

## רע"פ 1094/15 - שרית יחיאלוב נגד מדינת ישראל

בית המשפט העליון

רע"פ 1094/15

לפני: כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט ח' מלצר  
כבוד השופטת ע' ברון

המבקשת: שרית יחיאלוב

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בחיפה שניתנה ביום 22.01.2015, ע"י הרכב כב' השופטים: י' גריל - אב"ד, כ' סעב ו-ש' ברלינר ב- עפ"ג 31064-08-13

תאריך הישיבה: כ"א בטבת התשע"ז (19.1.2017)

בשם המבקשת: עו"ד שי לוי; עו"ד צחי מצרי

בשם המשיבה: עו"ד מורן פולמן

בשם שירות המבחן למבוגרים: גב' ברכה וייס

1. סעיף 3 לפקודת **המבחן** [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (להלן: הפקודה) קובע כי לפני מתן צו מבחן - על בית המשפט להסביר לנאשם בלשון פשוטה את משמעות הצו ולהזהירו מפני השלכות אי מילוי הצו על-ידו. האם חובות ההסבר והאזהרה יכולות להתקיים על ידי שירות המבחן, או באמצעות חתימת הנאשם על טופס צו המבחן? זו השאלה המרכזית העומדת להכרעתנו בתיק זה.

2. אקדים מסקנה לניתוח: הגעתי לכלל מסקנה כי ראוי ליתן רשות ערעור ביחס לשאלה המשפטית שהמבקשת העלתה לעניין קיומן של חובות ההסבר והאזהרה, נושא סעיף 3 לפקודה, לדון בבקשה כאילו הוגש ערעור על פי הרשות שניתנה, ולקבל את הערעור, וכפועל יוצא מכך לבטל את עונש המאסר בפועל (בן ששת החודשים) שהושת על המבקשת בגין הפקעת צו המבחן בעניינה, וכך אציע לחברותי שנעשה, בהתאם לאמור בפיסקאות 44-46 שלהלן. לפיכך המבקשת תיקרא מכאן ולהבא - המערערת.

אביא עתה את הנתונים הדרושים להכרעה בערעור.

רקע והליכים קודמים

3. בתאריך 26.02.2012 הוגש כנגד המערערת כתב אישום לבית משפט השלום בחדרה, אשר אחז שלושה אישומים (ראו: ת"פ 47242-02-12). בכתב האישום נטען, בתמצית, כדלקמן:

באישום הראשון נאמר כי בתאריך 22.01.2012, המערערת החזיקה שני שעוני יד, שלפי הנטען היה חשד סביר שהינם גנובים. המשיבה ייחסה למערערת באישום זה החזקת נכס החשוד כגנוב - עבירה לפי סעיף 413 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).

באישום השני נאמר כי המערערת קשרה קשר יחד עם אחר (להלן: האחר) להתפרץ לבית מסויים. לפי הנטען, בתאריך 28.01.2012 המערערת הציעה למתלונן לצאת מביתו כדי לאכול עימה, ובזמן זה, האחר התפרץ לביתו של המתלונן וגנב ממנו רכוש. המשיבה ייחסה למערערת באישום זה את ביצוען של העבירות הבאות: סיוע להתפרצות למקום מגורים כדי לבצע עבירה - עבירה לפי סעיף 406(ב), יחד עם סעיף 31 לחוק העונשין; סיוע לגניבה - עבירה לפי סעיף 384 יחד עם סעיף 31 לחוק העונשין, וקשירת קשר לבצע פשע - עבירה לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין.

באישום השלישי נאמר כי בתאריך 17.01.2012 המערערת התפרצה יחד עם אחר לבית מגורים בחדרה, וגנבה ממנו רכוש הכולל, בין היתר: תכשיטים ושעונים. המשיבה ייחסה למערערת באישום זה את ביצוען של העבירות הבאות: התפרצות למקום מגורים - עבירה לפי סעיף 406(ב) יחד עם סעיף 29(ב) לחוק העונשין; וגניבה בצוותא - עבירה לפי סעיף 384 יחד עם סעיף 29 לחוק העונשין.

4. בתאריך 26.02.2012 בית משפט השלום הנכבד הרשיע את המערערת, על פי הודאתה, במיוחס לה בכתב האישום. לאחר מכן, בית משפט השלום הנכבד הורה כי שירות המבחן יגיש תסקיר בעניינה של המערערת.

בתאריך 02.07.2012 שירות המבחן הגיש תסקיר כאמור. בגדר התסקיר - שירות המבחן עמד על נסיבות חייה של המערערת, והליך התדרדרותה לסמים. שירות המבחן המליץ לדחות את הדיון בשלושה חודשים, וזאת כדי לבחון את מידת שיתוף הפעולה של המערערת במסגרת הליך טיפולי.

5. בתאריך 01.11.2012 שירות המבחן הגיש תסקיר משלים בעניינה של המערערת, ובמסגרתו המליץ לנקוט בעניינה בענישה משולבת, שתיתן ביטוי להליך השיקומי שעברה, ותכלול את העמדתה של המערערת בצו מבחן לתקופה של שנתיים, בצד הטלת עונש מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות.

6. בתאריך 07.11.2012 בית משפט השלום הנכבד קבע, לאחר שמיעת טיעוני הצדדים לעונש, כי יש להפנות את המערער לקבלת חוות דעת הממונה על עבודות שירות, וכן הורה לשירות המבחן להגיש עד לדיון החוזר בטיעונים לעונש - תסקיר משלים בעניינה של המערערת.

7. בתאריך 11.02.2013 שירות המבחן הגיש תסקיר משלים בעניינה של המערערת, ובגדרו הוא חזר על המלצתו - להטיל על המערערת ענישה משולבת, תוך המשך השתתפות שלה בהליך טיפולי.

8. בתאריך 17.04.2013 שירות המבחן הגיש תסקיר משלים נוסף בעניינה של המערערת ובמסגרתו הוא מסר כי המערערת ניתקה את הקשר עם שירות המבחן והפסיקה להגיע לפגישות הטיפוליות שנקבעו לה. שירות המבחן העריך כי המערערת מתקשה לערוך שינוי בדפוסי התנהלותה, וכי קיים סיכון משמעותי למעורבות חוזרת מצידה בהתנהלות מפרת חוק. בנסיבות אלו, שירות המבחן חזר בו מהמלצתו לענישה משולבת, והמליץ על ענישה מוחשית ומציבת גבולות, באמצעות שילובה של המערערת בהליך טיפולי במסגרת מאסרה, ככל שייגזר עליה עונש מאסר בפועל.

9. בתאריך 14.07.2013, לאחר שמיעת טיעוני הצדדים לעונש, ולאחר שהמערערת צירפה למכלול תיק תעבורה, בו היא הודתה בעבירה של נהיגה ללא רישיון וללא ביטוח - בית משפט השלום (כב' השופט א' גופמן) גזר את דינה של המערערת. במסגרת גזר הדין נקבע כי מתחם העונש ההולם בגין עבירות הרכוש, בהן הורשעה המערערת, נע, בנסיבות, בין 6 חודשי מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות לבין 14 חודשי מאסר בפועל, וכי מתחם העונש ההולם בגין תיק התעבורה, שצורף כאמור, נע בין שנה לשנתיים פסילה בפועל, לצד עונש מאסר על תנאי. בית משפט השלום הנכבד שקל בגזר דינו, את גילה הצעיר של המערערת במועד גזר הדין (כבת 22), ואת היותה נתונה ב"מעצר בית" מלא

במשך כשנה וחצי. לבסוף, לאחר איזון בין השיקולים השונים - בית משפט השלום הנכבד השית על המערערת את העונשים הבאים: 6 חודשי מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות וזאת החל מתאריך 17.07.2013; מאסר על תנאי, בתנאים שפורטו בגזר הדין; פסילה מלקבל, או מלהחזיק רישיון נהיגה למשך שנתיים, וכן קנס בסך של 2,000 ש"ח.

10. בתאריך 18.08.2013 הגישה המשיבה לבית המשפט המחוזי הנכבד ערעור על קולת העונש, שנגזר על המערערת, ובמסגרתו היא טענה כי העונש שהושת על המערערת איננו עולה בקנה אחד עם מדיניות הענישה הנהוגה, ועתרה להשית על המערערת עונש מאסר - לריצוי מאחורי סורג ובריח. בתאריך 26.08.2013 בית המשפט המחוזי הנכבד עיכב את עונש עבודות השירות שהושת על המערערת בגזר הדין עד להכרעה בערעור.

11. במסגרת הדין בערעור - שירות המבחן הגיש בתאריך 22.12.2013 תסקיר משלים נוסף בעניינה של המערערת, ובגדרו הוא מסר כי נכון לאותה העת המערערת איננה משולבת בהליך טיפולי, וכי אין עדות לקיומו של סיכוי ממשי לשיקומה. נוכח האמור, שירות המבחן לא בא בהמלצה טיפולית בעניינה של המערערת.

#### פסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד

12. בתאריך 09.01.2014, ולאחר דיון שנערך בערעור במעמד באי-כוח הצדדים - בית המשפט המחוזי הנכבד דחה בדעת רוב (השופטים: י'גריל ו-כ'סעב, כנגד דעתו החולקת של השופט: ש' ברלינר) את ערעורה של המשיבה כנגד קולת העונש. באותו מועד בית המשפט הקריא את תוצאת פסק הדין בפני הצדדים (ראו: עמ' 10 לפרוטוקול). השופט י' גריל, שניסח את דעת הרוב, קבע בחוות דעתו כי חרף: "התמונה הקשה", העולה מהתסקירים, יש להותיר את גזר הדין על כנו, וזאת נוכח גילה הצעיר של המערערת. לאחר מכן, השופט י' גריל הצטרף לקביעתו של השופט כ' סעב, שהובאה מיד לאחר חוות דעתו, לפיה יש להעמיד את המערערת **גם** תחת צו מבחן למשך שנה. השופט כ' סעב קבע בחוות דעתו לעניין זה כדלקמן:

".... הגם שסיכוי השיקום אינם מהגבוהים ובלכתו של בימ"ש השלום הנכבד בדרך זו, כלפי צעירה שטרם ריצתה עונש מאסר ממשי, לא ניתן לומר עליו שהוא טעה וחרג (לקולה), במידה קיצונית מרמת הענישה המקובלת המצדיקה התערבות ערכאת הערעור. יחד עם זאת ולו דעתי תשמע, הייתי מורה על העמדת המשיבה במבחן למשך שנה, במהלכה ילווה אותה שירות המבחן ויעקוב אחר צעדיה ואף תינתן לו ההזדמנות לשוב ולהתריע בפני בית המשפט על התנהלות פסולה ומפירת חוק מצד המשיבה (המערערת - ח"מ)" (ראו: עמ' 13 לפסק הדין).

השופט ש' ברלינר קבע, בדעת מיעוט, כי נוכח העדר הליך שיקומי בעניינה של המערערת יש לקבל את הערעור ולהשית על המערערת, בין היתר, עונש מאסר בפועל של שנה אחת. השופט ש' ברלינר הוסיף בסיפא לחוות דעתו, כי לאחר עיון בחוות דעת הרוב, הוא מצטרף לה בכל הנוגע להעמדת המערערת תחת צו מבחן למשך שנה.

13. בסיכום הדברים - בית המשפט המחוזי הנכבד דחה, בדעת רוב, את ערעור המשיבה. בנוסף, נקבע, על דעת

ההרכב כולו, כי על המערערת יושת צו מבחן למשך שנה אחת. בהמשך, נכללה אזהרה למערערת לעניין ביצוע עבודות השירות, ונקבע כי היא תתייצב לריצוי עונש זה בתאריך 02.02.2014. **בפסק הדין, או בפרוטוקול הדין לא נאמר דבר נוסף ביחס לצו המבחן.**

14. למען שלמות התמונה יש לציין עוד כי בתאריך 09.01.2014 הנ"ל (מועד פסק הדין בערעור) - המערערת חתמה על טופס צו מבחן, אותו אישרו בחתימתם גם: השופט י' גריל וקצין המבחן.

החלטתו של בית המשפט המחוזי הנכבד בבקשה להפקעת צו המבחן

15. המערערת לא התייצבה לריצוי עונש עבודות השירות, כפי שנקבע בפסק הדין. לפיכך, בתאריך 02.11.2014, ולאחר שהממונה על עבודות השירות הורה על הפסקה מנהלית של עונש עבודות השירות - המערערת החלה לרצות את עונש המאסר בפועל שהושת עליה מאחורי סורג ובריח.

16. בתאריך 20.11.2014 שירות המבחן הגיש "בקשה לדיון מחודש" בעניינה של המערערת, ובגידרה הוא ביקש להפקיע את צו המבחן בעניינה. במסגרת הבקשה, שירות המבחן טען, בין היתר, כי הוא מתקשה לקיים קשר רציף עם המערערת, והוא מתרשם מחוסר נכונות שלה לשתף פעולה עם שירות המבחן ולהשתלב בהליך טיפולי. שירות המבחן ציין עוד בבקשתו כי בתאריך 05.11.2014 הובא לידיעתו כי המערערת לא עמדה באפשרות שניתנה לה לבצע עבודות שירות, והיא מרצה את עונש המאסר שהושת עליה מאחורי סורג ובריח. שירות המבחן הוסיף כי במצב דברים זה - אין אפשרות לקיים את מטרות צו המבחן, ועל כן ביקש להפקיעו.

17. בתאריך 08.01.2015 נערך דיון בבקשת ההפקעה מטעם שירות המבחן בפני בית המשפט המחוזי הנכבד. במסגרת הדיון באת-כוח המשיבה דאז ביקשה להפקיע את צו המבחן ולהשית על המערערת במקומו, ובנוסף ליתר רכיבי גזר הדין שהושתו עליה - עונש מאסר לריצוי בפועל. בא-כוח המערערת טענה, מנגד, כי בנסיבות - לא קוימו הדרישות למתן הסבר ואזהרה טרם מתן צו המבחן לפי סעיף 3 **לפקודה**, ועל כן היא ביקשה להסתפק בעונשים שהושתו על המערערת בגזר הדין המקורי.

ביני לביני, המערערת סיימה בתאריך 16.01.2015 לרצות את תקופת המאסר בפועל שהושתה עליה.

18. בתאריך 22.01.2015 בית המשפט המחוזי הנכבד הפקיע את צו המבחן שניתן בעניינה של המערערת בקובעו כי בנסיבות בהן המערערת לא ניצלה את ההזדמנות הייחודית שניתנה לה, איננה לוקחת חלק בהליכי השיקום, ואף השלימה את ריצוי עונש המאסר שהושת עליה מאחורי סורג ובריח (אף שניתנה לה האפשרות לרצותו על דרך של עבודות שירות) - אין מנוס מהפקעת צו המבחן.

19. בית המשפט המחוזי הנכבד (השופטים: י' גריל ו- כ' סעב) קבע כי המערערת היתה אמורה, בנסיבות, להיות מודעת לחובתה לשתף פעולה עם שירות המבחן, מאחר שבפסק הדין, בו הושת צו המבחן, ותוצאתו הוקראה לצדדים,

הובהר כי במהלך תקופת המבחן - שירות המבחן ילווה את המערערת ותינתן לו הזדמנות להתריע בפני בית המשפט על התנהלות שלילית מצידה. עוד נקבע כי בטופס צו המבחן, עליו חתמה המערערת - המערערת הוזהרה בכתב, אישרה את תנאי צו המבחן, והביעה את הסכמתה להיות תחת פיקוח שירות המבחן. בנסיבות אלו, כך נפסק, גם אם גוף פסק הדין איננו כולל מתן אזהרה למערערת, הרי שבחתימתה של המערערת על טופס צו המבחן: "ניתן לומר שגלומה ידיעתה שאם היא תפר אחד מתנאי צו המבחן ניתן יהיה להפקיע הצו ולהטיל עליה עונש נוסף בשל העבירה המקורית" (ראו: שם, בפסקה 17).

השופט ש' ברלינר הצטרף למסקנתם של השופטים י' גריל ו-כ'סעב בחוות דעת נפרדת. השופט ש' ברלינר קבע כי הוא לא שוכנע כי מתעורר ספק, בנסיבות, באשר להבנתה של המערערת לגבי משמעותו של צו המבחן, או של האזהרה. לגישתו, בטווח הזמן שבין החלטת בית המשפט ליתן צו מבחן לבין חתימתו של השופט על צו המבחן נדרש כי לנאשם יוסברו כראוי משמעויות הצו, וכן כי הוא יוזהר. לגישתו של השופט ש' ברלינר ניתן להשיג מטרה זו, בנוסף לפעולתו הישירה של בית המשפט, גם באמצעות מתן אזהרה והסבר על ידי קצין המבחן עצמו, באישור הנאשם בחתימת ידו על הצו, כאשר ניתן לראות את קצין המבחן: "כידו הארוכה של בית המשפט" לעניין זה, דבר המודגש, בנסיבות, מאחר שחובת האזהרה כלולה בטופס צו המבחן עצמו (ראו: פסקה 19 להחלטה).

בסיכום הדברים - בית המשפט המחוזי הנכבד קבע פה אחד כי יש להפקיע את צו המבחן שהושת על המערערת, והוא גזר עליה במקומו, ובצד יתר רכיבי גזר הדין המקורי, עונש נוסף של שישה חודשי מאסר בפועל - לריצוי מאחורי סורג ובריח.

20. בתאריך 12.02.2015 בא-כוח המערערת הגיש בקשה למתן רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי הנכבד. בתאריך 15.02.2015 ביקשתי מהמשיבה למסור את תגובתה לבקשה, וכן הוריתי על עיכוב ביצוע ארעי של עונש המאסר בפועל שהושת על המערערת, וזאת עד למתן החלטה אחרת.

אביא עתה את טענות הצדדים במכלול.

טענות הצדדים

21. בא-כוח המערערת טען בבקשה ובמסגרת הדיון שהתקיים בפנינו כי במקרה דנן מתעוררות שלוש שאלות משפטיות המצדיקות, לשיטתו, כי תינתן בהן רשות ערעור:

ראשית, לטענת בא-כוח המערערת, לא קוימו, בנסיבות, הוראות סעיף 3 לפקודה, וזאת מאחר שהמערערת לא הוזהרה במפורש בידי בית המשפט המחוזי הנכבד טרם מתן הצו. לשיטת בא-כוח המערערת, חובת מתן הסבר ואזהרה לנאשם טרם מתן צו המבחן מוטלת על בית המשפט, ואין בחתימתה של המערערת על טופס צו המבחן בפני קצין המבחן, כדי להוות חלופה הולמת לחובה האמורה הקבועה בדין. בא-כוח המערערת טען כי בנסיבות העניין ונוכח התקלה שאירעה כאן - בית המשפט המחוזי הנכבד לא היה רשאי לגזור על המערערת עונש נוסף, חלף הצו שהופקע

שנית, בא-כוח המערערת גורס כי בית המשפט המחוזי הנכבד שגה בכך שהשית על המערערת עונש מאסר נוסף חלף הפקעת צו המבחן, שכן, בנסיבות שנוצרו, המערערת נענשה, לשיטתו, "ענישה כפולה", בשים לב לכך שהיא כבר ריצתה עונש מאסר בפועל מאחורי סורג ובריח, לאחר שהופסקו עבודות השירות בעניינה.

שלישית, נטען כי העונש שנגזר על המערערת, חלף הפקעת צו המבחן, לא נגזר לפי הוראות תיקון 113 לחוק העונשין, והוא אף איננו נותן משקל ראוי, לשיטת בא-כוח המערערת, לנסיבותיה האישיות של המערערת, וליתר העונשים שהושתו עליה בגזר הדין המקורי.

22. באת-כוח המשיבה טענה, מנגד, כי דין הבקשה להידחות. לטענת באת-כוח המשיבה, הסוגיה שהמערערת העלתה, נושא סעיף 3 לפקודה, אמנם עשויה להיות בעלת חשיבות כללית, אולם, לשיטתה, גם אם נפל פגם בהחלטת בית המשפט המחוזי הנכבד לעניין זה, הרי שפגם זה נרפא באזהרה שניתנה למערערת על ידי שירות המבחן, וכי במכלול, לא נגרם למערערת עיוות דין. באת-כוח המשיבה טענה עוד כי עונש המאסר בפועל, שהוסף לה, נושא הפקעת צו המבחן, הוא מידתי, ואין הצדקה להתערב בו.

23. לקראת הדיון בפנינו בערעור - שירות המבחן הגיש לעיונו תסקיר משלים נוסף בעניינה של המערערת, במסגרתו שירות המבחן מסר, בין היתר, כי:

"יתכן ומצבה של [המערערת] כיום, אשר מדווחת על הפסקת השימוש בסמים, מידע שנתמך בבדיקת השתן שמסרה בשירותנו, ותפקודה התעסוקתי, משקפים התייצבות מסויימת במצב ושינוי ביחס לעבר. יתכן כי [המערערת] מצויה כיום בראשיתו של תהליך שינוי בחייה בהתאם ליכולותיה" (ראו: עמ' 3 לתסקיר מתאריך 17.01.2017).

מעבר לכך לא אפרט מטעמי צנעת הפרט.

דיון והכרעה

24. לאחר עיון בבקשה למתן רשות ערעור, בחומר שצורף אליה, בתגובת המשיבה לה, ושמיעת טענות באי-כוח הצדדים בדיון הגעתי, כאמור, לכלל מסקנה כי ראוי ליתן פה רשות ערעור ולהעמיד במרכז הערעור את שאלת פרשנות הוראת סעיף 3 לפקודה, ונפקות אי קיומה, בנסיבות. לאחר מכן יש לדעתי לדון בבקשה כאילו הוגש ערעור על פי הרשות שניתנה, ולקבל את הערעור בהקשר זה, בהתאם לאמור בפיסקאות 44-46 שלהלן, וכך אציע לחברותיי שנעשה.

אביא את הנימוקים לכך מיד בסמוך.

25. ב-רע"פ 9947/09 פלוני נ' מדינת ישראל (24.12.2009), חברי, השופט (כתוארו אז) א' גרוניס, קבע כדלקמן:

"הטענה כי המבקש לא הוזהר עובר למתן צו המבחן עשויה אומנם לעורר שאלה בעלת השלכה כללית. דא עקא, הטענה לא הועלתה בערכאות הקודמות, לא בבית המשפט לנוער ולא בבית המשפט המחוזי. במצב דברים זה אין סיבה שבית משפט זה ידון לראשונה בטענה בגדרו של הליך ב'גלגול שלישי'". (ראו: שם, פסקה 3).

בענייננו, טענת בא-כוח המערערת לעניין אי קיום הוראת סעיף 3 לפקודה, הועלתה בידי בא-כוח המערערת בפני בית המשפט המחוזי הנכבד והיא נדונה לגופה. לפיכך, ובשים לב לחשיבות הכללית שיש לביורר הסוגייה, סבורני כי יש הצדקה ליתן רשות ערעור לעניין טענה זו ולדון בבקשה כבערעור.

זאת ועוד - נוכח התוצאה אליה הגעתי בערעור מתייתר הצורך לדון ביתר הטענות שהועלו על ידי המערערת, מה גם שספק אם אלה היו מצדיקים מתן רשות ערעור בהתאם לאמות המידה הנהוגות בפסיקתנו (ראו: רע"פ 2894/16 לוי נ' מדינת ישראל (07.02.2017)).

26. אפנה עתה לפיכך לדון בטענה המתמקדת בשאלת התקיימות סעיף 3 לפקודה בעניינה של המערערת, ואפתח בהצגת הרקע המשפטי הדרוש לעניין.

רקע נורמטיבי

27. מבחן הוא שם קיבוצי למגוון של אמצעי טיפול, שיקום ופיקוח, המוטלים על ידי בית המשפט על עובר חוק, ומיושמים באמצעות שירות המבחן. בית המשפט רשאי להשית מבחן על נאשם אם מצא, לאחר שהביא בחשבון את שיקולי הענישה השונים, שדרך ענישה זו מתאימה לנאשם שבפניו, ובלבד שהדין איננו שולל הטלת מבחן כעונש באותו מקרה (ראו: סעיף 1 לפקודה; דנ"פ 8062/12 מדינת ישראל נ' חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ (02.04.2015), פסקה 10 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס שם (להלן: עניין חברת נמלי ישראל)).

אופיו של צו המבחן הוא שיקומי בעיקרו, והוא נועד לשמש מענה לאותם מקרים שבהם מתן תמיכה וליווי מקצועי לנידון עשויים לשמש אמצעים מועילים להחזרתו לתפקוד נורמטיבי בקהילה (ראו: רע"פ 4107/02 אסד נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 248, 267 (2003); רע"פ 9795/07 שביטה נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (01.02.2009); עניין חברת נמלי ישראל; דברי ההסבר להצעת החוק לתיקון פקודת המבחן (מס' 4) תשס"ד, ה"ח 44 (01.06.2004); רות קנאי "צו מבחן: מחלופה לעונש חילופי" מחקרי משפט טז 353 (התשס"א)). צו המבחן מעוצב בהתחשב בהמלצת שירות המבחן לעניין פוטנציאל השיקום האישי של הנאשם ודרכי השיקום המתאימות לנסיבותיו האישיות, וזאת בהתאם לאמור בתסקיר שירות המבחן המוגש לבית המשפט (ראו: סעיף 2 לפקודה; סעיף 37 לחוק העונשין)).



28. המחוקק הטיל על שופט במשפט פלילי חובות שונות שעניינן הוא מתן הסבר, או אזהרה לנאשם בהקשרים שונים. כך למשל, בתחילת המשפט - על בית המשפט להקריא את כתב האישום באזני הנאשם, ולהסביר לו, אם ראה צורך בכך, את תוכנו, בכפוף לסייג המפורט בחוק (ראו: סעיף 143 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: חסד"פ)). במהלך המשפט - על בית המשפט להסביר לנאשם, אם ראה צורך בכך, את הזכויות הנתונות לו להגנתו (ראו: סעיף 145 לחסד"פ), וכן עליו להסביר לנאשם, שאם ברצונו לטעון טענות הגנה מסוימות עליו לעשות כן בשלבים מוגדרים (ראו: סעיף 152(ג) לחסד"פ). בית המשפט מצווה גם להסביר לנאשם את תוצאות הימנעותו להשיב לאישום, או לשאלות בית המשפט (ראו: סעיף 152(ב) לחסד"פ), כמו גם את התוצאות האפשריות של הימנעותו מלהעיד (ראו: סעיף 161(ב) לחסד"פ). בנוסף, בית המשפט רשאי גם לנהל דיון מקדמי אם הוא נוכח לדעת כי הנאשם הבין את מהות הדיון המקדמי והביע את הסכמתו לניהולו (ראו: סעיף 143א(ג)(1) לחסד"פ). בנוסף, לפני שבית המשפט מקבל הודיה של נאשם, במסגרת הסדר טיעון, עליו להסביר לנאשם כי בית המשפט איננו קשור להסדר הטיעון, ולוודא, בין היתר, כי הנאשם הבין את משמעות הודייתו ואת התוצאות הצפויות בעקבותיה (ראו: ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (1) 577, 611 (2002)). בנוסף, ובסיום המשפט, המחוקק מורה כי על בית המשפט להסביר לנאשם, בתום קריאת גזר הדין, את זכותו לערער (ראו: סעיף 196 לחסד"פ), וטרם הטלת עונש של עבודות שירות לתועלת הציבור, על השופט להסביר: "לנידון בלשון פשוטה את משמעות הצו, את מטרת השירות ואת פרטיו, ויזהירו..." (ראו: סעיף 71א(ה) לחוק העונשין).

כל אחת מהחובות הנ"ל - טעמיה ותכליותיה עימה ויש לבחון אותן על פי הקשרן המשפטי המתאים ונסיבותיו הפרטניות של המקרה בו מדובר. מתחם התוצאות האפשריות של הפרת איזו מהחובות הנ"ל גם הוא נרחב, ונע בין בטלות מלאה (void ab initio) לבין "בטלות יחסית". מכאן שאין בהכרח השלכה להוראות הנ"ל (שהובאו בעיקר למען שלמות התמונה) - לענייננו, בו אדון מיד בסמוך.

29. הדיון יתמקד איפוא עתה בהוראת סעיף 3 לפקודה, אשר כותרתו היא: "הסבר לנבחן לפני מתן צו מבחן", והוא מורה כדלקמן:

"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" (ההדגשות שלי - ח"מ).

30. צו מבחן הינו, כאמור, מכשיר חינוכי-טיפול, אשר נועד להציע לנבחן מסגרת תמיכה וטיפול. הצלחתו של עונש זה, כעולה מלשון סעיף 3 לפקודה, מבוססת על נכונותו של הנבחן למלא אחריו (ראו: אלי שרון "מבחן ועונש" הפרקליט ל"א 92, 101 (1977)). הטעם העומד ביסוד סעיף 3 לפקודה נעוץ בצורך לוודא כי הנאשם אכן ישתף פעולה עם צו המבחן, וכי אי קיום חובה זו עלולה להיחשב כפגם דיוני, כפי שהסביר השופט א' שרון בספרו:

"... לשם הצלחת המבחן נחוץ שיתוף פעולה של הנבחן, שבלעדיו אין סיכויים

לשיקומו. לו היה צו המבחן "מוטל", כפי שהדבר נעשה לגבי עונשים או החלטות אחרות של בית המשפט - עלול אמצעי טיפול זה להיעשות פלסטר. לכן לפני מתן צו המבחן, חייב בית המשפט להסביר לנידון בלשון פשוטה את משמעותו של הצו ולהזהירו... מן הראוי, שבית המשפט יציין בפרטיכל הדיון את העובדה, שהוסבר לנידון כי עליו לציית להוראות קצין-המבחן וכי במקרה שתוך התקופה זה לא ימלא אחר הוראותיו או יורשע בעבירה נוספת, יהיה צפוי לעונש, שהנבחן הביע נכונותו למלא אחר צו המבחן ושייכלל בגזר הדין - שהוא מסכים לכך. אם לא כן, יש בכך, לדעתי, פגם דיוני - אשר יכול לשמש עילה לערעור, וניתן לתקנו רק אם יביע הנידון את הסכמתו לפני אותה ערכאה" (ראו: אלי שרון שיטת המבחן בדין הפלילי 187-188 (1987); ההדגשות שלי - ח"מ).

זה המקום להוסיף כי החובה השיפוטית למתן הסבר ואזהרה ולקבל את הסכמת הנאשם, קודם מתן צו המבחן - משתלבת גם עם הגישה הרואה בצו המבחן כמשקף "דיאלוג עונשי" בין המדינה לבין הנבחן (ראו: Antony R. Duff, *Probation, Punishment and Restorative Justice: Should Altruism be Engaged in Punishment?*, 42 Howard J. Crim. Just. 181, 187 (2003)), ועם העמדה הרואה בצו המבחן כמייצג גם מימד מעין חוזי - בין המדינה לבין הנאשם (ראו: David B. Wexler, *Adding Color to the White Paper: Time for a Robust Reciprocal Relationship Between Procedural Justice and Therapeutic Jurisprudence*, 44 Court Rev. 78, 79 (2008)).

31. יש להדגיש עוד כי מחוקק המשנה לא הסתפק בדרישות הקבועות בסעיף 3 לפקודה, והוסיף עליהן ביטוי מוחשי לקיום חובות אלו, וזאת באמצעות הטלת חובה על הנאשם לחתום על טופס צו המבחן - אקט, אשר נועד לבטא את הסכמתו של הנאשם לקיים את צו המבחן, ואת תנאיו (עיינו: יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין (כרך ג') 1784 (2014)). נוסח טופס צו המבחן קבוע בתוספת לתקנות המבחן (שירותי המבחן), התשי"ט-1959 (להלן: התקנות), וזו היא, בין היתר, לשונו:

"צו-מבחן למבוגרים

בית-משפט... ב-... תיק מס'...

בית המשפט... קבע שאת/ה... עבר/ת עבירה(ות) לפי סעיף(ים)... בית המשפט נתן דעתו על תולדות חיך והוא מקווה שבהדרכת קצין-מבחן יש בכוחך לחיות חיי-יושר ועבודה ולהימנע מעבירה; ולאחר שהוסברה לך משמעותו של המבחן ולאחר שהסכמת לכך, מצווה בית המשפט להעמידך במבחן ל-... שנים מהיום בתנאים אלה...

להווי ידוע לך, כי אם תפרי(י) אחד מהתנאים הנ"ל או תעבור(י) עבירה תוך תקופת הצו, עלול(ה) אתה(את) להיות מוחזר(ת) ומועמד(ת) לפני בית-המשפט, העשוי להטיל עליך את העונש הראוי לעבירה(ות) שעברת לפי סעיף(ים):

אני מאשר(ת) בזה כי הבנתי את כל תנאי צו-המבחן הזה ואני מתחייב(ת) למלא אחריהם..."

(ראו: תקנה 32 לתקנות; טופס מס' 2 לתוספת לתקנות; ההדגשות שלי - ח"מ).

על הטופס הנ"ל אמורים לחתום: השופט שנתן את הצו, קצין המבחן, והנאשם, אשר גם מקבל העתק מצו המבחן.

לאחר סקירת הרקע המשפטי הרלבנטי - אפנה עתה ליישום הדברים והחלתם על ענייננו.

32. סבורני כי בנסיבות העניין חובות מתן האזהרה וההסבר, נושא סעיף 3 לפקודה, **לא קויימו כנדרש**. עמדתי זו מבוססת על שיקולים פרשניים, שיקולים שבמהות, ועל הנלמד מהמשפט המשווה במקרים דומים, הכל כמפורט מיד להלן.

33. בפסיקתנו נקבע כי בפרשנות בתחום הפלילי יש ליתן משקל נכבד למשמעות הרגילה והטבעית למילים של דבר החקיקה (ראו: דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד סג(1) 644, פסקה 2 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (בדעת מיעוט) (2009); ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל (29.12.2015); בש"פ 4206/16 מדינת ישראל נ' טחימר, פסקה 41 לחוות דעתי (03.11.2016)). דרך פרשנית זו, כך נפסק, מתחייבת לנוכח מהותו ותכליתו של ענף משפטי זה ולאור הפגיעה הקשה שהפעלתו של הדין הפלילי עלולה לגרום לחירותו של אדם (ראו: עניין כהן, שם; עיינו גם: סעיפים 1, 3, ו-34(כא) לחוק העונשין).

34. סעיף 3 לחסד"פ, שכותרתו: "סדרי דין באין הוראות", קובע כדלקמן:

"בכל ענין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק" (ההדגשה שלי - ח"מ).

בפסיקתנו נקבע כי האפשרות של בית-המשפט לפעול מכוח "סמכותו הטבעית" מצומצמת רק לאותם מקרים שבהם עולה הסמכות בקנה אחד עם הוראות החוק, וכאשר היא מתחייבת מתפקידו של בית-המשפט בבואו לתת תוקף לתכלית החקיקתית (ראו: בש"פ 962/01 רבינוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 529 (2001); בש"פ 4586/06 חלידו נ' מדינת ישראל (22.08.2006); בש"פ 1956/12 מדינת ישראל נ' אלגמיל (08.07.2012)).

35. בענייננו, סבורני כי אין הצדקה פרשנית לכך שבית המשפט יראה בקצין המבחן כ"ידו הארוכה" לעניין קיומן של החובות הקבועות בסעיף 3 לפקודה, וזאת נוכח העובדה שהמחוקק קבע במפורש **עלי חוק** כי חובות מתן ההסבר והאזהרה מוטלות על **בית המשפט עצמו**. הדבר נלמד גם מקיומו של הדרשה לחתימה של הנאשם על טופס צו המבחן לפי תקנה 32 לתקנות, וזאת בנוסף לחובות, נושא סעיף 3 לפקודה (ראו גם: בש"פ 2353/09 אריה נ' מדינת ישראל, פסקה 12(ב) (02.03.2010)).

36. השיקולים הפרשניים הנ"ל משתלבים בשיקולים שבמהות, ועיקרם בחידוד קו הגבול שבין סמכויות השופט

לסמכותו של קצין המבחן. שירות המבחן רכש לעצמו אמון רב ומעמד מיוחד במשפטנו, וברי כי עבודתו היא ברוכה וחיונית (ראו: ע"פ 2765/07 פלוני נ' מדינת ישראל (02.08.2007); בש"פ 8576/07 סלאמה נ' מדינת ישראל (16.10.2007); ע"פ 49/09 מדינת ישראל נ' פלוני 26 (08.03.2009)). המידע המובא על ידי שירות המבחן: "חשוב וחיוני הוא לבית-המשפט, ונועד למלא חלל ריק בחומר שלפני השופט בעשותו במלאכת הענישה" (ראו: ע"פ 3472/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (03.09.2012) (להלן: עניין פלוני)). חברי, המשנה לנשיאה, א' רובינשטיין, עמד על חשיבותו ומעמדו של שירות המבחן ב-ע"פ 4102/08 דירבאס נ' מדינת ישראל (10.12.2008), בציינו כדלקמן:

"שירותי המבחן - למבוגרים ולנוער - הם גורמים סטטוטוריים הממלאים תפקיד חיוני מאין כמוהו במערכת המשפטית והסוציאלית בארצנו. הם מהווים זרועות הממלאות תפקיד שהוא כפול - מחד גיסא, ייעוץ לבתי המשפט (וגם למערכת התביעה והחקירה) באשר לחשוד ולנאשם בשלבים השונים של הטיפול בו, וכיום גם באשר לנפגעי עבירה. הם מהווים עיניים, אוזניים וגם קול הלב לבתי המשפט בבואם להחליט בדבר מעצר או עונש, זאת, גם אם לא תמיד מתקבלת דעתם... ומאידך גיסא, היותם של שירותי המבחן גורם טיפולי ומעקבי חשוב באשר לחשודים, לנאשמים ולמי שמרצים או ריצו עונשם" (ראו: שם, פסקה ד').

37. שירות המבחן מפקח על ביצועו השוטף של צו המבחן (ראו: סעיפים 18-20 לפקודה; עניין חברת נמלי ישראל). קצין המבחן הוא עובד ציבור הממונה על ידי שר הרווחה, ועליו לדאוג לשלומו הגופני והנפשי של הנבחן, לשיקומו החברתי, ולחינוכו - תוך מגע מתמיד ושיתוף פעולה עם הוריו, אפוטרופסו ומשפחתו (בהתאמה), עם השירותים הציבוריים, ועם כל גורם היכול לעזור בכך (ראו: תקנות 2, ו-17 לתקנות). בנוסף, קצין מבחן, העומד להמליץ בפני בית-המשפט המלצה כלשהי בעניינו של נאשם, צריך להסביר לנאשם את משמעותה של ההמלצה וכל הכרוך בה (ראו: תקנה 14 לתקנות).

38. הנה כי כן - קצין המבחן הינו: "... תפקיד מיוחד במינו - sui generis - הקיים במערכת הענישה..." (ראו: אהרן ברק "התסקיר וקצין המבחן למבוגרים" מבחר כתבים א' 653, 661-662 (חיים ה' כהן, ויצחק זמיר עורכים, תש"ס) (להלן: ברק)). בפסיקתנו נקבע כי לעניינים מסויימים (בלבד) קצין המבחן נחשב ל"ידו הארוכה" של בית המשפט (ראו: רע"פ 1021/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 24 לחוות דעתי (30.12.2009); עיינו גם: בש"פ 5859/04 מדינת ישראל נ' אבו סביח (22.06.2004); בש"פ 6771/11 משלטי נ' מדינת ישראל (26.09.2011)). בצד זאת, וחרף חשיבותו הרבה של שירות המבחן בכלל, וביחס לצו המבחן בפרט, הרי שסמכותו של קצין המבחן תחומה היא בגדרי הדין (ראו: חיה כגן-זנדברג "על מעמדו של שירות המבחן בהליך הפלילי" משפטים כה 435, 457 (1995)).

פרופ' א' ברק הדגיש את האבחנה בין סמכותו של השופט לבין זו של קצין המבחן, בציינו כדלקמן:

"קצין המבחן אינו שופט... לכל אחד מהם - לשופט ולקצין המבחן - נמסר תפקיד שונה. אסור לו לאחד למלא את תפקידו של האחר... האחד צריך להכיר את רעהו: אך כל איש צריך לשמור על זהותו שלו" (ראו: ברק, בעמ' 657, 659, 663; ההדגשה שלי

- ח"מ).

הצורך בחידוד קו הגבול בין השופט לקצין המבחן, מתבטא בענייננו, בכך שקצין המבחן אל לו למלא אחר הסמכות שיוחדה בפקודה - לשופט, דבר הנלמד גם מהמשפט המשווה, כפי שיבואר מיד בסמוך.

39. פרופ' Thomson, הבחין ביחס למשפט האמריקני הפדראלי, בין היותו של קצין המבחן "ידו הארוכה" של בית המשפט, לעניינים מסוימים, לבין השתייכותו של קצין המבחן לרשות המבצעת, ולא לרשות השופטת:

[P]robation officers operate under the supervision of the federal] ...“ judiciary and serve the courts. They are not, however, part of the Article III judiciary, for the simple reason that they do not actually decide—or help to decide—cases or controversies. Instead, probation officers perform a quintessentially executive function: enforcing court orders and judgments. *Probation officers might be an “arm of the federal judiciary,” but they are fundamentally executive - not judicial - officials*” (Mark Thomson, *Who Are they to Judge: The Constitutionality of Delegations by Courts to Probation Officers*, 96 Minn. L. Rev. 306, (2011) 308)((ההדגשה שלי - ח"מ) .

הפסיקה הפדראלית הדגישה, בהקשרים שונים, כי גזירת עונש, לרבות הטלת תנאים הכלולים בצו מבחן, הינה בליבת הסמכות שיפוטית, וכי בית המשפט איננו רשאי לאצול אותה לקצין המבחן (“strictly judicial function that”) (“may not be delegated” (ראו: *US v. Turpin*, 393 Fed. Appx. 172 (5th Cir. 2010); עיינו גם: *US v. Pruden*, 398 F.3d 241 (3th Cir. 2005); *US v. Heath*, 419 F.3d 1312 (11th Cir. 2005). כך, למשל, באחת הפרשות נפסק כי בית המשפט איננו רשאי לאצול לקצין המבחן את הסמכות לקבוע, בתנאים מסוימים, את אופן תשלום הפיצוי שהושג על נאשם בגזר הדין, בהסבירו כי הדבר מנוגד לדרישות החוקה:

Probation officers are also given authority to report to the court any“ violation of conditions of probation or supervised release... No statutory provision, however, assigns a probation officer any judicial function... We hold that this delegation from a court to a probation officer would contravene Article III of the United States Constitution and is therefore impermissible” (*US v. Johnson*, 48 F.3d 806, 808 (4th Cir. 1995)).

עיינו עוד: David Kelch, *Help Me Help You: An Answer to the Circuit Split Over the Delegation of Post-Sentence Judicial Authority to Probation Officers*, 116 Penn St. L. Rev. 553 (2011); Jacy Owens, *A Progressive Response: Judicial Delegation of Authority to Federal Probation Officers*, 64 (Fla. L. Rev. 817 (2012)).

40. באנגליה, החקיקה הרלבנטית קובעת חובה של מתן ההסבר טרם מתן צו שיקום בקהילה, והיא מורה כך:

Before making a community rehabilitation order, *the court* (7)(1) ... "shall explain to the offender in ordinary language – (a) the effect of the order (including any additional requirements proposed to be included in the order in accordance with section 42 below); (b) the consequences which may follow (under Part II of Schedule 3 to this Act) if he fails to comply with any of the requirements of the order..."  
((Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 (C. 6), s. (7)(1)41).

(ההדגשות שלי - ח"מ).

בהקשר לכך נפסק כי, ככלל, ללא מתן הסבר לנאשם טרם מתן הצו - בית המשפט יתקשה להשתכנע כי הסכמת הנאשם לביצועו הינה אמיתית, כי הנאשם אכן מסוגל לעמוד בדרישות הצו וכי הצו עתיד לסייע לו (ראו: R v. Tower Bridge Magistrates' Court [2001] EWHC Admin 401, par. 16). פסיקה ישנה יותר קבעה, בהקשר דומה, בהתאם לנוסח החקיקה שנהגה אז, כי כוונת המחוקק הינה כי השופט יסביר בעצמו את משמעותו של הצו לנאשם (ראו: R v. Wehner [1977] 1 W.L.R. 1143, 1145 (להלן: עניין Wehner)). יצוין עם זאת כי ב-Wehner הנ"ל נאמר כי מדובר בכלל ראו, אולם יתכנו לו חריגים משיקולי צדק, כדוגמת מקרה בו הנאשם חולה ולא יכול להתייצב לדיון, ואז בית המשפט רשאי לאצול את סמכותו זו לסניגור.

41. בסיום תת-פרק זה אציין כי דיון קרוב לענייננו מצוי גם בפסק דינו של בית המשפט לערעורים במלטה, שקבע כי דרישת האזהרה איננה יכולה להתקיים באמצעות חתימת הנאשם על טופס צו המבחן, ועליה להיכלל בגופה של ההחלטה השיפוטית, וכך נאמר שם:

...[before making a probation order the Court is to explain to the offender in ordinary language]... the effect of the order and that if he fails to comply therewith or commits another offence, he will be liable to be sentenced for the original offence... This explanation and the consent of the offender to the order must clearly result from the sentence itself and it is not sufficient that they are inserted in the copy of the probation order" (Police v. Brincat (1985), 12 Commonwealth L. (Bull. 45, 68 (1986)).

42. הניתוח שלעיל מוליך למסקנה כי קצין המבחן איננו רשאי לפעול לעניין סעיף 3 לפקודה כ"ידו הארוכה" של בית המשפט. תומכים בכך כאמור שיקולים פרשניים, שעיקרם בצורך ליתן משקל נכבד: למשמעות של חקיקה בפלילים; ללשונו המפורשת של סעיף 3 לפקודה, המטילה את חובת האזהרה וההסבר על השופט; לקיומו של סעיף 3 לפקודה, **בצד**, אך לא במקום, הדרישה כי הנאשם יחתום על טופס צו המבחן, וכן שיקולים שבמהות, שעיקרם בצורך בחידוד קו הגבול שבין סמכויות השופט לבין סמכותו של קצין המבחן (דבר הנלמד גם מהפסיקה האמריקנית). מכאן נובע כי חובות מתן ההסבר והאזהרה לפי סעיף 3 לפקודה - לא נתקיימו כראוי בעניינה של המערערת.

43. בענייננו, כזכור, בתאריך 09.01.2014 המערערת אמנם אישרה בחתימת ידה, במעמד קצין המבחן, כי היא הבינה את תנאי צו המבחן, ואת האזהרה הכלולה בו, במועד מתן הצו. בגוף פסק הדין, שתוצאתו הוקראה לצדדים, גם נקבע כי שירות המבחן ילווה את המערערת, יעקוב אחר צעדיה ואף תינתן לו ההזדמנות להתריע בפני בית המשפט על התנהלות מפירת חוק מצידה (ראו: עמ' 13 לפסק הדין). **עם זאת**, בית המשפט המחוזי הנכבד לא הסביר למערערת "בלשון פשוטה" את משמעות הצו, ואף לא הזהיר בעצמו את המערערת טרם מתן צו המבחן, ובכך יש אי-תקינות.

בהקשר זה אחזור ואדגיש כי החשיבות בהקפדה דווקנית על הוראת סעיף 3 לפקודה עולה גם מכך, שהפקעת צו מבחן, כפי שקרה בענייננו, כוללת אפשרות להטלת עונש מאסר בפועל - בעקבות ההפקעה. בנושא קרוב, נפסק ב- בג"ץ 266/05 פילנט נ' סגן הפרקליט הצבאי, פ"ד נט(4) 707 (2005) מפי חברי, המשנה לנשיאה, א' רובינשטיין, דברים שהגיונם יפה אף לענייננו:

"בוודאי נודעת... באשר לפגמים שנפלו חשיבות משנה כאשר מדובר בשליחת אדם למחבוש, קרי להיכלא, שאז ההקפדה על הדרישות הפרוצדורליות נחוצה ביותר גם נוכח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ויסודות שיטת המשפט הישראלית" (ההדגשה שלי - ח"מ).

סיכום

44. מהמכלול עולה איפוא כי נפל ליקוי דיוני מהותי מלפני בית המשפט המחוזי הנכבד בעת שהטיל את המבחן על המערערת - דבר המצדיק את ביטול העיצום, שבא בעקבות הפקעת צו המבחן, מה גם ששירות המבחן העריך, כאמור, כי יתכן שהמערערת "מצויה כיום בראשיתו של תהליך שינוי בחייה בהתאם ליכולותיה" (ראו: עמ' 3 לתסקיר מתאריך 17.01.2017), ואף זהו שיקול במכלול.

45. לבסוף אעיר כי ככל שלהכרעתנו כאן עשויה להיות נפקות לגבי תיקים אחרים, הרי שנוכח אי-הבהירות שהייתה עד כה באשר למצב המשפטי בהקשר להוראות סעיף 3 לפקודה ואופן יישומן - סבורני כי נכון יהיה לקבוע, משיקולי מדיניות, כי תוצאותיו האופרטיביות של פסק דינו יחולו מכאן ולהבא בלבד, כך שפסק דינו זה יחול, בנוסף לעניינה של המערערת, שהעלתה את הסוגייה שבמכלול לבירור - רק על מקרים בהם הושת על נאשם צו מבחן לאחר תאריך מתן פסק דינו זה (השוו: בש"פ 4206/16 מדינת ישראל נ' טחימר, פסקה 5(ו)) לחוות דעתו של השופט נ'הנדל (03.11.2016)).

46. נוכח כל האמור - דין הערעור להתקבל, בכפוף לאמור בפסקה 45 שלעיל, וכך אציע לחברותיי שנעשה. עוד אציע לחברותיי כי עונש המאסר בפועל שהושת על המערערת בגין הפקעת צו המבחן בעניינה (בן ששת חודשי מאסר) - יבוטל. לבסוף אציע כי יתר רכיבי הענישה, שהושתו על המערערת בגזר הדין המקורי, יוותרו בעינם. תקוותי היא שהמערערת, אשר נהנית פה מהמשגה שנפל בהליך - תשכיל לעלות על דרך הישר (סימנים ראשוניים לכך עולים כאמור מהתסקיר העדכני) לטובתה שלה, ולטובת הכלל.

## שׁוֹפֵט

### השופטת ע' ברון:

אני סומכת את ידי על פסק דינו הבהיר של חברי השופט ח' מלצר שהעמיד דברים על מכונם.

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 משמע את הדברים.

## שׁוֹפֵט

### השופטת א' חיות:

1. 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 מוטלת חובת שיפוטיות, שאינן ניתנות להאצלה, למתן הסבר ואזהרה ולקבלת הסכמת הנאשם קודם שיטיל צו מבחן.
2. בשל אי הבהירות ששררה בסוגיה זו עד כה ובשל השלכות הרחב האפשריות כתוצאה מכך, אני שותפה לעמדת חברי לפיה מן הראוי כי תוצאותיו האופרטיביות של פסק דינו, להוציא המקרה הנוכחי, יחולו מכאן ולהבא.
3. לבסוף, אני מצטרפת להערת חברתי השופטת ע' ברון כי מן הראוי שההסבר והאזהרה שישמיע בית המשפט באוזני הנאשם כמו גם הסכמתו להטלת צו המבחן, יקבלו ביטוי כתוב בגזר הדין.

## שׁוֹפֵט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתן היום, א' באלול התשע"ז (23.8.2017).



---

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. K07.doc\_15010940+מה

מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, □