



תת"ע 4961/02/12 - מדינת ישראל נגד אבי זרקו

בית משפט השלום לתעבורה בתל אביב - יפו

תת"ע 4961-02-12 מדינת ישראל נ' זרקו
בפני כב' השופט דן סעדון

בעניין: מדינת ישראל
ע"י עו"ד ליהי אלדר
נגד
אבי זרקו ע"י עו"ד פליישמן
המאשימה
הנאשמים

הכרעת דין

נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של נהיגה בשכרות מכוח סירוב להיבדק, בניגוד לסעיפים 62 (3), 64 ב (א)(1), 64 ד (א) ו-39א לפקודת התעבורה. הסוגיה המרכזית הטעונה הכרעה היא, אם היה הנאשם רשאי לסרב לבצע בדיקת נשיפה ובדיקות אחרות כמו בדיקת מאפיינים, בהתבסס על הנימוק כי הוא מעוניין שעו"ד מטעמו יהיה נוכח בבדיקה.

פרשת התביעה

1. במסגרת פרשת התביעה העיד השוטר חי שטריקברגר (להלן: חי) כי שהה בתוך ניידת בעת מחסום שכרות שהקימה המשטרה ברחוב הרכבת 14. באותה עת היה עם חי בניידת המתנדב רפי ארבס (להלן: רפי). מחוץ לניידת עמד השוטר יעקב יוסף (להלן: יעקב). לפתע צעק יעקב לחי (ורפי) שישבו בניידת לנסוע בעקבות רוכב קטנוע והצביע על הקטנוע שנסע לכיוון רחוב מנחם בגין. יצוין כי באותה עת היה האופנוע לבדו בכביש. הניידת נסעה אחרי הקטנוע, כשרפי נוהג, וכרזה לו לעצור, ללא הועיל. לבסוף נעצר הקטנוע ברחוב יגיע כפיים פינת הצפירה. חי יצא מן הרכב והודיע לנאשם כי הוא עצור ועליו להתלוות אליו (אל חי) לניידת. הנאשם, כך נטען, התנגד ונכבל באזיקים. בשלב זה זיהה הנאשם את חי מהיכרות קודמת שעליה יורחב להלן וקרא לו בשמו. הנאשם הוכנס לניידת והוסע בחזרה אל רחוב הרכבת 14. בהזמנה לדין ובדוח הפעולה אותם ערך חי צוין כי מן הנאשם נדף ריח חזק של אלכוהול. נוסעת נוספת שרכבה עם הנאשם הושארה עם הקטנוע בנקודה בה נעצר. על פי טופס ההזמנה לדין וכתב האישום סירב הנאשם

לבצע בדיקות מאפיינים לצורך גילוי שכרות, סירב לבצע בדיקת נשיפון ואף בדיקת ינשוף בנימוק כי הוא רוצה עו"ד. בדוח הפעולה שערך ציין חי כי ניתן לנאשם זמן סביר של כחצי שעה למצוא עו"ד.

2. בדוח פעולה באכיפת איסור נהיגה בשכרות שמולא על ידי חי ציין השוטר כי " **לציין שביקש עורך דין שיגיע למקום בשעה 05.40 ניתן לו זמן סביר של כחצי שעה. לא היה לו מס' טלפון של העורך דין - אני צריך לחפש = וסירב לשתף פעולה**". הנאשם, כעולה מטופס תחקור חשוד, סירב לענות על שאלות.

3. במסגרת שימוע והחלטה על פסילה מנהלית, אליו הגיע הנאשם ללא עו"ד, ציין הנאשם " **לא סירבתי. ביקשתי לבצע את הבדיקה בנוכחות עו"ד והם סירבו לתת לי להתקשר למרות שזכרתי את שמו והטלפון .. [לא ברור] אליו אך לא ניתנה לי אפשרות מכיוון שידי היו אזוקות בגלל סכסוך אישי ביני לבין השוטר חי**"

4. הגב' אלינה וסקין (להלן: **מפעילת הינשוף**) רשמה זכ"ד בשעה 06.45 כי הנאשם הובא אליה על ידי חי לצורך בדיקת ינשוף. מפעילת הינשוף ציינה כי הסבירה את מטרת הבדיקה לנאשם ואת משמעות הסירוב להיבדק. הנאשם סירב להיבדק ואמר כי " **אני רוצה שתביאו לפה עורך דין ואני אעשה כל בדיקה בנוכחותו. בלי עורך דין אני לא עושה**". הנאשם גם אמר למפעילת הינשוף כי חי "מחפש אותו" בשל כך שקיים בעבר יחסי מין עם חברתו של חי. שוב התבקש הנאשם לבצע את הבדיקה ושוב סירב ואמר " **תביאו עורך דין, בלי עורך דין אני לא עושה**". כשנשאל על ידי מפעילת הינשוף מתי עורך דינו יגיע ענה כי איננו יודע.

5. רפי, המתנדב, ערך מזכר ובו ציין כי נסע עם חי בניידת בעקבות האופנוע שהיה יחיד בכביש תוך קריאות בכריזה לעצור. בסופו של דבר נעצר האופנוע ברחוב יגיע כפיים. רפי ציין במזכר כי לנאשם " **היה ריח חריף מהפה והתנהג בצורה של שכרות**". גם רפי ציין כי הנאשם טען להתנכלות מצד חי עקב כך שהנאשם קיים יחסי מין עם חברתו של חי. רפי גם ציין כי הנאשם זיהה את חי ממעצר קודם שהיה, למרות שעקב מזג האוויר החורפי לבש חי אפוד זוהר ומעיל ולא ניתן היה להבחין אצלו בשום סימני זיהוי שמי.

פרשת ההגנה

6. במסגרת פרשת ההגנה העידו הנאשם והגב' נטלי רן שנסעה עם הנאשם במועד הרלוונטי בכתב האישום. הנאשם ציין בעדותו בין היתר כי יש ברשותו צילום המתעד את האירוע ואף הסביר כי " **עד המעצר אין לי כלום. הצילום] = צילום שצילם הנאשם את האירוע ד-ס. [כשהורידו לי את האזיקים וקיבלתי את הדברים שלי חזרה"]** ע' 25 ש' 25-27]. בהמשך טען הנאשם כי " **נדמה לי שגם את הטלפון לקחו. לאחר דקות ספורות שבין חצי שעה שעה אז החזירו לי את הטלפון**" [עמ. 27 ש' 1-2].

דין והכרעה

ההכרעה בשאלה אם הסירוב להיבדק בשל רצון להיוועץ בעו"ד הוא מוצדק דורשת מצידה הכרעה במספר שאלות משנה.

הסתירה בגרסתו של חי בנוגע להעברת הנאשם לבדיקת ינשוף לאחר 5 דקות בלבד (ולא חצי שעה)

7. בשעה 05.40 ביקש הנאשם מחי להיוועץ עם עו"ד. חי כותב בדוח הפעולה כי ניתן זמן סביר של כ-חצי שעה. בפועל, העביר חי את הנאשם לבדיקת ינשוף 5 דקות בלבד לאחר מכן, בשעה 05.45. ב"כ הנאשם טוען כי מכך עולה כי חי אינו אומר אמת. אכן, קיימת סתירה בין גרסתו של חי לפיה מסר את הנאשם למפעילת הינשוף בשעה 05.45 לבין הרישום ממנו עולה לכאורה כי ניתן לנאשם זמן סביר של כ-30 דק' לדאוג להתייצבות עו"ד מטעמו. עם זאת ולנוכח מכלול הראיות שהוצגו אני סבור כי סתירה זו אינה מהותית ואינה יורדת לשורשו של עניין. כיצד? נניח, לצורך הדיון, כי היו ניתנות לנאשם 30 דקות לדאוג להתייצבות עו"ד מטעמו. האם היה בכך כדי לשנות את מצב הדברים? ובכן, גם אם נניח כי חי היה נאמן לדבריו ומעביר את הנאשם לבדיקת ינשוף ב**06.15** לא היה בכך כדי להועיל שכן גם עד אותה נקודת זמן לא נועץ הנאשם בעו"ד. מפעילת הינשוף ציינה מצידה כי "**עד 06.45 הייתי אתו והיה די והותר זמן עד שעו"ד יגיע**". [עמ. 7 ש' 18].

8. ב"כ הנאשם מפנה להסבריו הנפתלים, כטענת הסנגור, של חי ביחס להסבר שניתן על ידו למסירת הטלפון לנאשם כהסבר לא אמין. אכן, מעיון בפרוטוקול עולה כי אין שום רמז לכך שהטלפון נמסר לנאשם על מנת שיבצע חיפוש עו"ד. עם זאת, חי ציין במפורש כי "**לא היה לו מספר טלפון של העורך דין - אני צריך לחפש = וסירב לשתף פעולה**" (סע' 9 דוח פעולה באכיפת איסור נהיגה בשכרות, שולי הסעיף). גם אני, כמו חי, סבור כי מסקנה הגיונית מן הדברים שצוטטו הוא כי אין מקום אחר בו יכול היה הנאשם לחפש ולא למצוא את מס' הטל' של עוה"ד אלא במכשיר הטל' [עמ. 12 ש' 9-10]. ב"כ הנאשם מפנה לדברי הנאשם בשימוע לפיהם היה אזוק ונמנע ממנו מלהתקשר. דא עקא, כפי שיפורט להלן, גרסה זו בדבר היות הנאשם אזוק וככזה נמנעה ממנו האפשרות לבצע שיחת טלפון סותרת גרסאות אחרות שמסר הנאשם, כמפורט להלן, בעניין המניעה לבצע שיחת טלפון לעו"ד עד כי אין כל אפשרות לקבוע על בסיס שלל גרסאות אלה כי הייתה מניעה לבצע את שיחת הטלפון מצד הנאשם ואם הייתה מניעה - מהי?

האם הנאשם הדיף ריח אלכוהול בעת שנעצר?

9. במסגרת ראיות התביעה הובאו מספר ראיות לכך שבעת שנעצר הדיף הנאשם ריח אלכוהול חזק. בדוח פעולה

באכיפת איסור נהיגה בשכרות הייתה התרשמות עורך בדיקת המאפיינים (שהנאשם סירב לבצע) כי הנאשם בהשפעת אלכוהול כבדה וכי "**לנאשם ריח חזק של אלכוהול נודף מפיו**". בכתב האישום נכתב בפרק הנסיבות כי מפיו של הנאשם נדף ריח חזק של אלכוהול. רפי ציין במזכר שכתב כי "**היה ריח חריף מהפה והתנהג בצורה של שכרות**". רפי הבהיר בבית המשפט כי כוונתו הייתה, מתוך הקשר הדברים של קיום מחסום שכרות, לכך שמדובר בריח אלכוהול ולא ריח אחר. מפעילת הנישוף אמנם לא רשמה כי הריחה ריח זה או אחר מפיו של הנאשם אולם לא ניתן להסיק מכך כי יש באי רישום פרט זה משום סתירה לגרסאותיהם של חי ורפי בעניין זה. זאת ועוד - בניגוד לבדיקות דם ושתן המצריכות קיומו של יסוד סביר לחשוד כי הנבדק נתון בהשפעת אלכוהול כתנאי להצגת דרישה להיבדק בבדיקות האמורות - אין צורך בחשד דומה בבדיקת שכרות באמצעות בדיקת נשיפה.

10. לציין כי גם גרסתו של הנאשם בעניין שתיית אלכוהול לא הייתה עקבית. כך, נשאל הנאשם: "**היה פה שוטר חי אומר שהריח מפריך ריח חריף של אלכוהול. לא ייתכן. לא שתיתי**" עמ 23 ש 18-19]. בהמשך נסוג הנאשם מן העמדה הנחרצת והשיב "**זה היה די מזמן. לא זכור לי ששתיתי**". [עמ. 24 ש' 6]. מזכיר כי הנאשם וידידתו הגב' נטלי רן שהו לדבריה במסיבה אצל חברים ברחוב אילת ושם הייתה מוזיקה ואלכוהול, כמקובל.

11. הבריח התיכון בהגנתו של הנאשם היא כי הוא ביקש הזדמנות להיוועץ בעו"ד אך לא ניתנה לו הזדמנות לכך. הדיון שלהלן יערך בשני רבדים: עובדתי ומשפטי. ברובד העובדתי אני סבור, כפי שיפורט להלן, כי גרסתו של הנאשם בנוגע לאירוע כולו אינה אמינה והדברים אמורים בפרט גם בגרסה שמסר ביחס להפרת חובת ההיוועצות על ידי עו"ד.

הרובד העובדתי

היעדר יכולת להתרשם כי עדות הנאשם הייתה אמינה נוגעת לסוגיות שונות, שיפורטו להלן, שעלו במשפט.

לגבי האפשרות כי השוטר חי התנכל לנאשם והדבר היווה בסיס לאירוע

12. כאמור, גרסת הנאשם כפי שנמסרה לעדי התביעה לעיל היא כי חי מתנכל לנאשם על רקע העובדה כי הנאשם קיים יחסי מין עם חברתו של חי. חי בעדותו בבית המשפט הכחיש מכל וכל דברים אלה וטען כי בעת ניהול המרדף אחר הנאשם חבש הנאשם קסדה וכלל לא ניתן היה לזהותו אלא לאחר עצירת האופנוע. בראיות התביעה ציין חי היכרות קודמת עם הנאשם אולם לא על רקע אישי כאמור לעיל אלא על רקע העובדה כי חי היה מעורב לדבריו במספר אירועי משטרה בהם היה מעורב גם הנאשם. במסגרת פרשת ההגנה ציין הנאשם כי למרות שבנה תילי תילים של טענות נגד חי ואופן התנהלותו נגדו, כביכול על בסיס התנכלות שמקורה אישי, לא הביא הנאשם לעדות את אותה חברה שלשיטתו

הייתה חברתו של חי והנאשם קיים עמה יחסי מין. הנאשם גם לא זכר כי סיפר במסגרת השימוע לקצין המשטרה כי מקור האירוע ברצונו של חי להתנכל לנאשם באופן אישי בשל היכרות קודמת ["אם סיפרתי לא זוכר"]. הנאשם העיד כי חי הגיע פעם למקום עבודתו ושוחח עם מנהלו. גם מנהל זה לא הובא לעדות על מנת לתמוך את טענות הנאשם נגד חי. לדבריו לא ניתן היה לאתר מנהל זה.

צילום האירוע על ידי הנאשם ואי הבאת ראיה רלוונטית הפועלת לטובתו

13. בנוסף, ציין הנאשם כי יש ברשותו צילום בוידאו של האירוע ["יש לי את הדברים בוידאו להציג. ש. יש לך את הוידאו. ת. אני צריך לבדוק אם יש לי וידאו שמתאר את התנהלות הדברים לאחר המעצר. עד המעצר אין לי כלום. הצילום כשהורידו לי את האזיקים וקיבלתי את הדברים שלי חזרה"; עמ' 23-27]. הימנעות הנאשם מלהביא ראיה שהיא בעלת משמעות להגנתו אומרת "דרשני". כידוע, חזקה על נאשם שלא ימנע מלהביא ראיות המחזקות או תומכות בגרסתו בנוגע לאופן התנהלותו של האירוע. העובדה שהנאשם החזיק ברשותו תיעוד מצולם שהיה יכול לחזק את טענותיו ובכל זאת נמנע מלעשות כן מעמידה אותו בחזקתו כי אילו היה התיעוד המצולם מוגש כראיה היה בו לחזק את ראיות המאשימה נגדו.

זכות ההיוועצות - האם הופרה ברובד העובדתי

14. בחקירה בבית המשפט נשאל הנאשם: ש. איך ביקשת את הזכות להתייעץ עם עו"ד. ת. אמרתי שאני מוכן לעשות בדיקה, פשוט לפני שאני עושה בדיקה אני רוצה להתייעץ עם עו"ד. רציתי להתקשר באמצעות טלפון. הטלפון שלי היה אצל השוטר. [עמ' 22 ש' 31-32]. מגרסה זו עולה לכאורה כי הטלפון של הנאשם היה אצל השוטר וזו הייתה המניעה לשוחח עם עו"ד ולהתייעץ עמו. הנאשם העיד גם כי "הם סירבו לתת לי להתקשר. ליצור קשר עם עו"ד" [עמ. 26 ש' 21-22]

לעומת זאת, בטופס השימוע שנערך הציג הנאשם סיבה אחרת לכך שלא ביצע את השיחה ונועץ בעו"ד - לא סירבתי. ביקשתי לבצע את הבדיקה בנוכחות עו"ד והם סירבו לתת לי להתקשר למרות שזכרתי את שמו והטלפון .. [לא ברור] אליו אך לא ניתנה לי אפשרות מכיוון שידי היו אזוקות בגלל סכסוך אישי ביני לבין השוטר חי" [הדגשה הוספה]. הנאשם ציין בעדותו בבית המשפט כי אינו רואה את חתימתו על טופס השימוע אולם לא הטיל כל ספק ביחס לתוכן הדברים שנרשמו בטופס מפיו ואף ציין כי המסמך זכור לו [עמ. 23 ש' 10] .

15. בהמשך הצליח הנאשם במו פיו להטיל ספק גם בגרסה שהציג בבית המשפט. כך, ציין הנאשם: ש. מאיפה תיקח מס' טלפון של עו"ד. ת. היה אצלי בארנק או בטלפון לא זכור לי. לא נראה לי שנתנו לי להתקשר. אם

הייתי יוצר קשר עם עו"ד הייתי מדבר אתו. אם לא הצלחתי ליצור עם עו"ד קשר כנראה לא נתנו לי, אני לא זוכר מה היה" [עמ' 23 ש' 1-4; הדגשה הוספה]. הנאשם העיד כאמור כי מס' הטלפון של עורך הדין אליו רצה להתקשר היה "או בארנק או בטלפון" [עמ. 26 ש' 25-26] אך לא ידע לומר לאיזה עו"ד ביקש כלל להתקשר [לאיזה עו"ד רצית להתקשר וסורבת. לא זכור לי" עמ' 26 ש' 23-24]. עם זאת, במקום אחר בעדותו ציין הנאשם כי מסר לשוטרים בשטח את שם העו"ד אליו ביקש להתקשר ["שאלו אותי מה שמו של העו"ד ואמרתי להם"] עמ. 27 ש' 20]. באותה נשימה ציין הנאשם כי רק "יכול להיות" שבאותה עת היה לו עו"ד [ש. היה לך עו"ד. ת. לא זוכר אבל יכול להיות שבאותו זמן היה עו"ד; עמ. 27 ש' 21-22]

16. הנאשם לא ידע להסביר מדוע סירבו השוטרים לתת לו את הטלפון שעה שאת ארנקו, שגם הוא נלקח ממנו לשיטתו, החזירו לו. הנאשם ציין בהקשר זה - ש. את הטלפון יכול להיות גם נתנו לך את הטלפון.. ת נדמה לי שגם את הטלפון לקחו. לאחר דקות ספורות, שבין חצי שעה שעה אז החזירו לי את הטלפון". את הארנק החזירו לנאשם "כמה דקות לאחר המקרה... חצי שעה שעה, משהו כזה" [עמ. 26 ש' 31-32 ועמ' 27 ש' 1-2]. ודוק : מחומר הראיות עולה כי הנאשם נעצר בשעה 05.10. אם נלך לשיטת הנאשם הרי שכבר בשעה 05.40-06.10 הוא קיבל בחזרה את מכשיר הטלפון שלו ואף את ארנקו - כל האמצעים הדרושים לצורך יצירת קשר עם עו"ד. בכל זאת, הנאשם לא טען כי שוחח עם עו"ד בפרק הזמן משעה 05.40 או 06.10 עד השעה 06.45 - המועד בו עזב הנאשם את מפעילת הינשוף. מנתונים אלה, שאינם שנויים במחלוקת, עולה למעשה כי לנאשם היו 35 דק' ואולי אף למעלה מכך לשוחח עם כל עו"ד שיבחר לדאוג שיתייצב. בנסיבות אלה, עובדתית, יש לדחות מכל וכל את טענת הנאשם כי לא קיבל אפשרות להיוועץ בעו"ד טרם בדיקת הינשוף.

17. מן המקובץ לעיל עולה תמונה עגומה בכל הנוגע לאמינות הנאשם ברובד העובדתי של הטענה לפיה נמנעה ממנו זכות ההיוועצות בעו"ד עובר לביצוע בדיקות השכרות. הנאשם מוסר גרסאות שונות ביחס למניעה מליצור קשר ולהיוועץ עם עו"ד, כלל לא ידע אם מנעו ממנו, כעניין שבעובדה, להתקשר לעו"ד והודה כי הוא מסיק זאת על בסיס הנתון כי לא יצר קשר עם עו"ד. הנאשם לא זכר אם היה לו כלל עו"ד באותה עת והוא לא מסר הסבר מדוע לאחר שהוחזרו לו כל הפריטים שנלקחו ממנו, לטענתו, ואף עלה בידו לצלם את ההתנהלות לאחר המעצר, לא ניצל את ההזדמנות על מנת להתקשר לעורך דינו ולדאוג כי זה יתייצב במקום לצורך ביצוע בדיקות השכרות.

הפרת זכות ההיוועצות - הרובד המשפטי

18. באופן עקרוני, לנאשם כמו לכל חשוד בביצוע עבירה, עומדת זכות להיוועץ בעו"ד. זכות זו זכתה למקום של כבוד בין זכויות הנאשם בשל החשיבות הרבה של מימושה, כפי שציין בצדק ב"כ הנאשם בסיכומיו. הדברים הגיעו לכדי כך

שבית המשפט העליון ציווה על פסילתן של ראיות שהושגו תוך הפרה של חובת זכות היועצות עם עו"ד כאמור בפרשת יששכרוב (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התצ"ר). עם זאת, וכפי שציין בית המשפט העליון עצמו, המקרה הנדון אינו דומה לראיה בשל נסיבותיו החריגות. בפרשת בר (רע"פ 2538/11 אבי בר נ' מ"י (לא פורסם) נפסק כי "ברי כי שאלת היועצות של המתבקש לנשוף שונה לחלוטין מהשאלה שעלתה בעניין יששכרוב ובעניין אסף שי ולוא בשל דחיפות הפעולה. מתן האפשרות למתבקש לנשוף לעכב את בדיקת הינשוף עד שיוועץ בעורך דין מאיננת בפועל מתוכן, אולי כליל, את מטרת הסעיף והבדיקה. היועצות בעורך דין טעונה ככלל הגעתו למקום עצירת הרכב ומטבע הדברים הדבר עשוי להימשך זמן לא מועט. הדבר מצוי בניגוד למהירות הנדרשת לשם בדיקה אפקטיבית של רמת האלכוהול בדם.. כשלעצמי איני רואה מניעה לאפשר היועצות טלפונית בגדרי מספר דקות בשעה שמכינים את המכשיר לבדיקה... אך נוכח אזהרת המחוקק בעניין אזהרת הסירוב" בנסיבות אלה אין המשטרה חייבת לעכב את הבדיקה משהוכנה, כדי שלא תאבד האפקטיביות שלה הקשורה בלוח הזמנים."

בית המשפט העליון מסביר עוד כי אחד הטעמים לפחות למסקנה האמורה כי "החובה המוטלת על השוטר להסביר את מטרת הבדיקה ואת משמעות הסירוב לעשות כן יש בה כדי להקטין משמעותית פגיעה זו (= פגיעה בזכות היועצות, ד.ס.).

סיכום

19. ברובד המשפטי נקבע כי זכות היועצות של הנאשם עובר לבדיקת שכרות מסויגת מטבע אילוצי הבדיקה וניתן להסתפק לצרכיה בייעוץ טלפוני. גרסת הנאשם לגבי המניעה בה נתקבל מלממש זכותו ולהיוועץ ולו טלפונית עם עו"ד איננה מקובלת עלי לא בהיבט של אמינות הטענה ולא בהיבט העובדתי כפי שפירטתי לעיל. אין כל ספק כי מנתוני האירוע עולה כי אילו חפץ הנאשם להיוועץ טלפונית בעו"ד - היה בידו די והותר זמן לכך תוך אפשרות לבצע את בדיקת הינשוף, כפי שנדרש. במצב דברים זה, הימנעותו של הנאשם מלבצע את הבדיקה אינה מוצדקת. מכל הטעמים האמורים מצאתי להרשיע את הנאשם במיוחס לו בכתב האישום.

ניתנה היום, כ"ג חשוון תשע"ה, 16 נובמבר 2014, במעמד הצדדים