



בבית המשפט העליון

בש"פ 4298/17

לפני: כבוד השופט א' שהם

העוררת: מדינת ישראל

נגד

המשיב: דניאל נחמני

ערר על החלטתו של בית המשפט המחוזי בירושלים,
בבע"ח 52533-03-17, מיום 17.5.2017, שניתנה על ידי כב'
השופט כ' מוסק

בשם העוררת: עו"ד חיים שוייצר

בשם המשיב: עו"ד עופר אשכנזי; עו"ד מיכל רובינשטיין

החלטה

1. לפניי ערר על החלטתו של בית המשפט המחוזי בירושלים, בבע"ח 52533-03-17, שניתנה על ידי כב' השופט כ' מוסק (להלן: בית משפט קמא), ביום 17.5.2017. במסגרת החלטתו, נעתר בית משפט קמא לבקשתו של המשיב לקבל לידיו חומרי חקירה, לפי סעיף 74(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חסד"פ).

כתב האישום שהוגש נגד המשיב

2. ביום 13.11.2014, הוגש כתב אישום נגד המשיב, המייחס לו ביצוע עבירות של רצח בכוונה תחילה, לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); מעשה סדום, לפי סעיף 347(ב), בנסיבות סעיף 345(א)(1), לחוק העונשין; ואינוס, לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין.

מעובדות כתב האישום עולה, כי בתקופה הרלוונטית התגורר המשיב בשכונת רמות בירושלים. נטען כי ביום 22.2.1998, עובר לשעה 23:53, ישב המשיב בתוך רכבו, בסמוך לתחנת קו אוטובוס שיעדו שכונת רמות, תחנה המצויה בכיכר הדוידקה

בירושלים. בסמוך לשעה 23:55, הגיעה נועה אייל ז"ל (להלן: המנוחה), לכיכר הדוידקה, ולאחר שהתפצלה מבין זוגה אשר היה עמה, רצה לעבר תחנת האוטובוס. בהגיעה לתחנה, ניגשה המנוחה לרכבו של המשיב, פתחה את דלת רכבו והחליפה עמו מספר מילים. בסיומה של שיחה זו, אמרה המנוחה למשיב, כפי העולה מכתב האישום, "תיטע אחרי האוטובוס כשהוא יבוא", וחזרה לעמוד בתחנה. לאחר מספר דקות, ניגשה המנוחה לרכבו של המשיב בשנית, ולאחר חילופי דברים עמו, נכנסה לרכב והתיישרה לידו. בשלב זה, עזבו המשיב והמנוחה את המקום, בנסיעה לכיוון רמות. בהמשך כתב האישום נטען, כי בהתקרב המשיב עם רכבו ליער רמות, הוא סטה מהכביש לשביל המצוי בתוך היער, שם עצר את הרכב. בהמשך, כך נטען, הפשיט המשיב את המנוחה מבגדיה, אנס אותה, וביצע בה מעשה סדום, בעודה נאבכת עמו, תוך שהוא חותך אותה באמצעות מכשיר חד, כופת אותה ברצועות בד, מחדיר לגופה גוף זר, ובוועל אותה. עוד נטען בכתב האישום, כי בשלב מסוים, גמלה בליבו של המשיב החלטה להמית את המנוחה, ובעודה שרועה על הקרקע, הוא היכה אותה בראשה בכוח רב, באמצעות חפץ קשה, מכה אשר הביאה למותה.

רקע והליכים קודמים

3. המדינה (להלן: העוררת), מסרה בעררה כי לאחר שנמצאה גופתה של המנוחה, בפברואר 1998, נערכה נתיחה שלאחר המוות בגופתה, במהלכה נמצא זרע בלידן של המנוחה, אשר ממנו הופק פרופיל DNA, בעשרה סמנים; פרופיל DNA נוסף, בחמישה עשר סמנים, הופק ממעיל שלבשה המנוחה (להלן: פרופיל הרוצח). במשך שנים ארוכות, לא נמצא במאגר דגימות ה-DNA של משטרת ישראל, פרופיל מתאים לפרופיל הרוצח, והתיק לא פוענח. בשנת 2014, ערכה משטרת ישראל חיפוש במאגר, במטרה לנסות ולאתר אנשים אשר עשויים, מבחינה גנטית, להיות קרובי משפחה של הרוצח (להלן: החיפוש המשפחתי). בחיפוש המשפחתי התגלה, כי אביו של המשיב, שפרופיל ה-DNA שלו מצוי במאגר, הוא בעל הסיכוי הסטטיסטי הגבוה ביותר להיות קרוב משפחתו של הרוצח. בעקבות זאת, התבצע מעקב סמוי אחר המשיב, עד שנלקחה ממנו דגימת רוק, ממנה עלה כי פרופיל ה-DNA שלו מתאים לפרופיל הרוצח, בכל סמני ה-DNA שנבדקו. לאור גילוי זה, הוגש ביום 13.11.2014, כתב האישום נגד המשיב.

יצוין, כי העוררת הצביעה בעררה על נתונים נוספים שהיו בידה בעת הגשת כתב האישום, ובהם: העובדה כי בזמן הרצח התגורר המשיב בשכונת רמות; והעובדה כי מספר לוחית הרישוי של רכבו של הרוצח, כפי שנמסר על-ידי עד ראייה לאחר

האירוע, זהה בחמש ספרות מתוך שבע, למספר לוחית הרישוי של רכב שהיה שייך למשיב בתקופת הרצח.

4. ביום 23.3.2017, הגיש המשיב לבית משפט קמא בקשה לעיון בחומרי חקירה, לפי סעיף 74 לחסד"פ. במסגרת הבקשה, עתר המשיב לקבל לידי את פרופיל ה-DNA של אבי המשיב; את פקודת החיפוש שהוזנה למחשב, לצורך עריכת החיפוש המשפחתי במאגר; את כל פרופילי ה-DNA שהתקבלו כחלק מתוצאות החיפוש המשפחתי, ללא פרטים מזהים בצידם; ואת היקף המאגר המשטרתי במועד החיפוש. בבקשתו, טען המשיב, כי החומרים המבוקשים חיוניים ביותר להגנתו, שכן יש בהם כדי לתמוך באחת מטענות ההגנה המרכזיות, במסגרת ההליך העיקרי (תפ"ח 28279-11-14), לפיה "החישוב ההסתברותי של שכיחות פרופיל ה-DNA שנמצא בזירה שונה מזה שטען לו פרופ' עוזי מוטרד", המומחה מטעם התביעה, בחוות דעתו. נטען, בהקשר זה, כי לצורך החישוב הסטטיסטי נחוץ להתחשב בשני נתונים נוספים, והם: גודל המאגר, ואופן החיפוש (קרי, השימוש בחיפוש משפחתי). המשיב טען בנוסף, כי הפקודה שניתנה למחשב, לצורך ביצוע החיפוש המשפחתי, נחוצה לו לשם בירור טענתו לפיה החיפוש בוצע בהיעדר סמכות, תוך הפרה של הוראות חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק החיפוש).

5. ביום 15.5.2017, הגישה העוררת בקשה לבית משפט קמא, להעברת הדיון בבקשה לעיון בחומרי החקירה, לשמיעה בפני המותב הדן בתיק העיקרי (כב' הרכב השופטים: י' נועם; ר' פרידמן-פלדמן; ו-מ' בר-עם). בית משפט קמא קיבל את עמדת המשיב, אשר התנגד לבקשה להעברת הדיון, ודחה את הבקשה האמורה, מחשש כי ההרכב ייחשף לחומרי החקירה המבוקשים, טרם שתתקבל ההחלטה אם ניתן לחשוף חומרים אלו לידי המשיב, והאם ניתן יהיה להגישם כראיה.

6. ביום 15.5.2017, התקיים דיון בבקשה לעיון בחומרי החקירה, בבית משפט קמא, לפני כב' השופט כ' מוסק. בפתח הדיון, הסכימה העוררת להעביר לידי המשיב את פרופיל ה-DNA של אביו, הגם שלטענתה אין מדובר ב"חומר חקירה", כמשמעותו בסעיף 74 לחסד"פ. בכל הנוגע לשאר הנתונים שהתבקשו על-ידי המשיב, טענה העוררת כי אין מדובר בחומרי חקירה כלל, וכי לאור השלב המתקדם בו מצוי ההליך העיקרי, על המשיב להניח תשתית ראשונית לכך שמדובר בחומרים הנחוצים לו, לצורך עריכת חוות דעתו של המומחה מטעם ההגנה. ללא תשתית כזו, נטען כי עסקינן ב"מסע דיג בעלמא".

החלטתו של בית משפט קמא

7. בהחלטתו, מיום 17.5.2017, נעתר בית משפט קמא לבקשתו של המשיב, והורה לעוררת למסור לו את הפריטים שצוינו בבקשה. בפתח החלטתו, עמד בית משפט קמא על עיקרי חוות דעתו של פרופ' מוטרו, אשר ערך את חוות הדעת הסטטיסטית מטעם התביעה, ועל עדותו בפני בית המשפט בהליך העיקרי. בית משפט קמא ציין, כי מחוות דעתו של פרופ' מוטרו עלה, כי "קיימת התאמה בשיעור הסתברות גבוה ביותר" בין פרופיל ה-DNA של המשיב, לפרופיל הרוצח, ולשיטתו של פרופ' מוטרו, הדרך שבאמצעותה הגיעו החוקרים אל המשיב אינה חשוכה. בהתייחס לטענת ההגנה, לפיה הנתונים נחוצים לה לצורך הכנת חוות דעת מטעם המשיב, ציין בית משפט קמא, כי הגם שלא הוגשה חוות דעת ראשונית מטעם מומחה ההגנה, הנתונים נתבקשו על סמך התייעצות עם מומחה כאמור, ועל פי דרישתו. עוד הטעים בית משפט קמא, כי הראיה העיקרית, אשר קושרת את המשיב למיוחס לו בכתב האישום, היא ההתאמה בין דגימות ה-DNA, ומשכך, ראוי לאפשר לו למצות את טענותיו בנוגע לראיה זו, באמצעות הצגת חוות דעת מטעמו. בהמשך, עמד בית משפט קמא על המבחנים הנהוגים בפסיקה בהקשר לפרשנות המונח "חומר חקירה", ולאחר זאת קבע כי הפריטים שהתבקשו על ידי המשיב, הינם בגדר חומרי חקירה. עוד קבע בית משפט קמא, כי אין לדרוש מן המשיב להמציא חוות דעת חלקית של המומחה מטעמו, לצורך הוכחת נחיצותם של הנתונים המבוקשים. לבסוף, ציין בית משפט קמא, כי הפגיעה בפרטיות, הגלומה במסירת הפרטים המבוקשים לידי המשיב, תמנע על ידי כך "שהנתונים יימסרו ללא זהות כלשהי". בית משפט קמא הוסיף וקבע, כי המומחה אליו יועברו הנתונים, לא יעתיקם, וימסרם בחזרה לידי העוררת, עם סיום עריכת חוות הדעת מטעמו.

הערר

8. ביום 25.5.2017, הגישה העוררת ערר לבית משפט זה על החלטתו של בית משפט קמא, הוא הערר המונח לפניי. לגישת העוררת, שגה בית משפט קמא כאשר דחה את בקשתה להורות על העברת הבקשה לעיון בחומרי חקירה, לדיון בפני הרכב השופטים הדן בתיק העיקרי. נוכח השלב המתקדם בו מצוי ההליך העיקרי כיום, היינו בשלהי פרשת ההגנה, ובשים לב למהות החומרים המבוקשים על ידי המשיב, סבורה העוררת כי אין עוד בסיס לחשש העומד בבסיסו של סעיף 74(ג) לחסד"פ, הקובע כי דיון לפי סעיף זה יתקיים "במידת האפשר [...] בפני שופט שאינו דן באישום". נטען, בהקשר זה, כי להרכב הדן בהליך העיקרי, אשר שמע זה מכבר את עדותו של המומחה

מטעם התביעה, עדות שאותה מנסה המשיב לקעקע באמצעות החומרים המבוקשים, יש את "הפרספקטיבה הרחבה ביותר" כדי לקבוע האם מדובר, אכן, בחומרי חקירה. נטען בנוסף, כי לאור מהות החומרים המבוקשים, "שבנים ובין המשיב אין כל קשר", ממילא אין חשש שחשיפתם בפני המותב בהליך העיקרי תוביל ל"השחרת פניו" של המשיב.

לגופו של עניין טוענת העוררת, כי שגה בית משפט קמא, עת הורה, בשלב כה מתקדם של ההליך, להעביר את החומרים המבוקשים לידי ההגנה. העוררת הוסיפה וטענה, כי במסגרת ההליך העיקרי, העיד מומחה התביעה, פרופ' מוטרו, כי שיעור הגברים באוכלוסייה הישראלית היהודית, שלהם פרופיל גנטי הזהה לפרופיל שנלקח מדגימת לידן המנוחה, נאמד ב-1 ל-61.8 טריליון; וכי שיעור הגברים באוכלוסייה הישראלית היהודית שלהם פרופיל גנטי הזהה לפרופיל שהופק מן המעיל של המנוחה, נאמד ב-1 ל-421 טריליארד. עוד העיד מומחה התביעה, כי לדרך שבה הגיעו החוקרים אל פרופיל ה-DNA של המשיב, אין כל רלוונטיות, שעה שהשכיחות הסטטיסטית של פרופיל הרוצח בקרב האוכלוסייה היא כה מזערית. לפיכך, נטען על ידי העוררת, כי היה על המשיב להגיש חוות דעת ראשונית של המומחה מטעמו, אשר תיצור "יסוד של ממש" לטענה, כי החישוב הסטטיסטי שנערך מטעם מומחה התביעה הינו שגוי. העוררת טענה בנוסף, כי לא ניתן כל נימוק של ממש לבקשתו של המשיב לקבל לידי את 6000 פרופילי ה-DNA, אשר עלו בתוצאות החיפוש המשפחתי; וכי חשיפת פרופילים אלו, ללא הצדקה ראויה, תפר את הוראת החיסיון המצויה בסעיף 11(א) לחוק החיפוש, הגם שהעוררת מודה בהגינותה כי בסעיף 14ט לחוק זה נקבע, כי הוראותיו אינן גורעות מהוראות כל דין, "לרבות עיון בחומר חקירה כמשמעותו בסעיף 74" לחסד"פ. העוררת גורסת בנוסף, כי פקודת החיפוש שניתנה למחשב, היא בגדר כלי עבודה של היחידה החוקרת, אשר אינו בגדר "חומר שנאסף", ואינו עולה כדי "חומר חקירה".

הדיון בערר והודעות נוספות מטעם הצדדים

9. בפתח הדיון בערר, אשר נערך לפניי ביום 14.6.2017, מסר בא-כוח העוררת, עו"ד חיים שוייצר, כי בכוונת העוררת להעביר לידי המשיב את הנתון הנוגע לגודלו של מאגר ה-DNA המצוי ברשותה. זאת שכן, עובר למועד הדיון התברר לעוררת כי קיים סעיף בחוק החיפוש המורה למשטרת ישראל לדווח לכנסת על גודל המאגר, כך שלמעשה עסקינן במידע גלוי. אשר להעברת 6,000 פרופילי ה-DNA, שנמצאה להם התאמה ראשונית לפרופיל הרוצח, במסגרת החיפוש המשפחתי במאגר, התנגדותה של העוררת נותרה בעינה. נטען, בהקשר זה, כי הפרופילים במאגר הם חסויים, מכוח

הוראתו המפורשת של החוק. ככל שהמשיב סבור כי מדובר בחומר חקירה, מן הראוי כי הוא יבסס את טענתו, בדבר הרלוונטיות של החומר כדי להגיע לחקר האמת בתיק, לפני שבית המשפט יורה על מסירת הפרופילים לידיו. לטענת עו"ד שוייצר, בדיון שנערך בבית משפט קמא התמקדה ההגנה ב-11 הפרופילים שעמדו בראש רשימת ההתאמות לאחר החיפוש המשפחתי, אך מסיבה שאינה ברורה, הורה בית משפט קמא על מסירה גורפת של 6,000 הפרופילים האמורים. עו"ד שוייצר חזר על הטענה, כי שגה בית משפט קמא משלא הורה על העברת הדיון בבקשה לעיון בחומר החקירה, למותב הדן בתיק העיקרי.

בא-כוחו של המשיב, עו"ד עופר אשכנזי, טען מנגד כי עסקינן בתיק אשר מבוסס כולו על ראיות ה-DNA, אך חרף זאת המדינה מערימה קשיים רבים על ההגנה, ומסרבת, לדוגמה, לאפשר לה לבצע בדיקה מטעמה לדגימת ה-DNA שנלקחה ממעיל המנוחה. זאת, לאחר שהדגימה שנלקחה מאזור לידן המנוחה, מוצתה עד תום, מבלי שהתאפשר להגנה לבדוק אותה. עוד טען עו"ד אשכנזי, כי מעדותו של פרופ' מוטרן בפני בית משפט קמא עולה, כי הדרך באמצעותה הגיעו למשיב בתיק זה, לא הייתה מוכרת לו. המדובר במקרה דנן, לדברי עו"ד אשכנזי, בשימוש תקדימי של חיפוש משפחתי, המגיע לראשונה לפתחו של בית המשפט. עוד נטען על ידי עו"ד אשכנזי, כי ההגנה יצרה קשר עם מומחה מארה"ב, אשר גורס כי כאשר נעשה חיפוש משפחתי, "הסטטיסטיקה בהכרח שונה". גם מומחה התביעה עצמו העביר להגנה חישוב סטטיסטי שונה, כך לטענת עו"ד אשכנזי, לאחר שבית משפט קמא הורה על העברת פרופיל ה-DNA של אבי המשיב, לידי ההגנה. אמנם, חישוב זה של פרופ' מוטרן נותר "מאוד גבוה", אך יש בו, לדידו של עו"ד אשכנזי, משום הודאה כי החיפוש המשפחתי משפיע על החישוב הסטטיסטי. אשר לטענתה של העוררת בדבר הפגיעה בפרטיותם של בעלי פרופילי ה-DNA שנמצאו בחיפוש המשפחתי, טען עו"ד אשכנזי, כי מדובר בטענה "צינית". זאת מאחר שהמדינה היא שערכה חיפוש במאגר, שעה שלא הייתה מוסמכת לעשות כן על פי חוק החיפוש, כאשר המדינה הייתה מודעת לכך ואף נקטה בגישה דיסקרטית לגבי סוג החיפוש. ואולם, כאשר ההגנה מבקשת להציג חוות דעת נוגדת מטעמה, נתלית לפתע המדינה בטענה בדבר פגיעה בפרטיותם של בעלי הפרופילים, שהיא עצמה פגעה בהם קודם לכן. בכל הנוגע לזהות המותב שאמור לדון בבקשה מעין זו, טען עו"ד אשכנזי, כי הוראת החוק בעניין זה ברורה, ואין מקום כי הרכב השופטים הדן בהליך העיקרי ייחשף לחומרי החקירה המבוקשים. נטען בנוסף, כי אין למותב זה כל יתרון על פני מותב אחר, וכי קיים חשש שזכויותיו הדיוניות של המשיב ייפגעו,

בשל האפשרות כי הוא יימנע מלערור על החלטה שתינתן בבקשה לעיון בחומרי החקירה, על ידי המותב הדן בהליך העיקרי.

במהלך הדיון שהתקיים לפניי, מסר עו"ד אשכנזי, לבקשתי, תכתובת דואר אלקטרוני שהתקיימה עם מומחה ההגנה מארה"ב, שבה הובהר בקצרה כיצד החישוב הסטטיסטי משתנה, כאשר נעשה שימוש בחיפוש משפחתי. בהמשך, ביקש עו"ד אשכנזי, להעביר לעיוני תכתובות דואר אלקטרוני נוספות, בתוך מספר ימים ממועד הדיון, שיש בהן כדי לבסס את טענותיו. בהחלטה שניתנה בתום הדיון, הוריתי כי בתוך שבעה ימים יעביר המשיב לעיוני את הודעות הדואר האלקטרוני הנוספות. עוד ביקשתי, כי העוררת תודיע האם יש צורך לדון ולהכריע בחלקו של הערר, הנוגע לשאלת זהות המותב, שאמור לדון בבקשה לעיון בחומרי חקירה.

10. ביום 18.6.2017, הודיעה העוררת כי היא עומדת על חלקו של הערר הנוגע לשאלת זהותו של המותב, שצריך לדון בבקשה לפי סעיף 74 לחסד"פ. העוררת מבקשת כי תינתן על ידי בית המשפט "החלטה עקרונית", לפיה כאשר הבקשה מוגשת בשלב מתקדם ביותר של ההליך, ברירת המחדל תהא כי הדיון בבקשה לקבלת חומרי חקירה, יתנהל בפני המותב הדן בהליך העיקרי. נטען, בהקשר זה, כי להחלטה בסוגייה זו ישנה חשיבות, הן במסגרת תיק זה, והן "לתיקים מכאן ואילך".

בנוסף, הלינה העוררת בהודעתה, על כך שניתנה למשיב האפשרות להגיש את תכתובות הדואר האלקטרוני "במעמד צד אחד", והיא מבקשת כי תינתן לה האפשרות להתייחס אל המידע הנ"ל, טרם מתן החלטתו של בית המשפט, בנושא זה.

ביום 22.6.2017, הוגשו מטעם המשיב תכתובות דואר אלקטרוני נוספות שהתקיימו בין באי-כוחו למומחה ההגנה. בנוסף, הגיש המשיב, ביום 25.6.2017, תגובה להודעה מטעם העוררת, בה נטען כי הטעמים העומדים מאחורי הוראת המחוקק בסעיף 74(ג) לחסד"פ רחבים יותר מהחשש ל"השחרת פניו" של המשיב. לגישת המשיב, הקביעה העקרונית לה עותרת העוררת עומדת בניגוד להוראות החוק, ולכוונת המחוקק.

11. לאחר שעיינתי בכתב הערר שהונח על שולחני ובצירופותיו, והאזנתי בקשב רב לטיעוניהם המקיפים של הצדדים במהלך הדיון שנערך לפניי, הגעתי לידי מסקנה כי יש לדחות את עררה של המדינה, על כל חלקיו, כפי שיפורט להלן.

12. סעיף 74 לחסד"פ מעגן את זכותו של נאשם לעיין בחומר חקירה, הנוגע לכתב אישום אשר הוגש נגדו. תכליתה של זכות העיון בחומר החקירה היא ליתן לנאשם הזדמנות מלאה ומיטבית להכין את הגנתו, ולהתגונן מפני האישומים המיוחסים לו, כחלק מהגשמת זכותו של הנאשם להליך הוגן (בש"פ 3488/17 ג'רושי נ' מדינת ישראל (22.6.2017); בש"פ 7457/15 מדינת ישראל נ' פלוני (13.12.2015) (להלן: עניין פלוני); בש"פ 4109/13 מדינת ישראל נ' דה פאס (7.7.2013) (להלן: עניין דה פאס)). מאחר שהמונח "חומר חקירה" אינו מוגדר בחסד"פ, נקבעו גדריו על-ידי ההלכה הפסוקה. בית משפט זה קבע, לא פעם, כי יש להעניק פרשנות מרחיבה למושג "חומר חקירה". כפי שציינתי בעניין דה פאס:

"למונח 'חומר חקירה' יש ליתן פירוש מרחיב, כך שכל חומר הקשור באופן ישיר או עקיף לאשמה, ונוגע ליריעה העובדתית הנפרסת בכתב האישום, יהווה 'חומר חקירה', במובנו של סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי. במסגרתו של מבחן רחב זה עשויים להיכלל גם מקרים שבהם הרלוונטיות של החומר שבמחלוקת להגנתו של הנאשם, אינה מובהקת, או כאשר החומר המבוקש אינו קשור במישרין לאישומים המיוחסים לאותו נאשם" (שם, פסקה 11, והאסמכתאות המוזכרות שם).

יחד עם זאת, הובהר בפסיקתו של בית משפט זה, כי אין זה רצוי ליתן למונח "חומר חקירה" הגדרה רחבה מדי, עד כדי היעדר גבולות של ממש. כך, נקבע כי אין לכלול בגדרי חומר החקירה, ראיות אשר הרלוונטיות שלהן לכתב האישום רחוקה ושולית, ואין לאפשר "מסעות דיג" ספקולטיביים אחר חומר ראיות (בש"פ 1993/14 יוסף נ' מדינת ישראל (23.4.2014); בש"פ 4508/15 סבג נ' מדינת ישראל (9.7.2015); בש"פ 600/15 הירשמן נ' מדינת ישראל (1.2.2015)). עוד נקבע, כי על הנאשם להצביע על "יסוד של ממש" להנחה, כי החומר המבוקש על ידו אכן ישפיע על בירור האשמה המיוחסת לו, ואין די בתקווה בעלמא, כי ניתן יהיה לדלות מן החומר אי אלו ראיות להגנתו (בש"פ 7585/14 שטרס נ' מדינת ישראל (18.11.2014); בש"פ 6717/12 מדינת ישראל נ' אהרון (18.12.2012); בש"פ 8397/12 חטיב נ' מדינת ישראל (28.11.2012)).

זאת ועוד, כאשר גילוי של החומר המבוקש על ידי הנאשם עלול לפגוע באינטרסים או בזכויות של צדדים שלישיים, דוגמת הזכות לפרטיות, על בית המשפט לערוך איזון בין זכות הנאשם להליך הוגן לבין זכויותיהם של הצדדים השלישיים (עניין פלוני, פסקה 23; בש"פ 8500/14 פאהום נ' מדינת ישראל (28.12.2014); בש"פ 5190/14 אבו גנאם נ' מדינת ישראל (26.8.2014)). ככל שהזיקה בין החומר המבוקש לבין צרכי הגנתו של הנאשם, רחוקה יותר, כך יגבר המשקל הניתן לשיקולים נוגדים אחרים (בש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר (23.1.2014); בש"פ 3099/08 אברהמי נ' מדינת ישראל (23.2.2009)).

13. טרם שאדון בטענות הצדדים במסגרת הערר שלפניי, אקדים מספר מילים על השימוש בדגימות ה-DNA, כראיה במשפט הפלילי, ועל מרכזיותן וחיבותן של ראיות מסוג זה. ראית ה-DNA מבוססת על השוואה בין דגימות גנטיות, תוך התייחסות לשכיחותו של הפרופיל הגנטי באוכלוסייה. לצורך קבלתה של ראית ה-DNA כראיה במשפט, יש להציג שתי מערכות של ראיות. המערכת הראייתית הראשונה עניינה בעדות מומחה, בדבר מידת ההתאמה הגנטית הקיימת בין דגימה שנלקחה מזירת העבירה, לבין דגימה שנלקחה מן הנאשם. המערכת הראייתית הנוספת מתמקדת בהערכה הסתברותית של שכיחות הופעתה של ההתאמה הגנטית האמורה, בקרב אוכלוסיות שונות. על יסוד ההתאמה בין הדגימות כאמור, בצירוף חוות הדעת הנוגעת לשכיחות ההתאמה בקרב אוכלוסיות שונות, נדרש בית המשפט לקבוע האם ישנה זהות בין הנאשם לבין בעל ה-DNA שנלקח מזירת העבירה (פסק דיני בע"פ 3731/12 טוילם נ' מדינת ישראל, פסקה 80 (11.11.2014) (להלן: עניין טוילם), וההפניות המובאות שם). על מעמדה וחיבותה של ראית ה-DNA במסגרת ההליך הפלילי, ניתן ללמוד מכך שבמקרים מיוחדים, ניתן להרשיע נאשם על יסוד ראית ה-DNA כראיה יחידה. זאת, כאשר אין בפניו של בית המשפט ראיות המצביעות על הסבר "תמים" להימצאותה של הדגימה בזירת האירוע (ע"פ 149/12 אלמליח נ' מדינת ישראל (24.9.2012); וראו גם עניין טוילם, פסקה 82).

14. ומכאן בחזרה לענייננו. כזכור, טענתה העיקרית של העוררת היא כי שגה בית משפט קמא עת הורה על העברת 6000 פרופילי ה-DNA, אשר החיפוש המשפחתי העלה כי יש להם התאמה חלקית לפרופיל הרוצח, לידי ההגנה. לטענת העוררת, מעדותו של מומחה התביעה עלה, כי אין כל רלוונטיות לדרך שבה החוקרים הגיעו אל פרופיל ה-DNA של המשיב, ואין בה כדי להשפיע על השאלה "מהי השכיחות הסטטיסטית של פרופיל הרוצח בקרב האוכלוסייה, או במילים אחרות, מהו הסיכוי שקיים

אדם נוסף בעולם, מלבד המשיב, שפרופיל ה-DNA שלו זהה לפרופיל הרוצח". בא-כוח המשיב טוען מנגד, כי קיימת תיאוריה בקרב מומחים מסוימים מארה"ב, הגורסת כי ישנה חשיבות של ממש לדרך ההגעה אל הנאשם, וכי כאשר נעשה שימוש בחיפוש משפחתי "הסטטיסטיקה בהכרח שונה" (עמ' 6, לפרוטוקול הדיון שנערך לפני).

כפי שצוין לעיל, לצורך הכרעה בערר, ביקשתי מבאי-כוח המשיב להעביר לעיוני תכתובות אשר יפרטו את עיקריה של חוות הדעת אשר צפויה להיות מוגשת מטעם מומחה ההגנה, על מנת לעמוד, ולו באופן ראשוני, על הרלוונטיות של הנתונים המבוקשים לצורך הכנת חוות הדעת האמורה. ואכן, באי-כוח המשיב העבירו לעיוני מספר תכתובות דואר אלקטרוני אשר ניהלו עם מומחה ההגנה מארה"ב, במסגרתם ניתן הסבר כללי ותמציתי על האופן שבו משפיעה דרך החיפוש, לטענתו של אותו מומחה, על שכיחות ההתאמה בין פרופיל DNA מסוים לפרופיל העברייני, בקרב אוכלוסייה נתונה. מבלי להכביר במילים בעניין זה, עולה מהתכתובות כי החיפוש המשפחתי במאגר ה-DNA, חשוף, לפי הטענה, לתופעה המכונה בספרות המקצועית בשם Ascertainment Bias, אשר נטען כי היא יכולה להוביל להערכת-תָּסָר, בקנה מידה משמעותי, של שכיחות ההתאמה בין הדגימות.

לאחר שעיינתי בתכתובות הדואר האלקטרוני שהועברו לעיוני, הגעתי לידי מסקנה כי אין מקום להתערב בהחלטתו של בית משפט קמא. אכן, מן המידע העולה מתכתובות הדואר האלקטרוני, לא ניתן ללמוד על האופן המדויק שבו הסטטיסטיקה "משתנה" כנטען, או עד כמה מקובלת התיאוריה הסטטיסטית העולה מתכתובת זו. אך דומני, כי שאלות אלו מקומן להתברר במסגרת ההליך העיקרי, ככל שההגנה תצליח להציג חוות דעת של מומחה מטעמה. לצורכי הבקשה שלפני, הנטל שבו נדרש המשיב לעמוד הוא, כאמור, להצביע על קיומו של "יסוד של ממש" לטענה כי החומר המבוקש ישפיע על בירור האשמה המיוחסת לו. לאחר שנתתי דעתי לטיעוני הצדדים ועיינתי בחומר שהונח לפני, הגעתי לידי מסקנה, כי בדין קבע בית משפט קמא, כי המשיב עמד בנטל האמור, וכי החומרים המבוקשים באים בגדרו של המונח "חומר חקירה", כמשמעותו בסעיף 74 לחסד"פ.

עוד רואה אני להוסיף, כי אין בידי לקבל את טענת העוררת לפיה לא היה מקום לאפשר למשיב להגיש לבית משפט זה את תכתובות הדואר האלקטרוני המדוברות, "במעמד צד אחד". ברי, כי המשיב אינו חייב לחשוף את קו ההגנה שלו, שעה שעוד לא

ידוע אם הדברים יבשילו לכדי הגשת חוות דעת מטעמו, ואיני רואה צורך להוסיף על כך.

לא למותר הוא לציין, כי במקרה דנן הראיה העיקרית, אשר קושרת את המשיב למיוחס לו בכתב האישום, היא התאמת פרופיל ה-DNA שלו לפרופיל הרוצח. בנסיבות אלו, תמים דעים אני עם בית משפט קמא, כי מן הראוי לאפשר למשיב לנסות ולבסס את הגנתו באמצעות הצגת חוות דעת מטעמו. לשם כך, יש להעמיד לרשותו, ככל הניתן, את מכלול הנתונים הדרושים למומחה מטעמו, לצורך הכנת חוות הדעת הסטטיסטית, בהקשר לראיית ה-DNA.

לא נעלמה מעיניי טענת העוררת בדבר הפגיעה בפרטיותם של אותם אנשים, שפרופילי ה-DNA שלהם התקבלו במסגרת החיפוש המשפחתי שנערך במאגר, מעצם העברתם של הפרופילים לידי ההגנה. ואולם, כפי שהבהיר בית משפט קמא, ניתן למסור לידי ההגנה את הפרופילים, מבלי שתצורף להן רשימה שמית של בעלי אותם הפרופילים, ובנסיבות אלו, הפגיעה בפרטיות מצטמצמת עד מאוד. תחת תנאים אלו, סבורני כי האיזון בין זכותו של המשיב להליך הוגן לבין הפגיעה בפרטיותם של הצדדים השלישיים, מוביל למסקנה כי, בנסיבות המקרה דנן, ידה של זכות המשיב להליך הוגן, הכוללת בחובה גם קבלת מלוא החומר הדרוש להגנתו, על העליונה.

15. אשר לפקודת החיפוש, אשר שימשה במסגרת החיפוש המשפחתי, טוענת העוררת כי מדובר בכלי עבודה של הרשות החוקרת, ולא ב"חומר שנאסף", שהוא בגדר "חומר חקירה" לפי סעיף 74(א) לחסד"פ. המשיב טוען מנגד, כי הפקודה דרושה לו לצורך הוכחת טענתו כי החיפוש המשפחתי שנערך במאגר, היה בלתי חוקי. לאחר ששקלתי בדבר, אינני רואה מקום לשנות מהחלטתו של בית משפט קמא. זאת שכן, לא עלה בידי העוררת לשכנעני כי קיים טעם של ממש להימנע ממסירת פקודת החיפוש לידי המשיב, ובדיון שנערך לפניי אף הבהיר עו"ד שוייצר, כי מבחינה טכנית אין כל קושי להעביר את הפקודה לידי המשיב. אוסיף עוד, כי אין בכך משום הבעת דעה לגבי שאלת חוקיות החיפוש המשפחתי, ועד כמה נדרשת פקודת החיפוש לצורכי הגנתו של המשיב בהליך העיקרי. אך לאור העובדה כי, ככל הנראה, זו הפעם הראשונה בה עולה סוגיה זו בפני בית המשפט, סבורני, כי מן הראוי שפקודת החיפוש תמסר לידי ההגנה, כך שבפני המותב הדן בתיק העיקרי תוצג יריעה רחבה ככל הניתן, לצורך הכרעה בשאלה תקדימית זו.

סיכומם של דברים, לאחר בחינת טיעוני הצדדים, מצאתי כי לא נפל פגם בהחלטתו של בית משפט קמא, לפיה על העוררת להעביר לידי המשיב את פרופילי ה-DNA שהתקבלו בחיפוש המשפחתי (ללא אזכור שמות או פרטים מזהים אחרים), ואת פקודת החיפוש שהוזנה למחשב לצורך עריכת חיפוש זה.

16. לסיום, מן הראוי להזכיר כי במקרה דנן, מועד הגשת הבקשה לעיון בחומרי החקירה לבית משפט קמא, היה בסמוך לתום פרשת הראיות בהליך העיקרי, ולאחר שהמותב, אשר דן בהליך זה, נחשף למכלול הראיות והעדויות, לרבות בכל הנוגע לראיית ה-DNA. בנסיבות אלו, סבורני כי היה מקום כי הבקשה לעיון בחומרי החקירה תתברר בפני המותב הדן בהליך העיקרי, וזאת בעיקר מטעמי יעילות. מכל מקום, מאחר שביום 5.5.2017 דחה בית משפט קמא את הבקשה להעברת הדיון, טרם שהכריע בעתירה לעיון בחומרי החקירה לגופה, ומאחר שהעוררת לא הגישה ערר על החלטה זו, השאלה הפכה, במידה רבה, לתיאורטית. עוד רואה אני להוסיף, כי אינני רואה מקום לקבוע כלל גורף, לפיו בקשות לעיון בחומרי חקירה, המוגשות בשלב מתקדם של ההליך, יידונו תמיד וכברירת מחדל, בפני המותב הדן בתיק העיקרי, שכן סבורני כי ראוי לבחון כל מקרה לגופו.

17. סוף דבר, הערר נדחה בזאת.

ניתנה היום, י"א בתמוז התשע"ז (5.7.2017).

ש ו פ ט