר לשותף איננה נתפסת כאופציה אפשרית בעיני המערכת הרפואית. מי שמתבקשים לקבל את ההחלטה בשם הקטין הם לרוב ההורים, המצויים כאמור אף הם במצב של קושי להכריע, קושי שעלול להגיע לכדי ניגוד עניינים מובנה.¹⁹⁸ ריצ'רד גארנט טוען במאמרו שאם ההסכמה מדעת נועדה להגן בכנות על האוטונומיה העצמית, הרי שההסכמה מדעת באמצעות שלוח היא אוקסימורון.¹⁹⁹ הדרך להתגבר על חוסר יכולת הקטינים להסכים לטיפול רפואי היא באמצעות הפיקציה המשפטית של הסכמה מדעת של ההורים. פתרון זה מבוסס על דוקטרינת השיפוט החלופי (*Substituted Judgment Doctrine*), הגורסת כי במצב שבו צד כלשהו אינו יכול לייצג את עצמו, צד שלישי יוכל לייצג נאמנה את

195 כמו "האדם הרזה" שאותו מתאר מאוטנר – אשר מסכים או מסרב לחזוים מבלי שיהיה למשפט צורך להביא בחשבון את מצבו הרגשי, את פערי הכוחות הכלכליים או את הבנתו את החווה – כך גם המטופל האינטרסקס, כאשר הוא ניצב בפני האפשרות להסכים לניתוח. מנחם מאוטנר "העצה של פרנקפורטר או מדוע חשוב שמשפטנים יקראו ספרות" משפט ותרבות 225 (2008).

196 דברים שנאמרו בשולחן עגול בנושא אינטרסקס שנערך באוניברסיטת חיפה בתאריך 23.3.2010 (הפרוטוקול נמצא בידי המחברות).

197 Zeiler & Wickström, לעיל ה"ש 91, בעמ' 360–361.

198 שם, בעמ' 360.

199 Richard W. Garnett, *Why Informed Consent? Human Experimentation and the Ethics of Autonomy*, 36 CATH. LAW 455, 487 (1996).

האינטרסקסים הכנים של חסר היכולת.²⁰⁰ עולה השאלה אם ההורים יכולים באמת להסכים בשם ילדיהם. שאלה זו מקבלת משנה תוקף כאשר מדובר בהליך שביצועו אינו דחוף מבחינה רפואית, שתוצאותיו בלתי הפיכות, ואשר להשלכותיו חשיבות בעיצוב זהותו של האדם ובתפיסת ההורה את ילדו.²⁰¹

המשפט הישראלי כבר הכיר בסייגים לסמכות ההורים להסכים או לסרב לטיפול רפואי בשם ילדם. למשל, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962 (להלן: "חוק הכשרות") הסמיך את בית המשפט להתערב במקרים מסוימים כדי לקבוע מהי טובת הילד, וכן קבע חובה לשמוע את רצונם בטרם מחליט האפוטרופוס דבר-מה בעניינם, עד כמה שהקטין "מסוגל להבין בדבר וניתן לברר דעתו".²⁰² בית המשפט טרם נקרא להכריע במקרה הקשור באינטרסקס, אך נדרש בעבר לדון במקרים שעוררו דילמות כבדות משקל המציפות את הפוטנציאל לקיומו של ניגוד אינטרסקסים בין ילדים לאפוטרופסיהם. למשל, בית המשפט עסק בשאלות אם אב הנזקק להשתלת כליה מבנו יכול לתת הסכמה בשם בנו שהיה פסול דין בשל מוגבלות שכלית,²⁰³ או אם לבצע טיפול מציל חיים בקטין עם מוגבלות שכלית ומוטורית בניגוד לעמדת הוריו.²⁰⁴

200 Beh & Diamond, לעיל ה"ש 94, בעמ' 38–39. לפי פורד אפשר לאפשר הסכמה מדעת על ידי שלוח אך רק בשני מצבים: 1. מדובר במצב חירום רפואי שמסכן חיים בטווח המידי; 2. השלוח מחליט את מה שהוא היה מאמין שאותו אדם (שבשבילו הוא מחליט) היה רוצה, אם היה יכול להביע הסכמה בעצמו. ראו Ford, לעיל ה"ש 21, בעמ' 478. לפירוט ראו ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 158–153, 87 (1993).

201 שאלה זו נדונה בהקשרים רפואיים רבים. לביקורת על יכולתם של הורים להסכים לפעולות רפואיות בלתי הפיכות במגוון הליכים שאינם הכרחיים, ובהם תיקון אברי מין, ראו Danielle Hawkes, *Elective Surgery – When Parental and Medical Opinion Supersedes a Child's Right to Choose*, 11 J.L. & FAM. STUD. 565 (2009). דיון זה מתעורר גם בהקשר של ברית מילה. להשוואה מעניינת בין הצדקות לניתוחים באינטרסקס להצדקות לקיום ברית מילה ראו Marie Fox & Michael Thomson, *Cutting It: Surgical Interventions and the Sexing of Children*, 12 CARDOZO J.L. & GENDER 81 (2005).

202 ס' 42 ו-68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962. עם התפתחות זכויות הילד אפשר המחוקק לקטינים לבצע בדיקות איידס ולבצע הפסקת היריון ללא יידוע הוריהם וללא הסכמתם (חוק לגילוי נגיפי איידס בקטינים, התשנ"ו–1996; ס' 313–316 לחוק העונשין, התשל"ז–1977).

203 ר"ע 698/86 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד מב(2) 661 (1988). בית המשפט מחזוי אישר את הרשאת האב כי שוכנע שההשתלה נחוצה לצורך המשך טיפולו של האב המסור בחוסה, ואילו בית המשפט העליון קבע שיש לבית המשפט סמכות לאפשר ביצוע הליך רפואי בקטין גם כשאינו הליך רפואי גופני ישיר (שם, בעמ' 675). המשנה לנשיא מנחם אלון קבע כמה תנאים למתן אישור בית משפט לפי סעיף 68 לחוק הכשרות, ובהם הדרישה שטובתו של החסוי תיקבע על פי "נתונים רפואיים אובייקטיביים ולא על-פי נורמות מוסריות חברתיות של הצלת הזולת". שם, בעמ' 684.

204 רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' אכר, פ"ד נא(4) 830 (1997). בית המשפט העליון התערב בסמכות ההורים וקבע כי נראה שאילו היה מדובר בקטין שאינו נכה לא הייתה מחלוקת בדבר

סוגיית הכשירות נמצאת אפוא במתח מובנה עם סוגיית ההסכמה. הסכמת ההורים בשם ילדם משמעה הדרת הילד או הילדה מתהליך קבלת ההחלטות. התוצאה היא שנשללת מן הקטין היכולת העתידית להשפיע על זהותו המיניגרית ולהסכים או לסרב לניתוח בגופו. החלופה המוצעת במאמר זה דורשת את הסכמתו של האדם עצמו לטיפול כאפשרות הראויה ביותר ולהשהות לשם כך את ההתערבות הרפואית בגופו.²⁰⁵ לסיכום, נוהל משרד הבריאות לניתוחים באינטרסקס אמנם מתייחס לדרישת ההסכמה מדעת, אך התייחסות זו דלה ואינה משקפת את המציאות והנסיבות הייחודיות שבמסגרתן מתקבלת ההחלטה בדבר ביצוע ניתוח מסוג זה. מדיניות מלאה ומקיפה בסוגיית ההסכמה מדעת מצריכה התייחסות מפורשת למגוון מצבים: הסכמה של האדם עצמו בבגרותו, כבוגר או כקטין-בוגר, והסכמה של הורים במקרים שבהם נשקל ביצועו של ניתוח בקטין. הסכמה זו צריכה להתייחס למכלול המורכבויות, הסיכויים והסיכונים הטמונים בניתוח תוך הכרה במשמעות הייחודית של הטיפול הרפואי בעיצוב זהותו של האדם, במגבלות הידע הרפואי הקיים ובהשפעת המוסכמות החברתיות הנוגעות לאינטרסקס על תהליך קבלת ההחלטות בעניין.

3. לאחר הניתוח: הממשק המתמשך עם מערכת הבריאות

משה: "הילדות זכורה לי עם המון בתי חולים, המון רופאים סביבי – מפשיטים, נוגעים, מזריקים".²⁰⁶

מאפיין מרכזי של הנוהל הוא התמקדותו בניתוח כאירוע היחיד שבו אדם אינטרסקס בא במגע עם מערכת הבריאות. ההתמקדות בניתוח בלבד מעידה על היעדר התייחסות במדיניות משרד הבריאות למציאות שלאחר הניתוח. למעשה, א/נשים אינטרסקס והוריהם מצויים במגע מתמשך עם הממסד הרפואי גם לאחר הניתוח, משום שה"פתרון" הרפואי לאתגר האינטרסקס כרוך בניתוחים חוזרים, בטיפול הורמונלי מתמשך ובמעקב רפואי קבוע. המדיניות בנושא אינה מתייחסת לכך שגם מי שעבר ניתוח המוגדר כמוצלח בפרמטרים רפואיים עשוי לחוות שוני פיזיולוגי, לשאת משקעים נפשיים ורגשיים ותחושת היעדר שייכות למין שנבחר בשבילו או לשני המינים הקיימים כאחד. המגע המתמשך עם מערכת הבריאות כרוך לעתים בפגיעה רגשית ובהפרת זכויות, תוך אי-הכרה בצרכים המתמשכים של א/נשים אינטרסקס והוריהם, בסוגיות כגון שמירת סודיות רפואית, מניעת הסתרה ומתן תמיכה נפשית וטיפול רפואי נמשכים.²⁰⁷ ההכרה

הצורך לנתחו, ולכן החלטת ההורים שלא לבצע את הטיפול אינה ראויה מבחינה מוסרית או משפטית.

205 חיזוק נוסף לחלופה זו מצוי בטענה שלפיה ככל שהניתוח מבוצע בשלב מאוחר יותר תוצאותיו טובות יותר מבחינה רפואית ומנטלית. ראו Ford, לעיל ה"ש 21, בעמ' 476–477.

206 ראו שלזינגר, לעיל ה"ש 158.

207 מעורר-דנון, לעיל ה"ש 89, בעמ' 114.

בכך שמדובר בממשק מתמשך היא הכרה בהמשך קיומם של א/נשים אינטרסקס גם לאחר הניתוח, ומסייעת בהנכחתם במרחב החברתי־משפטי כסובייקטים משפטיים נשאי זכויות.

(א) ליווי ותמיכה נפשית

מרים מהדרום: "הרבה פעמים אני חושבת כמה יותר קל היה יכול להיות לי בחיים אם היו מיידעים אותי מי אני באמת, כמה היה יותר קל אם יכולתי לשאת את מי שאני באמת בעזרת איש מקצוע, פסיכולוגית שיכלה ללכת את הדרך אתי".²⁰⁸

אימא לילדה אינטרסקס: "אתה לא מבין בתור הורה מה פתאום זה נופל עלייך, כאילו השמים נופלים עלייך, אתה לא מתפקד. [...] עד היום הילדה שלי לא יודעת [...] היום הילדה בת 11–12, היא שאלה אותי מתי מקבלים מחזור [...] היום אני אבוא ואהרוס לה את הילדות?! אין לה ליווי, אומרים לי לשתוק".²⁰⁹

נוהל הניתוחים באינטרסקס מדיר את מקצועות בריאות הנפש מטיפול במצב של אינטרסקס מתוך הנחה שמדובר במצב פיזיולוגי גרידא. התוצאה היא השקעת מאמץ רב בעיצוב אברי המין והרבייה, מתוך אמונה שהדבר יקל גם את המצוקה הפסיכולוגית, והזנחת הטיפול הנפשי והיחס האישי.²¹⁰ לטענתנו, נוכחותם של אנשי מקצוע מתחום הטיפול הנפשי נדרשת לכל אורך התהליך, החל מההחלטה בדבר השיוך המיניגדרי, דרך ההחלטה בשאלה אם לנתח וההתמודדות האישית עם הבחירות שנעשו, ועד להתמודדות עם החברה ובמישור היחסים הפנימיים שבין ההורים לילדם. היעדרם של ליווי ותמיכה בא/נשים אינטרסקס ובמשפחותיהם בחברה שדוחה את קיומם משפיע על פיתוח הזהות העצמית ועל הקשרים המשפחתיים. הצורך בסיפוק שירותי תמיכה אלו אינו אינהרנטי לאינטרסקס בכל חברה ובכל מצב, והוא נובע מהאופן שבו המסד הרפואי טיפל עד כה בנושא ומהיחס החברתי כלפיו כמצב חברתי מוקצה, מושקק, מודחק. גידולם של ילדים אינטרסקס בחברה שאינה מקבלת הוא משימה מאתגרת, וראוי לאפשר לא/נשים אינטרסקס ולהוריהם לקבל ליווי מתאים שאינם כרוך בסודיות והסתרה לאורך כל שנות הגדילה וההתפתחות. לפיכך נדרשת מדיניות מסודרת בנושא הכוללת שירותי תמיכה

208 דברים שנאמרו בשולחן עגול בנושא אינטרסקס, לעיל ה"ש 196.

209 שם.

210 Leidolf et al., לעיל ה"ש 143, בעמ' 239.

וליווי מתאימים לצורך מתן מענה לצורכיהם הרגשיים והנפשיים של א/נשים אינטרסקס ושל הוריהם.²¹¹

(ב) קבלת מידע רפואי ושמירת סודיות רפואית

זוג ביקורות נוסף על מדיניות משרד הבריאות מתייחס לשתי סוגיות המשלימות זו את זו: קבלת מידע רפואי מחד ושמירה על סודיות רפואית מאידך.

(1) קבלת מידע רפואי

משה: "יום אחד אני מגיע הביתה ורואה שעל השולחן מחכה לי מעטפה שהייתה מיועדת ללשכת הגיוס. השולח היה רמב"ם ובתוך המעטפה היו מסמכים רפואיים. אז גיליתי שנולדתי נקבה עם חצוצרות ושחלות ורחם. זה היה היום הכי קשה בחיים שלי. הסתגרתי בחדר, בכיתי וזעקתי".²¹²

נדיה: "ניסיתי למצוא את התיק הרפואי ואין. אומרים שלא עברתי שום ניתוח. ההורים זוכרים שעברתי בערך שלושה ניתוחים וגם יש סימנים על הגוף. שלחתי מכתב לבית חולים רוטשילד ואמרו שלא ניתן לקבל חומר רפואי. כשעורכת הדין שלי פנתה, אמרו שכן מופיע שעברתי ניתוח להורדת אשך".²¹³

היבט נוסף של הזכות לאוטונומיה והזכות לפרטיות של הפרט קשור בקבלת מידע הנוגע לחייו ובשליטה על מידע זה. אי-העברת מידע חיוני לא/נשים אינטרסקס העוסק בהיותם אינטרסקס, בטיפולים שעברו, במטרתן של התרופות שהם לוקחים וכדומה, היא פגיעה בזכותם לפרטיות, בכבודם, בחירותם ובאוטונומיה שלהם. על פי מיכאל בירנהק, מושא שליטתה העיקרי של הזכות לפרטיות הוא מידע.²¹⁴ בהיעדר מודעות ויכולת שליטה על מידע על אודותינו "האוטונומיה שלנו נפגעת"; "אדם שאינו שולט במידע על אודותיו אינו עוד ריבון לעצמו; הוא מסווג ומתויג על ידי אחרים בלי שנשאל, בלי שיש לו השפעה על הסיווג וללא זכות ערעור".²¹⁵ מילים אלו, גם אם נכתבו בהקשר אחר, יפות

211 ראו את מסקנות והמלצות דוח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס, לעיל ה"ש 94, בעמ' 26.

212 שלזינגר, לעיל ה"ש 158.

213 ריאיון עם נדיה, לעיל ה"ש 162.

214 מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 25, 91 (2010).

215 שם.

לתיאור מצבם של א/נשים אינטרסקס שמידע על טיפולים שבוצעו בהם בילדותם נשלל מהם, הן בזמן אמת והן בדיעבד.²¹⁶ ואכן, זכותו של מטופל לקבל מידע רפואי מעוגנת הן בחוק זכויות החולה²¹⁷ והן בפסיקתו של בית המשפט העליון.²¹⁸ בעניין הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד נקבע ש"חובת הרופא ובית החולים למסור לחולה את המידע שבידם באשר לטיפול שקיבל, תוצאותיו ועלילותיו".²¹⁹ חובה זו נגזרת בין היתר "מזכותנו לדעת על עצמנו, המהווה ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי של האדם והמבטאת את כבודנו כאדם [...] אכן, כשם שיש לו לאדם הזכות לדעת מה ייעשה בגופו, כן עומדת לו הזכות לדעת מה נעשה בגופו".²²⁰

אף על פי שהאמור בחוק ובפסיקה אינו משתמע לשני פנים, אין זהו הנוהג בשטח בכל הנוגע לטיפולים בקטינים אינטרסקס. סיפורי החיים של פעילים ופעילות אינטרסקס חושפים הסתרה שיטתית של מידע רפואי, כולל הסתרת עצם האינטרסקסואליות. אך הסתרה זו אינה יכולה לארוך שנים רבות, וא/נשים אינטרסקס רבים מגלים לבסוף את זהותם, בעיקר כאשר עולות שאלות בדבר פוריות²²¹ ולעתים בעת הגיוס לצבא כאשר הם מתבשרים שאינם יכולים להתגייס בשל מצבם הרפואי.²²² ההלם שבגילוי בשלב מאוחר זה הוא רב כמו גם תחושת אבדן האמון בהורים ובמערכת הרפואית ותחושת הניכור העצמי. ספרון ההדרכה של ד"ר ויינטרוב מעיד על התרחקות מגישת ההסתרה ואימוץ גישות עדכניות יותר. ד"ר ויינטרוב ממליצה להיות גלויים עם הילדה או הילד ולספר בכל

Claude J. Migeon, Amy B. Wisniewski, Terry R. Brown, John A. Rock, Heino F.L. Meyer-Bahlburg, John Money & Gary D. Berkovitz, *46,XY Intersex Individuals: Phenotypic and Etiologic Classification, Knowledge of Condition, and Satisfaction with Knowledge in Adulthood*, 110 PEDIATRICS 1 (2002)

217 חוק זכויות החולה עיגן את זכותו של הפרט לקבל מידע רפואי על אודותיו, כולל מידע המתייחס לבריאותו הגופנית והנפשית או לטיפול בו וקבע כאמור כללים בדבר גילוי המידע הדרוש לצורך מתן הסכמה מדעת (ס' 2, 18 (א) ו-13 (ב) לחוק זכויות החולה).

218 הפסיקה שלאחר החוק המשיכה בביצור וחיווק מעמדן של זכויות אלה, ראו למשל ע"א 2781/93 דעקה נ' בית חולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999); רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516 (1995).

219 שם, בעמ' 525.

220 שם.

221 סיפורים אישיים של הנשים סוזן, ז'ולי ומרים מהדרום המצויים ברשות המחברות מתארים את אותה החוויה. מרים גילתה בגיל 27 (דברים שנאמרו בשולחן עגול בנושא אינטרסקס, לעיל ה"ש 196), סוזן גילתה בגיל 35 (לעיל ה"ש 1), וז'ולי גילתה בגיל 31 (לעיל ה"ש 2). חלק מהסיפורים האישיים מפורסמים בעמוד הפייסבוק שהוקם ביוזמת פרויקט אינטרסקס במסגרת תכנית "נשים חונכות לזכויות" נרתמים-למען-זכויות-אינטרסקס/119012418134853. www.facebook.com/pages/119012418134853

222 ראו למשל את סיפורו של משה (שם בדוי): שלינגר, לעיל ה"ש 158.

פעם לפי הגיל.²²³ ראוי ורצוי להכניס לנוהל העוסק באינטרסקס התייחסות ישירה לנושא ברוח זו.

(2) הגנה מפני הפצת מידע אישי

עדויות רבות של א/נשים אינטרסקס מתארות מצבים שבהם אבריהם נחשפו בפני מספר רב של אנשי צוות רפואי, כגון מתמחים, באופן משפיל ומבלי שנתנו הסכמתם לכך.²²⁴ יש המתארים זאת כתחושה של אונס.²²⁵ אירועים מעין אלה הם פגיעה בפרטיות והפרה של חובת הסודיות כלפי המטופלים.²²⁶ היבט חשוב של הזכות לפרטיות הוא זכותו של אדם להגנה מפני הפצת מידע אישי שאין הוא מעוניין בהפצתו.²²⁷ המשפט הישראלי הכיר בזכות לפרטיות במערכת הבריאות בחוק זכויות החולה המורה על שמירת הסודיות הרפואית על ידי אנשי הצוות הרפואי²²⁸ ומטיל מגבלות חמורות על העברת מידע רפואי הנוגע למטופלים.²²⁹ משרד הבריאות הגדיר בחוזרי מנכ"ל כללים שונים לשמירה על הזכות לפרטיות של מטופלים.²³⁰ גם בהיעדר כוונת זדון אצל מפר הסודיות הרפואית הפגיעה בזכותם של ילדים אינטרסקס והוריהם לפרטיות היא חמורה, הן משום שזוהי זכותם כמטופלים במערכת הבריאות והן משום שהיות אדם אינטרסקס הוא חוויה של סטיגמה ובושה לו ולהוריו, ופגיעה בסודיות הרפואית עשויה לפגוע במצבם הנפשי.²³¹ היחס לא/נשים אינטרסקס כתופעה אקזוטית וההתעלמות מכבודם עלולים לגרום במקרים מסוימים לטראומה ולפגיעה רגשית חמורה.²³²

223 ויינטרוב הגישה לילוד, לעיל ה"ש 91, בעמ' 13–15.

224 ראו את עדויותיהם הרבות של אנשים אינטרסקס בדו"ח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס, לעיל ה"ש 94, בעמ' 29–47. סיטואציות כגון אלו תועדו גם בכתביה עיתונאית: Julietta Jameson, *Male, Female or In-Between?*, MARIE CLAIRE (December 2009), <http://au.lifestyle.yahoo.com/marie-claire/features/reports/article/-/6428677/male-female-or-in-between/1/oldest>.

225 ראו דבריה של מרים מהדרום, לעיל ה"ש 208.

226 ס' 7(2) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981; ס' 19(א) לחוק זכויות החולה ("מטפל או עובד מוסד רפואי, ישמרו בסוד כל מידע הנוגע למטופל, שהגיע אליהם תוך כדי מילוי תפקידם או במהלך עבודתם").

227 תמר גדרון "פרסום מידע פרטי: בחינה יישומית של הזכות לפרטיות במבט השוואתי" עלי משפט ח 137, 133 (2010).

228 ס' 19 לחוק זכויות החולה.

229 ס' 20 לחוק זכויות החולה.

230 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 40/2001 "בדיקה גופנית בתחום צנעת הפרט" (15.7.2001); חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 5/2005 "פיקוח מכוח חוק הגנת הפרטיות התשמ"א–1981" (13.3.2005).

231 Preves, *For the Sake of the Children*, לעיל ה"ש 131.

232 ראו לעיל פרק ג.2.

יש להעיר כי המאבק על הזכות לפרטיות במובן של סודיות רפואית עלול לעמוד במתח עם ההתנגדות לסודיות וההשתקה שהן חלק מן הדיכוי של א/נשים אינטרסקס.²³³ עם זאת, לדעתנו, המאבק על זכותם של א/נשים אינטרסקס לפרטיות במובן של שמירת סודיות רפואית הוא חלק מהמאבק נגד הדיכוי של אינטרסקס, שכן הוא מאפשר להם לקבל החלטות על גורלם מעמדה של החלטה אישית ולא מעמדה של בושח וסטיגמה. על משרד הבריאות לקבוע כללים ברורים ומפורטים אשר ימנעו את הפרת הזכות לפרטיות ולסודיות רפואית של א/נשים אינטרסקס.

4. סיכום ביניים

נוהל הניתוחים באינטרסקס מצומצם ודל. הוא נותן ביטוי לגישה הניתוחית-רפואית לאינטרסקס ובכך מחזק ומנציח את הגישה החברתית-תרבותית הרואה באינטרסקס פתולוגיה רפואית, סטייה המצריכה תיקון, תופעה גופנית גרידא ללא היבטים נפשיים ורגשיים ואשר מתעלמת מההיבטים החברתיים והפוליטיים של הנושא הקשורים בזהות וביחסי כוחות. אופן יישום הנוהל מבטא גישה של פטרנליזם קיצוני ביחסי מטפל-מטופל או מטפל-בני משפחה. הצגת הניתוח כהליך רפואי שגרתו והיעדר ההתייחסות למאפייניו הייחודיים אינם תורמים להסדרת הנושא אלא מעניקים לגיטימציה לפרקטיקה הנוהגת. גם אם גישה זו הייתה מוצדקת בשנת 1986 מבחינת הידע הרפואי והחברתי שהיה קיים באותה עת, קיומו של הנוהל בנוסחו הנוכחי, בשנת 2013, מעלה תמיהות לא מעטות. בפרק הבא נציע מסגרת נורמטיבית חלופית לבחינת סוגיית האינטרסקס ולהסדרתה המשפטית, ונבחן לאורה אפיקי פעולה משפטיים אפשריים.

ה. לקראת פעולה: גישת ההשהיה בראי המשפט

ביקורת האינטרסקס יוצרת אי-ודאות גדולה בקרב רופאים, אנשי מקצועות הבריאות ואחרים. התחושה בקרב רבים היא כי ניתוח הוא האופציה "הרעה במיעוטה", כי יתרונותיו גוברים על חסרונותיו, וכי חיים ללא שיוך מיניגדרי הם בגדר אוטופיה לא מעשית. מאמר זה מבקש להציב חלופה מעשית, המכונה גישת ההשהיה (המורטוריום). גישה זו נשענת על תובנות מתחום ביקורת האינטרסקס ותומכת בדחיית הניתוח עד אשר מי שנולדו אינטרסקס יוכלו לבחור בעצמם מה ראוי להם ולהחליט לאיזה מין, אם בכלל,

233 השוו לשיח הער בקרב קהילת הלהט"ב בשאלת ההוצאה מהארון של פרטים ככלי לגיטימי במאבק: אייל גרוס "איך זה שכוכב אחד מעוז" GoGay (28.7.2009) www.gogay.co.il/content/article.asp?id=8466; גל אוהובסקי "סוף עידן האאוטינג" GoGay (11.6.2010) www.gogay.co.il/content/article.asp?id=9188. כמו כן ראו ת"א (שלום י-ם) 6023/07 שגב נ' ידיעות אחרונות בע"מ (פורסם בנבו, 5.10.2008), הדן בשאלה אם הוצאה פומבית מהארון היא פגיעה בפרטיותו של אדם.

ירצו להשתייך. היא תומכת בקיומו של מגוון מיניגדרי וגורסת כי יש להתאזר באורך רוח חברתי שיאפשר לא/נשים אינטרסקס לבחור בבוא העת את הזהות המיניגדרית המתאימה להם. פרק זה מבקש להציג את גישת ההשגיה (מורטוריום) ולהתוות מסגרת משפטית לדיון בסוגיות שעולות בקשר לאינטרסקס. מטרתנו היא לפרוס מפת אפשרויות תוך הדגשת עקרונות של זכויות אדם וחשיבה חברתית-ביקורתית ולהפוך את המשפט לסוכן התומך בתהליך השינוי החברתי שא/נשים אינטרסקס מבקשים לקדם.

1. הצגת גישת ההשגיה

שינוי היחס החברתי לא/נשים אינטרסקס מצריך מהלך של הרחבת גבולות הדמיון החברתי, התרבותי, הרפואי והמשפטי. לשם כך נפרס ארבע גישות לנושא האינטרסקס ונרחיב ביתר פירוט על גישת ההשגיה המועדפת על ידינו.²³⁴ גישה אחת, שהיא הגישה המסורתית שבה עסקנו בהרחבה עד כה, היא גישת ההסתרה.²³⁵ גישה זו מניחה שאפשר וצריך "לתקן" מצבים המאופיינים כאינטרסקס מוקדם ככל האפשר, באמצעות ניתוח, כדי להתאימם לאחד המינים המוכרים (זכר/נקבה). במסגרת גישה זו מועבר בדרך כלל מידע חד-צדדי להורים ומומלץ להסתיר מא/נשים אינטרסקס בהמשך חייהם את היותם אינטרסקס ואת מהות התהליכים הרפואיים שעברו ושהם עדיין עוברים. גישה שנייה היא גישת הגילוי.²³⁶ גישה זו תומכת בניתוחים מוקדמים אך דוגלת במתן מידע מלא המאפשר קבלת החלטה מושכלת על ידי ההורים. גישה זו מתנגדת להסתרה ולהיעדר מידע בשל השפעותיהם השליליות ומניחה שמידע וגילוי מלאים הם פתרון ראוי. גישה שלישית היא גישת ההשגיה (מורטוריום),²³⁷ המבקשת להשוות את ההחלטה בדבר שיוך מיניגדרי באמצעות ניתוח ולהותירה בידי האדם האינטרסקס עצמו לכשיתבגר. גישה זו תומכת במתן מלוא המידע לאדם אינטרסקס ולהוריו תוך הצגת מכלול האפשרויות העומדות בפניו, כולל האפשרות שלא לבצע ניתוח כלל, ותוך קבלה מלאה של המגוון המיניגדרי הקיים. הגישה הרביעית היא גישת היעדר הסיווג, ולפיה יש לוותר

234 תיאור הגישות השונות מתבסס על הטיפולוגיה של ג'ולי גרינברג, תוך התאמתן לעמדת כותבות המאמר. אין מדובר במיפוי נוקשה אלא במצע לדיון. בקרב הפעילים והפעילות לזכויות אינטרסקס יש עמדות מגוונות המערבות בין הגישות השונות. להרחבה, ראו Julie A. Greenberg, *International Legal Developments Protecting the Autonomy Rights of Sexual Minorities: Who Should Determine the Appropriate Treatment for an Intersex Infant*, in ETHICS AND INTERSEX 87 (Sharon E. Sytsma ed., 2006).

235 שם, בעמ' 88–89.

236 שם, בעמ' 90.

237 שם, בעמ' 89–90. ראו גם Lareau, לעיל ה"ש 155, בעמ' 134–140. למסקנותיו של מחקר אשר בחן את אופן הטיפול במקרים שונים של אינטרסקס והמליץ על אימוץ גישת המורטוריום ראו Milton Diamond, *Pediatric Management of Ambiguous and Traumatized Genitalia*, 162 J. UROLOGY 1021 (1999).

על כל סיווג מיניגדרי, להתנגד לכל התערבות רפואית ולהכיר בכך שהזהות המיניגדרית של כל סובייקט מכוננת באופן עצמאי וייחודי. גישה זו רואה בקטגוריות זכר ונקבה קטגוריות דכאניות מטבען ורואה באינטרסקס הזדמנות להשתחרר מכבלי הדיכוי הטמון בקטגוריות אלו.

גישת ההשהיה, כפי שאנו מקדמות אותה, איננה נמנעת מהחלטה בדבר שיוך מגדרי חברתי, אך שואפת להשהות את החלטה בדבר הצורך בהתערבות ניתוחית או אחרת עד שהאדם האינטרסקס יגיע לבגרות ויקבל החלטה עצמאית ככל האפשר באשר לזהות המיניגדרית הנכונה לו. עיקריה של גישה זו הם אלה: (1) דחיית ההחלטה בדבר הצורך בקיומו של ניתוח עד להתגבשותה של הזהות המיניגדרית; (2) קידום האפשרות של אי-ניתוח כאפשרות ראויה גם חברתית וגם רפואית (לבד מן המקרים שבהם נדרשת התערבות רפואית מסיבות בריאותיות); (3) אפשרות קבלת החלטה בדבר שיוך מגדרי-חברתי אך הימנעות משיוך מיני-פיזיולוגי באמצעים רפואיים בלתי הפיכים, תוך הכרה באפשרות שהשיוך המגדרי החברתי יהיה זמני; (4) דחיית הנחת הבינריות המגדרית והכרה במגוון אנושי מיניגדרי רחב; (5) שינוי עמדות הכולל קידום פתיחות חברתית-תרבותית כלפי א/נשים אינטרסקס וקבלה מצד הממסד הרפואי; (6) מתן שירותי תמיכה סוציאלית ונפשית מרגע הגילוי ובמהלך חיי האדם ומשפחתו, כולל ליווי בצומתי קבלת החלטות אפשריים שבהם תתקבל החלטה בכיוון זה או אחר. עם זאת גישת ההשהיה שאנו נוקטות היא גישת השהיה מרוככת. היא מבקשת לקבוע את השהיית הניתוח כבררת מחדל, אך מאפשרת לסטות מבררת מחדל זו ולבצע התערבות רפואית במקרים שיימצאו מתאימים לכך, על ידי יצירת הליך קבלת החלטות מובנה שיאפשר

ליבון חילוקי דעות מחד ופיקוח שיפוטי או מעין שיפוטי, מאידך.²³⁸

נבקש להבהיר כי משמעות ההכרה במגוון מיניגדרי רחב איננה קידום חברה נטולת סיווג מיניגדרי כלשהו אלא הרחבת טווח האפשרויות העומדות בפני א/נשים אינטרסקס, ובכללן האפשרות להזדהות עם מין ומגדר מסוימים מקובלים (זכר/נקבה) ולבצע הליכים רפואיים המאפשרים לחיות כזכר או נקבה מבחינה חברתית ופיזיולוגית; הזדהות עם מגדר חברתי מסוים ללא ביצוע שיוך מיני פיזיולוגי מלא; בחירה לחיות כאינטרסקס ('מין שלישי') מבלי להיות מזוהה כגבר או אישה; האפשרות לחיות כ"ג'נדר-קוור" המבקש שלא להיות מוגדר באחת מן הקטגוריות המיניגדריות הקיימות. ברור לנו כי השימוש במילה "בחירה" כאן הוא מורכב, משום שא/נשים אינם בהכרח "בוחרים" את זהותם, אלא הם מוצאים עצמם מזדהים עם שיוך מיניגדרי מסוים במהלך חייהם, בין שהם חשים שבחרו בכך ובין שהם חשים שהוא "נכפה" עליהם.

נבהיר עוד כי אנו קשובות לטענה הרדיקלית העומדת ביסוד גישת היעדר הסיווג ומבקשות ללמוד מהביקורת הטמונה בה, אך לא השתכנענו שגישה זו נכונה לכל

238 ראו דוגמאות להליך מובנה שכזה להלן בפרק ה.3. (א) העוסק באפשרויות אסדרה.

הא/נשים. לטענתנו, יש להתאזר באורך רוח חברתי שיאפשר לא/נשים אינטרסקס לאמץ בבוא העת את הזהות המיניגדרית המתאימה להם. אנו מבקשות לקדם מגוון מיניגדרי רחב שאינו כבול לדרישות הבינריות המגדרית מחד (זכר/נקבה) ואינו כופה על כל בני החברה לחיות חיים נטולי שייכות מגדרית מאידך (היעדר סיווג מגדרי כלשהו). אכן, המתח בין המישור הרדיקלי למישור המעשי הוא מאתגר ומאפיין מאבקים לשינוי חברתי רבים הנאלצים לפעול בתווך שבין האידאלי לבין מגבלות המציאות והתנאים החברתיים שבתוכם מתרחש תהליך השינוי. גישתנו היא רֵאליסטית-תהליכית הנסמכת על התובנות הביקורתיות של גישת היעדר הסיווג, אך באופן מעשי מבקשת לקדם את גישת ההשקיה. מתוך גישה ראליסטית-תהליכית זו אנו גם תומכות בפתרון הפרקטי המקובל כיום בקרב חלק מהפעילים בשאלת השיוך המיניגדרי בילדות ולפיו אפשר לבצע שיוך מגדרי-חברתי אך יש להימנע משיוך מיני-פיזיולוגי כדי לאפשר בחירה מלאה ושלמה בבגרות. ביטול פרקטיקת הניתוחים בחינוקות אינטרסקס אינו מספיק, שכן פרקטיקות חברתיות ומוסכמות לשוניות מוטמעות יוצרות אתגר מתמשך הקשור בשאלות של גידול ילדים אינטרסקס בפתיחות, דיבור בשפה שאינה טעונה מבחינה מגדרית ועוד. שיוך חברתי-מגדרי משמעו שמי שנולד/ה אינטרסקס ת/ישוּיך לאחד המגדרים, על פי מרב האנדיקציות, וייתכנו אליו/ה כזכר או כנקבה מבחינת השפה ומבחינת מקומו/ה בחברה. עם זאת ככל שניתן לא תתבצע התערבות רפואית, ובעיקר לא יבוצעו ניתוחים שאינם הכרחיים ואשר תוצאתם בלתי הפיכה.²³⁹ זוהי גישת ביניים שאינה תואמת במלואה את הגישה התומכת בביטול ההבחנות המיניות והמגדריות אך מקלה על האדם, על ההורים ועל הסביבה בהתמודדות עם חוסר הבהירות החברתי באשר למצבים של אינטרסקס.

הקושי העיקרי העומד כאבן נגף בפני גישת ההשקיה-מורטוריום הוא חשש הפגיעה בילדים וא/נשים אינטרסקס שיגדלו בחוסר בהירות מיניגדרי אשר בא לידי ביטוי בשונות גופנית. המענה לחשש זה הוא בכמה מישורים: ראשית, המענה המעשי המיטיב לסוגיה, לטעמנו, הוא השיוך המגדרי-חברתי. משמעותו היא שאדם שנולד אינטרסקס איננו אדם נטול מגדר אלא הוא ישוּיך לאחד המגדרים, וכזוה יתייחסו אליו משפחתו וסביבתו לצד קבלת האפשרות שביום מן הימים ישתנה שיוך זה;²⁴⁰ שנית, נדגיש שוב שא/נשים אינטרסקס רבים נפגעים גם כיום, במצב של הסתרה ואי-קבלה ושל שיוך פיזיולוגי שעלול להתברר כמוטעה, בלתי הפיך ובעל פוטנציאל לנזק גופני; שלישית, נזכיר את

239 Ozar, לעיל ה"ש 129, בעמ' 20–25. על פי אוזאר הפרט הוא היחיד אשר יכול לקבוע לאיזה מגדר הוא משתייך באופן קבוע, וכל קביעה הקודמת לקביעתו של הפרט היא ארעית, ואין להפוך אותה לבלתי הפיכה.

240 להרחבה ראו Chase, *The Agenda of the Intersex*, לעיל ה"ש 44. צייס טוענת כי יש לאפשר להורים לבחור מין שאליו ישייכו את הילד ולא לאפשר לילד לגדול בכפילות מגדרית.

החשיבות שבמתן ליווי ותמיכה לאדם ומשפחתו שיקלו את ההתמודדות עם המצב; רביעית, נבחר שהחשש לפגיעה, שבו מדובר, איננו אינהרנטי לחיים כאינטרסקס אלא נובע במידה רבה מהחיים בחברה שאינה מקבלת א/נשים אינטרסקס לקרבה. לכן קיים חשש נגדי כבר משקל שלפיו בשם ההגנה על א/נשים אינטרסקס בטווח הקצר יעוכב קידומו של השינוי החברתי לטווח הארוך. לפיכך ככל שהחברה, ובכללה מערכות הבריאות והמשפט, תירתם לקידום השינוי החברתי, כך תקטן הפגיעה ותתקצר תקופת החשש לפגיעה.

קושי אחרון טמון בטענה שהכרעה בדבר זהות מיניגדרית היא קשה ומורכבת בכל שלב, וכי גם אדם בוגר לא בהכרח ידע לבחור בעצמו את הזהות המיניגדרית הנכונה לו ואינו יכול להיות משוחרר מכבלי המוסכמות החברתיות. המענה המסויג שיש בידנו לטענה זו איננו שאדם בגיל ההתבגרות מסוגל וצריך להכריע הכרעות מרחיקות לכת בדבר זהותו המיניגדרית, אלא שככל שאדם מתבגר הסיכויים לאינדיקציות בדבר הזהות המיניגדרית שלו כפי שהתגבשה במהלך חייו רבים יותר. ואם אותו אדם עדיין איננו יודע מהי זהותו המיניגדרית, הרי שיש לאפשר לו/ה לחיות באותה אי-ודאות או לתת לו/ה את הזמן לגבש לעצמו/ה זהות משל עצמו/ה. אם נגיע להסכמה שגם בבגרותם א/נשים אינטרסקס עשויים שלא להזדהות עם מגדר מסוים, הרי שהדבר תומך בטענה שלפיה פעולת השיוך המיניגדרי הבלתי הפיך בגיל ינקות איננה מבוססת דייה.

נציין לסיום כי איננו נאיביות בתפיסת החירות שאנו מקדמות, או בתפיסת הבחירה של הפרט ובכוחו לבחור בזהות מיניגדרית. אין ספק בלבנו כי הרקע החברתי, התרבותי והמשפחתי שאליו נולד הפרט, בצד מאפיינים אישיותיים ואישיים אחרים, משפיעים השפעה עצומה על בחירותיו. אנו מכירות בכך שמגוון כוחות ונסיבות מעצב את חייו ומשפיע על אפשרויות הבחירה שבידינו. אך אם קיימים צמתים של בחירה, כמו במקרה של א/נשים אינטרסקס, אנו משוכנעות שיש להותיר את הבחירה בידי של האדם, מוגבלת או רחבה ככל שתהיה. אנו מאמינות שחירות זו יכולה להתקיים במיטבה רק בהתקיים שוויון מיניגדרי מלא המכיר בקיומו ובערכו של מגוון מיניגדרי ובחירותו של אדם לעצב את גורלו ואת זהותו המיניגדרית.

2. גישת ההשהיה בראי שיח הזכויות

לצורך שינוי נוהל הניתוחים באינטרסקס נעמוד כעת על שלושה אגדים של זכויות שבאמצעותם יהיה אפשר לקדם את גישת ההשהיה המוצעת על ידנו וכן זכויות אינטרסקס בכלל. אגדים אלו הם קבוצות זכויות המוכרות במשפט הישראלי שאליהם אפשר ליצוק את המרכיבים הייחודיים של חוויית החיים של אינטרסקס.

(א) זכויות חוקתיות: חירותו של אדם לעצב את גורלו ואת זהותו המיניגדרית

סוזן: "מי אני? אני לא מרגישה אישה ולא גבר, אני לא יודעת מה אני. אני – אני. אני רוצה שתיתנו לי לחיות כמו שנולדתי, לא להתעסק עם הגוף שלי, ואם אני ארצה לשנות אני אשנה מתי שאני רוצה."²⁴¹

ההגנה החוקתית לא/נשים אינטרסקס במשפט צריכה לשאוב את תוכנה מזכותו של כל אדם לעצב את גורלו ולספר את סיפור חייו. על פי המשנה לנשיאה בדימוס ריבלין, "זכותו של אדם לכתוב בעצמו את פרקי סיפור חייו, היא אחת מן הזכויות היסודיות ביותר במשטר דמוקרטי, אם לא היסודית שבהן."²⁴² זכות זו ניתנה קודם כולל לפרט עצמו, אך גם הקהילה או המגזר שאליהם הוא משתייך שותפים למלאכת יצירת סיפור חייו,²⁴³ ובמקרה של קטין, גם הוריו הם שותפים.²⁴⁴ מימושה של זכות זו מתבטא ביכולתו של אדם לקבל החלטות שיעצבו את חייו בחופשיות, וליהנות מהגנת המשפט לשם כך.²⁴⁵ הפילוסוף יוסף רו ניסח רעיון זה בכותבו כי אוטונומיה היא אידאל של יצירה עצמית, וכי האדם האוטונומי הוא שותף בכתיבת סיפור חייו.²⁴⁶

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא כמובן המסמך המשפטי הראשון והמרכזי שאליו יש לפנות ולהפנות כמקור לעיגון חירותו של כל אדם, ובכלל זה של האדם האינטרסקס לעצב את גורלו ואת זכותו לממש את זהותו המיניגדרית. בבסיסו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נמצאת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי וכי "כבוד האדם משתקף, בין היתר, ביכולתו של יצור אנוש בתור שכזה לגבש את אישיותו באופן חופשי, כרצונו, לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתן, לבחור בחירותו הרצונית, לא להיות משועבד לכפייה שרירותית."²⁴⁷

חירות הפרט לעצב את גורלו מקבלת חיזוק מזכויות חוקתיות נוספות הרלוונטיות מאוד בהקשר של אינטרסקס: הזכות לפרטיות והזכות לאוטונומיה. לזכות לפרטיות, המעוגנת בכמה דברי חקיקה,²⁴⁸ כמה היבטים רלוונטיים לענייננו, ובהם זכותו של אדם לצנעת גופו, לרבות הזכות להחליט בדבר התערבות, כירורגית או אחרת, בגופו,²⁴⁹ וכן

241 סוזן, פעילה אינטרסקס, דברים שנאמרו בשולחן עגול בנושא אינטרסקס, לעיל ה"ש 196.

242 ע"מ 1245/12 התנועה לחופש המידע נ' משרד החינוך, פס" 15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה בדימוס ריבלין (פורסם בנבו, 23.8.2012).

243 בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 31.8.2010).

244 עניין התנועה לחופש המידע, לעיל ה"ש 242, פס" 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה בדימוס ריבלין.

245 דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוגית, פ"ד נ(1) 48 (1995).

246 JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 369–371 (1986).

247 ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, 842 (1994).

248 ס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 1 לחוק הגנת הפרטיות.

249 דיון מקיף של בית המשפט העליון בזכות לצנעת הגוף אפשר למצוא בשתי פרשות: ד"נ 9/83 בית

הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837 (1988); ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל,

פ"ד מ(3) 673 (1986).

"היכולת לקבל החלטות אינטימיות בנוגע לעצמנו".²⁵⁰ ההכרה בחירות זו היא רבת חשיבות לקבוצות נוספות, כגון א/נשים טרנסג'נדר הנאבקים גם הם על זכותו של הפרט לקבל החלטות בדבר זהותו המגדרית.²⁵¹

הזכות לאוטונומיה אף היא רלוונטית לענייננו, שכן כל עניינה הוא זכותו של אדם לקבוע את גורלו בעצמו.²⁵² זכות זו הוכרה בפסיקה בכמה הקשרים, כמו למשל הזכות הכללית לחופש בחירה,²⁵³ זכותו של אדם לקבוע אילו ניתוחים וטיפולים רפואיים יעבור,²⁵⁴ הזכות למלוא המידע בדבר טיפולים רפואיים שהוא עתיד לעבור²⁵⁵ וגם זכותם של קטינים לקבוע את גורלם בשיתוף הוריהם ללא כפייה חיצונית.²⁵⁶ הפילוסוף רוז מבהיר שגם במערכות יחסים שקיימת בהן כפייה אינהרנטית (כגון יחסי הורה-ילד) אפשר להגשים את הזכות לאוטונומיה באמצעות הרחבה הדרגתית של מרחב קבלת ההחלטות וטיפול הכרת אפשרויות הבחירה השונות.²⁵⁷

(ב) זכויות החולה: הסכמה מדעת

התחזקותן של חירויות וזכויות הפרט במשפט הישראלי, ובכללן הזכות לפרטיות ואוטונומיה, תרמה לחיזוק מעמדו של המטופל במערכת הבריאות וזכויות האדם שלו.²⁵⁸ עליית מעמד המטופל במערכת הבריאות באה לידי ביטוי בחוק זכויות החולה. חוק זה מעגן משפטית את זכויות המטופלים במערכת הבריאות ולכן הוא רלוונטי ביותר לממשק המתמשך של א/נשים אינטרסקס עם מערכת הבריאות, בעיקר בהקשר של הזכות להסכמה מדעת. הזכות להסכמה מדעת משמשת כיום זכות יסודית ביחסי מטפל מטופל, המשפיעה על הלגיטימיות האתית-מוסרית לביצוע הטיפול.²⁵⁹ היא קשורה

250 בירנהק, לעיל ה"ש 214, בעמ' 25.

251 ראו מאמרו של אייל גרוס הממחיש זאת: גרוס, לעיל ה"ש 60.

252 Raz, לעיל ה"ש 246, בעמ' 369.

253 בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפרים (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, 782 (1996).

254 ע"א 4837/92 "אליהו" חברה לביטוח נ' בורבה, פ"ד מט(2) 257, 261 (1995).

255 עניין דעקה, לעיל ה"ש 218, בעמ' 577-578.

256 עניין התנועה לחופש המידע, לעיל ה"ש 242.

257 Raz, לעיל ה"ש 246, בעמ' 393-394.

258 השפעת חוק היסוד ניכרת כבר בס' 1 לחוק זכויות החולה, שעל פיו מטרת החוק היא "לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי ולהגן על כבודו ועל פרטיותו". לדיון במעמדה של הזכות לפרטיות במסגרת חוק זכויות החולה, ראו לעיל פרק ד.3.(ב).

259 אדם המטופל במערכת הבריאות הוא צד במערכת יחסים הייררכית שבה הצוות הרפואי נמצא בעמדת עליונות ברורה. בעבר כניעות המטופל למטפל הייתה המפתח לקשר הטיפולי. עם השנים ניתן דגש רב יותר לאוטונומיה של החולה ולשביעות רצונו, אם כי עדיין אין מדובר במערכת יחסים שוויונית ונעדרת הייררכייה. ראו DEBRA L. ROTER & JUDITH A. HALL, DOCTORS TALKING WITH PATIENTS/PATIENTS TALKING WITH DOCTORS: IMPROVING COMMUNICATION IN MEDICAL VISITS 3-22 (2nd ed. 2006); Ezekiel J. Emanuel & Nancy Neveloff Dubler, *Preserving the*

בטבורה לזכות לאוטונומיה אשר תכליתה בהקשר הרפואי לאזן את הכוח הרב שהופקד בעבר בידי הרופא או המטפל שנתפס כ"יודע-כול" במסגרת יחסי כוחות הייררכיים וסמכותניים. רעיון ההסכמה מדעת כולל הן את הצורך בהסכמתו של אדם לקבל טיפול רפואי והן את חירותו להתנגד לטיפול שהוא אינו חפץ בו.²⁶⁰

מעמדן של הזכות לאוטונומיה והזכות להסכמה מדעת מבוסס היטב במשפט הישראלי באשר לבעלי כשרות משפטית, אך לא בהקשר של טיפול בקטינים.²⁶¹ בעקבות חקיקת חוק זכויות החולה פורסם חוזר מנכ"ל המפרש את סוגיית ההסכמה מדעת לאור.²⁶² החוזר, המשתרע לאורך שלושה עשר עמודים, מזהה כי הגישה המתפתחת היא לשתף כל מטופל לפי יכולתו הרגשית-שכלית ומבקש מהמוסדות השונים לאמץ את "המודל השיתופי-שוויוני של יחסי מטפל-מטופל".²⁶³ חוזר זה מתבסס על דיני הכשרות המשפטית והאפטרופסות ומסמיך את ההורים והאפטרופוס לתת הסכמה מדעת בשם ילדם הקטין.²⁶⁴ החוזר מציין שאין התייחסות מיוחדת להסכמה מדעת של קטינים בחוק זכויות החולה, אולם הוא מורה לשמור על כבודם, על פרטיותם ועל אוטונומיית הפרט של הקטינים ופסולי הדין. כלשון החוזר: "גם חולים אלה זכאים שלא 'יתנפלו' עליהם ויבצעו בהם טיפולים מכאיבים או מפחידים".²⁶⁵

סוגיית הניתוחים באינטרסקס מדגישה את הצורך בהסדרת זכויות החולה הקטין באופן כללי ובסוגיית ההסכמה מדעת של קטינים לטיפול רפואי באופן ספציפי.²⁶⁶ עד

Physician-Patient Relationship in the Era of Managed Care, 273 JAMA 323, 323-329 (1995).

260 עניין דעקה, לעיל ה"ש 218, פס' 16; קרקר-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת, לעיל ה"ש 181, בעמ' 20-55.

261 חוק זכויות החולה אינו מבחין בין קטין לבגיר ומחיל את חובת ההסכמה מדעת על כל "מטופל" (ס' 2 לחוק זכויות החולה). קשיים דומים קיימים באשר לקבוצות אוכלוסייה אחרות משוללות כשרות משפטית, כגון אנשים עם מוגבלויות וקשישים.

262 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/96 "הסכמת החולה לטיפול רפואי לאור חוק זכויות החולה" התשנ"ו-1996 (11.8.1996) (להלן: חוזר מנכ"ל משרד הבריאות "הסכמת החולה לטיפול רפואי").

263 שם, בעמ' 13.

264 שם, בעמ' 7. על פי ס' 41 לחוק הכשרות, על נציגו של קטין המבצע פעולה משפטית בשמו "לנהוג לטובת החסוי כדרך שאדם מסור היה נוהג בנסיבות העניין", ראו לעניין זה גם ס' 4, 14, 17 ו-33 לחוק הכשרות. כאשר תירש התערבות בית המשפט לצורך הכרעה בדבר ביצוע הליך רפואי עליו להסכים רק אם שוכנע כי האמצעים "דרושים לשמירת שלומו הנפשי או הגופני של הקטין". ראו ס' 68(ב) לחוק הכשרות.

265 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות "הסכמת החולה לטיפול רפואי", לעיל ה"ש 262, בעמ' 7.

266 ראו ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו דוח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה 209, ס' 3.6 (2003). www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/6CB85B58-07BF-496E-A073-2CC87F9C67D4/0/HayeledVeamishpaha.pdf. הסעיף עוסק בצורך להסדיר את נושא הסכמת קטינים לטיפול רפואי. להשפעותיה של מסקנות והמלצות ועדה זו בחקיקה ובפסיקה

כה אין כל תיעוד של סכסוך משפטי או פנייה לבית משפט בישראל בנושא ניתוחים באינטרסקס. נראה שהעניין לא עורר עד כה סכסוכים ומחלוקות, וכי ביצוע הניתוח מתאפשר בקלות בהנחה שההורים מוסמכים לקבל את ההחלטה בשם ילדיהם. לטענתנו, לפי גישת ההשגחה, נקודת המוצא בדיון בדבר הסכמה מדעת צריכה להיות הסכמתו של אדם בוגר המקבל החלטות בעצמו על חייו־שלו, ואילו הסכמת הורים לניתוח בתינוקם צריכה להיות החריג המתאים לנסיבות מתאימות שיפורטו. הסייגים הנמצאים כיום בחוק הכשרות אמנם חשובים, אך הם מבטאים "חקיקת טלאים" מינימליסטית בלבד בכל הנוגע לאוטונומיה של קטינים במערכת הבריאות.²⁶⁷ כדי לקדם שינוי של ממש יש לתקן את חוק זכויות החולה ולהסדיר דרכו את הנושא בצורה מלאה וישירה תוך התייחסות לשינויים שחלו במעמד החברתי והמשפטי של ילדים.

(ג) זכויות קטינים: זכויות ילדים וכשרים מתפתחים

גישת שיתוף המטופל בקבלת החלטות רפואיות גם בהיותו קטין משתלבת היטב עם התפתחות השיח בדבר זכויות ילדים בעשורים האחרונים. בשנים האחרונות גובר הדיון בצורך לעבור מעקרון "טובת הילד" לעקרון "זכויות הילד": "טובת הילד" מייצגת תפיסת עולם פטרנליסטית, ואילו "זכויות הילד" מבכרת הכרה ב"ילד" כיצור אוטונומי בעל זכויות ואינטרסים עצמאיים, ומקורה בפילוסופיה ובכתיבה ליברלית.²⁶⁸ דיון זה מקבל משנה תוקף בענייננו, שכן אחת ההצדקות הנפוצות לביצוע ניתוח ל"תיקון" מין בילדות היא טובת הילד, וחירויותיו הבסיסיות ואוטונומיית הפרט שלו נדחקות לשולי הדיון.

בשנת 1991 אושררה ונכנסה לתוקפה בישראל האמנה בדבר זכויות הילד²⁶⁹ והפכה למקור השראה פרשני לחקיקה. באמנה זו נזכרת זכותו של הילד לחופש ביטוי וכן הזכות להיות שותף פעיל בהכרעות הנוגעות לו על פי מידת בגרותו.²⁷⁰ עקרון ההשתתפות הוא אחד החידושים המרכזיים שהביאה האמנה לעולם המשפט.²⁷¹ באמנה נקבע כי מדינות "יבטיחו לילד המסוגל לחוות דעה משלו את הזכות להביע דעה כזו בחופשיות בכל עניין

ראו תמר מורג "השפעת הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט על תפיסת העומק של הפסיקה הישראלית" משפחה במשפט ג 67 (2009).

267 עדי ניב־גודה "היכולת לקבל הסכמה מדעת מקטינים מטופלים ובפרט מקטין הנוטה למות" הרפואה 146, 459 (2007).

268 תמר מורג "עשרים שנה אחרי: תפיסת זכויות הילד על פי האמנה בדבר זכויות הילד" זכויות הילד והמשפט הישראלי 15 (תמר מורג עורכת, 2010) (להלן: מורג "עשרים שנה אחרי"); יחיאל ש' קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" המשפט 303, 308–311 (2002).

269 האמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989).

270 ס' 12–13 לאמנה בדבר זכויות הילד.

271 מורג "עשרים שנה אחרי", לעיל ה"ש 268, בעמ' 45.

הנוגע לו, תוך מתן משקל ראוי לדעותיו, בהתאם לגילו ולמידת בגרותו של הילד.²⁷² תכליתו של עקרון ההשתתפות היא הכרה בילדים כבני אדם שלמים, כפרטים אוטונומיים, כמי שמסוגלים לקדם החלטה טובה יותר בעניינם ובכבודם האנושי.²⁷³ על השתתפותו של הילד להיות חופשית תוך קבלת מידע המתאים לרמת הבנתו, להתקיים בכל גיל שהוא (לרבות התנהגות והבעות פנים של פעוטות שאינם מדברים) ולקבל משקל נכבד (אך לא בלעדי) בעת קבלת ההחלטה המשפטית.²⁷⁴ עיקרון זה מתפרש לאור "עקרון הכשרים המתפתחים"²⁷⁵ שבאמנה, אשר מאזן בין זכויותיו של הילד כפרט אוטונומי לבין הצורך שלו בהגנה על פי גילו והתפתחותו. עקרון הכשרים המתפתחים אינו פוטר את המדינה מאחריותה לזכויותיו של הילד, אך קובע כי עליה להכיר בהן ולממשן תוך ביצוע התאמות בהתחשב בכשריו וביכולותיו.²⁷⁶

המגמה כיום, לאור השפעתה של התנועה להכרה בזכויות ילדים, היא לאפשר לילדים להחליט בשביל עצמם תוך הגבלות מינימליות על חירותו של הקטין. רק כאשר הדבר אינו מתאפשר, יש להכריע בשבילם בעניינם. דוגמה לניסיון מסוג זה משתקפת ממאמרה של ד"ר רונה שזו שבו היא מבקשת להוסיף למודל עקרון טובת הילד חזקה הניתנת לסתירה שלפיה יש לכבד את זכות הילד לאוטונומיה אלא אם הוכח בבירור שמימוש רצונו יפגע בו יותר מאי-מימוש. הצעה זו הופכת את רצון הקטין לבררת המחדל, ובכך מחזקת את אוטונומיית הפרט שלו.²⁷⁷

ההכרה בזכויות הילד ובצורך לבצע התאמות בהתחשב בכשריו וביכולותיו תומכת אף היא בגישת ההשגחה הגורסת שיש להשהות את ההחלטה בדבר ביצוע ניתוח עד לשלב שבו יוכל האדם לקבל החלטות בענייניו. מתן משקל לרצון הקטין כבררת מחדל מצריך את השהיית ביצועם של הליכים בלתי הפיכים בעלי השלכות הרות גורל על גופו, נפשו וזהותו של האדם.

3. אפיקי פעולה משפטיים

מטרת מסגרת הזכויות שהוצגה לעיל היא לתת כלים ולהתוות דרך לחשיבה מחודשת על מקומם של א/נשים אינטרסקס במשפט ובחברה ועל מקומו של המשפט בהגנה של זכויותיהם ובקידום השוויון המיניגדרי. מסגרת זו תוכל לשמש הן לצורך פעילות משפטית הצופה עתיד והן לפעילות הצופה לאחור ומבקשת לתקן עוולות עבר. אפיק

272 ס' 12 לאמנה בדבר זכויות הילד.

273 מורג "עשרים שנה אחרי", לעיל ה"ש 268, בעמ' 46.

274 שם, בעמ' 47-49.

275 ס' 5 לאמנה בדבר זכויות הילד.

276 מורג "עשרים שנה אחרי", לעיל ה"ש 268, עמ' 51.

277 רונה שזו "יחסי הגומלין בין זכויות הילד, טובת הילד וזכויות ההורים" שערים למשפט 1, 69, 71 (2005).

הפעולה המשפטית המרכזי הצופה פני עתיד הוא אפיק האסדרה (רגולציה), כלומר הסדרה מאורגנת של הנושא על דרך של חקיקה או נהלים. אפיק פעולה הצופה פני עבר בעיקרו הוא אפיק ההתדיינות, כלומר הגשת תביעות בבתי משפט של מקרים פרטניים או קבוצתיים על בסיס פגיעות בזכויות משפטיות שבוצעו כלפי המתדיינים.

(א) אסדרה

גישת ההשהיה כבררת מחדל צריכה להיות לטעמנו נקודת המוצא של כל מהלך אסדרה עתידי שהוא. גישה כזו תאפשר העברת מסר חד-משמעי בדבר המצב הראוי בצד גמישות מסוימת במקרים המתאימים. יתרוונתיה העיקריים של האסדרה הם בפורטנציאל הטמון בה לשינוי עומק מבני וכולל לאחר דיון ציבורי מעמיק הנערך מתוך פרספקטיבה רחבה וכוללת המביאה לידי ביטוי מגוון נקודות מבט ומאפשרת את שיתוף הציבור, ובכללו את ציבור הא/נשים אינטרסקס, בתהליך. בדברים הבאים נבקש להציג כמה אפשרויות אסדרה עיקריות ובצדן דוגמאות למנגנוני פיקוח ובקרה שהוצעו בספרות עד כה, כגון ועדות אתיקה ופיקוח שיפוטי.

פנייה לאפיק האסדרה תביא בראש ובראשונה ליצירת נוהל חדש מקיף ומפורט מטעם משרד הבריאות, אשר ישקף את ביקורת הנוהל הנוכחי וייתחם למגוון הסוגיות שעלו במאמר זה עד כה. כזכור, הוראות נוהל הניתוחים באינטרסקס נקבעו בשנת 1986, טרם חקיקת חוק זכויות החולה וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אולם הן לא עודכנו מאז. אין ספק שהיה מקום לשנותן זה מכבר על פי השינויים שחלו מאז הוצאת הנוהל, כמו התפתחויות חקיקתיות וחוקתיות, שינויים במערך היחסים שבין רופאים למטופלים, שינויים במעמד הילד במשפט ועליית שיח זכויות הילד וכן הביקורות הספציפיות שהועלו בתחום האינטרסקס. נוהל חדש ומקיף לא יעמיד במרכז את סוגית הניתוח אלא יתייחס למכלול ההיבטים הרלוונטיים ללידת ילד אינטרסקס ולמשק המתמשך של אדם אינטרסקס ומשפחתו עם מערכת הבריאות במהלך שנות ילדותו ובגרותו. דגש מרכזי יושם בסוגיית השיוך המיניגדרי וכן בסיוע ובליווי א/נשים אינטרסקס ומשפחותיהם. נוהל חדש יסדיר מחדש גם את סוגיית ההסכמה מדעת לכל טיפול רפואי שיינתן לאדם אינטרסקס, ובכללו לאפשרות של טיפול ניתוחי שהוא טיפול חודרני ובלתי הפיך בעיקרו, כולל יצירתו של טופס הסכמה מדעת מתאים.²⁷⁸ יצירת נוהל מקיף אשר טופס הסכמה מדעת ייחודי בצדו תבטא את תשומת הלב הראויה לנושא ולמורכבותו. בצד שינוי הנוהל נדרשת כמובן פעילות הכשרה ושינוי עמדות בקרב אנשי הצוות הרפואי.

278 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות משנת 1997 בעניין "טפסי הסכמה מדעת" קבע נהלים חדשים ליישומה של הזכות להסכמה מדעת לאור חוק זכויות החולה (חוזר מנכ"ל משרד הבריאות "הסכמת החולה לטיפול רפואי", לעיל ה"ש 262 וחוזר מנכ"ל משרד הבריאות בעניין "טפסי הסכמה מדעת", לעיל ה"ש 185). חוזר זה מפרט מהם הנושאים המצריכים יצירת טופס הסכמה מפורט. לטענתנו, ראוי ליצור טופס הסכמה מסוג זה גם בנושא האינטרסקס.

אפשרות נוספת להסדרה כוללת מצויה כמובן בחקיקה. ארין לויד למשל מציעה במאמרה נוסח של הצעת חוק להגנה על ילדים אינטרסקס.²⁷⁹ ההצעה מבקשת לעגן בחוק את העיקרון שלפיו האדם הוא מקבל ההחלטה הטוב ביותר לכשיגדל. הצעת החוק דורשת הוכחות בהירות ומשכנעות באשר לנחיצות הרפואית של הניתוח ומסדירה את סוגיית הפגיעה בפרטיות בכל הליך ובדיקה רפואיים.

הסדרה מחדשת של התחום מצריכה כאמור שקילה של מגוון אפיקי פיקוח ובקרה מובנים כגון ועדות אתיקה ופיקוח שיפוטי באמצעות בתי משפט. אפשרות אחת טמונה בפעולתן של ועדות אתיקה. למשל, כריסטין מנקל טוענת שהפתרון הראוי לסוגיה טמון בוועדות האתיקה הפועלות בבתי החולים.²⁸⁰ לדידה, יש ליצור ועדת אתיקה מיוחדת לאינטרסקס שתאפשר להורי הקטין להתבטא בהרחבה וינתן בה ייצוג למגוון הורים וא/נשים אינטרסקס. ועדה זו תהיה ערכאת ייעוץ חובה לרופאים במקרים שבהם נולד אינטרסקס. פרוטוקולי הוועדה יתועדו ויישמרו בתיק הרפואי של הקטין. בתום דיוני הוועדה יוגשו המלצות לרופא, ואם אין הסכמה יתקיים דיון חוזר. אם עדיין לא תהייה הסכמה, העניין יעבור להתדיינות משפטית.

אפשרות אחרת טמונה בפיתוח מסגרת של פיקוח שיפוטי מובנה באמצעות בית משפט על הליך השיוך המיניגדרי. כך, הצעת החקיקה של לויד מציעה ליצור הליך שיפוטי שמטרתו לתת ביטוי מלא למצבו של הקטין, לרצונותיו, לשאיפותיו ולזכויותיו.²⁸¹ גם אן תמר-מאטיס מציעה לערב את בית המשפט בהליך קבלת ההחלטות כדי לשפר את הליך השיוך ולאפשר הגנה משפטית טובה יותר על ילודים אינטרסקס.²⁸² תמר-מאטיס מכירה בחסרונות אפשריים לגישה זו, ובהם החשש שבית המשפט יהפוך לזירת התגוששות בין א/נשים אינטרסקס לאנשי צוות רפואי וסוציאלי, אך מציינת שיתרונו המרכזי של מודל זה שהוא יוצר מסגרת קפדנית לשקילה ראויה של מכלול האינטרסים, תוך הדגשת האינטרסים של הילד.

279 Lloyd, לעיל ה"ש 170, בעמ' 191.

280 ראו Christine Muckle, *Giving a Voice to Intersexed Individuals Through Hospital Ethics Committees*, 2006 WIS. L. REV. 987, 1015-1022.

281 Lloyd, לעיל ה"ש 170, בעמ' 191.

282 ראו Tamar-Mattis, *Exceptions to the Rule*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 93-98. מאטיס היא פעילה בארגון AIC, אשר פועל למען בחירה מודעת של אנשים אינטרסקס בארצות הברית, ראו עוד באתר: www.aiclegal.org. תמר-מאטיס מתבססת על מעורבותם המוצלחת של בתי משפט בהליכים רפואיים אחרים המערבים אתגרים אתיים דומים, כגון תרומת אברים של ילדים או עיקור אנשים בעלי מוגבלות שכלית. נקודות הדמיון הן שמדובר בהליך שאיננו בעל טובה מוכחת וברורה, שההורים כמקבלי ההחלטה עלולים להימצא בניגוד עניינים, ושההליך עשוי להפר זכויות יסוד של היילוד כגון הזכות לשלמות הגוף, לפרטיות ואף לפוריות.

(ב) התדיינות משפטית

בהשוואה לאפיק האסדרה אפיק ההתדיינות המשפטית נדמה לעתים לאסטרטגיית פעולה פשוטה יותר אשר אינה מצריכה את הנעתן וגיוסן של מערכות שלטוניות מורכבות. אך הספרות מתחום המשפט וחברה מראה שאפשרות הליטיגציה, ובעיקר בתביעות של קבוצות מיעוט, לוקה בכמה חסרונות מבניים, וכי רכיבים רבים משפיעים על סיכויי הצלחתן של תביעות אלו: ראשית, ההתדיינות המשפטית ממוקדת במקרה מסוים וכפופה לכללים משפטיים פורמליים של רלוונטיות והתיישנות וגם לכללי שיח המשפיעים על דרך הבניית הסיפור המשפטי ותרגומו של המקרה לקטגוריות משפטיות מוכרות.²⁸³ חסרונות נוספים הכרוכים בליטיגציה קשורים בפערי הכוחות שבין הצדדים לתביעה המשפיעים על סיכויי הצלחתה. בתחום הרשלנות הרפואית ניתן משקל רב לפרקטיקות רפואיות אשר נתונות כמובן לביקורת שיפוטית אך בסופו של דבר נהנות לרוב מהגנה משפטית.²⁸⁴ עוד קשיים קשורים בהמשגת התביעה, במתן שם לפגיעה ובקשיים הכרוכים לעתים ביציאה מן הארון.²⁸⁵ עם זאת יש בתביעות אפליה ונזיקין פוטנציאל גם להעצמה אישית דרך האפשרות לספר את הסיפור בבית המשפט ובעצם הפעולה לתיקון העוול שנעשה, וגלומה בהן הבטחה לשינוי חברתי דרך חשיפת הפרקטיקות הפסולות וההכרה בפגיעה.

ניסיונות שונים להגן על זכויות א/נשים אינטרסקס דרך התדיינות משפטית נעשו בבתי משפט ברחבי העולם. בית המשפט החוקתי בקולומביה קבע כי על הממסד הרפואי לקבוע נהלים ברורים שיאפשרו הסכמה מדעת של ההורים לכל שלב בתהליך בכתב, לאחר קבלת מלוא המידע ותמיכה נפשית, וההסכמה ניתנת בכמה מועדים לאורך תקופת זמן ממושכת.²⁸⁶ בתי המשפט באוסטרליה קבעו כי על כל טיפול המשפיע על קביעת מינו של קטין להיעשות באישור בית המשפט (אף אם הקטין, הוריו והצוות הרפואי תמימי דעים בתמיכה בו), וכן כי א/נשים אינטרסקס כשירים להינשא הן לגברים והן לנשים.²⁸⁷ פסיקות אלו התקבלו לאחר התלבטויות עמוקות של השופטים, כמו גם הכרה שלהם בחוסר הוודאות שבמסגרתה הם פוסקים.²⁸⁸

283 ראו למשל רונן שמיר ומיכל שטראי "שוויון הזדמנויות בבית הדין לעבודה: לקראת סוציולוגיה של ההליך השיפוטי" שנתון משפט העבודה ו 287 (1996); ג'ד ברזילי "משפט" אי/שוויון 274 (אורי רם וניצה ברקוביץ' עורכים, 2006).

284 הפסיקה בנושא מגוונת. מצד אחד נקבע שכל שיטה רפואית נוהגת נתונה לביקורת שיפוטית. ראו דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721 (2003). מצד אחר רופאים זוכים לרוב בהגנת המשפט כאשר פעלו בסבירות לפי נורמת ההתנהגות שהייתה מקובלת בעולם הרפואה בעת האירוע. ראו ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171 (1997); ע"א 4804/03 מרגליות נ' הסתדרות מדיצינית "הרסה" (פורסם בנבו, 10.5.2006).

285 ראו להלן פרק ה.4. (ב).

286 ראו Greenberg, לעיל ה"ש 234, בעמ' 91-92.

287 שם, בעמ' 94-95.

288 שם, בעמ' 97-99.

עד כה טרם הוגשה בישראל תביעה משפטית בנושא. לדעתנו אפשר בהחלט לתקוף את נוהל הניתוחים באינטרסקס באמצעות שתי דרכים עיקריות: דרך אחת היא בתקיפה ישירה וכוללת באמצעות הגשת עתירה אשר תבקש להורות על ביטול הנוהל על בסיס מגוון העילות החוקתיות והמנהליות הקיימות. מבחינה חוקתית אפשר לטעון שלשון הנוהל ורוחו מנוגדות לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסותרות את הזכויות המוגנות במסגרתו, ובהן חירותו של אדם לעצב את גורלו, הזכות לפרטיות והזכות לאוטונומיה. אפשר להרחיב בדבר הפגיעה בזכות להסכמה מדעת והפגיעה בזכויות ילדים המוגנות במשפט הבין-לאומי ובמשפט הפנים-מדינתי.²⁸⁹ מבחינה מנהלית אפשר לטעון שהנוהל לוקה בחוסר סבירות קיצוני או שהוא מבטא מדיניות שאינה עומדת בכללי המידתיות המנהליים.²⁹⁰

דרך שנייה לתקיפת הנוהל היא באמצעות תביעות נזיקין אישיות אשר במוקדן תעמוד הפרת הזכות להסכמה מדעת. הפרת הזכות עשויה להצמיח עילת תביעה בגין תקיפה רפואית, רשלנות רפואית, עוולת הפרת חובה חקוקה או פגיעה באוטונומיה.²⁹¹ אנשים אינטרסקס אשר חשים עצמם נפגעים מאופן התנהלות הצוות המטפל בעניינם יכולים להגיש תביעות על פי עילות אלו, ובלבד שלא התיישנו. מכיוון שהתגבשות העילה מתרחשת רק בעת שהניזוק יודע על התרחשותה, הרי שבשל ההסתרה וההכחשה שאפיינו את דרך הטיפול בנושא עד כה, מניין ההתיישנות טרם תם במקרים רבים. בין ארבעת אפיקי התביעה הללו קיימים קווי דמיון ושוני כאחד.

עוולת התקיפה שימשה בעבר אפיק התביעה המרכזי במקרים שבהם לא ניתן למטופל/ת מלוא המידע על אודות הסיכונים הכרוכים בהליך הרפואי.²⁹² כיום השימוש בעוולת התקיפה צומצם למקרים קיצוניים של אי-מסירת מידע או של אי-מתן הסכמה.²⁹³ נראה שנסיונות מחמירות אלו מתאימות יותר לתקופה שבה הוסתר הטיפול גם מן ההורים. אפיק זה נותר אטרקטיבי גם כיום,²⁹⁴ בעיקר משום שהתובע אינו נדרש להוכיח קיומו של נזק או קשר סיבתי.²⁹⁵ מאז שנות התשעים הלך וגבר השימוש בעוולת

289 על פי המסגרת הנורמטיבית שהוצגה לעיל בפרק ה.2.

290 דפנה ברק-ארז משפט מינהלי (2010).

291 כרמי, לעיל ה"ש 181, בעמ' 978; קרקר-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת, לעיל ה"ש 181; חוזר מנכ"ל משרד הבריאות "הסכמת החולה לטיפול רפואי", לעיל ה"ש 262, בעמ' 12 (החוזר מצייין כי חולה אשר נגרם לו נזק מטיפול שניתן בלא הסכמה מדעת, יוכל לתבוע את מטפלו הן בגין עוולת התקיפה והן בשל עוולת הפרת חובה חקוקה).

292 קרקר-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת, לעיל ה"ש 181, בעמ' 232–233.

293 לפירוט נסיבות אלו, ראו עניין דעקה, לעיל ה"ש 218, בעמ' 547; ע"א 6153/97 שטנדל נ' שדה, פ"ד נו(4) 759, 746 (2002).

294 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות "הסכמת החולה לטיפול רפואי", לעיל ה"ש 262, בעמ' 12 (מתייחס לאפשרות התביעה בגין עילה זו).

295 ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פס' 18 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 5.3.2012).

הרשלנות, וכיום היא אפיק התביעה המרכזי בתביעות בגין טיפול רפואי כושל או שגוי, או בשל הפרת חובות המטפל כלפי המטופל, כולל חובות גילוי. עם זאת הוכחת מרכיבי עוולה זו כרוכה באתגרים רבים מבחינתם של א/נשים אינטרסקס, בעיקר בשל היותם קטינים או אף תינוקות בעת הניתוח, משום שהרופאים פעלו על פי הפרקטיקה הרפואית המקובלת ובשל משך הזמן שחלף. בנוסף, לצורך הוכחת הקשר הסיבתי יצטרך האדם שנותח להראות כי לו נחשף לכלל המידע בדבר התוצאות האפשריות של הניתוח, היה בוחר באפשרות של חיים ללא ניתוח. לאחר חקיקת חוק זכויות החולה התאפשר אפיק תביעה נוסף דרך עוולת הפרת חובה חקוקה.²⁹⁶ יסוד החובה במסגרת העוולה מצוי בסעיף 13(ב) לחוק המטיל חובת גילוי מפורשת על מטפלים.²⁹⁷ גם כאן הוכחת יסודות העוולה כרוכה במורכבות הקשורה בכך שהטיפול ניתן על פי הפרקטיקה הרפואית המקובלת לשעתה. מכל מקום, עד כה לא ניתן פיצוי בנוזיקין בגין עילה זו בלבד.²⁹⁸ מבחינה מהותית נראה כי עילת התביעה בגין פגיעה בזכות לאוטונומיה מתאימה ביותר לדיון, אך מעמדה במשפט הישראלי כעילת תביעה עצמאית איננו מבוסס דיו. עילת תביעה זו הוכרה לראשונה בעניין דעקה.²⁹⁹ במרכז עילה זו עומדת הפרת חובת הגילוי ומתן הסכמה מדעת בלא צורך בהוכחת קשר סיבתי בין ההפרה לנזק,³⁰⁰ והיא מאפשרת גם פסיקת פיצוי כללי בלא הוכחת נזק מוחשי.³⁰¹ מכל מקום, עד כה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה לא היה גבוה כבאפיקי תביעה אחרים.³⁰²

לסיכום חלק זה, אפיקי הפעולה השונים טומנים בחובם אתגרים רבים. קידום אסדרה תלוי ביכולת הגיוס של קובעי מדיניות. אפיק ההתדיינות מושפע ממגבלות ההליך המשפטי וממידת ההגנה המהותית שתינתן לפרקטיקה המקובלת בטיפול בא/נשים

296 ראו קרקו-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת, לעיל ה"ש 181, בעמ' 478–479.

297 ע"א 434/94 ברמן נ' מור, פ"ד נא(4) 205 (1997).

298 למרות הקביעה העקרונית בדבר האפשרות לתבוע על הפרת חובת גילוי במסגרת הפרת חובה חקוקה לא נמצא עד כה בפסיקת בית המשפט העליון מקרה שבו נקבע שהתקיימו יסודות העילה. העילה נדונה גם בכמה פסקי דין של ערכאות נמוכות, אך הוכרה רק במקרים נדירים וגם אז לא כעילה עצמאית, אלא בצד עילות תביעה אחרות. ראו: ת"א (שלום י-ם) 17040/00 פלוני נ' בנט, פס' 37–38 (פורסם בנבו, 24.1.2005), שם נפסק הפיצוי גם בגין רשלנות ופגיעה באוטונומיה.

299 עניין דעקה, לעיל ה"ש 218, בעמ' 574.

300 שם, בעמ' 615.

301 שם, בעמ' 585. עם זאת השימוש הגובר בעילה זו הביא מלומדים בתחום המשפט לקריאה לחזור ולהשתמש בעוולת התקיפה. ראו נילי קרקו-אייל "דוקטרינת ההסכמה מדעת" – עילת התביעה הראויה מקום שבו הופרה זכות המטופל לאוטונומיה" הפרקליט מט 181, 202–204 (2006); אסף יעקב "גילוי נאות והסכמה מדעת" עיוני משפט לא 609 (2009).

302 יש מחלוקת בדבר היחס שבין הפיצוי בגינה לבין הפיצוי בגין עילות אחרות בנוזיקין. ראו צחי קרן-פז "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" המשפט יא 187, 198–199 (2007) (הרואה בה ראש נזק עצמאי); השופט עמית בעניין קדוש, לעיל ה"ש 295, פס' 74 (הגורס כי מדובר בכפל פיצוי).

אינטרסקס. בחלק הבא נתייחס לתפקיד שהמשפט יכול לשמש בקידום זכויות של א/נשים אינטרסקס ולאתגרים הקשורים במימוש זכויות ובייצוג של א/נשים אינטרסקס.

4. תפקיד המשפט – מעבר לגישת ההשגחה

(א) מהכחשה להכרה

במאמר זה התמקדנו בביקורת נוהל הניתוחים באינטרסקס. בחרנו לבקר את הנוהל לא רק משום שהוא המסמך המסדיר את הניתוחים אלא משום שבישראל זהו המסמך היחיד בעל נפקות משפטית אשר מכיר בקיומם של א/נשים אינטרסקס. עד כה דנו בצורך לרתום את המשפט לקידום גישת ההשגחה ולריסון כוחה של מערכת הבריאות. אך חשוב לציין כי בטווח הארוך תפקידו של המשפט בהגנה על זכויות א/נשים אינטרסקס רחב יותר. חוויית החיים של א/נשים אינטרסקס אינה מתרכזת בשאלת הניתוח בלבד אלא משתרעת על פני מכלול החיים בגוף ובמגדר הנחשבים לחריגים. על כן תפקיד המשפט הוא בין היתר יצירת אקלים חברתי המאפשר לא/נשים אינטרסקס לחיות בגלוי כאינטרסקס, בין שנותחו ובין שלא.

המהלך החברתי-משפטי של הנכחת הא/נשים אינטרסקס והכרה בזכויותיהם צפוי לבוא לידי ביטוי בתחומי משפט רבים ומגוונים. בהקשר של מתן טיפול רפואי לא/נשים אינטרסקס עולות שאלות הקשורות בהסכמה מדעת, פרטיות, זכויות חולים, תביעות רשלנות רפואית ומתן שירותי בריאות מתאימים. בנוסף, א/נשים אינטרסקס עלולים להיתקל באפליה בתחומי חיים רבים, כגון בתעסוקה ובקבלת שירותים, כולל קבלת שירותי בריאות.³⁰³ בדומה לא/נשים טרנסג'נדרים, א/נשים אינטרסקס שלא עברו שיוך מיניגדרי מובהק לאחד המגדרים עלולים לעמוד בפני מצבים מורכבים בעת השימוש במתקנים ושירותים שהם מופרדים לגברים ולנשים.³⁰⁴ או בעת השתתפות בתחרויות נפרדות לגברים ונשים.³⁰⁵ כך גם בעת רישום המין בתעודות מזהות, בטפסים, או בעת ביצוע ורישום טקסי נישואין.³⁰⁶ בנוסף, א/נשים אינטרסקס החיים בגלוי כאינטרסקס עלולים להיות חשופים יותר לפשעי שנאה ולגילויי השפלה ואלימות בשל היותם

303 *Wilma Wood v. C.G. Studios, Inc.*, 63 Fair Empl.Prac.Cas. ראו *טענת אפליה בתעסוקה* (BNA) 677, 44 Empl. Prac. Dec. P 37,314.

304 Petra L. Doan, *The Tyranny of Gendered Spaces – Reflections from Beyond the Gender Dichotomy*, 17 GENDER, PLACE & CULTURE 635 (2010).

305 ראו המקרה של קסטר סמניה, האתלטיה מדרום-אפריקה: "הזוכה ב-800 מ' לנשים היא בעצם גבר?" – *Ynet* ספורט (20.8.2009) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3764520,00.html. לניתוח השיח התקשורתי והציבורי במקרה זה: April Vannini & Barbara Fronssler, *Girl, Interrupted: Interpreting Semenya's Body, Gender Verification Testing, and Public Discourse*, 11 CULT. STUD. CRIT. METHOD. 243 (2011).

306 *Randi E. Frankle, Does a Marriage Really Need Sex? A Critical Analysis of the Gender Restriction on Marriage*, 30 FORDHAM URBAN L.J. 2007 (2002).

אינטרסקס.³⁰⁷ שאלות אחרות עשויות להתעורר בהקשר של הפסקות היריון בשל אבחון שהעובר הוא אינטרסקס, מתן טיפול רפואי לעוברים אינטרסקס ועוד.³⁰⁸ בכל הזירות הללו נדרשת עמידתו של המשפט על חירויותיהם וזכויותיהם של א/נשים אינטרסקס תוך קבלת המגוון המיניגדרי הקיים בעולם והדגשת תיקון החברה.

(ב) חסמים במימוש זכויות ואתגרים בייצוג

הזירה המשפטית חשובה, אם כי לא בהכרח החשובה ביותר, במאבקם של א/נשים אינטרסקס לקידום מעמדם החברתי ולהכרה בזכויותיהם. אך מכשולים רבים עומדים בפני הגשת תביעה או מהלך של סגור לצורך שינוי מדיניות. תהליכי ההבשלה וההתגבשות של סכסוכים אלו והגעתם לכדי תביעה או דרישה של זכויות כרוכים בהתגברות על חסמים הקשורים בעצם המשגת חוויית הפגיעה (naming) ומושפעים מהסטיגמה וההסתרה הקשורות באינטרסקס וממעמדם החברתי המוחלש של א/נשים אינטרסקס.³⁰⁹ בנוסף, משום שהזהות האינטרסקסואלית מוכחשת, היא נעדרת מהשיח הציבורי והמשפטי, והכלים המשפטיים להמשגת הפגיעות בא/נשים אינטרסקס מוגבלים. ההכרה המשפטית שהפגיעה הנחווית היא בת פיצוי מצריכה שינוי חברתי-תרבותי-אידאולוגי, שכן פעמים רבות אף היא תוצר של האידאולוגיה השולטת בכיפה ושל המוסכמות החברתיות.³¹⁰

יתרה מכך, גם א/נשים אשר צולחים את מחסום הידיעה באשר להיותם אינטרסקס ואת מחסום זיהוי הפגיעה נאלצים לאזור כוחות רבים כדי לפורר את חומות הסודיות והבושה שליוו את מצבם ו"לצאת מארון האינטרסקס" כדי לדרוש את תיקון העוול שחו. א/נשים אינטרסקס רבים מעדיפים שלא להיחשף.³¹¹ על פי איב קוסופסקי סדג'וויק, ה"ארון" או "משטר הסוד הגלוי" הם מטפורות שנועדו לתאר מציאות שבה פרטים מעצבים את חייהם באמצעות הסתרה.³¹² למעשה, היותו של הסוד גלוי מייצר

Diana Courvant & Loree Cook-Daniels *Trans and Intersex Survivors of Domestic Violence: Defining Terms, Barriers, & Responsibilities*, National Coalition Against Domestic Violence Survivor Project (2002) <http://www.survivorproject.org/defbarresp.html>
308 השילוני-דולב, לעיל ה"ש 101; Sagi et al., לעיל ה"ש 101; Holmes, לעיל ה"ש 76, בעמ' 179–177.

309 ויליאם ל' פ' פלסטין, ריצ'רד ל' אייבל ואוסטין סאראט "היווצרותם של סכסוכים והשתנותם: מתן שם, הטלת אשם, עמידה על זכות... מעשי משפט ג 17 (זהר כוכבי מתרגם, 2010).

310 שם, בעמ' 25.

311 ראו את ממצאי מחקרה של מעודר-דנון, לעיל ה"ש 89, בעמ' 72–74, הבוחנת את רכיב הסודיות האופף את חייהם של אנשים אינטרסקס, ראו עוד בניתוח הסיפורים האישיים, שם, בפרק השלישי.

312 איב קוסופסקי סדג'וויק "האפיסטמולוגיה של הארון" תיאוריה וביקורת 37, 284 (2010). ראו גם STEVEN SEIDMAN, *BEYOND THE CLOSET: THE TRANSFORMATION OF GAY AND LESBIAN LIFE* (2004).

טווח התנהלות מלאכותי שבין הכרה לאי-הכרה.³¹³ תיאור זה הולם גם את מציאות חייהם של א/נשים אינטרסקס החיים במעטה סודיות מאולץ משום שזהותם היא ספק גלויה ספק סמויה. העובדה שרבים מעדיפים שלא להיחשף מותרת אותם בבדידות המקשה עליהם להתאגד ולדרוש הכרה וזכויות כקבוצה בעלת צרכים. אך גם ההתאגדות והמאבק המשפטי אינם מבטיחים הצלחה, שכן גם המשפט עצמו כבול בקונוונציות חברתיות מסורתיות ועשוי להימנע ממתן סעד לא/נשים אינטרסקס בתביעותיהם.³¹⁴ משימתם של משפטנים העובדים עם א/נשים אינטרסקס שכן בחרו בדרך האקטיביזם, היא בראש ובראשונה לסייע להם במתן שם משפטי לפגיעה בזכויותיהם ולאחר את האחראים לפגיעה תוך דיאלוג פתוח ושוויוני עם הפעילים. ייצוג א/נשים אינטרסקס מצריך דיאלוג מתמיד עם הלקוח הספציפי ועם פעילים מקרב הקהילה. זאת, הן בשל הצורך הכללי באחריות חברתית בכל ייצוג משפטי, ובייצוג קהילות מוחלשות בפרט,³¹⁵ והן בשל הצורך הספציפי בהקשבה לא/נשים אינטרסקס אשר סובלים מהדרה והשתקה שיטתית לאורך שנים. כמו א/נשים עם מוגבלויות אשר אימצו את הססמה *Nothing About Us Without Us*, הקוראת לראות בהם שותפים פעילים בתהליכי קבלת החלטות הנוגעים להם,³¹⁶ גם א/נשים אינטרסקס מבקשים חלק פעיל בעיצוב מדיניות בעניינם ובקבלת החלטות פרטניות המשפיעות על האופן שבו הם מיוצגים.³¹⁷ לשיתוף פעולה אמתי של א/נשים אינטרסקס בייצוג על כל שלביו יש סיכויים להשפיע על השיח החברתי-משפטי בדבר אינטרסקס ולתרום לפיתוח הגישה הביקורתית כלפי אינטרסקס הרואה בו תוצר של הבניה חברתית, ואשר מבקשת לראות בו ביטוי למגוון האנושי הקיים בעולם המכיל ריבוי של צורות גוף ושל זהויות מיניגדריות.³¹⁸ שיתוף כזה יסייע בהסטת מוקד הדיון מ"תיקון הפרט" ל"תיקון החברה" – כלומר מהשקעת משאבים ומאמצים בנרמול האינטרסקס לחשיבה כיצד אפשר לשנות את פני החברה באופן שתהיה פתוחה ומכלילה ותאפשר חיים גלויים כאינטרסקס ללא בושא וללא חשש מאפליה או מפגיעה בזכויות.

313 סדג'וויק, לעיל ה"ש 312.

314 גרוס, לעיל ה"ש 60. מאמרו של גרוס מדגיש את האופן שבו פסיקת בית המשפט מושפעת מהתפיסות הרווחות ביחס למין ומגדר. גרוס מראה כי בית המשפט לא השכיל להבדיל בין מין לבין מגדר, לא נתן די משקל לעובדה שאלקובי אכן האמין שהוא גבר (ולכן לא הציג עצמו ככזה "בכוונה להונות"), נתן משקל יתר לשאלת אברי הרבייה של אלקובי, הגזים בתיאורי הטרנסג'נדריות כמעוררת צורך להגן מפניה וקבע גבולות נוקשים מדי ליכולתו של אדם לקבוע את המגדר אליו הוא משתייך.

315 נטע זיו "עריכת-דין למען מטרה ציבורית – מיהו הציבור? מהי המטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצת-מיעוט בישראל" משפט וממשל 129 (2001).

316 JAMES I. CHARLTON, *NOTHING ABOUT US WITHOUT US: DISABILITY OPPRESSION AND EMPOWERMENT* (2000).

317 Chase, *The Agenda of the Intersex*, לעיל ה"ש 44.

318 לטענות מקבילות מתחום הגישה הביקורתית למוגבלות ראו מור, לעיל ה"ש 79, בעמ' 102–110.

1. סיכום

מאמר זה בא לשבור את קשר השתיקה שחל על נושא הניתוחים באינטרסקס ואינטרסקס בכלל ולהציע חלופה למצב הקיים בדמות גישת ההשהיה (מורטוריום). השתיקה בנושא זה מאפשרת את מחיקתה והכחשתה של הזהות האינטרסקסואלית. אנו מקוות שהמאמר יסייע בהעלאת הנושא למודעות הציבורית, בקידום שיח ציבורי ער בשאלת יעילותם ומסריותם של הניתוחים ובהנכחתם של א/נשים אינטרסקס בחברה ובמשפט. אפשר לאפיין את מעורבותו של המשפט בנושא האינטרסקס עד כה כהימנעות ומעורבות עקיפה – המשפט נמנע מלהתערב, ובכך תרם לדיכוי ולהדרה שא/נשים אינטרסקס חווים. מאמר זה מבקש ליצור שינוי באופי ההתערבות המשפטית – לכזו שיוצרת תנאים להעצמת א/נשים אינטרסקס, להשמעת קולם, לקבלתם בחברה ולהכרה בזכויותיהם, ואשר מציבה גבולות לחופש הפעולה של הסמכות הרפואית.

המאמר תורם להעצמה המשפטית של קהילת האינטרסקס בנתנו שם משפטי לפגיעה בזכויות חבריה וסיוע באיתור האחראים לפגיעה זו. קהילת האינטרסקס היא קהילה מוחלשת ומושקת. א/נשים אינטרסקס מנותקים זה מזה, חיים חיי פחד ובושה, ובמקרים רבים נשללת מהם עצם המודעות למצבם. מהיכרותנו עם פעילות אינטרסקס גילינו שגם כאשר יש להן ידע רב בנוגע למצבן וגם כאשר הן רואות במה שנעשה להן עוול, הן לעתים מעדיפות שלא לפנות לעשייה פוליטית או משפטית, מפחד שחשיפה פומבית תפגע בהן. שאיפתנו היא שמאמר זה ייתן כלים למאבק בידי א/נשים אינטרסקס שבחרו בדרך האקטיביזם ובידי המשפטנים העובדים עמם, ויסייע בהרחבת מעגל האקטיביזם ובהסרת מעטה הבושה. תקוותנו היא שחשיפת הפגמים שבנוהל תתרום לתיקונו או ביטולו ותניב שינויים מרחיקי לכת במצב זכויותיה של קהילת האינטרסקס.