

**בשבתו כבית-משפט לערעורים מנהליים**

בעניין: ליאור ישראלי

ע"י ב"כ גבי איה דביר, גבי שרי ברזל וגבי רותם אבידר-צאליק

כנפי נשרים, הרצליה

**המבקשת**

נגד –

1. מנהל בית-הסוהר מעשיהו

2. הוועדה הרב מקצועית לניתוחים להתאמה מגדרית של משרד הבריאות (משיבה פורמלית)

ע"י ב"כ גבי סתיו לביא, מר עומרי קולטין ומר אוהד טואטי

כנפי נשרים, הרצליה

**המשיבים**

**בקשת רשות ערעור**

מוגשת בזאת בקשה למתן רשות ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי מרכז, במסגרתו נדחה ערעורה של המבקשת על החלטת המשיב 1 (להלן גם: "המשיב") לסרב לאפשר למבקשת לבצע בה ניתוח תחתון להתאמה מגדרית במהלך תקופת מאסרה. בתוך כך, מתבקש בית-המשפט הנכבד ליתן רשות ערעור; לדון בבקשה כערעור; לקבל את הערעור; ולבטל את פסק-דינו של בית-המשפט לעניינים מנהליים במחוז מרכז.

**א. פתח דבר**

1. הזכות לבריאות והזכות לקבלת טיפול רפואי מוקנות לכל אדם מכוח זכותו לכבוד, לחיים ולשלמות הגוף.<sup>1</sup> בהתאם לכך ולאור מעמדן הנורמטיבי של הזכויות האמורות, כאשר מדובר בטיפול רפואי שעשוי להציל חיים, להאריך או לשפר את איכות חייו של החולה, יש ליתן משקל משמעותי לערכים כמו קדושת החיים, שלמות הגוף והנפש, וכבוד האדם – ערכים מרכזיים וחוקתיים בשיטת המשפט הנהוגה בישראל.<sup>2</sup>
2. המבקשת היא אסירה המוחזקת במאסר תחת סמכותו ואחריותו של שירות בתי-הסוהר.<sup>3</sup> לאחר שבקשתה לעבור ניתוח תחתון להתאמה מגדרית סורבה, החלה במאמצים להוכחת ניסיון של 12 חודשים בזהות המגדרית המבוקשת – קריטריון מרכזי המהווה תנאי לאישור בקשתה זו. נוכח זהותה המגדרית משפחתה הקרובה

<sup>1</sup> ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

<sup>2</sup> בג"ץ 494/03 עמותת רופאים למען זכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322 (2004).

<sup>3</sup> פקודת שירות בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971.

התנכרה לה והיא התקשתה למצוא עבודה. בשל כך, החליטה לשדוד בנק, שוד מזוין, אשר הוביל למאסרה. נציין כי אשר לזכויות אסירים, שמירתן חשובה במיוחד נוכח העובדה כי **מדובר באוכלוסייה מוחלשת מטבעה**.<sup>4</sup> ביטוי לכך מובא במישור התעסוקתי, חברתי, כמו גם נגישות לשירותים ומשאבים, עליהם נעמוד בהמשך.

3. מידותיו של מתחם הסבירות נקבעות בהתחשב במעמדה של הרשות השלטונית, אופייה וסמכויותיה.<sup>5</sup> מתוך כך, נקבע כי הסמכות של שירות בתי-הסוהר אינה דומה במהותה ובהיקפה לסמכות מנהלית רגילה, בין היתר, לאור תלותם גדולה של האסירים בו.<sup>6</sup> בית-המשפט עמד על היקף ההגנה המיוחדת הניתנת לאסירים –

*"אכן בית-המשפט הוא אשר שלח את האסירים אל בין החומות, אך עכשיו, כשחומות סוגרות עליהם, בית-המשפט הוא אביהם של האסירים".<sup>7</sup>*

4. המבקשת, הזקוקה לניתוח על מנת להשלים את הליך ההתאמה בין זהותה המגדרית לביולוגית, ביקשה לתבוע את זכויותיה האמורות. במקביל למאמציה להוכחת ניסיון במגדר המבוקש, פנתה למשיב 1 בבקשה כי מרפאת בית-החולים תבצע את הניתוח האמור. אולם, בית-הסוהר **סירב** לבקשתה משיקולי תקציב, נוכח העובדה שלטענתו אין מדובר בניתוח מציל חיים, ולאור סירוב הוועדה הרב מקצועית לניתוחים להתאמה מגדרית של משרד הבריאות (להלן: "**הוועדה**"), המשיבה 2, לאשר הבקשה, עובר למאסרה של המבקשת. בבקשה זו נראה כי אין באף אחד מנימוקים אלה כדי להצדיק את ההחלטה, והפגיעות הכרוכות בה בזכויותיה של המבקשת.

היקף ההגנה על זכויות האדם של אסיר נגזר מאיזון המתחייב בין הזכות לבין אינטרסים אחרים, של הפרט או הציבור, שבנסיבות העניין יש להתחשב בהם. אולם, שלילת הזכות, הגבלתה מותרת רק על יסוד נימוקים ענייניים, להם נמצא עיגון בדין. כגודל הזכות הנפגעת, כך נדרשים נימוקים מבוססים להצדקת הפגיעה.

5. ויצוין: הניתוח להתאמה מגדרית אותו מעוניינת (וצריכה) המבקשת לעבור הוא ניתוח מתוקצב אשר כלול בסל הבריאות הממשלתי. ודוק; בתי המשפט כבר קבעו כי על שירות בתי הסוהר חלה החובה לספק טיפול רפואי לאסירים הכלול בסל התרופות. אולם חרף קביעות שיפוטיות אלה, סירב המשיב 1 לבקשתה הסבירה והמתבקשת של המבקשת, ובכך מנע מהאחרונה לממש את זכויותיה הבסיסיות האמורות.

6. ניכר כי אילו היו המשיבים מקיימים הליך מנהלי תקני, בשים לב לפגיעות הקשות שהוסבו לזכויות חוקתיות ראשונות במעלה, הם היו מתוודעים לשורת פגמים חמורים שנפלו במישור שיקול-הדעת המנהלי של מנהל בית-הסוהר. מכאן, המסקנה המתבקשת היא כי יש לבטל את ההחלטה ולהורות על ביצוע הניתוח.

7. כפי שנראה בבקשה זו, החלטת שירות בתי-הסוהר מגלמת בתוכה פגיעות בזכויות חוקתיות שעולות על הנדרש, ומכאן שהיא אינה מידתית ובלתי סבירה, בהתאם לנימוקים שיובאו להלן:

א. **ראשית**, החלטת מנהל בית-הסוהר מובילה לפגיעות קשות ועמוקות בזכויות חוקתיות של המבקשת, זכויות המוקנות לכל אדם באשר הוא, וכן – במיוחד – לאוכלוסיית האסירים בישראל. הפגיעה בזכויות אלה היא אינה פריפריאלית וגורמת לפגיעה בליבת הזכויות. כך, הסירוב לביצוע הניתוח פוגע פגיעה – קשה במיוחד – בזכותה של המבקשת לבריאות, לחיים, לכבוד, לשוויון, ולמימוש זהותה המגדרית. יצוין, למשל, כי כאמור הניתוח ממומן על ידי המדינה ומצוי בסל הבריאות. ודוק, **כאשר בחרה המדינה לממן ניתוח להתאמה מגדרית עבור טרנסג'נדרים, נלמד כי היא מכירה במצוקת האוכלוסייה הטרנסג'נדרית עד כדי השתתפות**

<sup>4</sup> איתי צמח "אנחנו לא אוכלוסייה חלשה, אנחנו אוכלוסייה מוחלשת" go-gay, 11.1.2016, <http://igy.org.il/item.php?id=423> (להלן: "אנחנו לא אוכלוסייה חלשה").

<sup>5</sup> מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב 102 (1982).

<sup>6</sup> דוד אופיר עתירות אסירים 91 (2001).

<sup>7</sup> ע"א 7440/97 מדינת ישראל נ' גולן, פ"ד נב(1) 1, 8 (1998).

**בטיפול הרפואי להקלת מצב הפרטים הנמנים באוכלוסייה זו. בכך יצר המחוקק שוני רלוונטי בין קבוצת הטרנסג'נדרים לקבוצות האחרות, ומכאן – כי מניעת הניתוח מהמבקשת פוגעת בשוויון.**

זאת ועוד, מניעת הניתוח פוגעת בכבודה של המבקשת ובזכותה למימוש זהותה המגדרית. פגיעה זו מתבחרת בהשוואה לזכות האדם הבסיסית להוליד ילדים, והכללתם של טיפולי פוריות בסל הבריאות (ומכאן שהזכות כוללת גם את מימושה תוך התערבות רפואית). ודוק, **כשם ששליטת זכות האדם להיות הורה היא פגיעה קשה ביותר בשאיפותיו הבסיסיות ובמהות הקיום האנושי שלו, כך גם הניתוח המהווה אבן דרך מכרעת בהשלמת הליך ההתאמה בין הזהות המגדרית למינית, הוא תנאי בלעדיו לא ניתן לקיים, במובן הבסיסי ביותר, את הזכות לחיים ולכבוד.**

ב. שנית, המשיב 1 נימק את סירובו בכך שתקציב בית הסוהר אינו מאפשר את ביצוע הניתוח. מדובר בטענה שאינה יכולה לעמוד בהינתן העובדה הפשוטה כי כאמור הניתוח – כך או כך – ממומן על ידי המדינה נוכח הכללתו בסל הבריאות. **אין כל הצדקה שניתוח שהמדינה מממנת כך או כך, לא יסופק למבקשת, רק בשל היותה אסירה. סירוב מכוח נימוקי תקציב לספק שירות המצוי בסל הבריאות לאסירה, מוביל לתוצאה על פיה הזכות לבריאות המוקנית לאסיר פחותה מהזכות לבריאות המוקנית לאזרח, וברי כי לא כך המצב.**

יתרה מזו, לא נבדק או הוכח כי הניתוח יגרור השלכות רחב תקציביות או ישפיע על הביטחון והסדר אשר שירות בתי-הסוהר מבקש לשמור. למעשה, כל עוד נהלי שירות בתי-הסוהר מחייבים ריצוי מאסר בהתאם למין הביולוגי, כפי שנפרט להלן, מחויבת המבקשת לרצות עונשה בכלא גברים ובהתאם, לחוות תדיר השפלות והתנכלויות קשות. אולם, משתשלים את הניתוח תוכל המבקשת לרצות עונשה בכלא נשים, מעבר שיש בכוחו להפחית את הפרות הסדר המלוות את מאסרה כיום. נוסף על כך, שירות בתי-הסוהר מכיר בצורך לטיפול שונה באסירים דוגמת המבקשת וקובע – **"בכל מקרה בו מתקבל אסיר אשר זהותו אינה חד משמעית נדרשת החזקה בתנאי הפרדה וזאת מחשש לפגיעה באסיר או באסירים וסביבתו."**<sup>8</sup> מכאן שבהשלמת הניתוח יש כדי להוסיף על ביטחון האסירים באופן המשרת שיקוליו ומטרותיו של בית הסוהר.

ג. שלישית, ההחלטה אינה מגשימה את התכלית שבבסיס הבקשה, כאשר היא אינה נוגעת למטרות הענישה. ההפך הוא הנכון, כאשר ההחלטה פוגעת במישרין ביכולתה של המבקשת להשתקם, למשל. יכולת אסיר משוחרר למצוא עבודה ולהשיג עצמאות כלכלית היא נדבך מהותי בשיקומו. אלו מקבלים משנה תוקף, עת שמדובר במבקשת, אשר הניכור אותו חווה מצד משפחתה והקושי במציאת עבודה הם אשר הובילו אותה למצוקה גדולה, וכאמור, בסופו של דבר לשדוד סניף בנק (כל זאת מבלי לגרוע כמובן מאחריותה למעשה). מחקרים מראים כי **טרנסג'נדרים אשר עברו את הניתוח להתאמה מגדרית, מדווחים על יציבות תעסוקתית גבוהה יותר; הפחתה משמעותית בחשש מתגובות אלימות, אפשרות מהירה לזוגיות יציבה.**<sup>9</sup> מכאן שיכולת המבקשת להגשים שאיפותיה – לעצב זהותה ולהשתלב בחברה ובקרב משפחתה – קשורה אינטגרלית להחלטת בית הסוהר והוועדה, ובהתאם בית המשפט, בעניינה.

ד. רביעית, ככלל, הפגיעה בזכויות חוקתיות מתחייבת להיעשות למען תכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. לא כל שכן, כאשר מדובר על צרכים אנושיים בסיסיים, אז הנטייה היא שלא להתיר כל פגיעה. עם צרכים אלה נמנים לא רק זכותו של האסיר למזון וללינה, אלא גם זכותו לסדרים אנושיים ותרבותיים

<sup>8</sup> ע"פ 5833/12 פלוגית נ' מדינת ישראל, בפס' 6 לפסק-דינו של כב' השופט גיבוראן (פורסם בנבו, 12.9.2013). (להלן: "עניין פלוגית").  
<sup>9</sup> Lawrence A.A. (1997). SRS after less than a one-year real-Life-Test – Absence of Regrets. Abstract, XV Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association Symposium, Vancouver/ Kanada. IJ Transgender, [www.symposiun.com/ijt/hbigda/vancouver](http://www.symposiun.com/ijt/hbigda/vancouver).

מינימאליים של סיפוק צרכים אלה. הפגיעה בכבוד האדם של האסיר פוגעת לא רק באסיר, כי אם גם בדמותה של החברה כולה. יחס אנושי לאסירים מהווה חלק מנורמה מוסרית-אנושית שמדינה דמוקרטית מצווה לקיים. מדינה הפוגעת בכבוד אסיריה, מפרה חובתה זו, המוטלת עליה כלפי כלל אזרחיה ותושביה, לכבד את זכויות היסוד של האדם.

בראי זה, ברי כי גם לנימוק בדבר אופיו האלקטיבי של ניתוח לשינוי מגדר אין על מה שיסמוך. שכן, בהתאם לחוות דעת של מומחים, **הניתוח הוא האמצעי האפקטיבי ביותר לשיפור מצבם של הסובלים מדיספוריה מגדרית** (חוסר התאמה בין המין הפיזיולוגי למגדר). ודוק, עצם העובדה שהניתוח כלול בסל הבריאות כאמור מחד גיסא; יחד עם העובדה כי מדובר בניתוח **מסוכן ובלתי הפיך**, ועל כן **חזקה שהוא דרוש והכרחי למטופל הבוחר לעבור אותו** מאידך גיסא - מוכיחים כי אין מדובר בניתוח אלקטיבי.

ה. **חמישית**, הגם שניתנה לרשות המנהלית, בהוראה חוקית ומפורשת, הסמכות לפגיעה בזכויות אדם של אסיר, אין היא רשאית לעשות שימוש בסמכותה בטרם תבדוק ותשתכנע כי בנסיבות העניין מתקיימים טעמים ממשיים המצדיקים לשלול מן האסיר את זכותו או להגביל אותה. בבחינת סבירות ההחלטה יש לבחון האם נשקלו כלל השיקולים הרלוונטיים ובכלל זאת יש להתחשב באופיו האינדיבידואלי של כל פרט,<sup>10</sup> ולהבטיח כי לכל אינטרס ניתן המשקל הראוי לו בהחלטה המנהלית.<sup>11</sup> בענייננו, המגבלה והאיסור המוחלטים שקבע שירות בתי-הסוהר, אינם מציעים כל חלופה עבור המבקשת, ומשכך אינם מידתיים ולא מוצדקים בנסיבות העניין. משכך, ניכר כי ההחלטה חורגת ממתחם הסבירות והרשות חוטאת לחובתה לעשות שימוש מושכל וסביר בסמכות הנתונה בידיה.

חומרת ההפרה צורמת במיוחד, כאמור, כאשר סמכות שירות בתי-הסוהר אינה דומה במהותה ובהיקפה לסמכות מנהלית רגילה. בהינתן שעתירתה כנגד תנאי 12 החודשים תתקבל, ניתן לראות במבקשת כמי שזכתה לאישור הוועדה, שכן הוועדה קבעה במפורש כי המבקשת עמדה בכל התנאים, מלבד התנאי המהווה לב המחלוקת בעתירה לבג"ץ. מכאן, ששיקול-הדעת הנתון לשירות בתי-הסוהר יהפוך מסמכות רשות לסמכות חובה ובהתאם היא זכאית לעבור את הניתוח בכלא. ויובהר: הדברים יפים אף אם תנאי 12 החודשים לא יתבטל. שכן, החלטת המשיב 1 לסרב לאפשר למבקשת לעבור את הניתוח במהלך מאסרה היא החלטה בלתי סבירה בעליל כאמור, הפוגעת – בצורה אנושה ומעבר לנדרש – בזכויותיה. מכאן, שגם במנותק מחוקיותו של תנאי 12 החודשים, בנסיבות העניין, על בית המשפט הנכבד להורות למשיבה 2 ליתן את אישורה לביצוע הניתוח לאלתר, ובכך להסיר את המכשול – הטכני – לביצועו של הניתוח כבר עתה.

8. מכלל האמור לעיל, המסקנה המתבקשת היא כי ביצוע הניתוח כעת, תוך כדי המאסר, קשור בקשר ישיר עם יכולתה להשתקם ולהשתלב בעתיד בחברה ובפרט למצוא עבודה ולזכות ביחס אוהד מצד משפחתה. כיוון ששירות בתי-הסוהר מהווה הגוף העיקרי העוסק בשיקום האסיר בזמן הכליאה, אך טבעי כי הניתוח יבוצע במבקשת עתה, במהלך מאסרה, שכן הוא מהווה ערובה משמעותית לשיקומה.

9. אחרי אלה, נותרים אנו עם השאלות הבאות: **האם ניתן באמת לטעון, כי צרכים תקציביים מצדיקים לדחות את בקשת המבקשת, כשהניתוח גם כך ממומן על-ידי המדינה? האם ניתן לטעון – ברצינות – כי מדובר בניתוח אלקטיבי, בבחינת "פינוק", בשים לב לעובדה שתכליתו לגשר בין זהותה הפיזיולוגית לזהותה המגדרית של המבקשת? האם ניתן להצדיק את דחיית ביצוע הניתוח בשים לב להשלכות הרוחניות האסון הכרוכות מבחינתה –**

<sup>10</sup> בג"ץ 10076/02 רוזנבאום נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל, פ"ד סא(3) 857 (2006).  
<sup>11</sup> עת"א (מחוזי מרכז) 28629-08-15 רוזליו נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 15.5.2016). (להלן: "עניין רוזליו").

**פגיעה אנושה בזכותה לבריאות, לכבוד ולאוטונומיה? בראי זה, ברי כי החלטתו של המשיב 1 אינה סבירה לא כל שכן מידתית, ויש לבטלה.**

10. על כל אלה ונושאים נוספים נפרט להלן.

### **ב. הרקע והעובדות הצריכות לעניין הערעור**

11. גבי' ליאור ישראלי (להלן: "המבקשת") היא אישה טרנסג'נדרית אשר נולדה במין זכר אך רואה עצמה כאישה. ביום 1.7.2013, כאשר מלאו לה 18 שנים, פנתה לוועדה, בבקשה לעבור ניתוח תחתון להתאמה מגדרית.

12. הוועדה נוסדה ופועלת מכוח התוספת השישית לפקודת בריאות העם שנקבעה בשנת 2014 (להלן: "התיקון לפקודה"), שנוסחה זהה לחוזר מספר 16/2014 של משרד הבריאות (להלן: "חוזר משרד הבריאות").<sup>12</sup>

13. ביום 9.10.2014, דחתה הוועדה את בקשתה של המבקשת. בהודעת הדחייה צוין כי היא עומדת בכל התנאים הנדרשים לאישור הניתוח, כאמור בתיקון לפקודה, למעט התנאי לפיו נדרש "ניסיון מוכח בזהות המגדרית המבוקשת - 12 חודשים לפחות מרגע פנייתו למוסד הרפואי בבקשה לביצוע הניתוח".<sup>13</sup> זאת, בין היתר, משום שהיא אינה מתאפרת ואינה מסירה שיער כדי לטשטש את מאפייניה הגבריים הביולוגיים.

14. לאחר דחיית בקשתה, החלה המבקשת במאמציה להוכחת ניסיון של 12 חודשים בזהות המגדרית המבוקשת. ואולם, משפחתה התקשתה לקבל אותה נוכח היותה טרנסג'נדרית. כמו-כן, חוותה המבקשת קשיים במציאת מקום עבודה קבוע. בהמשך לכך, היא נקלעה למצוקה כלכלית קשה, שלוותה למצוקתה האישית ואשר הוחרפה עת שסורבה על-ידי הוועדה לעבור את הניתוח המבוקש.

15. משלא יכולה הייתה לשאת את הקשיים הכלכליים והאישיים, החליטה המבקשת לשדוד בנק. לאחר שנתפסה היא הורשעה בביצוע שוד מזוין ונגזר-דינה ל-18 חודשי מאסר בפועל בבית-הסוהר מעשיהו. שיבוצה בבית-הסוהר מעשיהו ולא בבית-הסוהר נווה תרצה נובע מנהלי שירותי בתי-הסוהר על פיהם אסירים ירצו את המאסר בהתאם למין הביולוגי – הגברי. כבעניינה של המבקשת, שכן האחרונה כאמור טרם עברה את הניתוח להתאמה מגדרית.

16. במהלך ריצוי עונשה, חוותה המבקשת השפלות ממושכות וקשות. הסוהרים והאסירים קיללו והעליבו אותה, ואף איימו על חייה.

17. במטרה להשלים את הליך ההתאמה בין זהותה הביולוגית למגדרית, ובמקביל למאמציה המתמידים לעמוד בתנאי הוועדה, פנתה המבקשת למנהל בית-הסוהר בבקשה כי מרפאת בית-הסוהר תבצע את הניתוח הנדרש. אולם, מנהל בית-הסוהר דחה את בקשתה, תוך שהוא סומך החלטתו על נימוק תקציבי בטענה כי העלות התקציבית גבוהה מהתקציבים המוקצבים לטיפול בבריאות האסירים בבתי-הסוהר, כמו גם העובדה כי בקשתה נדחתה על-ידי הוועדה, בטרם ריצוי עונשה. עוד טען מנהל בית-הסוהר כי אין מדובר בניתוח מציל חיים, כי אם בניתוח אלקטיבי ועל כן אין זה מחובתו לאפשר את הניתוח האמור.

18. כנגד החלטתו זו, הגישה המבקשת עתירת אסיר לבית-המשפט המחוזי מרכז. אולם, בית-המשפט המחוזי דחה את העתירה, ובהתאם הגישה בקשת רשות ערעור לבית-משפט זה.

<sup>12</sup> חוזר משרד הבריאות 16/2014 "ניתוחים להתאמה מגדרית" (12.5.2014).  
<sup>13</sup> סעיף 4.4.2 ל חוזר משרד הבריאות 16/2014 "ניתוחים להתאמה מגדרית" (12.5.2014).

## ג. תמצית הטיעון

19. בטרם נכנס לעובי הקורה, להשקפתנו די כבר בעובדות שהוצגו לעיל כדי להגיע למסקנה כי החלטת בית-הסוהר פוגעת פגיעה קשה, עמוקה ובלתי מידתית בזכותה של המבקשת לבריאות, כבוד, לחופש הביטוי, לשוויון, ולחיים בזהותה המגדרית. המשפט הישראלי רואה בזכויות אלה כזכויות חוקתיות הנגזרות מהזכות לכבוד ולחירות, המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

20. במדינות רבות בעולם ובחברה הישראלית בפרט, האוכלוסייה הטרנסג'נדרית נתקלת בחוסר הסובלנות, אי-הבנה ואי-הכלה באופן יומיומי, הן במרחב הציבורי, וחמור מכך – במרחב הפרטי – בקרב חוג משפחתם וחבריהם הקרובים. סיכול רצונו של אדם טרנסג'נדר לעבור ניתוח להתאמה מגדרית, כמו גם עיכוב במתן אישור ניתוח זה, עלולים לגרום לו לנזקים רפואיים חמורים, לרבות תופעות נפשיות כמו חרדה, דכאון ומחשבות אובדניות, עד כדי מימושן של מחשבות אלה בפועל.<sup>14</sup>

21. כל אלה מקבלים ביטוי בהחלטה המוטעית של מנהל בית-הסוהר, כפי שנפרט להלן. כעת נעמוד, ביתר הרחבה, אודות הפגיעה בזכויותיה החוקתיות של המבקשת כתוצאה מהחלטת שירות בתי-הסוהר.

### ג.1. הפגיעות החוקתיות הגלומות בהחלטתו של מנהל בית-הסוהר

22. עונש מאסר המוטל על אדם אינו מפקיע מאליו את זכויות האדם החוקתיות הנתונות לו מכוח יסודות השיטה החוקתית הנוהגת בישראל. תקופת המאסר אינה מהווה "כרטיס פתוח" לפגוע בזכויותיהם של האסירים, וניתן לפגוע בזכויותיהם רק כאשר הגבלתן מתחייבת מהמאסר עצמו, ובמידה שהפגיעה בזכות עומדת בעקרונות המתווים בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>15</sup> גישתו של המשפט הישראלי היא כי בעת מאסר אדם, מתמצית שלילת זכויותיו – בפגיעה בחירותו ובחופש תנועתו בלבד.<sup>16</sup> "בהיכנסו אל הכלא מקפח אדם את חירותו אך אינו מקפח את כבודו".<sup>17</sup> יפים לעניין זה דבריו של השופט מצא בפרשת גולן:

*"הלכה מושרשת היא עמנו, כי זכויות היסוד של האדם 'שורדות' גם בין חומות בית הסוהר ונתונות לאסיר אף בתוך תא כלאו. יוצאות מכלל זה הן אך זכותו של האסיר לחופש התנועה, ששלילתה מן האסיר נובעת מכליאתו, וכן מיגבלות המוטלות על יכולתו לממש חלק מזכויותיו האחרות... הנחת היסוד היא, ששל זכויות האדם של אסיר מכיל את כל הזכויות והחירויות הנתונות לכל אזרח ותושב, למעט חופש התנועה שנשלל ממנו עקב המאסר".<sup>18</sup>*

23. בדחיית בקשה של מטופל טרנסג'נדר לביצוע ניתוח להתאמה מגדרית, גלומה פגיעה בזכויותיו החוקתיות, כפי שנפרט להלן.

### הזכות לבריאות

24. הזכות לבריאות, על נגזרותיה השונות, מהווה זכות יסוד בישראל, אשר חקוקה בשיטתנו ובערכי החברה הדמוקרטית, שכן מהווה ערובה לקיום חיים אנושיים, לרווחת הפרט וליכולתו לממש יתר זכויותיו כאדם.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> Gorton, R. N., Buth, J. & Spade, D., MEDICAL THERAPY AND HEALTH MAINTENANCE FOR TRANSGENDER MEN: A GUIDE (2005) 65 ("MEDICAL THERAPY"). FOR HEALTH CARE PROVIDERS

<sup>15</sup> עע"יא 1076/95 מדינת ישראל נ' קונטאר, פ"ד (4) 492 (1996).

<sup>16</sup> רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 7.10.2010).

<sup>17</sup> בג"ץ 7837/04 בורגאל נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נט(3) 97, 101 (2004).

<sup>18</sup> עע"יא 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד (4) 136, 148–149 (1996). (להלן: "עניין גולן").

<sup>19</sup> בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, פ"ד סג(1) 1, 21 (2008).

25. הזכות לבריאות מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בשני מובנים. פעם ראשונה, בסעיף 2 לחוק היסוד, הקובע כי אין לפגוע בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא; פעם שנייה, בסעיף 4 לחוק-היסוד, הקובע כי כל אדם זכאי להגנה על חייו, גופו וכבודו. בכך נושאות הזכויות האמורות גרעין חיובי, ולא רק שלילי. מכאן, על המדינה מוטלת חובה אקטיבית להגן על הפרט, לספק זכויות אלו בפועל ולהבטיחן.<sup>20</sup>

26. מקור נורמטיבי נוסף הוא חוק ביטוח בריאות ממלכתי, המושתת על עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית,<sup>21</sup> תוך שמירה על כבוד האדם ופרטיותו.<sup>22</sup> חוק זה מבטיח ביטוח בריאות לכל תושב, אלא אם הוא זכאי להם מכוח חיקוק אחר.<sup>23</sup> כך גם סעיף 1 לפקודת הנציבות "הטיפול הרפואי באסיר",<sup>24</sup> קובע כי "אסיר יהא זכאי לסל השירותים הרפואיים הבסיסי הניתן על-ידי קופ"ח הכללית למבוטחיה, אשר יינתן בישראל, באיכות סבירה ובזמן סביר". מכאן, שניתן להשית את חובת שירות בתי-הסוהר להעניק טיפול רפואי למבקשת על אותם עקרונות המצויים בבסיס חוק ביטוח בריאות ממלכתי.

27. בפסק-דין רוזליו, הדן בעתירת אסיר חולה צהבת, נטען כי סירובו של בית-הסוהר לאשר בקשת האסיר למימון טיפול רפואי כמוהו כהודאה שבית-הסוהר אינו מסוגל לטפל באסיר.<sup>25</sup> באותו עניין עלתה השאלה, האם בנסיבות אלה שוקלת המדינה להורות על שחרורו של העותר בשל מצבו הרפואי? כך, במקרה אחר, הורה בית-המשפט המחוזי בתל-אביב על שחרורו של אסיר כדי להשלים את ביצוע השתלת کلیה אותו לא יכול היה לבצע בית-החולים של שירות בתי-הסוהר.<sup>26</sup> בית-המשפט קבע שהעותר נמצא ברשות המדינה ומשכך זו מחוייבת ליתן לו טיפול רפואי כמו זה הניתן לאזרחי המדינה באמצעות הרפואה הציבורית. יצוין כבר עתה, ויורחב בהמשך, כי בפרשת רוזליו נקבע בנוסף, כי על שירות בתי הסוהר חלה החובה לספק לאסירים טיפולים רפואיים הכלולים בסל התרופות.<sup>27</sup> משעה שהניתוח להתאמה מגדרית כלול בסל התרופות,<sup>28</sup> הרי שהפגיעה בזכותה של המבקשת לבריאות, בשים לב לסירובו של המשיב 1 לאפשר לה לעבור את הניתוח במהלך מאסרה, מתחדדת.

28. הזכות לבריאות מעוגנת גם בחוק זכויות החולה, המבקש להגן על כבודו ופרטיותו של המבקש או המקבל טיפול רפואי.<sup>29</sup> משניתנת ההגנה החוקית למבקש טיפול רפואי, נלמדת ההגנה גם על מטופל אשר ביקש טיפול באופן יזום. מכאן, שניתן ללמוד על הגנה המתייחסת לקבלת טיפולים "אלקטיביים" מסויימים.<sup>30</sup> פרשנות זו נתמכת בתכלית החוק, לפיה על זכות זו להיות זמינה, נגישה, מכבדת ואיכותית.<sup>31</sup> עוד, עולה קושי אינהרנטי בהגדרת טרנסגינדר כ"חולה", שכן עצם הגדרתו ככזה פוגעת בזכותו לכבוד. הגדרה זו קשורה אינטגרלית לביקורת אודות המודל הסמכותני, המעניק לרופא סמכות, על פני רצון המטופל. אולם, ניכר כי המערכת הרפואית בישראל ממאנת להחליפו, על אף ההתקדמות העולמית אל עבר מודל של זכויות האדם, כפי שנפרט לעיל. תיוג רצונו של אדם לעבור ניתוח להתאמה מגדרית והמצוקה שהוא חש כ"מחלה" מתברר כהליך דיסקורסיבי פשוט למדי – במטרה לגשר על אי-ההתאמה בין הזהות המגדרית למינית, המאפיינת טרנסגינדרים, אלו נדרשים

<sup>20</sup> ס' 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

<sup>21</sup> שם, ס' 1.

<sup>22</sup> שם, ס' 3(ה).

<sup>23</sup> שם, ס' 3(א).

<sup>24</sup> ס' 1 לפקודת נציבות מס' 04.44.00 "הטיפול הרפואי באסיר".

<sup>25</sup> עניין רוזליו, בפס' 20 לפסק-הדין.

<sup>26</sup> ע"א (מחוזי ת"א) 2808/05 אלתימי נ' רמ"ח רפואה (פורסם בנבו, 12.3.2006) (כתבי טענות). (להלן: "עניין אלתימי")

<sup>27</sup> עניין רוזליו, בפס' 10 ו-19 לפסק הדין.

<sup>28</sup> הנחיות משרד הבריאות לעניין ניתוחים להתאמה מגדרית, זמין ב-

[www.health.gov.il/Services/Citizen\\_Services/SexReassignmentSurgery/Pages/default.aspx](http://www.health.gov.il/Services/Citizen_Services/SexReassignmentSurgery/Pages/default.aspx)

<sup>29</sup> ס' 1 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.

<sup>30</sup> "חוות-דעת משפטית בדבר האוטונומיה של אדם להחליט על רצונו בניתוח להתאמה מגדרית" (חוות-דעת של הקליניקות המשפטיות, אוניברסיטת תל-אביב, 7.1.2009).

<sup>31</sup> דברי הסבר להצעת-חוק זכויות החולה, התשנ"ב-1992, ה"ח 390.

לטיפולים רפואיים שונים וכן לאישור הוועדה. בתוך כך, המסקנה המתבקשת היא כי מצוקתם של האוכלוסייה הטרנסגינדרית נכללת בהגדרת המושג מחלה (כאמור, לא באופן מהותי, אלא לעניין תחולת החקיקה הרלוונטית לעיל). נוסף על כך, העובדה שחוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע כי במסגרת סל שירותי הבריאות נכלל ניתוח להתאמה מגדרית, מסייעת ללמד כי מדובר בטיפול רפואי וכי הנדרשים לו הם "חולים" לפי חוק זכויות החולה.

29. הנחת היסוד היא כי "סל" זכויות האדם של אסיר כולל את כל הזכויות והחירויות הנתונות לכל אזרח ותושב, למעט חופש התנועה שנשלל ממנו עקב ריצוי המאסר.<sup>32</sup> מתוך כך, ישנה חשיבות רבה בשמירת הזכות לבריאות, הכוללת גם זכויות נוספות. הזכות לבריאות, המוקנית לאסירים, אינה נושאת כל קשר לזכות לחירות ולתנועה. לפיכך, לא תותר הגבלתה מעבר למגבלות המוטלות על אזרח חופשי, בהתבסס על המאסר. כמו-כן, ובהתאם לגישה המפורטת לעיל, כמו גם נוכח מעמד הזכויות האמורות, כאשר מדובר בטיפול תרופתי שעשוי ברמת היתכנות כזו או אחרת להציל חיים, להאריכם או לשפר את איכות חיי החולה, יש ליתן משקל משמעותי לערכי קדושת החיים, שלמות הגוף והנפש, וכבוד האדם – שהם ערכים מרכזיים בעלי מעמד חוקתי בשיטתנו המשפטית.

### הזכות לחיים

30. בענייננו, ניכר כי מנהל בית-הסוהר לא נתן דעתו על ההשפלות הממושכות אותן חווה המבקשת מדי יום, הן מצד הסוהרים הן מצד האסירים. אלה קיללו, העליבו ואף איימו על חייה. למעשה, ייתכן כי בנסיבות הקיימות, עת שהמבקשת נמצאת בעיצומו של ההליך להתאמה מגדרית, אין ביכולת שירות בת-הסוהר להגן עליה מפני האסירים והסוהרים. מסקנה זו מתבקשת מנוהל שירות בת-הסוהר כלפי נשים טרנסיות, לפיו אסירים ואסירות הנמצאים בהליך להתאמה מגדרית יוכנסו לבידוד ואף לצינוק.<sup>33</sup>

31. נדרשת תשומת הלב לכך שלא עריכת הניתוח להתאמה מגדרית, למבקשת אין ברירה אלא להוסיף ולהישאר בכלא המיועד לגברים, מקום עוין בו היא חריגה בהשוואה ליתר האוכלוסייה ומוחלשת עוד יותר. מציאות זו מאיימת על זכותה לחיים, לשלום ולביטחון, המהוות חלק מהזכויות הבסיסיות והראשוניות ביותר. מימוש הזכות לחיים מהווה תנאי מוקדם המבטיח שכל אדם יוכל לממש את יתר זכויותיו. זכות זו אינה רק הזכות לאי-פגיעה בחיים עצמם, אלא כוללת גם את זכותו של אדם שלא לחיות בפחד ובחשש מפני פגיעה פיזית או השפלה, ואשר מהווה זכות יסוד לקיומו. כך קבע השופט ברק בעניין קטלון,<sup>34</sup> כי כל אדם בישראל נהנה מזכות יסוד לשלמות הגוף ולשמירת כבודו כאדם.

