בדיקת שכרות ללא חשד סביר — הרהורים על החוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 72), התשס"ו-2005

דורון מנשה, שי אוצרי*

א. מבוא
ב. הניתוח ההסתברותי והחשש מפני הרשעות השווא
1. היעדרן של ראיות הגנה כראיה נוספת
2. הרחבת "טופס בדיקת המאפיינים"
3. ההסתברות האשמה האפריורית
4. חזקת החפות והטיעון ממאמרו של Tribe
5. מידת ההוכחה ועברות התעבורה
ג. הטיעון החוקתי
ד. הצעה לתיקון החוק

א. מבוא

במאמרם "הסכנה שבהרשעה על סמך נשיפה"[1] מבקרים ד"ר בועז סנג'רו וד"ר מרדכי הלפרט (להלן: "המחברים") את החוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 72), התשס"ו–2005. ביקורתם של המחברים מכוונת כלפי סעיף 64ב(א1) לפקודת התעבורה [נוסח חדש], התשכ"א–1961 (להלן: "פקודת התעבורה"), אשר הוסף במסגרת התיקון האמור. סעיף זה מסמיך שוטר לדרוש מנהג (או מממונה על רכב) למסור דגימת אוויר נשוף לצורך בדיקת ריכוז האלכוהול בגופו (להלן: "בדיקת נשיפה"), וזאת אף אם לא עורר את חשדו של השוטר.

במסגרת מאמרנו זה נבקש לבחון שתי טענות עיקריות שמעלים המחברים כנגד התיקון לפקודת התעבורה. הטענה הראשונה שנבקש לבחון היא טענת המחברים כי

* ד"ר דורון מנשה הוא מרצה בכיר בפקולטה למשפטים אוניברסיטת חיפה. עו"ד שי שלום אוצרי הוא תלמיד לתואר שני באוניברסיטת חיפה.

1 בועז סנג'רו ומרדכי הלפרט "הסכנה שבהרשעה על סמך נשיפה (על בדיקת הנשיפה המתיימרת לאתר נהיגה בשכרות)" **ספר דיויד וינר — על המשפט הפלילי** 313 (דרור ארד־אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009) (להלן: "מאמרם של המחברים").

האפשרות לקיים בדיקת נשיפה ללא כל חשד מקדים יוצרת סיכון משמעותי שיהיו הרשעות שווא. בהקשר זה המחברים משתמשים בניתוח הסתברותי על פי תיאורמת בייז (Bayes theorem) כדי להראות כיצד אף הסתברות נמוכה לשגיאה חיובית (False Positive) של מכשיר בדיקת הנשיפה עלול לייצר אחוז גבוה של הרשעות שווא, וזאת כאשר הבדיקות נערכות ללא כל חשד מקדים.

הטענה השנייה שנבקש לבחון היא טענתם החוקתית של המחברים ולפיה בדיקת נשיפה ללא כל חשד מקדים היא פגיעה בלתי מוצדקת בכבודו, בחירותו ובפרטיותו של הנבדק. שתי טענות אלה הם לוז טיעונם של המחברים כנגד התיקון לפקודת התעבורה.[2]

אין לנו ספק כי מדובר בטענות חשובות כנגד בדיקת הנשיפה, והמחברים מציגים אותן בכישרון רב. זאת ועוד, כפי שיתרשם הקורא, אנו אף מוכנים ללכת עם המחברים כברת דרך ולקבל חלק מביקורתם על ההסדר הנוכחי, ובכל זאת עדיהם לא הגענו.

במסגרת מאמר זה נבקש להצביע על כמה חולשות בטיעונם של המחברים, אשר לעניות דעתנו יש בהם כדי להחליש את עצמתו במידה ניכרת.

ראשית, נבקש להצביע על כך שגם מקום שכביכול בית המשפט מרשיע נאשם על סמך בדיקת הנשיפה "בלבד", בפועל מצויים בפני בית המשפט עוד שלל נתונים נוספים שיש בהם כדי להשליך על ההסתברות האשמה של הנאשם. במילים אחרות, נצביע על כך שהנתונים הסטטיסטיים ה"ערומים" של מכשיר בדיקת הנשיפה (דהיינו, סיכויי השגיאה החיובית של המכשיר, ה-False Positive, וסיכויי השגיאה השלילית שלו, ה-False Negative) **אינם** הנתונים היחידים שבפני בית המשפט גם כאשר הוא מרשיע את הנאשם כביכול על סמך בדיקת נשיפה "בלבד". דא עקא, בניתוח ההסתברותי המחברים מתעלמים לחלוטין מקיומם של נתונים נוספים אלה.

---

[2] לא למותר יהיה לציין כי המחברים מעלים עוד שתי טענות נוספות: (1) המחברים טוענים לקיומן של בעיות אינהרנטיות באמינות בדיקת הנשיפה, דהיינו, כי קיימים גורמים אפשריים העלולים להביא לשגיאה בתוצאות הבדיקה. הואיל ואיננו מומחים להיבטים הטכניים והמדעיים של בדיקת הנשיפה, מטבע הדברים אין לנו הכלים לבקר את הפן המדעי של טענה זו. לצורך הדיון נניח בהמשך כי אכן מדובר בחששות של ממש. עם זאת בחינת אופיים של הגורמים האפשריים לשגיאה חיונית לצורך בחינת טענת המחברים האחרת כי הבדיקה יוצרת סכנה ממשית של הרשעות שווא, הואיל וזו נסמכת על קיומם של גורמים אפשריים לשגיאה. לאור האמור במהלך דיוננו בטענה בדבר סכנת הרשעות השווא נדון גם באופי גורמי השגיאה האפשריים שמעלים המחברים; (2) המחברים טוענים כי על המחוקק להטיל על השר הממונה את החובה לוודא כי מכשירי בדיקת הנשיפה יהיו מפוקחים בזהירות ובהתאם לסטנדרטים המקובלים באשר למערכות בטיחות קריטית (Safety-Critical Systems). לדידנו, קשה לחלוק על טענתם של המחברים בדבר רציותם של הליכי פיקוח ובמידה רבה אנחנו מוכנים לקבל טענה זו. עם זאת, בעינינו השאלה עד כמה הליכי הבקרה והפיקוח הנוכחיים הם מספקים היא במידה רבה שאלה עובדתית, ולפיכך ראוי שתתברר בבית משפט באמצעות עדויות של מומחים.

שנית, נטען כי גם אם הגורמים שהמחברים מתארים כגורמים העלולים לגרום לשגיאה של מכשיר בדיקת הנשיפה אכן מעוררים חשש של ממש, הפתרון לכך אינו בביטול הסמכות לבצע בדיקות נשיפה ללא כל חשד מקדים. הפתרון הרצוי יותר בעינינו הוא לצרף ל"טופס בדיקת המאפיינים", שהשוטר הבודק ממלא ממילא, סדרת שאלות נוספות שמטרתה לשלול את התקיימות אותם גורמי השגיאה בענייננו של הנבדק הספציפי. בצד זאת מומלץ לבית המשפט לנקוט משנה זהירות בהרשעת נאשמים שתוצאות בדיקתם היו גבוליות.

שלישית, נבקש להצביע על כך שגורמי השגיאה האפשריים שעליהם מצביעים המחברים עלולים לגרום למיטב הבנתנו רק לקריאה של רמת אלכוהול גבוהה יותר, אך לא לממצא של שכרות (קרי ריכוז אלכוהול גבוה מהריכוז האסור על פי התקנות) מקום שהנבדק לא שתה כלל אלכוהול בסמוך לבדיקה. מובן שאיננו כופרים בכך שגם מקרה מעין זה הוא בגדר שגיאה חיובית (False Positive). אלא מאי, לטענתנו באשר לאוכלוסיית הנבדקים, שבפועל שתתה אלכוהול בטרם הנהיגה, לא ניתן להניח את הסתברות האשמה האפריורית הנמוכה שמניחים המחברים.

רביעית, נגיב לטענת המחברים כי האפשרות שלא התבצעה עברה כלל עושה כל שימוש בהסתברות אפריורית הגדולה מאפס לנוגדת את המחויבות ההכרתית והנורמטיבית הכלולה בחזקת החפות. בהקשר זה נבקש גם להצביע על הקושי הטמון בהסתמכותם של המחברים על מאמרו המפורסם של פרופ' Tribe[3] כתימוכין לתזה שהם מציגים.

חמישית, נבקש להעלות כמה הרהורים חדשניים בנוגע לאופן שבו יש להבין את מידת ההוכחה בנוגע לעברות תנועה ומידת ההוכחה בכלל. המחברים ממשיגים את מידת ההוכחה כמשקפת רף של הסתברות מתמטית שיש להשיג כתנאי להרשעה. כמו כן, הם מניחים כי בעברות תעבורה, כגון נהיגה בשכרות, הסתברות אשמה אפוסטריורי הנדרשת כתנאי להרשעה שווה לזו הנדרשת בעברות פליליות חמורות יותר. הנחה זאת אינה נראית לנו מובנת מאליה. אמנם גם אנו איננו תומכים בעמדה כי מידת ההוכחה משתנה בהתאם לחומרת העברה, אך זאת רק משום שאיננו ממשיגים את מידת ההוכחה כמשקפת רף של הסתברות מתמטית כאמור. אנו נבקש להציע כי להוכחה בפלילים יסוד הליכי-פרוצדורלי, אשר בא לידי ביטוי בדין הפוזיטיבי במושג החזקה הראייתית המעבירה את נטל הבאת הראיה מבעל דין לבעל דין. יסוד הליכי-פרוצדורלי זה (בניגוד למידת ההוכחה שאינה משתנה) מעצם טבעו מושפע משיקולי תועלת ומשיקולים תמריציים (כגון השאלה למי הנגישות הגבוהה ביותר לראיות), ולפיכך יכול, כך נטען, להיות רגיש במידה מסוימת גם לשאלת קולת העברה.

---

[3] Laurence H. Tribe, *Trial By Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process,* 84 HARV. L. REV. 1329 (1971).

שישית, נבקש להראות כי עצמתו של טיעונם החוקתי של המחברים נסמכת במידה רבה על כך שהם הציבו להם כמטרה "איש קש" – **דמות שבמציאות הממשית לא יכולה באופן סביר לשמש כיעד–מטרה לביצוע הבדיקה.**

לבסוף, נבקש להציע הסדר חקיקתי חלופי שיש בו כדי לענות על מרבית החששות שמעלים המחברים, וזאת מבלי לבטל כליל את הסמכות לבצע בדיקות נשיפה אקראיות ללא חשד מקדים.

ב. הניתוח ההסתברותי והחשש מפני הרשעות השווא

ביסוד ניתוחם ההסתברותי של המחברים עומדות כמה הנחות מוצא. הנחות אלה הן כדלקמן:

א) ריכוז האלכוהול הקובע לעניין עברת הנהיגה בשכרות הוא ריכוז האלכוהול **בדם**.

ב) הסקת ריכוז האלכוהול **בדם** על פי בדיקת **הנשיפה** אינה נקייה מסיכוני שגיאה, דהיינו, יש אפשרות לשגיאה חיובית (False Positive).

ג) כאשר נאשם מורשע על סמך בדיקת הנשיפה "בלבד", הרי שסיכויי השגיאה החיובית (False Positive) וסיכויי השגיאה השלילית (False Negative) של בדיקת הנשיפה הם הראיה היחידה המצויה בפני בית המשפט.

ד) משום שניתן לעשות את בדיקת הנשיפה ללא כל חשד מקדים, יש להניח כי הסתברות האשמה האפריורית היא הסתברות נמוכה ביותר.

מבין הנחות אלו נבקש לבקר את ההנחות (ג) ו־(ד). לצורך הצגת עמדתנו אנחנו מוכנים להניח כי הנחה (א) משקפת נכונה את הדין המצוי על פי סעיף 64ב לפקודת התעבורה (עם זאת, נאמר כבר עתה כי בהמשך המאמר, עת נציג את ההסדר המוצע על ידינו, נדון גם בשאלה אם זהו אכן המצב המשפטי הרצוי).

אנו מוכנים לקבל גם את הנחה (ב). זאת משום שכאמור איננו מומחים להיבטים הטכניים והמדעיים של המכשיר המשמש כיום במשטרת ישראל לצורך בדיקת הנשיפה – ה־Draeger Alcotest 7110 MKIII-IL, או "ינשוף" (להלן: "המכשיר"). הנחה זו נראית לנו גם כמסתברת ביותר, הואיל וקשה להעלות על הדעת הליך כלשהו הנקי לחלוטין מסיכוני משגה, ולא ראינו טעם כלשהו להוציא מכשיר זה מן הכלל. עם זאת, כדי להבין את ביקורתנו על הנחות (ג) ו־(ד) של המחברים, ראוי יהיה לעמוד על אופיים של גורמי המשגה האפשריים במכשיר לדידם של המחברים.

המחברים מונים שלושה גורמים אפשריים לשגיאה חיובית:

א) **יחס הדם־נשיפה** (ה־Blood Breath Ratio – להלן: "BBR") **אינו קבוע** – המחברים מצביעים על כך שהיחס המשמש להמרת ריכוז האלכוהול באוויר

הנשוף לריכוז האלכוהול בדם משתנה (במסגרת טווח מסוים) מאדם לאדם, והוא אף משתנה אצל אותו אדם מעת לעת.

בהקשר זה ראוי לציין כי ה־BBR של 2083 שבו עושה שימוש תקנה 169א לתקנות התעבורה, התשכ"א–1961 (להלן: "תקנות התעבורה") מקל עם הנאשמים, כיוון ש ה־BBR הממוצע בקרב האוכלוסייה הוא קרוב ל־2300. איננו יודעים לגבי איזה אחוז מהנאשמים יביא BBR זה דווקא להערכת יתר של ריכוז האלכוהול בדם, אבל בפסק דין של בית המשפט העליון בניו ג'רזי דובר על כך ש־BBR גבוה אף יותר – של 2100 – מחמיר לכל היותר עם 2.3% מהאוכלוסייה.[4] המחברים לעומת זאת מדברים על 16%.[5]

לא למותר יהיה גם לציין בשולי הדברים כי גורם שגיאה זה תלוי כמובן בהנחת המוצא של המחברים כי ריכוז האלכוהול הקובע הוא הריכוז בדמו של הנבדק דווקא.

ב) **בעיית האלכוהול בפה** (Mouth Alcohol) – המחברים מצביעים על כך שקריאת מכשיר הבדיקה עלולה להיות מושפעת מנוכחות אלכוהול בפה. אלכוהול עלול להימצא בפה מסיבות שונות כגון: אכילת מזונות ומשקאות מסוימים, שימוש בתרסיס נגד ריח רע בפה, שיירים בשיניים התותבות וכו'. המחברים מודעים לכך שעל פי ההנחיות, בדיקת הנשיפה מתבצעת לאחר פרק זמן מסוים שבמהלכו הנבדק מצוי בהשגחה, ואשר על פי מחקרים נמצא כי די בו כדי שתחלוף סכנת הימצאות אלכוהול בפה. כמו כן, הם מודים כי במכשיר ה"ינשוף" מצוי אלגוריתם (ה־Slope Algorithm) שאמור לאתר מקרים של אלכוהול בפה. עם זאת, המחברים מפנים למומחים המטילים ספק בדבר דיות אמצעים אלה.

ג) **בעיית התגובה הצולבת** (Cross-Reactivity) – המחברים מצביעים על כך שההליך המשמש לצורך בדיקת האלכוהול עלול לזהות כאלכוהול גם חומרים אחרים העלולים להימצא בגוף האדם כגון אצטון (Acetone). המחברים אמנם מודעים לכך כי מכשיר ה"ינשוף" מצויד בגלאי תא הדלק שאמור להיות ספציפי יותר מגלאי האינפרה־אדום, אך הם מפנים למומחים המטילים ספק ביעילות תא אמצעי זה.

לא למותר גם לציין כי לפחות בנוגע לגורמי השגיאה (ב) ו־(ג) מדובר, למיטב הבנתנו, בטענות "שמא" בלבד ולא בטענות "ודאי". עצם העובדה שמומחה פלוני מעלה ספקות באשר ליעילות מכשיר אינה מחייבת את בית המשפט מניה וביה לקבל ללא כל חקירה ודרישה כי מדובר בחשש של ממש. עניינים אלה ראוי שיתבררו בבית

---

4 State v. Chun, 923 A.2d 226 (2007) המסתמך בהקשר זה על State v. Downie, 117 N.J. 450 (1990).

5 מאמרם של המחברים, לעיל ה"ש 1, בסמוך לה"ש 30.

המשפט כאשר קבילות המכשיר תעמוד למבחן. עם זאת, לצורך הדיון אנחנו שוב מוכנים להניח כי טענות אלה מעלות חשש ממש ולא חששות בעלמא.

1. היעדרן של ראיות הגנה כראיה נוספת

היכן אפוא טמון לדעתנו הקושי בטיעונם של המחברים? הקושי הראשון טמון בכך שהמחברים מניחים, שלא בצדק, כי כאשר בית המשפט מרשיע נאשם כביכול על בסיס בדיקת הנשיפה "בלבד", זהו אכן הנתון היחיד שיש בפני בית המשפט.

המחברים מתעלמים משתי נקודות חשובות: ראשית, המחברים מתעלמים מכך שאפשרות השגיאה החיובית (False Positive) אינה נובעת מחוסר ודאות אינהרנטית בבדיקת הנשיפה,[6] אלא מחוסר ידיעתנו בדבר התקיימות אחד מאותם תרחישי השגיאה האפשריים. לכאורה אפוא לו היינו יכולים לשלול אותם תרחישי שגיאה, ניתן היה לצמצם את סיכויי השגיאה החיובית (False Positive).

שנית, וזו נקודה הנסמכת על הנקודה הראשונה, המחברים מתעלמים מכך שמתקיים הליך משפטי שבו ניתנת לנאשם אפשרות להציג ראיות להגנתו ומכך שבשיטת המשפט האדברסרית יש לנאשם לכאורה תמריץ להציג ראיות כאלה. בהינתן תמריץ זה, עצם העובדה שהנאשם לא הציג אף לא ראשית ראיה לאחד מתרחישי השגיאה האפשריים, וזאת אפילו מקום שניתן היה להעלות על הדעת שראיה כזאת תהיה מצויה בהישג ידו יותר מאשר בידי כל גורם אחר, היא כשלעצמה "ראיה" טובה (גם אם לא מכרעת) לכך שככל הנראה לא התקיימו בעניינו של הנאשם אותם תרחישי השגיאה האפשריים. לעומת זאת, אם הנאשם אכן הציג ראיות הגנה, אזי ממילא בדיקת הנשיפה אינה הראיה היחידה. יוצא אפוא שבין כך ובין כך בדיקת הנשיפה אינה ה"ראיה" היחידה שבפני בית המשפט בתום ההליך.

אמנם בשיח הבלתי פורמלי של בתי המשפט אין הם מקפידים לציין כי נתונים אלה (קרי, היעדרן של ראיות הגנה מטעמו של הנאשם) הם ראיות כשלעצמן המגדילות את הסתברות האשמה האפוסטריורי של הנאשם. אבל בניגוד לשיח בלתי פורמלי זה, כאשר המחברים עושים שימוש בכלים הסתברותיים-פורמליים ובתיאורמת בייז, אל להם להתעלם מהשפעת נתונים נוספים אלה על יישומה של

---

[6] בחוסר ודאות אינהרנטית כוונתנו למצב שבו השימוש במונחים הסתברותיים אינו משקף חוסר ידיעה גרידא, אלא את היות הבדיקה סטטיסטית מלכתחילה או לחלופין את היותה תלויה באינדטרמיניזם בפועל של העולם. מצב כזה של חוסר ודאות אינהרנטית עולה למשל מהשימוש שעושה תורת הקוונטית בהסתברויות. שימוש זה בהסתברויות, לפחות לפי כמה מהפשרים הניתנים לו (למשל "פשר קופנהגן" של נילס בוהר), אין מקורו בגורמים שאינם בידיעתנו אלא באינדטרמיניזם בפועל של העולם. כנגד האינדטרמיניזם הזה השמיע אלברט אינשטיין את אמרתו הידועה "אלוהים אינו משחק בקוביות" ועל כך השיב לו נילס בוהר תשובה מפורסמת כמעט באותה המידה באומרו "אתה לא תגיד לאלוהים מה לעשות".

התיאורמה במקרה הנתון.

לו היה מדובר במשפט פלילי "רגיל", ולא במשפט תעבורה גרידא, לא היה יכול להתעורר כלל ספק בדבר הערך הפרובטיבי של היעדר ראיות ההגנה. במשפט פלילי "רגיל" לנאשם יש אכן תמריץ חזק להציג את ראיות ההגנה שבידיעתו או שבהישג ידו (ודוק, ראיה לעניין זה היא גם עצם עמידתו על דוכן העדים ומסירת הסבר מזכה). אם הנאשם לא הציג ראיות לתרחישים אלה, הרי שעצם אי־הצגת הראיות היא "ראיה" לכך שככל הנראה תרחישים אלה לא התקיימו.[7]

עם זאת, אין בכוונתנו להתעלם מכך שעברות תעבורה נתפסות כעברות קלות. עובדה זו מקטינה (אך לא מאפסת) את התמריץ שיש לנאשם להשקיע משאבים[8] בהשגתן ובהצגתן של אותן ראיות הגנה. כתוצאה מכך קטן לכאורה הערך הפרובטיבי שיש לייחס בפועל להיעדרן של ראיות הגנה. בסופו של תת־פרק זה נבקש לדון גם בהיבט זה ובמשמעותו. אך קודם שנדון בהיבט זה נבקש להבהיר ולהדגים את טענתנו בדבר הערך הפרובטיבי של היעדר ראיות הגנה בהתייחס לכל אחד מגורמי השגיאה שמציינים המחברים ותוך שאנו מזניחים לעת עתה את סוגיית התמריץ והמשאבים.

ראשית נדון בבעיית התגובה הצולבת (ה־Cross-Reactivity). מקורם של אותם חומרים שעלולים להיות מזוהים בטעות כאלכוהול יכול להיות אחד משניים: או פנימי – בשל נטייה ייחודית של גוף הנבדק לייצר חומרים אלה ברמות חריגות (למשל, אצטון בנשיפתם של חולי סוכרת) או חיצוני – כגון באמצעות צריכת מזונות או משקאות המכילים אותו החומר.

בנוגע לשני המקורות (דהיינו, הן הפנימי והן החיצוני), מדובר במידע שאמור להיות בידיעתו של הנאשם או שלמצער לנאשם בדרך כלל הנגישות הגבוהה ביותר אליו. אמנם הנאשם אינו תמיד מודע להשפעה שיכולה להיות למצבו הגופני או לחומר שצרך על תוצאות בדיקת הנשיפה אך לכאורה (ובהנחה שמניחים בצד לעת עתה את סוגיית המשאבים שהנאשם מוכן להשקיע בנושא, דבר שנדון בו כאמור בהמשך) פתוחה בפניו הדרך לפנות למומחה אשר יבדוק אותו ויסקור אתו את כל גורמי השגיאה האפשריים.

כך למשל אדם שלו רמות אצטון גבוהות בשל סוכרת, אין דבר קל לו יותר מאשר להציג תעודה מרופאו שהוא אכן סובל ממחלת הסוכרת. הוא הדין בעניין חומרים אחרים המצויים בנשיפתו של הנאשם ברמות חריגות ביחס לכלל האוכלוסייה. כאשר מקורן של רמות חריגות אלה בנטייה אישית של אותו נאשם, הן אמורות להימצא לכאורה באופן קבוע בנשיפתו, ולכאורה יכול הנאשם לגשת למומחה בתחום (ושוב

---

7 נדגיש כבר עתה כי חלילה אין אנו מטילים על הנאשם את החובה להוכיח את חפותו. עם זאת, אין להתעלם מכך שבהתקיים התמריץ יש **בפועל** ערך ראייתי להיעדר ראיה מצד הנאשם. בהמשך נדון בסוגיה זאת ביתר הרחבה במסגרת תת־פרק (ה).

8 אנו משתמשים במונח משאבים במובן רחב ביותר. אין הכוונה למשאבים כספיים בלבד, אלא גם עצם הזמן, הטרחה והמשאבים הקוגניטיביים שעשויים להידרש לצורך השגת הראיות והצגתן.

נדגיש כי אנו מזניחים לרגע את סוגיית המשאבים) אשר יבדוק אם יש בנשיפתו אחד מאותם החומרים. אם אכן מתקיימת אצלו נטייה כזו, ניתן היה לצפות שיציג את עדות המומחה בבית המשפט כראיה להגנתו.

כאשר המקור הוא חיצוני, גם אז לכאורה אמור להיות הדבר בידיעתו של הנאשם. הנאשם אמור לדעת מה אכל או שתה או צרך בכל דרך אחרת בסמוך לבדיקה. לכאורה גם בנוגע לחומרים ממקור חיצוני מומחה יכול לסקור עם הנאשם את רשימת החומרים שיכולים לגרום לשגיאה חיובית ולברר אם הנאשם צרך אותם. אם הוא אכן צרך חומרים כאלה בסמוך לבדיקה, ניתן היה לצפות מהנאשם כי יעיד על כך בבית המשפט.

עד כה דנו במצב שבו הנאשם לא הציג כל ראיות הגנה. לעומת זאת, אם הנאשם בוחר להעיד ולהציג ראיות, הרי ממילא מצוי עוד נתון בפני בית המשפט ואין מדובר בהרשעה על סמך בדיקת הנשיפה בלבד. למשל כאשר הנאשם מעיד כי צרך חומר, משקה או מזון כלשהו, בית המשפט יכול להתרשם מעדותו באופן בלתי אמצעי ולבחון את עמידתו בחקירה נגדית. התרשמות זו גם היא אפוא ראיה נוספת על בדיקת הנשיפה.

ויודגש, הדרישה כי הנאשם יתכבד ויעיד כי צרך חומר מסוים אינה עניין של מה בכך. ראשית, משום שיש להניח כי מרבית בני האדם הנורמטיביים יירתעו מלהעיד עדות שקר כאשר מדובר במשפט תעבורה. זאת ועוד, לבית המשפט יש אמצעים לבדוק את מהימנות גרסתו של הנאשם. כך אם יטען הנאשם כי צרך תרופה קודם הנסיעה, יוכל בית המשפט לבדוק אם אכן ציין כי צרך תרופה זו כאשר נשאל במהלך מילוי "טופס בדיקת המאפיינים" אם צרך תרופות. באשר לחלק מהתרופות ניתן אף לצפות מהנאשם שיציג את מרשם הרופא. בית המשפט יכול לבדוק את מהימנות גרסתו לגבי מזונות או משקאות מסוימים שצרך גם בנוגע לנתונים נוספים המצויים בבדיקת המאפיינים כגון בסעיף "השיחה הראשונית עם הנהג" שבו הוא נשאל מהיכן ולהיכן נסע, היכן שתה ועוד. בית המשפט יכול גם להתרשם באופן בלתי אמצעי מעדות הנאשם וממהימנות גרסתו.

נגישותו של הנאשם לראיות (או ראשית ראיה) שיצביעו על התקיימותו של גורם שגיאה אפשרי, ומכאן גם למשמעות היעדרן של ראיות מטעמו, אינה מוגבלת רק לגורם השגיאה של התגובה הצולבת. כך גם בנוגע לבעיית האלכוהול בפה (Mouth-Alcohol), הנאשם אמור לדעת אם יש לו שיניים תותבות או אם השתמש בתרסיס נגד ריח רע מהפה בסמוך לבדיקה. ראוי אפוא למצער שיעיד על כך ויעמיד גרסתו לבחינת בית המשפט.

לבסוף, נגישותו של הנאשם לראיות בדבר גורמי השגיאה נכונה גם באשר לבעיית ה-BBR המשתנה. ממאמרם של המחברים עולה כי השוני ב-BBR נובע משניים: (1) שונות טבעית מאדם לאדם; (2) תנאים משתנים גורמים ל-BBR להשתנות מעת לעת, למשל, הימצאותו של נבדק בשלב ספיגת האלכוהול מגדילה

באופן משמעותי את ה־BBR. ויצוין כי השונות הגדולה ביותר שתיארו המחברים היא דווקא בין השלבים השונים של סילוק האלכוהול (ולעומת זאת, השונות הטבעית מאדם לאדם ב־BBR אינה מביאה במרבית המקרים ל־BBR הנמוך באופן משמעותי מזה שביסוד תקנות התעבורה, שמצדן מניחות ממילא BBR נמוך מהממוצע).

באשר לרכיב השונות הטבעית הרי הוא כאמור אינו משמעותי בנוגע לרוב גדול של הנבדקים. זאת ועוד, גם בנוגע לבעיה זו יכול הנאשם (שוב בהזנחת סוגיית המשאבים לעת עתה) לפנות למומחה שבאמצעות ניסוי שלכאורה אינו מורכב יבדוק אם ה־BBR שלו חריג.

ומה באשר לשונות בין שלבי סילוק האלכוהול השונים? בהתאם להוראות ההפעלה, בדיקות הנשיפה נעשות ממילא לאחר פרק זמן של 15 דקות לפחות שבהם נמצא הנבדק בפיקוח כדי שלא ישתה אלכוהול בסמוך לבדיקה. לכאורה, בפרק זמן זה אמור לחלוף שלב הספיגה שבו ערכי ה־BBR נמוכים במיוחד. המחברים טוענים כי בתנאים מיוחדים, שלב הספיגה יכול להימשך עד כ־3 שעות, אך שוב, תנאים אלה אמורים להימצא בידיעת הנאשם. כך למשל הוא יודע אם שתה על בטן מלאה לאחר ארוחה שעיקרה פחמימות.[9] לכאורה יכול הנאשם לפנות למומחה שיסקור אתו את רשימת הגורמים האפשריים לשגיאה, ואם התקיים אצלו גורם זה ניתן היה לצפות שלמצער יעיד על כך.

כללו של דבר, בנוגע לכל אחד מגורמי השגיאה, לנאשם נגישות לראיות אשר יאשרו את התקיימותן או ישללו אותן. יוצא אפוא שבהינתן תמריץ להציג ראיות אלה ובהזנחת שאלת המשאבים, עצם אי־הצגת הראיות הייתה צריכה להיות כשלעצמה ראיה לכך שככל הנראה לא התקיימו בענייננו אותם גורמי שגיאה. היעדרן של ראיות ההגנה להתקיימות אותם גורמי השגיאה הייתה צריכה אפוא לחזק את המסקנה כי בבדיקת הנשיפה לא נפלה כל שגיאה.

עם זאת, כפי שציינו ניתן לתהות אם אכן סכנת ההרשעה בעברת תעבורה של נהיגה בשכרות (ככל שיש בה קלון מוסרי כלשהו) ובעונש שבצדה יש כדי להוות תמריץ מספיק לנאשם להשקיע את המשאבים הנדרשים כדי להגיע לראיות הגנה אלה. יכול מאן דהוא לטעון כי הצגת הראיות לעתים תדרוש (כפי שהצבענו לעיל) בדיקה של מומחה אשר יסקור עם הנאשם את גורמי השגיאה האפשריים, שמא התקיימו בענייננו, ולעתים אף בדיקה פיזית של הנאשם. כל אלה כרוכים במשאבים (זמן, טרחה, משאבים קוגניטיביים ואף כספיים) שלעתים אינם מבוטלים, וייתכן שהנאשם יוותר על נקיטת קו פעולה זה משיקולי עלות־תועלת. לפי זה, יטען הטוען, הערך הפרובטיבי שניתן לייחס להיעדרן של ראיות ההגנה הוא קטן יחסית בכל הנוגע

---

9 זהו התרחיש להתמשכות שלב הספיגה עד ל־3 שעות שמביאים אחיקם סטולר ויורם פינקלשטיין "נהיגה בשיכרות ובפיכחון – היבטים נוירולוגיים קליניים והיבטים טוקסיקולוגים מעבדתיים" **רפואה ומשפט** 29, 120, 123–124 (2003).

לעברות תעבורה.

