

בית המשפט העליון

בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בג"צ 17/

העותרות/ים

1. דורין ביליה
2. טרנסגי'נדרים למען צדק חברתי (ע"ר)
3. האגודה לשמירת זכויות הפרט (ע"ר)

על-ידי באי-כוחם עוה"ד חגי קלעי ו/או עו"ד עידו קטרי
ו/או עוה"ד חיה ארז ו/או עו"ד אוהד רוזן
רחוב קלישר 30, תל-אביב
טלפון: 03-7943040, פקס: 03-7943065

נגד

המשיבים

1. שירות בתי הסוהר
2. המשרד לבטחון פנים
על-ידי פרקליטות המדינה,
מחלקת הבג"צים, משרד המשפטים
רחוב צלאח א-דין 29, ירושלים 91181
טלפון: 02-6466588, פקס: 02-6467011

עתירה למתן צו על-תנאי

בקשות למתן צו על-תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על-תנאי המופנה אל המשיבים והמורה להם להתייצב וליתן טעם:

- א. מדוע לא יבוטל הנוהל (הסודי) ו/או המדיניות המסדירים כיום את השמתם של אסירים טרנסגי'נדרים ואסירות טרנסגי'נדריות בבתי כלא ואת תנאי המשמורת שלהם במתקני הכליאה.
- ב. מדוע לא יבוטלו הנהלים שעניינם החזקתם של אסירים ועצורים טרנסגי'נדרים ואסירות ועצירות טרנסגי'נדריות בהפרדה נוכח האפליה שבהם והפגיעה החמורה בכבוד האדם ובתנאי הקיום המינימאליים של אסירים, עצורים, אסירות ועצירות.
- ג. מדוע לא ינתן צו האוסר על ביצוע של עונש מאסר בפועל שנגזר על אסיר טרנסגי'נדר או אסירה טרנסגי'נדרית בדרך של מאסר בתנאי בידוד ו/או הפרדה רק בשל זהות המגדר של האסיר או האסירה.
- ד. מדוע לא ינתן צו הקובע כי ככל שהמשיב אינו מסוגל להבטיח את אחזקתם הבטוחה של אסירים טרנסגי'נדרים ואסירות טרנסגי'נדריות שלא בתנאי בידוד ו/או הפרדה, יבוטל עונש המאסר בפועל שהוטל על אסירים אלו ו/או ימצאו חלופות מעצר שאינן כוללות

בידוד ובכלל זה המרת המאסר למאסר על-תנאי או ביצוע עבודות שירות.
ה. כל צו אחר שיימצא צודק ונכון בנסיבות העניין.

ההדגשות בעתירה זו ובבקשה המצורפת לה אינן במקור, אלא אם צוין אחרת.

תוכן ענינים

פרק	עמ'
תמצית העתירה	4
א. הצדדים	5
ב. רקע עובדתי ומיצוי הליכים	5
ב.1. טרנסג'נדרים/ות נמצאים בסיכון גבוה להתנגשות עם המערכת הפלילית	5
ב.2. העדר נהלים וחוסר עקביות בהשמת טרנסים/ות במתקני כליאה	7
ב.3. העדר נהלים וחוסר עקביות בהשמת טרנסים/ות במתקני כליאה	9
ג. הטיעון המשפטי	12
ג.1. המסגרת הנורמטיבית הכוללת	12
ג.1.א. הזכות לשוויון של טרנסג'נדרים וטרנסג'נדריות	12
ג.1.ב. אחריות שירות בתי הסוהר להגן על רווחתם של אסירים טרנסג'נדרים	14
ג.1.ג. הדין בעניין הפרדה ובידוד	15
ג.1.ד. כליאה בתנאי בידוד כרוכה בתנאים קשים וגורמת לנזקים חמורים	16
ג.1.ה. המשפט הבין-לאומי מכיר בהשפעות השליליות של בידוד והפרדה ומטיל עליו מגבלות	17
ג.2. נוהל החזקת אסירים טרנסג'נדרים בטל	21
ג.2.א. מדיניות המשיב להשמת אסירים טרנסג'נדרים במתקן כליאה בטלה נוכח הפגיעה הבלתי מידתית בזכות לאוטונומיה, בזכות לכבוד ובזכות לשוויון	21
ג.2.ב. מדיניות המשיב לכליאת אסירים טרנסג'נדרים בהפרדה בטלה נוכח הפגיעה הבלתי מידתית בזכות לכבוד, בזכות לשוויון ובזכות שלא להיות נתון לעינויים	24
ג.2.ג. נוהל החזקת אסירים טרנסג'נדרים בהפרדה בטל מהטעם שהוא עומד בניגוד לחוק ולפקודת הנציבות (החזקת אסירים בהפרדה)	27
ג.2.ד. נוהל החזקת אסירים טרנסג'נדרים בטל מהטעם שהוא "חקיקה נסתרת"	29
ג.2.ה. נוהל החזקת אסירים טרנסג'נדרים בבידוד בטל מהטעם שהוא לא כונן על יסוד תשתית עובדתית ראויה והליך מנהלי מספק	30
ג.2.ו. נוהל החזקת אסירים טרנסג'נדרים בבידוד בטל מהטעם שהוא חורג ממתחם הסבירות	32
ג.2.ז. נוהל החזקת אסירים טרנסג'נדרים בבידוד בטל מהטעם שהוא מהווה עינוי וענישה אכזרית ובלתי שגרתית	34
ג.3. ככל ששב"ס אינו מסוגל להבטיח את שלומם של אסירים טרנסג'נדרים ללא החזקתם בהפרדה – יש לתת סעד מן הצדק האוסר על ביצוע עונשי המאסר בפועל או על המרת לעונשי מאסר בדרך של עבודות שירות	34
ד. סוף דבר	35

תמצית העתירה

1. מציאות חייו של אסיר היא קשה מאוד. גם במתקן הכליאה הטוב ביותר, ספק אם יכול כלל אדם שלא ראה את הדברים בעיניו להבין את עוצמת הפגיעה הנגרמת משלילתה של החירות. אסירים ואסירות, בכל רגע נתון, נתונים לפיקוח ומשטור על ידי גורמי בית הכלא. תנאי השינה, תנאי האכילה, היכולת שלהם לקיים אינטראקציות זה עם זה ועם העולם החיצוני – כולם כפופים לשיקול דעתם של גורמי הכליאה.
2. אלא שגם במציאות קשה מאוד זו, נותרות לאסיר יתר זכויותיו – לכבוד, לשוויון, לאוטונומיה, לבריאות, לחיי משפחה, לחופש דת ולחופש מדת, לחופש מצפון ולחופש ביטוי. עם שלילתה של החירות, הופך המימוש של זכויות אלו לחובה המוטלת על שירות בתי הסוהר. בעוד שבדרך שגרה די בכך שהמדינה לא תתערב בהתנהלותו של הפרט על מנת שהאחרון יוכל להגשים את זכויותיו, בין כתלי בית הכלא על המדינה להבטיח כי הזכויות מוגשמות. שלילתה של החירות מהאסיר או מהאסירה, אף אם היא מוצדקת, מטילה חובה ראשונה במעלה על המדינה, להבטיח כי שלילת החירות לא תהפוך לשלילת ההכרה באנושיותו של האסיר ובכבודו.
3. חובה זו, והפרתה השיטתית מקום בו עסקינן באסירים טרנסג'נדרים ואסירות טרנסג'נדריות, היא שעומדת במוקדה של העתירה הנוכחית.
4. מסתבר כי מזה שנות דור מחזיקה מדינת ישראל, באמצעות שירות בתי הסוהר, אסירים טרנסג'נדרים בתנאי הפרדה ובידוד. חלף הערכות ראויה ומציאת פתרונות כליאה לאסירים טרנסג'נדרים ואסירות טרנסג'נדריות שלא יפגעו בזכותם הבסיסית לכבוד, תוך מתן מענה לצרכים המיוחדים של אוכלוסייה זו, הוחלט על ידי גורמי שירות בתי הסוהר להחזיק את כלל ציבור האסירים הטרנסג'נדרים בתנאים של בידוד.
5. העותרת, כרבות אחרות לפניו, נעצרה למעצר ימים. מחיי היומיום הנורמטיביים שניהלה העותרת, היא נעקרה. שוטר גבר תשאל אותה על אברי מינה וההליכים הרפואיים שעברה, ולבסוף החליט שהעותרת תוחזק בצינוק (משלא היה מקום בתאי הבידוד) במתקן הכליאה אוהלי קידר (הוא כלא גברים).
6. ללא כל גישה לאדם אחר, ללא אור יום, בתנאים הקשים ביותר שישנם במערכת הכליאה הישראלית, הוחזקה העותרת במשך 5 ימי מעצרה.
7. מפקד מתקן הכליאה עצמו עמד על חומרת המצב, וכתב לבאי כוח המדינה כי לא ניתן להחזיק עצורה בתנאים אלו.
8. רק לאחר שביקשה לשלוח יד בנפשה, הובאו הדברים בפני שופטת המעצרים, שהורתה על שחרורה המיידית למעצר בית.
9. העותרת אינה יחידה. כפי שהעידו הסמלים שצוירו בדמן של אסירות קודמות על כתלי הצינוק בו הוחזקה, היא הייתה אחת מעצורות טרנסג'נדריות רבות שעברו באותו תא. מדוע הוחזקו הן בתנאים כה קשים? האם נחשדו בעבירות ביטחון? האם נשקפה מהן סכנה כלשהי ליתר האסירים? לא ולא. חטאן של אסירות אלו היה שהן נשים טרנסג'נדריות.

א. הצדדים

א.1. העותרת

10. **העותרת 1**, גבי דורין ביליה, היא אשה טרנסג'נדרית, שהוחזקה במעצר בכלא אוהלי קידר, בצינוק, רק בשל היותה אשה טרנסג'נדרית.
11. **העותרת 2**, עמותת טרנסג'נדרים למען צדק חברתי (ע"ר), הינה עמותה רשומה הפועלת גם תחת השם "פרויקט גילה להעצמה טרנסית" ומעניקה סיוע לקהילה הטרנסית מתוך דגש על העצמת חברות וחברי הקהילה לעמוד לזכותהן ולקדם נגישות למשאבים ולהזדמנויות עבור אנשים שונים מגדרית.
12. **העותרת 3**, האגודה לשמירת זכויות הפרט (ע"ר) הינה עמותה רשומה הפועלת משנת 1975, לטובת שוויון זכויות והזדמנויות עבור קהילת ההומואים, הלסביות, הביסקסואלים והטרנסג'נדרים בישראל.

א.2. המשיבים

13. **המשיב 1**, שירות בתי הסוהר, הוא הגוף האמון בישראל על החזקתם של אסירים ועצירים במשמורת בטוחה.
14. **המשיב 2**, המשרד לבטחון פנים, הוא המשרד הממשלתי ששירות בתי הסוהר הוא גוף ביצוע הכפוף לו. מתן תנאי כליאה ראויים ונאותים לאסירים ולעצורים בתוך מערך הכליאה הלאומי, מוגדר באתר המשרד כאחת ממטרות המשרד הבאה לידי ביטוי במדיניות ועקרונות השר לביטחון הפנים.

ב. רקע עובדתי ומיצוי הליכים

ב.1. טרנסג'נדרים/ות נמצאים בסיכון גבוה להתנגשות עם המערכת הפלילית

15. טרנסג'נדר הוא אדם שזהותו המגדרית (גבר / אשה) אינה תואמת את המין אליו שויך בלידתו (זכר / נקבה). ההערכה המקובלת היא שבין 0.5% ל-3% מהאוכלוסיה חווים תחושה של אי התאמה בין זהות המגדר שלהם למין אליו שויכו בלידתם (המוגדרת בספרות המקצועית - Gender Disphoria). בהתאם ל-DSM-5 (Diagnostic Statistical Manual of Mental Disorders) טרנסג'נדריות אינה הפרעה נפשית, כי אם גורם שעלול לעורר מצוקה סביבתית.
16. המצוקה המתעוררת פעמים רבות בשל דיספוריה מגדרית מקורה בציפיה החברתית להתאמה בין מין לזהות מגדר (המכונה – סיסג'נדריות, cisgender, קרי, מצב בו המין אליו אדם שויך בלידתו תואם את זהות המגדר שלו). כך, טרנסג'נדרים עלולים לסבול מקשיים סביבתיים הנובעים מהציפייה החברתית האמורה ומניסיון להסתיר את היותם טרנסג'נדרים.
17. בהמשך לאמור, "יציאה מהארון" של אדם טרנסג'נדר אינה מחייבת שינוי פיזיולוגי או קיומה של שאיפה לשינוי פיזיולוגי. זהות המגדר של אדם היא בראש ובראשונה מצב תודעתי, והספרות המקצועית עוסקת בשאלה האם פלוני מזהה עצמו כזהות מגדר השוני מזו

המיוחסת לרוב למינו המולד. אין צורך לעבור טיפול הורמונאלי, או לעבור ניתוחים לשינוי אברי המין על מנת להיות לטרנסג'נדר. יחד עם זאת, ישנם טרנסג'נדרים שעוברים הליך של שינוי פיזיולוגי, בין אם בדרך של נטילת הורמונים, ובין אם בדרך של ניתוחים לשינוי אברי המין.

18. במילים אחרות, הסטנדרטים הבינלאומיים הכירו זה מכבר בכך שאין הליך אחיד לשינוי מין; במקום זאת, בעולם מוכרת סדרה של פרוצדורות והליכים רפואיים שאותם יש להתאים לכל מטופל בהתאם לצרכיו הייחודיים.

19. יתרה מכך, רק ביום ה-21.12.2016 פרסם ארגון ה-WPATH את עמדתו בדבר הנחיצות של הליכים לשינוי מין, לאמור כי לא כל מטופל יזדקק לאותם הליכים (https://s3.amazonaws.com/amo_hub_content/Association140/files/WPATH-Position-on-Medical-Necessity-12-21-2016.pdf). על פי המסמך, יש לקבוע את ההליכים והפרוצדורות המתאימות לכל מטופל באופן אינדיבידואלי ותלוי הקשר, וזאת בהתייעצות עם המטופל. בהמשך לכך, המסמך מדגיש את נחיצותם של הליכים כירורגיים להתאמת מין שאינם באיברי המין, ובכלל זה ניתוחי הסרת חזה בגברים והגדלת חזה בנשים, הליכים לנישוי פנים וכיוצא באלה. כפי שקבעו בעבר מחקרים בנושא, ההליכים אלה יש לעיתים קרובות משמעות מעשית גדולה יותר לחיי היומיום של המטופלים מאשר ניתוחים באיברי המין.

20. מבחינה חברתית, למרבה הצער, חשופים עדיין טרנסג'נדרים לאפליה ופגיעות. כך, בהתאם לדוח המחקר של מרכז ניר כץ ז"ל למאבק בלהט"בופוביה, כ-19% מאירועי האלימות כלפי קהילת הלהט"ב הופנו לטרנסג'נדרים, ואירועים אלו התאפיינו בריבוי מקרים של אלימות פיזית. עוד עולה מהדוח כי למעלה מ-90% מהפגיעות בלהט"בים כלל אינן מדווחות למשטרה (<http://shluvim.macam.ac.il/file/download/84082>).

21. בהמשך לאמור, : 68% מהקהילה הטרנסג'נדרית חוותה אפליה בתעסוקה¹, 20% היו מחוסרי דיור לתקופה כלשהי בחייהם², 53-73% מחברי הקהילה הטרנסג'נדרית עברו הטרדה במקום ציבורי, ובכלל זה בתי ספר,³ אחוז האבטלה בקהילה גבוה פי שש מן האוכלוסיה הכללית ו-84% סובלים מתת תעסוקה וחוסר בטחון תעסוקתי.⁴ ולבסוף, וחמור מכל: בשל כל גורמי הדחק הללו 41% מן הטרנסג'נדרים ניסו להתאבד לפחות פעם אחת בחייהם⁵.