32. על הקשר בין הניתוח האמור לבין הזכות לחיים, עמדו ועתרו אסירים טרנסגינדרים רבים ברחבי העולם. כך, למשל, טרנסגינדרים הכלואים בבתי-מאסר בארצות-הברית עתרו כנגד הרשויות לאחר שבקשתם למימון ניתוח להתאמה מגדרית סורבה. מישל קוסילק, אשר נולדה כגבר ומרצה עונש מאסר עולם, העידה במסגרת עתירתה כי הכאב הנורא ביותר הוא "המוות האיטי שאני חווה בתוכי כל יום".<sup>35</sup> כך גם קיטי גריי, אסירה המבקשת להשלים את הליך ההתאמה בין זהותה המגדרית כאישה לזהותה הביולוגית כגבר, מתארת את השהות בכלא

<sup>32</sup> עניין גולן, בעמ' 13 לפסק-הדין.

<sup>33</sup> "הנוהל של שב"ס: 'טרנסגינדריות מוחזקות בצינוק'" מאקו 27.2.2017 [www.mako.co.il/tv-live-at-night/articles/Article-2f844c0548c7a51006.htm?partner=mobileAutomaticChannel](http://www.mako.co.il/tv-live-at-night/articles/Article-2f844c0548c7a51006.htm?partner=mobileAutomaticChannel). הנוהל צוטט ב- ע"פ 5833/12 פלונית נ' מדינת ישראל, בפס' 2 לפסק-דינו של השופט גיבראן (פורסם בנבו, 12.9.2013).

<sup>34</sup> בג"ץ 355/79 קטלון נ' שירותי בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 298, 294 (1980).

<sup>35</sup> *Kosilek v. Maloney*, 221 F.Supp.2d 158 (Dis. Court D, Massachusetts Aug. 28, 2002).



גברים כ"חתול בכלבייה".<sup>36</sup> תיאור מצמרר זה מלמד על המצוקה הממשית הנשקפת לחייה, ובדומה לחיי המבקשת בענייננו. מציאות קשה זו אינה פוסחת על אוכלוסיית הטרנסג'נדריות בישראל – באופן זה, תחושת האובדן ואף ניסיונות ההתאבדות, שזורים בסיפורי החיים של טרנסג'נדריות רבות. ודוק; קרול (שם בדוי) מספרת כיצד חוותה השפלות קשות מצד חיילים בעת שירותה הצבאי אשר הביאו אותה לכדי ניסיונות התאבדות. אחד מהניסיונות התרחש בעקבות ניתוק הקשר על-ידי משפחתה, אשר התקשתה להכיל את הקונפליקט המגדרי איתנו היא מתמודדת.<sup>37</sup>

33. בנסיבות אלו, בלתי נמנעת ההשוואה בין מצוקתה של קרול, חיילת בפלוגה גברית הסובלת מניכור חברתי ומשפחתי, למצוקת המבקשת בדיוננו הנוכחי. ובהתאם, בלתי נמנעת האפשרות כי אלו חולקות גורל משותף, המגלם פגיעה בזכות החוקתית לחיים – החל מהזכות לרמת חיים נאותה ובמובנה הבסיסי-קיומי. כך גם, נתונים מראים כי הסיכון עבור טרנסג'נדרים, להיות כמטרה לרצח, הוא גבוה **פי עשרה** מזה הנתון בקרב האוכלוסייה הכללית.<sup>38</sup> למעשה, עבור טרנסג'נדרים רבים הבחירה האמיצה לחיות את זהותם המגדרית, כפי שהם מרגישים אותה, מלווה באיום מתמשך על היכולת למלא את אותם צרכים בסיסיים שכל אדם זקוק להם. על כן, שלילת הניתוח מהמבקשת היא, פשוטו כמשמעו, פגיעה ושליטת זכותה לחיים.

34. בהינתן כל האמור, ברי כי החלטת המשיב 1 אינה רק ששוללת מהמבקשת טיפול רפואי חיוני, אלא אף מחריפה את הסכנה הנשקפת לחייה של המבקשת, "חתול בכלבייה".

#### הזכות לכבוד

35. הפגיעה בכבוד המבקשת גלומה גם בעצם הסירוב לבקשתה של המבקשת, זאת לאור ההכרה בחשיבות של ניתוח להתאמה מגדרית עבור האדם הטרנסג'נדר הזקוק לו. הכרה זו מתבטאת גם בכך שבת-המשפט בארצות-הברית פסקו כי **העובדה ששלטונות בתי-כלא שונים ברחבי המדינה לא אפשרו לאסירים ולאסירות טרנסג'נדרים לעבור טיפולים להתאמה מגדרית (לרבות ניתוחים להתאמה מגדרית) עולה כדי ענישה "אכזרית ובלתי רגילה"**, ("cruel and unusual punishment"), האסורה על-פי התיקון השמיני לחוקה האמריקאית.

36. מישל קוסילק, רצחה את רעייתה בשנת 1990 ומאז מרצה מאסר עולם ללא מתן אפשרות לחנינה. בספטמבר 2012 הגיעה לסיומה תביעה שהגישה קוסילק עקב סירוב הממסד האמריקאי לממן עבורה ניתוח שיאפשר לה לחיות בבית הסוהר, על-פי המגדר האמיתי שמרגישה וחפצה בו, בגוף של אישה. בפסיקה תקדימית של בית-המשפט הפדראלי לערעורים בארצות-הברית, נקבע כי מדינת מסצ'וסטס הפרה באופן מתמשך את זכויותיה החוקתיות של קוסילק, וכי אי-ביצוע הניתוח מפר את התיקון השמיני לחוקה, כך שאי-ביצועו עולה כדי התאזכרות בלתי-רגילה באסירה.<sup>39</sup>

37. בדומה לכך, צ'לסי מאנינג, שהייתה ידועה בעבר כברדלי מאנינג, היא חיילת אמריקאית שנדונה ל-35 שנות מאסר בגין הדלפות מודיעיניות, ואשר קיבלה בחודש ספטמבר האחרון את האישור לעבור ניתוח להתאמה מגדרית. "חלפו יותר מארבע שנים מאז שאובחנתי כטרנסג'נדרית, מצב שעמו התמודדתי כל חיי", כתבה מנינג בכתב התביעה. "אני לא מאמינה שאצליח לשרוד עוד שנה או שנתיים – שלא לדבר על עשרים או שלושים שנים

<sup>36</sup> Kirk Mitchell, *Transgendered inmate demands sex change*, THE DENVER POST (Mar. 23, 2006) <http://www.denverpost.com/2006/03/23/transgendered-inmate-demands-sex-change/>

<sup>37</sup> ורד לי "בהיעדר תמיכה ובגיל צעיר, הטרנסג'נדריות נפלטות אל תעשיית המין" **הארץ** 24.2.2017 [www.haaretz.co.il/news/education/1.3883325](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.3883325)

<sup>38</sup> מרכז ניר כץ – למאבק באלימות ובלהט"ופוביה **דוח שנתי** #3 (1.8.15–1.8.14) (2015). <http://shluvim.macam.ac.il/file/download/84082>

<sup>39</sup> Kosilek

– ללא טיפול רפואי הולם". לעדותה זו, נלוו שביתת רעב ממושכת ואף ניסיון התאבדות של מאנינג, האחרון בשל התכשורת הממשל לטיפול המתאים ל"חוסר שביעות הרצון המגדרי" שלה. תביעתה נגד **הפרת זכותה החוקתית שלא להיות נתונה ליחס אכזרי ויוצא דופן** התקבלה על-ידי בית-המשפט והניתוח אושר.<sup>40</sup> מאנינג אף זכתה להמתקת עונשה על-ידי נשיא ארצות-הברית היוצא, ברק אובמה, שלושה ימים לפני סיום כהונתו.<sup>41</sup> מכאן, ברי כי אי ביצוע הניתוח במבקשת – במיוחד במהלך מאסרה – פוגע בכבודה, פגיעה העולה לכדי השפלה, אשר אין להשלים עימה.

38. אין להתפלא מהחלטתו של המשיב 1 בעניינה של המבקשת. שכן, אין מדובר בהחלטה היחידה של המדינה הפועלת בחוסר רגישות ביחס לאוכלוסייה הטרנסגינדרית, ופוגעת בכבודה. נפנה, למשל, להנחיות הפנימיות של המוסד לביטוח לאומי, הקובעות: "לנכים טרנסקסואלים יש לקבוע ליקוי רפואי. הסעיף המומלץ 34(א) – 50% נכות – מאחר שהם סובלים מהפרעה נפשית קשה, המקשה על תפקודם בחיי היום-יום".<sup>42</sup> המוסד לביטוח לאומי מתנה קבלת קצבה בכך שהאוכלוסייה הטרנסגינדרית תקבל על עצמה את ההגדרה של סעיף נפשי, תניה המגלמת עלבון ותחושות קשות ביותר. עולה טעם לפגם, כאשר מדינה השואפת להוות דוגמה למדינת רווחה, אשר עקרונות הסובלנות לשונה וערכים ליברליים נוספים בבסיסה, דורשת כי הזכויות הסוציאליות להם זכאי אדם, כקבוע בחוק, יחייבו אותו לוותר על כבודו, באופן העולה כדי השפלה, אך כדי לזכות באותן הזכויות.

39. מן המקובץ עולה כי כבוד האדם של האסיר זהה לכבודו של כל אדם. המאסר פוגע בחירותו של האסיר, אך אסור שיפגע בכבודו. הזכות לכבוד עוגנה בזכות יסוד ועל כן, זוהי זכות יסוד לאסיר שכבודו לא ייפגע, ועל כל רשויות השלטון מוטלת החובה לכבד זכות זו ולהגן עליה מפני פגיעה שלא לצורך. בראי זה, נקל להבין שהחלטתו של המשיב 1 פוגעת – באופן עמוק – בזכותה לכבוד של המבקשת.

## הזכות לשוויון

**ההחלטה סותרת החלטות קודמות של שירות בתי-הסוהר ומכאן היא פוגעת בעקרון השוויון ומפלה.**

40. על הזכות לשוויון בקרב אוכלוסיית הטרנסגינדרים, עמד כבוד השופט ג'ובראן בפסק-דין **פלונית**:<sup>43</sup>

"הזכות לשוויון של טרנסגינדרים, בדומה לזכות החוקתית לשוויון של חברי הקהילה הגאה, היא זכות חוקתית מוגנת, מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>44</sup> משכך, לאסיר הטרנסגינדר עומדת הזכות להיכלא בתנאים שווים לכל אסיר אחר ככל הניתן. הגנתה של הזכות לשוויון נפרשת לא רק על מי שהשלים את תהליך השינוי המגדרי. הקשיים החברתיים והמשפטיים שעמם נדרש הטרנסגינדר להתמודד אינם תלויים במידת השלמת תהליך פיזיולוגי לשינוי המין. עצם אי ההכרה בזהות המגדרית של הפרט, כפי שהוא רואה אותה, היא פגיעה בזכות לשוויון. גם במדינות העולם נקבע שהזכות לשוויון כוללת הגנה מפני פגיעה על-בסיס תכונות

<sup>40</sup> *Chelsea Manning to receive gender transition surgery: lawyers*, REUTERS-U.S. (14.9.2016)

<sup>41</sup> אורלי אזולאי "דרמה לפני ההשבעה: אובמה נתן חנינה לצילסי מנינג" *Ynet* 18.1.2017 <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4908976,00.html>

<sup>42</sup> שוש מולא "המוסד לקיפוח לאומי – כתבה רביעית בסדרה" **ידיעות אחרונות** 5.10.2012 [www.shemtov1.com/lor](http://www.shemtov1.com/lor) (להלן: "המוסד לקיפוח לאומי").

<sup>43</sup> **עניין פלונית**. פסקה 5 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן

<sup>44</sup> ע"מ 343/09 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים**, בפס' 56 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 14.9.2010).

המשויכות לזהות המוחלשת, אף אם אינן נובעות ממנה בהכרח.<sup>45</sup> ואף אם הנפגע אינו משתייך לקבוצה המוחלשת".<sup>46</sup>

41. בבקשה נושא דיוננו, המבקשת מופלת ביחס לאסירים אחרים שזקקו לטיפול רפואי בעבר – כך, למשל, שירות בתי-הסוהר מימן טיפול רפואי המצוי בסל הבריאות עבור אסיר החולה במחלת הצהבת. בדומה לנסיבות המקרה בענייננו, באותה פרשה נדון עניינו של אסיר שעונשו עומד בסך של פחות משלוש שנות מאסר.<sup>47</sup> נוסף על כך, חייבו בתי המשפט את שירות בתי הסוהר לממן טיפול רפואי עבור חולה בסרטן השד, על אף שלא מדובר בתרופה לה זכאית בחוק ואין מדובר בטיפול מציל חיים;<sup>48</sup> בדומה, בית-הדין לעבודה הורה על מתן תרופה שעלותה למעלה מ-800,000 ₪, אשר אינה בסל הבריאות ומביאה לשיפור באיכות החיים, לאסיר בן 22, מכיוון שהתרופה האמורה הייתה היחידה לטיפול במחלתו. זאת בדומה למבקשת, צעירה בשנים ושהניתוח להתאמה מגדרית מהווה האפשרות היחידה לגישור בין זהותה המגדרית לזו הביולוגית.<sup>49</sup> מכאן, שדחיית בקשתה מלמדת על יחס של איפה ואיפה מצד שירות בתי-הסוהר.

42. עקרון השוויון בחלוקת משאבים חל על שירות בתי-הסוהר אולם ניכר כי שירות בתי-הסוהר נותן מענה לצרכיהם הייחודיים של קהילות מיעוט אחרות, אם במימון טיפול ייחודי עבורם ואם בדרך אחרת, בעוד שלצרכיה הייחודיים של המבקשת, כמו גם האוכלוסייה הטרנסג'נדרית ככלל לא ניתן כל מענה.<sup>50</sup> הנה כי כן: שירות בתי הסוהר מעניק תרופות וטיפולים בנסיבות דומות לאלה של המבקשת לאסירים, ובמסגרת זו – אף טיפולים ותרופות שאינם כלולים בסל הבריאות. נדמה איפוא שזהותה המגדרית של המבקשת היווה שיקול – בודיעין או בהיסח דעת – בהחלטה לסרב לבקשתה. וזאת, חרף העובדה שאינה יכולה להיות שנויה במחלוקת כי שקילת שיקול מעין זה – מפלה ואינה חוקית.

43. היחס הניתן בידי שירות בתי-הסוהר מפר את זכות המבקשת לשוויון אך גם חוטא לאיסור הפלייה הכללי, החל על כל רשות במדינה. סירובו של המשיב 1 אף מנוגד לסעיף 4 לחוק זכויות החולה,<sup>51</sup> המחייב את שירות בתי-הסוהר, לפיו מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופלים מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא, נטייה מינית או טעמים אחרים שאינם רלוונטיים לעניין הענקת הטיפול הרפואי. הוראה זו מהווה ביטוי לעיקרון האוניברסלי של שוויון לכל ואין בעובדה שזהות מגדרית נעדרת מלשון החוק כדי ללמד אחרת – היינו, אין להקיש מכך אודות רצון המחוקק ליצירת הסדר שלילי בהקשר לכך.

44. ייתכן כי המערכת הרפואית, וזו של שירות בתי-הסוהר בפרט, אינה מודעת די הצורך לצרכי האוכלוסייה הטרנסג'נדרית, אשר להליך הנושא בחובו היבטים רפואיים. מציאות זו מובילה, בין היתר, ליצירת הבסיס לאפליה המתמשכת במערכת הבריאות כלפי טרנסג'נדרים, כפי שמדווח באופן עקבי בשנים האחרונות. גם דו"ח של "מרכז ניר כץ" למאבק בלהט"ב בפוביה (שנאת להט"ב) של האגודה למען אוכלוסיית הלהט"ב,<sup>52</sup> מצביע על כך שהקהילה הטרנסג'נדרית היא הקהילה החשופה ביותר לפשעי שנאה מקרב קהילת הלהט"ב, דבר הבא לידי

<sup>45</sup> HJ (Iran) (FC) v. Secretary of State for the Home Department [2010] UKSC 31.  
<sup>46</sup> Joseph v. N. Shore Univ. Hosp., CV 08-3799 ARL, 2011 WL 573582 (E.D.N.Y. Feb. 15, 2011) aff'd, 473 F. App'x 34 (2d Cir. 2012).

<sup>47</sup> עניין רוזליו, פסי' 17 לפסק-הדין.

<sup>48</sup> חב"ר (עבודה ת"א) 4770-10-14 פרס נ' שירותי בריאות כללית, בעמ' 10 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 8.4.2015). (להלן: "עניין פרס").

<sup>49</sup> חב"ר (אזורי ת"א) 20211-03-16 פלוני נ' קופת חולים לאומית – מודיעין, בעמ' 11 להחלטה (פורסם בנבו, 22.3.2016). (להלן: "עניין קופת חולים לאומית – מודיעין").

<sup>50</sup> עמ' 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, סד (2) 1, בעמ' 37 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 14.09.10).

<sup>51</sup> ס' 4 לחוק זכויות החולה.

<sup>52</sup> דוח מרכז ניר כץ 2016.

ביטוי גם במערכת הבריאות לגופה. כך, מצוין בדו"ח כי בשנים האחרונות מספר התלונות בנוגע לאירועי התנכלות מצד אנשי מערכת הבריאות מצוי במגמת עליה.

45. כאשר בחרה המדינה לממן ניתוח להתאמה מגדרית עבור טרנסג'נדרים ולעגן זאת בחוק, נלמד כי היא מכירה במצוקת האוכלוסייה הטרנסג'נדרית עד כדי השתתפות בטיפול הרפואי להקלת מצב הפרטים הנמנים באוכלוסייה זו. בכך יצר המחוקק שוני רלוונטי בין קבוצת הטרנסג'נדרים לקבוצות האחרות. קיומו של שוני רלוונטי נלמד אף מתכלית פקודת בתי הסוהר, שכן האוכלוסייה הטרנסג'נדרית היא לרוב אוכלוסייה מוחלשת, הנעדרת כל תמיכה משפחתית, ומכאן שהירתמות המדינה במימון הניתוח נועדה להכיר בקושי של אוכלוסייה זו ולהקל על אותה קבוצה הסובלת מסטיגמות, קיפוח מתמשך ודעות קדומות.

46. לעניין זה, אין כל שוני רלוונטי הקשור לכליאה, המצדיק את הסירוב בביצוע הניתוח למבקשת, אך מפאת היותה אסירה. אילולא הייתה המבקשת מחוץ לכותלי הכלא, לא הייתה מתעוררת כלל השאלה בדבר הגורם האמון על מימון הניתוח. כך אף נקבע בפסק-דין גולן: "אסיר שהוא עיוור, זכותו לחופש תנועה, ככל שהיא קיימת בבית הסוהר, אינה נופלת מזכותו של אסיר שאינו עיוור".<sup>53</sup> מכאן שהענקת יחס שווה לשונים חוטאת להבחנה שמבקש החוק ליצור וכך פוגעת גם בזכותה החוקתית של המבקשת לשוויון.

#### הזכות למימוש הזהות המגדרית

47. במישור המהותי, הייחודיות של הזכות למימוש הזהות המגדרית מתבטאת בכך שהיא אינה נגזרת של הזכות לאוטונומיה ולשלמות הגוף בלבד. פגיעה בזכותו של אדם לקבוע ולממש את הזהות המגדרית שלו באופן עצמאי, וללא התערבות מדינתית, עשויה לעלות אף כדי פגיעה בעקרון השוויון, אשר יש בה משום פגיעה בזכויותיו של מיעוט, מיעוט של אנשים טרנסג'נדרים, והפלייתם לרעה בהשוואה לאנשים שאינם טרנסג'נדרים.<sup>54</sup> מכל מקום, זו מהווה גם זכות עצמאית הנובעת מהווייתו של האדם, זכות אנושית בסיסית ביותר, טבעית ומולדת. כך נקבע גם בהקשר של טיפולי פוריות כי הזכות להורות היא זכות עצמאית וההורות היא מרכיב מרכזי במשמעות של אדם לחיים. זוהי אינה תוצאה של הבניה חברתית, אלא יצר "חייתי" כמו לשתות, לאכול ולאהוב.<sup>55</sup>

48. ההתייחסות וההשוואה של אי-היכולת להולדת ילדים למוות והשוואת עקרות כאל מחלה ממארת, אינן נדירות בקרב הנשים שנלחמות על מימוש זכותן להורות. חיזוק לתחושות אלה ניתן לראות גם בקרב הקהילה הרפואית המעניקה לטיפול הפוריות מעמד של טיפול מציל חיים – כך, למשל, בעת שביתות בקרב בתי-החולים ואיגוד הרופאים, טיפולי – IVF טיפולי הפוריות – כלולים בין הטיפולים הדחופים שביצועם נמשך חרף קיום השביתה.<sup>56</sup> אמנם, למתן טיפולי פוריות ביום של שביתה כללית אין הצדקה רפואית, אולם ישנם נימוקים חברתיים לכך וניכר כי מערכת הבריאות מתיישרת לפיהם. אנו סבורות כי נדרש לייצר הזדהות דומה במישור זה מול זכותם של הטרנסג'נדרים לממש את זהותם המגדרית.

49. כאמור, טיפולי הפוריות נכללים בסל הבריאות, ומכאן ברור כי הדין בישראל מכיר בזכות האדם לקבל הטיפולים כחלק מזכותו לבריאות, בדומה להכרה בזכותו לעבור ניתוח להתאמה מגדרית. עם זאת, תיתכן הבחנה בין מעמדה והיקפה של הזכות לטיפול פוריות לבין הזכות להולדה טבעית. אולם, מכוח מעמדה החוקתי של הזכות להורות, כמו גם העובדה כי המדינה מכירה בזכות לטיפול הפרייה ומממנת אותה, אזי מתבקשת המסקנה כי מימוש הזכות להורות בדרך של הפריה חוץ-גופית אינה שונה ממעמד הזכות להולדה טבעית.

<sup>53</sup> עניין גולן, בעמ' 9.

<sup>54</sup> P. v. S. and Cornwall County Council 1 CEL 574 (1996).

<sup>55</sup> עליזה לביא תפילת נשים (2008).

<sup>56</sup> "הוראות בזמן צעדים ארגוניים" ההסתדרות הרפואית בישראל [www.goo.gl/ScPs3Q](http://www.goo.gl/ScPs3Q)

50. לעמדתנו, כשם שזכות היסוד להולדת ילדים אינה חלה רק על הולדה בדרך טבעית, כי אם גם על לידה כתוצאה מטיפולי פוריות, כך גם הזכות למימוש הזהות המגדרית חלה גם על זו הדורשת התערבות רפואית במטרה לממש אותה. **כשם ששלילת זכות האדם להיות הורה היא פגיעה קשה ביותר בשאיפותיו הבסיסיות ובמהות הקיום האנושי שלו, כך גם הניתוח המהווה אבן דרך מכרעת בהשלמת הליך ההתאמה בין הזהות המגדרית למינית, הוא תנאי בלעדיו לא ניתן לקיים, במובן הבסיסי ביותר, את הזכות לחיים ולכבוד.**

51. ומזווית אחרת: **השלמת הליך ההתאמה בין זהותה המגדרית לביולוגית מהווה ערובה למימוש זכותה של המבקשת לחופש הביטוי.** בקשתה למימון הניתוח טומנת בחובה בקשה כי שירות בתי-הסוהר יכבד את זכותה להגדרה עצמית – הניתוח יסייע למבקשת להשלים את הליך ההתאמה בין זהותה המגדרית לביולוגית ואף למעלה מכך – בהתחשב בנקודת הזמן בה היא נמצאת, השלמת הניתוח תסייע לנתב את המבקשת למאסר על-פי מגדרה בכלא נשים, כאישה (שכן, שיבוץ אסיר בכלא גברים או נשים נעשה על-פי המין הפיזיולוגי, כאמור).

52. חופש הביטוי נמנה עם חירויות היסוד של כל אדם בישראל ומהווה תנאי מוקדם למימוש חירויות רבות נוספות.<sup>57</sup> אמנם, ככל זכות אחרת, גם זכות זו אינה מוחלטת אך ככל שהזכות הנפגעת היא חשובה ומרכזית יותר, המשקל שיינתן לה במסגרת האיזון החוקתי בינה לבין האינטרסים המנוגדים של הרשות, יהיה משמעותי יותר. תפיסה זו הנחתה את הפסיקה מימי תקומת המדינה ועתה, לאחר שזכויות האדם עוגנו בחוקי-יסוד בעלי מעמד חוקתי על-חוקי, חלה חובה מוגברת לדקדק, יותר משנעשה בעבר, בכיבוד זכויות האדם של אסירים. ההכרה זו במעמדן החוקתי של זכויות האדם טעונה הגשמה בחיי המעשה.<sup>58</sup>

53. על יכולתו של אסיר לממש את חופש הביטוי וזכותו להגדרה עצמית מוטלות הגבלות שמטרתן קידום אינטרסים ייחודיים נוספים, הכרוכים בניהול התקין של בתי-הסוהר: הגשמת מטרות המאסר, קיום הביטחון, הסדר והמשמעת בבית-הסוהר, שמירה על שלומם של האסירים, ההגנה על שלום אנשי הסגל והסוהרים וכיוצא באלה. ההגבלות הן פרי החלטה יזומה של הרשות המופקדת על ניהול בתי-הסוהר ומכרסמות נתח נוסף מחופש הביטוי של האסיר; ובכך משנות לרעתו, במידה גדולה מן המתחייב מכליאתו ומשלילת חופש התנועה שלו, את מערך האיזון הרגיל.<sup>59</sup>

54. לנוכח חשיבותו של חופש הביטוי, לרוב אין נוטים להגבילו אלא על יסוד הסתברות ברמה של "ודאות קרובה" כי מימוש הזכות עלול לגרום לנזק ממשי לאינטרס חיוני של המדינה והציבור. אפשר שבמסגרת האיזון יינתן משקל גם לאינטרסים אחרים, שאינם נובעים משיקולי הביטחון או מצורכי השמירה על הסדר והמשמעת, אך כרוכים בצורכי הניהול התקין של בתי-הסוהר במובן הרחב (כמו יעילות מינהלית, חיסכון במשאבים וכדומה). אך **בשים לב לחשיבותו של חופש הביטוי** (כמו גם יתר הזכויות הנפגעות כתוצאה מהחלטתו של המשיב 1), **משקלם היחסי של אינטרסים נוספים אלה פחות. בדרך כלל, לא יהיה בהם בלבד כדי להביא לשלילת הזכות, וניתן יהיה להתחשב בהם רק בקביעת ההיקף שבגדרו יורשה האסיר לממש את זכותו.**<sup>60</sup> וכך גם כאן.

### האינטרס הטיפולי

55. עד עתה עמדנו על הפגיעות בזכויותיה של המבקשת כתוצאה מהחלטת המשיב 1. אולם, וזאת חשוב להבין, לביצוע הניתוח - בוודאי כאשר מדובר באסירה – חשיבות אינטרינזית מעצם מהותו, במנותק מהפגיעה בזכויות חוקתיות של המבקשת. נסביר במה דברים אמורים.

<sup>57</sup> בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז(1) 871, 878 (1953).

<sup>58</sup> שם, בעמ' 880.

<sup>59</sup> עניין גולן, בעמ' 154.

<sup>60</sup> שם.

יעילות הניתוח לשיפור מצב המבקשת

56. בהיבט האובייקטיבי, יעילות הניתוחים להתאמה מגדרית הוכחה במחקרים רבים. המגמה הברורה העולה מאותם המחקרים היא כי אלו שהשלימו את ההליך זוכים להשתלב ולפעול בקהילה ואחוזי החרטה מהניתוח נמוכים מאוד ונעים בין אחוז לאחוז וחצי מכלל המנותחים. למעשה, שיעור שביעות הרצון מהניתוח עומד על למעלה מ-98%.<sup>61</sup>

57. בכל הנוגע להיבט הסובייקטיבי של יעילות הטיפול, לרבות הקשר הסיבתי בין השימוש בו לבין מצבו הרפואי של המבוטח, הנטל הראשוני הוא על המבוטח לבסס ראשית ראייה לטענתו כי הטיפול יעיל עבורו.<sup>62</sup> לעניין זה, ייצא המבוטח ידי חובתו בהמצאת חוות-דעת של הרופא המטפל, ומסמכים רפואיים נוספים שיש בהם כדי להעיד על השיפור בבריאותו.

58. בענייננו, מומחים רבים מעידים על מורכבות חייהם של הציבור הטרנסג'נדר ושל יעילות הטיפול במישור הרפואי והאישי. כך, למשל, ד"ר חיים קפלן, מנתח פלסטי בכיר והחלוץ בביצוע ניתוחים להתאמה מגדרית בישראל, תיאר בראיון את הקשיים שאיתם התמודדו המועמדים ואת יעילות הטיפול עבורם: "העובדה שהם צריכים לחיות כבן המין השני יוצרת אינספור בעיות. בכל מקום כתוב שאתה גבר, למרות שבפועל אתה מרגיש אישה. הבעיות מגיעות בתדירות יומיומית: לאילו שירותים תיכנס, של נשים או של גברים? בראיונות עבודה מצלמים את תעודת הזהות, ולא כל אדם מעוניין שידעו שהוא טרנסג'נדר".<sup>63</sup>

59. כך גם במחקר בו נבדקו השפעות ארוכות טווח של הניתוח להתאמה מגדרית – החל מהתקופה שלפני מעבר הניתוח ועד מספר שנים לאחריו – העידו טרנסג'נדרים על הצלחה בכל תחומי החיים. כ-89% מהמשתתפים במחקר זה דיווחו כי הם לראשונה מצליחים "לקבל" את הגוף שלהם ובטוחים בו,<sup>64</sup> ומיעוט זניח בלבד של טרנסקסואלים חזרו בהם מרצונם להשלים את הניתוח להתאמה מגדרית, במהלך התהליך להשגת האישור לניתוח למול הוועדה לאישור ניתוחים להתאמה מגדרית (פחות מ-8% לערך).<sup>65</sup>

60. בהקשר זה, נבקש לציין כי אין להפריד בין הניתוח לבין הטיפול בדיספוריה מגדרית, איתה מתמודדת המבקשת בענייננו. אמנם ישנם טרנסג'נדרים הרואים בניתוח להתאמה מגדרית כצורך טיפולי שאינו מהווה תכלית הליך ההתאמה בין זהותם המגדרית לביולוגית.<sup>66</sup> אולם, אלו המגיעים לניתוח עושים זאת מתוך רצון עז למצוא סיפוק מלא לשאיפותיהם ולראות התאמה מלאה בין צורת גופם הפיזית לתחושת זהותם הפנימית. מכאן, שללא הניתוח, לפחות ביחס לאותם אנשים וביניהם המבקשת – אין הם מממשים את זהותם וזכויותיהם החוקתיות במלואן. כל עוד החברה הישראלית ומוסדותיה מקיימים שיח רפואי-ביולוגי, בכל הנוגע לזהות הטרנסג'נדר –

F. Pfafflin, *Regrets After Sex Reassignment Surgery*, in GENDER DYSPHORIA: INTERDISCIPLINARY APPROACHES IN CLINICAL MANAGEMENT (Bockting W. & Coleman E. eds., 1993).

<sup>62</sup> עניין קופת חולים לאומית – מודיעין, בעמ' 11 להחלטה.

<sup>63</sup> שרית רוזנבלום "מעכשיו: קל יותר לעבור ניתוח שינוי בישראל" Ynet 13.5.2014 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4519125,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4519125,00.html)

<sup>64</sup> Peggy T. Cohen-Kettenis & Stephanie H.M. Vav Goozen, *Sex Reassignment of Adolescent Transsexuals: A Follow-up Study*, 36 J. CHILD & ADOLESCENT PSYCHIATRY 263 (1997).

<sup>65</sup> Snarkytransman (30.5.2014) available at <http://snarkytransman.tumblr.com/post/87249042151/do-you-have-any-info-on-statistics-of-detransition>

<sup>66</sup> נורה גרינברג "משפטו של אדם בלתי נראה: אי-הכרה בזהותו של עבריין טרנסג'נדר כמחיקת קיומו" מבזקי הארות פסיקה 26, 5, 12 (2014). (להלן: "משפטו של אדם בלתי נראה").

הניתוח מהווה תנאי בלעדיו אין ביחס למבקשת ובהכרה המתבקשת מצידה - ולהשתחרר, ולו במעט, מהדיכוי המגדרי ממנו היא סובלת.<sup>67</sup>

61. ביצוע הניתוח במבקשת אף יאפשר לה לרצות עונשה בכלא נשים, בהתאם לנהלי שירות בתי הסוהר.<sup>68</sup> כאמור, עתה בבית הסוהר מעשיהו, המבקשת סובלת מהתנכלויות, השפלות ואיומים על חייה – הן מצד האסירים והן מצד הסוהרים. סביבת בית-הסוהר הגברית מהווה כר עוין ומאיים על שגרת חייה ואף על חייה, במובן הבסיסי ביותר. כאמור, האוכלוסייה הטרנסג'נדרית הינה אוכלוסייה מוחלשת מטבעה החשופה תדיר לאלימות מצד החברה.<sup>69</sup> אולם, בהצבת המבקשת כאישה בין גברים, כבענייננו, הקשיים האינהרנטיים הנלווים למצוקתה מתחזקים, ובמסגרת זו גם מידת ההתנכלויות כלפיה כמו גם איומים נוספים דוגמת חשש מפני אונס בשל זהותה המגדרית.<sup>70</sup>

62. כמו-כן, נהלי בית-הסוהר לגברים כוללים בתוכם פרקטיקות הפוגעות פגיעה מתמדת במבקשת. כך, למשל, מעצם הצבתה של המבקשת בבית סוהר לגברים, ניתן להניח כי המבקשת תאלץ לעבור חיפושים גופניים בעירום המבוצעים על ידי גברים, ואף להתפשט מול אסירים אחרים. זוהי השפלה קשה המהווה פגיעה בליבת זכותה לכבוד של המבקשת ובמקרים דומים, אף הביאה אסירות טרנסג'נדריות שונות לכדי התאבדות.<sup>71</sup> מכאן שהאיום על זכותה של המבקשת לחיים מתחזק עוד יותר וכך גם המסקנה כי הניתוח מציל חיים עבורה. הלכה מוכרת ומושרשת כי חיפוש בגופו של חשוד ייערך בדרך ובמקום שיבטיחו שמירה מרבית על כבוד האדם, על פרטיותו ועל בריאותו, ובמידה המועטה האפשרית של פגיעה, אי נוחות וכאב;<sup>72</sup> וכן כי חיפוש בגופו של חשוד ייערך בידי בן מינו של החשוד.<sup>73</sup> כך גם שירות בתי הסוהר, הכפוף לפקודת סדר הדין הפלילי, מחוייב כי חיפוש אצל אשה לא ייעשה אלא על ידי אשה.<sup>74</sup> סוהרות לאסירות וסוהרים לאסירים.<sup>75</sup> מכאן שריצוי עונשה בכלא נשים יסייע, ולו במעט, להפחית את האיומים והפגיעות המפורטים לעיל.

63. כמו-כן, דחיית בקשת המבקשת מהווה למעשה ענישה כפולה עבורה – שכן, לא זאת בלבד שהמבקשת כלואה מבעד לחומות בית הכלא – המבקשת אף כלואה בגוף שאינו תואם את מגדרה (וברצונה לתקן זאת באמצעות ניתוח להתאמה מגדרית, היחס אליו הוא כאל אישה לכל דבר) (לימור סימון "דילמה: אסיר טרנסג'נדר לכלא נשים או גברים?" 10.2.2016 Ynet). מכאן שמענה לבקשתה יסייע להקל על עונשה. למותר לציין כי אין בהקלה זו להפלות את המבקשת למול אסירים אחרים – ראשית, נסיבות אישיות חריגות וזכות תדיר למשקל בעת קביעת ענישתו של נאשם.<sup>76</sup> שנית, בהתאם לפסיקה, במקרים ייחודיים וביחס לנאשמים מסוימים, תנאי הכליאה מהווים חלק משיקולי הענישה בעת גזירת הדין.<sup>77</sup> מכאן שהיענות לבקשת המבקשת, בהתחשב בהשפעה הישירה שיש לכך על תנאי מאסרה, אינה מעלה קושי ביחס לשוויון מול יתר האסירים.

<sup>67</sup> Debra Sherman Tedeschi, *The Predicament of the Transsexual Prisoner*, 5 TEMP. POL. & CIV. RTS. L. REV. 27, 28–29 (1995).

<sup>68</sup> **עניין פלונית**, בפס' 6 לפסק-דינו של השופט גובראן; ראיון עם ראש חטיבת הטיפול באסיר, בו נאמר כי "אם האסיר עבר ניתוח להתאמה מגדרית, היחס אליו הוא כאל אישה לכל דבר" (לימור סימון "דילמה: אסיר טרנסג'נדר לכלא נשים או גברים?" 10.2.2016 Ynet). [www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-4761084,00.html](http://www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-4761084,00.html).

<sup>69</sup> **אנחנו לא אוכלוסייה חלשה**. מערכת ישראל היום "אסירה טרנסג'נדרית הועברה כלא מחשש שתיאנס" **ישראל היום** 14.12.2015 <http://www.israelhayom.co.il/article/338737>

<sup>70</sup> מאקו גאוה "מה עושה אישה טרנסג'נדרית בכלא גברים" **mako** 16.12.15 <http://www.mako.co.il/pride-news/global/Article-12b497adf7ba151006.htm>

<sup>71</sup> סעיף 2(ד) ל חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), תשנ"ו-1996 שם, סעיף 2(ה).

<sup>72</sup> סעיף 46 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969

<sup>73</sup> לדוגמא: סעיף 98 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971

<sup>74</sup> **עניין פלונית**, פס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל.

<sup>75</sup> **עניין פלונית**. פסקה 8 לפסק-דינו של השופט גובראן.



64. אמנם פרוצדורה רפואית ככלל ובוודאי רפואית מורכבת, כבענייננו, מלווה בבירוקרטיה והכנות שונות. אולם אלו אינם ייחודיים למבקשת בלבד אלא לכל אדם הזקוק לטיפול רפואי. כאמור, אין לגרוע מזכותו של אסיר לטיפול רפואי אך בשל היותו אסיר, ואי היעדרות לבקשה נוכח העלות הנלווית הכרוכה בביצוע הניתוח, סותרת הלכה יסודית זו. יתרה מכך, לאור שלילת זכות האסיר לחירות – עולה החשיבות בשמירת זכויותיו החוקתיות הנותרות. מכאן, כי כל טענה בדבר הקשיים הביורוקרטיים אליהם ידרש בית-הסוהר אינה משכנעת. קל וחומר בהינתן חשיבות הניתוח עבור המבקשת, כפי שעמדנו לעיל. בראי חשיבותו של הניתוח לבריאותה וזכויותיה של המבקשת, ברי כי הקשיים הביורוקרטיים והעלויות הנלוות להם יידרש בית הסוהר בטלים בשישים.

65. נוסף על כך, אין בעובדה כי המבקשת מעוניינת, לכל הפחות, להשלים את הדרישה לניסיון מוכח בזהותה המגדרית המבוקשת בסביבת בית-הסוהר, כדי לגרוע מתכליתו של התנאי (שאינו חוקתי, כמפורט בעתירה לבג"ץ). למעשה, ההיפך הוא הנכון. ראשית, סביבת בית-הסוהר היא סביבה עוינת ביותר בהשוואה לסביבה מחוץ לכותלי הכלא. מכאן שאם המבקשת תוכיח השתלבות בסביבה האמורה, קל וחומר כי תכלית התנאי התממשה. שנית, הוועדה הכירה בתקופת הסתגלות, כחלק מהוכחת ניסיון בזהות המגדרית המבוקשת, כאשר התקיימה במהלך שירותו הצבאי של המבקש.<sup>78</sup> בסביבה הצבאית שגורות לעיתים קרובות סטיגמות מגדריות. בנוסף, השירות הצבאי מאופיין בניתוק מהמשפחה ומהסביבה הטבעית, ומפגיש את הפרט עם אתגרים מנטליים ופיזיים רבים – כל אלו ונוספים הם מנת חלקם גם של אסירים.

בהקשר זה, נציין, כי אחת הסיבות אשר הביאו את הוועדה להכרה בהסתגלות תחת תקופה זו, היא התמיכה והסובלנות אשר הפגינו מפקדי ולוחמי צה"ל האמונים והמלווים את החיילים הטרנסגינדרים.<sup>79</sup> מכאן, נתקשה לקבל כל טענה מצד המשיב, המתנגדת למימוש תקופת ההסתגלות במהלך ריצוי המאסר, עת שהסוהרים והאסירים הם שמכשילים את המבקשת בהתמודדותה עם ההליך. המשיב 1 אינו יכול להיבנות מהתנהגות לא חוקית – של אסירים שבשמורתו, קל וחומר של סוהרים הסרים למרותו.

66. על-כן, **משעה שהמדינה הכירה באפשרות לעמוד בתנאי 12 החודשים במהלך השירות הצבאי, מנועה היא מלטעון עתה כי תקופת המאסר – הנושאת מאפיינים רלוונטיים דומים לשירות צבאי בהקשר זה - אינה יכולה להגשים את תכלית התנאי.**

67. בהתאם, נבקש מבית המשפט לשקול שיקולים אלו כעת במסגרת ההחלטה נושא הליך זה.

#### ניתוח להתאמה מגדרית כחלק משיקום האסיר

68. כניסתו של אסיר לבית-הסוהר מלווה בקשיים רבים הנובעים מאובדן החופש הפיזי, אובדן הפרטיות והניתוק ממשפחתו וממערכות חיו שהיה מורגל לנהל בשגרה.<sup>80</sup> עם שחרורו, בדרך כלל, נדרש האסיר להתחיל את חיו מחדש, ללא כל אמצעים או תמיכה חברתית.<sup>81</sup> בפניו ניצבים אתגרים רבים – מציאת מקום מגורים או לחילופין חזרה לתא המשפחתי, מציאת מקום עבודה, התאקלמות במציאות חדשה, התמודדות עם סטיגמות ועוד. האסיר המשוחרר בדרך כלל מנודה, מבודד ומובטל, ולכן נזקק לעזרה עם שובו לחברה.<sup>82</sup> כדי לסייע לאסירים

<sup>78</sup> שרי מקובר-מליקוב "המגדר יעבור לדום" ynet 3.8.2016 [www.yediot.co.il/articles/0,7340,L-4836953,00.html](http://www.yediot.co.il/articles/0,7340,L-4836953,00.html)

<sup>79</sup> שמעון איפרגן "הלוחמת שהפכה ללוחם: סיפורו של הטרנסגינדר בגדוד קרקל" mako 22.2.2016 [www.mako.co.il/pzm-magazine/Article-fd67f8bd9c70351006.htm](http://www.mako.co.il/pzm-magazine/Article-fd67f8bd9c70351006.htm)

<sup>80</sup> שירותו בתי-הסוהר "עבודת הטיפול והשיקום בשירות בתי-הסוהר" (2005), עמ' 3.

<sup>81</sup> אורה קפלנסקי "הפעלת מערך הכשרה מקצועית לאסירים בשירות בתי הסוהר" צוהר לבית-הסוהר 11, 98-92 (2007).

<sup>82</sup> שם.



להשתלב מחדש בחברה, מדינות רבות מפעילות תכניות לשיקום אסירים. השיקום מוגדר כ-**"הכנת האסירים להשתלבות מחדש בקהילה כחברים יעילים ושומרי חוק"**.<sup>83</sup>

69. האוכלוסייה הטרנסג'נדרית מוחלשת מטבעה ומחקרים רבים משרטטים תמונה קשה בנוגע למצבם – הן ברמה החברתית הן ברמה הממסדית. בשנת 2016, הציבור בישראל עדיין מתקשה לקבל את מי שזהותם המגדרית שונה. על-פי מחקר שנערך בקרב האוכלוסייה הטרנסג'נדרית – 70% מהגברים הטרנסג'נדרים ו-76% מהנשים הטרנסג'נדריות דיווחו על אלימות מילולית כנגדם; וכן, 48% מהגברים הטרנסג'נדרים ו-55% מהנשים הטרנסג'נדריות דיווחו כי נפלו קורבן לאלימות פיזית בשל זהותם המגדרית.<sup>84</sup> קשיים נוספים באים לידי ביטוי גם בנושא התעסוקה – כך, למשל, מועמדותם של טרנסג'נדרים רבים נפסלת כבר בשיחת הטלפון הקודמת לראיון ואלו שזולחים את שלב זה ומתקבלים לעבודה, מעידים על עוינות מצד הצוות או הלקוחות ומתקשים להחזיק לאורך זמן בעבודה קבועה.<sup>85</sup>

70. מנגד, מגמה בולטת המאפיינת טרנסג'נדרים שהשלימו את ההליך ההתאמה בין זהותם המגדרית לביולוגית, שעברו את הניתוח להתאמה מגדרית, היא כי אלו מדווחים על יציבות תעסוקתית גבוהה יותר; הפחתה משמעותית בחשש מתגובות אלימות; אפשרות מהירה לזוגיות יציבה; ואולי החשוב מכל – תחושת שלמות עם גופם.<sup>86</sup> כמו-כן, נלמד כי אלו שעברו את הניתוח השתלבו במישור החברתי טוב יותר והם פעילים יותר בחברה.<sup>87</sup> כל המסקנות שהוצגו לעיל מגובות במחקרים מדעיים מפורטים ומקובלים.

71. יכולתו של אסיר משוחרר למצוא עבודה ולהשיג עצמאות כלכלית היא נדבך מהותי בשיקומו.<sup>88</sup> בענייננו, המבקשת סובלת מניכור מצד משפחתה וחווה קושי למצוא עבודה – אלו הובילו אותה לשדוד בנק. אולם, מכל האמור לעיל, המסקנה המתבקשת היא כי מימון הניתוח עבורה קשור ישיר עם יכולתה להשתקם ולהשתלב בחברה ובפרט למצוא עבודה ולזכות ביחס אוהד יותר מצד משפחתה. כיוון ששירות בתי-הסוהר מהווה הגוף העיקרי העוסק בשיקום האסיר במהלך תקופת הכליאה, אך טבעי כי הוא שידרש למימון הניתוח יקדם את בקשתה, שכן ביצעו מהווה ערובה מרכזית לשיקומה ובהצלחתה לחזור באופן מיטבי לחברה.

זאת ועוד, השחרור מהכלא לאחר תקופת המאסר מהווה חוויה קשה כשלעצמה לכל אסיר. כשנלווים לכך הקשיים שחווה המבקשת, כתוצאה מחוסר ההתאמה בין מינה הפיזיולוגי לזהותה המגדרית – ברי כי שחרור מהמאסר ללא ביצוע הניתוח יעמיד אותה בפני מכשול משמעותי שצליחתו כמעט ובלתי אפשרית. זאת, ללא כל הצדקה בדין.

House of Commons: Home Affairs Committee, *Rehabilitation of Prisoners: First Report of Session 2004–05* (Jan. 7, 2005) <sup>83</sup> <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmhaff/193/193.pdf>

<sup>84</sup> מחקרם של ד"ר רוית גופן, מרפאת גן מאיר, וד"ר אבישי שני, המרכז הרפואי נס ציונה אשר פורסם בעיתון הארץ. עידו אפרתי, "מחקר: מחצית מהטרנסג'נדרים בישראל ספגו אלימות פיזית בשל זהותם המגדרית", **הארץ**, 26.5.2015, [www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.2644553](http://www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.2644553)

<sup>85</sup> הילה ויסברג "68% מהטרנסג'נדרים: אנו מופלים לרעה במקום העבודה" **TheMarker** 26.3.2014 [www.themarker.com/career/1.2280070](http://www.themarker.com/career/1.2280070); תום זיו "80% מהגאים: קיימת אפליה בראיונות עבודה" **ynet** 26.3.2014 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4503509,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4503509,00.html)

<sup>86</sup> Lawrence A.A. (1997). SRS after less than a one-year real-Life-Test – Absence of Regrets. Abstract, XV Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association Symposium, Vancouver/ Kanada. IJ Transgender, [www.symposiun.com/ijt/hbigda/vancouver](http://www.symposiun.com/ijt/hbigda/vancouver).

<sup>87</sup> C. Mate-Kole, M. Freschi & A. Robin, *A controlled study of psychological and social change after surgical gender reassignment in selected male transsexuals*, 157 BRITISH J. PSYCHIATRY 261–264 (1990) <sup>88</sup> שלי מזרחי ואורי טל **תכנית לשיקום אסירים – רקע וסקירה משווה** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2010), עמ' 3.

72. יתרה מכך, השיקום הוא הליך הכרחי ורצוי לשם יצירת חברה בטוחה. **אסירים שמשחררים ללא הכשרה תעסוקתית עלולים, בסיכון גבוה יותר, לחזור למעגל הפשיעה ולהוות סכנה לחברה.**<sup>89</sup> נוסף על תרומת השיקום לביטחון החברה, עלויות שיקום האסיר עשויות להיות נמוכות מעלויות החזקת אסיר במאסר.<sup>90</sup>

73. האמור מוכיח, מזווית נוספת, כי ביצוע הניתוח עתה – טרם שחרורה של המבקשת – לא רק מתבקש נוכח הפגיעה בזכויותיה החוקתיות, אלא גם מכיוון שביצעו עתה יגשים אינטרסים ציבוריים חשובים.

#### פגיעה בזכויות – סיכום

74. ניהול בית-הסוהר הוא תפקיד מורכב ומאתגר, וכשם שהוא דורש עוצמה רבה, כך הוא מחייב גם רגישות. הוא דורש שמירה על הסדר והביטחון, ובד בבד – וביתר שאת – שמירה על כבוד האדם והכנת האסיר לחיים תקינים עם שחרורו מבית-הסוהר וחזרתו לחברה.<sup>91</sup> **במסגרת השיקולים הענייניים שעל מנהל בית-הסוהר להביא בחשבון, שעה שהוא דן בבקשה של אסיר, עליו לתת משקל גם לזכויות האדם של האסיר (כמו גם לאינטרס הציבורי שבביצוע הניתוח, כמפורט לעיל).**<sup>92</sup> בנסיבות המקרה, ניכר כי קשייו של שירותו בתי-הסוהר, אשר הם הובילו להחלטה בדבר סירוב לבקשת המבקשת, נסוגים נוכח מצוקתה והפגיעות הקשות בזכויותיה, כתוצאה מאי-ביצוע הניתוח.<sup>93</sup>

75. עד עתה עמדנו על הפגיעות בזכויותיה החוקתיות של המבקשת, הנובעות כתוצאה מהחלטת המשיב 1. כאמור לעיל, סירובו לביצוע הניתוח מתבסס על שלושה נימוקים – (1) תקציב שירותו בתי-הסוהר; (2) העובדה כי אין מדובר בניתוח מציל חיים; (3) אי מתן אישור של הוועדה לביצוע הניתוח.

עתה נראה, בשים לב לפגיעה הקשה בזכויותיה של המבקשת, כי אין באף אחד משלושת הנימוקים כדי לשנות מן המסקנה המתבקשת כי החלטתו של המשיב אינה סבירה או מידתית, ולכן יש לבטל אותה.

76. בחינת סבירות ומידתיות ההחלטה צריכה להיעשות בשים לב לפגיעה הקשה בזכויותיה של המבקשת כתוצאה מאי ביצוע הניתוח. מסקנה זו נובעת מכלל היסוד על-פיו ככל שהפגיעה בזכות משמעותית יותר, כך נדרשת הצדקה חזקה ומשכנעת יותר כדי להוביל למסקנה שההחלטה מצויה במתחם החוקי. כידוע – "ככל שהפגיעה של דבר החקיקה בזכויות האדם היא מקיפה יותר וחריפה יותר, כן נדרשים יעדים חברתיים חשובים יותר וחיוניים יותר לשם הצדקתה".<sup>94</sup> במילים אחרות, הפגיעה הקשה בזכויותיה החוקתיות של המבקשת שהוכחה לעיל, מלמדת כי רק במידה שהמשיב 1 יוכיח בצורה ברורה כי הטעמים שהציג, אשר הובילו להחלטתו, הם נכונים וחזקים במיוחד יש להותיר את החלטתו על כנה. כפי שנראה להלן, אין באף אחד מן הצידוקים כדי לשנות מהמסקנה כי החלטתו של המשיב 1 אינה חוקית ולפיכך דינה בטלות.

#### 2ג. נימוק ראשון – שיקולי תקציב

77. נעמוד עתה על הנימוק התקציבי אשר הוביל לדחיית בקשתה, ונראה כי אין בו ממש.

<sup>89</sup> Jeremy Coylewright, *New Strategies for Prisoner Rehabilitation in the American Criminal Justice System: Prisoner Facilitated Mediation*, 7 J. HEALTH CARE L. & POL. 395 (2004) p. 401.

<sup>90</sup> דבריו של אבי דיאמנט – מפקח ארצי ברשות לשיקום האסיר (24.2.2010).

<sup>91</sup> עניין גולן, בעמ' 7.

<sup>92</sup> שם, בעמ' 8.

<sup>93</sup> שם, בעמ' 10–11.

<sup>94</sup> אהרן ברק *פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית* 526 (1995); ראו גם דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד סג(3) 41, בפס" 8 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (2009).

78. ראשית, "מושכלות יסוד הן כי הגם ששיקולי תקציב הם לגיטימיים, הרי שהשיקול התקציבי, כשלעצמו, אינו 'מילת קסם' ובחינתו במסגרת הביקורת השיפוטית תעשה בראי מהותו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי וייחודי לחוק סוציאלי מובהק המושתת על עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית".<sup>95</sup> מכאן, שאין באמירות בעלמא בדבר מסגרת תקציבית כדי להצדיק את סירובו הגורף של המשיב, בוודאי בשים לב לפגיעה המשמעותית הגלומה בסירוב זה בזכויותיה החוקתיות של המבקשת.

79. שנית, נקודת המוצא לדיון זה תימצא בסעיף 3(א) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, לפיו "כל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה, אלא אם כן הוא זכאי להם מכוח חיקוק אחר". המבקשת אסירה המוחזקת במשמורת שירות בתי-הסוהר ובהתאם החובה להבטחת שלומה ובריאותה מוטלת על שירות בתי-הסוהר, המחויב לתת טיפול רפואי זהה לטיפול הניתן לכל אזרח במדינה על-פי סל הבריאות.<sup>96</sup> קבע בית-המשפט:

"משכולם מסכימים שהעותר זכאי לטיפול הרפואי, מנקודת מבטו של העותר, אין זה מעניינו מהיכן מגיע הכסף ואיך הוא עובר... משנקבע היקפו של סל הבריאות והעותר זכאי לקבל את הטיפול הרפואי, לא תישמע טענת המשיב כי הסבך הביורוקרטי בין הרשויות מונע את מתן הטיפול לעותר. הנטל למצוא את מקור התקציב, כדי לעמוד בחובה, מוטל על שב"ס"<sup>97</sup> (ההדגשה הוספה).

ודוק, משעה שהניתוח אותו עותרת המבקשת לקיים מצוי בסל התרופות – ועל כך אין מחלוקת – הרי שמתגבשת חובתו של שירות בתי-הסוהר להתיר לבצע בה את הניתוח המבוקש – עתה, במהלך מאסרה.

80. שלישית, השיקול התקציבי נדרש לאיזון למול זכויותיה של המבקשת. בנסיבות העניין, נוכח מצוקתה, מאמציה לעמוד בדרישות הוועדה, ההתנכלויות אותן חווה והזכויות שנשללות ממנה נוכח מאסרה, ברי כי משקל הזכות המוקנית לה כאסירה והשיקולים ההומניים התומכים בבקשתה, גוברים באופן ברור על עוצמת הקשיים הכספיים והארגוניים שעליהם מתבססת עמדת המשיב.<sup>98</sup> לכך מצטרפת התפיסה החוקתית, המקנה לזכויות האדם מעמד נורמטיבי עליון על פני אינטרסים ציבוריים דוגמת אילוצים כלכליים. ההגנה על זכויות האדם, הניתנת לאסיר, מחייבת כי הפגיעה בהן תותר רק מקום שאינטרס ציבורי נוגד, בעל משמעות כבדת-משקל מצדיק זאת.

81. רביעית, הרשות יכולה לנמק את סירובה לבקשה על שיקולים כלכליים, אך כשמדובר במקרים בהם הטיפול מצריך הקצאת משאבים בלתי סבירה ובוודאות קרובה. כך, נקבע כי מבחן לסבירות החלטה הנשענת על שיקולי תקציב הוא האם לצד השיקול הכמותי נשקלו שיקולים איכותיים, האם קיימת הכבדה ממשית על הרשות עד כדי שינוי סדרי עדיפויות והסטת משאבים ממשימתה העיקרית.<sup>99</sup>

82. בענייננו, אמנם מימון הניתוח ידרוש לשאת בהשלכות על ניצול תקציב שירות בתי-הסוהר, **אולם ברי כי מימון ניתוח בודד לאסירה אחת, המצוי גם כן בסל הבריאות – לא יוביל להכבדה משמעותית על תקציב שירות בתי-הסוהר עד כדי שינוי סדרי עדיפויות**. ומשכך, בהתאם לפסיקה, אין בשיקול התקציבי כדי להצדיק את החלטת המשיב. כמו-כן, העובדה כי סל הבריאות כולל בסעיפים המזכים גם את הניתוח להתאמה מגדרית, דהיינו מדובר בניתוח המתקצב על-ידי המדינה, מימונו על-ידי בית-הסוהר דורש הסדר פרוצדורלי בדמות של העברת התקציב בלבד – מסקנה השוללת את הבסיס לכל טענה בדבר אינטרס נוגד משמעותי.

<sup>95</sup> עניין פרס.

<sup>96</sup> "הטיפול הרפואי באסיר", בס' 1.

<sup>97</sup> עניין רוזלין, בפס' 17–19 לפסק-הדין.

<sup>98</sup> עניין גולן, בעמ' 11.

<sup>99</sup> ע"מ 2398/08 מדינת ישראל נ' סגל (פורסם בנבו, 19.6.2011).

83. חמישית, לעיתים טענות תקציביות נטענות על מנת להוות "עלה תאנה" בלבד לסדרי עדיפויות לקויים והימנעות מקבלת החלטות מורכבות. מכאן, שאינן אלא ביטוי נוסף לעקרון "השמיכה הקצרה". אולם, משקבעה המדינה אחריותה למימון טיפול מסוים, לא תוכל היא להתנער מאחריותה למימון סל שירותי הבריאות בשנה מסוימת בטענה כי אין די כיסוי תקציבי לאחריותה. מסקנה זו נדרשת גם מתכלית החוק בענייננו – חוק ביטוח בריאות ממלכתי. העיד על כך שר המשפטים לשעבר, חבר-הכנסת דוד ליבאי, בדיון שהתקיים בכנסת בקריאה הראשונה על הצעת-החוק: "אני רוצה להבהיר – ברור שעבור ביטוח משלמים, אבל כאן לא נותנים שירות ישייר בתמורה לתשלום. תמיד יש אפשרות שהכסף לא יספיק והוא יצטרך לעמוד במחויבותו על-פי חוק המדינה ולתת שירותי בריאות על-פי חוק". (ההדגשה הוספה)<sup>100</sup>

84. כל מחלוקת בין משרדי הממשלה או הגורמים הרלוונטיים אינה פוטרת את שירות בתי-הסוהר מאחריותו לבריאות המבקשת; והנטל למצוא את המקור התקציבי, כדי לעמוד בחובה, מוטל עליו. במילים אחרות, שעה שאין חולק כי ביצוע הניתוח ממומן בכל מקרה מתקציב המדינה, שירות בתי-הסוהר אינו יכול להצדיק את דחיית הבקשה משיקולי תקציב. מנקודת מבט של המבקשת, אין כל נפקא מינה לעניין זהות הגוף המדיני שיישא דה פקטו בעלות מימון הניתוח, ומדובר – כך או כך – בהעברה "מכיס לכיס" אשר אינה יכולה להוות טעם המצדיק את דחיית הבקשה.

85. הציפייה והחובה המוטלת על שירות בתי-הסוהר היא לפעול על-מנת להסדיר עם הגורמים הרלוונטים במשרד הבריאות את הקושי התקציבי. כך, למשל, במטרה לקבל מענה תקציבי יכול המשיב 1 לפנות לוועדת החריגים במשרד הבריאות או לגורמי הרפואה בשירות בתי-הסוהר המטפלים במבקשת. נוסף לכך, ניתן לפנות למשרד האוצר ולהעלות ברמה העקרונית את נושא המימון, החורג מתקציבים העומדים לרשות שירות בתי-הסוהר וכן למשרד הבריאות במטרה לגבש קריטריונים ומדיניות עקרונית בנושא.

86. אפשר שמימוש הזכות של אסירה הנושאת מוגבלות, אם מדובר בזכות למימוש מגדרי ואם בזכות אחרת, יחייב את מנהל בית-הסוהר ליישום הסדר מיוחד, ואפילו להוצאה כספית.<sup>101</sup> אכן, לרוב מימוש של זכויות יסוד עשוי לעלות כסף, אך חברה ליבראלית המכבדת את זכויות היסוד של אזרחיה – קל וחומר אסירה – צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר עבור מימושן.<sup>102</sup> היטיב לבטא השקפה זו הנשיא ברק באומרו:

*"הבטחת שוויון ההזדמנויות לנכה עולה כסף, אך חברה האמונה על ברכי כבוד האדם, החירות והשוויון מוכנה לשלם את המחיר הנדרש".<sup>103</sup>*

87. ועוד, "ההלכה קבועה ונטועה משכבר הימים ואין עליה עוררין כהיום הזה: חוק המטיל חובה מהותית על המדינה – חובה המתבטאת בחובה לשלם כסף לפלוני, חובה המוגדרת מבחינת היקפה וכמותה – חייבת היא המדינה לקיים את החובה במלואה ולא תישמע מפיה טענה כי טעמי תקציב מונעים אותה מעמוד בנטל. החובה המהותית – חובה שנקבעה בחוק או בהסכם שכרתה המדינה – בה עיקר, בה ולא במקור התקציב אשר אמור לתמוך בה. הנטל הוא על בעלי-הסמכות למצוא מקור תקציב לעמידה בחובה. ואם יגעת ולא מצאת – אל תאמן".<sup>104</sup>

<sup>100</sup> ד"כ 136, 4891 (התשנ"ד).

<sup>101</sup> עניין אלתימי.

<sup>102</sup> בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 113, 144 (1995).

<sup>103</sup> בג"ץ 7081/93 בוצר נ' המועצה המקומית "מכבים-רעות", פ"ד נ(1) 19, 27 (1996).

<sup>104</sup> בג"ץ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729, 753 (2000).

בהקשר לדיונונו, עולה כי המשקל שנדרש לייחס לשיקולי התקציב הוא נמוך ואף בטל בשישים בנסיבות העניין.

88. **ויובהו, המבקשת אינה טוענת כי מערכת הבריאות מחויבת לתת מענה לכל צורך רפואי ובכל זמן ללא הגבלה.** ברור כי אין בנמצא חברה שמשאביה הם בלתי-מוגבלים. אין רשות – כזו הפועלת על-פי חוק – אשר רשאית ויכולה להתעלם מאילוצי תקציב ולספק שירותים ללא חשבון או הגבלה. **אולם, לעניין הניתוח להתאמה מגדרית, נקבע במפורש כי המדינה תממן אותו.** בהתאם לכך, **אין כל הצדקה שניתוח שהמדינה מממנת כך או כך, לא יסופק למבקשת, רק בשל היותה אסירה** (נזכיר, כי פגיעה בזכויותיו של אסיר מוצדקת רק כאשר הפגיעה נעשית בקשר ישיר לתכליות הכליאה עצמה).

מהאמור עולה כי הנימוק התקציבי אינו יכול לעמוד וטוב אם לא היה כלל נטען בנסיבות העניין. זאת, מהסיבה הפשוטה כי **סירוב מכוח נימוקי תקציב לספק שירות המצוי בסל הבריאות לאסירה, מוביל לתוצאה על פיה הזכות לבריאות המוקנית לאסיר פחותה מהזכות לבריאות המוקנית לאזרח.** ואין צורך להרחיב על הפסול העמוק וחוסר החוקתיות המובהק הנלווה למסקנה מעין זו.

89. חוק ביטוח בריאות ממלכתי והטיפולים שמוענקים מכוחו על-פי סל התרופות, משקלל כבר לתוכו נוסחה המאזנת בין זכות האדם לבריאות לבין יכולת החברה להעניק אותה. לעניין טיפולים הכלולים בסל התרופות, אפוא, **קבע המחוקק כי אין בשיקולי תקציב כדי להעלות או להוריד מחובת המדינה לספקם.** זוהי נוסחת האיזון מהחוק ונוסחה זו מחייבת את שירותו בת-הסוהר להיעתר לבקשה ולבצע את הניתוח. כך גם ניתן כי במישור המהותי – הקצאת התקציב לבריאות ככלל, ולטיפולים ולטכנולוגיות האמורים להיכלל בסל שירותי הבריאות בפרט, היא תולדה של העדפה ערכית.<sup>105</sup> מדינה אשר רואה בזכות לאוטונומיה ערך יסוד, אינה יכולה להסתפק באי-פגיעה באוטונומיה, אלא עליה להגן עליה באופן אקטיבי. כלומר, המדינה מחויבת לסייע לפרט להגשים את זכותו לאוטונומיה ולא רק להימנע מלהתערב בבחירותיו, ובכלל זה המדינה מחויבת לסייע לפרט לבצע ניתוח להתאמה מגדרית, על-ידי הגנה על האינטרס שלו לעשות כן מול אינטרסים נוגדים של צדדים נוספים המעורבים במסכת השיקולים.

90. **עלות מול תועלת – החיסכון למשיבה אילו נעתרה לבקשה:** פעמים רבות עלות השירות המבוקש עשויה להיות נמוכה יותר, בראייה מאקרו-כלכלית, מעלות השירות החלופי הכלול בסל, כך שהקופה הציבורית תצא נשכרת מאספקת השירות.<sup>106</sup> על המשיב 1 הייתה מוטלת החובה להביא בחשבון את העלות הנחסכת של הטיפולים הכלולים בסל, לרבות כתוצאה משיפור מצבם הרפואי של החולים, עלותם של טיפולים חלופיים הכלולים בסל וכיוצא באלה.<sup>107</sup>

91. כאמור, **סיכול רצונו של אדם טרנסג'נדר לעבור ניתוח להתאמה מגדרית, כמו גם עיכוב באישור ניתוח זה, עלולים לגרום לטרנסג'נדר לנזקים רפואיים חמורים שונים,** לרבות תופעות נפשיות קשות כמו חרדה, דיכאון, מחשבות אובדניות ופגיעה עצמית באיברי המין.<sup>108</sup> לא זו בלבד, יש בפגיעות קשות אלה כדי לגרום טיפולים רפואיים רבים ושונים, החושפים את המדינה לתביעות נזיקיות מצד אנשים שניזוקו בגין אותם עיכובים שהתרחשו כתוצאה מהתנהלות המדינה. לצד נזקים אלה, נגרמים לטרנסג'נדרים, אשר בקשתם למעבר ניתוח

<sup>105</sup> יהודית שובל ועפרה אנסון **העיקר הבריאות: מבנה חברתי ובריאות בישראל** (2000).

<sup>106</sup> **מכבי שירותי בריאות**, בס' 59 לפסק-הדין.

<sup>107</sup> ע"ע 575/09 (ארצי) **מכבי שירותי בריאות – דהאן ז"ל**, ס' 32 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 6.1.2011).

<sup>108</sup> **MEDICAL THERAPY**.

להתאמה מגדרית נדחית ולכל הפחות זוכה להתייחסות מאוחרת, גם נזקים בני-פיצוי בגין הפגיעה בזכויות החוקתיות שלהם, לרבות הזכות לאוטונומיה והזכות לכבוד.<sup>109</sup>

92. הבסיס לטענות אלו מתחזק עוד יותר, בזכות העובדה שהמבקשת נידונה ל-18 חודשי מאסר. אי-היעתרות לבקשה, איפוא, בשים לב לסירובה של הקנטינה בבית-הסוהר לספק לה במחיר סביר את מוצרי טיפוח הדרושים לטובת עמידה בתנאי 12 החודשים, תוביל לכך שהמבקשת תוכל להתחיל את תקופת הניסיון אך בשחרורה מהכלא, ותהא זכאית לעבור את הניתוח בעוד כשנתיים וחצי. **הצורך של המבקשת לבצע את הניתוח האמור, והתועלת האפשרית שבכוחה להפיק מהשלמת הליך ההתאמה בין זהותה המגדרית לביולוגית, אינם שקולים לקשיים שייגרמו לשירות בתי-הסוהר כתוצאה מהצורך באיתור מקורות כספיים למימון הניתוח.**

93. בהתאם לכך, יש להידרש לעובדה כי מלבד פנייה למנהל בית-הסוהר לשם מימון הניתוח, פנתה המבקשת גם לקנטינה במטרה להוסיף ולעמוד בתנאי הוועדה ולשמר רצף של 12 חודשים: על-אף ההליך הארוך, המתיש והמשפיל אשר היא נדרשת לעבור, היא טרם אמרה נואש ומוסיפה לפעול בערוצים המקובלים, כפי שהתוותה המדינה בתיקון לחוק, במטרה להשלים את ההליך להתאמה מגדרית, אותו החלה בטרם נכלאה. המבקשת בענייננו אינה זוכה לתמיכה משפחתית ומצוקתה הקשה הובילה אותה עד כדי שדידת הבנק. מכאן **שפנייתה לבית-הסוהר לביצוע הניתוח היא בגדר מוצא אחרון עבודה.**

94. אי-הוכחת "השלכות רוחב תקציביות": הנטל להוכחת "השלכות רוחב תקציביות" מוטל על המדינה, ועליה לבסס אותו בנתונים קונקרטיים ולא באמירות בעלמא.<sup>110</sup> במסגרת בחינת השלכות הרוחב ניתן לקחת בחשבון, בין היתר, את השאלה עד כמה מצבו של המטופל חריג בהשוואה למטופלים אחרים במצבו, וזאת על מנת לבחון האם אישור הטיפול אכן יחייב את הענקתו גם למטופלים נוספים ובאיזה היקף. במסגרת הליך זה, על בית-הסוהר לקבוע מהי קבוצת השוויון אליה משתייכת המבקשת, על-בסיס נתונים מספריים בדבר מספר האסירים והאסירות במצבה. כל אלה, למיטב הידיעה, לא נעשו, והנימוק (ולמעשה התירוץ) התקציבי הועלה על ידי המשיב 1 בעלמא.

95. הנה כי כן, אין בנימוק תקציבי, במיוחד שעה שמדובר בניתוח הכלול בתקציב סל הבריאות, כדי להצדיק את דחיית בקשתה של המבקשת על-ידי המשיב.

### **3ג. נימוק שני – הניתוח כמציל חיים**

96. כאמור לעיל, מנהל בית-הסוהר סמך החלטתו, בין היתר, על כך שאין מדובר בניתוח מציל חיים, כי אם ניתוח אלקטיבי, ומשכך, להשקפתו, אין כל הצדקה שבית-הסוהר יישא בעלותו.

97. לפי המשמעות המקובלת, ניתוח "אלקטיבי" הוא "ניתוח שאינו דחוף, הנתון לבחירתו או החלטתו של הרופא המטפל או של המטופל".<sup>111</sup> ניתוח מסוג זה אין מטרתו לפתור בעיה רפואית של ממש, אלא לשפר את איכות חייו של המנותח. טיפולים אלקטיביים, מטיבים ומטבעם, אינם חיוניים או דחופים והמטופל יכול לוותר עליהם או לדחותם, שכן אף בלעדיהם ניתן לנהל אורח חיים רגיל.<sup>112</sup> כמו-כן, בחלק נכבד מהמקרים, המטופל הוא

<sup>109</sup> ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999).

<sup>110</sup> עניין פרס, בעמ' 5 לפסק-הדין.

<sup>111</sup> תרגום חופשי להגדרה – W.A.N. Dorland – "Not urgent. Subject to the choice or decision of the patient or physician", W.A.N. Dorland Illustrated Medical Dictionary (Philadelphia, 24th ed., by L.R.C. Agnew, 1965); R. Sloane the Sloane-Dorland Annotated (Medical-Legal Dictionary (St. Paul, 1987).

<sup>112</sup> ע"א 522/04 מרכז לייזר לניתוחי קרנית בע"מ נ' דיראוי (פורסם בנבו, 28.6.2005).

היזום את הטיפול האלקטיבי ונושא בעלויותיו.<sup>113</sup> דוגמאות בולטות לניתוחים אלקטיביים הם ניתוחים לשיפור הראייה באמצעות לייזר, ניתוח לתיקון טחורים וכל ניתוח שמיועד לשפר את איכות החיים של המטופל.

98. בענייננו, **כל טענה כי המבקשת אינה מצויה בסכנת חיים ולפיכך אין דחיפות במתן הטיפול, טוב היה לו לא הייתה נטענת כלל**. ונסביר במה דברים אמורים.

99. ראשית, אין כל נפקות לאופיו של הניתוח, לעניין השאלה אם לאשר אותו. שכן, מדובר בקבלת טיפול לו המבקשת זכאית מכוח החוק, נוכח הכללתו בסל הבריאות, ואשר אינה מותנית בדחיפות הטיפול. כך קבע בית-המשפט המחוזי בעתירתו של אסיר החולה במחלת הצהבת, כאמור:

*”מטרת שירותי הרפואה איננה לטפל רק באנשים גוססים ואלה הנמצאים בסכנת חיים. מטרתה לרפא את החולים, למנוע מהם סבל מיותר ולשפר את התפקוד ואיכות החיים שלהם ולמנוע מהם להגיע למצב של סכנת חיים.”<sup>114</sup>*

באותו מקרה נקבע כי הדברים מקבלים משנה תוקף כשמדובר באדם בן 45, ששנים טובות עוד לפניו.<sup>115</sup> דברים אלה יפים גם לענייננו, עת שמדובר במבקשת צעירה בשנים אשר מעוניינת לשוב לשגרת חיים תקינה ולשקם את עצמה לאחר ריצוי עונשה.

100. שנית, גם אם נניח שמדובר בניתוח אלקטיבי (ולא כך הוא), משקבע בית-המשפט בפרשת **רוזליו** לעיל כי שאלת דחיפותו של הניתוח אינה נוגעת או גורעת מזכאותו של עותר לקבלת טיפול רפואי המעוגן בחוק, אין בעובדה זו כדי להשפיע על ההכרעה בשאלת סבירות החלטת מפקד בית-הסוהר. נוסף לכך, בית-המשפט הורה בעבר להעניק טיפול אף כשלא היה מדובר בטיפול מציל חיים. כך, למשל וכמפורט לעיל, מבקשת החולה בסרטן השד זכתה לטיפול הנתון בסל הבריאות לחולי סרטן הערמונית בלבד – גם כאשר לא היה מדובר בתרופה מצילת חיים.<sup>116</sup> בדומה, כאמור לעיל, בית-הדין לעבודה הורה על מתן תרופה שעלותה למעלה מ-800,000 ש"ח, אשר אינה בסל הבריאות ומביאה אך לשיפור באיכות החיים.<sup>117</sup>

101. שלישית, העובדה כי המדינה נושאת במימון הניתוח מלמדת כי לא מדובר בניתוח אלקטיבי "טהור", לכל הפחות. ברי כי מימון מדינתי מהווה אינדיקציה לחשיבות שבביצוע הניתוח, כמו גם לעמדת המדינה שכך מכירה בהשפעתו על המטופל, שאינה מוגבלת להבטחת נוחיות מסוימת אלא נוגעת גם לבריאותו. ולראיה: בסעיף 7 להנחיות מטעם ראש מנהל הרפואה הממוענת לוועדות משרד הבריאות העוסקות בניתוח להתאמה מגדרית, נקבע במפורש:<sup>118</sup>

*”אמנם, ניתוח להתאמה מגדרית אינו נדרש עקב סכנת אובדן חיים הנשקפת למבקש הטיפול. עם זאת, בהתחשב בכך שניתוח להתאמה מגדרית (מאשה לגבר) כלול בסל הבריאות;<sup>119</sup> מהותי לחיי המטופל ואיכותם, ואף יורד לשורש זהותו המגדרית; הוא אינו מבוצע בישראל, ולא צפוי להתבצע בישראל בעתיד הנראה לעין; ואין שרות חלופי לניתוח –*

<sup>113</sup> ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 5.3.2012).

<sup>114</sup> עניין רוזליו, בפס' 17 לפסק-הדין.

<sup>115</sup> שם.

<sup>116</sup> עניין פרס, בעמ' 10 לפסק-הדין.

<sup>117</sup> עניין קופת חולים לאומית – מודיעין.

<sup>118</sup> הנחיות ראש מינהל הרפואה – משרד הבריאות "ביצוע ניתוחי התאמה מגדרית" 12221436314 (24.3.2014).

<sup>119</sup> [www.health.gov.il/PublicationsFiles/SRS\\_instructions.pdf](http://www.health.gov.il/PublicationsFiles/SRS_instructions.pdf).

<sup>119</sup> יצוין, למען הסדר הטוב, כי גם ניתוח מגבר לאישה כלולים בסל הבריאות. ראו: הנחיות משרד הבריאות לעניין ניתוחים להתאמה מגדרית, זמין ב- [www.health.gov.il/Services/Citizen\\_Services/SexReassignmentSurgery/Pages/default.aspx](http://www.health.gov.il/Services/Citizen_Services/SexReassignmentSurgery/Pages/default.aspx)

הרי שזהו מקרה מובהק, של קיום 'נסיבה חריגה' המצדיקה, ואף מחייבת, מימון השרות (בכפוף להתקיימות תנאי חוזר 86/39) אף שאין הוא נדרש עקב סכנה של אובדן חיים".

הנה כי כן, גם אליבא דמדינה עצמה, הניתוח שמבקשת המבקשת לעבור מקוטלג בידי המדינה כמהותי להמשך חייה ולא יכולתם. בראי זה, ברור כי לעמדת המשיב – המנוגדת למעשה לעמדת המדינה עצמה – אין על מה שתסמוך. ודוק, גם בהינתן שלא מדובר בניתוח מציל חיים במובן המקובל של המונח – כמו תרופה לטיפול בסרטן או איידס – בהינתן שמחקרים מוכיחים שהטיפול הכרחי לטובת ההגדרה העצמית והבריאות הנפשית של טרנסגינדרים, כמפורט לעיל, על אחת כמה וכמה כשמדובר בטרנסקסואלים, – מדובר בניתוח המציל חיים, לכל הפחות, במובנו המהותי.

#### ניתוח להתאמה מגדרית כניתוח מציל חיים

102. טענות לפיהן הניתוח להתאמה מגדרית הוא ניתוח קוסמטי ודבר מותרות שאין בו דחיפות או צורך של ממש, מגלמות עלבון צורב למטופל הטרנסגינדר ומתעלמות מראיית הניתוח כאמצעי לכינון ולמימוש זהותו וכגורם חיוני לניהול חיים תקינים בהמשך חייו.

103. לניתוח להתאמה מגדרית השפעה עמוקה על זהותו ועל חייו של הפרט, בהשוואה לטיפולים או לניתוחים אחרים, הקרויים בפי הבריות "קוסמטיים". בתי-המשפט בארצות-הברית עמדו לא אחת על הבחנה מהותית זו. כך, במסגרת עתירה נגד סירוב ביטוח רפואי לממן הוצאות עבור ניתוח להתאמה מגדרית, בטענה כי מדובר בניתוח קוסמטי בלבד, עדי מומחה קבעו כי לא זו בלבד שלא מדובר בניתוח קוסמטי, אלא שמדובר בניתוח המהווה האמצעי האפקטיבי ביותר לשינוי חייהם של חברי האוכלוסייה הטרנסגינדרית:

*"As a general rule transsexuals have an improved psychological, social, and vocational adjustment after transsexual surgery. I believe this will prove to be the case for [G.B.]. Numerous attempts by way of therapy, pharmacology, behavioral and disciplinary approaches have generally been unavailing in treating the transsexual. Surgery is thus indicated for [G.B.] and I believe she would benefit significantly by it".<sup>120</sup>*

104. נוסף כי נתונים אחרים מראים כי טרנסגינדרים רבים, שבקשתם לעבור ניתוח להתאמה מגדרית נשללה, פנו לפגיעה עצמית עד כדי סירוס עצמי והתאבדות. מכך נלמד התסכול העמוק וצורך מהותי ואקוטי בניתוח:

*"is reasonable and necessary for the treatment of this mental disorder, an illness which, in the vast majority of cases, only surgery will cure... Failure [to obtain the surgery] will inevitably lead to serious frustration and possible self-mutilation or suicide".<sup>121</sup>*

105. על מנת להבין מדוע מדובר בניתוח מציל חיים, בוודאי שלא בניתוח אלקטיבי, נעמוד בקצרה על מצוקתם של טרנסגינדרים. מדובר במצוקה משמעותית, חריפה ולעיתים אף קשה מנשוא. אדם הסובל מאי-התאמה בין זהותו הביולוגית לזו המגדרית הוא אדם הנתון לאיום ממשי על אורחות חייו, קשריו החברתיים ודימויו העצמי הפנימי. אדם שרגשות ההזדהות המגדרית שלו אינם תואמים את הדרישות התרבותיות שלתוכן גדל, יחווה מצבים קונפליקטיביים הן כלפי חוץ, בצורת חוויות של דחייה, הן כלפי פנים, בצורות של אשמה, בושה, בלבול,

Roberto, L. G. (1983). Issues in diagnosis and treatment of transsexualism. *Archives of sexual behavior*, 12(5), 445-473.<sup>120</sup>  
GB v. Lackner, 80 Cal.App.3d 64 (1978).<sup>121</sup>



חרדה ומצוקה. לאור זאת, החלטת המשיב דוחקת עוד יותר את המבקשת אל עבר מצוקה פסיכולוגית קשה ויאוש קיצוני. במקרים אלו, של אכזבות קשות ביותר, עשוי אדם להגיע עד כדי מחשבות אובדניות.<sup>122</sup> וכבר הראינו מחקרים המוכיחים מחד את אחוז החרטה הנמוך (ולמעשה כמעט אפסי) לאחר ביצוע הניתוח, ואת השיפור באיכות חייהם ותחושתיהם של חברי הקהילה שעברו את הניתוח מאידך. רק בניתוח להתאמה מגדרית יש כדי לשנות ולשפר את מציאות חייהם המורכבת של האוכלוסייה הטרנסג'נדרית ולמעשה הניתוח מהווה תנאי הכרחי לקיום אורח חיים תקין. תחושות אלו מתחזקות עת שמדובר בטרנסקסואל, לעומת טרנסג'נדר, שכן עבור הראשון הניתוח מהווה תכלית ההליך, אקט שקובע את מעבר הזהות של האדם.<sup>123</sup>

106. ודוק, היהלום שטרנסג'נדר יסכים לעבור ניתוח קשה מעין זה, על כל המשמעויות הגלומות בכך, אילו אכן מדובר בפרוצדורה אלקטיבית שתתרום אך לנוחותו? אנו סבורות כי התשובה לכך היא בשלילה. **עצם העובדה שהמבקשת מוכנה לעשות הכל במטרה לעבור פרוצדורה כירורגית מסובכת ומסוכנת, אומרת דרשני, ומוכיחה – הלכה למעשה – כי אין מדובר, כלל ועיקר, בניתוח אלקטיבי. שכן אם ניתן היה לטפל במצוקתה של המבקשת ללא ניתוח, כמו גם מטופלים נוספים במצבה, ברי כי המבקשת ויתר חברי הקהילה שבמצבה היו נמנעים מליטול את הסיכונים האמורים ולעבור את הניתוח.**

**כאמור, תפיסה הרואה את הניתוח להתאמה מגדרית במנותק מתהליך ההתמודדות עם מצוקתו המגדרית של המטופל, חלק מן הווייתו הקיומית והקשריה החברתיים, חוטאת בהבנת האינטגרליות שלו למכלול אחד של טיפולים המוענקים לטרנסג'נדרים. אלו מתחזקים ומעמיקים את עסקינן באדם הנמצא בעיצומו של ההליך להתאמה מגדרית, כדוגמת סיפור חייה של המבקשת.**

107. עוד נזכיר כי בית-המשפט הפדראלי לערעורים בארצות-הברית קבע כי העובדה ששלטונות בתי-הכלא השונים ברחבי המדינה לא אפשרו לאסירים או לאסירות טרנסג'נדרים לעבור טיפולים להתאמה מגדרית, לרבות ניתוחים להתאמה מגדרית, עולה כדי ענישה "אכזרית ובלתי רגילה" ("cruel and unusual punishment"), האסורה על-פי התיקון השמיני לחוקה האמריקאית,<sup>124</sup> כפי שצוין לעיל. עובדה זו – כי אי-ביצוע הניתוח עולה כדי אכזריות – מוכיחה, מזווית נוספת, מדוע מדובר בניתוח מציל חיים, ובוודאי לא בניתוח השווה ערך לניתוח לייזר לתיקון ראייה.<sup>125</sup> כמו-כן, אין בעובדה כי בקשת העותרת למימון ניתוח להתאמה מגדרית על-ידי בית-הסוהר נדחתה לבסוף כדי לגרוע מקביעה אמיצה וחד משמעית זו, כפי שעולה בפסיקת בית המשפט הפדרלי.

108. ויובהר: אין בעובדה כי הניתוח להתאמה מגדרית הוא אך אפשרות אחת מבין האפשרויות העומדות בפני אדם הסובל מדיספוריה מגדרית כדי לערער על המסקנה המתבקשת כי הניתוח הוא ניתוח המציל חיים. ראשית, כפי שנטען לעיל, ראיית הניתוח כ"אפשרות" חוטאת להבנת מצוקתם הסובייקטיבית של הטרנסג'נדרים. עבור אותם מטופלים, הניתוח הוא תנאי בלתו אין לחיים תקינים. שנית, הפסיקה מראה כי גם ניתוחים מצילים חיים מחויבים בהסכמה מדעת מצד המטופל או לכל הפחות מוגבלים בנסיבות ובסייגים.<sup>126</sup> כך גם חוק זכויות החולה מעניק מעמד בכורה לעקרונות אוטונומיית המטופל, גם על-פני אינטרסים אחרים וביניהם אינטרס טובת המטופל וכך נקבע כי זכותו זו של מטופל הכשיר גוברת על עניינו של הציבור בקדושת חייו ובהגנה עליהם.<sup>127</sup>

<sup>122</sup> פנחס נוי "המניעים להתאבדות" **מגמות** 337 (ביה"ח האוניברסיטאי "הדסה", מכון הנרייטה סולד, 1960), עמ' 340-338.

<sup>123</sup> "משפטו של אדם בלתי נראה".

<sup>124</sup> Wolfe v. Horn, 130 F. Supp. 2d 648, 652 (E.D. Pa. 2001); Cuoco v. Moritsugu, 222 F.3d 99, 106 (2d Cir. 2000); White, 849

F.2d at 325; Meriwether v. Faulkner, 821 F.2d 408, 413 (7th Cir. 1987).

<sup>125</sup> בג"ץ 114/86 וייל נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 477, בפס' 15 לפסק-הדין (1987).

<sup>126</sup> אברהם סהר "הסכמה מדעת – תהיות והרהורים" **רפואה ומשפט** 33, 48-49 (2005).

<sup>127</sup> 61ReT (adult refusal of medical treatment) Court of Appeal, Civil Division [1992] 4 All ER 6

109. ניתן להתייחס לניתוח כ"מציל חיים" גם מנקודת מבט שונה מזו הנקשרת להגדרות רפואיות. בענייננו, במהלך ריצוי עונשה חווה המבקשת השפלות ממושכות ומשמעותיות, התעמרות מצד האסירים והסוהרים ואף איומים על חייה. מציאות זו היא מנת חלקם של אסירים טרנסג'נדרים גם מעבר לים – כך גם על-פי מידע שפורסם במדינות אחרות ובעיקר בארצות-הברית – אסירים ואסירות טרנסג'נדרים נמנים עם האוכלוסיות הנתונות בסכנה הגדולה ביותר לאלימות פיזית ומינית בבתי-הסוהר.<sup>128</sup> סכנה זו גוברת עוד יותר, עת שמדובר באסירה טרנסג'נדרית השוהה בבתי-סוהר לגברים. הנתונים על סיכון ופגיעה באסירים ואסירות טרנסג'נדרים מתייחסים למצב בו המדיניות הנוהגת במרבית בתי-הסוהר היא לכלוא אנשים על-פי מינם הביולוגי ולא על-פי הזהות המגדרית שהאדם מזדהה עמה.<sup>129</sup> מדיניות זו נהוגה בארצות שונות, ביניהן ארצות-הברית, כמו גם בישראל. מכאן, כי ללא הניתוח להתאמה מגדרית לא תוכל המבקשת לרצות את עונשה בכלא התואם את זהותה המגדרית ובכך היא תיוותר חשופה לסיכונים משמעותיים ואף מידיים על חייה.<sup>130</sup> בארצות-הברית השכילו להבין זאת ובית-המשפט אף חייב את בית-הסוהר לממן ניתוח עבור אסירה.<sup>131</sup> מהאמור עולה כי הניתוח הוא אמצעי נדרש וחשוב להפחתת סכנות איתן נאלצת להתמודד המבקשת מדי יום ביומו.

110. בענייננו, המבקשת עומדת ב"קו הסיום" של ההליך להתאמה מגדרית ובימים אלה נדרשת לנהל זהות כפולה, הן במטרה לעמוד בתנאי הוועדה הדורש ניסיון מוכח בזהות המגדרית, הן במטרה להשתלב במרקם החיים המורכב והמאפיין את בית-הסוהר הגברי. מתיאור המצוקה האמורה מתבקשת המסקנה כי לכל הפחות יש בכך משום ענישה כפולה. הבנת מורכבות זו כמו גם מצוקתה הגדולה בהיותה טרנסג'נדרית ובנסיבות העניין הספציפיות מחייבת את המסקנה כי הסכנה הנשקפת אליה היא קיומית, ובתוך כך הניתוח, פשוטו כמשמעו, מציל חיים עבורה.

#### ג. נימוק שלישי – ביצוע הניתוח חרף אי-קבלת אישור הוועדה

111. כמפורט לעיל, עוד בטרם מאסרה של המבקשת, הוועדה דחתה את בקשתה לביצוע הניתוח. בהודעת הדחייה, ציינה הוועדה, כי המבקשת עומדת בכל התנאים הנדרשים לאישור הניתוח, כאמור בתיקון לפקודה, למעט התנאי לפיו נדרש "ניסיון מוכח בזהות המגדרית המבוקשת 12 חודשים לפחות מרגע פנייתו למוסד הרפואי בבקשה לביצוע הניתוח". במקביל להליך זה, כאמור, עתרה המבקשת לבג"ץ נגד חוקתיותו של אותו תנאי הדורש 12 חודשי ניסיון. מכלל האמור עולה כי קבלת העתירה – בשים לב לעובדה שהוועדה ציינה מפורשות שהמבקשת עומדת ביתר התנאים לביצוע הניתוח – משמעותה שמבחינה מהותית היא זכתה לאישור הוועדה ולכן נשמט הבסיס המשפטי בטיעונו זה של המשיב 1.

112. אולם, אל לנו לתלות את גורלה של המבקשת בגורלה של העתירה לבג"ץ. על-כן, מבקשת המבקשת לעתור לסעד חלופי, לפיו בית-המשפט יורה לוועדה לעשות שימוש בסמכותה, בהתאם לסעיף 4.2.4 לנוהל, ולקצר את תקופת 12 החודשים באופן שהמבקשת תעמוד בתנאי ומנהל בית-הסוהר ייעתר לבקשתה. נעמוד על כך להלן.

Valerie Jenness, TRANSGENDER INMATES IN CALIFORNIA'S PRISONS: AN EMPIRICAL STUDY OF A VULNERABLE POPULATION <sup>128</sup> (2009).

Jordan Emma Mintz, *Treatment of Transgender Inmates—the Double Punishment*, SETON HALL U. (2013) <sup>129</sup> [http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1271&context=student\\_scholarship](http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1271&context=student_scholarship)

<sup>130</sup> משפטו של אדם בלתי נראה, בעמ' 5.

R. Lindevaldsen, A STATE'S OBLIGATION TO FUND HORMONAL THERAPY AND SEX-REASSIGNMENT SURGERY FOR <sup>131</sup> PRISONERS DIAGNOSED WITH GENDER IDENTITY DISORDER (2012).

## סמכות רשות ההופכת לסמכות חובה

113. אפשר שהחוק יאמר רשאי ואילו בית-המשפט יפרש חייב. הדבר תלוי בכוונת החוק, שלא תמיד משתקפת מהלשון אלא נלמדת מאופי הסמכות ומושפעת מנסיבות העניין.<sup>132</sup> כמו כן, גם במקום בו ה"רשאי" הוא בגדר "חייב" נולדת, עם הקניית הסמכות, גם החובה לשקול את עצם הצורך וההצדקה להפעלת הסמכות.<sup>133</sup> כך גם בענייננו, לאור התכלית הסובייקטיבית והאובייקטיבית של החוק, הנגזרת מערכיה המקובלים של שיטתנו המשפטית, יש לפעול על-מנת להגשים זכויותיה החוקתיות של המבקשת, ובהתאם לחייב את הוועדה בהפעלת סמכותה.<sup>134</sup> קרי, להפוך את סמכות הרשות שבידה לסמכות חובה.

114. קיים הבדל בהיקף הביקורת השיפוטית על-יסוד של חובה מזה ועל-יסוד של רשות מזה. ביסוד של רשות, הביקורת השיפוטית מוגבלת יותר ובית-המשפט יטה לבדוק רק אם נפלה טעות משפטית בהפעלת שיקול-הדעת.<sup>135</sup> אולם, מהות והיקף הסמכות מסייעים אף הם לקבוע בדבר מהות והיקף הביקורת השיפוטית על הפעלת הסמכות.<sup>136</sup> בענייננו, נוכח העובדה שהמבקשת עומדת בתנאי הוועדה, למעט התנאי האמור, כמו גם התלות המשמעותית של המבקשת בוועדה, המהווה הכתובת היחידה לביצוע ניתוחים להתאמה מגדרית במדינת ישראל, ונוכח הנסיבות בהן המבקשת נתונה להשפלות קשות מצד האסירים והסוהרים, כוח שמופעל מאחורי חומות גבוהות, נלמדת סמכות שבמהותה מעמידה צורך כפול בעריכת ביקורת של בית-המשפט על החלטת הוועדה. נעמוד להלן על הטעמים המחייבים את מתן אישור הוועדה בנסיבות העניין.

115. ראשית, לוועדה לאישור ניתוחים להתאמה מגדרית שיקול-דעת רחב. קצרה היריעה מלתאר את המורכבות, העולה עד כדי אי-חוקתיות, כאשר הוועדה מחזיקה בשיקול-דעת רחב ונעדרת קריטריונים מכווינים ומחייבים, והדברים פורטו בהרחבה בעתירה לבג"ץ. זאת קל וחומר, כאשר מדובר בוועדה המהווה מנופול והחלטותיה הן הכרח למימוש זכויות יסוד רבות עבור טרנסג'נדרים. מכל מקום, בהיתן מציאות זו בלתי נמנע ואף מתחייב כי נסיבותיה האישיות של המבקשת יובאו בחשבון עת שהוועדה שוקלת בקשתה.

כך העובדה כי המבקשת נעדרת תמיכה משפחתית, אמצעים כלכליים, ומציאות חייה אשר הביאו אותה עד כדי שוד בנק, מסייעים ללמדנו על מצוקתה. מצוקה אשר בניתוח להתאמה מגדרית יש כדי להקל עליה ולאפשר לה "לפתוח דף חדש" בחייה החדשים. כך גם העובדה כי המבקשת מחוייבת לרצות מאסרה בהתאם לזהותה הביולוגית, יש בה לחזק את הצורך בניתוח להתאמה מגדרית, כערובה לשינוי מציאות חייה. כאשר מדובר באסירה, יש לשקול שיקולים כמו שיקום האסיר – הן מפאת הצורך בשיקומו האישי הן בשל האינטרס החברתי-ציבורי הגלום בכך. על הקשר האינטגרלי בין הניתוח להתאמה מגדרית ליכולת המבקשת להשתקם ולהשתלב בחברה ובשוק התעסוקה עמדנו כאמור לעיל.

116. לפי דבריה של ד"ר דליה גלבוע, פסיכולוגית וחברת הוועדה להתאמה מגדרית בבית-החולים שיבא-תל השומר, הגיעה הרפואה למסקנה כי לא ניתן לרפא מצבו של טרנסקסואל או להקל עליו באמצעות טיפול פסיכיאטרי. גלבוע מתארת כי המוטו הטיפולי הוא "אם לא ניתן להתאים מגדר למין, נתאים את המין למגדר".<sup>137</sup> מכאן, כי כאשר מוצו כלל האפשרויות מצד המבקשת נותרה ברירה אחת ויחידה – על הוועדה להפעיל סמכותה ולאשר בקשתה לביצוע ניתוח להתאמה מגדרית במבקשת.

<sup>132</sup> יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א (מהדורה שנייה ומורחבת, 2001). (להלן: "הסמכות המנהלית").

<sup>133</sup> בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד ל(3) 29, 45 (1983).

<sup>134</sup> בג"ץ 2624/97 רונאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 71, 77 (1997). (להלן: "עניין רונאל"). בעמ' 76.

<sup>135</sup> הסמכות המינהלית, בעמ' 88.

<sup>136</sup> עניין גולן, בעמ' 7.

<sup>137</sup> חיים קפלן ואח' "ניתוחים להתאמה מגדרית" הרפואה 143 ז (הסתדרות רופאי ישראל, 2004).

117. שנית, מנהל בית-הסוהר הצביע, קודם כל, על הקשיים שיידרש בית-הסוהר להתמודד עמם, אם בקשתה תיענה בחיוב. טעמים אלו הם שיקולי תקציב, דחיית הוועדה את בקשתה וכן הטענה כי הניתוח אינו מציל חיים. נדמה כי על פניו לפחות, מדובר בשיקולים ענייניים שיש להם משקל של ממש. עם זאת, מדובר בקשיים נקודתיים בלבד, וברי כי שירות בתי-הסוהר מסוגל להתמודד עמם בלי שיהיה בכך כדי לשבש באופן ממשי את ניהולו התקין.<sup>138</sup> אין בשיקולי תקציב או במהותו של הניתוח כאלקטיבי כדי להצדיק את החלטת מפקד שירות בתי-הסוהר, בהינתן הפגיעה הקשה במבקשת כתוצאה מאי-ביצוע הניתוח תוך כדי ריצוי עונש המאסר, ולפיכך הוועדה למעשה מחויבת לאשר את מעבר הניתוח במהלך מאסרה.

118. סוגיה דומה נידונה בפסק-דין גולן, שם דן בית המשפט בעתירת אסיר עיוור לקבלת כלב נחייה. בית-המשפט קבע כי "עיוורים, כמו נכים אחרים, זכאים להתחשבות מיוחדת במימוש זכויות היסוד שלהם, ובכלל זה לתשלום מחיר מיוחד מצד החברה. מכאן ברור כי שירות בתי הסוהר, אף שיש לו שיקול-דעת בדבר, חייב לתת ביד אסיר שהוא עיוור מקל נחייה, אף שאין הוא נותן מקל בידי אסירים אחרים".<sup>139</sup> אכן, תקנה 91 לתקנות בתי-הסוהר קובעת כי הכנסת בעל-חיים לבית-הסוהר צריכה היתר וכי מתן ההיתר מסור לשיקול-הדעת של נציב בתי-הסוהר. אולם אפשר שהנסיבות יחייבו את הנציב לתת לאסיר עיוור רשות להכניס לתאו כלב נחייה, אף שאין הוא מוכן לתת לאסירים אחרים רשות להחזיק בתאים חיית מחמד.<sup>140</sup> על סיווג אוכלוסיית הטרנסג'נדרים תחת קטגוריית "נכות" עמדנו לעיל, תוך הפנייה להנחיות הפנימיות של המוסד לביטוח לאומי, הקובעות ההצדקה לחלוקת קצבה עבור טרנסג'נדרים, נוכח לקות רפואית שדבקה בהם.<sup>141</sup>

על כן, בהתאמה, מנהל בית-הסוהר, אף שמחזיק בשיקול-דעת, מחויב להיענות לבקשתה, גם אם בקשתה מייחדת אותה מאסירים אחרים. אכן, חוזר משרד הבריאות מחייב אישור הוועדה על-מנת להקנות זכאות למימון הניתוח ושיקול-דעת מסור לידי הוועדה. אולם, יש נסיבות בהן סמכות רשות, הכרוכה בשיקול-דעת, הופכת סמכות חובה. כך ברור כי שירות בתי-הסוהר, אף שיש לו שיקול-דעת בדבר, חייב לתת ביד אסיר שהוא עיוור מקל נחייה וכך גם ברור כי על בית-המשפט להורות לוועדה לעשות שימוש בסמכותה, בהתאם לסעיף 4.2.4 לנוהל, ולקצר את תקופת ה-12 החודשים באופן שהמבקשת תעמוד בתנאי הזה ומנהל בתי-הסוהר ייעתר לבקשתה.

119. שלישית, על בית-המשפט להורות לוועדה להפעיל סמכותה מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המטיל על המדינה והפועלים מטעמה, חובה חוקתית אקטיבית להבטיח את כבודם של הפרטים בחברה. על הקשר בין מימוש הזהות המגדרית לזכות לכבוד עמד הנשיא שמגר בפרשת פלוני: "כבוד האדם משתקף, בין היתר, ביכולתו של יצור אנוש בתור שכזה לגבש את אישיותו באופן חופשי, כרצונו, לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתן, לבחור בחירותיו הרצוניות, לא להיות משועבד לכפייה שרירותית, לזכות ליחס הוגן מצד כל רשות ומצד כל פרט אחר, ליהנות מן השוויון אשר בין בני אנוש...".<sup>142</sup> כפי שהראינו לעיל, הניתוח להתאמה מגדרית הוא אינהרנטי ליכולתה של המבקשת לשמור על כבודה ומהווה ערובה למימוש זכויותיה – כך, כאמור, היא תוכל לרצות את עונשה בכלא נשים ובהתאם להפחית, ולו במעט, את ההשפלות והאיומים אותן נאלצת היא לספוג. הזכות לכבוד, על גרעינה החיובי, מחייב את המדינה בנקיטת פעולה, כמו גם הקצאת משאבים,

<sup>138</sup> עניין גולן, בעמ' 11, 13.

<sup>139</sup> שם, בעמ' 9.

<sup>140</sup> שם.

<sup>141</sup> "המוסד לקיפוח לאומי".

<sup>142</sup> ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מ(3) 837, 842 (1994).

במטרה להבטיח זכות יסוד זו. מכאן, שעל המשיבה 2 לעשות שימוש בסמכותה ולאשר את השלמת ההתאמה בין זהותה המגדרית לביולוגית, קרי, לשמור על כבודה – בנסיבות הפרטניות שנוצרו כעת.

120. הנה כי כן: אין גם בפגם הטכני של אי אישור הוועדה, אף במנותק מחוקתיות התנאי שבגיניו סורבה פנייתה של המבקשת, כדי להסמיך את החלטת המשיב 1.

### **ג. סבירות ומידתיות ההחלטה**

121. במסגרת בחינת סבירות החלטת הרשות המנהלית, בוחן בית-המשפט אם הרשות שקלה את כלל השיקולים הרלוונטיים.<sup>143</sup> הראנו לעיל כי אין באף לא אחד מהנימוקים שהעלה המשיב, להוות תמיכה להחלטתו ולהצדיקה. ניכר כי שיקול משמעותי ביותר "נשכח" בידי המשיב, עת סירבו לבקשת המבקשת: זכויותיה החוקתיות והפגיעה הקשה הגלומה בהן היה וביצוע הניתוח יידחה בחודשים או בשנים אחדות עד לשחרורה ממאסר.

122. הדברים יפים, בבחינת קל וחומר, אם נבחן את החלטת המשיב מבעד למבחי המידתיות. רשות מנהלית חייבת לוודא כי החלטותיה מידתיות, כך שהתכלית מוגשמת באמצעות האמצעי שנבחר, כי לא קיים אמצעי חלופי שיפגע באופן פחות בזכויות אדם וכי הפגיעה בזכויות אדם, כתוצאה מהפעולה, אינה עולה על הרווח שיושג בנקיטת אותו האמצעי.<sup>144</sup> וישאל השואל: **האם ניתן באמת לטעון, כי צרכים תקציביים מצדיקים לדחות את בקשת המבקשת, כשהניתוח גם כך ממומן על-ידי המדינה? האם ניתן לטעון – ברצינות – כי מדובר בניתוח אלקטיבי, בבחינת "פינוק", בשים לב לעובדה שתכליתו לגשר בין זהותה הפיזיולוגית לזהותה המגדרית של המבקשת? האם ניתן להצדיק את דחיית ביצוע הניתוח בשים לב להשלכות הרווח האסון הכרוכות מבחינתה – פגיעה אנושה בזכותה לבריאות, לכבוד ולאוטונומיה? שאלות אלה, לדידנו, היו צריכות להיוותר בגדר שאלות רטוריות בלבד, ויש להצטער שהן אלה שעומדות לבחינה עתה בפני בית-המשפט הנכבד.**

### **ד. חשיבות הבקשה – יש ליתן רשות ערעור בנסיבות העניין**

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

124. **ראשית**, יאמר כי בקשת רשות ערעור זו באה בגדר אמות המידה אשר נקבעו בהלכת **חניון חיפה**.<sup>145</sup> הלכה פסוקה היא כי רשות ערעור אינה ניתנת כדבר שבשגרה אלא רק אם עולה בעיה משפטית בעלת חשיבות או נושא שחשיבותו כללית. זוהי אמת המידה המנחה גם כאשר מדובר בעתירות אסיר.<sup>146</sup>

125. בקשת המבקשת מעוררת שאלות משפטיות כבדות משקל המשליכות על זכויותיהם החוקתיות של הזקוקים לטיפול רפואי ככלל, ועל היקף זכויותיהם החוקתיות של אסירים בבתי-הכלא במדינה בפרט.

126. כמו-כן, סירוב בית-הסוהר להעניק למבקשת טיפול רפואי, לו היא זכאית מכוח חוק, מונע ממנה מימוש זכויותיה החוקתיות וביניהן זכותה לבריאות, לכבוד והזכות למימוש זהותה המגדרית. בהינתן אלה, ברור לכל, כי פסק דינו של בית-המשפט קמא סוטה, סטייה ניכרת, מהלכות בית-משפט נכבד זה, שהגנו ביתר שאת על זכותו של הפרט לממש את זכאותו לטיפול רפואי, כמו גם יתר הזכויות האמורות. פגיעה כה קשה בזכויותיהם

<sup>143</sup> עניין רוזליו, בפס' 17 לפסק-הדין.

<sup>144</sup> עניין רונאל.

<sup>145</sup> רע"א 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר) חיפה בע"מ, פ"ד (לו) 123 (1982).

<sup>146</sup> רע"ב 6943/13 אוחנה נ' מדינת ישראל, פס" 5 (14.11.2013).

החוקתיות של אזרחי המדינה, והאסירים הנתונים למרות המשיב בפרט, היא לכל הדעות סוגיה משפטית מדרגה ראשונה המחייבת מתן רשות ערעור ובירור עד תום של השאלות העולות ממנה.

ועוד, עמדת המשיב כי לא ניתן להיענות לבקשתה נוכח סירוב הוועדה בעניינה, היא כשלעצמה חסרת בסיס – החלטת הוועדה נעדרת בסיס חוקתי ומכל מקום אינה שוללת את זכותה לבריאות.

127. שנית, מתן רשות הערעור מתחייב ולו מן העובדה כי מדובר בערעור על החלטה שעברה ביקורת של ערכאה שיפוטית אחת בלבד. סעיף 17 לחוק-יסוד: השפיטה קובע כי "פסי"ד של בית משפט בערכאה ראשונה ניתן לערעור בזכות, להוציא פסי"ד של בית-המשפט העליון". מכאן, לעמדתנו ובכל הכבוד, הדרך הנכונה להסתכל על הליך זה היא כערעור בזכות, ולא כבקשת רשות ערעור.

128. ודוק, בית-משפט נכבד זה התייחס במהלך השנים האחרונות לסוגיית זכותו של אסיר לערער כשמדובר בערעור על החלטה שניתנה על ידי רשויות מנהליות בבית הסוהר. בעניין פריניאן קבע כבוד השופט גרוניס: "...יש להבדיל באופן ברור בין בקשת רשות ערעור המשתייכת להליכים מן הטיפוס הראשון לבין זו מן הטיפוס השני. במקרה הראשון, מדובר כזכור בעתירת אסיר הנוגעת למאסרו או מעצרו. עתירה מעין זו מופנית, דרך כלל, נגד החלטה של הנציב או של גורם אחר במסגרת שירות בתי הסוהר. מכאן, שהעתירה תוקפת לראשונה לפני בית משפט החלטה שנתקבלה על-ידי רשות מנהלית. נוכח העובדה שמדובר בתקיפה ראשונה לפני בית משפט (או לפני גוף מעין שיפוטי), אין שום הצדקה להפעיל מבחן מצמצם..."<sup>147</sup>.

129. בהינתן שבענייננו המדובר כאמור בהחלטה של רשות מנהלית, אשר נבחנה על ידי ערכאה שיפוטית אחת בלבד – בית המשפט המחוזי, הרי שיש להפעיל את אמות המידה המקלות בדבר מתן רשות ערעור שנקבעו בפרשת פריניאן; וברי כי נסיבות העניין – בוודאי בהינתן האמור לעיל – מצדיקות את מתן הרשות.

## ה. סוף דבר

130. אשר על כן, מתבקש בית-המשפט הנכבד להורות כמבוקש ברישא לבקשה זו, ולחייב את המשיב להותיר למבקשת לבצע את הניתוח לאלתר, במהלך תקופת ריצוי מאסרה.

131. מן הדין ומן הצדק להיעתר לסעד המבוקש בערעור זה.

  
רוטם אבידר-צאליק

  
שרי ברזל  
באות-כוח המבקשת

  
איה דביר

<sup>147</sup> רע"ב 425/09 פריניאן נ' פרקליטות המדינה, בפס" 3 להחלטתו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 11.3.2009).

## רע"ב - רשימת אסמכתאות ומקורות

### חקיקה

- לחוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו.  
 פקודת שירות בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971.  
 חוזר משרד הבריאות 16/2014 "ניתוחים להתאמה מגדרית" (12.5.2014).  
 פקודת נציבות מס' 04.44.00 "הטיפול הרפואי באסיר".  
 חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.  
 דברי הסבר להצעת-חוק זכויות החולה, התשנ"ב-1992, ה"ח 390.  
 הנחיות ראש מינהל הרפואה – משרד הבריאות "ביצוע ניתוחי התאמה מגדרית" 12221436314 (24.3.2014)  
[www.health.gov.il/PublicationsFiles/SRS\\_instructions.pdf](http://www.health.gov.il/PublicationsFiles/SRS_instructions.pdf)

### פסיקה

- [1] בג"ץ 494/03 עמותת רופאים למען זכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322 (2004).  
 [2] עע"א 7440/97 מדינת ישראל נ' גולן, פ"ד נב(1) 1, 8 (1998).  
 [3] ע"פ 5833/12 פלונית נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו, 12.9.2013).  
 [4] בג"ץ 10076/02 רוזנבאום נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל, פ"ד סא(3) 857 (2006).  
 [5] עת"א (מחוזי מרכז) 28629-08-15 רוזליו נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 15.5.2016).  
 [6] עע"א 1076/95 מדינת ישראל נ' קונטאר, פ"ד נ(4) 492 (1996).  
 [7] רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 7.10.2010).  
 [8] בג"ץ 7837/04 בורגאל נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נט(3) 97 (2004).  
 [9] עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי סוהר, פ"ד נ(4) 136 (פורסם בנבו, 25.8.96).  
 [10] בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, פ"ד סג(1) 1 (2008).  
 [11] עע"א (מחוזי ת"א) 2808/05 אלתמימי נ' רמ"ח רפואה (פורסם בנבו, 12.3.2006) (כתבי טענות).  
 [12] בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, 298 (1980).  
 [13] עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, סד (2) 1, (פורסם בנבו, 14.09.10).  
 [14] חב"ר (עבודה ת"א) 4770-10-14 פרס נ' שירותי בריאות כללית, (פורסם בנבו, 8.4.2015).  
 [15] חב"ר (אזורי ת"א) 20211-03-16 פלוני נ' קופת חולים לאומית – מודיעין, (פורסם בנבו, 22.3.2016).  
 [16] בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז(1) 871 (1953).  
 [17] דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד סג(3) 41, בפס' 8 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (2009).  
 [18] עע"ם 2398/08 מדינת ישראל נ' סגל (פורסם בנבו, 19.6.2011).

- [19] בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 113, (1995).
- [20] בג"ץ 7081/93 בוצר נ' המועצה המקומית "מכבים-רעות", פ"ד נ(1) 19, 27 (1996).
- [21] בג"ץ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729, (2000).
- [22] ע"ע 575/09 (ארצי) מכבי שירותי בריאות – דהאן ז"ל, (פורסם בנבו, 6.1.2011).
- [23] ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999).
- [24] ע"א 522/04 מרכז לייזר לנתוחי קרנית בע"מ נ' דיראוי (פורסם בנבו, 28.6.2005).
- [25] ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 5.3.2012).
- [26] בג"ץ 114/86 וייל נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 477, בפס' 15 לפסק-הדין (1987).
- [27] בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד ל(3) 29, 45 (1983).
- [28] בג"ץ 2624/97 רונאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 71 (1997).
- [29] ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מ(3) 837 (1994).
- [30] רע"א 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר) חיפה בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982).
- [31] רע"ב 6943/13 אוחנה נ' מדינת ישראל, פס' 5 (14.11.2013).
- [32] רע"ב 425/09 פריניאן נ' פרקליטות המדינה, בפס' 3 להחלטתו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 11.3.2009).

### **ספרות ומאמרים**

- [א] מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב 102 (1982).
- [ב] דוד אופיר **עתירות אסירים** 91 (2001).
- [ג] "חוות-דעת משפטית בדבר האוטונומיה של אדם להחליט על רצונו בניתוח לשינוי מין" (חוות-דעת של הקליניקות המשפטיות, אוניברסיטת תל-אביב, 7.1.2009).
- [ד] עליזה לביא תפילת נשים (2008).
- [ה] אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 526 (1995)
- [ו] נורה גרינברג "משפטו של אדם בלתי נראה: אי-הכרה בזהותו של עבריין טרנסגינדר כמחיקת קיומו" מבזקי הארות פסיקה 26, 5, 12 (2014).
- [ז] שירות בתי-הסוהר "עבודת הטיפול והשיקום בשירות בתי-הסוהר" (2005), עמ' 3.
- [ח] אורה קפלנסקי "הפעלת מערך הכשרה מקצועית לאסירים בשירות בתי הסוהר" צוהר לבית-הסוהר 11, 98–92 (2007).
- [ט] שלי מזרחי ואורי טל תכנית לשיקום אסירים – רקע וסקירה משווה (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2010), עמ' 3.
- [י] יהודית שובל ועפרה אנסון העיקר הבריאות: מבנה חברתי ובריאות בישראל (2000).



[יא] פנחס נוי "המניעים להתאבדות" **מגמות** 337 (ביה"ח האוניברסיטאי "הדסה", מכון הנרייטה סולד, 1960), עמ' 338-340.

[יב] אברהם סהר "הסכמה מדעת – תהיות והרהורים" **רפואה ומשפט** 33, 48–49 (2005).

[יג] יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א (מהדורה שנייה ומורחבת, 2001).

[יד] חיים קפלן ואח' "ניתוחים להתאמה מגדרית" **הרפואה** 143 ז (הסתדרות רופאי ישראל, 2004).

### מקורות אינטרנטיים

[1] איתי צמח, אנחנו לא אוכלוסייה חלשה, אנחנו אוכלוסייה מוחלשת, **go-gay**, 11.1.2016, <http://igy.org.il/item.php?id=423>

[2] הנחיות משרד הבריאות לעניין ניתוחים לשינוי מין, זמין ב- [www.health.gov.il/Services/Citizen\\_Services/SexReassignmentSurgery/Pages/default.aspx](http://www.health.gov.il/Services/Citizen_Services/SexReassignmentSurgery/Pages/default.aspx)

[3] *Kirk Mitchell, Transgendered inmate demands sex change*, THE DENVER POST (Mar. 23, 2006) <http://www.denverpost.com/2006/03/23/transgendered-inmate-demands-sex-change/>.

[4] "הנוהל של שב"ס: טרנסג'נדריות מוחזקות בצינוק" מאקו 27.2.2017 [www.mako.co.il/tv-live-at-night/articles/Article-2f844c0548c7a51006.htm?partner=mobileAutomaticChannel](http://www.mako.co.il/tv-live-at-night/articles/Article-2f844c0548c7a51006.htm?partner=mobileAutomaticChannel)

[5] ורד לי "בהיעדר תמיכה ובגיל צעיר, הטרנסג'נדריות נפלטות אל תעשיית המין" **הארץ** 24.2.2017 [www.haaretz.co.il/news/education/1.3883325](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.3883325)

[6] אורלי אזולאי "דרמה לפני ההשבעה: אובמה נתן חנינה לצילסי מנינג" Ynet 18.1.2017 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4908976,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4908976,00.html)

[7] **מרכז ניר כץ – למאבק באלימות ובלהט"ופוביה דוח שנתי #3 (1.8.14–1.8.15) (2015)**.

[8] שוש מולא "המוסד לקיפוח לאומי – כתבה רביעית בסדרה" **ידיעות אחרונות** 5.10.2012 [www.shemtov1.com/lor](http://www.shemtov1.com/lor)

[9] "הוראות בזמן צעדים ארגוניים" **ההסתדרות הרפואית בישראל** [www.goo.gl/ScPs3Q](http://www.goo.gl/ScPs3Q)

[10] שרית רוזנבלום "מעכשיו: קל יותר לעבור ניתוח שינוי בישראל" Ynet 13.5.2014 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4519125,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4519125,00.html)

[11] מאקו גאוה "מה עושה אישה טרנסג'נדרית בכלא גברים" **mako** 16.12.15 <http://www.mako.co.il/pride-news/global/Article-12b497adf7ba151006.htm>

[12] מערכת ישראל היום "אסירה טרנסג'נדרית הועברה כלא מחשש שתיאנס" **ישראל היום** 14.12.2015 <http://www.israelhayom.co.il/article/338737>

[13] שרי מקובר-מליקוב "המגדר יעבור לדום" ynet 3.8.2016 [www.yediot.co.il/articles/0,7340,L-4836953,00.html](http://www.yediot.co.il/articles/0,7340,L-4836953,00.html)

- [14] שמעון איפרגן "הלוחמת שהפכה ללוחם: סיפורו של הטרנסגינדר בגדוד קרקל" **mako** 22.2.2016  
[www.mako.co.il/pzm-magazine/Article-fd67f8bd9c70351006.htm](http://www.mako.co.il/pzm-magazine/Article-fd67f8bd9c70351006.htm)
- [15] מחקרם של ד"ר רותי גופן, מרפאת גן מאיר, וד"ר אבישי שני, המרכז הרפואי נס ציונה אשר פורסם בעיתון הארץ. [www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.2644553](http://www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.2644553)
- [16] עידו אפרתי, "מחקר: מחצית מהטרנסגינדרים בישראל ספגו אלימות פיזית בשל זהותם המגדרית", **הארץ**, 26.5.2015, [www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.2644553](http://www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.2644553)
- [17] הילה ויסברג "68% מהטרנסגינדרים: אנו מופלים לרעה במקום העבודה" **TheMarker** 26.3.2014  
[www.themarker.com/career/1.2280070](http://www.themarker.com/career/1.2280070)
- [18] תום זיו "80% מהגאים: קיימת אפליה בראיונות עבודה" **ynet** 26.3.2014  
[www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4503509,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4503509,00.html)
- [19] *Snarkytransman* (30.5.2014) available at <http://snarkytransman.tumblr.com/post/87249042151/do-you-have-any-info-on-statistics-of-detransition>.
- [20] House of Commons: Home Affairs Committee, *Rehabilitation of Prisoners: First Report of Session 2004–05* (Jan. 7, 2005) <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmhaff/193/193.pdf>.
- [21] Jordan Emma Mintz, *Treatment of Transgender Inmates—the Double Punishment*, SETON HALL U. (2013) [http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1271&context=student\\_scholarship](http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1271&context=student_scholarship).

#### ראיונות

- [1] דבריו של אבי דיאמנט – מפקח ארצי ברשות לשיקום האסיר (24.2.2010).
- [2] ראיון עם ראש חטיבת הטיפול באסיר, בו נאמר כי "אם האסיר עבר ניתוח להתאמה מגדרית, היחס אליו הוא כאל אישה לכל דבר" (לימור סימון "דילמה: אסיר טרנסגינדר לכלא נשים או גברים?" **Ynet** 10.2.2016 [www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-4761084,00.html](http://www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-4761084,00.html)).

#### פסיקה זרה

- [1] [\*Kosilek v. Maloney\*, 221 F.Supp.2d 158 \(Dis. Court D, Massachusetts Aug. 28, 2002\).](#)
- [2] [\*HJ \(Iran\) \(FC\) v. Secretary of State for the Home Department\* \[2010\] UKSC 31](#)
- [3] [\*Joseph v. N. Shore Univ. Hosp.\*, CV 08-3799 ARL, 2011 WL 573582 \(E.D.N.Y. Feb. 15, 2011\) \*aff'd\*, 473 F. App'x 34 \(2d Cir. 2012\).](#)
- [4] [\*P. v. S. and Cornwall County Council\* 1 CEL 574 \(1996\).](#)
- [5] [\*GB v. Lackner\*, 80 Cal.App.3d 64 \(1978\).](#)
- [6] [\*Wolfe v. Horn\*, 130 F. Supp. 2d 648, 652 \(E.D. Pa. 2001\)](#)
- [7] [\*ReT \(adult refusal of medical treatment\) Court of Appeal, Civil Division\* \[1992\] 4 All ER 661](#)

- [1] [Gorton, R. N., Buth, J. & Spade, D., MEDICAL THERAPY AND HEALTH MAINTENANCE FOR TRANSGENDER MEN: A GUIDE FOR HEALTH CARE PROVIDERS \(2005\) p.65.](#)
- [2] F. Pfafflin, *Regrets After Sex Reassignment Surgery*, in GENDER DYSPHORIA: INTERDISCIPLINARY APPROACHES IN CLINICAL MANAGEMENT (Bockting W. & Coleman E. eds., 1993).
- [3] [Peggy T. Cohen-Kettenis & Stephanie H.M. Vav Goozen, \*Sex Reassignment of Adolescent Transsexuals: A Follow-up Study\*, 36 J. CHILD & ADOLESCENT PSYCHIATRY 263 \(1997\) p.6.](#)
- [4] [Debra Sherman Tedeschi, \*The Predicament of the Transsexual Prisoner\*, 5 TEMP. POL. & CIV. RTS. L. REV. 27, 28–29 \(1995\).](#)
- [5] [Roberto, L. G. \(1983\). Issues in diagnosis and treatment of transsexualism. \*Archives of sexual behavior\*, 12\(5\), 445-473.](#)
- [6] [Valerie Jenness, \*TRANSGENDER INMATES IN CALIFORNIA'S PRISONS: AN EMPIRICAL STUDY OF A VULNERABLE POPULATION \(2009\).\*](#)
- [7] [R. Lindevaldsen, \*A STATE'S OBLIGATION TO FUND HORMONAL THERAPY AND SEX-REASSIGNMENT SURGERY FOR PRISONERS DIAGNOSED WITH GENDER IDENTITY DISORDER \(2012\).\*](#)
- [8] [Lawrence A.A. \(1997\). SRS after less than a one-year real-Life-Test – Absence of Regrets. Abstract, XV Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association Symposium, Vancouver/ Kanada. IJ Transgender, www.symposiun.com/ijt/hbigda/vancouver](#)
- [9] [C. Mate-Kole, M. Freschi & A. Robin, \*A controlled study of psychological and social change after surgical gender reassignment in selected male transsexuals\*, 157 BRITISH J. PSYCHIATRY 261–264 \(1990\).](#)
- [10] [Jeremy Coylewright, \*New Strategies for Prisoner Rehabilitation in the American Criminal Justice System: Prisoner Facilitated Mediation\*, 7 J. HEALTH CARE L. & POL. 395 \(2004\). P. 401](#)

בעניין:

ליאור ישראלי

ע"י ב"כ גבי איה דביר, גבי שרי ברזל וגבי רותם אבידר-צאליק  
מרחוב כנפי נשרים, הרצליה

המבקשת

— נגד —

1. מנהל בית-הסוהר מעשיהו
2. הוועדה הרב מקצועית לניתוחים לשינוי מין של משרד הבריאות

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

המשיבים

תגובת המשיבים לבקשת רשות הערעור

המשיב, מנהל בית-הסוהר מעשיהו (להלן גם: "המנהל" או "המשיב") והוועדה הרב מקצועית לניתוחים לשינוי מין של משרד הבריאות (להלן: "הוועדה"), מתכבדים בזאת להגיש תגובה לבקשת רשות הערעור בתיק שבנדון. בית-המשפט הנכבד מתבקש בזה שלא ליתן רשות ערעור, ולחילופין לדחות את הערעור לגופו, מהטעמים שיפורטו להלן.

א. פתח דבר

1. בית-הסוהר מעשיהו הוא מתקן כליאה לאסירים. כ-1,300 אסירים מוחזקים כיום בין כתליו, ריכוז האסירים הפליליים הגדול בישראל. גבי ליאור ישראלי (להלן: "המבקשת"), אישה טרנסגינדרית שנולדה במין זכר, היא אחת מהם. זמן קצר לאחר תחילת ריצוי עונשה בגין ביצוע שוד מזויין, פנתה המבקשת למנהל בית-הסוהר בבקשה לעבור ניתוח לשינוי מין. המנהל סירב לבקשתה זו, מכוח שלושה נימוקים: הראשון, הניתוח לא אושר על-ידי הגורמים הרפואיים הרלוונטיים – הוועדה לאישור ניתוחים לשינוי מין, ועל-כן אין בסמכותו לאשר הבקשה. השני, הניתוח המדובר הוא אלקטיבי ועל-כן אינו נופל תחת חובותיו של שירות בתי-הסוהר כלפי אסיריו. השלישי, תקציב הכלא אינו מאפשר את ביצוע הניתוח, על כל העלויות הנלוות לביצועו.
2. בתגובה לכך, הגישה המבקשת עתירת אסיר לבית-המשפט המחוזי, בטענה שהחלטת המנהל פוגעת בזכותה לקבלת טיפול רפואי שווה, לחופש הביטוי ולהגדרה עצמית. בית-המשפט המחוזי דחה את העתירה. על קביעה זו נסוב הליך זה.
3. ויובהר, השאלה העומדת בפני בית-המשפט אינה האם זכאים טרנסגינדרים לטיפול מצד שירות בתי-הסוהר – שכן, הם מקבלים טיפול הורמונלי, פסיכולוגי ורשאים להתאפר בהתאם למינם. השאלה גם אינה האם טרנסגינדרים זכאים לניתוח לשינוי מין משירות בתי-הסוהר, שכן המקרה העומד לפנינו לבחינה הוא ייחודי:

מדובר באסירה שנשפטה למשך תקופת מאסר קצרה, באופן יחסי, דבר המשפיע על האיזון המנהלי הנדרש, כפי שיתואר בהמשך. השאלות העומדות לפני בית-משפט נכבד זה הן שתיים:

א. המבקשת טוענת לפגיעה חמורה בזכויותיה החוקתיות כתוצאה מהחלטת המשיב. דא עקא, הסתכלות מפוכחת על פני הדברים מלמדת כי זכויותיה נפגעו – אם בכלל – במידה פחותה מזו הנטענת בבקשה. שקלול הזכויות הנפגעות אשר נדרש המנהל להתחשב בהן בעת החלטתו מוגבל להפרש בין הטיפול המוצע כעת, הכולל טיפול הורמונלי ופסיכולוגי בהתאם לסטנדרט הרפואי המודרני, לבין הטיפול הנוסף אותו היא מבקשת – ניתוח לשינוי מין. כך, מרבית הפגיעות להן היא טוענת, ביניהן זכותה לכבוד, לחופש הביטוי, ולשוויון נענות כבר כיום במסגרת הטיפולים המוצעים לה, ולכן הפגיעה בה קטנה – בצורה משמעותית – מהנטען בבקשתה.

נדגיש, הניתוח מהווה אחת מתוך מספר אלטרנטיבות סבירות. טיפול הורמונלי מועדף על רוב חברי הקהילה הטרנסג'נדרית ומומלץ על-ידי מומחים בתחום, למען הדרגתיות בהליך, וביניהם מנחסי מסמך ה-SOC המהווה אוגדן דעות מטעם הקהילה הטרנסג'נדרית למען רופאים.<sup>1</sup> אלטרנטיבות אלה מוצעות למבקשת כעת. משכך, השאלה הראשונה עליה יש לענות היא **האם קיימת זכות לאסיר לבחור את טיב ואיכות הטיפול שיקבל לבעיה רפואית מסוימת, על-פני טיפול סביר המוצע על-ידי שירות בתי-הסוהר?**

ב. נוסף לכך, רצון המבקשת הוא לעבור את הניתוח באופן מידי ותוך ביטול תנאי הוועדה הבלתי-חוקתי, לטענתה, הדורש הוכחת ניסיון חיים במגדר המבוקש במשך 12 חודשים. אין חולק כי המבקשת זכאית לעבור את הניתוח, אם תעמוד בתנאים הקבועים בחוק. משכך, הפגיעה הנטענת היא בזכותה לבחור מתני יתבצע הניתוח, ולא האם הדבר יתאפשר, שהרי ניתן לבצעו עם שחרורה ממאסר. אם כן, השאלה השנייה הניצבת במרכז הדיון היא **האם עיכוב במשך 18 חודשים, לכל היותר, במועד ביצוע הניתוח הוא סביר נוכח העלויות התקציביות והביטחוניות שדרושות לשם עריכת הניתוח במהלך ריצוי עונשה בבית-הסוהר?**

4. לעמדת המשיבים, החלטת מנהל בית-הסוהר על דחיית בקשת המבקשת לעבור את הניתוח במהלך שהותה בכלא היא סבירה, מכוח שלושה נימוקים:

א. ראשית, אין בסמכות המנהל לאשר ניתוח ללא אישור הוועדה, ורצון המבקשת לחיוב הוועדה על-ידי בית-המשפט את אישור ההליך, הוא אינו אפשרי נוכח אופייה הרפואי והמקצועי של הוועדה. עוד, המבקשת לא סיימה להתנסות בחיים כאישה לפני תקופת מאסרה, והתנסות זו אינה אפשרית בתוך הכלא, מקום השונה בתכלית מהחיים אליהם צריכה להסתגל. קיום התנאי בכלא לא יממש את מטרותיו הרפואיות, ולכן לא תתאפשר קבלת האישור מהוועדה להמשך ההליך, וכמוהו הניתוח שמונתה באישור זה.

ב. שנית, הניתוח אינו "נדרש" לצורך שמירה על בריאותה, שכן הוא באופיו ניתוח אלקטיבי ובעל אלטרנטיבות המקובלות על-ידי הקהילה המדעית המודרנית. הזכות של אסירים לבחור את טיב הטיפול שיקבלו בכלא, בהינתן אלטרנטיבות סבירות, היא זכות אשר הוגבלה בחוק ובפסיקה. בהתאם לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, אין חובה לבצע אותו. לא זו אף זו, ביצועו בשים לב לאופיו האלקטיבי יהווה טובת הנאה, שתפגום בעקרון השוויון.

<sup>1</sup> E. Coleman et al, *Standard of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People* 7<sup>th</sup> ed., INT. J. OF TRANSGENDERISM, 61 (2012) (שם מוסבר שקיים קונצנזוס בין אנשי מקצוע שתקופה זו רצויה, שכן היא מאפשרת למטופל הזדמנות לחיות ולהתאים עצמו חברתית וסביבתית למגדר המבוקש לתקופת ניסיון לפני ביצועו של ניתוח בלתי הפיך, (להלן: "SOC").

ג. שלישית, גם אם הניתוח "נדרש", החלטת המנהל נופלת בגדרי מתחם הסבירות, המוגדר בסעיף הראשון לפקודת הנציבות שכותרתה "הטיפול הרפואי באסיר". מחד, הוראה זו מכפיפה את שיקול-דעתו של המנהל לשיקול-הדעת הרפואי, המתייחס לאינטרסים של כלל החולים המטופלים על-ידי שירות בתי-הסוהר; ומאידך למסגרת המימון העומדת לרשות בתי-הסוהר, הנדרשת להקנות מענה ללמעלה מעשרים אלף האסירים המרצים כיום את עונשם במערכת הכליאה בישראל.

בהתאם, גם אם ההחלטה פוגעת במבקשת, בכך שדוחה את הניתוח במספר חודשים, מתן האפשרות לעבור את הניתוח במהלך ריצוי העונש בכלא היא בעלת נפקות ומורכבות מערכתית רחבה ביותר. הנפקות כתוצאה מכך אינה מוגבלת אך לביצוע הניתוח עצמו, אלא גם לעלויות משמעותיות נלוות, ביניהן שינוי סדרים הנהוגים לאורך שנים רבות, הגברת איוש סוהרים, ואף גידול בהגשת בקשות מצד אסירים אחרים.

מכאן, שלא נפל כל פגם בהחלטתו של המשיב 1, והיא מצויה – בקלות – בתוך מתחם הסבירות.

10. ועתה ביתר הרחבה.

### **ב. אין ליתן רשות ערעור בנסיבות העניין**

11. זה מכבר נקבע בשיטתנו המשפטית כי "רשות ערעור על החלטות בתי המשפט לעניינים מנהליים, הדנות בעתירות אסירים, תינתן אך במקרים בהם מתעוררת סוגיה משפטית בעלת חשיבות ציבורית או כללית החורגת מענייני הפרטני של המבקש"<sup>2</sup>. הבקשה דן היא פרטנית, בעודה מתייחסת לאוכלוסייה קטנה במיוחד מתוך כלל תושבי המדינה – אנשים הסובלים מדיספוריה מגדרית – וקבוצה קטנה יותר מתוכה – מי שמבקשים לעבור את הניתוח. אוכלוסייה זו מצומצמת, שכן מלבד העובדה כי בישראל נאסרו בגין פשע מקרב אוכלוסייה זו סך של פחות מעשרה אנשים<sup>3</sup>; לא כל שכן, בעניינינו מדובר במבקשת שגזר-דינה ניתן ל"טווח הקצר" באופן יחסי, עובדה המשפיעה על סבירות ההחלטה המנהלית, ובכך מצמצמת את חשיבות הדיון לגופו כערעור. אין מדובר בסוגיה משפטית בעלת חשיבות ציבורית רחבה וזאת למרות שהנושא מסוקר בידי גופי התקשורת השונים. על-כן, בנסיבות העניין, אין ליתן רשות ערעור.

### **ג. תמצית הטיעון**

11. כאמור, מנהל בית-הסוהר סירב לבקשתה של המבקשת מכוח שלוש סיבות עיקריות: (1) אי-מתן אישור הוועדה; (2) העובדה כי אין מדובר בניתוח מציל חיים; (3) תקציב שירות בתי-הסוהר אינו מאפשר לבצע את הניתוח. להלן נדון בשלושת הנימוקים, ונראה כי די בכל אחד מהם לכעצמו, קל וחומר בבחינת משקלם המצטבר, כדי להוביל למסקנה שלא נפל כל פגם בהחלטת המנהל.

12. ויובהר, כידוע, במסגרת בחינת סבירות החלטתו של מנהל בית-הסוהר, אין בית-המשפט בוחן את תבונתה של ההחלטה, אלא אך את סבירותה. שהרי, בית-המשפט אינו שם את עצמו בנעלי הרשות המנהלית – מנהל בית-הסוהר, בעניינינו – ובוחן אם היה מקבל החלטה אחרת.<sup>4</sup> בהתאם, בית-המשפט יבטל החלטה של גורם מנהלי רק בעקבות חריגה משמעותית ממתחם הסבירות. דברים אלה יפים, בבחינת קל וחומר, כאשר מדובר בהחלטות של שירות בתי-הסוהר. נוכח המורכבות הכרוכה בניהול בית-הסוהר, בית-המשפט קבע כי יתערב בשיקול-דעתם של

<sup>2</sup> רע"ב 3691/15 פהמי נ' שירות בתי הסוהר, בפס" 6 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 28.7.2015).

<sup>3</sup> מתוך ראיון עם ראש חטיבת הטיפול באסיר, בו נאמר כי נאסרים כשני אסירים טרנסגינדרים מדי שנה. לימור סימון "דילמה: אסיר טרנסגינדר לכלא נשים או גברים?" Ynet 10.2.2016 [www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-4761084,00.html](http://www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-4761084,00.html)

<sup>4</sup> בג"ץ 4999/03 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, בפס" 18 לפסק דינה של כב' השופטת חיות (פורסם בנבו, 10.5.2006).

הגורמים המקצועיים רק בנסיבות חריגות במיוחד.<sup>5</sup> עוד נקבע כי: "הסמכות שהוענקה לנציב [שב"ס] אינה דומה מבחינת מהותה והיקפה לסמכות מנהלית רגילה, זאת בשל מורכבותה הרבה... לנציב מתחם סבירות ומידתיות רחבים יותר".<sup>6</sup> זאת, בשל השפעת כל החלטה מנהלית על כלל המוחזקים בכלא: "מהות הסמכות של ניהול בית סוהר מחייבת את בית המשפט בזהירות רבה, כדי למנוע צמצום מתחם הסבירות אשר בגדרו מצויות החלטות שב"ס, באופן שימנע ניהול תקין של בית הסוהר".<sup>7</sup>

**ג(1). ללא אישור הוועדה, אין בסמכות המנהל לאשר את ביצוע הניתוח**

13. הנימוק הראשון של מנהל בית-הסוהר בתשובתו למבקשת היה כי הניתוח שביקשה לא אושר על-ידי הגורמים הרפואיים הרלוונטיים – הוועדה – ועל-כן אין בסמכותו לאפשר את עריכתו.

14. הוועדה מורכבת משישה אנשי מקצוע: מומחה לכירורגיה פלסטית אשר עבר הכשרה ייעודית בביצוע ניתוחים לשינוי מין, פסיכולוג קליני, פסיכיאטר, אנדוקרינולוג, אורולוג וגניקולוג.<sup>8</sup> אלה מקבלים ייעוץ מנציגת ציבור מהקהילה הטרנסג'נדרית בישראל. עליהם הוטלה האחריות לבחון את הבקשות לניתוח לשינוי מין. קביעותיהם – רפואיות.

15. התיקון לפקודת הבריאות אשר עיגן בחוק את נוהל הוועדה, קובע מספר תנאי סף אשר רק בהתקיימותם יינתן אישור הוועדה. מטרת הנוהל היא לקבוע קריטריונים ברורים לביצוע ניתוחים בקרב הזכאים. אחד מהתנאים הוא צבירת ניסיון חיים בזהות המגדרית המבוקשת במהלך 12 חודשים רצופים. כאמור, הוועדה קבעה כי המבקשת לא עמדה בתנאי הניסיון המגדרי. ודוק, **שעה שלא נתקבל אישור הוועדה, המהווה תנאי בלתו אין לביצוע הניתוח, למנהל בית-הסוהר לא הייתה כל אפשרות לאשר למבקשת את ביצועו.**

16. ובכל זאת, מבקשת היא מבית-המשפט אחד משלושה סעדים חלופיים: (1) לבטל את התנאי כליל, דבר אשר יהפוך את סמכות הוועדה מסמכות שבשיקול-דעת לסמכות חובה; (2) לחייב את הוועדה להפעיל סמכותה ולקצר את תקופת 12 החודשים כאילו המבקשת הייתה מוכנה לניתוח גם בלעדיתהם; או (3) לחייב את הוועדה לאפשר את השלמת התנאי בתוך בית-הסוהר, תוך שימוש באיפור, ולבצע את הניתוח עם השלמת התקופה. אנו סבורים כי גם בקשות אלה דינן להידחות.

17. לעניין הסעד הראשון, חשיבותו של תנאי 12 החודשים פורטה בהרחבה בכתב התשובה לעתירה בנושא. מטרתו היא רפואית והוא נוסח על-סמך ההמלצות הרשמיות של הקהילה הטרנסג'נדרית בארצות-הברית, כפי שאוגדו על-ידי רופאים ומדענים במסמך SOC. ביטולו יפגע בכלל הקהילה בישראל ולא יועיל למבקשת. זאת, שכן אישור הוועדה היא אך הסיבה הראשונה מתוך שלוש לסירוב נושא הליך זה. שתי הסיבות הנותרות, הן היות הניתוח "בלתי נדרש" כמצוין בחוק, והיותו בלתי-סביר בהיבט התקציבי נוכח הנזק השולי שנגרם למבקשת כתוצאה משלילת הבקשה, לעומת עלות משמעותית למערכת בתי-הסוהר ובהתאם לסייג בפקודת הנציבות, מפורטות בכתב תשובה זה.

18. לעניין הסעד השני, הסעד המבוקש הוא הוצאת צו עשה לוועדה – גוף שהוקם מכוח חוק הנדרש להפעיל שיקול-דעת רפואי מקצועי – לפעול בניגוד לחוות-דעתו המוצהרת. הוועדה קבעה לעניין המבקשת כאמור, למרות קיומה של הסמכה לקיצור חודשי ההתנסות, כי עליה להשלים 12 חודשים ניסיון במגדר המבוקש כתנאי לביצוע הניתוח. בית-המשפט אינו גורם רפואי ואין ביכולתו, בהיות התנאי חוקתי, לחייב קביעות במקרים פרטניים.

<sup>5</sup> רע"ב 2529/97 מדינת ישראל נ' אוזן, פס" 4 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 27.4.1997) (להלן: "עניין אוזן"); וגם: עע"ס 4072/11 לוי נ' עיריית בת ים (פורסם בנבו, 3.11.2012) (להלן: "עניין לוי"); ע"א 3901/11 מחקשווילי נ' רשות המיסים בישראל (פורסם בנבו, 7.8.2012).

<sup>6</sup> עת"א (מינהליים ב"ש) 44814-10-11 בר מוחה נ' מדינת ישראל – שירות בתי הסוהר, בעמ' 7 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 11.11.2012).

<sup>7</sup> יהושע (שוקי) שגב "בג"ץ בשירת הצדק: המסורת ואובדנה" המשפט כרך יב ספר עדי אז"ר 485 (תשס"ז).

<sup>8</sup> משרד הבריאות, חוזר מנהל הרפואה 16/2014 ניתוחים לשינוי מין, ס' 4.3.1. (להלן: "חוזר מנהל הרפואה").

19. נוסף לכך, על-מנת שסמכות שבשיקול-דעת תהפוך לסמכות שבחובה, יש לבסס כי "ערכי היסוד של השיטה החוקתית והמשפטית שלנו הופכים את אי הפעלתה של הסמכות לבלתי סבירה באופן היורד לשורשו של עניין".<sup>9</sup> תנאי זה אינו מתקיים – ובבירור – בנסיבות העניין:

א. ראשית, הנזק שיגרם למבקשת כתוצאה מהמתנה לניתוח אינו כזה שיוורד לשורש ערכי היסוד. כפי שיוצג להלן, למבקשת זמינים כבר כיום טיפולים סבירים למצבה,<sup>10</sup> ותוספת הניתוח על-גבי אלה היא שולית,<sup>11</sup> גם לעניין זכותה לטיפול רפואי, אך גם וחשוב מכך, לעניין זכותה לשוויון, לחופש הביטוי ולהגדרה עצמית. מערכת הכליאה מגנה כיום על זכויות אלה – שאין חולק שמוקנות למבקשת – במסגרת הטיפולים המוצעים, וההפרש בין אלה לבין הטיפול הנוסף – אינו משמעותי כמוצג על-ידי המבקשת.

ב. שנית, שיקול-הדעת של הוועדה, בניגוד לשיקולים שאוזכרו על-ידי המבקשת ככאלה שהוכרה במסגרתם הטלת סמכות חובה, הוא שיקול-דעת רפואי. הסעיף הספציפי המאפשר פטור מהשלמת תנאי 12 החודשים נועד למען אנשים שאובחנו על-ידי רופאים בוועדה כמוכנים לניתוח, ללא כל צורך בניסיון חיים קודם. כמוסבר, המבקשת אובחנה כמי שאינה מוכנה לניתוח בשלב זה, ללא הניסיון המבוקש. בית-המשפט אינו נוטה להתערב בהחלטות מקצועיות גרידא,<sup>12</sup> ויתרה מכך, למיטב הידיעה והבדיקה, לא ניתנה בישראל אף החלטה על קביעת וסיווג הסמכות לאבחון רפואי כסמכות חובה.

ג. שלישית, המבקשת טוענת שכניסתה לכלא מצדיקה את הטלת החובה, שכן הפגיעה כתוצאה מאי-ביצוע הניתוח מתחדדת. מוכנות מועמדים לניתוח, המשמשת לשם החלת התנאי, היא לעניין הסתגלותם למגדר החדש ויכולתם להתמודד עם ההשלכות החברתיות הנלוות. המבקשת לא נמצאה מוכנה וכניסתה לבית-הסוהר, מחוסרת מעגלי תמיכה ותוך תהפוכות בחייה, רק תערער את מוכנותה לשינוי. על-כך נרחיב בהתייחסותנו לסעד השלישי המבוקש על-ידיה.

