



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייים

ע"פ 4988/08

בפני: כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' דנציגר

המערער: איתן פרחי
נ ג ד
המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
מיום 6.5.2008 בתפ"ח 1084/06 שניתן על ידי כבוד
השופטים: ב' אופיר-תום; מ' סוקולוב; י' שנלר

תאריך הישיבה: א' בכסלו התשע"א (8.11.2010)
בשם המערער: עו"ד ע' הדר; עו"ד ע' גוטמן; עו"ד ט' אלפרן; עו"ד ש' נהרי
בשם המשיבה: עו"ד זיו אריאלי

פסק-דין

השופט א' א' לוי

המשטרה מצהירה כי לא תעשה שימוש מסוים בראיה הנמסרת לה בהסכמה, אולם פועלת בניגוד לאותה הצהרה ועושה שימוש בראיה זו לצורך הרשעתו של מוסרה. האם על ראיה זו להיפסל? ומה יהא דינן של ראיות נוספות שהושגו מכוח ובעקבות אותה הפרה? אלו הן השאלות המונחות לפתחנו בערעור זה.

הרקע והאישומים

1. בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו הרשיע את המערער בעבירות מין חמורות שבוצעו במספר מתלוננות, בארבעה אירועים נפרדים. במוקד הערעור עומדת שאלת קבילותה של ראית DNA אשר הובילה למעצרו של המערער, ושלאורה די היה בה כדי לסלול את הדרך להרשעתו במרבית האישומים שיוחסו לו. ראיה זו הופקה מדגימת רוק שניטלה מן המערער בהסכמתו, במסגרת מדגם שערכה המשטרה במהלך חקירת

תיק רצח שאינו מענייננו. מטרת המדגם היתה לבחון קשר אפשרי של "מתנדבים" – נדגמים שאינם חשודים – לעבירה הנחקרת, כאשר למשטרה לא היה קצה חוט לפענוחה. מבחינה נורמטיבית פרקטיקה זו מוסדרת בפרק ו' לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק החיפוש"), המסדיר את סמכויות החיפוש של המשטרה במי שאינו חשוד. כנדרש בחוק, קודם לנטילת הדגימה הובהר למערער כי לא ייעשה בה שימוש מלבד הנדרש לחקירת תיק הרצח. אלא שבאופן מקרי נתגלתה התאמה בין פרופיל ה-DNA של המערער שהופק מן הדגימה, לבין פרופיל DNA שנאסף ונבדק בידי חוקרי המחלקה לזיהוי פלילי בשלוש מזירות האירועים נושא ערעור זה. בעקבות הגילוי, ולאחר התייעצות עם הגורמים הרלבנטיים במשטרה, הוחלט להגיש כתב-אישום נגד המערער ולבקש את מעצרו.

2. בכתב-האישום תוארו ארבעה אירועים נפרדים המקיימים יחד את המסכת העובדתית שבבסיס הרשעתו של המערער:

באירוע הראשון הואשם המערער בעבירה של מעשה מגונה בפומבי שביצע בגופו תוך שהוא מציץ לדירה בהרצליה. לאחר שלמקום הגיעו שוטרים שהוזעקו על-ידי שכנה שחזתה במעשים, ניסה המערער להימלט תוך שהוא משליך כסא לעבר אחד השוטרים ודוחף אותו באופן שגרם לו חבלה. בעקבות כך, הואשם המערער גם בעבירה של תקיפת שוטר בנסיבות מחמירות.

בשלושת האירועים הנוספים (אישומים 2-4 בכתב-האישום) יוחסו למערער אינוס ומעשה סדום בנסיבות מחמירות וכן מעשה מגונה. בנוסף, הואשם המערער בעבירות שונות שעבר אגב ביצוע עבירות המין בקורבנותיו – הדחה בחקירה, שוד והתפרצות למקום מגורים. במקרה אחד הציג עצמו המערער בפני המתלוננת כאיש משטרה המבקש לראות מה תוכן השקית שבידה, ותוך כדי כך תפס בחולצתה וגרר אותה לאזור חשוך בגן ציבורי סמוך, שם ביצע בה מעשי סדום, ולאחר מכן נטל ממנה את ארנקה. במקרה שני, התקרב המערער אל המתלוננת – קטינה בת 15 – מאחור, בעת שצעדה לביתה דרך חורשה, ואנס אותה תוך השמעת איומי רצח. במקרה השלישי, הציץ המערער לדירה בה שהתה המתלוננת בגפה, הכה בתריס שבחלונה ואף הכניס את ידו דרכו, במטרה להפחידה שתעשה כדבריו, תתפשט ותאונן בפניו, תוך שהוא מבצע בעצמו מעשה מגונה. מעשים אלו לוו בהפעלת אלימות ואיומים קשים כנגד הקורבנות בניסיון למנוע מהן להתלונן במשטרה.

3. בסופו של יום הורשע המערער בכל העבירות שיוחסו לו, ובעקבות כך הוא נדון ל-25 שנות מאסר, שנתיים מאסר על-תנאי וחויב לשלם פיצוי לקורבנותיו בסכום כולל של 60,000 ש"ח. הערעור שבפנינו מופנה נגד ההרשעה, ולחלופין, נגד העונש.

התשתית הראייתית הרלבנטית להרשעתו של המערער

4. מלבד הדמיון במעשים ובשיטת הביצוע, עליהם עמד בית-המשפט קמא בהכרעת הדין (בעמ' 19), המשותף לשלושת האירועים (האישומים 4-2) היא העובדה כי בזירות העבירה נתגלו שרידי זרע. אין חולק כי פרופיל ה-DNA שהופק משרידים אלה הצביע על כך שאותו אדם ביצע את העבירות בשלוש המתלוננות. גילוי ההתאמה שבין פרופיל ה-DNA של המערער לפרופיל שנמצא בזירות אלו, ברמת הסתברות של אחד ללמעלה ממיליארד, הוא ששימש עיקר בהרשעתו.

נוסף על דגימת הרוק שניטלה מן המערער בהסכמתו במסגרת חקירת הרצח, עלה בידי חוקריו לתפוס במהלך מעצרו בדל סיגריה שעישן, וזה נמסר לבדיקה במעבדה ביולוגית. ממצאי הבדיקה הצביעו פעם נוספת על התאמה בין פרופיל ה-DNA של המערער ובין ממצאי ה-DNA שנאספו בזירות העבירה. בפתח הדיון הכריזה המשיבה כי ראייה זו – הפרופיל שהופק מן הבדל – תשמש אותה במסגרת טיעוניה בפני בית-המשפט.

קבוצה נוספת של ראיות שעמדו לחובת המערער התגבשה על יסוד שתיקתו, סירובו לשתף פעולה בהליכי החקירה חרף האישומים החמורים שהוטחו בו, סירובו לתת דגימת רוק לבדיקת מעבדה, הימנעותו מלהשתתף במסדר זיהוי ובעימות עם המתלוננות, ובחירתו שלא להעיד בפני בית-המשפט.

לאילו הצטרפו עדויות המתלוננות על מראהו של מי שתקף אותן, המצביעות על דמיון לנתוניו החיצוניים של המערער; קביעת בית-המשפט קמא לפיה ניתן למצוא ראשית הודאה במספר אמירות של המערער בפני חוקריו בעת מעצרו; ולבסוף, איכון מכשיר הטלפון הנייד שלו בסמוך לשלושת הזירות בהן בוצעו העבירות.

באשר לאישום הראשון, לגביו לא נמצאו ממצאי זרע שבכוחם לקשור את המערער באופן וודאי לביצוע המעשים, התבססה הרשעתו על תשתית ראייתית נפרדת, ובעיקר על מעצרו בסמוך לזירת האירוע ועדויות השכנים שצפו במעשה. מכל מקום, המערער לא התייחס בטיעונו להרשעה באישום זה, למעט טענה כללית לפיה על כתב-

האישום כולו להימחק מחמת הגנה מן הצדק, ועל כן הדיון בערעור יתמקד בשלושת האישומים הנוותרים.

גדרי המחלוקת

5. סעיף 14 לחוק החיפוש מסמיך את המשטרה לבצע חיפוש בגופו של מי שאינו חשוד, בכפוף לחובה להזהיר את הנבדק ולקבל את הסכמתו בכתב:

”(א) שוטר רשאי, לצורך חקירת עבירה, לערוך חיפוש כאמור בחוק זה בגופו של אדם שאינו חשוד... ובלבד שמתקיים אחד מאלה:

...

(2) החיפוש נדרש לשם בדיקת קשר אפשרי של אותו אדם לעבירה הנחקרת.

(ב) לא יערוך שוטר חיפוש לפי הוראות פרק זה אלא לאחר שהסביר לאדם, בלשון המובנת לו, את מטרת החיפוש ואת השימוש שניתן לעשות במה שייתפס בחיפוש, וכן הסביר לו את זכותו שלא להסכים לחיפוש, ואותו אדם נתן את הסכמתו בכתב, לביצוע החיפוש.”

כאמור, החיפוש בגופו של המערער נעשה במסגרת מדגם שערכה המשטרה בקרב “מתנדבים”, לשם בדיקת קשר אפשרי שלהם לביצוע עבירת רצח שנחקרה אותה עת. כעולה מעדויות השוטרים (מוצג ת/85) ומן הטופס עליו הוחתם המערער (ת/83), למתנדבים הוסברה מטרת החיפוש והם הוזהרו כדין באשר לזכויותיהם. כן הובהר למתנדבים כי הדגימה הניטלת מהם תשמש אך ורק לחקירת הרצח ולא למטרה אחרת.

בשולי הדברים אוסיף, כי לראשונה בערעור טענה ההגנה כי המשטרה איימה על המערער שסירובו לתת דגימה יחשידהו מניה וביה בעבירת הרצח. ברי כי העלאתה של טענה ממין זה בשלב כה מאוחר של ההליכים, מעוררת ספק ממשי באשר למהימנותה – שהרי המערער לא העיד בפני בית-המשפט קמא בסוגיה זו, ולא הובאו עדים אחרים לתמוך בה. אין די בהעלאת הטענה בעלמא בנסיבות אלה, ומשכך יתמקד הדיון בערעור במחלוקת שבין הצדדים אודות השימוש שנעשה בנתוני הזיהוי שהופקו מן הדגימה בידי המחלקה לזיהוי פלילי.

בדיקה ביולוגית שנערכה לדגימה שניטלה מן המערער בהסכמה, שללה את מעורבותו בפרשת הרצח שנחקרה. מי שערכה את הבדיקה היתה ראש מאגר ה-DNA של המחלקה לזיהוי פלילי – סגן ניצב אשירה זמיר. לדבריה, במהלך בדיקת הפרופיל

הגנטי מזירות עבירות המין, היא נזכרה כי בעת חקירת פרשת הרצח, שקדמה לפרשה הנדונה בערעור זה, היא נתקלה בפרופיל DNA בעל מבנה דומה. בעקבות כך נערכה השוואה ונמצא כי קיימת התאמה בין ה-DNA של המערער שנבדק בפרשת הרצח ל-DNA שאותר בזירות בהן בוצעו העבירות נושא הפרשה הנוכחית. במכתב שהופנה לראש היחידה המרכזית, מיד לאחר מכן, מתארת סגן ניצב זמיר את שארע (ת/84):

”... כשבחנתי את הפרופיל, צד את עיני האלל 33.2
באתר D21. זכרתי שאלל כזה הוזן לאחרונה לטבלת ה-
Excel המשמשת אותנו לתיעוד הפרופילים שמצאנו.
בבדיקה מול הפרופילים שבתיק ענת פלינר [תיק הרצח]
נמצאה התאמה ל”מתנדב” איתן פרחי”.

בית-המשפט המחוזי, אשר התרשם מעדותה של סגן ניצב זמיר באופן ישיר, סבר כי היא פעלה בתום-לב. נקודה זו לא שימשה מקור למחלוקת בערעור שלפנינו, וטיעוני הצדדים שהובאו בפני בית-המשפט נגעו בעיקר לשאלת חוקיות פעולותיה והשלכותיהן על קבילות הראיה.

לטענת המערער, התנהלות המשטרה בדרך התיעוד של נתוני הזיהוי, ובאופן ביצוע ההשוואה בין נתוני זיהוי מן התיק האחד לאלו שבתיק אחר – בניגוד להבטחה שניתנה לו, לפיה לא ייעשה שימוש בדגימה שמסר אלא לצורך חקירת הרצח – עומדת בסתירה למספר הוראות חוק, ולפיכך דין ראיית ה-DNA שהושגה בעקבות כך להיפסל. עוד נטען, כי אי-החוקיות בה לקחה ראייה זו מכתימה את שאר הראיות העומדות לחובת המערער, הואיל והן נגזרות ממנה, היינו, לולא הושגה ראיית ה-DNA לא היה ניתן לעצור את המערער, וממילא לא היו מושגות הראיות הנוספות ששימשו יסוד להרשעתו. בפרט, בהתייחס לראיית ה-DNA שהופקה מבדל הסיגריה, סבור המערער כי זו מהווה העתק מושלם לראיית ה-DNA שניטלה ממנו במסגרת חקירת תיק הרצח, ולפיכך אין לאפשר הכשרת הפסול על-ידה. על כן יש לקבוע כי כלל הראיות אינן קבילות במשפט ולהורות על זיכוי. לחלופין, יש להורות על ביטולו של כתב-האישום בשל דוקטרינת ההגנה מן הצדק.

לעומתו, סברה המשיבה כי ראיית ה-DNA הושגה כדין, ומכל מקום, מדובר בראיה חפצית, אובייקטיבית, בעלת מהימנות גבוהה, שגם אם דבקה אי-חוקיות מסוימת בהפקתה, אין בכך כדי לפגוע בקבילותה. זאת, בייחוד נוכח חומרת המעשים המיוחסים למערער, חשיבות הראיה להרשעה ותום-ליבם של גורמי המשטרה שהיו מעורבים בתהליך השגתה. עם זאת, המשיבה שבה והדגישה בטיעוניה כי לגישתה, אין

להידרש כלל לשאלת חוקיותה של ראיית ה-DNA שהופקה מדגימת הרוק שמסר המערער בהסכמה. אשמתו של המערער הוכחה על בסיס תשתית ראייתית נפרדת, ובעיקר על נתוני הזיהוי שהופקו מבדל הסיגריה. באשר ליתר הראיות העומדות לחובת המערער – גם אם השגתן נתאפשרה בעקיפין בשל מעצרו, הרי שאין אפשרות לטעון לפסלותן אלא מכוח דוקטרינת "פירות העץ המורעל" אשר נדחתה במשפטנו זה מכבר.

הכרעתו של בית-המשפט קמא בסוגיית קבילות הראיה

6. בהכרעת דינו קבע בית-המשפט המחוזי, כי יש לקבל את ראיית ה-DNA ולכך מנה שלושה טעמים. ראשית, צירוף מקרים שהתרחש במהלך חקירת הפרשה הוא שהוביל למעצרו של המערער, ולא שימוש אסור בנתוני הזיהוי שהופקו מהדגימה שמסר המערער בהסכמה. שנית, לא קם כל חשש לפגיעה בהוגנות ההליך נוכח הכרזת המשיבה כבר בפתח הדיון, כי טיעוניה יתבססו אך ורק על הראיה שהופקה מבדל הסיגריה. שלישית, קיומם של שיקולים כבדים התומכים בהעמדתו לדין של המערער: העובדה כי הפגיעה לא נעשתה בזדון, חומרת המעשים המיוחסים לו, חיוניותה של הראיה לתביעה, ואופיה של הראיה – מדעית ואובייקטיבית.

ד"ר

7. הסנונית המבשרת על תזווה בנקודת האיזון שבין האינטרסים והערכים המתחרים בסוגיית קבילות ראיות במשפט הפלילי, יצאה מבית-משפט זה בפסיקתו בפרשת יששכרוב (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006)). הלכה זו יצרה לראשונה במשפטנו דוקטרינת פסילה כללית, הנוגעת לראיות שהושגו בניגוד לדין ושקבלתן כראיה תוביל לפגיעה בהוגנות ההליך. משמעות הדברים היא במתן משקל נכבד לזכויות הנאשם, לצד הערכים הנוהגים עימנו מאז ומתמיד – גילוי האמת ולחימה בעבריינות. אם בעבר נדמה היה כי ראיות קבילות הן מעצם הגשתן לבית-המשפט, הרי שכיום דינן של הראיות, לקבילות או לפסלות, ייחרץ גם בכפוף לביקורת שיפוטית אודות הדרך בה הושגו. עם זאת, התהליך של הטמעת נקודת האיזון החדשה והתאמתה להוראות חוק שונות ולנסיבות המשתנות ממקרה למקרה, הינו מורכב ואיטי. יפים לעניין זה דברי השופטת נאור בע"פ 2939/09 פילצה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 15.10.2009):

"אנו נמצאים עתה בתקופת העיצוב, הגיבוש והיישום של העקרונות שנקבעו בפרשת יששכרוב. אכן, תקופה זו עשויה להתאפיין בחוסר ודאות מסויים ... פסיקתו של

בית משפט זה בעת האחרונה מדגימה את הקשיים המאפיינים תקופה זו".

