



## ע"פ 13860/04/18 - דולב הירש נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"ת 13860-04-18 הירש דולב נ' מדינת ישראל  
תיק חיצוני:  
בפני כבוד השופט ערן קוטון  
מערער דולב הירש  
נגד מדינת ישראל  
משיבה

### פסק דין

1. לפני ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום לתעבורה בחדרה (להלן: "**בית משפט קמא**") שניתן בגדרי תת"ע 9005-10-13.

### כתב האישום

2. לפני בית משפט קמא הונח כתב אישום בו יוחסה למערער עבירה של נהיגה בשכרות. על פי עובדות כתב האישום, בתאריך 25.9.13 בשעה 14:40, בעת שנהג ברכב פרטי (להלן: "**הרכב**") בכביש הגישה לחוף מעין-צבי מכביש מספר 4, עשה זאת המערער בהיותו שיכור, בכך שסירב לתת דגימת שתן לפי דרישת שוטר.

### ההליך לפני בית משפט קמא

3. המערער כפר בעובדות כתב האישום אם כי לא בנהיגת הרכב. להגנתו טען המערער כי לא הצליח לתת דגימת שתן עקב "בעיה בעברו" (אירוע טראומתי שעבר בילדותו) ובנסיבות אלה היה על השוטרים לערוך לו בדיקת דם. לפיכך, התקיים בבית משפט קמא הליך הוכחות במסגרתו העידו מטעם המשיבה מספר עדים, ובהם מתנדבי המשטרה יואב שפרונג (להלן: "**שפרונג**") וכן אברמוביץ (להלן: "**אברמוביץ**") (שניהם ביחד להלן גם: "**המתנדבים**") והשוטר אבי סבח (כולם ביחד להלן גם: "**השוטרים**"). מטעם ההגנה העידו מלבד המערער, חברו עומר אהרונסון (להלן גם: "**החבר**") שהיה עמו ברכב, ואירית קופפרמן, פסיכותרפיסטית (להלן: "**גב' קופפרמן**"), אשר הגישה חוות דעת בעניינו של המערער.

4. עיקר המחלוקת בין הצדדים בבית משפט קמא נסבה על אודות השאלה האם ניתן לייחס למערער סירוב לתת דגימת שתן לפי דרישת שוטר, סירוב אשר מקים חזקה בדבר נהיגה בשכרות.



שאלה נוספת שהיתה במחלוקת היא האם בנסיבות העניין היה על השוטרים לערוך למערער בדיקת דם חלף בדיקת שתן.

5. בהכרעת דין מקיפה, מפורטת ומנומקת, מצא בית משפט קמא להעדיף את עדויותיהם של עדי התביעה על פני גרסת המערער ועדיו, לרבות, חוות דעתה גב' קופפרמן. בית משפט קמא ציין כי לפי עדויות השוטרים, התקיימו במערער ובסביבתו אינדיקציות רבות אשר עוררו חשד סביר כי הוא היה נתון תחת השפעת סמים באופן אשר הקים את הבסיס לדרישה כי ימסור דגימת שתן. בית משפט קמא הוסיף וקבע כי בעוד עדויותיהם של השוטרים היו מפורטות ומהימנות, עדויותיהם של המערער ועד ההגנה מטעמו לא היו מהימנות.

6. בית משפט קמא אימץ את תיאור המתנדבים ממנו עלה כי במערער וברכבו נמצאו מספר מאפיינים המעוררים חשד סביר כי נהג תחת השפעת סמים, ביניהם ריח חריף של חשיש ברכב, עיניו של המערער היו אדומות מאד, המערער נראה ישנוני ורדום, תנועותיו היו חריגות באיטיות, המערער גמגם, בלע מילים וידיו רעדו. בנוסף, כאשר עמד מחוץ לרכב התנדנד המערער והתקשה לשמור על שיווי משקלו.

7. בית משפט קמא הטעים כי בחיפוש שנערך ברכב נמצאו אביזרי עישון המעוררים אף הם חשד סביר כי נהג תחת השפעת סמים ובהם ניירות גלגול, פילטרים, מכשיר לגלגול סיגריות וטבק מסוגים שונים. כן נמצאה קופסת מתכת ובה גרגירים שהריחו כחשיש, סיגריה מגולגלת למחצה אשר נראו בה מספר גרגירים שלא נראו כטבק סיגריות, וסיגריה מגולגלת שעושנה כדי מחציתה והריחה כחשיש.

8. בית משפט קמא לא קיבל את הסבריו של המערער בדבר שימוש באביזרי העישון שנמצאו לגלגול ועישון סיגריות וקבע כי הסבריו אינם משכנעים ובלתי אמינים. כן הדגיש כי מחומר הראיות עלה שהמערער נכשל לחלוטין בבדיקת מאפיינים שנערכה לו.

גם את טענת המערער בדבר אי הסכמתו לחיפוש ואי תפיסת הממצאים שהיו ברכב, דחה בית משפט קמא, בקבעו כי מדוחות הפעולה ומעדויותיהם של המתנדבים עלה כי החיפוש ברכב נעשה ביוזמתו ובהסכמתו של המערער.

9. באשר לאי תפיסת הממצאים שהיו ברכב, קבע בית משפט קמא כי לא נפל מחדל בהתנהלות המתנדבים בכך שלא תפסו את החומר החשוד כסם אשר נמצא ברכב, גרגירים ומחצית סיגריה מגולגלת, ויש לקבל את הסבריו של שפרונג לפיהם דובר בכמות קטנה של חומר שממילא לא ניתנת לבדיקה וכי ביחס למחצית הסיגריה המגולגלת הרי לא ניתן היה לקבוע בוודאות מי עישן אותה.

10. באשר לשאלה האם המערער סירב לתת דגימת שתן, קבע בית משפט קמא כי מעדותם של המתנדבים אותה מצא כמהימנה, עלה כי למערער ניתנו הזדמנויות רבות לתת דגימת שתן והוסברה לו



מספר פעמים משמעות הסירוב לתת דגימה כאמור. מעדותם עלה כי המערער העלה בכל פעם סיבה אחרת בגינה אינו יכול לתת דגימת שתן ולמרות שניתנו לו מספר חלופות לאופן מתן הדגימה, והגם שהבין את משמעות הסירוב, הוא לא נתן דגימה כאמור.

11. באשר לטענת המערער לפיה אינו יכול לתת שתן ליד אנשים אחרים, בשל אירוע טראומתי שעבר בילדותו, טענה אשר לטענתו נתמכה בחוות דעתה של גב' קופפרמן, קבע בית משפט קמא כי נוכח התרשמותו מעדותה ובשים לב להכשרתה, אין הוא מוצא כי יש בעדות כדי לבסס את טענת המערער לעניין הימנעות מוצדקת ממתן דגימת שתן. בית משפט קבע כי אין בעדותה כדי להפריך את ראיות המשיבה מהן עולה, מעל לכל ספק סביר, כי הימנעות המערער הייתה מכוונת, נועדה להתחמק ממתן דגימה, וזאת נוכח הזמן הלא קצר של הניסיונות והחלופות שניתנו לו, חרף טענתו לעניין טראומה שחוזה בעברו. במיוחד כשנראה היה כי התאמץ והתאפק שלא לתת שתן.

12. בית משפט קמא ציין כי התנהגותו של המערער, לרבות יחסו המתגרה והמזלזל בשוטרים, מלמדת על סירוב למתן דגימת שתן וסירוב לבצע בדיקה אינו מחויב להיות במילים. גם התנהגות המכשילה את ביצוע הבדיקה יכולה לעלות כדי סירוב.

13. באשר לטענת ב"כ המערער כי משלא הצליח המערער לתת דגימת שתן, על השוטרים היה לאפשר לו לערוך בדיקת דם, קבע בית משפט קמא כי הסמכות לקבוע את סוג הבדיקה שתיערך לחשוד בנהיגה בשכרות נתונה לשוטר ואינה נתונה לבחירת החשוד. טענת המערער לפיה ביקש מהשוטרים לבצע בדיקת דם במקום בדיקת שתן אינה מבוססת בחומר הראיות.

לבסוף קבע בית משפט קמא, כי התנהגותו של המערער עולה כדי סירוב לתת דגימת שתן ומכאן שקמה החזקה כי נהג בשכרות, כאשר הוא נתון תחת השפעת סמים.

בית משפט קמא הרשיע אפוא את המערער בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום.

14. לאחר שקילת טיעוני הצדדים לעונש, גזר בית משפט קמא על המערער את רכיבי הענישה הבאים -

פסילה מקבל או מהחזיק רישיון נהיגה לתקופה של עשרים וששה חודשים בפועל בניכוי חמישה-עשר ימי פסילה מנהלית; שלושה חודשי מאסר על תנאי למשך 3 שנים והתנאי הוא שהמערער לא יעבור את העבירות הבאות: עבירה של נהיגה בזמן פסילה, עבירה של נהיגה בשכרות לפי סעיף 62(3) לפקודת התעבורה [נוסח חדש] (להלן: "**פקודת התעבורה**"), או עבירה של נהיגה תחת השפעת משקאות משכרים לפי לתקנה 26(2) לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961 (להלן: "**תקנות התעבורה**"); פסילה על תנאי מקבל או החזיק רישיון נהיגה לתקופה של ארבעה חודשים למשך 3 שנים, והתנאי הוא שהמערער לא יעבור אותה עבירה שעליה הורשע או אחת העבירות המפורטות בתוספת הראשונה או בתוספת השנייה לפקודת התעבורה; קנס בסך ₪ 2,800 או 28 ימי מאסר תמורתו.



## תמצית טענות המערער בערעור

15. בהודעת ערעור ערוכה כדבעי, סדורה ומקיפה, ניתח ב"כ המערער (שלא ייצגו בבית משפט קמא) את הכרעת הדין שניתנה בבית משפט קמא, תוך הפנייה לשגיאות אשר לדידו נפלו בקביעת הממצאים בידי בית משפט קמא.

סבור ב"כ המערער כי נפל פגם חמור ויסודי בכתב האישום שהונח לפני בית משפט קמא, פגם היורד לשורשו של עניין.

לטענתו, מכתב האישום עולה כי המערער הועמד לדין בעבירה לפי סעיפים 62(3), 64ב(א1) ו-39 לפקודת התעבורה, כאשר בפועל הורשע המערער, לאחר ניהול ההליך, בעבירה לפי סעיף 64ד(א) ביחד עם סעיף 64ב(ב) לפקודה התעבורה שהיא עבירה של סירוב להיבדק בדיקת שיכרות.

לטענתו, עבירה של נהיגה בשכרות ועבירה של סירוב להיבדק בדיקת שיכרות הן עבירות שונות בתכלית. כך אף נקבע ברע"פ 4050/00 **נומדר נ' מדינת ישראל** (23.7.00). על כתב האישום לכלול את הוראות החיקוק שלפיהן מואשם הנאשם ולא ניתן להאשים נאשם בהוראות חיקוק אשר אינן תואמות את עובדות המעשה המיוחס לו. בעניין זה הפנה ב"כ המערער לאמור בע"פ (מחוזי ירושלים) 4559/09 **מדינת ישראל נ' פוזנר** (22.10.09). נטען כי המערער לא נדרש להתגונן בפני עבירה של נהיגה תחת השפעת סמים אלא בגין סירובו לכאורה לתת דגימת שתן.

מדובר אפוא בפגמים מהותיים היורדים לשורשו של עניין, אשר לא נעצרו באופן ניסוחו החסר והקלוקל של כתב האישום, אלא חלחלו להכרעת הדין לכל אורכה והביאו את בית המשפט קמא להיתפס לטעויות משפטיות משמעותיות ביותר, הן בדיון המשפטי שערך והן בקביעת מסקנותיו ובתוצאות הדין.

16. עוד נטען כי החיפוש שנערך ברכבו של המערער נערך שלא כדין ואינו עומד בתנאי ההלכה הפסוקה.

מקור הסמכות לעריכת חיפוש בכלי רכב בנסיבות המקרה דנן מצוי בסעיף 71 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו - 1996 (להלן: "**חוק המעצרים**"), אשר מחייב כי לשוטרי יהיה "חשד סביר" לביצוע עבירה. ההלכה הפסוקה קבעה כי רק "הסכמה מדעת" של מושא החיפוש עשויה להכשיר חיפוש נעדר מקור סמכות אחר בדין (ראו: רע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (6.3.12) (להלן: "**הלכת בן חיים**")). שגה בית משפט קמא עת התייחס לחיפוש שנערך ברכב כאל חיפוש חוקי ולפיכך אף התייחס לתוצריו כחוקיים והסתפק בדיון משפטי שקיים כלאחר יד בנושא. לטענת המערער, לא הוכח שהתבסס בקרב השוטרים חשד מספיק המצדיק עריכת חיפוש ברכב לפי סעיף 71 לחוק המעצרים, ולא הוכח כי ניתנה "הסכמה מדעת" של המערער לחיפוש.

בית המשפט קמא סקר באריכות בהכרעת הדין את ממצאיהם של המתנדבים בשטח ביום האירוע, אך לא קיים דיון בשאלה האם התקיים "חשד סביר" שאפשר מלכתחילה את עריכת החיפוש ברכב בנסיבות המקרה. מהכרעת הדין עולה כי "החשד הסביר לשכרות" התבסס לכאורה רק לאחר החיפוש שנערך ברכב. לא יעלה על



הדעת שבנסיבות המתוארות מפי המתנדבים בהליך דן והחשד שהעלו בדבר היות המערער נתון תחת השפעת סמים, לא נתפסו האביזרים שנמצאו ברכב. חובה היה על המתנדבים לתפוס את הממצאים, לתעדם ואף לשלוח אותם לבדיקת מעבדה, כפי שמחייב נוהל מת"ן 02.23.203 "הטיפול בעבירת השכרות" (להלן: "**הנוהל**") שעל פי הנחיותיו טענו המתנדבים כי הם פועלים. הנוהל שהיה תקף בתקופה הרלבנטית קובע בהקשר של "חיפוש ברכב" כי אם תימצא ראייה הקשורה לעבירה יש לתפוס אותה כמוצג, לסמן את המוצג ולציין את מקום אחסונו. הנוהל החדש אשר נכנס לתוקף בשנת 2017 אף קובע כי אם נמצאו ברכב סמים או כלים לשימוש בסמים, יש לתפוס אותם כראיה ולפעול להעברתם ליחידה הפלילית בצירוף העתק מדוח הפעולה, לצורך פתיחת תיק בעבירת החזקת סמים או כלים לשימוש בסמים. נוכח האמור, לתפוסים עצמם יש ערך ראייתי לא מבוטל והיה על המתנדבים לתפוסם או לכל הפחות לתעדם בתמונות. לפיכך שגה בית משפט קמא עת קיבל את הסבריהם של המתנדבים בהקשר זה.

17. מאחר והחיפוש שנערך ברכב נערך שלא כדין ובוודאי שלא בהסכמתו המודעת של המערער, היה על בית משפט קמא לבחון את משמעויות הדבר ולערוך דיון בשאלה האם יש מקום לפסול את הראיות שהן תוצר של החיפוש, ובכלל זה את טופס בדיקת המאפיינים. בנסיבות העניין יש לפסול את בדיקת המאפיינים שנערכה למערער. מאחר והחשד הסביר לשכרות התבסס ברובו על ממצאי החיפוש הלא חוקי שערכו המתנדבים ברכב, הרי שבהתאם להלכה הפסוקה קמה למערער הזכות לסרב ולהתנגד לדרישה.

18. טענה נוספת עסקה בשאלה האם המערער אכן סירב לתת דגימת שתן.

לטענת ב"כ המערער, המערער לא סירב לתת דגימת שתן, אלא נוכח העובדה כי הוא סובל מפוסט טראומה עקב אירוע שחווי בילדותו הוא מתקשה להטיל מימיו בנוכחות אחרים. חברו של המערער אישר את הדברים בעדותו וכן הוגשה בעניין זה חוות דעתה של גב' קופפרמן, פסיכותרפיסטית ועו"ס קלינית המטפלת במערער. בנסיבות אלה, היה על המתנדבים לבצע בדיקה אחרת והמערער אף הציע להם זאת, אך הם החליטו שאין לכך מקום ושעליו לתת אך ורק בדיקת שתן. לפי הנוהל אין כל מניעה לבצע בדיקת דם במקרה של חשד לשכרות עקב שימוש בסמים. טעה בית משפט קמא כשקבע כי היה מצופה בנסיבות העניין שהמערער יפרט באוזני המתנדבים במעמד האירוע את הסיבה לקשייו להטיל מימיו בנוכחות אחרים. במיוחד לאחר שהסביר בעדותו כי הוא ניאות לספר זאת בחקירתו כעבור מספר ימים, לאחר שעורך דינו הבהיר לו כי אין ברירה אחרת.

לטענת ב"כ המערער "יש להצר על קביעתו הנחרצת של בית משפט קמא בהקשר זה, קביעה אשר מגלה הבנה מועטה מאוד בבני אדם שחוו טראומות [...] ואשר מתקשים לעיתים במשך שנים מלחשוף ולשתף אף את הסביבה הקרובה להם ביותר".

סבור ב"כ המערער כי בית משפט קמא אף טעה כאשר קבע כי אין לתת כל משקל לעדותה של גב' קופפרמן שכן אין די בהכשרתה כדי לבסס את מסקנותיה נוכח הטיפול במערער. לטענתו, גב' קופפרמן היא אשת מקצוע מוכרת ומטפלת מוסמכת מן המעלה הראשונה בקרב כל העוסקים בתחום מזה למעלה מעשרים שנה. קביעתו של בית משפט קמא היא קביעה שגויה ומצערת ואין לה על מה לסמוך.



לא הוכח אפוא ברמה הנדרשת בפלילים כי המערער סירב להיבדק בבדיקה להוכחת שכרות ומטעם זה בלבד יש לזכותו ולו מחמת הספק.

ב"כ המערער אף טען טענות בדבר מהימנות אחד המתנדבים, נוכח הליך אחר ונטול כל קשר, הליך שנוהל לפני מספר שנים, בו היה ב"כ המערער מעורב.

19. באשר לגזר הדין, נטען כי בית משפט קמא טעה באופן כללי במלאכת קביעת מתחם העונש ההולם, כאשר קבע מתחם עונש הולם הנוגע לרכיב הפסילה בפועל בלבד, בעוד שנמנע מלקבוע מתחמי עונש הולם ליתר רכיבי הענישה. בית המשפט קמא לא קיים דיון ענייני באשר לרכיבי העונש כשלעצמם, למעט רכיב הפסילה בפועל, והיה ראוי לקבוע מתחם עונש הולם גם ביחס ליתר הרכיבים. בהינתן כך, נפל פגם משמעותי במלאכת גזירת הדין.

טעה בית משפט קמא עת קבע, באשר למתחם העונש ההולם הנוגע לרכיב הפסילה בפועל, את הרף התחתון של מתחם העונש ההולם כמשקף את עונש החובה (עונש המינימום) הקבוע בסעיף 39א לפקודת התעבורה. רשאי היה בית המשפט קמא לחרוג ממתחם העונש ההולם "בנסיבות מיוחדות" לפי ההוראה הקבועה בסיפא לסעיף 39א הנ"ל. קיימת ביקורת על עונשי המינימום הקבועים בפקודת התעבורה ובהתאמה קיימת פסיקה רבה בכל הערכאות אשר בה הועמד עונש הפסילה בפועל על עונש נמוך מעונש החובה הקבוע בסעיף 39א. עונש המינימום לא התקבע כעונש המציין רף ענישה תחתון של מתחם הענישה.

לטענת בא כוחו, בית משפט קמא החמיר עם המערער מאוד, ללא כל הסבר או הנמקה, תוך שנתן משקל מועט מאוד לעברו התעבורתי (הכמעט נקי) של המערער לפני המקרה, והתעלם מהיעדר אירוע נוסף כלשהו מאז שנת 2013 ועד ליום מתן גזר הדין. טעה בית משפט קמא עת קבע כי קיימת בנסיבות המקרה מסוכנות מוחשית.

20. בדיון שהתקיים חזר ב"כ המערער על טענותיו הארוכות שפורטו בהודעת הערעור תוך שהוסיף מספר דברים. המשפט הפלילי הישראלי עבר רפורמה וניתן דגש לניסוח העובדות. ככל שכתב האישום מנוסח בצורה ברורה ומפורטת יותר בפרק העובדות, כך הנאשם יכול לנהל הגנתו בהתאם ובית המשפט אמור להכריע בהתאם לעובדות. בית משפט קמא ערך ניתוח של הוראות החיקוק כאשר אין התאמה בין לבין העבירה שיוחסה למערער.

21. לעניין חוקיות החיפוש, נטען כי החשד לשכרות התבסס רק לאחר החיפוש. על כן החיפוש איננו עומד בתנאי הדין. הכרעת הדין לא קבעה שהחשד הסביר בוסס בטרם החיפוש.

לעניין זה הופנה בית המשפט, בין היתר, להחלטת ביניים שניתנה בת"פ (שלום ת"א-יפו) 44002-09-16 **מדינת ישראל נ' וקנין** (24.4.18).



על פי הטענה השוטרים לא פעלו על פי הנוהל המאפשר לערוך בדיקות אחרות בסיטואציות שונות. לא יתכן שהמתנדבים טענו שהם פועלים על פי הנוהל, אך כאשר הנוהל קובע שבהתקיים ראיות כאלה או אחרות עליהם לתעד אותן, הם אינם פועלים בהתאם לנוהל. טעה בית משפט קמא עת לא נתן לסוגיה זו כל משקל.

22. עוד נטען כי ההלכות לעניין הסירוב להיבדק בדיקת שכרות ברורות, כך אף הרציונלים והכללים. מטרתם היא למנוע מאזרחים להתחמק מביצוע בדיקות כאלה או אחרות. עם זאת, הכללים אינם אמורים להיות מפורשים באופן נוקשה, בוודאי בנסיבות בהן מדובר באדם נורמטיבי, בעל עבר נקי, נפגע תקיפה, כמו המערער שבעניינו. המתנדבים עמדו בתוקף על כך שלא התכוונו לערוך למערער בדיקת דם על אף שלא הייתה כל מניעה לעשות כן.

23. בכל הנוגע לגזר הדין, נטען כי קיימים פסקי דין המלמדים על תקופות פסילה בפועל קצרות יותר מעונש המינימום, וכוונת המחוקק לא היתה שעונשי המינימום יהוו רף תחתון של מתחם העונש ההולם. לעניין הרכיבים המותנים, פסילה על תנאי ומאסר מותנה, נטען כי הם ניתנו על קשת רחבה מדי של עבירות.

### **תמצית טענות המשיבה**

24. המשיבה התייחסה לטענותיו של המערער שנטענו בהודעת הערעור ובדין, ובקשה לדחות את הערעור ממספר טעמים.

נטען כי לא ניתן לנהל את ההליך המשפטי מחדש במסגרת הערעור, תוך ביצוע מקצה שיפורים להליך שהתנהל בבית משפט קמא. קיים קושי בכך שמועלות טענות בערעור ביחס לדברים הנוגעים לעדים שכלל לא עומתו עמם במהלך ההליך שהתנהל.

25. באשר לפגם הנטען בכתב האישום, טענה המשיבה כי הסעיפים הקובעים את העבירה של נהיגה בשכרות צוינו בכתב האישום.

בהקשר זה, סעיף 64ד(א) אינו קובע את העבירה אלא קובע חזקה. החזקה מצוינת במפורש במלל אשר בכתב האישום ואין לקבוע כי בהעדרו של סעיף החזקה נפל פגם בכתב האישום. יתרה מכך, בהליך שהתקיים בבית משפט קמא היה ברור לחלוטין לב"כ הצדדים וכן למערער, מכוח מה נטען כי נהג הוא בשכרות. סעיף 64ב(ב) הוא הסעיף הקובע סמכות לדרוש ביצוע בדיקה ואין לדרוש כי אף הוא יופיע בכתב האישום.

26. לעניין החיפוש, טענה המשיבה כי בניגוד לנטען בהודעת הערעור, בית משפט קמא כלל לא קבע שהחשד הסביר לנהיגה בשכרות לכאורית התבסס רק לאחר החיפוש ברכב. הכרעת הדין מדגישה ומבהירה שההתייחסות היא לאותם מאפיינים שנמצאו במערער עצמו כאלו שהקימו חשד סביר לפיו נהג בהשפעת סמים. נוכח האמור, כלל לא ברורה טענת המערער לפיה בדיקת המאפיינים היא תוצר לוואי של החיפוש ברכב. הסמכות לבצע בדיקה זו קיימת, והמתנדבים התייחסו בצורה מפורטת מאוד לאותם



סממנים במערער עצמו שהקימו בהם את החשד. ניכר שלאותם ממצאים ברכב ייחסו המתנדבים חשיבות מועטה מאוד עד שכלל לא ראו לנכון לתפוס אותם.

בית משפט קמא התרשם וקבע שהחיפוש בוצע ביוזמת המערער אשר הוא זה שהציע לערכו. כן דחה בית משפט קמא את גרסת החבר עד ההגנה וקבע שהיתה בלתי מהימנה וניסתה להרחיק את המערער. על כן, אין לקבוע שהחיפוש שנערך "עולה כדי תקיפה ומקים למערער עילת התנגדות" כפי שטען המערער.

אף הטיעון בדבר אירוע טראומתי שחווה המערער כמהווה עילה לאי יכולת לתת דגימת שתן, הוא טיעון פשטני. לא בכדי התייחס בית המשפט קמא לטיעון זה במידה של זהירות. יהיה זה מרחיק לכת להחיל על המערער כללים החלים על נפגעי תקיפה מהסוג לה טען ויהיה בכך משום התעלמות מקביעותיו של בית משפט קמא לעניין התנהגותו המזלזלת, המתריסה והשחצנית לעיתים של המערער, התנהגות שהמתנדבים הגדירה כאופיינית למי שנוהג בשכרות תחת השפעת סמים. טענת המערער לפיה ביקש לבצע בדיקת דם במקום בדיקת שתן, אינה מבוססת בחומר הראיות ואף נדחתה בהכרעתו של בית משפט קמא.

המשיבה הדגישה כי בית המשפט קמא קבע קביעות מהימנות ברורות ומובהקות. לא ניתן לסתור קביעות אלו בהעלאת טענות חסרות ביסוס כלפי מהימנות אחד המתנדבים בעוד טענות הנוגעות למהימנות המתנדבים נדחו וגרסאותיהם הן בבחינת עובדות מוכחות.

לעניין העונש, טענה המשיבה כי הפסיקה שהוזכרה בהודעת הערעור היא פסיקה שניתנה טרם תיקון החקיקה הרלבנטי. על כן, קשה לבסס עליה טענה לפיה בית משפט קמא לא פעל נכונה בעת קביעת מתחם העונש ההולם. אשר למתחם עצמו, סבורה המשיבה כי קיימת הצדקה בקביעה לפיה הרף התחתון של רכיב הפסילה בפועל מצוי בפסילת המינימום הקבועה בדיון.

באשר לטענה לפיה יש לצמצם את תחולת התנאי, הרי בהקשר דנן העונש שהוטל תואם את מדיניות הענישה הנהוגה.

## הערעור על הכרעת הדין - דיון

### **טענות לפגם בכתב האישום**

27. מכתב האישום עולה, כי העבירות שיוחסו למערער הן עבירות לפי סעיף 62(3) וסעיף 39 לפקודת התעבורה שזו לשונם -

**"62. העובר אחת העבירות האלה, דינו - מאסר שנתיים או קנס כאמור בסעיף 61(א)(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן - חוק העונשין) ואם העבירה היא עבירת קנס שדן בה בית המשפט - קנס פי 1.25 מהקנס האמור בסעיף 61(א)(1) לחוק העונשין:**



[...]

(3) הוא שיכור בהיותו נוהג רכב, או בהיותו ממונה על הרכב, בדרך או במקום ציבורי; לענין זה, 'שיכור' ו'ממונה על הרכב' - כהגדרתם בסעיף 64ב"

"39א. הורשע אדם על עבירה כאמור בסעיף 62(3), דינו - בנוסף לכל עונש אחר - פסילה מקבל או מהחזיק רשיון נהיגה לתקופה שלא תפחת משנתיים, ואם כבר הורשע על עבירה זו בשנה שקדמה לאותה עבירה - פסילה לתקופה שלא תפחת מארבע שנים; אולם רשאי בית המשפט, בנסיבות מיוחדות שיפרש בפסק הדין, להורות על פסילה לתקופה קצרה יותר."

28. סעיף 64ב(א1) אשר מופיע בכתב האישום אינו רלבנטי לנסיבות דן ואולם יש להניח כי מקורו בטעות אשר הייתה ברורה למערער. די בקריאת הסעיף על מנת להבין כי מדובר בטעות -

" 64ב. (א1) שוטר רשאי לדרוש מנוהג רכב או מממונה על הרכב, לתת לו דגימה של אוויר הנשוף מפיו, לשם בדיקה אם מצוי בגופו אלכוהול ובאיזה ריכוז, באמצעות מכשיר שאושר לשם כך בידי שר התחבורה בהסכמת שר הבריאות, בהודעה ברשומות (בסעיף זה - דגימת נשיפה); שוטר רשאי לדרוש מתן דגימה לפי סעיף זה אף בהעדר חשד כי נעברה עבירה לפי פקודה זו."

29. לטענת המערער נפל פגם בכתב האישום שכן לא נכללה בו העבירה מכוחה הואשם והורשע בפועל, והיא עבירה לפי סעיף 64ד(א) לפקודת התעבורה שזו לשונו -

"64ד. (א) סירב נוהג ברכב, או ממונה על הרכב כאמור בפסקה (1) להגדרה "ממונה על הרכב" שבסעיף 64ב, לתת דגימה לפי דרישת שוטר כאמור באותו סעיף, יראו אותו כמי שעבר עבירה לפי סעיף 62(3)"

30. המערער הפנה לרע"פ 4050/00 נומדר נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 358, 362 (2000) (להלן "עניין נומדר") בו נקבע כי יסודות עבירת סירוב להיבדק בדיקת שכרות ויסודותיה של עבירת נהיגה בשכרות שונים הם. אלא שבעניין נומדר הואשם המבקש במספר עבירות, זוכה מביצוע עבירת נהיגה בשכרות והורשע בעבירת סירוב להיבדק בדיקת שכרות ממנה ביקש הוא מבית המשפט העליון לזכותו גם כן. בית המשפט העליון בחן את העבירה בה הורשע המבקש שלפניו וקבע -

"עבירה של סירוב להיבדק בדיקת שכרות לפי תקנה 169ו(א) לתקנות התעבורה, אשר זה נוסחה: "סירב נוהג רכב או הממונה על רכב להיבדק לפי דרישת שוטר בבדיקת נשיפה או למסור דוגמה של דם או שתן לבדיקת מעבדה, דינו - מאסר שנה או קנס עשרת אלפים שקלים, ורשאי בית המשפט לפסול אותו מהחזיק ברשיון הנהיגה לתקופה של שנתיים".



בית המשפט העליון לא קבע כי החזקה הקבועה בסעיף 64ד(א) לפקודת התעבורה היא העבירה אליה התייחסה הבקשה לרשות לערער שהוגשה לפניו.

נטען כי משהואשם המערער בעניינו בביצוע עבירת נהיגה בשכרות מכוח סירוב להיבדק בדיקת שכרות, היה על כתב האישום לכלול עבירה זו, על מנת שיידע המערער להתגונן בפניה.

איני סבור כי יש לקבל טענה זו.

נקבע לא אחת כי המסקנה הברורה המוסקת מקריאתן של שתי הוראות החוק (סעיפים 62(3) ו-64ד(א)) היא שסירובו של חשוד לבצע בדיקת שתן או בדיקה במכשיר ה-"ינשוף" מביא לכך שיש לראותו כמי שעבר את העבירה הקבועה בסעיף 62(3) לפקודת התעבורה.

נאמר לדוגמא ברע"פ 9197/12 שחר נ' מדינת ישראל (30.12.12) -

**"המסקנה הברורה המוסקת מקריאתן של הוראות חוק אלה היא שסירובו של המבקש לבצע בדיקה במכשיר ה-"ינשוף" הביא לכך שיש לראותו כמי שעבר את העבירה הקבועה בסעיף 62(3) לפקודת התעבורה. מכוח האמור - הנתון הרלבנטי היחיד לצורך כך הוא סירובו של המבקש לבצע את הבדיקה, בין אם זו היתה מתבצעת על אתר ובין אם היתה מתבצעת על דרך של עיכובו של המבקש והעברתו לתחנת משטרה סמוכה. שתי הערכאות הנכבדות דלמטה קבעו, כאמור, כי המבקש אכן סירב לבדיקה, ולא מצאתי טעם כלשהו להתערב בקביעותיהן".**

מכאן, שדי בציון עבירה לפי סעיף 62(3) ואיני סבור כי קיימת חובה לציון גם את סעיף 64ד(א), אף כאשר הנאשם מואשם בביצוע עבירת נהיגה בשכרות מכוח סירוב להיבדק בדיקת שכרות.

יתירה מכך, בעניינו הדברים נאמרו באופן מפורש בחלק המילולי שבכתב האישום ואפשרו למערער לכלכל הגנתו בהתאם לכל האמור בכתב האישום, מתוך הבנה כי העבירה המיוחסת לו מבוססת על חזקת הסירוב.

כל טענה אחרת לא עלתה בבית משפט קמא ואין להידרש לה כעת שעה שנראה באופן ברור כי הגנתו של המערער לא נפגעה וניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן בפני העובדות שיוחסו לו והעבירה הנגזרת מהן.

בעפ"ת (מחוזי באר שבע) 32300-04-12 מזרחי נ' מדינת ישראל (12.9.12) נקבע -

**"לבסוף אציין, כי גם אלמלא הוסף הסעיף בהכרעת הדין, די בכך שהמערער הורשעה בעבירה לפי סעיף 64ד(א) דהיינו, סירוב לבדיקה, הקובע כי "... יראו אותו כמי שעבר עבירה לפי סעיף 62(3)..." . כך שציון סעיף 62(3) אינו חובה".**

גם אם ניתן היה לקבוע אחרת באותו הליך, הרי נהיר כי העבירה שיוחסה למערער בעניינו צוינה ברורות בכתב האישום. מקל וחומר יש לקבוע עת מדובר בציון סעיף 62(3) ללא ציון סעיף 64ד(א) לפקודת התעבורה, כי די



בכך על מנת להבהיר למי שעומד לדין איזו עבירה מיוחסת לו. זאת בפרט שבכתב האישום נרשם באופן מפורש -

**"נהגת ברכב הנ"ל בהיותך שיכור בכך שסירבת לתת דגימת שתן לפי דרישת שוטר".**

ברע"פ 6661/14 קוליה נ' מדינת ישראל (19.1.15) נאמר -

**"טענותיו של המבקש נדחו בהכרעת הדין, והוא הורשע בעבירות של נהיגה בשכרות, לפי סעיף (3)62 לפקודת התעבורה [נוסח חדש] (להלן: פקודת התעבורה) ונהיגה בקלות ראש, לפי סעיף (2)62 לפקודת התעבורה. לשלמות התמונה יצויין, כי המבקש זוכה מעבירה של "סירוב להיבדק בדיקת שתן", כיוון שסירוב זה הוביל להרשעתו של המבקש בנהיגה בשכרות, ואין מקום להרשיע אותו בעבירה נוספת בגין כך".**

סבורני כי נכון היה לבחור באחת מן העבירות האמורות לעיל ולהתייחס אליה בכתב האישום.

כך נעשה בענייננו בכתב האישום וכך אף פעל בית משפט קמא בהכריעו את הדין. הרשעה בשתי העבירות היתה עלולה לעלות כדי "הרשעה כפולה" ולהוות פגיעה לא הוגנת במערער. שעה שעבירת הסירוב להיבדק בדיקת שכרות לא פורטה בכתב האישום, די ברעותה על מנת לשמש נקודת אחיזה לביצוע העבירה של נהיגה בשכרות.

31. קביעתו של בית המשפט קמא בדבר הוכחת נהיגה בשכרות אינה מיותרת. כפי שצוין לעיל, החזקה אשר בסעיף 64ד(א) הביאה להעמדת המערער לדין בביצוע עבירה של נהיגה בשכרות - תחת השפעת סמים, לפי סעיף (3)62. בית משפט קמא ציין במפורש כי האינדיקציות שתוארו מפי המתנדבים, יש בהצטברותן כדי להוות הוכחה חותכת בדבר היות המערער תחת השפעת סמים, והן מהוות תמיכה לקביעה העולה מסירובו של המערער לבצע בדיקת שתן.

לאור האמור, לדידי לא נפל פגם מהותי בכתב האישום, ודאי לא פגם העולה כדי עיוות דין או פגם שהיקשה על המערער לנהל הגנתו. המערער לא הואשם בביצוע עבירת סירוב להיבדק בדיקת שכרות כי אם בעבירת נהיגה בשכרות. המערער הוחזק כמי שנהג בשכרות נוכח סירובו להיבדק. ניתוחו של בית משפט קמא את האירוע באספקלריה של העבירה שיוחסה הוא ניתוח נכון ואיני סבור כי יצאה שגגה תחת ידו בהקשר זה.

### טענות לפגם בביצוע החיפוש

32. לטענת המערער החיפוש שנערך ברכבו נערך שלא כדין, שכן לא הוכח שהתבסס בקרב השוטרים חשד מספיק שהצדיק עריכת חיפוש בכלי הרכב לפי תנאי סעיף 71 לחוק המעצרים. כן לא הוכח כי ניתנה "הסכמה מדעת" של המערער לחיפוש.

סבורני כי אין לקבל גם טענה זו.



סעיף 71(א) לחוק המעצרים הדין בחיפוש בכלי רכב קובע -

**"71. (א) היה לשוטט יסוד סביר לחשד שבוצעה עבירה בת מעצר וסבר כי יש צורך לבצע חיפוש בכלי רכב כדי לאתר את מבצע העבירה או קורבנה או כדי לאתר ראיה הקשורה בעבירה, רשאי הוא להורות לעכב את כלי הרכב ולערוך את החיפוש כאמור".**

בית משפט קמא פירט בהכרעת הדין את הסימנים אשר עוררו את חשדו של שפרונג לפיו המערער נתון היה תחת השפעת סמים וזאת **טרם החיפוש ברכב** כפי שפורט על ידו בדוח הפעולה המפורט שערך (ראו: ת/5, החל משורה רביעית בעמוד הראשון) -

**"מיד ששוחחתי עם הנהג הבחנתי בריח חריף של חשיש שעלה מתוך הרכב. כמו כן, עיניו של הנהג היו אדומות מאוד, בצורה ניכרת, והוא נראה ישנוני ורדום, תנועותיו באופן כללי היו חריגות באטיותן איטיות, באופן בולט, הוא מעט גמגם, בלע מילותיו וידיו רועדות".**

שפרונג חזר בבית משפט קמא על דבריו וגרסתו נתמכה בעדותו של אברמוביץ.

33. בית משפט קמא הדגיש בהכרעתו את התרשמותו החיובית מהשוטרים שהעידו לפניו וקבע כי עדותם הותירה רושם מהימן. בית משפט קמא קיבל כמהימנה את גרסת המתנדבים לפיה החיפוש ברכב נערך ביוזמתו ובהסכמתו של המערער.

הלכה עמנו כי ערכאת הערעור תמעט להתערב בממצאים שבעובדה שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית והיא תעשה כן, בין היתר, אם מסקנותיה אינן עומדות במבחן ההיגיון והשכל הישר.

די להזכיר לעניין זה את שנאמר בע"פ 252/16 פלוני נ' מדינת ישראל (21.12.17) -

**"[...] לא למותר הוא להזכיר את ההלכה המושרשת, לפיה ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בקביעות ובממצאים מעין אלו, שנעשו על ידי הערכאה הדיונית. זאת שכן, ערכאת הערעור חסרה את היכולת להתרשם, באורח בלתי אמצעי, מהעדים ומהראיות שהוצגו בפני בית משפט קמא. בכך נעוץ יתרונה של הערכאה המבררת על פני ערכאת הערעור, שבפניה עומד, ככלל, חומר כתוב, המבקש לשקף באופן אותנטי את אשר קלטו שופטי בית משפט קמא בחושיהם (ע"פ 7090/15 ח'ליפה נ' מדינת ישראל (25.8.2016); ע"פ 434/15 פלוני נ' מדינת ישראל (4.2.2016); ע"פ 2470/15 פלוני נ' מדינת ישראל (25.10.2015); ו-ע"פ 2331/13 פלוני נ' מדינת ישראל (13.10.2015) (להלן: עניין פלוני)).**

[...]

לכלל אי ההתערבות קיימים מספר חריגים, המאפשרים לערכאת הערעור, בנסיבות מצומצמות, להתערב בקביעותיו העובדתיות של בית משפט קמא ובממצאי המהימנות שלו. כך הוא הדבר, כאשר



הכרעתה של הערכאה הדיונית התבססה על ראיות בכתב, להבדיל מהתרשמותה הבלתי אמצעית מן העדים; כאשר ממצאי המהימנות שנקבעו מושתתים על שיקולים שבהגיון ושכל ישר; כאשר דבק פגם מהותי באופן הערכת מהימנות העדים על ידי הערכאה הדיונית; או כאשר קיימות עובדות או ראיות המצביעות על כי לא היה באפשרותה של הערכאה הדיונית לקבוע את הממצאים שנקבעו (ע"פ 434/15 פלוני נ' מדינת ישראל (4.2.2016); ע"פ 4583/13 ס' נ' מדינת ישראל (21.9.2015); ע"פ 6924/12 בעארני נ' מדינת ישראל (29.10.2013); ו-ע"פ 3578/11 סטרוק נ' מדינת ישראל (13.8.2012)).

אם כן להלכת אי ההתערבות מספר חריגים בהם הרציונל העומד בבסיס ההלכה נחלש או כלל אינו מתקיים (להרחבה, ראו: גבריאלי הלוי, **תורת דיני הראיות** (כרך ד, 2013) בעמ' 806-819; גבריאלי הלוי, **תורת הדין הפלילי** (כרך ד, 2011) בעמ' 92-104; עמנואל גרוס, "חקר האמת והביקורת השיפוטית - התערבות של ערכאת ערעור בממצאי עובדה: עיון נוסף", **ספר גבריאלי בן** (בעריכת דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בן, 2011) 225).

איני סבור כי עניינו של המערער בא בקהלים של מקרים חריגים אלו. בענייננו, לא מצאתי כי מסקנתו של בית משפט קמא אינה מתיישבת עם ההיגיון והשכל הישר, ההיפך הוא הנכון. אף לא ראיתי טעמים קיצוניים אחרים שיצדיקו התערבות בקביעותיו בנוגע למהימנות העדים שהופיעו לפניו. אשר להליך אחר, בו היו מעורבים אחד המתנדבים וב"כ המערער, סבורני כי אין מקום כלל להתייחס אליו וראוי היה שלא להזכירו. העד הרלבנטי לא עומת עם דבריו בהליך האחר, נסיבותיו של ההליך האחר לא הובררו, ואין בית משפט בהליך אחד אמור להיות חשוף לממצאי מהימנות שנקבעו ביחס לעד בהליך אחר. ב"כ המערער אף לא טרח לבחון אם עדותו של אותו מתנדב נמצאה מהימנה בכלל ההליכים בהם העיד.

מן הראיות שהובאו לפני בית משפט קמא נראה כי ניכרו במערער אינדיקציות שדי היה בהן כדי לעורר "יסוד סביר לחשד" לפיו המערער ביצע עבירה בת מעצר אשר הצדיקה ביצוע חיפוש ברכבו. אף איני סבור כאמור כי החשד לנהיגה בשכרות התגבש רק לאחר ביצוע החיפוש. ניתן אף לקבוע כי ההיפך הוא הנכון. מכאן, שאין מדובר בחיפוש שאינו חוקי.

מעבר לצורך אצין כי אומנם לא צוין מפורשות באוזני המערער שהוא רשאי להתנגד לחיפוש והתנגדותו לא תעמוד לו לרועץ, אך בהתאם לגרסת המתנדבים שנמצאה מהימנה, היה זה המערער שיזם את החיפוש ברכבו. מכאן שאף אין להחיל על המערער באופן ישיר את הלכת בן חיים על הרציונליים העומדים בבסיסה.

34. כאשר לטענת המערער לפיה היה על השוטרים לתפוס את החומרים והממצאים שנמצאו ברכב על פי הנוהל, אפנה לאמור בעפ"ת (מחוזי מרכז לוד) 37606-11-10 **גולדשטיין נ' מדינת ישראל** (23.1.11) בגדרו נקבע בכל הנוגע להנחיות מנהליות ובפרט לעניין הנוהל המשטרתי שבטעון -

**"השאלה היא האם משקלו של הנוהל המשטרתי הוא אכן כפי שרואה אותו בית המשפט קמא.**

**הנוהל המשטרתי, ככל הנחיה מינהלית, הוא סידרה של כללים גמישים שבאמצעותם ראש מחלקת**



התנועה במשטרה, מדריך את שוטרי התנועה במילוי תפקידם. הנוהל המשטרתי מתווה כללי התנהגות כיצד על השוטר לנהוג כאשר הוא בא לאכוף את חוקי התנועה בכל הקשור להפעלת מכשיר הינשוף. אין מדובר בכללים נוקשים כמו חוק או תקנה שאסור לסטות מהם. המדובר בהנחיה מסוג הנחיית ממונה (לעניין סוגי ההנחיות המנהליות ר' פרופ' יצחק זמיר "הסמכות המינהלית" [כרך ב'] תשנ"ו פרק 31 בעמ' 773 ואילך). המאפיין את ההנחיה של ר' מחלקת התנועה היא כפיפות פיקודית ומנהלית בין המנחה - ראש המחלקה, למונחה - שוטר התנועה. יחס זה מקנה משקל מיוחד להנחיה, לא רק מן הבחינה המעשית אלא גם מן הבחינה המשפטית. ההלכה קובעת, כי רשות מינהלית, שהחוק העניק לה סמכות, רשאית להתחשב בהנחיית ממונה, לאמץ אותה ולפעול על פיה.

לדעתו של פרופ' זמיר רשות כזאת חייבת להתחשב בהנחיית הממונה. החובה נובעת מן המציאות המנהלית, הבנויה על עקרון ההיררכיה, ומן החובה הכללית המוטלת על עובדי הציבור לציית להוראות הממונים. משמעות החובה היא שהרשות המינהלית חייבת, כאשר היא עומדת לקבל החלטה במקרה מסוים, לקחת בחשבון גם את הנחיית הממונה. הדברים מתחזקים כאשר מדובר בממונה שהוא מפקד בגוף היררכי כמו משטרת ישראל.

לשון אחרת, הנחיית ראש מחלקת התנועה במקרה זה היא, מבחינת השוטר, שיקול ענייני. אין השוטר חייב לפעול לפי ההנחיה. ההנחיה עצמה, בהיותה הנחיה ולא הוראה, אינה דורשת זאת. מכאן שעל השוטר להפעיל את שיקול דעתו בכל מקרה ומקרה.

עם זאת כבר נקבע כי:

"ההנחה היא שהרשות תפעל לפי ההנחיות, והנחה זאת יוצרת ציפייה מוצדקת שכך תפעל הרשות... על כן, אין הרשות רשאית לסטות מההנחיות בלא הצדקה, אלא על הסתיה מההנחיות להיעשות רק מקום בו קיימים שיקולים ענייניים המצדיקים אותה... סתיה מההנחיות המינהליות מעוררת, על פני הדברים, חשש כי היא נובעת לכאורה מקיומם של שיקולים זרים, אשר השפיעו על החלטת הרשות... בשל כך נקבע, כי הסתיה מההנחיות מעבירה לרשות את הנטל להצביע על הסיבות שבגינן מוצדקת אותה הסתיה... סתיה מההנחיות ללא צידוק סביר עשויה להוות עילה לביטול ההחלטה" (עע"מ 9156/05 גרידינר נ' ראפ, פסקה 10 (פורסם בנבו, 10.6.08)).

בית משפט קמא קבע בהכרעת דינו כי לא נפל מחדל בהתנהגות השוטרים בכך שלא תפסו את החומרים שנמצאו ברכב, שכן קיבל את הסבריו של שפרונג לפיהם דובר בכמות קטנה של חומר שממילא לא ניתנת לבדיקה וכי לגבי חצי הסיגריה המגולגלת הרי שממילא לא ניתן לקבוע בוודאות מי עישן אותה. בכך ניתן למצוא צידוק לכאורה לסטייה מההנחיות, ואין בהסבריהם או בדרך פעולתם של המתנדבים כדי לקבוע כי החיפוש שערכו אינו חוקי, נוכח הסטייה מן הנוהל. המתנדבים אף לא עומתו ישירות עם הוראות הנוהל הספציפי אלא הסבירו כי הם פועלים על פי נהלים.

### סירוב המערער לתת דגימת שתן

35. המערער טען כי הוא סובל מפוסט טראומה עקב אירוע שאירע בילדותו ולכן הוא מתקשה להטיל מימיו



בנוכחות אחרים. הדברים נאמרו לחוקר המשטרה ימים ספורים לאחר האירוע ומאז שב המערער וחזר עליהם בעקביות. החבר אישר את הדברים בעדותו ואף הובאה בעניין זה חוות דעתה של גב' קופפרמן אשר החלה לטפל במערער ואף העידה לגביה. בנסיבות אלה, על פי הטענה, אין מדובר בסירוב לא בפן העובדתי ולא בפן המשפטי. לפי הטענה טעה בית משפט קמא עת לא גילה הבנה למצבו של המערער כנפגע עבירה וקבע כי "סירב" לתת דגימת שתן. עוד נטען כי המערער היה נכון לבצע כל בדיקה אחרת ואף אמר זאת לשוטרים אך הם סירבו לבצעה.

ראוי להזכיר בעניין זה דברים שנאמרו על ידי בית המשפט לתעבורה בת"פ (שלום ירושלים) 630/07 **מדינת ישראל נ' בריזנר** (18.7.07) -

"[...] בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר במפורש כי הסיבה לסעיף זה היא "כדי למנוע התחמקות ממתן הדין על נהיגה בשכרות על ידי סירוב להיבדק" (הצעות חוק מס' 154 מיום 11.1.2005 עמ' 523).

ברור לכן שאין ליתן פרס למי שמסרב להיבדק. ההיפך הוא. על הרשויות להבהיר בצורה שאיננה משתמעת לשתי פנים כי מי שאיננו נבדק מצבו גרוע יותר מאשר מי שנבדק. ההנחה צריכה להיות כי מי שמסרב להיבדק סיבותיו עמו ומן הסתם מדובר בשכרות גבוהה יחסית. כל דרך פרשנות אחרת תעשה פלסטר את מגמת המחוקק.

לא להוסיף כי לאחרונה ניכרת מגמה שבה מסרבים נהגים להיבדק בדרכים שונות. קשה לעיתים להתחמק מהתחושה שסירובים אלה רחוקים מלהיות מקריים. מדובר בבדיקה פשוטה יחסית שאיננה דורשת כוח פיזי מיוחד ובדרך כלל כל אדם יכול לעשותה בקלות יתירה. הסירובים מתירוצים שונים מעוררים תמיהה. אין מנוס מלבלום מגמה זו [...]."

36. בדוננו, בית המשפט קמא קבע כממצא כי למערער ניתנו הזדמנויות רבות לתת דגימת שתן והוסברה לו מספר פעמים משמעות הסירוב לתת דגימה. כן נקבע כי המערער העלה בכל פעם סיבה אחרת בגינה אינו יכול לתת דגימת שתן, אך לא טען דבר באשר לפגיעה בעברו המונעת ממנו לתת דגימת שתן בנוכחות זרים. בית המשפט קמא לא מצא את גרסתו המאוחרת והכבושה של המערער, לפיה נמנע ממנו לתת דגימת שתן בשל טראומה בעברו, כגרסה מהימנה. בית משפט קמא אף סבר כי אין לקבל את חוות דעתה של גב' קופפרמן שכן, בין היתר, גב' קופפרמן אישרה בעדותה שלא ניתן לקבוע באופן חד משמעי כי המערער לא מצליח לתת שתן בגלל הטראומה שעבר וכי זו הסיבה שביום האירוע לא הצליח לתת דגימת שתן.

37. נקבע בע"פ 7066/13 **אלמליח נ' מדינת ישראל** (22.12.15), בפסקה 66 -

"כידוע, כלל אי-ההתערבות בממצאים עובדתיים, כוחו יפה גם לגבי חוות-דעת של מומחים בהליך פלילי [...]. ככלל, ההכרעה בדבר קבלת חוות דעתו של מומחה, או דחייתה, מסורה לשיקול דעתו של בית משפט קמא, והעובדה שהמשיבה נמנעה מלהגיש חוות-דעת נגדית לחוות-דעתו של פרופ' פינקלשטיין



**אינה מובילה למסקנה הכרחית, כי היה על בית המשפט לאמץ את האמור בחוות-הדעת [...]"**

בענייננו, המערער לא הראה טעם לפיו יש לסטות מקביעות בית משפט קמא ולא מצאתי כאמור כי מקרה זה נמנה עם המקרים החריגים המצדיקים התערבות בממצאים העובדתיים.

כמו בית משפט קמא אף אני סבור כי חוות הדעת שהוגשה אינה מספקת כדי ליצור ספקות באינדיקציות החיצוניות שניכרו במערער על ידי המתנדבים בזמן אמת, ואשר היה בהן להעיד על נהיגה בשכרות - תחת השפעת סמים. הדעת נותנת כי התנהגותו של המערער מקורה בניסיון התחמקות מבדיקה אשר עלולה היתה להוכיח כי בעת שנהג נתון היה תחת השפעת סמים. לא רק שלא עלה בידי המערער להפריך את החזקה העולה מסירובו, אלא שהחזקה מקבלת תמיכה וחזוק בראיות נפרדות אשר הצביעו על היותו תחת השפעת סמים בעת הנהיגה, לרבות בדיקת המאפיינים שנערכה לו ומצבו הפיזי שתואר לעיל בפרוטרוט.

נקבע ברע"פ 3503/04 אהרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 673, 676 -

**"[...] נפסק כי מנגנון הבדיקה המפורט בתקנות (בדיקת דם, בדיקת שתן או בדיקת נשיפה) אינו בא להוציא מתחולתו "...את מי שהוא שיכור אליבא דכולי עלמא, על-פי ראיות המובאות לפני בית המשפט. הוא, למשל, אינו בא למנוע הסתמכות על עדות של מי שפוגש בנהג מטושטש הנוהג בזיגוג ימינה ושמאלה ואשר איננו יכול לעמוד על רגליו משנעצר על-ידי השוטר כאשר ריח חזק של אלכוהול נודף מפיו" (שם, בעמ' 467). הלכה זו אומצה בפסיקה מאוחרת יותר, למשל: ע"פ 424/90 לב נ' מדינת ישראל [3], בעמ' 742; ע"פ 5002/94 בן איסק נ' מדינת ישראל [4], בעמ' 158, 161; ע"פ 140/98 חוג'ה נ' מדינת ישראל [5], בעמ' 235-236. הלכה היא אפוא כי ניתן להוכיח נהיגה במצב של שכרות ללא הסתמכות על בדיקה מדעית, והלכה זו מיושמת בכל מקרה ומקרה על-פי נסיבותיו ועל-פי טיב הראיות. כך עשו בתי-משפט קמא בענייניו של המבקש, וכך יעשה כל בית-משפט אשר ידון בסוגיה זו. כל מקרה יוכרע על-פי נסיבותיו, ואין לומר כי בשל סיבה זו בלבד הרף הראייתי לגבי הוכחת נהיגה במצב שכרות אינו ברור".**

38. באשר לטענת המערער כי היה על המתנדבים לערוך לו בדיקת דם חלף בדיקת שתן, אציין כי הפסיקה קבעה כי שוטר אינו כפוף לסוג הבדיקה בה מעוניין הנבדק.

נקבע ברע"פ 8624/11 אליסי נ' מדינת ישראל (11.12.11) -

**"אם מעוניין שוטר לדרוש בדיקה מסוג אחר, כגון בדיקת דם או שתן, בידו לעשות זאת לפי סעיף 64ב(ב) [...] השוטר רשאי לבחור בבדיקה, ואינו כפוף אלא לתנאים ולמגבלות שבסעיפים עצמם, ובוודאי לא לסוג הבדיקה שמעוניין בה הנבדק".**



כן נקבע בבש"פ 7306/00 זוטציב נ' מדינת ישראל (10.11.00) -

**"בעיני פשוט הדבר וברור שהסמכות להחליט באילו משלוש הבדיקות - נשיפה, דם או שתן - יש לבדוק נוהג רכב שיש "חשש סביר" שהוא שיכור ניתנה לשוטרי. הדבר משתמע בברור מסופה של תקנה 169ג(א) לתקנות שבה נאמר שהוא רשאי לדרוש את ביצוע הבדיקות "כולן או חלקן"."**

יתרה מכך, בית משפט קמא קבע כממצא עובדתי כי המערער לא הציע לשוטרים כי תיערך לו בדיקת דם כפי שטען. בנוסף, על פי קביעתו של בית משפט קמא, המערער הכשיל את כל הבדיקות, לא שיתף פעולה והתנהל בצורה מזלזלת במהלך האירוע. התנהלותו של המערער במהלך האירוע מלמדת אף היא על כוונתו להכשיל את הבדיקות בכל דרך אפשרית. יש להניח כי אף מטעם זה לא נשקלה האפשרות להציע לו לבצע בדיקת דם. אזכיר כי גם הנוהל עצמו נותן עדיפות לבדיקת שתן, חלף בדיקת דם. במאמר מוסגר אעיר כי במהלך הנסיעה לתחנת המשטרה, נוכח כאב שחש המערער, הוצע לו לנסוע לבית החולים אך הוא אמר שאין בכך צורך (ראו: ת/6, עמוד ראשון, שורה שמינית מסוף העמוד).

39. על יסוד האמור עד כה, איני סבור כי הוצגה עילה המצדיקה התערבות בקביעותיו העובדתיות והמשפטיות של בית משפט קמא, ולא נמצאה עילה לשינוי הכרעת דינו.

#### הערעור על גזר הדין - דין

40. בע"פ 512/13 פלוני נ' מדינת ישראל (4.12.13) (להלן: "עניין פלוני") נקבע -

**"נקודת המוצא בסוגיה שלפנינו נשענת על ההלכה, לפיה ככלל - אל לה לערכאת הערעור להתערב בעונש שהושת בערכאה הדיונית, אלא אם כן מדובר בסטייה מהותית ממדיניות הענישה הראויה, או כאשר מתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות את הדבר. הנה כי כן, התערבות במידת העונש תעשה על-ידי ערכאת הערעור רק אם "הערכאה הדיונית נכשלה בטעות, או שהעונש שנגזר על ידה חורג במידה קיצונית מן העונשים המוטלים, בדרך כלל, בנסיבות דומות". [...]"**

כן נאמר בע"פ 5184/14 פלוני נ' מדינת ישראל (3.8.16) -

**"בפתח הדברים, ראוי לחזור ולהזכיר את ההלכה המושרשת, לפיה ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב במידת העונש שהושת על ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים של סטייה קיצונית ממדיניות הענישה הנהוגה במקרים דומים, או כאשר נפלה בגזר הדין טעות מהותית (ע"פ 8109/15 אביטן נ' מדינת ישראל (9.6.2016); ע"פ 2826/15 עביד נ' מדינת ישראל (7.6.2016); ע"פ 6040/14 נג'אר נ' מדינת ישראל (31.5.2016))."**



41. לא מצאתי כי העונש שהוטל על המערער על כל רכיביו חורג מרמת הענישה הנהוגה והמקובלת בנסיבות כגון אלו שבענייננו. אף איני סבור כי ניכרה על פני הדברים טעות מהותית בגזר דינו של בית משפט קמא.

סעיף 39א לפקודת התעבורה קובע פסילת חובה (פסילת מינימום) לתקופה של שנתיים ימים, למי שנמצא נוהג תחת בשכרות, לרבות בהשפעת סם מסוכן. הפסילה שנקבעה על ידי בית המשפט קמא גובלת בתקופת המינימום האמורה. אף קיים היגיון לא מבוטל בקביעת פסילת החובה כרף תחתון בעת קביעת מתחם העונש ההולם.

בעניין פלוני נקבע -

"תיקון 113 לא הגדיר בסעיף 40 לחוק העונשין את היחס המדויק שבין עונשי המינימום והמקסימום הקבועים, לעתים, בחוק לעבירות שונות - לבין מתחם העונש ההולם. דומה בעיני כי קיומו ומידתו של עונש מינימום יש בו כדי לשמש אינדיקציה לחשיבותו של הערך הנפגע ולמידת הפגיעה בו בעבירה הנדונה. בכך אני מסכים עם דעתם של ואקי ורבין, המובעת במאמרם בעמ' 440. עם זאת אין אני סבור כמותם כי עונשי המינימום אינם צריכים לשקף בהכרח את הרף התחתון של מתחם הענישה ההולם, שהרי הן לפי ההוראה הכללית הקבועה בסעיף 35א(א) לחוק העונשין והן, למשל, לפי הוראת סעיף 35 לחוק העונשין הספציפית - ניתן אמנם לסטות מהעונשים המזעריים מטעמים מיוחדים שירשמו, ואולם חריגה שכזו היא ענין לנסיבות מקלות פרטניות, מעבר למתחם הענישה ההולם".

כן נקבע ברע"פ 2829/13 מוריאל נ' מדינת ישראל (29.4.13) -

"עוד אציין, כי לדידי, אין כל יסוד לטענת בא-כוח המבקשת בדבר קיומה של סתירה, לכאורה, בין הוראת סעיף 39א לפקודת התעבורה לבין תיקון 113 לחוק העונשין. הגם שהמחוקק בחר להגביל את שיקול דעתו של בית-המשפט, בקובעו עונש פסילה מינימלי, הרי שהגבלת שיקול הדעת אינה מוחלטת ובהתקיים "נסיבות מיוחדות", מתאפשרת סטייה, לקולא, מעונש המינימום אותו קבע המחוקק, כאמור. עם זאת, וכפי שקבע השופט א' רובינשטיין ברע"פ 6443/12 לידסקי נ' מדינת ישראל, פסקה ו' (9.9.2012), הרי שאותן "נסיבות מיוחדות" אין משמען ניהולם של חיים נורמטיביים גרידא, דבר המצופה מכל אדם ואדם, אלא שנדרש דבר מה מעבר לכך. לפיכך, אין בידי לקבל את עמדתה של הערכאה הדיונית, אשר מצאה לסטות מרף הענישה המינימלי, אותו הכתיב המחוקק בסעיף 39א לפקודה, בקובעה, כי המבקשת "מנהלת אורח חיים תקין ונורמטיבי". קביעה זו סותרת, כאמור, את פסיקתו של בית-משפט זה וחוטאת לכוונתו הברורה של המחוקק, כפי שזו משתקפת מהוראת סעיף 39א לפקודה. לפיכך, בדין קיבלה ערכאת הערעור את טענותיה של המשיבה והחמירה בעונשה של המבקשת, כמפורט לעיל".

על יסוד האמור נראה כי סטייה מענישת החובה תוכל להתקיים עת מדובר בנסיבות חריגות ומיוחדות. אלו יכולות



להצדיק לעיתים אף סטייה מסף מתחם העונש ההולם.

במערער לא נמצאו אותן נסיבות מיוחדות וחריגות, ואף לא ניתן לומר כי בית משפט קמא החמיר עמו.

נאמר לדוגמא בעפ"ת (מחוזי חיפה) 57705-12-14 בדארנה נ' מדינת ישראל (22.3.15) -

**"על הטלת עונש המינימום לא ניתן לומר שהוא עונש החורג במידה קיצונית מרמת הענישה המקובלת במקרים דומים. אין זה מתקבל על הדעת להכליל עונש מינימום שקבעו המחוקק כעונש החורג מרמת הענישה הנוהגת והמקובלת במקרים דומים. על כן, העונש שהוטל סביר, מידתי ומאוזן ויש בו כדי ליישם את תכלית החקיקה".**

42. אשר לטענה לפיה בית משפט קמא לא קיים דיון מעמיק ביחס למתחמי העונש ההולמים את יתר רכיבי הענישה, אזכיר את שנקבע ברע"פ 1044/17 הרון נ' מדינת ישראל (18.7.17, 19.6.17) -

**"למעלה מן הצורך יצוין כי גם אילו הייתי מקבל את טענתו של המבקש כי גזר דינו ניתן בהיעדר הנמקה מספקת, ובניגוד למצוות תיקון 113, הרי שאין הדבר מצדיק, לעת הזו ובנסיבות העניין דיון בעניינו של המבקש ב"גילגול שלישי". בהקשר לכך, נקבע כבר בפסיקתנו כי אף במקרים בהם תיקון 113 לא יושם כהלכתו - אין הדבר מחייב בהכרח התערבות בתוצאה אליה הגיעה הערכאה הדיונית (ראו: ע"פ 6238/13 פלוני נ' מדינת ישראל (08.06.2014); רע"פ 1402/15 טלי נ' מדינת ישראל (04.03.2015))."**

מכאן, שאף אם לא נקבע מתחם עונש הולם ביחס לכל רכיבי מרכיבי הענישה אין ערכאת הערעור נוטה להתערב בעונש שנקבע על ידי הערכאה הדיונית, כל עוד עסקינן בעונש סביר ומאוזן המביא בחשבון את כלל הנסיבות והנתונים הצריכים לעניין. איני סבור כי העונש שהושת על המערער חורג מרמת הענישה המקובלת במקרים דומים וכאמור יש בו אף היבטים מקלים נוכח העונש לו עתרה המשיבה בבית משפט קמא.

43. בכל הנוגע לטענת המערער בדבר הרכיבים המותנים, לפיה אלו נקבעו על קשת רחבה מידי של עבירות, עיון בגזר הדין מעלה כי העבירות שצוינו כ"עבירה נוספת" שביצוען יפר את התנאי, נקבעו בדרך מידתית, סבירה ומותאמת לכללים הנוהגים בעת קביעת עונשים מותנים, הן ביחס לעבירה בה הורשע המערער והן ביחס לנסיבותיה. לא מצאתי כי קיימת עילה להתערבות ערכאת הערעור אף בהקשר זה.

## הכרעה

44. על רקע כל האמור לעיל, אין בידי להיעתר לערעור וסבורני כי יש לדחותו על שני חלקיו.

מאליו מתבטלת ההוראה בדבר עיכוב ביצוע פסק הדין שניתנה ביום 15.4.18.

על המערער להפקיד את רישיון הנהיגה שלו לאלתר במזכירות בית משפט קמא.



הקנס שהוטל בידי בית משפט קמא ישולם עד ליום 20.7.18 ובהתאם יונפק שובר תשלום.

הצדדים הסכימו כי פסק הדין יינתן בהיעדרם.

**המזכירות תשלח את פסק הדין לצדדים ותוודא קבלתו.**

ניתן היום, י"ג סיוון תשע"ח, 27 מאי 2018, בהעדר הצדדים.