20. לעניין הסעד השלישי, חיוב הוועדה לאפשר את השלמת התנאי בתוך בית-הסוהר וביצוע הניתוח עם השלמתו, אינו מקיים את תכלית התנאי בשל התנאים השוררים בכלא. נסביר במה דברים אמורים.

21. כפי שנסקר בהרחבה, בתגובת המדינה לעתירה לבג"ץ שהגישה המבקשת, מטרת התנאי בדבר ניסיון בזהות המגדרית, שעוצב על-פי הנחיות דומות ברחבי העולם,<sup>13</sup> היא לספק תקופת מעבר והסתגלות למטופל לקראת מציאות החיים החדשה. המעבר הוא פנימי בחלקו, אבל כובד המשקל המשמעותי מתייחס דווקא ליחס החיצוני אשר הטרנסג'נדר המבקש לעבור את הניתוח עתיד לקבל מסביבתו הקרובה.<sup>14</sup>

22. הציבור מתייחס לתופעת הדיספוריה המגדרית כעניין שנוי במחלוקת.<sup>15</sup> עוינות זו נובעת לרוב מבורות, אולם אין בכך כדי להעלות או להוריד מהעובדה שיחס הסביבה מהווה חוויה טראומטית למטופל. לפיכך, נדרש טיפול צמוד ובלתי-מזורז, על-ידי אנשי המקצוע הרלוונטיים, על-מנת לאפשר מעבר מוצלח בין המינים.<sup>16</sup> תנאי 12 החודשים מאפשר למטופל מעבר הדרגתי, כך שהאחרון יוכל להסתגל לזהותו המגדרית החדשה באופן מיטבי

<sup>9</sup> בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, בפס' 17 לפסק דינו של הנשיא שמגר (פורסם בנבו, 8.9.1993).

<sup>10</sup> בכלא, ההורמונים ניתנים לאסירים, כפי שהוצג בעת"א (מינהליים מרכז) 26381-11-15 אוזן נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 24.1.2016) (להלן: "עניין שירן אוזן הראשון"). שם, בפס' 1: "היא מטופלת בהורמונים נשיים...הגורמים לסירוס של איבר המין...".

<sup>11</sup> אהרן ברק מידתיות במשפט 432 (2010) (להלן: "ברק").

<sup>12</sup> בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, בפס' עח לפסק-דינו של המשנה לנשיאה כב' השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 27.3.2016).

<sup>13</sup> ראו לעניין זה פרק ב(5) בתגובה לבג"ץ 6527/16 ישראל נ' משרד הבריאות, המוגשת במקביל להגשת תגובה זו.

<sup>14</sup> SOC, עמ' 61.

<sup>15</sup> עדן ארזי "זכויות טרנסג'נדרים" זכויות אדם בישראל – תמונת מצב 2014 52 (2014)

<sup>16</sup> www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2014/12/tmunat2014ch10.pdf

SOC



- ומדורג, ובמסגרת זו יינתן לו פרק זמן של ממש ובמהלכו יוכל למצוא דרכי התמודדות עם העוינים אותו ועם הקשיים הנוספים הנלווים.
23. הניתוח, כשלעצמו, הוא סופי ובלתי-הפיך. פעולת אל-חזור שכזו מהדהדת בסביבת הטרנסגינדר וגוררת תגובה כשלעצמה.<sup>17</sup> בהתאם לכך, מן הראוי שהמטופל יעבור את השינוי הזהותי, על כל משמעויותיו הרבות וכבדות המשקל, זמן מה לפני השינוי הפיזי-כירורגי הבלתי-הפיך. ביצוע שניהם במקביל – כפי שיקרה ללא התנאי – יוביל למסה קריטית של עודף בשינויים שחוה המטופל. לכן, בחר המחוקק לקבוע את תקופת הניסיון האמורה, לפני עריכת הניתוח.
24. ודוק, תכליתה של תקופת הניסיון – הסתגלות – אינה יכולה להיות מוגשמת, הלכה למעשה, בין כותליו של בית-הסוהר. ההסתגלות הנדרשת היא לסביבת המטופל, ולענייננו של המבקשת. מדובר בסביבתה הקרובה, עמה יהיה על המבקשת להתמודד במשך השנים שאחרי הניתוח: חבריה, משפחתה, המעסיקים, העובדים שלצידה והאנשים החולפים על-פניה ברחוב, איתם תחיה חיים שלמים – להבדיל מאוכלוסיית האסירים אשר במחציתם תשהה במשך 18 חודשי המאסר.
25. בראי זה, ברור כי אם יתאפשר למבקשת לעמוד בתנאי 12 החודשים במהלך תקופת שהותה בכלא – לא תוגשם המטרה שלשלמה נקבע תנאי זה.<sup>18</sup> שהותה מאחורי סורג ובריאח לא תדרוש ממשפחתה להתמודד עם השינוי. היא עצמה לא תלמד איך אנשים ברחוב מתייחסים לאישה הנראית בתווי פניה כגבר; עם עוינות של חברים או לגלוג של קולגות. כך, הפעם הראשונה בה תידרש להתמודד עם עוינות זו תהיה אחרי הניתוח, רק לאחר שחרורה מבית-הסוהר. היעדרות לדרישתה זו של המבקשת, אם כן, תוביל לכך שהשינוי הזהותי והשינוי הפיזיולוגי יתרחשו באופן סימולטני, טראומטי וללא ליווי אנשי המקצוע. המבקשת, איפוא, תצא ששכרה בהפסדה.
26. לסיכום נקודה זו, קיים שוני מהותי בין החיים להם המבקשת תצטרך להתאקלם כאישה עם שחרורה, בקרב חוג משפחתה הקרובה וחבריה, לעומת שגרת חייה בבית-הסוהר בו שוהה כעת. אכן, ייתכן שהאסירים סביבה ייטו פחות לקבל אותה בהשוואה לאנשים אחרים מחוץ לכלא, אך הצורך שלה להתמודד איתם יהיה מופחת: בעולם שמתנהל בחוץ היא תצטרך ללמוד להתנהל מול הקופאי בסופר, נהג האוטובוס, המרצה באוניברסיטה ומול הילדים המצביעים עליה מהצד השני של הרחוב. בכלא, יש ביכולתה להימנע בקלות "ממגע" עוין עם שאר האסירים, ולמצוא מגננה דרך סיוע של המערכת. העלבון שתרגיש כתוצאה מאסיר שלא מקבל אותה כפי שהיא, אינו שווה ערך לעלבון שתרגיש אם חבר ילדות יסלוד מפניה.<sup>19</sup>
27. לפיכך, לעמדת המשיבים, לא ניתן לקיים את תנאי הניסיון בזהות המגדרית בין כותלי בית-הסוהר, והסעד השלישי גם הוא בלתי-ישים.

<sup>17</sup> Whittle, S., Turner, L., & Al-Alami, M. *Engendered Penalties: Transgender and Transsexual People's Experiences of Inequality and Discrimination*, The Equalities Review (2007), Retrieved from: <http://www.its-services.org.uk/silo/files/the-equalities-review.pdf>

<sup>18</sup> עמדה דומה נקטה בפסק-דין אמריקאי, *Kosilek v. Spencer* 774 F.3d 63 (2014) (להלן: "עניין קוזילק"). שם, בית-המשפט הפדרלי קיבל את דעתו של מומחה מטעמו, שקבע שתקופת הניסיון לא יכולה להתקיים בתוך כלא: "Dr. Chester Schmidt, a licensed psychiatrist and Associate Director of the Johns Hopkins School of Medicine was quoted by the court as saying that: 'He also questioned whether the Standards of Care's requirement of a real-life experience could occur in prison, opining that the real-life experience required a range of social and vocational experiences unavailable within a penological setting'. שם, עמ' 76-77.

<sup>19</sup> באופן דומה, בעניין קוזילק, הביעה המומחית Osborne סקפטיות לאפשרות קיומה של "חוויות החיים האמיתית" בכלא בגלל שהסביבה החד מגדרית צמצמה באופן משמעותי את סוגי האינטראקציה החברתית והאנושית. "(She) expressed skepticism as to whether a real-life experience could occur in jail, given that a single-sex environment necessarily limited the sorts of social and human interactions available". שם, עמ' 77.

ג(2). ניתוח לשינוי מין אינו בגדר טיפול רפואי ששירותו בתי-הסוהר מחויב לספק

28. הנימוק השני של מנהל בית-הסוהר היה שהניתוח המדובר הוא אלקטיבי באופיו, ועל-כן אינו נופל תחת החובות שחב שירות בתי-הסוהר כלפי אסיריו. נראה להלן כי אכן אלו הם פני הדברים.

1. הניתוח הוא אלקטיבי ואינו מציל חיים

29. בראשית הדברים, נדגיש: המשיבים אינם טוענים כי הניתוח לשינוי מין הוא ניתוח "קוסמטי". הניתוח הוא אלקטיבי, בכך שניתן לבחור בינו לבין אלטרנטיבות אחרות, שהוכרו כסבירות על ידי רופאים, בתי משפט, ואף הקהילה הטרנסג'נדרית עצמה, כפי שיוצג להלן. לשם הדוגמה, גם ניתוח קיסרי אינו "קוסמטי", אך הוא עדיין נחשב אלקטיבי. כפי שיוצג, על פי הדין, שרות בתי הסוהר נדרש לספק רק טיפולים "נדרשים" לאסירים. קיום אלטרנטיבות סבירות משמען שהניתוח עצמו אינו נדרש, קרי - אלקטיבי.

30. בבקשת רשות הערעור, המבקשת מאזכרת פסק דין משנת 1978, שניתן על ידי ערכאת ערעור במדינת קליפורניה בסכסוך אזרחי.<sup>20</sup> נקבע שם שניתוח לשינוי מין אינו אלקטיבי, לעניין מימונו תחת ביטוח אזרחי. נדגיש: שם, נדרשו המטופלים להוכיח שהטיפול אינו קוסמטי כדי לקבל מימון בהתאם לחוזה עם חברת הביטוח. כאן, נדרשת המבקשת להוכיח שהטיפול נדרש, כדי לבצעו בהתאם לפקודת בתי הסוהר, חוק במדינת ישראל. "נדרש", כך שאינו בעל אלטרנטיבות סבירות. ודוק: פסק דין אחר, בבית המשפט הפדרלי לערעורים בארצות הברית, כשלושים שנה אחרי הפסיקה המדוברת, קבע שהניתוח לשינוי מין, בהינתן אלטרנטיבות סבירות, אינו נדרש לאסיר בכלא.<sup>21</sup>

הניתוח על-פי הגדרת הקהילה הטרנסג'נדרית

31. ניתוח לשינוי מין, במסגרת ההתמודדות עם תופעת הדיספוריה המגדרית, הוא פתרון חדש ואבסולוטי לחוסר ההתאמה בין המין הפיזיולוגי לזהות המגדרית שחווים חברי הקהילה הטרנסג'נדרית. עם זאת, לא כל הטרנסג'נדרים בוחרים בו. לפי סקר שנערך בארצות-הברית בקרב 6,450 נשאלים מהקהילה,<sup>22</sup> רק 46% הגדירו עצמם כטרנסקסואלים, הגדרה לפיה הם עשויים להיות מעוניינים לעבור טיפול רפואי כלשהו לשינוי מינם – באופן הורמונלי או כירורגי.<sup>23</sup> הגדרות נוספות, ביניהם Gender Non-conforming, Genderqueer, ו- Androgynous<sup>24</sup> כולן נרקמו בתוך הקהילה, על-מנת לאפשר ביטוי לאותם טרנסג'נדרים שאינם מעוניינים בנייתוחים, הורמונים, טיפולים, או הגדרות חיצוניות אשר יקטלגו אותם לתוך הגדרות דיכוטומיות. מוכרת הטענה בתוך הקהילה שכל אדם רשאי להחליט עבור עצמו מי הוא, כיצד הוא רוצה שאחרים יגדירו אותו ואילו טיפולים מתאימים לו.<sup>25</sup>

32. גם אם נתייחס לאוכלוסיית הטרנסקסואלים באופן ספציפי, קרי, לטרנסג'נדרים שמעוניינים לשנות את מאפייניהם הפיזיולוגיים על-מנת להתאים את גופם לזהותם המגדרית, הרי שאף ביניהם אין תמימות דעים

<sup>20</sup> G.B. v. Lackner, 80 Cal. App. 3d 64 (1978).

<sup>21</sup> עניין קוזילק, בעמ' 90.

<sup>22</sup> Grant, Jaime M., Lisa A. Mottet, Justin Tanis, Jack Harrison, Jody L. Herman, and Mara Keisling. *Injustice at Every Turn: A Report of the National Transgender Discrimination Survey*. WASHINGTON: NATIONAL CENTER FOR TRANSGENDER EQUALITY AND NATIONAL GAY AND LESBIAN TASK FORCE, 24 (2011) (להלן: "סקר ההפלייה"). נדגיש, שבסקר כל אדם היה יכול לבחור ביותר מקטגוריה אחת על מנת להגדיר עצמו.

<sup>23</sup> המונח "טרנסקסואל" הוגדר עבור משתתפי הסקר כך: "assigned sex at birth and who live in a gender different from their birth sex, or desire to do so. Often, but not always, transsexual people alter or wish to alter their bodies through hormones or surgery in order to align themselves physically with their gender identity". שם, בעמ' 181.

<sup>24</sup> שם, בעמ' 180.

<sup>25</sup> ראה: Couch, M., Pitts, M., Mulcare, M., Croy, S., Mitchelle, A., & Patel, S. *Tranznation: A Report on the Health and Wellbeing of Transgendered People in Australia and New Zealand*. Melbourne, Australia, AUSTRALIAN RESEARCH CENTRE IN SEX, HEALTH & SOC'Y (2007).

ביחס לניתוח לשינוי מין. אמנם, באופן כללי אדם המגדיר עצמו כטרנסקסואל מעוניין לעבור שינוי, אך בפניו עומדות אופציות שונות ומתוכן ביכולתו לבחור. כך, חלק יחליטו לעבור רק טיפול הורמונאלי, אחרים יסתפקו בניתוחים בפלג הגוף העליון ורק חלק מתוכם יבחרו בניתוח המורכב שכולל שינוי באיברי המין. הבחירה בין האופציות השונות מתבססת, בין היתר, על אלמנטים סביבתיים: לחץ חברתי, הרצון שלא לפגוע בבני המשפחה, ואף הרצון להחזיק בעבודה סדירה. ניתן לראות זאת בכך שרבים בוחרים לדחות את המעבר לשלבים מתקדמים בחייהם.<sup>26</sup>

33. בקרב כלל הנשאלים הטרנסקסואלים, רבים מתוכם בוחרים שלא לעשות את הניתוח. 72% מכלל משיבי הסקר שנולדו כנשים, כשנתבקשו לבחור בין "עברתי את הניתוח בעבר", "אני מעוניין לעשותו בעתיד", ו"איני מעוניין" – השיבו שאינם מעוניינים בניתוח גוף תחתון כלל.<sup>27</sup>

34. אכן, אף אדם אינו בוחר להיולד עם דיספוריה מגדרית. אולם, **עצם העובדה שישנם אנשים הבוחרים בפתרונות אלטרנטיביים – ונתונים סטטיסטיים מוכיחים שניתוח תחתון לשינוי מין אינו האופציה הרווחת, אף בקרב קהילת הטרנסקסואלים – מוכיחה שאין מדובר בניתוח "מציל חיים"**, שניתן להשוות אותו לניתוח להוצאת גידול סרטני. הניתוח אמנם מהווה את הפתרון הטוב ביותר לחלק מהקהילה, אך הוא אינו הפתרון היחיד – והאלטרנטיבות, ברובן, עשויות להיות בהחלט מספקות עבור חלקים נרחבים מאוכלוסיית היעד ובמיוחד בטווח הקצר.

35. דוגמה מובהקת לכך היא סיפורו של י, אדם ישראלי אשר נולד כאישה ועבר ניתוח לשינוי מין בפלג גופו העליון בטענה שהוא טרנסקסואל ומעוניין בשינוי המלא. אחרי הניתוח הוא בחר לוותר על הניתוח התחתון, מתוך רצון להביא ילד לעולם ולהיכנס להריון באמצעות איבריו המולדים. "מצטרף לגברים טרנסקסואלים רבים בעולם שבחרו בחירה דומה.<sup>28</sup> למותר לציין כי זכותו שמורה לו לעשות כן וברור כי מעשיו מראים שאכן ניתן לדחות את הניתוח מתוך שיקולי עלות-תועלת, שכן הניתוח אלקטיבי - בגדר בחירה.

36. לבסוף, ניתוחים לשינוי מין אינם מסתכמים אך בניתוח עליון, ניתוח תחתון ונטילת הורמונים. רבים מהטרנסקסואלים ממשיכים בביצוע של ניתוחים נוספים: שינוי תווי מתאר הפנים (עידונם או הקשחתם), תרפיות קול, אימוני הנגנה (אינטונציה) ועוד. כל אדם מחליט בעצמו מתי סיים את ביצוע ההתאמה בין מינו למגדר אליו הוא משתייך. בהתאם לאמור, המעבר מוכר בתור "תהליך" (process) ולא בצורה דיכוטומית.<sup>29</sup> מכאן, כי גם אם יקבע כי הניתוח מציל חיים, לכל היותר יש להגדירו כבלתי-דחוף.

### הגדרת הניתוח לשינוי מין על פי הדין

37. ניתוח אלקטיבי הוגדר בידי כבי' השופט טירקל בעניין **שטנדל**: "לפי המשמעות המקובלת, ניתוח אלקטיבי הוא ניתוח שאינו דחוף, הנתון לבחירתם או להחלטתם של הרופא המטפל או של המטופל".<sup>30</sup>

38. אמנם, ניתוח לשינוי מין כלול בסל הבריאות,<sup>31</sup> אך זאת משיקולים חברתיים ולא משיקולים רפואיים. משרד הבריאות רואה בו כניתוח שמטרתו "לתת מענה הולם לצרכיהם של אנשים טרנסג'נדרים שביקשו לעבור ניתוח

<sup>26</sup> **סקר ההפלייה**, בעמ' 26. בקרב אלה שנולדו זכרים, 37% עברו את התהליך אחרי גיל 45. הדבר מראה שניתן לדחות את הניתוח לטובת אינטרסים אחרים, כמו האינטרס להקים משפחה ולהימנע מחיכוך סביבתי, אף לאורך זמן.

<sup>27</sup> שם, בעמ' 79. התוצאה מתייחסת לניתוח גוף תחתון מסוג phalloplasty, הכולל עיצוב איברי מין זכריים בדרך כירורגית. ההתנגדות לניתוח ההופכי, מפיזיולוגיה זכרית לנשית, נמוכה משמעותית ועומדת על 14%, אך לדעת המשיבים עובדה זו אין בה כדי להפחית מחוץ הטענה שאכן מדובר בבחירה שרבים נמנעים ממנה. לעניין זה, אין הבדל בין מי שנולדו כגברים לבין מי שנולדו כנשים.

<sup>28</sup> Light AD, Obedin-Maliver J, Sevelius JM, Kerns JL. *Transgender Men Who Experienced Pregnancy After Female-to-Male Gender Transitioning*, Washington Hospital Center Department of Obstetrics and Gynecology, Washington, DC; Retrieved from: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/25415163>.

<sup>29</sup> **סקר ההפלייה**, עמ' 26-27.

<sup>30</sup> ע"א 6153/97 **שטנדל נ' שדה**, בפס' 7 לפסק-דין של כבי' השופט טירקל (פורסם בנבו, 11.6.2002) (להלן: "עניין שטנדל").

<sup>31</sup> **חוזר מנהל הרפואה**.

לשינוי מין". הניתוח נעשה מתוך התחשבות בבקשתם ולא מתוך צורך רפואי אבסולוטי. ניתן אף לראות השקפה זו בהנחיותיו של ראש מנהל הרפואה, פרופ' ארנון אפק, הנחיות שממוענות ליושבי-ראש הוועדות ושהגדירו את הניתוח ככזה ש"אינו נדרש עקב סכנת אובדן חיים הנשקפת למבקש הטיפול", וציין שהוא תורם רק ל"יחיי המטופל ואיכותם".<sup>32</sup>

כך, הניתוח מהווה דוגמה נוספת לטיפולים רפואיים הממומנים על-ידי הממשלה, למען קידום מטרות חברתיות רצויות, ושאינם בהכרח "נדרשים" למען בריאות האזרח – ביניהם ניתן למצוא: תרופות ייעודיות לפוריות, ברית-מילה וניתוחים קיסריים, אותם יכולות יולדות לבקש ללא צורך רפואי. שירותים חברתיים מסוג זה אשר המדינה מממנת לאזרחים מן השורה, הם שירותים המוגבלים באספקתם לאוכלוסיית האסירים.<sup>33</sup> לדוגמא, טיפולי פוריות בבית הסוהר אינם ממומנים, וביצועם מתאפשר לאסירים נשואים או ידועים בציבור בלבד.<sup>34</sup>

39. אינדיקציות נוספות להתייחסות מדינתית שונה נשקפות מ"טופס ההסכמה מדעת לניתוח לשינוי מין", השונה מטפסים דומים הניתנים בטרם עריכת ניתוחים מצילי חיים. אלה, האחרונים, כוללים בעיקר הסברים על סכנות אפשריות.<sup>35</sup> כאן, נדרשת גם חתימה שהמבקש "מודעת לסיכונים הסבירים ועל דרכי הטיפול החלופיות האפשריות", וכי מבקש לערוך את הניתוח בכל מקרה. באופן זה ניכרת ההתייחסות לניתוח כאחד מיני אלטרנטיבות רבות, אשר המדינה מוצאת כמסוכנות פחות ומועילות באופן דומה, ועל-כן דורשת אישור מפורש על הבחירה המודעת של המבקש באופציה החריגה יותר.

40. לבסוף, העובדה שהניתוח כרוך באישור של ועדה מיוחדת, מדגישה שפרוצדורה רפואית זו היא יוצאת דופן מבין הניתוחים הניתנים על-ידי המדינה בסל הבריאות. טיפול נוסף הכולל ועדה מיוחדת הוא הטיפול להפסקת הריון, אשר ניתן לו מעמד ותקצוב גם הוא למען ומשום מטרות חברתיות שאינן רפואיות. כאן, המחוקק אינו מסתפק בדעתו של מומחה אחד ודורש המלצתם של שישה על-מנת לאשר את הניתוח, בדיוק בשל היות הטיפול הקיצוני מבין החלופות האפשריות המקובלות.

41. האמור לעיל מחזק את ההבדל בין ניתוח לשינוי מין לניתוח מציל חיים. גם בישראל, למרות המימון המדינתי, ניתוח לשינוי מין הוא אלקטיבי ונתפס ככזה על-ידי משרד הבריאות. למצער, אין חולק כי אין מדובר בניתוח מציל חיים, כפי הגדרתו בפסיקה, היינו ניתוח דחוף שיש לבצעו לאלתר.<sup>36</sup> הוכחה לכך נמצא גם בהמלצות המומחים עצמן, המעודדות המתנה והדרגתיות בהליך, בפרסומיה של הקהילה הטרנסג'נדרית, אשר מקדמים פרסום של כללים מסודרים הדורשים המתנה, ועל-ידי הטרנסג'נדרים עצמם אשר דוחים ניתוחים מתוך שיקולי עלות-תועלת.<sup>37</sup>

42. כעת, לאחר שביססנו את המסקנה כי הניתוח הוא אלקטיבי ולמצער בלתי-דחוף, נבהיר את חשיבות הדבר לענייננו.

## 2. חובותיו הסטטוטוריות של שירות בתי-הסוהר כלפי המבקשת

43. החובה הסטטוטורית של שירות בתי-הסוהר להענקת טיפול רפואי לאסירים מנויה בשני חיקוקים מרכזיים: פקודת בתי-הסוהר ופקודת הנציבות לטיפול רפואי באסיר.<sup>38</sup>

<sup>32</sup> אפק, ארנון, "ביצוע ניתוח לשינוי מין", מכתב ליושבי ראש הוועדות, 24.5.14.  
<sup>33</sup> להרחבה, ראה להלן, בפרק זה, "ההנחיות המנויות בפקודת נציבות הטיפול הרפואי באסיר".  
<sup>34</sup> פקודת הנציבות 04.48.00 טיפולי פוריות לאסירים (23.5.2016) (להלן: "פקודת הנציבות פוריות").  
<sup>35</sup> לדוגמא, ניתוח להוצאת תוספתן, הפותח בכך שהניתוח הנו "מציל חיים", בהשוואה לטופס הסכמה של ניתוח פלסטי, שאינו כולל התייחסות כזו. ראה: ההסתדרות הרפואית בישראל טופס הסכמה: ניתוח לכריתת התוספתן (2000); ההסתדרות הרפואית בישראל טופס הסכמה: ניתוח להגדלת שדיים (1998).  
<sup>36</sup> עניין שטנדל בפסי' 7 לפסק דינו של כב' השופט טירקל.  
<sup>37</sup> כגון ה-SOC, מסמך שנכתב בעידוד והשתתפות אנשי מפתח מהקהילה הטרנסג'נדרית.  
<sup>38</sup> פקודת הנציבות 04.44.00 הטיפול הרפואי באסיר, (להלן: "פקודת הנציבות").

44. החובה של שירות בתי-הסוהר כלפי אסירים מבוססת על הוראות סעיף 11ב(ג)(1) לפקודה, אשר קובע כי כל אסיר זכאי ל"יתנאי תברואה הולמים... [נ]טיפול רפואי הנדרש לשם שמירה על בריאותו" (ההדגשה הוספה). מטרת הסעיף היא לספק לאסירי הכלא תנאי מחייה שלא יפגעו בזכותם לבריאות ומתוך הבנה כי פגיעה בבריאותם אינה חלק מעונשם ואף סותרת את מטרת השיקום. טענת המבקשת היא שבתור טרנסג'נדרית, "שמירה על בריאותה" כוללת גם את ביצוע הניתוח במהלך תקופת מאסרה. ואולם, לשיטתנו ניתוח לשינוי מין אינו "נדרש" לשם שמירה על בריאותה כאסירה. ונסביר.

45. לכל בעיה רפואית ישנם מספר פתרונות פוטנציאליים. כך, למשל, הטיפול במחלת הסרטן כולל הן טיפול אגרסיבי כדוגמת ניתוח, הן טיפול אגרסיבי פחות כדוגמת כימותרפיה, הקרנות או רפואה אלטרנטיבית. באופן דומה, גם בטיפול בדיספוריה מגדרית, כמפורט לעיל, ישנן דרגות שונות לטיפול. ביניהן, ניתן למצוא הורמונים מסוגים שונים, יקרים יותר ויקרים פחות, טיפול פסיכולוגי, לבוש במין המבוקש וכיוצא באלה, המתאימים לסטנדרט הטיפול הסביר. ראיה לכך מצויה בפסק-דינו של בית-המשפט האמריקאי לערעורים, ובדעות המומחים שהוצגו שם, אשר קבע בשנת 2014 כי טיפולי הורמונים הכוללים מעקב פסיכולוגי וטיפול אנטי-דפרסי ייחשבו כמספקים להגדרת טיפול סביר בטרנסג'נדרית הכלואה, נוכח העובדה שהוכח כי הטיפול אפקטיבי.<sup>39</sup> הניתוח, אם כן, הוא הפתרון הקיצוני, המסוכן והיקר ביותר מבין החלופות השונות.

46. האם מתוך כל האלטרנטיבות האפשריות, הניתוח הוא הטיפול הרפואי ש"נדרש"? **עצם קיומן של אלטרנטיבות טיפוליות מגוונות, כפי שנמנו לעיל, סותר טענה זו של המבקשת.** אם אופציות רפואיות אחרות מספקות תוצאות דומות מבחינה רפואית, כשהתוצאה היא הקלה בחוסר הנוחות שבאי-ההתאמה המגדרית, רשאי מנהל בית-הסוהר לקבוע מביניהן ולפי שיקול-דעת הרפואי, במסגרת מקורות התקציב העומדים לרשותו, כמוגדר בפקודת הנציבות.

47. היות שהניתוח נמנה בין מספר אלטרנטיבות סבירות המועדפות על חלק מהחולים, הופכת השאלה המשפטית לפשוטה יחסית – האם מוקנית לאסיר הזכות לבחור את טיב ואיכות הטיפול שיקבל לבעיה רפואית מסוימת?

48. **שאלה זו נדונה על-ידי בית-המשפט העליון.** כך, בעניין **שירזי**, כאשר התבקש לאשר טיפול רפואי פרטי לאסיר שביקש לעשותו מחוץ לכותלי הכלא, קבע כבי' השופט דנציגר שאמנם הזכות קיימת, אך בבית-הסוהר היא מוגבלת כך שעל האסיר להוכיח שהטיפול המוצע על-ידי שירות בתי-הסוהר פחות באיכותו מזה המוצע מחוצה לו, כדי לבסס זכותו לטיפול אחר. כך הוא נימק את החלטתו:

*"היעדרות לבקשת המבקש בנסיבות המקרה הקונקרטי מקום שאין מדובר בטיפול ייחודי, דחוף או מציל חיים ושעה שקיימת אלטרנטיבה סבירה וראויה בסל השירותים הרפואיים המוענק לאסיר על ידי שירות בתי הסוהר, תגרוור קשיים לא מבוטלים לאור השלכות אפשריות על מקרים עתידיים. קשה להלום מציאות בה מדי יום ביומו ידפקו על שערי בתי הכלא רופאים מטעם אסירים תוך ששירות בתי הסוהר יאלץ להפר את שגרת הכליאה וסדרי הביטחון. לפיכך, צודק [שירות בתי הסוהר] כי יש לגדור ולסייג זכות זאת. על רקע האמור לעיל, מקום בו מדובר בטיפול שאינו מציל חיים והטיפול המצוי בסל המוענק לאסיר סביר ועולה בקנה אחד עם המקובל, יגבר האינטרס שבהענקת טיפול*

<sup>39</sup> עניין **קוזילק**, בעמ' 90: "Kosilek is provided hormones, facial hair removal, feminine clothing and accessories, and access to regular mental health treatment.... Trial testimony established that this plan offers real and direct treatment for Kosilek's GID. It employs methods proven to alleviate Kosilek's mental distress while crafting a plan to minimize the risk of future harm. See Carpenter, 316 F.3d at 186. It does not wantonly disregard Kosilek's needs, but accounts "for them. See Torracco, 923 F.2d at 235

**דומה לכלל האסירים בין כותלי בית הכלא על ידי שירות בתי הסוהר ויצדיק אי**

היעתרות לבקשת האסיר לעשות שימוש בשירותיו של רופא מטעמו" (ההדגשה הוספה).<sup>40</sup>

49. בדבריו, המתייחסים לטיפול שיניים, אך רלוונטיים גם לענייננו, מצביע כב' השופט דנציגר על שני תנאים מצטברים, שבהתקיימותם תיתכן הגבלת זכותו של אסיר לבחור בטיב ובאיכות הטיפול שיקבל:

- התנאי הראשון, מצב בו הניתוח אינו ייחודי, דחוף או מציל חיים;

- התנאי השני, כאשר קיימת אלטרנטיבה סבירה לטיפול המבוקש.

בהתקיים התנאים, יימצא הסירוב לטיפול מסוים כעומד במתחם הסבירות.

50. התנאי הראשון מאפשר את הגבלת הזכות כאשר הטיפול המבוקש אלקטיבי – טיפול שבהגדרתו אינו ייחודי, דחוף או מציל חיים. ניתוח לשינוי מין, כמוסבר, הוא ניתוח שנופל בגדרי הגדרה זו. עצם האפשרות של אנשים לבחור אם לעבור אותו, והעובדה שחלק מחברי הקהילה בוחרים שלא לעשותו, מונעת את הגדרתו וסיווגו כמציל חיים. על-כן, תוגבל זכות האסיר לדרוש אותו על-פני הטיפולים המוצעים, במיוחד נוכח עלויות משמעותיות הנלוות למערכת ושעשויות לפגוע, בהתאם ל"עקרון השמיכה הקצרה", באסירים אחרים אשר איכות חייהם תלויה גם היא בתקציב ייעודי זה.

51. התנאי השני מאפשר את הגבלת הזכות כאשר קיימות אלטרנטיבות סבירות לטיפול. שעה שקיימים בתוך בית-הכלא טיפולים חלופיים שמתאימים לסטנדרטים המקובלים ברפואה המודרנית, אין חובה להעניק לאסיר דווקא את הטיפול שהוא מתעקש עליו וכך ניתן להסתפק בטיפול "רגיל" שמספק בית-הסוהר. גם תנאי זה מתקיים במקרה דנן. הטיפול האלטרנטיבי הוא הענקת טיפולים הורמונליים שהמבקשת רשאית לקבל, לאחר ייעוץ פסיכולוגי נגיש ובנוסף לכך, שימוש באיפור וחופש להגדרה עצמית בפני אחרים.

52. סוגיה דומה נדונה בהרחבה בארצות-הברית, שם קבע בית-המשפט הפדרלי לערעורים כי רשויות הכלא אינן נדרשות "לתפור" (tailor) לכל אסיר תכנית רפואית שתתאים בדיוק לצרכיו. על בתי-הסוהר לספק לאסיר טיפול ברף המתאים ובאופן סביר למדע הרפואי המודרני, ובאיכות המקובלת לפי סטנדרטים מקצועיים.<sup>41</sup> סתירה לדרישות רפואיות אלו נמצא רק כאשר מדובר בטיפול "*so inadequate as to shock the conscience*".<sup>42</sup> ברור לכל כי החלופות הטיפוליות המוקנות למבקשת בבית הסוהר אינן כלל מתקרבות לסטנדרט זה.

53. נוסף לכך, נקבע באותו פסק הדין, כי טענות מצד האסיר, שמשקפות אי-הסכמה מצדו לעניין דרך הטיפול המתאימה, לא ייחשבו כמספקות לביסוס עילה המצריכה התערבות שיפוטית.<sup>43</sup> כמו-כן, במקרה אחר נקבע שלאסיר אין זכות לקבל את הטיפול הרפואי המתוחכם ביותר שקיים.<sup>44</sup> נקבע שכאשר ישנן שתי אלטרנטיבות לטיפול רפואי ושתיהן מסירות את האפקט השלילי של החולי באופן סביר, בתוך גבולות הרפואה המודרנית, אין זה מקומו של בית-המשפט לבחון מחדש קביעות רפואיות או לדרוש שהרשות תקבל את האלטרנטיבה הרחומה יותר ("the more compassionate of the two").<sup>45</sup> קביעה זו מתיישבת היטב עם כללי ההתערבות הנהוגים

<sup>40</sup> רע"ב 1233/13 שירזי נ' מדינת ישראל שירות בתי הסוהר, בפס' 12 לפסק-דינו של כב' השופט דנציגר (פורסם בנבו, 5.3.2013) (להלן: "פרישת שירזי").

<sup>41</sup> United States v. Derbes, 369 F.3d 579 583 (1st Cir.2004).

<sup>42</sup> Torraco v. Maloney, 923 F.2d 231, 235 (1st Cir.1991) (quoting Sires, 834 F.2d at 13).

<sup>43</sup> Ferranti v. Moran, 618 F.2d 888, 891 (1st Cir. 1980).

<sup>44</sup> U.S. v. DeCologero, 821 F.2d at 42 (1st Cir. 1987) "...he cannot insist that his institutional host provide him with "the most sophisticated care that money can buy

<sup>45</sup> "The law is clear that where two alternative courses of medical treatment exist, and both alleviate negative effects within the boundaries of modern medicine, it is not the place of our court to 'second guess medical judgments' or to require that the DOC adopt the more compassionate of two adequate options". Layne v. Vinzant, 657 F.2d 468, 474 (1st Cir.1981; also: Westlake v. Lucas, 537 F.2d 857, 860 n. 5 (6th Cir.1976)); Bismark, 213 F. App'x at 897;

- במשפט המנהלי בישראל, על-פיהם בית-המשפט אינו בוחן את תבונתה של ההחלטה, אלא אך את סבירותה. ברור כי טיפול רפואי אשר יש בו כדי להוביל לשיפור מצבו של האסיר, נופל בתוך מתחם הסבירות הדרוש לשם אישור חוקיות ההחלטה המנהלית שנתקבלה.
54. ומזווית אחרת, הפסיקה דנה והגדירה מה הן "אלטרנטיבות" לטיפול רפואי, בהקשרים הדומים לענייננו. גם בתוך סל הבריאות קיים מדרג טיפולים אשר קיימות לגביהם מספר חלופות. כדי לבחון האם מתקיים התנאי השני, כפי שקבע כב' השופט דנציגר, נבחן מדרגים ומנגנונים אלה להלן.
55. הסוגיה נדונה בהרחבה בעניין **אליאב**. שם, ביקשה אישה לקבל טיפול רפואי הנמצא בסל הבריאות, אך הוא מצוי תחת "קו טיפול שני" – כלומר, טיפול חלופי לאחר מיצוי הטיפול העיקרי המצוי בסל התרופות – "קו טיפול ראשון". בית-הדין הארצי לעבודה קבע שאספקת "קו שני" תיעשה רק תחת שני תנאים מצטברים: (1) המבקש הוכיח שיש מניעות רפואיות מקבלת הטיפול מסוג "קו ראשון", נוכח חשש לסיכון חיים; (2) המבקש הוכיח כי טיפול מסוג "קו שני" הוא אמצעי הטיפול היחיד האפשרי למחלתו במצבו הבריאותי ובנסיבותיו.<sup>46</sup>
56. במקרה דנן, שירות בתי-הסוהר מציע טיפול הורמונלי לטרנסג'נדרים.<sup>47</sup> הטיפול ההורמונלי – למותר לציין – הוא "קו הטיפול הראשון" בנסיבות העניין. כדי לדרוש את הטיפול המשני – ניתוח – על המבקשת, איפוא, להוכיח שלולא הניתוח היא תימצא בסכנת חיים, דבר שנוגד את דעת המלומדים והסבירות המשפטית כפי שמשקפת גם במדיניות הנהוגה במדינות המשפט המשווה, ולאור המצב העובדתי לאשורו, כפי שהוצג באריכות לעיל. לעניין התנאי השני, הוסבר זה מכבר שישנן אלטרנטיבות רבות שעומדות לפני המבקשת בטרם תפנה לפרוצדורת הניתוח, ולכן הניתוח אינו אמצעי הטיפול היחיד האפשרי במצבה.<sup>48</sup>
57. למרות זאת, אין לכחד כי ברמה המהותית קיים שוני בין הניתוח לבין הטיפולים ההורמונליים. עם זאת, נדמה שאין בנמצא, גם בקרב הקהילה הטרנסג'נדרית, קביעה אבסולוטית על-פיה טיפול כלשהו מבין השניים הוא העדיף, שהרי רבים בוחרים להימנע מן הניתוח. במצב דברים זה, כאשר לא קיימת עדיפות אפריורית לטיפול מסוים, ייטה בית-המשפט שלא להתערב בשיקול-דעתם של הגורמים המקצועיים בשירות בתי-הסוהר, אשר כאמור נדרשים לסט שיקולים רחבים מלבד אלה שנלקחו בעניינה של המבקשת, ביניהם ביטחון וניהול תקין של בית-הסוהר ומגבלות תקציביות.
58. נוסף כי בהתאם להגדרתו של כב' השופט טירקל בפרשת **שטנדל**, ניתוח אלקטיבי מוגדר גם כ"בלתי דחוף". כך, גם אם הניתוח לשינוי מין אינו שווה ערך ברמה התוצאתית לטיפולים אלטרנטיביים, האפשרות לדחות אותו משמעה שהוא אלקטיבי ו"אינו נדרש". הדבר נדון לעיל ונזכיר כי הליך השינוי המגדרי מקובל כ-"process" על-ידי הקהילה הטרנסג'נדרית עצמה. מומחים מתוך הקהילה עצמה ומחוצה לה ברחבי העולם מעודדים הדרגתיות במעבר, תוך התנסות של שנה לפחות בחיים במגדר המבוקש לפני ביצוע הניתוח הבלתי-הפיך.<sup>49</sup> מכאן, כי דחייתו של הניתוח ב-18 חודשים, לכל היותר, הדחייה לה תידרש המבקשת נוכח הסיכוי לבקשתה לבצע את הניתוח במהלך מאסרה, אינה סותרת את ההמלצות הקיימות כיום ואף מותאמת להם. נוסף לכך, ההמתנה מתיישבת עם טווח הזמנים המקובל להליך בקהילה בישראל, שעד שנת 2014 אף נדרשו המטופלים להוכיח ניסיון במגדר המבוקש של 24 חודשים (וללא אפשרות לקצר תקופה זו).

Medrano v. Smith, 161 F. App'x 596, 599 (7th Cir.2006); Sanchez v. Vild, 891 F.2d 240, 242 (9th Cir.1989); Bowring, 551 F.2d at 48.

<sup>46</sup> ע"ע (ארצי) 45021-05-10 **אליאב נ' שירותי בריאות כללית**, בפס' 18–19 (פורסם בנבו, 12.7.2010).

<sup>47</sup> עניין **שירן אוזן הראשון**, בפס' 1 לפסק-הדין.

<sup>48</sup> ע"א רצ"י 33066-11-12 **מכבי שירותי בריאות נ' גילגור** בפס' 19 (פורסם בנבו, 13.3.2014) (להלן: "עניין גילגור").

<sup>49</sup> להרחבה, ראה "ללא אישור הוועדה, אין בסמכות המנהל לאשר את ביצוע הניתוח".

59. הנה כי כן, בהתאם להלכה שנקבעה בפרשת **שירזי**, שעה שמדובר בניתוח אלקטיבי (ולמצער, ניתוח שאינו דחוף), ובשים לב לעובדה שקיימות חלופות רפואיות סבירות לניתוח כמו מתן הורמונים, ברור כי אין הניתוח "נדרש" לעניין פקודת בתי-הסוהר ולכן החלטת המנהל סבירה ואין עלה להתערב בה.

ההנחיות המנויות בפקודת נציבות "הטיפול הרפואי באסיר":

60. סעיף 1 לפקודת הנציבות מורה: **"אסיר יהא זכאי לסל השירותים הרפואיים הבסיסי הניתן ע"י קופת חולים הכללית למבוטחיה... והכל בכפוף לשק"ד רפואי ובמסגרת מקורות המימון העומדים לרשות שירות בתי-הסוהר."**

61. נשאלת השאלה האם כל טיפול המתקצב בסל הבריאות הממלכתי נדרש להיות מסופק לאסירים בבתי-הסוהר? התשובה על-כך היא בשלילה. כמוצג, פקודת בתי-הסוהר קובעת שרק טיפול ה"דרוש" לשם שמירה על בריאות האסיר יסופק לו, ללא אזכור של סל הבריאות. למותר לציין כי מעמדה הנורמטיבי של פקודת הנציבות היא כשל הנחיה מנהלית או נוהל.<sup>50</sup> בהינתן סתירה בין החוק לנוהל, עדיפה פקודת בתי-הסוהר, שהנה במעמד חוק, בהיותה עליונה במדרג הנורמטיבי.<sup>51</sup>

62. העובדה שלא כל הטיפולים בסל הבריאות הם טיפולים "נדרשים", מבהירה כי שני המקורות האמורים אינם חופפים במלואם וישנם טיפולים המקובלים במסגרת האזרחית ושאינם ניתנים במסגרת בתי-הסוהר. לדוגמה, בתוך סל התרופות ישנן תרופות ייעודיות לטיפול פוריות, לטיפולים המיועדים לסיום היריון ולמימון התקנים למניעת היריון. ניתוחים אלקטיביים כוללים גם ברית-מילה ואף ניתוח קיסרי. אלה אינם "נדרשים" לשמירת בריאות האזרח. הפעולות הרפואיות הללו מהוות דוגמה לטיפולים רפואיים הממומנים על-ידי הממשלה ולמען קידום מטרות חברתיות רצויות.

63. בדרך זו, חקיקת הכנסת קובעת את מתחם הדיון – אשר לטיפולים "נדרשים" – בעוד שפקודת הנציבות מהווה הנחיה פנימית ומצמצמת עוד יותר את הבחינה, כך שרק טיפולים שעומדים בסייגים המנויים בה – במגבלות התקציביות ובהתאם לשיקול-הדעת הרפואי – יסופקו לאסירים.

64. יטען הטוען שקריאה זו של החוק גוררת מצב בו מתקיים אי-שוויון בטיפול הרפואי הניתן לאסיר אל מול הטיפול הניתן לאזרח. במקרים מסוימים, הדבר אכן קורה כאשר אזרחים רשאים לקבל טיפולים רפואיים גם כשאינם "נדרשים" במצבם הרפואי, כל עוד אושרו במסגרת תקציב הבריאות הממלכתי.

65. מחד, אין לפגוע בזכויותיו של אסיר מעבר לנדרש, לשם הגשמת תכלית המאסר. מאידך, התכלית במתן שירותים אלה היא כאמור תכלית חברתית בראש ובראשונה ולא רפואית. שירותים מסוג זה, שהמדינה מממנת לאזרחיה הם שירותים המוגבלים בהיבט אספקתם לאסירים. לאזרח הרגיל המדינה מספקת שירותים סוציאליים רבים אשר לא ניתנים בכלא, וביניהם דמי אבטלה, שירותי תרבות, חינוך אוניברסלי ועוד.

הבדלים אלה אינם נובעים רק מסיבות לוגיסטיות, אלא כחלק מהותי ומרכזי מתכלית הענישה – לו ידע פושע שתוך ריצוי עונשו הוא יוכל לצאת כאוות נפשו ולצפות במחזמר בתיאטרון הבימה, אפקטיביות ההרתעה שבענישה הייתה מתערערת.<sup>52</sup> באותו האופן בו אסיר לא יזכה ליהנות מתקציבי התרבות בכלא, כך גם לא יינה מטיפולים שאינם "נדרשים" באופן מיידי. בדומה, פקודת הנציבות קובעת כי אסירים המעוניינים לעבור טיפולי פוריות, נדרשים לשלם בעבור טיפולים אלה.<sup>53</sup> זאת, בעוד הטיפול לאזרח כלול בסל הבריאות וניתן בחינם.

<sup>50</sup> רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר, בפס' 59 לפסק-הדין (7.10.2010).

<sup>51</sup> פקודת בתי-הסוהר, סעיף 80ג(ב).

<sup>52</sup> טענות דומות נטענו על מול תנאייהם של אסירים בטחוניים בישראל, עד כדי הצעות חוק מרובות בנושא. לפירוט, ראו: הכנסת, מרכז המחקר והמידע, **אסירים ביטחוניים בבתי-כלא בישראל** 18.5.2009.

<sup>53</sup> סעיף 5 לפקודת הנציבות פוריות.



מדובר בדוגמה ברורה לטיפול רפואי המשרת מטרות חברתיות, שמוצדק שלא להעניק באותם התנאים לאסירים.

66. טענה זו ניתן לסמוך גם בדבריו של כב' השופט דנציגר בפרשת **שירזי**, שהוצגה לעיל בפרק הקודם. בפרשה זו, בית-המשפט הצביע על הבדל מהותי בין אזרח רגיל לבין אסיר בכלא: אדם שומר חוק זכאי בכל רגע נתון לבחור את סוג הטיפול שיקבל ואף לבחור בין המגוון המוצע על-ידי קופת-החולים בה הוא מבוטח; לעומת זאת, אסיר בכלא אינו זכאי לבחירה זו.<sup>54</sup> באופן מפורש, קובע כב' השופט דנציגר כי קיים הבדל בין אזרחים לאסירים ביחס למתן טיפול רפואי, הנובע מצרכים בירוקרטיים ומגבלות תקציביות להן נתון שירות בתי-הסוהר, לצד החשש מפני השלכות אפשריות על מקרים עתידיים. קביעה זו, למעשה, טומנת בחובה את המסקנה כי **אינטרס הטיפול הדומה באסירים מצדיק אי-היעתרות לבקשה לטיפול רפואי "מיוחד"**. זאת, נוכח החשיבות שבשמירה על הסטנדרט שנקבע על-ידי שירות בתי-הסוהר, ואי-סטייה ממנו אפילו אם הסטנדרט – טיפול הורמונלי בלבד, בנסיבות העניין – אינו זהה לטיפול המוצע מחוץ לכותלי בית-הסוהר.

מהאמור עולה המסקנה כי כל עוד הטיפול שמציע שירות בתי הסוהר בבעיה הרפואית סביר, גם אם אינו האידאלי, אין עילה להתערבות בהחלטה להעניקו. זאת, קל וחומר בנסיבות העניין – כאשר כלל אין זה ברור כי הטיפול המבוקש על ידי המבקשת – ניתוח תחתון לשינוי מין – הוא הטיפול האידיאלי למצבה מהבחינה האובייקטיבית, ואין מדובר בטיפול דחוף.

67. הנה כי כן: עצם העובדה שניתוח לשינוי מין נמצא בסל הבריאות אינה מובילה למסקנה, כשלעצמה, כי קיימת חובה על בית-הסוהר לספק ולממן את הניתוח – גם אם היה ניתן לבצעו במסגרת התקציב הנתון. על הטיפול להיות "נדרש", דחוף ומציל חיים, ללא אלטרנטיבות סבירות אחרות.

#### פסיקה סותרת

68. לא נצא ידי חובתנו, אם לא נתייחס לפסק-הדין שמאזכרת המבקשת בעניין הטיפול במחלת הצהבת – **רוזליו נ' שירות בתי-הסוהר**. בפסק-דין זה קבעה כב' השופטת רגיניאנו כי **"הטענה כי העותר אינו מצוי בסכנת חיים ולפיכך אין דחיפות במתן הטיפול, טוב היה לו לא נטענה כלל... [שירות בתי-הסוהר] מחויב לתת [לאסיר] טיפול רפואי זהה לזה הניתן לכל אזרח במדינה על-פי סל הבריאות"**.<sup>55</sup> ודוק, אין בפסק-דין זה כדי להעלות או להוריד מהמסקנה שהובאה על-ידינו לעיל:

69. **ראשית**, בכל הכבוד הראוי, פסק-דין זה אינו תואם את ההלכה שנקבעה על-ידי בית-המשפט העליון בפרשת **שירזי**, אשר ניתן שנה קודם לכן. שם, כב' השופט דנציגר קבע שאכן ניתן לסטות מסל הבריאות האזרחי במצבים מסוימים בתוך הכלא, שכן טיפולים שאינם מצילי חיים, דחופים או ייחודיים – דינם שונה. בהתאם לכך, טיפול שיניים מסוים לא ניתן לאסיר ולמרות מימונו המדינתי לאזרחים.

70. **שנית**, המקרה שעמד להכרעת כב' השופטת שונה בתכלית מהמקרה שבענייננו. שם, האסיר היה חולה במחלת הצהבת, מחלה חמורה ומסכנת חיים, אשר מחריפה במהירות ללא הענקת טיפול. נוסף לכך, בנסיבות המקרה שם, נצפו סיבוכים פוטנציאליים חמורים ובלתי-צפויים.<sup>56</sup> מנגד, דיספוריה מגדרית לא כוללת סיבוכים מסוג זה, העשויים להתפרץ במפתיע. אשר לטענה כי לחץ נפשי עלול להגיע כדי פגיעה עצמית, נשיב שמצב זה אינו סביר בקרב טרנסג'נדרים המטופלים באופן פסיכולוגי והורמונלי, במיוחד אלה שיודעים כי עם שחרורם יעברו את הניתוח המובטח להם מחוץ לכלא. לבסוף, וחשוב מכל, הטיפולים האלטרנטיביים למחלת האסיר, בפסק-דינה

<sup>54</sup> פרשת **שירזי**, בפס' 12 לפסק-הדין.

<sup>55</sup> עת"א (מחוזי-מרכז) 28629-08-15 **רוזליו נ' שירות בתי-הסוהר** (פורסם בנבו, 15.5.2016).

<sup>56</sup> שם, בפס' 4.

של כב' השופטת, לא היו מספקים לפי-דעתם של הרופאים.<sup>57</sup> טיפולים הורמונליים ופסיכולוגיים, לעומת זאת, הוכרו כאפקטיביים לטיפול בדיספוריה מגדרית, ויש טרנסג'נדרים המעדיפים אותם, כמפורט לעיל. הרופאים שבחנו את מצבה של המבקשת, ביניהם שישה רופאים בוועדה, סברו כי עדיפה המתנה על-פני ביצוע הניתוח במקרה הספציפי.

71. קביעתה הבסיסית של כב' השופטת בפרשת **רוזיליו** הייתה שטיעוני תקציב לא יעמדו לזכות שירות בתי-הסוהר כדי להצדיק אי-טיפול בחולה. קביעה זו תמוהה, שכן פקודת הנציבות קובעת מפורשות כי סייג לטיפול רפואי באסירים הוא שעל הטיפול להיות "במסגרת מקורות המימון". ואכן, ייתכן כי שירות בתי-הסוהר יכול למצוא מימון חלופי לטיפול היקר גם ממקורות חיצוניים. כך, למשל, ניתן לפנות למשרד הבריאות ולדרוש את המימון שיינתן למבקשת עם שחרורה מהכלא. עם זאת, הטענות של שירות בתי-הסוהר לעניין זה אינן נוגעות לתקציב הנדרש לשם עריכת הניתוח עצמו, אלא בהקשר לעלויות הנלוות לניתוח בתוך בית-הסוהר, השלכות על רצונותיהם האישיים של אסירים נוספים, עניין תגבור כח-אדם של הסוהרים, שינוי סדרים ונהלים (ועל כך יפורט ובהרחבה להלן). בפסק-הדין שניתן בידי כב' השופטת רג'יניאנו, הטיפול באסיר חולה הצהבת היה מוגבל אך ורק לעלות התרופות ומשכך אנו מוצאים כי קביעתה אינה רלוונטית לעניינה של המבקשת במקרה שלפנינו.

72. עד כה, הבהרנו מדוע ניתוח לשינוי מין אינו נופל תחת הקריטריונים שהותוו בפסיקה ובחקיקה. זאת, כאשר הניתוח אינו "נדרש" לעניין החוק בהיותו אלקטיבי ולחלופין כיוון שאינו "ייחודי, דחוף או מציל חיים" ונוסף לכך ישנן אלטרנטיבות כפי שקבע כב' השופט דנציגר בפרשת **שירזי**.

73. גם לו יחליט בית-המשפט הנכבד כי אין לסווג את הניתוח כאלקטיבי, על העותרת להוכיח שהחלטתו של מנהל בית-הסוהר נופלת מחוץ למתחם הסבירות המנהלי ומשכך על בית-המשפט להתערב בהחלטה זו. להלן נוכיח כי ההחלטה עומדת במבחני הסבירות שנקבעו זה מכבר בפסיקה הישראלית.

### ג) סבירות ההחלטה ומבחן התקינות המנהלי

74. הנימוק השלישי של מנהל בית-הסוהר, בתשובתו למבקשת, היה כי התקציב הניתן לשירות בתי-הסוהר אינו מאפשר את ביצוע הניתוח, על כל העלויות הנלוות לביצועו.

75. בנסיבות אלה, יש לבחון האם החלטתו של המנהל נופלת לתוך מתחם הסבירות המנהלי. בעניין **אוזן**, קבע הנשיא ברק כי האחריות על ניהול בית-הסוהר מוטלת על שירות בתי-הסוהר כרשות מנהלית.<sup>58</sup> בבחינת החלטות הרשות, בית-המשפט יגביל עצמו אך לשאלה האם ההחלטה הייתה סבירה ולא יתערב בשיקול-דעתה של הרשות. בתי-המשפט ימנעו מלהתערב בהחלטות של שירות בתי-הסוהר אלא במקרים קיצוניים, בגלל מורכבותה המיוחדת של מערכת זו.<sup>59</sup> הלכות יסודיות אלה נקבעו מכוח חזקת התקינות המנהלית, בשים לב למורכבותה של מערכת הכליאה כאמור.<sup>60</sup> לפיכך, כדי לסתור חזקה זו, על המבקשת להוכיח כי החלטתו של מנהל שירות בתי-הסוהר חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות.<sup>61</sup>

<sup>57</sup> שם, בפס' 4-9.

<sup>58</sup> עניין **אוזן**, בפס' 4 לפסק-הדין.

<sup>59</sup> שם. ראה גם: רע"פ 2410/93 **מדינת ישראל ואח' נ' רוני לוי** (פורסם בנבו, 2.8.1993); בארצות-הברית הנושא נידון בהרחבה: "...In issues of security, prison administrators should be accorded wide ranging deference in the adoption and execution of policies and practices that in their judgment are needed to preserve internal order and discipline and to maintain institutional security." Bell v Wolfish, 441 U.S. 520 at 547, (1979); "As long as prison administrators make judgments balancing security and health concerns that are "within the realm of reason and made in good faith," their decisions do not amount to a violation of the Eighth Amendment. Battista v Clarke, 645 F.3d 449 at 454, (2011)

<sup>60</sup> ראו למשל: רע"ב 1460/11 **אבוטבול נ' שירות בתי הסוהר**, פס' 7 (פורסם בנבו, 12.6.2011); רע"ב 829/11 **סאלם נ' שירות בתי הסוהר** (פורסם בנבו, 13.3.2011).

<sup>61</sup> עניין **אוזן**, בפס' 4 לפסק הדין.

76. לשיטתנו כפי שנראה להלן, אין בטענותיה של המבקשת כדי לסתור חזקה זו. אישור בקשתה של המבקשת לערוך את הניתוח, יגרום בפועל להסטת תקציבים מעניינים אחרים ובעלי השפעה גדולה על אסירים רבים, להם נדרש שירות בתי-הסוהר בפעילותו השוטפת. בהקשר זה, נקבע בעניין **גולן** כי על בית-המשפט, בבואו להכריע במחלוקת נקודתית הנוגעת לאסירים, לבחון את התמונה הכללית ולשקול את השלכות הרוחב הצפויות למתן ההחלטה. נקבע שעליו למצוא את האיזון הראוי בין עניינו של האסיר לבין עניין הציבור בהבטחת ניהולו התקין של בית-הסוהר ובכללו הבטחת שמירת זכויותיהם של כלל האסירים.<sup>62</sup>

77. השיקולים הרלוונטיים למתחם הסבירות, באישור הטיפול הרפואי החריג הוגדרו בפקודת הנציבות, המורה כי כל טיפול רפואי יינתן בכלא תחת שני סייגים: (1) שיקול-דעת רפואי; (2) במסגרת מקורות המימון.<sup>63</sup> על-מנת לבחון האם החלטת המשיב איזנה כראוי בין האינטרסים הנוגדים, נאפיין את שני צדי המשוואה – זכויותיה של המבקשת מחד גיסא, והאינטרסים של שירות בתי-הסוהר מאידך גיסא.

#### 1. הזכויות להן טוענת המבקשת

##### מסגור הנזק

78. רצון המבקשת הוא להציג את עצמה לבריות באופן ההולם את זהותה המגדרית. ברצונה ללכת בגוף בו היא מרגישה בנוח, לקבל יחס סביבתי המותאם לרגשותיה הפנימיים ולהתבטא בפומביות ללא כל מגבלות, וכפי שהיא רואה עצמה מבפנים. עתה, נרצה להדגיש שתי הבחנות מהותיות לעניין זה.

79. **הראשונה**, שקלול הזכויות הנפגעות, שעל מנהל בית-הסוהר לבחון בעת החלטתו, מוגבל להפרש בין הטיפול המוצע כעת לבין הטיפול הנוסף אותו היא מבקשת – הניתוח לשינוי מין. זאת, בדומה לאיזון המידתיות שנעשה על-ידי הנשיא ברק בספרו: **"ההשוואה אינה בין היתרון שבהגשמת המטרה לבין הנזק שבפגיעה בזכות. ההשוואה מצטמצמת לתוספת היתרון ולתוספת הנזק הנגרמות בעקבות החוק. ההשוואה עוסקת בתוספת השולית"**.<sup>64</sup> המבקשת, בדומה לאסירות טרנסג'נדריות אחרות, זכאית לטיפול הורמונלי במימון המדינה.<sup>65</sup> טיפול זה מונע משיער הפנים לצמוח, גורם לגדילת החזה, משנה את הקול ושלל השפעות נוספות המקלות על ההבחנה כי מדובר באישה. נוסף לכך, המבקשת רשאית להתאפר בדרך שתקל על זיהויה כאישה – אף אם עלות האיפור אינה ממומנת על-ידי המדינה. עובדות אלה משמעותן כי זכותה של המבקשת להגדרה עצמית, לחופש הביטוי ולשוויון, לעניין יכולתה לממש את שתי הראשונות – מתקיימות כבר כיום.

80. המבקשת טוענת שאי-ביצוע הניתוח במהלך מאסרה, פוגע בשלל זכויות חוקתיות המוקנות לה (ואין חולק על-כך שזכויות אלה מוקנות לה): הזכות לאוטונומיה, לחופש הביטוי וכיוצא באלה. אלא שהפגיעה בזכויות אלה אינה מתגבשת כתוצאה מאי-ביצוע הניתוח. הפגיעה מתגבשת – אם בכלל – היה ואין די באמצעים הקיימים בכלא, היינו – טיפול הורמונלי ואיפור, כדי לאפשר למבקשת להגשים זכויות אלה. בכל מקרה, ולמצער, ברור כי הפגיעה בזכויות אלה – בהינתן האפשרויות העומדות בפניה לבטא את עצמה כאישה באמצעות שימוש בהורמונים ובאיפור – אינה עמוקה ומשמעותית כפי שנטען על-ידה.

81. **השנייה**, השקלול צריך להתייחס למשך הזמן שיהיה על המבקשת להמתין, אם לא יאושר ביצוע הניתוח בזמן ריצוי עונשה בכלא. נדגיש כי הפגיעה הנטענת היא בזכותה לבחור **מתי** יתבצע הניתוח ולא **האם** יבוצע, שהרי אין מחלוקת כי אחרי שהמבקשת תקבל את אישור הוועדה, לאחר שחרורה היא תוכל לעבור את הניתוח. פרק הזמן של הדחייה עומד, לכל היותר, על 18 חודשים.

<sup>62</sup> עע"א 7440/97 (רע"ב 6172/97) **מדינת ישראל נ' גולן**, פס" 7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 5.1.1998) (להלן: **"עניין גולן השני"**).

<sup>63</sup> ס' 1, פקודת הנציבות הטיפול הרפואי באסיר.

<sup>64</sup> **ברק**, בעמ' 432. ראה גם: בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, בפס" 74 (פורסם בנבו, 14.5.2006).

<sup>65</sup> **עניין שירן אוזן הראשון**, בפס" 1 לפסק הדין.

82. נבחר כי לו בית-המשפט יקבע כי תנאי הוועדה חוקתי, אך לא ניתן לקיימו בתוך בית-הסוהר (כפי שנטען להלן בכתב תשובה זה),<sup>66</sup> תידרש המבקשת להמתין את רצוי מלוא גזר-דינה, ולמלא את תנאי 12 החודשים עם שחרורה. במצב זה יבוצע הניתוח בתום שנתיים וחצי. ואמנם, נדרש לשים לב כי היה ובית-המשפט יקבע שלא ניתן למלא אחר התנאי במהלך המאסר, ברור לכל שאין אפשרות לבצע את הניתוח במהלך תקופת המאסר, ודין בקשתה להידחות. משכך, נקל להבין כי האיזון רלוונטי רק במצב בו הניתוח מתאפשר בתוך הכלא, היות ורק אז המנהל יכול לשקול אם לאפשר אותו.

83. באספקלריה זו, נבחן את טענותיה של המבקשת לפגיעה בזכויותיה החוקתיות, כתוצאה מהחלטת המשיב. כפי שיפורט להלן, אין בפגיעה – המינימאלית – בזכויות אלה כדי ללמד על חוסר סבירות, בוודאי חוסר סבירות קיצוני המצדיק התערבות שיפוטית, בהחלטתו של המשיב 1 בעניינה של המבקשת. נעמוד על הדברים.

#### זכויותיה של המבקשת לטיפול רפואי, לכבוד, לשיוויון, לזהות מגדרית, ולחופש הביטוי

84. על מערכת הענישה, הכופה מאסר והשוללת את חירות האסיר, לדאוג לשמירת זכויותיהם של הכלואים בה. עקרון חשוב הוא כי לא ייענש אדם מעבר לעונש שהוטל עליו – כך שהעונש יהיה מוגבל לזה שקבע בית-המשפט בנסיבות הקונקרטיות. בעניין **יונס** נקבע שתכלית המאסר מתמצת בשלילת חירותו האישית של האדם ובהגבלת חופש תנועתו. בית-המשפט יאפשר להגביל את זכויותיו של אסיר רק אם ההגבלה נופלת תחת אחד משני קריטריונים: היא נובעת ישירות משלילת חירותו או נגזרת מתכליות ציבוריות אחרות "כגון הצורך בניהולו התקין של בית-הכלא ושמירה על שלום יושביו".<sup>67</sup>

85. העיקרון הבסיסי ברור, אך האיזון בין הרצון לשמור על זכויות האסירים מחד ועל אינטרס ניהולו התקין של בית-הסוהר מאידך מורכב ומאתגר. בעניין **גולן**, התייחס כב' השופט מצא לעניין זה בציינו כי המאסר משעה את יכולתו של האסיר לממש חלק מחירויותיו.<sup>68</sup>

86. זכויותיו של האסיר לקבלת טיפול רפואי בכלא, בהיותן זכויות סוציאליות ולא אזרחיות, מדגימות איזון פסיקתי זה. כמובן שטיפול רפואי מסופק לכלל האסירים, אך עם זאת זכותו של אסיר לבחור את הטיפול שיקבל מבין מגוון אלטרנטיביות היא זכות פריפריאלית,<sup>69</sup> וככזו זוכה להגנה חוקתית מצומצמת יותר. בעניין **תמיר**, קבע כב' השופט אלון כי זכותו של האסיר לבחירת ייעוץ וטיפול רפואיים שמורה לו, אך רק כל עוד אין הזכות נוגדת את חובתם של שלטונות בית-הסוהר לשמור על כללי הביטחון והסדר הנהוג בו. שם נקבע כי הזכות שווה לכל זכות אחרת והשאלה אם יש לאפשר לממש אותה תלויה באיזון בין האינטרסים הלגיטימיים השונים.<sup>70</sup> דוגמה נוספת לכך ניתן למצוא בפרשת **שירזי** שצוינה לעיל, שם נקבע כי ניתן למנוע מאסיר טיפול רפואי שהיה זמין לו מחוץ לבית-הסוהר, היה ובית-הסוהר מציע אלטרנטיבות טיפוליות סבירות וככל שהטיפול המבוקש אינו מציל חיים.

87. המבקשת טענה כי החלטת המשיב פוגעת בזכויותיה לכבוד, לשיוויון, לזהות מגדרית, ולחופש הביטוי. דא עקא, הסתכלות מפוכחת על הטענות – בין היתר, בשים לב למסגור הנזק, כפי שהוצג לעיל – מלמדת כי הפגיעה בזכויות המבקשת כתוצאה מהחלטת המשיב אינה משמעותית כפי שנטען על-ידה.

88. ראשית, זכויות המבקשת נשמרות בכלא במובנים רבים, שכן מתאפשר לה כאמור להשתמש באיפור, לקחת הורמונים ולקבל טיפול פסיכולוגי. הפגיעה, אם קיימת, מסתכמת בפער בין הטיפול הקיים לטיפול המבוקש –

<sup>66</sup> נימוקים לעניין זה פורטו בפרק ג1, "ללא אישור הוועדה, אין בסמכות המנהל לאשר את ביצוע הניתוח".  
<sup>67</sup> רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר, פס' 37 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 7.10.2010); ראו גם: רע"ב 10/06 אטיאס נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 9.5.2006).  
<sup>68</sup> עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, בפס' 12 (פורסם בנבו, 25.8.1996) (להלן: "עניין גולן הראשון").  
<sup>69</sup> בג"ץ 2114/12 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, בפס' 12 (פורסם בנבו, 15.8.2012).  
<sup>70</sup> עע"א 4/82 מדינת ישראל נ' תמיר, בפס' 7 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 29.5.1983).

ניתוח תחתון לשינוי מין. דווקא האמצעים העומדים לרשותה של המבקשת – איפור והורמונים – תורמים להגדרתה העצמית ולביטוייה העצמי, במידה שאינה בהכרח פחותה מביצוע הניתוח.

89. **שנית**, בית-סוהר הוא מוסד שמטבעו מגביל את זכויות האסירים השוהים בו. המאסר פוגע בזכות לחירות ולתנועה, הבידוד פוגע בזכות לחיי משפחה, ההיררכיה בין אסירים לסוהרים פוגעת בזכות לשוויון וכיוצא באלה. כל פעולה הנעשית בין כותלי הכלא מגבילה את זכות הבחירה, וכל יום מאסר מטבעו פוגע בזכות לכבוד. מערכת הענישה בישראל, ככל דמוקרטיה מודרנית, פועלת מתוך אותה הנחת המוצא: העונש לפוגע בזכויותיהם של אחרים – ובמקרה דנו, השודדת החמושה – גורר פגיעה בזכויות. המאסר נועד להרתיע מפני פשעים עתידיים, לגמול על פשע שבוצע, למנוע סכנה במרחב הציבורי ולשקם את הפושע בטרם חזרתו לחברה.<sup>71</sup> כל אלה מהווים אינטרסים המצדיקים פגיעה מידתית בזכויות האסירים והעומדים בבסיס הרציונלים לענישת עבריינים.

90. **שלישית**, וספציפית:

א. לעניין **הזכות לכבוד**, אי ביצוע הניתוח בכלא, תוך טיפול אלטרנטיבי סביר, נידון בארצות הברית בעניין **קוזילק**, שהתברר במספר רב של ערכאות. בהקשר זה, מציינת המבקשת את הפרשה, וטוענת כי בית המשפט האזורי לערעורים קבע שאי ביצוע הניתוח עולה לכדי התאכזרות. דא עקא; **החלטה זו נהפכה על ידי מושב מלא של אותו בית המשפט**. קוזילק ביקשה רשות ערעור על החלטה זו מבית המשפט העליון הפדראלי, אך בקשתה נדחתה. על כן, **ההלכה ביחס לאותה פרשה היא שאי ביצוע הניתוח אינו עולה לכדי התאכזרות בניגוד לתיקון השמיני לחוקה האמריקאית**. בדומה, עניינה של צילסי מאנינג, שגם אוזכר על ידי המבקשת, לא נדון בפני ערכאה שיפוטית, והיא קיבלה אישור מהצבא לביצוע הניתוח. כך, ברור שבהחלטתו המנהלית, הגיע הצבא האמריקאי למסקנה שביצוע הניתוח ונזקיו המערכתיים, במקרה הקונקרטי, נסוגים מול הפגיעה במאנינג. בכל אופן, ההחלטה שם לא היתה משפטית, אלא מנהלית, מכורח הנסיבות המסוימות, השונות מאלה של המבקשת דכאן. ניתן להניח, כי האישור שניתן בעניינה של מאנינג נבע מגזר דינה הממושך, 35 שנים, אשר השפיע על איזון האינטרסים. המבקשת, בהשוואה, תרצה 18 חודשים, תקופת זמן שאינה מצדיקה את השינויים המערכתיים שביצוע הניתוח ידרוש, כפי שיפורט להלן.

ב. לעניין **הזכות לשוויון**, טוענת המבקשת כי שירות בתי הסוהר מפלה את האוכלוסייה הטרנסגינדרית בסירובו לספק לה טיפול רפואי. טענה זו תמוהה, נוכח הטיפול הזמין למבקשת, הכולל טיפולים הורמונליים ופסיכולוגיים המיועדים לאסירים טרנסגינדרים. כאמור, טיפולים אלה מהווים אלטרנטיבה סבירה (ואף עדיפה בחלק מהמקרים) לניתוח, ובסמכות בית הסוהר לבחור בין אלטרנטיבות טיפול שונות כאשר אלה עומדות בסטנדרט רפואי מודרני – כפי שנידון בהרחבה לעיל. למעשה, ההיפך הוא הנכון: **לו היה מתאפשר למבקשת לבחור את טיב ואיכות הטיפול שתקבל, אז מדובר היה בפגיעה בשוויון, מול שאר יושבי הכלא, שבטיפולים מוגבלים לשיקול הדעת של רופאי שרות בתי הסוהר**. ודוק, המבקשת אפיינה כראוי את השוני הרלוונטי של האוכלוסייה הטרנסגינדרית: אכן, מימון הניתוח תחת סל הבריאות נעשה מכיוון שמדובר באוכלוסייה מוחלשת, ועל מנת להקל עליה ברמה החברתית. אך כפי שפורט לעיל, טיפולים שניתנים למטרות חברתיות בסל הבריאות – דוגמת ניתוח לשינוי מין – אינם "נדרשים" לעניין פקודת בתי הסוהר, ולכן אין הצדקה לספקם בכלא, באותו אופן בו לא יסופקו הצגות ממומנות בתאטרון. דוגמא נוספת לעניין זה הם טיפולי פוריות, הכלולים בסל הבריאות, אך מסופקים בכלא אך ורק במימון עצמי, בגלל שהם מקדמים תכלית חברתית ולא רפואית.<sup>72</sup>

<sup>71</sup> ס' 40 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

<sup>72</sup> פקודת הנציבות פוריות ס' 5.

ג. לעניין הזכות לזהות מגדרית: נדמה שהמבקשת מתייחסת לדין הרצוי בעיניה, ולא לדין המצוי. אין בישראל פסיקה המכירה בזכות זו. גם לו היתה, יש לבחון את הפגיעה השולית בזכות, שמתקיימת — לו מתקיימת — אחר ביצוע הטיפולים הסטנדרטיים. הדוגמא אותה מספקת המבקשת, של טיפולי פוריות המהווים כלי למימוש הזכות להורות, מדגישה נקודה זו: גם אם הניתוח הוא כלי למימוש הזכות לזהות מגדרית, ישנם כלים אחרים שהוכרו כמספקים לעניין זה, המסופקים למבקשת כיום. טיפולי פוריות, כאמור, מוגבלים לאסירים שבזוגיות, ואינם ממומנים (חרף הכללתם בסל הבריאות, ומימונם על ידי המדינה לאזרחים).

91. בפסיקה הוכר במפורש בכך שהגבלת זכויות האסיר תהא מוגבלת ומצומצמת למתחייב מעצם טיב העונש.<sup>73</sup> כמוצג בפסקי-הדין **גולן ותמיר**, האיזון המתקיים בכלא שונה מהאיזון המתקיים מחוצה לו. כך, למשל, בבית-הכלא ניטלת מהאסירים הזכות להתאגדות או להפגנה. נוסף לכך, לו היה אסיר מבקש לעבור בכלא ניתוח לשינוי צבע עורו כדי להגשים את חופש הביטוי, או ניתוח פלסטי אחר שישפר את יכולתו לבטא את הגדרתו העצמית כאדם נאה יותר, נראה כי הסירוב של שירות בתי-הסוהר היה סביר, ובוודאי חוקי, והדברים ברורים.

92. בהתאם, השאלה עליה יש לענות היא האם ההגבלות החלות על זכויותיה של המבקשת, כך שלא מתאפשר לה לעבור את הניתוח, הן סבירות נוכח הצרכים הביטחוניים של בית-הסוהר והעלויות הנלוות לכך? נבחן שאלה זו לפי המבחן המותווה בחוק – שני הסייגים בפקודת הנציבות המאפשרים למנוע טיפול רפואי מסויים: (1) שיקול-דעת רפואי; (2) מקורות המימון של שירות בתי-הסוהר. נעמוד עתה על שני סייגים אלה, ונראה, כי שניהם מצדיקים את דחיית בקשתה של המבקשת.

## 2. שיקול-הדעת הרפואי מסייג את עריכת הניתוח בתוך הכלא, גם אם היה מדובר בטיפול "נדרש"

93. השיקולים אשר היה על מנהל בית-הסוהר לשקול בהחלטתו, בעניינה של המבקשת, הוגדרו כאמור באופן מפורש בסעיף 1 לפקודת הנציבות. שם, נקבע שכל טיפול רפואי אשר זמין לאזרח כחלק מסל התרופות יינתן גם בכלא, בהינתן שני הסייגים שפורטו לעיל. תנאים אלה מצויים גם בגדרי סעיף 3(ד) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, אשר קובע כי המימון הכלול בסל יינתן "לפי שיקול דעת רפואי... [ו] במסגרת מקורות המימון העומדים לרשות קופות החולים".

94. הסייג לשיקול-הדעת הרפואי, בהקשר של מנהל בית-הסוהר, טרם נבחן על-ידי בתי-המשפט בישראל, למיטב הידיעה והבדיקה. עם זאת, ניתן להקביל את שיקול-הדעת שנדרש המנהל להפעיל לשיקול-הדעת שמפעילה ועדת החריגים של סל הבריאות. שני הגופים נדרשים לבחון בקשות רפואיות חריגות על-בסיס קריטריונים דומים. הכלל הבסיסי והסייגים למתן טיפול רפואי בחוק ביטוח בריאות ממלכתי ובפקודת שירות בתי-הסוהר זהים. משכך, נדמה כי קביעות שיפוטיות ביחס לראשון יפות גם ביחס לשני. נעמוד על הדברים להלן.

## שיקול-הדעת הרפואי בוועדת החריגים של סל הבריאות

95. "שיקול הדעת הרפואי" של ועדת החריגים עמד לבחינה על-ידי בית-הדין הארצי לעבודה בפסק-הדין **מכבי שרותי בריאות**.<sup>74</sup> שם, הוגדר "שיקול הדעת הרפואי" שנדרשת לשקול ועדת החריגים, אשר הוקמה לטובת יישום סל הבריאות, להפעיל. בית-המשפט סבר כי בבחינתה את בקשת המבוטח למימון טיפול רפואי חריג, על הוועדה "לאזן בין הזכויות והאינטרסים המתנגשים, בשים לב לכלל השיקולים הרלוונטיים בנסיבותיו המיוחדות של המבוטח; לקחת בחשבון שיקוליהם ולתת משקל הולם לשיקולים רפואיים ולשיקולים לבר-

<sup>73</sup> עניין **גולן הראשון**, בפס' 12 לפסק הדין. ראו גם רע"ב 9552/09 **כהן נ' שירות בתי הסוהר**, בפס' 10 לפסק דינה של כב' הנשיאה (בדימו) בייניש (פורסם בנבו, 2.4.2012) (להלן: "עניין כהן").

<sup>74</sup> עניין **גילגור**, בפס' 19 לפסק-הדין.

רפואיים, לרבות זכות היסוד של המבוטח לחיים ולבריאות; ומשקל הולם להשלכות ההחלטה על חברי הקופה האחרים בהיבטים של שוויון ושיקולי תקציב.<sup>75</sup>

96. בהתאם לכך, בענייננו, על מנהל בית-הסוהר היה לבחון את בקשתה בהתאם לקריטריונים הבאים:

א. לאזן בין הזכויות והאינטרסים המתנגשים, בשים לב לכלל השיקולים הרלוונטיים בנסיבותיה המיוחדות של המבקשת.

ב. לתת משקל לשיקולים רפואיים ולבר-רפואיים, לרבות זכות המבקשת לחיים, לבריאות ולכבוד.

ג. לתת משקל הולם להשלכות ההחלטה על אסירים אחרים במערכת בתי-הסוהר, לרבות שיקולים של שוויון ותקציב.

97. על זכויותיה של המבקשת לעניין קריטריון (ב), הנפגעות כתוצאה מאי-ביצוע הניתוח, הרחבנו לעיל. הוסבר כי הפגיעה מסתכמת בדחיית הניתוח ב-18 חודשים בלבד, ושהפגיעה היא אך להפרש בין הטיפול הזמין היום לבין הטיפול המבוקש – הניתוח. כעת, נבחן את השלכות ההחלטה על אסירים אחרים, בראי שיקולי תקציב ושוויון, בהתאם לקריטריון (ג).

#### הפגיעה הנגזרת באוכלוסיית האסירים של בית-הסוהר מעשיהו כתוצאה מאישור הניתוח

98. רבות הן הבקשות שמוגשות על-ידי אסירים לרשויות הכליאה ומעטות הן הבקשות הזוכות לאישור. טווח הבקשות הוא רחב, כדוגמת בקשות לביטול הגבלת הספרים בתאי-האסירים,<sup>76</sup> ועד בקשות להכנסת כלבי נחייה לתוך הכלא.<sup>77</sup> העקרונות העומדים לנגד שירות בתי-הסוהר בהחלטותיו הם מערכתיים ומותנים בתקציבים ובשיקולי ביטחון וסדר. כל אלה יבחנו בפרק הבא. בנוסף לכך, שוקל שירות בתי-הסוהר גם את ההשלכה מהבקשה על עיקרון השוויון בין כלל האסירים; זאת, על מנת למנוע מצב בו ייעתרו לבקשת האחד ויסרבו לבקשת האחר. בפסק-הדין **שירזי**, מציין כב' השופט דנציגר כי "אין זה בלתי סביר להניח כי היעדרות לבקשת אסיר להיזקק לשירותי רפואה פרטיים ללא הגבלה ממשית יגדיל באופן ניכר את כמות האסירים שיבקשו לממש זכות זו". כאמור, הניתוח לשינוי מין הוא ניתוח אלקטיבי. בהתאם, היעדרות לבקשת המבקשת לבצע בה ניתוח זה, עשויה להגדיל באופן ניכר את כמות האסירים שיבקשו טיפולים רפואיים דומים, באופן שיוביל לקושי מערכתי משמעותי על שירות בתי הסוהר.

99. ובאופן פרטני יותר: כמוסבר באריכות, הזכות של אסיר לבחור את טיב ואיכות הטיפול שיקבל מוגבלת בבית הסוהר. באותו אופן שלא ניתן לבחור בין טיפול שיניים שחור ללבן, לא ניתן לבחור בין טיפול הורמונלי לטיפול כירורגי, כאשר השניים מקובלים כסבירים תחת הרופאה המודרנית, כמוצג לעיל. לו יתאפשר למבקשת זכות בחירה זו, יהווה דבר פגיעה ישירה בשוויון מול שאר האסירים, שאין ביכולתם לבחור בין טיפולי כימותרפיה מסוג מסויים.

100. גם לולא היה הניתוח אלקטיבי, העלויות הנלוות לו, כפי שיפורטו להלן, יחייבו השקעת כספים בלתי-מידתית, באסירה אחת על חשבונם של אסירים רבים אחרים. אלה הם שיקולים תקציביים לגיטימיים שעל הרשות המנהלית לשקול בכובד ראש. נעמוד עתה על כך.

101. עד כה, נבחנו הפגיעות הזכויות להן טוענת המבקשת בהתאם לקריטריון (ב), תוך התייחסות להשלכות רחבות על אסירים במערכת, בהבטי השוויון והתקציב בהתאם לקריטריון (ג). סייג שיקול-הדעת הרפואי דורש, כחלק

<sup>75</sup> שם, בפס' 14 לפסק-הדין.

<sup>76</sup> עניין כהן, בפס' 19 לפסק-הדין.

<sup>77</sup> עניין גולן השני, בפס' 7 לפסק-הדין.

מקריטריון (א) ולמען השלמת קריטריון (ג), איזון האינטרסים המתנגשים, בשים לב לכלל השיקולים הרלוונטיים בנסיבותיה המיוחדות של המבקשת, בעודה אסירה בבית סוהר. זאת, תחת ההנחה כי אישור כל פעולה חריגה בעניינה של המבקשת גורע מפעולות מערכתיות למען הכלל. לאיזון האמור נפנה כעת.

### 3. מסגרת מקורות המימון כתנאי המסייג את קיום הניתוח בתוך הכלא גם בהיותו "נדרש"

102. השיקול התקציבי דר בכפיפה אחת, כאמור, עם החלטת המשיב 1 אשר דחה את בקשתה של המבקשת, בין היתר נוכח סיבות תקציביות – אי-היכולת של בית-הסוהר לשאת בעלות הניתוח.

103. התנאי השני המנוי בסעיף 1 לפקודת הנציבות "הטיפול הרפואי באסיר" מאפשר לאסיר כל טיפול הנמצא בסל הבריאות הלאומי, ב"מסגרת מקורות המימון העומדים לרשות שירות בתי-הסוהר". תנאי זה מצוי בחוק ביטוח בריאות ממלכתי: "במסגרת מקורות המימון העומדים לרשות קופות החולים."<sup>78</sup> מטרת הסעיף היא לספק הגנה מקסימאלית למספר אנשים רחב ככל הניתן, תחת המגבלות התקציביות הברורות. זאת בהתאם לעקרון היסוד שמקורות המימון העומדים לידי רשויות המנהל אינם בלתי-מוגבלים: "מושכלות יסוד הן, כי הקופה הציבורית אינה 'בור ללא תחתית', וכי פריסתה וחלוקתה של העוגה התקציבית, היא כשמיכה קצרה מכיסוי המצע כולו, נוכח המשימות והאתגרים שבפני המדינה... על שומרי הסף של התקציב החובה לנהוג בכספי הציבור בזהירות ובאחריות הראויה...".<sup>79</sup>

104. המתווה הנורמטיבי הרלוונטי שהוצג לעיל חשוב להבנת מסגרת הדיון ולבחינת שיקולי התקציב כנימוק לדחיית דרישת המבקשת. שהרי, המחוקק יכול היה לקבוע שכל אסיר זכאי לכל טיפול הנמצא בסל הבריאות, ובכך להחיל את חוק סל הבריאות וסייגיו, כולל התייחסות מפורשת למקורות המימון "של קופות החולים". מצב זה היה מטיל חובה על שירות בתי-הסוהר לספק כל טיפול רפואי מסל הבריאות, ללא התייחסות לייחודיות התנאים בכלא. **במקום זאת, בחר המחוקק להבהיר שמקורות המימון המאוזכרים בפקודה הם של שירות בתי-הסוהר.** כדי לבחון את החלטתו של מנהל בית-הסוהר, נבחן מהי עלות הניתוח לשירות בתי-הסוהר.

### עלות הניתוח

105. המרפאות של שירות בתי-הסוהר פעילות, ומתבצעים בהן טיפולים תדירים. אולם, הניתוח לשינוי מין הוא ייחודי בין אלה, לא בגין עלותו כשלעצמו, אלא בשל העלות הנלווית לביצועו. על עלויות נלוות ורבות אלה נפרט להלן:

א. תגבור כח-האדם כקושי תקציבי וביטחוני: המבקשת מהווה, שלא באשמתה כמובן, גורם מתסיס בכלא. ניתן להניח, בסבירות גבוהה, כי הידיעה על ביצוע הניתוח, שרבים מהאסירים מוצאים כשנוי במחלוקת, תגרוור תגובות קשות מצדם של האחרונים. הדבר עשוי להתבטא בעלבונות, חרמות והתקפות אלימות כלפי המבקשת. במדינות המשפט המשווה, מתועדים מקרי אלימות וניצול מיני של אסירים טרנסגינדרים,<sup>80</sup> לא ניתן להשלים עם הדבר, וכדי למנועו יידרש תגבור משמעותי של כח-אדם. הדבר רלוונטי גם בכלא מעשיהו, לקראת ביצוע הניתוח, בשעות בהם תהיה המבקשת בהכנות לקראתו, וגם בכלא נווה תירצה, אחר ביצוע הניתוח, אז נוכחותה בקרב כלל האסירות תהיה משמעותית ותדרוש תגבור כוח אדם בהתאם.

ב. הניתוח כמכשול בירוקרטי: ניתוח תחתון לשינוי מין הוא ניתוח שאינו שכית, בלשון המעטה, קל וחומר בקרב אסירים שמאסרם קצר. מאסר לתקופה של פחות משנה אף אינו דורש מעבר מקופת-החולים

<sup>78</sup> ראו ס' 3(ד) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.

<sup>79</sup> ע"מ 7335/10 קצין התגמולים נ' לופו, בפס' כז לפסק-הדין (פורסם בנבו, 29.12.2013).

<sup>80</sup> Bureau of Statistics, U.S. Dep. of Justice. *Sexual Victimization in Prisons and Jails Reported by Inmates, 2011-12*. Issued May 2013.



האזרחית לזו של שירות בתי-הסוהר.<sup>81</sup> היציאה והכניסה מבית-הסוהר לבדיקות, להכנות, ולנסיעות לבתי-חולים תדרוש בעצמה הכנות מיוחדות מבחינת צוות ההנהלה והסוהרים, ועשויה לגרום כשלעצמה לחוסר שקט, לקנאה ולתגובות אלימות מצד שאר האסירים.

ג. ההתאוששות כקושי תקציבי ובירוקרטי: ההתאוששות תתקיים בתוך מבנים של שירות בתי-הסוהר, שם מצויים אסירים אחרים. התאוששותה של המבקשת במתקני הכלא תחייב הקצאת סוהרים למען שמירה על ביטחונה. נוסף לכך, יידרש בית-הסוהר לספק למבקשת חדר התאוששות נפרד.

ד. 12 החודשים כקושי בלתי-מוגדר: לו יתבצעו 12 חודשי ההתנסות בכלא, יידרשו התאמות נוספות ורבות שטרם ניתן להעריכם במועד זה. האם קיום התנאי ידרוש את אישורן של חופשות תכופות מהרגיל? האם יידרש סדר יום שונה מאסיר רגיל כדי לאפשר ניסיון חיים במגדר המבוקש? הנושא מעולם לא עלה קודם לכן בישראל, והוועדה יחד עם אנשי שירות בתי-הסוהר ופסיכיאטרים מטעמה יצטרכו לתת את הדעת ולבנות תקנון פעולה אינדיבידואלי ביחס למבקשת. כל הקלה שתיתן למבקשת כתוצאה מכך עלולה להביא לאפליה כלפי יתר האסירים, לא כל שכן, לגרום לתסיסה בקרב יתר האסירים.

ה. נפקות ההחלטה על דרישות עתידיות של המבקשת: מבחינת הניתוח המשפטי, לו זכאית המבקשת לניתוח גוף תחתון, אין סיבה שלא תהיה זכאית לניתוחים אחרים, ביניהם ניתוח בפלג גופה העליון ואף שינוי בתווי הפנים מגבריים לנשיים. עלות הניתוחים הנלווים, למותר לציין, גבוהה כשלעצמה.

ו. נפקות ההחלטה על דרישות עתידיות של אסירים אחרים: היעדרות לכל בקשה יוצאת מהכלל עשויה לגרום דרישות אחרות, בין אם בנוגע לטיפולים רפואיים אלקטיביים (כגון ניתוחים פלסטיים בשם טענות לשיפור התדמית האישית) ובין אם בנוגע לטיפולים אחרים. בפסק-דין גולן תואר כיצד 'אסיר מתחכך באסיר, והחלטה במקרה אחד, תוך סטייה מן הכלל, עלולה להשליך על מקרים רבים. אכן, בית-המשפט אינו רואה לפניו אלא אסיר אחד בעניין אחד, והוא חייב לשקול עניין זה, לא רק מן הבחינה המשפטית, אלא גם מן הבחינה האנושית. עם זאת, בית-המשפט, כשהוא מקבל החלטה נקודתית, חייב לבחון גם את התמונה הכללית, ככל שהוא יכול, ולשקול את ההשלכות הצפויות של ההחלטה במקרים אחרים...<sup>82</sup>

ז. נפקות ההחלטה בדגש על איומי התאבדות: היעדרות לבקשה, המבוססת בין השאר על איומים לפגיעה עצמית כתוצאה ממצבה הנפשי המחמיר, תוביל ל"מדרון חלקלק" בהיבט ההתמודדות עם איומים דומים מצד אסירים אחרים. בין אם יממשו את איומיהם או לא, יוותרו הדרישות כגורם מתסיס בין הנהלת הכלא לאסירים. טענה זו הועלתה גם בעניין קוזילק, שם בית-המשפט הפדרלי קבע שחשש מסוג זה משפיע בשקלול סבירות החלטת הרשות, כאשר באותה פרשה, נזכיר, נקבע כי ההחלטה שלא לאשר את ביצוע הניתוח חוקית וסבירה.

106. הנפקות לענייננו ברורה – נוכח הקשיים עמם מתמודדת המבקשת, שאין להקל בהם ראש, כל אדם סביר ירצה להיענות לבקשתה. אלא שבחינת המקרה הפרטני, מבלי להידרש להשלכותיו ולמשמעויות הגלומות באישור הבקשה בראייה רחבה, חוטאת למציאות בבית-הסוהר. למרות שבמקרה הפרטני ייתכן שיידמה כי יש לקבל את דרישת המבקשת, יש להכניס למכלול השיקולים גם את השפעות ההחלטה המשפטית בעניינה כלפי בקשותיהם העתידיות של אסירים אחרים, לקבלת טיפולים רפואיים אלקטיביים אחרים.

<sup>81</sup> שירות בתי הסוהר, המשרד לבטחון פנים המערך הרפואי לטיפול בכלואים בשירות בתי הסוהר דוח שנתי 65, בעמ' 413 (2015). (להלן: "דוח המערך הרפואי").

<sup>82</sup> עניין גולן השני, בפס' 7 לפסק הדין.

107. עניינו הרואות: היענות לדרישתה של המבקשת תוביל למעשה לאינספור השלכות – ברמה התקציבית – שבשלב זה ובשים לב לייחודיות ההליך הרפואי במקרה דנן, כלל לא ניתן להעריך. בעניין גולן, הכנסתו של כלב נחייח לאסיר עיוור נאסרה על-ידי שירות בתי-הסוהר והאיסור הוכר כסביר על-ידי בית-המשפט בהתחשב בתיאומים אדמיניסטרטיביים מרחיקי לכת שהיו נדרשים לו הייתה מאושרת הכנסתו.<sup>83</sup> קביעה זו יפה לענייננו, בבחינת קל וחומר. שכן, ברי כי עלות הניתוח אינה מסתכמת רק בהוצאות הישירות שיוטלו על שירות בתי-הסוהר בעקבותיו.

#### מקורות המימון של שירות בתי-הסוהר

108. מקורות המימון של שירות בתי-הסוהר מצומצמים בהשוואה לתקציב הבריאות המיועד לכלל תושבי המדינה. תקציב שירות בתי-הסוהר עומד על כ-3.2 מיליארדי שקלים והמערך הרפואי עומד על כ-58 מיליוני שקלים בלבד.<sup>84</sup> לשם השוואה, תקציב סל הבריאות לבדו עומד על 550 מיליון שקלים ותקציב הבריאות הכללי נאמד בסך של כ-40 מיליארדי שקלים.<sup>85</sup>

109. שירות בתי-הסוהר בכללותו נמצא בקושי תקציבי משמעותי, עד כדי שהמדינה ביקשה להפריט חלקים ממנו כדי להתמודד עם הקשיים הכבדים.<sup>86</sup> באופן פרטני, תקציב המערך הרפואי (העומד על כ-58 מיליוני שקלים בלבד), משמש להפעלת שלוש מרפאות המצויות במתקני הכליאה; המרכז הרפואי של שירות בתי-הסוהר, המשמש כמסגרת רפואית אשפוזית ארצית; והמרכז לבריאות הנפש. המרפאות והמרכזים משמשים את כל 20,568 הכלואים הנמצאים תחת אחריותו של שירות בתי-הסוהר.<sup>87</sup> בשנת 2014, היו בבית-הסוהר מעשיהו, הכלא בו המבקשת מרצה את עונשה, כ-585 אסירים חולים – כמחצית מהאסירים בכלא נזקקו לשירותים רפואיים כלשהם וברובם מוגדרים כחולים כרוניים. כשנשאלו מפקד ורופא בית-הסוהר צלמון על-ידי משרד מבקר המדינה לעניין תנאי המרפאות, הם ענו ש"היכולת לתת שיקום רפואי הולם הנה מוגבלת, עקב ריבוי החולים הכרוניים המשפיע לרעה על איכות הטיפול".<sup>88</sup>

110. המציאות התקציבית מלמדת, איפוא, שלשירות בתי-הסוהר מרחב תמרון תקציבי מינימאלי ויכולתו להיענות לבקשות תקציביות חריגות של אסירים היא מוגבלת בהתאמה. זאת, במיוחד בנסיבות כמו שבענייננו וכאשר עלות הטיפול אינה מסתכמת אך בפרוצדורה הרפואית וכשביצוע הניתוח יגרור הוצאות רבות ונוספות, חלקן כאלה שלא ניתן לאמוד בשלב זה.

111. המבקשת תעזוב את בית-הסוהר כמה חודשים לאחר ביצוע הניתוח ותצא לעולם החופשי. אחרי עזיבתה, השינויים שנערכו בשבילה והכספים שהוצאו למענה, יוותרו כאבן שאין לה הופכין. וישאל השואל, האם ניתן להצדיק את עלותו המשמעותית של הניתוח, כאשר תוכל היא לבצעו ממילא בסמוך לאחר שחרורה הצפוי והקרוב? האם ניתן להצדיק את ההשלכות התקציביות המפורטות לעיל, נוכח תקציבו המוגבל של שירות בתי-הסוהר, וחוסר יכולתו גם כך להעניק טיפול רפואי הולם לעשרות אלפי האסירים שתחת השגחתו? מהותיים ביותר הם הכספים שהוצאו מתקציבו המוגבל של שירות בתי-הסוהר, כאשר בהתאם לעיקרון "השמיכה הקצרה", הכספים באים על חשבון פעולות אחרות שעשויות לשפר את רווחת האסירים וביניהן פעולות תרבות, כיתות שיקום ותקצוב פעילותם של אנשי מקצוע.

<sup>83</sup> שם.

<sup>84</sup> דוח המערך הרפואי, בעמ' 413.

<sup>85</sup> הצעת תקציב לשנת הכספים 2017-2018, בעמ' 173.

<sup>86</sup> בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, בפס' 1 לפסק דינה של כב' הנשיאה בייניש (פורסם בנבו, 19.11.2009).

<sup>87</sup> הנתונים עדכניים לאוגוסט 2016. נעם רותם "נתוני שב"ס: רק כרבע מהאסירים בישראל יהודים" שיחה מקומית 31.8.2016.

<sup>88</sup> mekomit.co.il, בהתייחסות לתשובת שב"ס לבקשת חופש מידע מטעם העיתון.

<sup>88</sup> דוח המערך הרפואי, בעמ' 413.

112. סוגיה דומה נדונה בפסיקה האמריקאית. בפסק-דין קוזילק שנדון לעיל נקבע שכאשר בוחנים טיפול רפואי, שיקולים ביטחוניים שהם אינהרנטיים לתפעול מוסדות עונשיים צריכים לקבל "משקל משמעותי".<sup>89</sup> כמו-כן, בפסק-דין בל הוכר כי תינתן להחלטות של מנהלי הכלא בנוגע למדיניות חשיבות רבה.<sup>90</sup> זאת ועוד, בפסק-דין סייירס נקבע שגורמים ביטחוניים צריכים באופן רגיל להיכלל באיזון צרכיו הרפואיים של האסיר.<sup>91</sup>

113. לסיכום, השיקולים הרפואיים והתקציביים של שירות בתי-הסוהר מגלמים את לב המורכבות של ניהול רשות מעין זו, עם מכלול האינטרסים המנוגדים אותם על שירות בתי-הסוהר לאזן בזהירות יתרה. אין להקל ראש ברצונה של המבקשת לקיים את הניתוח כבר עתה, במהלך מאסרה, אולם מול רצון זה יש לבחון שיקולים רבים ומשמעותיים, וביניהם: העלות התקציבית בה תידרש לשאת מערכת הכליאה הכורעת תחת העול התקציבי ומצליחה – בקושי רב – לספק לאסירים שתחת ניהולה את התנאים המינימאליים הנדרשים להם, ובנוסף לכך פגיעות נלוות למערך בתי-הסוהר, לביטחון האסירים בו וכמובן למבקשת עצמה. בחינה מפוכחת של השיקולים לכאן ולכאן, מובילה למסקנה ברורה שמפקד בית-הסוהר פעל כראוי, עת דחה את בקשתה. המשיב נהג באופן סביר ולכן דין הבקשה להידחות בהתאם.

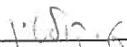
#### ד. סוף דבר

114. צדק מנהל בית-הסוהר כאשר סירב לאפשר את ביצוע הניתוח במבקשת, כאשר לא ניתן האישור לביצועו על-ידי הוועדה. גם אם לא היו כך פני הדברים, צדק המשיב 1 בסירובו בשל היות הניתוח אלקטיבי וככזה בלתי "נדרש" כמצוין בפקודת בתי-הסוהר. זאת ועוד; גם אם נצא מנקודת הנחה כי כן מדובר בניתוח נדרש (ולא כך הוא כאמור), צדק הוא בסירובו בשל הפעלתו המאוזנת את שיקול-דעתו המנהלי, תוך התחשבות בסייגי שיקול-הדעת הרפואי והתחשבות במכלול מקורות המימון, כנדרש בפקודות הנציבות, וההשלכות על שאר יושבי הכלא, כנדרש בפסיקה.

115. אשר על כל האמור, מתבקש בית-המשפט הנכבד להורות כמבוקש ברישא לתגובה זו.




אוהד טואטי



עמרי קולטין

באי-כוח המשיבים



סתיו לביא

<sup>89</sup> עניין קוזילק, בעמ' 83 לפסק-הדין.

<sup>90</sup> Whitley v. Albers, 475 U.S. 312, 321–22 (1986) (quoting Bell v. Wolfish, 441 U.S. 520, 547 (1979)). See also Battista, 645 F.3d at 454.

<sup>91</sup> Sires v. Berman, 834 F.2d at 13. See also Cameron v. Tomes, 990 F.2d 14, 20 (1st Cir.1993), Giroux v. Somerset Cnty., 178 F.3d 28, 33 (1st Cir.1999) (quoting Farmer, 511 U.S. at 844).

רע"ב תגובה - רשימת אסמכתאות ומקורותחקיקה

משרד הבריאות, חוזר מנהל הרפואה 16/2014 ניתוחים לשינוי מין.

פקודת הנציבות 04.48.00 טיפולי פוריות לאסירים (23.5.2016).

פקודת הנציבות 04.44.00 הטיפול הרפואי באסיר.

פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971.

חוק העונשין, התשל"ז-1977.

חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.

פסיקה

- [1] רע"ב 3691/15 פהמי נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 28.7.2015).
- [2] בג"ץ 4999/03 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 10.5.2006).
- [3] רע"ב 2529/97 מדינת ישראל נ' אוזן (פורסם בנבו, 27.4.1997).
- [4] עע"ם 4072/11 לוי נ' עיריית בת ים (פורסם בנבו, 3.11.2012).
- [5] ע"א 3901/11 מחקשווילי נ' רשות המיסים בישראל (פורסם בנבו, 7.8.2012).
- [6] עת"א (מינהליים ב"ש) 44814-10-11 בר מוחה נ' מדינת ישראל – שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 11.11.2012).
- [7] בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 8.9.1993).
- [8] עת"א (מינהליים מרכז) 26381-11-15 אוזן נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 24.1.2016).
- [9] בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.3.2016).
- [10] ע"א 6153/97 שטנדל נ' שדה (פורסם בנבו, 11.6.2002).
- [11] רע"ב 1233/13 שירזי נ' מדינת ישראל שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 5.3.2013).
- [12] ע"ע (ארצי) 45021-05-10 אליאב נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 12.7.2010).
- [13] ע' ארצי 33066-11-12 מכבי שירותי בריאות נ' גילגור (פורסם בנבו, 13.3.2014).
- [14] רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר (7.10.2010).
- [15] עת"א (מחוזי-מרכז) 28629-08-15 רוזליו נ' שירות בתי-הסוהר (פורסם בנבו, 15.5.2016).
- [16] רע"פ 2410/93 מדינת ישראל ואח' נ' רוני לוי (פורסם בנבו, 2.8.1993).
- [17] רע"ב 1460/11 אבוטבול נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 12.6.2011).
- [18] רע"ב 829/11 סאלם נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 13.3.2011).
- [19] עע"א 7440/97 (רע"ב 6172/97) מדינת ישראל נ' גולן (פורסם בנבו, 5.1.1998).
- [20] בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, בפס' 74 (פורסם בנבו, 14.5.2006).
- [21] רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 7.10.2010).
- [22] רע"ב 10/06 אטיאס נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 9.5.2006).
- [23] עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 25.8.1996).
- [24] בג"ץ 2114/12 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 15.8.2012).
- [25] עע"א 4/82 מדינת ישראל נ' תמיר (פורסם בנבו, 29.5.1983).
- [26] רע"ב 9552/09 כהן נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 2.4.2012).
- [27] עע"מ 7335/10 קצין התגמולים נ' לופו (פורסם בנבו, 29.12.2013).

[28] בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009).

### ספרות ומאמרים

- א. [יהושע \(שוקי\) שגב "בג"ץ בשירת הצדק: המסורת ואובדנה" המשפט כרך יב ספר עדי אז"ר 485 \(תשס"ז\).](#)
- ב. אהרן ברק [מידתיות במשפט](#) (2010).
- ג. [עדן ארזי "זכויות טרנסג'נדרים" זכויות אדם בישראל – תמונת מצב 2014 52 \(2014\).](#)
- ד. [הכנסת, מרכז המחקר והמידע, אסירים ביטחוניים בבתי-כלא בישראל \(18.5.2009\).](#)
- ה. [שירות בתי הסוהר, המשרד לבטחון פנים המערך הרפואי לטיפול בכלואים בשירות בתי הסוהר דוח שנתי 2015, 65.](#)
- ו. [משרד האוצר, הצעת תקציב לשנת הכספים 2017-2018 \(2016\).](#)

### אחר

- (1) לימור סימון "דילמה: אסיר טרנסג'נדר לכלא נשים או גברים?" [Ynet](#) 10.2.2016 [www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-4761084,00.html](http://www.mynet.co.il/articles/0,7340,L-4761084,00.html)
- (2) [אפק ארנון, "ביצוע ניתוח לשינוי מין", מכתב ליושבי ראש הועדות \(24.5.14\).](#)
- (3) [ההסתדרות הרפואית בישראל טופס הסכמה: ניתוח לכריתת התוספתן \(2000\).](#)
- (4) [ההסתדרות הרפואית בישראל טופס הסכמה: ניתוח להגדלת שדיים \(1998\).](#)
- (5) [נעם רותם "נתוני שב"ס: רק כרבע מהאסירים בישראל יהודים" שיחה מקומית \(31.8.2016\) \[mekomit.co.il\]\(http://mekomit.co.il\)](#)

### פסיקה זרה

- [1] [Kosilek v. Spencer, 774 F.3d 63 \(2014\).](#)
- [2] [G.B. v. Lackner, 80 Cal. App. 3d 64 \(1978\).](#)
- [3] [United States v. Derbes, 369 F.3d 579 \(1st Cir.2004\).](#)
- [4] [Torraco v. Maloney, 923 F.2d 231 \(1st Cir.1991\).](#)
- [5] [Ferranti v. Moran, 618 F.2d 888 \(1st Cir. 1980\).](#)
- [6] [U.S. v. DeCologero, 821 F.2d at 42 \(1st Cir. 1987\).](#)
- [7] [Layne v. Vinzant, 657 F.2d 468 \(1st Cir.1981\).](#)
- [8] [Westlake v. Lucas, 537 F.2d 857 n. 5 \(6th Cir.1976\).](#)
- [9] [Bismark v. Fisher, 213 Fed. Appx. 892 \(11th Cir. Fla. 2007\).](#)
- [10] [Bowring v. Godwin, 551 F.2d \(4<sup>th</sup> Cir. 1977\).](#)
- [11] [Medrano v. Smith, 161 Fed. Appx. 596 \(7th Cir. Ill. 2006\).](#)
- [12] [Sanchez v. Vild, 891 F.2d 240 \(9th Cir.1989\).](#)
- [13] [Bell v. Wolfish, 441 U.S. 520 \(1979\).](#)
- [14] [Battista v. Clarke, 645 F.3d 449 \(2011\).](#)
- [15] [Whitley v. Albers, 475 U.S. 312, 321–22 \(1986\).](#)
- [16] [Sires v. Berman, 834 F.2d. \(1<sup>st</sup>. Cir. 1987\).](#)
- [17] [Cameron v. Tomes, 990 F.2d 14 \(1st Cir.1993\).](#)
- [18] [Giroux v. Somerset Cnty., 178 F.3d 28 \(1st Cir.1999\).](#)
- [19] [Farmer v. Brennan, 511 U.S. \(1994\).](#)

- A. E. Coleman et al, *Standard of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People 7<sup>th</sup> ed.*, INT. J. OF TRANSGENDERISM, 61 (2012).
- B. Whittle, S., Turner, L., & Al-Alami, M. *Engendered Penalties: Transgender and Transsexual People's Experiences of Inequality and Discrimination*, The Equalities Review (2007).
- C. Grant, Jaime M., et al. *Injustice at Every Turn: A Report of the National Transgender Discrimination Survey*. WASHINGTON: NATIONAL CENTER FOR TRANSGENDER EQUALITY AND NATIONAL GAY AND LESBIAN TASK FORCE, 24 (2011).
- D. Couch, M., Pitts., et al. *Tranznation: A Report on the Health and Wellbeing of Transgendered People in Australia and New Zealand*. Melbourne, Australia, AUSTRALIAN RESEARCH CENTRE IN SEX, HEALTH & SOC'Y (2007).
- E. Light AD, Obedin-Maliver J, Sevelius JM, Kerns JL. *Transgender Men Who Experienced Pregnancy After Female-to-Male Gender Transitioning*, Washington Hospital Center Department of Obstetrics and Gynecology, Washington, DC.
- F. Bureau of Statistics, U.S. Dep. of Justice. *Sexual Victimization in Prisons and Jails Reported by Inmates, 2011–12*. Issued May 2013.