|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית משפט השלום בבאר שבע** | | |
|  | | |
| תת"ע 6054-02-15 מדינת ישראל נ' ארזואן יונתן | | 2 מאי 2016 6054-02-15 |
|  | | |
| **השופט** | אלון אופיר | |
|  | | |
| **מאשימה** | מדינת ישראל לשכת תביעות תנועה נגב | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **נאשמים** | ארזואן יונתן ע"י עו"ד אלמוג אזולאי | |

**החלטה**

|  |
| --- |
|  |

בפני בקשה של הנאשם לזכותו מביצוע עבירה של נהיגת רכב בעודו שיכור כהגדרתו בחוק וזאת בהישען על סעיף 158 בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] תשמ"ב-1982 (להלן – חסד"פ).

**נקודת המחלוקת העומדת להכרעה בתמצית -**

לטענת ההגנה, ולאחר סיום פרשת התביעה בתיק זה, אין בידי המדינה ראיות המראות ולו לכאורה כי הנאשם היה שיכור עת נהג רכב ביום 1.1.15 כפי שנטען כלפיו בכתב האישום.

אין חולק כי כנגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו נהיגת רכב ביום 1.1.15 כאשר בדגימת אויר נשוף אשר ניטלה ממנו, נמצא ריכוז של 405 מיקרוגרם אלכוהול בליטר אחד של אויר נשוף.

המדינה בראיותיה במהלך פרשת התביעה נשענה (כפי שהדבר נהוג בד"כ בתיקים מסוג זה) על מערך ראיות כפול הכולל דוח פעולה באכיפת איסור נהיגה בשכרות (להלן – דוח מאפיינים) אשר סומן ת/5 וכן תוצאות בדיקת מכשיר DRAGER ALCOTEST 7110 MKIII IL (להלן – ינשוף) אשר סומנו ת/10.

ביחס לבדיקת המאפיינים טענה ההגנה (ובצדק) כי אין בה כל ראייה המצביעה על מצב של שכרות:

לנאשם לא היה ריח של אלכוהול, הופעתו הייתה מסודרת, הוא הגיב לעניין, הנאשם עבר בהצלחה את מבחני הביצוע ולכן לא ניתן לקבוע או לבסס מצב של שכרות בהישען על ת/5.

ביחס לת/10 העלתה ההגנה טענה (אשר כפי שיוסבר להלן כבר הועלתה ולא הוכרעה בעבר בפסק דין מנחה על ידי בית משפט מחוזי) לפיה כאשר קיים פער העולה על 10% בין תוצאות בדיקה שמבצע מכשיר הינשוף, לפי תקנה 169ז(ב) בתקנות התעבורה, תשכ"א-1961 (להלן- בתקנות) המדובר במדידה פסולה:

תקנה 169ז(ב) בתקנות קובעת מפורשות:

***"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"***

במילים אחרות, טוענת ההגנה כי בפרשה זו ביצע מכשיר הינשוף שתי בדיקות לליטר האוויר הנשוף שמסר הנאשם (בדיקה מסוג EC ובדיקה מסוג IR), ובין שתי מדידות/בדיקות אלה נמצא פער העולה על 10% מבחינת התוצאות שמופיעות בת/10. מצב זה נוגד את הקבוע בחוק, פוסל את תוצאת הבדיקה מלשמש כראייה למצב נטען של שכרות ובהעדר כל ראייה אחרת (שכן דוח המאפיינים אינו מאפשר הרשעה), יש לקבוע כי אין הנאשם צריך להשיב לאשמה.

המדינה בתשובתה לעמדת ההגנה טענה כי למעשה מבצע הינשוף מדידת IR בשני ערכים שונים ואילו בדיקת ה-EC מהווה רק סוג של "בטחון נוסף" לסוג החומר הנמדד.