מה היא אפוא תשובתנו לטענה זו? ראשית, הנה דווקא אם נלך לגישת המחברים הרואים בהרשעת שווא בנהיגה בשכרות תוצאה חמורה מבחינה מוסרית ורואים בענישה שבצד עברה זו ענישה חמורה ביותר,[10] אז בוודאי לא יתעורר כל קושי. ענישה זו והקלון המוסרי שבהרשעה (ככל שיש כזה לדעתם) מהווה בוודאי תמריץ לנאשם להשקיע משאבים להבאת ראיות להגנתו. היעדרן של ראיות הגנה במקרה זה יהיה אפוא בעל ערך פרובטיבי לא מבוטל.

אנו, לעומת זאת, סבורים כי עברות תעבורה אינן עברות חמורות מבחינת הקלון המוסרי שבהם.[11] לפיכך איננו פוטרים עצמנו מהחובה להשיב על טענת היעדר התמריץ גם לגישתנו.

מהו אפוא המשקל שיש לתת לטענת היעדר התמריץ? אין ספק שככל שהתמריץ להשיג ראיות הגנה קטן יותר, אזי ניתן ללמוד מעט יותר לחובת הנאשם מעצם העובדה שלא הציג ראיות הגנה. דא עקא, שאם נוסף על כך נמשיג את מידת ההוכחה הפלילית של "הוכחה מעבר לספק סביר" כקובעת רף מספרי קבוע לכל עברה באשר היא (כפי שעושים המחברים), נגיע לתוצאה שיש בה מן הפרדוקסליות. זאת, משום שככל שהעברה קלה יותר, הראיה ממחדלו של הנאשם להציג ראיות לזכותו חלשה יותר, והתוצאה תהיה שרשויות אכיפת החוק ייאלצו להשקיע יותר משאבים כדי לפצות על הפיחות בכוחה הפרובטיבי. ניתן לנסח זאת באופן הפרדוקסלי הבא: ככל שהעברה פעוטת ערך יותר, הקלון המוסרי שבצדה חלש יותר והעונש קל יותר, אזי רשויות אכיפת החוק יצטרכו להשקיע יותר משאבים כדי להוכיחה!

לדעתנו, ניתן להצדיק תוצאה פרדוקסלית זו בכל הנוגע למשאבים הכספיים, שלא ראוי להטילם על הנאשם, אך מה באשר למשאבים אחרים (כגון זמן, טרחה ומשאבים קוגניטיביים) – האם לא ראוי לתמרץ את הנאשם לשתף פעולה בהליך המשפטי המתקיים בעניינו, כאשר הוא הגורם בעל הנגישות הגבוהה ביותר לראיות מסוימות?

נשוב לדון בתוצאה פרדוקסלית זו בתת־פרק (5) שבו נדון במידת ההוכחה. אך למזלנו בכל הנוגע לעברת הנהיגה בשכרות, אנו יכולים להימנע מתוצאה זו על ידי פתרון פשוט יחסית. פתרון זה נציג בתת־הפרק הבא (תת־פרק (2)).

---

10 ס' 39א לפקודת התעבורה קובע כדלקמן: "הורשע אדם על עבירה כאמור בסעיף 62(3), דינו – בנוסף לכל עונש אחר – פסילה מקבל או מהחזיק רשיון נהיגה לתקופה שלא תפחת משנתיים, ואם כבר הורשע על עבירה זו בשנה שקדמה לאותה עבירה – פסילה לתקופה שלא תפחת מארבע שנים; אולם רשאי בית המשפט, בנסיבות מיוחדות שיפרש בפסק הדין, להורות על פסילה לתקופה קצרה יותר".

11 בתת־פרק (ה) נשוב ונדון בהיבט זה, ונראה כי אין מדובר בעמדתנו הסובייקטיבית, אלא בעמדת המחוקק.

2. הרחבת "טופס בדיקת המאפיינים"

את בעיית התמריץ החלש מדי שמציגה עברת הנהיגה בשכרות ניתן לפתור לדעתנו באופן פשוט יחסית אפילו תחת ההסדר המשפטי שהנהיג התיקון לפקודת התעבורה.

כפי שציינו לעיל, המחברים מציגים כמה גורמי שגיאה אפשריים. גורמים אלה כפי שהראינו, הם ברובם בידיעת הנבדק, והצגתם אינה כרוכה מבחינה מעשית בהוצאת משאבים כספיים מצדו. הקושי הוא בכך שכאמור, הנבדק לעתים אינו מודע לקשר בין גורמים אלה לתוצאת הבדיקה, ופנייה למומחה שיסקור עמו גורמים אלה עלולה להיות כרוכה במשאבים רבים מדי. הפתרון המתבקש הוא אפוא שלשאלות הנשאלות על ידי השוטר הבודק במסגרת "טופס בדיקת המאפיינים" יתווספו שאלות שישללו את קיומם של גורמי השגיאה האפשריים בענייננו.

אם אכן גורמי השגיאה האפשריים שמעלים המחברים מעוררים חשש של ממש ולא חשש בעלמא (וזהו כפי שציינו עניין לבית המשפט לענות בו לאחר חקירה ודרישה), איננו רואים בעיה מיוחדת בהוספת סדרת שאלות בטופס בדיקת המאפיינים שנועדו לשלול אותן. סדרת שאלות כזו יכולה להיות למשל: האם יש לך שיניים תותבות? האם השתמשת בתרסיס נגד ריח פה ב-X דקות האחרונות? האם שתית במהלך סעודה? מה אכלת בסעודה? האם צרכת חומר X ב-Y הדקות האחרונות? ועוד כהנה שאלות שישללו תרחישי שגיאה אפשריים ככל שבית המשפט ימצא כי הם קיימים.

נותרו אפוא אותם הגורמים שאינם בידיעת הנבדק, אלא הוא צריך להיבדק כדי לגלותם (כגון שונות אישית ב-BBR). כדי לפתור קושי זה נראה לנו כי יש לאמץ את השיטה שננקטה על ידי בית המשפט העליון בניו ג'רזי:[12] במקרים שבהם קריאת מכשיר הבדיקה גבולית, יידרש בית המשפט לזהירות יתרה ויתור אחר ראיות נוספות התומכות בממצא השכרות (כאלה ניתן יהיה למצוא בתיאור התנהגותו של הנבדק על ידי השוטרים ובבדיקות שנעשו במסגרת בדיקת המאפיינים).

הפתרון המוצע על ידינו מאפשר לעניות דעתנו לפתור באופן מניח את הדעת את החששות שמעלים המחברים מבלי לבטל כליל את הסמכות לבצע בדיקת נשיפה ללא חשד.

3. הסתברות האשמה האפריורית

נדבך מרכזי נוסף בטיעונם של המחברים הוא הנחת המוצא (ד) שעליה הצבענו לעיל. בהתאם להנחת מוצא זו, כיוון שניתן לעשות את בדיקת הנשיפה ללא כל חשד, הרי שיש להניח כי הסתברות האשמה האפריורית של הנבדקים הוא נמוך (המחברים

[12] ראו עניין *Chun*, לעיל ה"ש 4.

למשל מניחים הסתברות אשמה של **0.01**, דהיינו כי רק **1** מכל **100** נבדקים הוא אכן שיכור). בהינתן הסתברות אשמה כאמור גם אם הסתברות השגיאה החיובית בבדיקה היא נמוכה (המחברים הניחו למשל הסתברות של **0.01** לשגיאה חיובית), אזי ישנם סיכויים לא מבוטלים להרשעות שווא.

עד עתה בשני תת־הפרקים הקודמים התייחסנו לסוגיית הסתברות השגיאה החיובית והצבענו על כך שבפני בית המשפט נתונים שיש בהם כדי לשלול חלק ניכר מגורמי השגיאה החיובית, דבר המפחית את הסתברות השגיאה החיובית עוד יותר. בתת־פרק זה נבקש לבחון את טענת המחברים כי יש להניח הסתברות אשמה אפריורית נמוכה מאוד.

לדעתנו, המחברים מניחים הסתברויות אשמה נמוכות מדי, וזאת, ללא כל הצדקה. בחינת גורמי השגיאה האפשריים שהוצגו על ידי המחברים מראה כי גורמי השגיאה האפשריים יביאו לכל היותר לקריאת ריכוז אלכוהול גבוה יותר במים ששתה, אך לא לממצא של שכרות (דהיינו, ריכוז אלכוהול מעל הסף המותר) מקום שהנבדק לא שתה כלל. אמנם גם באשר לאנשים שלא שתו כלל לא ניתן לשלול לחלוטין בעולם קונטינגנטי כשלנו את אפשרות השגיאה החיובית, אך כל עוד המחברים אינם מציגים תרחיש של ממש שבו היא תתקיים, הרי שיש להניח כי היא נמוכה מאוד, כמעט אינפיטיסימאלית.

טלו למשל את בעיית האלכוהול בפה. על בעיה זו נועד לענות אלגוריתם מסוים במכשיר הבדיקה (ה־Slope Algorithm). המחברים מפנים אמנם למי שמטיל ספק ביעילות פתרון זה, אך בחינת התרחיש שבו האלגוריתם אינו חסין מטעויות מגלה שזה יקרה מקום שיש אלכוהול גם בזרם הדם וגם בפה, דהיינו שהנבדק אכן שתה אלכוהול.[13]

זה המצב גם מקום שמדובר ב־BBR נמוך, דבר שיביא רק להערכת יתר של ריכוז האלכוהול, אך לא לגילוי אלכוהול מקום שאין כזה. ולמיטב הבנתנו זהו גם המצב בנוגע לבעיית התגובה הצולבת (גם בההנחה שהפתרון לבעיה זו המצוי במכשיר אינו יעיל במאת האחוזים) שמביא להערכת יתר של ריכוז האלכוהול מתוך כך שהמכשיר מצרף לריכוז חומרים שמזוהים בטעות כאלכוהול.

אכן ללא ספק גם מצב של קריאה של ריכוז אלכוהול גבוה מדי כאשר בפועל ריכוז האלכוהול בדמו של הנבדק נמוך מהסף האסור, היא שגיאה חיובית (False Positive). אלא מאי, אם בעיית השגיאה החיובית מתמצית כולה (או כמעט כולה) באוכלוסיית הנבדקים ששתו בפועל, אזי קשה לנו לקבל את הסתברות האשמה האפריורית הנמוכה שמניחים המחברים. האם ניתן לקבל שרק ב־**1** מ־**100** נבדקים אלה, ששתו בפועל אלכוהול ונהגו לאחר מכן, ריכוז האלכוהול הוא מעל הסף המותר?!

---

[13] שם.

לא לנו ולא למחברים יש נתונים אמפיריים של ממש, אבל הדעת נותנת שלגבי אוכלוסייה זו הסתברות האשמה האפריורית גבוהה באופן ניכר מההסתברות שמניחים המחברים. והנה, ככל שהסתברות האשמה האפריורית גבוהה יותר כך נשמטת הקרקע תחת טענתם של המחברים כי בדיקה ללא חשד מקדים מביאה לסכנה משמעותית של הרשעות שווא.

לכל האמור יש להוסיף שקשה להניח שהמשטרה מבצעת בדיקות נשיפה באופן אקראי לחלוטין. זאת, יש להניח לדעתנו ולו משיקולי עלות-תועלת גרידא (דהיינו משיקולים של היחס בין כמות המשאבים וכוח האדם המושקעים לאחוז גילוי השיכורים). אמנם בדיקות פיכחון אקראיות נעשות, אבל להערכתנו בדיקות אלה נעשות בדרך כלל בזמנים מועדים (למשל ערבי שבת, כשאנשים חוזרים ממקומות בילוי וממסבאות) ובמקומות מועדים. עובדה זו מגדילה אף היא את הסתברות האשמה האפריורית. נשוב לנקודה זו עת נתייחס לטיעונם החוקתי של המחברים וכן להסדר החקיקתי שאנו מציעים.

4. חזקת החפות והטיעון ממאמרו של Tribe

באשר להסתברות האשמה האפריורית, מוסיפים המחברים וטוענים כי שימוש בהסתברות האפריורית הגדולה מקום שיש סכנה כי לא התבצעה עברה כלל (דהיינו, כאשר אין ראיות עצמאיות ל-Corpus Delicti בדומה למצב בעברת הנהיגה בשכרות) נוגדת את המחויבות ההכרתית והנורמטיבית שביסוד חזקת החפות. בהקשר זה מסתמכים המחברים על מאמרו המפורסם של פרופ' Tribe.[14]

על טענה זו יש להשיב כך: מלכתחילה הישענותם של המחברים על מאמרו של פרופ' Tribe בהקשר זה הנה מוקשה משהו. Tribe לא תמך בקביעת ערכים להסתברות אפריורית בתיאורמת בייז. אדרבה הוא ניהל מתקפה נוקבת כנגד הניסיון להשתמש בתבניות מתמטיות, בפרט המודל הבייזיאני, ככלי לניסוח, להערכה או להפעלה של שיקולים ראייתיים בהליכים משפטיים. בתוך כך Tribe לא הציע, כפי שעשוי אולי להשתמע מדברי המחברים, לזהות את חזקת החפות עם הסתברות אפריורית כלשהי. ההפך הוא הנכון, שכן הוא הצביע על כך שחזקת החפות אינה ניתנת כלל להמשגה במונחים של הסתברות כזו. המחברים, המניחים בניגוד ל-Tribe לאורך מאמרם, כי תיאורמת בייז היא כלי בר תוקף להמשגת ההליך הראייתי, אינם יכולים אפוא להישען על המתקפה שהוא עורך על כל ניסיון לכימות חזקת החפות (ולא רק על קביעת ערכים כאלו הגדולים מאפס).

חוקרים – כמו המחברים שלפנינו – המקבלים באופן עקרוני את תיאורמת בייז, לפחות ככלי האוריסטי להמשגה וללימוד על אודות כללים ראייתיים, צריכים לעסוק

[14] Tribe, לעיל ה"ש 3.

לדעתנו אך ורק בשאלה מהי ההסתברות האפריורית הקרובה ביותר מבחינת דיוקה והלימותה לשקף את האסטרטגיה ההכרתית של חזקת החפות. הסתברות זו לא יכולה באופן עקרוני להיות שווה לאפס אפילו במקרים כגון זה שלפנינו שעצם קיומה של העברה, ולא רק שאלת זיהוי מבצעה, אינו ודאי. זאת, משני הטעמים הבאים: ראשית, הסתברות בערך אפס משמעותה היא אחת משתיים: חסינות מאשמה (כלומר טענה שלעולם לא ניתן להרשיע במקרה זה יהיו אשר יהיו – אף בעולם עתידי אופטימלי – תוצאות הבדיקה ומהימנותה. זו עמדה שבוודאי אין המחברים יכולים להסכים לה) או הפיכה אוטומטית של תיאורמת בייז לבלתי שמישה מתמטית (עמדה העומדת בניגוד להנחת המחברים שהתיאורמה היא כלי המסוגל להמשיג כהלכה את ההליך הראייתי).

שנית, ולא פחות חשוב, אין שום צידוק לקביעה שמקום שעצם קיום העברה אינו ודאי, אסור לכמת את ההסתברות האפריורית של פלוני לבצעה. אחרי ככלות הכול בעולם קונטינגנטי כשלנו, עצם קיום העברה – גם כשהוא נראה ודאי – הוא אף פעם לא ודאי, אלא רק מסתבר, והסתברותו תמיד קטנה מ־1. הדברים נכונים גם לגבי המקרה שלפנינו שבו לא הוכח עצם קיומה של העברה, וכל השוני בינו לבין מקרים שבהם עצם קיום העברה אינו בספק עשוי להתבטא בכך שההסתברות האפריורית לביצוע העברה היא קטנה יותר. עם זאת, כמו ב"מקרה הסטנדרטי" שבו עצם קיוםהעברה ידוע, גם כאן ההסתברות האפריורית עדיין תהיה גדולה מאפס כל עוד קיומה של העברה הוא בגדר האפשר.

אם כך, הרי שאין כל מניעה להחיל את נוסחת בייז תוך ייחוס הסתברות אפריורית הגדולה מ־0 גם במקרה שבו לא ידוע אם בוצעה העברה. לצורך קביעת ההסתברות האפריורית ניתן להסתייע באמת ההסתברותית הפשוטה הבאה: בהנחה שהעברה בוצעה – ההסתברות (האפריורית) שבוצעה דווקא על ידי פלוני הנאשם היא X. אם עצם ביצועה אינו ודאי וההסתברות שאכן בוצעה הוא 0.5, אזי הסתברות (האפריורית) שבוצעה העברה על ידי פלוני הנאשם היא X/2.

5. מידת ההוכחה ועברות התעבורה

בתת־פרק זה נפרע את החוב שהניחונו בלתי פרוע בתת־פרק (1) לעיל. בסיום תת־פרק (1), עמדנו על כך שהמשגת מידת ההוכחה של "הוכחה מעבר לספק סביר" כנוקבת רף מספרי קבוע מביאה לתוצאה שיש בה מן הפרדוקסליות. התוצאה הפרדוקסלית היא שככל שהעברה קלה יותר, על רשויות אכיפת החוק להשקיע יותר משאבים בהוכחתה. אמנם הראינו כי בעניינה של עברת הנהיגה בשכרות ניתן להימלט מהצורך להתמודד עם תוצאה פרדוקסלית זו, אבל עתה נבקש לשוב אליה ולהוסיף כמה הרהורים בנוגע למידת ההוכחה בעברות התעבורה ובנוגע לאופייה של מידת ההוכחה בכלל.

סדר הדיון בתת־פרק זה יהיה כדלקמן: תחילה נדון במידת ההוכחה שכביכול מציינת רף מספרי כלשהו של הסתברות האשמה האפוסטריורי שיש להשיג כתנאי להרשעה. בהקשר זה נצביע על שיקולים דווקא להצדיק הקלה במידת ההוכחה בעברות תעבורה. בסוף תת־פרק זה נצביע על כך שאולי דווקא בפרדוקס אותו העלינו טמון רמז לפתרון אפשרי שהוא פתרון ביניים בין רף הוכחה המשתנה לפי חומרת העברה לבין רף הוכחה קבוע.

נתחיל ונאמר שהטענה שעברות התעבורה הן עברות קלות יחסית נראית לנו טענה שתתקבל על דעת מרבית הקוראים על נקלה. זאת משני טעמים: ראשית, בצד עברות אלה עונשים קלים יחסית. שנית, וזה החשוב ביותר בעינינו, אין הן נושאות אותו הקלון המוסרי שנושאות עברות חמורות יותר או אם במילים אחרות, אין הן עברות פליליות "ממש".

ויודגש, איננו עונים על שאלת ייחוס או אי־ייחוס האשם המוסרי או הקלון המוסרי לעברות תעבורה על פי נטיית לב סובייקטיבית שלנו ככותבי המאמר. עמדתנו בדבר היעדרו של יסוד מוסרי בולט בעברות התעבורה מוצאת לה ביטוי בהסדרים משפטיים שונים. כך למשל עיינו בתקנות המרשם הפלילי ובתקנות השבים (פרטי רישום שלא יירשמו או שלא יימסר מידע עליהם ועברות שהרשעה בהן לא תפסיק תקופת ההתיישנות או המחיקה), התשמ"ד–1984. תקנות אלה שאושרו על ידי ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת קובעות כדלקמן:

> **"2. סייג למסירת מידע**
>
> מידע מן המרשם לא יכלול את העבירות המפורטות להלן אלא אם כן היתה בקשה לכלול במידע עבירות אלה או לתת מידע על עבירות אלה בלבד:
>
> (1) עבירות תעבורה כהגדרתה בפקודת התעבורה (להלן – **עבירת תעבורה**), למעט עבירה לפי סעיפים 64 או 64א לפקודה האמורה;
>
> (2) עבירה לפי פקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש], התש"ל–1970.
>
> **3. אי הפסקת תקופות**
>
> הרשעה או קביעה כאמור בסעיף 2 לחוק בשל עבירת תעבורה, אין בהם כדי להפסיק תקופת התיישנות או תקופת מחיקה אלא אם כן היו תקופות אלה לענין עבירת תעבורה".

עינינו הרואות כי עברת הנהיגה בשכרות נמנית עם עברות התעבורה (שהיא קטגוריה מוגדרת היטב שממנה מוצאות עברת גרם המוות בנהיגה רשלנית ועברת ההפקרה אחרי פגיעה), וכי לגבי עברות אלה הונהגו שני הסדרים ייחודיים המצביעים על כך שמחוקק המשנה באישור ועדת הכנסת ראה אותן כעברות שאינן נושאות קלון מוסרי

או למצער בעלות חומרה מוסרית פחותה.

השאלה הנשאלת היא אם נכון הוא לדרוש אותה הקפדה הנוהגת במשפט הפלילי בנוגע לעברות פליליות "רגילות" גם באשר לעברות תעבורה אלה. המחוקק ככל הנראה סבר שלא, שכן הוא הקל בסדרי הדין בנוגע לעברות אלה.[15] אבל ניתן להצדיק הקלה במידת ההוכחה גם באופן תאורטי באמצעות שימוש ברעיון משוואות פגיעה־בתועלת (Disutility) שיסודותיו הונחו על ידי Kaplan.[16]

הרעיון היסודי העומד בבסיס המשוואות הנו פשוט: כדי להביא למקסום התועלת החברתית הצפויה מהכרעה משפטית כלשהו יש להתייחס לסיכון הנוגע לאפשרויות המשגה בהכרעה. בהכרעה בינרית שיפוטית בתחום הפלילי קיימים שני סוגי משגים בתוצאה השיפוטית:[17] האחד הרשעת שווא והאחר זיכוי מוטעה.[18] רמת הפגיעה בתועלת הנה משתנה שיש לבוחנו באשר לכל סוג של טעות בנפרד, וקבלת החלטות רציונלית מחייבת מזעור של הערך הטוטלי של הטעויות. הבה נסמן ב־D1 את מידת הפגיעה בתועלת הנובעת מזיכוי מוטעה וב־D2 את מידת הפגיעה בתועלת הנלווית להרשעת שווא. במקרה הבינרי הפשוט יש להתבונן על ערך הגבול התחתון שבו מידת הפגיעה בתועלת הכרוכה בזיכוי מוטעה עולה על מידת הפגיעה בתועלת מהרשעת שווא וממנו יש לגזור את הרף ההסתברותי של מידת ההוכחה, דהיינו:

$$PD1 > (1-P)D2$$

ניתן לפתח ביטוי זה כדלקמן:

$$\leftarrow PD1 + PD2 > D2 \leftarrow PD1 > D2 - PD2 \leftarrow PD1 > (1-P)D2$$

$$P > 1/(1+D1/D2) \leftarrow P > D2/(D1+D2) \leftarrow P(D1+D2) > D2$$

אם כך, יוצא כי: $P > 1/(1+(D1/D2))$.

אם ניישם משוואה פשוטה זו בעניין של עברות התעבורה ונשווה אותן לעברות פליליות "רגילות" נגלה שני הבדלים משמעותיים. ראשית, מידת הפגיעה בתועלת בעקבות הרשעת השווא (דהיינו, D2) קטנה בעברות התעבורה. זאת, משום שהנזק הנגרם לנאשם בעקבות הרשעת השווא קטן הן מבחינת העונש שהוא קל יותר והן מבחינת האשם המוסרי שנעדר כמעט לחלוטין. שנית, באשר למידת הפגיעה בתועלת

---

15 ראו למשל ס' 240 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982, הקובע סדרי דין מיוחדים בעברות קלות, סדרי דין אלה חלים למשל גם על עברת הנהיגה בשכרות.

16 John Kaplan *Decision Theory and the Factfinding Process,* 20 STAN. L. REV. 1065 (1968). השוו ל: A. D. Cullison, *Identification by Probabilities and Trial by Arithmetic (A Lesson for Beginnersin How to be Wrong with Greater Precision)*, 6 HOUS. L. R. 471 (1969).

17 להבדיל מטעויות הקשורות בהנמקת ההכרעה שממילא אינה הנושא העומד לדיון.

18 לצורך העניין נתייחס כעת אך ורק לקבלה או דחייה של התביעה שהיא שגויה במובן זה שאינה משקפת את העובדות כהווייתן, כלומר לעובדות בעולם הלבר־שיפוטי המסומן משפטית כמושא החקירה של ההליך.

עקב זיכוי מוטעה (דהיינו, D1), הרי לכאורה פגיעה זו גדלה. זאת, משום שמחד גיסא מדובר בעברות שלא נגזים אם נאמר כי עניינן חיים ומוות, ומאידך גיסא מדובר בעברות שאם רמת ההרתעה בהן תפחת התוצאה היא שהן תהיינה נפוצות במידה רבה יותר מאשר אם תפחת ההרתעה בעברות פליליות "רגילות". בניגוד לעברות פליליות "רגילות", שבהן המוסר המקובל משמש מחסום נוסף בפני ביצוע העברה גם כאשר רמת ההרתעה היא נמוכה יחסית, הרי בעברות תעבורה מחסום מוסרי זה כמעט שאינו קיים.

אם אנו אכן צודקים בהערכתנו (וזוהי כמובן שאלה אמפירית) אזי המשמעות היא שהביטוי D1/D2 שבמכנה יגדל, ועקב כך הביטוי 1/(1+(D1/D2)) יקטן. במילים אחרות, שיקולי תועלת היו מכתיבים שמידת ההוכחה בעברות תעבורה צריכה להיות קטנה מאשר במשפט הפלילי.

אכן, יש מלומדים התומכים מפורשות ברף הוכחה משתנה על פי חומרת העברה.[19] רעיון זה קל במיוחד לקבלו בכל הנוגע לגזרה הצרה של עברות התעבורה. אך אנו נבקש להציע הצעה אחרת, ולהציג כמה הרהורים ראשוניים לגבי פתרון ביניים. פתרון זה יותיר מחד גיסא את מידת ההוכחה (כפי שהיא תומשג במסגרת הצעתנו) כקבועה ובלתי משתנה אך מאידך גיסא יאפשר התחשבות בשיקולי תועלת ובחומרת העברה באמצעות שילובו של מושג נטל הבאת הראיה והחזקה הראייתית המעבירה נטל זה. הבה ונבהיר את הדברים.

נתחיל בכך שנאמר כי בניגוד למחברים איננו ממשיגים את מידת ההוכחה בפלילים כרף של הסתברות **מתמטית** שיש להשיג כתנאי להרשעת הנאשם. תחת זאת, לדידנו, ההוכחה בפלילים היא פעילות המתמקדת באלימינציה של אפשרויות חלופיות להסברתו של ממצא עד אשר ההיפותזה שלפיה הנאשם ביצע את העברה המיוחסת נותרת כאפשרות היחידה המתקבלת על הדעת. בכך איננו מחדשים דבר, אלא הולכים בדרך מודל ההסתברות האינדוקטיבית שהציע הפילוסוף והלוגיקן L. J. Cohen להליך ההכרעה השיפוטי.[20]

---

19 יניב ואקי "סבירותו של ספק: עיונים בדין הפוזיטיבי והצעה לקראת מודל נורמטיבי חדש" **הפרקליט** מט(2) 463, 516–521 (2007).

20 המודל שמציע Cohen מבוסס על אדני הלוגיקה המודאלית, להבדיל מהתחשיב האקסיומטי של תורת הקבוצות שעליו מיוסדת תורת ההסתברות המתמטית־פסקליאנית ובפרט תיאורמת בייז. השיטה שמציע Cohen כחלופה להסתברות המתמטית מדרגת הסתברויות אינדוקטיביות על פני ציר שראשיתו "היעדר הוכחה ש־X" וקצהו "הוכחה ש־X", וזאת להבדיל מהציר הפסקליאני שמתחיל ב"הוכחה שלא־X" ומסתיים ב"הוכחה ש־X".
פעילות זו ממוקדת במישרין באירוע הבודד וקשורה באלימינציה של אפשרויות חלופיות להסברתו של ממצא ובהוכחתה של המסקנה הסופית כאפשרות היחידה המתקבלת על הדעת. כך למשל השאלה הנכונה במשפט הפלילי תהא אם קיים ספק לגיטימי שלא נסתר ולא מהי הסתברות האשם. ראו בספרו: L. Jonathan Cohen, The Probable And The Provable (1977). כן עיינו מאמרו המאלף של רון שפירא–רון שפירא "המודל ההסתברותי של דיני

שלילה של הסבר חלופי לדידנו היא הוכחה כי ההסתברות המתמטית־פסקליאנית כי ההסבר החלופי הוא ההסבר הנכון לממצא היא מתחת לרף מסוים. זוהי לדעתנו המשמעות שיש לתת למושג "ספק בלתי סביר".

אך השוני העיקרי בהצעתנו בנוגע למודל ההסתברות האינדוקטיבית של Cohen הוא באופן שילובם של מושג נטל הבאת הראיה ומושג החזקה הראייתית, המעבירה את נטל הבאת הראיה. מושגים אלה אנו מציעים להמשיג כמוסיפים נדבך פרוצדורלי־הליכי על מידת ההוכחה. ביתר פירוט יש לומר כי אנו סבורים שהפירוש הטוב ביותר להלכות הנוגעות לחזקות ראייתיות, ולנטל הבאת הראיה שהיא מעבירה, הוא **אינו** פירוש שלפיו עניינה של החזקה הראייתית בקיומה של הסתברות גבוהה גרידא להתקיימותה של עובדה (קרי, הסתברות מעבר לספק סביר). חלף זאת, אנו סבורים כי הפירוש הטוב ביותר לדין הקיים הוא שבצד דרישת מינימום לתוקף הסתברותי של החזקה הראייתית עיקר השיקולים בקביעתה של חזקה ראייתית הם דווקא שיקולי תמריץ ותועלת שעניינם הקצאת עלותה של הבאת הראיות (למשל, השאלה למי הנגישות הגבוהה ביותר לראיה).

לאור האמור, נכון יהיה לומר שאנו מציעים להמשיג את ההוכחה "מעבר לספק סביר" כך שהתביעה צריכה לשלול רק את כל ההסברים החלופיים שנטל הבאת הראיה לגביהם אינו על הנאשם (דהיינו, שאין לגביהם חזקה ראייתית המעבירה את נטל הבאת הראיה על הנאשם). לעומת זאת, בנוגע להסברים חלופיים שנטל הראיה שבהם הוא על הנאשם (גם אם מבחינת הסתברותם המתמטית הם אינם נופלים עדיין מתחת לרף שהוגדר לצורך "ספק בלתי סביר") התביעה צריכה לשלול אותם רק כאשר הנאשם הרים את נטל הראיה.

ויודגש, ההבנה שאנו מציעים אינה הבנה **הסתברותית** של נטל הבאת הראיה. במילים אחרות, הטעם לכך שההסבר החלופי נשלל מניה וביה, אם לא הורם נטל הראיה לגביו, **אינו** בכך שאנו למדים מהיעדר הראיות (באופן דומה למה שהצענו בתת־פרק (1)) כי יש לשלול הסבר חלופי זה. קל להבין זאת אם שמים לב שהערך הראייתי שניתן לייחס להיעדר הראיות משתנה ממקרה למקרה (לדוגמה הוא פוחת ככל שהתמריץ להביא את הראיה פוחת) ואילו "ערכו" של נטל הראיה הוא קבוע, דהיינו, אי־עמידה בו שוללת מניה וביה את ההסבר החלופי.[21] כך למעשה גם נפתרת

הראיות חלק ב – הלוגיקה ההכרתית" **עיוני משפט** כ 141 (1996).

21 אמנם על פי הפסיקה, אי־הרמת נטל הבאת הראיה אינה פוטרת את בית המשפט כשלעצמה מהחובה לבחון אם העובדה הוכחה מעבר לספק סביר. אלא מאי, לדעתנו לא ניתן להבין את הדברים כפשוטם. לדעתנו יש להבין הלכות אלה כמטילות על בית המשפט חובה לבדוק אם הנטל הורם ממקור אחר, כגון: האם יש בראיות התביעה ראיות המחלישות את תוקפה של החזקה הראייתית. פירוש זה לדעתנו הוא כמעט בלתי נמנע. הטעם לכך הוא שאם לא מצויים בפני בית המשפט ראיות נוספות הפוגעות בתוקפה של החזקה הראייתית, אזי אין לו כל בסיס להבחין בין שני נאשמים שלא הרימו את הנטל באופן שאינו שרירותי. במצב זה שתי האופציות

התוצאה הפרדוקסלית שעליה הצבענו בסיום תת־פרק (1), ולפיה ככל שעברה קלה יותר, המשאבים שצריכות רשויות אכיפת החוק להשקיע באכיפתה רק יגדלו.

כפי שכבר ציינו, ביסוד נטל הבאת הראיה, כפי שהוא קיים בדין הפוזיטיבי, עומדים ממילא ובאופן מוצהר שיקולים תמריץ ושיקולי תועלת שונים. לפיכך נראה אך מתבקש שנטל הראיה יגלה רגישות מסוימת לשאלה התועלתנית בדבר היחס בין חומרת העברה לבין כמות המשאבים שניתן לדרוש מרשויות אכיפת החוק להשקיע בהוכחתה. רוצה לומר ככל שמדובר בעברה שעונשה קל יותר **ובמיוחד** כאשר היא נעדרת יסוד מוסרי ניתן להתחשב בכך לצורך נטל הבאת הראיה.

רק מילת אזהרה אחת לנו בהקשר זה: לדעתנו לא ניתן יהיה להצדיק הטלת נטל הבאת ראיה על הנאשם כאשר הדבר כרוך במשאבים כספיים של ממש מצדו. כוונתנו למצבים שבהם הרמת הנטל כרוכה בבדיקות יקרות או עדויות מומחה, וזאת להבדיל למשל מחקירות פשוטות שהנאשם יכול לבצע בעצמו או באמצעות אחרים (באלה האחרונות יש לנאשם לעתים קרובות אף יתרון על המשטרה כמי שיודע בדרך כלל כיצד היו הדברים. כך למשל הוא יודע היכן היה במועד התרחשות העברה ויכול להביא עדי אליבי). הטעם העיקרי להסתייגותנו הוא החשש ששיטה כזו משמעותה חוסר שוויון בין בעלי אמצעים שיוכלו להרים את נטל הראיה לבין חסרי האמצעים שלא יוכלו להרים את הנטל גם אם ירצו בכך.

ברור שאם בוחנים את הצעתנו במשקפיים של הסתברות **מתמטית**, הרי שהמשמעות של העברת נטל הבאת הראיה מביא לשינוי ההסתברות האשמה האפוסטריורי הנדרשת לצורך הרשעה. אלא מאי, להצעתנו יש יתרון אחד עיקרי על השיטה המציעה שינוי של מידת ההוכחה עצמה בהתאם לחומרת העברה. שוני זה בא לידי ביטוי בכך שעל פי שיטתנו אם הנאשם רוצה בכך הרי שהוא יכול להרים את נטל הבאת הראיה וכך בעצם לחייב את התביעה להוכיח את ההאשמות נגדו בסטנדרטים המחמירים ביותר של ההליך הפלילי. במילים אחרות על פי שיטתנו ניתנת לנאשם הברירה כיצד "לתמחר" את ההרשעה, ואם הוא רואה בה תוצאה חמורה מבחינתו (אף שאובייקטיבית מדובר בעברה קלה) הוא יכול להביא לכך שהעברה תוכח נגדו בסטנדרטים המחמירים ביותר של ההליך הפלילי.

לצערנו, יריעתו של מאמר זה אינה מספקת לפיתוחו של רעיון זה מעבר לרמת הרהורים הראשוניים שהצגנו, אך לדעתנו יש ברעיון זה סינתזה יפה של 3 מודלים שונים למידת ההוכחה (המודל המתמטי, מודל ההסתברות האינדוקטיבית וכן של ההצעה להנהיג מידת הוכחה משתנה בהתאם לחומרת העברה) וכן מידה רבה של חן. ייתכן אפוא שהוא מצדיק פיתוח נוסף.

הפתוחות בפני בית המשפט, ואשר אינן שרירותיות, הן זיכוי כל הנאשמים (ובכך לוותר על החזקה הראייתית) או לחלופין להרשיע את כל הנאשמים שלא הרימו את הנטל, ובלבד שאין ראיות אחרות שגורעות מכוחה של החזקה.

ג. הטיעון החוקתי

עד עתה דנו בטענתם של המחברים כי האפשרות לבצע בדיקות נשיפה ללא כל חשד יש בה כדי להביא להרשעות שווא. עתה נעבור לטענתם החוקתית של המחברים.

המחברים טוענים כי האפשרות לבצע בדיקות נשיפה ללא כל חשד מקדים יש בה כדי לפגוע בכבודו, בחירותו ובפרטיותו של הנבדק. המחברים ודאי מודעים לכך שהפגיעה בפרטיות שיש בבדיקת נשיפה היא מינורית (זה הטעם שהיא מועדפת על בדיקת הדם, שיכולה להיעשות על פי פקודת התעבורה רק כאשר קיים חשד),[22] אך לעומת זאת הם מדגישים את הפגיעה בחירותו של הנבדק הנגרמת על ידי העיכוב לצורך הבדיקה. על פי הפקודה ניתן לעכב מי שאינו חשוד למשך של עד כחצי שעה.[23] המחברים מוסיפים ואומרים כי בשל משך ההמתנה הנדרש בהוראות הפעלת המכשיר ובשל משך הבדיקה וכתיבת הדו"ח על ידי השוטר הרי שחצי השעה המוגדרת כזמן המרבי לעיכוב היא במציאות גם הזמן הראלי שאורכת הבדיקה ואורך העיכוב בפועל.

לנו נראה כי עיכוב בן חצי שעה אינו בלתי מידתי לנוכח תכלית המניעה וההרתעה של שיטת בדיקות הפיכחון האקראיות שעל חשיבותן נעמוד עוד בהמשך תת־פרק זה. גם טענתם של המחברים כי ייתכן שאותו אדם ייבדק פעמיים באותו היום אין בה כדי להטות את הכף לחובת הסמכות לבצע בדיקת נשיפה ללא חשד מקדים. זאת משום שההסתברות לעיכוב כפול באותו היום נראית לנו כהסתברות נמוכה מאוד. כדי לסבר את אוזנו של הקורא ממשיכים המחברים וכותבים:

> "בשלב זה נבקש מהקוראת לדמיין מצב שבו עיכוב מפתיע של שלושים דקות צפוי לשבש את תוכניותיה הקרובות באופן משמעותי, כגון לגרום לה לאחר לפגישה חשובה במקום עבודתה או לימודיה או להרצאה שהיא לומדת או מלמדת. נזכור כי אנו עוסקים במצב שבו

---

22 ועיינו בדברי ההסבר לס' 2 להצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 67) (בדיקת שכרות), התשס"ה–2005, ה"ח הממשלה 518, 520. שם נכתב בדברי ההסבר לס' 2 ס' קטנים (א1), (ב) ו־(ב2) עד (ב4): "הבדיקה הנעשית באמצעות נטילת דגימת נשיפה מאדם, **היא בדיקה שמידת פגיעתה באדם והטרחתו – מזערית**. בדיקה כאמור מתבצעת כיום על ידי משטרת ישראל באמצעות מכשיר שאושר על פי תקנות התעבורה והמראה את ריכוז האלכוהול באוויר הנשוף מיד עם נטילת דגימת הנשיפה. מתן הסמכות האמורה תסייע לשוטר לוודא מיידית אם הנהג הוא שיכור, ואם כן, תאפשר לו לעשות שימוש בסמכויותיו לפי סעיף 47 לפקודה ולמנוע את המשך נהיגתו של אותו אדם ברכב תוך סיכונו וסיכון שאר המשתמשים בדרך. האיזון בין האפשרות למניעה מיידית של הסכנה מצד אחד, **לבין הפגיעה המינימלית בהטרחתו של הנוהג למסור דגימת נשיפה מצד שני, מצדיקה את מתן הסמכות אף בלא חשד כי נעברה עבירה לפי הוראות הפקודה**.נוסף על כך, קיומה של הסמכות לבצע בדיקת אוויר נשוף, בכל עת, יש בה כדי להרתיע נהגים מלנהוג ברכב לאחר שתיית אלכוהול" (ההדגשות שלנו – ד.מ. וש.א).

23 ס' 64ב(ב5) לפקודת התעבורה.

> אין חשד סביר כי בוצעה עבירה כלשהי, אלא עצירת רכבה של הקוראת הייתה אקראית לחלוטין. הלזה ייקרא 'חופש התנועה'? כלום זוהי 'חירות האדם'? להיכן נעלמה 'The right to be left alone'."[24]

לדידנו יש בפסקה זו משהו מ"איש קש": היא מציבה מטרה נוחה אולי לביקורת אך לא ממש מטרה מדויקת. לדידנו יש לתמוה אם אמנם סבורים המחברים כי תיקון הפקודה המסמיך שוטרים לבצע בדיקות ללא כל חשד מקדים נועד לאפשר בדיקות אקראיות בצהרי היום?! נראה לנו שלא. ההסתברות לתפוס נהג שיכור במהלך שעות האור באמצעות בדיקה אקראית וללא כל חשד מתקרבת להיות אפסית בעינינו, והמשטרה לא תבצע בדיקות כאלה, ולו רק מהטעם שיהיה בהן בזבוז משווע של משאבי המשטרה המוגבלים ממילא.

כפי שכבר ציינו קודם לכן, סביר להניח שבדיקות הפיכחון האקראיות תתבצענה במקומות ובזמנים מועדים לעברה זו. מקומות בילוי ומסבאות, דרכם להיות פתוחות בשעות הלילה, וימי הבילוי המקובלים הם ימי החופש כגון ערבי שבת וכד'. בשעות הלילה המאוחרות שבהן בדרך כלל חוזר קהל המבלים במסבאות לביתו, הסיכוי כי ייתפס בין הנבדקים מאן דהוא הממהר לעבודה או לפגישה חשובה או ללימודים הוא נמוך מאוד אם לא אפסי. אפילו ננית כי אותו נבדק ממהר למקום פלוני בדחיפות (בשעות הלילה ניתן להעלות על הדעת למשל נסיעה לבית חולים לבקר קרוב משפחה שנפצע), הרי שבאותם המקרים יוכל לפנות לשוטר ולהסביר את מצבו הייחודי. אם בכל זאת השוטר בשרירות לבו יסרב להתחשב במצבו של הנבדק, אזי נראה לנו שבמקרים המתאימים ייתכן שתעמוד לנבדק הגנת הצורך,[25] כאשר הנבדק יסרב לעיכוב.

אם אנו אכן צודקים בנוגע למטרת הפקודה, אזי כל שמתבקש הוא לצמצם את הסמכות באופן כזה שחשש המחברים לניצול לרעה כגון זה המתואר על ידם יופחת (בתת־הפרק הבא נציע בעצמנו תיקונים מספר, ביניהם כאלה שיפחיתו את החשש מפני ניצול לרעה של הסמכות לעיכוב). לו היה בידי המחברים הסדר חלופי שלא יביא לביטול גמור של הסמכות לבצע בדיקות פיכחון אקראיות ייתכן שהיה מקום לקבל תיקוני חקיקה כאלה שיפחיתו את הפגיעה בחירות, אבל אין המחברים מציעים כל הסדר חלופי שיהיה מידתי יותר.

ויודגש, כיום, לאחר התיקון לפקודת התעבורה, הימצאותו של ריכוז אלכוהול הגבוה מהריכוז שנקבע על ידי שר התחבורה היא עברה כשלעצמה (Per Se). הצעתם של המחברים כי יידרש חשד סביר כתנאי לסמכות העיכוב משמעותה שעברה זו לא

---

24 ראו מאמרם של המחברים, לעיל ה"ש 1, סמוך לה"ש 88.

25 ס' 34יא לחוק העונשין, התשל"ז–1977.

תהיה אכיפה במלוא היקפה. בעינינו אין מדובר בענין של מה בכך. זאת, משום שהגדרת עברת השכרות על פי סף קבוע לא נועדה רק להקל על הוכחת העברה. לדעתנו ביסוד קביעת הסף עומדת גם ההבנה כי האלכוהול פוגע בכישורי הנהיגה של הנהג עוד קודם שהדבר בא לידי ביטוי במאפיינים החיצוניים הבולטים של שכרות.[26] לעומת זאת, חשד מקדים על בסיס נהיגתו של פלוני בלבד יכול להתעורר רק במקרים קיצוניים, ונמצא שלא ניתן יהיה לגלות נהגים שעברו על החוק אך לא הגיעו למצבי שכרות קיצונית כזאת. גם אם נאמץ גישה שתבחין בין עיכוב ראשוני קצר ללא חשד סביר לבין הבדיקה המצריכה חשד סביר,[27] ספק אם יהיה בכך די. הטעם לכך הוא שכאמור האלכוהול משפיע על כישורי הנהיגה עוד קודם להופעת המאפיינים הבולטים של שכרות, אבל בהיעדר המאפיינים החיצוניים הללו לא יכול להתגבש במהלך אותו עיכוב קצר החשד הסביר שיקים את הסמכות לקיום בדיקת הנשיפה.

כדי לעמוד על תכליתה הראויה של הסמכות לבצע בדיקת נשיפה ועל הקשר הרציונלי בין בדיקות הפיכחון האקראיות לא יהיה למותר להביא כמה נתונים שהתפרסמו.[28] מדובר בממצאים בנוגע להשפעות בדיקות נשיפה אקראיות על מספר תאונות הדרכים בהשפעת אלכוהול עם נפגעים אשר מקורם בבריטניה. ממצאים אלה הצביעו כי בין השנים 1984–1994 במקביל לעלייה במספר הבדיקות מ־207,600 ל־678,500 חלה ירידה במספר תאונות הדרכים עם נפגעים תחת השפעת אלכוהול מ־27,394 ל־15,097. גם אם נניח כי אין לזקוף את הירידה הדרמטית במספר התאונות לזכות הבדיקות, ונניח כי במקביל התנהל מסע הסברה נרחב, אפילו מתי מעט מאותה ירידה הוא הישג לא מבוטל.

ד. הצעה לתיקון החוק

לדידנו, ניתן לתקן את הפקודה כך שתענה על חששותיהם של המחברים, אך במקביל תיוותר הסמכות לבצע בדיקות ללא חשד מקדים. נציע שתי הצעות לתיקון: האחת, עניינה החשש של המחברים מפני הרשעות שווא, והשנייה, הצעה להסדר מידתי יותר

---

26 ראו מאמרם של סטולר ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 9, בעמ' 121. המחברים מתארים את הקשר בין ריכוז האלכוהול בדם לבין התנהגות השותה. חשוב לענייננו כי התופעות של ירידה בעכבות, עלייה בביטחון העצמי, ירידה בתשומת הלב, שינוי שיקול הדעת בעיקר בנוגע לזמן ומרחק וכו' מופיעים כבר בתחום שבין 50 ל־100 מ"ג ל־100 מ"ל דם, דהיינו, בשלב הראשון שמעל ריכוז האלכוהול הקבוע בתק' 169א לתקנות התעבורה, התשכ"א–1961.

27 למשל מעין זו של נשיא בית המשפט העליון של ארצות־הברית השופט Rehnquist ב־ Mich. Dep't of State Police v. Sitz, 496 U.S. 444 (1990), שגם המחברים מביאים דעתו בה"ש 93 למאמרם.

28 ראו שושנה וייס "היבטים של חוק ואכיפתו ביחס לשימוש באלכוהול אצל נהגים" **רפואה ומשפט** ספר היובל 405, 407 (2001).

לעניין סמכות העיכוב ללא חשד מקדים שיש בו לדעתנו לענות ולו חלקית על חששות שמעלים המחברים מהפגיעה בחירות.

ההצעה הראשונה נוגעת לאחד מהגורמים האפשריים לשגיאות של מכשיר הנשיפה (ואשר למיטב הבנתנו הוא החשש המבוסס מביניהם). כאמור המחברים הצביעו על כך שה־BBR של משתנה מאדם לאדם ומעת לעת. כפועל יוצא מכך הסקת ריכוז האלכוהול בדם על סמך ריכוז האלכוהול בנשיפה יכולה להיות מוטעית. אלא מאי? לדידנו אין טעם מיוחד לדבוק דווקא בריכוז האלכוהול בדם כמגדיר שכרות. זאת, משום שהשפעת ריכוז מסוים של אלכוהול משתנה מאדם לאדם, וקביעת ריכוז אלכוהול אחיד לכולם כמגדירה שכרות יש בה ממילא יסוד מסוים של שרירותיות. זאת ועוד, ריכוז האלכוהול גם הוא אינו קבוע והוא משתנה אצל אותו הנבדק על פי המקום שממנו ניטל הדם (בין שהיה זה מהאצבע או מהמרפק או מהעורקים באמה וכו').[29]

יוצא אפוא שאם ביסוד קביעת המבחן האובייקטיבי של ריכוז האלכוהול בדם עומד הרעיון כי זו "תבהיר, מחד, את היסוד העובדתי של העבירה שבסעיף 62(3) לפקודה, ומאידך תקל על הוכחת ביצוע העבירה האמורה".[30] איננו רואים סיבה מדוע שלא תיקבע במקביל להגדרה השכרות על הריכוז בדם הגדרה חופפת של ריכוז האלכוהול באוויר הריאות של הנבדק.[31] זאת, משום שממילא קו הגבול המדויק שנקבע לריכוזים אלה הוא שרירותי וכן משום שקביעה מקבילה כזו תשרת באופן יעיל יותר את תכלית הבהירות והיעילות שביסוד המבחן האובייקטיבי.

---

29 עניין *Chun*, לעיל ה"ש 4

30 ראו דברי ההסבר לסעיף 2 להצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה, לעיל ה"ש 22, בעמ' 519.

31 והשוו לעניין זה הנוסח הנוכחי של תק' 169א לתקנות התעבורה, התשכ"א–1961 שכלל הנראה גם הוא כיוון לקבוע שני ספים מקביל האחר לפי ריכוז האלכוהול באויר הנשוף והאחד לפי ריכוז האלכוהול בדם. התקנה קובעת כך:

> "'המידה הקבועה' –ריכוז אלכוהול לפי אחד מאלה:
>
> (1) חמישים מיליגרם של אלכוהול במאה מיליליטר של דם;
>
> (2) ריכוז אלכוהול באויר נשוף ברמה שוות ערך לריכוז האמור בפסקה (1), או 240 מיקרוגרם אלכוהול בליטר אחד בדוגמה של אויר נשוף שנעשתה בבדיקת נשיפה".

התקנה מבחינה אפוא בין ריכוז אלכוהול באוויר שהוא שווה ערך לריכוז בדם (דהיינו, השימוש הראייתי בבדיקת הנשיפה) לבין השימוש העצמאי המוגדר כ־240 מקרוגרם בליטר אוויר נשוף. דא עקא, ספק (הגם שאין זה בלתי אפשרי מבחינה פרשנית) אם תקנות אלה יוכלו לעמוד לאחר התיקון לפקודת התעבורה. אמנם בס' 264(א1) לפקודת התעבורה הוסמך שר התחבורה בהתייעצות עם שר הבריאות ובאישור ועדת כלכלה של הכנסת לקבוע בתקנות את ריכוז האלכוהול בגוף שיהווה שכרות, אלא שדברי ההסבר לסעיף זה התייחסו במופרש ל"ריכוז בדם" ("הימצאות אלכוהול בדמו של אותו אדם, בריכוז הגבוה מהריכוז שקבע שר התחבורה בהתייעצות עם שר הבריאות." ראו סעיף 2 לדברי ההסבר בהצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה, לעיל ה"ש 22.

לדעתנו, האמצעי הטוב ביותר לקביעת ריכוז מקביל הוא קביעת חזקה משפטית ניתנת להפרכה שלפיה ריכוז X של אלכוהול באוויר הריאות מקים חזקה כי בדמו של הנבדק מצוי אלכוהול בריכוז הקבוע. הסדר כזה הוא מחד גיסא יעיל יותר ומאידך גיסא משמר את העדיפות שניתנה במסגרת התיקון לריכוז האלכוהול בדם על יתר החלופות להגדרת השכרות.[32]

הצעתנו השנייה לתיקון חקיקה, עניינה הסמכות לבצע בדיקות נשיפה ללא כל חשד מקדים ולעכב לצורך כך את הנבדק עד חצי שעה. המחברים טענו כנגד סעיף זה שלכאורה הוא מאפשר לעכב אדם בצהרי היום לצורך בדיקת נשיפה, דבר שיכול להכביד על הנבדק באופן ניכר (למשל אם הוא בדרכו לעבודתו או לפגישה חשובה). על טענה זו השבנו כי לא זאת הייתה מטרת החיקוק וכי יש להניח שהמשטרה תימנע מבדיקות אקראיות בצהרי היום ולו מטעמי יעילות. בדיקות הפיכחון האקראיות נועדו להגדיל את ההתרעה במקומות ובזמנים מועדים (בדרך כלל שעות הלילה המאוחרות שבהם חוזר קהל המבלים במסבאות ומקומות הבילוי לביתו).

עם זאת, כדי שלא נאלץ להישען אך ורק על שיקולי היעילות של המשטרה, וכדי להקטין את החשש לשימוש שרירותי בסמכות על ידי שוטר בודד (למשל מטעמים נקמניים), אנו מציעים שהסמכות לעכב ולבצע בדיקת נשיפה ללא חשד מקדים תותנה בכך שקצין משטרה בדרגה שתיקבע הוא שיורה על פעולת בדיקות פיכחון אקראיות תוך שבהחלטתו הוא מפרט את אזור ביצוען של הבדיקות ואת השעות שבהן תתקיימנה הבדיקות. תיקון מעין זה לא יכביד לדעתנו על עבודת המשטרה, שכן אנו מניחים שההחלטה על ביצוען של בדיקות הפיכחון ממילא מתקבלת בדרגים אלה.

---

32 השוו לעניין זה האופציה הרביעית שנקבעה בס' 64ב(א)(1) הקובע בין יתר החלופות להגדרת השכרות:

> "(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)".