

עפ"ת 31895/05/23 - מחמוד אבו רומי, נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"ת 31895-05-23 אבו רומי נ' מדינת ישראל
תיק חיצוני: 10251258330

18/07/2023

בפני **כבוד השופט מאזן דאוד**
המערער **מחמוד אבו רומי,**
נגד **מדינת ישראל**
משיבים
ב"כ המערער: עו"ד שלומי בלומנפלד
ב"כ המשיבה: עו"ד שקמה נחמיאס מפרקליטות מחוז חיפה פלילי

פסק דין

א. מבוא:

1. לפני ערעור על פסק הדין של בית משפט השלום לתעבורה בחיפה, שניתן על ידי כבוד השופטת כרמית פאר גינת, בתיק תת"ע 11337-11-18 (להלן: "**בית משפט קמא**").
2. הכרעת הדין ניתנה ביום 30.11.22 וגזר הדין ניתן ביום 30.3.23.
3. המערער הורשע לאחר שמיעת ראיות, בעבירה של נהיגה בשכרות, לפי סעיפים 62(3), 64ב(א)(3) ו-39א לפקודת התעבורה (נוסח חדש), התשכ"א-1961 (להלן-"**הפקודה**") ותקנה 169א(1) לתקנות התעבורה, התשכ"א - 1961 (להלן: "**התקנות**").
4. המערער נידון ל-24 חודשי פסילת רישיון נהיגה במצטבר להפעלת פסילה מותנית בת 5 חודשים, 6 חודשי פסילה על תנאי למשך 3 שנים, הארכת המאסר המותנה בן ה- 5 חודשים בשנתיים נוספות ולקנס בסך של 1,500 ₪.
5. הערעור מופנה כלפי הכרעת הדין ולחילופין כלפי גזר הדין.

ב. ההליך בבית משפט קמא

6. בכתב האישום שהוגש כנגד המערער נטען כי, ביום 10.11.18 בשעה 02:30 נהג המערער ברכב מסוג "מרצדס" בכביש 75, ק"מ 44 ממערב, בדרך או במקום ציבורי בהיותו שיכור, בכך שבדגימת אוויר נשוף שלו נמצא כי ריכוז האלכוהול בליטר אחד של אוויר נשוף הינו 352 מ"ג, העולה על ריכוז של 240 מ"ג שנקבע בתקנות.
7. בדיון ביום 3.11.19 כפר הסנגור בשם המערער בעובדות כתב האישום. הסנגור ציין כי המערער מודה בנהיגה, וכופר ביתר העובדות, לרבות מהימנות המפעיל, תקינות המכשיר ובכך שהמערער היה שיכור.
8. ביום 28.2.21 חזר המערער מכפירתו, הצדדים הודיעו כי הגיעו להסדר טיעון והמערער הורשע בעבירה המיוחסת לו בכתב האישום המתוקן. בדיון ביום 18.5.21 נדונה בקשתו של בא-כוחו החדש של המערער לחזור מהודאה ובית משפט קמא קבע כי ניתן יהיה לחזור מהודאה בכפוף לתשלום הוצאות בסך 2,000 ש"ח.
9. מטעם המשיבה העידו רס"ר אמיר עזאם (להלן: "השוטר") ורס"מ פנחס פולק (להלן: "המפעיל"). כמו כן הוגשו, בין היתר, המסמכים הבאים: הזמנה לדין, דו"ח פעולה באכיפת איסור נהיגה בשכרות כולל תחקור חשוד, דו"ח עיכוב, דו"ח בדיקת שכרות באמצעות מכשיר ינשוף, פלט בדיקת הינשוף של המערער, פלטי בקרת כיוול ותעודת בלון. מטעם ההגנה העיד המערער.
10. בית משפט קמא לאחר שעיין בראיות ושמע את העדים הגיע למסקנה שהמשיבה הצליחה להוכיח את עובדות כתב האישום מעבר לספק סביר וכי המערער ביצע בדיקת ינשוף תקינה שנערכה ע"י מפעיל מיומן, לאחר שנערכו כל הבדיקות הנדרשות ובלי שהמערער ביצע אחת מהפעולות האסורות במשך למעלה מ- 15 דקות עובר לבדיקה.
11. בית משפט קמא ציין כי התרשם מעדויותיהם של השוטר והמפעיל שהיו סדורות, עקביות ואמינות. באשר לגרסת המערער ציין בית משפט קמא כי גרסתו משתלבת בגרסתם של השוטר והמפעיל ואינה סותרת אותה והיא מחזקת את ראיות המשיבה.
12. בית משפט קמא התייחס לטענה המקדמית של הגנה מן הצדק שהעלה המערער בגין התנהלות המשיבה שיש בכוחה לשיטתו כדי לבטל את כתב האישום. המערער ציין כי הוא נעצר לבדיקה מבלי שמעצרו היה נעוץ בחשד כלשהו לביצוע העבירה אלא באופן אקראי ולכן לא היה מקום לעכבו למשך עד 3 שעות אלא למשך עד חצי שעה בלבד.

13. בית משפט קמא סבר כי ניתן להצביע על חשד סביר להיותו של המערער שיכור, שהוא מעבר לרף הנדרש בפקודה של חשד בלבד, אשר הוביל את השוטרים לעיכובו לצורך בדיקת הינשוף וציין כי בדיקת נשיפון שהעלתה אינדיקציה לשכרות יש בכוחה כדי לבסס חשד סביר להיותו של המערער שיכור, הגם שאין ברשות המשיבה מסמך המעיד כי מכשיר הנשיפון כויל או נבדק כראוי.

14. בית משפט קמא ציין כי משך עיכובו של המערער חרג ב- 5 דקות מפרק הזמן הנדרש בחוק ואשר נועד למילוי טפסים, אולם תוצאת בדיקת הינשוף שהצביעה על שכרותו של המערער התקבלה בשעה 3:14, כלומר במסגרת 3 השעות המותרות לצורך העיכוב. עוד ציין בית משפט קמא כי הגם אם משך העיכוב לא היה תקין אין הדבר מצדיק את ביטולו של כתב האישום אלא יש לשקול נתון זה עם נתונים נוספים והגיע למסקנה כי יישום המבחנים הקבועים בפסיקה אינו מוביל לפסילת הראיה.

ג. תמצית טענות המערער

15. לטענת הסניגור המלומד, המערער עוכב אקראית ונערכה לו בדיקת נשיפון אשר תוצאותיה לבדן הביאו ללידתו של החשד הסביר שבעקבותיו עוכב המערער לפרק זמן העולה, לא רק על חצי שעה אלא אף על פרק הזמן של שלוש שעות.

16. הסנגור הפנה לנוהל את"ן של משטרת ישראל (מספר 02.231.14) שדן בעיכוב נהג שם נאמר:

"1. משך עיכוב הנהג החשוד כשיכור יהיה בהתאם לצורך ולא יעלה על שלוש שעות.

2. שוטר רשאי לדרוש בדיקת "ינשוף" גם מנהג שאינו חשוד כשיכור (בדיקה אקראית"), ואולם במקרה כזה, משך העיכוב לבדיקה לא יעלה על חצי שעה כאשר משך העיכוב לבדיקה לא יעלה על חצי שעה.

3. נעצר הנהג באופן אקראי לבדיקה ולאחר מכן עלה חשד לשכרות, בין אם בבדיקת נשיפון ובין אם בדרך אחרת, משך עיכוב הנהג לשם ביצוע בדיקת שכרות (נשיפה ו/או דם ו/או שתן) יהיה בהתאם לצורך ועד שלוש שעות"

17. עוד טען הסנגור כי המשיבה איננה מוסרת להגנה ואף איננה שומרת את הנתונים מהם ניתן לדעת באם תוצאות מכשיר הנשיפון אשר שימשו יסוד לחשד סביר היו נכונות או לא וכל שנמסר להגנה הינה תוצאות בדיקת הנשיפון. לטענתו, באופן בו מתנהלת המשיבה, אין להגנה כל דרך לדעת באם מכשיר הנשיפון היה תקין אם לאו, אם הבדיקה נעשתה כראוי ואם עורך הבדיקה היה מוסמך לעורכה. כמו כן אין להגנה כל דרך לנסות לתקוף את קיומו של החשד הסביר שנוצר עקב בדיקת נשיפון.

18 הסנגור סבור כי נוכח התנהלות המשיבה ושיטת עבודתה, ראוי ונכון להחלטת וקבלת טענת "הגנה מן הצדק", הן לאור חומרת הפגם; הן לאור סוג העבירות; הן לאור העובדה שבשיטת עבודה החוזרת על עצמה עסקינן.

19 בטיעונו בפני ציין הסנגור כי הראיות האחרות שקיימות בתיק (כמו ריח אלכוהול, סימנים חיצוניים ובדיקת הנשיפה), באו לאחר החשד הסביר של מכשיר הנשיפון.

20. מנגד, ביקשה המשיבה לדחות את הערעור ולהשאיר את פסק דינו של בית משפט קמא על כנו.

21. המשיבה ציינה כי אין חולק כי בדיקת הנשיפון לא היתה ראויה להרשעת המערער, אלא אידיקציה בלבד לחשד להיותו שיכור וכי המדובר במכשיר חד פעמי שהמטרה זורקת אותו לאחר שימוש. עוד ציינה המשיבה כי בדיקת הנשיפון ביססה את החשד לפיו עבר המערער לבדיקת ינשוף, אך הרשעת המערער לא התבססה על סמך בדיקת הנשיפון. לכן, אין חובה על המדינה להציג מסמכים אודות תקינות מכשיר הנשיפון.

22. עוד ציינה המדינה כי החשד בוסס לא רק על בדיקת הנשיפון, אלא גם על ריח אלכוהול וסימנים חיצוניים.

ד. דין והכרעה:

23. לאחר שעיינתי בהודעת הערעור, בראיות שהוגשו לבית משפט קמא, בהכרעת הדין, בגזר הדין ושמעתי את טענות הצדדים, אני מחליט לדחות את הערעור על שני חלקיו.

דין בערעור על הכרעת הדין:

24. תחילה יש לציין כי החוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 72) התשס"ו - 2005 שפורסם ביום 15.12.06, בספר החוקים 2040, בעמ' 91 (להלן: "**התיקון**") חולל מהפך בהסדר בדיקת השכרות, כך שעיקר השינוי הרלוונטי לענייננו שתיקן את סעיף 64 לפקודה, מתייחס לשימוש בבדיקת נשיפה כמכשיר עיקרי והטלת חובה על כל נהג להיבדק בבדיקת נשיפה גם ללא חשד שהוא.

25. על פי התיקון החדש נקבע בסעיף 64ב(א) לפקודה:

"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 השר 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".

כן נקבע בסעיף 64ב(ג) לפקודה כי:

"השר ושר הבריאות רשאים, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, להתקין תקנות בעניינים אלה:

(1) (נמחקה);

(2) שיטות לבדיקת האלכוהול או הסם בהתאם להוראות סעיף זה;

(3) אופן נטילת הדגימות לפי סעיף זה ובדיקתן, מקומות הבדיקות ותעודות שיינתנו על תוצאות בדיקה"

בהמשך נקבע בסעיף 64ב(ד) לפקודה כי:

"בית המשפט הדן בעבירה לפי סעיף 62(3) רשאי לקבל כראיה תעודה שניתנה לפי סעיף קטן (ג)(3)".

26. מהוראות הסעיפים הנ"ל עולה כי מכשיר הנשיפה שנמדד ושהוכנס לשירות וניתן לו תוקף על ידי שר התחבורה הוא בחזקת מכשיר אמין אלא אם הוכח אחרת ובענייננו אין חולק כי מכשיר הנשיפה הוא מכשיר אמין ואין חולק על כך כי תוצאות הבדיקה של מכשיר הנשוף יש בכוחן כדי להביא להרשעת המערער.

27. עיקר המחלוקת סב סביב טענת המערער להגנה מן הצדק בגין ההתנהלות המשיבה ואי שמירת הנתונים המתייחסים לתקינות מכשיר הנשיפון שמנעו מן המערער באופן שיטתי את האפשרות לתקוף את החשד הסביר שנולד בעקבות תוצאות בדיקת הנשיפון.

28. כפי שציינתי לעיל, אחד השינויים העיקריים בתיקון סעיף 64ב לפקודה הינו הטלת חובה על כל נהג להיבדק בבדיקת נשיפה ואפילו אם אין לשוטר יסוד לחשוד בו שהוא שיכור וכדברי המחוקק בסיפא של סעיף 64א(1) לפקודה: "... שוטר רשאי לדרוש מתן דגימה לפי סעיף זה אף בהעדר חשד כי נעברה עבירה לפי פקודה זו"

"לצורך נטילת דגימת דם, שתן או נשיפה לפי סעיף זה, מוסמך שוטר לעכב את האדם שממנו נדרשה הדגימה לפרק זמן כאמור בסעיף 73(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, ואולם אם נטילת הדגימה היתה ממי שאינו חשוד, לא יעלה משך העיכוב על חצי שעה"

סעיף 73(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים) שדן במשך העיכוב של החשוד קובע כי:

"בכל מקרה, לא יעוכב אדם או כלי רכב לפרק זמן העולה על שלוש שעות; ואולם בעיכוב הקשור למספר רב של מעורבים, רשאי הקצין הממונה להאריך את משך העיכוב לפרק זמן נוסף שלא יעלה על שלוש שעות נוספות, מנימוקים שיירשמו."

30. נמצאנו למדים כי יש שני מסלולים: **אם מדובר בחשוד**, הרי ניתן לעכבו עד שלוש שעות לצורך בדיקת הנשיפה; ואם מדובר **במי שאינו חשוד** ניתן לעכבו עד חצי שעה לצורך הבדיקה. ההבדל בין קיומו של חשד סביר לבין העדרו, תקופת העיכוב, כאמור, לעיל.
31. בענייננו, כעולה מדוח העיכוב (ת/3), המערער עוכב בשעה 2:30, בדיקת הינשוף בוצעה בשעה 3:01 ושחרר בשעה 5:35 לאחר סיום מילוי הטפסים וסיום השימוע בפני קצין.
32. בדוח הזמנה לדין (ת/1) צויין בתיאור נסיבות המקרה כי **"...עצרתי את הרכב הנ"ל שהיה בתנועה לבדיקה שגרתית ובהסכמת הנהג בוצע בדיקת נשיפון והתקבל תוצאה של 380 מיקרוגרם אלכוהול בליטר אוויר נשוף הודעתי לנהג שהוא מעוכב בחשד לנהיגה בשכרות ומרגע זה ועד לסיום הבדיקות וביצעתי את המשך טיפול על פי נוהל דו"ח אכיפה בשיכרות..."**.
33. בדו"ח אכיפת איסור נהיגה בשכרות (ת/4) ציין השוטר בסעיף 2 כי הרכב נעצר לבדיקה אקראית ובוצעה בדיקת נשיפון (בהסכמת הנבדק) ונמצאה אינדיקציה לשכרות בערך של 380 מיקרוגרם אלכוהול בליטר אוויר נשוף. בתוך הדו"ח הודגש כי יש להסביר לנהג כי הבדיקה נועדה לשמש כאינדיקציה בלבד לאיתור אלכוהול וכי הוא אינו מחוייב על פי חוק לבצע את הבדיקה וכי היה וימצא אלכוהול באוויר הנשוף הרי הבדיקה זו אינה פוטרת אותו מחובתו על פי חוק למסור דגימת נשיפה באמצעות מכשיר הינשוף. בהמשך, בסעיף 4 צויין כי נערכה שיחה ראשונית ממנה עולה כי המערער שתה אלכוהול (2 בקבוקי בירה) לפני כמה דקות משנעצר לבדיקה. עוד צויין במאפיינים מצביעים על חשד לשכרות (סעיף 5) כי יש ריח אלכוהול מהפה, הופעתו הייתה מסודרת והתנהגות רדומה. בהמשך, באותו דו"ח צויין בסעיף 7 כי נערך למערער מבחן ביצוע שמטרתו לבחון חשד לכך, שהוא נהג בשכרות. באותה מבחן יצא כי המערער התנדנד בעמידה ובהליכה על הקו הוא לא הצמיד העקב לאגודל, חרג מהקו והתנדנד. המערער גם לא הצליח במבחן הבאת אצבע לאף.
34. בחקירתו הנגדית אישר השוטר כי עצר את הרכב של המערער באופן אקראי ואז ביצע לו בדיקת נשיפון - (עמ' 14 לפרוטוקול מיום 16.11.21, שורות 6-7). השוטר נשאל האם תוצאות בדיקת הנשיפון הן אלה שיצרו אצלו חשד שהמערער שיכור, והשיב כי **"בנוסף לבדיקה ראיתי שהיה ריח אלכוהול. לא כתוב לי**

שהרחתי אלכוהול - (שם שורה 14), אך לא זכור לו באיזה סעיף ציין זאת בדוח ולא זוכר אם נושא הריח של האלכוהול היה אחרי בדיקת הנישיון ובהמשך אישר כי הסיבה שבגללה התעורר אצלו החשד שהמערער שיכור ושבעקבות אותו חשד ביצע לו בדיקת ינשוף הייתה תוצאות מכשיר הנישיון - (שם, שורות 21-24). בחקירתו החוזרת הופנה השוטר לסעיף 5 בדוח ת/4 והתבקש להקריא מה כתוב וכשנשאל מה זה אומר השיב **"היה לו ריח מהפה של אלכוהול"** - (עמ' 15 לפרוטוקול, שורה 26).

35. זאת ועוד, בטופס דין וחשבון על בדיקת שכרות באמצעות מכשיר הנישיון (ת/5) ציין המפעיל כי שעה 03:01 נטל מהנבדק דגימת אויר נשוף באמצעות מכשיר ינשוף וזאת לאחר שהנבדק הועבר אליו בשעה 3:00.

36. יש להזכיר כי קיים הבדל מהותי בין מכשיר הנישיון שאינו מוסדר בחוק לבין מכשיר הנישיון המוסדר בחוק. מכשיר הנישיון הינו מכשיר למדידת אלכוהול שנמדד ושהוכנס לשירות וניתן לו תוקף של שר התחבורה מכוח סעיף 64ב(א1) לפקודה והוא בחזקת מכשיר אמין כך שדי לה לתביעה שתציג תוצאות הבדיקה של מכשיר הנישיון כדי לעמוד בנטל הראיה. לעומת הנישיון, מכשיר הנישיון נועד לשמש כאינדיקציה בלבד לאיתור אלכוהול (כפי שהדבר מוסבר בטופס הבדיקה), כאשר מכשיר הנישיון מראה כי קיימת אנדיקציה לשכרות יילקח הנהג לבדיקה במכשיר הנישיון, כך שלא ניתן לעשות שימוש בממצאי הנישיון הואיל ואינו קביל בבית משפט ואינו מוסדר בחקיקה. זאת ועוד, כפי שהדבר עולה גם מדוח ת/4, הבדל נוסף מהותי בין שני המכשירים הינו כי במכשיר הנישיון **הנהג אינו מחוייב על פי חוק לבצע את הבדיקה וכי היה ויימצא אלכוהול באוויר הנישיון הרי הבדיקה זו אינה פוטרת אותו מחובתו על פי חוק למסור דגימת נשיפה באמצעות מכשיר הנישיון**. קרי; בעוד שמי שמסרב לבצע בדיקת הנישיון יחשב כמי שנהג בשכרות מותר לסרב לבדיקת נישיון ואין חובה משפטית לבצע אותה.

37. בענייננו, בדיקת הנישיון שבוצעה שימשה כאינדיקציה לקיום חשד סביר של נהיגה בשכרות, לה נוספה עדות השוטר שהראתה כי בנוסף לבדיקה זו שביססה את החשד **היה גם ריח אלכוהול** מפיו של המערער שהתנהגותו היתה רדומה. זאת ועוד, בדיקת המאפיינים שבוצעה למערער הראתה כי המערער התנדנד בעמידה. ניתן גם, בין היתר, להתבסס על גרסת המערער הראשונית שלפיה הוא מודה ששתה משקה אלכוהולי עובר לאירוע בטרם הנהיגה, זאת לצד העובדה שיש ריח של אלכוהול בפיו של המערער וכי הוא כשל בבדיקת המאפיינים - לעניין זה די אם אפנה לעניין **אגיץ**, שם נקבע כי:

"בדיקת הנישיון אינה הדרך הבלעדית להוכחת העבירה של נהיגה בשכרות. ניתן ללמוד על מצבו של נהג, בין היתר, מאופן נהיגתו, ריח הבל פיו וכן מהתרשמותו של השוטר העוצר אותו מהופעתו החיצונית ומבדיקת מאפייני השכרות. לכך יש לצרף פרמטרים כגון הודאות או הימנעות ממתן עדות בבית המשפט".

38. החשד הסביר נשען על כלל נסיבות המקרה ועל סממנים חיצוניים; החשד הסביר במקרה שלפנינו נוצר בעקבות כמה פרמטרים, שכל אחד מהם, יש בו די כדי להקים ולבסס חשד סביר, שמאפשר עיכוב עד שלוש שעות; כך שבדיקת הנישיון לא עמדה בבדידותה כבסיס לחשד הסביר.

39.

יתרה מזו, הגם כפי שנקבע ובצדק ע"י בית משפט קמא כי אכן היה מדובר בחשד סביר שהצדיק את עיכובו של המערער לצורך בדיקת הנישוף, הרי גם אם נצא מנקודת הנחה כי לא היה מדובר בחשד (חשד שנבע מבדיקת נשיפון שלא היתה אפשרות לבדוק תקינותו) וגם בהנחה שזמן העיכוב חרג ב- 5 דקות, ניתן להגיע לאותה תוצאה שהרשעת המערער בעבירת הנהיגה בשכרות בדין יסודה. ראוי לציין כפי שאזכרתי לעיל, השוטר רשאי מכוח סעיף 64ב(5) לפקודה לעכב נהג, שאינו חשוד, לצורך בדיקת נישוף, אך העיכוב לא יעלה על חצי שעה ובעניינינו המערער עוכב בשעה 2:30 ובשעה 3:01 (כעבור חצי שעה ודקה) בוצעה לו בדיקת נישוף (ת/10) שתוצאותיה אשר התקבלו בשעה 03:13 הצביעו על כך שהמערער שיכור (ת/11) והוא שוחרר מהעיכוב בשעה 05:35, לאחר סיום מילוי הטפסים וסיום שימוש בפני קצין. אקדים ואומר כי המדובר בעיכוב שאינו משמעותי, ובפגם שאין לפסול בגינו את הבדיקות שנעשו על-פי מכשיר הנישוף. ראוי לציין כי יש לשוות נגד עניינו את תכלית החקיקה, כאשר במסגרת המלחמה בתאונות הדרכים, בעבירות התעבורה ובקטל המתמשך הנובע מתאונות דרכים, שחלק מהן קורות כאשר הנהג ברכב הוא שיכור, הרי מטרת החקיקה היא ראוי ונעשית לתועלת הציבור ובטיחותו וכפי שצוין לעיל, עיקר השינוי שתיקן את סעיף 64 לפקודה, מתייחס להטלת חובה על כל נהג להיבדק בדיקת נשיפה גם ללא חשד שהוא. העיכוב נועד לאיתור עברייני נהיגה בשכרות והוא נועד כאמור למטרה ראוייה מאוד ובאיזון הראוי בין האינטרסים השונים יש להעדיף את הפגיעה המעטה (זמן עיכוב שאינו משמעותי), על פני הסיכון הרב לציבור ואף לנהג השיכור ובמיוחד במקרה שלפנינו שעה שהתברר לאחר בדיקת הנישוף שהנהג שיכור. כך שגם על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקית בהלכת יששכרוב - (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, סא(1) 461), הרי אם נפלו פגמים בעיכוב המערער, אין פירושו של דבר, כי בהכרח תפסלנה הראיות שהושגו וכי לאחר עריכת האיזון הדרוש ויישומם של המבחנים לפי הלכת יששכרוב, לא מוביל הדבר לפסילת הראייה.

40.

יש לציין כי בסגרת התיק שהתנהל בפני בית משפט קמא הגיש הסנגור בקשה מטעם המערער ושני נאשמים נוספים בהתאם לסעיף 108 לחסד"פ לקבל לידי חומרים המתייחסים לתקינות מכשיר הנישפון ע"י המשטרה באופן שוטף. בית משפט קמא בהחלטתו מיום 22.3.22 קבע כי משנמסרה הצהרת המאשימה לפיה אינה שומרת בידיה נתונים המתייחסים לבדיקות הנוגעות לתקינות מכשיר הנישפון לא בעניינם של הנאשמים נשוא הבקשה ואף לא באופן שוטף, הרי הבקשה בהתאם לסעיף 108 לחסד"פ מתייתרת וטענות הסנגור בקשר להצהרת המאשימה בדבר היעדר נתונים ייבחנו לגופו של עניין הן בתיק דנן ובתיקים האחרים של שני הנאשמים הנוספים. בהמשך, בהחלטה מיום 14.4.22 ציין בית משפט קמא **"לאחר ששמעתי את טיעוני הצדדים, עולה כי אין בידי המאשימה ראיות המעידות על כך שבתיקים נשוא בקשה זו או בתיקים אחרים ישנם ראיות המלמדות על כך שטרם שימוש במכשיר הנישפון נבדקה תקינותו והוא הופעל בהתאם להוראות היצרן והנחיות המשטרה. לפיכך, החלטתי מיום 22.3.22 תיוותר על כנה, ובשורות 5-7 בעמוד 25 לפרוטוקול יירשם כי החומרים המבוקשים על ידי הסנגור הינם חומרים המלמדים על תקינות והפעלת הנישפון בהתאם להוראות היצרן והנחיות המשטרה בתיקים נשוא הבקשה ו/או בכל תיק אחר (ולו תיק אחד) ב-7 שנים האחרונות"**.

41.

זאת ועוד כאשר לחלק מהנאשמים ניתן פסק דין ע"י בית משפט קמא שדן גם באותה טענה שהעלה הסנגור המלומד בתיק דנן - הגנה מן הצדק בגין התנהלות המאשימה, שיש בכוחה לשיטת הסניגור כדי

לבטל את כתב האישום. בית משפט קמא דחה את טענת הסנגור לעניין תקינות בדיקת הנשיפון. בהמשך זוכה הנאשם מעבירת הנהיגה בשכרות (לאחר שנקבע כי לא ניתן להרשיע בעבירה זו על סמך בדיקת הינשוף השניה) וחלף זאת הורשע בעבירה חמורה פחות של נהיגה תחת השפעת משקאות משכרים קבע כי יש להרשיע את הנאשם בעבירה של נהיגה תחת השפעת משקאות משכרים, על סמך בדיקת המאפיינים והתרשמות השוטרים - ראו תת"ע 4831-10-18 **מדינת ישראל נגד חמוד** (30.10.22). כאמור הסנגור הגיש ערעור על הרשעתו ולחילופין על חומרת העונש לבית המשפט המחוזי, ערעור שנדחה - ראו עפ"ת (חי') 27350-01-23 **חמוד נגד מדינת ישראל** (7.2.23). על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בחיפה (השופט א' בולוס) הגיש הסניגור בקשת רשות ערעור על הכרעת דינו של בית משפט המחוזי לבית המשפט העליון שדחה את הבקשה - ראו רע"פ 1931/23, שניתן ביום 17.4.23.

42. להשלמת התמונה יש לציין הנשיפון אינה מהווה ראיה לביסוס שכרות, מדובר בכלי אינדקטיבי, שאין כל חובה מצד רשות האכיפה לעשות בו שימוש, ומאידך מצריך הסכמת החשוד, נועד להקל בראש ובראשונה על האזרחים, כדי לצמצם בצורה משמעותית את הפגיעה בחופש התנועה של האזרח ולצמצם עבור רבים את זמן העיכוב נוכח העודבה כי בדיקה זו מהירה מאשר בדיקת ינשוף. הרי, כידוע, גם ללא מכשיר זה, רשאי שוטר ללא כל חשד לדרוש ביצוע בדיקת ינשוף.

השימוש במכשיר הנשיפון אינו מוסדר בחקיקה ונועד לשמש כאינדיקציה בלבד להימצאות אלכוהול, שאינו קביל בבית משפט ולא ניתן לעשות כל שימוש בממצאיו. לשם השוואה בין מכשיר זה לבין מכשיר הינשוף שמהווה ראיה קונקלוסיבית ניתן להפנות לנוהלי המשטרה לעניין מכשיר הינשוף וכן לעניין מכשיר הנשיפון. כך שנוהל הפעלת ינשוף - נהלי את"ן 02.227.64 דן בסוגיית הפעלת מכשיר בלבד לקבלת החלטה להמשך בדיקות הנבדק במכשיר הינשוף ומטרתו "שמירת תקינותו לשם קבלת תוצאה אמينة". נוהל זה מכיל טופס בדיקות מפעיל הינשוף, הכולל פלט "בקרת כיוול יומית" ופלט "נשיפה עצמית, זאת לצורך הוכחת תקינות המכשיר, כאשר מדובר במפעיל מוסמך ומיומן. לעומתו, קיים נוהל תחזוקה לנשיפונים אלקטרוניים - נהלי את"ן 02.227.26 שדן בסוגיית מעבדת תחזוקה מכשור אכיפה ומכיל טופס ביקורת קבלה וביקורת תקופתית לנשיפון (אחת לשנה). יש לציין כי נוהל זה דן בשני סוגי מכשיר נשיפון (DRAGER 6820/6510) ומטרתו לקבוע אופן תחזוקת הנשיפונים ואין זכר למפעיל מוסמך לסוג מכשירים אלה, כך שניתן להבין כי העובדה שאין מפעיל למכשיר הנשיפון מצביע על כך שאין דרישה להוכחת תקינות מכשיר זה ובמיוחד שמכשיר זה אינו קביל בבית משפט ואינו משמש כעדות בבית משפט. בנוהל זה צויין מפורשות כי " **משטרת ישראל מפעילה אביזר לבדיקת נוכחות אלכוהול באוויר נשוף, חווי הנשיפון משמש כאינדיקציה בלבד לקבלת החלטה להמשך בדיקות הנבדק במכשיר הינשוף**". יוזכר כאן כי במקרה שלפנינו, אין כל אינדיקציה לסוג מכשיר הנשיפון שנעשה בו שימוש והאם נמנה עם אחד המכשירים הנזכרים בנוהל זה.

43. אשר על כן, ועל יסוד האמור לעיל, אני דוחה את הערעור על הכרעת הדין.

ערעור על גזר הדין:

44. אשר לגזר הדין, הגם שהמערער לא נימק את ערעורו לעניין חומרת העונש והסתפק בטענה חילופית כללית כנגד חומרת העונש, אציין כי לפי ההלכה הפסוקה ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בגזר הדין של הערכאה הדיונית אלא במקרים חריגים בהם נפלה טעות בגזר הדין או שהעונש שהוטל חורג במידה קיצונית מרמת הענישה המקובלת במקרים דומים - ראו ע"פ 3091/08 **טרייגר נ' מדינת ישראל**, (ניתן ביום 13.1.10), ע"פ 6681/09 **אלחטיב נגד מדינת ישראל**, (ניתן ביום 29.1.09), ע"פ 8704/08 **הייב נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 23.4.09), ע"פ 4594/11 **עלא עדס נ' מדינת ישראל**, (ניתן ביום 29.1.13), ע"פ 8589/12 **חאלד ביאטרה נ' מדינת ישראל**, (ניתן ביום 28.1.13) וע"פ 9074/12, 9096 **מדינת ישראל נגד מחמוד אבו אחמד**, (ניתן ביום 13.6.13). בעניינו של המערער לא ניתן לומר כי רכיבי הענישה שהוטלו עליו נמנים עם המקרים החריגים ושבהם הוטל עונש החורג במידה קיצונית מרמת הענישה המקובלת.

45. יודגש, כי בתי המשפט שבו והקדישו מלל רב לחובתם להילחם בתופעת הנהיגה בשכרות כדי להרים את תרומתם למניעתה ולצמצומה ולעניין זה ראו רע"פ 1422/06 **ארנבייב נ' מדינת ישראל** (ניתנה ביום 16.5.06), רע"פ 6439/06 **קריטי נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 19.10.06) ורע"פ 5717/08 **ראשגדוליאן נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 10.9.08).

46. יוזכר כי בימ"ש קמא הטיל על המערער את עונש הפסילה המינימאלי הקבוע בחוק - לעניין העמידה הדווקנית על עונש המינימום ראו רע"פ 5297/07 **קנטורוביץ' נ' מדינת ישראל**, (ניתן ביום 09.09.07).

47. אשר על כן, אני דוחה את הערעור גם על חומרת העונש.

ה. סוף דבר:

48. אני דוחה את הערעור על שני חלקיו.

49. היה וניתן צו עיכוב ביצוע גזר הדין, בטל בזה הצו. על המערער לקיים את גזר הדין של בימ"ש קמא, כשמניין הזמן לכך הוא יום מתן פסק דין זה.

ניתן היום, כ"ט תמוז תשפ"ג, 18 יולי 2023, בהעדר הצדדים.