



עפ"ת 63300/02/20 - מדינת ישראל נגד יחיאל טירם

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"ת 63300-02-20 מדינת ישראל נ' טירם

בפני כבוד השופט אברהם בולוס
מערערת מדינת ישראל ע"י פרקליטות מחוז חיפה-פלילי
נגד יחיאל טירם ע"י ב"כ עוה"ד רועי גמליאל
משיב

פסק דין

ערעור על הכרעת הדין מיום 12.1.20 שניתנה בבית משפט לתעבורה בחיפה בתת"ע 9883-02-16 (להלן: **הכרעת הדין**).

רקע וההליכים

1. על פי כתב האישום אשר הוגש לבית משפט קמא, ביום 19.2.16 המשיב נהג ברכב פרטי בהיותו שיכור, בכך שסירב לתת דגימה של אויר נשוף לפי דרישת שוטר. בכתב האישום יוחס למשיב ביצוע עבירה של נהיגה בשכרות לפי סעיפים 62(3), 64ד(א) ו- 64ב לפקודת התעבורה [נוסח חדש] (להלן: **פקודת התעבורה**).
2. המשיב כפר בעובדות כתב האישום וטען, כי לא הצליח לתת את דגימות הנשיפה בשל בעיות רפואיות מהן הוא סובל. בעקבות עמדה זו, התקיימו דיונים שבגדרם נשמעו ראיות הצדדים ולאחר מכן ניתנה הכרעת הדין, בה ביהמ"ש קמא הורה על זיכוי המשיב מחמת הספק. הכרעת דין זו היא העומדת במוקד הערעור שמונח כעת לפניי.

הכרעת הדין

3. בימ"ש קמא תיאר את נסיבות האירוע, אותן אביא בהתאם לסדר התרחשותן כלהלן:



א. המשיב נעצר לבדיקת שכרות והודה כי שתי חצי כוס בירה;

ב. למשיב נערכה בדיקת נשיפון במסגרתה נמצא כי קיימת אינדיקציה לאלכוהול בגופו;

ג. למשיב נערכה בדיקת מאפיינים במסגרתה נמצא ריח אלכוהול קל מהפה; הופעה מסודרת; מגיב לעניין. מבחני עמידה, הליכה על קו והבאת אצבע לאף - בוצעו בהצלחה. לבסוף צוינה התרשמות השוטר הבודק כי המשיב היה תחת השפעת אלכוהול קלה.

ד. המשיב עוכב בשל חשד לנהיגה בשכרות והועבר לבדיקת ינשוף - המשיב הסכים למסור את הדגימה המבוקשת, ביצע 9 ניסיונות נשיפה במכשיר הינשוף, ובכל הבדיקות התקבלה התוצאה "נפח נשיפה לא מספיק";

ה. המשיב חתם על טופס תחקור חשוד בו צוין כי הוא מסרב להיבדק. בתשובה לשאלה בסעי' 6 לטופס, מדוע סירב להיבדק ענה: **"עשיתי את הבדיקות והמכשיר לא הסתדר לי"**.

ו. כפי שהוכח בפני ביהמ"ש קמא לקראת סוף האירוע המשיב התנהג באלימות וקילל את השוטרים המעורבים.

ז. עוד חשוב לציין, כי ביהמ"ש קמא השתכנע כי המשיב לא הזכיר בפני השוטרים את הבעיה הרפואית ממנה לטענתו הוא סובל (הפרעות נשימה), אשר לגישתו גרמה לכישלון בדיקות הינשוף.

4. על יסוד תשתית עובדתית זו, בימ"ש קמא קבע כי לא שוכנע שהמשיב הכשיל בהתנהגותו את בדיקת הינשוף. ניסיונות הנשיפה מלמדים דווקא על שיתוף פעולה מצד המשיב ומעדויות השוטרים עולה כי המשיב שיתף עימם פעולה ונענה לכל דרישותיהם (פסקה 30 להכרעת הדין); כן נקבע, כי "העובדה שהמשיב לא הצליח לתת דגימת נשיפה, אין בה כשלעצמה, כדי להקים אוטומטית את חזקת הסירוב" (סעי' 29 להכרעת הדין). בנוסף נקבע, כי האינדיקציות שתוארו לעיל, מחזקות את המסקנה כי אין להפעיל במקרה דנן את החזקה שבדין - העובדה כי בדיקת הנשיפון נכשלה אין בה כדי ללמד על ריכוז האלכוהול בגופו של המשיב ומעבר לכך, לא נמצאו אינדיקציות משמעותיות אחרות המעידות כי המשיב נהג בשכרות (פסקה 31 להכרעת הדין).

5. בימ"ש קמא התייחס לעדות המשיב כי לא הצליח לנשוף מסיבה רפואית אותה מסר לשוטרים, בזו הלשון: "לאחר שמיעת עדותו של הנאשם התחזקה אצלי המסקנה כי לא הוכח מעל לכל ספק סביר כי הנאשם הכשיל את הבדיקה במתכוון עד כדי שיש לראות בפעולותיו כסירוב להיבדק. אף שלא הונחו בפני המסמכים הרפואיים בשל התנגדות התביעה להגשתם, שלא באמצעות עורכם, שוכנעתי כי טענתו של הנאשם לקיומן של בעיות רפואיות אצלו כפי שתיאר, יש בה לכל הפחות כדי להוסיף ספק סביר, שמא נפח הנשימה שלא הספיק לבדיקה, מקורו בסיבה מוצדקת ולא בפעולה מכוונת שנועדה להכשיל את הבדיקה". (סעי' 35 להכרעת הדין).

6. לאור האמור לעיל, בימ"ש קמא זיכה את המשיב מהעבירה המיוחסת לו בכתב האישום מחמת הספק.



טענות הצדדים

7. לגישת המערערת, שגה בימ"ש קמא עת זיכה את המשיב מעבירת נהיגה בשכרות. טענת המשיב בדבר בעיות רפואיות בגין לא הצליח לנשוף לא הוכחה על ידו ועל כן לא ניתן לבסס עליה את זיכוי; בהתאם לפסיקה הקיימת, הנשיפה לתוך מכשיר הינשוף הינה פעולה שניתן לבצעה ללא כל מאמץ ואי יכולתו של המשיב לנשוף נעוצה בהחלטתו לסרב לביצוע הבדיקה, כן הכישלון לנשוף יוצר חזקה כי הנבדק הכשיל את הבדיקה וחזקה זו ניתנת לסתירה על ידי הנבדק עצמו, אלא שבנטל זה המשיב לא עמד.
- לגישת המערערת, טענת נבדק להיעדר יכולת רפואית לבצע בדיקת נשיפה חייבת להימסר לשוטרים כבר בזירת הבדיקה ובצורה מפורשת על מנת לבחון אופציות חלופיות למדידת רמת האלכוהול, ומשלא עלתה טענה כזו מצד המשיב הרי שמדובר בטענה כבושה שמשקלה נמוך; שגה בימ"ש קמא עת לא ייחס משקל להתנהלות המשיב, וכן לא נתן משקל לעובדה כי המשיב נמנע מהזמנת שני חבריו שנכחו עמו באירוע, למתן עדות בבימה"ש.
8. מנגד, המשיב בטיעוניו סמך על ניתוחו ומסקנותיו של ביהמ"ש קמא; כן טען, כי בפועל עסקינן בהשגות על קביעותיו העובדתיות של ביהמ"ש קמא, כאשר במקרה זה לא התגלתה כל טעות ולא נמצא טעם שיצדיק התערבותה של ערכאת הערעור.
- לגישת המשיב, המערערת לא הוכיחה כי הכשיל את הבדיקות, אדרבא בהתאם לראיות שהובאו בפני ביהמ"ש קמא הוכח כי היה מצדו שיתוף פעולה מלא. העובדה שלא התקבלו תוצאות ממכשיר הינשוף אין לזקוף לחובתו, וכישלון הבדיקות לא מקים אוטומטית את חזקת השכרות.

דין והכרעה

9. בסעיף 64 ב(א1) לפקודת התעבורה נקבע כי:
- "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."**
- סעיף 64ב(2) לפקודה מחייב את השוטר להסביר לנהג את מטרת נטילת הדגימה, לבקש את הסכמתו ולהסביר לו את המשמעות המשפטית של הסירוב:
- "(ב2) שוטר הדורש מנוהג רכב או מממונה על הרכב לתת לו דגימת נשיפה, דגימת שתן או דגימת דם, לפי הוראות סעיף זה, יודיע לו את מטרת נטילת הדגימה, יבקש את הסכמתו, ויסביר לו את המשמעות המשפטית של סירוב לתת דגימה, כאמור בסעיף 64ד."**

סעיף 64ד(א) לפקודה עוסק בהשלכות הסירוב לבדיקת שכרות וקובע:

"(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).

סעיף זה יוצר חזקה לפיה, מי שמסרב להיבדק ייחשב כשיכור, ועליו הנטל להוכיח אחרת.

10. כפי שנקבע רבות, בחירת סוג הבדיקה נתונה לשיקול דעתו של השוטר הבודק. סירוב לבדיקת נשיפה באמצעות הינשוף מקים את חזקת השכרות ללא כל קשר לאפשרות ביצוע של בדיקות אחרות, כגון בדיקת דם ושתן, או לרצונו של הנבדק בהקשר זה (רע"פ 8624/11 **עזרא אליסי נ' מדינת ישראל**, פס' ז-ח (11.12.11); רע"פ 4388/12 **אשר וקנין נ' מדינת ישראל**, פס' 5 (5.6.12).

למען שלימות התמונה אוסיף, כי הרשעתו של נהג בעבירת נהיגה בשכרות אפשרית גם בהיעדרן של הבדיקות שלעיל ואף ללא סירוב לבצען. הדבר אפשרי גם בהתבסס על תוצאות בדיקת מאפייני השכרות וראיות נסיבתיות אחרות (רע"פ 1599/12 **אריאל קליינר נ' מדינת ישראל**, פס' ד (27.2.12); רע"פ 5227/08 **מיכל אמדורסקי נ' מדינת ישראל** (11.8.08).

11. הנשיפה למכשיר הינשוף הינה בדיקה פשוטה ומי שמבצעה בתום לב לא צפוי להיכשל (ב"ש (חיפה) 2136/08 **איליה וולר נ' מדינת ישראל**, פס' 9 (17.4.08), לאור זאת נקבע:

"עובדה כי העורר נשף כמות שאינה מספקת למכשיר ה"ינשוף", שבעטייה לא סיפק המכשיר תוצאות, נתפסת לכאורה כסירובו של העורר להיבדק" (בש"פ 6812/07 **לירן ברק כהן נ' מדינת ישראל**, פס' 7 (05.09.07); ראו גם רע"פ 4205/16 **עופר בראמי נ' מדינת ישראל**, פס' 8 (26.5.16).

12. לעניות דעתי ביהמ"ש קמא נקלע לטעות במסקנתו. מספר ניסיונות כושלים של הבדיקה כשבצדם אינדיקציות לשכרות או לצריכת אלכוהול לפני הנהיגה, דינם כדין סירוב ובכוחם להקים את החזקה, שכן: **"אין לקבל מצג שווא של נסיון נשיפה כהסכמה אמיתית לבצע בדיקת נשיפה"** (ע"פ 70940/08 **מדינת ישראל נ' אלמוג אקב**, פס' 30 (30.4.2009).

13. אימוץ גישתו של ביהמ"ש קמא עלולה לרוקו את החזקה מכל תוכן, ובפועל תותיר את נטלי הראיה והשכנוע על כתפי המאשימה למרות החזקה הקבועה בדין. בניגוד לדעתו של ביהמ"ש קמא ניסיונות כושלים למתן דגימות נשיפה לא מלמדים כי היה שיתוף פעולה מצד הנבדק, אלא ההפך מכך. שיתוף הפעולה מתקיים במתן דגימות נשיפה תקינות שמאפשרות מדידת ערכי האלכוהול באוויר הנשוף; כישלון במספר ניסיונות יש לזקוף לחובת הנבדק, ודווקא מעיד כי עסקינן בניסיונות שאינם כנים ואף בהכשלה מכוונת.

אף יתרה מכך, במצב דברים זה אין לדרוש מהמאשימה להוכיח פוזיטיבית בראיות נפרדות ועצמאיות היעדרו של שיתוף פעולה (מעבר לכישלון הבדיקות), שכן ספק גדול אם היא יכולה לעמוד בנטל זה.

14. ועוד, משקל רב יש לייחס לעובדה כי הנבדק לא הציג לבדק בזמן אמת, בסמוך לפני או אחרי הבדיקה, את הסיבה הנטענת לכישלון הבדיקה, כגון סיבות רפואיות. אי הגילוי בשלב הבדיקה, כפי עניינו, עלול לסכל את האפשרות להפניית הנבדק לביצועה של בדיקה חלופית, כמו בדיקת דם או שתן; ואף נוטל מעוצמתה של טענת הגנה זו במהלך המשפט.

15. בעניינו, בצד כישלון דגימות הנשיפה קיימות אינדיקציות למכביר המעידות כי המשיב נהג תחת השפעת אלכוהול. ביהמ"ש קמא הזכיר בהכרעת הדין כי בדיקת הנשיפון הייתה חיובית; המשיב הודה כי שתה לפחות חצי כוס בירה; נדף ריח קל של אלכוהול מפי המשיב; ההתרשמות בעקבות מבחני המאפיינים הייתה כי המשיב נמצא תחת השפעה קלה של אלכוהול; המשיב הגיב והתנהג באופן אלים; אין זכר לטענתו לקיומה של בעיה רפואית



שמנעה ממנו ליתן את נפח האוויר הדרוש ולכל אלה יש להוסיף את העובדה שנעשו תשעה ניסיונות למתן דגימת אוויר ובכולם המשיב נכשל.

כישלון הבדיקה כשבצדו חיזוקים רבים ומגוונים, מקים את חזקת השכרות - חזקה שהמשיב לא הצליח להפריך. במצב דברים זה היה נכון להרשיע את המערער בעבירה של נהיגה בשכרות.

סוף דבר

16. מכל האמור, הערעור מתקבל.

17. כפועל יוצא מכך, הכרעת הדין מבוטלת ואני מרשיע את המשיב בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום.

18. ביהמ"ש קמא יקבע לפניו דיון לשמיעת טיעוני הצדדים לעונש ולמתן גזר-דין.

המזכירות תשלח פס"ד זה לצדדים.

ניתנה היום, כ"ט אדר תש"פ, 25 מרץ 2020, בהעדר הצדדים.