ליאור ספיר

החיבור המוזר בין מגדר, מדע ומשפט

בתי המשפט בארה"ב הסתירו הכרעות פילוסופיות במהותן על מגדר ועל טבע האדם מאחורי שיח זכויות וראיות מדעיות מפוקפקות ומסולפות. התוצאה מלאה בסתירות וזוכה לביקורת חריפה מימין ומשמאל

בנאומה ב־2016 השוותה לורטה לינץ', היועצת המשפטית לממשל אובמה, בין מאבק השחורים לשוויון זכויות לבין מאבק הטרנסג'נדרים להכרה רשמית וחוקית בזהותם המגדרית הפנימית. הנאום נועד להצדיק את החלטת משרדה לתבוע את מדינת צפון קרוליינה לאחר שזו העבירה חוק המחייב כל אדם להשתמש בשירותים ציבוריים המיועדים למינו הביולוגי.[1] "לא היה זה מזמן", טענה לינץ', "שמדינות כמו צפון קרוליינה תלו שלטים מעל בתי שימוש ומזרקות מים... בהתבסס על הבחנה ללא שוני אמיתי".[2]

עלייתה של תנועת הטרנסג'נדר לתודעה הפוליטית המערבית היא אחת ההתפתחויות המפתיעות והדרמטיות של השנים האחרונות. בארה"ב התנועה רואה עצמה כהמשכה הטבעי של תנועת זכויות האזרח המקורית, שדרשה שוויון לצאצאי העבדים. טענתם המרכזית היא שההגדרה הרווחת של מיניות האדם היא שקר וכזב, ושאכיפתה על ידי מוסדות החברה כמוה כאכיפת החוקים האפלים שנועדו להפריד בין לבנים ושחורים. ארבעה ימים לאחר נאומה של לינץ', ב־13 במאי, פרסם משרד החינוך הפדרלי תקנות חדשות שלפיהן כל בית ספר המקבל סיוע פדרלי – כלומר כמעט כל בית ספר בארה"ב – מחויב מעתה להתייחס לתלמידיו בהתאם ל"תחושת המגדר הפנימית" שלהם.[3]

נאומה של לינץ' סימן את העמדה המרכזית במאבק המשפטי של תנועת הלהט"ב

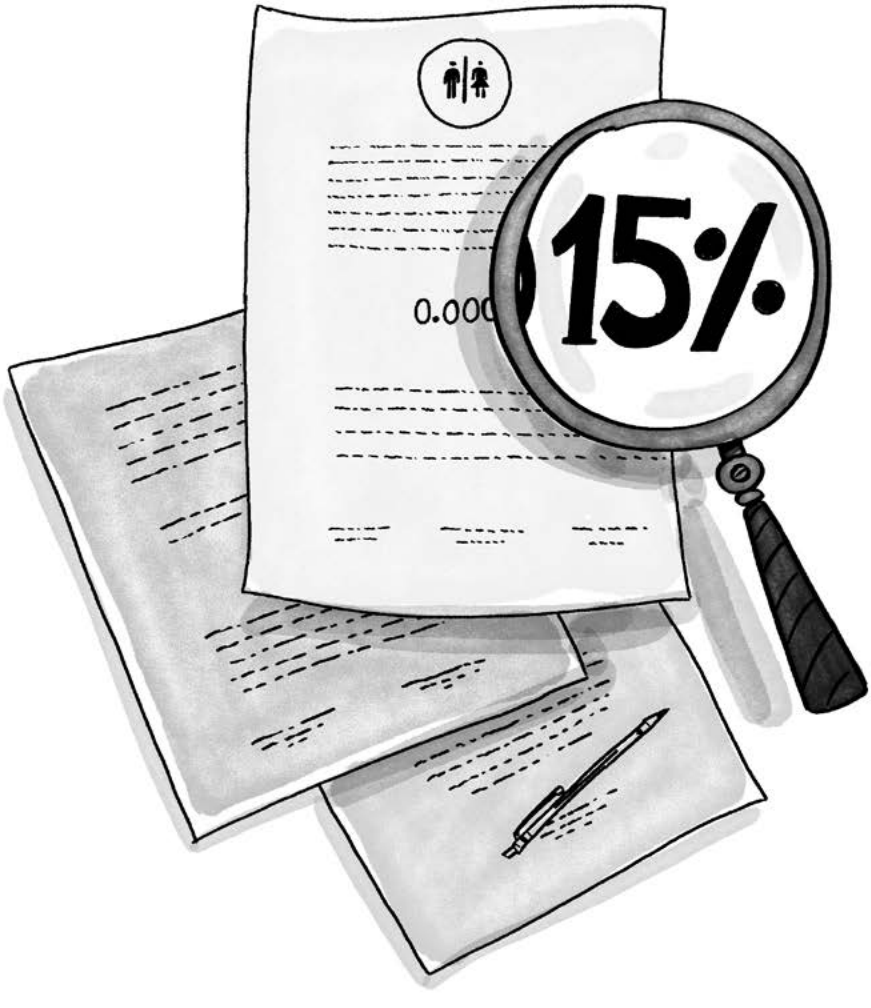
ד"ר ליאור ספיר הוא מומחה במשפט וממשל אמריקני וחוקר ב־Manhattan Institute שבניו־יורק.

בארה"ב בימינו: לפי עמדה זו, מבחינה רפואית־מדעית יש הסכמה גורפת כי הזהות המגדרית הפנימית היא אותנטית, מתקבעת בגיל צעיר מאוד ובלתי ניתנת לשינוי. המין הביולוגי לעומת זאת אינו כה דיכוטומי כפי שנהוג לחשוב, והוא מובנֶה על ידי החברה. ועל כן, יש להתייחס לזהות המגדרית הפנימית של ילדים מבחינה רפואית־טיפולית מוקדם ככל האפשר. מבחינה משפטית, היעדר הכרה בזהות זו מבוסס על סטריאוטיפים מיניים (שכן ההגדרה הביולוגית של מין היא סטריאוטיפ!) ועל כן מדובר בהפליה על בסיס מין בחינוך, והדבר אסור על פי החוקה (בחוק זכויות האזרח הפדרלי המכונה "Title IX"). כשם שבשנות החמישים והשישים החברה התקדמה למחוזות הצדק בהחילה איסור על הפליה על רקע גזעי ובאכיפתו, כך עליה לפעול כיום למען ההכרה בזהות הטרנסג'נדרית.

כאשר נכנס דונלד טראמפ לבית הלבן, אחת מפעולותיו הראשונות הייתה ביטול תקנות הטרנסג'נדר של קודמו,[4] אך העמדה המשפטית של ממשל אובמה התקבלה באופן גורף למדי בבתי המשפט הפדרליים שדנו בסוגיה. עד כה, ארבעה בתי משפט פדרליים לערעורים (הרביעי,[5] השישי,[6] השביעי[7] והאחד־עשר[8]) ומספר דומה של בתי משפט פדרליים נמוכים, קבעו כי חוסר נכונות מצד בית ספר להתייחס לתלמידיהם בהתאם לתחושת המגדר הפנימית שלהם הוא ככל הנראה[9] הפרה של החוק הפדרלי. בתי משפט פדרליים אחרים (השלישי[10] והתשיעי[11]) דחו טענות מצד תלמידים שאינם טרנסג'נדרים בדבר הפרת זכותם לפרטיות לאחר שבתי הספר שבהם למדו אימצו עצמאית מדיניות פרו־טרנסג'נדרית. כמה שופטים אף קבעו כי התיקון הארבעה־עשר לחוקה שהעביר הקונגרס אחרי מלחמת האזרחים, אשר מבטיח "הגנה שווה של החוקים", אוסר על בתי ספר להגדיר "מין" על בסיס ביולוגי.

בפועל קשה לחשוב על סוגיה שנויה יותר במחלוקת בעולם הרפואה מטיפול בילדים ובנוער עם בעיות של זהות מגדרית. הגישה הטיפולית החדשה המכונה "טיפול מאשרר", שלפיה טיפול ב"דיספוריה מגדרית" מחייב "אשרור" של הזהות שמביע הקטין ושימוש בתרופות הורמונליות החוסמות את הליך ההתבגרות, היא גישה חדשה, שהיקפה, נחיצותה והשפעתה לטווח הארוך נתונים לביקורות חריפות. תומכי הגישה ומתנגדיה מאשימים אלה את אלה בפוליטיזציה של הרפואה ובניסויים לא מבוקרים בקטינים לשם קידום אידיאולוגיות של מבוגרים. מעבר לכך, שאלת היווצרות הזהות המגדרית ואופני ההתקבעות או ההשתנות המתמשכת שלה נתונה בעיצומו של מחקר מדעי מתמשך. מעניין לגלות שהביקורת על עמדת פעילי המאבק הטרנסג'נדרי והכרעות בתי המשפט בהקשר זה מגיעות אף משמאל, בטענה כי כמו המין הביולוגי גם הזהות המגדרית אינה מקובעת כלל, וכי הקביעה שמדובר בזהות קבועה סותרת את התיאוריה שעל בסיסה הוחל המאבק המשפטי.

במאמר זה אפרוס את הבסיס המדעי הרעוע ששימש את בתי המשפט הפדרליים בהכרעותיהם בסוגיה בשנים האחרונות, ואראה כיצד הניסיון המשפטי ללכת בדרך המלך


0.000
15%

של שיח הזכויות הניע את התובעים ובהמשך את השופטים לעשות שימוש בבסיס עובדתי בעייתי זה. לאחר מכן אציג את הביקורת משמאל אשר חושפת את הסתירות התיאורטיות שנוצרות מהתעקשות התובעים, ובהמשך בתי המשפט, להסתיר הכרעות פילוסופיות בטיבן מאחורי סבך שיח הזכויות והעובדות המדעיות (המפוקפקות).

הטיעון מן המוח: המין משתנה, המגדר נתון

בשבע השנים האחרונות קבעו כמה בתי משפט פדרליים כי כאשר בתי ספר מסרבים להתייחס לתלמידיהם בהתאם לזהותם המינית – כלומר לביטוי המגדרי שלהם ללא קשר למין הרשום בתעודת הלידה שלהם – הם מפרים את החוק הפדרלי Title IX, האוסר על אפליה "על בסיס מין" בחינוך.

מרבית התביעות עד כה עסקו בשאלת הגישה לשירותים, ובעניין זה בתי המשפט קיבלו באופן עקבי את עמדת התלמידים הטרנסג'נדרים ובאי כוחם. שופטים פדרליים קבעו שבתי הספר אינם רשאים לחייב תלמיד המזדהה כבן – כמעט כל התובעים בפסקי דין אלה הם בנות המזדהות כבנים – להשתמש רק בשירותי הבנות או בשירותים המיועדים לשני המינים. טענתם הרשמית היא שההגדרה הרווחת ל"מין" היא בבחינת סטריאוטיפ פסול. לכך מצטרפת הטענה שהפליה לכאורה זו פוגעת במידה רבה בהליך הטיפול הרפואי במי שאובחן עם "דיספוריה מגדרית". טענתם של שופטי המיעוט, לעומת זאת, היא שאין שום דבר ב־Title IX או בחוקה האמריקנית המחייב שינוי ההגדרה של "מין" ל"זהות מגדרית", וששינוי זה יוצר סתירות לוגיות ובעיות אכיפה מהותיות המלמדות על כך שהחוקים הרלוונטיים אינם כלי הולם להחלת אידיאולוגיה מגדרית חדשה. הסיבה היחידה להפרדה בין בנים ובנות בשירותים, טוענים שופטי המיעוט, היא ההבדלים הפיזיים בין המינים והרצון בפרטיות הנלווה להבדלים אלה. הלוגיקה מאחורי ההגדרה החדשה של "מין" מובילה לביטול כל הפרדה בשירותים ציבוריים – תוצאה שהתובעים הטרנסג'נדרים עצמם רואים כבלתי הולמת.

תביעות נוספות שהוגשו לאחרונה עוסקות בשאלה מי רשאית להשתתף בספורט בנות, ואם בתי הספר רשאים להשתתף בהליך מעבר מגדרי של תלמיד בלי להודיע על כך להוריו או לקבל את אישורם. במקביל, בחודשים האחרונים החלו מדינות בשליטה רפובליקנית להעביר חוקים האוסרים על אנשי רפואה לתת לקטינים תרופות חוסמות התבגרות בהקשר של טיפול "מעבר מגדרי". ארגוני זכויות מובילים, ביניהם American Civil Liberties Union (ACLU) המפורסם, כבר הבטיחו מלחמת חורמה בחוקים אלה דרך בתי המשפט.

בליבן של כל הסוגיות המשפטיות שהוזכרו לעיל, עומדת שאלה לא פשוטה: מהו מין? וביתר פירוט – בגין מה מוגדרים בני אדם כזכר או כנקבה?

כטיבן של שאלות מדעיות רבות הנוגעות לאדם, ככל שמעמיקים בסוגיה מגיעים למחוזות פילוסופיים הנוגעים לטבע האדם, ולבסוף למטפיזיקה ולאפיסטמולוגיה (תורת הידע). האמת היא שלעורכי הדין אין כל תובנה מיוחדת שהיא בשאלה זו, וגם לשופטים אין כל סמכות ממסדית לענות. זו בדיוק הסיבה שהתובעים במשפטי הטרנסג'נדר והמייצגים אותם משקיעים מאמצים אדירים כדי לשכנע את בתי המשפט שלא לעסוק בשאלה "מהו מין" באופן ישיר ועניני. זו גם הסיבה ששופטים נוטים לקבור את הרהוריהם על טבע האדם תחת הפשטות כמו "סטריאוטיפים" ואנלוגיות פשטניות לגזע.

נפתח אם כן בהצגת המחקר המדעי המדויק והאופן הבעייתי שבו אמירות צדדיות ובלתי מבוססות התגלגלו לכדי אמיתות מוחלטות שעליהן התבססו פסקי דין אלו, ולאחר מכן נשוב לתשתית הפילוסופית הרעועה העומדת ביסודן של הכרעות אלו.

ללא יוצא מן הכלל, כאשר נדרשים בתי משפט לשאלת זהותו המגדרית של האדם או הילד, הם מסתמכים על מה שהם למדים ממומחים בתחום הרפואה המעידים או מגישים תקצירים (amicus briefs) לטובת תלמידים טרנסג'נדרים.[12] זהות מגדרית, כך טוענים המומחים מטעם התובעים,[13] מקורה ככל הנראה בשדרים מהמוח. היא מתקבעת בנו בסביבות גיל שלוש, ואינה ניתנת לשינוי לאחר מכן. כאשר זהותו המגדרית של אדם שונה מה"מין שהוקצה לו בעת לידה" (sex assigned at birth), כללי האתיקה הרפואית מחייבים הכרה בראשונה ולא בשני.

לפי המומחים, הליך זה בנוי מארבעה שלבים. השלב הראשון הוא ה"מעבר החברתי" (social transition), שבו הילד חי בזהות המגדרית הרצויה ואחרים מכירים בה. בשלב השני נעשה שימוש בתרופות חוסמות התבגרות כדי למנוע הופעה של סממני מין משניים כמו שיער פנים או שדיים. בשלב השלישי מוזרקים הורמונים כדי לתמרץ את הופעתם של סממני מין משניים של המין השני. בשלב הרביעי עשוי המטופל לעבור ניתוחים כדי לתת לגוף מראה "אותנטי" של המין המאושרר. בתי משפט בארצות הברית הכריזו על פרוטוקול טיפולי זה, המכונה בשפה המקצועית "טיפול מאשרר" (affirming therapy) או "הפרוטוקול ההולנדי" (בשל ארץ מוצאו), ככזה כמקובל על "כל ארגוני הרפואה החשובים." לדידם של השופטים, מדובר במדע מבוסס.

עדות לבעיות האמפיריות ניתן למצוא בדברי המומחים עצמם, המעידים במשפטים הפדרליים. בתביעה שהוגשה במדינת פלורידה על ידי תלמיד טרנסג'נדר שלא הורשה להשתמש בשירותי הבנים בבית ספרו, העידה ד"ר דיאן אֶרֶנְסַפְט, פסיכולוגית קלינית ואחת מהדמויות המזוהות ביותר עם גישת הטיפול המאשרר בארצות הברית, שזהות מגדרית "מוכתבת בעיקר על ידי שדרים מהמוח".[14] מסיבה זו, טענה, הטיפול הרפואי היחיד שיכול לפתור דיספוריה מגדרית הוא חיים במגדר המורגש. גישתו של

התובע לשירותי בנים הכרחית, טענה ארנספט, כיוון שהדבר מבטא הכרה של סביבתו במעמדו המגדרי האותנטי, והיא בבחינת יסוד לטיפול הרפואי בדיספוריה מגדרית.

בית המשפט הסכים ש"מין נוירולוגי והזהות המגדרית הקשורה הם המרכיבים החשובים ביותר" בשאלה מי בן ומי בת, ושבית הספר נסמך על "סטריאוטיפים" פסולים הנוגעים לאנטומיה של התובע, במקום על עובדות מדעיות.[15] אלא שבפרסומיה האקדמיים מודה ארנספט ב"היעדר ראיות" להסבר הנוירולוגי, ובמענה לתמיהה מדוע אנשים מסוימים דוחים את מין לידתם היא מבהירה כי השאלה של טבע מול טיפוח (nature versus nurture) עודנה פתוחה.[16]

תקציר אמיקוס שהוגש באותה תביעה על ידי כמה ארגונים רפואיים טען כי בעוד חוקרים "אינם בטוחים" מה גורם לזהות מגדרית לא טיפוסית, "מחקרים מסוימים מצביעים על... השפעות ביולוגיות."[17] כותבי התקציר סיפקו שני מקורות לקביעה זו. האחד הוא מאמר העוסק בהתפתחות זהות מגדרית אצל בנות שנולדו עם היפרפלזיה מולדת של האדרנל – תסמונת שבה חשיפת יתר להורמונים זכריים מעניקה למערכת הרבייה הנשית מראה גברי יותר. לפי כותבי המאמר, הרוב המוחלט של הבנות הנולדות עם תסמונת זו (כ־95 אחוזים) לא יגדלו עם בעיות של זהות מגדרית, ולכן בטוח יותר "להקצות" להן זהות נשית בלידה.[18] המקור השני שמצטטים הארגונים הרפואיים הוא מאמר מאת החוקרים ההולנדים האחראים על פיתוח הטיפול המאשרר.[19] מדובר במאמר מכונן שבו סיכמו החוקרים את התובנות הראשוניות שלהם משימוש בטיפול מעבר מגדרי בילדים וביקשו לשנות את הגישה של המסד הרפואי, שסירב עד אז לבצע הליכים כאלה בקטינים. כפי שמציינים המומחים במאמר, "הבסיס הפתו־ביולוגי של דיספוריה מגדרית עדיין אינו ברור" ואבחון הבעיה "נסמך באופן מוחלט על שיטות פסיכולוגיות" (כלומר הקשה מהתנהגות). אך החוקרים מבהירים באותו מאמר כי בהמשך יתברר כי "80 עד 95 אחוזים" מהילדים שאובחנו כך לפני גיל הבגרות אינם סובלים מדיספוריה מגדרית. במילים פשוטות, להשפעות חברתיות ותרבותיות תפקיד מרכזי בהליך ההתפתחות של תפישה מגדרית עצמית, גם אם הוא לא לגמרי ברור.

בפסק הדין ממדינת וירג'יניה, שהוא פסק הדין הפדרלי הראשון העוסק בסמכותם של בתי הספר להחליט על מדיניות שירותים, ארגון ACLU ייצג תלמיד טרנסג'נדר וטען, בדומה לטענה שעלתה לאחר מכן בפסק הדין של פלורידה, כי זהות מגדרית היא ביטוי של תכונות ביולוגיות במוח. ACLU נסמך על מאמר משפטי שלטענתו "מסכם את המחקר" במדע שמאחורי זהות מגדרית.[20] המאמר המדובר הוא "זהות מגדרית מגדירה מין: עדכון החוק כדי שישקף מדע מדעי מודרני הוא המפתח לזכויות טרנסג'נדרים",[21] ומחברו הוא מ' דרו לֶבָּאסֶר, משפטן שכיהן בעת פרסום המאמר כראש ארגון הזכויות הלהט"בי LAMBDA Legal.

טענתו של לבאסר שלפיה "כל [המומחים] מסכימים" כי זהות מגדרית "מרושתת לתוך המוח" (hardwired into the brain) מבוססת על שני מקורות שהוא מצטט. האחד, מאמר שחיברה משפטנית, טוען רק כי ההסבר הנוירולוגי אפשרי לאור "מאזן הסבירויות", ומדגיש כי "לא תהיה 'הוכחה מדעית' [הגרשיים במקור] לגורמים לטרנסקסואליזם עד שמדע הרפואה יוכל לזהות ולאשרר את חלוקת המוח האנושי לזכר ולנקבה או למקורות גנטיים לטרנסקסואזליזם בבני אדם חיים".[22]

המקור השני שעליו מסתמך לבאסור הוא משפט בודד הלקוח ממאמר של ויליאם ריינר, רופא המתמחה בפסיכיאטריה של ילדים, משנת 1997. "האיבר אשר לו כנראה תפקיד קריטי בהתפתחות ובהסתגלות פסיכוסקסואלית", כותב ריינר, "הוא לא איבר המין החיצוני אלא המוח".[23] לבאסר יוצר בקוראיו את הרושם שמשפט זה מסכם את עמדתו של ריינר, אבל עמדתו המדויקת של ריינר היא שמערכת הרבייה החיצונית לבדה אינה יכולה להסביר את התפתחות תפיסת המגדר העצמית של בני אדם. יתרה מזאת, באותו המאמר מדגיש ריינר שהיווצרותה של "זהות מגדרית, כמו נטייה מינית, היא תהליך מורכב המצוי רק בראשיתה של הבנתנו המדעית". במאמר מאוחר יותר, שריינר כתב בתגובה לשימוש מטעה במאמרו משנת 1997 על ידי פעילי זכויות טרנס, הוא הבהיר את עמדתו: "אומנם [ההסבר הנוירולוגי לזהות מגדרית] הוא ידידותי לטרנסג'נדרים ולמטופלים, אך ככלל, חסרות ראיות להסבר זה". הוא הוסיף והזהיר כי הסבר המין־מוח עלול להיות "ידידותי מדי" אם הוא מחזק את נטיית המטפל לקבל את הדיאגנוזה העצמית (קרי: הזהות המגדרית) של המטופל.[24] ריינר פרסם דברים אלה כמה שנים **לפני** שלבאסר כתב את מאמרו, אבל לבאסר התעלם מהם לחלוטין.

בית המשפט הפדרלי לערעורים של וירג'יניה הסכים עם ACLU שאף כי משמעות המילה "מין" נקשרה פעם רק ביכולת הרבייה, ב־2016 המשמעות המדויקת, המדעית, היא פסיכולוגית.[25] כלומר המושג "מין" מבטא תפיסה עצמית של האדם שהיא נגזרת ישירה ובלתי נשלטת או ניתנת לשינוי של שדרים נוירולוגים.

למעשה, ב־2016, כמו מאז 1997 ועד היום, חוקרים טרם הצליחו למצוא קשר סיבתי בין זהות מגדרית לבין גורמים ביולוגיים אצל אנשים שתפישת המגדר העצמית שלהם נוגדת את מינם הביולוגי. מחקרים המבוססים על ניתוחים שלאחר המוות הראו כי מבנה המוח של נשים טרנסג'נדריות (כלומר כאלה שנולדו זכרים) דומה יותר לזה של נשים ביולוגיות מאשר לזה של גברים ביולוגיים. אבל לאור תופעה הנקראת נוירופלסטיות, שבה החומר הביולוגי של המוח משתנה במסגרת האינטראקציה שבין הפרט לסביבתו, אי אפשר לשלול את האפשרות שמדובר בתוצר של הזדהות עם המגדר השני וטיפולים רפואיים "תומכים", ולא בגורם לכך. מחקרים על תאומים זהים מצביעים על תפקיד אפשרי של גנטיקה בהיווצרות זהות מגדרית, אבל גם כאן הממצאים אינם מכריעים. בכל הנוגע לשאלה מדוע ילדים ובני נוער מסוימים חווים דחייה עמוקה של מין לידתם, רב הנסתר על הנגלה. לפי המומחים המעידים לטובת

תובעים טרנסג'נדרים, הקונצנזוס המדעי הנוכחי הוא שזהות מגדרית הסותרת באופן עיקש ובלתי משתנה את המין הביולוגי היא תוצר של שילוב לא ברור של גורמים ביולוגיים וחברתיים, והמשקל היחסי של כל אחד מהגורמים שנוי במחלוקת.

להתעקשות על ההסבר הנוירולוגי שני מניעים. הראשון הוא שהנחה זו מספקת יסוד לטיפול המאשרר (לפחות בגרסתו האמריקנית; עוד על כך בהמשך). אם זהות מגדרית היא תוצר של שדרים בלתי נשלטים מהמוח, ואם סתירה בין הזהות המגדרית לבין שאר סממני המין יוצרת מועקה נפשית, רק שינוי הגוף בעזרת הורמונים יכול להביא לשלוות נפש וליכולת תפקוד. אכן, כל התובעים בפסקי הדין המדוברים היו בעלי דיאגנוזה כזו, וללא יוצא מן הכלל כולם טענו ששינוי במדיניות בתי הספר נחוץ כדי לאפשר להם לעבור טיפול רפואי הולם. בית משפט אחד אף הרחיק והבהיר שפסיקתו אינה תקפה לכל תלמיד המביע זהות מגדרית לא קונבנציונלית, אלא רק לתלמידים עם "תסמונת רפואית מאובחנת ומתועדת".

חשוב לציין שהגישה המאשררת עברה שינוי מהותי מאז פותחה על ידי חוקרים הולנדים בשנות ה־90. במקורו פותח הפרוטוקול לטובת אוכלוסייה מוגדרת שעימה היה לחוקרים ניסיון: בנים שמביעים סימני מועקה ביחס למינם הביולוגי לפני גיל ההתבגרות. התיאוריה הייתה שאם המועקה נמשכת אל תוך גיל ההתבגרות (מה שקרה רק במיעוט קטן של המקרים), ובהנחה שהילד אינו סובל מבעיות נפשיות נוספות שעלולות להיות הגורם למועקה ומוסוות ב"הפרעת זהות מגדרית" (Gender Identity Disorder) – שימוש בתרופות הורמונליות עשוי להציע למטופל שלוות נפש ויכולת תפקוד בסיסית בחיי היומיום. החוקרים ההולנדים הדגישו את חשיבותו של אבחון מתמשך וקפדני בטרם יינתנו לצעיר תרופות חוסמות התבגרות. הם עמדו על כך שההורים יהיו מעורבים בתהליך כולו וייתנו את הסכמתם בכל שלב. זאת מכיוון שהורים לרוב מכירים אך המטופל טוב יותר מכל אדם אחר ומסוגלים להבחין בין בעיות זהות מגדרית **כגורם** למועקה ובין בעיות זהות מגדרית **כסימפטום** לבעיות נפשיות אחרות.

הפרוטוקול ההולנדי הגיע רשמית לחופי ארה"ב ב־2007, כאשר נפתחה בבוסטון הקליניקה המגדרית הראשונה לילדים. בחמש־עשרה השנים שעברו מאז, הפרוטוקול עבר שינויים כה מהותיים עד שמומחים בעלי שם עולמי בתחום,[26] ובהם מומחים הדוגלים בגישת הטיפול המאשרר[27] ואף החוקרים ההולנדים עצמם,[28] החלו לאחרונה להזהיר מפני השימוש בו.

ראשית, ארגוני זכויות טרנסג'נדר ניהלו מלחמות חורמה נגד קלינאים חוקרים שקראו לקיים הערכה פסיכולוגית לפני מתן התרופות.[29] לטענתם, עצם הדרישה להערכה פסיכולוגית משקף הנחה כי מוטב לאדם להיות "סיסג'נדר" (כלומר לקבל את מינו

הביולוגי) מאשר טרנסג׳נדר – והנחה זו עצמה יוצרת סטיגמה שאחראית על סבל נפשי, הפליה חברתית, ואף אלימות. נכון להיום, ילדה או נערה (לרוב מדובר בבנות) יכולה לקבל במרפאות שונות ברחבי ארה״ב הורמונים על בסיס אבחון עצמי גם אם לא חוותה קושי אמיתי,[30] ולעיתים רבות ללא הסכמתם של הוריה ואף ללא ידיעתם. בתי ספר החוששים מתביעות Title IX מקלים עוד יותר על הליך המעבר המגדרי בכך שהם מקבעים נהלים המחייבים מנהלים ומורים להתייחס לתלמידה לפי זהותה המגדרית ובמקרים מסוימים אף להסתיר זאת מההורים.

בשנתיים האחרונות, רשויות הרפואה בשבדיה, בפינלנד, בצרפת, ובבריטניה[31] – מדינות שהשמאל האמריקני נוטה לראות כפרוגרסיביות וכראויות לחיקוי – יצאו בהצהרות נגד גישת הטיפול המאשרר והעבירו נהלים המגבילים את השימוש בו במקרה של ילדים. בארה״ב, לעומת זאת, המפלגה הדמוקרטית, ממשל ביידן והתקשורת הליברלית נעו בכיוון ההפוך, והחריפו את מלחמתם המנהלית־משפטית במטילי הספק בגישה המאשררת. רופאת טרנסג׳נדרית שביידן מינה לתפקיד בכיר במשרד הבריאות יצאה לא מזמן בהצהרה כי טיפול מאשרר בילדים מציל חיים.[32] ביידן עצמו הופיע בסרטון שבו הוא מסביר להורים של ״ילדים טרנסג׳נדרים״ – ללא כל הסתייגות – שהדבר הכי טוב שהם יכולים לעשות כדי לשמור על בריאות ילדיהם וביטחונם הוא לאשרר את הזהות המגדרית שלהם.[33] התבטאויות אלה הן בלתי אחראיות בעליל, אבל התפיסה שביידן התחייב לה כבר ביומו הראשון כנשיא היא שמדובר בנושא זכויות אזרח ולא בסוגיה רפואית מורכבת.

יש גם התנגדות גוברת לפארסה הרפואית הזו. לדוגמה, חוק חדש בפלורידה (מדינה בשליטה רפובליקנית) נועד למזער נהלים פרו־מאשררים של בתי ספר ולהשאיר את ההחלטה הרפואית בידי ההורים. מתנגדיו של החוק כינו אותו באופן שערורייתי ״Don't Say Gay״, ״אל תגידו הומו״ (אף שתוצאתו המעשית של חוק זה היא הזדהות של יותר אנשים כהומוסקסואלים ולא כטרנסג׳נדרים);[34] התקשורת הליברלית אימצה כינוי זה בחום וכך הוא מכונה גם ברוב הדיווחים בארץ. כאמור, מומחים שעד לא מזמן דגלו בגישה המאשררת טוענים כיום שגישה זו הרחיקה לכת מדי. לטענתם, הממסד הרפואי אינו נוקט את אמצעי הזהירות הנדרשים בטרם יעניק לילדים תרופות חוסמות התבגרות והורמונים הגורמים לחוסר פוריות ולבעיות רפואיות רבות אחרות.

הסיבה השנייה להסבר הנוירולוגי קשורה לתרבות המשפטית־חוקתית האמריקנית, המושפעת עמוקות ממאבק השחורים לשוויון זכויות. בהחלטותיו המפורסמות בנוגע לזכויות שחורים במסגרת התיקון הארבעה־עשר לחוקה, המחייב ״הגנה שווה במסגרת החוקים״, קבע בית המשפט העליון שאם תכונה מסוימת (כמו צבע עור) אינה נתונה לשינוי, חוקים המעניקים יחס שונה לאזרחים על בסיס תכונה זו יצטרכו

לעבור ביקורת שיפוטית נוקבת יותר. בדומה לכך, בשלבים הסופיים של התביעה בווירג'יניה ביסס בית המשפט הפדרלי לערעורים את החלטתו לטובת תלמיד טרנסג'נדר על ההנחה כי זהות מגדרית, כמו גזע, היא "תכונה בלתי ניתנת לשינוי".[35] קביעה זו אפשרה לבית המשפט לא לקבל את שיקול דעתו של בית הספר כיצד לאזן בין זכויות התובע לבין זכויות התלמידים האחרים לפרטיות.

הטיעון מן האינטרסקס: גלגוליו של נתון

טענה נוספת ופופולרית בקרב פעילי זכויות הטרנסג'נדר היא כי תופעות אינטרסקס – הפרעות בהתפתחות המינית – מוכיחות כי מין אינו עניין בינארי אלא נע על קשת רחבה שבין זכר ונקבה. אינטרסקס הוא שם כללי שניתן לתופעות שבהן אדם נולד עם תכונות פיזיות זכריות ונקבות כאחד. בעבר נקראו בני אדם כאלה הרמפרודיטים, ולאחר מכן כבעלי הפרעות בהתפתחות מינית. המילה אינטרסקס אמורה לקרוא תיגר על הרעיון שתופעות אלו הן בבחינת הפרעה, כלומר חריגה מהנורמה. מובילי תנועת זכויות האינטרסקס מעדיפים לדבר על "שינויים בהתפתחות המינית" (differences of sexual development), וטוענים כי את הניגוד בין נורמלי לפתולוגי יש להחליף בהכרה ברבגוניות (diversity). טענתם המרכזית היא שמקרים חריגים של התפתחות לא טיפוסית הם לא פחות טבעיים ונורמליים ממקרים של זכריות מובהקת או של נקביות מובהקת.

פעילי זכויות מגדר מתעקשים אומנם שאינטרסקס וטרנסג'נדר הן תופעות נפרדות ולכל אחת יש תנועת זכויות משלה, אולם בפועל, כפי שראינו, המומחים המעידים במשפט הפדרלי טוענים שזהות מגדרית היא ביטוי של "מין־מוח", כלומר של מרכיב ביולוגי השייך לקטגוריה הכללית של תכונות ביולוגיות הקובעות את מינו של אדם. מכיוון שאינטרסקס מוגדר כחוסר התאמה בין תכונות מיניות ביולוגיות באדם יחיד, תלמידים טרנסג'נדרים הם למעשה סוג של אינטרסקס. ההשלכה המשפטית היא שגם אם בתי ספר היו רשאים להפריד תלמידים על בסיס "מין ביולוגי" לצורך גישה לשירותים או השתתפות בפעילויות ספורט, הפרדה מדויקת כזאת אינה אפשרית ולא הייתה כזו אף פעם.

הסמכות המוכרת המצוטטת ביותר במחקר על אינטרסקס כיום היא אן פאוסטו־סטרלינג (אפ"ס), פרופסור לביולוגיה אבולוציונית ולימודי מגדר באוניברסיטת בראון. בשנות ה־90 טענה אפ"ס שעד כ־4 אחוזים מכלל האוכלוסייה היא אינטרסקס,[36] אולם בשנת 2000 היא שינתה את הערכתה ל־1.7 אחוזים, לאחר מחקר שביצעה עם עמיתים.[37] כיום, נתון זה מצוטט כעובדה בלתי מעורערת בפרסומים אקדמיים, בחומרי הפצה של ארגוני זכויות ובסמינרים לקידום רב־תרבותיות בעולם העסקי.

הביקורות על מחקרה של אפ"ס ציינו את הבסיס האמפירי המפוקפק והטילו ספק בהגדרתה הפוליטית של אפ"ס למונח אינטרסקס. על הבעיות האמפיריות אפשר ללמוד מביקורתה של קארי האל,[38] פרופסור למדע המדינה באוניברסיטת טורונטו. האל מסכימה לקבל את הגדרתה של אפ"ס לאינטרסקס כ"כל חריגה", גם אם מזערית, מ"האידיאל האפלטוני" של זכר ונקבה. ביקורתה מתמקדת רק באופן שבו אפ"ס מפרשת את המחקר הקיים בנושא ובטעויות החישוב המתמטיות מאחורי נתון ה־1.7 אחוזים. אם נסתמך על המחקרים שמצטטת אפ"ס, נראה כי שיעור האינטרסקס מכלל האוכלוסייה קרוב יותר ל־0.373; אך גם מספר נמוך זה, האל ממהרת להדגיש, הוא ככל הנראה "הגזמה דרמטית".

הערכתה המופרזת של אפ"ס בנוגע לשכיחות האינטרסקס נובעת בעיקר מהחלטתה להכליל בקטגוריה זו תופעה הנקראת היפרפלזיה מולדת של האדרנל (המ"א). בגרסה הקלאסית של מחלה זו, שהיא נדירה ביותר, תינוקת תיוולד עם איברי רבייה פנימיים תקינים אך ייצור עודף של אנדרוגנים יגרום לאיברי מין החיצוניים שלה להיראות "גבריים" ובמקרים מסוימים קשים לזיהוי כנקביים או כזכריים. אך ישנה גרסה אחרת של המחלה המופיעה רק בשלב מאוחר יותר של החיים, אחרי שאיברי הגוף הספיקו להתפתח ולקבל צורה פחות או יותר טיפוסית.

המחקר שממנו אפ"ס שואבת נתונים על המ"א מאוחרת מציין שכיחות של 1.5 אחוזים. לכן, תסמונת זו לבדה אחראית ל־88 אחוזים מכלל מקרי האינטרסקס הכלולים בחישוב הסופי של 1.7 אחוזים. אולם המחקר המקורי אינו טוען ש־1.5 אחוזים **מכלל האוכלוסייה** הם בעלי המ"א מאוחרת. המחקר אסף נתונים מארבע אוכלוסיות בסיכון גבוה ללקות בתופעה: יהודים אשכנזים (3.7 אחוזים), היספאנים (1.9 אחוזים), יוגוסלבים (1.6 אחוזים) ואיטלקים (0.3 אחוזים). נתון ה־1.5 נראה כממוצע של ארבע קבוצות אלה, בהתחשב בשיעורן היחסי באוכלוסייה האמריקנית. בקרב לבנים, השיעור הוא כ־0.1 אחוזים, ואצל שחורים וילידים הוא קרוב יותר לאפס, לפי המחקר המקורי.[39] בספרה שהתפרסם בשנת 2000 ועודכן בשנת 2020, הודתה אפ"ס שנתון ה־1.5 אחוזים אינו מכלל האוכלוסייה,[40] אך מאמרה משנת 2000 בלי ספק מוביל את הקורא למסקנה שנתון זה הוא אכן ייצוגי. כך לפחות פורש העניין על ידי עורכי דין, אקדמאיות פמיניסטיות ושופטים בשנים האחרונות.

חשוב מאוד להבחין בין הניסיון המדעי להבין תופעות אינטרסקס ותנועת זכויות האינטרסקס מחד גיסא, לבין השימוש (הציני, הייתי אומר) שעושות אקדמאיות פמיניסטיות בתופעות אינטרסקס לשם קידום הרעיון שמין – לא מגדר – הוא הבניה חברתית. בספרה שהוזכר קודם מציינת אפ"ס בפירוש את התופעה השנייה כמטרת העל של פועלה האינטלקטואלי. אפ"ס, שמגדירה את עצמה לסבית ופמיניסטית, טוענת שלתופעות אינטרסקס משמעות "עמוקה" לנשים, להומואים וללסביות. "אם הטבע אכן מציע לנו יותר מאשר שני מינים, אזי האמונות הנוכחיות שלנו בנוגע

לגבריות ולנשיות הן לא יותר מאשר יהירות תרבותית. תיאור מחדש של המושג 'מין' [ממושג בינארי למנעד נזיל] קורא תיגר על היבטים חשובים בארגון החברתי באירופה ובאמריקה".[41] כדי להשיג את מטרתה של אפ"ס, עלינו לפרש תופעות בלתי טיפוסיות בהתפתחות המינית האנושית לא כחריגה מהנורמה, אלא כשינויים שהם לא פחות טבעיים, לא פחות נורמליים.

אולם, אם השכיח אינו מצביע על הנורמלי (כפי שמבקשת אפ"ס לטעון), מדוע חשוב לה ולפמיניסטיות אחרות להבהיר לנו שתופעות אינטרסקס הן שכיחות יותר מכפי שמקובל לחשוב? מדוע להתעקש על 1.7 אחוזים ולא לקבל את הערכתה (המדויקת יותר מבחינה חישובית) של האל של 0.373 אחוזים? כך או כך, יתרחש כשל נטורליסטי, כלומר היקש מהמצוי לראוי. שמא התעקשותן של אפ"ס וממשיכות דרכה על המספר הגבוה יותר מעידה על חוסר ביטחון עמוק בקביעתן שמה שמתרחש לרוב בטבע אינו רלוונטי כלל וכלל להבנתנו לגבי הנורמלי? יתרה מזאת, האם זה משנה לאותן פמיניסטיות ששבעה מתוך עשרה אנשים שאפ"ס הייתה מגדירה אינטרסקס מגדירים את עצמם כזכרים או כנקבות, ואינם רואים כל בעיה בשימוש במושג "הפרעות בהתפתחות המינית"?

בתגובה לביקורתה של האל הודתה אפ"ס באפשרות של "טעויות בפרשנות ושיפוט לקוי" במחקרה, ואף על פי כן החליטה לאפשר לאחרים לצטט את נתון ה־1.7 ללא התערבות. "אני לא מייחסת חשיבות למספר הסופי", כתבה, "ובלבד שתהיה הערכה... מעבר לדיוק במספרים, מאמרנו מציע דרך אלטרנטיבית לתאר את מיניות האדם, דרך שמאפשרת לווריאציות מיניות להיתפס כנורמליות מבחינה חברתית, הגם שאינן שכיחות".[42] האל, שמגדירה את עצמה כפמיניסטית, מאוכזבת מכך ש"פמיניסטיות רבות ואקטיביסטים" מצטטים את הנתון המנופח של אפ"ס "באופן בלתי ביקורתי".[43] האל מודה שהיא עצמה נהגה לעשות זאת, עד שהחליטה לבדוק את הדברים לעומק.[44] כתבי עת משפטיים פמיניסטיים הם ככל הנראה החוטאים הגדולים ביותר בעניין זה, ומשמשים דוגמה למה שהפילוסוף פיטר בוגוסיאן כינה לאחרונה "מכבסת רעיונות".[45]

אין מדובר כאן בפלפולים אקדמיים בלבד. בתביעה שהוגשה על ידי תלמידים לא טרנסג'נדרים נגד בית ספר במדינת פנסילבניה, לאחר שזה אימץ מדיניות גישה לשירותים על בסיס זהות מגדרית, הצביעו התובעים על כשל לוגי בטיעון שהחוק הפדרלי מורה לבתי ספר לאמץ מדיניות כזו.[46] אם אין שום קשר בין זהות מגדרית לבין יכולת רבייה, טענו, הרי שאין שום סיבה לחשוב שייתכנו רק שני מגדרים, שכן המספר שתיים קשור אינהרנטית להבנה המקובלת של מין הסובבת סביב קטגוריות רבייה משלימות (כפי שנרחיב בהמשך, מובילי תנועת הטרנסג'נדר באקדמיה, במיוחד המזוהים עם אסכולת ה־Critical Theory, מסכימים לחלוטין עם קביעה זו, ולכן דורשים לבטל כליל את הנוהג החברתי של הקצאת תאי שירותים לפי מין או מגדר).

לא זאת בלבד, טענו התובעים, אלא שהנחת בית הספר, שלפיה יש רק שתי קטגוריות של זהות מגדרית (זכר ונקבה), היא עצמה נשענת על "סטריאוטיפים" מגדריים ועל כן פסולה. נבהיר כי מטרת התובעים הייתה להראות את הסתירה הלוגית ביסוד הניסיון להגדיר מחדש מושג זה.

השופט הפדרלי אדוארד סמית הסכים עקרונית עם התובעים שהגדרת מין כעניין של זהות מגדרית היא "בלתי ניתנת לאכיפה" בדיוק מהסיבות שציינו, אבל החליט בכל זאת לפסוק לטובת בית הספר. כפי שהסביר השופט, "1 עד 4 אחוזים" מכלל התלמידים הם אינטרסקס, ולכן גם המדיניות שמבקשים התובעים להותיר על כנה "בלתי ניתנת לאכיפה". לדעת השופט, אין מקום לבית המשפט לקבוע בעבור בית הספר איזו משתי אפשרויות בלתי ניתנות לאכיפה עליו לאכוף.[47] את הסימוכין ל"1 עד 4 אחוזים" לקח השופט סמית מהמשפט הראשון של מאמר משפטי מאת ג'ניפר רליס, שלקחה אותו מהמשפט הראשון של מאמר משפטי מאת קייט האס, שלקחה אותו מאן פאוסטו־סטרלינג. התובעים ערערו, אך בית המשפט הפדרלי לערעורים במעגל השלישי אשרר את פסיקתו של סמית, ושיבח אותו על "פסיקה מדוקדקת ביותר, מתחשבת ומנומקת היטב".[48]

לאונרד זקס, רופא ופסיכולוג בעל מומחיות וניסיון רב בטיפול בילדים עם הפרעות בהתפתחות המינית, טוען כי אפ"ס מציעה הגדרה רחבה מאוד של התופעה כדי להסיק שזכר ונקבה "טיפוסיים" שכיחים פחות מכפי שאנו נוטים לחשוב ולכן אינם נחשבים למצב הטבעי (במובן של נורמלי) שלאורו יש להבין את החריג. נוסף לבעיות שצוינו עד כה, הסביר זקס כי אפ"ס אינה מבחינה בין הופעות סימפטומטיות וא־סימפטומטיות, או בין סוגים ודרגות של סימפטומים, ולכן היא אינה מסוגלת להכיר בעובדה שלרובם המוחלט של האנשים עם תופעות אינטרסקס יש גוף עם וריאציות כה מזעריות עד שקשה להבחין בהן ללא עזרה של בדיקות קליניות. למען האמת, רובם המוחלט של האנשים שמכלילה אפ"ס בהגדרתה ככל הנראה אינם יודעים בעצמם שהם אינטרסקס. "הגדרה של אינטרסקס שמכלילה אנשים בלתי ניתנים להבחנה פנוטיפית ביחס לנורמלי", מזהיר זקס, "עלולה לבלבל קלינאים ומטופלים כאחד".[49]

ראשית, אצל רוב הלוקים בתופעת ההמ"א (כאמור, 88% מתוך ה־1.7% שמציינת אפ"ס), בגרסה הנפוצה של תופעה זו התסמינים יופיעו רק בשנות העשרה המאוחרות או בשנות העשרים לחייהם, ובמקרים רבים הן יהיו א־סימפטומטיים, כך שהנשאים כלל לא ידעו שהם בעלי התופעה או שיגלו זאת רק במקרה, במסגרת טיפולי פוריות. דוגמה נוספת היא מחלת הקליינפלטר, הנפוצה יחסית אצל יהודים אשכנזים. אחוז הלוקים בקליינפלטר מכלל מקרי האינטרסקס עומד על כ־5 אחוזים לפי ספירתה של אפ"ס. זו מחלה שקיימת אצל גברים שנולדו עם כרומוזום X נוסף (כלומר XXY). המאפיינים המבחינים אותם מזכרים שאינם לוקים בקליינפלטר – אשכים

גדולים מהממוצע, שדיים מנופחים יותר מהממוצע, ודחיסות עצמות ומסת שרירים נמוכות מהממוצע לגברים – מופיעים בגיל ההתבגרות או אחריו. איברי מינם של מרבית לוקי קליינפלטר הם נורמליים ומסוגלים להגיע לזקפה ולבצע הזרעה, אך רוב הלוקים במחלה הם א־פוריים. זכרים עם קליינפלטר הם לרוב כה דומים לזכרים בלי קליינפלטר שמחלתם לא תאובחן עד שלב חיים מתקדם, למשל במסגרת טיפולי פוריות. הפוריים עשויים לא לדעת לעולם שיש להם קליינפלטר.

מקרי אינטרסקס אמיתיים – או "הפרעות בהתפתחות המינית" כפי שזקס מעדיף לכנותם – מתרחשים בכ־2 מתוך כל 10,000 לידות, או ב־0.018 אחוזים מהאוכלוסייה (כלומר מאית מהשערתה של אפ"ס). לשם הפרספקטיבה, משמעות הדבר היא שבית ספר אמריקני בגודל בינוני יקלוט תלמיד אינטרסקס אחד פעם בחמש־עשרה שנה. עובדה זו מגחיכה לחלוטין את טענת השופט סמית שלפיה בתי ספר אינם יכולים לאכוף את ההגדרה הרווחת ל"מין" באופן עקבי גם אם הדבר היה מתאפשר חוקית.

בפסק הדין שניתן במדינת וירג'יניה והוזכר לעיל (G.G. v. Gloucester), צוין כי קיומם של תלמידים הלוקים בקליינפלטר מוכיחה כי בתי ספר אינם יכולים להנהיג מדיניות שירותים המבוססת על ההגדרה המקובלת של "מין", שכן גופם של תלמידי קליינפלטר כה קשה לסיווג עד שאי אפשר לזהות אם הם זכרים או נקבות. ההגדרה שהציע ממשל אובמה, קבע בית המשפט, שלפיה "מין" פירושו זהות מגדרית, לפחות "פותרת חוסר ודאות" בכך שהיא מחילה קריטריון אחיד וודאי. בית המשפט הניח כי זהות מגדרית היא לעולם "נכונה" אם היא מבוטאת בכנות. במסמך מוצמד לפסיקה המנמקת את גישתו, הסביר אחד משופטי הרוב כי היותו של אדם זכר או נקבה הוא עניין של "עובדה חווייתית" (lived fact).[50]

טיעונים בהתנגשות מצח

עד כה דנו בעיוותים האמפיריים העולים **מתוך** שני הטיעונים, זה הנוגע לזהות מגדרית וזה הנוגע לאינטרסקס. חשובה לא פחות הסתירה הלוגית העמוקה הקיימת **בין** שני הטיעונים, **גם ובמיוחד** אם הם נכונים.

ראשית, אם ההגדרה הביולוגית של מין היא סטריאוטיפית, הרי שההגדרה החדשה שהציע ממשל אובמה היא סטריאוטיפית לא פחות. אומנם במסמך מיום 13 במאי 2016 שהבאנו בפתיחת המאמר צוין כי בתי הספר צריכים להתייחס ל"זהות המגדרית הפנימית" של התלמיד, אך כיצד ידע בית הספר מהי הזהות הזאת? בסיכום חקירה שניהל נגד בית ספר בקליפורניה, כתב משרד החינוך שעל בית הספר לשעות לזהותם המגדרית של תלמידיו לפי ה"ביטוי המגדרי". ומהו ביטוי מגדרי? התנהגות שכוללת "סטריאוטיפים מגדריים".[51] כאשר היוזמה הרגולטיבית עברה מהרשות המבצעת לרשות השופטת, בתי המשפט מסוימים אמרו במפורש שתלמיד טרנסג'נדר הוא בן

כי הוא מציית לסטריאוטיפים חברתיים של בנים.

חמור מכך, לטענת אפ"ס מיניות ביולוגית נעה על קשת רחבה, וההחלטה אילו מאפיינים צריכים להגדיר "מין" היא החלטה חברתית, שכן אין דרך סטטיסטית או מדעית להחליט זאת. אך אם אכן אובייקטיביות היא הצגה, ומדע הוא לא יותר מאשר פוליטיקה באמצעים אחרים, הרי שגם הזהות המגדרית הנוירולוגית היא למעשה החלטה חברתית. בספרה Sexing the Body מציינת אפ"ס כי חשיבתה בנוגע לטבע האדם, או היעדר טבע שכזה, מבוססת על תורתו של מישל פוקו, ובייחוד הגותו בנושא "ביו־כוח" (bio-power). זוהי כמובן עמדתה של ג'ודית באטלר (שאת הגותה אפ"ס מקבלת בכמה סייגים), שטענה במאמר מכונן על מגדר ש"זהות מגדרית" – בדיוק במובן שבו משתמשים בתי המשפט כיום – הוא "פיקציה רגולטיבית" מסוכנת.[52]

בהתאם, מובילי תנועת הטרנסג'נדר באקדמיה מבקרים בחריפות את פסיקות בתי המשפט הפדרליים בנושא, שכן בכך שקיבלו את טענת התובעים הטרנסג'נדרים – הכריזו כי זהות מגדרית יכולה להיות רק זכר או נקבה, כי לזהות זו בסיס ביולוגי, וכי המפתח לסיווג בני אדם לפי מגדר מצוי בידי הממסד הרפואי. פסיקות בתי המשפט מדגישות שוב ושוב את סמכותו של ממסד זה לשמש שומר סף ולהחליט מתי ובאילו תנאים זהות היא "לגיטימית". ההוגים העכשוויים של "התיאוריה הביקורתית" דורשים הכרה במגוון רחב של זהויות מגדר, ובכללן זהויות "א־בינאריות" ו"מגדר נזיל" ללא כל תלות בממסד מדעי כזה או אחר.

לפי ב' לי אלטמן ופייזלי קורה, החלטות בתי המשפט נותנות עדיפות לתלמידים טרנס־נורמטיביים (transnormative), כלומר כאלה שהביטוי המגדרי שלהם עולה בקנה אחד עם ציפיות מגדר נוכחיות, על פני תלמידים שזהותם אינה נורמטיבית.[53] לפי ג'ואנה ווסט, ההסדר המשפטי הקיים נשען על "לוגיקה של מגדר נורמטיבי המציגה זהות טרנסג'נדרית לא במונחים של נזילות, ביטוי חופשי או שחרור מרעיונות שקריים ומאלצים של מין בינארי, אלא כמצב ביו־רפואי".[54] סוזן סטרייקר, ממייסדות ענף לימודי הטרנסג'נדר, וג'ול סנדרס טוענים כי כל הפרדה של שירותים מניחה בהכרח שיש קשר אונטולוגי בין "ביטוי מגדרי" לבין "פיזיקליות". הפתרון היחיד העקבי עם עקרונות "הצדק החברתי", הם טוענים, הוא יצירה של מבנה שירותים משותף שבו כל בני האדם "יתערבבו אלה באלה בחופשיות ובכך ייחשפו לביטויי מגדר רבים וילמדו לקבלם".[55] בכך הם מסכימים למעשה עם מסקנת שופטי המיעוט שהלוגיקה שבבסיס ההגדרה החדשה של "מין" מובילה לביטול כל הפרדה בשירותים ציבוריים, דבר שהתובעים ושופטי הרוב כמובן מכחישים.

***

פסיקות בתי המשפט בנוגע לזכויות תלמידים טרנסג'נדרים הן אם כן דוגמה מרתקת

לדרך שבה רעיונות עושים את דרכם מהפלגים הרדיקליים של האקדמיה לתוך זרם הדם המשפטי ודרכו לממסדי חברה בסיסיים כמו בתי ספר.

כפי שאפשר לראות, התפיסה הפילוסופית הפוסט־מודרנית על טבע האדם של הוגים כפוקו וכבאטלר גורסת כי טבע האדם כולו, על הזהות המינית והמגדרית שלו, הוא פיקציה חברתית המצמצמת את חירותו של האדם. לאור זאת, יש להשתמש בתיאוריה ביקורתית (Critical Theory) כדי לחשוף את האופן שבו מה שנתפש כנורמלי וכטבעי הוא למעשה תוצר של תרבות. חשיפה זאת, לפי באטלר והוגי התאוריה הקווירית, אינה רק מחשבתית, אלא גם דורשת פעולות קטנות ותכופות של התנגדות בחיי היומיום – במקרה זה, "הצגות" מגדר כמו "א־בינארי". אולם הצגות אלה אינן ביטוי של אני־פנימי מהותי, טבעי וטוב, אלא קריאת תיגר על עצם הרעיון שמגדר הוא חלק מהאני־הפנימי.

אלא שתפיסה זו אינה מתאימה כלל למערכת המשפטית הנוכחית בארה"ב, הזירה שבה אפשר לקדם אותה למעשה. פעילי זכויות האזרח, במשך שנים ארוכות, קידמו את מאבקיהם המשפטיים בעיקר על בסיס מאבק בהפליה פסולה, המבוסס על ההכרה בתכונות בלתי משתנות של האדם. לכן, בדרך לבית המשפט, תפיסת טבע האדם הנזיל עברה במכבש הטיעונים המשפטיים המקובלים ועוצבה מחדש באופן מלא בסתירות עובדתיות ולוגיות.

העובדה שדווקא בתי משפט, הממסד הפוליטי היחיד המחויב לספק הסבר לוגי ומנומק על החלטותיו, אינם מסוגלים להבחין בבעיות האמפיריות והפילוסופיות שיוצרת פסיקתם, מובילה מבקרים רבים להסיק ששופטים נפלו קורבן לאידיאולוגים או שנהיו אידיאולוגים בעצמם.

לדעתי, מסקנה זו חפוזה. שופטים הם אחרי ככלות הכול מומחים במשפט ולא במדע או בפילוסופיה. בבואם להבין סוגיות מורכבות חדשות אין להם ברירה אלא להישען על מה שהם לומדים ממומחים שבחרו הצדדים בתביעה, כלומר על אלה שמטרתם העיקרית היא זכייה במשפט ולא חיפוש אחר האמת. שופטים מחויבים להסתמך כך על הצדדים בתביעה מסיבה פשוטה: רק כך הם יכולים לשמור על מצג של ניטרליות כלפי הצדדים. יתרה מזאת, וכפי שהסבירו חוקרי המשפטיזציה של החברה האמריקנית,[56] שופטים נוטים לראות דוגמאות לא מייצגות של בעיות חברתיות. כך, למשל, בפסיקות הנוגעות לשיתופם של בנים המזדהים כבנות בספורט בנות, הקפיד ACLU לייצג תובעים שאינם שוברים שיאי בנות ואינם מהווים איום ממשי על "שוויון ההזדמנויות בספורט", הגם שישנן יותר ויותר דוגמאות של נשים טרנסג'נדריות (כלומר גברים ביולוגיים) שכן גורפות ניצחון אחר ניצחון בספורט נשים.

מצד שני, לנוכח חוסר מומחיותם של שופטים אלה בתחומים כגון דיספוריה מגדרית;

לנוכח חוסר ההתאמה בין הפורמליזם של ההליך המשפטי לבין הליך גילוי אמת סביב מחלוקות מדעיות־פילוסופיות; ולנוכח לוח הזמנים הצפוף של השופטים, שאינו מאפשר להם די זמן ללמוד נושאים חדשים – לנוכח כל אלה, אפשר לצפות מהם למעט יותר ענווה.

---

1. צפון קרוליינה ביטלה לבסוף את החוק לאחר לחץ עצום מצד הקהילה העסקית.
2. הערות היועצת המשפטית לורטה א' לינץ' במסיבת העיתונאים שבה הוכרזה תביעת מדינת צפון קרוליינה בשל הפליית טרנסג'נדרים, 9 במאי 2016, https://www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-loretta-e-lynch-delivers-remarks-press-conference-announcing-complaint.
3. מכתבן של קתרין א' למון, עוזרת השר לזכויות האזרח במחלקת החינוך, וניטה גופטה, עוזרת סגן ראשי לענייני זכויות האזרח של היועץ המשפטי במשרד המשפטים, לעמיתיהן בעניין התלמידים הטרנסג'נדרים, 13 במאי 2016, https://www2.ed.gov/about/offices/list/ocr/letters/colleague-201605-title-ix-transgender.pdf
4. מכתבם של סנדרה בטל, עוזרת השר לזכויות האזרח במחלקת החינוך בפועל ות"א וילר II, היועץ המשפטי בפועל בענייני זכויות האזרח במשרד המשפטים לעמיתיהם, על משיכת הצהרות המדיניות והקווים המנחים, 22 בפברואר 2017, https://www.cmu.edu/title-ix/2-22-17-guidance_letter1.pdf.
5. Grimm v. Gloucester Cnty. Sch. Bd. באתר casetext.com.
6. Dodds v. Dep't of Educ. באתר casetext.com.
7. Whitaker v. Kenosha Unified Sch. Dist. No. 1 Bd. of Educ., 858 F.3d 1034 (7th Cir. 2017) באתר lexisnexis.com.
8. Adams v. Sch. Bd. of St. Johns Cnty. באתר casetext.com.
9. כמעט כל הפסיקות הללו הן פסיקות ערעי הניתנות לפני גמר המשפט המלא, פסיקות מסוג preliminary injunction, ומכאן ההסתייגות "ככל הנראה".
10. Doe v. Boyertown Area Sch. Dist. באתר casetext.com.
11. Parents for Privacy v. Barr באתר casetext.com.
12. Brief of Amici Curiae Medical, Public Health, and Mental Health Organizations in Support of Plaintiff in Appellee באתר aclu.org.
13. Declaration of Diane Ehrensaft, Ph.D באתר lambdalegal.org.
14. Declaration of Diane Ehrensaft, Ph.D, Adams v. The School Board of St. Johns County, Florida, §40.
15. Adams v. Sch. Bd. of St. Johns Cnty באתר casetext.com.
16. J. L. Turban and D. Ehrensaft, "Research Review: Gender identity in youth: treatment paradigms and controversies," *Journal of child psychology and psychiatry, and allied disciplines*, 59(12), 2018, p. 1228–1243.
17. Brief of Amici Curiae Medical, Nursing, Mental Health, and Other Health Care Organizations in Support of Appellee, p. 7-8. Adams v. The School Board of St. Johns County, Florida. זמין באתר lambdalegal.org.
18. Arianne B. Dessens et al., *Gender Dysphoria and Gender Change in Chromosomal Females with Congenital Adrenal Hyperplasia*, 34 Arch. Sexual Behav. 389 (2005).
19. P. T. Cohen-Kettenis, H. A. Delemarre-van de Waal and L. J. Gooren, L. J., "The treatment of adolescent transsexuals: changing insights", *The journal of sexual medicine*, 5(8), 2008, 1892–1897.
20. G.G. ex rel. Grimm v. Gloucester Cnty. Sch. Bd. באתר casetext.com.
21. M. Dru Levasseur, "Gender Identity Defines Sex: Updating the Law to Reflect

Modern Medical Science is Key to Transgender Rights," *Vermont Law Review* 39, 2015, p. 943–1004.

22 Rachael Wallbank, "Re Kevin in Perspective," *Deakin Law Review* 9(2), 2004, Deakin Law Review 461.

23. William G. Reiner, "To be Male or Female —That Is the Question," *Archives of Pediatric & Adolescent Medicine* 151(3), 1997, p. 224-225.

24. William G. Reiner and Townsend Reiner, "Thoughts on the Nature of Identity: How Disorders of Sex Development Inform Clinical Research about Gender Identity Disorders," *Journal of Homosexuality* 59(3), 2012, p. 438.

25. הערת השופט אנדרי דיוויס במהלך ויכוח מילולי. G.G. v. Gloucester County, Virginia, School Board Oral Argument, 27 בינואר 2016, זמין במרשתת.

26. K. J. Zucker, "Debate: Different strokes for different folks," *Child and Adolescent Mental Health* 25, 2020, p. 36-37.

27. Laura Edwards-Leeper and Erica Anderson, "The Mental Health Establishment is Failing Trans Kids," *The Washington Post*, Nov. 24, 2021.

28. Thomas D. Steensma et al, "Factors Associated with Desistence and Persistence of Childhood Gender Dysphoria: A Quantitative Follow-Up Study," *J. of the Am. Aca. of Child and Adolescent Psychiatry* 52(6), 2013.

29. Jesse Singal, "How the Fight Over Transgender Kids Got a Leading Sex Researcher Fired," *New York Magazine*, February 7, 2016.

30. Helena Kerschner, "By Any Other Name," *Prude Posting* (Substack), February 19, 2022.

31. קיצורים להצהרות הרשמיות של הרשויות הרפואיות בארצות אלה וכן תרגום וניתוח מצויים באתר החברה לרפואה מבוססת ראיות, segm.org.

32. ציוץ הרופאה רחל לוין, 30 באפריל 2022, https://twitter.com/HHS_ASH/status/1520413080177586177?cxt=HHwWgsC9vYLpy5kqAAAA.

33. ציוץ הנשיא ג'ו ביידן, 31 במארס 2022, https://twitter.com/potus/status/1509532210495254528.

34. שיעור ניכר מהילדים שהם לכאורה "טרנסג'נדר" מתבררים בסופו של דבר כהומואים ולסביות שפירשו את רגשותיהם המיניים לפי המטפורה של "בן הלכוד בגופה של בת" (ולהפך). במונעו מבתי ספר לשכנע ילדים עם סימנים ראשונים של משיכה חד-מינית שהם נולדו בגוף הלא נכון, החוק של פלורידה מגן על הומואים ולסביות יותר מכל חוק כמעט שהתקבל בשני העשורים האחרונים. גם אם זו אינה מטרתו הרשמית, זו תוצאתו בפועל. Leor Sapir, "How Florida's Newly Enacted 'Parental Rights in Education' Law Actually Protects Gay Students," *Quillette*, April 1, 2022.

35. Grimm v. Gloucester Cnty. Sch. Bd., 972 F.3d 586, 612 (4th Cir. 2020).

36. Anne Fausto-Sterling, "The Five Sexes: Why Male and Female Are Not Enough," *The Sciences,* 33(2), 1993.

37. M. Blackless et al, "How Sexually Dimorphic Are We? Review and Synthesis," *American Journal of Human Biology* 12, 2000, p. 151-166.

38. Carrie L. Hull and Anne Fausto-Sterling, "Letter to the Editor and Reply, re 'How Sexually Dimorphic Are We? Review and Synthesis," *American Journal of Human Biology* 15, 2003, p. 112-116.

39. האל גילתה בעיות נוספות בחישוביה של אפ"ס, ובהן – (1) השלכה ממחקרים שנעשו על מין אחד על האוכלוסייה הכללית. דוגמה לכך היא מחקר על תסמונת הנקראת Vaginal Agenesis, שבה הנרתיק מתפתח באופן לא תקין. לפי המחקר שמצטטת אפ"ס, התסמונת נוכחת באחת מכל 6,000 לידות של נקבות (XX), אבל אפ"ס מסיקה שאחד מכל 6,000 תינוקות באופן כללי (כלומר XX ו-XY) לוקים בתסמונת, ובכך מכפילה את שכיחות התופעה. (2) מחקרים שאפ"ס נסמכת עליהם מציינים טווחי שכיחות לתופעות אינטרסקס מסוימות. אפ"ס נוטה לקחת את הקצוות הגבוהים של טווחים אלה, בלי להסביר מדוע בחירה זו סבירה יותר מבחירה בממוצע או בחציון. (3) בחישובים של אפ"ס ניכרות טעויות בסיסיות, ובהן מיקום הנקודה העשרונית. (4) ספירה כפולה של נתונים. לדוגמה, בתוך נתון ה-1.7 מכלילה אפ"ס תופעה ששמה Androgen Insensitivity Syndrome נוסף על התופעה של בקעים מפשעתיים ובנפרד ממנה. אולם כל התינוקות מהמחקר הרלוונטי על AIS היו גם בעלי בקעים מפשעתיים. לפי הערכתה של

האל, הספירות הכפולות של אפ"ס מובילות לניפוח ספירת ה־AIS עד כדי פי שלושה משיעורו האמיתי באוכלוסייה.

40. Anne Fausto-Sterling, *Sexing the Body: Gender Politics and the Construction of Sexuality,* New York: Basic Books, 2020.

41. שם, עמ' 31.

42. Hull and Fausto-Sterling, "Letter to the Editor."

43. דוגמה נוספת היא מאמרה של חוקרת משפט ישראלית, מעיין סודאי, המציין כי הערכות סטטיסטיות של אינטרסקס נעות בין 0.018 אחוזים ל־4 אחוזים (נתון שאפ"ס עצמה מזמן טוענת שאינו הגיוני). סודאי מכנה את נתון ה־4 אחוזים "קיצוני", מה שמקל עליה לכתוב כי 1.7 אחוזים היא הערכה "שמרנית". Maayan Sudai, "Revisiting the Limits of Professional Autonomy: The Intersex Movement's Path to De-Medicalization", *Harvard Law Review* 41(1), 2018.

44. Carrie L. Hull, *The Ontology of Sex: A Critical Inquiry into the Deconstruction and Reconstruction of Categories,* New York: Routledge, 2006.

45. Peter Boghossian, "'Idea Laundering' in Academia," *Wall Street Journal*, November 24, 2019.

46. Plaintiff's Memo in Support of Preliminary Injunction in *Doe v. Boyertown*, הערת שוליים 5 בעמוד 10. זמין במרשתת.

47. Doe v. Boyertown Area Sch. Dst. באתר casetext.com, הערת שוליים 44.

48. Doe v. Boyertown Area Sch. Dist., 897 F.3d 518, 521 (3d Cir. 2018).

49. Leonard Sax, "How Common is Intersex? A Response to Anne Fausto-Sterling," *Journal of Sex Research* 39(3), 2002, p. 174-178.

50. Order in *G.G. v. Gloucester County School Board*, #16-733, April 7, 2017, amended April 18, 2017 (www.ca4.uscourts.gov/Opinions/Published/161733R1.P.pdf).

51. Resolution Agreement Between the Arcadia Unified School District, the U.S. Department of Justice, and the U.S. Department of Education, July 24, 2013, זמין במרשתת.

52. Judith Butler, "Performative Acts and Gender Constitution: An Essay in Phenomenology and Feminist Theory," *Theatre Journal* 40(4), 1988.

53. B. Lee Aultman and Paisley Currah, "Politics Outside the Law: Transgender Lives and the Challenge of Legibility," in Marla Brettschneider et al (ed.), *LGBTQ Politics: A Critical Reader,* New York: New York University Press, 2017.

54. Jo Wuest, "The Scientific Gaze in American Transgender Politics: Contesting the Meanings of Sex, Gender, and Gender Identity in the Bathroom Rights Cases," *Politics and Gender* 15(2), 2019, p. 336-360.

55. Joel Sanders and Susan Stryker, "Stalled: Gender Neutral Public Bathrooms," *The South Atlantic Quarterly* 115(4), 2016, p. 779-788.

56. Donald L. Horowitz, *Courts and Social Policy,* Washington, D.C.: The Brookings Institute Press, 1977. ראו