



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 1620/10

לפני :  
כבוד השופט ס' גובראן  
כבוד השופט י' דנציגר  
כבוד השופט נ' הנדל

המערער : ניקולאי מצגורה

נ ג ד

המשיבה : מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב מיום  
13.01.2010 בתיק פח 001041/08

בשם המערער : עו"ד ד"ר אלקנה לייסט ; עו"ד קטי צוויטקוב

בשם המשיבה : עו"ד איתמר גלבפיש

### פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. מונח בפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (תפ"ח 1041-08, כב' השופטים נ' אחיטוב, מ' דיסקין, ר' בן-יוסף), אשר הרשיע את המערער בהריגה וגזר עליו 12 שנות מאסר בפועל. הערעור מופנה הן כנגד הכרעת הדין והן כנגד גזר הדין.

## העובדות הצריכות להכרעה

(א) כתב האישום

2. על פי כתב האישום, בתקופה הרלבנטית עבד המנוח כשומר באתר בנייה ביפו. בשעות אחר הצהריים של יום 28.3.2008 הגיע המערער לבקר את המנוח במקום עבודתו. המנוח והמערער שתו יחדיו וודקה. בשלב כלשהו התפתחה בין השניים קטטה, ובמהלכה הכה המערער את המנוח וחנוק אותו למוות. על בסיס זה הואשם המערער ברצח בכוונה תחילה, לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

(ב) גרסת המערער

3. המערער שולל לחלוטין את מעורבותו בהריגת המנוח. לפי גרסת המערער הוא והמנוח היו חברים ותיקים וקרובים, ומעולם לא אירעו ביניהם מעשי אלימות. ביום המוות הוא הגיע לבקר את המנוח באתר הבנייה, והם ניהלו שיחה ידידותית אגב שתיית וודקה. בשלב מסוים נכנס המנוח לביתן השמירה, ואילו המערער התיישב על ספסל ונרדם. כשהתעורר המערער - נכנס לביתן השמירה, ושם מצא את המנוח שרוע על הרצפה ללא רוח חיים. המערער לא הכה את המנוח ולא ידוע לו מי גרם למותו של המנוח.

(ג) פסק הדין העיקרי של בית המשפט המחוזי

4. בית המשפט המחוזי קבע כי מותו של המנוח נגרם במעשה אלימות, אשר כלל הפעלת לחץ על צווארו באמצעות דריכה. השאלה המרכזית איננה מהו גורם המוות, אלא זהות הממית - מי חנק את המנוח למוות.

בהכרעת הדין נקבע כי הראיות הנסיבתיות אינן מותירות ספק סביר ביחס לאשמתו של המערער: אתר הבנייה היה נעול כאשר נמצאה גופתו של המנוח. המערער והמנוח היו היחידים ששהו בתוכו. מתחת לציפורני המנוח נמצאו סימני דנ"א של המערער, ועל המערער נמצאו חבלות ושריטות שמקורן בציפורני אדם. כמו כן, המנוח נשא סכום של כמה אלפי שקלים שלא נלקחו ממנו, ממצא שמלמד לכאורה על כך שהריגתו לא הייתה למטרות שוד.

בהכרעת הדין ציין בית המשפט המחוזי כי "במוקד הראיות הנסיבתיות" עומדת סוגיית טביעות הנעל. מדובר בבדיקה שערך המומחה מטעם התביעה, רפ"ק ירון שור (להלן: שור). בהמשך ארחיב בנושא זה. בקצרה אציין כאן כי שור מצא

התאמה מסוימת בין סוליות נעלי המערער לבין עקבות נעליים שנמצאו בזירת הרצח, הן על חולצת המנוח והן בכתמי הדם סמוך לגופת המנוח.

בנוסף, בית המשפט המחוזי הכריע כי המערער היה שיכור בעת שהמית את המנוח. זאת בהסתמך על בדיקת "ינשוף" שנערכה למערער סמוך לאחר גילוי גופת המנוח, ובה נמצא שיעור אלכוהול של 730 מיקרוגרם לליטר (מוצג ת/67). לכך יש לצרף את עדותו של המערער כי הוא והמנוח שתו שני בקבוקי וודקה. ממצא עובדתי זה מעורר קושי בהרשעת המערער בעבירה של רצח, שאחד מיסודותיה הוא כוונה תחילה. בית המשפט המחוזי החיל את סעיף 34ט(ב) לחוק העונשין:

"עשה אדם מעשה במצב של שכרות, והוא גרם למצב זה בהתנהגותו הנשלטת ומדעת, רואים אותו כמי שעשה את המעשה במחשבה פלילית אם העבירה היא של התנהגות, או באדישות אם העבירה מותנית גם בתוצאה".

המשמעות המעשית היא שהעבירה הרלבנטית היא הריגה, שהיסוד הנפשי שלה איננו כוונה תחילה אלא אדישות לתוצאה. בהתאם לכך הורשע המערער בהריגה על פי סעיף 298 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, בשילוב עם סעיף 34ט(ב) לחוק.

5. במסגרת גזר הדין צוין כי בתי המשפט מצווים להביא את המסר של קדושת חיי אדם וזכותו לחיות ללא מורא. נכון הוא שהמערער היה שיכור, אך אין בכך כדי להקל עליו, שהלוא הוא הביא עצמו למצב השכרות בו היה נתון, ובכל מקרה הדבר כבר נלקח בחשבון כאשר הורשע המערער בעבירה קלה יותר של הריגה ולא רצח. לקולא צוינו גילו המבוגר של המערער (יליד שנת 1946), עברו הנקי, והעובדה שלא ניסה להימלט אחרי המעשה. בסיכומו של דבר נגזרו על המערער 12 שנות מאסר בפועל ו-24 חודשי מאסר על תנאי שתוך 3 שנים מיום שחרורו ממאסר לא יעבור עבירות מסוג פשע לפי סימן ח' לפרק י' לחוק העונשין וכן לא יעבור את העבירה בה הורשע.

(T) הערעור הראשון

6. הסנגוריה ערערה על פסק הדין העיקרי. נטען, בין היתר, כי במוקד הרשעתו של המערער עמדה עדותו של שור. הלה העיד, כזכור, על מידת קיומה של התאמה בין העקבות שנמצאו בזירת הרצח לבין נעליו של המערער. אלא שלטענת הסנגוריה לא היה בכך די כדי להרשיע את המערער במיוחס לו.

בהמשך הגישה הסנגוריה נספח, ובו נטען כי השוואת טביעות נעל הינה ראייה בלתי-קבילה ולחלופין בעלת משקל נמוך. לטענות אלו של הסנגוריה הובאו שלושה

סימוכין: מאמר של סרינה ויזנר וירון שור (הוא המומחה מטעם התביעה בתיק זה), אשר מדווח על ניסוי בהשוואת טביעות נעל; דוח של גוף פדראלי בארצות הברית העוסק באיכותן של ראיות מסוג טביעת נעל; ופסק דין של בית משפט אנגלי שמנתח ראיות אלו.

לאחר דיון הורינו לסנגוריה להגיש את האסמכתאות הנזכרות באמצעות בקשה לצירוף ראיות. הבקשה הוגשה, ולאחר דיון בעל פה - התקבלה. נקבע כי התיק יוחזר לבית המשפט המחוזי, שיקבל את שלוש הראיות החדשות ויזמן את שור לעדות נוספת. לאחר מכן היה על בית המשפט המחוזי לקבוע האם יש בחומר החדש כדי לשנות את החלטתו להרשיע את המערער.

(ה) פסק הדין המשלים של בית המשפט המחוזי

7. בית המשפט המחוזי, בפסק דינו המשלים שניתן על ידי אותו מותב, ניתח בהרחבה את הכללים הנוגעים לקבילות חוות דעת מומחה, הן במשפט הישראלי והן במשפט המשווה בארצות הברית ובבריטניה. זאת כרקע לדיון הקונקרטי ביחס לעדות בדבר טביעת נעל.

באשר לטביעות הנעל, בית המשפט המחוזי ציין כי ישנם מקרים שבהם התגלו הבדלים בין חוות דעת של מומחים באשר לעוצמת ההתאמה בין סוג וגודל הנעל הנבדקת לסוג וגודל העקבה בזירה. אולם אין בכך כדי לשלול את ערכה הראייתי של הדיסציפלינה, שהרי לעיתים קרובות מתגלה מחלוקת מומחים בתחומים מדעיים שונים. המסקנה היא שחוות הדעת של שור בתיק הקונקרטי, ביחס להתאמה בין טביעות נעלי המערער לבין העקבות בזירה - הינה קבילה כראיה. את משקלה של חוות הדעת יש לגזור מיתר הראיות.

במקרה שלפנינו, קיימת התאמה מסוימת בין טביעות הנעליים שנמצאו על חולצת המנוח וליד גופתו לבין נעלי המערער. ראיה זו מצטרפת למכלול הראיות הנסיבתיות האחרות שהוזכרו - מתחם נעול וסגור, העדר אינדיקציה לנוכחות אדם אחר במתחם (למעט המערער והמנוח), סכום כסף משמעותי שלא נגנב, ושרידי דנ"א של המערער מתחת לציפורני המנוח. מכל אלו מתחייבת המסקנה שהמערער גרם למות המנוח, מעבר לכל ספק סביר.

סיכומו של דבר, בית המשפט המחוזי קבע כי הרשעת המערער בהריגה תיוותר על כנה. מכאן הערעור שבפנינו.

(1) הערעור השני שלפנינו

8. במסגרת הערעור שלפנינו מעלה הסנגוריה שני טיעונים עיקריים. הטיעון הראשון מכוון כנגד קבילותה של ראייה מסוג טביעות נעל, וזאת תוך התבססות על מאמרים ודוחות מדעיים שונים. הטיעון השני הוא שגם אם ייקבע שראיית טביעת הנעל היא קבילה - הרי שהראיות הנסיבתיות בתיק הן חלשות, ולא ניתן להרשיע את המערער על בסיסן.

עמדת התביעה שונה. לפי גרסתה, ראייה מסוג טביעות נעל היא קבילה במשפט הישראלי, כמו גם בשיטות משפט אחרות, וזאת על אף שלא ניתן לבססה באותו אופן כמו ראיות מדעיות אחרות דוגמת דנ"א וטביעות אצבע. יתירה מכך, התביעה מדגישה כי בתיק הנוכחי - ראיית טביעת הנעל איננה עומדת לבדה. יש לבחון את משקלה ביחד עם שאר הראיות הנסיבתיות. צירוף הראיות מביא למסקנה אחת ויחידה - המערער אשם בהריגת המנוח.

דיון והכרעה

9. הדיון יתנהל בשיטה הבאה: תחילה תיבחן המחלוקת בין הצדדים בנוגע לטביעות הנעל, הן במישור העקרוני והן בנסיבותיו של התיק. לאחר מכן אעמוד על יתר הראיות שהוצגו בתיק. לבסוף, אבחן את המסקנות שעולות מן התשתית העובדתית באשר לאשמת המערער ולעונש שנגזר עליו.

השוואת טביעות הנעליים

(א) תהליך הבדיקה

10. זיהוי טביעת נעל מבוסס על השוואה בין טביעת נעל שנמצאה בזירה, לבין טביעת הנעל הנבדקת (למשל: נעלו של החשוד בעבירה). ההנחה היא כי יש לייחס משמעות למאפיינים הנוצרים בתהליכים אקראיים, למשל תהליכי בלאי שגורמים לשחיקה ולשינוי בצורת העקבות.

מהחומר שבפנינו עולה כי בתחום השוואת טביעות הנעל נהוג לעשות שימוש בסולם אורדינאלי בן שבע דרגות (ירון שור וחביבה אבן "בנית סולם חדש לדרגת 'אפשרי'" פלילים ג (1992) (המאמר צורף לחוות דעתו של שור בתיק דנא (ת/75)); עדות שור בבית המשפט המחוזי מיום 22.3.2009, עמ' 49-50 לפרוטוקול). כל דרגה מתארת את מידת ההתאמה בין טביעת הנעל בזירה לטביעת הנעל הנבדקת:

- (1) שלילי.
- (2) לא ניתן לשלול.
- (3) אפשרי.
- (4) אפשרי בהחלט.
- (5) סבירות גבוהה.
- (6) סבירות גבוהה מאוד.
- (7) זאת הנעל.

דרגה 1 מייצגת מצב בו הנעל הנבדקת שונה במידה או בדגם מזו של העקבה בזירה, כך שניתן לשלול לחלוטין התאמה. דרגה 2 משמעה שיש בזירה סימנים היכולים להוות רמז לדגם הנעל בלבד, ובהסתמך עליהם לא ניתן לשלול את האפשרות שהנעל הנבדקת הותירה את העקבה. דרגה 3 משמעה שיש התאמה בין מידת ודגם העקבות בזירה לבין מידת ודגם הנעל הנבדקת (למשל: אדידס מידה 40). התאמה זו מכונה התאמה סוגית. דרגות 4-6 מייצגות מצבים בהם נמצאה לא רק התאמה סוגית, אלא גם סימנים ייחודיים המשותפים לשתי העקבות (למשל: קרעים ושפשופים בסוליה). התאמה כזו, על שלוש דרגותיה, מכונה התאמה ייחודית. דרגה 7 מייצגת מצב שבו נמצאה התאמה ייחודית ודאית בין העקבות.

במקרה דנא, שור בדק 11 עקבות נעליים מזירת הפשע: 7 על חולצת המנוח - 5 מצידה הקדמי ו-2 מצידה האחורי, ו-4 על הרצפה ליד הגופה. שור השווה בין 11 העקבות הללו לבין סוליות נעלי המערער. ביחס לעקבה אחת, מצידה הקדמי של החולצה שלבש המנוח, נמצאה התאמה ברמת "אפשרי בהחלט" - דהיינו התאמה ייחודית. ביחס לכל יתר העקבות, הן אלו שעל חולצת המנוח והן אלו שעל הרצפה, נמצאה התאמה ברמת "אפשרי" - דהיינו התאמה סוגית בלבד. בד בבד, שור שלל את האפשרות שהעקבות נעשו בנעליהם של מי מבין האנשים האחרים שהגיעו לזירה בשלב מאוחר יותר ושנעליהם התקבלו לבדיקה.

עוד בטרם נדון במשמעות ההתאמות שנמצאו, עולה השאלה המקדמית אודותיה נחלקו הצדדים: מידת קבילותן ומשקלן של טביעות הנעל. מטבע הדברים, ומאחר ומדובר בנושא בעל מאפיינים אוניברסאליים, התייחסו הצדדים בהרחבה אף למשפט המשווה. תחילה אפנה, אפוא, לבירור עמדת המשפט המשווה בסוגיית קבילותן ומשקלן של ראיות מסוג טביעות נעל. כמובן שבירור זה איננו קובע את התוצאה בדין הישראלי. אולם יש בכך כדי להעשיר את הדיון ולחדד את השיקולים העומדים על הפרק. לאחר מכן אשוב אל עמדת המשפט הישראלי בסוגיה זו.

(ב) השוואת טביעות נעל: משפט משווה

11. בארצות הברית, הדיון בקבילות של טביעות הנעל נגזר מדיון רחב יותר ביחס לקבילות עדות מומחה.

הלכת *Frye* הייתה פסק הדין המנחה של בית המשפט העליון במשך כ-70 שנה בנושא ראיות מדעיות. ההלכה, אשר דחתה את קבילות בדיקת הפוליגרף, קבעה כי ראיה מדעית תהיה קבילה רק אם היא מקובלת ונפוצה בקהילייה המדעית הרלבנטית (*Frye v. United States*, 54 App.D.C. 46 (1923)). המשמעות היא שתפקידו של בית המשפט מתרכז בבירור שאלה עובדתית מצומצמת באופן יחסי: האם מתקיים הסטנדרט של *general acceptance*, דהיינו "מקובלות" בקהילה המדעית.

המצב השתנה בשנת 1993, בעקבות פסק דין *Daubert* (*Daubert v. Merrell Dow*) (1993) 509 U.S. 579. פסק הדין הבהיר, על סמך כלל 702 לכללי הראיות הפדראליים (Federal Rules of Evidence), כי אין להכריע בקבילות ראיה מדעית על סמך המבחן של *general acceptance* בלבד כפי שנקבע בהלכת *Frye*. תחת זאת הודגש כי תפקידו של בית המשפט לשמש שומר סף (*gatekeeper*). יושם אל לב המעבר מבדיקת המצב בקהילה המדעית, לבחינת העניין על ידי בית המשפט באופן עצמאי. הובהר ב-*Daubert* כי בית המשפט חייב לוודא שעדות המומחה היא רלבנטית לתיק, ונשענת על יסוד אמין ומהימן (*relevance and reliability*). מבחן הרלבנטיות, אשר מושרש היטב בדיני הראיות, איננו מהווה בדרך כלל את זירת המחלוקת. הדיון מתמקד לרוב בשאלת האמינות. בהקשר זה הובאו בפסק דין *Daubert* מספר פרמטרים: האם הדיסציפלינה המדעית עליה התבסס המומחה נחשפה לביקורת עמיתים (*peer review*); האם היא מופיעה בפרסומים מדעיים מוכרים; האם היא מקובלת על החוקרים בדיסציפלינה הרלבנטית; האם יש לה שיעור טעות ידוע; והאם יש כללים ברורים ליישומה. שיקולים אלו, שנקבעו בעניין *Daubert*, אף עוגנו בנוסח החדש של כלל 702 לכללי הראיות הפדראליים (FRE). כלל זה תוקן לאחרונה בשנת 2011, ודורש ארבעה תנאים: (1) הידע המדעי של המומחה מסייע להבין את הראיות או להכריע בשאלה עובדתית; (2) העדות מבוססת על עובדות ונתונים מספקים. (3) העדות היא תוצאה של עקרונות ושיטות מדעיים אמינים. (4) המומחה יישם בצורה אמינה את העקרונות והשיטות על עובדות המקרה.

12. ומכאן לראיות העוסקות בטביעת נעל. תחת מבחני *Daubert*, בתי משפט פדראליים רבים אישרו במשך שנים את קבילותה של ראייה מסוג טביעת הנעל, בהיותה אמינה ורלבנטית. בהקשר זה צוין בעיקר כי מדובר בטכניקה מקובלת בקרב הקהילה המדעית הרלבנטית (חוקרי הזיהוי הפלילי), אשר נחשפה לביקורת עמיתים והופיעה בפרסומים מדעיים ( *U.S. v. Barnes*, 481 Fed.Appx. 505 (11th Cir. 2012); *U.S. v. Smith*, 697 F.3d 625, 634-35 (7th Cir. 2012); *U.S. v. Turner*, 287 Fed. Appx. 426, 433-34 (6th Cir. 2008); *U.S. v. Ford*, 481 F.3d 215 (3d Cir. 2007); *U.S. v. Mahone*, 453 F.3d 68, 70-73 (1st Cir. 2006); *U.S. v. Ross*, 263 F.3d 844, 846-47 (8th Cir. 2001)). ראיות טביעת נעל התקבלו גם כשיטות אחרות, למשל באנגליה, כפי שיובהר.

אולם בשנים האחרונות מעמדה של הראייה נחלש. ניתן לומר כי יש סדקים בחוזקה. יוצגו שלוש דוגמאות לכך - הפסיקה בארצות הברית, הפסיקה באנגליה, ודוח האקדמיה הלאומית למדעים בארצות הברית (National Academy of Sciences), ובקיצור: (NAS).

נקודה משותפת לביקורות נסובה סביב העדר סטטיסטיקה - דהיינו, התאמה מדויקת כמו בטביעת אצבע, או הערכה סטטיסטית מפורטת כמו בדגימת DNA. הדרישה ההסתברותית מקורה בראש ובראשונה במדע עצמו. כפי שהסביר הפיזיקאי סטיבן הוקינג, תוך הפניה לדבריו של פילוסוף המדע קרל פופר:

"Any physical theory is always provisional, in the sense that it is only a hypothesis: you can never prove it. No matter how many times the results of experiments agree with some theory, you can never be sure that the next time the results will not contradict the theory. On the other hand, you can disprove a theory by finding even a single observation that disagrees with the predictions of the theory. As philosopher of science Karl Popper has emphasized, a good theory is characterized by the fact that it makes a number of predictions that could in principle be disproved or falsified by observation. Each time new experiments are observed to agree with the predictions the theory survives, and our confidence in it is increased; but if ever a new observation is found to disagree, we have to abandon or modify the theory. At least that is what is supposed to happen, but you can always question the competence of the person who carried out the observation" (S. W. HAWKING, A BRIEF HISTORY OF TIME: FROM THE BIG BANG TO BLACK HOLES 10 (1988)).

המדע דורש הוכחה. הוכחה מחייבת בדיקה. בדיקה מתורגמת לתוצאה מספרית. שלבים אלו הופכים תיאוריה למדע מוסכם ומקובל.

הסוגיה של חשיבות הסטטיסטיקה עלתה במשפט המשווה בכלל, ובהקשר של טביעות נעל בפרט. זאת ביחס לחוות דעת הסתברותית (probabilistic opinion), דהיינו כאשר המומחה מבטא את עמדתו תוך שימוש במונחים מתחום ההסתברות



("צפוי/מסתבר שדבר מה יתרחש"). באופן עקרוני, חוות דעת שכזו צריכה להתבסס על נתונים אמפיריים. כך עולה למשל מפסק הדין בעניין *Frazier* ( *U.S. v. Frazier*, 387 F.3d ) (11th Cir. 2004) (1244): המומחה שם העיד כי "צפוי" (it would be expected) שבמקרי אונס יתגלו אצל הקורבן שרידי שער או זרע. נקבע כי עדות המומחה איננה קבילה, בין היתר משום שהוא לא מסר נתונים באשר לתדירות שבה מתגלים שרידי שער או זרע במקרי אונס. בנסיבות אלו, לא ניתן להעריך באופן מושכל האם אכן "צפוי" היה שבמקרה הספציפי הזה יתגלו שרידי שער או זרע.

העיקרון שנקבע בפסק דין *Frazier* עורר קושי מסוים ביחס לראיה מסוג טביעות נעל. קושי זה הוצג היטב בעניין *Barnes* (שהוזכר לעיל), שם העיד מומחה התביעה כי טביעת הנעל בזירה התאימה (corresponded) לנעלי הנאשם. הסנגוריה ביקשה לפסול את העדות משום שהיא לא התבססה על סטטיסטיקה, וזאת בהסתמך על העיקרון שנקבע בפסק דין *Frazier*. בקשת הפסילה נדחתה. הודגש כי בהלכת *Frazier* נקבע שרק חוות דעת הסתברותית צריכה להתבסס על מידע כמותי, ואילו חוות הדעת בעניין *Barnes* לא הייתה הסתברותית: המומחה רק העיד שיש נקודות דמיון בין טביעות הנעל, ושנעלי הנאשם "עשויות היו" (could have made) לייצר את הטביעות בזירת הפשע. בהעדר קביעה הסתברותית, לא היה צורך לצטט סטטיסטיקות.

לטעמי יש להדגיש את התחכום בהכרעה שבעניין *Barnes*. מצד אחד, הראיה קיבלה היתר כניסה בשער בית המשפט. מצד שני, היתר הכניסה לווה בהערת אזהרה או במעין סיווג נחות: הראיה איננה מתיימרת לקבוע הסתברות, ועל כן אין לבוא בטרוניה על כך שהיא איננה מגובה בסטטיסטיקה. בכפוף למסגרת הזו, ראיה שאיננה הסתברותית תהיה קבילה במשפט.

ביקורת מסוג אחר נגד ראיית טביעת נעל מבוססת על דוח ה-NAS משנת 2009 ( NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES, STRENGTHENING FORENSIC SCIENCE IN THE UNITED STATES ) (2009). כאמור, דוח זה הוגש על ידי הסנגוריה בתיק דנא במסגרת הבקשה להוספת ראיות. הדוח עסק במכלול ההיבטים המדעיים של הזיהוי הפלילי, וחלקו התמקד בראיות מסוג טביעות נעל. מהדוח עולה כי אין כיום בסיס נתונים מקיף אודות סימנים ייחודיים (כגון קרעים ושפשופים) או סימני סוג (דגמים ומידות) של נעליים. גם אין הסכמה בין המומחים על מספר "נקודות הדמיון" הנדרש, שמעבר להן ניתן לקבוע כי יש התאמה בין טביעת הנעל לבין הסוליה הנבדקת. בנושאים אלו ארחיב בהמשך.

(ג) קבילות ומשקל של ראיות מדעיות: המצב בישראל

13. בישראל, הכלל הוא שאין לקבל עדות סברה: העד מעיד בבית המשפט על עובדות שקלט בחושיו, ולא על מסקנות - או: "סברות" - שהסיק מאותן עובדות (ראו: יעקב קדמי על הראיות חלק שני 754 (2009)). הטעם לכך נעוץ במהותו של העד. דרכו ניתן ללמוד על עובדות - הוא ראה או היא שמעה, בניגוד לבית המשפט שלא היה בזמן ובמקום האירוע. אולם בכל הנוגע לסברה, דהיינו: העלאת הסבר, פרשנות או מסקנה מן העובדות - אין יתרון יחסי לעד על פני אדם אחר.

לכלל זה נקבע חריג של עדות מומחה:

"בית המשפט רשאי, אם אין הוא רואה חשש לעיוות דין, לקבל כראיה, בכתב, חוות דעתו של מומחה בשאלה שבמדע, שבמחקר, שבאמנות או שבידיעה מקצועית" (סעיף 20 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971).

כעולה מנוסח הפקודה, אחד מן המצבים בהם ניתן לקבל כראיה עדות מומחה הוא "שאלה שבמדע". מכאן נובע הצורך לבחון האם ראיה קונקרטית היא אכן ראיה מדעית, באופן שיאפשר לקבל אותה חרף הכלל האוסר על עדות סברה. ויודגש: בשלב זה עסקינן רק בקבילותה של הראיה, לא במשקלה.

לשם הדיוק, כבר אומר כי אינני מתעלם מלשון סעיף 20 לפקודת הראיות, לפיה המומחה יכול להעיד לא רק בשאלה שבמדע אלא גם בחלופות אחרות. האם דרישת ההוכחה תתגמש אם נגדיר את המומחה לא כמדען אלא כמי שמעיד על "שאלה... שבידיעה מקצועית"? בענייננו, ההבדל איננו משמעותי. הרי גם אם נגדיר את המומחה לטביעות נעל כמי שמעיד על ידיעה מקצועית - קמה ומזדקרת השאלה מהן ידיעותיו, והאם בית המשפט רשאי לסמוך עליהן. בל נשכח כי מומחה לטביעות נעל מחווה את דעתו באופן קונקרטי לגבי טביעת נעל מסוימת של חשוד ספציפי. עדותו לא נועדה רק להציג בפני בית המשפט רקע כללי. חוזרים אנו אפוא לשאלה האם מסקנותיו הקונקרטיות של המומחה הן מהימנות וניתן להישען עליהן. אף עולה מפסקי הדין במשפט המשווה, שמוצגים בחוות דעת, כי ההתייחסות לראיית טביעת הנעל בארצות הברית, אנגליה וקנדה היא כענף של מדעי הזיהוי הפלילי (forensic science), ובשל כך העדר הסטטיסטיקה מחליש את הראיה.

14. בכל הנוגע לקבלת ראיות מדעיות אימצו בתי המשפט בישראל את רוחו של פסק דין *Daubert*. פסק דין זה, כפי שפורט לעיל, הגדיר מחדש את תפקידו של בית

המשפט בהקשר של קבלת ראיות מדעיות. מעתה, כפי שציינתי במקום אחר, "בית המשפט איננו יכול להסתמך רק על מידת המקובלות של התיאוריה... חלף זאת על בית המשפט 'להפשיל שרוולים', ולהתעמק במתודולוגיה, בנתונים ובמסקנות שמציג בפניו המומחה, על מנת לקבוע האם אכן מדובר במידע מדעי המתאים לתיק שלפניו" (רע"פ 7093/10 מדינת ישראל נ' דריזין, פסקה 3 לחוות דעתי (1.7.2012)).

פסק דין *Daubert* אכן חצה גבולות. כלליו נקלטו למשל במשפט הקנדי (R. v. ) 9 S.C.R. 2 [1994] R. v. Mohan [2000] 2 S.C.R. 600; (J.-L.J.). וחשוב מכך לענייננו: גישת *Daubert*, הרואה את בית המשפט כשומר סף בהקשר של ראיות מדעיות, נקלטה היטב גם בבתי המשפט בישראל. דוגמא מובהקת לכך היא האמור בעניין אבו-חמאד, שם נפסק בסופו של דבר כי ראיית דנ"א היא קבילה (ע"פ 9724/02 אבו-חמאד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 71, פסקאות 17-18 לפסק דינו של השופט חשין (2003)). הובהר כי ראייה המבוססת על תיאוריה מדעית חדשה - נדרשת לעבור תחילה "מבחני אש", בטרם יכירו בה בתי המשפט כראיה קבילה. בהקשר זה צוינו מספר אלמנטים הדורשים בדיקה, ואשר שואבים השראה מן הקו שהותווה בעניין *Daubert*: השאלה איננה רק האם התיאוריה המדעית מקובלת בדיסציפלינה המדעית הרלבנטית, אלא גם האם היא עברה ביקורת עמיתים, מהו שיעור הטעות הידוע שלה, והאם ניתן להפריכה בראיות אמפיריות סותרות (ראו גם לעניין דוקטרינת "הזיכרון המודחק": ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 125 (20.10.2010); וכן ראו ת"פ (מחוזי ב"ש) 76/93 מדינת-ישראל נ' סלימאן אל עביד, תק-מח 196(1), 1, פסקאות 10-17 (1996)).

הנה כי כן - על בית המשפט לשמש כשומר סף. עליו לבחון בעין ביקורתית כל ראיה מדעית חדשה המבקשת להיכנס בשערי המשפט הפלילי. בשלב זה, הנטל רובץ על הצד אשר מציג את הראיה. המומחה יצטרך להוכיח את עמדתו לא רק באשר ליישום של הראיה בתיק הפרטני, אלא גם באשר לעצם כשרותה ברמה הכללית. אין להסתפק רק בבדיקה צרה של "מקובלות" הראיה בקרב הקהילה המדעית. יש לבחון את הראיה לעומק, ולפי תוצאות הבחינה להכריע האם מן הראוי לאפשר לה לחצות את הסף. בית המשפט איננו סופר פאסיבי של קולות הקהילה המדעית. עליו להפעיל ביקורת שיפוטית.

חיי המדע הם דינמיים. יש ומסקנות משתנות. אף זה חלק מתהליך הבדיקה המדעית, וכנגזרת מכך אף השיפוטית. לאמור: אף לאחר שהראיה המדעית התקבלה על ידי בתי המשפט - אין זה סוף פסוק. אין בכך שהראיה הוכרה כקבילה בנקודת זמן אחת, כדי למנוע אוטומטית כל ניסיון לתקוף אותה בנקודת זמן מאוחרת. כפי שציינתי

בתיק אחר: "לאחר שראיה קונקרטית לובנה כראוי ועברה את 'מבחני האש' של הפסיקה - הופכת היא לקבילה וראויה, ובתי המשפט יאמצוה כברירת מחדל. זאת מבלי לשלול את זכותו של בעל דין לנסות להפריך את תקפות הראיה, תוך שהוא מגבה את טיעונו בהוכחות סדורות" (רע"פ 7093/10 מדינת ישראל נ' כהן (1.7.2012)). כמובן, מגיש הראיה איננו חייב להוכיח אותה מחדש בכל תיק. למשל, לאחר פסק הדין בעניין אבו-חמאד - הראיה המדעית של DNA נקלטה בשיטה הישראלית. ברם הדלת לא ננעלה בפני הביקורת השיפוטית. הנטל יעבור אל הצד שיחפוץ לתקוף את הראיה.

אין עסקינן בעניין תיאורטי, שהרי ישנן ראיות מדעיות שקרנן עלתה ובהמשך ירדה. דוגמא לכך היא זיהוי שיער (שלא על פי DNA). בשנות ה-80 העיד מומחה מטעם מז"פ כי "השוואת שיער יכולה להביא עד כדי ודאות של 90% (תפ"ח (ת"א) 77/86 מדינת ישראל נ' גרנות (1986)). פחות מעשור חלף, ואותו מומחה הבהיר כי לא ניתן לספק סטטיסטיקה בכגון דא. כיום, גם בעקבות פיתוח ה-DNA, ראיה זו איננה מוגשת לבית המשפט. תהליך דומה עבר על זיהוי סיבים. עולה מפסק דין משנת 1988 כי מומחה מטעם מז"פ העיד שהסיכוי שמקור הסיבים הוא מהשמיכה בחדרו של הנאשם - עומד על יותר מ-95% (ת"פ (חי') 276/88 מדינת ישראל נ' גורש (1990)). בית המשפט המחוזי לא היה מוכן לקבל את עמדת המומחה. בחלוף כעשר שנים, אותו מומחה העיד על מקורו של סיב בלי להשתמש בסטטיסטיקה, אלא בתיאור מילולי המזכיר את הסולם האורדינאלי בו נעשה שימוש בהקשר של טביעות נעל. בעניין זה ההרכב אשר שמע את התיק החליט, בדעת הרוב, שלא להעניק משקל לראיה (ת"פ (ב"ש) 76/93 מדינת ישראל נ' אלעביד, תק-מח 196), פסקה 14 לחוות דעתי (1996) (להלן: עניין אלעביד); יצוין כי הן בעניין גורש והן בעניין אלעביד הערעור שהוגש לבית המשפט העליון נדחה, הגם שבית המשפט לא נתן כל משקל עצמאי או התייחסות ספציפית לראיית הסיב). מכאן שהטיעון ה"היסטורי" איננו בהכרח מכריע: העובדה שראיה מדעית התקבלה בעבר איננה מחייבת שהיא תישאר קבילה לעולם.

15. רבה היא האחריות המוטלת על בית המשפט כשומר סף. עליו לקבוע את מעמדה של ראיה מדעית, והאם ניתן להכניסה בשערי המשפט הפלילי, ולחלופין - האם יש להוציאה משם. חשיבות העניין תובן היטב, אם נשווה בין הראיה המדעית לבין עדות.

עד מתייצב בפני בית המשפט, מתייחס באופן ספציפי למקרה ומוסר את גרסתו לאירוע. העד נחקר שתי וערב בידי שני הצדדים. לשופט יש הזדמנות לשמוע ישירות את דבריו של העד, להאזין לשפת הגוף שלו, לראות את סימני האמת ולהתעמק

בתשובותיו ובתגובותיו. המגע הבלתי-אמצעי עם העד ועם עדותו, והחקירה הנגדית - מאפשרים לשופט לתהות על קנקנו של העד ולהעריך את מידת מהימנותו.

ראיה מדעית, לעומת זאת, ככל ראייה חפצית, איננה מדברת. ליתר דיוק: היא אכן מדברת, אך לא ניתן לנהל עמה דיאלוג. לא ניתן להציב לה שאלות, לשמוע את תשובותיה ולבחון את תגובותיה. יתירה מכך, היא איננה מוסרת כל גרסה ביחס להתרחשויות. "קולה" של הראיה המדעית מגיע לבית המשפט באמצעות מתווכים, אשר מבארים כיצד - בהסתמך על אותה ראייה - קיימת הסתברות מסוימת לכך שאירוע מסוים התרחש. הראיה המדעית אם כן רק מצביעה על כיוון מסוים, על סמך הסתברות וסיכוי. כמובן, אין בכל האמור כדי לפסול את קבילותה של הראיה. נהפוך הוא: ראיה מדעית עשויה להיות קבילה. אך חשוב לעמוד על אופייה המיוחד, גם כדי להדגיש את ההכרח לבחון את הדברים בזהירות הראויה והמתאימה.

16. בתיק דנא עסקינן בניסיון לזהות את מקורן של טביעות הנעליים בזירה. שאיפה זו איננה חדשה. האירוע הראשון המוכר בהיסטוריה שבו נחקר חשד לפלילים באמצעות זיהוי חפץ בכלל, וביגוד בפרט, מסופר בספר בראשית:

"וַיִּקְחוּ אֶת כְּתֹנֶת יוֹסֵף וַיִּשְׁחָטוּ שְׂעִיר עִזִּים, וַיִּטְבְּלוּ אֶת-הַכְּתֹנֶת בַּדָּם. וַיִּשְׁלְחוּ אֶת כְּתֹנֶת הַפָּסִים, וַיָּבִיאוּ אֶל אֲבִיהֶם וַיֹּאמְרוּ זֹאת מָצָאנוּ: הַכֹּר-נָא, הַכְּתֹנֶת בְּנֶךְ הוּא אִם לֹא. וַיַּפִּיחַ וַיֹּאמֶר כְּתֹנֶת בְּנִי, חִיָּה רָעָה אֲכַלְתָּהּ, טָרֶף טָרֶף יוֹסֵף. וַיִּקְרַע יַעֲקֹב שָׁמַלְתָּיו, וַיִּשֹּׁם שָׁק בְּמַתְנָיו, וַיִּתְאַבֵּל עַל-בְּנוֹ יָמִים רַבִּים" (בראשית לז, לא-לד).

על המילים במקרא "זאת מצאנו, הכר נא כתנת בנך היא אם לא" מפרש הרב ז. סולובייצ'יק:

"וצריך ביאור, מה הועילו בה שהודיעו ליעקב שחיה רעה אכלתהו, הלא צערו של יעקב לא יופחת על ידי כך. והנראה, כי הם ידעו שאם לא יוכיחו לו על ידי מי נטרף יוסף, יחשוד אותם יעקב שהם הרגוהו".

בשונה מטביעת הנעל במקרה דנא, אין מחלוקת שהבגד היה שייך ליוסף. זיהוי הבגד היה ודאי. דווקא בשל כך, ומתוך כוונה תחילה, האחים הצליחו להסיט מהם והלאה את החשד, תוך שימוש מניפולטיבי בראיה מסוג סימני דם. זיהוי הבגד על ידי יעקב לא רק שלא הצליח להצביע על האשמים האמיתיים, אלא אדרבה - הרחיק מהם את החשד למשך שנים רבות.

כך מפרש הרב אליהו ממיר את המילים במקרא "הכר נא הכתנת בנך היא" על פי כללי הזיהוי הבאים:

"על פי הדין, אין מעידין על המת רק לפי פרצוף הפנים, ואין מעידין על כליו דחיישין לשאילה, שמא השאיל אותם. אבל בדבר המשמש לסגולה אין חשש של שאילה כדרך שאמרו... והנה כתונת הפסים היתה אף היא מעין סגולה, ולכך הביאו להעיד עליו. וזה שאמרו: הכר נא הכתנת בנך היא" (עיתורי תורה בעריכת הרב גרינברג, כרך ב', עמ' 339).

איכות זיהוי הבגד האפילה על איכות זיהוי הדם. זוהי דוגמא יפה לזהירות המתבקשת בבחינת ראיות חפציות (כתונת הפסים של יוסף) לצד ראיות מדעיות (מקור הדם).

ההלכה הייתה רגישה ליתרונות ולחסרונות בראיות חפציות. לנוכח החשדנות של חכמינו כלפי ראיות נסיבתיות במשפט פלילי (ראו תלמוד בבלי, סנהדרין לז, ב), איעזר בהלכות השבת אבדה. הלכות אלו מבוססות במידה רבה על היכולת לזהות חפץ על פי "סימנים". בעזרת אותם סימנים ניתן להכריע את סוגית הבעלות על מיטלטלין שנמצאו מושלכים ברחוב. קיים קושי מובן להסתמך על ראייה שכזו, שהרי לא ברור עד כמה הסימן שניתן הוא אכן ייחודי לחפץ. ההלכה הבחינה בין "סימנים מובהקים ביותר", שניתן לסמוך עליהם גם ביחס לאיסורים חמורים (ולא רק בהשבת אבדה); "סימנים גרועים ביותר", שאין לסמוך עליהם כלל; ו"סימנים מובהקים קצת", שניתן לסמוך עליהם במקרים מסוימים ומוגדרים (ראה פירוש הכסף משנה על היד החזקה לרמב"ם, הלכות גירושין יג, כא). יושם אל לב: אלה סימנים בעלי אופי כללי ביותר, שהפענוח שלהם איננו דורש מומחיות או ידע מקצועי.

לענייננו חשוב לציין כי גם ביחס לסימנים מובהקים נקבע במשפט העברי: "סימנים ועדים - יינתן לבעל העדים" (בבלי, בבא מציעא כח, א). הרא"ש, מאחרוני הראשונים בספרד, הסביר שעדים עדיפים "כיוון שמעידין שממנו נפל" (בבא מציעא ב, יג). ההיגיון הוא שהסימנים מבססים זכות בחפץ על סמך הסתברות: גם אם אין טעות בסימן, אין הכרח כי החפץ שייך לבעל הסימן, אלא קיימת חזקה מסוימת על פי הסתברות. עדים, בשונה מכך, מתייחסים באופן ספציפי לשאלת הבעלות על החפץ. לפיכך, אם עדותם נמצאה אמינה, יש להעדיף את דבריהם על פני התובע זכות בחפץ מכוח סימנים. נקודה זו מתקשרת גם לאמור לעיל, שעם הראיה המדעית - בניגוד לעד - לא ניתן לנהל דיאלוג (וראו ת"פ 73/95 מדינת ישראל נ' כהן, פסקה 3 לחוות דעתי (13.7.1998)). הרב איסר זלמן מלצר (1870-1953), ראש ישיבת סלוצק ובהמשך ראש ישיבת עץ החיים, מאיר על נקודה זו: עדות על סמך טביעת עין מהווה "בירור החלטי

בלא שום ספק", עדות הוליסטית שאף ניתנת לחקירה, ואילו סימנים הם בגדר ראיה מזדמנת (קובץ יגדיל תורה תרס"ט, קונטרס ב, סימן ו).

המשפט העברי אף הכיר בראיות מדעיות בנסיבות מסוימות, בתנאי שהן מוכחות בהסתברות גבוהה. דוגמה לכך היא מהתחום הרגיש של עגינות. כידוע, אישה שיש ספק האם בעלה מת - אינה מותרת להינשא. כאשר אין אדם שיכול להעיד על נסיבות מותו של הבעל, עולה השאלה על אלו ראיות אחרות ניתן להסתמך. סוגיה זו עלתה על שולחן הפוסקים, בין היתר, לאחר הפיגוע במגדלי התאומים. הרב זלמן נחמיה גולדברג (הגרז"ן), חבר בית הדין הרבני הגדול, התיר חלק מהעגונות שעניינן הובא בפניו, תוך שהוא סומך במידה רבה על שרידי דנ"א שנמצאו באתר הפיגוע. הגרז"ן ראה בראיות ה-DNA "סימנים מובהקים ביותר", והוסיף: "עניין דנ"א הוא מגדולתו של הקב"ה, שאף שנברא אדם יחידי, עם כל זה יש לכל איש ואיש דנ"א בצורה אחרת משאר אנשי העולם" (הדברים פורסמו בספר "קול צבי" למסכת יבמות). לעומתו הרב עובדיה יוסף התיר את העגונות בהסתמך על כלים הלכתיים קלאסיים אחרים, למשל "ספק ספיקא" (ספק כפול): "שמא נשרף בתבערה הגדולה, ואין לו מפלט לברוח מן האש הלוהטת. ואם תמצוי לומר [אם תרצה לומר] שלא נשרף, שמא נקבר תחת המפולת ומת" (שו"ת יביע אומר, אבן העזר, חלק י, סימן יח; ניל הנדל "עגונות מגדלי התאומים" עיונים משפטיים בפרשיות התורה כך ה (אביעד הכהן ומיכאל ויגודה עורכים, 2012)).

הנה כי כן, אף במשפט העברי מוכר הקושי להסתמך על זיהוי והתאמת סימנים. אחי יוסף חמקו מאחריות למעשיהם, לאחר שתמרנו את יעקב "לזהות" את דמו של יוסף על כתונת הפסים. בהשבת אבידה, מוטב לסמוך על עדות ישירה ולא על סימנים מזהים. לעומת זאת, ישנה גישה הלכתית המוכנה להעניק משקל רב לדגימת דנ"א כבסיס להתרת עגינות, אף על סמך המסורת ההלכתית להקל בתחום זה של המשפט. זאת לצד הכלל בדיני עונשין המגלה חשדנות רבה כלפי ראיות נסיבתיות. דברים אלו עומדים ברקע לסוגיה הנדונה - זיהוי טביעות הנעליים.

17. נשוב עתה אל נושא הראיות המדעיות, ואל תפקידו של בית המשפט כשומר סף. המלאכה איננה קלה. לעיתים בית המשפט, שאיננו מדען, חייב להכריע בין שני מומחים בעניין מדעי. הצידוק לכך הוא שבסופו של עניין מדובר בהכרעה משפטית ולא מדעית. אם כך הדבר, חשוב לפתח כלי עבודה שיאפשרו לבית המשפט להתקדם בהכרעה. מוצע מבחן כללי לבחינת ראיה מדעית השנויה במחלוקת - מבחן חיצוני, ומבחן פנימי. מבחנים אלו לא באו לחדש, אלא לכוון את השופט להכריע על פי אמות

המידה שהתגבשו בפסיקה. לעניות דעתי, מדובר בתבנית חשיבה שעשויה לסייע לבית המשפט בניתוח קבילותה - ואף משקלה - של ראיה מדעית המונחת לפתחו (ההצעה הוצגה בשינויים מסוימים בעניין אלעביד, פסקאות 10-17, ביחס לראיית הסיכום).

המבחן הפנימי - בודק את הראיה על פי תוכנה, והוא מתחלק לשניים: שיטת המומחה והשלכות ההוכחה. המבחן כשמו כן הוא: בשלב הזה בית המשפט נכנס אל תוככי חוות הדעת, כדי להבין את עמדת המומחה מבחינה פנימית. בין היתר יש לשאול את השאלות הבאות ביחס לשיטת המומחה: מה הוא אומר, מה הוא מנסה להוכיח, ומהן דרכי הוכחתו. באשר להשלכות ההוכחה, יש לשאול מהי המשמעות של הראיה אם בית המשפט יקבלה. במבחן החיצוני יש לצאת מתוך מסגרת חוות הדעת. גם כאן המבחן מתחלק לשניים: גישת המדע והביקורת השיפוטית. יש לשאול האם תוכן חוות הדעת של המומחה נתמך על ידי עולם המדע, ומהי עמדת בתי המשפט בנושא. יובהר כי אין הכוונה רק לסקירת ההיסטוריה של הראיה המדעית בפסיקת בתי המשפט, אלא לבדיקתה במשקפי הביקורת השיפוטית המהותית והישירה. כל נשכח כי כללי *Daubert* מחייבים את בית המשפט, כחלק מהביקורת השיפוטית, לבדוק מהי גישת המדע.

כך, למשל, ביחס לטביעת האצבע. המבחן החיצוני מלמד כי מדובר בראיה מדעית שמקובלת כיום הן בקהילה המדעית והן בפסיקות בית המשפט. המבחן הפנימי נועד להבין מה אומר המומחה ומה תוכן חוות דעתו. בהקשר של טביעת אצבע, השלכת הראיה היא שהנאשם - אשר מזוהה כיחיד באופן ודאי - נגע במקום או בחפץ פלוני. אולם הראיה איננה אומרת לדוגמא כי הנאשם התפרץ לדירה, אלא רק שידו נגעה בצידה הפנימי של דלת הכניסה. דיוק זה מאפשר לנאשם להעניק הסבר. לכן יש הבדל אם טביעת האצבע מצויה למשל על חפץ מיטלטל, שיכול היה להגיע לזירה לאחר שהנאשם נגע בו.

ניטול כדוגמא אחרת ראיה מסוג דגימת דם (בדיקת דנ"א). אף כאן, המבחן החיצוני מלמד כי זו ראיה מקובלת בקהילה המדעית ובבתי המשפט. אולם הניסיון עם ראיית הדנ"א עשוי לסייע במובן אחר. מתוך הנחה שהראיה היא קבילה, יש לשאול באלו תנאים - למשל, מהו הרף הסטטיסטי הנדרש כדי לקבל את הראיה (אחד למאה אלף, אחד למאה מיליון, אחד למיליארד או אף פחות מכך - ראו עניין אבו-חמאד, פסקה 35). במבחן הפנימי, ראיית דגימת הדם אינה מזוהה את הנאשם כיחיד בזיהוי ודאי, בשונה מטביעת אצבע, אלא מציינת את שכיחות הפרופיל הגנטי באוכלוסיה. בשל כך, ייתכן ויש חשיבות לסוג האוכלוסייה שנבדקה בזיקה לנאשם. בה בעת, מבחינה מעשית ראיה שכזו עשויה להפיל בדרך כלל יותר מאשר טביעת אצבע.



לדוגמא, קשה יהיה יותר לתת הסבר סביר ואמין להימצאות דמו של הנאשם בזירה, או להימצאות תאי זרע בגוף של קורבן אונס כאשר הנאשם מכחיש שפגש אותה. ההשלכות עלולות להיות קשות יותר מנקודת מבטו של הנאשם, לא רק בשל טיב הראיה אלא בשל "נסיבותיה" בתיק הקונקרטי.

מבחנים אלו עשויים לעניות דעתי לסייע לבית המשפט לערוך סדר בדרכי הבדיקה. כפי שעולה מהדוגמאות שהובאו, יש ובתיק אחד בדיקה מסוימת תהיה העיקרית, ובתיק אחר - בדיקה שונה. העניין תלוי בסוג הראיה המדעית ונסיבות המקרה. עוד יובהר כי המבחנים - ובעיקר המבחן הפנימי - עשויים לסייע במקרים מסוימים בבחינת המשקל ולא רק הקבילות. מצוידים בעקרונות הללו, נשוב ונבחן את קבילותה ומשקלה של הראיה אשר עומדת בלב המחלוקת שבתיק זה: השוואת טביעות נעל.

(T) השוואת טביעות נעל: מבחן פנימי ומבחן חיצוני  
18. תחילה תיבדק ראיית טביעות הנעל במבחן הפנימי. כאמור, אף מבחן זה נחלק לשני חלקים: שיטת המומחה, והשלכות ההוכחה.

נפתח בחלק הראשון שעניינו שיטת המומחה. במסגרת חלק זה יש לבדוק בין היתר את אופן יישום הדיסציפלינה. נדמה כי ישנו קושי לא מבוטל בהליך הסקת המסקנות, אשר מוביל מההתבוננות בטביעות הנעל ועד לקביעת טיב ההתאמה ביניהן. קושי זה איננו מתעורר רק במבחן החיצוני, אלא כבר במבחן הפנימי. באחרון המטרה היא להבין את עמדת המומחה, על מנת שבית המשפט, כגורם אשר חייב לבדוק כל ראיה וראיה ולהעניק לה את המשקל המתאים, יוכל להתקדם במלאכתו.

ראשית, אין אחדות ביחס לסולם המילולי שמשמש את החוקרים לתיאור ההתאמה בין טביעות הנעל. כך, למשל, במאמרם של ויזנר ושור (Yaron Shor & Sarena Weisner, *A Survey on the Conclusions Drawn on the Same Footwear Marks Obtained in Actual Cases by Several Experts Throughout the World*, 44 JOURNAL OF FORENSIC SCIENCES (1999) 380), שהוגש על ידי הסנגוריה במסגרת הבקשה לצירוף ראיות חדשות, מוזכרים לא פחות מ-11 מונחים המשמשים חוקרים שונים ברחבי העולם לתיאור התאמה: full identification, identification, possible, probable, probably caused by that shoe, highly probable, very probable, can't be ruled out, could have made, could well have made, inconclusive. בדוח NAS מוזכרים בנוסף המונחים: no support, limited support, moderate unsuitable. בכריטניה נעשה שימוש במונחים: no support, limited support, moderate

R. v. T. [2011] 1 (ראו: support, moderately strong, strong, very strong, extremely strong  
Cr. App. R. 9 (להלן: R. v. T.)).

ריבוי הכינויים איננו מוסיף בהירות, אלא אדרבה - מקשה על הבנת המשמעות הסטטיסטית, והמשמעות בכלל, של השוואת טביעות הנעל. למשל, מה ההבדל בין "אפשרי בהחלט", "הסתברות גבוהה" ו"הסתברות גבוהה מאד"? על פני הדברים, כל שלב נוסף בסולם הדרגות - אמור לבטא שכיחות נמוכה יותר, וממילא גם ודאות גדולה יותר בערכה של הראיה. למשל, ניתן היה לסבור שבדרגת "אפשרי בהחלט" השכיחות של טביעת נעל עם הסימנים הייחודיים שנמצאו היא  $1:10^4$ , בדרגת "הסתברות גבוהה" השכיחות היא  $1:10^6$ , ובדרגת "הסתברות גבוהה מאד" - שכיחות של  $1:10^9$ . ברם במקרה הזה לא הוצגו מספרים. כך העיד המומחה (עמ' 21 לפרוטוקול מיום 10.2.2013):

"כשאני אומר 'אפשרי', אני מתכוון שהנעל הזו שייכת לקבוצה גדולה יותר של נעליים... כשאני אומר 'אפשרי בהחלט' אני אומר שקיימת קבוצה קטנה יותר שיכולה אולי להותיר עקבה שאני אתבלבל בה, אבל הסיכוי שנעל אחרת השאירה את העקבה היא קטנה ביותר [...] אם נלך לערכים מספריים, אז בנעליים נפוצות... יש ברמת ה'אפשרי' אלפי נעליים כאלה, ואז כשאנחנו מצמצמים את ה'אפשרי' ל'אפשרי בהחלט' עדיין יכולות להיות עשרות נעליים בדגמים נפוצים עם עקבה דומה".

מזווית אחרת, שאף היא קשורה למה שנאמר קודם לכן, בהשוואת טביעות הנעל אין סטנדרט למעבר בין שלבים שונים על גבי סולם ההתאמה. בישראל, כפי שהוזכר לעיל, נעשה שימוש במספר מצומצם יחסית של שלבים מילוליים. אלא שלא ברור מהי רמת הדמיון שתצדיק, לדוגמא, מעבר משלב של "אפשרי" (התאמה סוגית) לשלב של "אפשרי בהחלט" (התאמה ייחודית). האם קרע של שני מ"מ בצידה השמאלי של הסוליה מצדיק התאמה ברמה של "אפשרי בהחלט"? ומה אם יש שני קרעים כאלו, אחד בצד שמאל ואחד בצד ימין? ומה אם אחד הקרעים הוא באורך ניכר, למשל: שלושה ס"מ? הדוגמאות הובאו לא כדי לשים ללעג את הדיסציפלינה, אלא כדי להמחיש את אחד הקשיים המרכזיים שמאפיין אותה: העדר סטנדרטים אחידים שיצדיקו מעבר בין שלבים בסולם ההתאמה. ויוער כי מהצד האחר אם תימצא תשובה לשאלות אלו - או-אז ניתן לשאול מה הבסיס המדעי לכך, והאם אין מידה של מלאכותיות בתוצאה.

לסיכום הדברים בשלב זה, הראיה בה עסקינן - השוואת טביעות נעל - נועדה לקבוע את מידת ההתאמה בין הטביעות. אלא שאין אחידות באשר לתיאור מידת ההתאמה (הגדרת השלבים בסולם), וכן לא ברור מהי המשמעות שיש לכל אחת מן

הדרגות (הבדל בשכיחות של כל שלב בסולם) וכיצד ייקבע שהתאמה היא בדרגה כזו ולא אחרת (מעבר בין שלבים בסולם).

19. במסגרת המבחן הפנימי, כאמור, יש לשאול גם מהן ההשלכות שיש להשוואת טביעות הנעל. כלומר, גם אם נקבל באופן מלא את תוקפה המדעי של מלאכת ההשוואה ואת המסקנות שהסיק המומחה - ולכך אחזור - יש להבין אל נכון מהי המשמעות שיש לכך.

בהקשר זה יש להבחין בין שני מצבים עיקריים. מצב אחד הוא כאשר נמצאה התאמה סוגית. ההשלכה שיש לכך היא: אדם שנעל נעליים זהות בסוג ובגודל לנעלי הנאשם - נכח בזירת הפשע. במידה ונמצאה התאמה ייחודית, ההשלכה שיש לכך היא: אדם שנעל נעליים זהות (ברמה כזו או אחרת) לנעלי הנאשם - נכח בזירת הפשע. כמובן, ייתכנו גם מצבים נוספים. אם לא נמצאה אפילו התאמה סוגית - המשמעות היא שלא ניתן למקם כלל בזירה את נעלי הנאשם (או אף נעליים מאותו סוג ומאותו גודל). אם נמצאה התאמה ברמה של "זאת הנעל", המשמעות היא שאדם שנעל את נעלי הנאשם ממש - נכח בזירת הפשע.

אלו הן ההשלכות האפשריות של ראייה מסוג השוואת טביעות נעל. מן הניסוח בו נקטתי מובן כי מדובר בראיה נסיבתית שכוחה חלש אף יותר מזו של ראיית דנ"א או טביעת אצבע. נניח שנמצאה התאמה ייחודית בדרגה הגבוהה ביותר, "זאת הנעל". לצורך העניין נתעלם מכל הספקות ביחס להליך הסקת המסקנות, ספקות עליהם עמדתי לעיל ואף אעמוד להלן. עדיין נותרה בידינו בסך הכל הקביעה כי נעלו של הנאשם הייתה בזירה. אין להסיק מכך בהכרח, מעבר לספק סביר, כי הנאשם עצמו היה בזירה. נעליים, בשונה מטביעת אצבע או דנ"א, ניתן במרבית המקרים להסיר ולנעול בקלות יחסית. לעיתים, גם אם לא תמיד, הסברו של הנאשם כי מאן דהוא נטל את נעלו והטביע את סימניה בזירה יכול לעורר ספק סביר. כמובן, ככל שנמצאה התאמה חלשה יותר בין הטביעה שבזירה לבין נעלי הנאשם - כך הספק בדבר משמעות הראיה מתעצם עוד יותר.

הדברים נכונים גם לכיוון ההפוך: נניח שמומחה בדק את טביעת הנעל שנמצאה בזירה, ושלל את האפשרות שהיא נעשתה על ידי נעליו של הנאשם. האם די בכך כדי לזכות את הנאשם? לאחרונה השיב בית המשפט העליון לשאלה זו בשלילה. הוסבר כי הנאשם "לא נתפס בזמן אמת בזירת האירוע, ואין לדעת אילו נעליים נעל אז. המירב שניתן להסיק... הוא שהמערער לא נעל את הכפכפים הללו בזמן הרצח. הא ותו

לא. אין [בכך] כדי לשלול או כדי להטיל ספק בנוכחותו של המערער בזירת הרצח, בהסתמך על כל שאר הראיות והממצאים" (ע"פ 1612/10 קורצקי נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (18.2.2013)). עולה אם כן שגם במצבים של "זאת הנעל" או "זאת איננה הנעל", השלכת הראיה היא מוגבלת. אין במצב הראשון כדי להביא בהכרח להרשעה, ואין במצב השני כדי להביא בהכרח זיכוי.

במקרה דנא המומחה קבע כי ההתאמה בין הנעל לבין אחת העקבות בזירה היא בדרגת "אפשרי בהחלט", וההתאמה ליתר העקבות היא בדרגת "אפשרי". המומחה במקרה זה איננו קובע בוודאות "זאת הנעל", אלא רק ש"אפשרי" או לכל היותר "אפשרי בהחלט" שזוהי הנעל. אי-הוודאות בתוצאה, גם לפי המומחה, מצטרפת לאי-הבהירות שעליה עמדתי קודם לכן ביחס לשיטה. במילים אחרות, שני חלקי המבחן הפנימי - שיטת המומחה, והשלכות ההוכחה - מצטרפים ליצירת ספק כפול, או ספק ספיקא בלשון ההלכה.

20. אעבור כעת למבחן החיצוני, על שני שלביו: הקהילה המדעית, והביקורת השיפוטית.

הסנגוריה טענה בהרחבה כי הקהילה המדעית איננה רואה עוד בהתאמת טביעות הנעל כראיה מדעית. חשוב לציין, אמנם, שלא התייצב מומחה מטעם הסנגוריה כדי לתמוך בטענות אלו. הובא מאמר שנכתב על ידי המומחה מטעם התביעה, ואותו מומחה אף נחקר בבית המשפט המחוזי בגלגולו השני של התיק. על כל פנים, התרשמותי, בהתבסס על החומר שהוצג בפנינו, היא שהפרקטיקה של השוואת טביעות נעל עודנה מקובלת בקהילה המדעית הרלבנטית. "ראיה נסיבתית" למסקנתי זו נובעת מסקירת הפסיקה המתומצתת שהובאה מן המשפט המשווה ושתובא להלן ביחס לישראל. מן הסקירה עולה כי ראיות מסוג טביעות נעל נחשבות כקבילות בבית המשפט, תוך שצוין כי הבסיס לכך הוא - בין היתר - היותן של ראיות אלו מקובלות בדיסציפלינה הרלבנטית של מדעי הזיהוי הפלילי.

המחשה לכך היא הדוח שהובא בשם האקדמיה האמריקנית הלאומית למדעים, ה-NAS. אין בדוח ולו אמירה משתמעת, קל וחומר שלא אמירה מפורשת, לפיה יש לפסול את קבילותן של ראיות טביעות הנעל. אדרבה: הדוח עצמו מלמד כי ראיות טביעות נעל הן מקובלות ונפוצות בקרב הדיסציפלינה של הזיהוי הפלילי, לא רק בארצות הברית אלא אף במדינות דוגמת קנדה ובריטניה.

אמנם, כפי שהוזכר, מהדוח עולה ביקורת מהותית על הדיסציפלינה של השוואת טביעות נעל. עיקר הביקורת מתמקד בהעדרו של בסיס נתונים מקיף אודות סימנים ייחודיים או אפילו סימני סוג (דגמים ומידות) של נעליים, ובהעדר הסכמה בין המומחים על מספר "נקודות הדמיון" הנדרש לשם קביעת התאמה. ואכן, לא ניתן להתעלם מכך שאף בתוך הקהילה המדעית קיימים ספקות ולבטים ביחס לתחום השוואת טביעות הנעל. היבט אחד של הביקורת נוגע לשיעור הטעות של הדיסציפלינה, נקודה שאליה אשוב בהמשך. היבט מרכזי אחר של הביקורת נוגע לשונות הגבוהה, ואולי: גבוהה מדי, שעלולה להתגלות בין דעות המומחים ביחס להשוואת טביעות נעל. כך, למשל, במחקר ששימש את הבסיס למאמר הנזכר של ויזנר ושור נשלחו לחוקרים ברחבי העולם שני סטים. כל סט כלל טביעת נעל שנלקחה מזירת פשע וטביעת נעל של חשוד. החוקרים התבקשו לבדוק, בכל סט, את מידת ההתאמה בין טביעת הנעל בזירה לבין טביעת הנעל של החשוד. בניסוי השתתפו 20 חוקרים מ-7 מעבדות (ב-6 ארצות), ובנוסף גם שלושה מומחים מישראל. כל חוקר דיווח על מסקנותיו בטרמינולוגיה המקובלת בארצו, והתוצאות עובדו על ידי כותבי המאמר לסולם מילולי אחיד. וזו תמצית המסקנות:

| מידת ההתאמה     | סט מס' 1 | סט מס' 2 |
|-----------------|----------|----------|
| Inconclusive    | 3        | 1        |
| Possible        | 7        | 9        |
| Probable        | 4        | 3        |
| Highly probable | 7        | 6        |
| Identification  | 2        | 4        |

כפי שניתן לראות, בסט הראשון מצאו 3 מתוך 23 חוקרים כי לא ניתן לקבוע התאמה, בעוד ש-2 חוקרים קבעו התאמה מלאה. בסט השני מצא חוקר אחד מתוך 23 חוקרים כי לא ניתן לקבוע התאמה, ואילו 4 חוקרים קבעו התאמה מלאה. יודגש הפילוג בתוצאות דווקא ביחס לקצוות, ולא בקטגוריה האמצעית (השלישית מבין החמש): בכל אחד מהסטים מצאו 10 חוקרים כי יש לכל היותר התאמה סוגית (שתי הדרגות התחתונות), בעוד ש-9 חוקרים (בסט הראשון) או 10 חוקרים (בסט השני) מצאו התאמה ייחודית ברמה גבוהה ואפילו התאמה מלאה. ממצאים אלו ממחישים היטב, כך נדמה, את הטענה כי עלולה להתגלות שונות נרחבת בתשובות שייתנו המומחים. אף דוח ה-NAS מצטט מחקר אירופאי שהעלה תוצאה דומה - הבדלים משמעותיים בין המסקנות אליהן הגיעו מעבדות שבחנו את אותן טביעות נעל ( H. Majamaa & Y. Anja, *Survey of the Conclusions Drawn of Similar Footwear Cases in Various Crime Laboratories*, 82 (1996) FORENSIC SCIENCE INTERNATIONAL 109).

סקירת הפסיקה בישראל מלמדת כי ראייה מסוג טביעות נעל נתפשת כראיה מדעית קבילה, שעברה את "מבחני האש" הרלבנטיים. כבר בפסק דין גולדנברג, משנת 1956, נאמר כי "במקרה שלהשגת הרשעה מביאה התביעה הכללית מערכת שלמה של הוכחות מסיבתיות אשר כל אחת מהן היא בכיוון אשמתו של הנאשם, או מצביעה על אשמתו של הנאשם, הרי אין ספק שזיהוי עקבות נעליים גם הוא יכול לשמש כהוכחה מסיבתית כזו" (ע"פ 6/54 גולדנברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 268 (1956)). בפסק דין חולי, משנת 1981, אף צוין - בהקשר של טביעות נעל - כי בתי המשפט נוטים "יותר ויותר לסמוך על בדיקות כאלה, לאחר שנשתכנעו בדבר ערכן ההוכחתי" (ע"פ 351/80 חולי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 477 (1981)). כך הוא המצב גם בפסקי דין אחרים לאורך השנים, בהן התקבלו ראיות מסוג טביעות נעל על ידי בית משפט זה (ראו למשל: ע"פ 616/82 רוטנברג נ' מדינת ישראל, פ"ד לז (2) 365 (1983); ע"פ 11426/03 חואמדה נ' מדינת ישראל (31.12.2008); ע"פ 8267/04 ברוד נ' מדינת ישראל (25.03.2010); ע"פ 5234/10 עקראוי נ' מדינת ישראל (12.06.2011); ולאחרונה בעניין קורצקי).

עם זאת, חשוב להדגיש כי עיון בפסיקה שהובאה מהשנים האחרונות מלמד כי שם - בניגוד למקרה דנא - הסנגוריה לא חלקה על קבילות הראיה של השוואת טביעות נעל. העניין לא נידון. בתיק דנא, לעומת זאת, הסנגוריה מתנגדת לראיה. יש להתמודד עם הטענה ברובד הכללי וברובד הפרטני. כאמור, הואיל וראיה זו התקבלה בעבר - הנטל עובר אל הסנגוריה. לצד זאת, זהו משפט פלילי, ועדיין על התביעה להוכיח את האשמה ואת הראיות ככלל מעבר לכל ספק סביר.

נותר לנו לבחון את הסתייגות הסנגוריה מהראיה המדעית על פי החלק השני של המבחן החיצוני - הביקורת השיפוטית. כאמור, בית המשפט הוא שומר הסף. האתגר הגדול בבחינת ראיות מדעיות הוא בשני מצבים: האחד - כאשר צד מבקש להכיר בראיה מדעית שטרם זכתה להכרה מפורשת. האחר - וכך בענייננו - כאשר צד מבקש שלא להכיר בראיה מדעית שכבר זכתה להכרה. במצבים אלו, בית המשפט אשר דן בעניין חייב להפעיל שיקול דעת עצמאי. כשם שמסקנתו לא תתבסס על ספירת קולות המדענים, כך היא לא תתבסס רק על ספירת קולות בפסיקה. כמובן, יש משקל - ואפילו רב - לשני הפרמטרים.

(ה) הביקורת השיפוטית

21. הביקורת השיפוטית ממלאת שני תפקידים. האחד צר, והאחר רחב יותר. בביקורת השיפוטית במובן הצר, בית המשפט יבדוק פסקי דין שניתנו ביחס לקבילות

הראיה. חומר כזה לא יוזכר במסגרת המבחן הפנימי. לצד זאת, הביקורת השיפוטית במובן הרחב היא המבחן המסכם והקובע לגבי הראיה המדעית. כך נגזר מהיות בית המשפט שומר הסף. ראוי לשקלל במסגרת המובן הרחב של הביקורת השיפוטית גם את הנתונים שהתבררו במסגרת המבחן הפנימי. מבחינה עיונית, הבדיקה הפנימית נועדה להציג את חומר הגלם שיהווה את הבסיס לביקורת החיצונית.

עיינתי, וחזרתי ועיינתי, בעדותו של שור ובחוות הדעת שמסר במסגרת התיק, מקומות בהם הוא התייחס לקשיים האמורים. לאחר העיון והבחינה סבורני כי לא עלה בידי התביעה להגן כראוי בתיק זה על סימני השאלה המרובים שעוררה הסנגוריה, ביחס לראיית טביעות נעל. נצביע על שבעה קשיים נפרדים בדרך בה הוצגה ראיית טביעת הנעל בתיק זה.

א. העדר סטטיסטיקה: כפי שהוסבר, במסגרת בדיקת טביעות נעל נעשה שימוש במנעד רחב של דרגות מילוליות לתיאור מידת ההתאמה. אלא שבהעדר סטטיסטיקה, לא ברור מהי המשמעות שיש לכל אחת מן הדרגות. לכאורה, הציפייה היא שכלל שעולים בסולם - כך שכיחות הטביעה יורדת. אלא שבפועל אין בסיס נתונים שבאמצעותו ניתן לחשב את השכיחות. ממילא יוצא שהדרגות המילוליות הן כבגד ללא גוף: לא ברור מהו הבסיס לאמירה "אפשרי בהחלט", מונח בו נעשה שימוש בתיק דנא, ומה היא משקפת. גם אופן המעבר בין שלבים שונים בסולם, למשל: מספר נקודות ההתאמה הנדרשות, איננו מוסדר.

נראה, אפוא, כי מאחורי הדרגות המילוליות השונות אין למעשה כל סטטיסטיקה של ממש. חסר זה הוא משמעותי ביותר. כפי שציינתי בפרשת אלעביד, "מדע ללא סטטיסטיקה הינו כמו הכרעת דין ללא הנמקה: שניהם סובלים מן הפגם של אי יכולת לבדוק את התוצאה לעומק, את דרך החשיבה שעומדת בבסיס למסקנה" (פסקה 16). השימוש בסולם דרגות רחב, שכולל מונחים כגון "אפשרי" ו"אפשרי בהחלט", ושאופן המעבר ביניהם איננו ברור, מחדד את הבעייתיות שיש בראיה מסוג השוואת טביעות נעל: קשה להבין מהי המשמעות האמיתית שמסתתרת מאחורי המונחים המעורפלים, וקשה עוד יותר לתקוף ראיות שמוצגות בדרך הזו. הקושי איננו רק בהעדר סטטיסטיקה, אלא גם בקרבה המילולית שבין המונחים השונים. קרבה זו מחזקת את המסקנה שעסקינן בהבחנות שהן "דק מדק" וחסרות מימדים אובייקטיביים.

טוען המומחה כי אף בהשוואת טביעות אצבע אין קריטריון מספרי קשיים לקביעת התאמה. ברם מובן כי ההשוואה איננה נכונה: בטביעות אצבע לא קיים מדרג

מילולי מעורפל. השאלה היא רק האם, לאחר בדיקת מספר מסוים של נקודות - התגלתה התאמה מלאה. התשובה היא בינארית: או שיש התאמה מלאה, או שאין. המומחה איננו עוסק בהערכות הסתברותיות או מילוליות של עוצמת הסיכוי להתאמה. אין סולם מילולי מפורט, ובתוכו דרגות ביניים שונות, שעלול ליצור אצל המאזין רושם מוטעה. הנקודות שתובאנה בהמשך מצביעים על הבדלים נוספים בין טביעות אצבע לטביעות נעל.

ב. הפילוג בדעות המומחים: המחשה מובהקת לבעיה זו היא במאמרו הנזכר של שור. כפי שפירטתי לעיל, באחד משני הסטים מצאו שלושה חוקרים כי לא ניתן לקבוע התאמה, בעוד ששני חוקרים קבעו התאמה מלאה. בסט השני מצא חוקר אחד כי לא ניתן לקבוע התאמה, ואילו ארבעה חוקרים קבעו התאמה מלאה. המומחה לא הצליח להבהיר בעדותו את הגורמים המדויקים לשונות הגבוהה (ראו עמודים 12-13 לחקירה הנגדית של שור מיום 10.2.2013): האם הסיבה היא העדרו של סולם אחיד, העדר סטנדרטיזציה למעבר בין שלבים, הבדלים באופן זיהויים של הסימנים האקראיים, פערים בניסיון ובמומחיות, או גורמים אחרים. נותרנו, אפוא, עם הנתונים הבעייתיים שאסף מומחה התביעה בעצמו אודות השונות הניכרת בבדיקת טביעות נעל, בלא שניתן לכך הסבר מספק.

ג. שיטת ההכרעה: מחוות הדעת של המומחה, כמו גם מעדותו, עולה כי סדר העבודה הוא כדלקמן: מומחה אחד בודק את טביעות הנעל, ומומחה שני בודק את התוצאות של המומחה הראשון. במידה ויש מחלוקת בין שני המומחים באשר למידת ההתאמה - פונים למומחה שלישי, ומנסים להגיע לקונצנזוס (ראו עמ' 15 לפרוטוקול). הקושי שבשיטה זו הוא שבית המשפט והצדדים עצמם - בעיקר הסנגוריה - אינם חשופים לדעות השונות של המומחים. למה הדבר דומה? להרכב בו שופט אחד סבור כי יש להרשיע נאשם בעבירת רצח, שופט אחר - בהריגה, ושופט שלישי - בתקיפה. הקונצנזוס שעשוי להסתמן על פי השיטה הוא הרשעה בתקיפה חמורה. תוצאה זו, שלא במתכוון, מסתירה את מרכיבי המחלוקת ואת ההכרעה האמיתית של כל שופט. שיטת הקונצנזוס, מבלי לגלות את חילוקי הדעות שבין המומחים, יוצרת אפוא הרמוניה מלאכותית. הרמוניה זו מונעת מבאי כוח הצדדים, כמו גם מבית המשפט, את ההזדמנות להתמודד ולבקר את חוות הדעת.

ד. העדר שיח בין המומחה לבין בית המשפט: פשיטא כי המדע עוסק במדע, והמשפט - במשפט. כל תחום שואף להגיע לאמת על פי כלליו. אין ספק שתחום המדע יכול לסייע לבית המשפט בעשיית מלאכתו. די להפנות לכוחו המיוחד של ה-DNA:



ראיה זו היא אולי החשובה שבין הראיות המדעיות, ויצרה מהפכה בכללי ההכרעה. כדי לערוך את החיבור בין המדע לבין המשפט, על המומחה לדבר בשפה שתורמת ליכולתו של בית המשפט להיעזר בראיה. שיח כזה חייב להתקיים. גם אם המדע והמשפט מדברים בשפות שונות, חייבת להיות שפה מחברת ביניהם.

כאן, הוצגה התאמה בדרגה של "אפשרי" ו"אפשרי בהחלט". כפי שהובא לעיל, המומחה הסביר במהלך עדותו שבעוד ש"אפשרי" מתייחס לאלפי נעליים, הרי ש"אפשרי בהחלט" מתייחס לעשרות נעליים. אך נקודה חשובה זו לא עלתה כלל בחוות הדעת. מעבר לכך, עדות זו של המומחה ממחישה את הבעייתיות בשימוש במונחים מילוליים: ראשית, מבחינה אינטואיטיבית – כימות זה איננו עולה כתרגום המספרי של שני המונחים. שנית, לא ברור באיזו מידה מספרים אלו מדויקים ומבוססים. בית המשפט נמצא במצב שבו הוא איננו מבין מה משמעות הראיה. במובן זה, הקושי בהצגת הדברים על ידי המומחה איננו רק בכך שאין סטטיסטיקה, אלא שאין מספרים או אפילו חוש במספרים.

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

ה. שיעור הטעות: סוגיה זו עלתה בחוות הדעת המשלימה שהגיש שור לבית המשפט המחוזי (ראו גם חקירתו המשלימה מיום 10.2.2013, עמ' 23 לפרוטוקול). שור

הציג ניתוח שערך לתוצאות מבחני כשירות (proficiency test), אשר בוצעו בארצות הברית בשנים 2002-2012 על ידי חברת CTS (collaborative testing services ; גוף העוסק בבחינת והשוואת ביצועי מעבדות). מבחני הכשירות בדקו את יכולת המשתתפים להשוות כהלכה בין טביעות נעל. על פי הניתוח של שור לתוצאות המבחנים, שיעור הטעויות מסוג false positive עמד על 0.24%, ואילו שיעור הטעויות מסוג false negative עמד על 0.15%. שור ציין כי ככל הנראה שיעור הטעויות האמיתי בקרב מומחים בעלי ניסיון בתחום השוואת טביעות נעל הוא נמוך יותר, שכן במבחני הכשירות הללו השתתפו גם מתלמדים וסטודנטים.

ואולם, לא ניתן להסתמך על שיעור הטעות כפי שהוצג. ראשית, לא ברור כלל באיזו מידה תוצאות הבדיקה של שיעור הטעות מקובלות בקהילה המדעית. בפסיקה שהובאה בארצות הברית ובאנגליה לא הודגשה בדיקה זו. כמו כן, העניין לא הוזכר בדוח ה-NAS. מטרת הבדיקה, כפי שהסביר המומחה, היא לא לבדוק את הראיה אלא את כשירות הנבחן. האם שיטת הבדיקה הזו התקבלה על יד מומחים בתחום טביעות הנעל ובתחומים אחרים, כאינדיקציה לשיעור הטעות?

שנית, מבחני הכשירות התבצעו כאמור בארצות הברית, ובהתאם לסולם הדרגות האמריקאי אשר כולל שלושה שלבים בלבד: "כן" (התאמה), "לא" (אין התאמה), ו"לא החלטי" (ספק). מכאן שמבחנים אלו יכולים לסייע במידה מועטה בלבד לבחינת שיעור הטעות של השיטה הנוהגת בישראל, דהיינו: סולם דרגות רב-שלבי.

שלישית, העדר הבדיקה בשיטה הישראלית מטריד כשלעצמו. הרי לפי תוצאות בדיקת המומחה, במאמרו משנת 1999, היו חילוקי דעות בין המומחים בדרגות הביניים ואף בדרגות הקצה. המומחה גם העיד כי תוצאות עם חילוקי דעות כאלו התגלו גם בבדיקה שנעשתה באירופה. אם אלו הם פני הדברים, ניתן לצפות שתיערך בדיקה נוספת אשר תסייע לגלות את מידת האמינות של השיטה. מצופה שהעניין ייבדק במסגרת מאמר מדעי שעבר ביקורת עמיתים כמקובל. נראה כי העניין איננו כרוך בקושי מעשי. זהו המחיר של המדע. כך ניתן יהיה לדעת מבחינה אובייקטיבית את איכות השיטה. העדר הבדיקה מחליש את הטענה כי מדובר בראיה שניתן לסמוך עליה במסגרת המשפט הפלילי.

1. הביקורת במשפט המשווה: צוין לעיל כי השימוש בטביעות נעל מוכר בפסיקה. עם זאת, דומני שבדיקה זהירה יותר מחייבת את המסקנה שבשנים האחרונות חלה תזווה מסוימת בהתייחסות לראיה. בפסק דין *Barnes*, שהוזכר לעיל, הובהר כי

אמנם השוואת טביעות הנעל היא ראיה קבילה. ברם הודגש כי אין להציג ראיה זו ואין להתייחס אליה כאל ראיה שמתיימרת לקבוע הסתברות. בפסק הדין, שניתן לפני כשנה, הראיה התקבלה משום שהמומחים לא ביטאו חוות דעת הסתברותית או כמותית. כל שנאמר בחוות הדעת הוא שנעלי הנאשם יכלו (could have) להותיר את הטביעות שנמצאו בזירת השוד. המומחים אמרו שיש אפשרות, אך סירבו להתייחס לסוגית ההסתברות (שם בעמ' 9). הודגש כי לו היה המומחה מתייחס להסתברות, גם במילים ("אפשרי בהחלט", "הסתברות גבוהה" וכדומה) - הראיה לא הייתה מתקבלת.

פסק דין נוסף, ממנו עולה ביקורת דומה, הוא פסק דין *R. v. T.* שניתן באנגליה בשנת 2010. פסק דין זה מתאר את הבעייתיות בהשוואת טביעות נעל. באותה עת היה מקובל באנגליה לתאר את מידת ההתאמה באופן מילולי (moderate support, no support), ולצד זאת לספק גם ערך מספרי המכונה "יחס הנראות" (likelihood ratio). יחס זה התיימר לשקף את ההסתברות לכך שמקור הטביעה בזירה הוא מנעליו של החשוד, ועל ידי כך "לעבות" את התיאור המילולי של מידת ההתאמה. בתיק *R. v. T.*, המומחה העיד כי יש "ביסוס מדעי בדרגה בינונית" (moderate degree of scientific support) להתאמה. בית המשפט קבע כי בראיה מסוג טביעת נעל אין לחשב ולהציג את "יחס הנראות", משום שאין בסיס נתונים מהימן שבאמצעותו ניתן לחשב את היחס. יש להסתפק, אפוא, בחוות דעת שתציין האם הנעל "עשויה הייתה" (could have made) לייצר את הטביעה בזירת הפשע. הודגשה החשיבות של מסירת מספרים בדבר השימוש בנעל מסוימת, אך בד בבד הקושי בהצגת סטטיסטיקה בנדון. זאת גם בשל כך שייתכן שנעל מסוימת נפוצה מאוד באזור גיאוגרפי אחד ולא באחר, נתון שיושפע מאופנה, חיקויים, "אורך החיים" של הנעל ועוד. בית המשפט לא שלל את האפשרות שבמקרים מיוחדים יכול המומחה לנסח את חוות דעתו במונחים יותר הסתברותיים (more definite evaluative opinion), וזאת כאשר מדובר בדגם או במידה חריגים (בית המשפט נמנע מלהגדיר במדויק אימתי יכול המומחה להביע עמדה "יותר הסתברותית"). גם במקרה כזה על המומחה להבהיר כי הניסוח מבוסס על ניסיונו האישי והסובייקטיבי, ונאסר עליו להשתמש במילה "מדעי/ת" כדי לתאר את חוות הדעת – הכול על מנת שלא ייווצר הרושם כאילו ישנו ביסוס סטטיסטי מדויק. מצב דברים זה משפיע כמובן על משקל הראיה.

פסקי הדין הובאו על מנת להראות שגם במדינות אחרות נמתחה ביקורת, ואף ביקורת קשה, על ראיית טביעות הנעל. אין המטרה לפסוק לפי הפסיקה הזרה, אלא להיחשף לשיקולים שעשויים להיות רלבנטיים גם לשיטתנו. עוד אסביר כי נראה שיוענק משקל מועט לקביעה לפיה "אפשרי" שהנעל תואמת את העקבה בזירה. כך

במיוחד בהעדר סטטיסטיקה. באשר לנתון חריג, נדמה כי יש להבחין בין נתון שידיעת ההדיוט משגת – למשל מידת נעל חריגה במיוחד (נאמר: מידה 54), לבין נתון שטעון בדיקה סטטיסטית – למשל דגם נעליים שנראה כי הוא נדיר. הנתון הראשון איננו דורש בהכרח עדות מומחה, יהא משקלה אשר יהא. מצב זה איננו שונה ממצב שבו עד רגיל מעיד כי מבצע הפשע היה "גבוה במיוחד", ומתברר כי הנאשם הוא בגובה 2 מטרים. באשר לנתון השני, לעומת זאת, נראה – מבלי לקבוע מסמרות - שיש צורך לספק נתונים כדי שיינתן משקל ראוי לדברי המומחה אשר מעלה את הטענה. הדיוט איננו יכול להעיד על כך. דווקא העובדה שהמומחה מעיד – נותנת לעניין משקל. על כן מצופה שיהיה לכך רקע מספרי. העדר רקע כזה אף עלול להקשות על בית המשפט להחליט איזה משקל יש להעניק לראיה מעין זו. נקודה זו אף קשורה לשיקול שהובא לעיל (סעיף ד), ושעניינו השיח בין המומחה לבין בית המשפט.

ז. הראיה המדעית והמשפט הפלילי: מלומדים ציינו כי כללי *Daubert* פותחו במקור בהליכים אזרחיים. בארצות הברית הובעה הסתייגות מהעדר שימוש נכון בכללי *Daubert* במשפט הפלילי. העניין נובע גם משיקולים מעשיים: בתביעות אזרחיות בין שני גורמים חזקים, כל אחד יכול להרשות לעצמו להביא חוות דעת. ברם במשפט הפלילי, לרוב, לתביעה יש אפשרות קלה יותר מאשר לנאשם לפנות למומחה ולקבל ממנו חוות דעת. במישור העקרוני, הוצגו מבחנים שונים למשפט הפלילי כגון שהנטל להוכיח את הראיה המדעית בתור שכזו מוטל על התביעה, או שיש לשקלל סוגים שונים של טעויות: ראיה מדעית שהוגשה מטעם התביעה, ויכולה להביא להרשעת החף מפשע, לעומת ראיה מדעית שהוגשה על ידי הסנגוריה ויכולה להביא לזיכוי האשם. אינני מביע עמדה באשר להצעה זו, אך יש בה כדי לעורר מחשבה (Munia Jabbar, ) Reformulating Daubert's Validity Inquiry, 85 N.Y.U. L. REV. 2034 (2004); Jennifer L. Groscup, Steven D. Penrod, Christina A. Studebaker, Matthew T. Huss & Kevin M. O'Neil, The Effects of Daubert on the Admissibility of Expert Testimony in State and Federal Criminal Cases, 8 PSYCHOLOGY, PUBLIC POLICY AND LAW 339 (2002).

באשר לשיטה הישראלית, דעתי היא כי יש בסיס איתן לדרישה מהותית שהראיה המדעית תעמוד בסטנדרטים הנדרשים טרם שתתקבל כראיה במשפט הפלילי. נפנה שוב לסעיף 20 לפקודת הראיות שעניינו קבלת עדות מומחה. סעיף זה נפתח במילים: "בית המשפט רשאי, אם אין הוא רואה חשש לעיוות דין". הדגש כאן הוא על החשש מפני עיוות דין. חשש זה עומד במלוא קומתו במשפט הפלילי. הספק הסביר נועד לבטא את ההחלטה הערכית לפיה השיטה שמה לה למטרה למנוע את הרשעתו של נאשם שייתכן – ואפילו בדרגה של ספק סביר – כי לא ביצע את המעשה הפלילי

המיוחס לו. היבט חוקתי בעניין עולה מההשקפה לפיה חזקת החפות נגזרת מכבוד האדם וחירותו. קבלת ראייה מדעית, במיוחד מהסוג של טביעת נעל, עשויה שלא במכוון להביא לתוצאות לא רצויות. במקרים לא מעטים הראיה היא רק בגדר חיזוק לראיות אחרות, ונוצרת התחושה שעם הראיה או בלעדיה – התוצאה הייתה דומה. אולם, מהשלב שבו בית המשפט איננו מקפיד על הדרישה, מה יהיה הדין בתיק בו ראיית טביעת הנעל תופסת תפקיד חשוב יותר בשיקולי ההכרעה? דווקא בעידן טכנולוגי, ניתן לצפות שראייה של מומחה – במיוחד במשפט הפלילי – תהיה מדעית יותר ומוכחת יותר.

(1) מעמדה של ראיית טביעות נעל: סיכום

22. מה עלה, אפוא, בידינו, מיישומם של המבחן הפנימי והחיצוני? הסנגוריה גייסה מאמץ ניכר כדי להוכיח כי השוואת טביעות הנעל איננה ראייה קבילה. עקרונית זהו קו טיעון לגיטימי. אמנם נכון הוא שהתביעה איננה נדרשת להוכיח בכל פעם מחדש ראייה מדעית אשר כבר עברה את "מבחני האש", והפכה לקבילה. ברם באותה מידה נכון הוא שהסנגוריה רשאית, אם תבחר, לנסות ולהעמיד למבחן מחודש את תוקפה של ראייה מדעית פלונית. אומר עם זאת שההשגה איננה יכולה להיטען בעלמא. על הסנגוריה לבסס את טיעוניה.

הסנגוריה התבססה על חומרים ופרסומים כתובים שהצדיקו לשיטתה בחינה מחודשת של ראיית טביעות הנעל. לאחר עיון מדוקדק, סבורני כי אין מקום על סמך החומר שהוגש לפסול את הראיה ברמה הכללית. השוואת טביעות נעליים, כפי שעולה מהחומר הרב שהוצג בפנינו, היא טכניקה מדעית מקובלת ומצוטטת בהרחבה בפסיקה. טענה זו איננה מכריעה, אך היא בעלת משקל. מעבר לכך, לא השתכנעתי ברובד הכללי כי הראיה איננה מספקת את הסחורה עד כדי פסילה מעתה ואילך. יודגש כי הסנגוריה לא הביאה מומחה מטעמה. היא התמודדה בצורה עניינית עם הראיה הנידונה, אך הפער קיים בין כך לבין מסקנה שמשמעותה פסילת הראיה במקרים עתידיים. מבלי לקבוע מסמרות לגבי התיקים הבאים, לא השתכנעתי כי החומר והתהיות שהוצגו עומדים בנטל להוציא את הראיה החוצה בכל מקרה ומקרה. נראה כי ראיית טביעת נעל מאופיינת במרכיבים שונים שעשויים לענות על הדרישה של קבילות, או לפחות לא הוכח אחרת. שיטות רבות בעולם ואף מחקרים ביקורתיים הכירו בכשרותה של הראיה, לפחות במובן זה שלא ניתן לשלול אותה באופן כללי באמצעות הטענות שהוצגו.

מהצד השני, נראה כי יש לקבוע שראיה זו היא מוגבלת. ככל שעלה מהחומר שהונח בפניי, הסולם המילולי רב-הדרגות איננו מעוגן ומובהר דיו. בהגיעי למסקנה זו,

הנני נותן משקל של ממש לבחינת הראיות על פי שבע אמות המידה שהוזכרו לעיל: (1) העדר סטטיסטיקה; (2) הפילוג בדעות המומחים; (3) שיטת ההכרעה; (4) העדר שיח בין המומחה לבין בית המשפט; (5) שיעור הטעות; (6) הביקורת במשפט המשווה; (7) הקשר בין הראיה המדעית למשפט הפלילי. כל אחת מהסתייגויות אלו עומדת בפני עצמה, משתלבת עם יתר ההסתייגויות ומחזקת אותן. לדעתי, הסתייגויות אלו אינן עומדות בשולי העניין אלא בליבתו. בבואי לגבש את המסקנה, שקלתי את תוצאות המבחן הפנימי על שני חלקיו – שיטת המומחה והשלכות ההוכחה, והמבחן החיצוני על שני חלקיו – גישת המדע וגישת הביקורת השיפוטית. במקרה הנוכחי אף יש להעניק משקל רב לביקורת השיפוטית, שעשויה להיות שונה מגישת המדע. החידוש העיקרי בהלכת *Daubert* הוא שאין להסתפק רק בגישת המדע, אלא יש להפעיל גם את הביקורת השיפוטית בצורה עניינית, כחלק מתפקידו של בית המשפט כשומר סף.

מסקנתי היא שהגם שאין לשלול את קבילותה של הראיה באופן כללי, במקרה דנא משקלה הוא אפסי. תוצאה זו מתבקשת מהניתוח לעיל. השאלות מרובות על התשובות, ורב הנסתר על הנגלה. הפגמים שהוצגו יורדים לשורש עניין המשקל. נדמה כי אף מתן משקל נמוך יהא תוצאה מלאכותית שאיננה משקפת נכונה את תוצאות מבחני הביקורת.

אין להתפלא כי בסופו של שיקול החלטתי שאינני מוכן לשלול את קבילות הראיה, אך בכל זאת סבורני כי משקלה אפסי. ההחלטה לשלול את קבילות הראיה במישור הכללי איננה מוצדקת בהתחשב בחומר שהוגש בתיק זה. לעומת זאת, מתבקשת המסקנה בדבר משקל הראיה, כאשר ברמה הפרטנית המומחה חיווה דעתו כי ההתאמה היא ברמה של "אפשרי" עד "אפשרי בהחלט". אכן נכון הוא כי מבחן *Daubert* נועד להתמודד עם קבילות הראיה. זאת הייתה עתירת הסנגוריה. ברם היא טענה לחלופין כי יש לקבוע שמשקלה של הראיה הוא אפסי. לעיתים, בדיקת הקבילות תשליך על המשקל. טול לדוגמא את עניין אבו-חמאד: באותו עניין בית המשפט בדק את קבילות ראית ה-DNA, אך תוך כדי בדיקה זו עלתה המסקנה כי הראיה היא בעלת משקל רב. זו איננה האפשרות היחידה. כאמור, בענייננו התוצאה המתבקשת איננה שלילת הראיה כקבילה בכל מקרה, אלא קבלת הראיה תוך קביעה כי בתיק זה משקלה הוא אפסי.

אעיר כי לנוכח החומר שהוגש בתיק זה, אין לי בסיס לקבוע כי יש לשלול שיטה תלת-דרגתית: "כן", "לא", ו"אולי". שיטה זו תואמת את הנפסק למשל בעניין *Barnes* בארצות הברית. היא מכירה בה בעת ביש ובאין שבראיה המדעית הנידונה.

יוזכר כי עמדת המומחה היא שההתאמה במקרה דנא היא בדרגה של "אפשרי" עד "אפשרי בהחלט". במקרה זה ההסתייגויות מהשיטה הן כה חזקות ומגוונות - למשל: ההתפלגות של דעות המומחים; העדר סטטיסטיקה; ושיטת ההכרעה - עד שלא הייתי קובע במקרה זה כי הוכחה התאמה.

בהגיעי לתוצאה זו, אין בכוונתי לפגוע ברמתו המקצועית של העד המומחה. ניכר כי הוא בעל ניסיון וידע רב בתחום, וכי הוא פתוח לביקורות ענייניות - לרבות אלו שמופיעות במאמרו הנזכר. ואולם בעקבות פסק דין *Daubert*, ואימוצו בשיטתנו, השתנו הכללים. הגיעה העת לדרוש רף מינימאלי טרם יינתן לראיה מדעית בתיק מסוים משקל, אפילו אם קבילותה לא נסתרה ברמה הכללית.

תוצאה זו, לפיה הראיה היא קבילה אך משקלה הוא אפסי, נועדה גם לאפשר לשני הצדדים להתמודד בעתיד עם ההסתייגויות שתוארו. ייתכן שבתיק אחר יצליח המומחה להתמודד עם הטענות. ייתכן גם שהסנגוריה תחריף את ביקורתה. אין בתיק זה הבעת עמדה מחייבת לגבי תיקים אחרים, בהם התשתית העובדתית עשויה להיות שונה. בשלב זה, יש מקום לבדוק כל ראיה מדעית על פי נסיבותיה בתיק הקונקרטי. ברור שמבחינתי עשויה להיות לעמדתי שהוצגה בתיק זה השלכה מסוימת לגבי תיקים אחרים, אך לא מן הנמנע כי הניתוח לעיל עשוי להיות מנוף לפיתוח או שכלול הראיה המדעית הנידונה באופן שתענה טוב יותר על הקריטריונים הרלבנטיים.

יתר הראיות הנסיבתיות

23. עמדנו לעיל על משמעותן של טביעות הנעל שנמצאו בזירה. לצד זאת, המסכת הראייתית בתיק הנוכחי כוללת ראיות נסיבתיות נוספות משני סוגים: עדויות, וראיות חפציות (פורנזיות). קודם שאסכם את המסקנות העובדתיות, אעמוד על כל אחת מהראיות הללו כשלעצמה.

(א) עדויות

24. שלושה אנשים העידו כי פגשו את המערער בשעות שמיד לאחר מות המנוח.

עופר טרומר - עבד כסייר בחברת השמירה בה עבד המנוח. טרומר הגיע לאתר הבנייה בסביבות חצות הלילה, ומצא את השער החשמלי סגור. בעודו עומד מחוץ לשער, הבחין טרומר באדם שלא היה מוכר לו (המערער) ניצב בתוך האתר. המערער נכנס לביתן השמירה, לחץ על המתג ופתח עבור טרומר את השער. טרומר ניגש אל הביתן, ושם ראה את גופת המנוח שוכבת בתוך שלולית דם. טרומר העיד כי כמעט ולא

הצליח לתקשר באופן מילולי עם המערער, אם כי ייתכן שקושי זה נבע מקשיי שפה (המערער איננו דובר עברית) (עמ' 13-6 לפרוטוקול).

אשת המנוח - העידה כי בסביבות 16:00 הודיע לה המנוח טלפנית שהמערער הגיע לבקרו באתר הבנייה. החל מהשעה 21:00 לא הצליחה להשיג את בעלה בטלפון. רק בסביבות השעה 23:00 ענה המערער לצלצול הטלפון, וביקש ממנה להזמין אמבולנס ומשטרה מכיוון שהמנוח מת. היא הגיעה לאתר, ומצאה את גופת המנוח כשלצידה שני בקבוקי וודקה ריקים. באותו מעמד מסר לה המערער שהוא והמנוח ישבו ליד השולחן, וכי בעקבות צפירת מכונית הלך המנוח לשער בעוד המערער נרדם ליד השולחן. כשהתעורר המערער - שמע צלצול טלפון מתוך ביתן השמירה. הוא נכנס לביתן, ושם מצא את גופת המנוח. בהמשך אמר המערער לאשת המנוח: "אני אשאר כאן, אני לא עשיתי כלום, אין לי ממה לפחד" (עמ' 19-18 לפרוטוקול).

בנו של המנוח - העיד כי הגיע לאתר הבנייה בלילה יחד עם אמו, וראה את המערער עומד לצדו של הסייר טרומר. מהשיחה שניהל המערער עם אמו התרשם בנו של המנוח כי המערער "מדבר לעניין" (עמ' 26-25 לפרוטוקול).

בנוסף על עדויות אלו, אשת המערער מסרה בחקירתה במשטרה מיום 1.4.2008 (ת/9) כי ביום הרצח התקשר אליה המנוח בסביבות השעה 19:40. הוא והמערער דיברו ביחד בטלפון, ואמרו שהם "יושבים טוב". האישה מסרה כי היא זיהתה מיד שהשניים היו שתויים.

25. בבית המשפט המחוזי נשמעו שתי עדויות נוספות, שבית המשפט נמנע מלייחס להן משקל של ממש: שוטר שעצר את המערער כמה שעות לאחר הרצח, ועדותו של המערער עצמו. במסגרת הדיונים בפנינו לא ערערו הצדדים על קביעותיו של בית המשפט המחוזי ביחס למשקלן של שתי העדויות. אף נדמה כי אין בכך כדי לשנות מן ההכרעה בתיק. אשר על כן אסתפק באזכור קצר של הדברים.

עדות השוטר - השוטר פגש את המערער שעות בודדות לאחר מציאת גופת המנוח. השוטר מסר בדוח הפעולה (ת/10) כי על המערער היו סימני אלימות רבים, שריטות רבות על ראשו וסימני דם על ידיו ובגדיו, והוא אף נראה שיכור. המערער סיפר לשוטר שלפני מספר שעות הוא שתה וודקה עם המנוח, "ומאז הוא לא זוכר כלום. רק זוכר שחברו נעדר זמן רב... והוא הלך לחפש אותו ומצא אותו שוכב מת בחדר שמירה... וכל החדר היה שבור". המערער הוסיף וסיפר לשוטר שהמנוח היה חברו



הטוב, וכי הוא (המערער) לא יכול היה להרים על המנוח יד. המערער לא ידע להסביר מהיכן הסימנים שעליו, ולא ידע שיש לו סימני אלימות על הראש. בזכרון דברים שנכתב למחרת (ת/11) ציין השוטר כי כאשר שאל את המערער מהיכן סימני האלימות שעליו - הלה מסר שהוא איננו זוכר.

בית המשפט המחוזי קבע כי השוטר גבה את העדות מהמערער ללא אזהרה כדין, מחוץ לתחנת המשטרה וללא תיעוד חזותי כנדרש, ללא אישור קצין משטרה, כשהוא נוקט בפעולות אקטיביות על מנת לקבל גרסה מהמערער. בנסיבות אלו, נקבע כי יש לייחס לעדותו של השוטר משקל אפסי.

26. עדות המערער - כפי שצינתי, המערער מסר במספר הזדמנויות גרסה פחות או יותר עקבית של השתלשלות האירועים.

כך, בחקירתו למחרת הרצח ביום 29.3.2008 (ת/49) סיפר כי שתה וודקה עם המנוח וטייל אתו באתר הבנייה. לאחר מכן ישבו אל השולחן. מבחון צפר רכב, והמנוח הלך לכיוונו. המערער נרדם ליד השולחן, והתעורר לאחר שנפל לארץ. הוא ניגש לביתן, והבחין במנוח שוכב על גבו וסביבו דם. המערער שלל כל מגע פיזי בינו לבין המנוח. בחקירתו ביום 30.3.2008 (ת/53) מסר המערער כי קודם שנרדם נפל מהמדרגות ונפצע בראשו, ותוך כדי שינה נפל פעם נוספת. המערער שלל את האפשרות שכתמי הדם על בגדיו שייכים למנוח, או שיימצאו על המנוח שרידי דמו של המערער. בחקירתו ביום 3.4.2008 (ת/55) אמר המערער כי איננו יודע כיצד להסביר את החבלות המרובות על גופו של המנוח, ואת העובדה שמתחת לציפורני המנוח נמצא דנ"א שלו (של המערער). בחקירתו ביום 23.4.2008 (ת/47ג) הכחיש המערער כי דרך על המנוח, וציין כי אין לו הסבר כיצד נמצא דנ"א של המנוח מתחת לציפורניו (של המערער).

המערער העיד במשפטו, וחזר על עיקרי גרסתו שהובאו לעיל. במסגרת העדות אמר המערער מספר פעמים כי איננו זוכר פרטים שונים מערב הרצח, ואף הכחיש עובדות מסוימות שהוצגו על ידי העדים האחרים והתקבלו כאמינות. כך, למשל, הוא הכחיש שפגש את הסייר טרומר (עמ' 54 לפרוטוקול) ואת השוטר (עמ' 59 לפרוטוקול). בהתבסס על דברים אלו נקבע בבית המשפט המחוזי כי עדות המערער לגבי תיאור השתלשלות העניינים היא חלקית ביותר, וישנו קושי מהותי לסמוך עליה.

(ב) ראיות פורנזיות

27. עיקרי הראיות החפציות בתיק, מלבד השוואת טביעות הנעל (עליהן עמדתי לעיל בהרחבה), הן כדלקמן:

זירת הרצח: השוטר שהגיע לביתן השמירה מצא במקום גופת גבר (הוא המנוח) שכובה על גבה (ת/64). בדוח השוטר נמסר כי בביתן ניכרו סימני אי-סדר, ועל הרצפה היו מושלכים שאריות מזון ושברי צלחות. במספר מוקדים נראו כתמי חומר החשוד כדם. בסמוך לראש הגופה עמדה ארונית, מונחת על שולחן שבו ניכרו סימני שבר טריים. בחדר השירותים הצמוד לביתן נראו מספר כתמי התזה של חומר החשוד כדם, וכן נמצא נייר ניגוב שעליו כתמי חומר החשוד כדם. בדוח פעולה אחר מיום 30.3.2008 (ת/12) נמסר כי בחדר השירותים הנזכר נמצא פאוך', שזוהה כשייך למנוח, ובו היו 3,350 ₪ במזומן.

מצבו הפיזי של המערער: החוקר שפגש את המערער בתחנת המשטרה ביום 29.3.2008 מציין (ת/49) את הפצעים הגלויים על גופו של המערער: חבלות עם דם קרוש יבש בצד הימני של הראש; שריטות טריות על לחי ימין, מאחורי אוזן ימין ובזווית עין ימין; שריטה על לחי שמאל; חבלה טריה על יד שמאל; וסימנים כחולים על יד ימין. אף הסייר טרומר העיד כי למערער היו "סימנים, צלקות וחבורות על הקרקפת, על הראש" (עמ' 8 לפרוטוקול). תיאורים אלו תואמים במידה רבה את תצלומיו של המערער מאותו יום בתחנת המשטרה (ת/5): סימני שריטות או חבלות בידים, בפנים ובצוואר, וכן סימני דם קרוש בחלק האחורי של הגולגולת. יצוין גם כי בבדיקת "ינשוף" שנערכה למערער כמה שעות לאחר מציאת הגופה נמצא שיעור אלכוהול גבוה פי שלושה מהשיעור האוסר נהיגה (ת/67).

ביום 31.3.2008, יומיים לאחר מות המנוח, נבדק המערער על ידי הפתולוג ד"ר זייצב (ת/62). בבדיקה נמצאו פצעים בראש מכוסים בקרישי דם, אשר מתיישבים עם פצעי קרע. כמו כן נמצאו דימומים תת-עוריים ופצעי שפשוף בפנים, במותן ובכף היד הימנית ובזרוע השמאלית. אלו נגרמו מחבלות קהות ישירות (מכה) או בלתי-ישירות (נפילה), כיום-יומיים לפני ביצוע הבדיקה. צוין כי הדימומים בזרוע יכולים להתיישב עם סימני שיניים. נמצאו גם פצעי שריטה בצוואר ובגב, אשר מקורם בחפץ בעל קצה קוצני (למשל: שולי ציפורניים או חוד סכין), ואף הם נגרמו כיום-יומיים לפני ביצוע הבדיקה.

נתיחת הגופה: בדוח הפתולוג, ד"ר ריקרדו נחמן (ת/63), נכתב כי מותו של המנוח נגרם, קרוב לוודאי, מחנק בעקבות לחץ שהופעל על הצוואר. כמו כן נמצאו חבלות קלות ישירות בבית החזה ובבטן, שברים בצלעות, ודימומים נרחבים בחלל הצפק. הפתולוג ציין כי ייתכן שגוף המנוח נמעך בין שני מישורים קשים, למשל כתוצאה מדריכה על הצוואר. הדימומים הסימטריים בפנים יכולים אף הם להתיישב עם לחץ בין שני מישורים נוקשים. בנוסף נמצאו קרישי דם תחת הקרום הקשה, שנגרמו מחבלה קלה ישירה או בלתי ישירה. חלק מהשברים בגופו של המנוח היו ללא דימום, והדבר מתיישב עם נזק שנגרם לאחר המוות או סמוך מאד למוות.

בדיקות דנ"א: בדוח המעבדה (ת/65) נאמר כי מקור הדנ"א מנעלו הימנית של המערער יכול להיות מהמנוח, בשכיחות של אחד ליותר ממיליארד (יובהר כי אין לכך קשר לסוגיית טביעות הנעל ולחוות דעתו של המומחה שור). מקור המרכיב המשני של הדנ"א מציפורני יד שמאל של המנוח יכול להיות מהמערער, בשכיחות של אחד ליותר ממיליארד. בחוות הדעת שצורפה לדוח (ת/65א), וכן בעדותה של כותבת הדוח (עמ' 55-57 לפרוטוקול), הובהר כי השכיחות חושבה ביחס לאוכלוסיה היהודית והערבית בישראל, על אף שהמערער הוא אוקראיני-נוצרי (המנוח היה יהודי). עם זאת הוסבר בעדות כי השכיחות של הפרופיל הגנטי שנמצא היא כה נמוכה, עד שניתן לראות את הדנ"א כממצא כמעט חד-משמעי.

המסקנות העולות מן התשתית העובדתית

28. בתיק זה, אין ראיות ישירות בדבר זהותו של מבצע העבירה. כל שיש בידי התביעה הוא צבר של ראיות נסיבתיות, אשר פורטו בהרחבה לעיל. כמובן, אין בכך כדי לשלול על הסף כל אפשרות להרשעה. אך יש לכך משמעות בקשר לרף הנדרש להרשעה. כפי שנקבע לא אחת בפסיקת בית משפט זה, כאשר מסכת הראיות של התביעה מבוססת על ראיות נסיבתיות - על בית המשפט לבחון כל תרחיש אפשרי שעשוי להתיישב עם הראיות. אם המסקנה האחת והיחידה שעולה מהניתוח היא לרעת הנאשם - יוכל בית המשפט להרשיעו על בסיס ראיות אלו (ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, פסקה 148 (10.11.2011); ע"פ 8704/09 באשה נ' מדינת ישראל, עמ' 44 לחוות דעתי (11.11.2012)). כלל זה כפוף לעיקרון לפיו לא ישא אדם באחריות פלילית אלא אם היא הוכחה מעבר לספק סביר (ראו סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977).

29. כאמור, גרסת התביעה היא שבין המנוח והמערער התפתחה קטטה, ובמהלכה הכה המערער את המנוח וחנוק אותו למוות. המערער, לעומת זאת, טוען כי הוא נרדם על ספסל מחוץ לביתן, וכשהתעורר - מצא את גופת המנוח בתוך הביתן.

האם התיאור המרשיע של התביעה הוא המסקנה הסבירה היחידה המתיישבת עם העובדות, או שטיעוני הסנגוריה מעוררים ספק סביר? לטעמי, האפשרות הראשונה היא הנכונה. נשוב ונזכיר את עיקרי התשתית העובדתית: המערער והמנוח שתו יחדיו כמויות גדולות של אלכוהול בשעת לילה, בעודם שוהים יחדיו באתר הבנייה אשר היה נעול וסגור במחסום חשמלי. מתחת לציפורני המנוח נמצאו שיירי דנ"א של המערער. על גופו של המערער נמצאו חבלות טריות מרובות, שעשויות היו להיגרם משריטה בציפורני אדם. בסמוך לגופת המנוח נמצא סכום של כמה אלפי שקלים, אשר לא נלקחו על ידי מי שביצע את הרצח.

סבורני כי משקלן המצטבר של הראיות הנסיבתיות בתיק זה – אף מבלי לקחת בחשבון את השוואת טביעות הנעל – איננו מותיר ולו ספק סביר בדבר אשמתו של המערער. המסקנה היחידה האפשרית היא שהמערער תקף את המנוח באלימות מרובה, הכה אותו שוב ושוב בכל חלקי גופו וחנוק אותו למוות. כל מסקנה חלופית ממסכת הראיות הנסיבתיות, לרבות המסקנה שהציעה ההגנה, איננה מעוררת ספק סביר ברמה הנדרשת כדי למנוע הרשעה.

באשר לדנ"א של המערער אשר נמצא מתחת לציפורני המנוח, הסנגוריה מעלה שתי הסתייגויות: האחת ברובד הסטטיסטי. על פי טיעון זה, נבדקה רק השכיחות של הפרופיל הגנטי בקרב האוכלוסייה היהודית והערבית, אך לא נבדקה שכיחותו בקרב האוכלוסייה הנוצרית-אוקראינית (אליה כאמור משתייך המערער). ההסתייגות השנייה היא באשר למשמעות הראיה. על פי הסתייגות זו, גם אם הדנ"א הוא אכן של המערער – לא ניתן לשלול את ההסבר לפיו הדנ"א הגיע לציפורני המנוח כאשר האחרון תמך במערער שנפל.

נתייחס להסתייגויות אלו לפי סדרן. באשר להסתייגות הראשונה, מעדותה של כותבת הדו"ח בבית המשפט המחוזי עולה כי אין לכך השפעה על ממש על איכות זיהוי הדנ"א (עמ' 57 לפרוטוקול). זאת בהתחשב בקביעה כי ההסתברות לכך שהדנ"א שייך לאדם אחר (שאיננו המערער) היא אחד ל-4 מיליארד ויותר. כך שעל אף שהמערער משתייך לאוכלוסייה אחרת – "הערכים שהתקבלו כה חזקים" עד שאין בהסתייגות האמורה כדי להשפיע. מעבר לכך, המומחית שהעידה (ד"ר מיה פרוינד) הבהירה כי

בעוד שתחום המומחיות העיקרי שלה הוא ביולוגיה, המומחה לסטטיסטיקה הוא פרופ' מוטרו, ואף ציינה בעדותה כי הסנגוריה יכולה לחקור אותו בעניין. הסנגורית שהופיעה בתיק בית המשפט המחוזי נמנעה מלהזמין את המומחה. בנסיבות אלו, עדותו שבחוות הדעת הכתובה לא נסתרה. זאת גם לנוכח עדותה של המומחית אשר התייחסה להיות המערער נוצרי-אוקראיני. הסנגורים שהופיעו בערעור טענו כי יש לקבל את עמדתם בנושא הדנ"א על הבסיס הסטטיסטי, הואיל וד"ר מוטרו לא הוזמן להעיד. אך טיעון זה לא פועל בהכרח לטובת המערער, אלא לטובת המדינה. לאמור: לאחר שהוגשה חוות הדעת כראיה מטעם התביעה, בהסכמת הסנגוריה, ברי כי היה על הסנגור להזמין לחקירה נגדית. כאשר לרובד השני, שגם אם הדנ"א שייך למערער - בכל מקרה הדנ"א הגיע כאשר המנוח תמך במערער: אפשרות זו נראית דחוקה ובלתי משכנעת, ואף נדחתה בבית המשפט המחוזי. לא הובהר כיצד תנועת יד של תמיכה (מהמנוח לכיוון המערער) תביא להעתקת חומר גנטי אל מתחת לציפורניו של התומך (הוא המנוח).

ההגנה מציעה כאפשרות כי החבלות על גופו של המערער נגרמו כאשר הוא מעד ונפל עקב השתייה המרובה, או כאשר נתקל בברגים שבלטו מהספסל עליו ישב. לטעמי, במצטבר עם ראית הדנ"א ובהתחשב במספר החבלות ובטיבן, מדובר בהסבר דחוק. כאמור, הפתולוג זייצב מצא בראשו של המערער פצעים מכוסים בקרישי דם, אשר מתיישבים עם פצעי קרע; דימומים תת-עוריים ופצעי שפשוף בפנים, במותן ובכף היד הימנית ובזרוע השמאלית; ופצעי שריטה בצוואר ובגב שעשויים היו להיגרם מציפורני אדם. קשה לתלות באופן סביר את כל אלו בנפילת המערער או בהיתקלות בזיז בולט בספסל. אדרבה, המסקנה הסבירה היחידה - גם בהתחשב בראית הדנ"א - היא שהמערער והמנוח היו מעורבים בקטטה אלימה, שבמהלכה הסב המנוח למערער את הפציעות האמורות, ובסופה הרג המערער את המנוח.

יוזכר שוב כי המערער והמנוח שהו יחדיו במתחם מגודר ונעול במחסום חשמלי. במקום לא נמצאו סימני פריצה או גניבה כלשהם (כעולה מעדותו של משה כהן, אשר הגיע לאבטח את אתר הבנייה לאחר מות המנוח, עמ' 28 לפרוטוקול). כספו של המנוח, שהונח בתוך פאוץ', לא נשדד. ההסבר לפיו המערער ישן, ובאותה עת נכנס לאתר הבנייה הנעול אלמוני, הרג את המנוח ממניע לא ברור, יצא מהאתר ונעל אותו מאחוריו מבלי להותיר כל סימן - על רקע הראיות הנוספות איננו מעורר בעיני ספק סביר.

ושוב יודגש: מדובר בראיות נסיבתיות. אין עדות ישירה כי המערער הוא שקטל את המנוח. יש לבחון בקפדנות מהן המסקנות האפשריות העולות מהתשתית

העובדתית. לאחר בחינה כאמור, דעתי היא שהמסקנה האפשרית היחידה - מעבר לכל ספק סביר - היא שהמערער הרג את המנוח.

טענות הגנה נוספות ביחס להרשעה

(א) זכירת האירועים

30. הסנגוריה טוענת כי לא ניתן "להרוג ולשכוח": בית המשפט המחוזי האמין כי המערער דובר אמת, כשאמר כי איננו זוכר שהרג את המנוח. טוענת הסנגוריה כי אין זה סביר שהמערער ישכח שביצע מעשה הרג. מכאן מסיקה הסנגוריה כי יש לזכות את המערער. לשיטתה, כל קביעה אחרת לפיה אדם יכול להרוג ולשכוח - הינה הנחה הדורשת ראיה מדעית, ואיננה נמצאת בידיעתו השיפוטית של בית המשפט.

אין בידי לקבל טענה זו. בית המשפט המחוזי קבע בהקשר זה שלושה ממצאים: ראשית, המערער הרג את המנוח. שנית, המערער היה שיכור בעת שהרג את המנוח (פסקה 35 לפסק הדין העיקרי). שלישית, עדותו של המערער כי הוא איננו זוכר את הריגת המנוח - היא מהימנה (פסקה 24 לפסק הדין העיקרי). בנסיבות המקרה דנא, שלושת הממצאים בהחלט יכולים לדור בכפיפה אחת, וזאת מבלי להיזקק לראיות מדעיות בדבר האפשרות כי אדם ישכח שהרג אדם אחר (ראיות שטיבן אף לא הובהר בטיעוני הסנגוריה). נהפוך הוא: יש היגיון בקביעה העובדתית לפיה מאחר והמערער היה שיכור - הוא באמת ובתמים איננו זוכר את פעולת ההריגה שביצע (לעניין הקשר בין שכרות ושכחה, לרבות בהקשרים של הריגה, ראו: ע"פ 6679/04 סטקלר נ' מדינת ישראל, פסקה 63(ו) (11.5.2006); ע"פ 7164/10 ג'אן נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (1.12.2011)).

(ב) האם ניתן היה לצפות את מות המנוח?

31. טענה נוספת של הסנגוריה מתמקדת ביישום סעיף 34ט(ב) לחוק העונשין. כאמור, בית המשפט המחוזי קבע כי המערער הכניס עצמו במודע למצב של שכרות. בשל כך, קבע בית המשפט כי קמו התנאים להפעלת סעיף 34ט(ב):

"עשה אדם מעשה במצב של שכרות, והוא גרם למצב זה בהתנהגותו הנשלטת ומדעת, רואים אותו כמי שעשה את המעשה במחשבה פלילית אם העבירה היא של התנהגות, או באדישות אם העבירה מותנית גם בתוצאה".

טוענת הסנגוריה כי לא הוכח שהמערער גרם למות המנוח באופן אלים ומכוון. ייתכן כי מותו של המנוח נגרם בתאונה או ברשלנות. למשל, ייתכן שהמנוח - אשר אף הוא שתה

כמות גדולה של אלכוהול - נפל בשל שכרותו לרצפה ונחבט בארונות, והמערער - שאף הוא היה שיכור - נתקל בו ודרך עליו בטעות באופן שהביא למותו.

מאחורי טענת הסנגוריה עומדות שתי הנחות: משפטית, ועובדתית. ההנחה המשפטית מתמקדת בסעיף 34ט(ב) לחוק העונשין. על פי הנחה זו, מטרת הסעיף היא לייחס לנאשם מודעות לתוצאות שהוא היה אמור לצפותן אילו היה פיכח. אולם אין לייחס לנאשם מודעות לתוצאות שאדם פיכח מן היישוב לא היה צופה. ההנחה העובדתית היא, שגם אילו היה המערער בתיק דנא פיכח - הוא לא יכול היה לצפות שמעשיו יגרמו למות המנוח. שילוב שתי ההנחות - המשפטית והעובדתית - הביא את הסנגוריה בענייננו לטעון כי אין להחיל על המערער את הוראות סעיף 34ט(ב).

ההנחה המשפטית שעומדת בבסיס טיעוני הסנגוריה הועלתה בעבר בפני בית משפט זה, ונותרה בצריך עיון (ע"פ 7000/10 אלפידל נ' מדינת ישראל, פסקה 26 לפסק דינו של השופט שוהם (25.10.2012)). ברם נראה כי בתיק שלפנינו אין צורך להידרש לכך. זאת משום שההנחה העובדתית של הסנגוריה, כאילו אדם פיכח לא יכול היה לצפות שמעשיו יגרמו למות המנוח, איננה יכולה לעמוד. כאמור, מעדות הפתולוג עולה כי המנוח ספג חבטות חוזרות ונשנות, לרבות דריכה בכוח על צווארו שגרמה לחנק קטלני. סימני אלימות רבים נמצאו בכל חלקי גופו של המנוח - בשפתיים, בלחי ובעפעפיים, בכתפיים ובזרועות, בבית החזה ובבטן. למנוח נגרמו שברים מרובים בצלעות, ודימומים נרחבים בחלל הצפק ובגולגולת. המסקנה המתבקשת, אליה אף הגיע בית המשפט המחוזי, היא כי מותו של המנוח נגרם במהלך קטטה אלימה ביותר שכללה חניקה והכאה חוזרת ונשנית במקומות רגישים. בנסיבות אלו, נדמה כי אין לקבל את ההנחה העובדתית עליה נשענת טענת הסנגוריה. במילים אחרות, אדם פיכח היה יכול ללא ספק סביר לצפות כי פעולות אלימות ומרובות כאלו יביאו למותו של המנוח. לפיכך סבורני כי צדק בית המשפט המחוזי כאשר קבע שיש להחיל בענייננו את סעיף 34ט(ב), וזאת מבלי שאדרש כלל לשאלה המשפטית העקרונית שהוצגה.

ג) האם המערער היה מודע לכך שהוא משתכר?

32. טענה אחרת של הסנגוריה נוגעת אף היא ל"הגנת השכרות". מלשונו של סעיף 34ט(ב) עולה כי על הנאשם להכניס עצמו "בהתנהגותו הנשלטת ומדעת" למצב של שכרות. טענת הסנגוריה כי לא הוכח שהמערער, במקרה דנא, הכניס עצמו במודע למצב של שכרות.

אין לקבל את הטענה. בית המשפט המחוזי קבע כממצא עובדתי כי "אין חולק שהנאשם הכניס עצמו בהתנהגותו הנשלטת ומדעת למצב של שכרות". מסקנה זו אף מבוססת היטב בחומר הראיות: המערער והמנוח שתו יחדיו שני בקבוקי וודקה. בבדיקה שנערכה למערער זמן קצר לאחר מציאת הגופה התגלה שיעור גבוה ביותר של אלכוהול. נראה שאין מחלוקת אודות ממצאים אלו. קשה לקבל טענה לפיה אדם שמערה אל קרבו מרצון, בפרק זמן קצר, כמות כה גדולה של אלכוהול - לא היה מודע לאפשרות שישקע בשכרות.

סיכום הערעור על הכרעת הדין

33. על רקע הממצאים העובדתיים שנקבעו, הייתי דוחה את הערעור על הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי ומותיר על כנה את הרשעת המערער בעבירת הריגה. כפי שהוסבר, כדי להגיע למסקנה זו אין צורך להעניק משקל לראייה שעניינה השוואת טביעות הנעל. די בראיות הנסיבתיות האחרות שהוצגו, ולא עומדות למערער טענות ההגנה השונות שהעלה.

ערעור על גזר הדין

34. כאמור, על המערער נגזרו 12 שנות מאסר בפועל. הסנגוריה סבורה כי יש להקל בעונשו של המערער באופן משמעותי. הדגש הוא על כך שהמערער לא הבין כלל את מעשיו בשעה שהרג את המנוח. לשיטת הסנגוריה, סעיף 34ט(ב) הוא פיקציה משפטית שמחמירה עם הנאשם, ובהעדרה - הרי שהוא חסר מחשבה פלילית. לכן יש לקחת בחשבון את שכרותו כנסיבה מקלה, בעת שקלול גזר הדין.

35. במבט ראשון, נראה כי יש משקל מסוים לטענת הסנגוריה: לולא קבע המחוקק את סעיף 34ט(ב) לחוק העונשין, היה עלול להיווצר קושי של ממש להרשיע שיכור בעבירה הדורשת מחשבה פלילית. ברם לאמתו של דבר, אין בכך כדי להצדיק הקלה בגזר דינו של המערער במקרה דנא.

אדם המצוי במצב של שכרות מלאה, משולל - מעצם הגדרתו ככזה - מחשבה פלילית. מכאן מובן הקושי בהרשעתו בעבירה הדורשת יסוד נפשי של מחשבה פלילית. אך בד בבד קיים גם קושי לשחרר אדם כזה מכל אחריות למעשיו, בוודאי כאשר הוא הכניס עצמו לשכרות "בהתנהגותו הנשלטת ומדעת". אדם ששלל מעצמו ביודעין את יכולת השליטה העצמית - יצר מצב מסוכן במיוחד. הוא ביטל במו-ידיו את יכולתו לנווט את מעשיו ופעולותיו, והריהו כספינה שאבד לה קברניטה. מתח זה, כך נראה, בין העדר היסוד הנפשי לבין הסכנה שבכניסה מודעת למצב שכרות - הוא שהביא את



המחוקק לקבוע את האיוון שמעוגן כיום בסעיף 34ט(ב) לחוק העונשין (ובעבר בסעיף 20 לחוק), ואשר מכוחו הורשע המערער (השוו: מרים גור אריה "שכרות בדיני עונשין" משפטים יג 183 (1984); מרים גור אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992" משפטים כד 9, 56-60 (1994); מרדכי קרמניצר "עקרון האשמה" מחקרי משפט יב 109, 117-120 (1995); והשוו לגישת המשפט העברי, שתמציתה היא כי שיכור כלוט ("לא ידע בשכבה ובקומה" – בראשית כ, לה) פטור מאחריות (תלמוד בבלי, עירובין סה, א), אך חכמינו לא השלימו עם תוצאה זו כדי שהחוטא לא יצא נשכר והציעו כי השיכור יקבל עונשים אחרים - למשל שו"ת הראב"י אב"ד, סימן קמט; המהרש"ל בים של שלמה, בבא קמא ג, ג).

עולה מכאן כי ההסדר שקבע המחוקק איננו אך פיקציה משפטית שרירותית, שבמהותה מחמירה עם נאשמים. מדובר בפיתרון מאוזן לסוגיית האחריות השיכור, אשר מעוררת כאמור קשיים אנליטיים ומעשיים. כך או כך, זו עמדת המחוקק. אין מקום לשלול אותה, אלא יש לכבדה וליישמה. על הרקע הזה, צדק בית המשפט המחוזי משקבע כי שכרותו של המערער איננה מהווה שיקול לקולא.

יתירה מכך: כפי שנקבע בפסיקה, שכרות איננה נסיבה מקלה, "אלא נסיבה הצובעת בגוון עז יותר את אשמה של המערער. יין (במידה) ישמח לבב אנוש, אך וודקה (שלא במידה) היא שורש פורה לענה וראש. האלכוהול משחרר מעצורים, מרופף עכבות ומשבש את שיקול הדעת. לא בכדי שומעים אנו לעיתים קרובות על פלוני שדקר אלמוני בהיותו תחת השפעת אלכוהול, ומן המפורסמות כי המפגש של תת-תרבות הסכין עם תת-תרבות השתייה לשכרה עשוי להיות קטלני. אך לא רק בכך מסתכמת סכנת השתייה לשכרה. מי שנותן בכוס עינו ושותה מעבר למידה, נוטל על עצמו סיכון שעולמו יתהפך עליו בשנייה, שנייה אחת בגינה יתיסרו הוא ואחרים משך שנים רבות... אם שותים לא מחזיקים בכלי נשק קר או חם. אם שותים לא מסתבכים בתגרות. אם שותים נמצאים תחת השגחה ופיקוח של חברים קרובים. וכשלעצמי, אני סבור כי הנכון הוא 'אם שותים אין משתכרים' ובכך נמנעים מהסכנה" (ע"פ 6656/08 חביבולין נ' מדינת ישראל (6.1.2010)). וכן: "השכרות אינה מהווה הגנה... דברים אלה יפים לא רק במישור האחריות הפלילית, כי אם גם בכל שאמור בענישת עברייני שהיה נתון להשפעת אלכוהול" (ע"פ 9356/09 פלוני נ' מדינת ישראל (24.10.2010)). ובהקשר אחר נכתב: "לא מצאנו פגם בכך שבית המשפט קמא לא מצא שיש בעובדת שכרותו של המערער כדי להקל בעונשו עוד" (ע"פ 1641/02 אוסלן נ' מדינת ישראל (3.10.2006)). ולאחרונה אף נפסק: "יקשה על מערער להיבנות מהטיעון שהוא ביצע

את מעשה האלימות במצב של שכרות כעילה להקלה בעונשו" (ע"פ 6186/12 קסטה נ' מדינת ישראל (17.2.2013)).

בענייננו לא ניתן להתעלם מכך שקופחו חיי אדם. כאן מוצג במלוא חריפותו המתח בין הכנסת אדם למצב שכרות, אשר מוגדר בחוק כמצב בו השיכור "חסר יכולת של ממש, בשעת המעשה, להבין את אשר עשה או את הפסול שבמעשהו, או להימנע מעשיית המעשה" (סעיף 34ט(ד) לחוק), לבין התוצאה שגרם השיכור כמו ידיו. אחריותו נובעת מכך שהוא בחר להכניס את עצמו למצב בו מודעותו עלולה להיות מופחתת. קשה לחברה להשלים עם מקרים כאלו, ובוודאי שאין להגיע לתוצאה של חוסר אחריות או אפילו הקלה. בהתחשב במכלול נסיבות העניין, כפי שנותחו על ידי בית המשפט המחוזי, ולרבות הנסיבות המקלות (כגון גילו המבוגר של המערער ועברו הנקי) - העונש איננו חמור במידה שמצדיקה את התערבות בית משפט זה.

סוף דבר

36. לנוכח האמור הייתי מציע לחבריי לדחות את הערעור על שני חלקיו – הן כנגד הכרעת הדין והן כנגד גזר הדין.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

מסכים אני לתוצאה אליה הגיע חברי השופט נ' הנדל בחוות דעתו המקיפה והמלומדת בגדרה לא הותיר אבן שלא הפכה.

בכל הנוגע לתיק הקונקרטי סבור אני, כמו השופט הנדל ומטעמיו, כי קיימת תשתית ראייתית מספקת להרשעת המערער אף מבלי להיזקק לראיה הנוגעת לטביעת הנעל. אף באשר לערעור כנגד גזר הדין של בית המשפט המחוזי, אף אני סבור כי לא קמה עילה להתערבותנו בעונש שהושת על המערער.

באשר לשאלה העקרונית בדבר קבילותה של טביעת נעל כראיה במשפט ואופן קביעת משקלה;

במישור הקבילות; כמו השופט הנדל אף אני סבור כי לעת הזו אין מקום לקבוע באופן גורף שטביעת נעל לא יכולה להיחשב כראיה קבילה במשפט. קביעה זו של השופט הנדל עולה בקנה אחד עם המגמה שעניינה מעבר מקבילות למשקל [ראו למשל: בג"ץ 6319/95, רע"פ 6836/95 חכמי נ' שופטת בית-משפט השלום בתל-אביב-יפו, פ"ד נא(3) 750, 760 (1997)]. אכן, בתיק שלפנינו הסנגוריה לא הצליחה לבסס טענתה כי מדובר בראיה שאינה מדעית. זאת ועוד, בתי משפט בעולם, כפי שעמד על כך השופט הנדל, נוטים לקבלה כראיה במשפט ולהתייחס אליה כאל ראיה פורנונית. ודוק, כפי שציין השופט הנדל, אין מניעה כי עם שינוי העיתים ניתן יהיה לשוב ולבחון את שאלת קבילותה של טביעת נעל כראיה במשפט במסגרת תיקים פרטניים אחרים. קרי, אין בהכרעתנו כאן כדי להוות סוף פסוק בשאלת הקבילות.

במישור המשקל; מושכלות יסוד הן כי עצם העובדה שראיה עברה את "מחסום" הקבילות, אין בה כשלעצמה כדי להכשיר את הראיה כ"אבן בניין" בהרשעת הנאשם. קבילות לחוד ומשקל לחוד. לא בכדי החל השופט הנדל את מסעו בהוראת סעיף 20 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971. סעיף זה כאמור מתנה את קבלת חוות הדעת מטעם המומחה כראיה במשפט בכך שבית המשפט ישתכנע כי חוות הדעת לא תגרום לנאשם ל"עיוות דין". רוצה לומר, מתן משקל מספק לטביעת נעל באופן שיש בו כדי לבסס הרשעה, צריך לעלות בקנה אחד עם איון החשש לעיוות דין. השופט הנדל עמד בחוות דעתו על הקשיים הבלתי מבוטלים הנוגעים למתן משקל לטביעת נעל לצורך ביסוס הרשעה. קשיים אלו מחייבים נקיטת אמות מידה מוקפדות לצורך קביעת משקלה של הראיה. באמות מידה אלה יהיה כדי לספק ערובה למימוש זכותו של נאשם

להליך הוגן, כך שחוות דעת הנוגעת לטביעת נעל שאינה עומדת ב"מסננת" האמורה לא תוכל לשמש לביסוס הרשעה.

במקום אחר התייחסתי לכך שלטעמי יש להעדיף הרשעה המבוססת על ראיות חפציות על פני הודעות ועדויות מפי עדים בשר ודם, בשל ההטיות והחולשות הנוגעות לזיכרון ולטבע האנושי [ראו למשל: ע"פ 10049/08 אבו עזא נ' מדינת ישראל (23.8.2012), פסקה 93]. אכן, טביעת נעל, המוגשת כראיה במשפט באמצעות חוות דעת מתאימה, היא ראיה חפצית. ודוק, עליה להיות אובייקטיבית. אובייקטיביות זו תתאפשר אך ורק אם תעמוד חוות הדעת במבחנים ברורים עליהם עמד השופט הנדל.

אשר על כן, אני מצטרף לאמור בחוות דעתו של השופט הנדל.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, ל' בכסלו התשע"ד (3.12.2013).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט