

## עפ"ת 32306/06 - מדינת ישראל נגד ארזואן יונתן

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עפ"ת 16-06-32306 מדינת ישראל נ' ארזואן יונתן  
בפני כבוד ס. הנשיאה השופט יורם צלקובסקי  
המעעררת  
מדינת ישראל ע"י ב"כ עו"ד ז' סיגל ועו"ד ד' כתר  
נגד המשיב  
ארזואן יונתן ע"י ב"כ עו"ד א' אחולאי, עו"ד י' יעקובי ועו"ד  
כ' דור

### פסק דין

בפני ערעורה של המשיבה כנגד החלטת בית המשפט השלום ל汰überורה בבאר שבע (כב' השופט א' אופיר) שניתנה בתמ"ע 6054-02-15 ביום 2.5.2016, לפיה אין על המשיב להסביר לאשמה, ויש לו זכותו מביצוע עבירה של נהיגה בשכרות, לפי סעיף 62(3) לפקודת התעבורה (נ"ח), שיוכסה לו בכתב האישום.

על פי כתב האישום, ביום 1.1.2015 נdagג המשיב בדימונה, כשהוא שיכור, לאחר שבבדיקת נשיפה שנערכה לו על ידי שוטר, התגלה כי ריכוז האלכוהול בליטר אויר נשוף היה 405 מיקרוגרם, העולה על המידה הקבועה בתקנה 169א לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961 ("240 מיקרוגרם אלכוהול בליטר אויר נשוף"). בבדיקה "מאפיינים המצביעים על חשד לשכירות" (ריח, תגובה, הופעה) לא התגלו סימני שכירות; המשיב ציין, עם זאת, בפני השוטרים, כי עשר דקות לפני שעוכב לבדיקה, שתה "2 בירות 330" ("דו"ח פעולה באכיפת איסור בשתייה", ת/5).

### ממצאי בדיקת נשיפה

למשיב בוצעה בדיקת נשיפה כפולת, שני מחזורי נשיפה (האחד בשעה 07:01, והשנייה בשעה 10:01), במכשיר מדידה מסוג 7110 alcotest dragger ("ינשוף"). בכל מחזור נשיפה נערכה המדידה באמצעות גלאי מסוג RI (אינפרא אדום) ובאמצעות גלאי מסוג EC (אלקטרו - כימי).

ערכי המדידה על פי פלט מכשיר המדידה, ת/10, היו כדלקמן:

### בדיקות ראשונה

IR-450 (להלן - IR1)

EC-435 (להלן - EC1).

עמוד 1

(להלן: IR2-420)

(להלן: EC2-405)

בית המשפט קמא קבע, בהתייחס להוראת תקנה 169(זב) לתקנות התעבורה, לפיה "תבוצע בדיקה כפולה (duplicate) לפחות של ריכוז אלכוהול בדוגמת האויר הנושא של נבדק, ובלבד שקדם השונות (coefficient of variation) של תוצאות בדיקה זו לא עלתה על 10 אחוזים למאה",

כי בבדיקה הנשיפה שנערכה למשיב קיים פער העולה על 10% בין הערך ב- 450 (IR1 מק"ג) לבין הערך ב- 405 (מק"ג). בנוסף נקבע על ידי בית המשפט, כי "החוק אינו מגדיר האם הפער של 10% ימדד מהערך הנמוך לגבוה או ההפוך...לכן, תיליך לטובת הנאשם דרך החישוב הנוחה לו - 40.5 מיקרוגרם הם עשרה אחוז מהערך הנמוך ולכן כל תוצאה העולה על 445.5 מיקרוגרם בבדיקה נוספת תהווה תוצאה חריגה מטווות הסטטיסטית המכסימאלית הקבוע בחוק".

נוכח כך שבבדיקה ה- IR1 התקבלה תוצאה של 450 (העולה על 445.5), התקבלה אפוא, טענת המשיב כי אין עליו להшиб לאשמה ויש לזכותו.

הדיון בבית המשפט קמא

בפני בית המשפט קמא העידו מטעמה של התביעה, השוטרים שביצעו את הבדיקה.

בסיום פרשת התביעה, ביקשה ההגנה להורות על זיכוי של המשיב כמתואר, ואימוץ פרשנות המקרה עם המשיב, לפיו, לשון תקנה 169(זב) מאפשרת להשווות בין תוצאות כל שתי מדידות, ללא יוצא מהכלל, בכל אחד מחזרי הנשיפה, וכך שהפער בין שתי מדידות עליה על 10%, הרי שלא ניתן לקבוע כי בוצעה נהייה בשכירות. לטענת ההגנה, גם אם ניתן לפרש את התקנה בדרך שונה, הרי שעומדת למשיב הוראת סעיף 34 לחוק העונשין, תשל"ז-1977,

לפיו ככל ש"ניתן דין לפירושים אחדים לפי תכליתו, יכרע העניין לפי הפירוש המittal ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילתית לפי אותו דין".

בxicomיה התבessa ההגנה על הנאמר בפסק הדין שניתן בבית המשפט המחויז בירושלים בעפ"ת 25457-04-10 מדינת ישראל נ. מלכה עוזרי, ניתן ביום 14.10.2014 (להלן- עניין עוזרי), המתבסס בין היתר, על דברי ד"ר זההיש מחברת דרייגר, החברה המייצרת את הינושא, לפיהם לא קיימת מניעה לשחק בפלט המדידה של המCSIור את מדידות גלאי ה-

EC- שעד פסק הדין בעניין עוזרי לא שוקפו ברישומי פלט המדידה - על מנת שהיא אפשר להתחשב בתוצאותיה בקביעת ריכוז האלכוהול.

אצ"ן בנוסף, כי ההגנה בkaza תחילה, בטיעונה בבית משפט קמא "להסתמך על נהלים ומסמכים שחילקם אומצו על ידי מושטרת ישראל במסגרת עובדתה עם...הינשוף..." וכי אם טענתה כי אין להшиб לאשמה, תידחה, שומרת לעצמה ההגנה את הזכות להגיש מסמכים נוספים אשר הועברו לעיינה, במסגרת פרשת ההגנה (ישיבת יום 19.7.2015). במסגרת הערעור הוצגו לפני, על ידי ב"כ המשיב, אוסף מסמכים מקורות שונים, המתיחסים בדרך הפעלה של "הינשוף" במהלך השנים, לפני ואחרי הקביעות בעניין עוזרי, והמשיב הסתמך עליהם בטיעונו.

ב"כ המאשימה בבית המשפט קמא, טענה כי על פי הקביעות בעניין עוזרי, הגלי/alcohol צימי משמש כברק לבדיקה גלי/alcohol האנפרא אדום, ואין הצדקה להפוך את מנגנון הבדיקה לעיקר, וכי מדובר בבדיקה פחות מדידת גלי/alcohol האנפרא אדום. עוד נטען, כי השוואה בין תוצאות המדידות צריכה להיערך בין מדידות אותן, או בין מדידות שני גלים שונים במסגרת אותה בדיקה, ובבדיקה מוצלבת של תוצאות המדידה בין R1OL-EC למביאה לתוצאה מעוותת מבחינה מתמטית ומבחן מהותית.

בית המשפט קמא דחה כאמור את עמדת המאשימה; ציין בהחלטה כי אכן נקבע בעניין עוזרי "כי בדיקת ה-EC פחותה מדויקת מבדיקה ה-R1, ולמעשה תפקידה המרכזי הוא לאמת כי ה"חומר" הנמדד הוא אכן אלכוהול ולא חומר אחר". אולם, מצב דברים זה השתנה לדעת בית המשפט, בעקבות פסק הדין השני בעניין עוזרי, שכן "עובדת הבדיקה המדינה לאחר פרשת עוזרי לרשות את תוצאות בדיקת ה-EC לא Caindiktsa ליזהו סוג החומר הנמדד כאלכוהול אלא כמדידה עם ערך מסווני לכל דבר ועניין. במקום להציג שתי תוצאות R1OCPI שהיה בעבר (בפרשת עוזרי) הedula המשטרת באמצאות הינשוף שתוכנת מחדש, להציג שתי תוצאות R1OCPI תוצאות EC. המשמעות הפרקטית היא כי לאחר פרשת עוזרי מציגה המדינה כראיה ארבע תוצאות של מדידת אלכוהול (הנגורות משתי נשיפות סמוכות בזמן למכשיר הינשוף) כאשר לכתב האישום תכנס כערך נמדד תוצאה המדידה הנמוכה ביותר מבין ארבעת הבדיקות שמבצע הינשוף. המדינה עצמה אינה מתיחסת לפועלות חיישן ה-EC Caindiktor כלל לnochot אלכוהול אלא חיישן לגיטימי למדידת ערך אלכוהול על בסיסו ותוצאותיו נרשם לא פעם ערך האלכוהול בכתב האישום עצמו (כך גם במקרה ספציפי זה בו יוחסה לנאם בכתב האישום תוצאה ה-EC ולא ה-R1).

פועל יוצא של מצב זה הוא אחד: בהתאם לחוק, אסור שהיא פער של יותר מ-10% בין ארבעת המדידות שמבצע הינשוף. הטענה לפיה חובה להשוות את מדידת ה-R1 Ark למדידת ה-EC והאחרת אינה עולה בקנה אחד עם הוראות החוק. מצב זה התאים לפלי הינשוף הישנים אשר נכחו עת נכתב ההחלטה בפרשת עוזרי ואין לטענה זו עוד מקום ברגע שנוספו גם ערכיהם חד משמעותיים של בדיקת EC...".

עוד קבוע בית המשפט, כי "לו היה החוק מתקן את החוק (את תקנה 169(זב)) וקובע כי יש להתעלם מבדיקה ה-EC או לחילופים יקבע כי פער של 10% יהיה רק בין שתי בדיקות מאותו הסוג, או אז לא הייתה נשמעת טענת ההגנה קרלונטי. כל עוד המצב החקיקתי נותר ללא שינוי ולאור ההחלטה בית המשפט המחויז בפרשת עוזרי, הרי שבפרק העולה על 10% בין כל אחד מרבעת מדידות ינשוף למדידה אחרת בתחום רביעיה, תתחייב פסילת המדידה מכח החוק."

עוד נקבע, כי נכון כך ש "בבדיקה המאפיינים תקינה לחלוין, נותרה המדינה ללא ראות לכאן נגד הנאשם בכל הקשור להגדתו כשיור".

#### עיקר נימוקי הערעור

המערערת טוענה כי בעניין עוזרי חייבה המדינה לצין בפלט גם את תוכנות גלאי EC, ואולם לא נקבע, כי יש ליצור שוויון מוחלט בין נתוני שני הгалאים. הנפור הוא - נאמר באופן פוזיטיבי כי אין להסתמך על תוכנות המדינה של גלאי EC, וצין בעניין עוזרי כי קיימות מדיניות, בהן כלל לא מתבצעת בדיקה ע"י גלאי EC. בית המשפט קמא טעה בקביעתו כי המדינה עצמה סבורה, כי אין כל הבדל בין נתוני שני הгалאים, שכן העובדה, כי המדינה החליטה, בעקבות הערות בית המשפט בעניין עוזרי, ולמעלה מהצורך, לצין בפלט גם את הנתונים של גלאי EC, וליחס לנאים את הנזון הנמור ביותר מיותר ארבע התוצאות, אין משמעות, כי מבחינה מהותית, מסכימה המדינה לכך כי אין שום הבדל בין נתוני הгалאים.

המערערת טוענת בנוסף בנוספ', כי היא עומדת בדרישת תקנה 169(ז)(ב), שכן ההשוואה הנדרשת בתקנה צריכה להיעשות בין נתוני הгалאים העוסקים באותה טכנולוגיה, בשונה מהפרשנות שנתן בית המשפט קמא. המערערת טוענת כי המסקנה של בית המשפט קמא, לפיה תקנה 169(ז)(ב) אוסרת על פער העולה על 10% גם בהשוואה צולבת (בין 1 OR�בן 2EC) מנוגדת להגion המדעי של הדברים, שכן בקר EC 2המופעל במהלך הנשיפה השנייה - אינו יכול לשמש בקר לתוצאות 1 IR שהתקבלו במהלך הנשיפה הראשונית. הליך הבקרה מתבצע כך שהן הגלי הראשי (RH), והן הבקרה, בודקים אותה דגימה, כאשר הבקר מודיא, כי הגלי הראשי אכן מدد דגימה זו בצורה נכונה ומדוקת.

עוד טוענת המערערת כי על פי ההלכה (ע"פ 76/732 מ"י נ' כחלון - להלן: עניין כחלון), עם תום שלב התביעה, ד' בהבאת ראיות דלות להוכחת האשמה, ובענייננו לא רק שקיימות ראיות בסיסיות להוכחת אשמו של המשיב, אלא שבפועל, שכרכותו הוכחה בצורה ברורה באמצעות פלט מכשיר "ינשוף", ולפיכך לא היה כל מקום לזכות את המשיב בטענת "אין להшиб לאשמה".

ב"כ המשיב מבקש בטיעונו, לאמץ מסקנותו של בית המשפט קמא.

נטען כי מעמדן של מדידות EC הושווה למדידות RH, ובעקבות דבריו בית המשפט בעניין עוזרי "תוכנית מכשיר הינשוף חדש" בהוספה בדיקות EC. עוד מצביע ב"כ המשיב על הנאמר במדד הפעלת ינשוף, לפיו לאחר תהליך המדינה, יש להציג את התוצאות הנמוכה ביותר שנמדדה מתוך 4 התוצאות, בין אם מדובר בבדיקה RH או EC וכי המדינה היא שהחלה לעשות שימוש בתוצאות גלאי EC" והפכה את מגנון הבקרה לעיקר". ב"כ המשיב מתבסס בטיעונו על חוות דעת שונות שניתנו על ידי המומחה, ד"ר שלמה אלמוג במגוון סוגות שדרנו במהלך המכשיר (חוות דעת מהימים 14.1.2009; 15.12.2011; 14.1.2012; 7.11.2012; 18.1.2014) וכן מסמכים נוספים, ביניהם דו"ח הוועדה הבין משרדיית, המצביעים לדעת ב"כ המשיב, על כך שהמדינה "באופן חד צדדי ולא מבוסס", הכירה במהלך השנים "בצירופים שונים" של המדידות, לבדיקה פער עשרה האחוזים, ובצירופים אחרים אינה מכירה, וכי לא נקבעו כלים ברורים בעניין זה ("תשובה המשיב להודעת הערעור", חלק ב').

לטענת ב"כ המשיב, הדרישה היחידה העומדת בפני בית המשפט הינה מתן פרשנות לתקנה 169(ז)(ב), שאינה קובעת בגין

אילו מתוצאות הгалאים יש לבחון את פער עשרת האחוזים; אין כל אינדיקציה לעניין חישוב המתייחס למחזר נשפה אחד, ואין התייחסות בחוק מסויה ערך יגזרו עשרת האחוזים; בהיעדר הוראה מפורשת בחוק, יש לחשב פער זה כפי שקבע בית המשפט קמא. נטען בהקשר זה, כי לשון התקנה אינה נוקטת אומנם במילה "פער", אלא במשמעותו "מקדם השתנות"...הבחן טעות דגימה יחסית לפי הנוסחה של סטיית התקן חלקי הממוצע", וכי "נוסחת מקדם ההשתנות אינה מקודדת במכשיר הינשוף". חרף זאת, נטען, כי לגבי דידה של המערערת, השימוש בנוסחת החישוב של מקדם ההשתנות אינו אפשרי, שכן על פי טענת המערערת תוצאות המדיידה של הгалאים השונים אינן בנות השוואה.

עוד נטען כי בעניין עוזרי ציון, כי יש "רגלים לסבירה" כי מכשיר הינשוף מושא הדיון, לא שימוש "השראה" למתקין התקנה 169(ב), שנחקרה שנים רבות לפני שימוש הינשוף הנוכחי נכנס לפעולה, ובעניין עוזרי הומלץ למשרד התחרורה לבצע את התקנים הנדרשים בתקנה לצורך התאמתה למכשיר זה, וכן למכשיר שייכנס לפעולה בעתיד. שינויים אלה לא בוצעו בחלוף השנים, וכך נמצאת המערערת טוענת מחד, לפסילת כל פרשנות המקלה עם הנאשם, ומайдך אינה טורחת להתאים את התקנה למציאות המשנה.

## דין

אין אני רואה מקום לקביעת בית המשפט קמא כי הتبיעה לא יצאה ידי הוכחה, ولو לכוארה, של האישום שויוסם למשיב, בשלב סיום פרשת התביעה. כדי, לצורך מעבר מחסום טענת 'אין להшиб לאשמה', די בכך שהتبיעה תציג תשתיית ראייתית ראשונית להוכחת העבירה, אף אם מדובר בראיות "בסיסיות" או "דלות" (עניין כחלון לעיל).

אכן, הריאות שהוצגו די בהן, בשלב זה, לביסוס לכוארה של האשמה. אלה מتابסות הן על תוצאה מדידת האויר הנשוף, בשיעור של 405 מק"ג, העולה על המידה הקבועה "העדכנית", שנקבעה בעניין עוזרי - 290 מק"ג (פסקה 67 לפסק הדין), והן על הודהתו לכוארה, של המשיב בפני השוטרים, העולה מת/5, כי זמן קצר לפני המדיידה גם משקאות אלכוהוליים, עניין שבית משפט קמא לא עמד עליו בפסק דין).

טענת ההגנה כי פרשנותו של בית המשפט קמא לתקנה 169(ב) היא הפרשנות הסבירה שיש לקיימה בעניינו של המשיב, ראויה להתרבר רק לאחר שכלל הריאות יונחו בפני בית המשפט קמא. בשלב זה לא הונחה כל תשתיית ראייתית - מדעית לקביעותו של בית המשפט קמא, לאפשרות השוואת המדידות בדרך של הצלבת נתוני המדיידה. נקודת המוצא של הנמקתו של בית המשפט קמא מושתתת על פסק הדין בעניין עוזרי, אלא שפסק דין זה לא ניתן ללמידה אלא על כך שהmdiידה האלקטרו כימית נופלת בבדיקה אינפרא אדום, ולא עולה מפסק הדין בעניין עוזרי, כל אינדיקציה לאפשרות השוואת המדידות בדרך של הצלבה, וצין בו כי השוואת המדידות נעשית באותו מחזר נשפה, או בין שתי מדידות RI, כפי שהוא נהוג באותה עת, על פי אפשרויות התכונות של מכשיר המדיידה.

התזה שנקבעה על ידי בית המשפט קמא, המtabסת בעיקר על הוספה נתוני ה- EC לאפשרות התכונות של המכשיר, ושיחוס הנתון הנמנוע מבין 4 המדידות גם אם מדובר במידידת גלאי EC, בעקבות המליצה העולה בעניין עוזרי, אין בה, לכוארה, כל מענה לקיים היסודי המתעורר על פני הדברים, נכון הצלבת נתוני מדידה, של שתי בדיקות השונות באופןן ובטיבן, והמתיחסות למחזרי נשפה שונים (בעניין זה ראו מכלול דעות הפוקות מזו שהזגה על ידי בית המשפט קמא, בפסק דין שניים, וביניהם: עפ"ת 16-08-31289 ליטל אקדמי נ. מ"י, 13.11.2016 (כב' השופט מ' ברק נבו); פ"ל

16.7.2015 (כב' 5910-02-14 מ"י נגד אסף, 7.9.2016 (כב' השופט ד' סעdon); פ"ל 7120-04-14 מ"י נ. פרשר, השופת ש' זקוביצקי - אורו);

הטענה כי אפשרות זאת מסתברת נוכח לשונה של התקנה, אינה ראייה להתקבל ללא בדיקת התשתית המדעית העומדת בסוד הפרשנות המוצעת, ואין בלשונה העוממתה של התקנה כדילי יותר את הצורך לבחינת דרך פעולה המכשיר בהקשר לסוגיה שבפנינו.

עוד יש לציין, אגב אורחא, כי בית המשפט קמא לא נדרש כלל למהותו וישומו של "קדם השונות" של תוצאות הבדיקה, כמפורט בתקנה, וזאת אם מדובר על פי עמדת בית המשפט קמא, באربע מדידות שווות ערך במועדן, שניית להשוות ביניהן בכל דרך אפשרית, גם בדרך של הצלבה.

סוגיה אחרת, נטולת בסוט ראייתו, ולכוארה אף מנוגדת לחומר שהוצע לפני, נוגעת לכך חישוב פער עשרה האחוזים. בית המשפט קמא קבע כי יש ל"גוזר" את עשרה האחוזים מהערך הנמוך של הבדיקה שבհשוואה (EC), אולם מפניהם של רפ"ק ארץ, ראש מערכת מכשור אכיפה, שהוצאה בפני, עולה כי לאחר עדכון הגרסה למכשירי הינשוף ביום 26.8.2013, "הפער המכסימלי באותה נשיפה בין חיישן IR�יבן קריית חיישן 10% EC-IR1 (מערך חיישן IR), ואילו ההפרש המכסימלי של עשרה האחוזים בין קריית החישנים זהים (EC2-IR1-IR2; EC1-IR1-IR2) יהיה לפי הערך הנמוך ביותר.

הנחה זו של ראש מערכת מכשור, תואמת את הבהירת ד"ר זוחיש מחברת דרייגר מיום 19.7.2013, שצורפה על ידי ההגנה, לפיה - deviation is always referred to the IR reading 10%

.and not from the lower value

כל שהנחהות האמורות מתיחסות למדידות מסוימות סוג בשני מחזורי נשיפה, או למדידות שונות באותו מחזור נשיפה - אין דנים באותו הנחות בבדיקות בהצלבה, שנראה כי אינה עומדת כלל על הפרק - הרי שהנחה היא כי בעת השוואת המדידות, שאחת מהן היא מדידת IR, לעומת יש "ליתול" מבדיקה ה-IR את עשרה האחוזים, ולא כפי שקבע בית המשפט קמא בענייננו.

נוכח האמור לעיל, מתקיים העrho והחלטת בית המשפט קמא לעניין זיכוי של המשיב מבוטלת. התיק יוחזר לבית משפט קמא לצורך חידוש הדיון. בית המשפט קמא ישקו מתן אפשרות להבאת ראיות הנוגעות לסוגיות השונות הנוגעות להפעלת מכשור המדידה, בהתייחס להוראות תקנה 169(ב) הנדונה.

ניתן היום, ט"ו تمוז  
תשע"ז (9/7/2017),  
באישור הצדדים, ויועבר  
באמצעות הדואר.

ירם צלקובסקי, שופט  
ס. נשיאה

