

**בבית המשפט העליון**

מ"ח 9974/04

בפני: כבוד השופט א' א' לוי

המבקש: אדריאן שוורץ

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשה למשפט חוזר

בשם המשיבה: עו"ד אורי כרמל

בשם המבקש: עו"ד אפרת פינק

חקיקה שאוזכרה:

[חוק בתי המשפט \[נוסח משולב\], תשמ"ד-1984: סע' 31, 31\(א\), 31\(א\)\(2\), 31\(א\)\(4\)](#)[חוק לתיקון דיני הראיות \(הגנת ילדים\), תשט"ו-1955](#)[חוק סדר הדין הפלילי \(סמכויות אכיפה - מעצרים\), תשנ"ו-1996: סע' 62](#)

מיני-רציו:

\* בתי-משפט – משפט חוזר – עילות לקיומו

\* קבלת בקשה לעריכת משפט חוזר לאדם שהורשע באונס

בקשה לעריכת משפט חוזר למבקש שהורשע באונס קטינה ונגזרו עליו 20 שנות מאסר. לטענת המבקש, חוות-דעת של מומחים בעניין סימני הדנ"א שנתגלו בזירת האונס מהוות ראיה חדשה המצדיקה עריכתו של משפט חוזר.

ביהמ"ש העליון קיבל את הבקשה ופסק כי:

סעיף 31 לחוק בתיהמ"ש נועד לאזן בין שני אינטרסים מרכזיים: השאיפה לחקר האמת, ובמסגרתה הצורך להבטיח מנגנון דיוני שיאפשר תיקון טעויות בהרשעה, מחד, ועקרון סופיות הדין. נקודת המוצא היא כי משפט חוזר לא נועד לקיים הליך נוסף של ערעור, אלא לאפשר, מקום שמוכחת תשתית איתנה לאחת העילות המנויות בסעיף 31(א), לבחון ספקות שעלו ביחס לצדקת פסק הדין.

חוות דעת מדעית, פרי עבודתם של מומחים, הקובעת באופן פוזיטיבי כי אדם אינו יכול להיות מבצעה של העבירה בה הורשע הנה, בלא ספק, ראיה רבת חשיבות, ובמקרים מתאימים יש בה פוטנציאל לשינוי תוצאתו של משפט. מובן הוא, עם זאת, כי על הראיה לעמוד במבחני מהימנות, וכי עליה לגלות אמינות לכאורית ולעמוד במבחני הקבילות, כך שתוכל לשמש במשפט עצמו.

קביעת מהימנות ומשקל של חוות-דעת מדעית כזאת או אחרת, אינה עניין לביהמ"ש העליון לענות בו. זהו תהליך שיכול להתקיים רק בערכאה דיונית, לה הכלים להעריך מהימנות ומשקל של ראיה לאחר שזו עומדת במבחנה של החקירה הנגדית. מכאן שלעת הזו אין כל דרך להעריך את משקלה הראייתית של חוות הדעת שהגישה מומחית מן המכון הלאומי לרפואה משפטית, וכך גם את משקלן של חוות-הדעת של המומחים מטעמו של המבקש. אין לדעת אם אותן חוות דעת תעמודנה במבחן החקירה הנגדית או במבחנים אחרים המשמשים בהערכת חוות-דעת מפי מומחים; אין לדעת – אף אם יתקבלו חלקם של הממצאים הקבועים בחוות-הדעת מטעם המבקש – מה ערך פרובטיבי יש לאלה, אם בכלל, בהתחשב במכלול הראיות ששימשו בהרשעתו. כל שניתן לומר הוא כי מרגע שנוצרו - ובפרט בהינתן אופיים הקונקלוסיבי של ממצאיהן – ובהיעדר יכולת אפקטיבית לקבוע ממצאים בדבר מהימנותן, לא ניתן להתעלם מהן, או לפטרן בלא בחינה. לפיכך, קיומו של משפט חוזר בעניינו של המבקש מתחייב מהראיות החדשות שהונחו בפני ביהמ"ש, באשר יש בהן, אם תתקבלנה כמהימנות, כדי לשנות את תוצאת המשפט לטובת הנידון.

בנסיבות העניין, לא נוצרו הנסיבות המצדיקות את שחרורו של המבקש בערובה, הן משום שהחשד נגדו כמבצעו של האונס, מוסיף להישען על בסיס, שלכאורה, הנו מוצק, והן לנוכח עברו הפלילי של המבקש המלמד על הסכנה הנשקפת ממנו לציבור.

לעתירה למתן צו על תנאי בעליון (נדחתה, 31.7.01): [בגץ 4562/01 שוורץ נ' חשין](#), לזין, דורנר וריבלין  
לעתירה לדיון נוסף בעליון (נדחתה, 8.7.97): [דנפ 844/97 אדריאן שוורץ נ' מדינת ישראל](#), ברק  
לערעור בעליון (נדחה, 27.1.97): [עפ 1301/92 מדינת ישראל נ' שוורץ](#), פ"ד נ(5) 749, אור, קדמי וזמיר  
לגזר הדין במחוזי (27.1.92): [תפ\(ת"א\) 170/91 מדינת ישראל נ' שוורץ](#), פ"מ תשנ"ב(2) 265, סטרשנוב

## החלטה

1. תחילתה של הפרשה שבפני לפני כארבע עשרה שנים, עת הוגש לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו כתב-אישום כנגד המבקש, אדריאן שוורץ, ובו יוחסו לו שבעה מעשי אינוס שהתרחשו בין השנים 1985-1991. המבקש הורשע בשניים מביין שבעת האישומים, ונגזרו לו עשרים וחמש שנות מאסר. המבקש ערער לבית-משפט זה על הרשעתו, ולחילופין, על חומרת העונש שנגזר לו, ואילו המשיבה הגישה ערעור שכנגד על שתיים מהחלטות הזיכוי. בית-משפט זה (השופטים י' זמיר, י' קדמי ות' אור) דחה את ערעורה של המדינה, וקיבל באורח חלקי את ערעורו של המבקש: הוא זוכה מאישום אחד, ועונשו הועמד על עשרים שנות מאסר (ע"פ 1301,1330/92 מדינת ישראל נ' אדריאן שוורץ; אדריאן שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5), 749). בקשה שהגיש המבקש לקיים דיון נוסף בעניינו, נדחתה (דנ"פ 844/79, לא פורסם).

2. ההרשעה שנותרה על כנה נסבה על אינוסה של ילדה בת כאחת עשרה, ואלה הם עיקרי העובדות אשר עמדו במרכזה: ביום 7.2.1991, בסביבות השעה ארבע אחרי הצהריים, החליפה הילדה א.ג. ספרים בספריית בית העם בירושלים. בצאתה מהספרייה ניגש אליה אדם מבוגר, שוחח עמה והציע לה לבוא עמו למחסן ספרים. הילדה נלוותה

אליו, והוא לקחה למקלט באחד הרחובות הסמוכים, אותו פתח בעזרת מפתח שהחזיק ברשותו, ואותו הוציא מתוך ארנק שחור. השניים נכנסו למקלט, שם הכריחה האיש להתפשט ולשכב על מזרן שהיה במקום, תוך שהוא מאיים עליה כי ברשותו סכין. אותו אדם החדיר את אצבעותיו לאיבר מינה של הילדה, ליקק אותו, החדיר את איבר מינו לפיה ולבסוף החדיר את איבר מינו לאיבר מינה, תוך שדם רב זב ממנו. משסיים, עזב האיש את המקלט, תוך שהוא מורה לילדה לספור עד 200 בטרם תעזוב את המקום.

3. הרשעתו של המבקש במעשה האיננוס המתואר, נסמכה מעיקרה על זיהויה של הילדה את המבקש כאדם שאנסה במסגרת מסדר זיהוי תמונות, ועל הודעותיה בפני חוקר הילדים. בית המשפט המחוזי מצא את הסיוע הנדרש לעדותה של הילדה בדמות מספר חיזוקים: מסדר זיהוי ארנקים, בו זיהתה הילדה את ארנקו של המבקש כארנקו של האדם שאנסה; שהותו של המבקש - אשר התגורר אותה עת בראשון לציון - בירושלים בזמן ביצוע העבירה; היעדרותו ממועדון השחמט בו שהה בפרק הזמן שבו התרחש מעשה האיננוס, וחזרתו אליו לאחר מספר שעות, כשהוא נסער ועצבני; התאמתו של אחד המפתחות שנמצאו בארנקו של המבקש למנעול המקלט בו בוצע מעשה האונס (אף שהוברר, לאחר מכן, כי מפתחות רבים מאותה התוצרת יכולים לפתוח מנעול זה); וכן סירובו של המבקש ליתן דגימה מדמו, אף שהוסבר לו כי בכוחה של דגימה זו להסיר מעליו כל חשד, ובה בעת אין בכוחה להפלילו, באשר עשויה היא - לכל היותר - לשייכו לקבוצה גדולה של בני אדם בעלי סוג דם זהה לדמו.

כאן המקום להדגיש, כי גם במהלכם של הליכי הערעור הוצע למבקש חזור והצע כי יתן דגימה מדמו, ואף הובטח לו כי בדיקת הדגימה תתבצע בפיקוח בית המשפט. זאת, נוכח חוסר האמון שרחש המבקש לרשויות החקירה, וסברתו כי הן קשרו להפלילו ועל כן תטינה את תוצאות הבדיקה לחובתו. חרף הבטחה זו, התמיד המבקש בסירובו ליתן דגימת דם.

עם זאת, המבקש - שלא ויתר על הסיכוי להוכיח את חפותו - פנה לאחר סיום שמיעת הערעור בבקשה להגשתן של ראיות נוספות, ובכללן תוצאותיהן של בדיקות פרטיות שנערכו מטעמו. המבקש טען, כי יש בראיות אלו כדי לתמוך בגרסתו לפיה העלימו רשויות החקירה והתביעה מבית המשפט ראיות מראיות שונות והטעוהו בטיעונים והצהרות, כך שהרשעתו בטעות יסודה, ועל כן יש לבטלה.

4. בית-משפט זה, בהחלטתו מיום 19.1.97 (בש"פ 6861/96, כב' השופטים י' זמיר, י' קדמי, ת' אור) מצא כי המבקש לא הצביע על טעם ממשי שיש בו כדי להוביל

למסקנה כי יש לאפשר לו להציג ראיות אלו, וציינ כי הנחות היסוד עליו סמך את בקשתו נעדרות בסיס. וכך נאמר בהחלטה:

"מסכת ההאשמות הקשה שהעלה המערער כנגד ב"כ התביעה ומומחית מז"פ נועדה לתמוך בבקשתו להגשת ראיות נוספות במגמה לפסול את פסק הדין המרשיע מחמת 'מרמה' מצד ב"כ התביעה ומומחית מז"פ. איננו יכולים לסמוך ידינו על האשמות אלה. לגוף העניין, מדובר בראיות הנכללות בחומר החקירה שהועמד לרשות המערער, ואין צורך לומר שהיה בידו, לו רצה, להגישן לבית המשפט בערכאה ראשונה. אולם החלטנו לדחות את הבקשה לא רק בשל המחל של המערער, שנמנע מלהגיש את הראיות האמורות לבית המשפט בערכאה הראשונה בלי לתת טעם לכך, אלא בעיקר משום שלא ראינו טעם ענייני להגשת הראיות. שכן גם אם היה המערער מצליח להוכיח באמצעות אלה כי התביעה ועדיה לא נהגו כראוי, כטענתו, עדין אין בכך, בנסיבות המקרה, כדי לשנות את התוצאה בערעורו" (סעיף 4 לפסק הדין).

5. כשלוש שנים לאחר מכן, במסגרת הליך אחר, שב ועתר המבקש כי יימסרו לידיו מוצגי חקירה אחדים, מתוך כוונה לבדוק אותם ובעקבות זאת לשקול את הגשתה של בקשה לקיומו של משפט חוזר. בין המוצגים שביקש המבקש לקבל, היו מבחנות המכילות חומר שנלקח מאיבר מינה של הילדה, ובו נמצא חומר החשוד כדם; חומר שנמצא בכתמים שעל תחתוניה וחצאיתה שכלל סימני דם וזרע, וכן חומר שנמצא בכתמים שעל המזרן והשמיכה בזירת האונס בהם סימני זרע, רוק ודם ([בש"פ 1781/00](#) [אדריאן שוורץ נ' מדינת ישראל פ"ד נה\(4\), \(293\)](#)).

בהחליטו בבקשה זו, מצא השופט מ' חשין כי הגם שקיימת, בנסיבות מסוימות, זכות לאלו המורשעים בדינם לעיין בחומר החקירה לקראת אפשרות לפתיחתם של הליכי משפט חוזר, עניינו של המבקש אינו בא בגדרי נסיבות אלו. בהחלטתו המקיפה, עמד השופט חשין על הזיקה ההדוקה המתקיימת בין הזכות לעיין בחומר חקירה לזכות למשפט חוזר, זיקה המשמיעה דמיון אף במגבלות המוטלות על זכויות אלו, ובאיזון העקרוני בינן לבין האינטרס בדבר סופיות הדיון. בעניינו של המבקש, מצא השופט חשין כי מן הבחינה העקרונית, ידו של עיקרון סופיות הדיון על העליונה. זאת, בין היתר, נוכח העובדה שחומר הראיות כולו היה ידוע למבקש עת נבחן עניינו בפני הערכאה הדיונית, ונוכח סירובו העיקש ליתן דגימה מדמו לאותן הבדיקות אותן הוא מבקש לערוך כיום. ואלו מקצת הדברים שאמר השופט חשין:

"... כל חומר הראיות כולו היה ידוע לעותר לעת משפטו, בכללו חוות-דעתה של אשירה זמיר ומימצאיה. לעת ההליך המשפטי זכאי היה העותר לדרוש עריכתן של הבדיקות אותן דורש הוא עתה, אך הוא, מטעמיו-שלו - טעמים שלא נתקשה לשערם - ביכר שלא לבקש את שיכול היה לבקש. בדיקות הדם שמבקש הוא לערוך עתה, אין בהן כל חידוש טכנולוגי והן היו זמינות לעת המשפט. גם בדיקות הדנ"א היו זמינות לעת ההליך; לא עוד, אלא שבית-המשפט אף הציע לעותר לערוך אך הוא סירב שוב ושוב להצעות שהופנו אליו... זכות העיון שאנו מדברים בה טובלת במעיינות ההגינות והצדק, ואלה הם שנותנים בה רוח-חיים. האומנם תובעים הצדק וההגינות מאיתנו להיענות לעותר? הנה-כי-כן, אף שנתבקש שוב ושוב ליתן דגימה מדמו לאותן בדיקות שאותן מבקש הוא לערוך עתה, סירב העותר להצעה, וכמסתבר - מחששו שמא בדיקות אלו תסבכנה אותו. בנסיבות אלו היעדרות לבקשתו של העותר ריקה היא מהגינות ומצדק" (בש"פ 1781/00, עמ' 307).

