

מהכחשה להנכחה: ביקורת נוהל ניתוחים באינטרסקס

שגית מור, מעין סודאי, אור שי¹

2	מבוא
6	א. אתגר האינטרסקס
6	1. כללי
7	2. אינטרסקס במבט תרבותי השוואתי
9	3. אינטרסקס עכשיו: מהשתקה להתנגדות
10	ב. לקראת ביקורת אינטרסקס במשפט
11	1. אינטרסקס כ"חולים"
11	2. אינטרסקס כ"קטינים"
12	3. אינטרסקס כ"מגדר"
13	4. אינטרסקס כ"קוויר"
15	5. אינטרסקס כ"מוגבלות"
17	6. אינטרסקס כצומת
17	ג. הגישה הרפואית: מקורות וביקורת
18	1. התפתחות הגישה הרפואית לאינטרסקס
23	2. ביקורת הגישה הניתוחית-רפואית
27	3. בין טובת ההורים לטובת האדם אינטרסקס
29	4. מ"מצב חירום רפואי" לאורך-רוח חברתי
31	ד. ביקורת הוראות נוהל הניתוחים באינטרסקס
32	1. לשון הנוהל
34	2. הסכמה מדעת
35	(1) מידע חסר בדבר סיכונים ומורכבויות הכרוכים בניתוח
35	א. גילוי המידע
36	ב. נסיבות ולחצים בעת מתן ההסכמה
37	(2) "הסכמה מדעת" בשם קטיין
39	3. לאחר הניתוח: הממשק המתמשך עם מערכת הבריאות
40	(1) ליווי ותמיכה נפשית
40	(2) פרטיות ושמירת סודיות רפואית
41	א. קבלת מידע רפואי
42	ב. הגנה מפני הפצת מידע אישי
43	4. סיכום ביניים
43	ה. לקראת פעולה: גישת ההשחיה בראי המשפט
44	1. הצגת גישת ההשחיה
47	2. גישת ההשחיה בראי שיח הזכויות
47	(1) זכויות חוקתיות: חירותו של אדם לעצב את גורלו ואת זהותו המיניגדרית
49	(2) זכויות החולה: הסכמה מדעת
50	(3) זכויות קטינים: זכויות ילדים וכשרים מתפתחים
51	3. אפיקי פעולה משפטיים
52	(1) רגולציה
53	(2) ליטיגציה
56	4. תפקיד המשפט – מעבר לגישת ההשחיה
56	(1) מהכחשה להכרה
57	(2) חסמים במימוש זכויות ואתגרים בייצוג
58	סיכום

¹ שגית מור הינה מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. מעין סודאי ואור שי הינם בוגרי הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. המאמר נכתב במשותף, סדר הכותבים הוא על פי סדר הא"ב. מאמר זה הינו תוצר של הקליניקה לפמיניזם משפטי של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ועמותת "איתך – משפטיניות למען צדק חברתי". מטרתה של הקליניקה לפמיניזם משפטי היא ליצור עבודה משותפת בין סטודנטיות לבין נשים מאוכלוסיות 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. תודה גדולה ומיוחדת אנו חבות לסוזן שחשפה אותנו לנושא, לימדה אותנו על מורכבותו ושמשה דוגמה למאבק אינטרסקס גאה. [תודות]

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."²

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 וחשדנית. 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."³

מבוא

דברי ימיה של כל חברה עד כה שזורים בדברי ימיה של הבינאריות 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, בהם עוסק מאמר זה, הינם אנשים 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 הכרומוזומאלי, וכן וריאציות אנטומיות מגוונות אחרות, השונות מכפי שמקובל לראות בחברה.⁵ אנשים אינטרסקס מאתגרים את הנחת הבינאריות המגדרית; עצם קיומם מציב סימני שאלה רבים ביחס לאקסיומות הבסיסיות של תרבויות רבות ובכללן התרבות המערבית המודרנית.

² ראיון עם סוזן, פעילה אינטרסקס, חונכת לזכויות בפרוייקט הקליניקה לפמיניזם בפקולטה למשפטים, 28.11.2009.

³ ראיון עם ז'ולי (שם בדוי), אישה אינטרסקס, 12.10.2011.

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., 1998).

בחרנו בכינוי "אנשים אינטרסקס" בהתאם לכינוי intersex people שנוקט (Intersex Society of North America), ארגון האינטרסקס המוביל בארה"ב. מאחרי ביטוי זה עומד השקפת עולם שמובילה מאבקים רבים בתחום המוגבלות והחולי לפיהם אין לעשות רדוקציה של האדם למחלתו, למוגבלותו, או למצב עימו 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 שם הכינוי של קבוצה או אדם מהווה 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 "What is Intersex?" ISNA. ראו גם: BERKELEY J. GENDER L. & JUST. 59, 63 (2006).

http://www.isna.org/faq/what_is_intersex

ברוב החברות המודרניות קיומה של האינטרסקסואליות מושתק ורבים כלל אינם יודעים עליה. מכיוון שטרם התקבלה הגדרה אחידה לאינטרסקס, ישנו קושי להעריך כמה תינוקות אינטרסקס נולדים מידי שנה בעולם, ובישראל בפרט.⁶ האדם מן הרחוב או האישה מן השורה אשר יתוודעו לקיומם של א/נשים אינטרסקס יגיבו בפליאה ולעיתים בסלידה וחרדה, ויראו בכך "מחלה" או "פתולוגיה" אשר יש "לרפא" ו"לתקן".⁷ דרכה של החברה המערבית המודרנית להתמודד עם אתגר האינטרסקס היא לנתח אנשים אינטרסקס זמן קצר לאחר לידתם כדי לשייך אותם לאחד משני המגדרים המקובלים בחברה.⁸ ההנחה היא שהניתוח "מעלים" בהצלחה את קיומם של אנשים אינטרסקס ולפיכך מהווה פתרון ראוי ל"בעיה". ביצועם של הניתוחים באינטרסקס בישראל מעוגן בנוהל רפואי יחיד וקצר, אשר תוכנו אינו מעיד על המורכבויות החברתיות, הרפואיות והמשפטיות המאפיינות את התחום.⁹ למעשה, ישנם ספקות רבים בדבר נחיצותו הרפואית של הניתוח, יעילותו והמניעים החברתיים העומדים מאחוריו,¹⁰ וכן בדבר מעמדם של ההורים בקבלת החלטה מעין זו עבור ילדיהם.¹¹ ספקות אלו קיבלו לאחרונה גיבוי חד-משמעי בדוח של האו"ם המגנה את פרקטיקת הניתוח באנשים 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 אנשים אינטרסקס בחברה והפרה בוטה של זכויותיהם.

⁶ ההערכות יכולות לנוע בין אחד למאה לידות בריאות ועד אחד לאלפיים לידות, ולעיתים אף להערכות קיצוניות מכך. ראו לדוגמה וויכוח בין החוקרת הביולוגית פאסטו הגורסת כי שיעור לידתם של אינטרסקס בקרב האוכלוסייה הוא 1.7% לבין החוקר לאונרד סאקס הטוען כי שיעורם הוא רק 0.018% כאשר הפער נובע לשיטתו מהכללת מצבים מגוונים שאינם כרומוזומאליים כמצבי אינטרסקס, אם כי ישנם נתונים המעידים אף על שיעור של 4%. ראו: Kate Leonard Sax, *How ;Haas, who will make room for the intersexed?*, 30 AM. J.L. & MED. 41 (2004) *Common Is Intersex? A Response to Anne Fausto-Sterling*, 39(3) J. OF SEX RES. 174 (2002) ; ANNE FAUSTO-STERLING, *SEXING THE BODY: GENDER POLITICS AND THE CONSTRUCTION OF SEXUALITY* (2000). וראו גם Tamar-Mattis, לעיל ה"ש 5, בעמ' 63. לגבי ישראל, ידוע כי בין השנים 1995-2005 עברו יותר משמונים תינוקות אינטרסקס ניתוח ל"תיקון המין" בביה"ח שערי צדק (Boris Chertin et al., *The Use of Laparoscopy in Intersex Patients*, 22(5) PEDIATRIC SURGERY INT'L (2006) האנשים האינטרסקס בישראל הוא רב יותר. מסמך פנימי של ראש מנהל רפואה במשרד הבריאות מתאריך 9/1/2009 ונושא מס' אסמכתא: 12201917912 המצוי בידי המחברות נוקב במספר של בין 70-80 לידות בשנה עם DSD.

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 THE LANCET 1252 (2003). להרחבה, ראו להלן פרק ג.

⁹ "ביצוע ניתוחים לשינוי מין אצל TRANSEXUALS ולתיקון פגמים במצבים של HERMAPHRODITISM ודומיהם" **חוזר משרד הבריאות** 39/86 (1986) (להלן: "נוהל ניתוחים באינטרסקס" או "הנוהל"). החוזר פורסם ב-16 באפריל 1986 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-2.2.

¹² ראו פירוט להלן, בה"ש 174-176 והטקסט שלידן.

מאמר זה הינו 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 באנשים אינטרסקס, לבקר את הפרקטיקות הרווחת כיום בישראל בתחום זה ולבחון את תפקידו של המשפט בעיגון, בהנצחתן ובהכשרתן וביצירת כלים לשינוי. המאמר בוחן הן את האופן בו המשפט משתתף בתהליכי ההדרה וההשתקה של אנשים אינטרסקס ובהכחשת קיומם והן את האופן בו המשפט יכול לשמש משאב בקריאת התגר על תהליכים אלו, בביקורת הפרקטיקות המקובלות בתחום ובהצבת כוח נגד לכוחן של החברה והרפואה.

אנשים אינטרסקס נעדרים מן המשפט בישראל – אין עדות לקיומם בחקיקה, בפסיקה או בכתובה המשפטית. המקור היחיד בעל נפקות משפטית המתייחס לאינטרסקס הוא אותו נוהל רפואי קצר אשר הנוכר לעיל, שמעמדו הוא כשל הנחיה מנהלית פנימית.¹³ מצד אחד, מהווה הנוהל דוגמא לפעולתו הדכאנית של "המשפט הסמוי מן העין"¹⁴ – המשפט שאינו גלוי בספר החוקים אך פעולתו הסמויה ניכרת, לעיתים 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 הרפואי,¹⁵ ומאפשר להורים לקבל החלטות בדבר טיפול רפואי עבור ילדם בלא התייחסות למעמד ולזכויות הילד בתהליך זה.¹⁶ מצד שני, ביקורת הנוהל באמצעות טענות מבוססות זכויות מראה שלמשפט יש גם פוטנציאל 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 אנשים אינטרסקס, לשים גבולות לסמכות הרפואית, להכיר באנשים אינטרסקס כנשאי זכויות וכקבוצת מיעוט, להגן על זכויותיהם בכל זירות החיים, ולטפח אתיקה של ייצוג המבוססת על דיאלוג ואשר מבטאת את קולם של אנשים אינטרסקס.

המאמר מציג את גישת ההשהיה (מורטוריום) כגישה חברתית-משפטית חלופית לגישה הרפואית השולטת.¹⁷ עיקרה של הגישה הרווחת הוא הסתרה והכחשה. לעומתה, גישת ההשהיה מבקשת להנכיח את האנשים אינטרסקס בחברה ובמשפט על ידי אימוץ מדיניות לפיה יש להשהות את ההחלטה בדבר שיוך מיניגדרי פיזיולוגי באמצעות ניתוח ובמקביל ליצור תנאים שיאפשרו את ההשהיה על ידי שינוי עמדות בקרב הציבור ובתוך מערכת הבריאות, קידום שוויון מיניגדרי וקבלה

¹³ לנוסח הנוהל ולדיון בדבר מעמדו ראו להלן פרק ד.

¹⁴ מנחם מאוטנר "המשפט הסמוי מן העין" אלפיים 16 45 (תשנ"ח).

¹⁵ המושג מיניגדר מצריך הסבר. המושג מוצע על ידנו במאמר זה כמושג שמשלב בתוכו רכיבים של מין, מגדר ומיניות וממחיש את הקשרים ההדוקים הקיימים בין שלושת המושגים, אשר באים לידי ביטוי מירבי בסוגית 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 לגבי הזהות המינית של האדם. לפיכך האבחנה בין הקטגוריות אינה מסייעת בפיתוח הביקורת אלא מצמצמת אותה. המושג מיניגדר המוצע על ידנו משלב בין שלושת ההיבטים ויוצר מושג עשיר ומקיף יותר לטעמנו.

¹⁶ ראו להלן, פרק ג.3. ד-2. (2).

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

של 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 אנשים אינטרסקס הן כקטינים והן כבוגרים. הוא מצריך התייחסות לייחודיות המאבק כמו גם למידה ממאבקים דומים. מאבקים של אנשים אינטרסקס נמצא באזור המשיק לתחומים רבים, אך לא ניתן לשייך אותו בלעדית לאף אחד 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 בין הגישות השונות, אך היא ראויה לפיתוח משלה; היא נשענת על תובנות מתחומים אחרים, אך מתמקדת באינטרסקס: בחוויית החיים של אנשים אינטרסקס, בגורמים המעצבים את זהותם האישית והקבוצתית, בדיכוי שאנשים 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 אנשים אינטרסקס מנקודת מבט חברתית-תרבותית. נבקר את הגישה הרווחת בחברה המאמצת את הנחת הבינאריות המיניגדרית, נבחן את יחסן של תרבויות ודתות שונות לאורך ההיסטוריה לנושא, ונציג את הופעתה של תנועת ההתנגדות של אנשים אינטרסקס בעת האחרונה. בפרק השני נשרטט קווי מתאר לגישה ביקורתית לאינטרסקס במשפט. הפרק בוחן את מקורות ההשפעה וההשראה השונים של גישה זו ומציע לראות את ביקורת האינטרסקס כמצויה בצומת של גישות ביקורתיות שונות וכמסגרת המאפשרת יצירת שפה חברתית-משפטית שתתמודד במאבקם החברתי-משפטי של אנשים 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 נגד 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 שאינו מתייחס לממשק המתמשך בין אנשים אינטרסקס למערכת הבריאות. בפרק החמישי נפנה להציג בפירוט את גישת ההשהיה, הגישה בה אנו תומכות כחלופה הראויה לגישה הרפואית. לאחר מכן נציג את המסגרת המשפטית המוצעת על ידנו 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 אנשים אינטרסקס – רגולציה וליטיגציה – ונעמוד על היתרונות והחסרונות הגלומים באפיקים אלו. בסיום הפרק נדון בחשיבות המשפט בהנכחה של אנשים אינטרסקס בחברה ובדבר תפקידו בהגנה על זכויותיהם, תפקיד שחשיבותו תלך ותגבר ככל שיותר אנשים אינטרסקס יבחרו להיות פתוחים ביחס לזהותם ולחיות בגלוי כאינטרסקס, בין אם נותחו ובין אם לאו.

א. אתגר האינטרסקס

1. כללי

יחסה של החברה לאנשים אינטרסקס אינו מצוי בחלל ריק. מאמר זה מראה שהאופן בו נתפסים אנשים אינטרסקס בחברה מסוימת או בתקופה נתונה מושפע מיחסי כוחות חברתיים ותרבותיים וכי מדובר בקטגוריה שאיננה "ניטראלית", "אובייקטיבית", או "מדעית", אלא תוצר של תהליכי הבניה חברתית מורכבים. למעשה, אנשים אינטרסקס ממחישים את נזילותן של הקטגוריות הביולוגיות והחברתיות ואת הקשר בין הסדר הביולוגי לסדר החברתי; מעמדם החברתי מושפע במידה ניכרת מההיררכיה 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 האנשים אינטרסקס למוסכמות הסדר החברתי מושגת בעיקר באמצעות התערבות רפואית ניתוחית, אשר תכליתה שיוך האדם לאחד משני המינים המוכרים: זכר ונקבה.¹⁹ ההנחה שביסוד פעולה זו היא ששיוך מיני ומגדרי ברור ומוחלט הינו רצוי ואף הכרחי וכי אכיפתו אפשרית בעזרת פרוצדורה רפואית שתיתן ביטוי חיצוני למהות המיניגדרית הפנימית של האדם.²⁰ קביעת המין נעשית בהתאם לאינדיקציות גופניות שונות, אנדוקרינית, גנטית וכיו"ב.²¹ למעשה, פעולת שיוך זו הינה מוטה וחמקמקה ותוצאותיה שנויות במחלוקת.²²

בשני העשורים האחרונים השתנה מערך הכוחות החברתי בעקבות מחאתם והתנגדותם של אנשים אינטרסקס לתפיסתם כ"חולים" ו"פגומים".²³ פעילים אינטרסקס החלו לקרוא תגר על החשיבה המגדרית הבינארית העומדת בבסיס היחס החברתי כלפי אינטרסקס ועל תהליכי המדיקליזציה אשר הביאו לדומיננטיות היתרה של מקצוע הרפואה בקביעת זהותם ובעיצוב גורלם. הביקורת מערערת את יומרתה של הרפואה לאובייקטיביות ומראה שהשיח הרפואי מושפע אף הוא מעמדות חברתיות. היא חושפת שהיחס לאינטרסקס כ"פתולוגיה" נובע מהחרדה התרבותית מפני אינטרסקס ולא מהמאפיינים הרפואיים של התופעה, שפעולת השיוך המיניגדרי איננה ודאית, שניתוחים באינטרסקס אינם בעלי דחיפות רפואית וכי השהיית ביצועם של ניתוחים אלו או אי-ביצועם כלל ייטיבו עם אנשים אינטרסקס.²⁴

¹⁸ Alice Domurat Dreger, "Ambiguous Sex" or Ambivalent Medicine?, 28(3) THE HASTINGS CENTER REPORT 24 (1998).

¹⁹ ראו להלן, פרק ג.

²⁰ Shron E. Preves, *Sexing the Intersexed: An Analysis of Sociocultural Responses to Intersexuality*, 27(2) SIGNS 523, 529-532 (2002).

²¹ Sara Creighton, *Surgery for Intersex*, 94 J. ROY. SOC. MED. 218, 218 (2001).

²² ראו להלן, פרק ג.2.

²³ ראו להלן, פרק א.3.

²⁴ Kishka-Kamari Ford, "First, Do No Harm"- The Fiction of Legal Parental Consent To Genital-Normalizing Surgery on Intersexed Infants, 19 YALE L. & POL'Y REV. 469, 484 (2000-2001).

מעמדם החברתי-משפטי הוא של "נוכחים-נפקדים" – "אלה שאינם ובעצם ישנם".²⁵ העדרם מן המרחב הציבורי והמשפטי קשור באופן הדוק לפרקטיקת הניתוחים באינטרסקס. מטרת הניתוחים המוצהרת היא לשייך את האינטרסקס למין ביולוגי מובהק, אך תוצאתם היא השתקת הנושא כמו גם העלמת האנשים שעברו את אותו תהליך של שיוך מיניגדרי. בפועל, אנשים 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 אנשים אינטרסקס בוגרים מבקשים לדבר על חווית החריגות, על ההזרה וההסתרה ועל התמודדותם עם הזהות שנכפתה עליהם.²⁶

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 בצורות שונות לנוכחותם של אנשים אינטרסקס.²⁷ עתים זהותם האינטרסקסואלית ידועה לכל ועתים לאו, עתים לידתם נתפסת כביטוי לרצון השמיים ועתים כביטוי לזעם, עתים הם נתפסים כרמי מעלה, עתים כפחותי דרג ועתים כשוים. כך, ברומא העתיקה היה מקובל להרוג תינוקות אינטרסקס עם לידתם, שכן האמונה הייתה שהם מייצגים את זעם האלים,²⁸ ביוון היחס כלפיהם היה סובלני והם הורשו להיות ללא כל סנקציות חברתיות או חוקיות²⁹ ואילו בקרב הנבאחו (משבטי האמריקאים הילידים) אנשים אינטרסקס (המכונים נְאֵדְל) הם קדושים, ונחשבים למביאי מזל ואף למנהיגים.³⁰ הנבאחו רואים במשפחה שנולד לה ילד אינטרסקס כמשפחה בת מזל, שכן הם נחשבים למביאי סגולות טובות ושפע כלכלי, ולכן ילדים כאלה זוכים לטיפול מועדף ביחס לאחיהם ואחיותיהם. בהתבגרם, נחשבים האנשים האינטרסקס כמביאי מזל גם לשבט כולו ולכן נתפסים כבעלי מעמד רם בהיררכיה השבטית. ניתנת להם הזכות לבחור את דרך לבושם, את לשון המגדר בה ייפנו אליהם, ואת המלאכה בה יבחרו לעסוק. לעומת

²⁵ דויד גרוסמן נוכחים נפקדים (1992). גרוסמן תיאר את הפלסטינים בישראל כמי שלפני 1948 היו "אלה שאינם, אך למעשה ישנם" ואשר לאחר הקמת מדינת ישראל הפכו להיות "אלה שישנם, ובעצם אינם". שם, בעמ' 226.

²⁶ Cheryl Chase, *Hermaphrodites with Attitude: Mapping the Emergence of Intersex Political Activism*, 4(2) GLQ 189 (1998).

²⁷ ראו הדוגמאות להלן וכן: Claudia Lang & Ursula Kuhnle, *Intersexuality and Alternative Gender*. *Categories in Non-Western Cultures*, 69(4) HORMONE RESEARCH IN PEDIATRICS 240 (2008). מחקר נוסף

בוחן את יחסן של חברות שונות לבעלי חיים אינטרסקס. לדוגמה: John R. Baker, *Notes on New Hebridean Customs, with Special Reference to the Intersex Pig*, 28 MAN 113 (1928).

²⁸ Celia E. Schultz, *The Romans and Ritual Murder*, 78(2) J. AM. ACAD. RELIG. 516, 529-530 (2010).

²⁹ Robert B. Edgerton, *Pokot Intersexuality: An East African Example of the Resolution of Sexual Incongruity*, 66(6) AM. ANTHRO. 1288, 1289-1290 (1964).

³⁰ W. W. Hill, *The Status of the Hermaphrodite and Transvestite in Navaho Culture*, 37(2) AM. ANTH. 273 (1935). טרנסווסיטיטים או קרוס-דרסרים (cross dressers) הם אנשים הנוהגים ללבוש בגדים המשוויכים באופן

מסורתי לבניו/ות המגדר האחר; Edgerton, שם, בעמ' 1289 - 1290.

זאת, בשבטי הפוקוט שבמזרח קניה לידת תינוק אינטרסקס (סָרָר) נחשבת מאורע מצער, ולעיתים התינוק נרצח לאחר לידתו, בטענה שהוא נולד נגד רצון טורורוט (הישות השמימית בה הם מאמינים).³¹ אנשים אלה יחיו לרוב במעמד חברתי נמוך. הם אינם יכולים להינשא, לקיים יחסי מין או לאמץ ילדים ולרוב יאמצו לרוב 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 האנשים אינטרסקס לשתי קטגוריות: טומטום ואנדרוגינוס.³² האנדרוגינוס הוא אדם אשר לו איברי רבייה של שני המינים, בעוד הטומטום הוא אדם אשר איברי מינו מכוסים בעור או בשר המסתירים את מינו "האמיתי".³³ לפי גרסאות מסוימות בהלכה, דמויות ידועות כמו שרה ואברהם היו טומטומים.³⁴ טומטום ואנדרוגינוס מוגדרים לרוב במשפט העברי כספק גבר ספק אשה ולכן מוטלות עליהן הן חומרות הגבר והן חומרות האשה.³⁵ היהדות מציבה כללים שונים עבור אנשים אינטרסקס: עדותם אינה קבילה במשפט,³⁶ הם פטורים ממצוות חגיגה ברגלים,³⁷ קידושין בין אדם אינטרסקס לבין אישה מוגדרים "קידושי ספק",³⁸ יחסי אישות בין אדם אינטרסקס לבין גבר הוא עבירה פחותה ממשכב זכר³⁹ והם מוגבלים בתחום זכויות הירושה.⁴⁰

האסלאם מתמודד עם אנשים אינטרסקס בדרך של הכרה מוגבלת בהיותם קטגוריה חברתית נבדלת.⁴¹ תינוק אינטרסקס, אשר הדיינים אינם מצליחים לשייך אותו לאחד משני המינים, נכנס תחת ההגדרה חוֹנְתָיָה, אליה הוא יכול להשתייך עד גיל ההתבגרות. במקרים בהם מתחייב שיוך בשל דרישות הדיון, כמו במקרים של ירושה, הילד נחשב לאישה עד אשר יוכח שהוא גבר. ההחלטה הסופית בדבר השיוך המגדרי מתבססת בעיקר על איברי המין החיצוניים, וכן על סממני מין

³¹ Edgerton, שם.

³² לדיון מקיף במעמדם של אינטרסקס ביהדות: Marianne Schleicher, *Construction of Sex and Gender: Attending to Androgynes and Tumtumim Through Jewish Scriptural Use*, 25(4) 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 (Jonathan Wiesen ed., 2011); Moshe Idel, *Androgyny and Equality in the Theosophico-Theurgical Kabbalah*, 52 DIOGENES 27 (2005).

³³ רמב"ם אישות ב כה. לדיון בעניין האישה האילונית, ראו: רמב"ם אישות ב ו. הרפואה על-פי התורה, <http://kodesh.snunit.k12.il/i/4102.htm>. לדיון בנושא, ראו: "אנדרוגינוס", המכון על שם פלק שלזינגר ז"ל לחקר

³⁴ "אמר רבי אמי: אברהם ושרה טומטמין היו" תלמוד בבלי מסכת יבמות דף סד עמוד א.

³⁵ תלמוד בבלי מסכת בכורות דף מא-מב; רמב"ם, לעיל ה"ש 33.

³⁶ רמב"ם עדות ט ג.

³⁷ רמב"ם הלכות חגיגה פרק ב הלכה א.

³⁸ רמב"ם הלכות אישות פרק ד הלכה י"א.

³⁹ רמב"ם הלכות איסורי ביאה א הלכה ט"ו.

⁴⁰ רמב"ם הלכות נחלות ה הלכה ב.

