



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 4039/19

לפני: כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז  
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערער: דניאל נחמני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ירושלים  
בתפ"ח 028279-11-14 שניתן ביום 29.04.2019 על ידי כבוד  
השופטים י' נועם, ר' פרידמן, מ' בר-עם

בשם המערער: עו"ד אלעד רט, עו"ד נועה זעירא, עו"ד עינת ברנע  
בשם המשיבה: עו"ד רוני זלושינסקי, עו"ד עידית פרג'ון  
בשם משפחת הקורבן: עו"ד רותי אלדר

### פסק-דין

השופט י' עמית:

בשנת 1998 נמצאה ביער רמות בירושלים גופתה של נועה אייל ז"ל (להלן: המנוחה), נערה בת 17 שנרצחה באכזריות. 16 שנים לאחר הרצח עלתה המשטרה על עקבותיו של המערער כמי שביצע את הרצח. על הרשעתו של המערער ועל גזר דינו נסוב הערעור שלפנינו.

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטים י' נועם, ר' פרידמן-פלדמן ומ' בר-עם) בתפ"ח 28279-11-14 (הכרעת דין מיום 3.1.2019 וגזר דין מיום 29.4.2019), במסגרתו הורשע המערער בעבירה של רצח בכוונה תחילה ובעבירה של מעשה סדום, ונגזרו עליו, בין היתר, מאסר עולם בגין עבירת הרצח ושש עשרה שנות מאסר בפועל בגין עבירת מעשה הסדום, שירוצו במצטבר.

כתב האישום והרקע לפסק דינו של בית המשפט המחוזי

1. במועד האירוע המתואר בכתב האישום הייתה המנוחה תושבת שכונת רמות בירושלים. בשכונה זו התגורר גם המערער במועד הרלוונטי, ובין השניים לא הייתה היכרות מוקדמת.

לפי כתב האישום, ביום 22.2.1998 סמוך לשעה 23:55, הגיעה המנוחה עם בן זוגה לכיכר הדוידקה בירושלים (להלן: הדוידקה) לאחר בילוי משותף. השניים התפצלו, והמנוחה רצה לעבר התחנה שבה היה אמור לעצור האוטובוס האחרון לביתה. באותה עת ישב המערער ברכבו, סמוך לתחנת האוטובוס. מסיבה שאינה ברורה, כשהגיעה המנוחה לתחנה היא ניגשה לרכבו של המערער, החליפה עמו מספר מילים ולבסוף אמרה "תיסע אחרי האוטובוס כשהוא יבוא". לאחר מספר דקות ניגשה המנוחה בשנית לרכבו של המערער, שוחחה עמו ונכנסה למושב שליד הנהג. המערער נסע מהמקום, וכשהתקרב ליער רמות סטה מהכביש ונכנס לשביל בתוך היער.

בדרך כלשהי, המערער והמנוחה יצאו מהרכב. המערער חתך במכשיר חד את החזייה והתחתונים של המנוחה וגרם לה לחתך בשד השמאלי. המנוחה נאבקה במערער ונגרמו לה, בין היתר, פצעים בכף ידה השמאלית וחתכים באצבעותיה. בהמשך חתך המערער את המנוחה בצווארה וגרם לה לחמישה פצעי חתך. בשלב מסוים, חתך המערער את מכנסי המנוחה לרצועות ארוכות (להלן: רצועות הבד), כפת באמצעותן את שורשי כפות ידיה של המנוחה מאחורי גבה, וליפף אותן סביב צווארה, פיה ועיניה. המערער השכיב את המנוחה על אדמת היער, ביצע בה מעשה סדום וגרם לה לדימומים ולפצעי קרע ברירית פי הטבעת. המערער גם החדיר את איבר מינו לאיבר מינה של המנוחה ושפך את זרעו בגופה. במהלך האירוע חסם המערער את פי המנוחה וגרם לה, בין היתר, לפצעי קרע בשפתיים ולתשניק, שגרם לשטפי דם בלחמיות העיניים של המנוחה. בשלב מסוים החליט המערער להמית את המנוחה, והיכה בראשה בעוצמה באמצעות חפץ קשה בעודה שרועה על אדמת היער. למנוחה נגרמו פצעי קרע בראש עם שבר מרוסק בגולגולת ופצעי מעיכה במוח, והיא נפטרה.

2. ביום 23.2.1998 בשעה 19:15 נמצאה ביער רמות גופת המנוחה כשעליה מעיל, גרביים ונעליים בלבד, קשורה בכפות ידיה, בצווארה, בפיה ובעיניה, ועל גופה סימני אלימות קשים. גופת המנוחה נבדקה בזירת האירוע, ולמחרת בוצעה בה נתיחה במכון הלאומי לרפואה משפטית (להלן: המכון). טרם הנתיחה, נלקחה דגימה באמצעות מטוש מלדן המנוחה (להלן: מטוש הלדן או המטוש), שהועבר לבדיקה במעבדה הביולוגית של המכון (להלן: המעבדה הביולוגית או המעבדה). במעבדה אותרו במטוש תאי זרע והופק פרופיל דנ"א זכרי. בהמשך נלקחה דגימה מהמעיל שכיסה את גופת המנוחה (להלן: המעיל), וגם בה אותרו תאי זרע והופק ממנה פרופיל דנ"א זכרי. זהה לפרופיל שהופק מהמטוש.

מאז שנת 1998 ועד לשנת 2014 לא נמצאה התאמה לפרופיל הדנ"א הזכרי שהופק מהמטוש ומהמעיל.

3. בשנת 2014 החליטה המשטרה לערוך "חיפוש משפחתי" במאגר הדנ"א המשטרתי. בתמצית, חיפוש כזה מבוצע באמצעות תוכנה ייעודית, שבודקת את האפשרות כי פרופיל דנ"א שהופק מזירת עבירה שייך לקרוב משפחה של מי מהאנשים שפרופיל הדנ"א שלהם שמור במאגר. החיפוש העלה כי מנחם נחמני, שפרופיל הדנ"א שלו נכלל במאגר, עשוי להיות קרוב משפחה של מבצע העבירות דנן. בדיקה ראשונית העלתה כי למנחם נחמני שני בנים, ולאחר סדרת בדיקות נוספות הגיעו במשטרה למסקנה כי המערער, אחד הבנים, הוא החשוד הרלוונטי. המשטרה עקבה אחרי המערער באופן סמוי, תפסה דגימת רוק מיריקה שרקק באחד מרחובות ירושלים והעבירה את הדגימה לבדיקת דנ"א. ביום 3.10.2014 התקבלה תוצאת הבדיקה, ולפיה ישנה התאמה מלאה בין פרופיל הדנ"א של המערער לפרופיל הדנ"א שהופק ממוצגי הזירה.

ביום 26.10.2014 נעצר המערער על-ידי המשטרה. במהלך חקירתו ניטלה ממנו בהסכמתו דגימה נוספת לשם הפקת דנ"א, וגם לפיה התקבלה התאמה מלאה לפרופיל שהופק ממוצגי הזירה. ביום 13.11.2014 הוגש כתב האישום נגד המערער.

4. לאורך ההליך בבית משפט קמא כפר המערער במיוחס לו, והכחיש כל היכרות או מפגש עם המנוחה. גרסת ההגנה הייתה כי פרופיל הדנ"א שנמצא במוצגי הזירה מקורו בזיהום, כשל בבקרת איכות או טעות איומה. נטען כי כתוצאה מחלוף הזמן ומהתנהלות המעבדה בשנים הרלוונטיות לא ניתן לערוך בקרה ממשית על אופן ביצוע הבדיקות שהובילו לקביעת פרופיל הדנ"א, כך שמתעורר ספק סביר בדבר אשמת המערער. עוד טענה ההגנה, בין היתר, כי פעולת ה"חיפוש המשפחתי" אינה חוקית.

על דנ"א ועל ראיות הדנ"א בענייננו

5. כפי שיפורט להלן, בית המשפט המחוזי הרשיע את המערער בעבירות של רצח ומעשה סדום, כשבבסיס ההרשעה עמדו בעיקר – אך לא רק – ראיות הדנ"א שהופקו ממוצגי הזירה. בטרם נעמוד על עיקרי פסק דינו של בית משפט קמא ונתאר את ראיות הדנ"א במקרה דנן, נאמר מילים מספר על דנ"א ועל האופן שבו מושווה פרופיל גנטי של אדם מסוים לפרופיל שהופק מדגימה שנמצאה בזירת עבירה (להרחבה ראו ע"פ 5459/09 שוורץ נ' מדינת ישראל, בפסקאות 17-20 לפסק דיני (20.7.2015) (להלן: עניין שוורץ)).

בכל גרעין תא בגופנו קיים דנ"א, שמכיל את המידע הגנטי המלא על האדם. הדנ"א כולל כ-3 מיליארד בסיסים ומאורגן ב-46 מבנים המכונים "כרומוזומים", הכוללים 22 זוגות של כרומוזומים אוטוזומים ו-2 כרומוזומי מין – XX לנקבות ו-XY לזכרים. השינויים ברצף הבסיסים של הדנ"א מאפשרים להבחין בין אנשים שונים, אך מאחר שאין זה מעשי להשוות כ-3 מיליארד בסיסים, בחרו אנשי המדע אזורים מסוימים בדנ"א שבהם יש רצפים עם שונות גבוהה בין אדם לאדם, המכונים אתרי STR (Short Tandem Repeat) [כאן המקום להיודע למונח "אלל" (allele) שמציין, לצורך ענייננו, את מספר הפעמים שחוזר על עצמו רצף מסוים באתר STR מסוים]. מאחר שהשוואה בין פרופילים של דנ"א נעשית כאמור רק ביחס לאתרים מדגמיים בדנ"א ולא ביחס לרצף הגנטי כולו, קמה חשיבות לניתוח סטטיסטי, לצורך קביעת ההסתברות שאצל שני פרטים אקראיים באוכלוסייה תתקיים זהות באתרים המשווים. מכאן שכדי לקבל ממצאי דנ"א כראייה לזיהויו של אדם, יש הכרח בחוות דעת סטטיסטית.

יצוין כי לעתים מופק פרופיל דנ"א על בסיס אתרי STR המצויים בכרומוזום ה-Y, שהוא כרומוזום המין הזכרי (להלן גם: פרופיל Y). מאחר שפרופיל Y מבוסס על אתרים שבכרומוזום אחד בלבד, ומאחר שכרומוזום ה-Y עובר בפרופיל זהה לחלוטין מאב לבן (ועל כך עוד בהמשך), שיעור הגברים באוכלוסייה שיש להם פרופיל Y זהה באתרי STR מסוימים, גבוה משמעותית ביחס לאותו שיעור הנוגע לפרופיל דנ"א "רגיל", כך שלא ניתן לזהות אדם מסוים רק על בסיס פרופיל Y.

6. ומכאן לתיאור תמציתי של ראיות הדנ"א שניצבו בבסיס הרשעת המערער.

(-) מפרקציה המועשרת בתאי זרע שהתקבלה ממטוש הלדן (וסומנה P6) הופק פרופיל דנ"א בן 10 אתרים, שנמצא זהה לפרופיל הדנ"א של המערער בכל האתרים שנבדקו. לפי חוות דעתו של פרופ' עוזי מוטרו, מומחה לגנטיקה של אוכלוסיות שהעיד מטעם המשיבה (להלן: פרופ' מוטרו), שיעור הגברים עם פרופיל גנטי זהה לפרופיל הנ"ל שהופק מהמטוש, נאמד ב-1 ל-479 ביליארד (10 בחזקת 15) באוכלוסייה הישראלית היהודית, ו-1 ל-852 ביליארד באוכלוסייה הישראלית הערבית.

(-) מפרקציה המועשרת בתאי זרע שהתקבלה מהמעיל (וסומנה P8) הופק פרופיל דנ"א בן 15 אתרים, שנמצא תואם לפרופיל הדנ"א של המערער בכל האתרים שנבדקו. לפי חוות דעתו של פרופ' מוטרו, שיעור הגברים עם פרופיל גנטי זהה לפרופיל הנ"ל שהופק מהמעיל, נאמד ב-1 ל-148 טריליארד (10 בחזקת 21) באוכלוסייה הישראלית היהודית, ו-1 ל-421 טריליארד באוכלוסייה הישראלית הערבית.

(-) פרופילים של כרומוזום Y, שהופקו מ-P6 (פרופיל בן 17 אתרים), מ-P8 (23 אתרים) ומרצועות הבד (13 אתרים), נמצאו תואמים לפרופיל ה-Y של המערער באתרים שנבדקו. לפי פרופ' מוטרו, השכיחות באוכלוסייה העולמית של פרופיל ה-Y שהופק מרצועות הבד נאמדת ב-1 ל-13,400.

תמצית פסק דינו של בית משפט קמא

7. בית המשפט קבע שלנוכח ראיות הדנ"א וחוות הדעת הסטטיסטית שנלוותה להן, מתחייבת המסקנה שתאי הזרע שנמצאו בלדן המנוחה ובמעיל שייכים למערער.

בית המשפט דחה את טענת ההגנה, כי בשל פגמים הקשורים להתנהלות המעבדה הביולוגית לא ניתן להתבסס על ממצאי הדנ"א לצורך הרשעת המערער. בית משפט קמא בחן בדקדקנות את חומר הראיות ואת עדויות המומחים ביחס לשלושת המוצגים המרכזיים – מטוש הלדן, המעיל ורצועות הבד – וקבע כי "המוצגים נבדקו בצורה מסודרת, קפדנית ומתועדת. שרשראות המוצגים הנן מלאות, והתיעוד של הבדיקות שבוצעו מאפשר לבית-המשפט לבצע בקרה על אופן ביצוען" (בפסקה 144 להכרעת הדין). נקבע כי הבדיקות שנערכו במעבדה ביחס למוצגים אלו תקפות ותוצאותיהן מהימנות; כי בניגוד לטענת ההגנה, הבדיקות לא זוהמו; וכי מכל מקום, ההגנה לא גרסה שהזיהום הנטען גרם לטעות בזיהוי המערער.

8. באשר לחיפוש המשפחתי במאגר הדנ"א, נקבע כי פרשנות לשונית ותכליתית של ההוראות הרלוונטיות בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק החיפוש או החוק), מובילה למסקנה כי פעולה זו נערכה כדין. בית המשפט הוסיף כי גם בהנחה שהחיפוש המשפחתי אינו חוקי, אין בכך כדי לפסול את דגימת הרוק של המערער שנתפסה ברחוב באופן סמוי, או כדי להקים לו הגנה מן הצדק, אליה עתר, בדמות המרת סעיף העבירה מרצח להריגה.

9. נקבע כי לנוכח כל זאת, ומאחר שהמערער לא סיפק הסבר להימצאות הממצאים הביולוגיים בזירה, די בראיות הדנ"א כדי להוביל למסקנה שהוא זה שביצע את המעשים בליל הרצח. יחד עם זאת, נקבע כי ראיות הדנ"א מקבלות חיזוק מראיות נסיבתיות נוספות, כדלהלן:

(-) הרכב: שמעון שטרן (להלן: שטרן), שהיה עד לעליית המנוחה לרכב בכיכר הדוידקה בליל הרצח, העיד כי מאחר שמשהו היה נראה לו "לא בסדר" הוא הסתכל על מספר הרכב וניסה לזכור אותו. כשראה במהדורת חדשות הערב של יום 23.2.1998 כתבה שעסקה במנוחה, התקשר לדווח למשטרה כי מדובר היה ברכב מסוג "פורד אסקורט" עם מספר רישוי 34-307-85 (בהמשך מסר שטרן הודעות נוספות במשטרה, בהן שינה מעט את מספר הרכב שזכר). שטרן גם מסר שהרכב היה בצבע בז' או לבן עם חלונות כהים, ושהשמה האחורית הייתה מכוסה מדבקות.

בית משפט קמא עמד על כך שבתקופה הרלוונטית החזיק המערער ברכב עם חלונות כהים שחלקו האחורי מכוסה מדבקות, מספר זיהוי 44-307-84, מסוג רנו 5 בצבע לבן, שדומה במידת-מה בחזותו החיצונית לרכב מסוג פורד אסקורט. נקבע כי למרות הפערים בין תיאור הרכב מפי שטרן לבין הרכב שהחזיק המערער, יש בעדות שטרן ביחס לרכב כדי לחזק את טענות המשיבה.

(-) מראה הנהג: שטרן העיד כי הנהג ברכב שעליו עלתה המנוחה נראה בערך בגיל 25, חבש כובע קסקט ועל פניו היו זיפי זקן. בית המשפט ציין כי באותה עת היה המערער כבן 22, וכי המשיבה הביאה עדויות לכך שבתקופה הרלוונטית לכתב האישום ובשנים קודם לכן נהג המערער להסתובב כשלאראשו כובע קסקט, גם בלילה, ועל פניו זיפי זקן. נקבע שאמנם לא ניתן להסיק מסקנה חד-משמעית מהעדויות שנוגעות למראה המערער מלפני 20 שנה, אך "הן משתלבות עם הראיה המרכזית, היא ראיית ה-DNA".

(-) היכרות עם יער רמות: בית המשפט עמד על כך שבניגוד לטענתו הגורפת של המערער, שלפיה מעולם לא היה ביער רמות, הרי שמעדות חברתו לשעבר עלה כי הוא הכיר את יער רמות, כי הם נסעו לשם פעמיים-שלוש כדי לקיים יחסי מין וכי המערער נהג ביער רמות כאילו הוא מכיר את המקום היטב. כמו כן, נהג מונית שהכיר את המערער העיד כי הלה אמר לו "אני אקפל אותך, אני אזרוק אותך לתא המטען, אזרוק אותך ביער רמות". נקבע כי אמירה זו, שנאמרה בהקשר של אלימות, מלמדת כי המערער הכיר את יער רמות וכי "מאחר שהיא אינה שגרתית, יש בה כדי להוסיף לגבי היכרותו של הנאשם עם יער רמות בתודעתו".

(-) התנהגות מפלילה בחקירה: בית המשפט ציין כי צפייה בחקירות המערער במשטרה מעלה שבימים הראשונים הוא נהג לשתות מים רק לאחר שהחוקר יצא מהחדר, ולאחר ששתה ניגב את שפת הכוס באופן יסודי ואז שפשף את כפות ידיו במכנסיו. נקבע כי פעולות הניגוב הן התנהגות מפלילה שמעלה חשד כי המערער ניסה להקשות על

החוקרים להשיג דנ"א שלו, במיוחד משום שהפסיק לנגב כוסות כאמור לאחר שנלקחה ממנו דגימת דנ"א בהסכמתו.

10. לצד זאת, בית המשפט לא קיבל את טענת המשיבה, שלפיה מספר אמרות של המערער במהלך חקירותיו עולות כדי ראשית הודיה: "אתה רוצה שאני אגיד לך את האמת? עדיף שלא הייתי נולד"; "עכשיו אני עושה את הבלגן לבנות שלי"; "הבנות שלי יגדלו עם הכתם הזה"; "אף אחד לא יסלח לי עזוב אותך"; "אני פשוט הרסתי להם את החיים, אם זה בטעות לא בטעות אלוקים יודע, הרסתי להם את החיים, אז תבין איפה אני נמצא"; "ילדה בת שבע ילדה בת שלוש עשרה, מה הם עשו שאבא שלהם היה טמבל, מה הם אשמות, אתה מבין את הסיטואציה שאני נמצא בה?". בית משפט קמא (השופט מ' בר-עם) הדגיש שלאורך כל ההליך הכחיש המערער באופן גורף ועקבי כל קשר לעבירות, וקבע כי ניתן לפרש אמרות אלו שלא בתור הודאה, אלא כמתייחסות להשפעת המערער על המערער ועל הקרובים לו. השופט י' נועם סבר ש"במקצת מההתבטאויות יש משום 'ראשיתה' של 'ראשית הודיה', או הבעת תחושת אשם".

בית המשפט גם לא קיבל כראייה פלט מספרים מחברת פלאפון, שלטענת המשיבה ניתן במענה לצו שיפוטי וכולל את מספרי הפלאפון שנקלטו באזור הדוידקה בליל הרצח. לפי הפלט, ממכשירו של המערער יצאה שיחה ביום 22.2.1998 בשעה 23:55, בסמוך לעליית המנוחה לרכב. בית המשפט קבע כי לא ניתן להסתמך על הפלט כראייה להוכחת איכון הטלפון של המערער באזור הדוידקה, משום שאין בו אינדיקציה לכך שמדובר במנויים שאוכנו דווקא באזור זה, ואין אזכור לחברת פלאפון או אינדיקציה לגבי זהות עורך המסמך.

כמו כן, לא התקבלה טענת המשיבה לעדות שיטה של המערער. לפי טענה זו, שהתבססה על כתב אישום ועל הודעות של מתלוננות נגד המערער ביחס לאירועים משנת 1993, ישנם מאפיינים דומים בין האירועים למקרה דנן: עבירות מין בקטינות תוך שימוש ב"פריקות"; מקום ביצוע העבירות בסביבה גאוגרפית מוכרת לנאשם. בית המשפט ציין שמאפיינים אלו מעוררים שאלות באשר להתאמתם ל"עדות שיטה", אך קבע שאין צורך להכריע בסוגיה, משום שאין בה כדי להשפיע על התוצאה הסופית.

11. בית המשפט קבע כי הוכח מעבר לספק סביר שהמערער ביצע במנוחה מעשה סדום בכוח ובניגוד לרצונה. זאת, בין היתר, לנוכח החבלות הקשות שנמצאו בפי הטבעת של המנוחה, סימני המאבק על גופה והימצאות זרעו של המערער על איבר מינה, מבלי

שהלה סיפק לכך הסבר. בית המשפט דחה את טענת המערער כי לא ניתן להרשיעו בעבירה זו, לנוכח האפשרות שהיא בוצעה לאחר מות המנוחה. בין היתר, נקבע כי מדובר בגרסה עובדתית חלופית שאינה מתיישבת עם התשתית הראייתית, וכי התרחיש הסביר ביותר הוא שהמערער כפת את המנוחה כדי לבצע בה את זממו, ולאחר מכן רצח אותה כדי שלא תוביל לזיהויו.

עם זאת, נקבע כי לא ניתן להרשיע את המערער בעבירת אינוס, באשר אין סימן פיזי-קליני לחדירה ללדן, והזרע עשוי היה להגיע לשם לאחר שנשפך במקום אחר.

לבסוף, בית המשפט הרשיע את המערער בעבירת הרצח. נקבע שלפי הממצאים בזירה, מות המנוחה נגרם בסמיכות זמן ומקום למעשה הסדום, כך שלפי ההיגיון והשכל הישר ובהיעדר הסבר חלופי מצד המערער, לא ניתן להסיק מהראיות אלא שמי שביצע במנוחה את מעשה הסדום הוא שגרם למותה בכוונה תחילה.

12. בגזר הדין, הושת על המערער עונש החובה של מאסר עולם בגין עבירת הרצח, וכן העונש המרבי על עבירת מעשה סדום – 16 שנות מאסר בפועל. נקבע שהעונש המרבי נועד למקרה כזה, ושההגנה לא הצביעה על טעמים ענייניים שמצדיקים הקלה בעונש. עוד נפסק כי העונשים ירוצו במצטבר, באשר עבירת מעשה הסדום ועבירת הרצח מבטאות מעשים נפרדים. בית המשפט הוסיף וקבע כי מדובר ברצח "בנסיבות חריגות בחומרתן", כמשמעותו בסעיף 30 ב לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001 (להלן: חוק שחרור על תנאי), כך שוועדת שחרורים מיוחדת לא תוכל להמליץ להקל בעונשו של המערער בטרם יחלפו 15 שנים ממועד תחילת מאסרו, והתקופה שתמליץ לקצוב לא תפחת מ-40 שנים. לבסוף נפסק שהמערער ישלם פיצוי למשפחת המנוחה בסך של 258,000 ₪, הסכום המרבי שבחוק.

תמצית טענות המערער

13. לגישת המערער, ראיות הדנ"א הושגו בצורה בלתי חוקית ויש לפסול אותן. נטען כי בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק, משטרת ישראל לא הייתה רשאית לבצע את החיפוש המשפחתי במאגר הדנ"א; וכי דגימת הרוק שנתפסה ברחוב היא בבחינת "חיפוש בגוף החשוד", שלא התמלאו התנאים לביצועו לפי חוק החיפוש. עוד נטען כי גם בהנחה שדגימת הרוק נתפסה ברחוב כדין, יש לפסול אותה בהיותה ראייה נגזרת של החיפוש המשפחתי; וכי יש לפסול גם את הדגימה שנתן המערער בהסכמה בחקירתו, משום שגם



היא נגזרת מראיות הדנ"א שהושגו שלא כדין, ואף נועדה להכשיר אותן. המערער הדגיש כי קבלת טענותיו אלו מנביעה את זיכויו המלא מכל אשמה.

המערער הוסיף כי לא היה מקום להרשיעו בעבירת מעשה הסדום. נטען כי התשתית הראייתית לא מוכיחה שהפגיעה המינית במנוחה נעשתה לפני מותה, וכי לצורך הרשעה בעבירה זו נדרש שהמעשה יבוצע באדם חי.

לחלופין, המערער טען כי קמה לו הגנה מן הצדק, שבגינה יש להמיר את עבירת הרצח בה הוא מואשם לעבירת המתה חמורה פחות. לטענתו, נפלו מחדלים רבים במסגרת טיפול המעבדה בראיות הדנ"א, באופן שפגע אנושות ביכולתו להטיל דופי במהימנותן של ראיות אלו ולהגן על חפותו. בהקשר זה, הגיש המערער שתי בקשות להגשת ראייה נוספת בערעור.

בערעור על גזר הדין טען המערער כי העונש שהושת עליו בגין עבירת מעשה הסדום מופרז, בין השאר משום שמדובר במעשה סדום אחד; כי היה מקום לצבור – ולו חלקית – את עונשי המאסר; וכי לא היה מקום לקבוע שמדובר ברצח "בנסיבות חריגות בחומרתן", כמשמעותו בחוק שחרור על תנאי.

#### תמצית טענות המשיבה

14. המשיבה סמכה ידיה על קביעות בית משפט קמא בדבר חוקיות החיפוש המשפחתי, וטענה כי מדובר בכלי יעיל ומהימן, שנחוץ במיוחד לפענוח פשעים שחסר בהם "קצה חוט". באשר לדגימת הרוק שנתפסה ברחוב, המשיבה הדגישה כי המערער לא טען בבית משפט קמא כי תפיסתה הייתה בלתי חוקית; וכי מכל מקום, אין מדובר ב"חיפוש בגוף החשוד" לפי חוק החיפוש. לגישת המשיבה, גם אם החיפוש המשפחתי אינו חוקי, אין לפסול את דגימת הרוק שנתפסה ברחוב; וגם אם דגימת הרוק נתפסה ברחוב שלא כדין, אין לפסול את הדגימה שנלקחה מהמערער בהסכמה במהלך חקירתו.

המשיבה הוסיפה כי בצדק נדחו טענות המערער בדבר פגמים שנפלו לכאורה בטיפול בדגימות הדנ"א. נטען כי מדובר בסוגיה עובדתית שנבחנה לעומק על-ידי בית משפט קמא; כי טענות המערער הן תיאורטיות, ולא הוגשה חוות דעת מטעמו לתמיכה בטענה בדבר חשש קונקרטי לשיבוש בדיקות הדנ"א וממצאיהן; וכי הצטברות ראיות הדנ"א מאינת את החשש שטעות היא שגרמה להופעת הפרופיל הגנטי של המערער

במוצגים, לא כל שכן בהינתן הראיות הנסיבתיות הנוספות. לגישת המשיבה, נסיבות העניין אינן מצדיקות להמיר את סעיף עבירת ההמתה מטעמי הגנה מן הצדק.

עוד גרסה המשיבה כי התרחיש שהציע המערער, לפיו הרצח קדם למעשה הסדום, שקול לכל תרחיש תיאורטי ודמיוני אחר; כי המערער לא הרים את הנטל להוכחת התרחיש שהציע; וכי כפיתת המנוחה היא ראייה פוזיטיבית לכך שהייתה בחיים עת בוצע בה מעשה הסדום.

לעניין גזר הדין, נטען כי גם מעשה סדום אחד עשוי להוביל לגזירת עונש מרבי, וכי לא נמצאה סיבה להקל בעונשו של המערער. המשיבה הדגישה כי אם מעשה הסדום נעשה "תוך התעללות באשה, לפני המעשה, בזמן המעשה או אחריו", העונש המרבי על העבירה הוא 20 שנות מאסר; וכי מפאת שגגה נסיבה זו לא יוחסה למערער, כך שהוא "זכה מן ההפקר ב'הנחה' של 4 שנות מאסר". עוד נטען כי הכלל הוא שהעונשים ירוצו במצטבר, ובענייננו לא נמצא טעם לסטות ממנו; וכי בצדק נקבע שהמקרה דנן עונה על הגדרת רצח "בנסיבות חריגות בחומרתן" לפי חוק שחרור על תנאי.