22. בהקשר זה, טרנסג'נדרים שאינם נהנים מקבלה של התא המשפחתי עלולים למצוא את עצמם ללא מסגרת תומכת בגיל צעיר. עבורם, קיים סיכון מוגבר לחיכוך עם המערכת הפלילית, סיכון שהוא תוצר של דחיקתם לשוליים החברתיים של עוני, העדר קורת גג וזנות. טרנסג'נדרים שמאבדים את התמיכה המשפחתית בגיל צעיר, נפגעים ממערכת החינוך, נתקלים בהמשך גם באפליה בוטה במקומות העבודה, שאינם מכבדים את זהותם ובסרוב טרנספובי להשכיר להם דירות. הקושי הכלכלי, שגדל עוד בעקבות העלויות הגבוהות של הליכים הרפואיים להתאמה מגדרית וחוסר הנגישות שלהם במסגרת סל הבריאות, פותח מעגל של ביצוע עבירות כדי לשרוד, ובעקבות זאת מעצרים, הרשעות וכליאה.

¹ סקר נציבות שוויון ההזדמנויות בתעסוקה, 2014

² סקר הדיר של מעברים, 2015

³ Grant et al., 2011; Grossman & D'Augelli, 2006; Whittle et al., 2007

⁴ סקר נציבות שוויון ההזדמנויות בתעסוקה, 2016

⁵ Grant et al, 2011

23. על רק מצב המצוקה הקיצוני בו מצויים לא פעם טרנססים/ות מובנת התופעה של פנייה של חלקם לזנות לצורך הישרדות. זירת הזנות, שהאלימות והפשעה כרוכים בה ממילא באופנים ודינמיקות שונות, ובמיוחד כלפי טרסים/ות שחשופים עוד יותר מאחרים/ות לאלימות מצד לקוחות. ואכן, חיפוש במאגרים המשפטיים ילמד כי הרוב המוחלט של ההליך בהם היו מעורבים טרנסגי'נדרים בישראל קשור באישומים כלפי צרכני זנות שתקפו טרנסגי'נדריות, או באישומים של טרנסגי'נדריות שתקפו צרכני זנות (ראו לדוגמה, עת"א (מרכז) 26381-11-15 **אוזן נ' שירות בתי הסוהר** (24.1.2016) שם הנאשמת גנבה מלקוח כסף ושרטה אותו בפניו לאחר שסירב לשלם לה את הסכום שסוכם מראש, מש"גילה" שהיא טרנסגי'נדרית ות"א 3300/03 **מדינת ישראל נ' מנסי** (1.8.2003) שם הנאשמות הואשמו בתקיפה בנסיבות מחמירות של לקוח, שנהג בהן לדבריהן באופן מחפיר).
24. בהקשר זה, על פי הנתונים החלקיים העולים מתשובת המשיב 1 לבקשת חופש מידע שהופנתה אליו בעניין, עולה כי בשנים 2014-2016 הוחזקו לכל הפחות 28 עצורים, אסירים, עצורות ואסירות טרנסגי'נדריות במתקני כליאה של שב"ס. עוד יצוין כי מהתשובה האמורה עולה ששב"ס אינו מבצע כל רישום בנוגע לאחזקה של אסירים ואסירות טרנסגי'נדרים במתקני הכליאה, אינו מבצע מעקב אחר אורך תקופת האחזקה בבידוד, ואינו מקיים כל הליך יעודי לבחינת תנאי הכליאה של אסירים אלו.
- נספח 1:** תשובה של המשיב 1 מיום 18.1.2017 לפניית חופש מידע בקשר עם מספר האסירים הטרנסגי'נדרים במתקני שב"ס.

ב.2. העדר נהלים וחוסר עקביות בהשמת טרנססים/ות במתקני כליאה

25. למיטב ידיעת העותרים, ההסדר היחיד של שב"ס העוסק בעצירים ואסירים טרנסגי'נדרים הוא נוהל ביטחון בעניין זה, שמעולם לא פורסם ואינו גלוי לציבור.
26. בהמשך לכך, אין ספק כי מדיניות שב"ס לגבי השמה וכליאה של טרנססים/ות לא מעוגנת בפקודה, או בנוהל פומבי כלשהו.
27. הביטוי הישיר היחיד לנוהל (ולמעשה, הפעם הראשונה והיחידה שקיומו של נוהל זה נחשף) היה בפסק דינו של של בית המשפט העליון במסגרת ע"פ 5833/12 **פלוני[ת] נ' מדינת ישראל** (12.9.2013) (להלן: "עניין פלונית"), כשבמהלך הדיון, עלתה שאלת השמתם של טרנססיות/ות במתקני כליאה ואחזקתם בבידוד. לאור מרכזיות הנוהל לענייננו, נביא את התייחסותו של השופט ג'ובראן, במסגרת דעת היחיד שלו בהליך, במלואה:

"על פי הודעת שירות בתי הסוהר שהוגשה לבקשתנו, עתידה המערערת 1 להיות מוחזקת בכלא נשים **ובבידוד מלא**, לכל הפחות בתחילת תקופת ריצוי עונשה. החזקתה בתנאים אלו נובעת ממדיניות שירות בתי הסוהר לגבי כליאה של אסירים טרנסגי'נדרים, כפי שפורטה בהודעת המשיבה מיום 27.12.13 לפיה:

"1. שב"ס הוא ארגון כליאה, האמון על החזקת אסירים – גברים ונשים. לאורך השנים נדרשנו וקלטנו אסירים שונים אשר זהותם המינית אינה חד משמעית, או כאלה אשר שינו זהותם המינית".

2. נוהלי שב"ס מפרטים אופן אחזקת אסירים אלו. במידה ומדובר באסיר אשר עבר שינוי זהות וכיום הינו בעל זהות מינית ברורה וחד משמעית (כולל ניתוח) יוחזק האסיר בהתאם לזהותו המינית המוצגת כיום. אסיר המצוי בשלבים כאלה ואחרים

לשינוי זהותו המינית וזהותו המינית אינה חד משמעית יוחזק בהתאם לנתוניו
בבי"סר לנשים/ גברים.

3. בכל מקרה בו מתקבל אסיר אשר זהותו אינה חד משמעית נדרשת החזקה בתנאי

הפרדה וזאת מחשש לפגיעה באסיר או באסירים בסביבתו.

4. תנאי הפרדה אינם תנאים מקלים עם האסירים בעצם בידודם ואי יכולת
הטמעתם בפעילויות השונות המתנהלות בכלא (יציאה למרכז תעסוקה, חינוך וכו').
לאורך השנים פעלו ככל הניתן להקל על אסירים אלו תוך גילוי רגישות לנסיבות
ולהשלכות על המצב בו נתון האסיר.

5. במקרה הנדון – לאור העובדה שהנ"ל טרם עבר ניתוח לשינוי זהותו המינית
ומוגדר עדיין כאשה, יוחזק בביס"ר נווה תרצה, בשלב ראשון באגף הפרדה.
בהמשך, ובהתאם לנתונים תישקל הוצאתו מהפרדה. [...]"

28. יודגש – כי למיטב ההבנה האמור לעיל אינו ציטוט של הנוהל עצמו, אלא המידע שמסר
המשיב 1 אודות הנוהל לבית המשפט.

29. בהקשר זה, ככל שניתן להבין, הנוהל קובע כי מקום בו עברה טרנסג'נדרית ניתוח תחתון
להתאמה מגדרית, היא תוחזק בכלא נשים, ולהיפך.

30. המקרה הנפוץ יותר, בו לא עברה הטרנסג'נדרית ניתוח תחתון (הזוכה בנוהל ובתשובה לתיאור
המעליב והפוגעני "זהות מינית לא חד משמעית"), יביא לתוצאה שהאסירה תוחזק "בהתאם
למאפייניה".

31. הנוהל לא מפרט מי יערוך את "בדיקת המאפיינים", מהם המאפיינים שיבדקו, האם ינתן
משקל לתפיסתה העצמית של העצורה או האסירה וכיו"ב.

32. בדומה, הנוהל, למיטב הידיעה, לא מפרט מי יבצע חיפוש על גופה של אסירה טרנסג'נדרית,
ואינו מבטיח התייחסות לאסירות ועצירות טרנסג'נדריות בהתאם לזהותן המגדרית.

33. לצד זאת, הנוהל קובע ככלל גורף כי כל העצירות והאסירות הטרנסג'נדריות שלא עברו ניתוח
לשינוי איבר המין יוחזקו בהפרדה. בפועל, פעמים רבות גם מי שעברה ניתוח תחתון להתאמה
מגדרית מוצאת את עצמה מוחזקת בתנאי הפרדה ובידוד.

34. שאלת קיומו של הנוהל האמור התעוררה פעם נוספת בעת"א (מרכז) 26381-11-15 **אוזן נ' שירות בתי הסוהר** (24.1.2016) שם עתרה עותרת שהוחזקה בנווה תרצה נגד אחזקתה
בבידוד. בית המשפט ביקש במישרין לדעת האם קיים הנוהל האמור, אך גם לאחר שנתן
למשיב הזדמנות להגיש כתב תשובה מתוקן, לא הוגש הנוהל האמור לבית המשפט.

35. יצוין כי באותו מקרה, העולה מפסק דינו של השופט שהם בערעור על גזר הדין, ומפסק דינו
של בית המשפט המחוזי באותו עניין, כי המערערת שהתה פרק זמן של **78 ימים בבידוד מלא!**
במעצר (לא צוין האם הוחזקה במתקן לגברים או לנשים). לאחר מכן, עולה כי **לכל הפחות**
בשנה הראשונה למאסרה הייתה המערערת בהפרדה כמעט מוחלטת, שתוארה בפסק הדין
כך "המערערת מצויה בהפרדה מאסירות אחרות בהיותה טרנסג'נדרית, והיא אינה מועסקת
בכלא ואינה משולבת במסגרות השונות במתקן הכליאה (ע"פ 2734/14 **אוזן נ' מדינת ישראל**
13.8.2014) (להלן: פרשת **אוזן**). מעתירת האסיר שהוגשה כשנה לאחר פסק דינו של בית
המשפט העליון, ניתן ללמוד כי גם בהמשך הוחזקה העותרת בהפרדה באגף הבידוד במשך 12

שעות ביממה (בין השעות 20:00 ל-8:00), וכי על פי טענתה, היא הוחזקה בפועל בהפרדה באגף הבידוד 16 שעות ביממה.

36. הלכה למעשה, למיטב ידיעת העותרים, שמצויים בקשר עם רבות ורבים בקהילה הטרנסגינדרית, אין כל שיטתיות במדיניות ההשמה של טרנסגינדרים וטרנסגינדריות במתקני מעצר ומאסר.

37. כך, לדוגמא, העותרת 1 עצמה הוחזקה בתקופת מעצרה בצינוק במתקן הכליאה לגברים "אוהלי קידר" ונערכו עליה חיפושים בשלבים שונים על ידי סוהרים וסוהרות.

38. לצד זאת, בהתאם לתשובה שהתקבלה לפנייה המקדימה לעתירה זו, כל האסירים והאסירות הטרנסגינדרים מוחזקים בהפרדה / בידוד, לרבות מי שעברו ניתוח תחתון להתאמה מגדרית.

39. יצוין כי תמונה זו אף עולה בעקיפין מהפסיקה שעניינה ההלכה שנקבעה על ידי בית המשפט הנכבד, שיש לתת משקל למצב המצוקה הייחודי של נאשמים טרנסגינדרים ונאשמות טרנסגינדריות במסגרת השיקולים לעונש, ובפרט, לתנאי המשמורת שלהם (וראו בהקשר זה: ע"פ 6819/14 פלונית נ' מדינת ישראל (1.2.2015) שם קיצר בית המשפט העליון עונש מאסר בפועל שהוטל על הנאשמות לתקופה של 6 חודשים והורה על ריצוי העונש בדרך של עבודות שירות, בין היתר נוכח תנאי הכליאה הקשים הצפויים למערערות, וכן ראו פרשת **אוזן** שם נקבע כי על הערכאה הגוזרת את הדין החובה לשקול את תנאי האחזקה של הנאשמים במשמורת במסגרת השיקולים לעונש).

40. עוד יצוין, כי לצד ההשלכות הקשות של האחזקה בבידוד כשלעצמה, לאחזקה בתנאי בידוד השפעה מיידית וישירה על הסיכויים של האסיר להשתחרר בשחרור מוקדם. כך, במסגרת השחרור המוקדם נדרש האסיר להשתתף במסגרות טיפוליות, נבחנת יכולתו להשתלב בעבודה וכדומה. השהות בבידוד פוגעת במישרין ביכולתו של אסיר להראות התקדמות טיפולית מספקת הדרושה לצורך שחרור מוקדם (וראו התייחסות לעניין זה בת"פ (י-ם) 52704-08-15 מדינת ישראל נ' פלוני (13.12.2015)).

3.ב. השתלשלות העניינים בעניינה של העותרת 1

41. העותרת נעצרה על רקע סכסוך עם שכנה באזור מגוריה ביום 15.4.2016 והוחזקה תחילה במעצר ימים עד ליום 18.4.2016. עם כניסתה למעצר, הושמה העותרת במתקן המעצר לגברים "אוהלי קידר", והיא הוחזקה בצינוק (המכונה "חללית"). לאחר 3 ימים בצינוק שוחררה העותרת למעצר בית.

42. במסגרת הדיון בעניין בקשת המדינה למעצרה של העותרת עד תום ההליכים תיארה העותרת את תנאי מאסרה כך:

"כאישה טרנסגינדרית בבית הסוהר שוטרים מטרידים אותי על איבר המין שלי, שואלים אותי אם יש לי זין או כוס, אני ישנה בצינוק כי אני לא יכולה להיות עם נשים או עם גברים. אתמול בית המשפט הורה שאני אקבל טיפול ולא קיבלתי את הטיפול. אין לי משפחה, יש לי כלבים וחתולים שאני צריכה לדאוג להם וכרגע אין מי שיטפל בהם.

אני לא התקלחתי כבר שלושה ימים כי אין לי בגדים".

נספח 2: פרוטוקול הדיון מיום 17.4.2016.

43. בהמשך, ביום 1.6.2017 נעצרה העותרת פעם נוספת בשל הפרת תנאי מאסר הבית. בפעם זו הוחזקה העותרת בתא בידוד (בשונה מצינוק) בבית המעצר אוהלי קידר.

44. לאחר מספר ימים מעצר נוספים, במסגרת הדיון בבקשת המדינה למעצר עד תום ההליכים, תיארה העותרת את מעצרה באופן הבא:

"אני לא יכולה להיות במעצר, אני כל היום לבד, אני מתחרפנת, ואני הופכת להיות גבר, לא נותנים לי טיפולים, אני לא מקבלת את ההורמונים שלי".

נספח 3: פרוטוקול הדיון מיום 2.6.2016.

45. שמיעת התיאור של העותרת את ימי אחזקתה בצינוק קשה ביותר. שעות ארוכות עברו עליה בתא מנותק מהעולם, בתנאים חמורים אפילו מבידוד רגיל. גברים ערכו את החיפושים בגופה עם כניסתה ויציאתה ממתקן הכליאה. היא חוותה השפלות. מזון המותאם לצו מצפונה, קרי מזון שאינו מן החי, לא סופק לה, והיא לא קיבלה את התרופות אותן היא נוטלת, לרבות ההורמונים הדרושים לה, חרף הנחיות גורמי הרפואה.

46. כך תיארה, במילותיה שלה, העותרת 1 את חוויותיה מתקופת ההחזקה בצינוק:

"כולאים אותי בתא מטר על מטר בלי שירותים בפנים שאני לא יכולה לשכב בו כי אני 1.85 והתא הוא מטר על מטר, אז יש מעין ספסל בטון, יש מעין מעקה בטון מובנה כזה, שזה מה שיש. משמגיעים לשם, משאני ערה אני מגיעה לשם בשבע עד שלוש שאני עולה לדיון. אותו דבר ביום השלישי, אותו דבר ביום השני, בלי אוכל, אין תזונה טבעונית, אין מקלחת שלוש ימים אין טיפול תרופתי..

בכל הצינוק היה את הסמל המגדרי העגול הזה, עיגול עם שלושה חיצים שאחד מהן הוא צלב, חץ, וחץ עם קו [הסמל הטרנסי - ♀ - הח"מ] וזה חרוט על הקיר בדם שטרנסיות הוציאו לעצמן מהאצבעות, כי בצינוק אין סיגריות אין כלום, שום דבר שאפשר לחרוט איתו. יש כיתוב Freedom to transsexual על קיר הצינוק, שנחרט בדם של ידיים של טרנסית אני מניחה, ועוד פעם, עוד כיתוב בדם 'אחותי את לא פה לבד, תעצמי עיניים תזכרי שאני פה איתך גם אני עברתי את זה...! הכל על קירות הצינוק.

באוהלי קידר אני מגיעה.. ואז מכניסים אותי לצינוק.. אני שואלת למה אני הולכת לצינוק למה לא שמים אותי עם נשים או עם גברים 'אנחנו מגנים עליך מפני עצמך ואנחנו מגנים עליך מפני נשים או גברים שתהיי איתם בתא **ואני מודיעה שאני לא זקוקה לשום הגנה, לא מעצמי אני לא מתכוונת להתאבד**.. למה אתם שמים אותי בתא בידוד? ואפילו זה לא תא בידוד, זה צינוק בלי חלונות, בלי פתחי אוורור, חדר שהוא לכל היותר איזה חמש מטר כזה בצורה מרובעת, מזרן על הרצפה, בלי מיטה בלי כלום, פשוט על הבטון בור שפכים שזה שירותים כזה, אין מקלחת ואין כלום וסוגרים אותי שם...

בשלבים מסוימים, מרוב כאב פיזי פשוט ניסיתי לפגוע בעצמי, ניסיתי לפגוע בעצמי והתחלתי להטיח את הראש בקירות של הדלת..

אני מסגירה את עצמי.. [אחרי הפעם תנאי מעצר הבית – הח"מ] שוב פעם אני מגיעה לכלא והפעם קורה משהו מסוים, אני נכנסת לעובדת הסוציאלית כשרושמים אותי... הקמ"ן מקבלת אותי ואומרת 'קדימה, לחללית', שחללית זה כינוי לצינוק בעצם. ואני רואה את העובדת הסוציאלית ואני אומרת לה אפשר להיכנס אליך? היא אומרת לי כן, ואני מתחילה לבכות ולהשתטח ולהגיד לה בבקשה, אל תשלחי אותי לצינוק... והיא מחליטה לשלוח אותי לתא בידוד שהוא לא הצינוק. הוא מזוויע לא פחות אבל יש דלת פתוחה, אפשר לדבר עם הסוהרים עם האסירים, זה לא צינוק... זה היה יותר קל, קצת יותר קל מהצינוק והכל, כי לא הייתי סגורה כמה ימים בלי לראות אדם.. [במסגרת הדיון על חלופת המעצר – הח"מ] כשהיא [השופטת שטרית- הח"מ] באה לסגור ולשלוח אותי חזרה למעצר עד תום ההליכים לצינוק אני קמה ואני מתחילה לבכות ואני מתחננת, נותנת את כל מה שיש לי ואני אומרת לה גברתי, אני אשה כמוך, אל תשלחי אותי לבידוד, אני מתחננת אליך, שימי אותי עם גברים שימי אותי עם נשים.. אני מוקעת חברתית, בבקשה.

הם שואלים אותי תגידי יש לך איבר מין נשי? את מנותחת? את לא מנותחת? אני אומרת לה [לחוקרת – הח"מ] זה לא רלוונטי, היא אומרת זה כן רלוונטי שנדע איפה לשים אותך...

אני אומרת לה.. והיא לא אומרת לי את הולכת לבידוד, אבל כשאני מגיעה כבר לכלא אני מבינה שאני הולכת לבידוד, ואני חושבת שאני אהיה בתא בידוד אבל פתוח, עם משהו, אבל לא, נזרקתי לצינוק כי לא היו תאי בידוד פנויים.

לפני הספירה שמים אותי במעין ממש כמו כלוב כזה של בעלי חיים, אין לי דרך אחרת לתאר את זה כי זה כלוב פתוח ואני שומעת את הסוהרים שהם נמצאים קדימה ממני, 'צריך לבדוק את זה שחצי-חצי, את הגבר', ואז הם כאלה נבוכים ביניהם ומתחילים להתגלגל מצחוק ולהריץ דחקות על מי יבדוק אותי 'לא אני לא בודק, אחי, אני לא זה...' ואני שומעת את כל זה מתנהל נגדי..

צינוק זה עונש, זה לא בידוד, תא בידוד זה תא עם חלון, זה תא אחר. צינוק זה צינוק. הענישו אותי לא מידתית, הפרו את כל זכויות האדם כלפיי" (מתוך ראיון שערכו עו"ד קטרי וקלעי, הח"מ, יחד עם גב' ליהי יונה לעותרת).

47. על רקע זה, ומשהתברר כי חרף פסיקתו של בית המשפט הנכבד, שיש להפסיק את הפרקטיקה של כליאה טרנסג'נדרית וטרנסג'נדריות בבידוד, לא חל כל שינוי בנהלים, פנו העותרת, יחד עם ארגון טרנסג'נדרים למען צדק חברתי, ואגודת הלהט"ב, למשיבים בדרישה לבטל את הנוהל (הסודי) מכוחו מוחזקים אסירים טרנסג'נדרים בבידוד, ואת הפרקטיקה הקשה והחמורה הנובעת ממנו.

נספח 4 : פניה מיום 21.8.2016.

48. ביום 1.9.2016 השיב המשיב 1 לפניה אליו בתשובה קצרה, הנדמית כאילו ניתנה כדי לצאת ידי חובה.

נספח 5 : תשובת המשיב 1 מיום 1.9.2016.

49. המשיב 2 לא השיב כלל ועיקר עד ליום זה, למעט אישור על קבלת המכתב.

נספח 6 : אישור קבלה מטעם המשיב 2.

50. על רקע זה מוגשת העתירה דנן.

ג. הטיעון המשפטי

51. עניינה של העתירה הנוכחית במדיניות המשיב בכל הנוגע לאחזקה של אסירים טרנסג'נדרים ואסירות טרנסג'נדריות במשמורתו. כפי שיפורט להלן, מדיניות המשיב פוגעת בזכויות חוקתיות מוגנות באופן שאינו מידתי, חורגת בצורה קיצונית ממתחם הסבירות, ומהווה ענישה אכזרית שיש לאסור עליה.
52. טרם נפנה לטיעון המהותי, נעמוד בקצרה על המסגרת נורמטיבית של החזקת אסירים בהפרדה ובבידוד ועל המסגרת הפרוצדורלית של נוהל השב"ס בקשר עם אחזקתם של אסירים טרנסג'נדרים בכלא.
53. נוכח מורכבות העניין, ועל מנת להבהיר את הדברים, יהיה דרך הילוכנו כמפורט להלן.
54. **בחלק העוקב, ג.1.** נעמוד על המסגרת הנורמטיבית החלה בנסיבות העניין.
55. **לאחר מכן, בחלק ג.2.** נעמוד על הטעמים לבטלותו של הנוהל הנוכחי להחזקת אסירים טרנסג'נדרים ואסירות טרנסג'נדריות בכלא.
56. במישור **החוקתי** - נראה כי מדיניות השיוך של אסירים טרנסג'נדרים ואסירות טרנסג'נדריות לבתי כלא היא מדיניות הפוגעת בזכות החוקתית לשוויון ולכבוד, וכן נראה כי המדיניות של אחזקת אסירים טרנסג'נדרים בבידוד לאורך תקופת המעצר (ופרט – מעצר עד תום ההליכים) והמאסר היא מדיניות הפוגעת בזכות החוקתית לשוויון ולכבוד. נראה כי פגיעה זו אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, ומשכך, על יסוד הפגיעה הבלתי חוקתית בזכויות חוקתיות, דינו של הנוהל בטלות.
57. במישור **המנהלי** - בהקשר זה, נעמוד על כך שהנוהל בטל מהטעם שמדובר בחקיקה נסתרת, מהטעם שלא התקיים הליך מנהלי כלשהו וודאי שלא הליך מנהלי תקין טרם קבלתו, ומהטעם שהוא חורג בצורה קיצונית ממתחם הסבירות.
58. **בחלק השלישי, ג.3.**, של טיעוננו המשפטי, נטען כי ככל ששב"ס אינו מסוגל לספק תנאי מעצר ומאסר הולמים, שלא בבידוד וללא סיכון והשפלה על רקע זהות המגדר, חלה על המדינה חובה לספק לאוכלוסיה זו חלופות מאסר. במילים אחרות, נטען כי תנאי לביצוע פסק דין של מאסר בפועל מאחורי סוגר ובריח הוא שהמאסר לא יבוצע בתנאים של בידוד והפרדה רק בשל זהות המגדר של העציר או האסיר.

ג.1. המסגרת הנורמטיבית הכוללת

ג.1.א. הזכות לשוויון של טרנסג'נדרים וטרנסג'נדריות

59. הזכות לשוויון של קהילת הלהט"ב בכללותה, ושל טרנסג'נדרים וטרנסג'נדריות בפרט, הוכרה במפורש כבעלת מעמד חוקתי על-חוקי.
60. כך, קבע בית המשפט הנכבד בפרשת **פלוני** כי:

"הזכות לשוויון של טרנסג'נדרים, בדומה לזכות החוקתית לשוויון של חברי הקהילה הגאה, היא זכות חוקתית מוגנת, מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ורא עוד ע"פ 5833/12 **פלוני נ' מדינת ישראל** (12.09.2013); סע"ש (ת"א) 791-06-13 **משל נ' המרכז לטכנולוגיה**

חינוכית (13.5.2014); ע"מ 343/09 **בית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים** (14.9.2010).

61. בהמשך אותה הפרשה הבהיר בית המשפט כי תחולת השוויון אינה תלויה בביצוע הליך פיזיולוגי, הורמונאלי או כירורגי, וודאי שאינה תלויה בשלב שבו מצוי אדם בהליך מסוג זה, אם בחר לעבור אותו. כך, ציין כבוד השופט גיזבראן כי:

"הגנתה של הזכות לשוויון נפרשת לא רק על מי שהשלים את תהליך השינוי המגדרי. הקשיים החברתיים והמשפטיים שעמם נדרש הטרנסג'נדר להתמודד אינם תלויים במידת השלמת תהליך פיזיולוגי לשינוי המין. עצם אי ההכרה בזהות המגדרית של הפרט, כפי שהוא רואה אותה, היא פגיעה בזכות לשוויון (פרשת פלונית, פסקה 5).

62. עמדה זו, המתמקדת בהבטחת שוויון הזכויות המהותי של מי שמשלם מחירים חברתיים בשל אי התאמה לנורמות מקובלות של זהות מגדר, מעוגנת היטב בספרות המקצועית. יפים לעניין זה דבריו של קטרי בציינו כי:

"הזכות לממש זהות מגדרית מצויה בלבה של זכות האדם לחירות ואוטונומיה, ועל מנת לגבש באופן מלא את הזכות לחירות על האדם להיות מסוגל להחליט על מגדרו בעצמו" (עידו קטרי "על צומת דרכים: מפגשה של הקהילה הטרנסג'נדרית עם מערכת המשפט" בתוך **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 727 (עורכים: עינב מורגנשטרן, יניב לוינסקי ואלון הראל)).**

63. בהמשך לכך, מזה שנים ארוכות מתקדמות מרבית מדינות העולם המערבי למדיניות שבמסגרתה די יהיה בהצהרתו של אדם על מנת להביא לתיקון התעודות הרשמיות בעניינו ולרישום הזהות המגדרית האמיתית שלו. זהות מגדרית זו אינה תלויה בשינוי פיזיולוגי, וודאי שאין לה קשר הכרחי לביצוע ניתוחים לשינוי אברי המין. כך לדוגמא, קבע בית המשפט האירופאי לזכויות אדם כי החובה להכיר ולהגן על טנסג'נדרים מפני אפליה מקורה בזכות לאוטונומיה בסעיף 8 לאמנה האירופאית לזכויות אדם (**ECoHR, Christine v. U.K.**) (judgement, 35 E.H.R.R 18 (2002)).

64. בהקשר זה, בשבועות האחרונים חידד בית הדין האירופאי לזכויות אדם ופסק בצורה מפורשת כי **התניית הזיהוי של אדם בזהות המגדר העצמית שלו בביצוע פרוצדורה רפואית בלתי הפיכה (דוגמת ניתוח תחתון להתאמה מגדרית) עומדת בניגוד לאמנה האירופאית לזכויות אדם ואסורה** (פסק הדין זמין נכון להיום רק בצרפתית - **AP, Garcon, and Nicot v. France** (6.4.2017), תקציר של פסק הדין באנגלית מופיע כאן - <https://sandraduffy.wordpress.com/2017/04/14/ap-garcon-and-nicot-v-france-ecthr-ends-forced-sterilisation-on-transgender-persons>).

65. בדומה, אף בתי המשפט המדינתיים החלו מכירים בזכות להגדרה עצמית של טרנסג'נדרים, כזכות הנובעת מהזכות לאוטונומיה (**nsw registrar of births deaths and marriages v**) **Norrie** [2014] HCA 11 - Article 8 Article 6 - **Van Kück v. Germany** - 35968/97 ; וראו עוד, בעניין זה HUDOC ; Laura K. Langley, Self-Determination in a Gender

Fundamentalist State: Toward Legal Liberation of Transgender Identities, 12 **Tex. J. on C.L. & C.R.** 101, 132 (2006); חגי קלעי, "אלעד רוט לא הומו: התיאוריה הקווירית בפרקטיקה המשפטית" **מעשי משפט** ד, 167, 171-173 (2011).

66. בדומה לזכות לשוויון של כל קבוצה אחרת, משמעותה המעשית של הזכות היא במישור השלילי והחיובי כאחד. הזכות לשוויון אוסרת על כל יחס לטרנסג'נדר שיש בו משום הכבדה נוספת עליו, פגיעה בו או התייחסות שונה אליו בשל היותו טרנסג'נדר. במישור החיובי, מחייב השוויון המהותי כי המדינה תקצה משאבים ייעודים על מנת להבטיח כי הביטחון הפיזי והחברתי של חברי קהילת הלהט"ב, ופרט – טרנסג'נדרים וטרנסג'נדריות, יהיה דומה לאלו של הציבור הכללי.

ג.1.ב. אחריות שירות בתי הסוהר להגן על רווחתם של אסירים טרנסג'נדרים

67. הלכה מקדמת דנה, כי אין בכניסתו של אדם לבית העצורים, או לבית הכלא, כדי לשלול ממנו את זכויות האדם שלו, למעט הזכות לחירות, והאפשרות לממש חלק מהזכויות בשל שלילת החירות, ובלשונו של בית המשפט הנכבד: "כלל גדול בדינו הוא, כי כל זכות מזכויות האדם באשר הוא אדם שמורה לו, גם כאשר נתון הוא במאסר או במעצר, וכי אין בעובדת המאסר או המעצר בלבד כדי לשלול הימנו זכות כלשהי, אלא כאשר הדבר מחויב ונובע מעצם שלילת חופש התנועה שלו; או כאשר מצויה על כך הוראה מפורשת בדין" (בג"ץ 5304/15 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל** (11.9.2016) פסקה פה. לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (להלן: פרשת **ההסתדרות הרפואית**), וראו עוד ע"א 4463/94 **גולן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד (4) 136 (1996)).

68. מצידו השני של המטבע, שלילת החירות של אסירים והיותם במשמורת שב"ס מחייבת את שב"ס לספק את כל צרכיהם ולהקפיד, קלה כבחמורה, על זכותיהם של עצירים ואסירים. במסגרת זו, על דרך שגרה, נדרש שב"ס להתמודד עם צרכים מורכבים של אסירים, ולספק אותם. כך, חובה על שב"ס לספק את הצרכים הרפואיים של אסירים, חובה עליו לספק לאסירים מזון מזין, חובה עליו להבטיח את שלומם ובטחונם של אסירים וכיו"ב.

69. אסירים טרנסג'נדרים, ככל אסיר אחר, זקוקים בראש ובראשונה לביטחון אישי. משימה זו מוטלת על שב"ס ביחס לכלל האסירים, והוא מבצע אותה נאמנה. שב"ס מבטיח את בטחונם של אסירים מבוגרים וזקנים, את בטחונם של אסירים חולים, את בטחונם של אסירים נכים, את בטחונם של אסירים מכורים לסמים, את בטחונם של אסירים בטחוניים, את בטחונם של אסירים מכורים לאלכוהול, את בטחונם של אסירים בעלי מחלות נפש, את בטחונם של אסירים הומוסקסואלים, ביסקסואלים ואסירות לסביות וביסקסואליות, ועוד ועוד.