מציאות זו תשמש נקודת המוצא לצורך מענה על השאלות העקרוניות שהצבנו לנו בנסיבות המיוחדות פרשה זו.

סדר הדיון יהיה כדלקמן: ראשית, אדון בשאלת אי-החוקיות הכרוכה בשימוש שנעשה בראיית ה-DNA שניטלה מן המערער בהסכמה במסגרת חקירת תיק הרצח. בהמשך, אציג את המסקנה המתבקשת לטעמי בנסיבות אלו, לפיה אי-החוקיות מובילה במקרה זה לפסילת הראיה מלשמש במשפט. לאחר מכן אבחן כיצד צריכה קביעה זו להשפיע על הראיות הנגזרות ממנה. מסקנתי תהא כי יש מקום להבחין בין ראיית ה-DNA שהופקה מבדל הסיגריה – שדינה פסלות – לשאר הראיות העומדות לחובת המערער. על רקע זה, אבחן אם יש בחומר הראיות הנוסף כדי לבסס את הרשעתו של המערער במידה הנדרשת בפלילים.

אי-החוקיות הכרוכה בשימוש בראיית ה-DNA הראשונה, שהופקה במסגרת חקירת תיק הרצח

8. המבחן לקבילותה של ראיה, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, הוא דו-שלבי: תחילה תיבחן חוקיות הדרך בה הושגה הראיה, ובשלב השני יכריע בית-המשפט אם לקבל או לפסול את הראיה בהתאם לשקלול כלל הזכויות והאינטרסים הרלבנטיים ונסיבות המקרה (יששכרוב, פסקה 63).

השאלה אם ראיה הושגה שלא כדין אינה רק שאלה טכנית, היינו, כלום השגתה היתה כרוכה בעבירה על הוראה מהוראות החוק. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית מאפשרת לבית-המשפט שיקול דעת רחב יותר. עמדה על כך השופטת ד' ביניש:

" השאלה מהי ראיה שהושגה "שלא כדין" אינה ניתנת לתשובה מדויקת וממצה. ככלל, ניתן לומר כי מדובר בראיה שהושגה באמצעי חקירה בלתי חוקיים, קרי - מנוגדים להוראה הקבועה בחוק, בתקנה או בנוהל מחייב; באמצעים בלתי הוגנים; או באמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות-יסוד מוגנת. מטבע הדברים, שאלת העדר החוקיות או חוסר ההגינות של אמצעי החקירה, חייבת להיבחן בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו" (יששכרוב, פסקה 64).

נוכח דברים אלה בהחלט ייתכן כי בנסיבות מסוימות ניתן יהיה לקבוע כי ראיה תפסל מלשמש במשפט, אם יוכח כי קבלתה תוביל לפגיעה מהותית בזכויות יסוד מוגנות, הגם שלא ניתן להצביע על חריגה מפורשת מהוראות החוק.

כפי שיובהר להלן, הפרת ההבטחה של המשטרה, לפיה לא יעשה שימוש בדגימה שמסר המערער בהסכמה אלא לצורכי חקירת הרצח, מובילה במקרה זה לפגיעה בשתי זכויות יסוד – הזכות להליך הוגן והזכות לפרטיות. כאמור, לכאורה די בהוכחת פגיעה מהותית בזכויות אלו כדי להובילנו בבטחה לשלב השני של בחינת קבילות הראיה. עם זאת, ברי, כי כאשר זכויות-על אלו מצאו להן אכסניה בדבר חקיקה פרטיקולארי, המגדיר את תחולתן בתחום המשפטי הנוגע לסוגיה הנדונה, שוב אין מנוס מבחינה פרטנית של הוראותיו.

הזכות להליך הוגן

9. בית-משפט זה הכיר בחשיבותה של הזכות להליך הוגן עוד קודם לחקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על מעמדה של זכות זו בתקופה שלאחר חקיקתו, נשפכו נהרות של דיו בפסיקה ובספרות (ראו לדוגמה: א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 281 (תשנ"ד); ד' וינר "בעקבות פרשת עמוס ברנס" קריית המשפט ד' 169, 186 (תשס"ד)), ורבים סבורים כיום כי הזכות להליך הוגן זכתה למעמד חוקתי. נראה כי אין עוד חולק שלפחות בנסיבות מסוימות, פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן תעלה כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד-האדם (בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 481, 609 (2005)).

תחולתה של הזכות להליך הוגן נגזרת מתכליתה. עמדתי על כך בבג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית-המשפט המחוזי באר-שבע (טרם פורסם, 8.10.06), שם ציינתי, בפסקה 24:

" הזכות להליך הוגן כמוה כמעשה תְּצַרִיף. היא אינה מתמצית בהסדר דיוני מסוים או בזכות ספציפית, אלא מבססת עצמה על אגד של אמצעים, הסדרים פרוצדוראליים וזכויות מהותיות המתקיימים בצוותא, זה לצד זה, ושנועדו לאזן את יחסי-הכוח הבלתי-שוויוניים שבין הנאשם לבין התביעה, הנהנית ברגיל ממעמד דיוני עדיף ומיתרונות נוספים, וכן להבטיח כי לנאשם תינתן הזדמנות מלאה להציג גרסת חפות ולפעול להוכחתה".

היקף ההגנה על הזכות להליך הוגן נקבע תוך בחינת שיקולים החורגים מתוצאות ההליך המשפטי בעניינו של הנאשם, באשר נדרשת בהקשר זה "ראיה רחבה

המתבססת על שיקולים כלליים של הגינות, צדק ומניעת עיוות דין" (פרשת יששכרוב, פסקה 66). בהגנה על הזכות להליך הוגן קיים גם אינטרס ציבורי הנוגע לאמון הציבור בטהרת הליכי המשפט ולידיעתו – בהיות כל אדם נאשם פוטנציאלי – כי הוגנות ההליך הפלילי נתונה לשבט הביקורת השיפוטית (וראו: A. S. Goldstein, "The State and The Accused: Balance of Advantage in Criminal Procedure", 69 *Yale L.J* 1149, 1150 (1960)).

לאור הגדרתה הרחבה, המענה לשאלה מה ייחשב לפגיעה בזכות להליך הוגן הינו במידה רבה תלוי נסיבות. יחד עם זאת, בכוחה של פסיקת בית-משפט זה לאורך השנים לסייע בהבהרת גדרי הזכות, ובגיבוש עילות להעלאת טענת הפגיעה בה. סבורני כי כזו היא העילה בדבר הפרת הבטחה. ביסוד הכלל כי "הבטחות יש לקיים" עומדים עקרונות ההגינות והסבירות (דברי השופט א' ברק בבג"ץ 1635/90 ד'ד'בסקי נ' ראש המחשלה, פ"ד מה(1) 749, 841 (1991)). הפרת הבטחה הינה מעשה נפסד כשלעצמו. בתחום האזרחי הפרת הבטחה גוררת אחריה סעד של פיצוי (ע"א 416/91 ממן נ' טריקי, פ"ד מז(2) 652 (1993)). לעיתים תוביל הפרת הבטחה אף לביטולו של החוזה. בתחום הציבורי – הפרת הבטחה בנסיבות שהפרט הסתמך עליה, עשויה להוביל לחיובה של הרשות לקיים את דברה (ע"א 6971/93 עיריית רמת-גן נ' קרשין, פ"ד נ(5) 478, 483 (1997)). כאשר מדובר בהליך פלילי, כבר נפסק, כי הפרת הבטחה כלפי הנאשם עשויה בנסיבות מסוימות להוביל לפסילת הראיה הכרוכה בכך (ע"פ 175/80 סמילה נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 21, 25 (1981); ע"פ 1292/06 יחיא תורק נ' מדינת ישראל, פסקה 30 לדברי השופט ע' פוגלמן (טרם פורסם, 20.07.09)), ובנסיבות קיצוניות וחריגות אף לביטול כתב-האישום מעיקרו (בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67, 82 (1997)).

חומרת הפגיעה גדולה במיוחד כאשר קיימים אינטרסים של ציפייה והסתמכות מצד מי שהבטחה ניתנה לו. אינטרס הציפייה מתייחס לעינוי הדין שנגרם לנאשם, שציפה לכך שהבטחה שניתנה לו תקוים, ועתה באה הרשות השלטונית ומתכחשת לה. אינטרס ההסתמכות מתייחס לאינטרס של הנאשם שהבטחה שנמסרה לו תקוים גם נוכח שינוי מצבו בעקבותיה, למשל, כאשר היא גרמה לו למסור מידע או להודות בעובדות מפלילות שיוחסו לו (בג"ץ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פ"ד מ(2) 393, 403 (1986)).

השלמה עם התוצאה של הפרת ההבטחה, עלולה להוביל גם לפגיעה בהיבט הציבורי של הזכות להליך הוגן במובנה הרחב – באינטרס שבאמינות השלטון ובקיום הבטחותיו. יפים לעניין זה דברים שנאמרו בעניין ארביב עמ' 402-403:

”שלטון המקיים הבטחותיו הוא שלטון אמין. השתחררות השלטון מהבטחותיו עשויה לפגוע באמינות השלטון בעיני הנשלטים, ובכך לפגוע במירקם החיים הציבוריים של המדינה... שלטון, שאינו מקיים את הבטחותיו בתחום המשפט הפלילי, פוגם באמינותה של המערכת השלטונית, המשליטה את המשפט הפלילי. שמירה על אמינות זו היא אינטרס ציבורי חשוב... אכן, שלטון שאינו מקיים הבטחות שנתן עשוי להתקשות במתן הבטחות בעתיד, שכן בני הציבור יסרבו להאמין להבטחות שמשחררים מהן”.

עינינו הרואות, האינטרס הציבורי שבאמינות השלטון הינו בעל שני היבטים, הראשון, ההיבט המוסרי לפיו על פעולות השלטון לעלות בקנה אחד עם ערכיה הבסיסיים של השיטה, והשני, היבט תועלתני לפיו הפרת הבטחות עלולה להוביל לחוסר אמון של האזרחים ברשויות השלטון ולסירוב לשתף עמן פעולה.

דוקטרינת ההגנה מן הצדק

10. הסדר נוסף שעניינו בהבטחת הליך פלילי צודק והוגן, הוא דוקטרינת ההגנה מן הצדק. דוקטרינה זו, יצירת הפסיקה, משמשת כלי ייחודי בידי בית-המשפט לעיכוב הליכים מקום שהוא סבור שאין באפשרותו לקיים משפט הוגן או משיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק כפי שבית המשפט רואה אותו (ע"פ 2910/94 יפת ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996)).

תחולתה של הגנה זו היתה בעבר מצומצמת, כאשר היא יוחדה להתנהגות שעוריינית שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות. במשך הזמן, נשמעה ביקורת על תחולתה המצומצמת של ההגנה, והיו שקראו להרחבתה גם ל"מקרים חמורים פחות של חקירה פסולה", ובהם "שיהוי בלתי סביר בהגשת כתב-אישום, הפרת הבטחה שניתנה על-ידי רשות, אכיפה בירנית של החוק והעדר מידתיות בבחירת האמצעי הפלילי" (זאב סגל ואבי זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום - על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" הפרקליט מז א 42, 72 (2003)). ואכן בפרשת בורוביץ' הרחיב בית-המשפט את גדריה של הדוקטרינה בקובעו כי:

”אין לשלול אפשרות שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיוחס לא להתנהגות שערורייתית של הרשויות, אלא למשל לרשלנותן, או אף לנסיבות שאינן תלויות ברשויות כל-עיקרן אך המחייבות, ומבססות, בבירור את המסקנה כי במקרה הנתון לא יהיה ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות” (ע”פ 4855/02 מדינת ישראל נ’ בורוביץ’, פ”ד נט(6) 776, 807 (2005)).

בעת האחרונה חלה התפתחות נוספת בקשר להגנה זו, כאשר היא זכתה לעיגון בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ”ב-1982. על המשמעות של אימוצה בידי המחוקק, אם מרחיבה היא או מצמצמת את גדרה של ההגנה, נשמעו דעות שונות (וראו: ע”פ 5672/05 טגר בע”מ נ’ מדינת ישראל (טרם פורסם, 21.10.07); ישגב נקדימון הגנה מן הצדק, עמ’ 77-79 (הוצאת נבו, תשס”ד)). כך או כך, המבחן להחלתה של הדוקטרינה נותר זה שנקבע בפרשת בורוביץ’, לפיו שאלת החלתה של ההגנה מן הצדק טעונה בחינה תלת שלבית:

”בשלב הראשון על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שנוקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני על בית-המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות ... בשלב השלישי, מששוכנע בית-המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון אם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב-האישום... כן עשוי בית-המשפט לקבוע כי תיקון הפגיעה יכול שיעשה במסגרת בירורו של המשפט, כגון בבירור שאלת קבילותה של ראיה שהושגה תוך שימוש באמצעים פסולים” (שם, שם).

להגנה מן הצדק זיקות גומלין לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית (ראו: זאב סגל ואבי זמיר ”הגנה מן הצדק באור חוק סדר הדין הפלילי – סדר חדש של הגינות משפטית” 90 דיוויד וינר על משפט פלילי ואתיקה 231, 257-258 (2009); ישגב נקדימון הגנה מן הצדק עמ’ 101-102, 425-426 (מהדורה שנייה – 2009)). התכלית של הוגנות ההליך משמשת להם מכנה משותף. עם זאת, דוקטרינת ההגנה מן הצדק מהווה כלי חריף שבכוחו אף להביא למחיקת כתב-האישום. מטבע הדברים, המבחנים שנקבעו בפסיקה לתחולתה הינם מחמירים והשימוש בה נעשה במשורה (יפת, עמ’ 359). לעומת זאת, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית מאפשרת גמישות רבה יותר בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי. המבחנים לתחולתה פחות מחמירים, והסעד המוענק בגדרה מידתי יותר.

החיסיון מפני הפללה עצמית

11. הזכות להליך הוגן באה לידי ביטוי גם בהסדר הנוגע לחיסיון מפני הפללה עצמית, הקבוע בסעיף 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), 1927 ובסעיף 47 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971. משמעותו היא כי אין אדם חייב להשיב על שאלה, אם יש בתשובתו כדי להניח את היסוד להעמדתו לדין פלילי. מספר טעמים גלומים בקיומו של החיסיון (עמנואל גרוס "החיסיון מפני הפללה עצמית – האמנם ציון דרך במאבקו של האדם הנאור לקדמה?" מחקרי משפט ז' 167; רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' גלעד שרון פ"ד נח(1) 748, 759 (2003)), ובהם החשש מפני הודאות שווא שיימסרו בעקבות הבלבול והלחץ שבו מצוי הנאשם; הרצון לאזן את פערי הכוחות בין גורמי האכיפה והנאשם, ולאפשר לאחרון להגן על עצמו באופן מיטבי; וכן – פרטיותו של האדם וחירותו להחליט על ענייניו (ראו: רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי, פסקאות 7-8 (טרם פורסם, 14.12.2006)).

בהתאם לטעמים שביסודו, ראוי היה לכאורה להחיל את החיסיון על כל ראייה שמסירתה עלולה להוביל להפללה עצמית. ואכן, לאורך השנים פורש החיסיון בהרחבה ככולל אף מסמכים ומטלטלים שונים אשר יש בכוחם להפיל את מוסרם (ע"פ 725/97 קלקודה נ' הרשות לפיקוח חקלאי, פ"ד נב(1) 756, 749 (1998)). לעומת זאת, הפסיקה ראתה טעם להימנע מהרחבה נוספת של החיסיון, ולהבחין בין מסירת דגימות רפואיות או מדעיות ובין מסמכים ומטלטלים אחרים:

"ההיענות לדרישה לחשוף את הגוף ואת אשר עליו בעת החיפוש, שנערך כדין בעקבות המעצר, איננה בגדר ויתור על הזכות של אי הפללה העצמית. הזכות לאי-הפללה עצמית משמעותה ... כי אין כופין על אדם להעיד נגד עצמו או לספק לרשויות המדינה נגד רצונו ראייה בדרך הדומה למסירתה או להעברתה של עדות (למשל, על-ידי נענוע ראש...) (ע"פ 663/81 חורי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 85, 90 (1982))."

אין המשמעות של דברים אלה כי ניתן לכפות על הנאשם לשתף פעולה בהליכי החקירה נגדו. גם אם נאמר שהפעולה של מסירת דגימת DNA אינה חוסה תחת החיסיון מפני הפללה עצמית, הרי שלנאשם עומדת זכות עצמאית ונפרדת שלא לשתף פעולה עם חוקריו. זכות זו נגזרת מזכות הפרטיות ומכיבוד אוטונומית הפרט של הנאשם. על ההבחנה בין אלה עמד קדמי בספרו: "להבחנה זו משמעות עניינית. מקום שאדם עושה

שימוש בזכותו לחיסיון מפני הפללה עצמית, אין 'שתיקתו' יכולה לשמש ראיה לחובתו; שכאמור, הדעת אינה סובלת שעשיית שימוש בזכות יסוד תהיה לו, למשתמש באותה זכות, לרועץ. לא כן פני הדברים ביחס לזכות שלא לקחת חלק בהליכי החקירה" (יעקב קדמי על הראיות כרך א, עמ' 32 (מהדורה מעודכנת, 2009)).

הזכות לפרטיות

12. הזכות לפרטיות הינה זכות חוקתית בשיטתנו המשפטית. רגליה נטועות עמוק במשפט העברי (ראו: נחום רקובר "ההגנה על צנעת הפרט במשפט העברי" הפרקליט כו 563 (1970)), וראשה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המכיר בה במפורש (ראו סעיף 7). לצד הצהרה כללית, קובע סעיף 7 הוראות פרטניות לתחולתה. הרלבנטית ביותר לענייננו היא ההוראה הקבועה בסעיף קטן ג':

(ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו".

נוכח מעמדה החוקתי, היקפה של הזכות לפרטיות הינו רחב ביותר. עם זאת, ככל זכות, ההגנה עליה אינה מוחלטת. לעיתים עשויה הזכות לדור בכפיפה אחת עם אינטרס ציבורי או זכות חוקתית אחרת. במקרים אלה קביעת היקף ההגנה על הזכות תיעשה בהתאם למאזן הזכויות באותן נסיבות. לעיתים עשויה חקיקה להגן על הזכות לפרטיות בהיבט מסוים, ולהותיר פגיעה בהיבט אחר שלה (לדיון מפורט ראו: בג"ץ 6650/04 פלוני נ' בית-הדין הרבני האיזורי בנתניה (טרם פורסם 14.05.2006), חלק ה' לפסק-דינו של הנשיא ברק).

כזה הוא חוק החיפוש, המתווה מערכת של כללים המסדירים את סמכות החיפוש בגופו של אדם, ואופן ניהול המאגר בו מאוחסנים פרטי המידע המופקים מנתוני זיהוי הניטלים מכוחו. כעולה מדברי ההסבר לחוק, התכלית שבחקיקתו היתה "להביא לאיזון הנדרש בין צרכי החקירה לבין הגנה על כבודו של אדם ועל צינעתו, וזאת לאור הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (דברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף האדם, התשנ"ה-1995, ה"ח 2344). לשם כך קובע החוק, לצד הכללים המתירים חיפוש בגופו של אדם, הוראות סודיות ואבטחת מידע כמו גם הוראות להגבלת נטילת דגימות ביולוגיות ונגישות למידע שהופק מהן.

פרק ו' לחוק חולש על נסיבות פרשה זו, בהסדירו את הכללים לחיפוש בהסכמה בגופו של אדם שאיננו חשוד. הצורך בייחוד פרק נפרד למי שאיננו חשוד, נובע מהרצון

להגן באופן חזק יותר על הזכות לפרטיות של אדם כאשר אין כל חשד נגדו בעבירה הנחקרת. תכלית זו באה לידי ביטוי במיוחד בסעיף 14א לחוק, המורה על הגבלת השימוש בראיות שהושגו בחיפוש מסוג זה:

14א. (א) לא תיערך השוואה לפי הוראות סעיף 11יד, בין נתוני הזיהוי שהופקו ממה שנתפס בחיפוש לפי פרק זה והמזהים את האדם שבו נערך החיפוש, לבין נתוני הזיהוי שבמאגר [המשטרת], אלא לצורך חקירת העבירה שלשמה נערך החיפוש, או לצורך חקירת עבירה בתיק חקירה משטרתית אחר ולאחר שאותו אדם הסכים לכך, בכתב, על גבי טופס שקבע השר, ובהתאם להסכמה שנתן; ההסכמה יכול שתנתן לגבי כל תיק חקירה בנפרד, לגבי סוגי עבירות או לגבי השוואה לכלל תיקי החקירה.

(ב) נתוני זיהוי שהופקו ממה שנתפס בחיפוש לפי פרק זה והמזהים את האדם שבו נערך החיפוש, לא ייכללו במאגר, אלא אם כן יתקיים, לאחר הנטילה ובמהלך חקירת העבירה שלשמה נערך החיפוש, האמור בסעיף 11יג(ב)(2)(א). [ההדגשות הוספו].

עינינו הרואות, המחוקק ביקש לוודא כי השימוש שיעשה בנתוני הזיהוי של "מתנדבים", לא יחרוג מצורכי החקירה שלשמה נערך החיפוש, בהיעדר הסכמה מפורשת לכך. להשגת מטרה זו הציב שני סייגים, איסור על השוואת נתוני הזיהוי שהושגו מה"מתנדבים" לנתונים מתיקים אחרים, ואיסור על הכללתם של נתוני הזיהוי בתוך המאגר.

הוראות חוק נוספות הרלוונטיות לענייננו מצויות בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. ההגנות הקבועות בו פורשו בפסיקה בהרחבה, ושימשו אבן בוחן לחוקיות החיפוש בגופם של חשודים עוד בטרם נחקק חוק החיפוש (ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673 (1986); ד"נ 9/83 בית-הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837 (1983)). מטבע הדברים, משנחקק חוק החיפוש, פחת הצורך להישען על חוק הגנת הפרטיות בהקשר זה. עם זאת, אך ברור הוא כי אין ההסדר הפרטיקולארי שבחוק החיפוש מוציא את תחולתו הכללית של חוק הגנת הפרטיות, מקום בו מוכחת פגיעה בפרטיות כמשמעותה בחוק זה. חיקוקים אלה משלימים זה את זה.

מן הכלל אל הפרט – הפגיעה בזכותו של המערער להליך הוגן

13. מסירת דגימת הרוק על-ידי המערער בפרשת הרצח נעשתה בהתנדבות. אם היה מסרב לחיפוש בגופו לא היה ניתן לכפותו לכך. הוא הוזהר במפורש באשר לזכותו לסרב לחיפוש בגופו, וכן הובהר לו מה השימוש שיעשה בדגימה. אם היה למערער ולו ספק קל שיעשה שימוש בדגימה שמסר גם לצורך חקירות אחרות, יש להניח כי היה נמנע ממסירתה.

המערער הסתמך על הבטחת המשטרה והסכים למסירת הדגימה, תוך שהוא נותן בה אמון מלא. לטעמי, במצב דברים זה, כאשר הסתמכותו של המערער היתה כה גדולה, מחייבת ההגינות כלפיו, להגן על האינטרס שלו שהפרת ההבטחה עלולה לקפחו.

מסקנה זו מתחייבת גם מן ההיבט הציבורי – הכשרת נתוני הזיהוי כדיעבד כראיה מפלילה, חרף ההבטחה המפורשת שניתנה בעת נטילתם שלא לעשות כן, עשויה לפגוע קשות באמון הציבור ברשויות המדינה. התנהלות כזו אינה עולה בקנה אחד עם הסבירות וההגינות ששלטון אמור לנקוט, והיא מובילה לתחושה כי המשטרה של מיצוי ההליך הפלילי מקדשת את כל האמצעים. מטבע הדברים, הכשרת הראיה עשויה גם להערים קשיים בפני המשטרה בעתיד, כאשר יתבקש שיתוף פעולה מצד הציבור. דברים אלו בוודאי נכונים כאשר מדובר בפעילות התלויה לחלוטין ברצונם החופשי של האזרחים, כמו מסירת דגימות ביולוגיות בהתנדבות.

14. השאלה אם מסירת דגימת DNA חוסה תחת החיסיון מפני הפללה עצמית, מצריכה בחינה מעמיקה, הואיל והפסיקה מבחינה בין ראיות בעלות אופי של עדות ובין ראיות אובייקטיביות. החלת החיסיון על נסיבות פרשה זו בפרט, מעוררת קושי עיוני נוסף, לאור העובדה שהמערער לא היה חשוד בעבירת הרצח שבמסגרת חקירתה ניטלה ממנו הדגימה. לפיכך, גם אם נאמר שהחיסיון חל על הפעולה של מסירת דגימת DNA, הרי שתחולתו בנסיבות אלה תהיה רטרואקטיבית. החלת החיסיון כדיעבד הינה בעייתית נוכח הכלל הנהוג עמנו, לפיו המועד לעשות שימוש בהגנה הינו בטרם מסירת הראיה, וכי משנמסרה יועמד מוסרה כמי שוויתר על זכותו (ע"פ 242/63 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 447, 498 (1964)). ברי, כי לאור ההבטחה שנמסרה על ידי המשטרה, לא יכול היה המערער להעלות את טענת החיסיון בעת נטילת הדגימה (ולמעשה, לא היה נדרש לכך בכל מקרה, שכן עמדה לו הזכות לסרב לחיפוש בגופו). לאור זאת, ניתן היה לומר כי אם נפל פסול בהתנהלות המשטרה, הרי שהוא נוגע רק להשוואה של דגימת המערער לדגימות של אחרים או לאופן התייעוד שלה.

יחד עם זאת, סבורני כי גרעין הפגיעה מצוי בכל זאת בזכות להליך הוגן, ובתוצאה של שלילת יכולת המערער להלחם על חפותו. הבטחת המשטרה השפיעה על שיקול דעתו ושיבשה את כושר הבחירה שלו, באופן שהובילו להסכים למסירת הדגימה על אף שלא היה חייב לעשות כן. בפניו לא עמדה ההחלטה אם להפליל את עצמו אם לאו, אלא אם למסור ראיה ביודעו כי אין בכוחה להפלילו או לסרב למוסרה, ובכך אולי להחשיד עצמו בדבר שלא עשה. נסיבות מיוחדות אלה, הגם שמעוררות קושי מסוים

ביישומה של הזכות הפרטיקולארית לחיסיון מפני הפללה עצמית, חוסות ללא ספק תחת קורת הגג של הזכות להליך הוגן במובנה הרחב. מרגע שמסר את דגימת הרוק, איבד המערער את כלי המגן העיקרי שנתנה לו שיטתנו כנגד יתרונה של התביעה.

15. על פניו, אינני פוסל את האפשרות כי עוצמת הפגם שנפל בהליך נושא הערעור די בה כדי לקיים את השלב הראשון של המבחן להחלטה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק. הפרת ההבטחה שניתנה למערער חרף הסתמכותו על תוכנה ושינוי מצבו לרעה בעקבותיה, כרוכה בפגיעה קשה בתחושת הצדק וההגינות כלפיו. כאמור, הפסיקה בפרשת בורוביץ' ריככה את מבחן "ההתנהגות השערורייתית" שנקבע בפרשת יפת. בתוך כך, הוכרה האפשרות כי במקרים מיוחדים, ההגנה מן הצדק תחול גם מקום שהפגם שנפל בהליך נגרם עקב רשלנותה של הרשות, או אף בשל נסיבות שאינן תלויות בה, כל עוד מתחייבת המסקנה כי לא ניתן יהיה להבטיח קיומו של משפט הוגן או שתחושת הצדק וההגינות תפגע באופן ממשי לנוכח קיום ההליך (שם, בעמ' 807).

עם זאת, משהגעתי לכלל מסקנה כי השגתה של ראיית ה-DNA היתה כרוכה באי-חוקיות, הנובעת מפגיעה בזכות היסוד להליך הוגן, אין לי עוד צורך לקבוע מסמרות בדבר. כאמור, ההגנה מן הצדק הינה כלי חריף, וטוב שהשימוש בה ייעשה במשורה. אם הפרת ההבטחה היתה נעשית בזדון, אזי היתה מתחזקת הטענה בדבר תחולתה של הגנה זו, אולם בענייננו מצא בית-המשפט המחוזי כי התנהלות המשטרה היתה תמת-לב, וכי צירוף מקרים הוא שהוביל לגילוי ההתאמה בין הפרופיל של המערער לזה שנמצא בזירות העבירה. נסיבות ייחודיות אלו, ספק אם עומדות הן אף בגדריו של המבחן המרחיב שנקבע בפרשת בורוביץ'. מכל מקום, סברתי כי מוטב להותיר פיתוחה של סוגיה זו לעתיד.

בנוסף, כנגד המערער עומדים שיקולים חזקים במיוחד התומכים בהעמדתו לדין, בהם חומרת המעשים, וודאות ההרשעה, ואינטרס הציבור והקורבנות. לנוכח אלו, גם אם נניח כי הפגם שנפל בענייננו של המערער היה צולח את השלב השני של המבחן שנקבע בפרשת בורוביץ', הרי שבמסגרת השלב השלישי של המבחן, ניתן היה להורות, לכל היותר, על סעד של פסלות הראיה, הניתן גם במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

נוכח האמור, שוכנעתי כי השגתה של ראיית ה-DNA היתה כרוכה באי-חוקיות הנובעת מפגיעה בזכות להליך הוגן, וכי ההשפעה של אי-חוקיות זו על קבילות הראיה

תיבחן במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. בטרם אפנה למלאכה זו ארחיב מעט את היריעה גם לעניין אי-החוקיות שנפלה לטעמי בהיבט הזכות לפרטיות.

הפגיעה בזכות לפרטיות

16. האם חרגה המשטרה בפעולותיה מהוראות סעיף 14א לחוק החיפוש? כזכור סעיף זה קובע שני סייגים על השימוש המותר בנתוני זיהוי של "מתנדבים" – האחד, שלא ייכללו במאגר ה-DNA המשטרתית, והשני, שלא תיערך השוואה בינם לבין נתונים הנמצאים במאגר. לפיכך, כדי לענות על שאלה זו, יש לבחון אם השוואת נתוני הזיהוי של המערער לנתוני הזיהוי שנמצאו בזירות העבירה, עולה בגדר האיסור על "השוואה", וכן אם טבלאות ה-Excel ששימשו את המשטרה לריכוז נתוני הזיהוי שניטלו מן המתנדבים, עונות על הגדרת המונח "מאגר", כמשמעותם בחוק.

הכרעת בית-המשפט קמא בעניין זה התבססה על ההנחה כי צירוף המקרים שהוביל לגילוי ההתאמה בין הדגימות, אינו נופל בגדרי הוראות סעיף 14א לחוק החיפוש. נוכח קביעה זו, נמנע בית-משפט קמא מלהעמיק בניתוח גדרי הסעיף ומיישומם על ההתרחשות המתוארת בפרשה זו. לטעמי, תוצאה זו אינה ראויה. העובדה כי הנסיבות שהובילו לגילוי ההתאמה בין דגימות ה-DNA הינן חריגות, אין בה כדי להוציא את תחולתו של הסעיף.

מעדותה של סגן ניצב זמיר מצטיירת תמונה לפיה נהלי העבודה שהיו קיימים באותה תקופה, לא עמדו בסטנדרט הסודיות המתבקש ביחס לנתוני המתנדבים – כמתחייב מהוראותיו של פרק ו' לחוק – וגילויים הנוגעים לנתוניו של אדם שמסר דגימה בהסכמה עשויים להישנות. חשש זה מתעורר במפורש מדבריה של סגן ניצב זמיר (עמ' 74 לפרוטוקול הדיון) לפיהם:

"יש לי הרבה דברים בראש ולא רק לי, יש תיקי רצח שאנחנו יודעים בוודאות, לא רק אני, כל הבודקים מכירים אלל מסוים שחייב להיות, אם הוא נדיר או אם זה משהו שהוא זוכר או אם זה איזה תמונה, אנחנו כולנו יש לנו איזה זיכרון. זה לא שאנחנו מנסים במיוחד, אין לי איזה זיכרון פנומנאלי או זיכרון צילומי, אני לא חושבת".

ובהמשך דבריה הוסיפה:

"זה מספרים שנכנסים לראש, במיוחד אם זה אללים נדירים. הם, היום ברור לי שאם אני אראה 10 באתר

מסוים שראינו לא מזמן ... אני אזכור את זה, אני אזכור שראיתי, אני לא אזכור אצל מי אבל אני אזכור שראיתי את זה כי זה נדיר וזה מה שהיה פה" (ההדגשות לא במקור).

שילוב היכולת לזכור אלל נדיר יחד עם נגישות לנתונים של מתנדבים מתיקים אחרים, מוביל לכך כי בכל עת קיים סיכוי, גם אם נמוך, כי נתוניו של מתנדב יוצלבו עם נתונים מפלילים מאירועים שונים. נמצא, כי הסיכון מפני הפללה עקב מסירת דגימה בהסכמה הינו אינהרנטי לתהליך, זאת בניגוד גמור לתכלית המגבילה של החוק. כך הוא בייחוד כאשר מספר מצומצם של אנשים חשוף לנתוני זיהוי מתיקים שונים. ויודגש, על-פי עדותה של סנ"צ זמיר, בדיקת המתנדבים מתיק הרצח נעשתה כחודש וחצי בטרם גילוי ההתאמה בין נתוניו של המערער לאלה שנמצאו בזירות העבירה נשוא פרשה זו (עמ' 75 לפרוטוקול הדיון). העובדה שסגן ניצב זמיר הצליחה לזכור את רצף המספרים שבאלל למשך תקופה כה ארוכה, מעידה במובהק על הסיכון של מי שמוסר דגימה בהסכמה מפני הפלתו בשל צירוף מקרים מסוג זה.

מכל מקום, גם אם מקבלים את העמדה כי מקריות היא שהובילה את סגן ניצב זמיר להיזכר בדמיון שבין האללים, אין חולק כי לאחר מכן היא ביצעה השוואה מול הנתונים הנמצאים במחשב כדי שתוכל להסיק בוודאות כי אכן קיימת התאמה כפי שחשדה. לשאלת בא כוחו של המערער "אז עשית [השוואה] או לא?" ענתה סנ"צ זמיר "בוודאי, בוודאי" (עמ' 81 לפרוטוקול). אלא שסעיף 14א מגדיר כי ההשוואה האסורה היא מול הנתונים שב"מאגר" ואילו בענייננו ההשוואה של הפרופיל שאותר בזירות העבירה, בוצעה מול קובץ אקסל שהוכן במיוחד לצורך חקירת הרצח, בנפרד מן המאגר המשטרתי הכללי. סעיף 1 לחוק מגדיר את המאגר כך: "המאגר" – מאגר נתוני הזיהוי כמשמעותו בפרק ד'; דא עקא, בפרק ד' לא קיימת הגדרה ברורה של המונח, וכל שניתן ללמוד עליו מצוי בסעיף 11יג, לפיו משטרת ישראל רשאית לנהל מאגר של נתוני זיהוי; המאגר יהיה חסוי ולא יימסר ממנו מידע אלא לפי הוראות חוק זה. הנה כי כן, חוק החיפוש נעדר הגדרה ברורה למונח "מאגר", והדבר הוא בבחינת חסר שטוב יעשה המחוקק אם ישלים אותו. תהא ההגדרה אשר תהא, סבורני כי קובץ שבו המשטרה מתעדת נתונים של חשודים או מתנדבים בגדרה של חקירה קונקרטיה, איננו בבחינת מאגר.

מסקנה זו עולה בקנה אחד עם הצורך הבסיסי של המשטרה בתיעוד הנתונים הנאספים על ידה במסגרת החקירות שהיא מבצעת. כפי שהסבירה זאת סגן ניצב זמיר, "אנחנו לא יכולים להשמיד את חומר החקירה עד שלא מסתיים ההליך בתיק". פעולות

התיעוד בקובץ אלקטרוני נדרשות כדי "שיהיה קל להגיע אליה [אל רשימת הנתונים] וקל למצוא את האנשים בה" (עמ' 68 לפרוטוקול הדין). מן המחוקק לא נעלמה חיוניות התיעוד והוא אף ייחד לעניין זה הוראה ספציפית בסעיף 14 ט' לפיה:

"אין בהוראות פרקים ג' ו-ד' וסעיפים 14 ו-14ח, כדי לגרוע מהוראות לפי כל דין לרבות פקודות משטרת ישראל ופקודות הצבא, לענין החזקה, שמירה, העמדה לעיון או כל שימוש אחר, בחומר חקירה כמשמעותו בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, או בראיות המוגשות, במסגרת ההליך הפלילי, לבית משפט או לבית דין צבאי".

לכאורה, משקבענו כי קובץ האקסל איננו בבחינת מאגר, השוואה בין נתוני הזיהוי מקובץ אקסל שהופק עבור חקירה מסוימת לקובץ מתיק חקירה אחר, אינה מהווה פעולה בלתי חוקית, שכן לשון החוק אוסרת על תיעוד במאגר ועל השוואה בין נתוני מתנדבים לבין המאגר. כך, בהסבירה אודות אופי הבדיקה שביצעה מול הפרופילים שבתיק הרצח, הדגישה סגן ניצב זמיר כי לטעמה ההשוואה מול קובץ האקסל אינה דומה להשוואה מול המאגר הכללי:

"היו שני אללים שהמרחק ביניהם היה שישה אבל לא זכרתי אם זה 10.6 או 9.15. אני רוצה להסביר שכשרואים פרופיל זה כמו תמונה, זה תמונה עם צבעים, כחול ואדום וירוק וזכרתי את זה. ואמרתי אני אבדוק, אני זוכרת שהיה משהו דומה, ראיתי משהו דומה, זה היה לי מאוד חזק בזיכרון וזה מה שעשיתי. עכשיו לא עושים פה פעולת חיפוש כמו במאגר, עושים פה פעולת מיון בטבלאות אקסל, מכניסים אתר אחד, מצטמצמת לי הרשימה לקבוצה מסוימת של חשודים שבהם האתר המסוים הזה מכיל את הפרופיל שהכנסתי, מכניסים עוד אתר, שוב פעם מצטמצם עד שהופיעו לי שלושה אנשים ואחד מהם היה בדיוק הפרופיל של התיק" [ההדגשות אינן מופיעות במקור].

מדברים אלה ואחרים שאמרה סגן ניצב זמיר עולה כי לא פעלה ממניעים זדוניים. משעלה בזיכרונה הדמיון בין האלל שבתיק הרצח לזה שבפרשה זו, חשה כי לא תוכל עוד להתעלם מהראיה, בידעה כי בכוחה להצביע על מי שמיוחסות לו עבירות כה חמורות. אולם, לטעמי הוראות החוק ביקשו מראש להימנע ממצב כזה בהגבילן את תיעוד הנתונים במאגר הכללי. הקביעה לפיה קובץ אלקטרוני איננו מהווה "מאגר" כהגדרת החוק – ולפיכך גם אינו כפוף להוראותיו – נראית תמוהה לנוכח תכליתן של המגבלות המיוחדות החלות על עניינו של מי שהסכים לנטילת דגימה מגופו במסגרת

פרק ו' לחוק. פרקטיקה של יצירת "מאגרים ייחודיים" לכל פרשה נחקרת אליהם יהיה ניתן להשוות נתוניהם של נדגמים, מאינת את תכלית החוק המבקשת לשמור על פרטיותם של אלה, ועומדת בניגוד גמור להבטחה הנמסרת להם, בהתאם להוראת החוק, שעה שמבקשים מהם ליתן הסכמתם לחיפוש בגופם.

נוכח זאת, סבורני כי פירוש ראוי של הדברים הוא שנתוניהם של המתנדבים יישמרו בקובץ נפרד לשם תיעוד, אך המגבלות הקבועות בחוק, שעניינן בתכלית הגנת הפרטיות, יחולו גם על קבצים אלה, בשינויים המתאימים. זאת, לרבות האיסור על השוואה של נתונים מתיקי חקירה אחרים לנתונים האגורים בו.

17. זכותו של המערער לפרטיות חוסה גם תחת המטריה הרחבה יותר של חוק הגנת הפרטיות. סעיף 2 לחוק מגדיר שורה של מצבים המהווים פגיעה בפרטיות. הרלבנטי לענייננו מבין מצבים אלה הוא זה הקבוע בסעיף 2(8) "הפרה של חובת סודיות לגבי ענייניו הפרטיים של אדם שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע". סעיף זה כולל למעשה שלושה רכיבים: הסכם מפורש או משתמע, בהסכם קבועה חובת סודיות לגבי ענייניו הפרטיים של אדם והפרת החובה (רע"א 6902/06 צדיק נ' הוצאת עיתון הארץ, סעיף 6 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (טרם פורסם 13.8.2008)).

אין חולק כי השוטרים שפעלו לאיסוף דגימות ה-DNA הבטיחו למתנדבים, כנדרש בחוק, על פה ובכתב, כי לא יעשה שימוש בנתונים שיופקו מן הדגימות אלא לצורך תיק הרצח. עניינה של הבטחה זו היה בקביעת חובת סודיות אשר תחול על נתוניהם של המתנדבים, ואין ספק כי הבטחה זו הופרה בסופו של יום.

האם חובת הסודיות הנוגעת למידע ביולוגי חוסה תחת הביטוי "ענייניו הפרטיים" של אדם? על שאלה זו יש להשיב בחיוב. חוק הגנת הפרטיות נעדר הגדרה ברורה לביטוי זה, מלאכה זו הותיר המחוקק לבית-המשפט. בע"א 439/88 רשם מאגרי מידע נ' ונטורה, פ"ד מח(3) 808, 821 (1994), אימץ בית-המשפט פרשנות מרחיבה לביטוי "ענייניו הפרטיים" ולפיה:

"מובנם הטבעי והרגיל של המילים "עניינים פרטיים" של אדם הינו כל מידע הקשור לחייו הפרטיים של אותו אדם, לרבות שמו, כתובתו, מספר הטלפון שלו, מקום עבודתו, זהות חבריו, יחסיו עם אשתו ויתר חברי משפחתו וכדומה".

אם ראתה הפסיקה לקבוע כי שם, כתובת ומספר טלפון נכנסים בגדרי התיבה "ענייניו הפרטיים של אדם", מקל וחומר שנכללים בגדרה גם נתוני זיהוי המופקים מדגימות ביולוגיות. אלו אוצרים בחובם מידע רגיש בדבר זהותו של האדם ומאפייניו, ובכוחם לקשור את האדם למקומות בהם נכח או למעשים בהם נטל חלק. מטבע הדברים, מידע נרחב זה כולל גם עניינים אישיים שהצנעה יפה להם (ראו: Mark A. Rothstein and Meghan K. Talbott, *The Expanding Use of DNA in Law Enforcement: What Role for Privacy?* Journal of Law, Medicine & Ethics, 153,159 (2006)). נוכח קביעה זו סבורני כי התנהלות המשטרה בענייניו של המערער, פגעה גם בזכותו לפרטיות במובנה לפי סעיף 2(8) לחוק.

כלל הפסילה הקבוע בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות

18. סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות קובע:

"חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה בבית משפט, ללא הסכמת הנפגע, זולת אם בית המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה".

נמצא, כי על דרך הכלל, ראיה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות דינה להיפסל. עם זאת, כלל הפסילה הוא יחסי, והמשמעות לכך היא כי בכפוף לשיקול הדעת שניתן לבית-המשפט, תתאפשר קבלת ראיה למשפט חרף הפגיעה בפרטיות (רע"א 1917/92 סקולר נ' ג'רבי, פ"ד מז(5) 764, 773 (1993)). התכלית של כלל הפסילה הינה לאזן בין הזכות להגנת הפרטיות, ובין האינטרס החברתי הכרוך בעשיית צדק (בע"מ 3542/04 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם, 20.6.05)).

בית-משפט זה דן בשורה של מקרים בסוג השיקולים שיובאו בחשבון בבואו לבחון אם יש מקום להורות על פסילתה של ראיה, בהתאם לכלל הפסילה הקבוע בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. בין היתר, נקבע כי יש מקום לשקול את כוחה ההוכחתי של הראיה, מידת הפגיעה בפרטיות, האם הפגיעה נעשתה בתום-לב או בזדון, באיזו מידה ניתן היה להשיג את הראיה ללא פגיעה כאמור, ולבסוף – חומרת העבירה (וראו: בג"ץ 249/82 ועקנין נ' ביה"ד הצבאי לערעורים, פ"ד לז(2) 393, 436 (1983); ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673, 690-691 (1986); רע"א 1917/92 סקולר נ' ג'רבי, פ"ד מז(5) 764, 774 (1993)).

פסיקה זו משקפת את המצב שקדם להלכת יששכרוב. נוכח שיקול הדעת הניתן לבית-המשפט במסגרת כלל הפסילה שקבע המחוקק בסעיף 32, אך טבעי כי אימוצה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, תשפיע על אופיו ועל האופן שבו הוא מיושם. בבג"ץ 6650/04 פלוני נ' ביה"ד הרבני האיזורי בנתניה (טרם פורסם, 14.05.2006), שהכרעה בו ניתנה לאחר הלכת יששכרוב, תחם הנשיא א' ברק את גדריו של שיקול הדעת השיפוטי במסגרת כלל הפסילה, תוך שהוא מתווה את שלושת הערכים העיקריים שהוראת הפסילה נועדה להגשים:

"הפעלת שיקול הדעת השיפוטי בגדריו של סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות צריכה להגשים את התכלית המונחת ביסודו. תכלית זו הינה הגשמתם של הערכים והעקרונות שהוראת הפסילה נועדה להגשים. ערכים אלה הם בעיקרם שלושה: השמירה על הפרטיות; השמירה על זכויות האדם שפגיעה בפרטיות נועדה להגן עליהם, וקיומו של הליך הוגן, אשר במרכזו היכולת של בית המשפט לגלות את האמת ובכך לאפשר משפט צדק" (ההדגשה הוספה).

הנה כי כן, השיקול של הוגנות ההליך הוכנס אחר כבוד למכלול הערכים העיקריים הנלקחים בחשבון שעה שנבחנת קבילותה של ראייה במסגרת כלל הפסילה. על כך אין להתפלא. התוכן שניצוק לתוך כלל הפסילה מושפע במישרין מהמהפכה החוקתית ומתמורות בדיני הראיות. כך מתעצב כלל הפסילה ומקבל צורה התואמת את ערכי הצדק המקובלים בעת הזו. ודוק: האיזון הפנימי של ערך הוגנות ההליך, במסגרת בחינת הפגיעה בפרטיות, לא ינתק עצמו מהפשרה שהושגה ביששכרוב בין מכלול הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים, לשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, לפיה:

"אם בעבר נהגה בשיטתנו ההלכה הפסוקה לפיה שאלת קבילותה של ראייה אינה נבחנת לפי דרך השגתה שכן כובד המשקל הפרשני בהקשר זה הושם על התכלית של חקר האמת ולחימה בעבריינות; הרי כיום מתבקשת נקודת איזון גמישה יותר המתחשבת בחובה להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו" (יששכרוב, פסקה 54 לפסק דינה של השופטת ד' ביניש).

דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא דוקטרינת-על. רוחה מחלחלת ומעצבת גם את כללי הפסילה הפרטיקולאריים-החוקיים, ובהם סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. רמז

לכוחה המעצב של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ניתן למצוא בדבריה של השופטת ד' ביניש:

“ניתן לשער כי המגמה הפרשנית האמורה תשפיע בעתיד גם על פרשנותו של כלל הפסילה הקבוע בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, אולם את הדיון בסוגיה זו ניתן להותיר לימים שיבואו” (יששכרוב, פסקה 49).

יישום העקרונות הגלומים בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, בכלל הפסילה הקבוע בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, מעורר שאלה מהותית אודות היחס הראוי בין נורמות אלה – האם האחת מוציאה את חברתה או שמא דרות הן זו לצד זו? (וראו: יששכרוב, בפסקה 75, שם נדון היחס שבין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לכלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות).

נוכח האמור, סבורני כי כאשר מדובר בהליך פלילי, אין עוד מקום לבחינה מלאכותית נפרדת של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לצד כלל הפסילה הקבוע בסעיף 32. שיקול הדעת הנתון לבית-המשפט במסגרת כלל הפסילה יבוא לידי ביטוי בבחינת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, המשקפת נקודת איזון עקרונית בין הערכים המתחרים בדיני קבילות הראיות במשפט הפלילי. ודוק: יישום זה איננו מפשיט את כלל הפסילה החקוק מהמאפיינים הייחודיים שנתן לו המחוקק. היקף ההגנה הראוי על הזכות לפרטיות במסגרת חוק הגנת הפרטיות, נקבע בהתאם לכלל הוראות החוק בקרבן מוקם כלל הפסילה. תחולתו תקום רק אם הפגיעה בפרטיות עונה על הגדרת החוק בסעיף 2, הראיה תהיה קבילה אם ניתן לכך אישורו של הנפגע או אם עמדו לפוגע הגנה או פטור בהתאם להוראות הרלבנטיות לכך בחוק. בצורה זו בא לידי ביטוי אופייה היחסי של הזכות לפרטיות. זהו יישום הרמוני של כללי הפסילה השונים בהתאם לתכלית שבמרכזם.

במקרה זה, כאשר מדובר בהפרת הבטחה הנוגעת לשימוש שיעשה בנתוניו הפרטיים של המערער, כרוכות הזכות להליך הוגן והזכות לפרטיות ואחוזות הן זו בזו עד כי לעיתים הגבול ביניהן מטושטש. הזכות לפרטיות נפגעת עקב גילוי נתוניו האישיים של המערער והשימוש האסור שנעשה בהם, והזכות להליך הוגן נפגעת עקב הסתמכותו על ההבטחה ושלילת יכולתו להגן על חזקת חפותו בעקבותיה. לאור זאת, בהיעדר טענה אודות פטור או הגנה מוקנים לפגיעה בפרטיות, בחינת קבילותה של ראיית ה-DNA, לנוכח הפגיעה הכפולה הכרוכה בהשגתה, תיעשה במאוחד במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

קבילותה של ראיית ה-DNA הראשונה

19. הפגם שנפל בעניינו של המערער אינו טכני או שולי. אי-החוקיות הכרוכה בהשגת הראיה היא כבדת משקל, ונוגעת להוראות חוק מפורשות כמו גם לשתי זכויות יסוד מוגנות. מרכזיותה של אי-החוקיות בהליך הבאתו של המערער לדין היא משמעותית ביותר, ויש יסוד להניח כי אילולא אי-החוקיות המשטרה לא היתה שמה את ידיה על המערער, אשר לא היה חשוד כלל בעבירות בהן הורשע לבסוף.

בין ההתנהגות הפסולה להשגת הראיה מתקיימת זיקה ברורה. תוכנה העצמאי של ראיית ה-DNA מלמד על נתוניו הפרטיים של המערער, ולולא הופרה ההבטחה ונערכה ההשוואה, לא היה ניתן ללמוד דבר וחצי דבר על מעשים שעשה או מקומות בהם נכח. הפרת ההבטחה וההשוואה האסורה הם שהובילו ליציקת התוכן המפליל בראיה שניטלה מן המערער.

במצב דברים זה, קבלתה של ראיית ה-DNA, שערכה ההוכחתי אינו נתון במחלוקת (ע"פ 9724/02 אבו-חמאד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.10.2003)), תעורר קושי ממשי בניהול הליך משפטי הוגן. מעת שהופרה ההבטחה, המערער איבד הלכה למעשה את יכולתו להגן על חזקת חפותו, וההגנה היחידה העומדת לו היא בדרישה לפסול את ראיית ה-DNA מלשמש נגדו במשפט.

קבוצת שיקולים נוספת שנזכרה בפרשת יששכרוב (בפסקה 72), עניינה בהשפעה שתהא לפסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב. הפרמטרים העיקריים שנקבעו בהקשר זה הם חשיבות הראיה להוכחת האשמה, וחומרת המעשים המיוחסים לנאשם. נוכח התכלית שביסוד דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שקילתם של פרמטרים אלו אינה נקייה מקשיים, והשאלה מה יהא משקלם הראוי טרם הוכרעה. עמדתי על כך בפרשה אחרת:

"יש לשקול שיקולים אלו במשנה זהירות, שכן הדבר עלול להוביל לכך שהנטייה לפסול ראיה תגדל כאשר אין בה צורך, ותקטן כאשר היא עשויה להזיק לנאשם. ועוד, ככל שהעבירה המיוחסת לנאשם חמורה יותר, כך עשויים דיני הראיות להקל עם רשויות התביעה. ברי, כי השלכות אלו אינן רצויות במשפטנו, המדגיש את קיומו

של הליך הוגן לנאשם תוך שמירה על זכויותיו. לפיכך, איני רואה לנכון ליתן משקל רב לחומרתן הרבה של העבירות בהן חטא המערער, ולכך שהראיות הנדונות היו חיוניות לצורך הרשעתו" (ע"פ 645/05 זליגר נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (טרם פורסם, 5.12.06)).

נמצא, כי קבוצת שיקולים זו משמשת למעשה חרב פיפיות – בעוד שהדעת לא סובלת זיכוי של מי שביצע מעשים כה חמורים, החשיבות בהגנה על הוגנות ההליך ושמירה על זכויות הנאשם, מתגברת דווקא במקרים אלה. מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב כוללת גם את האינטרס שבכיבוד זכויות נאשמים. קבלת הראיה עקב חשיבותה לתביעה עלולה לפגוע גם באמון הציבור ברשויות השלטון, וליצור תחושה כי האדם הינו כלי משחק בידי השלטון המשנה את הכללים בהתאם לצרכיו. לאור זאת, סבורני כי כאשר הפגיעה בהוגנות ההליך כפי שמתקפת ממכלול השיקולים והנסיבות היא חמורה, אין בקבוצת השיקולים הזו כדי להכשיר את הראיה אף כשהעבירות המיוחסות לנאשם הינן מהחמורות בספר החוקים, וחיוניותה להרשעתו היא נכבדת (וראו: יובל מריץ ורינת קיטאי-סנג'רו "Miranda, Collins" ויששכרוב – על הפער בין המצוי לבין הרצוי בהלכת יששכרוב" משפטים לז(2) 486, 429 (2007)). מכל מקום, כפי שיובהר להלן, סבורני כי ראית ה-DNA איננה חיונית להרשעתו של המערער.

לבסוף, ראיתי להעיר כי גם אם סגן ניצב זמיר פעלה בתום-לב, אין בכך כדי לרפא את הפגם שנפל בסופו של דבר בהתנהלותה (וראו: יששכרוב, בפסקה 70 לדברי השופטת (כתוארה אז) ביניש; ע"פ 1301/06 אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל, בפסקה 9 לדברי השופטת א' חיות (טרם פורסם, 22.09.2009)). נקודת המוצא היא כי על רשויות השלטון לפעול בהגינות ובתום-לב, ולפיכך, בעוד שאי-חוקיות מכוונת עשויה להעצים את הפגיעה, אין לומר כי תום-ליבם של גורמי החקירה מרפא אותה.

המסקנה המתבקשת מיישום מכלול השיקולים הרלבנטיים על עניינו של המערער, היא כי קבלתה במשפט של ראית ה-DNA הראשונה תיצור פגיעה מהותית בזכותו להליך הוגן, ועל כן דינה להיפסל.

הראיות הנגזרות

20. הרשעתו של המערער התבססה, כאמור, על ראיות נוספות מלבד ראית ה-DNA שניטלה מן המערער במסגרת חקירת תיק הרצח. ראיות אלה – איכון הטלפון, דגימת ה-DNA שהופקה מבדל הסיגריה, והתנהגות המערער בהליכי החקירה והמשפט – נאספו לאחר מעצרו של המערער בעקבות ראית ה-DNA הראשונה שקשרה אותו

לביצוע המעשים נושא הפרשה. בנסיבות אלה מתעוררת שאלה בדבר ההשפעה של אי-החוקיות שדבקה בראיה הראשית על הראיות הנגזרות ממנה – שאיתורן התאפשר הודות לקיומה.

נקודת המוצא בעניין זה היתה ועודנה כי דוקטרינת פירות העץ המורעל שמולדתה בארצות הברית, לא אומצה בשיטתנו המשפטית. עמדה זו שבנו והדגשנו בשורה ארוכה של פסקי דין (ראו: ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 261 (1984); ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837, 857 (1988); ע"פ 2286/91 מדינת ישראל נ' אילון, פ"ד מה(4) 289, 304 (1991); ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 555, 529 (2002)). ויודגש, הלכה זו נותרה על כנה גם לאחר הלכת יששכרוב. הטעם לדחייתה של דוקטרינת פירות העץ המורעל, נעוץ בהעדפת תכלית הגינות ההליך המשפטי וטוהרו, על-פני התכלית ההרתעתית-חינוכית העומדת בבסיסה (יששכרוב, פסקה 61). משמעות הדבר היא, כי בניגוד לדין הנוהג בארצות הברית, ככלל, ראיה נגזרת תהיה קבילה במשפט.

עם זאת, ראיה נגזרת לא תהיה חסינה לעולם מפני פסילה. בית-משפט זה הכיר באפשרות לפסילת ראיה שהושגה בעקבות ראיה פסולה אחרת, מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית:

“שאלת קבילותה של ראיה שאותרה בעקבות ראיה פסולה אחרת, תיבחן על-פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתחשב בהשפעה שתהא לקבלתה של ראיה כאמור על זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן. בהקשר זה, יהא על בית-המשפט לבחון את מכלול השיקולים עליהם עמדנו לעיל, ובהם: אופיה וחומרתה של אי החוקיות שהובילה להשגת הראיה הראשונה, טיב הראיה הנגזרת בה מדובר, והזיקה בינה לבין אי החוקיות שהיתה כרוכה בניהול החקירה” (יששכרוב, פסקה 71).

הנה כי כן, כדי שראיה נגזרת תפסל מלשמש במשפט, על המערער הנטל להוכיח כי בדומה לראיה הראשית שנפסלה, קבלתה של הראיה הנגזרת תוביל לפגיעה מהותית שאיננה מידתית בזכותו להליך הוגן. אמות המבחן לכך יהיו אותם שיקולים המשמשים את הראיה הראשית בשינויים המתאימים. בתוך כך, יש להביא בחשבון את אופייה הייחודי של הראיה הנגזרת, הבא לידי ביטוי בזיקה המתחייבת בינה ובין הראיה הראשית.

על פי רוב, בחינת חוקיותה של הראיה הנגזרת, במנותק מן הראיה הראשית, תוביל למסקנה כי קבלתה במשפט לא תוביל לפגיעה קשה בהוגנות ההליך, המצדיקה את פסילתה. במקרים אלה יש ליתן משקל מרכזי לאופי הזיקה הקיימת בינה ובין הראיה הראשית. ככל שהזיקה בין הראיות חזקה יותר, עשויה אי החוקיות שדבקה בראיה הראשית להכתיים גם את הראיה הנגזרת, וכך תגבר הנטייה לפוסלה. התכלית של מבחן הזיקה נוגעת בעיקרה להוגנות ההליך. קבלתה של ראיה נגזרת, בעקבות אבחנה טכנית בינה לבין זו הראשית, עשויה לחטוא למטרה זו כאשר הראיות קשורות זו לזו באופן הדוק. יחד עם זאת, התכלית ההרתעתית-חינוכית עשויה להיות תוצאת לוואי אפשרית ואף רצויה של מבחן זה (וראו: יששכרוב, פסקה 61).

ומהי הזיקה אשר תוביל לקביעה כי אי-החוקיות שבראיה הראשית הפסולה דבקה גם בראיה הנגזרת? מבחינה עובדתית נדרש קשר של סיבתיות בין קיומה של הראיה הראשית לאפשרות השגתה של הראיה הנגזרת ממנה (וראו: ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 261 (1984); ע"פ 5203/98 חסון נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 274, 283 (2002); ע"פ 9897/05 אלמגור נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (טרם פורסם, 23.11.2006)). לכך יש להוסיף דרישה של סיבתיות משפטית, הטומנת בחובה שיקול דעת שיפוטי באשר לנסיבות התומכות בפסילת הראיה הנגזרת (וראו: Stephen C. Thaman *Fruits of The Poisonous Tree In Comparative Law* 16 Sw. J. int'l L. 333, 375-377, שם מתואר מבחן דומה שקבע בית-המשפט העליון של ספרד). הסיבתיות המשפטית משמשת במשפט הפלילי ככלי לתיחום המקרים בהן תוטל אחריות פלילית במקרה של רשלנות – מעין מסננת אשר בוררת, על פי שיקולים שבמדיניות, מתי תיחוס התוצאה לפעולה מסוימת בשרשרת העובדתית שהובילה בסופו של דבר להתקיימותה (על טיבה של הסיבתיות המשפטית בדיני העונשין, ראו: ש"ז פלר יסודות בדיני העונשין כרך א', עמ' 449 (1984); יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין עמ' 225 (2008)).

במישור הקבילות, הקשר הסיבתי-משפטי מבטא את קיומה של זיקה מהותית בין הפסול שנפל בראיה הראשית ובין הראיה הנגזרת. כאשר חרף קיומה של סיבתיות עובדתית, התקיים נתק מהותי בין הפסול שנפל בראיה הראשית ובין הראיה הנגזרת, תקטן הנטייה לפסול את הראיה הנגזרת. טלו למשל מקרה שבו המשטרה מבצעת חיפוש לא חוקי בביתו של אדם, ובחיפוש נמצא נשק שעל פי החשד שימש לביצוע עבירה. בעל הנשק מובל לחקירה, ושם – לאחר שהוזהר כדין – מודה בביצוע העבירה. האם נאמר כי הודאתו – שנגבתה כדין – פסולה אך מהטעם שיש קשר סיבתי עובדתי בין החיפוש הבלתי חוקי לגביית ההודאה? לכך יש להשיב בשלילה. אי-החוקיות

שדבקה בכלי הנשק אינה פוגמת בהודאה, שכן מדובר בראיה בעלת אופי שונה, שתוכנה לא ניתן להסקה מקיומו של כלי הנשק, ושנמסרה באופן חופשי ומרצון כאשר באותה עת עמדו לחשוד כל זכויותיו והגנותיו. באלה יש לנתק את הקשר הסיבתי בין אי-החוקיות שבהשגת הנשק להודאה. לעומת זאת, טלו מקרה שבו המשטרה מבצעת חיפוש לא חוקי בביתו של אדם, ובחיפוש זה נמצא מסמך המפליל את בעליו בביצוע עבירה מסוימת. המשטרה שמודעת לקושי שבהגשת המסמך לבית-המשפט, מצלמת את המסמך ומגישה את הצילום (ולא את המקור) כראיה במשפט. האם נאמר כי העותק המצולם יהיה קביל במשפט? במצב זה סבורני כי אין חולק שאי-החוקיות שדבקה במסמך המקורי יורדת לשורשיו של המסמך המצולם. ודוק: הסתפקות בסיבתיות העובדתית עומדת בסתירה להנחת המוצא עליה חזרנו, והיא שדוקטרינת פירות העץ המורעל לא התקבלה בשיטתנו. דרישת הסיבתיות המשפטית באה למנוע החלה עקיפה של הדוקטרינה, לצד הכרה באפשרות כי במקרים חריגים, בהם הפסול שנפל בראיה הראשית מכתים את הראיה הנגזרת באופן היורד לשורש העניין, יהיה זה צודק לפוסלה. מטבע הדברים, לא ניתן יהיה לקבוע רשימה ממצה של שיקולים שיילקחו בחשבון במסגרת בחינת הזיקה שבין הראיה הראשית לראיה הנגזרת ממנה. אלה יקבעו על פי נסיבותיו של כל מקרה, ובהתאם למדיניות השיפוטית הראויה והשכל הישר.

מן הכלל אל הפרט – דינן של הראיות הנגזרות בעניינו של המערער

21. התגבשות המסכת הראייתית שלחובת המערער התאפשרה הודות לסיבוכו בפרשה זו, בעקבות ראיית ה-DNA שניטלה ממנו במסגרת חקירת תיק הרצח. מכאן ברור כי מתקיימת סיבתיות עובדתית בין ראיית ה-DNA לשאר הראיות. לולא היה מוסר בהסכמה את דגימת הרוק, לא היה נחשד בביצוען של עבירות המין, וממילא גם לא היתה נערכת נגדו חקירה בנושא זה. יחד עם זאת, לאחר מעצרו עמדו למערער כל הזכויות העומדות לחשוד בפלילים, ובהן הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית וזכות ההיוועצות בעורך דין. איתורן של שאר הראיות ששימשו ביסוד הרשעתו – איכוני הטלפון, דגימת ה-DNA שהופקה מבדל הסיגריה והאמרות שמסר בחקירתו – לא היה כרוך באי-חוקיות כלשהי. בנסיבות אלה לא מתעורר חשש לפגיעה מהותית בהוגנות ההליך. השאלה שנותרה אם כן, היא כלום יש באי החוקיות שדבקה בראיית ה-DNA הראשונית, שנמסרה בהסכמה, להכתים את שאר הראיות באופן המצדיק פסילתן.

באשר לראיות הנוגעות להתנהגותו של המערער לאחר מעצרו – סירובו לשתף פעולה בהליכי החקירה וראשית הודאה שעלתה מאמירותיו – אלו נוצרו במעשיו ומחדליו של המערער שנבעו משיקול דעתו ומרצונו החופשי ובהיותו מיוצג, ואין שמץ

של אי-חוקיות בתיעודם. באלה יש לנתק את הקשר הסיבתי המשפטי בינן ובין הראיה הראשית. אי-החוקיות שדבקה בראיה הראשית לא השפיעה במישרין על תוכן הראיות, על אופיין או עצם האפשרות להשגתן. השפעתה של הראיה הראשית בהקשר זה מוגבלת למישור העובדתי, בכך שהובילה למעצרו של המערער, הא ותו לא.

הוא הדין לגבי איכון הטלפון של המערער. אכן, הצבעה על המערער כחשוד בביצוע המעשים סייעה לגיבוש רישומי שיחות הטלפון שלו לכדי ראיה מפלילה, אך מבחינה מהותית הקשר בינה ובין הראיה הראשית הינו רופף – דו"ח איכון הטלפון מתבסס על נתונים שהולדתם קודמת לאי-החוקיות. מדובר בראיה אובייקטיבית ועצמאית שהפקתה היא פרי של מאמץ חקירה נפרד, שאינו כרוך במידה כלשהי באי-החוקיות שהובילה להשגת ראית ה-DNA. מספר הטלפון הנייד של המערער נמסר לחוקרי המשטרה הן על-ידי המערער במסגרת חקירה אחרת שהתנהלה נגדו (ת/2), והן על-ידי אשתו עת נחקרה במסגרת פרשה זו (ת/114). עוד יצוין, כי הראיות הנוגעות לאיכון הטלפון הוגשו לבית-המשפט בהסכמה.

לעומת זאת, באשר לראיית ה-DNA שהופקה מבדל הסיגריה – שוכנעתי כי זיקתה לראיה הפסולה הינה כה הדוקה, עד שהפסול שבה יורד לשורשה. אופייה ותוכנה כה זהים לזו של הראיה הפסולה, עד שלמעשה מדובר באותה ראיה 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.

העובדה שחוקרי המשטרה מצאו טעם בהשגת ראיה זהה לראיית ה-DNA מתיק הרצח, שאין בה תרומה נוספת להבהרת התמונה המפלילה, מעידה כשלעצמה על הצורך שהתעורר "להלכין" את הראיה הראשית, אשר השגתה הייתה כרוכה באמצעי פסול. משסרב המערער למסור דגימת רוק נוספת, ולאחר שנדחתה בקשת המשטרה להורות לו לעשות כן, פעלו החוקרים להשגתה, מתוך ידיעה ששימוש בפרופיל הגנטי שנמסר על-ידי המערער בהתנדבות, כרוך בקושי ממשי. האפשרות להשיג ראיה זו אינה פרי של התפתחות חקירתית או נסיבתית שנוצרה עקב מעצרו של המערער, אלא תוצאה של ניסיון להכשיר את הראיה הפסולה באמצעות תחבולה. חוקרי המשטרה ידעו מראש מה יהא תוכנה של ראית ה-DNA, ומהו משקלה בהרשעת המערער, וכל שנותר להם היה לשים ידם על דגימה ביולוגית כלשהי שלו, שניתן יהיה להפיק ממנה את אותה ראיה.

הכשרת ראיית ה-DNA בנסיבות אלה, משמעה השלמה עם מציאות שבה פגם מהותי שנפל בהליכי החקירה "מולבן" באמצעות תחבולה פשוטה. במקרה זה, קבלת הראיה שהולבנה תותיר על כנה את הפגיעה בהוגנות ההליך שנוצרה בעקבות הראיה הראשית, הבאה לידי ביטוי בשלילת יכולתו של המערער להגן על חזקת חפותו, ובשלילת זכותו לפרטיות החלה על נתוני הזיהוי האישיים שלו. תוצאה זו אינה ראויה.

בהקשר זה, עולה תכלית ההוגנות בקנה אחד עם תכלית הרתעת גורמי האכיפה. כאשר הזיקה בין הראיה הראשית לזו הנגזרת ממנה היא משמעותית, תגבר הנטייה לפסול את הראיה הנגזרת. בכך נאותת לגורמי החקירה כי עליהם להעמיק חקירתם, ובמקרה שנפל פגם בפעולותיהם, לא ניתן להכשירו באופן מלאכותי.

לאור האמור, דינה של ראית ה-DNA שהופקה מבדל הסיגריה להיפסל אף היא מלשמש במשפט. יחד עם זאת, הגעתי למסקנה כי אין הצדקה להורות על פסילתן של הראיות הנגזרות האחרות שעמדו לחובת המערער והן, איכון הטלפון, התנהגות המערער בהליכים, ואמירות שאמר בחקירתו העולות כדי ראשית הודאה.

תשתית הראיות הקבילה

22. כפי שאפרט להלן, גם לנוכח פסילת ראיות ה-DNA, התשתית הראייתית העומדת נגד המערער היא ענפה וכבדה, ולפיכך לא מצאתי לשנות מהתוצאה אליה הגיע בית-המשפט המחוזי.

(א) עדויות המתלוננות

על פי קביעתו של בית-משפט קמא, בחינת דבריהן של המתלוננות השונות מעלה כי הן מסרו פרטים זהים לגבי התוקף, ותיאור דומה של התנהגותו (הכרעת הדין, בעמ' 19). המתלוננות כולן תיארו את התוקף כבעל חזות מזרחית, מעדותיהן עולה כי מדובר בגבר בגובה ממוצע ומטה, רחב כתפיים בעל שיער שחור קצוץ וכי גילו למעלה משלושים שנה. תיאור זה הולם את מראהו של המערער.

(ב) הימצאות בזירות העבירה

איכון מכשיר הטלפון הנייד שהיה ברשות המערער בתקופה הרלוונטית לאישומים, מצביע על הימצאותו בסמיכות לשלושת הזירות בזמנים קרובים לביצוע העבירות (ת/88-90/ת; עמוד 19 להכרעת דינו של בית-המשפט קמא). ממצאים אלה קושרים את המערער באופן ממשי לעבירות, הן בשל משקלן העצמאי כמעידות על

הימצאותו במקום ובמועד בהם התבצעו, והן לנוכח המסקנה הנובעת מהן כי המערער שיקר כאשר טען שוב ושוב כי מימיו לא שהה באותם מקומות (ת/7 עמ' 26-27). ניסיונו של המערער להרחיק עצמו מזירות העבירה תוך מסירת גרסה שקרית, מבטאת התנהגות מפלילה שביסודה תחושת אשם (ע"פ 95/50 אריכא נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ה(1) 1200 (1951); ע"פ 334/02 סיבוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 13.01.2003)). כאשר מוכח על-ידי ראיה חיצונית ומהימנה, כי הנאשם שיקר בנקודה חשובה מבחינת האישום, עולה הדבר אף לגדר "סיוע" (ע"פ 677/84 דוד נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4), עמ' 41 (1987)).

נוכח האישומים החמורים המיוחסים לו והראיות שהובאו נגדו, היה המערער חייב ליתן הסבר תמים באשר להימצאותו רחוק מביתו בשעות הערב. בהימנעותו מלספק הסבר מסוג זה – יש לראותו כמי שאין בפיו הסבר. המערער בחר להתעטף בזכות השתיקה ולמלא פיו מים. בדרך זו המשיך אף במהלך המשפט עצמו, כאשר נמנע מלהעיד. התנהגות זו אינה עולה בקנה אחד עם ציפיותיו של המערער כי יאמינו לו, ובהיעדר הסבר להתנהלות זו, יש בכך כדי לחזק את המסקנה המפלילה. יפים לכך דברי השופט ג' בך בע"פ 196/85 זילברברג נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 485, 525 (1990) בהתייחסו לסעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי:

"בסעיף... הנ"ל... ניתן ביטוי לניסיון החיים, המלמד, כי אדם חף מפשע לא רק מוכן להעיד, אלא שהוא שש להזדמנות להיכנס לתא העדים ולהפריך את הגירסה המרשיעה, אשר לטענתו היא כוזבת. אם מסרב הוא להעיד, הרי יש בכך כדי לתמוך בעקיפין בעדות המפלילה של עדי התביעה".

ג) סירוב לקחת חלק בהליכי חקירה

סירובו של המערער למסור דגימת רוק, כמו גם הימנעותו מלהשתתף במסדר זיהוי ובעימות עם המתלוננות, מחזקים אף הם את המסקנה המפלילה, שכן אם חף מפשע הוא – מדוע יסרב ליטול חלק בהליכי החקירה, ולא ייתן יד לתהליך שבכוחו ליתן בידו ראיה טובה לזכותו. בנסיבות מתאימות, סירוב לשתף פעולה בהליכי חקירה עשוי לקבל משקל נכבד המתקרב לזה של ראשית הודאה (ראו: ע"פ 648/77 קריב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 729 (1978); ע"פ 663/81 חורי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 85, 96 (1982); ע"פ 1301/92 מדינת ישראל נ' שוורץ, פ"ד נ(5) 749, 782 (1997)). במקרה זה, משקלן המצטבר של סירוביו של המערער לקחת חלק בהליכים השונים הוא רב ביותר. סבורני, כי בהימנעותו גם מלהעיד במשפט יש להצביע בברור על חששו

מפני מפגש עם המתלוננות. חשש זה עולה במפורש גם מדברים שאמר בחקירתו. וכך לדוגמא, בתשובה לשאלה אם מדי פעם עולה במחשבתו פרצוף של אחד מקורבנותיו, השיב המערער "אף אחד לא רוצה לראות פרצוף מוכר, אתה דוחק, אתה דוחק הכל... אתה דוחק מפחד להעלות מחשבות כאלה" (ת/28 עמ' 36).

(ד) אמירות העולות כדי ראשית הודאה

דברים שאמר המערער בחקירתו מלמדים על הלך נפשו ותחושות האשם והחרטה הקשות שפיעמו בו – "אני חתיכת זבל, אני חתיכת מניאק" (ת/13, עמ' 8), "אני מת לנקות את הנשמה שלי" (ת/21, עמ' 2). תחושות אלה הובילו אותו להעניש את עצמו ודחפו אותו לעבר מחשבות אובדניות – "הייתי מעניש את עצמי ... בתוך מערות הייתי ישן ובוכה בלילה" (ת/29 עמ' 5), "אם היה לי אקדח הייתי דופק כדור בראש עכשיו" (ת/12 עמ' 13).

מספר רב של פעמים הביע המערער נכונות להודות – "מחר אני הולך לסגור את התיק הזה בקטע של חקירה ואודה" (ת/22 עמ' 12), "אני אוציא את זה, אני אדבר" (ת/21 עמ' 2), "אני אין לי בעיה להודות... אני מפחד להרוס את המשפחה, 20 שנה תשמעי זה לא קל" (ת/21 עמ' 8). כך השמיע גם את רצונו להגיע להסדר טיעון עם הפרקליטות – "עסקאות אפשר לשבת לדבר, הכל אפשר" (ת/9), "הפרקליטות יכולה להציע הרבה, זה לא מחייב ... עסקה קופצים עליה" (ת/14, עמ' 18).

ואם בכך לא די, הוסיף המערער ושיתף את חוקריו בהלך רוחו של אנס ובתחושותיו – "כמה כאב יש בנו, כמה כאב יש באחד שמבצע עבירות" (ת/27 עמ' 14), "כשאתה עובר עבירות מגעילות, תקשיב מה אני אומר לך, יש פחד מסוים להתפס" (ת/28 עמ' 15). כך הוא מפליג בהבטחות כי לאחר שייגזר דינו, ילמד את החוקרים על מחשבות ודפוסי פעולה של אנסים – "אחרי גזר-הדין אני אשב איתך ואני אלמד אותך דברים" (ת/27, עמ' 16), "אני אשב אתך אני אכנס איתך לעומק... תבין הרבה דברים שאתה לא יודע על מה אתה מדבר... זה יגרום לך להבין מה מביא בן אדם לאנוס" (ת/28 עמ' 40). בהמשך, המערער אף מספר על כוונתו לכתוב ספר שיסייע לפענח תיקי אונס – "ספר מאוד מעניין אני ארשום ... ברמה מאוד עניינית, זה גם דרך לתפוס אנסים" (ת/28, עמ' 2), "גם בספר אני אגיד מה הפתרון של הדברים האלה" (ת/28, עמ' 7), "אני רואה מאיפה הוא מגיע, איך הוא מגיע, אני יש שיטות, זה דרך, תפוס [דפוס] של כל אנס" (ת/28, עמ' 12).

לצד אמירות כלליות, נשמעו מפי המערער אמירות בגוף ראשון המתייחסות במישרין לאישומים שהופנו כלפיו – "לפעמים אתה עושה דבר בלי לדעת, אתם לא מבינים... כשאני אפתח עליהם אז תראי הרבה דברים" (ת/27, עמ' 10), "תקשיבי אני כמו כל בן-אדם חוץ מהמקרים... אני רגיל את לא מכירה אותי... לפעמים יש דברים שזה לא אנחנו... אם אני אשב אחרי גזר הדין ואני אשב אדע להגיע לנקודה" (ת/27 עמ' 10), "לא יכול לפרט הכל, יש לפעמים דברים שלא, זה מורכבים, שאני גם לא זוכר" (ת/21, עמ' 6).

המסקנה המפלילה כמסקנה הגיונית יחידה

23. צירופן של כלל הראיות והעדויות בפרשה זו ושילובן אחת ברעותה, מעלה תמונה בהירה המפלילה את המערער באישומים המיוחסים לו: איכון הטלפון מעיד על הימצאותו בזירות העבירה, בזמנים הרלבנטיים לביצוע העבירות; הימנעותו מלמסור גרסת חפות, מצביעה על היעדר גרסה כזו; סירובו לקחת חלק בהליכי החקירה, מחזק את התזה המפלילה אשר עדויות המתלוננות עולות בקנה אחד עמה; ולבסוף, מסה נכבדת של אמירות שנשמעו מפי המערער במהלך חקירתו, עולות כדי ראשית הודאה. ודוק: משקלה של ראשית הודאה משתנה מעניין לעניין בהתאם לנסיבותיו (ראו: ע"פ 4095/91 דוריב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 190, 196 (1992)). בענייננו שוכנעתי כי המשקל שיש ליתן לראשית ההודאה הוא רב. אין מדובר באמירות ספורות שנאמרו אגב אורחא, או ששמעותן עשויה להתפרש לשני פנים. אמירותיו של המערער רבות הן בכמותן ובאיכותן. משקלן מצוי בקצה הסקאלה, ומתקרב הוא ככל הניתן למשקלה של הודאה ממש, כאשר רק צמד המילים "מודה אני" מבדילות בינן ובין הודאה מלאה.

אמת, אפשר שכל אחת מן הראיות כשלעצמה אינה מספיקה להרשעת המערער. אולם, שוכנעתי כי המסקנה הסופית המתקבלת מצירופן הינה חד-משמעית. במצב זה, כאשר הראיות הן רבות, מגוונות ושלוכות זו בזו, נעשית האפשרות כי יורשע מי שלא חטא לאפשרות רחוקה וקלושה עד כדי כך שלמעשה לא נותר ממנה שריד (ע"פ 351/80 חולי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 477, 484 (1981)).

משהוכחה מערכת נסיבתית, המצביעה על המסקנה המפלילה כמסקנה ההגיונית המתחייבת, יוביל הדבר להרשעת המערער, אלא אם יציע תזה אחרת המעידה על חפותו (ע"פ 9372/03 פון וייזל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 745, 754 (2004)). על התזה החלופית להיות נטועה בנסיבות המקרה, ולעמוד במבחני השכל הישר וניסיון החיים (ע"פ 2132/04 קייס נ' מדינת ישראל, בפסקה 6 לפסק-דינה של השופטת א')

פרוקצ'יה (טרם פורסם, 28.05.2007). המערער נמנע מלספק תזה של חפות, ותחת זאת ביכר את מעטה השתיקה כמגן. כאשר מעל המערער מרחפת המסקנה המפלילה, כמסקנה ההגיונית היחידה המתקבלת על הדעת, כוחה של השתיקה לא יוכל לשמש לו עוד מחסה. בשלב זה, נדרש המערער להפריך את המארג הראייתי המצייר תמונה כה בהירה של סיפור המעשה, ולמצער, לעורר ספק ביחס לאשמתו. המערער לא עמד בנטל זה, ולפיכך נותרת המסקנה המפלילה על כנה.

24. באשר לערעור על גזר-הדין, גם בו לא מצאתי עילה להתערב. העבירות שביצע המערער הינן בזויות ומן החמורות שבספר החוקים. המסוכנות הנשקפת ממנו כמו גם שיקולי גמול והרתעה, מחייבים במקרה זה ענישה חמורה ובלתי מתפשרת.

כללם של דברים: לא מצאתי מקום או עילה להתערב בתוצאה אליה הגיע בית-המשפט המחוזי, ואם תשמע דעתי יידחה הערעור על שני חלקיו.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

לאחר שעיינתי בחוות דעתו המלומדת והמקיפה של חברי, השופט א' לוי, החלטתי לצרף דעתי לדעתו הן בנוגע להנמקתו והן בנוגע לתוצאה אליה הגיע בכפוף למספר הערות.

1. הנושא המרכזי שעמד לדיון במסגרת ערעור זה הוא האם מוסמך בית המשפט לפסול "ראיה נגזרת" מכוח זכותו של נאשם להליך הוגן באמצעות דוקטרינת הפסלות הפסיקתית? תשובתו של השופט לוי על שאלה זו, בהסתמך על שנפסק על ידי בית משפט זה בעניין יששכרוב, היא כי בניגוד לדיון הנוהג בארצות-הברית בסוגיה שבנדון, המבוסס על דוקטרינת "פירות העץ המורעל" שנדחתה על ידי בית משפט זה, ככלל ראייה נגזרת תהיה קבילה במשפט. יחד עם זאת הדגיש השופט לוי, בהסתמך על הדברים שנקבעו בסעיף 71 לחוות דעתה של השופטת ד' ביניש (כתוארה אז) בעניין יששכרוב, כי ראייה נגזרת לא תהיה חסינה לעולם מפני פסילה ויתכנו נסיבות בהן על אף אפיונה של הראיה כ"נגזרת" יהיה על בית המשפט לפסול אותה משום שקבלתה במשפט תפגע בזכותו של הנאשם להליך הוגן (סעיף 20 לחוות דעתו של השופט לוי).

2. הנה כי כן, עצם הקביעה כי דוקטרינת "פירות העץ המורעל" נדחתה בשיטתנו המשפטית אין משמעה כי בית המשפט אינו מוסמך לפסול ראייה נגזרת. בפרשה דנן הבהיר חברי השופט לוי כי מדיניות שיפוטית ראויה אינה יכולה לאמץ כלל גורף לפיו עצם אפיונה של ראייה כ"נגזרת" ימנע פסילתה גם אם קבלתה כמשפט תפגע בזכותו של הנאשם בהליך הוגן. משכך, נכונה קביעתו של השופט לוי כי "קבלתה של ראייה נגזרת, בעקבות אבחנה טכנית בינה לבין זו הראשית, עשויה לחטוא למטרה זו כאשר הראיות קשורות זו לזו באופן הדוק". בחינת פגיעתה של ראייה שהושגה שלא כדין, בין אם מדובר בראית "מקור" (המכונה כפי השופט לוי "ראייה ראשית") ובין אם מדובר בראייה "נגזרת", צריכה להיעשות בכפוף לאמות מידה מהותיות של הוגנות ההליך.

3. קביעתו של השופט לוי לפיה יתכנו נסיבות בעטיין יהיה מוסמך בית המשפט לפסול ראייה נגזרת נשענת על האדנים שהותוו על ידי בית משפט זה בעניין יששכרוב המהווים עקרונות מנחים לעניין פסילת ראיות שהושגו תוך פגיעה בהוגנות ההליך הפלילי. אלו הם עקרונות יסוד מחייבים המגדירים את נקודת המוצא לדיון. עסקינן בעקרונות המשרטטים את גבולותיה של המסגרת הנורמטיבית המתחמת את התפרשותה והתפתחותה של דוקטרינת הפסלות הפסיקתית. מצויים אנו בתקופה שבמסגרתה מתעצבת דוקטרינת הפסלות הפסיקתית. דווקא בתקופה זו, בה קיימת אי בהירות נוכח חבלי הלידה שמלווים את התגבשותה של הדוקטרינה, שומה עלינו לדבוק במסגרת העקרונית שהותוותה בעניין יששכרוב אשר מהווה נקודה ארכימדית לכל דיון הנוגע להתפתחותה של דוקטרינת הפסלות הפסיקתית.

4. קביעתו של השופט לוי בדבר היתכנות פסילתה של ראייה נגזרת אינה עומדת בסתירה לדוקטרינת הפסלות הפסיקתית אלא היא שואבת את חיותה מהעקרונות המנחים שנקבעו בעניין יששכרוב ועולה בקנה אחד עם האמור בו. אין מדובר בקביעה העומדת בסתירה להלכה הנוהגת ובוודאי שאין מדובר בקביעה החורגת מגדרי ההלכה. עסקינן בקביעה המהווה המשך ישיר וטבעי להלכת יששכרוב. הדבר בא לידי ביטוי בשלושה מישורים: הראשון, כאמור כבר בעניין יששכרוב נקבע כי בית המשפט יהיה רשאי לפסול ראייה נגזרת בנסיבות מסוימות; שנית, השיקולים לבדיקת פסלותה של ראייה נגזרת הם אותם השיקולים הנבדקים בפסילתה של ראית "המקור" בשינויים המתחייבים בהתחשב בטיבה הייחודי של הראייה הנגזרת; שלישית, גם במסגרת מבחן הזיקה, שהינו מבחן ייחודי לבדיקת פסילתה של הראייה הנגזרת, התווה השופט לוי את מבחן הקשר הסיבתי המשפטי, נוסף על מבחן הקשר הסיבתי העובדתי, במסגרתו ניתן

דגש של ממש לרכיב "היחסיות" של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית הנהוגה בשיטתנו המשפטית המאופיינת בשיקול דעת שיפוטי רחב.

5. זאת ועוד, כידוע דוקטרינת הפסילה הפסיקתית אומצה בשיטתנו המשפטית לאחר מחקר מעמיק במשפט המשווה ותוך אימוץ המודל הנוהג בשיטת המשפט הקנדית ואשר יסודו בסעיף 24(2) לצ'רטר הקנדי [יובל מרין רינת קיטאי-סנג'רו "Collins, Miranda" ויששכרוב – על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב" משפטים 2) 429 (2007) (להלן: מרין וסנג'רו)]. משכך, סבורני כי בבואנו להכריע בדבר התפתחותה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בישראל ניתן ללמוד ולהקיש מהסדר הנוהג בסוגיה בדין הקנדי. הגם שבמסגרת המודל הקנדי נדחתה דוקטרינת פירות העץ המורעל, בדומה לשיטתנו המשפטית, הרי שהפסיקה הקנדית הכירה באפשרות פסילתה של ראיה נגזרת בשים לב לטיב הקשר שבינה לבין ראית המקור [מרין וסנג'רו, בעמ' 484; (1995) 206 S.C.R. 206 (R. v. Burlingham)]. על בסיס ההתפתחות הפסיקתית בקנדה בהקשר זה קוראים מרין וסנג'רו שלא לבחון את פסילתה של הראיה הנגזרת על פי סיווגה אלא "לפי מידת פסלותה של הראיה שממנה נגזרה" (שם, בעמ' 484), דהיינו בהתאם למהות היחס שבינה לבין ראית המקור.

6. עיון בחוות דעתו של השופט לוי, מעלה כי הוא צעד בנתיביה של הפסיקה הקנדית שכן מבחן הזיקה הוא מבחן הממקד את תשומת הלב בעוצמת הקשר והיחס שביין ראית המקור שהושגה באמצעים פסולים לבין הראיה הנגזרת, כאשר השופט לוי קבע כי "ככל שהזיקה בין הראיות חזקה יותר, עשויה אי החוקיות שדבקה בראיה הראשית להכתים גם את הראיה הנגזרת, וכך תגבר הנטיה לפוסלה". ודוק, מבחן הזיקה אומץ כבר בעניין יששכרוב שם נקבע כי במסגרת בחינת פסילתה של ראיה נגזרת יש להביא בחשבון גם "את אופייה הייחודי של הראיה הנגזרת, הבא לידי ביטוי בזיקה המתחייבת בינה ובין הראיה הראשית" (ההדגשה אינה במקור – י.ד.).

7. כפי שהדגיש השופט לוי בסעיף 19 לחוות דעתו "מרכזיותה של אי-החוקיות בהליך הבאתו של המערער לדין היא משמעותית ביותר, ויש יסוד להניח כי אילולא אי-החוקיות המשטרה לא הייתה שמה את ידיה על המערער, אשר לא היה חשוד כלל בעבירות בהן הורשע לבסוף". דהיינו, אילולא הופרה ההבטחה של המשטרה שניתנה למערער שלא לעשות שימוש בדגימת ה-D.N.A. שניטלה ממנו במסגרת חקירת הירצחה של עו"ד ענת פלינר ז"ל, המשטרה לא הייתה פועלת לעריכת האיכון הסלולארי של המערער ואף לא הייתה נדרשת לזמנו לחקירה נוספת במסגרתה ניתנו אמרותיו המפלילות העולות כדי ראשית הודיה. בשל הפרת הבטחתה של המשטרה "המערער

איבד הלכה למעשה את יכולתו להגן על חזקת חפותו" (סעיף 19 לחוות דעתו של השופט לוי). "לולא היה מוסר בהסכמה את דגימת הרוק, לא היה נחשד בביצוען של עבירות המין, וממילא גם לא הייתה נערכת נגדו חקירה בנושא זה" (סעיף 21 לחוות דעתו של השופט לוי). גם אם הדברים נעשו בתום לב, הרי שההשוואה האסורה נטלה מהמערער את אחת מזכויותיו היסודיות בהליך הפלילי – הזכות להימנע מהפללה עצמית – והפרה זו היא שסללה את דרכה של המשטרה אל יתר הראיות המפלילות. דהיינו, בנסיבות המקרה מדובר ב"ראיות שחולצו מהנאשם בעל כורחו" (מרין וסנג'רו, בעמ' 481). מה גורלן של ראיות כגון דא בשיטת המשפט הקנדית? כפי שעולה מרשימתם של מרין וסנג'רו שיטת המשפט הקנדית אימצה את מבחן "הרצון החופשי" בפסק הדין R v. Stillman 1 S.C.R. 607 (1997) (להלן: עניין Stillman):

"בפרשת Stillman פסל בית המשפט ראיות חפציות (ומהימנות) שהושגו באמצעים פסולים, תוך הדגשה של האופן שבו הושגה הראיה ולא של סיווגה. לאור הלכת Stillman, ולפי הגישה הנוהגת כיום בקנדה, הוגנות המשפט עשויה להיפגע אם הנאשם אולץ לקחת חלק ביצירת הראיה או בגילויה. הנחת המשפט הקנדי היא שקבלת ראיות שלא ניתן היה להשיגן או לגלותן לולא השתתפותו הבלתי-רצונית של החשוד, כאלה שהושגו תוך פגיעה בחסיון הנאשם מפני הפללה עצמית (כפי שחיסיון זה מוגדר במשפט הקנדי), תפגע בהוגנות המשפט, שכן אין על הנאשם חובה כלשהי לסייע למדינה בהשגת ראיות לצורך הרשעתו, ואין זה ראוי לבסס הרשעה בפלילים על ראיות שנוצרו על ידי הנאשם או שהתגלו באמצעותו כתוצאה מהפרת זכויותיו על ידי המשטרה...

קבלת ראיות שחולצו מהנאשם בעל כורחו, ויש בהן כדי לפגוע בחסיונו מפני הפללה עצמית (ראיות שהושגו תוך שימוש בגוף הנאשם, דגימות מגופו או אמרות שמסר) תביא בדרך כלל לפגיעה בהוגנות המשפט (ובתוך כך במוניטין של מערכת עשיית הצדק), ולפיכך, בדרך כלל, יש לפוסלן (וכן את הראיות המתגלות באמצעותן ו"נגזרות" מהן). ראיות כאלה לא ייפסלו... אם תוכיח התביעה כי גילוין היה בלתי-נמנע או שניתן היה לגלותן באמצעים חלופיים (חוקיים), ולהשיגן ממקור עצמאי ונפרד מהנאשם עצמו..." (מרין וסנג'רו, בעמ' 480-481).

8. ואכן, נדמה כי התפיסה בדבר הקשר שבין פגיעה ברצונו החופשי של הנאשם, דהיינו כפייתו לשיתוף פעולה על דרך של "הפקעת" זכותו להימנע מהפללה עצמית, לבין הפגיעה בזכותו להליך הוגן מצאה ביטוי בחוות דעתו של השופט לוי אשר הדגיש כי:

“הבטחת המשטרה השפיעה על שיקול דעתו ושיבשה את כושר הבחירה שלו, באופן שהובילו להסכים למסירת הדגימה על אף שלא היה חייב לעשות כן. בפניו לא עמדה ההחלטה אם להפליל את עצמו אם לא, אלא אם למסור ראיה בודעו כי אין בכוחה להפלילו או לסרב למוסרה, ובכך אולי להחשיד עצמו בדבר שלא עשה. נסיבות מיוחדות אלה, הגם שמעוררות קושי מסוים ביישומה של הזכות הפרטיקולארית לחיסיון מפני הפללה עצמית, חוסות ללא ספק תחת קורת הגג של הזכות להליך הוגן במובנה הרחב. מרגע שמסר את דגימת הרוק, איבד המערער את כלי המגן העיקרי שנתנה לו שיטתנו כנגד יתרונה של התביעה” (סעיף 14 לחוות דעתו של השופט לוי).

9. בהמשך לאמור לעיל, סבורני כי במסגרת יישום דוקטרינת הפסילה הפסיקתית יש לאמץ את המבחן הנוהג בדין הקנדי לפיו הדגש מושם על הפרת “הרצון החופשי” של החשוד והנאשם, שכן זהו מבחן הנגזר מאחת מתכליותיה של הזכות להליך הוגן – הגנה על רצונו החופשי של החשוד והנאשם, באופן ששיתוף הפעולה שלו עם רשויות אכיפת החוק צריך להיות פרי בחירתו החופשית, גם אם לאי שיתוף פעולה עשוי להיות מחיר ראיתי. זאת ועוד, הליך הוגן הוא הליך המבטיח קיומן של זכויות שהוקנו לחשוד ולנאשם באמצעותן מושג איזון בין כוחן של רשויות אכיפת החוק שעה שהחשוד ניצב לבדו אל מול מערכת מקצועית, מנוסה ובעלת משאבים. מדיניות שיפוטית ראויה אינה יכולה להשלים עם ראיות שהן פרי תחבולת חקירה הפוגעת באוטונומיית הרצון החופשי. ברי, כי הרשות החוקרת אמונה על חשיפת האמת אך זו צריכה להתבצע במגבלות החוק ומבלי לנקוט בתחבולות נפסדות שיש בהן משום פגיעה בזכויות יסוד. לצד האינטרס הציבורי כבד המשקל שבהעמדת האשמים לדין שומה על רשויות אכיפת החוק לכבד את זכויותיו של החשוד ושל הנאשם, ובפרט את זכותם להימנע מהפללה עצמית.

10. אין מחלוקת כי דגימת ה-D.N.A שניתנה על ידי המערער פסולה מלשמש ראיה במשפט נוכח הפרת הבטחה שניתנה על ידי המשטרה כי לא יעשה בה שימוש מעבר לחקירת הרצח, הבטחה שבלעדיה ככל הנראה לא היה מוסר המערער את הדגימה למשטרה. כמו השופט לוי אף אני סבור כי ההשוואה שביצעה המשטרה היא בלתי חוקית וכי הדין ביקש למנוע השוואת דגימות מחוץ למאגר הכללי מהנימוקים המפורטים בסעיף 16 לחוות דעתו של השופט לוי. ברי, כי על משטרת ישראל להימנע מלהמשיך ולנהוג בדרך זו גם ככל שמדובר בצירוף מקרים או בהתנהלות שהיא בתום לב. כמו כן, מסכים אני לקביעתו של השופט לוי כי דגימת ה-D.N.A הנגזרת פסולה אף

היא מלשמש ראייה במשפט שכן מדובר בראיה שנועדה "להלבין" את דגימת "המקור" ועסקינן בראיה בעלת זיקה מוגברת לראית המקור שבעטייה לא ניתן להימנע מפסילת הראיה הנגזרת.

11. כאשר לאיכון הטלפון הסלולארי של המערער, מסכים אני כי מדובר בראיה קבילה במשפטו של המערער אך זאת מנימוקים שונים מאלו שצויינו בחוות דעתו של השופט לוי. בחוות דעתו קובע השופט לוי כי אמנם "הצבעה על המערער כחשוד בביצוע המעשים סייעה לגיבוש רישומי שיחות הטלפון שלו לכדי ראיה מפלילה" אולם "דו"ח איכון הטלפון מתבסס על נתונים שהולדתם קודמת לאי-החוקיות. מדובר בראיה אובייקטיבית ועצמאית שהפקתה היא פרי של מאמץ חקירה נפרד, שאינו כרוך במידה כלשהי באי-החוקיות שהובילה להשגת ראית ה-D.N.A.". גישה זו מוקשית בעיני. אי החוקיות שדבקה בהשוואה האסורה היא שהובילה לעריכת האיכון הסלולארי ואילולא השוואה אסורה זו המשטרה כלל לא הייתה חושדת במערער כמי שביצע את עבירות המין בהן הורשע ואף לא הייתה נזקקת לעריכת האיכון הסלולארי. משכך, סבורני כי קיימת זיקה משמעותית בין ראית המקור לבין האיכון הסלולארי. גישתו של השופט לוי בנוגע לאיכון הסלולארי נשענת על תפיסת יסוד עמוקה יותר לגבי פסילתן של ראיות חפציות, גישה הרואה בראיות חפציות ראיות מהימנות ומשכך לכאורה אין בהגשתן במשפט כדי לפגוע בהגינותו של ההליך. סבורני כי אין קשר הכרחי בין עובדת היותה של הראיה "חפצית" לבין פגיעה בהגינות ההליך המשפטי. גם בהקשר זה סבורני כי הניסיון בשיטת המשפט הקנדי עשוי להשליך אור על הסוגיה. במשך תקופה ממושכת התנהל פולמוס בפסיקה הקנדית האם יש בסיווגה של הראיה כ"חפצית" כדי להשפיע על מידת הפגיעה בהוגנות המשפט כתוצאה מקבלתה. בסופו של יום הוכרעה הסוגיה באופן שנקבע בפרשת Stillman כי אין די בסיווגה הפורמאלי של ראיה כ"חפצית" או אחרת אלא יש לבחון את פסלותה בהתאם למבחן "הרצון החופשי":

"הפסיקה הקנדית שלאחר פסק דין Collins התקשתה להחיל את ההבחנה שנערכה בעניין Collins בין ראיות חפציות לבין ראיות אחרות כשיקול התומך בקבלתן או בפסילתן, שכן מצאה כי אין בסיווג הראיה כדי להשליך על מידת הפגיעה בהוגנות המשפט כתוצאה מקבלתה. לאור זאת, בעשור שלאחר פסק דין Collins התעוררו לא אחת מחלוקות בבית המשפט העליון הקנדי בדבר סוג הראיות הרלבנטיות לשאלת הוגנות המשפט. ההבחנה שיצרה הלכת Collins בין ראיות חפציות לבין ראיות מסוגים אחרים מעולם לא הכתה שורש בקנדה, ועם הזמן הלכה והתעמעמה עד שלבסוף נזנחה סופית בפסק דין Stillman...

בפרשת Stillman נקבע כי סיווג הראיה כחפצית איננו רלבנטי לשאלת הוגנות המשפט, וכי ישנן ראיות חפציות

שקבלתן במשפט מעוררת קושי לא פחות מזה הכרוך בקבלת הודאה שהושגה בכפייה. בפרשת Stillman פסל בית המשפט ראיות חפציות (ומהימנות) שהושגו באמצעים פסולים, תוך הדגשה של האופן שבו הושגה הראיה ולא של סיווגה" (מדין וסנג'רו, בעמ' 479-480).

בהמשך מדגישים מדין וסנג'רו כי:

"אם כן, לפי הפסיקה הקנדית, ראיות בעלות "קיום נפרד ועצמאי" הן ראיות שהיה להן קיום לפני ההפרה וללא כל קשר אליה (במצב שבו ניתן היה להשתמש בהן כראיה במשפט); קרי: ראיות שהנאשם לא אולץ לקחת חלק ביצירתן או באיתורן ושניתן היה להשיגן באופן חוקי. ראיות כאלה אמנם אינן נתפסות כפוגעות בהוגנות המשפט כשלעצמן, אך הן עשויות להיפסל מחמת חומרת ההפרה מצד גורמי המשטרה. ככל הנראה, אם הנאשם אולץ לקחת חלק ביצירת הראיה או באיתורה, ובכפוף ל"מבחן הגילוי", הראיה תיפסל מחמת היותה פוגעת בהוגנות המשפט, וזאת בין אם מדובר בראיה חפצית ובין אם לאו. לפיכך, שאלת סיווג הראיה על פי אופייה (או בשל אופן השגתה) רלבנטית – אם בכלל – אך ורק לשאלת הוגנות המשפט; על פי הדין הנוהג בקנדה, אין כל מניעה לפסול ראיות חפציות..., ולעניין זה אין ומעולם גם לא הייתה כל רלבנטיות לסוג הראיה..." (שם, בעמ' 481-482).

12. יוער כי בעניין יששכרוב נקבע אמנם כי ראיות חפציות הן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגתן, ובדרך-כלל לא יהא באי-החוקיות האמורה כדי לפגום באמינותן של ראיות אלה. לפיכך, משקלם של השיקולים המצדדים בקבלתן של ראיות חפציות הוא בדרך-כלל רב. ואולם לצד זאת הודגש בעניין יששכרוב כי אין מדובר בכלל נוקשה והדבר תלוי בנסיבותיו של כל מקרה לגופו [שם, סעיף 71 לחוות דעתה של השופטת ביניש (כתוארה אז)]. לדידי, לא ניתן בנסיבות העניין לומר כי האיכון הושג שלא באמצעות כפיית המערער לשתף פעולה. כאמור, עריכת האיכון הסלולארי התאפשרה רק לאחר ההצבעה על המערער כמי שביצע את עבירות המין באמצעות ההשוואה הבלתי חוקית כאמור, זאת חרף העובדה שנתוני האיכון היו נגישים עוד לפני ההשוואה האסורה.

13. על אף האמור לעיל סבורני כי ניתן להכשיר את האיכון הסלולארי כראיה קבילה במשפט. במה הדברים אמורים? מעת שהמערער הובא לחקירה ומסר את אמרותיו המפלילות העולות כדי ראשית הודיה, כפי שהצביע על כך השופט לוי, כי אז היה בידי המשטרה בסיס ראיתי מחשיד חדש שהצדיק את עריכת האיכון. שונה היה לדעתי מצב

הדברים אילו המערער היה שותק באופן מוחלט בחקירתו שכן אז לא היה די בשתיקתו כשלעצמה כדי ליצור מצב ראיתי שונה מאז ניטלה ממנו ראית ה-D.N.A. במסגרת חקירת הירצחה של עו"ד ענת פלינר ז"ל. ודוק, משבחר המערער להתיר את סגור ליבו ולמסור את אמרותיו המפלילות השתנה המצב הראיתי באופן שאיפשר למשטרה לבצע פעולות חקירה נוספות כגון עריכת האיכון הסלולארי. אמרותיו המפלילות של המערער ניתקו את הקשר הסיבתי המשפטי ביחס להשוואה האסורה. אכן, אילולא ההשוואה האסורה לא היה מובא המערער לחקירה ולא היו נמסרות אמרותיו המפלילות, אולם משאלו נמסרו מרצונו החופשי ולאחר שהוסברו לו מלוא זכויותיו כי אז בהתאם למבחן "הרצון החופשי" הגשת אמרותיו במשפט אין בה כשלעצמה כדי לפגוע בהוגנות ההליך. משכך, ולאור הראיות הנוספות כפי שפורטו בסעיף 22 לחוות דעתו של השופט לוי, ישנה תשתית ראיתית מספקת להרשעת המערער בעבירות המין המיוחסות לו. כמו השופט לוי, אף אני איני סבור כי יש מקום להקל עם המערער בדין בשים לב לחומרת המעשים שביצע, נסיבות ביצוען, הנזק שהסב לנפגעות העבירה והמסוכנות הנשקפת ממנו לציבור ואשר נלמדת בין היתר מהרצידיביזם המאפיין את התנהלותו.

14. אשר על כן, מסכים אני לדחיית הערעור על שני חלקיו.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מצטרפת לתוצאה אליה הגיע חברי השופט א' א' לוי לפיה דין הערעור להידחות. תמימת דעים אני עימו כי ההשוואה אותה ביצעו גורמי החקירה בין פרופיל הדנ"א אשר הופק - בהסכמת המערער - מדגימת הרוק שניתנה לצורך חקירת תיק הרצח של עו"ד ענת פלינר ז"ל, ובין פרופיל הדנ"א שהופק משאריות הזרע שאותרו בשלוש הזירות של עבירות המין (להלן: ההשוואה הראשונה), נוגדת את הוראת סעיפים 14 ו-14א לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996 ועל כן היא בלתי חוקית. דומה כי המשיבה עצמה סברה כי הצגת ההשוואה הראשונה אשר הושגה שלא כדין כראיה תפגע באופן מהותי בזכותו של המערער להליך הוגן ומשכך, הודיעה כבר בפתח המשפט כי לא תבקש להגישה כראיה מטעם התביעה לביסוס האישומים שהופנו נגד המערער. הדיון מתמקד, אפוא, בקבילותן של ראיות הנגזרות מראיה פסולה זו. אכן, אין לכחד, כי קיימת זיקה בינן ובין ההשוואה הפסולה הראשונה אשר אלמלא בוצעה, לא היה המערער נחשד בביצוע עבירות המין שבהן הורשע וממילא לא היו באות לעולם הראיות שנאספו במהלך

חקירתו ובהן, בין היתר: ממצאי בדיקת דנ"א שבוצעה בעקבות נטילת דגימת רוק מבדל סיגריה שעישן המערער בבית המערער (ת/78) והשוואתה עם בדיקת הדנ"א של שאריות הזרע שנמצאו בזירת העבירות (ההשוואה השנייה); איכון הטלפון של המערער במועדים הרלוונטיים בשלוש מן הזירות אשר בהן בוצעו עבירות המין; ודברים שאמר המערער במהלך חקירתו במשטרה, המהווים על פי קביעת בית המשפט המחוזי "ראשית הודאה במעשים".

האם זיקה זו הקיימת בין הראיות הנגזרות ובין ההשוואה הראשונה שהושגה שלא כדין, מכתימה גם אותן כראיות שהושגו שלא כדין ואם כך - האם קבלתן כראיה במשפט פוגעת משמעותית בזכותו של המערער להליך הוגן שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה?

דומני כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ואמות המידה שהותוו ליישומה בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: הלכת יששכרוב), תומכות במסקנה כי אף שקיימת זיקה בין ראיות אלה ובין ההשוואה הראשונה, הפסולה, אין מקום לפסילתן. חברי השופט לוי סבור כי דגימת הדנ"א שהופקה מבדל הסיגריה שעישן המערער במהלך החקירה פסולה, נוכח הזיקה ההדוקה בינה ובין ההשוואה הראשונה הפסולה. חברי השופט דנציגר מסכים עימו בעניין זה אך לגישת שניהם די ביתר הראיות הנגזרות שאינן פסולות כדי להביא להרשעתו של המערער כדין. לי נראה כי לעניין עוצמת הזיקה הקיימת בין ההשוואה הראשונה הפסולה ובין הראיות הנגזרות, אין מקום להבחין בין הראיות הנגזרות השונות, שכן מדובר בעיקרו של דבר באותה זיקה עצמה הנעוצה בכך שאלמלא נערכה ההשוואה הראשונה הפסולה לא היה המערער, ככל הנראה, נחשד ונחקר בגין עבירות המין והראיות הנגזרות שנאספו במהלך חקירתו לא היו באות לעולם. אולם, הדוקטרינה שאומצה בשיטתנו המשפטית על-פי הלכת יששכרוב היא הדוקטרינה היחסית המותירה לבית המשפט שיקול דעת בפסילת הראיה בהתחשב בנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה. לצורך הפעלת שיקול דעת זה יש לתור אחר "איזון ראוי בין ההגנה על זכויות הנאשם ושמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו, לבין ערכים ואינטרסים נוגדים ובהם - ערך גילוי האמת, הלחימה בפשע הגואה וההגנה על שלום הציבור ועל זכויותיהם של נפגעי עבירה" (שם, 556). השאלה הרלוונטית המצריכה תשובה בהקשר זה היא בעיני השאלה - האם קבלת הראיה תהפוך את המשפט בכללותו לבלתי הוגן (ראו לעניין זה גישת בית הדין האירופי הנזכרת בהלכת יששכרוב, בעמ' 553). בהקשר זה יש לזכור כי הגינות ההליך אין משמעה רק הגינות כלפי הנאשם אלא גם כלפי נפגעי העבירה והציבור בכללותו הזכאים לקבלת הגנה מפני פגיעה בשלומם, בביטחונם או בכבודם

כבני אדם. וכדבריו הקולעים של הנשיא שמגר בדנ"פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 621, 630 (1994): "ההגינות בהליך, אשר אחריה אנו תרים, היא לא רק הגינות כלפי הנאשם, אלא גם כלפי מי שמבקש עזרתה של החברה כדי שתסיק מסקנות מביזויו והשפלתו כאדם".

במקרה דנן אני סבורה כי אל מול העובדה שההשוואה הראשונה הפסולה הובילה לחקירת המערער בחדר לביצוע עבירות המין יש להציב שורה של שיקולים הפועלים לטובת קבילותן של הראיות הנגזרות. בהקשר זה יש ליתן משקל לעובדה כי הרשות לא פעלה באופן מכוון וזדוני בהשגת הראיה הפסולה ומדובר, כפי שתואר, בהתנהלות תמת לב של סנ"צ זמיר. עובדה זו אין בה אמנם כדי להכריע את הכף, אך בנסיבות המקרה היא נושאת משקל מסוים לעניין קבילותן של הראיות הנגזרות. כמו כן יש לייחס משקל לעובדה כי אי החוקיות שבה נגועה ההשוואה הראשונה אין בה כדי להשפיע על מהימנותן של הראיות הנגזרות ואמינותן אינה מוטלת בספק. ולבסוף, דומני כי המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיות הנגזרות במקרה דנן גבוה מן התועלת האפשרית שתצמח מפסילתן. זאת, בהינתן העובדה כי מדובר בעבריין מין סדרתי אשר ביצע לא פחות מארבע עבירות מין חמורות, אחת מהן בקטינה כבת 15 אותה תקף ואנס באכזריות תוך איומי רצח בעת שהיתה בדרכה הביתה.

מטעמים אלה אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט א' א' לוי לפיה יש לדחות את הערעור ככל שהוא נוגע להרשעה והוא הדין באשר למסקנה אליה הגיע בעניין דחיית הערעור על חומרת העונש.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' א' לוי לדחות את הערעור.

נחתם היום, א' באב תשע"א (1.8.2011).

שופט

שופטת

שופט