

בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

המבקשת: ליאור ישראלי

ע"י ב"כ גב' שרי ברזל, גב' איה דביר וגב' רותם אבידר-צאליק
כנפי נשרים, הרצליה

- נ ג ד -

המשיבה: טעם טוב לחיים קנטינת מעשיהו בע"מ

ע"י ב"כ גב' סתיו לביא, מר עומרי קולטין ומר אוהד טואטי
כנפי נשרים, הרצליה

בקשת רשות ערעור

בית-המשפט הנכבד מתבקש ליתן רשות ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, לדון בבקשת הערעור כערעור, ולבטל את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי. במסגרת זו, מתבקש בית המשפט לחייב את המשיבה למכור למבקשת מוצרי טיפוח והסרת שיער במחיר השוק, ולחלופין לפצות את המבקשת בשיעור ההפרש.

א. פתח דבר

1. לכל אדם מוקנית הזכות לשוויון. השוויון הוא ערך יסוד במשפט הישראלי, נשמת אפו של המשטר החוקתי ונגזר ממהותה ומאופייה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.¹ זכות זו חשובה במיוחד ביחס לאסירים הכלואים בבתי-הסוהר וכן ביחס לבני-אדם המשתייכים לאוכלוסיית הטרנסג'נדרים והטרנסקסואלים – אוכלוסייה מוחלשת מטבעה.
2. למרות האמור, הקנטינה בבית-הסוהר מעשיהו (להלן: "המשיבה") בחרה בנסיבות עליהן נעמוד מיד – לנקוט במדיניות מפלה ולהטיל מגבלות מהותיות על זכותה של ליאור ישראלי (להלן: "המבקשת") לשוויון.
3. המבקשת תטען כי על בית-המשפט הנכבד לחייב את המשיבה לספק למבקשת מוצרים הדרושים לה במחיר השוק, תוך התבססות על שלושה טעמים עיקריים:

א. המסגרת הנורמטיבית הצריכה לענייננו, היא חוק איסור אפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: "חוק איסור אפליה"). הסיבה המרכזית לחקיקת החוק נעוצה בהבנה כי בעידן בו הכוח המדינתי "מופרט" ומועבר מהמדינה לתאגידים פרטיים, הטלת החובה לנהוג בשוויון על המדינה בלבד לא תבטיח שוויון אמיתי.² בהיותה של המשיבה "מקום ציבורי" על-פי חוק איסור אפליה, ובהיותה של המבקשת "ציבור", חלה החובה על המשיבה לנהוג בשוויון מכוח חוק זה. המשיבה עברה על הוראות חוק איסור אפליה, שעה שהתנתה את רכישת המוצרים הדרושים עבור המבקשת, במחיר הגבוה פי שלושה ממחירם בשוק החופשי.

¹ בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ, מח(5) 749, פסקה 10 לפסק דינו של המשנה לנשיא ברק (פורסם בנבו, 30.11.94).
² משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור אפליה במוצרים ושירותים" עלי משפט ג 15, 15 (2003) (להלן: "כהן-אליה").

ב. המשיבה מחזיקה מבחינה פונקציונאלית בבעלות בלעדית על משאב מוגבל והתפקיד שהיא מבצעת הוא ציבורי בעיקרו. המשיבה איפוא היא **גוף דו-מהותי**, הפועלת במתחם בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי. משכך, היקף החבות של המשיבה כלפי המבקשת גדול מזה של גוף פרטי סטנדרטי.

ג. בחינת מדיניותה של המשיבה מובילה למסקנה חד-משמעית כי ההבחנה שביצעה עולה כדי אפליה פסולה:

(1) **ראשית**, התכלית לאורה נקטה ההבחנה היא אינה ראויה, שעה שפוגעת פגיעה חמורה בעקרון השוויון ובזכויות יסוד של המבקשת, בשם אינטרס כלכלי שאמינותו מוטלת בספק. אף אם ניתן להניח כי בניגוד לגופים ציבוריים אחרים, התכלית הכלכלית של חברה שמטרתה להשיא רווחים בהתאם להגדרתה בחוק אכן יכולה להיות ראויה, עולה ספק אם ניתן להתייחס למשיבה כגוף פרטי גרידא, היות שמדובר במונופול המספק שירותים לציבור כאמור.

(2) **שנית**, בשימת דגש על הקבוצה עמה נמנית המבקשת, הרי שעסקינן בקבוצת הנשים ובקבוצת הטרנסג'נדרים – קבוצות "חשודות" שהאפליה כלפיהן נמצאת "בגרעין הקשה" של איסורי האפליה הקבועים בחקיקה.

(3) **שלישית**, התנהלותה של המשיבה כלפי המבקשת מעבירה, הלכה למעשה, מסר כי הקבוצה שעמה נמנית המבקשת היא נחותה וכך מתעצמת הפגיעה בשוויון. השפלה זו מקבלת מכפיל כוח, שעה שהמשיבה נמצאת בעמדת כוח ביחס למבקשת.

(4) **רביעית**, עריכת האיזון ובחינת עוצמת הפגיעה בראי עיקרון השוויון המהותי, מלמדת כי הפגיעה בזכויותיה של המבקשת חמורה יותר (לשון עדינה) מאשר הפגיעה באינטרס הכלכלי של המשיבה. האחרונה, כאמור, היא גוף דו-מהותי, וההפסד הנטען על-ידי המשיבה לא נבדק לעומקו של עניין. וכן, גם אם מדובר בשונות רלוונטית המצדיקה הבחנה הרי שהיא ניתנת לנטרול.

4. יתר על-כן, אנו עוסקים במוצרים **הדרושים למבקשת על-פי הוראות הוועדה הקובעת את עתידה המגדרי**, דבר אשר ישפיע על איכות חייה ועל אושרה בפרט. ודוק; משעה שהמבקשת אינה מעוניינת באותם מוצרים לצרכי מותרות בלבד, אלא **אותם מוצרים דרושים לה כתנאי לביצוע הניתוח להתאמה מגדרית אותו היא מעוניינת לעבור**, ברי כי אין בתוחלת הכלכלית - גם אם היה בה ממש - כדי להצדיק את הפגיעה הנובעת מתמחורם של אותם מוצרים במחיר הגבוה פי שלושה ממחיר השוק שלהם.

5. על כל אלה ועוד נפרט להלן.

ב. הרקע לבקשה – העובדות הצריכות לעניין בקשת רשות ערעור זו

6. המבקשת היא טרנסג'נדרית אשר נולדה במין זכר, והורשעה בביצוע מעשה שוד מזוין, בגינו היא מרצה את עונשה בבית-הסוהר מעשיהו – מתקן כליאה לגברים.

7. טרם תחילת ריצוי עונשה, החלה המבקשת בתהליך שבסופו היא צפויה לעבור ניתוח להתאמה מגדרית.

8. על-פי הוועדה הרב-מקצועית לניתוחים לשינוי מין של משרד הבריאות (להלן: "**הוועדה**"), נדרשת המבקשת לעמוד בתנאי הדורש "ניסיון מוכח בזהות המגדרית המבוקשת 12 חודשים לפחות". הוועדה קבעה כי על מנת לעמוד בתנאי האמור, על המבקשת בין היתר להתאפר ולהסיר שיער כדי לטשטש את מאפייניה הגבריים הביולוגיים.

9. במהלך ריצוי עונשה, המבקשת רצתה להמשיך את רצף 12 החודשים לטובת קבלת אישור הוועדה לניתוח. כדי לעשות זאת, ביקשה מהמשיבה אשר מנוהלת על-ידי זכין פרטי, לספק ולמכור לה מוצרי איפור והסרת שיער, שהם מוצרים המאושרים למכר על-פי נהלי מחלקת הרכש של שירות בתי-הסוהר.
10. המשיבה נעתרה לבקשתה אך התנתה את מכירת המוצרים במחיר הגבוה פי שלושה מהמחיר בו הם נמכרים בשוק בישראל. הטעם למחיר המופקע נעוץ, לטענת המשיבה, בשיקולים כלכליים.
11. בעקבות כך, הגישה המבקשת תביעה לבית-משפט השלום, בבקשה שיצווה על המשיבה למכור לה את המוצרים במחיר השוק, ולחלופין, תבעה פיצוי בשיעור ההפרש בין המחיר שדורשת המשיבה למחיר השוק. תביעתה זו נדחתה ובהמשך ערעור לבית המשפט המחוזי נדחה גם כן.
12. כתוצאה ובהמשך להחלטות שיפוטיות אלו, מוגשת בקשה זו.

ג. תמצית הטיעון

13. בטרם ניכנס לעובי הקורה, נתייחס לעובדה הבלתי-שנויה במחלוקת – החלטת המשיבה לספק את המוצרים הדרושים עבור המבקשת במחיר הגבוה פי שלושה ממחירם בשוק החופשי, פוגעת פגיעה עמוקה בזכותה של המבקשת לשוויון והגדרה עצמית. הפגיעות בזכויותיה של המבקשת יוצגו לאורך הבקשה בהתאם לעניין.
14. פקודת הנציבות "מרכזי מכר לאסירים"³, מגדירה את הרכישה בקנטינה כטובת הנאה המותנית בהתנהגות האסיר. כמו-כן, מפקד בית-הסוהר רשאי לשלול את רכישת המוצרים לאסיר שהתנהגותו שלילית.⁴ במצב בו מוגדרת הקנטינה כאמצעי של בית-הסוהר להטלת סנקציה במקרה של התנהגות שלילית, אין זה ראוי להכביד על המבקשת הכבדה העולה כדי מניעת האפשרות שלה לרכוש מוצרים בקנטינה, וללא כל הצדקה.
15. הנחת המוצא היא שכדי לקיים את השוויון בצורה האידיאלית, יש להחילו בצורה רחבה ככל הניתן.⁵ בעניין **ברגמן**, נקבע כי "אפליה בין אדם לאדם פוגשת בחוש הצדק השוכן עמוק-עמוק בליבנו, והמשפט נחלץ בכל כוחו ובכל-מאודו להגן על המקופח שלא-כדין ועל מי שהופלה לרעה. כללי השוויון ואיסור אפליה אין הם אלא כללי צדק והגינות שחברה מתוקנת לא תוכל להיות בלעדיהם."⁶
16. אכן, חיוב גורמים פרטיים לנהוג בשוויון משמעותו היא הגבלת חירותם. ודוק, האיזון בין האינטרס הפרטי לעקרון השוויון נבחן על-פי ההקשר הנורמטיבי הספציפי, ולאור תפישה מורכבת של קניין מחד ושל אחריות המדינה לאופן הפעולה בספירה האזרחית, מאידך.⁷
17. ישנם שלושה מניעים עיקריים לנקיטת מדיניות מפלה במגזר הפרטי: הראשון, הוא התועלת שמפיק בעל עסק מנקיטת מדיניות של אפליה; השני, עיקרו בנקיטת מדיניות מפלה המאפשרת לבעל העסק רווח מרבי מהאופן בו מנוהל עסקו; ולבסוף, השלישי הוא זה המיועד לחסוך בהוצאות.⁸
18. במקרים רבים, וכך גם בענייננו, התנגדות של גורמים פרטיים להחלת ערך השוויון מבטאת אינטרסים שהם ברובם כלכליים, ולפיכך אין לראות בחובה לנהוג בשוויון משום פגיעה בחירות ובאוטונומיה של הפרט,⁹ ולמצער, כפגיעה הכרחית ומידתית. ודוק, בשל העובדה שלהגנה על חירויות כלכליות יש הצדקה שהיא בעיקרה תועלתנית, ניתן להגבילה מטעמים של תועלת חברתית.¹⁰

³ פקודת הנציבות 04.32.00 "מרכזי מכר לאסירים" (להלן: "פקודת הנציבות").
⁴ אתר שירות בתי הסוהר, חובות וזכויות האסיר, "רכישה בקנטינה"
<http://ips.gov.il/Web/He/Prisons/Duties/Criminal/Benefits/Canteen/Default.aspx>
⁵ ברק מדינה "איסור אפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית" **עלי משפט** 37, בעמ' 15 (תשע"ג) (להלן: "מדינה").
⁶ בג"ץ 98/69 אהרן א' ברגמן נ' שר האוצר, כג(1) 698, 693 (פורסם בנבו, 3.7.69).
⁷ רע"א 8821/09 פבל פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, בעמ' 32 (פורסם בנבו, 16.11.11) (להלן: "עניין פרוז'אנסקי").
⁸ מדינה, בעמ' 52.
⁹ כהן-אליה, בעמ' 20.
¹⁰ שם, בעמ' 25.

1.1 ג. טיעון מקדמי – תחולת חוק איסור אפליה על נסיבות המקרה

20. חקיקת חוק איסור אפליה, משתלבת היטב עם התחזקות המגמה בחקיקה ובפסיקה להטלת חובות על גורמים פרטיים לנהוג בשוויון. כיום, מתגבשת ההבנה ששוויון אינו חשוב רק בין אדם למדינה, אלא גם בין אדם לחברו מתוך תפיסות של תום-לב, הדדיות והגינות.¹¹
21. חוק איסור אפליה משקף את כוונתו הברורה של המחוקק, האוסרת אפליה אף כאשר זו מתקיימת על-ידי מוסדות בבעלות פרטית המשמשים את הציבור הרחב. התפיסה המשפטית המגולמת בחוק איסור אפליה היא כי מוסדות המשמשים את הציבור, אינם יכולים להיתפס כשייכים במלואם לספירה הפרטית, שכן הם פועלים גם בספירה הציבורית.¹²
22. תפיסה זו מתחזקת עוד יותר בהינתן כך שהחובה לנהוג בשוויון מכוח חוק איסור אפליה מוטלת על תאגידים המשרתים תכליות ציבוריות. לגופים אלה, מעצם טבעם, זכויות פחותות מזכויות הפרט כאדם בודד. עקרון תום-הלב קובע כי השמירה על האינטרס העצמי צריכה להיות הוגנת ותוך התחשבות בציפיות מוצדקות ובהסתמכות ראויה של הצד האחר – "אדם לאדם – לא זאב, ולא מלאך; אדם לאדם – אדם".¹³ לכן, הפליית אדם רק בשל השתייכותו הקבוצתית אינה עולה בקנה אחד עם דוקטרינות של הגינות ותום-לב ומשכך אינה ראויה, אף לא בספירה הפרטית, ועל רקע זה נחקק חוק איסור אפליה.
23. המשיבה טענה בהקשר זה בבית-המשפט קמא כי עקרון השוויון המוגן בחוק איסור אפליה נוגע רק למובנה השלילי של הזכות ומשכך, לא פעלה בניגוד לדין שעה שתמחרה את המוצרים הנדרשים למבקשת במחיר הגבוה ממחיר השוק. טענה זו לוקה ודינה להידחות משני טעמים:
- **ראשית**, אין בעובדה כי המשיבה לא "מנעה", כדבריה, מהמבקשת לרכוש את המוצרים האמורים אלא רק התנתה את הרכישה במחיר שונה, כדי להפחית מעובדת היותה של התוצאה המפלה. שהרי המחיר המופקע הוא זה שיצר את האפליה, ומשכך, במבחן התוצאה, המבקשת מנועה דה פקטו מלרכוש את המוצרים הדרושים לה כדי להמשיך בתהליך.
 - **שנית**, טענת המשיבה מרוקנת מתוכן את תכלית החקיקה, קל וחומר כאשר מדובר במבקשת המשתייכת לקבוצה "חשודה", כפי שיוכח בהמשך. עוולת איסור אפליה אינה פועלת בחלל ריק, ותחום התפרשותה מושפע ומגודר על-ידי חובות נוספות שמוטלות על בני החברה, בין היתר – החובה לפעול בתום-לב והחובה להשקיע משאבים לשם הגשמת השוויון.¹⁴
- ודוק; אם נקבל את טענת המשיבה, הרי שלא יהיה כל פסול חוקי גם בקביעת מחיר כניסה למועדון גבוה יותר למיעוט הערבי. שכן, גם במקרה זה - לא נמנע מאותם פרטים להיכנס למועדון, וכניסתם אפשרית - רק במחיר גבוה יותר. נקל להבין שמדובר בטענה החוטאת לתכליתו של חוק איסור אפליה ומרוקנת אותו מתוכן, ובהתאם, דינה דחייה.

1.1 ג. עילת המגדר בחוק איסור אפליה

24. ס' 3(א) לחוק איסור אפליה קובע איסור להפלות מחמת העילות המפורטות בסעיף וביניהן מין ונטייה מינית.¹⁵ עילת אפליה מחמת מגדר אינה מנויה בסעיף. משכך, עולה השאלה, האם מדיניותה של המשיבה

¹¹ בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, בפסקה 14 לפסק-דינו של הנשיא ברק (1998).

¹² עניין פרוז'אנסקי, בעמ' 31.

¹³ רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 280 (1999).

¹⁴ תא"מ 26251-07-15 ארי נ' עיר השעשועים בע"מ (פורסם בנבו, 5.3.17).

¹⁵ ס' 3(א) לחוק איסור אפליה.

כלפי המבקשת נכנסת בגדרי האיסור הקבוע בחוק. לעמדתה של המבקשת, התשובה לכך – חיובית, ובמובהק. נסביר במה דברים אמורים.

25. אפליה מחמת מגדר היא יחס מפלה לבני מגדר מסוים, בעוד שאפליה מחמת מין משמעה יחס מפלה כלפי מין מסוים – אפליית נשים או אפליית גברים. ישנה חשיבות לעמוד על הבחנה זו, שכן כיום רבים חשים חוסר הלימה בין מינם הביולוגי לבין המגדר המצופה מהם להשתייך אליו, ויש בחזותם החיצונית או בהתנהגותם סממנים המשקפים חוסר הלימה זה. יפים לענייננו דבריה של **סימון דה בבואר** :

"אישה אינה נולדת אישה, אלא נעשית אישה. שום גורל ביולוגי, נפשי או כלכלי אינו חורץ את דמותה של הנקבה האנושית בחברה. המכלול התרבותי הוא שמעצב את תוצר הביניים הזה, הנמצא בין הגבר והסריס ומוגדר כנשי".¹⁶

26. על-אף שעילת המגדר אינה מנויה, לכאורה, באופן מפורש בסעיף 3(א) לחוק איסור אפליה, המבקשת תבקש לטעון שני טיעונים בהקשר זה: הראשון, גורס כי רשימת העילות המנויות בחוק היא "רשימה פתוחה" ובהתאם לכך החוק אוסר אפליה גם מחמת מגדר; השני, כי גם אם מדובר ב"רשימה סגורה", עילת האפליה מחמת מין טומנת בחובה גם אפליה מחמת מגדר.

העילות המנויות בחוק איסור אפליה כ"רשימה פתוחה"

27. עילות האפליה המקובלות בחוקי איסור האפליה השונים, מהוות ניסיון של המחוקק לזהות הבחנות מסוימות הכרוכות בהשפלה.¹⁷ ודוק, את רשימת העילות יש להבין כניסיון של המחוקק לזהות בזמן נתון ובהקשר תרבותי מסוים את אותן התכונות המזוהות עם קבוצות חברתיות פגיעות ואשר הבחנה על-בסיסן כרוכה בהשפלה.¹⁸

28. ראוי לציין כי הדיון המגדרי צבר תאוצה בשנים האחרונות, ובהתאמה גם השיח אודות הקשיים המוערמים על קהילת הלהט"ב ובפרט על אוכלוסיית הטרנסג'נדרים. סוגיית הזהות המגדרית מעמידה בפני החברה את הצורך לבחון מחדש רבים ממושגי היסוד מהם בנויה תפיסת העולם של מרבית האנשים בחברה. היחס המפלה של מרבית האנשים נובע מחוסר ההבנה הבסיסי של התופעה, היעדר המידע והסטריאוטיפים הרווחים.¹⁹

29. מכאן, נראה כי על בתי-המשפט להיות ערים למעמד החברתי המשתנה של קבוצות פגיעות בחברה – בענייננו, אוכלוסיית הטרנסג'נדרים – הזקוקה להגנתו של השוויון המהותי.²⁰ יפים לעניין זה דבריו של השופט שפירא, בדעת יחיד, בפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בעניין **קיבוץ רמות מנשה** :

"סבור אני כי סעיף 3(א) אינו קובע רשימה סגורה של פעולות המהוות אפליה אסורה אלא מפרט את סוגי האפליה העיקריים. עם זאת, מטרת החוק הינה למנוע כל אפליה במקומות ציבוריים, גם אם אינה מפורטת בהוראות סעיף 3(א) לחוק תחת אחד מסוגי האפליה המוגדרים שם"²¹ (ההדגשה הוספה).

¹⁶ סימון דה בבואר המין השני כרך שני, בעמ' 13 (בבל) (2007).

¹⁷ ראו לדוגמה: חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988; חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951; חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998.

¹⁸ מיטל פינטו "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי" משפט ועסקים טו 109, בעמ' 114 (2013) (להלן: "פינטו").

¹⁹ נורה גרינברג "עובדות ומושגי יסוד" <http://img.tapuz.co.il/forums/10791366.htm>.

²⁰ פינטו, בעמ' 114.

²¹ ע"א (חי) 3724/06 קיבוץ רמות מנשה נ' יצחק מזרחי, בעמ' 17 (פורסם בנבו, 7.1.08).

30. גם בעניין פורז, קבע השופט ברק כי רשימת הקבוצות עליהן מגן השוויון החוקתי אינה רשימה סגורה, וכי יש לקיים שוויון בין בני-אדם המשתייכים לקבוצות שונות.²² דברים אלה אמנם נאמרו בנוגע להיקף החבות של המדינה לנהוג בשוויון, אולם יפים – בשינויים המחייבים ומאותם הטעמים – גם לענייננו.

31. בעניין זה, גישתו של פרופ' משה כהן-אליה, מנסח הצעת חוק איסור הפליה, מלמדת כי אין מדובר ברשימה סגורה, אולם העילה המבוקשת מחויבת להיות בעלת קשר אנלוגי לרשימת העילות המנויות.²³ כמו-כן, מחויבת העילה לשרת את תכלית החוק. לשיטתו, עילת הפליית אוכלוסיית הטרנסגינדרים מחמת מגדר, קשורה אנלוגית לעילת המין וכן משרתת נאמנה את מטרתו של החוק. מכאן, גם בהינתן שעילת המגדר אינה מנויה מפורשות בסעיף 3(א) לחוק איסור הפליה, הרי שהחוק מונע מפליה מחמתה.

32. בהקשר לכך, מצאנו לנכון לציין גם את פסק-דינו של השופט דנציגר בעניין פרוז/אנסקי,²⁴ בו נקבע כי המחוקק לא התכוון להגביל את היקף התפרשותו של חוק איסור הפליה רק לשם הגנתן של קבוצות אשר סבלו וסובלות מאפליה מתמשכת, וזאת למרות ההתייחסות שניתנת לקבוצות אלה בדברי ההסבר לחוק.²⁵ בדומה לאמור, לא התכוון המחוקק להגביל את היקף השתרעותו של סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה ולהדיר את עילת המגדר מגדרי החוק. היהלום שהחוק אוסר על מפלייתם של הומוסקסואלים אך מתיר להפלות טרנסגינדרים? מדובר בפרשנות משוללת כל היגיון, והדברים ברורים.

33. לא זו אף זו, פרשנות על-פיה רשימת העילות בחוק אינה מהווה רשימה סגורה, תואמת את התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל ואת המנהג הבינלאומי.²⁶ גם במבט השוואתי, הגישה הדומיננטית הנוהגת במשפט זכויות האדם היא הותרת רשימת העילות כ"פתוחה".²⁷

עילת האפליה מחמת מין כוללת מפליה מחמת מגדר מכוח החוק

34. בראשית הדברים ראוי לציין, כי כלל הטעמים המהותיים הדנים בהיותה של רשימת העילות "רשימה פתוחה", יפים גם לדיון אודות אפליה מחמת מין ככוללת את עילת המגדר.

35. עקרון מנחה בפרשנות תכליתית לדבר החקיקה הוא זה המתנה התקיימותו של קשר לוגי בין הפרשנות לדבר החקיקה.²⁸ לכן, אין נפקא מינה לכך שההגנה מפני אפליה מחמת זהות מגדרית לא מופיעה באופן מפורש בחוק. הרכיב "מחמת מין" מקים הגנה על הזהות המגדרית, לא רק משום שמדובר באדם המבקש לשנות את מינו במובן המילולי הפשוט, אלא משום שהמונח איננו מוגבל למינו הביולוגי של האדם, אלא מתייחס גם לזהותו המגדרית ולחריגות מהדפוס המקובל של התאמה בין מין ביולוגי לזהות מגדרית.²⁹

36. כיום, הסיווג המיני "הקונבנציונאלי" נעשה פחות רלוונטי, שעה שהקשת המגדרית מתרחבת ומספר בלתי מבוטל של אנשים מגדירים את עצמם בדרכים השונות מהסיווג המסורתי, בצורה בלתי בינארית. פסק-דין חשוב שניתן בעניין זה, על-ידי בית-המשפט העליון של ארצות-הברית בשנת 1989, הוא עניין **Waterhouse Price**.³⁰ פסק-דין זה שינה את הלך הרוח והתפיסה לגבי מגדר, והשפיע על גישת בית-המשפט כלפי טרנסגינדרים, בקביעה כי מעסיק אינו יכול להפלות עובד משום שאינו תואם להגדרות סטריאוטיפיות

²² בג"ץ 953/87 א. פרוז נ' שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב-יפו, מב(2) 309, 331-332 (פורסם בנבן, 23.5.88).

²³ ראיון עם פרופ' משה כהן-אליה, נשיא המרכז האקדמי למשפט ועסקים (23.11.2016).

²⁴ עניין פרוז/אנסקי, בפסקה 22 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר.

²⁵ דברי הסבר לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000. ה"ח הממשלה 2871 (להלן: "דברי הסבר לחוק איסור הפליה").

²⁶ האגודה לזכויות האזרח "עמדת האגודה לזכויות האזרח בעניין הזכות לשוויון בהצעת החוקה" (2010).

²⁷ ראו לדוגמה: U.S. CONST. amend. 14.

²⁸ אהרן ברק פרשנות במשפט חלק ב' 329-328 (הוצאת נבו) (תשנ"ג).

²⁹ סעי' 13-791-06 מרינה משל נ' המרכז לטכנולוגיה חינוכית, בפסקה 8 לפסק דינה של כב' השופטת אידית איצקוביץ (פורסם בנבו, 13.5.14).

³⁰ Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228 (1989).

המיוחסות למינו הביולוגי. פסק-הדין, אמנם, נסב סביב הפלייה בתעסוקה, אולם הקביעה העקרונית ממנו יפה בשינויים המתחייבים גם לענייננו.

37. כמו-כן, ראוי לתת את הדעת לשנת החיקוק של חוק איסור אפליה – שנת 2000. לפני למעלה מחמש-עשרה שנים, תופעת הטרנסג'נדרים בישראל לא הייתה נפוצה, ובמיוחד שלא ההכרה בתופעה זו. אולם מאז, השתנה העולם והעובדה כי הרוחות השתנו אינה יכולה להיות שנויה במחלוקת, שעה שמספר הניתוחים המבוצעים עולה מדי שנה ומתחזקת מגמת ההכרה בזכויות אוכלוסיית הטרנסג'נדרים וגוברת הנכונות לסייע לאוכלוסייה זו. בשל כך, ייתכן שהמחוקק לא שיער כי התייחסות לעילת המגדר נדרשת בחיקוק. בספרו של הנשיא בדימוס פרופ' אהרן ברק, נדונה מטרתה של פרשנות החקיקה:

*"מטרת הפרשן אינה להשיב על שאלות שנשאלו בעת חקיקת החוק, אלא על השאלות שמעלים בני דורו שלו... על כן פונה הפרשן אל ההבנה המוקדמת שעמדה ברקע חקיקתו של החוק, אך זאת רק לשם גיבושה של הבנה מודרנית, המהווה מזיגה בין הבנתו המוקדמת של הפרשן בהווה לבין ההבנה שעמדה ביסוד החוק בעבר"*³¹ (ההדגשה הוספה).

38. דוק, בין מועד חקיקת החוק לבין מועד פרשנותו עשויים להתרחש שינויים מהותיים בנסיבות הרלוונטיות, אשר יש בהם כדי להשפיע על אופן פרשנותו. בין היתר, עשויים לחול שינויים חברתיים, המחייבים את הפרשן המשפטי - השופט - להתאים את הטקסט המקורי לנסיבות העכשוויות. לכן, כל שיטת פרשנות ראויה צריכה להשאיר מרחב מסוים לשינוי תכלית החקיקה ההיסטורית, תוך התחשבות בשינויים מהותיים בנסיבות – יש לאפשר לשופט לגבש תכלית חקיקה חדשה, אשר תתחשב בשינוי הנסיבות.³²

39. מסקנת הדברים, איפוא, היא כי מתן פרשנות צרה לס' 3(א) לחוק איסור אפליה, בצורה המדירה את עילת המגדר מהסעיף, **מרוקנת מתוכן את תכלית החקיקה** ולכן ראוי כי הפרשנות הניתנת לסעיף תהא מרחיבה.

40. יצוין כי פרופ' שרון רבין-מרגליות,³³ עמדה על-כך כי גם במקרה וישנו קושי לגזור טעמים לאפליה על דרך הפרשנות מן הטעמים הקיימים, הפסיקה מכירה בזכותם של תובעים להעלות טענות בדבר אפליה שלא מכוח חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. התביעה יכול שתיעשה מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, תוך החלתו באופן עקיף במשפט הפרטי ובאמצעות מונחי שסתום, ובענייננו, תקנת הציבור. ואמנם, דברים אלה נאמרו בנוגע לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, אולם יפים – מאותם הטעמים – גם בעניינה של המבקשת. מכאן, שגם אם יקבע בית המשפט שחוק איסור אפליה אינה כולל איסור על אפליה מחמת מגדר, הרי שעדיין עומדת למבקשת עילת תביעה מכוח הדין הכללי, האוסר על אפליה הפוגעת בכבוד ובשוויון.

2.1ג. היעדר כוונה להפלות אינו מבטל את התוצאה המפלה לה גרמה המשיבה

41. נקודת המוצא לעניין זה, היא כי צד המבקש להפלות לעולם ימצא צידוק לגיטימי למעשיו.³⁴ לשם הדוגמה, אדם שלא מעוניין להעסיק עובד ממוצא ערבי, יטען כי הוא רצה להעסיק ערבים באמת ובתמים, אולם אף אחד מהם לא עבר את ראיון העבודה (או שהוא מעוניין אך בעובדים ששירתו בצבא). במקרה דנן, המשיבה מבקשת להצדיק את מדיניות האפליה בה נוקטת, באמצעות שיקולים כלכליים. לשיטת המשיבה, ההבחנה בוצעה מסיבות כלכליות גרידא, ללא קשר לכך שהמבקשת היא אישה טרנסג'נדרית.³⁵

42. אין לקבל טענה זו. במקרה דנן, **לא מדובר בהבחנה שרירותית כלל, אלא בהבחנה אשר מפלה את המבקשת על-בסיס מינה והשתייכותה לאוכלוסיית הטרנסג'נדרים**. ונסביר.

³¹ אהרן ברק פרשנות בחקיקה פרק שני בעמ' 158 (תשע"ג).

³² שם, בעמ' 166.

³³ ד"ר שרון רבין-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?" הפרקליט מד, בעמ' 533-534 (תש"ס).

³⁴ ראו: בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, סג(2) 398 (פורסם בנבו, 6.8.09) (להלן: "עניין נוער כהלכה").

³⁶ בג"ץ 6069/10 רמי מחמלי נ' שרות בתי הסוהר, 28 (פורסם בנבו, 5.5.14).

43. העובדה כי המשיבה טענה בבית-המשפט קמא שאספקת המוצרים למבקשת מעלה חשש לניהול תקין ולבטיחות האסירים מוכיחה, כי היות המשיבה טרנסגינדרית היוותה שיקול בעיני המשיבה, עת בחרה לבצע את ההבחנה במחירים. נוסף על כך, באשר לטענה כי במניעת השימוש במוצרי איפור יש כדי להגן על ביטחונם של אסירים טרנסגינדרים, ספק אם אלמנט זה יכול למנוע התעמרות או התעללות באוכלוסייה אשר חשופה לסכנות אלה בלאו הכי. כך או כך, הרי שהמשיבה כשלה מלהוכיח כי דווקא אלמנט זה של אסירה אחת יגרור השלכות רוחב בניהול הסדר התקין בבית-הסוהר.

44. בכל מקרה, שאלת קיומה של אפליה נבחנת גם על-פי תוצאות הדברים בפועל, ולא על-פי השאלה האם הייתה כוונה להפלות.³⁶ השאלה אם כן, היא האם מבחינה אובייקטיבית-תוצאתית נמצאת המבקשת, לעניין רכישת המוצרים בקנטינה, בעמדת נחיתות לעומת יתר האסירים בבית-הסוהר. התשובה לשאלה זו, היא בהכרח חיובית.

45. על-פי הדין והפסיקה, גם בהיעדר כוונה להשפיל או להפלות, יכולה להתגבש אפליה במבחן התוצאה:

"להיעדרה של הכוונה להפלות אין השפעה על קיומה של האפליה. אכן, הלכה פסוקה היא בדיני השוויון, כי הפגיעה בשוויון (או האפליה) אינה נבחנת אך על פי מטרותה של הנורמה שלפי הטענה יש בה אפליה. על פי הדין הנוהג בישראל הפגיעה בשוויון (או האפליה) נבחנת גם בתוצאה (ה-impact) הלא מכוונת המושגת על ידה".³⁷

46. ודוק, גם אם לא הייתה כל כוונה תחילה מצד המשיבה להפלות את המבקשת, האפליה נקבעת על-פי האפקט שיש לה הלכה למעשה.

47. בפסיקת בית-המשפט העליון, לאורך עשרים וחמש השנים האחרונות, ניתן להבחין בשינוי בתפיסה של עקרון איסור האפליה בנוגע לקבוצות מוחלשות – מעבר מעקרון האוסר כוונות מפלות לעקרון האוסר על תוצאות מפלות.³⁸ הנשיא ברק בעניין **ועדת המעקב**,³⁹ קבע כי די בתוצאה המפלה. כאשר אקט יצר תוצאה שהיא בלתי-שוויונית ומפלה. על פי הלכה זו, גם אם המדיניות התגבשה ללא כוונת אפליה, האקט עשוי להיפסל בשל האפליה שדבקה בו.

48. **פרופ' ברק מדינה** מסביר את משמעות הגישה באופן הבא: מציאות של אי-שוויון יכולה להספיק, במקרים המתאימים, לביסוסה של טענת אפליה וזאת אף אם אין קשר סיבתי בינה לבין מדיניות שלטונית מסוימת. ביסודה של גישה זו מצויה התפיסה כי במקרים מסוימים, הפגם הנעוץ במציאות לא שוויונית – בקיומם של פערים ניכרים במצב החברתי-כלכלי או באפשרות המעשית לממש חירויות יסוד שונות – הוא חמור במידה המצדיקה את הטלת החובה לפעול לצמצום אי-השוויון.⁴⁰

49. מכל האמור, נמצאנו למדים כי מדיניות המשיבה עולה כדי אפליה דה-פקטו ולכן שאלת הכוונה להפלות מתייתרת, ולחלופין השיקולים הכלכליים של המשיבה מאבדים את חשיבותם לדיון.

50. זאת ועוד, נוכח העובדה כי הוכחה החזקה המצויה בסעיף 6 לחוק איסור אפליה⁴¹ (ראו פרק ג3. למסמך זה), המשיבה כשלה מלהוכיח היעדר כוונות מפלות. כך, נראה כי לא מדובר במניע כלכלי גרידא וייתכן כי העלאת המחיר נבעה מתוך אותה כוונה להפלות את המשיבה בשל היותה אישה וטרנסגינדרית.

³⁶ בג"ץ 6069/10 רמי מחמלי נ' שרות בתי הסוהר, 28 (פורסם בנבו, 5.5.14).

³⁷ בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(י) 202, בפסקה 51 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).

³⁸ משה כהן אליה "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור האפליה בפסיקת בית-המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?" **משפט וממשל** יז 2 (2015).

³⁹ בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, בפסקה 18 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 27.2.06).

⁴⁰ ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" **משפט וממשל** יז 63, בעמ' 124 (תשע"ו).

⁴¹ ס' 6 לחוק איסור אפליה.

2. טיעון מקדמי – היקף חבות המשיבה, כגוף דו-מהותי, כלפי המבקשת

51. כמפורט לעיל בחלק העובדתי, המשיבה אמנם מנוהלת על-ידי זכיון פרטי, אך מבצעת פעולה בעלת מאפיינים ציבוריים ולמען ציבור האסירים בבית-הסוהר.

52. כידוע, אין תשובה חד-משמעית בדין לסוגיית אופן הזיהוי של גוף דו-מהותי. אולם, קיימות שלוש קטגוריות מרכזיות לזיהוי גוף מסוג זה:⁴²

א. הפעלת סמכות שלטונית על-פי דין.

ב. מרכיב פונקציונאלי – גופים פרטיים המבצעים פעולות שיש בהן "אינטרס ציבורי" חיוני.⁴³

ג. זיקה מוסדית – זיקת בעלות; במקרים בהם אחת מרשויות השלטון שולטת בגוף. זיקה רעיונית; כאשר גוף נשלט מבחינה רעיונית על-ידי אחת מרשויות השלטון ולמעשה הוא שליח מטעמה. זיקה פיקוחית; כאשר הגוף הפרטי נמצא תחת פיקוח של המדינה או מי מטעמה. זיקה מימונית; כאשר הגוף הפרטי מתקיים או נתמך על-ידי כספים המגיעים מתקציב המדינה.

53. כמו כן, קיימים מספר טעמים אשר בגינם ראוי ואף חובה להחיל נורמות מהמשפט הציבורי גם על גופים פרטיים, שאופיים ופעילותם מובילים למסקנה כי הם גופים דו-מהותיים:

א. בהתאם לנוסח חוקי-היסוד ובייחוד לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,⁴⁴ המדינה בחרה להבטיח את עקרונות היסוד של השיטה ואת זכויות האדם בחוקי היסוד באמצעות הטלת חובות אקטיביות. ההגנה על זכויות מכוח חוקי-היסוד, נקבעה לא רק במובן השלילי אלא גם במובנה החיובי. בין הזכויות הללו נמנית הזכות לכבוד,⁴⁵ אשר ממנה נגזרת הזכות לשוויון.

ב. בשנים האחרונות, תופסים תאגידי פרטיים נפח הולך וגדל בחייו של הפרט ומשפיעים על סדר היום הציבורי, לא פחות מהשפעת ממשלות וגופים ציבוריים אחרים. סיטואציה בה גופים פרטיים אלו אינם מחויבים לנהוג לפי כללי המשפט הציבורי – אינה מתקבלת על הדעת.⁴⁶ לכן, במדינה המבוססת על שלטון חוק, ראוי להשליט סדר ופיקוח גם על פעילותם של גופים מעין אלה.

54. ומהכלל אל הפרט.

55. הקנטינה בבית-הסוהר מעשיהו היא גוף דו-מהותי מובהק, ומשכך, ראוי להחיל עליה חובות מהמשפט הציבורי, ובמודל רחב ועמוק יותר מן החובות החלות עליה מכוח חוק איסור אפליה:

א. המסקנה כי המשיבה היא גוף דו-מהותי נלמדת, בעיקר, מהעובדה כי המשיבה היא מונופול ומבחינה פונקציונאלית מחזיקה בעלות בלעדית על משאב מוגבל – המוצרים שהיא מוכרת בבית-הסוהר, לאסירים שנמנע מהם לרכוש את אותם המוצרים בשוק החופשי, והדרך היחידה להשיגם היא דרכה. הגם שטענה המשיבה בבית-המשפט קמא כי מעמדה אינו כשל מונופול, בין היתר באמצעות פסק-הדין בעניין שפינדלר,⁴⁷ בעניינו אין מדובר בשירות שנועד "לשפר את תנאי מחייתו של האסיר". כמו כן, גם הטענה כי אסיר רשאי לקבל ממשפחתו מוצרים שונים מחוץ לבית-הסוהר אינה רלוונטית לענייננו היות

⁴² אמנון רובינשטיין; ערן דויד "המדינה היא לא עסק פרטי" פרופ' נילי כהן; פרופ' עופר גרוסקופף, ספר דניאל עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 855, בעמ' 866 (תשס"ח) (להלן: "רובינשטיין ודויד").

⁴³ ראו לדוגמה: ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' ליונל אריה קסטנבאום, מו(2) 464 (פורסם בנבו, 30.4.92) (להלן: "עניין קסטנבאום"); בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, מא(2) 449 (פורסם בנבו, 12.4.87) (להלן: עניין חברת החשמל).

⁴⁴ חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁴⁵ שם, ס' 4.

⁴⁶ רובינשטיין ודויד, בעמ' 877.

⁴⁷ בשי"א (ח"י) 1150/07 שפינדלר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.03.07).

ומדובר באסירה שמשפחתה הפנתה לה עורף, שעה שבחרה לעבור את התהליך להתאמה מגדרית. מכאן, שהמשיבה מהווה - לפחות לעניין המבקשת והמוצרים הדרושים לה - מונופול לכל דבר ועניין.

ב. לא זו אף זו, הזיקה הפיקוחית מתקיימת בענייננו, היות ומחלקת הרכישות של שירות בתי-הסוהר מפקחת ומאשרת את המוצרים הנמכרים בקנטינה כאמור.

ג. ואם לא די בכך, המשיבה מספקת שירות בסיסי וחיוני הנוגע לזכויות המועטות המוענקות לאסירים. דברים אלה יפים בבחינת קל וחומר ביחס למוצרים הדרושים למבקשת במטרה לעבור את הניתוח להתאמה מגדרית.

ד. גם אם תטען המשיבה כי בניגוד לגוף שלטוני, הטלת אחריות משפטית על גורם פרטי בגין אפליה עומדת במתח עם העיקרון הליברלי ולפיכך קשה יותר להצדיקה, הרי שהמשיבה אינה גוף פרטי גרידא, ולכן אין באפשרותה להתחשב בשיקולים כלכליים בלבד. טענה זו מתחדדת עוד יותר, היות שהרכישה בקנטינה היא זכות הניתנת לשלילה – עובדה המחזקת את אופייה הציבורי של המשיבה.

אם כן, התפקיד המבוצע על-ידי המשיבה הוא ציבורי בעיקרו, הן מן הבחינה הפורמאלית הן מן הבחינה המהותית.

56. ומזווית אחרת: בעניין **רדיו קול ברמה**, נקבע שבקביעת היקף החבות של גוף מכוח חוק איסור אפליה, יש להתייחס "למיקום" המקרה, ברצף בין הפרטי לציבורי.⁴⁸ מכאן, שעל פי ההלכה, העילה המעוגנת בחוק איסור אפליה מקבלת משנה תוקף כאשר האפליה מתייחסת לפעילות שהנגישות אליה מצומצמת מלכתחילה ולכן אף מפקחת ומוסדרת על-ידי המדינה. **על הרצף האמור, ממוקמת המשיבה באזור הקרוב יותר לצד הציבורי**, היות ועסקינן בפעילות שהנגישות אליה מוגבלת נוכח תנאי המאסר, המוצרים מותנים באישורה של מחלקת הרכישות של שירות בתי-הסוהר, והיות המשיבה מונופול בבית-הסוהר.

57. המסקנה המתבקשת היא זו, שמידת ההגנה אשר ראוי לתת לגוף כמו המשיבה היא פחותה, היות והיא אינה עונה להגדרתו של גוף פרטי גרידא. מכאן, שהמשיבה מהווה "יצור כלאיים" – גוף הפועל באותו אזור דמדומים שבין המשפט הפרטי למשפט הציבורי, אשר אופיו דו-מהותי. יפים לעניין זה, דבריו של השופט ברק בעניין **חברת החשמל**:

"...הצטברו בה מספר תכונות, המשוות אותה, לעניין הדין החל על פעולותיה, לתאגידים סטטוטוריים. תכונות אלה הן בעיקר: קיומן של סמכויות שלטוניות, הענקת זיכיון בלעדי מהמדינה והשליטה על אמצעי חיוני...".⁴⁹

58. עקרון הדואליות הנורמטיבית מנסה ליישב את הדילמה לפיה קיים גוף אשר התאגד במסגרת המשפט הפרטי אולם מבצע פעולות המאפיינות גוף מדיני.⁵⁰ עמד על כך השופט זמיר בעניין **און**:

"בגבול שבין המשפט הפרטי לבין המשפט הציבורי קיים אזור דמדומים, בו המשפט הפרטי והמשפט הציבורי משמשים בערבוביה, לעיתים זה לצד זה ולעיתים זה בתוך זה. באזור זה קיימת דואליות נורמטיבית, כלומר, דו-קיום של המשפט הפרטי והמשפט הציבורי...".⁵¹

59. אל לנו לשכוח כי למרות ששירותי המשיבה מהווים טובות הנאה, אשר לא מתחייבים מאופי החיים היומיומיים בבית-הסוהר, וכי ניתן להניח שמעצם תפקידו בית-הסוהר מספק עבור האסירים את כל

⁴⁸ רע"א 6897/14 **רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולם** – פורום נשים דתיות, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 9.12.15) (להלן: "עניין קול ברמה").

⁴⁹ עניין **חברת החשמל**, בעמ' 462.

⁵⁰ **רובינשטיין ודויד**, בעמ' 861.

⁵¹ ע"א 3414/93 **און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ**, פ"ד מט(3) 196, 204 (1995) (להלן: "עניין און").

הדברים הנחוצים להם, **מוצרי האיפור והסרת השיער דרושים למבקשת לצורך שמירת רצף החיים בזהות המגדרית לו נדרשה על-ידי הוועדה**. המוצרים האמורים אינם מבוקשים על-ידי המבקשת מטעמי מותרות או גחמה. מדובר בהכרח **בתנאי שבלעדיו לא תוכל להשלים את התהליך שהחלה**, תניה שהוגדרה על-ידי הגוף היחיד במדינת ישראל המאפשר הליך מסוג זה.

60. זאת ועוד, המוצרים דרושים עבור המבקשת לשם **הגשמת האוטונומיה שלה**, בשל היותם אמצעי לתיווך על הפער בין המין הפיזיולוגי בנקודה הנוכחית בה נמצאת לבין זהותה המגדרית. הפגיעה באוטונומיה הנגרמת למבקשת כתוצאה מהמחיר שקבעה המשיבה היא כפולה: פעם אחת, כתוצאה מחשיבותם של מוצרים אלה למען טשטוש מאפיינייה הגבריים והתאמה לזהותה המגדרית, כאמור. פעם שנייה, וחשוב יותר, על-מנת לשמור על רצף הניסיון שהוא בגדר תנאי לביצוע הניתוח להתאמה מגדרית ובהתאם להחלטת הוועדה בעניינה (והפגיעה הקשה הנגרמת בעצם הדחייה של מועד ביצוע הניתוח).

61. כמו-כן, ראוי לעמוד על העובדה כי המשיבה היא גוף בעל כוונות רווח. התנהלות של גוף מסוג זה היא תועלתנית בהכרח ולכן בחינת ההבחנה שעורך עסק בעל כוונת רווח, צריכה להיות מחמירה יותר. יפים לעניין זה, דבריו של פרופ' פרשטמן:⁵²

"הבעלות הפרטית משנה את התמריצים שעל פיהם מנוהל השירות. היא משפיעה על אחריותם של נותני השירות כלפי מבקשי השירות וכלפי הציבור. שיקולי רווח מרבי – גם אם ירוסנו על-ידי רגולציה – ישנו את המוצר עצמו...".

62. מכל האמור, נמצאנו למדים כי היות והמשיבה היא גוף דו-מהותי, מוטלת עליה חובה אקטיבית להגשמת עיקרון השוויון, בעיקר כשיש בפעולותיה כדי להעמיד פגיעה קשה בזכויות אדם, כפי שעולה מנסיבות המקרה. שכן, במדינה המבקשת להתנהל כמדינה מתוקנת, ראוי כי עקרונות של צדק ושוויון יונהגו בה, קל וחומר שעה שעסקינן בגוף הפועל בגדרו של בית-הסוהר.

63. אם כן, בהינתן שחוק איסור אפליה אכן מטיל על המשיבה חובות ישירות, הרי שנפקות אופייה הדואלי מחייב אותה בצורה רחבה יותר מאשר אם הייתה גוף פרטי מובהק. כלומר, היות שמדובר בגוף דו-מהותי, יש להחיל עליו חובות רחבות יחסית מהמשפט הציבורי. אין דינה של המשיבה - קנטינה המהווה מונופול המוכרת מוצרים לאסירים בטבורו של בית סוהר, כדינה של פיצוציה הממוקמת ברחוב רוטשילד בתל-אביב. החובות שנכון היא מבחינה נורמטיבית להחיל על המשיבה גדולות ומשמעותיות יותר, ונדמה כי לא יכול להיות על כך חולק.

3.ג היפוך נטל הראיה

64. סעיף 6 לחוק איסור אפליה מורה כי בהוכחת אחת מהחזקות המנויות בו, עובר הנטל לנתבע לסתור את חזקת האפליה ולהוכיח כי התנהלותם אינה משקפת אפליה.⁵³ מתודה זו, הקובעת את העברת הנטל, יסודה בהכרה כי קיים קושי אינהרנטי בהוכחת השיקולים שעמדו בבסיס החלטות החשודות כמפלגות.⁵⁴ החזקה הקבועה בסעיף 6(2) לחוק מתגבשת אם הנתבע סירב לספק מוצר לאדם הנמנה עם אחת מהקבוצות המנויות בחוק; והחזקה הקבועה בסעיף 6(3) לחוק מתגבשת אם הנתבע התנה אספקת מוצר לאדם הנמנה עם אחת מהקבוצות המנויות בחוק.

65. בחינת לשון הסעיף מצביעה אם כן כי החזקה מתגבשת שעה שמדובר בנמען המאופיין לפי אחת עילות האפליה המנויות בסעיף 3 לחוק. כבר עמדנו לעיל ובהרחבה על כך שהחוק אוסר על אפליה גם מחמת מגדר.

⁵² חיים פרשטמן **גבולות הפרטה** עמ' 25 (הוצאת מכון ון-ליר).

⁵³ ת"א 35199-09-12 **בן משה נ' א.ב.ג. רוטשילד בע"מ ואח'**, בפסקה 37 לפסק הדין (פורסם בנבו, 12.7.15).

⁵⁴ בג"ץ 2311/11 **אורי סבח נ' הכנסת**, בפסקה 5 לפסק דינה של כב' השופטת חיות (פורסם בנבו, 17.9.14).

לכן, ובהתאם לסעיף 6(2) וסעיף 6(3) לחוק איסור אפליה, משסירבה המשיבה או לחלופין התנתה את מחיר המוצרים עבור המבקשת, תחול החזקה בעניינה, והנטל להוכיח כי לא נקטה באפליה עובר לכתפי המשיבה.

66. כמו-כן, אין בעובדה כי בסופו של דבר נעתרה המשיבה לבקשת המבקשת וסיפקה לה את המוצרים, כדי להפחית מעצם התגבשות החזקה הקבועה בסעיף 6(3) לחוק איסור אפליה או כדי להפחית מעצם האפליה שחוותה המבקשת, שעה שנדרשה לשלם מחיר מופקע בעבור מוצרים הדרושים לה.⁵⁵ עילת התביעה של המבקשת נובעת ממדיניות התמחור של המשיבה, ובראי זה, ברי כי אין לפעולת אספקת המוצרים - במחיר מופקע - כדי להעלות או להוריד מעילה זה. דברים אלה יפים במיוחד משעה שמדובר במוצרים שמחלקת הרכש של שירות בתי הסוהר אישרה גם כך, ובהתאם, ברי כי חלה על המשיבה חובה לספקם.

67. המשיבה טענה בבית-המשפט קמא, כי המבקשת יכולה הייתה להגיש בקשה למפקד היחידה לצורך רכישת המוצרים להם היא זקוקה, דרך **מנגנון "רכש חוץ"**⁵⁶ ובכך הייתה נמנעת הפגיעה באינטרסים הכלכליים של המשיבה. טענה זו של המשיבה שגויה ממספר טעמים:

א. **ראשית**, הצורך של המבקשת בצריכת המוצרים הוא **כורח בגדרו היא נדרשת להוכיח את זהותה המגדרית כחלק מדרישות הוועדה**. כלומר, המוצרים הללו הם ערובה למימוש זכויותיה הנוספות של המבקשת ואין מדובר בגחמה ארעית, בדמות צריכת חטיפים או מעדני חלב. עובדה זו לבדה מצדיקה כי המשיבה תספק את המוצרים בעצמה, מבלי שהמבקשת תידרש לעשות זאת דרך "רכש חוץ".

ב. **שנית**, שעה שהוכח כי **המבקשת זכאית למוצרים** האמורים, מנקודת מבטה שלה – אין זה מעניינה מהיכן מגיעים המוצרים.⁵⁷ ודוק, המשיבה היא בבחינתה של המבקשת, המקור הבלעדי ממנו ניתן לרכוש מוצרים שלא מסופקים במסגרת השהות בבית-הסוהר. **משעה שלמבקשת זכאות לקבל את אותם מוצרים, אין כל הצדקה להפנותה למסלול אלטרנטיבי, עמוס בקשיים ביורוקרטיים, אשר מטרתו המוצהרת היא אספקת מוצרים אשר אינם נמכרים במרכזי המכר.**

ג. **שלישית**, נבקש להקיש להחלטה בעניינה של עתירת אסיר שדנה בסירוב בית-הסוהר להעניק לאסיר "רשימת גיוון" על-מנת שיוכל להזמין מתוכה מוצרים המותרים בהזמנה.⁵⁸ צוין כי העותר לא התייחס למוצר מסוים, ולכן קבע בית-המשפט המחוזי כי **רק לאחר שיזמין מוצרים מאותה רשימה של מרכז המכר לאסירים והמשיב יסרב לספקם לו, יוכל להגיש עתירה ספציפית** באשר למוצרים שביקש ולא יסופקו לו. לשיטתנו, עסקינן ברציונל הדומה לזה של **כלל מיצוי הליכים**. אחת ממטרותיו של כלל זה, היא למקד את המחלוקת בטרם הפנייה לערכאה השיפוטית.⁵⁹ בענייננו, הרציונל דומה: אם המבקשת הייתה פונה תחילה למסלול של "רכש חוץ", היה נטען כי היא לא מיצתה את האפשרויות שעמדו בפניה, והיא הייתה מופנית לבקש את הדרוש לה מהמשיבה.

ד. **רביעית**, המשיבה היא גוף דו-מהותי, וכאמור חלות עליה חובות השאובות מהמשפט הציבורי. גם בהנחה שהמשיבה אינה גוף דו-מהותי, **ספק אם הישענות על אלטרנטיבה אחרת היא הסבר מספק להבחנה המפלה**. ניקח, לדוגמה, את המקרה שנדון בעניין **פרוז'אנסקי**⁶⁰ – האם הטענה כי אותו מבקש, אשר חפץ בבילוי באותו מועדון הלילה הספציפי, יכול היה לפנות לכל מועדון אחר הייתה מתקבלת? התשובה לכך היא בהכרח שלילית. במיוחד כאשר אנו עוסקים בזכויות הבסיסיות ביותר של האדם כמו הזכות לאוטונומיה ולהגדרה עצמית.

⁵⁵ ע"א (מחוזי מרכז) 39345-07-12 קיי יזמות אומנות הביילוי והפנאי בע"מ ואח' נ' שרגא ואח', בעמ' 9 (פורסם בנבו, 9.1.13).

⁵⁶ ס'17.ב.2) **לפקודת הנציבות**.

⁵⁷ עת"א (מחוזי מרכז) 28629-08-15 רוזליו נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 15.5.2016).

⁵⁸ עת"א (מרכז) 20841-01-12 שניר מקייטון נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 23.2.12).

⁵⁹ בג"ץ 7823/10 תנועת יש גבול נ' הוועדה המייעצת למינויים לתפקידים בכירים (פורסם בנבו, 18.1.11).

⁶⁰ **עניין פרוז'אנסקי**.

68. טיעון המשיבה כי המחיר המשולש מתחייב מהמוצר מעלה שאלות אחדות. ניתן להניח שהמשיבה קונה את המוצרים מקמעונאי שמוכר את אותו המוצר גם לשוק הפרטי. ראוי לשאול מדוע לביקוש יש השפעה כה משמעותית על המחיר? ודוק; לעמדת המבקשת, בהחלט יכול כי המשיבה לא מבקשת לכסות הוצאות אלא להתעשר על חשבונה של המבקשת. בכל מקרה, משעה שהוכחה החזקה הקבועה בסעיף 6(2) ו-6(3) לחוק איסור אפליה, הרי שהנטל להראות אחרת – מוטל על המשיבה, שלא הרימה אותו.

69. מהאמור עולה כי הגם שהמשיבה טענה כי אינה נוקטת יחס מפלה כלפי אוכלוסיית הטרנסג'נדרים באשר היא, עובדתית ותוצאתית היא נקטה ביחס מפלה כלפי המבקשת המשתייכת לאוכלוסייה האמורה. היחס התבטא בכך שהמבקשת, בניגוד ליתר האסירים בבית-הסוהר, נדרשת למחיר הגבוה פי שלושה, עבור מוצר ייחודי לו היא זקוקה.

70. סעיף 1(ג3) לחוק איסור אפליה קובע כי "לעניין סעיף זה, רואים כאפליה גם קביעת תנאים שלא ממין העניין" (ההדגשה הוספה).⁶¹ מכלל האמור, אנו למדים כי המשיבה כשלה מלהוכיח שמדיניות התמחור שלה התבצעה כדין, לרבות קביעת התניה לשילוש המחיר, שהרציונליים העומדים בבסיסה הוכחו כלא ענייניים.

4.ג. התגבשות של מדיניות העולה כדי אפליה

71. כאמור, היות והוכחה החזקה הקבועה בסעיף 6 לחוק איסור אפליה,⁶² הרי שהנטל עובר למשיבה להראות כי לא נקטה במדיניות מפלה זו. עם זאת, ולמעלה מן הצורך, תראה עתה המבקשת כי גם לגופם של דברים פעולותיה של המשיבה מהוות אפליה בניגוד לחוק איסור אפליה.

1.4.ג. רלוונטיות ההבחנה לאופי המוצר

72. סעיף 3 לחוק איסור אפליה אינו אוסר על ביצוע הבחנה על-בסיס העילות המנויות בו, אלא אוסר להפלות מחמת אותן עילות. בהתאם לכך, קובע סעיף 3(ד) לחוק כי לא רואים אפליה "כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר".⁶³ סעיף 3(ד) לחוק מהווה עיגון סטטוטורי לכלל הבסיסי השאוב מן המשפט החוקתי, על-פיו הבחנה המבוססת על שונות רלוונטית אינה מהווה אפליה. מכאן, כי התשובה לשאלה האם ההבחנה שביצעה המשיבה היא בגדר הבחנה מותרת או אפליה פסולה נעוצה ברלוונטיות של קריטריון ההבחנה לתכליתה.⁶⁴

73. הבחנה מותרת היא יחס שונה לבני-אדם, כאשר ההבדלים ביניהם רלוונטיים למטרה אותה רוצים להשיג. ודוק, יחס לא שוויוני כלפי בני-אדם הוא לגיטימי בהינתן שהשוני ביניהם הוא רלוונטי למטרה. לעומת זאת, אפליה פסולה היא יחס שונה לבני-אדם שונים, כאשר השוני ביניהם אינו רלוונטי למטרה אותה מעוניינים להשיג, ולחלופין יחס שונה לשווים.⁶⁵

74. ההבדל בין הבחנה מותרת לאפליה פסולה נידון לא אחת בפסיקה בישראל. בעניין פרוז'אנסקי לעיל, נקבע – ביחס לחוק איסור אפליה – כי הבחנה בין אנשים מתגבשת לאפליה פסולה, מקום שאינה מבוססת על שוני רלוונטי ומהותי לעניין ביניהם. אפליה "משמעותה מנהג שרירותי של איפה ואיפה, שאין לו הצדקה בשל היעדר שוני הגיוני משמעותי בין האחד למשנהו".⁶⁶

75. נעמוד עתה על מגוון האינדיקציות המוכיחות, הלכה למעשה, כי מדיניות המשיבה הפלתה את המבקשת. משכך, ובשים לב לאיסור שבחוק להפלות מחמת מגדר, הרי שפעולותיה של המשיבה בוצעו בניגוד לחוק

⁶¹ ס' 1(ג3) לחוק איסור אפליה.

⁶² שם, ס' 6.

⁶³ שם, ס' 3(ד).

⁶⁴ בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94, 110 (1995) (להלן: "עניין מילר").

⁶⁵ שם.

⁶⁶ עניין פרוז'אנסקי, בעמ' 22.

איסור אפליה. יודגש כי הדברים האמורים יפים בבחינת קל וחומר, נוכח הנפקות של מעמדה הנורמטיבי של המשיבה בתור גוף דו-מהותי (עובדה המצדיקה, כאמור, להחיל עליה את חובת השוויון בצורה מוגברת).

באיזון בין שיקולי המשיבה לבין הפגיעה בזכויות המבקשת – תכלית ההבחנה אינה ראויה

76. לכאורה, מדיניות מפלה עשויה להיות יעילה, אולם העובדה שנקיטת מדיניות מפלה מאפשרת לבעל העסק להשיג רווח מרבי, אין משמעה בהכרח כי זוהי גם הדרך המובילה לרווחה מצרפית מרבית. התחשבות באינטרסים של כלל הציבור עשויה להוביל למסקנה כי דווקא הימנעות מאפליה היא הדרך הרצויה.⁶⁷

77. לטענת המשיבה, ההבחנה שביצעה נעשתה ממניע לגיטימי, שכן רק כך אספקת המוצרים אינה הפסדית. מקובלת עלינו הגישה המוצאת ביטויה בסעיף 11(א) לחוק החברות,⁶⁸ ולפיה תכלית החברה היא השאת רווחים. עם זאת, לעיתים, אחריותה החברתית של החברה העסקית כרוכה בעלויות אשר על-חשבון השאת רווחיה. הדבר בולט במיוחד, שעה **שהמשיבה אינה גוף פרטי אלא גוף דו-מהותי**, ולכן אינה יכולה לפעול לקידום רווחיה ותוך התעלמות מוחלטת מהפרטים עימם היא באה במגע.

78. זאת ועוד, "המהפכה החברתית" בפסיקתו של בית-המשפט העליון מתרחשת כיום בעיקר באמצעות דוקטרינות המעוגנות בדיני החוזים. סקירת זהות הצדדים ברובם המכריע של פסקי-הדין המנחים, אשר דנו בעיקרון תום-הלב,⁶⁹ וכן בפסיקה בה נידונה שאלת תחולת המשפט הציבורי בגדר המשפט הפרטי באמצעות עיקרון תקנת הציבור,⁷⁰ מראה כי לפחות צד אחד למחלוקת הוא גוף מאוגד. נוסף לכך, **ברוב המקרים הטיל בית-המשפט – או לכל הפחות שקל להטיל – אחריות על הגוף המאוגד ולא על הפרט.**⁷¹

79. בענייננו, התניית רכישת המוצרים במחיר הגבוה פי שלושה ממחיר השוק **נוגדת אף את תקנת הציבור**, שכן היא פוגעת **פגיעה קשה ועמוקה** הן בכבוד האדם ובסובלנות הנדרשת בחברה דמוקרטית, והן **באינטרס הכלכלי של המבקשת**, שממילא שרויה במצב כלכלי קשה עקב העורף שמשפחתה הפנתה לה והקושי במציאת פרנסה. אם לא די בכך, נקבע לא אחת בפסיקה כי משקלו של אינטרס כלכלי הוא פחות ממשקלן של זכויות יסוד חוקתיות.⁷²

80. כמו-כן, כמפורט לעיל, ניתן וכלל אין מדובר בתכלית המנסה להימנע מהפסד כלכלי, אלא בניסיון של המשיבה להסוות **תכלית נסתרת של "גזירת קופון" על חשבון המבקשת**, ולחלופין להפלותה מהטעמים שנדונו לעיל ולשרת את המשיבה בכך שהיא **לא מפסידה כסף ממכירת מוצרים הפסדיים.**

81. המסקנה המתבקשת היא כי הבחנה הפוגעת בעיקרון השוויון ובזכויות היסוד של המבקשת, אשר הסיבה לה נעוצה באינטרס כלכלי גרידא של גוף דו-מהותי, היא איננה לתכלית ראויה. כמו-כן, וכפי שיוכח בהמשך הדברים, המשיבה כשלה מלהוכיח שהפגיעה באינטרס הכלכלי שלה היא מובהקת, ולכן בעריכת האיזון, על האינטרס הכלכלי של המשיבה לנסוג לאחור מפני זכויותיה של המבקשת.

אפיון הקבוצה עליה נמנית המבקשת

82. הפסיקה והחקיקה הישראלית מבטאות את ההכרה בכך שחברי הקהילה הגאה, ובענייננו – אוכלוסיית הטרנסג'נדרים הכלולה בקהילה, מהווים **קבוצה "חשודה" בעלת זהות מובחנת הטעונה הגנה מפני הפליה.** הפליית קבוצה "חשודה" נמצאת "בגרעין הקשה" של איסורי ההפליה ויש לבחון אותה בקפידה.⁷³

⁶⁷ דנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330, בעמ' 348-351 (2000).

⁶⁸ ס' 11(א) לחוק החברות, תשנ"ט-1999.

⁶⁹ ראו לדוגמה: **עניין קסטנבאום.**

⁷⁰ ראו לדוגמה: **עניין און.**

⁷¹ עלי בוקשפן "על חברה וחברה ועל מעמדו של סעיף 11 לחוק החברות" **משפט ועסקים** א, בעמ' 230-231 (תשס"ד).

⁷² ראו לדוגמה: בג"ץ 8035/07 **רונן אליהו נ' ממשלת ישראל**, בעמ' 14 (פורסם בנבו, 21.5.08).

⁷³ ע"מ 343/09 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים**, סד (2) 1 בעמ' 55 (פורסם בנבו, 15.9.10). (להלן: "עניין הבית הפתוח").

83. חרף ההתפתחות החברתית בישראל בנושא זה, מאבקה של הקהילה הגאה לא "נהנה" מאהדה הדומה לאהדת הציבור לקבוצות "חשודות" אחרות הדורשות שוויון (כמו אוכלוסיית הנשים או בעלי מוגבלויות). יתרה מכך, מאבקים של הקהילה הגאה מעוררים בחוגים שונים התנגדות ורתיעה רגשית, המערבת דעות קדומות וסטריאוטיפים שליליים.⁷⁴

84. אדם טרנסג'נדר חווה במהלך חייו קשיים רבים, אשר חלקם ייחודים לאוכלוסיית הטרנסג'נדרים. אף על-פי כן, מעטה הכתיבה האקדמית העוסקת בזכויות קהילה זו, והשיח הציבורי על הנושא בישראל דל. אנשים טרנסג'נדרים חווים לא אחת אלימות, אפליה וחוסר סובלנות. זכויות האדם הבסיסיות שלהם מופרות חדשות לבקרים, לרבות הזכות לחיים, הזכות לבריאות והזכות לשוויון בפני החוק.

85. מלבד האלימות הפיזית ממנה סובלת אוכלוסיית הטרנסג'נדרים, בהיותה נתפסת כמפרה של נורמות מסורתיות,⁷⁵ ישנה אלימות סמויה המתבטאת בשלילת לגיטימיות של הזהות הטרנסג'נדרית, הפלייתם של הטרנסג'נדרים במקומות עבודה, דחיקתם לשולי החברה וביזויים.

86. בבחינת אפליית קהילה הלהט"ב דרך ההיבט התעסוקתי, עד לשנת 2014 לא נערך בישראל מחקר או סקר שבחן את מצבה של הקהילה בארץ. תוצאה ישירה של היעדר ידע מחקרי בנושא הייתה קושי בגיבוש ובהתוויה של מדיניות לטיפול בתופעת האפליה, עקב חוסר יכולת לאמוד את היקפה ואת עוצמתה.⁷⁶

87. סקר של נציבות לשוויון הזדמנויות בעבודה שנערך בשנת 2016,⁷⁷ מצביע על אפליה בתעסוקה כלפי קהילת הלהט"ב ובייחוד נגד אוכלוסיית הטרנסג'נדרים: 84% מהם משתכרים הרבה מתחת לממוצע, ורבים מתקשים למצוא משרות. שיעור המועסקים בקרב אוכלוסיית הטרנסג'נדרים לפי הסקר עומד על 68% בלבד (בעוד ששיעור האבטלה בישראל נמוך כיום מ-5%).⁷⁸ עוד מגלה הסקר כי הטרנסג'נדרים מתקשים בהשתלבות ראשונית במקום העבודה, יותר מקבוצות אחרות בקהילה. וגם אם הצליחו להשתלב, הם סובלים במידה רבה יותר מאי-יציבות תעסוקתית.

88. כלל הנתונים המדאיגים שהוצגו לעיל, מצביעים על-כך כי התניה בצורה אשר לא מאפשרת למבקשת לרכוש את המוצרים האמורים, פוגעת פגיעה קשה בזכויותיה של המבקשת, השלובה היטב (למרבה הצער) עם מגמת האפליה הכללית המדאיגה בחברה הישראלית כלפי אוכלוסיית הטרנסג'נדרים.

"קבוצה חשודה"

89. על-פי דברי ההסבר של חוק איסור אפליה, בהפליית אדם רק בשל השתייכותו לקבוצה "..." במיוחד קבוצה שיש לגביה היסטוריה של אפליה בעבר, יש משום פגיעה קשה בכבודו של האדם".⁷⁹ בישראל ישנן מספר קבוצות באוכלוסייה אשר סבלו מאפליה היסטורית ומתמשכת, ביניהן אוכלוסיית הנשים וקהילת הלהט"ב. אפליה של קבוצה חשודה מעין זו מצויה על-פי הפסיקה "בגרעין הקשה" של האפליה. המבקשת היא אישה וחלק מקהילת הלהט"ב ועובדה זו מחזקת את הטענה בדבר הבחנה מפלה של המבקשת על-ידי המשיבה, ופגיעה עמוקה בעיקרון השוויון, שכן, אם היה מדובר בהבחנת קבוצה חזקה ולא בקבוצה "חשודה", נראה כי הפגיעה הייתה פחותה.

⁷⁴ שם, בעמ' 56.

⁷⁵ Human Rights and Gender Identity, Commissioner for Human Rights, Strasbourg 29.7.09 36

⁷⁶ נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה "תחושות וחוויות אפליה של מועסקים מקהילת הלהט"ב בשוק העבודה בישראל", בעמ' 6 (2015).

⁷⁷ אתר Ynet "אפליה: 32% מהטרנסג'נדרים לא מועסקים" (2016) <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4803788,00.html>

⁷⁸ משה גולן "הלמ"ס: שיעור האבטלה בישראל ירד ב-2016 ל-4.8%" גלובס (31.1.2017).

⁷⁹ דברי הסבר לחוק איסור אפליה.

90. מרבית העילות בחוק איסור אפליה מיוחסות לקבוצות חשודות. בעניין **פרוז'אנסקי**, קבע השופט דנציגר כי לשון החוק, כוונת המחוקק בעת חקיקתו, ותכליתו תומכים כולם בגישה לפיה חוק איסור אפליה אוסר על אפליה גם אם היא מופנית כלפי קבוצה "חזקה".⁸⁰

91. אולם, ניתן ללמוד מתכלית החוק (כמו גם מהגיונם של דברים) כי קיים אינטרס חזק יותר להגנה, שעה שמדובר בהבחנה כלפי קבוצה "חשודה" כמו אוכלוסיית הטרנסגינדרים – "...ובמיוחד קבוצה שיש לגביה היסטוריה של הפליה בעבר".⁸¹ במילים אחרות, אם המשיבה הייתה מבצעת הבחנה לגבי קבוצת גברים הטרנסקסואלים, ייתכן שההבחנה הייתה מתגבשת כדי אפליה, אולם היות ועסקינן באישה המשתייכת לקהילה הגאה, נראה כי המסקנה שמדובר באפליה ברורה אף יותר.

92. המשיבה, אשר רואה עצמה כנאמן של עצמה בלבד, מבקשת לתת שירות, אך בעיקר להרוויח ככל שתוכל ובמהירות.⁸² לכן, בבחירה בין האינטרס האישי שלה לזה של המבקשת, ברור כי יש לבכר את זה של המבקשת. החשש מתחזק עוד יותר, שעה שמדובר באוכלוסיות מוחלשות בעלות היסטוריה של אפליה – ובענייננו, אישה טרנסגינדרית.

93. על רקע היות הקהילה הגאה בגדר קבוצה "חשודה", שהאפליה כלפיה נמצאת "בגרעין הקשה" של איסורי האפליה הקבועים בחקיקה, ובשל העובדה כי המבקשת היא חלק מאותה קהילה כאמור, מתחדד הפסול העולה ממדיניותה של המשיבה.

מעמדה של העותרת כקהל שבו

94. בבחינת האיזון בין השיקול הכלכלי של המשיבה לבין רגשותיה וזכויותיה של המבקשת, ראוי לציין שמטבע השהות של המבקשת במתקן הכליאה, היא הופכת ל"קהל שבוי". בעניין **בכרי**, השתמשה השופטת דורנר בציטוט הבא:

"The presence or absence of a captive audience is a relevant factor which should be taken into account in reaching a proper accommodation between given speech and anti-speech interests".⁸³

95. עוד צוין שם,⁸⁴ כי הפגיעה ברגשות, ובענייננו באינטרסים של המבקשת, אינה כשלעצמה מהווה עילה להגבלת זכות חוקתית, אלא אם מופעלת על "קהל שבוי" שאינו חופשי להימנע מחשיפה לפגיעה.

96. בשנת 2016, הונחה על שולחנה של הכנסת ה-20 הצעת חוק לפיקוח על איכות המזון ולתזונה נכונה במוסדות חינוך (תיקון – החלת החוק על מוסדות נוספים), התשע"ו–2016. בדברי ההסבר של הצעת החוק צוין, כי מטרת הצעת החוק היא להרחיב את תחולתו של החוק, ולהחילו גם על מוסדות נוספים בהם נמצא קהל "שבוי", כגון חולים בבתי חולים, ואסירים בבתי-סוהר. זאת משום שבמוסדות מסוג זה קיים פעמים רבות היצע מועט, אם לא מנופול, של ספקי מזון.⁸⁵

97. בדומה לבעייתיות אותה מנסה הצעת החוק לפתור, בענייננו המבקשת מרצה את עונשה במתקן כליאה סגור, ללא אפשרות לערוך סקרי שוק ולבחור היכן תרכוש את המוצרים הדרושים לה.⁸⁶ בניגוד לאדם רגיל, אשר באפשרותו לרכוש מוצרים בכל מקום בו יבחר, הנגישות של המבקשת לאותם מוצרים מוגבלת

⁸⁰ עניין פרוז'אנסקי, בפסקה 22 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר.

⁸¹ דברי ההסבר לחוק איסור אפליה.

⁸² בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 648 (2009) (להלן: "עניין הפרטת בית-הסוהר").

⁸³ בג"ץ 316/03 מחמד בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, פסקה 16 לפסק הדין של השופטת דורנר (2003).

⁸⁴ שם, פסקה 14 לפסק דינה של השופטת פרוקציה.

⁸⁵ דברי הסבר להצעת חוק לפיקוח על איכות המזון ולתזונה נכונה במוסדות חינוך (תיקון – החלת החוק על מוסדות נוספים) התשע"ו-2016, ה"ח 3163.

⁸⁶ בג"ץ 5432/03 ש.י.ג. – לשוויון ייצוג נשים ו-11 אח' נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, 84 (2004).

לרכישתם אצל המשיבה בלבד. שונים היו הדברים אילו המבקשת לא הייתה שוהה בבית-סוהר. אילולא הייתה המבקשת מחויבת לרכוש את המוצרים הדרושים לה אצל המשיבה, המהווה כאמור מונופול בבית-הסוהר, רמת ההגנה שהיא הייתה זכאית לה הייתה פחותה.⁸⁷ דא עקא; משעה שהמבקשת היא אסירה, המשיבה מהווה לעניין המוצרים נושא הליך זה מונופול, והמבקשת היא "קהל שבוי" של אותו מונופול, ברי כי היא זכאית להגנה ביתר שאת על זכויותיה.

98. אמנם, אילו המבקשת לא הייתה מבצעת דבר עבירה, היא הייתה חופשיה לערוך את אותם סקרי שוק ככל אזרח חופשי אחר. עם זאת, הלכה פסוקה היא כי בהיכנסו של אדם אל הכלא הוא מקפח את חירותו אך אינו מקפח את כבודו.⁸⁸

99. המסקנה המתבקשת היא כי ההגנה על זכויותיה של המבקשת בענייננו, מצדיקה פגיעה באינטרס הכלכלי של המשיבה, דווקא משום שלא ניתן למנוע את התרחשות הפגיעה בזכויותיה של המבקשת כ"קהל שבוי". קרי, מעמדה המונופוליסטי של המשיבה, קל וחומר ביחס לאפשרות צריכת המוצרים הנדרשים למבקשת לשם הגשמת האוטונומיה שלה, מחזק את הפגיעה הגלומה בה כתוצאה מהאפליה שהמשיבה נוקטת כלפיה. עוד יובהר, כי האמור לעיל מצטרף לחובות המוגברות שיש להחיל על המשיבה, נוכח מעמדה כגוף דו-מהותי.

ההבחנה שביצעה המשיבה פוגעת ומשפילה את המבקשת

100. שאלה נוספת, המתבקשת במסגרת בחינת ההבחנה בין אפליה פסולה להבחנה מותרת, היא האם ההבחנה מתגבשת לכדי השפלה פוגעת בכבודו של האדם. יפים לעניין זה דבריה של השופטת דורנר בעניין **מילר** :

"...לא כך הדבר בסוגים מסוימים של אפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם אפליה מחמת מין, כמו גם אפליה מחמת גזע. ביסודה של אפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן האפליה"⁸⁹ (ההדגשות הוספו).

101. בהתאם לאמור, לא כל אפליה היא השפלה, ולכן לא כל אפליה פוגעת בכבודם של המופלים. אפליה המהווה השפלה היא אפליה על רקע קבוצתי של השתייכות לקבוצה בעלת מאפיינים חשודים כגון מין או גזע, ובמקרה דנן, מין וזהות מגדרית.

102. גם בדברי ההסבר לחוק איסור אפליה, מצוין מפורשות כי מטרת החוק היא להגן על כבודו של האדם במשפט הפרטי. על-פי פסק-דינה של השופטת דורנר בעניין **מילר**, ובפסקי-דין רבים ונוספים, בסירוב לספק מוצר לאדם רק משום שהוא משתייך לקבוצה מסוימת, יש משום פגיעה קשה בכבודו של אותו אדם.⁹⁰

103. מטרת המחוקק בחקיקתו את חוק איסור אפליה הייתה להשיג איזון בין אינטרסים מנוגדים: מצד אחד השאיפה להגן על כבודו של אדם מפני השפלה הכרוכה בהפלייתו "מחמת השתייכות קבוצתית או מאפיינים אחרים... המנויים בחוק"; ומצד שני האינטרס להגן על האפשרות של הפרט לצרוך מוצרים ושירותים שונים.⁹¹

104. מהותה של השפלה בהקשר של אפליה, אינה מתבטאת אך בפגיעה ברגשות, אלא גם בהדרה של פרטים המשדרת מסר שלפיו הם אינם ראויים להיות חברים בחברה, בשל השתייכותם לקבוצה מסוימת. לכן,

⁸⁷ בג"ץ 5016/96 ליאור חורב נ' שר התחבורה ואח', נא (4) 1, 49-50 (פורסם בנבו, 13.4.97).

⁸⁸ ראו לדוגמא: עע"א 4463/94 גולן נ' שירותי בתי הסוהר, פ"ד (4) 136, 153-152 (1996); בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירותי בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 298, 294 (1980).

⁸⁹ עניין מילר, בעמ' 132.

⁹⁰ דברי הסבר לחוק איסור אפליה במוצרים.

⁹¹ מדינה, בעמ' 46.

הבחנה מסוימת יכולה להשפיל אדם גם אם אי-אפשר לזהות אצלו יסוד נפשי סובייקטיבי של תחושת נחיתות.⁹²

105. המבקשת הושמה במתקן כליאה לגברים, ועובדות המקרה מלמדות כי במהלך ריצוי עונשה הלה סופגת השפלות ממושכות ומשמעותיות בשל זהותה המגדרית. השפלות אלו יכול שנובעות הן מהעובדה כי מדובר באישה היחידה במסגרת הסגורה בה חיים גברים בלבד, והן משום שמדובר באישה מאוכלוסיית הטרנסג'נדרים, שעל קשיי אוכלוסייה זו כבר עמדנו בהרחבה.

106. ודוק, גם אם ההבחנה בוצעה ממניעים כלכליים (וספק רב אם כך הוא, כאמור), הרי שלא יכול להיות ספק כי בעצם מניעת רכישת המוצרים הדרושים למבקשת, לשם הגשמתה העצמית כאישה, גלומה השפלה ופגיעה ישירה בליבת זכותה לכבוד. עמד על כך השופט חשין בעניין **שדולת הנשים** :

"...הפלייתה של אישה – באשר אישה היא – הינה הפליה גרית... הפליה גרית, כפי שכבר נאמר, הינה הפליה הפוצעת אנושות בכבוד האדם".⁹³

107. ההשפלה שחוהה המבקשת מתעצמת ומקבלת משנה תוקף, לאור התנהלות הקנטינה ושירות בתי-הסוהר אשר מונעים ממנה את האפשרות לממש את עצמה כאישה. **התנהלות מעין זו מעבירה מסר כי הקבוצה שעמה המבקשת נמנית היא קבוצה נחותה, ובכך נוצרת לחברות ולחברי הקבוצה תדמית נמוכה**. בדיוק כך מתהווה "מעגל קסמים" אשר מנציח את האפליה; התדמית הנמוכה גורמת לאפליה, והאפליה מאששת את הסטריאוטיפים המשפילים בדבר נחיתות המבקשת. על-כן, היסוד המרכזי באפליה מחמת מין או אפליה הדומה לכך הוא השפלה.⁹⁴

פערי הכוחות בין המשיבה למבקשת מלמדים על עוצמת הפגיעה כתוצאה מהאפליה

108. מלבד ההבחנה היוצרת שעתוק האפליה ההיסטורית של קבוצה ושידור מסר חברתי משפיל, ד"ר מיטל פינטו במאמרה, עמדה על-כך כי השפלה קשה במיוחד כאשר האדם או הקבוצה הנוקטים בהבחנה מצויים **בעמדה מסוימת של כוח** כלפי הפרטים המובחנים. כאשר אדם הנוקט בהבחנה נמצא בעמדה המאפשרת לו להכפיף אחרים למרותו, מתגבשת איפוא הפגיעה בשוויון העולה כדי אפליה.⁹⁵

109. ודוק, אין עוררין כי המשיבה שרויה בעמדת כוח מסוימת על המבקשת, שכן למבקשת אין זכות לקבוע אילו מוצרים ימכרו בקנטינה ובאילו מחירים.

110. יותר מכך, המעמד המונופוליסטי של המשיבה, שהיא נותנת השירותים הבלעדית ממנה יכולה המבקשת לרכוש מוצרים אלה, הדרושים לה כתנאי מקדים לביצוע הניתוח, מחייב את המסקנה כי למשיבה עמדת כוח כלפי המבקשת. פערי הכוחות בין המבקשת למשיבה מלמדים על עוצמת האפליה, ומוכיחים הלכה למעשה כי **ההבחנה שבוצעה בענייננו עולה כדי השפלה** אשר פוגעת בכבוד של המבקשת.

111. לא זו אף זו, נוכח פעילותה של המשיבה במרחב הציבורי, היא לוקחת על עצמה סמכויות לבצע הבחנות ולקבוע מדיניות, שייתכן שלא היו נלוות לה אם הייתה עוסקת באותו העיסוק בשוק החופשי. סמכויות אלו נתונות למשיבה, בין היתר בשל היותה מונופול במרחב בו היא פועלת. נפקותן של אותן הסמכויות אף מתחזקת ומקבלת פן מוסרי, שעה שהמשיבה פועלת בבית-סוהר שהוא מהווה סביבה טוטאלית, אליה מגיעים אנשים בניגוד לרצונם. לפיכך, יש בהבחנה ובמדיניות המחירים שקבעה המשיבה – ביחס למוצרים הדרושים למבקשת לשם מימוש זהותה המגדרית, שהיא חריגה בתוך כותלי בית-הסוהר – כדי ליצור, לכל

⁹² פינטו, בעמ' 132.

⁹³ בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד (נב) 630 בעמ' 659-658 (1998).

⁹⁴ עניין מילר, בעמ' 133.

⁹⁵ פינטו, בעמ' 132.

הפחות, **מראית עין של עירוב שיקולים בלתי-רלוונטיים**. עובדה זו מערערת את אותה הסמכות המוסרית שביסוד פעילותה, במסגרת השירות שהיא נותנת בבית-הסוהר שהוא, כאמור, מוסד ציבורי.⁹⁶

112. אם כן, עסקינן בפגיעה הנושאת אופי מהותי, שכן היא מפרה את האיזון העדין בין האינטרס הלגיטימי של המשיבה ליצירת רווח כלכלי, לבין ההגנה על זכויותיה הבסיסיות של המבקשת, גם בעת שהיא משלמת את חובותיה לחברה. בכך יש משום פגיעה בזכותה של המבקשת לכבוד.⁹⁷

מדיניות המשיבה כפוגעת בעיקרון השוויון המהותי

113. התפיסה של השוויון המהותי יוצאת מנקודת הנחה כי בני-האדם אינם שווים, ולוקחת בחשבון את אי-השוויון כנתון רלוונטי שיש להתחשב בו, על-מנת לקדם שוויון. בהתאם לעיקרון השוויון המהותי, מוצדק לנקוט בהבחנה מתקנת כלפי פרטים שסבלו מאפליה, במטרה לתקן עוולות היסטוריות. הצורך בעיקרון השוויון המהותי עולה בהקשרן של הבחנות אשר קשה ליישם לגביהן את עיקרון השוויון האריסטוטלי, כי הוא אינו מצביע על קריטריון שבעזרתו ניתן לבחון את אמינותו של הסטריאוטיפ המנבא, עליו ההבחנות מתבססות.⁹⁸

114. כמפורט לעיל, נקודת המוצא לעניין זה היא כי צד המבקש להפלות לעולם יימצא צידוק לגיטימי לפעולותיו,⁹⁹ ובמקרה דנן, המשיבה מבקשת להצדיק את מדיניות האפליה בה נוקטת, באמצעות שיקולים כלכליים.

115. בעניין **הבית הפתוח**, הבדיקה האם ההבחנה שהתבצעה מקיימת את השוויון המהותי נערכה בשני שלבים: בשלב הראשון, תוחמה קבוצת השוויון, שלב זה נבחן באספקלריית השוויון החוקתי – אם מדובר בשיוך קבוצתי "חשוד" של אפליה "בגרעין הקשה" של מין, נטייה מינית וכו'. בשלב השני, בחן בית-המשפט אם נהגו בשוויון בתוך קבוצת השוויון, שלב זה נבחן באספקלריית השוויון המנהלי.¹⁰⁰ אמנם פסק-הדין בחן את סבירות הפעולה של הרשות המנהלית, אולם הכלל המשפטי יפה – בשינויים המתחייבים – גם לענייננו.

116. ומהכלל אל הפרט.

שלב ראשון – זיהוי קבוצת השוויון ותיחומה – צרכני המוצרים באשר הם

117. בהשוואה לקבוצת הצרכנים שרוכשים את אותם המוצרים מחוץ לכותלי בית-הסוהר, יש להידרש לשאלה אם מתקיים שוני רלוונטי בין צריכת מוצרי איפור והסרת שיער מחוץ לכותלי בית-הסוהר לבין רכישתם בקנטינה הפועלת בתוך בית-הסוהר. אמנם, קבוצת האסירים אינה בהכרח עולה כדי קבוצה "חשודה" קלאסית על-פי המשפט הישראלי, אולם היא בוודאי מהווה קבוצה מוחלשת שראוי להגן על זכויותיה.

שלב שני – סבירות ההבחנה שביצעה המשיבה

118. ישנן מגוון סיבות לשימוש במוצרי איפור. איפור מסייע לבני-האדם לשדר כי הם "בשליטה". פסיכולוגים מצביעים על כך שאיפור מאפשר הרגשה טובה יותר, מסייע להסתיר פגמים קטנים ומשפיע על תחושת האושר והביטחון.

⁹⁶ יואב פלד **הפשע משתלם: מה ניתן ללמוד מהניסיון האמריקאי בהפרטת בתי הכלא** (מרכז אדווה) (2002).

⁹⁷ **עניין הפרטת בית-הסוהר בעמ' 649.**

⁹⁸ שם, בעמ' 134.

⁹⁹ **עניין נוער כהלכה.**

¹⁰⁰ **עניין הבית הפתוח**, בעמ' 44.

119. הסרת שיער היא אינה רק עניין סובייקטיבי של אסתטיקה. ישנם מקרים בהם ההסרה נדרשת בשל המלצה רפואית, בייחוד במקרים של שיעור יתר. במדינת ישראל שטופת השמש והלחות, עשויה הסרת שיער לסייע בהפחתת התפתחות ריחות גוף.¹⁰¹

120. נראה אם כן, כי בקבוצת השוויון של צרכני המוצרים, אין שוני רלוונטי בין הצרכנים מחוץ לכותלי בית-הסוהר לבין הצרכנים בתוך בית-הסוהר. **צרכים לטובת התחושה האישית, ובוודאי צרכים הנובעים מסיבות רפואיות, הם צרכים המשותפים הן לאסירים והן לאנשים שאינם אסירים.** משהתברר כי אין שונות רלוונטית בין אוכלוסיית האסירים לאוכלוסייה הכללית, ביחס למוצרים שהמשיבה מסרבת לספק למבקשת במחיר השוק, מתגבשת הפגיעה גם בשוויון המהותי.

121. נוסף על כך, נראה עתה כי גם בחינת המדיניות אל מול קבוצת ייחוס נוספת - אסירים בבית הסוהר, אינה גורעת מהמסקנה האמורה ומהאפליה הגלומה במדיניותה של המשיבה.

שלב ראשון – זיהוי קבוצת השוויון ותיחומה – צרכני המוצרים בתוך כותלי בית-הסוהר

122. בהשוואה לקבוצת הצרכנים בתוך כותלי בית-הסוהר, יש להוכיח כי אכן העלאת המחיר מחייבת או לכל הפחות מצדיקה את נקיטת היחס השונה כלפי המבקשת. יש לבחון, בין היתר, את משקלו של האינטרס הכלכלי של המשיבה והאם המשקל כה כבד עד שהוא מטה את כפות המאזניים לטובתה, חרף הפגיעה בזכויות הפרט.¹⁰² במקרה זה, וכפי שהוצג לעיל, המבקשת היא אישה וחלק מאוכלוסיית הטרנסג'נדרים, ועל כן משתייכת לקבוצה "חשודה" הנמצאת בגרעין הקשה של איסורי האפליה.

שלב שני – סבירות ההבחנה שביצעה המשיבה

123. ראוי לציין כי בעוד שהמשיבה מהבחינה העקרונית מוכרת מוצרי מותרות (ראו הגדרת פקודת הנציבות 04.32.00 "מרכזי מכר לאסירים"),¹⁰³ בהתייחס למבקשת, **עסקינן במוצרים הכרחיים עבור עמידה בתנאי 12 החודשים הנדרש ממנה כדי להיות זכאית לניתוח.**

124. לא זו אף זו, ייתכן שהכורח הכלכלי כאמור אינו אלא אצטלה, ומדובר למעשה **בכסות לתאוות בצע.** שהרי, ייתכן כי הסיבה לתמחור המוצרים נעוצה בניסיון של המשיבה להרוויח סכומי כסף נוספים על חשבונה של המבקשת, כמפורט לעיל.

125. בגדרו של האינטרס של המשיבה נכלל האינטרס הקנייני שלה. ההחלה של המדיניות המפלה מבטאת לרוב את הערכתו של בעל העסק כי בדרך זו ישיג רווח מרבי מהפעלת עסקו.¹⁰⁴ אולם, מן הצד השני ניצבות זכויותיה של המבקשת, כמו זכותה שלא ינהגו כלפיה באפליה וזכותה למימוש מגדרה באמצעות איפור במהלך תקופת כליאתה. כל זאת, בעיצומו של תהליך כה מורכב ומשמעותי של התאמה מגדרית.

126. שיקול נוסף שיש לקחת בחשבון הוא העובדה כי מדובר **במונופולין בתוך בית-הסוהר,** ומשכך – ברי כי החבות של המשיבה לנהוג בשוויון גדולה מזו של תאגיד פרטי "רגיל".

סיכום ביניים

127. באיזון בין העלות כתוצאה מפגיעה בשוויון המהותי של המבקשת למול התועלת הכלכלית שתופק **למשיבה, ההגנה על השוויון גוברת.**¹⁰⁵ כמו-כן, משהגדרנו את קבוצת השוויון – אסירים בבית-הסוהר,

¹⁰¹ אתר "מכבי" http://www.maccabi4u.co.il/1726-he/Maccabi.aspx?TabId=18671_2467

¹⁰² עניין קול ברמה.

¹⁰³ ס'11א לפקודת הנציבות.

¹⁰⁴ מדינה, בעמ' 46.

¹⁰⁵ תא (ת"א) 47045/05 אריאל נ' אולטים עסקים בע"מ (פורסם בנבו, 11.7.06).

ונוכחנו לגלות כי דווקא מחירי מוצרים המזוהים באופן סטריאוטיפי עם נשים ובפרט עם אישה מאוכלוסיית הטרנסגינדרים תומחרו במחיר מופקע, נראה כי הפגיעה בשוויון אף עמוקה יותר.

128. מכל האמור, נמצאנו למדים כי השוויון המהותי משמעו שוויון בתוצאות, והתוצאה המתבקשת בענייננו היא כי יש לאפשר שוויון בין כלל האסירים, בעניין זכותם לרכוש מוצרים הדרושים להם או מוצרים אשר האסירים בבית-הסוהר מעוניינים לרכוש אותם בקנטינה (והמאושרים לצריכתם האישית, בהתאם לנהלים הקבועים בשירות בתי-הסוהר).

129. המשיבה טענה בבית-המשפט קמא כי היות ושיטת המשפט בישראל היא בעלת ניסיון מוגבל בהתמודדות עם צרכי אוכלוסיית הטרנסגינדרים, ראוי ללמוד מההלכות הנהוגות בפסיקה האמריקאית. עם זאת, לשיטתנו מדובר ב"תפוחים ובתפוזים". **ישנו פער בסיסי ומשמעותי בהשוואת המקרים של האוכלוסייה הטרנסגינדרית בארצות-הברית לזו שבשראל**, היות שמדובר בגישות שונות ואף מנוגדות, בין היתר בשל העובדה שהתהליך להתאמה מגדרית הוא שונה בבסיסו בין המדינות.

130. כך, בעוד שבארצות-הברית ההליך נעשה במסגרת פרטית, בישראל כאמור, קיימת ועדה אשר מתנה את הניתוח להתאמה מגדרית בניסיון מגדרי מוכח – תנאי שלשם הגשמתו זקוקה המבקשת למוצרים שבלב דיוננו. עת עסקינן במישור הפרטי, מתאפשר מרחב שיקולים רחב, בעוד פעולות הנעשות במגזר הציבורי, מחויבות לעקרונות נורמטיביים מחמירים יותר ויש להגן ביתר שאת על זכויות היסוד של המבקשת, בייחוד לאור המונופול שבידי המשיבה והוועדה, כאמור.

131. קושי לוגי נוסף, נובע מההשוואה שביצעה המשיבה, בין אסירות טרנסגינדריות שסיימו את התהליך ומבקשות מוצרי איפור, לבין המבקשת שחפצה במוצרים כדי לעמוד בתנאי הוועדה לשם ביצוע הניתוח.

132. כמו-כן, עסקינן **בנזק שהמשיבה יכולה ואף ראוי שתספוג** למען ההגנה על השוויון המהותי. מסקנה זו מתחדדת משמדובר בנזק כלכלי זניח עבור המשיבה, נזק אשר לא מסתכם בסכומי עתק, ובייחוד בהשוואתו לנזק העמוק והקשה שנגרם למבקשת כתוצאה ממדיניות המחירים המפלה של המשיבה.

הבחנה המבוססת על סטריאוטיפ מנבא – אין תוחלת לטענת המשיבה כי רק המבקשת תרכוש את מוצרי הטיפוח והסרת השיער; והשימוש בקריטריונים מנבאים אסור על פי החוק

133. סעיף 3(ד)(1) לחוק איסור אפליה קובע כי "אין רואים אפליה לפי סעיף זה – כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר...". (ההדגשה הוספה).¹⁰⁶ לטענת המשיבה, כפי שהובעה בפני בית-המשפט קמא, החריג חל בענייננו שכן מתקיימת שונות רלוונטית המצדיקה את ההבחנה. לטענה זו אין שחר. כמפורט לעיל ובהרחבה, אין כל שונות רלוונטית המצדיקה למכור אך למבקשת – מתוך כל אלפי האסירים המרצים עונשם בבית הסוהר מעשיהו - מוצרים במחיר הגבוה פי שלושה ממחירים בשוק החופשי.

134. לא זו אף זו, בחינת רשימת המוצרים המאושרים לרכישה בקנטינה,¹⁰⁷ מעלה כי אסירים זכאים לרכוש מוצרי היגיינה וטיפוח, לרבות ג'ל גילוח, קרם גוף ואפטר-שייב. ודוק, היצמדות לתכלית החקיקה מלמדת כי עצם העובדה שהמוצרים הללו קבועים ברשימת המוצרים המאושרים לרכישה, מוכיחה כי לא מתקיימת בעייתיות במהות המוצרים או באופיים, בוודאי כזאת שתצדיק את השינוי הקיצוני במחיר. במילים אחרות, כאשר מוצרי הטיפוח והסרת השיער מקבילים לאלו שהמבקשת מעוניינת לרכוש (וסביר להניח שהם נמכרים במחיר הקרוב למחיר השוק, נוכח העובדה שקיימים מעל לאלף אסירים גברים בבית-הסוהר

¹⁰⁶ ס' 3(ד)(1) לחוק איסור אפליה.

¹⁰⁷ הוראת נוהל של שירות בתי-הסוהר 03-4021 "מגוון מוצרים לרכישה במרכזי מכר לאסירים" נספח א' (28.8.2012).

- מעשיהו),¹⁰⁸ ובשים לב שלא יכול להיות חולק שאין שונות רלוונטית בין גברים לנשים לעניין תכלית ההבחנה; מתבקשת המסקנה כי מדיניות המחירים בה נוקטת המשיבה כלפי המבקשת היא מדיניות מפלה.
135. האמור לעיל מתחדד לאור הדוגמה להבחנה שאינה בגדר אפליה, כפי שמובאת בדברי ההסבר לחוק איסור אפליה: פעילות במקום האוסר כניסה לאנשים נשואים משום שהוא פונה לקהל של פנויים ופנויות.¹⁰⁹ בניגוד לדוגמה, אשר מבחינה בין אוכלוסיית הנשואים לאוכלוסיית הפנויים-פנויות, **לא רק נשים או אנשים מאוכלוסיית הטרנסג'נדרים עושים שימוש במוצרים האמורים**, ולכן לא ייתכן כי האפליה במחירים מוצדקת.
136. ספק אם ניתן לראות טעם בחריג זה, המבוסס על תפיסת עולם ארכאית. לשם הדוגמה, ניתן לקבוע כי ייצור קו של בגדי הריון יהיה מותאם לנשים בלבד, משום העובדה כי רק נשים יכולות להיכנס להריון ולהביא ילדים לעולם. אולם, לא כך הדבר לגבי שימוש בתכשירים קוסמטיים כגון מוצרי איפור והסרת שיער.
137. ויובהר: **עצם ההנחה כי רק המבקשת תרכוש את המוצרים האמורים היא הנחה שגויה**. נסביר במה דברים אמורים.
138. בשנים האחרונות עולם הניתוחים הפלסטיים וטיפול האסתטיקה נהנה מביקוש רב, הן בקרב נשים הן בקרב גברים; נשים וגברים בגילאים שונים מעוניינים לשוות לעצמם מראה צעיר ורענן ולחלופין "לשפץ" איברים אשר מראם אינו משיבוע רצון מבחינתם. הטיפולים הקוסמטיים האמורים מתמקדים בעיקר באזור הפנים.¹¹⁰
139. תכלית הטיפולים היא להעניק מענה לאנשים בעלי מומים או לאחרים שעברו תאונות. במהלך הפרוצדורות הללו, אשר רובן אינן מבוצעות למטרת חירום או להצלת חיים, חשופים המטופלים לסיכונים כמו האפשרות של ביצוע ההליך ברשלנות, הותרת צלקות וכוויות. לאור התמודדות עם נזקים אלה ואחרים, ובהתאם לנסיבות המקרה, נדרשים הנפגעים במקרים אלה לשימוש קבוע ויומיומי בתכשירי איפור.¹¹¹
140. בהמשך לכך, בעשור האחרון החלו השקות של "לייף" מוצרי איפור לגברים על-ידי רשתות בארצות-הברית ובקנדה. דוגמה טובה לכך, נמצא בהתייחס לכוכב הכדורגל הבריטי, דיוויד בקהאם, הידוע כמי שמושח את ציפורניו בלק הוורוד של אשתו ומשנה את תסרוקתו כמעט בכל שבוע. כמו-כן, חברת המחקר NPD מגלה כי בשנת 2002 הוציאו גברים אמריקאים למעלה ממיליארד דולר על מוצרי טיפוח.¹¹²
141. כמו-כן, כתבה שפורסמה בינואר 2017 מצביעה על תופעה גוברת של חברות ענק העוסקות במוצרי איפור, המעדיפות גברים כפרזנטורים לקמפיינים.¹¹³ הבחירה בגברים מראה כי **ענף האיפור הולך לכיוון נטול מגדר, וכיום גם גברים עושים שימוש במוצרים אלה**.
142. נראה אם כן, כי על-אף ההנחה הרווחת אשר גורסת כי בקרב אוכלוסיית הגברים לא ימצא ביקוש למוצרי איפור ולמוצרי הסרת שיער, המציאות מצביעה על נתונים אחרים לגמרי, כפי שראינו בארץ ובעולם.
143. ניתן לשער איפוא כי גם בבית-הסוהר ישנם גברים אשר יהיו מעוניינים בתכשירים האמורים, ועצם הקביעה של המשיבה, מראש, כי המבקשת תהא היחידה שתרכוש את המוצרים היא אינה מדויקת בהכרח. בכל

¹⁰⁸ עין-יה זיו-טל "מעשיהו כמשל" 6 רואים שב"ס - בטאון שירות בתי הסוהר 5 (ספטמבר 2013) זמין ב - <http://shabas.millennium.org.il/Items/07016/35.pdf>

¹⁰⁹ דברי הסבר לחוק איסור אפליה.

¹¹⁰ עו"ד עופר סולר "מי יממן עבורך מוצרי קוסמטיקה וביגוד מיוחד?" (2011) http://www.malpractice.co.il/%D7%A7%D7%95%D7%A1%D7%9E%D7%98%D7%99%D7%A7%D7%94_%D7%95%D7%91%D7%99%D7%92%D7%95%D7%93

¹¹¹ שם.

¹¹² שמחה סיגן "מסקרה בשבילי וסומק לבעלי" (2004) <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=769017>

¹¹³ איתי יעקב "שמתי לי פודרה: למה מותגי האיפור מעדיפים גברים כפרזנטורים?" (2017) <http://xnet.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4906574,00.html>

מקרה, ולמצער, בשים לב למציאות החיים המשתנה כמוצג לעיל, **מדובר בעניין הדרוש בדיקה מעמיקה ושלא ניתן להניח אותו באופן אפריורי**, כפי שעשתה המשיבה בבואה לקבוע את מחירי המוצרים.

144. שונים היו הם פני הדברים אילו המשיבה הייתה נכונה לבצע **תקופת ניסיון** בה המוצרים יימכרו במחיר השוק, ולאחר שניתן לאמוד את הביקוש באופן מדויק דיו, הייתה מתקבלת החלטה מושכלת.

145. המשיבה מנסה איפוא להצדיק את מדיניותה מכוח **מתאם סטטיסטי**.¹¹⁴ ודוק, הסתמכות על השתייכות קבוצתית כאומדן למאפיינים רלוונטיים עשויה להיעשות על-ידי בעל העסק עצמו (המשיבה) או על-ידי קבוצות אחרות עם זיקה לעסק (כמו, למשל, שירותי-בתי-הסוהר). במסגרת הגישה הכלכלית, הועלה הטענה בדבר "אפליה יעילה": אם השתייכות קבוצתית היא אומדן טוב מספיק למאפיינים רלוונטיים, הסתמכות על ההשתייכות הקבוצתית מאפשרת לחסוך את הצורך להשקיע את העלויות הדרושות לשם זיהוי המאפיינים האמורים. דא עקא; **שיטת המשפט הישראלית אינה מכירה באפליה יעילה, וזו נחשבת - כמו כל אפליה - כאסורה על פי הדין**.

146. בהתאם, אין זה מפתיע, כי הפסיקה קבעה כי הבחנה סטריאוטיפית, הנסמכת על מתאם סטטיסטי, מעוררת חשש להפליה כאשר היא משעתקת את אי-השוויון, מנציחה פערים חברתיים ופוגעת בכוחו של הפרט לספר את סיפור חייו.¹¹⁵ זאת, למותר לציין, במנותק מהעובדה כי לטענתה של המשיבה – כי רק המשיבה מעוניינת במוצרי האיפור והטיפוח – אין על מה שתסמוך, ומדובר במוצרים שסביר בהחלט שגם אסירים גברים יקנו, כמפורט לעיל.

147. בעניין **פרוז'אנסקי**, נקבע על ידי המועדון, הנתבע, גיל כניסה שונה לגברים (26) ולנשים (24). זאת, תחת הטענה כי גברים בגילאים צעירים נוטים יותר לאלומות בהשוואה לנשים צעירות. בית-המשפט העליון דחה טענה זו, וזאת מן הטעם שהנחה זו לא הוכחה סטטיסטית.¹¹⁶

148. במקרה דנן, טוענת המשיבה, כי השתייכותה של המבקשת לקבוצת הנשים או לקבוצת הטרנסג'נדרים, מספקת אומדן לצריכה הצפויה של מוצרי האיפור והסרת השיער בקנטינה הפועלת בבית-הסוהר לגברים. לשיטתה, ובהתאם לתיאורית האפליה היעילה, שימוש במתאם סטטיסטי זה (שהוא שגוי ולא הוכח כאמור כך או כך), יוביל לעלייה ברווחה המצרפית ולחיסכון בעלויות. אולם, מדובר בטיעון שגוי בכל מובניו. פרופ' ברק מדינה במאמרו, עומד על כך שטיעון זה לוקה ממספר היבטים:¹¹⁷

א. גם בהנחה כי קיים מתאם גבוה בין ההשתייכות הקבוצתית לבין מאפיינים רלוונטיים (שונות רלוונטיות), נקיטת מדיניות מפלה לשם חיסכון בהשקעת משאבים להשגת המידע **אינה בהכרח זו היעילה מבחינה חברתית**. שהרי **מדיניות מפלה תורמת ליצירה ולעיגון של סטיגמה שלילית** כנגד הנמנים עם קבוצה מסוימת. הסטיגמה השלילית גורמת לעיוותים בהקצאת המקורות בחברה, שכן היא משפיעה על התנהגות הפרטים וגורמת להם להסתמך על ההשתייכות הקבוצתית גם כאשר זו אינה רלוונטית. כאמור, "הסטריאוטיפ הוא אויב השוויון. הוא יוצר מעגל קסמים הפועל להנצחת ההפליה".¹¹⁸

ב. **האמונה בקיומו של מתאם בין ההשתייכות הקבוצתית לבין מאפיינים רלוונטיים עלולה להגשים את עצמה גם כאשר היא מוטעית ולגרום למעשה ליצירתו של מתאם כאמור, ובכך להביא לתוצאה שאינה יעילה**;¹¹⁹ ומכאן, שהשימוש במתאם יכול להוביל גם לפגיעה בתמריץ של פרטים הנמנים עם

¹¹⁴ מדינה, בעמ' 64.

¹¹⁵ ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13 (2005) (להלן: "עניין אבו חנא").

¹¹⁶ עניין פרוז'אנסקי, פס' 33-34 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר.

¹¹⁷ מדינה, בעמ' 64.

¹¹⁸ בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 355 (1997).

¹¹⁹ דוגמאות הממחישות את הטענה מצויות במאמרו של מדינה, בעמ' 65-66.

הקבוצה המקופחת למצות את הפוטנציאל שלהם. לפיכך, לפחות בהקשרים שבהם ניתן להראות כי ההסתמכות על השתייכות קבוצתית עלולה להנציח דעות קדומות, בבחינת ציפיות המגשימות את עצמן, הסתמכות על מתאם סטטיסטי אינה יעילה ולכן - גם מנקודת ראות של התיאוריה הכלכלית - מוצדק לאסור אותה.¹²⁰

יפים לעניין זה – אחד לאחד – דבריה של השופטת דורנר בעניין **מילר** :

ההגדרה הקלאסית של שוויון נטבעה על-ידי אריסטו. על-פי הגדרה זו, שוויון הוא נקיטת יחס שווה כלפי שווים ויחס שונה כלפי שונים על-פי מידת שונותם... לדעתי, הגדרה זו – שנקלטה בפסיקתנו – גובלת בטאוטולוגיה. ההגדרה מתירה, ואף מחייבת, נקיטת יחס שונה כאשר 'השווים' היא רלוואנטית, אך אין היא כוללת אמות מידה לקביעתה של רלוואנטיות זו. בהיעדר אמות מידה כאלה, קיימת סכנה – שהתממשה לא אחת – כי אמות המידה שיוחלו בכל עניין ועניין ישקפו את הסטריאוטיפים המשפילים שעמם מיועד להתמודד איסור ההפליה מיסודו"¹²¹ (ההדגשה הוספה).

149. בעניין **אבו חנא**, קבע המשנה לנשיאה ריבלין כי השימוש בנתונים סטטיסטיים המתבססים על השיוך המגדרי של הניזוק, נותן תוקף לחלוקת המשאבים הקיימת בחברה. הוא משקלל את העבר אך אינו משקף את המציאות הצופה פני עתיד ולכן אינו ראוי נורמטיבית.¹²² בדומה, בעניין **פרוז'אנסקי** נקבע כי ייחוס מאפיינים הומוגניים לקבוצה מסוימת משפילה את חברי הקבוצה ופוגעת בזכותם לשוויון.¹²³

150. כלומר, גם התיאוריה הכלכלית, שעניינה קידום ערך אקסוגני – השווי הכספי של הרווחה החברתית המצרפית, אינה תומכת בעמדתה של המשיבה; וגם בבחינת נסיבות המקרה בראי תיאוריה זו באיזון בין שיקולים כלכליים לעיקרון השוויון, ידו של האחרון על העליונה.

151. יותר מכך: גם אם נכונה הייתה העובדה שרוב האסירים לא יהיו מעוניינים לרכוש את המוצרים האמורים (וטענה זו לא הוכחה כאמור), יש לתת את הדעת למשמעות האקספרסיבית של ההבחנה והמסר המועבר מעצם קביעתה. בנסיבות מסוימות, כמו גם כאן, למסר המועבר משמעות לא פחות חשובה מההבחנה כשלעצמה.

152. מצב דברים מעין זה דומה לפסק-דינו של השופט גיוראן בעניין **פרוז'אנסקי**.¹²⁴ שם, קבע כבי' השופט גיוראן, כי גם אם היה מוכח מתאם סטטיסטי בין גיל, מין ואלימות, ההבחנה שביצע המועדון עדיין הייתה פסולה, נוכח המסר הגלום בהבחנה מעין זו. בדומה, בענייננו, נראה כי הנחת העבודה עצמה שבבסיס ההבחנה שביצעה המבקשת, מבלי בדיקה מעמיקה, כי המבקשת תהא היחידה שתרכוש את המוצרים, היא מפלה ולא תואמת את המציאות העכשוויות בשנת 2017. למעשה, ההנחה מנציחה ללא כל הצדקה את האסירים הגברים כדמות סטראוטיפית ומקובעת, שלא תהיה מעוניינת להשתמש במוצרי איפור והסרת שיער, גם אם ירצו בכך, ויתרה מזאת – גם אם יזדקקו לכך.

153. משכך, גם אם יוכח כי המשיבה פעלה משיקולים כלכליים גרידא, לא ניתן להתעלם מהעובדה שהמסר המתקבע בהקשר זה הוא מסר שאינו סובלני, **מסר הגורס כי אין מקום לגברים המעוניינים או זקוקים להשתמש במוצרים האמורים.**

154. מסר לא פחות חמור, המועבר כתוצאה מכך, הוא המסר כי החברה אינה מעוניינת לאפשר לאישה טרנסג'נדרית להתהלך מאופרת בין כותלי בית-הסוהר.

¹²⁰ מדינה, בעמ' 69.

¹²¹ עניין מילר, בעמ' 133.

¹²² עניין אבו חנא, בעמ' 53.

¹²³ עניין פרוז'אנסקי, בעמ' 35.

¹²⁴ שם, בעמ' 40.

155. ונדגיש, ההבחנה שמבקשת המשיבה לקיים אינה חוסה תחת הזכות לאוטונומיה תרבותית. מדובר בהבחנה המעוגנת בתרבות פטריארכלית אנטי-ליברלית, הנחה אשר מבוססת על הנחות סטריאוטיפיות, שאין להן מקום בכל הכבוד במדינת ישראל בשנת 2017.

2.4.ג. שונות רלוונטית הניתנת לנטרול

156. גם אם ייקבע כי יש שוני רלוונטי המצדיק את המחיר הגבוה שהמשיבה גבתה עבור המוצרים, אין הדבר מהווה סוף פסוק. על-פי הפסיקה, גם שונות רלוונטית הנובעת ממאפיינים בלתי ניתנים לשינוי, אינה יכולה להצדיק הבחנה כאשר השונות ניתנת לנטרול במחיר סביר לשם השגת שוויון.¹²⁵ במקרה כזה, יש לדרוש השקעת משאבים על-מנת לנטרל את השונות ולתקנה בדרך בה תוכל המבקשת לרכוש את המוצרים הדרושים לה במחיר השוק.

157. בהתאם לסעדים שהתבקשו, נטרול אידיאלי צריך שיעשה על-ידי המשיבה, בהיותה גוף דו-מהותי, תוך שהיא מספקת את המוצרים האמורים למבקשת במחיר השוק, ולחלופין מפצה את המבקשת בשיעור ההפרש בין המחיר שדורשת המשיבה, לבין מחיר השוק. בעניין מילר מובאים דבריו של פרופ' ברק:

"הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית".¹²⁶

158. דברים אלה אמנם נאמרו בנוגע להיקף החבות של המדינה, אולם יפים גם כאן – היות ועסקינן בגוף דו-מהותי – בשינויים המתחייבים ומאותם הטעמים.

159. אין זה סביר כי דווקא גוף הממוקם בשטחו של מוסד ממשלתי-ציבורי, קל וחומר כשמדובר בשירות בתי-הסוהר אשר אמון על שיקום האסיר והחזרתו לחברה כאדם טוב וערכי יותר, לא יקדם זכויות אדם ועקרונות יסוד רק משום שהדבר עולה כסף.

160. השונות בענייננו אכן ניתנת לנטרול, וראוי שתהיה מנוטרלת בדרך בה יתאפשר למבקשת לרכוש את המוצרים הדרושים לה במחיר השוק – המחיר השוויוני.

ד. סעדים

1.1. צו בית-המשפט

161. אין מחלוקת על העובדה כי מדיניות שיש בה משום הפרה של זכות יסוד, מעמידה עילה ראויה להתערבות של בית-המשפט. פגיעה בשוויון, מחמת אפליה על רקע מיני ומגדרי, היא דוגמה מובהקת למקרה המצדיק ומחייב התערבות זו.¹²⁷

162. סעיף 75 לחוק בתי-המשפט (שכותרתו "סמכות כללית לתת סעדים"),¹²⁸ מקנה לבית-המשפט סמכות רחבה ליתן סעד במסגרת הליך אזרחי, לאחר שהוכיח מבקש הסעד כי הנתבע הפר זכות הקנויה לו בדין.¹²⁹ צו עשה או צו לא-תעשה אינו מוגבל לנושאים של המשפט האזרחי הטהור, והם משמשים למשל בבית-המשפט הגבוה לצדק בתחומי המשפט החוקתי והמנהלי, בדיני המעמד האישי ועוד.¹³⁰

¹²⁵ עניין מילר, בעמ' 126.

¹²⁶ שם.

¹²⁷ עניין מילר, בעמ' 116.

¹²⁸ ס' 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

¹²⁹ רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ, פסקה 32 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 25.3.10) (להלן: "עניין מור").

¹³⁰ ע"א 2920/90 הסתדרות העובדים בארץ ישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד מז (1) 397, 414 (1991).

163. תנאי לתחולת הסעיף הוא כי מדובר בעניין אזרחי, כפי שמתקיים בענייננו, שהרי אם פלוני הפר את זכותו של אלמוני, יכול אלמוני לדרוש סעד נגד פלוני מכוח סעיף 75 לחוק בתי-המשפט.¹³¹
164. זאת ועוד, על-פי סעיף 5(א) לחוק איסור אפליה,¹³² "מעשה או מחדל בניגוד לסעיפים 3 ו-4 הם עוולה אזרחית, והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] יחולו עליהם בכפוף להוראות חוק זה". סעיף 3 לפקודת הנזיקין,¹³³ קובע כי "הדברים המנויים להלן בפקודה זו הם עוולות, ובכפוף להוראות הפקודה – כל הנפגע או הניזוק על ידי העוולה שנעשתה בישראל יהא זכאי לתרופה המפורשת בפקודה מידי עושה העוולה או האחראי לה".
165. בהמשך לכך, סעיף 72 לפקודת הנזיקין,¹³⁴ העוסק בציווים, קובע כי "ציווי יכול שיהיה צו עשה או צו לא-תעשה, לשעה או לתמיד".
166. בבית-המשפט קמא, טענה המשיבה כי גם אם ייקבע שהיא פעלה בניגוד לחוק איסור אפליה, הרי שגם במקרה זה המבקשת זכאית אך לסעד של פיצויים, ולא לצו שהתבקש כסעד המרכזי בתביעה. זאת, בהתבסס על סעיף 74 לפקודת הנזיקין, הקובע כי בית-המשפט לא ייתן ציווי אם הוא סבור שהפגיעה או הנזק שנגרמו לתובע הם קטנים וניתנים להערכה בכסף ולפיצוי מספיק בתשלום כסף, ומתן ציווי יהיה בו משום התעמרות בנתבע.¹³⁵ המבקשת חולקת על מסקנה זו. לרוב, כאשר עסקינן בנזק מתמשך ומהותי, הציווי הוא המחסום היעיל ביותר והתרופה ההולמת ביותר. מתן צו אינו בגדר זכות המוקנית למבקשת, אלא מסור לשיקול-דעתו של בית-המשפט, אך מקובל הוא כי כאשר הוכח נזק מהותי, אשר לא ניתן לרפאו על-ידי תרופה הולמת אחרת, יש להעניקו.¹³⁶
167. המשיבה יכולה לנסות ולהוכיח כי נתקיימו התנאים שנמנו בסעיף 74 לפקודת הנזיקין, אולם רק התקיימותם של כלל התנאים המובאים יכול להצדיק את אי מתן צו-המניעה.¹³⁷ ודוק, על-אף שהנזק אשר נגרם למבקשת ניתן להערכה בכסף בפן הטכני, לא נראה כי ניתן להעריך בכסף את הנזק למבקשת.
168. באפליה שביצעה המשיבה יש משום גרימת נזק כלכלי למבקשת, שכן כאמור היא נדרשת לשלם עבור המוצרים הדרושים לה מחיר הגבוה פי שלושה ממחירם המקורי בשוק. זו הפגיעה הרכושית. אולם, האפליה הובילה גם לפגיעה שאינה רכושית במבקשת. שכן, כפי שנטען, ההבחנה פוגעת מהותית בזכויותיה של המבקשת, מונעת ממנה דה-פקטו להמשיך ולהוכיח את תנאי 12 החודשים הנדרש כדי שתהא זכאית לעבור את הניתוח להתאמה מגדרית, ופוגעת בזכותה להתאים בין המראה החיצוני למגדר.
169. לכן, המסקנה המתבקשת היא כי התנאים (המצטברים) המנויים בסעיף 74 אינם מתקיימים בענייננו, ולפיכך יש להעניק צו למבקשת.
170. אם יוכח כי מתן צו מניעה מידי ומוחלט יגרום נזק חמור למשיבה, שאינו שקול נגד נזקה של המבקשת, יוכל בית-המשפט לבחון גם את האפשרות להגביל את היקפו של האיסור הנובע מהצו, אולם זאת בתנאי שהנזק, שעדיין יימשך, יהיה קטן במהותו ובהיקפו.¹³⁸ ודוק, המשיבה תידרש בכל מקרה לצמצם את הנזק שגרמה עד להקטנתו באופן משמעותי, כמבוקש. כל עוד, וכפי שהוכח, הפגיעה במבקשת היא מהותית וקשה, אין בנזק הכלכלי הצפוי למשיבה כדי לחסום את הדרך בפני מתן הצו המבוקש.

¹³¹ עניין מור, פסקה 32 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

¹³² ס' 5(א) לחוק איסור אפליה.

¹³³ ס' 3 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש), תשכ"ח 1968.

¹³⁴ שם, ס' 72.

¹³⁵ שם, ס' 74.

¹³⁶ ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"צ מ' זאב שוורץ, פ"ד (3) 785, בפסקה 11 לפסק דינו של השופט שמגר (1976) (להלן: "עניין

אתא").

¹³⁷ ע"א 715/68 פרו-פרו ביסקוויט (כפר סבא) בע"מ נ' ל' פרומין ובניו בע"מ, כג(2) 43, 59 (1969).

¹³⁸ עניין אתא, בפסקה 18 לפסק דינו של השופט שמגר.

171. בנסיבות אלה, ומשלא התקיימו התנאים הקבועים בסעיף 74 לפקודת הנזיקין, יש ליתן צו המורה על מכירת מוצרי האיפור והסרת השיער במחיר בו הם נמכרים בשוק – מעתה ואילך.
172. ומזווית אחרת, התנגדותה של המשיבה לסעד של ציווי אינה ברורה, שכן גם אם ייפסקו נגדה פיצויים, הרי שאלה ייפסקו בשיעור הזהה למחיר בו נדרשה למכור למבקשת את מוצרי הטיפוח והסרת השיער. סעד הפיצוי, מעצם טבעו, ייפסק אך ביחס לעבר (שכן מטרת דיני הנזיקין היא להחזיר את המצב לקדמותו, ולא לפצות עבור אירועים שטרם התרחשו). במצב דברים מעין זה, **דבר לא ימנע מהמשיבה – אשר מתן פיצוי טומן בחובו את המסקנה שפעלה בניגוד לחוק איסור אפליה – להמשיך ולדרוש מהמבקשת מחיר גבוה פי שלושה ממחיר השוק עבור אותם מוצרים**. המבקשת, איפוא, תידרש להגיש תביעה נוספת, בסיום תקופת מאסרה, לפיצוי נוסף בגין התקופה מאז מתן פסק-הדין הקודם. כל זאת, כאשר המשיבה היא זו שביצעה עוולה כלפיה ופעלה בניגוד לדין.
173. בנסיבות ענייננו, **אין כל הבדל מהותי בין מתן הפיצוי לבין הוצאת צו**, מלבד שסעד של פיצויים יחייב את המבקשת לפנות שוב ובאופן תכוף לבית-המשפט, בבקשה לקבל פיצוי עבור התקופה מאז פסיקת הפיצויים האחרונה שנפסקה בנושא. בנסיבות אלה, **יעיל והגיוני ליתן סעד של צו ולא של פיצוי**.

ד. פיצויים

174. בשנת 2014 הגיש האסיר אבי זריהן, תביעה ייצוגית בשם אסירי ישראל נגד שירות בתי-הסוהר ונגד זכיון הקנטינות, על הפקעת מחירי כרטיסי החיוג בשבע השנים שקדמו לתביעה.¹³⁹ חלק מטענות התביעה היו בגין "עשיית עושר שלא במשפט" וניצול המצוקה הצרכנית של האסירים – טענות היפות גם לענייננו. בית-המשפט המחוזי בתל-אביב פסק לזכותו פיצוי על-סך של 100,000 שקלים. מיום הגשת התביעה מחירי הכרטיסים ירדו והותאמו למחיר שנקבע בחוק.
175. על-פי סעיף 5(א) לחוק איסור אפליה,¹⁴⁰ זכאית המבקשת לפיצויים מכוח סעיף 76 לפקודת הנזיקין,¹⁴¹ בשיעור ההפרש שבין מחיר המוצרים המוצע בשוק לבין מחיר המוצרים המוצע בקנטינה.
176. בהתאם לכלל האמור, מן הראוי כי יחליט בית-המשפט ליתן צו עשה המורה למכור את המוצרים האמורים בבית-הסוהר עבור המחיר בו נמכרים המוצרים בשוק. לכל הפחות, נדרשת המשיבה לפצות את המבקשת בשיעור ההפרש בין המחיר בו נמכרים המוצרים בקנטינה, לבין המחיר בו הם נמכרים בשוק.
177. אם יוכח כי למשיבה צפוי נזק כלכלי חמור, בית-המשפט מתבקש לבחון את האפשרות הפתוחה של מתן תרופה משולבת המורכבת מצו מניעה ומפיצויים גם יחד, אשר תצמצם את הפגיעה החמורה הנגרמת בהפעלת הסמכות למתן ציווי, ותפצה בו זמנית את המבקשת על-ידי קביעת תשלום פיצויים על אותה מידה של פגיעה, אשר נותרת לאחר הפעלת הציווי.¹⁴²

ה. חשיבות הבקשה – יש ליתן רשות ערעור בנסיבות העניין

178. בקשה זו, המונחת על שולחנו של בית-המשפט הנכבד, מעלה סוגיות עקרוניות ומרכזיות אשר כל אחת מהן בפני עצמה מצדיקה מתן רשות ערעור בגלגול שלישי. קל וחומר, כי יש בצירוף של כלל הסוגיות גם יחד כדי להצדיק בחינה נוספת של פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי.

¹³⁹ ת"צ 24908-07-12 זריהן נ' ד.ד.ש. מפיצי הדרום - חברה לשיוק בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 3.12.14).

¹⁴⁰ ס' 5(א) לחוק איסור אפליה.

¹⁴¹ ס' 76 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש), תשכ"ח 1968.

¹⁴² עניין אתא, בפסקה 18 לפסק דינו של השופט שמגר.

179. בקשת רשות ערעור זו באה בגדר השיקולים שנקבעו בפסק-הדין המנחה שניתן בבר"ע 103/82 **חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר) חיפה בע"מ**¹⁴³ (להלן: "**חניון חיפה**"). הלכה זו הפכה עם השנים להלכה המתווה את הכללים אשר לסוג המקרים בהם תינתן רשות ערעור בגלגול שלישי. ניכר, כי נסיבות המקרה מצדיקות, ממגוון רב של טעמים שיפורטו להלן, מתן רשות ערעור:

א. הסוגיה האמורה היא **סוגיה משפטית בעלת חשיבות כללית**, אשר חורגת במובהק מעניינה האישי של המבקשת, באשר היא עשויה להיות רלוונטית גם במקרים רבים אחרים שיובאו בפני ערכאות שיפוטיות.

ב. סוגיה זו, חוסה תחת המקרים המעלים **שאלות בעלות חשיבות חוקתית**, אשר לא זכו לליבון דיו – בכלל, ובעיקר על-ידי בית-המשפט העליון. אספקת המוצרים במחיר שנקבע על-ידי המשיבה, מפלה את המבקשת על רקע היותה אישה וכחלק מאוכלוסיית הטרנסג'נדרים, ופוגעת פגיעה עמוקה בעיקרון השוויון המהותי. המשיבה היא גוף דו-מהותי, אשר פעלה בניגוד לחוק איסור אפליה, בכך שביצעה **הבחנה אסורה העולה כדי אפליה**, בין המבקשת ליתר האסירים המרצים את עונשם בבית-הסוהר מעשיהו.

ג. לא זו אף זו, **המשיבה היא מונופול** בשירות בתי-הסוהר ומהווה גוף דו מהותי. **השלכתן של סוגיות אלה על בחינת טענה לאפליה על פי חוק איסור הפליה טרם נידונה בפסיקתו של בית-המשפט העליון**. למעשה, המקרים שנידונו במסגרת חוק איסור אפליה, בבית-המשפט העליון, הם בודדים והעיקרי שבהם הוא עניין **פרוז'אנסקי**,¹⁴⁴ אשר לא דן בסוגיות של מונופולין לעניין החוק האמור. מעמדה המונופולי של המבקשת, כמו גם מאפייניה הציבוריים, מחלישים את מידת ההגנה שראוי לתת לגוף כמות, שאינו עונה להגדרת גוף פרטי גרידא. במקרה בו הפעילות שייכת במידת מה גם לתחום הציבורי, משקלה של טענת האפליה אף גובר ופגיעתה בפרטים גוברת.

ד. כמו-כן, המקרה דנן חוסה גם תחת המקרים המעלים **שאלות בעלות חשיבות ציבורית**. כאמור, המבקשת משתייכת לאוכלוסיית הטרנסג'נדרים אשר סובלת מאפליה היסטורית ומתמשכת. המשפט בישראל, בעניינה של הקהילה הגאה וחבריה, משקף את השינויים שחלו במרוצת השנים בחברה הישראלית. המבקשת היא בעלת זהות מגדרית של אישה, והיא הושמה במתקן כליאה לגברים, דבר הבעייתי כשלעצמו. **המבקשת מייצגת אוכלוסייה שלמה, עליה מוערמים קשיים בכל תחומי החיים במדינת ישראל, ובפרט במסגרת הכליאה בבתי-הסוהר**. המסר החמור המועבר בסירוב המשיבה למכור למבקשת את המוצרים הדרושים לה, במחיר השוק, ראוי שיידון על ידי בית-משפט נכבד זה. הדרך שבה מתפרשת ההבחנה שביצעה המשיבה, וכן המסר הבעייתי שהועבר, הן לא פחות חשובות מההבחנה כשלעצמה.

180. הפסיקה קבעה בנוסף, כי תינתן רשות ערעור גם במקרים שבהם נסיבות העניין מגלות **אי-צדק משווע**. הסיבה הראשונית בגינה פנתה המבקשת אל הפשיעה, בעקבותיה נגזר עליה דין הכליאה, היא מצבה הכלכלי העגום וקשיים במציאת עבודה. גם אם אין מדובר ב"ענישה כפולה" במובנה הקלאסי, הרי שהמבקשת נענשה בגין מעשיה ומרצה עונשה בבית-הסוהר. ניתן לתהות האם במצב המורכב בו שרויה המבקשת, ראוי וצודק למנוע את זכותה מלממש את עצמה כאישה. ייתכן שבמניעה זו יש כדי להוות עונש נוסף המוטל על המבקשת. משכך, גם **שיקולי צדק מחייבים ליתן רשות ערעור בנסיבות העניין**.

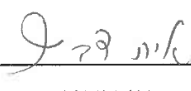
¹⁴³ רע"א 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר) חיפה בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982).

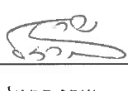
¹⁴⁴ עניין פרוז'אנסקי.

ו. סוף דבר

181. אשר על כן, מתבקש בית-המשפט הנכבד להורות כמבוקש ברישא לבקשה זו.


רותם אבידו-צאליק


איה דביר
באות-כוח המבקשת


שרי ברזל

רע"א - רשימת אסמכתאות ומקורות

חקיקה

פקודת הנציבות 04.32.00 "מרכזי מכר לאסירים".

- חוק איסור אפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.
- חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988.
- חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951.
- חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998.
- דברי הסבר לחוק איסור אפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000. ה"ח הממשלה 2871.
- חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- חוק החברות, תשנ"ט-1999.
- דברי הסבר להצעת חוק לפיקוח על איכות המזון ולתזונה נכונה במוסדות חינוך (תיקון – החלת החוק על מוסדות נוספים) התשע"ו-2016, ה"ח 3163.

הוראת נוהל של שירות בתי-הסוהר 03-4021 "מגוון מוצרים לרכישה במרכזי מכר לאסירים" נספח א' (28.8.2012).

חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

פקודת הניקיון [נוסח חדש], תשכ"ח-1967.

פסיקה

- [1] בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ, מח(5) 749 (פורסם בנבו, 30.11.94).
- [2] בג"ץ 98/69 אהרן א' ברגמן נ' שר האוצר, כג(1) 693 (פורסם בנבו, 3.7.69).
- [3] רע"א 8821/09 פבל פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (פורסם בנבו, 16.11.11).
- [4] בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289 (פורסם בנבו, 4.2.98).
- [5] רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 280 (פורסם בנבו, 23.12.99).
- [6] תא"מ 15-07-26251 ארי נ' עיר השעשועים בע"מ (פורסם בנבו, 5.3.17).
- [7] ע"א (חי') 3724/06 קיבוץ רמות מנשה נ' יצחק מזרחי (פורסם בנבו, 7.1.08).
- [8] בג"ץ 953/87 א.פורז נ' שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב-יפו, מב(2) 309 (פורסם בנבו, 23.5.88).
- [9] סע"ש 13-06-791 מרינה משל נ' המרכז לטכנולוגיה חינוכית (פורסם בנבו, 13.5.14).
- [10] בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, סג(2) 398 (פורסם בנבו, 6.8.09).
- [11] בג"ץ 6069/10 רמי מחמלי נ' שרות בתי הסוהר, 28 (פורסם בנבו, 5.5.14).
- [12] בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא 202 (פורסם בנבו, 14.5.06).
- [13] בג"ץ 1163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל, נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.2.06).

- [14] ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' ליונל אריה קסטנבאום, מו(2) 464 (פורסם בנבו, 30.4.92).
- [15] בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, מא(2) 449 (פורסם בנבו, 12.4.87).
- [16] בש"א (חיי) 1150/09 שפינדלר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.03.07).
- [17] רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולם – פורום נשים דתיות (פורסם בנבו, 9.12.15).
- [18] ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196 (פורסם בנבו, 29.11.95).
- [19] ת"א 35199-09-12 בן משה נ' א.ב.ג. רוטשילד בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 12.7.15).
- [20] בג"ץ 2311/11 אורי סבח נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.14).
- [21] ע"א (מחוזי מרכז) 39345-07-12 קיי יזמות אומנות הבילוי והפנאי בע"מ ואח' נ' שרגא ואח' (פורסם בנבו, 9.1.13).
- [22] עת"א (מחוזי מרכז) 28629-08-15 רוזליו נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 15.5.2016).
- [23] עת"א (מרכז) 20841-01-12 שניר מקייטן נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 23.2.12).
- [24] בג"ץ 7823/10 תנועת יש גבול נ' הוועדה המייעצת למינויים לתפקידים בכירים (פורסם בנבו, 18.1.11).
- [25] בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94 (1995).
- [26] דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (פורסם בנבו, 10.12.00).
- [27] בג"ץ 8035/07 רונן אליהו נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 21.5.08).
- [28] עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, סד (2) 1 (פורסם בנבו, 15.9.10).
- [29] בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, סג(2) 545 (פורסם בנבו, 19.1.09).
- [30] בג"ץ 316/03 מחמד בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, נח(1) 249 (פורסם בנבו, 11.11.03).
- [31] בג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים ו-11 אח' נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, נח(3) 65 (פורסם בנבו, 3.3.04).
- [32] בג"ץ 5016/96 ליאור חורב נ' שר התחבורה ואח', נא (4) 1 (פורסם בנבו, 13.4.97).
- [33] עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי סוהר, פ"ד נ(4) 136 (פורסם בנבו, 25.8.96).
- [34] בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294 (פורסם בנבו, 10.4.80).
- [35] בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (פורסם בנבו, 11.8.98).
- [36] תא (ת"א) 47045/05 אריאל נ' אולטים עסקים בע"מ (פורסם בנבו, 11.7.06).
- [37] ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13 (פורסם בנבו, 27.9.05).
- [38] רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ (פורסם בנבו, 25.3.10).
- [40] ע"א 2920/90 של העובדים בארץ ישראל נ' מדינת ישראל, מז(1) 397 (פורסם בנבו, 4.3.91).
- [41] "א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"צ מ' זאב שוורץ, ל(3) 785 (פורסם בנבו, 5.9.76).
- [42] ע"א 715/68 פרו-פרו ביסקוויט (כפר סבא) בע"מ נ' ל' פרומין ובניו בע"מ, כג(2), 43 (פורסם בנבו, 8.9.69).

[43] ת"צ 24908-07-12 זריהן נ' ד.ד.ש. מפיצי הדרום - חברה לשיווק בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 3.12.14).

[44] רע"א 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר) חיפה בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (פורסם בנבו, 13.7.82).

ספרות ומאמרים

[א] משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור אפליה במוצרים ושירותים" **עלי משפט** ג 15 (2003).

[ב] ברק מדינה "איסור אפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית" **עלי משפט** 37 (תשע"ג).

[ג] סימון דה בבואר **המין השני** כרך שני (בבל) (2007).

[ד] מיטל פינטו "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי" **משפט ועסקים** טז 109 (2013).

[ה] האגודה לזכויות האזרח "עמדת האגודה לזכויות האזרח בעניין הזכות לשוויון בהצעת החוקה" (2010).

[ו] אהרן ברק **פרשנות במשפט** חלק ב' (הוצאת נבו) (תשנ"ג).

[ז] אהרן ברק **פרשנות בחקיקה** פרק שני (תשע"ג).

[ח] ד"ר שרון רבין-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?" **הפרקליט** מד (תש"ס).

[ט] משה כהן אליה "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור האפליה בפסיקת בית-המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?" **משפט וממשל** יז 2 (2015).

[י] ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" **משפט וממשל** יז 63 (תשע"ו).

[יא] אמנון רובינשטיין; ערן דויד "המדינה היא לא עסק פרטי" פרופ' נילי כהן; פרופ' עופר גרוסקופף, **ספר דניאל עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן** 855 (תשס"ח).

[יב] [חיים פרשטמן גבולות ההפרטה \(הוצאת מכון ון-ליר\)](#).

[יג] עלי בוקשפן "על חברה וחברה ועל מעמדו של סעיף 11 לחוק החברות" **משפט ועסקים** א (תשס"ד).

[יד] [נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה "תחושות וחוויות אפליה של מועסקים מקהילת הלהט"ב בשוק העבודה בישראל" \(2015\)](#).

[ט"ו] [יואב פלד הפשע משתלם: מה ניתן ללמוד מהניסיון האמריקאי בהפרטת בתי הכלא \(מרכז אדווה\) \(2002\)](#).

מקורות אינטרנטיים

[1] [אתר שירות בתי הסוהר, חובות וזכויות האסיר, "רכישה בקנטינה"](#).

[2] [נורה גרינברג "עובדות ומושגי יסוד"](#).

[3] [אתר Ynet "אפליה: 32% מהטרנסג'נדרים לא מועסקים" \(2016\)](#).

[4] [משה גולן "הלמ"ס: שיעור האבטלה בישראל ירד ב-2016 ל-4.8%" גלובס \(31.1.2017\)](#).

[5] [אתר "מכבי"](#).

[6] [עין-יה זיו-טל "מעשיהו כמשל" 6 רואים שב"ס – בטאון שירות בתי הסוהר 5 \(ספטמבר 2013\)](#).

[7] [עו"ד עופר סולר "מי ימנע עבודת מוצרי קוסמטיקה וביגוד מיוחד?" \(2011\)](#).

[8] [שמחה סיגן "מסקרה בשבילי וסומק לבעלי" \(2004\)](#).

[9] [איתי יעקב "שמת לי פודרה : למה מותגי האיפור מעדיפים גברים כפרזנטורים?" \(2017\).](#)

ראיונות

[1] ראיון עם פרופ' משה כהן-אליה, נשיא המרכז האקדמי למשפט ועסקים (23.11.2016).

חקיקה זרה

[1] [U.S CONST. amend. 14.](#)

פסיקה זרה

[1] [Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228 \(1989\).](#)

ספרות זרה

[1] [Human Rights and Gender Identity, Commissioner for Human Rights, Strasbourg 29.7.09 36.](#)

בשבתו כבית-משפט
לערעורים אזרחיים

בעניין: **גב' ליאור ישראלי**

ע"י ב"כ גב' שרי ברזל, גב' איה דביר וגב' רותם אבידר-צאליק
מרחוב כנפי נשרים, הרצליה

המבקשת

- נ ג ד -

טעם טוב לחיים קנטינת מעשיהו בע"מ

ע"י ב"כ מר עמרי קולטין, גב' סתיו לביא ומר אוהד טואטי
מרחוב כנפי נשרים, הרצליה

המשיבה

תגובת המשיבה לבקשת רשות הערעור

המשיבה, חברת טעם טוב לחיים קנטינת מעשיהו בע"מ (להלן: "הקנטינה" או "מרכז המכר" או "החברה"), מתכבדת בזאת להגיש לבית-המשפט את תגובתה לבקשת רשות ערעור. בית-המשפט הנכבד מתבקש שלא ליתן רשות ערעור, ולמצער, לדחות את הערעור לגופו. במסגרת זו, מתבקש בית-המשפט הנכבד לדחות את בקשת המבקשת למתן צו אשר יורה לקנטינה למכור מוצרי טיפוח בגובה עלותם במחיר השוק, וכמו-כן שלא לפסוק פיצוי למבקשת בסך גובה הפער בין מחיר השוק של מוצרי הטיפוח, למחיר בו נמכרים מוצרי טיפוח נשיים על-ידיה בין כותלי בית-הסוהר.

א. פתח דבר

1. האם מרכז המכר, שמפעילה חברה פרטית בבית-הסוהר, מחויב למכור מוצרים במחירי הפסד לאסירה? זוהי השאלה הדורשת הכרעה בהליך זה, וכפי שנראה להלן – לאור בחינת עקרון השוויון באספקלריה של המשפט הפרטי – התשובה על שאלה זו היא בשלילה.
2. שירות מרכזי המכר, הפועל במסגרת בתי-הסוהר, נועד בראש ובראשונה לטובת ולרווחת האסירים. פתיחה של קנטינה לטובת האסירים היא פעולת רווחה שאינה מנויה בגדר זכויותיהם.¹ רוצה לומר, לאסיר אין זכות מוקנית לרכוש מוצרים בקנטינה. לפיכך, שירותי קנטינה אינם בגדר צורך חיוני, ואינם מחויבים, אלא יש בהם רק משום שיפור תנאי הכליאה של האסיר.² כלל בתי-הסוהר בישראל מתירים למרכזי מכר, המופעלים על-ידי זכין פרטי, לפעול בשטחם. אף על-פי כן, הפעלת מרכזי המכר בין כותלי בית-הסוהר אינה משליכה באופן אוטומטי על היקף

¹ ת"צ (מחוזי מרכז) 9231-09-12 **טסלר נ' ד.ד.ש. מפיצי הדרום – חברה לשיווק בע"מ**, בפס' 7 לפסק-דינה של השופטת שטמר (פורסם בנבו, 29.11.2016) (להלן: "עניין טסלר"); בש"א (מחוזי חי') 1150/07 **שפינדלר נ' מדינת ישראל**, בפס' 2 לפסק-דינו של השופט שפירא (פורסם בנבו, 25.3.2007) (להלן: "עניין שפינדלר").
² שם.

החובות שחבה החברה הפרטית שמפעילה אותם למען ציבור האסירים. למעשה, שירות בתי-הסוהר עצמו מגדיר את השירות שאותו מספקות הקנטינות לאסירים כמכירת מוצרים, שהם בגדר "טובות הנאה", שעצם האפשרות לרכישתם מותנית בהתנהגותו הטובה של האסיר.³ לפיכך, בחינת חובות הקנטינה ושאלת ההפרה שלהן, צריכה שתעשה מתוך הבנה כי עסקינן בגוף פרטי שהמנדט שניתן לו לפעול בין כותלי בית-הסוהר נועד בראש ובראשונה להיטיב עם האסירים.

3. חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000 (להלן: "חוק איסור הפליה") נועד להתמודד עם ההשלכות השליליות של תופעת ההפליה במתן שירותים ציבוריים במגזר הפרטי, אשר עיקרן בפגיעה קשה בכבוד-האדם של קורבנותיה. החוק יוצר איזון ייחודי בין נורמות מתחומי המשפט הציבורי לבין זכויות בעלי העסקים במסגרת המשפט הפרטי.⁴ לאור איזון זה, ובזכרנו כי עקרון החירות הוא הכלל המרכזי במסגרת המשפט הפרטי והשוויון אך החריג לו, ברי כי לא ניתן לחייב את המשיבה לספק למבקשת שירותים במחיר הפסדי, ובפרט מהטעמים הבאים:

4. ראשית, משום שחוק איסור הפליה אינו חל על כל פגיעה ערטילאית ובלתי-מתוחמת בעקרון השוויון, אלא רק על פגיעות התואמות את העילות הנקובות בחוק. אין מקום להחיל את החוק על מקרה זה משום שהפליה מחמת מגדר – השתייכות לקהילת הטרנסגינדרים – אינה מנויה כפי שעולה בלשון החוק.

5. שנית, גם אם יוחלט להחיל את החוק על המקרה דנן, אין מדובר בהפליה אסורה לאור האיזון בין הזכויות והאינטרסים המתנגשים. על-אף שמוצרי טיפוח נשיים משמשים מבין הכלים המרכזיים באמצעותם מבטאות טרנסגינדריות (MTF) את המגדר הרצוי עבורן, אין מוצרים אלה מהווים מצרכים בסיסיים ששומה על שירות בתי-הסוהר לאפשר את צרכתם ללא הגבלה. ונסביר: מדיניות החברה המפעילה את הקנטינות אינה יוצרת מניעה מוחלטת בדבר האפשרות לצרוך מוצרי טיפוח בכלא הגברים, אלא רק דורשת עבורם מחיר הגבוה מזה שמקובל בשוק החופשי – וזאת כתוצאה מהביקוש הנמוך למוצרים במערכת בתי-הסוהר בהשוואה לביקוש הקיים בשוק, שכן כל תמחור נמוך יותר מכפי שנקבע יוביל את הקטינה להפסדים.

אולם יש לזכור: הקנטינה מופעלת על-ידי חברה פרטית, אשר כל תכליתה וייעודה הם שיקולים כלכליים, דוגמת השאת רווחים, שיקולים לגיטימיים המאפיינים את מרבית החברות הפרטיות הפועלות על-פיהם.⁵ הביקוש למוצר הוא קריטריון מבחין לגיטימי, אשר בינו לבין התכלית הכלכלית, למענה פועלת הקנטינה, מתקיים קשר רציונלי מובהק. משום כך, אין לראות במדיניות הקנטינה משום הפליה אסורה, אלא יש לפרש אותה כהבחנה מותרת. אין כל חוק או דין שמכוחו ניתן (או ראוי) לחייב את המשיבה – עסק פרטי – לפעול במוזל כלכלי הפסדי, כפי שדורשת למעשה המבקשת.

6. שלישית, ככל שייקבע כי מדיניות התמחור מהווה הפליה אסורה, לשיטת המבקשת, הסעד הנאות במקרה דנן הוא פיצויים בלבד, שייקבעו בגובה ההפרש בין גובה המחיר שקבעה הקנטינה עבור מוצרי הטיפוח הנשיים בכלא, לבין מחירם בשוק – ובניגוד לבקשת המבקשת למתן סעד של ציווי. הסיבה לכך טמונה בעובדה כי סעד של ציווי יגרום לפגיעה משמעותית בזכויות הכלכליות של החברה הפרטית המפעילה את הקנטינה, ויש לשמרו אך למקרים קיצוניים בלבד, אשר ענייננו זה אינו נופל בגדרם.

³ לעניין הגדרת הזכאות של אסירים לשירותים הניתנים במרכזי המכר ראו הוראת שירות בתי-הסוהר 04.32.00 "מרכזי מכר לאסירים" www.gov.il/he/Departments/policies/043200 (להלן: "פקודת נציבות בתי הסוהר").

⁴ שם.

⁵ ראו סי' 11(א) לחוק החברות התשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות"), לפיו "תכלית חברה היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה...".

7. על כל זאת ועוד נפרט להלן.

ב. עיקרי העובדות הצריכות לעניין

8. המבקשת היא אישה טרנסגינדרית שנולדה במין זכר, אשר הורשעה בביצוע מעשה שוד מזוין ומרצה כיום עונש מאסר של 18 חודשים בבית-הסוהר מעשיהו. המבקשת מעוניינת לעבור ניתוח לשינוי מין, וכחלק מהתנאים שקובע החוק, מכוחו פועלת הוועדה הרב-מקצועית לניתוחים לשינוי מין של משרד הבריאות (להלן: "הוועדה"), היא נדרשת לרכוש ניסיון מוכח בזהות המגדרית המבוקשת במשך 12 חודשים לפחות, לצורך קבלת אישור הוועדה.
9. המבקשת, אשר לא הצליחה לעמוד במילוי תנאי זה בטרם כליאתה, מעוניינת לממש אותו במהלך ריצוי עונשה, ולפיכך ביקשה לרכוש מוצרי טיפוח נשיים בקנטינה. ואכן, הקנטינה נענתה לבקשתה זו, אולם הסבירה כי היא נאלצת לגבות עבור המוצרים המבוקשים מחיר הגבוה פי שלושה ממחירם המקובל בשוק, וזאת נוכח העובדה שבשים לב לביקוש הנמוך בכלא, עבור המוצרים המבוקשים על-ידה, מכירתם במחיר נמוך מכך תוביל להפסדים. תביעת המבקשת, לפיה מדיניות התמחור של הקנטינה מהווה הפליה אסורה אשר פוגעת בזכותה לממש את זהותה המגדרית בבית-הסוהר, נדחתה בבית-משפט השלום, וערעורה לבית-המשפט המחוזי נדחה גם כן. כתוצאה מההחלטות דנן, הגישה המבקשת בקשת רשות ערעור לבית משפט נכבד זה, נושא תגובה זו.
10. בטרם נפנה לבחינת טענות המבקשת לגופן, נדגיש כי הקנטינה שעומדת בליבת הדיון היא מרכז מכר שמפעילה חברת טעם טוב לחיים קנטינת מעשיהו בע"מ בבית-הסוהר מעשיהו – זכיון פרטי שזכה במכרז ציבורי שפרסמה מחלקת הרכישות של שירות בתי-הסוהר, לשם הפעלת מרכז מכר בתחומי בית-הסוהר. המוצרים הנמכרים בקנטינה נקבעים בהתאם לנהלי מחלקת הרכש של שירות בתי הסוהר.⁶ סכום הרכישה שכל אסיר רשאי לעשות בו שימוש, מדי חודש, עומד על-סך של 1,600 ש"ח ולאסירות ניתן סכום רכישה נוסף בסך של 200 ש"ח לחודש, לרכישת מוצרי היגיינה אישיים.⁷ לכל אסיר ניתנת האפשרות לרכוש בקנטינה בתדירות של פעמיים בחודש ובכל רכישה רשאי האסיר לעשות שימוש בעד מחצית מסך תקציבו החודשי.⁸

ג. אחריות הקנטינה לפי חוק איסור הפליה

ג1. המסגרת הנורמטיבית – מטרות החוק והיקף תחולתו

11. חוק איסור הפליה נועד להתמודד עם תופעת ההפליה במגזר הפרטי, במקרים בהם שורש המדיניות המפלה נטוע בהשתייכותו הקבוצתית של הפרט המופלה לרעה.⁹ החוק מבקש להתמודד עם ההשלכות השליליות של תופעת ההפליה בחברה הישראלית, אשר עיקרן בפגיעה קשה בכבוד-האדם של קורבנותיה, ובאמצעות יצירת איזון ראוי בין עקרון השוויון לבין שמירה על חופש ההתקשרות, חופש העיסוק והזכות לקניין.¹⁰ בשל מטרותו הייחודית של החוק והאיזון שהוא מבקש להשיג, קובע החוק שורה של תנאים אשר על הטוען להפליה נגדו להוכיח את התקיימותם:
12. ראשית, הגם שהחוק חל על עסקים פרטיים, תחולה זו מוגבלת לעסקים המציעים שירותים ציבוריים.¹¹ סעיף 2 לחוק מגדיר מה ייחשב כ"מקום ציבורי" או כ"שירות ציבורי" לטובת החלת החוק, כאשר אינו יוצר רשימה סגורה של מקומות או שירותים החוסים תחת הוראותיו, אלא החלת חבות על כל מי שמפעיל עסק שמטבעו פתוח לציבור

⁶ ס' 8א לפקודת נציבות בתי הסוהר.

⁷ שם, בס' 11א לפקודה.

⁸ שם, בס' 12 לפקודה.

⁹ הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000 ה"ח 371 (להלן: "הצעת חוק איסור הפליה").

¹⁰ שם.

¹¹ ס' 3 לחוק איסור הפליה.

- הרחב או שמציע מוצרים או שירותים שהציבור זקוק או מעוניין בהם.¹² עם זאת, משום שהחוק יוצר עילת תביעה אזרחית, אופיו של הגוף עליו מוחל החוק אינו משפיע על היקף תחולת החובות שהוא מטיל. ודוק, כאשר עסקינן בתחולת עקרון השוויון במשפט הפרטי עלינו לזכור כי האיזון בין ערך זה לעומת זכויות ואינטרסים מתנגשים, שונה מזה שקיים במסגרת המשפט הציבורי – זאת משום שהחובה שלא להפלות מוטלת בראש ובראשונה על רשויות השלטון,¹³ ושהחלת עקרון השוויון על גופים פרטיים מהווה החריג לסטנדרט הנהוג במשפט האזרחי.¹⁴
13. שנית, סעיף 3 לחוק איסור הפליה קובע שמדיניות מבחינה תהא אסורה על-פיו רק כאשר היא נשענת על השתייכותו של הטוען להפליה, לאחת הקבוצות המנויות בחוק. במסגרת זו, החוק מבקש ליצור הגנה מיוחדת מפני הבחנה הפוגעת בקבוצות שסבלו מהפלייה באופן היסטורי.¹⁵ רשימת העילות שהפלייה מחמתן היא אסורה, מנויה בסעיף 3 לחוק וכוללת: גזע, דת, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי או הורות; ולאחרונה, נוסף אף מקום מגורים. בדומה לחוקי איסור הפליה נוספים, מדובר ברשימה סגורה,¹⁶ ועל הטוען להפלייתו לפי חוק זה להוכיח שהיחס השונה כלפיו נובע מהשתייכותו לאחת הקבוצות או הקטגוריות האמורות.¹⁷
14. שלישית, החוק אינו אוסר על כל יחס מבחין המתבסס על אחת העילות הנקובות בסעיף 3 לחוק, אלא רק על יחס שעולה כדי הפלייה אסורה.¹⁸ כלומר, לצורך גיבוש עילת תביעה לפי חוק זה, על התובע להוכיח כי ישנו קשר בין השתייכותו הקבוצתית לבין היחס השונה שהוא טוען לו; וכאשר קיים קשר רלוונטי בין מאפייני הקבוצה שטוענת להפלייתה לבין המטרה הלגיטימית שמבקשים הנתבעים להגשים, לא יראו במעשיהם כהפליה, כי אם הבחנה מותרת.¹⁹ קיומו של איזון זה בנוסח החוק, מלמד כי נוסחת האיזון שמבקש החוק להחיל היא הנוסחה האריסטוטלית שאוסרת על יחס שונה לשווים, כאשר במקרים בהם היחס השונה מתחייב מאופיים של המקום או השירות הציבוריים, לא יראו ביחס השונה כהפליה אסורה לפי חוק זה.²⁰ ודוק, הקביעה בלשון החוק של עילות על-בסיסן תהא ההפליה אסורה וצידוקים שעל-בסיסם תהא האבחנה מותרת, יוצרת איזון שונה בין הזכות לשוויון לבין זכויות ואינטרסים המתנגשים בה – מהאיזון הקיים במשפט הציבורי, אשר אוסר על כל החלטה שפוגעת בשוויון באופן שרירותי; ואוסר על כל פגיעה בשוויון שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.²¹
15. כחלק מהאיזון הייחודי שיוצר החוק, מידת החיוניות של המוצרים והשירותים שבהם מדובר משפיעה גם היא על היקף החובה לספק אותם באופן שוויוני. לאמור, ככל שהשירות הנדון חיוני פחות והפגיעה בזכויות בעל העסק גדולה יותר, מתקיים טעם לאפשר את המדיניות המבחינה, גם אם יש בה משום פגיעה מסוימת בזכות הנתבע לשוויון.²²

¹² הצעת חוק איסור הפליה, בעמ' 371.

¹³ בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קווי אוויר למטען נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 204 (1992).

¹⁴ רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, בפס' 18 לפסק-דינו של השופט דניצגר (פורסם בנבו, 16.11.2011) (להלן: "עניין פרוז'אנסקי"); ראו גם משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" עלי משפט ג 15, 25 (2003) (להלן: "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה").

¹⁵ הצעת חוק איסור הפליה, בעמ' 370.

¹⁶ ראו, למשל, חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק שוויון הזדמנויות בעבודה").

¹⁷ ת"א (מחוזי חי') 2786/07 עקיבא נ' בא לגן יגור בע"מ, בעמ' 5 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 14.1.2010) (להלן: "עניין בא לגן יגור"); ע"א (מחוזי חי') 3724/06 קיבוץ רמות מנשה נ' מזרחי (פורסם בנבו, 8.1.2008) (להלן: "עניין רמות מנשה"); בר"ע (מחוזי י-ם) 478/08 ג.י.א.ת. ניהול והשקעות בע"מ נ' מור, בפס' 10 לפסק-דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו, 25.9.2008) (להלן: "עניין ג.י.א.ת."); ע"א (מחוזי נצ') 198/09 סרור נ' חברת ריזנט מיוזיק בע"מ, בפס' 5 לפסק-דינו של השופט כהן (פורסם בנבו, 5.11.2009) (להלן: "עניין סרור").

¹⁸ עניין ג.י.א.ת, שם, בפס' 10 לפסק-דינו של השופט זילברטל.

¹⁹ ס' 3(ד) לחוק איסור הפליה.

²⁰ כך, למשל, סירובו של בעל מועדון שעורך פעילות שנועדה לפנויים ופנויות לאפשר את כניסתם של אנשים נשואים למקום הבילוי, לא תיחשב כהפליה אסורה, אלא כהבחנה מותרת הנשענת על שוני רלוונטי ומוצדק מחמת אופיים של המקום הציבורי והשירות המוצע בו. ראו הצעת חוק איסור הפליה, בעמ' 372.

²¹ ראו, לדוגמה, את דעת-המיעוט של השופט ג'ובראן בעניין פרוז'אנסקי, שם ביקש לבחון את הפגיעה בשוויון בתביעה לפי חוק איסור הפליה דרך מבחני פסקת ההגבלה. מעצם כך שדעתו נשארה כדעת מיעוט ניתן ללמוד שאין זו ההלכה הנוהגת בישראל.

²² ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית" עלי משפט ג 45-46 (2003) (להלן: "מדינה").

16. נוסף לכך, עקרון השוויון המוגן בחוק נוגע רק למוֹבן השלילי של הזכות – בניגוד לחוקים אחרים ולנורמות המשפט הציבורי אשר מגנים גם על מובנו החיובי.²³ לאמור, חוק איסור הפליה אינו מטיל חובת עשה, אלא מסתפק אך בהטלת חובה על גופים פרטיים שלא לפגוע בזכות זו (קרי – לא להפלות). עדות לכך ניתן לראות בהשוואת נוסח החוק לנוסחו של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, אשר מטיל חובת עשה אקטיבית על גורמים פרטיים, כדוגמת ביצוע התאמות סבירות במקרים מסוימים.²⁴ לעומתו, חוק איסור הפליה יוצר חובה אקטיבית רק בעניינים הקשורים להפליה מחמת מוגבלות,²⁵ בעוד שהאיסור המרכזי בחוק, המנוי בסעיף 3 לו, אוסר רק על גריעה מזכות נתונה – היינו, איסור כניסה למקום ציבורי, סירוב לספק שירותים ומוצרים או להתנות את אספקתם בתנאים אשר לא נדרשים מלקוחות אחרים. לפיכך, חוק איסור הפליה אינו מטיל על נתני שירותים ציבוריים חובה לספק שירות לקבוצה מסוימת ובתנאים טובים מאלה הניתנים לכלל האוכלוסייה, במטרה להגשים שוויון מהותי.

17. בפני אלה המבקשים לעשות בחוק שימוש במטרה לקבל סעד, מכיר החוק בקשיים הניצבים בפני פרט אשר סבל מהפליה, בעת פנייתו למערכת המשפט ובעיקרם בשל פערי המידע בינו לבין הנתבע.²⁶ הכרה זו הובילה לקביעת מנגנונים בחוק אשר נועדו להקל על נטל ההוכחה שנדרש לשאת בו התובע לשם הוכחת עילתו, דרך קביעת מצבים עובדתיים שהוכחתם על-ידי התובע תהווה חזקה הניתנת לסתירה כי הנתבע פעל בניגוד להוראות סעיף 3.

18. המצבים העובדתיים שמקימים את החזקה, מנויים בסעיף 6 לחוק, וכוללים מצב בו הנתבע סירב לספק את שירותיו, לאחר שבירר פרטים הנוגעים לעילות ההפליה המנויות בסעיף 3; מצב בו הנתבע סירב לספק את שירותיו לפרטים הנמנים עם קבוצה המאופיינת, לפי אחת או יותר, בעילות ההפליה המנויות בסעיף 3, ולא סירב כאמור, באותן הנסיבות, לפרטים אחרים שאינם נמנים עם אותה קבוצה; ומצב בו הנתבע התנה את אספקת שירותיו לפרטים הנמנים עם קבוצה מבין הקבוצות המנויות בסעיף 3, בקיום תנאי אשר לא נדרש ממי שאינם נמנים עם אותה קבוצה.²⁷

19. מכלל האמור, חוק איסור הפליה מבקש להתמודד עם תופעת ההפליה בתחומי המשפט הפרטי. עם זאת, לאור היותם של העקרונות אותם מבקש החוק לקדם חריגים לכללים הרגילים החלים על תאגידי פרטיים במסגרת המשפט האזרחי, מחיל החוק מנגנון איזון מובנה בין זכויות התאגיד לאלו של הפרט. בהתאם, ובהתכתבות גם עם הטענות שמעלה המבקשת בבקשתה, על-מנת לבחון האם תמחור מוצרי הטיפול בקנטינה עולה כדי הפליה אסורה בהתאם לחוק, עלינו להידרש לבחינת השאלות הבאות:

- האם הקנטינה היא מקום ציבורי בהתאם להגדרת החוק, ומהו היקף החובות החלות עליה בהתאם למעמדה;
- האם קבוצת הטרנסגינדרים נכללת במסגרת העילות שהפליה מחמתן היא אסורה, כאמור בסעיף 3 לחוק;
- האם הסיבות המצויות בבסיס מדיניות התמחור מהוות הבחנה מותרת או הפליה אסורה;
- האם השפלה מהווה יסוד מיסודות העילה שמקים חוק זה;

²³ החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים, בעמ' 22–23.
²⁴ ס' 8(ה)2 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, התשנ"ח-1998 (להלן: "חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות"), קובע שהפליה כוללת: "א...ביצוע התאמות הנדרשות מחמת צרכיו המיוחדים של אדם עם מוגבלות אשר יאפשרו את העסקתו".
²⁵ ס' 3(ה) לחוק איסור הפליה.
²⁶ הצעת חוק איסור הפליה, בעמ' 373.
²⁷ ס' 6 לחוק איסור הפליה.

- האם חלות בעניין זה חזקות הנקובות בסעיף 6 לחוק;
 - אם יוחלט כי מדיניות התמחור בה נוקטת הקנטינה מהווה הפליה אסורה, ובניגוד לעמדת המשיבה, לאילו סעדים זכאית המבקשת.
- להלן נבחן את השאלות כסדרן.

ג)2. מעמדה של הקנטינה – האם מדובר במקום ציבורי ומה היקף החובות החלות עליה?

20. הקביעה האם הקנטינה היא "מקום ציבורי"; והאם השירותים שמוצעים במסגרתה הם "שירותים ציבוריים" הכרחית לשם הקביעה המקדמית בדבר תחולת החוק. כאמור לעיל, סעיף 2 לחוק איסור הפליה מגדיר מה ייחשב כמקום ציבורי או כשירות ציבורי, לשם תחולת החוק. אין חולק כי מקום דוגמת הקנטינה, שפועלת בין כותלי בית-הסוהר ומספקת שירותי מכירה של מוצרי צריכה לציבור האסירים, עונה על הגדרת הסעיף. עם זאת, המבקשת טוענת שלא רק שמדובר במקום ציבורי, אלא שעסקינן בגוף דו-מהותי בעל שליטה מונופוליסטית בשוק מוצרי הצריכה בבית-הסוהר ומשכך חלה עליו חובה מוגברת לנהוג בשוויון. לכך לא נוכל להסכים. נעמוד על הטעמים לכך.
21. ראשית, לעניין מעמדה של הקנטינה כגוף מונופוליסטי, הנחה זו נשענת על סברה כי החברה המפעילה את הקנטינה היא בעלת הזכויות הבלעדית להפעלת מרכז מכר שמספק שירותים מסוג זה בין כותלי בית-הסוהר. ומשכך, רכישת מוצרים ממנה היא האופציה היחידה העומדת בפני אסיר שמבקש להשיג מוצר מבין מוצריה, בהיותו "קהל שבו". ברם, סברה זו איננה נכונה כלל. בעניין שפינדלר, אשר עסק בתביעה צרכנית של אסיר נגד מדיניות התמחור של קנטינה אחרת, דחה השופט שפירא טענה מסוג זה באומרו כי "...הקנטינות מספקות שירות כדי לשפר את תנאי מחייתו ואולם אסיר אינו מחויב להיזקק להן. יתרה מזאת, אסיר רשאי לקבל ממשפחתו מוצרים שונים הנקנים מחוץ לכותלי בית הסוהר, בכפוף לנהלי שבי"ס וביקורת בטחונות. מכאן שההנחה שאוכלוסית הכלואים היא 'צרכן שבו' המחויב לקנות בקנטינות אינה מבוססת".²⁸
- עינינו הרואות: טענה זתה לזו של המבקשת נדונה בפסיקה, ונדחתה, מכיוון שלאסירים – למעשה – אפשרויות רבות לאספקת מוצרים מלבד מרכזי המכר בבתי הסוהר.
22. ראיה מרכזית לכך שהקנטינה אינה מהווה מונופול, ניתן למצוא באפשרות ל"רכש חוץ", הניתנת לאסירים בבית-הסוהר. במתכונת זו, האסירים רשאים להגיש למפקד היחידה בקשה לאישור "רכש חוץ" לקניית מוצרים שאושרו פרטנית על-ידי הוועדה לתנאי מחיית אסירים. מפקד היחידה נדרש לשקול את בקשת האסירים ולהחזיר להם תשובה מנומקת על-גבי טופס, בדבר אישור או דחיית הבקשה, ולאחר שהתייעץ עם הגורמים הרלוונטיים.²⁹
23. העולה מן האמור הוא שהמבקשת יכולה הייתה להגיש בקשה למפקד היחידה כדי שייבחן אם ניתן לאשר לה לקנות את מוצרי הטיפוח דרך מנגנון "רכש חוץ", ובכך סביר כי הייתה באה אל סיומה המחלוקת, הנובעת מכך שהקנטינה מציעה לממכר מוצרי טיפוח נשיים, במחירים הגבוהים מהמחירים המקובלים בשוק.
24. לא זו אף זו, ככל שהמבקשת טוענת כי מדובר במוצרים חיוניים עבורה, בקשת רכישת המוצרים דרך מסלול "רכש חוץ" הוא גם המסלול הראוי להשגתם. נסביר. ההבדל בין רכישת מוצרים דרך הקנטינה או במסלול "רכש חוץ" הוא בעיקרו חלוקתי. בשני המסלולים עושה האסיר שימוש בכסף שמופקד בחשבון האסיר שלו, אלא שבמסלול הראשון הקנטינה נושאת בעלויות הנלוות לאספקת המוצרים לאסיר (הובלה, אחסון וכו'); ובשני, שירותי-בתי-הסוהר נושא

²⁸ עניין שפינדלר, בפס' 2 לפסק-דינו של השופט שפירא.
²⁹ ס' 17(1)(ב) לפקודת נציבות בתי הסוהר.

בעלויות. משום שתפקיד הקנטינה אינו נוגע להגשמת זכויות-אדם מהותיות של האסירים, אלא אספקת האפשרות לרכוש טובות הנאה במטרה להגביר את הרווחה האישית של האסירים במהלך ריצוי עונשם בבית-הסוהר,³⁰ ככל שאכן עסקינן במוצר חיוני אין כל הצדקה בדין להשית את עלות אספקת המוצר על הקנטינה.

25. יטען הטוען, כי הגם שקיים מסלול ל"רכש חוץ", אין מטרתו לייבא לבית-הסוהר מוצרים שמייבאת הקנטינה במחירים זולים יותר, אלא אך לאפשר רכישת מוצרים שאינם מסופקים כדרך קבע בקנטינה. אחרת, כל אסיר המעוניין במוצר צריכה, הנמכר במחיר יקר יותר במסגרת שירותי הקנטינה בהשוואה למחירו בשוק, יבקש לעשות שימוש תדיר במסלול זה וכך תוצף הנהלת בתי-הסוהר בבקשות מסוג זה. אכן, ניתן לטעון שקיימת סכנה ל"מדרון חלקלק" בהיבט כמות הבקשות המוגשות, במידה שתאושר בקשת "רכש החוץ" לייבא לבית-הסוהר מוצרי טיפוח נשיים במחירי השוק. אולם, כבר נקבע בעבר כי אין בטענות מסוג זה לסייע, בהיעדר הצגת נתונים ממשיים המבססים את החשש הנטען;³¹ ושנית, כאן המקום להזכיר את שיקול-הדעת המנהלי הנתון למנהל בית-הסוהר בבואו לאשר בקשות ל"רכש חוץ". נראה כי בקשה למוצר שיש לו חשיבות מיוחדת עבור אחד האסירים, כשם שחשובים מוצרי הטיפוח הנשיים למבקשת, היא שונה במהותה מבקשה של אסיר אחר לצרוך מעדן חלב במחיר הנמוך מכפי המוצע בקנטינה. לכן, נדמה כי ניתן להתמודד עם החשש מפני מדרון חלקלק, בהפעלת שיקול-הדעת בצורה סבירה, כפי שמצופה מרשות מנהלית הנהנית מחזקת החוקיות לפעול בכל מקרה. לאור העובדה כי נוסח הפקודה אינו מפרט כלל אילו מוצרים ניתן לייבא דרך מסלול זה, נראה שפרשנות המאפשרת לשירות בתי-הסוהר להחליט במסגרת שיקול-דעת רחב, היא הפרשנות הראויה כאן.³²

26. שנית, לעניין מעמדה של הקנטינה כגוף דו-מהותי, המבקשת טוענת כי מעמדה של הקנטינה נגזר מקיומן של סמכויות שלטוניות הנמצאות בידיה, בפועלה למען "אינטרס ציבורי" ומכך שהמדינה העניקה לה זכיונות בלעדית.³³ אמנם, הקנטינה אכן פועלת למען אינטרס ציבורי - שיפור רווחת האסירים, אך מכך אין עולה כי היא מפעילה סמכות שלטונית. הסמכות השלטונית נתונה לשירות בתי-הסוהר, ולא לחברה המפעילה את הקנטינה. שירות בתי-הסוהר יכול להתנות את זכות הגישה לקנטינה, בכפוף להתנהגות האסיר, ולהפעיל פיקוח נוקשה על פעילות הקנטינה, החל במועדי פתיחתה וסגירתה, וכלה במגוון המוצרים אשר יורשו להימכר במסגרתה.³⁴ נוסף לכך, כפי שצינו לעיל, העובדה שניתן למשיבה הזיכיון הבלעדי להפעלת מרכזי מכר בבית-הסוהר, אין פירושה כי היא מחזיקה בכוח מונופוליסטי על מכירת מוצרים, ומשכך ההצדקה להכיר בה כגוף דו-מהותי נחלשת. לפיכך, הגם שלקנטינה ישנם מאפיינים ציבוריים, אין מאפייניה הציבוריים - שאינם חזקים - כדי להצדיק את החלת החובות אשר חלות במשפט הציבורי על כל פעולותיה, או כדי להגדיר אותה כגוף דו-מהותי.³⁵

27. שלישית, גם אם יקבע שהקנטינה היא אכן גוף דו-מהותי, אין פירוש הדבר שהחובות המוטלות מכוח המשפט הציבורי יחולו עליה במלוא עוצמתן. בניגוד לעמדת המבקשת, חוק איסור הפליה יוצר עילת תביעה אזרחית בגין הפליה אסורה, בעלת היקף אחיד וללא תלות בזהותו ובאופיו של הגוף עליו חל החוק. לפיכך, גם אם יוחלט שהקנטינה היא גוף דו-מהותי, אין פירוש הדבר כי החובות החלות עליה לפי חוק זה רחבות יותר מאלו החלות על גוף פרטי, שאופיו מובהק ככזה, המציע שירות לציבור.

³⁰ ראו דברי השופט שפירא בעניין שפינדלר, בפסי' 2 לפסק-דינו: "...שב"ס מחויב לספק לכלוא את צרכי מחיתו, דהיינו מזון וצרכים חיוניים אחרים. אין כלל צורך חיוני בקניית מוצרים בקנטינה. עניין זה הינו לשיקול דעתו של אסיר. הקנטינות מספקות שירות כדי לשפר את תנאי מחייתו ואולם אסיר אינו מחויב להיזקק להן".

³¹ רע"א 1565/95 סחר ושרותי ים בע"מ נ' חברת שלום וינשטיין בע"מ, פ"ד נד(5) 638, 657 (19.12.2000).

³² ראו סי' 17(1)(ב) לפקודת נציבות בתי הסוהר.

³³ בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449, 462 (1987).

³⁴ עניין טסלר, בפסי' 7-9 לפסק-דינה של השופטת שטמר.

