

ע"פ 73799/12/19 - טל ביסמוט, מטעם הסניגוריה הציבורית נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
עפ"ג 73799-12-19 ביסמוט נ' מדינת ישראל 11 פברואר 2020
בפני הרכב כבוד השופטים:
י. גריל, שופט עמית [אב"ד]
כ. סעב, שופט
ש. שטמר, שופטת עמיתה
המערער:
טל ביסמוט
ע"י ב"כ עו"ד אבי קורונל
מטעם הסניגוריה הציבורית
נגד
המשיבה:
מדינת ישראל
באמצעות פרקליטות מחוז חיפה (פלילי)
ע"י ב"כ עו"ד גב' שרון איל

הודעת ערעור מיום 31.12.19 על גזר-דינו של בית-משפט השלום בעכו (כב' ס. הנשיא, השופט ז. סאלח) מיום 18.11.19 ב-ת"פ 4977-01-16.

פסק דין

א. בפנינו ערעור על גזר-דינו של בית-משפט השלום בעכו (ס. הנשיא זיאד סאלח) מיום 18.11.19 ב-ת"פ 4977-01-16 לפיו הוטל על המערער תשלום קנס בסכום של ₪ 2,500 או 25 ימי מאסר תמורתו.

ב. הנסיבות הצריכות לעניין הינן בתמצית אלה:

בינואר 2016 הגישה המדינה כתב אישום כנגד המערער (יליד 1996), בו נטען, כי ביום 28.5.15 התקשרה המורה בבית הספר אורט מרום שבעכו אל המערער, לאחר שביקש שהיא תתקשר אליו עקב כעסו על מנהלת בית הספר שם למדה חברתו. בשיחת הטלפון אמר המערער לאותה מורה: "... תגידי ל ... השרמוטה שאני בא ואזיין אותה ואת הבנות שלה ואשבור לה את האוטו". בתגובה ניתקה המורה את השיחה ודיווחה על תוכן השיחה למתלוננת. בהמשך לכך, שוחח המערער טלפונית עם מזכירת בית הספר ואמר לה: "תמסרי ל ... שהיא שרמוטה וכולם שם שרמוטות" וכמו כן אמר לה, שתמסור למתלוננת "שהוא יבוא ויזיין אותה".

נוכח האמור ייחסה המדינה למערער עבירה של איומים לפי סעיף 192 של חוק העונשין התשל"ז-1977.

ג. בישיבת בית-משפט קמא מיום 16.7.17 הודה המערער בעובדות כתב-האישום והורשע בהתאם לכך בעבירה של איומים.

בית-משפט קמא הורה על הזמנת תסקיר של שירות המבחן, ובישיבת 22.11.18 נשמעו טיעוניהם של הצדדים לעניין העונש, וזאת לאחר שבית משפט קמא לא נעתר לבקשתו של הסנגור להורות על צרוף תיק נוסף המתנהל כנגד המערער, הואיל והסנגור עמד על-כך שיוזמן תסקיר נוכח צירופו של התיק הנוסף.

ד. לאחר שנשמעו טיעוניהם לעונש של ב"כ המדינה והסנגור בגין עבירת האיומים בה הורשע המערער, ניתן באותו תאריך גזר-דינו של בית-משפט קמא. בהתחשב בכך שאין למערער הרשעות קודמות, ונוכח חלוף הזמן, והמלצות שירות המבחן, דן בית-משפט קמא את המערער למאסר מותנה לתקופה של חודשיים למשך שנתיים, ונתן כנגדו צו של"צ בהיקף של 120 שעות, והעמידו בפיקוח שירות המבחן למשך שנה ומחצה.

ה. לא חלפה אלא כשנה, ושירות המבחן פנה לבית משפט קמא וציין, כי המערער לא ביצע את צו המבחן שהושת עליו ואף לא ביצע את עבודות השל"צ שחויב לבצען.

בהחלטתו מיום 18.11.19, כתב בית-משפט קמא, כי בהתאם לסעיף 20(1) של פקודת המבחן [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, הוא מזהיר את המערער שעליו לבצע את צו המבחן כלשונו לרבות ביצוע עבודות של"צ והוסיף: **"מובהר בזאת לנאשם כי ככל שלא יקיים את צו המבחן וכן לא יבצע את עבודות השל"צ, אזי בית-המשפט יהא רשאי להשית עליו עונש חלופי אחר"**.

כעולה מפרוטוקול ישיבת 18.11.19 (עמ' 26) שאל בית-משפט קמא את המערער האם הוא מעוניין לבצע את עבודות השל"צ כמו גם לציית להוראות צו המבחן, ומיד בהמשך מופיעה הערת בית-המשפט: **"הנאשם לא השיב, הסנגור אמר כי לאור כך כי הנאשם ממתין לתסקיר בבית המשפט המחוזי אין מקום לחייבו בצו מבחן נוסף"**.

ו. נוכח האמור, ניתנה ההחלטה הבאה של בית-משפט קמא שהיא נשואת הערעור שבפנינו.

בהחלטתו זו כותב בית-משפט קמא, שמשתיקתו של המערער, כמו גם מעמדתו של הסנגור, מתבקשת המסקנה, שאין בדעת המערער לקיים את הוראות שירות המבחן וכן לבצע עבודות של"צ שהושתו עליו בהיקף של 120 שעות.

משכך, מציין בית-משפט קמא "נכנס לתמונה" סעיף 20(4) של פקודת המבחן (ובו נאמר: **"אם ניתן צו**

המבחן לאחר הרשעה לפי סעיף 1(1)(ב) - להטיל עליו עונש נוסף על העבירה המקורית במקום צו המבחן, בהתחשב בכל עונש אחר שהוטל עליו על העבירה המקורית".

בית-משפט קמא הוסיף, כי המערער הורשע בתיק זה בעבירת איומים כלפי מנהלת בית הספר בו למדה חברתו, ובנוסף מתברר שכנגד המערער מתנהל תיק נוסף בבית המשפט המחוזי, שבו נדרשה קבלת תסקיר של שירות המבחן.

ז. לפיכך, הורה בית-משפט קמא בגזר-דינו מיום 18.11.19 על ביטול צו המבחן שהוטל על המערער בתיק שבבית משפט קמא, וכן בוטל החיוב בביצוע עבודות של"צ.

עוד ציין בית-משפט קמא, כי נוכח מהות העבירה, נסיבותיה, עונש המאסר המותנה שהוטל על המערער בגזר הדין, כמו גם פרק הזמן שחלף מאז ביצוע העבירה, וכן העדר עבר פלילי של המערער, מחליט הוא כי במסגרת תיק זה יוטל על המערער קנס מידתי, שאותו העמיד בית-משפט קמא על הסכום של ₪ 2,500 כאמור בפתח דבריו.

ח. המערער ממאן להשלים עם הקנס שהוטל עליו, וערערו מונח בפנינו. לטעמו של המערער שגה בית-משפט קמא משהטיל עליו עונש נוסף לאחר הפקעת צו המבחן. אין המערער חולק על-כך, שלבית המשפט נתונה הסמכות לגזור מחדש את דינו של נאשם שצו המבחן בעניינו הופקע ולהטיל עליו ענישה נוספת, ואולם, כך ממשיך וטוען המערער, תנאי מקדמי להפעלת הסמכות הינו אזהרת הנאשם בלשון ברורה, בזמן הטלת הצו, כי הפקעתו תביא לאפשרות ענישה נוספת, כשהאזהרה נדרשת בהתאם לאמור בסעיף 3 של פקודת המבחן.

נטען בערעור, שמעיון בפרוטוקול הדין מיום 22.11.18 שבו ניתן גזר הדין כנגד המערער, עולה שבית משפט קמא לא הסביר כלל למערער את משמעות הפרת הצו, וממילא שלא הסביר את התוצאות/ההשלכות האפשריות ככל שלא יעמוד בתנאי הצו.

טוען המערער, כי סעיף 3 לפקודת המבחן הוא סעיף מהותי ומקום בו לא הסביר בית-המשפט את שמחויב הוא להסביר, אין בית-משפט קמא רשאי לגזור עונש נוסף על המערער.

ט. לעניין זה, מפנה סנגורו של המערער לרע"פ 1094/15 **שרית יחיאלוב נ' מדינת ישראל** (23.8.2017) (להלן: "**עניין יחיאלוב**"), שם הוסברה בהרחבה סוגיית חובת האזהרה בהתאם לסעיף 3 של פקודת המבחן. בנוסף, מפנה הסנגור גם לע"פ (מחוזי חיפה), 45625-12-11 **עלי שעיב נ' מדינת ישראל** (19.4.12).

על-יסוד כל אלה עותר הסנגור לקבלת הערעור ולביטול הקנס שהוטל על המערער.

י. בפתח הדין שהתקיים בפנינו ביום 6.2.2020, פנינו אל באת כוח המדינה וביקשנו לקבל עמדתה. בתשובה הפנתה היא אותנו לאמור בעמ' 26 לפרוטוקול של בית-משפט קמא, ישיבת 18.11.19. מששאלנו את באת כוח המדינה באיזה מועד אמורה הייתה להינתן האזהרה למערער, השיבה בא כוח המדינה: "בהליך הקודם", אך הוסיפה, שבית משפט קמא רצה להזהיר את המערער בישיבת 18.11.19 ולתת לו הזדמנות נוספת, ואולם, המערער סירב ואמר, שהוא אינו מעוניין לא בשל"צ ולא בצו מבחן.

לטעמה של בא כוח המדינה ניסה בית-משפט קמא לרפא את הפגם שבדין הקודם, אך המערער סירב לכל הצעה. יחד עם זאת אמרה באת כוח המדינה: **"אם המלצת בית-המשפט שיש בעיה בגזר הדין המקורי, ושנסכים לערער, אני אסכים"**.

יא. סנגורו של המערער, ציין כי אין מחלוקת על-כך שהמערער לא הוזהר, ולדעתו בית-משפט קמא היה מודע לכך שנוכח העובדה שהמערער לא הוזהר כפי שצריך היה להזהירו, לא ניתן להענישו בגין הפרת צו המבחן. ברור הוא שהטלת הקנס על המערער נובעת מהפקעת צו המבחן שהוטל על המערער בגזר הדין (הראשון) מיום 22.11.18, דהיינו, גזר הדין שבמסגרתו לא הוזהר המערער באשר לתוצאות שעלולות לנבוע מהפרת צו המבחן.

אמנם הסנגור מודע לתחושה שיש משהו מקומם בכך שהמערער קיבל הזדמנות מבית המשפט שעה שהוטל עליו צו מבחן והוא לא ניצל אותה, וכאמור הפר את צו המבחן, ואולם, כך הדגיש הסנגור, מבחינה חוקית לא ניתן להטיל על המערער ענישה נוספת וזאת בניסבות העניין שבתיק זה.

יב. אכן, דעתנו היא שהערעור בדין יסודו ואין מנוס מלבטל את הקנס שהוטל על המערער בגזר הדין של בית-משפט קמא מיום 18.11.19.

יג. סעיף 3 של פקודת המבחן קובע כך:

"לפני מתן צו מבחן יסביר בית-המשפט לעבריין בלשון פשוטה את משמעות הצו ויזהירו שאם לא ימלא אחרי הצו מכל בחינה שהיא או יעבור עבירה נוספת יהיה צפוי לעונש או להרשעה ועונש, על העבירה שבגללה ניתן הצו (בחוק זה - העבירה המקורית), ולא יתן בית-המשפט צו מבחן אלא אם הביע העבריין את נכונותו למלא אחר הוראות הצו" (ההדגשה שלנו).

יד. מעיון בגזר הדין הראשון שניתן כנגד המערער ביום 22.11.18, עולה כי נכתב בו כך (בעמ' 23):

"אני שם את הנאשם בתקופת מבחן למשך שנה וחצי, כאשר מובהר לנאשם כי עליו למלא אחר הוראות שירות המבחן ולהשתתף בכל הליך טיפולי אשר יוצע לו"

עולה מן הכתוב, שבית משפט אמנם הבהיר למערער שעליו למלא אחר הוראות שירות המבחן וליטול חלק בכל הליך טיפולי ששירות המבחן יציע, ואולם אין מופיעה בגזר הדין האזהרה מה יהא הדין ככל שהמערער לא ימלא אחר הצו מכל בחינה שהיא, דהיינו, המערער לא הוזהר כי הוא צפוי לעונש על העבירה המקורית, אם לא ימלא אחר הוראות צו המבחן.

טו. פסיקת בית-המשפט העליון מייחסת חשיבות ניכרת למתן האזהרה לנאשם במעמד שבו מוטל עליו צו המבחן, על-מנת שהנאשם יהא מודע לכך שאם לא יקיים אחר הוראות צו המבחן צפוי הוא לענישה או ענישה נוספת בגין העבירה המקורית שבעטיה הוטל עליו צו המבחן.

אזהרה זו, כך עולה מפסיקת בית-המשפט העליון, היא **מהותית**, ובהעדרה לא ניתן להטיל ענישה נוספת על הנאשם.

אנו מפנים לדבריו של כב' השופט (כתוארו אז) ח' מלצר בעניין **יחיאלוב** בפסקה 44 של פסק-דינו: **"מהמכלול עולה איפוא כי נפל ליקוי דיוני מהותי מלפני בית-המשפט המחוזי הנכבד בעת שהטיל את המבחן על המערער - דבר המצדיק את ביטול העיצום ..."**

טז. לפסק דינו של כב' השופט ח' מלצר הצטרפה כב' השופטת (כתוארה אז) א' חיות שכתבה:

"אני מצטרפת בהסכמה לפסק דינו של חברי השופט ח' מלצר הנוגע לסוגיה אשר לא ניתן להפריז בחשיבותה. הפירוש שאימץ חברי לסעיף 3 לפקודת המבחן [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, הוא אכן פירוש התואם את לשון הסעיף ואת תכליותיו, ולפיו על בית-המשפט מוטלות חובות שיפוטיות, שאינן ניתנות להאצלה, למתן הסבר ואזהרה ולקבלת הסכמת הנאשם קודם שיטיל צו מבחן" (ההדגשה שלנו).

יז. כך גם דברי כב' השופטת ע' ברון, שם: **"כפי שהיטיב חברי לבאר בסעיף 3 לפקודת המבחן הטיל המחוקק על בית-המשפט ובאופן מפורש את החובה להסביר לנאשם ובלשון פשוטה, קודם למתן צו מבחן, את משמעות הצו, וכן להזהירו בדבר ההשלכות של הפרתו. חובה זו נועדה לוודא כי הנאשם הבין את משמעות צו המבחן וכי שומה עליו לשתף עמו פעולה. חובת ההסבר והאזהרה היא איפוא מהותית ואינה ניתנת להאצלה. ויוסף, שראוי לכן שבית**

המשפט יתן ביטוי בכתב הן למתן ההסבר והאזהרה, והן לנכונות שהביע הנאשם למלא אחר הוראות

הצו משממע את הדברים" (ההדגשה שלנו).

יח. כמצוין כבר לעיל, אזהרה זו, אשר נדרשת לפי סעיף 3 של פקודת המבחן, היא חובה מהותית אשר נדרשת על-פי החוק, ומשלא מופיע בגזר-דינו הראשון של בית-משפט קמא מיום 22.11.18 שניתנה למערער אזהרה כאמור באשר להשלכות הצפויות ככל שצו המבחן לא יקוים, אין מנוס מלקבוע כי נפל פגם דיוני מהותי, ומשכך לא נותר אלא לבטל את הקנס שהוטל על המערער בגזר הדין שמיום 18.11.19.