לשיטת ההגנה יש לפרש את החוק באופן המשווה בין שתי בדיקות ה- IR או בין שתי בדיקות ה- EC ואין לבצע השוואה ב"הצלבה" בין סוג בדיקה אחד לסוג אחר.

במילים אחרות, טוענת המדינה כי אין כל פסול בתוצאות בדיקת הינשוף כפי שהן עולות מת/10 ולכן גם בהיעדר ראייה למצב שכרות כפועל יוצא של ת/5, הרי שניתן לבסס ראיות לכאורה נגד הנאשם בהישען על תוצאות הינשוף בת/10.

**תיאור המצב המשפטי ביחס לטענות הצדדים בהרחבה –**

לצורך הבנת טענות הצדדים, אבחן להלן את המצב החקיקתי ופסיקתי ביחס לסוגיה שהעלתה ההגנה: הוראות החוק והתקנות - סעיף 62 בפקודת התעבורה [נוסח חדש] תשכ"א-1961 (להלן – הפקודה) מונה שורה של עבירות, כאשר אחת מהן היא זו שלפי סעיף-קטן (3): "הוא שיכור בהיותו נוהג של רכב, או בהיותו ממונה על הרכב, בדרך או במקום ציבורי..."

**"שיכור", על-פי סעיף 64ב לפקודה, הוא אחד מאלה:**

**(1) מי ששותה משקה משכר בעת נהיגה או בעת שהוא ממונה על הרכב;**

**(2) מי שבגופו מצוי סם מסוכן או תוצרי חילוף חומרים של סם מסוכן;**

**(3) מי שבגופו מצוי אלכוהול בריכוז הגבוה מהריכוז שקבע שר התחבורה, בהתייעצות עם שר הבריאות ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת;**

**(4) מי שנתון תחת השפעת משקה משכר או תחת השפעת סם מסוכן, ובלבד שבבדיקת מעבדה לא נמצא שריכוז האלכוהול בדמו נמוך מהסף שנקבע בתקנות לפי פסקה (3)."**

תקנה 169ב(א) לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961 (להלן – התקנות) קובעת:

**"לא ינהג אדם רכב בדרך או במקום ציבורי ולא יניעו אם הוא שיכור".**

תקנת-משנה (ג) לתקנה הנ"ל קובעת כי לעניין סעיפים 62(3) או 64ב לפקודת התעבורה –

**"יראו אדם שיכור אם הוא נתון תחת השפעה של סמים משכרים או**

**מסוכנים או אם ריכוז האלכוהול אצלו עולה על המידה הקבועה".**

ומהי אותה "המידה הקבועה"?

לפי תקנה 169א לתקנות ייחשב אדם שיכור אם ריכוז האלכוהול בדמו עולה על 50 מיליגרם אלכוהול במאה מיליליטר דם; או אם ריכוז האלכוהול באוויר שברֵאותיו עולה על 240 מיקרוגרם בליטר אוויר נשוף.

דבר מחוקק-המשנה הוא אפוא כי ריכוז אלכוהול באוויר נשוף מרֵאותיו של נהג בשיעור העולה על 240 מיקרוגרם לליטר אוויר הרי הוא שכרות, ומי אשר נוהג במצב גופני שכזה עובר עבירה של נהיגה בשכרות.

**לצורך מציאת מידת/כמות האלכוהול בדגימת אויר הניטלת מחשוד, עושה משטרת ישראל שימוש במכשיר ה"ינשוף".**

**בעפ"ת 25457-04-10 מדינת ישראל נגד עינת מלכה עוזרי** (להלן – פרשת עוזרי)

דן בית המשפט המחוזי (ירושלים) בהרכב של שלושה שופטים בהחלטת בית משפט השלום (שגם הוא דן בפרשת עוזרי בהרכב של שלושה שופטים) תוך שקבע בפסיקה מנחה את עקרונות השימוש במכשיר הינשוף.

הכרעת בית המשפט המחוזי בערעור המדינה, אמורה הייתה לשים סוף פסוק לכל הסוגיות המשפטיות אשר העסיקו שנים את מותבי התעבורה ברחבי הארץ ככל שהדבר קשור היה לשאלת אמינותו של מכשיר הינשוף ככזה המסוגל לתת תוצאת בדיקת אויר נשוף לגילוי אלכוהול ברמת וודאות המספיקה להליך פלילי.

**וכך קבע בית המשפט המחוזי (ירושלים) בכל הקשור למכשיר הינשוף:**

**"מכשיר הינשוף (Alcotest 7110 Type MK III IL) (להלן – הינשוף ) הנמצא בשימוש משטרת ישראל נועד למדידת כמות אלכוהול באמצעות נשיפה. הינשוף מיוצר על-ידי חברת דרגר (Dr&auml;ger) הגרמנית. באב-הטיפוס של המכשיר נעשו התאמות שונות לפי דרישת משטרת ישראל, ומכאן הסיומת IL שזכה בה. האחזקה השוטפת והתיקונים של מכשירי הינשוף שבשימוש משטרת ישראל נעשים על-ידי מעבדת מחלקת התנועה במשטרה.**

**כך פועל הינשוף: הנבדק נושף אוויר מרֵאותיו אל צינורית אשר מחוברת למכשיר, באמצעות פּיה 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 המזוהה. 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. תוצאות הבדיקה נרשמות ביחידות של 5 מק"ג. המכשיר 'מעגל' את התוצאות באופן אוטומטי כלפי מטה. למשל: תוצאה של 293 מק"ג תוצג כ-290 מק"ג. לצורך אימות כיוּלו של המכשיר נעשית לו בדיקת אימות אחת ליממה. גז יבש עם שיעור אלכוהול ידוע מוזרם אל תוך המכשיר מתוך בלון אימות, שהריכוז בו הוא בדרך כלל 350 מק"ג. אם זיהה המכשיר פער גדול מ-5% בין מדידתו-שלו לבין השיעור הידוע, הנקוב על הבלון עצמו, יודיע המכשיר על קיומה של תקלה ויינעל....**

**בית משפט קמא השתכנע כי הינשוף מבצע את מלאכתו נאמנה ובאופן מדויק ברוב המוחלט של הבדיקות.**

**בהקשר זה קבע בית משפט קמא, כי הינשוף מסוגל לזהות מצב שבו מצוי אלכוהול בפיו של הנבדק. לפיכך אין לחשוש להטיית תוצאות הבדיקה בגינו. יתר על-כן, זמן ההמתנה של 15 הדקות עד לביצוע בדיקת הינשוף – ללא אוכל וללא משקה – על-פי הוראות היצרן, מעניק הגנה נוספת מפני חשש לקבלת תוצאה שגויה בשל שיירי אלכוהול בפיו של הנבדק. עוד קבע בית משפט קמא כי שיטת הבדיקה – שעל מרכיביה נעמוד להלן ביתר פירוט והסבר – המשלבת בין הגלאי האלקטרו-כימי (EC) לבין גלאי האינפרא-אדום (IR) מונעת תקלות של זיהוי חומרים שאינם אלכוהוליים. כמו-כן נפסק כי רף האכיפה החדש שנקבע בפסק דינו (400 מק"ג) פותר לחלוטין את בעיית לחות הסביבה, ככל שזו קיימת, בתנאים סביבתיים של לחות גבוהה במיוחד (מעל 90%) או נמוכה במיוחד (מתחת 20%). עוד נקבע בפסק הדין, כי ההפרש בין טמפרטורת הגוף לבין טמפרטורת הסביבה אינו משפיע השפעה של ממש על התוצאה המתקבלת בינשוף. בית משפט קמא דחה גם את הטענה כי 'עיגול' תוצאות הבדיקה כלפי מטה ביחידות של חמישה מק"ג גורם לאפשרות של פער גדול מ-10% בין תוצאות מדידת שני החיישנים (EC ו-IR) הנ"ל. מדובר למשל במצב שהפער בין תוצאות שתי הבדיקות עומד על 10%, אך לאמיתו של דבר היה הפער גדול במקצת, ותוקן רק בגלל 'עיגול' התוצאות של הינשוף כלפי מטה ביחידות של חמישה מק"ג (אשר נועד לטובת הנבדק). אלא שנמצא כי ההשוואה בין המדידות נעשית לפני ה'עיגול' הנ"ל, וממילא אין בסיס לחשש שהעלתה המשיבה בעניין זה. גם טענת המשיבה באשר להשפעת השונוּת שבין מהירות הזרימה של האוויר של נבדק לבין זו של בלון הכיול נדחתה על-ידי בית משפט קמא, משום שהאוויר המוזרם למכשיר נאסף בתא מדידה עובר לבדיקתו, ובשל כך אין משמעות לקצב זרימתו. הדרישה לחייב את משטרת ישראל בחיבור מקלדת לינשוף אשר באמצעותה יוזנו הנתונים הרלוונטיים, הן במסגרת כיול המכשיר, הן במסגרת הבדיקה - נדחתה אף היא. בנוסף לכך קבע בית משפט קמא כי אין מניעה מלהשתמש בגז יבש לצורך כיול ואימות המכשיר, שכן מדובר בשיטה מדעית מקובלת בעולם, בּדוּקה ומוּכחת. אשר לבדיקת האימות, קבע בית משפט קמא כי אין לדרוש מן המשטרה לבצע בדיקת אימות לפני כל מדידה, שכן הינשוף מתפקד כמכשיר נייד, ואמינותו אינה נפגעת מחמת ניידותו.**

**יחד עם זאת, טענות אחדות שטענה המשיבה על אודות הליקויים הטכניים שבינשוף, התקבלו על דעתו של בית משפט קמא. בהסתמך עליהן קבע כי הרף לאכיפה יעמוד על 400 מק"ג אלכוהול לליטר אוויר נשוף. אֵלו הן הטענות שהתקבלו, ואשר עיקר טענותיה של המדינה בערעורה מכוּונות נגדן:**

**(א) אי רישום תוצאת בדיקתו של הגלאי האלקטרו-כימי (EC)**

**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 פִּיית המכשיר. אם הפער בין תוצאות שתי המדידות אינו עולה על 10%, תֵחשב 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%, תֵחשב הבדיקה לתקינה. שיעור ההפרש בין תוצאת המדידה האלקטרו-כימית לבין תוצאת מדידת האינפרא-אדום אף אינו נרשם. בית משפט קמא קיבל את טענת המשיבה כי אי-רישום תוצאת הבדיקה האלקטרו-כימית (EC) יכול לפגוע בזכויות הנבדקים, שכן ישנה אפשרות כי בגלאי האלקטרו-כימי (EC) נמדד שיעור אלכוהול הנמוך בכמעט 10% מן התוצאות שהוצגו בבדיקות חיישן ה-IR. מתוך הנחה כי יש לייחס מהימנות גם לבדיקה האלקטרו-כימית, קבע בית משפט קמא, כי מן הראוי שגם תוצאת בדיקת החיישן האלקטרו-כימי (EC) תבוא לידי ביטוי מפורש על גבי פלט הנתונים המודפס בגמר הבדיקה, כך שניתן יהיה להתחשב בה אם תהא נמוכה יותר. כל עוד תוצאת הבדיקה האלקטרו-כימית (EC) אינה נרשמת, יש לקחת בחשבון את האפשרות הנ"ל, ולהפחית באופן קבוע 10% מן התוצאה הסופית המוצגת על גבי צג המכשיר....**

**ניגש איפוא לבחון את הכרעותיו של בית משפט קמא לגופן, כשנקודת המוצא היא שתוצאת בדיקת הינשוף הריהי ראיה קבילה בהליך פלילי, בהתאם לתקנה 169ד(ב) לתקנות, והרמה הראייתית הנדרשת היא זו שמעבר לכל ספק סביר....**

**מצאנו לנכון לקבל את טענות המדינה בערעורה בכל הנוגע לשולי אי-הוודאות הספציפיים שקבע בית משפט קמא, ביחס לשני עניינים: האחד – אי-רישום תוצאת בדיקתו של הגלאי האלקטרו-כימי (EC); והשני – החלת מודל "חצוצרת הורוביץ". לעומת זאת, לא מצאנו מקום לקבל את עיקרי טענת המדינה נגד קביעות בית משפט קמא באשר לשולי אי-הוודאות שיש להביא בחשבון בגין אי-דיוק בלוני הכיול, למעט בהיבט אחד: העמדת שולי אי-הוודאות בעניין זה על 7% חלף 10% שקבע בית משפט קמא. נפרט להלן את מסקנותינו אלה:**

**אי-רישום תוצאת בדיקתו של הגלאי האלקטרו-כימי (EC)**

**המדינה קובלת על כי בית משפט קמא לקח בחשבון את המקרה הקיצוני ביותר כבסיס לקביעתו – את המצב שבו ימדוד הגלאי האלקטרו-כימי 10% פחות מן התוצאה הנמוכה מבין שתי מדידות חיישן האינפרא-אדום (IR). המדינה מדגישה כי במדינות רבות לא נעשה כלל שימוש בבדיקה אלקטרו-כימית, ומסתפקים בהן בבדיקת אינפרא-אדום אחת. נזכיר ונציין כי בדיקת ה- IRנעשית באופן שהינשוף מקרין גלי אור אינפרא-אדום על האוויר המכיל אדי אלכוהול ובודק את כמות גלי האור אשר עברו דרך האוויר. לעומת זאת, בדיקת ה- ECנעשית באופן שבתא האלקטרו-כימי שאליו מוזרם האוויר המכיל אדי אלכוהול, נמדדת עוצמת התגובה באלקטרודות.**

**אכן, יש ממש בטענות המדינה בעניין זה. בית משפט קמא עצמו קבע כי בדיקת הגלאי האלקטרו-כימי (EC) לא נועדה אלא לשם בקרה. גלאי האינפרא-אדום (IR) אינו מזהה איזהו החומר העכור הנמדד במכשיר, אלא רק מסוגל לקבוע – ברמת דיוק גבוהה למדיי – מהו שיעורו. על מנת לצאת ידי ספק שמא אין מדובר באלכוהול אלא בחומר אחר, נעשית בדיקה גם באמצעות גלאי אלקטרו-כימי, המסוגל לאפיין כי אכן מדובר באלכוהול. יצרן הינשוף מייצר גם מכשירים שאין בהם גלאי אלקטרו-כימי כלל, ומדינות רבות בעולם משתמשות בהם ומסתמכות עליהם דבר יום-ביומו. גם בסטנדרד הבין-לאומי נדרש גלאי אינפרא-אדום בלבד. המדינה החמירה עם עצמה, במובן זה שהזמינה מכשיר מדגם שעושה גם בדיקה אלקטרו-כימית, בנוסף לבדיקת האינפרא-אדום. עם זאת, הגלאי האלקטרו-כימי איננו מדוייק במידה שגלאי האינפרא-אדום מדייק (אסמכתאות לכך מן הפסיקה בחו"ל ומדברי המומחה ד"ר יורגן זוהייש צויינו בה"ש 13 בפיסקה 45 להודעת הערעור). לפיכך מתוכנת הינשוף כך שרק אם ישנו פער בשיעור העולה על 10% בין תוצאות המדידה של שני הגלאים, ייחשב הדבר לטעות המצדיקה את פסילת המדידה.**

**בית משפט קמא הסיק מכך כי ייתכן מצב שבו כמות האלכוהול האמיתית היא זו שלפי בדיקת הגלאי האלקטרו-כימי, בה בעת שגלאי האינפרא-אדום יראה תוצאה גבוהה ב-10%, ועל-כן קבע כי יש להוסיף מרווח ביטחון של 10% לכל מדידה.**

**בזאת ראינו להתערב ולשנות מפסיקת בית משפט קמא, משום שהמדידה המדוייקת יותר, כאמור, היא מדידת האינפרא-אדום. המכשיר מודד פעמיים מדידת אינפרא-אדום, ולוקח בחשבון את התוצאה הנמוכה מבין השתיים; לטובת הנהג הנבדק. המדידה האלקטרו-כימית נועדה, כאמור, לבקרה בלבד, ואין הצדקה להפוך את מנגנון הבקרה לעיקר. הוא לא נועד אלא כדי למנוע טעויות גסות (בזיהוי החומר); לא כדי ליתן תוצאות מדוייקות (לגבי שיעורו). הערעור מתקבל אפוא בעניין תוספת טווח הביטחון בשל המדידה האלקטרו-כימית.**

**מעבר לנדרש נציין כי המדינה הודיעה במהלך הדיון בערעור, כי בניגוד לדרך שבה פעלה עד כה, תתחיל מעתה לציין בפלט המכשיר גם את תוצאות בדיקת הגלאי האלקטרו-כימי, בהתאם להמלצת בית משפט קמא. שאלת מעמדן של התוצאות הללו – האם יילקחו בחשבון אם לאו – עדיין נתונה בבחינה (עמוד 74 לפרוטוקול). דבר זה לא נצרך, כאמור, לצורך הכרעתנו, אך נתוני בדיקת הגלאי האלקטרו-כימי יהיו גלויים וידועים מעתה לנהג הנבדק, ואף אם המשטרה לא תיקח אותם בחשבון, יוכל הוא-עצמו לבקש להסתמך עליהם או לטעון לגביהם בהליך המשפטי במידה שיחפוץ.**

מן המתואר לעיל בפרשת עוזרי עולה כי בית המשפט הבין והיה מודע לעובדה כי מכשיר הינשוף מתוכנת שלא לרשום את תוצאות בדיקות ה-EC על פלט הבדיקה ונוכח הצהרת המדינה כי להבא תשנה את תכנות המכשיר כך שתוצאות אלה יירשמו, בחר בית המשפט שלא להכריע בסיטואציה עתידית (שלא הייתה קיימת עדיין בפרשת עוזרי) והיא נפקותן של תוצאות אלה אם יופיעו בעתיד בפלטים.

בית המשפט המחוזי כן קבע כי אם בעתיד יירשמו תוצאות בדיקת ה- EC על פלט הינשוף, או אז יהיה רשאי הנהג (הנאשם) לבקש להסתמך עליהם או לטעון לגביהם בהליך המשפטי ככל שיחפוץ.

והנה הגיע ההליך המשפטי בו "הרימה ההגנה את הכפפה" אותה השאיר בית המשפט המחוזי ללא הכרעה.

טרם אמשיך בניתוח טענות ההגנה ובהכרעתי בטענות אלה, ראוי להדגיש כי לאחר פרשת עוזרי משטרת ישראל אכן עמדה בהבטחתה, שינתה את תכנות מכשיר הינשוף, ולאחר הפסיקה בפרשת עוזרי מופיע על כל פלט ינשוף (כפי שניתן לראות בברור בת/10) ערכי בדיקת ה-IR ולצד בדיקות אלה מופיעות התוצאות של בדיקת ה-EC.

**עמדת ההגנה בהרחבה בהישען על החוק והפסיקה בעניין עוזרי –**

ההגנה בטיעוניה טוענת טענה משפטית פשוטה הנשענת על תקנה 169ז(ב) בתקנות התעבורה.

אין חולק כי החוק אוסר פער של יותר מ-10% בין תוצאות בדיקה כפולה של אויר נשוף המבוצעת לנהג.

החוק שותק ואינו מגדיר אילו מבין הבדיקות המבוצעות לנהג יש להשוות ולבדוק כי פער שאינו עולה על 10% אכן נשמר.

בכל נשיפה שנושף חשוד למכשיר ינשוף מתקבלים שני ערכי אלכוהול הנובעים כל אחד מבדיקה אחרת – תוצאה לבדיקת EC ותוצאה לבדיקת IR.

מאחר והחוק מחייב ביצוע שתי נשיפות (רק שתי נשיפות – בדיקה כפולה לריכוז אלכוהול – תחשב בדיקה תקינה) יופיעו לאחר הנשיפה השנייה שתי תוצאות נוספות של רמת אלכוהול, תוצאת בדיקת ה- EC ותוצאת בדיקת ה -IR.

במצב המתואר לעיל, בכל בדיקת ינשוף יופיעו בפלט הרלוונטי 4 תוצאות ערכי רמת אלכוהול של בדיקות ליטר אויר נשוף ראשון (2 ערכים) וליטר אויר נשוף שני (2 ערכים נוספים).

לשיטת ההגנה, ולאור שתיקת המחוקק על רקע ההחלטה של בית המשפט המחוזי בפרשת עוזרי, אסור שיהיה פער של יותר מ-10% בין כל אחת מארבעת הבדיקות לכל בדיקה אחרת בתוך אותה רביעייה.

ההגנה מחזקת טענתה בהצגת נוהל מכשיר הינשוף (בעברית ובאנגלית) לפיו בתום תהליך מוצלח של מדידת חשוד, יציג המכשיר כתוצאת אלכוהול רלוונטית את התוצאה הנמוכה מבין ארבעת התוצאות.

משטרת ישראל בתגובתה לטענה זו של ההגנה לא הכחישה טענה זו ולמעשה אין חולק כי מכשיר הינשוף וכתב האישום הנובע מתוצאותיו מייחס לנאשם את ערך האלכוהול הנמדד הנמוך ביותר מבין ארבעת תוצאות הבדיקות שמבצע הינשוף.

**דיון והכרעה בטענות ההגנה אל מול תגובת המדינה -**

בכדי להכריע בטענה שמעלה ההגנה בפרשה זו, החלטתי לבחון את הטענה "מחוץ לקופסה".

מאחר והמדובר בסוגיה העוסקת במדידה מדעית של ריכוז חומר ובשאלת דיוק התוצאה של אותו ריכוז נטען, לא שונה הדבר בעיני ממדידה של כל ערך אחר דוגמת משקל ושאלת הדיוק במדידה זו.

לצורך הבנת הטענה נניח כי אנו מבקשים לדעת את משקלה המדויק של אבן ספציפית.

החוק יקבע כי לצורך קבלת דיוק מירבי של תוצאת השקילה תבוצע זו באמצעות שתי שקילות נפרדות ובלתי תלויות. נניח כי הגוף השוקל (וכדי לדייק ככל הניתן את תוצאות השקילה) מחליט לעשות שימוש במאזניים דיגיטליות וגם במאזני קפיץ. בדיקה זו תבוצע פעמיים בכל מאזניים.

נניח כי החוק יאסור פער העולה על 10% בין תוצאות השקילות, שכן פער כזה יעיד על חוסר דיוק בהכרח של התוצאה המוצגת.

בהנחה שמשקלה האמיתי הנכון של האבן יהיה 100 קילו, הרי שכל ארבעת התוצאות שנקבל בשני מכשירי השקילה יהיו צריכות להיות בפער שלא יעלה על סטייה של 10% זו מזו.

במילים אחרות – תוצאות שקילה 90, 95, 101, 102 יתקבלו כתקינות ואילו תוצאות

90, 95, 110, 100 יהיו בלתי תקינות שכן קיים פער של יותר מעשרה אחוז בין שתיים מהבדיקות הקיצוניות (בין 90 ל- 110).

האם יהיה זה סביר לטעון כי בשל העובדה כי שתיים מהבדיקות בוצעו במשקל דיגיטאלי ושתיים במאזני קפיץ תהיה הצדקה שלא להשוות את כל ארבעת הבדיקות?

ככל שהגוף השוקל בחר לבחון את משקל האבן באמצעות שתי שיטות שקילה המניבות תוצאה, אמור הוא לעמוד מאחורי תוצאות אלה ככפופות לתנאי של היעדר סטייה גדולה מדי בין התוצאות.

האבן היא אותה האבן, משקלה הוא אחד, וככל ששיטות השקילה שונות, עדיין צריכות הן להניב תוצאה שהפער ביניהן לא יעלה על 10%.

**ומהדוגמה לעיל בחזרה למכשיר הינשוף –**

טוענת המדינה, וגם בית המשפט בפרשת עוזרי (מקבל טענה זו) כי בדיקת ה-EC פחות מדוייקת מבדיקת ה-IR, ולמעשה תפקידה המרכזי הוא לאמת כי ה"חומר" הנמדד הוא אכן אלכוהול ולא חומר אחר. בדיקת ה-IR, היא לשיטת המדינה זו אשר מבצעת את דיוק המדידה ושם אסור שיהיה פער של 10% בין שתי תוצאות ה- IR.

המדינה מאשרת כי מכשיר הינשוף יפסול אוטומטית כל סטייה העולה על 10% בין בדיקות ה-IR.

אולם, טענת המדינה בפרשת עוזרי וגם בתשובתה לטענות ההגנה בפרשה זו, לחלוטין אינה עולה בקנה אחד עם הראיות שהציגה בת/10 ועם אופן הפעלת מכשיר הינשוף הלכה למעשה לאחר פרשת עוזרי:

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 חיישן ה-EC כאינדיקטור כללי לנוכחות אלכוהול אלא כחיישן 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 רק למדידת ה-IR האחרת 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.

מרגע שהחלה המשטרה (וטוב שכך) להציג גם את תוצאות בדיקת ה- EC, רשאי נאשם לפי החלטת בית המשפט המחוזי להישען גם על ערך מוצג זה לטובתו ככל שערך זה אינו עולה בקנה אחד עם הוראת החוק המפורשת.

לו היה המחוקק מתקן את החוק (את תקנה 169ז(ב) ) וקובע כי יש להתעלם מבדיקת ה-EC או לחליפים 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.

**ומן הכלל אל הפרט –**

לנאשם בפרשה זו בוצעו שתי נשיפות למכשיר ינשוף.

בנשיפה הראשונה בשעה 01:07 נמצאה רמה של 450 מיקרוגרם אלכוהול בבדיקת IR.

בנשיפה השנייה בשעה 01:10 נמצאה רמה של 405 מיקרוגרם אלכוהול בבדיקת EC.

החוק אינו מגדיר האם הפער של 10% ימדד מהערך הנמוך לגבוה או ההפך (ומתמטית יש לכך חשיבות עצומה) 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.

בפרשה זו 450 מיקרוגרם אלכוהול מהווה חריגה אסורה לפי תקנה 169 ז (ב) ולכן מדידת הינשוף בתיק זה נפסלת על ידי מלשמש כראייה למצב של שכרות כנגד הנאשם.

בהינתן כי בדיקת המאפיינים תקינה לחלוטין, נותרה המדינה ללא ראיות לכאורה נגד הנאשם בכל הקשור להגדרתו כשיכור.

**במצב הדברים, טענת ההגנה שלא להשיב לאשמה מתקבלת על ידי.**

**אני מזכה את הנאשם מהאישום המיוחס לו בפרשה זו.**

זכות ערעור לצדדים תוך 45 יום מהיום.

ניתנה היום, כ"ד ניסן תשע"ו, 02 מאי 2016, בנוכחות הצדדים.