דיון והכרעה

15. להלן תידונה כסדרן הסוגיות השנויות במחלוקת. תחילה תיבחן שאלת חוקיותו של החיפוש המשפחתי, ואחריה – שאלת החוקיות של תפיסת דגימת הרוק ברחוב. בהמשך אדון בהרשעת המערער בעבירת מעשה הסדום; בטענתו להגנה מן הצדק; ולבסוף – בערעור על גזר הדין.

"החיפוש המשפחתי"

16. לטענת המערער, החיפוש המשפחתי נעשה ללא הסמכה בחוק ולכן יש לפסול את תוצריו. לצורך דיון בסוגיה דנן, אעמוד תחילה על המסגרת הנורמטיבית הצריכה לעניין, על מהותו של החיפוש המשפחתי ועל אופן עריכתו בענייננו.

מאגר הדנ"א – מסגרת נורמטיבית

17. הוראות החוק הקשורות לענייננו מצויות בעיקרן בפרקים ג'-ד' לחוק החיפוש, שעניינם "נטילת אמצעי זיהוי" ו"מאגר נתוני זיהוי", בהתאמה. הוראות פרקים אלו נחקקו בשנת 2005 במסגרת תיקון מס' 1 לחוק החיפוש (להלן: תיקון מס' 1), תיקון

שנועד, בין היתר, "ליצור הסדר רחב וכולל לענין השימוש במידע גנטי בידי משטרת ישראל" (דברי ההסבר לסעיף 18 להצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד) (תיקון) (נטילת אמצעי זיהוי ומאגר נתוני זיהוי), התשס"ד-2004, ה"ח הממשלה 536, 562) (להלן: הצעת החוק לתיקון מס' 1). בתוך כך, הוראות אלו מסמיכות את משטרת ישראל לנהל מאגר נתונים לזיהוי גנטי לצרכים פליליים ומסדירות את השימוש המותר בו.

סעיף 1 לחוק החיפוש מגדיר "אמצעי זיהוי" בתור תצלום, טביעת אצבעות או "דגימה ביולוגית" שהיא דגימת תאי לחי, דגימת שיער או דגימת דם מזערית. בהתאם, "נתוני זיהוי" מוגדרים בתור תצלום, נתונים שהופקו מטביעת אצבעות או "נתונים לזיהוי גנטי", שהם "נתונים שהופקו מ-DNA אשר הופק מדגימה ביולוגית".

בענייננו, רלוונטית בעיקר המשמעות של "אמצעי זיהוי" בתור דגימה ביולוגית והמשמעות של "נתוני זיהוי" כנתונים לזיהוי גנטי, ועיקר הדיון דלהלן יתייחס למשמעויות אלו.

החוק מסמיך את המשטרה ליטול מאדם אמצעי זיהוי אם "הוא חשוד בעבירה ונחקר בקשר לחשד האמור לאחר שהוזהר לפי דין"; אם "הוא נאשם בכיצוע עבירה"; או אם "הוא הורשע בעבירה" (סעיף 11ב(א)). עם זאת, ניתן ליטול אמצעי זיהוי מסוג דגימה ביולוגית רק מחשוד כאמור, מנאשם או ממורשע בעבירות חמורות המנויות בתוספת הראשונה לחוק החיפוש, כמו עבירות גרימת מוות, עבירות מין, פגיעה בקטינים וחסרי ישע ועוד (סעיף 11ב(ב)).

לפי סעיף 11ד לחוק החיפוש, אמצעי זיהוי שניטל מאדם לפי סעיף 11ב הנ"ל ישמש רק לשם הפקת נתוני זיהוי, שבתורם ישמשו אך ורק לצורך הכללתם במאגר נתוני הזיהוי, לצורך "השוואתם לנתוני הזיהוי שבמאגר כאמור בסעיף 11ד" (ועל כך בהמשך) או לצורך "אימות או עדכון הנתונים שבמאגר".

סעיף 11ג לחוק מסמיך את משטרת ישראל לנהל מאגר נתוני זיהוי [למעשה, מדובר בשלושה "תתי-מאגר" – של טביעת אצבעות, של תצלומים, ושל דנ"א (להלן: מאגר הדנ"א או המאגר)]. מאגר הדנ"א כולל נתונים לזיהוי גנטי; דגימות ביולוגיות שהופקו מהן נתונים כאלה; ופרטים ביחס למקור הנתונים והדגימות, וביחס לתיק החקירה המשטרתי הרלוונטי (ראו תקנה 2 לתקנות סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה –

חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי) (המאגר ואבטחתו, עיון בו, מחיקה, ביעור והפקה חוזרת), (התשס"ז-2007).

וכך מורה סעיף 11יג הנ"ל:

מאגר נתוני זיהוי

11יג. (א) משטרת ישראל רשאית לנהל מאגר של נתוני זיהוי; המאגר יהיה חסוי ולא יימסר ממנו מידע אלא לפי הוראות חוק זה.

(ב) משטרת ישראל רשאית לכלול במאגר, נתוני זיהוי שהופקו מאמצעי זיהוי או מדגימה ביולוגית שאינה אמצעי זיהוי שמתקיים בהם אחד מאלה:

(1) הם ניטלו מחשוד, מנאשם או ממורשע לפי הוראות סימן ב' לפרק ג' [...]

(2) [...]

(3) הם ניטלו ממקום, מחפץ או מגופה שקשורים לעבירה הנחקרת, ובלבד שבעת הכללת נתוני הזיהוי במאגר, זהות האדם שאותו הם מזהים אינה ידועה, או שזהותו ידועה ולא נשללה אפשרות לקשר בינו לבין ביצוע העבירה הנחקרת.

(ג) [...]

(ד) [...]

(ה) [...]

סעיף 11 יד לחוק (להלן: סעיף 11ד) ניצב בלב הסוגיה דנן וקובע כלהלן:

השוואה לנתוני הזיהוי שבמאגר

11ד. (א) משטרת ישראל רשאית לערוך השוואה בין נתוני הזיהוי שהופקו מאמצעי זיהוי או מדגימה ביולוגית שאינה אמצעי זיהוי, שניטלו לפי הוראת חוק זה או לפי חוק השיפוט הצבאי, לבין נתוני הזיהוי שבמאגר, והכל למטרות האמורות בסעיף 11טז(א); ובלבד שהשוואה כאמור של נתוני זיהוי שלא מתקיימים לגביהם התנאים להכללה במאגר לפי הוראות סעיף 11יג תהיה השוואה חד-פעמית.

(1א) [...]

(ב) [...]

סעיף 11 טז מגדיר את המטרות שלשמן רשאית משטרת ישראל להשתמש בנתוני הזיהוי שבמאגר, וביניהן, בין היתר, "חקירת עבירה [...]" ולצורך הליך פלילי. הדיון שלהלן יתמקד במטרה זו.

עוד יצוין כי במסגרת תיקון מס' 1 נחקקו הוראות שעניינן, בין היתר, שמירת סודיות ואבטחה ביחס למידע ממאגר נתוני הזיהוי, וביחס לאמצעי זיהוי ולדגימות ביולוגיות שאינן אמצעי זיהוי (סעיפים 111-כ11 כ"א לחוק); הגבלת האפשרות של משטרת ישראל למסור לגורמים אחרים דגימות ביולוגיות (סעיף 14ח); וכינון ועדה לאישור שיטות ההפקה של נתונים לזיהוי גנטי, שאמונה בין השאר על אישור האתרים בדנ"א שמהם ניתן להפיק נתונים כאלה (להלן: הוועדה המאשרת; סעיפים 14ה-114).

18. ואם נסכם, ההוראות הרלוונטיות מסמיכות את משטרת ישראל לנהל מאגר נתונים לזיהוי גנטי. ניתן לכלול במאגר זה נתונים שהופקו מאמצעי זיהוי מסוג דגימה ביולוגית, שניטלו מחשוד, מנאשם או ממורשע בעבירות חמורות בלבד, וכן נתונים שהופקו מדגימות ביולוגיות שניטלו ממקום, מחפץ או מגופה שקשורים לעבירה נחקרת. לצורך חקירת עבירות, סעיף 111 יד מסמיך את המשטרה להשוות בין הנתונים לזיהוי גנטי שבמאגר, לבין נתוני זיהוי כאלה שהופקו מאמצעי זיהוי או מדגימה ביולוגית שאינה אמצעי זיהוי, שניטלו לפי הוראות חוק החיפוש.

"חיפוש משפחתי" במאגר דנ"א ועריכתו בענייננו

19. ככלל, במסגרת השימוש הטיפוסי במאגר הדנ"א, נבדקת התאמה מלאה בין נתונים לזיהוי גנטי שהופקו מדגימה ביולוגית שנמצאה בזירת עבירה, לבין נתונים לזיהוי גנטי ששמורים במאגר וידוע את מי הם מזהים. התאמה מלאה לנתוני זיהוי השמורים במאגר ומזהים אדם מסוים, עשויה לקשר אותו לביצוע העבירה.

כאמור לעיל, במקרה דנן הופקו נתונים לזיהוי גנטי מפרקציות המועשרות בתאי זרע שהופקו ממטוש הלדן ומהמעיל, אך לא נמצאה התאמה מלאה לנתוני זיהוי של אדם מסוים השמורים במאגר.

20. כלי החיפוש המשפחתי נועד למקרים שבהם לא נתקבלה התאמה מלאה כאמור. בהתאם, כלי זה לא נועד לקשור לביצוע העבירה הנחקרת אדם שנתוני זיהוי שלו שמורים במאגר.

חיפוש משפחתי נערך באמצעות תוכנה ייעודית, שמתבססת על הדמיון שקיים בין פרופילים גנטיים של בני משפחה, ובוחנת את האפשרות כי אדם שנתונים לזיהוי גנטי שלו שמורים במאגר, הוא קרוב משפחה של בעל נתוני הזיהוי שהופקו מזירת העבירה (ראו עדותה של סגן ניצב עליזה רזיאל, ראש מעבדת מאגר הדנ"א החל משנת

2014, שהעידה מטעם המשיבה (להלן: סנ"צ רזיאל), בפרוטוקול מיום 1.6.2016, בעמ' Sara Debus-Sherrill & Michael B. Field, *Familial DNA Searching* 1701 – *an Emerging Forensic Investigative Tool*, 59 SCI. & JUST. 20, 20-21 (2019) Alexandra Nieto, *Familial Searching: How*; (Debus-Sherrill & B. Field: להלן: *Implementing Minimum Safeguards Ensures Constitutionally-Permissible Use of This Powerful Investigative Tool*, 40 CARDOZO L. REV., 1765, 1769 (2019) Michael Chamberlain, *Familial DNA Searching – A*; (Nieto: להלן: *Proponent's Perspective*, 27 CRIM. JUST., 18, 25 (2012)).

21. לפי סנ"צ רזיאל, התוכנה שמאפשרת למשטרת ישראל לערוך חיפוש משפחתי במאגר הדנ"א פותחה במקור עבור מאגר הנעדרים והאלמונים, שהוא מאגר שונה מהמאגר הפלילי לנתוני זיהוי (פרוטוקול מיום 1.6.2016, בעמ' 1704; וראו סימן ה' לפרק ד' בחוק החיפוש – "מאגר לאיתור נעדרים ולזיהוי אלמונים" – שנחקק בשנת 2011 במסגרת תיקון מס' 3 לחוק זה).

סנ"צ רזיאל העידה כי בשנת 2014, מתוך ניסיון להוביל לפריצת דרך בחקירת העבירות דנן, נעשה לראשונה שימוש בכלי החיפוש המשפחתי במסגרת המאגר הפלילי, לאחר שהתבקש והתקבל לשם כך אישור מראש האגף לחקירות ומודיעין במשטרת ישראל (פרוטוקול מיום 1.6.2016, בעמ' 1701-1702, 1706; ת-55/ז, ת-55/ח).

22. תוכנת החיפוש המשפחתי מדרגת את מי שנתוני הזיהוי שלהם שמורים במאגר, בהתאם להסתברות שהם קרובי משפחה של בעל הנתונים לזיהוי גנטי שהופקו מזירת העבירה. בשלב הבא, כדי להפריך או לתמוך בקיומו של קשר משפחתי ביחס ל"מועמדים ריאליים" שהתקבלו מהמדרג ההסתברותי הנ"ל, יש לערוך "בדיקת שושלת" (Lineage Test), לבחינת התאמה מלאה של פרופיל כרומוזום Y בין אותם "מועמדים ריאליים" לבין בעל הפרופיל שהופק מזירת העבירה. זאת, בהתבסס על כך שכרומוזום Y עובר בפרופיל זהה לחלוטין בין אב לבנו (ראו עדותה של סנ"צ רזיאל, בפרוטוקול מיום 1.6.2016, בעמ' 1703; Chamberlain; בעמ' 27; ראו גם Debus-Sherrill & B. Field, בעמ' 20, שם מצוין כי להבדיל מבדיקת כרומוזום Y כאמור, שמטבעה מאפשרת לבדוק קשר משפחתי בין גברים בלבד, ישנן "בדיקות שושלת" שרלוונטיות גם לנשים, אך רק מעט מעבדות מחזיקות ביכולת להשתמש בהן).

23. סנ"צ רזיאל העידה כי במקרה דנן, התייחסה תחילה ל-11 הפרופילים ממאגר הדנ"א שהתקבלו במקומות הגבוהים ביותר במדרג ההסתברותי. משראתה כי שתי

התוצאות הראשונות התקבלו בפער ניכר מהיתר, החליטה לערוך בדיקת התאמה של פרופיל Y בין שתי תוצאות אלו לבין פרופיל ה-Y שהתקבל ממטוש הלדן. ואכן, התקבלה התאמה מלאה של פרופיל Y בין בעל הפרופיל שהתקבל במקום הראשון במדרג לבין בעל הפרופיל שהופק ממטוש הלדן. לאחר שהתקבלה התאמה כאמור, ביררה סנ"צ רזיאל במערכת נפרדת את זהות בעל הפרופיל מהמאגר, ועלה כי מדובר במנחם נחמני, אביו של המערער (לדברי סנ"צ רזיאל, במערכת של מאגר הדנ"א שבה נערכות הבדיקות הנ"ל, מסומנות הדגימות במספר בלבד, ללא שמות, וראו פרוטוקול מיום 1.6.2016, בעמ' 1703-1704).

24. סנ"צ רזיאל הודיעה על כך ליחידה החוקרת, שנקטה פעולות שהובילו למיקוד החקירה במערער, כפי שעולה מעדותו של השוטר רס"ר עודד יניב:

"נכנסתי לקשרי המשפחה של האב, איתרתי שם את ילדיו, היו בנות, היו בנים, כמובן שבדקתי את שני האחים, את דניאל [ המערער – י"ע ] ונתנאל... שללתי די מהר את האח והבנתי שייתכן מאד שהאדם שאנחנו מחפשים זה דניאל נחמני. בדקתי, ראיתי שהיו מגורים באזור רמות, הוא פשוט ענה לפרופיל שהכרנו כל כך טוב מתיק החקירה, הוא התאים בגיל, בדיקה של ההיסטוריה של הנאשם הצביעה על עוד דברים. העובדה שבתקופת הרצח הוא החזיק ברכב שדומה בחמש ספרות, דומה בחזות גם כן לרכב שנמסר על ידי עדים בזירה וחמש ספרות מתוך הדיווח... תואמות לרכב של הנאשם. הטלפון שהיה ברשותו של הנאשם הוא טלפון שהוא החזיק עוד בשנת 98 וגם הטלפון הזה הוא טלפון שהיה מוכר לנו ולמעשה הפרטים האלה שדגתי באותה פעולה פשוטה של המחשב בעצם נתנה לנו להבין שכנראה אנחנו מצאנו את האדם שחיפשנו" (פרוטוקול מיום 14.10.2015, בעמ' 32).

בעקבות זאת, כאמור, המשטרה תפסה באופן סמוי דגימת רוק של המערער מיריקה שרקק ברחוב, ונמצאה התאמה מלאה בין פרופיל הדנ"א שלו לפרופיל הדנ"א שהתקבל ממטוש הלדן ומהמעיל. בהמשך, במהלך חקירתו הגלויה של המערער כחשוד בביצוע העבירות דנן, נלקחה ממנו בהסכמתו דגימת תאי לחי בהתאם להוראות חוק החיפוש (ת/26), וגם לפי הנתונים לזיהוי גנטי שהופקו ממנה התקבלה התאמה מלאה כאמור.

זהו אפוא הרקע לדיון בטענות המערער.

25. לגישת המערער, החוק לא מסמיך את המשטרה לערוך חיפוש משפחתי במאגר הדנ"א. לטענתו, יש לפרש את מושג ה"השוואה" שבסעיף 11 יד, כך שהמשטרה מוסמכת אך ורק לבחון התאמה מלאה בין נתוני זיהוי השמורים במאגר לבין נתוני זיהוי שהופקו מזירת עבירה.

למען הנוחות, אציג בשנית את סעיף החוק הרלוונטי:

השוואה לנתוני הזיהוי שבמאגר  
 11 יד. (א) משטרת ישראל רשאית לערוך השוואה בין  
 נתוני הזיהוי שהופקו מאמצעי זיהוי או מדגימה ביולוגית  
 שאינה אמצעי זיהוי, שניטלו לפי הוראת חוק זה או לפי  
 חוק השיפוט הצבאי, לבין נתוני הזיהוי שבמאגר, והכל  
 למטרות האמורות בסעיף 11 טז(א); ובלבד שהשוואה  
 כאמור של נתוני זיהוי שלא מתקיימים לגביהם התנאים  
 להכללה במאגר לפי הוראות סעיף 11 יג תהיה השוואה  
 חד-פעמית.  
 (א) [...]  
 (ב) [...]

לפנינו אפוא שאלה פרשנית: האם מושג ה"השוואה" שבסעיף 11 יד כולל גם פעולה של חיפוש משפחתי. כידוע, יש לפרש חוק באופן שמעניק לו משמעות אפשרית מבחינה לשונית, שמגשימה באופן המלא ביותר את תכליתו (ראו, למשל, רע"פ 3676/08 זנו נ' מדינת ישראל, בפסקה 21 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן (27.7.2009) (להלן: עניין זנו); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה, 85 (1993) (להלן: ברק, פרשנות החקיקה); וראו גם דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 109 (2010) (להלן: ברק-ארז)).

26. במישור הלשוני, המערער גרס כי משמעות המילה "השוואה" כוללת רק בדיקת התאמה מלאה, זהות, בין שני פרטים. ואולם, מילון אבן-שושן מלמדנו כי "השוואה" היא, בין היתר, "דמוי, הקבלה, עימות, עיון בפרטים הדומים והשונים שבשני דברים" (אברהם אבן-שושן מילון אבן-שושן המרוכז 243 (2013); ההדגשה הוספה – י"ע). כמוסבר לעיל, כלי החיפוש המשפחתי מעמת בין פרופילים של דנ"א ועומד על הדומה והשונה ביניהם. מכאן שמושג ה"השוואה" שבסעיף 11 יד עשוי, מבחינה לשונית, להכיל משמעות של חיפוש משפחתי. ויובהר: גם אם המחוקק לא היה מודע בעת חקיקת סעיף 11 יד לאפשרות הטכנולוגית של חיפוש משפחתי, הרי שיש לפרש את לשון החקיקה לאור



משמעותה ביום מתן הפירוש (ברק, פרשנות החקיקה, בעמ' 133-134). ובכלל, ניתן לפרש את החוק באופן שמתאים אותו לשינויים טכנולוגיים ומדעיים, גם אם המחוקק לא שיער ולא חזה שינויים אלה, שכן "החוק הוא יצור חי, פרשנותו צריכה להיות דינמית. יש להבינו באופן שישתלב במציאות המודרנית ויקדם אותה" (ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12, 33 (1999); וראו גם בג"ץ 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון אלחמיד, פ"ד סא(1) 126, 144 (2006); בג"ץ 448/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 619 (1986)); "במסגרת פרשנות ביטויים ומושגים בחקיקה יש ליתן משקל למטרת החוק כמו גם לאופי המאטרייה בה עוסקים, המקרינים על מידת הגמישות והדינמיות העשויה להתלוות לפרשנות הביטוי, וכן גם להתפתחויות ולשינויים המתרחשים בסביבה הטבעית שבתחומה הוא חי ופועל" (בג"ץ 1181/03 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סד(3) 204, 255 (2011)).

27. תכלית החוק נלמדת, ככלל, הן מכוונתו ההיסטורית של המחוקק הן מהערכים והעקרונות שמבקש החוק להגשים (ראו, למשל, ע"פ 7128/16 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 10 והאסמכתאות שם (16.5.2018) (להלן: עניין פלוני)).

על תכלית הוראות החוק הנוגעות לענייננו ניתן ללמוד, בין היתר, מדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון מס' 1:

"הקמתו של המאגר לפי החוק המוצע נועדה לסייע למשטרת ישראל בביצוע תפקידיה, על ידי שימוש בטכנולוגיה מדעית, אמינה ומוכחת, המקובלת בעולם, וזאת לתכליות מוגדרות, ובין השאר, לצורך הליכים פליליים [...]

בעוד שטביעת אצבעות היא סימן זיהוי חיצוני קונקרטי, המאפשרת אימות זהותו של אדם מסוים בלבד, הרי שמדגימות ביולוגיות ניתן להפיק מידע נוסף על אודות האדם, ובעיקר נתונים לגבי מצבו הבריאותי, הנוכחי והפוטנציאלי, ומאפיינים לענין אישיותו – מידע עודף שאינו דרוש לצורך הזיהוי הפלילי (להלן – מידע עודף). הבדל מהותי זה [...] מחייב התייחסות זהירה לנושא הפקת נתונים לזיהוי גנטי מדגימות ביולוגיות על ידי משטרת ישראל, כך שהפקה כאמור תהיה רק של נתונים הנדרשים לצורך זיהוי של אדם ולא של נתונים שיש בהם מידע עודף.

[...]

מוצע בהצעת החוק כי סמכות הנטילה של דגימות ביולוגיות לשם הכללה במאגר של נתונים לזיהוי גנטי

תיוחד, בשלב זה, רק לחשודים, נאשמים או מורשעים בעבירות חמורות שנקבעו בתוספת המוצעת לחוק. המודל המוצע בהצעת החוק, מאפשר ניהול של מאגר נתונים רחב ככל האפשר, כדי שיהווה כלי עבודה יעיל בידי המשטרה. במקביל נקבעו הוראות שמטרתן למנוע שימוש לרעה במידע העודף המצוי בדגימות הביולוגיות ופגיעה אפשרית בפרטיותו של אדם, ובין השאר לענין סודיות, אבטחת מידע, דרכי שמירתן של הדגימות הביולוגיות, הגבלת הנגישות למאגר והקמת ועדה שתפקידה לאשר את אופן הפקת הנתונים לזיהוי גנטי שייכללו במאגר ולייעץ בנושאים האמורים" (שם, בעמ' 536-537; ההדגשה הוספה – י"ע).

28. כמו כן, מקור עיקרי לגיבוש תכלית החקיקה הוא לשון הוראותיה (בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, מז(1) 749, 764 (1993); ברק, פרשנות החקיקה, בעמ' 304).

אם כן, בחינת הוראות החוק הרלוונטיות – שעיקרן הוצג לעיל – על רקע דברי ההסבר הנ"ל, מעלה כי שתי תכליות עיקריות ניצבות בבסיסן של הוראות אלו.

מצד אחד, מאגר הדנ"א נועד לסייע למשטרה לחקור עבירות, בהסתמך על נתוני הזיהוי שהחוק מתיר לכלול במאגר.

לצד זאת, החוק נועד למנוע שימוש לרעה במידע העודף שניתן להפיק מדגימות ביולוגיות – מידע שאינו נחוץ לזיהוי של אדם ושחשיפתו עלולה לפגוע בפרטיותו, כמו מידע על מצב בריאותו ואישיותו (להלן: מידע עודף). זאת, בין היתר, באמצעות הוראות שהוזכרו לעיל ועניינן שמירת סודיות ואבטחה ביחס לנתונים שבמאגר וביחס לדגימות ביולוגיות; הגבלת האפשרות של משטרת ישראל למסור דגימות ביולוגיות; וכינון ועדה לאישור שיטות ההפקה של נתונים לזיהוי גנטי. כמו כן, החוק תוחם את קטגוריית החשודים, הנאשמים והמורשעים שניתן ליטול מהם אמצעי זיהוי לשם הפקת נתונים לזיהוי גנטי.

לאור תכליות אלו תיבחנה להלן טענות המערער בסוגיית החיפוש המשפחתי.

29. טענתו העיקרית של המערער גורסת כי החיפוש המשפחתי מאפשר לכלול במאגר הדנ"א "היקף עצום של אזרחים שהחוק לא התיר להכלילם בו". ובמילים אחרות,

אם ראובן נכלל במאגר הדנ"א המשטרתי, הטענה היא שהחיפוש המשפחתי גורם לכך שגם אחיו, בניו ונכדיו נכללים אף הם במאגר בעל כורחם וללא ידיעתם.

איני רואה לקבל טענה זו. כעולה מסעיפי החוק שפורטו לעיל, המשמעות של "הכללה במאגר הדנ"א" היא, בעיקרו של דבר, שמירה במאגר של נתונים לזיהוי גנטי ושל הדגימה הביולוגית שממנה הופקו הנתונים. החיפוש המשפחתי אינו מכניס נתונים לזיהוי גנטי של אף אדם למאגר הדנ"א, אלא רק משתמש בנתונים לזיהוי גנטי שכבר נמצאים במאגר. ממילא, החיפוש המשפחתי לא גורם להכנסת כל קרובי משפחתו של מי שנמצא במאגר, אל תוך המאגר, ואינו גורם לשמירה במאגר של נתוני זיהוי או של דגימה ביולוגית שהחוק לא מתיר לכלול.

ויודגש: החיפוש המשפחתי עשוי ליתן קצה חוט חקירתי, ואיני רואה מה זכות לאדם לטעון שלא יעלו על עקבותיו בדרך מסוימת כזו או אחרת, ובמקרה דנן, באמצעות החיפוש המשפחתי. החיפוש המשפחתי הוא פעולת חקירה, ופעולות חקירה עשויות להוביל לכך שיתעורר חשד שאדם מסוים ביצע עבירה. כמפורט לעיל, בהתקיים התנאים הקבועים בחוק החיפוש ניתן ליטול מחשוד, מנאשם או ממורשע אמצעי זיהוי לצורך הפקת נתוני זיהוי והכללתם במאגר. ואולם, ברי כי לא נובע מכך שפעולות חקירה – ובתוכן, כאמור, החיפוש המשפחתי – מאפשרות לכלול במאגר ולו אזרח אחד שחוק החיפוש לא התיר לכלול בו.

כך, לדוגמא, איכון טלפון נייד הוא כלי חקירתי מובהק. איכון של אדם מסוים בזירת עבירה בזמן ביצועה, עשוי להוביל לכך שבסופו של דבר אותו אדם יימצא חשוד בביצוע העבירה. כך גם חיפוש משפחתי הוא כלי חקירתי מובהק שעשוי להוביל לחשודים פוטנציאליים. כפי שהאיכון הטלפוני עשוי להוליך אל חשוד, ובעקבות זאת תינטל מהחשוד דגימת דנ"א, כך החיפוש המשפחתי עשוי להוליך אל חשוד, ובעקבות זאת תינטל מהחשוד דגימת דנ"א.

ואכן, כתוצאה מהחיפוש המשפחתי שנערך בענייננו ננקטו פעולות חקירה שגיבשו חשד כי המערער ביצע את העבירות דנן. לאחר שהמערער נחקר באופן גלוי ניטל ממנו אמצעי זיהוי מכוח חוק החיפוש, שרק ממנו ניתן היה להפיק נתונים לזיהוי גנטי לצורך הכללה במאגר, בכפוף לתנאים שבחוק.

לנוכח האמור, אין בסיס לטענה כי החיפוש המשפחתי מאפשר לכלול במאגר הדנ"א נתוני זיהוי של אנשים שחוק החיפוש לא מתיר לכלול.

30. מסקנה זו גם שומטת את הקרקע תחת טענות המערער, לפיהן מאחר שהחיפוש המשפחתי מאפשר – ללא "כל הצדקה חוקית" – לכלול במאגר הדנ"א את קרובי המשפחה של מי שנתוני הזיהוי שלהם כבר שמורים בו, הרי שנפגעות זכויותיהם לפרטיות ולשוויון של אותם קרובי משפחה, "על לא עוול בכפם" ורק בשל מעשי קרוביהם. כאמור, ניתן לכלול במאגר הדנ"א נתוני זיהוי של אדם רק בהתקיים התנאים הקבועים לכך בחוק החיפוש, ואין זה משנה אלו פעולות חקירה גיבשו את החשדות נגדו, ככל שהן בוצעו כדין.

31. עוד טען המערער שהחיפוש המשפחתי פוגע בערך שלמות המשפחה, מאחר שהוא עלול לגרום לכך שאדם מופלל באמצעות בן משפחתו.

מסופקני אם ערך שלמות המשפחה עולה כדי עקרון יסוד של השיטה, והדבר גם לא נטען בפנינו. יחד עם זאת, גם אם אשקול ערך זה לצורך פרשנות סעיף 11ד, הרי שהוא נסוג מפני הערכים והתכליות שעומדים מנגד, ובראשם חקר האמת ומיצוי הדין עם עבריינים.

מתוך שאיפה ל"הרמוניה חקיקתית", דברי חקיקה קשורים עשויים ללמדנו על האיזון הראוי בין ערכים מתנגשים במקרה מסוים. בענייננו, נבחן את ההסדר הקבוע בפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), באשר לעדות בני משפחה במשפט פלילי. לפי הסדר זה, בני זוג או הורה וילד אינם כשרים להעיד האחד נגד השני, וזאת כחריג לכלל לפיו הכל כשרים להעיד (ראו סעיפים 2-4 לפקודת הראיות). אכן, חריג זה נקבע כדי להגן על ערכי שלמות המשפחה ושלום הבית, שעשויים להיפגע במקרה של עדות נגד בן משפחה (וראו דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 16) (עדות קרובים), התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 458). עם זאת, נקבע כי חריג זה לא יחול במקרים מסוימים של עבירות חמורות, כמו עבירות שעניינן "חבלת גוף או אלימות או איום באחד מאלה", ו"אחת היא אם העד הוא נפגע העבירה או אדם אחר" (סעיף 5 לפקודת הראיות). כלל הוא שאדם מחויב למסור עדות אם זומן להעיד (אליהו ארנון דיני ראיות חלק שני 67 (1985)), ומכאן שההסדר הנ"ל שבפקודת הראיות מאפשר לאלץ אדם להפליל באופן אקטיבי את קרוב משפחתו בעבירות חמורות מסוימות, באופן שמעדיף במקרים כאלה את תכליות חקר האמת ומיצוי הדין עם עבריינים על פני שלמות המשפחה ושלום הבית.

בענייננו, ניתן להסיק כי איזון זה צריך לחול מכוח קל וחומר, משום שבניגוד למתן עדות, החיפוש המשפחתי אינו כרוך בפעולה אקטיבית מצד אדם שעשויה להפליל את בן משפחתו.

לפיכך, אין בטענת המערער בהקשר הנדון כדי לתמוך בעמדתו בדבר פרשנות סעיף 11 יד.

32. המערער גם גרס כי החיפוש המשפחתי מפר את ההסכם בין המדינה לבין מי שהסכימו למסור דגימה, "מבלי שידעו שבכך הם מכלילים בעקיפין גם את קרובי משפחתם במאגר". ברם, בניגוד לנטען וכמובהר לעיל, החיפוש המשפחתי אינו מכליל במאגר הדנ"א את קרובי המשפחה, הגם שבאמצעותו אפשר להגיע ל"קצה חוט" שבסופו של יום יוביל אל בן משפחה.

מעבר לכך, יושם אל לב כי טענה זו של המערער אינה טענה כנגד החיפוש המשפחתי באופן כללי, וממילא אין בה כדי לתמוך בעמדתו כי אין לפרש את מושג ה"השוואה" הנ"ל ככולל גם חיפוש משפחתי. למעשה, טענת המערער בהקשר זה גורסת כי בהינתן שמושג ה"השוואה" כולל חיפוש משפחתי, הרי שראוי ליידע על כך בצורה מפורשת את מי שניטל ממנו אמצעי זיהוי. זאת, בהתאם לסעיף 11 ז(א) לחוק החיפוש, הקובע כי "אמצעי זיהוי יינטל מאדם לפי הוראות סימן זה רק לאחר שהתבקשה הסכמתו לכך, ולאחר שנמסר לו כי ניתן לעשות שימוש בנתוני הזיהוי שהופקו מאמצעי הזיהוי לצורך הכללתם במאגר, לצורך אימות או עדכון הנתונים שבמאגר, או לצורך השוואתם לנתוני הזיהוי שבמאגר כאמור בסעיף 11 יד" (יצוין כי לפי סעיף 11 ז(ג)) לחוק, המשטרה מוסמכת ליטול מאדם אמצעי זיהוי מסוג דגימת שיער (שמוגדרת, כאמור, כדגימה ביולוגית) תוך שימוש בכוח סביר, גם בהיעדר הסכמה כאמור לנטילת אמצעי זיהוי). לפיכך, גם טענה זו אינה מוסיפה משקל לעמדת המערער בדבר הפרשנות שיש להעניק למושג ההשוואה שבסעיף 11 יד.

33. לנוכח כל האמור לעיל, לא מצאתי טעם ממשי לסבור שפרשנות לפיה החיפוש המשפחתי חוסה תחת מושג ה"השוואה" שבסעיף 11 יד, אינה עולה בקנה אחד עם לשון חוק החיפוש ותכליתו. אדרבא, סבורני שפרשנות כאמור מגשימה באופן מלא יותר את המטרות שבבסיס הוראות החוק הרלוונטיות.

מחד גיסא, פרשנות כזו אינה פוגעת בתכלית החקיקה שעניינה מניעת שימוש לרעה במידע העודף שניתן להפיק מדגימות ביולוגיות, ואינה משנה את נקודת האיזון שקבע המחוקק בשאלה את מי מותר לכלול במאגר.

מאידך גיסא, הפרשנות הנ"ל תורמת למימוש התכלית שעניינה סיוע למשטרה לחקור עבירות – המקרה דנן מדבר בעד עצמו, מה גם שכלי החיפוש המשפחתי נחל הצלחה במדינות הים שבהן הוא בשימוש, כמו אנגליה וחלק ממדינות ארה"ב, וסייע בפענוח פשעים חמורים שנוותרו לא מפוענחים במשך שנים (לדוגמאות ראו C.N Maguire et al., *Familial Searching: A Specialist Forensic DNA Profiling Service Utilising the National DNA Database to Identify Unknown Offenders via Their Relatives – The UK Experience*, 8 FORENSIC SCI. INT'L GENETICS 1 1794-1793, Chamberlain; בעמ' 28-29; Nieto; בעמ' 1766-1767, 1771-1772, 1794-1793).

אשר על כן, מסקנתי היא שמשטרת ישראל מוסמכת לבצע חיפוש משפחתי, במסגרת ה"השוואה" המותרת בסעיף 11 יד לחוק החיפוש.

34. ויודגש: המסקנה הנ"ל היא במישור הסמכות. מובן שכל סמכות המוקנית למשטרת ישראל, עריכת החיפוש המשפחתי כפופה לחובות המוטלות עליה לפי כל דין. בתוך כך, מוטב להסדיר בנוהל רשמי את אופן הפעלת החיפוש המשפחתי, כדי להבטיח שהפעלת כלי זה תיעשה באופן מידתי, מושכל ומבוקר, תוך התחשבות במכלול הסוגיות הרלוונטיות (והשוו: רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, בפסקה 31 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש (6.3.2012) (להלן: עניין בן חיים); ברק-ארז, בעמ' 232-235 וההפניות שם). בתוך כך, ומבלי למצות, רצוי כי נוהל זה יתייחס לסוגיות כמו מאפייני המקרים והעבירות שעשויים להצדיק עריכת חיפוש משפחתי; זהות הגורמים שיוכלו לבקש לערוך חיפוש משפחתי, וזהות הגורמים שיידרש לקבל את אישורם לעריכת חיפוש כזה; תנאים לגבי הדגימה מהזירה; אופן הדיווח על תוצאות הבדיקות, בדגש על היבטי תיעוד, סודיות ופרטיות; ועוד (לדוגמאות לנהלים מסוג זה, ראו Chamberlain, בעמ' 26-28, ביחס לנהלים בקליפורניה; OHIO BCI CRIME LAB., *FAMILIAL SEARCH POLICY AND PROCEDURES* (2016) *Familial Search*; ביחס לנהלים באוהיו; N.Y. ST. DIVISION CRIM. JUST. SERVS. (21.5.2018) *Process Overview*, ביחס לנהלים בניו-יורק; Nieto, בעמ' 1772-1774 וההפניות שם).

35. לשיטת המערער, הדגימה מיריקה שרקק ברחוב נתפסה על-ידי המשטרה שלא כדין. בתמצית, טענתו היא שלנוכח סעיף 2(א) לחוק החיפוש, הקובע כי "אין עורכים חיפוש בגופו של חשוד, אלא לפי חוק זה", המשטרה לא הייתה מוסמכת לקחת דגימת רוק שלו אלא בהתאם להוראות חוק החיפוש המסדירות את סוגיית החיפוש בגופו של חשוד.

36. גם הדיון בסוגיה זו מצריך לפרוס תחילה את המסגרת החוקית הרלוונטית לטענות המערער, שמצויה אף היא בעיקרה בחוק החיפוש.

אך ראשית, יובהר: הדיון דלעיל בסוגיית החיפוש המשפחתי התמקד, כאמור, בהוראות פרקים ג'-ד' לחוק החיפוש, שנחקקו במסגרת תיקון מס' 1 לחוק ומסדירים, בין היתר, את פעולת מאגר הדנ"א הפלילי, לרבות השאלות אלו נתוני זיהוי ניתן לכלול במאגר וכיצד ניתן ליטול לשם כך אמצעי זיהוי. כמוסבר לעיל, הוראות אלו נועדו לסייע למשטרה לחקור עבירות, מצד אחד, ולמנוע שימוש לרעה במידע העודף שניתן להפיק מדגימות ביולוגיות, מצד שני.

לעומת זאת, הדיון שייערך להלן יתמקד – לפחות בתחילתו – בהוראות פרק ב' לחוק, שעניינו "חיפוש בגוף החשוד". בעיקרו של דבר, חוק החיפוש "נולד" בשנת 1996 יחד עם הוראות אלו. אמנם נוצרו נקודות ממשק בין הוראותיו המקוריות של החוק לבין אלו שהתווספו במסגרת תיקון מס' 1 (ראו, לדוגמא, סעיף 2(ג) סיפא לחוק, שיוצג להלן). ברם, יצוין כבר עתה כי ככלל, וכפי שיבואר להלן, להוראות המסדירות את סוגיית החיפוש בגוף החשוד תכלית מובחנת מתכלית ההוראות המסדירות את פעילות מאגר הדנ"א ואת אופן הפקתם של נתונים לזיהוי גנטי.

כך, בעוד שהוראות החוק הנוגעות למאגר הדנ"א נועדו כאמור למנוע שימוש לרעה במידע העודף, הוראות החוק הנוגעות לחיפוש בגוף החשוד תכליתן למנוע או למזער את הפגיעות שכרוכות בחיפוש כזה – כמו פגיעות בריאותיות, או פגיעה בצנעת הפרט ובכבודו כתוצאה מעצם הפשפוש בגוף ומחשיפת חלקי גוף מוסתרים – ובכך להגן על הפרטיות ועל האוטונומיה במובן ה"קלאסי".

ומכאן להצגת הוראות החוק הצריכות לענייננו.

37. חיפוש בגופו של חשוד לפי חוק החיפוש עשוי להיות "חיפוש חיצוני" או "חיפוש פנימי", שמוגדרים בסעיף 1 לחוק כדלקמן:

"חיפוש חיצוני" - אחד מאלה:

- (1) בחינה חזותית של גופו העירום של אדם, לרבות צילומו;
- (2) נטילת טביעה של כל חלק מהגוף;
- (3) לקיחת חומר שמתחת לציפורניים;
- (4) גזירת ציפורניים;
- (5) לקיחת חומר מתוך הנחיריים;
- (6) לקיחת שיער, לרבות שורשיו;
- (7) לקיחת חומר מעל הגוף;
- (8) בדיקה על העור;
- (9) מתן דגימת שתן;
- (10) מתן דגימת רוק;
- (11) מתן דגימה של אוויר באמצעות בדיקת נשיפה;
- (12) נטילה של דגימת תאי לחי;

"חיפוש פנימי" - אחד מאלה:

- (1) בדיקת דם;
- (2) הדמיית פנים הגוף באמצעות מכשיר גלים על-קוליים;
- (3) שיקוף פנים הגוף באמצעות מכשיר רנטגן;
- (4) הדמיית פנים הגוף באמצעות סורק מסוג כלשהו;
- (5) בדיקה גינקולוגית, לרבות לקיחת חומר;
- (6) נטילת דגימת דם מזערית;

סעיף 2 לחוק קובע עקרונות לעריכת חיפוש בגוף החשוד:

חיפוש בגופו של חשוד - עקרונות

2. (א) אין עורכים חיפוש בגופו של חשוד, אלא לפי חוק זה.

(ב) [...]

(ג) אין עורכים חיפוש בגופו של חשוד אלא לאחר שנתבקשה הסכמתו לכך ולאחר שנמסר לו כי ניתן לעשות שימוש בנתוני הזיהוי שיופקו ממה שניטל בחיפוש גם לצורך הכללתם במאגר בכפוף להוראות חוק זה, או לצורך השוואתם לנתוני הזיהוי שבמאגר כאמור בסעיף 11ד.

(ד) חיפוש בגופו של חשוד ייערך בדרך ובמקום שיבטיחו שמירה מרבית על כבוד האדם, על פרטיותו ועל בריאותו, ובמידה המועטה האפשרית של פגיעה, אי נוחות וכאב.

(ה) חיפוש בגופו של חשוד ייערך בידי בן מינו של החשוד אלא אם כן התקיים אחד מאלה - [...]



(ו) נתוני זיהוי שהופקו ממה שניטל בחיפוש לפי פרק זה, רשאית משטרת ישראל להכלילם במאגר, ובלבד שמתקיים האמור בסעיף 11ג(ב)(2).

לנוכח עקרונות אלו, סעיפים 3-4 מסדירים את אופן עריכתם של חיפוש חיצוני וחיפוש פנימי, בהתאמה. בתוך כך, סעיפים 3(א) ו-4(א) קובעים כי תנאי לעריכת חיפוש בגוף החשוד הוא קיום יסוד סביר לחשוד שבגופו יש ראייה הקשורה לביצוע עבירה; וכי הכלל הוא שיש לקבל את הסכמת החשוד לשם עריכת חיפוש בגופו:

3. (א) היה לשוטר יסוד סביר לחשוד שבגופו של חשוד נמצאת ראייה להוכחת ביצועה של עבירה או להוכחת הקשר שבין החשוד לבין ביצוע העבירה, רשאי הוא לערוך בו חיפוש חיצוני, להורות שייערך בו חיפוש כאמור בידי מי שנקבע לכך בסעיף 5, או לבקש מהחשוד מתן דגימה, כאמור בסעיף 1, והכל אם החשוד נתן את הסכמתו לכך.

4. (א) היה לקצין משטרה יסוד סביר לחשוד שבגופו של חשוד נמצאת ראייה להוכחת ביצועה של עבירה מסוג פשע או להוכחת הקשר שבין החשוד לבין ביצוע עבירה כאמור, רשאי הוא להורות שייערך בחשוד חיפוש פנימי אם החשוד נתן את הסכמתו לכך [...].

עם זאת, בהיעדר הסכמת החשוד כאמור, בתנאים מסוימים ניתן להפעיל כוח סביר לשם עריכת חלק מסוגי החיפוש החיצוני (סעיפים 3(ב)-(ד) לחוק). באשר לחיפוש פנימי, בהיעדר הסכמת החשוד רשאי קצין משטרה לבקש מבית משפט היתר לעריכת החיפוש (סעיף 4(ח) לחוק), ובית המשפט רשאי להתיר את החיפוש בצו, לאחר ששמע את החשוד ובא-כוחו ואם שוכנע כי התקיימו "התנאים הקבועים בחוק לעריכת החיפוש"; כי "הצורך בהשגת הראייה או בהוכחת הקשר שבין החשוד לבין ביצוע העבירה, גובר על הפגיעה בחשוד הכרוכה בביצוע הפעולה המבוקשת"; וכי "אין דרך סבירה אחרת, בנסיבות הענין, שפגיעתה בחשוד פחותה, להשגת הראייה או להוכחת הקשר שבין החשוד לבין ביצוע העבירה" (סעיף 8(א) לחוק).

עוד נקבעו בסעיפים 3-4 לחוק הוראות ליישום העיקרון שבסעיף 2(ד), שלפיו "חיפוש בגופו של חשוד ייערך בדרך ובמקום שיבטיחו שמירה מרבית על כבוד האדם, על פרטיותו ועל בריאותו, ובמידה המועטה האפשרית של פגיעה, אי נוחות וכאב". כך, לעניין חיפוש חיצוני, נקבע בין השאר כי "אין לערוך בפרהסיה חיפוש חיצוני שמחייב חשיפת חלקי גוף שבדרך כלל הינם מוסתרים, אלא כדי למנוע סכנה קרובה לוודאי

לשלום הציבור" (סעיף 3(ה)); וכי "עורר חשוד חשש סביר שעריכת החיפוש עלולה לפגוע בבריאותו פגיעה שאינה נובעת ממהותו של החיפוש, לא ייערך חיפוש בגופו אלא באישור של רופא כאמור בסעיף 4(ד)" (סעיף 3(ז)). באשר לחיפוש פנימי, נקבע בין השאר כי "לא ייערך חיפוש, ולא תוגש בקשה להיתר לעריכת חיפוש לפי סעיף זה, אלא אם כן נתן רופא אישור שאין מניעה בריאותית לערוך את החיפוש; לא יינתן אישור אלא לאחר שהרופא בירר עם החשוד את מצב בריאותו ככל שהדבר נוגע לחיפוש" (סעיף 4(ד)).

38. ומכאן בחזרה לטענות המערער.

המערער טען כי מאחר שאין עורכים חיפוש בגוף החשוד אלא לפי חוק החיפוש, הרי ש"דגימות" שחוק זה מאפשר להשיג דרך חיפוש בגוף – כמו רוק, שיער, ציפורניים, שתן וכו' – לא ניתן להשיג אלא בדרך זו. לגישת המערער, תפיסת דגימת הרוק ברחוב היא בבחינת "חיפוש בגוף החשוד", אך חיפוש זה לא עומד בהוראות החוק משום שלא נתבקשה הסכמת המערער לעריכתו, ומכאן שדגימת הרוק נתפסה שלא כדין.

אקדים ואומר כי אין בידי לקבל טענות אלו.

39. ראשית, טענות המערער אינן עולות בקנה אחד עם פסק הדין בע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל (1.8.2011) (להלן: עניין פרחי), שקבע מפורשות כי איתור דגימה מבדל סיגריה שעישן המערער שם "לא היה כרוך באי-חוקיות כלשהי" (שם, בפסקה 21 לפסק דינו של השופט א' א' לוי).

המערער שלפנינו אמנם הכיר בכך שהשגת הדגימה בעניין פרחי "דומה במהותה ובמאפייניה" לתפיסת הדגימה בעניינו, אך טען כי לא ניתן ללמוד מעניין פרחי על הסוגיה דנן משום שבית המשפט שם כלל לא דן בה, ומשום שבסופו של דבר נפסלה שם הראייה שהופקה מהדגימה הנדונה.

אכן, בית המשפט בעניין פרחי פסל בסופו של דבר את הראייה שהופקה מדגימת בדל הסיגריה, אך זאת לנוכח קביעתו כי היא נועדה להכשיר ראייה פסולה אחרת. כך נקבע שם:

"באשר לראיית ה-DNA שהופקה מבדל הסיגריה – שוכנעתי כי זיקתה לראייה הפסולה הינה כה הדוקה, עד

שהפסול שבה יורד לשורשה. אופייה ותוכנה כה זהים לזו של הראיה הפסולה, עד שלמעשה מדובר באותה ראייה ממש. הגם שאופן השגתה לא היה מעורר קושי בדרך כלל, הרי שבנסיבות פרשה זו, יש בקבלתה כדי להכשיר את הפסול שנפל בראיה הראשית, ולזאת לא אוכל להסכים" (שם, בפסקה 21; ההדגשה הוספה – י"ע).

לנוכח האמור, אין לקבל את הטענה כי לא ניתן ללמוד מעניין פרחי על הסוגיה דנן, מאחר שהיא לכאורה לא נדונה שם. עינינו הרואות, בית המשפט בעניין פרחי מצא לקבוע – פעמיים – כי באופן כללי, דרך השגת הדגימה שם לא מעוררת קושי חוקי, ואין להניח כי בית המשפט קבע את שקבע כלאחר יד וללא מחשבה, גם אם בסופו של דבר הראייה שם נפסלה (והשוו לגבריאל הלוי תורת הדיון הפלילי, כרך ב 308-309 (2011) (להלן: הלוי), שאף גורס כי על רשויות החקירה להעדיף במידת האפשר "תחבולות חקירה לגיטימיות" על פני שימוש בסמכויות החיפוש, לנוכח הפגיעה בחירויות הפרט שכרוכה בהפעלת סמכויות אלו).

40. דין טענת המערער להידחות גם לגופה.

טיעונו של המערער בסוגיה דנן מושתת על הטענה כי תפיסת דגימת הרוק ברחוב היא "חיפוש בגוף החשוד", כמשמעותו בחוק החיפוש. מדובר בטענה פרשנית, שגם בה יש לדון ולהכריע בהתאם ללשון החוק ולתכליתו.

ראשית, ספק רב אם הפרשנות שמציע המערער נכללת בגדר מתחם הפרשנויות האפשריות מבחינה לשונית. הוראות החוק הרלוונטיות עוסקות במפורש ב"חיפוש בגוף החשוד". לפי פשוטו של מקרא, תפיסת דגימת רוק שנרקקה וננטשה במרחב הציבורי איננה בגדר "חיפוש בגוף", ואינה בבחינת "מתן דגימת רוק" על-ידי חשוד. הוראות החוק דנן מכוונות עצמן למצב של "חיפוש בגוף" כהגדרתו בחוק, וברי כי בהיעדר חיפוש בגוף, אין תחולה להוראות החוק בדבר אופן ביצוע החיפוש.

מכל מקום, פרשנותו של המערער גם אינה עולה בקנה אחד עם תכליות החוק.

ככלל, הוראות החקיקה המסדירות את סמכויות החיפוש של משטרת ישראל נועדו לאזן בין האינטרסים הציבוריים שהמשטרה אמונה על הגשמתם לבין זכויות הפרט וחירויותיו. עמד על כך בית משפט זה בעניין בן חיים:

"ההסדרה המפורטת של סמכויות [החיפוש הנתונות לשוטרי משטרת ישראל – י"ע] בדברי חקיקה שונים נועדה לשרת שתי מטרות מקבילות. מחד גיסא נועדה הסדרה זו לאפשר למשטרה למלא כראוי את תפקידיה השונים באכיפת החוק ובתפיסת עבריינים, וכך לקדם את ההגנה על הביטחון האישי והסדר הציבורי במדינה. מאידך גיסא נועדה ההסדרה החקיקתית המפורטת לתחום את סמכויות המשטרה שהפעלתן כרוכה מעצם טיבה בפגיעה בזכויות אדם שונות ובחירויות הפרט" (שם), בפסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש).

בענייננו, מהוראות החוק שעוסקות בחיפוש בגוף החשוד, שעיקרן הוצג לעיל, נובע בבירור כי תכליתן להבטיח שכאשר מתעורר צורך לערוך חיפוש בגוף החשוד, כתוצאה מכך שיש בגופו ראייה שקשורה לביצוע עבירה, החיפוש בגוף ייערך בדרך שתמנע או תמזער ככל הניתן את הפגיעות שכרוכות בחיפוש כזה – ובתוכן פגיעות בריאותיות, פגיעה בפרטיות כתוצאה מחשיפת חלקי גוף מוסתרים, פגיעה בצנעת הפרט ובכבודו כתוצאה מעצם הפשפוש בגוף, ועוד – כמו גם תחושות של אי נוחות וכאב.

41. תכלית זו נלמדת גם מדברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף האדם), התשנ"ה-1995, ה"ח 210 (להלן: הצעת חוק החיפוש):

"לאור פסיקתו של בית המשפט העליון ובעקבות קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נדרשת חקיקה מפורטת ומצמצמת בכל הנוגע לחיפוש בגוף האדם או על גופו, וזאת בשל הפגיעה בחירותו, בשלמות גופו ובפרטיותו כתוצאה מעריכת חיפוש מסוג זה בגופו. [...]. הצעת החוק שואפת להביא לאיזון הנדרש בין צרכי החקירה לבין הגנה על כבודו של אדם ועל צינעתו".

בדברי ההסבר הודגש כי הצורך בהוראות הנ"ל של חוק החיפוש נובע מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיו בין היתר "אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו" (סעיף 7(ג) לחוק היסוד), אלא בהתאם לסעיף 8 לחוק היסוד – לפי חוק ההולם את ערכי מדינת ישראל, לתכלית ראויה ובאופן מידתי. וכך צוין בדברי ההסבר:

"בחיפוש בגוף האדם מכל סוג שהוא יש פגיעה בפרטיותו של אדם ובצינעת הפרט שלו, שהן זכויות מוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. יחד עם זאת, בנסיבות מסויימות מתעורר הצורך לפגוע בזכויות אלה לשם הגנה

על הפרט או על הציבור. במקרים כאמור, כאשר יש הכרח בפגיעה בזכויות אלה, מוצע שהחיפוש בגוף האדם ייעשה באופן שהפגיעה תהיה מזערית, כדי שהחיפוש לא יחרוג מהעקרונות הקבועים בחוק היסוד" (הצעת חוק החיפוש, בעמ' 211; ההדגשה הוספה).

(וראו גם ע"פ 1641/04 לוי'ן נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 785, 795 (2004); יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים חלק ראשון – הליכים שלפני משפט, ב 612 (2008)).

42. ואכן, ניכר כי הוראות החוק שעוסקות ב"חיפוש בגופו של חשוד" לא נועדו לחול על מקרים מהסוג שלפנינו. כך, למשל, מהעיקרון הקבוע בסעיף 2(ד) לחוק ("חיפוש בגופו של חשוד ייערך בדרך ובמקום שיבטיחו שמירה מרבית על כבוד האדם, על פרטיותו ועל בריאותו, ובמידה המועטה האפשרית של פגיעה, אי נוחות וכאב"), ניתן להסיק כי החוק מניח שחיפוש בגופו של חשוד עלול לפגוע בכבודו, בפרטיותו ובבריאותו, ולהסב לו אי נוחות וכאב. פגיעות אלו, במובן בהוראות החוק הנ"ל, אינן רלוונטיות לתפיסת דגימה שננטשה במרחב הציבורי, כבענייננו.

43. ויודגש: חוק החיפוש לא מקנה לחשוד "זכות וטו" על עריכת חקירה בענייננו. הכלל לפיו נדרשת הסכמת החשוד נוגע לעריכת חיפוש בגופו. סביר להניח כי בין היתר, כלל זה נובע, מחד גיסא, מהכרה בכך שיש בהסכמת החשוד ובשיתוף פעולה מצדו כדי להקטין את הפגיעות הנ"ל, שעלולות להיגרם כתוצאה מחיפוש בגופו (וראו עניין בן חיים, בפסקה 27); יהודית קרפ "החקיקה הפלילית לאור חוקי-היסוד" מחקרי משפט יג 275, 286 (1996), ומאידך גיסא, מהכרה בזכות החשוד שלא לשתף פעולה עם חוקריו (השוו: עניין פרחי, בפסקה 11 לפסק דינו של השופט א' א' לוי), כמו גם משאיפה להשאיר בידיו ככל הניתן את השליטה על הנעשה בגופו (וראו הצעת חוק החיפוש, בעמ' 211; דורון מנשה "על היעדר הסמכות לשימוש בכוח לצורך חיפוש פנימי" משפט וממשל ו 619, 627-628 (התשס"ג)).

מאחר שמצד אחד, הפגיעות הנ"ל אינן רלוונטיות כאמור לתפיסת דגימה כבענייננו, ומצד שני, תפיסה כזו אינה כופה על החשוד לשתף פעולה עם חוקריו ואינה מפקיעה ממנו את השליטה על הנעשה בגופו – הרציונלים לדרישת ההסכמה הנ"ל אינם תקפים במקרה דנן.

44. לא זו בלבד שהוראות החוק דנן לא נועדו לחול על מקרים מהסוג שלפנינו, אלא שנראה כי פרשנות המערער עומדת בסתירה לתכליות החוק. כאמור, ההוראות

הרלוונטיות בחוק החיפוש נועדו להבטיח שכאשר יש הכרח לבצע חיפוש בגוף החשוד, כתוצאה מצורך להגן על הציבור ולאתר ראייה שקשורה לביצוע עבירה, החיפוש בגוף יבוצע כך שהפגיעה בזכויות שכרוכה בו תהיה מינימאלית. בתוך כך, בהיעדר הסכמה של החשוד, ניתן על פי סעיף 3(ב) לחוק החיפוש להשתמש גם בכוח סביר על מנת לערוך חלק מסוגי החיפוש החיצוני: בחינה חזותית של גופו העירום של אדם, לרבות צילומו; נטילת טביעה של כל חלק מהגוף; לקיחת חומר שמתחת לציפורניים; לקיחת שיער, לרבות שורשיו; לקיחת חומר מעל הגוף ובדיקה על העור. פרשנות המערער מביאה לאבסורד ולפגיעה בלתי הכרחית בחשוד, מקום שבו ניתן להשיג ראייה מסוימת שלא באמצעות חיפוש חיצוני בגוף.