70. בדומה, שב"ס פועל להבטיח כי לא ישהו באותו האגף (ולעיתים – לא באותו בית כלא) אסירים המסוכסכים זה עם זה, שב"ס פועל להבטיח שלא ישהו באותו אגף, אסירים ממחנות פוליטיים יריבים (לדוגמא אסירים משויכי פת"ח ואסירים משויכי חמא"ס), אסירים המזוהים עם חמולות מסוכסכות, אסירים המשתייכים למשפחות פשע יריבות וכדומה.

71. **בשום מקרה שב"ס אינו קובע באופן קטגורי כי רק בשל השתייכות של אדם פלוני לקבוצה זו או אחרת, ישהה הוא את מלוא מאסרו בבידוד או בהפרדה (וכפי שנראה בהמשך הדברים, אף לו היה קובע שב"ס כך, היה מדובר במדיניות לא חוקית).**

72. בידי שב"ס ארסנל כלים רחב ביותר להבטחת בטחונם האישי של האסירים. שב"ס יכול להעביר אסיר ממתקן כליאה בו נשקף סיכון למתקן כליאה מסוכן פחות; שב"ס יכול להעביר אסירים בין אגפים; שב"ס יכול לצוות חברים לתא המעונוניים לשהות ביחד באותו התא; שב"ס יכול לאפשר לאסיר לשהות לבד בתא בתוך האגף וכדומה.
73. בהקשר זה יש להדגיש ולהבהיר – שב"ס מקיים מידי יום הערכה אינדיבידואלית של הסיכון הנשקף מאסירים והסיכון הנשקף לאסירים. על יסוד הערכה אינדיבידואלית זו בוחן שב"ס האם יש סיכון ממשי לבטיחותו של האסיר הספציפי. ככל שנמצא שיש סיכון כלשהו לבטיחותו של האסיר, בוחן השב"ס את האפשרויות להבטחת בטיחותו, לרבות העברת מתקן כליאה או אגף, אחזקה בתא נפרד בתוך האגף וכדומה.
74. כפי שיתואר בחלק העוקב להלן, רק במקרה שבו שב"ס מצא על יסוד הנתונים הספציפיים של אסיר זה או אחר כי לא ניתן לאיין את המסוכנות הנשקפת לו בכל דרך למעט החזקה בהפרדה, רשאי הוא להורות על החזקה בהפרדה, ומקום בו משך זמן ההחזקה בהפרדה עולה על 6 חודשים, חייב הוא לקבל את אישורו של בית המשפט להמשך ההפרדה. גם במצב זה, נקודת המוצא תהיה שההפרדה זמנית וקצרה ככל הניתן, וכי יש להעדיף הפרדה זוגית על פני הפרדת יחיד.
75. נדגיש כי למצב בו קבוצת אסירים מוחזקת באופן קטגורי בהפרדה על יסוד זהותם, ללא בחינה אינדיבידואלית וללא בחינת חלופות הוא מצב שאין לו אח ורע.
76. בהמשך לאמור, חובות שב"ס כלפי האסירים אינן מסתכמות בהבטחת בטיחותם בלבד. שב"ס חב כלפי האסירים באספקת שירותי בריאות, תרופות, מזון, מלבוש, גישה לערכאות ויתר זכויות בסיסיות.
77. בהקשר לאסירים טרנסג'נדרים ואסירות טרנסג'נדריות, משמעות הדבר היא שחובה על שב"ס לאפשר להם את הליווי הרפואי הדרוש של גורמים בעלי הידע והמומחיות בתחום, וכן חובה על שב"ס לספק הורמונים ולתת מענה לצרכים ייחודיים של אוכלוסיה זו.

ג.1.ג. הדין בעניין הפרדה ובידוד

78. פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971 (להלן: "פקודת בתי הסוהר", "הפקודה") מבחינה בין בידוד, שהוא אמצעי עונשי חמור ובין הפרדה, שמטרותיה מניעתיות.
79. **בידוד**. הבידוד, על פי סעיף 58 לפקודה, הוא אמצעי עונשי חמור, שרק הפחתת ימי שחרור חמור ממנו. ענישת אסיר שהורשע בעבירת בית סוהר בבידוד היא בסמכות קצין שיפוט. תקופת הבידוד מוגבלת ל- 14 יום לא רצופים (עד שבעה ימי בידוד ברצף והפסקה של שבעה ימים בין תקופות הבידוד).
80. **הפרדה**. אסיר בהפרדה מוגדר בפקודה כאסיר המוחזק בנפרד מכלל האסירים כשהוא לבדו בתא או עם אסיר או אסירים שגם הם בהפרדה. סעיף 119 לפקודה מגדיר רשימה סגורה של מטרות העשויות להצדיק הפרדה ומדגיש, כי **ההפרדה היא אמצעי שיינקט רק כשאינן דרך אחרת להשיג את המטרה**. הדגש על כך שהפרדה היא אמצעי חריג קיים גם בפקודת הנציבות 04.03.00 – החזקת אסירים בהפרדה (להלן: "פקודת הנציבות"), שמשקפת את מדיניות נציבות בתי הסוהר וקובעת: "**ההפרדה הינה אמצעי אחרון להשגת אחת המטרות המפורטות בסעיף 1.1 לפקודה זו**".

81. המטרות המנויות בסעיף הן: בטחון המדינה ובית הסוהר, מניעת פגיעה ממשית במשמעת ובאורח החיים התקין של בית הסוהר, שמירה על שלומם או בריאותם של האסיר או של אסירים אחרים, מניעת עבירות אלימות או טובתו של אסיר קטין.
82. הפקודה קובעת מדרג מפורט של סמכויות נושאי משרד בשב"ס להורות על הפרדה לתקופות באורך שונה, כשהתקופות נעות בין 12 שעות ועד חצי שנה או שנה (בתא לבד או עם אסירים נוספים בהתאמה). החלטה על הפרדה ליותר מ-14 יום יכולה להתקבל רק על ידי מי שהוסמך על ידי הנציב ודרגתו לפחות גונדר משנה, וזאת בתנאי שנועץ בגורמים מקצועיים. הפרדה לתקופות ארוכות מחצי שנה/שנה בהתאמה מחייבת החלטה של בית משפט. כל אלו נועדו למנוע "יד קלה על ההדק" בהחלטה על החזקת אסיר בהפרדה.
83. הארכת הפרדה מעבר ל-96 שעות מחייבת מתן אפשרות לאסיר להשמיע את השגותיו בעל פה ואם האסיר ירצה – גם בכתב (סעיף 19ד). ההחלטה על הפרדה חייבת להיות מנומקת ובכתב והעתקה צריך להימסר לאסיר.
84. הפקודה אינה כוללת הוראות ייחודיות לטרנססים/ות.
85. לגבי עצירים, תקנות בתי הסוהר, תשל"ח-1978 קובעות שהפרדת עצירים מותרת לצורך חקירה ורק כל עוד היא נחוצה לחקירה. הסמכות במקרה זה היא של הממונה על החקירה, לאחר שהתייעץ עם גורם בכיר בהתאם לתקנות. פקודת המטה הארצי של משטרת ישראל, "12.03.01 - הטיפול בכלואים בבית המעצר", כן מתייחסת ישירות לאסירים/ות טרנססים/ות. הם מוגדרים כאסירים טעוני הגנה והפקודה קובעת שיש לכלוא אותם בתאים נפרדים (סעיף 4(ב)(3)) לפקודה.
86. מדיניות שב"ס, כפי שהיא משתקפת בפקודת הנציבות היא שהשימוש בהפרדה יהיה קפדני וזהיר: "מכיוון שההפרדה מגבילה את תנועת האסיר וקשריו עם אסירים, השימוש בה יהיה קפדני וזהיר (סעיף 1.ג.ה)... לא יוחזק אסיר בהפרדה אם ניתן למנוע הצורך בהפרדתו באמצעות העברתו לבית סוהר אחר (סעיף 5.ג.א)". היא קובעת כי זכויות אסיר הפרדה יהיו כזכויות כל אסיר, בכפוף לאילוצים הנובעים מעצם ההפרדה. כך, למשל, צריכה להיקבע לאסיר בהפרדה תכנית לטיולים יומיים, שלא יפחתו משעה, בשעות היום המוארות.
87. החלטה על הפרדה, על פי פקודת הנציבות, יכולה להתקבל "לאור מידע או אירוע בו האסיר היה מעורב או ביוזמת משטרת ישראל לעצורי ימים לצורך חקירה". מכאן, שההחלטה על חייבת להיות החלטה פרטנית המתייחסת לאסיר מסויים.
88. פקודת הנציבות גם מרחיבה את דרישת הנמקת החלטת ההפרדה וקובעת בסעיף 5.ו. כי הפרדת יחיד מחייבת פירוט של סיבה מיוחדת המונעת החזקתו בהפרדה זוגית. נקבע עוד כי החזקת אסיר בהפרדה בתא בידוד היא רק כשלא נמצא תא הפרדה פנוי ולאחר שמפקד בית הסוהר קבע בכתב כי נבחנו כל האפשרויות האחרות (סעיף 5.יא).
89. המדיניות, המתייחסת להפרדה כאמצעי חמור, שיש לנקוט בו רק כאמצעי אחרון ועל בסיס שיקולים פרטניים לגבי האסיר, מתאיידת ככל שמדובר באסירים או עצירים טרנססים/ות.

ג.1.ד. כליאה בתנאי בידוד כרוכה בתנאים קשים וגורמת לנזקים חמורים

90. העותרת מתארת את שעבר עליה במהלך הבידוד כך:

"ממש התחלתי להתחרפן, הרגשתי ש... ואני אדם מאוד שפוי, אני אדם מאוד רציונאלי, התחלתי לאבד את השפיות.. לחשוב דברים.. לחנוק את עצמי, לדפוק את הראש בדלת.. זה דברים שאני לא אעשה לעצמי.. אם הגעתי למצב שאני פוגעת בעצמי, שאני מעדיפה למות, כנראה שחוויתי משהו מאוד חזק... היה פעם אחת כשבערב, כשכבר התחלתי לצרוח, ביום השני בצינוק, התחלתי לצרוח לבעוט בדלת, לקחתי סוודר, ואת התא אוכל למטה השאירו פתוח, לקחתי את הסוודר שהיה עלי קשרתי אותו לשם וקשרתי אותו לגרון חזק והם ראו את זה במצלמה, פשוט ניסיתי להתאבד לא הייתי מעוניינת לחיות בשום פנים ואופן או שאני יוצאת או שאני מתה..."

91. עדות זו, המצוטטת במאמרם של ליהי יונה ועידו קטרי ("אחותי את לא פה לבד": חווית של שונות מגדרית במערכת הענישה הפלילית", **משפט חברה ותרבות** 13 (להלן: **קטרי ויונה**)), עולה בקנה אחד עם דו"חות המצוטטים במאמר, שעסקו בהשפעות של בידוד על אסירים. דו"ח משנת 1996 של שירות בתי הסוהר והמשרד לבטחון פנים (להלן: **"דו"ח שב"ס"**) מצא כי **"להימצאות בבידוד יש השפעות כבדות משקל על מצבם הנפשי של האסירים, והיא לא אחת מביאה אסירים להתפרצויות פסיכוטיות"**. דו"ח לשכת היועץ המשפטי לממשלה בנושא הפרדת אסירים, 16.4.1996 (עמ' 11) מצא כי **"אסירים הנמצאים בבידוד לתקופות ארוכות סובלים מהשפעות פסיכולוגיות בלתי הפיכות"**. על פי המאמר, יש התאמה בין מסקנות אלו לממצאים בינלאומיים על השפעות פסיכולוגיות קשות של בידוד והפרדת אסירים.

92. דו"ח הסנגוריה הציבורית ("מופרדים מזכויותיהם – דוח הסנגוריה הציבורית בנושא החזקת אסירים בהפרדה" 2012), מפרט את התנאים הפיזיים הקיצוניים והקשים שבאגף ההפרדה ובתאי הבידוד, הכוללים חוסר קיצוני, היעדר זרימת אוויר בקיץ ותנאי קור קשים בחורף, תנאי סניטציה ירודים, היעדר אור מספק וכן תנאים מבניים הפוגעים בפרטיות האסירים (למשל, מקלחות, שאינן מופרדות מהתא, וממוקמות מול חלון בדלת הפונה למסדרון סוהרים) (שם, עמ' 11-16). כך לדוגמה בנווה תרצה, מתאר הדו"ח את אחד מתאי ההפרדה, שקירותיו מלוכלכים ומתקלפים ועליהם סימני חלודה. למקלחת אין וילון או דלת ולא ניתן להתקלח בפרטיות והאסירה השוהה בו דיווחה כי התא סובל מבעית הצפה חמורה. דו"ח הסנגוריה משנת 2015 מציין כי מרבית הבעיות שהועלו בדוח מ-2012 לא זכו למענה.

93. עוד מפרט הדו"ח כי חרף הוראות פקודת הנציבות, יש ליקויים רבים וחמורים בכל מה שקשור למחסור בטיפול סוציאלי ושיקומי ראוי לאסירים בהפרדה וכן בפעילויות תעסוקה, חינוך ופנאי ומחסור בטיפול רפואי זמין ובמיוחד מחסור בטיפול פסיכיאטרי, שחשיבותו גבוהה במיוחד לאור פוטנציאל הפגיעה הנפשית כתוצאה מההפרדה.

94. אלו התנאים בהם אסירים בהפרדה שוהים כ- 23 שעות ביממה.

95. לאור אלו, קובע דו"ח הסנגוריה הציבורית, כי בניגוד לפקודת הנציבות, על פיה זכויות אסיר בהפרדה יהיו כזכויות כל אסיר, בכפוף לאילוצים הנובעים מעצם ההפרדה, **"בפועל, שירות בתי הסוהר כמעט ולא נערך להנגיש שירותים ופעילות עבור אסירים הנמצאים בהפרדה ולצמצם בכך את השלכותיה ההרסניות"**.

96. המצב חמור עוד יותר מהמתואר לעיל, שכן העותרת שנעצרה בעקבות סכסוך שכנים ושהתה במעצר כמעט שבוע, לא הושמה בהפרדה ואף לא בבידוד אלא **בצינוק** בכלא הגברים 'אהלי

קידר' וזאת רק בגלל היותה אישה טרנסית! ומעדותה עולה בבירור, שמדובר בשגרה, שהיא אינה הטרנסית היחידה שבילתה בצינוק זה:

"בכל הצינוק היה את הסמל המגדרי העגול הזה, עיגול עם שלושה חיצים שאחד מהן הוא צלב, חץ, וחץ עם קו [הסמל הטרנסי – ♀], וזה חרוט על הקיר בדם שטרנסיות הוציאו לעצמן מהאצבעות, כי בצינוק אין סיגוריות אין כלום, שום דבר שאפשר לחרוט איתו. יש כיתוב Freedom to transsexual על קיר הצינוק, שנחרט בדם של ידיים של טרנסית אני מניחה, ועוד פעם, עוד כיתוב בדם 'אחותי את לא פה לבד, תעצמי עיניים תזכרי שאני פה איתך גם אני עברתי את זה...' הכל על קירות הצינוק."

ג.1.ה. המשפט הבין-לאומי מכיר בהשפעות השליליות של בידוד והפרדה ומטיל עליו מגבלות

97. ועדת האו"ם לזכויות אדם, קבעה כבר בשנת 1992, שבידוד ממושך של כלואים יכול להוות עינויים או יחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים.⁶

98. הקביעה אומצה על ידי העצרת הכללית של האו"ם בדצמבר 2015, במסגרת נוסח מתוקן של כללי הסטנדרט המינימלי לטיפול באסירים (הקרויים "כללי מנדלה", על שם נלסון מנדלה שהוחזק בכלא 27 שנים, חלקן בבידוד)⁷, מהווים תיקון לכללים שאומצו עוד בשנת 1955. בין התיקונים שנוספו לכללים נכללת התייחסות ישירה לבידוד והכרה בהשפעתו השלילית על האסירים.

99. כלל 43 קובע כך:

"1. In no circumstances may restrictions or disciplinary sanctions amount to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. The following practices, in particular, shall be prohibited:

(a) Indefinite solitary confinement;

(b) Prolonged solitary confinement;

... "

100. כלל 44 מגדיר כי הפרדה לתקופה של למעלה מ- 15 יום היא בגדר הפרדה ממושכת:

For the purpose of these rules, solitary confinement shall refer to the confinement of prisoners for 22 hours or more a day without meaningful human contact. Prolonged solitary confinement shall refer to solitary confinement for a time period in excess of 15 consecutive days.

101. כלל 45 קובע כי אין לנקוט באמצעי של הפרדת אסיר אלא במקרים חריגים, כאמצעי אחרון, ולזמן קצר ככל האפשר:

⁶ Castillo Petruzzi et al. v. Peru, Inter-American Court of Human Rights Series C No. 52 (May 30, 1999)

⁷ UN GA, 70th, 17/12/2015, A/Res/70/175, United Nations Standard Minimum Rules for the treatment of Prisoners (the Mandela Rules)

1. Solitary confinement shall be used only in exceptional cases as a last resort, for as short a time as possible and subject to independent review, and only pursuant to the authorization by a competent authority. It shall not be imposed by virtue of a prisoner's sentence.

102. בעקבות הגדרת הפרדה ממושכת כעינוי, יחס או עונש אכזרי – היא מהווה הפרה של ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם משנת 1949 ושל האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, שנכנסה לתוקף בישראל ביום 3.1.1992 סעיף 5 להכרזה וסעיף 7 לאמנה קובעים כי "לא יועמד אדם בפני עינויים, או בפני יחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים וא משפילים".

103. בהקשר זה נציין כי הפגיעה העודפת באסירים טרנסג'נדרים בשל זהותם המגדרית בתקופת מאסר הביאה לשינוי הדין, בחקיקה או בפסיקה, על מנת להבטיח את בטחונם, רווחתם וכבודם של אסירים טרנסג'נדרים ואסירות טרנסג'נדריות.

104. כך, לדוגמא, באגליה נכנסו ביום 1.1.2017 כללים חדשים להשמה והגנה על אסירים טרנסג'נדרים. במסגרת מסמך העקרונות, מצוין בין היתר כי לא נמצאו כל אינדקציות למסוכנות הנשקפת לאסירים טרנסג'נדרים בשל עצם היותם טרנסג'נדרים, וכי חלה חובה לבצע הערכת סיכון פרטנית לכל אסיר על בסיס ראיות קונקרטיות. ובלשון מסמך המדיניות:

"Any assessment of a transgender offender's risk of reoffending should be based on valid, evidenced factors that relate to that individual, as for any other offender. **We have seen no evidence that being transgender is in itself linked to risk. Risk assessments must be free from assumptions or stereotyping.**

[...]

Where transgender people are allocated to services that are divided male and female, care must be taken to avoid extreme isolation (such as in Care and Separation Units or in in-patient healthcare units when there is no clinical justification). **Being transgender should not be used as a reason to isolate someone without another legitimate reason, and only after reallocation has been considered.**

Transgender people, and particularly transgender prisoners, like any other minority group, should be able to have day-to-day contact with peers while remaining to the greatest possible extent integrated with others. Transgender prisoners have friendships and receive support from both transgender and non-transgender prisoners" (p. 6-7).

Review on the Care and Management of Transgender Offenders : **נספח 7**

105. בדומה, כבר בשנת 2003 נחקק בארצות הברית Prison Rape Elimination Act הקובע בין

היתר כי:

§ 115.43 **Protective custody**

(a) Inmates at high risk for sexual victimization shall not be placed in involuntary segregated housing **unless an assessment of all available alternatives has been made**, and a determination has been made that there is no available alternative means of separation from likely abusers. If a facility cannot conduct such an assessment immediately, the facility may hold the inmate in involuntary segregated housing **for less than 24 hours** while completing the assessment.

(b) Inmates placed in segregated housing for this purpose **shall have access to programs, privileges, education, and work opportunities to the extent possible**. If the facility restricts access to programs, privileges, education, or work opportunities, the facility shall document: (1) The opportunities that have been limited; (2) The duration of the limitation; and PREA Standards for Transgender Survivors (3) The reasons for such limitations.

(c) The facility shall assign such inmates to involuntary segregated housing only until an alternative means of separation from likely abusers can be arranged, and such an assignment shall not ordinarily exceed a period of 30 days.

(d) If an involuntary segregated housing assignment is made pursuant to paragraph (a) of this section, the facility shall clearly document: (1) The basis for the facility's concern for the inmate's safety; and (2) The reason why no alternative means of separation can be arranged. (e) Every 30 days, the facility shall afford each such inmate a review to determine whether there is a continuing need for separation from the general population".

106. כפי שיפורט, משהדין הפנימי בישראל ברור בכל הנוגע לאחזקת אסיר בהפרדה, ממילא אין צורך להידרש לסקירה מקיפה של הדין במדינות המשפט המשווה. דה עקא, שהפער המשמעותי בין המדיניות במדינות המשפט המשווה, המכירה בזהות המגדר של הפרט והשוללת את ההחזקה בהפרדה, לבין המדיניות בישראל שאינה מכירה אלא בזהות מגדר של מי שעבר ניתוח תחתון להתאמה מגדרית, ושנקודת המוצא שלה היא הפרדה מלאה וקבועה, מלמד כאלף עדים עד כמה קיצונית וחריגה מדיניות שב"ס.

ג.2. נוהל החזקת אסירים טרנסג'נדרים בטל

107. כפי שיפורט להלן, נוהל החזקת אסירים טרנסג'נדרים בטל הן מטעמים חוקתיים הן מטעמים מנהליים. ברי, כי כל אחד מהטעמים שיפורטו להלן די בו כדי להביא לבטלות הנוהל, לא כל שכן כולם בהצטברם.

108. ראשית, אם כן, נעמוד על הפגיעה בזכויות החוקתית לכבוד ולשוויון של אסירים טרנסג'נדרים מכוח הנוהל, הן במישור של השמת האסירים במתקן כליאה, הן במישור של תנאי אחזקתם ואחזקתם בבידוד.

109. לאחר מכן, נטען כי אף לו היה צולח הנוהל את המבחן החוקתי, ודאי שאין הוא צולח את המבחן המנהלי. זאת, בראש ובראשונה משום עומד בניגוד לחקיקה מפורשת, וכן מהטעם שמדובר בחקיקה נסתרת, מהטעם שהוא גובש ללא הליך מנהלי תקין, ומהטעם שהוא חורג ממתחם הסבירות בצורה קיצונית.

ג.2.א. מדיניות המשיב להשמת אסירים טרנסג'נדרים במתקן כליאה בטלה נוכח הפגיעה הבלתי מידתית בזכות לאוטונומיה, בזכות לכבוד ובזכות לשוויון

110. ההפרדה המגדרית בין אסירים ואסירות קבוע בסעיף 10 לפקודת בתי הסוהר.
111. הנוהל, בהקשר להשמת אסירים טרנסג'נדרים, הוא הפרשנות של המשיב לשאלה "מיהו גבר" ו-"מיהי אישה". במסגרת זאת, הנוהל מגדיר אסיר טרנסג'נדר, שלא עברה ניתוח איבר מין תחתון לשינוי הזהות המגדרית כמי שזהותו המגדרית אינה חד משמעית וההחלטה על מתקן הכליאה שבו הוא יוחזק תהיה ב"התאם לנתוניו" ולחזותו הפיזיולוגית.
112. העמימות בנוהל בכל הנוגע למדיניות השמת אסירים טרנסג'נדרים במתקני כליאה עולה בקנה אחד עם המציאות המתוארת על ידי טרנסג'נדרים וטרנסג'נדריות שעברו במערכת הכליאה הישראלית, והוחזקו לעיתים בהתאם למינם המולד ולעיתים בהתאם למגדרם.
113. הנוהל, אם כן, מתייחס בתהליך ההשמה ל"נתוני האסיר", ובפועל, בעיקר לביצועו של ניתוח תחתון. לצד זאת, הנוהל מתעלם לחלוטין מהשאלה באיזה מתקן כליאה יהיה האסיר בטוח יותר, מהשאלה האם ניתן למנוע את החזקתו של האסיר בבידוד בדרך של השמתו למתקן כליאה זו או אחר, ומרצונו של אסיר עצמו והאופן שבו הוא מגדיר את עצמו. חלופה שפגיעתה פחותה, היא כזו שבעת קבלת ההחלטה היכן אסיר טרנסג'נדר ירצה את עונשו, בבית סוהר לנשים או לגברים, תיתן משקל משמעותי לאופן שבו האסיר הטרנסג'נדר מגדיר את עצמו.
114. האפשרות של אסיר טרנסג'נדר להשפיע באופן משמעותי על תהליך ההשמה נגזרת מזכותו החוקתית לשוויון. ראו לעניין זה את חוות דעתו של כבוד השופט ג'ובראן בעניין פלונית, על פיה ההכרה באופן שבו הפרט מגדיר את זהותו המגדרית היא היבט אינהרנטי של הזכות לשוויון:

לאסיר הטרנסג'נדר עומדת הזכות להיכלא בתנאים שווים לכל אסיר אחר ככל הניתן. הגנתה של הזכות לשוויון נפרשת לא רק על מי שהשלים את תהליך השינוי המגדרי. הקשיים החברתיים והמשפטיים שעמם נדרש הטרנסג'נדר להתמודד אינם תלויים במידת השלמת תהליך פיזיולוגי לשינוי המין. עצם אי ההכרה בזהות המגדרית של הפרט, כפי שהוא רואה אותה, היא פגיעה בזכות לשוויון.

115. קביעה זו היא ההמשך הישיר והמייד של הפסיקה הענפה בקשר לזכות החוקתית לאוטונומיה, היא הזכות של כל אדם "לספר את סיפור חייו".
116. הנחת מוצא נוספת התומכת במתן משקל משמעותי לעמדת האסיר הטרנסג'ית היא, שהאופן שבו האסיר הטרנסג'ית מגדיר את עצמו, מקנה לו גם את הידע החיוני לגבי הסביבה הבטוחה עבורו, ויש לאפשר לו להביא ידע זה לידי ביטוי. ידע כזה יכול להיווצר, בין היתר, בזכות ניסיון מחויות כליאה קודמות או מידע שמשותף בתוך קהילות טרנסג'יות באשר לחוויות סיכון או בטחון במתקני כליאה כאלו או אחרים.
117. בפשטות, ההתעלמות המוחלטת מזהות המגדר של האסיר הטרנסג'ינדר, כמו גם מההבנה שלו עצמו באשר לסיכונים להם הוא חשוף, פוגעת פגיעה חמורה בזכות החוקתית לשוויון. למעשה, זוהי הטלת ספק בלב ליבתה של הזהות המגדרית של הפרט רק בשל היותו טרנסג'ינדר.
118. בהקשר זה, הפגיעה באסירים טרנסג'ינדרים ואסירות טרנסג'ינדריות היא כפולה. ראשית, עצם אי ההכרה בזהות המגדרית של הפרט פוגעת בזכות החוקתית לכבוד ולשוויון. שנית, השמת האסיר בסביבה בה תחושת הביטחון שלו נמוכה יותר, בשל החשש מסנקציה על רקע מגדרי, פוגעת בזכותו של האסיר לכבוד ולביטחון. יתר על כן, השמת האסיר או האסירה בהפרדה, מעצימה את הדיפוריה המגדרית, שכן היא מסמנת את האדם הטרנסג'ינדר כשונה, מופרד ומוקה מהחברה, ומסרבת להכיר בזהות המגדר הנכונה שלו.
119. יודגש כי רוב של הטרנסג'ינדרים המוצאים עצמם בבתי הכלא נכלאים במסגרת של מצער ימים, ורוב האסירים הטרנסג'ינדרים והאסירות הטרנסג'ינדריות מועמדות לדין על עבירות הקשורות בטבורם לחיי המצוקה והעוני של מי שסביבתם לא תמכה בזהות המגדרית שלהם, והם מצויים בשולי החברה. כך, שיעור לא מבוטל מבין האסירות הטרנסג'ינדריות (המוחזקות לעיתים בכלא נשים ולעיתים בכלא גברים) נעצרו או נאסרו בקשר עם עבירות הקשורות לזנות וסמים. לא פעם אסירות טרנסג'ינדריות אלו יודעות היטב כיצד להתמודד עם חברה שאינה מקבלת בקלות את זהותן המגדרית.
120. על יסוד האמור, לא יכול להיות ספק שמדיניות המתעלמת לחלוטין מזהות המגדר של אסירים טרנסג'ינדרים ואסירות טרנסג'ינדריות היא מדיניות מפלה, הפוגעת בזכות לשוויון ולכבוד ואוטונומיה, ומונעת מאסירים אלו לספר את סיפור חייהם כפי שהם רואים אותו.
121. וחמור לא פחות – מדיניות זו, המתעלמת לחלוטין מזהות המגדר של אסירים טרנסג'ינדרים ואסירות טרנסג'ינדריות מעצימה את הסטראוטיפיזציה של אסירים אלו, המוצאים מהאוכלויה הכללית ומסומנים מראש ובאופן קטגורי כבעייתיים, חריגים ופגומים.
122. ברי, כי משהוכחה הפגיעה בזכות לאוטונומיה, בזכות לכבוד ובזכות לשוויון, נטל ההוכחה עובר לכתפי המשיבים, שעליהם החובה להסביר מדוע חרף הפגיעה הנוהל עומד בתנאי פסקת ההגבלה.
123. מבלי למצות את הטיעון בקשר לעניין זה, ותוך שהעותרת שומרת על זכותה להשלים טיעון לאחר שתוגש תגובת המשיבים ויתברר האם הם טוענים שהנוהל עומד בתנאי פסקת ההגבלה ומדוע, נתייחס בקצרה לעניין אי עמידת מדיניות השמת האסירים הטרנסג'ינדרים בתנאי פסקת ההגבלה.

124. הגם שאין חולק כי לשב"ס הסמכות לקלוט אסירים במתקן כליאה בהתאם למגדרם. יחד עם זאת, מדיניות שב"ס שעל פיה מגדרו של אדם יוגדר רק על יסוד איבר המין התחתון אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. ראשית, לא ברור כלל ועיקר איזו תכלית נועדה פרשנות זו לשרת. ברי, כי אין בשיוכו של אדם למתקן כליאה בהתאם לאיבר מינו כדי להבטיח את בטחונו או בטחון יתר האסירים. כך, אין שום הבדל בין הסיכון הנשקף בכלא גברים לאשה טרנסג'נדרית בעלת חזות נשית שלה איבר מין זכרי, ובין הסיכון שהייתה נחשפת אליו אישה טרנסג'נדרית שעברה ניתוח תחתון לו היו מצביים אותה בכלא גברים. בשני המקרים, מדובר במי שחוות את עצמן כנשים, ובמי שהסביבה מזהה אותן כנשים. בשני המקרים, ככל שהאסירות יהיו חשופות לסיכון, הוא יהיה בגלל עצם היותן נשים טרנסג'נדריות בכלא גברים, ללא תלות בשאלה האם בוצע ניתוח לשינוי איבר המין התחתון.

125. משמע, לגישת העותרת מדיניות המשיב להשמט אסירים טרנסג'נדרים בבתי כלא על פי איבר המין שלהם נכשלת כבר במבחן התכלית, שכן אין כל תכלית ראויה למדיניות זו.

126. בהמשך לאמור, גם אם נניח שהתכלית של המדיניות היא בטחון של אסירות טרנסג'נדריות ואסירים טרנסג'נדרים, מדיניות זו נכשלת במבחני המידתיות. ראשית, כפי שהוסבר לעיל, אין כל קשר בין האמצעי שנבחר – הגדרת המגדר בהתאם לאיבר המין התחתון – לבין בטיחותם של האסירים.

127. שנית, וכפי שידון להלן, ישנן חלופות רבות להבטחת בטחונם של אסירים, שאינן מחייבות את החזקתם במתקן כליאה המיועד למגדר שאינו שלהם.

128. בהקשר זה, **אין ספק שהאמצעי המידתי הברור והמובהק הוא התחשבות בזהותו המגדרית של האסיר הטרנסג'נדר כפי שהוא מבין אותה.** ברי, כי אסירים טרנסג'נדרים שונים יהיו מצויים במקומות שונים על הספקטרום המגדרי. כך, אפשר שחלקם יזהו במגדר השונה מהמגדר אליו שויכו בלידתם מבלי לעבור שינוי פיזיולוגי, חלקם נוטלים הורמונים אבל לא עברו ניתוח, חלקם מבקשים לעבור ניתוח בעתיד, חלקם עברו ניתוח עליון ללא ביצוע של ניתוח תחתון, חלקם עברו הליכים אסתטיים (דוגמת נישוי הפנים) ללא ניתוח של אברי המין וכדומה. מטבע הדברים, בהיותה של הזהות המגדרית לא בינרית בהכרח, נקודת המוצא צריכה להיות באופן שבו תופס האדם את עצמו. בהקשר זה, אף אם תדרש ראשית הוכחה אובייקטיבית לזהות המגדר והיותו של אדם טרנסג'נדר (למשל, אבחון כאמור, או ראשית הליך של שינוי מגדרי) ודאי שהגדרת זהות המגדר על יסוד איבר המין התחתון, ורק על יסוד זה, פוגעת פגיעה העולה על הנדרש בזכותו של אדם טרנסג'נדר לאוטונומיה, שוויון וכבוד.

129. ושלישית, במבחן המידתיות במובנו הצר, אף לו הייתה תועלת כלשהי מהגדרת המגדר לצורך שיוך אסירים למתקן כליאת על פי איבר המין התחתון בלבד, ודאי שתועלת זו זניחה, ולמולה פגיעה חמורה בלב ליבתה של הזכות לשוויון, הזכות לאוטונומיה והזכות לכבוד.

130. כאמור, העותרת שומרת את זכותה להשיב לטענות המשיבים בקשר למידתיות הפגיעה לאחר שיוגשו.

131. יחד עם זאת, בפשטות יצוין כבר עתה – קשה לדמיין פגיעה גדולה יותר בלב ליבתה של הזכות לאוטונומיה מהתעלמות גורפת ממגדרו של אדם, רק בגלל שמגדר זה לא תואם את המגדר לו שויך בילדותו. קשה לדמיין נטל עודף משמעותי יותר המוטל על אנשים טרנסג'נדרים למול

אנשים סיסגינדרים מאשר הטלת ספק קבועה (ולמעשה – התעלמות) מזהות המגדר של האדם הטרנסגינדר.

132. למול פגיעה זו, בלב ליבתה של הזכות החוקתית, הנגרמת לאוכלוסיה מוחלשת במיוחד – אסירים טרנסגינדרים, לא עומד כל אינטרס ציבורי.

ג.2.ב. מדיניות המשיב לכליאת אסירים טרנסגינדרים בהפרדה בטלה נוכח הפגיעה

הבלתי מידתית בזכות לכבוד, בזכות לשוויון ובזכות שלא להיות נתון לעינויים

133. ספק אם יש צורך להרחיב ולהסביר מדוע אחזקה של אדם בבידוד רק בשל זהותו המגדרית, ללא כל בחינה אינדיבידואלית של נסיבות אותו אדם, וללא בחינת של חלופות פוגענות פחות, היא פגיעה בזכות החוקתית לכבוד ולשוויון שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

134. בראש ובראשונה, מדובר על מצב בו ניתן יחס שונה רק בשל זהות המגדר, מבלי שמתקיים שוני רלבנטי. בהקשר זה, כפי שפורט לעיל, בכל רגע נתון מוחזקים במשמורת שב"ס עשרות אלפי אסירים. בנוגע לרבים מהם נדרש שב"ס לקיים בחינה של סיכונים מאסירים אחרים, ולהבטיח כי תנאי המאסר יהיו כאלה בהם לא נשקפת לאסיר סכנה. כך, בין היתר, עוסק שב"ס בהבטחת שלומם של אסירים בעלי מוגבלות, אסירים הומואים וביסקסואלים, אסירים המשתיכים למשפחות פשע, אסירים המשתיכים לחמולות מסוכסכות, אסירים שהיו בעברם שוטרים או סוהרים, אסירים מכורים לסמים, אסירים עם מגבלות נפשיות, אסירי צוורון לבן, אסירים אלימים, אסירים בעלי סכסוכים ועוד ועוד.

135. ביחס לכל אסיר ואסיר נערכת בחינה אינדיבידואלית, ונקבע האם נשקפת לו סכנה, וכיצד ניתן לאיין את הסכנה.

136. רק במקרים חריגים ונדירים, יוחזק אסיר בהפרדה על מנת להגן עליו, על יסוד החלטה מנומקת בכתב בעניינו של האסיר עצמו ולאחר שנשמעה עמדת האסיר. כפי שיפורט בהמשך הדברים, החזקה בהפרדה פרק זמן העולה על שישה חודשים מחייבת את אישורו של בית המשפט.

137. בשונה – אסירים טרנסגינדרים ורק הם מוחזקים באופן קטגורי בבידוד והפרדה, מהרגע הראשון שהם נכנסים לכלא.

138. למיטב הידיעה, עצירים ועצירות טרנסגינדרים מצויים בהפרדה לאורך כל תקופת המעצר, ללא כל הקלות, לרבות במקרים של מעצר עד תום ההליכים.

139. בהמשך לכך, מקום בו אסיר טרנסגינדר מצוי במאסר ממושך, לאחר פרקי זמן ארוכים ביותר בהפרדה, בוחן שב"ס הקלות הדרגתיות בתנאי ההפרדה ושילוב חלקי בחלק מהפעילויות בבית הכלא. בהקשר זה, נציין כי למיטב הידיעה, אין כל נוהל הקובע מתן יבחן השילוב, כיצד תעשה הבחינה, באילו מסגרות יתאפשר השילוב וכיו"ב.

140. לצד הפגיעה בזכות לשוויון הנגרמת מעצם האחזקה בהפרדה, כליאתם של אסירים טרנסגינדרים ואסירות טרנסגינדריות בהפרדה, תוך שילוב איטי בחלק מהפעילויות בכלא, משמעותה גם פגיעה ישירה ומיידית באפשרות של אסירים טרנסגינדרים להרוויח משכורת, להשתלב בסבב חופשות ולהשתחרר בשחרור מוקדם.

141. כך, לדוגמא, סעיף יח לפקודת שב"ס 04.40.00 – חופשות אסירים, קובע מפורשות כי במסגרת השיקולים לשילוב בסבב חופשות תשקל חוות דעת אודות תפקוד האסיר בבית הסוהר, לרבות

- השתתפות במסגרת טיפולית. שיקול זה, של השתלבות בשיקום קבוצתי הוא גם תנאי לשילוב בהמשך בשיקום פרטני, שלו משקל רב במסגרת בחינת בקשה לשחרור על תנאי (בהתאם להוראות סעיף 9(6)(ב) והוראת סעיף 8(א) לחוק שחרר על תנאי ממאסר, הת"ס"א-2001).
142. הווה אומר – לצד הזוועה הגלומה בשהייה שיכולה להמשך חודשים ושנים במעצר או במאסר בהפרדה, משמעותה של שהייה זו היא אף הארכת תקופת המאסר בפועל, ופגיעה בתנאי האסיר, לרבות האפשרות לצאת לחופשות מיוחדות או להשתלב בסבב חופשות קבוע.
143. כפי שפורט לעיל, אחזקה בתנאי הפרדה, ובפרט, החזקה בתנאי הפרדה לאורך תקופה, היא "עינוי" בהתאם לסטנדרטים בינלאומיים.
144. בהקשר זה, וטרם נפנה לבחינת אי עמידתה של המדיניות בתנאי פסקת ההגבלה, נבקש לציין כי יש לדחות מכל וכל ניסיונות להציג את הטעם לאחזקה בהפרדה על ידי טענה לאי נוחות של האסירים האחרים בשעות השינה או במקלחת. ברי, כי ככל שאכן זהו הטעם להפרדה, ניתן להשיגו בדרך פשוטה על ידי הקצאת שעה ייעודית למקלחת לאסיר הטרנסגינדר, ועל ידי השמת האסיר הטרנסגינדר בתא לבדו, בתוך האגף הרגיל. ודאי שאין כל צורך, מטעם זה, להחזיק את האסירים הטרנסגינדרים בבידוד, אף לא לרגע אחד.
145. גם בהקשר זה, ברי כי הנטל להוכיח את עמידת הפגיעה בזכויות בתנאי פסקת ההגבלה מוטל על המשיבים. יחד עם זאת, נציין כבר עתה, כי לא יכול להיות ספק שהמדיניות של שבי"ס אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.
146. בראש ובראשונה, וכפי שנפרט בפרק העוקב, מדיניות עומדת בניגוד ברור לסעיף 19 לפקודת בתי הסוהר. כאמור לעיל, סעיף 19 לפקודה מאפשר הפרדה רק לאחר בדיקה אינדיבידואלית, לאחר שנשמעו טענות האסיר לעניין זה, ולאחר שניתנה החלטה בכתב בעניינו ונמצא שאין כל חלופות המפחיתות את המסוכנות. מאחר שמדיניות המשיב היא אחזקה של כל האסירים והאסירות הטרנסגינדרים בהפרדה, באופן גורף, ללא הפעלת שיקול דעת אינדיבידואלי, ומבלי שמתקיימים התנאים הקבועים בחוק, ממילא נכשל הנוהל במבחן הראשון, הוא קיומה של הסמכה מפורשת בחוק לפגיעה בזכות החוקתית.
147. באשר לתכלית, ככל שהתכלית היא הגנה על בטחונם של אסירים ואסירות טרנסגינדרים, הרי שמדובר בתכלית שהיא על פניה ראויה.
148. יחד עם זאת, ככל שזו אכן התכלית, הרי שהנוהל נכשל כשלון רבתי בעמידה במבחני המידתיות.
149. כך, **במבחן הקשר הרציונאלי**, ספק רב האם יש במדיניות האמורה כדי להגן בפועל על אסירים ואסירות טרנסגינדריות. למעשה, משלא נערכה כל בחינה של הסיכונים להם חשופים אסירים אלו, ממילא לא אופיינו האיומים, אם ישנם, לאסירים אלו. במסגרת זאת, וכפי שקרה גם במקרה הספציפי של העותרת, לעיתים דווקא השהייה בבידוד מביאה לפגיעה באסירים ובאסירות הטרנסגינדרים, ובפרט – לפגיעה הנגרמת בשל חיכוך גבוה במיוחד עם הסוהרים (אשר לעיתים, כפי שקרה במקרה של העותרת, לא עברו הכשרה מתאימה, והתייחסו לזהותה המגדרית של העותרת באופן משפיל). נזכיר, בהקשר זה, כי השהייה בבידוד מגבירה את התלות הגבוהה ממילא של האסיר בסוהרים.
150. כמו כן, לא יכול להיות ספק שהשהייה בבידוד, ובפרט, השהייה בהפרדה ארוכה, משמעותה פגיעה קשה וחמורה בבריאותו ורווחתו של האסיר. ברי, כי ככל שאכן תכלית ההפרדה היא

הגנה על שלומו ורווחתו של האסיר, החזקתו בהפרדה אינה הכלי הרציונאלי להגשמת תכלית זו.

151. בהקשר זה, המקרה של העותרת יכול ללמד כאלף עדים, כי בריאותה הפיזית והנפשית התערערה בצורה ממשית בשל האחזקה בתנאי הבידוד וההפרדה, ומשך חודשים ארוכים היא סבלה מטראומה של ממש (ואף כיום לא השתקמה לחלוטין מפגיעה זו).

152. הנוהל כושל גם במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. ברי, כי ישנם אין ספור אמצעים שפגיעתם פחותה שיאפשרו את הגשמת התכלית של הבטחת בטחונם של אסירים ואסירות טרנסג'נדרים.

153. בהקשר זה, פסיקתו השיטתית של בית המשפט העליון מצאה כי מקום בו ניתן לערוך בדיקה אינדיבידואלית של כל אדם ואדם, יש להעדיף זאת על פני שימוש בהכללה על קבוצה שלמה, בפרט מקום בו היסוד להכללה הוא השתייכות לקבוצה מוחלשת (ראו לדוגמא: בג"ץ 466/07 ח"כ גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44 (2012)).

154. ברי, כי הדברים נכונים במקרה הנוכחי בבחינת מקל וחומר, שכן שב"ס ממילא מקיים על בסיס יומיומי הערכות אינדיבידואליות כאמור לאסירים מכל הסוגים, על מנת לאפשר את הסיכונים הנשקפים להם בתוך בית הכלא. למעשה, ישנם בעלי תפקיד בשב"ס שהתמחותם היא באיסוף מודיעין על כוונות של אסירים לפגוע באסירים אחרים.

155. בהקשר זה, כפי שפורט, סל הכלים שבידי שב"ס להבטחת בטיחותו של אסיר הוא רחב ביותר, ורק במקרים נדירים שבנדירים הדרך להבטחת בטחונו של אסיר תהיה השמתו בהפרדה.

156. כך, חיפוש במאגר נבו של מספר פסקי הדין בו נדונה כלל בקשה של המדינה לאחזקת אסיר בהפרדת יחיד מכוח הוראת סעיף 19ב(3) לפקודת בתי הסוהר (הסעיף העוסק בהגנה על בטחון האסיר) מגלה כי רק ב-13 מקרים ביקשה המדינה להחזיק אסיר בהפרדה מטעם זה. בכל המקרים, היה מדובר על אסירים שהורשעו בעבירות אלימות חמורות, ושהיה מידע מודיעיני קונקרטי ומהימן על כוונה לפגוע בחייהם.

157. בשונה, בכל הנוגע לאסירים טרנסג'נדרים לא נערכת כלל בדיקה של המסוכנות הנשקפת להם, לא נטען כי יש מי שרוצה לפגוע בהם, לא נבחנות החלופות (דוגמת השמת אסירים טרנסג'נדרים באגפים שבהם אסירים לא אלימים) וכדומה.

158. ממילא, כושלת המדיניות גם במבחן המידתיות השלישי, הוא מבחן המידתיות במובנה הצר. ברי, כי הפגיעה בזכויות של אסירים טרנסג'נדרים ואסירות טרנסג'נדריות היא פגיעה חמורה וקשה ביותר. כפי שפורט, בהתאם לכל סטנדרט בינלאומי מדובר במצב ברור ומובהק של עינוי. כפי שפורט, מדובר בפגיעה עמוקה וקשה בזכות לשוויון. מנגד, אף לו היה ערך כלשהו להגנה לאסיר טרנסג'נדר בדרך של החזקתו בהפרדה, ערך זה בטל בשישים למול עוצמתה הפגיעה בזכויות החוקתיות.

159. לסיום פרק זה, נזכיר כי ממילא, משטרם התקבלה תשובת המשיבים, ומשהנטל להוכחת מידתיות הפגיעה בזכויות החוקתיות מוטל לכתפיהם, ממילא שומרת לעצמה העותרת את הזכות להשלים טיעון לעניין זה.

ג.2.ג. נוהל החזקת אסירים טרנסג'נדרים בהפרדה בטל מהטעם שהוא עומד בניגוד לחוק ולפקודת הנציבות (החזקת אסירים בהפרדה)

160. עקרון חוקיות המנהל מחייב רשות מינהלית לפעול בתוך מסגרת הסמכות אשר הוענקה לה בחוק. חריגה מהסמכות (אולטרה וירס), בין בגין פעולה הנעשית או נוהל הנקבע ללא הסמכה בחוק או בגין פעולה או נוהל שאינם תואמים את החוק ומנוגדים לתכליתו או כוונתו, מצדיקים את פסילתם.

161. כך ככלל ובפרט אם הפעולה או הנוהל פוגעים פגיעה משמעותית בזכויות אדם, בוודאי אם הפגיעה היא בזכויות המנויות בחוקי היסוד.

162. מכאן, שככל שנוהל שב"ס, סותר את פקודת בתי הסוהר ו/או את פקודת הנציבות, תוך פגיעה בכבוד האסיר כאדם, דינו בטלות. שכן:

"עונש מאסר המוטל על אדם אינו מפקיע מאליו את זכויות האדם החוקתיות הנתונות לו מכוח יסודות השיטה החוקתית הנוהגת בישראל. זכויות אלה נגרעות מן האסיר רק במידה שהגבלתן מתחייבת באופן הכרחי משלילת חירותו עקב המאסר, ובמידה שהפגיעה בזכות מוגנת על-פי יסודות פיסקת ההגבלה שבחוק היסוד. התפיסה החוקתית המעמידה את זכויות האדם במעמד נורמטיבי עליון מקרינה על זכויות האדם הנתונות לאסיר, ועל יכולתו להגשימן בכלא. ההגנה על זכויות האדם ניתנת לאסיר, ופגיעה בהן מותרת רק מקום שאינטרס ציבורי נוגד, בעל משמעות כבדת-משקל, מצדיק זאת" (בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לבטחון פנים (12.2.2007) (להלן: "עניין רופאים לזכויות אדם").

163. נוהל החזקת אסירים טרנסג'נדרים בהפרדה סותר את הפקודה ואת פקודת הנציבות בעניין החזקת אסירים בהפרדה באופן ברור, ישיר וחד משמעי.

164. בראש ובראשונה, הוא סותר את הדרישה המפורשת בפקודת בתי הסוהר, ובהאם בפקודת הנציבות בעניין החזקת אסירים בהפרדה, כי הפרדה היא האמצעי האחרון שיינקט כדי להשיג את מטרות ההפרדה.

165. נוהל הקובע, שלגבי אסירים טרנסג'נדרים, הפרדה היא ברירת המחדל להשגת המטרה של שמירה על שלומם ובריאותם של האסיר והסובבים אותו סותר מהותית את פקודת בתי הסוהר המחייבת שהפרדה תהיה רק אמצעי אחרון.

166. כדי להבטיח את העמידה בדרישה, שהפרדה תינקט רק כאמצעי אחרון, מתלוות אליה החובה שההחלטה על ההפרדה תהיה מנומקת ובכתב והחובה להעניק לאסיר זכות שימוע כשההפרדה חורגת מ- 96 שעות. דרישות אלו באות לוודא של מקרה הפרדה ייבחן לגופו ולאסיר תינתן הזדמנות להשיג על השיקולים שבבסיס ההחלטה.

167. ברי כי נוהל גורף החל קבוצה מאובחנת על רקע מגדרי מפרה את החובה, שכן היא שוללת מקבוצת אסירים מוגדרת את הזכות להחלטה מנומקת, שניתן להשיג עליה. חריצת גורלו של כל אסיר טרנסג'נדרים להפרדה ובידוד, ולא פעם לכליאה בצינוק, כפי שנכלאה העותרת ונכלאו אסירים טרנסג'נדרים אחרות, מוסיפה אוטומטית רובד של ענישה נוספת מעבר לעונש שגזר עליהם בית המשפט. בכך הנוהל סותר את תכלית החוק, שכן, כפי שנקבע בעניין רופאים לזכויות אדם:

“תכלית הפגיעה בזכויות האדם של האסיר לעולם אינה אמורה להוסיף על הענישה שנגזרה עליו בבית המשפט. הלגיטימיות שלה מותנית בכך שהיא מתחייבת כפועל יוצא משלילת החירות הנילווית למאסר, או שהיא נדרשת לצורך השגת אינטרס ציבורי חיוני המוכר בדין (עע”א 4463/94 גולן נ’ שירות בתי הסוהר, פד”י (4) 136, 154-156; בג”ץ 221/80 דרויש נ’ שירות בתי הסוהר, פד”י (1) 536, 546; בג”ץ 540/84 יוסף נ’ מנהל בית הסוהר המרכזי ביהודה ושומרון, פד”י (1) 567, 572-573).”

168. הענישה העודפת בהפרדה מפרה את האיזון שנקבע בפקודת בתי הסוהר ובפקודת הנציבות בין הפגיעה המתחייבת מעצם המאסר ובין התכלית הנוספת של הפקודה, לשמור על זכויות אדם, כפי שקובע השופט י’ זמיר בבג”ץ 6561/97 מדינת ישראל נ’ מנדלסון, פ”ד (5) 849, 859 (1998) (להלן: עניין מנדלסון):

“התכלית המיוחדת של הפקודה היא, כאמור בסעיף 80 לפקודה, להבטיח את הארגון, המינהל התקין, המשטר, המשמעת והפעולה התקינה של שב”ס. התכלית הכללית של הפקודה, כמו של כל חוק אחר, היא לקיים ולקדם את ערכי היסוד של החברה, ובהם עקרון השוויון וזכויות היסוד של האדם. במקרה של התנגשות בין התכליות, על הנציב למצוא את האיזון הראוי בהתאם לנסיבות המקרה.”

169. גם אם נניח שבחינה פרטנית תוביל למסקנה שלגבי אותו אסיר טרנסית, מתקיימת העילה של חשש לפגיעה אלימה על ידי אסירים ועצירים אחרים, ונמצא כי לא ניתן להגן עליו באמצעים אחרים, נוהל שנקודת המוצא שלו היא קיום חשש ממשי לפגיעה באסירים טרנסים/ות, המצדיק החלטה מראש על הפרדה הוא חריגה בוטה מסמכות. ההנחה כי בידוד אסירה טרנסית היא לטובתה, חייבת להיבחן באופן ביקורתי ופרטני. כך, למשל, בעניין העותרת, כפי שעולה מעדותה בהקשר זה:

“אני לא מבינה מה יש להגן עלי מפני אנשים אחרים! אני אישה מטר שמונים וחמש, אני לא צריכה שיגנו עלי, אני מגינה על עצמי היטב, מפני נשים ומפני גברים.”

170. יתרה מכך, עצם התקפות של הנחת המוצא, של סיכון ממשי לאסירה טרנסית בכלא, נמצאת בספק. כך, מציינים קטרי ויונה כי:

“במאמר שפורסם לאחרונה על ידי גבריאל ארקלס, עורך דין המייצג אסירים ואסירות טרנסדים/ות, הוא מציין מספר עובדות שלמד מלקוחות שייצג. ארקלס טוען כי בידוד הגנתי עובד, הלכה למעשה, נגד אסירים/ות טרנסים/ות משתי סיבות מרכזיות. הראשונה נוגעת לפוטנציאל הקשר עם אסירים אחרים, והשניה נוגעת הסיכון לאלימות מצד סוהרים הכרוך בהימצאות בבידוד. הקשרים החברתיים שאסירים טרנסים/ות מייצרים עם אסירים/ות אחרים הם חיוניים – הן כתמיכה נפשית ומורלית, והן עבור הישרדות והגנה בין כתלי הכלא. בנוסף, דרך המגע עם אסירים אחרים בבית הכלא לומדים על טקטיקות הישרדות, דרכים להתנהלות נכונה ולהשגת הטבות מהמערכת, וכן מייצרים בריתות פוליטיות, חברויות ורשתות תמיכה.”

171. למעשה, נראה שהשימוש בעילה של חשש לשלום ובריאות האסיר הטרנסי/ות באופן גורף מנוגדת אף למדיניות שב"ס, העולה מתשובתו לבקשת חופש מידע של רופאים לזכויות אדם, ומצורפת כנספח לדו"ח שהוציא הארגון – "פוליטיקות של ענישה – בידועוד כלואים בישראל – דו"ח מצב" (מרץ 2016). בבקשת המידע נדרשו נתונים לגבי מספר אסירים המוחזקים בהפרדה בהתאם למטרות ההפרדה השונות. תשובת שב"ס ביחס לעילה זו: **"סעיפים 29-34 שמירה על בריאות ושלוש הכלואים – אינם מהווים עילות להפרדה ולפיכך אין אסירים המוחזקים בהפרדה בגין עילה זו"**.

172. מסתבר, כי אין הפרדה בגין חשש לפגיעה באסיר או באסירים סביבו, אלא אם כן היא נגזרת מהנוהל הלא חוקי לגבי החזקת אסירים טרנסיס/ות בהפרדה.

נספח 7: תשובת שב"ס לבקשת חופש מידע של רופאים לזכויות אדם מיום 12.7.2015

173. הנוהל סותר את החוק גם על הדרך של שלילת הזכות להשתתף בתכנית שיקום בתקופת המאסר. בחינת האפשרות לשיקום אסיר ולנקיטת צעדים "להבטחת שילובו המרבי בפעילויות שיקום בין כותלי בית הסוהר" קבועה בסעיף 11ד לפקודת בתי הסוהר.

174. הנוהל הגוזר על האסירות הטרנסיס/ות הפרדה מונע את שילובם בפעילויות השונות בכלא, לרבות השתתפות בפעילויות שיקום וכפועל יוצא מכך פוגע באפשרות שתוכן עבורם תכנית שיקום בתקופה שלאחר מאסר.

175. חוק שחרור על-תנאי ממאסר, תשס"א-2001 קובע שאחד התנאים שוועדת שחרורים רשאית להתנות בו את שחרור על תנאי הוא השתתפות בתכנית שיקום (סעיף 13ג). לפיכך, העדר תכנית שיקום פוגע בזכות לשחרור מוקדם.

176. הקשר בין השתתפות בתכנית שיקום בתוך תקופת המאסר והכנת תכנית שיקום לאחר השחרור נלמד מרע"ב 4644/15 **ראעי נ' שירות בתי הסוהר** (15.6.2016), שביטל סעיפים 5.6.1.7-5.6.1.5 ב"הוראת שעה – כניסת מומחים פרטיים לבית סוהר". סעיפים אלו שללו או הגבילו את האפשרות של אסירים זרים ובטחוניים להיפגש עם מומחה פרטי לצורך עריכת תכנית שיקום. באתו עניין, הסבירה המדינה כי אי הזכאות לעריכת תכנית שיקום מטעם הרשות לשיקום האסיר לתקופה שלאחר השחרור קשורה להשתלבות במאמצי שיקום בין כותלי הכלא (שם, סעיף 10).

177. גם פגיעה זו, באפשרות לשחרור על תנאי, לא רק סותרת את פקודת בתי הסוהר, אלא פוגעת בליבת הזכות לחירות המוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

178. ריבוי החריגות של הנוהל ממסגרת הסמכות של פקודת בתי הסוהר, באופן הפוגע אנושות בזכויות יסוד של אסירים טרנסיס/ות די בו כדי להצדיק את ביטולו.

ג.2.ד. נוהל החזקת אסירים טרנסג'נדרים בטל מהטעם שהוא "חקיקה נסתרת"

179. משך שנים ארוכות לא היה ידוע כלל ועיקר שקיים נוהל המסדיר את כליאתם של אסירים ואסירות טרנסג'נדרים. זאת, הגם שאין ספק שרבות ורבים חוו, בשנים אלו, מאסר בתנאי הפרדה. רק בשנת 2012, אגב אורחא בעניין **פלונית**, נחשף לראשונה קיומו של הנוהל האמור, וכיום אין ספק שיש נוהל כתוב שעניינו שיוך אסירים טרנסג'נדרים למתקן כליאה והחזקתם בהפרדה במתקן הכליאה.

180. יחד עם זאת, מדובר בנוהל סודי, שאינו גלוי לציבור, לאסירים ולעורכי הדין. גם לאחר פניית הח"מ למשיב בעניין זה ממש לא הועבר לידי הנוהל נושא עתירה זו. למעשה, לו לא היה העניין מואר על ידי בית המשפט הנכבד, היה הנוהל האמור נותר במחשכים.

181. קשה להפריז בחומרתם של הדברים. מדובר בנורמה משפטית אשר מעמדו הנורמטיבי, בהתאם להלכה הפסוקה, הוא של הנחיות פנימיות, ואשר משפיע בצורה משמעותית על זכויות האדם הבסיסיות ביותר. חשיבות פרסומן של הנחיות פנימיות בכלל, והנחיות פנימיות בעלות השפעה ישירה על זכויות אדם, ברורה לכל. רק בדרך זו יכול אדם לדעת שהרשות פועלת כלפיו באופן שוויוני ולא מפלה, רק בדרך זו ניתן לבצע ביקורת על פעולת הרשות, רק בדרך זו ניתן לבחון את הקריטריונים שעל פיהם פועלת הרשות.

182. **הדברים הם בבחינת מקל וחומר, מקום בו עסקינן באוכלוסיה מהמוחלשות ביותר במדינת ישראל – אסירים ועצירים. אוכלוסיה שאין לה גישה לאינטרנט, אין לה גישה למאגרי מידע ציבוריים באופן שוטף, ולרוב היא מאופיינת בעוני, חוסר נגישות לעורכי דין וחוסר ידע משפטי.**

183. למרבה הצער, הנוהל בעניין אחזקתם של אסירים טרנסג'נדרים במשמורת הוא רק אחד מנהלים רבים, שעל פי דין היה עליהם להיות פומביים וחרף זאת אין כיום כל דרך לעיין בהם (אתר שב"ס כולל רק חלק קטן מנהלי שב"ס). כל מי שמייצג בעתירות אסירים, לרבות הח"מ, נתקל פעמים רבות בהפניות לנהלים שאינם מפורסמים, ובהליכים שכל מטרתם להביא לגילוי הנוהל שעל יסודו החליט שב"ס לנהוג בדרך זו או אחרת בעניינו של אסיר. למותר לציין כי לאסירים שאינם מיוצגים, משמעות הדבר היא עלטה באשר לנורמות המשפטיות החולשות על כל היבט והיבט של חייהם.

184. בהקשר זה, אבן הראשה של השיטה הדמוקרטית היא כי חובה על החוק להיות גלוי.

185. כך, קובע סעיף 11א לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 כי: "**חוק נסתר אין לו ומעולם לא היה לו כל תוקף**". בדומה, הפסיקה הברורה מחייבת גם הנחיות פנימיות יהיו פומביות (יואב דותן, "פרסום הנחיות מינהליות" **משפט וממשל** ג 475 (1995); בג"ץ 566/11 דורון ממת מגד נ' משרד הפנים (28.1.2014), פסקה 39 לפסק דינה של הנשיאה נאור). בהתאם להלכה הפסוקה, נהלי שב"ס הם בגדר הנחיות פנימיות.

186. ודאי שנורמה משפטית, מכוחה אוזקים בני אדם, מכוחה מחזיקים בני אדם בהפרדה, ומכוחה מקבלים עוד החלטות רבות הנוגעות ללב זכויות האדם של אסירים ואסירות, קיימת להיות גלויה.

187. די באי פרסומו של הנוהל מכוחו מוחזקים אסירים טרנסג'נדרים ואסירות טרנסג'נדריות בבידוד כדי להביא למסקנה שדין הנוהל – בטלות.

ג.2. ה. נוהל החזקת אסירים טרנסג'נדרים בבידוד בטל מהטעם שהוא לא כונן על יסוד

תשתית עובדתית ראויה והליך מנהלי מספק

188. חובה נוספת, שהופרה באופן בוטה בהליך קביעת נוהל החזקת אסירים טרנסג'נדרים על ידי השב"ס, היא החובה המוטלת על רשות מנהלית לפעול בהתאם לכללי המשפט המנהלי. כדי לעמוד במבחן הסבירות הפרוצדורלית מוטלת על הרשות חובה לבחון את עמדתה ביחס להשמת האסירים הטרנסג'נדרים על בסיס מלוא השיקולים הרלבנטיים, לאחר שנועצה עם

גורמים הנוגעים בעניין, ובמקרים בהם לדבר צפויה השלכה משמעותית על הציבור, אף לאחר שנתנה לציבור אפשרות להשמיע את עמדתו. במסגרת בחינת הסבירות הפרוצדורלית, אם כן, נבחנת השאלה האם ניתנה לכלל הגורמים הרלבנטיים זכות טיעון ומעורבות בהליך, האם נאסף כלל המידע הראייתי הנוגע לעניין, האם ההחלטה התקבלה בשקידה ראויה, האם ההחלטה נתקבלה בהעדר ניגוד עניינים וכדומה. ככל שנפלו פגמים רבים יותר בהליך קבלת ההחלטה, כך יהיה מתחם הסבירות המהותי המסור לרשות מצומצם יותר, בנסיבות מסוימות יהיה בכך די להביא לבטלות ההחלטה כולה (ראו בג"צ 1027/04 **פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל**, פסקה 35 לפסק-דינה של השופטת ארבל (9.6.2011)).

189. במקרה דנן, הנוהל להחזקת אסירים טרנסים/ות התקבל ללא שהתקיים הליך מנהלי תקין במסגרת, וזאת בלשון המעטה.

190. סעיף 80א(א) מקנה לנציב להוציא, באישור השר, הוראות כלליות לעניין סדרי המנהל והמשטר בכלא. סעיף 80ב(א) קובע כי הוראות אלו אמנם לא טעונות פרסום ברשומות, אך הוא קובע כי הן יפורסמו בדרך שיוורה הנציב.

191. כאמור לעיל, די בכך שמדובר ב"חקיקה נסתרת" כדי לבטל את הנוהל. על כך נוספת הפרת הוראת הפקודה המורה על פרסום ההוראות הכלליות. ועל אלו נוספת שלילת האפשרות של הציבור להתייחס לנוהל, למרות ובעיקר משמדובר בנוהל המהווה ענישה עודפת, שחורגת משלילת החירות בעקבות המאסר, ופוגע קשות בזכויות היסוד של הטרנסים/ות לקשר אנושי עם אנשים אחרים.

192. לאור העובדה שהנוהל סודי, לא ברורה התשתית העובדתית שעליה הוא מבוסס. עם זאת, עצם ההתייחסות בנוהל לטרנסים שלא עברו ניתוח כבעלי זהות מינית שאינה חד משמעית, מצביעה על כך שהנוהל מתעלם מתפישות עדכניות של מגדר אשר לא נסתרו אף מעיניו של בית המשפט בפרשת חן אלקובי, בתפ (חיי) 389/02 מדינת ישראל נ' חן אלקובי (7.9.2003) שקבע כי:

"ברי כי התופעה של זהות מינית לא ברורה והמעבר בין המינים, תעסיק יותר ויותר את החברה ואת המחוקק ובתי המשפט. בשנים האחרונות הוקמו באקדמיה ברחבי העולם, וגם בארץ, מחלקות וקתדראות העוסקות בטיבו ומהותו של הג'נדר. חידושי לשון כ"מגדר", "תיאוריה קווירית" ועוד, כבר מתגלגלים על לשוננו מצוות אנשים מלומדה. ... יכול פלוני להיראות כזכר ולהתנהג כזכר, ולהיות בעל אברי מין נקביים ולהיפך. אם יעשה כך, וגם אם ילבש בגדי אשה ולהיפך, לא נראה אותה/ו כמי ש"התחזה", אלא כמי שנהג בהתאם לתחושתו ולזהותו הפנימית והרגשית. כחברה סובלנית שבה רצונו של אדם כבודו, נתיר ונכבד התנהגות זו."

וראו לעניין זה אייל גרוס "התחזות כאדם אחר": חיקוי ומרי מגדרי במפשט של חן אלקובי משפטים על אהבה 365 (2005).

193. ההצדקה של הנוהל בכך ש"נדרשת החזקה בתנאי הפרדה וזאת מחשש לפגיעה באסיר או באסירים בסביבתו. לאור העובדה, שבפועל, נתונים ומחקרים מצביעים על כך, שההפרדה וההחזקה בבידוד או בצינוק מסבה לאסירים הטרנסים/ות ולאסירים ככלל נזק כבד נראה שהנחת המוצא שבבסיס הנוהל נעדרת תשתית עובדתית חיונית.

194. בדו"ח שב"ס מצא כי לבידוד אסירים יש השפעות כבדות משקל של על מצבם נפשי. ממאמרם של קטרי ויונה ניתן ללמוד כי "מסקנות הדו"ח תואמות ממצאים בינלאומיים בדבר

ההשפעות הפסיכולוגיות הקשות של בידוד והפרדת אסירים, גם במקרים בהם מדובר בבידוד הגנתי". ממצאים אלו אינם מקבלים כל ביטול בנוהל והספק אם נאסף המידע הראייתי הנוגע לעניין גדול.

195. חובת האמונים של המנהל כלפי הציבור מקימה לרשות חובה ההנמקה כללית הנובעת (ראו גם: דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א 423-426 (2010)). במקרה דנן, שב"ס שקבע נוהל סודי "פטר" עצמו מחובת הנמקה של הנוהל ועל הדרך חסם את הדרך של הציבור הנפגע ממנה לערער עליה. משהמשיבים גילו בבירור את אי רצונן לחשוף את החלטתן לעניין השמת טרנסים/ות לביקורת, למרות הפגיעה בזכויות יסוד, בית המשפט מתבקש לאכוף על המשיבים חשיפה של נימוקי הנוהל והתשתית העובדתית עליה הוא מתבסס.

196. ריבוי הפגמים בנוהל המצטברים להפרה בוטה של הסבירות הפרוצדורלית, מצדיקים את ביטולו. אלא שבמקרה דנן, פסילת הנוהל מתבקשת, כפי שנפרט להלן, לאור חריגתו ממתחום הסבירות המהותית.

ג.2.ו. נוהל החזקת אסירים טרנסג'נדרים בבידוד בטל מהטעם שהוא חורג ממתחם הסבירות

197. לעניין הסבירות המהותית נקבע כי קבלת החלטה בחוסר סבירות מהותי או קיצוני מהווה עילה לפסילתה (בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421), שכן על רשות מנהלית חלה חובה להפעיל את שיקול דעתה בסבירות. בבג"צ 581/87 דדי צוקר נ' שר הפנים, פ"ד מב(4) 529 (להלן: עניין צוקר") נקבע:

"שומה להדגיש, כי עילת חוסר הסבירות כשלעצמה וללא תימוכין בגין עילה אחרת עלולה לפסול החלטה של רשות מינהלית... במסגרת בחינת סבירותה של החלטה של רשות מינהלית על בית המשפט לבחון את ההחלטה על רקע הנסיבות העובדתיות הכוללות של הפרשה הנדונה. בבג"צ 156/75 הנ"ל, בעמ' 105, אומר הנשיא שמגר: "יכול שייוצרו נסיבות בהן לא נשקל על-ידי הרשות המיניסטריאלית שיקול זה, והובאו בחשבון אך ורק שיקולים שהם רלבנטיים לענין, אולם לשיקולים הרלבנטיים השונים יוחס משקל בפרופורציה כה מעוותת ביניהם לבין עצמם עד שהמסקנה הסופית הפכה מופרכת מעיקרה בשל כך לבלתי-סבירה לחלוטין".

198. הגורמים הרלוונטיים על בסיסם נקבע הנוהל חסויים, ולכן האפשרות לבחון את סבירותו היא באמצעות בחינת סיכוייו של הנוהל להשיג את המטרה שלשמה הוא נועד - שמירה על שלמותם ובריאותם של אסירים טרנסים/ות והסובבים אותם. בבג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 513 נקבע לעניין התלות בין המשקל שניתן לגורמים השונים ביחס למטרה כך:

"סבירות היא לעולם פועל יוצא של הגורמים הרלוואנטיים ושל המשקל הראוי שיש ליתן להם ביחסיהם הפנימיים.... משקלם 'הראוי' של הגורמים הרלוואנטיים נקבע על פי כוחם לקדם את המטרות העומדות ביסוד הפעולה (או ההחלטה), אשר סבירותה עומדת לבחינה. אכן, משקל 'ראוי' אינו תופעת טבע הטבועה בגורמים הרלוואנטיים. משקל 'ראוי' לא נקבע על פי דדוקציה לוגית. משקל 'ראוי' היא

הערכה, עד כמה הגורמים השונים מקדמים את המטרות אשר הפעולה (או ההחלטה) באה להגשים"

199. במקרה דנן, יש לבחון את סבירות הנוהל על רקע ההכרה של חומרת אמצעי הפרדה והיות ההחזקה בהפרדה חריג לכלל. השאלה היא אם הפיכת החריג, השלילה של הצורך החיוני בסביבה אנושית, מקבוצת בני אדם על רקע מגדרי, לכלל היא סבירה.

200. ברע"ב 10/06 **אטיאס נ' שירות בתי הסוהר** (9.5.06), מדגיש בית המשפט את הצורך בטעמים כבדי משקל לשלילת קשר אנושי מאסיר:

"החזקת אסיר בתנאי הפרדה היא בבחינת חריג לעיקרון לפי, דרך כלל, יוחזק אסיר ביחד עם כלל האסירים. עיקרון זה נובע מההכרה, כי לאסיר עומדת זכות לקיום אנושי בסיסי בין כתלי הכלא, בכפוף להגבלות המתחייבות מצרכי המאסר עצמו ושלילת החופשי האישי הנובעת ממנו. חיים בסביבה אנושית הם צורך חיוני לאדם, וניתן לשלול אותם או להגבילם רק בהתקיים טעמים מיוחדים וכבדי משקל לכך. גם בהתקיים טעמים כאלה, על החזקת אסיר בהפרדה להצטמצם אך למשך הזמן ההכרחי לכך, ועל הרשות המוסמכת לבחון באופן רצוף את המשך הצורך וההצדקה בהפרדה, מתוך הכרה בחובה לצמצם ככל הניתן את הפגיעה באסיר. יתר על כן, גם בהינתן צורך מובהק בתנאי הפרדה, על הרשות לבחון, מעת לעת, אפשרויות להקלה בחומרת הפגיעה הנובעת ממנה למשל, דרך העברה להפרדה זוגית, או הקלה אחרת, הכל כפי שהנסיבות עשויות לאפשר. ככל שתקופת ההפרדה מתארכת, כך גובר הנטל על הרשות המוסמכת להצביע על קיומו של צורך חיוני בהמשך החזקה בתנאי הפרדה, נוכח הפגיעה הטמונה בה לזכויותיו של האסיר" רע"ב 10/06 **אטיאס נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 09.05.2006). כן ראו רע"ב 5674/10 **איפרגן נ' שירות בתי הסוהר** (פורסם בנבו 21.09.2010) ועתא (נצי) 30287-08-10 **שירות בתי הסוהר נ' נעים סעד** (בית המשפט המחוזי בנצרת בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים) (פורסם בנבו 20.10.2010).**

201. החלטה קולקטיבית, לגבי קבוצה מגדרית שלמה, המטילה עליה פרקטיקה חריגה ופוגענית, ללא בחינה פרטנית של הצורך להגנה על שלמותו ובריאות של האסיר/ה בכל מקרה ומקרה לגופו חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות. שכן, היא הופכת את החריג לכלל ואת הכלל, של בחינה פרטנית לגבי כל אסיר/ה לחריג.

202. חוסר הסבירות הקיצונית של הנוהל, נובע מההיפוך, של חריג ההפרדה, לכלל ושל הכלל, של בדיקה פרטנית לגבי כל אסיר, לחריג – באופן שבו ניתן משקל נמוך באופן קיצוני לפגיעה בזכויות יסוד של האסיר הטרנסגינדר. חוסר הסבירות בולטת בעיקר על רקע העובדה שאף הנחת המוצא, שהאסיר הטרנסגינדר זקוק להגנה העודפת, מבוססת על תשתית עובדתית חסרה ואולי אף על דעה קדומה.

ג.2.ז. נוהל החזקת אסירים טרנסגינדרים בבידוד בטל מהטעם שהוא מהווה עינוי וענישה אכזרית ובלתי שגרתית

203. האיסור על ענישה אכזרית ובלתי מוסרית הוא מאבני היסוד של החשיבה הליברלית, ונהוג לזהותו כבר במשנתו של הובס, במסגרת האיסור המוחלט על עינויים.

204. איסור זה עוגן, כמפורט לעיל, בדין הבינלאומי, הן בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם והן באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות והוא חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי..

205. במדינות שונות זכה עקרון זה לביטוי במארג החוקתי הפנימי. מבין אומות העולם, מוכר לכל האיסור הקבוע בתיקון השמיני לחוקת ארצות הברית על עונש אכזרי ובלתי שגרתי.

206. האיסור על עינויים בדין הישראלי מקורו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמו גם בהתחייבויותיה הבינלאומיות (ראו: בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999)).

207. יחד עם זאת, טרם נדונה בפסיקה בישראל השאלה האם ישנם מקרים בהם, מכוח האיסור על עינוי אכזרי ובלתי שגרתי יאסר על פרקטיקות כליאה מסוגים מסויימים.

208. ברי, כי ניתן להעלות על הדעת מצבים רבים, שלמרבה המזל אינם קיימים, שיעלו כדי ענישה אכזרית ובלתי שגרתי. כך לדוגמא, ניתן לחשוב על אחזקה של אסירים ללא אמצעי חימום במתקנים במדבר כענישה אכזרית, על אחזקת אסירים באופן שחושפת אותם לחומרים רעילים ומסוכנים כענישה אכזרית וכיו"ב.

209. בהקשר זה, ברי, כי דרך המלך בהליך המשפטי היא חיוב שירות בתי הסוהר בשיפור התנאים וביטול הרכיבים בכליאה ההופכים אותה לאכזרית ובלתי שגרתי.

210. מהכלל אל הפרט – לגישת העותרת, החזקת אדם בתנאי הפרדה לאורך שנים (ולמעשה, גם פרקי זמן קצרים בהרבה) היא בגדר עינוי.

3.ג. ככל ששב"ס אינו מסוגל להבטיח את שלומם של אסירים טרנסג'נדרים ללא החזקתם בהפרדה – יש לתת סעד מן הצדק האוסר על ביצוע עונשי המאסר בפועל או על המרת לעונשי מאסר בדרך של עבודות שירות

211. על המדינה החובה להבטיח כי תנאי המאסר של אסירים יהיו נאותים. על המדינה החובה להבטיח את שלומם. על המדינה החובה להבטיח את רווחתם. על המדינה החובה להבטיח את בריאותם הנפשית. ואילו בעניינם של אסירים טרנסג'נדרים היא מתווה מדיניות הפוגעת בבריאותם הנפשית.

212. מה הדין, מקום בו המדינה קובעת, באופן קטגורי, כי היא לא תוכל להבטיח את ההגנה על זכויות האדם הבסיסיות ביותר של מי שמוחזקים במשמור על ידה? האם רשאית המדינה לממש עונשי מאסר, בזמן שהיא עצמה מודיעה מראש כי עונש המאסר עצמו יבוצע תוך הפרת זכויות אדם בסיסיות, תוך פגיעה בזכות שלא להיות נתון לעינויים, תוך פגיעה בזכות לאוטונומיה, לכבוד ולשוויון?

213. לגישת העותרת, התשובה שלילית. מקום בו אין המדינה מסוגלת לספק תנאי מאסר הולמים, מוצדק לתת סעד מן הצדק, האוסר על ביצוע בפועל של עונש המאסר מאחורי סורג ובריא. מקום בו מודיעה המדינה כי היא לא תוכל לספק תנאי מאסר הולמים לצמיתות, מוצדק לתת סעד מן הצדק הממיר את עונשי המאסר בפועל מאחורי סורג ובריא בעונשי מאסר על תנאי.

214. אכן, הסעדים המבוקשים בעניין זה הם חריגים ויוצאי דופן. גם המצב שבו המדינה, כעניין שבמדיניות, מודיעה שהיא עתידה להמשיך ולפגוע פגיעה שאינה מידתית בזכויות של אסירים טרנסג'נדרים ואסירות טרנסג'נדריות אף הוא מצב שאינו שגרתי.

215. אך באחרונה, עמד בית המשפט העליון על כך שמקום בו המדינה אינה יכולה לעמוד ברף המינימום של של הגנה על זכויות האסירים, עליה להבטיח את ההגנה על זכויות אלו בדרך של שחרור אסירים (ראו: בג"ץ 4386/16 מדין נ' נציבות בתי הסוהר (13.6.2017)).

216. כך הם גם הדברים בענייננו. החובה של המדינה להבטיח את הזכויות של האסירים הטרנסגינדרים והאסירות הטרנסגינדריות היא תנאי מקדים לכל החלטה על ביצוע פסק דין של מאסר בפועל. ככל שכושלת המדינה בעמידה בתנאי מקדים זה, יש לאסור עליה לבצע את המאסר בפועל.

217. העותרת תקווה, כי המדינה תשכיל למצוא פתרונות ראויים, המבטיחים תנאים הולמים לאסירים טרנסגינדרים ואסירות טרנסגינדריות, ומשכך לא תרחיב בשלב זה בקשר עם שני הסעדים האמורים. יחד עם זאת, ככל שלאחר תשובת המשיב יתברר כי המשיב מתכוון להמשיך להחזיק בדרך זו אסירים טרנסגינדרים ואסירות טרנסגינדריות, תבקש העותרת שיותר לה להשיב ולהרחיב באשר לטיבו ואופיו של הסעד מן הצדק המבוקש בנסיבות דנן.

ד. סוף דבר

218. נוכח כל אמור, יתבקש בית המשפט הנכבד לייתן צו על-תנאי כמבוקש בעתירה, להופכו לצו מוחלט, ולחייב את המשיבים בהוצאות משפט ושכר טרחת עורכי דין בשיעורים ריאליים.

היום, 6 ביולי 2017.


אוהד רוזן, עו"ד


חיה ארז, עו"ד


ב/ עידו קטרי, עו"ד


חגי קלעי, עו"ד