יט. נוסף, כי עולה מעיון בפרוטוקול ישיבת 18.11.19, שבית משפט קמא סבר, כי יוכל לעשות שימוש בסעיף 20(1) של פקודת המבחן אשר מאפשר, מקום בו הנבחן לא ציית לצו, להסתפק באזהרת הנאשם, וזאת מבלי לפגוע בהמשך תוקפו של צו המבחן.

בהתאם לכך ציין בית-המשפט בעמ' 25-26 לפרוט', כי הוא מזהיר את המערער שעליו לבצע את צו המבחן כלשונו וככל שלא יקיים את הצו יהא בית-המשפט רשאי להשית עליו ענישה חלופית.

דא עקא: אין בכך כדי לסייע לתיקון הפגם הדיוני המהותי שנפל בגזר הדין מיום 22.11.18, וזאת משני טעמים שכל אחד מהם עומד בפני עצמו:

האחד, המערער לא נתן את הסכמתו לקיום הוראות שירות המבחן, כפי שציין בית-משפט קמא בהחלטתו שבעמ' 26 לפרוט', והרי קבלת הסכמתו של הנאשם לקיום הוראות צו המבחן היא תנאי בל יעבור על-מנת שניתן יהיה להטיל על נאשם צו מבחן.

הטעם השני: למניעת כל ספק נבהיר, שגם אילו היה המערער מסכים להמשך קיומו של צו המבחן לפי סעיף 20(1) של פקודת המבחן, ובית משפט קמא היה מזהירו כנדרש לפי סעיף 3 של פקודת המבחן, לא היה בכך כדי לאפשר הטלת עיצום(סנקציה) בגין הפרת צו המבחן שבוצעה בשלב **שלפני** האזהרה הנדרשת (ברי שהאזהרה אין בכוחה לפעול רטרואקטיבית).

למעלה מן הדרוש נציין, הגם שלא זה המקרה שבפנינו : אילו הייתה ניתנת הסכמת המערער, וצו המבחן היה ממשיך בתוקפו לפי סעיף 20 (1) של פקודת המבחן, והמערער היה מוזהר כנדרש בסעיף 3 של פקודת המבחן, ניתן היה להטיל עליו ענישה נוספת אילו היה הוא מפר את צו המבחן במועד **עתידי** שלאחר מתן האזהרה, ואולם, לא ניתן היה להטיל עליו ענישה בגין הפרת צו המבחן, שבגינה התבקשה הפקעתו של הצו נשוא הדין כאן, הואיל והפרה זו התרחשה **בטרם** ניתנה לו האזהרה הנדרשת לפי סעיף 3 של פקודת המבחן.

כ. התוצאה מכל האמור לעיל היא שאנו מקבלים את הערעור ומבטלים את הקנס שהטיל בית-משפט קמא על המערער בהחלטתו מיום 18.11.19 (עמ' 27 לפרוט'), החלטה שהיא למעשה בגדר גזר דין.

נציין, שקביעתו של בית-משפט קמא באותה החלטה בדבר ביטול צו המבחן שהושת על המערער בתיק זה, וכן ביטול החיוב בביצוע עבודות של"צ - עומדת בעינה ללא שינוי.

אנו מבטלים את מועד שימוע פסק הדין שקבענו ליום 27.2.20 ומורים למזכירות בית-המשפט להמציא בדואר רשום את העתק פסק הדין אל:

בא כוח המערער: עו"ד אבי קורונל, ס. ציבורית, עפולה.

בא כוח המשיבה: עו"ד גב' שרון איל, פרקליטות מחוז חיפה (פלילי).

ניתן היום, ט"ז שבט תש"ף, 11 פברואר 2020, בהעדר הצדדים.

**ש' שטמר, שופטת
עמיתה**

כ' סעב, שופט

**י' גריל, שופט עמית
[אב"ד]**