



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5833/12

ע"פ 6207/12

ע"פ 6227/12

לפני :
כבוד השופט ס' גיבראן
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט נ' סולברג

1. המערערת בע"פ 5833/12 : פלונית
2. המערער בע"פ 6207/12 : ישראל ג'ורנו
3. המערער בע"פ 6227/12 : מיכאל גולובצק

נ ג ד

המשיבה :
מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע
בת"פ 11610/08, שניתן על ידי כב' השופט א' ביתן

בשם המערערת בע"פ 5833/12 : עו"ד לאורה גלאובך
בשם המערער בע"פ 6207/12 : עו"ד הילה טל
בשם המערער בע"פ 6227/12 : עו"ד יריב בן דוד

בשם המשיבה :
עו"ד עדי צימרמן

בשם שירות המבחן :
הגב' ברכה וייס

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. מונחים לפנינו שלושה ערעורים על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בת"פ 11610-08-10 (כב' השופט א' ביתן), בגדרו הוטל על כל אחד מהמערערים עונש של 15 חודשי מאסר בפועל, 12 חודשי מאסר על תנאי לבל יעברו עבירה מסוג פשע, ופיצוי בסך 5,000 ש"ח למתלונן. זאת בגין ביצוע עבירת שוד בנסיבות מחמירות, בה הורשעו המערערים על פי הודאתם.

רקע עובדתי

2. מכתב האישום שהוגש נגד המערערים, אשר הודו במעשים המיוחסים להם במסגרתו, מצטיירת התמונה העובדתית הבאה: בסמוך ליום 15.4.2010 קשרו המערערים קשר לשדוד את חנות הנוחות המצויה בתחנת הדלק "דור אלון" בכניסה לקיבוץ אילות, ולצורך כך הצטיידו בכובעי גרב, בגדים כהים, מעילים, כפפות גומי וסכין. כשבוע לאחר מכן, ביום 22.4.2010, אסף מערער 2 את מערערים 1 ו-3 בסמוך לשעה 01:00, והשלושה נסעו לחניית בית הספר "בגין" באילת, שם לבשו המערערים 1 ו-3 את הבגדים שהכינו מבעוד מועד. השלושה נסעו לאיזור תחנת הדלק והמתינו לשעת כושר. בשעה 04:20 לפנות בוקר נכנסו מערערת 1 ומערער 3 לחנות הנוחות שבתחנת הדלק, כאשר הם לבושים בציוד ההסוואה שהכינו. או אז, התנפל מערער 3 על המוכר שהיה אותה עת בחנות (להלן: "המתלונן") הפיל אותו על הרצפה, הצמיד סכין לצווארו, ואמר לו "זה שוד, תביא מהר מהר את הכסף". מערערת 1 הצמידה פתק לפניו של המתלונן, אשר מיהר ומסר לשניים סך של 1,000 ש"ח במזומן, לפני שהספיק להימלט מהמקום. מערער 2 המתין לחבריו בתוך הרכב בסמוך לתחנת הדלק, ולאחר מכן נסעו השלושה לחניון ברחוב שחמון באילת, שם חילקו את הכסף בין שלושתם. על רקע האמור, הואשמו המערערים בעבירות של קשירת קשר לביצוע פשע לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין") ושוד בנסיבות מחמירות לפי סעיף 402(ב) לחוק העונשין. כאמור לעיל, המערערים הודו במיוחס להם, והורשעו על פי הודאתם.

בבוא בית משפט קמא לגזור את דינם של המערערים, נתן הוא דעתו לחומרתה של העבירה ונסיבות ביצועה. נקבע כי המדובר בעבירה שתוכננה מראש, לרבות בחירת קרבן שהונח על פי היכרות מוקדמת שלא יתנגד, ותקיפתו תוך איום בנשק קר.

הודגש כי מעשי המערערים פוגעים לא רק בקרבנות העבירה, כי אם גם בציבור בכללותו, ובתחושת הביטחון של האזרח. הוסף כי יש צורך לבטא את הגמול המתאים בעבירות מסוג זה, באופן שיפגין כי יש דין ויש דיין, והמרחב הציבורי אינו הפקר.

לצד זאת, ניתן משקל בהכרעת בית משפט קמא לנסיבותיהם האישיות של המערערים, ולתסקירי שירות המבחן בעניינם, אשר המליצו להטיל על המערערים עונש שירוצה בדרך של עבודות שירות. באשר למערער 2 צוין כי עברו הפלילי נקי, והוא אף שירת בצה"ל בתקופה הרלוונטית. עוד הוסף כי מערער 3 עובד לפרנסתו, ואף התנדב ב"אקים" ועוסק בספורט תחרותי. באשר למערערת 1, הרחיב בית המשפט המחוזי את היריעה, נוכח נסיבותיה האישיות המיוחדות. צוין כי כעולה מתסקיר המבחן, מערערת 1 נולדה כנקבה, אך תחושותיה כלפי עצמה ונטיותיה הן של זכר. צוין כי מצויה היא בתהליך לשינוי מינה, ואף עברה בשנים האחרונות ניתוח להסרת חזה. בית המשפט המחוזי הדגיש שעל שירות בתי הסוהר לתת דעתו לעניינה, על מנת שלא תישקף לה סכנה בכתלי בית הסוהר.

נוכח האמור, נגזר עונשם של המערערים כפי שצוין, ל-15 חודשי מאסר בפועל, 12 חודשי מאסר על תנאי למשך שנתיים, לבל יעברו עבירת פשע, וכן פיצוי כספי למתלונן. מכאן הערעור שלפני.

טענות הצדדים

3. כאמור, שלושת המערערים משיגים כנגד העונש שהוטל עליהם, וטענותיהם תבואנה כסדרן. לטענת מערערת 1, לא ניתן משקל מספק לנסיבותיה האישיות המיוחדות, הקשורות לזהותה המינית. עוד נטען כי בית משפט קמא לא התייחס כראוי לנסיבות שהביאו את המערערת לעבור את העבירה, ורצונה להשתלב בחברת בני מינה החדש. הוסף כי בית המשפט המחוזי לא יישם כדבעי את הוראות סעיף 40א לחוק העונשין, המאפשר לבית המשפט הגוזר עונש לתת דעתו אף לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה. עיקר טיעונה של המערערת מתרכז בכך שככל שעונש המאסר בפועל יוותר על כנו, יהא עליה לרצותו בתנאי הפרדה, שהם תנאים קשים יותר ממאסר רגיל.

גם לגישת מערער 2, החמיר עימו בית המשפט המחוזי בהשיתו עונש מאסר בפועל. נטען כי לא ניתן משקל מספק לחרטה ולצער שהביע בעקבות המקרה, ולרצונו להשלים את שירותו הצבאי. הוסף שהיה מקום ליתן יתר דגש להמלצת שירות המבחן

שלא להטיל עונש מאסר בפועל, במיוחד נוכח סיכויי השיקום הטובים של המערער, והאפשרות שלו לקיים עתיד טוב יותר.

מערער 3 סבור אף הוא כי שגה בית המשפט המחוזי בבוחנו את השיקולים הרלוונטיים לעניינו. צוין כי בעת האירוע היה מערער 3 בן 18 וכמה חודשים – דהיינו, על גבול הקטינות – והוא נגרר אחרי המעורבים בשל חוסר בגרותו הנפשית. הודגש כי היה מקום לשקול את עניינו כאילו היה מדובר בקטין. עוד נטען כי מערער 3 מכיר בחומרת המעשים שביצע, וכי הוא מועסק כיום בעיר אילת לשביעות רצון האחראים עליו.

לגישת באת כוח המדינה, דין הערעורים כולם להידחות. נטען כי בית המשפט ערך איזון ראוי בין חומרתה של העבירה לבין מצבם האישי של המערערים. הודגש כי אין המדובר באירוע ספונטני, אלא בתכנון מדוקדק, תוך בחירת קרבן שהיה מוכר למערערים כאדם חלש וכמי שלא יביע התנגדות אקטיבית למעשה השוד. הוסף כי ביום השוד ביצע מערער 2 מעשים פליליים נוספים, ולמערער 3 עבר פלילי עשיר, על אף גילו הצעיר. באשר למערערת 1 וליכולתה הנפשית להתמודד עם המאסר, נטען כי שירות בתי הסוהר ערוך לטיפול עם אסירים במצבה של המערערת, וכי לא ניתן להעדיף את האינטרס האישי של מערערת 1, באופן השולל מאסר בפועל.

דיון והכרעה

4. לקיחת רכושו של אדם בלא רשותו, אסורה עוד משחר האנושות. תחת כותרת מעשה אסור זה, מבחין המקרא בין עבירת הגניבה, שהיא לקיחת רכושו של אדם מבלי ידיעתו, לבין גזל – לקיחת רכושו של אדם בידיעתו ובכוח, וכלשון הזהב של הרמב"ם: "בגלוי ובפרהסיא בחוזק יד" (משנה תורה לרמב"ם, ספר נזקים, הלכות גניבה, פרק א', הלכה ג). כדברי החוק בספר ויקרא: "לֹא-תַעֲשֶׂק אֶת-רֵעֶךָ, וְלֹא תִגְזֹל" (ויקרא, י"ט, י"ג). אף מעניין להפנות לסוגיית הגזל של קרבן חלש, כפי שמתוארת בספר שופטים ביחס להתנהגות בני דן: "וְנֶאֱלָה, בְּאֵוֶן בֵּית מִיכָה, וַיִּקְחוּ אֶת-פְּסָל הָאֱפוֹד, וְאֶת-הַתְּרָפִים וְאֶת-הַמַּסֶּכֶה; וַיֹּאמְרוּ אֲלֵיהֶם הַכֹּהֵן, מָה אַתֶּם עֹשִׂים? וַיֹּאמְרוּ לוֹ הַחֲרָשׁ, שִׁים-יָדְךָ עַל-פִּיךָ" (שופטים, י"ח, י"ט). התנהגות זאת, כידוע, אירעה כאשר "בַּיָּמִים הָהֵם, אֵין מֶלֶךְ בְּיִשְׂרָאֵל" (שם, שם, א').

בימינו ובמקומותינו מוסדר האיסור בדבר השתלטות אלימה על רכוש בסעיף 402 לחוק העונשין, הקובע עונשי מקסימום שונים וחמורים עד עשרים שנות מאסר לשוד מזויין, או שוד שנעשה בחבורה, כפי שהתרחש כאן.

אף על בית המשפט בכואו ליישם את מצוות המחוקק, לשים לנגד עיניו את החומרה הרבה הנשקפת ממעשים אלה. משקל ממשי יש ליתן לצורך בהגנה על הציבור, ובפרט על אלה שפרנסתם במתן שירות חיוני לציבור, המוצאים עצמם לעיתים קרובות חשופים באישון ליל, קרבנות לעבירות אלימות ורכוש – שוד לאור הלילה. כפי שצוין בפרשה אחרת:

”בלב הדיון ניצב מעשה שוד בחנות קיוסק בשעת לילה מאוחרת, תוך איומים על העובד במקום ותקיפתו. שכיחותם של מקרים כגון דא מחייבת את היחלצותו של בית המשפט לעזרתם של עובדי הלילה. עובדי הקיוסקים נמנים עם שורה ארוכה של עובדים, דוגמת עובדי תחנות דלק ומאבטחים, המעניקים שירות בשעות הלילה לאלה הזקוקים לו. המדובר באנשים אשר עובדים לפרנסתם בעבודות שמטבען אינן פשוטות. בעבודתם חשופים הם למפרי חוק אשר מנצלים את אצטלת הלילה ורדת החשכה לביצוע זממם. לרוב, עובדים אלה נמצאים במקום בגפם, ועוברי האורח המצויים בסביבתם הם מעטים. לא אחת מותקפים ”עובדי הלילה” על ידי יחידים או קבוצות אשר שמו להם למטרה להשיג ”כסף קל” ביודעם שהעובד נמצא לבדו ולא יתנגד למתן הכסף כאשר חייו ושלמות גופו מונחים על הכף. מעבר לנזק הפיזי שגורמים התוקפים לעובדים, הפגיעה הנפשית לנוכח הטראומה שעברו ותחושת חוסר האונים בהם מצויים הינן גבוהות במיוחד.

בתי עסק הפתוחים 24 שעות ביממה ובייחוד בשעות הלילה נועדו לשפר את איכות חייו של הציבור ולאפשר לו זמינות גבוהה לשירותים שונים הניתנים מסביב לשעון. כך לדוגמא, אדם אשר החל בנסיעה ארוכה וגילה לפתע שכמות הדלק המצויה ברשותו אינה מספיקה ימצא תמיד פתרון לבעייתו וכך גם לגבי יתר השירותים הניתנים בלילה. לצד זאת, פתיחתם המבורכת של בתי עסק אלה מזמנת לנו עידן חדש של עבריינות בו מילת המפתח היא ”ניצול” ועל בית המשפט לתרום את חלקו ללוחמה בתופעה זו. רשת ההגנה שיכול לספק בית המשפט מתבטאת בהחמרת הענישה שיטיל על מפרי החוק בעניין זה ושתגשים את תכליות ההרתעה והגמול” (ע”פ 4812/12 רשיפל סעדייב נ’ מדינת ישראל (11.4.2013)).

לא למותר לציין את הטראומה שחוזה המתלונן בעקבות מעשיהם של המערערים. כפי שציין בית משפט קמא: "נקל לשער את רגעי האימה שעברו על המתלונן [כשמערערים 1 ו-3] הפתיעו אותו בחנות, הוא הופל ארצה, סכין הוצמדה לצווארו והוא נדרש למסור כסף. המתלונן תיאר בפני שירות המבחן את השוד כאירוע טראומטי שבעקבותיו הפסיק את עבודתו בתחנת הדלק ומסר כי מאז הוא חושש להימצא במקומות מבודדים בשעת הלילה בגפו".

5. המערערים מבקשים שלא למצות עימם את הדין, בטענה כי זו היא להם מעידה ראשונה, או שמעדרו בעבר וחזרו לדרך המוטב. בהקשר זה, של "אדם נורמטיבי" הסוטה באופן חד פעמי מדרך הישר, נזדמן לי להביע דעתי בע"פ 6296/11 מדינת ישראל נ' בכר אגבריה (13.11.2012):

"בשנים האחרונות מתרבה הטענה לפיה אדם המואשם בעבירות חמורות המסכנות את החברה והפרטים בה, הינו אדם "נורמטיבי". ניתן להגדיר את המונח נורמטיבי כאדם הנוהג על פי המוסכמות החברתיות. ברם, המקרה כה לא נורמטיבי, שיש בטענה מעין סתירה פנימית. כל נשכח שלא מדובר באדם שנקלע במקרה לסיטואציה אלימה והוא נגרר אליה כמגיב להתרחשות תוך ביצוע מעשה אלימות חמור. אף במקרה כזה הנגרר גורר את עצמו ואחראי למעשיו. ברם, מידת ההחמרה בעונש מתבקשת כאשר האלים הוא היוזם והמתכנן בצורה ברורה. ככלל, אדם שהוא "נורמטיבי" באופן האמור מקומו מאחורי סורג ובריח, ולתקופה ממושכת. זאת, למען ידע כל אדם שלהפרה כה בוטה של הנורמה הפלילית מחיר, ומחיר כבד. היותו של נאשם בר שיקום מעניק משקל ממשי לשיקולי שיקום במסגרת שיקולי הענישה, ואולם גם בכך יש מקום לאיזון הולם...

רוצה לומר, תתכן הטענה שמחוץ למקרה החמור, אין אינדיקציה להתנהגות לא נורמטיבית. כמובן, זהו שיקול שיביא להקלה מסויימת, ודאי לא להחמרה כפי שיוטל על העושה בעל עבר פלילי עשיר".

לאחר עיון בחומר, לרבות בתסקירי שירות המבחן ביחס למערערים, ואמת המידה הנהוגה בענישה במקרים כגון דא, אינני סבור כי שגה בית המשפט המחוזי משדחה את המלצת שירות המבחן להורות על מתן עונש שירוצה בדרך של עבודות שירות. כידוע, שירות המבחן הינו גורם ממליץ ולא מכריע. זאת, לא משום ספקות בטיב אבחוניו, אלא בשל רוחב ראייתו מכח תפקידו. לאמור, הנאשם מושא התסקיר אכן זוכה להתייחסות רחבה ולעיתים אף מעמיקה. אך אין זה מתפקידו של שירות המבחן להביע עמדה או אפילו להתייחס לשיקולים ציבוריים בעלי חשיבות רבה

בעיצוב העונש ההולם. אף לא מצאתי ממש בטענת המערערים, לפיה בחר בית המשפט המחוזי להחמיר עימם בשל אופן ניהול משפטם, והיעדר כנות בחרטה שהביעו. מעשיהם של המערערים חמורים בפני עצמם. תכנון שוד ופרטיו מבעוד מועד, וכיצועו באישון ליל. לדעתי, בנסיבות העניין, עונש של 15 חודשי מאסר אינו חורג מרמת הענישה הראויה. נהפוך הוא. לטעמי, העונש מבחינת המעשה נוטה לקולא. כך גם עמדתו של בית המשפט המחוזי.

המערערים הדגישו בטיעוניהם את קביעת בית המשפט המחוזי, לפיה אין מקום לשקילת אפיקים שיקומיים, כאשר המדובר בנאשמים שסביר שממילא לא יחזרו לדרך הפשיעה. כדבריו:

”באופן כללי, כאשר נאשם שהיה נטוע בעולם העברייני או שהיה מכור לסמים או לאלכוהול, שבהשפעתם בוצעה העבירה עליה הוא נותן את הדין, עושה מהלך שיקומי משמעותי, הנותן תקווה לעקירת שורש הרע, המאפשרת עליה על דרך הישר, כי אז יש מקום לדבר על שיקום המצדיק ויתור על אינטרסים עונשיים קלאסיים. אולם כאשר מדובר בנאשם שגם קודם לביצוע העבירה היה בעל מאפיינים נורמטיביים, פחות או יותר, וגם לאחריה הוא נשאר כשהיה, אין לוותר על מטרות הענישה העיקריות מהטעם של ”סיכויי שיקום”. אחרת, יוצר מצב ש”בחורים טובים” – שממילא ”סיכויי שיקום”, כאמור, טובים – המבצעים עבירה, יקבלו יחס סלחני ועונש שיקומי, ואילו ”בחורים אחרים” – ש”סיכויי שיקום” מלכתחילה פחות טובים – יוענשו כראוי לעבירה ולנסיבותיה”.

מבלי לקבוע מסמרות בנדון, אינני סבור כי יש לקרוא לתוך דברי בית משפט קמא אמירה לפיה בעניינו של אדם נעדר רקע פלילי, לא יישקלו שיקולי שיקום. אף אין מקום לכאורה ”להפלות” נאשם אשר סביר כי זו לו מעידה ראשונה ואחרונה, באופן שלא ניתן יהא להקל בעונשו תוך שקילת השיקול השיקומי. בכל מקרה, לטובת ”עברייני מסוג זה”, מתייצבים לקולא שיקולי גמול (בנסיבות העושה), וגם לקיחה בחשבון של עברו הפלילי הנקי, כחלק מהאיזון הראוי בהטלת עונשים. בעניינו, בוצע האיזון כהלכה, ואינני סבור כי ברובד הכללי, נפלה טעות בהכרעה אליה הגיע בית משפט קמא.

6. משהגעתי לכלל מסקנה כי בית המשפט המחוזי איזן כראוי את שיקולי הענישה השונים, תוך מתן משקל מספק לנסיבותיהם האישיות של המערערים, ניתן היה לעצור את ההכרעה בשלב זה, ולהורות על דחיית הערעורים כולם. לאמור – נשקלו כראוי,

ואף לקולא, נסיבות המעשה והעושים בעת גזירת העונש. ברם, נדמה כי קמה ומזדקרת נסיבה נוספת מיוחדת בתיק דנא, ביחס למערערת 1.

לשם הבהרת העניין, יש להרחיב מעט בנוגע לנסיבותיה האישיות של מערערת 1. זו נולדה בשנת 1984 כנקבה, אך מגיל קטן חשה עצמה כזכר. על רקע זה לא שירתה בצה"ל. כשנתיים טרם המקרה, החלה מערערת 1 בטיפולים הורמונאליים, פסיכולוגיים ופסיכיאטרים, אשר היוו הכנה אף לניתוח פיזי ראשוני לשינוי מין, אותו עברה לא מזמן.

ההליך של שינוי מין מעורר סוגיות משפטיות שונות (ראו למשל מאמרו של שמואל שמעוני, הכרה משפטית בשינוי מין, מחקרי משפט כח, 311 (2012)), המתייחס גם לגישת המשפט העברי (נדון). במקרנו, יש לדון בהשפעת הליך שינוי המין על שיקולי הענישה. מצד אחד המערערת עברה עבירה חמורה. זאת עשתה לא לבדה. נסיבה זו לא רק מחמירה את מעשיה שלה, אלא אף מחייבת את בית המשפט לשקול את עניינה גם ביחס להשלכות מסקנותיו באשר לעונש הראוי להטיל על יתר המעורבים. מצד אחר, לא ניתן להתעלם מהקושי האישי הכרוך בפסיעה בדרך חיים כזו, ולהשפעתו על חוויית ריצוי עונש המאסר.

נאמר את אשר עולה מגזר דינו של בית המשפט המחוזי. העונש מתחשב בנסיבה האישית של מערערת 1. כך ניתן להבין את תקופת המאסר הקצרה שהוטלה לא רק עליה, אלא אף על המערערים האחרים, כדי לשמור על אחידות הענישה. במובן זה, בית המשפט שקלל את חומרת העבירה מן הצד האחד, ואת הנסיבות המיוחדות של המערערת מן הצד האחר. כפי שכתב:

"המעשה שעשו הנאשמים חמור והעונש הראוי להם עליו צריך לכלול מאסר משמעותי. נתוני הנאשמים, נסיבותיהם וסיכויי שיקומם מצדיקים הקלה מסוימת בעונשם. נתוניה ונסיבותיה של [מערערת 1] מצדיקים הקלה נוספת בדינה, ממנה יהנו גם הנאשמים האחרים".

בהקשר לאופן בו תרצה מערערת 1 את עונשה, הביע בית המשפט המחוזי דעתו, על סמך הנתונים שעמדו לפניו אותה עת, כי: "אינני מקבל את ההנחה שיהיה הכרח להחזיק את [מערערת 1] בכלא בהפרדה. מבחינה פיזיולוגית [מערערת 1] היא

אשה ולא נראה שיש מניעה להחזיקה בכלא נשים. מכל מקום, יש להניח ששב"ס יתן דעתו לפרטי עניינה ויפעל באופן שלא יסכן אותה".

ואולם, במהלך הדיון לפנינו, נתגלו נתונים חדשים אשר על פני הדברים לא עמדו לפני ערכאה קמא. בהודעה מעדכנת שהוגשה לבקשת מותב זה מטעם שירות בתי הסוהר נמסר כדלקמן:

"בכל מקרה בו מתקבל אסיר אשר זהותו אינה חד משמעית נדרשת החזקה בתנאי הפרדה וזאת מחשש לפגיעה באסיר או באסירים וסביבתו.

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

במקרה הנדון – לאור העובדה כי [מערערת 1] טרם עבר ניתוח לשינוי זהותו המינית ומוגדר עדיין כאשה, יוחזק בביס"ר נווה תרצה, בשלב ראשון באגף ההפרדה. בהמשך ובהתאם לנתונים תישקל הוצאתו מההפרדה".

הנה כי כן, שירות בתי הסוהר מכיר בצורך לטיפול שונה באסירים דוגמת מערערת 1. ואולם, הטיפול האמור יש בו כדי להכביד עוד יותר על הקושי הקיים ממילא לאסיר. אין בכך משום ביקורת מינהלית על שב"ס, אלא התייחסות לעניין כנתון עובדתי רלוונטי. במסגרת הליך זה והליך קמא, הוצגה חוות דעתו של מנהל החטיבה לפסיכיאטריה משפטית במב"ן. על אף שחוות הדעת לא נערכה ביחס למערערת הקונקרטית שלפנינו, יש בה כדי להבהיר את הלך הדברים:

"ידוע שכל מאסר כרוך בדחק ניכר הנובע מעצם בידוד האסיר מסביבתו וממערכות התמיכה הטבעיות, שהייתו במרחב מצומצם המנוהל על פי כללים נוקשים, שלילת החופש והיכולת לתעל את דחפיו ומצוקותיו לאפיקים סובלימטיביים, שהייה עם גורמים עברייניים והיותו חשוף עקב כך לאלימות פיזית ומילולית, תנאי מחייה ירודים מבחינת צפיפות, הגיינה, מזון, חשיפה לעישון פסיבי וכו'.

עצם היחשפות לגורמי דחק הקשורים למאסר, מהווה אחת הסיבות לשכיחות הגבוהה בהשוואה לאוכלוסיה של הפרעות נפשיות בקרב אסירים.

בידודו או הפרדתו של אסיר כרוך, מעבר לשהייתו במאסר, בהגבלתו למקום שהייה מוגבל עוד יותר,

צמצום ניכר של מרחב ומגוון פעילויותיו, שלילת האינטראקציה עם הזולת וכו'. כתוצאה מכך לבידוד או להפרדה עשויות להיות השלכות נפשיות חמורות עוד יותר מאשר למאסר עצמו".

הגד זאת במילים פשוטות. חוויית המאסר בתנאי הפרדה קשה ומורכבת יותר מחוויית המאסר הרגיל. אף המדינה מסכימה לכך. ברם, לטענתה, אין מקום להקל בעונשו של נאשם רק בשל העובדה כי הוא צפוי לרצותו בהפרדה. כך למשל, נטען כי ישנם אסירים אשר בשל חשש לבטחונם, ולא דווקא בשל התנהגות שלילית, מושמים בהפרדה. ברמה הכללית, קיים הגיון בטענת המדינה במישור זה, ואולם משקל הטענה מוקהה במידת מה בנסיבות העניין. זאת, שכן נסיבות החזקתה של מערערת 1 בתנאי הפרדה הינן נסיבות פנימיות בלתי ניתנות לניתוק. כך אפילו לעומת אסיר אחר שיש להחזיקו בהפרדה. הקושי בחוויית המאסר של מערערת 1 אינו קשור לנסיבות המעשה בצורה ישירה או עקיפה. אף לא בנסיבות העושה בעולם הפלילי. אלא בנסיבות העושה בגרעין עולמו הפנימי.

7. נסיבותיה האישיות של מערערת 1 בשלב זה של חייה אינן שגרתיות או נפוצות, אלא חריגות. עניין לנו במלאכת מחשבת ולא במלאכת מחשבו. אין נוסחא אלגברית שעשויה לכוון את בית המשפט הכיצד לשקלל את הנתון האישי האמור של מערערת 1. נדמה שאף בית המשפט המחוזי סבר כי מאסר בתנאי הפרדה הינו שיקול שיש מקום לקחתו בחשבון, ואולם נכון לאותה העת לא הניח כי באופן מנדטורי תאלץ מערערת 1 לשהות בתנאי הפרדה. משנתקבלו נתונים חדשים בהקשר זה, משעולה כעת כי הדרך בה תוכל המערערת לרצות את עונשה בכתלי שב"ס הינה בהפרדה, ומשאף הגורמים האחראיים בשירות בתי הסוהר מודעים לקשיים המיוחדים שילוו את מערערת 1 בריצוי עונש מאסרה, סבורני כי יש מקום להקלה נוספת בעניין העונש. לנוכח חומרת העבירה, איזון הדברים אינו יכול לעמוד בנקודה לפיה ייגזר על המערערת עונש מאסר לריצוי בעבודות שירות. המערערת אחראית למעשיה, וההחלטה לבצע שוד מזוין בצוותא מחייבת ענישה מאחרי סורג ובריח. עיקרון ההלימה בענישה אינו מתיישב עם תוצאה מקלה מדי בנסיבות המקרה. עם זאת, ועל רקע כל האמור, סבורני כי נכון יהיה להפחית במידת מה את עונשה, כך שיעמוד על עשרה חודשים, במקום 15 שנגזרו בבית המשפט המחוזי.

לא נעלמה מעיני טענת באי כח מערערים 2-3, לפיה הקלה בעונשה של מערערת 1 בלבד תפלה אותם לרעה, ותעמוד בניגוד לעיקרון האחידות בענישה. לכך יש להשיב באופן הבא. עיקרון אחידות הענישה בעל משקל רב הוא, אך אינו ניצב כשיקול יחיד.

פער מסוים בין מערערים 2-3 לעומת מערערת 1 יהא ראוי. למעשה, ניתן להגיע לתוצאה זו גם מבלי לסטות מעיקרון אחדות הענישה. מוסכם כי יש מקום להקל או להחמיר עם נאשם לעומת מעורבים אחרים בפרשה, אם יש שוני ממשי בדבר תרומתם למעשה העבירה. זה אינו המצב כאן. אך כפי ששוני מהותי במעשה עשוי להצדיק שוני בענישה, כך גם שוני מהותי בעושה. ודוק, לא כל שוני. בענייננו השוני בנסיבות העושה בין מערערת 1 לבין המערערים האחרים בעל משקל רב, ועדיין, המערערים זכו להקלה בבית המשפט המחוזי גם בשל נסיבותיה של מערערת 1. די בכך.

ובכל מקרה, הנכונות להעניק לשיקול הבודד – נסיבות אישיות חריגות – משקל רב בתיק מסוים, אין משמעותה העלאת משקלו של שיקול זה בתיקים אחרים. כך דרכה של הגישה האינדיבידואלית המורכבת משיקולים שונים ומגוונים.

8. הערה נוספת בעניינה של המערערת. עסקינן בערעור פלילי על חומרתו של עונש. זוהי המסגרת. ליבת עמדתה של הסנגורית הינה כי יש להתחשב בנסיבות הפרטניות של המערערת ככאלו המשפיעות על עונש המאסר שהוטל עליה. בדיון לפנינו, באת כוח המדינה אינה מכחישה כי יש להעניק משקל לעניין זה אלא שדעתה היא כי העונש שנגזר על המערערת משקלל את הנתון האמור. דעתי היא כי מצבה האישי של המערערת, בפרט בעת הזאת, מצדיק הקלה נוספת בעונשה.

באשר לתנאי המאסר אומר כך: טיבה של הענישה הפלילית שהיא אינה מופשטת אלא לובשת צורה קונקרטי. סנקציה עונשית מחייבת קביעת מנגנון להטלתה. כך המצב בכל סוג עונש, אך נדמה כי הדבר נכון ביתר שאת לגבי עונש מאסר בפועל. תנאי מאסר, זכויות האסיר, שחרור מוקדם - אלה מלמדים כי מנגנון ריצוי עונש המאסר הפך לתחום משפטי כשלעצמו שעומד בתפר בין תחום המשפט הפלילי, המנהלי והחוקתי.

על דרך הכלל, השאלה האם לגזור עונש מאסר על נאשם אם לאו נידונה ומוכרעת בבית המשפט הפלילי. ואילו התנאים לריצוי עונש המאסר מוכתבים על פי כללים החיצוניים להליך הפלילי ובמידת הצורך נידונים במסגרת הליך מנהלי עצמאי שיוזם האסיר כלפי השב"ס. במקרים ייחודיים וביחס לנאשמים מסוימים, תנאי הכליאה מהווים חלק משיקולי הענישה בעת גזירת הדין.

בענייננו, שיקולים מעין אלו הצדיקו הקלה בעונש שהוטל על המערערת לעומת עונשם של שני המערערים האחרים שהיו שותפים לעבירה. לאחר הדיון הראשון

שהתקיים לפנינו ניתנה החלטה על ידי המותב לפיה "לאור מצבה המיוחד של המערערת... ולפני שניתן את פסק דינו, אנו מבקשים מבאת כוח המשיבה לפנות לשב"ס כדי שיתן חוות דעתו לענין אופן כליאתה של המערערת... במידה וערעורה יידחה על ידי בית המשפט". בעקבות זאת, תיארה בתמצית ראש מחלקת האסיר בשירות בתי הסוהר, במסמך בן עמוד אחד, את תנאי הכליאה שיחולו על המערערת הספציפית. על סמך האמור התקיים דיון המשך בו באי כוח הצדדים התבקשו להתייחס למשקל שיש להעניק לתנאים אלה במסגרת ערעורה של המערערת על חומרת העונש. נקודה זו חשובה לנוכח עמדת בית המשפט המחוזי שאין הכרח להחזיק את המערערת בתנאי הפרדה. לכן נדרשנו לברר נקודה עובדתית זו. באי כוח הצדדים טענו לענין העונש על סמך המסמך שהוצג; סבירות התנאים לא הועלתה בדיון על ידי מי מהצדדים; המדינה לא התבקשה להביע עמדה משפטית עקרונית ואף לא עובדתית בעניין. יש להוסיף בהקשר זה כי אף העמדה שהוצגה על-ידי שירות בתי הסוהר הייתה מסויגת והובהר כי היקף הפרדה ייבחן בצורה רחבה ופרטנית טרם ובמהלך תקופת המאסר היה ועונש המאסר יישאר על כנו.

אין זה אומר כי תנאי החזקת המערערת בהפרדה אינם מעוררים שאלות משפטיות נוספות. ההפך הוא הנכון. זו אינה רק סוגיה פרטנית כי אם בעלת תחולה רחבה יותר. שאלה זו חשובה היא. בל נשכח כי החזקת אסיר בתנאי הפרדה, אף אם אינה מלאה, היא לעולם פתרון שאיננו מועדף. אולם הפסיקה לא שללה את האפשרות של החזקת אסיר בתנאי הפרדה. הזהירות מתבקשת. בהתווית מדיניות של החזקה בהפרדה, דרך הזהירות דורשת לקיים דיון מלא לגביה במסגרת המתאימה תוך מתן הזדמנות לשני הצדדים להתייחס לעניין בכובד ראש. כאן יש לזכור כי ממילא בכוונת המותב לדחות את מועד ההתייצבות של המערערת גם כדי לאפשר לה, אם תבחר בכך, לפתוח בהליך מתאים לאחר שתשלים את תהליך המיון המוקדם בשירות בתי הסוהר, כנהוג אצל כל אסיר.

לסיכום בעניינה של המערערת, מבחן המעשה – ביצוע עבירת שוד בנסיבות מחמירות – מחייב הטלת עונש מאסר בפועל. לצד זאת, מבחן העושה מצביע על כי ריצוי עונש המאסר הינו קשה יותר עבור המערערת מאשר על "עושים" אחרים. השילוב בין השניים מוביל לטעמי לקיצור עונש המאסר שיש לגזור על המערערת.

תם ולא נשלם.

9. הייתי מציע לחברי לקבל את הערעור בע"פ 5833/12 ולהעמיד את עונש המאסר בפועל שנגזר על מערערת על 10 חודשי מאסר. יתר רכיבי גזר הדין יעמדו בעינם. כמו כן, הייתי מציע לחברי לדחות את הערעורים בע"פ 6207/12 וע"פ 6227/12.

ש ו פ ט

השופט ט' ג'ובראן:

1. עיינתי בחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל. אני מסכים, ומטעמיו, כי בית המשפט לא חרג ממתחם הענישה הנוהג ביחס לעבירה שבוצעה על ידי המערערים 2-3. לא אחת עמד בית משפט זה על החומרה הגלומה בעבירת השוד, אשר לצד הפגיעה בקניין, פוגעת פגיעה חמורה בביטחוננו האישי של הנשדד, ומותרת בו צלקות שלא בנקל ימחו. העונש שנגזר עליהם, בהתחשב בעבירה ובנסיבות ביצועה, ובהתחשב בנסיבותיהם האישיות, הוא עונש מקל באופן יחסי. ככל שיש ממש ברצונם בשיקום אפקטיבי, יוכלו לעשות זאת לאחר ריצוי תקופת מאסרם.

2. דברים אלו נכונים אף ביחס למערערת 1. יחד עם זאת, המקרה של המערערת 1 מעורר מורכבות רבה יותר. 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 טרנסג'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"ס 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. [...]" [כל ההדגשות במקור – ט' ג'"]

3. המדיניות הנוכחית של שירות בתי הסוהר היא החזקת המערערת 1 בתנאי הפרדה מלאים, אשר השלכותיה אינן פשוטות כל עיקר (השוו: רע"ב 697/13 מדינת ישראל נ' מוסלי (5.3.2013)). סבורני כי גם מתכונת מצומצמת של הפרדה – שתוגבל למצבים כגון רחצה ומתקנים סניטריים – היא קשה בצורה משמעותית מעונשם של אסירים שעברו עבירות דומות ולא הוחזקו בתנאי הפרדה. בנוסף, המערערת 1 הלינה על היחס כלפיה בבית הכלא. לדבריה, במהלך תקופת מעצרה היא נדרשה מספר פעמים להתפשט בפרהסיה, על מנת "לראות אם מדובר בגבר או אישה" (פרוטוקול הדיון מיום 7.3.13, עמ' 3, ש' 2-4). בנסיבות אלה, סבורני כי יש מקום להקל הקלה נוספת בעונשה של המערערת 1, כאמור בחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל.

4. מעבר לצורך אוסיף מספר הערות לגבי תנאי כליאתה של המערערת 1. לא אכחד כי דרך המלך לבחינת תנאי מאסר אינה במסגרת ערעור על גזר הדין, אלא במסגרת עתירת אסיר. עם זאת, בנסיבותיו המיוחדות של המקרה הנוכחי – פטור בלא כלום אי אפשר.

5. הזכות לשיוויון של טרנסג'נדרים, בדומה לזכות החוקתית לשיוויון של חברי הקהילה הגאה, היא זכות חוקתית מוגנת, מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: (עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וטובלנות נ' עיריית ירושלים (14.9.2010), פסקה 56 לפסק דינו של השופט י' עמית). משכך, לאסיר הטרנסג'נדר עומדת הזכות להיכלא בתנאים שווים לכל אסיר אחר ככל הניתן. הגנתה של הזכות לשיוויון נפרשת לא רק על מי שהשלים את תהליך השינוי המגדרי. הקשיים החברתיים

והמשפטיים שעמם נדרש הטרסג'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. גם במדינות העולם נקבע שהזכות לשוויון כוללת הגנה מפני פגיעה על בסיס תכונות המשויכות לזהות המוחלשת, אף אם אינם נובעות ממנה בהכרח (ראו לדוגמא *HJ (Iran) (FC) v' Secretary of State for the Home* 31 UKSC [2010] *Department*) ואף אם הנפגע שאינו משתייך "באמת" לקבוצה המוחלשת (ראו לדוגמא *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); *Giordano v. City of New York*, 274 F.3d 740, 748 (2d Cir.2001); *Francis v. City of Meriden*, 129 F.3d 281, 284 (2d Cir. 1997)). המצב הנוכחי לפיו, כפי שצוין, "בכל מקרה בו מתקבל אסיר אשר זהותו אינה חד משמעית נדרשת החזקה בתנאי הפרדה וזאת מחשש לפגיעה באסיר או באסירים בסביבתו" מעורר קשיים.

6. אכן, ישנם מצבים שבשל נסיבות העבירה ולשם הגנה על האסיר רשאי שירות בתי הסוהר להפריד אסיר פלוני מיתר האסירים. יחד עם זאת, קיים קושי בקביעה אפריורית לפיה זהותו המינית או המגדרית של אסיר תחייב את בידודו המלא לאורך תקופת המאסר. החזקה בתנאי בידוד פוגעת, כשלעצמה, באסיר, והופכת את המאסר לקשה שבעתיים. החזקה בתנאי בידוד עלולה במקרים מסוימים למנוע מן האסיר גישה לשלל מנגנוני השיקום הקיימים בכלא, דוגמת חינוך או השתלבות בעבודה, שדומה כי אין צורך לעמוד על חשיבותם.

7. סוף דבר, מצטרף אני לפסק דינו של חברי השופט נ' הנדל.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

אני מסכים לדחיית ערעוריהם של המערערים 2 ו-3, אשר נהנו די והותר בגזר דינם בבית המשפט המחוזי מן ההקלה בעונשה של המערערת 1 (להלן: המערערת). כמו כן אני מסכים להקלה מסויימת נוספת בעונשה של המערערת, כמוצע על-ידי חברי, השופט נ' הנדל.

נסיבותיה האישיות הן עצובות ומדאיבות – מטעמי צנעת הפרט אי-אפשר לפרטן מעבר לעובדות שציננו חבני – ולפיכך התמקד הדיון לפנינו בדל"ת אמותיה של המערערות; בה-עצמה. דומני כי נכון נהגה המערערות מבחינתה, באופן שבו כלכלה את צעדיה במשפט הפלילי, מבלי שהתימרה להיות נושאת דגל הזכויות החוקתיות של אסירים טרנסג'נדרים. ממילא גם לא הונחה לפנינו תשתית עובדתית נחוצה, ולא נשמע טיעון משפטי על מנת לאפשר דיון והכרעה בנושא העקרוני. טובתה של המערערות טמונה בצמצום, ולא בהרחבה; ואכמ"ל.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

המערערות תתיצב לריצוי מאסרה בבית הסוהר ביס"ר נווה תרצה ביום י"א בחשון התשע"ד (15.10.2013) עד השעה 10:00, או על פי החלטת שב"ס, כשברשותה תעודת זהות או דרכון. מערערים 2-3 יתיצבו למאסר בבית סוהר ביס"ר דקל ביום י"א בחשון התשע"ד (15.10.2013) עד השעה 10:00, או על פי החלטת שב"ס, כשברשותם תעודת זהות או דרכון. תנאי השחרור יעמדו בעינם עד למועד התייצבותם.

על המערערים כולם לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיון מוקדם, עם ענף אבחון ומיון של שב"ס, טלפונים: 08-9787377, 08-9787336.

ניתן היום, ח' בתשרי התשע"ד (12.9.2013).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט