



עפ"ת 38109/11/18 - מדינת ישראל נגד יונתן ארזואן

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עפ"ת 38109-11-18 מדינת ישראל נ' ארזואן
תיק חיצוני:
בפני כב' סגן הנשיאה, השופט אליהו ביתן
המערער: מדינת ישראל
נגד
המשיב: יונתן ארזואן

פסק דין

כללי

1. ערעור זה מופנה נגד פסק דינו של בית המשפט לתעבורה באר-שבע (כב' השופט אלון אופיר) בתת"ע 6054-02-15, אשר זיכה את המשיב מעבירת נהיגה בשכרות, הקבועה בסעיף 62(3) לפקודת התעבורה.
2. בתאריך 1.1.15 המשיב נהג ברכב, נעשתה לו בדיקת נשיפה במכשיר "ינשוף" והתוצאות שהתקבלו, במיקרוגרם אלכוהול בליטר אויר נשוף, היו כדלקמן-בבדיקות ה- IR נמצאו הערכים 450 ו- 420, ובבדיקות ה- EC נמצאו הערכים 435 ו- 405. על יסוד תוצאות אלה ובהתאם למדיניות משטרת ישראל לייחס לנבדק את התוצאה הנמוכה מבין התוצאות שהתקבלו, יוחסה למשיב נהיגת רכב בשכרות - בזמן שריכוז האלכוהול בליטר אויר נשוף שלו היו 405 מיקרוגרם.
3. המשיב כפר באשמה ונשמעו ראיות. בתום ראיות התביעה המשיב טען כי יש לזכותו מהעבירה שיוחסה לו מבלי להשיב לאשמה. הצדדים הציגו את טענותיהם ובית המשפט פסק שיש לזכות את המשיב מבלי להשיב לאשמה. התביעה ערערה על פסק הדין ובית המשפט המחוזי - עפ"ת 32306-06-16 מדינת ישראל נ' ארזואן - קיבל את הערעור, ביטל את זיכוי המשיב והורה על החזרת הדיון לבית המשפט לתעבורה להמשך המשפט.
- בהמשך, התביעה לא הציגה ראיות נוספות על אלה שהוצגו בשלב הראשון והמשיב נמנע מלהעיד ולהביא ראיות מטעמו, ובית המשפט שב וזיכה את המשיב.
4. בית המשפט נימק את זיכוי המשיב, בעיקר, בקיומו של פער העולה על 10% בין שתיים מתוצאות בדיקת הנשיפה שנערכה לו - אחת מהן בבדיקת IR במחזור אחד והשניה בבדיקת EC במחזור שני - אשר לשיטת בית המשפט פוסל את הבדיקה כולה.

טענות הצדדים



1. בערעור, המשיב העלה טענה מקדמית הנוגעת לסמכות תובע משטרתי לטפל בערעור, בהיותו הליך המתנהל בבית משפט מחוזי; טען, כי הליך כזה איננו כלול בעניינים המפורטים בתוספת הראשונה לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) תשמ"ב-1982, שבהם תובע משטרתי רשאי לטפל בבית המשפט המחוזי; וביקש לקבוע כי הערעור הוגש בחוסר סמכות ולדחותו על הסף מטעם זה.
המערערת השיבה לטענה זו, כי הערעור כאן מחייב מומחיות מקצועית טכנית מיוחדת בענייני תעבורה, ועל כן היא רשאית לטפל בו מכח הוראת סעיף קטן 5 לחלק ד' בתוספת הראשונה לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982.
2. לגופו של עניין, המערערת טוענת, בעיקר, שבדיקות ה-IR וה-EC, הן בדיקות שונות במהותן ובמטרתן העיקרית, וכי לא היה מקום להשוות בין תוצאות שתי הבדיקות בדרך של הצלבה כפי שבית המשפט קמא עשה. וטוענת, שתוצאות הבדיקה של המשיב כשרות ואמינות ועל בסיסן יש להרשיע את המשיב בעבירה של נהיגה בשכרות.
3. המשיב סומך את ידו על פסק דינו של בית המשפט קמא וטוען, בעיקר, כי הדרך בה הלך בית המשפט עולה בקנה אחד עם עקרונות הפרשנות המקובלים ועם הכלל לפיו יש לבחור בפרשנות המקלה עם הנאשם; כי התביעה נוהגת להתמקד בתוצאות בדיקות הנישוף ובפער ביניהן ולא עומדת על תנאי תקנה 169ז(ב) לתקנות התעבורה; וכי אם בית המשפט יסבור שיש לפעול במקרה זה בהתאם לתקנה 169ז(ב), הרי שיש להחזיר את הדיון לבית המשפט לתעבורה, שהוא זה שאמור לבדוק את תוצאות הבדיקות של המשיב אל מול תקנה 169ז(ב).

דין והכרעה

קראתי את מכלול החומרים הנוגעים לענין ושמעתי את טענות הצדדים, ובאתי למסקנה כי יש לקבל את הערעור.

סמכות התביעה המשטרית לטפל בערעור

1. סעיף 12(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, מפרט את התובעים השונים המוסמכים לייצג את המדינה בהליכים פליליים. אחד התובעים הוא, כמפורט בס"ק 2, "שוטר שנתקיימו בו תנאי הכשירות שקבע שר המשפטים בהתייעצות עם שר הפנים ונתמנה להיות תובע בידי המפקח הכללי של המשטרה".
בקשר לתובע זה, נקבע בסעיף קטן (ב) כי הוא מוסמך בין היתר לנהל סוג משפטים שהיועץ המשפטי לממשלה הורה עליהם.
2. בחלק ד' בתוספת הראשונה א' לחוק סדר הדין הפלילי, מפורטים העניינים שבהם רשאי תובע משטרתי לטפל גם בבית המשפט המחוזי. בתוך עניינים אלה כלולים גם "תיקים שנדרשת בהם מומחיות מקצועית טכנית מיוחדת בענייני תעבורה".
3. התיק כאן הוא בענייני תעבורה, והנושאים העולים בו נוגעים בין היתר בעניינים מקצועיים טכניים, הדורשים ידע מתאים.



4. בנסיבות אלה נראה לי שהתובע המטרתו שהגיש את הערעור, מוסמך לטפל בו.

אשר לערעור גופו

הקדמה

1. בפתח הדברים ראוי להציג, בקצרה, את תהליך הבדיקה שהתבצע במכשיר ה"ינשוף" - המשמש את המשטרה למדידת רמת האלכוהול באוויר נשוף - עד לפסק דין עוזרי (עפ"ת 25457-04-10 מדינת ישראל נ' עינת מלכה עוזרי. פורסם בנבו. 14.10.10). כמתואר בפס"ד עוזרי.

"הנבדק נושף אוויר מכאיתו אל צינורית אשר מחוברת למכשיר, באמצעות פיה סטרילית. האוויר נכנס אל תא מדידה. בתא מחומם האוויר ונמדד על-ידי שני חיישנים: חיישן EC המבצע בדיקה אלקטרו-כימית, על-ידי תא המייצר זרם חשמלי שעוצמתו משתנה בהתאם לכמות האלכוהול המזהה. חיישן זה נועד לוודא בעיקר את סוג החומר הנמדד (אלכוהול); וחיישן IR הבודק את דגימת האוויר באמצעות הקרנת גלי אינפרא אדום על האוויר הנשוף. בדיקת החיישן IR נעשית פעמיים; התוצאה הנמוכה מבין השתיים, היא הקובעת..."

"הינשוף, כאמור, מבצע את המדידה בשתי שיטות שונות. האחת מבוססת על הקרנת גלי אינפרא-אדום (IR) והשנייה על תרגום אות כימי לחשמלי (EC). ברם, למעשה, תוצאת הבדיקה האלקטרו-כימית (EC) אינה נרשמת ואינה נלקחת בחשבון לצורך קביעת רמת האלכוהול. בהתאם לתקנה 169ז(ב) לתקנות, נעשית לכל נבדק בדיקה כפולה, קרי, הוא נדרש לנשוף פעמיים אל תוך פיית המכשיר. אם הפער בין תוצאות שתי המדידות אינו עולה על 10%, תחשב המדידה לתקינה ותוצג התוצאה הנמוכה מבין השתיים. אלא שלצורך זה לוקח המכשיר בחשבון רק את שתי תוצאות מדידת חיישן האינפרא-אדום (IR), ואיננו מתחשב כלל בתוצאות מדידת החיישן האלקטרו-כימי (EC). זו משמשת רק לבדיקת בקרה, וכל עוד ההפרש בין תוצאותיה לבין תוצאות מדידת האינפרא-אדום, אינו עולה על 10%, תחשב הבדיקה לתקינה. שיעור ההפרש בין תוצאת המדידה האלקטרו-כימית לבין תוצאת מדידת האינפרא-אדום אף אינו נרשם." (פס"ד עוזרי, פסקאות 15-16 בהתאמה).

2. בפס"ד עוזרי נקבע שהבדיקה העיקרית והמדויקת של ריכוז האלכוהול באוויר הנבדק במכשיר הינשוף, היא בדיקת ה-IR, בעוד בדיקת ה-EC נועדה בעיקר לזהות את טיב החומר האחר שבאוויר הנבדק ולשמש כבקרה למניעת טעויות גסות, והיא לא נועדה לתת תוצאות מדויקות לגבי שיעורו של אותו חומר.

3. פסק הדין של בית משפט השלום לתעבורה בת"ת (י-ם) 11893/07- עליו הוגש ערעור המדינה בפרשת עוזרי - קבע, שעל רקע התעלמות מכשיר הינשוף מתוצאות בדיקות ה-EC בקביעת רמת האלכוהול באוויר הנבדק, יש להפחית 10% מהתוצאה המתקבלת במכשיר, שכן יתכן שבבדיקות ה-EC נמצאות תוצאות הנמוכות ב- 10% מאלה שבבדיקות ה-IR, ומכיון שתוצאות בדיקות ה-EC אינן נרשמות, הדבר לא ילקח בחשבון בקביעת רמת האלכוהול באוויר הנבדק.

פסק הדין בערעור ביטל קביעה זו ואמר -

"אין לדעתנו הצדקה לתוספת מרווח הביטחון של 10% לכל מדידה. **דיינו במדידה הכפולה של הגלאי האינפרא-אדום (IR), שמדידתו מדויקת יותר..**" (פסקה 45)

עמוד 3



4. על יסוד נתונים אלה של מנגנון פעולת הינשוף - כולל העובדה שהבדיקה העצמית שהמכשיר מבצע כדי לוודא שלא קיים פער העולה על 10% בין תוצאות הבדיקות, משוואה רק בין תוצאות בדיקות ה-IR בשני מחזורי הבדיקה לבין עצמן, ובין תוצאות בדיקות ה-IR וה-EC במחזור הנשיפה הראשון, ואינה משוואה בין תוצאות בדיקת ה-EC במחזור הראשון לתוצאות בדיקת ה-IR במחזור השני - בית המשפט קבע כי עומדת לינשוף חזקת אמינות; כי המכשיר מבצע מלאכתו כהלכה ובאופן מדויק במרבית המוחלטת של המקרים; וכי

"בהיבט הכולל, לפי טיבו של המכשיר ובהתאם לתורת הפעלתו ותחזוקתו, המכשיר אמין, חוקי וראוי לשמש לאכיפה בפלילים בתחום שאליו נועד" (פסקה 65)

5. להשלמת התמונה יצוין, כי בעקבות פס"ד עוזרי, המשטרה הכניסה שינויים מסוימים בבדיקות שהמכשיר מבצע; באופן הצגת התוצאות בפלט שהמכשיר מוציא; ובבחירת התוצאה המיוחסת לנבדק. כיום, הינשוף מבצע בדיקה כפולה גם בשיטת ה-EC; כל ארבעת תוצאות הבדיקות נרשמות בפלט הבדיקה; המכשיר משווה אוטומטית בין תוצאות בדיקת ה-IR לתוצאות בדיקת ה-EC בכל אחד ממחזורי הבדיקה, ומשווה בין תוצאות שתי בדיקות ה-IR לבין עצמן, ובין תוצאות שתי בדיקות ה-EC לבין עצמן, ואם נמצא בין הבדיקות המשוויות פער העולה על 10%, הבדיקה נפסלת; וכאשר הבדיקה תקינה, המשטרה מייחסת לנבדק את התוצאה הנמוכה מבין ארבעת התוצאות.

6. פסק דין עוזרי ניתן, שלא כרגיל, בהרכב שלושה. הוא התקבל ללא עוררין. המשטרה ובתי המשפט פועלים על פיו, וקביעותיו שרירות וקיימות.

תקנה 169ז(ב) לתקנות התעבורה

1. הפרק השישי לתקנות התעבורה קובע את ההסדרים הנוגעים לבדיקת שכרות של נהג רכב או של הממונה על רכב. תקנה 169ז(א) קובעת את הפעולות המקדימות שיש לבצע קודם לביצוע בדיקת הנשיפה במכשיר שאושר למטרה זו. ותקנה 169ז(ב) קובעת, כי לנבדק תבוצע בדיקה כפולה לפחות של ריכוז אלכוהול בדוגמת האוויר הנשוף שלו, ומתנה את תוקף הבדיקה בכך שמקדם השונות (coefficient of variation) של תוצאות בדיקה זו לא יעלה על 10 אחוזים.

2. מטרת התקנה היא להבטיח את אמינות תוצאות הבדיקה. תוצאה של בדיקה בודדת יכולה להיות שגויה, מכל מיני סיבות. בדיקה כפולה מבטיחה בצורה טובה יותר את אמינות התוצאה. וקביעת מקדם שונות שמעבר לו הבדיקה נפסלת, מוסיפה חבק בטחון נוסף לאמינות תוצאות הבדיקה.

3. מהו איפוא "מקדם השונות" - coefficient of variation - האמור?

"שונות" היא מושג מתחום הסטטיסטיקה, המתאר את היחס בין הערכים הנתונים לבין הממוצע שלהם, והוא מאפשר למדוד לא רק את השוני בין הערכים אלא גם את הפיזור שלהם ביחס לממוצע שלהם, ומראה באיזו פרופורציה ביחס לממוצע הם שונים זה מזה. בדרך זו ניתן להעריך את מידת ההומוגניות של התוצאות. ככל שמקדם השונות נמוך יותר כך התוצאות הומוגניות יותר. ולהיפך.

ככל שהתוצאות הומוגניות יותר, כך גדלה מידת אמינותן.



מבחינה חישובית, "מקדם שונות" הוא תוצאה המתקבלת מחילוק "סטיית התקן" (standard deviation) של המשתנים, בממוצע (mean) של המשתנים.

= coefficient of variation

נוסחת חישוב סטיית התקן הינה, שורש של המנה המתקבלת מחיסור ממוצע המשתנים מכל אחד מהמשתנים, בריבוע, חלקי מספר המשתנים.

[נדלה מתוך ויקיפדיה, ערך "סטיית תקן"; "מעות", מילון מונחים בנושאי ארגון וניהול; - Wikipedia
[Coefficient of variation; The cambridge dictionary of statistics 4th ed page 89

4. "מקדם שונות" ו-"פער" הם שני מושגים שונים בתכלית. "פער" מציין את ההפרש הישיר, הפשוט, בין ערכי יחידות המשתנים, ואילו מקדם שונות, כמתואר, מציין נתון אחר לחלוטין, שבעיקרו נוגע למידת הפיזור של המשתנים ביחס לממוצע, ולמידת ההומוגניות של המשתנים.

פער הינו המנה המתקבלת מחיסור המשתנה האחד מהמשתנה השני, ואילו מקדם השונות מחושב על פי הנוסחה שהוצגה לעיל, השונה לחלוטין מאופן חישוב הפער.

5. הדוגמא הבאה תמחיש בצורה בולטת את ההבדל בין הנתונים על פי כל אחד משני המושגים.

את **הפער** בין המספרים 100 ו-110, ניתן לחשב מהמספר הקטן לגדול או להיפך. באפשרות הראשונה, הפער בין 100 ל-110 הוא 10- (מינוס 10) ואילו באפשרות השניה, הפער בין 110 ל-100 הוא 10.

אם רוצים לבדוק את הפער בין המספרים באחוזים, הרי שאם נקודת ההתייחסות היא המספר 100, אז המספר 110 גדול ממנו ב- **10%** (10% מ-100 שווים 10) ואילו אם השלם הוא המספר 110, אז הוא גדול מהמספר 100 ב- **9.1%** (10% מ-110 שווים 11).

לעומת זאת, **מקדם השונות** של המספרים 100 ו-110, הוא תוצאה של חילוק סטיית התקן של המספרים בממוצע שלהם.

חישוב סטיית התקן:

חישוב מקדם השונות: 4.7 =

מקדם השונות של המספרים 100 ו-110 הוא איפוא **4.7 אחוז**.

התוצאות השונות - 4.7 אחוז לעומת 9.1 או 10 אחוז, ממחישות את ההבדל בין המושגים "פער" ל"מקדם שונות".



6. הגם שהפירוש המילולי של המושג "מקדם שונות", איננו קל להבנה מיידית, הרי שנוסחת החישוב שלו פשוטה בתכלית, וכל בעל ידע בסיסי יכול להשתמש בה. יצוין, כי ניתן לקבל את סטיית התקן של מספרים נתונים, בהכנסת המספרים לטבלת אקסל ולחיצה על אפשרות חישוב סטיית התקן המובנית בה. (קיימים ברשת לא מעט מחשבוני שניתן לבצע באמצעותם את החישוב בפשטות). וכאמור, כדי לקבל את מקדם השונות, יש לחלק את הערך של סטיית התקן במוצע של המספרים הנתונים. כך שהאפשרויות לחישוב מקדם השונות זמינות ופשוטות.

7. המושג "מקדם השונות" מופיע בתקנה עצמה, והוא חלק מהדין. ככזה, הוא מצוי בידיעת בית המשפט ואין צורך להוכיחו באופן שמוכיחים עובדה רגילה. למרות, שטוב היה אם נוסחת החישוב או הגדרתה היו מופיעות בתקנות. מכל מקום, מושגים מסוג זה הם בגדר "הידעה השיפוטית" המיוחסת לשופט.

"המידע הבסיסי המצוי בתחום ידיעתו האישית של כל אדם משכיל ממוצע מהווה את תחום "ידיעתו השיפוטית" של השופט; והוא רשאי לעשות בו שימוש לצורך ההכרעה בשאלות השנויות במחלוקת. "ידיעתו השיפוטית" של השופט כוללת, אפוא, את סך כל המידע הבסיסי המצוי ברשותו של כל אדם ממוצע בר דעת; ורואים מידע זה, כמידע שהוא 'מן המפורסמות שאין צריכות ראייה'. לעומת זאת, כל מידע שמחוץ לתחום האמור, נחשב 'למידע פרטי' הטעון הוכחה..." (י' קדמי, **על הראיות, חלק שני תש"ע-2009, עמ' 726**). (ראה גם **עא 759/76 צביה, רמי ו-משה פז נ' יצחק נוימן, פ"ד לא (2) 169**)

8. כאמור, תוצאות בדיקת הנשיפה של המשיב היו -

450 - IR1 מק"ג.

435 - EC1 מק"ג.

420 - IR2 מק"ג.

405 - EC2 מק"ג.

חישוב מקדם השונות של ארבעת הערכים האמורים הוא כדלהלן -

ממוצע הנתונים הוא 427.5 .

חישוב סטיית התקן -

חישוב מקדם השונות - (סטיית התקן חלקי ממוצע המשתנים)

מקדם השונות של תוצאות הבדיקה שנערכה למשיב הוא איפוא **3.9%** .



כשרות בדיקות הינשוף

1. במבט כולל על סוגיית כשרות תוצאות בדיקות הנשיפה במכשיר הינשוף, ניתן לזהות שלושה מעגלים מרכזיים. האחד, אמינות מכשיר הבדיקה, על רקע המנגנונים המובנים בו והוראות ההפעלה של היצרן. השני, מדיניות המשטרה בנוגע לפסילת בדיקות ולשימוש בתוצאות הבדיקות. והשלישי, הוראות תקנה 169ז(ב) לתקנות התעבורה.
 2. באשר למעגל הראשון - בית המשפט בפרשת עוזרי בחן לפני ולפנים את מלוא הסוגיות הנוגעות למכשיר הינשוף שעלו בפניו, וקבע כי הינשוף אמין וניתן לסמוך על תוצאות בדיקותיו ולקבלן כראיה בהליכים המשפטיים הפליליים בהם הן משמשות. בעת שניתן פסק הדין, המכשיר היה מבצע במחזור הבדיקה הראשון בדיקות בשיטות ה- IR וה- EC, ומבצע במחזור הבדיקה השני רק בדיקה בשיטת ה- IR. תוצאת בדיקת ה- EC שימשה לזיהוי החומר הזר באוויר הנבדק ושימשה כבקרה על תוצאת בדיקת ה- IR של מחזור הבדיקה הראשון, כך שאם הפער בין הבדיקות עלה על 10%, הבדיקה היתה נפסלת. מנגנון זה הוא מקדם בטחון המובנה במכשיר, המבוסס על נתונים ומחקר מתאימים.
 3. קיומה של בדיקת ה- EC במחזור הבדיקה הראשון של הינשוף, היה ידוע בעת הדיון בפרשת עוזרי ובית המשפט התייחס אליה. בית המשפט היה מודע גם לשימוש שנעשה בתוצאת הבדיקה לשם בקרה אל מול תוצאת בדיקת ה- IR שנעשתה במחזור הבדיקה הראשון. ותחת נתונים אלה בית המשפט קבע את אמינות המכשיר ואת דיוק תוצאות בדיקותיו וקבילותן.
 4. פסק דין עוזרי נתן תוקף להוראות היצרן של המכשיר ולמנגנוני שולי הביטחון המובנים בו, ולא דרש כתנאי לקביעת אמינות המכשיר שהמכשיר ישווה גם בין בדיקת ה- EC שנערכה במחזור הבדיקה הראשון לבדיקת ה- IR שנערכה במחזור הבדיקה השני.
 5. טענה לפיה קבילות בדיקות הינשוף מותנית בביצוע השוואה בהצלחה בין בדיקת ה- EC במחזור האחד לבדיקת ה- IR במחזור האחר לשלילת פער העולה על 10% ביניהן, בנוסף על ההשוואה המתקיימת בין הבדיקות בהתאם להוראות היצרן, סותרת את קביעות בית המשפט בפס"ד עוזרי. שכן היא אומרת כי לשם קביעת אמינות תוצאות הבדיקה, אין די במנגנון הבקרה הקיים שבמסגרתו המכשיר משווה בין תוצאות בדיקות מסוימות, אלא צריך לבצע השוואות נוספות, בין תוצאות בדיקות אחרות, שהוראות היצרן אינן קובעות שיש לבצע, בעוד פס"ד עוזרי קבע על יסוד מנגנון הבקרה הקיים במכשיר כי המכשיר אמין ותוצאותיו קבילות וראויות לשמש בהליכים הפליליים להם הן נועדו.
 6. אינני אומר שפסק דין עוזרי מונע תקיפת אמינות הבדיקות של הינשוף או בחינת הוראות ההפעלה שלו. אלא שכדי לעשות זאת יש להציג ראיות רציניות ומבוססות, שלא הוצגו בפרשת עוזרי, כולל חוות דעת מומחים ונתונים מחקריים, ואין די במחשבות וברעיונות עיוניים מופשטים.
 7. באשר למעגל השני - במהלך הדיון בערעור עוזרי, הודיעה המדינה כי בהתאם להמלצת בית המשפט לתעבורה, בדעתה להתחיל לציין בפלט המכשיר גם את תוצאות בדיקות ה- EC, וכי שאלת מעמדן של תוצאות אלה - האם י"לקחו בחשבון אם לאו - עדיין נתונה בבחינה שלה.
- בית המשפט בפרשת עוזרי העיר בקשר לכך, כי במצב החדש, נתוני בדיקות ה- EC יהיו בפני הנבדק "ואף אם המשטרה לא תיקח אותם בחשבון, יוכל הוא עצמו לבקש להסתמך עליהם או לטעון לגביהם בהליך המשפטי במידה שיחפוץ" (פיסקה 32).



8. לאחר פסק הדין, המשטרה הוסיפה על שולי הביטחון המובנים במכשיר מרכיבי קולא נוספים, המתבטאים בכך שהמכשיר מבצע בדיקת EC גם במחזור הנשיפה השני; שנתוני שתי בדיקות ה- EC מופיעות בפלט הבדיקה של המכשיר; שהמכשיר משווה בין בדיקות ה- EC ואם הפער ביניהם עולה על 10% הבדיקה נפסלת; וכשהבדיקה תקינה, המשטרה מייחסת לבדק את התוצאה הנמוכה מבין 4 תוצאות הבדיקות. כך שהמשטרה לוקחת בחשבון את תוצאות בדיקות ה- EC באופן ההולך במובהק לקראת הנבדקים.
9. מכל מקום, אין בשינויים שהמשטרה הכניסה כדי לשנות מטיבו של מכשיר הינשוף ומאמינותו, ואין בהם כדי להצדיק הוספת תנאים ומגבלות חדשים להוראות ההפעלה של הינשוף או לקבילות תוצאות בדיקותיו.
כמובן שאין בשינויים האמורים כדי להשפיע על הוראות תקנה 169ז(ב).
10. לצד זה, מדיניות האכיפה של המשטרה בזמן נתון יכולה להיות רלוונטית לטענה מצד נבדק כי הדרך בה פעלו כלפיו שונה מזו שהמשטרה נוקטת בדרך כלל, ולהוכחת טענת אפליה פסולה נגדו.
11. באשר למעגל השלישי - התנאי הקבוע בתקנה 169ז(ב) בנוגע למקדם השונות, עומד בפני עצמו והוא תקף לכל בדיקת נשיפה, ללא קשר למכשיר בו הבדיקה מתבצעת, להוראות ההפעלה שלו ולמקדמי הבטיחות שלו. והוא גם איננו מבדיל בין הבדיקות השונות המתקיימות בתהליכים שהמכשיר מבצע - במקרה של הינשוף, בדיקות IR ו- EC.
12. מבחינת התקנה, סדרת הנתונים המופקת בכל בדיקה - על פי התקנה חייבים לבצע לפחות בדיקה כפולה אחת, כך שבכל בדיקה מתקבלים לפחות שני נתונים. ולכל שני נתונים ומעלה יש "מקדם שונות" - בכל מכשיר בדיקה מאושר, צריכה לעמוד בתנאי של מקדם השונות הקבוע בתקנה.
13. זכותו של נבדק לטעון שמקדם השונות של תוצאות בדיקתו אינו עומד בתנאי הקבוע בתקנה, ואם יוכח שכך הוא אכן הדבר, תוצאות הבדיקה לא יהיו קבילות.
14. תקנה 169ז(ב) אינה פוסלת בדיקות שבוצעו במכשיר הינשוף **שהפער ביניהן** עולה על 10%, גם כשמדובר בבדיקות מאותו סוג או בבדיקות שונות מאותו מחזור נשיפה. היא פוסלת רק תוצאות בדיקה **שמקדם השונות שלהן** עולה על 10%; פסילת בדיקות IR במכשיר הינשוף שהפער ביניהן עולה על 10% נעשית מהטעם של טווח הביטחון שנקבע למכשיר ומחזורי היצרן שלו, ולא מתוקף הוראת התקנה. אין כל קשר בין תקנה 169ז(ב) לבין הוראות היצרן של הינשוף וטווחי הביטחון המובנים במכשיר, מלבד העובדה שהתקנה מחייבת ביצוע בדיקה כפולה אחת לפחות והמכשיר מבצע בדיקה כפולה. גבול התקינות שנקבע בשניהם - 10% - מתייחס למדדים שונים. העובדה שמדובר באותו מספר מקרית לחלוטין ואינה מלמדת על כל קשר מהותי ביניהם. התקנה לא מכווינה עצמה למכשיר מדידה מסוים ומכשיר הינשוף איננו מוכוון לתקנה. יכול להיות שבעתיד הבדיקות יבוצעו במכשיר מסוג אחר, שטווח הביטחון שלו יהיה קטן או גדול מ- 10%, ועדיין הוראת התקנה תעמוד בעינה. ויכול להיות שבעתיד, גבול מקדם השונות בתקנה ישתנה ועדיין טווח הביטחון של מכשיר הינשוף יעמוד בעינו; ופסילת בדיקות IR ו- EC במחזור הנשיפה השני ובדיקות ה- EC של שני מחזורי הנשיפה, שהפער ביניהן עולה על 10%, נעשית מהטעם של מדיניות המשטרה ולא מכח התקנה או מכח הוראות היצרן.
15. המדובר איפוא בשלושה מרכיבים שונים, שכל אחד מהם קובע תנאים לתקינות תוצאות הבדיקה, שאם



הבדיקה לא עומדת בהם היא נפסלת. תנאי הסף ההכרחיים קבועים בתקנה וחובה על כל בדיקה לעמוד בהם; הוראות היצרן של מכשיר הבדיקה הנוגעות להבטחת אמינות תוצאות הבדיקות, משתנות בהתאם למכשיר המדובר, אולם על מנת שבדיקה תתקבל כתקינה היא חייבת לעמוד בהן; ומדיניות האכיפה של המשטרה יכולה לכלול מקדם בטיחות נוסף מעבר לזה הקבוע בהוראות היצרן של המכשיר, ועל מנת שניתן יהיה להשתמש בבדיקה לחובת הנבדק תוצאותיה צריכות לעמוד בנוהלי האכיפה של המשטרה.

מטבע הדברים, מקדם הביטחון הקבוע בתקנה הוא הגבול העליון. מקדמי הביטחון האחרים חייבים לעמוד בו, אולם הם יכולים להקל ביחס אליו ולפסול גם בדיקות העומדות בו.

בפועל, המנגנון הקבוע בהוראות היצרן של הינשוף מקל עם הנבדק יותר מהקבוע בתקנה, ומדיניות האכיפה של משטרת ישראל מקלה עם הנבדק יותר מהמתחייב מהוראות היצרן. נוסחת פסילת הבדיקה המובנית במכשיר הינשוף, פוסלת בדיקות שמקדם השונות שלהן קטן משמעותית מזה הקבוע בתקנה 169ז(ב). שכן, מקדם השונות של ארבעה משתנים שהפער המירבי בין מרכיביהם הוא 10% יהיה תמיד נמוך מ-10%.

16. משמעות הדבר הינה, כי כל בדיקת נשיפה במכשיר הינשוף העומדת בשולי הביטחון המובנים במכשיר, עומדת גם בתנאי של מקדם השונות הקבוע בתקנה 169ז(ב). משכך, במצב הדברים הקיים, אין משמעות מעשית לתנאי של מקדם השונות הקבוע בתקנה 169ז(ב) - (ולכן גם אין צורך להטמיע אותו בתוכנת הינשוף); תוצאות בדיקת הינשוף צריכות להיבחן רק בהקשר לעמידתן בהוראות היצרן ובכללי האכיפה של משטרת ישראל; וכל בדיקת ינשוף העומדת בשני אלה, ראויה לביסוס הרשעה בעבירה של נהיגה בשכרות.

מן הכלל אל הפרט

1. תוצאות הבדיקות של המשיב היו -

IR1- 450 מק"ג.

EC1- 435 מק"ג.

IR2- 420 מק"ג.

EC2- 405 מק"ג.

מבחינת הוראות ההפעלה של הינשוף, הנוגעות לפער בין בדיקות ה- IR הפוסל בדיקה, ולפער בין בדיקות ה- IR לבדיקות ה- EC במחזור הנשיפה הראשון, הפוסל בדיקה, הבדיקה תקינה - שכן הפער בין תוצאות בדיקות ה- IR נמוך מ- 10% וכך גם הפער בין בדיקות ה- IR לבדיקות ה- EC במחזור הראשון.

מבחינת נוהלי האכיפה של המשטרה, בנוגע לפער בין הבדיקות באותו מחזור בדיקה ולפער בין הבדיקות מאותו סוג בשני המחזורים, הבדיקה תקינה - הפער בין תוצאות בדיקות ה- IR לבדיקות ה- EC בתוך כל אחד ממחזורי הבדיקה נמוך מ- 10%, וכך גם הפער בין הבדיקות מאותו הסוג בשני מחזורי הבדיקה.



ומבחינת התנאי הקבוע בתקנה 169ז(ב) הנוגע למקדם השונות של הבדיקות, הבדיקה תקינה, שכן מקדם השונות של תוצאות הבדיקות הוא 3.9%.

2. בית המשפט קמא קבע כי **הפער** באחוזים בין הערכים 405 ו- 450 שבתוצאות בדיקת המשיב, בחישוב האחוזים מהערך הנמוך יותר, עולה על 10%, (10% מ- 405 שווה 40.5, כך שכל תוצאה הגבוהה מהערך של 445.5 גדולה מ- 405 ביותר מעשרה אחוז) **ולכן הבדיקה אינה עומדת בדרישת תקנה 169ז(ב) לתקנות התעבורה ואין לקבל את ממצאיה.**

ראשית, הנחת המוצא של בית המשפט קמא, המהווה את השלד הנושא על גבו את הקונסטרוקציה המשפטית, היתה ש- "**החוק** אוסר **פער** של יותר מ- 10% **בין תוצאות** בדיקה כפולה של אוויר נשוף המבוצעת לנהג". הנחה זו שגויה בתכלית.

כפי שהוסבר, תקנה 169ז(ב) איננה אוסרת **פער** כזה או אחר **בין** בדיקה כזו או אחרת, אלא קובעת את הגבול העליון של **מקדם השונות של** תוצאות הבדיקה. המדובר במושגים שונים לחלוטין. ממילא, הקונסטרוקציה הנשענת על הנחה זו והמסקנות שהוסקו במסגרתה, אינן יכולות לעמוד.

שנית, חישוב הפער באחוזים שבית המשפט ביצע, שערך ההתייחסות שלו היה בדיקת ה- EC, איננו מתאים להוראות היצרן של המכשיר, הקובעות כי נקודת ההתייחסות לבדיקת הפער בין הבדיקות הינה בדיקת ה- IR. דבר זה נכתב בהחלטת בית המשפט המחוזי בערעור על החלטת בית המשפט קמא לזכות את המשיב מבלי להשיב לאשמה - עפ"ת 32306-06-16 - ומשום מה בית המשפט קמא התעלם ממנו.

בית המשפט קמא הסיק, כי משעה שהמשטרה מציינת בדו"ח המופק מהינשוף את תוצאות בדיקות ה- EC, ומתחשבת בהן באופן שתואר, יש לראות בתוצאות אלה כבעלות מעמד שווה לתוצאות בדיקות ה- IR. מסקנה זו אינה במקומה. היא סותרת קביעה מפורשת בפס"ד עוזרי בנוגע להבדל המובנה בין שתי הבדיקות, והיא אינה מקיימת קשר לוגי מחייב בין הנתון למסקנה. כפי שכבר צוין, השינוי המתואר בנוהלי האכיפה של המשטרה איננו משנה דבר בנוגע למכשיר הינשוף, אמינותו והוראות היצרן שלו. משכך, אין בו כדי להצדיק שינוי ההלכה בנושא.

3. יש להניח שבית המשפט קמא לא התיימר לשנות את קביעות פס"ד עוזרי בנוגע לתכונות מכשיר הינשוף ואמינותו על רקע הוראות היצרן שלו, ולקבוע כי מבחינת אמינות המכשיר ותוצאות בדיקותיו פער של 10% בין תוצאות בדיקות ה- IR לבדיקות ה- EC במחזורי בדיקה שונים, בהצלבה, מחייב פסילת הבדיקה.

נראה שבית המשפט נתפס לטעות - שמעיון בפסקי הדין השונים שניתנו בנושא נראה שהיא רווחת - שמקורה בערבוב בין התחומים ובין המושגים השונים, שבעטיה הגיע למסקנה מוטעית.

4. יש ממש בטענת הסנגור כי המשטרה עצמה תרמה, באופן הבלתי עקבי שהיא הציגה את טיעוניה, לטשטוש התחומים בין המרכיבים המעורבים בסוגיה.

מן הראוי שהגורמים האמונים על הנושא במשטרה יתנו את דעתם על הסוגיה בכללה וינחו את הנוגעים בדבר, כדי שעמדת המשטרה תוצג בבהירות ובעקביות.

5. אין חולק כי התוצאה של 405 מיקרוגרם אלכוהול בליטר אוויר נשוף, שנמצאה בבדיקת הנשיפה של המשיב, עולה על הערך המפורט בתקנה 169א' לתקנות התעבורה - 240 מיקרוגרם בליטר אוויר עמוד 10



נשוף, שמעבר לו אדם נחשב שיכור - ועולה על רף אכיפת עבירת הנהיגה בשכרות במה שנוגע לבדיקות נשיפה באמצעות מכשיר הינשוף, כפי שנקבע בפס"ד עוזרי - 290 מיקרוגרם בליטר אוויר נשוף.

הוכחת תקינות המכשיר במקרה זה

1. בית המשפט קמא קבע בשולי הכרעת הדין, כי "צודקת ההגנה בטיעוניה לפיהם כפר הנאשם גם בתקינות המכשיר המודד, ואילו התביעה מצידה לא הגישה במערך ראיותיה כל תע"צ המעיד על תקינות המכשיר המודד. ההגנה אמנם הסכימה כי במסגרת זכות העיון הועברו לידיה שלושה תעצ"ם שונים, אך בסופו של יום אף לא אחד ממסמכים אלה לא הוגש לבית המשפט כראיה לתקינות המכשיר המודד. בנסיבות אלה, גם תקינותו של המכשיר המודד לא הוכחה על ידי המדינה".

בית המשפט נימק את זיכוי של המשיב גם בסיבה זו.

2. בפתח הדברים ראוי לציין, כי התייחסות בית המשפט קמא לסוגיה זו היתה תמציתית ביותר ולא כללה כל מסד עובדתי או משפטי הנוגעים לענין, וכן, שבהחלטה לזיכוי המשיב מבלי להשיב לאשמה, שנוסחה כמעט זהה לפסק הדין מושא הערעור, נימוק זה איננו מופיע.

3. לגופו של ענין, עיון בפרוטוקולים של המשפט מעלה את הדברים הבאים -

תשובת המשיב לכתב האישום, מפי סנגורו, היתה כדלהלן -

"הנאשם מודה בנהיגה וכופר בעבירת השכרות, תקינות המכשיר, אמינות התוצאה ומיומנות המפעיל. בחומר החקירה שהומצא לי אין תע"צ, וככל שיומצא לי יחד עם המסמכים שבבסיסו, אסכים להוספה שלו".

בדיון מיום 27.5.15, התובע ביקש לתקן את כתב האישום בהוספת תע"צ הנוגעת לאישור התקינות החצי שנתי של המכשיר. ב"כ המשיב התנגד וטען שנמסרה לו תע"צ אחרת. ובית המשפט קיבל את בקשת התובע, הורה על תיקון כתב האישום בהוספת תע"צ התקינות ותעודת הכיול, והורה לסנגור להודיע תוך 15 יום האם הוא מבקש לחקור את עורכי התעודות.

באותה ישיבה הצהיר הסנגור כי לאחר קבלת התע"צ הוא יודיע לבית המשפט האם הוא מבקש לחקור את עורכה.

בדיון הבא, מיום 7.7.15, התובעת הצהירה כי התע"צ הועברה לסנגור, והסנגור אישר את הדבר והצהיר כי בדיון הבא יודיע האם הוא מבקש לחקור את עורך התעודה.

בדיון הבא, הסנגור לא הודיע על רצונו לחקור את עורך התע"צ והעלה טענה של "אין להשיב לאשמה". גם לאחר שהתיק הוחזר לבית המשפט לתעבורה על מנת להמשיך במשפט מהשלב בו הסתיים, הסנגור לא הודיע שהוא מבקש לחקור את עורך התע"צ.

4. מהצד המהותי, יש להניח שהתעודות שנמסרו לסנגור מעידות על תקינות המכשיר, שכן ברור כי אם לא כך היו פני הדברים, הסנגור היה מגיש את התעודות לבית המשפט או מבקש לחקור את עורכיהן.

מהצד הנוהלי, תעודות עובד הציבור האמורות מתייחסות לנתונים מוגדרים, סטנדרטיים - בדיקה תקופתית של המכשיר, וכיול המכשיר. התעודות פתוחות לעיון ההגנה כחלק ממכלול החומרים העומדים לרשות הנאשם. ברגיל, אין מחלוקת של ממש על הנתונים הכלולים בתעודות מסוג זה, ואם עולות שאלות בקשר לכך הרי



שההגנה מציגה אותן ומבקשת לחקור את עורכי התעודות. כאן, התעודות נכללו ברשימת עדי התביעה בכתב האישום והן נמסרו לסנגור. הסנגור הצהיר כי אם הוא ירצה לחקור את עורכי התעודות הוא יודיע על כך לבית המשפט, ובפועל הוא לא הודיע שהוא מבקש לחקור אותם. בנסיבות אלה, יש לראות את המשיב כמי שהסכים לתוכן של התעודות - שהוא מוגדר, וידוע ומוכר לבית המשפט.

5. סוגיה זו עלתה בעבר בבתי משפט שונים ונפסק לגביה כי כאשר התע"צ עומדת לרשות ההגנה, אין חובה להגישה לבית המשפט. (ראה ע"פ 5345/90 **אברהם בראונשטיין נ' מדינת ישראל**; עפ"ת 47572-08-11 **מדינת ישראל נ' למנוב**; עפ"ת 21607-10-11 **יעקב מלול נגד מדינת ישראל**).

6. סדרי הדין נועדו לשמש כלי עזר לניהול משפט יעיל והוגן ולא כלי משחק להשגת יתרון בלתי ענייני. כאן ניתנה למשיב מלוא ההזדמנות להתגונן והגנתו לא קופחה והוא מבקש לנצל ענין פרוצדוראלי כדי להתחמק מאחריותו ומענישתו.

7. יש לציין כי בניגוד לטענת המשיב בסיכומיו בבית המשפט קמא לענין הוכחת ההסמכה והמיומנות של מפעיל המכשיר, הרי שהשוטר אבנר סוויסה, שהפעיל את המכשיר, העיד בבית המשפט כי כבר משנת 2005 הוא מוסמך להפעיל ינשוף, והציג תעודת הסמכה מתאימה. וגם בת"8, שהוא דו"ח בדיקת שכרות במכשיר הינשוף, אשר הוגש לבית המשפט בהסכמה, השוטר מציין כי הוא מוסמך להפעיל ינשוף.

8. בנסיבות אלה, הקביעה שהתביעה לא הוכיחה את תקינות המכשיר, איננה יכולה לעמוד.

סוף דבר

1. נוכח כל האמור, אני מקבל את הערעור; קובע כי בדיקת הנשיפה שנערכה למשיב תקינה ותוצאותיה קבילות, ושהמשיב נהג ברכב בזמן שבלטר אויר נשוף שלו היו 405 מק"ג אלכוהול; ומרשיע את המשיב בעבירה של נהיגה בשכרות, בניגוד לסעיף 62(3) לפקודת התעבורה.

2. הדיון יוחזר לבית המשפט קמא לשמיעת טיעוני הצדדים לעונש ולמתן גזר הדין.

3. המשיב ביצע את העבירה ב- 1.1.15. לפני כמעט ארבע שנים. פרק הזמן שלקח לברר את המשפט ארוך מאוד. בהתחשב בכך, יש להניח שבית המשפט יקדם את ההליך ללא דיחוי ויסיימו במתן גזר דין בהקדם האפשרי.

המזכירות תעביר את פסק הדין למזכירות בית המשפט לתעבורה באר-שבע.

ניתן היום, ט"ז טבת תשע"ט, 24 דצמבר 2018, בנוכחות הצדדים.