



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 6819/14

לפני: כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט ע' פוגלמן  
כבוד השופט צ' זילברטל

המערערות: 1. פלונית  
2. פלונית

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 16.09.2014 בתפ"ח 22218-09-13 שניתן על ידי כבוד השופטים ג' נויטל, מ' יפרח וג' רביד

תאריך הישיבה: ז' בטבת התשע"ה (29.12.2014)

בשם המערערות: עו"ד נאוה בירנבאום דהאן

בשם המשיבה: עו"ד עילית מידן

בשם שירות המבחן  
למבוגרים:

גב' ברכה וייס

### פסק-דין

השופטת א' חיות:

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטים ג' נויטל, מ' יפרח ו- ג' רביד) בתפ"ח 22218-09-13 מיום 16.9.2014.

1. המערערות הורשעו ביום 3.3.2014 על פי הודאתן בכתב אישום מתוקן המייחס להן ביצוע מעשה מגונה בצוותא לפי סעיפים 348(ב) ו- 345(ב)(5) לחוק העונשין,

התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). על פי עובדות כתב האישום המערערות הן טרנסג'נדריות אשר בלילה שבין 4.9.2013 ל- 5.9.2013 ישבו בקיוסק הסמוך לדירתה של המערערת 2 בתל אביב (להלן: הדירה), שם פגשו בא.ל. (להלן: המתלונן) ובאחד מחבריו. לאחר דין ודברים שהתפתח בין חברו של המתלונן למערערות במהלכם הטיח האחרון במערערות קללות וגידופים, נענה המתלונן להזמנתה של המערערת 1 לעלות לדירה. משנכנס המתלונן לדירה דחפה אותו המערערת 1 למיטה, חשפה את שדיה וניסתה לנשק אותו על פיו. המתלונן הסיט את פניו, ניסה לקום מהמיטה וביקש מהמערערת 1 שתפסיק. או אז התיישרה המערערת 2 על המיטה לצד ראשו של המתלונן. בהמשך לכך, פתחה המערערת 1 את מכנסיו של המתלונן שביקש מהמערערות להפסיק ולהניח לו לנפשו. המערערות התעלמו מדברי המתלונן והמערערת 2 אמרה למערערת 1 לבצע בו מין אוראלי. המערערת 1 ליקקה את איבר מינו של המתלונן תוך שהמערערת 2 יושבת לצדו על המיטה, חושפת את שדיה ואומרת לו "עד שאתה לא גומר אתה לא יוצא מפה". לאחר מספר דקות נתנו המערערות למתלונן לקום מהמיטה והמערערת 2 דחפה אותו אל מחוץ לדירה כשמכנסיו מופשלים.

2. בהסדר הטיעון אליו הגיעו הצדדים הוסכם כי המערערות יפקידו כל אחת פיצוי בסך 10,000 ש"ח עבור המתלונן ולאחר מכן תטען התביעה לעונש של 15 חודשי מאסר בפועל ואילו ההגנה רשאית לטעון לעונש כהבנתה. כמו כן, הוגשו תסקירי שירות מבחן בעניינן של המערערות בהם המליץ שירות המבחן להעמיד את המערערות תחת פיקוחו למשך שנה ולא להטיל עליהן עונש מאסר בפועל מאחורי סורג ובריה, אלא לכל היותר בדרך של עבודות שירות. שירות המבחן עמד על נסיבות חייהן הקשות של המערערות ועל החשש הרב אותו הביעו מפני מאסר בפועל, נוכח התנאים בהם יאלצו לרצות. כמו כן, ציין שירות המבחן כי המערערות משתפות פעולה עם הטיפול בו שולבו בעקבות מעצרן ומתמידות בו. בהערכות המסוכנות שניתנו בעניינן צוין כי המסוכנות הנשקפת מן המערערות לביצוע עבירות מין נוספות הינה נמוכה עד בינונית.

