

הזכות ל (פוטנציאל) פריזון –



האם היא נפגעת כתוצאה מניתוחים "מנרמלים" באיברי המין



של ילודים עם מצבי אינטרסקסואליות*,



והאם הפגיעה מקימה למדינה חובה לתמוך במימוש זכותם להורות?

ליאורה ארזי



הקליניקה לפמיניזם משפטי

הפקולטה למשפטים אוניברסיטת חיפה

מוגש לד"ר נויה רימלט 7/12/2011



*Genital-Normalizing Surgeries on Infants with Intersex Conditions

הלשון העברית אתגרה אותי מבחינה לשונית בכתיבת העבודה, כמו גם במהלך הפרויקט. פניה בלשון זכר או נקבה לאדם שהוא אינטרסקס, תיאור מקרה, או המשגת מצבים, הציבו בפני דילמה העשויה להתייטר בשפה האנגלית. לעיתים התקשיתי לתרגם לעברית מונחים שנשמעו לי מכובדים יותר באנגלית. במהלך עבודתי בפרויקט עשיתי מאמצים להתנהל ברגישות, אולם היו פעמים בהן נחלתי כישלון חרוץ ופגעתי באנשים שהם אינטרסקס, ואף באנשי מקצוע המטפלים בהם.

אם ניסוח, אמירה, או תיאור שערכתי בעבודה פגע בקורא/ת - אני מתנצלת על כך מעומק הלב.

*אין לעשות כל שימוש בחומרים מקוריים המופיעים בעבודה זו, לרבות עדויות, ללא רשות המחברת (ל.א.).

*כל הזכויות על האייקונים המוצגים בשער העבודה שמורות להדס אשכנזי.

תוכן העניינים

פרולוג.....	4
הצהרת כוונות.....	6
מבוא.....	8
שער ראשון: Naming – זיהוי העוול.....	11
א. למה צריך לשיים אינטרסקסואליות או: הסוד.....	11
ב. מתן שם: אינטרסקס.....	12
ג. מתן שם: הזכות לפריון או: הזכות לפוטנציאל פריון.....	17
שער שני: Blaming – הטלת אשם.....	21
א. הרבה כעס, המון תסכול.....	21
ב. ייחוס האשם.....	23
שער שלישי: Claiming – עמידה על זכות.....	25
א. על קיצוניות אקטיביסטית.....	25
ב. היסטוריה.....	26
ג. פתרונות אפשריים לצמצום ותיקון הפגיעה בזכות בישראל.....	27
סיכום.....	30
אפילוג.....	31
במקום ביבליוגרפיה: תודות (שהן בעצם גם ביבליוגרפיה).....	32

פרולוג

ת' בוכה.

היא מספרת לי שהיא לעולם לא תוכל לשנוא יהודים, כי האיש שליווה אותה לשירותים כשבקושי הצליחה ללכת אחרי הניתוח - היה יהודי. היא הייתה בת 11, במחלקה הפלסטית בב"ח רמב"ם, לבד, בלילה. היא דיממה, וכשעשתה פיפי שרף לה עד שצרחו.

אשפזו אותה בפלסטיקה-מבוגרים כדי שאם במקרה איזה קרוב משפחה יחליט לקפוץ לבקר את הילדה בניתוח - הוא לא ימצא אותה, כי מן הסתם הוא יחפש בפלסטיקה-ילדים. בפלסטיקה מבוגרים אין אחיות תורניות לילה כמו בפלסטיקה ילדים. אבל ההורים לא יכלו להרשות לעצמם שמישהו יזהה אותה.

אז כבר ידעו שאין לה רחם ושחלות ושהיא XY, אבל היא נולדה כילדה ואף אחד לא העלה על דעתו "להפוך" אותה לילד.

היום ת' בשלהי העשור השלישי לחייה ואנחנו יושבות בפינה צדדית באוניברסיטה ומדברות. את מבינה, היא אומרת לי ומנגבת דמעה, זאת הסיבה שאני לא יכולה להמשיך להתעסק בזה כל הזמן. כי זה כל כך כואב.

בדיעבד, אמא שלה אמרה לה שלא יכלה להישאר איתה כי הייתה צריכה לחזור הביתה לאחים ולאחיות שלה. אבא של ת' הסיע את אמא שלה חזרה מבית החולים הביתה, כי היא לא ידעה עברית ולא יכלה לנסוע לבדה באוטובוס. ככה קרה שילדה בת 11, כמה שעות אחרי ניתוח כריתת אשכים והקטנת דגדגן, נתמכת באיש זר בדרכה לשירותים. "איש זר, את מבינה? זר".

לא כעסת עליה? אני שואלת. - אצלנו בחברה הערבית, היא אומרת לי, אין דבר כזה להפנות כעס להורים או למשפחה. כעסתי, - על עצמי. היא עייפה מהסיפורים האלה. משתוקקת כבר שאשחרר אותה לדרכה והיא תוכל למהר הביתה, אל בין ארבעת קירותיה המגנים...¹

¹ מבוסס על ראיון אישי עם ת', אינטרסקס, נובמבר 2011.

מהתהומות עליתי

יפה ונקייה

כאילו שמי תהום שטפו עכירותי.

הכל הודבק חזרה למקומו

כמו ביום שנולדתי.

צלקות שרק אני יכולה לראות.

פחדתי

פחדתי מאד.

יפה ונקייה

כאילו לא היה דבר

כאילו לא נצעק, לא כאב, לא נזלה דמעה.

ושאלתי אתכם שאלות

אבל תשובות הן לא כמו חיבוקים.

ולחושך זרועות ארוכות

ולתהומות נטייה להתעמק.

הנחתי את הראש על הכר

היה מאוחר.

ראיתי אותה

יפה ונקייה ושקטה.

שמעתי על תהומות שנסגרות.

(ליאורה)

הצהרת כוונות

הקליניקה לפמיניזם משפטי שינתה את חיי במובנים רבים. זו הייתה הפעם הראשונה במהלך לימודי המשפטים שלי, שהייתי מחויבת ללמוד זכויות הלכה למעשה ולא רק בתיאוריה. מצאתי את עצמי בוחנת ומטילה ספק בכל הערכים, האמונות והדברים ש"ידעתי" עד אז על עצמי. כמי שהעידה על עצמה שהיא דוגלת בשוויון ובשוויון הזדמנויות, נוכחתי שאני רוויה דעות קדומות ותפיסות שמושרשות בי עמוק משרציתי. בשיעור הראשון בהיותי מוקפת בנשים ערביות עטופות חיגי'אב, משוחחות ביניהן בערבית בלי להרגיש צורך כלשהו לתרגם עבורי את דבריהן - הרגשתי שאני חווה לראשונה "תחושה של מיעוט". כאב לי הראש וביקשתי מהמנחה רשות לעזוב מוקדם...

במהלך השנה, סוזן הפכה עבורי לידידת נפש והבנות של הקליניקה לשותפות למסע.

אחד הרגעים הזכורים לי מהתהליך בקליניקה הוא ויכוח עם דנה בנוגע לסדר הדוברים ב'כנס-אינטרסקס' שארגנו. אני סברתי שהרופאים צריכים להיות ראשונים, כי איך אפשר לנהל דיון כלשהו (שלא לומר אינטליגנטי) בלי תשתית עובדתית מסודרת. דנה טענה שהרופאים ממש לא צריכים להיות ראשונים ובתגובה לטענתי אמרה – מי אמר שצריך קודם כל ללמוד תיאוריות אקדמיות ורק אח"כ לצאת לעבודת שטח על בסיסן? חשבת שאולי השיטה הטובה יותר היא קודם כל ללמוד את השטח, ומהשטח, ורק אח"כ לדבר על תיאוריות? הרעיון הזה הימם אותי. לדנה הייתה יכולת להטיל ספק גם בדברים שהיו בלב ליבו של המובן מאליו שלי. בהקשר זה אך מזווית שונה, שוחחנו בשיעור האחרון עם פרופ' גד ברזילי על בורדייה ועל הביקורת שלו על השפה המנרמלת של בתי המשפט. כדי לנצח בעתירה, ואפילו כדי לטעון טענה, עותר נדרש להתנסח בעזרת מושגים מסוימים, אם תרצו כללי משחק. אם לא יתנהל בהתאם לכללי המשחק – לא יזכה ליומו בבית המשפט. במצבים מסוימים בורדייה תוהה האם לא יותר אפקטיבי להחליף שדה.²

מה זה אינטרסקס לא למדתי ממאמרים משפטיים אלא מסוזן. נסיעות ארוכות לבתי חולים ברחבי הארץ, ברכבת או בגשם, לבאר שבע או לאום-אל-פאחם, פגישות עם רופאים, פסיכולוגים, עובדים סוציאליים, מטפלים, משפטנים, סוציולוגים, נהגי מונית ומוכרי קפה. שיחות אינסופיות על ילדים, זוגיות, מומים, הפלות, חברות, אהבה, בן-זוג, משפחה, נכות, נישואין, מין, אורגזמות, בדידות, סוד, חזון, מימוש עצמי, אימוץ, פחד, מחלות, הורמונים, זהות. התבוננתי בה, ליוויתי אותה, נתמכתי בה, ניסיתי ללמוד ממנה – מגיבה לריחות בית חולים, תרה אחר רופאים שטיפלו בה (סוזן את נראית נהדר!), מציגה את עצמה בפני חדשים, נלחמת, מתעייפת, מסתירה ומחצינה, נעלבת ונתמכת, שואלת, חוצבת, מתווה.

² פייר בורדייה, סוציולוג צרפתי. מאבק עיקרי הוא הגדרת גבולות השדה, לגיטימציה להשתתפות במאבקים (יזו איננה שירה, "זו איננה ספרות"). אסטרטגיות הפעולה של המצטרפים החדשים מוגבלות לגבולות הזירה. כתוצאה מכך, המהפכות שהם יכולים לחולל הן מהפכות חלקיות בלבד - מהפכות שלא יסכנו את עצם הזירה, את האקסיומות עליהן היא מושתתת ואת מסד האמונות. דיון מתאריך 30.11.2011, בקורס "שיטות למחקרי משפט, פוליטיקה, וחברה: האם וכיצד ניתן לפענח את עולם הקסמים?".

סוזן קוראת תיגר. על החיים, על התורשה, על הסביבה, על הגנטיקה, על הכבוד, על האמונה, על הרצון החופשי, על הבחירה, על התשוקה לחיים ועל יצר החיים. העבודה הזו מוקדשת לה.

אני רוצה לקרוא תיגר. לימודי המשפטים הותירו אותי בחוויה שלעיתים קיימת דיכוטומיה בין ניתוח משפטי אנליטי ומהודק לבין חוויה רגשית, שלעיתים נתפסת כטיעון לא כשר בשיח משפטי. התהליך שעברתי בקליניקה וההפנמה של מושגים כמו זכויות ואי צדק, היו תוצר של חוויה רגשית עמוקה ולא של תובנה משפטית קוהרנטית ומובנית. אני מבקשת להעביר לקוראת העבודה חוויה דומה, הממחישה איך השיח המשפטי נולד וצומח מתוך חוויה רגשית של אמפתיה והזדהות.

העבודה שלי מנסה להשיק לכלליים המשפטיים הנדרשים. דרוש שינוי משפטי שיכיר, יגן ויקדם זכויות של הקהילה האינטרסקסואלית בארץ ובעולם. אני מאמינה שהמשפט לא רק משקף נורמות אלא גם נועד להכווין אותן. העבודה שלי גם משיקה לדרמה האישית שלי ומכילה את הדרמה של האינטרסקס. הנדרש חייב להתרחש גם במישור החברתי, הרפואי, האתי, הפסיכולוגי, הסוציאלי, המשפחתי, הציבורי והמדינתי. הוא נדרש כדי שנוכל להפסיק להתבייש, להפסיק להסתיר, להפסיק לשקר, להפסיק לחתוך, להפסיק לעקר, להפסיק לנרמל, להפסיק לחיות בסוד, להפסיק להיות בודדים, להפסיק לעצב פלסטית את אברי המין של תינוקות. הוא נדרש כדי שנוכל לחיות במגוון, בשונות, בטבעיות, לגדול בפתיחות, בסובלנות, עם טווח של אברי מין וטווח של זהויות מיניות ומגדריות. הוא נדרש כדי שנתיר לילודים עתיד פתוח למימוש זכות הפריון שלהם, להתפתחות הגופנית שלהם, הסיפוק המיני והתפקוד המיני שלהם, המימוש העצמי וההגדרה העצמית שלהם.

העבודה הזו מבקשת להיות אינטרדיספלינרית, אינטרסקסואלית ואינטרקטגוריאלית.³ היא שואפת לקרוא תיגר על הדיכוטומיה המינית, כמו גם על הכללים האקדמיים, המוסר הכפול של החברה הפלורליסטית והמשטור המשפטי של זכויות וסעדים. היא קוראת לשינוי. אני מקווה שתמצאו בה ערך.

³ רעיון זה בא לידי ביטוי גם באופי המקורות בהם השתמשתי, וגם באופן שילובם בגוף העבודה.

מבוא

לעיתים סכסוך מבשיל לכדי תביעה משפטית, אולם קיומה של עילת תביעה אינו בגדר מציאות "טבעית", אלא תוצר של תהליך בין שלושה שלבים שמונחו נטבעו זה מכבר בעולם המושגים המשפטי: זיהויו של עוול – **מתן שם** (Naming); ייחוס אשמה לגורם העוול – **הטלת אשם** (Blaming); ותביעה לסעד בגין העוול – **עמידה על זכות** (Claming).⁴

פעמים התהליך אינו מתקיים בשלמותו. למשל, כאשר קיימות הכרה בעוול והבשלה של הטלת אשם, אך הן אינן מובילות לתביעה; או כאשר מתקיימים מתן שם ותביעה בתנאים של היעדר הסכמה חברתית לגבי קיומה של אשמה. פעמים רבות קיימים מחסומים בשלב התביעה (בהיבט של נגישות למשפט), ומתקיימת בחירה בין נקיטת צעדים משפטיים לפעילות במישור הציבורי. המודל התלת-שלבי מסייע בהבנת הקשיים בתהליך שעשוי להיות מייגע ומתסכל, של הבשלת סכסוך לתוצר סופי של סעד אפקטיבי.⁵

במקרה של **אינטרסקס** (Intersex) העוול מזוהה בחברה, לפחות באופן חלקי. ניתן לראות ביטוי לכך בהופעתם של ארגונים למען זכויות אינטרסקס בעולם; ובהתפתחותה של כתיבה אקדמית ביקורתית על פרקטיקת הניתוחים הממשטרת באינטרסקס, ועל התפיסות הסקסיסטיות הדיכוטומיות שעומדות בבסיסה.⁶ סודאי ושי, טענו בעבודת סמינריון חלוצית בכתיבה המשפטית בישראל, כי הניתוחים המבוצעים בקטינים אינטרסקס אינם חוקיים, בשל הפרתם את הזכות להסכמה מדעת ואת הזכות לפרטיות והאוטונומיה של הפרט.⁷

נראה כי לא קיימת הסכמה חברתית לגבי קיומה של אשמה, לא כל שכן לגבי ייחוסה של אשמה (לחלופין או במצטבר) לאנשי מקצוע (רופאים אנדוקרינולוגים/ פסיכיאטריים/ מנתחים כירורגיים-פלסטיים/ פסיכולוגים/ עובדים סוציאליים), למשרד הבריאות כמתווה המדיניות,⁸ ולהורים כאפוטרופוסים החוקיים.

⁴ William L.F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*, 15 L. & Soc'y. Rev. 631 (1980-1981)

⁵ מזיהויו עוול לסעד משפטי: בעקבות Naming, Blaming, Claiming, דפנה ברק-ארז, מעשי משפט (ג) 33, 34-33 (2010).

⁶ ראשיתה של התנועה למען זכויות אינטרסקס בעולם הנצה בראשית שנות ה-90 של המאה הקודמת. לסקירת ההתפתחות ההיסטורית של המאבק ראי: Alice D. Dreger & April M. Herdon, *Progress and Politics in the Intersex Rights Movement Feminist Theory in Action*, 199 Duke University Press Journals (2009); **בחירת חוקיותם של ניתוחים בקטינים אינטרסקס בישראל בראי זכויות האדם**, מעיין סודאי ואור שי, עבודת סמינריון במסגרת הקליניקה לפמיניזם משפטי, אוניברסיטת חיפה, בעמ' 31-37 (2010) (להלן: סודאי ושי).

⁷ שם.

⁸ חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 39/86 התשמ"ו-1986 (ביצוע ניתוחים לתיקון פגמים במצב של הרמפרודיטיזם ודומיהם). בעניין התווית המדיניות וחוזר המנכ"ל ראי תת-פרק ב.ב. ייחוס האשם.

ככל הידוע לי, לא הוגשה מעולם תביעה משפטית לפיצויים או לסעד אחר, בגין פגיעה בפוטנציאל הזכות לפוריות עקב ניתוח גניטלי שבוצע בילוד אינטרסקס.⁹

בעבודה זו אבקש להרחיב את הטיעון אודות העוול שנגרם לאנשים אנשים בעלי מצבים של אינטרסקסואליות (people with intersex condition); כפועל יוצא של ניתוחים כירורגיים גניטליים שבוצעו בהם בעודם קטינים. אטען כי הניתוחים פוגעים בזכות-היסוד להורות, על ידי פגיעה בפוטנציאל הזכות לפריון. תחילה אנסה לבסס את הזכות לפוטנציאל פריון כזכות יסוד. לאחר מכן, אסביר מדוע וכיצד הניתוחים פוגעים בזכות זו. אטען שהפגיעה בזכות היא פגיעה חוקתית, המתרחשת "בחסות המדינה", ואינה עומדת במבחנים המתירים פגיעה בזכות יסוד. לבסוף, אבחן האם הפגיעה מקימה למדינה חובה כלפי הנפגעים, ואציע פתרונות המתייחסים הן להיבט של פיצוי נפגעים עם מצבי-אינטרסקס שנתחו, והן למניעת פגיעה עתידית בתינוקות שייוולדו עם מצבי-אינטרסקס.

העבודה נחלקת לשלושה חלקים, בהתאם לשלושת השלבים המוזכרים לעיל. עם זאת, ייתכן כי יצקתי משמעות מעט שונה למושגים כפי שתוארו במקור. אופן השימוש בהם נבע מצורך להכיר תחילה בקיומה של תופעת האינטרסקסואליות ובקיומם של אנשים שהם אינטרסקס, טרם האבחנה שפוגעים בזכויותיהם. אינטרסקס הוא נושא שהודר מהשיח הציבורי לא רק מהבחינה של זיהוי העוול (ישנה זכות שנפגעת אבל אף אחד לא המשיג זאת), אלא במובן רחב יותר של ניסיון להסתיר ולהחביא את השונות, את האנשים, לעצב הלכה למעשה את הגוף, כך שלא ניתן יהיה לדעת שקיימים תינוקות שנולדו כך. לרוב, למעט ההורים, אף אחד במשפחה לא יודע שהילד הוא אינטרסקס, ולעיתים במשפחה שבה שני אחים הם אינטרסקס – הם אינם יודעים זה על מצבו של זה.

במילים אחרות, הרחבתי את המודל לארבעה שלבים: הכרה בקיומם של אנשים בעלי מצבי-אינטרסקס, מתן שם לעוול הנגרם להם, הטלת אשמה, והצעה לתביעת סעד משפטי בגין הפגיעה בזכות.

*הערה: בספרות המקצועית ובספרות המשפטית הביקורתית מכונים ההליכים הכירורגיים-פלסטיים המבוצעים באינטרסקס בשמות כגון: ניתוח **מנרמל** של אברי המין (genital-normalizing surgery), ניתוח **לשייך** מין (sex assignment surgery), ניתוח **משקם** של אברי המין (genital reconstructive

⁹ מספר פסקי דין ניתנו בעולם בהקשרים שונים של אינטרסקס, ועל חלקם ארחיב בהמשך. לסקירה ראי: <http://intersexuk.org/legal-documents/legal>; <http://www.isna.org/legal>

surgery)¹⁰ במהלך הטיעון שלי אתייחס ל'ניתוחים' במובן הרחב של ההליך. דהיינו, כולל ניתוחים עוקבים לתיקון ושימור, וכולל מתן תרופות הורמונליות ואחרות כהמשך ישיר להליך הכירורגי. מטרתם משותפת: לעצב, לחזק ולשמר את התפתחות המין שהוקצה. התפתחות המין באה לידי ביטוי בסימני המין הראשוניים¹¹ ובסימני המין המשניים.¹²

¹⁰ Alison Davidian *Beyond the Locker Room: Changing Narratives on Early Surgery for Intersex Children*, 26 Wis. J. L. Gender & Soc'y 1 (2011); Julie Greenberg, Marybeth Herald & Mark Strasser *Beyond the Binary: What Can Feminists Learn from Intersex and Transgender Jurisprudence*, Mich. J. 13 (2010-2011)

¹¹ אברי המין (פין, פות) ובלוטות המין (שחלות, אשכים) האחראיות על ייצור הורמוני המין ותאי המין (תא זרע, תא ביצית).

¹² למשל: התפתחות שדיים, שיעור, מסת שריר, רוחב כתפיים ומותניים, עובי מיתרי הקול.

שער ראשון: Naming – זיהוי העוול

א. למה צריך לשיים אינטרסקסואליות או: הסוד

”..הייתי מאד רוצה להיות נוכחת באחד הפאנלים ולספר אישית על החוויה המיוחדת של לגדול כאינטרסקס, אך ריבוי הקהל והמצלמות גרם לי לסגת.¹³ אני מפחדת להרגיש עירומה וחסרת ישע כמו שהיה קורה לי כילדה, כשהייתי נכנסת לבדיקות בבית החולים שם הפשיטו אותי, התבוננו באברי האינטימיים וברוב המקרים אף נגעו בהם. בהעדר חברה מכילה ומחבקת את האחרות, ואני מתכוונת לכל אחרות, אני מעדיפה להיות מאחורי הקלעים, שם אני בטוחה וגם משפחתי בטוחה. אני מוקירה תודה לאלה שאזרו אומץ היום ודיברו בגלוי, לאלה שהתראיינו וכמובן לאלה שארגנו את הכנס והעלו את הנושא על סדר היום האנושי.

כיום אני חשה הרבה יותר שלמות עם גופי ועם הזהויות שלי. אך שלמות זו איננה קשורה בניתוח שבו הסירו המנתחים את אשכי והקטינו את הדגדגן שלי. שלמות זו איננה קשורה בגוף ובזהות המגדרית שכפו עלי, והיא איננה תולדה של הסוד שנכפה עלי ועל משפחתי, וככל את כולנו בשלשלאות כבדות... אני נזכרת בשנים בהן ידעתי שמשוהו שונה אצלי, שאני אחרת, אך לא ידעתי מה שונה. היו הרבה סימנים בדרך, אך אף אחד לא דיבר איתי ואני גם פחדתי לתת שם לאחרות זו. עול הסוד לא קל, ישנם תמיד פיסות מידע בדרך, חלקי מפה שהובילו לשום מקום. ההתבוננות באחרים בני גילי הבליטה באופן מובהק את השוני, אך עדיין אף אחד לא דיבר איתי.

אימא אחת מקבוצת התמיכה לאינטרסקס אמרה לי תמיד שהיא רוצה לחסוך מהבת שלה את הכאב. היא ידעה שבבוא העת היא תצטרך לספר לה שהיא נולדה כאינטרסקס, אך כל הזמן היא דחתה את השיחה. הורינו רוצים תמיד לחסוך מאיתנו את הכאב, אך אני רוצה להדגיש שכל עוד לא נגעתי בכאב ונתתי לו להיות חלק ממני - לא הגעתי לשלמות ולשלווה בגוף ובנפש שלי. הכאב הוא חלק מהצמיחה... בני אנוש מפחדים מהכאב. הפכנו לחברה שמצטיינת בהרחקת הכאב מחיי היום יום. כל ביטוי של כאב או חרדה מדוכא בכדורים. הורינו והמערכת הרפואית רצו לחסוך מאתנו את הכאב, לכן רקמו ביחד את הסוד. אך הסוד הזה שהיה אמור לשכך את הכאב - הגביר את הכאב והנציח את האחרות... ההרמוניה בנפשי ובזהות המינית והמגדרית שלי היא אינה תולדה של הניתוחים שבוצעו בגופי. היא תולדה של דרך ארוכה וכואבת, בה במהלך כעשר שנים סיפרתי את סיפורי בקול רם ופירקתי חוליה אחר חוליה מהשרשרת שנקראת הסוד.

¹³ דברים שכתבה ת', אינטרסקס, והוקראו בכנס שהתקיים במאי 2011 באוניברסיטת חיפה, ביוזמת הקליניקה לפמיניזם משפטי 'להיות אדם – כנס אינטרסקס 2011'.

אני תוהה למה מוקדשים מאמצים רבים ליישר את כולנו לשני מינים או שני מגדרים, ולמה צריך לכרות, להוציא, או לעצב את אברי המין לפי שתי תבניות מקובעות. 18 שנים ביליתי בבתי חולים. היה נראה שהמשכיות קיומי בחיים האלה באופן תקין - קשורה בהסדרת התוהו ובוהו שבין רגלי. נפשי הייתה מיוסרת מחוסר הוודאות ומהסוד. אך העיסוק העיקרי היה באברי המין שלי. אמרתי לעצמי שעכשיו, כשיש לי דגדגן בגודל הנורמטיבי, חלל בטן ללא אשכים, שפתיים פנימיות ושפתיים חיצוניות שתואמות לקו היצור ההמוני - אני אוכל להתהלך בחיים ביתר קלילות, אוכל לאהוב ולהיות נאהבת ולהגשים את ייעודי בחיים האלה בצורה הכי טובה. ואז, להפתעתי הגדולה, גיליתי שכדי לחיות את מלוא החיים שלי אני זקוקה לרוך, להבנה, לידיים מחבקות ולאהבה.

התאהבו בי בלי לדעת מה גודל הדגדגן שלי, והתאהבתי באנשים מבלי להתעניין בכרומוזומים שלהם או בגודל הפין שלהם.

בקבוצת התמיכה ישנם אנשים שאינם אוהבים את המונח אינטרסקס, ולפעמים לא כולנו בדעה אחת לגבי הנושאים השונים הקשורים בלידת אינטרסקס. אך כולנו שותפים לאמירה אחת: הסוד והסודיות כבלו את ידינו ורגלינו והולידו הרבה כאב ובושה. כולנו שותפים לתחושת ההקלה שבידיעה. האמת כואבת, אך הסוד כואב עוד יותר...".

ב. מתן שם: אינטרסקס

אינטרסקס או בין-מיניות הוא מונח המשמש לתיאור מגוון מצבים בהם אדם נולד עם אנטומיה מינית או רבייתית (של מערכת הרבייה) שאינה תואמת את ההגדרות הרגילות – 'זכר' / 'נקבה'. מדובר לרוב במצבים פיזיולוגיים בהם הגוף האנושי משלב באופן סימולטני מאפיינים זכריים ונקביים. לדוגמא, אדם יכול להיוולד עם דמיון חיצוני לאישה, אך להיות בעל אנטומיה פנימית האופיינית לגבר. במצב אחר, אדם יכול להיוולד עם איברי מין הנראים ביחס לאיברים זכריים ונקביים טיפוסיים כ"בין-לביני". למשל, תינוקת עם דגדגן גדול באופן בולט; או תינוק עם פין קטן באופן בולט, או עם שק אשכים שהינו כה מחולק עד שהתפתח באופן הדומה יותר לשפתי פות. אפשרות אחרת היא כזו בה אדם נולד עם פסיפס גנטי, כך שחלק מתאי גופו הינם בעלי כרומוזומים XX, וחלקם בעלי כרומוזומים XY.¹⁴

הטבע מציג בפנינו ספקטרום של אנטומיה מינית. שדיים, פינים, דגדגנים, שקי-אשכים, שפתי פות וגונדות מופיעים בגדלים ובצורות שונות אצל אנשים שונים. גם כרומוזומי המין הינם בעלי טווח שונות. התרבות האנושית, מפשטת את הקטגוריות המיניות – זכר, נקבה, ולעיתים אינטרסקס, באופן שאינו משקף את

¹⁴ Kate Hass *Who Will Make Room for the Intersex*, 30 Am. J.L. & Med. 41 (2004)

השונות הביולוגית. הרדוקציה הזו נעשית על מנת לפשט אינטראקציות חברתיות, לבטא רגשות ולשמר סדר. ה'טבע' לא קובע היכן מסתיימת קטגוריה אחת ומתחילה קטגוריה אחרת. אנשים, ונראה שבעיקר רופאים, מקבלים החלטות מסוג זה – כמה קטן צריך פין להיות, כמה יוצא דופן צריך להיות שילוב של איברי רבייה, איזה קידוד של כרומוזומים צריך להופיע, האם העמימות חייבת להתבטא באופן חיצוני - על מנת להיקרא אינטרסקס.¹⁵

רופאים חלוקים באופן משמעותי בדעותיהם, בשאלה אילו וריאציות של אנטומיה מינית נכללות תחת ההגדרה של אינטרסקסואליות. חלקם סבורים שדרושה עמימות באברי המין (ambiguous genitalia). אחדים גורסים שכדי להיחשב אינטרסקס, המוח צריך להיות חשוף לעירוב בלתי רגיל של הורמונים בשלב הטרום-לידתי. לפי גישה זו, אפילו אם האדם נולד עם איברי מין לא-טיפוסיים, הוא לא יוגדר כאינטרסקס, אלא אם המוח חווה התפתחות לא טיפוסית. אחרים טוענים כי על מנת להיחשב אינטרסקס, יש צורך הן ברקמה אשכית והן ברקמה שחלתית.

המונח הרפואי הרשמי הינו **הפרעה בהתפתחות המין** (DSD - Disorders of Sex Development) והוא מרמז על התפתחות מינית בלתי רגילה (ולא על התפתחות מחלתית הדורשת תרופה). הפרעות בהתפתחות המין נגרמות עקב "פגם" בקוד הגנטי של התינוק, כאשר מתפתח כרומוזום X או Y נוסף, או כשהגוף כושל בלהגיב לאיתותים הגנטיים להמשיך/ להפסיק את ההתפתחות.¹⁶ אנשים רבים המוגדרים כבעלי DSD חשים לא בנוח עם הקונוטציה הנלווית למילה הפרעה ומעדיפים להשתמש במונח אינטרסקס.

הפרעות בהתפתחות המין מתייחסות לחריגות בכרומוזומי המין, בבלוטות המין, בתעלות הרבייה, ובאיברי המין, וכוללות את המצבים הבאים:¹⁷ התפתחות מולדת של איברי רבייה עמומים,¹⁸ הפרדה מולדת של האנטומיה המינית הפנימית והחיצונית,¹⁹ התפתחות לא שלמה (חלקית) של האנטומיה המינית,²⁰ אנומאליה של כרומוזומי המין,²¹ הפרעות בהתפתחות בלוטות המין.²²

¹⁵ Julie A. Greenberg *Defining Male and Female: Intersexuality and the Collision Between Law and Biology*, 41 Ariz. L. Rev. 265 (1999)

¹⁶ Samantha S. Uslan *What Parents Don't Know: Informed Consent, Marriage and Genital-Normalizing Surgery on Intersex Children*, 85 Ind. L.J. 301 (2010)

¹⁷ *Definition of DSD*, www.accordalliance.org/dsdguidelines/htdocs/clinical/dsds_defined.html

¹⁸ למשל: CAH, קליטוריס מוגדל, מיקרופינס.

¹⁹ למשל: תסמונת אי רגישות לאנדרוגן, מחסור באנזים אלפא-5.

²⁰ למשל: התפתחות לקויה של הווגינה, התפתחות לקויה של בלוטות המין, עקרות.

²¹ למשל: תסמונת טרנר (חוסר מלא או חלקי באחד מכרומוזומי המין), תסמונת קלייפלטר (xxy), פסיפס גנטי של כרומוזומי המין.

²² למשל: אשכים טמירים.

כדי לענות באופן שאינו שנוי במחלוקת על השאלה באיזו מידה וריאציות אינטרסקסואליות (intersex conditions) הן שכיחות - יש להסכים על מה נכלל תחת ההגדרה של אינטרסקס. אולם, כדי לעשות זאת נראה כי יש ראשית להסכים מה נחשב בפירוש כ'זכר' ומה נחשב בפירוש כ'נקבה'. כיוון שהסכמה כזו אינה בנמצא, ישנם דיווחים מגוונים בנוגע לשכיחותם של מצבי אינטרסקס.

הערכות מספריות של תדירות השוני המיני מתוארות באתר האינטרנט של ISNA (קהילת אינטרסקס של אמריקה הצפונית). הנתונים הסטטיסטיים מבוססים על סקירת ספרות רפואית משנות ה-50 ועד סוף שנות ה-90 של המאה הקודמת, ותדירותם של חלק מהמצבים משתנה בין אוכלוסיות שונות.²³ באופן כללי, הארגון טוען ש"אם תשאלו מומחים במרכזים רפואיים באיזו תדירות נולד תינוק בעל אברי מין לא-טיפוסיים באופן כה בולט עד שיש צורך להיוועץ במומחה לדיפרנציאציה מינית" - המספר יהיה בין 1:1500 ל-1:2000 לידות. אך הרבה יותר תינוקות מכך נולדים עם גיוונים מעודנים יותר של אנטומיה מינית, שחלקם לא יופיעו עד לשלב מאוחר יותר בחייהם.

באתר האינטרנט של Intersex UK (קהילת אינטרסקס של אנגליה), מצוין כי שונות אינטרסקסואלית יכולה להופיע באופן מינורי אצל 1:250 איש, באופן מהותי יותר אצל 1:2000 איש, ובמורכבות קיצונית אצל 1:30,000+ אנשים.²⁴

רוב האנשים בעלי שונות אינטרסקסואלית אינם יודעים על כך. אין להם דרך להכיר בעצמם כאינטרסקס, או כל סיבה לכך. למרות זאת, מתקיימת אצלם שונות אינטרסקסואלית.²⁵

מין, מגדר וניתוחים באינטרסקס

ישנה הנחה נורמטיבית לפיה בני אדם נולדים עם זהות מינית ומגדרית מותאמת ודיכוטומית: זכר-גבר, נקבה-אישה. כלומר, חלוקה זו מניחה כי מין ומגדר הינם הולמים אחד את השני באופן אימננטי ואחיד. לאחר לידת תינוק עם מצב-אינטרסקס, הרופאים עורכים מגוון בדיקות על מנת לזהות את "המין הדומיננטי" אצלו. לעיתים, מעורב גם שיקול כירורגי - לאיזה מין יהיה קל יותר לשייך אותו בניתוח. מאחר ו"קביעת מין" התינוק הינה פרי החלטה סובייקטיבית, ולא עובדה רפואית או מדע מדויק, לעיתים

²³ <http://www.isna.org/faq/frequency>

²⁴ <http://intersexuk.org>

²⁵ Why are so many children being born with sex defects? 22.11.2011, זמין ב: <http://www.dailymail.co.uk/health/article-2064554/Why-children-born-sex-defects.html>

חלה טעות בהערכת המין "הדומיננטי".²⁶ זאת, בייחוד לאור העובדה שההתפתחות המינית מגיעה לשיאה בשלבים מאוחרים יותר של החיים. בבסיס הגישה הכירורגית, מונחת התפיסה היומרנית של הממסד הרפואי שהניתוח יקבע/ יחצוב זהות מינית מובחנת, שתוליד זהות מגדרית "תואמת".²⁷ אולם, השונות האנטומית-המינית של תינוקות, וההבנה שמגדר הוא תולדה של שיח חברתי – מאירים את יסוד הכפייה ואת אשליית הניבוי של פרקטיקת הניתוחים "המנרמלים". תיאוריות פסיכולוגיות עדכניות מכירות במורכבות העצומה של השפעות התורשה והסביבה על ההתפתחות הפיזית והנפשית; ושמות ללעג את הניסיון לשייך זהות מינית ומגדרית "על פי הזמנה", באמצעות סכין מנתחים והבנייה חברתית הנשענת על סוד ושקר.

ניתוחים באינטרסקס בישראל לא זכו עד היום למחקר אורך, העוקב אחר המטופלים. לפיכך, אין נתונים סטטיסטיים שיכולים לאשש או להפריך את השערת 'שיוך מין והבניית מגדר תואם'. הלכה למעשה, פעמים רבות אנשים שנולדו כאינטרסקס, נותחו בסמוך ללידתם, וגדלו עם זהות מינית מובחנת לכאורה - מפתחים זהות מגדרית מבולבלת ומעורבת, וחשים זרות כלפי גופם. כישלונה של 'גישת הניתוחים' הנשקף מעדויות של אינטרסקס שפנו לקבלת תמיכה, מלמד על צורך אקוטי בגוף מחקר שיקים מאגר נתונים רלוונטי לאוכלוסייה בישראל.²⁸

אינטרסקס באינטראקציה מערכת המשפט

החוק ברוב מדינות העולם אינו מכיר ב'אינטרסקס' כקטגוריה מינית.²⁹ בהמשך לכך, המין הרשום בתעודת הלידה (שהוא גם, בהכרח, המין המשויך מבחינה חוקית) – אינו תואם את הזהות המינית והמגדרית שמפתחים חלק מהאנשים שהם אינטרסקס. בנוסף, לא כל מצבי האינטרסקס ניתנים לזיהוי בעת הלידה, וחלקם באים לידי ביטוי מאוחר יותר בחיים. המין החוקי הוא משמעותי במערכת היחסים פרט-מדינה.³⁰ היכן שקיימת אי-התאמה ברורה בין המין החוקי למין המועדף, הדבר עלול לגרום לאי-נוחות רבה, שאינה הכרחית. דוגמאות לפגיעה ברווחת הפרט כתוצאה מתיעוד רשמי לא מדויק הן: קשיי נגישות והשתלבות במוסדות השכלה (היכן שבתי הספר הם חד-מיניים); מחסומים במימוש הזכות להורות (במקרים של אימוץ או פונדקאות); קשיים להינשא בתפקיד המגדרי המועדף, או אי יכולת להינשא באופן חוקי.

²⁶ [/http://intersexuk.org/legal-documents/legal](http://intersexuk.org/legal-documents/legal)

²⁷ "חשוב לדעת שבחברה שלנו השיוך המגדרי (האם מדובר בן או בת), חשוב ביותר להורים... חשוב שהאבחנה תהיה מדויקת ככל האפשר וההחלטה איך לגדל תהיה מושכלת ולכן יש לקחת בחשבון **שבוע-שבועיים עד לאבחנה מדויקת**" (ההדגשה שלי, ל.א.). בתוך: התמינות מינית בן, בת ומה שביניהם, נעמי וייטרוב, בייח "דנה" לילדים, המרכז הרפואי ת"א (ספרון עבור ההורים, רופאי הילדים והמטופלים הבוגרים), בעמ' 1.

²⁸ המחקר האיכותני הנרחב ביותר על אינטרסקס בישראל נעשה, למיטב ידיעתי, במסגרת עבודת הדוקטורט של לימור דנון, במחלקה לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה של אוניברסיטת בן גוריון. בעת כתיבת שורות אלה, עבודתה מצויה בשלבי שיפוט ועתידה להתפרסם בחודשים הקרובים.

²⁹ [/http://intersexuk.org/legal-documents/legal](http://intersexuk.org/legal-documents/legal)

³⁰ Yamuna Menonthe *Intersex Community and the Americans with Disabilities Act*, 43 Conn. L. Rev. 1221 (2010-2011)

בהקשר זה היטיב לנסח את הבעיה מלומד בשם פרנקל: "Heterosexual marriage could be successfully challenged if one person is unknowingly intersex. Confining marriage to between two people of the opposite sex leads to problems deciding what an opposite sex couple is and ³¹.who defines an opposite sex couple"

באנגליה, על פי חוק תינוקות צריכים להיות מוכרזים 'זכר' או 'נקבה' סמוך לאחר הלידה, וזאת על אף שאין הגדרה חקיקתית לשתי הקטגוריות הללו.³² בית המשפט הגבוה של אנגליה ו-וולש הגדיר כי "מין חוקי" לצורך נישואין,³³ או לצורך אחר,³⁴ נקבע בהתאם לכרומוזומים, בלוטות המין ואיברי המין בעת הלידה. מבחן זה אינו מתאים לפרטים אינטרסקס בעלי אנטומיה מינית עמומה בעת הלידה, או אנטומיה מינית שהתפתחה/ השתנתה עם הזמן ואינה תואמת עוד את התיעוד בלידה. כישלון ה"מבחן למין" להתאים להתפתחות הזוהות המינית והמגדרית במציאות האינטרסקסואלית הוכר ע"י בית המשפט האנגלי,³⁵ אך השאלה האם אנשי אינטרסקס יוכלו לבחור את מינם כרצונם עוד לא קיבל תשובה בפסיקה. כיום, אין מנגנון בחוק האנגלי והוולשי המאפשר לשנות את המין שנרשם בתעודת הלידה כאשר מתברר שמאוחר יותר שהתיעוד היה שגוי.

חיכוכים נוספים עם החוק, וההשלכות (שאינן דווקא מכוונות) של תרבות ומדיניות על מערכת היחסים פרט-מדינה של אנשים אינטרסקס, מודגמות היטב בשתי הפרשיות הבאות: בפרשת קסטר סמנייה, נחשדה האצנית הדרום אפריקאית ברמייה, והתבקשה לעבור בדיקות מין שיאמתו את היותה אישה כדי לא להיפסל.³⁶ בפסק הדין בעניין DiMarco שניתן בארה"ב,³⁷ הודגשו הקשיים בכליאת מורשעים שהם אינטרסקס. בפרשה זו, נכלאה אסירה במשך 14 חודשים בתנאי בידוד קיצוניים, המיועדים לאסירים בעלי מסוכנות גבוהה (וזאת אף על פי שלא הוגדרה כמסוכנת), משום שמערכת בתי הסוהר לא ידעה היכן לשכן "אישה בעלת פין" וטענה לחשש לביטחונה האישי.

Randi E. Frankle *Does a marriage really need sex? A critical analysis of the gender restriction on marriage*, 30 ³¹ Fordham Urb. L.J. 2007, 2036 (2002-2003).
Births and Deaths Registration Act 1953 ³²
Corbett v. Corbett (Otherwise Ashley) [1970] 2 All ER 33 ³³
R v. Tan [1983] QB 105 ³⁴
W v. W [2001] 1 FLR 324 ³⁵
http://www.israelhayom.co.il/site/newsletter_article.php?id=3469 ³⁶
DiMarco v. Wyoming Department of Corrections, 2004 WL 307421 ³⁷

ג. מתן שם: הזכות לפריון או: הזכות לפוטנציאל פריון

תמר-מטיס מציינת את זכות-היסוד להולדה בעניינם של ילדים אינטרסקס: "The potential for intrusion on the intersex child's fundamental rights to privacy, liberty, bodily integrity, and **procreation**, cast doubt on the sufficiency of parental consent to authorize the surgery even with fully-informed consent".³⁸ בתת-פרק זה אנסה להגדיר, לשקף ולאבחן את המצב הייחודי שנוצר בעקבות ניתוחים גניטליים מנרמלים בילודים אינטרסקס, בהקשר של הזכות לפריון ולהורות.

הזכות להורות הוגדרה כזכות-יסוד במשפט הישראלי בפרשת נחמני, שם עלתה במלוא חריפותה סוגיית הזכות להורות' כמתנגשת בזכות שלא להיות הורה'.³⁹ מושג הזכות הינו מורכב ביותר והספרות העוסקת בו מקיפה לאין שיעור. הבנות שונות של מושג הזכות משפיעות על המשמעות שניתן ליצוק בשלב מאוחר יותר לזכות להורות, או לזכות לפריון. ספרות משפטית ופילוסופית עדכנית מציגה את הזכות להורות כזכות מבוססת, הנגזרת מזכות האדם לפרטיות, לאוטונומיה ולשלמות גופו, וכן מזכותו להקים משפחה.

הדיון בשאלות של חירות בענייני הולדה (Reproductive Liberty) תפס תאוצה עם ההתפתחות הטכנולוגית ותחילתו של עידן ההולדה בעזרת הטכנולוגיה. גבולותיה של הזכות להורות נבחנו מחדש ונידונה השאלה האם היא כוללת לא רק הולדה טבעית, אלא גם את הזכות להוליד בעזרת הטכנולוגיה. הזכות להורות במובן הנגטיבי מתייחסת לזכותו של הפרט להשיג את מטרותיו ללא התערבות וללא הגבלות - למשל, זכותו להיעזר בתרומת זרע, או באם פונדקאית. במובן הפוזיטיבי, הזכות להורות מתייחסת לזכותו של הפרט לתבוע שהחברה תעמיד לרשותו משאבים – למשל, עזרה רפואית-טכנולוגית בהולדה, ואף תממן אותה.⁴⁰

רביצקי מכירה בזכות להורות כזכות מוסרית, במובן הרחב של המושג. לגישה, הזכות להורות מגנה על האינטרס האנושי הבסיסי והעמוק להורות, ומונעת התערבות מיותרת של החברה באפשרותו של הפרט לממש את רצונו בהורות. תפיסה זו מניחה שזכותו של הפרט להיות הורה אינה תלויה בקיומן של חובות מקבילות. ככל שהאינטרס או הצורך המוגנים על ידי הזכות עמוקים יותר, כך הזכות נתפסת כבסיסית יותר. ככל שהאינטרס אינו תלוי תרבות, אלא אוניברסלי – הזכות נתפסת כנגזרת מטבע האדם. רביצקי טוענת שיש להבין את הזכות להורות כמבוססת לא על חובת החברה, או על חובותיהם של אחרים כלפי

³⁸ Anne Tamar-Mattis, *Exceptions to the Rule: Curing the Law's Failure to Protect Intersex Infants*, 21 Berkeley J. Gender L. & Just. 59, 88 (2006) (ההדגשה שלי, ל.א. להלן: תמר-מטיס).

³⁹ דני"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661.

⁴⁰ ורדית רביצקי "הזכות להורות בעידן הפרייה הטכנולוגית" *דילמות באתיקה רפואית* 137-150, (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002).

הפרט, אלא על האינטרס והכמיהה האנושית הבסיסית להיות הורה. היא מפרטת את המשמעויות האדירות הנתפסות בעינינו כנלוות להורות, כגון: הגשמה עצמית, המשך קיומנו על ידי הורשת התכונות שלנו, ביטוי עליון לאהבה, והגנה מפני ניכור ובדידות. אל מול כל אלה היא בוחנת את משמעותו של מצב בו האפשרות להיות הורה נשללת מהאדם. העקרונות נתפסת כשוללת מהאדם התנסויות שהן מרכזיות והכרחיות להענקת ערך לחייו.⁴¹ אנשים שטופלו עקב בעיות פוריות העידו על תחושה של "פגימות", הפולשת מיכולת הרבייה גם אל הזהות המינית ואל היבטים אחרים בזהות האישית. אנשים המתבשרים על עקרותם מדווחים על תחושת הלם, אובדן שליטה על תכנון החיים, וחוסר אונים. בתרבויות בהן אימהות נתפסת כמהות הנשיות, והציפייה לאימהות מהווה חלק מרכזי בתהליך החברות – עקרונות עלולה לגרום למשבר זהות כללי.⁴²

ניתן לאפיין הורות בשלושה היבטים: משמעות חוקית (מערכת של זכויות וחובות); משמעות רגשית-פסיכולוגית-חברתית (מערכת המורכבת מקשרי אהבה, דאגה, תמיכה וכד'); משמעות **ביולוגית-גנטית**: עצם ההולדה של צאצא הנושא את מטענו הגנטי של ההורה. המוצא הגנטי והקשר הביולוגי בין ההורה לילד מקבלים משמעות חדשה, על רקע המציאות המשתנה והשינויים המתחוללים ביחס למשפחה בעידן הגנטי.⁴³

הזכות להורות, אם כן, הינה זכות מוסרית אנושית בסיסית, אשר שלילתה מן הפרט דורשת הצדקות כבדות משקל. השיח בנוגע למימוש הזכות להורות באמצעות, למשל, הפריה טכנולוגית, תרומת ביצית, או פונדקאות, מעלה שלושה שיקולים שיכולים להתנגש בזכות להורות: טובת הילד (הפוטנציאלי), טובת החברה, וזכויותיהם של צדדים אחרים המשתתפים בהליך הרבייה/ההפריה.⁴⁴ במשפט הישראלי, פגיעה בזכות-יסוד / זכות חוקתית הינה חוקית רק אם היא עומדת בפסקת ההגבלה, כלומר בארבעת התנאים המנויים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁴⁵

מכל האמור לעיל, ייתכן ונדמה שהזכות לפריון והזכות להורות הן חופפות - סמנטיקה המגנה על אותו "גרעין זכות", אותו אינטרס בסיסי. אולם, טענתי היא כי הזכות לפריון, או **הזכות לפוטנציאל פריון** - **במשמעותה בהקשר של ניתוחים בפעוטות אינטרסקס** - **מובחנת באופן מהותי מהזכות להורות**, וראויה

⁴¹ ש.ם.

⁴² נחמה הכהן (גלבר) "מעבר לזהות פוריה משבר ושינוי בנרטיבים של נשים שחוו קשיי פוריות והרו" עבודת תיזה, אוניברסיטת חיפה (2010).

⁴³ רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" **דין ודברים** ב 223 (2006).
⁴⁴ מיכל אגמון-גונן וקרן דבך-דויטש "זכות הרופא להימנע ממתן טיפולי פוריות" **רפואה ומשפט** 33 13 (2005); עליזה אברהם "על מי אמור להגן רישיון ההורות?" **מאזני משפט** ז 475 (2010).

⁴⁵ בחוק או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו, ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150, בפס' 8.

להגנה כזכות-יסוד עצמאית. התבוננות נוספת במאפייני הזכות להורות שסקרתי לעיל, מלמדת על הנקודות בהן הזכות להורות והזכות לפוטנציאל פריון נבדלות זו מזו. אולם, טרם אתייחס לנקודות אלה, אבקש למקד את הטיעון שלי:

בהקשר למידת החפיפה (/הכלה) של הזכות להורות עם זכויות אחרות, טוענות הקר ופרנקל כי "יש צורך להרחיב את הזכות להורות מעבר לזכות להולדה, וכי מרכזיותה וחשיבותה של חווית ההורות כיום מחייבת הכרה בזכותם העצמאית של הורים להורות פעילה".⁴⁶ טיעון זה מציע שהזכות להורות כוללת בתוכה רק את עצם ההולדה, ויש להרחיבה כך שתכיל גם את חווית ההורות העצמה, היינו גידול הילדים. יתרה מכך, הן מבקשות להכיר ב'הורות פעילה' כזכות עצמאית שיש להגן על מימושה. טיעון זה עשוי להימצא כמעט הופכי ביחס לטיעון המוצע בעבודה זו. עם זאת, אינני מבקשת להכריע בסוגיה האם הזכות להורות חולשת בעיקר על ההולדה עצמה או בעיקר על ההורות – חווית גידול הילדים. לעומת זאת, אני מבקשת לייחד את טענתי בעניין מובחנות הזכות לפוטנציאל פריון מהזכות להורות למקרה ייחודי:

אתאר בפשטות את המצב בו עוסק ניתוח הזכויות נשוא פרק זה: לאוויר העולם נולד תינוק – a Baby. הרופאים מזהים את התינוק כבעל מצב-אינטרסקסואלי מסוים. לצורך העניין, לתינוק יש אשכים טמירים (חבויים בחלל הבטן) ואיבר מין חיצוני עמום: כלומר, דגדגן מוגדל ומבנה דמוי שפתי פות. הרופאים וההורים שוקלים את האפשרויות הכירורגיות ו'מחליטים' לבצע לתינוק ניתוח שיוך-מין למין נקבה. לפיכך, התינוק עובר ניתוח לכריתת האשכים הטמירים, הקטנת הדגדגן, וחציבת וגינה (תעלת נרתיק). כתוצאה מכך, הגוף אינו יכול לייצר תאי מין (זרע/ ביצית) משום שלא קיימות שחלות, והאשכים הוסרו.⁴⁷ האם במידה והניתוח לא היה מתבצע, מערכת הרבייה של התינוק הייתה מבשילה והופכת פורייה? כלומר, האם היו נוצרים תאי זרע פוריים באשכים, שהיה ניתן להפרות איתם ביצית (באופן טבעי או באמצעות שאיבת זרע)? לא ניתן לדעת. מדוע – משום שהאשכים הוסרו.

השאלה המתבקשת כעת היא: האם קיימים נתונים סטטיסטיים בנוגע לתפקודם של אשכים טמירים שלא נכרתו, או בנוגע לתפקודם של איברי רבייה שלא נותחו/ טופלו בהורמונים באנשים עם מצב-אינטרסקס? אולם, מאגר נתונים כזה אינו נחוץ למהלך הטיעון שאני מבקשת לבסס: כל עוד קיימת האפשרות שאיבר הרבייה היה מתפקד כפורה באדם הבוגר מינית, ואפילו הסיכוי הסטטיסטי לכך הוא אחד לשבעה

⁴⁶ דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה" עבודה, חברה ומשפט יא 275, 276 (2005) (ההדגשות שלי, ל.א.).

⁴⁷ Nancy Ehrenreic & Mark Barr *Intersex Surgery, Female Genital Cutting, and the Selective Condemnation of "Cultural Practices"*, 40 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 71 (2005)

מיליארד,⁴⁸ לא קיימת הצדקה לפגיעה בפוטנציאל הפריון של האדם. במילים אחרות, **ייתכן** והוא היה יכול להביא לעולם ילדים,⁴⁹ אולם דבר זה לא ייודע לעולם כיוון ששללה ממנו הזכות **לפוטנציאל פריון**. ובהעדר הזכות לפוטנציאל פריון, וודאי שלא קיימת זכות לפריון, להולדה ולהורות (ואני מפרידה מן השרשור הלוגי הנ"ל את כל האמצעים האחרים העומדים לרשות הפרט שנולד כעקר למימוש זכותו להורות). ועוד חשוב לומר: וודאי שהפגיעה בזכות לפוטנציאל פריון אינה מיתרת את הסיבות האחרות לשלילת פרקטיקת הניתוחים בילודים אינטרסקס, והן אף עומדות כסיבות עצמאיות בפני עצמן (למשל, היעדר הסכמה מדעת, פגיעה באוטונומיה ובשלמות הגוף, וביכולת לחוות הנאה מינית ולהגיע לסיפוק מיני ועוד).

לסיכומם של דברים, גם בעידן ההולדה הטכנולוגית הזכות לפוטנציאל פריון אינה מתייתרת (כפי שגם הזכות להורות אינה מתייתרת), ואין זה משום שהמאפיין הביולוגי-גנטי הוא המשמעותי ביותר בהגדרת ההורות.

האינטרס והכמיהה האנושית בבסיס הזכות והרצון להגן עליה, מתעצמים עשרות מונים עת שהפגיעה בהם לא קורית בשל גורמים לא ידועים/ שאין לנו שליטה עליהם (למשל השווי לאדם הנולד עקר). אלא, הפגיעה נעשית מכוח פעולה אקטיבית, המבתרת את הגוף ואת איברי הרבייה הלכה למעשה; ומושתתת על תפיסות חברתיות דיכוטומיות-סקסיסטיות-הטרסקסואליות, הממטרות את עיצובה של הזהות האישית, הזהות המינית והזהות המגדרית.

חשוב גם לציין, שאף אחת מן ההצדקות שהוזכרו לעיל, להגבלת הזכות להורות בעידן ההולדה הטכנולוגית, לא מתקיימת במקרה דנן.⁵⁰

⁴⁸ יחס זה הוכר בפסיקה, בעניין משקלה של ראיית דני"א, כיחס סטטיסטי-שלילי רב עצמה. כלומר, סיכוי קלוש. ראי: ע"פ 9724/02 מוראד אבו חמאד נ' מדינת ישראל, תק-מח 2002(3).

⁴⁹ הכוונה כמובן לילדים בעלי זיקה גנטית, ולא למערכת היחסים הורה-ילד במובן הרחב של המילה; ואין באמירה זו כדי להנחית את הווייתם של ילדים להורים שלא מתקיים ביניהם קשר גנטי.

⁵⁰ טובת הילד (הפוטנציאל), טובת החברה, וזכויותיהם של צדדים אחרים המשתתפים בהליך הרבייה/ ההפריה.

שער שני: Blaming – הטלת אשם

א. הרבה כעס, המון תסכול

ר' נולדה עם מצב אינטרסקסואלי המוגדר ברפואה כשגשוג מולד של בלוטת האדרנל.⁵¹ היום היא בת 38, משתוקקת לאמץ ילד/ה. היא גילתה את היותה אינטרסקס לפני שלוש שנים, כאשר רצתה להיכנס להריון. תחילה פנתה לייעוץ גניקולוגי, משום שמעולם לא קיבלה ווסת. הגניקולוג אמר לה שכנראה לא תוכל להיכנס להריון, משום שהשחלות שלה התייבשו והרחם התכווץ ונסגר. הוא שלח אותה לבדיקות אנדוקרינולוגיות, במהלכן נאלצה לבצע אחת מהבדיקות שלוש פעמים, כי טכנאי המעבדה לא האמינו שזו דגימה של אישה. במסע החקירה העצמית שהחלה ביקשה את ההיסטוריה הרפואית שלה. במסמך רפואי שקיבלה מבית החולים נכתב: "תינוק בן חמישה חודשים". בהמשך גילתה שנולדה עם איבר מין חיזוני זכרי, רחם ושחלות. "עד גיל חמישה חודשים הייתי ילד, ואז ההורים שלי, יחד עם הרופאים - החליטו לנתח ו"להפוך" אותי לאישה".⁵² בהיותה תינוקת בת חמישה חודשים, בוצע בה ניתוח לפתיחת ווגינה ובניית איבר מין נשי. כשהייתה בת 19 לערך, מאסה בתופעות הלוואי של התרופות, אשר נטלה בקביעות לטיפול ב"בעיית הכליות שלה", והחליטה להפסיק לקחת אותן כדי 'להרגיש נורמלית'. אולם לא סיפרו לה את כל האמת אודות תפקידן, והגוף שלה החל להשתנות. לאט לאט הוא הפסיק לייצר הורמונים נשיים והחל לייצר הורמונים זכריים, השחלות והרחם שלה הפסיקו לתפקד, והגוף החל להתייחס להורמונים הנקביים כאל גוף זר ולהילחם בהם.

בראיון אישי עמה היא מספרת לי זיכרונות ורגשות שמותירים אותי משותקת, קפואה. אני רוצה לחבק אותה על האומץ והנכונות שלה לשתף אותי, אני רוצה לבכות מהמחשבה על הכאב העצום שהיא מכילה בתוכה כל כך הרבה זמן.

היום הודיעו לי שמחפשים בשבילי ילד/ה ואני אמורה לקבל בעזרת השם בקרוב. ככל שאני שומעת או מדברת על זה, הלב שלי קופץ משמחה ואושר. כמובן שהייתי רוצה ילד משלי, בשר מבשרי, מישהו שבא מתוך אהבה, שצומח ממני, בתוכי. הייתי רוצה להרגיש את ההיריון, השלבים שלו, הכאבים, השמחות, האושר, ואז האור והלידה. בשנה האחרונה חשבו שיש לי גידול בשד כתוצאה מההורמונים שאני מקבלת, ומיד הפסיקו אותם. אבל מהר מאוד חזרתי לקחת, כי הבריאות שלי התחילה להתדרדר. על מנת שאני

⁵¹ מבין המצבים המגוונים של אינטרסקסואליות, CAH (Congenital Adrenal Hyperplasia) הוא היחיד שיכול לגרום למצב חירום רפואי, עקב קושי של הגוף לייצר את ההורמון קורטיזון, המופרש במצבי לחץ. להרחבה על התהליכים המעורבים והטיפול המומלץ ראי: שגשוג מולד של האדרנל, מינקות לבגרות, נעמי ויינטרוב, ב"ח דנה לילדים, המרכז הרפואי ת"א (ספרון הסברה).

⁵² ראיון אישי עם ר', אינטרסקס, דצמבר 2011.

אוכל לקבל מחזור, אמנם לא סדיר ולא כל חודש בחודשו, אני צריכה לקבל מנה כפולה של הורמונים. רצון יש, אבל באיזה מחיר? האם להביא ילד ולא להיות בטוחה שאני אוכל לגדל אותו?

לפני שבוע מישהי שאני מכירה, שהיא אינטרסקס, בת 23, ניסתה להתאבד בפעם האני-לא-יודעת-כמה. התחושות הפנימיות עלולות לשגע אותך. אף אחד לא יכול לתאר לעצמו מה עובר עליי כל פעם שאני רואה תינוק, או כל פעם שאני רואה אישה בהריון. זה תסכול, זה כעס, זה אשמה שאין לך לאן להפנות אותה. בזמן האחרון אני כועסת המון. ככל שהגיל שלי הולך ומתקדם אני מרגישה ייאוש, הרגשה של המתנה, של מוות איטי ועצוב. אף פעם לא אהיה אימא של מישהו/י, אף פעם לא ארגיש את בני, אף פעם לא אחבק אותו, אף פעם לא אניק אותה, אף פעם לא אראה אותו זוחל, אף פעם לא אשמע אותה בוכה. פשוט חלום שנשאר בגדר חלום... לפעמים אני מרגישה שנולדתי במקום שאני לא שייכת לו, בזמן שלא מקבל אותי כמו שאני, בגוף שמתנגד לרצונות שלי, זרה.

אם הייתי יכולה להיכנס להריון או לא, אני לעולם לא אדע. הייתי בכמה בדיקות, אצל כמה רופאים - חלק מהם אמר שאני כן יכולה להיכנס להריון, שאין לי שום בעיה ובזמן שלא קיבלתי מחזור הוא טען שאני כן מקבלת ואפילו הראה לי את זה במסך האולטרסאונד. אבל מה לעשות שבמסך כן יש מחזור ובמציאות אין – נאדה, יבש. לעומת זאת באותו שבוע הייתי אצל מומחה אחר שאמר "מה פתאום הרחם שלך הצטמק והשחלות יבשות את צריכה טיפול ארוך ואינטנסיבי על מנת לנסות לשקם אותן". רופא אחר אמר שהרחם שלי נראה כרחם של ילדה בת שבע...

מסכת של בדיקות, של נגיעות, של פרצופים והבעות שזלזלו, רחמו, חיכו, תשאלו בלי הפסקה ובלי מחשבה. לפעמים נראה לי שהם בכלל לא ידעו שאני יושבת שם. ובנוסף לכך, הטיפולים התרופתיים שעלולים לפתח אצלי גידול ומסכנים את החיים שלי. בהקשר הזה, אחת הרופאות הנחשבות בתחום האנדוקרינולוגיה כתבה בתיק הרפואי שלי, שבמידה ואני לא מקבלת את הטיפול אני נחשבת למסכנת את החיים שלי ומתאבדת, והיא מבקשת מעמיתיה לא לטפל בי.

ביליתי את הילדות שלי בבתי חולים ונטלתי כל החיים שלי תרופות שאמרו לי שמיועדות לטיפול בכליות עקב חוסר מלח בדם. יש כעס, יש "אם היו מספרים", "אם היו משתפים". להרגיש שונה, להיות זו שמתביישת שאין לה שדיים בכיתה י' וגם לא בכיתה יב'. שמתביישת בשיער שצמח על החזה, על הפנים, על הבטן, על הגב ובכל מקום. כינו אותי אשת הקוף. התבגרתי במחבואים. מעצמי, מחברותי, ממשפחתי. זה לא רק רחם שהצטמק, זו אישיות שהלכה וכבתה, זה אופי שהלך והתעצב מתוך המצוקה, בדומה לשבוי שלמד לחיות בתנאים מאוד מגבילים.

כשאת עם עצמך, את יודעת מה את, אפילו בלי לדעת מה השם של זה. את פוחדת, את מתחבאת, את מתביישת, את מרגישה מגעיל, מלוכלך, זר, מנודה. מבטים של אחרים נהיו חשדניים, שאלות נהיו מציקות. היו לי הרבה מחשבות "לגמור עם זה" ולהתאבד. להיות ילדה בין שלושה ילדים שחולים (אחים שהם גם אינטרסקס, ל.א.), במשפחה שמנסה כמה שיותר לקבור את זה. אני מוצאת את עצמי מתמודדת גם בפנים וגם בחוץ, גם עם עצמי, גם עם משפחתי, וגם עם חברה אטומה ועקשנית. אני מוצאת את עצמי משקרת, מחליפה מסיכות ומפזרת פרחים וורדים כאילו הכל מושלם. זה לא כך! זה לא ורוד! זה לא מובן וזה לא מקובל!

המסדרונות, המעברים בין קומות בית החולים לקומה הקרה הזו - חדר המתים. לא היה שם הרבה אור, חצי חשוך עם המון תאי נירוסטה מרובעים, היה מפחיד שחור. כל פעם שהייתי צריכה לרדת למטה הייתי בוכה את זה אני זוכרת, זה הפחיד אותי יותר מביקור אצל רופא, וכל פעם שהתנגדתי ולא רציתי אימא אמרה שזה חשוב, זה יעזור לנו. ואז המפגש עם הרופא והמצלמה, רופא כזה ענקי שמן עם פרצוף מעוגל ומשקפיים מעל הראש. "תתפשטי", היה עומד שם צופה בי מתפשטת ואימא עוזרת לי, מעמיד אותי לצד קיר לבן, מסובב אותי שמאלה ימינה תשכבי, תפתחי רגליים! איכס... זה הגעיל. זה הביך אותי. כבר לא הייתי ילדה. יותר נערה. זה חרוט לי בזיכרון. הייתה לו מצלמה כזו שמוציאה תמונות מיידית (מצלמת פלואוריד, ל.א.). צילם תמונה אחרי תמונה, קליק אחרי קליק: ידיים, רגליים, שדיים שלא היו, גב, בטן, איברי מין. תפתחי, תשכבי, תעמדי, תתכופפי". מעצבן! איך לא שכחתי את זה. מעצבן איך התמונות לא נעלמו מראשי. כמה זמן צריך כדי לשכוח???.⁵³

ב. ייחוס האשם

בפרק הקודם טענתי שהאינטרס בבסיס הזכות לפוטנציאל פריון והרצון להגן עליו - ויחד איתם גם הכעס והטלת האשם - מתעצמים לאין שיעור בשל היותה של הפגיעה מעשה אקטיבי. קיומו של אשם מתעורר באותו הרגע שהתקבלה ההחלטה לבצע ניתוח מנרמל/ משקם/ משייד-מין שסיכנונו ידועים לכל. ואין זה משנה אם ההחלטה התקבל בתום-לב סובייקטיבי של כל המעורבים. הטענה מתחלקת לשתיים – לטעמי, ה'רופא/ה הסביר/ה' יודעת את הסיכונים הכרוכים בניתוח מבחינת תפקוד איברי הרבייה (ככל שהם לא נכרתו), ולכן מבחינה אובייקטיבית אין לשייד לוו/ה תום לב. שנית, גם אם כל המעורבים פעלו בתום-לב סובייקטיבי, הרי זו בדיוק הסיבה שבשלה יש לאסור את הפרקטיקה הנהוגה כיום, ועל כך ארחיב בפרק

⁵³ שם.

הבא. לפיכך, כך או כך האשם קיים, ואסייג ואומר שאינני מתיימרת להוכיח בעבודה זו את יסודותיה של עילה נזיקית כלשהי.

אם כן, "מישהו" קיבל החלטה שתוצאותיה הן דריסת זכותו של פעוט אינטרסקס לפוטנציאל פריון. אותו "מישהו" עשוי להיות כמה גורמים (לחלופין או במצטבר): ההורים, הרופאים, החברה במובן המופשט של המושג, המדינה. להלן אבקש לייחס את האשם למדינה.

ראשית, בישראל חלק ניכר מהרופאים הם עובדי מדינה, בתי החולים הגדולים הם מוסדות ציבוריים, והניתוח מתבצע שלא באופן פרטי.

שנית, ההתייחסות המפורשת היחידה למצבי אינטרסקס בחוק הישראלי מצויה בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות משנת 1986 ה"מסדיר" ביצוע ניתוחים לתיקון פגמים במצב של הרמפרודיטיזם ודומיהם (לשון החוזר).⁵⁴ חקיקת משנה זו מהווה הלכה למעשה את המדיניות הממשלתית, ומכתיבה את אופי הטיפול של מערכת הבריאות באנשים אינטרסקס. ההנחיה מבקשת להבחין בין מצבי אינטרסקס בהם שיוך המין מתבצע על סמך אינדיקציה "פיזית", לבין מצבים טרנסקסואלים בהם ניתוח שינוי מים נעשה על סמך אינדיקציה פסיכיאטרית. סודאי ושי מתייחסים לנוסח האנכרוניסטי והפוגעני של החוזר ומבקרים את האופן בו הוא מתווה את המדיניות הממשלתית.⁵⁵ כמו כן, הם מרחיבים בניתוח ביקורתי של החקיקה בישראל (כגון חוק זכויות החולה וחוק הכשרות והאפוטרופסות המשפטית)⁵⁶ והשלכותיה על אנשים אינטרסקס.

שלישית הביקורת הנוקבת על סוגיית ההסכמה מדעת במערכת היחסים רופא-הורה, בעת קבלת ההחלטה לביצוע ניתוח שיוך-מין בפעוט אינטרסקס מותירה את התחושה כי ההורים אינם הגורם המכריע בפועל. ארחיב על כך בפרק הבא.

בסופו של יום, אין ספק לגבי הרצון הטוב של כל המעורבים בדבר – כל הגורמים משוכנעים שהם פועלים למען טובת הילד. ועדיין, לא ניתן להתעלם מתוצאותיה הפוגעניות של פרקטיקת הניתוחים, שמתנהלת בחסותה של המדינה ובלי שהיא יוזמת שום מהלך חקיקתי, או משפטי אחר לשינוי המדיניות, כך שתעצור הפגיעה, או צמצומה. לא קיים במערכת הבריאות מערך תמיכה כלשהו עבור ההורים או הילדים האינטרסקס. גם כאשר ישנה תמיכה בפועל היא נקודתית, והמטפלים השונים פועלים בהתאם לקווים מנחים אינדיבידואליים שנויים במחלוקת, בהתאם לתפיסתם את המצב.

⁵⁴ חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 39/86 התשמ"ו-1986 (ביצוע ניתוחים לתיקון פגמים במצב של הרמפרודיטיזם ודומיהם).

⁵⁵ סודאי ושי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 38, 26, 12, 9.

⁵⁶ שם; חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996; חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962.

שער שלישי: Claiming – עמידה על זכות

א. על קיצוניות אקטיביסטית

ד"ר קוסטלו, אינטרסקס, הסבה את תשומת ליבי שעיקור הוא פשע נגד האנושות, כפי שנחקק בחוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי (ICC).⁵⁷ 'ליאורה', אמר לי ידיד כששוחחנו על הסמינר, 'את לא חושבת שאתן משתמשות בפטיש חמש קילו במקום שנדרשת בו יותר עדינות? ההורים יצטרכו לגדל את הילד הזה, חשבי איזה נזק פסיכולוגי יגרם לו מלגדול אצל הורים שחושבים שאינטרסקס זה סוג של מפלצת? למה לשלול מהם את הסמכות לנתח? לא עדיף לפעול בדרך של הסכמה מדעת - לחייב אותם להיות מודעים לכל ההשלכות של הניתוח על הילד? זה לא נכון ללכת בדרך של איסורים, זה צריך להיות שינוי הדרגתי חברתי'. התשובה שלי לשאלה הביקורתית הזו, שמתעוררת באופן טבעי, מתחלקת לשניים:

1. ד"ר קוסטלו כתבה לי:⁵⁸ 'שאלי את עצמך מה יקרה אם הורה יביא את ילדתו לרופא ויבקש מהרופא לעקר את הילדה כדי למנוע רעה עתידית כלשהי (כגון היריון לאחר אונס). אני די משוכנעת שיאסרו על הרופא לבצע הליך כזה. באופן מקביל ניתן לטעון שלהורה אין את הזכות להסכים, ולרופא אין את הזכות לבצע בילד, הליך רפואי שיכול לפגוע בפריון העתידי, מתוך חשש לרעה עתידית (כגון הצקה עקב שונות גניטלית)'.⁵⁹

2. אחי הצעיר נולד עם נכות פיזית קשה והרופאים ניבאו שהוא ימות תוך ימים ספורים. 'קרה לכם אסון, תשכחו מזה. לכו הביתה, מחכים לכם שני ילדים בריאים'. לא נתנו להם לראות את התינוק - כדי שלא ייבהלו. ההורים שלי הלכו הביתה. ההורים שלי החליטו ללכת הביתה. אחרי שלושה חודשים התינוק עדיין לא מת. ההורים שלי קראו לו אודי. 16 ניתוחים עבר ה'גחל-מוצל-מאש' שלנו, ובניגוד לכל תחזית רפואית הפך לאדם עצמאי ומתפקד, סטודנט מצטיין, תורם למדינה ולחברה. אני אף פעם לא אדע מה קרה שם, במאזן הכוחות-ידע - אמא-אבא-רופאים-צדדים אחרים, איך התקבלה ההחלטה הבלתי נתפסת הזו. כל מה שיש לי זה הנרטיב הפרטי שלי.⁵⁹

⁵⁷ ד"ר קארי גבריאל קוסטלו, המחלקה לפסיכולוגיה באוניברסיטת וויסקונסין מילווקי, התכתבות בדוא"ל מיום 5.12.2011. בהקשר לדין בפריון, סיפורה של קוסטלו שנולדה כאינטרסקס, ילדה תינוקת ושינתה את זהותה ל'גבר' מופיע בבלוג שלה: <http://intersexroadshow.blogspot.com/2011/09/intersex-fertility.html>

⁵⁸ תרגום מאנגלית, מתוך התכתבות בדוא"ל מתאריך 1.12.2011.

⁵⁹ אני חושבת, וזו גם הייתה ההתרשמות שלי מהעשייה בקליניקה לאורך השנה, שכשהורה חווה טראומה - כי הוא ציפה לתינוק המושלם, הקטן, החמוד, היפה, הרך והוורוד, ובמקום זה "קיבל" פנים שסועות ללא עפעפיים ורגליים מעוקמות; או להבדיל אלף הבדלות, ציפה לבת, סיפר שעומדת להיוולד לו בת, בחר שם לבת, קנה בגדים לבת והתכוון לגדל בת - ובמקום זה "קיבל" תינוקת עם דגדגן מוגדל שדומה לפין ואשכים טמירים; - אז נשאלת השאלה איזה מצג מציגים בפניו הרופאים בתהליך קבלת ההחלטה. אילו נתונים מספקים לו, אילו אפשרויות פורשים בפניו, תוך כמה זמן מייעצים לו לקבל החלטה, מה משדרים לו: בטחון, פחד, אהבה, לחץ?

לעדות מאלפת של אמא לילדה אינטרסקס, על רגע הידיעה, קבלת ההחלטה והדילמה אם לספר לילדה כשגדלה ראי: סודאי ושי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 54 (נספח: פרוטוקול שולחן עגול בנושא ניתוחים באינטרסקס, 23.3.2010).

אני לא חושבת שהפתרונות שיוצעו להלן משולים לפטיש חמש קילו. אני חושבת שצריך להפסיק לבצע ניתוחים כופי מין בקטינים שלא הגיעו לגיל הסכמה מדעת. כיוון שבפועל הניתוחים אינם מפסיקים, אלא רק "משתפרת" הטכניקה הכירורגית-פלסטית,⁶⁰ אני סבורה שנחוץ איסור מפורש על ביצוע ניתוחים הנערכים כברירת-מחדל, ומוצגים כמענה למצב חירום רפואי.⁶¹ לצד המאמץ לשינוי חברתי, נדרשת התערבות משפטית מידית⁶² על מנת להפסיק את החיתוכים המנרמלים, מפרי הזכויות ושוללי עתיד-של-בחירה עבור אנשים בעלי מצבי-אינטרסקס.

ב. היסטוריה

תביעה שהוגשה ב-1995 בקולומביה, אתגרה את חוקיותם של ניתוחים מנרמלים בתינוקות אינטרסקס, והשלכותיה הן אולי המשמעותיות ביותר לקידומן של זכויות קהילת האינטרסקס. בפרשה זו, תינוק שאיבד באופן טראומטי את איבר מינו, עבר ניתוח לשיוך-מין-מחדש. כאשר בגר, תבע את הרופאים, בטענה שהסכמת הוריו לניתוח הייתה חסרת תוקף.⁶³ בית המשפט החוקתי בקולומביה פסק שניתוחים גניטליים-מנרמלים המבוצעים בפעוטות, שונים בתכלית מהחלטות רפואיות אחרות עבור ילדים, ויש להקדיש בעניינם תשומת לב מיוחדת למסירת מידע הולם להורים. בית המשפט הציב סטנדרט מעין-ייחודי למצבים אלה, הדורש הסכמה מדעת "מלאה" - הסכמה המבוססת על מלוא המידע. כתוצאה מכך, מנתחים בקולומביה המשיכו להמליץ על הניתוחים, אולם סירבו לבצעם ללא צו בית משפט, מה שהוביל לשתי תביעות דומות ב-1999, שמיקדו אף הן את העיסוק בנושא ההסכמה מדעת בניתוחים מנרמלים של אברי המין, המבוצעים בתינוקות.⁶⁴

תמר-מטיס⁶⁵ הציעה אסטרטגיית פעולה המשתמשת בבתי המשפט למיגור הניתוחים המיותרים באינטרסקס. לגישה, נורמליזציה של אברי המין עומדת בשלושה תנאים, הממקמים אותה בקטגוריית החריגים לכלל ההסכמה 'רופא-הורה': בלתי הכרחית מבחינה רפואית וטומנת סיכונים כבדים לשלמות הגוף; מעמידה את ההורים בניגוד עניינים אינהרנטי, שעשוי להזיק בעת שקילת האינטרס העצמאי של הקטין; מפרה זכויות יסוד של קטין, כגון אוטונומיה, שלמות הגוף ויכולת רבייה. לפיכך, לטענתה, להורים

⁶⁰ בכנס "להיות אדם – כנס אינטרסקס 2011" הושמעה טענה ע"י רופאים כי גם אם בעבר ניתוחים גרמו עוול או נזק לאנשים אינטרסקס, הרי שכיום טכניקות הניתוח השתפרו ולכן מוזערה הפגיעה ביכולת להגיע לסיפוק מיני ולחווה הנאה מינית, ומוזערה האפשרות לתוצאות בלתי רצויות, כמו כאבים כרוניים ופגיעה בתפקוד המיני. טענה זו נדחת על ידי מכל וכל. גם אם היא נכונה עובדתית, הרי שהיא אינה מהווה לכשעצמה סיבה לביצוע ניתוח "מנרמל" בקטין אינטרסקס.

⁶¹ לביקורת על הטענה כי תינוק אינטרסקס מצוי במצב חירום רפואי הדורש התערבות כירורגית ראי: סודאי ושי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 20-21.

⁶² בהקשר זה: בניגוד לעמדה הפמיניסטית המסורתית, טענה אשר נשמעת כיום בשיח הפמיניסטי (בהקשר, למשל, של ביטול חזקת הגיל הרך), היא כי שינוי משפטי צריך להתרחש רק לאחר שהמציאות תשקף ותבטא בפועל שינוי חברתי. נויה רימלט, "אמא טובה, אמא רעה, אמא לא רלוונטית: הורות במשפט בין אידיאל השוויון למציאות האימהית" משפטים 573, 577 (2010).

⁶³ תמר-מטיס, לעיל ה"ש 38, בעמ' 108.

⁶⁴ שם.

⁶⁵ משפטנית, מייסדת ארגון AIC הפועל למען זכויות אינטרסקס, בדגש על בחירה מודעת. www.aiclegal.org.

אין יכולת ו/או סמכות להסכים בשם ילדיהם הקטינים לניתוח, גם כשעומד לרשותם מלוא המידע.⁶⁶ מסיבות אלה מצדדת תמר-מטיס ביצירת חזקה שלילית לקיום הניתוח, דהיינו דרישת אישורו של בית המשפט על מנת לבצע הליך של נורמליזציה באברי המין. אישור יינתן עת ששוכנע בית המשפט שהניתוח משרת את טובת הקטין, ולאחר ששקל את השיקולים הבאים: סיכונים ותועלת פיזית לטווח הקצר והארוך, מקסום אפשרויות הבחירה של הקטין האינטרסקס בעתיד, מתן משקל לרצון הילד ככל שהוא מסוגל לבטאו.

המבקרים את הוצאתה של הסמכות מידי ההורים והעברתה לבתי המשפט, טוענים כי תפיסת עולמם של השופטים מתעצבת, בדומה לזו של ההורים והרופאים, על פי הבנייה חברתית ומוסכמותיה - ולכן הליך האיזון בין השיקולים נותר זהה. מאידך גיסא, טובת הקטין נבחנת על ידי גוף אובייקטיבי יותר, וההתדיינות האדוורסרית מקדמת קבלת החלטות מודעת.⁶⁷ מלומדות נוספות עומדות על כישלונם של מנגנונים משפטיים (כגון הסכמה מדעת ודיני נזיקין) בהגנה על קטינים אינטרסקס מפני ניתוחים משייכי מין. חלקן מעודדות העברה של קבלת ההחלטות בעניין זה לפורום רחב יותר.

לוייד, לעומת זאת, גורסת שהילדים האינטרסקס יהיו מקבלי ההחלטות הטובים ביותר, לכשיגדלו. היא מדגישה שהטראומה הרגשית בה נמצאים ההורים, אינה מצב חירום המחייב ניתוח או טיפול הורמונאלי. הצעת חוק שהציעה, שואפת ליצור הליך שיפוטי שיבטא הבנה שלמה של מצב הקטין, רצונותיו, שאיפותיו וזכויותיו; ודורשת הוכחות חותכות באשר לנחיצות הרפואית של הניתוח, ללא הסתפקות בנימוק "טובת הילד" באופן שעשוי לעוות את שקילת האינטרסים בדיון.⁶⁸

ג. פתרונות אפשריים לצמצום ותיקון הפגיעה בזכות בישראל

הפגיעה שנגרמת לאנשים בעלי מצבים אינטרסקס, כפי שהדגמתי בשתי עדויות מיני רבות, היא תוצאה ישירה וחד משמעית של ניתוחים גניטליים-מנרמלים, המבוצעים בהם בעודם קטינים. טענתי היא, שיש לעצור באופן מידי, אקטיבי ומפורש את הפרקטיקה הזו. אך יתרה מכך, הפגיעה - המתרחשת "בחסות המדינה" (שלא לומר בניצוחה) - מקימה, לטענתי, חובה פוזיטיבית למדינה לפצות את הנפגעים. פיצוי זה יכול וראוי לו שיעשה בשתי דרכים: כספית ומהותית. האחת, נועדה לפצות על האובדן (ואין בטענה זו כדי ללמד שסכום כספי כלשהו יכול לפצות על שאבד). השנייה, נועדה להשלים ולכסות על שאבד, באמצעות

⁶⁶ תמר-מטיס, לעיל ה"ש 38, בעמוד 79. לדיון מורחב בנושא הזכות להסכמה מדעת בהקשר של ניתוחים באינטרסקס, וביקורת על אופן יישומה (או אי-יישומה) ראי: סודאי ושי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 15-26, 35-37.

⁶⁷ שם.

⁶⁸ Erin Lloyd, *From the Hospital to the Courtroom: a Statutory Proposal for Recognizing and Protecting the Legal Rights of Intersex Children*, 12 Cardozo J.L. & Gender 155, 191 (2005-2006).

סיוע במימוש אותה "מטרה" שייעד הטבע לאיברי הרבייה. כלומר, סיוע בהולדת ילדים ובמימוש הזכות להורות (וגם בטענה זו אין כדי ללמד שניתן להחליף את שאבד).

סיוע במימוש הזכות להורות יכול שיתבצע בדרכים מגוונות, כגון: באפיק של טיפולי הפריה, אימוץ, או פונדקאות, באמצעות תמיכה כספית, ליווי והדרכה פסיכולוגית, סוציאלית, או למשל על ידי מתן עדיפות ברשימת המתנה מסוימת.

אם כן, החובה הקמה למדינה מכילה שני היבטים: פיצוי נפגעים עם מצבי-אינטרסקס שנותחו, ומניעת פגיעה עתידית בתינוקות שיוולדו עם מצבי-אינטרסקס. להלן אציע שלושה פתרונות קונקרטיים, הנותנים מענה אפשרי לצורך בצמצום הפגיעה:

1. פסק דין הצהרתי: המכיר בזכות לפוטנציאל פריון כזכות יסוד, מכיר בפגיעה בזכותם של אנשים שהם אינטרסקס הנגרמת מהניתוחים, ואוסר את הפרקטיקה הנהוגה באמצעות צו על תנאי להפסקת הניתוחים.

2. פיצוי סטטוטורי לנפגעים. עצם ההוכחה שבוצע ניתוח בילוד אינטרסקס - היא ההוכחה לפגיעה בפוטנציאל הזכות לפריון (או הפגיעה בזכות לפוטנציאל פריון), ולא נדרשת הוכחה לפגיעה בפריון עצמו. מובן, כי זו האחרונה אינה אפשרית לכשעצמה, היות והעוול בוצע לפני שנים ולא ניתן לנבא באופן עובדתי מדויק 'מה היה קורה אילו'. בשל כך, הפגיעה והזכות המובחנת מתייחסות לפוטנציאל-פריון, ולא להולדה או הורות הלכה למעשה. מקרים בישראל בהם ניתן פיצוי סטטוטורי לאנשים שנפגעו ממדיניות ממשלתית, הם למשל החוק לפיצוי נפגעי גזת והחוק לפיצוי נפגעי פוליו.⁶⁹ בחינתן של פרשיות אלה, והשתלשלות האירועים והטיעונים שהובילו שלב אחר שלב (זיהוי העוול, ייחוס האשם למדינה ותביעת הפיצוי) להבשלת הסכסוך לכלל סעד אפקטיבי, עשויות להשיק לטיעון בעבודה זו ולפתרון המוצע. בהקשר זה, נשמעה אמנם ביקורת חריפה על היסעדי' שנתנה המדינה בשתי הפרשות. נטען כי הפיצוי הכספי הוא מינימליסטי ואינו ראוי להיחשב כמצמצם את הפגיעה, או מספק מענה כלשהו למצוקת חולי הגזת והפוליו בעקבות הפגיעה.⁷⁰

3. תביעה לפיצוי על דרך עוולה חוקתית.⁷¹ ברק-ארז מצדדת בהכרה בזכות לתבוע פיצויים בגין הפרת זכויות-אדם וטוענת כי מנגנון זה מתאים לשיטת המשפט הישראלית. משמעותה של זכות אדם ראויה להתבטא גם בסעדים שניתן לקבל כאשר היא מופרת. היא קוראת לבית המשפט העליון לפתח את דיני הפיצויים החוקתיים, בשל חשיבותם החברתית הגבוהה. במאמרה, היא מנתחת את האפשרות לחייב רשות

⁶⁹ חוק לפיצוי נפגעי גזת התשנ"ד-1994, חוק פיצוי לנפגעי פוליו, התשס"ז-2007.

⁷⁰ התכתבות בדוא"ל עם ד"ר שגית מור, מיום 21.11.2011.

⁷¹ ראשיתו של תחום העוולות החוקתיות בארה"ב, בחקיקה פדרלית שנועדה להקנות לאזרחים השחורים של מדינות הדרום זכויות תביעה נגד מדינותיהם. זאת, על רקע המשך הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות, גם לאחר שאלה הוכרו באופן פורמלי בעקבות מלחמת האזרחים. דפנה ברק-ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" **משפט וממשל ט** (2006).

בתשלום פיצויים, בגין הפרה של זכויות אדם, ומדגישה את שני היבטיו של המונח עוולה חוקתית: ההתמקדות בפן הכספי של ההגנה על הזכות, והחשיבות החוקתית של תביעת פיצויים מסוג זה. היא בוחנת שתי מסגרות לביסוס תביעה בגין עוולה חוקתית: עילה עצמאית של המשפט הציבורי, לפיה הסעד נגזר מעצם ההכרה בזכות; ועולות המסגרת הנזיקיות – רשלנות והפרת חובה חקוקה.⁷²

*הערה לסיכום פרק זה: במהלך העשייה בקליניקה למדתי שאנשים אינטרסקס שנפגעו כתוצאה מפרקטיקת הניתוחים בישראל, וביקשו לתבוע רופאים בגין רשלנות רפואית, נתקלו במחסום ההתיישנות. לטעמי, הנסיבות המיוחדות של קשר השתיקה באמתלה של הבנייה מגדרית, הסוד, וההסתרה במשפחה מצדיקות בחינה מחודשת של עקרונות ההתיישנות בעניין זה.⁷³

⁷² ש.ם.

⁷³ להבדיל, גם בעבירות מין בתוך המשפחה, הכיר המחוקק בנסיבות מיוחדות המתקיימות, והאריך את תוקפה של תקופת ההתיישנות יותר מפעם אחת. חוק העונשין (תיקון מס' 47), התשנ"ו-1996, ס"ח 1557, 42; חוק העונשין (תיקון מס' 72), התשס"ג-2002, ס"ח 1874, 59. בדברי ההסבר מוצעים מספר טעמים מרכזיים להארכת התקופה, כשבמרכזם עומדת תופעת הדיווח המאוחר. בין טעמים אלו נמנים יחסי התלות המיוחדים בין הקורבן לפוגע. דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון דיני העונשין (תיקון מס' 47), התשנ"ו-1995, ה"ח 2449, 238.

סיכום

במהלך שנה של עשייה בקליניקה זכיתי להיות שותפה למאמץ לקידום זכויותיה של קהילת האינטרסקס. מטרת הפרויקט התמקדו בהעלאת המודעות לתופעת האינטרסקסואליות ופיתוחו של שיח ציבורי, אינטרדיספלינרי בנושא. השקענו משאבים אדירים בארגון הכנס 'להיות אדם – כנס אינטרסקס 2011', שהתנהלותו הצליחה מעבר לחלומותינו הפרועים ביותר. התרחשותו היוותה עבורנו קליימקס, חוויה ממשית של פריצת דרך בתודעה הציבורית, וחשוב לא פחות – ניהול שיח רב משתתפים, ממקצועות שונים, כולם עוסקים בפן זה או אחר של טיפול באינטרסקס. בעקבות הכנס פורסמו כתבות בעיתונות ובטלוויזיה, שכללו עדויות מרגשות של אנשי אינטרסקס והנגישו לציבור את הדילמות המורכבות שכרוכות באינטרסקסואליות. כתבה ששודרה במהדורת החדשות המרכזית של ערוץ 10, הובילה לפגישה של צוות הפרויקט עם נציגי משרד הבריאות, במטרה להתחיל תהליך משותף בו תעשה בחינה מחודשת של מדיניות משרד הבריאות כלפי ניתוחים באינטרסקס.

בכתיבת העבודה ביקשתי בראש ובראשונה להשמיע את קולם של אנשי האינטרסקס. ניסיתי לשלב בין הכתיבה המשפטית ובין הרצון העז שלי לשתף את הקוראת בחוויה האינטרסקסואלית ובחוויה שלי מהעשייה בקליניקה.

תחילה הצבעתי על קיומה של תופעת האינטרסקסואליות ועל קיומם של אנשים בעלי מצבים של אינטרסקסואליות. טענתי להכרה רחבה מהקיימת, אודות העוול שנגרם להם כפועל יוצא של ניתוחים כירורגיים גניטליים שבוצעו בהם בעודם קטינים. ניסיתי לבסס את טיעון כי הניתוחים פוגעים בזכות-היסוד להורות, על ידי פגיעה בפוטנציאל הזכות לפריון. הצעתי שהזכות לפוטנציאל פריון צריכה להיות מוכרת כזכות חוקתית, במובחן מהזכות להורות. הסברתי מדוע הניתוחים פוגעים בזכות זו וכיצד הפגיעה מתרחשת בחסות המדינה. לבסוף, טענתי שהפגיעה מקימה למדינה חובה כלפי הנפגעים, והצעתי מספר פתרונות לצמצום פגיעה עתידית ולפיצוי נפגעים בגין פגיעה בעבר.

אפילוג

במובנים מסוימים אני מרגישה שהמסע הרגשי שעברתי במהלך השנה בקליניקה, כמו הריון ארוך ועמוס, הסתיים עם הלידה של תבור (הבת של אחי הבכור והאחיינית הראשונה שלי). המון שאלות נותרו פתוחות ואולי לא יהיה עליהם מענה לעולם. לא לגנטיקאים, ולא לי. אמא של תבור אמרה לי שאם אחרי הניתוח שיעשו לתבור ביד לא תגדל לה ציפורן וזה יפריע לה כשהיא תגדל, אז היא תתלוש לעצמה ציפורן כדי שתבור תראה שזה לא נורא. האימהות שלה ריגשה אותי.

אני מקווה שאמהות לא יצטרכו לתלוש או לגדל איברים כדי שהילדים שלהן ירגישו בנוח בחברה שלנו. אני מקווה שהמילה חריגות ונורמלי יצאו מהשיח ויפנו את מקומן למילים כמו קשת ומגוון. בעולם האידיאלי שלי אני יכולה לדמיין שונות וסובלנות, אני יודעת שלא יהיה צורך בדרכונים כדי לנסוע לחו"ל כי הגבולות יהיו פתוחים, שמי שירצה להתחתן יוכל לעשות את זה עם מי שהוא רוצה, ושבטפסים ממשלתיים לצד זכר / נקבה תהיה אופציה נוספת... בהווה אין לי מושג איך זה להיות אמא. אולי בעוד כמה שנים יהיה לי ילד שאהיה אחראית על טובתו, וכל מה שכתבתי לעיל יידמה בעיני להתחסדות חסרת בסיס וניסיון. בינתיים אני בוחרת לשאול שאלות שעולות ממעמקי הפחדים שלי, גם כשאין לי מושג מה אענה לעצמי. ואין לי ספק: אימהות היא המקצוע הקשה בעולם.

ילד מלאכים / עברית: אסי דגני

שם בשמים נערך מפגש
לקראת לידה של ילד חדש
אמרו המלאכים ליושב במרומים
יהיה זה ילד הזקוק לניחומים.
... על כן מוטב שנתכונן היטב
אל מי נשלחנו בארצות הכאב
רצוי כי חייו למטה יהיו נינוחים
אנא, השם, מצא זוג הורים מתאימים.
... עד מהרה ידעו מה זכות נפלה בחלקם
לטפח את השי שהופקד בידם,
מתת שמים, העונג שבפרחים
זה ילד מלאכים.

במקום ביבליוגרפיה: תודות (שהן בעצם גם ביבליוגרפיה)

לסוז שלי,

ידידת נפש, אשת סוד, מורה, דוגמה ומופת לכל הדברים שהייתי רוצה להיות, שאני מאמינה בהם, שראויים להתאמץ עבורם ושווים שנשמור עליהם.

לדנה, על ההבחנה בין אהבה ו-lovable. נתת לי שיעור מאלף.

לנויה, על הרף. כל מילה שלך שקולה בזהב.

לנור, שהיית עבורי בכל הצמתים הנכונות.

לאנשים שאני נמנעת מלחשוף את זהותם, שנתתם לי להיות חלק מכם - כל כך לא מובן מאליו.

לבנות הקליניקה, שותפות בלתי נפרדות למסע.

למעין סודאי, יד ביד, תומכת ומשחררת, רול מודל פמיניסטית.

למאיה פלד-רז, על הארגון, ההמשגה והחתימה.

לרונית הרמתי-אלפרן, על החזון וההתמדה. ריגשת אותי בנכונותך לתחוב את אצבעותיך בחורים הנפרצים בדלי-הפרויקט - כדי שלא יברחו המים, כשהמנגנונים האחרים לא הצליחו לסתום אותם.

לשרון לוזון, התגלמות התקווה.

למשפחה שלי, אליה נולדתי. אילולא היא לא הייתי מבינה מושגים בסיסיים: אנושיות, שוויון הזדמנויות, שונות, סובלנות, צרכים מיוחדים, וגם: בחירה ואהבה. אהבה ובחירה.

לכל מי שסייע/ה לי בגיבוש הטעונונים ואיסוף מקורות: לימור דנון, אור שי, ד"ר שגית מור, ליהי יונה, ד"ר רות זפרן, ד"ר אריאן רנן-ברזילי, ד"ר אמנון רייכמן, ד"ר קארי גבריאל קוסטלו, שי אוצרי.

וגם: תודה מיוחדת להילה שפירא, אלון אגמון, אריאל לוסטיג, טל רגב, ד"ר יאיר שגיא.