³⁵ עע"מ 7151/04 הטכניון - מכון טכנולוגי לישראל נ' דץ, פ"ד נט(6) 433, 446-447 (2005).

28. אם כן, לפרשנות אותה מציעה המבקשת אין כל תימוכין בלשון החוק, בדברי ההסבר לו, בפסיקה או בספרות. אדרבה, אפילו על גופים אשר אופיים הוא במובהק ציבורי, לא חל משטר נוקשה יותר מזה החל על גופים פרטיים במסגרת דיני הנזיקין. בעניין זה, חלו לאורך השנים תמורות במשפט הישראלי: עד שנת 1952, במהלכה נחקק חוק הנזיקים האזרחיים, שלטה בכיפה הגישה האנגלית לפיה – "the king can do no wrong". עם זאת, עם חקיקת החוק השתנתה גישת הדין הישראלי לגישת "השוואת המעמד", לפיה דין המדינה בנוזיקין כדין כל גוף מאוגד, פרט לחריגים המנויים באותו החוק.³⁶ אף על-פי כן, נוכח העובדה שהשפעת פעילותו של גוף ציבורי חורגת באופן אינהרנטי מגבולות היחסים בינו לבין התובע, להטלת אחריות נזיקית על גוף ציבורי עשויות להיות השפעות לוואי שליליות, כגון "הרתעת יתר" בשל אימוץ דפוסי פעולה "מתגוננים" ובלתי ענייניים. לפיכך, נקבע כי עקרון השוואת המעמד של המזיק הציבורי למעמדו של המזיק הפרטי יפה רק לפעילותם הפרטית של גופים ציבוריים.³⁷ לאור האמור, נקל לראות שאם דין המדינה בנוזיקין הוא כדין כל גוף מאוגד, ברי שאין מעמדו של גוף דו-מהותי שונה מזה של כל גוף פרטי אחר, כאשר בוחנים את חובותיו דרך האספקלריה של המשפט הפרטי.

29. נוסף לכך, החלת הזכות לשוויון דרך חוק איסור הפליה נעשית במנגנון של "תחולה עקיפה", לפיו ההגנה על הזכות תיעשה באמצעות מנגנון חקיקתי מובנה; ולא דרך מנגנון של "תחולה ישירה", המכיר באפשרות לתבוע פיצויים בגין הפרה של הזכות החוקתית לפי היקפה במשפט הציבורי. ודוק, המנגנון המובנה בחוק איסור הפליה אינו מקנה משקל מיוחד לאופיו של הגוף הנתבע, ולכן אין מקום להסיק כי גוף דו-מהותי חב חובה מוגברת לעומת גוף פרטי טהור, בתביעה לפי חוק זה. באמצעות הקפדה יתרה על האיזון המצוי בלשון החוק, נשמר האיזון שדיני הנזיקין חותרים אליו, בין זכותו של היחיד, מצד אחד, ובין ערכים ואינטרסים חברתיים נוגדים, מצד אחר.³⁸ חוק איסור אפליה קובע איפוא איזון עדין בין הזכות לשוויון לאוטונומיה הכלכלית המוקנית לתאגידים פרטיים. האיזון בא לידי ביטוי במנגנונים שנקבעו בהוראות החוק. ניסיון להחיל חובות מופחתות או מוגברות שאין להן כל עיגון בהוראות החוק, יפר את האיזון שקבע המחוקק, ומשכך הוא אינו ראוי.³⁹

30. לבסוף, גם אם יקבע כי אופיו של הגוף משליך על היקף חובותיו כתולדה של תחולת החוק, עוצמת התחולה של חובות מהמשפט הציבורי על גוף דו-מהותי תיקבע בכל עניין על-פי נסיבותיו, אופי הגוף והשירות אותו הוא מספק, בהתאם לדוקטרינת הדואליות הנורמטיבית.⁴⁰ כאמור לעיל, אין מטרת הקנטינה להגן על הזכויות המהותיות של האסירים. חיזוק למסקנתנו זו ניתן למצוא בעניין **הפרטת בתי הסוהר**, במסגרתו פסל בג"ץ את האפשרות להפריט את בתי-הסוהר בשל הפגיעה הצפויה בזכויות האדם של האסירים, כתוצאה מהעברת האחריות עליהם מידי המדינה לידיים פרטיות.⁴¹ בהתאם לכך, אם קיימת מניעה להעברת השליטה והשמירה על זכויות האסיר לידי גורם פרטי, אולם אין מניעה להפרטת השירותים הניתנים במרכזי המכר, העולה מכך הוא שהשירות שנותנים מרכזי המכר אינו קשור באופן מהותי להגשמת זכויות האסיר. ולכן, מחויבות החברה הפרטית שמנהלת את הקנטינה, המשיבה, להגנה על זכויות האסיר פחותה מזו שמחויב בה שירות בתי-הסוהר. נוסף לכך, לפי המודל במסגרתו

³⁶ ראו ס' 2 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952.

³⁷ ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח, בעמ' 30–32 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 25.5.2006); ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45 (1994); ראו גם ישראל גלעד "האחריות בנוזיקין של רשויות ציבורי ועובדי ציבור" (חלק ראשון) **משפט וממשל** ב 339, 55, 78 (1994).

³⁸ דפנה ברק ארז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" **קריית המשפט** ח 11, 26 (2009).
³⁹ בהיקש לענייננו, בית המשפט העליון קבע כי בבקשה לחיוב תאגיד שהגיש תביעה בהפקדת ערובה, אין לתת משקל לפגיעה הגלומה בהפקדת ערובה בזכות הגישה לערכאות, שכן הפגיעה כבר שוקללה לתוך המנגנון שנקבע בחוק. ראו: רע"א 3194/16 **בארות הילה נ' מדינת ישראל**, בפס" 6 (פורסם בנבו, 10.5.2016).

⁴⁰ ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, בפס" 7 לפסק-דינו של הנשיא שמגר (1992).
⁴¹ בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545 (2009) (להלן: "עניין הפרטת בתי הסוהר").

הוחלט על הפעלת מרכז המכר באמצעות חברה פרטית, מכירה המדינה כי שיקולים הנוגעים לרווחיות הקנטינה הם לגיטימיים, שאחרת לא הייתה כל מוטיבציה לחברות פרטיות להגיש את מועמדותן למכר.⁴²

31. עדות נוספת לכך שהשירות שמציעה הקנטינה אינו נועד להבטיח את הזכויות המהותיות של ציבור האסירים, ניתן למצוא בנוהל שירות בתי-הסוהר שעוסק בעניין זה. לפיו, זכותו של האסיר לרכוש מוצרים במרכזי המכר תלויה בהתנהגותו.⁴³ לפי נוהל זה, מפקד היחידה רשאי לשלול מאסיר את רכישת המוצרים בקנטינה, באופן מלא וחלקי, לפי שיקול-דעתו.⁴⁴ האפשרות להגבלת הגישה של האסירים למרכזי המכר והתניית השימוש בהם בהתנהגות טובה, מלמדת כי הרכישה אינה עניין עקרוני, אשר שלילתה פוגעת בזכויות האדם של האסיר. שהרי, ברור כי את הגשמת זכויות היסוד של האסירים אין שירות בתי-הסוהר רשאי להתנות בהתנהגותם.

32. העולה מן האמור, כי בין אם ימצא שעסקינן בגוף פרטי שמעניק שירות ציבורי, או בגוף דו-מהותי, תחולת החובות מהמשפט הציבורי על הקנטינה מוגבלת לאופי השירותים שהיא מעניקה, אשר כנזכר לעיל הם שירותי מותרות.

ג3). האם קבוצת הטרנסג'נדרים נכללת במסגרת העילות מחמתן אסורה הפליה לפי סעיף 3 לחוק?

33. סעיף 3 לחוק איסור הפליה מונה רשימה של קבוצות שאסור להפלותן אשר נחשבו באופן היסטורי כקבוצות מוחלשות בחברה.⁴⁵ רשימה זו כוללת הפליה מחמת גזע, קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי או הורות.⁴⁶ ההיגיון שעומד בבסיס קביעת רשימת העילות שההפליה מחמתן תהא אסורה, גורס כי משום שהקבוצות הנמנות ברשימה סבלו מיחס שלילי בעבר, קיימת סבירות גבוהה שהסיבה למדיניות שמתייחסת אליהן באופן שונה נטועה בזהות הקבוצה ולא בטעמים ענייניים אחרים. תפיסה זו מזכירה במידה רבה את דוקטרינת "ההבחנות החשודות" הנוהגת בארצות-הברית, אשר לפיה בכל מקום שעולה טענה להפליה כלפי קבוצה חשודה, על המדינה להראות כי היא הונחתה במדיניותה על-ידי תכלית חברתית חיונית, וכי קיים קשר הדוק בין האמצעים למטרה – רף ביקורת שיוצר חזקה הניתנת לסתירה (Strict Scrutiny).⁴⁷

34. ניתן למצוא היגיון דומה לזה העומד בבסיס דוקטרינה זו גם בדין הישראלי. דברי חקיקה מסוימים, שאוסרים על הפליה בהקשרים שונים, נוקטים גם הם בגישה זו. כך, למשל, חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה מונה בסעיף 2 את העילות שהפליה בעבודה מחמתן היא אסורה.⁴⁸ נוסף לכך, נראה שקיימת עדות להכרה בדוקטרינה זו גם בפסיקת בית-המשפט. לדוגמה, בעניין **נבו** שעסק בחוקתיות הקביעה של גיל פרישה שונה לגברים ולנשים, נקבע כי **"כאשר בית-המשפט נתקל בהבחנה בין קבוצות, עליו לבחון בשבע עיניים אם אין הבחנה זו מבוססת על תפיסות כוללניות סטריאוטיפיות, שאין מקורן אלא בדעה קדומה"**.⁴⁹ עדות נוספת ניתן למצוא בעניין **הבית הפתוח**, במסגרתו נדונה טענתם של נציגי מרכז תמיכה לקהילה הגאה כי תבחיני התמיכות הכלכליות של עיריית ירושלים מפלים אותם לרעה בשל נטייתם המינית. בית-המשפט קבע כי **"הפליה על בסיס נטייה מינית היא הפליה המבוססת על שיוך**

⁴² עומר דקל **מכרזים** 98-104 (2004).

⁴³ ס' 13 לפקודת נציבות בתי הסוהר.

⁴⁴ מפקד היחידה רשאי לשלול מאסיר רכישת מוצרים במרכז באופן מלא או חלקי ובהתאם לפקודת הנציבות מס' 04.17.00 – "הענקת טובות הנאה ושילתן": www.gov.il/he/Departments/policies/043200; ולפקודת הנציבות מס' 04.17.00 – "דין משמעתי לאסירים".

⁴⁵ ראו דברי הסבר לסי' 3 בהצעת חוק איסור הפליה, בעמ' 371 לפיהם: "יסעיף קטן (א) אוסר הפליה כנגד קבוצות שלגביהן קיימת היסטוריה של קיפוח והפליה בעבר...".

⁴⁶ ס' 3 לחוק איסור הפליה במוצרים; לאחרונה תוקן חוק איסור הפליה והוסף לו ס' 3(א) המוסיף לרשימת עילות ההפליה קטגוריה של מקום מגורים, ראו ס' 3(א) לחוק איסור הפליה (תיקון מס' 4), התשע"ז-2017.

⁴⁷ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944); *Cleburne v. Cleburne Living Center*, 105 S. Ct. 3249, 3274, n. 24 (1985).
⁴⁸ ס' 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה קובע: "לא יפלה מעסיק בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, הריון, טיפולי פרייות, טיפולי הפרייה חוץ-גופית, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, מקום מגוריהם, השקפתם, מפלגתם או שירותם במילואים, קריאתם לשירות מילואים או שירותם הצפוי בשירות מילואים כהגדרתו בחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, לרבות מחמת תדירותו או משכו, כמשמעותו בחוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, הצפוי להם...".
⁴⁹ בג"ץ 104/87 **נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מד(4) 749, 761 (1990).

קבוצתי 'חשוד', וככזו היא נכללת בגרעין הקשה של הזכות לשוויון...כאשר נרמה מסוימת פוגעת לכאורה בזכויות או באינטרסים של קבוצות מסוימות באוכלוסייה, שומה על בית-המשפט להפעיל את מבחן 'המין החשוד' ('suspect classification'), ולבחון את הנרמה בצורה קפדנית".⁵⁰

35. סעיף 3 לחוק איסור הפליה נשען על היגיון הדומה לזה העומד בבסיס דוקטרינת "ההבחנה החשודה", בקביעתו רשימת עילות שהפליה מחמתן היא אסורה. לפיכך, עולה השאלה האם העילות החשודות הקבועות בחוק מהוות "רשימה סגורה" של עילות, שאז מוצאות מתחולת החוק עילות תביעה שמקורן בפרקטיקה מבחינה כלפי קבוצות שאינן מנויות בו; וככל שעסקינן ב"רשימה סגורה" – האם קהילת הטרנסג'נדרים נכנסת תחת אחת הקטגוריות החשודות המצויות בחוק. להלן נבחן שאלות אלו כסדרן.

36. השאלה האם מדובר ב"רשימה סגורה" העסיקה את בתי-המשפט מאז כניסתו של החוק לתוקף. כדברי השופט פרידמן בעניין **בא-לגן יגור**: "בפסיקה המנחה שהצטברה עד כה נידונה השאלה האם הרשימה של עילות ההפליה המנויה בסעיף 3(א) הנה רשימה סגורה. לא ניתנה תשובה אחידה".⁵¹ כך, למשל, בעניין **רמות מנשה** סברו שופטי הרוב כי הרחבת היקף תחולת איסור ההפליה מעבר לתחולת הכתוב במפורש בלשון החוק, מתעלמת מאי-תחולתו על גופים הפועלים במגזר הפרטי, וכן מהאיזון שבחר המחוקק ליצור לאורה.⁵² על-אף דעתם זו, סברו שופטי הרוב בעניין זה כי ההכרעה בשאלה אינה הכרחית בנסיבות העניין והשאירו אותה בצריך עיון. דעתם של שופטי הרוב בעניין **רמות מנשה**, התקבלה באופן פורמלי בעניין **ג.י.א.ת.**, שם ציין השופט זילברטל כי 'החוק קובע נורמות התנהגות האמורות לחול על בעלי עסקים פרטיים (המספקים 'שירות ציבורי' או מפעילים 'מקום ציבורי', כמשמעותם בחוק), ואלו בהכרח שונות, ולו מחמת ההבדל ב'קהל היעד' שלהן, מנורמות הקבועות במשפט המנהלי והחלות על רשות ציבורית... המסקנה המתחייבת היא, שעל מנת שתצמח עילת תביעה על-פי החוק, על התובע להראות כי הפגיעה בו נעשתה בשל השתייכותו לאחת מאותן קבוצות שהוגדרו בחוק".⁵³

37. מנגד, בעניין **סרור** אשר עסק בטענה להפליה מחמת מקום מגורים, שלא נכללה אז ברשימה הקבועה בסעיף 3, קבע השופט כהן כי לדידו אין מדובר ברשימה סגורה וזאת לאור פרשנות תכליתית של מטרות החוק.⁵⁴ בעניין **פרוז'אנסקי**, שעסק במדיניות של מועדון לילה, לפיה נשים הורשו להיכנס מגיל 22, אך גברים היו רשאים לכך רק מגיל 24, בית-המשפט לתביעות קטנות דחה את התביעה משום שסבר כי טענת התובע נגעה להפליה מחמת גיל – עילה שבשעתו לא הייתה נקובה בסעיף 3.⁵⁵ בית-המשפט המחוזי קיבל את הטענה כי עילת התביעה נגעה להפליה מחמת מין, אולם דחה את התביעה משסבר כי התקיים קשר רציונאלי בין ההבדל שנקבע למינים השונים לבין המדיניות המבחינה שקבע המועדון. בערעור לבית-המשפט העליון, ציין השופט דנציגר בעניין זה כי "בדברי ההסבר להצעת החוק ניתן למצוא עדות לכך שהמחוקק לא התכוון להגביל את חוק איסור הפליה רק להגנה על אותן קבוצות שסבלו מהפליה היסטורית... אכן, דברי ההסבר מציינים כי ההפליה מחמת השתייכות לקבוצה לגביה היסטוריה של הפליה הינה פוגענית במיוחד, אך מצוין בהם כי הפליה של אדם 'רק בשל השתייכותו לקבוצה' נושאת כשלעצמה פגיעה קשה בכבודו. מכאן, ברי שהמחוקק לא התכוון להגביל את היקף התפרשותו של חוק איסור הפליה רק להגנתן של אותן קבוצות אשר סבלו וסובלות מהפליה מתמשכת".⁵⁶

⁵⁰ ע"מ 343/09 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים**, פ"ד סד(2) 1, בפס' 53 לפסק-דינו של השופט עמית (2010).

⁵¹ עניין **בא-לגן יגור**, בעמ' 5.

⁵² ראו עניין **רמות מנשה**.

⁵³ עניין **ג.י.א.ת.**, בפס' 10 לפסק-דינו של השופט זילברטל.

⁵⁴ עניין **סרור**, בפס' 5 לפסק-דינו של השופט כהן.

⁵⁵ עניין **פרוז'אנסקי**, לעיל ה"ש 14.

⁵⁶ שם, בפס' 22 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

38. דבריו של השופט דנציגר ניתנים לפירוש כך שרשימת העילות בחוק איסור הפליה היא אינה "רשימה סגורה". עם זאת, דבריו נאמרו בהקשר לעילה הנמצאת ברשימת העילות – מין, גם בשעתו, ועסקה בשאלה האם החוק חל גם על הצד ה"חזק" במשוואת ההפליה – במקרה ההוא, הפליית גברים לעומת נשים. בהתבסס על רקע זה, אנו סבורים כי טרם נקבעה הלכה מחייבת לעניין זה, אלא רק לעניין דו-הסטריות של "ההבחנות החשודות". חיזוק למסקנתנו זו ניתן למצוא בהתייחסות המחוקק לעניין זה. זמן מה לאחר עניין **פרוז'יאנסקי**, תיקן המחוקק את סעיף 3(א) לחוק והוסיף את העילה האוסרת להפלות מחמת גיל.⁵⁷ דוגמה נוספת היא מספר התיקונים שנערכו לסעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה – הסעיף אשר מונה את עילות ההפליה האסורות בחוק זה. סעיף זה תוקן **שמונה פעמים** מאז שנחקק בשנת 1988 ועניין כל התיקונים הוא בהוספת עילות שהפלייה על-בסיסן היא אסורה.⁵⁸ רק בתחילת השנה הנוכחית, המחוקק תיקן את סעיף 3 לחוק איסור הפליה, פעם נוספת, והוסיף לרשימת עילות ההפליה – "מקום מגורים".⁵⁹

בהינתן כי המחוקק אינו משחית מילותיו לריק, ניתן להניח שאילו סבר כי רשימת העילות שההפליה על-בסיסן היא אסורה, מהווה "רשימה פתוחה" של דוגמאות, הוא לא היה מתקן את החוק באופן תכוף.⁶⁰ מכאן עולה המסקנה כי יש להשקיף על רשימת העילות מחוק איסור הפליה כ"רשימה סגורה". לענייננו, הפליית אדם בשל היותו טרנסגינדר היא למעשה הפליה על-בסיס מגדר, או ליתר דיוק הפלייה על-בסיס אי-התאמה בין התפיסה המסורתית, לפיה מגדר ומין חד הם, ולכן אי-התאמה בין המין הביולוגי למגדר מהווה סטייה. והנה, משום שעילת המגדר אינה מנויה בחוק, ניכר שהחוק לא חל על ענייננו.

39. בהמשך לכך, המבקשת טוענת כי גם אם חוק איסור הפליה כולל "רשימה סגורה" של עילות, הפליה מחמת מגדר נכללת בגדרי עילת ההפליה מחמת מין; או לחלופין בגדרי עילת ההפליה מחמת נטייה מינית. על-אף שבפסיקה נקבע כי עילות ההפליה האסורות עשויות לכלול גם "עילות בנות",⁶¹ איננו סבורים שכך המצב בענייננו, משום שקיים הבדל ממשי בין מגדר לבין מין; או בין מגדר לבין נטייה מינית. נסביר להלן.

40. השתייכותו של אדם לקהילה הטרנסגינדרית איננה נוגעת לנטייתו המינית או למינו הביולוגי, אלא מעידה על תפיסתו האישית את מגדרו, הא ותו לא. אשר להבדל בין מין למגדר, בעוד שמין ביולוגי מתייחס להיות האדם זכר או נקבה, ונקבע על-פי כרומוזומי המין, המערכת ההורמונאלית והמערכת הפיזיולוגית; זהות המגדר מתייחסת לתחושה האישית של כל אדם לגבי היותו גבר או אישה.⁶² טרנסגינדר הוא אדם שחש בצורה מתמשכת ועמוקה כי זהותו המגדרית היא זהות מסוימת, ללא כל תלות במבנהו הגופני.⁶³

41. העולה מן האמור הוא שלא רק שאין אחידות בין מין למגדר, אלא שהטענה לפיה הפליה מחמת מין חלה גם על הפליה מחמת מגדר, אינה מחזיקה מים בשל השוני התהומי במניעים ליצירת הפליה בהקשר לעילות אלו. ובמה דברים אמורים? נניח שאישה טרנסגינדרית ממין זכר מתלבשת כאישה ממין נקבה – יחס מפלה כלפיה בשל חזותה

⁵⁷ ס' 3(א) לחוק איסור הפליה (תיקון מס' 3), התשע"ד-2014.

⁵⁸ (תיקון מס' 1), התשנ"ב-1992; (תיקון מס' 3), התשנ"ה-1995; (תיקון מס' 4), התשנ"ח-1997; (תיקון מס' 8), התשס"ב-2001 ת"ט התשס"ג-2003; (תיקון מס' 9), התשס"ד-2004; (תיקון מס' 11), התשס"ז-2007; (תיקון מס' 20), התשע"ד-2014; (תיקון מס' 22), התשע"ה-2014 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

⁵⁹ ראו ס' 3(א) לחוק איסור הפליה.

⁶⁰ בג"ץ 4031/94 ארגון "בצדק" נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 1 (1994); ע"מ 4105/09 עיריית חיפה נ' עמותת העדה הספרדית בחיפה (פורסם בנבו, 2.2.2012).

⁶¹ ראו, למשל, תא"מ (שלום ת"א) 43168/05 צדוק נ' חברת שבה שלוש בע"מ (פורסם בנבו, 26.9.2009), במסגרתו טענו התובעים כי בקשתם לבלות במועדון לילה נדחתה בשל חזותם המזרחית. באותו מקרה, קבע בית-המשפט שהפלייה על-בסיס צבע עור, היא עילה שאינה מנויה ברשימת העילות האסורות בס' 3, היא הפליה על-בסיס גזע או ארץ מוצא – בהתבסס על הנחה מקובלת בציבור לפיה הראשון מעיד על האחרונים.

⁶² Shively MG & De Cecco JP, *Components of Sexual Identity J. Homosex.* 1977 Fall; 3(1): 8–41 (1997).
⁶³ Diagnostic & Statistical Manual of Mental Disorders 576–582 (American Psychiatric Association, 4th ed. 2000).

החיצונית יכול לנבוע מיחס שלילי כללי כלפי נשים, שאז מדובר בהפליה מחמת מין, אולם ללא קשר ישיר לשוני המגדרי; לחלופין, יחס מפלה כלפיה יכול לנבוע מכך שהמפלה מזהה כי מדובר בטרנסג'נדרית, ומבטא סלידה מהחציה המגדרית, שאז מדובר בהפליה מחמת מגדר, אולם ללא קשר ישיר לזהותה המינית. לפיכך, עולה כי אין חפיפה בין הפליה מחמת מין להפליה מחמת מגדר.

42. אשר להבדל בין מגדר לנטייה מינית, על-אף שבתודעה הציבורית טרנסג'נדרים משתייכים לקבוצה של בעלי נטיות מיניות שאינן הטרנסקסואליות, אין זה המצב בהכרח. מבחינה אנליטית, תופעת הטרנסג'נדריות איננה נמנית על משפחת הנטיות המיניות, שכן איננה נוגעת לנטייה המינית אלא לזהות המגדרית. למעשה, קשת המצבים ברצף הכללי של הנטיות המיניות קיימת במלואה גם בקרב קהילת הטרנסג'נדרים.⁶⁴ הכרה בכך שקיימת הלימה בין נטייה מינית קווירית לבין השתייכות לקהילה הטרנסג'נדרית, או שיש הלימה בין מין ביולוגי ומגדר, נובעת מטעויות שונות בהבנת הקהילה ואינה תורמת לקידום זכויותיה. לא זו אף זו, במבט חטוף על מראה חיצוני של איש או אישה, לעיתים יתקשה אדם מן השורה להבחין אם פלונית היא טרנסג'נדרית (MTF) ממין זכר או אישה ממין נקבה, קשה יהיה להבחין אם יחסיה הרומנטיים עם אישה אחרת הם הטרנסקסואלים או אחרים, ולכן קשה להעלות את החשד כי היחס השונה כלפיה נובע מנטייותיה המיניות.

43. תימוכין למסקנה שהפליה מחמת מגדר אינה נופלת לגדרי העילות "מין" או "נטייה מינית", ניתן למצוא בדבריה של ד"ר הלה קרן,⁶⁵ אשר גורסת כי סעיף 3 לחוק איסור הפליה מונה "רשימה סגורה" של עילות הפליה; וכדי להמחיש את טענתה היא מדגימה כיצד הפליה מחמת מגדר אינה נופלת בגדר אף אחת מהעילות הנקובות בחוק:

*"הצעת חוק איסור הפליה מונה רשימה סגורה של 12 קבוצות בעלות 'מוניטין' של קיפוח, ללא קטגוריה שיוויונית וגמישה ואפילו ללא מנגנון מרוכך לעדכון... תחרות האירוויזיון ב-1998 והתנגדות להופעת דנה אינטרנשיונל כנציגת ישראל בתחרות זו יוכלו להדגים את הקושי... דומה שעד כמה שניתן לראות בדנה כמי שביקשו להפלותה קשה להבטיח שהדבר ייחשב כהפליה מחמת מין ואו נטייה מינית. כל אחת מן הקטגוריות בנויה על מודל שכבר קיים: של גבר לעומת אשה במקרה הראשון, והטרנסקסואלים לעומת הומוסקסואלים במקרה השני. להיכן נופל, אם בכלל, המקרה של גבר-שבחר-להפוך-לאשה? "*⁶⁶

44. לבסוף, יש לציין שגם בארצות-הברית, מדינה בעלת ניסיון עשיר בהתמודדות המשפטית עם זכויות הקהילה הטרנסג'נדרית, בהשוואה למדינת ישראל, ההתייחסות לחברי הקהילה הטרנסג'נדרית אינה מתבטאת בהכללתה המלאה בקבוצת "ההבחנות החשודות", אלא כקבוצה מעין-חשודה, שבהתייחסות אליה בית-המשפט אינו מעביר למדינה את מלוא נטל ההוכחה כדי להוכיח שלא הופלתה, אלא נקבע נטל מופחת.⁶⁷ למעשה, בימים אלה עומד ותלוי בבית-המשפט העליון של ארצות-הברית מקרה במסגרתו נדרש להכריע האם "מגדר" נכלל בתוך הקבוצה החשודה של "מין".⁶⁸ עצם העובדה כי מדובר בשאלה אשר הצדיקה מתן Certiorari (רשות ערעור) – אשר ניתנת על-ידי בית-המשפט העליון הפדרלי אך בכ-80 בקשות מתוך כ-8,000 המוגשות מדי שנה – מלמדת שהתשובה לה אינה פשוטה כלל ועיקר, וכי ישנם טיעונים כבדי משקל לכאן ולכאן.

⁶⁴ שמואל שמעוני "הכרה משפטית בשינוי מין" **מחקרי משפט** כח 311, 318–319 (2012).

⁶⁵ הלה קרן "שוויון בדיני חוזים – קריאה פמיניסטית" **משפטים** לא 269 (2001).

⁶⁶ שם, בעמ' 312.

⁶⁷ Adkins v. City of New York, 143 F. Supp. 3d 134, 140 (S.D.N.Y. 2015): "concluding that transgender people are a quasi-suspect class" and court must apply intermediate scrutiny".

⁶⁸ Gloucester Cnty. Sch. Bd. v. G.G., 2016 U.S. LEXIS 6408 (U.S. 2016)

45. לאור האמור, לעמדת המשיבה, חוק איסור הפליה אינו מחיל את החובה לנהוג בשוויון כלפי האוכלוסייה הטרנסג'נדרית בגדר פעולותיהם של עסקים פרטיים. מכאן, כי דין הבקשה להידחות. עם זאת, ככל שעמדה זו תידחה, נראה להלן כי גם לגופם של דברים, תמחור מוצרי הטיפוח בקנטינה אינו מהווה הפליה אסורה. לכך נמשיך כעת.

ג(4). האם מדיניות התמחור של הקנטינה עבור מוצרי הטיפוח מהווה הבחנה מותרת או הפליה אסורה?

46. את הבחינה האם מדיניות התמחור עולה כדי הפליה אסורה לפי חוק איסור הפליה נערוך בשלושה שלבים: בשלב הראשון, נבחן האם ההשתייכות הקבוצתית של המבקשת היא הסיבה ליחס השונה שהיא טוענת לו. מדיניות עולה כדי הפליה אסורה לפי חוק זה כל אימת שנקיטה בה נובעת מההשתייכות הקבוצתית של הטוען להפליה. דרישה זו מגולמת בלשון החוק, בביטוי "מחמת" המצוי בסעיף 3(א) לפיו הפליה מתגבשת כאשר הסיבה לנקיטת היחס השונה נעוצה בהשתייכותו הקבוצתית של הטוען להפליה ולא בסיבה אחרת – ולכן השימוש בביטוי "מחמת". במילים אחרות, כדי לגבש עילת הפליה לפי חוק זה, על התובע להוכיח כי קיים קשר-סיבתי בין השתייכותו הקבוצתית לבין היחס השונה לו הוא "זוכה".

תימוכין למסקנתנו זו ניתן למצוא בפרשנות שניתנה לביטוי זה בחוקים אחרים העוסקים באיסור הפליה, הן במחוזותינו הן במדינות אחרות. כך, למשל, קבעה הנשיאה בייניש בעניין גורן כי "המבחן לגיבוש עילת התביעה הקבוע בחוק שוויון הזדמנויות הוא מבחן של קשר סיבתי. ההפליה האסורה לפי חוק זה היא הפליה 'מחמת' מאפיין זהות כלשהו של העובד שעל המעביד נאסר להתחשב בו".⁶⁹ נוסף לכך, פרשנות דומה ניתנה למונחים "because of", או "on the ground of" המצויים בחוקי איסור ההפליה הפדרליים האמריקאים;⁷⁰ וכן בחוקי איסור הפליה של 22 מדינות נוספות.⁷¹

47. בשלב השני, נבחן האם מדיניות התמחור עומדת בתנאי סעיף 3(ד)(1) לחוק איסור הפליה, המורה כי אין רואים הפליה "כאשר הדבר מתחייב ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי". סעיף זה מהווה ביטוי לעקרון השונות הרלוונטית הנהוג בדיני השוויון. בהתאם, לצורך גיבוש עילת תביעה לפי חוק איסור הפליה, על המבקשת להוכיח שלא מתקיים קשר רציונלי בין התכלית שבבסיס מדיניות התמחור בה נוקטת הקנטינה, לבין היחס השונה לו היא טוענת.

48. במסגרת שלב זה, נבחן האם היקף הביקוש מהווה קריטריון מבחין רלוונטי; ומהי מידת הלגיטימיות שלו ככזה, באמצעות עריכת השוואה בין הזכויות שהמבקשת טוענת להפרתן, לעומת הזכויות והאינטרסים של הקנטינה, אשר יפגעו באם יוחלט שמדיניותה עולה כדי הפליה אסורה ובשל כך מצמיחה סעד למבקשת.⁷² לעניין זה, נבקש להזכיר מספר נקודות שעסקנו בהן עד כה, אשר צריכות לעמוד בבסיס עריכת האיזון:

- ראשית, הקנטינה מופעלת על-ידי חברה פרטית שפועלת למטרות רווח, ולכן שיקולים כלכליים מהווים שיקולים רלוונטיים ומרכזיים כבסיס לפעילותה.

⁶⁹ בג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ, בפס' 16 לפסק-דינה של הנשיאה בייניש (פורסם בנבו, 17.5.2012).
⁷⁰ ראו, למשל: Geleta v. Gray F.3d 408, 411 (D.C. Cir. 2011); Sumner v. U.S Postal Serv., 899 F.2d 203, 209 (2d Cir, 1990); Hernandez v. Yellow Transp., Inc., 641 F.3d 118, 129 (5th Cir. 2011).
⁷¹ ראו מחקר של ארגון ה-O.E.C.D בנושא חקיקת איסור הפליה במדינות החברות: *The Price of Prejudice: Labour Market Discrimination on the Grounds of Gender and Ethnicity, in LEGAL & INSTITUTIONAL FRAMEWORK IN FORCE in 2007*, available at <https://www.oecd.org/els/emp/40881200.pdf>.
⁷² ראו עניין פרוזא'נסקי; כמו-כן ראו "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים", בעמ' 25.

- שנית, בהפעלת הקנטינה על-ידי זכיון פרטי בבית-הסוהר מוגשמת תכלית ציבורית – שיפור רווחת האסירים. לא מדובר בתכלית שהקנטינה מבקשת להגשים, או בזכות קנויה לאסירים אשר שומה על הקנטינה להגשימה, אלא בתכלית ציבורית ששירות בתי-הסוהר מבקש להגשים **באמצעות** מתן זכיונות לחברה פרטית לפעול בין כותלי בית-הסוהר.

במסגרת זו, יש לזכור, כי משום שתכלית פעילותה של הקנטינה היא כלכלית, כל פגיעה ברווחיותה באופן שיפגע בתמריצה לפעול בבית-הסוהר, עשויה להוביל גם לפגיעה באסירים.

- שלישית, נזכיר, כי חוק איסור הפליה מגן רק על מובנה השלילי של הזכות לשוויון ולא על מובנה החיובי. כלומר, החוק מחיל על גופים פרטיים את החובה שלא לגרוע מזכותם הקנויה של לקוחותיהם, דרך הפליה, אך לא את החובה להגשימה באופן אקטיבי, דרך יצירת מצב שוויוני יותר מכפי שהתקיים לפני נקיטת המדיניות העומדת לבחינה.

49. לבסוף, בשלב בשלישי, נבקש לדחות את טענות המבקשת לפיה רק כאשר מדיניות אינה גורמת "השפלה" היא תחשב כמדיניות לא מפלה; ושבמקרה האמור חלות החזקות שבסעיף 6 לחוק איסור הפליה. לכל אלו נמשיך כעת.

1. האם יש קשר-סיבתי בין זהותה המגדרית של המבקשת לבין מדיניות התמחור?

50. ראשית, נבקש לעמוד על כך שאוכלוסיית הייחוס המתאימה לעריכת הבחינה היא יתר האסירים במערכת בתי-הסוהר; ולא בהשוואה ללקוחות מחוץ לכותלי בית-הסוהר, כפי שטוענת המבקשת – וזאת משום שעסקי הקנטינה אינם כוללים מכירת מוצרים בשוק החופשי. טענת המבקשת מקבילה לטענה שחנות פלונית מפלה את לקוחותיה משום שמתחריה מוכרים את אותם המוצרים במחיר זול יותר. חברת קנטינת טעם טוב לחיים מעשיהו בע"מ עוסקת אך בהפעלת מרכזי מכר במערכת בתי-הסוהר, וכל שקורה מחוץ למתקני הכליאה שהמשיבה פועלת במסגרתם אינו רלוונטי לענייניה.

51. שנית, **מדיניות הקנטינה לתמחר את מוצרי הטיפוח במחיר הגבוה ממוצרי השוק נובעת מסיבה כלכלית גרידא**. אין זה מפתיע כי הביקוש למוצרי טיפוח נשיים בבתי-הסוהר לגברים מסתכם בהיקף נמוך בלבד. נוסף לכך, נוכח ההיקף הנמוך יחסית של מספר האסירות במערכת בתי-הסוהר - 240 אסירות בקירוב, הביקוש למוצרים שעיקר צריכתם נעשית על-ידי נשים נמוכה בהרבה בבתי-הסוהר ביחס לביקוש הקיים למוצרים בשוק החופשי. לפיכך, לחברה פרטית שעסקיה הם במכירת מוצרי צריכה לאוכלוסיית האסירים בלבד – ושמטרתה היא השאת רווחים, אין מוצא אלא לקבוע מחיר גבוה ממחיר השוק, כדי להימנע מהפסדים. לפיכך, התשובה לשאלה האם אלמלא זהותה המגדרית של המבקשת, הייתה הקנטינה מוכרת לה את מוצרי הטיפוח במחיר שונה – היא בשלילה; ולכן **ברור כי הקשר-הסיבתי בין ההשתייכות הקבוצתית של המבקשת לבין מדיניות הקנטינה, העומד לבחינה בענייננו, אינו מתקיים כאמור**.

52. המבקשת טוענת כי חרף העובדה שמדיניות התמחור נובעת מסיבות כלכליות, אין בכך כדי להכשיר את הפגיעה בזכויותיה. אכן, לא כל מדיניות שמטרתה היא השאת הרווחים, כאשר עסקינן בגוף פרטי, תהא בהכרח חוקית מקום שהיא פוגעת בזכות לשוויון. עם זאת, יש להבדיל בין מקרים בהם הרווחיות הגלומה במדיניות פלונית קשורה להשתייכות הקבוצתית של התובע, למצבים בהם אין הוא המקרה. נבהיר את כוונתנו באמצעות דוגמאות שציין פרופ' ברק מדינה במאמרו.⁷³ דוגמאות אלה ממחישות מצבים נפוצים, בהם בעלי עסקים פרטיים מנהיגים

⁷³ ראו מדינה.

מדיניות מפלה שתכליתה היא כלכלית, אשר אסורה על-פי חוק איסור הפליה. כפי שניתן לראות מדוגמאות אלה, בין מקרים אלה לבין הנסיבות הנדונות בהליך זה אין כל קשר:

- היענות להעדפות לקוחות – בעלי-עסקים רבים בוחרים להפלות בכניסה לעסקיהם או במכירת המוצרים והשירותים שהם מציעים ללקוחותיהם, על-בסיס העדפות של רוב לקוחותיהם. דוגמה נפוצה לכך תהא בדמות מועדון בילויים שמנהיג מדיניות סלקציה ואשר מורה כי אין כניסה לבני מיעוטים בשל החשש שהדבר יפגע ברצון חברי קבוצת הרוב באוכלוסייה ויצמצם את מספר הבליינים במועדון ובהתאמה ייפגעו רווחיו.⁷⁴

- חסכון על-בסיס סטריאוטיפים – מקרה נוסף הוא מצב במסגרתו בעל-עסק המוכר טובין מסוימים, מנבא בהסתמך על סטריאוטיפ את העדפות לקוחותיו, ובוחר אילו מוצרים למכור, למי להציע אותם ובאיזה מחיר – כל אלה בהסתמך על הנחותיו הסטריאוטיפיות. לדוגמה, בעל אטלז אשר מציע ללקוחותיו מהעדה הצהובה, הידועה בפזרנותה, רק נתחים יקרים ואילו ללקוחותיו מהעדה האדומה, הידועה בצרות עין, רק את הנתחים הזולים, וכך מזמין מהספקים את נתחי הבשר בהסתמך על ההרכב העדתי של אוכלוסיית לקוחותיו. במקרה זה, מדיניות בעל האטלז נשענת על הנחה סטריאוטיפית, אולם תכלית המדיניות הייתה כלכלית גרידא – חסכון בעלויות וכך השאת רווחים.⁷⁵

53. המייחד את שתי הדוגמאות הוא כי יש לראותן כהפליה אסורה שהחוק נועד לטפל בה, חרף תכליתן הכלכלית. בשני המקרים המתוארים, אמנם תכלית המדיניות היא כלכלית אך הסיבה לה נטועה בשורשים סטריאוטיפים חברתיים שהחוק מבקש לעקור. כלומר, ישנו קשר-סיבתי בין ההשתייכות הקבוצתית של סובייקט ההפליה, לבין המדיניות שנקט בה המפלה. פרשנות זו, למותר לציין, דרה בכפיפה אחת עם לשון החוק, הקובעת כאמור כי רק אבחנה מחמת אחת העילות המנויות בו תיחשב כאפליה. יתרה מכך, לא אמרנו כי נדרשת כל כוונה מפלה של הנתבע, אלא רק כי נדרש שהסיבה לבחירה במדיניות פלונית קשורה להשתייכות הקבוצתית של הטוענים להפלייתם. אשר לדוגמה הראשונה, פרופ' כהן-אליה מסביר את ההיגיון בצורך להוקיע תופעות מסוג זה, למרות היעדר כוונה מפלה מצד בעל-העסק באופן הבא:

"עקרון איסור ההפליה מבקש למגר כוונות מפלות, בין שהן מגיעות מבעל העסק ובין שהן נובעות מהעדפותיהם של הלקוחות עצמם – הכוונה המפלה היא הרוע שעיקרון זה מבקש למגר, ומקור הרוע חשוב פחות לצורך העניין. למעשה, ניתן ליצור כאן קונסטרוקציה שבה איסור ההפליה מכוון נגד הלקוחות עצמם, והדרך היעילה ביותר לעשות כן היא באמצעות הטלת אחריות על בעל העסק".⁷⁶

54. בהתאם, לא די בכך שתכלית המדיניות היא כלכלית כדי להוביל למסקנה שהיא חוקית, ויש להראות בנוסף כי המדיניות הכלכלית אינה מבוססת על תפיסה סטריאוטיפית. דא עקא; נסיבות ענייננו מלמדות כי מדיניותה של הקנטינה אינה נובעת מתפיסה סטריאוטיפית או מהעדפת יתר של לקוחות, אלא מכורח המציאות, לאור שיקולי ביקוש-והיצע בין כותלי בית-הסוהר. לפיכך, המסקנה היא כי מדיניותה של הקנטינה – אשר לא נובעת ממניעים מפלים, אלא מסיבה כלכלית בלבד – בדין היא.

⁷⁴ שם, בעמ' 52–53.

⁷⁵ שם.

⁷⁶ משה כהן-אליה "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקת בית-המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?" **משפט וממשל** יז 147, 172 (2016) (להלן: "היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה").

2. האם היקף הביקוש למוצרי הטיפוח מהווה קריטריון מבחין רלוונטי?

55. כאמור לעיל, מערכת בתי-הסוהר סברה שהפעלת מרכזי מכר לרווחת האסירים תהא יעילה יותר אם תיעשה על-ידי זכייין פרטי, לעומת הפעלתה על-ידי שירות בתי-הסוהר. בכך, שירות בתי-הסוהר ביקש להגשים את האינטרס הציבורי הטמון בשיפור רווחת האסירים, **באמצעות** חברה פרטית. כדי להגשים תכלית זו, היה על שירות בתי-הסוהר להבטיח שהפעלת מרכז המכר בבית-הסוהר תהיה רווחית לזכייין הפרטי, שאחרת אף חברה לא תגיש הצעה במכרז והאינטרס הציבורי לא היה מתגשם, ולכל הפחות מושג באופן בלתי-יעיל.⁷⁷

כדי להבטיח את רווחיות הקנטינה, ניתנה לה האפשרות לקבוע את מחירה. באם לא היה כך, היעילות שמושגת בכך שחברה פרטית מפעילה את השירות האמור, הייתה נפגעת משום שבכך, דה-פקטו, שירות בתי-הסוהר היה נדרש להיות אחראי על גורם מרכזי ומורכב בהפעלת הקנטינה – רווחיותה. בראי זה, ברור כי שיקולי כדאיות כלכלית הם שיקולים לגיטימיים שיכולה הקנטינה לקחת בחינת מכלול שיקוליה.

56. נוסף לכך, ככל שתידחה טענת המשיבה לפיה אוכלוסיית הייחוס המתאימה היא קהילת האסירים, ותתקבל טענת המבקשת לפיה אוכלוסיית הלקוחות בשוק הפתוח היא קבוצת הייחוס המתאימה, אזי רמת הביקוש בבתי-הסוהר מהווה קריטריון מבחין המקיים שוני רלוונטי. מחיר מוצר נקבע בנקודת שיווי המשקל בין הביקוש, לבין עלות הייצור השולית, ובמקרה של ספקים כמו הקנטינה, עלות האספקה השולית של יחידת מוצר נוספת. ככל שהביקוש למוצר בשוק פלוני נמוך יותר, כך מחירו יהיה גבוה יותר. בשל הביקוש הנמוך למוצרים אלה במערכת בתי-הסוהר, ברור כי מדובר בשוני רלוונטי, כאשר עסקינן בתמחור מוצרים.

57. המבקשת טוענת כי גם אם ברגיל שיקול כלכלי היה מצדיק תמחור במחיר גבוה ממחיר השוק, כתלות בביקוש אליו, לא כך הדבר כאשר מדובר בחברה שפועלת כזכייין יחיד בין כותלי בית-הסוהר, ובעיקר כאשר המוצרים במרכז המחלוקת קשורים קשר הדוק להגשמת זכויותיה להגדרה עצמית מגדרית.

58. אכן, מוצרי טיפוח נשיים נחשבים בעיניי נשים כמוצר הכרחי להבעת נשיותן וככלי לביטוי עצמי. עניין זה מתחדד עבור נשים טרנסג'נדריות שנולדו במין פיזיולוגי זכר (MTF), שכן לעיתים הסביבה החיצונית עלולה לזהותן בהתאם למינן הפיזיולוגי ולא בהתאם לזהותן המגדרית הרצויה מבחינתן. במצב זה, בו נשיותן של נשים אלו מהווה אספקט מרכזי בזהותן, מתחדדת חשיבותם של מוצרי הטיפוח. נוסף על כך, ניתן לטעון שחשיבות מוצרי הטיפוח גדולה במיוחד לאסירות, שכן בבית-הסוהר האסירה מנותקת מהסביבה לה היא רגילה, מקרוביה ומכריה שמזהים אותה בקלות יחסית על-פי זהותה המגדרית האמתית. יתר על-כן, משום שהאסירים בכלא נדרשים ללבוש מדי אסירים אחידים, ונעדרים חופש ביטוי עצמי במלבושיהם ובנראותם, מתחדדת חשיבותם של מוצרי הטיפוח, והדברים ברורים.

59. עם זאת, יש לזכור שכאשר עסקינן בהגשמת זכויות בין כותלי בית-הסוהר, הגשמתן מוגבלת מעצם טבעו של המאסר. היטיב לבטא זאת כבי' השופט דנציגר בעניין **מאהר יונס**: "גישתה של שיטת המשפט הישראלית באשר לתכלית מאסרו של אדם, היא כי זו מתמצת בשלילת חירותו האישית של האדם, תוך הגבלת חופש תנועתו. לפי גישה זו, גם כאשר אדם נאסר, שמורה לו כל זכות אדם הנתונה לו... את זכויות האדם המוקנות לאסיר אין להגביל אלא אם מדובר במגבלות הנובעות משלילת חירותו או נגזרות מתכליות ציבוריות אחרות, כגון הצורך בנייהולו התקין של בית הכלא ושמירה על שלום יושביו וכגון השמירה על ביטחון המדינה, ובכפוף לעמידת הפגיעה כתוצאה

⁷⁷ ראו, לדוגמה, את כישלון במכרז להקמת מיכל אמוניה חלופי לזה הקיים בחיפה, משום שתנאיו לא היו אטרקטיביים דיו לחברות בענף. נתי יפת "המשרד להגנת הסביבה: נכשל מכרז להקמת מפעל אמוניה בדרום" **גלובס** 15.11.2016 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001161133

מהטלת המגבלות בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק היסוד, ככל שמדובר בזכות אדם המעוגנת בו".⁷⁸ בהתאם לכך, מלבד הזכות לחירות, הגבלת זכויות נוספות אפשר שתעשה כאשר הדבר נדרש לשם ניהולו התקין של בית-הסוהר ולשמירה על שלום יושביו.⁷⁹

60. בעוד שלמערכת המשפט הישראלית ניסיון מוגבל בהתמודדות עם צרכי הקהילה הטרנסג'נדרית, הסוגיה נדונה בהרחבה על-ידי בתי-המשפט בשיטות משפט אחרות. עניין התנאים השונים, הנוגעים לאספקת מוצרי טיפוח בבתי-הסוהר לנשים ולגברים, התעורר בארצות-הברית כבר בשנת 1976 בעניין *Hill v. Estelle*. במקרה זה, קבע בית-המשפט כי קביעת מדיניות שונה בעניין מוצרי טיפוח לאסירים ולאסירות היא תקינה, זאת לאור שיקול-הדעת הנתון למנהלי בית-הסוהר בבחירת מדיניות אשר תגשים את ניהולו התקין של הכלא ואת השמירה על יושביו.⁸⁰

61. בעניין *Star v. Gramley*, נדון באופן ישיר עניין זכויותיהן של טרנסג'נדריות (MTF) להשתמש במוצרי טיפוח נשיים בכלא גברים. טענת האסירה הייתה שמדיניות בית-הסוהר לגברים בו נכלאה, מדיניות אשר אסרה עליה לגדל שיער ארוך ולהשתמש במוצרי טיפוח נשיים, מפרה את זכותה לשוויון ביחס לאוכלוסיית האסירות בבתי-הסוהר לנשים. בית-המשפט דחה את טענתה וקבע כי מדיניות בית-הכלא אינה מהווה הפרה של זכויותיה כאסירה, אלא אפשרות סבירה במסגרת שיקול-הדעת הנתון להנהלת בית-הסוהר, בהתחשב בשיקולים השונים שעליה לשקול.⁸¹

62. ניכר כי על-אף החשיבות שניתן לייחס למוצרי הטיפוח הנשיים, מנקודת מבטן של אסירות טרנסג'נדריות, אופיין המוגבל של זכויות האסיר בכלא וחובת הנהלת בתי-הסוהר לשמור על ניהול תקין ועל בטיחות האסירים מהווים צידוק ראוי לצמצום זכויותיהן. שיקולים שהוכרו כלגיטימיים, לפגיעה בזכויות האסירים הטרנסג'נדרים לבטא את מגדרם באמצעות טיפוח עצמי, כוללים בין היתר: שמירה על ביטחון יתר האסירים מתוך הנחה כי השימוש באיפור יכול להסוות פציעות של אסירים שנפגעו כתוצאה מאלימות בין כותלי בית-הסוהר; שוויון מול יתר האסירים בכלא, כך שאם בכלא גברים קיים איסור על גידול שיער ארוך, מתן האפשרות לאסירה טרנסג'נדרית הכלואה בו לגדל את שיערה פוגעת בזכות השוויון של יתר האסירים; והגנה על ביטחונם של האסירים הטרנסג'נדרים, מתוך הנחה שככל שייראו יותר כמו זהותם המגדרית המבוקשת, כך יהיו חשופים להתעמרות רבה מצד האסירים בכלא ולהתעללות מינית לרבות אונס.⁸²

63. אחד הנימוקים המרכזיים, להן טענו אסירות טרנסג'נדריות במסגרת עתירות נגד סירוב בתי-הסוהר לאפשר להן צריכת מוצרי הטיפוח במהלך מאסרן, היה שסירוב הכלא לספק את מוצרי הטיפוח הנשיים מפר את התיקון השמיני לחוקת ארצות-הברית, האוסר על מתן עונש אכזרי ובלתי-נדרש. עם זאת, בתי-המשפט לא קיבלו טיעון זה וקבעו כי מוצרי הטיפוח אינם מהווים חלק מצרכי החיים הבסיסיים, או חלק מסל הזכויות הבסיסיות אותו מחויב בית-הכלא להעניק לאסירים, על-אף הקשר ההדוק בין השימוש במוצרים אלה לבין הביטוי העצמי של האסירות.⁸³

64. לסיכום הגישה האמריקאית בעניין זה, נביא את דבריה של המלומדת *Ally Windsor Howell*, אשר ערכה מחקר בנוגע לאופן ההתייחסות של מערכת המשפט הפלילית לקהילה הטרנסג'נדרית בארצות-הברית ובקנדה. דבריה

⁷⁸ רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר, בפס' 36–37 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 7.10.2010).

⁷⁹ שם.

⁸⁰ *Hill v. Estelle*, 537 F.2d 214 (5th Cir. 1976).

⁸¹ *Star v. Gramley*, 815 F.Supp. 276 (C.D. Ill. 1993).

⁸² *Ahkeen v. Parker*, No. W1998-00640-COA-R3CV, 2000 WL 52771 (Tenn. Ct. App. Jan. 10, 2000); *Brown v. Wilson*, Civil Action No. 3:13CV599, UNITED STATES DIS. COURT FOR THE EASTERN DIS. OF VIR., RICHMOND DIVISION, 2015 U.S. Dist. LEXIS 81456, Jun. 23, 2015, Decided, Jun. 23, 2015, Filed; *Arnold v. Wilson*, 1:13cv900 (LMB/TRJ), UNITED STATES DIS. COURT FOR THE EASTERN DIS. OF VIR., ALEXANDRIA DIVISION, 2014 U.S. Dist. LEXIS 177133, Dec. 23, 2014, Decided, Dec. 23, 2014, Filed.

⁸³ *Murray v. U.S. Bureau of Prisons*, 106 F.3d 401, 1997 WL 34677 (6th Cir. 1997).

ייחודיים לענייננו, בכך שסיכמה את היחס של מערכת המשפט לצרכי הקהילה הטרנסג'נדרית בנוגע למוצרי הטיפוח והקוסמטיקה. לדבריה, בעוד שמוצרי טיפוח עשויים להיחשב כהכרחיים בעבור נשים מסוימות וטרנסג'נדריות, לא ניתן לצפות באופן מציאותי כי למדינה תהא חובה לספק עבור אסירות מוצרי קוסמטיקה. אכן, ניתן להעלות על הדעת מקרה שבמסגרתו תספק הקנטינה בבתי-הכלא מוצרי טיפוח, אולם בעיקר במקום בו מוחזקות אסירות טרנסג'נדריות בכלא נשים, ובכל מקרה בכפוף לשיקולים כלכליים סבירים. ובמילותיה:

"While makeup may be considered essential by some women and by some male-to-female transgender persons, it cannot be realistically argued that the state has a duty to furnish cosmetics to inmate... It would appear reasonable, however, as well as fiscally sensible for state correctional facilities where women and male-to-female transgender persons are housed to offer a basic assortment of cosmetics for sale in the institution's commissary or canteen".⁸⁴

65. מכלל האמור, עולה כי במערכת המשפט האמריקאית החשיבות והחיוניות שמיוחסת למוצרי הטיפוח עבור טרנסג'נדרים הן מוגבלות בהיקפן. שיקולים כגון סדר ושמירה על ביטחון האסירים הטרנסג'נדרים עצמם, לצד שיקולים כלכליים סבירים, עשויים לגבור על זכות האסירות הטרנסג'נדריות לשימוש במוצרי הטיפוח. כל זאת, נדגיש, כאשר מדובר בחובות של המדינה עצמה ולא בחובות של מרכזי מכר שמופעלים על-ידי חברה פרטית, אשר כאמור מחויבותה לשמור על זכויות האסירים פחותה בהרבה מכך. משום שלמערכת המשפט האמריקאית ניסיון עודף, בהשוואה למערכת שלנו, ראוי שנלמד מלקחים שהופקו שם וניישם אותם גם בגדרי המחלוקת שלפנינו.

66. עד כה סקרנו את הזכויות שהמבקשת טוענת להפרתן, אולם יש לזכור כי מולן עומדות זכויותיה של המשיבה והאינטרסים המוקנים לה. כאמור לעיל, החברה המפעילה את הקנטינה היא חברה פרטית אשר פועלת, בראש ובראשונה, מכוח שיקולים כלכליים.⁸⁵ מתוך שיקולים אלה, בחרה החברה להגיש את הצעתה במכרז הציבורי, כדי לפעול כזכיון פרטי בתוך בית-הסוהר ומתוך ציפייה לגיטימית להשיא את רווחיה. משכך, ככל שתחויב לספק מוצרים במחיר שמסב לה הפסדים, תיפגע ציפייתה הלגיטימית לרווח, ותיפגע זכות החברה והזכות של בעלי מניותיה לקניין.

67. המבקשת טוענת כי משום שמכלול זכויות המשיבה, אשר ייפגעו כתוצאה מהחלטה נגדה, מסתכמות בזכויות קנייניות-כלכליות, יש להעניק להן הגנה נמוכה ולבכר את זכויות האדם המהותיות של המבקשת. לעמדת המשיבה, סברה זו היא מוטעית, משום שפעולת הקנטינה מאפשרת את הגשמת האינטרס הציבורי, בשיפור רווחת האסירים; והאפשרות להגשים תכלית זו תלויה בהגנה על זכויותיה הקנייניות-כלכליות.

68. למרות המימרה הידועה לפיה "זכויות עולות כסף", ישנם מצבים בהם תכלית כלכלית זו או אחרת תיחשב לתכלית ראויה, המצדיקה פגיעה בזכויות אדם.⁸⁶ ככל שכך בנוגע לרשות ציבורית, ודאי שלחברה פרטית נתון חופש פעולה רחב יותר, לפעול בהסתמך על-בסיס זה. משכך, האמירה על פיה "זכויות עולות כסף" אולי משכנעת ברמה הדמגוגית, אולם חסרת נפקות כאשר מדובר בתאגיד פרטי ובפרט בבחינת חובותיו על-פי חוק איסור הפליה.

69. כאמור לעיל, יש להניח כי הבחירה לספק מוצרי צריכה ככלל, ומוצרי טיפוח בפרט, דרך הקנטינה ולא באמצעות שירות בתי-הסוהר, נובעת מהסברה שכך יעיל יותר, ונתיב זה ישפר את רווחתם המצרפית של האסירים, במידה

⁸⁴ Ally Windsor Howell, *A Comparison of the Treatment of Transgender Persons in the Criminal Justice Systems of Ontario, Canada, New York, and California*, 28 BUFF. PUB. INT. L.J. 133, 157 (2010).

⁸⁵ סי' 11 לחוק החברות.

⁸⁶ בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, 740-739 (2004); בג"ץ 4947/03 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל, בפס' 11 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 10.5.2006).

גבוהה מאשר אם שירות בתי-הסוהר היה מספק אותם בעצמו. בכך דומה החלטה זו להחלטות אחרות המבקשות לספק שירות ציבורי באופן יעיל יותר דרך הפרטנו והעברתו לידיים פרטיות, כך שהתמריץ הכלכלי של החברה הפרטית אינו אלא כלי בשירותו של האינטרס הציבורי.⁸⁷ כאמור, הפעלת מרכזי מכר בבית-הסוהר נועדה לרווחת האסירים, במטרה לספק עבורם מוצרי צריכה המוגדרים כ"טובות הנאה". כאמור לעיל, באם תישלל מהחברה הפרטית האפשרות לקבוע את מחיר המוצרים, באופן עצמאי, יישמט גם התמריץ להגיש מלכתחילה הצעות במכרזים מהסוג בו זכתה המשיבה, ובכך יפגעו לא רק חברות פרטיות כדוגמת המשיבה, אלא גם אוכלוסיית האסירים "יזכו" להרעה בתנאיהם, עקב קבלת שירות ירוד מזה שמציעה הקנטינה כיום. מכאן, היעדרות לבקשתה של המבקשת תיטיב אולי עמה, אולם תפגע ברווחתם המצרפית של יתר האסירים, אשר נהנים מהמוצרים (ומחיריהם) שמציעה המשיבה.

70. יטען הטוען כי עסקינן במוצר אחד מתוך סל המוצרים שמוכרת הקנטינה, ולכן גם אם תספוג הפסדים אשר למוצר שבלבית המחלוקת, אין בכך כדי לפגוע בה או באוכלוסיית האסירים באופן המפורט לעיל. לא נוכל לקבל טענה זו, משני טעמים מרכזיים: ראשית, בחינת הסוגיה צריכה שתעשה לעניין הגוף הנדון ולא לעניין המוצר, משום שככל שיקבע שעל הקנטינה לספוג את ההפסד ולשאת בנטל הגשמת הזכויות של המבקשת, תיפגע הוודאות שאפיינה את המצב עד כה, לפיו שמורה לקנטינה אוטונומיה בקביעת המחירים, כדי לשמור על רווחיותה. בכך, עלול להיווצר חשש ממדרון חלקלק, בדמות החובה להיענות לכל בקשה להוזלה במחיר של מוצר פלוני, בשל חשיבותו הסובייקטיבית לאסיר זה או אחר. גם אם חשש זה אינו גדול במישור הפרקטי, השלכותיו התודעתיות על תמריצי החברות הפרטיות, להגשת הצעות במכרזים ציבוריים עתידיים מסוג זה, עלולות להיות רחבות היקף.

71. שנית, נוכח העובדה כי שירות בתי-הסוהר הוא שמפעיל סמכות שלטונית, כאשר הוא מאפשר לקנטינה לפעול בתוך בית-הסוהר, ולא החברה המפעילה את הקנטינה, מן הראוי שככל שימצא כי קיים קשר הדוק בין המוצר דן לבין הגשמת זכויותיה של המבקשת, באופן שמחייב לשאת בעלות הפער בין המחיר הרווחי למחיר השוק; המשיבה סבורה כי על שירות בתי הסוהר לשאת בנטל המימון. ברם, טענה זו מקומה בעתירה נפרדת כנגד שירות בתי-הסוהר, על החלטתם כאמור, ואינה בגדרי הפלוגתא בהליך זה.⁸⁸ בכל אופן, וכפי שפורט לעיל במסגרת פרק ג(2) לתגובה זו, הרי שנוכח חיוניות מוצרי הטיפוח למבקשת, המסלול הנכון לאספקתם לידיה הוא "רכש חוץ" באמצעות שירות בתי הסוהר.

72. לבסוף, יש לזכור כי כאמור לעיל, היקף החובה לשמירת הזכות לשוויון, המוטלת על גוף פרטי מכוח חוק זה, מתפרס רק על מובנה השלילי, ולא על מובנה החיובי. במקרה דנן, הטלת אחריות על הקנטינה לספק את מוצרי הטיפוח במחיר השוק, או לפצות את המבקשת בגובה ההפרש בין המחיר אותו גובה למחיר השוק, תטיל עליה נטל להגשים את זכות המבקשת לשוויון, באופן אקטיבי. נבהיר את כוונתנו – בהקשר לצריכת מוצרי הטיפוח, טוענת המבקשת כי זכותה לשוויון נפגעה משום שבהשוואה למצב שקדם לכליאתה, כעת עלות הגשמת זכותה לבטא את מגדרה היא עלות גבוהה יותר. ברם, המשיבה אינה אחראית לתוספת העלות הכלכלית שנוצרה למבקשת. המשיבה מציעה לכל האסירים בבתי-הסוהר מחיר אחיד בעבור מוצרי הטיפוח, שכאמור נובע מהביקוש להם ובהתחשב בעלויות אספקתם. דרישה לפיה יהיה עליה לספק למבקשת את המוצרים במחיר נמוך יותר, אם דרך פיצוי אם דרך צו, תהווה למעשה דרישה ממנה לספק **יותר** משעשתה קודם לכן.

⁸⁷ עניין הפרטת בתי הסוהר, בפסי' 7 לפסק דינו של השופט לוי.

⁸⁸ ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 12-24908-07 זריהן נ' ד.ד.ש. מפ"צי הדרום – חברה לשיווק בע"מ (פורסם בנבו, 12.12.2012), שם קבעה השופטת אבניאלי כי דרך המלך לתקוף את הפקעות המחירים בקנטינות היא באמצעות עתירת אסיר (שם, בפסי' 3 לפסק-דינה).

73. בנקודה זו, ראוי לזכור כי העילה שיוצר חוק איסור הפליה היא עילה נזיקית.⁸⁹ לפיכך, בנוסף לערך המוגן העומד בבסיס עוולה זו – הזכות לשוויון; עומדת גם תכלית דיני הנזיקין שמתבטאת ב"השבת המצב לקדמותו".⁹⁰ משום שלא חל כל שינוי במדיניות התמחור, אלא השינוי היחיד במצבה של המבקשת הוא כליאתה, ניכר כי הענקת הסעדים המבוקשים לא יגשימו תכלית זו, אלא יעבירו את נטל הנשיאה בעלות המוצרים מהמבקשת לקנטינה. הקביעה, כאמור, תגרום לקנטינה להידרש למימון ההפרש, בשל הצורך לספק את הגשמת הזכות לשוויון של האסירים באופן חיובי, בצורה המרחיבה יתר על המידה את החובות שמטיל חוק איסור הפליה על גורמים פרטיים דוגמת המשיבה.⁹¹

74. חשוב להדגיש בהקשר זה כי הסיבה שהיקף החובה לשמירת עקרון השוויון החל על הקנטינה אינו כולל את החובה להגשים באופן פוזיטיבי את זכויות האסירים, אינה קשורה לעובדה כי מדובר בעלות כלכלית בלבד. אילו מכירת המוצרים במחיר השוק הייתה כדאית עבור הקנטינה, ואולם האחרונה הייתה בוחרת למכור לאסירים המשתייכים לקהילת הטרנסג'נדרים את מוצרי הטיפוח במחיר גבוה יותר, מתוך הנחה סטריאוטיפית כי קהילת הטרנסג'נדרים עשירה יותר או בשל היות האסירים "קהל שבוי" שעליהם לשלם כל מחיר שתדרוש, היה מדובר באפליה. בדומה, אם מכירת מוצרי טיפוח נשיים לטרנסג'נדריות בכלא של גברים תפגע בהיקף המכירות של הקנטינה משום שיתר האסירים לא ירצו לקנות ממנה בשל כך – כל אלו הן סיבות הנשענות על הרצון למקסם רווחים –⁹² פעולות הקנטינה היו שקולות לגריעה מהזכות הקנויה של האסירים לשוויון במובן שלילי.

אולם, כשהדרישה למכור מוצר במחיר הנמוך מ"עלות המכר" לקנטינה, שקולה לחיובה באספקת שירות שהיא איננה נותנת - עולה דרישתה של המבקשת לכדי בקשה לחייב את המשיבה בהגנה על מובנה החיובי של זכותה לשוויון. דא עקא, המשיבה אינה חייבת לספק זאת, וסירובה לעשות כן אינו עולה כדי הפליה אסורה על-פי חוק איסור הפליה.

3. דחיית טענות המבקשת לעניין רלוונטיות ההשפלה; ולעניין תחולת החזקות

(א) רלוונטיות ההשפלה ושאלת התקיימותה

75. המבקשת טוענת כי מדיניות התמחור בה נוקטת הקנטינה פוגעת בזכותה לשוויון באופן שעולה כדי השפלה; ושיש בכך כדי להטות את המשקל לטובתה. כאמור לעיל, חוק איסור הפליה מחיל איזון מובנה בין הזכויות והאינטרסים המתנגשים; ומחיל את הזכות לשוויון במשפט הפרטי בדרך של "תחולה עקיפה". לפיכך, אופי הזכות במסגרת החוק האמור שונה מאופייה במשפט הציבורי. אמנם, הפליה על רקע קבוצתי עלולה לטמון בחובה ייחוס מעמד נחות למופלה, אשר נובע מעצם ההתייחסות אליו כנחות ויצרת השפלה עמוקה הפוגעת בכבודו,⁹³ אך שאלת תחושתו הסובייקטיבית של התובע אינה מהווה חלק מנוסחת ההפליה המצויה בחוק זה. ולראיה: אין כל זכר בלשון החוק לכך שכדי שמדיניות תותר, עליה לא לגרום להשפלתו של אדם זה או אחר; ואין זכר לגישה זו גם בפסיקה. אדרבה, פסק דינו של כב' השופט ג'ובראן, במסגרתו בחן את הזכות לשוויון לפי חוק זה בהתאם לאמות המידה החוקתיות, נותר בדעת מיעוט בעניין פרוז'אנסקי, ומשכך אין זו ההלכה.⁹⁴

⁸⁹ ס' 5(א) לחוק איסור הפליה.

⁹⁰ ע"א 3668/98 בסט ביי רשתות שיווק בע"מ נ' פידאס בע"מ, פ"ד נג(3) 180, 191 (1999).

⁹¹ ראו "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים", בעמ' 22–23.

⁹² מדינה, בעמ' 52–53.

⁹³ בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 131–133 (1995).

⁹⁴ עניין פרוז'אנסקי, בעמ' 26–28.

המבקשת איפוא, בדומה לטענותיה לעניין מעמדה הנורמטיבי של המשיבה כגוף דו מהותי, מנסה לקרוא לתוך חוק איסור הפליה תנאים שאינם קבועים בו, ובכך לכרסם באיזון המצוי בבסיסו.

76. נוסף לכך, נוכח העובדה שעסקינן בעילת תביעה אזרחית, הכרה בתחושה הסובייקטיבית של התובע, כיסוד מיסודות העילה, תפגע בוודאות המשפטית שכן יקשה על מספקי שירותים לדעת אימתי מדיניות שהם נוקטים בה תעליב את הפרטים המהווים חלק מקבוצה זו או אחרת, או למצער יקשה עליהם להוכיח כי התובע לא נעלב מהתנהגותם. משום שהוודאות המשפטית היא מיסודותיו של המשפט הפרטי, ניתן להבין מדוע לא נכללו יסודות אלה בנוסחאות האיזון המצויות בבסיס חוק איסור אפליה.

77. עם זאת, ככל שייקבע כי תחושת השפלה מהווה אינדיקציה שמדיניות פלונית עולה כדי הפליה לעניין החוק, עמדת המשיבה היא כי מדובר באינדיקציה חלשה ביותר (נוכח הטעמים שפורטו לעיל); ומכל פנים, באינדיקציה שאינה מתקיימת במקרה זה. אחד הקריטריונים המקובלים לקביעה כי הבחנה בין קבוצות יוצרת השפלה, מתבטא במקרים בהם ההבחנה נעשתה בשרירותיות.⁹⁵ ההיגיון מאחורי קריטריון זה נעוץ בכך שאבחנה שנעשתה על-בסיס קריטריון שרירותי, אין מקורה בשוני רלוונטי; ומכאן סביר כי האבחנה נשענת על מניע נסתר הנתמך בתפיסה סטריאוטיפית כלפי האוכלוסייה המופלית לרעה או ביחס שלילי אחר כלפיה.

78. כפי שיפורט להלן, אין זה המקרה בענייננו. ראשית, המחיר הגבוה שנגבה מהאסירים בבית-הסוהר לגברים אינו נובע מהשתייכות הלקוחות המבקשים לצרוך את מוצרי טיפוח לקבוצת הטרנסג'נדרים, אלא רק כתוצאה מהביקוש הנמוך למוצר. כך, למשל, חזקה על החברה המפעילה את הקנטינה כי אם במקרה אסיר ממין זכר היה מבקש לרכוש מוצרי טיפוח נשיים, גם המחיר שהיה נגבה ממנו היה גבוה ממחיר השוק.

79. שנית, ד"ר מיטל פינטו גורסת כי מבחן ההשפלה שבהפליה, מורכב משלוש שאלות המהוות תנאים מצטברים: (1) האם המאפיין שהאבחנה מבוססת עליו כבר שימש בעבר לצורך אבחנה בין פרטים; (2) מהו מעמדן החברתי היחסי של הקבוצות המוגדרות על-פי מאפיין זה כיום; (3) האם האבחנה ביחס לחלוקה של טובין מסוים נושאת עמה מסר סמלי שלילי, כלומר, מה משמעותה התרבותית של ההבחנה?⁹⁶

80. בעוד שאין חולק כי מתקיימים בעניינו שני התנאים הראשונים לעיל, נקל להבין כי התנאי השלישי – האבחנה הנושאת עמה מסר שלילי – אינו מתקיים בנסיבות העניין. ההבחנה בעניין הנוגע לתמחור מוצרי הטיפוח בקנטינה אינה נושאת עמה מסר שלילי; אין מטרתה השפלה או פיחות בערכה של אוכלוסיית הטרנסג'נדרים, אלא הכרח הנובע ממטרתה הלגיטימית של החברה הפרטית המפעילה את הקנטינה לגריפת רווח סביר; ואפילו רווח מינימלי מפעילותה, כאשר הביקוש למוצר נמוך במערכת בתי-הסוהר בכלל, ובבית-הסוהר מעשיהו בפרט.

(ב) תחולת החזקות שבסעיף 6 והיפוך נטל הראייה

81. לקראת סיום, נתייחס לטענת המבקשת לפיה עובדות המקרה מלמדות על התגבשות מספר מהחזקות המנויות בסעיף 6 לחוק. סעיף 6 לחוק קובע חזקות אשר בהתקיימן, הנטל עובר אל הנתבע להוכיח כי לא פעל בניגוד לחוק. לפי חזקות אלו, אם יוכיח התובע כעניין עובדתי שהנתבע מנע ממנו שירות לאחר שבירר פרטים הנוגעים לאחת מעילות ההפליה; סירב לתת שירות לנמנים עם קבוצה כאמור, אך לא מנע באותן נסיבות שירות ממי שאינם נמנים

⁹⁵ בג"ץ 678/77 **כפר ורדים נ' שר האוצר**, פ"ד מג(2) 501, 508–509 (1989); מיטל פינטו "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי" **משפט ועסקים** טז 109, 119–121 (2013).

⁹⁶ שם, בעמ' 130–131.

עמה; התנה שירות לנמנים עם קבוצת הפליה בקיום תנאי אשר לא נדרש מאחרים; או עיכב אספקת שירות באופן זה – קמה חזקה שהנתבע פעל בניגוד לחוק, והנטל עליו להוכיח אחרת.⁹⁷

82. ודוק, מבחינה עיונית, דומה כי ראוי שהנטל העובדתי על התובע, להוכיח את קיומה של אחת החזקות, יהא נטל כבד, שכן "אפשר שהאמירה כי נטל השכנוע עבר לנתבע חוטאת לאמת. מאחר שברובם המכריע של המקרים בהם נעשה שימוש בטכניקת העברת הנטל, אם לא בכולם, הנתבע אינו מסוגל להרים את הנטל המועבר אליו, ניתן לומר שלמעשה אין מדובר בכלי ראייתי, כפי שעשוי לרמוז שמו, כי אם בכלל מתחום המשפט המהותי המכריע את גורל ההתדיינות".⁹⁸ דברים אלה, שנאמרו באופן כללי אשר להעברת הנטל בדיני הנזיקין, נכונים גם לחזקות הקבועות בחוק זה;⁹⁹ והנה, כפי שנראה להלן – המבקשת לא עמדה בהוכחת תחולתן של אף אחת מהחזקות מסעיף 6 לחוק על מקרה זה:

83. המבקשת טוענת, כי הוכחו התקיימותן של שתי חזקות: (1) זו הקבועה בסעיף 6(2) לחוק, לפיה המשיבה סירבה לספק את מוצרי הטיפוח למבקשת בשל השתייכותה הקבוצתית; (2) וזו הקבועה בסעיף 6(3) לחוק, לפיה המשיבה התנתה את רכישת מוצרי הטיפוח בתנאים אותם לא דרשה ממי שאינם משתייכים לקבוצתה.

לטענות אלה אין כל עיגון במציאות. הקנטינה דורשת מכל לקוחותיה מחיר אחיד עבור מוצרי הטיפוח, ללא הבדלי מגדר, מין או נטייה מינית. מאחר שהנטל להוכיח, כעניין עובדתי, את המצבים המקימים את החזקות המפורטות רובץ לפתחה של המבקשת;¹⁰⁰ וזו לא עשתה כן, יש לדחות את טענותיה בעניין זה.

84. לבסוף, נציין כי נוכח העובדה כי אין לנו כל נתונים על מקרים מסוג זה, דרישה מהמשיבה להוכיח שלא דרשה מהמבקשת תנאי שלא דרשה מאחרים, או סירבה להעניק לה שירות שנתנה לאחרים, יהיה בבחינת "לך תוכיח שאין לך אחות",¹⁰¹ וברור שאין להכיר בנטל זה.

ג(5). סיכום דחיית הטענות להפליה

85. לסיכום, ניכר כי ביחס למדינות אחרות, טיפולה של מדינת ישראל בטרנסג'נדרים במערכת השפיטה הוא מהמתקדמים בעולם המערבי. בניגוד למדינות כמו ארצות-הברית, להן ניסיון עתיר משלנו בהתמודדות עם אוכלוסיית הטרנסג'נדרים בבתי-הכלא, שם נאסר כלל להכניס מוצרי טיפוח נשיים לבתי-הסוהר לגברים ובמקרים מסוימים אף לא לבתי-הסוהר לנשים; בישראל שירות בתי-הסוהר מאפשר לאסירות טרנסג'נדריות הכלואות בבתי-הסוהר לגברים לצרוך מוצרי טיפוח נשיים, למען תוכלנה לממש את זהותן המגדרית הרצויה. עם זאת, הוחלט כי מוצרי הטיפוח יימכרו במסגרת שירותי הקנטינה, ככל הנראה מטעמי יעילות ולשיפור רווחת האסירים.

86. הקנטינה שמפעילה המשיבה היא חברה פרטית שזכתה במכרז להפעלת מרכזי מכר בין כותלי בתי-הסוהר. דרך מתן האפשרות להפעיל קנטינות בבתי-הסוהר, שירות בתי-הסוהר מפעיל סמכות שלטונית דרכה הוא מגשים את האינטרס הציבורי שבשיפור תנאי המאסר של האסירים. על הקנטינה, ככל גוף פרטי המציע שירות ציבורי, מוטלות חובות לשמירה על השוויון בין לקוחותיה, בין היתר, מכוח חוק איסור הפליה. הקנטינה מאפשרת לאסירים, ומתוך כך גם למבקשת, לצרוך מוצרי טיפוח נשיים, אולם בשל הביקוש הנמוך למוצרים אלה בבית-הסוהר לגברים,

⁹⁷ ס' 6 לחוק איסור הפליה.

⁹⁸ דברי השופט גרוניס בע"א 8279/02 גולן נ' עזבון המנוח אלברט, פ"ד סב(1) 330, בפס' 16 לפסק-דינו (2006); וראו גם ע"א 361/00 ד'אהר נ' יואב, בפס' 16 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 19.6.2005); גיא שני "כלל 'הדבר המעיד על עצמו' בדיני הנזיקין – בחינה מחודשת" משפטים מא 81, 124–134 (2005).

⁹⁹ ע"א (מחוזי ת"א) 17537-05-14 ק.צ. יחסי ציבור בע"מ נ' קיס, בפס' 15 לפסק-דינה של השופטת לבהר-שרון (פורסם בנבו, 3.8.2015).

¹⁰⁰ שם, בפס' 21 לפסק-הדין.

¹⁰¹ כדברי המשורר שלום עליכם ביצירה "מנחם מנדל בוורשה" (1913).

המחיר שקבעה גבוה ממחיר השוק. כפי שהצגנו לעיל, אין כל קשר בין מגדרה של המבקשת לבין קביעת מדיניות התמחור האמורה; ומשכך, לא נפגעת זכות המבקשת לשוויון.

87. לאור האמור לעיל, לעמדת המשיבה, יש לדחות את הבקשה. אולם, ככל שבית-המשפט יסבור אחרת, ומעבר לצורך, נתייחס עתה גם לסוגיית הסעדים המתאימים למקרה זה.

ד. סעדים

88. המבקשת עתרה לקבלת אחד מבין שני סעדים חלופיים: צו עשה אשר יורה לקנטינה למכור את מוצרי הטיפוח במחיר שוק; ולחלופין, פיצוי בשיעור ההפרש בין המחיר אותו דורשת הקנטינה לבין מחיר השוק.
89. לעמדת המשיבה, בנסיבות העניין, לא יהיה זה מוצדק לצוות על הקנטינה למכור את מוצרי הטיפוח במחירי השוק. על פי הדין, בית המשפט לא ייתן צו אם הנתבע יוכחו התקיימותם של ארבעה תנאים: (1) הנזק שנגרם לנפגע קטן; (2) הנזק ניתן להערכה בכסף; (3) הנזק ניתן להערכה בפיצוי מספיק בתשלום כסף; (4) מתן הצו יהווה התעמרות בנתבע.¹⁰²
90. לפיכך, לעמדת המשיבה, נסיבות המקרה מחייבות בחירה, לכל היותר, במסלול הפיצויים הכספיים, אשר ייקבעו בגובה ההפרש בין מחיר המכר בקנטינה למחיר השוק.
91. וביתר פירוט. המבקשת טוענת שהאפשרות לבקש סעד של צו-עשה, תחת חוק איסור הפליה, נובעת מסעיף 5(א) לחוק, אשר משווה את האחריות הקבועה בחוק לזו שבפקודת הנזיקין. בדרך זו, היא גורסת שניתן לעשות שימוש בצירוף סעיפים 3 ו-72 לפקודת הנזיקין, אשר מאפשרים לבית-המשפט לפסוק צווי עשה נגד מעוול.¹⁰³
92. לחלופין, טוענת המבקשת כי קיימת לבית-המשפט אפשרות לתת סעד של ציווי בהתאם לסעיף 75 לחוק בתי-המשפט. עם זאת, איננו סבורים כי זה הסעיף הנכון לענייננו בשל העובדה כי חוק איסור הפליה מורה על הפנייה מיוחדת לפקודת הנזיקין, ממנה ניתן לגזור סעד של ציווי. לפיכך, כלל הפרשנות לפיו חוק ספציפי גובר על חוק כללי, *Lex specialis derogat generali*, מחייב את העדפת האפשרות של ציווי, מכוח פקודת הנזיקין. כפי שנראה להלן, ארבעת התנאים הנזכרים בסעיף 74 לפקודה מתקיימים, ומשכך אין מקום ליתן צו עשה בנסיבות העניין:¹⁰⁴
93. ראשית, לעניין היקף הפגיעה, טענו בשלב מוקדם יותר כי החשיבות והחיוניות של מוצרי טיפוח נשיים לאסירות טרנסג'נדריות היא מוגבלת. אכן, מוצרים אלה דרושים לשם הגשמה מלאה של המגדר המבוקש בידי האסירות, אך לא מדובר בצורך בסיסי או בזכות מהותית. נוסף לכך, בניגוד למדיניות הנהוגה בארצות-הברית, אין שירות בתי-הסוהר והקנטינה מונעים כליל את צריכת המוצרים מהאסירות, אלא רק מוכרים אותם במחיר הגבוה ממחיר השוק – וזאת, כאמור, כתוצאה מהביקוש הנמוך בכלא. לפיכך, תנאי הפגיעה הקטנה מתקיים במקרה דנן.
94. שנית, הפגיעה בענייננו ניתנת להערכה בכסף, שהוא הפער בין מחיר השוק לבין המחיר המבוקש. ראיה לכך מצויה בעובדה שהסעד החלופי בדמות פיצויים אשר אותו תובעת המבקשת עומד על אותו הפער האמור.
95. שלישית, התנאי הבורח האם הפגיעה האמורה ניתנת לפיצוי מספק בתשלום כספי, מבקש לברר האם פיצוי כספי ירפא את הפגיעה שיצרה העוולה או שמא לא יהיה די בכך כדי לתקן את הנזק שנגרם. ההלכה בעניין זה, נקבעה

¹⁰² ס' 74 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשמ"ח-1968 (להלן: "פקנ"ז"); ראו גם ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 854 (1989) (להלן: "עניין אבנרי").

¹⁰³ ס' 3 ו-72 לפקנ"ז.

¹⁰⁴ שם, בס' 74 לפקנ"ז; ע"א 44/76 אתא חברה לטקסטיל בע"מ נ' שורץ, פ"ד ל(3) 785, 800 (1976) (להלן: "עניין אתא").

במקרה שעסק בעוללת המטרד.¹⁰⁵ המשותף לעוללה זו ולענייננו הוא אופייה המתמשך של העוללה. כשם שמטרד פוגע בניזוק לאורך זמן, כך מכירת מוצרי הטיפוח "פוגעת" במבקשת בכל פעם בה היא מבקשת לרכוש אותם במחיר השוק ונענית בסירוב. עם זאת, משום שהפגיעה בענייננו מתמצת בהיבט הכלכלי, ומשום שזמן הכליאה של המבקשת ידוע ותחום בזמן – ידועות מספר הפעמים בה תוכל המבקשת לרכוש את מוצרי הטיפוח; ובהתאם - ניתן ובקלות לכמת באופן מדויק את הנזק הממוני שייגרם ושנגרם למבקשת עד כה. זאת, בניגוד למצב הטיפוסי בו עוללת המטרד גורמת להפרעה באורך החיים ובהנאה הסבירה של הניזוק, באופן שאינו ניתן לכימות ולמדידה באופן מדויק.

96. רביעית, מתן ציווי לקנטינה למכור את מוצרי הטיפוח במחיר השוק עולה לכדי התעמרות כהגדרתה בפסיקה. לשם בחינת תנאי זה, יש לערוך "מאזן נוחות" בין הנזק הצפוי למבקשת כתוצאה מהמשך המכירה במחיר השוק ובצירוף תוספת הפיצויים בגובה הפער – לבין הנזק הצפוי לחברה המפעילה את הקנטינה באם יינתן כנגדה צו שיורה על מכירת המוצרים במחיר השוק.¹⁰⁶

97. כאמור לעיל, הפגיעה במבקשת נמוכה משום שהמוצרים שאותם היא מבקשת לרכוש אינם חיוניים עבורה; ומשום שצריכתם אינה נמנעת ממנה כליל, אלא רק מותנית במחיר גבוה ממחיר השוק. לעומת זאת, הפגיעה שתיגרם לקנטינה, אם תחויב למכור את מוצרי הטיפוח הנשיים במחיר השוק, גבוהה במידה ניכרת. זאת לאור הביקוש הנמוך למוצרים הללו במערכת בתי-הסוהר, גם אם המחיר שקבעה החברה למכירתם גבוה ממחיר השוק, למעשה הוא שווה למחיר העלות השולית של אספקתם בקנטינה. כלומר, בכל מחיר הנמוך מכך, תגרום מכירתם של מוצרי הטיפוח להפסדים.

נוכח כל האמור, ניכר כי הפגיעה הצפויה בחברת הקנטינה גבוהה מזו שצפויה לאוכלוסיית הטרנסג'נדרים, ולכן מתן הצו יהווה התעמרות.

98. נוסף לאמור, נבקש להזכיר כי מול הזכויות הנפגעות של המבקשת, ניצבות הזכויות והאינטרסים של המשיבה. לביסוס טענה זו, ניתן לערוך היקש בין הדין בחוק איסור הפליה לבין דיני איסור לשון הרע. בשני המקרים מדובר בעיגון סטטוטורי של עוללה הפוגעת בזכויות אדם ושני החוקים מפנים לסעדים מפקודת הניזוקין. במסגרת דיני איסור לשון הרע, מקובלת הגישה כי מתן צו גורר פגיעה חמורה בזכויות הנתבע – בחופש הביטוי שלו, ולכן בכל מקרה במסגרתו קיימת האפשרות הסבירה לתקן את הנזק שגרם הפרסום על-ידי פיצויים כספיים, יש לפעול בנתיב זה.¹⁰⁷ אנו סבורים כי ההיגיון שבבסיס גישה זו, בדיני לשון הרע, מתקיים גם בענייננו. כשם שההגבלה בצו בדיני לשון הרע פוגעת בחופש הביטוי של הנתבע, פגיעה יתרה לעומת פיצויים, כך מתן צו יפגע שלא לצורך במשיבה, ובזכותה לחופש העיסוק, לחופש ההתקשרות, ובקניינה.

99. לבסוף, יש לזכור שעסקינן בעילת תביעה נזיקית, ובמסגרת דיני הניזוקין הכלל הוא שלא יינתן ציווי אלא אם הפיצויים אינם התרופה המתאימה או המספיקה בנסיבות העניין.¹⁰⁸ זכותו של הנפגע לציווי היא פחותה בעצמתה לעומת זכותו לפיצויים, בין היתר מאחר שציווי המעוול לנהוג בדרך מסוימת עשוי לפגוע באוטונומיה שלו ולהיות, למעשה, התעמרות כלפיו; ומשום שצו הצופה פני עתיד מניח קיומו של נזק נוסף עתידי, ומשכך הוא נושא אופי ספקולטיבי וקשה "לכיל" אותו במדויק, באופן שיגן על התובע ומבלי שייתפס ברשתו גם פעולות חוקיות או בלתי

¹⁰⁵ סימן ה לפקני"ז.

¹⁰⁶ עניין **אתא**, בעמ' 801–808.

¹⁰⁷ אורי שנהר **דיני לשון הרע** 347–349 (1997).

¹⁰⁸ גד טדסקי, יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין **דיני הניזוקין – תורת הניזוקין הכללית** 544 (1976); עניין **אבנרי**, בעמ' 854; ע"א 3833/93 **לוינ' נ' לוינ**, פ"ד מח(2) 879, 862 (1993).

מזיקות.¹⁰⁹ גם מסיבה זו אנו סבורים כי אין זה מוצדק ליתן צו שיורה על הקנטינה למכור את מוצרי הטיפול הנשיים במחיר השוק.

100. מן האמור לעיל, עולה כי ככל שמדיניות התמחור הפלטה את המבקשת, באופן העובר על הוראות חוק איסור הפליה, יש לדחות את בקשתה לסעד של ציווי; ולקבוע, לכל היותר, סעד של פיצויים בהתאם לפער בין מחיר מוצרי הטיפול בבית-הסוהר לבין מחירם בשוק.

ה. סיכום ביניים

101. לסיכום דברינו, נבקש להזכיר את הדרך הארוכה שעברנו עד לנקודה זו. מטרתו של בית-הסוהר מעשיהו היא לאכלס אסירים ממין זכר ולתקופה שאינה עולה על שבע שנים. בבית-הסוהר פועל מרכז מכר ("קנטינה") המופעל על-ידי חברה פרטית. על-אף שעומד בפניה מסלול נוסף, מסלול "רכש החוץ", ביקשה המבקשת לרכוש מוצרי טיפוח נשיים מהקנטינה. בניגוד לנהוג במדינות אחרות, שירות הקנטינה בבית-הסוהר מעשיהו אכן מציע לאסירים לרכוש מוצרי טיפוח נשיים, חרף הסכנות הכרוכות בכך ושפורטו לעיל. דא עקא, בשל הביקוש הנמוך למוצרים אלה, נמכרים המוצרים על ידי המשיבה במחיר הגבוה פי שלושה ממחירם בשוק.

102. חרף תלונותיה של המבקשת, משום שהקנטינה מופעלת על-ידי חברה פרטית ואשר פועלת בהסתמך על תכליות כלכליות, מותר ואף ראוי כי תתמחר את המוצרים שהיא מוכרת במחירים שלא יגרמו לה להפסדים. נוסף לכך, שמירה על רווחיות הקנטינה אינה מגנה אך על זכויותיה, אלא גם על האינטרס הציבורי שבשיפור רווחת האסירים, דרך יצירת תמריץ לחברות כדוגמתה לפעול בין כותלי בית-הסוהר.

בשל כך, מדיניות התמחור של הקנטינה אינה מהווה הפליה אסורה, אלא הבחנה מותרת. קריטריון ההבחנה הוא הביקוש למוצרים והוא הקריטריון הראוי, אשר בינו לבין התכלית הכלכלית המבוקשת קיים קשר אמיץ. משום שחוק איסור הפליה לא מחיל על גורמים פרטיים חובות עשה, אין חובה על הקנטינה לספק ללקוחותיה את המוצרים במחירים הפסדיים, וכל זאת רק לשם הגשמת זכות שאינה מחויבת מלכתחילה בהגשמתה.

103. נוכח האמור לעיל, אין המבקשת זכאית לסעדים, ואם יחליט בית-המשפט אחרת, כמפורט לעיל, הסעד הראוי בנסיבות העניין אינו מתן צו, אלא פיצויים בגובה ההפרש בין עלות מוצרי הטיפול בשוק לבין מחירם בבית-הסוהר מעשיהו.

ו. אין ליתן רשות ערעור בנסיבות העניין

104. בניגוד לדעת המבקשת, לעמדת המשיבה המקרה דנן אינו עונה על התנאים שנקבעו בעניין **חניון חיפה** אשר מצדיקים מתן רשות הערעור.¹¹⁰ נסביר במה דברים אמורים:

105. **ראשית**, לא מדובר במקרה בו קיימות הכרעות סותרות, הדרושות ליבון וקביעה ברורה מטעם בית המשפט העליון. בעניינה של המבקשת, הערכאות הדיוניות הגיעו לתוצאות זהות ועקביות המלמדות על תפיסה אחידה של בתי המשפט בכל הנוגע לסוגיות שעולות במסגרת פלוגתא זו.

106. **שנית**, בניגוד לדעת המבקשת, אין כל אינדיקציה כי מדובר בסוגיה בעלת חשיבות כללית, החורגת מעניינה הפרטני. על-אף שאין בידי המשיבה נתונים מדויקים בנושא, ניתן להניח בבטחה כי מספר האסירים הטרנסג'נדרים הכלואים במערכת בתי-הסוהר בישראל אינו גבוה, ואף מהווה אחוז שולי ביותר. בהתאם לכך, יש יסוד סביר

¹⁰⁹ אלעד פלד "תרופת האכיפה בדיני הנויקין" **דין ודברים** ו 601, 621–623 (2012).
¹¹⁰ רע"א 103/82 **חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ**, פ"ד לו(3) 123 (1982).

להניח כי מספר הבקשות לעבור את התהליך הנדרש לשם היערכות לביצוע ניתוח לשינוי מין במהלך תקופת מאסר, יהיה זעום בלשון המעטה. יתרה מזו, קיים ספק רב אם ניתן להגשים את התנאי הנדון, מתוכו נולדה הבקשה – התנסות במגדר המבוקש במהלך 12 חודשים – לאחר שמצאנו כי לא ניתן להגשים את תכליתו של התנאי במהלך תקופת המאסר.¹¹¹ ודוק, תנאי הכרחי לתקופת הניסיון בזהות המגדרית הרצויה הוא שהמטופל המעוניין לעבור את הניתוח, יעבור את תקופת ההתנסות בקרב משפחתו, חבריו, סביבתו הקרובה והחברה באופן כללי. ברור כי התנאים במאסר מסכלים את תכליתו של התנאי ההכרחי לקראת הניתוח.

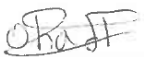
107. שלישית, אין מדובר בסוגיה בעלת השלכות חוקתיות. אכן, הערך המוגן בחוק איסור הפליה הוא הזכות לשוויון, אך מדובר בחוק אזרחי היוצר עילת תביעה נזיקית. תחומים רבים, במסגרת המשפט הפרטי, מגנים למעשה על זכויות וערכים מתחום המשפט החוקתי – כך, למשל, תביעת לשון הרע משליכה על הזכות לשם טוב ועל חופש הביטוי; תביעת השבה לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט משליכה על היקף הזכות לקניין; ותביעה לפי עילה חוזית משליכה על הזכות לחירות ועל חופש ההתקשרות. הכרה בכך שכל עניין בו נסבה הפלוגתא על שאלה משפטית בעניין בו הערך המוגן הוא זכות חוקתית, תביא ליתור הדרישה הנ"ל.

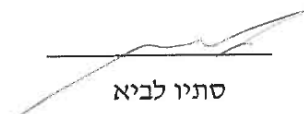
108. לבסוף, לא נכחד ונודה כי לסוגיה שלפנינו קיימת חשיבות ציבורית בהיותה עוסקת בזכויות של אוכלוסיית הטרנסג'נדרים, אשר דיון מקיף בעניינן טרם נעשה בפסיקה הישראלית, וכאשר אין חולק כי נדרשת הגנה יתרה על זכויותיהם במסגרת המאסר. עם זאת, אל לנו ללכת שולל אחר "האטרקטיביות" של נושאים אלה. על-אף שלנושאי המסגרת קיימת חשיבות ציבורית, פרטי המקרה אינם יוצרים התנגשות מהותית, עד כדי כך שיהיה בדיון ליצור הלכה אשר תוכל להנחות את הגופים הנוגעים בדבר, כיצד להתייחס לאוכלוסיית הטרנסג'נדרים, או שתוכל להתוות הלכה ברורה לבתי-המשפט שידונו בנושאים כגון זה בעתיד.

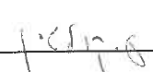
109. מסיבות אלו, לעמדת המשיבה, אין ליתן רשות ערעור בנסיבות העניין.

ז. סוף דבר

110. אשר על כן, מתבקש בית-המשפט הנכבד שלא ליתן רשות ערעור, ולמצער – לדחות את הערעור לגופו נוכח כל הטעמים המפורטים לעיל.


 אוהד טואטי


 סתיו לביא
 באי-כוח המשיבה


 עמרי קולטין

¹¹¹ ראו לעניין זה פרק 11 בתגובה לרע"ב 5319/16 ישראלי נ' מנהל בית-הסוהר מעשיהו, המוגשת במקביל להגשת תגובה זו.

רע"א תגובה - רשימת אסמכתאות ומקורות

חקיקה

- [1] חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000.
- [2] הוראת שירות בתי-הסוהר 04.32.00 "מרכזי מכר לאסירים" www.gov.il/he/Departments/policies/043200
- [3] חוק החברות התשנ"ט-1999.
- [4] הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000.
- [5] חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.
- [6] חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, התשנ"ח-1998.
- [7] פקודת הנציבות מס' 04.17.00 www.gov.il/he/Departments/policies/043200
- [8] פקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשמ"ח-1968.

פסיקה

- [1] ת"צ (מחוזי מרכז) 9231-09-12 טסלר נ' ד.ד.ש. מפיצי הדרום – חברה לשיווק בע"מ, (פורסם בנבו, 29.11.2016).
- [2] בש"א (מחוזי חי) 1150/07 שפינדלר נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו, 25.3.2007).
- [3] בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קווי אוויר למטען נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193 (1992).
- [4] רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, (פורסם בנבו, 16.11.2011).
- [5] ת"א (מחוזי חי) 2786/07 עקיבא נ' בא לגן יגור בע"מ, (פורסם בנבו, 14.1.2010).
- [6] ע"א (מחוזי חי) 3724/06 קיבוץ רמות מנשה נ' מזרחי, (פורסם בנבו, 8.1.2008).
- [7] בר"ע (מחוזי י-ם) 478/08 ג.א.ת. ניהול והשקעות בע"מ נ' מור, (פורסם בנבו, 25.9.2008).
- [8] ע"א (מחוזי נצ) 198/09 סרור נ' חברת רזידנט מיוזיק בע"מ, (פורסם בנבו, 5.11.2009).
- [9] רע"א 1565/95 סחר ושרותי ים בע"מ נ' חברת שלום וינשטיין בע"מ, פ"ד נד(5) 638 (19.12.2000).
- [10] בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449 (1987).
- [11] עע"מ 7151/04 הטכניון – מכון טכנולוגי לישראל נ' דץ, פ"ד נט(6) 433 (2005).
- [12] ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח, (פורסם בנבו, 25.5.2006).
- [13] ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45 (1994).

- [14] רע"א 3194/16 בארות הילה נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו, 10.5.2016).
- [15] ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992).
- [16] בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009).
- [17] בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749 (1990).
- [18] ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1 (2010).
- [19] בג"ץ 4031/94 ארגון "בצדק" נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 1 (1994).
- [20] ע"מ 4105/09 עיריית חיפה נ' עמותת העדה הספרדית בחיפה, (פורסם בנבו, 2.2.2012).
- [21] בג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ, (פורסם בנבו, 17.5.2012).
- [22] רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר, (פורסם בנבו, 7.10.2010).
- [23] בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004).
- [24] בג"ץ 4947/03 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל, (פורסם בנבו, 10.5.2006).
- [25] ת"צ (מחוזי ת"א) 24908-07-12 זריהן נ' ד.ד.ש. מפיצי הדרום – חברה לשיווק בע"מ (פורסם בנבו, 12.12.2012).
- [26] ע"א 3668/98 בסט ביי רשתות שיווק בע"מ נ' פידיאס בע"מ, פ"ד נג(3) 180 (1999).
- [27] בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995).
- [28] בג"ץ 678/77 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501 (1989).
- [29] ע"א 8279/02 גולן נ' עזבון המנוח אלברט, פ"ד סב(1) 330 (2006).
- [30] ע"א 361/00 ד'אהר נ' יואב, (פורסם בנבו, 19.6.2005).
- [31] ע"א (מחוזי ת"א) 17537-05-14 ק.צ. יחסי ציבור בע"מ נ' קיס (פורסם בנבו, 3.8.2015).
- [32] ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (1989).
- [33] ע"א 44/76 אתא חברה לטקסטיל בע"מ נ' שורץ, פ"ד ל(3) 785 (1976).
- [34] ע"א 3833/93 לוינ' לוינ', פ"ד מח(2) 862 (1993).

פסיקה זרה

[1] [Korematsu v. United States](#), 323 U.S. 214 (1944).

[2] [Cleburne v. Cleburne Living Center](#), 105 S. Ct. 3249, 3274, n. 24 (1985).

- [3] [Adkins v. City of New York](#), 143 F. Supp. 3d 134, 140 (S.D.N.Y. 2015).
- [4] [Gloucester Cnty. Sch. Bd. v. G.G.](#), 2016 U.S. LEXIS 6408 (U.S. 2016).
- [5] [Geleta v. Gray](#) F.3d 408, 411 (D.C. Cir. 2011).
- [6] [Sumner v. U.S Postal Serv.](#), 899 F.2d 203, 209 (2d Cir, 1990).
- [7] [Hernandez v. Yellow Transp., Inc.](#), 641 F.3d 118, 129 (5th Cir. 2011).
- [8] [Hill v. Estelle](#), 537 F.2d 214 (5th Cir. 1976).
- [9] [Star v. Gramley](#), 815 F.Supp. 276 (C.D. Ill. 1993).
- [10] [Ahkeen v. Parker](#), No. W1998-00640-COA-R3CV, 2000 WL 52771 (Tenn. Ct. App. Jan. 10, 2000).
- [11] [Brown v. Wilson](#), Civil Action No. 3:13CV599, UNITED STATES DIS. COURT FOR THE EASTERN DIS. OF VIR., RICHMOND DIVISION, 2015 U.S. Dist. LEXIS 81456, Jun. 23, 2015, Decided, Jun. 23, 2015, Filed.
- [12] [Arnold v. Wilson](#), 1:13cv900 (LMB/TRJ), UNITED STATES DIS. COURT FOR THE EASTERN DIS. OF VIR., ALEXANDRIA DIVISION, 2014 U.S. Dist. LEXIS 177133, Dec. 23, 2014, Decided, Dec. 23, 2014, Filed.

ספרות ומאמרים

- [א] משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" **עלי משפט** ג 15, 25 (2003).
- [ב] ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית" **עלי משפט** ג 45–46 (2003).
- [ג] ישראל גלעד "האחריות בנוזיקין של רשויות ציבורי ועובדי ציבור" (חלק ראשון) **משפט וממשל** ב 339, 55 (1994) 78.
- [ד] דפנה ברק ארז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנוזיקין: המהפכה השקטה" **קריית המשפט** ח 11, 26 (2009).
- [ה] עומר דקל **מכרזים** 98–104 (2004).
- [ו] שמואל שמעוני "הכרה משפטית בשינוי מין" **מחקרי משפט** כח 311, 318–319 (2012).
- [ז] הלה קרן "שוויון בדיני חוזים – קריאה פמיניסטית" **משפטים** לא 269 (2001).
- [ח] נתי יפת "המשרד להגנת הסביבה: נכשל מכרז להקמת מפעל אמוניה בדרום" **גלובס** 15.11.2016
www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001161133

[ט] מיטל פינטו "מהותו של השוויון המהותי בעקבות עניין פרוז'אנסקי" **משפט ועסקים** טז 109, 119–121 (2013).

[י] גיא שני "כלל 'הדבר המעיד על עצמו' בדיני הנזיקין – בחינה מחודשת" **משפטים** מא 81, 124–134 (2005).
 [יא] אורי שנהר **דיני לשון הרע** 347–349 (1997).

[יב] גד טדסקי, יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין **דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית** 544 (1976).
 [יג] אלעד פלד "תרופת האכיפה בדיני הנזיקין" **דין ודברים** ו 601 (2012).

ספרות ומאמרים זרים

- A. Shively MG & De Cecco JP, *Components of Sexual Identity* J. Homosex. 1977 Fall; 3(1): 8–41 (1997).
- B. *Diagnostic & Statistical Manual of Mental Disorders* 532–538 (American Psychiatric Association, 4th ed. (2000).
- C. OECD, *The Price of Prejudice: Labour Market Discrimination on the Grounds of Gender and Ethnicity*, in LEGAL & INSTITUTIONAL FRAMEWORK IN FORCE IN 2007.
- D. Ally Windsor Howell, *A Comparison of the Treatment of Transgender Persons in the Criminal Justice Systems of Ontario, Canada, New York, and California*, 28 BUFF. PUB. INT. L.J. 133, 157 (2010).