3. בגזר דינו עמד בית המשפט קמא על חומרת מעשיהן של המערערות וקבע כי הן פגעו באופן משמעותי וקשה באוטונומיה של המתלונן בכך שביצעו בו מעשה מגונה בוטה ומסליד חרף בקשותיו כי יניחו לו. בית המשפט קמא עמד על כך שלביצוע העבירה קדם תכנון וכי היא התאפיינה באכזריות ובהתעללות. לפיכך, נקבע כי העבירה אותה ביצעו המערערות מצויה ברף חומרה גבוה ומצדיקה ענישה מרתיעה. בית המשפט קמא ציין עוד כי אף שהמערערת 1 היא זו שביצעה את המעשה המגונה בגופו של המתלונן, חלקה של המערערת 2 במעשים היה משמעותי ועל כן אין מקום לערוך

הבחנה בין המערערות לעניין מידת אשמתן. בהתחשב בנסיבות העבירה, מדיניות הענישה הנהוגה במקרים דומים והסדר הטיעון אליו הגיעו הצדדים, קבע בית המשפט קמא כי מתחם העונש ההולם במקרה דנן נע בין 8 ל- 15 חודשי מאסר בפועל. בהתייחס לנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה ציין בית המשפט קמא את גילן הצעיר של המערערות, את העובדה כי הן נעדרות עבר פלילי ואת העובדה שתנאי מאסרן צפויים להיות קשים בשל היותן טרנסג'נדריות. בנוסף, עמד בית המשפט קמא על נסיבות חייהן הקשות של המערערות אשר סבלו מדחיייה והתעללות בשל זהותן המגדרית. כמו כן, עמד בית המשפט קמא על כך שהמערערות עשו מאמצים לחזור למוטב, הפקידו פיצוי למתלונן, התמידו במסגרת הטיפולית אליה הופנו והביעו חרטה על מעשיהן. בית המשפט קמא סבר עם זאת כי אין הצדקה בנסיבות המקרה דנן לחריגה ממתחם העונש ההולם ויש להסתפק בענישה ברף הנמוך של המתחם. לפיכך, גזר בית המשפט קמא על כל אחת מהמערערות 8 חודשי מאסר בפועל ותקופות שונות של מאסר על תנאי. כמו כן, הורה בית המשפט קמא כי הפיצוי אותו הפקידו יועבר לידי המתלונן.

#### טענות הצדדים

4. בערעור שהגישו טוענות המערערות כי שגה בית המשפט קמא משגזר עליהן עונש מאסר בפועל בניגוד להמלצת שירות המבחן וגורמי הטיפול. עוד נטען כי בית המשפט קמא התעלם מכך שלביצוע העבירה קדם קינטור מצד חברו של המתלונן אשר גידף את המערערות והתגרה בהן. כמו כן, נטען כי בית המשפט קמא התעלם מכך שהמתלונן עלה לדירה מרצונו ומכך שהמערערות היו שתויות בעת ביצוע העבירה. נטען כי בנסיבות אלו קביעתו של בית המשפט קמא לפיה לביצוע העבירה קדם תכנון, היא שגויה. בנוסף טוענות המערערות כי ההערכה לפיה נשקפת מהן מסוכנות נמוכה עד בינונית כי יבצעו עבירות מין בעתיד, מבוססת על מחקרים המצביעים על מסוכנות לביצוע עבירות מין על ידי מי שחוו התעללות וקשיים רגשיים בילדותם. ואולם, כל יתר הקריטריונים שנבחנו מצביעים על מסוכנות נמוכה להישנות העבירות ולראיה הומלץ על המשך המסלול השיקומי. עוד נטען כי בית המשפט קמא התעלם מכך שהמערערות לא הפעילו אלימות או כוח פיזי כלפי המתלונן ולא הוכח כי נגרם לו נזק ממשי כתוצאה מהאירוע. כמו כן נטען כי בית המשפט קמא לא נתן משקל הולם לנסיבותיהן הייחודיות של המערערות ולכך שבהיותן טרנסג'נדריות יאלצו לרצות את מאסרן בתנאי בידוד קשים. המערערות הוסיפו וטענו כי בית המשפט קמא לא נתן דעתו לפגיעה הקשה שתהיה למאסרן על המשך התהליך השיקומי בו החלו וכי יש להעדיף עונש המשלב שיקולי ענישה ושיקום על פני מאסר בפועל. בנסיבות אלו, כך נטען, יש

להתערב בגזר דינו של בית המשפט קמא ולהמיר את עונש המאסר שהוטל על המערערות בעבודות שירות.

5. לטענת המשיבה דין הערעור להידחות. המשיבה מציינת כי כלל השיקולים להקלה בעונש עליהן מצביעות המערערות עמדו בפני בית המשפט קמא וקיבלו ביטוי בגזר דינו. כמו כן, מדגישה המשיבה את חומרת מעשיהן של המערערות וטוענת כי העובדה שהמתלונן היה מודע למניעים שעמדו מאחורי הזמנתו לדירה ועלה אליה מרצונו, לא צריכה להישקל לחובתו. עוד טוענת המשיבה כי על אף נסיבותיו הייחודיות של המקרה דנן בו הותקף גבר על ידי שתי נשים, יש מקום להטיל עונש מרתיע שישקף את הסלידה ממעשי המערערות וימנע הישנות של מקרים דומים בעתיד.

#### הערכות והמלצות מעודכנות

6. הערכת המסוכנות העדכנית שהוגשה בעניינה של המערערת 1 בשלב הערעור קובעת כי היא נאלצת להתמודד עם קשיים רבים ובהם טראומות מן העבר שטרם זכו למענה טיפולי הולם וקושי להבדיל בין מיניות בריאה למיניות פוגענית ומנצלת. לפיכך, הוערך כי רמת המסוכנות הנשקפת ממנה נותרה נמוכה עד בינונית ובתסקיר שירות המבחן המשלים שהוגש בעניינה של המערערת 1 בשלב הערעור, נאמר כי היא שבה ומביעה חרטה על מעשיה וממשיכה לבטא נזקקות טיפולית. שירות המבחן התרשם כי ההליך הטיפולי אותו עוברת המערערת 1 הנו משמעותי ומאפשר לה להכיר בבעייתיות שבהתנהגותה. לפיכך, שב שירות המבחן על המלצתו להמיר את עונש המאסר בפועל שהושת על המערערת 1 בעבודות שירות ולהעמיד אותה בפיקוחו למשך שנה. בהערכת המסוכנות העדכנית שהוגשה בעניינה של המערערת 2 בשלב הערעור צוין כי מדובר באישה הזקוקה להליך טיפול אינטנסיבי לצורך חיזוק דימויה העצמי ורכישת כלים להתמודדות עם מצבי דחק. לפיכך, העריך המרכז להערכת מסוכנות כי המסוכנות הנשקפת מהמערערת 2 נותרה נמוכה עד בינונית. עם זאת, צוין כי ככל שהמערערת 2 תשלים את ההליך הטיפולי, כמו גם את התהליכים לשינוי מינה, יתייתר הצורך לשלבה בטיפול ייעודי לעברייני מין. בתסקיר שירות המבחן המשלים שהוגש בעניינה של המערערת 2 בשלב הערעור צוין כי ניכר שהטיפול אותו היא עוברת מסייע לה לפתח מודעות לבעייתיות שבהתנהגותה וכי היא לוקחת יותר אחריות לפגיעה במתלונן ומביעה חרטה על מעשיה. עם זאת, נאמר כי המערערת 2 עודנה מתקשה לזהות מצבי סיכון וזקוקה להמשך טיפול. לפיכך שב שירות המבחן והמליץ גם לגבי

המערערת 2 על המרת עונש המאסר בפועל בעבודות שירות ועל העמדתה תחת פיקוחו למשך שנה.

בהחלטתנו מיום 29.12.2014, הורינו על קבלת חוות-דעתו של הממונה על עבודות שירות לגבי התאמתן של המערערות לביצוע עבודות אלו, וכיום 25.1.2015 נתקבלו חוות-דעת חיוביות של הממונה בעניין זה.

דיון והכרעה

7. לאחר שבחנו את טענות הצדדים בערעור הגענו לכלל מסקנה כי יש מקום להפחית מעונש המאסר בפועל שהוטל על המערערות, להעמידו על 6 חודשים ולהורות כי יבוצע בדרך של עבודות שירות. חשוב להדגיש כי העבירה בה הורשעו המערערות אכן קשה ומעוררת סלידה ואין להקל בה ראש (על החומרה הרבה הטמונה בביצוע עבירות מין בכלל וביצוע מעשים מגונים בפרט, ראו, ע"פ 9994/07 פלוני נ' מדינת ישראל (11.8.2008), בפסקה 14 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה; ע"פ 5382/04 מרגוליס נ' מדינת ישראל (4.6.2006), בפסקאות 7-8 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן). עבירה זו, כך נפסק לא אחת, פוגעת לא רק בגופו של אדם אלא גם בכבודו ובצנעת חייו (ראו, ע"פ 6269/99 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 496 (2001), בפסקה 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; ע"פ 6255/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 168 (2004), בפסקה 18 לפסק דינו של השופט מ' חשין). מינו של הפוגע אינו נושא משקל בהקשר זה וברי כי גם עבירות מין שמבצעות נשים כלפי גברים, כפי שאירע במקרה דנן, יש בהן כדי לגרום פגיעה קשה וחמורה בגופו ובנפשו של נפגע העבירה. לפיכך, צורמת טענת המערערות לפיה לא הוכח כי מעשיהן הסבו למתלונן נזק של ממש, וכבר נפסק כי מעשים מגונים הם מסוג העבירות שהנזק טבוע בהן וקיומו הוא בבחינת הנחה שאינה צריכה הוכחה (ראו, ע"פ 6695/08 פלוני נ' מדינת ישראל (26.1.2009), בפסקה 14 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל; עוד ראו, ע"פ 2599/09 מדינת ישראל נ' חסאסנה (30.4.2009), בפסקה ז' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין).

8. עם זאת, אנו סבורים כי קיימים במקרה דנן שיקולים כבדי משקל המטים את הכף לטובת הקלה בעונשן של המערערות ובהם: מצבן המגדרי הייחודי אשר בגינו יאלצו לרצות את המאסר מאחורי סורג ובריח בתנאי הפרדה קשים (לעניין זה ראו, ע"פ 5833/12 פלונית נ' מדינת ישראל (12.9.2013)), הקשיים שחוו לאורך חייהן, כמשתקף מתסקירי שירות המבחן ומהערכות המסוכנות, וכן העובדה כי הן נעדרות עבר פלילי.

כמו כן, יש מקום לייחס במקרה דנן משקל רב ביותר לשיקול השיקומי (ראו, ע"פ 2194/14 בן שמעון נ' מדינת ישראל (10.9.2014), בפסקה 7 לפסק הדין). כפי שצוין לעיל, עולה מתסקירי שירות המבחן שהוגשו בעניינן של המערערות כי הן משתפות פעולה עם הטיפול אליו הופנו לאחר שחרורן ממעצר, מתמידות בו לאורך זמן ומשקיעות בו מאמץ רב. כליאתן של המערערות תקטע מהלך שיקומי זה ותחבל בסיכויי הצלחתו אותם ראוי לעודד.

9. מטעמים אלה כולם אנו סבורים כי באיזון הכולל יש מקום להקל בעונשן של המערערות ולהעמידו על שישה חודשי מאסר בפועל שירוצו בעבודות שירות, בהתאם לחוות-דעת הממונה שהתקבלו כאמור. כמו כן אנו מטילים על המערערות צו מבחן לשנה. יתר רכיבי גזר דינו של בית המשפט קמא יעמדו בעינם.

המערערת 1 תתייצב לביצוע עבודות השירות שנגזרו עליה ביום 3.3.2015 ואילו המערערת 2 תתייצב לביצוע עבודות השירות ביום 25.3.2015, כאמור בחוות דעתו של הממונה על עבודות שירות. המערערות יתייצבו לביצוע עבודות השירות עד השעה 10:00 ביחידת עבודות השירות של מחוז מרכז בשב"ס, או לפי החלטת שב"ס, כשברשותן תעודת זהות ועותק של פסק דין זה. המערערות יתאמו את התייצבותן לעבודות שירות עם יחידת עבודות השירות בשב"ס בטלפון 08-9787060.

ניתן היום, י"ב בשבט התשע"ה (1.2.2015).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט