

מ"נ 390/19 - אדריאן שורץ נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

מ"נ 390/19

כבוד השופט נ' הנדל

לפני:

אדrian שורץ

ה牒:

נגד

מדינת ישראל

המשיבה:

בקשה למשפט חוזר

עו"ד דוד ברהום

בשם המ牒:

עו"ד יוסף (ג'ואי) אש

בשם המשיבה:

**החלטה**

monicat לפני בקשה להורות על קיומם משפט חוזרני לפי סעיף 31 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: "חוק בתי המשפט") בעניינו של המ牒, אשר הורשע במשפט הראשון ובמשפט החזר בעיריה איןוס לפי סעיף 345(ב)(1) לחוק העונשין התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין").

תמצית הרקע העובדתית

1. בשנת 1992 הורשע המ牒, בין היתר, בביצוע מעשה איןוס בילדת בת כ-5.5 במרחף בניין בירושלים (ת"פ (מחוזי ת"א) 170/91 מדינת ישראל נ' שורץ (27.1.1992)) (להלן: "המשפט הראשון"). בעקבות ערעור על פסק הדין במשפט הראשון זוכה המ牒 ממשום נסף, והרשעתו נותרה על כנה רק בגין מעשה איןוס זה. עונשו של המ牒 הועמד על עשרים שנות מאסר שהחלו להימנות מיום מעצרו (ע"פ 1301/92 מדינת ישראל נ' שורץ, פ"ד (5) 749 (1997)). בקשה לדין נוספת שהוגשה על פסק הדין בערעור נדחתה על ידי הנשיא א' ברק (דנ"פ 844/97 אדריאן

עמוד 1

שופץ נ' מדינת ישראל (8.7.1997).

שלוש שנים לאחר מכן, הגיש המבוקש לבית משפט זה בקשה לקבלת מוצגי החקירה אשר ניתן להפיק מהם ממצאים גנטיים. מדובר ב מבחנות המכילות חומר החשוד כדם שנלקח מאיבר מינית של הילדה; וחומר שנמצא בכתמים של תחתונה וחצאייה של הילדה; וחומר שנמצא בכתמים שעל המזון והشمיכת בזירת האונס. לנוכח הסכמת המדינה שהותנהה בכך שה מבוקש יסכים לחתת דגימה מدمו, החליט השופט מ' חסין להיעתר לבקשה, והמוצגים הועברו לבדיקות דן"א במכון לרפואה משפטית (בש"פ 00/1781 שופץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 293 (2001)). ביום 21.11.2001 הומצאה לצדדים חוות-דעת שנערכה על-ידי ד"ר מיה פרוינד מהמכון לרפואה משפטית (להלן: ד"ר פרוינד), לפיה ב-13 המוצגים שנבדקו אותר פרופיל גנטי אחד שמקורה בלבדה, ואין יכול להיות במבחן.

ביום 16.6.2004, ובהתאם לדרישת המבוקש, הורה השופט מ' חasin למדינה לבדוק שלושה מוצגים נוספים: מטוש וגינלי, מזרן וشمיכת שנמצאו בזירת האונס. ביום 21.10.2004, נמסרה חוות-דעתה של ד"ר מיה פרוינד לגבי בדיקות הדן"א הנוספות, ממנה עלה כי מן המטוש והגינלי אותר פרופיל גנטי של הילדה בלבד, וכן המזרן והشمיכת התקבלה תערובת שמקורה בשני פרטים לפחות, הנראים כאמור נקבי וזכרי, כאשר צוין כי המבוקש "איןנו יכול להיות אחד המקורות לתרבות זו" (להלן: חוות-הදעת הראשונה של ד"ר פרוינד).

#### הבקשה למשפט חוזר

לנוכח מציאות של ד"ר פרוינד הגיש המבוקש לבית משפט זה בקשה למשפט חוזר (מ"ח 9974/04 שופץ נ' מדינת ישראל (5.9.2005)). במסגרת הבקשה, נטען כי חוות-דעתה הראשונה של ד"ר פרוינד הינה בבחינת ראייה מדעית חדשה, אשר יש בכוחה לשנות את תוצאות המשפט לטובתו. נטען, כי ממצאי בדיקות הדן"א מעוררים את התשתיית הראייתית עליה בסיסו הערכאות הקודמות את הרשותו של המבוקש, ומצביע על כך אדם אחר, בלתי ידוע, הוא שביצע את עבירות האונס.

בהמשך, ולנוכח סתייה שנמצאה בין מסקנות חוות-הදעת הראשונה לבין הרישומים בניירות העבודה ובטיוטה קודמת של חוות-דעת זו, נתבקשה ד"ר פרוינד להסביר את הסתיירה. ביום 22.11.2004, הגישה ד"ר פרוינד חוות-דעת מתוקנת בה ציינה כי שגתה בניסוח חוות-דעתה הראשונה. הובהר, כי הקביעה לפיה המבוקש "איןנו יכול להיות אחד המקורות לתרבות זו" יסודה בנסיבות מוגעה, ולמעשה נכון לומר כי "לא ניתן לחייב או לשולל את אדריאן שורץ כמקור לתרבות זו" (להלן: חוות-הදעת המתוקנת של ד"ר פרוינד). ד"ר פרוינד הסבירה כי השגגה נבעה מרצתונה לנתקות משנה זהירות, שכן חששה שאמירה שונה תתרחש�� בקביעה מוחלטת לפיה המבוקש הוא התורם לתרבות.

ביום 20.4.2005, הגיש המבוקש מטעמו חוות-דעת של פרופ' אדם פרידמן וד"ר אהוד ליפקין (להלן: פרופ' פרידמן וד"ר ליפקין או המומחים מטעם המבוקש). במסגרת חוות-דעתם, חילקו המומחים מטעם המבוקש על מסקנות חוות-הදעת המתוקנת של ד"ר פרוינד בשני היבטים. לשיטתם, מן המזרן ומהشمיכת לא ניתן כלל להזות פרופיל גנטי השיר למבחן. לעומת המומחים מטעם המבוקש כי ניתן להזות פרופיל גנטי אשר שיר לזכור אחר שאיןנו המבוקש בשני מוצגים שניתלו מהכתמים שעל השמיכת בזירת האונס. המשיבה מצדה התנגדה לקיומו של משפט חוזר, ותמכה את עמדתה בחוות-דעת משותפת ומסכמת מיום 14.7.2005, מטעם ד"ר פרוינד וד"ר רון גפני, ראש המעבדה הביוולוגית בمز"פ (להלן: ד"ר גפני). בחוות-דעת זו צוין כי המומחים מטעם המבוקש שגו הן באופן ניתוח הנתונים והן

בהתאם למסקנות.

בסופה של דבר החלטת השופט א' לוי קיבל את הבקשה למשפט חוזר (מ"ח 9974/04 נ' מדינת ישראל(5.9.2005)). נקבע כי אף על פי שראיות הדן"א לא היו הראות המרכזיות בהרשעתו של המבוקש, מדובר בראיות בעלות חשיבות, באופן שאם תתקבלנה כמהימנותן עשוות "לשנות את תוכנת המשפט לטובת הנידון". צוין, כי הסמכות להכריע בין עדויות המומחים הסותרות, כמו גם לקבע את מהימנותן ומשקלן של חוות-דעת מדעית – נתונה לערכאה הדינית בלבד. יעיר כי בסיום דבריו, התיחס השופט א' לוי לרובן העבירה, ואמר:

"מצב זה, כל שנוטר לי ל��ות הוא, כי בא-כח המבוקש ישארו נאמנים להצהרתם לפיה לא תידרש העדתה החזרת של קרובן העבירה, הן משום שעובדת תקיפהה אינה שנייה בחלוקת והן משום שגם בא-כח המבוקש הבירור שאים מפרקקים ומהימנותה, וכל חשם מצטמצם לאפשרות של טעות בזיהוי, אפשרות המתבססת על הממצאים הביולוגיים החדשניים בלבד"

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

יצוין, כי לאחר שבית משפט זה הורה על ערכית משפט חוזר, נשלחו גזירים מן השמיכה והמזן למעבדת שבטקסס אריה"ב לבדיקות נוספת (להלן: מעבדת אורCID). Orchid Cellmark

### פסק דין של בית המשפט המחוזי במשפט החזר

3. השאלה המרכזית שעמדה להכרעה במשפט החזר הייתה האם יש במצאי בדיקות הדן"א כדי לעורר ספק סביר מול מכלול הראות לחובתו של המבוקש.

במסגרת פסק הדין עמד בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטימב' אופיר-תום, אב"ד - סג"נ; מא סוקולוב-וי' שנלר). על הראות שהובילו להרשעתו המקורי של המבוקש, ובכלל זה, על הודעות שמסרה הילדה בפני חוקר הילדים; זיהוי מידי ונחרץ של תמונה המבוקש על-ידי הילדה מסדר זיהוי תמונות, וזיהוי ארנקו של המבוקש מסדר זיהוי ארנקים; וסירובו של המבוקש – במהלך המשפט הראשון ובמהלך הערעור על פסק הדין במשפט הראשון – ליתן דגימה מודמו, או לעומת בסדר זיהוי, בטענה כי אינו רוחש אמון לרשות החקירה.

אשר לראות המדיעות אשר היו את סלע המחלוקת במשפט החזר, התמקד בית המשפט המחוזי בתוצאות בדיקות הדן"א (בדיקות-STR אשר בוצעו, כאמור, במהלך החודשים אוגוסט – אוקטובר 2004) של השמיכה והמזן. בית המשפט המחוזי החליט שלא לדון בתוצאות בדיקות הדן"א שמקורן במטוש הוגינלי, משום שההתאם חוות-דעתה של ד"ר פרוינד, תוצאות אלה הניבו פרופיל גנטי של הילדה בלבד. המבוקש זנה את חוות-דעת של פרופ' פרידמן וד"ר

ליפקין, והגיש מטעמו חוות-דעת של ד"ר נועה דיון, מומחית בגנטיקה של צמחים ואוכלוסיות (להלן: ד"ר דיון); ושל פרופ' ארתוור איזנברג מהמחלקה לזרחי פטולוג של אוניברסיטת טקסס (להלן: פרופ' איזנברג). מומחי המשפט כללו את ד"ר פרוינד; ד"ר גפני; ד"ר אדריאן לינקר מבריטניה; וד"ר ריק סטאוב העומד בראש מעבדת אורcid שבטקסס.

לאחר ניתוח מפורט ועמוק של ממצאי הבדיקה ומסקנות המומחים, החליט בית המשפט המחויז לדוחות את כל טענות המבוקש, אחת לאחרת, וקבע כי תוצאות הבדיקה לא בטאו מסקנה חד משמעית בעלת השלה ברורה על כלל הריאות בתיק. ציין, בהקשר זה, כי השמיכה והמזן הוחזקו זמן רב "ברשות הרבים" ולא ניתן לדעת מי הותיר חותמו עליהם; הגזרים מתוך השמיכה והמזן היכלו תערובת שהמרכיב העיקרי הוא הילדה, שהאפיל על יתר מרכיביה; וחולף הזמן נתן אותותו במקטעי הדנו"א שהतפרק בחלקו עם השנים.

בית המשפט המחויז הגיע לכל מסקנה כי מריאות הדנו"א "לא ניתן לחיב וללא ניתן לשולח את הנאשם", אך שאין במסקנה זו כדי לעורר ספק סביר בזכותו של המבוקש לנוכח המארג הריאיתי הנזקף לחובתו. בסופה של דבר, הוחלט להרשיע את המבוקש גם במשפט החוזר בעבירות האינוס והוטל עליו עונש מאסר לתקופה של עשרים שנה.

על פסק-דיןו של בית המשפט המחויז במשפט החוזר הגיע המבוקש ערעור לבית משפט זה (ע"פ 2459/09 אדריאן שוורץ נ' מדינת ישראל (20.7.2015)).

#### פסק הדין בערעור על פסק הדין במשפט החוזר

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

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

הריאות המדיעות עליהן ביסס המערער את ערעורו רצופות בתוצאות שאין חד משמעיות ומובילות ברובן לקביעה כי לא ניתן לשולח או לחיב את המערער. לצד זאת, הסבירות הגבוהה לזרחי פרופיל גנטי של יותר מ-2 גברים בדימות מלמדנו כי אף זרוי דין"א של גבר זר בבדיקותינו מוביל למסקנה כי גבר זר הוא שאנס את הילדה, ואני בהכרח יוצר ספק סביר בתשתיית הריאיתית הענפה כנגד המערער.

בשורה התחתונה, הריאות המדיעות כשלעצמה, אין מובילות להרשעתו של המערער, אולם לא זו השאלה שעמדה על הפרק. המחלוקת המרכזית בעניינו התמקדה בסוגיות בדיקות הדנו"א מזרת האונס ובשאלת אם יש בנסיבותיו כדי להעמיד ספק סביר למול התשתיית הריאיתית אשר הובילה להרשעתו של המערער בערכאות הקודמות – והתשובה על כך היא שלילית. נוכח התשתיית הריאיתית הענפה לחובתו המערער, ניתן שאמנם לצרף את תוצאות בדיקות הדנו"א כראיה נוספת לחובתו של המערער, אף איננו נדרש לכך" (פסקה 62 חוות דעתו של השופט י' עמית).

בהתנתק האמור, החליט בית משפט זה לדוחות את ערעורו של המבוקש על פסק הדין במשפט החוזר.

בהמשך, נדחתה בקשה לדין נוסף על ידי הנשיאה מ' נאור (דנ"פ 5306/15 אדריאן שורץ נ' מדינת ישראל (6.9.2015)). הנשיאה מ' נארהדגישה כי טענותה המבוקש, הנקראת "טענות ערעוריות באופומובהק", וכי בקשה לדין נוספת אינה מקומת לבחרינתראות, שכן לכרגע עד המשפט החוזר.

עתה מונחת לפניי בקשה למשפט חוזר שני.

הבקשת למשפט חוזר שני

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

בפתח דבריו, ציין המבוקש כי לאחר שניתן פסק הדין בערעור על פסק הדין במשפט החוזר, הוא פנה למכוון לרפואה משפטית בבקשת לקבל את "הדיםקים של תוכנת המחשב מבדיות הדן" שנערכו בשנת 2004 ואת הצלומים של הבדיקות משנת 2001 לפי השיטה שהיא אז". בתחילת שנת 2018, נמסר למבוקש דיסק כולל את תוצאות בדיקות הדן"א שנערכו בשנת 2004. חומר זה הועבר לידי ד"ר יורם פלוצקי – מומחה לגנטיקה (להלן: ד"ר פלוצקי או המומחה), וביום 31.12.2018, לאחר בדיקה, נמסרה חוות-דעתו של ד"ר פלוצקי, אשר צורפה לבקשת למשפט חוזר שני (להלן: חוות-הදעת של ד"ר פלוצקי). על-פי חוות-דעתו של ד"ר פלוצקי, עולה כי בדימה שנלקחה מאיבר מינה של הילדה, קרי: מן המטופש הוגנלי, נמצא מספר אללים זרים שאינם שייכים לא למבוקש ולא לילדה, וכי אותם אללים מצויים גם בשמייה ובمزון.

לטענת המבוקש, חוות-הදעת של ד"ר פלוצקי מהווה ראיית דין"א מדעית בעלת "כוח ראייתי מוחלט". המבוקש טוען כי מחוות-דעת זו ניתן ללמוד כי אדם אחר, שאינו המבוקש, ביצע את העבירה. המבוקש חוזר והציג כי מדובר במספר אללים זרים, להבדיל מאלל זר אחד; וכי קיימת התאמה בין האללים הזרים שנמצאו במטופש הוגנלי לבין האללים הזרים שנמצאו בשמייה ובמזון – דבר המעיד על כך כי אדם אחר אنس את הילדה. על כן, סבור המבוקש כי מדובר בראיה אשר עשויה לשנות את תוצאות המשפט לטובתו.

עוד טוען המבוקש, כי דין הבקשת למשפט חוזר שני להתקבל, גם בשל עיוות הדין שנגרם לו. זאת, לנוכח "כשל טכני" אשר הוביל לכך שחומר הראיות ביחס לאללים שנמצאו במטופש הוגנלי הוסתר ממנו ולא הונח בפני הערכאות הקודמות. במלים אחרות, טוען כי לא התקיים כל דין לגוף של עניין ביחס לאללים הזרים שנמצאו במטופש הוגנלי, שכן הם לא נכללו בחוות-הදעת של ד"ר פרוינד, אף על פי שאלהם אלה היו מצויים בתוצאות הבדיקות שייצאו תחת יديו. עוד טוען המבוקש כי הוא לא יודע, ואף לא יכול היה לדעת אודות האללים הזרים שנמצאו באיבר מינה של הילדה. על רקע התנהלות המדינה, הסתרת הממצאים, והיעדר כל התייחסות אליהם הן בחוות-דעתה של ד"ר פרוינד, והן בעודותה בבית המשפט – כך לשיטתו של המבוקש – עומדת לו בנוסף טענת הגנה מן הצדקה.

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

בהתייחס לחוות-הදעת של ד"ר פלוצקי, הדגישה המשיבה כי חוות-דעת זו נעדרת כל משקל סגול, ואין בה כדי לבסס קיומו של פרופיל גנטי אשר אינו של הילדה במתуш הוגנלי. נטען, בהקשר זה, כי בחוות-הදעת של ד"ר פלוצקי קיימת הסתייגות של המומחה עצמה, אשר שומרת את הבסיס המדעי של חוות-הදעת, שכן ד"ר פלוצקי איתר פיקים, מבלי חוות דעת בשאלת האם אלו משקפים אללים אמיתיים. לגשת המשיבה, מימוננות החוקר הפורנדי אינה בקשריה נתונים טכניים אשר פולטת מכונה כלשהי, אלא בעקבותן לכדי מסקנות תוך הפעלת שיקול דעת מנקודת מבטו. העבירה המשיבה את חוות-הදעת של ד"ר פלוצקי להתייחסותה של ד"ר נורית בובליל, מנהלת המעבדה במכוון לרפואה משפטית (להלן: ד"ר בובליל), אשר בהירה, בין היתר, בתגובהה כי לא ניתן לנתח פרופיל גנטי מבלי להפעיל שיקול דעת.

למעלה מן הצורך, הוסיפה המדינה וטענה כי אף אם היה מתגלה במתуш הוגנלי פרופיל גנטי נוסף שייר לילדתו או למבוקש – הרוי שבහינתן התנהלותו של המבוקש, אין בכך כדי להוות ראייה מזכה בנסיבות העניין, או לחילופין, כדי להורות על קיומו של משפט חוזר נוסף. עוד הודges, כי בשלב הבקשה למשפט חוזר, במשפט החוזר עצמו ובדין בערעור על פסק הדין במשפט החוזר, לא הוביל המבוקש להתמקד בנושא זה. המבוקש בחר להעלות את הטענה – לפיה במתуш הוגנלי נמצאו אללים זרים שאינם מתאימים לפרופיל שלו (אללים 9 ו-11) – רק במסגרת השלמת טיעון בכתב שהוגשה על-ידי ביום 9.4.2014, לאחר הדיון בערעור על פסק הדין במשפט החוזר. מדובר, כך לטענת המשיבה, בסוגיה אשר לא נדונה בהכרעת הדיון ולא ניתן לומר מומחים להתייחס אליה.

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

#### תשובה המבוקש לתגובה המדינה

7. לטענת המבוקש, אין לקבל את תגובתה של ד"ר בובליל, שכן ד"ר פלוצקי בדק בעצמו את התוצרים הגולמיים, בניגוד לד"ר בובליל אשר "לא נתנה חוות דעת משלה". נטען, כי הון המשיב והן ד"ר בובליל מתעלמות מן האללים האmittים הזרים שנמצאו באיבר מינה של הילדה שהם אף מעלה לרף של 75RFU (אלל 9 שזוהה בעוצמה 82; אלל 9.2 שזוהה בעוצמה 77; ואלל 14 שזוהה בעוצמה של 232). לעמדת המבוקש, די באלהים אלו כדי להורות על קיומו של משפט חוזר. עוד במסגרת תשובתו מעלה המבוקש השגות נגד סף הקריאה (רף המגדיר פיק כאלל אמיתי) שנקבע

בעניינו של המבוקש על-ידי ד"ר פרוינד, קרי: 75RFU, ולגישתו יש להגדיר את הרף בהתאם להגדרות התוכנה כפי שנקבע על-ידי ד"ר פלוצקי, קרי: 50RFU. המבוקש מפנה לתיק אחר בו עשתה ד"ר פרוינד שימוש בסוף קרייה נמו"מ-75RFU. עוד טוען המבוקש כי בקביעת נתוני האללים המומוחים מטעם המדינה הتعلמו מהוראות התקן הבינלאומיות של יצרן התוכנה אלא דבקו בסוף שUMBOSSE על שיקול דעתם בלבד. לעומת זאת, ד"ר פלוצקי "נתן לתוכנה ' לדברי'".

בהמשך תשובהו, חזר המבוקש על הטענה כי הראיות שהוגשו על-ידי כעת הן חדשות, שכן הערכאה הדינית כמו גם ערכאת הערעור לא דנו במצבים שהופקו מן המטוש הוגנלי. מכאן, כך לשיטתו, מדובר בפעם הראשונה שבה ידוע בית המשפט ל גופן של ראיות הדנ"א באיבר המין של הילדה. עוד טוען, בהקשר זה, כי אף לו היו מחדלים, אין לזקוף אותם לרעת המבוקש. זאת, לנוכח היותו אסיר אשר "מוטת השליה שלו על המשפט הייתה קצחה", ובשל הסתרתו מצאי הדנ"א האמיתיים על-ידי ד"ר פרוינד הן בחווות-דעתה והן בעדותה בבית המשפט. לסימן ציון המבוקש, כי לאור מרכיבות העניין, מן הראיו לקיים דיון במעמד הצדדים בטרם החלטה בבקשתו למשפט חוזר שני.

#### דיון והכרעה

8. לאחר שעינתי בבקשתו למשפט חוזר שני על כל צروفותיה, בתגובה המדינה, ובתשובה המבוקש לתגובה המדינה - הגעתו לכלל מסקנה כי דיון הבקשה למשפט חוזר להידחות. זאת שכן, טענותיו של המבוקש לא מבוססות בעניינו מתן הוראה לקיומו של משפט חוזר בהתאם לעילות הקבועות בסעיף 31(א) לחוק בתי משפט, כפי שיפורט להלן.

המבחן הורשע בדיון הבקשה במשפט הראשון והן במשפט החוזר. ערעורים שהוגשו על הרשותו במשפט הראשון ועל הרשותו במשפט החוזר נדחו. שתי בקשות לדין נוסף נדחו אף הן. כעת נדרש בית משפט זה לבקשתו למשפט חוזר שני. עדין לבקשתו עומדת הזכות להגיש בקשה חדשה למשפט חוזר, ועל בית המשפט להחליט בה לגופה. בבקשתו מעינו זו, ברי, כי ההכרעה מצריכה איזון בין שני עקרונות מרכזיים: מחד גיסא - ערך חשיפת האמת ומונעת הרשותות שוא, ומайдך גיסא - עיקרון סופיות הדיון והרצינול שעומד בבסיסו (ראו: מ"ח 13/135251 נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (29.1.2014); מ"ח 16/1632 עובדיה שלום נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (7.9.2017) (להלן: עניין עובדיה שלום)). אין מדובר באיזון תיאורטי בלבד בין עקרונות-על אלא יש לבחון בקפידה את נסיבות המקירה הקונקרטי, ואת טיב הטענות המועלות בבקשתו למשפט חוזר (ראו: מ"ח 13/136869 משה קצב נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (19.5.2014) (להלן: עניין משה קצב)).

המסגרת הדינית של משפט חוזר איננה משמשת במה לטיעון חוזר וודאי לא לערעור נוסף (שם, פסקה 12). במילויים אחרות, הדיון בבקשתו למשפט חוזר אינו "ערעור נוסף", ואין הוא המקום הראו לדין בטענות אשר נדומו על ידי הערכות שדנו בתיק. עניין זה, נאמר כי "אין הדברה בהליך נוסף של ערעור על פסק הדיון, בו תינתן לבקשתו 'הזמןנות נוספת' לטווית גרסה שונה או משופרת, אלא 'בהליך חריג שבחריגים, השמור למקרים בודדים'" (ראו: מ"ח 3523/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה יב (1.1.2017)).

הסמכתה להורות על ערכתו של משפט חוזר מעוגנת בסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט, והפעלה מותנית

בקיומה של אחת מארבע עילות. נקודת המוצא היא כי משפט חוזר הינו הליך חריג ויחודי, אשר בקשרות לקיומו מאושרוות באופן מצומצם ובמסורת. על כן, הלכה היא כי על המבוקש לקיים משפט חוזר להניח תשתיית ראייתית וממשית בדבר קיומה של אחת העילות המנווית בסעיף 31(א) לחוק בתי המשפט (ראו: מ"ח 779/13 יקוטיאל נ' מדינת ישראל 6.6.2013; מ"ח 13/2013 פלוני נ' מדינת ישראל 17.7.2014); עניין עובדיה שלום, פסקה 23; מ"ח 6023/2019 פלוני נ' מדינת ישראל (30.6.2019) (להלן: עניין פלוני)). הבקשה דן מושתתת במהותה על שתי עילות. האחת, קיומן של ראיות חדשות העשוות לשנות את תוצאות המשפט לטובתו של המבוקש (סעיף 31(א)(2) לחוק), והשנייה, כי קיים חשש של ממש שנגרם למבקר עיוות דין (סעיף 31(א)(4) לחוק).

9. בהתאם לעילה הקבועה בסעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט, על המבוקש להציביע על עובדות או ראיות חדשות שעשוות לשנות את תוצאות המשפט לטובתו. הנטול המוטל על המבוקש לקיים משפט חוזר בעניינו בשל ראיות חדשות הינו נטול כבד (ראו: מ"ח 13/2014/6783 באשה נ' מדינת ישראל, פסקה 24 (18.9.2014) (להלן: עניין באשה)). יש להציג כי הcobד במרקם כגון דא עניין של משקל אלא מהות. השיקולים מורכבים אך נדרשת רגשות לזכויות הנאשם לצד העיקרונו בדבר סופיות הדין והחשיבות של הכרעות שיפוטיות בערכאת הדינית ובערכאת הערעור. לא די בהציג ראיות נוספות כדי לבסס עילה לעירication משפט חוזר. הלכה היא כי על המבוקש להציביע על ראיות או עובדות שיש בהן "אמינות לכואורית", ושיהיה בהן, או בהשתלבותן עם החומר שהובא בפני בית המשפט, פוטנציאלי לשינוי תוצאות המשפט. כמו כן, הראיות הנוספות צרכיות להיות בעליות "משקל סגול", אם באופן עצמאי, ואם בהצטרפותן לראיות על פיהם הורשע המבוקש, אשר יש בו כדי להביא לשינוי תוצאות המשפט. בפסקה, חזרה ונשנתה הדגישה בדבר "מסה קריטית" של ראיות ועובדות, אשר עשוות להטות את הcpf לטובת המבוקש (ראו: מ"ח 2847/05 אלהר נ' מדינת ישראל (29.7.2007); מ"ח 73/14 נביל נ' מדינת ישראל (27.1.2014); עניין באשה, פסקה 24; מ"ח 5336/14 סיטו נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (21.1.2015); עניין פלוני, פסקה 7).

נסוף על כך, נקבע כי הראיות צרכיות להיות "חדשות מבון המהותי", קרי "לא כאלו שניתן היה להגישן בביטחון המשפט הקודמים ומוגאות עתה כדי לנסות להטות את cpf" (ראו: מ"ח 226/16 זלום נ' מדינת ישראל, פסקאות טו-יח (29.6.2016); מ"ח 1340/16 מוחמד נ' מדינת ישראל, פסקה כ (31.7.2016); ומ"ח 16/5499 בבר יוסף נ' מדינת ישראל, פסקה טו (17.11.2016)). זאת ועוד, ככל שהראיות החדשות שאוותן מגיש המבוקש הן ראיות נסיבתיות, והן נעודו לבסס הסבר חלופי לגרסה המרשימה - ברי כי אותו הסבר חלופי שהמבקר מציג על יסודן, נדרש שיהיה הגיוני ו邏輯י בחומר הראיות (ראו והשוו: ע"פ 2697/14 חדאד נ' מדינת ישראל, פסקה 75 (6.9.2016); ע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' קרייף, פסקה 100 (21.1.2015)).

במקרה דנא, תולה המבוקש את יהבו על חוות-דעתו של ד"ר פלוצקי המתבססת על החומר הגולמי אשר התקבל לראשונה בידי, אך לטענותו, בשנת 2018. המבוקש - באמצעות חוות-הදעת של ד"ר פלוצקי - מציבע על כך שבממצאי בדיקות הדן"א משנת 2004, שמקורם במטוש הוגנלי, לא נמצא הפרופיל הגנטי שלו, אלא פרופיל גנטי זר.

10. במסגרת חוות דעתו, הتبוקש ד"ר פלוצקי על-ידי בא-כוחו של המבוקש, עוזד דוד ברהום, לבחון את דעתו המקצועית בשאלת:

"אם בתייעוד הבדיקות ע"פ החומר המפורט במידע הגולמי בדיסק DATARAW, במוצגים as 4 (מטוש וGINALI) או cap (מטוש וGINALI) מועשר בתאי זרע) קיימים אללים זרים שאינם קיימים בפרופילים של אדריאן שוורץ ושל הילדה, והאם

קיימים אללים זרים זהים במוצגים השונים – שמייה (14s) ומזון (15s) ע"פ הפרופילים שלהם שנקבעו ע"י המכון לרפואה משפטית".

כך ציין ד"ר פלוצקי בפתח חוות-דעתו:

"指出 כבר עתה כי מצאתי בבדיקות שנערכו במתושים הוגינאליים את האללים הבאים שאינם מתאימים לפרופיל של אדריאן שוורץ או הילדה..."

חלק מהאללים הללו נמצאו גם במוצגים שמייה ומזון באתרם הרלוונטיים".

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

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

כידוע בדיקת הדנ"א נתפסת כיום מלכת הראיות המדעיות. כוחה של ראייה זו הוא רב ומהפכני, וטרם מיצינו את הפוטנציאלי הטמון בה. שאלתיפה היא האם בכוחה לסתור את הכתור של מלכת הראיות שבבעבר הונח על ראשה של הודאת נאשם. כבר בתחילת תקופת קליטת הדנ"א כרואה במשפט נכתב כי "ראיית ה-A.N.D. הינה ראיית מסוג אחר. נראה לי כי לא יהא זה מוגזם לומר כי הפוטנציאלי של ראיית ה-A.N.D. הינו עצום ביותר. יתכןinde כי ראייה זו עשויה לשנות את פני הראיות המדעיות בדורות הבאים. ראייה זו עשויה מחר, ואולם אף היום, להוות כל' מזהה בהיקף אשר אתמול נראה כדמיון. דווקא בשל כך יש להתייחס לראייה זו בזהירות" (ראו פסקה 4 לחוות-דעתו בת"פ (ב"ש) 73/95 מדינת ישראל נ' מאיר כהן (13.7.1998)). הפסיקה בעולם, כמו גם בישראל, היכרה בקבילותה ובחשיבותה של ראייה זו במשפט הפלילי – הן בהרשעת אדם והן בחו"יו (ראו: עניין עובדיה שלום, פסקה 41; ע"פ 15/2090 ח' חיפה נ' מדינת ישראל, פסקה 46 והপניות שם (25.8.2016); וע"פ 149/12 אלמליח נ' מדינת ישראל, פסקאות 22-29 והפניות שם (24.9.2012)). תחיליך הפקת ראיות מדעיות, ובכל זה ראיית דנ"א, כולל שלושה מרכיבים: עקרונות מדעיים, המכוור הטכני והגורם האנושי. כפי שציינתי במקום אחר:

"העיקרון המדעי קובע שזיהוי באמצעות דגימת דנ"א הוא בעל רמת דיווק גבוהה במיוחד אשר עולה לכל ספק סביר. המכוור הטכני משמש ללקיחת הדגימה, לשימורה עד הבדיקה, וכמוון לביצוע הבדיקות עצמן. ולבסוף, הגורם האנושי הוא אותם טכנאים ומומחים שתפקידם ליטול את הדגימה, להרייך את בדיקות המעבדה ולנתח את תוצאותיה".

תפקידו של בית המשפט לוודא מעבר לכל ספק סביר את מהימנותם של כל שלושת המרכיבים, על מנת שהראייה

המدعית תוכל להתקבל כמהימנה במשפט הפלילי. תחיליה יש לבחון האם התיאוריה המדעית שמאחורי אותה ראה – מאפשרת לה להשמע את קולא במשפט ולתרום לקביעת מצאים פליליים כנגד נאשם. בחינת שלאלה זו, ובמיוחד בשלב 'חbill הקליטה' של הרואה המדעית, מתגנרת את המידע והמשפט אחד. לאחר מכן יש לוודא כי המכשור בו געשה שימוש הוא תקין ומדויק. ולבסוף יש לבדוק האם הגורם האנושי שהוא מעורב בהפקת הרואה ובבדיקה אכן פועל כנדרש" (רע"פ 7093/10 מדינת ישראל נ' דריין, פסקה 2 לחווות-דעת) (1.7.2012) (להלן: עניין דריין)).

בכל הנוגע לקבלת ראה מדעית, אימצו בתי המשפט בישראל את רוחו של פסק דין *v. Daubert* (1993 579 U.S. 509 *Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*) פסק דין זה, הגדר מחדש את תפוקתו של בית המשפט בהקשר של קבלת ראיות מדעית. שם נקבע כי, בית המשפט איננו יכול להסתמך רק על מידת המקובלות של התיאוריה. חלף זאת על בית המשפט "להPsiיל שרואלים", ולהתעמק במתודולוגיה, בתנאים ובמסקנות שמציג בפניו המומחה, על מנת לקבוע האם אכן מדובר במידע מדעי המתאים לתיק שלנו (ראו: ע"פ 1620/16 מצgorה נ' מדינת ישראל, פסקה 14 לחווות-דעת) (להלן: עניין מצgorה); וראו גם עניין דריין, פסקה 2 לחווות-דעת).

זאת ועוד, ראיית דן"א היא ראה נסיבתית, וככלל לא מדובר בראיה מספקה או הכרחית על מנת להרשיע אדם (דמסה נ' מדינת ישראל (9.1.2017); ע"פ 9724/02 מורה אבו-חמאד נ' מדינת ישראל (22.10.2003)). בדומה לראיונות פרונזיות נסיבותות אחרות, יש לבחינה במקצועיות, תוך הבנה של היכולות והגבולות המדעית העומדת בבסיסה, ותוך הסתמכות על המחקר המדעי העדכני. בבחינת משקלה של ראיית דן"א, על בית המשפט לבחון הן את מהימנותה המדעית והן את נפקותה המשפטית לקרה הנדון. בחינה משולבת זו היא שמאפשרת הסקת מסקנה משפטית מتوزع הממצא המדעי המונח בפני בית המשפט (עניין עובדיה שלום, פסקה 42). מהימנותה המדעית של ראיית דן"א נלמדתן מתקינותה של הבדיקה, והן מובהקות הממצאים שהיא מעלה. מובהקות הממצאים עולה מחווות-דעת מומחה, המפרטת בין היתר את מספר האללים שנמצאו באותו אתר ואת עצמתם; את ההשוואה בין האללים באתרים המקבילים; ואת ההסתברות הסטטיסטי של זהות הפרופילים הגנטיים על בסיס נתונים סטטיסטיים באוכלוסייה הנבחנת ועל בסיס האפשרות לתוצאה חיובית שגויה ולתוצאה שלילית שגויה (שם, פסקה 43). נפקותה המשפטית של ראיית דן"א משתנה מקרה לקרה, אך תלוי במהימנותה של הראה – ראה שאינה מהימנה לא יכולה להיות בעל נפקות משפטית (שם, פסקה 44).

בעניין מצgorה הוצג מבחן כללי לבחינת ראה מדעית השנייה בחלוקת – מבחן חיצוני, ו מבחן פנימי. מבחנים אלו באו לכון את השופט להכריע על פי אמות המידה שהתגבשו בפסקה. מדובר בתבנית חשיבה שעשויה לסייע לבית המשפט בניתוח קבילה – ואף משקלה – של ראה מדעית המונחת לפתחו. המבחן הפנימי – בודק את הראה על פי תוכנה, והוא מחלק לשניים: שיטת המומחה והשלכות ההוכחה. המבחן כשמו כן הוא: בשלב זהה בית המשפט נכנס אל תוככי חוות הדעת, כדי להבין את עמדת המומחה מבחינה פנימית. בין היתר יש לשאל את השאלות הבאות ביחס לשיטת המומחה: מה הוא אומר, מה הוא מנשה להוכיח, ומהן דרכי הוכחתו. באשר להשלכות ההוכחה, יש לשאל מהי המשמעות של הראה אם בית המשפט יקבלה. בimbhn החיצוני יש לצאת מתחומי מסגרת חוות הדעת. גם כאן המבחן מחלק לשניים: גישת המידע והביקורת השיפוטית. יש לשאול האם תוכן חוות הדעת של המומחה נתרם על ידי עולם המדינה, ומהי עמדת בית המשפט בנדון. יובהר כי אין הכוונה רק לסקירת ההיסטוריה של הראה המדעית בפסקת בית המשפט, אלא לבדוקתה בمحكפי הביקורת השיפוטית מהותית והישירה. במילים אחרות "הבחן החיצוני מלמד כי מדובר בראיה מדעית שמקובלת ביום הבקליה המדעית והן בפסקות בית המשפט. המבחן הפנימי נועד להבין מה אומר המומחה ומה תוכן חוות הדעת" (פסקה 17 לחווות-דעת). כך צייני בעניין בהתייחס לראיית דגימת דם (בדיקות דן"א):

"אף כאן, המבחן החיצוני מלמד כי זו ראייה מקובלת בקהילה המדעית ובבתי המשפט. אולם הניסיון עם ראיית הדן"א עשוי לסייע מבון אחר. מתוך הנחה שהראייה היא קבילה, יש לשאול באלו תנאים - למשל, מהו הרף הסטטיטיסטי הנדרש כדי לקבל את הראייה...במבחן הפנימי, ראיית דגימת הדם אינה מזהה את הנאשם כיחיד בזיהויDOI, בשונה מטבעת אצבע, אלא מצינית את שכיחות הפרופיל הגנטי באוכלוסייה. בשל כך, ניתן שיש חשיבות לסוג האוכלוסייה שנבדקה בזיהקה לנאים. בה בעת, מבחינה מעשית ראייה שכזו עשויה להפليل בדרך כלל יותר מאשר טביעת אצבע. לדוגמה, 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 מנקודות מבטו של הנאשם, לא רק בשל טיב הראייה אלא בשל 'نسبותיה' בתיק הקונקרטי".

על יסוד דברים אלה, נשוב ונבחן האם חוות-דעתו של ד"ר פלוצקי מהוות ראייה מדעית חדשה המฉบיאה על פוטנציאלי לשינוי תוצאות המשפט בעניינו של המבוקש. אקדמי ואומר כי לאחר עיון ועoon חוזר בחוות-דעתו של ד"ר פלוצקי, הגיעו לכל מסקנה כי אין בראייה זו כדי לעבור את המשוכחה בקבלת התביעה – או אפילו להתקרב לכך – וזאת בשל שלושה רבדים של כשל אשר יפורטו להלן.

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

חוות-הදעת מכילה שבעה עמודים. מעבר להציג הטבלאות, משתרעת חוות הדעת על פני עמוד וחצי (ראו עמ' 2-3). כמובן שאין זה עניין של אורך אלא של תוכן. תכליות חוות-הදעת היא להראות שיש אללים זרים שאינם שייכים לפרופיל של המבוקש. המומחה מבהיר בלשונו, כי "השתמשתי בהגדירות האנלויה שנקבעו בדיסק, לא ביצעתן כל שינוי באנלויה", ומיד לאחר מכן "לא הפעלתி כל שיקול דעת בהבנה בין פיקים המציגים אללים אמיתיים לבין פיקים שאינם מציגים אללים אמיתיים, קרי קיבلتி באופן מלא את הבדיקה כפי שנקבעה ע"י התוכנה, מבלתי הפעלת שיקול דעת שלי להחלפת ההגדירה של פיק Möglich לאל שאנו אמיתי, או להפר".

צא ולמד, כי המומחה לא בדק את העניין באופן עצמאי, אלא הציג תוכאות של הפעלת תוכנה. התוכנה כשלעצמה אינה יכולה להחליף את המומחה. מידע ותוכאות בדיקה עשויים להיות חלק מחוות-דעת אך אינם באים במקומה. אחרת, המומחה מפנה לחומר בלבד מבלתי לעבד אותו; להסביר אותו; להכניס אותו להקשר; ולהסביר מסקנות ממנו. התוכנה כשלעצמה אינה מסבירה את מהימנותה, את הנחותיה ואת משמעות מסקנותיה. באשר למומחה, הוא בהגנותו, ציין כי הוא לא הפעיל שום שיקול דעת. השילוב של תוכנה ומומחה שבמהלך אינו מפעיל שיקול דעת, ושאינו מסביר את כוחה של התוכנה, ו מדוע יש לפעול על-פהיה – אינם כשלעצמם עונה על הדרישה של חוות-דעת מומחה לתכילת שהוגשה קיומו של משפט חוזר.

אר לא נסתפק בהערות טכניות, ניכנס לגופם של דברים. נפתח בכלל הבדיקה. במסגרת חוות-דעתו של ד"ר פלוצקי, צוין כי לשם בדיקת הפיקים ובחינת הגדרת פיק בכלל אמיתי, קבעו המומחים מטעם המכון לרפואה משפטית ערך סף ב-RFU של 75, ואילו התוכנה מדירה אל אמיתי מעלה ערך הסף של 50 RFU. במשפט החזרקבעו המומחים

מטעם המכון לרפואה משפטית (ד"ר פרוינד וד"ר גפני) כי הרף הנדרש במקרה זה הוא 75 RFU, ועל כך לא נחקרו. יצא כי המבחן מעלה סוגיה בדבר שיעור הרף הריאי בבדיקה, כאשר היה עליו להעלות את הנושא כבר בחקירה הנגדית במשפט החוזר. מעבר לכך, אף בבקשתה דנן, המומחה אינה מסביר מדויק הרף הנמנוע יותר מתאים יותר למשימה. דהיינו, לא די בהצגת תוצאות מבלי להסביר את הבסיס המדעי להן. תוצאות נגזרות מסוימת עבודה שאף היא חייבת לעמוד באמות מידת מדעיות ומשפטיות. לשם דוגמא, נזכיר את הכלל המדעי המוסכם לפיו על מנת לזהות טביעה אכבע של פלוני יש צורך بلا פחתות מ-11 נקודות השוואה בין החשוד לבין דגימה שנלקחה מהשתח (ענין מצgorה, פסקה 18). נניח כי יבוא מבחן במשפט חוזר, ויטען כי תוכנה מסוימת קבעהקייון של שמוונה נקודות השוואה. כמובן שמדובר רשיי להגיש חוות-דעת בעניין, אם יצילח בכך, במסגרת יקבע כי ניתן להסתפק בשמוונה נקודות, אך וזאת שלא די בכך כדי להוות חוות-דעת, שכן על המומחה להסביר מדוע ניתן להסתפק בשמוונה נקודות. ענין מצgorה צוין בהקשר זה:

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

כאן, הוצגה התאמה בדרجة של 'אפשרי' ו'אפשרי בהחלט'... הראייה של המומחה במקרה זה לוקה בקושי שלא שיר אפילו להערכתה של ההדיוט. לדוגמה: עד מועד שמבצע העבירה היה גבר גובה ממוצע. מתברר שהנאשם הוא גבר בגובה 1.80 מטר. קשיים שונים מלאוים ראייה זו: האם העד אכן יכול להעניק גובה, או שהדבר תלוי בחוות הראייה, ומה המשקל של ראייה כזו. אך לפחות בבית המשפט מבין גם הוא שהנתונים - בהנחה שהם אמיתיים - הם נכונים. דהיינו שగבר בגובה 1.80 הוא מעיל לממוצע. בעניינו, אין אפילו את ההבנה הזאת. אין אפשרות לקלוט באיזו דרך יעשה בית המשפט שימוש במסקנה שההתאמה היא 'אפשרי בהחלט' לעומת 'אפשרי'. בדרך כלל, בעיה זו נפתרה על ידי סטטיסטיקה - כמו ב-DNA, או באמצעות קביעת התאמה מלאה - כמו בטביעות אכבע. אך בעניינו אלו אינם נמצא. כאמור, אין סטטיסטיקה ואף אין מספרים. לשם כך, נניח כי לא מדובר במידע אלא באדם בעל מומחיות: המומחה לטביעות נעל, על סמך ניסיונו הרב, יכול להזאות 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 היבט את כל הראיות והקשר ביניהן. טביעה נעל, בהקשר זה, עלולה להפוך למשמעות חריג, דווקא כי מקורה במומחה אשר מעיד בכלליות על דברים שאיןם בידיעה שיפוטית של בית המשפט" (פסקה 21).

הנה כי כן, תפקידי של המומחה אינם רק להציג נתונים אלא עליו לתת להם מסגרת. המומחה המדעי הוא עד במשפט שתפקידו לשכנעבתזה שהוא מציג. בדומה לעד ראייה, המומחה החושף את עצמו לחקירה נגדית. עד הראייה נכנס לאולם בית המשפט כדי לתאר את אשר קלט בחושיו, למשל מה ראה ומה שמע. לעומת זאת, המומחה המדעי לא יכול נתונים על-פי חושיו, אלא מעיד מדויק על סמך נתונים שונים, ניתן להסיק מסקנה מסוימת לגבי נאשם על סמך המומחיות שלו. בשתי הקבוצות יש דרישת להציג את הדברים ולהסביר אותם. שם שעד ראייה אינו יכול לומר שעד אחר סיפר לו מה שהוא ראה, אך מומחה אינו יכול להסתפק בעובדה שהתוכנה קבעה כך וכך. יודגש כי אף לא מדובר במומחה שמעיד על מומחה אחר אלא מומחה שמעיד על תוכאה של תוכנה כשלעצמה אינה מומחה. לשון אחרת, עדות על דרך הפניה, תהא זאת מפני עד ראייה או מפני מומחה, אינה יכולה להוות ראייה בעלת משקל. יש שראייה כזו יכולה להשתלב עם הראיות האחרות אך פה חוות-הදעת עומדת כציפור בזודה על תיל.

בביקורת השאלה מהו דנו"א וכי怎 מtabצעת השוואה בין פרופיל גנטי של אדם ספציפי לבין דגימה שנמצאה בזירת פשע, צוין השופט י' עמית בפסק הדין בערעור על פסק הדין במשפט החוזר, בין היתר, כי:

"על מנת לקבל את בדיקת הדן"א כרואה, לא סגי בזיהוי האלים על ידי המומחה הפורנזי אלא יש צורך בחווות דעת סטטיסטית, שבלעדיה לבודיקת הדן"א אין נפקות ראייתית. לעניין ראיית הדן"א, להבדיל מראיות מדעיות אחרות, מקובלם עלי דברי השופט נ' הנדל..."

'מדוע ללא סטטיסטיקה הינו כמו הכרעת דין ללא הנמקה: שניהם סובלים מן הפגם של אי יכולת לבדוק את התוצאה לעומק, את דרכ החשיבה שעומדת כבסיס למסקנה.'

כאשר בדן"א עסוקין, חוות דעת פורנזיית שלעצמה, היא בבחינת תיבת געולה מבחינה בבית המשפט, ורק בצירוף חוות הדעת הסטטיסטית הנלוויות לה, נפתחת התיבה ומאפשר לבית המשפט להעריך את משקל הראה שנמצאת בתיבת. ובKİצ'ור, הממצאים הפורנזיים לחוד, והנפקיות הסטטיסטיות לחוד. תחומי המומחוות הם שונים, והצירוף של השניים הוא שמקנה לראיית הדן"א את משקלה".

מטרתה של חוות-הදעת החדשה היא להראות קיום של אללים זרים. דא עקא, בוחינת תיעוד הבדיקות נעשתה על-ידי המומחה הבליל להביע חוות דעת מڪוועית בגין הטענה של השאלה אלו מבין הפיקים אשר הtagלו בבדיקה משקרים אללים אמיתיים ואלו אינם נחשבים אמיתיים. יובהר, בהקשר זה, כי פיקים מהווים סוג של شيئا שעולים בגרף על-פי הבדיקה החשמלית. פיקים עשויים להיות אינדיקטיה לקיומו של אלל, אך עשויים גם לנבוע מגוון סיבות אחרות, מלacuteות שאין משקפות תוצאה אמת בת דיוקן. שיטת המומחה בענינו אין בה כדי להביא למסקנה שעשויה לסייע לנאים בדבר קיום של אללים זרים. אגב, די בכר כדי להראות שהמבקש לא עמד בדרישה הראייתית המינימלית נכון לשלב זה כדי להוכיח אללים זרים. תזוכר, בהקשר זה, תגובת בא-כוח המדינה לפיה העדר הבדיקה בין פיקים המייצגים אללים אמיתיים לבין פיקים שאינם אמיתיים, מלמד על כך שהמומחה איתר פיקים בלבד ולא אללים. נקודה זו כאמור הינה עומדת בסוד הכשל בחוות-הදעת החדשה לצורכי קבלת הבקשה למשפט חזר, שהרי לא הוכח קיום של אללים אלא רק האפשרות לקיום של פיקים שונים. עד כאן הרובד הראשון. ושוב להשלמת התמונה נזכיר את תגובת בא-כוח המדינה, לפיה אף אם נמצא אלל זה אין לדעת מה מקורו ואין באיתורו כדי ללמד שהמבקש לא ביצע את העבירה. כלומר, קיומו של אלל זר כשלעצמו אינו מעלה או מוריד משום שיתכן שנוצר כתוצאה מעקבות דן"א של אנשי הוצאות הרפואי בבית חולים עת טיפולו בקטינה. ברם, לתחנה זו אין צורך להגעה.

12. הרובד השני, נסוב סביר פסק הדין במשפט החוזר ובפסק הדין בערעור על פסק הדין במשפט החוזר, כאשר קבועות שונות בפסק הדין מבליות את ה成败 ברובד הראשון. בהתיחסו לעדותו של ד"ר גפני בקשר לאלים שנמצאו בשמייה (ሞצג 14) ובمزון (ሞצג 15) – ציין בית המשפט המוחזי כדלקמן:

"בתהילך איתור האלל או הסטר באמצעות התוכנה, כר העד, שני שלבים. בשלב הראשון, מזהה התוכנה פיקים העוברים את סף הקראה שעמדו במקורה זה על 75 RFU."

בשלב השני, מסמנת התוכנה פיקים אלה, כאלים, אלא אם קיימים מימיינם, בעמדה אחת הגבוהה מהם, פיק הנמור מהם בשיעור מסוים, והמשתנה מאתר לאתר (יחס זה מכונה 'אחזו הסטר'). במצב זה, מוחקת התוכנה לדבריו, את הדיזגנצה מהפיק הנמור, ומתייחסת אליו כאל כסטר.

עדין, כר העד, קיימים מצבים בהם המומחה הפורנזי אינו יכול לקבוע בוודאות אם מדובר באלל אמיתי, קרי, במופיע עמוד 13

אותנטי בכמות קטנה, או, בסטרט.

במצב זה ימנע המומחה מקבעה פוזיטיבית שמדובר באלל או בסטרט.

במהשך דבריו הסביר ד"ר גפני לאור העובדה שהמזרן והشمיכת הוחזקו בעניינו לאור שנים, בתנאים שאינם אופטימליים, הרי שהדנ"א התפרק בהם חלקו. בלשונו:

"(דנ"א) מתישן עם הזמן. ה-DNA זה חוט ארוך מאוד מאוד, עם הזמן הוא מתפרק, השרשרת נחתכת בכל מיני מקומות באופן אקראי, וכך לעיתים אנחנו מקבלים DNA שמתפרק' (עמ' 241 לפרט').

עם זאת, הבahir, אין בעובדה זו כדי לפגוע ביכולת זההו של אלל או סטרט, מקום שאלת השתקפותו בהליך ה-PCR (עמ' 242 לפרט').

כך או כך, נותרה במרכז המחלוקת בין מומחי הتبיעה למומחי ההגנה, לשיטתו, התייחסותם השונה של אלה ואלה, אל הגדרת האללים מול הסטרטים שהסתמכו מביקורת הדגימות נשוא הדיון.

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

שני המומחים הנ"ל, כך גפני, עצמו עיניהם בפני הקритריונים המקובלים בקהלת המדעית בהגדרת סטרטים, וקבעו באופן קטגוריאי כי מדובר בסטרט, בכל פעם שהתוכנה זהה אלל בעוצמה נמוכה ובמיוחד שיכל להתופיע גם סטרט בעשותם כן, גרס, בחרו מומחי ההגנה באפשרות הנוחה לנאים, כדי לבסס את מסקנתם השוללת כל אפשרות שתרם לתערובת; ולא היא.

" (פסקאות 66-67).

אף השופט י' עמידה בפסק הדין בערעור על פסק הדין במשפט החוזר התייחס להבנה בין פיק מהוה אל אמיתי לבין פיק שאינו מהוה אלל אמיתי:

"בין מומחי הتبיעה למומחי ההגנה ניטה מחלוקת עקרונית כיצד ניתן לבדוק בין אלל אמיתי לבין טעות דגימה המכונה בעגה המקצועית – סטרט... כיצד נוצר סטרט? במהלך השכפול של הדנ"א עשוי להיות תופעה של מעין 'גמגם' בהעתקה והשמדת יחידה אחת, בעוד שמתקבלת תוצאה של מספר חזירות הנמוך ביחידת מספר החזרות האמיתית... כאשר בדגימה של אדם אחד עסקין, הרי שניתן במקרה זהות את הסטרט, אך כאשר מקור הדגימה הוא בשני פרטים או יותר, הדבר קשה יותר. פרט שכמות החומר הביולוגי שתRam היא גבוהה, יתרה עוצמה חזקה בפרופיל (מרכיב חזק) לעומת פרט שתרם כמות חומר מועטה (מרכיב חלש). לעיתים, קשה לזהות בתערובת, במקרה מהאטרים, האם מדובר באלל אמיתי של המרכיב החלש או שהוא סטרט..."

ד"ר גפני, מטעם המשיבה, הסביר כי קיימים שלושה אמצעי עזר להבחין בין אלל אמיתי לבין סטטר, וכי המומחים מטעם המערער נקטו בגישה לא מקובלת בקהילה המדעית בפענו של חלק מההתוצאות כסטרים. אזכור כי מול עדותם של ד"ר גפני בנושא זה, לא הובאה חוות דעת נגדית מטעם המערער, שבחן שלא הגיע את חוות דעת המומחים מטעמו במהלך המשפט החוזר, למروת חוות דעת אלה שימושו כבסיס להחלטה על עירicht משפט חוזר. כאמור, המערער הציג חוות דעת אחרת, של ד"ר נועה דיון (נ/47, נ/48), שבית משפט קמא קבע לגביה כי התערערה לחלוין וכלשונו 'השאלה היא, מה נשאר במשפט החוזר, אם חוות"ד שבгинנה יצא משפט חוזר זה בדרך, עורערה עד אין מרפא לה?' (שם, פסקה 109 לפסק הדין) (פסקה 23).

עוד יש להזכיר כי חוות-הදעת של ד"ר פרוינד עליה כי מן המתו השוגני (ሞצג 4) הופק פרופיל גנטי נקי ייחיד התואם את זה של הילדה. במסגרת המשפט החוזר, לא זו בלבד שהמומחים מטעם המבוקש לא חלקו על מצא זה בחוות-דעותם, אלא שד"ר פרוינד לא נחקרה בנושא, מלבד שאלה אחת קצרה שהופנתה אליה. בשל כך החליט בית המשפט המחויז שלא לדון בתוצאות הבדיקות שמקורן במוות השוגני. רק לאחר הדיון בערעור על פסק הדין במשפט החוזר, הגיע המבוקש לבית משפט זה השלמת טיעון בכתב, במסגרתה הצבע על שני אללים זרים שנמצאו במוות השוגני (אללים 9 ו-11). המבוקש טען – מבלי לתמוך טענות בחוות-דעות מטעמו – כי אללים אלה מובילים לזיוכיו, שכן אינם מתאימים לפרופיל שלו. בהתייחסו להשלמת הטיעון, החלטת השופט י' עמידה לדוחות טענה זו, באומרו את הדברים הבאים:

"השלמת הטיעון של המערער היא עדות נוספת בדרךו הפתלתלה, בלשון המיטה.

אכן, בעוד שהמצאות אלל זר בשמייה ובمزון, אינה יכולה להיות ראייה מזכה מבינתו של המערער, הרי שהימצאות אלל זר לפרופיל המערער ופרופיל המתлонנת במוות השוגני היא בבחינת ראייה מזכה קונקלוסיבית. אך דווקא בשל חשיבות העניין, ניתן היה לצפות כי סוגיה זו תעמוד במרכז החקירה והמחלקות בבית משפט קמא ומרכז חוות דעת המומחים מטעמו של המערער, הן בשלב הבקשה למשפט חוזר והן במשפט החוזר עצמו. דווקא נוכח חשיבותה הלכנית של הראייה לשיטת המערער, ניתן היה לצפות כי מומחי הבדיקה יחקרו בעיקר אודות מצאי המתו השוגני, ולא לגבי הממצאים בשמייה ובמזון. קשה להלום, בלשון המיטה, כי לאחר שהכרעת הדיון עוסקת לאורכה ולרוחבה בנסיבות הבדיקה במזון בשמייה, יתראפשר לערער במסגרת השלמת טיעון בערעור לאחר הדיון בערעור, להעלות נושא זה על ראש שמחתו, נושא שכמעט ולאណון כלל בהכרעת הדיון, ולא נתאפשר למומחים להתייחס אליו.

ד"ר פרוינד נחקרה לאורך מאות עמודי פרוטוקול, אך בנושא אלל 11 הופנתה אליה שאלת קצרה על ידי המערער: גם על ה-11 כתוב חלש, וגם על ה-3.3 כתוב חלש. את ה-3.3 הכנסת, אבל את ה-11 שלא מתאים לא הכנסת, למה?".

על כך השיבה ד"ר פרוינד:

יש כאן הערכה, חלש ביותר, זאת אומרת יש חלש ביותר יש חלש, אני רק מזכיר לכם שבאותה תקופה הקביעה לא הייתה לפחות גבוהה כמו שאנו חווים היום, אלא לפחות הערכה יוזאלית, אז אם אני כותבת חלש ביותר, אולי בעיני זו היא חסר, לא היה חזק מספיק... כתוב פה 'בסטר פוזישן' זאת אומרת שם זה בסטר פוזישן יכול להיות שיש עם זה בעיה והחלטתי כמו מה לא לדוח על זה, (הדגשה הוספה – י"ע).

בכך מיצה המערער את הנושא, ומכאן המשיכה החקירה והתארכה בנושאים אחרים הנוגעים ברובם למזון והشمיכה.

גם בדיון שנערך לפניו, המערער ובא כוחו טענו בקצירה לעניין אלל 11, ורוב טיעונם התמקד בתוצאות הדנ"א בשמייה ובזמן, ולמומר לציין כי הטענות לעניין אלל 11 לא גבו בעמדת מומחים, אלא נותרו בגדר להיות של הדיוותות.." (פסקאות 48-49).

הדברים שהובאו לעיל, מוכיחים את המסקנה לפיה לא ניתן להעניק משקל מהותי לעמודתו של ד"ר פלוצקי אשר עסוק בקריה טכנית של התוכנה, והתייחס לתוצאות התוכנה כפי שהן (וזה). שונה פni הדברים לו המומחה היה מפענה ומנתה את תוצאות בדיקות הדנ"א, תוך הפעלת שיקול דעת וידע מקצועני נרחב. אולם משלא עשה כן לא ניתן לקבל את חוות-דעתו.

13. הרובד השלישי נסוב סביר טענת המבוקש, לפיה החומר לא הובא לידי עד לשנת 2018. דין טענה זו להידחות חוות-הදעת אינה בבחינת ראייה חדשה "מבון מהותי" כפי שהותוו בפסקה, ולא נמצא טעם מוצדק להגשתה רק עתה. בנגדו לטענת המבוקש, תוצאות הבדיקות משנהן 2004 עליהן נסמכת חוות-הදעת היו זמינים במועד המשפט החוזר, וניתן היה להפיקן במועד המשפט החוזר. כפי שעולה מנספח א' לתגבות המדינה, אישרה ד"ר דיון "渴別ת CD המכיל קבצי **Genescan** בתיק מכון 5/148". יש להבהיר, כי במסגרת המשפט החוזר ניתנה למבקר עצמו הזדמנות לעורר בדיקות דנ"א במכון במעבדה בחו"ל, אולם המבוקש החליט להפסיקן. כך ציין בית המשפט המחויז, בהקשר זה:

"במיוחד, התקשינו לקבל טענתו כי הקונספסציה שגילה, היא שגרמה לו להפסיק את בדיקות הדנ"א שכבר הזמן במעבדה בחו"ל, ואשר כבר הגיעו לשלב מתќדם, כולל, תשלום ע"ס 9,000 \$ שהזיכה הסניגוריה הציבורית עברון.

הפסקת הבדיקות לפתע פתאום, מעוררת בהכרח שאלות קשות, שחרי, כמוhow, כמו הימנעות מזימונו של עד חינוי שאמור היה להעיד טוב על המזמן; ולא היא".

14. יושם אל לב, כי הוצגו שלושה רבדים של כשל – תוכן חוות-הදעת; הדיון בעניינים הקשורים חוות-הදעת בפסק הדין במשפט החוזר ובפסק הדין בערעור על פסק הדין במשפט החוזר, וההשלכות של הקביעות על הראייה החדש; וממועד הגשת חוות-הදעת. הרבדים בניוים מהבחן מהותי יותר של תוכן חוות-הදעת לבחן הדיוני של סוגיות שונות שנדרשו בפסק הדין בערכאות קמאה marshalict על משקל הראייה החדשה. וambilן זה לבחן המועד בדבר היכולת לקבל את כל החומר כבר בשלב של המשפט החוזר.

להשלמת התמונה נתיחס לעמדת ד"ר בובליל מטעם המכון לרפואה משפטית לחוות-דעתו של ד"ר פלוצקי, אשר הוגש במסגרת התגובה לבקשתו שלפני. בעמדתה המקורית של ד"ר פרינד, לפיה במתוך הוגינלי התגלה פרופיל נקי יחיד של הילדה. ד"ר בובליל הבירה כי:

"הטבלאות המוצגות בחווות הדעת של פלוצקי כוללות אללים שונים.

חלק מהם מדויקים מתחת לsurface האנגליזה שהמעבדה קבעה (75 יחידות פלורנסטיות UF) וכך כל לא נקראו במקור על ידי ד"ר פרוינד היו וכל קרייה שהיא מתחת לגובה אינה נחשבת כאלל אמיתי.

מהות הגדרת סף אנלייטי היא כזו שambil בין אללים שהם אמיתיים ושי להתחשב בהם בין למצאים פלורנסטיים שמקורם עשוי להיות רעש רקע, זיהום משני, ארטיפיקטים שונים ועוד. כל קרייה שהיא מתחת לסף של 75 אינה רלבנטית. כאשר המעבדה קובעת סף אנלייטי היא מתבססת על הליך תיקוף מפורט (ולידציה פנימית). לאחר קביעת סף זה אין חריגה ממנה כלפי מטה כדי לא 'להיכנס' לאזרור בו לא ניתן לבדוק בין אללים אמיתיים לבין ארטיפיקטים.

בנוסף, חלק מהאללים שמדויקים על ידי פלוצקי נראים כמו הפרעות, הם חסרי צורה של אלל אמיתי, חלקם בכלל נקראים מתוך פרופילים שהם בעודף DN"א וכן כפי שהוא עצמו כתוב הם אינם ניתנים לקריאה ופרשנות תקינה.

הצחרתו של פלוצקי כי לא הפעיל שיקול דעת בהבנה בין פיקים המייצגים אללים אמיתיים לבין פיקים שאינם מייצגים אללים אמיתיים' מדובר בעד עצמה.

לא ניתן לנתח פרופילים גנטיים ללא הפעלת שיקול דעת של הבודק. אין בכך אחד מהפרופילים שהתקבלו מהמטוש מהוגינה כל עדות לנוכחות מרכיב זכר או מרכיב זר אחר. מדובר בפרופיל בודד, של פרט ממין נקבת התואם למתלוננת".

בהתאם כל האמור לעיל, טענות המבוקש באשר לקיומה של ראייה מדעית חדשה מהוות לטעמי מעין "מקצת שיפורים ללא שיפור" לטענותיו אשר נדונו ונדחו כולם בערכאות קמא, ואין בהן משום הצדקה להורות על קיומו של משפט חוזר.

לסיום יש לדוחות אף את טענות המבוקש בדבר עיונות דין והגנה מן הצדקה. כפי שהובהר לעיל, במהלך המשפט החוזר קיבל המבוקש לידי את כל החומר הגולמי ביחס לממצאי הבדיקות שהופקו מן המטווש הוגנלי. משכך אין לומר כי ענייניו של המבוקש נסמנה עלאותם מקרים חריגיים בהמגנטומטרים עיונדיים, באופן מצדיק קיומו של משפט חוזר. נזכיר כי המבוקש קיבילאט ימוסתי פעמים בערכאה הדיניתושטי פעמים בערכאתה הערעו. על כן, הרשות של המבוקש – יסודה בדיון – ולאבעיון עיונדי.

סוף דבר

.15. לנוכח האמור, הבקשה למשפט חוזר – נדחתה.

ניתנה היום, ג' בטבת התש"ף (31.12.2019).

שפט

---

עמוד 18

כל הזכויות שמורות לאתר פסק דין - [verdicts.co.il](http://verdicts.co.il)