לדוגמה, פלוני, שנחשד על ידי המשטרה בביצוע עבירה, שותה קפה בכוס חד פעמית ומשליך את הכוס לפח. המשטרה שמה ידה על הכוס, ובדיקת דנ"א ובדיקת טביעות אצבע מלמדות על כך שהחשוד פלוני אינו האדם שביצע את העבירה. לשיטת המערער, היה על המשטרה לזמן את החשוד לחקירה, להודיע לו שהוא חשוד בעבירה ולדרוש ממנו ליתן דגימה, ואם הלה היה מסרב ניתן אף היה להשתמש בכוח סביר כדי לקחת ממנו דגימה. בדוגמה דלעיל, כל זה נחסך מהחשוד, מאחר שפרק ב' של חוק החיפוש כלל לא חל במקרה מעין זה (והשוו להלוי, בעמ' 308, שמציין כי השימוש בסמכויות החיפוש נדרש להיות "המפלט האחרון", כשלא ניתן להשיג את יעדי החיפוש אלא בדרך של הפעלת סמכויות אלו). כך גם במקרה דנן, שהמערער רקק ברחוב, ואם בכך יצר הלכה חדשה של "רקקת-הורשעת", שמא יהיה בכך כדי לגרום לעבריינים ולפושעים המהלכים בתוכנו, לשמור את מוצא פיהם ולשמור על נקיון ערינו ומדרכותינו. אך כך גם בכל מקרה שבו ישנה מניעה בריאותית לעריכת חיפוש בגוף; או מקרה שבו חשוד אינו מסכים לעריכת חיפוש חיצוני, מסוג שאינו מנוי על סוגי החיפוש שניתן לבצע תוך שימוש בכוח סביר, בעוד שאיתור הראייה הנדרשת כרוך דווקא בסוג החיפוש שהחשוד מסרב לו. לשיטתו של המערער, במקרים כאלו המשטרה מנועה מלהשיג את הראייה המבוקשת, גם שלא באמצעות חיפוש בגוף. אלא שתוצאה כזו סותרת את מטרת הוראות החוק דנן, באשר יש בה כדי לפגוע בתכלית שעניינה קידום צרכי החקירה, מבלי לקדם את התכלית שעניינה מזעור הפגיעות הכרוכות בחיפוש בגוף.

45. סיכומו של דבר, שאין בידי לקבל את הטענה כי תפיסת דגימת הרוק ברחוב היא בגדר "חיפוש בגוף החשוד", כמשמעותו בחוק החיפוש.

46. ויודגש: אמנם תפיסת הדגימה הנ"ל אינה בגדר חיפוש בגוף החשוד, כך שעניינה אינו מוסדר בגדרי פרק ב' לחוק החיפוש. אך יחד עם זאת, השימוש בדגימה דנן כפוף

להוראות אחרות בחוק החיפוש, שנחקקו במסגרת תיקון מס' 1 שנועד, כאמור, בין היתר, "ליצור הסדר רחב וכולל לענין השימוש במידע גנטי בידי משטרת ישראל". בין הוראות אלו ישנו סעיף 114 לחוק, שמצוי בפרק ז' – "הוראות כלליות" – וקובע כדלקמן:

שימוש מותר בדגימות ביולוגיות ובנתונים לזיהוי גנטי שאינם כלולים במאגר 114. (א) משטרת ישראל תעשה שימוש בדגימה ביולוגית הנמצאת בידה, שנמסרה לה לשם הפקת נתונים לזיהוי גנטי או שניטלה לשם כך, שלא לפי הוראות סימן ב' לפרק ג', וכן בנתונים לזיהוי גנטי שהופקו מדגימה כאמור ושאינם כלולים במאגר, רק למטרות האמורות בסעיף 111טז(א), ובכפוף להוראות חוק זה. (ב) משטרת ישראל לא תמסור נתונים לזיהוי גנטי כאמור בסעיף קטן (א), אלא בהתאם להוראות סעיפים 111טז או 112טז.

וכך בואר בדברי ההסבר לחקיקת סעיף זה:

"בפרקים ג' ו-ד' המוצעים [נטילת אמצעי זיהוי] ו"מאגר נתוני זיהוי" – י"ע] נקבעו הוראות הקובעות מגבלות לענין השימוש המותר בדגימות שניטלו במיוחד לצורך המאגר ובנתונים שהוכללו בו. מוצע לקבוע הסדרים משלימים ותואמים גם לענין שימוש בדגימות ביולוגיות שניטלו לצורך אחר ובנתונים לזיהוי גנטי שהופקו מהן, ושאינם כלולים במאגר" (דברי ההסבר להצעת החוק לתיקון מס' 1, בעמ' 559).

סעיף 114 לחוק חל אפוא על דגימת הרוק שנתפסה במקרה דנן, באשר מדובר בדגימה ביולוגית שנמצאת בידי משטרת ישראל וניטלה לשם הפקת נתונים לזיהוי גנטי, שלא לפי הוראות סימן ב' לפרק ג' לחוק החיפוש ("נטילת אמצעי זיהוי מחשוד, מנאשם וממורשע"). בענייננו, משטרת ישראל לא חרגה מגדרי הסמכות המוקנית לה בסעיף זה, כשהשתמשה בנתונים לזיהוי גנטי שהופקו מהדגימה דנן לצורך חקירת עבירה, בהתאם לסעיף 111טז(א).

47. זאת ועוד: סעיף 114 לחוק מורה כי שימוש בדגימה ביולוגית כאמור ובנתונים לזיהוי גנטי שהופקו ממנה ייעשה בכפוף להוראות חוק החיפוש. מכאן נובע, בין היתר, כי הפקת נתונים לזיהוי גנטי מדגימה כזו תיעשה אך ורק בהתאם לאישור הוועדה המאשרת (סעיף 114); וכי ככלל, המשטרה מנועה מלמסור לגורמים אחרים דגימה כזו (סעיף 114 ח). כמוסבר לעיל, הוראות אלו נועדו למנוע פגיעה בפרטיות כתוצאה משימוש

לרעה במידע העודף שמצוי בדגימות ביולוגיות, ותכלית זו רלוונטית גם לדגימה ביולוגית שהופקו ממנה נתונים לזיהוי גנטי שלא לצורך מאגר הדנ"א (וראו דברי ההסבר לסעיף 14 ח' לחוק: "לשם מניעת הפקת מידע עודף מדגימות ביולוגיות, בין אם ניטלו לצורך המאגר ובין אם ניטלו לצורך אחר, מוצע לאסור על משטרת ישראל, על אף הוראות כל דין, להעביר לאחר דגימות ביולוגיות המצויות בידה" (דברי ההסבר להצעת החוק לתיקון מס' 1, בעמ' 559)).

48. ויובהר: לא ניתן לכלול במאגר הדנ"א נתונים לזיהוי גנטי שהופקו מדגימת רוק שנתפסה כבענייננו, או להשוות בינם לבין המאגר כאמור בסעיף 11 יד לחוק, אך ניתן כמובן להשוות בין הנתונים הנ"ל לבין הממצאים מהזירה, כפי שנעשה במקרה דנן. כמפורט בחוק, הכללה במאגר והשוואה כאמור מותרות אך ורק לפי התנאים הקבועים בסעיפים 11 יג-11 יד – ובפרט, בתנאי שאמצעי הזיהוי או הדגימה שמהם הופקו נתוני הזיהוי ניטלו מכוח חוק החיפוש – ותפיסת הדגימה דנן אינה עומדת בתנאים אלו.

מכאן נובע, בין היתר, כי אין בסיס לטענת המערער, שלפיה העובדה שנלקחה ממנו במהלך חקירתו הגלויה דגימה נוספת מכוח חוק החיפוש, מעידה על כך שהמשטרה עצמה סברה שהדגימה שנתפסה ברחוב הושגה באופן בלתי חוקי וניסתה "להכשירה בדיעבד". כמוסבר, בשונה מנתוני הזיהוי שהופקו מדגימת הרוק שנתפסה ברחוב, את נתוני הזיהוי שהופקו מהדגימה שניטלה מהמערער מכוח חוק החיפוש ניתן לכלול במאגר הדנ"א ולהשוות בינם לבין המאגר, לפי סעיפים 11 יג-11 יד, ולו בשל כך עשוי היה להתעורר צורך בנטילת דגימה זו.

49. סיכומו של חלק זה, לא קמה עילה לפסול את דגימת הרוק של המערער שנתפסה על-ידי המשטרה ברחוב.

למעלה מן הנדרש – הערה על יישום הלכת יששכרוב במקרים כגון דא

50. למעלה מן הצורך ומבלי להכביר מילים, אתייחס לטענת המערער שלפיה אי-החוקיות הנטענת של החיפוש המשפחתי ושל תפיסת דגימת הרוק ברחוב, צריכה להוביל לפסילת ראיות הדנ"א בענייננו.

גם אם היינו קובעים כי המשטרה אינה מוסמכת לערוך חיפוש משפחתי במאגר הדנ"א – וכמובהר לעיל, איננו קובעים כך – הרי שלא היה בקביעה כזו כדי לפסול את הראייה שהופקה מדגימת הרוק שנתפסה ברחוב. זאת, באשר פסילה כאמור היא, למעשה,



הפעלת דוקטרינת "פירות העץ המורעל", שלפיה "על בית-משפט לפסול לא רק את הראיה שהושגה כתוצאה ישירה מהפרת זכותו החוקתית של הנאשם, אלא גם כל ראיה אחרת שאותרה במישרין או בעקיפין באמצעות המידע שנחשף באותה ראיה ראשונה" (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, בפסקה 56 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש (4.5.2006) (להלן: עניין יששכרוב)). ואולם, כידוע, דוקטרינת "פירות העץ המורעל" לא נקלטה במשפטנו (שם, בפסקה 71).

זאת ועוד. אף אם היינו קובעים כי הן החיפוש המשפחתי הן תפיסת דגימת הרוק ברחוב אינם חוקיים – וכאמור, איננו קובעים זאת – ספק בעיניי אם היה מקום לפסול בענייננו את ראיות הדנ"א מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שפותחה בעניין יששכרוב. כידוע, בעניין יששכרוב הושתתה הדוקטרינה הנ"ל על שלוש קבוצות שיקולים עיקריות: אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה; מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה; והנזק מול התועלת החברתית הכרוכים בפסילת הראיה (שם, בפסקה 76). וכך נקבע שם לגבי קבוצת השיקולים האחרונה:

"קבוצת השיקולים השלישית שעשויה להיות רלוונטית להכרעה בשאלת קבילותה של ראיה שהושגה שלא כדין, עניינה בהשפעה שתהא לפסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב. השאלה המרכזית המתעוררת בהקשר זה הינה האם המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה גבוה מן התועלת האפשרית שתצמח מכך. הפרמטרים העיקריים בעניין זה הינם חשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה. כאשר מדובר בראיה חשובה ומכרעת לתביעה וכאשר העבירות המיוחסות לנאשם חמורות מאד, הרי פסילת הראיה עשויה לפגוע יתר על המידה באינטרסים הנוגדים שעניינם לחימה בפשע והגנה על שלום הציבור ועל נפגעי העבירה. בנסיבות אלה, פסילת הראיה תוביל לידי כך שהאשם בביצוע עבירות חמורות לא ייתן את הדין על מעשיו - תוצאה שעלולה כשלעצמה לפגום בעשיית הצדק ובאמון הציבור בבת-המשפט" (שם, בפסקה 72).

אכן, בעניין יששכרוב הדגישה השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש כי קבוצת שיקולים זו אינה חפה מקשיים, והותירה לימים שיבואו את השאלה "באיזו מידה יראו בתי-המשפט בישראל להתחשב בחשיבות הראיה ובחומרת העבירה המיוחסת לנאשם במסגרת הפעלת שיקול-דעתם על-פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית" (שם, בפסקה 73). בהמשך, בע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל (23.11.2011) נקבע על-ידי השופט נ'

הנדל כי אין ליתן משקל לחומרת העבירה במסגרת בחינת קבילותה של ראייה, ועל קביעה זו חזר השופט א' שהם בע"פ 2868/13 חייב טוב נ' מדינת ישראל, בפסקה 89 (2.8.2018).

דעתי שונה, ועמדתי על כך בע"פ 5417/07 בונר נ' מדינת ישראל (30.5.2013):

"לטעמי, יש מקום לשקול את חומרת העבירה במסגרת התכליות של חקר האמת, החשש לביטחון הציבור והאינטרס של נפגע העבירה. ודוק: איני בא לומר כי בכל עבירת רצח או עבירה חמורה אחרת המשקל של חומרת העבירה יטה מיניה וביה את הכף לחובת הנאשם. אולם חומרת העבירה במסגרת שיקולי 'עלות-תועלת' צריכה להיות אחד הרכיבים במסגרת מערכת האיזונים המורכבת והעדינה של דוקטרינת הפסילה שהתוותה לנו הלכת יששכרוב. ואין לי אלא לחזור ולהפנות לדברי השופט (כתוארה אז) ביניש ([עניין יששכרוב], עמ' 566):

'חשוב להדגיש כי אף אחד מהשיקולים עליהם עמדנו אינו בעל מעמד בלעדי או מכריע, וכי משקלם היחסי של השיקולים האמורים ייקבע בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו' (שם), בפסקה 21; וראו גם ע"פ 6144/10 גטצאו נ' מדינת ישראל, בסעיף ג' לפסק דיני (10.4.2013).

לדידי, המקרה שלפנינו הוא מקרה "קלאסי" שבו קבוצת השיקולים הנ"ל צריכה לקבל משקל משמעותי. כמפורט לעיל, הרשעת המערער התבססה בעיקר על ראיות הדנ"א, ולא ברור אם ניתן להרשיעו בלעדיהן. העבירות המיוחסות למערער הן מהחמורות ביותר בספר החוקים, ונסיבות ביצוען מזויעות. פסילת ראיות הדנ"א וזיכוי המערער היו מובילים לחוסר צדק במובנו הרחב ולפגיעה באמון הציבור במערכת המשפט, ולשיטתי קשה עד-מאד לקבל תוצאה כזו במקרה דנן.

מכל מקום, כאמור, הערה זו היא בבחינת למעלה מן הצורך, באשר מסקנתנו היא כי לא נפל פגם חוקי בחיפוש המשפחתי או בתפיסת דגימת הרוק ברחוב.

הרשעה במעשה סדום

51. בית משפט קמא הרשיע את המערער בעבירת מעשה סדום, לפי סעיף 347(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) הקובע כדלהלן:

מעשה סדום

347. (א) [...] ]

(1א) [...] ]

(ב) העושה מעשה סדום באדם באחת הנסיבות המנויות בסעיף 345, בשינויים המחוייבים, דינו כדין אונס.

(ג) לענין סימן זה, "מעשה סדום" - החדרת איבר מאברי הגוף או חפץ לפי הטבעת של אדם, או החדרת איבר מין לפיו של אדם.

וכך קבע בית המשפט:

"החבלות הקשות שנמצאו בפי הטבעת של המנוחה ואף חבלה במפשעתה, כמו גם סימני המאבק שנמצאו על גופה והעובדה כי המנוחה נאלצה להתגונן מפני חפץ חד שחתך את ידה השמאלית, כל אלה מלמדים בעליל כי במנוחה בוצע מעשה סדום בכוח ובניגוד לרצונה. חיזוק לכך עולה מממצאי הזירה וביניהם חזייתה ותחתוניה של המנוחה שנמצאו חתוכים, דבר המלמד על הפשטתה של המנוחה בניגוד לרצונה. בנסיבות אלה, די בכך שזרעו של הנאשם נמצא על איבר מינה של המנוחה, מבלי שבין השניים הייתה היכרות מוקדמת ומבלי שהנאשם סיפק הסבר לכך, כדי לבסס במידה הדרושה במשפט הפלילי את המסקנה שהוא זה שביצע את מעשה (ה)סדום במנוחה בכוח ובניגוד להסכמתה" (בפסקה 302 להכרעת הדין).

52. החל מהודעותיו במשטרה ועד עדותו בבית משפט קמא, הכחיש המערער באופן גורף כל קשר למנוחה ולעבירות המיוחסות לו בכתב האישום. עם זאת, בשלב הסיכומים בבית משפט קמא העלתה ההגנה טענה, שלפיה הראיות שבבסיס הרשעת המערער בעבירת מעשה הסדום מעוררות אפשרות כי עבירה זו בוצעה במנוחה לאחר מותה. טענה זו התבססה על דברי פרופ' יהודה היס, מומחה לרפואה משפטית מהמכון שבדק את הגופה בזירה (להלן: פרופ' היס), שהעיד כי אין באפשרותו לקבוע אם הנזקים בפי הטבעת של המנוחה נגרמו בפרק זמן של שעה-שעתיים לפני המוות או מספר דקות אחריו (פרוטוקול מיום 23.2.2016, בעמ' 1087). בהסתמך על כך, נטען שהמשיבה לא הוכיחה מעל לספק סביר את קיום היסוד "אדם" בעבירת מעשה סדום, שלגישת ההגנה, אינו מתייחס למי שאינו בין החיים, וזאת לנוכח פסק הדין בעניין פלוני, שם נקבעה קביעה דומה ביחס לעבירת מעשה מגונה.

53. בית משפט קמא דחה את האפשרות שעבירת המין בוצעה במנוחה לאחר מותה. נקבע כי מאחר שגופת המנוחה נמצאה כפותה בידיה, ברגליה ובעיניה, הרי שהתרחיש

הסביר ביותר הוא שהמערער כפת את המנוחה כדי לבצע בה את זממו בכפייה ולמנוע ממנה להתנגד לכך, ולאחר מכן רצח אותה כדי שלא תביא לזיהויו. בית המשפט הדגיש כי בשום שלב לא העלה המערער גרסה עובדתית, לפיה ביצע את המעשים המינייים במנוחה לאחר מותה; כי לגרסת ההגנה שהוצגה בסיכומיה (להלן: קו ההגנה החלופי) אין אחיזה בחומר הראיות; וכי "חור" ראייתי כשלעצמו אינו מקים בהכרח ספק סביר לטובת נאשם. נפסק כי לעומת התרחיש המפליל שביססה המשיבה, ההגנה לא הציגה תרחיש שלם וסביר, אלא הסתפקה בהעלאת תהיות ביחס לאותו "חור" ראייתי, באופן שאין בו כדי ליצור ספק סביר לטובת המערער.

54. בערעור שלפנינו חזר המערער על טענתו, לפיה התשתית העובדתית שנפרסה בפני בית משפט קמא, בדגש על עדותו הנ"ל של פרופ' היס, מעוררת ספק סביר בתזה המפלילה שלפיה בוצעה עבירת המין במנוחה טרם מותה. לגישת המערער, קו ההגנה החלופי דווקא מתיישב עם ממצאי העובדה בדבר הכפיתה וקיומו של מאבק. לשיטתו, ממצאים אלו מעידים על התנגדות המנוחה ועל נחישותה למנוע מהמערער לבצע בה את עבירת המין, ו"מעלים מאליהם" את האפשרות שהמנוחה "מצאה את מותה במהלך המאבק", בטרם הצליח המערער לבצע בה את זממו.

55. אומר כבר עתה כי מקובלת עליי קביעתו של בית משפט קמא, לפיה אין בקו ההגנה החלופי כדי לעורר ספק סביר בתזה המפלילה שהציגה המשיבה.

הרשעת המערער בעבירה דנן, כמו גם בעבירת הרצח בכוונה תחילה, מבוססת על ראיות נסיבתיות. בפסיקתו של בית משפט זה השתרש הליך תלת-שלבי להרשעה על בסיס ראיות מסוג זה, כדלהלן:

"בשלב הראשון נבחנת כל ראיה נסיבתית בפני עצמה כדי לקבוע אם ניתן להשתית עליה מימצא עובדתי; בשלב השני נבחנת מסכת הראיות כולה לצורך קביעה אם היא מערבת לכאורה את הנאשם בביצוע העבירה, כאשר הסקת המסקנה המפלילה היא תולדה של הערכה מושכלת של הראיות בהתבסס על ניסיון החיים ועל השכל הישר. המסקנה המפלילה עשויה להתקבל גם מצירופן של כמה ראיות נסיבתיות אשר כל אחת בנפרד אמנם אינה מספיקה לצורך הפללה, אך משקלן המצטבר מספיק לצורך כך; בשלב השלישי מועבר הנטל אל הנאשם להציע הסבר העשוי לשלול את ההנחה המפלילה העומדת נגדו. הסבר חלופי למערכת הראיות הנסיבתית, העשוי להותיר ספק סביר באשר להנחה המפלילה את הנאשם, די בו כדי לזכותו. בית-המשפט מניח את התזה המפלילה של

התביעה מול האנטי-תזה של ההגנה ובוחרן אם מכלול הראיות הנסיבתיות שולל מעבר לכל ספק סביר את גירסתו והסברו של הנאשם" (ע"פ 9372/03 וייזל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 745, 754 (2004)).

(ראו גם ע"פ 2661/13 יחייב נ' מדינת ישראל, בפסקאות 37-39 והאסמכתאות שם (18.2.2014) (להלן: עניין יחייב); עניין שוורץ, בפסקה 58).

בענייננו, המערער אינו חולק על התשתית הראייתית עצמה או על האפשרות להסיק ממנה את התזה המפלילה, אלא טוען כאמור כי קו ההגנה החלופי מעורר ספק סביר באמיתותה של תזה זו.

הלכה פסוקה היא כי על מנת לעורר ספק סביר בתזה המפלילה, על התזה החלופית להיות מעוגנת במכלול הראיות הנסיבתיות ולספק להן הסבר סביר ומתקבל על הדעת, שאינו מאולץ או תיאורטי (ראו, למשל, ע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' קריאף, בפסקאות 99-100 והאסמכתאות שם (21.1.2015) (להלן: עניין קריאף); ע"פ 2132/04 קייס נ' מדינת ישראל, בפסקה 6 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (28.5.2007); ע"פ 4354/08 מדינת ישראל נ' רבינוביץ', בפסקה 2 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס (22.4.2010) (להלן: עניין רבינוביץ'); עניין יחייב, בפסקה 39 והאסמכתאות שם).

56. קו ההגנה החלופי שהציג המערער אינו עומד בתנאים אלו.

ראשית, קו זה אינו מעוגן בתשתית הראייתית ואינו מתיישב עם מכלול הראיות הנסיבתיות שבבסיס התזה המפלילה. כך, למשל, טענת המערער כי המנוחה "מצאה את מותה" כשנאבקה עמו בניסיון למנוע ממנו לבצע בה את זממו, אינה עולה בקנה אחד עם ממצאי העובדה שקבע בית משפט קמא בדבר מנגנון גרימת המוות. לפי ממצאים אלו, שהתבססו על חוות דעתו של פרופ' היס ועל עדותו, מותה של המנוחה נגרם כתוצאה מנזק מעיכה במוח עם שבר מרוסק בגולגולת, בעקבות מכה חזקה בראש עם חפץ קשה, כשהצד השני של הגולגולת מונח על משטח נוקשה. פרופ' היס שלל את האפשרות שהחבלה נגרמה כתוצאה מנפילה על סלע או כתוצאה מהידרדרות במדרון, והבהיר שכדי שהגולגולת תהיה מרוסקת כמו במקרה דנן, צריכה להיות נפילה מגובה של 300-400 מטר (פרוטוקול מיום 23.2.2016, בעמ' 1077). אם כך, אופן גרימת המוות אינו מתיישב עם תרחיש לפיו המנוחה "מצאה את מותה" במהלך מאבק עם המערער, אך עולה בקנה אחד עם התזה המפלילה, שלפיה לאחר שכפת המערער את המנוחה וביצע בה את זממו, רצח אותה כדי שלא תביא לגילוי.

כמו כן, לביסוס קו ההגנה החלופי, טען המערער כי על אף שביצוע מעשה מיני באדם חי הוא תרחיש שכיח יותר, הרי ש"היו דברים מעולם". ואולם, מדובר בטענה תיאורטית שאינה מעוגנת בחומר הראיות, ומשכך אין בה כדי לסייע למערער. לשם המחשה, כשם שפרופ' היס העיד שאין באפשרותו לשלול שהנזקים כפי הטבעת נגרמו מספר דקות לאחר המוות, כך הוא העיד גם שאין ביכולתו לשלול את האפשרות כי נזקים כאלו עשויים להיגרם בהסכמה (פרוטוקול מיום 23.2.2016, בעמ' 1086). כשם שאין באפשרות תיאורטית זו כדי לבסס תזה סבירה לפיה המעשה המיני בוצע בהסכמת המנוחה, כך אין בטענת המערער לפיה ניתן למצוא מקרים של ביצוע מעשים מיניים במי שאינה בין החיים, כדי לבסס את קו ההגנה החלופי.

אכן, בסופו של דבר, המערער מבקש לעורר ספק סביר בתזה המפלילה בהיעדר ראייה עצמאית בדבר המועד המדויק של ביצוע עבירת המין. ואולם, כפי שקבע בית משפט קמא, הלכה עמנו כי אין בעצם קיומו של "חור" ראייתי כדי להקים מיניה וביה ספק סביר ביחס לאשמת נאשם (וראו, למשל, עניין רבינוביץ', בפסקה 50 לפסק דינם של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור והשופט י' דנציגר, והאסמכתאות שם). כשלעצמי, אף איני סבור כי לפנינו "חור" ראייתי, באשר טענת המערער אינה מעוגנת בשכל הישר ובניסיון החיים, ואינה אלא בבחינת טענה תיאורטית בנוסח "אבל ייתכן שאירע כך וכך", מבלי לעגן טענה זו בשמץ של ראיה. טענה מעין זו ניתן להעלות כמעט בכל מקרה של אונס ורצח שבוצעו מבלי שבמקום נכחו עדי ראיה, ואנה אנו באים.

57. ויודגש: קו ההגנה החלופי הועלה על-ידי ההגנה כאמור רק בשלב הסיכומים בבית משפט קמא, לאחר שהמערער העיד שאין לו כל קשר לעבירות המיוחסות לו. מכאן שלא רק שהקו החלופי אינו מעוגן בראיות, אלא מדובר גם בגרסה כבושה שלא ניתן הסבר לכבישתה, על כל הכרוך בכך בדין הראייתי (ראו ע"פ 10033/17 שאכר נ' מדינת ישראל, בפסקה 44 והאסמכתאות שם (11.12.2019) (להלן: עניין שאכר); ע"פ 10477/09 מובארק נ' מדינת ישראל, בפסקה 30 והאסמכתאות שם (10.4.2013)).

58. לנוכח כל האמור, בדין קבע בית משפט קמא כי ממכלול הראיות מצטיירת תמונה לפיה המערער כפת את המנוחה כדי לבצע בה את עבירת המין, ולאחר שביצע בה את זממו רצח אותה. משזוהי מסקנת, אינני נדרש לשאלה האם הנסיבה "אדם" בעבירת מעשה סדום מתייחסת גם למי שאינו בין החיים.

59. לגישת המערער, אם לא תתקבלנה טענותיו שלפיהן יש לזכותו מהעבירות המיוחסות לו, לחלופין קמה לו הגנה מן הצדק, שמצדיקה להמיר את עבירת הרצח בה הוא מואשם לעבירת המתה חמורה פחות.

טענות המערער בהקשר זה גורסות, בעיקרו של דבר, כי הטיפול בראיות הדנ"א ובמוצגים מהזירה לקה במחדלים בלתי מכוונים, שנובעים בעיקר מחוסר סדר ששרר בשעתו במכון ובמעבדה הביולוגית, באופן שפגע ביכולתו של המערער להתגונן מפני האישומים נגדו.

המערער הדגיש כי גילוי בדיעבד של טעויות בתחום הדנ"א עשוי להתאפשר בהינתן תנאים נאותים לעריכת הבדיקות מחדש, בדגש על קיום חומר מקורי לדגימה, או לכל הפחות בהינתן תיעוד מקיף של פעולות המעבדה וקיום נהלים סדורים לעבודתה. נטען שבהיעדר חומר מקורי, תיעוד מספק ונהלים סדורים, אין דרך לשחזר את הבדיקות ולוודא את מהימנותן.

לגוף הדברים, המערער טען כי המחדל המרכזי בעניינו נעוץ בכך שלא נותר חומר מקורי מהדגימות שנלקחו ממטוש הלדן ומהמעיל, כך שלא התאפשר לו לדגום בעצמו את החומר כדי להתמודד עם ההאשמות נגדו. מעבר לכך, נטען בעיקר כי הטיפול בראיות הדנ"א תועד באופן לקוי; כי המעבדה לא התנהלה בשעתו לפי נהלי עבודה סדורים; וכי חלק מהמוצגים שנמצאו בזירה נבדקו באופן לא ממצה. לשיטת המערער, מחדלים אלו פגעו אנושות ביכולתו להתגונן מפני הראיות העיקריות שהרשעתו התבססה עליהן – דגימות הדנ"א מהזירה – באופן שמצדיק להחיל בעניינו הגנה מן הצדק.

60. בטרם נבחן טענות אלו, נעמוד על עיקרי התשתית הנורמטיבית הרלוונטית.

דוקטרינת ההגנה מן הצדק מסמיכה את בית המשפט ליתן סעד לנאשם, במידה ש"הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" (סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ)). על עיגונה של דוקטרינה זו במשפט הישראלי והתפתחותה ראו ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, בפסקאות 43-44 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (1.3.2017) (להלן: עניין גוטסדינר); רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי, בפסקאות 55-62 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר (31.10.2018)).

בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005) (להלן: עניין בורוביץ) נקבע מבחן תלת-שלבי לבחינת תחולתה של הגנה מן הצדק על מקרה מסוים. ראשית, יש לבחון אם נפלו פגמים מצד הרשויות בהליכים שהתנהלו בעניינו של הנאשם, וככל שנפלו – לעמוד על עצמתם. לשלב השני עוברים אם אכן נפלו פגמים, ובמסגרתו יש לבחון אם לנוכח עצמתם, ניהול ההליך הפלילי פוגע בחריפות בתחושות הצדק וההגינות. בחינה זו נערכת לאור איזון בין מכלול הערכים, העקרונות והאינטרסים הקשורים בהליך הפלילי, כפי שהם מתבטאים בנסיבות המקרה. אם שוכנע בית המשפט שקיום ההליך הפלילי אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושות הצדק וההגינות, בשלב השלישי יוענק סעד המאזן כראוי בין הפגמים שנפלו לבין אינטרסים נוספים עליהם מגן המשפט הפלילי (שם, בפסקה 21; ראו גם עניין גוטסדינר, בפסקה 44; ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 102-125 (מהדורה שנייה, 2009) (להלן: נקדימון)).

61. אם כן, נפתח בבחינת השאלה אם במקרה דנן נפלו פגמים בהתנהלות המעבדה הביולוגית, ובמידה שנפלו – נעמוד על עצמתם. בהקשר זה יודגש כי לגישת המערער, עצמת הפגמים צריכה להיבחן בראי מידת פגיעתם ביכולתו להתגונן מפני ראיות הדנ"א.

חומר מקורי לבדיקה – המעיל

62. טיעונו של המערער בדבר הפגיעה האנושה לכאורה ביכולתו להתגונן מפני ראיות הדנ"א, מושתת על טענה שלפיה לא נותר החומר המקורי שממנו הופקו ראיות אלו.

ואולם, במסגרת ההליך בבית משפט קמא קיבלה ההגנה לידיה מחצית ממיצוי הדנ"א שהופק מזרע שנמצא על המעיל, שממנו הופק כאמור פרופיל בן 15 אתרים שנמצא תואם לפרופיל הדנ"א של המערער. למערער ניתנה אפוא הזדמנות להגיש חוות דעת מומחה באשר לאפיון המיצוי ובכך להתמודד עם ההאשמות נגדו, אך הוא נמנע מכך (וראו בפסקה 143 להכרעת הדין).

63. המערער טען שקבלת המיצוי כשלעצמו לא מאיינת את החשש בדבר תקינות הבדיקות ומהימנות תוצאותיהן, משום שטעויות עלולות להתרחש גם בשלב הפקת המיצוי. המערער הדגיש שעובדות המקרה שלפנינו מדליקות "מספר נורות אזהרה בנוגע לתקינותו של המיצוי".



אקדים ואומר כי לא מצאתי ממש באותן "נורות אזהרה", ומדובר בטענות כלליות ותיאורטיות.

המערער הצביע על כך שהשוטר שהיה אמון על העברת המעיל בשנת 2014 לא זכר אם השקית שהכילה את המעיל הייתה סגורה. ואולם, המיצוי דנן הופק מהמעיל בשנת 1998, ובמיצוי זה השתמשה ד"ר פרוינד בשנת 2014 לקביעת הפרופיל בן 15 האתרים (פרוטוקול מיום 2.2.2016, בעמ' 809-810; חוות דעתה של ד"ר פרוינד מיום 6.11.2014 (ת/ב-7)). ברי כי אין בטענה לגבי אופן שינוע המעיל בשנת 2014 כדי להטיל דופי בתקינות המיצוי משנת 1998.

המערער גרס כי "מדובר במיצוי שבוצע פעם אחת בלבד, בשנת 1998, באמצעות שיטות עבודה ומכשור ישנים". ברם, לא שוכנעתי כי עצם העובדה שהמיצוי הופק בשנת 1998 מטילה ספק בתקינותו. בהקשר זה, כך העידה ד"ר פרוינד:

"שיטת ההפקה ב-98 הייתה הפקה אורגנית שהיא הפקה מאד מאד טובה. מה שהשתפר, ברזולוציה שהשתפרה זה שיטת ה-PCR והריצה וזה בדיוק מה שעשיתי פה, זאת אומרת השתמשתי בטכנולוגיה החדשה של 2014 כאשר ההפקה להבנתי ב-98 הייתה מעולה" (פרוטוקול מיום 17.2.2016, בעמ' 976).

המערער לא הציג אינדיקציות ממשיות לסתור דברים אלה.

64. אכן, לא נשמר גזיר המעיל ממנו הופק המיצוי הנדון. ואולם, בניגוד לטענת המערער, מעדותה של ד"ר פרוינד לא עולה שבנסיבות המקרה, אי-שמירת הגזיר מנוגדת לנהלי המעבדה והמכון.

ד"ר פרוינד העידה שככלל, במידת האפשר, המעבדה מקפידה להותיר חצי מהמוצג עבור ההגנה (פרוטוקול מיום 2.2.2016, בעמ' 800); וכי לפי הנהלים הכתובים, הכלל הוא שאין לשמור חומרים שעליהם היה הדנ"א, לאחר שזה מוצה מהם עד תום (פרוטוקול מיום 25.1.2016 בעמ' 699; וראו גם בפסקה 71 להכרעת הדין). וכך העידה ד"ר פרוינד ביחס לגזיר המעיל:

"ש. תסכימי איתי שאת הגזיר הזה של המעיל אין לנו על מנת שאנחנו מטעם מומחה מטעמנו נוכל למצות את ה-DNA משם.

ת. [...] אני הסברתי בזמנו שלוקחים גזיר וממציים ממנו את החומר הביולוגי ממציים אותו עד המכסימום ובגזיר עצמו לא נותר כלום, הוא ריק, לכן איננו שומרים את הגזיר עצמו. לי יש מיצוי באמצע מיצוי מהגזיר הזה הוא מה שיש במבחנות.

ש. כלומר אני כסנגוריה צריך לסמוך על פעולת המיצוי שאת עשית מבלי שאת תשאירי לי אפשרות לעקוב אחריך, נכון?

ת. אין דרך אבל, הסברתי את זה גם בזמנו לפרוטוקול, אני לוקחת את הכתם הכי קטן שאני יכולה כדי שתהיה משמעות לבדיקה, ממצה אותו, עושה את הבדיקה ומה שנותר מהבד השחור הזה, זה ריק, זה כלום אז אני לא שומרת את זה.

ש. ויש משהו שמונע ממך לקחת את אותה חתיכת בד בקוטר של חצי ס"מ וחצי ס"מ ולחתוך אותה לשניים?  
ת. זה לא הנוהל [ב]מעבדה, אנחנו משתדלים, הסברתי את זה בזמנו, אנחנו משתדלים לקחת מהכתם כמה שפחות אבל עדיין שיספיק לנו לבדיקה ומה שנותר, נותר על המוצג עצמו.

ש. כלומר אין לסנגוריה בדרך שבה את עובדת שום אפשרות לבחון את שאלת המיצוי שאת ביצעת? שאלת המיצוי בלבד.

ת. הוא לוקח את המיצוי עצמו ובודק מה יש שם.

ש. הבנתי, את שאלת המיצוי נכון?

ת. את תהליך המיצוי? איך אני יכולה לעשות את זה?  
תהליך הוא חד פעמי, איך אפשר?  
ש. אני צריך,

ת. איך אפשר לבדוק אותו, הוא נעשה פעם אחת וזהו כב' השופט מ' בר-עם: יש לך אפשרות לבדוק באמצעות עדות בחקירה נגדית.

ש. לא, אי אפשר להשאיר חצי ס"מ מהזה, אי[ן] אפשרות להשאיר חצי ס"מ.

כב' השופט מ' בר-עם: אגב, זה נוהל שהוא תמיד לגבי גזירים?

ת. תמיד

כב' השופט מ' בר-עם: שלא משאירים את המוצג עצמו?

ת. במעבדה שלנו ובמעבדה של המשטרה לא משאירים, לא" (פרוטוקול מיום 29.10.2017, בעמ' 2202-2203).

65. לנוכח דברים אלה, בנסיבות המקרה דנן, לא שוכנעתי כי אי-שמירת גזיר המעיל שממנו הופק מיצוי הדנ"א מנוגדת לנהלי המעבדה או עולה כדי פגם בהתנהלותה. כמו כן, כאמור לעיל, ההגנה קיבלה לידיה את מיצוי הדנ"א שהופק מגזיר המעיל, אך נמנעה מהגשת חוות דעת באשר לאפיון פרופיל הדנ"א, ואין ממש בטענות כי בנסיבות העניין מתעורר חשש בדבר תקינות המיצוי. מכאן שבכל הנוגע לשאלת הפגיעה ביכולת המערער להתגונן מפני ראית הדנ"א שהופקה מגזיר המעיל, יפים דברי השופט ד' מינץ בעניין

שאכר:

”הייתה פתוחה לפני המערער הדרך לבצע בדיקה נוספת שהייתה יכולה לאשש את טענותיו. לא ניתן להסתפק בטענת המערער כי לא יכל לעשות כן נוכח העובדה שבשל חלוף הזמן נותר רק ‘מיצוי’ החומר לבדו” (שם, בפסקה 33 לפסק דינו).

וראו גם בש”פ 4077/06 שוורץ נ’ מדינת ישראל (11.6.2006), שם נקבע כי על אף הפרשנות הרחבה והליברלית לזכות העיון מכוח סעיף 74 לחסד”פ, אין לחייב את התביעה להעביר לנאשם חומר חקירה שטרם נבדק על-ידה ואשר עשוי להתכלות במהלך הבדיקה.

חומר מקורי לבדיקה – מטוש הלדן

66. המערער גם הצביע על כך שלא נותר החומר המקורי ממטוש הלדן, ושהמיצוי שהופק ממנו התכלה.

67. לטענתו, ”מיצוי החומר עד כלות” ממטוש הלדן מנוגד לנהלי המכון, וזאת בהסתמך על עדותה של ד”ר פרוינד עצמה, שלפיה ”אנחנו מאד מקפידים כל מוצג להשאיר חצי להגנה אם זה אפשרי”, אלא אם ”הכמות היא מינימאלית” ואז ”אי אפשר לחצות”.

אכן, ד”ר פרוינד העידה כי ככלל, לפי הנהלים, יש לשמור במכון מחצית מהמוצג המקורי, למקרה של מחלוקת עתידית (פרוטוקול מיום 2.2.2016, בעמ’ 798-799). יחד עם זאת, כך העידה ד”ר פרוינד באותה נשימה:

”אנחנו מאוד מקפידים כל מוצג להשאיר חצי להגנה אם זה אפשרי. נניח המטוש הזה מהלידן אם רציתי לחצות אותו לשניים אז היה לא לי ולא להם אז לקחתי את כולו בסדר? אם הכמות היא מינימאלית אי אפשר לחצות” (שם, בעמ’ 800; ההדגשה הוספה – י”ע).

לנוכח דברים אלו, לא ניתן לקבוע כי העובדה שלא נותר החומר המקורי ממטוש הלדן מנוגדת בנסיבות המקרה לנהלי המכון, עליהם העידה ד”ר פרוינד.

68. באשר למיצוי הדנ”א שהופק מהמטוש, הרי שזה התכלה לאחר שנעשה בו שימוש שלוש פעמים: בשנת 1998 הופק ממנו פרופיל דנ”א בן 6 אתרים, כפי שנהוג היה

באותה תקופה; בשנת 2003, בעקבות התפתחויות טכנולוגיות, הופק פרופיל בן 10 אתרים; ובשנת 2011 הופק פרופיל כרומוזום Y (ראו בפסקאות 34, 36-37 להכרעת הדין).

בהקשר זה, בית משפט קמא קבע כי "המאשימה טענה, וטעון זה מקובל עליי, כי שמירת חלק מהראייה המדעית שבבסיס חוות-הדעת שמוגשת מטעמה, כדי לאפשר בדיקת אותה ראייה מטעם מומחים של ההגנה, הייתה מונעת הרחבת הפרופיל עם השנים, באופן שיאפשר מציאת פרופיל תואם" (בפסקה 142 להכרעת הדין).

הקביעה לפיה שמירת החומר דנן הייתה מונעת הרחבת פרופיל היא ממצא עובדתי, וכידוע, ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בממצאים מסוג זה (ראו, למשל, עניין שאכר, בפסקה 29 והאסמכתאות שם; עניין שוורץ, בפסקה 49 לפסק דיני).

69. המערער טען כי החלטת ד"ר פרוינד משנת 2011 להפיק פרופיל Y מהמיצוי דנן משקפת שיקול דעת לקוי, מאחר ש"תרומתו הסטטיסטית של פרופיל ה-Y הייתה זניחה למדי בענייננו – אפילו לשיטת המומחים מטעם התביעה", ד"ר פרוינד ופרופ' מוטרנו.

אין בידי לקבל טענות אלו.

המערער ביסס את טענתו בדבר תרומתו הזניחה לכאורה של פרופיל ה-Y, על ציטוט מתוך עדותה של ד"ר פרוינד, כדלקמן: "ה-Y כרומוזום מבחינה סטטיסטית הוא לא חזק, אצלו כל התכונות תלויות זו בזו, קשורות זו בזו, אז אי אפשר לעשות סטטיסטיקה... אין לו סטטיסטיקה חזקה בפני עצמו". ואולם, המערער הציג את הדברים באופן חלקי. כך העידה ד"ר פרוינד:

"מה שמיוחד ב-Y כרומוזום זה שהפרופיל עובר באופן זהה בקו האבהי [...] אבל ה-Y כרומוזום מבחינה סטטיסטית הוא לא חזק, אצלו כל התכונות תלויות זו בזו, קשורות זו בזו, אז אי אפשר לעשות סטטיסטיקה, אז הדבר היחיד שאנחנו כן יכולים כדי שלבית המשפט תהיה איזושהי הערכה מה הנדירות של אותו פרופיל, אנחנו קובעים פרופיל של Y ומחפשים במאגרי מידע בינלאומיים כמה פעמים הוא נראה [...] לכן בתחום הפורנסי הוא מסייע, הוא לא עומד בפני עצמו כי אין לו סטטיסטיקה חזקה בפני עצמו. אבל לשלילה הוא חזק ביותר" (פרוטוקול מיום 11.11.2015, בעמ' 493-494; ההדגשות הוספו – י"ע).

מכאן, שגם בהנחה שניתן היה להרשיע בסופו של דבר את המערער גם ללא ממצא באשר לפרופיל ה-Y – לנוכח ראיות הדנ"א הנוספות שהופקו ממטוש הילדן ומהמעיל – הרי שלא ניתן ללמוד מכך שלכתחילה ההחלטה משנת 2011 להפיק פרופיל ה-Y שיקפה שיקול דעת לקוי.

ראשית, נכון לשנת 2011, ממטוש הילדן הופק פרופיל דנ"א בן 10 אתרים, ומהמעיל הופק פרופיל דנ"א בן 3 אתרים בלבד (ראו בפסקאות 36, 44-48 להכרעת הדין). רק בשנת 2014 הופק פרופיל ה-Y ממוצג המעיל, וכן התאפשר באמצעות טכנולוגיה חדישה להפיק ממוצג זה פרופיל דנ"א "רגיל" בן 15 אתרים (שם, בפסקה 48). גם הפקת פרופיל ה-Y מרצועות הבד התאפשרה רק בשנת 2014 בעקבות התפתחויות טכנולוגיות (שם, בפסקה 104). את תרומתו של פרופיל ה-Y שהופק בשנת 2011 להרחבת פרופיל הדנ"א ממוצגי הזירה יש לבחון מנקודת מבט של שנת 2011, ולא לאחר הרשעת המערער. כמו כן, כעולה מדברי ד"ר פרוינד דלעיל, לפרופיל ה-Y יש תפקיד "חזק מאד" בכל הנוגע לשלילת הקשר של חשודים פוטנציאליים לביצוע העבירות. ברי כי העובדה שתפקיד זה לא בא לידי ביטוי בעניינו של המערער, אינה מאיינת את החשיבות שהייתה לפרופיל ה-Y עד שאותר המערער בשנת 2014. בנוסף, בהרשיעו את המערער התבסס בית משפט קמא גם על ממצאי פרופיל ה-Y, כפי שעולה, בין היתר, מקביעתו לפיה "צירוף הממצאים משלושת המוצגים ביחד מכריע בכירור את הכף לחובת הנאשם וזאת ניתן ללמוד מדבריו של פרופ' מוטרו: 'במילים אחרות, אם אני אקח אדם אקראי מהאוכלוסייה, ההסתברות שהוא יתאים גם בסימנים הרגילים ובנוסף גם בכרומוזום Y, ההסתברות היא אפסית'" (שם, בפסקה 146 (ההדגשה במקור – י"ע)). פרופיל ה-Y הוא אפוא ראיה נסיבתית עוצמתית נוספת (והשוו לעניין שוורץ, בפסקה 55), שהיה על גורמי החקירה לבדוק במסגרת החקירה. נזכיר כי גם בסופו של דבר, פרופיל ה-Y מילא תפקיד משמעותי באיתור המערער במסגרת "החיפוש המשפחתי", כמפורט לעיל.

לנוכח כל זאת, לא שוכנעתי כי בנסיבות העניין, החלטת ד"ר פרוינד להפיק בשנת 2011 פרופיל ה-Y מהמיצוי שהופק ממטוש הילדן משקפת שיקול דעת לקוי.

תיעוד ונהלים

70. המערער הוסיף כי נפלו פגמים קשים בהתנהלות המעבדה, בכל הנוגע לעבודה לפי נהלים סדורים ולתיעוד הפעולות הרלוונטיות. כאמור, המערער הדגיש כי בהיעדר חומר מקורי שניתן לדגום מחדש, ובהיעדר נהלים סדורים ותיעוד מקיף של שרשרת המוצגים ופעולות המעבדה, לא ניתן לוודא את מהימנות ממצאי הבדיקות.

71. בית משפט קמא בחן לעומק טענות אלו של המערער, ולהלן אעמוד על עיקרי הדברים שעולים מהכרעת דינו בהקשר הנדון.

בשנת 2008 הוסמכה המעבדה הביולוגית על-ידי מכון התקנים, ובשנת 2011 – על-ידי הרשות להסמכת מעבדות. לבית משפט קמא הוגשה מטעם ההגנה חוות דעתה של ד"ר אורנה דריזין, מומחית במטרולוגיה (תורת המדידה) ובבקרת איכות, שבין היתר ניהלה במשך שמונה שנים את הרשות להסמכת מעבדות (להלן: ד"ר דריזין). מחוות הדעת של ד"ר דריזין ומעדותה עלה כי נכון לשנת 1998, אף מעבדה פורנזית לא הייתה מוסמכת בישראל; כי מעבדה שמבקשת לקבל הסמכה צריכה לעמוד בשני סוגי כללים – ניהול בהתאם לנהלים והבטחת איכות המדידה; כי ללא נהלים, לא ניתן לפקח על התנהלות המעבדה ולבקר את ממצאיה כשלא ניתן לערוך אנליזה בדגימה המקורית; וכי יש לנהל רשומות מדויקות של הבדיקות שנערכו במעבדה ולבצע ולידציה (תיקוף) של שיטות הבדיקה.

לנוכח דברים אלה, בית משפט קמא בחן "האם התקיימו התנאים הנ"ל: האם בין השנים 1998-2003, הן השנים הרלוונטיות לבדיקות המוצגים, בטרם קיבלה המעבדה הסמכה ממכון התקנים, היו נהלי עבודה שניתן לסמוך על התקיימותם במקרה שלפנינו; האם עבדו על פי הנהלים במקרה שלפנינו; האם התקיימו בדיקות איכות ובקרה, בין השאר, לשלילת זיהומים אפשריים; והאם ניתן לעקוב אחר שרשרת המוצגים מרגע תפיסתם" (בפסקה 65 להכרעת הדין). כ-25 עמודים מהכרעת הדין הוקדשו לבחינת שאלות אלו, וכך סיכם בית המשפט את מסקנותיו:

"לאחר שעיינתי במוצגים שנלוו לעדויותיהם של פרופ' היס וד"ר פרוינד, ולאחר שהתרשמתי מעדויותיהם, ועדויות נוספות הקשורות להתנהלות המכון והמעבדה אז והיום שוכנעתי במידה הדרושה כי התנאים הנזכרים בחוות-דעתה של ד"ר דריזין בהיבט של הניהול והבטחת האיכות של המעבדה הביולוגית התקיימו וקיימים במקרה דנן. [...] הבדיקות של שלושת המוצגים המרכזיים בתיק: מטוש הלדן, המעיל ופסי הבד נעשו על פי נהלים, ונערכו לגביהם בדיקות תיקוף ולידציה. החסרים והפגמים עליהם הצביע[ה] ההגנה אינם עולים, לכדי פגמים משמעותיים הפוגעים בתקינות הבדיקות. כפועל יוצא מכך, ניתן לסמוך על תוצאות הבדיקות של שלושת המוצגים העיקריים בתיק כתוצאות מהימנות" (שם, בפסקה 66).

72. ויובהר: טענות המערער ביחס לפגמים שנפלו לכאורה בטיפול בראיות הדנ"א מצד המעבדה, נטענו בפני בית משפט קמא כדי לבסס מסקנה כי לא ניתן להסתמך על ממצאי הדנ"א כבסיס להוכחת אשמת המערער מעל לספק סביר. מנגד, בערעור שלפנינו מוצגות טענות אלו באספקלריה של הגנה מן הצדק. על משמעות הבדל זה אעמוד בהמשך, אך מכל מקום, אין בכך כדי לגרוע מממצאי העובדה והמהימנות שקבע בית משפט קמא בסוגיות הנדונות, וזו נקודת המוצא לדיון שייערך להלן בטענות המערער.

73. המערער טען כי בתקופות הרלוונטיות לא היו נהלי עבודה סדורים במכון לרפואה משפטית. ואולם, כך קבע בית משפט קמא ביחס למוצג הלדן:

"בדיקות דגימת הלדן נעשו על פי נהלים קבועים. על-אף שלא היו נהלים כתובים, המאשימה זימנה לעדות את עורכי המסמכים וביניהם המומחית שניהלה את המעבדה בתקופה הרלוונטית, והם העידו על הנהלים שהיו קיימים כפי שתועדו בפרוטוקולים פנימיים של המעבדה. כמו כן, העדים סיפקו הסברים מניחים את הדעת לגבי החסרים שנמצאו בתיעוד, ושוכנעתי שאין בהם כדי לפגוע באופן [עריכת] הבדיקות ובתוצאותיהן" (שס, בפסקה 77).

וכך נקבע ביחס למוצג המעיל:

"בניגוד לטענות ההגנה, ישנו תיעוד מלא לשרשרת מוצג המעיל. גם אם התיעוד חסר חתימה כזו או אחרת, הרושם העולה מעדות עורכי המסמכים, באשר להתנהלות המעבדה, בתקופה הרלוונטית, הוא של מעבדה המתנהלת על פי נהלים ובאופן תקין" (שס, בפסקה 91).

74. אקדים ואומר כי המערער לא הצביע על טעם ממשי שמצדיק התערבות בממצאי עובדה ומהימנות אלו (וראו עניין שוורץ, בפסקה 44; עניין שאכר, בפסקה 29), או על טעם ממשי לסבור שחרף הקביעות הנ"ל של בית משפט קמא, יכולתו להתגונן מפני ראיות הדנ"א נפגעה משמעותית בשל חסרים בתיעוד או עבודה שלא לפי נהלים.

כך, המערער טען כי בשנת 1998 המעבדה הביולוגית לא עבדה לפי נהלי כימות כתובים, וכי לא קיים תיעוד של כימות החומרים שהתקבלו כתוצאה מההפקה האורגנית ממטוש הלדן ומהמעיל. ברם, בית משפט קמא עמד על כך ש"ד"ר פרוינד העידה, שהיא אינה יכולה לשחזר היום את חישוב כמות ה-DNA שהופקה ממטוש הלדן, אולם האינדיקציה לכך שהכמות שנלקחה לתהליך ה-PCR הייתה נכונה היא העובדה שהתקבל פרופיל DNA באופן ברור" (בפסקה 73 להכרעת הדין). ואכן, כך העידה ד"ר פרוינד:

"ש. כרגע שאלתי מה כמות הדנ"א שהופקה ממטוש הלידן P6 [...] [...]

כבוד השופט יורם נועם – אב"ד: אז מה הכמות? ת. התשובה היא שבזמנו עשינו את החישוב. היום אני לא יודעת להעריך בדיוק כמה התקבל שמה. ש. יכול להיות שזה גם לא רשום שם נכון?

[...]

ת. החישוב נעשה בזמנו ועל סמך החישוב הזה נלקחה כמות דנ"א ל-P.C.R. ה-P.C.R. הצליח כי הכמות הייתה נכונה ובעקבות ה-P.C.R. הייתה ריצה וקיבלנו פרופיל. היום אני לא יודעת להגיד כמה, לא, לא כתוב.

כבוד השופט יורם נועם – אב"ד: [...] את הכמות הנכונה את לא יכולה לומר לנו כמה?

ת. המבחן הוא התוצאה. אני רק רוצה להסביר מה המשמעות של הכימות.

[...]

ת. בדיקת הכימות בכל מערכת שהיא אז והיום היא לא מטרה בפני עצמה. היא בעצם אמצעי כדי שאני אקח את הכמות הנכונה לשלב הבא ואוכל לקבל בעצם את הפרופיל הגנטי.

כבוד השופט י' נועם – אב"ד: ואם את לא לוקחת את הכמות הנכונה?

ת. אז שתי אפשרויות, או שאני לא אקבל פרופיל בכלל או שאני אקבל פרופיל עמוס מדי ולא אוכל לקרוא את התוצאות. במקרה הזה זה לא קרה.

כבוד השופט י' נועם – אב"ד: אבל אם בסוף את מצליחה לקרוא את התוצאות הכמות לא רלוונטית?

[...]

ת. לגמרי לא רלוונטית, היא כלי עזר, פשוט כלי עזר" (פרוטוקול מיום 2.2.2016, בעמ' 731-733).

המערער טען כי הסבר זה של ד"ר פרוינד "תמוה בעיניו", אך זאת מבלי לתמוך טענתו בחוות דעת מומחה; מבלי שהמומחים מטעמו התייחסו לסוגיה בחוות דעתם (לרבות באלו שמתבקש להוסיף כראיות בערעור, ועל כך בהמשך); ומבלי שד"ר פרוינד נחקרה לעומק על הסוגיה. בנסיבות אלו, לא ניתן לקבל את טענתו (והשוו לעניין שוורץ, בפסקה 48).

75. כמו כן, נטען כי במסמך מיום 2.3.1998 (ת/145-1) שעוסק בפרופיל שהופק ממטוש הלידן, ישנו חוסר אחידות ביחס לסימונים של אללים שאינם תואמים את הפרופיל הגנטי של המערער או המנוחה. המערער טען כי אללים אלו סומנו בארבע דרכים שונות: אותיות קטנות, סימני שאלה, סוגריים והמונח "חלש", והדגיש כי סימונים שגויים עלולים לגרום לטעויות.



אלא שטענה זו קשורה במישרין לטענות שהציג המערער בפני בית משפט קמא ביחס לזיהום אפשרי של הדגימות והימצאות אללים זרים. וכך קבע בית המשפט:

”ההגנה הצביעה על אללים זרים שנמצאו בדגימות, לעניין זה ניתן הסבר מקיף ומשכנע על-ידי מומחית המאשימה. לעומת זאת, ההגנה לא הביאה כל חוות-דעת מומחה לעניין משמעות הימצאותם של האללים הזרים, בהקשר של זיהום שעלול היה לטענתה להוביל לטעות בזיהוי [...]”

לעניין זה נשאלה המומחית מטעם המאשימה, האם במהלך תהליך ה-PCR יכולים להיגרם שינויים במולקולת DNA. המומחית הבהירה, כי כתוצאה מהריאקציה הכימית של השכפול היא לא יכולה לקבל פרופיל אחר מזה של בעל הדגימה. גם שמירת הדגימה בהקפאה אינה יכולה לפגום בה וגם אם הייתה נפגמת, הרי שלא הייתה מתקבלת אף תוצאה, ולא יתכן שהיה מתקבל DNA של מישהו אחר [...]”

לסברת מומחית המאשימה, שלא נסתרה, DNA לא יכול להופיע 'משום מקום' [...] ההגנה לא הביאה חוות דעת מומחה לבדיקות DNA, לטענה שההסברים שמסרה ד"ר פרוינד שגויים מקצועית, ושהפגמים הנטענים בסכיומיה מקעקעים את מהימנות הממצאים והמסקנות שהציגה המאשימה” (בפסקאות 134-136 להכרעת הדין).

וידגש: ד"ר פרוינד העידה כי לא הייתה במעבדה דגימת דנ"א של המערער, שהייתה עלולה "להתגלגל" בטעות למוצגים הרלוונטיים:

”מבחינתי אמינות התוצאות ב-98 היא בלתי מוטלת בספק. המעבדה גם אז היתה מאוד מאוד מחויבת לתחום הפורנסי, זאת אומרת, הכל נלקח בחשבון שלא יהיו זיהומים [...] והדבר הכי חשוב שאני יכולה להגיד כשאני מסתכלת על התיק כולו, מה שהכי חשוב פה, הדנ"א של החשוד [המערער – י"ע] אף פעם לא היה במעבדה” (פרוטוקול מיום 11.11.2015, בעמ' 515-516).

76. המערער הוסיף וגרס כי ד"ר פרוינד העידה שאין בידה מסמך שיכול להעיד על כך שהמעבדה הביולוגית עברה את בדיקות התיקוף הנדרשות בשנת 1998. אלא שבית משפט קמא נדרש גם לטענה זו, בחן לעומק את הביקורות שנערכו בשנים הרלוונטיות להבטחת איכות תוצאות הבדיקות במעבדה, ולבסוף קבע, בין היתר, כדלקמן:

"הנה כי כן, בכל הקשור במוצג P6, הוא המוצג העיקרי בתיק זה וגם המוצג שהתכלה ברבות השנים, כל הבדיקות שנערכו בו, החל משנת 1998, עובר דרך 2003 ועד לסימו בשנת 2011 לוו תמיד בביקורות איכות שתועדו במסמכי הבדיקות.

אשר לוולידציה, המאשימה הציגה פרוטוקול הערכת כמות ואיכות ה-DNA של ההפקה של תוצרי ה-PCR שנלקח מתוך Tech[n]ical Manual של חברת פרומגה, עליו הסתמכה המעבדה הביולוגית בשנת 1998. פרוטוקול זה מתאים לבדיקות שנעשו בשנת 1998. ד"ר פרוינד אישרה, כי אינה יכולה להציג מסמכים המעידים שבוצעה ולידציה בשנת 1998. עם זאת, הציגה בבית-המשפט את הולידציה של שיטת ה-S.G.M שבוצעה בשנת 2003 ואשר באמצעותה קבעה את הפרופיל מלדן המנוחה" (בפסקאות 118-119 להכרעת הדין).

77. לנוכח כל המפורט לעיל, לא מצאתי כי טענות המערער ביחס לתיעוד ולהתנהלות המעבדה לפי נהלים מגלות טעם להתערב בממצאי העובדה והמהימנות שקבע בית משפט קמא בסוגיות אלו, שעיקרם – המעבדה התנהלה לפי נהלים ובאופן תקין; לבדיקות נלוו ביקורות להבטחת איכות שתועדו במסמכים; החסרים הקונקרטיים שנמצאו בתיעוד אינם מטילים דופי במהימנות הבדיקות ובתוצאותיהן.

הגנה מן הצדק – טענות נוספות

78. המערער הוסיף כי נדרש היה לערוך בדיקה מעמיקה יותר ביחס לפריטי לבוש של המנוחה שאותרו בזירה ונמצאו עליהם פרופילים זרים. בית משפט קמא נדרש גם לטענות המערער ביחס לאותם מוצגים, וקבע כדלקמן:

"ההגנה טענה לפגמים בהתנהלות תקינה גם של מוצגים נוספים כגון: חולצה; חזייה; תחתונים; פד אינטימי; קונדום וניירות טישו, שלדעתה הם מוצגים רלוונטיים לענייננו. בסיכומיה הבהירה ההגנה, שהגם שהמאשימה אינה מבקשת להתבסס על מוצגים אלה, התנהלות המעבדה לגביהם מלמדת על אי הסדר שנהג במעבדה ועל התנהלות לקויה וללא נהלים. משנדחו טענות ההגנה לעניין שרשרת המוצגים העיקריים עליהם מתבססת המאשימה, איני נדרש לדון בטענות ההגנה ביחס למוצגים האחרים שנמצאו בזירה, שנבדקו או שלא נבדקו במעבדה [...] אשר על כן, טענת ההגנה לפגמים שנפלו במהלך בדיקות תקינות ביחס למוצגים אחרים בתיק, אשר ממילא לא היה בהן כדי לבסס את הרשעתו של הנאשם, דינה להידחות מחמת היעדר רלוונטיות" (בפסקה 105 להכרעת הדין).

בערעור שלפנינו הדגיש המערער כי במוצגים אלו טמון פוטנציאל לזיכוי, ולכן אי-מיצוי הבדיקה בעניינם פגע ביכולתו להתגונן מפני ראיות הדנ"א.

אומר כבר עתה כי גם טענה זו אין בידי לקבל.

אכן, "בבסיס חובת החקירה, המוטלת על הרשויות, עומדת החובה לפעול לחקר האמת והחובה להביא לדין את האשם האמיתי בביצועה של העבירה. חובת הרשויות למיצוי הליכי חקירה כראוי, מהווה גם חלק מזכות הנאשם למשפט תקין והוגן, בהיותו אמצעי לחשיפת האמת" (ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל, בפסקה ז(2) לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (18.5.2006) (להלן: עניין אלחורטי); ההדגשה במקור – י"ע).

ואולם, המערער לא הסביר כיצד העמקת הבחינה ביחס למוצגים הנדונים הייתה עשויה להוביל לזיכוי. ויוזכר: פרופיל דנ"א שמקורו בנוזל זרע שנמצא בלדן המנוחה ובמעיל שכיסה את גופתה העירומה, נמצא תואם לפרופיל הדנ"א של המערער. כמפורט לעיל, ההסתברות להימצאות פרט באוכלוסייה, מעבר למערער, עם פרופיל דנ"א זה לפרופיל שהופק ממוצגים אלו – אפסית. המערער הכחיש שאי פעם פגש את המנוחה, ולא סיפק הסבר להגעת הדנ"א שלו למוצגים. זאת, בעוד שישנן ראיות נוספות שקושרות את המערער לאירוע. כמתואר לעיל, גופת המנוחה נמצאה עירומה, כשעליה מעיל, גרביים ונעליים בלבד. בנסיבות אלו, לא ברור כיצד העמקת הבדיקות ביחס למוצגים הנדונים הייתה עשויה לסייע למערער להתגונן נגד ראיות הדנ"א נגדו. טענתו בדבר "פוטנציאל הזיכוי" שגלום בהם – נטענה בעלמא, ואין לקבלה (והשוו לעניין שאכר, בפסקה 52). כידוע, על בית המשפט להתמקד ב"יש הראייתי", ולבחון אם בכוחה של התשתית הראייתית לבסס הרשעה מעבר לספק סביר (ע"פ 3947/12 טאלח נ' מדינת ישראל, בפסקה 29 והאסמכתאות שם (21.1.2013); עניין שוורץ, בפסקה 45), ולא נפל פגם בהכרעת הדין בהקשר זה.

למעלה מן הצורך, יצוין כי בצדק טענה המשיבה כי לו סבר המערער שיש במוצגים הנדונים משום פוטנציאל לזיכוי, יכול היה לבקש לערוך בהם בדיקה מטעמו, כפי שביקש לערוך בחלק מהמעיל שהועבר לידיהו (ועל כך בהמשך). בנסיבות אלו, גם אם היה טמון במוצגים אלו פוטנציאל מזכה – וכאמור, איני קובע כך – הרי שבחירת המערער שלא לבקש לבחנם בעצמו שומטת במידה רבה את הקרקע תחת טענתו, שלפיה אי-העמקת הבדיקה מצד המעבדה היא-היא שפגעה ביכולתו להתגונן.

79. בשולי הדברים, יצוין כי המערער ביקש להצביע על פגם נוסף שנפל לשיטתו בהליכים בעניינו: המשיבה חשפה את בית משפט קמא לעברו הפלילי דרך ראיות שהגישה כדי להצביע על "עדות שיטה". אמנם בית משפט קמא לא התבסס על ראיות אלו בהכרעתו, אך לטענת המערער עצם הדיון בטענת עדות השיטה פגע בזכותו להליך הוגן.

מבלי להכביר מילים, אציין כי עצם העלאתה של טענת "עדות שיטה" בעניינו אינה עולה כדי פגם מצד התביעה. עדות שיטה היא חריג לכלל שלפיו אין להציג בפני בית המשפט את עברו הפלילי של הנאשם, ובית המשפט רשאי להתיר עדות שיטה ככל שיש בה כדי לתרום להכרעה בשאלה רלוונטית השנויה במחלוקת (ראו עניין קצב, בפסקה 332). התביעה רשאית אפוא להעלות טענת עדות שיטה – הגם שבית המשפט רשאי שלא לאפשר הגשת ראיות שנועדו לתמוך בטענה כזו – ואין לראות בכך משום פגם בהתנהלותה, לא כל שכן בהיעדר כוונת זדון מצדה.

הגנה מן הצדק – מסקנות

80. לנוכח כל האמור לעיל, לא עלה בידי המערער להוכיח קיומם של פגמים שבכוחם לצלוח את השלב הראשון של המבחן שנקבע בעניין בורוביץ. כמפורט, לא שוכנעתי כי בנסיבות דנן אי-שמירת מטוש הדרך וגזיר המעיל הרלוונטי מנוגדת לנהלי המכון, או כי המיצוי שהופק מהמטוש התכלה כתוצאה משיקול דעת לקוי מצד הגורמים במעבדה. כמו כן, לא הוצג טעם ממשי להתערבות בממצאי העובדה והמהימנות שקבע בית משפט קמא, שלפיהם המעבדה התנהלה לפי נהלים ובאופן תקין, ואיני סבור שיש ממש בטענה כי מוצגים נוספים מהזירה נבדקו באופן שמטיל דופי בהתנהלות הרשויות.

81. אך גם אם אניח לצורך הדיון כי ניתן לעבור לשלב השני של המבחן הנ"ל, איני סבור כי הגנה מן הצדק מתאימה לנסיבות המקרה שלפנינו, ועל כך להלן.

כאמור, בשלב השני של המבחן נבדק אם קיום ההליך הפלילי פוגע בחריפות בתחושות הצדק וההגינות. בחינה זו כרוכה באיזון בין הערכים, העקרונות והאינטרסים הקשורים בהליך הפלילי, כמפורט בעניין בורוביץ:

"מן העבר האחד ניצבים האינטרסים התומכים בהמשך קיומו של ההליך, ובהם העמדת עבריינים לדין ומיצוי הדין עמהם; הוצאת האמת לאור; קיומם של מנגנוני

גמול, הרתעה וענישה; שמירה על ביטחון הציבור; הגנה על זכויותיו של הקורבן הנפגע. ומן העבר האחר ניצבים האינטרסים השוללים, במקרה הקונקרטי, את המשך קיומו של ההליך, ובהם הגנה על זכויות היסוד של הנאשם; פסילת מהלכיה הנפסדים של הרשות והרתעתה מפני נקיטת מהלכים דומים בעתיד; שמירה על טוהר ההליך השיפוטי; שמירת אמון הציבור בבית-המשפט [...] בתוך כך עשוי בית-המשפט לייחס משקל, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם; לעוצמת הראיות (הלכאוריות או המוכחות) המבססות את אשמתו; לנסיבותיהם האישיות של הנאשם ושל קורבן העבירה; למידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן; לחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם ולנסיבות שהביאו לגרימתה; למידת האשם הרובץ על כתפי הרשות שפגעה בהליך או בנאשם וכן לשאלה אם הרשות פעלה בזדון או בתום-לב" (שם, בפסקה 21).

המערער הבהיר כי טענותיו אינן נוגעות לפגמים מכוונים, וכי השיקול העיקרי התומך בהחלת הגנה מן הצדק בעניינו הוא הפגיעה הנטענת ביכולתו להתגונן מפני ראיות הדנ"א. אלא שטענות המערער אינן מצביעות על כך שנפגעו זכויות יסוד שלו, או כי הרשויות התנהלו באופן נפסד שמצריך להרתיען מפני ביצוע פעולות דומות בעתיד. כאמור לעיל, לא הוכח שהגורמים במעבדה פעלו בניגוד לנהלים או שהפגיעה הנטענת במערער נגרמה כתוצאה מהפעלת שיקול דעת לקוי מצדם, כך שלא ניתן לייחס בעניינו אשם לרשויות. גם השיקול בדבר "חינוך" הרשויות לא רלוונטי לעניינו (וראו נקדימון, בעמ' 439), שהרי גם לשיטת המערער נהלי המעבדה וההקפדה עליהם כיום אינם כפי שהיו בעבר.

מנגד, במסגרת האיזון עם השיקולים נגד החלת הגנה מן הצדק, יש לשקול בעיקר את עצמת התשתית הראייתית נגד המערער, בראי חומרת העבירות המיוחסות לו.

לדידי, בנסיבות המקרה דנן, איזון זה מתלכד עם בחינת שאלת קיומו של ספק סביר, ואסביר.

82. את טענתו לפיה משמעות המחדלים הנטענים צריכה להיבחן בראי השפעתם על יכולתו להתגונן מפני הראיות נגדו, ביסס המערער על פסק הדין בעניין אלחורטי, שלא עסק בטענת הגנה מן הצדק כי אם בסוגיית הוכחת אשמת המערער שם מעל לספק סביר. וכך נקבע שם:

”במקרים שבהם נתגלו מחדלים בחקירת המשטרה, בית המשפט צריך לשאול עצמו האם המחדלים האמורים כה חמורים עד שיש לחשוש כי קופחה הגנתו של הנאשם, כיוון שנתקשה להתמודד כראוי עם חומר הראיות העומד נגדו או להוכיח את גרסתו שלו [...] על פי אמת מידה זו, על בית המשפט להכריע מה המשקל שיש לתת למחדל לא רק כשהוא עומד לעצמו, אלא גם בראיית מכלול הראיות [...] העדרה של ראיה, שמקורו בחקירת המשטרה, יזקף לחובת התביעה בעת שיישקל מכלול ראיותיה, ומאידך גיסא, הוא יכול לסייע לנאשם כשבית המשפט ישקול האם טענותיו מקימות ספק סביר [...] נפקותו של המחדל תלויה בתשתית הראייתית שהניחה התביעה ובספקות אותם מעורר הנאשם, והשלכותיו תלויות בנסיבותיו של כל עניין ועניין [...] מהאמור עולה, כי על מחדלי החקירה להימדד בדרך כלל במישור הראייתי [...] השאלה היא ביסודה שאלה של צדק. האם נעשה לנאשם עוול, בנסיבותיו של מקרה פלוני, בכך שהמשטרה חדלה בחקירה בצורה זו או אחרת [...] השאלה היא האם מצבור הראיות, בהינתן מחדל כזה או אחר, מביא להרשעה בלא ספק סביר” (שם, בפסקאות ז’-ח’).

ואם נסכם, ”נפקותו של המחדל תלויה בתשתית הראייתית שהניחה התביעה ובספקות אותם מעורר הנאשם”. במילים אחרות: בהינתן מחדלי חקירה, מידת פגיעתם ביכולת הנאשם להתגונן מפני הראיות נגדו נגזרת מההסתברות להיתכנותם של הסברים סבירים אחרים לראיות, מלבד התזה המפלילה, כשעל הסתברות זו מבוססת ההכרעה בשאלת הספק הסביר (וראו עניין שוורץ, בפסקה 57; 3510/16 אבו דקה נ’ מדינת ישראל, בפסקה 43 לפסק דינו של השופט ג’ קרא (17.7.2019)).

ואכן, בפני בית משפט קמא טען המערער כי יש במחדלים הנטענים כדי לעורר ספק סביר ביחס לאשמתו: ”[לטענת ההגנה – י”ע] פגמים הקשורים לניהול והתנהלות המעבדה הביולוגית [...] פגעו באופן משמעותי באפשרותו של הנאשם לחקור על אופן עריכת הבדיקות וביכולתו להתגונן, ועל-כן, בית-המשפט אינו יכול להסתמך על הממצאים כבסיס להרשעת הנאשם מעל לכל ספק סביר” (בפסקה 57 להכרעת הדין; והשוו לעניין שאכר, בפסקאות 29, 33-34, שגם שם נדונו טענות בנוגע לחסרי הקשורים לאופן ביצוע הבדיקות ולנהלי העבודה במעבדה, ובנוגע לכך שנותר רק מיצוי הדנ”א ללא החומר שממנו הופק – אך זאת ביחס לשאלת משקלה של ראיית הדנ”א שם וקימום של ספק סביר).

אמנם בעניין בורוביץ בית משפט זה כבר עמד על כך שטענות ביחס למחדלי חקירה עשויות להיבחן הן בהקשר של ספק סביר הן במסגרת הגנה מן הצדק:

”טענותיהם [של המערערים דשם – י”ע] על אודות פגמיה של החקירה [...] נמנות עם סוגי הטענות שככלל ראוי לבוחנן לאורם של שני מבחנים נפרדים: עניינו של האחד הוא בשאלה, אם לנוכח הפגמים שבהם לקו הליכי החקירה היה מוצדק והוגן לפתוח (או להוסיף ולנהל) את ההליך הפלילי נגד המערערים, ואילו עניינו של השני הוא בשאלה אם, ועד כמה, השפיעו פגמי החקירה על הוכחת העבירות שיוחסו למערערים ברמה הנדרשת בפלילים. יושם אל לב כי המדובר בשני מסלולי בחינה נפרדים שנועדו לקדם תכליות ערכיות שונות: המבחן הראשון נועד לקדם אינטרסים ציבוריים רחבים הקשורים בניהולם של הליכים פליליים, כצדק והגינות. בגדרו של מבחן זה פועלת, בין היתר, ה’הגנה מן הצדק’ [...] ואילו ביסוד המבחן השני – המבוסס על דיני הראיות – ניצב אינטרס ציבורי מרכזי אחד והוא חקר האמת” (ש, בפסקה 43; ההדגשות במקור – י”ע).

עם זאת, הודגש שם כי בין שני המבחנים הנדונים ישנם יחסי גומלין:

”אף שהמדובר בשני מבחנים שונים ונפרדים, קיימות ביניהם השפעות גומלין. כך למשל האינטרס הציבורי בחקר האמת נמנה עם מרכיביהם האפשריים של מושגי הצדק וההגינות [...] לפיכך מתן תשובה שלילית לשאלה כלום פגמי החקירה השפיעו על רמת הוכחתן של העבירות, עשוי להשפיע על ההכרעה בשאלה אם קיומו או המשכתו של ההליך מוצדקים והוגנים. הוא הדין בהיפוך היוצרות: האינטרסים הציבוריים הקשורים בהליך הפלילי – ובהם צדק והגינות – משפיעים על הגדרת מושג ה’אמת’ שההליך יהיה מצופה לבססה. כך למשל הם קובעים כי ניהול הליך פלילי הינו מוצדק והוגן מבחינה חברתית רק אם ה’אמת’ המפלילה תוכח בגדרו מעבר לספק סביר” (ש).

בענייננו, כאמור, טענת המערער מתמצה בפגיעה ביכולתו להתגונן מפני ראיות הדנ”א, כשעצמת הפגיעה נגזרת מהתשתית הראייתית, ומבלי שהוכח שהפגיעה הנטענת נגרמה כתוצאה מאשם של הרשויות. כך, יוצא שבמסגרת השלב השני של המבחן הנדון, עלינו לאזן בעיקרו של דבר בין מידת הפגיעה ביכולת המערער להתגונן, שנגזרת מעצמת התשתית הראייתית, לבין התשתית הראייתית עצמה (וראו נקדימון, בעמ’ 438-439, שמציין כי ביחס להגנה מן הצדק בהקשר של מחדלי חקירה, הנטייה היא “לייחדה למקרים קיצוניים, שבהם יש להעדיף את הרתעת גורמי החקירה וחינוכם, כמו גם את

חובת ההגינות כלפי הנאשם וההקפדה על זכויותיו החוקתיות, או כאשר מדובר במחדל מכוון שתכליתו לפגוע בנאשם").

83. בנסיבות דנן, כאשר לא מתעורר ספק סביר בשאלת אשמתו של המערער, ברי כי אין מקום לקבל את טענת ההגנה מן הצדק. הנה כי כן, במקרה דנן אין לפנינו טענות מסוג של אכיפה בררנית ומפלה, השתק, הפרת הבטחה מינהלית, שיהוי או סחבת קשה, אי מתן זכות שימוע, מעורבות הרשויות בכיצוע העבירה, רדיפה, דיכוי או התעמרות וכיו"ב טענות אופייניות למסגרת של הגנה מן הצדק (וראו רע"פ 7052/18 מדינת ישראל נ' רותם, בפסקאות 31-33 (5.5.2020)). למעשה, טענות המערער במסגרת של הגנה מן הצדק אינן אלא ניסיון להכניס את הספק הסביר "מהדלת האחורית", ואין לכך מקום. סעד של הגנה מן הצדק אינו "פרס ניהומים" למי שלא עלה בידו לעורר ספק סביר בדבר אשמתו, ובוודאי במקרה דנן, שבו ההגנה אף לא התיימרה לטעון בפנינו כי המערער חף מפשע.

84. לנוכח האמור, איני נדרש לטענה כי המרת סעיף העבירה עשויה לשמש סעד הולם במסגרת הגנה מן הצדק, ואין לי אלא לחזור על דברים שצינתי בע"פ 5975/14 אגבריה נ' מדינת ישראל (31.12.2015):

"חברתי עוררה את השאלה אם בית המשפט מוסמך להמיר הרשעה בעבירה שיוחסה לנאשם בהרשעה בעבירה אחרת. שאלה זו ראויה ונכבדה, ודומה כי יש ממש בדברי חברתי, באשר הגיונם של דברים כי 'בכלל מאתיים מנה', ואם מוסמך בית המשפט לבטל הרשעה, ניתן לטעון כי הוא מוסמך ליתן סעד מתון יותר. אותיר שאלה זו בצריך עיון, כאשר לטעמי תיק רצח, בנסיבות כגון דא, אינו התיק המתאים להתחיל במלאכה, ונניח לשאלה זו לכשתחפץ" (שם, בפסקה 65 לפסק דיני).

85. הקדשנו עמודים רבים לטענה של הגנה מן הצדק, על אף שכאמור המערער אינו מהין לטעון כי זיהוי הדנ"א שלו כמי שביצע את עבירת המין והרצח שגוי וכי הוא חף מפשע.

המקרה דנן מדגים כי המוסד של הגנה מן הצדק חרג ממידותיו הראויות (עע"מ 7485/19 קשקוש נ' מדינת ישראל – משרד המשפטים, בפסקה 23 (6.7.2020)), ודומה כי הטענה מועלית מצוות עורכי דין מלומדה כמעט בכל הליך פלילי, בין אם מדובר בעבירה קלה ושכיחה ובין אם מדובר בעבירה קשה או בלתי שכיחה. כבר נזדמן לי להצביע על



"העיוות שנוצר בשנים האחרונות בהליך הפלילי, עיוות שמקורו בעליית קרנה של ההגנה מן הצדק [...]" (בש"פ 6662/19 מדינת ישראל נ' בן עוז, בפסקה 11 (24.11.2019) (להלן: עניין בן עוז)). טענותיה של ההגנה אך ממחישות כי "צדק" הוא מונח מורכב. נניח, לצורך הדיון, שהיינו מגיעים למסקנה כי אכן נפלו פגמים ומחדלים בביצוע בדיקות הדנ"א, כטענת ההגנה, אך כאלה שאינם משפיעים על מהימנות תוצאות הבדיקות ועל תקפותן. האם הייתה זו תוצאה "צודקת" להמיר בשל כך את הרשעתו של המערער מרצח להריגה? לדידי, בחינת ה"צדק" במסגרת הגנה מן הצדק לא נעשית באספקלריה של הנאשם בלבד, אלא גם תוך התחשבות בצדק מנקודת מבטם של המנוחה, של בני משפחתה ושל האינטרס הציבורי.

הבקשות להוספת ראייה

86. המערער הגיש שתי בקשות לצירוף ראייה נוספת בערעור.

במסגרת הבקשה הראשונה, התבקש לצרף כראייה את חוות דעתה של ד"ר סוזן פופ, מומחית דנ"א מחברת DNA Forensics Ltd (להלן: ד"ר פופ). המערער טען כי המחדלים שנפלו בהתנהלות המעבדה מנעו ממנו את האפשרות לחלוק על ממצאי התביעה, ומכאן שקביעת בית משפט קמא, שלפיה היה עליו להראות כיצד המחדלים הנטענים משפיעים על מהימנות ממצאי הדנ"א, הציבה בפניו רף הוכחה לא הוגן. לטענת המערער, הוספת חוות הדעת של ד"ר פופ חיונית להגנתו, משום שהיא תומכת בטענה כי בהינתן המחדלים הנדונים, לא ניתן להצביע על טעות בממצאי הדנ"א.

המשיבה התנגדה לבקשה. בין היתר, נטען כי דבר לא מנע מהמערער להגיש את חוות הדעת הנדונה כבר בבית משפט קמא, מה גם שחוות הדעת מבוססת על תשתית ראייתית חלקית ואינה מתייחסת להליך שהתנהל בבית משפט קמא, לרבות עדויות המומחים שהעידו במסגרתו.

87. אקדים ואומר כי דין הבקשה להידחות.

הוספת ראייה חדשה בשלב הערעור היא מהלך דיוני חריג, שלא יתאפשר אלא למען "עשיית צדק" (סעיף 211 לחסד"פ). ככלל, לצורך הכרעה בסוגיה זו יש להתחשב בשלושה שיקולים: האפשרות שהייתה למבקש להגיש את הראייה בערכאה הדיונית; האינטרס בדבר סופיות הדיון; טיב הראייה החדשה והפוטנציאל שלה להשפיע על תוצאת ההליך (ראו, למשל, ע"פ 2362/16 קרני נ' מדינת ישראל, בפסקה 39 לפסק דיני

והאסמכתאות שם (1.7.2019); ע"פ 3966/19 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 25 לפסק דיני והאסמכתאות שם (30.4.2020)).

בענייננו, לא חלה כל התפתחות ראייתית לאחר ההליך בבית משפט קמא, ולא שוכנעתי כי המערער לא יכול היה להגיש במסגרתו את חוות הדעת דנן. אמנם המערער טען כי חוות הדעת לא הוגשה לבית המשפט המחוזי מפני שהצורך בה נולד בעקבות קביעותיו, שלפיהן היה על המערער להראות כי המחדלים הנטענים פוגמים במהימנותן של ראיות הדנ"א. ברם, לא רק שקביעות אלו של בית משפט קמא אינן בלתי-הוגנות, כטענת המערער, הן אף התבקשו. כאמור, המערער טען בפני בית משפט קמא שבשל המחדלים הנטענים, לא ניתן להסתמך על ראיות הדנ"א כבסיס להרשעתו מעל ספק סביר. לשם כך, היה עליו להטיל דופי במהימנותן של ראיות אלו כראיות הקושרות אותו לביצוע העבירות (והשוו לעניין שוורץ, בפסקה 40 והאסמכתאות שם). כמו כן, מהבקשה עצמה עולה שחוות הדעת דנן נועדה לתמוך בטענה כי המחדלים הנטענים פגעו ביכולת המערער להתגונן מפני ממצאי הדנ"א, והרי טענה זו נטענה על-ידו בבית משפט קמא (ראו בפסקה 57 להכרעת הדין). מכאן שאין להלום כי לא ניתן היה להגיש את חוות הדעת כבר בהליך בבית המשפט המחוזי.

ועיקרו של דבר, אין בכוחה של חוות הדעת כדי לשנות את תוצאות ההליך. בתמצית, בחוות הדעת נטען כי התיעוד הקיים בתיק לא מסייע לבחון את האפשרות לזיהום דנ"א של הדגימות, וכי לא ניתן לשלול את האפשרות שהייתה עלולה להתגלות טעות אם החומר המקורי היה נשמר, או אם התיעוד היה מלא יותר. חוות הדעת קשורה אפוא לטענות המערער בסוגיית ההגנה מן הצדק, אך אינה מוסיפה נדבך מהותי על טענות המערער בסוגיה זו, מה עוד שחוסרים שונים עליהם הצביעה ד"ר פופ בחוות דעתה קיבלו מענה בעדויות המומחים בבית משפט קמא. מכל מקום, חוות הדעת היא כללית ותיאורטית ואין בה כדי להקים ספק סביר באשמת המערער. כפי שתואר לעיל, בית משפט קמא בחן לעומק את טענות המערער בדבר זיהום אפשרי, ושלל את האפשרות שטעות היא שהביאה להתאמה מלאה בין פרופיל הדנ"א של המערער לבין פרופיל הדנ"א שהופק מהמוצגים. כמפורט לעיל, בית המשפט קיבל את עדותה של ד"ר פרוינד, שלפיה "דנ"א לא יכול להופיע משום מקום", והדבר לא נסתר גם בחוות דעתה של ד"ר פופ. ד"ר פרוינד העידה שבמעבדה לא הייתה דגימת דנ"א של המערער, שהייתה עלולה בדרך-לא-דרך "להתגלגל" בטעות אל המוצגים מהזירה, ואין בחוות הדעת כדי לשנות מקביעת בית משפט קמא, לפיה "החוסרים והפגמים עליהם הצביעה ההגנה אינם עולים לכדי פגמים משמעותיים הפוגעים בתקינות הבדיקות. כפועל יוצא מכך, ניתן לסמוך על תוצאות הבדיקות של שלושת המוצגים העיקריים בתיק כתוצאות מהימנות".

בשורה התחתונה, אין בחוות הדעת דנן כדי לעורר ספק סביר באשמת המערער, ועל כן הבקשה להבאת ראיה נוספת נדחית.

88. במסגרת הבקשה השנייה, התבקש להגיש חוות דעת של ד"ר יורם פלוצקי, מומחה לגנטיקה. המערער הסביר כי במהלך ההליך בבית משפט קמא, ההגנה קיבלה לידיה חלק מהמעיל שלא נדגם על-ידי המשיבה, בעקבות עדותה של ד"ר פרוינד לפיה על אותו חלק "יש משהו לבן, יכול להיות זרע בפירוש" (פרוטוקול מיום 11.11.2015, בעמ' 543). לטענת המערער, ההגנה פנתה לד"ר פלוצקי, שדגם את החלק דנן ומצא כי אינו מכיל תאי זרע, ובשל כך לא התעורר צורך להגיש חוות דעת בנושא לבית משפט קמא. המערער טען כי בית משפט קמא זקף לחובתו את העובדה שלא הגיש חוות דעת בנושא, ומכאן ההצדקה לבקשה דנן.

גם דינה של בקשה זו להידחות.

ראשית, כפי שעולה מנימוקי הבקשה עצמה, דבר לא מנע מהמערער להגיש את חוות הדעת לבית משפט קמא. שנית, לחוות הדעת אין ערך ראייתי בענייננו, לא כל שכן פוטנציאל לשינוי תוצאת ההליך. הגם שבית משפט קמא ציין כי המערער בחר שלא להגיש חוות דעת בסוגיה הנדונה, הרשעת המערער לא התבססה על כך. גם הדיון שנערך לעיל בסוגיית ההגנה מן הצדק כלל לא נגע בסוגיה זו.

הבקשה נדחית אפוא.

סיכום ביניים בנושא ההרשעה: הצטברות (aggregation) של ראיות

89. בעניין שוורץ (בפסקאות 50-60) עמדתי בהרחבה על הנושא של הצטברות ראיות, ועל כך שיש להבחין בין הסתברות ראייתית הנובעת מראיה אחת, לבין הסתברות ראייתית הנובעת מהצטברות (aggregation) של מספר ראיות בלתי תלויות האחת בשניה. אצביע אפוא על הראיות שהצטברו במקרה דנן לחובתו של המערער:

(-) התאמה בין הדנ"א שנמצא במטוש הלדן לפרופיל הדנ"א של המערער (הסיכוי לפרופיל גנטי זהה הוא ביחס של לפחות 1 ל-479 בליארד באוכלוסייה בישראל).

(-) התאמה בין הדנ"א שנמצא על גבי המעיל לפרופיל הדנ"א של המערער (הסיכוי לפרופיל גנטי זהה הוא ביחס של לפחות 1 ל-148 טריליארד באוכלוסייה בישראל).

נעצור הילוכנו בנקודה זו. שתי דגימות, כל אחת מהן ממקור עצמאי. מה הסיכוי לטעות או לבלבול או לזיהום של הדגימה, שהביאו לתוצאה שגויה זהה?

(-) התאמה בין פרופיל ה-Y של המערער לפרופילים של כרומוזום Y שהופקו משתי הפרקציות הנ"ל מהמטוש ומהמעיל, וכן לפרופילים שהופקו מרצועות הבד שבהן נקשרה המנוחה (השכיחות באוכלוסייה העולמית של פרופילים אלו נאמדת ביחס של 1 ל-13,400).

אילו עמדה ראיה זו כשלעצמה, לא היה די בה כדי להרשיע את המערער. אך היא מצטברת לראיות נסיבתיות אחרות באופן שמצמצם את האפשרות לטעות, וכפי שצינתי בעניין שוורץ:

"כאשר ממצאי הדנ"א אינם בדרגה כזו שניתן להרשיע רק על פיהן כראיה יחידה, אין משמעות הדבר שאין להם כל ערך ראייתי. בהינתן מסכת ראייתית נגד הנאשם, ראיית דנ"א שאינה מובהקת לחלוטין, עדיין יכולה להצטרף לקהל הראיות כראיה נסיבתית שעוצמתה נגזרת ממשקלה ההסתברותי" (שם, בפסקה 55).

נעצור שוב את הילוכנו ונחזור בנקודה זו למסקנת בית משפט קמא, שלפיה התשתית הראייתית שהועמדה על-ידי המשיבה מוכיחה מעל לספק סביר כי המערער ביצע את העבירות המיוחסות לו, בפרט בהינתן ש"זרע הנמצא בלדן המנוחה ועל המעיל שלבשה, כמו גם פרופיל ה-Y של הנאשם שנמצא על גבי פסי הבד ששימשו כלולאות לכפיתת המנוחה, מצביע על קשר ישיר של הנאשם לביצוע העבירות. אמירה זו מתחזקת, לאור העובדה כי הנאשם לא סיפק כל הסבר סביר, עובדתי ומדעי, חלופי, להמצאות פרופיל ה-DNA שלו על גופת המנוחה ועל בגדיה" (בפסקה 148 להכרעת הדין).

(-) עד הראיה שטרן חרת בזכרונו את המספר של לוחית הרישוי של הרכב אליו עלתה המנוחה: 34-307-85. כך זכר העד את המספר יום לאחר האירוע, כאשר התקשר לדווח למשטרה. מספר לוחית הרישוי של הרכב בו נהג המערער הוא 44-307-84. התאמה מדהימה למדי של חמש ספרות, שממוקמות באופן זהה כספרות האמצעיות.

(-) תיאור הרכב על ידי העד שטרן תואם באופן כללי את רכבו של המערער (צבע, דגם בעל מראה כללי דומה, מדבקות על השמשה האחורית).

(-) תיאור הנהג כחובש כובע קסקט ובעל זיפים – תואם באופן כללי את מראהו של המערער באותה תקופה.

שתי ראיות אחרונות אלה, הן דוגמה לראיות "חלשות" כל אחת כשלעצמה ושתייהן יחדיו בהצטברותן, אך בהצטברותן לראיות האחרות, יש בהן כדי לצמצם עוד יותר את האפשרות לטעות.

(-) ההיכרות של המערער את יער רמות, שם קיים יחסי מין עם חברתו, והאיום שלו על נהג מונית "אני אקפל אותך, אני אזרוק אותך לתא המטען, אזרוק אותך ביער רמות". אזכיר כי המערער שיקר בנקודה זו כאשר טען כי אינו מכיר את יער רמות.

(-) התנהגותו המפלילה של המערער בחקירותיו במשטרה, במהלכן ניגב ביסודיות את שפת הכוסות מהן שתה, וחדל מעשות כן רק לאחר שנלקחה ממנו דגימת דנ"א בהסכמתו.

(-) פלט מספרי פלאפון, שממנו עולה כי ממכשירו של המערער יצאה שיחה ביום 22.2.1998 בשעה 23:55. המשיבה טענה כי מדובר בפלט שניתן במענה לצו שיפוטי מיום 27.2.1998, שציווה על חברת פלאפון להמציא למשטרה "פלט שיחות נכנסות ויוצאות באזור [...] הדוידקה בירושלים לתאריך 22.2.1998 [...] ועד 23.2.1998" (צו זה הוגש כראייה וסומן ת/28א). כאמור, בית משפט קמא קבע כי לא ניתן להסתמך על הפלט כראייה, משום שאין בפלט עצמו אינדיקציה לכך שמדובר במנויים שאוכנו דווקא באזור הדוידקה, ומשום שאין בפלט עצמו אזכור לחברת פלאפון. לטעמי, קביעה זו שגויה. קשה להלום מקריות מעין זו, שסתם כך הפלט הנדון יימצא בתיק החקירה ללא קשר לצו השיפוטי הנ"ל. ברי כי חברת פלאפון לא התנדבה להמציא פלט כאמור, אילולא נדרשה לעשות כן על פי צו שיפוטי. מה גם שמנהל תפקידים מיוחדים במחלקת ההונאה של חברת פלאפון, שבמסגרת תפקידו היה אמון על מתן מענה לצווים של בתי משפט, העיד בבית משפט קמא כי מדובר בסוג של פלטים שהוצא לעיתים נדירות, וכי לא נעשה בו שימוש נפוץ באותה תקופה (ראו הכרעת הדין, בפסקה 214). לדידי, אם כן, מדובר בראיה עוצמתית כשלעצמה.

על רקע מכלול ראייתי זה, אחזור על דברים שציינתי בעניין שוורץ:

“בית המשפט בוחן בסוף הדרך את סל הראיות כמכלול, כל ראייה כשלעצמה וכל הראיות בהצטברותן [...] הצטברות ראיות שכל אחת מהן כשלעצמה אינה מעבר לכל ספק סביר, מגדילה את הסתברות מסקנתן. הדגש הוא על הצטברות ראייתית, שבתורה מובילה להסתברות ראייתית” (שם, בפסקאות 58-59; ההדגשות במקור).

ההצטברות הראייתית במקרה דנן, מביאה להרשעתו של המערער מעבר לכל ספק סביר, ואף למעלה מכך. ואכן, לא בכדי ההגנה לא טענה כנגד המסקנה המרשיעה כשלעצמה, ועל כך עוד אעמוד בסוף הדרך.

הערעור על גזר הדין

90. המערער טען כי העונש שהושת עליו בגין עבירת מעשה הסדום – 16 שנות מאסר – חורג במידה ניכרת ממדיניות הענישה הנוהגת, והוסיף כי היה מקום להורות על חפיפה, ולו חלקית, של עונש זה עם עונש מאסר העולם שהושת עליו בגין עבירת הרצח.

91. נקודת המוצא לדיון היא שערכאת הערעור לא תתערב בחומרת העונש שנגזר על-ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים של טעות בולטת או חריגה קיצונית מרף הענישה הנוהג בנסיבות דומות (ראו, מני רבים, ע”פ 2062/11 בורדנבה נ’ מדינת ישראל, בפסקה 8 והאסמכתאות שם (22.7.2013) (להלן: עניין בורדנבה); עניין שאכר, בפסקה 54 והאסמכתאות שם).

בענייננו, העונש שהושת על המערער בגין עבירת מעשה הסדום אינו חורג באופן ניכר ממדיניות הענישה הנוהגת בנסיבות דומות (וראו, למשל, עניין שאכר; עניין בורדנבה; ע”פ 2370/06 אונויאטוב נ’ מדינת ישראל (14.11.2007)).

בתוך כך, אין לקבל את טענת המערער כי יש להקל בעונשו מאחר ש”האכזריות, האלימות, וההתעללות הקשה במיוחד” (בפסקה 10 לגזר הדין) שהפעיל כלפי המנוחה עת ביצע בה את עבירת המין, היא “אותה אלימות ממש” שהובילה למותה. מסכת

ההתעללות האלימה והאכזרית שהעביר המערער את המנוחה במהלך ביצוע עבירת המין לא הייתה חלק מהאופן בו בוצע הרצח, באמצעות ריצוץ גולגולתה על-ידי חפץ קשה. גם אין לקבל את טענת המערער שהיה מקום להקל בעונשו לנוכח "חלוף הזמן", שכן העובדה שהמערער הצליח לחמוק מאימת הדין במשך כ-16 שנה אינה מצדיקה כשלעצמה הקלה בעונשו. גם לא מצאתי לקבל את הטענה כי היה מקום להקל בעונשו בגין התנהלותן של רשויות אכיפת החוק, בשים לב לדיון דלעיל בסוגיית ההגנה מן הצדק. באשר לטענת המערער כי אין זה ראוי שבית משפט קמא העמיד את הרף התחתון של מתחם הענישה על 13 שנים, בעוד שהמשיבה עתרה להעמידו על 12 שנים, יפים דברי השופט נ' סולברג בע"פ 1637/13 גולן נ' מדינת ישראל (15.7.2014):

"בית המשפט המחוזי היה רשאי לקבוע רף תחתון חמור יותר מזה שלו עתרה המשיבה, אולם אין זה דבר יום ביומו, ואכן היה צורך בנימוק משכנע לצורך כך [...] עם זאת, כאמור, משהעונש שנקבע איננו סוטה ממדיניות הענישה הנוהגת, אין גם בטענה זו כדי להביא להתערבותנו בעונשים שנקבעו" (שם, בפסקה 16).

92. גם בסוגיית חפיפת העונשים אין בידי להיעתר לטענות המערער.

עם כניסתו לתוקף של תיקון מס' 113 לחוק העונשין, נקבע כי העיקרון המנחה בענישה הוא "קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו" (סעיף 40 ב לחוק העונשין). בהתאם, השתרשה ההלכה לפיה יש להעניק ביטוי עונשי לכל מעשה שהנאשם הורשע בו (ראו, למשל, ע"פ 8686/15 גריבוב נ' מדינת ישראל, בפסקה 52 והאסמכתאות שם (3.10.2017) (להלן: עניין גריבוב); ע"פ 4087/14 סקורדוק נ' מדינת ישראל, בפסקה 68 (5.1.2017) (להלן: עניין סקורדוק); ע"פ 7907/14 ואזנה נ' מדינת ישראל, בפסקאות 13-14 (22.2.2015)). זאת, בכפוף לכלל הקבוע בסעיף 186 לחסד"פ, לפיו "בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בשל כל אחת מן העבירות שאשמתו בהן נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אך לא יענישנו יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה".

לשם בחינת השאלה אם יש לראות בעבירות שונות "אותו מעשה" פותחו בפסיקה שני מבחני-עזר עיקריים: המבחן ה"צורני-עובדתי", שבוחן אם העבירות משקפות פעולות שניתן להפריד ביניהן; והמבחן ה"מהותי-מוסרי", שבוחן בעיקר את האינטרס של קרבן העבירה ואת הערך החברתי שנפגעו (ראו, למשל, ע"פ 4910/13

ג'אבר נ' מדינת ישראל, בפסקה 24 לפסק דינו של השופט י' דנציגר והאסמכתאות שם (29.10.2014); עניין סקורדוק, בפסקה 67; עניין גריבוב, בפסקה 50).

בענייננו, בצדק קבע בית משפט קמא כי בראי שני מבחנים אלה, יש לראות בעבירת המין ובעבירת הרצח שני מעשים שונים:

”כאשר למבחן הראשון – הצורני-העובדתי [...] בשלב ראשון ביצע הנאשם את עבירת מעשה הסדום אגב כפיתת המנוחה, ובשלב שני את עבירת הרצח תוך שימוש בחפץ קהה. בכל הנוגע למבחן השני – המהותי-המוסרי [...] הערך החברתי המוגן של קדושת חיי אדם העומד ביסוד עבירת הרצח, וכן הערכים המוגנים של שמירה על שלמות גופו של אדם, על כבודו ועל האוטונומיה שלו, מפני פגיעה מינית, העומדים ביסוד עבירת מעשה הסדום, מחייבים כי במקרה שלפנינו לא תחשבנה עבירות הרצח ומעשה הסדום כ'מעשה אחד' לצורך הענישה; ובפרט כשמדובר במעשה סדום אכזרי אגב התעללות קשה” (בפסקה 11 לגזר הדין; ההדגשות במקור – י”ע).

לנוכח האמור, המערער לא הציג טעם ממשי שמצדיק התערבות בקביעת בית משפט קמא בדבר צבירת העונשים, ”בנסיבות החמורות של ביצוע העבירות – בדרך אכזרית, ברוטאלית ומזעזעת” (שם). בניגוד לנטען על-ידי המערער, העובדה כי שתי העבירות דנן בוצעו בסמיכות זמן ומקום, או הטענה שהרצח בוצע כדי למנוע את חשיפת המערער כמבצע עבירת המין – אינן מצדיקות כשלעצמן חפיפה כלשהי בין העונשים. אין להלום שבחירת המערער לרצוח את המנוחה לאחר שביצע בה את עבירת המין תוביל להקלה בעונשו.

איני סבור גם כי פסקי הדין בעניין שאכר ובע”פ 1900/18 ילמה נ' מדינת ישראל (6.10.2019) (להלן: עניין ילמה) תומכים בעמדתו של המערער בדבר חפיפת העונשים. בניגוד לנטען, בעניין שאכר לא הורה בית משפט זה על חפיפה חלקית של העונשים, אלא דחה את ערעורו של המערער שם על גזר הדין (בגדרו הושתו עליו 20 שנות מאסר בגין עבירות מין, מתוכן 15 שנה במצטבר לעונש מאסר העולם בגין עבירת רצח). אמנם בעניין ילמה הורה בית משפט זה כי 3 שנים מתוך ה-15 שהושתו על המערער שם בגין עבירת אינוס ירוצו בחופף למאסר העולם שהושת עליו בגין עבירת רצח. ברם, קביעה זו נומקה בכך ש”אותם מעשי אלימות אשר גרמו למותה של המנוחה, ביניהם השימוש בסכין, יוחסו למערער גם בעבירת הרצח וגם במסגרת הנסיבות המחמירות שנלוו לעבירת האינוס. כך בית המשפט גם ייחס את סימני המאבק שנמצאו על גופתה של המנוחה



ל'פצעי הגנה', הן למעשה הרצח הן למעשה האינוס וזאת מבלי להבחין בין השניים" (שם, בפסקה 21). בענייננו, כמובהר לעיל, אין לקבל את טענת המערער לפיה "אותה אלימות" הופעלה כלפי המנוחה בעבירות המין והרצח.

"רצח חריג בחומרתו"

93. המערער גרס כי לא היה מקום לקבוע שהרצח בו הורשע בוצע "בנסיבות חריגות בחומרתן", כמשמעותן בסעיף 30 ב לחוק שחרור על תנאי (להלן: סעיף 30ב).

94. לצורך דיון בסוגיה זו, ראשית נעמוד על הוראות החוק הצריכות לעניין ועל היקף תחולתן, לאור פסיקתו של בית משפט זה.

לפי סעיף 29 לחוק שחרור על תנאי, ועדת שחרורים מיוחדת רשאית להמליץ לנשיא המדינה לקצוב את עונשו של מי שנגזר עליו עונש מאסר עולם, "לאחר שחלפו לפחות שבע שנים מהיום שהחל לשאת את מאסרו, ובלבד שהתקופה שתמליץ לקצוב לא תפחת מ-30 שנים". בשנת 2014 נחקק סעיף 30ב, לפיו מי שבית המשפט קבע כי ביצע רצח "בנסיבות חריגות בחומרתן", ועדת שחרורים מיוחדת לא תמליץ להקל בעונשו בטרם חלפו לפחות 15 שנים מהיום שבו החל לשאת את מאסרו, ובלבד שתקופת המאסר שתמליץ לקצוב לא תפחת מ-40 שנים :

המלצה לעניין אסיר עולם שהורשע ברצח חריג בחומרתו

30ב. (א) בית משפט שהרשיע אדם ברצח רשאי לקבוע, לעניין המלצה לקציבת עונש מאסר עולם, שאותו אדם ביצע את המעשה בנסיבות חריגות בחומרתן.

(ב) קבע בית המשפט כאמור בסעיף קטן (א), יחולו הוראות סעיף 29 בשינויים אלה :

(1) על אף האמור בסעיף קטן (א), ועדת שחרורים מיוחדת לא תמליץ להקל בעונשו של האסיר בטרם חלפו לפחות 15 שנים מהיום שבו החל לשאת את מאסרו, ובלבד שהתקופה שתמליץ לקצוב לא תפחת מ-40 שנים ;

(2) בסעיפים קטנים (ב) ו-(ה), במקום "מ-30 שנים" יקראו "מ-40 שנים".

בדברי ההסבר להצעת החוק שהובילה לחקיקת סעיף 30ב, הובהר כי "ההצעה אינה מתייחסת לכל רצח שהוא (ואף לא לכל רצח שמוצע לקבעו כרצח בנסיבות מחמירות

בהצעת חוק העונשין (תיקון 119) (עבירות המתה) [...] אלא למעשי רצח חריגים, אכזריים או מרובי קורבנות" (דברי ההסבר להצעת חוק שחרור על-תנאי ממאסר (תיקון מס' 14) (אסיר עולם שהורשע ברצח חריג בחומרתו), התשע"ד 2014, ה"ח הכנסת 144; ההדגשה הוספה – י"ע). עיון בפרוטוקולי הישיבות של ועדת החוקה, חוק ומשפט לקראת חקיקת סעיף 30ב, מעלה כי המחוקק הותיר בכוונה את המושג "נסיבות חריגות בחומרתן" עמום ובלתי מפורט, כדי שבית המשפט ייצוק לו תוכן (ראו למשל פרוטוקול ישיבה מס' 237 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19, 8-10 (22.9.2014) (להלן: פרוטוקול הוועדה מיום 22.9.2014)).

95. היקף תחולתו של סעיף 30ב נדון בבית משפט זה אך פעמים ספורות. בע"פ 7899/16 אבו חאשיה נ' מדינת ישראל (16.10.2018) (להלן: עניין אבו חאשיה), עמדתי על כך ש"מובן כי כל מעשה רצח הוא מזעזע בפני עצמו, ובשפת הדיבור היומיומי קיים קושי לקבוע כי מעשה רצח מסויים איננו 'חריג בחומרתו'. למרות זאת, המחוקק מצווה עלינו להגדיר מעשי רצח 'חריגים בחומרתם' בהשוואה למקרי רצח המובאים בדרך כלל לפתחם של בתי המשפט. ברור אפוא, כבר מתוך לשון החוק, כי הוראת סעיף 30ב נועדה למקרים חריגים, ויישומה צריך להיעשות במשורה" (שם, בפסקה 6). עוד ציינתי שם כי "אינני סבור כי תנאי להפעלת סעיף 30ב הוא הצטברות של מספר רכיבים בעלי חומרה יתרה". בעניין אבו חאשיה לא מצאנו עילה להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי, לפיה רצח חייל בדקירות סכין במסגרת פיגוע טרור, מתוך כוונה לקחת את נשקו ולירות בעוברים ושבים, עולה כדי "רצח חריג בחומרתו" (יצוין כי כיום, סעיף 40 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 מחיל הסדר זהה לזה שקבוע בסעיף 30ב על מי שנידון למאסר עולם בגין עבירת טרור, כך שכבר אין צורך להשתמש בסעיף 30ב ביחס לעבירות מסוג זה).

ברע"ב 3340/16 גנאמה נ' ועדת השחרורים המיוחדת (22.5.2016), ציינתי כי "המבקש הורשע בפרשה מזוויעה ואכזרית [רצח הנער דני כ"ץ – י"ע], שהוגדרה בצדק על ידי ועדת השחרורים כ'טראומה לאומית' ש'נצרכה בזכרון הקולקטיבי'. נוכח נסיבותיה החריגות לחומרה של הפרשה, יש להניח, במידה רבה של סבירות, כי אילו סעיף 30ב לחוק - שנחקק במסגרת תיקון 14 בשנת 2014 - היה קיים בשעתו, עת הורשע המבקש בביצוע הרצח, בית המשפט היה עושה שימוש בסעיף זה" (שם, בפסקה 19).

96. סעיף 30ב נדון שוב בבית משפט זה בעניין ילמה, שעסק במקרה שבו המנוחה נאנסה ונרצחה בברוטאליות ובאכזריות. בין היתר, בית המשפט עמד על תכליתו של סעיף זה וסקר את הקביעות שהוזכרו לעיל בעניין אבו חאשיה, כמו גם פסקי דין של בתי

המשפט המחוזיים שהכירו בתחולת הסעיף, ביניהם עניינו של המערער שלפנינו. וכך נקבע בעניין ילמה:

"אין ספק כי כל מקרה יבחן בהתאם לנסיבותיו ואין לקבוע מסגרת נוקשה של קטגוריות עליהן יחול הסעיף. עם זאת, ניתן למנות כאמור נסיבות חריגות בחומרתן המצדיקות עיכוב עיתוי המלצת ועדת השחרורים והגבלת תקופת קציבת עונש מאסר עולם: אלימות וברוטאליות חריגות במיוחד; אכזריות קיצונית והתעללות נפשית ופיזית של הנאשם בקורבן; ביצוע רצח על ידי קרובו של הקורבן; רצח או ניסיון רצח של קורבנות רבים; היות הקורבנות צעירים או היותם חסרי ישע; תקיפה (ובכלל זה תקיפה מינית) ברוטאלית שקדמה לרצח. למותר לציין כי אין מדובר ברשימה סגורה.

[...]

בענייננו, המעשים אותם ביצע המערער במנוחה הם מהחמורים והמזעזעים שאפשר להיתקל בהם. המערער תקף קורבן אקראי, ביצע בה עבירות מין ורצח אותה באלימות. לא זו אף זו, לאחר מותה של המנוחה המערער אפשר לכלבתו להשחית את גופתה, וניסה בעצמו לבתר אותה באמצעות מסור, הכול בשוויון נפש מצמרר ותוך רמיסת כל זכר לכבודה של המנוחה ולאנושיותה. הברוטאליות הרבה של מעשיו של המערער שפגעו בערכים החברתיים היסודיים ביותר של החברה, מגבשים ללא כל ספק חומרה חריגה ומיוחדת. על כן, בדין קבע בית המשפט המחוזי כי הרצח בוצע בנסיבות חריגות בחומרתן והחיל את סעיף 30ב לחוק שחרור על תנאי בהתאם" (שם, בפסקאות 26 ו-28 לפסק דינו של השופט ד' מינץ).

גם בעניין שאכר דן בית משפט זה במקרה בו רצח הנאשם את קורבנו לאחר שאנס אותה וביצע בה מעשה סדום "בנסיבות קשות ואכזריות", ונפסק – תוך הפנייה לעניין ילמה – כי בצדק קבע בית המשפט המחוזי שמדובר ברצח בנסיבות חריגות בחומרתן, לפי סעיף 30ב.

97. לשיטת המערער, אמנם ניכר הדמיון בין עניינו לבין המקרים שנדונו בעניין ילמה ובעניין שאכר. ואולם, נטען שבית משפט זה הכיר בתחולת סעיף 30ב בעניין ילמה, ובעקבות זאת בעניין שאכר, "ללא כל דיון מעמיק", מבלי שנשקלו ההשלכות הטמונות בכך ותוך הסתמכות על גזר דינו של המערער בבית משפט קמא. המערער הדגיש שהכרה בתחולת סעיף 30ב על המקרים שנדונו בעניין ילמה ובעניין שאכר אינה הולמת את תכלית הסעיף.

98. ברם, לנוכח המתואר לעיל, אין יסוד לטענה כי קביעת בית המשפט בעניין ילמה התקבלה כלאחר יד. אכן בעניין שאכר לא נערך דיון נרחב בסוגיה, אך זאת בעקבות הדיון שנערך בעניין ילמה ולנוכח הדמיון בין שני המקרים. גם העובדה שבית המשפט בעניין ילמה התייחס לגזר דינו של המערער בבית משפט קמא אינה מעוררת קושי של ממש. כאמור לעיל, בית המשפט בעניין ילמה בחן את הסוגיה דנן תוך התייחסות, בין היתר, למקרים שבהם הכירו בתי המשפט המחוזיים בתחולת סעיף 30ב. ואולם, בניגוד למשתמע מטענות המערער, מובן שבית המשפט בעניין ילמה לא ראה עצמו ככול לקביעות בתי המשפט המחוזיים בהקשר הנדון.

99. אין לקבל את טענת המערער, שלפיה ההכרה בתחולת סעיף 30ב בעניין ילמה ובעניין שאכר אינה הולמת את מטרת החוק. למעשה, טענה זו מבוססת על כך שבפרוטוקול ישיבה מס' 208 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19 (30.6.2014), שדנה בהצעת החוק הנ"ל, לא עלתה דוגמא דומה למקרים שנדונו בעניין ילמה ובעניין שאכר. ואולם, כמובהר לעיל, עיון בפרוטוקולים של ישיבות ועדה זו שעסקו בסעיף 30ב מגלה כי המושג "נסיבות חריגות בחומרתן" הושאר עמום ובלתי מפורט, מתוך כוונה שבית המשפט ייצוק לו תוכן. כך, כמענה לטענה שיש לקבוע בחוק קריטריונים למקרי רצח חריגים בחומרתם לפי סעיף 30ב, ציין יו"ר הוועדה, ח"כ דוד רותם: "אנחנו לא מכינים לבתי-המשפט רשימות סגורות" (פרוטוקול הוועדה מיום 22.9.2014, בעמ' 8). וכאמור, כל שצוין בהצעת החוק הוא כי מדובר ב"מעשי רצח חריגים, אכזריים או מרובי קורבנות".

אכן, עשויה להישמע טענה כי בחירת המחוקק שלא להבהיר מהן אותן "נסיבות חריגות בחומרתן" אינה חפה מקשיים (וראו אריה פטר "רצח 'בנסיבות חריגות בחומרתן': האם העמימות הכניעה את עקרון החוקיות?" הסניגור 269-270, 4 (2019) (להלן: פטר)). יחד עם זאת, מטענה כזו לא נובעת מסקנה שדווקא מקרים מהסוג שלפנינו לא צריכים להיכנס בגדרו של סעיף 30ב.

100. בענייננו, המערער ביצע במנוחה – נערה בת 17 שלרוע מזלה נקלעה באותו לילה ארור לדרכו של המערער – מעשה סדום אלים ואכזרי, בעודה כפותה חסרת אונים. נחסוך מהקורא דברים שאמר פרופ' היס בעדותו בהקשר זה, אך נציין כי כשסיים המערער לבצע במנוחה את זממו, רוצץ את ראשה באמצעות חפץ קהה, כך ש"כל הגולגולת הייתה מרוסקת" (פרוטוקול מיום 23.2.2016, בעמ' 1077). אין בכוחן של מילים לתאר את התופת שהעביר המערער את המנוחה ברגעי חייה האחרונים. לנוכח כל זאת, עסקינן ברצח חריג בחומרתו לפי סעיף 30ב. ויודגש: נסיבות הרצח אינן מתמצות באופן ההמתה,

אלא כוללות גם את הנסיבות שאפפו אותה (והשוו לסעיף 301א לחוק העונשין). מכאן שאין מקום לטענת המערער, לפיה בבחינת נסיבות הרצח אין להתחשב בביצוע האכזרי של עבירת המין.

101. לקראת סיום, אציין כי ביום 5.2.2017 פורסמה הנחיית פרקליט המדינה שתכליתה "לקבוע קווים מנחים באשר לנסיבות שבהן תבקש התביעה לקבוע כי רצח בוצע בנסיבות 'חריגות בחומרתן'", כמשמעותן בסעיף 30ב ("רצח חריג בחומרתו" הנחיות פרקליט המדינה 9.18 (התש"ף)). בין היתר, הודגש בהנחיה כי תנאי סף להגשת בקשה כאמור הוא שמדובר ב"רצח בנסיבות מחמירות" לפי סעיף 301א לחוק העונשין, אך לא מדובר בתנאי מספיק ו"רק מקרים חריגים מתוך מקרי הרצח הללו יצדיקו הגשת בקשה כאמור" (שם, בסעיף 7); וכי הגשת בקשה בנושא מחייבת אישור המשנה לפרקליט המדינה לעניינים פליליים (שם, בסעיף 12). כמו כן, בהנחיה מפורטת רשימה – שצוין כי אינה ממצה – של נסיבות שבהתקיימן תשקול התביעה להגיש בקשה כאמור: "רצח מכוון של ילדים צעירים או חסרי ישע [...]" ; "רצח הורה שנעשה בכוונה תחילה [...]" ; "רצח מרובה קורבנות [...]" ; "רצח שבוצע בכוונה לרצוח רבים [...]" במיוחד אם בוצע תוך מניע אידאולוגי או גזעני [...]" ; "רצח שבוצע באכזריות קשה או חריגה באופן מיוחד, כך לדוגמה, כשהרוצח התעלל בקורבן או בגופתו סמוך לרציחתו" [...]" ; רצח של גורם ממערכת אכיפת החוק [...] של נבחר ציבור או עובד ציבור שבוצע על רקע ובקשר עם תפקידו".

נראה שבכוחה של הנחיה זו לתרום לגיבוש גישה כללית ואחידה מצד התביעה, באשר להגשת בקשות להכרה בתחולת סעיף 30ב (והשוו לע"פ 7211/13 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 58 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר (13.12.2015)); פטר, בעמ' 11). מכל מקום, כפי שציינתי בעניין אבו חאשיה, יש ליישם במשורה את סעיף 30ב, ומקובל עליי כי הרשעה ברצח בנסיבות מחמירות לפי סעיף 301א לחוק העונשין היא תנאי הכרחי, אך לא מספיק, להכרה כאמור.

הרהורים לפני סיום

102. מעינם של הקוראים לא נעלמה העובדה שההגנה לא העלתה את הטענה הקלאסית שאנו מצפים לשמוע מפי כל סניגור: "מרשי חף מפשע". ההגנה לא העלתה טענה זו, מאחר שאשמתו של המערער זועקת מההצטברות הראייתית שעליה עמדתי לעיל. למרות זאת, מתן מענה לכל טענה וטענה שהעלתה ההגנה (הגם שבית משפט אינו

נדרש בפסק דינו להתייחס לכל טענה שמועלית על ידי מי מהצדדים) הביא אותנו לסוף הדרך רק לאחר עשרות עמודים, ועם הקוראים שהלכו עמנו לאורך כל הדרך, הסליחה.

הערעור דנן הוא אך דוגמה אחת מני רבות לתהליך שעובר המשפט הפלילי בשני העשורים האחרונים – משיח של ראיות לשיח של זכויות. בימים עברו, המשפט הפלילי התמקד בעבודה המייגעת והאפורה של בחינת כל ראיה לגופה, קבילותה, משקלה והצטברותה למכלול של ראיות, והכל על מנת לממש את תכלית כל התכליות של המשפט – חקר האמת. אך בעשורים האחרונים דומה כי המקום של ה"יש הראיתי" הולך ונזנח לטובת טענות לפגמים כאלה ואחרים בחקירה ובהליכי התביעה, טענות לאי חוקיות של מעשה זה או אחר במהלך החיפוש-תפיסה-חקירה, טענות להגנה מן הצדק ועוד. טענות כאלה, מסיטות את ההליך הפלילי מדרך המלך ומהתכלית של חקר האמת, גורמות להליך הפלילי להסתרבל ולהתארך עוד יותר, ולמעשה מביאות להיפוך תפקידים: "הנאשם קם מכיסאו והופך לקטיגור, והמאשימה אמורה מכאן ואילך להתגונן ולהוכיח כי פעלה כחוק" (עניין בן עוז, בפסקה 11). מבלי לכפור בתרומת שיח הזכויות להליך הפלילי ולזכויות הנאשם, לטעמי, הגיעה העת כי ההליך הפלילי שהלך והסתרבל ישיל מעליו משקולות שנוספו לו בשנים האחרונות, ויחזור ויעמיד במרכז הבמה את החתירה לביורר האמת העובדתית.

100 דבר

103. לנוכח כל האמור לעיל, אציע לחבריי לדחות את הערעור על כל חלקיו, הן על הכרעת הדין הן על גזר הדין.

ש פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

1. במקרה הרגיל, עשיית צדק מאוחרת נחשבת לבעייתית. אולם, יש מקרים – וכזה הוא גם המקרה שבפנינו – שבהם היא טובה עשרות מונים מאי-עשיית צדק כלל. פרשת רציחתה האכזרית והמזעזעת של נועה אייל ז"ל הוסיפה לרחף כצל כאשר נותרה ללא פיענוח. מבחינה זו, השלמת החקירה המאוחרת בתושייה ובשום שכל אפשרה להעמיד דברים על מכונם. אני תמימת דעים עם מסקנתו של חברי השופט י' עמית בפסק דינו המקיף והמשכנע לפיה דין הערעור להידחות.

2. טענותיו של המערער התמקדו בשלושה "נתיבים" עיקריים – טענות כנגד השימוש במאגר ה-דנ"א לצורך השוואה לדגימות שנמצאו בזירת הפשע על בסיס של "פרופיל משפחתי" ולא רק לשם איתורו של אדם קונקרטי שדגימתו כלולה במאגר; טענות כנגד בדיקת חומר ביולוגי (טיפת רוק) שנמצאה ברשות הרבים ללא צו חיפוש; טענות שעניינן אופן הטיפול בראיות ה-דנ"א ובמוצגים שנמצאו בזירה, ובעיקר בכל הנוגע למיצוי חומר ה-דנ"א באופן שלא אפשר בדיקות נוספות מצד ההגנה. אני סבורה שהתשובות שנתן חברי לכל אחת ואחת מהטענות הן נכונות, ועל כן אוסיף עליהן דגשים בודדים בלבד.

3. פרופיל משפחתי ומאגר ה-דנ"א – מלכתחילה, היקפו של מאגר ה-דנ"א המשטרתי הוגבל כך שיכלול רק מי שנחקרו או הורשעו בביצוע עבירות בעצמם, כמפורט בחוק. החובה למסור דגימות דנ"א לא הוטלה על כלל האזרחים מטעמים ברורים שעניינם איזון בין הזכות לפרטיות לבין האינטרס הציבורי. אולם, האם בשל כך לא ניתן לעשות שימוש במאגר גם לצורך איתור אנשים שאינם כלולים בו על בסיס של "פרופיל משפחתי", דהיינו באופן שמאפשר להמשיך הליכי חקירה כלפי קרובים של מי שנכללו במאגר? אני סבורה שהתשובה לשאלה זו חייבת להיות שלילית. כפי שהסביר חברי, במקרה שבפנינו הניסיון להשוות בין מאפייני הדגימה שהופיעה במאגר לבין הדגימות שנמצאו בזירת הפשע היה כרוך אך בשימוש מושכל בנתונים שהיו גלומים במאגר.

4. יש להודות: הפנייה לדגימות ה-דנ"א במאגר המשטרתי לצורך מציאת דמיון משפחתי לדגימה שנמצאה בזירת פשע אכן אינה טריוויאלית. שימוש בהשוואה ל-דנ"א שבמאגר לא רק לצורך מציאת דגימה זהה, אלא גם לצורך חקירה נוספת של בני המשפחה של בעל הדגימה, מעורר קשיים מהיבט הפגיעה בזכויות בכמה מישורים. בראש ובראשונה הוא חושף לחקירה בני משפחה תמימים של אנשים שדגימותיהם נכללו במאגר לחקירה משטרתית. יש לזכור כי כאשר מאותר קשר משפחתי בין דגימה שנמצאה בזירת פשע לבין דגימה שבמאגר, מספר האנשים שיכולה להתנהל נגדם חקירה פוטנציאלית עשוי להיות גדול. בנוסף לכך, חקירה המכוונת כנגד בני משפחה על בסיס דמיון ב-דנ"א עשויה להוביל לחשיפה של עניינים של צנעת הפרט (אימוץ, הריון שמקורו בקשר שמחוץ לנישואין ועוד). בדיקה מסוג זה עשויה להוביל אפוא לפתיחתה של "תיבת פנדורה". אם כן, הגם שאין בסיס לטענה לפיה חיפוש ה-דנ"א המשפחתי שקול להכללתם של קרובי המשפחה במאגר ה-דנ"א, יש אמת בכך שהוא חושף פנים נוספים בפגיעתו של מאגר זה בפרטיות.

5. חרף האמור, אני מצטרפת למסקנתו של חברי כי השימוש במאגר ה-דנ"א גם לצורך איתורו של קשר משפחתי נופל בגדרי ההסמכה החקיקתית – על-פי לשונה ותכליתה גם יחד. אולם, בשים לב לסיכונים הנוספים הכרוכים בבדיקה המכוונת להמשך חקירה על בסיס של קשר משפחתי, נדרשת זהירות בשימוש בטכניקה חקירתית זו במישור של שיקול הדעת. מאחר שמדובר בפעולה שכרוכה בפגיעות פוטנציאליות נוספות, יש מקום לבחון בכל מקרה ומקרה האם מאפייניו של תיק החקירה מצדיקים פגיעות אלה. אשר על כן, כחברי אף אני סבורה שיש מקום לכך שהיועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה יגבשו הנחייה מתאימה, אשר תכלול תבחינים ונהלים לשימוש במאגר ה-דנ"א על בסיס של דמיון משפחתי בין דגימות, תוך התייחסות לשיקולים כדוגמת חומרת העבירה והמאמץ החקירתי שהושקע בפיענוח התיק קודם לפניה למאגר ה-דנ"א (ראו והשוו: Sonia M. Suter, *All in the Family: Privacy and DNA Familial Searching*, 23 HARV. J. L. & TECHNOLOGY 309 (2010)).

6. אין בכך כדי להשפיע על ההכרעה בערעור שבפנינו. המקרה דנן משקף ניסיון "חלוצי" לשימוש במאגר המשטרתי לצורך איתור "פרופיל" דנ"א משפחתי, וכך הלקחים שיופקו ממנו יוכלו לשמש בסיס להכנת הנחייה מן הסוג שצוין. זאת ועוד: מאפייניו של המקרה הופכים אותו לכזה שבו הכף נוטה בבירור לעבר שימוש במאגר גם לצורך איתור של דמיון משפחתי בין דגימות, כאשר הדגש מושם בשיקולים שהוזכרו – חומרתן המופלגת של העבירות שבהן הואשם המערער, וכן קיומו של מאמץ חקירתי קודם, במובן זה שלא היה מדובר בצעד ראשון בחקירה, אלא בצעד שנעשה לאחר שהחקירה הגיעה באופן מובהק למבוי סתום.

7. בדיקת דגימה שנמצאה ברשות הרבים – כאשר אדם מפקיר דגימה פיזית ברשות הרבים באופן שמגלה כי אין לו עניין בה (השלכה לאשפה, ריקיקה וכיוצא באלה) הופכת הדגימה להיות הפקר. כל טענה שמדובר עדיין בחלק הקשור לגוף האדם ולכן מחייב צו חיפוש מהווה טענה מלאכותית שאינה מבטאת את רצונו של הנוגע בדבר בזמן אמת. עד היכן נרחיק לכת?

8. מיצוי חומר ה-דנ"א – מכל טענותיו של המערער, זו הנוגעת לסוגיה של מיצוי חומר ה-דנ"א בחלק מן הממצאים היא המטרידה ביותר לשיטתי. זאת, מאחר שחוסר אפשרות לבצע בדיקות מטעם ההגנה עלול לחבל בהגנתו של הנאשם. מנקודת מבטי, ברגיל זו אמורה להיות טענה נכבדה. דא עקא, בנסיבות הקונקרטיות של המקרה, השתכנעתי כי הגנתו של המערער לא נפגעה, כמוסבר על-ידי חברי. לא למותר לציין, כי מאז בוצעו חלק מבדיקות ה-דנ"א בתיק זה, הנהלים הנוגעים להתנהלות המעבדה



ולתיעוד הפעולות שנעשו על-ידה הפכו להיות מסודרים וברורים יותר. כך למשל, עולה מהכרעת דינו של בית המשפט המחוזי כי המעבדה הביולוגית שבה פוענחו הדגימות קיבלה הסמכה ממכון התקנים בשנת 2008 ומהרשות להסמכת מעבדות בשנת 2011. כן הובהר, כי ככל הניתן המעבדה מקפידה על ההנחיה המורה על שמירת מחצית מחומר ה-דנ"א כדי לאפשר להגנה לערוך את בדיקותיה. הדברים הם חשובים, ואף חיוניים. מכל מקום, בנסיבות העניין, העיקר הוא בכך שנוכח המכלול הראייתי והבדיקות שהתבצעו אין לומר שהגנתו של המערער נפגעה.

9. שיח ראיות ושיח זכויות – לא אוכל לסיים מבלי להתייחס במספר מלים למחשבות שהעלה חברי השופט עמית בחתימת פסק דינו ביחס למה שהוצג על-ידו כדיוטומיה בין "שיח ראיות" ו"שיח זכויות" בהליך הפלילי. בעשותו כן הביע חברי משאלה ביחס לחזרה לשיח ראיות הממוקד בתכלית של חקר האמת העובדתית, בבחינת "חדש ימינו כקדם". לדברים אלה אינני שותפה. העובדה שלפעמים נעשה שימוש יתר בטענות של שיח זכויות בהליך הפלילי, או אף בהליכים אחרים, אינה גורעת מחשיבותו. בסופו של דבר, תרומתו של שיח זה להליך הפלילי היא חיונית – הן מבחינת עשיית הצדק עצמה והן מבחינת מראית פני הצדק, שאף בערכה לא ניתן להפריז. העיסוק במשפט פלילי כרוך בדיני נפשות של ממש, כאשר על הפרק מצויות הפגיעה בזכויותיהם של קורבנות העבירה, מחד גיסא, והאפשרות לשלול את חירותו של הנאשם, מאידך גיסא. שיח הזכויות הוא אפוא חלק בלתי נפרד מההליך הפלילי. כשלעצמי, אינני מקבלת אפוא את ההבחנה בין מרכז הבמה לירכתיה.

10. עם חתימה – הגענו אל סוף הדרך. מבחינת החתירה לצדק, ולו מאוחר, ההליך המשפטי במקרה זה הוא הישג חשוב. ההרשעה בדין יסודה. יש התרת ספקות, אך אין כל שמחה. נועה אייל ז"ל נרצחה באכזריות בעודה בת שבע עשרה ואותה לא ניתן להשיב. מן המסמכים שבתיק בית המשפט למדנו כיצד משא הכאב הוביל לפירוק של משפחתה. המערער עצמו הקים משפחה שהוטלה כעת, שלא בטובתה, לבוץ הטובעני של חייו מלפני שנים רבות. אולם, יש מעשים שאין עליהם התיישנות, ולא רק במובן הפורמלי.

אני מסכים לפסק דינו המפורט והמנומק היטב של חברי, השופט יצחק עמית.

פרשת אינוסה ורציחתה של נועה אייל ז"ל היוותה במשך 16 שנים פצע פתוח ברקמת החברה הישראלית. פיענוחו של הפשע הנורא, והעמדת מבצעו הנתעב לדין, התאפשרו בזכות התקדמות מדעית בתחום הזיהוי הפלילי, היכולת לבצע "חיפוש משפחתי" במאגר דנ"א, אשר אפשרה למשטרת ישראל לאתר את המערער, ולקבוע, ברמת וודאות מוחלטת, כי הוא בעל פרופיל גנטי התואם את זה שהופק מתאי זרע שנמצאו בגופה ועל בגדיה של נועה ז"ל. היוזמה לשימוש באמצעי חדשני זה הייתה של סנ"צ עליזה רזיאל, ראש מעבדת מאגר הדנ"א של משטרת ישראל, והיא ראויה על כך לתודה ולהוקרה.

שיכול אמצעי הזיהוי העומדים לרשותה של משטרת ישראל במאמציה לאתר עבריינים הוא, ככלל, עניין מועיל ורצוי, עליו ראוי לברך. כך גם, על פני הדברים, ביחס לטכנולוגיית ה"חיפוש המשפחתי", אשר, כפי שהמקרה בו עסקינן מוכיח, עשויה לאפשר איתור עבריינים אשר אלמלא השימוש בה היו עלולים לחמוק מלתת את הדין על פשעיהם.

ובכל זאת טרחו סנגוריו המלומדים של המערער, אשר עשו באמונה ובמקצועיות את חובתם, והגישו את הערעור שלפנינו, בו ביקשו כי נפסול את השימוש ב"חיפוש המשפחתי", למרות תועלתו הבלתי שנויה במחלוקת. ולא רק לפסול את ה"חיפוש המשפחתי" ביקשו, אלא גם את פירותיו, באופן שיאפשר את זיכוי המערער, למרות שאף הם לא ההינו להטיל ספק באשמתו. ודוק, השימוש שנעשה במכשיר "חיפוש משפחתי" במקרה דנן איננו מצריך התייחסות לשאלה האם "דמיון משפחתי" שנמצא באמצעות שימוש בטכנולוגיה זו, מהווה, כשלעצמו, ראיה קבילה בהליך משפטי פלילי. הטעם לכך הוא שבעניינו אפשרו תוצאות ה"חיפוש המשפחתי" למשטרה להפיק ראיות דנ"א "סטנדרטיות", שעל קבילותן ואמינותן אין חולק. במילים אחרות, הרשעת המערער אינה מבוססת על תוצריו הישירים של ה"חיפוש המשפחתי", אלא על הפירות שהתאפשרו בעקבות פעולת חקירה זו. לפיכך, אין כל צורך שנתייחס לשאלת מעמדם הראיתי של ממצאי "חיפוש משפחתי" כשלעצמם, אלא רק לשאלה האם יש פסול בשימוש בטכניקת חקירה מדעית זו על ידי משטרת ישראל.

שני טעמים מרכזיים עמדו ביסוד טיעונם של הסנגורים המלומדים נגד השימוש ב"חיפוש משפחתי": ראשית, פגיעה בפרטיות; שנית, טיעון החוקיות. כחברי וחברתי, אינני סבור כי יש ממש בטיעונים אלה, ועל כן לא רק שיש להרשיע את המערער, אלא שראוי גם להכשיר את השימוש ב"חיפוש המשפחתי" לצורכי חקירה משטרתית.

ככל שמדובר בפגיעה בפרטיות, הרי שיש לאבחן בין הטענה לפגיעה בפרטיות אלה שנתוני הזיהוי שלהם שמורים במאגר משטרת ישראל (להלן: המאגר המשטרתית ו- הכלולים במאגר המשטרתית, בהתאמה), לבין הטענה לפגיעה בפרטיות של קרוביהם של הכלולים במאגר המשטרתית, אשר פשעיהם עלולים להיחשף בעקבות שימוש ב"חיפוש משפחתי" (להלן: הקרובים).

ביחס לראשונים – אלה הכלולים במאגר המשטרתית, הפגיעה בפרטיות שהוספת אופציית "החיפוש המשפחתי" מוסיפה היא שולית, אם בכלל. אכן, בעקבות התאמה חלקית שתמצא בעקבות "חיפוש משפחתי" עשויות להתבצע כלפיהם פעולות חקירה שונות (למשל, תחקור או מעקב על מנת לאתר את הקרוב המעורב בביצוע העבירה), ואולם פעולות אלה אינן שונות מאלה שניתן לבצע כלפי כל אדם בשל מידע הקושר בינו לבין עברייני פוטנציאלי (כגון, מידע שהעברייני הפוטנציאלי נראה במחיצתו או שהה בקרבתו של פלוני, או שהתקשר מטלפון המצוי בבעלותו של אלמוני). וזאת יש לזכור, במקרה הרגיל, ה"חיפוש המשפחתי" אינו מעלה חשד נגד הכלול במאגר המשטרתית עצמו, אלא נגד קרוביו בלבד. ממילא אין בו כדי ליצור סיכון של ממש לפגיעה של ממש בפרטיותו של הכלול במאגר המשטרתית.

ביחס לשניים – הקרובים, הרי ש"החיפוש המשפחתי" אכן עלול להביא להפניית זרקור החקירה אליהם, והדבר כמובן אינו רצוי מבחינתם, ועלול להביא לפגיעה בפרטיותם. זאת ועוד, ניתן להניח כי מרבית הקרובים שיאותרו באמצעות ה"חיפוש המשפחתי" אינם קשורים כלל במעשה העבירה, ולפיכך השימוש בטכנולוגיה החדשה יערב אותם בחקירה לא להם (קרי, חקירה שסביר להניח שלא היו מעורבים בה אלמלא ה"חיפוש המשפחתי"). אפס, בכך, אין הם שונים מאנשים אחרים שמעורבותם במעשים פליליים נבחנת במהלך חקירה משטרתית. ויובהר, העובדה שפרטי הזיהוי של אדם אינם כלולים במאגר אינה מקנה לאדם חסינות מפני חקירה משטרתית בכלל, וחקירה העושה שימוש במאגר בפרט. זכותו של מי שאינו כלול במאגר המשטרתית מכוח החוק היא שפרטיותו תשמר, במובן זה שפרטי הזיהוי שלו לא יכללו במאגר המשטרתית, ולפיכך אין סיכון כי יחשפו כתוצאה מניהולו. אין לו זכות שמידע הכלול במאגר המשטרתית לא ישמש בסופו של יום לשם החשדתו ובמקרים מסוימים, גם להפלתו. ויובהר, תכלית ההסדר

הסטטוטורי בעניין מאגר המידע המשטרתי הייתה לצמצם את הפגיעה בפרטיות בעקבות הכללת מידע במאגר המשטרתי, ולא לצמצם את התועלת החקירתית שניתן להפיק ממידע הכלול במאגר המשטרתי. במילים אחרות, הטעמים המצדיקים הגבלת קבוצת האנשים שפרטי זיהוי שלהם כלולים במאגר המשטרתי, אינם מצדיקים הגבלת קבוצת האנשים שהשימוש במאגר המשטרתי עשוי להוביל להחשדתם ולהפללתם.

ככל שמדובר בטיעון החוקיות, הרי שמבחינה דוקטרינרית ניתן לו מענה בסעיף 11ד. לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו – 1996, המאפשר למשטרת ישראל "לערוך השוואה" בין נתוני זיהוי שהופקו במהלך חקירה לנתוני זיהוי שבמאגר המשטרתי. המונח "לערוך השוואה" רחב דיו, כדי לכלול לא רק "מציאת התאמה", אלא גם "חיפוש דמיון", ומכאן שאין בלשון החוק כדי להצדיק איסור על "חיפוש משפחתי". גם בתכלית ההסדר, יצירת איזון בין התועלות הטמונות בקיום המאגר המשטרתי לאיתור עבריינים ומניעת עבירות לבין הפגיעה האפשרית בזכויות הפרט, קשה למצוא טעם לפרשנות מצמצמת, המגבילה את התועלת שניתן להפיק מהמידע שבמאגר המשטרתי למציאת התאמות בלבד. שהרי, ה"חיפוש המשפחתי" מאפשר הפקת נתונים לצורך זיהוי של אדם ולא של נתונים שיש בהם "מידע עודף" כהגדרתו בדברי ההסבר.

ואכן, דומה שיותר משטענו באי כוח המערער לכך שלא ניתן לפרש את החוק באופן שיכשיר את ה"חיפוש המשפחתי", נראה שטענו כי ראוי היה להסדירו בחוק קודם שיעשה בו שימוש בשטח. ואולם, קובעי המשפט אינם יכולים להקדים את מפתחי הטכנולוגיה, ואין באפשרותם לחזות ולהכווין את התפתחות המדע. מכאן, שאין באפשרותנו לדרוש כי לכל התפתחות מדעית תקדם הסדרה משפטית, וראוי לנו שניזהר זהירות יתרה מיצירת מציאות משפטית במסגרתה כל התקדמות טכנולוגית שלא אושרה - אסורה. למען האמת, לדידי, הלך המחשבה הראוי הוא הפוך: כל עוד אין בהתפתחות המדעית, על פני הדברים, כדי להפר איסור משפטי קיים – מן הראוי להתירה. לעיתים, ראוי אף להקל לתקופת מבחן איסורים משפטיים קיימים על מנת לאפשר התפתחויות טכנולוגיות. ככלל, רק בדיעבד, לאחר שניתן להתרשם מהתועלות והנזקים הכרוכים בטכנולוגיה חדשה, מן הראוי לבחון ולעצב את ההסדרה המשפטית הראויה. המדע צריך ליהנות מחירות פעולה רחבה; פעולת המשפט להגבלת השימוש בטכנולוגיות חדשות צריכה להיות זהירה ומאפשרת. עליה להתבסס על נתונים וניסיון שהצטברו בעקבות יישום ושימוש בעולם המעשה, ולא על עכבות קמאיים, פחדים ערטילאיים וחשדנות בחדשנות.

עד כאן הערותיי לעניין ה"חיפוש המשפחתי". מעבר לכך אבקש להצטרף לדברי חברי, השופט עמית, המהרהרים אחר השימוש המוגבר שנעשה בשנים האחרונות במסגרת המשפט הפלילי הישראלי בשיח הזכויות בכלל, ובטענת "הגנה מן הצדק" בפרט (וזאת מבלי שיהיה בכך משום ביקורת על הסנגורים שייצגו בתיק דנן). ודוק, אין לכפור בכך שלשיח הזכויות יש מקום חשוב במסגרת המשפט הפלילי. ההליך הפלילי, על כל שלביו – חקירה, משפט וענישה, מבטא את השימוש הקיצוני ביותר שעושה המדינה בכוח הכופה העומד לרשותה. לפיכך, הגנה ראויה על זכויות האדם של נחקרים, נאשמים ועבריינים מחייבת שיח זכויות דווקני ומחמיר, ומצדיק במקרים מתאימים הכרה בקיומה של "הגנה מן הצדק". ועדיין, קשה להשתחרר מהרושם שבמסגרת ההליכים הפליליים במדינת ישראל נעשה בשנים האחרונות שימוש מופרז בטיעונים אלה. לא כל חסר בחקירה פלילית מקים טענה לרשלנות המשטרה; לא כל החלטה המבחינה בין מעורבים במעשי עבירה מגלה חשש לאכיפה סלקטיבית; לא בכל הליך ניתן לטעון כי קופחו זכויות הנאשם. הניסיון מלמד כי רק במקרים מעטים וחריגים השימוש בשיח הזכויות הוא מוצדק, וכי במרבית ההליכים הפליליים בהם נעשה בו שימוש הוא כסות להעדר טענות של ממש לגופם של דברים. הישענות בלתי מוצדקת על שיח של זכויות במסגרת ההליכים הפליליים, ובמיוחד שימוש חסר בסיס בטענה של "הגנה מן הצדק", אינם פועלים לטובת התכלית לשמה נוצרו – הגנת זכויות האדם במסגרת ההליך הפלילי. ראוי לנאשמים וסנגורים כי יעשו שימוש מושכל בכלים אלה, תוך ייחודם למצבים החריגים להם נועדו.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, ד' בניסן התשפ"א (17.3.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט