

בבית משפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

עפ"ת 25457-04-10

בפני כבוד השופט נעם סולברג
בפני כבוד השופט יגאל מרזל
בפני כבוד השופט דוד מינץ

המערערת: המאשימה
מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד אלי אברבנאל
פרקליט מחוז מרכז ירושלים [פלילי]

-נגד-

המשיבה: הנאשמת
עינת עוזרי מלכה
ע"י ב"כ עוה"ד דוד קולקר
מדרך מנחם בגין 29, תל אביב 67137
טלפון: 03-5661667 פקס': 03-5661667

תגובת המשיבים לערעור

1. לפני שאכנס לעובי הקורה ברצוני לומר בפשטות ובהירות:

א. ל"ינשוף" הפועל בישראל, אין אח ורע בעולם: לא מבחינת הרכב, לא מבחינת צורת הכיול, לא מבחינת התוכנה המפעילה אותו, לא בדרך חישוב התוצאה, לא בשיטת הכיול, לא בתכיפות הכיול ולא בתחזוקתו. ואין זה הכל. כל מי שאומר אחרת סוחר במילים. מי שקורא היטב את פסק דינו של בית המשפט קמא אינו יכול שלא להבין זאת. פשוטו כמשמעו.

ב. הינשוף לא זכה מעולם שיתוכנן לפי קריטריונים מדעיים בינלאומיים מקובלים. הוא לא אושר ככזה לא בחו"ל ולא בישראל. מי שאומר אחרת סוחר במילים וצריך להזכיר לו גם שהאישור, במידה ומתקבל, צריך לכלול גם כללי תחזוקה והפעלה המהווים חלק בלתי נפרד מן התהליך שמפיק תוצאות בעלות ערך.

ג. ה"ינשוף" הוא רק אחד מעשרות מכשירים שמייצרים עשרות יצרנים, המופעלים בשבע עשרים ומאה מדינה. רק בשלוש מתוך מדינות ארצות הברית מופעל מכשיר דומה מתוצרת אותו יצרן. (בניו ג'רזי מופעל דגם c – דגם שונה מהותית מזה המופעל בישראל).

ד. לו רכשה משטרת ישראל את אחד מאותם הדגמים המופעלים במדינות אשר מקפידות על אישור דגם, כיול ותחזוקה ומאמצת את המכשיר יחד עם צרור המחויבויות לכיול, תחזוקה והפעלה שוטפת – לא היה צורך במשפט הזה. מדובר בהליך שאינו כרוך בהוצאה כספית מיוחדת, במכשירים זולים בהרבה ממה שמשטרת ישראל משלמת על פי חוזה עלום שאף בית משפט לא הצליח לקבל – הכל במסגרת המלחמה בחשיפת המחדל הזה.

ה. העובדה כי שיכורים מוחזרים לכביש כיוון שהמכשיר הזה טועה לחשוב שהם פיכחים - היא עובדה שמטאטאים מתחת לשטיח, וקשה להבין איך מי שנלחם בשכרות או מתיימר לזה, מתעלם ומצליח להעלים את העובדה הזו מתודעתנו.

ו. מכשיר הינשוף הוא אינדיקטור מצוין לבסס חשד לשכרות. משטרת ישראל הוזמנה פעם אחר פעם להציע לכל מי שנחשד בשכרות על פי הינשוף לפנות לאלטר על חשבונו לבית החולים הקרוב ולבקש בדיקת דם. מי שיחזור עם בדיקה "נקייה" צריך יהיה לבטל את ההליך נגדו, ומי שלא שב עם תוצאה כזו או ויתר עליה – יחשב כמי שנהג בשכרות לפי החלופה הרביעית להגדרת שיכור בחוק [סעיף 64ב(א) לפקודת התעבורה].

המכשלה היחידה היא הימנעות פושעת של שר התחבורה ושר הבריאות לפעול מיד ולהביא לאישור ועדת הכלכלה של הכנסת רשימה של משקאות משכרים כפי שהמחוקק ציווה עליהם בדצמבר 2005 (!!!) בתיקון מס' 72 – ועל כך אין פוצה פה ומצפצף!

ז. המשטרה מהלכת אימים על בתי המשפט כאילו בדיקת דם כזו אינה אפשרית או שהיא כרוכה בתקציבים ומנגנונים - אך אין אמת בזה. בתי החולים מונחים כיום שלא לבצע בדיקת שכרות לבקשת אזרחים (!) ואזרח שרוצה להוכיח את חפותו מנוע מזה בפועל, שמא יובך הינשוף!

ח. מורסת הזלזול בחובה להישאר במסגרת החוק ושכרון הכוח של גופי האכיפה, עברו כל גבול של היגיון, ואין לנו אלא את בית המשפט שיעצור את ההתדרדרות הזו וידרוש מן המשטרה לחדול ממה שהיא עושה כיום כשיטה ומתוך עיקרון שאיש לא יאמר לה מה מותר ומה אסור. הנה אני אומר: אסור לכם! ואני מבקש לשם כך את עזרת בית המשפט.

ט. עוד אני מבקש מבית המשפט: אל תתרשמו מכחול המדים ובוהק הדרגות. בדקו בציציות היטב. צקצוק שפתיים ופטריוטיות לא יכולים להחליף התנהלות חוקית-זהירה כשבאים לדון בדיני נפשות. כפי שאי אפשר להסכים לקבל תוצאות של בדיקת דם בשיטות הבנויות על רף בטחון שהוא פשרה בין שופטים, אי אפשר לדון כך אדם בפלילים. שניהם דיני נפשות!

י. היזהרו מעדויותיהם של נחתומים המעידים על עיסתם ובראשם ד"ר יורגן זוהיש, מנהל השיווק הבינלאומי של היצרן, ובעל עניין בתמלוגים ומכירות גם ממכשיר אחר שמכירתו לישראל החלה בשנתיים האחרונות. אחריו נמצא ברשימה ד"ר שלמה אלמוג – מי שנחשב בעיני שופטים רבים למומחה לינשוף והתגלה במשפט זה כמי שאחראי יותר מכל למחדל הזה, בשל מעורבות בשלב רכישת המכשיר ו"התאמתו לשימוש בישראל" – "התאמה" שהיא אם כל חטא בפרשה זו. היום הוא ניצב כמתכנן של גשר שהתמוטט ומעיד עד כמה ראוי שיראו את הגשר חזק ואיתן. שניים אלו הם מליצי היושר היחידים שמצאה משטרת ישראל למכשיר. לאזרחי ישראל מגיע משהו מהימן יותר.

2. בטרם אתחיל בדבריי, שיש בהם יותר מקורטוב של ביקורת חריפה על בית המשפט קמא, ברצוני להקדים ולומר כמה מילים של הערכה. כל שופטי בית המשפט קמא הם בעיני פטריוטס גדולים, ואף שדרכם אינה נראית לי, ואלו מילים עדינות במיוחד אם יורדים לסוף דעתי ממש, לא עולה בדעתי לייחס להם זדון חס וחלילה. גם את דברי הסיכום שלי בפניהם פתחתי בבקשת סליחה, ואל יהא הדבר קל בעיניכם לתקוף תקיפה נמרצת את מי שמבקשים ממנו שיתרצה לטענותיך. בייחוד אני משבח את השופטים הנכבדים דלמטא, שהיה להם הכוח לראות עוד ועוד מן החומרים שנועדו לפצח את ההגנות הפסיכולוגיות הטבעיות שעומדות לכל מי שנהג בדרך שגויה כל כך הרבה זמן בעוסקו בדיני נפשות. אפילו לא עשו את כל הדרך לביטול הינשוף, עשו מרחק הגון, כשהם נאלצים לספוג בעקיפין ובמישרין ביקורת אישית ומקצועית חריפה, ואי אפשר שלא לראות בזה ביטוי לגדלות נפש. הדרך שנתורה לעשות קצרה למדיי ואני בטוח שתעשה בזמן הקרוב ובזה נתנחם כולנו. אני חוזר ומנצל הזדמנות זו להתנצל בפניהם ולהביע להם את הערכתי הכנה ואני מכבד אותם למרות שאני רואה בהתנהלותם עיוורון חמור ואובדן דרך של ממש.

3. קיבלתי את החלטת בית המשפט מיום 13.05.10 על קביעת הדיון בערעור זה לשמיעה ליום 14.06.10, שעה 9:00 ויחד עימה את ההחלטה לפיה מתבקשת תגובתי להודעת הערעור בכתב עד ליום 03.06.10. אגב כך, הבנתי כי בית המשפט כונן מותב של שלושה שופטים לפי בקשת המערערת, ואני מברך על כינונו של מותב נכבד זה. לא אסתיר שדעתי אינה נוחה מזה שתגובתי לכך כלל לא התבקשה, וזה מחזיר אותי לתחושה המוענקת לי בנדיבות מזה ארבע שנים בעקביות, שמוטב היה לכולם אילו הואלתי לחזור לאלמוניותי, ושבעצם כל מה שהמערכת כולה מחפשת איננו אלא פתרון קסם שיעלים את הבעיות הקשות שאני מאיר במחי יד, משל לא היה כלל וזהו. נקודה. כך בדיוק, ולמטרה זו בדיוק הוקם המותב תלתא דלמטא.

4. תיק זה מחזיק לא פחות מ-1500 עמודי פרוטוקול, וכן בקשות והחלטות שניתנו בהן אשר לא זכו להיכנס לנוסח הפרוטוקול המלא, למרות בקשתי והשתדלותי (ובניגוד להוראת חוק מפורשת). לצידם, כמספר הזה של עמודי מידע קריטי חשוב המצויים בחומר הראיות. אי אפשר להאמין שניתן לאדם סביר ואפילו לשופט מוכשר מאין כמותו, לעיין וללמוד את החומר כהלכתו ולעומקו בפרק הזמן הקצוב לשמיעת מועד הערעור, ובוודאי שהתייחסות לשלל הנתונים והמסקנות של בית המשפט קמא, שכולם שקלא וטריא של מדידה לא מדעית בהחלט בעניין שכל כולו מדע, איננה אפשרית בפרק הזמן הנתון.

5. עוד אני מנסה להבין איך הצליח בית המשפט קמא לנער מעליו את העובדות הנחרצות המזמינות קביעה אחת ויחידה והיא פסילה מוחלטת וברורה של האכיפה הנוכחית באמצעות המכשיר המכונה ינשוף, ומתחבט בשאלה איך אצליח לחבר ולקשור בין אמירה פלונית להנמקה שאינה ממך העניין כלל, ולהנחיל את הידע הזה לבית משפט של ערעור, הופיעה המערערת, טרפה את הקלפים, וכמו רבי טרפון וחבריו בהגדה של פסח, בחרה בהחלטת בית המשפט קמא כבסיס, ועליו בנתה נוסחה חדשנית שלא שזפה אור יום, אלא לראשונה מעל גבי כתב הערעור הזה ולפיה מבקשת המערערת באופן מפתיע ומדהים לקבוע כי רף האכיפה יועמד על 290 מיקרוגרם לליטר אוויר נשוף, בבחינת "המודה במקצת". הייתי מוסיף ואומר שאולי רבי טרפון היה אומר כי המסקנה העולה מכאן היא שעל הים לקו המצרים מאתיים ותשעים מכות ואי היה אפשר להתווכח עימו – ממש כפי שאין בסיס רציונאלי שפוי להתמודד עם הניתוח בכתב הערעור. אין! סחר וכביסת מילים ותו לא.

6. ואיך תסביר המערערת את העובדה שבמסמך הנחזה להיות חוות דעת של פרופסור שנער נאמר שבכל מדידה מעל 290 מיקרוגרם צפוי שתהיה טעות חיובית (false positive) אצל 2% מהנבדקים? כלומר שניים מתוך חמישים נבדקים ימצאו שיכורים כשהם אינם כאלה! אל דאגה – אני בטוח שטבעת של מילים יפות כבר נשזרה לקראת הדיון שבעל-פה להעלים את הממצא המפוקפק הזה. ואני אומר "מפוקפק" בגלל רשימה ארוכה של נימוקים המצדיקים זאת, ובשל היותו של פרופ' שנער, שתאריו האקדמיים הם מתחום הפסיכולוגיה... בעל עניין אישי מובהק באכיפה אלימה מבחינה משפטית. אבל במשטרה התרגלו שבוהק הסמל שעל כובע השוטר מסנוור מכדי שמישהו ישים לב לעובדות חמורות שכאלה. כך זה עבד עד היום ועובדה היא שחוות דעת זו הוצנעה אף שהיא מפורסמת ברבים כבר למעלה משנה. איך המשיכו אם כן באכיפה והרשעות בערכים נמוכים יותר מ-290 מיקרוגרם עד היום? מה צריך עוד כדי לשכנע שמדובר במאבק על שלטון החוק ולא על מכשיר הינשוף?

מצ"ב מוצג ת/119 - מכתב ששיגרתי לפרופ' שנער סמוך למינוי, והרבה לפני שיכולתי לשער שיהיה עד במשפט הזה, מסומן כנספח א'.

מצ"ב מוצג ב/מ 1 – חוות הדעת של פרופ' שנער, מסומן כנספח ב'.

7. ואם לתת משקל לעובדה הבלתי מפתיעה שלמשיבה יש צורה, סדר והיגיון משלה להתייחס להליכים בפני בית משפט קמא, והם אינם תואמים לא היגיון שיפוטי ולא לחוק, הרי שערעור הראוי לשמו ומקדש את המשמעות העמוקה של ביקורת שיפוטית של ערכאת ערעור לא יכול שיעשה במסגרת הזמן הנתונה, ואם ייעשה כך אי אפשר יהיה לומר בלב שקט שהצדק נעשה או נראה. על כל פנים יהיה זה קשה מאד להשתכנע בזה.

8. עובדה היא כי אין בידי הח"מ לסכם את המכלול הדרוש במסגרת הזמן הנתונה ובכל מקרה, גם אם ירצה לעשות כן, עומס המחויבויות המשפטיות האחרות אינו מאפשר זאת כלל.

9. לא יהיה זה מיותר להזכיר ולומר כי הח"מ רואה צורך חשוב ובלתי מתפשר לטעון את טענותיו בעל-פה, אשר למרבה הצער, ולנוכח הנסיבות מתפרסות על שורה ארוכה מאד של נושאים עקרוניים, בין היתר כדי להבטיח שהדברים יגיעו אל ליבם של השופטים באופן ובצורה שיאה להם להגיע ולא יהיו מונחים בתוך דפים כתובים שלא יזכו לתשומת הלב הנדרשת. צורך זה מעוגן היטב הן בהוראת סעיף 169 לחוק סדר הדין הפלילי, חוק שישומו משמש נושא מרכזי וחשוב לאין ערוך מסוגיית הינשוף בתיק זה, והן בפסיקתו הברורה של בית המשפט העליון, להלן:

169. בתום הבאת הראיות, או משנתקבלה הודיה בעובדות ולא הובאו ראיות, רשאים התובע ואחריו הנאשם להשמיע את סיכומיהם לענין האשמה.

"תקנה 160(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 קובעת אף היא כי סיכום טיעוניהם של בעלי הדין יהיה בעל-פה. עם זאת, נקבע באותה תקנה כי בית המשפט רשאי לצוות שהסיכומים יוגשו בכתב. הוראה מסוג זה לא נכללה בחוק סדר הדין הפלילי, ואפשר שהדבר נבע מרצון המחוקק לאפשר לצדדים בהליך פלילי לנסות לשכנע את בית משפט שלערעור בצדקת השקפתם, באופן ישיר ובלתי-אמצעי. עם זאת, נהוג לעיתים בהליך פלילי להורות לצדדים לסכם את טענותיהם בכתב, בעיקר בתיקים פליליים מורכבים ובעלי היקף רחב. בסיכומים אלה מתבקשים בעלי-הדין להפנות למובאות מפרוטוקול הדיון, וכן לראיות ולהלכות עליהן הם סומכים את טיעוניהם. **אולם, הסיכומים בכתב (ולעיתים יהיו אלה עיקרי טיעון) לא נועדו לבוא במקומו של הטיעון על-פה. מטרתם של הסיכומים היא לאפשר לבית המשפט להיערך כיאות לקראת הדיון שיתקיים בנוכחות הצדדים, ובדרך זו ניתן לנצל את מסגרת הזמן שיועדה לערעור ביעילות מרבית. לפיכך, אם השתרש בערכאה זו או אחרת נוהג לפיו הטיעון בערעור פלילי מתקיים בדרך של סיכומים בכתב בלבד, אזי מדובר בנוהג שאין לו אחיזה בחוק סדר הדין הפלילי, ועל כן יש להימנע ממנו כדי לא להביא לפסלותו של ההליך כולו.**

10. עמדתו העקרונית של הח"מ בקשר לפסק הדין שיצא מתחת ידיהם של כבוד השופטים בבית המשפט קמא היא שפסק הדין הזה משקף את עמדתם המוצהרת של השופטים הנ"ל, עליה חזרו פעם אחר פעם לפני הדיון ובמהלכו באלף פנים, ולפיה לא יקשיבו ולא יטו אוזן לשום ראייה שיש בה כדי לפסול את השימוש במכשיר כפי שהוא, לא מסיבות משפטיות, לא מסיבות של כשלים במבנהו, לא מסיבות של כשל טוטאלי בתחזוקתו ואפילו לא מסיבות של פגמים בצורת הפעלתו. אחת הייתה משימתם: למנוע אנדרלמוסיה, ולקבוע אמינות למכשיר ולצידה קביעת "רף ביטחון" שאחריו יתרו ויחזיקו כל שופטי ישראל ויאמרו אמון. מטרתם היא שלא יהיה עוד פתחון פה לאיש לטעון שנפל רבב במדידה במקרה הפרטי שלו. כדי לחזק את עמדתם זו, הוסיפו שורת החלטות בכל תיק ותיק שבפניהם ולפיה לא יותירו עוד לעולם לאיש להעיד מומחה כלשהו בעניין הינשוף. (כן, קשה להאמין, אבל ניתן להציג את ההחלטות הסדרתיות הללו, הזוהות בתוכן, שניתנו על ידי כל שופטי בית משפט השלום לתעבורה בירושלים כאיש אחד וללא יוצא מן הכלל, בהפגנת סולידריות שאיננה מוכרת בעולם המשפט - ללא קושי). כבר במהלך המשפט נדרשתי בכל תיק ותיק על ידי כל שופטי בית המשפט דלמטא (חמישה במספר) ליתן הצהרה שפסק הדין שיינתן יחייב אותי ולא אעז עוד לדרוש להשמיע עד מומחה כל שהוא. סירובי זכה לגינויים רבים ולהחלטות מפורשות ההופכות זאת למציאות שאיננה ניתנת לפיצוח. דרישה שווה מהמערערת לא הייתה. מכאן שרק אותי ביקשו לחסום.

11. קביעתם של השופטים הנכבדים צריכה לעורר תמיהה: הכיצד זה קבע כבוד השופט טננבוים בגלגול הראשון של אותו משפט שמכשיר הינשוף מהימן, אך רף האכיפה יהיה 300 מיקרוגרם, ואילו בגלגול השני, באותה המידה של נחרצות, קבע שהמכשיר מהימן, אך רף האכיפה יהיה 400 מיקרוגרם? מעצמך אתה מגיע כדי מסקנה שלפחות אחת הקביעות בלתי מהימנה! רק מי שמתבטל מפני המציאות הזו ייתן לה תוקף של הכרעה מהימנה.

12. שישה עדים מומחים הציגה ההגנה: **ד"ר פוליצ'וק** - מומחה לתרמודינמיקה, **ד"ר פזע** - כימאי ומנהל המעבדות של מפעלי ברום בנגב, **מהנדס משה אביחי** - כימאי איש תעשיית הגזים בישראל ומומחה לתקינה, **מר איתן שרון** - מנהל הרשות הלאומית להסמכת מעבדות, **ד"ר אורנה דרזין** - בעבר ראש הרשות להסמכת מעבדות במשך 8 שנים, כימאית ומומחית למטרולוגיה - היא תורת המדידה, **ד"ר אלכס לפק** - פיסיקאי ומטרולוג - כולם כאחד כתבו בעברית צחה בחוות דעתם כי **לא ניתן להתגבר על הכשלים של מכשיר הנשיפה והשימוש בו על ידי קביעת רף חדש**. לא היה אחד מהם שלא נדרש לשאלת הרף על ידי כבוד השופט טננבוים והשיב על כך באופן נחרץ **שהדבר לא יתכן מבחינה מדעית**. ואף על פי כן, קבע בית המשפט את מה שהתכוון לקבוע מראש - רף חדש. ומי המומחה שהניח לכך תשתית? לא היה איש כזה!

סקירת עדויות מומחי ההגנה, ראה עמודים 259-301 לסיכומים שהוגשו לבית המשפט קמא, נספח יד' לכתב תגובה זו.

13. לא תמצא בהליך שהתנהל בבית המשפט קמא ולו שמץ של ראייה מטעם התביעה המבקשת לשכנע את בית המשפט שהרף הראוי הוא כזה או אחר. אני מציע לעיין גם בסיכומים שהגישה התביעה ולחפש גם שם את ההצעה לקבוע רף כזה או רף אחר. שפשפתי את עיני בתדהמה כשקראתי את הדרישה לקבוע רף של 290 מיקרוגרם בערעור, משום שבאותם ימים בהם ישבו נכבדי משטרת ישראל ונציגי הפרקליטות וטרחו על כתיבתו של הערעור, ניהלה המדינה בתקיפות רבה משפטים בהם דרשה הרשעה ברמות מדידה נמוכות יותר, ורבים רבים הורשעו תחת כובד מגפיה הדורסנית של מערכת שפיה, ליבה ומעשיה אינם שווים.

14. אם קוראים את כל אלו, נשאלת השאלה האם מה שהתרחש בבית המשפט קמא, דהיינו קביעת הרף מחזיקה מים? איך קרה שראיות אשר הזמינו פסילה מוחלטת ואיסור חמור להתיר הפרת חוק ושימוש המכשיל את הציבור, הצמיחו פסק דין הקובע רף ועושה חוכא ואיטולא מחוות דעת של סוללת מומחים, הכוללת בין היתר את חוות דעתו של ד"ר פזע, מומחה אשר השופטים מצאו מהימן וכאילו קיבלו את עדותו. אילו קיבלו את עדותו באמת ולא נטלו ממנה רק את מה שרצו ודחקו לקרן זוית את השאר בהנחה שאיש לא יתעמק בזה לעולם – גם לא ערכאת הערעור – הרי שאחת הייתה צריכה להיות פסיקתם – סקילתו של הינשוף ומריטה נאמנה ויסודית של נוצותיו מספר החוקים שלנו.

15. מכל אלו אפשר להבין היטב שאלמלא זוכתה המשיבה היה בית המשפט הנכבד זוכה לקבל כתב ערעור מפורט הדורש לאיין את פסק הדין שניתן, ממש כפי שאיין פסק הדין הראשון ובוטל מכל וכל. לא קשה גם להבין שהפירוט הנדרש הוא כזה שאיננו יכול להחזיק ישיבת ערעור אחת או שתיים. כלל וכלל לא. כלומר, ישיבה אחת די בה כדי להביא לביטולו של מכשיר הינשוף על פי קובץ הנימוקים הראשון, אבל נדרשות שלוש ישיבות כדי למנות את כל הסיבות כדי שהינשוף הזה לא ירים ראש שנית בעוד ערכאת ערעור בבחינת מצליח - מצליח, לא מצליח - לא מצליח.

16. כפי שציינתי לעיל, המהות שסביבה נסב המשפט על הינשוף איננה עוסקת בו אלא ככלי אשר בא להאיר ולהילחם בתופעה ממארת הפושטת באולמות בית המשפט, שבתמצית עושים בחוק סדר הדין הפלילי ובפקודת הראיות שמות, ואפילו זונחים אותם ומפירים אותם בצורה שקשה להאמין את עומקה ותפוצתה, עד אשר עומדים מולה. אלו שעומדים מולה, חסרי אונים כמעט תמיד, הן משום שאין להן יכולת כלכלית להתמודד איתה, הן משום שכל שהיא קונה מקום של קבע היא הופכת להיות מציאות מקובלת והן משום שבמצב שנוצר עורך דין אינו יכול באמת להתעמת עם שופטו שמא יבולע לפרנסתו. או לנו אם נסב ראשנו מפני האמת הזו.

17. הפרוטוקול בתיק זה הוקלט. לא שבעתי נחת מכל התמלילים שקיבלתי. פה ושם מצאתי שדברים חשובים שנאמרו, בדרך כלל על ידי השופטים, נעלמו מן הפרוטוקול. בית המשפט עשה לו נוהג לא להתיר פרסום פרוטוקול, אלא אחרי שהוא עצמו עבר עליו ומצאו ראוי להעביר לצדדים. לא אחת כובה המיקרופון בהוראת השופט ונאמרו דברים שהשומע, תצילנה אוזניו. הח"מ כפרקליט מיומן, ביקש פעם ופעמיים ושלוש את ההקלטות לבחינה, וראו איזה פלא, הדבר נמנע ממנו. משנאש מפנייה מנומסת בעל-פה הריץ בקשה בכתב. הבקשה סורבה! בית המשפט קבע שקודם יציין הסנגור מה לא בסדר בפרוטוקול המודפס ורק אחר כך יחליט אם לאפשר לו להקשיב לפרוטוקול המוקלט. אני יודע ואין לי ספק שכבודכם קורא ולא מאמין. האם צריך לומר שהדברים עומדים בניגוד לחוק בתי המשפט? כך בלשון החוק:

68. (ב) הורה בית המשפט על הקלטת הדיון לבקשת בעל דין, תישמר ההקלטה בידי בית המשפט, וכל בעל דין יהיה רשאי להאזין לה.

מצ"ב שתי הבקשות שהוגשו על ידי בעניין קבלת קלטות הפרוטוקול, מסומנות נספח ג' ו-ד' בהתאמה.

מצ"ב החלטת בית המשפט מיום 29.06.09, מסומנת כנספח ה'.

18. אני מעלה דברים אלו כדי להמחיש את מה ששידר בית המשפט אל הסנגור כשהוא מבהיר לו מכל תג ותג של התנהלות - כאן הסנגור איננו אלא פלטפורמה שעליה יגיש בית המשפט

לציבור את פסק הדין שישים סוף לניסיון להטיל דופי באכיפה, בבחינת כל האמצעים כשרים, ולא יתאפשר לסנגור לקלקל דבר כשהתפאורה כל כך מושלמת: הרכב של שלושה שופטים, והפרקליט נושא הדגל היה שם ולא הועיל. קום יקום רף חדש!

19. בתיק בית המשפט כתב אישום. בכתב האישום רשימת עדי תביעה. איש מהם לא העיד. אחרים העידו. כתב האישום מעולם לא תוקן ושאלת תיקונו מעולם לא נדונה. למה? ככה. התביעה הודיעה שתעיד את ד"ר זוהיש, נציג היצרן של המכשיר. הודעתה נתקבלה בהכנעה, אף שלא טרחה מעולם להעמיד בפני ההגנה את חומר החקירה המלא שעליו נסמכת עדותו. ככה זה נהוג כנראה: התביעה עושה בהליך ככל העולה על רוחה. ההגנה נשארת באפלה.

20. בתום עדותו של מר זוהיש היה על התביעה להכריז "אלו עדיי" ומצעד עדי ההגנה צריך היה להתחיל. או אז התביעה ביקשה להעיד את ד"ר שלמה אלמוג. בית המשפט התיר לה. על מה? האין חומר מדעי או חומר אחר שהיה על התביעה להגיש להגנה טרם עדותו? תשכחו מזה. הכל סודי. שום מסמך לא הגיע לידי ההגנה. אפילו את מסמכי המכרז שלפני הוזמן ונרכש מכשיר הינשוף והחווזה בין המשטרה והיצרן הם סוד כמוס עד היום. לא מאמינים? חפשו אותם בין המוצגים.

21. משסיים ד"ר אלמוג את עדותו, שוב היה על התביעה להכריז "אלו עדיי", אלא שמן היום הראשון לדיונים הודיע וחזר והודיע נציג התביעה כי הוא "דורש" שבית המשפט יגיש מטעמו את "תוצאות הניסוי" שערך כבוד השופט טננבוים במסגרת תיק אחר שבו לא הייתה לח"מ יד והוא סרב ליטול בו חלק, בשל היותו בלתי חוקי בעליל. [בעניין זה הוגשה עתירה לבג"צ- בג"צ 6521/08 דוד קולקר נ' כבוד השופט ד"ר אברהם טננבוים, שר התחבורה, היועץ המשפטי ועוד].

מצ"ב פסק דינו של בית המשפט הגבוה לצדק בעניין הניסוי, מסומן כנספח ז'.

22. בית המשפט הנכבד אמר, חזר, הצהיר והבטיח שהדיון בתיק זה לא יוכל להסתיים ללא שמיעת האנשים שהיו מעורבים באותו הניסוי. הח"מ הודיע שאם התביעה מבקשת להזמין את עורכי הניסוי לא יתנגד, יבקשו את תיקון כתב האישום ע"י צירוף העדים, יגישו חוות דעת ערוכות כדין, יאפשרו את העיון בחומר הרקע וחומר הגלם על הניסוי ותבוא על כולם הברכה. אבל התביעה סירבה לזה והכריזה "אלו עדיי" תוך שהיא יודעת, סמוכה ובטוחה שיש על מי לסמוך, כלומר, שהיא סומכת על בית המשפט שיעשה את מלאכתה ושבית המשפט יזמין את הצדדים הללו בעצמו כאילו הוא עצמו צד לדיון. האמת היא שהדבר הזה אינו רחוק מן האמת כלל וכלל. בית המשפט ראה את עצמו צד לדיון, ובצדק מסוים: פסיקותיו ונחרצותו מן העבר הן שעמדו למשפט לא פחות מן המכשיר.

23. מי שיודע משפט לא יעלה על הדעת כדבר הזה. אם העדים נחוצים כל כך, ואפילו ההגנה אינה מתנגדת מדוע לא יוזמנו כעדי תביעה? אבל מי שמכיר את הלכות סדרי הדין בבית המשפט לתעבורה בירושלים, ואת האוריינטציה השיטורית של מעשה המשפט שם, לא צריך להתפלא: התביעה סיימה את ראיותיה, ההגנה סיימה את ראיותיה ואז הגיע שלב עדי בית המשפט..... אני יודע שהקורא איננו מאמין למקרא הדברים. אבל זו עובדה. עובדה שהייתה ברורה לי מלכתחילה: "אחרי שיעידו העדים שלך אנחנו נביא את העדים שלנו" שח לי אחד השופטים בלשכתו. "איך ייתכן?" שאלתי והוא השיב בחיך: "העדים שלך לא יהיו מהימנים כי הם הרי העדים שלך, אז אנחנו נביא את שלנו....." חייכתי במבוכה כלא מאמין, אבל המציאות הייתה חזקה מכל דמיון: הוא אכן הביא.

24. דומני שאם אבשר לכבודכם שבשלב הזה הגשתי בקשה מפורטת לקבל את החומר המלא לעיוני, טרם עדותם של העדים מטעם בית המשפט, וכי בקשתי הושבה ריקם בהחלטה כתובה לא תוכלו להאמין שיש אמת בדבריי. גם אני לא האמנתי וביקשתי שההחלטה תישא חתימות של כל שלושת השופטים. בקשתי לקבלה חתומה מולאה. יש לי החלטה כזו ביד חתומה למהדרין. עובדה.

מצ"ב תגובתי על הבקשה "להוסיף עדים", מסומן כנספח ח'.

מצ"ב החלטת ביהמ"ש מיום 30.04.09 בדבר העדת עדים מטעם ביהמ"ש, מסומנת כנספח ט'.

מצ"ב בקשתי בדבר קבלת החומר המלא לעיוני, מסומנת כנספח י'.

מצ"ב החלטת בית המשפט בעניין עין בחומר, מסומנת כנספח יא'.

25. מה לי שאציק לכבודכם בקטנות, כמו למשל שהעד המרכזי והיחיד של התביעה מן הגלגול הראשון של המשפט לא נמצא ברשימת העדים בתיק זה, ולפתע, אחרי שעדי בית המשפט העידו הוא קיבל רשות להעיד מתחילה במעמד של עדות הזמה? מישהו זוכר עדות הזמה מהי? האם יכולה להיות עדות שהיא היפוכה של עדות הזמה יותר מעדותו של העד הזה שבא כדי להסביר וללמד הלכות ינשוף בסוף ההליך במקום בתחילתו וכל זאת בחסות בית המשפט?

26. העובדה הפשוטה היא שמהיום הראשון ועד ליומו האחרון של הדיון בבית המשפט קמא, חרג בית המשפט קמא באופן מסיבי מן החוק המחייב שופט ביושבו בדיון, וכל המעטה בתיאור המחדל הזה, מגונה כמותו – שהרי בנפשנו היא. כבר בישיבה הראשונה הודיע אב בית הדין שהוא מציע שבתיק הזה לא יידונו סוגיות משפטיות.... בעיני זהו מעשה חמור של איש מרות הכופה את דעתו על הסגור התלוי בו. אני לא נכנעתי וזה עלה לי ביוקר רב.

27. אני מבקש להחזיר את תשומת הלב בשלב הזה להליך הראשון, זה שבוטל מלכתחילה על ידי כבוד השופט ד"ר חבש [ע"פ 2420/08 עוזרי נ' מדינת ישראל]. טלו נא את פסק הדין. כל רואיו אמרו עליו את ההלל. נכון שאין בו התייחסות לנאשמת או לאירוע, אבל מה שכתוב שם נראה כמלאכת מחשבת מדעית ממש. נכון שבית המשפט אישר שם שלישיב בין הוראות החוק ובין מה שעושה משטרת ישראל כמוהו כלרבע את המעגל. נכון. ונכון שזה לא נשמע כמו נקודת מוצא אידיאלית לקבוע שההרשעות תקינות. אבל זה מה שנפסק. אני מבקש לחזור ולקרוא את כתב הערעור החמור שהוגש על אותו פסק דין, כדי שיושב היטב שמדובר קודם כל ביסודות השיפוט, בכבוד האדם, בחוק סדר הדין הפלילי, בדיני הראיות הבסיסיים, בסדרי מינהל ואכיפה פרועים שמישהו צריך לחשוף ולעצור לאלתר!

מצ"ב פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים, מפי כב' השופט חבש, מסומן כנספח יב'.

28. מה טענתי בערעור הראשון? טענתי בין היתר כי: בית המשפט שוזר בפסק דינו חומר שאיננו חומר ראיות, שהוא לומד את משנתו שלא בתוך כתלי בית המשפט, וכי העדים העלומים המשפיעים עליו לא נוכחים לחקירה נגדית.

מצ"ב כתב הערעור הראשון שהוגש על ידי לבית המשפט המחוזי ירושלים, מסומן כנספח יג'.

29. הקורא את פסק הדין הנוכחי על הרקע של פסק הדין הקודם לא יכול שלא להודות בעובדה שגם הפעם שנה בית המשפט את פירקו מחוץ לשעות העבודה! **פסק הדין כולל סיכומים מדעיים, משל היה זה ספר לימוד ולא פסק דין המבוסס על הראיות ועליהן בלבד.** כך לדוגמא נכתב בעמוד 8 לפסק הדין:

" אין חילוקי דעות כי מנהג של שתיית יין איננו מנהג פסול ביהדות. בהלכה נקבע כי אדם צריך לשמח את בני ביתו ביין (בחג), ואף קיימות ברכות המיוחדות ללחם ולגפן. תשבחות ושירי הלל ליין מופיעים במקורותינו לא אחת בצד אזהרה מפני הסכנות היכולות להיגרם מצריכה מופרזת. דווקא הימנעות עקרונית משתיית יין ("נזיר") איננה זוכה לתמיכה בהלכה אלא לגינוי. ישנן גם טענות כי שתיית יין במידה מועילה לבריאות והדברים ידועים. אין אנו בטוחים כלל ועיקר כי חכמי ההלכה היו מתלהבים מצריכת הוודקה, הבירה והוויסקי ויתר המשקאות האלכוהוליים הנפוצים, ואולם לא בכך עסקינן.

בדת המוסלמית לעומת זאת אסורה צריכת האלכוהול לסוגיו (קוראן 5: 90). האיסור אינו גורף בכל זרמי האסלאם, אך "קיים בקרב שני הזרמים העיקריים (סונה ושיעה). לקבוצות אחדות באסלאם (סופים) עשוי להיות פירוש אחר בנושא זה." (י. צוברי, "צריכת אלכוהול וגיל ההתבגרות", ידע סמים ואלכוהול, ספטמבר 2008, 1, עמ' 1-2). [ההדגשה במקור].

30. מעיון בראיות, ניתן בקלות להבחין כי אין כל אזכור באשר להלכות הדת היהודית או הדת המוסלמית וכי בית המשפט קמא סטה בבירור מן הראיות שהוגשו לו ולמד משנתו שלא מתוכן.

31. פסק הדין של כבוד השופט ד"ר חבש [לעיל], ניתן בהסכמה רק לאחר שדרישתי הבלתי מתפשרת התקבלה, לאמור בפסק הדין נאמר שהתיק מוחזר כדי שידונו בו מתחילה, הכל לפי חוק סדר הדין הפלילי ודיני הראיות!!! ואלו מילותיו:

"לאור הסכמת ב"כ הצדדים, הערעור מתקבל במובן זה שהתיק מוחזר לבית המשפט קמא על מנת לדון בו מתחילתו, עפ"י הכללים הנהוגים במשפט פלילי ויטיחס לטענות ב"כ המערער בעניין. אי לכך, פסק דינו של בית המשפט קמא מבוטל בזאת..."

32. ניסוח זה הוא ניסוח מרחיק לכת, ואולי אין לו תקדים. הרי מובן מאליו שכך ינהג כל בית משפט המציית לחוק. מה ינחה אותו אם לא חוק סדר הדין הפלילי ופקודת הראיות? ומשנכתבו המילים הללו, הן לא נכתבו כדי שיישארו אות מתה. אלא שהן נותרו בפועל, לצערי הרב, אות מתה בכל המובנים, כיוון שבית המשפט קמא לא טרח לקרא אותו, ולא העלה על דעתו שעליו לציית לשכמותו. החרתה החזיקה אחריו גם המערער.

33. אני בטוח שכבודכם הקורא מילים אלו חושש שהשתבשה עלי דעתי. ובכן אביאכם לעמוד 817 לפרוטוקול, ישיבה מיום 31.3.09. אחרי שכמעט בכל הזדמנות אני מזהיר ומתריע שבית המשפט אינו מקפיד על פסק הדין של כבוד השופט ד"ר חבש, ואפילו מתעלם במפגיע מכך שהמשפט הוחזר כדי להידון מתחילה, ואחרי שאב בית הדין מהסה אותי פעם אחר פעם וגם האחרים אומרים דברים ברוחו, ורואים במשפט המשך לתיק ההוא, ואחרי שבא כח התביעה טוען בלהט שאני מטעה את בית המשפט, אירע האירוע הבא: ביקשתי מבית המשפט להורות על הזמנת עדים, שלושה במספר וכולם שוטרים. התובע המלומד טען באופן תמוה שהדבר מהווה עבירה אתית והחלה באולם מהומה (שגרתית לצערי) כשאני מבקש מבית המשפט לזמן את העדים ואילו התובע המלומד טוען שהדבר פסול משום שאחד מהם כבר העיד בגלגול הקודם של המשפט ועדותו דאז היא המחייבת במשפט זה. הנה הציטוט:

הערה - בדיון כולם מדברים יחד, צועקים, נכנסים אחד לדברי השני ויש מילים שלא ניתן לפענח.

כ.ה. ריבלין : עו"ד קולקר הצהיר לפני שהייתה הקלטה שהוא זקוק לעוד שתי ישיבות, כולל ישיבת היום? או לא כולל ישיבת היום?

עו"ד קולקר : אני לא מצהיר באופן רשמי על שום דבר.

כ.ה. ריבלין : טוב, אנחנו מצהירים שאנחנו נשמע את הישיבה הבאה ובישיבה הבאה אנחנו רוצים סוף סוף לקבל את מספר העדים,

עו"ד קולקר : כל מה שאני רציתי זה להרגיע את בית המשפט שאני לא מתכוון לעשות פה לא פילי בסטר ולא למתוח את העניינים אבל אם אני אחשוב שיש לי איזשהו עד רלוונטי ושאני מוכרח להביא אותו וזו תהיה דעתי אני אבוא ואבקש מכם להביא אותו.

כ.ה. ריבלין : למתי אתה רוצה את העדים ארז כהן?

עו"ד קולקר : אני חשבתי שהם יוכלו להיות פה היום לחסוך זמן.

כ.ה. ריבלין : אבל מבחינה טכנית אני קיבלתי את זה רק היום בצהריים.

עו"ד קולקר : חבל, חבל. אני כתבתי מיד כשיצאנו מפה.

כ.ה. ריבלין : אתה פנית לתביעה או שרק פנית אלינו?

עו"ד קולקר : לא. פניתי אליכם.

עו"ד סמו : ארז כהן העיד בתור עד תביעה, הוא העיד בסיבוב הקודם.

כ.ה. ריבלין : אני לא יודע מה היה בסיבוב הקודם.

עו"ד קולקר : רבותי אל תנהלו לי את ההגנה, אני מבקש את ארז כהן.

עו"ד סמו : יש בעיה טכנית שהוא העיד בתיק הזה כבר בתור עד תביעה, איך נזמין אותו בהמשך בתור עד הגנה?

עו"ד קולקר : אתם מתקשים? אתם רוצים שאני אנמק. אני לא צריך שום הגנה, כל העדים שהעידו בפעם הראשונה כדי להכניס את הפרוטוקול שלהם או את מה שהם אמרו לתוך העדות צריך הסכמה. זה לא חוסם אותי מלהזמין אותם לחקירות, גם את הגב' עוזרי אני אזמין.

עו"ד סמו : אתה חקרת את גב' עוזרי.

עו"ד קולקר : גב' עוזרי תוזמן לישיבה הבאה, אני כבר אומר לכם.

עו"ד סמו : זה המשך של התיק.

עו"ד קולקר : זה לא המשך, התיק הוחזר לתחילה.

עו"ד סמו : לא. אני אבדוק את מה שהמחוזי כתב, לא לתחילה, להמשך הבאת ראיות.

עו"ד קולקר : אני מציע לך לבדוק.

עו"ד סמו : תבדוק.

עו"ד קולקר : אני מציע לך לבדוק.

כ.ה. ריבלין :מה ההחלטה אומרת?

טוב, תעצור לרגע את ההקלטה.

לאור ההחלטה של בית המשפט המחוזי בערעור פלילי 2420/08 מ-21.9.2008 אנחנו מאשרים לב"כ הנאשם לזמן את ארז כהן מאטן ואת שירצקי אני מניח גם כן מאטן.

עו"ד קולקר : את ארז כהן.

כ.ה. ריבלין : ארז כהן, זה השם שכתוב ושירצקי, אנחנו מאוד מבקשים שהפרוטוקולים שהם העידו שלא יחזרו על הדברים שכבר נאמרו, אלא רק שאלות השלמה כי אנחנו כפי שהודענו הזמן מוגבל.

עו"ד סמו : אנחנו מתנגדים אדוני.

34. בקטע הנ"ל רואים איך התובע מטעה את בית המשפט ואיך הורה כבוד השופט ריבלין לעוזרתו המשפטית להביא לו את פסק הדין לעיון בבחינת "נקרא לנערה ונשאל את פיה". **מה רבה הייתה תדהמתו לגלות את האמת העצובה שיש בית משפט שציווה עליו כדבר הזה לציית לחוק?** בעל כורחכם אתם רואים גם שבמקומות כאלה דאג כבוד השופט לדומם את הפרוטוקול מחשש לעינא בישא. אל תשפטו אותי על חומרת האשמה שאני מטיח בכבוד השופטים דלמטא. עיינו בפרוטוקול. אינני אלא משרתכם הנאמן המביא לפניכם עובדות לאשורן כדי שיתוקנו בעתיד. אחרי 817 עמודי פרוטוקול טורחים שלושה שופטים שהתכנסו למותב לקרוא את פסק דינו של בית משפט זה לראשונה? מי היה מאמין? [עוד בעניין זה, ראה סיכומים בפני בית המשפט קמא, עמוד 27].

35. עכשיו, אחרי שהבהרתי באופן ברור מה דעתי על ההליך שהתקיים בבית המשפט קמא, מה יחסי לפסק הדין שבו כביכול הוכחה המערערת שוק על ירך, וחסכתי מכבודכם תהליך אינוסי "לבקש" כינונו של הרכב שופטים, ואיך קרה שמי שהיה סגן התובע המשטרתי במחוז ירושלים והמתמחה של כבוד השופט ריבלין (ידידי עו"ד יוני שניאור), נכפה עליי בעדינות כפרקליט המצטרף להגנה, ואפילו מעט מזעיר זה שקבלתי על ההליך שם, לא יכול להיות ספק לאיש שעמדתי היא שפסק הדין איננו מכבד את הראיות. **כיבוד הראיות היה צריך להביא להפסקה מיידיית של שימוש במכשיר הזה ובדרך הזו, דבר שאפשר לתקן ממזמן אלמלא הכבדת הלב המתקשח אצל קברניטי המשטרה והיעדר מעורבות ראויה לשמה, כפי שהיה צפוי מצד הפרקליטות שאיננה מפעילה את חוש הביקורת שלה ומעמידה את שירותיה ללא כל בקרה – כפי שבא לידי ביטוי בהגשת הערעור הזה.**

36. מאז יצאתי למסע הזה אני שומע פעם אחר פעם את דברי ההבל המוסכמים כמעט על הכל, לאמור: אין לך סיכוי. לכל היותר יקבעו רף חדש. ומדוע? כיוון שפירוש הדבר זיכויים המוניים והודעה בטעות... אוי לנו ואבוי לנו שכך נאמר. ומדוע אלו דברי הבל? לא רק בשל ביזוי החוק והאמונים שכל שופט מופקד עליהם ונשבע להם לפי חוק יסוד השפיטה - לשפוט על פי החוק! אלא בגלל שהרף שקבעו השופטים בבית המשפט דלמטא משמעו הוא ש-20,000 אלף איש הורשעו בנהיגה בשכרות רק בשנתיים האחרונות לשווא!!! מה הועיל הרף? וגם אם יהיה הרף כמבוקש על ידי המערערת, עדיין מתהלכים בינינו כמה אלפים שהעוול שנעשה להם יזעק ויחייב דיון מיוחד. אז על מה המחלוקת? על היקף העוול? הצעת רף מנימוק פוליטי מגוחך שכזה צריך לגדוע מן השורש אם חפצי חיים אנו. הבה נבדוק באמת: **ינשוף הגון וחוקי – כן, לא הוגן ולא חוקי – לא!** כך בפשטות. כך פסק בית המשפט המחוזי בבאר שבע באומץ פעמיים לאחרונה: פעם על הממל"ז ופעם על מצלמת המולטינובה. יתכבד נא בית משפט נכבד זה לשאת גם הוא את דגל טוהר השיפוט – לא עוד חישובים שלא ממך העניין. משפט איננו פוליטיקה.

37. ברצוני בשלב הזה להדגים עוד שתי דוגמאות, שנועדו להצביע על כך שכל מי שסבור שבית המשפט קמא העמיק, דקדק והקפיד בקטנות, צפוי להתפכח ולגלות שבית המשפט קמא דקדק אך ורק בפרטים שמצא לנכון כראויים לשמש אותו בפסיפס שהרכיב בסופו של יום והכתיר במילים "פסק דין".

א. הנה למשל קובע בית המשפט קמא בעמוד 6 להכרעת הדין: **"פסק הדין ניתן כבר בתום השלב הראשון כאשר הנאשמת לא העידה במשפט על שני**

גלגוליו". ובכן: ביום 25.12.07 העידה גם העידה הנאשמת עדות המשתרעת בפרוטוקול על עמודים 12-15! (עמוד 16 של אותו פרוטוקול מוקדש להחלטה של כבוד השופט טננבוים לאמור: " כפי שנכתב יותר מפעם אחת ניתנה חזקת אמינות למכשיר. אשר על כן יעידו קודם שני מומחי ההגנה"...)

ב. גם אם תחפשו בזכוכית מגדלת חפש היטב, והפרוטוקול הרי מוקלט, לא תמצאו אפילו מקום אחד שבו יצאו מפי הסנגור דברי הסכמה לפיצול הדיון לשני שלבים. כבוד השופטים דלמטא אצו רצו קדימה עם תכניתם המקורית, התעלמו התעלמות מוחלטת מהחלטתו של בית משפט נכבד זה שהורה להם להקפיד על סדרי הדיון ודיני הראיות, ולמעשה כלל לא טרחו לקרוא אותה, כפי שהצבעתי לעיל.

ג. בסיכומים בפני בית משפט קמא ביקשה המערערת באמצעות עורך דין בני סמו, שניהל את ההליך על שני גלגוליו, **להרשיע** את הנאשמת בנהיגה בשכרות. גם בערעור הזה, עליו חתום פרקליט מחוז ירושלים בכבודו ובעצמו, וספק בעיני אם בכלל קרא את החומר, הוא מבקש **להרשיע** את הנאשמת מכיוון שרמת האלכוהול שנמדדה בגופה גבוהה מהרף הנדיב שהוא מציע. האם כבודכם סבור ששני מכובדים אלו מסכימים עם בית המשפט קמא שהדיון פוצל? (תסלחו לי אבל זה מתאים לשאלה לבחינת התמחות).

38. כל רעיון הרף שהמערערת עכשיו נתלית בו, כשברור לכל שפסק הדיון עושה עוול לציבור גדול כל כך, צריך לעורר חלחלה בכל מי שהמשפט הפלילי הוא אכן משפט בעיניו ולא רק טקס סמלי בדרך להרשעה ויהי מה. **עובדה היא שאין בידי המערערת ולא הייתה בידי מעולם חוות דעת מומחה ראויה שתוכל להציג כאן כדי לתמוך ברף הזה ולשכנע שהוא אכן הרף האולטימטיבי הראוי לאמון בית המשפט.** האם מישהו מהשופטים יכול לומר לעצמו ביושר שיש בסיס לחישובים חסרי הבסיס הללו שבכתב הערעור? ואם יש להם בסיס - מדוע לא היו חלק מחומר החקירה המשטרתי, חלק מחוות הדעת שלה ואין להם זכר בסיכומיה בבית המשפט קמא? אלפי פעמים התנגדה המשטרה לרף הזה שהיא "מציעה" כיום בנדיבות כמו שמעניק לזולתו משהו שכבר שייך לזולת ממילא...

39. נדמה לי שעליי להציע לבית המשפט הנכבד שלא להשאיר את פסק הדיון על כנו, לזכות את **הנאשמת מכל אשמה**, ולקבוע שהתביעה כשלה כשל רבתי בהוכחת מהימנותו של מכשיר הינשוף ועל כן מדידה הנסמכת עליו פסולה מכל וכל. **הנאשמת סבלה כבר שני משפטים.** איש לא יכול להטילה אל התבערה הזו בשלישית רק בגלל כשלי המערכת האוכפת והשופטת. היא לא צריכה לשאת על גבה את הצורך הנרקסיסטי לאמור "אנחנו לא טעינו", אשר מתיר בפועל לרשויות לייצר הוכחות מן הגורן ומן היקב בדיעבד. **ראיות המבססות כתב אישום צריכות להיות מוכנות ונגישות לפני הכנתו של כתב האישום.** ואילו כאן, כל ראיות התביעה מיוצרות בדיעבד, לרבות רעיון הרף של 290 מיקרוגרם שמעולם לא יצא מפיו של שוטר או פרקליט עד להגשת הערעור. צריך להפסיק את הפרסה הזו ולומר עד כאן.

40. **אני מבקש שבישיבה הקבועה תינתן לי ההזדמנות לשכנע שדין הערעור להידחות לפני כל כניסה לעובי הקורה של הינשוף בגלל הכשלים הקונסטיטוציוניים והמהותיים שבניהול ההליך.**

41. אם ידחו טענותיי אלה אבקש שהות להשיב לגופו של עניין כדבעי. אני מצרף את סיכומי בפני בית המשפט קמא, שנערכו כמתחייב מפנייה להגיונם וליבם של השופטים דלמטא, אבל יש בהם די והותר כדי ללמד על מה שייטען כאן אם יהיה בזה צורך.

מצ"ב סיכומים שהוגשו בעניין הינשוף לבית המשפט קמא, מסומן כנספח יד'.

42. מבלי לוותר על זכות הטיעון המלא וכמובן האפשרות למקד אותו על פי נקודות העניין שיגלה בית המשפט הנכבד בדיון, לא אתחמק מלערוך **רשימה חלקית** של נושאים שיש בהם כדי להכריע את הכף ולהביא לביטולו של השימוש במכשיר הינשוף כמכשיר שממצאו מקובלים

כמהימנים עוד לפני שניתנת לי ההזדמנות הנאותה להציג את ההסברים בדרך הראויה להם, תוך התייחסות למוצגים ועל גבי לוח הדגמה העושה את ההסברים חזותיים ומוחשיים.

הכשרת הינשוף תפקידו של מי?

43. קשה להבין איך מערכת המשפט נכנסה למערבולת שבה היא מבקשת לתת תוקף למכשיר נשיפה לצורך בדיקת אלכוהול. המחוקק הורה במפורש והטיל בסעיף 64ב(א1) לפקודת התעבורה את המשימה על שר התחבורה בשיתוף עם שר הבריאות אשר היו צריכים לעשות את המוטל עליהם, ואחרי שקילה ובירור להסמיך בחוק את המכשיר המתאים ביותר ולקבל את אישור ועדת הכלכלה של הכנסת. מדובר בסעיף חוק שתוקן בדצמבר 2005 ועד שבאתי אני וקראתי בקול שהדבר לא נעשה וכבוד השופט טננבוים בעצמו העיר את אותה הערה, ועד שכבוד השופט דוד רוזן מבית המשפט המחוזי בתל אביב לא הורה לזמן אליו את נציגו של שר התחבורה תוך 7 ימים, לא הואיל השר להורות על פרסום שימוש במכשיר נשיפה חוקי אלא ביום 15.07.2007.

44. כמה עצוב לגלות ששר התחבורה ושר הבריאות לא חשבו שעליהם לקלוט מכשיר בדרך ראויה, באמצעות מומחים או משרדי הממשלה האמונים על כך כמו הממונה על מידות ומשקולות במשרד התמי"ת או ראש מחלקת אביזרים ומכשירים רפואיים במשרד הבריאות.

45. כפי שהוכח במשפט זה בעדים ובראיות שאין בהם ספק, לא היה בידי משרד הבריאות ולא בידי משרד התחבורה שום חומר המעיד שהמכשיר נבדק והם אפילו לא מתיימרים לטעון כדבר הזה. לעומת זאת, נחשף כאן שתחת לחצו של כבוד השופט רוזן העבירו את המכשיר לקבלת אישור של מחלקת אביזרים ומכשירים רפואיים במשרד הבריאות בראשותו של מר נדב שפר אשר באישון לילה הודיע כי הוא מסרב לתת הכשר למכשיר ולכל היותר הוא יכתוב מכתב למראית עין הקובע שהמכשיר איננו מסוכן לבריאותו של הנושף. פעילות של תככים ומניפולציה זו הגיעה לשיאה כשעל שולחנם של השרים הונח לחתימה על בסיס זה, אישור לינשוף אשר פורסם ברשומות... וזהו הנוסח המלא של מכתבו לשר הבריאות, מילה במילה:

10 ביולי 2007

לכבוד
ח"כ יעקב בן-יזרי
שר הבריאות
כבוד השר,

הנדון: מכשיר "ינשוף" לבדיקת אלכוהול באויר נשוף Drager ALCOTEST 7110 MKIII
מכתבו של סגן ראש הממשלה ושר התחבורה אליך מיום 4.7.07 (התקבל ביחידתנו אמש)

1. בעקבות פנייתו בסימוכין של סגן ראש הממשלה, ושר התחבורה אליך, הונחתי על ידי מנכ"ל המשרד לחוות דעתי על המכשיר שבנדון.
2. המכשיר אינו רושם כיום בפנקס האביזרים והמכשירים הרפואיים (אמ"ר) במשרדנו, ולא היה רשום בו בעבר. הוא אינו מכשיר רפואי כהגדרתו במשרדנו, משום שאינו משמש לטיפול או לאבחון לצורך טיפול.
3. אינני יכול לחוות איפה את דעתי באשר לביצועיו של המכשיר/דיוקו/התאמתו לתפקיד שמיעדת לו משטרת ישראל.
4. מצד שני אין משרד הבריאות נדרש לאשר המכשיר, אלא רק מתבקש להסכים לאישורו ע"י משרד התחבורה. זאת נוכל לעשות משום שאינני רואה מניעה בטיחותית מבחינת בריאות הציבור לאשר את השימוש במכשיר.

בכבוד רב ובברכה
(-)
נדב שפר
מנהל היחידה לאמ"ר

העתק: פרופ' אבי ישראלי, מנכ"ל
ד"ר אסנת לוקסנבורג, ראש המינהל לטכנולוגיות רפואיות ותשתיות
עו"ד נילי דיקמן, היעצת המשפטית של מינהל הטכנולוגיות הרפואיות, הלשכה המשפטית –
בהמשך להתכתבות בנושא זה: האם יש מניעה משפטית לאישור המכשיר?

מצ"ב מוצג נ/143, מכתבו של מר נדב שפר, מסומן כנספח טו'.

46. בית המשפט קמא היה חייב על פי הראיות שבהתקפת העקיפין הזו לפסול את השימוש במכשיר. בית המשפט איננו מחליף את השרים ולא את המנגנונים של הרשויות האוכפות העומדים לרשותם של השרים. איש מכבוד השופטים איננו יכול לבוא במקום התנהגות שלטונית סדירה ותקינה.

47. המחשבה שהנהיג כבוד השופט טננבוים כאילו בסמכותו להחליף את השר ולערוך ניסויים שהוא מתכנן בעזרת פרופי שינער שהוא לכל הפחות מכר אישי שלו, אינם מתקבלים על הדעת במדינה מתוקנת. בית משפט זה מתבקש להפעיל את הרגישות הקונסטיטוציונית שלו ולחסום את הדרך הזו שפרץ כבוד השופט טננבוים, ואשר קיבלה תמיכה של חבריו למותב, להחליף את המנגנון שקבע המחוקק באקטיביזם שיפוטי מסוג חדש.

48. על כן מוזמן בית משפט נכבד זה לקבוע שתי מסקנות:

א. מכשיר הינשוף לא אושר כדין וכל עוד לא יאושר כדין הרי שהשימוש בו אסור למטרות של בדיקה אקראית שאיננה מתבססת על חשד מוקדם כנקוב בסעיף 64ב(א1) לפקודת התעבורה.

ב. בכל עניין אחר, כמו למשל אחרי תאונת דרכים או בעקבות חשד מוקדם סביר אחר, הבדיקה באמצעות המכשיר הזה מותרת כמו שימוש בכל אמצעי חקירה אחר ואין לממצאים המופקים ממכשיר זה כל עדיפות מיוחדת או חזקה חוקית המקנה להם מעמד מיוחד. במקרים כאלה, התוצאה של מכשיר הינשוף יכולה להיות עוד ראייה מרכזית או נסיבתית באירוע ועל אחת כמה וכמה שהיא משמשת עילה טובה לביסוסו של חשד המצדיק דרישה לתת דגימת דם.

49. מכיוון שהמקרים שאנו עוסקים בהם עוסקים כולם בבדיקה אקראית הרי שהדיון בזה מיותר ויש להחזיר את הינשוף אל הקן המקורי שלו ולחדול מלתת לו מעמד שאינו מגיע לו על פי החוק.

כיצד נקבעת אמינות של מכשיר מדידה

50. פסקי הדין בעניין לוי עטיה [ע"פ 4682/01, גבריאל לוי, משה עטיה נ' מדינת ישראל, פ"ד נח (1) 304, פרשת כהנא [בש"פ 2343/00 אביבה כהנא נ' מדינת ישראל, פד"י נ"ד(2), 65, 67, ופרשת שומרון [ברע"פ 2703/97 אנגל שמרון נ' מדינת ישראל, פד"י נ"ה(4), 241] מניחים תשתית משפטית איתנה לשאלה כיצד קובעים אמינותו של מכשיר ראיתי. תשתית זו מורכבת משניים:

א. מן הרעיון הבסיסי שיש להוליך קדימה את עולם המשפט לצעוד יד ביד עם בקדמה המדעית.

ב. הרעיון שעל המכשירים שבהם משתמשים לצורך השגת הראיות יחולו הכללים המקובלים בעולם המדע.

51. אין טעם לעכב את התפתחות עולם המשפט, אבל גם מסוכן יהיה שלא לעדכן את ההתפתחות הזאת כאשר היא מתעדכנת. כך למשל, אם עולם המשפט מאמץ שיטה מדעית להשגת מדידה כלשהי כאשר העולם מתפתח, אסור לעולם המשפט לקדש את הקביעות הישנות אם חל בהן שינוי מדעי. הטענה המרכזית בעניין זה היא שהינשוף מתוכנן, מיוצר, מורכב מרכיבים ומופעל בדרכים שפארו אולי את יוצריו בראשונה, אך מפגרים מרחק רב אחר התפתחויות המדע בכל המובנים.

52. בעניין זה הפנתי את בית המשפט קמא למאמרם של פרופ' בעז סנגירו וד"ר הלפרט אשר מפליאים להסביר עד כמה מועד הינשוף להרשע חפים מפשע ולו בשל כך שהוא איננו מתוכנן לקיים נורמות של בטיחות אשר כיום הם לחם חוקו של עולם המדע בכל תחום החל מתכנון וייצור מטוס וכלה בתכנון ושיווק תרופות. אלו דיני נפשות ואלו דיני נפשות.

מצ"ב מאמרם של פרופ' בעז סנג'רו וד"ר הלפרט, מסומן כנספח טז'. [ראה גם עמודים 64-69 לסיכומים המצורפים].

53. בקליפת אגוז נטען שמכשיר הינשוף איננו מתוכנן כלל על מנת למנוע מדידות שגויות, ואילו היה עובר הליכי תכנון ואישור על פי כללים מוקפדים של רשות התרופות האמריקאית למשל, לא היה זוכה לקבל את ברכתה, ואכן משהובאה הדרישה להכשיר את הינשוף למר נדב שפר במשרד הבריאות, הוא דרש את המסמכים אשר הביאו לאישורו של המכשיר בארה"ב, ומשאלו לא היו בנמצא - סרב לאשרו.

54. אם כטענת המדינה מדובר באותו מכשיר הרי שהכל יכול לבוא על מקומו בשלום אם המסמכים המאשרים את הפעלתו בארה"ב יומצאו למחלקת אביזרים ומכשירים רפואיים במשרד הבריאות ובא לציון גואל. אלא שהמציאות היא שאין אמת בטענה שמדובר באותם מכשירים ואין סיכוי שהינשוף שהתאזרח בישראל, דובר עברית ופועל בשיטת הסמוך, יקבל הכשר מדעי באיזה שהוא מקום המכבד את המדע.

55. אסכם נקודה זו ואומר: **הנימוק כאילו הכשרת השימוש בינשוף נעשה בשם אימוץ החידושים המדעיים וקידום עולם המשפט הוא נימוק שגוי – נהפוך הוא - אימוץ המכשיר כמות שהוא ע"י שר כלשהו בהליך חוקי תקין, הוא גם חסר סיכוי וגם בלתי ראוי מבחינה מדעית.**

56. המסקנה השנייה המתבקשת לפיה יש להחיל את הכללים המקובלים במדע על מכשירים מתוכנן מופקות ראיות לכאורה, מוליד את הברור מאליו והוא כי על הרשויות, כמו גם על בית המשפט, חלה החובה לבדוק האם המכשיר תואם את הכללים המקובלים בעולם המדע. רשימה נכבדה של מומחים הבהירה והציגה מה הם הכללים הללו, והוכח באותות ובמופתים שמה שנעשה הוא בבחינת לא יעלה על הדעת. המכשירים במדינות נאורות כפופים לתקנים מחמירים של הארגון הבינלאומי למטרולוגיה, ארגון שישראל חברה בו, אבל אפשר לומר שהיא היחידה שעוד לא אימצה את תקן R126 שהוא התקן למכשירי נשיפה ראייתיים.

57. היצרן מתפאר בכך שיש לו מכשירים דוגמת זה שמופעל בארה"ב אשר תואמים את התקן הבינלאומי אבל לא יכול להציג אישור שהדגם הישראלי קיבל את התקן הזה ותואם לו.

58. כללי תחזוקה, כיול ותפעול המכשיר המהווים חלק בלתי נפרד מתהליך המדידה הועמדו בביקורת קשה כמעט בכל אספקט שהוא והוכח במפורש שתפעול המכשיר לא עומד בכללי ההפעלה, התחזוק והכיול המקובלים בעולם המדע ויותר מכך, מדובר בשימוש בשיטות המבטיחות שטעויות במדידה לא יתגלו כלל ואם להוסיף ולחדד: הוכח בבית המשפט שגם כאשר מכשיר מתקלקל, איש לא עושה דבר וחצי דבר כדי לוודא שכל אלו שהועמדו לדין בעקבות השימוש בו לפני הקלקול עברו ביקורת מחודשת של הראיות.

59. אם אנחנו רוצים כזאת מדינה שבה דיני נפשות מתנהלים באופן כזה, אפשר להנציח את המציאות הזאת על ידי אימוץ פסק דינו של בית המשפט קמא, פסק דין אשר אומר במילים מדהימות שהינשוף נמצא מהימן.

60. בפסקי הדין שצינתי לעיל, קובע בית המשפט העליון איך צריך להתנהל משפט ואילו סוגים של ראיות בעלות משקל צריכים להיות מוצגים בו כדי שפסק הדין יחשב כמצטבר לפסקי דין הבונים "מסה קריטית" לאישורו של אותו מכשיר. לצערי, בית המשפט קמא שגה בכך שהתעלם באופן מוחלט מהנחיותיו של אותו פסק דין והתקדימים שקדמו לו. כך בלשונו של בית המשפט העליון **בהלכת לוי עטיה**, לעיל:

"הביטוי "מסה קריטית" של פסיקה לצורך ביסוסה של חזקה שבעובדה, מרמז בראש ובראשונה על רכיב כמותי, ועל כן אין די בפסקי דין ספורים כדי לענות על דרישה זו... לצורך יצירתה של אותה מסה קריטית ובעקבותיה ה"חזקה שבעובדה", נדרש שבפסקי הדין עליהם היא נשענת יהיה שילוב של כמות ואיכות, והואיל ומדובר בעניינים שבעובדה המצויים בתחום שבדרך כלל אינו נחלתו של כל שופט, צריכה ההכרעה להתבסס על עדותם של מומחים לדבר".

פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין לוי עטיה מצורף ומסומן כנספח יח'.

העדר מומחים מטעם התביעה

61. אף שהנטל מוטל על המערערת לשכנע בעדים מהימנים ומומחים שהמכשיר ראוי לאמון מבחינה מדעית, לא העיד מטעם התביעה אף עד מומחה. שני העדים שהעידו בעת פרשת התביעה היו:

א. ד"ר יורגן זוהיש מנהל המכירות של היצרן. איש בעל עניין מובהק במכירת המכשיר ובהגנה על כישוריו. איש שאומנותו ומומחיותו היא שכנוע הקונה ואין לך היפוכו המובהק של המושג מומחה מהימן ובלתי תלוי מאשר ד"ר זוהיש. שגה בית המשפט קמא שמחל על כבודו מפאת דבריו של איש זה על אף שורה ארוכה של מחדלים, פגמים, אי אמירת אמת ואפילו זיוף, אשר היו צריכים להביא למסקנה אחת ויחידה והיא שהתביעה כשלה ממלאכת אספקת הראיות ואילו בית המשפט דלה את אשר רצה לדלות באופן שצריך לפסול.

ב. ד"ר שלמה אלמוג אשר כפי שנחזה מחוות דעתו, הוא הוא האיש אשר רקח ביחד עם ד"ר זוהיש את "התאמת" המכשיר לדרישות משטרת ישראל או במילים פשוטות פירוק המכשיר מכל היסודות החשובים המבטיחים שיפור במדידות וביטחון בתוצאה. עדותו של איש זה גם היא איננה עדות מומחה אחרי שהצהיר במו פיו שאיננו מומחה למכשיר, איננו יודע לבחון אותו, לא בדק אותו מעולם ולא הכשיר אותו לא עבור משטרת ישראל, לא עבור משרד הבריאות ולא משרד התחבורה.

ג. במשך שנים לא היה שופט תעבורה שלא שמע מפי המערערת כי "מר אלכוהול" בעצמו, הלא הוא ד"ר אלמוג, אישר את מכשיר הינשוף עבור משרד התחבורה ומשרד הבריאות ועל כן כל הטוען שהמכשיר לא נבדק, כמו הח"מ למשל, אינו יודע מה הוא שח. בבית המשפט טפחה האמת על פניהם של אנשי המשטרה והשופטים גם יחד לאחר שד"ר אלמוג הבהיר שהוא איננו מומחה למכשיר ושמעולם לא בחן אותו, שאין לו את הכישורים לבחון אותו וזולת הפעם היחידה שראה אותו מופעל במשרדו לא בחן אותו מעולם. קביעה זו הייתה צריכה למחוק את ד"ר אלמוג מרשימת העדים המומחים באופן סופי אבל בית המשפט קמא, באופן אקטיבי, סרב לקבל את העובדות. שוב, למי שחושב שהרחקתי לכת בתיאור המציאות, הרי לכם המציאות כפי שהיא באה לידי ביטוי בשלושה שלבים בפרוטוקול מיום 28.01.09, עמודים 38, 41 ו-379.

שלב ראשון: ד"ר אלמוג מבהיר בחקירה נגדית ובתשובות לכבוד השופט חן שלא היה פרנט של משרד הבריאות או משרד התחבורה.

כ.ה. חן : המכשיר אושר

עו"ד קולקר : הוא אומר הוא לא בדק אותו.

כ.ה. חן : על-ידי שר הבריאות יחד עם שר התחבורה.

ד"ר אלמוג : אני לא הייתי מעורב שם.

כ.ה. חן : או-קיי.

ד"ר אלמוג : לא, אני לא הייתי מעורב.

כ.ה. חן : הבנו. עכשיו השאלה היא פשוטה...

עו"ד קולקר : הוא אמר כבר שהוא לא בדק אותו.

ד"ר אלמוג : לא.

עו"ד קולקר : לא בדקת את המכשיר?

ד"ר אלמוג : ודאי שלא. אמרתי ואני חוזר ואני אומר עוד פעם.

כ.ה. חן : אל תחזור עוד פעם. אנחנו הבנו באופן פשוט יותר בתיקים קודמים ובתחילתו של תיק זה שמי שהיה הרפרנט של משרד הבריאות לצורך הכשרתו של המכשיר והענקת חותמת "כשר" על המכשיר במדינת ישראל, היה אדוני, האם אדוני יכול לבוא ולומר לנו כרגע בין אם הבנו לא נכון ובין אם הבנו נכון, האם יש איזושהי יכולת לאדוני או הייתה יכולת לאדוני לבוא ולומר לנו המכשיר הזה אמין ברמה שהוא מבצע את העבודה שעליה מתחייב היצרן. זאת השאלה, זה מה שמטריד אותנו כרגע. אני אומר לאדוני לצורך...

ד"ר אלמוג : אתה מדבר בהיסטוריה או היום?

כ.ה. חן : אז כהיום, אני אומר לאדוני סתם לצורך ההנחה שלמכשיר הזה יש סטייה של בערך 170 אחוז, סתם אני יורה, 130 אחוז, 120 אחוז, אחוז וחצי, האם אדוני יכול לבוא ולומר לי המכשיר הזה מדויק, בדקתי, ראיתי, ניסיתי, עו"ד קולקר : הוא אמר כבר שלא.

כ.ה. חן : מה עשיתם בשביל להכניס את המכשיר הזה לשירות במדינת ישראל, או ששר הבריאות ראה את הבדיקות של אדוני או של המשטרה, שם חותמת ואמר, בסדר גמור.

ד"ר אלמוג : התשובה היא לא.

כ.ה. חן : בקשה:

ד"ר אלמוג : אז התשובה היא לא ואמרתי שאני מתחיל לקבל איזשהו רושם שנותנים לי יותר מדי קרדיט מה שלא מגיע לי"

שלב שני: כבוד השופט ריבלין לא שבע רצון מהתשובות של ד"ר אלמוג ועורך לו חקירה נגדית על חקירה נגדית. התוצאה ד"ר אלמוג מכחיש שהיה רפרנט של משרד הבריאות:

כ.ה. ריבלין : או-קיי, עכשיו מי היה הרפרנט של משרד הבריאות כאן.
ד"ר אלמוג : לא אני.
כ.ה. ריבלין : מי?
ד"ר אלמוג : אני לא יודע. "

שלב שלישי: כבוד השופט ריבלין במהלך החקירה של עורכת דין חוה ראובני קובע: ד"ר אלמוג היה הרפרנט של משרד הבריאות!

עו"ד שניאור : איך אדוני אומר עובדות יש לנו שדר' אלמוג אמר – אני לא עשיתי את זה ואדוני אומר אבל דר' אלמוג.....

כ.ה. ריבלין : העובדה שהוא לא עשה קיימת. אני רק אומר, אתם חותרים עו"ד שניאור : מה אני אומר לא נכון? אני לא מבין.

כ.ה. ריבלין : אמרתי שדר' אלמוג היה רפרנט לעניין. התביעה עכשיו תגיד לך פה בקול רם שהוא היה רפרנט לעניין. מה שעשה (מדברים יחד). אלמוג בא ואמר – מה שעשיתי, וזה כל הניירות שמצאנו במרתפים שלנו, מה שאני עשיתי זה מה שיש. את זה העברתי למשטרת ישראל ולמשרד התחבורה ועל סמך זה מי שצריך במשרד הבריאות אישר ובה נגמר הסיפור. "

62. מה שהבאתי לעיל הוא רק דגימה קטנה משורת פגמים מהותיים שבית המשפט קמא צלח מעל כולם כדי לכתוב פסק דין המבסס עיגולים של נימוקים סביב החץ שנעץ במטרה, אותם הוא צובע בנימוקים מפיהם של אותם עדים שאינם ראויים למעמד הזה, אם להתבטא בעדינות מרבית.

אי אמירת אמת

63. המערערת רושמת בפרשה זו שיאים של אי אמירת אמת לציבור ולבית המשפט. הזכרתי את ההסתמכות על ד"ר אלמוג שהתגלתה כאי אמת לפחות. אפשר להזכיר את העובדה שעד לרגע זה ולמרות כל הניסיונות והצווים מוסתר מעין הציבור החוזה בין המערערת ליצרן ואיש לא ראה את המכרז המפורסם 138/98 למרות מתן צווים של בית המשפט. המשטרה, היצרן והספק טוענים שכל המסמכים הללו אבדו והמשטרה אף פרסמה ברשומות אישור המתחזה לטעון שמכשיר נבדק תחת מסמך כוזב שקיבלה בתחבולה ממר נדב שפר ועוד...

64. דוגמא ממוקדת נוספת, אחת מיני רבות, היא טענתו של ד"ר זוהיש, נציג המפעל, כי החובה להמתין שתי דקות או יותר בין בדיקת נשיפה אחת לרעותה, התגלתה כשקר גס אחרי שהדבר הוכח באמצעות חוות דעת מומחה לדין הזר – הצרפתי שהוגשה בתיק זה [מוצג נ/119], ראה לעניין זה עמודים 26,27 לפרוטוקול, עמודים 151-153 לסיכומים]. "המומחה" של המערערת הודה בדבר, הודה כי ידע את האמת לפני שכתב מה שכתב, אבל בית המשפט קמא סרב

באופן תמוה לתת את המשמעות המשפטית המתבקשת מרשימת מפגני חוסר האמינות וההסתרה השיטתית של המערערת ונציגיה. עד מתי?

65. אמרתי שהמערערת ניהלה מסע תעמולה משומן להטעיית הציבור. אין מובהקת הזו ההודעה לעיתונות שהוציא משרד התחבורה כדי ללוות את הפרסום השערורייתי ברשומות של מכשיר הינשוף בה הודיע לציבור "כי מכשיר הינשוף עבר בדיקות מחמירות וניסויים רבים בארץ ובעולם". זהו מסע תעמולה מתוכנן ומתוזמן שקשה להעלות על הדעת במדינת חוק, במיוחד לנוכח פסיקתו של כבוד השופט טננבוים עוד בנוסח המקורי של פסק הדין שבוטל, כי אין ספק שהמכשיר לא נבדק בארץ, ולא נערך בו כל ניסוי או צל של ניסוי, כמילותיו של כבוד השופט. איך יכול אדם מן הישוב הקורא הודעה כזאת להאמין שאין בה אמת?

מ"צ"ב ההודעה לעיתונות, מוצג נ/127, מסומן כנספח יט'.

עדי הזמה

66. כמעט ואין צורך להזכיר שוב כיצד זה יזם בית המשפט זימון עדים מטעמו וכן התיר להגנה להביא עדיה מתחילה באצטלה תמוהה של עדי הזמה וכיצד כל ניסיונותי להסיר מכשלה זו מבעוד מועד נדונו לכישלון. ראה למשל תגובתי המצ"ב, נספח כ'.

67. כלום צריך לחזור ולומר שבית המשפט איננו צריך לרדת לזירה ולהיות צד לדיון? כלום צריך להזכיר שהעדים שזימן בית המשפט ערכו ניסוי בשיתוף עם משטרת ישראל כאשר בא כוח התביעה בעצמו לא רק השתתף בישיבות ההכנה לניסוי, אלא גם היה אחד ממשתתפי הניסוי? כלום צריך לומר שאותו ד"ר שלמה אלמוג המואשם כאן על ידי במילים ברורות כמי שאחראי באופן משמעותי למחדל, יעץ לנסיינים ואף הוסיף פרק משלו לתוצאות הניסוי? כלום צריך לומר שכבוד השופט טננבוים הוא זה שהגה את הניסוי ובהחלטה שבה הורה לבצע את הניסוי בפליטת קולמוס פרוידיאנית, אמר שהניסוי יוכיח אחת ולתמיד את אמינות הינשוף? כלום צריך לומר שפרופ' שינער, אשר אנשיו ישבו כנציגי בית המשפט באולם בגלגולו הראשון של המשפט, מונה אח"כ כאיש ניטרלי כביכול? האם צריך להזכיר שכבר ביום בו מונה התראיין פרופ' שינער ובאתר האינטרנט של Ynet הוא צוטט כאומר "למשטרה אין מה לדאוג מתוצאות הניסוי" משום שהוא בטוח שהתוצאות יהיו כפי שהוא מנבא מתחילה? האם צריך לומר שמן היום הראשון לדיונים הודיע בית המשפט בכל צורה שהיא כי עורכי הניסוי יזומנו להעיד כך או אחרת, על אפו וחמתו של הסנגור ולא חסכו כל כעס על שהסנגור מסרב לזה? כלום צריך לומר שבמשך חודשים ארוכים הבטיחה המשטרה בכל אולם ואולם של דיני תעבורה, כי הינה עומדות להתפרסם תוצאות הניסוי אשר הוכיחו כי טענות הסנגור, עו"ד קולקר הם דברי הבל? כלום צריך לומר שהמערערת לא העזה עד לרגע זה להגיש את הניסוי הזה כראיה באף משפט, באף מקום? כלום צריך לומר שבתוצאות הניסוי נמצאו אצל 61 הנבדקים, 5 מקרים בהם נמצא הנבדק אשם בדם וזכאי בנשיפה וב-5 מקרים נוספים להיפך? כלום צריך שתיפול על מישהו תדהמה למקרא דברי הסיכום של עורך הניסוי הטוען כי למרות הטעות הרווחת הניסוי לא נועד להוכיח את אמינותו של מכשיר הינשוף?

68. פירטתי את כל אלה ויכולתי לפרט עוד ועוד כדי להבהיר שאם היו הדברים אחרת, בית המשפט קמא לא היה טומן ידו בצלחת ומאמץ את תוצאות הניסוי וקובע על פיו כי מכשיר הנשיפה המכונה "ינשוף" מדויק, ואם לא עשה כן הרי זה רק משום היפוכו של דבר הוכח באותו הניסוי, ולא משנה בכמה מילים יפות יעטפו את הכישלון הברור והמוחץ שהיה ידוע מראש. רק מי שהיה בטוח שיודעי דבר ומקורבים ידאגו לזה שטענות ההגנה ימוגרו בהליך קיקיוני שאין לו אפילו קמצוץ של ערך מדעי יכול היה לצאת בהכרזות בומבסטיות המבטיחות את מיגור ההגנה באמצעות אותו ניסוי. הצהרה שיש לה הדים גם בפרוטוקול של הדיון בערעור על ההליך הראשון – שם ביקשה המערערת להבטיח את זכותה שתוצאות הניסוי יוגשו בהליך הנוכחי, וראה זה פלא היא ויתרה על הזכות הזאת והותירה את המלאכה לבית המשפט.

69. אלא שאני בא אליכם לא בעניין הניסוי אלא בעניין ההתפרקות מכל עול של דין פלילי כדי לאמץ את הניסוי. ובמה דברים אמורים?

א. בית המשפט משים עצמו כמי שחיפש לעצמו מומחה מטעם בית המשפט. איזה מן מומחה הוא זה שבית המשפט יודע מראש מה היו ממצאיו? הרי כבר בתחילת

המשפט החל מסע הלחץ על ההגנה להסכים לתוצאות הניסוי והתביעה לחצה על בית המשפט שתוצאות אלו יהיו תוצאות של בית המשפט ולא ראיות תביעה.

ב. צריך עוד לזכור שתוצאות הניסוי עפ"י הוראה מפורשת של כבוד השופט טננבוים לא הותרו לפרסום והיו כמוסות בינו לבין עורכי הניסוי. לצד זה צריך לזכור שהמשטרה הייתה חלק בלתי נפרד מהניסוי, מכשירה השתתפו בניסוי, השוטרים שלה היו הנסיינים, היא מימנה אותו, ד"ר אלמוג שלוחה הנאמן, ערך את אנליזות הדם והוסיף ביאורים משלו ואחרי כל אלה מישהו רוצה לשכנע אדם בר דעת שמדובר במומחים אובייקטיבים שבית המשפט מינה לעצמו בגלל שהראיות שהוצבו בפניו הביאו למצב של אין מוצא?

ג. עיון בראיות בשלב שבו הסתיימו הדיונים מוכיח בצורה מוחצת כי רשימת עדים מומחים ואחרים - 20 במספר, הניחה תשתית איתנה להגנה ואילו התביעה עמדה מול שוקת שבורה. האם הרצון להציל את ההגנה ולהציל את העמדה שהיא עמדתו המוצהרת של בית המשפט לכל אורך הדיון מצדיקה את היוזמה של ביהמ"ש לייצור ראיות מטעמו?

ד. אני מציע לקרוא היטב את נימוקי ההגנה, את נימוקי המערערת, ואת נימוקי בית המשפט ולהיווכח בעובדה המצערת שבית המשפט קמא ירד לזירה כדי להתגושש לצידו של אחד הצדדים.

70. אותם הדברים בדיוק הביאו להיתר המלאכותי שניתן לתביעה להעיד את רב פקד דוד כתר, ראש מדור מכשור אחרי ראיות בית המשפט, כאילו הייתה זו עדות הזמה. לטעמי זו הייתה עדות הגזמה.

71. אינני צריך כאן להבהיר עדות הזמה מהי. קשה לי להבין איך יכולה התביעה להתחיל את עדות הזמה בהצגת מכשיר הינשוף, רכיביו ושיטות המדידה שלו, ולהדגים אותן בשלב הזה ולקרוא לזה "עדות הזמה". חברים מנוסים אומרים לי ששופט עושה כך לעיתים כאשר ברור לו שהוא הולך לפסוק לחובתו של צד וכדי למנוע פתחון פה מצידו כאילו סתמו את פיו, אבל אני מבקש מכבודכם לקבוע באופן הברור ביותר שגם בעניין זה הרחיק בית המשפט קמא עד למאד במסעו לקראת הענקת התואר "מכשיר מהימן" לינשוף.

כשרותו החוקית של מכשיר הינשוף

72. כבר ציינתי לעיל שעל פי החוק, אישורו של מכשיר הנשיפה על ידי משרדי הממשלה, כלומר על ידי השרים, לא צריך היה להיות צעד פורמלי בלבד כפי שהיה, אלא צריך היה להיות פרי של בחינה מהותית ומקצועית של המכשיר. בעתירתי לבג"צ [בג"צ 7937/07, **דויד קולקר נ' שר התחבורה, השר לבטחון פנים ואח'**] הבאתי את הדברים בפני בית המשפט העליון כדי שיפסיקו לאלתר את האכיפה באמצעות המכשיר, ואילו בית המשפט העליון מפי כבוד השופטת פרוקצ'יה, הציע לי למשוך את העתירה ולהקדיש את מאמצי להתקפת עקיפין בפני המתוב דלמטא שעמד להתחיל באותה התקופה.

מצ"ב העתירה לבית המשפט הגבוה לצדק, מסומן כנספח כא'.

73. בין לבין נדרש בית המשפט העליון בהלכת גורן [רע"פ 8135/07, **גורן וגד נ' מדינת ישראל**] לקושיה שהופנתה אליו בשאלה מה יעלה בגורלם של אלו אשר נבדקו במכשיר בין כניסת תיקון מספר 72 לחוק לתוקף בדצמבר 2005 ועד יולי 2007 - החודש שבו פרסמו שר התחבורה ושר הבריאות כלאחר יד, אישור למכשיר הינשוף ברשומות. בית המשפט העליון על פני 28 עמודים בנה גשר של מילים בין האישור ההיסטורי של המכשיר בשנת 2000 ע"י שר הבריאות באישור שר התחבורה ועד לאישור משנת 2007 ע"י שר התחבורה בהתייעצות עם שר הבריאות. בשוליו של אותו פסק דין בפסקה האחרונה, הבהיר בית המשפט העליון כי פסק דינו אינו בא במקום בחינה מעמיקה של כל הסוגיות שהיו צפויות לעלות במשפט זה והוסיף שראוי לבררן היטב. כך בלשונו:

"בחתירת הדברים יש לציין, כי **מכתבי הטענות עולה תמונה שאינה בהירה דיה באשר לאופן השימוש בינשוף - הן מבחינת דיוקו וטווח הביטחון שיש לנקוט בו, והן מבחינת**

שיטות ההפעלה, לרבות חיוב נהגים לנסוע לאתרים מרוחקים לצורך ביצוע הבדיקה, וכבר צוין בהחלטתנו (מיום 30.6.08), כי אי קיומם של תנאי ההפעלה עלול לפגוע במשקלה הראייתי של הבדיקה. השאלות הללו קשורות, בין השאר, למידת הדיוק של תוצאות הבדיקה - ולא להשלכה ישירה על האפשרות לבסס הרשעה. על הרשויות לתת ליבן לטרוניות שעלו בפי המבקשים, ובהן גם העיכוב בבדיקה באחד המקרים. בית משפט זה עמד בעבר על כך שיש להסדיר את הטעון הסדרה ולהקפיד על יישום הכללים... כל זאת, כאמור, מעבר להליך שלפנינו - התחום לשאלות ההסדרה החוקית בלבד".

74. מאז אותו פסק דין טוענת המערערת מעל כל גבעה ומתחת לכל עץ רענן שמכשיר הינשוף אושר כאילו אין אנו יודעים קרוא וכתוב וכאילו אין עוד מה לבדוק בעניין הזה. משהתחלתי במסע מתקפת העקיפין בבית המשפט קמא ע"י העדת יועצת משפטית מטעם משרד התחבורה, יועצת משפטית מטעם משרד הבריאות, כמו גם יועץ בכיר טכני לשר התחבורה וראש מחלקת אביזרים ומכשירים רפואיים של משרד הבריאות, נעשה הדבר תחת מחאות והערות בלתי פוסקות מצד המערערת ובית המשפט, ואת הדגש יש לשים על בית המשפט שלא הסתיר את דעתו שפסק הדין בעניין גורן סותם את הגולל על ניסיוני זה.

75. לשיא של התנגדות לטיעון אי החוקיות הגיע בית המשפט כאשר כבר במהלך הדיון ומבלי לחכות לסיכומים, נתן החלטה הקובעת שהוא דוחה את טענת אי החוקיות. קצת קשה להבין התנהלות שכזו אפילו אם סדר הדין הפלילי היה מתיר אותה, אבל קשה שבעתיים לתת אמון בבית משפט אשר אינו מוכן להקשיב לטענה, לשמוע אותה ולשקול אותה ביישוב הדעת. רב היה הפלא לגלות שבפסק הדין קבע בית המשפט כממצא עובדתי חד וחלק שמכשיר הינשוף לא אושר כהלכה, לא בשנת 2000 ולא בשנת 2007 וכי האמת הפשוטה היא שהגשר שבנה בית המשפט העליון כדי להכשיר את אלו שנבדקו בתקופת הביניים, ניצב על משענת קנה רצוף משני עבריו. משעשה כן, שגה בית המשפט קמא שגיאה חמורה שלא המשיך וקבע את המסקנה המשפטית והעובדתית האחת והיחידה לאמור: המכשיר בלתי חוקי, הבדיקות בלתי חוקיות ומי שעשה את מעשה הנבזה הזה צריך להעמידו לדין על מעשה חמור של הפרת אמונים והונאת הציבור ומערכת המשפט כולה.

76. שגה בית המשפט קמא שגיאה קשה כשפסח על המסקנה הזו ובחר תחתיה לחזור ולהקים יש מאין טענה המכונה בפיו "בטלות יחסית" שאין בינה ובין בטלות יחסית דבר וחצי דבר, ואין היא אלא כסות עלי תאנה לצורך בלתי כבוש ורצון בלתי מתפשר להכשיר את הפעילות הבלתי חוקית של המשטרה בכל מחיר, ואף נתן לזה ביטוי בנימוק הכושל כאילו על ההגנה הנטל להוכיח שאין בנמצא אישור משנת 2000, כאילו הדבר לא הוכח בפרהסיה ולו על ידי מר נדב שפר שהודיע שהוא בתפקידו משנת 2007 וכי הוא מעולם לא נדרש ולא אישר את המכשיר...

בטלות יחסית של מחדלים קולוסאליים

77. הכיול באמצעות גזים הוא חריג בעולם. עובדה זו בלטה מיד משום שבכל רחבי העולם, זולת הולנד ומדינת אלבמה שבארה"ב, לא משתמשים בשיטת כיול ותחזוקה זו. היצרן והמערערת התפארו בכך שהם אימצו את השיטה ההולנדית, כזכור ד"ר אלמוג ביחד עם נציגי היצרן התגייסו למשימה להתאים את המכשיר ההולנדי לשימוש בישראל, ובפועל לא התאימו אותו לשימוש אלא הסירו ממנו את כל מה שהפריע להם מסדרת אמצעי הבטיחות, כדי שהמשטרה תוכל לעשות את מלאכתה קלה ונעדרת ביקורת. רשימת ה"שיפורים" שהכניסו במכשיר ההולנדי כוללת בין היתר את הדברים הבאים:

א. המכשיר ההולנדי מקובע לתחנה כדי למנוע את נזקי הטלטולים. ד"ר אלמוג "הכשיר" את ביטול הקיבוע ואת ההתעלמות מסוגיית הטלטולים.

ב. במכשיר ההולנדי מתבצעת בדיקת אימות באמצעות מיכל גז לפני כל בדיקה ולאחריה כחלק מהפרוצדורה האוטומטית המתחייבת. ד"ר אלמוג הסיר מכשול זה ע"י קביעת בדיקת אימות אחת פעם ב-24 שעות.

ג. למכשיר ההולנדי מקלדת המחייבת את הבודק לפני הבדיקה לתעד את שמו ואת פרטי הזהות של אותו נבדק מסוים. כך זה גם בכל המכשירים המופעלים ברחבי העולם. ד"ר אלמוג, מתוך רצון להקל על השוטרים מנע מהם את המקלדת, ויצר מצב אבסורדי שבו השוטר שבדק קהל רב בנקודות הבדיקה, צריך להוסיף את

שם הנבדק בכתב יד אחרי שהתוצאה מתקבלת, ויכול למעשה להחליף בפלטים, בין אם בשוגג ובין אם בזדון. כך אפשר בקלות, אם רוצים, "להדביק" פלט חמור לנבדק שלא נשף אותו.

ד. במדינות המתוקנות, ישראל לא נמנית עליהן, המפעיל של המכשיר מקליד גם את גילו ומינו של הנבדק ויש מקומות שאף את משקלו. שם אומרים שהנתונים הללו משמשים את המכשיר ואת החישוב. ה"שיפור" שהכניס ד"ר אלמוג כולל את ביטול הפונקציות הללו.

ה. על אף הבקרה הקפדנית יותר בהולנד, מתוכנת המכשיר על פי הוראת המחוקק להפחית אחוזים ניכרים מן התוצאה שהושגה עפ"י נוסחה שקבעו אנשי מקצוע וזאת כדי להבטיח מניעת האשמות שווא שנובעות מן השונות בני האדם זה מזה. בישראל, איך לא, דאג ד"ר אלמוג לבטל את אמצעי הזהירות הזה בבחינת "הרשיע כפי יכולתך".

ו. במכשיר ההולנדי ובמכשירים אחרים ברחבי העולם יש זיכרון הרושם את אלף הפעולות האחרונות לפחות ומשמש לחישובי בקרה ופיקוח על המכשיר כדי שבמעבדה יעקבו אחר התנהגותו של המכשיר, יוכלו לדעת האם מתחיל להיווצר סחף בדיוק המדידות, ואם נתגלתה תקלה יוכלו גם לאתר את אלו שנפגעו ממנה וכלל אינם יכולים לדעת על כך. בישראל הכניס ד"ר אלמוג את ה"שיפור" של ביטול הזיכרון של המכשיר ורכישת דגם שהזיכרון שלו מאפשר לשוטר להוציא רק את הפלט של הבדיקה הקודמת וזה יכול לשמש אותם, אם רק ירצה, כדי ל"הדביק" אותו לנבדק הבא, אם במקרה התוצאה שהפיק לא נשאה חן בעיניו.

ז. וזו רק רשימה חלקית.

78. כל אלו נמחו על ידי בית המשפט קמא דרך השימוש במילים "בטלות יחסית" ולא הצלחתי להבין מה הגבול של אותה בטלות ואם היא נועדה להיות מופעלת רק לכיוון של הכבדה על הנבדק או גם כדי לשמור על זכויותיו וכבודו לפי חוקי היסוד שאנו מצווים לחיות לאורם.

79. לטעמי, כל אלו הינם רשימה חלקית ו"מפוארת" של בטלות ישירה ובוטה, וכלל וכלל לא יחסית של זכויות האזרח, כבודו וחירותו, כמו גם התבטלות מפני הכח והשררה של העושים שימוש במכשיר המכונה "ינשוף" עד עצם היום הזה ואין מחריד. כפי שהמערערת איננה מכבדת את פסיקתו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בעניין הממל"ז, כפי שהיא איננה מכבדת את פסיקתו של בית המשפט בבאר שבע בעניין מצלמות המולטינובה, כך היא אינה מכבדת את פסק דינו של בית המשפט קמא, ולא צריך להיות ספק שגם פסק הדין של בית משפט נכבד זה, אם לא ישא חן בעיניה, יזכה בדיוק לאותו היחס שהרי כבר שמעתי את נציגיה אומרים זאת בפה מלא.

כללי המדע והוראות היצרן

80. לאחר שהמערערת מצאה את עצמה נדחקת אל הקיר מול הכשלים הבולטים בציות לכללי מדידה אנליטיים בסיסיים, היא התגוננה עוד ועוד בטענה שהיא מצייתת להוראות היצרן ובכך היא יוצאת ידי חובתה.

81. הוכח לבית המשפט כי בנקודות לא מעטות לא מצייתת המערערת אפילו להוראות היצרן. למשל, היא נוהגת לנסות ולתקן ולכוונן את הרכיב העיקרי והמרכזי במערכת, הלא הוא חיישן ה-I/R וזאת למרות שבהוראות היצרן כתוב במפורש שהדבר אסור ושיש חובה להחליף את המכלול כולו. אילו קיבל היצרן אישור דגם ממעבדה מאושרת כלשהי, באופן טבעי האישור היה צריך להיות למכשיר ולחוברת התחזוקה גם יחד שהרי אין ערך למכשיר שמתוחזק בניגוד להוראות היצרן. עובדה זו לבדה צריכה הייתה להביא לפסילת המכשיר ולפסילת המעבדה ואסור היה לבית המשפט קמא לסחור באחוזים כאלו ואחרים של רף ביטחון כדי לרפא פגם בלתי נסלח זה.

82. דוגמא נוספת היא הוראתו של היצרן כי בבדיקה המכונה "בדיקת כיוול יומי" אין לפעול אם התוצאה הנמדדת חורגת ב-5% מתוצאת היעד שהיא ערך האלכוהול באמצעותו מתבצעת

הדגימה. הוראה זו הופרה על ידי משטרת ישראל בשימוש במיכלים שהם עצמם נגועים מלכתחילה באי ודאות של פלוס מינוס 5% ובכך הבטיחה שאפילו אם נמדדת תוצאה שהיא 101% או 99% מתוצאת היעד, הרי בפועל זו תוצאה הרחוקה 6% ולא 1% ועל כן כל הפעלות הינשוף במשך שנים ארוכות היו מעשה חמור של הונאת הציבור, פשוטו כמשמעו והרשעת עשרות אלפי אנשים שאולי היו חפים מפשע ועל כל פנים העמדתם לדין עפ"י מדידה זו הייתה מעשה רשלני חמור מאין כמותו.

83. יש דוגמאות נוספות, אך יש לשים לב לעיקרון: גם אילו התפרקה המדינה מריבונותה, ויתרה על החובה להתאים את הבדיקה להוראות תקנה 169 והסכימה לראות כאילו כתוב בחוק שהיצרן ממחוז שלזיה יחליף בהוראותיו את הוראות התקנות, גם אז היה צריך לפסול את השימוש במכשיר הינשוף.

מקצת הליקויים הטכניים במכשיר הינשוף

84. עד לרגע זה לא הוצג בפני בית המשפט ולא בפני המשיב מפרט טכני הנותן פרטים של ממש על דרך פעולת המכשיר, הנתונים הטכניים של רכיביו המרכזיים, והתוכנה אשר מתרגמת את המדידות לתוצאה – כל אלו שמוחזקים על ידי היצרן ולא גולו לאיש, הם בחזקת קופסא שחורה שאי אפשר לתת בה אמון בלתי מוגבל ואם נותנים בה אמון בלתי מוגבל אזי מפקירים את חירותו של האזרח בישראל לגחמותיו של יצרן גרמני ממחוז שלזיה ואת השופט לבובה של מנהל הייצור באותו המפעל.

85. הח"מ, כמו גם בית המשפט, לא זכו לקבל הסבר מתקבל על הדעת לגבי תוכניות המכשיר ותרשימי הפעולה שלו מידי איש מאנשי המעבדה ומדור המכשור של המערער.

דוגמא ראשונה - חיישן ה-E/C

86. איש איננו יודע כיצד עובד חיישן ה-E/C, מעולם לא נבחן חיישן זה ע"י כד שניתן לו למדוד חומרים רלוונטיים שונים כדי שיתברר האם הם אינם מזוהים כאלכוהול - אין בראיות אפילו קמצוץ מידע על כך. אפילו קביעת בית המשפט דלמטא כאילו החיישן המדובר הוא חיישן סלקטיבי - בניגוד לעדותו המפורשת של המומחה ד"ר נעים פאזה שעדותו התקבלה ללא כל הסתייגות, איננה קבילה. קביעה שחיישן E/C הוא סלקטיבי כמוה כקביעה שכדור הארץ שטוח, ממש כשם שאף פסק דין לא יכול לשנות את המציאות אם יקבע שהשמש סובבת סביב כדור הארץ.

87. סדר פעולת חיישני המכשיר שנוי במחלוקת בין ד"ר זוהיש לנציגי המשטרה, כפי שגם בית המשפט קמא הבחין היטב. האחד קובע בדיקת E/C אחת ושתי בדיקות I/R ואילו אלו טוענים שהוא איננו יודע מה הוא שח יש 2 בדיקות E/C ושתי בדיקות I/R.

88. על אף האמור בתקנות שיש לבצע בדיקה כפולה, ויתכן כן מתבצעת רק בדיקה וחצי, תוצאות בדיקות ה-E/C מועלמות מן הציבור ומבית המשפט. המערער מתכחשת לצורך לבחון אותן ומערכת המשפט עומדת בפני מציאות עגומה שבה המשטרה, בהדרכתו של ד"ר אלמוג, בנתה שיטה המעלימה את הראיות.

דוגמא שנייה - כיול המכשיר או העדרו של כיול

89. השימוש במיכלי גז לכיול הוא שימוש שראוי לכנותו הפקר. המיכלים אינם עונים לתקן ישראלי מחייב, כמות הגז בהם איננה ודאית, היא איננה נבדקת כלל, לעולם, ולאיש לא אכפת. התוצאה היא שאין כל וודאות וכל ערך למספרים המופקים על בסיס אי-ודאות טוטאלי, כאשר אפילו יצרן הגז או האיש החתום על התעודות לא ניתן לזיהוי בשמו ולא ניתן לחקור אותו. מומחה גזים מטעם המערער - לא נראה בבית המשפט.

90. המכשירים שבידי המשטרה מתופעלים מזה 10 שנים לפחות כאשר אף מכשיר לא עבר בתקופה זו אפילו כיול אחד כהלכתו. אי הוודאות של השיטה אינו ידוע ואי הוודאות של כל מכשיר ומכשיר הוא בבחינת נעלם שמעולם לא טרחו לבחון.

91. למרות החובה הבלתי מתפשרת לנקוט באמצעים לאימות הנתונים המופקים באמצעות דוגמאות כיוול עצמאיות, ממשיכה המערכת להגן על שיטות מדידה שאבד עליהם הקלח עוד מלפני 100 שנה לפחות. במעבדת המשטרה מתנהל תהליך בחינה שאינו עומד בקריטריונים אלמנטריים כפי שהעידו כל המומחים, ובמיוחד מר איתן שרון מן הרשות הלאומית להסמכת מעבדות וד"ר אורנה דרזין שהייתה מנהלת הרשות ב-8 השנים האחרונות.

דוגמא שלישית - עמידות המכשיר ללחות

92. על פי המוצגים הצליחה ההגנה להראות כי הפיקוד הבכיר של משטרת ישראל התווה כי מכשיר הנשיפה שייכש יוכל לפעול בצורה תקינה בתנאי לחות יחסית העולים על 95% מדובר בקביעה חשובה מאחר ובמרבית ימות השנה, בשעות הלילה המאוחרות במישור החוף ובעמקים שוררת לחות העולה על 90% והדבר יכול לשבש את המדידה. בחוברת ההפעלה של מכשיר הינשוף מופיע בצורה ברורה שתנאי ההפעלה של המכשיר מוגבלים לתנאי לחות שאינם עולים על 90%. לא יכולה הייתה להיות כל מסקנה אחרת זולת דרישה בלתי מתפשרת מן התביעה להוכיח בכל מקרה ומקרה שהמדידה נעשתה בתנאים המותרים לפי הוראות היצרן.

93. בית המשפט קמא, בלוליינות משפטית מרשימה, הצליח לעשות שימוש בהבל פיו של ד"ר זוהיש ולמחוק מפסק דינו את המגבלה כאילו לא הייתה. קראתי את פסק הדין כמה וכמה פעמים ולא הצלחתי להבין הכיצד עובדות נחרצות מתאדות באלף מילים.

אי וודאות, עקומת כיוול, בדיקת דם ועוד שדות בור משפטיים

94. במשפט הזה נאלצנו לעמת את בית המשפט עם שורה של מושגי יסוד ואמיתות מדעיות שנחתו על עולם המשפט כמקלחת של צוננים, בייחוד נוכח הנוהג המושרש היטב לתת אמון בלתי מסויג בכל מה שמתקרא מעבדה וכל מה שיוצא מתחת ידיהם של אנשי מקצוע בשירות המדינה. שנים ארוכות מקבלים בתי משפט חוות דעת, בדרך כלל חתומות על ידי ד"ר אשר גופר מהמעבדה לטוקסיקולוגיה שבביה"ח שיבא, ובכולן הצהרה חד-ערכית חדה ומדויקת האומרת כי בדגימת הדם של פלוני נמצאו כך וכך מיליגרם אחוז אלכוהול בדם.

95. קביעה כזו היא בבחינת דברי הבל. אין לך מדידה אנליטית שאין בה אי וודאות. אין לך שיטת מדידה – ויש שיטות שונות – שאין עימה את ערכי אי הוודאות שלה. אין מעבדה שמדידותיה זהות למדידות של מעבדה אחרת ואין לך טכנאי מעבדה שמגע ידו מבטיח את אותה ודאות שגורם מגע ידו של עובד מעבדה אחר.

96. מילים אלו גורמות לתדהמה אצל המשפטן המצוי וכך בדיוק הגיב גם בית המשפט קמא כאשר שמע שהסנגור מבקש להראות שבכל בדיקת דם יש אי וודאות ואפילו אי וודאות משמעותית היכולה להגיע לכדי 30% מן התוצאה. התדהמה הזו מוליכה להבזק מחשבה טורד למדי, שהרי רבים מספור אלו שהורשעו כיוון שחוות הדעת דיווחה על 55 או 60 מיליגרם אחוז כשהרף בחוק הוא 50 מיליגרם אחוז ואם מחשבים את מקדם אי הוודאות, הרי שעולם המשפט הרשיע חפים מפשע בשל העלמת מידע מדעי חשוב זה מבית המשפט ומן הנאשמים ופרקליטיהם. כך טיבה של בורות, וכדברי פרופ' לבונטין המנוח "פרקליט בור הוא עושק יתומים ואלמנות".

97. ד"ר גופר שהוזמן להעיד הדגים חוות דעת בה קבע שכמות האלכוהול היא 97 מיליגרם אחוז אבל לשאלותיי התברר שהתוצאות שהעלה במעבדתו היו 92, 102 ו-107 וכי התוצאה שהופיעה בחוות הדעת בלי להזכיר את האחרות היא ממוצע לטעמו של שתי התוצאות הראשונות. [דיון מקיף בשאלה ראה פרוטוקול מיום 12.07.09, עמודים 1445-1448]. **לפי תקנות התעבורה, כמו גם לפי כללי המדע פער העולה על 10 אחוזים בין התוצאות שנמדדו פוסל את הבדיקה כולה ודינו של הנאשם הוא קרוב לוודאי זיכוי.**

98. ד"ר דרזין וכך גם מר איתן שרון הבהירו היטב שאכן כך הוא המצב וכי מעבדה מוסמכת צריכה להיות מסוגלת להציג בפני בית המשפט גם את כל ערכי אי הוודאות הרלוונטיים של הבדיקה.

99. חישוב אי הודאות הוא עניין לסטטיסטיקאים מיומנים אשר בעת עריכת בדיקת דגם המכשיר במעבדה המיועדת לכך, יקבלו מן המומחים את כל מרכיבי אי הודאות שבמכשיר ובשיטה ויחשבו אותם כמצוות סטטיסטיקאים מלומדא. אין לעלות על הדעת שכימאי או דרדק של פיסיקה או סתם משפטן, אפילו אם שופט הוא ייטול על עצמו את מלאכת החישוב על אחת כמה וכמה אם המכשיר על בוריו ועל התוכנה שלו איננו נהיר לו לחלוטין והוא אינו יכול לבחון אותו.

100. המצב לאשורו הוא בדיוק כך. מכשיר הינשוף הוא בבחינת קופסא סגורה אשר המעט שנחשף ממנה נחשף בדי עמל ואפשר לומר בלי ענווה יתרה, שאלמלא עמלתי כה קשה לא היה נחשף אפילו קמצוץ מזה ולא יכול להיות אפילו צל צילו של ספק שמה שנחשף אינו אלא מיעוט מבוטל של הידוע מול הרוב המוחץ של הפרטים שעדיין לוטים בערפל.

101. מכל אלו עולה שתעוזתו של בית המשפט קמא לחשב ערכי אי ודאות בלי שעמד בפניו סטטיסטיקאי ראוי, שצרף מספר למספר, נתון לנתון והנחיל לעולם המשפט שלנו את הידע המסכם בעניין הזה צריכה לעורר תמיהה גדולה עד כדי כך שיחד עם ביטול החישובים שערך, תתווסף אליה גם הוראה מפורשת המזכירה לבתי המשפט כי הם יושבים על מדוכת השיפוט ולא במעבדת הניסויים.

102. בפסק דין בעניין **לוי עטיה** [לעיל] הסתמך בית המשפט על שורה מרשימה של כ- 1000 ניסויים וקשה להבין איך הגענו עד היום בלי שהשרים הממונים עשו דבר וחצי דבר כדי שלא נאלץ לדבר כאן בגנותם.

103. אינני רואה במסגרת זו, כפי שכבר ציינתי לעיל, ולו בגלל מסגרת הזמן הנתונה, אפשרות לסקור את כל המכשלות והטעויות הקשות של בית המשפט קמא ואבקש בבוא העת שתיתן לי ההזדמנות הנאותה לעשות כן, אם בכלל יהיה צורך.

104. **אני מבקש מבית המשפט לדחות את הערעור ולקבוע כי מאוסף העובדות העולות מכתבי הראיות, מכורח החובה להכפיף את הרשות האוכפת לחוק ומתוקף החובה להגן על אזרחי המדינה - הדין הוא שהשימוש במכשיר המכונה "ינשוף" יופסק לאלתר.**

105. לא יהיה זה מיותר אם אבקש מבית משפט נכבד זה להתייחס באופן מפורש לנטייה הברורה של בית המשפט קמא לחרוג מסמכותו כמעט בכל צורה ואופן, להתעלם מהוראות חקיקה מפורשות וליטול לעצמו סמכויות של רשויות אחרות, כמו גם בתי משפט גבוהים ממנו, וכדוגמא קטנה נוספת אציין את קביעתו האומרת שאנשים אשר הורשעו לפני הכרעתו על הרף החדש, כשבגופם נמדד ערך נמוך יותר - לא יהיו זכאים לכך שפסק הדין נגדם יבוטל. קראתי והאמנתי למראה עיני. כבודכם אולי מתקשה להאמין אבל כמי שכבר חווה את פסק הדין בעניינו של עופר שלם [עפ 40420/07 **עופר שלם, אסף כנען, קובי צומי נ' מדינת ישראל**] שם קצב בית המשפט קמא מועדים למתקני התקנות לבצע שינויים, משל היה בית המשפט הגבוה לצדק, וכמי שחווה את תחושה של בית המשפט קמא שהוא בן חורין להנהיג את עולם המשפט בישראל ע"י קביעת רף אכיפה, מדיניות ענישה וכו' הדבר איננו מתמיה, ורק מתמיה הוא שטרם נמצאה הערכאה שתחזיר את הדברים למקומם הנכון.

106. לא הנחתי אפילו לרגע קט כי כבודכם ניגש להליך הזה עם שמץ של מחשבה שהוא עומד להכריז על בטלות כוללת של השימוש במכשיר הינשוף על כל המשתמע מזה. כשופטים ברור לי לחלוטין שכבודכם חרד ליציבות המשפט האכיפה והשיפוט. עולם המשפט זימן לכבודכם הליך שצריך להיזכר כצומת דרכים חשובה בתולדות המשפט הישראלי בעת החדשה, ולא רק בדיני התעבורה.

107. אין לי ספק שצו השעה הוא שעל בית המשפט לומר דברים ברורים וצלולים, ולנקוט באמצעים תקיפים שיבהירו לכל כי מערכת בית המשפט לא תסבול כל התנהלות החורגת מן החוק, ולא תפלה בין אדם לאדם או בין אזרח לרשות. לא עוד פוליטיקה מתחכמת ו"לוליניות משפטיות", כפי שמודה בה כבוד השופט עודד מודריק בפה מלא. דרך המלך ודרך הישר מחייבים פסילת הינשוף בלווית צרור קביעות חד משמעיות המופנות אל המערערת ואל כבוד שופטי בית המשפט קמא.

108. אומרים שקרנו של בית המשפט בציבור יורדת. אני בטח שהאומץ הדרוש כדי להחליט בלי להיות כבול בשיקולים זרים בנוסח מה יהיה עם מחדלי העבר, יוערך על ידי עולם המשפט והציבור יותר מכל פתרון אחר. הניחו לי בבקשה לפרוש מהעיסוק המתיש בסוגיות הללו בתחושה שבית המשפט, זה שאין לו כל תחליף, ושאת האמון בו יש לחזק ולבסס אסף כח והתנער ממוסרות שכבל בהם את עצמו מבלי משים. בבקשה הראו לי ששעיתם אל מינחתי.

דוד קולקר עו"ד

בא כח הנאשמת.