

משטרת הדי־אן־איי

נטילת דגימת די־אן־איי מחשודים בתחנות המשטרה, בלי שיהיו מודעים למשמעותה הראייתית המפלילה, נעשתה לעניין שבשגרה. במקרים רבים הדגימה אינה נחוצה כלל לצורך פענוח העבירה אלא ניטלת רק לצורך הוספתה למאגר המשטרתית. דעתנו היא כי אי עמידה בתנאי החוק והפסיקה צריכה להביא לפסילת הדגימה כראיה

דוד ברהום

דנה בעיקר בעניינים הקשורים להליכים שאחריו, משמע הניסיון להסתמך על הדי־אן־איי כראיה מפ־לילה במשפט עצמו באמצעות חוות דעת של מומ־חים. נראה כי מרכזיותה ההולכת וגדלה של ראיית הדי־אן־איי מחייבת זהירות והקפדה כבר בשלב הח־קירה, ויש לבחון בהקשר זה את תנאי החוק לנטילת הדגימה לפי דיני החיפוש, ולהחיל על הליך זה את דוקטרינת הפסלות הפסיקתית, אם בשל אי עמידה בתנאי החוק ואם בשל פגיעה בזכות הפרטיות.

הסמכות לנטילת די־אן־איי ותנאי החיפוש

הסמכות ליטול די־אן־איי מחשוד מוגדרת בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), תשנ"ו-1996 (להלן: חוק החיפוש), העוסק בחיפושים פנימיים וחיצוניים (במובדל מחיפוש בחצרים, במחשב או על פני הגוף, המוסדרים בדברי חקיקה אחרים). ההבדל העיקרי בין סוגי החיפוש בחוק החיפוש הוא שלמען חיפוש המוגדר "פנימי" על המשטרה לה־צטייד בצו שופט אם מושא החיפוש מתנגד לעריכתו.

נטילת דגימת די־אן־איי מחשודים בתחנות המ־שטרה נעשתה לעניין שבשגרה. לא פעם נדמה כי נטילת הדגימה מבוססת על לא יותר מהימור על התאמה בין הדי־אן־איי של החשוד לדי־אן־איי בזי־רה להוכחת זהותו של מבצע העבירה. יתר על כן, במקרים רבים דגימת הדי־אן־איי כלל אינה נחוצה לצורך פענוח העבירה אלא נלקחת אך לצורך הוס־פתה למאגר המשטרתית, באופן העלול לעמוד לרועץ לנחקר בעבירה אחרת שאולי טרם באה לעולם.

ידוע כי ראיית הדי־אן־איי עברה את "מבחני האש" בישראל, ועל כן בכל תיק שהוכחה בו תקינותם של הליכי הבדיקה והניתוח הסטטיסטי שנערכו לה, היא עשויה להתקבל ולשמש ראיה רבת עוצמה, שקולה בכוחה לטביעת אצבע (ע"פ 149/12 אלמליח נ' מדינת ישראל). העובדה כי השגת הראיה מחייבת

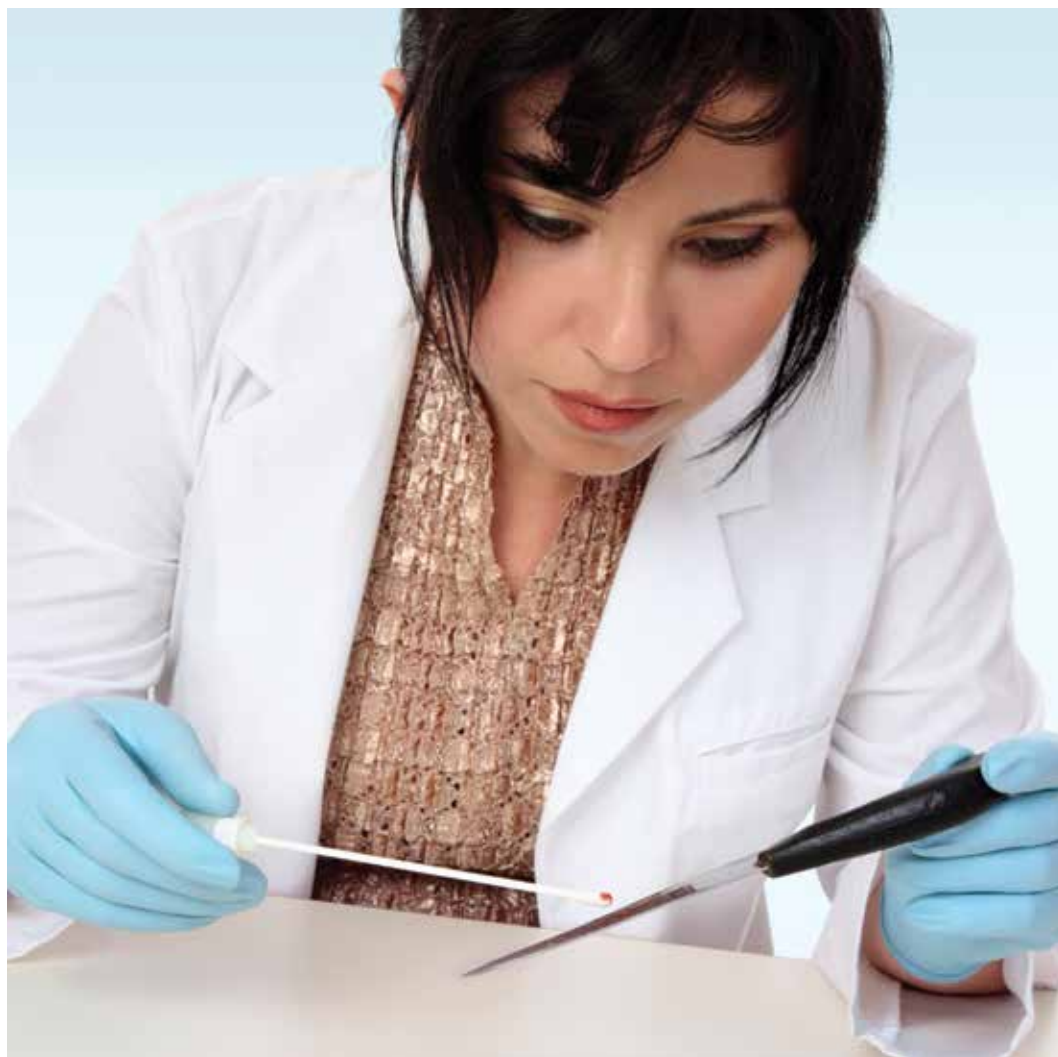


עו"ד דוד ברהום, דוקטורנט בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית; בעל משרד עורכי דין העוסק בתחום הפלילי

החוק מעניק זכות מפורשת לסרב לדגימה. הזכות שלא לשתף פעולה עם הרשות החוקרת מבוססת היטב בזכות השתיקה ובחיסיון מפני הפללה עצמית

פלישה למרחבו האישי של אדם, בצד הידיעה כי ראיה משמעותית עלולה לגרור אחריה גם טעות משמעותית, מחייבות לבחון ראיה זו בזהירות רבה.

עם זאת, הליך נטילת הד־גימה טרם זכה לתשומת לב מספקת, והפסיקה הקיימת



או להשוות נתוני זיהוי במאגר המשטרתי. תנאי בסיסי ללקיחת דגימה במסגרת חיפוש חי־צוני הוא קיומו של "יסוד סביר לחשוד שבגופו של חשוד נמצאת ראייה להוכחת ביצועה של עבירה או להוכחת הקשר שבין החשוד לבין ביצוע העבירה". תנאי נוסף הוא הסכמת החשוד; אם החשוד סירב לתת דגימה וסירובו נדחה, רק קצין יכול לתת אישור (בכתב) לנטילת הדגימה בכוח סביר, ובמקרה כזה אפשר ליטול שיער בלבד. לפי המסלול העוסק בנטילת אמצעי זיהוי לצורך המאגר, אין כאמור צורך בקיומו של חשד כי בגוף החשוד מצויה ראייה לביצוע עבירה. מדובר לכאורה בנטילה תמימה של די־אן־איי, ובכל זאת מתחייב

די־אן־איי הוא אמצעי זיהוי שהחוק מגדירו כדגימה ביולוגית, והוא עשוי להיות מופק בחיפוש "פנימי" (דם) או "חיצוני" (שיער, רוק). הליך החיפוש המקור־בל והקל ביותר, שאינו מצריך צו שופט, הוא חיפוש חיצוני, המתבטא בבדיקת תאי לחי מן הרוק שנלקח מפיו של החשוד.

חוק החיפוש מבחין בין שני מסלולים ללקיחת די־אן־איי (אם כי פיזית מדובר באותה פעולה ממש). האחד מפורט בסעיף 3 לחוק החיפוש ומכר־נה "חיפוש חיצוני", והשני מפורט בסעיף 11 לחוק החיפוש ומכונה "נטילת אמצעי זיהוי לצורך המא־גר". מטרת החיפוש היא לקשור בין חשוד לעבירה מסוימת, בעוד שמטרת הנטילה היא לאגור, לאמת

בזכות שלא למסור ראיות חפציות. בכל זאת דומה כי הפסיקה שלאחר הלכת ע"פ 5121/98 **יששכרוב** הסיטה את נקודת האיזון לטובת החשודים גם בעניין זה. בע"פ 4988/08 **פרחי** ציין השופט לוי: "גם אם נאמר שהפעולה של מסירת דגימת DNA אינה חוסה תחת החיסיון מפני הפללה עצמית, הרי של־נאשם עומדת זכות עצמאית ונפרדת שלא לשתף פעולה עם חוקריו. זכות זו נגזרת מזכות הפרטיות ומכיבוד אוטונומיית הפרט של הנאשם".

רובם המוחלט של החשודים כלל אינם יודעים על האפשרות לסרב למתן הדגימה, שכן בניגוד לאזהרה מפני הפללה עצמית, שאותה יש להשמייע בעת גביית הודעה מחשוד והיא נתונה תדיר לביקורת הפסיקה, לא ניתנת תשומת לב מספקת לשלב זה בחקירה המשטרית. תורמת לכך העובדה כי טופס נטילת הדי־אן־איי הוא אחד וערוך באופן המקשה על הנחקרים להבינו (כתב קטן, נוסח עברי בלבד). יתרה מזו, דגימת רוק עשויה להיראות קלה וחסרת משמעות, ועל כן החשוד עלול לקבל רושם מוטעה כי מדובר בעניין של מה בכך. מכאן קצרה הדרך לפ-

גיעה בפרטיות ולנטילת דגימה שלא מדעת, וממילא בלי שהחשוד יוכל לשטוח את טענותיו לפני גורם מוסמך ולשכנעו כי אינו חייב במסירת הדגימה.

גם מי שבחר מדעת לסרב לנטילת הדגימה נתקל בקושי ראשית עקב האיום לשימוש בכוח לנטילת הדגימה, שלכאורה עשוי להפוך את הסירוב לחסר תוחלת. שנית, לפי סעיף 12 לחוק החיפוש, סירוב שב־עקבותיו לא ניתן היה לבצע את הנטילה באופן סביר מעמיד את החשוד אך בשל כך בסיכון להרשעה פלילית, ולכן הסירוב עשוי אף להרע את מצבו של החשוד.

טענות לאי־חוקיות

נשאלת השאלה: אילו טענות עומדות לחשוד בשימוע ולאחריו נגד מתן הדגימה, בכל אחד מן המסלולים שיצר המחוקק? בהקשר זה אפשר להעלות טענה נגד אי התקיימותם של תנאי החיפוש או הנטילה, למשל היעדר מסמך כתוב מצד קצין המאשר את לקיחת הדגימה, או ביצוע נטילה כשהחשוד

כי העבירה שבגינה נחקר החשוד תהיה מן התוספת הראשונה לחוק החיפוש. כן מתחייב לקבל את הסכמת החשוד לאחר שהוסברה לו משמעות הנטילה (סעיף 211 א): "לאחר שנמסר לו כי ניתן לעשות בנטילת הזיהוי שהופקו מאמצעי הזיהוי לצורך הכללתם במאגר". במקרה של סירוב, נדרש אישור בכתב מאת קצין משטרה לשימוש בכוח סביר לנטילת שיער בלבד. המשמעות המעשית הנובעת מקיומם של שני המסלולים שיצר החוק ללקיחת דגימה היא שככל שתימצא התאמה בין די־אן־איי של פלוני המצוי במאגר (עקב נטילת אמצעי זיהוי מאותו פלוני בעבר במסגרת חקירה בתיק אחר) ובין די־אן־איי שנמצא לאחר מכן בזירת עבירה (חדשה), נחוץ לבצע חיפוש חיצוני לצורך שימוש בדי־אן־איי כראיה, הואיל והחוק אינו מאפשר לעשות שימוש בדי־אן־איי ש-

לקח במסגרת נטילה כראיה מן המניין, אלא רק לצורך כי אגירה, השוואה וכיוצא באלה. בתיקים בהם העברין לא נודע, זו הדרך שבה בדרך כלל מגיעים אל החשוד. יש אפוא זיקה הכרחית בין שני המסלולים, החיפוש והנטילת, ולכן קיימת גם חשיבות להקפדה על תנאי החוק לגבי כל אחד מהם.

הזכות לשימוע וזכות הסירוב לתת דגימה

חוק החיפוש קובע כי במקרה של סירוב לחיפוש יש להביא את החשוד לפני קצין משטרה. נראה כי בכך העניק המחוקק זכות שימוע לחשוד, והדבר אף מתיישב עם לשון סעיף 3 לחוק החיפוש: "בטרם יתן קצין המשטרה את אישורו [לשימוש בכוח סביר] יתן הזדמנות לחשוד להשמיע את טעמי סירובו". חוק החיפוש מחיל הוראה זו גם על נטילה לצורך המאגר (ס' 211 ג).

החוק מעניק זכות מפורשת לסרב למתן דגימה. הזכות שלא לשתף פעולה עם הרשות החוקרת, מתוך העיקרון שאדם אינו צריך לספק ראיות לשלטונות לשם הפללתו, מבוטא היטב בזכות השתיקה ובחיסיון מפני הפללה עצמית; אי מתן גרסה, הימנעות מלהשתתף בהליכי חקירה למיניהם וכיוצא באלה. אלא שדגימה היא ראיה חפצית, ובעבר היו שפקפקו

לא נחקר בעבירה מן התוספת לחוק החיפוש. ככל שמדובר בחיפוש, דומה כי טענה מהותית יותר נגד עריכתו עשויה להיות היעדרו של יסוד סביר לחשוד שבגופו של חשוד נמצאת ראיה להוכחת ביצועה של עבירה. החוק אמנם נוקט לשון "עבירה", אך ראוי לפרש זאת "העבירה" בה"א הידיעה, כלומר מר העבירה המסוימת שבגינה החשוד נחקר. אם לא כן עלולה החקירה לשמש רק תירוץ למסע דיג של ראיות בקשר לעבירה אחרת, בעבר או בעתיד, שאין חשד סביר כי החשוד הקונקרטי הוא שביצע אותה, או אף לעבירה שאין לה שום קשר אליו או לחקירה. לשיטתנו, ככלל צריכה להתקיים הן קורלציה עניינית בין הליך החיפוש ובין העבירה שבגינה נערך החיפוש והן עמידה בתנאי הראיית של "חשד סביר". למשל, כשהחקירה נסמכת על גרסאות עדים ללא שום ראיה חפצית (כגון בתיק איומים), כי אז אפשר לומר שלקחת ד"א-איי היא מעבר לנד-רש, שכן לא צפויה שום תרומה מהד"א-איי לחקירת העבירה. ועוד, גם בשעה שקיימת אפשרות היפותטית כי תימצא התאמה בין ד"א-איי בזירה ובין הד"א-איי של החשוד (כגון בתיק התפרצות לדירה), לקחת הדגימה תהיה בלתי חוקית בהיעדר חשד סביר, המבוסס על ראיה ממשית, כי החשוד אכן הותיר ד"א-איי בזירה.

ואולם הלכה למעשה, חיפוש הוא השלב השני לאחר שנמצאה הצלבה בין ד"א-איי שנלקח מזירת עבירה או מקורבן עבירה ובין ד"א-איי שכבר מצוי במאגר עקב נטילה שנעשתה בשלב הראשון. לפיכך בשעה שהמשטרה או התביעה חפצות להסתמך על ד"א-איי לצורך מעצר או הרשעה, קיימת חשיבות רבה לבחינת תקינות הליך הנטילה לא פחות מבחינת תקינותו של הליך החיפוש.

ככל שמדובר במסלול של נטילת ד"א-איי לצורך המאגר, הרי שלבד מן הדרישות הטכניות-צורניות (מסמך כתוב, עבירה מן התוספת), סעיף 211(א) לחוק החיפוש מחייב את המשטרה להסביר לחשוד פוזיטיבית את ההשלכות הנובעות ממתן הדגימה: "לאחר שנמסר לו כי ניתן לעשות בנתוני הזיהוי שהופקו מאמצעי הזיהוי לצורך הכללתם במאגר וכו'". יש להדגיש כי הוראה דומה לא קיימת ביחס למסלול המוגדר כחיפוש. ועל כן, יש לוודא כי החשוד אכן הוזר בשלב הנטילה.

הסכנה היא אפוא כי החשוד יפעל בבלי דעת, בין היתר לאור אי עמידת המשטרה בנטל שמטיל עליה החוק, ובכך יסכים להכללת הד"א-איי שלו במאגר; וכי בהמשך, במקרה של חשד עתידי, הרשויות יעשו שימוש בלתי תקין במאגר לצורך חיפוש כדי להכשיר את הראיה להוכחת העבירה.

לבד מן הפגיעה באוטונומיה ובפרטיות, עלול להיווצר מצב אבסורדי שבו חשוד בעבירה קלה ביותר, שלעיתים החקירה בעניינו אף לא תבשיל לכתב אישום, ימסור דגימה שבהמשך תשמש בסיס לחיפוש ולהרשעתו בעבירה חמורה יותר.

נתעכב קמעה על הדין בארצות הברית לצורך השראה לנושא הנדון. בארצות הברית קיים פולמוס גדול בשאלה אם ניתן ליטול ד"א-איי מחשודים לצורך המאגר. העניין הוכרע בבית המשפט העליון האמריקאי בפרשת **Maryland v. King** 569 U.S. (2013), אך ברוב דחוק ובהגבלת הנטילה רק למי שנחשד בעבירות חמורות ביותר. עדיין הלכת קינג מעוררת קושי, ובמידת קליפורניה למשל, בפרשת **People v. Buza** (2014), Cal.App.4th, בית משפט לערעורים לאשר זיכוי חרף הלכת קינג עקב פגיעה בזכויות היסוד של הנאשם, פגיעה שנראתה בלתי חוקתית בעיני בית המשפט. דומה כי ראוי שהלך זה יעודד ריסון גם בישראל.

סיכום

אין לוותר על התנאים שקבע המחוקק בחוק החיפוש לצורך נטילת הד"א-איי כאמצעי זיהוי או לצורך חיפוש. אי עמידה בתנאי החוק, כפי שפירטנו לעיל, צריכה להביא לפסילת הדגימה על פי הרציונל המנחה בהלכת **פרחי**, כפי שנלמד מקל וחומר מהדין בנוגע לפסילת ראיות שנתפסו על פני הגוף ובחצ"רים, לפי הלכת רע"פ 10141/09 **בן חיים** ועל רקע הלכת **יששכרוב**, נוכח הפגיעה האנושה בפרטיות העובדה כי בדיעבד נמצאה התאמה בין פרופיל ד"א-איי של חשוד ובין פרופיל ד"א-איי מזירת עבירה אחרת אינה מכשירה את השימוש בד"א-איי לצורך הוכחת העבירה האחרת, אם המשטרה לא עמדה בתנאי החוק בשני השלבים. נראה כי על המשטרה לנקוט בפעולות חקירה אחרות, בלי לעקוף את צו המחוקק ובלי לפגוע בגרעין הקשה של זכויות האדם.

המחבר מבקש להודות לשופט פאול שטרק על ההפניה לפסק הדין בעניין Buza