אולם, חרף המסקנה העקרונית אליה הגיע השופט חשין, הרי שבעקבות הסכמתה של המדינה - לפני משורת הדין - לבדוק אם קיימת אפשרות להיענות לבקשות העותר, ובלבד שיסכים ליתן דגימה מדמו, קיבל הוא את בקשת העותר בחלקה. בסופם של הליכים שאין לנו צורך להאריך עליהם את הדיבור, נתן המבקש דגימה מדמו, והמדינה מצדה, התחייבה לערוך בדיקות מקדמיות במוצגי הדם, הזרע והרוק במטרה לבדוק את היכולת להפיק מהם דנ"א.

6. בעקבות החלטתו של השופט חשין, הועברו המוצגים הנזכרים למעבדה הביולוגית של המכון הלאומי לרפואה משפטית, שם ביצעה ד"ר מיה פרוינד את הבדיקות והמציאה לידי הצדדים חוות דעת ביום 21.11.01. במרכזה של חוות דעת זו עומדים 13 מוצגים שונים, ובהם פריטי לבוש של הילדה, משטח רקטאלי ומשטח ווגינאלי ודגימות מדמה. מתוצאות בדיקה זו עולה, כי בכל המוצגים שנבדקו אותם פרופיל גנטי אחד שמקורו בילדה, ואינו יכול להיות במבקש. כן צוין – בהתייחס לדגימות הווגינאלית והרקטאלית – כי בבדיקה מיקרוסקופית לאיתור תאי זרע התקבלה תוצאה שלילית.

לאחר שקיבל לידיו את חוות דעתה של ד"ר פרוינד, פנה המבקש לבית-משפט זה בבקשה כי יורה על עריכת בדיקות נוספות במוצגים. בהחלטתו מיום 13.6.04, קיבל השופט חשין את מקצת בקשותיו, וקבע, בין היתר, כי על המדינה לבדוק מטוש ווגינאלי נוסף, וכך מזרן ושמיכה שנתגלו בזירת העבירה.

ביום 21.10.04 הגישה ד"ר פרוינד לבית משפט זה את חוות-דעתה, היא חוות הדעת עליה השתית המבקש את עתירתו לקיומו של משפט חוזר. זמן קצר לאחר מכן, הודיעה ד"ר פרוינד כי היא חוזרת בה מחוות דעת זו, והסבירה זאת בכך שנפלה שגיאה בניסוח מסקנותיה. נפנה, אפוא, לבחינת חוות דעתה של ד"ר פרוינד, ונמשיך להליכים שהתרחשו לאחר מכן.

7. חוות דעתה של ד"ר פרוינד מיום 21.10.04

כאמור, עניינה של חוות הדעת שבכותרת בבדיקת שנערכו במטוש וגינאלי נוסף, בשמיכה ובמזרן, אשר הועברו למרכז הלאומי לרפואה משפטית על-פי החלטת השופט חשין. מחוות הדעת עולים הממצאים העיקריים הבאים:

- א. א. בבדיקות הראשוניות שנערכו במוצגים לא נמצא זרע;
- ב. ב. בבדיקת דנ"א במטוש הווגינאלי התקבל פרופיל גנטי התואם את זה של הקורבן;
- ג. ג. משתי הדגימות שנלקחו מהמזרן והשמיכה הופק דנ"א בשתי שיטות: האחת, שיטה בה מתקבלת פרקציה [דגימה] המועשרת בתאי זרע והשניה, פרקציה המועשרת בתאים שאינם תאי זרע. מחוות הדעת עולה, כי בבדיקת הפרקציה המועשרת בתאי זרע התקבלה תערובת שמקורה בשני פרטים לפחות, הנראים כמקור נקבי וזכרי. המתלוננת – כך בחוות הדעת – עשויה להיות אחד המקורות לתערובת, ואילו אדריאן שוורץ, לשון חוות הדעת, "איננו יכול להיות אחד המקורות לתערובת זו". בבדיקת הפרקציה המועשרת בתאים שאינם תאי זרע, מצוין כי התקבלה תערובת שמקורה ביותר משני פרטים, הנראים אף הם כמקור נקבי וזכרי. אשר לזהות המקורות, נקבע בלשון דומה כי: "המרכיב העיקרי בתערובת זו יכולה להיות המתלוננת... אדריאן שוורץ... איננו יכול להיות אחד המקורות לתערובת זו".

נוכח האמור בחוות הדעת, פנה המבקש לבית-משפט זה בבקשה לקיים משפט חוזר. לשיטתו, ממצאיה של ד"ר פרוינד הנם בבחינת ראייה מדעית חדשה, אשר יש בכוחה לשנות את תוצאות המשפט לטובתו. המסקנה המתבקשת מחוות דעתה של ד"ר פרוינד, כך לטענתו, היא כי לא הוא האדם שביצע את העבירה בגינה הוא נושא בעונש מאסר, באשר חוות הדעת מערערת את התשתית הראייתית עליה ביססו הערכאות הקודמות את הרשעתו, ויש בה אף כדי להצביע על כך שאדם אחר, בלתי ידוע, הוא

שביצע את העבירה האמורה. עוד טען המבקש, כי במצב דברים זה יש להורות על שחרורו בערובה ממאסרו, עד למתן החלטה בבקשתו לקיים משפט חוזר.

7. בתגובתה, ציינה המשיבה כי לאחר שעיינה בניירות העבודה של המומחית ולאחר חילופי דברים עמה, נמצא שקיימת סתירה בין המסקנות הנלמדות מחוות דעתה הסופית, לבין הרישומים בניירות-העבודה ובטיוטא קודמת של חוות הדעת. אשר על כן, ובהסכמת בא-כוח המבקש, שוגרה לד"ר פרוינד בקשה להשלמת חוות דעתה, ובמרכזה שאלות הבהרה שונות. בין היתר, נתבקשה ד"ר פרוינד להסביר את הסתירה בין טיוטת חוות דעתה מיום 21.10.04, בה צוין כי "לא ניתן לשלול את אדריאן שוורץ, מוצג 1, כאחד התורמים למרכיב המינורי בתערובת זו" (בהתייחס למוצגים שניטלו מהמזרן והשמיכה), לבין חוות הדעת הסופית, בה, כאמור, נקבע כי אדריאן שוורץ איננו יכול להיות אחד המקורות לתערובת.

בתשובתה מיום 22.11.04, הודיעה ד"ר פרוינד כי שגתה בניסוח חוות דעתה מיום 21.10.04. היא הסבירה כי הקביעה לפיה המבקש "איננו יכול להיות אחד המקורות לתערובת זו" יסודה בניסוח מוטעה, ולמעשה נכון לומר כי "לא ניתן לחייב או לשלול את אדריאן שוורץ כמקור לתערובת זו". ד"ר פרוינד הסבירה את השגתה שיצאה מתחת ידה ברצונה לנקוט משנה זהירות, כך שלא יובן כאילו ניתן לקבוע באופן פוזיטיבי שהמבקש הוא המקור לתערובת, וזאת מן הטעם שממצאי הבדיקה התקבלו בערכים גבוהים, שיש בכוחם לגרום להופעת תוצרי לוואי שאינם אמיתיים, ובלשונה של ד"ר פרוינד:

"הבסיס לשינוי המסקנה בין הטיוטא לחוות הדעת הסופית בה נכתב כי 'אדריאן שוורץ, מוצג 1, איננו יכול להיות אחד המקורות לתערובת זו' נבע מחשש כ הנוסח המופיע בטיוטא יתפרש כקביעה מוחלטת כי אדריאן שוורץ הינו תורם לתערובת. קביעה פוזיטיבית כזו איננה נכונה מכיוון שהממצא עליו הסתמכתי ... התקבל בערכי קריאה גבוהים העלולים להביא להופעת פיקים [תוצרי לוואי] נוספים שאינם אמיתיים ...".

ובהמשך:

"... מתוך זהירות יתר שננקטה בניסוח חוות דעתי הסופית מיום 21.10.04, כדי שלא יובן כאילו מדובר בהימצאותו של הפרופיל הגנטי של אדריאן שוורץ באופן פוזיטיבי, שגיתי באמירה השוללת את האפשרות כי אדריאן שוורץ יכול להיות תורם לתערובות הנדונות".

בהקשר זה ייאמר, כי ד"ר פרוינד אף הסבירה, במסגרת הבהרת חוות דעתה, שניתן לעשות שימוש זהיר בתוצאות בדיקת התערוכת, שכן:

"... נראה כי כל האללים [מספר הפעמים בהן חוזרת על עצמה יחידה באתר מסוים שבתוך מולקולת הדנ"א] המופיעים בתערוכת נכללים בין האללים המרכיבים את הפרופיל של המתלוננת או של אדריאן שוורץ. כלומר, אין בין האללים אף לא אחד שאינו נכלל בפרופיל של המתלוננת או של אדריאן שוורץ" (ההדגשה במקור).

חרף זאת, כאמור, מחוות הדעת עולה כי ערכי הקריאה הגבוהים עשויים לעוות את הממצאים, ועל כן אין אפשרות לקבוע ממצא פוזיטיבי ביחס אליהם. נוכח אלו, עתרה המדינה לדחיית בקשתו של המבקש למשפט חוזר. סמוך לכך, הודיעו באי-כוח המבקש לבית-המשפט כי בדעתם לערוך בדיקות נוספות באמצעות מומחה מטעמם. לצורך כך, ובהסכמת המדינה, נדחה מועד הגשת תגובתה לבקשה למשפט חוזר, כך שתוכל להתייחס, במסגרת זו, גם לתוצאותיהן של בדיקות אלו.

8. חוות דעתם של המומחים מטעם המבקש

ביום 20.4.05, הגיש המבקש את חוות דעתם של המומחים מטעמו, פרופ' אדם פרידמן וד"ר אהוד ליפקין (להלן: "המומחים מטעם המבקש"). בתמצית ייאמר, כי שני אלה חולקים על המסקנות המובעות בחוות-דעתה המתוקנת של ד"ר פרוינד, וזאת בשני נושאים מרכזיים. ראשית, המומחים מטעם המבקש מצאו, כי לא ניתן לזהות פרופיל גנטי השייך למבקש באף לא אחת מאנאליזות הדנ"א שבוצעו במוצגים מזירת האונס, ולעומת זאת מצאו כי ניתן לזהות – ביחס לשני המוצגים שניטלו מהכתם שנמצא על השמיכה – פרופיל גנטי שאינו שייך למבקש, כי אם לזכר אחר:

"בתערוכת שנמצאה במוצג 14p (מוצג מהשמיכה שעבר תהליך להעשרת תאי זרע) מופיע פרופיל גנטי ברור בכל ארבעת האנליזות שבוצעו, ומזוהים בו אללים המתאימים לכל סמני הקורבן. מכאן שהקורבן נמצאת בוודאות רבה מאוד בתערוכת זאת ... בשלוש מתוך ארבע האנליזות ... פרט לפרופיל הגנטי של הקורבן ... מופיע אתר ברור של זכר וכן מופיעים במספר אתרים שלושה או ארבעה אללים. בשלוש מתוך ארבע האנליזות יחסי עוצמות שיאי אתר הנקבה לעומת עוצמות שיאי אתר הזכר הן כאלה שאנו מסיקים כי מדובר כאן בתערוכת של שני פרטים בלבד. באנליזות מופיעים אללים שאינם מתאימים לקורבן או למר שוורץ. מכאן שהאללים באתרים אלה שייכים לפרט



זכרי אחר, שאיננו מר שוורץ" (עמ' 4 לחוות הדעת, ההדגשה במקור).

ובהתייחס למוצג השני שניטל מהשמיכה:

"במוצג 14s (מוצג מהשמיכה שאינו מועשר בתאי זרע) מופיע פרופיל גנטי של תערובת DNA משני פרטים; ניתן לזהות בתערובת זו בוודאות בעיקר את האללים של אתרי הקורבן ונמצא אתר ברור של זכר באחת משלש הבדיקות. בנוסף, בפרופילים הגנטיים של שתי בדיקות של מוצג זה נראים אללים שאינם שייכים לקורבן או למר שוורץ. אללים אלה מתאימים לאותם אללים שנמצאו באותם אתרים במוצג 14p... אנו מסיקים מכך, כי מקורם באותו זכר שהאללים שלו הופיעו במוצג 14p ולא במר שוורץ" (שם).

שנית, המומחים מטעם המבקש גורסים כי חוות דעתה של ד"ר פרוינד מוטעית, מאחר ונמצא כי היא כוללת התייחסות לתוצרי לוואי ("פיקים" או "שיאי סטטר") כאל אללים, שהם בלבד סימני הזיהוי האמיתיים של הפרופיל הגנטי. המומחים מטעם המבקש אף מסבירים את הסיבה לשגגה (הנטענת) שיצאה מתחת ידה של ד"ר פרוינד, בכך שלמבקש ולקורבן מספר אללים זהים. לכך, נטען, משמעות בפענוח תוצאות הבדיקות, שכן הדבר מגביר את האפשרות לבלבל בין האללים של המבקש לשיאי הסטטר של הקורבן:

"מהבדיקות שמהן מופה הפרופיל הגנטי של שני הפרטים עולה, כי חלק מהאללים של הקורבן סמוכים לאלו של מר שוורץ; מכאן, שאם שיאי הסמנים בתערובת הינם בעוצמות שונות – עשויים שיאי סטטר של אללים של פרט אחד למסך ולהסוות את השיאים האמיתיים של האללים של הסמנים של הפרט השני (למשל במקרה שלנו, שבו בתערובת קיים חומר ביולוגי רב של הקורבן לעומת חומר ביולוגי מועט ביותר של מבצע העבירה) המסקנה הנובעת מכך היא שאין אפשרות לקבוע את שיאי הסטטר של הקורבן כאללים של מר שוורץ" (עמ' 3 לחוות הדעת).

המומחים מטעם המבקש הוסיפו והפנו לשורה של טעויות בחוות דעתה של ד"ר פרוינד, שעניינן זיהוי שיאי סטטר כאללים אמיתיים (סעיפים טז-יח לחוות דעתם) והם סיכמו את עמדתם בעניין זה כך:

"חוות-דעתה של ד"ר פרוינד מיום 22.11.04 איננה מקובלת עלינו. להערכתנו, חוות-דעת זו מוטעית... ד"ר

פרוינד מייחסת למר שוורץ אללים שאינם שייכים לו, אלא הם שיאי (פיקי) לוואי לאללים של הקורבן; ד"ר פרוינד מזהה שיאי (פיקי) סטטר (שהם תוצאת לוואי של הבדיקה) כאללים אמיתיים ובעלי משמעות" (עמ' 2 לחוות הדעת).

9. סוג דמו של המבקש

סוגיית הדנ"א אינה הסוגיה היחידה בה עותר המבקש להוסיף לדרוש ולחקור. נוסף על חוות דעתם של המומחים מטעמו, מפנה הוא, במסגרת בקשה זו, לשורה של ליקויים שהתרחשו, לטענתו, במהלך הדיון בעניינו בבית המשפט המחוזי, ליקויים שעיקרם בשאלת סוג דמו ואופן קביעתו.

על-פי הנטען, גב' אשירה זמיר - מומחית מז"פ שהעידה מטעם התביעה בעת הדיון בפני בית המשפט המחוזי - לא התייחסה במסגרת חוות דעתה ובעדותה למספר ממצאי מז"פ שהיה בהם כדי להראות כי למבצע האונס דם מסוג A, בעוד שעתה הוברר - לאחר שהמבקש הסכים ליתן דגימה מדמו - כי דמו הוא מסוג O.

גב' זמיר, אשר שימשה בתקופה האמורה כקצינת המעבדה לביולוגיה במז"פ, העידה בפני בית המשפט המחוזי אודות טיב הבדיקות הנדרשות לצורך קביעה קונקלוסיבית של סוג דמו של אדם. גב' זמיר הסבירה, כי לצורך קביעה זו נדרשים ממצאים וודאיים וזהים בשתי בדיקות שונות: האחת מכונה Inhibition והשניה Illusion. רק ממצאים ודאיים בשתי בדיקות אלו יכולים להוביל למסקנה החלטית בדבר סוג דמו של נבדק. מעדותה של זמיר - כפי שעולה מעיון בהכרעת דינו של בית המשפט המחוזי - נמצא בכתמי הזרע שנתגלו על המזרון והשמיכה אנטיגן מסוג A, המצביע על דם מסוג A, ואילו בבדיקה השנייה לא נמצא אנטיגן מסוג A או כל ממצא אחר. לפיכך, ולנוכח הדרישה לממצאים ודאיים וזהים בשתי הבדיקות, קבעה המומחית כי לא ניתן לקבוע את סוג דמו של מבצע העבירה המיוחסת למבקש (עמ' 14 להכרעת הדין).

לטענת באי כוחו של המבקש, מסקנה זו אינה מבוססת, באשר תוצאותיהן של בדיקת מעבדה מסוימות - המלמדות דווקא על יכולת לקבוע את סוג הדם - לא מצאו ביטוין בחוות דעתה ועדותה של גב' זמיר. באי כוחו של המבקש מטעימים, כי בבדיקות המעבדה שנערכו במז"פ נמצאו אנטיגן A ואנטיגן B בבדיקת Illusion. זאת, נוסף על מציאתו של אנטיגן A בבדיקת Inhibition. משכך, לשיטתם, ניתן לקבוע את סוג דמו של מבצע העבירה, היינו, כי מדובר בדם מסוג A, והואיל ודמו של המבקש

הוא מסוג O, בפנינו ראייה נוספת לכך שהמבקש אינו יכול להיות מבצעה של העבירה בה הורשע.

לבסוף, מלינים באי-כוח המבקש על כך שכתם שלישי מן המזרן (ככל הנראה כתם זרע), לא הועבר לבדיקה של ד"ר פרוינד, וזאת בניגוד להחלטתו של השופט חשין מיום 13.6.04.

10. בתגובתה לטענות אלו, מבהירה המשיבה כי היא מתנגדת לעריכתו של משפט חוזר בעניינו של המבקש. לתגובתה היא צרפה חוות-דעת מסכמת פרי עטם של ד"ר פרוינד וד"ר רון גפני, ראש המעבדה הביולוגית במחלקה לזיהוי פלילי במשטרת ישראל (להלן: חוות הדעת המסכמת מטעם המשיבה), ובה הובעה הדעה כי חוות דעתם של המומחים מטעם המבקש הנה שגויה ומשוללת תוקף מדעי, הואיל ובסיסה בדרך לניתוח תערובות "שאינה מקובלת ואינה נסמכת על הספרות המדעית-פורנזית אלא נוגדת לה במובהק" (עמ' 1 לחוות הדעת המסכמת מטעם המשיבה).

לגרסת מחברי חוות הדעת המסכמת מטעם המשיבה, המומחים מטעמו של המבקש טעו במספר סוגיות, וביניהן אלו:

א. א. קביעת מספר התורמים לתערובת שנמצאה על השמיכה: בעוד שאליבא דמומחים מטעם המבקש מקורה של תערובת זו בשני פרטים בלבד, אנאליזת הדנ"א הנזכרת בחוות הדעת של המכון לרפואה משפטית מיום 21.10.04, מלמדת דווקא כי מקורה של התערובת ביותר משני פרטים. לטענת המשיבה, שגיאה זו שומטת את הקרקע תחת הבקשה כולה, שכן אין כלל מחלוקת – ומעולם לא הייתה – כי ניתן לאתר סימני זיהוי של פרופיל דנ"א השייכים לאדם אחר, בלתי ידוע, בתערובת (זאת משום העובדה שהמוצגים שנבדקו הם מזרון ושמיכה שהוחזקו במקלט ציבורי, ועל כן ייתכן כי אחרים עשו בהם שימוש והותירו בהם עקבות דנ"א). אלא, שקיומם אינו שולל את נוכחותם המלאה של מאפייני הפרופיל הגנטי של המבקש במוצגים שנבדקו. משכך, טוענת המשיבה, עובדת הימצאותו של תורם בלתי ידוע לתערובת, שאינו המבקש, הנה עובדה בעלת ערך נייטראלי, שאין בה כדי לסייע ביד המבקש.

ב. ב. התעלמות המומחים מטעם המבקש מהקריטריונים ואמצעי העזר הפורנזיים המשמשים בהגדרת סטטרים: על-פי חוות הדעת המסכמת

מטעם המשיבה, עמדת המומחים מטעם המבקש - על-פיה עקבות דנ"א שזוהו כאללים בחוות הדעת של ד"ר פרוינד אינם אלא סטטרים - הנה שגויה על-פניה, באשר הם אינם מופיעים במיקום בו יכול להופיע סטטר (עמ' 6 לחוות הדעת המסכמת).

ג. ג. קביעתם הפוזיטיבית של המומחים מטעם המבקש כי אללים שזוהו על-ידי תוכנת מחשב המשמשת לצרכים אלו כאללים אמיתיים, אינם אלא סטטרים, שגויה: אמנם ייתכן כי אלל המזוהה על-ידי התוכנה כאלל אמיתי הנו סטטר (ככל שעוצמתו נמוכה וככל שהוא מצוי במיקום שיכול להתאפיין כסטטר), אולם לא ניתן – ואף אין זה מקובל מבחינה מדעית - לקבוע באופן קטגורי ומחלט שמדובר בסטטר. וכך מוצגים הדברים בחוות הדעת המסכמת מטעם המשיבה:

“במקום בו תיתכנה שתי אפשרויות (אלל אמיתי או סטטר) ההגנה (המומחים מטעם המבקש – א.א.ל) בוחרת תמיד את האפשרות הנוחה לחשוד ושוללת את האפשרות שמצביעה על תרומתו של החשוד לתערובת. זאת בניגוד לגישה הפורנזית המקובלת בעולם המתייחסת לשתי האפשרויות וקובעת כי במקרה כזה לא ניתן לשלול את החשוד כתורם אפשרי לתערובת” (עמ' 5 לחוות הדעת המסכמת מטעם המשיבה).

המשיבה מבקשת להדגיש, כי מחוות הדעת שנערכה בידי ד"ר פרוינד עולה כי מאפייני פרופיל הדנ"א של המבקש מסתמנים בבירור במוצגים שנבדקו, ואף שלא ניתן לקבוע על יסודם ממצא פוזיטיבי בדבר זיהוי המבקש כתורם לתערובת, ממצאים אלו הנם בבחינת ראיה נסיבתית מפלילה רבת עוצמה הפועלת לחובתו, והמשתלבת בטבעיות במארג הראיות המפלילות ששימשו בהרשעתו. טיעונם של המומחים מטעם המבקש, על-פיו כל האללים שזוהו בידי התוכנה כאללים אמיתיים השייכים למבקש אינם אלא שיאי סטטר שאינם אמיתיים, הנו טיעון בלתי מבוסס, המעניק פרשנות מגמתית לתוצאות חוות הדעת. המסקנה הנובעת מפרשנות זו היא, שיסודם של ממצאי הבדיקה בצירוף מקרים פנטסטי, לפיו כל האללים המאפיינים את המבקש הנם שיאי סטטר שאין לייחס להם משמעות, ובה בעת – כל אותם שיאי סטטר, האמורים להיווצר באורח מקרי, תואמים לפרופיל הגנטי של המבקש.

אשר לכתם החסר שלא נבדק, המשיבה מסבירה כי בירור שנערך העלה כי ככל הנראה כתם זה נתכלה אגב הבדיקות שבוצעו בו בעת חקירת הפרשה, וכי מטעם זה לא הועבר לבדיקה. ראוי לציין בהקשר זה, כי מתגובתה של המשיבה עולה כי באחרונה,

בעקבות בירור שערכה במסגרת ההליך שמתנהל בעניינו של המבקש, נמצאו לוחות זכוכית המשמשים לחיפוש תאי זרע באמצעות מיקרוסקופ ("פרפרטים") במחסן המעבדה שבמז"פ, ובהם פרפרטים שמקורם בזירת האירועים מהם זוכה המבקש, וכן עשרה פרפרטים מהתיק נושא הרשעתו. לטענת המשיבה, הדבר הודע לבאי-כוח המבקש, אך מטעמים השמורים עמם הם בחרו שלא לבקש את בדיקתם של מוצגים אלה.

אשר לסוגית קביעת סוג הדם, עמדתה של המשיבה היא כי מדובר בסוגיות שלובנו זה מכבר במסגרתם של הליכים שנערכו בבית-משפט זה, ועל כן אין כל הצדקה להידרש להם שוב.

נוכח כל אלו, עמדת המשיבה היא כי חוות דעתם של המומחים מטעם המבקש, עליה נסמכת בקשתו למשפט חוזר, אינה מהווה "עובדות או ראיות" היכולות להצדיקה (כלשון [סעיף 31\(א\)\(2\) לחוק בתי המשפט](#), תשמ"ד-1984, להלן: "החוק"), ועל כן דינה של הבקשה להידחות. זאת, אף בשים לב לפגיעה הנמשכת והקשה בקורבן העבירה.

11. חוות דעת נוספות מטעם המבקש

המבקש ביקש להגיב על תגובתה של המדינה ועל חוות הדעת המסכמת שנערכה על-ידי המומחים מטעמה. תגובתו זו נתמכה בשתי חוות-דעת מדעיות נוספות. עניינה של חוות הדעת האחת בסוגית קביעת פרופיל הדנ"א הקיים בדגימות שניטלו מהמזרן והשמיכה, ואילו עניינה של חוות הדעת השנייה בקביעת סוג הדם של מבצע העבירה. כדי שלא להאריך שלא לצורך, ייאמר אך שחוות דעת נוספות אלו תומכות, לכאורה, בחוות דעתם של המומחים מטעם המבקש ועניין סוגיית הדנ"א, מחד, ובטענותיו באשר לסוגיית קביעת סוג דמו של מבצע העבירה, מאידך.

12. דיון

[סעיף 31 לחוק בתי המשפט](#) [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, נועד לאזן בין שני אינטרסים מרכזיים: השאיפה לחקר האמת, ובמסגרתה הצורך להבטיח מנגנון דיוני שיאפשר תיקון טעויות בהרשעה, מחד, ועקרון סופיות הדיון ( *interest rei publicae* ) *ut sit finis litium*), מאידך. האינטרס הראשון נובע מההכרה במגבלותיה של השפיטה הואיל ו"מטבע הדברים לא קיימת, וטרם נוצרה, באיזה ארץ שהיא מערכת משפט העשויה לפעול בשלמות וללא תקלה ולעשות צדק מוחלט בכל מקרה ומקרה" (בלשונו

של השופט אגרנט, כתוארו אז, [בבג"צ 177/50 ראובן נ' יושב ראש וחברי המועצה המשפטית, פד"י ה', 737, 751](#). האינטרס השני בא לבטא את הצורך בוודאות הפסיקה ויציבותה, ומטרה זו לא תושג אם תתאפשר, כעניין שבשגרה, תקיפה חוזרת של פסק-דין חלוט ([מ"ח 6148/95, בש"פ 1780/96 עזריה נ' מדינת ישראל, פד"י נא\(2\), 334, 354](#)). מכאן, שנקודת המוצא היא כי משפט חוזר לא נועד לקיים הליך נוסף של ערעור, אלא לאפשר, מקום שמוכחת תשתית איתנה לאחת העילות המנויות [בסעיף 31\(א\)](#), לבחון ספקות שעלו ביחס לצדקת פסק הדין ([מ"ח 6731/96 ברנס נ' מדינת ישראל פד"י נא\(4\), 241, 250; מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל פד"י נג\(1\), 529, 560; מ"ח 8483/00, דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נז\(4\), 253](#)).

13. בענייננו אנו, עותר המבקש לגדור את עניינו בין כתליה של הוראת [סעיף 31\(א\)\(2\)](#) לחוק, ולחילופין הוראת [סעיף 31\(א\)\(4\)](#) לחוק. כפי שהודגש לא אחת בהתייחס לפרשנותה של העילה הקבועה [בסעיף 31\(א\)\(2\)](#), הרי:

"... בנקיטת לשון 'עובדה חדשה' או 'ראיה חדשה' לא נתכוון המחוקק לכל טענה, אשר בעצם השמעתה הופכת כביכול לראיה חדשה, אלא הכוונה לעובדה או לראיה, אשר יש בהן אמינות לכאורית. הרי מדובר על הליך שיפוטי שנסתיים כבר ואשר ההכרעה בו מעוגנת במערכת ראיות, שהייתה אמינה בעיני בתי המשפט שלפניהם היא נפרשה. כאשר מבקשים לחדש את הדיון מראשיתו, לא די בהשגה על התוצאה או בהעלאת טענה, המצביעה על אפשרות קיומה של מערכת עובדות חלופית. אין גם להסתפק בכך, שמי שמעורב בעניין מעלה תיזה עובדתית חדשה; צריך להיות בהקשר או בנסיבות דבר כלשהו, המעניק לעובדות או לראיות החדשות בהן מדבר [סעיף 31\(א\)\(2\)](#) אמינות לכאורית המצדיקה שקילתן מחדש ליד מערכת הראיות הקודמת..." ([מ"ח 6/84 מאמא נ' מדינת ישראל, פ"ד לת\(3\) 498, 500](#)).

יחד עם זאת,

"אין צורך שהעובדות או הראיות הנוספות, כשלעצמן, עשויות היו לשנות את תוצאות המשפט. יש לשלב את העובדות או הראיות הנוספות במכלול הראיות, ובמסגרת זו לבחון אם יש בהן כדי לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקש" (פרשת עזריה, עמ' 354).

14. באשר לעילה בדבר "עיוות דין", שגם עליה משליך המבקש את יהבו, הרי שמדובר בעילה אשר ייחודה בכך שהיא אינה כוללת יסודות מוגדרים, והיא נועדה לתת מענה לפגם דיוני שורשי שנתגלה בהליך הפלילי, פגם המערער את יסודות ההרשעה.

עילה זו הוספה לספר החוקים בעקבות ההמלצות של הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר, אשר בדו"ח שהוגש מטעמה ופורסם בתשנ"ה (1994) נאמר: "כמו כן, נראה לוועדה כי יש להוסיף 'עילת סל' נוספת למשפט חוזר. זאת כדי שלא יהיו ידיו של בית המשפט כבולות להיעתר לבקשה, במקרים חריגים ויוצאי דופן, בהם נתעורר בלבו חשש של ממש כי נגרם עיוות דין, והם אינם נכללים בגדר העילות האחרות למשפט חוזר" (עמ' 56). ברוח זו התבטא הנשיא ברק במ"ח 10392/02 עמיאל נ' מדינת ישראל, פד"י נז(2), 297, 307:

"סעיף 31(א)(4) הינו סעיף סל אשר בא להרחיב את גדרי סמכותו ושיקול-דעתו של בית-המשפט בבואו להחליט בבקשה לקיומו של משפט חוזר. אין הוא גורע מעקרון סופיות הדיון של פסק הדין, אלא התיר בידי בית המשפט להתחשב בקיומן של נסיבות מיוחדות שהמחוקק לא יכול היה לחזותן מראש עת קבע את נוסחו המקורי של סעיף 31 ... לשון אחר, עניינה של הוראה זו הוא מתן היכולת לבית המשפט להשקיף ב"מבט על" על ההליך כולו ... משכך, פסקתי בעבר כי במסגרתו של המושג 'עיוות דין' המצוי בגדרי סעיף 31(א)(4) יש להכיל גם פגמים דיוניים חמורים בהליך, הגם שאין בהם לעיתים אותן פוטנציאל לשינוי התוצאה ... פגמים אלה עשויים לכלול בנסיבות מסוימות, כשל בייצוג ... אכן, בקיומו של עיוות דין בהרשעה אין די. על בית המשפט הבוחן את הבקשה למשפט חוזר לבחון אם ישנו חשש ממשי לעיוות הדין בהרשעה".

15. כלום עומד ענייננו של המבקש בתנאים הקבועים באחת משתי החלופות לקיומו של משפט חוזר, לאמור, כי חוות הדעת מטעמו הנה בבחינת עובדה או ראייה העשויה לשנות את תוצאת המשפט לטובתו? ואולי בחינת עניינו מעוררת גם חשש של ממש כי בהרשעתו היה כרוך עיוות דין?

להשקפתי, חוות דעת מדעית, פרי עבודתם של מומחים, הקובעת באופן פוזיטיבי כי אדם אינו יכול להיות מבצעה של העבירה בה הורשע הנה, בלא ספק, ראייה רבת חשיבות, ובמקרים מתאימים יש בה פוטנציאל לשינוי תוצאתו של משפט. מובן הוא, עם זאת, כי על הראייה לעמוד במבחני מהימנות, וכי עליה לגלות אמינות לכאורית ולעמוד במבחני הקבילות, כך שתוכל לשמש במשפט עצמו (פרשת עזריה, עמ' 355).

ברם, אשוב ואזכיר – ראיית הדנ"א לא היתה הראייה המרכזית בהרשעתו של המבקש, אלא שימשה רק סיוע לעדותה של הילדה. זו האחרונה זיהתה את המבקש במסדר זיהוי בתמונות כמי שתקף אותה, ועל כך אמר בית המשפט המחוזי כי מדובר "בזיהוי מוחלט וודאי, שאין לערער או להרהר אחריו". ובאשר לגרסתה של הילדה

בכללותה כפי שנרשמה על ידי חוקרת הילדים, הוסיף בית המשפט וקבע בלשון נחרצת: "הנני נותן אמון מלא בדבריה של הילדה ... וקובע כי ניתן לבסס על סמך גרסתה ממצאים וקביעות עובדתיות, ללא כל היסוס וללא כל פקפוק". אולם באותו אמון בלתי מסויג בעדותה של הילדה לא היה די, הואיל ומכוח הוראת המחוקק ([חוק לתיקון דיני הראיות \(הגנת ילדים\)](#), התשט"ו-1955) נדרש גם "סיוע", וזה נמצא בזיהוי ארנקו של המבקש; שהותו של המבקש ביום האירוע בירושלים; יציאתו מהמועדון בו היה שעה שהילדה הותקפה; מציאתו של מפתח תואם למנעול המקלט בכליו של המבקש; ולבסוף, סירובו של המבקש ליתן דגימה מדמו.

מעניניהם של באי-כוחו המלומדים של המבקש לא נעלמו כל אלה, כפי שלא נעלם מהם כי בדרך כלל די במארג ראיות מסוג זה כדי לבסס את הרשעתו של נאשם, וברמת ההוכחה הנדרשת בפלילים. לפיכך, הבהירה עו"ד פינק כי השגותיה כנגד הרשעת שולחה אינן מופנות כנגד מהימנותה של המתלוננת, אדרבא, הכל משוכנעים כי הילדה העידה על פי מיטב אמונתה, ושעה שהצביעה על המבקש כמי שתקף אותה, האמינה בכך באמת ובתמים. עם זאת, הוסיפה עו"ד פינק, כי חששה הוא שהילדה טעתה בזיהוי, ואת החשש הזה ביססו באי-כוחו של המבקש על תוצאותיה של בדיקת הדנ"א כפי שהובאו בחוות דעתה של ד"ר פרוינד מיום 21.10.04, וכן על חוות דעתם של המומחים מטעמם, פרופ' פרידמן וד"ר ליפקין, וחוות הדעת הנוספות.

16. לד"ר מיה פרוינד ניסיון רב בתחום בדיקות הדנ"א, וחוות דעת עליהן היא חתומה מוגשות לעתים קרובות לבתי המשפט. לפיכך, מותר להניח כי ד"ר פרוינד יודעת היטב את ההבדל בין מינוח השולל עקבות של פרופיל גנטי של חשוד בממצא הנבדק על ידה (לדוגמה: "אדריאן שוורץ ... אינו יכול להיות אחד המקורות לתערובת זו..."), לבין מינוח המותיר שאלה זו פתוחה ("לא ניתן לחייב או לשלול את אדריאן שוורץ כמקור לתערובת זו"). לאור זאת, התקשיתי לקבל את הסברה של ד"ר פרוינד לפיו מדובר בדרך ניסוח שגויה, אולם בסופו של יום, לא דרך הניסוח היא העומדת למבחן, אלא עמדתה של המשיבה בשאלות הפורנזיות עליהן משתית המבקש את בקשתו למשפט חוזר, עמדה שהובהרה הבהר-היטב בשתי חוות דעת נוספות.

כאמור, דעתה של המשיבה אינה נוחה מחוות הדעת שחברה בידי המומחים מטעמו של המבקש. לשיטתה, חוות דעת זו משוללת בסיס מדעי והפרשנות הניתנת בה לממצאים הפורנזיים הנה מגמתית ומוטה. ייתכן – ובכך אינני מביע כל עמדה – כי הדין עמה. ברם, קביעת מהימנות ומשקל של חוות-דעת מדעית כזאת או אחרת, אינה עניין לבית משפט זה לענות בו. זהו תהליך שיכול להתקיים רק בערכאה דיונית, לה הכלים להעריך מהימנות ומשקל של ראיה לאחר שזו עומדת במבחנה של החקירה



הנגדית. העולה מכך הוא, שלעת הזו אין כל דרך להעריך את משקלה הראיית של חוות הדעת של ד"ר פרוינד מיום 21.10.04, וכך הוא אף ביחס לחוות-דעתם של המומחים מטעם המבקש. מדעתי זו לא שיניתי גם לאחר שעיינתי ושכתי ועיינתי בתשובתה המפורטת של המשיבה מיום 18.7.2005. אין לדעת אם אותן חוות דעת תעמודנה במבחן החקירה הנגדית או במבחנים אחרים המשמשים בהערכת חוות-דעת מפי מומחים; אין לדעת – אף אם יתקבלו חלקם של הממצאים הקבועים בחוות-הדעת מטעם המבקש – מה ערך פרובטיבי יש לאלה, אם בכלל, בהתחשב במכלול הראיות ששימשו בהרשעתו. כל שניתן לומר הוא כי מרגע שנוצרו - ובפרט בהינתן אופיים הקונקלוסיבי של ממצאיהן – ובהיעדר יכולת אפקטיבית לקבוע ממצאים בדבר מהימנותן, לא ניתן להתעלם מהן, או לפטרן בלא בחינה.

17. לנוכח כל האמור, מסקנתי היא כי קיומו של משפט חוזר בעניינו של המבקש מתחייב מהראיות החדשות שהונחו בפני, באשר יש באלו, אם תתקבלנה כמהימנות, כדי "לשנות את תוצאת המשפט לטובת הנידון" (כלשון סעיף 31(א)(2) לחוק). במצב זה, כל שנוטר לי לקוות הוא, כי באי-כוח המבקש יישארו נאמנים להצהרתם לפיה לא תידרש העדתה החוזרת של קורבן העבירה, הן משום שעובדת תקיפתה אינה שנויה במחלוקת, והן משום שגם באי-כוח המבקש הבהירו שאינם מפקפקים במהימנותה, וכל חששם מצטמצם לאפשרות של טעות בזיהוי, אפשרות המתבססת על הממצאים הביולוגיים החדשים בלבד.

לנוכח התוצאה אליה הגעתי בבחינת העילה לפי סעיף 31(א)(2) לחוק, לא ראיתי מקום להוסיף ולבדוק אם עומדת למבקש גם העילה לפי סעיף 31(א)(4) לחוק.

אשר על כן, ומכוח סמכותי לפי סעיף 31(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, אני מורה על קיומו של משפט חוזר בעניינו של המבקש, אדריאן שוורץ, בפני מותב שלושה בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו.

18. הבקשה לשחרור המבקש בערובה

כאמור, בכל ההליכים שהתקיימו עד כה בעניינו של המבקש, נמצא כי הראיות שהביאו להרשעתו, הן בעלות משקל מכריע. אכן, מסקנה זו עשויה להשתנות, והכל מותנה בשאלה מה תהיינה מסקנותיו של בית המשפט המחוזי לנוכח ראיית הדנ"א שתונה בפניו. כל עוד לא הוכרעה סוגיה זו, סבורני כי לא נוצרו הנסיבות המצדיקות את שחרורו של המבקש, ראשית, משום שהחשד נגדו כמבצעו של האונס, מוסיף

להישען על בסיס, שלכאורה, הנו מוצק, ושנית, אותה מסקנה מתחייבת גם לנוכח עברו הפלילי של המבקש המלמד על הסכנה הנשקפת ממנו לציבור.

לפיכך, ומכוח סמכותי לפי סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, אני מורה על מעצרו של המבקש ל-90 ימים שתחילת מניינם מהיום.

העתק מהחלטתי יועבר בהקדם לנשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו.

ניתנה היום, א' באלול תשס"ה (5.9.2005).

ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 04099740\_O19.doc /שב  
מרכז מידע, טל' 02-6593666 ; אתר אינטרנט, [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il)

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה