



עפ"ת 32306/06/16 - מדינת ישראל נגד ארזואן יונתן

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עפ"ת 32306-06-16 מדינת ישראל נ' ארזואן יונתן
בפני כבוד ס. הנשיאה השופט יורם צלקובניק
המערערת
נגד
ארזואן יונתן ע"י ב"כ עו"ד א' אזולאי, עו"ד י' יעקובי ועו"ד
המשיב
כ' דור

פסק דין

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

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

ממצאי בדיקת הנשיפה

למשיב בוצעה בדיקת נשיפה כפולה, בשני מחזורי נשיפה (האחת בשעה 01:07, והשניה בשעה 01:10), במכשיר מדידה מסוג dragger alcotest 7110 ("ינשוף"). בכל מחזור נשיפה נערכה המדידה באמצעות גלאי מסוג IR (אינפרא אדום) ובאמצעות גלאי מסוג EC (אלקטרו - כימי).

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

בדיקה ראשונה

IR- 450 (להלן - IR1)

EC-435 (להלן - EC1).



בדיקה שניה

IR- 420 (להלן: IR2)

EC- 405 (להלן: EC2)

בית המשפט קמא קבע, בהתייחס להוראת תקנה 169ז(ב) לתקנות התעבורה, לפיה "**תבוצע בדיקה כפולה (duplicate) לפחות של ריכוז אלכוהול בדוגמת האויר הנשוף של נבדק, ובלבד שמקדם השונות (coefficient of variation) של תוצאות בדיקה זו לא יעלה על 10 אחוזים למאה**",

כי בבדיקת הנשיפה שנערכה למשיב קיים פער העולה על 10% בין הערך ב- IR1 (450 מק"ג) לבין הערך ב- EC2 (405 מק"ג). בנוסף נקבע על ידי בית המשפט, כי "החוק אינו מגדיר האם הפער של 10% ימדד מהערך הנמוך לגבוה או ההפך...לכן, תילקח לטובת הנאשם דרך החישוב הנוחה לו -40.5 מיקרוגרם הם עשרה אחוז מהערך הנמוך ולכן כל תוצאה העולה על 445.5 מיקרוגרם בבדיקה נוספת מבין ארבעת הבדיקות תהווה תוצאה החורגת מטווח הסטייה המכסימאלי הקבוע בחוק".

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

הדין 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 המקלה עם המשיב, לפיה, לשון תקנה 169ז(ב) מאפשרת להשוות בין תוצאות כל שתי מדידות, ללא יוצא מהכלל, בכל אחד ממחזרי הנשיפה, וככל שהפער בין שתי מדידות יעלה על 10%, הרי שלא ניתן לקבוע כי בוצעה נהיגה בשכרות. לטענת ההגנה, גם אם ניתן לפרש את התקנה בדרך שונה, הרי שעומדת למשיב הוראת סעיף 34כא לחוק העונשין, תשל"ז-1977,

לפיה ככל ש"ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין".

בסיכומיה התבססה ההגנה על הנאמר בפסק הדין שניתן בבית המשפט המחוזי 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 זוהייש מחברת דרייגר, החברה המייצרת את הינשוף, לפיהם לא קיימת מניעה לשקף בפלט המדידה של המכשיר את מדידות גלאי ה-



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

אציין בנוסף, כי ההגנה ביקשה תחילה, בטיעונה בבית משפט קמא "להסתמך על נהלים ומסמכים שחלקם אומצו על ידי משטרת ישראל במסגרת עבודתה עם...הינשוף..." וכי אם טענתה כי אין להשיב לאשמה, תידחה, שומרת לעצמה ההגנה את הזכות להגיש מסמכים נוספים אשר הועברו לעיונה, במסגרת פרשת ההגנה (ישיבת יום 19.7.2015). במסגרת הערעור הוצגו בפני, על ידי ב"כ המשיב, אסופת מסמכים ממקורות שונים, המתייחסים לדרך הפעלתו 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, הגלאי האלקטרוני כימי משמש כבקר לבדיקת גלאי האינפרא אדום, ואין הצדקה להפוך את מנגנון הבקרה לעיקר, וכי מדובר בבדיקה מדויקת פחות ממדידת גלאי האינפרא אדום. עוד נטען, כי ההשוואה בין תוצאות המדידות צריכה להיערך בין מדידות אותם גלאים, או בין מדידות שני גלאים שונים במסגרת אותו מחזור בדיקה, ובדיקה מוצלבת של תוצאות המדידה בין IR1- ל-EC2 מביאה לתוצאה מעוותת מבחינה מתמטית ומבחינה מהותית.

בית המשפט קמא דחה כאמור את עמדת המאשימה; צוין בהחלטה כי אכן נקבע בעניין עוזרי "כי בדיקת ה-EC פחות מדויקת מבדיקת ה-IR, 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 שניתן בעניין עוזרי, שכן "עובדתית החלה המדינה לאחר פרשת עוזרי לרשום את תוצאות בדיקת ה-EC לא כאינדיקציה לזיהוי סוג החומר הנמדד כאלכוהול אלא כמדידה עם ערך מספרי לכל דבר ועניין. במקום להציג שתי תוצאות IR כפי שהיה בעבר (בפרשת עוזרי) החלה המשטרה באמצעות הינשוף שתוכנת מחדש, להציג שתי תוצאות IR ושתי תוצאות EC. המשמעות הפרקטית היא כי לאחר פרשת עוזרי מציגה המדינה כראייה ארבע תוצאות של מדידת אלכוהול (הנגזרות משתי נשיפות סמוכות זמן למכשיר הינשוף) כאשר לכתב האישום תכנס כערך נמדד תוצאת המדידה הנמוכה ביותר מבין ארבעת הבדיקות שמבצע הינשוף. המדינה עצמה אינה מתייחסת לפעולת חישן ה-EC כאינדיקטור כללי לנוכחות אלכוהול אלא כחישן לגיטימי למדידת ערך אלכוהול על בסיסו ותוצאתו נרשם לא פעם ערך האלכוהול בכתב האישום עצמו (כך אגב גם במקרה ספציפי זה בו יוחסה לנאשם בכתב האישום תוצאת ה-EC ולא ה-IR).

פועל יוצא של מצב זה הוא אחד: בהתאם לחוק, אסור שיהיה פער של יותר מ-10% בין ארבעת המדידות שמבצע הינשוף. הטענה לפיה חובה להשוות את מדידת ה-IR לרק למדידת ה-IR לאחרת אינה עולה בקנה אחד עם הוראות החוק. מצב זה התאים לפלטי הינשוף הישנים אשר נכחו עת נכתבה ההחלטה בפרשת עוזרי ואין לטענה זו עוד מקום ברגע שנוספו גם ערכים חד משמעיים של בדיקת EC..."

עוד קבע בית המשפט, כי "לו היה המחוקק מתקן את החוק (את תקנה 169ז(ב)) וקובע כי יש להתעלם מבדיקת ה-EC או לחליפין יקבע כי פער של 10% יהיה רק בין שתי בדיקות מאותו הסוג, או אז לא הייתה נשמעת טענת ההגנה כרלוונטית. כל עוד המצב החקיקתי נותר ללא שינוי ולאור החלטת בית המשפט המחוזי בפרשת עוזרי, הרי שבפער העולה על 10% בין כל אחד מארבעת מדידות ינשוף למדידה אחרת בתוך אותה רביעייה, תתחייב פסילת המדידה מכח החוק."



עוד נקבע, כי נוכח כך ש"בדיקת המאפיינים תקינה לחלוטין, נותרה המדינה ללא ראיות לכאורה נגד הנאשם בכל הקשור להגדרתו כשיכור".

עיקר נימוקי הערעור

המערערת טענה כי בעניין עוזרי חויבה המדינה לציין בפלט גם את תוצאות גלאי EC, ואולם לא נקבע, כי יש ליצור שוויון מוחלט בין נתוני שני הגלאים. נהפוך הוא - נאמר באופן פוזיטיבי כי אין להסתמך על תוצאות המדידה של גלאי EC, וצוין בעניין עוזרי כי קיימות מדינות, 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 הגלאים, שכן העובדה, כי המדינה החליטה, בעקבות הערות בית המשפט בעניין עוזרי, ולמעלה מהצורך, לציין בפלט גם את הנתונים של גלאי EC, וליחס לנאשמים את הנתון הנמוך ביותר מתוך ארבע התוצאות, אין משמעה, כי מבחינה מהותית, מסכימה המדינה לכך כי אין שום הבדל בין נתוני הגלאים.

המערערת טוענת בנוסף, כי היא עומדת בדרישת תקנה 169ז(ב), שכן ההשוואה הנדרשת בתקנה צריכה להיעשות בין נתוני הגלאים העושים שימוש באותה טכנולוגיה, בשונה מהפרשנות שנתן בית המשפט קמא. המערערת טוענת כי המסקנה של בית המשפט קמא, לפיה תקנה 169ז(ב) אוסרת על פער העולה על 10% גם בהשוואה צולבת (בין 1 IR לבין 2EC) מנוגדת להגיון המדעי של הדברים, שכן בקר 2EC המופעל במהלך הנשיפה השניה - אינו יכול לשמש בקר לתוצאות 1 IR שהתקבלו במהלך הנשיפה הראשונה. הליך הבקרה מתבצע כך שהן הגלאי הראשי (IR), והן הבקר, בודקים אותה דגימה, כאשר הבקר מוודא, כי הגלאי הראשי אכן מדד דגימה זו בצורה נכונה ומדויקת.

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

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

נטען כי מעמדן של מדידות EC והשוואה למדידות IR, ובעקבות דברי בית המשפט בעניין עוזרי "תוכנת מכשיר הינשוף מחדש" בהוספת בדיקות EC. עוד מצביע ב"כ המשיב על הנאמר במדריך הפעלת ינשוף, לפיו לאחר תהליך המדידה, יש להציג את התוצאה הנמוכה ביותר שנמדדה מתוך 4 התוצאות, בין אם מדובר בבדיקת IR או EC וכי המדינה היא שהחליטה לעשות שימוש בתוצאות גלאי EC "והפכה את מנגנון הבקרה לעיקר". ב"כ המשיב מתבסס בטיעונו על חוות דעת שונות שניתנו על ידי המומחה, ד"ר שלמה אלמוג במסגרות שונות שדנו בהפעלת המכשיר (חוות דעת מהימים 14.1.2009; 15.12.2011; 7.11.2012; 18.1.2014) וכן מסמכים נוספים, ביניהם דוח הוועדה הבין משרדית, המצביעים לדעת ב"כ המשיב, על כך שהמדינה "באופן חד צדדי ולא מבוסס", הכירה במהלך השנים "בצירופים שונים" של המדידות, לבדיקת פער עשרת האחוזים, ובצירופים אחרים אינה מכירה, וכי לא נקבעו כלים ברורים בעניין זה ("תשובת המשיב להודעת הערעור", חלק ב').

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



אילו מתוצאות הגלאים יש לבחון את פער עשרת האחוזים; אין כל אינדיקציה לעניין חישוב המתייחס למחזור נשיפה אחד, ואין התייחסות בחוק מאיזה ערך ייגזרו 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 במושג "מקדם השתנות"...הבוחן 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 המדידה של הגלאים השונים אינן בנות השוואה.

עוד נטען כי בעניין עוזרי צוין, כי יש "רגליים לסברה" כי מכשיר הינשוף מושא הדיון, לא שימש "השראה" למתקין תקנה 169ז(ב), שנחקקה שנים רבות לפני שמכשיר הינשוף הנוכחי נכנס לפעולה, ובעניין עוזרי הומלץ למשרד התחבורה לבצע את התיקונים 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, ומאידך אינה טורחת להתאים את התקנה למציאות המשתנה.

דין

אין אני רואה מקום לקביעת בית המשפט קמא כי התביעה לא יצאה ידי הוכחה, ולו לכאורה, של האישום שיוחס למשיב, בשלב סיום פרשת התביעה. כידוע, לצורך מעבר מחסום טענת 'אין להשיב לאשמה', די בכך שהתביעה תציג תשתית ראייתית ראשונית להוכחת העבירה, אף אם מדובר בראיות "בסיסיות" או "דלות" (עניין כחלון לעיל).

אכן, הראיות שהוצגו די בהן, בשלב זה, לביסוס לכאורה של האשמה. אלה מתבססות הן על תוצאת מדידת האוויר הנשוף, בשיעור של 405 מק"ג, העולה על המידה הקובעת "העדכנית", שנקבעה בעניין עוזרי - 290 מק"ג (פסקה 67 לפסק הדין), והן על הודאתו לכאורה, של המשיב בפני השוטרים, העולה מת/5, כי זמן קצר לפני המדידה לגם משקאות אלכוהוליים, עניין שבית משפט קמא לא עמד עליו בפסק דינו.

טענת ההגנה כי פרשנותו של בית המשפט קמא לתקנה 169ז(ב) היא הפרשנות הסבירה שיש לקיימה בעניינו של המשיב, ראויה להתברר רק לאחר שכלל הראיות יונחו בפני בית המשפט קמא. בשלב זה לא הונחה כל תשתית ראייתית - מדעית לקביעותיו של בית המשפט קמא, לאפשרות השוואת המדידות בדרך של הצלבת נתוני המדידה. נקודת המוצא של הנמקתו של בית המשפט קמא מושתתת על פסק הדין בעניין עוזרי, אלא שמפסק דין זה לא ניתן ללמוד אלא על כך שהמדידה האלקטרונית כימית נופלת בדיוקה ממדידת האינפרא אדום, ולא עולה מפסק הדין בעניין עוזרי, כל אינדיקציה לאפשרות השוואת המדידות בדרך של הצלבה, וצוין בו כי השוואת המדידות נעשית באותו מחזור נשיפה, או בין שתי מדידות IR, כפי שהיה נהוג באותה עת, על פי אפשרויות התכנות של מכשיר המדידה.

התיזה שנקבעה על ידי בית המשפט קמא, המתבססת בעיקרה על הוספת נתוני ה-EC לאפשרות התכנות של המכשיר, וייחוס הנתון הנמוך מבין 4 המדידות גם אם מדובר במדידת גלאי EC, בעקבות ההמלצה העולה בעניין עוזרי, אין בה, לכאורה, כל מענה לקושי היסודי המתעורר על פני הדברים, נוכח הצלבת נתוני מדידה, של שתי בדיקות השונות באופיין ובטיבן, והמתייחסות למחזורי נשיפה שונים (בעניין זה ראו מכלול דעות הפוכות מזו שהוצגה על ידי בית המשפט קמא, בפסקי דין שונים, וביניהם: עפ"ת 31289-08-16 ליטל אקדסמן נ. מ"י, 13.11.2016 (כב' השופטת מ' ברק נבו); פ"ל



5910-02-14 מ"י נגד אסרף, 7.9.2016 (כב' השופט ד' סעדון); פ"ל 7120-04-14 מ"י נ. פרשר, 16.7.2015 (כב' השופט ש' זוכוביצקי - אורי);

הטענה כי אפשרות זאת מסתברת נוכח לשונה של התקנה, אינה ראויה להתקבל ללא בדיקת התשתית המדעית העומדת ביסוד הפרשנות המוצעת, ואין בלשונה העמומה של התקנה כדי לייתר את הצורך לבחינת דרך פעולת המכשיר בהקשר לסוגיה שבפנינו.

עוד יש לציין, אגב אורחא, כי בית המשפט קמא לא נדרש כלל למהותו ויישומו של "מקדם השונות" של תוצאות הבדיקה, כמפורש בתקנה, וזאת אם מדובר על פי עמדת בית המשפט קמא, בארבע מדידות שוות ערך במעמדן, שניתן להשוות ביניהן בכל דרך אפשרית, גם בדרך של הצלבה.

סוגיה אחרת, נטולת בסוס ראייתי, ולכאורה אף מנוגדת לחומר שהוצג בפני, נוגעת לדרך חישוב פער עשרת האחוזים. בית המשפט קמא קבע כי יש ל"גזור" את עשרת האחוזים מהערך הנמוך של הבדיקה שבהשוואה (EC), אולם מפנייתו של רפ"ק ארז, ראש מערכת מכשור אכיפה, שהוצגה בפניי, עולה כי לאחר עדכון הגרסה למכשירי הינשוף ביום 26.8.2013, "הפער המכסימלי באותה נשיפה בין חישן IR לבין קריאת חישן EC- 10% (מערך חישן IR), ואילו ההפרש המכסימלי של עשרת האחוזים בין קריאת החישנים הזחים IR1 - IR2; EC1- (EC2) ליהיה לפי הערך הנמוך ביותר.

הנחיה זו של ראש מערכת מכשור, תואמת את הבהרת ד"ר זוהיש מחברת דרייגר מיום 19.7.2013, שצורפה על ידי ההגנה, לפיה - 10% deviation is always referred to the IR reading and not from the lower value

ככל שההנחיות האמורות מתייחסות למדידות מאותו סוג בשני מחזורי נשיפה, או למדידות שונות באותו מחזור נשיפה - אין דנים באותן הנחיות בבדיקות בהצלבה, שנראה כי אינה עומדת כלל על הפרק - הרי שההנחיה היא כי בעת השוואת המדידות, שאחת מהן היא מדידת IR, לעולם יש "ליטול" מבדיקת ה- IR את עשרת האחוזים, ולא כפי שקבע בית המשפט קמא בעניינו.

נוכח האמור לעיל, מתקבל הערעור והחלטת בית המשפט קמא לעניין זיכוי של המשיב מבוטלת. התיק יוחזר לבית משפט קמא לצורך חידוש הדיון. בית המשפט קמא ישקול מתן אפשרות לצדדים להבאת ראיות הנוגעות לסוגיות השונות הנוגעות להפעלת מכשיר המדידה, בהתייחס להוראת תקנה 169ז(ב) הנדונה.

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

יורם צלקובניק, שופט
ס. נשיאה