⁴¹ Rusmir Music, *Queer Visions of Islam*, 37-43, (A Thesis Submitted to the Faculty of Art and Sciences at New York University, 2003) <http://www.blackandpink.org/wp-content/uploads/Queer-Visions-of-Islam.pdf>

משניים (זקן, גובה הקול וכו'). החלטתם של הדיינים היא בלתי הפיכה, אף אם בהמשך התבררו יתגלה שאותו אדם קרוב יותר למגדר שלא נבחר.⁴²

מבין כל הגישות שהוזכרו עד כה הנצרות היא זו שמקפידה על חלוקה ברורה של כלל האוכלוסייה לשני מינים, אם כי היו מקרים בימי הביניים בהם הכנסייה אפשרה לאדם האינטרסקס לבחור את המין בו יחיה.⁴³ למן הרגע בו נפלה ההחלטה היא הייתה לבלתי הפיכה, ואנשים אינטרסקס שסטו ממנה (בייחוד במובן של מין עם אדם מהמגדר "הלא נכון") היו צפויים לגזר דין מוות. מרבית הכנסיות בעולם משמרות גם היום את התפיסה של הבינאריות המגדרית, ותומכות מאוד בניתוחים בקטינים אינטרסקס.⁴⁴ למעשה, במובנים רבים הממסד הרפואי אימץ את הגישה הנוצרית לסוגיית האינטרסקס, ובייחוד את הצורך לשייך כל פרט לאחד משני המינים בהקדם.

אתגר האינטרסקס, אם כן, הוביל לתגובות שונות בחברות שונות. השוני ביניהן מעיד על כך שהיחס לאינטרסקס הוא תלוי הקשר. על אף 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, אידיאולוגי 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 אינטרסקס המבקשים לחשוף את התוצאות הדכאניות של הגישות החברתיות והפרקטיקות הרפואיות הרווחות בחברה ולהציב אלטרנטיבה של גאווה וקבלת המגוון האנושי הקיים בעולם. פעילים אלה יוצאים כנגד הגישה הניתוחית הרווחת הן בשל נזקיו הגופניים, והן בשל העובדה שהניתוח כפה עליהם זהות מיניגדרית בלתי הפיכה.⁴⁵

מקובל לזהות את ראשיתה של התנועה למען זכויות אינטרסקס בעולם עם פרסום מאמרה המכונה של החוקרת סוזן קסלר, משנת 1990: *The Medical Construction of Gender: Case Management of Intersexed Infants*.⁴⁶ מאמר זה ניסח את הביקורת הפמיניסטית על פרקטיקת הניתוחים באינטרסקס וחשף את התפיסות הסקסיסטיות וההטרוסקסואליות שביסודה.⁴⁷

⁴² שם.

⁴³ Maaikje Van Der Lugt, *Sex Difference in Medieval Theology and Canon Law: A Tribute to Joan Cadden*, 46(1) *MEDIEVAL FEM. FORUM* 101, 110-113 (2010).

⁴⁴ Stephen Kerry, *Intersex Individuals Religiosity and Their Journey to Wellbeing*, 18(3) *JOURNAL OF GENDER STUDIES* 277 (2009).

⁴⁵ שם, בעמ' 219. ראה גם: Minto et. al, לעיל ה"ש 8.

⁴⁶ Suzanne J. Kessler, *The Medical Construction of Gender: Case Management of Intersexed Infants*, 16 *SIGNS* 3 (1990).

⁴⁷ Dreger, לעיל ה"ש 4, בעמ' 4.

השותפויות בין האקדמיה לשטח העשירו את המאבק ותרמו לגיבוש חלופה למצב הקיים.⁴⁸ התארגנויות שונות שאנשים אינטרסקס החלו להקים אפשרו את יצירתו של מרחב חלופי מכיל ומקבל. חלקו, מהוות רשתות של תמיכה הדדית.⁴⁹ אחרות, כמו במטרה לשנות את הדרך בה מתייחס הממסד הרפואי לאנשים אינטרסקס.⁵⁰ ארגונים אלה הצליחו לעורר סימני שאלה בתוך הממסד הרפואי בקשר לצדקתה של גישה הניתוח תוך קידום מודעות ציבורית לנושא, שימוש באמצעי תקשורת, בלובי פוליטי ובייצוג משפטי.⁵¹ עם הזמן התגבשה תנועה פוליטית לזכויות אנשים אינטרסקס, אשר הושפעה רבות מן התנועה הפמיניסטית, התנועה לזכויות להט"ב והתנועה לזכויות אנשים עם מוגבלויות, מהן למדה על ההתנגדות לדיכוי חברתי ועל דרכי מאבק לקבלת שונות גופנית ומינית.⁵² מטרת הפעילים בתחום האינטרסקס היא לקדם את הקבלה של אנשים אינטרסקס כחלק מן המגוון הקיים בחברה, לשנות את גישה הממסד הרפואי לאינטרסקס ולקדם שיח משפטי אשר מגן על זכויותיהם.

ב. לקראת ביקורת אינטרסקס במשפט

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

הנכחתם של אנשים אינטרסקס בחברה ובמשפט תתאפשר בין היתר באמצעות יצירת שפה חברתית-משפטית שתאפשר לאנשים אינטרסקס מאבק במוסכמות החברתיות. שפה זו נשענת על תובנות מתחומים שונים של אפליה ומאבקי זכויות אך היא מצריכה לטענתנו פיתוח עצמאי

Alice D. Dreger & April M. Herndon, *Progress and Politics in the Intersex Rights Movement: Feminist Theory in Action*, 15(2) 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 צייס במאמרה: Cheryl Chase, *What is the Agenda of the Intersex Patient Advocacy Movement?*, 13(3) ENDOCRINOLOGIST 240 (2003)

The Intersex Society of North America (ISNA) is devoted to systemic change to end 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.

⁴⁹ התארגנויות אלה מתמקדות ביכולת להחלים מן הנזקים הנפשיים שגרמו הטיפולים הרפואיים, הסטיגמה החברתית ושנים של חיי סוד והשתקה. ראו: J. David Hester, *Intersex(es) and Informed Consent: How Physicians' Rhetoric Constrains Choice*, 25 THEORETICAL MED. 21 (2004)

⁵⁰ Chase, לעיל ה"ש 48. ארגונים אלו מבקשים בראש ובראשונה להפסיק את ביצוע הניתוחים הכפויים בתינוקות אינטרסקס.

⁵¹ ראו, למשל את פועלן של אגודות כגון: ISNA – Intersex Society of North America, <http://www.isna.org/>; Oii – Organisation Intersex International, על סניפיו העולמיים השונים, בארצות הברית: <http://oiiusa.org/>; ובאוסטרליה: <http://oiiaustralia.com/>

⁵² Dreger & Herndon, לעיל ה"ש 48.

שישקף את ייחודיות ניסיון החיים של אנשים אינטרסקס ואת אופני הדיכוי שהם חווים. בחלקים הבאים נעמוד על הקשרים בין ביקורת האינטרסקס לביקורות רלוונטיות אחרות ונשרטט 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, זהותם של אנשים אינטרסקס בחברה ובמשפט הייתה של "חולים". משום שהגישה השלטת כיום ביחס לאינטרסקס הינה שמדובר בפתולוגיה רפואית אשר "תיקונה" נעשה באמצעים רפואיים רדיקליים (ניתוח בלתי הפיך וטיפול הורמונאלי מתמשך) הרי שאנשים אינטרסקס חווים את עצמם כחולים. חוויה זו מתעצבת הן במפגש עם הגישה החברתית הרווחת ביחס לאינטרסקס והן בממשק המתמשך עם מערכת הרפואה. למעשה, ההסתרה וההכחשה של קיומם של אנשים אינטרסקס בחברה מצמצמות את קיומם ל"קיום רפואי" בלבד, בספרי הרפואה ובמסדרונות שירותי הבריאות השונים. אין זה מפתיע, לכן, שעיקר הביקורת של תנועת האינטרסקס מופנה כלפי הממסד הרפואי והשיח הרפואי הדומיננטי ביחס לאינטרסקס בטענה שאנשים אינטרסקס אינם חולים ואינם מהווים "מצב חירום רפואי".⁵³ עבור פעילים אינטרסקס הביטוי "חולה" טומן בחובו מטען נורמטיבי שלילי שכן מילה זו מתארת מצב בלתי-מושלם הדורש תיקון באמצעים רפואיים ומתעלמת מתפקידה של החברה בתהליכי ההבניה של האינטרסקסואליות כאבנורמאליות. עם זאת, כפי שנראה בהמשך, בשל הקשר ההדוק בין אנשים אינטרסקס לבין מערכת הבריאות לא ניתן להתעלם מכך שישנם הקשרים בהם זיהוים כ"חולים" יסייע בעמידה על זכויותיהם, כולל הזכות לקבלת טיפול רפואי, שמירה על כבודו ופרטיותו של המטופל, מתן הסכמה מדעת, סודיות רפואית ועוד, כפי שהוכרו בפסיקה ועוגנו בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק זכויות החולה").⁵⁴ באופן אירוני, דווקא האבחון כאינטרסקס גרם עד כה לפגיעה בזכויות. חשוב לדייק אם כן: אנשים 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 שאנשים אינטרסקס עוברים ניתוח בהיותם קטינים ושמעמדם המשפטי של אנשים 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 לפיה אינטרסקס, ככלל, הוא "בעיה" של קטינים בלבד. הנחת הקטינות תורמת לפגיעה בזכויות במערכת הבריאות משום שזכויות הקטינים במערכת זו טרם הוסדרו בצורה מקיפה וראויה⁵⁵ ומשום שההנחה היא שעדיף לאנשים אינטרסקס ולהוריהם

⁵³ להרחבה בעניין מצב חירום רפואי, ראו להלן פרקים ג.1 ו-ג.4.

⁵⁴ ס"ח תשי"ע 485. להרחבה, ראו להלן, פרקים ד.2-ד.3.

⁵⁵ ראו להלן פרקים ד.2(2) ו-ה.2(3).

לקיים ניתוח בהקדם האפשרי בטרם הגיעם לבגרות או לגיל בו יוכלו להשתתף באופן פעיל ושוויוני בקבלות הכרעות לגבי עתידם.

למעשה, מאמר זה מצביע על מורכבות עמוקה עוד יותר: תחת 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, אנשים אינטרסקס לא נעלמים, אלא ממשיכים להיות חלק מחברתנו. ברי, כי ישנם הקשרים בהם לעובדת הקטינות יש חשיבות רבה בדיון לגבי המדיניות הראויה ביחס לילדים אינטרסקס, בעיקר ככל שמדובר בממשק עם מערכת הבריאות ועם מערכת החינוך. אך לטענתנו, פיתוח ביקורת אינטרסקס מקיפה מחייב שינוי בנקודת המוצא ואימוץ הנחה לפיה אנשים אינטרסקס הם אנשים בוגרים החיים בחברתנו באופן גלוי, בין אם עברו ניתוח ובין אם לא, בין אם היו שותפים להחלטה בדבר שיוכם המיניגדרי ובין אם לא.

3. אינטרסקס כ"מגדר"

ביקורת המגדר כפי שפותחה במסגרת התיאוריה הפמיניסטית מהווה נדבך בסיסי ויסודי בביקורת האינטרסקס. בסיסה של ביקורת האינטרסקס נטוע בתיאוריה הפמיניסטית ובאבחנה שיצרו תיאורטיקניות פמיניסטיות בין "מין" ו"מגדר" על מנת לערער על תפיסת הסדר החברתי המגדרי הרווחת על פיה "ביולוגיה היא גורל" (biology as destiny).⁵⁶ אבחנה 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, 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 לפיה "אדם אינו נולד אישה, אלא נעשה אישה".⁵⁷ מבחינה משפטית התיאוריה הפמיניסטית ביססה את איסור האפליה על בסיס מין או מגדר ופרצה את הדרך לחקר תפקידו של המשפט בהבניה של יחסי הכוחות בין המינים ובהנצחתם. עם השנים התעוררה ביקורת כנגד אבחנה זו, בשל ההנחה המשתמעת לפיה "מין" ו"מגדר" הן קטגוריות מובחנות, שאינן קשורות זו בזו, ובשל המסר הטמון בה לפיו "מין" הינו קטגוריה ביולוגית שאיננה נתונה להבניה חברתית.⁵⁸ בקצרה ובפשטות, התיאוריה 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

⁵⁶ טענת ביקורת המגדר היא שהפיזיולוגיה המינית אינה צריכה להכתיב תפקידים חברתיים קבועים ומובחנים וכי הייעודים הביולוגיים של גוף האישה אינם צריכים להכתיב את ייעודן החברתי של נשים להיות אימהות ורעיות, או לשמש במקצועות שירות וטיפול בלבד. CATHRINE A. ; Ann Oakley, Sex, Gender and Society (1972). MACKINNON, TOWARDS A FEMINIST THEORY OF THE STATE 37-41 (1989). ראו גם: ז'רמיין גריר **מין וגורל** – הפוליטיקה של פוריות המין האנושי (כרמית גיא מתרגמת, 1992).

⁵⁷ סימון דה בובואר **המין השני** (1949).
⁵⁸ Katherine M. Franke, *The Central Mistake of Sex Discrimination Law: The Disaggregation of Sex* 58 JUDITH BUTLER, GENDER TROUBLE: FEMINISM AND ;from Gender 144 U. PA. L. REV. 1, 36-40 (1995) THE SUBVERSION OF IDENTITY (1990). גיודית באטלר, **קוויר באופן ביקורתי** 53-54 (רסלינג, 2007); JANET ; HALLEY, SPLIT DECISIONS: HOW AND WHY TO TAKE A BREAK FROM FEMINISM (2008).

תרומתה לפיתוח החשיבה בדבר הריבוי המיניגדרי הקיים בעולם פחות מובחנת.⁵⁹ טענה זו רלוונטית במיוחד בהקשר של אנשים אינטרסקס אשר קיומם מערער על יציבות הבינאריות המגדרית. מעניין לציין שלמרות שפמיניסטיות רבות נרתמו למאבק כנגד דיכוי אנשים אינטרסקס, חלקן תמכו לעיתים בגישות דכאניות כלפיהם משום שראו באינטרסקס המחשה לטענה לפיה הזהות המגדרית היא תוצר של ציפיות חברתיות ותפקידי מגדר נלמדים.⁶⁰

4. אינטרסקס כ"קוויר"

התיאוריה הקווירית שותפה לביקורת המגדר של הביקורת הפמיניסטית, אך חולקת על ההנחות הסמויות של הפמיניזם ביחס להבניה החברתית של מין ומיניות.⁶¹ התיאוריה הקווירית צמחה מתוך תחום המחקר הלהט"בי (לסביות, הומואים, טרנסגינדר וביסקסואלים), אך במהרה הרחיבה את תחום השתרעותה אל ביקורת היחס החברתי כלפי מגוון של "פעולות מיניות" ו"זהויות מיניות" המצויות מחוץ לזרם המרכזי (המיינסטרים). תחת הקבוצה החברתית המזהה עצמה כקווירית מצויות קבוצות בעלות מגוון אינטרסים ופרספקטיבות, שהמשותף להם הוא דחית המוסכמות החברתיות המסורתיות ביחס למין מגדר ומיניות.⁶²

הספרות המחקרית הלהט"בית והקווירית חשפה את הרבדים הרבים והמורכבים של הזהות המיניגדרית של האדם, כמו גם את הכוחות השונים המשתתפים בעיצובה. המחקר הלהט"בי מבדיל בין מספר רכיבים המעצבים את המיניות האנושית: **המין הביולוגי** – המרכיב הקובע אם אדם הוא זכר או נקבה, אשר נקבע על ידי גורמים ביולוגיים, פיזיולוגיים והורמונאליים; **הזהות המגדרית** – תחושתו האישית של אדם לגבי 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.⁶³ 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 המאתגר הנחות תרבותיות סמויות בדבר מיניות "נורמטיבית" או "נורמאלית" וכן לקידום התיאוריה החברתית בסוגיות מגוונות, בייחוד ביחס

⁵⁹ ביקורת זו אינה תקפה כלפי כל הכותבות בתחום, אך יש להודות ששכמת יחסי הכוחות החברתיים הבסיסית במסגרת הביקורת הפמיניסטית הקלאסית היא סכמה של שני מינים – זכרים ונקבות, נשים וגברים – וההשתייכות למינים השונים מבוססת על הנחות ביולוגיות.

⁶⁰ Dreger & Herndon, לעיל ה"ש 48.

⁶¹ Franke, לעיל ה"ש 58; באטלר, לעיל ה"ש 58; HALLEY, לעיל ה"ש 58.

⁶² להרחבה, ראו: **מעבר למיניות: מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית** (יאיר קידר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, הקיבוץ המאוחד, 2003).

⁶³ לגישה המחברת בין מכלול רכיבים אלה על בסיס הספרות הרבה שהצטברה בתחום, ראו גיא שילה **החיים בוורוד: בני נוער וצעירים הומואים, לסביות, ביסקסואלים וטרנסגינדרים** 12 (2007).

לטרנסגינדר ואינטרסקס המערערות על החלוקות הבינאריות המסורתיות בכל הקשור למין ומגדר.⁶⁴

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 מכוננת תוך כדי פעולות של חיקוי וחזרה. על פי בטלר "הזהויות ההטרסקסואליות הכפויות, 'גבר' ו'אשה', [הן] יצירי דמיון שרכשו מוצקות אונטולוגית, הן אפקטים תיאטרליים...".⁶⁵ בהתאם לכך, "המגדר הוא הופעה **שמייצרת** את האשליה של מין פנימי או מהות או גרעין מגדרי פסיכולוגי".⁶⁶ מכאן, שאין ממשות למין, מגדר ומיניות, אלא הם תוצר של מוסכמות חברתיות שהן מקור החיקוי ואשר הן עצמן תוצר של יחסי כוחות חברתיים.⁶⁷ יתרה מכך, החיפוש אחר אותו גרעין מגדרי פנימי לצורך השיוך המיניגדרי של כל בני האדם, ובהם אנשים אינטרסקס, מהווה מהלך כוחני חסר תוחלת. אנשים אינטרסקס מהווים איום על ההנחה החברתית בדבר קיומה של מהות כזו וחושפים את חוסר יציבותה. עדויותיהם אכן נדמות לעיתים לניסיון תיאטרלי לעטות מסכה של זהות מיניגדרית תקינה כאשר הם עצמם אינם מרגישים שייכים לקטגוריות הקיימות.

התיאוריה הקווירית פיתחה כלים תיאורטיים אשר מתאימים במיוחד לביקורת האינטרסקס,⁶⁸ כולל התנגדות למופעים שונים של כוח מיני, הכופה את עצמו באמצעות קטגוריות קשיחות ובינאריות, אימוץ גישה גמישה ודינאמית להבנת גוון הזהויות המגדריות והמיניות הקיימות והעדפת אסטרטגיות פעולה של התבלטות על פני היטמעות.⁶⁹ גם התנועה הלהט"בית-קווירית אימצה בחום ובקלות אל קרבה את קהילת האינטרסקס משום הקרבה בין הקהילות ואופני הדיכוי שהן חוות. קרבה רבה במיוחד קיימת בין טרנסגינדר לאינטרסקס. למרות 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

⁶⁴ אי-ההפרדה בעבר בין מין ומגדר תרמה לדיכוי של טרנסקסואלים במערכת הבריאות. ראו, למשל: מיסיס קריסטא "פסיכופתיה טרנסקסואלית: תיאוריות פסיכולוגיות מוקדמות על טרנסקסואליות" **חושן: חינוך ושינוי** (נורה גרינברג מתרגמת, 2002) www.hoshen.org/info/articles/academic/psychopatia_transsexualis.html. ואילו לטיפולוגיה הנהוגה כיום, המבחינה בין מין ומגדר, תרומה רבה לקידום גישה מכלילה כלפי טרנסגינדרים במדעי החברה, במשפט ובמקצועות בריאות הנפש. ראו לדוגמא: Marvin Dunson, *Sex, Gender and the Transgender: The Present and Future of Employment Discrimination Law*, 22 BERKELEY J. OF 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 COL. L. REV. 392 (2001); Lynne Carroll, Paula J. Gilroy & Jo Ryan, *Counseling Transgender, Transsexual and Gender-Variant Clients*, 80 J. COUNSELING & DEV. 131 (2002).

⁶⁵ ג'ודית בטלר, "חיקוי ומרי מגדרי" **מעבר למיניות** 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 (2005).

⁶⁶ בטלר, שם בעמ' 342.

⁶⁷ ראו גם Butler, לעיל ה"ש 58; גרוס, לעיל ה"ש 65, בעמ' 373–375.

⁶⁸ Mark Sherry, *Overlaps and Contradictions between Queer Theory and Disability Studies*, 19 DISABILITY & SOC. 769 (2004).

⁶⁹ שם, בעמ' 771.

ביותר על הקשר בין המין הביולוגי, הזהות המגדרית, תפקידי המגדר והנטייה מינית.⁷⁰ ואמנם, מיקומה הנוכחי של ביקורת האינטרסקס הוא במסגרת התיאוריה הקווירית ואנשים 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 הבינארית, אלא גם על רקע שיח דכאני המבוסס על "עריצות הגופניות התקנית הכפויה" (compulsory able-bodiedness) באשר היא.⁷¹ כפי שנראה מיד, תחום לימודי המוגבלות (disability studies) מהווה עוד אופציה אטרקטיבית עבור אנשים אינטרסקס וכך גם התנועה החברתית של אנשים עם מוגבלויות. לטענתנו, גישה ביקורתית שלמה ומקיפה לאינטרסקס מחייבת את שילוב שתי הגישות הללו.

5. אינטרסקס כ"מוגבלות"

הכתיבה הביקורתית בתחום המוגבלות עוסקת אף היא בשאלות של יחסי כוחות חברתיים ותרבותיים, אך במרכזה לא ניצבות שאלות של מין ומגדר אלא שאלות של נורמאליות וגופניות תקינה.⁷² 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.⁷³ הטענה היא שמוגבלות איננה "מחלה" או "מצב רפואי" נתון אלא תוצר של תהליכי הבניה חברתית מורכבים וכי במקרים רבים הסבל הכרוך במוגבלות הינו סבל חברתי בעיקרו אשר איננו אינהרנטי ללקות עצמה. ביקורת המוגבלות מבקשת גם לחשוף את השפעתו הניכרת של השיח הרפואי והמדעי על תהליכי ההדרה של אנשים עם מוגבלויות וכן על ההבניה החברתית של הגוף הנכה כ"פתולוגי", "אבנורמאלי" או גרוטסקי.⁷⁴ אנשים עם מוגבלויות נתונים במהלך חייהם לניסיונות נרמול ומשטור ניכרים דרך טיפולים רפואיים ושיקומיים שמטרתם להתאים את האדם עם מוגבלות לחברה במקום להתאים את החברה לצרכיהם ולניסיון חייהם של אנשים עם מוגבלויות.⁷⁵ בדומה לאבחנה בין מין ומגדר גם אנשים עם מוגבלויות טענו שיש להפריד בין "לקות" שהיא הרכיב הפיזיולוגי לבין ה"מוגבלות"

⁷⁰ JUDITH BUTLER, UNDOING GENDER 6 (2004). מעידה על כך גם הסמיכות בין נהלי הניתוחים בכל אחת מן

הקבוצות באותו חוזר של משרד הבריאות, ראו להלן טקסט ליד ה"ש 184.

⁷¹ Robert McRuer, *Compulsory Able-bodiedness and Queer/Disabled Existence*, in THE DISABILITY ROBERT MCRUER, CRIP THEORY: CULTURAL SIGNS OF ; STUDIES READER (Lennard Davis ed., 2006) QUEERNESS AND DISABILITY (2006).

⁷² LENNARD J. DAVIS, ENFORCING NORMALCY: DISABILITY, DEAFNESS, AND THE BODY (1995).

⁷³ SIMI LINTON, CLAIMING DISABILITY: KNOWLEDGE AND IDENTITY 110-115 (1998); MICHAEL J. OLIVER, UNDERSTANDING DISABILITY: FROM THEORY TO PRACTICE 19-29 (1996); SUSAN WENDELL, THE REJECTED BODY: FEMINIST PHILOSOPHICAL REFLECTIONS ON DISABILITY (1996).

⁷⁴ Wendell, שם; ROSEMARIE GARLAND THOMSON, FREAKERY: CULTURAL SPECTACLES OF THE ; (1996) EXTRAORDINARY BODY. ראו גם: שרה כהן שבוט *הגוף הגרוטסקי* (2008).

⁷⁵ Sally French and John Swain, *The Relationship between Disabled People and Health and Welfare Professionals*, in HANDBOOK OF DISABILITY STUDIES 734 (Gary L. Albrecht, Katherine D. Seelman and Michael Bury eds., 2001).

שהיא הרכיב החברתי.⁷⁶ ובדומה לביקורת על האבחנה בין מין ומגדר גם הביקורת על היחס לקות/מוגבלות נתקל במהרה בביקורת על כך שזנח את ההבניה החברתית של הלכות ואת יחסי הגומלין בין השתיים.⁷⁷

כמו אנשים עם מוגבלויות, גם אנשים אינטרסקס הם אנשים החיים עם גוף שאינו תואם את הנורמות החברתיות הסמויות בדבר גופניות תקנית. על פי לנרד דייויס המושג נורמאלי במובנו הנוכחי צמח באמצע המאה התשע-עשרה עם השתכללות מדע הסטטיסטיקה, אז הפכה הנורמה הסטטיסטית, שהיא הממוצע האנושי, להיות אמת המידה.⁷⁸ עבודתה של גרלנד תומסון מצביעה על כך שמלאכת הקטלוג, האבחון והסינון של הגוף המוגבל תורמת לשימור אידיאל היציבות של הגוף הלא מוגבל.⁷⁹ כמו ביקורת המוגבלות גם ביקורת האינטרסקס מאופיינת בהתנגדות לדומיננטיות של השיח הרפואי והמדעי, המתבטאת בהיותו בעל מעמד בכיר בתהליכי קבלת החלטות עבור אנשים עם מוגבלויות, במעמדו כמקור הידע המוסמך ביחס לחוויית החיים עם מוגבלות ובתרומתו לזיהוי של שוני גופני עם "פתולוגיה", "סטייה" ו"מחלה".⁸⁰

תרומתה של הגישה הביקורתית למוגבלות לביקורת האינטרסקס שהיא מאפשרת לדיון באינטרסקס להתרחב מעבר לשאלות של מין ומגדר אל עבר סוגיות הקשורות במשמעות החברתית-תרבותית המיוחסת לגוף ה"אב-נורמאלי", זה שאינו מציינת לנורמות בדבר גופניות תקינה וזהות יציבה.⁸¹ מארק שרי (Sherry) הראה שהמערכות הרפואיות, החברתיות והמשפטיות, ממסדות ולעיתים מכחידות סוגים מסוימים של גופים במשך מאות שנים. תוך הכתמת ה"לא רגיל" בכתם של "לא בריא".⁸² למעשה, למוגבלות ישנה נוכחות ערה בהבניית הזהות הקווירית כפי שמעידה ההיסטוריה של המאבק הלהט"בי כנגד הסיווג והתייג של קבוצות רבות מקרב קהילה זו כ"מחלות נפש" או "הפרעות פסיכיאטריות".⁸³ עבור אנשים אינטרסקס החיבור בין מוגבלות וקוויריות הוא חזק במיוחד משום שהם כפופים לפרקטיקות רפואיות קיצוניות המשלבות בבסיסן הנחות בדבר מיניגדריות תקינה וגופניות תקינה.

⁷⁶ OLIVER, שם, בעמ' 21–28.

⁷⁷ Tom Shakespeare & Nicholas Watson, *The Social Model of Disability: An Outdated Ideology?* 2 RES. SOC. SCI. & DIS. 9 (2002).

⁷⁸ DAVIS, שם, בעמ' 23–49.

⁷⁹ Rosemarie Garland Thomson, *Integrating Disability, Transforming Feminist Theory*, 14 NWSA J. 1, 5 (2002).

⁸⁰ SUSAN WENDELL, THE REJECTED BODY: FEMINIST PHILOSOPHICAL REFLECTIONS ON DISABILITY (1996); Sally French and John Swain, *The Relationship between Disabled People and Health and Welfare Professionals*, in HANDBOOK OF DISABILITY STUDIES 734 (Gary L. Albrecht, Katherine D. Seelman and Michael Bury eds., 2001).

⁸¹ Sherry, לעיל ה"ש 68; Holmes M., *Mind the Gaps: Intersex and (Re-productive) Spaces in Disability Studies & Bioethics*, 5(2) J. BIOETHIC. INQ. 169 (2008).

⁸² Sherry, שם.

⁸³ לכתובה המחברת בין ביקורת קווירית לביקורת מוגבלות, ראו: Sherry, שם; MCRUER, לעיל ה"ש 71, בעמ' 1–32; Ellen Samuels, *My Body, My Closet: Invisible Disability and the Limits of Coming-Out Discourse*, 9; 32 GLQ 233 (2003).

6. אינטרסקס כצומת

ביקורת האינטרסקס במשפט שואבת את מקורותיה מכל הגישות הנזכרות למעלה: היא נמצאת בצומת שבין תיאוריה 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 אנשים אינטרסקס ויוצרת גשר חשוב בין גישות ביקורתיות המשלימות אחת את השנייה. בצד זאת, יש חשיבות פוליטית להתייחסות לאינטרסקס כקטגוריה מובחנת התורמת לנראות של אנשים אינטרסקס ולתשומת הלב לדפוסי ההדרה שלהם מהחיים החברתיים, התרבותיים והפוליטיים ומתהליכי קבלת החלטות הקשורים לגופם ולחיהם כאנשים 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 עימה 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 הינו רב והתגבשותן תלויה בגורמים חברתיים וסביבתיים רבים שקשה לחזותם. כל אלו מעידים על כך שהפריקט 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.⁸⁴

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.⁸⁵ הממסד הרפואי מצא עצמו נושא בנטל מלאכת הפיקוח החברתי ומערכת הבריאות הפכה לשחקנית מרכזית בעיצוב גורלם של אנשים אינטרסקס. תופעה זו של התגברות הדומיננטיות של מקצוע הרפואה בחייהם של אנשים שגופניותם לא עמדה בתקן החברתי איננה ייחודית לאינטרסקס. המדיקליזציה של קבוצות מיעוט וקבוצות שוליים והכפפתן לידע רפואי ומדעי הייתה נחלתן של קבוצות מוחלשות רבות, ביניהן מיעוטים גזעיים ואתניים, נשים, להט"בים,

⁸⁴ 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 (2) 97, 102–107 (2012).

⁸⁵ מישל פוקו, הולדת הקליניקה: ארכיאולוגיה של המבט הרפואי (2008).

אנשים עם מוגבלויות, ועוד.⁸⁶ בפרק זה נבחן את מקורותיה וביטוייה של הגישה הרפואית לאינטרסקס ונציג את הביקורת כלפיה.

1. התפתחות הגישה הרפואית לאינטרסקס

הפיקוח הרפואי על אינטרסקס צמח באירופה של סוף המאה התשע-עשרה.⁸⁷ באותה תקופה, הקריטריון בהתאם אליו שייכו רופאים את האינטרסקס למגדר מסוים היה הגונדות (בלוטות המין): אם הגונדות של אדם היו אשכים הוא הוגדר כגבר, ואם הגונדות של אדם היו שחלות הוא הוגדר כאישה. רוב המקרים אופיינו בגונדות חד משמעיות ואז הוגדר האדם רפואית כ-Pseudo Hermaphrodite. המקרים שהוגדרו רפואית כ-True Hermaphrodite היו רק אותם מקרים נדירים בהם לאדם היו שחלה אחת ואשך אחד.⁸⁸

ההתפתחויות הטכנולוגיות והמחקריות שחלו במהלך המאה העשרים, הביאו לשינוי בתפקידם החברתי של הרופאים: מתפקיד של מאבחני המין אליו שייך האדם האינטרסקס, לתפקיד של מכונני המין שלו. עם זאת, הנחות היסוד של הממסד הרפואי לא השתנו: לאנשים אינטרסקס יש "מין אמיתי" שהוא אחד משני המקובלים בחברה, ומערכת הבריאות היא שאמורה לזהות את "המין האמיתי" ולבצע את משימת השיוך.⁸⁹

החל משנות החמישים, החלה מקובלת ברחבי העולם המערבי הגישה הניתוחית לאינטרסקס לפיה יש לנתח תינוקות אינטרסקס מיד לאחר לידתם, על מנת לשייך אותם לאחד המינים מוקדם ככל האפשר.⁹⁰ גישה זו התאפשרה בזכות ההתפתחויות בתחום הרפואה, אך התבססה בראשיתה על תיאוריה סביבתית בעיקרה לפיה תינוקות הם נייטראליים מגדרית ברגע לידתם, וכי ניתן בעזרת ניתוח לשייך אותם לאחד משני המגדרים באופן מושלם.⁹¹ מקורה של התיאוריה בדבר

⁸⁶ מישל פוקו *תולדות המיניות: הרצון לדעת* 33-34 (1997); Vanessa Jackson, *In Our Own Voices: African American Women's Experiences with Mental Health Treatment* (2002); Graham ; *American Stories of Oppression, Survival and Recovery in the Mental Health System* (2002); Hart & Kaye Wellings, *Sexual Behaviour and its Medicalisation: In Sickness and in Health*, 324 *BMJ* (2002); Mary C. Burke, *Resisting Pathology: GID and the Contested Terrain of Diagnosis in the Transgender Rights Movement*, in *SOCIOLOGY OF DIAGNOSIS (ADVANCES IN MEDICAL SOCIOLOGY)* 183 (2011); Mike Oliver, *Social Policy and Disability: Some Theoretical Issues*, 1 *DIS. HAND. SOC.* 5 (2007); Elina Oinas, *Medicalisation by Whom? Accounts of Menstruation Conveyed by Young Women and Medical Experts in Medical Advisory Columns*, 20 *SOC. HEALTH & ILLNESS* 52 (1998).

⁸⁷ Dreger, לעיל ה"ש 4, בעמ' 5-6.

⁸⁸ לביקורת גישה זו, ראו: Alice D. Dreger, Cheryl Chase, Aron Sousa, Philip A. Gruppuso & Joel Frader, *Changing the Nomenclature/Taxonomy for Intersex: A Scientific and Clinical Rationale*, 18(8) *J. Pediatric Endocrinol Metab.* 729 (2005).

⁸⁹ Dreger, לעיל ה"ש 4, בעמ' 10-11.

⁹⁰ אדר מתארת התפתחות זו על רקע התפיסות התרבותיות של שנות החמישים, ובייחוד החרדה מפני הומוסקסואליות ומפני חריגה מתפקידי המגדר "הקלאסיים". ראו: Sandra Eder, *The Volatility of Sex: The Intersexuality, Gender and Clinical Practice in the 1950s*, 22(3) *GENDER & HIST.* 692, 693 (2010).

⁹¹ Dreger, לעיל ה"ש 4, בעמ' 11-13.

הניטרליות המגדרית הוא במחקרו של הפסיכולוג מאני (Money) בשנות החמישים והשישים.⁹² מאני חקר מקרה של ילד בשם ברוס, שבשל תאונה בעת מלתו 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 הלובשת חצאיות ומשחקת בבובות (בעוד אחיה משחק 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 לו זכה, התפשטה במערב הפרקטיקה של ניתוח מוקדם בילדים אינטרסקס, מתוך שאיפה להשיג את התוצאות הרצויות אותן תיאר מאני. רק שנים מאוחר יותר התברר כי "ברנדה" לא היה מאושר בזהות שנבחרה לו: כילד הוא היה קורע את שמלותיו וטוען שהוא "בן עם שיער ארוך", בגיל ההתבגרות הוא החליט לחיות כגבר בשם דייוויד, ולאחר שגילה על 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.⁹³ למרות שתיאוריית הניטרליות המגדרית שביסוד הגישה הניתוחית הופרכה, השפעתה עדיין ניכרת יחד עם המשך אחיזתה של ההנחה שביסודה לפיה ישנו "מין אמיתי" שניתן לזהויו ו"חיזוק".⁹⁴ השילוב בין שתי אלה מהווה הצדקה "מדעית" להפרת זכויותיהם של קטינים אינטרסקס.⁹⁵

כיום, הגישה השלטת היא גישה ביולוגית-רפואית לפיה ניתן לאתר על-פי מירב התסמינים את השיוך המיניגדרי של האדם. לצורך קביעת "המין האמיתי" של האדם נלקחים בחשבון מכלול של רכיבים, ביניהם: צורת איברי 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, וכן העדפת ההורים.⁹⁶ ההכרעה נעשית על בסיס התמונה הכוללת המתקבלת.⁹⁷ על-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

⁹² בין כתביו של מאני: JOHN MONEY, BIOGRAPHIES OF GENDER AND HERMAPHRODITISM IN PAIRED COMPARISONS: CLINICAL SUPPLEMENT TO THE HANDBOOK OF SEXOLOGY (1991); JOHN MONEY, MAN & WOMAN BOY & GIRL: THE DIFFERENTIATION AND DIMORPHISM OF GENDER IDENTITY FROM CONCEPTION TO MATURITY (1972).

⁹³ Tamar-Mattis, לעיל ה"ש 5, בעמ' 59-62.

⁹⁴ לימור מעודד-דנון, אינטרסקסואליות ותהליך "המינון": הפרדוקס של "מין" בגוף 12-16 (מחקר לשם מילוי חלקי של הדרישות לקבלת תואר" דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בן גוריון – המחלקה לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה, 2011).

⁹⁵ ישנם גם כאלו הממשיכים להחזיק בגישת הניטרליות המגדרית. ראו, למשל: R. Rajendran & S. Hariharan, *Profile of Intersex Children in South India*, 32 INDIAN PEDIATRICS 666, 669-670 (1995).

⁹⁶ נעמי ויינטרוב [הגישה לילוד עם אברי מין לא ברורים](#) 14 (שנה לא ידועה). ראו גם: Lisa Melton, *New Perspectives on the Management of Intersex*, 357 THE LANCET 2110 (2001); Minto et. al, לעיל ה"ש 8; S. M. Creighton & L.M. Liao, *Changing Attitudes to Sex Assignment in Intersex*, 93 BJU INT'L 659 (2004); Kristin Zeiler & Anette Wickstrom, *Why Do 'We' Perform Surgery on Newborn Intersexed Children? The Phenomenology of Parental Experience of Having a Child with Intersex Anatomies*, 10 FEM. THEORY 359, 359-360 (2009).

⁹⁷ ויינטרוב, [הגישה לילוד](#) לעיל ה"ש 96, עמ' 14; Creighton; לעיל ה"ש 21.

שלו לכשיגדל, על פי ניסיון עבר במטופלים עם אבחנה דומה.⁹⁸ עם זאת, בפרקטיקה, לא פעם המין שייבחר יהיה המין שלו מירב הסיכויים להצליח בניתוח.⁹⁹ בשל מגוון המצבים והתסמונות המנויים תחת הכותרת אינטרסקס ישנם הבדלים במידת הוודאות שחש הצוות הרפואי בעת השייך המיניגדרי של הילוד, אך הספרות הרפואית מודה כי בכל מקרה קיים חוסר ידע המקשה על שייך המטופל למגדר שהוא יאמץ בהמשך.¹⁰⁰

העמדה התומכת בביצוע הניתוחים מוקדם ככל האפשר מתבססת גם על נימוקים משניים לפיהם מדובר בהליך שהסיכונים הכרוכים בו מועטים והיתרונות רבים. היתרונות המיוחסים להליך זה הם גם רפואיים וגם פסיכולוגיים וחברתיים עבור הילד ועבור הוריו.¹⁰¹ הגישה המקובלת היא שככל שההליך יבוצע מוקדם יותר הוא לא יותר טראומה בזיכרונו של הילד הוא יוכל להתחיל את חייו באחת משתי הזהויות המגדריות המקובלות.¹⁰² גישה זו מדגישה את טובת הילד ומבוססת על ההנחה לפיה ישנה חשיבות פסיכולוגית רבה לקיומם של איברי מין מובהקים של אחד המיניים לצורך פיתוח זהות מינית וזהות מגדרית ברורה. עיקר הטיעון הוא שמראה חיצוני נורמטיבי יחד עם חירות מגדרית תקינה מילדות יובילו להתפתחות "נורמלית" של הילד/ה,¹⁰³ יסייעו בתהליך ההיקשרות הורה-ילד, יאפשרו קבלה חברתית, יקלו במציאת בני זוג בעתיד וימנעו דחייה חברתית ואף השפלה חברתית, או ניצול מיני.¹⁰⁴ 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

⁹⁸ ויינטרוב, שם, בעמ' 14.

⁹⁹ Tamar-Mattis, לעיל ה"ש 5, בעמ' 66; P.D.E. Mouriquand, *Possible Determinates of Sexual Identity*; 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). כמו כן 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 (28.4.2005) (להלן **דו"ח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס**), עדותו של Mauro Isaac Cabral. קיימת בספרות הרפואית גם עמדה שונה, לפיה ההחלטה לאיזה מין לשייך את הרך הנולד תלויה בעיקר בגודל אבר המין. ראו: Rajendran & Hariharan, לעיל ה"ש 97, בעמ' 670.

¹⁰⁰ "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 לגניקולוגים וכירורגים" יורם בייט "מצבי Intersex בילדים ובמתבגרים: הבטים כירורגיים אתיים ומשפטיים" **עדכון במילדות ובגניקולוגיה** 15 54 (2006).

¹⁰¹ ראו להלן, פרק ג.3.

¹⁰² 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, *Committee on Genetics, Section on Endocrinology*, 106 PEDIATRICS 138-142 (2006). גם לשון הנוהל מבטאת את ההנחה שמדובר בהליך חד פעמי, ראו להלן פרק ד.1.

¹⁰³ למאמר המתאר גישה זו ומדגים כיצד היא אינה מבוססת מחקרית באופן מספק ראו: Creighton & Liao, לעיל ה"ש 96, בעמ' 661.

¹⁰⁴ Tamar-Mattis, לעיל ה"ש 5, בעמ' 73-75.

ברחם ולהגדירן כמומים מולדים.¹⁰⁵ התפתחויות אלו הביאו להופעתן של שתי תגובות רפואיות נוספות לאינטרסקס: ביצוע הפסקת הריון בשל המום שאותר¹⁰⁶ או, במקרים מתאימים, מתן טיפול הורמונלי במהלך ההיריון אשר מגביר את הסיכוי להתפתחות מינית טיפוסית, שתואמת את הסטנדרטים הרפואיים והחברתיים.¹⁰⁷ התערבויות אלו מעלות סוגיות נוספות ומצריכות דיון בהיבטים נוספים.¹⁰⁸ שאלות אלו, כבדות משקל ככל שיהיו, הן מחוץ לתחום דיונו של מאמר זה המתמקד בנקודת הזמן שבה האדם האינטרסקס יצא מרחם אמו.

עם הזמן, התגברו הקולות בקרב הקהילה הרפואית התומכים בשינוי תוך הקשבה לבעיות הטמונות במודל הקיים ופתיחות לדיאלוג עם אנשים אינטרסקס ובני משפחותיהם.¹⁰⁹ החל משנת 2004, ביקורת האינטרסקס החלה להשפיע בצורה משמעותית יותר גם על שיח הרפואי, כאשר רופאים באקדמיה האמריקנית לרפואת ילדים הביעו הסתייגות מהטיפול המקובל, ביניהם מנתחים שהיו תומכים נלהבים של המודל.¹¹⁰ בשנת 2005 הוקמה "וועדת שיקאגו" 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 באופן מוצלח למדי ברחבי אירופה.¹¹¹ מסקנות הוועדה עדיין תמכו בכך שכל אינטרסקס ישויך למין מסוים באמצעים כירורגיים, אולם רק לאחר הערכת מומחים ותוך הסתת הדגש מקוסמטיקה לפונקציונאליות.¹¹² גם בארץ נראה שגישה זו הולכת ומתבססת, כפי שמעידים ספרי ההדרכה בנושא.¹¹³ בשנת 2006 אמצה אקדמיית רופאי הילדים האמריקאית את

¹⁰⁵ נעמי ויינטרוב שגשוג מולד של האדרנל, מינקות לבגרות, 12–14.

¹⁰⁶ Michal Sagi, Vardiella Meiner, Nurith Reshef, Judith Dagan and Joel Zlotogora, *Prenatal Diagnosis of Sex Chromosome Aneuploidy: Possible Reasons for High Rates of Pregnancy Termination*, 21 *PRENAT. DIAGN.* 461 (2001); יעל השילוני דולב, "מייהו תינוק רצוי? הפלות סלקטיביות בשל אנומליות בכרומוזומי מין בגרמניה ובישראל" תיאוריה וביקורת 25, 97 (2004).

¹⁰⁷ ויינטרוב שגשוג מולד של האדרנל, לעיל ה"ש 105, בעמ' 12–13.

¹⁰⁸ כך, הפסקות הריון מעלות שאלות בדבר השפעת העמדה החברתית ביחס למצבים של אינטרסקס במסגרת הטעמים הראויים להפסקת הריון. ראו: השילוני דולב, לעיל ה"ש 106; Sagi ואח', לעיל ה"ש 106. ואילו הטיפול בעובר מעלה שאלות בדבר משמעות הטיפול: האם דינו כדיון טיפול מונע או ריפוי (בדומה לטיפול במום לבבי), או שמא אף הוא מבטא דחייה חברתית. לדיון דומה בהקשר של מוגבלות, ראו: Asch Adrienne, *Why I Haven't Changed*; My Mind About Prenatal Diagnosis: Reflections and Refinements, in *PRENATAL TESTING AND DISABILITY RIGHTS* 234 (Erik Parens & Adrienne Asch eds., 2000). היבטיה האתיים של הסוגיה נבחנו גם בהקשר של הניסיון ליצור טכנולוגיות רפואיות שיקבעו את מין הילוד. ראו: נועה גרוסמן "בחירת מין הילוד" רפואה ומשפט 40 83 (2009).

¹⁰⁹ Justine Marut Schober, *A Surgeon's Response to the Intersex Controversy*, in *INTERSEX IN THE AGE OF ETHICS* 161 (Alice Domurat Dreger ed., 1998).

¹¹⁰ 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).

¹¹¹ Pasterski ואח', שם; לסיכום מסקנות הוועדה, ראו: Lee ואח', לעיל ה"ש 114, בעמ' 488-500.

¹¹² במחקר זה נבדקו 60 מרכזים ברחבי אירופה אשר דיווחו על קיום של כ-6000 ניתוחים מידי שנה סך-הכל. 65% ממרכזים אלו דיווחו על שימוש באלגוריתם רפואי מאבחן: "Diagnostic Algorithm" ו-85% דיווחו כי הם תומכים בפיתוח של אלגוריתם זה. ראו: Pasterski & Hughes, לעיל ה"ש 110. אלגוריתם קליני הוא מעין "עץ טיפול" הנועד לסייע למטפל להגיע אבחון המדויק ודרך הטיפול הנלווית לו באמצעות שאלות מובילות. למאמר העוסק באלגוריתם בהקשר של אינטרסקס, ראו: Lee ואח', שם.

¹¹³ ויינטרוב הגישה לילוד, לעיל ה"ש 96; ויינטרוב שגשוג מולד, לעיל ה"ש 105.

המונח "הפרעה בהתפתחות מינית" (DSD – Disorders of Sex Development) כדי לתאר את מצבם של אנשים אינטרסקס.¹¹⁴ מונח זה מבקש לבטא עמדה מדעית המתרחקת מביטויים בעלי מטען פוגעני היסטורי, כגון "הרמפרודיטים" או "אינטרסקס" ומתמקדת בהיבטים פיזיולוגיים ולא בהיבטים מגדריים.¹¹⁵ עם זאת, המונח נתקל בביקורת משום שהוא ממשיך לראות באינטרסקס תופעה רפואית המוגדרת על-ידי מדע הרפואה ואשר הטיפול בה הופקד בידי מערכת הבריאות.¹¹⁶ בנוסף, השימוש במושג "הפרעה" ממשיך להטיל סטיגמה באנשים.¹¹⁷ לכן הוצע, לכל הפחות, להחליף את המילה "הפרעה" ב"תסמונת".¹¹⁸

מחקר מקיף שנערך לאחרונה על-ידי ד"ר לימור מעודד-דנון מתאר את הגישה הפרופסיונאלית העשווית להולדת אינטרסקס בישראל.¹¹⁹ דנון מכנה את תהליך השייך המיניגדרי כתהליך "מיניגוף" המתרחש בארבעה שלבים עיקריים: ראשון הוא שלב ה**אבחון**, 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 ה**עיצוב**, במסגרתו יעוצב הגוף בהתאם למין הנבחר באמצעות ניתוחים ומתן תחליפי הורמונים. השלב השלישי, שלב ה**מעקב**, 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 תבחן גם ההסתגלות הפסיכולוגית למגדר הנבחר וההורים מודרכים כיצד להכווין את ילדיהם להתנהגות מגדרית מתאימה. רכיב רביעי הוא רכיב ה**סודיות**, הכולל את המלצת הצוות הרפואי להורים שלא לספר למשפחה והסביבה על המצב הגופני הייחודי, ולעיתים קרובות אף לא לילדים עצמם לפחות עד גיל ההתבגרות. מסקנתה של דנון היא כי חיהם של אנשים אינטרסקס מתאפיינים בדיאלקטיקה תמידית בין גופם לבין "הסוד".

האתגר המשמעותי העומד כיום בפני השיח הרפואי בישראל ובעולם הינו פיתוח גישה חדשה המעודדת הקשבה לאנשים אינטרסקס ולבני משפחותיהם, ומקבלת את הרעיון לפיו ביכולתם של אנשים אינטרסקס להגדיר את עצמם, לקבל החלטות לגבי גופם ולקבוע את גורלם בעצמם.¹²⁰

¹¹⁴ הצהרה של אקדמיית רופאי הילדים האמריקאית, ראו: Peter A. Lee, Christopher P. Houk, S. Faisal Ahmed, Ieuan A. Hughes, *Consensus Statement on Management of Intersex Disorders*, 118 PEDIATRICS 488 (2006).

¹¹⁵ Thomas A. Marino, *Embryology and Disorders of Sexual Development*, 53(4) PERSP. BIOLOGY & MED. 481 (2010). ראו גם דבריו של אריק וילאן, מומחה עולמי החוקר את הגנטיקה של קביעת המין, אצל: לרמן סאלי "לא רק כרומוזומי X ו-Y" **סיינטיפיק אמריקן ישראל** (6)5, 18, 19 (2007). לפוגענות שבמושג

"הרמפרודיטים", ראו: Dreger ואח', לעיל ה"ש 88 וכן טקסט לה"ש 181.

¹¹⁶ ראו הצהרה של ארגון האינטרסקס הבינלאומי: Curtis E. Hinkle, *Why is OLL Not Using the Term DSD or "Disorders of Sex Development"?*, http://www.intersexualite.org/Response_to_Intersex_Initiative.html.

¹¹⁷ סאלי, לעיל ה"ש 115.

¹¹⁸ Hinkle, לעיל ה"ש 116.

¹¹⁹ מעודד-דנון, לעיל ה"ש 94. במסגרת עבודת הדוקטורט קיימה מעודד-דנון ראיונות עם שמונה אנשים אינטרסקס בוגרים, עשרים ושנים אנשי צוות רפואי ושש אמהות לילדים עם תסמונות שונות הנכללות במושג "אינטרסקס".

¹²⁰ Drew MacKenzie, Anette Huntington & Jean A. Gilmour, *The Experience of People with an Intersex Condition: a Journey for Silence to Voice*, 18 J. CLINIC. NURS. 1775 (2009).

למרות הביקורת המצטברת כלפי הגישה הרפואית-ניתוחית רוב העוסקים בתחום ממשיכים לדבוק בה. הם מתקשים לקבל את עמדותיהם של אנשים אינטרסקס ונוטים לייחס זאת לקבוצת שוליים שאינה צריכה להשפיע על דרכי הטיפול המקובלות.

2. ביקורת הגישה הניתוחית-רפואית

דייויד: "אנחנו בלתי ניתנים להתאמה, זו הנקודה. אנחנו מי שאנחנו ואף ניתוח, טיפול הורמונאלי, או שטיפת מוח לא תשנה זאת. למרות שבמשך שנים רבות ניסיתי להתאים לתפקיד מגדרי כלשהו בסיוע של הורמונים וניתוחים, אני עדיין לא מרגיש שם נוח. לבסוף, אני נאלץ להתבונן באמת, האמת שלי, שאומרת שאני מה שאני, לא פחות ולא יותר, ואני לא מה שאינני..."¹²¹

כאמור, חלק אינטגרלי מצמיחתו של הקול האינטרסקסואלי היה כרוך בהצמחת אלטרנטיבה לגישת הניתוח. הביקורת על גישת הניתוח נטועת בניסיון החיים של פעילים אינטרסקס. לעיתים הן נתמכות במחקרים מתחומים שונים, ולעיתים עוצמתן טמונה דווקא בהצבעה על העדרו של ביסוס מחקרי מספק.

כמו ביקורות אחרות שהשמיעו קבוצות אחרות לפניו, 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 ניטראליות ואובייקטיביות וריחוק מערכים ופוליטיקה.¹²² אך המחקר הסוציולוגי חשף זה מכבר כי עובדות רפואיות אינן חפות מתלות בהקשרים חברתיים ותרבותיים.¹²³ דוגמה מובהקת לכך מהווה השינוי שחל בעשורים האחרונים ביחסה של מערכת הבריאות לקהילת הלהט"ב,¹²⁴ ששיאו היה בשנת 1973, עם הצלחת המאבק להוצאת ההומוסקסואליות מן ה-DSM, ספר המחלות הפסיכיאטריות.¹²⁵ מאבקם של אנשים טרנסקסואלים הביא גם הוא כבר להישגים לא מבוטלים, אשר הקלו עליהם בתהליכים לשינוי מין.¹²⁶ עם הזמן הוסט הדגש מברור הגורמים לזהות המינית

¹²¹ Tamar-Mattis, לעיל ה"ש 5, בעמ' 110.

¹²² ביקורת על תפיסה זו ניתן 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 תיאוריות מדעיות. תומס קון **המבנה של מהפכות מדעיות** (יהודה מלצר תירגם, 2005).

¹²³ לדיון בנושא, ראו: Pauline B. Bart, *Social Structure and Vocabularies of Discomfort: What Happened to Female Hysteria?*, 9(3) J. HEALTH & SOC. BEHAV. 188 (1968).

¹²⁴ ראו למשל: עמית קמה **העיתון והארון פרק המבוא** 2003; אדריאן ריץ' "ההטרסקסואליות הכפויה והקיום הלסבי" **לסביות והומוסקסואליות בראי המציאות** 65 (דלית באום ועדית מרן עורכות, 1999).

¹²⁵ הפניות 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(3) AM. J. PSYCHOTH. 416 (1995).

¹²⁶ קריסטל "פסיכופתיה טרנסקסואליס", לעיל ה"ש 64. להתייחסות לאינטרסקס ב-DSM ראו: Heino F. L. Meyer-Bahlburg *"Gender Assignment and Reassignment in Intersexuality: Controversies, Data, and Guidelines for Research"* 511 PEDIATRIC GENDER ASSIGNMENT 199 (2002).

"האחרת" ומהגדרתה כמחלה אל עבר בחינת מקור הנורמות החברתיות השוללות אותה¹²⁷ ואל בירור הסיכונים הנשקפים לחבריה כתוצאה מדיכויים החברתיים.¹²⁸

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 הינה שלידת ילד אינטרסקס מהווה "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 מיידית להורים, גורמים לכך שלידה של ילד עם אברי מין לא ברורים נחשבת למצב חירום רפואי ופסיכולוגי, המחייב התערבות רב מערכתית" (ההדגשה הוספה).¹²⁹

אך כפי שעולה מדבריה של ד"ר ויינטרוב, נראה שמצב החירום הוא נגזרת של מצב ההורים והרופאים ופחות של מצב הילודים. המחקר הרפואי מראה שאברי המין של אנשים אינטרסקס לרוב אינם נגועים במחלה ולא דורשים התייחסות פתולוגית.¹³⁰ ידועה וריאציה אחת שעלולה להתפתח לכדי מצב מסכן חיים אך מרבית המצבים אינם כאלה וגם היא איננה צפויה לקרות בגיל ינקות אלא לעת בגרות.¹³¹ למעשה, אחת הסיבות לדחיפות הרפואית היא לא סכנה פיזית לילוד, אלא בשל הקושי שמעוררת הסיטואציה בקרב החברה בכללותה ובקרב הצוות הרפואי וההורים.¹³² על פי אחת הביקורות דווקא דחיית הניתוח לשלב מאוחר יותר, כאשר המנותח בוגר יותר ומפותח יותר מבחינה שכלית, נפשית ומינית, ולאחר שהתרחש כבר תהליך של אימוץ מגדר, תביא לתוצאות טובות יותר לא רק מבחינה מנטאלית אלא גם מבחינה רפואית.¹³³

ביקורת מרכזית נוספת ביחס לניתוחים באינטרסקס היא **שישנו סיכוי לא מבוטל "לטעות" בפעולת השינוך המיניגדרי וכי לעיתים פעולה זו אף אינה אפשרית כלל**. קביעת המין הרצוי נעשית כאמור על סמך מגוון אינדיקציות, אולם המין שייבחר הוא לא פעם זה שלו מירב הסיכויים להצליח בניתוח. למעשה, גם במצב בו הניתוח הינו מוצלח מבחינה פיזיולוגית, עדיין ישנו סיכוי

¹²⁷ סו ק. המרסמית "גישה סוציולוגית ליעוץ למטופלים הומוסקסואלים ולבני משפחותיהם" **לסביות והומוסקסואליות בראי המציאות** 19 (דלית באום ועדית מרן עורכות, מיכל אסייג מתרגמת, 1999).

¹²⁸ קלטה ל. דמפסי "בעיות בריאותיות וחברתיות של מתבגרים ומתבגרות הומוסקסואלים, לסביות ובי-סקסואלים" **לסביות והומוסקסואליות בראי המציאות** 11 (דלית באום ועדית מרן עורכות, מיכל אסייג מתרגמת, 1999).

¹²⁹ ויינטרוב, **הגישה לילוד**, לעיל ה"ש 96, בעמ' 14.

¹³⁰ Dregler, לעיל ה"ש 4, בעמוד 352.

¹³¹ http://www.isna.org/faq/medical_risks/cah; לדיון בפתולוגיה של אינטרסקס ראו: Sax, לעיל ה"ש 6, בעמ' 177; וכן Wilson & Reiner, לעיל ה"ש 8, בעמ' 365.

¹³² Ford, לעיל ה"ש 24, בעמ' 477; Katrina Roen, 'But We Have to Do Something': *Surgical Correction of*

Atypical Genitalia, 14 BODY & SOC. 47, 48-51 (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. and Med. 625, 631-632 (2007).

¹³³ Ford, לעיל ה"ש 24, בעמ' 476-477.

שהאדם יפתח זהות מיניגדרית הפוכה לזו אשר שויך אליה בילדות.¹³⁴ הסיבה לכך היא שמגדר הוא עובדה חברתית ונפשית, אשר אינה נגזרת מן הביולוגיה בהכרח.¹³⁵ עדויות שנאספו מלמדות כי לא מעט אנשים אינטרסקס חווים אי התאמה לשיוך המיניגדרי שנקבע להם.¹³⁶ חלקם מעדיפים את המגדר השני ואחרים היעדר הגדרה מגדרית כלשהי.¹³⁷ מעיד על כך המקרה של "ברוס" אשר שימש בעבר לביסוס הגישה הניתוחית אך לאחר מכן התברר ככישלון ואף הביא לסיום חייו.¹³⁸ אחד המחקרים המדעיים המקיפים ביותר שנערכו בנושא תומך אף הוא במסקנה זו. המחקר נערך בבית חולים בהולנד ועסק בילדים עם אחת מתסמונות האינטרסקס, הקרויה (CAH Congenital Adrenal Hyperplasia). על אף שכל הילדים נותחו בחודשים הראשונים לחייהם, ועל אף טיפול נפשי מתמשך שכל תכליתו להבטיח את התאמת המטופלים למין "הנכון", מדווח כי 13% דחו את המגדר שהוכתב להם (מה שהוגדר על ידי החוקרים כ"הפרעה בזהות מגדר") ו- 46% גילו התנהגויות שאינן נופלות בגדר הציפיות של החוקרים מהמגדר שהצוות הרפואי הכתיב ("תפקוד מגדרי סוטה").¹³⁹ במקור רפואי נוסף נטען כי ביחס לכלל האוכלוסייה, ילדים אינטרסקס צפויים יותר לחוש זרות וניכור כלפי המין שנבחר עבורם בלידתם.¹⁴⁰ הקושי העולה מביקורת זו, אם כן, הוא לא רק בדבר "טעות בזיהוי או בשיוך", אלא בדבר עצם היכולת לבצע שיוך כלשהו, לפחות בקרב חלק מהאנשים 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 הורמונאלי מתמשך, המשך מעקב התפתחותי ועשוי להיות כרוך במספר ניתוחים.¹⁴¹ ההנחה בדבר פשטות ההליך, אשר מועברת גם להורים, הינה למעשה חלק מאותה הנחה רחבה יותר ש"תופעת האינטרסקס" ניתנת לטיפול, לריפוי ול"העלמה" ושנשים אינטרסקס שעברו ניתוח בילדותם חדלים מלהיות אינטרסקס. אך מורכבות ההליך הרפואי חותרת תחת הנחת פשטות הליך השיוך המיניגדרי. התמשכות הממשק עם מערכת הבריאות מצביעה על כך שנרמול הגוף והזהות האינטרסקסואלית מצריכים פיקוח רפואי מתמיד.

¹³⁴ Tamar-Mattis, לעיל ה"ש 5, בעמ' 66; Beh & Diamond, לעיל ה"ש 99, בעמ' 3.
¹³⁵ 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., 2010).
¹³⁶ ראו את עדויותיהם הרבות של אנשים אינטרסקס בדו"ח **דו"ח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס**, לעיל ה"ש 99, בעמ' 29-47; מעודד-דנון, לעיל ה"ש 94, בעמ' 19-20.
¹³⁷ Sharon E. Preves, *For the Sake of the Children: Destigmatizing Intersexuality*, in INTERSEX IN THE AGE OF ETHICS 51 (Alice Domurat Dreger ed., 1998).
¹³⁸ ראו לעיל טקסט לה"ש 92-93; Tamar-Mattis, לעיל ה"ש 5, בעמ' 59-62.
¹³⁹ Froukje M. E. Slijper, Stenvert L. S. Drop, Jan C. Molenaar & Sabine M. P. F. de Muinck Keizer-Schrama, *Long-Term Psychological Evaluation of Intersex Children*, 27(2) ARCH. SEX. BEHAV. 125 (1998).
¹⁴⁰ CLINICAL GUIDELINES FOR THE MANAGEMENT OF DISORDERS OF SEX DIFFERENTIATION IN CHILDHOOD 25-26 (2005), <http://www.dsdguidelines.org/clinical>; מנגד, טוענת ד"ר נעמי ויינטרוב כי רק "במקרים נדירים ההחלטה יכולה להיות מוטעית, והבוגר ירצה להחליף את מינוי". ויינטרוב, הגישה לילוד, לעיל ה"ש 96, בעמ' 14.
¹⁴¹ Creighton & Liao, לעיל ה"ש 96, בעמ' 660.

טענה אחרת היא שהניתוח לא מממש את ההבטחה לגופניות "נורמאלית" וכי לעיתים הוא בעצמו גורם לנזק. הרעיון הטמון בבסיס הניתוח הוא שמראה "נורמאלי" של אברי מין יביא להתפתחות משוללת תחושת חריגות, אך אינטרסקס רבים מדווחים על המשך קיומו של שוני פיזיולוגי ניכר.¹⁴² פעמים רבות הניתוח יוצר אברי מין מצולקים ובלתי מתפקדים, המצריכים מעקב רפואי וטיפול המשך.¹⁴³ הוא עלול גם לפגום בהנאה המינית ובתחושה העצבית ולפגוע בפוריות, בעוד שהאיברים המקוריים היו בריאים במובנים אלה.¹⁴⁴ כל אלו, יחד עם המעקב הרפואי החודרני המתמשך וההסתרה והסודיות המלוות את הנושא עשויים ליצור ניכור גופני בקרב אנשים אינטרסקס ותחושה שגופם "חולה" או "פגום".

ישנן עדויות שהניתוח לא משיג גם את מטרותיו החברתיות-פסיכולוגיות.¹⁴⁵ אנשים אינטרסקס שנותחו חווים פעמים רבות קשיים פסיכולוגיים שמקורם בסיבות מגוונות: חשיפה ממושכת של אברי המין לאנשי מקצוע;¹⁴⁶ קושי בהסתרת אברי מין מנותחים בעלי צורה חריגה; קשיים ביצירת קשרים רומנטיים, אשר קשורים בחלקם לטיפולים הרפואיים שעברו;¹⁴⁷ התמודדות עם סממנים חיצוניים נוספים של אינטרסקס, כגון גובה נמוך וכפות ידיים קטנות בקרב גברים, או קול עבה ומראה כללי גברי בקרב נשים.¹⁴⁸ למרות כל זאת, בשל אמונתה באמצעים ניתוחיים בלבד, הגישה הניתוחית אינה מערבת בתהליך אנשי בריאות נפש שיתמכו בהורים ובילד.¹⁴⁹ התוצאה היא שההסתרה והסודיות יוצרות במקרים רבים פחד וחוסר ידיעה, ולעיתים מעצימות תחושות של בושה ושנאה עצמית.¹⁵⁰ מחקרה המקיף של דנון מעיד אף הוא על מרכזיות הסוד בחייהם של אנשים אינטרסקס בוגרים ושל הוריהם והוא כולל סיפורים אישיים מטלטלים הממחישים את

¹⁴² ראו בין היתר את עדויותיהם הרבות של אנשים אינטרסקס בדו"ח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס, לעיל ה"ש 99, בעמ' 29-47. דיון בנושא מפרספקטיבה פסיכולוגית ניתן למצוא ב: KATRINA ALICIA KARKAZIS, FIXING SEX: INTERSEX, MEDICAL AUTHORITY AND LIVED EXPERIENCE (2008).

¹⁴³ Ford, לעיל ה"ש 24, בעמ' 483.

¹⁴⁴ Ford, לעיל ה"ש 24, בעמ' 484; דו"ח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס, לעיל ה"ש 99, בעמ' 20 – 21. דוגמא 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 ואגינה בעלת מראה ותפקוד "נורמאלי" ולא לשמור על ההנאה המינית. ראו: Peter Hegarty, *Intersex Activism, Feminism and* Psychology: Opening a Dialogue on Theory, Research and Clinical Practice, 10(1) FEM. & PSYCH. 117 (2000). למחקר המתאר את ההשפעות האפשריות של הניתוח על התפקוד המיני ראו: Minto ואח', לעיל ה"ש 8.

¹⁴⁵ Tamar-Mattis, לעיל ה"ש 5, בעמ' 72-74; ראו גם את מחקרה של לימור מעודד דנון המביא את סיפוריהם של ששה אנשים אינטרסקס בישראל: מעודד-דנון, לעיל ה"ש 94, בעמ' 125-176;

¹⁴⁶ Alison Davidian "Beyond the locker room: changing narratives on early surgery for intersex children" 26 Wis. J. L. GENDER, & SOC'Y 1, 8-9 (2011).

¹⁴⁷ דו"ח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס, לעיל ה"ש 99, בעמ' 19; 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).

¹⁴⁸ לתיאור חוויות של חריגות גופנית חיצונית ברוח זו ראו: CATHERINE HARPER, INTERSEX 20-21 (2007).
¹⁴⁹ Esther Morris Leidolf, BA, *Intersex Mental Health and Social Support Options in Pediatric Endocrinology Training Programs*, 54 J. HOMOSEX. 233 (2008).

¹⁵⁰ Preves, לעיל ה"ש 137. ראו גם את דבריה של ד"ר גיודית גדליה, מנהלת היחידה לנויר-פסיכולוגיה בשערי צדק, הטוענת כי אנשים אינטרסקס מפתחים תסמינים של אנשים שעברו התעללות מינית בשל הפלישות החוזרות ונשנות לגופם: דקלה קפקא, *המין השלישי*, 25.7.2005, <http://www.haaretz.co.il/news/health/1.1030340>

הקשיים עימם הם מתמודדים ואת אופני ההתנגדות שהם מפתחים לשיוך המיניגדרי שנכפה עליהם.¹⁵¹

3. בין טובת ההורים לטובת האדם אינטרסקס

הגישה הרפואית-ניתוחית מבטאת אמונה "מדעית" בקיומו של "מין אמיתי" וביכולת לאתרו ולתקנו. בדיון שלעיל עסקנו בנימוקים התומכים בגישה זו הקשורים בטובת הילד. בחלק זה נרחיב לגבי 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,¹⁵² וכי פגיעה בהיקשרות זו תפגע גם בילד עצמו מבחינה פסיכולוגית.¹⁵³ לטענתנו, משקל רב מוענק במסגרת הגישה הרפואית לשיקולים שמקורם בקשיי ההורים להתמודד עם אי הבהירות הכרוכה באינטרסקס ובהשפעת קשיים אלה על יחסיהם עם ילדם. לעיתים נדמה כי בעידן הנוכחי הנימוקים הפסיכולוגים הקשורים ביחסי הורה-ילד הפכו להיות הנימוקים העיקריים להצדקת הניתוח.¹⁵⁴

אכן, קושי ההורים להתמודד עם השונות של ילד/תם הוא כן ואמיתי, אך הפתרון שנמצא לו בדמות ניתוח מוקדם מעלה מספר 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 את הכלים והיכולת לקבל הכרעה בדבר השיוך המיניגדרי ובדבר ביצוע ניתוח בלתי הפיך בעת שהם עצמם מצויים במצב של חרדה ואי וודאות קיצונית. שלישית, הוא מוביל לעיתים לכך שהורים לא מקבלים את מלוא המידע על מנת לקבל החלטה מושכלת.

העדויות שנאספו מלמדות כי בחברה הנוכחית, לא מעט הורים לילדים אינטרסקס חווים תחושה של בלבול קיצוני הנובעת מאי הבהירות לגבי זהותו המיניגדרית של ילדם, החשש ממה שצופן לו העתיד, החשש מהשפעת המצב החדש על המשפחה, והחשש מתגובת החברה. הורים רבים מופתעים הן מעצם קיומם של אנשים אינטרסקס והן מהעובדה שילדם הוא כזה.¹⁵⁵ הורים אלה מצויים בקונפליקט בין הגנה על הילד מפני החברה לבין התאמתו אליה.¹⁵⁶ רובם חשים בושה

¹⁵¹ מעודד-דנון, לעיל ה"ש 94.

¹⁵² Lee ואח', לעיל ה"ש 111, בעמ' 491; Katherine Rossiter & Shonna Diehl, *Gender Reassignment of Children: Ethical Conflicts in Surrogate Decision Making*, 24 PEDIATRIC NURSING 59 (1998).

¹⁵³ Roen, לעיל ה"ש 132, בעמ' 48-51.

¹⁵⁴ ספרון ההדרכה שכותרתו "הגישה לילוד עם אברי מין לא ברורים", מדגים זאת היטב. בפתח החוברת מצוין כי "חשוב לדעת שבחברה שלנו השיוך המגדרי חשוב ביותר להורים" (ויינטרוב הגישה לילוד, לעיל ה"ש 96, בעמ' 1 (ההדגשות הוספו)). 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 הנוק המשני הפסיכולוגי בגידולו יהיה גדול יותר" (שם, בעמ' 14 (ההדגשות הוספו)).

¹⁵⁵ Zeiler & Wickstrom, לעיל ה"ש 96. ויינטרוב, הגישה לילוד, לעיל ה"ש 96, בעמ' 1, 13, 14; מעודד-דנון, לעיל ה"ש 94, בעמ' 86-108; ראו גם עדויות של בני משפחה בדו"ח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס, לעיל ה"ש 99, בעמ' 47-50.

¹⁵⁶ Samantha Murray, *Within or Beyond the Binary/Boundary?*, 24(60) AUSTRAL. FEM. STUD. 265 (2009).

חברתית, ולכן בוחרים להסתיר את היות ילדם אינטרסקס מסביבתם הקרובה, ואף ממנו עצמו.¹⁵⁷ גם נציגי הממסד הרפואי ממליצים לעיתים על הסתרה ועל שקרים מתוך אמונה שהם עדיפים על פני האמת.¹⁵⁸ על אף קיומן של הצדקות נוספות לביצוע הניתוחים בילודים אינטרסקס,¹⁵⁹ תשומת הלב הרבה הניתנת למצוקות ההורים מעלה את החשש שהצורך בניתוח מעוגן כיום בצרכים הפסיכולוגיים של ההורים ופחות במצבם הפיזי-אובייקטיבי של הילודים, בצרכיהם הרפואיים ובטובתם הכוללת של אנשים אינטרסקס.¹⁶⁰

הגישה הניתוחית-רפואית מספקת להורים מוצא בדמות פתרון רפואי קל וברור יחסית למצב המורכב עימו הם צריכים להתמודד. מעבר לכך שהפתרון אינו קל וברור, השאלה היא האם באמת יכולים הורים להחליט עבור ילדיהם אם לעבור ניתוח שתוצאותיו אינן וודאיות ואינן הפיכות? טענה מרכזית בעניין זה היא שההורים מצויים בניגוד עניינים מובנה ולפיה המצוקה הרגשית והחששות בהם נתונים הורים לילדים אינטרסקס משבשות את תהליך שקילת האינטרסקס העצמאיים של ילדם.¹⁶¹ סוזן קסלר, במחקרה, שאלה גברים בוגרים האם היו מעדיפים לשנות את מינם לו היו נולדים עם פיין קטן מאוד (micropenis), ובמקביל שאלה נשים לו היו נולדות עם דגדגן מוגדל (large clitoris), האם היו מעדיפות שיקוצר בניתוח. רוב הנשים והגברים הבוגרים השיבו בשלילה, אולם כאשר נדרשו להכריע שוב בשאלה לו היה מדובר בילדיהם תשובותיהם השתנו. נראה שהצורך להגן על הילוד הביאם להכרעה שונה משהיו רוצים עבור עצמם.¹⁶² הדבר מעלה תהיות גם בדבר יכולתם לתת הסכמה מדעת לניתוח בשם ילד/תם בעודם מצויים תחת השפעתה החזקה של ההבניה החברתית-תרבותית ותחת לחץ רפואי וסביבתי לבחור באופציית הניתוח.¹⁶³ יתרה מכך, למרות הקשיים הרגשיים והפסיכולוגיים עמם מתמודדים ההורים הדגש הביולוגי פיזיולוגי המאפיין את הגישה הרפואית-ניתוחית גורם להזנחת היבטים רגשיים בתהליך, ופוגע ביכולת ההתמודדות של ההורים עם המצב.

לעיתים, דווקא המודעות לקשיי ההורים גורמת לרופאים להמעיט במידע, להסתיר מידע, או להימנע ממתן הסברים לגבי חלופות אפשריות.¹⁶⁴ בעבר, גישה פרנטליסטית רפואית יחד עם עמדות שליליות ביחס לאינטרסקס גרמו לרופאים להחליט על קיום ניתוח בלא כל התייעצות עם ההורים או יידוע שלהם.¹⁶⁵ אותם רופאים הסבירו להורים כי מדובר בטיפול שגרתי והסתירו את

¹⁵⁷ Zeiler & Wickstrom, לעיל ה"ש 96, בעמ' 364-367.

¹⁵⁸ לעדויות של הורים בעניין זה ועניינים אחרים, ראו דו"ח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס, לעיל ה"ש 99, בעמ' 47-50. ראו גם מעודד-דנון, לעיל ה"ש 94, בעמ' 86 – 117.

¹⁵⁹ ראו פרק 2 לעיל.

¹⁶⁰ ראו גם: מעודד-דנון, שם, בעמ' 20.

¹⁶¹ Uslan, לעיל ה"ש 147, בעמ' 309.

¹⁶² Alyssa Connell Lareau, *Who Decides? Genital-Normalizing Surgery on Intersexed Infants*, 92 GEO L.J 129 (2003-2004).

¹⁶³ ראו דיון להלן פרק ג.2.(2).ב.

¹⁶⁴ Ford, לעיל ה"ש 24, בעמ' 487 – 488.

¹⁶⁵ Beh & Diamond, לעיל ה"ש 99, בעמ' 43-46; Sarah Creighton, *Managing Intersex*, 323 BMJ 1264 (2001). ראו למשל את סיפורו של משה (שם בדוי): ליאת שלזינגר, "המין השלישי: היציאה מהארון של האינטרסקס", NRG (13/5/2011) <http://www.nrg.co.il/online/1/ART2/239/715.html>. בכתבה מצוטטת

תוצאת האבחון ומהות הטיפול. כיום, גישה זו אינה מקובלת ונחשבת לבלתי-מוסרית.¹⁶⁶ אך הכתיבה בתחום מתארת מציאות מורכבת. אמנם ברוב המקרים ההורים מיודעים על המצב של בנם או בתם והם מתבקשים להחליט האם לנתח, אך כמות המידע שנמסר להם וגיוונו משתנים משמעותית בין המקרים.¹⁶⁷ הורים רבים דיווחו כי פעמים רבות לא יודעו באופן מלא באשר לסיכונים הטמונים בהליך, ובדבר חוסר הוודאות של הצלחתו.¹⁶⁸ לעיתים, המידע החסר לגבי משמעות האבחון והטיפול הנבחר מגביר את מצוקתם.¹⁶⁹ לעיתים, הטרמינולוגיה הנקטת, הנחות הבסיס והשיפוטיות המובלעת בהסברים מאיינים הלכה למעשה כל אפשרות לבחור באלטרנטיבות לטיפול הרפואי המקובל.¹⁷⁰ חלק מההורים דיווחו גם שחשו לחץ מצד הסגל הרפואי לקבל החלטה במהירות.¹⁷¹ 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.¹⁷² ניכר שישנה העדפה לנורמה החברתית השלטת, למרות הביקורת המופנית כלפיה, תוך הנחה 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 בין מצבם של אנשים אינטרסקס שעברו ניתוח לבין אלו שלא. הטענות כנגד הגישה הניתוחית מתבססות על עדויותיהם של אלו שנפגעו מהפרקטיקה הנוהגת אולם אין מידע מקיף

תרשומת רפואית, לפיה: "לא מצאנו הצדקה וטעם לזעזע את ההורים ולהודיעם העובדות שמצאנו". לעדויות רבות נוספות, ראו, ראו: "דו"ח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס, לעיל ה"ש 99, בעמ' 18-19, 47-50.

¹⁶⁶ Anne Tamar-Mattis, *Medical Decision-Making and the Child with a DSD*, ENDOCRINE TODAY 47-50 (2008). <http://www.endocrinetoday.com/view.aspx?rid=32542%20>; Tamar-Mattis, לעיל ה"ש 5 בעמ' 65.

¹⁶⁷ ALICE DREGER INTERSEX IN THE AGE OF ; SHARON E. SYSTSMA, ETHICS AND INTERSEX 18 (2006) (1998) ETHICS; מעודד-דנון, לעיל ה"ש 94, עמ' 114.

¹⁶⁸ Esther Morris Leidolf, Megan Curran, Scout & Judith Bradford, *Intersex Mental Health and Social Support Options in Pediatric Endocrinology Training Programs*, 54(3) J. HOMOSEX. 233-242 (2011); Beh & Diamond, לעיל ה"ש 99, בעמ' 36-57; אגודת האינטרסקס של צפון אמריקה ISNA אף יצרה שאלון לדוגמא אותו יוכלו הורים להציג לצוות הרפואי, ראו: (9.7.2004) *ISNA Tips for Parents* http://www.isna.org/articles/tips_for_parents

¹⁶⁹ Leidolf et al, שם. כך מספרת נדיה (פעילה אינטרסקס) בראיון עימה: "אמא לא הבינה עברית והסבירו לה שזה ניתוח לטיפול באשך תמיר. ההורים זוכרים שלושה ניתוחים אבל לא ידעו מה היה בדיוק". ראיון עם נדיה, אישה אינטרסקס, 22.12.2009.

¹⁷⁰ J. David Hasret, *Intersex(es) and Informed Consent: How Physician's Rethoric Constrains Choice*, 21 (2004) THEOR. MED. 25. כך, למשל, השימוש בטרמינולוגיה של "תיקון" מגבירה את נטייתם של ההורים להסכים לקיומו של הניתוח. ראו: Ford, לעיל ה"ש 24, בעמ' 487.

¹⁷¹ "דו"ח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס, לעיל ה"ש 99, בעמ' 47-50.

¹⁷² בישראל, פרופסור 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 96, בעמ' 14.

לגבי עמדותיהם וחוויותיהם של כלל האנשים אינטרסקס.¹⁷³ מצב זה מעורר חשש לפיו אותם פעילים המתנגדים לפרקטיקה מהווים מיעוט וכי ישנם רבים הפרקטיקה מיטיבה עימם אך קולם אינו נשמע. עם זאת, במצב הנוכחי, רבים אינם יודעים שהם אינטרסקס ומצויים תחת משטר סוד שאינו מאפשר להם להיות מודעים למצבם או שמקשה עליהם ביציאה כנגד הטיפול שעברו, או הנורמה החברתית בשמה עברו טיפול זה.

נדמה כי ההישג המשמעותי ביותר של ההתנגדות לגישת הניתוח התרחש לאחרונה, כאשר בעת כתיבת שורות אלו פרסם האו"ם דוח של הדווח המיוחד לנושא עינויים המגנה את הפרקטיקה של ניתוחים בתינוקות אינטרסקס.¹⁷⁴ הגינוי נעשה במסגרת דוח מיוחד 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 בהתאם למדיניות בריאות מקובלת או בהעדר פיקוח ורגולציה מספיקים. הדוח גינה את הנטייה לבצע טיפולים וניתוחים באנשים אינטרסקס שתוצאתם "שיוך מגדרי בלתי הפיך, עיקור כפוי ונירמול אברי מין שלא מרצון, שלא בהסכמה מדעת, ... במטרה 'לתקן את מינם', תוך השארתם במצב של עקרות קבועה ובלתי הפיכה וגרימת סבל נפשי חמור."¹⁷⁵ הדוח קרא להעניק תשומת לב רבה יותר ליישום של כללי ההסכמה מדעת בקרב קבוצות פגיעות, כגון אנשים עם מוגבלויות וקבוצות מיעוט על רקע מיני ומגדרי, כולל אינטרסקס ולהימנע משימוש בדוקטרינה של "מצב חירום רפואי" על מנת להצדיק טיפולים אלה. לסיום, קרא הדווח למדינות לערוך את השינויים הנדרשים בחקיקה על מנת למנוע קיומן של פרקטיקות אלו ולמלא את חובתן להסדיר, לשלוט ולפקח על הנעשה במסגרת שירותי בריאות ולמנוע נזקים שהם תוצר של טיפול בלתי ראוי.¹⁷⁶

אכן, מצב הדברים מבחינת המחקר הרפואי והפסיכולוגי הוא של העדר תמיכה מדעית חד משמעית הן לגישת הניתוח והן לגישת ההשהיה או ההימנעות מניתוח. במקביל, גישת זכויות האדם מתחזקת ומעלה ספקות בדבר תפקידם המרכזי של המדע והרפואה בעיצוב היחס החברתי לאינטרסקס. לפיכך, אי הבהירות האמפירית איננה שומטת את הקרקע מתחת לטיעונו. עמדתנו לגבי 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

¹⁷³ הגישה הרווחת אינה מגובה במחקר פסיכולוגי המעיד על כך שהיא אכן מועילה למצבו הנפשי של האדם בבגרותו. ראו מסקנות מעדויות הרופאים בדו"ח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס, לעיל ה"ש 99, בעמ' 54 – 53. כמו כן, רוב האנשים אינם מצויים במעקב אחר מצבם הנפשי והרגשי, בין אם נותחו ובין אם לאו. Creighton, לעיל ה"ש 21, בעמ' 219; בייט, לעיל ה"ש 100, בעמ' 15 ("ככלל, קיים מעט מידע אודות הפעולות הכירורגיות והמעקב הפסיכולוגי אחר מטופלים שעברו כירורגיה בגלל מצבי Intersex, ועוד פחות בארצות מתפתחות"). מחקרה האיכותני של לימור מעודד-דנון מהווה 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 עמם מתמודדים. מעודד-דנון, לעיל ה"ש 94.

¹⁷⁴ other cruel, inhuman or degrading treatment or Report of the Special Rapporteur on torture and punishment. A/HRC/22/53 (1/2/2013).

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

¹⁷⁵ שם, בעמ' 18-19.

¹⁷⁶ שם, בעמ' 21-23.

המיניגדרית. המסקנה העולה מן הדברים היא כי אינטרסקס אינו מצב חירום רפואי ואינו מצדיק את שלילת ההסכמה מדעת.¹⁷⁷ לדעתנו יש להגדיר מצב זה מחדש ולאמץ גישה חלופית המושתת 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 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 היא חמקמקה במיוחד. אינטרסקס נעדר מן המשפט כמושג, כקטגוריה, כקבוצה מופלית, או כמאפיין של פרטים בחברה. סקירת הפסיקה והחקיקה בישראל, בכל הערכאות והרבדים הנורמטיביים מגלה העדר מוחלט המעיד על הדומיננטיות בשטח של הגישה הניתוחית שתוצאתה היא מחיקת הזהות האינטרסקסואלית כזהות אינדיבידואלית וקולקטיבית. העדר זה מעיד על עוצמת 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 דכאנית.

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 וטרנסקסואלים והן באנשים אינטרסקס.¹⁷⁸ חלק ב' של הנוהל עוסק ב"ניתוחים לתיקון פגמים במצב של הרמפרודיטיזם ודומיהם" ואורכו הוא שלוש פסקאות קצרות בלבד.¹⁷⁹ בחינה מעמיקה יותר מגלה שדווקא העדרו של המשפט מעיד על תפקידו המשמעותי הפוטנציאלי. כפי שמיד נראה, ההסדרה הרופפת המצויה בנוהל הקיים אינה נותנת ביטוי למורכבות הנושא. אכן, למשפט יש את היכולת והכלים להציב גבולות וליצור הסדרים אשר מבטיחים את זכויותיהם וצרכיהם של קבוצות שונות. עם זאת, בהקשר של ניתוחים אינטרסקס לא נעשה עד כה כל שימוש בכלים שהמשפט מציע. מי שמכתיבים את דרך ההתייחסות לאינטרסקס הם המוסכמות החברתיות והממסד הרפואי. התוצאה היא

¹⁷⁷ 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 (2005-2006); Lareau, 475; לעיל ה"ש 24, בעמ' 475; לעיל ה"ש 162; Ford

¹⁷⁸ אין בידנו להרחיב במסגרת ביקורת זו לגבי החלק בנוהל העוסק בטרנסקסואלים, אלא בהקשרים השוואתיים מתבקשים אל מול נוהל הניתוחים באינטרסקס. ניתוח כזה ניתן למצוא ב: מכתב מיובל לבנת, עורך דין, ומגרסיאלה כרמון, מומחית לפסיכיאטריה ילדים, לחברי הוועדה לבחינת הנוהל לביצוע ניתוחים לשינוי מין (7.1.2009). ראו: גרוס, לעיל לעיל ה"ש 65. www.tau.ac.il/law/clinics/files-for-clinikan/200919trangerender.doc. לביקורת יחס המשפט לטרנסגינדריות,

¹⁷⁹ נוהל ניתוחים באינטרסקס, לעיל ה"ש 9.

שאנשים אינטרסקס אינם נהנים מהגנת המשפט, למרות 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:

תיקון פגמים במצבים של HERMAPHRODITISM

הניתוחים המבוצעים במקרים של *HERMAPHRODITISM* (TRUE ו-PSEUDO) 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 כני"ל לחתום על טופס הרגיל הנהוג להסכמה לניתוח, לאחר קבלת הסברים מתאימים, כמקובל בכל ניתוח אחר.

הנוהל הינו מסמך פנימי של משרד הבריאות, מעמדו כשל הנחיות פנימיות, והוראותיו מחייבות לפיכך את כל אנשי הצוות הרפואי והטיפול במערכת הבריאות הציבורית.¹⁸⁰ בהיותו המדיניות הממשלתית היחידה בנוגע לאינטרסקס, הוא מכתוב את התנהגותם ויחסם של רופאים ושאר אנשי מערכת הבריאות כלפי אנשים אינטרסקס. עם זאת, אופיו המינימאלי 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 אנשים אינטרסקס ושל סוגיית האינטרסקס כסוגיה חברתית-תרבותית. בכך, נוצרת מעין שותפות בין המשפט למערכת הבריאות, שותפות אשר בעת ובעונה אחת משקפת את העמדות החברתיות ביחס לאינטרסקס אך גם מכוננת ומנציחה אותן. נראה כי מערכת הבריאות ומערכת המשפט פועלות כמנגנונים חברתיים משלימים אשר משקפים, אוכפים ומשעתקים את הסדר החברתי, לרבות ההיררכיה המיניגדרית.

1. לשון הנוהל

לשון הנוהל איננה ניטראלית מבחינה ערכית, אלא משתתפת אף היא בתהליכי כינון המשמעות של אינטרסקס. המונח הרפואי העומד במרכז הנוהל הוא "הרמפרודיטיזם", מונח אנאכרוניסטי שכמעט ואינו בשימוש יותר. הנוהל מבחין בין "הרמפרודיטיזם אמיתיים" ו"פסאודו-הרמפרודיטיזם", אך גם הבחנה זו אינה בעלת חשיבות יישומית כיום ואף נתונה לביקורת מצד

¹⁸⁰ יואב דותן הנחיות מנהליות 31 (1996).

פעילים אינטרסקס בשל היותה שגויה ופוגענית.¹⁸¹ מקורו של המונח "HERMAPHRODITISM" הינו במיתולוגיה הרומית.¹⁸² למרות שהפך למונח שגור בשיח הרפואי, השימוש בו מחזק את הרושם שמדובר בתופעה אזוטריית ואקזוטית, הממוקמת מחוץ לקטגוריות החברתיות המוכרות.

הנוהל פותח בהגדרה רפואית של המקרים עליהם 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 לפיה מצב של "ייצור הורמונלי 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 מחזקים 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 "אמיתי" שביסוד הגישה הרפואית, אותו ניתן לזהות ו"לחזק". הרטוריקה של הגברה וחיזוק מסתירה את יסוד הבחירה ושיקול הדעת ומתעלמת מן ההיבט המכוון שבהליך השיוך המיניגדרי.¹⁸³ עם זאת, השימוש בלשון של "הגברה" ו"חיזוק" מהווה מעין הודאה סמויה בכך שהמגדר הוא רצף וכי מטרת הניתוח היא לשנות את מיקומם של אנשים אינטרסקס על פני רצף זה.

לשון הנוהל מבקשת להרחיק בין פעולת התיקון והחיזוק שהוא מבקש לאפשר לבין פעולה שתכליתה שינוי מין. ההנגדה הסמויה כאן היא בין ניתוחים באינטרסקס לניתוחים של טרנסקסואלים. למעשה, גם אנשים אינטרסקס וגם אנשים טרנסקסואלים הם דמויות לימינאליות בתרבותנו. הם מאתגרים את ההפרדה הדיכוטומית בין שני המגדרים ובונים גשר של זהויות ביניים בין גבר לאישה. הראשונים הינם בעלי גוף אשר החברה אינה יודעת כיצד למגדר, ואלו האחרונים הינם בעלי נפש הדוחה את הזהות המגדרית שנכפתה עליהם. החוזר אשר מסדיר את הניתוחים בשתי קבוצות אלו מבקש ליצור אבחנה ברורה ביניהן אך באותה עת גם מסמך אותן זו לזו ובעקיפין מכיר באתגר המשותף שהן מציבות לחברה ולתרבות.¹⁸⁴ סמיכות זו חותרת

¹⁸¹ Dreger; *Is a Person who is Intersex a Hermaphrodite?* ISNA <http://www.isna.org/faq/hermaphrodite>

ואח', לעיל ה"ש 88.

¹⁸² April Herndon, *Getting Rid of "Hermaphroditism" Once and For All* ISNA (11.11.2005)

Dreger; <http://www.isna.org/node/979> ואח', לעיל ה"ש 88.

¹⁸³ ראו לעיל, טקסט ליד ה"ש 89.

¹⁸⁴ ההנגדה בין שני הנהלים מרתקת. בעוד שהחוזר מתייחס לאינטרסקסואליות כ"פגם" ביולוגי ומדגיש כי אין צורך ב"אינדיקציה פסיכיאטרית" כדי לנתח אדם אינטרסקס, הוא רואה בטרנסקסואליות "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 באופן חד-משמעי כי הם מעוניינים בטיפול. לעומתם, אנשים אינטרסקס נדרשים לחתום על טופס הסכמה רגיל וניתן שאפטרופוס יחתום בשמם. לכתובה המשווה בין שתי הקטגוריות, ראו Noa 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)

תחת הנחות היסוד של הנוהל משום שעצם הדיון בטרנסקסואליות מראה שלא די בגוף שנדמה להיות "תקני" בכדי לבא 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-מנטאליים הכרוכים בהליך. למעשה, הנוהל מבטא דחייה מפורשת של הצורך בהתערבותם של אנשי בריאות הנפש הן בהחלטה בדבר הצורך בניתוח 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 האם לנתח וכן בהתמודדות לאורך השנים עם תוצאות ההחלטה בין אם הוחלט לנתח ובין אם לאו.

מי שמודרים לחלוטין מתהליך השיוך המיניגדרי הם האנשים אינטרסקס עצמם. מעמדם הוא פאסיבי ורצונם לא נתפס כרכיב רלוונטי בהליך השיוך. יתכנו 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 בהתאם ולציין זאת במפורש.

בנוסף להנחות התרבותיות שביסוד הנוהל ולהדרתם של אנשים אינטרסקס מההליך, הנוהל מעורר שני קשיים מרכזיים אשר יפורטו בחלק הבא. האחד, קשור בהסדרה הבלתי מספקת של סוגיית ההסכמה מדעת. השני, עוסק בממשק המתמשך בין אנשים אינטרסקס והוריהם לבין הממסד הרפואי גם לאחר הניתוח.¹⁸⁵ 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 לי: 'אתם הרסתם אותי!', ולא הבנתי למה אני עושה את זה. ... לפני 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."¹⁸⁶

¹⁸⁵ ראו להלן פרק ד.3.

¹⁸⁶ דני זאק "נולדתי גם גבר וגם אישה" mako (18.11.2011) <http://www.mako.co.il/pride-sex-and-love/identity/Article-2f1f856ffb5b331006.htm&sCh=7489373c71380310&pid=2082585621>

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 שהמדובר בניתוח "ככל 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.¹⁸⁷ עיקרון זה פועל במרחב בו מתקיימים 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.¹⁸⁸ מקובל לראות את דוקטרינת ההסכמה מדעת ככוללת חמישה מרכיבים: גילוי, הבנה, חופשיות הרצון, הסכמה וכשירות.¹⁸⁹ סוגיית המידע החסר מתמקדת ברובד הגילוי ובשאלת ההבנה וחופשיות הרצון. סוגיית הסכמת ההורים בשם ילד/תם בוחנת האם ניתן משקל מספיק לכשירות ולהסכמה.

(1) 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.¹⁹⁰

א. 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.¹⁹¹ סעיף 13(א) לחוק זכויות החולה מפרט מהו המידע הרפואי אשר מטפל נדרש להעביר למטופל על בסיס הכללים שהתגבשו בפסיקה עד לחקיקת החוק. מידע זה כולל את: (1) האבחנה (הדיאגנוזה) והסכנות (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."

¹⁸⁷ ס' 13 לחוק זכויות החולה.

¹⁸⁸ אמנון כרמי **בריאות ומשפט** הסכמה מדעת 943, 945 (2003); נילי קרקו-אייל, **דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה** (2008). ראו גם פרק ה.2.2.

¹⁸⁹ RUTH R. FADEN & TOM L. BEAUCHAMP, A HISTORY AND THEORY OF INFORMED CONSENT 274

(1986); קרקו אייל, לעיל ה"ש 188, בעמ' 287.

¹⁹⁰ ראו לעיל חלק ג.2. וכן Ford, לעיל ה"ש 24, בעמ' 469.

¹⁹¹ קרקו אייל, לעיל ה"ש 188, בעמ' 239.

כפי שהראינו עד כה, ביצועו של ניתוח באינטרסקס כולל קשיים ומורכבויות בכל אחד מההיבטים המצויינים לעיל: עצם זיהוי מצב האינטרסקס כמצב פתולוגי, התחזית הרפואית עבור אנשים אינטרסקס, ההנחה שמהות ההליך הינה "תיקון" פיזיולוגי גרידא, ספקות בדבר התועלת הצפויה והסיכויים להצלחת הטיפול, סיכונים אפשריים, נזקים ארוכי טווח בדמות צלקות, כאבים מתמשכים, העדר הנאה מינית ואובדן פוריות וכן השלכות רגשיות ונפשיות של הניתוח ותוצאותיו. בנוסף, ישנם מניעים פסיכולוגיים-חברתיים התומכים בגישת הניתוח ומונעים את הצגת האפשרות של העדר טיפול רפואי כחלופה אפשרית. אין ספק שנוהל הניתוחים באינטרסקס אינו מכיל את מכלול המידע הנדרש על מנת לקבל החלטה מושכלת בדבר הצורך בביצוע ניתוח ואף אינו 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, ראוי היה שמדיניות משרד הבריאות בעניין תהיה מקיפה ותנחה את הצוות כיצד לפעול במצב זה. נוהל מקיף שבצידו טופס הסכמה מדעת מפורט לדוגמא היה מסיר חלק ממעטה הסודיות וההסתרה ומסייע ביצירת אווירה מקבלת ומאפשרת כלפי אנשים אינטרסקס.¹⁹² בצד תיקון הנוהל נדרשת גם פעילות חינוכית בקרב אנשי הצוות הרפואי על מנת שיכירו היטב את הנושא, יהיו מודעים להטיות החברתיות שבבסיסו וידעו להציג למטופלים ולבני משפחותיהם את המצב ואת המידע הקיים בצורה מיטבית.

ב. 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 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 שהמטפל מוסר והאופן שבו המידע מפורש על-ידי המטופל.¹⁹³ לשם כך, על הרופא לקיים דו שיח כנה עם המטופל, המעודד הצגת שאלות ולבטים מצד המטופל בצד הודאה בפני המטופל כשאינו יודע את התשובות.¹⁹⁴ בנוסף, על הרופא להתחשב בנתונים המשתנים של מטופליו כדוגמת גיל, שפה ובגרות נפשית על מנת שהמידע הרפואי יעבור בצורה הברורה ביותר, ללא חסרים ועיוותים.¹⁹⁵ דרישת חופשיות הרצון באה להבטיח שהמטופל מקבל את ההחלטה בעניינו כאשר הוא משוחרר מכפיה ומלחצים חיצוניים אחרים שעשויים להשפיע על שיקול דעתו ועל עצמאותו בקבלת ההחלטה.¹⁹⁶

¹⁹² דוגמת הטפסים המופיעים בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 13/97 מיום 5/10/97 בעניין "טפסי הסכמה מדעת".
¹⁹³ קרקו-אייל, לעיל ה"ש 188, בעמ' 386 – 387 וכן בעמ' 33.
¹⁹⁴ עמוס שפירא "הסכמה מדעת" לטיפול רפואי – היבטים משפטיים כרך ראשון, חוברת 3, 2-3 (אלעאי אלון עורך, 1970).
¹⁹⁵ פנינה ליפשיץ-אבירם הסכמה מדעת של קטין לטיפול רפואי 28-29 (2006).
¹⁹⁶ קרקו-אייל, לעיל ה"ש 188, 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.

בהקשר הנוכחי עולה ספק בדבר התקיימות היסוד של חופשיות הרצון בשל ההשפעה האפשרית של המוסכמות החברתיות ביחס לאינטרסקס על ההסכמה להליך הרפואי.¹⁹⁷ לטענתנו, כוחן של מוסכמות אלה הינו רב והשפעתן עלולה לבוא לידי ביטוי במגוון דרכים: חוויית לחץ ומצוקה פנימית בשל אי ההתאמה לנורמות המיניגדריות החברתיות המקובלות,¹⁹⁸ לחץ חברתי מפורש של בני משפחה וחברים,¹⁹⁹ וכן בדרך העברת המסרים והמידע על ידי הצוות הרפואי עצמו.²⁰⁰ השאלה היא האם 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 וסטיגמתית ביחס לאינטרסקס ובכך לפגוע בחופשיות הרצון.²⁰¹

הפרדוקס הנוצר כאן הוא שבעוד שבשלב קביעת מינו של המטופל, הוא מגלם תפקיד של אובייקט פאסיבי אשר רצונו ודעתו אינם נחשבים, בשלב שלאחר מתן הדיאגנוזה, כאשר יש צורך בהסכמתו לניתוח, הוא הופך בן רגע לסובייקט אקטיבי בעל כשרות מלאה לקבל או לדחות את הניתוח, בעל רצון וכוח-הסכמה שהם חופשיים מן הנורמות החברתיות, מן הלחץ המשפחתי ומן הרושם שהותירה בו חוות דעתו של הרופא.²⁰² מחד, הנוהל מכפיף את האדם האינטרסקס לתפיסה לפיה הוא "פגום" ויש לכפות עליו את הנורמות החברתיות, ומאידך, מבקש ממנו לקבל החלטה חופשית-כביכול באשר להסכמתו לניתוח המנרמל. הקשיים בהקשר זה מתגברים כאשר נדרשים לכך שברוב המקרים מי שמקבל את ההחלטה הם הוריו של הקטין.

(2) "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."²⁰³

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 כבעלי

¹⁹⁷ כפייה בהקשר של הסכמה מדעת לטיפול רפואי מתרחשת גם במישור הכלכלי, ראו: מירן אפשטיין "בריאות, שוק וחירות – כביכול: חוק זכויות החולה בהקשר היסטורי" **רפואה ומשפט** 22, 6 (2000).

¹⁹⁸ Caroline Sanders, *Searching for Harmony: Parents' Narratives About Their Child's Genital Ambiguity and Reconstructive Genital Surgeries in Childhood*, 67(10) J. Adv. Nurs. 2220 (2011)

¹⁹⁹ Murray, לעיל ה"ש 135.

²⁰⁰ Hester, לעיל ה"ש 49.

²⁰¹ Gurney, לעיל ה"ש 132.

²⁰² כמו "האדם הרזה" אותו מתאר מאוטר – אשר מסכים או מסרב לחוזה מבלי שיהיה למשפט צורך לקחת בחשבון את מצבו הרגשי, את פערי הכוחות הכלכליים או את הבנתו את החוזה – כך גם המטופל האינטרסקס, כאשר הוא ניצב בפני האפשרות להסכים לניתוח. מנחם מאוטר "העצה של פרנקפורט או מדוע חשוב שמשפטנים יקראו ספרות" **משפט ותרבות** 225 (2008).

²⁰³ דברים שנאמרו בשולחן עגול בנושא אינטרסקס שנערך באוניברסיטת חיפה בתאריך 23.3.2010 (הפרוטוקול נמצא בידי המחברות) (להלן: דברים שנאמרו בשולחן עגול בנושא אינטרסקס).

דחיפות רפואית הם מבוצעים לרוב בתינוקות בני יומם או בפעוטות.²⁰⁴ שיתוף הקטין בגיל זה אינו אפשרי, ואילו המתנה לגיל שבו ניתן לשתף איננה נתפסת כאופציה אפשרית בעיני המערכת הרפואית והמשפטית. 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.²⁰⁵ ריצ'ארד גארנט במאמרו טוען שאם ההסכמה מדעת נועדה להגן בכנות על האוטונומיה העצמית, הרי שהסכמה מדעת באמצעות שלוח היא אוקסימורון.²⁰⁶ הדרך להתגבר על חוסר יכולת הקטינים להסכים לטיפול רפואי היא באמצעות הפיקציה המשפטית של הסכמה מדעת של ההורים. פיתרון זה מבוסס על דוקטרינת השיפוט החלופי (*substituted judgment doctrine*) הגורסת כי במצב בו צד כלשהו לא יכול לייצג את עצמו, צד שלישי יוכל לייצג נאמנה את האינטרסים הכנים של חסר היכולת.²⁰⁷ עולה השאלה האם באמת קיימת להורים היכולת להסכים בשם ילדיהם? שאלה זו מקבלת משנה תוקף כאשר מדובר בהליך שביצעו אינו דחוף מבחינה רפואית, שתוצאותיו בלתי הפיכות, ואשר השלכותיו משמעותיות על עיצוב זהותו של האדם ועל תפיסת ההורה את ילדו.²⁰⁸

המשפט הישראלי כבר הכיר בסייגים לסמכות ההורים להסכים או לסרב לטיפול רפואי בשם ילדם. כך, 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, ככל שהקטין "מסוגל להבין בדבר וניתן לברר דעתו".²⁰⁹ בית המשפט טרם נקרא להכריע במקרה הקשור באינטרסקס, אך נדרש בעבר לדון במקרים שעוררו דילמות כבדות משקל המציפות את הפוטנציאל לקיומו של ניגוד אינטרסים בין ילדים ואפוטרופסיהם. כך, למשל, עסק בית המשפט בשאלות האם אב הנזקק להשתלת כליה מבנו, יכול לתת הסכמה בשם בנו שהיה פסול דין בשל מוגבלות שכלית,²¹⁰ או האם לבצע טיפול מציל חיים בקטין עם מוגבלות שכלית ומוטורית בניגוד לעמדת הוריו.²¹¹

²⁰⁴ Zeiler & Wickström, לעיל ה"ש 96, בעמ' 360-361.

²⁰⁵ שם, בעמ' 360.

²⁰⁶ Richard W. Garnett, *Why Informed Consent? Human Experimentation and the ethics of Autonomy*, 36 CATH LAW 455, 487 (1996).

²⁰⁷ Beh & Diamond, לעיל ה"ש 99, בעמ' 38-39. לפי פורד ניתן לאפשר הסכמה מדעת על ידי שלוח אך רק בשני מצבים: 1. מדובר במצב חירום רפואי שמסכן חיים בטווח המיידי. 2. השלוח מחליט את מה שהוא היה מאמין שאותו אדם (עבורו הוא מחליט) היה רוצה, אם היה יכול להביע הסכמה בעצמו. Ford, לעיל ה"ש 24, בעמ'. לפירוט, ראו ע"א 506/88 יעל שפר, קטינה, באמצעות אמה ואפוטרופסיתה נ' מדינת ישראל פ"ד (מח) 87, 153-158 (1993).

²⁰⁸ שאלה זו נדונה בהקשרים רפואיים רבים, לביקורת על יכולתם של הורים להסכים לפעולות רפואיות בלתי הפיכות במגוון הליכים שאינם הכרחיים, בהם 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 (2008-2009); 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).

²⁰⁹ סעיפים 68 ו-42 לחוק הכשרות המשפטית. עם התפתחות זכויות הילד, אפשר המחוקק לקטינים לבצע בדיקות איידס ולבצע הפסקת הריון ללא הסכמת ויידוע הוריהם (חוק לגילוי נגיפי איידס בקטינים, התשנ"ו-1996, סעיפים 313-316 לחוק העונשין התשל"ז-1977).

²¹⁰ ר"ע 698/86 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד מב(2) 661 (1988). בית-המשפט המחוזי 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 ריפויי (שם, בעמ' 676). השופט מנחם אלון

סוגיית הכשירות נמצאת, אם כן, במתח מובנה מול סוגיית ההסכמה. הסכמת ההורים בשם ילדם משמעה הדרת הילד או הילדה מתהליך קבלת ההחלטות. התוצאה היא שנשללת מן הקטין היכולת העתידית להשפיע על זהותו המיניגדרית 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.²¹²

לסיכום, נוהל משרד הבריאות לניתוחים באינטרסקס אמנם מתייחס לדרישת ההסכמה מדעת, אך התייחסות זו הינה דלה ואינה משקפת את המציאות והנסיבות הייחודיות במסגרתן מתקבלת ההחלטה בדבר ביצוע ניתוח מסוג זה. מדיניות מלאה ומקיפה בסוגיית ההסכמה מדעת מצריכה התייחסות מפורשת למגוון מצבים: הסכמה על-ידי האדם עצמו בבגרותו, כבוגר או כקטין-בוגר, והסכמה על-ידי הורים במקרים בהם 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 חברתיות ביחס 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".²¹³

מאפיין מרכזי של הנוהל הוא התמקדותו בניתוח כאירוע היחיד שבו בא אדם אינטרסקס במגע עם מערכת הבריאות. ההתמקדות בניתוח בלבד מעידה על העדר התייחסות במדיניות משרד הבריאות למציאות שלאחר הניתוח. למעשה, אנשים אינטרסקס והוריהם מצויים במגע מתמשך עם הממסד הרפואי גם לאחר הניתוח, משום ש"הפתרון" הרפואי לאתגר האינטרסקס כרוך בניתוחים חוזרים, בטיפול הורמונאלי מתמשך ובמעקב רפואי קבוע. המדיניות בנושא אינה מתייחסת לכך שגם מי שעבר ניתוח המוגדר כמוצלח בפרמטרים רפואיים עשוי לחוות שוני פיזיולוגי, משקעים נפשיים ורגשיים ותחושת העדר שייכות למין שנבחר עבורו או לשני המינים הקיימים כאחד.

המגע המתמשך עם מערכת הבריאות כרוך לעיתים בפגיעה רגשית ובהפרת זכויות, תוך אי הכרה בצרכים הנמשכים של אנשים אינטרסקס והוריהם, בסוגיות כגון שמירת סודיות רפואית, מניעת הסתרה ומתן תמיכה נפשית וטיפול רפואי נמשכים.²¹⁴ ההכרה בכך שמדובר בממשק מתמשך

קבע מספר תנאים למתן אישור בית משפט לפי סעיף 68 לחוק הכשרות, ביניהם הדרישה שטובתו של החסוי תיקבע על-פי "נתונים רפואיים אובייקטיביים ולא על-פי נורמות מוסריות חברתיות של הצלת הזולת". שם, בעמ' 684.

²¹¹ רע"א 5587/97 **היועץ המשפטי לממשלה נ' ב' אכר (קטין) על ידי הוריו ואפוטרופוסיו הטבעיים**, פ"ד נא(4) 830. בית המשפט העליון התערב בסמכות ההורים וקבע כי נראה שאילו היה מדובר בקטין 'נורמאלי' לא היתה מחלוקת בדבר הצורך לנתחו ולכן החלטת ההורים שלא לבצע את הטיפול אינה ראויה מבחינה מוסרית או משפטית.

²¹² חיזוק נוסף לחלופה זו מצוי בטענה לפיה ככל שהניתוח מבוצע בשלב מאוחר יותר תוצאותיו טובות יותר מבחינה רפואית ומנטאלית. Ford, לעיל ה"ש 24, בעמ' 476-477.

²¹³ שלזינגר, NRG, לעיל ה"ש 165.

²¹⁴ מעודד-דנון, לעיל ה"ש 94, בעמ' 114.

מהווה הכרה בהמשך קיומם של אנשים אינטרסקס גם לאחר הניתוח ומסייעת בהנכחתם במרחב חברתי-משפטי כסובייקטים משפטיים נשאי זכויות.

(1) 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 איתי."²¹⁵

אמא לילדה אינטרסקס: "אתה לא מבין בתור הורה מה פתאום זה נופל עלייך, כאילו השמיים 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."²¹⁶

נוהל הניתוחים באינטרסקס מדיר את מקצועות בריאות הנפש מטיפול במצב של אינטרסקס מתוך הנחה שמדובר במצב פיזיולוגי גרידא. התוצאה היא השקעת מאמץ רב בעיצוב איברי המין והרבייה, תוך אמונה שהדבר יקל גם על המצוקה הפסיכולוגית, והזנחת הטיפול הנפשי והיחס האישי.²¹⁷ לטענתנו, נוכחותם של אנשי מקצוע מתחום הטיפול הנפשי נדרשת לכל אורך התהליך, החל מהחלטה בדבר השיוך המיניגדרי, דרך ההחלטה בשאלה האם לנתח וההתמודדות האישית עם הבחירות שנעשו, ועד להתמודדות עם החברה ובמישור היחסים הפנימיים שבין ההורים לילדם. העדרם של ליווי ותמיכה באנשים 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, אלא הוא נובע מהאופן שבו המסד הרפואי טיפל עד כה בנושא ומהיחס החברתי כלפיו כמצב חברתי מוקצה, מושתק, מודחק. גידולם של ילדים אינטרסקס בחברה שאינה מקבלת הינו משימה מאתגרת וראוי לאפשר לאנשים אינטרסקס ולהוריהם לקבל ליווי מתאים שאינם כרוך בסודיות והסתרה לאורך כל שנות הגדילה וההתפתחות. לפיכך, נדרשת מדיניות מסודרת בנושא הכוללת שירותי תמיכה וליווי מתאימים לצורך מתן מענה לצרכיהם הרגשיים והנפשיים של אנשים אינטרסקס ושל הוריהם.²¹⁸

(2) פרטיות ושמירת סודיות רפואית

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

²¹⁵ דברים שנאמרו בשולחן עגול בנושא אינטרסקס, לעיל ה"ש 203.

²¹⁶ דברים שנאמרו בשולחן עגול בנושא אינטרסקס, שם (ההדגשה הוספה).

²¹⁷ Leidolf, לעיל ה"ש 149, בעמ' 239.

²¹⁸ ראו את מסקנות והמלצות דו"ח הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס, לעיל ה"ש 99, בעמ' 26.

א. 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 כנקבה עם חצוצרות ושחלות ורחם. זה היה היום הכי קשה בחיים שלי. הסתגרתי בחדר, בכיתי וזעקתי".²¹⁹

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".²²⁰

היבט נוסף של הזכות לאוטונומיה והזכות לפרטיות של הפרט קשור בקבלת מידע הנוגע לחייו ובשליטה על מידע זה. אי-העברת מידע חיוני לאנשים אינטרסקס העוסק בהיותם אינטרסקס, בטיפולים אותם עברו, במטרתן של התרופות אותן הם לוקחים וכדומה, מהווה פגיעה בזכותם לפרטיות, בכבודם, בחירותם ובאוטונומיה שלהם. על-פי מיכאל בירנהק מושא שליטתה העיקרי של הזכות לפרטיות הוא מידע.²²¹ בהיעדר מודעות ויכולת שליטה על מידע 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".²²² מילים אלו, גם אם נכתבו בהקשר אחר, יפות לתיאור מצבם של אנשים אינטרסקס שמידע על טפולים שבוצעו בהם בילדותם נשלל מהם, הן בזמן אמת והן בדיעבד.²²³

ואכן, זכותו של מטופל לקבלת מידע רפואי מעוגנת הן בחוק זכויות החולה²²⁴ והן בפסיקתו של בית המשפט העליון.²²⁵ בעניין **הסתדרות מדיציניית הדסה עין-כרם נ' גלעד** נקבע ש"חובת הרופא ובית החולים למסור לחולה את המידע שבידם באשר לטיפול שקיבל, תוצאותיו ועלילותיו".²²⁶ חובה זו נגזרת, בין היתר, "מזכותנו לדעת על עצמנו, המהווה ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי

²¹⁹ שלזינגר, NRG, לעיל הי"ש 165.

²²⁰ ראיון עם נדיה, לעיל הי"ש 169.

²²¹ מיכאל בירנהק **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** 25, 91 (2010).

²²² שם, שם.

²²³ Meyer-Bahlburg, John Money and Gary D. Berkovitz, Claude J. Migeon, Amy B. Wisniewski, Terry R. Brown, John A. Rock, Heino F. L., *46,XY Intersex Individuals: Phenotypic and Etiologic Classification, Knowledge of Condition, and Satisfaction With Knowledge in Adulthood*, 110 PEDIATRICS 1-8 (2002).

²²⁴ חוק זכויות החולה עיגן את זכותו של הפרט לקבל מידע רפואי 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).

²²⁵ הפסיקה שלאחר החוק המשיכה בביצור וחיזוק מעמדן של זכויות אלה, ראו, למשל: ע"א 2781/93 **מיאסה עלי דעקה נ' בית חולים "כרמל" חיפה**, פ"ד נג(4) 526 (1998); רעא 1412/94 **הסתדרות מדיציניית הדסה עין-כרם נ' גלעד** (מט 2) 516 (1995) (להלן: עניין **הסתדרות מדיציניית הדסה עין-כרם נ' גלעד**).

²²⁶ שם, בעמ' 525.

של האדם והמבטאת את כבודנו כאדם [...] אכן, כשם שיש לו לאדם הזכות לדעת מה ייעשה בגופו, כך עומדת לו הזכות לדעת מה נעשה בגופו".²²⁷

על אף שהאמור בחוק ובפסיקה אינו משתמע לשני פנים, אין זהו הנוהג בשטח בכל הנוגע לטיפולים בקטינים אינטרסקס. סיפורי החיים של פעילים אינטרסקס חושפים הסתרה שיטתית של מידע רפואי, כולל הסתרת עצם האינטרסקסואליות. אך הסתרה זו אינה יכולה לארוך שנים רבות ואנשים אינטרסקס רבים מגלים לבסוף את זהותם, בעיקר כאשר עולות שאלות בדבר פוריות²²⁸ ולעיתים בעת הגיוס לצבא כאשר הם מתבשרים שאינם יכולים להתגייס בשל מצבם הרפואי.²²⁹ ההלם שבגילויי בשלב מאוחר זה הוא רב כמו גם תחושת אובדן 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 פעם בהתאם לגיל.²³⁰ ראוי ורצוי להכניס לנוהל העוסק באינטרסקס התייחסות ישירה לנושא ברוח זו.

ב. הגנה מפני הפצת מידע אישי

עדויות רבות של אנשים אינטרסקס מתארות מצבים בהם אבריהם נחשפו בפני מספר רב של אנשי צוות רפואי, כגון מתמחים, באופן משפיל ומבלי שנתנו הסכמתם לכך.²³¹ יש המתארים זאת כתחושה של אונס.²³² אירועים מעין אלה מהווים פגיעה בפרטיות והפרה של חובת הסודיות כלפי המטופלים.²³³ אספקט חשוב של הזכות לפרטיות הוא זכותו של אדם להגנה מפני הפצת מידע אישי שאין הוא מעוניין בהפצתו.²³⁴ המשפט הישראלי הכיר בזכות לפרטיות במערכת הבריאות בחוק זכויות החולה המורה על שמירת הסודיות הרפואית על ידי אנשי הצוות הרפואי²³⁵ ומטיל מגבלות חמורות על העברת מידע רפואי הנוגע למטופלים.²³⁶ משרד הבריאות הגדיר בחוזרי מנכ"ל

²²⁷ שם.

²²⁸ 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 203), סוזן גילתה בגיל 35 (לעיל, ה"ש 2), וז'ולי גילתה בגיל 31 (לעיל, ה"ש 3). חלק מהסיפורים האישיים מפורסמים [בעמוד הפייסבוק](#) שהוקם ביוזמת פרויקט אינטרסקס במסגרת תכנית "נשים חונכות לזכויות" (ראו לעיל, ה"ש 1).

²²⁹ ראו למשל את סיפורו של משה (שם בדוי): שלזינגר, NRG, לעיל ה"ש 165.

²³⁰ ויינטרוב, הגישה ליילוד, לעיל ה"ש 96, בעמ' 13 – 15.

²³¹ ראו את עדויותיהם הרבות של אנשים אינטרסקס בדו"ח **הוועדה לבחינת ניתוחי "נורמליזציה" בקרב אנשים אינטרסקס**, לעיל ה"ש 99, בעמ' 29-47. סיטואציות כגון אלו תועדו גם בכתיבה עיתונאית: Julietta Jameson, *Male, Female of In-Between?*, MARIE CLAIRE (December 2009), au.lifestyle.yahoo.com/marie-claire/features/real-life/article/-/6428677/male-female-or-in-between.

²³² מעידים על כך דבריה של מרים מהדרום: "באחד מבתי החולים הרופא הזמין מתמחים אל תוך החדר ופגע בפרטיות. אני מגדירה את מה שהיה בחדר הניתוח כאונס." דברים שנאמרו בשולחן עגול בנושא אינטרסקס, לעיל ה"ש 203.

²³³ ס' 72 (לחוק הגנת הפרטיות); 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").

²³⁴ תמר גדרון "פרסום מידע פרטי: בחינה יישומית של הזכות לפרטיות במבט השוואתי" **עלי משפט** ח 133, 137 (2010).

²³⁵ ס' 19 לחוק זכויות החולה.

²³⁶ ס' 20 לחוק זכויות החולה.

כללים שונים לשמירה על הזכות לפרטיות של מטופלים.²³⁷ גם בהעדר 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 היא חוויה של סטיגמה ובושה עבורו ועבור הוריו, ופגיעה בסודיות הרפואית עשויה לפגוע במצבם הנפשי.²³⁸ היחס לאנשים אינטרסקס כתופעה אקזוטית וההתעלמות מכבודם עלולים לגרום במקרים מסוימים לטראומה ולפגיעה רגשית חמורה.²³⁹

יש להעיר, כי המאבק על הזכות לפרטיות במובן של סודיות רפואית עלול לעמוד במתח עם ההתנגדות לסודיות וההשתקה המהוות חלק מן הדיכוי של אנשים אינטרסקס.²⁴⁰ עם זאת, לדעתנו, המאבק על זכותם של אנשים 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 בושה וסטיגמה. על משרד הבריאות לקבוע כללים ברורים ומפורטים אשר ימנעו את הפרת הזכות לפרטיות ולסודיות רפואית של אנשים אינטרסקס.

4. סיכום ביניים

נוהל הניתוחים באינטרסקס הינו נוהל 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 פרנטליזם קיצוני ביחסי מטפל-מטופל או מטפל-בני משפחה. הצגת הניתוח כהליך רפואי שגרתי והעדר ההתייחסות למאפייניו הייחודיים אינה תורמת להסדרת הנושא אלא מעניקה לגיטימציה לפרקטיקה הנוהגת. גם אם גישה זו היתה מוצדקת בשנת 1986 מבחינת הידע הרפואי והחברתי שהיה קיים באותה עת, קיומו של הנוהל בנוסחו הנוכחי כיום, בשנת 2013, מעלה תמיהות לא מעטות. בפרק הבא נציע מסגרת נורמטיבית חלופית לבחינת סוגית האינטרסקס ולהסדרתה המשפטית, ונבחן לאורה אפיקי פעולה משפטיים אפשריים.

ה. לקראת פעולה: גישת ההשהיה בראי המשפט

ביקורת האינטרסקס מותירה אי ודאות גדולה בקרב רופאים, אנשי מקצועות הבריאות ואחרים. התחושה בקרב רבים הינה כי ניתוח הינו האופציה "הרעה במיעוטה", כי יתרונותיו גוברים על

²³⁷ חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 40/2001 התשס"א-2001 (בדיקה גופנית בתחום צנעת הפרט); חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 5/2005 התשס"ה-2005 (פיקוח מכוח חוק הגנת הפרטיות).
²³⁸ Preves, לעיל ה"ש 137.

²³⁹ ראו לעיל פרק ב.2.

²⁴⁰ השוו לשיח הער בקרב קהילת הלהט"ב בשאלת ההוצאה מהארון של פרטים ככלי לגיטימי במאבק: אייל גרוס "איך זה שכוב אחד מעז?" GoGay (28.7.2009) www.gogay.co.il/content/article.asp?id=8466; גל אוהובסקי "סוף עידן האוטינג" GoGay (11.6.2010) www.gogay.co.il/content/article.asp?id=9188. כמו כן ראו: ת"א (י-ס) 6023/07 שגב ישראל אפריאט נ' ידיעות אחרונות בע"מ (טרם פורסם, 5.10.2008), הדן בשאלה אם הוצאה פומבית מהארון היא פגיעה בפרטיותו של אדם.

חסרונותיו וכי חיים ללא שיוך מיניגדרי הינם 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 יוכלו מי שנולדו כאינטרסקס לבחור בעצמם מה ראוי עבורם ולהחליט לאיזה מין, אם בכלל, ירצו להשתייך. היא תומכת בקיומו של מגוון מיניגדרי וגורסת כי יש להתאזר באורך רוח חברתי שיאפשר לאנשים אינטרסקס לבחור בבוא העת את הזהות המיניגדרית המתאימה להם. פרק זה מבקש להציג את גישת ההשהיה (מורטוריום) ולהתוות מסגרת משפטית לדיון בסוגיות שעולות בקשר לאינטרסקס. מטרתנו היא לפרוס מפה של אפשרויות תוך הדגשת עקרונות של זכויות אדם וחשיבה חברתית-ביקורתית ולהפוך את המשפט לסוכן התומך בתהליך השינוי החברתי שאנשים אינטרסקס מבקשים לקדם.

1. הצגת גישת ההשהיה

שינוי היחס החברתי לא/נשים אינטרסקס מצריך מהלך של הרחבת גבולות הדמיון החברתי, התרבותי, הרפואי והמשפטי. לשם כך נפרוס ארבע גישות לנושא האינטרסקס ונרחיב ביתר פירוט לגבי גישת ההשהיה המועדפת על ידנו.²⁴¹ גישה אחת, שהיא הגישה המסורתית בה עסקנו בהרחבה עד כה, היא *גישת ההסתרה*.²⁴² גישה זו מניחה שאפשר וצריך "לתקן" מצבים המאופיינים כאינטרסקס מוקדם ככל האפשר, באמצעות ניתוח, על מנת להתאימם לאחד המינים המוכרים (זכר/נקבה). במסגרת גישה זו מועבר בדרך כלל מידע חד צדדי להורים ומומלץ להסתיר מאנשים אינטרסקס בהמשך חייהם את היותם אינטרסקס ואת מהות התהליכים הרפואיים שעברו ושהם עדיין עוברים. גישה שנייה היא *גישת הגילוי*.²⁴³ גישה זו תומכת בניתוחים מוקדמים, אך דוגלת במתן מידע מלא המאפשר קבלת החלטה על ידי ההורים בצורה מושכלת. גישה זו מתנגדת להסתרה ולהעדר מידע בשל השפעותיהם השליליות ומניחה שמידע וגילוי מלאים מהווים פתרון ראוי. גישה שלישית היא *גישת ההשהיה (מורטוריום)*,²⁴⁴ המבקשת להשהות את ההחלטה בדבר שיוך מיניגדרי באמצעות ניתוח ולהותירה בידי האדם אינטרסקס 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 הינה *גישת העדר הסיווג* ולפיה יש לוותר על כל סיווג מיניגדרי, להתנגד לכל התערבות רפואית ולהכיר בכך שהזהות המיניגדרית של כל סובייקט מכוננת באופן עצמאי וייחודי.

²⁴¹ תיאור הגישות השונות מתבסס על הטיפולוגיה של ג'ולי גרינברג, תוך התאמתם לעמדת כותבות המאמר. אין מדובר במיפוי נוקשה, אלא במצע לדיון. בין הפעילים והפעילות לזכויות אינטרסקס ישנן 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., 2010).

²⁴² שם, בעמ' 88-89.

²⁴³ שם, בעמ' 90.

²⁴⁴ שם, בעמ' 89-90. ראו גם: Lareau, לעיל ה"ש 162, 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).

גישה זו רואה בקטגוריות זכר ונקבה קטגוריות דכאניות מטבען ורואה באינטרסקס הזדמנות להשתחרר מכבלי הדיכוי הטמון בקטגוריות אלו.

גישת ההשהיה (מורטוריום), כפי שאנו מקדמות אותה, איננה נמנעת מהחלטה בדבר שיוך מיניגדרי חברתי, אך שואפת להשהות את החלטה בדבר הצורך בהתערבות ניתוחית או אחרת עד שהאדם האינטרסקס יגיע לבגרות ויקבל החלטה עצמאית ככל האפשר לגבי הזהות המיניגדרית הנכונה עבורו. עיקריה של גישה זו הם: (1) דחיית החלטה בדבר הצורך בקיומו של ניתוח עד להתגבשותה של הזהות המיניגדרית; (2) קידום האפשרות של אי ניתוח כאפשרות ראויה גם חברתית וגם רפואית (מלבד המקרים בהם נדרשת התערבות רפואית מסיבות בריאותיות); (3) אפשרות קבלת החלטה בדבר שיוך מגדרי-חברתי, אך הימנעות משיוך מיני-פיזיולוגי באמצעים רפואיים בלתי הפיכים, תוך הכרה בכך שהשיוך המגדרי החברתי עשוי להיות זמני; (4) דחיית הנחת הבינאריות המגדרית והכרה במגוון אנושי מיניגדרי רחב; (5) שינוי עמדות הכולל קידום פתיחות חברתית-תרבותית כלפי אנשים אינטרסקס וקבלה מצד הממסד הרפואי; וכן (6) מתן שירותי תמיכה סוציאלית ונפשית מרגע הגילוי ובמהלך חיי האדם ומשפחתו, כולל ליווי בצמתי קבלת החלטות אפשריים בהם תתקבל החלטה בכוון זה או אחר. עם זאת, גישת ההשהיה בה אנו נוקטות הינה גישת השהיה מרוככת. היא מבקשת לקבוע את השהית הניתוח כברירת מחדל, אך מאפשרת גם לסטות מברירת מחדל זו ולבצע התערבות רפואית במקרים שימצאו מתאימים לכך, על ידי יצירת הליך קבלת החלטות מובנה שיאפשר ליבון חילוקי דעות, מחד, ופיקוח שיפוטי או מעין שיפוטי, מאידך.²⁴⁵

נבקש להבהיר כי משמעות ההכרה במגוון מיניגדרי רחב איננה קידום חברה נטולת סיווג מיניגדרי כלשהו, אלא הרחבת טווח האפשרויות העומדות בפני אנשים 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; וכן האפשרות לחיות כ"ג'נדר-קוויר" המבקש שלא להיות מוגדר על ידי הקטגוריות המיניגדריות הקיימות. ברור לנו כי השימוש במילה "בחירה" כאן הוא מורכב, משום שאנשים אינם בהכרח "בוחרים" את זהותם, אלא הם מוצאים עצמם מזדהים עם שיוך מיניגדרי מסוים במהלך חייהם, בין אם הם חשים שבחרו בכך ובין אם הם חשים שהוא "נכפה" עליהם.

נבהיר עוד כי אנו קשובות לטענה הרדיקלית העומדת ביסוד גישת העדר-הסיווג ומבקשות ללמוד מהביקורת הטמונה בה, אך לא השתכנענו שגישה זו היא הנכונה עבור כל האנשים. לטענתנו, יש להתאזר באורך רוח חברתי שיאפשר לאנשים אינטרסקס לאמץ בבוא העת את הזהות המיניגדרית המתאימה להם. אנו מבקשות לקדם מגוון מיניגדרי רחב שאינו כבול לדרישות הבינאריות המגדרית, מחד (זכר/נקבה), ואינו כופה על כל בני החברה לחיות חיים נטולי שייכות מגדרית, מאידך (העדר סיווג מגדרי כלשהו). אכן, המתח בין המישור הרדיקלי למישור המעשי הינו מתח

²⁴⁵ ראו דוגמאות להליך מובנה שכזה להלן, בפרק ה.3. (1) העוסק באפשרויות אסדרה.

מאתגר אשר מאפיין מאבקים לשינוי חברתי רבים הנאלצים לפעול בתוך שבין האידיאלי לבין מגבלות המציאות והתנאים החברתיים בתוכם מתרחש תהליך השינוי. גישתנו היא גישה ריאליסטית-תהליכית אשר נסמכת על התובנות הביקורתיות של גישת העדר הסיווג, אך באופן מעשי מבקשת לקדם את גישת ההשהיה.

מתוך גישה ריאליסטית-תהליכית זו אנו גם תומכות בפתרון הפרקטי המקובל כיום בקרב חלק מהפעילים בשאלת השיוך המיניגדרי בילדות ולפיו ניתן לבצע שיוך מגדרי-חברתי אך יש להימנע משיוך מיני-פיזיולוגי על מנת לאפשר בחירה מלאה ושלמה בברות. ביטול הפרקטיקה של ניתוחים בתינוקות אינטרסקס אינו מספיק, שכן פרקטיקות חברתיות ומוסכמות לשוניות מוטמעות יוצרות אתגר מתמשך הקשור בשאלות של גידול ילדים אינטרסקס בצורה פתוחה, דיבור בשפה שאינה טעונה מבחינה מגדרית, ועוד. שיוך חברתי-מגדרי משמעו שמי שנולד/ה כאינטרסקס ת/ישוּך לאחד המגדרים, על פי מירב האינדיקציות, וייתחסו אליו/ה כזכר או כנקבה מבחינת השפה ומבחינת מקומו/ה בחברה. עם זאת, ככל שניתן לא לתבצע התערבות רפואית, ובעיקר לא יבוצעו ניתוחים שאינם הכרחיים ואשר תוצאתם הינה בלתי הפיכה.²⁴⁶ גישה זו הינה גישת ביניים שאינה תואמת במלואה את הגישה התומכת בביטול האבחנות המיניות והמגדריות, אך מקלה על האדם, על ההורים ועל הסביבה בהתמודדות עם חוסר הבהירות החברתי ביחס למצבים של אינטרסקס.

הקושי העיקרי, העומד כאבן נגף בפני גישת ההשהיה-מורטוריום, הינו חשש הפגיעה בילדים ואנשים אינטרסקס שיגדלו בחוסר בהירות מיניגדרי אשר בא לידי ביטוי בשונות גופנית. המענה לחשש זה נמצא במספר מישורים. ראשית, המענה המעשי המיטבי לסוגיה, לטעמנו, הוא השיוך המגדרי-חברתי. משמעותו היא שאדם שנולד אינטרסקס איננו אדם נטול מגדר, אלא הוא ישוּך לאחד המגדרים וככה יתייחסו אליו משפחתו וסביבתו, בצד קבלת האפשרות שביום מן הימים ישתנה שיוך זה.²⁴⁷ שנית, נדגיש שוב שאנשים 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 החשיבות שבמתן ליווי ותמיכה לאדם ומשפחתו שיקלו על ההתמודדות עם המצב. רביעית, נבהיר שהחשש לפגיעה בו מדובר איננו אינהרנטי לחיים כאינטרסקס אלא נובע במידה רבה מהחיים בחברה שאינה מקבלת אנשים אינטרסקס לקרבה. לכן, ישנו חשש נגדי כבד משקל לפיו בשם ההגנה על אנשים אינטרסקס בטווח הקצר יעוכב קידומו של השינוי החברתי לטווח הארוך. לפיכך, ככל שהחברה ובכללה מערכות הבריאות והמשפט ירתמו לקידום השינוי החברתי, כך תתקצר תקופה זו של חשש 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 עבורו ולא יכול להיות משוחרר מכבלי המוסכמות החברתיות. המענה המסויג שיש בידנו לטענה זו איננו שאדם בגיל ההתבגרות

²⁴⁶ Ozar, לעיל ה"ש 135, 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 קביעה ארעית, שאין להפוך אותה לבלתי הפיכה.
²⁴⁷ להרחבה ראו: Chase, לעיל ה"ש 48, בעמ' 40. צייס טוענת כי יש לאפשר להורים לבחור מין אליו ישייכו את הילד ולא לאפשר לילד לגדול בכפילות מגדרית.

מסוגל וצריך להכריע הכרעות מרחיקות לכת בדבר זהותו המיניגדרית, אלא שכל שאדם מתבגר יש יותר סיכויים לאינדיקציות בדבר הזהות המיניגדרית שלו כפי שהתגבשה במהלך חייו. ואם אותו אדם איננו יודע עדיין מהי זהותו המיניגדרית הרי שיש לאפשר ל/ה לחיות באותה אי וודאות, או לתת ל/ה את הזמן לגבש לעצמו/ה זהות משל עצמו/ה. ככל שנגיע להסכמה שגם בבגרותם א/נשים אינטרסקס עשויים שלא להזדהות עם מגדר מסוים הרי שהדבר תומך בטענה לפיה פעולת השיוך המיניגדרי הבלתי הפיך בגיל ינקות איננה מבוססת דיה.

נציין לסיום כי איננו נאיביות בתפיסת החירות אותה אנו מקדמות, או בתפיסת הבחירה של הפרט ובכוחו לבחור בזהות מיניגדרית. אין ספק בלבנו כי הרקע חברתי, התרבותי והמשפחתי אליו נולד הפרט, בצד מאפיינים אישיותיים ואישיים אחרים, משפיעים השפעה עצומה על בחירותיו. אנו מכירות בכך שמגוון כוחות ונסיבות מעצבים את חייו ומשפיעים על אפשרויות הבחירה שבידינו. אך ככל שישנם צמתים של בחירה, כמו במקרה של אנשים אינטרסקס, אנו משוכנעות שיש להתיר את הבחירה בידיו 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 באמצעותם ניתן יהיה לקדם את גישת ההשהיה המוצעת על ידינו וכן זכויות אינטרסקס בכלל. אגדים אלו הינם קבוצות זכויות המוכרות במשפט הישראלי, אליהם אפשר ליצוק את המרכיבים הייחודיים של חווית החיים של אינטרסקס.

(1) 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 שתתנו לי לחיות כמו שנולדתי, לא להתעסק עם הגוף שלי ואם אני ארצה לשנות אני אשנה מתי שאני רוצה."²⁴⁸

ההגנה החוקתית לאנשים אינטרסקס במשפט צריכה לשאוב את תוכנה מזכותו של כל אדם לעצב את גורלו ולספר את סיפור חייו. על פי ריבלין "זכותו של אדם לכתוב בעצמו את פרקי סיפור חייו, היא אחת מן הזכויות היסודיות ביותר במשטר דמוקרטי, אם לא היסודית שבהן."²⁴⁹ זכות זו ניתנה קודם כל לפרט עצמו, אך גם הקהילה או המגזר אליהם הוא משתייך שותפה למלאכת יצירת סיפור חייו,²⁵⁰ ובמקרה של קטין, גם הוריו הם שותפים.²⁵¹ מימושה של זכות זו מתבטא

²⁴⁸ סוזן, אישה אינטרסקס, דברים שנאמרו בשולחן עגול בנושא אינטרסקס, לעיל ה"ש 203.
²⁴⁹ עממ 1245/12 התנועה לחופש המידע ואח' נ' משרד החינוך (ניתן ביום 23.8.2012, פורסם ב"נבו"), בפס' 15 לפסק דינו של השופט ריבלין.
²⁵⁰ בג' 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך פרופ' יולי תמיר (ניתן ביום 31.08.10, פורסם ב"נבו").
²⁵¹ פרשת התנועה לחופש המידע, לעיל ה"ש 267, בפס' 16 לפסק דינו של השופט ריבלין.

ביכולתו של אדם לקבל החלטות שיעצבו את חייו בחופשיות, וליהנות מהגנת המשפט לשם כך.²⁵² הפילוסוף יוסף רז ניסח רעיון זה בכותבו כי אוטונומיה היא אידיאל של יצירה עצמית וכי האדם האוטונומי הוא שותף בכתיבת סיפור חייו.²⁵³

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא כמובן המסמך המשפטי הראשון והמרכזי אליו יש לפנות ולהפנות כמקור לעיגון חירותו של כל אדם ובכלל זה של האדם אינטרסקס 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 בחירותיו הרצוניות, לא להיות משועבד לכפייה שרירותית".²⁵⁴

חירות הפרט לעצב את גורלו מקבלת חיזוק מזכויות חוקתיות נוספות שיש להן רלוונטיות רבה בהקשר של אינטרסקס: הזכות לפרטיות והזכות לאוטונומיה. **לזכות לפרטיות**, המעוגנת במספר דברי חקיקה,²⁵⁵ כמה היבטים רלוונטיים לענייננו, ביניהם זכותו של אדם לצנעת גופו, לרבות הזכות להחליט בדבר התערבות, כירורגית או אחרת, בגופו;²⁵⁶ וכן, "היכולת לקבל החלטות אינטימיות בנוגע לעצמנו".²⁵⁷ לפי גרוס, נגזרת של יכולת זו היא זכותו של הפרט לקבל החלטות לגבי זהותו המגדרית.²⁵⁸

הזכות לאוטונומיה אף היא רלוונטית לענייננו, שכן כל עניינה הוא זכותו של אדם לקבוע את גורלו בעצמו.²⁵⁹ זכות זו הוכרה בפסיקה במספר הקשרים, ביניהם הזכות הכללית לחופש בחירה,²⁶⁰ זכותו של אדם לקבוע אילו ניתוחים וטיפולים רפואיים יעבור,²⁶¹ הזכות למלוא המידע בדבר טיפולים רפואיים שהוא עתיד לעבור²⁶² וגם זכותם של קטינים לקבוע את גורלם בשיתוף הוריהם ללא כפייה חיצונית.²⁶³ הפילוסוף רז מבהיר שגם במערכות יחסים בהן קיימת כפייה אינהרנטית (כגון יחסי הורה-ילד), ניתן להגשים את הזכות לאוטונומיה באמצעות הרחבה הדרגתית של מרחב קבלת ההחלטות, וטיפול היכרות עם אפשרויות הבחירה השונות.²⁶⁴

²⁵² דנא 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית** פ"ד נ (1) 048.
²⁵³ JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 369-371 (1986).
²⁵⁴ ע"א 5942/92 **פלוני נ' אלמוני**, פ"ד מח(3) 837, 842 (1994).
²⁵⁵ סי' 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; סי' 3 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א 1981.
²⁵⁶ דיון מקיף של בית המשפט העליון בזכות לצנעת הגוף ניתן 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).
²⁵⁷ בירנהק, לעיל ה"ש 221, בעמ' 25.
²⁵⁸ גרוס, לעיל ה"ש 65.
²⁵⁹ Raz, לעיל ה"ש 253, בעמ' 369.
²⁶⁰ בג"ץ 7357/95 **ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל** פ"ד נ(2) 769.
²⁶¹ עא 4837/92 **"אליהו" חברה לביטוח נ' ג'ורג' בורבה** פ"ד מט(2) 257.
²⁶² עניין **דעקה**, לעיל ה"ש 225.
²⁶³ פרשת **התנועה לחופש המידע**, לעיל ה"ש 267.
²⁶⁴ Raz, לעיל ה"ש 253, בעמ' 393-394.

(2) 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.²⁶⁵ עליית מעמד המטופל במערכת הבריאות באה לידי ביטוי בחוק זכויות החולה. חוק זה מעגן משפטית את זכויות המטופלים במערכת הבריאות ולכן רלוונטי ביותר לממשק המתמשך של א/נשים אינטרסקס עם מערכת הבריאות, בעיקר בהקשר של הזכות להסכמה מדעת. הזכות להסכמה מדעת משמשת כיום כזכות יסודית ביחסי מטפל מטופל, המשפיעה על הלגיטימיות האתית-מוסרית לביצוע הטיפול.²⁶⁶ היא קשורה בטבורה לזכות לאוטונומיה אשר תכליתה בהקשר הרפואי לאזן את הכוח הרב שהופקד בעבר בידי הרופא או המטפל שנתפס כ"יודע כל" במסגרת יחסי כוחות היררכיים וסמכותניים. רעיון ההסכמה מדעת כולל הן את הצורך בהסכמתו של אדם לקבלת טיפול רפואי והן את חירותו להתנגד לטיפול שהוא אינו חפץ בו.²⁶⁷

מעמדן של הזכות לאוטונומיה והזכות להסכמה מדעת מבוסס היטב במשפט הישראלי באשר לבעלי כשרות משפטית, אך לא בהקשר של טיפול בקטינים.²⁶⁸ בעקבות חקיקת חוק זכויות החולה, פורסם חוזר מנכ"ל המפרש את סוגיית ההסכמה מדעת לאורו.²⁶⁹ החוזר, המשתרע לאורך שלושה-עשר עמודים, מזהה כי הגישה המתפתחת היא לשתף כל מטופל בהתאם ליכולתו הרגשית-שכלית ומבקש מהמוסדות השונים לאמץ את "המודל השיתופי-שוויוני של יחסי מטפל-מטופל".²⁷⁰ חוזר זה מתבסס על דיני הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות ומסמיך את ההורים והאפוטרופוס לתת הסכמה מדעת בשם ילדם הקטין.²⁷¹ החוזר מצייך שאין התייחסות מיוחדת להסכמה מדעת של קטינים בחוק זכויות החולה, אולם הוא מורה לשמור על כבודם, פרטיותם, ואוטונומיית הפרט של הקטינים ופסולי הדין. כלשון החוזר: "גם חולים אלה זכאים שלא יתנפלו עליהם ויבצעו בהם טיפולים מכאיבים או מפחידים".²⁷²

²⁶⁵ השפעת חוק היסוד נכרת כבר בסעיף 1 לחוק זכויות החולה, על-פיו מטרת החוק הינה "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.3.2).

²⁶⁶ אדם המטופל במערכת הבריאות הוא צד במערכת יחסים היררכית שבה הצוות הרפואי נמצא בעמדת עליונות ברורה. בעבר, כניעות המטופל למטפל היתה המפתח לקשר הטיפולי. במהלך השנים ניתן דגש רב יותר לאוטונומיה של החולה ולשביעות רצונו, אם כי עדיין לא מדובר במערכת יחסים שוויונית ונעדרת היררכיה. ראו DEBRA L. ROTER & JUDITH HALL, DOCTORS TALKING WITH PATIENTS/PATIENTS TALKING WITH DOCTORS 3-22 (2nd ed. 2006); Ezekiel J. Emanuel & Nancy Neveloff Dubler, *Preserving the Physician-Patient Relationship in the Era of Managed Care*, 273 JAMA 323, 323-329 (1995).

²⁶⁷ עניין **דעקה**, לעיל ה"ש 225; קרקו-אייל, לעיל ה"ש 188, בעמ' 20-55.
²⁶⁸ חוק זכויות החולה אינו מבחין בין קטין לבגיר ומחיל את חובת ההסכמה מדעת על כל "מטופל" (סעיף 2 לחוק זכויות החולה). קשיים דומים קיימים באשר לאוכלוסיות אחרות משוללות כשרות משפטית, כגון אנשים עם מוגבלויות וקשישים.

²⁶⁹ חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/96 התשנ"ו-1996 (הסכמת החולה לטיפול רפואי לאור חוק זכויות החולה).

²⁷⁰ שם, בעמ' 13.

²⁷¹ שם, בעמ' 7. על פי חוק הכשרות על נציגו של קטין המבצע פעולה משפטית בשמו "לנהוג לטובת הקטין כדרך שאדם מסור היה נוהג בנסיבות העניין", ראו סעיפים 4, 14, 17, 33, ו-41 לחוק הכשרות. כאשר תידרש התערבות בית המשפט לצורך הכרעה בדבר ביצוע הליך רפואי עליו להסכים רק אם שוכנע כי האמצעים "דרושים לשמירת שלומו הנפשי או הגופני של הקטין". סעיף 68(ב) לחוק הכשרות.

²⁷² שם, בעמ' 7.

סוגית הניתוחים באינטרסקס מדגישה את הצורך בהסדרה של זכויות החולה הקטין באופן כללי ובסוגיית ההסכמה מדעת של קטינים לטיפול רפואי באופן ספציפי.²⁷³ עד כה, אין כל תיעוד של סכסוך משפטי או פניה לבית משפט בישראל בנושא של ניתוחים באינטרסקס. נראה שהעניין לא עורר עד כה סכסוכים ומחלוקות וכי ביצוע הניתוח מתאפשר בקלות תוך הנחה שההורים מוסמכים לקבל את ההחלטה בשם ילדיהם. לטענתנו, בהתאם לגישת ההשחיה (מורטוריום) נקודת המוצא בדיון בדבר הסכמה מדעת צריכה להיות הסכמתו של אדם בוגר המקבל החלטות בעצמו לגבי חייו-שלו בעוד שהסכמת הורים לניתוח בתינוקם צריכה להיות החרג 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.²⁷⁴ על מנת 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.

(3) 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 מעיקרון "טובת הילד" לעיקרון "זכויות הילד". בעוד ש"טובת הילד" מייצגת תפיסת עולם פרנטליסטית, "זכויות הילד" מבכרת הכרה ב"ילד" כיצור אוטונומי בעל זכויות ואינטרסים עצמאיים ומקורה בפילוסופיה וכתובה ליברלית.²⁷⁵ דיון זה מקבל משנה תוקף בענייננו, שכן אחת ההצדקות הנפוצות לביצוע ניתוח ל"תיקון" מין בילדות היא טובת הילד, כאשר חירויותיו הבסיסיות ואוטונומית הפרט שלו נדחקות לשולי הדיון.

בשנת 1991 נכנסה לתוקפה בישראל האמנה בדבר זכויות הילד²⁷⁶ והפכה למקור השראה פרשני לחקיקה. באמנה זו נזכרת זכותו של הילד לחופש ביטוי וכן הזכות להיות שותף פעיל בהכרעות הנוגעות אליו בהתאם למידת בגרותו.²⁷⁷ עקרון ההשתתפות הוא אחד החידושים המרכזיים שהביאה האמנה לעולם המשפט.²⁷⁸ באמנה נקבע כי מדינת "יבטיחו לילד המסוגל לחוות דעה משלו את הזכות להביע דעה כזו בחופשיות בכל עניין הנוגע לו, תוך מתן משקל ראוי לדעותיו,

²⁷³ ראו דיון ב"הסכמת קטינים לטיפול רפואי – הצורך בהסדרה ייחודית" בוועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו דו"ח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה 209 (2003) <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/6CB85B58-07BF-496E-A073-2CC87F9C67D4/0/HayeledVeamishpaha.pdf>.

השפעת הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט על תפיסת העומק של הפסיקה הישראלית "משפחה במשפט" ג' 67 (תשס"ט-תש"ע).

²⁷⁴ עדי ניב-גודה "היכולת לקבל הסכמה מדעת מקטינים מטופלים ובפרט מקטין הנוטה למות" הרפואה 146(1) 459 (2007).

²⁷⁵ תמר מורג "עשרים שנה אחרי: תפיסת זכויות הילד על פי האמנה בדבר זכויות הילד" זכויות הילד והמשפט הישראלי 15 (תמר מורג עורכת, 2010); יחיאל ש' קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" המשפט ז' 303, 308-311 (התשס"ב).

²⁷⁶ האמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989). (להלן: האמנה בדבר זכויות הילד).

²⁷⁷ סעיפים 12-13 לאמנה בדבר זכויות הילד, שם.

²⁷⁸ מורג, לעיל ה"ש. **Error! Bookmark not defined.**

בהתאם לגילו ולמידת בגרותו של הילד²⁷⁹. תכליתו של עקרון ההשתתפות היא הכרה בילדים כבני אדם שלמים, כפרטים אוטונומיים, כמי שמסוגלים לקדם החלטה טובה יותר בעניינם ובכבודם האנושי²⁸⁰. 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 משמעותי (אך לא בלעדי) בעת קבלת ההחלטה המשפטית²⁸¹. עקרון זה מתפרש לאור "עקרון הכשרים המתפתחים"²⁸² שבאמנה, אשר מאזן בין זכויותיו של הילד כפרט אוטונומי לבין הצורך שלו בהגנה בהתאם לגילו והתפתחותו. עקרון הכשרים המתפתחים אינו פוטר את המדינה מאחריותה לזכויותיו של הילד, אך קובע כי עליה להכיר בהן ולממש אותן תוך ביצוע התאמות בהתחשב בכשריו וביכולותיו²⁸³.

המגמה כיום, לאור השפעתה של התנועה להכרה בזכויות ילדים, הינה לאפשר לילדים להחליט עבור עצמם, תוך הגבלות מינימאליות על חירותו של הקטין. רק כאשר לא מתאפשר הדבר, יש להכריע עבורם בעניינם. דוגמא לניסיון מסוג זה משתקף במאמרה של ד"ר רונה שוז בו היא מבקשת להוסיף למודל עקרון טובת הילד חזקה הניתנת לסתירה, לפיה יש לכבד את זכות הילד לאוטונומיה, אלא אם הוכח באופן ברור שמימוש רצונו יפגע בו יותר מאי-מימוש, הצעה זו הופכת את רצון הקטין לברירת המחדל ובכך מחזקת את אוטונומיה הפרט שלו²⁸⁴.

ההכרה בזכויות הילד ובצורך לבצע התאמות בהתחשב בכשריו וביכולותיו תומכת אף היא בגישת ההשחיה הגורסת שיש לחכות עם החלטה בדבר ביצוע ניתוח עד לשלב שבו יכול האדם לקבל החלטות עבור עצמו. מתן משקל לרצון הקטין כברירת מחדל מצריך את השחיית 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 הפעולה המשפטי המרכזי הצופה פני עתיד הוא אפיק הרגולציה, כלומר הסדרה מאורגנת של הנושא על דרך של חקיקה או נהלים. אפיק פעולה הצופה פני עבר בעיקרו הינו אפיק הליטיגציה, כלומר התדיינות בבית משפט של מקרים פרטניים או קבוצתיים על בסיס פגיעות בזכויות משפטיות שבוצעו כלפי המתדיינים.

²⁷⁹ ס' 12 לאמנה בדבר זכויות הילד.

²⁸⁰ מורג, לעיל ה"ש 275, בעמ' 46.

²⁸¹ שם, בעמ' 47-49.

²⁸² ס' 5 לאמנה בדבר זכויות הילד.

²⁸³ מורג, לעיל ה"ש 275, עמ' 51.

²⁸⁴ רונה שוז "יחסי הגומלין בין זכויות הילד, טובת הילד וזכויות ההורים" **שערים למשפט** (1) 69, 71 (2005).

(1) רגולציה

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. יתרונותיה העיקריים של האסדרה הם בפוטנציאל הטמון בה לשינוי עומק מבני וכולל לאחר דיון ציבורי מעמיק הנערך תוך פרספקטיבה רחבה וכוללת המביאה לידי ביטוי מגוון נקודות מבט ומאפשרת את שיתוף הציבור ובכללו את ציבור האנשים אינטרסקס בתהליך. בדברים הבאים נבקש להציג מספר אפשרויות אסדרה עיקריות ובצידן מספר 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 ויטייח למגוון הסוגיות שעלו במאמר זה עד כה. כזכור, הוראות נוהל הניתוחים באינטרסקס נקבעו בשנת 1986, טרם חקיקת חוק זכויות החולה וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אולם הן לא עודכנו מאז. אין ספק שהיה מקום לשנותן זה מכבר בהתאם לשינויים שחלו מאז הוצאת הנוהל, ביניהם 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 ולממשק המתמשך של אדם אינטרסקס ומשפחתו עם מערכת הבריאות במהלך שנות ילדותו ובגרותו. דגש מרכזי יינתן לסוגית השיוך המיניגדרי וכן לסיוע ולליווי עבור אנשים אינטרסקס ומשפחותיהם. נוהל חדש יסדיר מחדש גם את סוגית ההסכמה מדעת לכל טיפול רפואי שינתן לאדם אינטרסקס ובכללו לאפשרות של טיפול ניתוחי שהוא טיפול חודרני ובלתי הפיך בעיקרו, כולל יצירתו של טופס הסכמה מדעת מתאים.²⁸⁵ יצירת נוהל מקיף אשר טופס הסכמה מדעת ייחודי בצידו תבטא את תשומת הלב הראויה לנושא ולמורכבותו. בצד שינוי הנוהל נדרשת כמובן פעילות הכשרה ושינוי עמדות בקרב אנשי הצוות הרפואי. אפשרות נוספת להסדרה כוללת מצויה כמובן **בחקיקה**. ארין לוייד, למשל, מציעה במאמרה נוסח של הצעת חוק להגנה על ילדים אינטרסקס.²⁸⁶ ההצעה מבקשת לעגן בחוק את העיקרון לפיו 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 גם שקילה של מגוון **אפיקי פיקוח ובקרה מובנים** כגון ועדות אתיקה ופיקוח שיפוטי באמצעות בתי משפט. אפשרות אחת טמונה בפעולתן של **ועדות**

²⁸⁵ 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 בעניין הסכמת החולה לטיפול רפואי לאור חוק זכויות החולה, לעיל ה"ש 269 וחוזר מנכ"ל משרד הבריאות בעניין "טפסי הסכמה מדעת", לעיל ה"ש 192). חוזר זה מפרט מהם הנושאים המצריכים יצרה של טופס הסכמה מפורט. לטענתנו, ראוי היה ליצור טופס הסכמה מסוג זה גם עבור נושא האינטרסקס.

²⁸⁶ 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, 191 (2005-2006).

אתיקה. כך, כריסטיין מנקל טוענת שהפיתרון הראוי לסוגיה טמון בוועדות האתיקה הפועלות בבתי החולים.²⁸⁷ לדידה, יש ליצור ועדת אתיקה מיוחדת לאינטרסקס שתאפשר להורי הקטין להתבטא בהרחבה ויינתן בה ייצוג למגוון הורים ואנשים אינטרסקס. וועדה זו תהווה ערכאת ייעוץ חובה לרופאים במקרים בהם נולד אינטרסקס. פרוטוקולי הוועדה יתועדו ויישמרו בתיק הרפואי של הקטין. בתום דיוני הוועדה, יוגשו המלצות לרופא, ובמידה שאין הסכמה, יתקיים דיון חוזר. אם עדיין לא תהייה הסכמה, העניין יעבור להתדיינות משפטית.

אפשרות אחת טמונה בפיתוח מסגרת של **פיקוח שיפוטי** מובנה באמצעות בית משפט על הליך השיוך המיניגדרי. כך, הצעת החקיקה של לוייד מציעה ליצור הליך שיפוטי שמטרתו היא לתת ביטוי מלא למצבו של הקטין, לרצונותיו, שאיפותיו וזכויותיו.²⁸⁸ גם אן תמר-מאטיס מציעה לערב את בית המשפט בהליך קבלת ההחלטות על מנת לשפר את הליך השיוך ולאפשר הגנה משפטית טובה יותר על ילודים אינטרסקס.²⁸⁹ תמר-מאטיס מכירה בחסרונות אפשריים לגישה זו, ביניהם החשש שבית-המשפט יהפוך לזירת התגוששות בין אנשים אינטרסקס לאנשי צוות רפואי וסוציאלי, אך מצביעה על כך שיתרונו המרכזי של מודל זה שהוא יוצר מסגרת קפדנית לשקילה ראויה של מכלול האינטרסים, תוך הדגשת האינטרסים של הילד.

(2) ליטיגציה

במקביל לאפיק אפיק ההתדיינות המשפטית נדמה לעיתים לאסטרטגיית פעולה פשוטה יותר אשר אינה מצריכה את הנעתן וגיוסן של מערכות שלטוניות מורכבות. אך הספרות מתחום המשפט וחברה מראה שאפשרות הליטיגציה בעיקר בתביעות של קבוצות מיעוט לוקה במספר חסרונות מבניים וכי רכיבים רבים משפיעים על סיכויי הצלחתן של תביעות אלו. ראשית, ההתדיינות המשפטית ממוקדת במקרה מסוים וכפופה לכללים משפטיים פורמאליים של רלוונטיות וההתיישנות וגם לכללי שיח המשפיעים על דרך הבנית הסיפור המשפטי ותרגומו של המקרה לקטגוריות משפטיות מוכרות.²⁹⁰ 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.²⁹¹ עוד קשיים קשורים בהמשגת התביעה, במתן שם לפגיעה ובקשיים הכרוכים לעיתים

²⁸⁷ ראו: Christine Muckle, *Giving a Voice to Intersexed Individuals Through Hospital Ethics Committees*, 2006 Wis L.Rev. 987, 1025-1033.

²⁸⁸ Lloyd, לעיל ה"ש 286, בעמ' 191.

²⁸⁹ ראו: Tamar-Mattis, לעיל ה"ש 5, בעמ' 79. מאטיס הינה פעילה בארגון AIC אשר פועל למען בחירה מודעת של אנשים אינטרסקס בארה"ב, ראו עוד באתר: www.aiclegal.org. תמר-מאטיס מתבססת על מעורבותם המוצלחת של בתי משפט בהליכים רפואיים אחרים המערבים אתגרים אתיים דומים, כגון תרומת איברים של ילדים או עיקור של 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 הילוד כגון הזכות לשלמות הגוף, לפרטיות ואף לפוריות.

²⁹⁰ ראו למשל: מיכל שטראי ורון שמיר "שוויון הזדמנויות בבית הדין לעבודה: לקראת סוציולוגיה של ההליך השיפוטי" **שנתון משפט העבודה** ו 287 (1996); גד ברזילי, "משפט" **אי/שוויון** 274 (אורי רם וניצה ברקוביץ', עורכים, 2004).

²⁹¹ הפסיקה בנושא מגוונת. מצד אחד, נקבע שכל שיטה רפואית נוהגת נתונה לביקורת שיפוטית (דני"א 7794/98 **רביד משה נ' דניס קליפורד פ"ד** נו(4) 721 (2003)). מצד שני, רופאים זוכים לרוב בהגנת המשפט כאשר פעלו בצורה סבירה

ביציאה מן הארון.²⁹² עם זאת, יש בתביעות אפליה ונזיקין פוטנציאל גם להעצמה אישית דרך האפשרות לספר את הסיפור בבית המשפט ועצם הפעולה לתיקון העוול שנעשה, וגלומה בהן הבטחה לשינוי חברתי דרך חשיפת הפרקטיקות הפסולות וההכרה בפגיעה.

ניסיונות שונים להגן על זכויות אנשים אינטרסקס דרך ליטגציה, 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 האינפורמציה ותמיכה נפשית, כאשר ההסכמה ניתנת במספר מועדים לאורך תקופת זמן ממושכת.²⁹³ בתי המשפט באוסטרליה קבעו כי כל טיפול המשפיע על קביעת מינו של קטין חייב להיעשות באישור בית המשפט (אף אם הקטין, הוריו והצוות הרפואי תמימי דעים בתמיכה בו), וכן כי אנשים אינטרסקס כשירים להינשא הן לגברים והן לנשים.²⁹⁴ פסיקות אלו התקבלו תוך התלבטויות עמוקות של השופטים, כמו גם הכרה שלהם בחוסר הודאות שבמסגרתה הם פוסקים.²⁹⁵

עד כה טרם הוגשה בישראל תביעה משפטית בנושא. לדעתנו ניתן 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 ניתן לטעון שלשון הנוהל ורוחו מנוגדות לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסותרות את הזכויות המוגנות במסגרתו, בהן חירותו של אדם לעצב את גורלו, הזכות לפרטיות והזכות לאוטונומיה, תוך הרחבה לגבי הפגיעה בזכות להסכמה מדעת והפגיעה בזכויות ילדים המוגנות במשפט הבינלאומי ובמשפט הפנים מדינתי.²⁹⁶ מבחינה מנהלית ניתן לטעון שהנוהל לוקה בחוסר סבירות קיצוני או שהוא מבטא מדיניות שאינה עומדת בכללי המידתיות המנהליים.²⁹⁷

דרך שנייה לתקיפת הנוהל היא באמצעות תביעות נזיקין אישיות אשר במוקדן תעמוד הפרת הזכות להסכמה מדעת. הפרת הזכות עשויה להצמיח עלת תביעה בגין תקיפה רפואית, רשלנות רפואית, עוולת הפרת חובה חקוקה או פגיעה באוטונומיה.²⁹⁸ 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 ישנם קווי דמיון ושוני.

לפי נורמת ההתנהגות שהיתה מקובלת בעולם הרפואה בעת הארוע (ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171 (1997); ע"א 4804/03 אליקים מרגליות נ' הסתדרות מדיצינית "הדסה" (10.5.2006, פורסם בנבו).

²⁹² ראו להלן, פרק ה.4. (2).

²⁹³ Greenberg, לעיל ה"ש 241, בעמ' 91-92.

²⁹⁴ שם, בעמ' 94-95.

²⁹⁵ שם, בעמ' 97-99.

²⁹⁶ בהתאם למסגרת הנורמטיבית שהוצגה לעיל, פרק ה.2.

²⁹⁷ דפנה ברק-ארוז, משפט מינהלי (2010).

²⁹⁸ כרמי, לעיל ה"ש 188, בעמ' 978; קרקו-אייל, לעיל ה"ש 188; חוזר מנכ"ל משרד הבריאות "הסכמת החולה לטיפול רפואי", לעיל לעיל ה"ש 269 (החוזר מציין כי חולה אשר נגרם לו נזק כתוצאה מטיפול שניתן בלא הסכמה מדעת, יוכל לתבוע את מטפלו בגין עוולת התקיפה והן בשל עוולת הפרת חובה חקוקה).

עולת התקיפה שמשה בעבר כאפיק התביעה המרכזי במקרים בהם לא ניתן למטופל/ת מלוא המידע אודות הסיכונים הכרוכים בהליך הרפואי.²⁹⁹ כיום השימוש בעולת התקיפה צומצם למקרים קיצוניים של אי מסירת מידע או של אי מתן הסכמה.³⁰⁰ נראה שנסיונות מחמירות אלו מתאימות יותר לתקופה בה הוסתר הטיפול גם מן ההורים. אפיק זה נותר אטרקטיבי גם כיום,³⁰¹ בעיקר משום שהתובע אינו נדרש להוכיח קיומו של נזק או קשר סיבתי.³⁰² מאז שנות התשעים הלך וגבר השימוש בעולת הרשלנות וכיום הוא מהווה 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 עבור אנשים 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 היה 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 עולת הפרת חובה חקוקה.³⁰³ יסוד החובה במסגרת העוולה מצוי בסעיף 13(ב) לחוק המטיל חובת גילוי מפורשת על מטפלים.³⁰⁴ גם כאן הוכחת יסודות העוולה כרוכה במורכבות הקשורה בכך שהטיפול ניתן בהתאם לפרקטיקה הרפואית המקובלת לשעתה. בכל מקרה, עד כה, לא ניתן פיצוי בנוזיקין בגין עילה זו בלבד.³⁰⁵ 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.³⁰⁶ במרכז עילה זו עומדת הפרת חובת הגילוי ומתן הסכמה מדעת בלא צורך בהוכחת קשר סיבתי בין ההפרה לנזק³⁰⁷ והיא מאפשרת גם פסיקת פיצוי כללי בלא הוכחת נזק ממשי.³⁰⁸ בכל מקרה, עד כה, הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה לא היה גבוה.³⁰⁹ לסיכום חלק זה, אפיקי הפעולה השונים טומנים בחובם אתגרים רבים. קידום רגולציה תלוי ביכולת הגיוס של קובעי מדיניות. אפיק הליטיגציה מושפע ממגבלות ההליך המשפטי ומידת

²⁹⁹ קרקו אייל, לעיל ה"ש 188, בעמ' 232.

³⁰⁰ לפירוט נסיבות אלו, ראו עניין דעקה, לעיל ה"ש 225, בעמ' 547; ע"א 6153/97 שטנדל נ' פרופ' שדה, פ"ד נו (4) 759, 746 (2002).

³⁰¹ חוזר מנכ"ל משרד הבריאות "הסכמת החולה לטיפול רפואי", לעיל לעיל ה"ש 269 (מתייחס לאפשרות התביעה בגין עילה זו).

³⁰² ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פס' 18 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 5.3.2012).

³⁰³ ראו קרקו אייל, לעיל ה"ש 188, בעמ' 484.

³⁰⁴ ע"א 434/94 ברמן נ' מור, פ"ד נא(4) 205 (1997).

³⁰⁵ למרות הקביעה העקרונית בדבר האפשרות לתבוע על הפרת חובת גילוי במסגרת הפרת חובה חקוקה לא נמצא עד כה בפסיקת בית המשפט העליון מקרה בו נקבע שהתקיימו יסודות העילה. העילה נדונה גם במספר פסקי דין של ערכאות נמוכות, אך הוכרה רק במקרים נדירים וגם אז לא כעילה עצמאית, אלא בצד עילות תביעה אחרות. ראו: ת.א. (י-ם) 17040/00 פלוני נ' בנט (24.1.2005), שם נפסק הפיצוי גם בגין ברשלנות ופגיעה באוטונומיה.

³⁰⁶ עניין דעקה, לעיל ה"ש 225, בעמ' 574.

³⁰⁷ שם, בעמ' 615.

³⁰⁸ שם, בעמ' 585. עם זאת, השימוש הגובר בעילה זו הביא מלומדים בתחום המשפט לקריאה לחזור ולעשות שימוש בעולת התקיפה. ראו: נילי קרקו-אייל "דוקטרינת 'ההסכמה מדעת' – עילת התביעה הראויה מקום שבו הופרה זכות המטופל לאוטונומיה" הפרקליט מט 181 (2006); אסף יעקב "גילוי נאות והסכמה מדעת" עיוני משפט לא 609 (2009).

³⁰⁹ ישנה מחלוקת בדבר היחס בין 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, 199-198 (התשס"ז) (הרואה בה ראש נזק עצמאי); השופט עמית בעניין קדוש, לעיל ה"ש 302, פס' 74 (הגורס כי מדובר בכפל פיצוי).

ההגנה המהותית שתינתן לפרקטיקה המקובלת בטיפול בא/נשים אינטרסקס. בחלק הבא נתייחס לתפקיד שהמשפט יכול לשמש בקידום זכויות של אנשים אינטרסקס ולאתגרים הקשורים במימוש זכויות ובייצוג של א/נשים אינטרסקס.

4. תפקיד המשפט – מעבר לגישת ההשהיה

(1) 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 היחידי בעל נפקות משפטית אשר מכיר בקיומם של אנשים אינטרסקס. עד כה דנו בצורך לרתום את המשפט לקידום גישת ההשהיה ולריסון כוחה של מערכת הבריאות. אך חשוב לציין כי בטווח האורך תפקידו של המשפט בהגנה על זכויות אנשים אינטרסקס הינו רחב יותר. חווית החיים של אנשים אינטרסקס אינה מתרכזת סביב שאלת הניתוח בלבד, אלא משתרעת על פני מכלול החיים בגוף ובמגדר הנחשבים לחריגים. על כן, תפקיד המשפט הוא בין היתר יצירת אקלים חברתי המאפשר לאנשים אינטרסקס לחיות באופן גלוי כאינטרסקס, בין אם נותחו ובין אם לאו.

המהלך החברתי-משפטי של הנכחת האנשים אינטרסקס והכרה בזכויותיהם צפוי לבוא לידי ביטוי בתחומי משפט רבים ומגוונים. בהקשר של מתן טיפול רפואי לאנשים אינטרסקס עולות שאלות הקשורות בהסכמה מדעת, פרטיות, זכויות חולים, תביעות רשלנות רפואית ומתן שירותי בריאות מתאימים. בנוסף, אנשים אינטרסקס עלולים להיתקל באפליה בתחומי חיים רבים, כגון בתעסוקה ובקבלת שירותים, כולל קבלת שירותי בריאות.³¹⁰ בדומה לאנשים טרנסגינדרים, א/נשים אינטרסקס שלא עברו שיוך מיניגדרי מובהק לאחד המגדרים עלולים לעמוד בפני מצבים מורכבים בעת השימוש במתקנים ושירותים שהם מופרדים לגברים ולנשים,³¹¹ או בעת השתתפות בתחרויות נפרדות לגברים ונשים.³¹² כך גם בעת רישום המין בתעודות מזהות, בטפסים, או בעת ביצוע ורישום טקסי נישואין.³¹³ בנוסף, אנשים אינטרסקס החיים בגלוי כאינטרסקס עלולים להיות חשופים יותר לפשעי שנאה ולגילויי השפלה ואלימות בשל היותם אינטרסקס.³¹⁴ שאלות אחרות עשויות להתעורר בהקשר של הפסקות הריון בשל אבחון שהעובר הוא אינטרסקס, טיפול בעוברים

³¹⁰ לטענת אפליה בתעסוקה, ראו Wilma Wood v. C.G. Studios, Inc. 63 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 677, 44 Empl. Prac. Dec. P 37,314.

³¹¹ Petra L. Doan, *The Tyranny of Gendered Spaces – Reflections from Beyond the Gender Dichotomy*, 17(5) GENDER, PLACE & CULTURE 635 (2010).

³¹² ראו המקרה של קסטר סמניה, האתלטית מדרא"פ: "הזוכה ב-800 מ' לנשים היא בעצם גבר!" Ynet (20.8.2009) <http://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(3) CULT. STUD. CRIT. METHOD. 243 (2011).

³¹³ ראו, למשל: Randi E. Frankle *Does a marriage Really Need Sex? A Critical Analysis of The Gender Restriction on Marriage*, 30 FORDHAM URBAN LAW JOURNAL 2007 (2003).

³¹⁴ Diana Courvant and Loree Cook-Daniels *Trans and Intersex Survivors of Domestic Violence: Defining Terms, Barriers, & Responsibilities* National Coalition Against Domestic Violence Survivor Project (2002).

אינטרסקס, ועוד.³¹⁵ בכל הזירות הללו נדרשת עמידתו של המשפט על חירויותיהם וזכויותיהם של אנשים אינטרסקס, תוך קבלת המגוון המיניגדרי הקיים בעולם ומתן דגש על תיקון החברה.

(2) חסמים במימוש זכויות ואתגרים בייצוג

הזירה המשפטית הינה זירה חשובה, אם כי לא בהכרח החשובה ביותר, במאבקם של אנשים אינטרסקס לקידום מעמדם החברתי ולהכרה בזכויותיהם. אך מכשולים רבים עומדים בפני הגשת תביעה או מהלך של סנגור לצורך שינוי מדיניות. תהליכי ההבשלה וההתגבשות של סכסוכים אלו והגעתם לכדי תביעה או דרישה של זכויות כרוכים בהתגברות על חסמים הקשורים בעצם המשגת חווית הפגיעה (naming) ומושפעים מהסטיגמה וההסתרה הקשורות באינטרסקס וממעמדם החברתי הנמוך של אנשים אינטרסקס.³¹⁶ בנוסף, משום שהזהות האינטרסקסואלית מוכחשת היא נעדרת מהשיח הציבורי והמשפטי והכלים המשפטיים להמשגת הפגיעות באנשים אינטרסקס מוגבלים. ההכרה המשפטית שהפגיעה הנחווית היא פגיעה בת פיצוי מצריכה שינוי חברתי-תרבותי-אידיאולוגי, שכן פעמים רבות אף היא תוצר של האידיאולוגיה השולטת בכיפה ושל המוסכמות החברתיות.³¹⁷

יתרה מכך, גם אנשים אשר צולחים את מחסום הידיעה לגבי היותם אנשים אינטרסקס ואת מחסום זיהוי הפגיעה נאלצים לאזור כוחות רבים על מנת לפורר את חומות הסודיות והבושה שליוו את מצבם ו"לצאת מארון האינטרסקס" על מנת לדרוש את תיקון העוול שחו. אנשים אינטרסקס רבים מעדיפים שלא להיחשף.³¹⁸ על פי איב קוסופסקי סדג'וויק, "הארון" או "משטר הסוד הגלוי" הן מטאפורות שנועדו לתאר מציאות שבה פרטים מעצבים את חייהם באמצעות הסתרה.³¹⁹ למעשה, היותו של הסוד גלוי מייצר טווח התנהלות מלאכותי שבין הכרה ואי הכרה.³²⁰ תיאור זה הולם גם את מציאות חייהם של אנשים אינטרסקס החיים במעטה סודיות מאולץ משום שזהותם היא ספק גלויה ספק סמויה. העובדה שרבים מעדיפים שלא להיחשף מותירה אותם בבדידות, מקשה עליהם להתאגד ולדרוש הכרה וזכויות קבוצה בעלת צרכים. אך גם ההתאגדות והמאבק המשפטי אינם מבטיחים הצלחה, שכן גם המשפט עצמו כבול בקונבנציות חברתיות מסורתיות ועשוי להימנע ממתן סעד לאנשים אינטרסקס בתביעותיהם.³²¹

³¹⁵ השילוני-דולב, לעיל ה"ש 106; Sagi ואח', לעיל ה"ש 106; Holmes, לעיל ה"ש 81.
³¹⁶ ויליאם ל"פ פלסטינר, 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).
³¹⁷ פלסטינר ואח', לעיל ה"ש 316, בעמ' 25.

³¹⁸ Nadia Guidotto "Monsters in the Closet: Biopolitics and Intersexuality" 4 WAGADU 48, 58 (2007).
 ניתן לקרוא מרשמיו של אקטיביסט המפעיל קבוצות תמיכה לאינטרסקס המתאר את מצוקותיהם באתר הבא:
http://www.mrkx.org/Intersex_and_Community.pdf

³¹⁹ STEVEN SEIDMAN, BEYOND THE CLOSET: THE TRANSFORMATION OF GAY AND LESBIAN LIFE (2003).
³²⁰ איב קוסופסקי סדג'וויק "האפיסטמולוגיה של הארון" **תיאוריה וביקורת** 37 284 (2010).

³²¹ גרוס, לעיל ה"ש 65. גרוס טוען במאמרו 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 איברי הרבייה של אלקובי, הגזים בתיאורי הטרנסג'נדריות כמעוררת צורך להגן מפניה וקבע גבולות נוקשים מדי ליכולתו של אדם לקבוע את המגדר אליו הוא משתייך.

משימתם של משפטנים העובדים עם האנשים אינטרסקס הבודדים 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 אנשים 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,³²² והן בשל הצורך הספציפי בהקשבה לאנשים אינטרסקס אשר סובלים מהדרה והשתקה שיטתית לאורך שנים. כמו אנשים עם מוגבלויות אשר אמצו את הסיסמא *Nothing About Us Without Us* הקוראת לתת להם לקחת חלק בתהליכי קבלת החלטות הנוגעים להם,³²³ גם אנשים אינטרסקס מבקשים ליטול חלק פעיל בעיצוב מדיניות ובקבלת החלטות פרטניות ולהשפיע על האופן שבו הם מיוצגים.³²⁴

לשיתוף פעולה אמיתי של אנשים אינטרסקס בייצוג על כל שלביו יש סיכויים להשפיע על השיח החברתי-משפטי ביחס לאינטרסקס ולתרום לפיתוח הגישה הביקורתית כלפי אינטרסקס הרואה באינטרסקס תוצר של הבניה חברתית ואשר מבקשת לראות באינטרסקס ביטוי למגוון האנושי הקיים בעולם המכיל ריבוי של צורות גוף ושל זהויות מיניגדריות.³²⁵ שיתוף כזה יסייע בהסטת מוקד הדיון מ"תיקון הפרט" ל"תיקון החברה" – כלומר מהשקעת משאבים ומאמצים בנרמול האינטרסקס לחשיבה כיצד ניתן לשנות את פני החברה כך שתהיה פתוחה ומכלילה ותאפשר חיים גלויים כאינטרסקס ללא בושה וללא חשש מאפליה או פגיעה בזכויות.

סיכום

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

המאמר תורם להעצמה המשפטית של קהילת האינטרסקס על ידי מתן שם משפטי לפגיעה בזכויות של חברה וסיוע באיתור האחראים לפגיעה זו. קהילת האינטרסקס היא קהילה מוחלשת ומושתקת. אנשים אינטרסקס מנותקים זה מזה, חיים חיי פחד ובושה, ובמקרים רבים נשללת

³²² נטע זיו "עריכת-דין למען מטרה ציבורית – מיהו הציבור? מהי המטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצות-מיעוט בישראל" **משפט וממשל** 1 (2001).

³²³ JAMES I. CHARLTON, NOTHING ABOUT US WITHOUT US – DISABILITY OPPRESSION AND EMPOWERMENT (2000).

³²⁴ Chase, לעיל ה"ש 48.

³²⁵ לטענות מקבילות מתחום הגישה הביקורתית למוגבלות, ראו מור, לעיל ה"ש 84, בעמ' 102 – 110.

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 לעיתים מעדיפות שלא לפנות לעשייה פוליטית או משפטית, מפחד שחשיפה פומבית תפגע בהן. שאיפתנו היא שמאמר זה ייתן כלים למאבק בידי אנשים אינטרסקס שבחרו בדרך האקטיביזם ובידי המשפטנים העובדים עמם וסייע בהרחבת מעגל האקטיביזם ובהסרת מעטה הבושה. תקוותנו היא שחשיפת הפגמים שבנוהל תתרום לתיקונו או ביטולו ותניב שינויים מרחיקי לכת במצב זכויותיה של הקהילה האינטרסקסואלית.