

דין זה שאינו אחד: על א/נשים אינטרסקס והמשפט הישראלי

מאת

שגית מור, מעין סודאי ואור שי*

א. מבוא

מעמדם החברתי-משפטי של א/נשים אינטרסקס כיום הוא של "נוכחים-נפקדים" – "אלה שאינם ובעצם ישנם"¹. א/נשים אינטרסקס הם קבוצה חברתית כה מוחלשת, קטגוריה פוליטית כה מושחזקת, עד שרוב הא/נשים החיים בחברה הישראלית כיום אינם יודעים במה ובמי מדובר; רובם אף לא נתקלו במושג עד כה. יתרה מכך, א/נשים אינטרסקס רבים החיים בישראל אינם יודעים שהם אינטרסקס.² מבחינה פיזיולוגית, א/נשים אינטרסקס הם "א/נשים שנולדו עם חוסר בהירות מינית, כלומר עם אנטומיה שאינה זכרית במובהק ואינה נקבית במובהק", שעשויה להתבטא בדרכים שונות, כגון "חוסר התאמה בין אברי המין החיצוניים למערכת הרבייה הפנימית, חוסר התאמה בין המין החיצוני למין הכרומוזומלי, וכן וריאציות אנטומיות מגוונות אחרות, השונות מכפי שמקובל לראות בחברה".³

* שגית מור היא מרצה בכירה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. מעין סודאי היא תלמידת דוקטורט במשפטים באוניברסיטת הרווארד. אור שי הוא עורך דין ותלמיד לתואר שני במשפטים באוניברסיטת תל-אביב. הפרק נכתב במשותף, סדר הכותבים הוא על פי סדר הא"ב. הפרק מבוסס בחלקו על מאמר קודם שפרסמנו בנושא: שגית מור, מעין סודאי ואור שי "מהכחשה להנכחה: ביקורת נוהל ניתוחים באינטרסקס" משפטים מד 89 (2013). תודתנו נתונה לחברי המערכת על הערותיהם המצוינות ועל עבודתם היסודית. תודה מיוחדת נתונה לסוזן שלימדה אותנו על אינטרסקס ואקטיביזם.

1 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.

2 מור, סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, בעמ' 91; לימור מעודד דנון איזה מין גוף? ההשפעות של תהליך המינגוף על חייהם של אינטרסקסואלים (2014). ספר זה מבוסס על עבודת הדוקטורט של מעודד דנון: "אינטרסקסואליות ותהליך המינגוף": הפרדוקס של "מין" בגוף 12–16 (מחקר לשם מילוי חלקי של הדרישות לקבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בן-גוריון בנגב – המחלקה לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה, 2011).

3 מור, סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, בעמ' 91. ראו גם 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 Anne Tamar-Mattis, ; (Dreger, *A History of Intersexuality*: (להלן: (Alice Domurat Dreger ed., 1999) *Exceptions to the Rule: Curing the Law's Failure to Protect Intersex Infants*, 21 *BERKELEY J. GENDER L. & JUST.* 59 (2006).

התגובה החברתית-רפואית המקובלת לא/נשים אינטרסקס הייתה עד לאחרונה, ועודנה במקומות רבים, "תיקון" השונות הפיזיולוגית באמצעים רפואיים הכוללים ניתוחים וטיפולים הורמונליים ואחרים שמתרתם לשייך את האדם אינטרסקס מוקדם ככל שניתן לאחד משני המינים המקובלים בחברה: זכר ונקבה.⁴ לרוב מדובר בביצוע ההליך הרפואי בשלב מוקדם בילדות, לעתים קרובות בסמוך לאחר הלידה. תוצאת הגישה הרפואית-הניתוחית הרווחת הייתה השתקת הנושא כמו גם העלמתם של א/נשים אינטרסקס מהזירה החברתית ופגיעה בזכותם לבחור את זהותם המגדרית בבגרותם. על גישה זו נמתחת ביקורת נוקבת בעשורים האחרונים מצד א/נשים אינטרסקס המבקשים לערער על יעילותם הרפואית ועל תועלתם הבריאותית של הטיפולים שעברו, ולחשוף את ההטיות החברתיות אשר מבקשות לשמר את הבינריות המגדרית שעליה בנויה החברה.

הדיון בזכויות א/נשים אינטרסקס מתמקד לרוב בילדים אינטרסקס ובזכויותיהם במערכת הבריאות. בפרק זה נבקש לפרוס יריעה רחבה יותר של זכויות הרלוונטיות הן לא/נשים אינטרסקס בוגרים והן לקטינים. הזכות לעצב את גורלך ולספר את סיפור חיך – שממנה נגזרת הזכות למימוש מגדרי – הזכות לבריאות וסוגיית רישום המין, שבהן נעסוק, רלוונטיות הן לקטינים והן לבוגרים, בהתאמות המתבקשות. תשומת הלב לא/נשים אינטרסקס בוגרים נובעת מתפיסתנו שלפיה הניסיון להעלים את הא/נשים אינטרסקס לא צלח, והיא קשורה גם בתקוותנו שבעתיד ניסיון זה ייחלש ואף ייעלם. במוקד הפרק לא יעמדו ביקורת על הגישה הרפואית-ניתוחית או ביקורת על נוהל משרד הבריאות לטיפול בא/נשים אינטרסקס; בכך דנו במקום אחר,⁵ שם עמדנו על הצורך בשינוי הגישה הרפואית לא/נשים אינטרסקס וביצירת נוהל מתקדם שימנע את ביצועם של ניתוחים מיותרים, יעניק ליווי לא/נשים ולבני משפחותיהם/ן ויקדם תפיסות של מגוון אנושי ומיניגדרי⁶ בקרב אנשי מקצועות הבריאות והרווחה. נוהל חדש ברוח זו נמצא בימים אלה בתהליך עבודה, ואנו תקווה כי יפורסם בקרוב.⁷ אך חשוב להכיר בכך שככל שיותר א/נשים אינטרסקס יכירו בגופנותם ובוהותם ככאלו ויזדהו עמן, הם יהפכו להיות נראים. אך ככל שיהיו נראים יותר, גם הדעות הקדומות כלפיהם והפרת זכויותיהם וחירותם ייפכו גלויות יותר. וככל שהפגיעה בזכויותיהם ובחירותם תהיה גלויה יותר, כך תתבקש מערכת המשפט לספק סעדים ותרופות וליצור הסדרים משפטיים שיפצו על אותן הפרות או ימנעו את התרחשותן. פרק זה מבקש להתוות מסגרת לדיון בסוגיות עתידיות אלו.

4 גישה זו מקבילה לגישה המסורתית ביחס לא/נשים טרנסג'נדרים, שלפיה שינוי מין חייב להיות שינוי "מלא", לזהות מינית ברורה וחד משמעית. ראו יעל סיני וועדה תקבע אם אני גבר או אישה? מדיניות כלפי חצייה מגדרית וסובייקטיביות טרנסג'נדרית בוועדה לשינוי מין בתל השומר (עבודת גמר לתואר "מוסמך אוניברסיטה", אוניברסיטת תל-אביב – החוג לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה, 2013); עידו קטרי "על צומת דרכים: מפגשה של הקהילה הטרנסית עם מערכת המשפט" בספר זה.

5 מור, סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית.
6 המושג מיניגדר הוצע על ידנו במאמר קודם כ"מושג שמשלב בתוכו רכיבים של מין, מגדר ומיניות וממחיש את הקשרים ההדוקים הקיימים בין שלושת המושגים, אשר באים לידי ביטוי מרבי בסוגיית האינטרסקס. בדרך כלל מדובר בתחום על שיוך מגדרי או שיוך מיני, אך לטעמנו שאלת השיוך המגדרי של א/נשים אינטרסקס קשורה בטבורה גם בהיבטים של שיוך מיני וכוללת בתוכה ציפיות בנוגע לזהות המינית של האדם". שם, בעמ' 93–94.

7 בשנת 2013 הוקמה ועדה במשרד הבריאות לבחינה מחדש של נוהל הניתוחים באינטרסקס. בין חברי הוועדה נציגים מפרויקט האינטרסקס שצמח במסגרת התכנית "נשים חונכות לזכויות" בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה בשיתוף עם איתן-מעכי. לדיון בנוהל החדש ראו להלן תת-פרק ב.3(ב)(2).

הפרק מבקש להציג כמה סוגיות רלוונטיות לזכויות א/נשים אינטרסקס. סוגיות אלה עשויות להיראות עתידניות, אך למעשה הן כבר מתדפקות על דלתנו. אנו ננסה לספק מסגרת נורמטיבית להתמודדות עם סוגיות אלו – הן עבור המחוקקים, קובעי המדיניות ובתי המשפט והן עבור א/נשים אינטרסקס המבקשים להיאבק על זכויותיהם. הפרק יתמקד בזכויותיהם של א/נשים אינטרסקס בשלוש סוגיות מרכזיות: זכות העל החוקתית של בני האדם בכלל, ושל א/נשים אינטרסקס בפרט, לספר את סיפור חייהם ולעצב את גורלם. לדעתנו, זכות זו צריכה להדריך כל דיון ספציפי הנוגע לאינטרסקס וכן סוגיות הנוגעות לזכויות במערכת הבריאות ולרישום המין בתעודות רשמיות.

הסוגיות הנדונות בפרק זה מקבילות במידה רבה לסוגיות המצויות על סדר היום של הקהילה הטרונסית.⁸ לכן בהקשרים רבים הדיון באינטרסקס או בטרנס צריך להיות משולב, או לפחות מודע לקווי הדמיון והשוני בין הקבוצות ולפוטנציאל ההפריה ההדדית ביניהן הן במישור התאורטי והן במישור המעשי – ביצירת קואליציות ובפיתוח כלים משפטיים למאבק בדיכוי שקהילות אלה חוות. הקשר ההדוק בין זכויות א/נשים אינטרסקס ובין זכויות א/נשים טרנס קשור גם במיקום שתי הסוגיות בהקשר הרחב יותר של זכויות להט"ב.

החיבור בין סוגיות של אינטרסקס וטרנס, כמו גם עצם מיקום הדיון בספר העוסק בזכויות להט"ב, מצריכים דיון מקדמי בדבר מיקומן של זכויות א/נשים אינטרסקס במרחב הזכויות הלהט"ב/ להטבא"ק. א/נשים אינטרסקס מוסיפים עוד גוון למגוון ועוד ציר זהות למרחב הזהויות הלהט"ב. אך אין זו תרומתם היחידה. ככל שנעמיק לחקור ולהבין את יחס החברה כלפי א/נשים אינטרסקס ואת האתגרים שעמם הם מתמודדים, כך נגלה שיש לא/נשים אינטרסקס תרומה חשובה לפיתוח התאוריה הקווירית והשיח הלהט"ב ולמורכבויות הגלומות בהם. נקדיש אפוא כמה מילים למיקומם של א/נשים אינטרסקס במרחב זה.

תולדות המאבק של הקהילה הגאה להכרה, לחופש, לשוויון זכויות, לשחרור מדיכוי, לביטוי עצמי ולהגדרה עצמית לוור תמיד במתחים פנימיים בין מרכיביה השונים של הקהילה. מתחים אלה נובעים מהיותה קהילה מגוונת הן מבחינת מרחב הזהויות המיניות והמגדריות שבתוכה והן מבחינת מבחן העמדות של החברות והחברים בה בנוגע לנושאים העומדים על סדר היום. מתחים אלה הובילו את הקהילה להתמודד עם סוגיות של הכללה והדרה פנימית (בתוך הקהילה) וחיצונית (בין הקהילה לסביבה) וכן עם ההשפעות ההדריות שבין השניים. שמה של הקהילה משקף מאבקים וניסיונות אלו.⁹ כך, הביטוי "הקהילה ההומוסבית" מבטא את החיבור המורכב שבין הומואים ללסביות בניסיון למצוא את המשותף ולהכיר בשונה. הביטוי "הקהילה הלהט"בית" (LGBT) כולל מגוון רחב יותר של קטגוריות חברתיות ומבטא הכרה במקומם של א/נשים טרנסג'נדרים ובי/פאן-סקסואלים בתוך הקהילה. על גישה זו נמתחת ביקורת בעיקר מכיוון התאוריה הקווירית. זו נמנעת מלהצביע על קטגוריות יציבות כלשהן ומעדיפה את הקוויריות או הג'נדר-קוויריות כדרך לבטא את המגוון הרחב הקיים בקהילה ולהתנגד לנטייה החברתית המקובלת לשייך א/נשים לקטגוריות. עם זאת, ישנם בקרב הקהילה א/נשים המזדהים עם הקטגוריות המוכרות של זהות/נטייה/העדפה מינית, אם כעניין של זהות

8 ראו קטרי, לעיל ה"ש 4; אייל גרוס "הטרונורמטיביות כבעיה בריאותית: על הזכות לבריאות של להט"ב" בספר זה (להלן: גרוס "הטרונורמטיביות כבעיה בריאותית").

9 ראו אייל גרוס "הפוליטיקה של זכויות להט"ב: בין (הומו) נורמטיביות ו(הומו) לאומיות לפוליטיקה קווירית" מעשי משפט ה' 101, 116–117 (2013) (להלן: גרוס "הפוליטיקה של זכויות להט"ב").

מובחנת ואם כעניין אסטרטגי לצורך מאבקים פוליטיים.¹⁰ הביטוי להטב"ק (LGBTQ) מבטא מבחר עמדות וזהויות זה ומעיד על המתחים ביניהן כמו גם על האפשרויות לבניית קואליציות אסטרטגיות.¹¹ בצד זאת, "מרק האלפבית", כפי שתואר על ידי אייל גרוס, עשוי להיתפס גם כמביס את עצמו משום שהוא עצמו מעיד על חוסר האפשרות להכיל את כל מגוון הזהויות ויותר מכך – משום שהוא "מעקר את הרעיון הקוויירי מתוכנו כרעיון 'אנטי-זהותני'" ומאבד את הערך הביקורתי שיש ברעיון הקוויירי, בעיקר כשהוא מנכס את האות "ק" כמייצגת זהות נוספת במארג.¹²

פרק זה משתלב במהלך מכליל נוסף שהחל להתרחש בקהילה הלהט"בית ואף הוא בא לידי ביטוי בפוליטיקת השמות וזהויות המלווה אותה: הכללת א/נשים אינטרסקס במרחב הלהט"בי הובילה חלק מהפעילים בקהילה לאמץ את הכינוי להטבא"ק (LGBTQI) כדרך לציין את מחויבותה של הקהילה למאבק נגד דיכויים המיניגדרי ולמען זכויותיהם של א/נשים אינטרסקס ועל מנת להמחיש את פתיחותה לא/נשים אינטרסקס. ואכן, הקהילה הגאה הייתה הראשונה לאמץ את הא/נשים אינטרסקס לקרבה ולהזדהות עם מאבקים.¹³ עם זאת, מדובר במאבק שאינו מוכר דיו לציבור הרחב, כמו גם לחברי הקהילה ולא/נשים אינטרסקס עצמם. בפרק זה נבקש להרחיב היכרות זו ואגב כך להצביע על הקווים המשותפים למאבקם של א/נשים אינטרסקס ולמאבקי הקהילה הגאה.¹⁴ למעשה, רבות מהסוגיות שבהן עוסקים פרקי ספר זה רלוונטיות גם לא/נשים אינטרסקס, בעיקר ככל שיצאו מהארון ויפתחו זהות פוליטית כקבוצה וכתנועה חברתית. במהלך הפרק כולו יתבהר הקשר בין המאבקים השונים. בעיקר יעלה המשותף עם מאבקה של קהילת הטרונסג'נדר. שתי הקהילות מאתגרות בצורה חזיתית את הנחת הבינריות המגדרית ומצריכות חשיבה משותפת על הרחבת ההכרה במגוון המיניגדרי הקיים. מטרתנו היא לתת כלים משפטיים לקידום השינוי החברתי והמשפטי בתחום.

בחלק השני נסקור בקצרה את ההיסטוריה של מאבק האינטרסקס על מנת לבסס את המשך הטענות שיוצגו בפרק. הפרק יסביר את המורכבות הכרוכה בשיוך המיניגדרי ובמסגרתו נסקור את ההיסטוריה של שיוך זה ואת הביקורת על כך שהוא הופקד בידי מקצוע הרפואה. לאחר מכן יוצגו כיווני חשיבה עכשוויים, שהם תוצר של מאבקי הקהילה, המציגים חלופות לגישה הרפואית-ניתוחית לאינטרסקס. ביניהם בחרנו להציג את המודל האתי של אוזאר, ואת גישת ההשהיה שהיא הגישה

- 10 לשימוש אסטרטגי בזהות ראו מיכל טמיר "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות" הפרקליט מה 94 (2000). לביקורת על תפיסה זו ראו חגי קלעי "אלעד רוט לא הומו: התיאוריה הקוויירית בפרקטיקה המשפטית" מעשי משפט ד 167, 170–171 (2011).
- 11 יש המוסיפים Q נוסף המייצג את ה-Questioning, הם התוהים והמתלבטים בדבר זהותם ושייכותם המינית והמגדרית. לא מצאנו לכך מקבילה בעברית.
- 12 גרוס "הפוליטיקה של זכויות להט"ב", לעיל ה"ש 9, בעמ' 117.
- 13 JUDITH BUTLER, UNDOING GENDER 6 (2004); Lain Morland, *Introduction: Lessons from the Octopus*, 15 GLQ: A JOURNAL OF LESBIAN AND GAY STUDIES 191 (2009); David A. Rubin, "An Unnamed Blank That Craved a Name": A Genealogy of Intersex as Gender, 37 SIGNS: J. WOMEN IN CULTURE AND SOCIETY 883 (2012).
- 14 עם זאת יש להכיר בכך שלא כל הא/נשים אינטרסקס מקשרים את מאבקם למאבק מגדרי או מיני. חלקם מאפיינים אותו כמאבק על אוטונומיה גופנית. ניתן לחבר כיוון זה גם לביקורת המוגבלות שהוצעה על ידנו כבעלת תרומה משמעותית במאמר קודם. ראו מור, סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, בעמ' 105–107. ביקורת זו שמה במרכזה את "עריצות הגוף התקני ומוסיפה בכך עוד רוברד לביקורת הקוויירית. כמו כן הדיון בגוף פותח אפשרות לדיון שהוא אנטי-זהותני.

המעשית המועדפת כיום על ידי ארגונים של א/נשים אינטרסקס. לסיום פרק זה נציג את ההתפתחויות שחלו בישראל בעשור האחרון, הן מבחינת המודעות לאינטרסקס והן מבחינת האקטיביזם המקומי של א/נשים אינטרסקס. בחלקים הבאים נדון בשלוש סוגיות מרכזיות לקידומן של זכויות א/נשים אינטרסקס. הראשונה שבהן תידון בחלק השלישי, העוסק בזכות לאוטונומיה, היא הזכות לספר את סיפור חיך ולעצב את גורלך. לטענתנו, זכות זו היא המרכזית ביותר לצורך ההגנה על זכויות א/נשים אינטרסקס, והיא קשורה קשר הדוק במאבק לקיומו של מגוון מיניגדרי ושוויון מיניגדרי. בחלק הרביעי נעסוק בזכות לבריאות על ביטוייה השונים במערכת הבריאות. זכות זו היא מרכזית לחייהם של א/נשים אינטרסקס בשל הממשק ההדוק והמתמשך בינם לבין מערכת הבריאות. נתמקד בשלוש סוגיות מבין אלו הרלוונטיות: פגיעה בבריאות הפרט, פגיעה בפרטיות ובצנעת הגוף וקבלת מידע רפואי. כמו כן נסקור בקצרה את ההתפתחויות הבין-לאומיות שהתרחשו לאחרונה בתחום. בחלק החמישי נדון בסוגיית רישום המין בתעודות רשמיות ובהשלכותיה, סוגיה שלה קראנו "מין מנהלי". סוגיה זו מעוררת עניין רב בשנים האחרונות, והיא מבטאת את הקשיים הרבים הכרוכים בהרחבת המנעד של זהויות במרחב המיניגדרי ה"מוכר" או ה"רשמי", כולל ההתלבטויות שסוגיית ההכרה ב"מין שלישי" מעוררת, מצד אחד, והמורכבויות הטמונות באפשרות של ביטול הקטגוריה של "מין" בתעודות רשמיות, מן הצד האחר.¹⁵

ב. היסטוריה של מאבק

1. שיוך מיניגדרי: סקירה היסטורית

לאורך ההיסטוריה ננקטו מגוון רחב של שיטות לשייכוּם המגדרי והמיני של א/נשים אינטרסקס. בעבר הרחוק הוטלה מלאכת הסיווג לזכר או נקבה על אנשי דת או פולחן.¹⁶ מאז המאה ה-19 הופקדו הרופאים על מלאכה זו, לפי המידע הרפואי הזמין והעמדות החברתיות המשתנות בכל תקופה, המושפעות מגורמים שונים ובהם גישות למגדר, למיניות ולמוגבלות. בסוף המאה ה-20 קמה תנועת ההתנגדות של א/נשים אינטרסקס המובילה תהליך שינוי נוסף שכיוונו הוא יתר פתיחות וסובלנות וקבלה של המגוון המיניגדרי הקיים בעולם. אך היחס ההיסטורי לאינטרסקס מלווה את הדיונים והמחלוקות בנושא עד היום, גם בקרב הממסד הרפואי.¹⁷ דוגמה לכך ניתן למצוא אצל וורן ובהאטיה,

15 ראו גם קטרי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 765.

16 להרחבה בעניין השקפת הדתות המונותאיסטיות על האינטרסקסואליות: אברהם שטינברג "שינוי מין באנדרוגינוס" ספר אסיא: מאמרים, תמציות וסקירות בענייני רפואה והלכה א 142 (1976); Marianne Schleicher, *Construction of Sex and Gender: Attending to Androgynes and Tumtumim Through Jewish Scriptural Use*, 25 LITERATURE AND THEOLOGY 422 (2011); Susannah Cornwall, *Ratum et Consummatum: Refiguring Non-Penetrative Sexual Activity Theologically, in Light of Intersex Conditions*, 16 THEOLOGY & SEXUALITY 77 (2010); Joseph A. Marchal, *Bodies Bound for Circumcision and Baptism: An Intersex Critique and the Interpretation of Galatians*, 16 THEOLOGY & SEXUALITY 163 (2010); Rusmir Music, *Queer Visions of Islam* 37–43 (Thesis, New York University, 2003), <http://www.blackandpink.org/wp-content/uploads/Queer-Visions-of-Islam.pdf>

17 Alice Domurat Dreger, "Ambiguous Sex" or Ambivalent Medicine? – Ethical Issues in the Treatment of Intersexuality, 28 THE HASTINGS CENTER REP 24 (1998)

צמד אנדוקרינולוגים אשר הקדישו זמן רב לטיפול ולניתוחים בקטינים אינטרסקס.¹⁸ וורן ובהאטיה מבקרים את אופן בחירת המגדר על פי גודל הפאלוס, שהיה מקובל בעולם הרפואי בעת שהיו סטודנטים לרפואה. במקומו, הם מציגים מודל חדש יותר של בחירת מין, ולפיו יש לנתח קטינים אינטרסקס בינקותם אל המין שבו יהיה להם הסיכוי הגבוה ביותר לפוריות ולרבייה תקינה.¹⁹ דא עקא, בעת שטיפלו בקטינים אינטרסקס בצפון הודו, מתארים וורן ובהאטיה את התנגדותם של בני משפחותיהם של אותם קטינים לעמדתם הרפואית ה"אובייקטיבית". לתסכולם של וורן ובהאטיה, הם גילו שוב ושוב כי המשפחות המקומיות מעוניינות שהרך הנולד ישויך למגדר הגברי, בלא קשר למצבו הפיזיולוגי. נימוקהן של המשפחות היו חברתיים ותרבותיים במהותם. אם הקטין יגדל להיות גבר, יהיה לו סיכוי להינשא ולמצוא עבודה אף אם לא יוכל להביא ילדים. אך אם ישויך למגדר הנשי, היותה אינטרסקס יפגע באפשרותה להינשא, וחמור מכך – אם הטיפולים הרפואיים לא יצלחו והיא לא תוכל להביא ילדים, לא יהיו עבורה דרכים לקיום עצמאי, והיא תיותר תלויה במשפחתה. וורן ובהאטיה רואים בנימוקים אלו סממנים להיותה של הודו "מדינה מפגרת", אך מגלים כלפיהם הבנה, ומציינים כי המשפחות כמעט תמיד אומרות דבר מה בנוסח "דוקטור, אנחנו נצטרך לגדל את התינוק בחברה שלנו, לא בשלך".²⁰

נקודת החולשה בגישתם של וורן ובהאטיה, בדומה לרבים מעמיתיהם, טמונה בחוסר יכולתם להבין שהשיח הרפואי בנושא א/נשים אינטרסקס מובנה חברתית. למעשה, עצם המדיקליזציה של האינטרסקסואליות והצגתה כבעיה רפואית, נטועים עמוק בהיסטוריה ובהנחות היסוד של התרבות המערבית. כאמור, משך שנים ארוכות, מי שהיה אמון על סיווגו של האדם האינטרסקס בחברה המערבית ל"גבר" או "אישה", היה הכומר הנוצרי.²¹ בהמשך, במחצית השנייה של המאה ה-19, עברה עיקר האחריות לסיווגו המגדרי של האדם לידי הרופא. דרגר מכנה תקופה זו "עידן הגונדוּת", שבו תשובתה של הרפואה לשאלת מינו ה"אמיתי" של האדם האינטרסקס הייתה טמונה בגונדוּתו – אדם בעל שחלות נחשב "אישה", ואדם בעל אשכים נחשב "גבר", והכול במנותק מתחושתו הסובייקטיבית וממאפייני המין הנוספים שלו.²² למעשה, הממסד הרפואי היה כה משוכנע בתאוריית הגונדוּת, עד כי דיווח על מערכות יחסים "הומוסקסואליות" של אדם אינטרסקס לפי גונדוּתו נחשב חובה חוקית ומוסרית של רופא, אף אם לפי תחושתו הסובייקטיבית ומאפייניו הפיזיולוגיים האחרים היה במערכת יחסים "הטרוסקסואלית".²³

גם שנים לאחר "עידן הגונדוּת", המשיכו ההנחות היסוד התרבותיות ההגמוניות להכתיב את החשיבה הרפואית המערבית בנושא אינטרסקס. לשיטתה של אדר (Eder), השמרנות של שנות החמישים של המאה העשרים בארצות-הברית הייתה הקרקע לצמיחתה של הפרקטיקה של ניתוחים לקיבוע השיוך המגדרי בקטינים אינטרסקס. לפי אדר, האווירה החברתית של חרדה מפני

Garry Warne & Bhatia Vijayalakshmi, *Intersex, East and West*, in ETHICS AND INTERSEX 183 18
 .(Sharon E. Sytsma ed., 2010)
 שם, בעמ' 183–186. 19
 שם, בעמ' 186–191. 20
 Stephen Kerry, *Intersex Individuals' Religiosity and Their Journey to Wellbeing*, 18 J.OF GENDER 21
 .STUD. 277 (2009)
 גונדוּת הן בלוטות המין של האדם – אשכים ושחלות. 22
 Dreger, *A History of Intersexuality*, לעיל ה"ש 3. 23

הומוסקסואליות ומפני מקרים של חצייה מגדרית, תרמה ללגיטימציה של ניתוחים אלו.²⁴ לאורך השנים ננקטו בשיח הרפואי עמדות שונות בנושא קביעת המין ה"נכון" עבור ניתוח קטינים אינטרסקס. לפי עמדה אחת, למשל, יש לקבוע את מין היילוד בהתאם לגודל הפאלוס.²⁵ עמדות אלה אינן נופלות בשרירותיות מהעמדות שנקטו בעידן הגונדות. למעשה, גם תשובות רפואיות עכשוויות לשאלת שיוכם המגדרי של א/נשים אינטרסקס – כמו קביעת המגדר לפי אפשרות הפיריון או המין הכרומוזומלי – ממשיכות להתעלם משתי הבעיות הבסיסיות של השיח הרפואי בסוגיית האינטרסקס: ראשית, גם הרופאה הטובה ביותר אינה יודעת צפונות נפשו של אדם, ואינה יכולה לצפות את רצונה הסובייקטיבי של המטופלת ואת כיוון התפתחותה המיני והמגדרי; שנית, ההתעלמות מכך שהמין והמגדר הם בעלי אופי חברתי והם תלויי תרבות.

מכאן שעמדתם ה"רפואית" לכאורה של וורן ובהאטיה אינה פחות מוטה תרבותית מעמדתם של בני משפחותיהם של המטופלים ההודים. העמדה שלפיה מינו של האדם האינטרסקס צריך להיקבע על ידי רופאים אשר בוחנים את גופו לאור אפשרויות הרבייה העתידיות שלו, אינה מושפעת פחות מהתרבות שבה התחנכו הנוקטים אותה, מאשר העמדה שלפיה מינו של האדם האינטרסקס צריך להיקבע על ידי משפחתו בהתאם לאפשרויות ההשתכרות העתידית שלו. יתר על כן, שתי עמדות אלו הן דכאניות במידה דומה במובנים רבים, שכן שתיהן מתעלמות מן האדם האינטרסקס עצמו, מקולו, מרצונו ומהגדרתו העצמית.

את השפעתן של הנחות היסוד התרבותיות על השיח הרפואי ניתן למצוא לא רק בשיח על ניתוחים בקטינים אינטרסקס. לדוגמה, התפיסה שלפיה נשים שמגיעות לאורגזמה דגדגנית הן "אינפנטיליות", בניגוד לנשים "בוגרות" המגיעות לאורגזמה נרתיקית עקב חדירת פאלוס, הייתה מקובלת בפסיכולוגיה לאורך שנים ארוכות.²⁶ לכן, במשך שנים נתפסו ניתוחים להסרה או הקטנה של הדגגן אצל נשים אינטרסקס כלגיטימיים, הן בעיני רופאים והן בעיני פסיכיאטרים, שכן אין להן צורך בו.²⁷ כמו כן, אחת ממטרותיהם המוצהרות של טיפולים פסיכולוגיים בא/נשים אינטרסקס במחצית השנייה של המאה העשרים, הייתה מניעת טרנסג'נדריות ("הפרעה בזוהת מגדר") וכן גם הומוסקסואליות ("הפרעה בזוהת מינית"), והצלחת הטיפול התבטאה בכך שהמטופל האינטרסקס היה מקבל את הזוהת המגדרית שהוכתבה לו ומקיים מערכות יחסים מיניות רק עם פרטנרים מהמגדר הנגדי.²⁸

המדיקליזציה של האינטרסקסואליות מגדירה כ"חולה" את מי שגופו אינו משתייך במובהק לאף אחד משני המגדרים, והיא חלק מהפיקוח החברתי על מי שסוטה מהנחות יסוד אלו. אך ההתנגדות למדיקליזציה אינה קלה. בדומה לשאר חברי הקהילה הלהט"בית, גם אנשים אינטרסקס היו – ועודם – מושפעים במשך שנים מהעמדות החברתיות הרווחות, בהן ההנחה התרבותית שלפיה קיימים רק שני

- Sandra Eder, *The Volatility of Sex: Intersexuality, Gender and Clinical Practice in the 1950s*, 22 GENDER & HISTORY 692 (2010). 24
- R. Rajendran & S. Hariharan, *Profile of Intersex Children in South India*, 32 INDIAN PEDIATRICS 666, 669–670 (1995). 25
- לוס איריגארי מין זה שאינו אחד (דניאלה ליבר מתרגמת, 2003). 26
- Peter Hegarty, *Intersex Activism, Feminism and Psychology: Opening a Dialogue on Theory, Research and Clinical Practice*, 10 FEMINISM & PSYCHOLOGY 117 (2000). 27
- Froukje M.E. Slijper, Stevert L. S. Drop, Jan C. Molenaar & Sabine M.P.F. de Muinck Keizer-Schrama, *Long-Term Psychological Evaluation of Intersex Children*, 27 ARCHIVES OF SEXUAL BEHAVIOR 125 (1998). 28

מגדרים, מעבר ביניהם אסור ומערכות יחסים רומנטיות צריכות להתקיים רק בין א/נשים המשתייכים למגדר שונה. שותפים לעמדה זו גם ההורים לילדים אינטרסקס, המבטאים צורך, שהוא טבעי וחברתי בעת ובעונה אחת, לדעת אם נולד/ה להם בת או בן.

אך כמו במקרה של הקהילה הלהט"בית ושל קבוצות רבות אחרות, קיימת בעשורים האחרונים תנועה פוליטית ואקדמית ערה הפועלת במשולב למען זכויות אינטרסקס.²⁹ תנועה זו הובילה לשינוי בעמדות הערכיות והחברתיות בנוגע לאינטרסקס ולצמיחתו ויצירתו של בסיס ידע שמקורו בא/נשים אינטרסקס עצמם אשר סיפרו על הנזק שטיפול רפואי שגוי ומוטה גרם להם.³⁰ במקום הבלעדיות של השפה הרפואית בהגדרת האינטרסקס, קיימת היום שפה פסיכולוגית המתארת את ההתלבטויות המגדריות והרגשיות של א/נשים אינטרסקס,³¹ שפה אתית העוסקת בחשיבות של ההגדרה העצמית המגדרית של האדם האינטרסקס את עצמו,³² שפה סוציולוגית הבוחנת באופן ביקורתי את יחסי הכוחות החברתיים שבבסיס השיח על אודות אינטרסקס,³³ וכן שפה משפטית אשר בוחנת את תפקידו של המשפט בהבניית יחסי כוחות אלו ואת אפשרויות השימוש בכלים משפטיים לקידום זכויותיהם של א/נשים אינטרסקס ולפיצוי על העוול שחוו.

2. כיוונים עכשוויים בשיוך מיניגדרי: אתיקה וגישת ההשהיה

(א) המודל האתי של אוזאר

במהלך השנים התפתחו גישות חדשניות לאינטרסקס המבקשות להחליף את הגישה הרפואית ששלטה בכיפה מאז אמצע המאה התשע-עשרה ואשר הגיעה לשיאה עם התבססות הגישה הניתוחית באמצע המאה העשרים. בפרק זה נבקש להציג את המודל האתי של דייויד אוזאר כמודל אתי ראוי להתמודדות עם הסוגיות העולות מעיסוק בזכויות א/נשים אינטרסקס. אוזאר, המתבסס על עבודתו עם קבוצות של א/נשים טרנסג'נדרים ואינטרסקס, מציע סדרה של עקרונות יסוד להתמודדות אתית עם הנושא האינטרסקסואלי:³⁴ (1) השתייכות למגדר אינה נקבעת על ידי מאפיינים ביולוגיים טיפוסיים של זכרים ונקבות; (2) השתייכות למגדר היא עניין של בחירה אנושית; (3) האדם עצמו הוא המתאים לבחור את מגדרו שלו; (4) השתייכותו של אדם למגדר עשויה להיות זמנית; (5) אדם עשוי להשתייך במהלך חייו למגדר אחד בזמן אחד ולמגדר אחר בזמן אחר; (6) השתייכות למגדר היא דבר מה שראוי להיקבע על

29 להרחבה על התנועה לזכויות אינטרסקס ראו להלן פרק 2.ג. כמו כן ראו מור סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, בעמ' 99–100.

30 מומלץ לעיין בדוח המקיף של עיריית סן פרנסיסקו בנושא הכולל עדויות של א/נשים אינטרסקס רבים: Marcus De Maria Arana, *A Human Rights Investigation into the Medical 'Normalization' of Intersex People*, HUMAN RIGHTS COMMISSION OF THE CITY & COUNTY OF SAN FRANCISCO, 37 (Apr. 4, 2005), http://www.isna.org/files/SFHRC_Intersex_Report.pdf

31 Lihi-Mei Liao, *Reflections on 'Masculinity-Femininity' based on Psychological Research and Practice in Intersex*, 15 FEMINISM & PSYCHOLOGY 424 (2005)

32 David T. Ozar, *Towards a More Inclusive Conception of Gender-Diversity for Intersex Advocacy and Ethics*, in ETHICS AND INTERSEX 17 (Sharon E. Sytsma ed, 2010)

33 Katrina Roen, *'But We Have to Do Something': Surgical 'Correction' of Atypical Genitalia*, 14 BODY & SOC. 47 (2008)

34 Ozar, לעיל ה"ש 32.

ידי בחירה עצמית משום שהיא מגיעה בעיקר מתוכו של אדם ופחות מהשפעה חיצונית; (7) מגדר הוא דבר מה מובנה ("built into") בתוך אדם, ולא דבר מה שנבחר באורח שרירותי. אשר על כן, כל אימת שאדם קובע לאיזה מגדר הוא משתייך, המטרה היא שהגדרה זו תתאם את מה שהוא או היא חווה כמובנה ("built in").

במובנים רבים, המודל של אוזאר סותר את העמדה המקובלת כיום, שלפיה אינטרסקסואליות היא פתולוגיה רפואית, והממסד הרפואי הוא המוסמך לקבל את ההחלטות בהקשר של מטופלים אינטרסקס. המודל של אוזאר מתבסס על הכרה בכבודם האנושי של א/נשים אינטרסקס ובזכות הבחירה שלהם. הוא מתבסס על תפיסת האוטונומיה של הרצון הפרטי, שלפיה הנורמות התרבותיות המגדריות נועדו לשרת את האדם, ולא האדם נועד לשרת אותן.

יתר על כן, אוזאר מפנה את תשומת הלב לבעייתיות האתית החמורה שקיימת בעצם שיוכם המגדרי של א/נשים אינטרסקס על ידי מערכת הבריאות. לאחר לידתו של ילד אינטרסקס, הרופאים מבצעים בו מגוון רחב של בדיקות כדי לזהות את "מינו האמיתי", כלומר את המין שאליו יהיה להם קל יותר לשייך אותו בנייתוחים ובטיפולים הורמונליים. הם בודקים את הכרומוזומים שלו, את איברי המין שלו, את גונדותיו וכן הלאה. בסופו של דבר, הם משייכים אותו לאחד משני המינים שהחברה מכירה בקיומם, ועל סמך שיוך זה קובעים את זהותו המגדרית.³⁵ בכך, לגישתו של אוזאר, נפגעות זכויותיו לכבוד, לזהות, לפרטיות ולשלמות הגוף.

כפי שתואר עד כה, מין ומגדר הם מושגים מורכבים, אשר מהותם אינה נגזרת מן הביולוגיה בהכרח.³⁶ לכן, לגישתו של אוזאר, הסקת המגדר על פי מאפיינים פיזיים משולה לניסיון להסיק את שמו של אדם מצורת כף ידו, את השתייכותו הדתית מאורך אפו, את השתייכותו הלאומית מצבע עורו או את המקצוע שבו הוא עוסק מצבע שיערו. חלק מניסיונות אלו נתפסים כסטראוטיפיים וחלק כאבסורדיים, משום ששם, השתייכות דתית, השתייכות לאומית והשתייכות לפרופסיה הן מאפיינים אשר (בדומה למגדר) אינם נגזרים מהביולוגיה, אלא מתכונות אופי, מהעדפות אישיות, מהשתייכות לקבוצה חברתית, מהפנמת נורמות תרבותיות וסדרה של בחירות מודעות ולא מודעות. מכאן, מסיק אוזאר, שהקביעה "זהו בן" או "זוהי בת" היא תוצאה של בחירה, ובהליך הקיים מדובר בבחירתם של הרופאים.³⁷ מצב זה אינו לגיטימי מבחינה מוסרית, שכן האדם היחיד הראוי לקבל החלטה הרת גורל כמו שיוך למגדר, הוא האדם מושא הדיון עצמו.³⁸ במקרים שבהם אדם זה הוא קטין אשר אינו יכול לקבל החלטה כזאת, הרי הא/נשים היחידים הראויים לקבל אותה הם הוריו, שהם מקבלי ההחלטות גם בנושאים כמו בחירת שם וחינוך לדת מסוימת. עם זאת, יש להבטיח ולהדגיש שבחירתם במגדר מסוים היא בחירה זמנית,³⁹ אשר עשויה להשתנות בחלוף השנים (כשם שאדם יכול לשנות את השם שנתנו לו

Kristin Zeiler & Anette Wickström, *Why Do 'We' Perform Surgery on Newborn Intersexed Children? The Phenomenology of Parental Experience of Having a Child with Intersex Anatomies*, 10 FEMINIST THEORY 359 (2009)

Ozar, לעיל ה"ש 32, בעמ' 20.

שם, בעמ' 20 ובעמ' 23–25.

שם, בעמ' 21.

שם, בעמ' 22.

הוריו), משום שניתן להשתייך בתקופה מסוימת מהחיים למגדר אחד ובתקופה מאוחרת יותר למגדר אחר.⁴⁰

המודל האתי של אוזאר אינו עוסק בהכרח בניתוח בקטין האינטרסקס, אלא בקביעת זהותו של הרך הנולד. לשיטתו, עצם הקביעה של זהותו המגדרית של אדם על ידי רופאים אינה אתית. לפיכך, ברי כי התערבות כירורגית המתבססת על קביעה כזו, היא בבחינת חריגה אתית נוספת, חמורה אף יותר, שכן היא מערימה קשיים על שינויו בהמשך החיים ולמעשה הופכת את קביעת המגדר לבלתי-הפיכה. בנוסף, התערבות כירורגית מתעלמת מן העובדה שקטינים אינטרסקס אינם "לוח חלק" אשר ניתן "לרשום" עליו זהות מגדרית בשלב מוקדם של החיים. המגדר הוא חלק המובנה בתוך האדם,⁴¹ ונובע מן התפיסה שלו את ההתאמה בין תכונות האופי האישיות שלו לבין הקטגוריות המגדריות בחברה שבה הוא חי.

(ב) מאתיקה לפרקטיקה: גישת ההשהיה

הגישה המעשית המביאה לדעתנו לידי ביטוי מיטבי את רעיונותיו של אוזאר היא גישת ההשהיה (מורטוריום). גישה זו היא הגישה הרשמית של ארגוני הסנגור של א/נשים אינטרסקס והיא רווחת גם בכתיבה האקדמית בתחום.⁴² גישה זו מקובלת גם עלינו. הצגנו אותה בהרחבה במקום אחר, אך נחזור כאן על עיקרי הדברים משום שהם משמשים בסיס להמשך הדיון.⁴³ ניתן להציג גישה זו על ידי מיקומה במסגרת ארבע גישות עיקריות אפשריות לאינטרסקס: הסתרה, גילוי, השהיה והיעדר סיווג.⁴⁴ הגישה המסורתית הרווחת גם כיום בישראל היא גישת ההסתרה,⁴⁵ גישה הדוגלת בביצוע שיוך מגדרי מוחלט ומוקדם ככל האפשר והעברת מידע חלקי וחד-צדדי להורים בלוויית המלצה להסתיר מילד או ילדתם את היותם אינטרסקס ואת מהות ההליכים והטיפולים הרפואיים שלהם הם נתונים. בשנים האחרונות החלה להיות נפוצה יותר גישת הגילוי,⁴⁶ גישה התומכת במתן מידע מלא להורים המאפשר להם לקבל החלטה מודעת ומושכלת, ולעתים (אם כי לא תמיד) תומכת גם במתן מידע מלא לא/נשים אינטרסקס בהיותם ילדים ובבגרותם, בהתאם ליכולותיהם המשתנות. הגישה השלישית והמקובלת עלינו, כאמור, היא גישת ההשהיה.⁴⁷ גישה זו מבקשת לדחות את ביצועם של הליכים רפואיים קיצוניים בלתי-הפיכים (ניתוחים ועוד) ולהותיר את ההחלטה בידי של האדם אינטרסקס שת/יוכל להכריע בבגרותו/ה. הכרעה זו תתקבל על בסיס מלוא המידע הקיים ומתוך קבלה של מכלול אפשרויות המגוון המיניגדרי.

40 שם, בעמ' 23.

41 שם, בעמ' 25.

42 Julie A. Greenberg, *International Legal Developments Protecting the Autonomy Rights of Sexual Minorities: Who Should Determine the Appropriate Treatment for an Intersex Infant?*, in ETHICS AND INTERSEX 87 (Sharon E. Sytsma ed., 2006).

43 מור סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, בעמ' 139–143.

44 מיפוי הגישות פותח על ידנו בהתבסס על מחקרה של גרינברג. ראו Greenberg, לעיל ה"ש 42.

45 שם, בעמ' 88–89.

46 שם, בעמ' 90.

47 שם, בעמ' 89–90; Alyssa Connell Lareau, *Who Decides? Genital-Normalizing Surgery on Intersexed Infants*, 92 GEO. L.J. 129, 134–140 (2003); Milton Diamond, *Pediatric Management of Ambiguous and Traumatized Genitalia*, 162 J. UROLOGY 1021 (1999).

גישה רביעית היא גישה רדיקלית שאנו מכנים גישת היעדר הסיווג, ולפיה יש לוותר על כל סיווג ושיוך מיניגדרי, שכן קטגוריות הזהות המיניגדרית הקיימות והמוצעות הן דכאניות מטבען.⁴⁸ גישת ההשגחה "איננה נמנעת מהחלטה בדבר שיוך מגדרי חברתי, אך שואפת להשהות את ההחלטה בדבר הצורך בהתערבות ניתוחית או אחרת עד שהאדם האינטרסקס יגיע לבגרות ויקבל החלטה עצמאית ככל האפשר באשר לזהות המיניגדרית הנכונה לו. עיקריה של גישה זו הם אלה: (1) דחיית ההחלטה בדבר הצורך בקיומו של ניתוח עד להתגבשותה של הזהות המיניגדרית; (2) קידום האפשרות של אי-ניתוח כאפשרות ראויה גם חברתית וגם רפואית (לבד מן המקרים שבהם נדרשת התערבות רפואית מסיבות בריאותיות); (3) אפשרות קבלת החלטה בדבר שיוך מגדרי-חברתי אך הימנעות משיוך מיני-פיזיולוגי באמצעים רפואיים בלתי-הפיכים, והכרה באפשרות שהשיוך המגדרי החברתי יהיה זמני; (4) דחיית הנחת הבינריות המגדרית והכרה במגוון אנשי מיניגדרי רחב; (5) שינוי עמדות הכולל קידום פתיחות חברתית-תרבותית כלפי אנשים אינטרסקס וקבלה מצד הממסד הרפואי; (6) מתן שירותי תמיכה סוציאלית ונפשית מרגע הגילוי ובמהלך חיי האדם ומשפחתו, כולל ליווי בצומתי קבלת החלטות אפשריים שבהם תתקבל החלטה בכיוון זה או אחר".⁴⁹

בניגוד לגישת הגילוי, המעבירה את מרכז הכובד של קבלת ההחלטות מן הממסד הרפואי להורים, גישת ההשגחה מגבילה את כוחם של ההורים לקבל החלטות בשם ילדתם או ילדם, שכן על פי עמדה זו ניטלת מן ההורים הסמכות לבצע שיוך מיני פיזיולוגי. עם זאת, עומדת להורים הסמכות להכריע בדבר השיוך המגדרי החברתי של ילדתם או ילדם. נבהיר שאין להקל ראש במשמעות השיוך החברתי-מגדרי; זוהי הכרעה בעלת השלכות מרחיקות לכת עבור האדם משום שהיא קובעת את נקודת המוצא לזהותו/ה המיניגדרית בהמשך חייו/ה ובכך הופכת לבררת המחדל. המטרה איננה להדיר את ההורים מתהליכי קבלת החלטות, אלא להפכם לשותפים מלאים, שכן הם האמונים על שלומו של ילד/תם תוך כדי הצבת גבולות למידת ההתערבות המותרת להם.⁵⁰ מגבלה זו נדרשת משום שמדובר לטעמנו במצב ייחודי שבו ההורים מצויים בעמדת נחיתות לקבל החלטות בשם ילדם או ילדתם אם משום שהם מעדיפים את טובתם עצמם, אם משום שאינם יכולים לשים עצמם במקום בתם או בנם ואם משום שאין בידיהם הידע לקבל החלטה מעין זו – זהו ידע המבוסס על ספקולציה ועל היעדר מחקר מקיף,⁵¹ וכל זאת בתחום הנוגע לשורש זהותו ועצמיותו של האדם.

נבהיר כי מטרתנו היא לקדם מגוון מיניגדרי רחב ולא לקדם חברה נטולת סיווג מיניגדרי כלשהו. בכך אנו מבקשים להרחיב את טווח אפשרויות ההזדהות המיניגדרית העומדות בפני אנשים אינטרסקס ובפני כלל האנשים בחברה ובקהילה הלהט"בית בפרט, ביניהן: האפשרות להזדהות כזכר או נקבה ולבצע הליכים רפואיים בהתאם (בהחלטת האדם עצמו), או שלא לבצע הליכים רפואיים כלשהם,

48 מור סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, בעמ' 140–141.

49 שם, בעמ' 141.

50 וכמובן שנדרשים גמישות במקרים המתאימים מצד אחד, וכן ליווי ותמיכה מצד אחר.

51 על ניגוד עניינים מובנה בין הורים וילדים בהקשר האינטרסקסואלי ראו 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); על אופיים הניסיוני של הטיפולים ולביקורת מורחבת על פרקטיקת הניתוח ראו מור, סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, בעמ' 115–120.

האפשרות להזדהות כ"אינטרסקס" והאפשרות לחיות ללא הגדרה מיניגדרית כלשהי (ג'נדר-קוויר).⁵² עם זאת, ברור לנו כי האפשרויות שבהן מדובר כאן אינן תוצר של תהליך בחירה עצמאי ונטול הקשר. ההפך הוא הנכון: א/נשים, ובכללם א/נשים אינטרסקס, אינם "בוחרים" את זהותם המיניגדרית, אלא "מוצאים עצמם" מזדהים עם שיוך מיניגדרי מסוים במהלך חייהם, בין שהם חשים שבחרו בכך ובין שהם חשים שהוא "נכפה" עליהם.

גישת ההשקיה והעקרונות העומדים בבסיסה הם שצריכים לדעתנו להנחות את הדיון בנושא היחס הרפואי לא/נשים אינטרסקס ובסוגיות נגזרות נוספות. נעמוד על הבסיס התאורטי לכך בהמשך.

3. אקטיביזם של א/נשים אינטרסקס בישראל ובעולם

(א) התנועה למען זכויות אינטרסקס בעולם

התנועה העולמית למען זכויות אינטרסקס מורכבת מארגונים שונים שהוקמו על ידי א/נשים אינטרסקס לשם קידום זכויותיהם, ולצד זאת מאנשי אקדמיה, מרופאים, מעורכי דין ומפסיכולוגים המבקשים מאז סוף שנות התשעים לקדם יחס שונה לאינטרסקס במערכת הבריאות ובחברה.⁵³ אחת המטרות העיקריות שאותם ארגונים שמו לנגד עיניהם היא שינוי מדיניות הניתוחים בנולדים אינטרסקס וחתירה למען אימוץ גישת ההשקיה.

בשנים האחרונות זכתה התנועה העולמית למען זכויות אינטרסקס להישגים רבים כאשר חלה בעולם סדרה של התפתחויות בהגנה על א/נשים אינטרסקס מפני פגיעה בזכויותיהם בידי גורמים שונים במערכת הבריאות. אחת המשמעותיות שבהן התרחשה באוקטובר 2013, כאשר האספה הפרלמנטרית של מועצת אירופה עיגנה את זכויותיהם של קטינים אינטרסקס במסגרת החלטתה בדבר זכותם של ילדים לשלמות הגוף.⁵⁴ האספה הביעה את דאגתה מהתערבויות רפואיות מוקדמות אצל ילדים אינטרסקס, לצד פרקטיקות תרבותיות נוספות כגון מילת נשים בקטינות וניתוחים קוסמטיים כפויים בקטינים.⁵⁵ כמו כן, קבעה האספה כי יש להרחיב את המחקר בנושאי אינטרסקסאליות; למנוע מצבים שבהם קטינים עוברים טיפול רפואי או ניתוח שתכליתו קוסמטית ולא חיונית; להגן על שלמות הגוף, האוטונומיה וההגדרה העצמית של קטינים אינטרסקס; ולספק למשפחותיהם של ילדים אינטרסקס תמיכה נפשית וייעוץ.⁵⁶

52 שם, בעמ' 141.

53 לקריאה נוספת ראו שם, בעמ' 99–100; Alice D. Dreger & April M. Herndon, *Progress and Politics in the Intersex Rights Movement: Feminist Theory in Action*, 15 GLQ: A JOURNAL OF LESBIAN AND GAY STUDIES 199 (2009); Cheryl Chase, *What is the Agenda of the Intersex Patient Advocacy Movement?*, 13 ENDOCRINOLOGIST 240 (2003); David Valentine & Riki Anne Wilchins, *One Percent on the Burn Chart: Gender, Genitals, and Hermaphrodites with Attitude*, 15 SOCIAL TEXT 215 (1997).

54 EUR. PARL. ASS., RES.1952, *Children's Right to Physical Integrity* (2013) available at <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20174&lang=en>

55 שם, ס' 2.

56 שם, ס' 7.5.3.

בתחילת אותה שנה, בפברואר 2013, פרסם האו"ם דו"ח שנערך על פי אמנת האו"ם נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים (1984).⁵⁷ הדו"ח הוקדש לנושא של יחס אכזרי ועינויים המתרחשים במוסדות בריאות במדינות העולם. הדו"ח גינה מפורשות את הפרקטיקה של ביצוע ניתוחים וטיפולים בתינוקות ובא/נשים אינטרסקס, שתוצאתם "שיוך מגדרי בלתי הפיך, עיקור כפוי ונרמול אברי מין שלא מרצון, שלא בהסכמה מדעת [...] במטרה 'לתקן את מינס', תוך השארתם במצב של עקרות קבועה ובלתי הפיכה וגרימת סבל נפשי חמור".⁵⁸ הדו"ח הדגיש את חשיבות יישום כללי ההסכמה מדעת בקרב קבוצות פגיעות על רקע של מוגבלות, מין ומגדר, כולל אינטרסקס, וקרא להימנע משימוש בדוקטרינה של "מצב חירום רפואי" כדי להצדיק טיפולים אלה. הדו"ח אף קרא למדינות לבצע שינויים חקיקתיים שיאפשרו הסדרה של פעולות שירותי הבריאות, שליטה ופיקוח עליהן, וכן ימנעו נזקים הנובעים מטיפול לקוי.⁵⁹

התפתחות חשובה נוספת מתרחשת בימים אלו בארצות-הברית עם הגשתה של התביעה הראשונה נגד בית חולים ורופאים שביצעו ניתוח בילד אינטרסקס על ידי הארגון האמריקני למען זכויות א/נשים אינטרסקס (Advocates for Informed Choice) AIC.⁶⁰ התובעים הם הוריו המאמצים של MC, ילד שנולד אינטרסקס אשר אברי מינו הזכריים הוסרו בגיל 16 חודשים כדי שיגדל כילדה. כעת, לאחר שהניסיון הרפואי-חברתי לגדלו כילדה לא צלח, MC בן השמונה חי כילד. הוריו טוענים כי הניתוח שבוצע בו הפר את זכויותיו הבסיסיות לשלמות הגוף, לפיריון, לחירות ולפרטיות. תביעה זו, אם תתקבל, עשויה להיות פורצת דרך ולשמש זרז משמעותי לשינוי גישת הממסד הרפואי לאינטרסקס בארצות-הברית ובשאר העולם.

(ב) התנועה למען זכויות אינטרסקס בישראל

(1) התעוררות השטח

ההתרחשויות הגלובליות בתחום, אשר תוצאותיהם תוארו בפרקים הקודמים, הגיעו גם לישראל.⁶¹ בשנים האחרונות מתרחש שינוי גם בישראל המתבטא בצמיחתו של מאבק חברתי-משפטי בנושא המוביל למודעות גוברת בקרב אנשי מקצועות הבריאות והרווחה. המאבק האינטרסקסואלי בישראל צמח מתוך יוזמות עצמאיות של פעילות ופעילים אינטרסקס אשר הובילו אותו בהתמדה עיקשת לאורך השנים, אך טרם נעשה ניסיון לספר את סיפורם באופן מקיף ומפורט. חלק זה אינו מתיימר לסקור את

57 אמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-1984) (אוסרה ונכנסה לתוקף ב-1991).

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

59 שם, בעמ' 21–23.

60 *M.C. v. Aaronson et al*, No. 2:13-CV-01303. DCN (D.S.C Civ. R. 1.01. May. 14, 2013).

61 ראו לעיל, פרקים 2.א–2.ב, לסקירת התפתחויות אלו ראו מור, סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, בעמ' 99; מקובל לראות את תחילת שנות התשעים של המאה העשרים כזמן הופעתה של התנועה לזכויות א/נשים אינטרסקס עם פרסום מאמרה המכונן של החוקרת סוזן קסלר, משנת 1990: Suzanne J. Kessler, *The Medical Construction of Gender: Case Management of Intersexed Infants*, 16 SIGNS: J. WOMEN IN CULTURE AND SOCIETY 3 (1990).

כלל הפעילות של המאבק האינטרסקסואלי בישראל, אלא מבקש לפרוס בקצרה נקודות ציון מרכזיות של מאבק זה בשנים האחרונות, בניסיון לחדד את תרומתו של המשפט לשינוי המתחולל.⁶² ככל הידוע לנו, ההתארגנות הראשונה של א/נשים אינטרסקס בישראל תחת מכנה משותף זה הייתה בשנת 2006, עם הקמת קבוצת התמיכה לא/נשים אינטרסקס ומשפחותיהם על ידי סמר (שם בדוי), אחת מחלוצות המאבק הבולטות, ללא כל תמיכה מוסדית. חבריה נפגשו פעם בכמה חודשים, והיא תפקדה כמקור למידע והישענות הדדית של חבריה זה בזו. הקמת קבוצת התמיכה סימנה את תחילתה של ההתלכדות סביב הזהות האינטרסקסואלית, והציתה את השיח החברתי-ביקורתי בנושא. באותה העת נוצר קשר בין חברי הקבוצה לרופאים ורופאות העוסקים באבחון מצבי אינטרסקס ובטיפול בהם במוקדי הטיפול המרכזיים. בחודש פברואר 2006 נערך הכנס הראשון בנושא אינטרסקס בישראל אשר נקרא "הכינוס הארצי הראשון בנושא אינטרסקס במילניום השלישי". אף שמארגני הכנס ואורחיו היו רופאים ברובם, הגישה החברתית-ביקורתית שהציגה סמר בכנס, קיבלה פתחון פה והאירה לראשונה את השוני הבסיסי בין שתי העמדות.

התגייסות המשפט למאבק האינטרסקסואלי התרחשה בשלב מאוחר יותר, עם הקמתו של "פרויקט זכויות אינטרסקס" בשנת 2010 במסגרת התכנית "נשים חונכות לזכויות" והקליניקה לפמיניזם משפטי באוניברסיטת חיפה. הפרויקט הוקם על ידי סוזן ב', אחת ממנהיגות המאבק הבולטות, ובהתאם לחזונו. מטרת הפרויקט בראשיתו היו קידום המודעות לקיומם של א/נשים אינטרסקס וצורכיהם במישור החברתי והציבורי, ובמקביל פעילות במישור המדיניות מול משרד הבריאות לשינוי הנוהל העוסק בניתוחים בא/נשים אינטרסקס ולקידום נוהל חדש שיתייחס למלוא ההיבטים הקשורים בזכויות א/נשים אינטרסקס במערכת הבריאות. בשלב הראשון, החל הפרויקט למפות את עשייתם של הארגונים והא/נשים הפועלים בנושא בהווה, וכן לפעול למען גיוס שותפים נוספים להמשך הדרך. תוך זמן קצר חברו לפרויקט ארגונים ואנשי ונשות מקצוע שליוו אותו באופן ישיר ועקיף מאז הקמתו ועד היום.⁶³ בשנת 2010 ערכו חברות הפרויקט שולחן עגול ראשון בנושא, מתוך אמונה כי יש לייצר שיח רב-תחומי המכיל נקודות מבט מגוונות על הנושא, ובשנה לאחר מכן ארגנו כנס רב-משתתפים שהתקיים באוניברסיטת חיפה בנושא הניתוחים באינטרסקס שכותרתו הייתה "להיות אדם".⁶⁴ שאיפתן של מארגנות הכנסים הייתה בין היתר להרחיב את גבולות הדיון בסוגיית האינטרסקס מעבר לשיח הרפואי ולעבר שיח חברתי, משפטי ותרבותי.⁶⁵ אחד המאפיינים החשובים של רבי-שיח אלו, היה השתתפותם/ן הפעילה של א/נשים אינטרסקס מובילי/ות המאבק, אשר עמדו בקדמת הבמה ודיברו על הנושא בקולן ובשפתן. אירועים אלו, ובפרט הכנס האחרון, האירו בחריפות את חילוקי הדעות בין המחזיקים בגישת הממסד הרפואי, התופסים מצבי אינטרסקס כבעיה רפואית המחייבת התערבות, לבין גישת הפעילים והפעילות החברתיים, אשר ביקשו לקרוא תיגר הן על עצם נחיצות הטיפול, והן על אופן הטיפול המקובל.

62 נבקש להדגיש שהמידע המופיע בחלק זה מבוסס על מיטב ידיעתן של המחברות הפעילות בפרויקט מזה מספר שנים ואפשרי שאיננו מכירות את כל הפעילויות השונות שהתרחשו בתחום.

63 רל"א, המרכז למרכז משפט ואתיקה, המרכז למיניות האדם, ועוד.

64 כנס "להיות אדם" שנערך באוניברסיטת חיפה ב-5.5.2011.

65 ראו גם שולחן עגול "אינטרסקס ודת" שנערך באוניברסיטת חיפה ביולי, 2012 בהשתתפות א/נשים אינטרסקס ונציגי דתות.

השאיפה לקדם את הנכחתם של א/נשים אינטרסקס בחברה הובילה לשימוש במגוון ערוצי פעולה ותקשורת. הפעילים והפעילות החלו להשתמש ברשת האינטרנט כצינור מרכזי להגברת נוכחות והפצת מידע.⁶⁶ במקביל, וללא קשר לפעילות הפרויקט, הוקמו גם כמה קבוצות דיון עצמאיות לתמיכה בא/נשים אינטרסקס ומשפחותיהם ולסיוע להם.⁶⁷ בד בבד עם קיום הכנסים המקצועיים שערך הפרויקט, ובייחוד לאחר הכנס "להיות אדם" הלכה וגברה ההתעניינות בנושא גם מכיוון כלי התקשורת הפופולרית המסורתיים, אשר פרסמו בעיתונות ובטלוויזיה כתבות בנושא שהתייחסו בהרחבה לפעילותם של מובילי המאבק.⁶⁸ המודעות לנושא קודמה גם על ידי אנשי ונשות אקדמיה אשר נרתמו למאבק עוד משלביו המוקדמים באמצעות מחקר והרצאות בכנסים אקדמיים. בין הראשונות הייתה ד"ר לימור מעודד דנון אשר ערכה מחקר איכותני שהתפרש על פני כמה שנים וחשף את השפעות גישת הטיפול הרפואית על חוויות חייהם של א/נשים אינטרסקס בוגרים בישראל.⁶⁹

(2) הפעילות לשינוי נוהל משרד הבריאות

שיתוף הפעולה הסינרגטי בין עבודת השטח ובין האקדמיה סיפק רוח גבית לפעילים ולפעילות לחולל שינוי במישור קידום זכויותיהם של א/נשים אינטרסקס במערכת הבריאות. בהתאם לאקטיביזם העולמי אשר חתר לשינוי גישת הניתוחים בנולדים אינטרסקס, גם בישראל אחד היעדים שסומנו על ידי הפעילים בתחילת הדרך היה שינוי של נוהל משרד הבריאות לטיפול במצבי אינטרסקס (נוהל 39/86).⁷⁰ נוהל זה נכתב בשנת 1986 ונועד להתוות את נוהלי הטיפול בשני מצבים שונים: האחד, ניתוח ל"שינוי המין" במקרה של טראנסקסואלים, והשני, ניתוח ל"חיזוק המין" במקרה של אינטרסקס (הנוהל מכנה מצבים אלו כ"מצבי הרמפרודיטיזם ודומיהם"). באופן פרדוקסלי, על א/נשים טרנסים המבקשים לעבור ניתוח מרצונם החופשי שהם לרוב בגירים, הוטלו שלל מגבלות לקיום הניתוח, ואילו

66 עמוד הפייסבוק "נרתמים למען זכויות אינטרסקס"; פרסום סיפוריהם האישיים של א/נשים אינטרסקס בזירות שונות, למשל בבלוגים: סמר (שם בדוי) "להיות אינטרסקס – סיפור אישי" ראומה (12.5.2011) reuma0.wordpress.com/2011/05/12/intersex-2

67 פורום תמיכה להורים לילדים עם CAH; פורום אינטרסקס communaID=28406&r=1 www.tapuz.co.il/communa/userCommuna.asp? CommunaID=36883; "לא על האדרנל לבדו" – הכנס הראשון של העמותה לשגשוג מולד של האדרנל (CAH) בישראל (6.11.2012) www.tasmc.org.il/Dana-Dwek/News/Pages/CAH.aspx

68 ראו למשל: ליאת שלזינגר "המין השלישי: היציאה מהארון של האינטרסקס" NRG – חדשות (13.5.2011) www.nrg.co.il/online/1/ART2/239/715.html; ליאת שלזינגר "זעקת האינטרסקס: קבלו אותנו כמו שאנחנו" NRG – חדשות (11.5.2011) www.nrg.co.il/online/1/ART2/239/653.html?hp=1&cat=402; סמדר רייספילד "כשצריך להחליט אם בן, בת או אינטרסקס" הארץ – סוף שבוע (21.12.2012) www.haaretz.co.il/magazine/1.1889694; "מדברים על זה: אינטרסקס" (ערוץ 2) http://reshet.tv/Shows/your_family_Medabrim_al_ze/videomarklist,215290; היילה אלרואי ורעות מישור "אינטרסקס: הילדים שנולדים עם זהות מינית לא ברורה" nana 10 – חדשות בארץ http://reshet.tv/Shows/your_family_Medabrim_al_ze/videomarklist,215290

69 מעודד דנון, לעיל ה"ש 2. ראו גם מור, סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית. פאנל בנושא זכויות אינטרסקס התקיימו במסגרת הכנסים "זהירות מהמרווח" וכנס "סקס אחר".

70 חוזר משרד הבריאות 39/86 "ביצוע ניתוחים לשינוי מין אצל Transsexuals ולתיקון פגמים במצבים של Hermaphroditism ודומיהם" (16.4.1986) (להלן: "נוהל ניתוחים באינטרסקס" או "הנוהל"). הנוהל הישן מצוטט במלואו אצל מור, סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, בעמ' 126.

היחס למצבי אינטרסקס הוא הפוך, ולמעט דרישת טופס הסכמה לניתוח, אין כל מגבלה לקיומו וזאת אף שמדובר בקטינים שאינם יכולים להביע את רצונם. בנוסף, נוהל אנכרוניסטי זה אינו מספק ביטוי למורכבות החברתית והרגשית המתלווה למצב זה בקרב המשפחות והצוות הרפואי, ואף לא בקרב הנולדים אינטרסקס עצמם בילדות ובבגרות.⁷¹ הנוהל מתייחס לניתוחים בא/נשים אינטרסקס כאל ניתוחים לחיזוק המין, אף שבפועל אלו ניתוחים מכונני מין, המשייכים את האדם, לרוב תינוק או פועט, לאחד המינים המוכרים על פי אינדיקציות רפואיות ומתעלם מהמורכבויות המאפיינות את תהליך התגבשות הזהות המינית והמגדרית. כמו כן, הנוהל אינו מתייחס לרצונותיו של האדם האינטרסקס עצמו, לכך שמרבית המנותחים הם קטינים, לדרכי טיפול אלטרנטיביות, לאפשרות דחייתו, לאפשרות שלא קיימו, וכן הלאה.

מטרתם העיקרית של הפעילים היא להרחיב את הנוהל כך שיעגן מפורשות את הזכויות שזוהו על ידי הפעילים כ"מועדות להפרה" בהקשר של אינטרסקס, כגון הזכות להסכמה מדעת ושמירת פרטיות וסודיות רפואית, וכן שיספק קווים מנחים לממשק המתמשך של א/נשים אינטרסקס ומשפחותיהם עם מערכת הבריאות לאורך חייהם. בנוסף, ביקשו הפעילים ליצור נוהל שיכיר גם באפשרות של אי-ניתוח כחלק ממנעד הטיפולים האפשריים, וכן באפשרות של דחיית הניתוח למועד מאוחר יותר מתוך עמדה המבקשת לתמוך בהישענות על בחירותיהם של א/נשים אינטרסקס עצמם, וזכותם לספר את סיפור חייהם.

בהתאם לכך, לקראת סוף שנת 2011 נוצר ערוץ הידברות ישיר בין חברי הפרויקט, מנהיגות המאבק והארגונים שחברו לו לבין נציגי משרד הבריאות בנושא נוהל הטיפול באינטרסקס. הדבר הוביל להקמת ועדה של משרד הבריאות לשינוי נוהלי הטיפול בא/נשים אינטרסקס. עצם הקמת הוועדה העידה על נכונות משרד הבריאות לשמוע את הקולות והביקורות העולים מן השטח ולנסות להיענות להם, או לפחות לחלקם. בימים אלו מסתיימת העבודה על הנוהל החדש המבקש לבטא הסכמה ופשרה בין הגישה הרפואית לגישה החברתית-ביקורתית לאינטרסקס.

הנוהל המוצע, המצוי עדיין בתהליכי ניסוח ואישור,⁷² מבטא בחלקו גישה פרוגרסיבית בקנה מידה עולמי המאמצת גישה מרוככת המבקשת להימנע ככל האפשר מביצוע ניתוחים והליכים רפואיים בלתי-הפיכים העשויים לגרום נזק. הדבר נעשה באמצעות יצירת מנגנוני השהיה מובנים בצומתי הכרעה. הנוהל המוצע מאמץ גם גישה של גילוי ושיתוף האדם בקבלת החלטות, כולל בגיל צעיר, ומקים מערך לתמיכה נפשית (פסיכוסוציאלית) לא/נשים ולבני משפחותיהם. הנוהל המוצע מפריד בין שלבי אבחון, גילוי וטיפול שונים: שלב טרום-לידתי, מועד הלידה, במהלך הילדות ולעת בגרות ומציע מנגנונים ועקרונות מותאמים לכל שלב. הנוהל אינו אוסר לחלוטין ביצוע הליכים רפואיים בלתי-הפיכים בגיל צעיר, אלא קובע מתווה לשיקול הדעת של הוועדה שתחליט בעניין ובצד מנגנוני השהיה כאמור. הנוהל מציע גם להבחין בין שלב האבחון לשלב ההחלטה של שיוך מגדרי לבין שלב מתן טיפול. עוד מוצע להסדיר בנוהל את הכללים להסכמה מדעת בשלבי האבחון, הטיפול וההכרעה השונים, וכן את הכללים בנוגע לצילום מטופלים, נוכחות סטודנטים וסטאזרים בטיפול, סודיות ופרטיות וגישה למידע רפואי. עם זאת, על מנת שגישת ההשהיה ושאר העקרונות והכללים יאומצו

71 לביקורת הנוהל בהרחבה ראו שם.

72 טיוטת הנוהל מצויה בידי המחברות.

וייושמו במלואם במערכת הבריאות נדרשות עוד עבודות הסברה, הכשרה והטמעה רבות בקרב אנשי מערכת הבריאות ככלל ובקרב אנשי המקצוע הבאים במגע עם א/נשים אינטרסקס בפרט. נכון למועד כתיבת שורות אלו אפוא אנו מצויים בפתח יציאתו של נוהל חדש להסדרת הטיפול במצבי אינטרסקס. בהקשר זה חשוב לציין כי מאבקה ארוך השנים של הקהילה הטרנסית בנוהל משנת 1986 הניב הישג חשוב בשנה החולפת: מובילי המאבק הביאו לביטולו של הנוהל הישן, ויצירתו של נוהל חדש המבטא גישה יותר מסבירת פנים בנוגע לביצוע ניתוחים לשינוי מין.⁷³ עם זאת, הנוהל החדש שעוסק בא/נשים טרנסים הותיר על כנו את החלק הישן העוסק במצבי אינטרסקס. לכאורה לא השתנה דבר מלבד כותרתו של החלק העוסק באינטרסקס. זו שונתה ל"תיקון פגמים במצבים של DSD (Disorders of Sexual Differentiation) ודומיהם", ולכן אין בהוצאת הנוהל החדש משום פגיעה בזכויות א/נשים אינטרסקס. למעשה, הנוהל החדש עשוי לחזק ולהנציח את הנוהל הדכאני הישן שנחזה עתה להיות נוהל מעודכן לשנת 2014 (נוהל 16/2014). עצם שינוי הנוהל אמנם מראה על פתיחות רבה יותר לסוגיות הנוגעות לניתוחים הקשורים במעבר מגדרי, אך מעיד גם על חוסר מודעותם של הפעילים/ות הטרנסים שעברו על הנוהל לסוגיות המטרידות א/נשים אינטרסקס.⁷⁴ למשל, הכותרת החדשה העוסקת ב"פגמים" במצבים של DSD מגדירה למעשה אינטרסקסואליות כאבנורמליות וכפגם הראוי לתיקון. כמו כן פירוט המונח DSD אינו תואם את ההצעה המונחת על שולחן משרד הבריאות, שלפיה, בהצעת הרופאים החברים בצוות, DSD יוגדר כ" Different Sexual Development על מנת להימנע מהמונח "disorder" (הפרעה) בשל השלכותיו השליליות.

אנו תקווה כי הנוהל החדש הנוגע לאבחון א/נשים אינטרסקס וטיפול בהם יצא במהרה וייתר את ההתייחסות הקיימת למצבי אינטרסקס בחוזרים הנוכחיים. יציאתו של נוהל חדש תהווה נקודת ציון מרכזית נוספת במאבק למען זכויות אינטרסקס בישראל, ותסמן תפנית משמעותית בגישה לאינטרסקס בישראל מבחינה משפטית ורפואית. יציאתו של נוהל חדש אינה מבטיחה כמובן את שינוי העמדות ושמירת זכויותיהם של א/נשים אינטרסקס בפועל, אך היא תספק מסגרת פעולה ובסיס נורמטיבי לדין בעת הצורך.⁷⁵

73 חוזר מינהל הרפואה 16/2014 בעניין "ניתוחים לשינוי מין ותיקון פגמים במצבים של Hermaphroditism ודומיהם" (12.5.2014) health.gov.il/hozer/mr16_2014.pdf (להלן: "הנוהל החדש בעניין טרנסג'נדרים"). הנוהל החדש אינו סופי, אך הוא מהווה ציון דרך חשוב במאבקם של א/נשים טרנסים. לכתבות בנושא ראו יעל סיני "עוד צעד קטן לחופש מגדרי" העוקץ (25.5.2014); הרפורמה בניתוח לשינוי מין: "הכרה באוטונומיה של טרנסים" Mako – גאווה (13.5.2014).

74 ניתן היה למשל להותיר את נוהל 39/86 על כנו בכל הקשור באינטרסקס ולהוציא נוהל 16/2014 חדש הנוגע לא/נשים טרנסים בלבד, בעיקר משום שנוהל אינטרסקס חדש נמצא בהליכי ניסוח ואורכו ומורכבותו מעידים על הצורך המתברר בהפרדה בין הנהלים. הדבר מעיד יותר מכל על הצורך בתקשורת שוטפת בין הקהילות.

75 סוגיית השפעתו של הנוהל החדש על מצבה של קהילת האינטרסקס בישראל תהווה מקרה בוחן מעניין לשאלה "האם המשפט חשוב" ותספק תובנה לעוסקים במשפט ושינוי חברתי בשאלה היכן ראוי למקד מאמצים במאבקים מסוג זה בעתיד. ניתן לומר כיום כי המאבק האינטרסקסואלי בישראל הוא דוגמה לחיבור מוצלח בין "שטח ואקדמיה". חיבור איתן זה ניתן לייחס, בין היתר, למודל ההנהגה הייחודי של תכנית "נשים חונכות לזכויות" של הקליניקה לפמיניזם באוניברסיטת חיפה, הבנוי באופן המעודד שיתוף פעולה פורה ומפרה בין שתי זירות פעולה אלו, תוך פרימת יחסי ההיררכייה המסורתיים ביניהן. זהו מבנה

שינוי נוהל משרד הבריאות הוא יעד ראשון מיני רבים שאליהם חותרים הפעילות והפעילים במאמציהם לשפר את מצבה של קהילת האינטרסקס בישראל. כיוונים נוספים הראויים לפיתוח משפטי בהווה עוסקים באתגרים שעמם מתמודדים א/נשים אינטרסקס בוגרים, כגון הזכות לחיי משפחה, זכויות במערכת הרווחה, התמודדות עם אלימות והפליה ועוד. לשם כך נדרש פיתוח וביסוס של שפה משפטית שתהווה מסגרת נורמטיבית לדיון באינטרסקס ותנחה את הדיון בסוגיות השונות. לכך נפנה כעת.

ג. הזכות לספר את סיפור חיך ולעצב את גורלך

המאבק לקידום זכויות א/נשים אינטרסקס מצריך הכרה בסיסית ועמוקה בזכותו החוקתית של כל אדם לספר את סיפור חייו ולעצב את גורלו. ההכרה בזכות זו הכרחית לשם קידום זכויות האדם במשפט הישראלי בכלל וזכויות א/נשים אינטרסקס בפרט. חלק זה יוקדש לביסוס הטיעון שזכות זו היא חלק מן המשפט הישראלי וכי היא מהותית לצורך ההגנה על זכויות א/נשים אינטרסקס.

ככלל, זכויות א/נשים אינטרסקס לא נדונו עד היום באופן ישיר בשום מסמך משפטי או הליך משפטי. אין חקיקה הנוגעת לזכויותיהם ואין פסיקה הנוגעת להפרת זכויותיהם. ההתייחסות היחידה לא/נשים אינטרסקס נמצאת כאמור בנוהל משרד הבריאות המתאר בלקוניות ובצמצום את הפרקטיקה הרפואית המקובלת בתחום. אין זה אומר שהמשפט הישראלי שותק בנוגע לזכויות א/נשים אינטרסקס. המשפט הישראלי מבוסס על מערכת נורמטיבית מסועפת של חקיקה ופסיקה הכוללת זכויות ועקרונות המאפשרות מתן מענה לסוגיות השונות הנוגעות לא/נשים אינטרסקס. מכאן והלאה נבקש להציג כמה סוגיות מרכזיות הקשורות בזכויות א/נשים אינטרסקס ולהציע מתווה להתייחסות אליהן. נפתח אפוא בזכות לספר את סיפור חיך ולעצב את גורלך ולאחר מכן נדון בשתי סוגיות ספציפיות: הזכות לבריאות ואופן רישום המין בתעודות רשמיות. אך לפני כן נפתח בדיון מקדמי הפורס בקצרה את תמצית ביקורת האינטרסקס על שיח הזכויות.

1. אינטרסקס וביקורת שיח הזכויות

על אף השפה האוניברסלית והניטרלית לכאורה המאפיינת את שיח הזכויות הליברלי, ההיסטוריה המערבית מעידה על כך שלא לכלל הא/נשים בחברה גישה שווה ויכולת הנאה שווה מזכויות אלו. למעשה, מאז התגבשותן, הן שירתו לרוב את קבוצת הרוב או את מי שהייתה להם גישה למוקדי הכוח בחברה. ההיסטוריה האנושית רצופה במאבקים של קבוצות מודרות שונות ליהנות אף הן מהזכויות ומהחירויות שמהן נהנית קבוצת הרוב: נשים, להטבא"ק וקבוצות מיעוט על בסיס לאום, אתניות, גזע, מוגבלות ועוד. מאבקים אלה לשוויון והכרה כרוכים תמיד בחשיפת הנחות היסוד המדירות המצויות בבסיס השיח הליברלי, שיח שנתפר – במודע או שלא במודע – למידותיהם של אלו שעיצבו אותו. הפתיחות לזכויותיהן של קבוצות נוספות וההכרה בהן במסגרת שיח זכויות משפטי פורמלי (מדינתי או בין-לאומי) תלויה בשינוי עומק של הנחות תרבותיות מושרשות היטב. מידת התרחשותו של שינוי זה

הפועל למען הנעת שינוי חברתי נרחב בהתאם לחזונו של אנשי הקבוצה המוחלשת ובהנהגתם, בתמיכתה החומרית והאנושית של האקדמיה וארגוני החברה האזרחית שנרתמו למאבקם זה.

תלויה במידת השכנוע של הרוב בדבר קיומן של הטיות ובדבר היותן לא מוצדקות. מאבקים אלו נחלו הישגים לא מבוטלים עד כה והשפיעו על התפתחות שיח הזכויות הליברלי, אם כי הדרך להשלמתם עוד ארוכה.

מאבקם של א/נשים אינטרסקס נגד פרקטיקות והצדקות אלה מצריך את חשיפת ההטיות הרלוונטיות לקבוצה זו, בעיקר מאחר שמדובר בתביעה להכיר באפשרות לחיות כאינטרסקס ולהימנע מהתערבות באמצעות שיוך מיניגדרי מוקדם. ההטיה המרכזית הרלוונטית המצויה בבסיס השיח החברתי-משפטי-ציבורי הרווח היא הנחת הבינריות המגדרית: ההנחה שהמצב ה"טבעי" וה"נורמלי" הוא של שני מגדרים מובחנים בלבד.⁷⁶ הנחה זו נשענת על כמה הנחות נוספות שחלקן זכו כבר לביקורת רבה: הביקורת הפמיניסטית חשפה את הנחת ההיררכיה המגדרית המניחה קיומו של מתאם בין תפקידי מין לתפקידי מגדר, המקצה תפקידי מגדר שונים לגברים ולנשים ואוכפת את הציות לחלוקת התפקידים ולהיררכיה שבבסיסה באמצעים חברתיים ומשפטיים;⁷⁷ הביקורת הלהט"בית חשפה את הנחת ההטרסקסואליות הכפויה המניחה קיומו של מתאם בין מין/מגדר ובין משיכה מינית לבני המין/המגדר האחר;⁷⁸ ואילו הביקורת הטרנסית חשפה את הנחת יציבות ואחדות המין/מגדר המניחה שאדם נולד זכר או נקבה וכי זוהי מהות קבועה ויציבה שאינה ניתנת לשינוי,⁷⁹ או, ככל שהיא ניתנת לשינוי, שהשינוי מותנה באבחון פסיכיאטרי ובקבלה מוחלטת של מכלול מאפייניה של הזהות המינית/המגדרית הקוטבית. ביקורת האינטרסקס מצטרפת לביקורות אלו ומוסיפה עליהן עוד נדבך, שניתן לכנותו ביקורת הזהות המיניגדרית הכפויה: ביקורת זו חושפת את ההנחה שלכל אדם יש "מין אמיתי" שניתן לזהות ולאבחן בכלים רפואיים-מדעיים וכי ניתן, רצוי וראוי לנקוט את כל האמצעים הקיימים על מנת לשייך אדם ל"מינו האמיתי", שהוא אחד משני המינים המוכרים (זכר/נקבה). לביקורות אלו מצטרפת גם ביקורת המוגבלות החושפת את עריצות הגופניות התקנית הכפויה (compulsory able-bodiedness), שלפיה יש "לנרמל" את הגוף האבנורמלי שאינו עומד בתנאי התקינות הגופנית המקובלת, כלומר – לתקן את הגוף הנתפס כחריג כך שיתאים לנורמות החברתיות המבוססות על גוף שאינו חולה או נכה.⁸⁰

- Katrina Roen, *Intersex Embodiment: When Health Care Means Maintaining Binary Sexes*, 1 Samantha Murray, ; לעיל ה"ש 3, Dreger, *A History of Intersexuality*; SEXUAL HEALTH 127 (2004) *Within or Beyond the Binary/Boundary? Intersex Infants and Parental Decisions*, 24 AUSTRALIAN JOURNAL OF LEGAL THEORY 265, 270–271 (2009).
- CATHRINE A. MACKINNON, *TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE* (1989); Gayle Rubin, *The Traffic in Women: Notes on the 'Political Economy' of Sex*, in *TOWARD AN ANTHROPOLOGY OF WOMEN* 157 (Rayna Reiter ed., 1975) (להלן: Rubin, *The Traffic in Women*).
- ADRIENNE RICH, *COMPULSORY HETEROSEXUALITY AND LESBIAN EXISTENCE* (1980)
- Tam Sanger, *Beyond Gender and Sexuality Binaries in Sociological Theory: The Case For Transgender Inclusion*, in *TRANSGENDER IDENTITIES: TOWARDS A SOCIAL ANALYSIS OF GENDER DIVERSITY* 259 (Sally Hines & Tam Sanger eds., 2010); JUDITH BUTLER, *GENDER TROUBLE: FEMINISM AND THE SUBVERSION OF IDENTITY* (1990) לעיל ה"ש 77. ראו גם אייל גרוס "התחזות כאדם אחר": חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי" משפטים על אהבה 365 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005).
- Robert McRuer, *Compulsory Able-bodiedness and Queer/Disabled Existence*, in *THE DISABILITY STUDIES READER* 369 (Lennard Davis ed., 6th ed. 2013)

המשותף לכל הביקורות הללו הוא השאיפה לביטול הייררכיות ולהכרה במגוון האנושי הקיים בעולם והתנגדות לדכאנותן של נורמות חברתיות צרות ואחידות תוך חשיפת התהליכים ההיסטוריים והחברתיים שהביאו להתגבשותן. מרתק להשוות בהקשר זה את היחס ההופכי שלו זוכים א/נשים אינטרסקס וא/נשים טרנסים בכל הנוגע למעבר מגדרי: א/נשים אינטרסקס עוברים הליך של שיוך (מעבר) מגדרי בכפייה, בטרם יכלו להביע את עמדתם בנושא, אף שמדובר בהליך רפואי פוגעני ופולשני, אולם א/נשים טרנסים המעוניינים לבצע הליך של מעבר מגדרי נתקלים במכשולים רבים שתכליתם למנוע מהם את תהליך המעבר המגדרי, דווקא משום שמדובר בהליך רפואי פוגעני ופולשני.⁸¹ פרדוקס זה חושף את חוסר יציבותם של הטיעונים בנוגע להליכי שיוך/מעבר מגדרי, אך גם את המשותף לתפיסות החברתיות המנחות אותם, המבוססות על ציפייה לזהות מינגדרית יציבה שאינה ניתנת לשינוי ועל הנחת הבינריות המגדרית שאינה מכירה בקיומו של רצף או מרחב של זהויות מיניות ומגדריות.⁸²

הטענה היא כי ההייררכיות החברתיות וההנחות המדירות שעליהן הן מבוססות גורמות נזק למי שמושפעים/ות מהן משום שהן מגבילות את אפשרויות הבחירה, מונעות את סכויי הפרט לשגשוג ולמימוש עצמי ואינן מספקות הגנה משפטית שווה לכלל הא/נשים בחברה. במקרה של א/נשים אינטרסקס, לנזקים אלו יש גם ביטוי גופני של ממש:⁸³ עדויותיהם של א/נשים אינטרסקס מספרות על אבדן פוריות, היעדר הנאה מינית וטיפולים רפואיים נמשכים. בנוסף, ישנם דיווחים על צלקות גופניות ונפשיות וכן קשיים חברתיים הנובעים מכך שגדלו תחת "משטר סוד" בלא תמיכה נפשית מתאימה או מכך שאינם מרגישים הזדהות עם המין שנבחר עבורם בילדותם.⁸⁴ הדחייה החברתית של א/נשים אינטרסקס והתפיסה שלפיה מדובר בחריגות כה קיצוניות המצדיקה אמצעי תיקון והסתרה קיצוניים, פוגעות ביכולתם של א/נשים אינטרסקס להגדיר את עצמם, לכוון את חייהם בעצמם, לגבש את זהותם המינגדרית ולהרגיש חברים שווים ומוערכים בחברה. הזכות לספר את סיפור חיך ולעצב את גורלך מבקשת לסייע במתן מענה לכל אלו.

81 כך למשל, בחוזר המקורי (נוהל 39/86), אינטרסקסואליות מתוארת כ"פגם ביולוגי" ומודגש כי אין צורך ב"אינדיקציה פסיכיאטרית" כדי לנתח אדם אינטרסקס, ואילו טרנסקסואליות נתפסת כ"פגם נפשי" המחייב את האדם הטרנסקסואל לעמוד לבחינתם של פסיכיאטר ופסיכולוג, לחיות תקופה ממושכת במגדר הרצוי ולעמוד בפני ועדה רפואית. גם שאלת ההסכמה מקבלת יחס שונה מאוד בפרקיו השונים של החוזר. א/נשים טרנסקסואלים נאלצים לחתום על טופס אישור מיוחד, לעמוד בפני ועדת מומחים לאורך תקופה ארוכה ולהוכיח חד-משמעית כי הם מעוניינים בטיפולים. לעומתם, א/נשים אינטרסקס נדרשים לחתום על טופס הסכמה רגיל ואפשר גם שאפורופוס יחתום בשמם.

82 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).

83 כמובן שגם אצל א/נשים טרנסים יכול להיות לכך ביטוי גופני ברכישת תרופות או בביצוע הליכים רפואיים באופן עצמאי או באיכות ירודה ללא פיקוח ובקרה. ראו "חוות-דעת משפטית בדבר האוטונומיה של אדם להחליט על רצונו בניתוח לשינוי מין" 6 (חוות דעת של ד"ר יובל לבנת מטעם הקליניקה לזכויות אדם באוניברסיטת תל-אביב, 7.1.2009).

84 מעודד דנון, לעיל ה"ש 2; מור סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, פרק ג.2.

2. משמעותה וחשיבותה של הזכות לספר את סיפור חיך

הזכות לספר את סיפור חיך שייכת למשפחת זכויות במשפט הישראלי המבקשת לאפשר לפרט לשגשג דרך תמיכה בפיתוח עצמיותו ואישיותו. זכות העל החולשת על פני תחום זה היא הזכות לכבוד האדם, אך בצדה עוד זכויות ספציפיות שזכו לפיתוח עצמאי המתייחסות להיבטים מסוימים שלה.⁸⁵ הזכות העיקרית מבין זכויות אלה, הרלוונטית לענייננו, היא הזכות לאוטונומיה שזכתה לפיתוח ניכר לאחר חקיקת חוק-היסוד.⁸⁶ תוך כדי הדיון בזכות לאוטונומיה צצה ועלתה גם זכותו של אדם לספר את סיפור חייו ולעצב את גורלו. מי שרומם את מעמדה במשפט הישראלי הוא השופט ריבלין (כתוארו אז) בכמה פסקי דין, בהם עניין אבו חנא. אותו מקרה עוסק בילדה בדואית שנפגעה בתאונה. בית המשפט העליון דחה את טענת חברת הביטוח שלפיה יש לקבוע את שיעור הפיצוי בגין אבדן כושר השתכרות לפי ממוצע השכר ביישוב שממנו באה והעמיד אותו על ממוצע השכר במשק. בפסק הדין פסק השופט ריבלין כי מתן פיצוי נמוך יותר יפגע בזכותה של התובעת לספר את סיפור חייה. זכות זו, לפי השופט ריבלין, היא זכותו של האדם "להתוות את סיפור חייו, סיפור של תקווה, סיפור של שאיפה להגשמתה של התקווה".⁸⁷ בהיותו המשנה לנשיא קבע השופט ריבלין בעניין התנועה לחופש המידע כי: "זכותו של אדם לכתוב בעצמו את פרקי סיפור חייו, היא אחת מן הזכויות היסודיות ביותר במשטר דמוקרטי, אם לא היסודית שבהן".⁸⁸

פרק זה מבקש להציע כי הזכות לספר את סיפור חיך ראוייה לפיתוח ותשומת לב רבות מאלו שקיבלה עד כה משום שיש לה פוטנציאל ייחודי ההופך אותה למתאימה להקשרים מסוימים המבחינים אותה משאר הזכויות, למרות תחומי החפיפה וההשקה ביניהן. לטעמנו, הזכות לספר את סיפור חיך קשורה קשר הדוק בשאלות הקשורות בפיתוח הזהות (identity) האישית והחברתית של האדם, על רבדיה התרבותיים והפוליטיים. היא מתאימה במיוחד למצבים שבהם יש לפעולה או להחלטה השפעה על עיצוב האישיות (personhood) של האדם ועל פיתוח גרעין העצמיות (selfhood) שלו/ה, וכן למצבים שבהם הפעולה או ההחלטה משפיעות על מעמדו/ה החברתי או השתייכותו/ה הקבוצתית ומושפעות מהם.

לדעתנו, ההכרה בזכותו החוקתית של כל אדם לספר את סיפור חייו ולעצב את גורלו היא הכרחית לשם קידום זכויות האדם במשפט הישראלי בכלל, אך היא חשובה ומתאימה במיוחד לצורך קידום זכויות אנשים אינטרסקס: יש לה קשר הדוק לסוגיות של זהות והאפשרות לממשה, היא מתאימה לסוגיות של שוויון ויחסי כוחות, והיא רלוונטית במיוחד בהקשר של ילדים והשמירה על עתידם הפתוח ואופק ההזדמנויות שבפניהם. לפיכך היא מאפשרת להתייחס לעול ולפגיעה שאנשים אינטרסקס חווים ולהשלכות הרחבות הכרוכות בהם. נסביר את הרלוונטיות לאינטרסקס ביתר פירוט: ראשית, מדובר בסוגיה גורלית ומשמעותית הכרוכה בהחלטה בדבר הזהות המיניגדרית של האדם;

85 אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך א 303–307 (2014).

86 שם, בעמ' 250–254. ראו גם להלן, הטקסט ליד ה"ש 101–105.

87 ע"א 10064/02 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' אבו-חנא, פס' 33 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 27.9.2005).

88 ע"מ 1245/12 התנועה לחופש המידע נ' משרד החינוך, פס' 15 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין (פורסם בנבו, 23.8.2012). לפסיקה נוספת שבה נעשה שימוש ברעיון זה ראו בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, פס' 15 לפסק דינו של השופט לוי (2006); בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פס' 35 לפסק הדין של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 23.2.2012).

שנית, מדובר בהחלטה הנקבעת לרוב, כיום, בגיל ילדות, מבלי שהילד/ה יוכל או תוכל לקחת בה חלק, על בסיס מידע חלקי ומוטה ובינתיים מתבצעים הליכים רפואיים בלתי-הפיכים.⁸⁹ שלישית, הפרקטיקה המקובלת בתחום היא לשמור את רכיב זה של זהותו של האדם בסוד מפני עצמו, כך שלא ידע על עברו, על מצבו, על האבחון הרפואי שניתן לגביו, על ההחלטות שנתקבלו בעניינו, על ההליכים שבוצעו בגופו והטיפולים שניתנו לו – ועקב כך גם על השתייכותו הקבוצתית הנובעת מכל אלו.⁹⁰ רביעית, גם אם אישה אינטרסקס מיודעת על ההליכים שבוצעו בה, הדבר נשמר לרוב תחת מעטה סודיות מפני החברה, מה שמעצים את אפקט הסטיגמה ואת "משטר הסוד"⁹¹ שלהם היא נתונה; חמישית, ההצדקה החזקה ביותר כיום לביצוע ההליכים הרפואיים היא חברתית ולא בריאותית, והיא נובעת מהרצון להגן על ילדים אינטרסקס (והוריהם) מפני לעג והשפלה ומפני הקושי שבחוסר הבהירות בנוגע לזהותם המיניגדרית שמקורם ביחסי כוחות לא-שוויוניים.⁹² התוצאה היא שבמקום שהיחס החברתי השלילי יהווה בסיס להגנה על א/נשים אינטרסקס, הוא הופך להצדקה לפגיעה בהם. מצב דברים זה – שבו אדם שנולד כאינטרסקס עובר ניתוחים וטיפולים המשייכים אותו למין מובהק מסוג של זכר או נקבה מסיבות חברתיות, ואף אינו יודע על היותו אינטרסקס ועל השלכות הדבר על חייו וזהותו, או שהוא או היא חוששים מחשיפת זהותם כאינטרסקס בשל פחד מהתגובה החברתית הקיצונית הצפויה – נמצא בסתירה עמוקה לעידן החוקתי והחברתי שבו אנו נמצאים. הזכות לכבוד, הזכות לאוטונומיה והזכות להסכמה מדעת אכן תומכות במאבקם של א/נשים אינטרסקס, אך לדעתנו הזכות לספר את סיפור חיך ולעצב את גורלך היא שמבטאת בצורה הטובה ביותר את מהות הפגיעה ולכן מהווה המשגה מתאימה יותר לסוגיות הנדונות.

3. מעמדה של הזכות במשפט הישראלי

לצורך ביסוס מעמדה של הזכות לספר את סיפור חיך ולעצב את גורלך במשפט הישראלי נבקש לעמוד על מקורותיה הנטועים במורשת הליברלית ובמשפט הישראלי. אבני היסוד של המורשת הליברלית הן חירויות וזכויות הפרט, שתכליתן להגן על הפרט מפני התנהגות המזיקה לו/ה ולאפשר לכל אחד ואחת לפרוח ולממש את עצמו/ה ואת יכולותיו/ה.⁹³ במובן זה היא נטועה ומעוגנת היטב במשפט הישראלי, לפחות מאז חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וניתן להכיר בה כזכות כללית המצויה במשמעות הגרעינית של כבוד האדם.⁹⁴ מיד לאחר חקיקת חוק-יסוד עמד נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק על משמעותו של מושג כבוד האדם באומרו כי:

"בבסיסו של 'כבוד האדם' כמושג משפטי אופרטיבי עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו [...] ביסוד כבוד האדם עומדת האוטונומיה

89 לפירוט הביקורות על פרקטיקה זו ראו מור, סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, בעמ' 115–120.

90 מעודד דנון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 118–125.

91 שם, בעמ' 72–85.

92 מור, סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, בפרק ג; Tamar-Mattis, לעיל ה"ש 3, בעמ' 73–75; S.M. Creighton & L.M. Liao, *Changing Attitudes to Sex Assignment in Intersex*, 93 *BJU INT'L* 659, 659 (2004).

93 גל גרזון ליברליזם: קשרים, הקשרים, ביקורות (2004).

94 ראו הפניות לעיל בה"ש 85–88 ובהמשך פרק זה.

של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם. כבוד האדם היא החירות של האדם לעצב את חייו ולפתח את אישיותו כרצונו...⁹⁵

ערך כבוד האדם אפוא כולל אגד של זכויות⁹⁶ שכולן חשובות לצורך ההגנה על זכויותיהם של א/נשים אינטרסקס ולצורך מימושן, ובהן: שלמות הגוף, אוטונומיה, חופש הבחירה וחופש הפעולה, החירות לעצב את חייו כרצונך וכן שוויון ערך האדם.

כבוד האדם, כידוע, הוא מושג רחב ופתוח המכיל בתוכו מגוון רעיונות ותחומים; זהו רעיון-על המקרין על המשפט כולו, המאופיין בעמימות רבה המקשה על תחימת גבולותיו.⁹⁷ לכן נדרשת המשגה ספציפית של זכויות נגזרות המספקות מענה למצבים שונים. את היחס בין זכויות אלה תיאר לאחרונה הפרופסור, נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק כיחס בין זכות-אם שהיא זכות מסגרת לזכויות-בנות שהן זכויות נגזרות – זכות-האם מכילה את זכויות-הבת וזכויות-הבת מוכלות בזכות-האם.⁹⁸ קיומה של זכות המסגרת לכבוד אדם אינה מייצרת את הצורך בפיתוח זכויות נגזרות המתאימות להקשרים שונים. יתרה מכך, קרבתה של הזכות הספציפית לליבת כבוד האדם, לתכלית העומדת בבסיס חוק-היסוד, מחזקת את מעמדה של הזכות.

אם כן, הזכות לספר את סיפור חייו ולעצב את גורלך מצויה בקרבה רעיונית ובקשר הדוק לכבוד האדם. בספרו שיצא לאחרונה, "כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה", מכיר בכך פרופסור ברק במסגרת הטיעון שלפיו התכלית המונחת ביסוד הזכות החוקתית לכבוד האדם היא "האנושיות שבאדם":

תכליתה של הזכות לכבוד האדם היא להגשים את אנושיותו של האדם. כבוד האדם כזכות חוקתית הוא החופש של האדם לטוות את סיפור חייו. זהו חופש הרצון של האדם. זוהי האוטונומיה שלו והיותו חופשי לעצב את חייו ולהגשים את עצמו על פי רצונו שלו ולא על פי רצונם של אחרים. אנושיות זו פועלת בגדרה של החברה שבה הוא חי.⁹⁹

גרעין זה של הגשמת האנושיות מתבטא אפוא בחירות לטוות את סיפור חייו, לעצב את חייו כרצונך, להגשים את עצמו – ואנו נוסף: ולממש את הרכיבים השונים בזהותך, כולל זהותך המיניגדרית, בתנאים החופשיים מדיכוי.¹⁰⁰

95 אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 277 (1994) (ההדגשה הוספה; סימני ציטוט והפניות הוסרו).

96 ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 85, בעמ' 306–307.

97 שם, בעמ' 47–48.

98 שם, בעמ' 310–312.

99 שם, בעמ' 32. ברק מדגיש רעיון זה פעמיים במבוא לספרו: גם בציטוט המובא לעיל וגם בפסקה שלפניו, שם הוא כותב כי "כבוד האדם הוא אנושיותו של האדם [...] זהו החופש של אדם לכתוב את סיפור חייו". שם, בעמ' 32. להרחבה על כבוד האדם כאנושיות שבאדם ראו שם, בעמ' 239–280. לביקורות על רעיון זה ראו שם, בעמ' 258–260.

100 לניסוח ראשון של הרעיון שהזכות לאוטונומיה כוללת את הזכות למימוש הזהות המגדרית ראו חוות הדעת של ד"ר יובל לבנת, לעיל ה"ש 83.

נראה שהזכות הקרובה ביותר לזכות לספר את סיפור חיך היא הזכות לאוטונומיה. מאז חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו זכה מושג כבוד האדם לפיתוח והרחבה בחקיקה ובפסיקה, ועמו התפתחה גם הזכות לאוטונומיה. זכות זו זכתה להכרה מפורשת ולחיוזוק מעמדה העצמאי בהקשרים רבים.¹⁰¹ אחד ההקשרים החשובים שבגדרם התבססה הזכות לאוטונומיה כזכות עצמאית, ובהם הפגיעה באוטונומיה אף הוכרה כנוזק בר פיצוי, הוא ההקשר הרפואי, שאף הוא רלוונטי במיוחד בהקשר של אינטרסקס. הפיצוי על פגיעה באוטונומיה התרחב בהמשך גם לתחומים נוספים שעיקרם גילוי מידע וקבלת החלטות.¹⁰² אחד מפסקי הדין הראשונים בנושא היה עניין ברמן, שהכיר באוטונומיה בהקשר הצר של קבלת החלטות במישור הרפואי, כחלק מהדין בזכות להסכמה מדעת ובזכות לקבלת מידע רפואי.¹⁰³ שם נקבע כי "החולה אינו אובייקט. הוא הסובייקט הנושא בתוצאות הסיכון והסיכוי שנוטל הרופא בבחורו בדרך הטיפול. על־כן עומדת לו זכות יסוד, הנובעת מן האוטונומיה של הפרט, להחליט מדעת, כלומר בידיעת העובדות הרלוונטיות, אם להסכים לטיפול הרפואי המוצע לו".¹⁰⁴

בעניין דעקה, הלך בית המשפט העליון צעד נוסף והכיר בפגיעה באוטונומיה כמקנה זכות לפיצוי בדיני הנזיקין במסגרת תביעת רשלנות רפואית. בית המשפט העליון קבע כי "זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו – היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה; במה יאמין. היא מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של כל פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדיר את אישיותו ואת חייו של הפרט".¹⁰⁵ עניין דעקה פרץ דרך במשפט הישראלי שכן הכיר בפגיעה בזכות לאוטונומיה כנוזק בר פיצוי כשלעצמו, ואף שגבולותיו ומשמעותו האופרטיביים של מהלך זה טרם הובררו דיים בפסיקה, הזכות לאוטונומיה הולכת וקונה לה מקום רב חשיבות במשפט הישראלי.

הזכות לספר את סיפור חיך ולעצב את גורלך צמחה, כאמור, מתוך הזכות לאוטונומיה תוך כדי ניסיונותיו של בית המשפט להעניק לזכות לאוטונומיה משמעות. כך היה בעניין אבו חנא ובעניין התנועה לחופש המידע. עם זאת, אין לראות לדעתנו בזכויות אלו זכויות חופפות, שכן הן משתרעות על פני תחומים שונים. הזכות לאוטונומיה קשורה בטבורה לכבוד האדם, אך עניינה הוא באוטונומיה של הרצון, בקבלת החלטות וביתר דיוק בהגנה על כוח הבחירה הנתון בידי האדם ומניעת שלילתו של כוח זה.¹⁰⁶ החלטות אלו יכול שיעסקו בגרעין העצמיות והאנושיות של האדם ויכול שלא. ניתן לחשוב על קבלת החלטות בהקשר הבריאותי או בהקשר הצרכני, שני הקשרים מרכזיים שבהם ניתן פיצוי על פגיעה באוטונומיה, שאינן קשורות בליבת גרעין העצמיות והזהות. כזו למשל הייתה ההחלטה בעניין

101 לפירוט ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 85, בעמ' 250-254.
 102 ראו ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון ראבי (פורסם בנבו, 4.12.11) (פרשת "הסיליקון בחלב").
 103 ע"א 434/94 ברמן נ' מור – המכון למידע רפואי, פ"ד נא(4) 205 (1997).
 104 שם, בעמ' 212.
 105 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית חולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526, פס' 15 לפסק דינו של השופט אור (1999).
 106 צחי קרן-פז "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה – הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" המשפט יא 187 (2007).

תנובה שעסקה בפיצוי בגין אי-יידוע על קיומו של סיליקון בחלב. מנגד, ישנם תחומים שבהם שאלות של אוטונומיה קשורות ביותר לנושאים של זהות אישית ועיצוב הגורל והחיים, כגון תביעות בגין הולדה בעולה.¹⁰⁷ בצד זאת, ישנם מקרים שבהם דווקא העמידה על הזכות לספר את סיפור חיך מדגישה ומבליטה היבטים שאוטונומיה לבדה, במשמעותה המקובלת, אינה יכולה לתת להם מענה. כך, בעניין אבו חנא לא דובר ביכולתה של הנפגעת לקבל החלטות, אלא בהשפעה מפלה על מסלול חייה של הנפגעת, בהיותה פעוטה בדרוית תושבת רהט, על דרך הנחת הנחות הקשורות במקום מגורים, רקע חברתי-כלכלי, מוצא ומגדר, ומשמעותן לגבי יכולת השתכרותה העתידית. פסק הדין מבטא מודעות לתפקיד האקספרסיבי והסמלי של המשפט ובהשפעתו על תהליכים של כינון זהויות.

הזכות לספר את סיפור חיך ולעצב את גורלך נשענת לא רק על אדנים חוקתיים ופסיקתיים, אלא גם על יסודות חקוקים. בצד חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ישנה חקיקה ראשית המסייעת בענייננו. כך, לפי ס' 4 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, "לאדם עם מוגבלות יש זכות לקבל החלטות הנוגעות לחייו, בכפוף לכל דין". אמנם הזכות כפופה לכללי הכשרות והאפוטרופוסות, אך יש בסעיף הזהרה המבקשת לשחרר אנשים עם מוגבלויות מהפטרונות שהייתה מנת חלקם. אנשים אינטרסקס הם אנשים עם מוגבלויות במובנים רבים, שכן היחס החברתי השליילי כלפיהם מבוסס על שונותם הגופנית הנתפסת כחריגות וסטייה המצריכות ומצדיקות "תיקון" של הפרט כך שיתאים לסטנדרטים החברתיים במקום תיקון החברה כך שתתאים למגוון שבתוכה.¹⁰⁸ המסגרת הרעיונית שבתוכה נטוע סעיף זה קשורה בססמת התנועה: "שום דבר עלינו בלעדיו" המבטאת את הרעיון שאנשים עם מוגבלויות צריכים להיות שותפים מלאים בקביעת גורלם ועיצוב חייהם וחופשיים לספר את סיפור חייהם ללא הנחות חברתיות מגבילות.¹⁰⁹

גם חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 מחזק מהלך זה בעגנו את זכויות המטופלים במערכת הבריאות: זכות המטופל לטיפול רפואי נאות ושוויוני, כולל שמירה על כבודו ופרטיותו של המטופל,¹¹⁰ וחובת המטפל להשיג את הסכמת המטופל לטיפול, הסכמה מדעת המבוססת על מכלול

107 הפסיקה הענפה בתחום ההולדה בעולה תרמה רבות לפיתוח ההגנה על האוטונומיה של הפרט במסגרת דיני הנזיקין ראו למשל עניין ברמן, לעיל ה"ש 103; ע"א 4960/04 סידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד ס(3) 590 (2005); ע"א 1326/07 המר נ' עמית (פורסם בנבו, 28.5.2012). ראו גם נילי קרקור-אייל "מי ילד מושלם של אמא? הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין סידי" המשפט יג 469 (2008). עם זאת הדיון בהולדה בעולה מעורר קושי מכיוונים אחרים הקשורים בזכויות אנשים עם מוגבלויות ובאופן שבו התפתחות העילה השפיעה על והושפעה מהתפיסות החברתיות ביחס למוגבלות ולכן נמנע מהשימוש בהם במסגרת פרק זה. ראו Sagit Mor, *The Dialectics of Wrongful Life and Wrongful Birth Claims in Israel: A Disability Critique*, 63 STUD. IN L., POL. & SOC'Y 113 (2014).

108 Mark Sherry, *Overlaps and Contradictions Between Queer Theory and Disability Studies*, 19 DISABILITY & SOC'Y. 769 (2004); M. Morgan Holmes, *Mind the Gaps: Intersex and (Re-productive)*, 5 J. BIOETHICAL INQUIRY 169, 169 (2008). *Spaces in Disability Studies and Bioethics*, ראו גם מור, סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, בעמ' 106.

109 שגית מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה" עיוני משפט לה 97, 107 (2012); JAMES I. CHARLTON, *NOTHING ABOUT US WITHOUT US – DISABILITY, OPPRESSION AND EMPOWERMENT* (2000).

110 פרק ג' לחוק זכויות החולה.

המידע הרפואי הדרוש לצורך הסכמה לטיפול.¹¹¹ הסכמה זו נותנת ביטוי נוסף לזכותם של א/נשים אינטרסקס לספר את סיפור חייהם. למרות טענתנו כי אין להתייחס לא/נשים אינטרסקס כ"חולים", אין להתעלם מנקודות הממשק הרבות של רובם עם מערכת הבריאות כמטופלים¹¹² ומכך שהחלטות הרוח גורל בעניינם מוכרעות מבלי שתישמע דעתם, בעיקר משום שכיום מדובר לרוב בילדים ואף בפעוטות.¹¹³ מאז חוק זכויות החולה גברה המודעות למורכבות שבקבלת החלטות בדבר טיפול רפואי של הורים בשם ילדיהם, אך היא טרם נפתרה בצורה משביעת רצון.¹¹⁴ בהתאם לכך, חוזר מנכ"ל משרד הבריאות בנושא מבקש לאמץ את "המודל השיתופי-שוויוני של יחסי מטפל-מטופל", כדי לשמור על כבודם, על פרטיותם ועל אוטונומיית הפרט שלהם.¹¹⁵ נציין שדוקטרינת ההסכמה מדעת שימושית ביותר לצורך ביסוס ההגנה על זכויות א/נשים אינטרסקס בהקשרים רפואיים, אך היא רלוונטית בעיקר להקשר זה ולא למנעד רחב יותר של מקרי פגיעה בזכויות, כגון רישום מנהלי, הפליה, פיתוח שירותים חברתיים מתאימים או לסוגיות אחרות הקשורות בבריאות כגון פיריון או מתן ייעוץ וליווי נפשי. נוסף על אלו יש לציין את תרומתו המשמעותית של המשפט הבין-לאומי לעיבוי ההגנה על זכויות ילדים אינטרסקס לעצב את גורלם. בשנת 1991 אישרה מדינת ישראל את האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד (1989)¹¹⁶ ללא כל הסתייגות, ובשנים שלאחר מכן נקטה כמה מהלכים להטמעתה במשפט הישראלי.¹¹⁷ האמנה מעגנת את זכות הילד להשתתף בהחלטות ובהליכים הנוגעים לו¹¹⁸ ומכירה ב"עקרון הכשרים המתפתחים" המבקש לאזן בין האוטונומיה של הילד לבין הצורך בהגנה עליו לפי גילו והתפתחותו.¹¹⁹ האמנה מבקשת להביא למימוש מרבי של האוטונומיה של הקטין ולצמצם את מידת ההגבלות על חירותו ועל זכותו לקבל החלטות ככל שניתן.¹²⁰ בשנת 2012

- 111 פרק ד' לחוק זכויות החולה.
- 112 סעיף ההגדרות בחוק זכויות החולה מבהיר כי הוא חל גם על חולים וגם על "כל המבקש או המקבל טיפול רפואי" (ס' 2 לחוק זכויות החולה, הגדרת "מטופל"). "טיפול רפואי" מוגדר בצורה רחבה ככולל פעולות אבחון רפואי, טיפול רפואי מונע, טיפול פסיכולוגי או טיפול סיעודי.
- 113 ראו למשל Tamar-Mattis, לעיל ה"ש 3, בעמ' 63. ראו גם מור, סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, בעמ' 101.
- 114 ראו פנינה ליפשיץ-אבירם הסכמה מדעת של קטין לטיפול רפואי (2006).
- 115 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/96 "הסכמת החולה לטיפול רפואי לאור חוק זכויות החולה" (11.8.1996). לדיון בקטינים ראו שם, בעמ' 7.
- 116 אמנה בינלאומית בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אשררה ונכנסה לתוקף ב-1991).
- 117 לפירוט ראו תמר מורג "השפעת הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט על תפישות העומק של הפסיקה הישראלית" משפחה במשפט ג 67 (2009); אתי וייסבלאי פעולות ישראל ליישום האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2010) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02734.pdf.
- 118 ס' 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד קובע כי "מדינות חברות יבטיחו לילד המסוגל לחוות דעה משלו את הזכות להביע דעה כזו בחופשיות בכל עניין הנוגע לו, תוך מתן משקל ראוי לדעותיו, בהתאם לגילו ולמידת בגרותו של הילד".
- 119 ס' 5 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד. ראו גם תמר מורג "עשרים שנה אחרי: תפיסת זכויות הילד על פי האמנה בדבר זכויות הילד" זכויות הילד והמשפט הישראלי 15 (תמר מורג עורכת, 2010).
- 120 שם.

אשררה מדינת ישראל גם את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות א/נשים עם מוגבלות (2006).¹²¹ האמנה מכירה בכך ש"ילדים עם מוגבלויות זכאים ליהנות הנאה מלאה מכל זכויות האדם וחירויות היסוד באופן שווה לילדים אחרים"¹²² וקובעת בין עקרונותיה "כבוד ליכולות המתפתחות של ילדים עם מוגבלויות וכבוד לזכותם של ילדים עם מוגבלויות לשמר את זהויותיהם" (סעיף 3(ח)). סעיף 7 לאמנה מגן באופן ספציפי על ילדים עם מוגבלויות וקובע כי "מדינות שהן צדדים תבטחנה לילדים עם מוגבלויות את הזכות לבטא בחופשיות את דעתם בכל נושא אשר משליך עליהם, כאשר יינתן לדעתם המשקל הראוי בהתאם לגילם ולמידת בגרותם, בשוויון עם ילדים אחרים, וכן לקבל סיוע אשר מתאים למוגבלותם ולגילם כדי לממש זכות זו".¹²³ אמנות אלו לא נקלטו במלואן במשפט הישראלי הפנימי, אך הן משמשות מקור השראה פרשני. הן מחייבות את המדינות בדיווח תקופתי לאו"ם על מידת מימושו, ואין ספק שיוכלו לשמש לחיזוק ההגנה על ילדים וילדות אינטרסקס במגוון סוגיות ונושאים. בנוסף, כפי שצוין לעיל, לאחרונה פורסם הדו"ח המיוחד של האו"ם לנושא עינויים דוח המגנה באופן רשמי ומפורש את הפרקטיקה של ביצוע ניתוחים בתינוקות אינטרסקס.¹²⁴

ההכרה בזכות לספר את סיפור חייה ולעצב את גורלה, כולל את זהותה המיניגרית, קשורה באופן הדוק למאבקן של קבוצות נוספות בקהילה הלהטבא"קית ובעיקר למאבקם של אנשים טרנסג'נדר. כך, למשל, נטען במסגרת מאבקם כי "הזכות לאמץ (או לממש) זהות מגדרית זו או אחרת מצויה בליבה של זכותו של אדם לחירות ואוטונומיה, ואל לאיש – אף לא למדינה – לפגוע בזכות זו ובאפשרות לממשה".¹²⁵ אכן, דברים אלו נשענים על הזכות לאוטונומיה, אך ההכרה בזכות לספר את סיפור חייה תאפשר לתת להם תמיכה וביסוס עשירים יותר.

כפי שהראינו, בידי המשפט הישראלי נמצאים כיום כלים מגוונים היכולים לשמש לקידום זכויותיהם של ילדים/ות וא/נשים אינטרסקס ולהגנה עליהם. אך ההכרה והשימוש בהם, ובעיקר בזכותם של אנשים אינטרסקס לספר את סיפור חייהם, לשלוט בגורלם, לעצב את עתידם ולממש את זהותם המיניגרית, מצריכים הבנה של תהליכי ההבניה החברתית שעיצבו את דפוסי ההדרה, ההפליה והדיכוי שהם מנת חלקם.

4. החיבור ההדוק בין הזכות לספר את סיפור חייה ובין שוויון

הביקורת החברתית שהוצגה לעיל מתורגמת לשפת המשפט דרך קטגוריות של שוויון וזכויות.¹²⁶ מידת היכולת של כל אישה בחברה לממש את הזכות לספר את סיפור חייה ולעצב את גורלה תלויה במידת השוויון החברתי שממנו היא נהנית. פסיקת בית המשפט העליון והכתיבה האקדמית בנושא כבר עמדו על כך שהשוויון הוא חלק מליבת המושג של כבוד האדם, בעיקר שוויון במובנו הגרעיני שנועד

Convention on the Rights of Persons with Disabilities, G.A. Res. 61/106, U.N. Doc. A/RES/61/106 121
 תרגום לעברית זמין ב- www.kshalem.org.il/uploads/pdf/article_5727_1386176801.pdf (Dec. 13, 2006)

שם, מבוא, ס' י"ח. 122

ראו גם ס' 23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, העוסק בזכויותיהם של ילדים עם מוגבלויות. 123

לעיל ה"ש 57, והטקסט הצמוד לה. 124

חוות הדעת של ד"ר יובל לבנת, לעיל ה"ש 83. 125

לדיון מעמיק בזכות לשוויון של להט"ב ראו יותם זעירא וברק מדינה "לא שווים לבר: נטיה מינית, זהות מגדרית והזכות לשוויון" בספר זה. 126

להבטיח את כבודו הסגולי של כל אדם.¹²⁷ לטענתנו, יכולתם של א/נשים אינטרסקס לממש את האפשרויות הפתוחות בפניהם תלויה בקיומו של "שוויון מיניגדרי מלא [ה]מכיר בקיומו ובערכו של מגוון מיניגדרי ובחירותו של אדם לעצב את גורלו ואת זהותו המיניגדרית".¹²⁸

את החיבור ההדוק בין הזכות לספר את סיפור חייו ולעצב את גורלך לעקרונות של שוויון ממחיש היטב פסק הדין בעניין אבו חנא. באותה פרשה הכיר השופט ריבלין בכך שיכולת הבחירה של האדם איננה בלתי-מוגבלת, אך הוא מבקש לשמור את מידת הבחירה הקיימת בחיינו.¹²⁹ על אף השוני הרב לכאורה בין נסיבות המקרה לבין הסוגיות הניצבות בפני א/נשים אינטרסקס, דבריו של ריבלין בעניין אבו חנא רלוונטיים ומשמשים השראה גם בענייננו. בשני המקרים מדובר בשוויון זכויות עבור קבוצה מופלית ומודרת, ובשני המקרים מדובר בהחלטה שמבקשת לדמיין עבור נמעניה עתיד טוב יותר מהמציאות שבה הם חיים היום. ברוח אופטימית פורש השופט ריבלין את תקוותם של הדוגלים בשוויון כי המציאות ניתנת לשינוי וכי אין לקבל החלטות המנציחות ומקבעות את המציאות המפלה של היום:

"התקווה אינה תקווה גרידא. ניתן וראוי להניח כי מצבם של נשים, מיעוטים או מגזרים מוחלשים ישתפר בעתיד ויידע ימים טובים יותר. העולם אינו סב לאחור. המחר טוב מן העבר. סטריאוטיפים מתפוגגים והנחות מפלות מתנפצות אל קרקע המציאות. לאדם נקרות היום הזדמנויות רבות יותר מאשר בעבר לרכוש השכלה או הכשרה מקצועית, ואין להניח שא/נשים יוותרו נטועים לנצח באותו מעמד שלתוכו נולדו. מכל מקום, אל לנו להניח כי הפליה קיימת, ויחסי הכוחות של ההווה, לנצח ישררו במחוזותינו. חלוקת המשאבים בין הקבוצות בחברה יכול שתשתנה. ההזדמנויות הפתוחות בפני הקבוצות השונות בחברה עשויות להיות שוויוניות יותר [...] אלה הן הנחות מציאותיות, במיוחד כשמדובר בעתיד הרחוק של מי שהיום הם ילדים".¹³⁰

ההכרה בזכותו החוקתית של אדם אינטרסקס לספר את סיפור חייו ולעצב את גורלו וזהותו המיניגדרית וההכרה בזכותו לשוויון מחייבות לדעתנו את אימוצה של גישת ההשגחה כחלופה לגישת ההסתרה הרווחת כיום, או לכל הפחות הכרה בגישת גילוי מלאה ומוחלטת. גישת ההשגחה המבקשת להשהות את ההחלטה בדבר שיוך מיניגדרי פיזיולוגי, מאפשרת לאדם עצמו לקבל הכרעה בעניינו לפי המין והמגדר שעמם יזדהה בבגרותו. היא משאירה את כל החלופות פתוחות בפניו, כולל האפשרות שלא להזדהות עם מין או מגדר מסוים.

127 ראו אהרן ברק "כבוד האדם" המשפט ז' 517, 518 (2002).

128 מור סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, בעמ' 143.

129 ראו דברו בעניין אבו-חנא, לעיל ה"ש 87, פס' 33 לפסק דינו של השופט ריבלין: "אכן, לא אחת עושה האדם וחדל שלא-מרצון חופשי. תהפוכות הגורל מטלטלות חדשות לבקרים את ספינת החיים. אולם, במקום שנשללת מן האדם היכולת לבחור במתווה-חייו כתוצאה ממעשה של עוולה, באים דיני הנזיקין ומבקשים להחזיר את המצב על כנו והשיב לו, כמיטב היכולת, את הזכות שאבדה, לאמור: את הזכות להתוות את סיפור חייו, סיפור של תקווה, סיפור של שאיפה להגשמתה של התקווה".

130 שם, פס' 37 לפסק דינו של השופט ריבלין.

החיבור בין הזכות לספר את סיפור חיך לבין שוויון מבטא הכרה באי־שוויון העמוק המלווה את חייהם של א/נשים אינטרסקס ומשפיע על הבנת זכויותיהם ומאבקם. הוא אף מאפשר להציב גבולות להנחות ליברטריאניות בדבר בחירה חופשית ואוטונומיה במובן של נפרדות מוחלטת בין הפרטים בחברה. לכן, תמיכתנו בטענה שלפיה יש לאפשר לא/נשים לספר את סיפור חייהם ולעצב את גורלם, איננה מבוססת על הנחה בדבר קיומו של חופש בחירה נטול מגבלות, אילו ציפים והשפעות חיצוניות. ברור לנו כי ההכרעה בדבר זהות מיניגדרית תהיה מיטבית רק בהתקיים שוויון מיניגדרי מלא וכי ההכרעה היא תוצר של תהליך ארוך של התגבשות הזהות המיניגדרית. בנוסף, מסיבה זו, אין לזהות בין הזכות לעצב את חיך וגורלך לבין הזכות "להיות לבד"; ככל זכות יש לה היבט שלילי והיבט חיובי.¹³¹ ההיבט השלילי משמעו בהקשר הנוכחי הדרישה להימנע מהתערבות מיותרת, רפואית, טיפולית, משפטית או אחרת, בעיקר ככל שהן תומכות בשיוך מיניגדרי כפוי או בכפיית ציות לנורמות מיניות ומגדריות מגבילות ולספק לא/נשים אינטרסקס הגנה מפניהן. ההיבט החיובי משמעו מתן תמיכה רפואית, טיפולית, משפטית או אחרת שתאפשר לא/נשים אינטרסקס לשגשג ולבטא את עצמם ואת זהותם באמצעות יצירת סביבה המכירה בקיומו ובערכו של מגוון מיניגדרי ומסייעת בהתמודדות עם סטיגמה והדרה. מחובתה של המדינה לספק לאזרחיה את התנאים שבהם הם יכולים לממש את זהותם. משמעותה של חובה זו בהקשר של אינטרסקס ומדיניות בריאות היא להימנע מהתערבות ומטיפולים שאינם הכרחיים ואינם הפיכים, מחד, ומתן טיפול תומך ומסייע, מאידך; טיפול המכבד ומעריך את המגוון המיניגדרי הקיים בעולם ומאפשר חיים כאינטרסקס. המדינה נדרשת אפוא לא רק להגן על א/נשים אינטרסקס מפני פגיעה, אלא לפעול באופן פרואקטיבי להבטחת זכויותיהם, להשקיע משאבים ולפתח שירותים המתאימים לצורכיהם כך שיוכלו לממש את זהותם המיניגדרית.

5. אינטרסקס כקטגוריה של הפליה

הבטחת שוויון מיניגדרי מלא מחייבת גם הכרה באינטרסקס כקטגוריה (נגזרת או עצמאית) של הפליה אסורה. הכרה זו עשויה להתבסס על זכותם של א/נשים אינטרסקס לספר את סיפור חייהם ולעצב את גורלם ותהא מבוססת על דפוסי ההדרה, ההפליה והדיכוי שהם מנת חלקם של א/נשים אינטרסקס. הפליית א/נשים אינטרסקס עשויה להתעורר בהקשרים רבים, בעיקר ככל שיחיו בגלוי כאינטרסקס. המופעים של הפליה זו עשויים להיות דומים לאלו שעמם מתמודדים א/נשים טרנסים ועשויים להגיע לזירות מגוונות. לעתים ההקשר הוא סטיגמה, כגון במקרים של הפליה בתעסוקה,¹³² בכניסה למקומות ציבוריים ובקבלת שירות ציבורי. מקרים אחרים עשויים להתעורר בהקשרים המבוססים על סיווג מגדרי נוקשה, כגון שימוש בבתי שימוש ציבוריים, השתתפות בתחרויות ספורט, רישום למסגרות חינוך פורמלי ובלתי-פורמלי ועוד. לעתים הם עשויים לנבוע מרצון להגן על א/נשים אינטרסקס מפני

131 להיבט החיובי והשלילי שבכל זכות ראו גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות למימד חברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה 65 (1999). לדיון רחב יותר בסוגיה ראו זעירא ומדינה, לעיל ה"ש 126, בחלק א.

132 להרחבה על מאבק המשפטי נגד הפליה בתעסוקה של הקהילה הטרנסית ראו קטרי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 754.

התגובה לשונותם/ן, כפי שעלה לאחרונה בהקשר של תנאי כליאה.¹³³ למעשה, ככל שאנשים אינטרסקס יוסתרו ויסתתרו פחות כך ייאלצו להיחשף ליחס חברתי שלילי ולהתמודד עם נוקשות הסיווג המגדרי המקובל בהקשרים כה רבים.

הבסיס להכרה באינטרסקס כקטגוריה של הפליה אסורה מצוי במשפט הישראלי באמצעות הקטגוריות המוכרות של מין, מוגבלות ונטייה מינית. קטגוריות אלו הוכרו בפסיקה ובחקיקה במגוון הקשרים. מובן שזירת הפסיקה דינמית יותר ומאפשרת הכרה בקטגוריות חדשות בקלות רבה יותר, יחסית, כפי שמעידות ההתפתחויות האחרונות בקשר לזכויות א/נשים טרנסים וההכרה בקטגוריה של "זהות מגדרית" במסגרתן, שמהן ניתן להקיש לצורך זכויות א/נשים אינטרסקס.¹³⁴

הקטגוריות של מין, מוגבלות ונטייה מינית הוכרו בכמה דברי חקיקה. העיקריים שבהם הם חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988,¹³⁵ חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000,¹³⁶ חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 וכן חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.¹³⁷ אף על פי שמבחינה היסטורית-פורמלית חיקוקים אלו לא נועדו במישרין להגן על זכויות אינטרסקס, הרי לאור אופייה המורכב של קבוצה חברתית זו וההכרה המאוחרת יחסית בה ובזכויותיה, הם מהווים אכסניה משפטית ראויה להגנה כזו באמצעות מתן פרשנות מרחיבה להם. הקטגוריה של מין רלוונטית משום שא/נשים אינטרסקס עשויים להיות מופלים משום שאינם מציינים לקטגוריות המין המוכרות והמקובלות. הקטגוריה של נטייה מינית מסייעת, משום שהיא נועדה להגן על מי שאינם מציינת לתפקידי המין והמגדר החברתיים ולציפיות החברתיות המבוססות על תפקידים אלו.¹³⁸ הקטגוריה של מוגבלות מסייעת, משום שגופם של א/נשים אינטרסקס נתפס כגוף פגום וחריג שאינו מציינת לכללים המקובלים בדבר הגוף התקני, שאינו נכה, חולה או עמום מגדרי.

נוסף על קטגוריות אלו נדונה בפסיקה לאחרונה הקטגוריה של "זהות מגדרית". קטגוריה זו זכתה להכרה בפסיקת בית הדין האזורי והארצי לעבודה בעניין משל,¹³⁹ שעסק בשאלת הפליה בעבודה

133 ע"פ 5833/12 פלונית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.9.2013). לדיון מפורט ראו קטרי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 737.

134 ראו ע"פ 5833/12 פלונית, שם (שעניינו תנאי כליאה) וכן סע"ש 791-06-13 משל – המרכז לטכנולוגיה חינוכית (13.5.2014) (להלן: משל אזורי). לאחרונה אושרה החלטה זו בערעור לבית הדין הארצי, ראו ע"ע (ארצי) 23372-06-14 המרכז לטכנולוגיה חינוכית נ' משל (פורסם בנבו, 2.6.2015) (להלן: משל ארצי).

135 על פי ס' 2 (א) לחוק לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, היריון, טיפולי פוריות, טיפולי הפריה חוץ-גופית, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, השקפתם, מפלגתם או שירותם במילואים.

136 על פי סעיף 3 (א) לחוק "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי או הורות".

137 לפי סעיף 4 (א) מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא, נטייה מינית, גיל או מטעם אחר כיוצא באלה.

138 ראו זעירא ומדינה, לעיל ה"ש 126.

139 עניין משל אזורי, לעיל ה"ש 134. על פסק דין זה הוגש ערעור לבית הדין הארצי לעבודה ובמהלכו הגיעו הצדדים להסכמה שפסק הדין של בית הדין האזורי לעבודה יבוטל, וכי בית הדין הארצי לא יביע דעתו

של אישה טרנסג'נדרית. נקבע כי ההגנה על הפליה מטעמי "זהות מגדרית" היא "חלק בלתי נפרד מההגנה מפני אפליה 'מחמת מין'" הנכללת ברכיב ה"מין" המופיע בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.¹⁴⁰ השופטת אימצה את עמדת נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה שטענה כי "המונח איננו מוגבל למינו הביולוגי של האדם, אלא מתייחס גם לזהותו המגדרית ולחריגות מהדפוס המקובל של התאמה בין מין ביולוגי לזהות מגדרית".¹⁴¹ עוד מאמצת השופטת את "תאוריית המין פלוס", הרלוונטית גם לענייננו:

"שיטת הפרשנות הרחבה על פי תאוריית המין פלוס' הנוגעת לרכיב 'מין', כאשר המונח 'פלוס' מתייחס לכל עובדה, תכונה או מאפיין ניטרלי הנוסף על רכיב המין".
בענייננו ה'פלוס' יכול לייצג את ההליך השינוי המין, את הזהות המגדרית השונה מהמין הביולוגי ואולי את עצם החריגה מהקטגוריות המוכרות של 'נשים' ו'גברים' –
יהא ביטוייה אשר יהא".¹⁴²

אפשרות נוספת היא להכיר באינטרסקס כקטגוריה עצמאית של הפליה אסורה שלפיה אסור להפלות אדם על בסיס היותו אינטרסקס. אפשרות זו תאפשר להעביר מסר סמלי חד-משמעי בדבר שוויון בערך האדם של א/נשים אינטרסקס ותספק הגנה רחבה לא/נשים אינטרסקס בפני הפליה. כך, למשל, בעניין פלונית נ' מדינת ישראל הכיר לאחרונה השופט ג'ובראן בזכותם הכללית לשוויון של א/נשים טרנסים במסגרת דיון על ההפרדה בתנאי הכליאה היוצרת הפליה, בלא להידרש לשאלה תחת איזו קטגוריה ספציפית הפליה זו חוסה:

"הזכות לשוויון של טרנסג'נדרים, בדומה לזכות החוקתית לשוויון של חברי הקהילה הגאה, היא זכות חוקתית מוגנת, מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. משכך, לאסיר הטרנסג'נדר עומדת הזכות להיכלא בתנאים שווים לכל אסיר אחר ככל הניתן. הגנתה של הזכות לשוויון נפרשת לא רק על מי שהשלים את תהליך השינוי המגדרי. הקשיים החברתיים והמשפטיים שעמם נדרש הטרנסג'נדר להתמודד אינם תלויים במידת השלמת תהליך פיזיולוגי לשינוי המין. עצם אי ההכרה בזהות המגדרית של הפרט, כפי שהוא רואה אותה, היא פגיעה בזכות לשוויון".¹⁴³

השופט ג'ובראן שייך את הנושא לזכויות הקהילה הגאה באופן כללי ומדבריו נגזרת בוודאי גם זכותם של א/נשים אינטרסקס לשוויון, בשינויים המתחייבים. מבחינה עקרונית ייתכן שנכון יותר להיצמד לקטגוריות הקיימות שהן רחבות יותר ומצביעות על הקווים המשותפים בין הקבוצות השונות, בעיקר בין זכויות א/נשים אינטרסקס וא/נשים טרנסים, או ליצור קטגוריות רחבות ומכלילות, כגון "זהות מינית ומגדרית", המאפשרות מתן מענה למגוון מצבים.

באשר לשאלת האפליה, אך בכל זאת בית הדין הארצי ציין הוא סבור שעל פני הדברים אפליה מחמת מין ונטייה מינית על פי סעיף 2 בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה כוללת בחובה גם הפליה מחמת זהות מגדרית, ראו משל ארצי, לעיל ה"ש 134.

140 עניין משל אזורי, לעיל ה"ש 134, פס' 8 לפסק דינה של השופטת איצקוביץ.

141 שם

142 שם.

143 עניין ע"פ 5833/12 פלונית, לעיל ה"ש 133, פס' 5 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

נראה שיציקת תוכן חדש לקטגוריות קיימות, כפי שהצענו, תידרש בכל מקרה מבחינה פרקטית, שכן תהליך החקיקה של חקיקת זכויות ספציפית עלול להימשך זמן רב בשל הקשיים והסחבת הכרוכים בהעברת חקיקה מסוג זה.

המדינה המובילה כיום בתחום היא אוסטרליה, שם מאבקם של א/נשים אינטרסקס הביא להכרה משפטית פורמלית באיסור הפליה נגדם. אוסטרליה הפכה לנושאת הדגל בתחום, עם חקיקת ה-Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act 2013, ביוני 2013.¹⁴⁴ חוק זה כולל את הקטגוריה המפורשת "אינטרסקס" בגדר הקטגוריות האסורות להפליה בצד שתי קטגוריות נוספות: "זהות מגדרית" ו"נטייה מינית", ומכאן שהוא מבטא תפיסה שלפיה זהות מגדרית אינה קטגוריה מספיקה לצורך הכרה בא/נשים אינטרסקס והגנה עליהם. לטענת הארגון המרכזי לזכויות א/נשים אינטרסקס באוסטרליה (Organisation Intersex International Australia), מהלך זה יהיה מכשיר משפטי להתמודדות עם הפליית א/נשים אינטרסקס בתחומים רבים. בין היתר נקבע שם שהפטור מאיסור הפלייה בתחרויות ספורט לא יהיה פטור גורף, אלא ייקבע ממקרה למקרה.¹⁴⁵

לאחר שדנו בהרחבה בזכות לספר את סיפור החיים ומשמעותה, לרבות בהקשר של שוויון ואיסור הפליה, נמשיך כעת לבחינת זכויותיהם של א/נשים אינטרסקס בשני הקשרים ספציפיים: הזכות לבריאות ורישום במסמכים רשמיים.

ד. הזכות לבריאות וזכויות במערכת הבריאות

א/נשים אינטרסקס בישראל נידונים למגע ארוך, מתמשך ואינטנסיבי עם מערכת הבריאות. זכותם לבריאות וזכויותיהם במסגרת מערכת הבריאות הן לפיכך זירה הכרחית לבחינת הפרת זכויותיהם ומימוש זכותם לספר את סיפור חייהם, לעצב את גורלם ולקבל החלטות בעניינם. בפרק זה נדון בחלק מהסוגיות העולות בהקשר זה.

הזכות לבריאות וזכויות במערכת הבריאות בהקשר של א/נשים אינטרסקס זוכה לפיתוח תאורטי ומעשי בשנים האחרונות ברחבי העולם. כך, למשל, ביולי 2013 אירעה באוסטרליה התקדמות משפטית בעלת השלכות על זכויות אינטרסקס במערכת הבריאות. בהחלטתה בדבר "הסרת כל צורות

144 לנסח המלא של החוק ראו Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act, 2013, (Cth) (Austl.) available at [http://www.comlaw.gov.au/Details/On the Historic Passing of the Sex Discrimination Amendment \(Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status\) Act 2013](http://www.comlaw.gov.au/Details/On%20the%20Historic%20Passing%20of%20the%20Sex%20Discrimination%20Amendment%20(C2013A00098)), OII AUSTRALIA – INTERSEX AUSTRALIA (Jun. 25, 2013) <http://oii.org.au/22713/sex-discrimination-amendment-intersex-status-act>.

145 להרחבה בעניין האתגרים של השתתפות ספורטאים וספורטאיות אינטרסקס בתחרויות ספורט ראו Anna Peterson, *But She Doesn't Run like a Girl....: The Ethic of Fair Play the Flexibility of the Binary Conception of Sex*, 19 TUL. J. INT'L & COMP. L. 315 (2010); Jessica L. Adair, *In a League of Their Own: The Case for Intersex Athletes*, 18 SPORTS L.J. 121 (2011); Samantha Glazer, *Sporting Chance: Litigation Sexism Out of the Olympic Intersex Policy*, 20 J.L. & POL'Y 545 (2012); Elizabeth M. Ziegler & Tamara Isadora Huntley, *It Got too Tough to Not Be Me: Accommodating Transgender Athletes in Sport*, 39 J. C. & U. L. 467 (2013).

האפליה המגדרית משירותי הבריאות¹⁴⁶ הורתה שרת הבריאות של אוסטרליה על ביטול השימוש בלשון מגדרית ובפנייה מגדרית במערכת הבריאות. כמו כן, בהחלטתה הורתה השרה על ביטול השיוך המגדרי של טיפולים רפואיים. לדוגמה: טיפולים ברחם אינם מוגדרים עוד טיפולים "לנשים". בגוף ההחלטה מצוין כי תכליתה, בין השאר, להגן על זכויותיהם של א/נשים אינטרסקס ועל המגוון המגדרי בחברה, וכי בעת יישומה ינוהל דיאלוג עם פעילים לזכויות אינטרסקס.¹⁴⁷

ישנן עוד סוגיות רבות הקשורות בזכות לבריאות של א/נשים אינטרסקס – כגון יחס מפלה מצד אנשי צוות רפואי, שאלת הזכות והזכאות לטיפול נפשי, שאלות אתיות שמעוררים טיפולים נפשיים שתכליתם טיפול ב"הפרעה בזהות מגדר" של א/נשים אינטרסקס שלא מקבלים את המגדר שנכפה עליהם, וכיו"ב. בחרנו להציג מבחר מתוכן שיכול לשמש בסיס לדיון גם באחרות. אנו תקווה שאלו גם אלו יקבלו מענה בהקדם. כפי שמציין גרוס,¹⁴⁸ גישה הרואה בבריאות זכות אדם שהיא נגישה לכול, ללא תפיסות הטרונומרטיביות מפלות, הינה בסיס לשיפור רמת החיים של הקהילה הגאה ככלל וקהילת האינטרסקס בפרט.

זכויות המטופלים במערכת הבריאות מעוגנות בשורת מנגנוני זכויות אוניברסליים. העיקריות שבהן הן ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם של האומות המאוחדות משנת 1948 והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966),¹⁴⁹ הקובעת כי: "מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות כל ליהנות מרמת הבריאות הגופנית והנפשית הגבוהה ביותר שאפשר להשיגה" (סעיף 12 (א) לאמנה).¹⁵⁰ האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966)¹⁵¹ עיגנה אף היא חלק מהזכויות הרלוונטיות להקשר זה, בהן הזכות הטבעית לחיים,¹⁵² הזכות לחירות, המעגנת את זכותו של הפרט להיות חופשי מהתערבות הזולת בה,¹⁵³ וכן זכות האדם על גופו הכוללת את כיבוד שלמותו הגופנית והנפשית.¹⁵⁴

זכויותיהם של המטופלים במערכת הבריאות בישראל מעוגנות בכמה דברי חקיקה. ראשית, זכויות המטופל מוגנות על ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי הזכויות לחיים ולשלמות הגוף הן זכויות יסוד.¹⁵⁵ באופן ספציפי יותר, זכויות המטופלים מעוגנות בשני חוקים עיקריים: חוק ביטוח

MINISTER FOR HEALTH AND MINISTER FOR MEDICAL RESEARCH & JAN MCLUCAS – MINISTER FOR HUMAN SERVICES, ALL GENDER DISCRIMINATION TO BE REMOVED FROM MEDICARE (2013) <http://pandora.nla.gov.au/pan/141595/20130902-0954/www.health.gov.au/internet/ministers/pub.lishing.nsf/Content/B649297F6FA6BBFBCA257BB200118F7A/%24File/TP086.pdf>

שם. 147

גרוס "הטרנומרטיביות כבעיה בריאותית", לעיל ה"ש 8. 148

אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 1037 (נפתחה לחתימה ב-1966, אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991). 149

יצוין כי חובתה של כל מדינה לפעול לקידום הזכות לבריאות, כמו יתר הזכויות החברתיות, היא "עד כדי מירב המקורות העומדים לרשותה", כאמור בסעיף 2 לאמנה. 150

אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966, אושררה ונכנסה לתוקף בשנת 1992). 151

שם, ס' 3. 152

שם. 153

שם, ס' 5. 154

ראו ס' 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכויות אלו מעוגנות גם מכוח הפסיקה הענפה שבעקבות החוק, על חלקה ניתן לקרוא לעיל בפרק 3. 155

בריאות ממלכתי, התשנ"ד–1994, וחוק זכויות החולה. חוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע כי: "ביטוח הבריאות הממלכתי לפי חוק זה, יהא מושתת על עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית" (סעיף 1 לחוק). החוק קובע גם כי "שירותי הבריאות יינתנו תוך שמירה על כבוד האדם, הגנה על הפרטיות ושמירה על הסודיות הרפואית" (סעיף 3(ה)). חוק זה מגדיר את משמעותה וגבולותיה של "הזכאות לשירותי בריאות" של תושבי מדינת ישראל¹⁵⁶ ומתווה מסגרת ערכית ייחודית המושתתת על סל ערכים, ובהם ערך הסולידריות. ערך זה הוא בעל יסודות קהילתיים מחד וסוציאליסטיים מאידך, המשרטט יחסים חברתיים המבוססים גם על תלות הדדית ולא על יסודות אינדיבידואליסטים ליברליים בלבד.¹⁵⁷ מבין שני החוקים לעיל, חוק זכויות החולה רלוונטי במיוחד לענייננו. הוא מעגן את זכויותיהם של מטופלים בקבלת טיפול רפואי. החוק מעגן את זכות המטופל לטיפול רפואי גאות ושווינוי ואת השמירה על כבודו ופרטיותו.¹⁵⁸ עיקר התרומה והשינוי שיצר החוק היה בחיזוק הזכות להסכמה מדעת המחייבת את המטפל לספק למטופל את מלוא המידע הרפואי הנדרש לצורך מתן הסכמה מודעת ומושלמת לקבלת הטיפול הרפואי, על פי ההוראות המנויות בחוק.¹⁵⁹ בנוסף, החוק עיגן גם את זכותו של המטופל למידע רפואי על אודותיו,¹⁶⁰ לרבות עיון בו והעתקתו.¹⁶¹ זכויות אלו זכו גם לפיתוח ניכר בפסיקה. זכות החולה לאוטונומיה בקבלת טיפול רפואי כזכות מסגרת הוכרה בעניין דעקה הנזכרת לעיל, והיא מכילה בתוכה בין היתר את החירות של אדם להתנגד להתערבות בגופו ללא הסכמה.¹⁶² בצדה עומדת, כאמור, זכות המטופל לפרטיות ולכבוד לאורך כל שלבי הטיפול.¹⁶³ מדובר בזכויות יסוד ביחסי מטפל מטופל, המשפיעות על הלגיטימיות האתי-מוסרית לביצוע הטיפול.¹⁶⁴ אימוץ דוקטרינת ההסכמה מדעת וחקיקת חוק זכויות החולה בשנת 1996 מבטאים מעבר מהגישה הפטרונית למטופלים לכיוון הגישה האוטונומיסטית.¹⁶⁵ בהתאם, לאחר חקיקת החוק עדכן משרד הבריאות את הנהלים ואף קבע נהלים חדשים ליישומן של זכויות אלו לאור המצב המשפטי החדש.¹⁶⁶

- 156 ס' 3 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד–1994.
- 157 Aeyal Gross, *The Right to Health in Israel Between Solidarity and Neo-liberalism, in THE RIGHT TO HEALTH AT THE PUBLIC/PRIVATE DIVIDE: A GLOBAL COMPARATIVE STUDY* 159 (Aeyal Gross & Colleen Flood Eds., 2014).
- 158 פרק ג' לחוק זכויות החולה.
- 159 פרק ד' לחוק זכויות החולה. ראו גם נילי קרקר-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה, *תשנ"ו–1996* (להלן: קרקר-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת).
- 160 ס' 18 לחוק זכויות החולה.
- 161 ס' 18א לחוק זכויות החולה.
- 162 עניין דעקה, לעיל ה"ש 105.
- 163 לפי ס' 10(א) לחוק זכויות החולה "מטפל, כל מי שעובד בפיקוחו של המטפל וכן כל עובד אחר של המוסד הרפואי ישמרו על כבודו ועל פרטיותו של המטופל בכל שלבי הטיפול הרפואי".
- 164 יצוין כי כללי האתיקה של ההסתדרות הרפואית גם הם מהווים מקור נורמטיבי לזכויות אלו: ההסתדרות הרפואית בישראל הלשכה לאתיקה אתיקה רפואית: כללים וניירות עמדה (אבינעם רכס עורך, 2014). ראו שם, ס' ד.1, לעניין הסכמה מדעת; ס' ד.1.ה, לעניין פרטיות; ס' ד.1.ו, לעניין מסירת מידע רפואי; פרק ב, לעניין עקרון האוטונומיה. לעיון בכללים ראו באתר ההסתדרות הרפואית: www.ima.org.il/Ima/FormStorage/Type8/EthicalCode2014.pdf.
- 165 קרקר-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת, לעיל ה"ש 159, בעמ' 11–12.
- 166 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות, לעיל ה"ש 115.

בעבר דגלה מערכת היחסים בין רופא ומטופל בכניעות המטופל לרופא כמפתח לקשר הטיפולי,¹⁶⁷ אולם הפרטת המערכת והתרחבותם של ספקי השירותים בתחום יחד עם שינוי מעמד החולה עקב עלייתן של זכויות החולה הפכו את שוק הבריאות לבעל אופי יותר "צרכני" שבו האוטונומיה של החולה ושביעות רצונו עלו בסדר העדיפויות.¹⁶⁸

על אף שינוי הפרדיגמה ביחסי רופא-מטופל עקב ההכרה בזכויות החולה, האינטראקציה היומיומית בין רופאים למטופלים מורכבת יותר ואוטופית פחות מכפי שהיא משתקפת מספר החוקים.¹⁶⁹ אגד זכויות החולה הוא עולם מושגים המבטא מתח אינהרנטי בין האוטונומיה של המקצוע מחד לבין האוטונומיה של המטופל מאידך. האינטרסים המתחרים הם חופש פעולה ושיקול הדעת המקצועי, עצמאות הרופא, יעילות הטיפול וביטחון הרופאים, ומנגד ערכים כגון הסכמה מדעת, פרטיות החולה, כבודו וחירותו וכן הלאה. התמהיל בין האינטרסים משתנה ממקרה למקרה.

א/נשים אינטרסקס סובלים מאי-כיבודן של זכויותיהם במערכת הבריאות, באופן המהווה הפליה והדרה חברתית. כפי שנראה להלן, בשל החרדה החברתית מפני האינטרסקסואליות והסטראוטיפים המגדריים הקיימים בחברה, א/נשים אינטרסקס נתונים למציאות שבה האוטונומיה הגופנית נשללת מהם, פרטיותם נפגעת, יכולת קבלת ההחלטות נשללת מהם והליכים המסבים להם כאב וסבל מבוצעים בהם בלא הסכמתם. כפי שמראה גרוס בהקשר של זכותם של א/נשים להט"ב לבריאות,¹⁷⁰ מצב זה פוגע בזכותם של א/נשים אינטרסקס לבריאות בשתי דרכים: ראשית, בשל הפרת הזכויות והפגיעה הגופנית עצמן; שנית, משום שהיחס הפטרוני והמפלה של מערכת הבריאות כלפי א/נשים אינטרסקס יוצר עבורם התנסות שלילית אשר עלולה להניא אותם מלהיזקק לשירותי בריאות במקרה הצורך, כפי שקורה אצל טרנסג'נדרים, ביסקסואלים, לסביות והומואים הזוכים ליחס מפלה מצד מערכת הבריאות.¹⁷¹

בהמשך חלק זה נבקש לדרון בשלוש הפרות מרכזיות של זכויותיהם של א/נשים אינטרסקס במערכת הבריאות: הפגיעה בבריאות הפרט, הזכות לצנעת הגוף והזכות לקבלת מידע רפואי.

1. הזכות לבריאות במובנה השלילי: פגיעה בבריאות הפרט

הזכות לבריאות, בדומה לזכויות הכלכליות-חברתיות האחרות, נתפסת במשפט הישראלי בדרך כלל כזכות חיובית. דהיינו, מדובר על זכות המקימה חובה לרשות המנהלית לעשות מעשה פוזיטיבי. עיקר הדיונים בזכות לבריאות עוסקים בהקצאת משאבים כלכליים לשירותי הבריאות השונים על ידי

167 עמ"מ 6219/03 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד נח(6) 145, פס' 7 לפס' דינו של השופט חשין (2004): "יחסי רופא-חולה – כמותם: יחסי מטפל-מטופל – מעיקרם ומטבעם אין הם יחסים בין גורמים שווים-כוחות. הרופא – כבענייננו – מחזיק בסמכות, ובידו אף הכוח, הידע, המיומנות והכלים לאבחון מצבו של המטופל ולטיפול בו. בה-בעת נעדר המטופל על-הרוב ידע, מיומנות וכלים הנדרשים להתמודד עם מצבו; נזקק הוא לרופא ותלוי הוא בו. רווחתו, נוחותו ובריאותו של החולה – לעתים: חייו ממש – תלויים ברופא".

168 מירן אפשטיין "בריאות, שוק וחירות-כביכול: חוק זכויות החולה בהקשר היסטורי" רפואה משפט 22, 6 (2000).

169 נילי קרקן-אייל "המשפט כאמצעי לשינוי חברתי-המקרה של דוקטרינת 'ההסכמה מדעת' האם המשפט חשוב 523 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010).

170 גרוס "הטרונורמטיביות כבעיה בריאותית", לעיל ה"ש 8.

171 שם.

המדינה.¹⁷² עם זאת, לזכות לבריאות יש גם היבט שלילי. עד כה עסקה בכך הפסיקה בעיקר בהקשר של רשלנות רפואית והסכמה מדעת. בהקשר החוקתי-מנהלי, איסור פגיעה בזכות לבריאות במובנה השלילי, פירושו הוראה נגטיבית לרשות המנהלית להימנע מעשיית מעשה מסוים. זאת, כדי להימנע מפגיעה בבריאותו של הפרט. הפסיקה בעניין ההיבט השלילי של הזכות לבריאות נמצאת בראשית דרכה בלבד, ופסק הדין העיקרי של בית המשפט העליון העוסק בנושא זה הוא בעניין אבו מדיגם.¹⁷³ בעניין אבו מדיגם נדרש בית המשפט העליון לשאלת חוקיות השימוש בחומרי ריסוס על ידי רשות מנהלית, שעה שאותו ריסוס פוגע בבריאות התושבים החיים בקרבת מקום.¹⁷⁴ בהסתמך על חוות דעת מקצועיות, נפסק כי השימוש בחומרי הריסוס על ידי מינהל מקרקעי ישראל פגע בבריאותם של תושבי הכפרים הסמוכים, וזאת בין היתר בדרך של פגיעה בפריון וגרימת הפלות.¹⁷⁵ אליבא דפסיקת העליון, מדובר בפגיעה בזכות לבריאות, הנגזרת מן הזכויות החוקתיות לכבוד ולשלמות הגוף, אשר אינה מידתית.¹⁷⁶

העקרונות שקבע בית המשפט העליון בעניין אבו מדיגם, עשויים להוות בסיס לבחינת האופן שבו הזכות לבריאות מהווה המשגה ראויה לחוויותיהם של א/נשים אינטרסקס. זכותם של א/נשים אינטרסקס לבריאות, הנגזרת מזכותם החוקתית לכבוד,¹⁷⁷ מופרת באופן קבוע תחת משטר הטיפול הנוכחי בא/נשים אינטרסקס (שעוגן לראשונה בנוהל 39/86 ועוגן מחדש בנוהל 16/2014), שכן הפרקטיקה הנוכחית מאפשרת את כפייתם של טיפולים רפואיים אשר תוצאתם היא פגיעה גופנית או נפשית. למעשה, הזכות לבריאות במובנה השלילי מופרת כל אימת שמבוצעים בא/נשים אינטרסקס טיפולים שתכליתם שיוך מגדרי, העלולים לפגוע באפשרותם להביא ילדים לעולם (פריון), לפגוע בתפקודם המיני או לגרום להם פגיעה נפשית הנובעת מחיים במגדר שאינו תואם את המגדר שעמו הם מזדהים, או מתחושות של בושה ושנאה עצמית.¹⁷⁸ היא מופרת כל אימת שמבוצעים בהם טיפולים פלסטיים שהם קוסמטיים באופיים, המסבים להם כאב וסבל. היא מופרת כל אימת שמדובר בטיפולים נמשכים משוללי הצדקה רפואית, הגוזרים על העוברים אותם שנים ארוכות של טיפולים כואבים, נטילת תרופות וביקורים בבתי חולים. ברי כי נוסף על הפרת הזכות לבריאות במובנה השלילי, מופרת במקרים אלו גם זכותם של א/נשים אינטרסקס לשלמות הגוף, המעוגנת כאמור בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁷⁹

- 172 אייל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות בישראל 437 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).
- 173 בג"ץ 2887/04 אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד סב(2) 57 (2007).
- 174 שם, פס' 1-3 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.
- 175 שם, פס' 8-9 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.
- 176 שם, פס' 27-48 לפסק דינה של השופטת ארבל.
- 177 ס' 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 178 לביקורות על הגישה הרפואית לאינטרסקס והנזקים הכרוכים בגישה הניתוחית ראו מור, סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, בעמ' 115-120.
- 179 בהקשרים אחרים נקבע כי חדירה לגופו של אדם בלא הסכמתו תוך גרימת השפלה או כאב פוגעת בזכות לשלמות הגוף. ראו למשל בג"ץ 355/79 קטלן נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 10.4.1980).

השופטת ארבל מציינת כי גם פגיעה קלה בכריאותו של אדם על ידי רשות מנהלית, כגון גרימת קשיי נשימה קלים או גירוי קל בעיניים, מהווים פגיעה בזכויותיו החוקתיות.¹⁸⁰ הפגיעות המתוארות על ידי פעילים אינטרסקס, הן חמורות אלפי מונים. למשל, הסרה או הקטנה של דגדגן מוגדל, המונעת מנשים אינטרסקס להגיע לאורגזמה; הסרתן של גונדות הדומות מדי לאשכים, השוללות את האפשרות להביא ילדים לעולם; או שימוש בתרופות לאיזון הורמונלי, הפוגעות בתפקוד הפיזיולוגי של הגוף. כל אלו פרקטיקות רפואיות המתוארות על ידי פעילים אינטרסקס בישראל, וכן גם מתועדות ברחבי העולם.¹⁸¹

סביב הפרקטיקות הנזכרות מעלה מרחף ענן כבד של אי-חוקיות, ובייחוד לאור העובדה שההחלטות הקשורות בהן אינן מתקבלות בשיתוף המטופל או המטופלת. מערכת הבריאות הישראלית מתעלמת מן ההשלכות החמורות של הטיפולים באנשים אינטרסקס על בריאותם, ומעמידה את הנורמליזציה המינית-מגדרית שלהם כבעלת חשיבות רבה יותר. במקרים רבים יש בכך משום פגיעה בלתי-סבירה ובלתי-מידתית בזכותם של אנשים אינטרסקס לבריאות במובנה השלילי.

2. פגיעה בזכות לבריאות בדרך של פגיעה בפרטיות ובצנעת הגוף

הזכות לצנעת הגוף מופיעה במשפט הישראלי בפסיקות שונות וממוקמת בעיקר במסגרת הזכות לפרטיות כפי שעוגנה בדברי חקיקה שונים. זכות זו עוגנה בסעיף 10 לחוק זכויות החולה ומחייבת מטפלים לשמור על פרטיות המטופל ועל כבודו לאורך כל שלבי הטיפול. על מנת לעמוד על היקפה ועל תוכנה של הזכות לפרטיות ולצנעת הגוף בהקשר הרפואי נבחן את עיצובה בהקשרים שאינם רפואיים וננסה להקיש מהם לענייננו.

בטרם נעשה כן, נעמוד על ההבדלים הרלוונטיים בין הזכות לפרטיות וצנעת הגוף בהקשר זה, לבין הזכות להסכמה מדעת. הזכות להסכמה מדעת היא ללא ספק המשגה משפטית ראויה לעוול החברתי שנגרם לאנשים אינטרסקס, כפי שתיארנו בהרחבה במקום אחר.¹⁸² בפסיקה נקבע כי אין לנתח אדם בלא הסכמתו שניתנה לאחר גילוי המידע המרבי, הכוללת מידע בדבר הסיכונים של ההליך הרפואי,¹⁸³ זולת מקרים חריגים:¹⁸⁴ במצב חירום פיזי המסכן את חייו של המטופל;¹⁸⁵ במצב שבו גילוי המידע מסכן את שלומו של המטופל;¹⁸⁶ וכן אם במהלך הטיפול הרפואי התגלה פרט בלתי-צפוי המהווה סכנה חמורה לשלום המטופל.¹⁸⁷ נקבע בפסיקה כי המבחן לשאלת הפרת הזכות להסכמה מדעת הוא כי "המטופל לא היה מסכים לטיפול אילו נמסר לו המידע הדרוש".¹⁸⁸ תכליתה של ההגנה על הזכות

- 180 עניין אבו מדיגם, לעיל ה"ש 173, פס' 27–28 לפסק דינה של השופטת ארבל.
 181 *Summary of Intersex Health Issues*, OII AUSTRALIA – INTERSEX AUSTRALIA (Aug. 24, 2012),
<https://oii.org.au/wp-content/uploads/2012/09/OII-Aus-Health-Summary-20120824.pdf>
 182 מור, סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, בעמ' 128–134.
 183 ע"א (מחוזי-ים) 6347/05 ראובן נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פס' 10–12 לפסק דינה של השופטת אפעל-גבאי (פורסם בנבו, 12.1.2006).
 184 ע"א 6153/97 שטנדל נ' שדה, פ"ד נו(4) 746 (2002).
 185 שם, פס' 8 לפסק דינה של השופטת דורנר.
 186 שם.
 187 שם.
 188 שם, פס' 18 לפסק דינה של השופטת דורנר.

להסכמה מדעת היא הגנה על האוטונומיה של הפרט בקבלת החלטות הנוגעות לגופו,¹⁸⁹ לתקן את פערי הכוחות בין הרופא למטופל,¹⁹⁰ לתרום לשיפור הטיפול בדרך של יצירת דיאלוג בין הרופא למטופל והגדלת הנגישות של המטופל למידע.¹⁹¹

עמדנו זה מכבר על האופנים שבהם זכותם של קטינים אינטרסקס להסכמה מדעת מופרת: כשהם והוריהם אינם מיוודעים על ההשלכות הנפשיות והפיזיולוגיות מרחיקות הלכת של הטיפולים;¹⁹² כשמצבם הנפשי של ההורים והלחצים הסביבתיים עליהם מונעים קבלת החלטה מתוך רצון חופשי אמיתי;¹⁹³ וכאשר הסכמת ההורים נתפסת כתחליף להסכמת הקטין וכהצדקה להדרתו מקבלת ההחלטות לגבי גופו.¹⁹⁴ אך לצד כל אלו, יש להבין גם כי הזכות להסכמה מדעת היא המשגה משפטית בעלת מגבלות אינהרנטיות. הסכמה מדעת היא זכותו של אדם חולה או מטופל, ועיקרן של הפסיקות בנושא עוסקות במקרים שבהם הטיפול שעבר לא תאם את ציפיותיו, או שטיב הסיכונים הטמונים בטיפול לא הוסברו לו כראוי.¹⁹⁵ דהיינו, המשגת העוול שנגרם לא/נשים אינטרסקס כפגיעה בהסכמה מדעת ממשגה את האינטרסקסואליות כמצב של מחלה, או מצב המצריך טיפול רפואי. הנחת יסוד זו מהווה חלק מתהליך הדרתם.¹⁹⁶

לכן, הכרחי לדעתנו לבחון את שאלת ההסכמה לניתוח גם מחוץ להקשר של ריפוי ממחלה. הזכות לפרטיות ולצנעת הגוף היא המשגה ראויה בהקשר זה, שכן פסקי הדין אשר פיתחו דוקטרינה זו בחנו את זכותו של הפרט לא לעבור ניתוח מול אינטרס שהוא חברתי במהותו. פסקי הדין הללו הם מן התחום הפלילי, והמחלוקת הערכית העיקרית בהם היא בין זכות האדם להימנע מהתערבות כירורגית שהוא מסרב לה, לבין הצורך החברתי בגילוי האמת. אנו סבורות כי הבנתן תעזור ליצור אנלוגיות למצבם של א/נשים אינטרסקס, אשר גם ההתערבויות הכירורגיות בגופם מושפעות מנימוקים חברתיים ותרבותיים. המשגה זו משתלבת היטב גם עם הזכות לספר את סיפור חיך החולשת על הדיון כולו, לתפיסתנו.

בעניין ועקנין¹⁹⁷ נדון מקרה שבו שוטרים הכריחו חשוד לשתות מי מלח, אשר גרמו לו להקיא את הסמים שבלע קודם לכן. בית המשפט העליון דן בשאלה אם הראיה הושגה תוך פגיעה בפרטיותו של המתלונן. בסופו של דבר הכריעה דעת הרוב כי לא מדובר בפגיעה בפרטיות. עם זאת, ייתכן שתוצאה זו נבעה מהעובדה שבתקופה שבה ניתן פסק הדין, טרם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, היקפה של הזכות לפרטיות במשפט הישראלי היה צר מהיקפה לאחר לחקיקת חוק-היסוד.¹⁹⁸ לפי פסיקתו של

189 ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פס' 26 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 5.3.2012).

190 שם.

191 שם.

192 מור, סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, בעמ' 129.

193 שם, בעמ' 130–132.

194 שם, בעמ' 132–134.

195 ראו לעניין זה עניין דעקה, לעיל ה"ש 105; עניין ראובן, לעיל ה"ש 183; עניין שטנדל, לעיל ה"ש 184 ועניין קדוש, לעיל ה"ש 189.

196 מור, סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, בעמ' 101.

197 ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837 (1988).

198 עומר טנא "הזכות לפרטיות בעקבות חוק יסוד כבוד האדם: מהפך מושגי, חוקתי ורגולטורי" קריית המשפט ח 39, 40–43 (2009).

השופט בך (בדעת מיעוט), אם חדירה לביתו של אדם היא פגיעה בפרטיותו, הרי שקל וחומר שחדירה לגופו ללא הסכמתו היא פגיעה בפרטיותו.¹⁹⁹

בעניין קורטאם²⁰⁰ עמד לדין מקרה שבו נאשם שבלע שקיות המכילות כמות גדולה של הרואין נותח על אף חוסר הסכמתו, בשל קביעת הרופאים שהשקיות שבקיבתו יביאו למותו אם לא יבוצע הניתוח. נפסק כי שימוש בשקיות אלה (שהוצאו מקרביו במהלך הניתוח) כראיות, אינו מהווה פגיעה בפרטיות, שכן הן הושגו אגב ניתוח שתכליתו הצלת חיי הנאשם.²⁰¹ עם זאת, השופטים סייגו קביעה זו בסייגים חמורים.²⁰² באותו עניין קבע בית המשפט העליון קריטריונים מחמירים למקרים שבהם ניתוח שלא בהסכמתו של אדם לא יהווה פגיעה בלתי-סבירה בפרטיותו ובכבודו: מטרת הניתוח צריכה להיות חשובה במיוחד, כגון "להצלת חיי אדם או למניעת תוצאות חמורות לבריאותו";²⁰³ על המנתחים להיות מונעים אך ורק משיקולים רפואיים;²⁰⁴ על הניתוח להיות כזה שאינו מסכן בנזק ארוך טווח או נכות, למעלה מן המקובל בכל התערבות כירורגית;²⁰⁵ על המטופל להיות בלתי-כשיר לחלוטין לתת הסכמה²⁰⁶ או לסרב לתת הסכמה כאשר ברור כי "ההתנגדות להתערבות רפואית נובעת מחששות שאינם קשורים בשאלות רפואיות";²⁰⁷ על ההתנגדות להיות כזאת שאינה נובעת מ"חשש ממשי לתוצאות הניתוח".²⁰⁸

ניתן לבחון את הניתוחים בקטינים אינטרסקס לאור המבחנים שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון: גופם של א/נשים אינטרסקס הוא מבצרים, והניתוח מהווה "התפרצות" אליו בלא הסכמה; מדובר בניתוח קוסמטי, אשר לא נועד להציל חיים; הרופאים שוקלים שיקולים של נורמות תרבותיות ורצון המשפחה והחברה, ולא שיקולים רפואיים גרידא; הניתוח הוא בעל תוצאות ארוכות טווח ובלתי-הפיכות, העלולות לפגוע בהנאה המינית, בפריון, בגיבוש הזהות המינית ובבריאות הנפשית; הקטינים אינם מסוגלים לתת את הסכמתם; רבים מהם חשים בדיעבד כי הניתוח פגע בכבודם, והיו מעדיפים

199 עניין ועקנין, לעיל ה"ש 197, פסק דינו של השופט בך.

200 ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673 (1986).

201 השופט בך אף השווה את הדין החל על הנאשם לבין "דינו של המנסה להתאבד". שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט בך.

202 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט בך: "אין, לדעתי, לאלץ אדם להסכים להשתלת לב מלאכותי, כאשר הוא חושש מחיים בהם יהיה גופו קשור למכשירים שונים תוך סבל חמור, ומעדיף הוא להסתכן במוות על צורת חיים שכזאת. כמו כן נראה לי, כי יש לכבד את רצונו של אדם, אשר מסרב להסכים לניתוח מוח, כאשר אין הוא מוכן לקבל על עצמו את הסיכון, הקיים בנסיבות, שמא כתוצאה מכך יאבדו לו כוח זיכרונו וצלם אנוש. מסופקני גם, אם חייב אדם להסכים לקטיעתה של רגלו, אף כדי להציל את חייו, אם הוא סבור, כי חיי נכות אינם חיים עבורו".

203 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט בייסקי.

204 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט בייסקי.

205 "כאשר מההתערבות עצמה אין נשקפים סיכונים מיוחדים מעבר למקובל מניתוח או מהתערבות מאותו סוג וכאשר אין קיים חשש לנכות מהותית". שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט בייסקי.

206 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט בך.

207 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט בייסקי.

208 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט בייסקי.

שלא לעבור אותו.²⁰⁹ כמו כן, ההחלטה על ביצוע ניתוח בגיל צעיר לעתים מחייבת את האדם האינטרסקס לעבור ניתוחים נוספים בהמשך חייו, ובכך להפוך לתלוי במערכת הבריאות. קושי זה מתחדד כאשר מביאים בחשבון את העובדה שרבים מהטיפולים והניתוחים לשיוך מיני ומגדרי נעשים בעת היותו של האדם קטין, ובלא מתן משקל סביר לעמדתו, ושוללים מאנשים אינטרסקס את הזכות והאפשרות להכריע בין השיקולים השונים: הרצון בשיוך מגדרי מובהק, מול כאב וסבל שהמטופל עשוי לסבול מהם; הרצון במראה נורמטיבי של איברי הרבייה, מול האפשרות של פגיעה באפשרות להנאה מינית; הרצון למנוע חריגות חברתית, מול האפשרות של פגיעה בפרייון.²¹⁰ לפיכך, ניתוחים בקטינים אינטרסקס בלא הסכמתם מהווים פגיעה בצנעת גופם, אשר יש בה משום פגיעה בזכותם לפרטיות, לבריאות ולכבוד.

3. פגיעה בזכות לקבלת מידע רפואי

דרך נוספת שבה נפגעות זכויותיהם של א/נשים אינטרסקס במערכת הבריאות, היא אי-העברת מידע רפואי חיוני. מדובר במידע העוסק בהיותם אינטרסקס, בטיפולים שעברו, במטרתן של התרופות שהם לוקחים וכדומה. מדובר בפגיעה בזכותו של הפרט לקבלת מידע הנוגע לחייו, בפגיעה באוטונומיה שלו ובזכותו לשלוט בגורלו ולספר את סיפור חייו.

הזכות לקבלת מידע רפואי שואבת את כוחה גם מן הזכות לפרטיות, שכן מושא שליטתה העיקרי של הזכות לפרטיות הוא מידע.²¹¹ הגדרת הזכות לפרטיות על פי בירנהק היא "היכולת של אדם לקבוע בעצמו, למען עצמו, איזה מידע לשתף עם אחרים ומתי, איזה מידע על אודותיו יועבר ולמי, לאילו מטרות, מתי ובאילו תנאים, וגם איזה מידע יגיע אליו".²¹² הוא מוסיף כי בהיעדר מודעות ויכולת שליטה על מידע על אודותיו "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".²¹³ מילים אלו, הגם שנכתבו בהקשר אחר, יפות לתיאור מצבם של א/נשים אינטרסקס שמידע על טיפולים שבוצעו בהם בילדותם נשלל מהם, הן בזמן אמת (גם כשמדובר בילדים בגילים מאוחרים יחסית) והן בדיעבד.

בנוסף, זכותו של מטופל למידע רפואי מעוגנת הן בחקיקה והן בפסיקתו של בית המשפט העליון. על פי חוק זכויות החולה, "מידע רפואי" הוא "מידע המתייחס באופן ישיר למצב בריאותו הגופני או הנפשי של מטופל או לטיפול הרפואי בו".²¹⁴ חוק זכויות החולה קובע מפורשות כי לחולה קיימת זכות לקבל מידע רפואי על אודותיו,²¹⁵ ומגדיר את קבלת מלוא המידע הרפואי כתנאי לקיומה של

209 יצוין כי העובדה שהטיפולים הרפואיים בא/נשים אינטרסקס קשורים במיניות, מזמנת צורות נוספות של פגיעה בפרטיות. ראו כתיבתנו בנושא במקום אחר: מור, סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, בעמ' 134–139.

210 לנושא השלכות הניתוחים באינטרסקס, ראו *Summary of Intersex Health Issues*, לעיל ה"ש 181.

211 מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 91 (2010).

212 שם, בעמ' 25.

213 שם, בעמ' 91.

214 ס' 2 לחוק זכויות החולה.

215 על פי ס' 18(א) לחוק זכויות החולה: "מטופל זכאי לקבל מהמטפל או מהמוסד הרפואי מידע רפואי מהרשומה הרפואית, לרבות העתקה, המתייחסת אליו".

הסכמה מדעת.²¹⁶ בעניין דעקה, עמד בית המשפט העליון על חשיבות קבלת מידע מלא לפני טיפול רפואי, לרבות התערבות כירורגית.²¹⁷ בעניין הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם²¹⁸ נקבע כי הזכות לקבל מידע רפואי חלה גם רטרואקטיבית, על טיפולים שבוצעו בעבר, כנגזרת מחובת הזהירות הכללית אשר הרופא ובית החולים חבים לחולה, ומזכותו של כל אדם למידע על עצמו כחלק מכבודו ומהאוטונומיה של הרצון החופשי שלו.²¹⁹

אף שהאמור בחוק ובפסיקה אינו משתמע לשתי פנים, אין זה הנוהג בשטח בכל הנוגע לטיפולם בקטינים אינטרסקס. סיפורי החיים של הפעילים בפרויקט זכויות אינטרסקס חושפים הסתרה שיטתית של מידע רפואי, הן לפני הטיפול (מקטינים בגילים שבהם הם כשירים להבין את אשר נעשה בגופם), והן אחרי הטיפול (מקטינים ומבגירים כאחד). לעתים קרובות, עצם האינטרסקסואליות מוסתר מאנשים אינטרסקס. אם לילדה אינטרסקס בת 11 ספרה כי בשנת 2009 ייעץ לה רופא להסתיר מבתה את היותה אינטרסקס, ולטעון שהניתוחים הם לטיפול ב"סרטן".²²⁰ לעתים הפונים לפרויקט מתארים מצב שבו מידע הוסתר לא רק מהמטופל, אלא גם מהוריו.²²¹ הסוציולוגית מעודד-דנון מתייחסת להסתרת המידע מהאדם האינטרסקס כחלק מתהליך ההבניה החברתית-תרבותית של האינטרסקסואליות כ"סודית" ומהשתקתה.²²² חובת הגילוי בהקשר זה חלה לדעתנו הן על ההורים והן על הצוות הרפואי, אך ההשלכות של הפרת חובה זו עשויות להשתנות.²²³

פגיעה בזכויותיו של אדם אינטרסקס בדרכים האמורות לעיל, עשויה להקים לו אפשרויות פעולה משפטיות שונות. במקום אחר סקרנו את יתרונותיה וחסרונותיה של הליטיגציה, העשויה להתבטא בעתירות מנהליות נגד התנהלותה של מערכת הבריאות או בהגשת תביעות נזיקיות נגד רופאים ובתי חולים.²²⁴ אף שהתדיינות משפטית עשויה להוביל לשיפור במצב זכויותיהם של אנשים אינטרסקס, קיימים קשיים רבים העשויים למנוע מהם לעשות כן. בכללם, הקושי בתרגום עולל חברתי לסעד משפטי בסכסוך פרטי, הקושי במציאת אדם מקרב האוכלוסייה המוחלשת שישא על גבו את מחירה הכלכליים והנפשיים של תביעה, וכן גם הקושי בשכנועו של בית משפט בצורך בשינוי חברתי בעת

216 על פי ס' 13(ב) לחוק זכויות החולה: "לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע".

217 עניין דעקה, לעיל ה"ש 105.

218 רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516 (1995).

219 שם, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק, . ובדבריו שם: "עומדת לו לחולה הזכות לקבל מידע על הטיפול הרפואי שקיבל בבית החולים. כנגד זכות זו עומדת חובת הרופא ובית החולים למסור לחולה את המידע שבידם באשר לטיפול שקיבל, תוצאותיו ועלילותיו [...] זכות זו נגזרת מחובת הזהירות הכללית אשר הרופא ובית החולים חבים לחולה. היא נגזרת מזכותנו לדעת על עצמנו, המהווה ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי של האדם והמבטאת את כבודנו כאדם [...] אכן, כשם שיש לו לאדם הזכות לדעת מה יעשה בגופו, כן עומדת לו הזכות לדעת מה נעשה בגופו".

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

221 שם. לעיון מעמיק בשאלת מעורבות ההורים בטיפולים הרפואיים ובשאלות טובת הילד מול טובת ההורים ראו מור, סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, בעמ' 120–123.

222 מעודד דנון, לעיל ה"ש 2. ספרה המרתק של מעודד דנון כולל סיפורים אישיים רבים של אנשים אינטרסקס והורים לאנשים אינטרסקס המספרים על חווית הסוד וההתמודדות עמה.

223 ככלל, הדיון במישור היחסים בין אנשים אינטרסקס לבין הוריהם חורג מגבולות פרק זה.

224 מור, סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, בעמ' 151–154.

שגם הוא עצמו נתון להשפעת הנחות היסוד התרבותיות אשר יצרו את העוול.²²⁵ קשיים אלו עמדו גם ברקע ההחלטה של הפעילים בארץ לפנות לדרך הרגולציה, כלומר לשינוי הנוהל דרך עבודת סגור מול משרד הבריאות.²²⁶

ה. "מין מנהלי": ציון המין בתעודות רשמיות

הזירה הנוספת שבה בחרנו להתמקד בפרק זה היא זירת הרישום המנהלי של המין בתעודות רשמיות, נושא המעורר עניין רב בשנים האחרונות. בפרק זה נכנה אותו "המין המנהלי". מין מנהלי הוא זה אשר נקבע בתעודות רשמיות שמנפיקה המדינה כגון תעודת לידה, תעודת זהות, רישיון נהיגה, דרכון וכן הלאה, ואינו בהכרח זהה ל"מין הרפואי" אשר נקבע על ידי סמכות רפואית. נדמה כי המין המנהלי הוא הביטוי המשפטי הנפוץ ביותר לקביעת מינו של אדם, ומכאן העניין הרב שהוא מעורר.²²⁷ נדמה כי הדיון במין המנהלי מחדד סוגיות שבהן דנו במסגרת פרק זה קודם לכן, הן בהקשר של הזכות לעצב את סיפור חייו כאשר נדרש האדם להתנהל מול הרשויות במסגרת "הזהות המנהלית", והן בהקשר של זכויות במערכת הבריאות כאשר המודל של בינריות מינית וקטגוריות מין קשיחות מכריע במידה רבה את הנגישות לשירותים אלו.

הטענה הכללית בעניין זה היא כי יש לאפשר לא/נשים החשים שאינם משתייכים לאחת מקטגוריות המין המקובלות במסמכים אלו אפשרויות ציון נוספות ומגוונות יותר, למשל FM (זכר ונקבה) או X (בלתי-ידוע). נגזרות שונות של המאבק להכרה במין שלישי ניתן לזהות במקומות שונים ברחבי העולם: ארצות-הברית,²²⁸ הודו,²²⁹ נפאל²³⁰ ועוד. אמנם המאבק בנושא זה הוא משני למאבק להפסקת הניתוחים בא/נשים אינטרסקס וההפליה נגדם, במסגרת המאבק הכולל של התנועה לזכויות אינטרסקס, אך חשיבותו רבה. הוא מסתמן כמאבק השזור בתוך ההקשר הרחב של פוליטיקת הזהויות

225 שם.

226 לדיון במהלכים לשינוי הנוהל ראו לעיל תת-פרק ב.3(ב)(2). ליתרונות וחסרונות אפיק הרגולציה ראו מור, סודאי ושי, לעיל הערת כוכבית, בעמ' 149–150.

227 לדיון חשוב ונרחב בסוגיית המין המנהלי בהקשר הטרנסגינדר, ראו קטרי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 765.

228 ראו מסמך מתוך ועדת הסנאט של מדינת ניו ג'רסי המאפשרת לא/נשים אינטרסקס לשנות את מינם בתעודת הלידה ללא חיובם לעבור ניתוח לשינוי מין: S. Health, Human Servs. & Senior Citizens Comm., Statement to Assemb., No. 4097 (N.J. 2013), http://www.njleg.state.nj.us/2012/Bills/A4500/4097_S2.PDF.

229 ראו כתבה על פסק הדין שניתן זה עתה בבית המשפט העליון בהודו המעניק סטטוס משפטי רשמי לאוכלוסיית ההיג'רה המונה שחלק מחברותיה הן נשים אינטרסקס: "בית המשפט העליון בהודו הכיר במגדר שלישי" הארץ – חדשות בעולם אסיה ואוקיאניה (15.4.2014) www.haaretz.co.il/news/world/asia/1.2297364.

230 Kyle Knight, *Nepal's Third Gender and the Recognition of Gender Identity*, HUFFPOST GUY VOICES – THE BLOG (Apr. 4, 2012, 2:41 PM), http://www.huffingtonpost.com/kyle-knight/nepal-third-gender_b_1447982.html; Michael Bochenek & Kyle Knight, *Establishing A Third Gender Category* Maria Federica, *in Nepal: Process and Prognosis*, 26 EMORY INT'L L. REV. 11 (2012) Moscati & Hari Phuyal, "The Third Gender Case" *Decision of the Supreme Court of Nepal on the Rights of Lesbian, Gay, Bisexual, Transsexual and Intersex People*, 4 J. COMP. L. 291 (2009).

ומתגלה כבעל משמעות סמלית רבה בתהליך כינון הזהות הן במישור האישי שבין האדם לבין עצמו, והן במישור הציבורי שבין האדם לחברה. עם זאת, חשוב לציין כבר כעת שלבד מהחשיבות הסמלית, סוגיית הרישום טומנת משמעויות משפטיות מהותיות ומשמעותיות, כפי שיפורט בהמשך פרק זה. הדיון בסוגיית המין המנהלי אינו מסתכם בהוספתן או בגריעתן של קטגוריות ממסמכים ותעודות רשמיות, אלא חושף את הכשלים המבניים של מערכת משפטית ובירוקרטית שאינה ערוכה להתמודד עם פחות או יותר משני מינים. הדיון בחלק זה יתמקד בהתפתחויות האחרונות בסוגיית המין המנהלי בגרמניה ובאוסטרליה, ולאחר מכן נערוך השוואה בין התפתחויות אלו לבין המצב המשפטי בישראל.

1. אוסטרליה

אחת המדינות הראשונות שאפשרה את סימון האות X בתעודת הלידה ובדרכון היא מדינת ויקטוריה שבאוסטרליה, וזאת החל משנת 2003. באותו שלב נדרשו המבקשים להחליף את הסימון בדרכון לספק הוכחה כי מינם לא מזוהה באמצעות מסמכים רפואיים המציינים זאת בעת לידתם. מגבלה זו הפכה את האפשרות ללא ישימה ומעט הצליחו לעשות בה שימוש. בשנת 2011 רוכזו הכללים, וכעת המבקשים לשנות את מינם בדרכון לאות X נדרשו רק לספק מכתב מרופא מטפל המצייין כי הם חיים במין שהוא אחד משלושה: לא קבוע/ לא מזוהה/ אינטרסקס.²³¹ בשנת 2013 התפשטה מדיניות זו ברחבי אוסטרליה, וכעת יכול כל אדם אינטרסקס או מי שחי במגדר אחר להיכלל בקטגוריה זו בדרכון.²³² עם זאת, לאחר יותר מעשור שבו רישום זה מתאפשר, הארגון האוסטרלי למען זכויות אינטרסקס, Australia Organization Intersex International Australia Limited (OII) מדווח כי מדיניות זו לא תרמה להפחתת ההפליה נגד א/נשים אינטרסקס. למעשה, הארגון נוהג בחשדנות כלפי יצירתו של מין מנהלי שלישי כפתרון ראוי. ראשית, מפני שמצבי האינטרסקס הם טווח רחב של אפשרויות שאינן מתלכדות לקטגוריה שרירותית אחידה; ושנית, מפני שיצירת מין שלישי עשויה דווקא לחזק את הבינריות המינית. לטענתם, הרחקת א/נשים עם חריגות בהגדרת המין מהקבוצות המוכרות, משמעותה יצירת קטגוריית סל המטהרת את שתי הקטגוריות הדומיננטיות ואף מגדילה את שוליותם של א/נשים אינטרסקס. יצירת קטגוריית מין שלישית נתפסת כרתימת העגלה לפני הסוסים, שכן במקום ליצור חקיקה שאינה מפלה על בסיס מין כלל, יוצרים קטגוריית מין שלישית שאינה מוכרת לצורך רוב דברי החקיקה האחרים. כך למשל לא ברור מה יהיה דינו/ה של בעל/ת מין שלישי לעניין נישואין, אימוץ וכן הלאה.

עמדתו המרכזית של הארגון האוסטרלי אשר התקבלה באופן נרחב יותר במפגש פורום האינטרסקס הבינלאומי בשנת 2013,²³³ היא כי בדומה לקטגוריות אחרות כגון גזע או דת, יש לבטל את קטגוריית המין המנהלי בכל התעודות הרשמיות ולכלל האוכלוסייה, ולהשאיר חריג יציאה מהסדר זה למבקשים

231 *On Australian Passports and "X" for Sex*, OII AUSTRALIA – INTERSEX AUSTRALIA (9.10.2011), oii.org.au/14763/on-x-passports/

232 Austl. Gov't – Department of Foreign Aff. & Trade, *Sex and Gender Diverse Passport Applicants – Revised Policy*, www.passports.gov.au/Web/SexGenderApplicants.aspx#quest1 (last visited Dec. 15, 2014)

233 3rd International Intersex Forum concluded, ILGA EUROPE (2.12.2013), http://www.ilga-europe.org/home/news/latest/intersex_forum_2013

כי מינם יוגדר בכל זאת. אם א/נשים יבקשו להגדיר את מינם, יעמדו לרשותם מגוון אפשרויות, ובהן: זכר, נקבה, זכר ונקבה ובלתי-ידוע. עם זאת, מאחר שזהו אינו המצב המשפטי בהווה, הארגון תומך בהמשך הסיווג לאחד משני המינים המקובלים. לשיטתם, אלו הטוענים כי לכל אדם עומדת הזכות להיכלל בקטגוריית מין שלישית בתעודות הרשמיות צריכים להיזהר מההשלכות השליליות של טענה זו, למשל החרפת הסטיגמה הקיימת לקבוצות מוחלשות ממילא, או יצירת קטגוריה פיקטיבית שתמנע מהנכללים בה גישה לשירותי בריאות, ואף תיכפה עליהם ללא הסכמתם.

לאחרונה הוציאה הממשלה האוסטרלית "קווים מנחים להכרה במין ומגדר" שעיקרם ניסיון להתוות את הגישה המנחה לכלל הגופים הרשמיים באיסוף מידע הנוגע למינו של אדם. מסמך זה נוצר באמצעות דיון פתוח עם הארגון האוסטרלי למען זכויות אינטרסקס.²³⁴ הגישה העקרונית שהתקבלה אמנם אינה מבטלת את קטגוריית המין מכלל התעודות, אך היא מאפשרת לא/נשים בוגרים המעוניינים בכך לבחור במגוון אפשרויות בתעודות הרשמיות, וכן אינה כופה סימון חריג בתעודת הלידה. מסמך זה כולל גם הצהרה כללית כי מידע לגבי מין ומגדר ייאסף רק כאשר ישנו צורך מוכח בכך, הוראה לגופי המנהל לנקוט טרמינולוגיה מכבדת, אחידה ומדויקת, והכרה בכך שא/נשים אינטרסקס עשויים להזדהות עם כל מגדר.²³⁵

2. גרמניה

בסוף שנת 2013 נכנס לתוקפו בגרמניה חוק אשר מאפשר להורים להימנע מהגדרת המין בתעודת הלידה.²³⁶ הסיקור התקשורתי שליווה את החוק הכתיר את גרמניה כמדינה הראשונה באירופה המאפשרת הכרה במין שלישי.²³⁷ נטען כי מטרת החוק היא הפחתת המתח והלחץ המופעלים על

Austl. Gov't – Att'y.-Gen. Department, *Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender* (2013) www.ag.gov.au/Publications/Pages/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender.aspx 234

לאחרונה הכריע בית המשפט העליון באוסטרליה בעניינו של נורי, אדם טראנס שנולד כזכר ועבר לנקבה, ובהמשך ביצע הליך כירורגי נוסף למחיקת סממני המין הנשיים גם כן. נורי ביקש כי המשרד לרישום לידות, פטירות ונישואין יסווג את מינו כבלתי-מוגדר (non-specific), לאחר דיון בערכאות שונות, קבע בית המשפט העליון באוסטרליה כי יש לכבד את בקשתו. ראו NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie, [2014] HCA 11. יש לציין שהארגון האוסטרלי למען זכויות אינטרסקס הביע מורת רוח כלפי האופן שבו לטענתם ניצל נורי את המקרה האינטרסקסואלי למטרותיו. כך למשל ההישענות על הניתוחים שביצע נורי בכדי לקבע את זהותו מחזקים בעקיפין את הצורך והחשיבות בהתאמת הגוף לזהות הנטענת. בנוסף, טענותיו של נורי יצרו בלבול בין מצבי אינטרסקס העוסקים בא/נשים שמגדרם עשוי להיות כל מגדר שהוא, לבין המקרה המסוים של א/נשים טראנסים שאינם מזדהים עם אף מגדר (non-binary trans). עניין זה יצר חשש כי לכל הא/נשים אינטרסקס ייוחס מגדר לא ברור בעוד שאין זה מתבקש בהכרח. ראו High Court recognizes "non-specific" gender identity, implications for intersex people (2.4.2014); High Court: *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie* 235

§ 1 BGB Beginn der Rechtsfähigkeit 3.6 236
Jacinta Nandi, Germany got it right by offering a third gender option on birth certificates, THE GUARDIAN LESSONS FOR AMERICA (Nov. 10, 2013, 11:30 GMT), <http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/10/germany-third-gender-birth-certificate>; *Germany Allows "Indeterminate" gender at Birth*, BBC NEWS EUROPE (Nov. 1, 2013 16:24 GMT), www.bbc.com/news/world-europe- 237

הורים בעת לידת תינוק ששויכו המיני אינו ברור, לקבל החלטה לאיזה מין יש לשייכו. זאת, משום שתקופת הזמן הקצרה שהוקצבה להורים לשייך את ילדם לאחד המינים באופן רשמי, גרמה להם לקבל החלטה זו ברוחק ובפניקה, ובכך למהר ולבצע התערבויות רפואיות תואמות. האפשרות לשייך את התינוק לקטגוריית ביניים בהתאם לחוק החדש נועדה לכאורה לאפשר להורים שהות להחליט אם לנקוט פעולה, ואם כן – באיזו מהאפשרויות הקיימות.

אף שהחוק הוצג כהישג משמעותי המעיד על שינוי גישה ממסדית לא/נשים אינטרסקס, ארגוני אינטרסקס ופעילים רבים השמיעו ביקורות שנגעו לניסוח החוק ולאופן פעולתו.²³⁸ לפי הדיווחים, המדיניות המוצעת בחוק משמעה כי עצם הותרת משבצת סימון המין בתעודת הלידה ריקה על ידי ההורים, משייך את התינוק אוטומטית לקבוצת מין לא קבוע.²³⁹ נראה כי ישנו חוסר הסכמה בשאלה אם קטגוריה "ריקה" היא למעשה קטגוריה שלישית. לא מדובר רק בהבדל סמנטי, שכן הן שיוך לקטגוריה ריקה והן שיוך לקטגוריה שלישית מעלים שאלות חשובות ושונוות הנוגעות להמשך חייהם של הילדים האינטרסקס בתוך קטגוריות אלו, כגון: האם היא קטגוריה זמנית או קבועה, מהן ההשלכות של שיוך לקטגוריה זו לעניין הכשרות להינשא ועוד.²⁴⁰ בנוסף, החוק אינו מפרט מהו אופן המעבר מקטגוריה אחת לאחרת. אף שנכתב כי אין הכרח לשנות את הסיווג המיני בשום נקודת זמן, לא נאמר כיצד יוכלו לשנות את הסיווג המיני בהמשך מי שירצו בכך, ועל סמך איזו אינדיקציה.

בנוסף, מסתמן כי לשון החוק היא סבילה ואינה חושפת פרטים חשובים לגבי סמכות הביצוע או סמכות ההחלטה. כך, למשל, הסעיף מציין כי תינוק שלא ניתן לקבוע את מינו בלידה "יוכנס למאגר ללא אינדיקציה מגדרית"²⁴¹ מבלי לציין אם סמכות השיוך המיני מצויה גם בידי הגורמים הרפואיים או

24767225; *Germany Allows "Third Sex" Option at Birth*, Top Stories (Nov. 1, 2013), www.dw.de/germany-allows-third-sex-option-at-birth/a-17198361.

238 ראו למשל OII *German Proposals for a "Third Gender" on Birth Certificates Miss the Mark*, AUSTRALIA – INTERSEX AUSTRALIA (Aug. 20, 2013), oii.org.au/23183/germany-third-gender-birth-certificates/.

239 Friederike Heine, *M, F or Blank: "Third Gender" Official in Germany from November*, SPIEGEL ONLINE – INTERNATIONAL (Aug. 16, 2013 3:18 PM), www.spiegel.de/international/germany/third-gender-option-to-become-available-on-german-birth-certificates-a-916940.html.

240 לאחרונה הכריע בית המשפט העליון באוסטרליה בעניינו של נורי, אדם טראנס שנולד כזכר ועבר לנקבה, ובהמשך ביצע הליך כירורגי נוסף למחיקת סממני המין הנשיים גם כן. נורי ביקש כי המשרד לרישום לידות, פטירות ונישואין יסווג את מינו כבלתי-מוגדר (non-specific), לאחר דיון בערכאות שונות, קבע בית המשפט העליון באוסטרליה כי יש לכבד את בקשתו. ראו פרשת Norrie, לעיל ה"ש 235. יש לציין שהארגון האוסטרלי למען זכויות אינטרסקס הביע מורת רוח כלפי האופן שבו לטענתם ניצל נורי את המקרה האינטרסקסואלי למטרותיו. כך למשל ההישענות על הניתוחים שביצע נורי בכדי לקבע את זהותו מחזקים בעקיפין את הצורך והחשיבות בהתאמת הגוף לזהות הנטענת. בנוסף, טענותיו של נורי יצרו בלבול בין מצבי אינטרסקס העוסקים בא/נשים שמגדרם עשוי להיות כל מגדר שהוא, לבין המקרה המסוים של א/נשים טראנסים שאינם מזדהים עם אף מגדר (non-binary trans). עניין זה יצר חשש כי לכל הא/נשים אינטרסקס ייוחס מגדר לא ברור בעוד שאין זה מתבקש כלל. ראו High Court recognizes "non-specific" gender identity, implications for intersex people (2.4.2014); High Court: NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie (1.2.2014).

241 ברשותנו שני תרגומים אפשריים של סעיף החוק מגרמנית לאנגלית, שני התרגומים נוקטים בלשון סבילה אך אחד נוקט בלשון ציווי והאחר לא. ראו תרגום ראשון: "If the child can be assigned to neither the female nor the male sex, then the child is to be entered into the register of births without such a

רק בידי ההורים, וכן אם מדובר בבחירה כפי שצוין בחלק מהפרסומים או שמא דרישה מנהלית מהצוות הרפואי לשייך תינוקות שמינם אינו ברור לקטגוריה ייחודית זו. אחת הטענות המושמעות נגד החוק היא כי בצורתו הקיימת הוא אינו מפיג את המתח והלחץ על הורים, אלא אף מייצר יותר מוטיבציה לקיים התערבות רפואית מהר ככל הניתן כדי להימנע משיוך כפוי על ידי הרופאים לקטגוריה שאינה ידועה.²⁴²

3. ישראל

הסמכות לקביעת המין המנהלי בישראל מצויה בידי רשות האוכלוסין וההגירה האחראית על מנהל רישום האוכלוסין והנפקת התעודות הרשמיות השונות, כגון תעודות לידה, תעודות זהות, דרכונים וכן הלאה. נוהלי קביעת המין ושינויו בתעודות אלו מוסדרים בנוהלי הרשות בנושא המרשם.²⁴³ כך למשל בנוהל שנושאו "רישום לידה בארץ" העוסק בהרחבה בשאלות שונות הקשורות לרישום יילוד כגון בחירת שם פרטי ומשפחה, זיהוי האב וכן הלאה, לגבי קביעת המין מצוין בלקונית כי "הפקיד יסמן X במשבצת המתאימה זכר/נקבה", ללא התייחסות נוספת.²⁴⁴ נוהל נוסף הנקרא "נוהל שינוי/תיקון פרט רישום מין" עוסק בהרחבה בפרוצדורת תיקון המין למי שבוצעה טעות ברישומיו הקודמים, או שינוי בקטגוריית המין למי שעברו הליך לשינוי מין.²⁴⁵ הנוהל מחייב כי המבקשים לשנות את מינם עקב שינוי מין יציגו תעודה רפואית שאושרה על ידי משרד הבריאות בארץ, ואישור מהרופא המטפל בישראל המעיד על השינוי.

עם זאת, מרבית הפעילות בנושא בישראל מתמקדת בניסיון להסדיר את הליך המעבר ממין זה למין אחר, ואינה עוסקת בשאלה המורכבת של יצירת קטגוריית מין שלישית. ייתכן שההסבר נעוץ בכך שבדומה למתרחש ביתר העולם, גם בישראל המאבק להגמשת תנאי הכניסה לקטגוריות המין המקובלות והיציאה מהן מובל בעיקר על ידי הקהילה הטרנסית שפחות מוטרדת משאלת הרישום בלידה או מיצירת קטגוריית מין שלישית ויותר מעוניינת בהרחבת הקטגוריות והקלת המעברים ביניהן. מאבקים אלה יכולים לסייע גם לא/נשים אינטרסקס המזדהים עם אחת הקטגוריות זכר/נקבה, אך גם

"specification". תרגום שני: "If the child can be assigned to neither the female nor the male sex, then the child has to be entered into the register of births without such a specification". לשון החוק המקורית (גרמנית): "(3) Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen", זמין ב: opiniojuris.de/kommentar/bgb/1#Geschlecht

242 *Ham Package for Intersex: Leaving Sex Entry Open is Not an Option*, OII EUROPE – ORGANIZATION INTERSEX INTERNATIONAL EUROPE (Feb. 15, 2013), oiieurope.org/bluff-package-for-inter-leaving-sex-entry-open-is-not-an-option/

243 לתיאור מפורט של מקור הסמכות החוקית לציון המין בתעודות הרשמיות וישומה בפועל ראו קטרי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 765.

244 נוהל משרד הפנים – מינהל אוכלוסין 2.2.0001 "נוהל רישום לידה בארץ" (24.3.2011) www.piba.gov.il/Regulations/2.pdf

245 נוהל משרד הפנים – מינהל אוכלוסין 2.6.0001 "נוהל שינוי/תיקון פרט רישום מין" (1.10.2008) www.piba.gov.il/Regulations/13.pdf

מאבקם של א/נשים אינטרסקס ליצירת קטגוריה שלישית יוכל לסייע בהרחבת האפשרויות הפתוחות בפני א/נשים טרנסים.

התפתחות מעניינת שראוי להזכיר בעניין זה היא הצעת החוק של חברת הכנסת תמר זנדברג אשר מבקשת לתקן את חוק מרשם האוכלוסין כך שיבוטל סעיף המין מתעודת הזהות. בדברי ההסבר להצעה נכתב ש"ישנם א/נשים שציון פריט המין בתעודת הזהות שלהם עשוי לגרום להם לאי נוחות משום שהם אינם מוצאים את המין הביולוגי שלהם תואם את מגדרם".²⁴⁶ הצעתה של חברת הכנסת זנדברג מציגה עמדה התואמת את עמדת פורום האינטרסקס הבין-לאומי שלפיה ניתן לזנוח את קטגוריית המין מתעודות רשמיות ככלל.²⁴⁷ אנו טוענות כי אימוץ גישה זו עשויה בהחלט לשרת צרכים של פרטים הן מקהילת האינטרסקס והן מקהילת הטרנס, שכן היא נמנעת מיצירת קטגוריה של מין שלישית בעל השלכות בעייתיות אך בו בעת נמנעת ממיון כפוי של א/נשים לקטגוריות שאינם חשים נוח בהן.²⁴⁸

4. השלכות מעשיות

ניתן להניח כי הכרה במין מנהלי שלישית עשויה לגרום השלכות רבות שיש להביא בחשבון. במסגרת זו ראוי לשאול איזו השפעה תיתכן עקב הכרה מסוג זה על הטבות הניתנות מאת המדינה בהתאם למין, כגון נקודות זיכוי במס הניתנות לנשים, נגישות לשירותים רפואיים ממוגדרים, הטבות בביטוח לאומי וכן הלאה. הכרה במין שלישית במישור המנהלי עשויה גם ליצור שינויים בחיי היום-יום ולעודד חשיבה מחודשת על קיומם ועיצובם של מתקנים המופרדים כיום לפי מין כגון שירותים ציבוריים, בתי חולים, בתי כלא, מקוואות, תאי מדידה בחנויות הלבשה, בידוק בטחוני גופני וכו'.²⁴⁹ שאלה זו מתעוררת בהקשרים נוספים, שאינם פחותים בחשיבותם, כגון: נישואין, אימוץ, השתתפות בתחרויות ספורט וכדומה. מובן שהכרה מסוג זה תחייב עריכה מחדש של כלל הטפסים במוסדות השונים כך שיאפשרו להזדהות באמצעות קטגוריות מין נוספות. שאלות אלו מדגימות את האמור לעיל בדבר הכשלים

246 הצעת חוק מרשם האוכלוסין (תיקון – ביטול סעיף המין בתעודת הזהות), התשע"ג–2013, פ/19/1461. 247 ראו לעיל ה"ש 231.

248 בהקשר זה ניתן לציין כי מובילי המאבק לשינוי מדיניות תיקון המין תעודת הלידה בקהילה הטראנסית בניו-יורק העדיפו דווקא את הותרת קטגוריית המין על כנה תוך ציון המין הנעבר על פני השמטתה לחלוטין, אך יש להבחין בין מצב זה לבין המצב המתואר לעיל, שלפיו קטגוריית המין מושמטת לכלל האוכלוסייה בעוד שהמעוניינים לציינה יוכלו לעשות כן. ראו Kristin Wenstrom, "What the Birth Certificate Shows": An Argument to Remove Surgical Requirements from Birth Certificate Amendment Policies, 17 L. & SEXUALITY: REV. LESBIAN, GAY, BISEXUAL & TRANSGENDER LEGAL ISSUES 131 (2008).

249 להרחבת הדיון בנושא הפרדה על בסיס מין בשירותים ציבוריים ראו Kelly Levy, *Equal, But Still Separate: The Constitutional Debate of Sex-Segregated Public Restrooms in the Twenty-First Century*, 32 WOMEN'S RTS. L. REP. 248 (2010–2011), הבוחן אם הפרדה זו היא הפליה בלתי-חוקתית על בסיס מין. בהקשר הטראנסקסואלי ראו C.J. Griffin, *Workplace Restroom Policies in Light of New Jersey's Gender Identity Protection*, 61 RUTGERS L. REV. 409 (2008–2009) השירותים במקום העבודה. כן ראו Terry S. Kogan, *Transsexuals in Public Restrooms: Law, Cultural Geography and Etsitty v. Utah Transit Authority*, 18 TEMP. POL. & CIV. RTS. L. REV. 673 (2008–2009), המתאר את האופן שבו המשפט משתתף בהסדרת המופעים המיניים במרחב הציבורי ובשירותים הציבוריים בפרט.

המבניים הקיימים במערכת המושתתת על מודל של בינריות מינית. אך פרט לכך נראה כי חששות אלו מחדדים את דילמת האיזון בין הרצון והצורך בהכרה ממסדית מחד, לבין ההשלכות הדכאניות של הכרה מסוג זה מאידך, דילמה שעמה מתמודדות קבוצות רבות במרחב הלהטבא"קי, וכך גם א/נשים אינטרסקס.²⁵⁰

1. סיכום

המאבק על זכויותיהם של א/נשים אינטרסקס נמצא רק בראשיתו. בפרק זה ביקשנו להציג את הרקע וההיסטוריה של המאבק, להתוות מסגרת נורמטיבית לדיון על זכויות א/נשים אינטרסקס דרך הדיון בזכות לספר את סיפור חיך ולעצב את גורלך, כולל מימוש זהותך המיניגדרית, וכן להעמיק בשתי סוגיות אופרטיביות: הזכות לבריאות ורישום המין בתעודות רשמיות. אך זוהי רק ההתחלה, כאמור. ככל שא/נשים אינטרסקס יחיו בגלוי כאינטרסקס, בין ששיוכם המיניגדרי הוא זכר, נקבה, אינטרסקס, ג'נדרקוויר או אחר, הרי עוד ועוד סוגיות יצוצו מעצם המגע והמפגש בין א/נשים אינטרסקס לחברה, למוסדותיה המגוונים ולזרועותיה השונות. למעשה, כפי שצינו במבוא, כל הסוגיות המוצגות בספר זה הן בעלות השלכות ורלוונטיות גם עבור א/נשים אינטרסקס, בהתאמות הנדרשות. מטרתנו בפרק זה היא להגביר את המודעות לקיומה של קבוצה מודרת ונשכחת זו. תקוותנו היא שהמודעות לקיומה תגבר בקרב החברה בכללותה ובקרב קהילת הלהט"ב בפרט.

250 ראו את פרדוקס ההכרה וההסדרה שעליו מדברת קתרין פרנקי: Katherine M. Franke, *Becoming a Citizen: Reconstruction Era Regulation of African American Marriages*, 11 YALE J.L. & HUMAN. MELISSA (1999) 251; והדגמה של טענה זו בסוגיית המאבק להכרה בנישואים חד-מיניים בארצות-הברית: Melissa Murray, *Paradigms Lost: How Domestic Partnership Went from Innovation to Injury*, 37 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 291 (2013), available at scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1933; Nancy D Polikoff, *Equality and Justice for Lesbian and Gay Families and Relationships*, 61 RUTGERS L. REV. 529–565 (2009); Douglas NeJaime, *Before Marriage: The History of Nonmarital Recognition and its Relationship to Marriage*, 102 CAL. L. REV. 87 (2014)