



## בבית המשפט העליון

מ"ח 390/19

לפני: כבוד השופט נ' הנדל

המבקש: אדריאן שוורץ

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשה למשפט חוזר

בשם המבקש: עו"ד דוד ברהום

בשם המשיבה: עו"ד יוסף (ג'ואי) אש

### החלטה

מונחת לפניי בקשה להורות על קיום משפט חוזר שני לפי סעיף 31 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט) בענייניו של המבקש, אשר הורשע במשפט הראשון ובמשפט החוזר בעבירת אינוס לפי סעיף 345(ב)(1) לחוק העונשין התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).

תמצית הרקע העובדתי

1. בשנת 1992 הורשע המבקש, בין היתר, בביצוע מעשה אינוס בילדה בת כ-10.5 במרתף בניין בירושלים (ת"פ (מחוזי ת"א) 170/91 מדינת ישראל נ' שוורץ (27.1.1992)) (להלן: המשפט הראשון). בעקבות ערעור על פסק הדין במשפט הראשון זוכה המבקש מאישום נוסף, והרשעתו נותרה על כנה רק בגין מעשה אינוס זה. עונשו של המבקש הועמד על עשרים שנות מאסר שהחלו להימנות מיום מעצרו (ע"פ 1301/92 מדינת ישראל נ' שוורץ, פ"ד נ(5) 749 (1997)). בקשה לדיון נוסף שהוגשה על פסק הדין בערעור נדחתה על-ידי הנשיא א' ברק (דנ"פ 844/97 אדריאן שוורץ נ' מדינת ישראל (8.7.1997)).

שלוש שנים לאחר מכן, הגיש המבקש לבית משפט זה בקשה לקבלת מוצגי החקירה אשר ניתן להפיק מהם ממצאים גנטיים. מדובר במבחנות המכילות חומר החשוד כדם שנלקח מאיבר מינה של הילדה; חומר שנמצא בכתמים שעל תחתוניה וחצאיתה של הילדה; וחומר שנמצא בכתמים שעל המזרן והשמיכה בזירת האונס. לנוכח הסכמת המדינה, שהותנתה בכך שהמבקש יסכים לתת דגימה מדמו, החליט השופט מ' חשין להיעתר לבקשה, והמוצגים הועברו לבדיקות דנ"א במכון לרפואה משפטית (בש"פ 1781/00 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 293 (2001)). ביום 21.11.2001, הומצאה לצדדים חוות-דעת שנערכה על-ידי ד"ר מיה פרוינד מהמכון לרפואה משפטית (להלן: ד"ר פרוינד), לפיה ב-13 המוצגים שנבדקו אותר פרופיל גנטי אחד שמקורו בילדה, ואינו יכול להיות במבקש.

ביום 16.6.2004, ובהתאם לדרישת המבקש, הורה השופט מ' חשין למדינה לבדוק שלושה מוצגים נוספים: מטוש וגנילי, מזרן ושמיכה שנמצאו בזירת האונס. ביום 21.10.2004, נמסרה חוות-דעתה של ד"ר מיה פרוינד לגבי בדיקות הדנ"א הנוספות, ממנה עלה כי מן המטוש הוגינלי אותר פרופיל גנטי של הילדה בלבד, ומן המזרן והשמיכה התקבלה תערובת שמקורה בשני פרטים לפחות, הנראים כמקור נקבי וזכרי, כאשר צוין כי המבקש "איננו יכול להיות אחד המקורות לתערובת זו" (להלן: חוות-הדעת הראשונה של ד"ר פרוינד).

הבקשה למשפט חוזר

2. לנוכח ממצאיה של ד"ר פרוינד הגיש המבקש לבית משפט זה בקשה למשפט חוזר (מ"ח 9974/04 שוורץ נ' מדינת ישראל (5.9.2005)). במסגרת הבקשה, נטען כי חוות-דעתה הראשונה של ד"ר פרוינד הינה בבחינת ראייה מדעית חדשה, אשר יש בכוחה לשנות את תוצאות המשפט לטובתו. נטען, כי ממצאי בדיקות הדנ"א מערערים את התשתית הראייתית עליה ביססו הערכאות הקודמות את הרשעתו של המבקש, ומצביעה על כך שאדם אחר, בלתי ידוע, הוא שביצע את עבירת האונס.

בהמשך, ולנוכח סתירה שנמצאה בין מסקנות חוות-הדעת הראשונה לבין הרישומים בניירות העבודה ובטיוטה קודמת של חוות-דעת זו, נתבקשה ד"ר פרוינד להסביר את הסתירה. ביום 22.11.2004, הגישה ד"ר פרוינד חוות-דעת מתוקנת בה ציינה כי שגתה בניסוח חוות דעתה הראשונה. הובהר, כי הקביעה לפיה המבקש "איננו יכול להיות אחד המקורות לתערובת זו" יסודה בניסוח מוטעה, ולמעשה נכון לומר כי "לא ניתן לחייב או לשלול את אדריאן שוורץ כמקור לתערובת זו" (להלן: חוות-הדעת המתוקנת של

ד"ר פרוינד). ד"ר פרוינד הסבירה כי השגגה נבעה מרצונה לנקוט משנה זהירות, שכן חששה שאמירה שונה תתפרש כקביעה מוחלטת לפיה המבקש הוא התורם לתערוכת.

ביום 20.4.2005, הגיש המבקש מטעמו חוות-דעת של פרופ' אדם פרידמן וד"ר אהוד ליפקין (להלן: פרופ' פרידמן וד"ר ליפקין או המומחים מטעם המבקש). במסגרת חוות-דעתם, חלקו המומחים מטעם המבקש על מסקנות חוות-הדעת המתוקנת של ד"ר פרוינד בשני היבטים. לשיטתם, מן המזרן ומהשמיכה לא ניתן כלל לזהות פרופיל גנטי השייך למבקש. לעומת זאת, סברו המומחים מטעם המבקש כי ניתן לזהות פרופיל גנטי אשר שייך לזכר אחר שאינו המבקש בשני מוצגים שניטלו מהכתמים שעל השמיכה בזירת האונס. המשיבה מצדה התנגדה לקיומו של משפט חוזר, ותמכה את עמדתה בחוות-דעת משותפת ומסכמת מיום 14.7.2005, מטעם ד"ר פרוינד וד"ר רון גפני, ראש המעבדה הביולוגית במז"פ (להלן: ד"ר גפני). בחוות-דעת זו צוין כי המומחים מטעם המבקש שגו הן באופן ניתוח הנתונים והן בהסקת המסקנות.

בסופו של דבר החליט השופט א' לוי לקבל את הבקשה למשפט חוזר (מ"ח 9974/04 שוורץ נ' מדינת ישראל (5.9.2005)). נקבע כי אף על פי שראיות הדנ"א לא היו הראיות המרכזיות בהרשעתו של המבקש, מדובר בראיות בעלות חשיבות, באופן שאם תתקבלנה כמהימנות הן עשויות "לשנות את תוצאת המשפט לטובת הניידון". צוין, כי הסמכות להכריע בין עמדות המומחים הסותרות, כמו גם לקבוע את מהימנותן ומשקלן של חוות-דעת מדעיות – נתונה לערכאה הדיונית בלבד. יוער כי בסיום דבריו, התייחס השופט א' לוי לקורבן העבירה, באומרו:

"במצב זה, כל שנותר לי לקוות הוא, כי באי-כוח המבקש יישארו נאמנים להצהרתם לפיה לא תידרש העדתה החוזרת של קורבן העבירה, הן משום שעובדת תקיפתה אינה שנויה במחלוקת והן משום שגם באי-כוח המבקש הבהירו שאינם מפקפקים במהימנותה, וכל חששם מצטמצם לאפשרות של טעות בזיהוי, אפשרות המתבססת על הממצאים הביולוגיים החדשים בלבד"

לנוכח האמור, הורה בית משפט זה על קיומו של משפט חוזר בעניינו של המבקש בפני מותב שלושה שופטים בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (תפ"ח 1154/05 מדינת ישראל נ' שוורץ (15.6.2009)).

יצוין, כי לאחר שבית משפט זה הורה על עריכת משפט חוזר, נשלחו גזירים מן השמיכה והמזרן למעבדת Orchid Cellmark שבטקסס ארה"ב לבדיקות נוספות (להלן: מעבדת אורכיד).

פסק דינו של בית המשפט המחוזי במשפט החוזר

3. השאלה המרכזית שעמדה להכרעה במשפט החוזר הייתה האם יש בממצאי בדיקות הדנ"א כדי לעורר ספק סביר מול מכלול הראיות לחובתו של המבקש.

במסגרת פסק הדין עמד בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטים ב' אופיר-תום, אב"ד – סג"נ; מ' סוקולוב; ו-י' שנלר). על הראיות שהובילו להרשעתו המקורית של המבקש, ובכלל זה, על הודעות שמסרה הילדה בפני חוקר הילדים; זיהוי מידי ונחרץ של תמונת המבקש על-ידי הילדה במסדר זיהוי תמונות, וזיהוי ארנקו של המבקש במסדר זיהוי ארנקים; וסירובו של המבקש – במהלך המשפט הראשון ובמהלך הערעור על פסק הדין במשפט הראשון – ליתן דגימה מדמו, או לעמוד במסדר זיהוי, בטענה כי אינו רוחש אמון לרשויות החקירה.

אשר לראיות המדעיות אשר היוו את סלע המחלוקת במשפט החוזר, התמקד בית המשפט המחוזי בתוצאות בדיקות הדנ"א (בדיקות ה-STR אשר בוצעו, כאמור, במהלך החודשים אוגוסט – אוקטובר 2004) של השמיכה והמזרן. בית המשפט המחוזי החליט שלא לדון בתוצאות בדיקות הדנ"א שמקורן במטוש הוגינלי, משום שבהתאם לחוות-דעתה של ד"ר פרוינד, תוצאות אלה הניבו פרופיל גנטי של הילדה בלבד. המבקש זנח את חוות-הדעת של פרופ' פרידמן וד"ר ליפקין, והגיש מטעמו חוות-דעת של ד"ר נועה דיואן, מומחית בגנטיקה של צמחים ואוכלוסיות (להלן: ד"ר דיואן); ושל פרופ' ארתור איזנברג מהמחלקה לזיהוי פתולוגי של אוניברסיטת טקסס (להלן: פרופ' איזנברג). מומחי המשיבה כללו את ד"ר פרוינד; ד"ר גפני; ד"ר אדריאן לינקר מבריטניה; וד"ר ריק סטאוב העומד בראש מעבדת אורכיד שבטקסס.

לאחר ניתוח מפורט ומעמיק של ממצאי הבדיקות ומסקנות המומחים, החליט בית המשפט המחוזי לדחות את כל טענות המבקש, אחת לאחת, וקבע כי תוצאות הבדיקות לא בטאו מסקנה חד משמעית בעלת השלכה ברורה על מכלול הראיות בתיק. צוין, בהקשר זה, כי השמיכה והמזרן הוחזקו זמן רב "ברשות הרבים" ולא ניתן לדעת מי הותיר חותמו עליהם; הגזירים מתוך השמיכה והמזרן הכילו תערובת שהמרכיב העיקרי

שלה הוא הילדה, שהאפיל על יתר מרכיביה; וחלוף הזמן נתן אותותיו במקטעי הדנ"א שהתפרק בחלקו עם השנים.

בית המשפט המחוזי הגיע לכלל מסקנה כי מראיות הדנ"א "לא ניתן לחייב ולא ניתן לשלול את הנאשם", כך שאין במסקנה זו כדי לעורר ספק סביר לזכותו של המבקש לנוכח המארג הראייתי הנזקף לחובתו. בסופו של דבר, הוחלט להרשיע את המבקש גם במשפט החוזר בעבירת האינוס והוטל עליו עונש מאסר לתקופה של עשרים שנה.

על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי במשפט החוזר הגיש המבקש ערעור לבית משפט זה (ע"פ 2459/09 אדריאן שוורץ נ' מדינת ישראל (20.7.2015)).

פסק הדין בערעור על פסק הדין במשפט החוזר

4. במסגרת פסק הדין, ערך השופט י' עמית ניתוח מקיף על פני עשרות עמודים של דיני הדנ"א ושל עובדות המקרה. מסקנותיו היו כדלקמן:

"המשפט החוזר בא לעולם עקב טעות אומללה בניסוח חוות הדעת הראשונה על ידי ד"ר פרוינד ועקב הגשת חוות דעת מטעם המערער, חוות דעת שנמשכו על ידו במשפט החוזר ולא נעשה בהן שימוש.

הראיות המדעיות עליהן ביסס המערער את ערעורו רצופות בתוצאות שאינן חד משמעיות ומובילות ברובן לקביעה כי 'לא ניתן לשלול או לחייב את המערער'. לצד זאת, הסבירות הגבוהה לזיהוי פרופיל גנטי של יותר מ-2 גברים בדגימות מלמדנו כי אף זיהוי דנ"א של גבר זר בבדיקות אינו מוביל למסקנה כי גבר זר הוא שאנס את הילדה, ואינו בהכרח יוצר ספק סביר בתשתית הראייתית הענפה כנגד המערער.

בשורה התחתונה, הראיות המדעיות כשלעצמן, אינן מובילות להרשעתו של המערער, אולם לא זו השאלה שעמדה על הפרק. המחלוקת המרכזית בעניינו התמקדה בסוגיית בדיקות הדנ"א מזירת האונס ובשאלה אם יש בממצאיהן כדי להעמיד ספק סביר למול התשתית הראייתית אשר הובילה להרשעתו של המערער בערכאות הקודמות – והתשובה על כך היא שלילית. נוכח התשתית הראייתית העניפה לחובת המערער, ייתכן שאף ניתן לצרף את תוצאות בדיקות הדנ"א כראיה נוספת לחובתו של המערער, אף איננו נדרשים לכך" (פסקה 62 לחוות דעתו של השופט י' עמית).

בהינתן האמור, החליט בית משפט זה לדחות את ערעורו של המבקש על פסק

הדין במשפט החוזר.

בהמשך, נדחתה בקשה לדיון נוסף על ידי הנשיאה מ' נאור (דנ"פ 5306/15 אדריאן שוורץ נ' מדינת ישראל (6.9.2015)). הנשיאה מ' נאור הדגישה כי טענות המבקש, הן "טענות ערעוריות באופן מובהק", וכי בקשה לדיון נוסף אינה המקום לבחינת ראיות, שכן לכך נועד המשפט החוזר.

עתה מונחת לפניי בקשה למשפט חוזר שני.

הבקשה למשפט חוזר שני

5. המבקש מבסס את בקשתו על שלוש עילות: קיומן של ראיות חדשות, עיוות דין ועילה הסל – הגנה מן הצדק.

בפתח דבריו, ציין המבקש כי לאחר שניתן פסק הדין בערעור על פסק הדין במשפט החוזר, הוא פנה למכון לרפואה משפטית בבקשה לקבל את "הדיסקים של תוכנת המחשב מבדיקות הדנ"א שנערכו בשנת 2004 ואת הצילומים של הבדיקות משנת 2001 לפי השיטה שהיתה נהוגה אז". בתחילת שנת 2018, נמסר למבקש דיסק הכולל את תוצאות בדיקות הדנ"א שנערכו בשנת 2004. חומר זה הועבר לידי ד"ר יורם פלוצקי – מומחה לגנטיקה (להלן: ד"ר פלוצקי או המומחה), וביום 31.12.2018, לאחר בדיקה, נמסרה חוות-דעתו, אשר צורפה לבקשה למשפט חוזר שני (להלן: חוות-הדעת של ד"ר פלוצקי). על-פי חוות-דעתו של ד"ר פלוצקי, עולה כי בדגימה שנלקחה מאיבר מינה של הילדה, קרי: מן המטוש הוגינלי, נמצאו מספר אללים זרים שאינם שייכים לא למבקש ולא לילדה, וכי אותם אללים מצויים גם בשמיכה ובמזרן.

לטענת המבקש, חוות-הדעת של ד"ר פלוצקי מהווה ראית דנ"א מדעית בעלת "כוח ראייתי מוחלט". המבקש טוען כי מחוות-דעת זו ניתן ללמוד כי אדם אחר, שאינו המבקש, ביצע את העבירה. המבקש חזר והדגיש כי מדובר במספר אללים זרים, להבדיל מאלל זר אחד; וכי קיימת התאמה בין האללים הזרים שנמצאו במטוש הוגינלי לבין האללים הזרים שנמצאו בשמיכה ובמזרן – דבר המעיד על כך כי אדם אחר אנס את הילדה. על כן, סבור המבקש כי מדובר בראיה אשר עשויה לשנות את תוצאת המשפט לטובתו.

עוד טוען המבקש, כי דין הבקשה למשפט חוזר שני להתקבל, גם בשל עיוות הדין שנגרם לו. זאת, לנוכח "כשל טכני" אשר הוביל לכך שחומר הראיות ביחס לאללים שנמצאו במטוש הוגינלי הוסתר ממנו ולא הונח בפני הערכאות הקודמות. במילים אחרות, נטען כי לא התקיים כל דיון לגופו של עניין ביחס לאללים הזרים שנמצאו במטוש

הוגינלי, שכן הם לא נכללו בחוות-הדעת של ד"ר פרוינד, אף על פי שאללים אלה היו מצויים בתוצאות הבדיקות שיצאו תחת ידיה. עוד טוען המבקש כי הוא לא ידע, ואף לא יכול היה לדעת אודות האללים הזרים שנמצאו באיבר מינה של הילדה. על רקע התנהלות המדינה, הסתרת הממצאים, והיעדר כל התייחסות אליהם הן בחוות-דעתה של ד"ר פרוינד, והן בעדותה בבית המשפט – כך לשיטתו של המבקש – עומדת לו בנוסף טענת הגנה מן הצדק.

עמדת המשיבה

6. לעמדת המשיבה, אין מקום להורות על משפט חוזר שני בעניינו של המבקש, שכן לא הונחה כל תשתית שיש בה כדי לבסס אחת מהעילות הקבועות בסעיף 31 לחוק בתי המשפט.

בהתייחסה לחוות-הדעת של ד"ר פלוצקי, הדגישה המשיבה כי חוות-דעת זו נעדרת כל משקל סגולי, ואין בה כדי לבסס קיומו של פרופיל גנטי זר שאינו של הילדה במטוש הוגינלי. נטען, בהקשר זה, כי בחוות-הדעת של ד"ר פלוצקי קיימת הסתייגות של המומחה עצמו, אשר שומטת את הבסיס המדעי של חוות-הדעת, שכן ד"ר פלוצקי איתר פיקים, מבלי לחוות דעה בשאלה האם אלו משקפים אללים אמיתיים. לגישת המשיבה, מיומנות החוקר הפורנזי אינה בקריאת נתונים טכניים אשר פולטת מכונה כלשהי, אלא בעיבודן לכדי מסקנות תוך הפעלת שיקול דעת מקצועי. לחיזוק עמדתה, העבירה המשיבה את חוות-הדעת של ד"ר פלוצקי להתייחסותה של ד"ר נורית בובליל, מנהלת המעבדה במכון לרפואה משפטית (להלן: ד"ר בובליל), אשר הבהירה, בין היתר, בתגובתה כי לא ניתן לנתח פרופיל גנטי מבלי להפעיל שיקול דעת.

למעלה מן הצורך, הוסיפה המדינה וטענה כי אף אם היה מתגלה במטוש הוגינלי פרופיל גנטי נוסף שאינו שייך לילדה או למבקש – הרי שבהינתן התנהלותו של המבקש, אין בכך כדי להוות ראיה מזכה בנסיבות העניין, או לחילופין, כדי להורות על קיומו של משפט חוזר נוסף. עוד הודגש, כי בשלב הבקשה למשפט חוזר, במשפט החוזר עצמו ובדיון בערעור על פסק הדין במשפט החוזר, לא הואיל המבקש להתמקד בנושא זה. המבקש בחר להעלות את הטענה – לפיה במטוש הוגינלי נמצאו אללים זרים שאינם מתאימים לפרופיל שלו (אללים 9 ו-11) – רק במסגרת השלמת טיעון בכתב שהוגשה על-ידו ביום 9.4.2014, לאחר הדיון בערעור על פסק הדין במשפט החוזר. מדובר, כך לטענת המשיבה, בסוגיה אשר לא נדונה בהכרעת הדין ולא נתאפשר למומחים להתייחס אליה.

לסיום, הבהירה המשיבה כי הבקשה למשפט חוזר שני מבוססת על חומר ראיות שהיה בידי המבקש בעת ניהול המשפט החוזר, ועל טענות שהועלו בשעתו ונדחו. בניגוד לעמדת המבקש, טוענת המשיבה כי כל חומר החקירה בתיק, לרבות הדיסקים בהם החומר הגולמי של ממצאי בדיקות הדנ"א – הועבר אליו סמוך לאחר עריכת הבדיקות. לביסוס עמדתה, צרפה המשיבה מכתב מיום 5.1.2006, במסגרתו אישרה ד"ר דיואן בחתימתה את קבלת הדיסק ובו מלוא החומר הגולמי משנת 2001, ומשנת 2004 (להלן: נספח א' לתגובת המדינה).

#### תשובת המבקש לתגובת המדינה

7. לטענת המבקש, אין לקבל את תגובתה של ד"ר בובליל, שכן ד"ר פלוצקי בדק בעצמו את התוצרים הגולמיים, בניגוד לד"ר בובליל אשר "לא נתנה חוות דעת משלה". נטען, כי הן המשיבה והן ד"ר בובליל מתעלמות מן האללים האמיתיים הזרים שנמצאו באיבר מינה של הילדה שהם אף מעל לרף של RFU75 (אלל 9 שווהה בעוצמה 82; אלל 9.2 שווהה בעוצמה 77; ואלל 14 שווהה בעוצמה של 232). לעמדת המבקש, די באללים אלו כדי להורות על קיומו של משפט חוזר. עוד במסגרת תשובתו מעלה המבקש השגות נגד סף הקריאה (רף המגדיר פיק כאלל אמיתי) שנקבע בעניינו של המבקש על-ידי ד"ר פרוינד, קרי: RFU75, ולגישתו יש להגדיר את הרף בהתאם להגדרות התוכנה כפי שנקבע על-ידי ד"ר פלוצקי, קרי: RFU50. המבקש מפנה לתיק אחר בו עשתה ד"ר פרוינד שימוש בסף קריאה נמוך מ-RFU75. עוד טוען המבקש כי בקביעת נתוני האללים המומחים מטעם המדינה התעלמו מהוראות התקן הבינלאומיות של יצרן התוכנה אלא דבקו בסף שמבוסס על שיקול דעתם בלבד. לעומת זאת, ד"ר פלוצקי "נתן לתוכנה 'לדבר'".

בהמשך תשובתו, חזר המבקש על הטענה כי הראיות שהוגשו על-ידו כעת הן חדשות, שכן הערכאה הדיונית כמו גם ערכאת הערעור לא דנו בממצאים שהופקו מן המטוש הוגינלי. מכאן, כך לשיטתו, מדובר בפעם הראשונה שבה ידון בית המשפט לגופן של ראיות הדנ"א באיבר המין של הילדה. עוד נטען, בהקשר זה, כי אף לו היו מחדלים, אין לזקוף אותם לרעת המבקש. זאת, לנוכח היותו אסיר אשר "מוטת השליטה שלו על המשפט היתה קצרה", ובשל הסתרת ממצאי הדנ"א האמיתיים על-ידי ד"ר פרוינד הן בחוות-דעתה והן בעדותה בבית המשפט. לסיום ציין המבקש, כי לאור מורכבות העניין, מן הראוי לקיים דיון במעמד הצדדים בטרם החלטה בבקשתו למשפט חוזר שני.



8. לאחר שעיינתי בבקשה למשפט חוזר שני על כל צרופותיה, בתגובת המדינה, ובתשובת המבקש לתגובת המדינה – הגעתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה למשפט חוזר להידחות. זאת שכן, טענותיו של המבקש לא מבססות בעניינו מתן הוראה לקיומו של משפט חוזר בהתאם לעילות הקבועות בסעיף 31(א) לחוק בתי משפט, כפי שיפורט להלן.

המבקש הורשע בדין הן במשפט הראשון והן במשפט החוזר. ערעורים שהוגשו על הרשעתו במשפט הראשון ועל הרשעתו במשפט החוזר נדחו. שתי בקשות לדיון נוסף נדחו אף הן. כעת נדרש בית משפט זה לבקשה למשפט חוזר שני. עדיין למבקש עומדת הזכות להגיש בקשה חדשה למשפט חוזר, ועל בית המשפט להחליט בה לגופה. בבקשה מעין זו, ברי, כי ההכרעה מצריכה איזון בין שני עקרונות מרכזיים: מחד גיסא – ערך חשיפת האמת ומניעת הרשעות שווא, ומאידך גיסא - עיקרון סופיות הדיון והרציונל שעומד בבסיסו (ראו: מ"ח 5251/13 פרי נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (29.1.2014); מ"ח 1632/16 עובדיה שלום נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (7.9.2017) (להלן: עניין עובדיה שלום)). אין מדובר באיזון תיאורטי בלבד בין עקרונות-על אלא יש לבחון בקפידה את נסיבות המקרה הקונקרטי, ואת טיב הטענות המועלות בבקשה למשפט חוזר (ראו: מ"ח 6869/13 משה קצב נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (19.5.2014) (להלן: עניין משה קצב)).

המסגרת הדיונית של משפט חוזר איננה משמשת במה לטיעון חוזר וודאי לא לערעור נוסף (שם, פסקה 12). במילים אחרות, הדיון בבקשה למשפט חוזר אינו "ערעור נוסף", ואין הוא המקום הראוי לדון בטענות אשר נדונו על ידי הערכאות שדנו בתיק. בעניין זה, נאמר כי "אין המדובר בהליך נוסף של ערעור על פסק הדין, בו תינתן למבקש 'הזדמנות נוספת' לטוות גרסה שונה או משופרת, אלא 'בהליך חריג שבחריגים, השמור למקרים בודדים'" (ראו: מ"ח 3523/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה יב (1.1.2017)).

הסמכות להורות על עריכתו של משפט חוזר מעוגנת בסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט, והפעלתה מותנית בקיומה של אחת מארבע עילות. נקודת המוצא היא כי משפט חוזר הינו הליך חריג וייחודי, אשר בקשות לקיימו מאושרות באופן מצומצם ובמשורה. על כן, הלכה היא כי על המבקש לקיים משפט חוזר להניח תשתית ראייתית וממשית בדבר קיומה של אחת העילות המנויות בסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט (ראו: מ"ח 779/13 יקותיאל נ' מדינת ישראל (6.6.2013); מ"ח 3378/13 פלוני נ' מדינת ישראל (17.7.2014); עניין עובדיה שלום, פסקה 23; מ"ח 6023/18 פלוני נ' מדינת ישראל (30.6.2019) (להלן: עניין פלוני)). הבקשה דנן מושתתת במהותה על שתי עילות. האחת,

קיומן של ראיות חדשות העשויות לשנות את תוצאות המשפט לטובתו של המבקש (סעיף 31(א)(2) לחוק), והשנייה, כי קיים חשש של ממש שנגרם למבקש עיוות דין (סעיף 31(א)(4) לחוק).

9. בהתאם לעילה הקבועה בסעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט, על המבקש להצביע על עובדות או ראיות חדשות שעשויות לשנות את תוצאת המשפט לטובתו. הנטל המוטל על המבקש לקיים משפט חוזר בעניינו בשל ראיות חדשות הינו נטל כבד (ראו: מ"ח להדגיש כי הכובד במקרים כגון דא אינו עניין של משקל אלא מהות. השיקולים מורכבים אך נדרשת רגישות לזכויות הנאשם לצד העיקרון בדבר סופיות הדין והחשיבות של הכרעות שיפוטיות בערכאת הדיונית ובערכאת הערעור. לא די בהצגת ראיות נוספות כלשהן כדי לבסס עילה לעריכת משפט חוזר. הלכה היא כי על המבקש להצביע על ראיות או עובדות שיש בהן "אמינות לכאורית", ושיהיה בהן, או בהשתלבותן עם החומר שהובא בפני בית המשפט, פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט. כמו כן, הראיות הנוספות צריכות להיות בעלות "משקל סגולי", אם באופן עצמאי, ואם בהצטרפותן לראיות על פיהן הורשע המבקש, אשר יש בו כדי להביא לשינוי תוצאות המשפט. בפסיקה, חזרה ונשנתה הדרישה בדבר "מסה קריטית" של ראיות ועובדות, אשר עשויות להטות את הכף לטובת המבקש (ראו: מ"ח 2847/05 אלחרר נ' מדינת ישראל (29.7.2007); מ"ח 73/14 נביל נ' מדינת ישראל (27.1.2014); עניין באשה, פסקה 24; מ"ח 5336/14 טיסו נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (21.1.2015); עניין פלוני, פסקה 7).

נוסף על כך, נקבע כי הראיות צריכות להיות "חדשות במובן המהותי", קרי "לא כאלו שניתן היה להגישן בבתי המשפט הקודמים ומובאות עתה כדי לנסות להטות את הכף" (ראו: מ"ח 226/16 זלום נ' מדינת ישראל, פסקאות טו-יח (29.6.2016); מ"ח 1340/16 מוחמד נ' מדינת ישראל, פסקה כ (31.7.2016); ומ"ח 5499/16 בר יוסף נ' מדינת ישראל, פסקה טו (17.11.2016)). זאת ועוד, ככל שהראיות החדשות שאותן מגיש המבקש הן ראיות נסיבתיות, והן נועדו לבסס הסבר חלופי לגרסה המרשיעה – ברי כי אותו הסבר חלופי שהמבקש מציג על יסודן, נדרש שיהיה הגיוני ומעוגן בחומר הראיות (ראו והשוו: ע"פ 2697/14 חדאד נ' מדינת ישראל, פסקה 75 (6.9.2016); ע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' קריאף, פסקה 100 (21.1.2015)).

במקרה דנא, תולה המבקש את יהבו על חוות-דעתו של ד"ר פלוצקי המתבססת על החומר הגולמי אשר התקבל לראשונה בידיו, כך לטענתו, בשנת 2018. המבקש –

באמצעות חוות-הדעת של ד"ר פלוצקי – מצביע על כך שבממצאי בדיקות הדנ"א משנת 2004, שמקורם במטוש הוגינלי, לא נמצא הפרופיל הגנטי שלו, אלא פרופיל גנטי זר.

10. במסגרת חוות דעתו, התבקש ד"ר פלוצקי על-ידי בא-כוחו של המבקש, עו"ד דוד ברהום, לבחון את דעתו המקצועית בשאלה:

"האם בתיעוד הבדיקות ע"פ החומר המפורט במידע הגולמי בדיסק RAW DATA, במוצגים 4as (מטוש וגינאלי) או 4ap (מטוש וגינאלי מועשר בתאי זרע) קיימים אללים זרים שאינם קיימים בפרופילים של אדריאן שוורץ ושל הילדה, והאם קיימים אללים זרים זהים במוצגים השונים – שמיכה (14s) ומזרן (15s) ע"פ הפרופילים שלהם שנקבעו ע"י המכון לרפואה משפטית".

כך ציין ד"ר פלוצקי בפתח חוות-דעתו:

"יצוין כבר עתה כי מצאתי בבדיקות שנערכו במטושים הוגינאליים את האללים הבאים שאינם מתאימים לפרופיל של אדריאן שוורץ או הילדה... חלק מהאללים הללו נמצאו גם במוצגים שמיכה ומזרן באתרים הרלוונטיים".

לאחר בחינת תיעוד הבדיקות המפורטות בדיסק משנת 2004, הגיע ד"ר פלוצקי למסקנה כי: "ניתן לקבוע כי עיון בטבלת האללים מלמד כי במוצגים שנבדקו נמצאו אללים 'זרים', קרי אללים שאינם קיימים בפרופילים של אדריאן שוורץ ושל הילדה".

לטענת המבקש, ממצאים אלו מהווים ראיה מדעית חדשה בעלת פוטנציאל משמעותי לשינוי תוצאות המשפט בעניינו, ועל יסודה יש מקום להורות על משפט חוזר שני. יתרה מכך, סבור המבקש כי חוות-דעתו של ד"ר פלוצקי היא בבחינת ראיית דנ"א מזכה ללא עריכת משפט חוזר, שכן יש בה כדי ללמד כי אדם אחר ביצע את העבירה.

כידוע בדיקת הדנ"א נתפסת כיום כמלכת הראיות המדעיות. כוחה של ראיה זו הוא רב ומהפכני, וטרם מיצינו את הפוטנציאל הטמון בה. שאלה יפה היא האם בכוחה לתפוס את הכתר של מלכת הראיות שבעבר הונח על ראשה של הודאת נאשם. כבר בתחילת תקופת קליטת הדנ"א כראיה במשפט נכתב כי "ראיית ה-D.N.A. הינה ראיית מסוג אחר. נראה לי כי לא יהא זה מוגזם לומר כי הפוטנציאל של ראיית ה-D.N.A. הינו עצום ביותר. יתכן מאד כי ראייה זו עשויה לשנות את פני הראיות המדעיות בדורות הבאים. ראייה

זו עשויה מחר, ואולם אף היום, להוות כלי מזהה בהיקף אשר אתמול נראה כדימיון. דווקא בשל כך יש להתייחס לראייה זו בזהירות" (ראו פסקה 4 לחוות-דעתי בת"פ (ב"ש) 73/95 מדינת ישראל נ' מאיר כהן (13.7.1998)). הפסיקה בעולם, כמו גם בישראל, הכירה בקבילותה ובחשיבותה של ראייה זו במשפט הפלילי – הן בהרשעת אדם והן בזיכוי (ראו: עניין עובדיה שלום, פסקה 41; ע"פ 7090/15 ח'ליפה נ' מדינת ישראל, פסקה 46 וההפניות שם (25.8.2016); וע"פ 149/12 אלמליח נ' מדינת ישראל, פסקאות 22-29 וההפניות שם (24.9.2012)). תהליך הפקת ראיות מדעיות, ובכלל זה ראית דנ"א, כולל שלושה מרכיבים: עקרונות מדעיים, המכשור הטכני והגורם האנושי. כפי שציינתי במקום אחר:

" העיקרון המדעי קובע שזיהוי באמצעות דגימת דנ"א הוא בעל רמת דיוק גבוהה במיוחד אשר עולה מעבר לכל ספק סביר. המכשור הטכני משמש ללקיחת הדגימה, לשימורה עד הבדיקה, וכמובן לביצוע הבדיקות עצמן. ולבסוף, הגורם האנושי הוא אותם טכנאים ומומחים שתפקידם ליטול את הדגימה, להריץ את בדיקות המעבדה ולנתח את תוצאותיהן.

תפקידו של בית המשפט לוודא מעבר לכל ספק סביר את מהימנותם של כל שלושת המרכיבים, על מנת שהראייה המדעית תוכל להתקבל כמהימנה במשפט הפלילי. תחילה יש לבחון האם התיאוריה המדעית שמאחורי אותה ראייה – מאפשרת לה להשמיע את קולה במשפט ולתרום לקביעת ממצאים פליליים כנגד נאשם. בחינת שאלה זו, ובמיוחד בשלב 'חבלי הקליטה' של הראייה המדעית, מאתגרת את המדע והמשפט כאחד. לאחר מכן יש לוודא כי המכשור בו נעשה שימוש הוא תקין ומדויק. ולבסוף יש לבדוק האם הגורם האנושי שהיה מעורב בהפקת הראייה ובדיקתה אכן פעל כנדרש" (רע"פ 7093/10 מדינת ישראל נ' דריזין, פסקה 2 לחוות-דעתי (1.7.2012) (להלן: עניין דריזין)).

בכל הנוגע לקבלת ראיה מדעית, אימצו בתי המשפט בישראל את רוחו של פסק דין *Daubert* (1993) 509 U.S. 579 (*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*). פסק דין זה, הגדיר מחדש את תפקידו של בית המשפט בהקשר של קבלת ראיות מדעיות. שם נקבע כי, בית המשפט איננו יכול להסתמך רק על מידת המקובלות של התיאוריה. חלף זאת על בית המשפט "להפשיל שרוולים", ולהתעמק במתודולוגיה, בנתונים ובמסקנות שמציג בפניו המומחה, על מנת לקבוע האם אכן מדובר במידע מדעי המתאים לתיק שלפניו (ראו: ע"פ 1620/10 מצגורה נ' מדינת ישראל, פסקה 14 לחוות-דעתי (3.12.2013) (להלן: עניין מצגורה); וראו גם עניין דריזין, פסקה 2 לחוות דעתי).

זאת ועוד, ראיית דנ"א היא ראייה נסיבתית, וככלל לא מדובר בראיה מספיקה או הכרחית על מנת להרשיע אדם (ע"פ 6435/12 דמסה נ' מדינת ישראל (9.1.2017); ע"פ 9724/02 מוראד אבו-חמאד נ' מדינת ישראל (22.10.2003)). בדומה לראיות פורנוזיות נסיבתיות אחרות, יש לבחנה במקצועיות, תוך הבנה של היכולות והמגבלות המדעיות העומדת בבסיסה, ותוך הסתמכות על המחקר המדעי העדכני. בבחינת משקלה של ראיית דנ"א, על בית המשפט לבחון הן את מהימנותה המדעית והן את נפקותה המשפטית למקרה הנדון. בחינה משולבת זו היא שמאפשרת הסקת מסקנה משפטית מתוך הממצא המדעי המונח בפני בית המשפט (עניין עובדיה שלום, פסקה 42). מהימנותה המדעית של ראיית דנ"א נלמדת הן מתקינותה של הבדיקה, והן ממובהקות הממצאים שהיא מעלה. מובהקות הממצאים עולה מחוות-דעת מומחה, המפרטת בין היתר את מספר האללים שנמצאו באותו אתר ואת עוצמתם; את ההשוואה בין האללים באתרים המקבילים; ואת ההסתברות הסטטיסטית של זהות הפרופילים הגנטיים על בסיס נתונים סטטיסטיים באוכלוסייה הנבחנת ועל בסיס האפשרות לתוצאה חיובית שגויה ולתוצאה שלילית שגויה (שם, פסקה 43). נפקותה המשפטית של ראיית דנ"א משתנה ממקרה למקרה, אך תלויה במהימנותה של הראייה – ראייה שאינה מהימנה לא יכולה להיות בעלת נפקות משפטית (שם, פסקה 44).

בעניין מצגורה הוצג מבחן כללי לבחינת ראייה מדעית השנויה במחלוקת - מבחן חיצוני, ומבחן פנימי. מבחנים אלו באו לכוון את השופט להכריע על פי אמות המידה שהתגבשו בפסיקה. מדובר בתבנית חשיבה שעשויה לסייע לבית המשפט בניתוח קבילותה - ואף משקלה - של ראייה מדעית המונחת לפתחו. המבחן הפנימי - בודק את הראייה על פי תוכנה, והוא מתחלק לשניים: שיטת המומחה והשלכות ההוכחה. המבחן כשמו כן הוא: בשלב הזה בית המשפט נכנס אל תוככי חוות הדעת, כדי להבין את עמדת המומחה מבחינה פנימית. בין היתר יש לשאול את השאלות הבאות ביחס לשיטת המומחה: מה הוא אומר, מה הוא מנסה להוכיח, ומהן דרכי הוכחתו. באשר להשלכות ההוכחה, יש לשאול מהי המשמעות של הראייה אם בית המשפט יקבלה. במבחן החיצוני יש לצאת מתוך מסגרת חוות הדעת. גם כאן המבחן מתחלק לשניים: גישת המדע והביקורת השיפוטית. יש לשאול האם תוכן חוות הדעת של המומחה נתמך על ידי עולם המדע, ומהי עמדת בתי המשפט בנדון. יובהר כי אין הכוונה רק לסקירת ההיסטוריה של הראייה המדעית בפסיקת בתי המשפט, אלא לבדיקתה במשקפי הביקורת השיפוטית המהותית והישירה. במילים אחרות "המבחן החיצוני מלמד כי מדובר בראייה מדעית שמקובלת כיום הן בקהילה המדעית והן בפסיקות בית המשפט. המבחן הפנימי נועד להבין מה אומר המומחה ומה תוכן חוות דעתו" (פסקה 17 לחוות-דעת). כך ציינתי באותו עניין בהתייחס לראיית דגימת דם (בדיקת דנ"א):

"אף כאן, המבחן החיצוני מלמד כי זו ראייה מקובלת בקהילה המדעית ובבתי המשפט. אולם הניסיון עם ראיית הדנ"א עשוי לסייע במובן אחר. מתוך הנחה שהראיה היא קבילה, יש לשאול באלו תנאים - למשל, מהו הרף הסטטיסטי הנדרש כדי לקבל את הראיה... במבחן הפנימי, ראיית דגימת הדם אינה מזהה את הנאשם כיחיד בזיהוי ודאי, בשונה מטביעת אצבע, אלא מציינת את שכיחות הפרופיל הגנטי באוכלוסייה. בשל כך, ייתכן ויש חשיבות לסוג האוכלוסייה שנבדקה בזיקה לנאשם. בה בעת, מבחינה מעשית ראייה שכזו עשויה להפליל בדרך כלל יותר מאשר טביעת אצבע. לדוגמא, קשה יהיה יותר לתת הסבר סביר ואמין להימצאות דמו של הנאשם בזירה, או להימצאות תאי זרע בגוף של קורבן אונס כאשר הנאשם מכחיש שפגש אותה. ההשלכות עלולות להיות קשות יותר מנקודת מבטו של הנאשם, לא רק בשל טיב הראיה אלא בשל 'נסיבותיה' בתיק הקונקרטי".

על יסוד דברים אלה, נשוב ונבחן האם חוות-דעתו של ד"ר פלוצקי מהוות ראייה מדעית חדשה המצביעה על פוטנציאל לשינוי תוצאות המשפט בעניינו של המבקש. אקדים ואומר כי לאחר עיון ועיון חוזר בחוות-דעתו של ד"ר פלוצקי, הגעתי לכלל מסקנה כי אין בראיה זו כדי לעבור את המשוכה בקבלת הבקשה – או אפילו להתקרב לכך – וזאת בשל שלושה רבדים של כשל אשר יפורטו להלן.

11. ראשית, נאחז את השור בקרנו. החוות-דעת לוקה בחסר. הקושי לא במה שנבחן במסגרתה, אלא במה שלא נבחן בה. דהיינו, בפער שבין הכתוב בחוות-דעת לבין ההשלכות הנובעות ממנה, לגביהן טוען המבקש. ודוק, די לעורר ספק סביר ממשי, אך נטל זה מוטל על המבקש. הראיה החדשה היא חוות-דעת, ומהי תוכנה? לשון אחרת, נפתח בחלק הראשון של המבחן הפנימי – הוא שיטת המומחה והשלכות ההוכחה. בשלב זה, בית המשפט בוחן את עמדת המומחה כפי שהוצגה על-ידו בחוות הדעת.

חוות-הדעת מכילה שבעה עמודים. מעבר להצגת הטבלאות, משתרעת חוות הדעת על פני עמוד וחצי (ראו עמ' 2 ו-3). כמובן שאין זה עניין של אורך אלא של תוכן. תכלית חוות-הדעת היא להראות שיש אללים זרים שאינם שייכים לפרופיל של המבקש. המומחה מבהיר בלשונו, כי "השתמשתי בהגדרות האנליזה שנקבעו בדיסק, לא ביצעתי כל שינוי באנליזה", ומיד לאחר מכן "לא הפעלתי כל שיקול דעת בהבחנה בין פיקים המייצגים אללים אמיתיים לבין פיקים שאינם מייצגים אללים אמיתיים, קרי קיבלתי באופן מלא את ההבחנה כפי שנקבעה ע"י התוכנה, מבלי להפעיל שיקול דעת שלי להחלפת ההגדרה של פיק מאלל אמיתי לאלל שאינו אמיתי, או להפך".

צא ולמד, כי המומחה לא בדק את העניין באופן עצמאי, אלא הציג תוצאות של הפעלת תוכנה. התוכנה כשלעצמה אינה יכולה להחליף את המומחה. מידע ותוצאות בדיקה עשויים להיות חלק מחוות-דעת אך אינם באים במקומה. אחרת, המומחה מפנה לחומר בלבד מבלי לעבד אותו; להסביר אותו; להכניס אותו להקשר; ולהסיק מסקנות ממנו. התוכנה כשלעצמה אינה מסבירה את מהימנותה, את הנחותיה ואת משמעות מסקנותיה. באשר למומחה, הוא בהגינותו, ציין כי הוא לא הפעיל שום שיקול דעת. השילוב של תוכנה ומומחה שבמוצהר אינו מפעיל שיקול דעת, ושאינו מסביר את כוחה של התוכנה, ומדוע יש לפעול על-פיה – אינו כשלעצמו עונה על הדרישה של חוות-דעת מומחה לתכלית שהוגשה קיומו של משפט חוזר.

אך לא נסתפק בהערות טכניות, ניכנס לגופם של דברים. נפתח בכללי הבדיקה. במסגרת חוות-דעתו של ד"ר פלוצקי, צוין כי לשם בדיקת הפיקים ובחינת הגדרת פיק כאלל אמיתי, קבעו המומחים מטעם המכון לרפואה משפטית ערך סף ב-RFU של 75, ואילו התוכנה מגדירה אלל אמיתי מעל ערך הסף של 50 RFU. במשפט החוזר קבעו המומחים מטעם המכון לרפואה משפטית (ד"ר פרוינד וד"ר גפני) כי הרף הנדרש במקרה זה הוא 75 RFU, ועל כך לא נחקרו. יוצא כי המבקש מעלה סוגיה בדבר שיעור הרף הראוי בבדיקה, כאשר היה עליו להעלות את הנושא כבר בחקירה הנגדית במשפט החוזר. מעבר לכך, אף בבקשה דנן, המומחה אינו מסביר מדוע הרף הנמוך יותר מתאים יותר למשימה. דהיינו, לא די בהצגת תוצאות מבלי להסביר את הבסיס המדעי להן. תוצאות נגזרות משיטת עבודה שאף היא חייבת לעמוד באמות מידה מדעיות ומשפטיות. לשם דוגמא, נזכיר את הכלל המדעי המוסכם לפיו על מנת לזהות טביעת אצבע של פלוני יש צורך בלא פחות מ-11 נקודות השוואה בין החשוד לבין דגימה שנלקחה מהשטח (עניין מצגורה, פסקה 18). נניח כי יבוא מבקש במשפט חוזר, ויטען כי תוכנה מסוימת קבעה קיומן של שמונה נקודות השוואה. כמובן שמומחה רשאי להגיש חוות-דעת בעניין, אם יצליח בכך, במסגרתה יקבע כי ניתן להסתפק בשמונה נקודות, אך וודאי שלא די בכך כדי להוות חוות-דעת, שכן על המומחה להסביר מדוע ניתן להסתפק בשמונה נקודות. בעניין מצגורה צוין בהקשר זה:

"כדי לערוך את החיבור בין המדע לבין המשפט, על המומחה לדבר בשפה שתורמת ליכולתו של בית המשפט להיעזר בראיה. שיח כזה חייב להתקיים. גם אם המדע והמשפט מדברים בשפות שונות, חייבת להיות שפה מחברת ביניהם..."

כאן, הוצגה התאמה בדרגה של 'אפשרי' ו'אפשרי בהחלט'... הראיה של המומחה במקרה זה לוקה בקושי שלא שייך אפילו להערכה של ההדיוט. לדוגמא: עד מעיד שמבצע העבירה היה גבר גבוה מהממוצע. מתברר שהנאשם הוא גבר בגובה 1.80 מטר. קשיים שונים מלווים ראיה זו: האם העד אכן יכול להעריך גובה, או שהדבר תלוי בזווית הראיה, ומה המשקל של ראיה כזו. אך לפחות בית המשפט מבין גם הוא שהנתונים – בהנחה שהם אמיתיים – הם נכונים. דהינו שגבר בגובה 1.80 הוא מעל לממוצע. בענייננו, אין אפילו את ההבנה הזו. אין אפשרות לקלוט באיזו דרך יעשה בית המשפט שימוש במסקנה שהתאמה היא 'אפשרי בהחלט' לעומת 'אפשרי'. בדרך כלל, בעיה זו נפתרה על ידי סטטיסטיקה – כמו ב-DNA, או באמצעות קביעת התאמה מלאה – כמו בטביעות אצבע. אך בענייננו אלו אינם בנמצא. כאמור, אין סטטיסטיקה ואף אין מספרים. לשם כך, נניח כי לא מדובר במדען אלא באדם בעל מומחיות: המומחה לטביעות נעל, על סמך ניסיונו הרב, יכול לזהות יותר מהדיוט דמיון בטביעות נעל. אך גם אם כך הדבר, נדרש שהמומחה יהיה בעל יכולת להציג נתונים שהם בעלי שימוש בהכרעה השיפוטית. בשלב של מתן פסק דין, בית המשפט בודק היטב את כל הראיות והקשר ביניהן. טביעת נעל, בהקשר זה, עלולה להפוך למעין חריג, דווקא כי מקורה במומחה אשר מעיד בכלליות על דברים שאינם בדיעה שיפוטית של בית המשפט" (פסקה 21ד).

הנה כי כן, תפקידו של המומחה אינו רק להציג נתונים אלא עליו לתת להם מסגרת. המומחה המדעי הוא עד במשפט שתפקידו לשכנע בתזה שהוא מציג. בדומה לעד ראיה, המומחה חושף את עצמו לחקירה נגדית. עד הראיה נכנס לאולם בית המשפט כדי לתאר את אשר קלט בחושיו, למשל מה ראה ומה שמע. לעומת זאת, המומחה המדעי לא קולט נתונים על-פי חושיו, אלא מעיד מדוע על סמך נתונים שונים, ניתן להסיק מסקנה מסוימת לגבי נאשם על סמך המומחיות שלו. בשתי הקבוצות יש דרישה להציג את הדברים ולהסביר אותם. כשם שעד ראיה אינו יכול לומר שעד אחר סיפר לו מה שהוא ראה, כך מומחה אינו יכול להסתפק בעובדה שהתוכנה קבעה כך וכך. יודגש כי אף לא מדובר במומחה שמעיד על מומחה אחר אלא מומחה שמעיד על תוצאה של תוכנה כשלעצמה אינה מומחה. לשון אחרת, עדות על דרך ההפניה, תהא זאת מפי עד ראיה או מפי מומחה, אינה יכולה להוות ראיה בעלת משקל. יש שראיה כזו יכולה להשתלב עם הראיות האחרות אך פה חוות-הדעת עומדת כציפור בודדה על תיל.

בבחינת השאלה מהו דנ"א וכיצד מתבצעת השוואה בין פרופיל גנטי של אדם ספציפי לבין דגימה שנמצאה בזירת פשע, ציין השופט י' עמית בפסק הדין בערעור על פסק הדין במשפט החוזר, בין היתר, כי:



"על מנת לקבל את בדיקת הדנ"א כראיה, לא סגי בזיהוי האללים על ידי המומחה הפורנזי אלא יש צורך בחוות דעת סטטיסטית, שבלעדיה לבדיקת הדנ"א אין נפקות ראייתית. לעניין ראיית הדנ"א, להבדיל מראיות מדעיות אחרות, מקובלים עלי דברי השופט נ' הנדל...  
 'מדע ללא סטטיסטיקה הינו כמו הכרעת דין ללא הנמקה: שניהם סובלים מן הפגם של אי יכולת לבדוק את התוצאה לעומק, את דרך החשיבה שעומדת בבסיס למסקנה'.

כאשר בדנ"א עסקינן, חוות דעת פורנזית כשלעצמה, היא בבחינת תיבה נעולה מבחינת בית המשפט, ורק בצירוף חוות הדעת הסטטיסטית הנלווית לה, נפתחת התיבה ומתאפשר לבית המשפט להעריך את משקל הראיה שנמצאת בתיבה. ובקיצור, הממצאים הפורנזיים לחוד, והנפקויות הסטטיסטיות לחוד. תחומי המומחיות הם שונים, והצירוף של השניים הוא שמקנה לראיית הדנ"א את משקלה".

מטרתה של חוות-הדעת החדשה היא להראות קיומם של אללים זרים. דא עקא, בחינת תיעוד הבדיקות נעשתה על-ידי המומחה מבלי להביע חוות דעת מקצועית ביחס לשאלה אלו מבין הפיקים אשר התגלו בבדיקות משקפים אללים אמיתיים ואלו אינם נחשבים אמיתיים. יובהר, בהקשר זה, כי פיקים מהווים סוג של שיאים שעולים בגרף על-פי הבדיקה החשמלית. פיקים עשויים להיות אינדיקציה לקיומו של אלל, אך עשויים גם לנבוע ממגוון סיבות אחרות, מלאכותיות שאינן משקפות תוצאת אמת בת דיווח. שיטת המומחה בענייננו אין בה כדי להביא למסקנה שעשויה לסייע לנאשם בדבר קיומם של אללים זרים. אגב, די בכך כדי להראות שהמבקש לא עמד בדרישה הראייתית המינימלית נכון לשלב זה כדי להוכיח אללים זרים. תוזכר, בהקשר זה, תגובת בא-כוח המדינה לפיה העדר הבחנה בין פיקים המייצגים אללים אמיתיים לבין פיקים שאינם אמיתיים, מלמד על כך שהמומחה איתר פיקים בלבד ולא אללים. נקודה זו כאמור הינה עומדת ביסוד הכשל בחוות-הדעת החדשה לצורך קבלת הבקשה למשפט חוזר, שהרי לא הוכח קיומם של אללים אלא רק האפשרות לקיומם של פיקים שונים. עד כאן הרובד הראשון. ושוב להשלמת התמונה נזכיר את תגובת בא-כוח המדינה, לפיה אף אם נמצא אלל זר אין לדעת מה מקורו ואין באיתורו כדי ללמד שהמבקש לא ביצע את העבירה. כלומר, קיומו של אלל זר כשלעצמו אינו מעלה או מוריד משום שיתכן שנוצר כתוצאה מעקבות דנ"א של אנשי הצוות הרפואי בבית חולים עת טיפלו בקטינה. ברם, לתחנה זו אין צורך להגיע.

12. הרובד השני, נסוב סביב פסק הדין במשפט החוזר ובפסק הדין בערעור על פסק הדין במשפט החוזר, כאשר קביעות שונות בפסקי הדין מבליטות את הכשל ברובד הראשון. בהתייחסו לעדותו של ד"ר גפני בקשר לאללים שנמצאו בשמיכה (מוצג 14) ובמזרן (מוצג 15) – ציין בית המשפט המחוזי כדלקמן:

" בתהליך איתור האלל או הסטטר באמצעות התוכנה, כך העד, שני שלבים. בשלב הראשון, מזהה התוכנה פיקים העוברים את סף הקריאה שעמד במקרה זה על 75 RFU. בשלב השני, מסמנת התוכנה פיקים אלה, כאללים, אלא אם קיים מימנם, בעמדה אחת הגבוהה מהם, פיק הנמוך מהם בשיעור מסויים, והמשתנה מאתר לאתר (יחס זה מכונה 'אחוז הסטטר'). במצב זה, מוחקת התכנה לדבריו, את הדזיגנציה מהפיק הנמוך, ומתייחסת אליו כאל כסטטר.

עדיין, כך העיד, קיימים מצבים בהם המומחה הפורנזי איננו יכול לקבוע בוודאות אם מדובר באלל אמיתי, קרי, במופע אותנטי בכמות קטנה, או, בסטטר. במצב כזה יימנע המומחה מקביעה פוזיטיבית שמדובר באלל או בסטטר.

בהמשך דבריו הסביר ד"ר גפני לאור העובדה שהמזרן והשמיכה הוחזקו בעניינו לאורך שנים, בתנאים שאינם אופטימליים, הרי שהדנ"א התפרק בהם בחלקו. בלשונו: 'דנ"א) מתישן עם הזמן. ה-DNA זה חוט ארוך מאוד מאוד, עם הזמן הוא מתפר, השרשרת נחתכת בכל מיני מקומות באופן אקראי, ולכן לעיתים אנחנו מקבלים DNA שמתפרק' (עמ' 241 לפרט').

עם זאת, הבהיר, אין בעובדה זו כדי לפגוע ביכולת הזיהוי של אלל או סטטר, מקום שאלה השתכפלו בהליך ה-PCR (עמ' 242 לפרוט').

כך או כך, נותרה במרכז המחלוקת בין מומחי התביעה למומחי ההגנה, לשיטתו, התייחסותם השונה של אלה ואלה, אל הגדרת האללים מול הסטטרים שהסתמנו מבדיקת הדגימות נשוא הדיון.

לדברי ד"ר גפני, התעלמו מומחי ההגנה - פרופ' פרידמן ופרופ' ליפקין - מעובדה זו (ראו, חוות דעתם שהוגשה לבית המשפט העליון, ושלא הוגשה לנו על ידי הנאשם במשפט החוזר).

שני המומחים הנ"ל, כך גפני, עצמו עיניהם בפני הקריטריונים המקובלים בקהילה המדעית בהגדרת סטטרים, וקבעו באופן קטגורי כי מדובר בסטטר, בכל פעם שהתוכנה זיהתה אלל בעוצמה נמוכה ובמיקום שיכול להתאפיין גם כסטטר. בעשותם כן, גרס, בחרו מומחי ההגנה באפשרות הנוחה לנאשם, כדי לבסס את מסקנתם השוללת כל אפשרות שתרים לתערובת; ולא היא. " (פסקאות 66-67).

אף השופט י' עמית בפסק הדין בערעור על פסק הדין במשפט החוזר התייחס להבחנה בין פיק המהווה אלל אמיתי לבין פיק שאינו מהווה אלל אמיתי:

"בין מומחי התביעה למומחי ההגנה ניטשה מחלוקת עקרונית כיצד ניתן להבחין בין אלל אמיתי לבין טעות דגימה המכונה בעגה המקצועית – סטטר...כיצד נוצר סטטר? במהלך השכפול של הדנ"א עשויה להיות תופעה של מעין 'גמגום' בהעתקה והשמטת יחידה אחת, באופן שמתקבלת תוצאה של מספר חזרות הנמוך ביחידה אחת ממספר החזרות האמיתי...כאשר בדגימה של אדם אחד עסקינן, הרי שניתן בנקל לזהות את הסטטר, אך כאשר מקור הדגימה הוא בשני פרטים או יותר, הזיהוי קשה יותר. פרט שכמות החומר הביולוגי שתרים היא גבוהה, יתבטא בעוצמה חזקה בפרופיל (מרכיב חזק) לעומת פרט שתרים כמות חומר מועטה (מרכיב חלש). לעיתים, קשה לזהות בתערובת, בחלק מהאתרים, האם מדובר באלל אמיתי של המרכיב החלש או שמא בסטטר...

ד"ר גפני, מטעם המשיבה, הסביר כי קיימים שלושה אמצעי עזר להבחין בין אלל אמיתי לבין סטטר, וכי המומחים מטעם המערער נקטו בגישה לא מקובלת בקהילה המדעית בפענוח של חלק מהתוצאות כסטטרים. אזכיר כי מול עדותו של ד"ר גפני בנושא זה, לא הובאה חוות דעת נגדית מטעם המערער, שבחר שלא להגיש את חוות דעת המומחים מטעמו במהלך המשפט החוזר, למרות שחוות דעת אלה שימשו כבסיס להחלטה על עריכת משפט חוזר. כאמור, המערער הציג חוות דעת אחרת, של ד"ר נועה דיואן (נ/47, נ/48), שבית משפט קמא קבע לגביה כי התערערה לחלוטין וכלשונו 'השאלה היא, מה נשאר במשפט החוזר, אם חווה"ד שבגינה יצא משפט חוזר זה לדרך, עורערה עד אין מרפא לה?' (שם, פסקה 109 לפסק הדין) (פסקה 23).

עוד יש להזכיר כי מחוות-הדעת של ד"ר פרוינד עלה כי מן המטוש הוגינלי (מוצג 4) הופק פרופיל גנטי נקבי יחיד התואם את זה של הילדה. במסגרת המשפט החוזר, לא זו בלבד שהמומחים מטעם המבקש לא חלקו על ממצא זה בחוות-דעתם, אלא שד"ר פרוינד לא נחקרה בנושא, מלבד שאלה אחת קצרה שהופנתה אליה. בשל כך החליט בית המשפט המחוזי שלא לדון בתוצאות הבדיקות שמקורן במטוש הוגינלי. רק לאחר הדיון בערעור על פסק הדין במשפט החוזר, הגיש המבקש לבית משפט זה השלמת טיעון בכתב, במסגרתה הצביע על שני אללים זרים שנמצאו במטוש הוגינלי (אללים 9 ו-11). המבקש טען – מבלי לתמוך טענתו בחוות-דעת מומחה מטעמו – כי אללים אלה מובילים לזיכוי, שכן אינם מתאימים לפרופיל שלו. בהתייחסו להשלמת הטיעון, החליט השופט י' עמית לדחות טענה זו, באומרו את הדברים הבאים:

"השלמת הטיעון של המערער היא עדות נוספת לדרכו הפתלתלה, בלשון המעטה.  
 אכן, בעוד שהימצאות אלל זר בשמיכה ובמזרן, אינה יכולה להוות ראיה מזכה מבחינתו של המערער, הרי שהימצאות אלל זר לפרופיל המערער ופרופיל המתלוננת במטוש הוגינלי היא בבחינת ראיה מזכה קונקלוסיבית. אך דווקא בשל חשיבות העניין, ניתן היה לצפות כי סוגיה זו תעמוד במרכז החקירות והמחלוקות בבית משפט קמא ובמרכז חוות דעת המומחים מטעמו של המערער, הן בשלב הבקשה למשפט חוזר והן במשפט החוזר עצמו. דווקא נוכח חשיבותה הלכאורית של הראיה לשיטת המערער, ניתן היה לצפות כי מומחי התביעה יחקרו בעיקר אודות ממצאי המטוש הוגינלי, ולא לגבי הממצאים בשמיכה ובמזרן. קשה להלום, בלשון המעטה, כי לאחר שהכרעת הדין עוסקת לאורכה ולרוחבה בממצאי הבדיקות במזרן ובשמיכה, יתאפשר למערער במסגרת השלמת טיעון בערעור לאחר הדיון בערעור, להעלות נושא זה על ראש שמחתו, נושא שכמעט ולא נדון כלל בהכרעת הדין, ולא נתאפשר למומחים להתייחס אליו. ד"ר פרוינד נחקרה לאורך מאות עמודי פרוטוקול, אך בנושא אלל 11 הופנתה אליה שאלה קצרה על ידי המערער:

'גם על ה-11 כתוב חלש, וגם על ה-9.3 כתוב חלש. את ה-9.3 הכנסת, אבל את ה-11 שלא מתאים לא הכנסת, למה?'

על כך השיבה ד"ר פרוינד:

'יש כאן הערה, חלש ביותר, זאת אומרת יש חלש ביותר ויש חלש, אני רק מזכירה לכם שבאותה תקופה הקביעה לא הייתה לפי גובה כמו שאנחנו רואים היום, אלא לפי הערכה ויזואלית, אז אם אני כותבת חלש ביותר, אולי בעיניי זה היה חסר, לא היה חזק מספיק... וכתוב פה 'בסטטר פוזישן' זאת אומרת שאם זה בסטטר פוזישן יכול להיות שיש עם זה בעיה והחלטתי כמומחה לא לדווח על זה, (הדגשה הוספה – י"ע).

בכך מיצה המערער את הנושא, ומכאן המשיכה החקירה והתארכה בנושאים אחרים הנוגעים ברובם למזרן והשמיכה.

גם בדיון שנערך לפנינו, המערער ובא כוחו טענו בקצרה לעניין אלל 11, ורוב טיעונם התמקד בתוצאות הדנ"א בשמיכה ובמזרן, ולמותר לציין כי הטענות לעניין אלל 11 לא גובו בעמדת מומחים, אלא נותרו בגדר תהיות של הדיוטות.. (פסקאות 48-49).

הדברים שהובאו לעיל, מחזקים את המסקנה לפיה לא ניתן להעניק משקל מהותי לעמדתו של ד"ר פלוצקי אשר עסק בקריאה טכנית של התוכנה, והתייחס לתוצאות התוכנה כפי שהן (as is). שונה פני הדברים לו המומחה היה מפענח ומנתח את תוצאות

בדיקות הדנ"א, תוך הפעלת שיקול דעת וידע מקצועי נרחב. אולם משלא עשה כן לא ניתן לקבל את חוות-דעתו.

13. הרובד השלישי נסוב סביב טענת המבקש, לפיה החומר לא הובא לידי עד לשנת 2018. דין טענה זו להידחות. חוות-הדעת אינה בבחינת ראייה חדשה "במובן המהותי" כפי שהותווה בפסיקה, ולא נמצא טעם מוצדק להגשתה רק עתה. בניגוד לטענת המבקש, תוצאות הבדיקות משנת 2004 עליהן נסמכת חוות-הדעת היו זמינות במועד המשפט החוזר, וניתן היה להפיקן במועד המשפט החוזר. כפי שעולה מנספח א' לתגובת המדינה, אישרה ד"ר דיואן "קבלת CD המכיל קבצי Genescan בתיק מכון 5/148/01". יש להבהיר, כי במסגרת המשפט החוזר ניתנה למבקש עצמו הזדמנות לערוך בדיקות דנ"א במוצגים במעבדה בחו"ל, אולם המבקש החליט להפסיקן. כך ציין בית המשפט המחוזי, בהקשר זה:

"במיוחד, התקשינו לקבל טענתו כי הקונספציה שגילה, היא שגרמה לו להפסיק את בדיקות הדנ"א שכבר הזמין במעבדה בחו"ל, ואשר כבר הגיעו לשלב מתקדם, כולל, תשלום ע"ס \$ 9,000 שהוציאה הסניגוריה הציבורית עבורן.  
הפסקת הבדיקות לפתע פתאום, מעוררת בהכרח שאלות קשות, שהרי, כמוה, כמו הימנעות מזימונו של עד חיוני שאמור היה להעיד טוב על המזמין; ולא היא".

14. יושם אל לב, כי הוצגו שלושה רבדים של כשל – תוכן חוות הדעת; הדיון בעניינים הקשורים לחוות-הדעת בפסק הדין במשפט החוזר ובפסק הדין בערעור על פסק הדין במשפט החוזר, וההשלכות של הקביעות על הראייה החדשה; ומועד הגשת חוות-הדעת. הרבדים בנויים מהמבחן המהותי יותר של תוכן חוות-הדעת למבחן הדיוני של סוגיות שונות שנדונו בפסקי הדין בערכאות קמא המשליכות על משקל הראייה החדשה. וממבחן זה למבחן המועד בדבר היכולת לקבל את כל החומר כבר בשלב של המשפט החוזר.

להשלמת התמונה נתייחס לעמדת ד"ר בובליל מטעם המכון לרפואה משפטית לחוות-דעתו של ד"ר פלוצקי, אשר הוגשה במסגרת התגובה לבקשה שלפניי. בעמדתה המקורית של ד"ר פרוינד, לפיה במטוש הוגינלי התגלה פרופיל נקבי יחיד של הילדה. ד"ר בובליל הבהירה כי:

"הטבלאות המוצגות בחוות הדעת של פלוצקי כוללות אללים שונים.

חלק מהם מדווחים מתחת לסף האנליזה שהמעבדה קבעה (75 יחידות פלורסנטיות RFU) ולכן כלל לא נקראו במקור על ידי ד"ר פרוינד היות וכל קריאה שהיא מתחת לגובה אינה נחשבת כאלל אמיתי.

מהות הגדרת סף אנליטי היא כזה שמבדיל בין אללים שהם אמיתיים ויש להתחשב בהם לבין ממצאים פלורסנטים שמקורם עשוי להיות רעש רקע, זיהום משני, ארטיפקטים שונים וכד'. כל קריאה שהיא מתחת לסף של 75 אינה רלבנטית. כאשר המעבדה קובעת סף אנליטי היא מתבססת על הליך תיקוף מפורט (ולידציה פנימית). לאחר קביעת סף זה אין חריגה ממנו כלפי מטה כדי לא 'להיכנס' לאזור בו לא ניתן להבחין בין אללים אמיתיים לבין ארטיפקטים.

בנוסף, חלק מהאללים שמדווחים על ידי פלוצקי נראים כמו הפרעות, הם חסרי צורה של אלל אמיתי, חלקם בכלל נקראים מתוך פרופילים שהם בעודף דנ"א ולכן כפי שהוא עצמו כותב הם אינם ניתנים לקריאה ופרשנות תקינה. הצהרתו של פלוצקי כי 'לא הפעיל שיקול דעת בהבחנה בין פיקים המייצגים אללים אמיתיים לבין פיקים שאינם מייצגים אללים אמיתיים' מדברת בעד עצמה. לא ניתן לנתח פרופילים גנטיים ללא הפעלת שיקול דעת של הבודק. אין באף אחד מהפרופילים שהתקבלו מהמטוש מהוגינה כל עדות לנוכחות מרכיב זכרי או מרכיב זר אחר. מדובר בפרופיל בודד, של פרט ממין נקבה התואם למתלוננת".

בהינתן כל האמור לעיל, טענות המבקש באשר לקיומה של ראייה מדעית חדשה מהווה לטעמי מעין "מקצה שיפורים ללא שיפור" לטענותיו אשר נדונו ונדחו כולן בערכאות קמא, ואין בהן משום הצדקה להורות על קיומו של משפט חוזר.

לסיום יש לדחות אף את טענות המבקש בדבר עיוות דין והגנה מן הצדק. כפי שהובהר לעיל, במהלך המשפט החוזר קיבל המבקש לידידיו את כל החומר הגולמי ביחס לממצאי הבדיקות שהופקו מן המטוש הוגינלי. משכך אין לומר כי עניינו של המבקש נמנה על אותם מקרים חריגים בהם נגרם עיוות דין, באופן המצדיק קיומו של משפט חוזר. נזכיר כי המבקש קיבל את יומו שתי פעמים בערכאה הדיונית ושתי פעמים בערכאת הערעור. על כן, הרשעתו של המבקש – יסודה בדין, ולא בעיוות דין.

15. לנוכח האמור, הבקשה למשפט חוזר – נדחית.

ניתנה היום, ג' בטבת התש"ף (12.2019.31).

שׁוֹפֵט