

בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב - יפו

בפני: כב' השופטת ב. אופיר-תום, אב"ד – סג"נ
כב' השופטת מרים סוקולוב
כב' השופט ישעיהו שנלר

המאשימה: מדינת ישראל

נ ג ד

הנאשם: אדריאן בן הרמן שוורץ
 יליד 1944 ת.ז. xxxxxxxx
 במאסר מיום 27.1.1992

טענו: **מטעם המאשימה - עוה"ד קורצברג וחזן**
הנאשם וסניגוריו - עוה"ד רהט, פינק, קורוליק ועו"ד פלדמן

חוק העונשין, תשל"ז-1977

סיכום ביניים: פרשת ההגנה

3

ותיק זה דן בעבירות-מין אותן ביצע הנאשם במתלוננת הקטינה. על-מנת להגן על המתלוננת, אסר בית-המשפט, והוא חוזר ואוסר גם עתה, על פרסום שמה של המתלוננת, ועל כל פרט העשוי להביא לזיהויה.

מלבד מגבלות אלה מותרת הכרעת דיו זו לפרסום

א. מבוא

אודה, ההתמודדות עם חוות הדעת המדעיות, בנושא הדני"א, והניסיון לרדת לחיקרן בתיק הזה, לא היתה קלה. הצורך לשנות דרכי חשיבה, כמו גם הצורך לעשות שימוש בכלים חדשים ואחרים, הטעונים לימוד והתמחות, חייבו מאמץ אינטלקטואלי לא מבוטל. כך גם, הצורך ביישומן של התובנות החדשות והמסקנות שנגזרו מהן, בהכרעת הדיון.

גלגולו של התיק

מלכתחילה, יש להזכיר, יוחסו לנאשם בתיק המקורי, שבעה מעשי אינוס חמורים שביצע אליבא דתביעה, באותה תקופה, ברצף, באזור תל-אביב. בסופו של יום, הורשע הנאשם כאמור, באישום האחד, הוא זה העומד במרכזו של כתב האישום שהוגש לנו במסגרת המשפט החוזר.

נוסח מתוקן זה של חוות הדעת, שינה לכל הדעות את המסקנה שנגזרה ממנה, בהצביעה על אפשרות קשירתו של הנאשם למעשה הפשע, במידה שלא ערערה את הרשעתו. על מסקנה אחרונה זו של ד"ר פרוינד, הלין הנאשם כאמור בפני בית המשפט העליון, במסגרת בקשותיו החוזרות, למשפט חוזר אותן שב והגיש במהלך שנות מאסרו.

במקביל, הגיש הנאשם במסגרת הדיון בבקשתו למשפט חוזר, באמצעות שני סניגוריו דאז, נציגי הסניגוריה הציבורית, חוות דעת של מומחים מטעמו, הם, פרופ' אדם פרידמן, ד"ר אהוד ליפקין וד"ר נועה דיוואן בהן חִלקו מומחי ההגנה האלה על מסקנתה ה**אחרונה** של מומחית התביעה, ד"ר פרוינד, בהפנותם את בית המשפט אל חוות דעתה הראשונה, שעימה ראו עין בעין.

5. על רקע האמור, ולאחר עיון בשתי חוות הדעת של ד"ר פרוינד, מול חוות הדעת של מומחי ההגנה, החליט כאמור השופט א' א' לוי, להעביר מחלוקת חכמים זו לערכאה שדנה בתיקו המקורי של הנאשם, למען תבורר שם מחדש, על כל המשתמע ממנה.

יוזכר ויודגש שוב, כי נושא הדנ"א לא נדון כלל בסיבוב הראשון של התיק, ושום חוות דעת לא הוגשה לבית המשפט במהלכו, לענין בדיקת הממצאים מזירת הפשע, להוציא, בדיקות סרולוגיות רגילות. כך, בהיות הימים אז, ימים של טרום השימוש בדנ"א כסמן פורנזי, או למיצער, של טרום השימוש בו כמכשיר ראייתי במשפט הפלילי.

בהחלטתו האמורה, הבהיר השופט א' א' לוי, כי המשפט החוזר עליו הורה, ראוי לו שיתמקד בעיקרו, **בנושא הדנ"א**; שמא יהיה בו, כפי שטענה ההגנה, כדי לשנות את תמונת ההרשעה נשוא התיק המקורי, עד כדי זיכויו של הנאשם, ולו, מחמת הספק שעשויות בדיקות הדנ"א לעורר לגביה. כך, השופט א' א' לוי, בהחלטתו האמורה:

“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 קרבן העבירה, הן משום שעובדת תקיפתה אינה שנויה במחלוקת, והן משום שגם באי-כח המבקש הבהירו שאינם מפקפקים במהימנותה, וכל חששם מצטמצם לאפשרות של טעות בזיהוי, אפשרות המתבססת על הממצאים הביולוגיים החדשים בלבד” (ראו, [מ”ח 9974/04 הנ”ל](#), סעי’ 17 להחלטה).

6. המשפט החוזר נפתח איפוא, ביום 27.9.05, עם הגשת כתב האישום נשוא הדיון דנא, לבית משפט זה. דא עקא, שעם הגשתו, החליטה התביעה משום מה להכליל בכתב האישום המחוודש את כל שבעת האישומים נשוא כתב האישום המקורי, אף שהנאשם כבר זוכה, כמתואר, משישה מתוך אלה, בסיבוב הראשון.

בעקבות דיון שהתקיים ביום 29.9.05, בפני מותב אחר של בית משפט זה, נדרשה התביעה להגיש כתב אישום מתוקן, ובו האישום הראשון בלבד, הוא, האישום נשוא הדיון בפנינו היום (ראו, פרוט' הדיון מיום 29.9.05).

שהדברים הולכים לקראת סיכום בענין זה" (עמ' 12 לפרוט').

הצעת הצדדים להשהות הדיון בתיק עד לקבלת תוצאות הבדיקות במעבדה המוסכמת, נראתה סבירה והגיונית בעינינו, ושוב עלתה התקוה שהסיום המהיר של המשפט החוזר הוא אכן ריאלי.

למרבה הצער, לא הגיעה התקווה הזו לכלל מימוש. ככל שנקף הזמן הלכו ונתגלעו יותר ויותר סכסוכים בין הצדדים שהחלו לשבש את ההסכמות אליהן הגיעו קודם, עד הצבת סימן שאלה מהותי למולן.

8. ביום 21.3.06 הגיעו הדברים לכלל "פיצוץ". בפנייתם אלינו, הודיעונו באי כח הצדדים, כי נפל עימות קשה ביניהם, שביטל באחת, את כל ההסכמות שנתקבלו קודם. הארוע המשבש, כך הוסבר, התרחש באולמו של שופט המעצרים, כב' השופט כבוב, אשר דן ביום 21.2.06 בהארכת מעצרו של הנאשם בתיק דנן, ואשר במהלכו הגישו ב"כ המדינה, מסמך ובו "הודעה בדבר ראיות חדשות לענין מסוכנות המשיב" (ראו, ב"ש 94293/05, בפני כב' השופט כבוב, מיום 21.2.06).

הראיות שהגישה התביעה לשופט המעצרים באותו דיון, כך הוברר לנו, התייחסו למימצאים חדשים שהגיעו לידיה באותה עת, בעניין קישרו של הנאשם אל האישומים החמישי והשביעי נשוא כתב האישום המקורי, שמהם זוכה כאמור לפני שנים בבית המשפט המחוזי ובבית המשפט העליון, כפי שפורט לעיל.

בהגשת ראיות אלה לשופט המעצרים, ראו הנאשם ובאי כוחו, אות להפרת כל ההסכמות מצד המדינה, ויריית פתיחה לעימות חדש עימם.

על רקע דברים אלה, עתרו בפנינו באי כח הנאשם, בבקשתם מיום 20.3.06, לזיכוי של הנאשם מן הצדק. טענתם במסגרת בקשה זו היתה, כי התנהלות המדינה כמתואר, בפני שופט המעצרים, שְמטה כל בסיס להמשך הידברות, כולל, לעצם ביצוען של הבדיקות המשותפות במעבדה המוסכמת בחו"ל, ששוב לא נראו רלוונטיות בעיניהם.

הבקשה להגנה מן הצדק, שהגישו לנו באי כחו של הנאשם, נדחתה על ידינו ביום 27.6.06, מן הנימוקים שפורטו בה. אלה יפים גם לשלב זה של הכרעת הדין (ראו, החלטתנו זו, מיום 27.6.06, המהווה חלק בלתי נפרד מהכרעת הדין).

בין אם כך ובין אם אחרת, החתירה הקודמת של הצדדים להסכמות נפסקה, והעימות ביניהם נפתח מחדש.

9. ביום 9.4.06, קבענו מועדים חדשים לשמיעת ההוכחות בתיק, מתוך הכרה בעובדה שפסו הסיכויים לסיומו של המשפט החוזר בדרך של הסכמות (ראו, החלטתנו מאותו יום, עמ' 29 לפרוט').

ביום 11.7.06 נפתחה פרשת התביעה בתיק, בהשמעת שלושה עדים, אנשי משטרה, שהיו אמונים על חקירת הפרשה בזמנו.

מאז ובהמשך, שבו והודיעו לנו הצדדים, פעם אחר פעם, כי הם שוב ממתינים לתוצאות בדיקות של המעבדות בחו"ל אליהן שלחו הם את המוצגים לבדיקה, והפעם, כל אחד מטעם עצמו (ראו ישיבות מיום: 17.9.06, 4.10.06, 8.11.06, 22.3.07).

10. אם לא היה די בכך, קם מכשול נוסף בדרך ניהולו של התיק, כאשר פנו אלינו נציגי הסניגוריה הציבורית, ביום **30.4.07**, ודרשו שחרורם מייצוגו של הנאשם על ידם, בשל מחלוקת שנפלה ביניהם ובינו, לגבי אופן ניהולה של ההגנה מכאן ואילך.

כך, דבריה של עו"ד פינק בישיבת אותו יום:

”לצערנו בשבועות האחרונים היחסים בינינו לבין הנאשם עלו על שרטון, אין לי שום ברירה הגענו למצב של חוסר שיתוף פעולה, עד כדי כך שיש בינינו חוסר הסכמה מהותית לגבי קו ההגנה, ...הנאשם מסרב בתוקף לקו ההגנה שהצענו לו, ואיננו יכולים לתרום לקו ההגנה שהנאשם מבקש... המצב נוצר מזה שבועיים שלושה...אנו פשוט לא יכולים להמשיך לייצג אותו” (עמ' 147 לפרוט').

בהתייחסה אל בדיקות הדנ"א שהתכוונה הסניגוריה לבצע במעבדה בארה"ב, במימון הסגגוריה הציבורית, הודיעה לנו עו"ד פינק, מבלי כל התראה, כי הסניגוריה הפסיקה, באחת, כל פעילות בכיוון זה, אף שהבדיקות כבר היו בעיצומן. בלשונה:

”המצב הוא כזה שהורינו למעבדה להפסיק את הבדיקות בשל אותה מחלוקת לגבי קו ההגנה, ... הסניגוריה הציבורית לא מוכנה להמשיך ולהוציא כספים במצב שכזה” (עמ’ 147 לפרוט’).

דחינו בקשת הסניגורים לפיטורם מהמשך ייצוגו של הנאשם, וקבענו, כי לא נאפשר עוד המשך שיבושו של ההליך, אם על ידי הכנסת סניגור חדש לתמונה, שיזקק ללימודה מחדש, ואם על ידי הותרת הנאשם ללא ייצוג. עשינו כן, גם מטעמים לגופו של ענין, וגם מתוך התייחסות לעמדת באי כח התביעה שהתנגדו נחרצות למהלך הזה. בלשונו של התובע המלומד, עו"ד קורצברג:

יש לנו תחושה מאוד קשה שהסניגוריה נוטשת את הספינה ברגע שיש להם חו"ד לא טובה. ניסיתי להגיד את זה בעדינות, אבל אני אומר את זה.

הם נוטשים" (עמ' 166 לפרוט').

כללי

12 לשבחם של שני הצדדים ייאמר מיד, כי מרבית העדויות שלא נכרכו בנושא הדני"א, הוגשו בהסכמה, ורק עדים מספר זומנו להעיד בנושאי מחלוקת אחרים. בין אלה, שאלת זיהויו של הנאשם על ידי הילדה, תקינות מסדרי הזיהוי שנערכו או שלא נערכו לנאשם; שאלת שיתוף הפעולה שלו עם החוקרים; והשאלה החוזרת, האמנם סירב לתת לחוקרים דגימות מדמו לצורך ביצוע השוואה לדם שנמצא בזירת הארוע - להבדיל מבדיקות דני"א שטרם נכנסו אז לשימוש בבתי המשפט בישראל.

ויאמר גם זאת, טרם בחינת עדויות התביעה לגופן, כי ברקע כל העדויות הללו, תלויה היתה בחלל אולמו של בית המשפט, העובדה המביכה, שדבריהם התייחסו לאירועים אשר התרחשו לפני **כעשרים שנה**, וכי מיגבלות הזיכרון האנושי שיחקו כאן תפקיד בלתי מבוטל, בהקשותם מאד על הערכת תוכן דבריהם בפנינו.

פשיטא, כיצד יוכל חוקר לזכור דברים שאמר לו נחקר, או, שלא אמר לו, לפני שני עשורים?
או, כיצד תוכל חוקרת בדימוס, לזכור צבע מעילו של חשוד, או, צורה של ארנק שהחזיקה
לפי עשרים שנה?

אין צריך לומר איפוא, כאן ומיד, כי בחינת העדויות בתיק הזה, ככל שאלה התייחסו לאירועים מלפני שנים, חייבת להעשות תחת ההנחה שדברים טושטשו, ועוותו או נשמטו, לא מתוך כוונת זדון, אלא, בשל מיגבלות זיכרון מובנות. כך הנשיא שמגר בע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, פ"ד מח(1) 302, 317 :

”ניסיון החיים מלמד שנדירים המקרים שבהם אין בתום עדות, בייחוד עדות ארוכה, קטע זה או אחר של אי דיוק, שכחה, או אף הינתקות מתיאור האירועים לאשורם, בדרך כלל שלא מדעת, ולעתים אף מדעת – במיוחד מקום שהמדובר בעדות שנמסרה זמן רב לאחר האירוע עצמו”.

להלן, תובא תמצית עדויותיהם של עדי התביעה הרלוונטיים כפי שאלה נפרשו בפנינו, ולאחריהן תובאנה עדויות ההגנה; הכל, בניסיון להבינן ולפרשן במיגבלות האמורות, תוך הצבתן אלה מול אלה, ובחינת השלכותיהן על הרשעת הנאשם.

בטרם ייעשה כן, תובא להלן תחילה, תמצית עובדותיו של אירוע האונס כהשתקפותו בכתב האישום נשוא המשפט החוזר.

ארוע האונס; העובדות לפי כתב האישום

13. האונס נשוא כתב האישום בוצע כמוזכר לעיל, לכל הדעות, ביום 7.2.91, בסביבות השעה 16:00 של יום סגרירי, כאשר נתקלה הילדה בת העשר, באדם כבן 40, שפיתה אותה

לגשת עימו לבית מסוים ברח' רמב"ן בירושלים. הילדה, כפי שהוזכר, היתה בדרכה מן הסיפריה העירונית ברח' יעבץ 2, לביתה.

לאחר שהלכה כיברת דרך עם האיש הזר, הגיעו לרח' אוסישקין, ומשם לרח' רמב"ן, עד שהגיעו לבית מס. 33, שם ניגש זה אל דלת המקלט של הבנין, ופתח את המנעול שהיה תלוי עליה, בעזרת צרור מפתחות שהוציא מתוך ארנק שחור שהיה בכיסו.

לדברי הילדה, שמפיה באו כל הפרטים הנ"ל, הכניסה הזר למקלט, דרש ממנה "לחפש את האור", ואף האיר לה לצורך כך את המקלט החשוך, במצת בו החזיק. לאחר מכן, הורה לילדה לפשוט בגדיה ולשכב על מזרן שהיה במקום, בהודיעו לה כי בידו סכין.

במצב דברים זה, כך נטען ולא הוכחש, אנס האיש הזר את הילדה, על ידי החדרת אצבעו לאיבר מינה, בגורמו לה כאב חד, ובפוצעו אותה עד זוב דם. לאחר מכן, ליקק את איבר מינה, ובהמשך, דרש ממנה להכניס איבר מינו לפיה.

אין חולק, כי לאחר כל אלה, עזב האיש את המקלט, כשהוא מורה לילדה לספור עד 200 לפני שתצא היא מן המקום.

לאחר שהתלבשה, יצאה הילדה מן המקלט, ושבה לביתה. בדרך פגשה בת שירות לאומי וסיפרה לה על שקרה לה. כשהגיעה לביתה בסביבות השעה 17:30, סיפרה על הכל לאחותה א., המבוגרת ממנה במספר שנים.

על פי עדותה של א., בגלגול הראשון של התיק, שהוגשה לנו בהסכמה, היתה הילדה במצב נפשי קשה ונסער כאשר הגיעה לביתה.

בבית החולים לשם הביאוה הוריה, הוברר שהילדה זקוקה לניתוח עקב הקרעים שנגרמו לה בקרום הבתולים (ראו, הדו"ח הרפואי, ת/3).

14. כל תיאור האירוע כמובא לעיל, לא הועמד במחלוקת בין הצדדים. על כך אין לתמוה, שהרי, הנאשם שטען ל"מעין אליבי", בהודיעו נחרצות כי מעולם לא פגש בילדה ולא היה מעורב באירוע האונס המתואר, לא יכול היה ממילא להכחיש דבר מן הדברים עליהם סיפרה, כך, שתיאור הארוע בפי הילדה, הפך בהכרח להיות חלק מן התשתית הראייתית שהובאה בפנינו, מבלי שעורערה.

מה עוד, כאשר גם באי כח הנאשם הודיעו כבר בפתח הדיון, כי אין חולק על אמינותה של הילדה, אלא, בנושא הזיהוי, שבו טעתה לשיטתם, בתום לב.

השאלה היחידה העומדת איפוא לדיון במשפט החוזר, איננה אם בוצע האונס בילדה, בדרך ובנסיבות שתוארו בפיה, אלא, אם היה זה הנאשם שביצע בה את מעשי האינוס.

15. עמדת התביעה במשפט החוזר, כמו במשפט המקורי, לפיה, בוצע האונס על ידי הנאשם דנא, בוססה כל כולה על שתי הודעותיה של הילדה, אותן מסרה בפני חוקר הילדים, מר דב ברנשטיין; האחת מיום 7.2.91, טרם הכנסתה לחדר הניתוח בבית החולים שערי צדק (ת/4); והשנייה, מיום 8.2.91, למחרת בבוקר (ת/5).

הילדה, כך המשיך:

”אני חושב מתוך זכרון שביחס לתמונות, אני אפילו אמרתי לילדה משהו בעניין זה, שיכול...אני לא זוכר...אני, אני לא זוכר שיש דוח כזה...אני חושב שכתבתי...אני חושב שכתבתי את הדברים” (עמ’ 1078-1077 לפרוט’).

"ויש לי הרושם, יש לי הרושם ואני אומר את זה באמת רק מזכרון שבאיזה שהוא מקום גם נאמר שהילדה לחשה. אז יכול מאוד להיות שאם הילדה אכן לחשה ואני הייתי האדם הכי קרוב פיזית אליה, אז יכולתי יותר טוב מכל האחרים לשמוע את הלחישה שלה" (עמ' 1069-1068 לפרוט').

16

"הילדה, הנחיתי אותה כשגבה היה אל התמונות, שיכול להיות שהיא תראה מבין התמונות תמונתו של החשוד באותו שלב. וכשהילדה הסתובבה היא התקרבה אל התמונות ובשניות היא הצביעה באצבעה על תמונתו של מי שיושב פה היום..." (עמ' 1048 לפרוט').

הארנקים שהוצגו לילדה היו לדבריו דומים כדי כך, שאדם מן הישוב לא היה רואה הבדלים ביניהם (עמ' 1048 לפרוט'; וראו גם, התמונה בת/60, שבה מצביעה הילדה על אחד הארנקים). גם זיהוי הארנק על ידי הילדה היה, לדבריו, אף הוא, מיד (וראו, ציור ששירטט העד בשנת 1991 בעת מסדר הזיהוי ואשר סומן, ת/8. כן ראו, פרוטוקול עדותו מאז (ת/9)).

משהיטיח הנאשם בעד, שהילדה לא נקבה בצבע מעילו הנכון, זרק העד לעברו:

לשאלת הנאשם, מדוע לא דאג להעמיד במסדר זיהוי התמונות, ניצבים עם מעילים בהירים, השיבו: "תראה, יש לך מזל שהיה לך עורך דין שכל כך דאג לאינטרסים שלך".

בצדק, טען התובע המלומד, עו"ד קורצברג, בסיכומיו המקיפים והיסודיים, כי השאלה שנדרשה לביורר בנסיבות המתוארות, היא אחת בלבד, קרי, **שאלת זיהויו של הנאשם** כמי

ע"ת רפ"ק בדימוס צדיקה ישראל

ע"ת, סגן ניצב אהרון זרגרוב

ע"ת רס"ב יעקב רחימה

כך גם באשר לדבריו של העד, לפיהם, חתמה הילדה על הדו"ח רק לאחר שפרטי מסדר הזיהוי הוסברו לה על ידי חוקר הילדים. הילדה, כך הסביר, חתמה "**בפני העורך דין יאיר גולן ובפני דב וגם זגורוב, כל מי שהיה נוכח במסדר**" (עמ' 882-881 לפרוט').

ע"ת, רס"ב ציון אברהם

”עם (צ.ל. אס, ב.א.ת.) אני יורשע בתיק הזה אני נחשב כמת. ולאחר מכן שאל אותי מספר פעמים אילו היית שופט והיית מקבל את התיק לטיפולך מה היה גזר הדין שהיית נותן לי... בזמן שאמרתי לו ששמדובר בעבירה שדינה 20 שנה בפועל הוא היה המום לקח לו מספר שניות לעקל (צ.ל. לעכל, ב.א.ת.) זאת ואמר לי חשבת שמדובר בעבירה שדינה 14 שנה ואז שוב שאל אותי ציון אילו היית שופט לכמה זמן היית מכניס אותי לכלא על כך...” (שם בעמ' 1).

”אני תיעדתי דברים שהנאשם, אז בזמנו זה היה חשוד, אמר לי בזמן שהיה בתחקור אצלי במשרדי פשעים בירושלים. וכל דבר שהוא אמר נרשם ונכתב. הוא שאל אותי לגבי מה גזר הדין שהוא יקבל, אם הייתי שופט מה הייתי נותן לו” (עמ’ 884 לפרוט’).

ע"ת, נצ"מ אלון גרוסמן

בחקירה עצמה, כך העד, ביקשה המתלוננת, קורבן האונס נשוא האישום החמישי בכתב האישום המקורי, לשמוע את "**הַיֵּשׁ**" של הנאשם ולראות את השקעים בלחיו. במפגש, שאורגן ביניהם, ניסה הנאשם בכל כוחו, להימנע מלשבת מולה ולדבר איתה. כל תרגיל

”לא ניתן היה להושיב אותו מול אחת הקורבנות, שידבר איתה רגיל ושהיא תראה את הפנים שלו, ואנחנו כל פעם ניסינו לעשות איזה שהוא תרגיל חקירה על מנת שכן יתאפשר. זאת אומרת, גם את הזיהוי ווידיאו עשינו כתוצאה מזה שהוא לא היה מוכן לעמוד למסדר זיהוי, אחרת לא היינו עושים מסדר זיהוי בווידיאו. ואחרי זה, אחרי שעשינו את המסדר זיהוי ווידיאו ורצו לראות אותו אז הוא הסתיר את הפנים שלו בכל מיני צורות. בהתחלה הוא שם איזה כובע על הראש והוריד את הראש. מרגע שהוא יצא מהניידת שהביאה אותו לחקירה הוא הוריד את הראש...”.

”הסתכלה וחיכתה שנוריד אותו במדרגות. ברגע שהוא ראה את זה, הוא כמובן, אני חושב שהוא אפילו אמר, אני חף מפשע, אני חף מפשע. ניפח, עשה בצורה כזאת, ככה, ניפח את הלחיים, עצם את העיניים” (עמ’ 945-946 לפרוט’).

"הוא אמר גרוסמן ככה, ובגרוסמן יש ר', והר' היתה מתגלגלת. וכל פעם שהוא אמר, גרוסמן, היא הצטמררה, ולא בגלל שחלילה אני עשיתי לה משהו, אלא בגלל הר' המתגלגלת הזאת" (ראו, המזכר ת/145, דו"ח חוקר הילדים שסומן ת/94; ופרוט' הדיון, בעמ' 946-945).

בהתייחסו בהמשך, לדו"ח הפעולה (ת/148) בו תועד זיהויו של הנאשם על ידי המתלוננת נשוא האישום השביעי, הסביר העד:

”אנחנו אומרים לו... יושבת פה מישהי שטוענת שאתה אנסת אותה. תדבר אתה, תגיד לה, תסתכל עליה. שום דבר, הוא מוריד את הראש. טוען כל מיני טענות למה הוא חושב שזה לא, הוא חושב שזה לא חוקי, מה שאנחנו עושים. והיא יושבת, עוצמת את העיניים ומקשיבה לקול שלו. זה גם, את שואלת אותי אם אני זוכר, אני זוכר בדיוק. היא עוצמת את העיניים, פה קופץ לה הוריד. ובסופו של דבר היא אומרת, זה מאה אחוז הוא, זה מאה אחוז הוא.

Z:\00000000000000000000000000000000-2016-----\HAKIKA-KIDUD-2016\2009\mechozi-1\word\outdoc-nohyper\OutDoc-
Makor\m05001154-b.doc

31. למותר להזכיר, כי עדותה של המתלוננת בתיקי עבירות מין, היא הבסיס והיסוד להקמת בנין ראיותיה של התביעה. ככלל, אם נמצאה עדותה של המתלוננת מהימנה בעיני בית המשפט, די בה היא לבדה, כדי להקים את התשתית הראייתית להרשעת הנאשם, ובלבד שבית המשפט נימק מדוע הסתפק בעדות זו [סעיף 54א(ב)] לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971]. אין צריך להזכיר, כי על בית המשפט להזהיר עצמו שעדות יחידה בפניו, אשר אותה יש לבחון בקפידה יתרה.

"חוקר הנוער נהנה ממעמד מיוחד. תפקידו כורך שיקול-דעת מעין-שיפוטי.

עליו להתרשם מן הילד הנחקר לחיוב ולשלילה ולהביא בפני בית-המשפט לא רק את דברי הילד, אלא גם את התרשמותו מדברי הילד ואת עמדתו בשאלה אם בעיניו, אמת הם אם לא... בדרך זו נמסרות לבית-המשפט עדויות בלתי ישירות מכלי שני ללא התרשמות ישירה של בית-המשפט מן העדים. עדויות כאלה נחשבות באופן רגיל לעדות שמיעה, ואף-על-פי-כן מאפשר החוק לחרוץ על-פיהן גורלו של נאשם לשבט או לחסד בעבירות חמורות שמאסר ממושך בצדן...”

כך גם בע"פ 694/83 דנינו נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4) 259, 249 :

”גם לגופו של עניין, אינני רואה טעם לשלול מבית המשפט, שכבר נשללה ממנו אפשרות ההתרשמות הישירה, גם את האפשרות להשתמש, ככלי עזר בלבד, כראיה, בין יתר הראיות, בהתרשמותו של חוקר נוער, שהוא בעל מומחיות וניסיון בחקירת ילדים...”.

ובהמשך:

”התרשמותו של חוקר הנוער, שעליה הוא נחשף לחקירה נגדית, היא בעלת משקל, אך לא היא הקובעת. היא רק ראייה בין יתר הראיות שעל בית המשפט לבחון, והיא תישקל כנגד שאר הראיות, הנסיבות והשיקולים האחרים שלפני בית המשפט. חוקר הנוער אין לו אלא עדות הילד, אך בית המשפט יש לפניו מכלול הראיות...”.

32. על רקע האמור, נקבע כי לעדות מתלוננת קטינה, נדרשת בנסיבות המתוארות ראיית סיוע חיצונית לתמיכה בה (סעיף 11 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים) (תשס"ו-1955)).

“על סוגית עדותם של קטינים בפני חוקרי ילדים חולשות הוראות ה**חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)**, התשט”ו-1955. הוראת סעיף 9 לחוק הינה חריג לכלל האוסר על עדות מפני השמועה. היא קובעת, כי עדות ילד בעניינים המנויים בחוק, אשר נגבתה באמצעות חוקר ילדים, כשרה לשמש ראיה בבית-המשפט. ”ילד” הינו מי שטרם מלאו לו 14 שנים (סעיף 1 לחוק).

משקלה של ראית הסיוע משתנה בהתאם למשקלה ולמהימנותה של הראיה הטעונה סיוע, ועומד ביחס הפוך לה" (שם, בעמ' 14-15).

בנקודה זו, יש לתת הדעת גם לראשית ההודיה של הנאשם, כפי שבאה לידי ביטוי בדו"ח התחקור שרשם רס"ב אברהם ציון, ביום 3.3.91 (ת/65) (ראו, על אמירה של הנאשם המבטאת תחושת אשם, כראיית סיוע, ע"פ 638/87 רדעי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 297). כמו כן, יש לתת הדעת להעדרותו של הנאשם מן המועדון בירושלים, בשעות בהן בוצע מעשה האונס, כפי שעלה מעדותו המהימנה של העד יוסי קליין, ומראיות ועדויות אחרות שיוצגו בהמשך, המפריכות את טענת האליבי של הנאשם (על הפרכת אליבי כראיית סיוע, ראו, ע"פ 660/86 דהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 785). עוד יש להוסיף את סרובו של הנאשם ליתן דגימות דמו לרבות בעת הדיון בהליך קודם. סרוב כזה יש בו לחזק את ראיות

סיכום עדויות התביעה

השאלה אם השכיל הנאשם להרים נטל טקטי זה, תיבחן בהמשך.

כללי

על חשש זה אכן ביססו באי כח הנאשם את הבקשה למשפט חוזר, בהיסמכם בתוך כך, על מימצאי בדיקות הדנ"א שהוגשו לפני בית המשפט העליון, כהשתקפותם בחוות הדעת של

"כל שנותר 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-כח המבקש הבהירו שאינם מפקפקים במהימנותה, וכל חששם מצטמצם לאפשרות של טעות בזיהוי, אפשרות המתבססת על הממצאים הביולוגיים החדשים בלבד"
(פסקה 17 להחלטה).

בין כך ובין כך, ברור הדבר, כי ענין לנו בהליך עצמאי וחדש בו אין נפקות לקביעותיו של בית המשפט במשפט המקורי ובהליכים שהביאו למשפט החוזר (ראו, מ"ח 7929/96 **קוזלי נ' מדינת ישראל**, נג (1) 529).

עדיין, אנו סבורים שבענינו יש מידה רבה של צדק בעמדת התביעה, לפיה, אמור היה המשפט החוזר דנא, להתמקד בנושא הדנ"א לבדו.

בענין זה, מקובלות עלינו טרוניותיו של התובע, שיצא כנגד שינוי החזית שביצע הנאשם בהתייחס אל נושאי הדיון במשפט החוזר. שהרי, מלכתחילה, הוסכם על הצדדים כי הדיון בו, יסוב כולו או עיקרו, סביב בדיקות הדנ"א והשלכותיהן על הכרעת הדין, דבר שלא התבצע. התעקשותו של הנאשם לנהל את המשפט החוזר דה-נובו, האריכה את הדיון מעבר לנדרש (ראו, עמ' 2080 לפרוט').

36. מעיון בעדותו של הנאשם מעל הדוכן, ויותר מכך, מדברי ההקדמה שביקש להביא בפנינו כפתיח לעדותו, עלה כי הגנתו בוססה על שני ראשי טעון עיקריים. האחד, הניסיון החוזר להפריך, או להעמיד ספק סביר, מול ראיות התביעה בענין הארוע עצמו, כולל ובעיקר, **שאלת זיהויו** על ידי הילדה; השני, **בדיקות הדנ"א** שאליבא דידו, יש בהן כדי להוכיח כי לא היה מעורב בפשע, או למיצער, כי קיים ספק סביר לגבי היותו שם.

בעומדו על הדוכן, סיפר הנאשם על עצמו כי עלה ארצה מרומניה בשנת 1950, בהיותו ילד כבן חמש. בנעוריו, התגלה, כדבריו, כאלוף הארץ בשש-בש, ועל רקע זה, נסע לתחרויות

בפתיח אותו ביקש להביא בפנינו בטרם עדותו, הודיע הנאשם כי מטרת עדותו היא, הפרכת ראיות התביעה והשמטת כל בסיס מהן. לשיטתו, דין הוא שמסדר זיהוי התמונות, יפסל, ודין הוא שתידחה עדותה של הילדה ככל שנגעה לזיהויו על ידה, באין לה כל תמיכה בראיות סיוע.

החל משנת 1998, ועד שנת 2000, טענה התביעה לפי דבריו, כי אין בידה לאתר את המוצגים שהוגשו בשעתו לבית המשפט. רק לאחר שהורה השופט חשין לתביעה לבצע בדיקות דנ"א כפי שדרש הוא, נמצאו אלה.

הבדיקות אכן נשלחו, לטענתו, למעבדה בחו"ל, אלא שלא היו אלה אליבא דידו, אותם מוצגים שבהם נמצאו כתמי הזרע. מלכתחילה, , כך טען, לא העבירה התביעה את המזרן והשמיכה למעבדה, והמומחית מטעמה, ד"ר מאיה פרוינד, אף הורתה להימנע מהעברתם. ממילא, יוצא לדבריו כי התוצאות שנתקבלו, אין בהן כל מאומה. מכאן לדבריו, פניית החוזרת לבית המשפט, בבקשה שיוורה על מסירת כל המוצגים לידי. רק הצו של בית המשפט, כך טענו גרם לפרקליטות לשגר המוצגים הנכונים למעבדה, לצורך ביצוע הבדיקות הנדרשות בהן.

37. בהתייחסו אל ארוע האונס שיוחס לו, ואשר בו כפר כאמור מכל וכל, ניסה הנאשם להעמיד אליבי לגבי הזמן הרלוונטי לארוע. לדבריו, נעצר ביום 18.02.91, ב"קפה ספורט", על ידי זרגרוב. כשהובא למשטרת ירושלים, נחקר תחילה על האונס שארע אחד-עשר יום קודם, קרי, ביום, 7.2.91. בחקירתו, סיפר לחוקרים, לדבריו, כל שעשה באותו יום, ואף הפנה אותם למועדון השחמט בו שיחק עם חבריו שאת שמותיהם ציין (עמ' 1184 לפרוט').

ביום בו נעצר, כך המשיך, נשאל אם יש לו מעיל בהיר, נעליים ופנס, והוא שתק. כאשר נתבקשה הסכמתו לחיפוש בביתו, הסכים שיערך, ללא צו שופט. באותו יום נערך אצלו חיפוש בביתו בראשון לציון, משם נלקחו פרטי ציוד, שלו, בהם, המעיל והנעליים (עמ' 1185-1186 לפרוט').

לאחר החיפוש, נחקר שוב ושוב. משום מה, כך טען, לא ערכו לו החוקרים מסדר זיהוי חי, **אף שביקש**. כאשר עמד על כך, טענו השוטרים בפניו, כי ניסו לערוך לו מסדר זיהוי והדבר לא צלח. בפועל, לא טרחו החוקרים על כך, כלל. בניסיון הראשון, הביאו לדבריו, שיבעה או שמונה צעירים, כבני 20, עם שיער שחור, ללא דמיון כלשהו אליו. ובניסיון השני, כאשר היה עדיין בבית המעצר בירושלים, החלו החוקרים, לאסוף שוב ניצבים, ששוב נמצאו בלתי מתאימים. דובר בארבעה ערבים ששמותיהם נרשמו במסמך שסומן אז ת/37. בסופו

של דבר, רק שניים מבין הניצבים שהובאו, **נבחרו על ידי עורך דינו**. היתר לא התאימו כלל. כך גם בניסיון השלישי, שבו הובאו לדבריו חיילי מילואים צעירים, אשר מתוכם **בחר הסניגור בשלושה או ארבעה בלבד שנראו מתאימים**.

לדברי הנאשם, בהמשך, ניסה הוא עצמו לעזור למשטרה בעריכת מסדר זיהוי חי (ראו, ב-ת/18 הישן ת/57 החדש) אלא, שעד מהרה גילה כי המשטרה פשוט לא רצתה בכך, משיקוליה היא. הטענה, שלא נמצאו ניצבים מתאימים היא אליבא דידו, חסרת שחר (עמ' 1187 לפרוט'). לשיטתו, הסתבר לו שפשוט לא היתה כוונה לבצע לו מסדר חי (עמ' 1187-1191 לפרוט').

הוא עצמו, כך המשיך, שיתף פעולה עם המשטרה למן רגע מעצרו, הן בחקירותיו, והן בנכונותו לעמוד למסדר זיהוי. דבר לא עזר לו. לטענתו, שמע את החוקרים אומרים "הוא **מתאים לנו**", וזאת, לאחר שנודע להם בשלב מוקדם של החקירה, קרי, כבר ביום 28.2.91, על עברו בתחום עבירות המין.

לשאלה, מדוע ינסו השוטרים להפליל דווקא אותו, לא היתה תשובה בפי הנאשם. מכל מקום, המשטרה השקיעה, לדבריו, מאמצים רבים בשיפוץ עובדות שאמורות היו לשמש ראיות נגדו. בפועל, לא נמצאה ראיה כלשהי שלפיה ניתן היה לזהותו כמי שאנס את הילדה. לא המעיל שנמצא אצלו, לא הנעלים, לא הפנס שלא נמצא מעולם, ולא שום פרט אחר שקשרה הילדה במי שתקף אותה מינית.

אשר לבדיקות הדם שלא בוצעו, גם מכך התנער הנאשם לחלוטין. לשיטתו, הסכים למסור לחוקרים דגימות דם כבר ביום 3.3.91 (ראו, ת/65) בתנאי שישוחרר לאלתר, אם תימצאנה הבדיקות שליליות. הנאשם היפננו בנקודה זו אל מזכרו של זרגרוב מיום 22.2.91 (ת/25). הוא מצידו, חשש, לדבריו, שהבדיקות לא תתבצענה בהגינות, ולכן, סירב להתחייב לגבי התוצאות האפשריות של בדיקות הדם (עמ' 1190-1191 לפרוט').

בדיון בבית המשפט, שנערך ביום 25.3.91, הכריז לדבריו, מפורשות: "אני מוכן לעמוד לבדיקה של מומחה מטעמי, שיקבע שסוג הדם שלי O ולא מתאים לאנס שתקף".

אף שהתובעת הסכימה, לדבריו, לבצע לו בדיקת PGM, איש מן התביעה או המשטרה לא בא לקבל ממנו דגימות דם לאחר הדיון.

לשאלה, מדוע לא פנה הוא, מיזמתו, למסור דגימות דם לאחר אותו דיון, טען שהיה זה מתפקידה של המדינה לפנות אליו ולבקשן ממנו, המחדל הוא שלה (עמ' 1193-1192 לפרוט').

38. בחקירתו הנגדית על ידי התובע, נדרש הנאשם להתייחס אל הרשעתו משנות ה-60, בסדרה של מעשי אונס (ת/104). תחילה טען, שלא הורשע אז באונס קטינות, ואולם בהמשך, לאחר שהציג לו עו"ד קורצברג את גילאי הילדות שאנס ב-69', בהן, ילדה בת 15.5 וילדה בת 13.5, טען כי הראשונה היתה "נערה" ואילו השנייה היתה "נערה יותר צעירה".

לדבריו, **טעה** כאשר ביצע אותם מעשים נשוא הרשעתו הקודמת, אלא שכבר נתן הדין עליהם, בריצוי עונש מאסר של **14 שנים**, שלאחריהן טופל ושוקם לדבריו (עמ' 1201 לפרוט').

הנאשם אישר לתובע, כי ביום בו בוצע האונס בילדה, אכן שהה בירושלים, אף שמקום מגוריו הקבוע היה בראשון לציון. אליבא דידו, אין די בכך כדי לקושרו למעשה. בלשונו:

”אני יכול להגיע יום אחרי יום, אני יכול להגיע אחרי שבועיים, אמרתי את זה וגם בעל המקום, יואל כהן ואבי יהושע, אומרים שהייתי בתדירות מסויימת, לפעמים פעם בשבוע, לפעמים פעם בשבועיים, מתי שהיה לי משחק והיו אומרים שיש משחק, הייתי הולך לשם, זו העבודה שלי, אני הודאתי בזה” (עמ’ 1214-1212 לפרוט’).

לא זו אף זו, לשיטתו של הנאשם, גם אם זיהתה הילדה צילום שלו במסדר זיהוי התמונות מיום 28.2.91, וגם אם זיהתה את ארנקו, אין בכך כל מאומה. כך גם, באשר לדימיון בין התנהלות האנס באישום החמישי נשוא כתב האישום המקורי, ובין התנהלותו הוא, באישום דנו. שעליה לא חלק (עמ' 1203-1204 לפרט').

בתחילת חקירתו, כך הסביר, אכן הכחיש שיצא מן המועדון באותו יום, בשעות הערב או אחרי הצהריים. בהמשך, הסכים כי אפשר שיצא למספר שעות (עמ' 322 בת/151 ; ת/27 שסומן היום 28, וכן, עמ' 1214-1215 לפרוט'). אם הועד שיצא בשעת הצהריים, טען, הרי בכל מקרה חזר לשם בסביבות השעה 17:00, 17:30 ומכאן האליבי שלו.

בנקודה זו, חשוב להדגיש, נדרש הנאשם להתמודד מול עדותו של עד התביעה, יוסי קליין שהעיד בסיבוב הראשון, על יציאתו וחזרתו של הנאשם למועדון, וכך גם בפנינו.

לאור דבריו של עד זה, שהוצגו בפניו, הסכים הנאשם כי אפשר שיצא "**לעשות סיבוב**".

בלשונו: "**... אולי הלכתי לשתות משהו, לחפש משחק במקום אחר**". זעמו עלה, עם זאת, כאשר הציג בפניו התובע את עדותו של קליין, על חזרתו למועדון כשכבר היה חשוך בחוץ.

"אליביי" זה, ככל שניתן לכנות הסברו זה של הנאשם כאליבי, לא הוכח מכל מקום, לא אז ולא היום. לכך אתייחס בהמשך.

40. עינינו הרואות, דבריו של הנאשם, בעומדו על דוכן העדים, כיוונו אל עבר התביעה על כל זרועותיה. זו לדבריו, התנכלה לו, הערימה עליו, ועשתה הכל להפלתו. אף שלא יצא כנגד מהימנותה של הילדה, טען עם זאת, כי הופעלה על ידי חוקרי המשטרה על מנת שתעיד נגדו דווקא, בכל מחיר.

”לא מסרתי בדיקת דם משום שכבר התחלתי בשלב זה (6 ימים לאחר המעצר), ראיתי שהחוקרים לא מחפשים לברר אם בכלל מדובר בי או לא, הם פשוט מושכים ימים” (עמ’ 295, שורה 28-29 לפרוט’ הדיון המקורי).

"במרכז העיר לא מצאנו, באוניברסיטה היו סטודנטים צעירים, במזרח ירושלים לא מצאנו, בבית המעצר לא מצאנו, אז הלכנו ואמרנו מלחמה, יש מלא מילואימניקים באזור י-ם, ניגשנו לאיזשהו מקום והבאנו" (עמ' 1125 לפרוט').

ע/ה, חיים (שוגו) פנחס (עמ' 1191-1154)

”במשך 8 שנים אנחנו רדפנו אחרי אנס סדרתי, שביצע מעשי אונס מזעזעים בילדות קטנות. OK. היה לנו מאפיינים שאספנו במהלך אותו זמן, כאשר המאפיין המרכזי, כמו שאני זוכר, היה פיתוי של אותן קורבנות במחשבה מיוחדת... המאפיין הנוסף, כמו שאני זוכר, זה קודם כל זה גיל צעיר מאוד, וגם אם נאנסה מישהי שהיא לא בגיל צעיר, החזות שלה היתה מאוד צעירה. זאת אומרת, שהיה מאוד זה. היה לנו מבחן בתחכום בזירות העבירה...” (עמ' 1155 לפרוט').

38

”...התחלתי להבין שיש לי אנס סדרתי שמדלג לי, שעובד בצורה מאד חכמה, מאד אכזרית והמאפיין שלה הראשוני, אותו טוב לב או אותו בקשת סיוע והיו עוד מאפיינים. זה בערך מה שאני זוכר” (עמ’ 1158 לפרוט’).

היה זה לפי התרשמותו של מר שוגון, האנס “המפלצתי והאכזרי מבין כולם” (עמ’ 1155-1159 לפרוט’).

לענין מסדר זיהוי התמונות, הסכים העד שמדובר היה במסדר זיהוי פרימיטיבי, שלא נוהל לפי הכללים. כך, אף שלצורך חקירת מקרי האונס הנדונים, הורכב אלבום תמונות מיוחד שבו שובצה תמונתו של הנאשם, כתמונה מס' 74: **"אני לא זוכר מה הצגנו מול הקורבנות. אני מניח שהוצגו דברים"** (עמ' 1161 לפרוט').

לשאלות הנאשם, על המימצאים השונים שקשרו בין מקרי האונס שנחקרו אותה עת, לא ידע העד להשיב. משום שלא זכר את אלה:

”יש לי איזשהו זיכרון זה, אבל ברור לנו שהיה ממצאי מעבדה. באיזה תיק היו ממצאי מעבדה, מה היו ממצאי המעבדה, אין סיכוי שאני אזכור...היו ממצאי מעבדה והיה קשר ביניהם. אני לא רוצה להיכנס לזה כי אני לא רוצה לשגות בזה ולהגיד דברים שהם לא נכונים” (עמ’ 1163 לפרוט’).

לשאלה, אם ידע, כאשר הועבר למחוז תל-אביב, מהו סוג דמו של הנאשם, השיב: ”אני לא זוכר עכשיו... תראה, כשאני ניהלתי פרשה, אני מודיע לך, שלא היתה מילה להערכתי שלא ידעתי בתיקים האלה” (עמ’ 1164-1165 לפרוט’).

לשאלת הנאשם, אם אפשר שתוצאות בדיקת דם, שהיו מראות כי סוג דמו של האנס שונה מסוג דמו של הנאשם, היו מביאות להפרכת החשד כנגדו בכל 15 המקרים, השיב העד:

"אם הייתי מקבל ממצא"פ חוות דעת מסויימת היא היתה מספקת אותי, ברור שאני הייתי מתעניין...אבל הענין הזה אני תמיד סמכתי על בודקי המעבדה, ומה שבודקי המעבדה היו נותנים לנו על זה הסתמכנו, ואם היתה לי חוות דעת בתיק, אני ידעתי איך להסתמך עליה...אני מבחינתי מצא"פ לא היה משהו אחר שיערער על אמינותו...אם אמרו לי מצא"פ וגורמי רפואה, החשוד שלד הוא לא האנס, אז הוא לא אנס".

לבקשת הנאשם, שיתיחס אל מסדרי הזיהוי שאמורים היו להערך, טען העד :

"המאפיינים הבולטים בחקירה היו נסיונותיו של הנאשם להסתיר פניו". לצורך כך, טען, השתמש הנאשם **"בטכניקות של עיוות הפנים, כגון ניפוח הפנים, הפיכת העיניים והסתרת הפנים מ- א' ועד ת'".**

בפועל, כך המשיך, ניסה הנאשם כל דרך להסוואת פניו, החל מרגע עליתו לרכב המשטרה בבית המעצר, ועד הגעתו לחדר החקירות בתחנת המשטרה. בפנותו אל הנאשם, הכריז : **"וכשהגעת לחדר החקירות בתחנת המשטרה, אתה פשוט הסתרת את הפנים גם מתחת לשולחן וגם מתחת לידיים. ומעולם לא נתת לאנשים**

בהתייחסו אל החיפוש שנערך בביתו של הנאשם ביום בו נעצר, הסכים מר שוגו, כי אכן לא נמצאו בביתו בגדים שתאמו לתיאוריה של הילדה. לענין המצית הסביר, כי אין טעם ואפשרות לערוך לגביו מסדר זיהוי. מבית הנאשם נלקח ארנק שהוצב במסדר זיהוי, וכן נמצאו מקטורן ונעלים. לגבי אלה לא נערך מסדר זיהוי, לדבריו, מאחר והילדה לא התייחסה אליהם.

גם המקטורן לא הוצג לילדה, וזאת לדבריו, מאחר והיו דברים יותר ברורים, כמו, תמונת החשוד וארנקו, ואפשר גם בשל העובדה ש"יכול להיות שהצבע לא התאים, יכול להיות." בעובדה שדובר במקטורן כהה, בעוד הילדה דיברה על מקטורן בהיר, לא ראה העד כל נפקות (עמ' 117-115 לפרוט').

מר שוגון אישר לסניגור כי שמע מהילדה שהתוקף איים עליה בסכין.
בסופו של יום, נראה, שימש העד שוגון כעד מהותי **כנגד הנאשם**, אף שהנאשם הוא
שזימנו להעיד כעד הגנה מטעמו, וחבל. יש מקום להניח שאילו הקשיב הנאשם לסניגוריו
המלומדים, היה נמנע מזימונו של עד זה, ששום טובה לא יכלה לצמוח לו ממנו. היה בה
בעדות זו של איש המשטרה, לחזק את עמדת התביעה בכל הנוגע למסדרי הזיהוי, לסירובו
של הנאשם לתת דגימות דם, ולהתנהלותו הכללית בחקירה, שלא החמיאה לו.
אין להבין מה חשב הנאשם, כאשר עמד על זימונו של העד הזה בניגוד לכל הגיון.

ע/ה ד"ר אברהם לוי

43. עד זה שעבד בעבר במשטרת ישראל, הציג עצמו כמומחה בנושא עדות ראייה. העד הגיש חוות דעת כתובה (נ/42) ואולם, לנוכח הסתייגות התביעה ממנו, ראינו למחוק סעיפים 2, 4 סיפא, 16-14 ו-21 מחוות הדעת בהיותם בלתי קבילים.

בחקירתו בבית המשפט, הסביר העד כי לא נכח במסדר הזיהוי שנערך למתלוננת בתיק דנא, וחוות דעתו התבססה על בחינת עדויותיהם של הנוכחים במסדר זיהוי התמונות.

דא עקא, שהסתבר כי בעת כתיבת חוות דעתו לא עמדו בפני העד כל הדוחות והעדויות של המשתתפים במסדר. בהתייחס לכך השיב העד :

"חוות הדעת שלי מבוססת על החומר שקיבלתי ואין לי שום סיבה, אם ביהמ"ש מוצא או אם התובע מוצא משהו בחומר הראיות האחרות שפוסל את מה שאמרתי, בבקשה, אבל יש לי הרושם שקיבלתי את החומר המרכזי, העיקרי והעדות שלי, אני עומד מאחורי חוות הדעת שלי" (עמ' 1409 לפרוט').

בחקירתו החוזרת, הוסיף:

"בוא נאמר כך, אני הייתי מעדיף כמו שאמרתי, לקרוא תיקים שלמים כמה שאפשר, לא מזיק, אבל אני התרשמתי, ביקשתי חומר מסוים מאוד ספציפי,

דא עקא, שבהמשך, הסכים העד כי באחת מן התמונות הופיע ניצב לבוש מקטורן ארוך, כך שבתמונות המסדר, הנאשם, אדריאן שוורץ, לא היה היחיד הלבוש במקטורן (עמ' 1393-1395 לפרוט').

46. הפגם השלישי, הוא לדברי העד הכללת אחת עשרה תמונות במסדר זיהוי התמונות הזה, לעומת שמונה תמונות שאותן נהוג לשים במסדרי זיהוי שיגרתיים במשטרת ישראל. ולא רק זאת, לדבריו, גם העובדה שתמונתו של הנאשם מוקמה **"בדיוק במקום האמצעי"**, במקרה הזה, יש בה פגם: **"נעשה פה מסדר לא כמנהגו של 11 איש אשר אפשר או ממקם את הנאשם בדיוק במקום האמצעי שזה מקום בולט...זה בולט, זה הכי בולט. במסדר רגיל אין אמצע, יש שמונה תמונות, אין אמצע"** (עמ' 1390-1391 לפרוט'; סעיף 13 לחווה"ד).

ומה נעשה שעורך דינו של הנאשם, מר גולן, הוא שקבע את מספר התמונות ואת האופן בו תוצגנה לילדה?

משנאמר כך לנאשם, השיב: "אז הסנגור עשה משגה. כן, עשה משגה, זה מבליט אותו אם הוא באמצע" (ת/33א') (עמ' 1391-1390 לפרוט').

בהמשך הסביר העד כי הגישה בארה"ב היא לא לבחור תמונות שבהן מצולמים אנשים הדומים לחשוד, אלא דווקא כאלה שיתאימו לתאור שנתן המתלונן לגבי החשוד. משמע, דווקא העובדה שעורך הדין והנאשם הם אלה שעיצבו את המסדר לרבות בחירת התמונות ומיקומן במסדר היא בעייתית בעיניו.

לשאלת התובע הסביר עוד, שמחקרים קבעו, כי ככל שמספר התמונות רב יותר, כך המסדר אובייקטיבי יותר, כיוון שהסיכוי שעד יבחר בטעות במסדר מרובה תמונות, דווקא את החשוד החף מפשע דווקא, הינו נמוך (עמ' 1407-1408 לפרוט').

47. הפגם הרביעי, הוא לדברי העד המומחה, היות תמונת הנאשם, התמונה היחידה שצולמה בשנת '91, היא שנת עריכת מסדר הזיהוי (סעיף 17 לחוה"ד) בלשונו:

”הבעיה היא בזה שהעדה ידעה, זה מתוך הכתובים, נאמר לה שהחשוד נעצר וצולם, זאת אומרת היא יודעת... אמנם זה באמת לא הנקודה המרכזית בטענותיי נגד המחדל, אבל העדה כן ידעה והיא ילדה, באמת כפי שבעדות נאמר, היא ילדה חכמה, אינטליגנטית והיא ידעה שהתמונה צולמה זה מכבר. אינני יודע אם היא הסתכלה על השנה או לא, אבל הייתה יכול להסתכל על השנה וזה היה יכול לעזור לה... אז בלי לדבר האם היא הסתכלה על השנה הספציפית, יש כאן בעיה מסוימת שגם לא היו תמונות נוספות

משנת 91” (עמ’ 1395-1398 לפרוט’).

דא עקא, שאין להניח כי באותן נסיבות בהן היתה הילדה מצויה, יכלה לשים לב לתאריך התמונה, ולהסיק ממנה מסקנות.

לשאלה, אם יש נפקות למהירות הזיהוי, השיב:

במהירות מישהו ולא מישהו אחר, זה מה שאני אומר" (עמ' 1405 לפרוט').

גם לא האמנתי לו שביקש למסור דגימת דם וסורב.

מעדויות החוקרים הסקתי כי סרובו למסור דגימות דם היה עקבי ומתמיד, כפי שעלה גם מפליטת הפה, שלו עצמו, בהסבירו לשופט סטרשנוב, כי סרב לבקשות החוקרים למסור דגימות דם בשל אי האמון שרחש להם.

רוצה לומר, אכן סרב (ראו, דבריו בעמ' 295 לפרוט' הדיון בתיק המקורי שהוגש לנו בהסכמה).

יוצא, שהתנהלותו של הנאשם בחקירתו, פעלה נגדו, בכִּוְנָה את החצים אליו. יתרה מזו, גם נסיונו להיבנות בשלב זה על אליבי בענין ריחוקו באותו יום ובאותן שעות, מזירת הפשע, לא צלח.

בנקודה זו ניצבו למולו עדויות חבריו מן המועדון, שסיפרו על שעות בהן נעדר מן המועדון באותו יום, עדות בעלי המועדון שהגישו לנו רישומים על שעות נוכחותו שם, אשר סתרו את האליבי שלו (ראו שוב, הרישומים ת/70; עדותו של אברהם יהושע על דיוקם, ת/79; עדות בעל המועדון יואל כהן, ת/77; עדותו של יוסי קליין בפנינו, ועדותו של הרצל סיגלוב, שחקן אחר במועדון, ת/83).

חשובים במיוחד בנקודה זו, הם דבריו של מר קליין, גם הוא שחקן במועדון, לפיהם, שיחק עם הנאשם שח-מט ביום שקדם ליום האירוע, והפסיד לו, ובבוקר המחרת פגשו שוב והודיעו כי יחזיר לו את חובו מן ההפסד, מאוחר יותר, אחר הצהריים. מדבריו של העד האוביקטיבי הזה, ומדבריו של בעל המועדון שהתייחס לרשימות הנוכחות שניהל, עולה ברורות כי הנאשם שהה באותו יום במועדון עד לשעה 14:30-15:14, לערך, ויצא.

עולה עוד ברורות, שחזר בסביבות 17:00-17:39, כשהוא נסער ועצבני.
מר קליין, יש להזכיר, עמד על כך שהנאשם חזר למועדון **לא לפני השעה 5:00**. כך, בעדות שמסר לפני 17 שנה, בפני השופט סטרשנוב:

"הנאשם חזר בסביבות השעה 6 - 5:30 אני זוכר שהוא חזר בין 17:00 ל-

18:00, בסביבות 17:30 זה היה. יש לי שעון, אבל לא הסתכלתי על השעון.

אולי הסתכלתי על השעון במועדון. השעון שם גדול" (עמ' 48 לפרוט').

עדות זו חוזקה כאמור, היטב, אף מעבר לצריך, בעדותו של בעל המועדון, יואל כהן, כמו גם באותה רשימה, ת/70, שאושרה על ידו.

נראה, כי מול עדויות ברורות ונחרצות אלה, לא היה כל סיכוי לאליבי של הנאשם שנשען על השערות וניחושים בעיקר, כולל, חישוב הזמנים בהסתמך על עדותה של א. - אחותה של הילדה - ממנה עלה שהילדה שבה לביתה ביום הארוע, בסביבות השעה 17:30 ש"ב**אותו זמן הטלוויזיה היתה פתוחה והיתה מנגינה של הטלוויזיה הכללית של 17:30**" (פרוט' הדיון במשפט המקורי, ת/2, עמ' 35 ש' 22-23).

גם הילדה עצמה, דיברה על חזרתה הביתה בשעה 17:35 (עמ' 35, שי' 21 וכן בעמ' 37 שי' 19).

פ"ד נב(2) 157, 169 וכן, ע"פ 3192/08 **חדד נ' מדינת ישראל** ("טרם פורסם" מצוי במאגר "נבו" (18.3.09)).

טעגנט הנאשם בעניינו להעדר הזדמנות לבצע את האונס הנטען, היא טענה ערטילאית שאין כל דרך לבחון את אמיתותה, באין כל עובדה המגבה אותה, מטעם הנאשם.

בחקירתו הראשונה במשטרה, מיד עם מעצרו ביום 18.2.91 (ת/20) נשאל על ידי חוקרו, היכן שהה ביום הארוע. תשובתו:

”אני פשוט לא זוכר אני לא יכול להגיד לך בוודאות זה כמו שאמרתי יכול להיות תל-אביב ראשון-לציון ירושלים רמת גן שם אני מסתובב ומשחק בהם” (עמ’ 1 להודעה).

ובהמשך: "יש אפשרות שהייתי בירושלים באותו יום..." (עמ' 2 להודעה).
בחקירתו השניה במשטרה, ביום 26.2.91 (ת/28) טען:

"לפעמים אני יושב במועדון ואין לי עם מי לשחק, ואז או משעמום או כתוצאה מזה שאני רעב אז אני יוצא לאכול משהו או לקנות סיגריות לכמה דקות וחוזר חזרה לשחק משחק" (עמ' 2, להודעה).

רק בעדותו בפני השופט סטרשנוב במשפט הראשון, אישר הנאשם בחצי פה כי יצא את המועדון לכמה שעות: **"יכול להיות שיצאתי, אני לא יודע לכמה זמן"** (ת/151, עמ' 298)- וטען- **"אני זוכר בפרוש שאמרתי שאני יוצא לכמה שעות...את המילה 'שעות' בעדויות לא רשום למרות שאני אמרתי"** (ת/151 עמ' 322). והרי, לא יעלה על הדעת כי אדם איננו זוכר מה עשה שבוע קודם, כמה שעות בילה מחוץ למועדון שבו שיחק, או למיצער, מה עשה באותן שעות. קשה לקבל שהנאשם אשר הרשימנו בזיכרוננו המופלג וביכולתו לזכור במדויק כל תג ופסיק בחומר הראיות, כולל מספרי עמודים, לא יכול היה לזכור היכן שהה בשעות הקריטיות של הארוע.

בסיכומיו בעל פה, נשאל הנאשם על האבסורד העולה מטיעונו זה. תשובותיו היו מתחמקות. בין היתר טען, כי זכרונו המצויין פועל רק על דברים חשובים (עמ' 2099 לפרוט'). אלא, שבעיני, מעשיו ביום האירוע היו בהחלט "דבר חשוב" דיו, שאמור היה לסייע לו בהגנתו, אילו היו מתאימים לגרסתו. טענתו שמסר הסבר לחוקרים וזה לא נרשם על ידיהם, לאו טענה היא בעיני. ומדוע לא יחזור על זה בבית המשפט? כך בלשונו :

”אז אני אמרתי בפירוש, אמרתי יכול להיות שהלכתי לשחק, או לבית קפה, או הלכתי למקום אחר, שנהגתי לשחק בכמה מקומות בירושלים, זה כתוב, אני לא אומר את זה היום” (עמ’ 2100 לפרוט’).

למותר לציין כי כל האפשרויות התאורטיות שהעמיד הנאשם בפנינו לגבי הדברים שאולי עשה בשעות הקריטיות בהן התרחש האונס, חסרות תועלת הן בנסיבות הענין.

51. אשר לסדרת הטענות שהעלה הנאשם כנגד מסדר זיהוי התמונות ומקומו כראיה במשפט, אין אפשרות למרבה הצער לקבל גם את אלה, שהתבססו אף הן על טענות קשות

”אני טוען שלא יכול להיות שמשטרת ירושלים לא תמצא שבעה אנשים שפחות או יותר מתאימים לחשוד ולבצע מסדר זיהוי חי. גם הפסיקה אומרת שמסדר זיהוי תמונות הוא מעוות, תמונה מעוותת” (עמ’ 2075 לפרוט’).

בסופו של יום, משהרימו החוקרים ידיים בענין עריכת מסדר זיהוי חי, הושקעו מעתה כל המאמצים בענין עריכת מסדר זיהוי התמונות, וזאת בשיתופו המלא של **הסניגור** שנטל חלק מרכזי בהכנתו (על חשיבות מעורבותו או נוכחותו של הסניגור במסדר זיהוי, ראו פרשת קריב הנ"ל, בעמ' 743; וכן ע"פ 416/71 עורד נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 775, 780).

”נכון שבימ”ש בד”כ, כשנוכח סנגור...קובע בד”כ שאי אפשר לתקוף את אמינות המסדר, אבל בימ”ש צריך לקחת בחשבון וזה חור גדול לא רק במשפט הזה אלא בכל מסדרי הזיהוי, אם למשטרה שבעדיה (צ”ל-בידיה-ב.א.ת) מצוי חומר הראיות ולא בפני הסנגור בטרם הוגש כתב אישום...מזהה ומציין פרטים מיוחדים שמופיעים אצל החשוד, הרי המשטרה והחוקר שמכיר את הראיות האלה, הוא צריך להקפיד שלפחות בדברים האלה הניצבים יהיו מתאימים, אם זה מבחינת לבד (צ”ל-לבוש) או

”התנגדתי כי אמרתי שאיני רוצה מספר אי זוגי, הוא (עו”ד יאיר גולן, ב.א.ת.). בכל (זאת) התעקש ודרש להוסיף תמונה 1 ואני עמדתי על כך שבכל זאת יהיו 10 תמונות והוא התעקש על 11 ומאחר ולא רציתי שמסדר זה גם יתבטל, בסוף הסכמתי. אני התעקשתי שלא יהיה אי זוגי בכדי שלא תהיה תמונה 1 באמצע שתבלוט כי יש אי זוגי. אנחנו בכל המסדרים בין תמונות ובין מסדרים חיים עושים את זה במספר זוגי של 8 או 10” (ת/43 עמ’ 58 ; וראו גם המזכר של זרגרוב מיום 28.2.91 שעניינו הוספת התמונה הנוספת לבקשתו של עו”ד יאיר גולן, ת/31).

Z:\00000000000000000000000000000000-2016-----\HAKIKA-KIDUD-2016\2009\mechozi-1\word\outdoc-nohyper\OutDoc-Makor\m05001154-b.doc

אין חולק, שהדנ"א משמש היום כלי ראייתי ממדרגה ראשונה במשפט בכלל, ובמשפט הפלילי, בתחום הפורנזי, בפרט. גם הפסיקה וגם המלומדים דנו לא מעט בשאלת מקומה של ראיה ייחודית זו, מתחומי המדע, בתחום המשפט, תוך ניסיון להתמודד עם המונחים הפורנזיים, על הגדרותיהם ועל דרכי השימוש בהם, כך, שהדברים היום מוכרים וידועים, ואין להרחיב (ראו, סקירה נרחבת במאמרם המקיף של המלומדים א' סטולר וי' פלוצקי, "D.N.A על דוכן העדים", **רפואה במשפט** (ספר היובל-נובמבר 2001).

57. הדנ"א, כך ידוע היום, הוא מולקולה המורכבת מארבע אבני יסוד (בסיסים) - A,G,C,T - והארוזה ב-46 כרומוזומים; $2X + 22$ כרומוזומי מין (XX נקבה, XY זכר). הכרומוזומים מורכבים מאתרים שהם גנים האחראים על התבטאות תכונות האדם. כל אדם באשר הוא, מקבל מהוריו זוג כרומוזומים, אחד מאמו ואחד מאביו, כאשר בכל זוג כאמור, זהים הם הכרומוזומים בצורתם, ובמיקום הגנים והאתרים הנמצאים עליהם, ואך שונים או זהים הם בתוכנם.

בסך הכל, מורכב רצף הדנ"א משלושה מיליארדי בסיסים, והוא יחודי לכל פרט, כך שאין שני בני אדם (מלבד תאומים זהים) היכולים להיות בעלי זהות מלאה ברצף הדנ"א.

52

וידגש, זהות בין המדגמים אינה מעידה בהכרח על זהות ברצף כולו. זהות כזו, טעונה הוכחה באמצעות כלים הסתברותיים, שנועדו לקבוע מהו הסיכוי שאצל שני פרטים אקראיים באוכלוסיה נתונה, תתקיים זהות בין המקטעים המשווים. ההנחה העומדת בבסיסה של גישה זו היא, בעלת שני פנים, לאמור, אם יש זהות בין המדגמים, קיימת סבירות גבוהה שקיימת זהות ברצף כולו; ואם אין זהות בין המדגמים, קיים שוני ברצף בין הדגימות הנבדקות.

על מהותו של המדגם, המורכב ממקטע של רצפים, והמכונה, **S.T.R – Simple Tandem Repeats**, כמו גם על השלבים בתהליך הבדיקה של המיקטע, עמדו בעדויותיהם בפנינו, בהרחבה, המומחים השונים שזומנו להעיד על ראיות הדנ"א בהקשר לתיק דנן. המומחים התמקדו בדבריהם בהליך בדיקת הדנ"א לצרכים פורנזיים, כולל, דרך הפקת הפרופיל הגנטי במעבדה, והעיבוד הסטטיסטי של הממצאים. על כך ידובר בהמשך. תמצית עדויותיהם אלה של המומחים בנושאים האמורים, תובא איפוא להלן. בשלב זה ייאמר אך זאת, כי בבסיס עדויותיהם כי לביצוע בדיקות הדנ"א, עובר החומר הביולוגי שמקורו במוצג הנבדק הליך של "**הפקה דיפרנציאלית**", שמטרתה העשרה, בשונה מהפרדה מלאה, בין הפרקציה המועשרת בתאים שמקורם בתאי זרע (**פרקציה P**), ובין הפרקציה המועשרת בתאים שאינם תאי זרע (**פרקציה S**). באמצעות ההליך הזה, מפוענח הפרופיל הגנטי של כל פרקציה בנפרד, כפי שיוסבר בהמשך.

על מקומן של ראיות מדעיות במשפט, ככלל

59. עד שאבוא לדון בראיות הדנ"א בתיק דנן, אבהיר תחילה כי גישתו של המשפט, ככלל, אל מקומן של ראיות מתחומי המדע בהליך המשפטי, נגזרת ממעמדה של הראיה המסוימת בתחום המדע (ראו, התיחסותו של בית המשפט בארה"ב לנושא זה, בפסק הדין המוביל שניתן בארה"ב לפני שנים, הוא, Frye v. United States, 293 F 1013 (D.C. Cir., 1923), ובפסק הדין המאוחר בסוגיה זו: Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579).

הלכה היא שבית המשפט, ככלל, בודק את הראייה המדעית לאור השאלה אם מדובר בראייה שמקובלת על הקהילה המדעית בכללותה. לא נִיכָנס לדיון נרחב בנושא זה, שאיננו צריך לעניינו.

ממילא ברור, כי שאלת מקומה של ראיות הדנ"א כראייה מדעית, שמור לה היום במשפט בכלל, ובמשפט הפלילי, הפורנזי, בפרט, וכי בכוחה לשמש ראיה בת תוקף מדעי מוכח, המקובלת על כל הקהילה המדעית בעולם, כך שראויה היא לשימוש ככלי ראיתי כשר ובר תוקף, גם בעניינו.

בפרשת בן ארי הנ"ל, סבר בית המשפט, כי התאמת דני"א ברמת שכיחות של 1 ל- 319,510 די בה לצורך הענין, בעוד בפסקי דין אחרים, דובר על רמת שכיחות גבוהה הרבה מזו, (ראו, ע"פ 1888/02 מדינת ישראל נ' מקאד, פ"ד נו (5) 221 שם דובר על רמת שכיחות של 1 ל- 135 מיליארד; או, ע"פ 7463/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 865, בו דובר על שכיחות של 1 ל-6 מיליון; והשוו לע"פ 1688/99 הוכברג נ' מדינת ישראל פ"ד נו(4) 356, שם דובר על רמת שכיחות של 1 ל-65,000).

61. דעות שונות הובעו בפסיקה גם לענין מספר הסמנים הצריכים לקביעת הפרופיל של הנבדק. כך, בין היתר, גרסה השופטת דורנר בפרשת חאלדי הנ"ל, כי די בשישה סמנים כאמור, שעה שהשופט הנדל, שאימץ את שיטתו של פרופ' פרידמן, גרס כי יש צורך במספר סמנים גדול יותר.

השופט א' א' לוי, לעומתם, סבר, כמוזכר, כי אין "מספר קסם" לביסוס מעמדה של ראייה זו, וכי מן הדין הוא שתיבחן נקודת הסבירות לקיומה של שגיאה במימצאים, לצורך קביעת מקומה של הראייה במכלול הראיות המרשיעות.

כך או כך, ההלכה בישראל המתיחסת אל בדיקות הדנ"א כאל בדיקות מדעיות מקובלות, קובעת את ההתאמה של הפרופיל הגנטי מרמת שכיחות מסויימת ומעלה, כראיה מספקת לקיומה של זהות בין האדם שהיווה מקור לדגימה שניטלה מזירת העבירה, ובין האדם שנבדק.

בע"פ 9724/02 אבו חמאד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 71 נקבע כי משקלה של ראיית דני"א, הוא כמשקלה של טביעת אצבע.

באותה פרשה יש להזכיר, ראה השופט מ' חשין בראיית הדני"א **"ראיה נסיבתית - להבדילה מראיה ישירה - ונמנית היא על משפחת הראיות ה"מדעיות" המוצגות לפני בית-המשפט בעדות מומחים"** (שם, בעמ' 79). אליבא דשופט חשין, צריכה ראיה כזו עמידה בתנאי קבילות, הם, היותה מקובלת בעולם המדעי, והיות הבדיקה על פיה מבוצעת כראוי. עם זאת, קבע השופט חשין שם, כי המדובר הוא בראיה מדעית המקובלת בקהילייה המדעית בעולם, ובבתי-המשפט בארץ, וכי יתן לראות בה ראיה מהימנה, בלא צורך לבדוק בכל פעם מחדש את עיקרי השיטה המדעית עליה בוססה (שם, בעמ' 82) בפועל, כך יוצא, מדובר בראיה נסיבתית, מדעית, שעיקרה הדיון בה נסוב בנושא ההסתברות הסטטיסטית, ובשכיחות ההתאמה בין הדני"א שנמצא בזירה ובין הדני"א של הנאשם.

שכיחות של אחד למיליארדים, די בה אליבא דבית המשפט, כדי לקשור את פלוני לעבירה. מכל מקום, מסתבר לא נקבעו עד היום סטנדרטים להסתברות הסטטיסטית ולשכיחות ההתאמה הנדרשות להרשעת אדם, ועל כך יש להיצר (ראו, א' סטולר וי' פלוצקי, במאמרם הנ"ל, בעמ' 161).

מושאי בדיקות הדנ"א; השמיכה והמזון

במרכז הדיון דנא, תעמודנה תוצאות הבדיקה של שני המוצגים הנותרים מן הזירה, הם, השמיכה והמזרן, כולל ובעיקר, חוות הדעת שהתייחסו אליהן מצד התביעה ומצד ההגנה, כאחד.

מכל מקום, שני המוצגים הנ"ל, נשוא בדיקותיה של ד"ר פרוינד, לא היוו מושא התיחסות במשפט החוזר.

רק בשנת 2004, כך העדה בהמשך, נשלחו המוצגים הרלוונטיים לדיון דנא, לבדיקות דני"א, ולאור תוצאותיהן, הגישה לבית המשפט העליון את חוות דעתה הנוספת, מיום 21.10.04 (ת/109) ואת חוות הדעת המשותפת שהכינה ביחד עם ד"ר רון גפני מיום 14.7.05 (ת/111).

אלה הן שתי חוות הדעת שעמדו בבסיס החלטתו של השופט א' א' לוי, להורות על המשפט החוזר, ולאלה התייחסו דבריה של ד"ר פרוינד בפנינו, כמו גם עדויות המומחים האחרים.

אעמוד בהמשך, על עדותה של ד"ר פרוינד, תוך התייחסות אל השינוי במסקנותיה בין שתי חוות הדעת שיצאו מתחת ידיה, שתידונה להלן.

עד התביעה, ד"ר רון גפני

65. ד"ר גפני הוא ראש המעבדה הביולוגית במחלקה לזיהוי פלילי של משטרת ישראל (להלן - מז"פ). בפתח דבריו, עמד העד על מושגי היסוד בבדיקות הדנ"א לצרכים פורנזיים בישראל, ועל ההיסטוריה של השימוש בסמני הדנ"א בבית המשפט.

לדבריו, החלה המשטרה בביצוע בדיקות דנ"א בסביבות שנת 1992. כמו בעולם, כך מר גפני, מקובל היה גם אצלנו באותם ימים, לבסס הבדיקות על עשרה אתרי STR לצרכים פורנזיים. החל משנת 1997 נכנסה לשימוש בישראל, שיטת ה-PCR שבאמצעותה מתבצעות היום הבדיקות, על ידי שיכפול האתרים הנבדקים בטכניקה ביוכימית, המאפשרת יצירת עותקים נוספים מאותו מקטע דנ"א של הנבדק.

בעניננו, כך ד"ר גפני, נלקחו דגימות של הכתמים שנמצאו על מוצגים מן הזירה. הטיפול בדגימות נעשה באמצעות "**הפקה דיפרנציאלית**" של דנ"א, המפיקה, כאמור, שתי פרקציות, האחת, המועשרת בתאים שמקורם בתאי זרע (**פרקציה P**), והשניה, המועשרת בתאים שאינם תאי זרע (**פרקציה S**).

נקודת המחלוקת העיקרית בענין קביעת הפרופיל הגנטי בפרקציות השונות שהתקבלו מן השמיכה (מוצג 14) ומן המזרן (מוצג 15) מקורה לדברי העד בעובדה שמדובר בתערובת של מספר תורמים, שהמתלוננת היתה התורמת הדומיננטית בה, בעוד, המעורבים האחרים נתגלו כתורמים חלשים.

השאלה המרכזית הצריכה איפוא ברור בעניננו, היא, לדעת המומחה, האם הפיקים הנמוכים שהופיעו בגרפים המציגים את תוצאות הבדיקות, ומקורם בתוכנת Genotyper היו אללים אמיתיים, או, סטטרים. שאלה זו, כך הסביר, היא מהותית לקביעת הפרופיל הגנטי של המעורבים בתערובת.

ד"ר גפני הסביר עוד, כי ניתן להבחין בוודאות בין אלל ובין סטטר אך ורק כאשר יודע המומחה כי מדובר בדגימה מאדם אחר. בנסיבות אלה מתקבל מופע בעוצמה נמוכה, הנמוך בחזרה אחת מן האלל הסמוך לו, הוא הסטטר. לא כך כאשר מדובר בניתוח תערובת, שלגביה קיימים שלושה אמצעי עזר מקובלים לצורך הבחנה בין אלל אמיתי לסטטר, הם:

א. בחירת אתרי ה-STR במולקולת הדנ"א לצורך הבדיקה הפורנזית, שבהם מתבטאים הסטטרים באופן מינימלי, לעומת האללים האמיתיים המופיעים באופן מובהק.

ב. התבטאות הסטטרים באתרים הנבחרים, ביחידה חוזרת אחת פחות מן האלל האוטונטי. לדוגמה, אם האלל האוטונטי הוא 10, יהיה הסטטר 9 בלבד.

ג. זיהוי האללים על ידי התוכנה שבה נעשה שימוש לצורך הבדיקה הפורנזית (Genotyper) המבחינה בין האללים הללו לסטטרים על פי מיקומם, ביחידה אחת פחות מו האלל הסמוד.

דוק, לענין אמצעי ההבחנה השני, קרי, התבטאות הסטטרים **ביחידה חוזרת אחת** פחות מן האלל, הסביר ד"ר גפני כי בענין זה קיימת מחלוקת עקרונית בין מומחי התביעה ובין מומחי ההגנה. שהרי, מומחי ההגנה מתיחסים לפיק הנמוך **בשתי יחידות** מן האלל האותנטי, מפיק הגבוה ביחידה אחת מן האלל האותנטי, כאל סטטרים; בעוד, מומחי התביעה גורסים, כי אין כל בסיס מדעי לכך.

66. בנקודה זו, הסביר ד"ר גפני, בחרו המומחים של התוכנה שבה משתמשים במז"פ (Genotyper) בכ-10,000 אתרים המשמשים לבדיקות הפורנויות, ואתרי ה-STR כשאחד הקריטריונים לבחירתם היה, מיעוט הסטטרים ואיפיונם על ידי חזרה **אחת** בלבד, פחות מן האלל הסמוך.

ככלל, גרס העד, זהו המצב הרגיל, ובפועל התבססו המומחים של היצרן על מחקר של מאות בדיקות. תוד חיפוש אחר טווח ביטחון מירבי.

הַעֲרָכָה (Kit) המסופקת על ידי היצרן, שבה נעשה שימוש בעניינינו SGM Plus מכירה, לדברי העד, בתופעה של סטטר הנמוך **רק ביחידה אחת** מן האלל האותנטי, ובאופן נדיר בלבד עשוי שימוש בה להביא לתופעה של סטטר עליון **הגבוה ביחידה אחת** מן האלל האותנטי.

בתהליך איתור האלל או הסטטר באמצעות התוכנה, כך העד, שני שלבים. בשלב הראשון, מזהה התוכנה פיקסים העוברים את סף הקריאה שעמד במקרה זה על 75 RFU.

בשלב השני, מסמנת התוכנה פיקים אלה, כאללים, אלא אם קיים מימינם, בעמדה אחת הגבוהה מהם, פיק הנמוך מהם בשיעור מסויים, והמשתנה מאתר לאתר (יחס זה מכונה "אחוז הסטטר"). במצב זה, מוחקת התכנה לדבריו, את הדזיגנציה מהפיק הנמוך, ומתייחסת אליו כאל כסטטר.

עדיין, כך העד, קיימים מצבים בהם המומחה הפורנזי איננו יכול לקבוע בוודאות אם מדובר באלל אמיתי, קרי, במופע אותנטי בכמות קטנה, או, בסטר.

במצב כזה יימנע המומחה מקביעה פוזיטיבית שמדובר באלל או בסטר.

"The DNA data, when I examined it, seemed to me a relatively strait forward case. It's something that we would see almost on a weekly basis...and so I was, I looked at the data and I wondered what it is that you expected me to provide, because it was a very straight forward case" (עמ' 597 לפרוט').

על תוכן מימצאיו אעמוד בהמשך, לפי הענין שיעלה לגבי כל בדיקה לעצמה.

עד התביעה, ד"ר ריק סטאוב

70. מומחה נוסף שזימנה התביעה מחו"ל, לאישוש עמדתה בתיק דנא, הוא ד"ר סטאוב, מאוניברסיטת אריזונה, העומד בראש מעבדת Orchid Cellmark (להלן – Orchid או, אורכיד) שבטקסס, והמכהן כחבר באקדמיה האמריקאית למדעי זיהוי פלילי, כמו גם בארגונים אקדמיים מדעיים נוספים העוסקים במחקר ובהוראה בתחום המדע הפורנזי.

את עיסוקו בתחום הדנ"א החל ד"ר סטאוב, לדבריו, בשנת 1990 ובהמשך החל לעבוד במעבדת אורכיד בשנת 2000 (ראו, קורות החיים של המומחה, ת/141 ובעמ' 811 לפרוט'). תיק העבודה של המעבדה בה נבדקו המוצגים ששיגרה התביעה אל העד (ראו, מסמכים ת/142 ת/143) תעד לדבריו, את תהליך העבודה במעבדה ואת התוצאות שהתקבלו, הכל, תחת פיקוחו (עמ' 811-812 לפרוט').

התיק התקבל, יש לומר, על אף התנגדות הנאשם, וזאת, לאור ההלכה הפסוקה הקובעת לענין קבילות מסמכים המוגשים באמצעות מי שעומד בראש מעבדה, גם אם לא נערכו על ידו ישירות (ראו, ע"פ 566/89 מרציאנו נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(4) 539, וכן, ע"פ 5928/99 גלדסון נ' מדינת ישראל (לא פורסם)).

בענין זה, אומר השופט י' קדמי, בספרו, על הראיות כרך א' (דיונון תשס"ד-2003) כך: **"חוות דעת מומחה, החתומה בידי ראש יחידה שאנשיה ביצעו את הפעולות שהיו דרושות למתן חוות הדעת - קבילה כראיה, על אף שראש היחידה 'מוסר' באמצעותה עדות מפי השמועה"** (עמ' 527).

בהמשך עדותו, הגיש העד מספר חוות דעת, שעסקו בבדיקות דנ"א שבוצעו במוצגים שונים; חלקן, בדיקות STR סטנדרטיות, וחלקן, בדיקות Y-STR (ת/115-ת/118). גם דבריו של מומחה זה מטעם התביעה יובאו וילמדו בהמשך.

71. עד כאן, רשימת מומחי התביעה, שחוות הדעת שלהם הובאו בפנינו בהקשר לבדיקות שבצעו בדגימות הדנ"א אשר נשלחו למעבדותיהם בארץ ובחו"ל, על ידי התביעה.

ז. מומחי ההגנה

עדת ההגנה, ד"ר נועה דינאן

לאחר בחינת תיק העבודה, הגיעה לדבריה למסקנה, כי מן הראוי הוא, שתגיש חוו"ד מטעמה, וזו אכן הוגשה לבית המשפט **במסגרת הבקשה למשפט חוזר**. חוות הדעת הוגשה גם לנו, במהלך המשפט החוזר (ראו, חווה"ד נ/47). לאחר מכן, הגישה גם את חווה"ד נ/48, שהתייחסה לבדיקת המוצגים במז"פ, וצילום המוצגים בשני הביקורים שערכה שם במעבדה (ראו, לעיל).

המומחית הזו, כלשונו, איננה מומחית לעניננו, ואם היא קיימת, לאו מומחיות היא, עד ש" ... קשה לבסס כל ממצא פורנזי או אחר על דבריה" (עמ' 69 לסיכומיו).

64

בהמשך, אעמוד על תוכן דבריה של עדה מומחית זו, ועל משמעות חזרתה בה, כאמור, מחלקים ניכרים של חוות דעתה, לנוכח חקירתו הלוחצת של התובע.

נקבעו, לדבריה, מספר חזרות, והאלל קיבל את איפיונו. למשל, אלל 8 מציין שמונה חזרות של הרצף הפשוט באותו אתר, וכך השאר.

לאחר ביצוע הפעולות על הגזירים השונים, כך העדה, ולאחר שהופק מהם כל החומר הביולוגי, כמתואר, לא היה עוד ערך לחתיכות הגזירים מהן ניטלו הדגימות, ולכן הושמדו. שאריות הגזירים הנותרות הוחזרו למז"פ כמתואר.

עם קבלת ההחלטה על ידי השופט א' א' לוי, בענין המשפט החוזר, נשלחו הגזירים מן השמיכה והמזרן בחזרה למז"פ, ומשם נשלחו למעבדת אורכיד בארה"ב, כמתואר, ביחד עם מוצגים אחרים שמקורם בשני אלה.

75. על הבדיקות בגזירי השמיכה והמזרן, ובמוצגים האחרים, במעבדת אורכיד, העיד בפנינו ד"ר סטאוב.

לדברי המומחה הזה מחו"ל, הוצאו מתוך חלקי השמיכה והמזרן שנשלחו אליו מן הארץ, גזירים בגודל של כ-1.5 ס"מ (עמ' 1429 לפרוט') בהם בוצעו בדיקות STR סטנדרטי ו-Y-STR. העד הדגיש שאם ד"ר מאיה פרוינד גזרה חתיכה מתוך הגזיר והפיקה ממנה DNA, אי אפשר לשוב ולהשתמש באותה חתיכה מתוך הגזיר שכבר מוצתה כך שלא יכולה להיות מחלוקת כי הבדיקות בארה"ב בוצעו בחלקים אחרים בגזירים (עמ' 1458 לפרוט').

לדברי ד"ר סטאוב, בוצעו מיצוי הדנ"א והליך ה"הפקה הדיפרנציאלית" באמצעים דומים לאלה ששימשו במעבדה של המכון לרפואה משפטית בארץ, אלא, שהסימון שם היה שונה. הפרקציה שהועשרה בתאים שאינם תאי זרע, סומנה כ- EF, והפרקציה המועשרת בתאי זרע סומנה כ- SF.

ד"ר סטאוב הסביר בעדותו, ובחוות הדעת שלו, כי ביצוע בדיקות ה-STR הסטנדרטיות נעשו במעבדות בארה"ב, על ידי שתי ערכות, ה-**Profiler Plus**, בהן נבדקים, ככלל, עשרה אתרים, וה-**Cofiler**, בה נבדקו שבעה אתרים. מאחר וחלק מן האתרים בשתי הערכות חופפים, לדברי העד, דיווחה המעבדה על תוצאות הבדיקות בעניננו, בהתיחס ל- **13 אתרים** בסה"כ (עמ' 823 לפרוט').

בהמשך, התייחס ד"ר סטאוב אל תהליך השכפול המתבצע בבדיקות אלה, ואל ביקורת האיכות שנעשית על ידי מבחנת ביקורת המכילה ריאגנט בלבד. בענין זה הסביר, כי אם מתקבל פרופיל גנטי שמקורו במבחנת הביקורת, משמעות הדבר היא שנמצא בה חומר ביולוגי שמקורו ב"זיהום" הדגימות. במצב כזה, אין דיווח מטעם המעבדה על התוצאות שהתקבלו, ובחוות הדעת נרשם כי התוצאה היא **"inconclusive"**, כלשונו (ראו, הסבר נרחב בנושא זה, בעמ' 825 ואילך לפרוט', ובעמ' 1430 ואילך).

בענייננו, כך ד"ר סטאוב, אכן נמצא זיהום כזה במבחנת הבקרה שעברה תהליך שכפול עם המבחנה שהכילה את הפרקציה הבלתי מועשרת בתאי זרע (43/נ).

(לפרוט').

עדיין, כך העדה, **נראו האללים של הנאשם בעניינו**, במקומות שבהם לא היו הם משותפים לאללים של הילדה. שם לדבריה, **"אתה רואה את המרכיב של הנאשם באופן מלא..."** (עמ' 492 לפרוט').

בהמשך הסבירה, מהו בעיניה "**מרכיב עיקרי ומרכיב משני**" המופיעים בתערובת בנסיבות המתוארות (עמ' 493 לפרוט').

בענייננו, התקבלו לדברי העדה, בבדיקות הדגימה 14S שני מרכיבים מישניים, שאחד מהם לפחות היה של זכר. העוצמה של הרכיבים המישניים היתה נמוכה, ומשמע, שכמות הדנ"א שתרמה הילדה לדגימה זו מן השמיכה, היתה גבוהה, משום שהיה שם דימום שאובחן הן בעין, והן בבדיקה ביוכימית של הגזיר. היתה שם לשיטתה, כמות מאוד גבוהה של דם וכמות קטנה של דנ"א ממקור אחר, כאשר מקור הדנ"א יכול היה להיות בתאי עור, תאי רוק וכיוצ"ב.

לדבריה, הכמות השונה של הרכיבים באה לידי ביטוי בגובה הפיקים.

פיק 28 באתר D21, מהו?

77. בסיכום דבריה, הבהירה ד"ר פרוינד, כי מבדיקות הפרקציה 14S, עלה, חרף הקושי בפענוח הפרופיל הגנטי שהתקבל מן התערובת המורכבת, כי קיים "**מימצא... שהצביע על הקשר בין הארוע לבין הנאשם**". הפרופיל של הנאשם, כך הבהירה, התקבל **בכל עשרת האתרים** שנבדקו, למעט, **פיק 28 באתר D21** (להלן - פיק 28) שלא זוהה על ידי התוכנה כאלל אמיתי אלא כסטטר.

בנקודה זו, הדגימה העדה בפנינו, את המימצאים אליהם הגיעה, בגרפים שמקורם בתוכנת ה-genotyper בהן הובאו כל האללים שנמצאו בכל אתר ואתר (ראו, עמ' 49-51 לסיכומי התביעה).

איני רואה להרחיב בכל אלה, שעשויים לסרב לדיון הזה ולהאריכו יתר על המידה. די לי בהפניה אל הטבלאות שהוצגו בחוות דעתה של העדה המומחית הזו, ולסיכומי התביעה בהם הובהרה התמונה היטב, תוך התייחסות פרטנית לנקודת המחלוקת הנוגעת לפיק 28 באתר D21. להלן, אגע בכל אלה רק בקצה המזלג.

פיק 28 הוצב במרכז המחלוקת בין הצדדים לגבי פרקציה 14S. לדברי ד"ר פרוינד, אין חולק כי תוכנת ה-Genotyper, לא סימנה את הפיק 28 באתר D21, כאלל, אלא התייחסה אליו כאל סטטר. מצב דברים כזה, שבו אין לדעת בוודאות אם מדובר באלל או בסטטר, הוא לדבריה מצב מוכר. התוכנה פועלת בנסיבות כאמור, כאילו מדובר בסטטר, הן בשל מיקומו והן בשל גובהו של הפיק. לשיטתה, אף שהתוכנה הגדירה את הפיק הזה כ"סטטר", ניתן בהחלט לראותו כ"אלל", ובהיותו אחד האללים המרכיבים את הפרופיל של הנאשם, קבעה בחוות הדעת שלה שכל הפרופיל של הנאשם נמצא "באופן מלא

בתערובת הזאת... (עמ' 511 לפרוט'). גם היא וגם ד"ר גפני, כך הסבירה, ציינו בחוות הדעת המשותפת שלהם, ת/111, כי פיק 28 **"זוהה על ידי התוכנה כסטטר"** (נספח ד' עמ' 6-10) ובכך ניתן ביטוי מלא לתוצאות כפי שהתקבלו מהתוכנה ביחד עם הצגת האפשרות שהפיק הוא אולי אלל אמיתי.

בהקשר זה, הסבירה העדה, משתמשת התוכנה בערך אמפירי של 13% כערך גבול עליון לצורך זיהוי סטטרים באתר זה. גובהו של הפיק היה 12.6% מהאלל הסמוך לו, וכיוון שסטיית התקן היא 0.8% (נספח ד' עמ' 21-9) אין לשלול, לדעתה, את האפשרות **"שאלל 28 הינו אלל אמיתי"** (ראו, סעיף 8 לחווה"ד).

בהמשך עדותה, הסבירה העדה כי יצרן התוכנה נותן ערכים מקסימליים (upper limit) לסטטר בכל אחד מן האתרים. במציאות, יש לדבריה מצבים בהם אין שום דרך לדעת בוודאות אם מדובר בסטטר או באלל אמיתי. כך לשיטתה, הכלל במדע הפורנזי שאינו מאפשר זיהוי חד משמעי, והמסקנה שיכול ומדובר באלל אמיתי אך יכול גם שמדובר בסטטר, היא ריאלית. בנסיבות אלה יקבע המומחה, לדבריה, כי **לא ניתן לשלול** את האדם בעל אותו אלל כתורם בתערובת.

בכך או כך, בחקירתה הנגדית על ידי הנאשם, הבהירה ד"ר פרוינד דעתה כי גם אילו היה פיק 28 מזוהה בוודאות כסטטר, כנטען על ידי הנאשם ומומחיו, לא היה בכך כדי לשנות מסקנתה הסופית, **"שאי אפשר לשלול את הנאשם כמקור לתערובת"**.

78. זו גם היתה דעתו של גפני בעדותו בפנינו, כאשר נדרש להיחס אל פיק 28. גם לדבריו, **"התוכנה באמת לא סימנה אותה כ-28, היא קבעה אותה כסטטור"**, וההסבר הוא אותו הסבר שהובא לעיל. לשיטתו, בכל מקרה של ניתוח תערובת, יש להותיר את הקביעה הסופית בידי המומחה הפורנזי, ולא לייחס משמעות קריטית לסימון של התוכנה (עמ' 290 לפרוט'). כך ד"ר גפני בנושא זה:

”גם אם (אחוז הסטטר-ב.א.ת) היה 20 אחוז או 30 אחוז המספר הזה לא קריטי. הוא נועד להקל על המומחה שהוא מפענח פרופיל של אדם בודד. היא מורידה את הסימנים מהסטטר, שלא יקרא כעוד אללים כי זה מאדם בודד. כשבאים לנתח תערובת מהסוג הזה, אסור להתחשב בערכים האלה” (עמ’ 292 לפרוט’).

המומחה, הוא שאמור לדברי ד"ר גפני, להביא בחשבון גורמים נוספים מעבר לאחוז הסטטר. בין אלה, העובדה שהפיק היה בגובה 395RFU, שהוא הרבה מעבר לסף הקריאה של התוכנה (75RFU). ואשר משמעותו היא, לשיטתו, שעניין לנו ב"פיק אמיתי, זה לא סתם רעש" (עמ' 259 לפרוט'). לדבריו, יש להביא בחשבון את גובה האללים האחרים של המרכיב המינורי בשאר האַתרים ואת מידת הקירבה בין היחס של הפיק לאלל 29 שמימינו - שהוא 12.6%, ואחוז הסטטר שנקבע לאתר כולו, שהוא 13% (עמ' 259 לפרוט').

ברור איפוא, במצב הדברים שנוצר, כי אין לא בגרסת התביעה, ולא בגרסת ההגנה, בסוגיה זו, כדי להועיל לנאשם. שהרי הוא, נזקק לצורך ביסוס הגנתו, לקביעה חד-משמעית שתשלול אותו לחלוטין כתורם לתערובת; קביעה, שבלעדיה לא יקום הספק הסביר הצריך לנאשם בעומדו מול ראיות התביעה, שבוססו בעניננו, על זיהוי הנאשם על ידי הילדה, ועל ראיות הסיוע שהובאו לצורך תמיכה בה.

"מאחת משתי הדגימות בפרקציה המועשרת בתאים שאינם תאי זרע, מוצג 14S, התקבלה תערובת שמקורה ביותר משני פרטים. נראה מקור נקבי וזכרי. המרכיב העיקרי בתערובת זו יכולה להיות המתלוננת... לא ניתן לשלול את אדריאן שוורץ, מוצג 1, כאחד התורמים למרכיב המינורי בתערובת זו. בדיקה זו התקבלה בערכים גבוהים מהמקובל ולכן יש להתייחס למרכיב המינורי במשנה זהירות".

קביעה זו שהוסיפה העדה, כדבריה, תחת לחץ של זמן ושיקול דעת לקוי, היתה **"קביעה אומללה"**, שנבעה כלשונה, מפזיזות, **"משגיאה בניסוח, שגיאה בניסוח, אין לי הסבר אחר"** (עמ' 497 לפרוט'). למרבה הצער, כך הוסיפה, לא עמדה בזמן לא עמדה בזמן אמת על השגיאה הקשה לה בניסוח סעיף 2ב' לחוה"ד, ת/109, וכאן שורש הבלבול שהתרחש. **בלשונה:**

בהמשך הוסיפה עוד: "זה היה לחלוטין בתום לב" (עמ' 498 לפרוט').

”הבנתי שהשגיאה שלי הייתה נוראה, והפירוש שמפרשת התקשורת, הם צודקים בפירוש שלהם, אבל השגיאה הייתה שלי, וכדי לעשות אמת עם עצמי, אני חייבת לתקן את חוות הדעת, למרות שמעולם לא תיקנתי חוות דעת, ואף פעם לא שיניתי חוות דעת, אבל במקרה הזה לא הייתה לי שום ברירה, אלא, דיברתי עם הפרקליטות, ואמרתי עשיתי פה שגיאה, אני חייבת, הממצאים עומדים בעינם, אין שום שינוי בממצאים, אני חייבת לשנות את חוות הדעת, והניסוח שיאה לאותה תערובת זה לא ניתן לשלול או לחייב” (עמ’ 449-448 לפרוט’).

75

בטיטא לחוות הדעת נכתב כי 'לא ניתן לשלול את אדריאן שוורץ, מוצג 1, כאחד התורמים למרכיב המינורי בתערובת זו'. קביעה זו הסתמכה על הממצא כי פרופיל התואם לזה של אדריאן שוורץ מופיע בתערובת בכל האתרים שנבדקו (11 אתרים)...

”.... זה מה שהיה באותו ניסוח אומלל, אני לא יכולה להגיש אותה, אבל מצד שני הנתונים נמצאים ואני חייבת לבטא אותם איכשהו נכון? אז הטעות בניסוח נבעה מזה שאני פשוט נגיד התעלמתי מהקריאה הזו מחשש שהיא לא, שהיא לא מדויקת...” (עמ' 540 לפרוט').

”...אף אחד לא אילץ אותי, אף אחד לא השפיע עלי, אני ישבתי וחשבתי ואני עומדת רק מאחורי חוות הדעת שנכתבה ב-22 בנובמבר. אני מניחה שכל מי שצריך לקבל הכרעות, והכרעות שחורצות גורלות יש לו לפעמים לבטים לכאן ולכאן. זה לא חד משמעי, הדברים הם לא תורה מסיני, יש לבטים לכל הכיוונים” (עמ’ 541 לפרוט’).

בין כך ובין כך, הוסיפה, בסופו של יום, הרי, ניתנה לגיטימציה לפרופיל הגנטי שהתקבל אצלה מאותו מוצג, גם על ידי ד"ר גפני וגם על ידי ד"ר ליניקר - מומחי התביעה – וגם על ידי פרופ' פרידמן, מומחה ההגנה.

”אני חושבת שאני הסברתי כבר לבית המשפט, שאני לא רואה סתירה בין הממצאים שאני קיבלתי לבין הממצאים ב- S/14 למרות שבאמת בשתי הריצות הנוספות, לא יכולתי לראות באופן מלא את שוורץ. אין שם סתירה, לעומת הקביעה שעל השמיכה S/14 אני רואה אותו באופן מלא” (עמ' 545 לפרוט').

”כיוון שכפי שאמרתי, אם אנחנו לוקחים את המרכיב המקסימאלי, אנחנו עושים את זה באופן קבוע, כאשר יש לי קביעה של איזה שהוא מוצג, ואני אחר כך חוזרת על בדיקות שונות, אני יכולה מתוך הבדיקות השונות האלה, להתייחס למרכיב אחד מקסימאלי שהוא בעיניי מייצג את המצב, שלא נדבר על מצב שאתה אומר...” (עמ' 546 לפרוט').

חרף הסבריה אלה, חזר הנאשם בסיכומיו בעל-פה, והלין בפנינו על החלטתה של ד"ר פרוינד להסתמך על תוצאות בדיקתו של המוצג הזה ביום 25.8.04. לדבריו, עיון בטבלה שסיכמה את תוצאות ההפקה השונות, ת/136, מבהיר כי התוצאות ביום זה, התקבלו

בערכים גבוהים. בבדיקות שבוצעו בתאריכים האחרים (30.8.04, 27.9.04) עלה פרופיל שלא תאם לו, לדבריו. ד"ר פרוינד כך טען, הנאשם בסיכומיו, הציגה בכוונת מכון את התוצאות שהתקבלו ביום 25.8.04 דווקא, על אף הערכים הגבוהים, ולא הציגה את התוצאות שהתקבלו בתאריכים האחרים, על אף שכללו פרופיל גנטי מלא של אחר (עמ' 2052 לפרוט').

לדבריו, היה על ד"ר פרוינד "כמו שנדרש מכל מדען, לבוא ולהציג את כל מה שעלה בבדיקות, בלי קשר לאחד מהצדדים... למישהו לא היה נוח שזה יוצג, אין הסבר אחר, מבחינתי אין הסבר אחר ... מישהו שלא רצה שהתוצאות שמזכות אותי יגיעו לפני ביהמ"ש" (עמ' 2052 לפרוט').

בכך בודאי צדק הנאשם עקרונית. רוצה לומר, התמונה שנדרש איש המדע להציג עם קבלת תוצאות בדיקותיו, חייבת להיות שלימה ואובייקטיבית, מבלי מניעים אישיים. אלא, שלא מצאתי בענייננו, כל אינדיקציה לפגיעה במחויבות זו מצד ד"ר פרוינד. כך, גם לאור הודעתה הברורה שהתוצאות האמורות נתקבלו בערכים גבוהים; גם לאור המסקנה הסופית שלה כי "לא ניתן לחייב ולא ניתן לשלול" את הימצאות הנאשם בתערובת, עובדה לה הסכים מומחה ההגנה, פרופ' איזנברג; וגם לאור העובדה שטענת הנאשם כי הבדיקות שבוצעו בתאריכים האחרים שללו אותו כתורם לתערובת, אינה מדויקת.

מקובלת עלי הודעתה של ד"ר פרוינד, כי **הפרופיל שלו** נמצא גם נמצא באלה, אף כי לצד פרופיל גנטי של אדם נוסף.

הווה אומר, תוצאות הבדיקות האחרות עליהן הצביע הנאשם, אינן "**ראיות מזכות**" שלא הוצגו לבית המשפט, כטענתו.

מה עוד, שהסתבר כי הטבלה עם תוצאות הבדיקות של התאריכים האחרים (ת/136) מנסרה לעיונם של מומחי ההגנה, אשר כלל לא תמכו בטיעונו זה.

ד"ר דיוואן, יש להזכיר, התייחסה בחוות דעתה (נ/47 בעמ' 6) אל שלוש הבדיקות שבוצעו בפרקציה 14S, בימים 25.8.04, 30.8.04 ו-27.9.04. לדבריה, התקבלו בכל הבדיקות הללו, תערובות בעוצמה חלשה שלא ניתן היה לפענחן, וזאת, להבדיל מטענת הנאשם שנשלל לחלוטין בשתי האחרונות.

גם פרופ' איזנברג, שהתייחס אף הוא אל כל הבדיקות שביצעה ד"ר פרוינד בתאריכים האמורים, לא הגיע לשלילה של הנאשם, אלא, למסקנה שלא ניתן לפענח את הפרופיל הגנטי בפרקציה 14S, כפי שיורחב בהמשך.

מעל לכל אין לשכוח, כי לא נמצא כל בסיס בחומר הראיות שהונח בפנינו, להפרכת הסבריה של ד"ר פרוינד ביחס לשינויים שהתקבלו בממצאים בהפקות השונות.

ביחס להפקה מיום 30.8.04, הסבירה ד"ר פרוינד, כי לא קבעה שהמרכיב המשני מכיל יותר מתורם אחד (מסקנה אליה הגיעה בבדיקה מיום 25.8.04) מאחר ולא נמצאו יותר

מארבעה אללים באף לא אחד מן האתרים. עם זאת, הסבירה, כי בבדיקה מיום 30.8.04, מהלה את החומר פי עשר מביום 25.8.04, דבר שהביא לטשטוש התמונה (עמ' 528 לפרוט').

ביחס להפקה מיום 27.9.04 הסבירה ד"ר פרוינד, כי המדובר הוא בהפקה אחרת לגמרי, שמקורה ממקומות אחרים בגזירים ו"ברגע שלוקחים ממקום אחר הקומבינציה של המרכיבים היא לגמרי אחרת" (עמ' 546 לפרוט').

87. כך או כך, השאלות שהטיח הנאשם בד"ר פרוינד, בענין שינויי הגירסאות שלה, היו קשות, ולא קלה היתה דרכה של עדה זו, בנסיונה החוזר לעמוד מולו. העדה הודתה כי טעתה. ואולם, לדבריה, לא היה השינוי שעשתה בניסוח מסקנות בדיקתה בפרקציה 14S שינוי דרסטי "**מקצה לקצה**". גם היום, הוסיפה, אין מדובר בשלילה מוחלטת של הנאשם מן התערובת, או, בחיוב מוחלט. פשיטא, "**כשאני אומרת לא ניתן לשלול או לחייב זה בפירוש לא משהו פוזיטיבי**".

בהמשך, שבה והסבירה, כי השינוי היה "ממצב ששללתי אותו באופן מוטעה, לרמה אחת יותר גבוהה שאומרת לא ניתן לשלול או לחייב.... לא אמרתי הוא בוודאות נמצא שם" (עמ' 516 לפרוט').

עמדתה זו של ד"ר פרוינד כלפי "הטעות האומללה", כלשונה, שהביאה את המשפט החוזר לעולם, הוצגה על ידה, כך הסבירה, גם בפני כב' השופט א' א' לוי, שהבהיר, כמוזכר בהחלטתו, כי "בסופו של יום, לא דרך הניסוח היא העומדת למבחן, אלא עמדתה של המשיבה בשאלות הפורנזיות עליהן משתית המבקש את בקשתו למשפט חוזר" (פסקה 16 להחלטה).

ובהמשך:

”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” (שם).

88. בנקודה זו, אני רואה להדגיש, כאן ומיד, כי עיון חוזר בחוות הדעת, ת/109, נשוא המחלוקת, והשוואתה לנוסח במכתב ת/110, מבהיר כי בפועל אין שוני מהותי בין המכתב ובין חוות הדעת, בהתייחס לתוצאות הבדיקות שנקבעו בסופו של יום. המדובר הוא כמוזכר, באותן תוצאות של בדיקת אותה פרקציה, שרק ניסוח המסקנה לגביה שונה. זאת וגם זאת, חשוב בעיני בהקשר דברים זה, הרושם הברור שהותירה עלינו ד"ר פרוינד, כאשר מדע רצינית, המסורה לעבודתה, והחותרת אל האמת.

הטעות שעשתה תוך כדי ניסוח מסקנותיה בחוות הדעת, אכן היתה פטאלית, אלא, שאין ספק שהיתה זו טעות אנוש שכל בן תמותה צפוי לה, במיוחד, כאשר המדובר הוא בעניינים

בהערת שולים, הסביר לנו ד"ר גפני, כי על פי נהלי מז"פ היו קובעים במקרה כזה כי **"לא ניתן לשלול"** את הנאשם כתורם לתערובת, ואולם, מאחר ומדובר היה בחוות דעת

"כשהייתה נקודת המוצא שישנם שני אנשים בלבד, ניתן לעשות את הטבלא

הזאת, כשנקודת המוצא היא שיכולים להיות יותר משני אנשים, אי אפשר

לעשות את הטבלא הזאת, זה מה שאני אומרת" (עמ' 1669 לפרוט').

כזה הוא כמסתבר, גם גורל הטבלה שהציגה העדה בעמ' 7 לחוות דעתה, שגם היא, כמסתבר, דינה למחיקה בנסיבות הענין.

95. לשאלת התובע, שביקש מד"ר דיוואן לפרט מה היו נקודות החולשה בחווה"ד של ד"ר פרוינד שאותה ביטלה מכל וכל, השיבה:

"היא בכלל לא הייתה צריכה להתייחס לדגימה הזאת. במקום שעכשיו

אנחנו ניכנס זה לא בסדר וההוא לא בסדר, אז אני חושבת שבכלל היא לא

צריכה להתייחס לדגימה הזאת...כי זו דגימה שנעשתה בערכים גבוהים ויש

בה הרבה מאוד תופעות לוואי, יש בה הרבה מאוד אללים שמופיעים ב-OL,

יש פה פיקים שהם מאוד, מאוד גבוהים, יש פה תופעות שפתאום רואים

אותם, שלא רואים אותם בשום מקום אחר" (עמ' 1671 לפרוט').

בהמשך טענה, שכלל לא ניתן להתייחס אל הבדיקה שערכה ד"ר פרוינד בפרקציה הנדונה, ועם זאת, התייחסה אליה, היא עצמה. משנשאלה על כך, השיבה: **"...אני חושבת שאני, אחד הדברים שחטאתי בחוות הדעת הזאת, שניסיתי להסביר יותר מיד"** (עמ' 1672 לפרוט').

בהמשך הסכימה העדה, כי ניתן למחוק מחוות דעתה את כל פרק ההתייחסות שלה לטעויות הפרטניות של ד"ר פרוינד, וכי די בקביעתה שהפרופיל שנמצא בפרקציה 14S **"אינו ניתן לפענוח"** (עמ' 1669 לפרוט').

נראה איפוא, כי המסקנה שאין מנוס ממנה בנסיבות הענין, היא, שאין בחוות דעתה ובעדותה של ד"ר דיוואן, כדי לסייע כלשהו לאישוש תיזת ההגנה של הנאשם. פשיטא, אם אין אפשרות לפענח את הפרופיל הגנטי של הפרקציה 14S באף לא אחת מן הבדיקות שבוצעו בה (ביום 25.8.04, ביום 30.8.04 וביום 27.9.04) מה משקל יש בטענתו כי נשלל בשתיים מן הבדיקות שלא הוצגו בחוות הדעת של ד"ר מאיה פרוינד?

96. לא כך, מומחה ההגנה האחר, פרופ' איזנברג, שבהחלט ידע על מה הוא מדבר. בעדותו התייחס המומחה הזה, בין היתר, אל בדיקות הדנ"א הסטנדרטיות שנעשו במוצגים הרלוונטיים, במז"פ, ובמכון לרפואה משפטית באבו כביר, על ידי ד"ר מאיה פרוינד (ראו, חוות הדעת מיום 31.7.05, שהגיש לנו, נ/61).

לדברי העד, קיים שוני מהותי בין תוצאות עבודתה של ד"ר פרוינד, ובין מסקנותיו הוא מן החומר שראה. לשיטתו, אין לדבר על תוצאות חד משמעיות, אלא, על תוצאות שהן **"inconclusive"**, הנעדרות כל משקל. לפי גישתו, מאחר ודגימות שנבדקו על ידי ד"ר

לשאלת הסניגור המלומד, עו"ד פלדמן, האם העובדה שהבדיקות נעשו שלוש-עשרה שנה לאחר איסוף הדגימות, עשויה להשפיע על תוצאותיהן, הסביר העד, כי קיימת אפשרות שהדני"א יתפרק, או, שיתקבל מעט מדי דני"א מאחד התורמים.

לשאלת עו"ד קורצברג, הסכים העד כי קיימת אפשרות בעניננו שחלק מן האללים של הנאשם, שלא זוהו בניתוח הפרופיל, נשמטו מן הבדיקה בשל מצב הדני"א כפי שהינו לאחר שנים מאז הופק. אלא, שזו לדעתו אפשרות היפותטית בלבד. בכל מקרה, אם כך יקרה, סביר לדבריו שייעשה שימוש במונח **"inconclusive"**, וכך, באין תוצאה מכרעת שניתן לפענחה ולתת לה תוקף מדעי.

העד הסכים עם התובע עוד, כי במצב של תערובת שיש בה לפחות שני תורמים, האחד עיקרי והאחד מישני, אפשרי מצב שבו סטטר של התורם העיקרי יסתיר אלל של התורם המישני. בכל מקרה, הכרחי הוא, לדבריו, לעבוד עם סטנדרט עקבי שמעליו ייחשב הפיק כאלל ומתחתיו הסטטר. לשיטתו, רשאי המומחה להביא אפשרות כזו לבית המשפט, ובלבד שהניתוח ייעשה לפי תקני עבודה מקובלים.

בחקירתו החוזרת הבהיר העד עם זאת, לשאלת עו"ד יצחקי, כי ככלל, אין לעולם לדעת בוודאות, אם אלל מסתתר מאחורי סטטר, והבעת דעה בעניין זה היא לדעתו, בגדר ניחוש בלבד.

בסיכום דבריו, שב והודיע פרופ' איזנברג, כי בחינת הבדיקות שנעשו בפרקציה 14S, הובילה אותו למסקנה, כי מדובר אכן בתוצאות אותן יש להגדיר כ-"inconclusive".

שוב, כך נראה, אין בדבריו של מומחה ההגנה כדי לתמוך בטענת הנאשם בסיכומיו, לפיה, נשלל בבדיקות שנערכו בימים 30.8.04 ו-27.9.04 אשר תוצאותיהן לא הוצגו בחוות הדעת של ד"ר מאיה פרוינד.

המשמעות הסטטיסטית של תוצאות בדיקת הפרקציה 14S

97. בחוות דעתה ת/110, התייחסה ד"ר פרוינד גם אל הפן הסטטיסטי של בדיקות הדנ"א. בסעיף 2ב' סיפא לטיוטת חווה"ד, הבהירה:

"כאשר מדובר בפרופיל שמקורו ביותר משני פרטים, אין האנאליזה הסטטיסטית יכולה לתת תשובות בעצמה הראויה, ולכן לא נהוג, במקרים כאלה, לבצע חישוב סטטיסטי לקביעת שכיחות ההמצאות בתערובת של פרופיל הדומה לזה של אדריאן שוורץ".

בהעידה בפנינו, הסבירה:

”זה היה נכון אז וזה נכון גם היום כאשר מדובר בתערובת, שיש לה שלושה פרטים לפחות, יותר משני פרטים, אנחנו לא מבצעים סטטיסטיקה, זאת אומרת הסטטיסטיקאי שלנו לא מבצע סטטיסטיקה כי השכיחות

לחובת מר שוורץ. ואם האחת לא גדולה בצורה משכנעת מהשנייה זה להפך,
זה מוריד את המחוייבות של מר שוורץ" (עמ' 1762-1763 לפרוט').

במצב שבו מספר המשתתפים בתערובת אינו ברור, כך העיד, הופך חישוב "יחס הניראות"
להיות מסובך יותר, כי יש צורך להניח הנחות לגבי מספר התורמים:

"ואם מישהו מבחוץ יבוא ויגיד לי, ובודאי אם בית המשפט יגיד לי, תשמע,
תניח שלושה, אז אני יודע לחשב. תניח ארבעה אז אולי אני אצליח לחשב, זה
הרבה עבודה. אבל אני לא מוכן לעשות את ההנחה הזאת. אין לי סיבה
לעשות הנחה כזו או כזו" (עמ' 1763 לפרוט').

לשיטתו של פרופ' מוטר, יש לבחון הנחה נוספת הנוגעת לשאלה, אם הילדה תרמה לתערובת. במצב הדברים בעינינו, כאשר עסקין בעבירות מין ובניתוח דגימות שנלקחו מגופה של המתלוננת, ניתן להניח, כך טען, כי אחת התורמות היא המתלוננת. בדיקת דגימה כמו זו שניטלה מן השמיכה, אשר לפי המסתבר עמדה ברשות הרבים, אינה קלה, לדברי העד, שכן, אין לדעת מי תרם לתערובת. הוא עצמו, כך הסביר, **"אמור להיות רק מחשב"**, ולכן, נמנע מלהניח הנחות לגבי מספר התורמים ותרומתה של הילדה לתערובת.

מבלי הנחות אלה, אמור היה לבדוק, לדבריו, את כל הקומבינציות האפשריות לצירופים של שני אללים מתוך החמישה, ובסה"כ כחמש-עשרה קומבינציות שאת שכילותן היה אמור לבדוק בבסיס הנתונים שהורכב מן האוכלוסיה האמריקאית הלבנה.

בשעתו, כך הסביר עוד, לא היה עדיין בסיס נתונים ישראלי לבדיקת השכיחויות של הצירופים בכל אתר ואתר. משנדרשה התייחסותו הכוללת של המומחה, לעשרת האתרים שנבדקו. הסביר כי החישוב בנוי על הכפלת השכיחויות בכל אתר.

השכיחות שהתקבלה במקרה דנן, לפי האוכלוסיה האמריקאית הלבנה, עמדה על 1:49,000 (1:48,577) (ראו חווה"ד הראשונה של העד, מיוני 2005, ת/134).

בשנת 2008, כשבועיים לפני עדותו בפנינו, כבר היו ברשותו של פרופ' מוטרו, לדבריו, שני בסיסי נתונים נוספים. אלה מתייחסים לאוכלוסיה הישראלית היהודית ולאוכלוסיה היהודית הערבית. חישוב ההסתברויות שביצע, הבהיר לו, לדבריו, כי לגבי האוכלוסיה הישראלית, היהודית, עומדת ההסתברות על 1:42,000; ולגבי האוכלוסיה הישראלית ערבית, על 1:70,000.

השיטה בה עבד, איננה שיטה מקובלת, אליבא דפרופ' מוטרו, ולמעשה היא פועלת **לטובת הנאשם**.

בהמשך הסביר, כי לפי הסטטיסטיקה ניתן לצפות שבתל-אביב ימצאו עשרה אנשים היכולים לתרום לתערוכת שנמצאה בשמיכה, ובמדינת ישראל כולה אולי מאה איש.

"it is 3600 one ... that the D.N.A is a mixture of male 1 + 1 unknown compared to "coming from 2 unknowns. That's not 1 in, that's comparison of 2 events. So that's not statistics..."
(עמ' 683 לפרוט').

"לא מסכימה, כי מה שאמרת עכשיו זה רק השלב הראשון. השלב הראשון כמו שאמרתי להחליט כמה אנשים יש בתערובת. השלב השני זה לבדוק את ההללים האלה לגופו ולאור התיאוריה שעכשיו עלתה, ולפני שההללים

האלה נבדקים לאור התיאוריה הזאת אי אפשר, אני לא יכולה להגיד פתאום הכל השתנה" (עמ' 1550 לפרוט').

סיכום דבר, מימצאי הבדיקה של פרקציה 14S

103. נראה, ממכלול העדויות שנסקרו עד כאן, כי מימצאי בדיקות הדנ"א שהתבצעו כמתואר בפרקציה 14S, בצירוף המימד הסטטיסטי שניתן להן כמתואר, מובילים למסקנה ברורה, כבר עתה, כי אין בניתוח הפרופיל הגנטי של פרקציה זו, כדי לשלול את הנאשם כתורם בתערובת, ומשמע, שאין בו גם כדי להתיצב אל מול ראיות התביעה, שנסמכו על עדות הילדה ועל זיהוי הנאשם על ידה, ולהעמיד ספק סביר מול אלה.

בענין זה נראה, בין אם נאמץ את גישת מומחי ההגנה כי תוצאות הבדיקות הנדונות היו **"inconclusive"**, ובין אם נאמץ את גישת מומחי התביעה, לפיה, **"לא ניתן לחייב ולא ניתן לשלול"** את הנאשם כתורם לתערובת, לא נוכל בכל מקרה להגיע למסקנה חד משמעית, שהנאשם נשלל כתורם לתערובת, מצב שהוא לבדו יכול להביא להשמטת הבסיס מגירסת ההפללה של התביעה.

על משמעותה של מסקנה זו, לענין גיבושו של הספק הסביר שאותו אמור הנאשם להציב אל מול ראיות התביעה, או אי גיבושו, נרחיב הדיון בהמשך.

י' פרקציה P 14; מימצאי בדיקתה

כללי

104. ייאמר תחילה, כי לגבי המוצג הזה, לא היתה מחלוקת בין הצדדים, כי אדריאן שוורץ לא נמצא בתערוכת נשוא הפרקציה הזו.

המדובר הוא כמוזכר, בגזיר השמיכה (מוצג 14) - פרקציה שהועשרה בתאי זרע - שאליה התייחסה ד"ר פרוינד בסעיף 2 לחוות דעתה, ת/109, ובסעיף 2א לטייטה ת/110א. בענין זה הסבירה, ד"ר פרוינד, מדובר **"בפרקציה המועשרת בתאי זרע, 14P, התקבלה תערוכת שמקורה בשני פרטים לפחות. נראה מקור נקבי וזכרי. אחד המקורות לתערוכת זו יכולה להיות המתלוננת, א.ג., מוצג 6. אדריאן שוורץ, מוצג 1, איננו יכול להיות אחד המקורות לתערוכת זו"**.

לכך, הסכים גם ד"ר גפני, שהסביר לנאשם, כי במז"פ לא הסתפקו בתוצאה זו ששללה אותו, לא משום שהיה רצון להפלילו, אלא משום שהפרקציות 14P ו-14S ניטלו **מאותה פיסת שמיכה**, כך, שלא ניתן היה להתייחס אל הפרקציה האחת מבלי להתייחס גם אל השנייה.

ככלל, הסביר גפני, נמצא כי בבדיקות פורנויות של דנ"א, ניתוח התערובות הוא בעייתי, ולכן יש ליטול הדגימות מאותו כתם, שאינו אחיד, מספר פעמים, עד לקבלת הדגימה הטובה ביותר.

לשאלה, כיצד ניתן להסביר העובדה, ששני המוצגים, $14P$ ו- $14S$, שניטלו מאותו כתם, העלו ממצאים שונים, השיב העד: " **$14P$ ו- $14S$ מאותו הכתם עושים הפקה שונה**". הדבר כבר הוסבר לעיל.

105. עמד על כך גם ד"ר ליניקר בהתייחסו אל הפרקציה $14P$ (עמ' 3 לחוות דעתו (ת/112):

"The minor profile consists of 8 STR alleles coming from at least one male. Male 1 can not be excluded as being a contributor to the minor DNA profile if the minor profile comes from more than one person".

לדברי העד המומחה הזה, אילו היה הפרופיל הגנטי של המרכיב המינורי מגיע מאדם אחד בלבד, היה מקום לשוללו כתורם בתערובת. אולם, ניתוח התערובת הוביל למסקנה, כי אין לפסול את ההנחה שיותר מאדם אחד תרם לתערובת, בשל הבדלי הגבהים בין המרכיב העיקרי למרכיב המינורי.

במצב הדברים המתואר, כך פרופ' ליניקר, ובהנחה שלמרכיב המינורי תרם יותר מאדם אחד, אין לשלול את הנאשם כתורם לתערובת זו (עמ' 630 לפרוט').

בכך, יש להעיר, שונה מסקנתו של מומחה תביעה זה ממסקנתם של מומחי התביעה הישראלים.

ד"ר ליניקר הסביר עוד, שלא ערך חישוב הסתברות ביחס לפרקציה זו, בשל קיומן של אפשרויות אלטרנטיביות רבות בניתוחה (עמ' 646 לפרוט').

פיק 20 באתר VWA; אלל או סטטר עליון ?

106. דעתה של המומחית מטעם ההגנה, ד"ר נועה דיוואן, בנקודה זו, שוב, לא היתה עקבית למרבה הצער. בחוות דעתה נ/47, גרסה תחילה, כי **"התערובת הינה תוצאה של שני פרטים, זכר ונקבה... הפיקים... בכל האתרים מתאימים לתרומה של שני אנשים בלבד"**. בעדותה בפנינו, הסכימה עם זאת, כי במקום הנחתה שהתערובת מורכבת משני פרטים בלבד, יש לקבוע הנחה, לפיה, מדובר בשני פרטים **לפחות**. לדבריה, המרכיב הנקבי הוא אכן המרכיב העיקרי, בעוד, המרכיב הזכרי הוא המשני.

בענייננו, כך טענה, לא מצאה אינדיקציה לכך שהמרכיב העיקרי מכיל יותר מפרופיל אחד. עם זאת, לא הסכימה כי וודאי הוא, שהמרכיב המשני בתערובת מכיל יותר מתורם אחד, שהרי, כלל לא ברור לשיטתה, שיש אדם נוסף בתערובת.

118. גם פרקציה זו אשר הועשרה בתאי זרע שמקורם באותו גזיר מזרן, נבדקה במעבדת אורכיד, אשר הודיעה כי מדובר כאן בפרופיל של גבר לא ידוע, וכי אין לשלול האפשרות שהתורם לתערובת הדנ"א, הוא אותו תורם שנמצא במוצג (SLIDE # 80).

לכל הדעות, כך התובע, אין מדובר כאן בפרופיל של הנאשם.

119. בחווה"ד הראשונה (ת/109), שללה ד"ר פרוינד את הנאשם כתורם לתערובת זו, בקובעה:

פרטים לפחות. נראה מקור נקבי וזכרי.

בחוות דעתה המאוחרת יותר (ת/110) קבעה, עם זאת, דברים שונים לגבי מוצג זה, לאמור:

לא אחד שאינו נכלל בפרופיל של המתלוננת או של אדריאן שוורץ.

...יש עוד טלטלה נוספת, זה גם לגבי המזרן שבו שללתי את שוורץ כמקור,

אללים, במרכיב החלש. שוב יש תערובת, במרכיב החלש יש מעט מאוד

אף אלל אחר שאיננו שייך לנאשם, אבל יש מעט מאוד אינפורמציה שם..."

(עמ' 500 לפרט').

בחקירתה הנגדית, הסבירה לנאשם מדוע שינתה מסקנתה בעניין שלילתו כתורם לתערובת הזו:

שוב של המתלוננת, ומרכיב מאוד מאוד נמוך של מרכיב זכרי. הקריאות שם

חלש באללים בודדים... אבל מכיוון שכול האללים האלה כולם מתאימים

לשלול או לחייב. אני לא יכולה להגיד פוזיטיבית שזה הוא, אבל אני לא

יכולה להתעלם לגמרי מהממצא שמצאתי" (עמ' 553 לפרוט').

הנאשם מצידו עמד על דעתו, בטענו כי בנייר העבודה (נ/20) נרשם:

בעדותו בבית המשפט, הבהיר ד"ר גפני כי לא זו בלבד שאללים של הנאשם **זוהו באופן מלא** בארבעה אתרים, אלא שנמצאו גם אללים משותפים לנאשם ולמתלוננת באתרים האחרים. בסך הכל נמצאו **14 אללים** המתאימים לנאשם (עמ' 268 לפרוט').

המסקנה המתחייבת לשיטתו, היא, כי **"אין לשלול ואין לחייב את הנאשם כמקור לתערובת הזו"** (עמ' 262 לפרוט').

121. גם ד"ר ליניקר, בהתייחסו אל הפרקציה 15P, קבע כי המדובר הוא בפרופיל דנ"א של תערובת, **שמקורה בוודאות** בתורם אחד גדול, ובתורם מינורי. פרופיל הדנ"א העיקרי, מקורו לדעתו, בנקבה, והוא תואם לפרופיל הדנ"א של המתלוננת, הילדה. אפשרות זו, כך הבהיר, סבירה פי 1:1,000,000 מן האפשרות שהפרופיל הזה, מקורו בנקבה אחרת. הפרופיל המינורי מורכב משלושה אללים, ומקורו בתורם זכרי. שלושת האללים זהים לפרופיל הגנטי של **Male 1**, הוא הנאשם, ולכן אין לשלול אותו כתורם פוטנציאלי לתערובת.

את נתוני הדנ"א בפרקציה זו, העריך ד"ר ליניקר, תחת שתי היפותזות. האחת, שפרופיל הדנ"א המינורי שייך ל **Male 1** (הנאשם) והשניה, שפרופיל הדנ"א המינורי שייך לזכר אחר כלשהו.

האפשרות הראשונה סבירה לדעתו, **פי 13**, מן האפשרות השניה. זהו לדבריו, מספר נמוך יחסית.

לא בד מומחית ההגנה ד"ר דיוואן בהתייחסה בחוות דעתה אל פרקציה 15P:

”אני חולקת על דעתה של דר’ פרוינד המתייחסת למוצג 15P- הקובעת ש”אין בין האללים אף לא אחד שאיננו נכלל בפרופיל של המתלוננת או של אדריאן שוורץ”, מכיוון שלא ניתן לדעת מהאנליזה זו מהו הפרופיל של האנס באשר הוא אדריאן שוורץ או כל גבר אחר” (ראו, בעמ’ 8 לנ/47).

בעדותה הסבירה, כי התכוונה לכך שהעוצמה של התערובת היתה נמוכה כדי כך, שלא ניתן היה להפריד בין רכיביה, ולא ניתן היה להתייחס אל מאפייני התערובת (עמ' 1676 לפרוט').

מיותר לציין כי גם מסקנה זו של המומחית אין בה כדי להועיל לנאשם בנסותו לעורר ספק בתיק זה. שהרי, כיצד תועיל לו קביעה של "לא ניתן לדעת מאנליזה זו מהו הפרופיל של האנס". כאשר כל רצונו להוכיח שהוא לא נמצא בתערובת.

פרקציה FR06-0103-05.01-SF

פרקציות שמקורן בנייר סופג מהמזרן

פרקציה FR06-0103-16.1.1-SF

פרקציה FR06-0103-16.1.2-EF

פרקציה FR06-0103-16.1.2-SF

יב' מימצאי בדיקות הפרקציות; סיכום

109

130. מכל שהובא עד כאן, עולות איפוא שתי מסקנות עיקריות, הן, שהטעות של ד"ר פרוינד בניסוח מסקנות הבדיקות בחוות הדעת שלה, היתה לפי כל היגיון, טעות בתום לב, שנבעה מערכי הקריאה הגבוהים בהם התקבלו תוצאות אלה; וכי, הממצאים שלה מניתוח הפרקציה 14S כעולה מחוות הדעת המשותפת ת/111, לא הועמדו בספק.

יוזכר, כאשר הובאו אלה לעיונו בית המשפט העליון, קבע השופט כי **"לא דרך הניסוח היא העומדת למבחן"**, אלא המהות (סעיף 16 להחלטת השופט א' א' לוי, על המשפט החוזר).

זוהי, עם כל הכבוד, גם מסקנתנו אנו. רוצה לומר, לא הניסוח של המסקנות הוא המכריע את גורל הבדיקה, אלא, הממצאים שהופקו מן התוכנה, שעל האובייקטיביות שלה אין לחלוק.

131. אשר לניתוח הסטיסטי של הממצאים האמורים, ניתוח זה הוצג לנו כאמור על ידי פרופ' מוטר, בחוות דעתו ת/134, בה חישב ומצא על בסיס נתונים של האוכלוסיה האמריקאית הלבנה, כי שכיחות הפרופיל שנמצא אצלנו, הוא 1:48,577.

בשלב מאוחר יותר, לאחר שנבנה בסיס נתונים של האוכלוסיה הישראלית, נמצא כי היחס אצלנו, הוא 1:42,000 באוכלוסיה הישראלית יהודית (ת/157ד).

בענין זה, בחנו גם את יתר התיחסויותיו של פרופ' מוטר לפן הסטיסטי, כפי שפורט לעיל.

חשוב בהקשר זה, גם הניתוח ההסתברותי שצרף ד"ר ליניקר לממצאיו הוא, אשר בוסס על דרך החישוב המקובלת באנגליה, סקוטלנד ואירופה בכלל. מזו עלתה כמוזכר לעיל, האפשרות שהנאשם תרם לתערובת סבירה פי 3,600 מן האפשרות שהתערובת מקורה בשני תורמים לא ידועים.

מומחי ההגנה, מה בפיהם?

132. פרופ' איזנברג וד"ר דיואן, שני מומחי ההגנה, התיצבו מול מומחי התביעה בהביאם את גירסתו של הנאשם בהתייחס אל תוצאות בדיקות הדנ"א, במכון לרפואה משפטית ובמעבדת אורכיד.

פרופ' איזנברג גרס בהקשר זה, כי מן הבדיקות בפרקציה 14S שבצעה התביעה, יש להסיק כי התוצאה היא "inconclusive", וזאת בשל הבעיות הטכניות שעלו מבדיקות המכון, עליהן הצביע מומחה ההגנה בחוות דעתו, נ/61 מיום 31.7.05.

למסקנה זו, כך נראה, נאלצה להגיע גם מומחית ההגנה, ד"ר דיוואן בסופו של יום, לאחר שינוי הנחת המוצא שלה לגבי מספר התורמים בתערובת.

בין אם כך ובין אם אחרת, יוצא, כי גם לפי עמדת מומחי התביעה, שלצידה הפן הסטטיסטי של הממצאים אליהם הגיעו, וגם לפי עמדת מומחי ההגנה שהתייחסו לאותן בדיקות עצמן, אין כל אפשרות לקבוע חד משמעית, שהנאשם נשלל כתורם בתערובת.

עולה מן האמור, כי טענת הנאשם שבכוונת מכוון לא הוצגו בחוות הדעת של מומחי התביעה, ממצאי הבדיקות שנערכו בימים שלאחר אותן בדיקות ראשוניות, קרי, בתאריכים 30.8.04 ו-27.9.04 (ראו, ת/136) וכי אלה אמורים היו לשלול אותו כמרכיב בתערובת, לא היה לה על מה לסמוך. והרי, הוכח כי גם מן הבדיקות המאוחרות לא עלתה כל מסקנה בדבר שלילתו מן התערובת, וכך, לא אליבא דמומחי התביעה ולא אליבא דמומחי ההגנה.

133 אשר לפרקציה S15, לגבי זו נמצא בבדיקה מיום 25.8.04, פרופיל שתאם את פרופיל הילדה, ושוב, מבלי שהוסקה מסקנה כלשהי לגבי תרומת הנאשם לתערובת זו (סעיף 33 לת/109).

בחקירתה הנגדית הבהירה ד"ר פרוינד לשאלות הנאשם, כי בהפקות האחרות מהימים 27.8.04 ו-30.8.04, נמצאו אכן, "פה ושם", אללים שלא התאימו לו, או לילדה, אלא שממצא זה לא הוביל לשלילתו. מסקנה כזו גם לא הובאה בחוות הדעת של המומחים מטעמו.

גם הפרקציה 15P, לא אמורה הייתה לעורר מחלוקת בין המומחים, שכן נקבע לגביה בחוות הדעת של ד"ר פרוינד, מיום 21.10.04, כי הנאשם "איננו יכול להיות אחד המקורות לתערובת זו" (סעיף 3א' לת/109).

בענין זה, מן הראוי לשוב ולהזכיר שוב את חוות הדעת המשותפת של ד"ר פרוינד וד"ר גפני מיום 14.7.05, ממנה עלה כי ניתן היה לפענח את המרכיב המשני, הזכרי, בתערובת, רק ב- בארבעה אתרים מתוך עשרת אתרי ה-STR, ולכן המסקנה הייתה כי **"אי אפשר לקבוע בוודאות מהו המרכיב המשני"** (סעיף 13 לחוות הדעת).

למסקנה דומה הגיע כאמור, גם פרופ' איזנברג שקבע ר כי התוצאה היא **"inconclusive"** (ת/159 עמ' 3-4).

כאן, יצא קיצפו של הנאשם על מומחי התביעה, שלא ראו לציין כי לא נמצאו בניתוח הפרקציה הזו, אללים שאינם תואמים לאללים שלו, או של הילדה, באתרים שפוענחו. המסקנה לשיטתו היתה צריכה להיות בנסיבות הענין, שלילתו; ולא היא (ראו, נייר העבודה, ג/20).

בנקודה זו, נחה דעתנו לא רק על רקע הסבריה של ד"ר פרוינד, אלא, גם על רקע גישתו של מומחה ההגנה פרופ' איזנברג. עצמו, שלא שלל אף הוא את הנאשם כתורם לתערובת.

אין תימה, בנסיבות הענין, שגם מומחי התביעה וגם מומחי ההגנה, הגיעו למסקנה, כי נכון יהיה לפנות לדרך הנוספת של בדיקת המוצגים מן הזירה, היא, הפענוח של הפרופיל הגנטי על כרומוזום Y, שעשוי לנטרל את השפעת הדומיננטיות של תרומת הילדה לתערובת. בדיקות אלה שאכן נערכו על ידי התביעה, תעמודנה במרכז הדיון להלן.

בדיקת Y-STR, מה היא?

מכל מקום, משהחלט לבצע בדיקות אלה, נשלחו דגימות דמו של הנאשם, ביחד עם המוצגים הרלוונטים, למעבדת אורכידי לבצוע בדיקות הדנ"א בהם.

ובעצם לא נקבע אותו, המרכיב הזכרי יקבל לפי הספרות, הוא עולה ברגישות פי 2,000, אנחנו יכולים לגלות אותו בדיוק של פי 2,000" (עמ' 517 לפרוט').

למעשה, כך העדה, אין מדובר כאן ב"סילוק" הרכיב הנקבי מן התמונה, אלא, "בעצם משכפלים רק את אותם אתרים שנמצאים על ה-Y כרומוזום, ואין בכלל ביטוי לכרומוזומים האחרים".

שיטת בדיקה זו, כך הסבירה, עדיין היא בחיתוליה, וטרם נכנסה לשימוש בארץ, אף לא במז"פ. בעולם, כבר מתבצעות הבדיקות האלה, כמסתבר, מאז שנת 2004, אלא שבענינו, לא ראתה המדינה צורך לשגר הדגימות נשוא הדיון, למעבדות בחו"ל מאחר וסברה כי ניתן להסתפק בתוצאות הבדיקות השגרתיות.

138. כך או כך, מקובלת עלינו גישתו של התובע המלומד בסוגיה זו, לפיה, אין עסקינן ב"חידוש מדעי", או, בשיטה מדעית חדשה הטעונה הכשר לצורך קבילותה כראיה בבית המשפט. השיטה, כעיקרון, הוכרה ומוכרת בעולם, והשימוש בה בשנים האחרונות בבתי המשפט הוא שיגרתי. כך, יש להדגיש, עולה היטב מעדויותיהם של מומחי התביעה ומומחי ההגנה, כאחת, שעדויותיהם בנקודה זו תובאנה בהמשך.

יזכור, אף זאת, כי גם מפי מומחה התביעה, ד"ר סטאוב, כמו מפי ד"ר פרוינד, עלה, שבדיקת ה-Y, יפה היא לנסיבות המקרה שבפנינו, בהיותה ישימה, ככלל, בתיקי תקיפה מינית. שהרי, באלה נשארות בזירת הפשע, כמויות קטנות של תאים שמקורם זיכרי, כשלעומתן, כמויות גבוהות בתערובת, הן של תאים שמקורם נקבי.

לדעת העד, מורכבת היא בדיקת ה- **Y-STR**, אך אפשרית ורצויה, שכן, אפילו הותיר הזכר מעט מאוד תאים במקום, עדיין ניתן לזהות פרופילים גנטיים זיכריים המצויים שם (עמ' 829 לפרוט').

שיטת הבדיקה

139. מעדויות המומחים בפנינו, עלה, כי אין הבדל משמעותי בין אופן ביצוע בדיקת ה-STR הסטנדרטי ובין ביצוע בדיקת ה-Y-STR. בשתי הבדיקות, כך לדברי ד"ר סטאוב, מבוצע הליך PCR דומה שנועד לשכפל את החומר הגנטי, אשר הופק מן הכתמים שנותרו בזירה. בבדיקות Y-STR מתבצע ההליך באתרים, על כרומוזום Y.

הליך ה-PCR משכפל גם כאן את החומר הגנטי, לפי "תחילים" ספציפיים לכרומוזום Y, כאשר יתרת החומר הגנטי נעלמת באמצעות הליך כימי. הבדיקה מבוצעת באמצעות ערכה מיוחדת- **Yfiler Kit** והפענוח נעשה באמצעות תוכנה יעודית.

לדעת ד"ר סטאוב, שנשאל בחקירתו הנגדית על ידי עו"ד פלדמן, על הניתוח הסטטיסטי של בדיקות ה-Y-STR, הסביר כי בבדיקות ה-STR הסטנדרטי, נבדקים כ-17 אתרים,

בשלב זה, נשאל העד, האם אפשר שבדיקות ה- Y-STR לוקות בחולשה במישור המובהקות הסטטיסטית שמקורה בבסיס האוכלוסיות שנבדקו. על כך השיב:

"ניתן לטעון את זה וגם טענו את זה בארצות הברית, אם האמריקאים ממוצא אינדיאני, גם אם אדם לבן או שחור, בנאדם כזה מעיר מסויימת יכול להגיד שבסיס הנתונים שלך לא משיקו, ולכן זה לא מתאים להשתמש בו. התשובה לשאלה הזאת, נעשו מספר מחקרים עם STR רגיל, שמראה שהתדירויות אינם משתנות מעיר לעיר בארצות הברית" (עמ' 1455 לפרוט').

לדבריו, אילו היו נבדקים מדגמי אוכלוסיה גדולים יותר, בהתייחס אל מסד הנתונים הסטטיסטי בבדיקות ה-Y-STR, היה ניתן להגיע למסקנה דומה גם לגבי בדיקות אלה.

140. גם פרופ' איזנברג, מומחה ההגנה, התייחס בעדותו לניתוח הסטטיסטי של בדיקות ה-Y-STR. לדבריו, שונים המושגים הסטטיסטים בבדיקות האלה, מבדיקות הדנ"א הרגילות בהן מדובר במספרים של אחד למיליון, טריליון, ביליון וכו'. בבדיקות ה-Y-STR מדובר במספרים נמוכים בהרבה.

לשאלה, כיצד ניתן להסביר העובדה שהתוצאות הסטטיסטיות בבדיקות Y-STR, נמוכות מן התוצאות בבדיקות הדנ"א הרגילות, הסביר המומחה, כי בבדיקות ה-Y, בוחנים אתרים הקשורים אחד אל השני שעוברים בתורשה בחטיבה אחת, בעוד בבדיקות הרגילות, האתרים בלתי תלויים אחד בשני.

לשאלה, אם במידגם של האוכלוסיה היהודית הנוהגת להתחתן בתוך עצמה, יהיה סף הבטחון נמוך יותר, וניתן יהיה למצוא תדירות גבוהה יותר של האללים בכרומוזום Y, הסביר המומחה כי הנחה זו אפשרית היא, אף שאין עדיין מידגם נתונים של האוכלוסיה היהודית. העד סבר כי תמיד עדיף להשתמש בנתונים של האוכלוסיה המייצגת את האיזור בו בוצע הפשע, ובענייננו, במאגר נתונים ישראלי, אילו היה כזה.

141. התייחסות מיוחדת לניתוח הסטטיסטי של בדיקות ה-Y-STR, באה מפי העד המומחה, פרופ' מוטרו, אשר זומן להעיד כאמור מטעם הנאשם.

כמו המומחים האחרים, הסכים גם פרופ' מוטרו, כי הסטטיסטיקה הכרוכה בבדיקות כרומוזום Y היא בעייתית, משתי סיבות לפחות. האחת, שכרומוזום Y זהה בכל יחידותיו; והשניה, שהוא עובר בשלימותו מאב לבנו. לדבריו, כאשר באים להעמיד בסיס נתונים סטטיסטי לבדיקה זו, יש צורך לדגום "הרבה מאוד" פרטים ורצוי מאותה קהילה שאליה משתייך החשוד.

לשאלה, מהו מספר הפרטים שיהיה סביר לאסוף לצורך בניית בסיס נתונים איתן, הסביר:

"די תלוי בשונות שיש בתוך אותו כרומוזום Y" (עמ' 1757 לפרוט').

פסיקות בתי המשפט בארה"ב ובקנדה, מראות כי בתי המשפט נוהרים עד מאוד בקביעת ממצאים, ביחס לחפותו או אשמתו של נאשם בהסתמך על בדיקת Y-STR, ולרוב, אותן תוצאות מצטרפות לראיות נוספות המבססות את אשמת הנאשם או את חפותו. זהירות זו מתבססת ברובה, על גודלם של מאגרי המידע אליהם מושווים פרופילי ה-Y-STR, וכדברי בית המשפט (ראו, R. v. Johnson, Ontario Superior Court of Justice, Court File O.J. No. 4450, 11/7/06), 592/05 No.

גזיר השמיכה (FR06-0103-04.01) (Cutting blanket)

גזיר המזון (FR06-0103-05.01)(Cutting mattress)

על רקע זה, כך העדה, לא קבעה בחוות הדעת ת/50, את סוג הדם בכתמים (עמ' 346 לפרי').

155. בסיכומיו, טען הנאשם עוד, כי אין סתירה בעניינו, בין תוצאות בדיקת הדם שאפיינו את סוג הדם בכתם הזרע שבמזרן ובין בדיקות הדנ"א, שכן כתם הזרע התכלה וכתם הדם על המזרן הוא שנבדק בבדיקות הדנ"א (עמ' 2014 לפרוט'). דא עקא, שסתירה, ככל שהיא קיימת במקרה זה, אינה נוגעת לבדיקת כתם כזה או אחר, אלא לסתירה בין

”אני מבחינתי הבנתי ולא רק שהבנתי, התמונות מוכיחות, שזה לא הגזיר המקורי, אם זה לא הגזיר המקורי ואם הגזיר הזה נשלח, גזיר אחר שהוא לא מתאים לתיאור האמיתי כמו שהוא נראה לפני, המשמעות היא שגם התוצאה שיש עליו היא לא תוצאה שהייתה בזירה, היא לא תוצאה שהייתה בגזיר האמיתי...ולכן אני אמרתי סטופ, אם המדינה עושה דבר כזה, מה הטעם שאני אקח מידיהם משהו, שישתילו לי גם כן עוד איזה משהו?” (עמ’ 2111 לפרוט’).

יח' סוף דבר

"במקום שמשקלה של הנחה זו הוא נכבד, והריהי משכנעת מעל לכל ספק סביר, עשויה אותה הנחה להגיע למידה הדרושה לגיבושה של אחריות פלילית. הנחה זו, שאינה אלא פרי ההיגיון וניסיון החיים, ניתנת לסתירה. אין מרשיעים אדם על יסוד מחשבה פלילית שיש לו. על-כן, רשאי הנאשם להביא ראיות או ליתן הסברים, שיש בהם להראות, כי ההנחה ההגיונית אינה הגיונית כלל ועיקר או כי עוצמתה של ההנחה, לאור הסבריו, אין

המניחים את הדעת, הופכת ההנחה למציאות" (שם).

אלא שלא כך כאמור, התרחשו הדברים בעניננו. המסקנה אליה הגיעו מומחי התביעה היתה כמובא לעיל: **"could not be excluded"**, ומסקנת מומחה ההגנה, פרופ' איזנברג היתה: **"inconclusive"**.

המסקנה היא, איפוא, שאין בפנינו היום, תוצאות חד משמעיות לענין אי מעורבותו של הנאשם בתערובות הדנ"א שנבדקו, ומשמע, שהספק הסביר כנגד ראיות התביעה, לא קם.

בנסיבות אלה, אני מציעה לחברי הנכבדים להרכב, להרשיע הנאשם במיוחדס לו בכתב האישום נשוא המשפט החוזר.

סג"נ - אב"ד

השופטת מרים סוקולוב:

אני מסכימה עם כל שנאמר בחוות הדעת של חברתי, השופטת אופיר-תום, ואין לי להוסיף על האמור.

השופט ישעיהו שנלר:

התוצאות של הראיה המדעית, יובילו למסקנה כי יש לשלול את מעורבותו של הנאשם, חרף הממצאים שנקבעו בהליך הקודם, יזוכה הנאשם ואם לאו יורשע הנאשם.

מכל מקום, מצופה היה מהנאשם כי למצער ימקד את עיקר הדיון בעניינו לבחינת הראיה המדעית ובשולי הדברים – אם בכלל - את אותם נושאים אשר נדונו במסגרת ההליך הקודם, קרי כל הקשור לשאלת זיהויו על ידי המתלוננת והממצאים הנוספים אשר לכאורה קושרים אותו לביצוע אשר יוחס לו.

5. אולם, צפייה זאת ככל שהיה מקום לה נוכח אשר נחשפנו לו אודות התנהלות הנאשם, טפחה על פנינו.

התנהלות זאת, אינה מתמצת באמור, אלא יש בה משקל רב בבואנו להכריע בדינו של הנאשם.

יתר על כן, דומה כי התהפכו היוצרות בענייננו. התביעה היא זאת שניסתה לשכנענו כי יש בראיה המדעית לחזק את הקביעה בדבר מעורבותו של הנאשם בביצוע המעשים שיוחסו לו ואילו הנאשם ביקש לשכנענו כי אין מקום להיזקק לאותה ראיה מדעית, הכל בגין אותן טענות שפורטו בהרחבה על ידי חברתי, לרבות בדבר האוטנטיות של הממצאים שנבדקו על ידי המעבדות השונות. טענות שנדחו מכל וכל ע"י חברתי.

6. לא בכדי, סברנו שיש מקום שהצדדים יגיעו להסכמה, בדבר אותה מעבדה אשר תבחן ותבצע את הבדיקות המדעיות הנדרשות. באופן זה היינו אמורים לקבל ממצאים מאותה מעבדה אשר תבחר כבעלת הנסיון והכישורים לבחינת אותן שאלות מדעיות אשר הן עמדו למבחן בפנינו.

ואכן, הצדדים הסכימו לכך ואף נקבעה אותה מעבדה וכל שנותר להמתין לקבלת התוצאות של אותה מעבדה וכמובן בחינתן לאחר מכן, הן על ידי הצדדים והן על ידי בית המשפט.

ושוב, אם אכן הנאשם, לפחות לשיטתו, לא ביצע את אשר יוחס לו, ומעת שידוע הוא כי אם אכן כדבריו, הראיה המדעית היא היחידה שיהיה בה לשלול מעורבותו, היה זה הוא שאמור לדחוק לביצוע הבדיקות במועד מוקדם ככל האפשר ובמקום הראוי כי ייעשו אותן בדיקות.

והנה, לפתע פתאום, נתלה הנאשם באותם אירועים הקשורים להארכת מעצרו ואשר נטען שם על ידי התביעה, על מנת לחזור בו מאותן הסכמות שבין הצדדים, ובכך לסכל ולעכב את ביצוע הבדיקות הנדרשות, כל זאת כאשר חבוש הוא בבית האסורים, ולדידו ללא עוול בכפו.

השופט ישעיהו שנלר