



תפ"ח (תל-אביב-יפו) 1041-08 - מ.י. פרקליטות מחוז ת"א - פלילי נ' ניקולאי מצגורה

תפ"ח (תל-אביב-יפו) 1041-08 - מ.י. פרקליטות מחוז ת"א - פלילי נ' ניקולאי מצגורה מחוזי תל-

אביב-יפו

תפ"ח (תל-אביב-יפו) 1041-08

מ.י. פרקליטות מחוז ת"א - פלילי

על-ידי ב"כ עו"ד ברכה פלוס

נגד

ניקולאי מצגורה

על-ידי ב"כ עו"ד אלקנה לייסט, קטי צוויטקוב וזאב פלסבורג

בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו

[23.04.2013]

כב' השופטת נ' אחיטוב - אב"ד

כב' השופטת מ' דיסקין

כב' השופט ר' בן-יוסף

הכרעת דין משלימה

השופטת נ' אחיטוב - אב"ד:

1. בתאריך 13.01.10 גזרנו על הנאשם עונש של 12 שנות מאסר בפועל ולצדן עונש מאסר מותנה לאחר שהורשע

בעבירת הריגה על-פי סעיף 298 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין").

במסגרת ערעור שהגיש הנאשם, ואשר יפורט להלן, החזיר בית המשפט העליון את התיק לדיון בפנינו, על מנת שנדון

בחומר ראיות נוסף שהוגש לערכאת הערעור, וכן שנאפשר חקירה נוספת של מומחה מטעם התביעה ונחוזה דעתנו אם יש

בחומר הראייתי החדש כדי לשנות מתוצאת פסק הדין המקורי.

זהו עניינו של הליך זה.

רקע והליכים

2. נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירת רצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין. על פי עובדות כתב האישום,

ביקר הנאשם ביום שישי 28.03.08 את חברו ליאוניד מירושניקוב (להלן: "המנוח") באתר של מע"צ ברח' הרצל ביפו, בו

עבד האחרון כשומר. הנאשם והמנוח שתו יחד כמות גדולה של וודקה, אכלו ושוחחו. בשלב כלשהו התפתחה ביניהם מריבה

ובמהלכה הכה הנאשם את המנוח מכות נמרצות בכל חלקי גופו, חנק אותו ודרך עליו, תוך שהוא גורם לו לפצעים וחבלות

רבות, ובכללם, שבר בסחוס המגן של עצם הגרון, שברים בצלעות ושבר בעצם החזה, שגרמו למותו, בכוונה תחילה לגרום

לתוצאה זו.



הנאשם הודה כי ביקר את המנוח ואירח לו לחברה, וכי שתו יחד וודקה. עם זאת, כפר בכך שגרם למותו של המנוח. הכרעת הדין ניתנה על ידינו פה אחד ביום 13.12.09. קבענו שם, כי הנאשם נמצא במצב שכרות מרצון כמשמעותו בסעיף 34ט(ב) לחוק העונשין, ועל פי לשון הסעיף: "... רואים אותו כמי שעשה את המעשה במחשבה פלילית, אם העבירה היא של התנהגות, או באדישות אם העבירה מותנית גם בתוצאה". ציינו כי הראיות הנסיבתיות מלמדות שאין תסריט סביר אחר לגרימת מותו של המנוח מלבד היותה תוצאה של פעולות הנאשם משום ש:

"הנאשם בשל מצב שכרות אינו יודע לתאר את התפתחות האירועים שהובילה בסופה לקיפוד חייו של המנוח. בעניין זה יש לבצע את ההשלמות הנדרשות מממצאים שנמצאו בזירת האירוע ומפרשנות ראיות אלו כפי שבאה לידי ביטוי בעדויות המומחים. דהיינו, יש להשלים את הפסיפס הראיתי מאיסופן של ראיות נסיבתיות. הנאשם אינו חולק על כך, שבהליך איסוף חומר הראיות ובחינתו על ידי גורמי החקירה לא נפל כל פגם. אין גם חולק על כך, שמנתיחת גופתו של המנוח עולה כי מותו נגרם במעשה אלימות, אשר כלל הפעלת לחץ על צווארו שנגרמה בדריכה בנעל. עוד עולה מן הממצאים, וגם על כך אין חולק, שאותו אדם דרך על גופת המנוח מספר רב של פעמים ולא חדל גם לאחר שהמנוח נפל על הרצפה ובעת שהוא מדמם מראשו ונחנק למוות. הנאשם היה האדם היחיד שנמצא עם המנוח במתחם שהיה נעול בשער חשמלי. השער היה סגור כאשר העד טרומר [סייר מטעם חברת השמירה - נ.א.] הגיע למקום בסמוך לשעת המוות. בזירה ובקרבת המנוח ועל חולצתו, לא נמצאו כל עקבות נעל נוספות, זולת עקבות המתאימות לדגם, לגודל, לסוג ולפגמים של נעלי הנאשם [ההדגשה לא במקור - נ.א.]. בנוסף, נמצאו על גופו של הנאשם חבלות ושריטות שמקורן יכול להיות בציפורני אדם. הסברו של הנאשם להימצאותן, שיכול ונגרמו מהספסל עליו ישן, לא מצא ביטוי בראיות ההגנה, משלא צולם הספסל ולא הוכח כי היו בו חלקים חדים כאלו היכולים לגרום שריטות בכל חלקי הגוף. זאת ועוד, מתחת לציפורני המנוח נמצאו סימני ד.נ.א. של הנאשם, שלא ניתן הסבר למציאתם לבד מן ההסבר הדחוק שניתן והמנוח ייצב את הנאשם שהיה שתוי. לא הובהר כיצד בתמיכת האחד באחר, יגיעחומר גנטי של האחר מתחת לציפורני התומך. לכל הראיות הללו, מתווספת אף העובדה שסכום הכסף של כמה אלפי שקלים שנשא המנוח לא נלקח ממנו, ומכאן שלא מדובר בקטילה במהלך ניסיון גניבה או שוד. מהפסיפס הראיתי דלעיל עולה כי אף על פי שכל ממצא בנפרד אינו מבסס מסקנה חד-משמעית כי הנאשם הוא המבצע, הרי משקלן המצטבר של ראיות אלו ומשמעות התלכדותן לידי מסכת ראיות שלמה אינו מותיר כל ספק בדבר היות הנאשם המבצע"



על בסיס ראיות אלו הורשע הנאשם, כאמור לעיל.

3. הנאשם ערער על פסק הדין. במסגרת הערעור חלק הנאשם, בין השאר, על תוקפו של אחד הממצאים ששימשו בסיס להכרעת הדין. הכוונה לזיהוי עקבות הנעליים שנמצאו בזירה כמתאימות לנעליו. לטענתו, הדיסציפלינה בה נעשה שימוש לצורך ביסוס ממצא זה אינה קבילה כראיה, ולחילופין, יש לייחס לה משקל נמוך. לצורך זה ביקש הנאשם מבית המשפט העליון לצרף מסמכים שלא היו בפניו. מסמך אחד הינו מאמר נוסף שפרסם רפ"ק ירון שור (להלן: "רפ"ק שור"), המומחה מטעם המאשימה, בעניין זיהוי עקבות נעליים וכותרתו: Yaron Shor & Serena Weisner, "A Survey on the Conclusions Drawn on the Same Footwear Marks obtained in Actual Cases by Several Experts Throughout the World", 44 Journal of Forensic Sciences 380 (1999); מסמך נוסף הינו דו"ח של ה-National Research Council בארה"ב (להלן: "דו"ח ה-NRC"); וכן פסק דין אנגלי בעניין Regina v T. שניתן ב-High Court of Justice ביום 26.10.10 (להלן: "פסק דין T").

ביום 20.08.12 הורה בית המשפט העליון כדלקמן:

"...הבקשה להוספת ראיות מתקבלת. פסק דינו של בית המשפט המחוזי יעמוד על כנו. התיק יוחזר לבית המשפט המחוזי על מנת שזה יקבל את הראיות החדשות אותן ביקשה הסנגוריה לצרף לערעור - מאמרו של שור, דוח הוועדה האמריקאית, ופסק הדין הבריטי. האחרון רלבנטי, כמובן, לא כפסק דין מחייב אלא ככל שיש בו לתרום לבירור סוגיות שבתחום מומחיותו של העד והמשקל שיש להעניק לחוות דעתו.

בית המשפט המחוזי יזמן לעדות נוספת את רפ"ק ירון שור, ויאפשר לצדדים לחקור אותו ולסכם את עמדתם ביחס לחוות הדעת. לאחר מכן יקבע בית המשפט המחוזי האם יש בחומר החדש כדי לשנות את החלטתו להרשיע את המערער בעבירת הריגה על כל המשתמע מכך. לאחר מתן הכרעת דין משלימה יוחזר התיק להמשך הטיפול בערעור ככל שיהא צורך בכך" בעקבות פסק דינו של בית המשפט העליון, הורינו לרפ"ק שור להגיש חוות דעת מחודשת. הוא זומן לעדות ונחקר ע"י שני הצדדים, אשר הגישו סיכומים בכתב בתום העדות.

המחלוקות וטענות הצדדים

4. עיון בסיכומי הצדדים מעלה, כי חלק ניכר מהמחלוקת ביניהם נסב על שאלת קבילות חוות דעתו של רפ"ק שור ומשקלה כ"ראיה מדעית". בעניין זה, הם מפנים לדברים שנאמרו בפסק דינו של בית המשפט העליון בארה"ב בפרשת Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 משנת 1993 (להלן: "פסק דין Daubert").



הן רפ"ק שור בחוות הדעת המשלימה והן המאשימה בסיכומיה ניסחו את מרבית הנמקותיהם כמענה לטענות הנאשם והמסמכים שצירף, כראיות נוספות, בדיון בערעור. כיוון שכך, אפרט תחילה את טענות הנאשם, ולאחר מכן את התייחסות המאשימה לדברים.

טענות הנאשם

5. הנאשם טוען כי "טביעת נעל אינה קבילה לשמש כראיה מדעית במשפט הפלילי. לחילופין, גם אם יקבע כי מדובר בראיה קבילה הרי שלאור סימני השאלה הרבים הסובבים סוג ראיות זה, יש להעניק לה משקל נמוך ביותר" (סעיף 1 לעיקרי הטיעון שהגיש בבית המשפט העליון).

הנאשם מבסס את טענתו על מבחני פסק דין Daubert, שלדבריו, אומצו בישראל בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"פ 9724/02 אבו-חמאד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 71 (2003) (להלן: "פסק דין אבו-חמאד"), שם נאמר כך: "ראיה 'מדעית' חייבת לעבור 'מבחני-אש' מסוימים עד שבת-המשפט יכירו בה כראיה 'מדעית' מקובלת, ועל דרך הכלל המדובר הוא במבחן בן שלבים אחדים: על בית-המשפט להשתכנע כי התאוריה המדעית, או הנחות היסוד שעל-פיהן נערכות הבדיקות מבוססות ומקובלות בעולם המדעי שלעניין; עד מומחה יעיד כי הליכי הבדיקה שנערכה מקובלים על המקצוע המדעי שלעניין; עד מומחה יעיד כי ערך את הבדיקה וכי הבדיקה בוצעה כראוי; תובהר האפשרות שנעשתה טעות בבדיקה ובתוצאותיה... שומה עליו, על בית-המשפט, לבחון יסודות מספר ולהשיב על שאלות אחדות עד שיתיר לראיה מדעית להיותה ראיה קבילה וראויה בהליכי משפט. האם מקובלת התאוריה בקרב הקהילייה המדעית שלעניין, ועד כמה מקובלת היא? מהו שיעור הטעויות הידוע או הפוטנציאלי? האם הבדיקה שנערכה במקרה הספציפי הייתה בדיקה אמינה וראויה? שלא כבעבר, אין נדרש כיום כי התאוריה תהא מקובלת על הקהילייה המדעית כולה, ואולם חילוקי דעות ישפיעו על משקלה של הראיה. דבר אחרון, והוא מן העיקרים: תקפות התאוריה המדעית שלעניין תולה עצמה - לעולם - באפשרות הפרכתה על-ידי ראיות אמפיריות סותרות ובהיותה נתונה לביקורתם של מומחים (והרי זה נייר הלקמוס של כל תאוריה מדעית)".



מבחני פסק דין Daubert נזכרו ופורשו גם בפסק הדין ע"א 1639/01 קיבוץ מעין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215 (2004), במסגרת דעת מיעוט של כב' השופטת מ' נאור (כתוארה דאז). כב' השופטת נאור ציינה כי פסק דין Daubert, חייב את בית המשפט בערכאות הראשונות לקיים דיונים מקדמיים שבהם תיבחן השאלה אם מדובר ב"מידע מדעי" בעל "התאמה". במסגרת זו, על העדות לעמוד בשני תנאים מצטברים כדי לקבלה כעדות 'מדעית': האחד "העדות חייבת להיות מידע 'מדעי'; השני, כי "העדות חייבת 'לעזור לקובע הממצאים להבין את הראיות או לקבוע פלוגתא', לשון אחר - 'התאמה' - fit" (עמ' 234). לצורך בחינת 'מדעיות' העדות, על בית המשפט לבחנה באמצעות שאלות רלוונטיות כגון "1. האם המידע יכול להיבחן והאם הוא נבחן? 2. האם התאפשרות לביקורת עמיתים על התיאוריה/טכניקה, והאם התיאוריה/טכניקה פורסמה? ... 3. מהו שיעור הטעות הסטטיסטית? 4. האם מתקיים התנאי של general acceptance?" (עמ' 234-235). בעניינו, טוען הנאשם, כי על פי המקובל בישראל, ברוח מבחני פסק דין Daubert, יש לבסס מהימנותה של ראיה מדעית במשך תקופה מסוימת, עד שתהפוך לחלק מן הידיעה השיפוטית, וגם אז, ניתן יהיה תמיד להעמידה לבחינה מחדש. כך נעשה בהתייחס לדיסציפלינה של זיהוי ד.נ.א. בפסק דין אבו-חמאד וכך נעשה בהתייחס לכלי מדידה, כגון מד-מהירות לייזר (ע"פ 4682/01 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 304). בשונה מכך, קליטת זיהוי טביעות נעל כראיה קבילה במשפט הישראלי נעשתה בלא שאמינות הבדיקה הוכחה כדבעי בפני בית משפט כלשהו. לשיטתו, בחינת טביעות הנעליים אינה עומדת במבחני פסק דין Daubert. הוא מצוין, כי בחינת טביעות נעליים נעשית בדרך של בחינה ויזואלית תחת מיקרוסקופ, וקביעת נקודות השוואה, וכזו היא חשופה להטיות סובייקטיביות שונות של המומחים העורכים אותן. הוא משווה זאת לבחינה מורפולוגית של שערות, שהשימוש בה הפוסק לאחר שהסתבר שערכה הראייתי נמוך. בדיקות אלו שונות מבדיקות ד.נ.א., שבהן התוצאה מבטאת הסתברות סטטיסטית שמהימנותה המדעית הוכרה כגבוהה ביותר. לטענתו, האסמכתאות שהציג מצביעות על הבעייתיות הרבה שבדיסציפלינה האמורה. באשר למאמר הנוסף של רפ"ק שור, קיים בו גיוון רב בתשובות מומחים אליהם נשלחו מקרים אמיתיים לבחינה ואין דעה חד-משמעית, להבדיל ממבחנים תיאורטיים. באשר לדו"ח ה-NRC, נאמר כי הערכת הזיהוי מתבססת על ניסיונם האינדיבידואלי הנטען של המומחים, ולא על כלים אובייקטיביים ידועים. באשר לאמירת בית המשפט בפסק דין T, שלא ניתן לראות בראיה מסוג זה, שאינה נסמכת על בסיס נתונים ידוע המאפשר הערכה אחידה עם שיעור טעות סטטיסטי ידוע, משום ראיה "מדעית", יש להסתמך על כך. בהתייחס לחקירתו הנוספת של רפ"ק שור בפנינו, טוען הנאשם, כי נמצאו בה חוסרים, סתירות ודברים בלתי משכנעים, שיש בהם כדי להצביע על חולשת הבסיס המדעי עליו נסמך זיהוי טביעות הנעליים. רפ"ק שור אישר כי מבחני הכשירות המקצועיים הנערכים למומחים מציגים מקרים פשוטים וברורים בתנאי מעבדה. הנבחנים משתמשים בסולם ודאות הכולל 3 אפשרויות בלבד (זיהוי, שלילת זיהוי, ואי יכולת להגיע למסקנה), שאינו תואם את סולם הודאות המורכב בו נעשה שימוש בחוות הדעת המוגשות לבתי המשפט, הכולל 6 רמות ודאות או אי ודאות. בסולם המורכב, רמת ה"אפשרי", לשיטת רפ"ק שור, מתחלקת לדרגות משנה נוספות. זאת, כאשר בשני מחקרי השדה הידועים לרפ"ק שור, כולל זה שעשה בעצמו נמצא שמומחים שונים סיפקו תוצאות מגוונות באשר לרמת הוודאות. רפ"ק שור לא הציע כל הסבר המניח את הדעת מדוע כך הדבר. הוא לא הסביר מדוע בתחום זיהוי טביעות הנעליים ניתנות חוות דעת ובהן תוצאות שאינן מובהקות, בעוד שבתחום טביעות האצבעות בעלי המקצוע נמנעים ממתן חוות דעת כשאינם מגיעים למסקנה חד משמעית. מדבריו ניתן ללמוד כי מגוון התשובות המילוליות האפשריות נותן בידי המומחים אפשרות לבצע שימוש מניפולטיבי בכלים מקצועיים לכאורה. רפ"ק שור גם לא פירט מהם אותם פגמים מהותיים שנפלו בדו"ח ה-NRC.



הנאשם מתייחס בטיעונו גם לפעולות החקירה בהליך הנוכחי, ולהשלכות שהוא רואה לקבלת טענותיו של אי קבילות הראיה או משקלה הנמוך. באשר למנגנון שרפ"ק שור ציין בחוות דעתו כמיועד למנוע טעויות, דהיינו בדיקה חוזרת של הטביעות בידי מומחה נוסף במעבדת מז"פ, אין כל תיעוד שיושם בעניינו. לדבריו, בהליכים אחרים מצאו בתי משפט כשלים משמעותיים בעבודתו של רפ"ק שור, כגון אי יכולתו להגדיר באופן מספק הבחנה אנאליטית בין דרגות זיהוי שונות (ת"פ 36123-08-11); ומתן חוות דעת נוספת בה הצהיר על רמת זיהוי גבוהה יותר משנקבעה על ידו בחוות הדעת הקודמת, בלא הסבר מספק (ת"פ (של-ו-ם) 5591/03).

הנאשם טוען כי בשאר הראיות העומדות כנגדו אין כדי להביא למסקנה כי אחריותו לגרימת מות המנוח הוכחה מעל לספק סביר. לטענתו, נוכח מסקנת בית המשפט כי עדות הנאשם שאינו זוכר דבר באשר לגרימת המוות, היא כנה, יש כדי לתמוך גם בדבריו האחרים לפיהם קודם שנרדם על הספסל הגיע לשער המתחם כלי רכב והמנוח הלך לכיוונו. לא נשללה האפשרות כי חבלות שנמצאו על גופו של הנאשם מקורן בנפילה מהספסל עליו ישן. ממצאי הד.נ.א. שמתחת לציפורני המנוח נבחנו בהשוואה לנתונים סטטיסטיים המתייחסים לאוכלוסיות היהודית והערבית בישראל, בעוד שהנאשם הוא נוצרי-אוקראיני. גם אם מדובר ב-ד.נ.א של הנאשם, אין ראיות השוללות את טענתו כי החומר הביולוגי הגיע מתחת לציפורני המנוח בעת שהנאשם והמנוח תמכו זה בזה תוך כדי הליכה. כספו של המנוח נמצא בפאוך' שלא היה על גופו, אלא בחדר אחר בביתן השמירה, וייתכן כי אדם אחר שגרם למותו לא ידע על הימצאותו שם. טענות המאשימה

6. המאשימה מעלה את הטענות הבאות:

ראשית, "[בניגוד לארה"ב]...אצלנו לא נקבעו מבחנים פורמאליים לקבלת ראיות מדעיות, אולם בתי המשפט קבעו קריטריונים שונים לקבלתן, כגון: אמינות הבדיקות, העובדה שהן מבוססות ומקובלות בעולם המדעי הרלבנטי וכן כי קיימת אפשרות להפריך המסקנות בצורה מדעית" (ע' 4 לסיכומיה). שנית, מחוות דעתו ועדותו של רפ"ק שור עולה כי השוואת עקבות נעליים עומדת במבחני פסק דין Daubert. בהיבט של אפשרות להפרכה מדעית, ישנם מחקרים שונים, לרבות מחקר המצוי בעיצומו במז"פ המשווה מאות אלפי זוגות נעליים, שבו טרם נמצאו פגמים אקראיים, שחזרו על עצמם, באותו מיקום ובאותה צורה בשתי נעליים שונות. בהיבט של ביקורת העמיתים, קיימת ספרות מקצועית רבה בתחום טביעות הנעליים, הכוללת לפחות 5 ספרים ומאות מאמרים מבוקרים, כמו גם ארגונים וקהילות מומחים העורכים כנסים באירופה ובארה"ב. מחקרים אלו משכללים את הטכניקות בהן נעשה שימוש. בהיבט ההסתברות לטעות, נערכים מבחני מיומנות למומחים ומעבדות בהם מתקבלות תוצאות עקביות ואחידות המזהות הנעליים בהן נעשות העקבות המשמשות לצרכי הבחינה. שלישית, טוענת המאשימה, שאין ללמוד מהאסמכתאות שצירף הנאשם את הנטען על ידו.



אשר לדו"ח ה-NRC, קהילת המומחים בתחום טביעות הנעל חלקה על ממצאיו, ואף שלחה השגה מפורטת בדבר כשלים שנמצאו, לשיטתה, בדרך עריכת הדו"ח. בהקשר זה, הבהיר רפ"ק שור כי טכניקת העבודה הבסיסית הן בתחום טביעת אצבעות, שאינו במחלוקת, והן בתחום טביעות הנעליים נשוא הדיון זהה - מדובר בהשוואה ויזואלית בין שתי דגימות וחיפוש נקודות דמיון מבחינות רלוונטיות. אלא שבניגוד לטביעות אצבעות, לטביעות נעל אין קריטריון מספרי לנקודות דמיון לקביעת זיהוי או תוכנת מחשב המשווה את הטביעות שנמצאו אל מול מאגר נתונים ידוע. בכך, אין כדי לשלול את תוקף הטכניקה כבסיס ליצירת ראיות קבילות, ודאי מקום בו מדובר בנעליים הנושאות פגמים ייחודיים. גם בפסק דין T לא נשללה קבילות זיהוי טביעות נעל, אלא נפסלה דרך עריכה והצגה מסוימת של עמדת המומחה בפני המושבעים כמנוסחת במונחים הסתברותיים-מתמטיים. בית המשפט דווקא אימץ, כצורת ההצגה הראויה, הערכות בדבר מידת ההתאמה בין נעליים מסוימות לבין עקבות מסוימות - בדיוק כפי שעשה רפ"ק שור בהליך זה. אשר למאמר הנוסף, שפרסם רפ"ק שור, הוצג בו במתכוון מקרה קשה במיוחד, ואף על פי כן, הייתה הדעה המקובלת על כל המומחים כי קיים דמיון בין העקבות לבין הנעל הנבדקת, והמחלוקת ביניהם נסבה רק על האופן בו היו מנסחים את חוות דעתם המקצועית. רפ"ק שור סבר כי בבסיס הבדלים בניסוח לא עומד סטנדרט שונה בדבר הערכת מידת הדמיון, אלא פרשנות שונה שנותנים המומחים במדינות השונות לכל אחת מההגדרות בסולם המקובל. על כן, הדגיש את הצורך בקידומה של פרשנות מחייבת ואחידה, שתאפשר ביקורת הדדית בין המומחים, וניסיונות במישור זה נעשו לאורך השנים שעברו מאז כתיבת המאמר, בין השאר, בהשתתפות רפ"ק שור עצמו. רביעית, השימוש בזיהוי עקבות נעל כראיה מקובל בבתי המשפט בישראל ובארה"ב, הן בתקופה שקדמה לקביעת מבחני Daubert והן לאחר שנקבעו.

דיון

7. נוכח העובדה כי טיעוני הצדדים נסמכו בעיקר על הדינים הזרים, אתייחס קודם אליהם, ולאחר מכן אפנה לכללים הנוהגים במשפט בישראל.

8. הסעיף הרלוונטי בדיון הפדרלי בארה"ב בנוגע לעדויות מומחים, סעיף 702 ל-Federal Rules of Evidence, קבע בשנת 1993 כי:

"If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise"

בפסק דין Daubert נדונה משמעותו של סעיף 702 בנוסח האמור ונקבע כי הוא אינו מתיישב עם ההלכה שנהגה עד אז, היא פסק הדין בעניין Frye v. United States 293 F. 1013 משנת 1923 (להלן: "פסק דין Frye"). פסק דין Frye הורה שתנאי לכך שבית משפט יגיע למסקנות בהתבסס על עיקרון או תגלית מדעית הוא ש-"the thing from which the deduction is made must be sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs".



פסק דין Daubert קבע, בדעת הרוב, כי סעיף 702 לכללי הראיות הפדראליים קבע מנגנון חדש ושונה לקבילותן של ראיות מדעיות מזה שנקבע בפסק דין Frye. התנאים הנדרשים לקבילות לפי המבחן של סעיף 702 הם כי העדות רלוונטית לדיון וכי היא נשענת על יסודות מהימנים הכוללים עובדות המגובות בראיות או היקשים עובדתיים מבוססים. אופן יישום הדברים הוא, כי בעת שצדדים לדיון מבקשים להציג עדות מומחה מדעית, קודם שתוצג למושבטים, על בית המשפט לערוך דיון מקדים המוודא כי העדות עומדת בתנאי הקבילות ולצורך זה, עליו להידרש לשאלות האם להנמקה או המתודולוגיה ישנו תוקף מדעי והאם ניתן ליישמה כראוי על נסיבות העניין.

היקף תחולתם ומשמעותם המשפטית של מבחני Daubert נדונה בפסק דינו של בית המשפט העליון בארה"ב בפרשת Kumho Tire Co., Ltd. et al., v. Carmichael, 526 US 137 (להלן: "פסק דין Kumho Tire") בשנת 1999. בפסק דין זה נאמר כי אף שפסק דין Daubert בראה "מדעית", עקרונותיו חלים גם על עדויות מומחה מן הסוגים האחרים הנדונים בסעיף 702 לכללי הראיות הפדראליים, כמו עדות "טכנית" או עדות המבוססת על "ידע מיוחד אחר". זאת, בהתחשב בכך שסעיף 702 חל על כל סוגי עדויות מומחה ואינו קובע כללים ספציפיים לאף אחת מהן, ונוכח הקושי לקבוע מבחן משפטי ברור המבחין בין החלופות השונות.

על כן, הערכאה הדיונית נדרשת להכריע כשאלה מקדמית בשאלת קבילות הראיה, אך נתון לה שיקול דעת רחב בדבר אופן הדיון ובדבר תוכן החלטתה הסופית בה. בהקשר זה, הודגש, כי השאלות שפורטו בפסק דין Daubert אינן מהוות תנאים מצטברים מחייבים לקבילות עדות המומחה, בין "מדעית" ובין אחרת, אלא רשימה פתוחה של דוגמאות לאמות מידה אפשריות, שתיושמנה מקום בו הן מהוות כלים סבירים לבחינת מהימנות העדות העומדת לדיון, בנסיבות הספציפיות של ההליך. גמישות זו נדרשת נוכח הגיון הרב בנושאי העדות, הדיסציפלינות ותחומי המומחיות, מקורות המומחיות, והשאלות אשר עשויות להיות במחלוקת בין צדדים להליך משפטי.

פסקי הדין האמורים נדונו בכתיבה אקדמית רבה, במסגרתה הוצגה ביקורת על היבטים שונים של תוכנם, השלכותיהם ושימוצם.

סעיף 702 לכללי הראיות הפדרליים תוקן פעמיים, בפעם האחרונה בשנת 2011 והוא קובע כיום כדלקמן:

"A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if:

(a) the expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;

(b) the testimony is based on sufficient facts or data;

(c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and

(d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case".

כלומר, בסעיף, כפי שתוקן לאחר פסק דין Daubert ופסק דין Kumho Tire, ובהסתמך עליהם, לא הועמדה דרישה מפורשת כי בית המשפט ישתמש דווקא בשאלות שצוינו בפסק דין Daubert לצורך בחינת קבילות העדות ומהימנות הדיסציפלינה ו/או המתודה העומדת בבסיסה.

יצוין, כי בספרות המשפטית בארה"ב מתנהל עד עצם היום הזה דיון ער בדבר נושאים שונים שעניינם קבילות עדויות מומחה על רקע כללי הראיות הפדראליים ופסקי הדין הנזכרים לעיל.



מכל מקום, מן הסקירה האמורה עולה, כי בדין הפדראלי בארה"ב קבילות עדויות מומחים אינה מותנית בהיותן "מדעיות", או בקיומה של יכולת ליתן הערכה סטטיסטית בדבר סיכויי הטעות.

9. גם עיון בפסק דין T, המתייחס למצב המשפטי באנגליה, מעלה שמדובר בנושאים שאינם תלויים זה בזה. עניינו של פסק דין T בשאלה, כפי שנוסחה:

"...whether a footwear mark examiner who had concluded that the mark could have been made by the defendant's shoe could express an evaluative opinion of the probabilities it was made, and, if so, the basis on which that opinion could be formed and expressed"

באותו הליך הוצגה בבית המשפט דלמטה חוות דעת שנערכה בשיטה בייסיאנית (Bayesian). לפי שיטה זו, המומחה מעריך באופן מספרי סבירויות עבור שתי אפשרויות חלופיות: כי הפריט הנבחן קשור בדגימה שנאספה בזירה, וכי הפריט הנבחן אינו קשור בה. לאחר מכן, הוא מחלק את הסבירויות זו בזו ומציג את מסקנתו הסופית במונחים מספריים בדבר קיומה או אי-קיומה של "תמיכה" לאפשרות מסוימת (פסקות 29-35 לפסק דין T).

שיטה זו לעריכת חוות הדעת והצגת תוצאותיה בהקשר לטביעות נעליים היא שעמדה לדיון בבית המשפט של ערעור. הצדדים לאותו הליך הסכימו שהמומחה יכול לערוך השוואה בשיטה הקלאסית - הדגשה ואיסוף ממצא בזירה; השוואה בין הממצא בזירה לבין טביעת הנעל הנבחנת; הערכת מידת ההתאמה של ההתאמה או אי ההתאמה במונחי דפוס נעל, גודל, תבנית, מידת שחיקה ונזק; התחשבות בפער הזמנים שבין מועד ביצוע העקבות למועד תפיסת הנעל (סעיף 71 לפסק דין T). לפי ההסכמות האלו המומחה יכול להעיד האם אפשרי שנעל מסוימת יצרה טביעה מסוימת. המחלוקת נגעה רק לשאלה האם ניתן להציג כראיה הערכה מספרית כללית לגבי זיהוי הנעל עם הטביעה (סעיף 72 לפסק דין T). בית המשפט קבע כי מקובל עליו שבמקרים מסוימים המומחה מוגבל לאמירה לפיה, הנעל המסוימת יכלה ליצור את הסימן הרלוונטי, שהיא אמירה מדויקת יותר מאשר "יש תמיכה" לעמדת התביעה (סעיף 73 לפסק דין T). עם זאת, במקרים אחרים, לפי נסיבות העניין, אין להגביל את המומחה, ובהתקיים סימונים ייחודיים לנעל (כגון גודל או תבנית חריגים) יוכל לציין זאת (סעיף 74 לפסק דין T). המומחה אינו יכול להביע דעתו בהתבסס על שאר הראיות בתיק באשר לסבירות עמדת התביעה (סעיף 75 לפסק הדין). בית המשפט קבע כי כאשר אין מאגר נתונים מלא להשוואה, מושאי בדיקה שאינם משתנים (כגון ד.נ.א וטביעות אצבעות) ומתודולוגיה אחידה, ראויה, ומקובלת מבחינה מקצועית לניתוח הראיות, אין לתת הערכה במונחים מתמטיים (סעיפים 80, 84, 91 ו-95 לפסק הדין). הוא הוסיף שאין לשלול עקרונית את האפשרות שגם בלא בסיס נתונים תינתן עדות מומחה שיש בה אלמנטים הסתברותיים - אבל נדרשות לכך ראיות אמינות ומוצקות כגון ניסויים מדעיים בנושא המחלוקת (סעיף 92 לפסק הדין). בית המשפט הדגיש כי כשמדובר בזיהוי טביעות נעליים מדובר ב-"a view which is subjective and based on experience" ואין להציגה בפני המושבעים כראיה "מדעית", שכן שימוש בתואר זה מייחס לתחום אובייקטיביות ודיוק שעדיין אינם בנמצא (סעיף 96 לפסק הדין).



ומכאן, למצב בישראל.

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

מלשוננו הבהירה והפשוטה של הסעיף האמור ניתן ללמוד, כי חוות דעת מומחה, הקבילה כראיה אינה חייבת להיות בעלת אופי "מדעי", ועניינה יכול להיות "מחקר", "אמנות" או "ידיעה מקצועית".

אשר לייחודה ותפקידה של עדות המומחה נאמר בפסיקה כי:

"ככלל, עדותו של עד בבית המשפט נסמכת על עובדות שנקלטו בחושי ולא על מסקנות שהוא מסיק מאותן עובדות. 'גלש' העד אל נושאים החורגים מגדר עובדות - תיפסל עדותו בהיותה 'עדות שבסברה'. שונים הם פני הדברים כשמדובר בעדותו של עד 'מומחה', המעיד על דבר המצוי בתחום מומחיותו. עד זה נקרא לעדות כדי להעיד על מסקנות הנובעות ממומחיותו, ומסקנותיו קבילות ובעלות משקל ראייתי לעניין השאלות שבמחלוקת ... ביסודו של עיקרון זה עומד הכלל כי הסקת מסקנות שמורה לבית המשפט לבדו, ולעד שאינו מומחה לא קיים כל יתרון על בית המשפט, מסקנותיו אינן תורמות דבר והן עלולות להטעות. באשר לעד המומחה, הרי שהגם שמציג הוא בעדותו מסקנות, מנקודת ראותו, מוצגות על-ידו 'עובדות שבמומחיות', קרי עובדות שרק מומחה עשוי 'לקלוט בחושי' או להסיק על בסיס ידיעותיו ... ואולם, אף שעדותו של העד המומחה הינה קבילה, אין הוא בא בנעליו של בית המשפט. שלעולם נותר בעל סמכות ההכרעה במחלוקת שבין הצדדים ... עד ייחשב למומחה אם רכש את מומחיותו בלימודים סדירים וזו הוכרה בתעודה פורמאלית, ועליו להציג לפני בית המשפט את פרטי הכשרתו. ואולם, אין מניעה עקרונית כי עד ייחשב למומחה גם אם מומחיותו נרכשה שלא בדרך פורמאלית, בדרך של לימוד עצמי וניסיון מעשי תוך כדי עבודה, מכוח התעניינות מיוחדת, ואפילו מכוחו של עיסוק בתחביב ... בסופו של יום, יקבע בית המשפט אם הכשרתו וידיעותיו של אותו עד - די בהן כדי להקנות לו מעמד של מומחה לצורך עדותו". [ההדגשה לא במקור - נ.א.].

(ע"פ 4844/09 מסעאד נ' מדינת ישראל, פסקה 19, ניתן ביום 31.05.10).



אשר לנושאי המומחיות, הפסיקה בישראל מכירה במגוון עדויות-מומחים, בין בתחום הפורנזי ובין בתחומים אחרים, לצרכים מוגדרים. אפרט רק מספר דוגמאות: חשיבותו של פרסום שיחשב כ"תועבה" בתחום המדע; ערכם האמנותי של בניינים לצורך סיווגם כ"יצירות אדריכליות"; עדות רופא בשאלות רפואיות בתחומים שונים לרבות שאלות פסיכיאטריות; ראיות חפציות שונות כגון טביעות אצבעות, כף יד, כף רגל, טביעת נעל, נשק ותחמושת, כתב-יד, איתור בידי כלב לצורך ביסוס זהות מבצע העבירה; סוגי דם לצורך שלילת טענת אבהות; דין זר או מנהגים לצרכי הוכחתם (לכל הדוגמאות הנ"ל - אליהו הרנון, דיני ראיות, כרך ב' ע' 294-296, 323-327, 1977, והאסמכתאות שם; בהתייחס לטביעות נעל - ראה גם: ע"פ 616/82 רוטנברג נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 365), עדות מנהל בענף מסחרי באשר לרווחיות המקובלת בו לצורך הערכת חבות כספית (ע"א 745/82 שחר נ' בור, פ"ד מ(2) 46); אמות המידה המקובלות לקביעת שכר טרחה, לצורך הערכת שכר ראוי (ע"א 499/89 רמת-אביבים בע"מ נ' מירון, בן-ציון, ופריבס, עורכי דין, שותפות רשומה, פ"ד מו(4), 586); אופן פעולתו של מכשיר מד-מהירות לייזר לצורך ביסוס מהימנות תוצאותיו (רע"פ 2703/97 אנגל נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 271; ע"פ 4682/01 הנ"ל); ניתוח חשבוני של מסמכים לצורך קביעת שוויו של עסק, או לצורך קביעה כי אין די בחומר הזמין על מנת לתת הערכה כזו (ע"א 9396/07 כסלו נ' חברת רכבת ישראל בע"מ, ניתן ביום 04.11.10).

העיקרון המנחה הוא ש"אין שום טעם להעמיד לפני בית המשפט מגבלות פורמאליות ונוקשות בעניין זה. הקריטריון היחיד של קבילות ראיה מסוג זה נעוץ במבחנים של רלוונטיות ושל משקל פוטנציאלי. כך יש להניח, שבית-משפט לא ירשה הבאת עד בתור 'עד מומחה', כאשר יתברר לו מראש, כי על סמך ניסיונו וכישוריו של אותו עד לא יוכל הלה בשום אופן לתרום תרומה ממשית לבירור השאלות השנויות במחלוקת" (ע"א 745/82 הנ"ל, ע' 51).

במשפט בישראל, השיטה הדיונית אינה כוללת מושבעים, וההכרעה ניתנת בידי שופטים מקצועיים באופן מנומק. לכן, התפתחה בפסיקה ובחקיקה מגמה המעדיפה קבלתה של ראיה לתיק בית המשפט, ובחינת מהימנותה ומשקלה לקביעת ממצאים, על רקע כלל חומר הראיות (ד"נ 23/85 טובול נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 309, 331, 335, 340; ע"פ 2603/90 אלפאר נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(3) 799, 806).

11. כפי שצוין לעיל, עדות בדבר זיהוי טביעות נעל הוכרה בפסיקה בישראל כראיה קבילה. עם זאת, בהתאם לאמור בפסק דין אבו-חאמד, העובדה כי לראיה "משקל פוטנציאלי" במקרה מסוים, אינה מונעת דיון חוזר באותה שאלה בהליכים מאוחרים יותר, ככל שיהיה מקום לכך (ראה לדוגמה האסמכתאות שהובאו לעיל בשאלת מהימנות מכשיר מד-מהירות לייזר).

בענייננו, סבר בית המשפט העליון כי יש מקום לדון בנושא, תוך התייחסות לראיות הנוספות שהוגשו בהליך שבפניו, ובחינת השאלה אם יש לכך השלכה לתוצאת ההליך, על רקע שאר הראיות הנסיבתיות. לנושא אחרון זה אתייחס בסוף הדברים. תחילה אבחן את עדותו של רפ"ק שור והמשמעות שיש לייחס לה, על רקע המסמכים שצורפו.

12. אתייחס בקצרה למספר עובדות הקשורות לעדות המומחה. ב"כ הנאשם אינו חולק על הרלוונטיות של זיהוי עקבות הנעליים לבירור האירועים הקשורים למות המנוח. הוא גם אינו חולק על כך שלרפ"ק שור כשירות מקצועית וניסיון מקצועי, שדי בהם להיחשב מומחה בתחום.

בסיכומים המשלימים העלה הסנגור טענות בנוגע לאופן ביצוע הבדיקה. הוא מפנה לכך שרפ"ק שור ציין בעמ' 5 לחוות הדעת המשלימה כי "מנגנוני הבקרה במז"פ, המחייבים אישור כל חוות דעת בתחום השוואת סימני הכלים ועקבות הנעליים ע"י מומחה נוסף בתחום וע"י ראש המעבדה, מטרתם להקטין למינימום אפשרי את הטעויות בבדיקות אלה". אכן רפ"ק שור לא פירט בחוות הדעת או בעדותו כי נקט בדרך זו.



לא ראיתי לייחס משקל רב לטענה זו משני טעמים: האחד, רפ"ק שור לא נשאל דבר בנושא זה בחקירתו על חוות הדעת המשלימה, ולא ניתן לשלול שהיה לו הסבר לכך. טעם שני, והוא העיקר, אין כל ראיה לפיה עריכת בדיקה חוזרת מהווה תנאי לכשירות הבדיקה, להבדיל ממנגנון זהירות יתר הננקט במז"פ. על כן, כל עוד לא נפל פגם אחר בבדיקה שנערכה בפועל, כגון אי-יישום הכלים המוכרים בדיסציפלינה זו או יישום שגוי שלהם (וכזאת אף לא נטען), הדברים אינם משליכים על כשירות הראיה אלא, לכל היותר, על המשקל שיוחס לה על רקע שאר הראיות.

13. ומכאן, לערכה הראייתית הכללית של הדיסציפלינה. אמות המידה שהציגו הצדדים לבחינת ערכה הראייתית הן אלו שנזכרו בפסק דין Daubert, וכפי שצינתי אינן ממצות ואינן מחייבות יישום בכל מקרה ומקרה. התשתית הראייתית לעניין זה כוללת את חוות הדעת של רפ"ק שור וחקירותיו על דוכן העדים, את המאמר הנוסף, את דוח ה-NRC ואת פסק דין T. כל אלו מסמכים שנוספו בעקבות החלטת בית המשפט העליון.

הסנגוריה אינה חולקת על קיומם של פרסומים מקצועיים רבים בתחום טביעות הנעליים, וקיומה של קהילת מומחים בנושא. עם זאת היא טוענת, כי מדובר בדיסציפלינה פגומה, שאין להסיק ממנה ממצאים, משלושה נימוקים: האחד, אי-קיומו של מבחן אובייקטיבי-טכני המיושם בידי המומחים, שמאפשר ביקורת על הדיסציפלינה; השני, כי דו"ח ה-NRC, שהוא לשיטתם "הקהילה המדעית הרלוונטית" מבטא תובנה חדשה, לפיה באין מבחנים אובייקטיביים כאמור או מנגנוני משוב לנכונות התוצאות, ישנו חשש משמעותי להטיות סובייקטיביות של חוקרים השואפים לקבל תוצאה מסוימת; השלישי, אי-יכולת לקבוע שיעור טעות כללי עבור הדיסציפלינה.

14. עיון בחומר שהובא בפנינו מעלה, כי לאחר איסוף הדגימות ועיבודן (נושאים שבעניינם אין מחלוקת בין הצדדים) זיהוי עקבות הנעליים כולל שני שלבים: הראשון, בחינת ההתאמה שבין דגם וסוג הנעליים בעקבות השוואת. השני, ככל שתימצא התאמה כזו, זיהוי סימנים ייחודיים המשותפים לשתי העקבות.

עיון בדו"ח ה-NRC מעלה כי ככלל, הוא אינו שולל את מהימנות זיהוי טביעות הנעליים. הוא מתמקד בשלב השני, בדבר פגמים ייחודיים הנוצרים על חפצים המיוצרים בייצור המוני, והביטוי שניתן להם בטביעות. ביחס לשלב זה נאמרו בדו"ח שלושה דברים עיקריים: האחד, כי תפיסה מאוחרת של חפצים לבדיקה עשויה לגרום לקושי במובן זה שצורת הפגמים תשתנה עם המשך השימוש. השני, כי המחקר בתחום חקר טביעות (נעל או אחרות) לקוי, במובן זה שנכון להיום, אין מבחנים אובייקטיביים לבחינת טביעות, ואף על פי כן האיגודים המקצועיים אינם מגדירים ומקדמים מחקרים מתאימים לצורך פיתוחם. השלישי, כי בלא מבחנים מעין אלו חברי קהילת מומחי המז"פ בתחום זה יטו את חוות דעתם ושיקול דעתם המקצועי.

"Experts in impression evidence will argue that they accumulate a sense of those probabilities through experience, which may be true. However it is difficult to avoid biases in experience-based judgements, especially in the absence of a feedback mechanism to correct an erroneous judgement" (NRC) (עמ' 149 לדו"ח ה-)

15. עיינו בחומר שהוצג לנו בהתייחס לתוצאות בדיקות מקרים זהים בידי מומחים שונים (המאמר הנוסף, וההפניה שערך ירון שור למבחני הכשירות למומחים הנערכים בארה"ב בידי חברת CTS). ממנו עולה שאכן, במקרים מסוימים, ישנם הבדלים בין מומחים באשר להערכה המתייחסת לשלב השני, שעניינו מיקום הזיהוי על גבי סולם התוצאות. יחד עם זאת קיים קונצנזוס באשר לשלב הראשון, זיהוי ההתאמה בדגם הנעל וגודלה.



מהחומר הראייתי שהועמד לרשותנו, לא ניתן לקבוע שמדובר ב"מדע", ולא ניתן לנקוב במספר המהווה "שיעור טעות ידוע" כללי. עם זאת, עולה מהדברים שוודאי שמדובר בנושא המצוי "בידיעה מקצועית", ואשר ניתן לייחס לו משמעות ראייתית לצורך ניתוח בדיעבד של האירועים הנדונים בהליך במשפטי. כך סברו בתי המשפט בישראל, כך סבר בית המשפט באנגליה בפסק דין T, וכך סברו בתי משפט פדראליים לערעורים בארה"ב (ראה לדוגמה: US v. Ford, 3rd. Circuit, No. 05-4998, 29.3.07 - US v Barnes, 11th Circuit, No. 11-14743, 26.6.12; והאמירה הכללית והבלתי מבוססת אמפירית שנכללה בו, בדבר הטיה אפשרית של העוסקים בתחום, יכולה לשמש בסיס לשלילת ערכה הראייתי של הדיסציפלינה.

ברי, עם זאת, שככל ראייה קבילה אחרת, משקלה ומשמעותה של עדות מומחה בדבר זיהוי טביעות הנעל, על כל היבטיה, תלויה בתוכנה, בכשירותו המקצועית של המומחה, בנסיבות המקרה ובראיות האחרות המוצגות בהליך. ואדגיש - בעצם העובדה שישנו סיכוי רב יותר שיימצאו הבדלים במסקנות מומחים ביחס לשלב השני, אין כדי לשלול ערך ראייתי מדברי מומחה המתייחסים אליו. מחלוקות בין בעלי מקצוע בכל התחומים (כולל תחומים שהוכרו כ"מדעיים"), והצורך של בתי המשפט לקבוע ממצאים ולהכריע במחלוקות, הינם עניין שכיח בבתי משפט. גם כאשר מוגשת חוות דעת יחידה, בהעדר הסכמה לתוכנה, אין בית המשפט מקבל אותה או דוחה אותה, ללא הנמקה.

משמעות הראיה בהליך זה

16. מסקנותיו של רפ"ק שור הינן, כי טביעות הנעליים שנמצאו על חולצת המנוח, הן על גבו והן על בטנו, תואמות כולן את נעלי הנאשם הן בדגם והן בגודל. מסקנות אלו מעוגנות היטב באמצעי העזר שהעמיד המומחה לרשותנו - הכוונה לצילומם באופן שניתן להבחין בדמיון ביניהם בעין רגילה. ואדגיש כי לא הובא כל מומחה נגדי להפרכת הטענה. באשר לשלב השני של הבחינה, בדיקת פגמים ייחודיים, מצא המומחה את אחת העקבות ככוללת פגם ייחודי ברמה שהוגדרה על ידו כ-"אפשרי בהחלט".

גם בהנחה כי ממצאיו של רפ"ק שור תואמים מספר לא ידוע של זוגות נעליים, הם אינם שוללים את הנאשם כמי שיצר עקבות אלו בנעליו, ובו בזמן שוללים את האפשרות שהעקבות נעשו בזוג נעליים מדגם ו/או גודל אחרים. כפי שביארתי לעיל, מסקנתי היא שחוות הדעת קבילה כראיה ואת משקלה, על שני חלקיה, יש לגזור מיתר הראיות. ראיות אלו יפורטו להלן.

17. בהכרעת הדין נאמר כי זיהוי טביעות הנעל בידי המומחה הוא רק חלק ממכלול של ראיות נסיבתיות מהן מתחייבת המסקנה שהנאשם גרם למות המנוח.



הצדדים אינם חלוקים על כך כי נאספו בזירה כל הממצאים הפורנזיים הרלוונטיים לאירוע. המנוח נפגע בראשו ודימם, אך מותו נגרם, כפי שצוין בדו"ח הפתולוגי, בעת ששכב על הרצפה לאחר שנפל כאשר אדם אחר דרך על צווארו וגרם למותו כתוצאה מחנק. זירת האירוע הייתה סגורה ונעולה בשער חשמלי. סכום כסף משמעותי שהיה בפאוץ' של המנוח לא נגנב. הנאשם הוא האדם היחיד שידוע שהיה בזירת האירוע בעת שהתרחש, ואין כל אינדיקציה ראייתית לכך שאדם אחר שהיה בזירה באותו שלב. על גופו של הנאשם נמצאו פצעים התואמים שריטות בציפורניים, ומתחת לציפורני המנוח נמצאו שיירי ד.נ.א של הנאשם.

בסיכומיו מבקש הנאשם להרחיב את נושאי הדיון מעבר לטיעוניו בהליך הקודם ואף מעבר לטיעוניו בבית המשפט העליון. כך הוא מבקש לטעון כי קיים פגם מהותי בבדיקת הד.נ.א שנערכה לחומר מציפורני המנוח, נוכח מוצאו האתני השונה. כך טוען הנאשם גם באשר לאופן גרימת החבלות על גופו, כשהאפשרות שהחבלות על גופו נגרמו בנפילה מספסל, לא נשללה. הוא מוסיף וטוען כי הפאוץ' של המנוח לא נמצא על גופו אלא בחדר אחר, ועל כן, ייתכן שמי שגרם למותו לא ידע עליו.

אני סבורה שנוכח מהותו של ההליך הנוכחי, הנסמך על הוראת בית המשפט העליון המתייחסת ל"חומר החדש", ישנו קושי משמעותי בהעלאת טענות מעין אלו, שהרי מדובר בנושאים שלצורך דיון ממצה וקביעת ממצאים נוספים בהם נדרשת גביית ראיות ובחינתן.

מכל מקום, אדגיש שפצעים נמצאו על פני חלקים נרחבים מגופו של הנאשם - חבלות, שריטות ופצעים, שד"ר זייצב, שבדק אותו כיומיים לאחר האירוע קבע כי כולם נגרמו "עד כיום-יומיים" קודם לבדיקתו. האפשרות כי כל הפצעים האמורים נגרמו בפרק זמן קצר, ובו בזמן, נמצא דמו של הנאשם מתחת לציפורני המנוח וכל זאת שלא כתוצאה ממאבק פיזי בין השניים, נראית בלתי סבירה בעליל.

לכך יש להוסיף, כי הסנגור אינו מציע אפשרות סבירה אחרת לאופן גרימת מות המנוח, לא כל שכן אפשרות שיש לה עיגון כלשהו בראיה שנמצאה בשטח. התיאור המוצע על ידו, שאדם אלמוני הגיע לשער המתחם בכלי רכב, נכנס דרכו באופן זה או אחר, תקף את המנוח מסיבה לא ידועה עד שגרם למותו, יצא תוך נעילת השער מאחוריו, ונעלם מהזירה מבלי להשאיר אחריו כל סימן שהוא (ולכך נוסיף שאותו אלמוני נעל נעלים במידה ובסוג זה לאלו שנעל הנאשם), הינו תסריט בלתי סביר בעליל שאין כל ראיה לתמוך בו.

בהקשר זה, הדין הוא כי "אל לו לבית המשפט לחוש לאירוע רחוק ויוצא דופן, העולה, אם אמנם התרחש, בקנה אחד עם חפזו של הנאשם, בעוד שחומר הראיות שהובא לפניו והעדויות שהושמעו במשפט מוליכים למסקנה סבירה הרבה יותר והיא שהנאשם איננו חף..." (ע"פ 3124/91 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(3) 406, 414).

כיוון שכך, עיקר חשיבותן של טביעות הנעליים בהבהרת מהלך האירועים, משום ש-2 מטביעות הנעל נמצאו על גבו של המנוח, ויש בכך כדי ללמד שנוצרו עוד קודם לנפילת המנוח ארצה והפציעה בראשו.

18. המסקנה המתבקשת מכל האמור לעיל, היא כי תיאור האירועים הסביר היחיד הוא שלאחר מאבק פיזי ביניהם, גרם הנאשם למות המנוח בחנק באמצעות דריכה על צווארו.

כפי שצוין בהכרעת הדין, אני סבורה שהנאשם כן בדבריו, לפיהם אינו זוכר את האירוע עקב שכרות. עובדה זו נלמדת נוכח שיעור האלכוהול הגבוה שנמצא בדמו, אי קיומו של מניע ידוע או משוער, עקביות דברי הנאשם, התנהגותו לאחר מעשה, והתרשמותי מעדותו. הסברתי כי הדבר מצביע גם על ספק של ממש, האם היה ביכולתו לגבש בזמן אמת מודעות למעשיו וכוונה להביא למות המנוח בעת מעשה. כפי שפורט בהכרעת הדין, במצב זה חלה על עניינו של הנאשם הוראת סעיף

34ט(ב) לחוק העונשין, שתוצאתה היא הרשעתו בעבירת ההריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין.



19. לא נעלמה מעיני טענת הנאשם כי השלכותיה של שכרות על יכולותיו הקוגניטיביות אינה מסוג הנושאים המצויים בידיעה שיפוטית, ובכך, לשיטתו, נפל פגם בהכרעת הדין. איני סבורה שבטענה זו יש כדי להשליך על פסק הדין, וזאת משלושה טעמים:
- ראשית, כפי שציינתי בסעיף 17 לפסק דין זה, הוראת בית המשפט העליון היא כי על בית משפט זה לבחון האם "בחומר החדש" שהוגש, שעניינו זיהוי טביעות נעליים יש כדי לשנות מהכרעת הדין, ותו לא. טענת היקפה של "הידיעה השיפוטית" חורגת מהנושא האמור, והיא עניין לדיון בבית המשפט שלערעור.
- שנית, הערכאה הדיונית אמונה על קביעת ממצאים עובדתיים, והרכבת תיאור אירועים מכלל הראיות המהימנות באופן המקנה לדברים היגיון פנימי אינה פסולה מכל בחינה שהיא. זאת, בין שישנה תשתית ראייתית מלאה בנוגע להיבט מסוים של התיאור האמור ובין אם לאו (ר' לדוגמה ע"פ 1577/10 שאמי נ' מדינת ישראל, פסקות 22 ו-26, ניתן ב-12.09.12). כמו כן, בית המשפט יכול לקבל חלק מעדות כמהימן ולדחות את חלקה האחר, בין בהסתמך על ראיות נוספות ובין לפי הגיונם של דברים (ע"פ 526/90 בלזר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 133, 185-186).
- בהכרעת הדין ציינתי כי אני נכונה לקבל כי הנאשם דובר אמת באשר לכך שנמצא במצב שכרות, כי הוא סובל מקשיים כלליים בזיכרונם וכי אינו זוכר את גרימת מותו של המנוח. לא ראיתי צורך לקבוע ממצאים נוספים, מן הטעם שגם אם אקבל שהגיע למקום רכב, אין כל ראיה לכך שאדם כלשהו שהיה בו נכנס למתחם, לא כל שכן שהיה מעורב בדרך כלשהי בגרימת מות המנוח. זאת, בניגוד למצב הראיתי ביחס לנאשם.
- שלישית, הוראת סעיף 34 לחוק העונשין קובעת כי "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית". כיוון שכך, הן נטל הבאת הראיות והן נטל השכנוע כי קיים ספק לפיו האירועים נעשו מתוך שכרות מוטל על הנאשם (ע"פ 6331/11 אשתי נ' מדינת ישראל, פסקה 9, ניתן ב-07.03.13). בנסיבות העניין, באופן גרימת מות המנוח בדרך של חנק ממושך בידי הנאשם, כפי שעולה מן הראיות הנסיבתיות, די כדי לבסס חזקה עובדתית בדבר קיומה של כוונה תחילה לגרום למות המנוח (השווה: ע"פ 759/97 איליאבייב נ' מדינת ישראל, פ"ד פ"ד נה(3) 459, 469-470; ע"פ 431/08 גואברה נ' מדינת ישראל, ע"פ 7355/08 בר יוסף נ' מדינת ישראל, פסקה 13, ניתן ב-21.09.11). כיוון שכך, הטענה כי באין ראיות בנושא, בית המשפט לא יכול היה לקבוע כי הנאשם אינו זוכר את גרימת מות המנוח עקב שכרות, אינה מסייעת לנאשם, אלא פוגעת בו. משמעותה, על רקע הראיות הנסיבתיות היא חיוב בית המשפט לקבוע כי עדותו של הנאשם כוזבת בנקודה עיקרית, וכי גרימת מות המנוח זכורה לו. שהרי הקביעה בדבר שכחת הנאשם את האירוע שימשה נימוק עיקרי למסקנה כי בגין השפעת האלכוהול נמנע ממנו להבין את אשר עשה. ספק בעיני אם לכך כיוון הנאשם בטיעונו.
- סוף דבר
20. נוכח כל האמור לעיל, איני רואה מקום לשנות מהמסקנות או מתוצאת הכרעת הדין.



נורית אחיטוב, שופטת
אב"ד

השופטת מ' דיסקין:

אני מצטרפת לחוות דעתה של חברתנו האב"ד, נורית אחיטוב ומסכימה עם הכרעתה לפיה אין לשנות מהמסקנות או מתוצאות הכרעת הדין.

מרים דיסקין, שופטת

השופט ר' בן יוסף:
הנני מסכים.

רענן בן-יוסף, שופט

התוצאה

אשר על כן, על דעת כל חברי המותב, אנו מורים כי הרשעתו של הנאשם בעבירה לפי סעיף 298 לחוק העונשין וגזר הדין הנסמך עליה יוותרו בעינם. ככל שהצדדים סבורים שיש צורך בהמשך הדיון בפני בית המשפט העליון בהתאם להחלטתו מיום 20.08.12, יוחזר התיק להמשך הדיון בפניו. ניתנה היום, י"ג אייר תשע"ג, 23 אפריל 2013, במעמד הצדדים.