

פרוטוקול מסדר הזיהוי כראיה

דורון מנשה *

א. מבוא; ב. מעמדו הראייתי של פרוטוקול הזיהוי בראי הפסיקה; ג. הפרוטוקול כראיה לעקביות הזיהוי בבית המשפט; 1. בחינה ביקורתית של ההנמקה המוצעת על ידי הפסיקה; 2. המקור הראוי לקבילתו של פרוטוקול מסדר הזיהוי; ד. מעמדו הראייתי של הפרוטוקול במקרה של אי-זיהוי בבית המשפט; 1. דחיית הפרשנות הראשונה; 2. דחיית הפרשנות השנייה כגרסה מקורבת לפרשנות השלישית – העדיפה יותר; ה. סיכום

א. מבוא

הנושא העיקרי של חיבור זה סובב סביב זכותו של חשוד לפרוצדורה אופטימלית, כלומר זו הממזערת סיכונים, ככל שהיא נוגעת לזיהויו כמבצע העבירה. נעסוק בדרך זיהוי חשובה אחת, והיא: מסדר זיהוי חי (פורמלי)¹. במסגרת זו נבקש

* דוקטור למשפטים. מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודתי העמוקה לעו"ד רביע עאסי על הערותיו המצוינות לטיוטה קודמת של המאמר.

1 מאמר זה הוא, למעשה, בבחינת השלמה של פרויקטים משותפים קודמים בהם פורטו ליקויים ופגמים רבים המועדים ליפול בחלקם של מסדרי זיהוי, תוך התייחסות, בפרט, למגבלותיה של זכות הייצוג המוענקת לחשוד במהלכם; ראו דורון מנשה ורביע עאסי "טעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" משפטים לה 205 (התשס"ה) (להלן: טעות בזיהוי חזותי של חשודים) וכן דורון מנשה ורביע עאסי "תשובה לתגובת אברהם לוי" משפטים לה 489 (התשס"ה). דורון מנשה "זכות הייצוג של חשוד בהליכי מסדר" עלי משפט ה 29 (התשס"ו). דורון מנשה "זיהוי הנאשם על ידי מספר עדים – חמישה כללים להערכה שיפוטית של משקל הראיות" הסניגור 113, 5 (2006).

לאחרונה, התעורר מחדש הדיון בנושא ראיית הזיהוי וחלק מהסוגיות שהועלו על ידינו נדונו בצורה מפורטת בבית המשפט העליון. לדוגמה עיינו: ע"פ 5213/06 וונדמו נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 9.5.07); ע"פ 3055/06 גרובי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 8.1.07). ע"פ 2365/05 מדינת ישראל נ' שתיאורי (טרם פורסם, 22.2.07); ע"פ 752/06 פלוגי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 10.8.06); ע"פ 6530/05 דרור נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 3.7.06); ע"פ 9040/05 אוחיון נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 7.12.06); ע"פ 2529/05 ראובנוב נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 19.6.06); ע"פ 6679/04 סטקלר נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 11.5.06); ע"פ 10360/03 שדיד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 2.3.06).

לעמוד על מעמדו הראייתי של המסמך העיקרי המיוצר במהלך המסדר. כוונתנו לפרוטוקול המסדר, המנוהל על ידי עורך המסדר מטעם המשטרה, האמור להיות מפורט, ככל שניתן, ולתעד את הליך הזיהוי לפרטיו, כולל ההכנות לקראת המסדר.² על פי הפסיקה כיום, מתקבל הפרוטוקול כראיה לא רק לשם הוכחת מהלך המסדר, אלא גם לאמיתות הזיהוי.³ במאמר זה נטען, כי עצם קבלת הפרוטוקול כראיה עצמאית לזיהוי הינו צעד נכון. עם זאת, כפי שנראה בהמשך, הפסיקה נכשלה מלזהות את המקור המשפטי הנכון לקבילותה. כישלון זה אינו עניין פולמוסי גרידא. הוא משקף הבנה מוטעית של תהליך הזיהוי במסדר הנערך בשלבי החקירה. הפסיקה התייחסה לפרוטוקול בשני אופנים חלופיים: (א) כראיה המהווה חריג לכלל הפוסל הוכחת עקביותו של עד — מקום שהעד מזהה במשפט את הנאשם, שאותו זיהה במסדר שנערך בשלבי החקירה, (ב) כחריג לכלל הפוסל עדות שמיעה מקום שהעד חוזר בו בבית המשפט מן הזיהוי שאותו ביצע בשלבי החקירה, או נכשל בזיהוי הנאשם. מטרת מאמר זה תהיה לבקר פסיקה זו, ולהציג מסגרת מושגית אלטרנטיבית לניתוח קבילותה של ראיית הפרוטוקול ומשקלה. לניתוח המושגי שיוצג בחיבור זה יש השלכות נורמטיביות חשובות שיוצגו ויפורטו במהלכו.

ב. מעמדו הראייתי של פרוטוקול הזיהוי בראי הפסיקה

שאלת הסטטוס הראייתי של פרוטוקול המסדר עלתה לראשונה באופן מפורש וישיר בעניין קטאשווילי.⁴ באותו עניין דובר בנאשם אשר עבד כסבל במל התעופה בן-גוריון. במהלך עבודתו, נחשד קטאשווילי כי השתתף בגניבת שק דואר שהגיע לארץ מחו"ל. הראיות שהוגשו על ידי התביעה נגד קטאשווילי היו אלה: עדותו של שותף לעבודה, אחד שמו לוסקי, אשר הצטרף לסבל (על פי החשד — קטאשווילי) שהוביל את השק מהמטוס עליו היה בדרך להוצאתו משטח נמל התעופה. שותף אחר לעבירה, משה שמו, עמד בדרכם של לוסקי והסבל וכפה עליהם להוציא את השק מחוץ לשטח הנמל ולחלק איתו את השלל, אחרת ידווח על מעשיהם. משה ולוסקי היו עדי התביעה העיקריים שהובאו נגד קטאשווילי. לוסקי הודה בהתרחשות הדברים כאמור. משה אף הוא העיד באשר להתרחשות האמורה ואף הוסיף כי שעה שנכנס לתמונה, לוסקי כינה את הסבל בשם "פנחס" — שזהו שמו הפרטי של קטאשווילי, אשר הוכח כי עבד באותה משמרת. נוסף לכך, משה זיהה את קטאשווילי במסדר זיהוי בו הוצגו לפניו סרטוני וידאו בהם הופיעו סבלים שעבדו במל התעופה. משה זיהה סבלים נוספים שזוכו במשפט. ציון עוד, כי משה אף הזכיר את השם "פנחס" כשזיהה את קטאשווילי במסדר.

2 ראו יעקב קדמי על הראיות: הדין בראי הפסיקה 1066 (2003).

3 ראו, למשל, ע"פ 85/80 קטאשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 57 (1980)

4 שם.

התבטאויות אלה של משה הוגדרו על ידי בית המשפט כסיוע לעדותו של לוסקי, השותף לעבירה. בבית המשפט, טען משה כי זיהויו של קטאשווילי היה בלתי ודאי והוא אף אינו יודע אם זיהויו מיוחס לגניבה הקונקרטי מושא הפרשה, או שהוא זיהה את קטאשווילי מזחמת מעורבותו של האחרון בפרשיות נוספות במקום האירוע. עם זאת, בחקירתו במשפט, אישר משה כי הרישום בפרוטוקול המסדר היה מדויק, וכן חזר על כך שלוסקי כינה את הסבל שנהג ברכב בתור "פנחס". כך, עלתה השאלה בדבר קבילותו הראייתית של פרוטוקול המסדר. בית המשפט העליון קבע כי פרוטוקול הזיהוי יוגש כראיה בהליך המשפטי נגד נאשם שזוהה במסדר על ידי עד ראיה (להלן: העד המזוהה או העד) בשני טיפוסים של מקרים: ראשית, כאשר העד המזוהה מאשר את הזיהוי שעשה במסדר או אף מזהה את הנאשם בשנית בבית המשפט. כל זאת, בתורת חריג לכלל האוסר על הגשת הודעות קודמות של עד (סיוע-עצמי), כלומר, כדי להוכיח את עקביותו; ושנית, כאשר העד חוזר בו בבית המשפט מהזיהוי שביצע או שאינו מצליח מסיבה כלשהי לחזור על הזיהוי שביצע בשלב החקירה, ולצורך כך מהווה הפרוטוקול — דו"ח עורך המסדר — ראיה עצמאית המשמשת לשם הוכחת אמיתות הזיהוי⁵, בבחינת חריג לכלל הפוסל עדות שמיעה.

לשם השוואה, מעניין לעמוד בתמצית על המצב המשפטי בהקשר זה בארה"ב ובאנגליה, שבהן מונהגת שיטת זיהוי דומה לזו המונהגת בישראל. בארה"ב, במסגרת כללי הראיות הפדרליים, מוכרת קבילותה של אמרת הזיהוי של הנאשם — על כל סוגיו — על ידי העד המזוהה בשלבי החקירה, זאת, במסגרת כלל חקיקתי ספציפי ובכפוף לכך שהעד המזוהה מעיד במשפט וניתן לחקרו בחקירה נגדית⁶. קבילותה של אמרת העד המזוהה, אינה מותנית ביכולתו לזהות את הנאשם במשפט. במילים אחרות, בין אם יזהה העד את הנאשם במשפט, ובין אם לאו, ניתן יהא להגיש את הודעתו הקודמת. הודעה כזו כלל אינה נחשבת לעדות שמיעה והיא הוצאה מהגדרתה במפורש⁷.

5 ראו דברי הנשיא שמגר, שם, בעמ' 67.

6 Federal Rules of Evidence § 801(d)(1)(c): "A statement is not hearsay if — (1) *Prior statement by witness*. The declarant testifies at the trial or hearing and is subject to cross-examination concerning the statement, and the statement is ... (C) One of identification .of a person made after perceiving the person"

7 אף נקבע כי גם מקום שהעד טוען לחוסר זיכרון, הרי שהזכות לחקירה נגדית אינה נפגעת במידה שחביא לפגיעה בזכות החוקתית לעימות אדוורסרי וכך גם לפסילת הראיה. ראו: *United states v. Owens*, 484 U.S. 554 (1988). עם זאת, פסיקה זו התייחסה למצב שבו דובר בעד שאינו מסוגל לבצע זיהוי משום שזכרונו דעך. פסיקה אחרת, אשר לא עסקה במישורין בנושא הזיהוי, קבעה, כי אם מדובר בעד שותק, נפגמת זכות הנאשם לעימות על דרך חקירה נגדית, ועל כן יקשה הדבר על קבילות הודעתו. ראו למשל: *Douglas v. Alabama*, 380 U.S. 415, 419 (1965), כאשר לעד המתחזה כמי שזכרונו מעד בו, לא נדונה שאלה זו במישורין על ידי בית המשפט העליון. עם זאת, נקבע בערכאה נמוכה יותר כי הזכות לחקירה הנגדית אינה נפגמת עד כדי פסילת הראיה. ראו למשל: *Felix v. Mayle*, 379 F. 3d 612 (2005).

בפסקי דין אחדים באנגליה, נתקבל פרוטוקול הזיהוי, מקום שעד לא הצליח לזהות את הנאשם באולם בית המשפט. זאת, מבלי שהונחה תשתית מספקת למקור הקבילות⁸. בפרשת *McCay*, קיבל בית המשפט את הפרוטוקול כראיה, תוך דחיית ההתנגדות מצד הסניגוריה, אשר טענה כי מדובר בעדות שמיעה. בית המשפט העלה מספר טעמים אפשריים חלופיים לקבילות הראיה בלא לקבוע מסמרות בעניין. מחד גיסא, קבע בית המשפט, כי אפשר שיש להכיר בקבילותה של הודעת הזיהוי במסדר משום שמדובר בהצהרה הנלווית לאקט רלוונטי ומסבירה אותו, ועל כן היא קבילה⁹. לפי פרשנות זו, הסתמכות על אמרת העד במהלך המסדר אינה נופלת בגדר הכלל האוסר עדות שמיעה¹⁰. מאידך גיסא, הוסף באותו עניין, כי ניתן לקבל ראיה זו כסוג מסוים של ראית מקור. כל זאת, בלא לקבוע במפורש מהו המקור המשפטי המתאים והנכון ביותר לקבילות פרוטוקול המסדר כראיה¹¹. מכל מקום, בית המשפט מצא עיגון חקיקתי לקבילות הודעתו של העד המזוהה במהלך המסדר, בחקיקה אשר עניינה התקנת כללים להכנת מסדרי הזיהוי ולעריכתם – היינו ה-*Police and Criminal Evidence Act, 1984*¹². כאמור, בית המשפט לא טרח להקפיד על קביעת המקור המשפטי המדויק לקבילות הפרוטוקול ונתלה בהוראות החקיקה אשר פורשה כאמור כמקור לקבילות. בכך הוחמצה ההזדמנות במשפט האנגלי, כמו בזה האמריקני ובוזה הישראלי, לניהול דיון מושגי של ממש בשאלת המקור המשפטי המתאים לקבילותה של ראית הזיהוי במסדר.

8 ראו למשל: *R. v. Osborne and Virtue* [1973] 1 All E.R. 649 (8th ed., 1995), אשר הוזכרו אצל: *R. v. Burke and Kelly* (1847) 2 Cox C.C. 295; *COLIN & TAPPER, ON EVIDENCE* 586–587 (8th ed., 1995).

9 *R. v. McCay* [1991] 1 All E.R. 232 (להלן: פרשת *McCay*). גם בפסיקה הישראלית הוכרה קבילותה של אמרה, המלווה מעשה ומסבירה את עשייתו, כראיה לאמיתות תוכנה, וזאת, כחריג לכלל הפוסל עדות שמיעה, ראו ע"א 6/51 קירשבאום נ' קרויניק, פ"ד ח 564 (1954); וכן קדמי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 518–519; כן ראו *Ahem v. R.* 165 C.L.R. 87, 93 (1988); *Colin & Tapper*, שם, בעמ' 589–590.

10 יש החולקים על עמדה זו, ראו *Cross & Tapper*, שם.

11 ראו עניין *McCay*, לעיל ה"ש 9.

12 הכוונה היא להוראות: *Para 15 [a] of Annex A to the Code of Practice for the Identification of Persons by Police Officers, issued by the Secretary of State under §§ 66 & 67 of the Police and Criminal Evidence Act 1984 (Eng)*, ראו התייחסות לעניין זה מנשה ועאסי "טעות ביהי חזותי של חשודים", לעיל ה"ש 1, בטקסט שבה"ש 41, 45, 52, 216, 220, 232, 314, 340 ו-341 שם. יש לציין עוד, כי קבילות זו אינה אוטומטית וכי לבית המשפט שמורה הסמכות שבשיקול דעת שלא לקבל הודעת העד במסדר, אם וכאשר תנאים מסוימים לא מולאו בהתאם לכללי עריכת המסדר.

ג. הפרוטוקול כראיה לעקבות הזיהוי בבית המשפט

1. בחינה ביקורתית של ההנמקה המוצעת על ידי הפסיקה תחילה נבחן את המקור המשפטי הראשון שהוצג בפסיקה לקבילות הפרוטוקול כראיה. לדעתנו, העמדה, כי היתר לעשות שימוש בפרוטוקול, מקום שעד אשר זיהה את הנאשם במסדר זיהוי בשלבי החקירה מזהה את הנאשם גם במשפט, מהווה חריג לכלל האוסר הוכחת עקביותו של עד, אינה יכולה לעמוד במבחן הביקורת.

כלל הוא, שהודעת חוץ אינה קבילה לשם הוכחת עקביותו של עד. כלל זה מכונה, לעתים, הכלל נגד סיוע עצמי. הטעם העיקרי לכלל הוא שלעקביות אין ערך פרוביטיבי משמעותי¹³. העובדה, כי עד חוזר על גרסתו, אין בה ערוכה להגברה, בדרך כלל, באורח ממשי של ההסתברות כי גרסה זו אמיתית. את מהימנות העד ניתן, וצריך בהחלט, להוכיח באמצעים אחרים התומכים בגרסתו, אך לא באמצעות הודעותיו שלו. הרי אם ביסוד אמרתו הקודמת של העד מצויה טעות, מצפים שהעד יתמיד בטעותו. גרוע מזה: קיים חשש שזה יכדה גרסה ויתמיד בה, חשש שלא ניתן לבטלו על יסוד ההיזקקות לעדותו האחרת של אותו עד¹⁴.

אחד החריגים הבודדים לכלל השולל סיוע עצמי הינו זה המעוגן בסעיף 9 לפקודת הראיות, העוסק באמרת עד בעת ביצוע העבירה¹⁵. סעיף זה מאפשר לבית המשפט לקבל עדות על אמרה של עד, אשר הופיע לפניו, אשר נאמרה בשעת העבירה הנטענת, או בסמוך לה, אם היא נוגעת במישרין לעובדה השייכת לעניין. אמרת חוץ הנמסרת בנסיבות אלה עשויה לשמש להוכחת עקביותו של העד ולתמיכת מהימנותו, אם וכאשר העד מאשר את האמרה בעדותו בבית המשפט. הטעם העיקרי אשר עומד בבסיס היתר זה, נעוץ בהנחה כי אמרה הנאמרת מפיו של אדם, באורה ספונטני ולנוכח התרחשותו של אירוע עבירה מרגש אינה חשודה כבדויה. אדרבא, בנסיבות אלה, ובמיוחד לנוכח הספונטניות במתן האמרה באשר לאירוע העבירה, עד כדי היותה חלק ממנו, ובנסיבות של סמיכות במתן האמרה מבחינת הזמן והמקום, המחזקים לכאורה את מהימנותה האובייקטיבית, יש יסוד להנחה כי זו מבטאת נכונה את שקלט העד בחושי, ועל כן אין מניעה מלקבלה כראיה לאמיתות תוכנה¹⁶. יש לציין, כי חריג זה מהווה הכרה חלקית בדוקטרינה

13 להבדיל מחוסר עקביות, שהינה רלוונטית לשם ביסוס חוסר אמינותו של העד. על ההבחנה בעניין זה נעמוד בהמשך.

14 ראו קדמי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 753; ע"פ 406/78 בשי"ר ג' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 393, 437-438 (1980).

15 ראו קדמי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 533. על כן, בסיטואציה האחרונה, היינו, אם העד חוזר בו או משנה את טעמו, מותר להגיש את האמרה בעזרת ס' 9, כחריג לכלל הפוסל עדות שמיעה, מבלי להידרש כלל למנגנון של ס' 10 לפקודה. ראו גם ע"פ 11/58 מנקס ג' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יב 1905, 1919 (1958).

16 ראו קדמי, שם, בעמ' 532.

הידועה של רס-גסטא (*Res Gestae*), שהרי הוא מכשיר כראיה לאמיתות התוכן אמרת חוץ של עד שנאמרה "אגב" מעשה התרחשותו של אירוע מעורר דגשות, כך שניתן לראותה כחלק ממנו. עם זאת, הדוקטרינה הקלאסית של רס-גסטא אינה מחייבת את העדת העד — נותן האמרה — במשפט¹⁷.

ממילא עולה מדברים אלה שכלל זה אינו יכול לתת הסבר לקבילותו של פרוטוקול הזיהוי כראיה. מסדר הזיהוי הינו הליך מתוכנן, והוא מרוחק, בדרך כלל, הן מבחינת הזמן, הן מבחינת המקום והן מבחינת חוויית העד, מאירוע העבירה נושא העניין. הרציונלים, אשר הצדיקו יצירת חריגים לכלל האוסר סיוע עצמי אינם מתקיימים בהקשר זה. אם מתירים בנסיבות אלו הבאת האמרה לעקבות העד, אין כל נימוק שבהיגיון להיעצר דווקא כאן. למעשה, ספק אם יש נימוק להיעצר כלל. קבלת פרוטוקול המסדר כעדות אודות עקביות העד, צריכה להוביל, מטעמי עקביות דווקא, להפקעת תחולתו של האיסור על הבאת סיוע עצמי.

אלא שהקושי הינו אף חמור יותר ועלול לשקף תפישה מוטעית מן היסוד באשר ליכולת הזיהוי שיש לצפות מן העדים המזהים במהלך המשפט. על אף שההלכה בעניין קטאשווילי מייחסת, כנזכר, לפרוטוקול המסדר מעמד של ראייה עצמאית, הרי בו בזמן היא רואה את הזיהוי במשפט כעדות העיקרית שעליה נסמך זיהויו של הנאשם כמבצע העיקרי ושאליה אך מורכב הסיוע העצמי בדמות הזיהוי במסדר. דהיינו, העדות במשפט נתפשת כעיקר, ואילו פרוטוקול הזיהוי — כ"טפל" שלא בא אלא כדי להצביע על עקביות העדות במשפט. עמדה זו מניחה כי במעמד מתן העדות בבית המשפט, יש לעד המזוהה יכולת קוגניטיבית מתאימה, שמכוחה הוא מסוגל להעיד ולזהות שוב את מבצע העבירה. עמדה זו, ככל שהיא מובנת כטענה בעלת תוקף כללי ללא תלות בנסיבות הזיהוי, במשך הזמן שחלף מעת המסדר ועד לזיהוי החוזר במשפט ונסיבות נוספות¹⁸, מוטלת בספק. הראינו כבר, כי זיהוי חשוד במסדר, כשלעצמו הוא בעל ערך ראייתי מסופק. זאת, חרף הערוכות המונחות במסדר, כמו מספר ניצבים, הזהרת העד המזוהה ודרישת הדמיון (כהנחה שהמסדר מבוצע בהלכה).

נוסף לכך, אם אכן מניחה הפסיקה יכולת קוגניטיבית לזיהוי נכון גם בבית משפט (הנחה העשויה להיות סבירה בנסיבות מסוימות, כאשר, לדוגמה, המשפט מתנהל בסמוך מאוד לאחר ביצוע העבירה), הרי עדיין מצב זה חשוף לסכנות מוחשיות

17 ראו קדמי, שם, בעמ' 534, והאסמכתאות המובאות שם. חריג נוסף לכלל האוסר סיוע עצמי הינו זה המתייחס להגשת תלונה מיידית של קורבן עבירת מיץ. אין ספק, עם זאת, כי מדובר בחריג מצומצם ביותר מבחינה עניינית שאף אינו מכשיר אמרה זו לאמיתות תוכנה, כפי שעושה ס' 9 לפקודת הראיות, אלא ובעיקר לשם הוכחת עקביות הקורבן ומהימנותו. יש לשים לב כי אף חריג זה מתבסס כל כולו, ובעיקר, על ספונטניות האמרה, שהינה תולדה של "התרחשותו של אירוע מקרי, מפתיע ומרגש; ואין הוא מתרחב וכולל אמרות 'מרוחקות' יותר, הניתנות על רקע של מחשבה ושיקול דעת".

18 ראו מנשה ועאסי "טעות בזיהוי חזותי של חשודים", לעיל ה"ש 1.

וחמורות אחרות. הגיון הדברים הפשוט ומחקרים אמפיריים רבים¹⁹ מלמדים, כי לא ניתן לייחס משקל כלשהו לזיהוי חשוד על ידי עד, כאשר האחרון מתבקש לבצע זיהוי בעומדו על דוכן העדים בבית המשפט, כש"מושא הזיהוי" מסומן מאליו ביושבו על ספסל הנאשמים (ולעתים, ככול באזיקים ומוקף בשוטרים)²⁰. תירה מזו, גם הפסיקה הישראלית התייחסה בחשדנות לזיהוי הנעשה בנסיבות מדריכות פחות מאלו²¹.

למשל, מקום שחוקר המשטרה מציג לעד תמונה אחת של חשוד ושואלו אם "זה האיש" (Show-up)²², הזיהוי הוא חסר משקל של ממש. שכן, החשוד מוצג בפני העד ככזה, ודי בכך כדי לשחד את זכרונו של העד ולהניעו לזהות את החשוד דווקא כאותו אדם שראה בעת ביצוע העבירה. בנוסף הצגת החשוד/הנאשם ביחידות בפני העד אינה מאפשרת להעמיד את זכרונו של האחרון במבחן של ממש²³.

19 בנוסף, ההצבעה או ה"Show up" היא קבוצת המקרים שבהם העד נדרש לזהות אדם היושב מולו ללא כל הפעלה של פרוצדורת זיהוי נאותה, כגון מסדר. מחקרים רבים הצביעו על כך, שזיהוי על ידי הצבעה (Show-ups) מוביל למספר גבוה מאוד של זיהויים שגויים. ראו, למשל, המחקרים המצוטטים ב-"PETER B. AINSWORTH, PSYCHOLOGY, LAW AND EYEWITNESS TESTIMONY 85 (1998)".

20 למסקנה זו ראו, למשל, פסק הדין בעניין ע"פ 648/77 קריב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 729, 761 (1978); ע"פ 107/51 סמדרמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ו 273, 275 ו-277 (1952). ראו גם הדברים שנאמרו בע"פ 848/76 ביאזי נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(3) 408 (1977). ראו גם קדמי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1020. המחשה אירונית ביותר הובאה בדמות עניינו של Jeffrey Streeter. זה הורשע בעבירה שלא היה לו כל קשר איתה. והכיצד? Streeter ישב מחוץ לאולם המשפט עת פנה אליו סניגור וביקשו לשבת לידו על מנת לבחון את זכרונו של עד הראייה במשפט שניהל. הסניגור שכח להודיע לשופטים על ההחלפה. והנה, למרות שהנאשם האמיתי נכח אף הוא באולם המשפט, שלושת עדי הראייה זיהו בתקיפות את Streeter המבוהל, שישב ליד הסניגור, כאותו עבריין שראו. Streeter נכלא ליום אחד בלבד, ושוחרר לאחר שנתגלתה הטעות. Ronald C. Huff, Arye Rattner & Edward Sagarin, Convicted But Innocent: Wrongful Conviction and Public Policy, 70 (1996). השוו לדבריהם של Williams & Hammelmann שמתבססים על הרושם "החגיגי" שמתור "טקס" הזיהוי באולם בית המשפט על מושבעים: Glanville Williams & H. A. Hammelmann, Identification Parade — Parts I and II, CRIM. L. REV. 479, 480 (1963).

21 ראו, למשל, ע"פ 801/80 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 161, 164-165 (1981); עניין קריב, שם. יחד עם זאת, בתי המשפט לא הקפידו באופן דווקני על הלכה זו, ובמקרים חריגים ניתן גם ערך לזיהוי בבית המשפט. ראו ע"פ 1215/95 אלטורי נ' מדינת ישראל, תק"על 95(2) 980, 978 (1995).

22 ראו, למשל, הדברים שנאמרו בעניין ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221, 397 (1988). השוו ל-"Charles A. Pulaski, Neil v. Biggers: The Supreme Court Dismantles the Wade Trilogy's Due Process Protection, 26 STANF. L. REV. 1097, 1098 (1974); דין דומה חל גם בגרמניה, שם יש להליך כזה ערך ראייתי שולי ביותר, אם בכלל. ראו Ulrich Eisenberg, Beweisrecht der Stpo, Spezialkommentar, 4 AUFLAGE, Para. 1475, 1353j, Julius, in Heidelberg Kommentar zur, 1477f, Para. 1353b (2002). לעיל ה"ש 5; כן ראו: Strafrechtsprozessordnung, 3 AUFLAGE, § 261 Para 40 (2001).

23 לחשיבות הגודל הפונקציונלי של המסדר ראו: אברהם לוי "התייחסות קצרה ואוהדת ל'טעויות' ביהוי חשודים: הזמנה למחקר רפורמה" משפטים 478, 471 ו-485 (התשס"ה).

למעשה, בענייננו, הזיהוי הנעשה בבית המשפט הוא אף גרוע מ־Show-up טיפוס. יש לזכור שהוא נעשה לאחר שאותו נאשם כבר זוהה על ידי אותו עד במסדר זיהוי בשלב החקירה. כאן עשויה בהחלט הסיטואציה להילכד ברשתו של "תוצא המחויבות"²⁴. מחקרים גילו, כי ברגע שהעד מזהה דמות או תמונה מסוימת פעם אחת, הוא עשוי לפתח מחויבות לאותה דמות, מתוך עצם בחירתו בה, ללא קשר הכרחי להתאמתה בפועל לדמות המקורית ממנה התרשם בעת האירוע, ובוודאי ללא קשר הכרחי לנכונות הזיהוי שביצע²⁵. מחויבות זו נחשבת למידע חדש שחודר ונשתל בתוך הזיכרון המקורי של תמונת העבריין. לפי השערה זו, כאשר אין סתירה "צורמת" בין התמונה שנבחרה לבין תמונת העבריין, הדמות הלא נכונה מועדת להחליף את תמונת העבריין תחת אותו "תג" בזיכרון שהיה שייך לעבריין²⁶. תוצא זה עלה ברורות ממחקר שנערך על ידי Brigham & Cairns²⁷, שמסקנותיו

Gabriel W. Gorenstein & Phoebe Ellsworth, *Effect of Choosing an Incorrect Photograph on a Later Identification by an Eyewitness*, 65 JOURNAL OF APPLIED PSYCHOL. 616, 621 (1980).

SIEGFRIED LUDWIG SPORER, ROY S. MALPASS & GUENTER KOEHNKEN, *PSYCHOLOGICAL ISSUES IN EYEWITNESS IDENTIFICATION* 219 (1996).

השוו לתופעת ה"הפרעה הרטרואקטיבית" שאותה מתאר סם רקובר "לזוהות נוכל בפרצופון" ביטאון אוניברסיטת חיפה 7, 8 (סתיו 1997).

ראו: BRIAN L. CULTER & STEVEN D. PENORD, *MISTAKEN IDENTIFICATION*, 107-108 (1995).

99 סטודנטים צפר בקלטת וידאו המציגה מעשה תקיפה. בתום הצפייה חולקו הסטודנטים באופן רנדומלי לארבע קבוצות. בקבוצה הראשונה הוצג לסטודנטים אלבום הכולל 18 תמונות (שלא כללו את העבריין) והם נתבקשו לדרג אותן מבחינת האטרקטיביות (אך מבלי לנסות ולזהות או לשפוט את המצולמים לפי הזיכרון שלהם אודות העבריין). חברי הקבוצה השנייה (קבוצת הניסוי) ראו אותן 18 תמונות, אך הם החליטו אם תמונת העבריין נמצאת ביניהן, אם לאו. מתוך קבוצת הניסוי, מחצית מהסטודנטים גילו לחוקרים מה היו החלטותיהם כאשר לזיהוי, בעוד שהסטודנטים חברי המחצית האחרת שמרו את החלטותיהם בחשאי. הקבוצה השלישית, לא ראתה כלל את אלבום התמונות. יומיים לאחר מכן, כל הסטודנטים המשתתפים ניסו לבצע זיהוי של העבריין מתוך אחד משני מסדרי זיהוי תמונות. האחד מורכב מתמונת העבריין, משתי תמונות שהוצגו באלבום התמונות ומשתי תמונות חדשות. האחר היה מורכב מתמונת העבריין, מהתמונה שזוהתה באלבום (על ידי אלה שגילו את ההחלטה לחוקר), מתמונה נוספת מהאלבום ומשתי תמונות חדשות. כך נראו התוצאות: ראשית, נתגלה הבדל ניכר ברמת הדיוק בויהו בין סטודנטים המנויים עם קבוצת הניסוי (בין אלה שגילו את החלטתם בנוגע לאלבום התמונות ובין אלה ששמרו את החלטתם בחשאי (30%, 36% בהתאמה)), לבין הסטודנטים שכלל לא ראו אלבום תמונות (69%) ולחברי הקבוצה הראשונה שלא נתבקשה להחליט כאשר לזיהוי אלא רק לדרג לפי אטרקטיביות (64%). שמירת החלטת הזיהוי בחשאי או גילוייה לחוקרים לא שינתה באופן משמעותי את אחוז הזיהויים הנכונים, בעוד שקבלת החלטה כאשר לתמונות שהוצגו (להבדיל מעיון גרידא בתמונות) גרמה לשינוי בתוצאות. שינוי משמעותי זה ברמת הדיוק מוכיח את השפעתו העצומה של תוצא המחויבות. מחויבות זו אף היוותה גורם רציני ביחס להחלטה המקדמית הנוגעת לעצם ההחלטה לבצע זיהוי פוזיטיבי באחד משני המסדרים המאוחרים. בעוד ש-77% מהסטודנטים שביצעו זיהוי פוזיטיבי של תמונה מתמונות האלבום ביצעו גם זיהוי פוזיטיבי במסדר הזיהוי המאוחר יותר, רק 50% מאלה שלא זיהו זיהוי פוזיטיבי באלבום התמונות החליטו לזהות פוזיטיבי במסדר המאוחר יותר. יצוין, כי לא היה הבדל של ממש ברמת הדיוק בין הסטודנטים שקבוצת

מאששות את הזיהוי כי היחשפות מוקדמת לדמות ובחירה בה במהלך מסדר, מזיקה ומפריעה לזיהוי בבית המשפט לאחר מכן. הגברת הסתברות לטעות היא פונקציה של עצם קיום החלטה לזהות או שלא לזהות בשלב המסדר. אנשים נוטים לשמור על מחויבות להחלטותיהם²⁸. זיהויים שגויים בשלב המסדר מובילים לזיהוי שגוי בשלבים מאוחרים יותר, כולל במוכן בעת המשפט²⁹.

יודגש, כי אמנם תוצא המחויבות, כפי המתואר בספרות, אינו מתייחס בהכרח ל"התחייבות" הכרתית-חברתית מודעת שהמזהה נטל על עצמו והעשויה ליצור מניפולציה קוגניטיבית (כגון המחויבות שעשוי לחוש עד שמא ימצא לא-עקבי, ייראה בלתי אמין, או יאכזב את ציפיות החוקרים ויחשב לטורח בעיניהם). עיקר הבעייתיות מתמקד דווקא במחויבות לא מודעת לדמות שזוהתה במסדר, עד כדי החלפת הדמות המקורית של המבצע שהותירה רושם בתודעת העד לדמות שזוהתה, ללא מודעות של ממש לשינוי זה³⁰. עם זאת, לא ניתן להתעלם גם מהיבט נזכר זה של מעין "מחויבות ציבורית" של העד העשוי להשפיע עליו – שאף הוא זכה לאישוש מחקרי³¹. שכן, בהחלטתו על זיהוי בהליך פלילי שנתפש כרציני והעוסק בדיני נפשות ובגורלות של אנשים התלויים בו, גורם העד, לעתים תכופות,

הניסוי, שביצעו זיהוי פוזיטיבי במהלך העיון בתמונות האלבוים, לבין אלה שלא ביצעו זיהוי כזה. ההבדל המשמעותי היה באחוז הטעויות. סטודנטים שזיהו פוזיטיבית במהלך העיון באלבוים התמונות היו מועדים יותר לטעות בזיהוי במסדר (בדרך כלל – על ידי בחירת תמונה שהופיעה קודם באלבוים התמונות) – ושיעור הטעות נסב סביב 65%! לעומת זאת, סטודנטים שלא זיהו באופן פוזיטיבי תמונה כלשהי באלבוים התמונות, היו מועדים יותר לדחות בטעות את מסדר הזיהוי המאוחר יותר (דהיינו, שלא לזהות איש למרות שהעברייין נמצא במסדר). אחוז דחיית המסדר בקרב קבוצה זו היה 59%. גם תוצאה זו ניתן לבאר כחלק מ"תוצא המחויבות". כאן המחויבות היא נגטיבית – לאי מציאותו של העברייין אליו נחשף בעת האירוע. ואמנם ניתן לראות כי זיהויים שגויים בשלב אלבוים התמונות הובילו לזיהוי שגוי במסדר הזיהוי, בעוד שדחייה של אלבוים התמונות גררה דחייה לא נכונה של מסדר זיהוי מאוחר.

28 בתי המשפט בגרמניה הכירו בבעייתיות המתוארת, הקשורה לזיהוי חשוד שקודם לכן נבחר באלבוים התמונות, וקבעו כי לזיהוי כזה אין כל ערך מוסף. ראו: SPORER, MALPASS & KOEHNKEN, לעיל ה"ש 25, בעמ' 218.

29 דוגמה נוספת המספקת הוכחה אמפירית לתוצא המחויבות ניתן למצוא במחקר שנערך על ידי Loftus & Greene. הנחקרים ראו תמונה של אדם מסוים, ולאחר מכן ניתן להם מידע כתוב אודות מראהו של אותו אדם שכבר ראו. בחומר הכתוב היה סיפור מטעה שתיאר אותו אדם, שהיה מגולח למשעי, כבעל שפם כביכול. בתנאים אלה, הנחקרים שוטיםו בחרו אדם עם שפם כאותו אדם שראו, מעל לרמה של בחירה אקראית (69% – [31] נחקרים מתוך קבוצה של 45)]. כאשר הרצגה בפני הנחקרים התמונה המקורית של האדם שראו, רובם המוחץ דבק בהחלטתם הראשונה, השגויה (89% [16] מתוך 18)]. ראו Elizabeth F. Loftus & Edith Greene, *Warning: Even Memory for Faces May be Contagious*, 4 LAW AND HUMAN BEHAVIOR 323, 329–331 (1980); מחקרים נוספים הראו תוצאות דומות. SPORER, MALPASS & KOEHNKEN, שם, בעמ' 218–219; ראו גם GARY L. WELLS, EYEWITNESS IDENTIFICATION, 68, 87 (1988).

30 ראו גם: SPORER, MALPASS & KOEHNKEN, שם, בעמ' 217–218.
31 ראו מנשר ועאסי, לעיל ה"ש 1, ראו המחקרים המצוטטים בטקסט שבה"ש 148.

למשטרה ללכוד חשוד, לעצור אותו (אולי אף תוך שחרור חשודים אחרים), לנהל נגדו הליכים משפטיים, להביא לאישומו ולניהול תיק פלילי נגדו, על כל המשתמע מכך. השפעה זו עשויה להגיע לשיא בשלב ניהול המשפט לגופו, ואפשר לומר כי מדובר בהליך שעשוי להיחשב בעיני העד כ"אל-חזור": הכול מוכן ומתוקן לזיהויו של הנאשם; כל העיניים נשואות לעברו של העד כדי שיהיה אותו אדם על ספסל הנאשמים — שהוא, העד, אחראי במידה רבה להיותו שם. ניתן אך להעלות תקווה בעלמא שעל אף קיומם של מחקרים כאלה, עדים מזהים, הרגישים במיוחד לזכריות אדם, יבינו שגם בהחלטת הזיהוי שביצעו מצוי פוטנציאל של חריצת גורלו של אדם, ולפיכך, יבנו את מחויבותם הציבורית תוך התמקדות גם במניעת חשיפתו של אדם לסיכון של הרשעתו כחף מפשע.

כעת, ראוי לציין, כי בפסיקת בית המשפט העליון (וניתן לשער — אף בעבודתם השוטפת של בתי המשפט הדייוניים) ניכרת מודעות מסוימת לתוצא המחויבות. כך קובע הנשיא שמגר בפרשת קריב³²:

"זאת ועוד, ידוע לאור נסיון החיים, כי הצבעה על פלוני במסדר זיהוי יוצרת מעין הקפאת-דמות של המזוהה בזיכרונו של המזוהה ועל-כן יש להניח כי מי שזיהה את פלוני במסדר זיהוי לא ישנה עמדתו וימשיך לזהותו גם בכל שלב מאוחר יותר של החקירה או של ההליכים המשפטיים. הוא הדין מבחינת היפוכו של דבר, היינו מי שהוצגה לפניו בדרך כלשהי תמונה או תיאור דמותו של החשוד לפני מסדר הזיהוי עלול, בשל כך בלבד, לזהות אותו אדם גם לאחר מכן בעת מסדר הזיהוי ומה גם שתמונה שהוצגה יהיה זה אפילו בתוך מסדר תמונות, תהיה רעננה יותר בזכרונו של העד מהתרשמותו בעת אירוע המעשה שעליו הוא מעיד."

כל שנדרש כעת הוא להחיל דברים אלה על היחס שבין זיהוי במסדר גופו לזיהוי הנדרש בבית המשפט³³.

לסיכום נקודה זו, הראינו, כי לזיהוי הפוזיטיבי בבית המשפט אין, בדרך כלל, משקל ראייתי של ממש. חוסר המשקל נובע הן מהנחה מבוססת כי היכולת הקוגניטיבית של העד במעמד מתן העדות היא חלשה יותר במעמד מסדר הזיהוי

32 עניין קריב, לעיל ה"ש 20, בעמ' 742.

33 יש להביא בחשבון גם את השפעתו של "תוצא ההיכרות" אשר נסקר על דינו: מנשה ועאסי, לעיל ה"ש 1, בה"ש 149 ובטקסט הנלווה אליה. הרעיון הבסיסי הינו, כי כאשר העד נחשף לתמונתו של החשוד במסדר הזיהוי או באלכום תמונות העבריינים, בין אם זיהה אותו ובין אם לאו, הוא עשוי לפתח תחושת היכרות כלפי דמות החשוד, ללא קשר לזיקתו של החשוד לעבירה נושא העניין. מכאן, הראו מחקרים רבים, כי קיימת סכנה בלתי מבוטלת כי זיהוי המאוחר של החשוד נובע דווקא מתחושת ההיכרות של העד, אשר מקורה בהיחשפות הקודמת לדמותו, מבלי שיש לכך נגיעה כלשהי לעבירה. מכאן, גם אם תוצא המחויבות אינו פועל במלוא עוצמתו, קיימת סכנה גדולה כי זיהויו של הנאשם על ידי העד המזוהה בבית המשפט נובע דווקא מתחושת היכרות הנובעת מהיחשפות לדמות זו בעת המסדר.

— בעיקר בשל חלוף הזמן ובשל השפעתם של תוצא המחויבות ותוצא ההיכרות, והן מהיעדר הערוכות הקיימות במסדר זיהוי לעומת זיהוי אחד-מול-אחד בבית המשפט. לפיכך, נשמט הבסיס להתייחס לראיית המסדר כאל ראיה "משנית", אשר מובאת בתמיכה לראיה העיקרית שעניינה הזיהוי הפוזיטיבי בבית המשפט. למעשה, דעתנו היא, כי יש למקם את ראיית הזיהוי שהושגה בהליכי החקירה דווקא, במקרה בחינתנו. ראיה זו הינה מהימנה יותר — ככלל — מכמה טעמים. ראשית, משום שהיא נגבית מוקדם יותר על ציר הזמן, ולעתים — אף בתכופ לביצוע העבירה; שנית, בשל נטרול הסכנות הנוצרות בהשפעתו המזיקה של תוצא המחויבות העשויות להופיע בשלב המאוחר של המשפט; ושלישית, משום טכניקת הזיהוי, היינו, שהזיהוי במסדר מבוצע לאחר "בדיקת" זכרונו של העד על ידי הצבת החשוד בין מספר ניצבים נוספים (בדרך כלל שבעה) הידועים כחפים מפשע, הדומים לו. עדיפות זו לה אנו טוענים, של ראיית הזיהוי במסדר, מחייבת את המסקנה כי אין הגשת פרוטוקול הזיהוי צריכה לשמש להוכחת עקביות העד. למעשה, אפוא, הראיה המהותית בדבר הזיהוי היא זו המתקבלת במסדר הזיהוי החקירתי דווקא, ולא בבית המשפט.

מכאן עולה ממילא המסקנה שלא ניתן לקבל את ראיית הזיהוי במסדר על בסיס התפישה של הוכחת עקביות. חוסר הפרוביזיביות של הזיהוי בבית המשפט, מעצים את היעדר המשמעות הראייתית שבעקביות העדות, כביכול. עיקר חשיבות הזיהוי בבית המשפט, לטענתנו, הוא אלמינטיבי בלבד. מדובר בפרוצדורה שנועדה כל כולה לוודא שאין העד חוזר בו מהזיהוי שעשה במסדר החקירתי. כלומר, שלא מתקיימות נסיבות שבהן אפשר לחשוד, באופן מיוחד, במהימנות הזיהוי במסדר ובמניעיו. אין ספק, כי במצב דברים אידיאלי ראוי היה שהעד יבצע את הזיהוי במסדר כחלק מהליכי המשפט עצמו. אולם, ברור כי הדבר אינו מעשי, מפאת חלוף הזמן ובשל הסיכון כי זכרונו של העד יאבד עד למתן עדותו, ומפאת הקושי המעשי בהעמדת הנאשם לדין מבלי שזוהה קודם במסדר זיהוי. על כן, נערך מסדר הזיהוי כבר בשלבי החקירה, והזיהוי בבית המשפט הינו, למעשה, זיהוי פורמלי בלבד — מעין אשרור של הזיהוי. מאחר שהזיהוי החשוב הוא זה הנעשה במסדר, פרוטוקול הזיהוי הוא ראיה עצמאית רבת משמעות לאופן שבו נערך הזיהוי. ממילא עולה שלשם קבילתו של פרוטוקול הזיהוי כראיה אין רלוונטיות לתריג האוסר סיוע עצמי. בכך גם מתאדה הרושם המוטעה, שלפיו מדובר בשתי ראיות ממשיות ונפרדות (הזיהוי במסדר והזיהוי בבית המשפט)³⁴. זאת ועוד, ככל שנקבל את התפישה כי פרוטוקול הזיהוי הוא "הדבר עצמו" ולא הטפל, באשר

34 יש לחזור ולהדגיש, על יסוד האמור בחיבור זה, כי מקום שבו עד מזהה חשוד במסדר, וזה מועמד לדין, ומוצבע שנית על ידי אותו עד כמבצע העבירה, אזי קיימת ראיה ממשית אחת בלבד, זו של הזיהוי במסדר. הזיהוי המאוחר בבית המשפט אינו יכול להיחשב כראיית זיהוי עיקרית המחזוקת או המוצאת סיוע על ידי הזיהוי במסדר, ואף לא ראיה נוספת לזיהוי המתפקדת לצד ראיית המסדר, כאילו היה מדובר אכן בשתי ראיות של זיהוי.

לזיהוי הנוסף בבית המשפט אין כל משמעות, הרי שהדבר יוסיף להגברת התודעה המשפטית ולהכשרת הלבבות, בדרך של הקפדת יתר המתחייבת כלפי עריכת מסדרי הזיהוי³⁵, ייצוג החשוד³⁶ וכדומה.

2. המקור הראוי לקבילתו של פרוטוקול מסדר הזיהוי עתה, ולאחר שמיקמנו את ראיית המסדר במסגרת הכללית והצבענו על חוסר הלימותו של החריג לכלל האוסר סיוע עצמי, נתור אחר מקור נכון וראוי לקבילות הפרוטוקול, במקרים בהם, במהלך המשפט, חזר העד על הזיהוי במסדר. למעשה, ניתן להכשיר את ראיית הזיהוי כאשר העד המזהה מאשר את אמרת החוץ שלו ומאמץ אותה — בלי שחזר על הזיהוי — ללא הזיקקות ליצירת חריג נוסף לכלל האוסר הוכחת עקביות. תוצאה זו ניתן להשיג על ידי שימוש בכלל בדבר אימוץ העדות אשר הוכר בפסיקה. לפי כלל זה, מקום בו עד מאשר את אמרת החוץ שמסר במשטרה, אך אין הוא חוזר עליה במשפט, הופכת זו להיות חלק מעדותו בבית המשפט³⁷. אמנם, טעמיו של כלל זה מתייחסים בעיקר למצבים שבהם, מפאת חשש העד כתוצאה מהפחדה או מאיום מצד הנאשם או מצד אחרים, אין הוא מוכן לחזור במפורש על הדברים, אך הוא מוכן לאשרם; או, כאשר העד מאשר כי הדברים שמסר במשטרה הם נכונים, אך אין הוא זוכר את תוכנם. טעמים אלה אמנם מתקיימים תמיד בקשר לעד המזהה, אולם כלל האימוץ יכול מבחינה משפטית לשמש אכסניה מתאימה להפיכת ראיית הזיהוי לחלק מעדות העד בבית המשפט, ואין הדבר מעורר קושי קונצפטואלי מיוחד. אחרי ככלות הכול, אף שנראה כי העדים ברובם אינם טוענים כי אינם מסוגלים לבצע את הזיהוי במהלך המשפט, הרי הסיטואציה של מתן עדות בבית המשפט היא פעמים רבות בעייתית, ואין לסוגיית בטחונם של העדים, כשלעצמו, בעת הזיהוי בבית המשפט כדי להעלות או לגרוע ממסקנה זו³⁸. לעומת זאת, במקרה הרגיל, ניתן לכאורה לבטוח יותר בהצהרת העד בבית המשפט, שלפיה בעת מסדר הזיהוי עשה העד כל שלא ידו כדי לזהות את מבצע העבירה. על כן, אנו מציעים להסתפק בהצהרת העד המזהה בבית המשפט ברוח זו³⁹.

35 מנשה ועאסי "טעות בזיהוי חזותי של חשודים", לעיל ה"ש 1.

36 מנשה "זכות הייצוג של חשוד בהליכי מסדר", לעיל ה"ש 1.

37 כך, למשל, נקבע בע"פ 803/80 אבוטבול נ' מדינת ישראל, לו(2) 523 (1981); ראו גם ע"פ

440/87 חדד נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 793, 778-779 (1989); השוו לע"פ 355/88 לוי

נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 221, 242-243 (1989); ראו גם הפסיקה שקדמה לחקיקתו של

ס' 10א לפקודת הראיות: ע"פ 71/76 מרילי נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 813 (1976). השוו

אף לרכרי השופט שמגר עצמו בעניין קטאשווילי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 67.

38 מנשה ועאסי "טעות בזיהוי חזותי של חשודים", לעיל ה"ש 1. ראו גם בעניין שדיד, לעיל

ה"ש 1.

39 אף ללא הצהרה כזו, ניתן לסמוך, בדרך כלל, על קיומו של פרוטוקול המאשר כי אין כל אינדיקציה

אחרת לאופן שבו בוצע הליך הזיהוי. הרי זו מהותה של ראיית הזיהוי, שהיא משקפת את

תודעתו של העד באשר לדמותו של מבצע העבירה, כפי שמצאה ביטוי בבחירתו במסדר.

נוסף למקור זה, ניתן להצביע על מקור נוסף לקבילותה של ראיית הפרוטוקול, הקיים ממילא בדין. במקרים שבהם העד אינו מצליח לזהות את הנאשם, מפאת חולשה בזיכרון, ניתן להגיש את פרוטוקול המסדר מכוח הכלל בדבר "הקפאת הזכירה שבעבר". הטעם הבסיסי בשימוש בכלל זה הוא שבעת המשפט, ייתכן כי אין העד זוכר עוד את פני העבריין מחמת חלוף הזמן או מחמת שינויים שחלו בפני העבריין⁴⁰, ובנוסף ובעיקר, שמוטב לסמוך על הזיהוי שבוצע במהלך החקירה על פני הזיהוי המבוצע בבית המשפט⁴¹. אישור העד את מהלך המסדר בעדותו בבית המשפט פותח את הדלת להגשת הפרוטוקול כראיה לאמיתות הזיהוי, מכוח כלל הקפאת הזכירה⁴².

למרות שכללי האימוץ והקפאת הזכירה כמקור לקבילות אינם מעוררים קושי מושגי מיוחד, והם ודאי נכונים וראויים יותר מהצגת הפרוטוקול כחריג לכלל האוסר סיוע עצמי, הרי שהשימוש במקורות אלה בנסיבות של מסדר הזיהוי אינו נקי מקשיים קונצפטואליים. לא ניתן לומר, כי ראיית המסדר מקיימת באופן מלא את כל תנאי הקבילות של כללים אלה. למשל, כאשר העד המזוהה מזהה את הנאשם בבית המשפט, אין, לכאורה, אפשרות להחיל את כלל האימוץ, שכן קשה להלום כי התביעה עצמה תטען נגד העד, שממנו ביקשה כי יזהה את הנאשם, שזיכרונו חלש כעת וכי יש לסמוך יותר על ראיית המסדר. כפי שנטען ונבסס בהמשך החיבור, יש לפיכך לקבל פרשנות חדשה, ולפיה ראיית הזיהוי במסדר הינה ראיה עצמאית הנפרדת מהזיהוי בבית המשפט, והקשורה אך בקשר נסיבתי להוכחת זיהויו של הנאשם כמבצע העבירה.

- 40 כמובן, שינויים אלה יכולים להיות יזומים על ידי הנאשם עצמו.
- 41 תנאי כלל הקפאת הזכירה, כפי שהותוו בפסיקה, הם בתמצית כדלקמן: ראשית, יש להוכיח כי הרישום הינו כן, אמיתי ומדויק, והוא נעשה מפי העד. שנית, יש להוכיח כי המקרה נופל לאחת ממספר קטגוריות. הרלוונטית לענייננו, היא הקטגוריה שלפיה, בנסיבות העניין, אין לסמוך על זכרונו של העד בעניין פרטי ההתרחשות ומן הראוי להעדיף את הרישום שנערך בהקשר זה בשעתו. בנסיבות כאלו: ראשי בית המשפט לקבל את הרישום כראיה לאמיתות תוכנו, ואף ליתן לו משקל מועדף על פני עדותו של העד. ראו קדמי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 685; ראו גם עניין ע"פ 869/81 שניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 169, 218 (1984); ראו גם ע"פ 697/78 תמיר נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(2) 416 (1979). לעניין קבילותה של אמרת חוץ בכתב של עדים שטענו כי תוכן האמרה נמחק מזכרונם; ע"פ 251/63 אבו ניל נ' מדינת ישראל, פ"ד יח(1) 261 (1964), לעניין קבילות הודיה שנמסרה על ידי חשוד אשר טען לאובדן זיכרון בעקבות חבלה גופנית שנחבל בה לאחר מכן; ע"פ 3974/92 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 371 (1993). לעניין קבילות דו"ח שרשם העד בדבר שיחות שקיימו לקוחות עם המערערים.
- 42 ניתן גם להיזקק לכלל בדבר רענון זכרונו של העד המאפשר רענון הזיכרון תוך הצגת פרוטוקול הזיהוי. עם זאת, כפי שהבהרנו, בהוכחת עצם הזיהוי – חו תכלית רענון הזיכרון – אין סג' יש צורך בהוכחת תהליך הזיהוי עצמו – דבר שהעד אינו יכול להעיד עליו. כך, למשל, העד אינו יכול להעיד על אופן בחירתם של יתר הניצבים, על ההכנות למסדר, וכדומה. ראו ההבחנה בין רענון זיכרון להקפאת זכירה אצל קדמי, שם, בעמ' 685. גם לפי הפתרונות שהוצגו עד כה לא הזיהוי במהלך המשפט הוא שבמוקד הבחינה, אלא מתן תוקף ראייתי להליך הזיהוי בחקירה. זוהי המשימה ההכריתית בענייננו.

ד. מעמדו הראיתי של הפרוטוקול במקרה של איזיהוי בבית המשפט

הפן האחר של הבעייתיות שבהלכת קטאשווילי והפסיקה שבעקבותיה, הינו זה הנוגע לשאלת קבילותו של פרוטוקול המסדר מקום שהעד המזהה חוזר בו באולם בית המשפט מהזיהוי שביצע בשלבי החקירה. כנזכר, לפי הלכת קטאשווילי, נודע לפרוטוקול הזיהוי משקל ראיתי עצמאי, שיש בכוחו כדי לשמש ראיה להוכחת אמיתות הזיהוי, ולא רק למעשה הזיהוי ולמהלך המסדר. כן נקבע באותו עניין ובפסיקה שניתנה מאז בעקבותיו, כי ניתן להרשיע על סמך פרוטוקול זה לבדו, גם כאשר מסרב העד לחזור על הזיהוי בבית המשפט או שהוא מכחיש את הזיהוי⁴³. בעניין קטאשווילי הגדיר בית המשפט את קביעתו בנסיבות המתוארות כחריג לכלל הפוסל עדות שמיעה.

כידוע, ככלל, אין עדות מפי השמועה קבילה כראיה בבית המשפט. בהיעדר חריג לכלל, עד אינו רשאי להעיד בבית המשפט על עובדות שאותן לא חווה בחושי באופן בלתי אמצעי, אם העדות מובאת כראיה לאמיתות או לשקריות תוכנה. אחד החריגים העיקריים לכלל הפוסל עדות שמיעה הינו – בהליך פלילי – סעיף 10א לפקודת הראיות. סעיף זה נועד לאפשר לבית המשפט לקבל שני טיפוסים של עדויות. הסוג הראשון, הינו עדות⁴⁴ על אמרתו של עד, אשר מעיד לפניו ומסרב לחזור על דברים שמסר במשטרה, בין מפאת שאינו זוכר את אמרתו, בין שהוא מתכחש לה, ובין שהוא מעיד דברים במשפט העומדים בסתירה להודעתו במשטרה בפרט מהותי, כאמור בסעיף 10א(א) לפקודת הראיות. הטיפוס השני עניינו עדות על אמרתו של אדם, אשר לא הופיע כעד בבית המשפט מפאת הפעלתו של אמצעי פסול במטרה לסכל את מתן העדות, כאמור בסעיף 10א(ב) לפקודת הראיות⁴⁵.

43 עניין קטאשווילי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 68. ראו גם ע"פ 3727/93 עזאמי נ' מדינת ישראל, תק"ע-94 (2) 1464 (1994), כך למשל נקבע בעמ' 1467: "זיהוי של חשוד במסדר זיהוי מוכח בדרך כלל בעדותו של העד המזהה, כשלצדה עדותו של עורך המסדר והדו"ח שנערך על ידו. עם זאת, אין מגיעה להוכיח את הזיהוי בעדותו של עורך המסדר לבדה [...] וזאת כאשר העד המזהה אינו מאשר את עובדת הזיהוי בעדותו או מתכחש לזיהוי – כמבקרה דנן – או מעיד בצורה הנוטלת את משקלו".

44 בדרך כלל – אם כי לא בהכרח – של השוטר אשר תחקר את העד במשטרה וגבה ממנו את ההודעה אכן ברוב המקרים מדובר בהודעה שנגבתה במשטרה. אם כי, ס' 10א לפקודת הראיות חל על כל עדות אודות אמרת חוץ, לאו דווקא זו המושמעת באוזני שוטר.

45 סעיף זה מונה מספר תנאים כתנאי לקבלת האמרה, לרבות: מתן האמרה הוכח במשפט; נותן האמרה הוא עד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקור; העדות שונה, לדעת בית המשפט, מן האמרה בפרט מהותי, או שהעד מכחיש את תוכן האמרה או טוען כי אינו זוכר את תוכנה. ניתן למנות מספר טעמים אשר עמדו ביסוד חקיקתו של ס' 10א לפקודת הראיות. בראש ובראשונה, מדובר בצעד שהוא חלק ממגמה כללית של מעבר מקבילות ראיות למשקלן. ס' 10א לפקודת הראיות מהווה חוליה אחת בניסיונות לצמצם את דיני הפסילה ולהעביר את מוקד בחינתן של הראיות לשאלת הערכת משקלן. במישור פרטני יותר, הנרטיב השיפוטי המצדיק את קבלת הסעיף הלך פחות או יותר, כך: לנוכח שכיחות התופעה של איום על

שאלה היא, אם קבילות הפרוטוקול, מקום שהעד מתכחש לזיהוי או מסרב לבצע את הזיהוי בבית המשפט, נובעת כיום מסעיף 10א לפקודת הראיות, אשר מייתר את הלכת קטאשווילי, או שמא מדובר בחריג אחר לכלל האוסר על עדות שמיעה, בלתי תלוי בסעיף 10א לפקודת הראיות, שראשיתו בעניין קטאשווילי (להלן: חריג קטאשווילי). בבסיס שאלה זו מונחת הנחה, שאף עליה ניתן לקרוא תיגר, כפי שנראה בהמשך, שלפיה פרוטוקול המסדר מהווה עדות שמיעה, ולפיכך יש צורך לתור אחר חריג לכלל הפוסל עדות כזו, על מנת להכשיר את קבלת הפרוטוקול. חיבור זה חותר תחת הנחה זו, ויציע פרשנות שלישית לפיה ראיית הזיהוי המתקבלת במסדר הינה ראיה עצמאית – והיא עצמה ראיית המקור שאותה יש להגיש לבית המשפט.

הנה כי כן, ניתן להציע שלוש פרשנויות עיקריות להלכת קטאשווילי, בהן נדון אחת לאחת בחיבור זה: לפי הפרשנות האחת, מדובר בחריג אשר התייתר לאחר חקיקתו של סעיף 10א, ועל כן, יש להחיל את כללי עדות השמיעה הרגילים על קבילות פרוטוקול המסדר (להלן: הפרשנות הראשונה). הפרשנות השנייה היא, שמדובר בחריג עצמאי לכלל הפוסל עדות שמיעה, לפיו הפרוטוקול מוגש בכל מקרה לבית המשפט, ללא קשר להתנהגות העד במשפט (להלן: הפרשנות השנייה). שתי פרשנויות אלה נראות מתיישבות והולמות את לשון פסק הדין בעניין קטאשווילי ואת הקשרו הכללי. הפרשנות השלישית, לעומת זאת, המוצעת בחיבור זה כפרשנות ראויה יותר והחורגת מהגישה המסורתית, הינה, כי אין צורך בחריג לכלל האוסר עדות שמיעה, משום שעדות עורך המסדר כלל וכלל אינה בגדר עדות שמיעה. עדות עורך המסדר הינה עדות מקור לעניין זיהוי הנאשם כמבצע העבירה, והיא משמשת כצינור להגשת הראיה אשר נוצרה במהלך החקירה – היא ראיית הזיהוי. דומה הדבר לראיה נסיבתית, חפצית או מדעית, אשר מושגת

עדים והשפעה על עדים מצד נאשמים או מצד גורמים בעולם הפשיעה, החלו עדים לחזור בהם מדברים שאמרו במשטרה, להעיד דברים סותרים באורח משמעותי מדברים שאמרו במשטרה, לטעון כי אינם זוכרים כלל את האירוע נושא העדות, או לטעון כי הדברים שנרשמו מפייהם על ידי חוקרי המשטרה אינם דברים שנאמרו מפייהם. לפיכך, החליט המחוקק לאפשר לתביעה במשפט פלילי להשתמש בהודעות המשטרתיות של עדים כראיה לכאורה לאמיתות תוכנם, חוקר, אשר גבה את אמרת העד, הורשה על כן, בהתקיים התנאים הקבועים בס' 10א לפקודת הראיות, להעיד כי העד אמר לו כך וכך, וכי אלה הדברים שרשם בהודעתו. כך, עדות זו, שהיא עדות שמיעה על פי מהותה – שכן חוקר המשטרה אינו יכול להעיד על אמיתות העובדות הרשומות מפי העד – הוכשרה כראיה מכוח ס' 10א לפקודת הראיות. ראו בעניין זה קרמי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 309 ואילך. ראו גם דברי ההסבר של שתי הצעות החוק שקדמו לחקיקתו של ס' 10א לפקודת הראיות: הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 3), התשל"ד-1974, ה"ח ממשלה 1130; הצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 4), התשל"ח-1978, ה"ח ממשלה 1352; ראו גם ב"ש 275/80 אלמליח נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 209 (1980); ע"פ 696/84 אלבו נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 332 (1984); ד"נ 23/85 מדינת ישראל נ' טרובל, פ"ד מב(4) 309, 319 ר-354 (1988); דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מז(3) 661, 671-672 (1993).

בהליכי החקירה ומוגשת כראיה מקורית, מבלי כל הצדקה להיזקק לדיני עדות השמיעה ולחריגים לה (להלן: הפרשנות השלישית).

צצה ועולה השאלה, מה חשיבות יש לשאלה מה המקור לקבילות פרוטוקול המסדר המוגש באמצעות עורך המסדר כראיה. לדעתנו, בראש ובראשונה, יש צורך וחשיבות בהנהרה מושגית של ראיית הזיהוי. זאת, בעיקר אל נוכח הייחוד של תהליך היוולדותה של ראיית הזיהוי במסדר הזיהוי, כפי שניתחנו זאת בהרחבה במקום אחר⁴⁶. מעבר לכך, לקביעה, כי קבילותו של פרוטוקול המסדר כפופה לסעיף 10א לפקודה, נלוות שתי נפקיות מעשיות משמעותיות. האחת נעוצה בכך שעל ראייה המוגשת מכוח סעיף 10א לפקודה לעמוד בתנאי הקבילות הנזכרים ובהלכות שפירשו אותו – אחרת לא ניתן להגישה; השנייה נעוצה בכך שראיה כזו מוגבלת מבחינת משקלה לאור הדרישה למציאת חיזוק כתנאי להסתמכות עליה כעל ראייה יחידה לשם הרשעת הנאשם. ניטול, לדוגמה, מקרה בו נפטר העד המזהה, או נעלם לאחר המסדר. קבילותה של ראיית המסדר כהודעת חוץ של העד לפי סעיף 10א(ב) מותנית בהוכחת קיום אמצעי פסול שהגיא או מנע בעד נותן האמרה מלתת את העדות. בהיעדר הוכחה להפעלת אמצעי פסול – למשל, במקרה בו מוכרר כי העד המזהה מת מיתה טבעית – יביא אימוץ סעיף 10א לאי קבילותה של ראיית המסדר, דבר העשוי בהחלט להוביל לזיכוי הנאשם. לעומת זאת, אם קבילותה של ראיית המסדר אינה מותנית בעמידה בתנאי סעיף 10א(ב) לפקודה, הרי אין לגזור כליה על ראיית המסדר אף בסיטואציה האמורה.

ההבדל בין שתי הפרשנויות האחרות – היינו זו המגדירה את הפרוטוקול כחריג לעדות שמיעה, וזו המגדירה אותו כראיית-מקור עצמאית – הינו בעיקר הבדל מושגי, אולם גם הבדל מעשי בלתי מבוטל. שכן, קיים הבדל מעשי בהתייחסות אל פרוטוקול המסדר כאל עדות שמיעה, המתקבלת בתור חריג חרף פסלותה הכללית, לבין התייחסות הרואה את עדותו של עורך המסדר והפרוטוקול כראיית מקור עצמאית ונפרדת.

1. דחיית הפרשנות הראשונה

מדובר, למעשה, בשאלה של דין מצוי. מהו אפוא הדין הנוהג? מה תוכנו של חריג קטאשווילי? ספק אם ניתן לחלץ מן הפסיקה תשובה בהירה לשאלה זו. מה הדין, למשל, בנסיבות שהובאו כשהעד נפטר? האם ניתן להגיש את הפרוטוקול כראיה בבית המשפט? הפסיקה לא התייחסה במישרין למקרה בו נפטר העד ממוות טבעי, והדברים שנקבעו בפסיקה הובאו בהקשר למקרה בו הופיע העד אך נמנע מלזהות את הנאשם או הכחיש את הזיהוי שביצע. ניתן, אם כך, לטעון כי חריג קטאשווילי הינו בעל מוכן מצומצם ברוח הפרשנות הראשונה, כך שאין בו כדי להכשיר את קבילות הפרוטוקול במקרה שהעד אינו מופיע בבית המשפט – ללא קשר

46 מנשה ועאסי "טעות בזיהוי חזותי של חשודים", לעיל ה"ש 1.

לסיבת אי הופעתו. במובן זה, הפעלת סעיף 10א לפקודה יכולה להיות עדיפה, שכן אותם רציונלים — של חשש מהשפעה פסולה על עד מצד גורמים בעלי עניין ואינטרסנטים — המכשירים אמרת חוץ של עד שלא הופיע בשל אמצעי פסול, מתקיימים גם במקרה הזה. מאידך גיסא, ניתן לכאורה לטעון כי תוצאות החלתו של סעיף 10א לפקודה, במקרה בו נפטר העד המזהה או שנעלמו עקבותיו ונמנעת עדות עקב נסיבות בלתי תלויות בצדדים, קרי — ויתור אוטומטי וגורף על ראיית המסדר, נראות חמורות מדי. אחרי ככלות הכול, מדובר בראיה שהיא, פעמים רבות, מהימנה ונחוצה מאוד לבירור האמת.

יצוין, כי פסק דין קטאשווילי, אשר ניתן חודשים מספר לאחר חקיקתו של סעיף 10א לפקודה, אינו מסתמך על סעיף זה כמקור לקבילתו של פרוטוקול הזיהוי. אלא שבית המשפט העליון ציין כי יש להניח כי נושא קבלת הראיה בדבר מסדר הזיהוי כראיה בפני עצמה יבוא ממילא על פתרונו הכללי והרחב יותר במסגרת הוראותיו של החוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 4), התש"ם-1979, שבו הוסף אף סעיף 10א לפקודה⁴⁷. צא ולמד, כי כבר בעניין קטאשווילי ראה בית המשפט בסעיף 10א לפקודה סעיף החולש על העניין, אם כי בנסיבות אותו תיק מצא לפסוק בעניין הקבילות לפי המצב המשפטי טרם חקיקתו של הסעיף. לנוכח האמור, ספק רב אם בעניין קטאשווילי התכוון בית המשפט ליצור חריג שאינו כפוף להוראות סעיף 10א לפקודה. ככל הנראה, נמנע בית המשפט מהיזקקות לסעיף 10א לפקודה, אך מפאת העובדה כי היה זה סעיף חוק חדש, שהתווסף לספר החוקים זמן קצר לפני מתן פסק הדין, או מפאת העובדה שסעיף זה לא היה בתוקף בעת ניהול ההליכים לפני הערכאה הנמוכה, אין בכך משום אמירה היוצרת מנגנון עצמאי לקבילתה של ראיית הפרוטוקול.

הנה כי כן, בעניין פלוני⁴⁸ החליט בית המשפט המחוזי בירושלים לקבל את הזיהוי שביצעה עדה, שראתה את העברייני בעת ביצוע מעשה שוד בחברתה, ולהעדיפו על עדותה בבית המשפט שבה חזרה בה מוודאות הזיהוי שברצו. בית המשפט המחוזי קבע, מחד גיסא, כי עדות עורך המסדר קבילה כראיה עצמאית מכוח הלכת קטאשווילי, אך, מאידך גיסא, כי מדובר במקרה קלאסי שבו יש להפעיל את סעיף 10א לפקודה, זאת מאחר שאין ספק — לגישת בית המשפט — שהעדה חזרה בה מהזיהוי בעקבות חשש שמא יבולע לה ולמשפחתה. מכאן, נזקק בית המשפט המחוזי לשאלה אם יש בחומר הראיות כדי לספק חיזוק מכוח סעיף 10א(ד) לפקודה.

בתחומי חלותו העובדתית של סעיף 10א לפקודה, נראה שמתחייב לקיים בירור וחקירה של ממש בדבר הנסיבות לשינוי טעמו של העד המזהה. הטעם לכך הוא, שאם העד המזהה נכשל בזיהוי בבית המשפט — דהיינו, מזהה אדם אחר שנכח

47 עניין קטאשווילי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 68.

48 ת"פ (מחוזי יום) 311/84 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"מ תשמ"ו(1) 402 (1984).

באולם או נמנע מזיהוי כלשהו באמירה מפורשת כי העברייני אינו נוכח — הרי נסיבות אלה מקבילות לנסיבות המתוארות בסעיף 10א(א)(3) (רישא) לפקודה, שלפיהן מותר להגיש אמרת חוץ של עד המוסר במשפט גרסה השונה בפרט מהותי מאמרת החרוץ. כמצב האחר, שבו העד אינו מצליח לבצע זיהוי משום שלדבריו אינו זוכר את פני העברייני, הרי זו לכאורה המקבילה למצב שבו העד מתייצב לעדות וטוען כי אינו זוכר את פרטי האירוע על אודותיו מסר הודעה במשפט, וזאת בנסיבות המתוארות בסעיף 10א(א)(3) (סיפא) לפקודה. הקטיגוריה השלישית הינה כאשר העד המזהה מכחיש את ביצוע הזיהוי במסדר, שאז ניתן לראות בו כמי שמכחיש את עצם מתן האמרה, במונח סעיף 10א(א)(3) לפקודה. בכל אבות-טיפוס אלה, ברור, כי אין עדותו של עורך המסדר יכולה להוסיף ערך ראייתי כלשהו לראיית הזיהוי שנתקבלה עקב זיהוי החשוד על ידי העד בהליכי החקירה. על כן, אין, כאמור, כל פשר להקניית מעמד עצמאי לעדותו של עורך המסדר באופן המבחין בינה לבין עדותו של כל שוטר או אדם הגובה אמרה שהגשתה מתבקשת על פי סעיף 10א לפקודה⁴⁹.

הווה אומר, כי מקום שעד מזהה חוזר בו מן הזיהוי, מכל סיבה שהיא כאמור, בין עקב חוסר יכולת לזכור, ובין בשל חששות כלשהם, עדיף שיהיה ניתן להגיש את פרוטוקול הזיהוי או את עדותו של עורך המסדר כאמרת חוץ (של העד המזהה) בהתאם לתנאי הקבילות וכפוף לתנאי המשקל הקבועים בסעיף 10א לפקודה. עדיפות זו נתמכת גם בנימוק שסעיף 10א לפקודה יכול לספק הגנה טובה יותר לנאשם, שכן הוא המחייב את בית המשפט כחלק מכללי הקבילות של ראיית מסדר הזיהוי, ולא רק ליתן הזדמנות לצדדים לחקור את העד בדבר נסיבות

49 נשוב ונדגיש, כי הקביעה, שלפיה יש למעשה זיהוי משקל ראייתי עצמאי, נלקחה ברצינות רבה בפסיקה, לא במונח של הוכחת עצם עשיית הזיהוי לצורכי ס' 10א לפקודת הראיות, אלא כראיה נפרדת ועצמאית ממש להוכחת אמיתות תוכנה. הרי, כל עדות על אמרת חוץ של עד היא ראיה עצמאית, אולם כוחה הראייתי מוגבל אך לכוח הראייתי שיש לאמרה עצמה. בשונה מכך, הפסיקה מתייחסת לראיית הזיהוי בשלבי החקירה לא רק כראיה עצמאית, במונח של עדות אודות אמרת חוץ, אלא יותר מכך. ראו למשל פסיקתו של השופט יעקב קדמי בע"פ (מחוזי ת"א) 908/95 פרץ ג' מדינת ישראל, פ"מ תשמ"ז(2) 156, 159 (1984): "ברם, ההלכה שנפסקה אצלנו [בעניין קטאשווילין] אינה מצומצמת למצב דברים כזה דווקא לגבינו ניתן ליישם את הכלל בדבר הקפאת הזכירה שעבר, אלא — מעניקה לעובדת הזיהוי מעמד של ראיה עצמאית, ללא קשר לסיבה שבה נערך כשלוף הזיהוי במהלך הדיון (לסיבה לכישלון הזיהוי במהלך הדיון השלכה לעניין משקל הראיה אך לא לעניין קבילותה)" (ההדגשות שלי — ד' מ'). המשמעות הפשוטה של דברים אלה היא בדיוק זה שאין מדובר אך בהוכחה של עצם מעשה הזיהוי, אלא דווקא בראיה עצמאית, בעלת כוח משלה, להוכחת אמיתות מעשה הזיהוי. כלומר, כזו המובאת כתמיכה למסקנה שמי שזוהה הוא אכן מבצע העבירה. הפרשנות הסבירה ביותר לדברים אלה, שבעינינו אינה מועדת לכשל של ספירה כפולה של אותה ראיה, הינה כפי המוצע בחיבור זה. היינו, שהרטוריקה של הפסיקה, אשר מקנה לעדותו של עורך המסדר מעמד מיוחד הנבדל מעדותו של חוקר כלשהו שגבה אמרת-חוץ של עד, מדגישה את עצמאות העדות ומבקשת, למעשה, להדגיש את האופי המיוחד של עדות עורך המסדר כעדות המהווה מקור ראשון לעובדת הזיהוי. ראו בהמשך.

המסדר⁵⁰, אלא גם בנוגע לטעמי התנערתו מהזיהוי בעת המשפט. זאת, כדי לעמוד על כשרות הזיהוי שבוצע בעת המסדר (למשל, אם העד לא הודרך שם שלא כהוגן לבחור בחשוד) ועל תום הלב שבעדותו. ככלל, הסעיף מחייב את בית המשפט לעסוק באופן מודע בשיקולי ההעדפה שבין ראיית מסדר הזיהוי לבין העדות בדבר אי הזיהוי בבית המשפט, ומטיל עליו ליתן נימוקים להחלטה בדבר הסתמכות על אמרת החוץ – בעניין ראיית המסדר – ולרושם⁵¹. כך גם, מקום בו העד עולה על דוכן העדים וממלא פיו מים⁵², מתחייבת בדיקה שיפוטית בדבר סירובו להעיד. כמו כן, מחייב סעיף 10א(א) לפקודה סיפוק ראיית חיזוק, קודם להסתמכות על ראיית המסדר לצורך הרשעה⁵³. לבסוף, מאפשר הסעיף לנאשם לטעון נגד קבילות הראיה, ולא רק נגד משקלה, זאת – כאשר הוא טוען, לדוגמה, לשקריות הפרוטוקול⁵⁴. באמצעות המנגנון שקובע סעיף 10א לפקודה, אפשר יהיה גם להתגבר, במידה מסוימת, על עמדת הפסיקה, שלפיה מסדר הזיהוי לעולם קביל, וכל הטענות שיש לנאשם נגדו משפיעות אך על משקלו. כל אלה הם צעדים ראויים אשר הולמים במידה מסוימת את מסקנותינו⁵⁵, שלפיהן יש קושי רב בהסתמכות על ראיית הזיהוי אל נוכח חולשתו הקוגניטיבית של הזיכרון האנושי לזכור דמויות בנסיבות כאלה. חרף האמור לעיל, אימוץ הפרשנות הראשונה, שלפיה יש להחיל את כללי הקבילות הקבוצים בסעיף 10א לפקודה על קבילות פרוטוקול המסדר כראיה, אינו כה מתבקש והוא חשופה לביקורת. הרי מה פשר ניתן לייחס לדברי בית המשפט בעניין קטאשווילי, שלפיהם הפרוטוקול אינו מוצג לפני בית המשפט אך להוכחת נסיבות עריכת המסדר, אלא גם כראיה עצמאית לעצם הזיהוי, מפי מי שנכח במסדר וראה את תוצאתו? ניתן למצוא תמיכה מסוימת לדחיית סעיף 10א לפקודת הראיות, כמקור לקבילות פרוטוקול המסדר, לטובת הפרשנות השנייה דווקא, כסיפא של דברי בית המשפט העליון בעניין עזאמי:

“עיונית, מהווה עדותו של עורך מסדר הזיהוי בנסיבות כאמור [העד המזהה

50 לבעייתיות של כלל ההשתק של עורך הדין, ראו מנשה, “זכות הייצוג של חשוד בהליכי מסדר” לעיל ה”ש 1.

51 ראו ס’ 10א(ג) לפקודת הראיות.

52 כאן, כמובן, אפשר להיזקק להבחנה בין אי זיהוי, סירוב לבצע זיהוי (עד שותק או עד מקשקש). ראו עניין חג’ יחיא, לעיל ה”ש 45.

53 ראו ס’ 10א(ד) לפקודת הראיות, וכן קדמי, לעיל ה”ש 2, בעמ’ 354 ואילך.

54 כזכור, אחד התנאים של ס’ 10א לפקודת הראיות הוא הוכחת עצם מתן האמרה. אם הנאשם (ולא רק העד) טוען לשקריות הפרוטוקול (או להיותו ראייה בדויה או מזויפת), יש בכך כדי למנוע את קבילותה האוטומטית וכדי לחייב את התביעה להביא הוכחותיה לכך (בדרך כלל – על ידי עדותו של גובה האמרה). ס’ 10א לפקודת הראיות דורש הוכחה למתן האמרה, דבר המאפשר לנאשם לטעון נגד דברים שנרשמו בפרוטוקול, הן מפי העד המזהה והן בקשר למהלך הזיהוי (ואשר לא זכו לכיסוי או לגיבוי בקלטת), שכן, מטבע הדברים, היה גם הנאשם עד למסדר הזיהוי. החלת ס’ 10א לפקודת הראיות עשויה – אולי במקרים מסוימים – להפוך מחדלים ברישום הפרוטוקול למחסום רציני לקבילות הזיהוי כולו.

55 מנשה ועאסי “טעות בזיהוי חזותי של חשודים”, לעיל ה”ש 1.

אינו מאשר את עובדת הזיהוי בעדותו או מתכחש לזיהוי — כבמקרה דנן — או מעיד באופן הנוטל ממשקלו — ד' מ', משום חריג לכלל הפוסל 'עדות מפי השמיעה'; שדר"ח המסדר ותוצאותיו מתקבלים כראיה לכאורה לאמיתות הזיהוי. עם זאת, הלכה למעשה, מוסר עורך המסדר 'עדות מקור' בדבר מה 'ששמע וראה' במסדר הזיהוי, כאשר מעמדו של הזיהוי כראיה לכאורה לאמיתותו נערץ בהנחה כי בהעדר טעם לחשוש לאמיתות הזיהוי מותר לסמוך עליו כזיהוי אמיתי"⁵⁶.

הדרישה בעניין פלוני, המוטלת על התובעת, למצוא חיזוק לעדות העדה כאשר פרוטוקול הזיהוי מתקבל כאמרת חרוץ שלה, מכוח סעיף 10א לפקודת הראיות, מתעלמת מקביעה עיקרית של פסק הדין בעניין קטאשווילי ומזו שבאה בפסיקה שלאחריו. לפי הלכה זו, עדותו של עורך המסדר הינה עדות עצמאית. אימוץ ערך עצמאי לעדות זו לצד החלתו של סעיף 10א לפקודה עלול להביא למצב של "ספירה כפולה" של אותה ראיה: הן עדות עורך המסדר, אשר, כאמור בעניין קטאשווילי, אינה מצומצמת אך לנסיבות המסדר והיא מהווה ראיה ישירה לעניין הזיהוי, והן הודעת החוץ של העד המזהה, אשר אף היא עדות ישירה לעניין הזיהוי. הרי, אם לא כך היו פני הדברים, לא היה כל מקום, לדעתנו, להבחין בין חריג קטאשווילי לבין סעיף 10א לפקודת הראיות, ודאי גם לא היה כל מקום להגדיר את עדותו של עורך המסדר כעדות מקור, עצמאית וישירה, לזיהוי.

נוסף לכך, קשה להצדיק גם את ההשערה שהובאה קודם, שלפיה אך מפאת חדשנותו של סעיף 10א לפקודת הראיות לא הסתמך בית המשפט העליון עליו כמקור לקבילות הפרוטוקול. שאם אכן זה הטעם לכך, קשה להבין את הפסיקה שבאה לאחר מכן, אשר לא קבעה שסעיף 10א לפקודת הראיות מיתר את הלכת קטאשווילי, וקיבלה, לעתים קרובות, את פרוטוקול הזיהוי בהסתמך על הלכת קטאשווילי, ללא כל אזכור של סעיף 10א לפקודת הראיות.⁵⁷

יתירה מזאת; ניתן להטיל ספק בהתאמתו של סעיף 10א להקשר הנדון. סעיף זה נועד, עקרונית לפחות, למקרים שבהם ניתן היה לצפות מן העד המופיע בבית המשפט לחזור על אמרתו במשטרה. רק משלא עשה זאת, מאפשר סעיף 10א לפקודת הראיות להתגבר על התופעה המצערת והשכיחה של הפעלת לחצים, אימים והפחדות מצד נאשמים או ארגוני פשיעה על עדים כדי להניאם ממסירת

56 עניין עזאמי, לעיל ה"ש 43, בס' ב.1 לפסק הדין.

57 ראו למשל עניין עזאמי, שם; ראו גם ע"פ 4443/95 פלח נ' מדינת ישראל, תק-על 96(3) 242 (1996) הממחיש את הזהירות שבאזכור ס' 10א לנוכח המשמעות העולות מהחלתו: "הלכה פסוקה היא: כי פרוטוקול של מסדר זיהוי מהווה ראיה עצמאית להוכחת אמיתות תוכנו, לרבות אמיתות הזיהוי שנעשה במסגרתו; וכי בית המשפט רשאי לבכר את הזיהוי שנעשה על פי הפרוטוקול על פני עדות מכחישה של המזהה, דוגמת [להבדיל מ-מכוח] אמרת חרוץ של עד לפי ס' 10א לפקודת הראיות". ראו הלכת קטאשווילי, לעיל ה"ש 3.

עדות⁵⁸. רציונל זה מתקיים באופן דל ביותר כשמדובר בעד המזהה. עיקר הטעם בהגשת פרוטוקול הזיהוי הוא להציג לפני בית המשפט את העובדה שהנאשם זוהה על ידי העד המזהה במסגרת הליך נייטרלי, בלתי מוטה, המתנהל בהתאם לכללים קפדניים בדמות כללי מסדר הזיהוי, וזאת — אף במועד מוקדם יותר וסמוך לאירוע הפלילי. מסדרי זיהוי מיועדים לספק הגנה על חשודים חפים מפשע. ולראיה, יש לזכור, כי בדרך כלל, זיהוי הנאשם בבית המשפט אינו זוכה למשקל ראייתי כלשהו (ואף אינו צריך לזכות), לנוכח היעדרו של מסדר זיהוי בבית המשפט. והיא הנותנת; אם כל כך ברור שהראיה שבית המשפט חייב להתחשב בה אינה הזיהוי בבית המשפט, אלא בעיקר הזיהוי במסדר הזיהוי, הרי זו הופכת להיות הראיה הראשית, ואילו הזיהוי בבית המשפט הופך לראיה בלתי חשובה. יותר מכך, לפי הניתוח שהצגנו בפרק הקודם, הסיבה לייחוס משקל ראייתי רב יותר לאי הזיהוי בבית המשפט, נובעת ממערכת שיקולים נפרדת ושונה מן השיקולים שבדרך כלל מנחים את בית המשפט בבואו להעריך הימנעות עד מלהעיד. בעיקר, נובעת היא מהמשקל הניכר שיש לאי הזיהוי עקב ההטיות והרמזים הדרוכים במצב של זיהוי בין כותלי בית המשפט.

בסיטואציה זו, אין הרציונל של סעיף 10א לפקודה מתקיים, שכן ממילא גם אם העד היה מעיד — ודוק: בהקשר שלנו מזהה, וגם אם לאו — פרוטוקול המסדר חייב להיות מוצג לפני בית המשפט. ממילא, גם אם יחזור העד על הדברים שמסר במשטרה — ודוק: בהקשר שלנו יזהה שוב את הנאשם — לא תהא לכך משמעות כלשהי ובית המשפט ממילא יתמקד בראיית הזיהוי, תולדת המסדר. לכן, אחרי ככלות הכול, תהא זו, לדעתנו, שגיאה קונצפטואלית לפרש את הלכת קטאשווילי כקובעת כי יש להגיש את פרוטוקול המסדר במסגרת המותווית בסעיף 10א לפקודה.

כמו כן, סעיף 10א לפקודת הראיות לא נועד ביסודו לשקף חיי מעשה, או להתוות פרקטיקה רווחת של קבלת הראיות, אלא לשמש לעזר מקום שהפרקטיקה המשפטית נכשלת. זאת, במובן שסעיף זה נועד רק למקרים החריגים שבהם יכול העד מבחינה העקרונית לחזור על הדברים, אך לא עושה כן, בדרך כלל עקב שינוי נסיבות ממש, למשל, מחשש לחייו או לחיי מקורביו. לעומת זאת, קבלת הפרוטוקול הינה תהליך שמתחייב בכל תיק בהיעדר אפשרות להתייחס לזיהוי בבית המשפט כאל זיהוי של ממש.

כאן מתחייבת הערה נוספת. דרישת החיזוק מכוח סעיף 10א לפקודה מעוררת קושי רציני. הטעם העיקרי בדרישה לתוספת זו נעוץ בסיטואציה המיוחדת שבה נמנע העד במשפט מלחזור על עדותו, ומפאת כך מוגשת אמרת החוץ שלו. כפי שהסברנו, הטעם להגשת הפרוטוקול אינו נגזר מכך שהעד אינו מזהה במשפט

58 ראו גם דברי הנשיא שמגר בעניין טובול, לעיל ה"ש 45, בעמ' 319, וכן בעניין חג' יחיא, לעיל ה"ש 45, בעמ' 671–672.

את הנאשם, שהרי הראינו כי גם בסיטואציה האחרת הפרוטוקול מוגש כראיה. כלומר, החשש שלמענו נוצרה דרישת החיזוק אינו מתקיים כאן. אמנם, יש לציין, כי נזדמן לשותפי לכתובה דאז, רביע עאסי ולי, לטעון במקום אחר, כי אין לייחס משקל ראייתי כה נכבד לראיית הזיהוי במסדר, כך שדרישת החיזוק, חרף המינוריות שלה, נראית לנו כשלעצמה בבחינת רע במיעוטו⁵⁹. אולם, דרישתה מכוח סעיף 10א לפקודת הראיות אינה נכונה, כאמור, ואינה ראויה. זאת, מכמה טעמים. ראשית, היא יוצרת הבחנה בלתי מוצדקת בין מצב, שבו העד מזהה את הנאשם באולם בית המשפט, לבין מצב שבו העד המזהה אינו עושה זאת, ובעקבות כך נוצרת הפליה בלתי רלוונטית בין נאשמים. שנית, גם אם יש מקום להבחין בין שני המצבים ולדרוש חיזוק, הרי זאת יש להגדיר, או מתוך קבלת ממצאינו וייחוס משקל מוחלש לראיית הזיהוי בכלל — ללא קשר להתנהגות העד המשפט — או מתוך ייחוס משקל לאי הזיהוי ותביעת החיזוק על מנת לאזן את משקלו של אי הזיהוי במשפט. ודאי שסעיף 10א לפקודה אינו יכול לשמש אכסניה מתאימה לכך. נקודת תורפה זהה קיימת באשר ליתרון שלכאורה מקנה סעיף 10א לפקודה לנאשם הדרוש פסילת הפרוטוקול כראיה. מדוע יש להפלות לטובה נאשם שהעד אינו מזהה אותו באולם, לעומת נאשם שזוהה באולם, כשאין חולק כי לזיהוי זה אין כל נפקות. היתרונות המתקבלים בעקבות סעיף 10א לפקודה אינם שוויוניים. הם אף יוצרים רושם מוטעה כי הצורך בהם נובע אך מהרציונלים של סעיף 10א לפקודה, ולא מהספק הגדול ששרטטנו במאמרנו הקודם באשר למשקלה ולקבילתה של ראיית הזיהוי. בשולי סוגיה זו יש לציין, כי בהקשר זה ובמסגרת הערכת התנהגותו של העד במשפט — וזוהי חובתו של השופט בבואו לבחון אם יש להעדיף את אמרת החוץ המתקבלת מכוח סעיף 10א לפקודת הראיות על פני אמרת העד במשפט — שומה על בית המשפט לשקול ברצינות יתר את אי הזיהוי של הנאשם על ידי העד בבית המשפט. הדין המצוי נגוע בהקשר זה בטעות כפולה. ראשית, בכך שהוא מייחס משקל ממשי כלשהו לזיהוי המאוחר בבית המשפט מכוח התפישה כי ראיית המסדר הינה ראייה אודות עקביות כביכול. שנית, בכך שאינו מייחס את המשקל הניכר, אותו יש לייחס, לאי הזיהוי במשפט במקרים הנדירים שסיטואציה זו מתרחשת. אכן, ניתוח הסתברותי-מתימטי המתבסס על תיאורמת ביז⁶⁰ המראה,

59 זאת, על אף שקשה לצפות כי דרישת החיזוק תהפוך לערובה של ממש לבחינת נכונות הזיהוי במסדר. ואכן, מצאה לה הפסיקה שהתייחסה לחיזוק את התוספת המבוקשת בראיות אחרות, כמו בהתאמת התיאור של העבריין לנאשם (מראה, גובה, גיל, לבוש וכדומה) — ראו עניין פלוני, לעיל ה"ש 48. חיזוק מן הסוג הזה הינו בעייתי ומחטיא את המטרה. ככל שמדובר בהליך זיהוי, הרי, בדרך כלל, החשוד-הנאשם נלכד ממילא בעקבות התיאור שמוסר המתלונן. כדי להדגים את תקפותו טיעונו בדבר א-סימטריה בעניין זה בין המשקל הזעיר של הזיהוי

60 בבית המשפט אל מול המשקל העצום שניתן לאי זיהוי בבית המשפט, ניתן להסתייע בתיאורמת ביז. ניתן לראות בהחלט, כי סביר שיתקיים ייחוס בין ההסתברויות המתונות הבאות (ייחס הקרוי בספרות: יחס הנראות — Likelihood Ratio — ובקיצור: L.R.):

$$L.R.(E) = P(E_T / G \cap E_P) / P(E_T / I_N \cap E_P) = 1 + K$$

כאשר K זניח מאוד.

כי קיים יחס הפוך בין המשקל של זיהוי פוזיטיבי בבית המשפט, לבין אי הזיהוי שם. ככל שמשקלו של הזיהוי נמוך יותר – תפישה המתבקשת מהדיון שהצגנו עד כה – גדל משקלו של אי הזיהוי. ניתן לראות, כי בעוד שלראיית הזיהוי בבית המשפט יש משמעות זניחה ועליה להידחות כבלתי רלוונטית – ולו רק משום שהאפקט המשחד הכרוך בה עולה בהרבה על משקלה⁶¹, ועלות האפקט המשחד מוטלת ממילא על הנאשם – הרי דווקא בסיטואציה שבה העד מסתייג מהזיהוי, או אף חוזר מפורשות ממנו (להבדיל ממצב שבו הוא מודה כי אין הוא מסוגל עוד לבצע היזכרות), יש לראיית אי הזיהוי משקל ניכר⁶². על כן, ובשל כך בלבד, יש לבחון את שאלת הזיהוי במשפט, ובמקרה (הנדיר) של אי זיהוי – ליתן לו משקל ראייתי נכבד. לדעתנו, יש בכל מקרה של אי זיהוי כאמור, כדי להשית על בית המשפט תובה לדרוש ולחקור היטב את העד המזהה בבית המשפט במגמה לעמוד בבירור על הסיבות שגרמו לו שלא לזהות את הנאשם במשפט. אי הזיהוי הוא נורת אזהרה המופנית לתביעה לשכנע את בית המשפט מדוע אין מתבצע לכאורה "המתבקש מאליו" (לנוכח תוצא המחויבות, ההיכרות, וכדומה). על התביעה להביא

ויחד עם זאת, מתקיים: $M = P(E_T^C / I_N \cap E_P) / P(E_T^C / C \cap E_P)$, כאשר M גדולה מ-1 באורח ניכר, כאשר: E_P – זיהוי החשוד במשטרה, E_T – זיהוי הנאשם במשפט, E^C – אי זיהוי החשוד, C – היותו של הנאשם/החשוד העבריין, I_N – היותו של הנאשם/החשוד חף.

יש לזכור שהערכים שהובאו משמשים כמכפילים (Likelihood Ratio), במשוואות המתאימות:

$$O(C, E_P / E_T) = O(C) * L.R. (E)$$

$$O(I_N, E_P / E_T^C) = O(I_N) * L.R. (E^C)$$

כאשר הסימון O (Odds) מציין שיעורי הסתברות.

61 זהו המבחן לרלוונטיות הנקוב בכלל 403 לכללי הראיות הפדרליים האמריקניים (Federal Rule of Evidence). מבחן זה מקובל, לדעתנו, בפרקטיקה השיפוטית של בחינת רלוונטיות הראיות. יש גם מהלכים לאימוצם בפקטיקה הישראלית של עקרונות דומים לבחינת שאלת הרלוונטיות, הקבילות או הפסילה של ראיות מסוימות. ראו למשל: ע"פ 265/64 שויביץ ג' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(3) 421 (1965); דורון מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות ס' 135 (עתיד להתפרסם בהוצאת מאגנס, ואוניברסיטת חיפה).

62 ניטול לשם המחשה בלבד נתונים כאלה: $P(E_T / C \cap E_P) \cong 0.999$

$$P(E_T / I_N \cap E_P) = 0.95$$

$$L.R. (E) = 0.999 / 0.95 \cong 1.05$$

$$L.R. (E^C) = 0.05 / 0.001 = 50$$

לעומת זאת: $L.R. (E^C) = 0.05 / 0.001 = 50$. כלומר, לפי ההנחה בדוגמה, גם אם ראיית הזיהוי בבית המשפט מזהה באופן כמעט מושלם את העבריניים, עדיין המשקל הראייתי שלה הוא זניח ויש לדחותה כבלתי רלוונטית, שכן ה- $L.R.$ אינה שונה מ-1 אלא באופן זניח. עיינו: Richard O. Lempert, *Modeling Relevance*, 75 Mich. L. Rev. 1021, 1025-1027 (1977) בשאלות עובדתיות 117 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, 2000). לעומת זאת, אי זיהוי הוא רלוונטי ביותר, למעשה ה- $L.R.$ במקרה זה שווה ל-50! לשם המחשה בלבד, אם שיעור האשמה לפני הצגתה של ראיית הזיהוי במשפט הוא 1:4, הרי הזיהוי במשפט מעלה שיעור זה לכדי 1:4.2 (כלומר, הסתברות האשמה מטפסת מ-80% לכדי 80.7%). לעומת זאת, תחת אותם שיעורי אשמה א-פריוריים, אי הזיהוי במשפט משנה את השיעורים מ-1:4 לטובת אשמה לכדי 1:12.5 לחובת האשמה (כלומר, מהערכה של 80% הסתברות אשמה קודם להצגתה של הראיה, להערכה של 7.4 אחוזי אשמה בלבד!).

לשלילת ההסבר המזכה, לחזרתו של העד מזיהוי. כל עמימות, בהקשר זה, דינה שתרכיז על התביעה⁶³ ובמקרה המתאים תוכל להוביל, כשלעצמה, לזיכוי הנאשם.

2. דחיית הפרשנות השנייה כגרסה מקורבת לפרשנות השלישית – העדיפה יותר הפרשנות השנייה מתבססת, לדעתנו, על תפישה אינטואיטיבית של בית המשפט, שלפיה עורך המסדר הופך לעד מהותי הצופה בהיולודותה של ראיית הזיהוי במסדר, וככזה – הופך להיות עד ישיר לעניין, ולא רק מי שגבה את אמרתו של העד. אף שהפרשנות השנייה נראית לנו הולמת יותר את הלכת קטאשווילי הטוענת לעצמאות עדותו של עורך המסדר, ואף שהיא ראויה יותר מהחלתו של סעיף 10א לפקודה, לא ניתן להתעלם מהעובדה שהיא סובלת מחלק מהחסרונות עליהם הצבענו. על כן, נסוגה פרשנות זו מפני הפרשנות השלישית לפי מיוננו. הבעיה הנעוצה בפרשנות השנייה היא, כי עדיין ראיית הזיהוי במסדר, קרי: עדותו של עורך המסדר ופרוטוקול המסדר – מוגדרת כעדות שמיעה. זוהי גישה, אשר, כפי שנסיביר מיד, טעונה שינוי. נוסף לכך, גישה זו אף היא מתייגת את פרוטוקול המסדר לעולם כחריג, דבר שאינו תואם את מהותו של מסדר הזיהוי. דעתנו היא, כי אם אכן עדותו של עורך המסדר הינה עצמאית ובעלת משקל ביחס לעצם מעשה הזיהוי – כאמור בעניין קטאשווילי – הרי היא קבילה ממילא ואין צורך לתור אחר חריג לכלל עדות שמיעה כדי לעגן את קבילותו להוכחת זהות העבריין. נעבור להצגת טעמינו.

לדעתנו, הפרשנות הראויה הינה הפרשנות השלישית, בה תומכים הדברים המובאים בעניין עזאמי. ביסוד פרשנות זו מונחת תפישה שונה של ראיית הזיהוי החורגת מהתפישה של מציאת חריג לכלל האוסר על עדות שמיעה, ובכלל זה מהקונספציה של סעיף 10א לפקודת הראיות. לפי פרשנות זו, עדותו של עורך המסדר שוב אינה בכחינת עדות שמיעה. ראיית הזיהוי – עת עסקינן בעד וכנאשם שאינם מכירים בהיכרות מוקדמת⁶⁴ – מוגדרת עתה כראיה המתקבלת במסגרת מסדר זיהוי המתבצע על פי כללים ברורים (הצבת מספר הולם של ניצבים⁶⁵ וביניהם החשוד; קבלת הנחיות על ידי העד המזוהה באשר לדרך קבלת החלטתו לזהות אם מבצע העבירה נמצא בתוך המסדר, אם לאו, וכדומה). במובן זה, מסדר הזיהוי הינו הליך המכוון את ראיית הזיהוי. בתור כך, הופכת עדותו של עורך המסדר לעדות ישירה לעניין הזיהוי, וניתן להביאו – ללא העד המזוהה – להוכחת עובדת הזיהוי של הנאשם במהלך מסדר הזיהוי. זוהי ראיה נפרדת ושווה, מושגית, מעדות של פלוני כי אלמוני ביצע עבירה. למעשה, היא משמשת ראיה נסיבתית, בעלת משקל משתנה בנסיבות כל עניין ועניין, לזיהוי של הנאשם כמבצע העבירה.

Ronald J. Allen, *Factual Ambiguity and a Theory of Evidence*, 88 Nw U. L. Rev. 604 63 (1993-1994).

64 ראו מנשה ועאסי "טעות בזיהוי חזותי של חשודים", לעיל ה"ש 1.

65 שם. המבחן הראוי בקביעת גודל המסדר הינו של הגודל הפונקציונלי ולא הנומרי.

עדות של עד מזהה באולם בית המשפט, אודות היותו של הנאשם העומד לפניו — מבצע העבירה, שונה מבחינת טיבה כראיית זיהוי מראיית הזיהוי אשר נוצרת עקב השתתפות אותו עד במסדר זיהוי. במובן זה, דומה תהליך ייצור הראיה לתהליך קביעת זהותו של פלוני כמבצע העבירה על יסוד בדיקות מדעיות. ניטול, למשל, את ראיית הד.נ.א., ראייה זו הינה ראייה מכוננת, תוך הפעלת בדיקות ומנגנונים מסוימים. התוצאה המתקבלת בבדיקה זו היא ראיית הזיהוי הקושרת את החשוד-הנאשם לעבירה. תקפות תוצאות הד.נ.א. כפופה לעמידה מדויקת בבדיקות המדעיות. בדומה לכך, גם ראיית הזיהוי כפופה למילוי פרוצדורות וכללים מדויקים המהווים ערובה לכך שפעולת ההצבעה של העד על החשוד — תוגדר כ"זיהוי". בהינתן אותן פרוצדורות, רוכשת הראיה את מעמדה ההכרחי כראיה בעלת כוח נסיכתי להוכחת זיהוי הנאשם כמבצע העבירה. התוצאה המתבקשת היא, כי ראיית הזיהוי במסדר הינה ראייה נפרדת ושונה מאמירה של עד: פלוני הוא אשר ביצע את העבירה, או מהצבעתו הפיסית על אדם מסוים — ללא מסדר — ותיוגו כמבצע העבירה. יש לציין, כי הפרדה זו ממזערת את המתח שעלול להיוותר כתוצאה מהתייחסות שונה ונפרדת לקורות הזיהוי בבית המשפט — היינו, ייחוס משקל לאי הזיהוי והתעלמות — בדרך כלל — מזיהוי הנאשם באולם בית המשפט. ברור, כי כעת מדובר בשתי ראיות שכל אחת מהן מחייבת הערכה וייחוס משקל בהתאם לקריטריונים ולשיקולים שאינם חופפים.

זאת ועוד; פרשנות זו אף מתיישבת עם הבנת הכלל האוסר על עדות שמיעה, ויש הטוענים כך, מכוח כלל הראייה הטובה ביותר, שכן עדות שמיעה פסולה בשל היותה הראייה המשנית עת קיימת ראיית מקור טובה ממנה. בהקשר הנדון, אין עדותו של עורך המסדר בגדר עדות "טובה פחות" לעניין זיהוי הנאשם במסדר זיהוי תקין, מעדות העד שהשתתף במסדר וזיהה את הנאשם. יש כאן צורך בשינוי הגדרת ראיית הזיהוי, מ: "ראייה אודות זיהוי של הנאשם כמבצע העבירה", ל: "ראייה אודות העובדה כי הנאשם וזהה במסדר זיהוי תקין". עורך המסדר אינו יכול אמנם להעיד כי הנאשם ביצע את העבירה, אך אין ספק כי הוא יכול ולמעשה הוא האיש המתאים ביותר, בדרך כלל, להעיד כי הנאשם וזהה במסדר זיהוי תקין על ידי עד לאירוע. למעשה, ניתן לטעון כי דווקא עדות העד המזהה במשפט, צריכה להיחשב עדות נחותה אודות העובדה כי "הנאשם וזהה במסדר זיהוי תקין". על כן, שיקולים של היוקקות ל"עקרון הראייה הטובה ביותר" מקנים דווקא עדיפות לפרוטוקול המסדר⁶⁶ על פני העדות במשפט.

ההתנגדות המיידית לפרשנות המוצעת על ידינו היא, כי עורך המסדר אינו יכול להעיד על טיב הזיהוי, על יכולת העד המזהה לבצע את הזיהוי, וכדומה. לכך יש

66 Dale A. Nance, *The Best Evidence Principle*, 73 IOWA L. REV. 227 (1988). ניתן לראות, כי אף על פי עמדה זו, ניכרת עדיפות לראיית פרוטוקול המסדר, שהרי, כפי שהראנו, עדות הזיהוי במשפט אינה בגדר עדות מקור לעדות במסדר. אדרבא, דווקא העדות במשפט, ככל שניתן לייחסה לעצם הזיהוי במסדר, היא הנחותה אפיסטמית מראיית הפרוטוקול.

להשיב בשני ראשים. אם העד המזהה מופיע למשפט, הרי מובן שאפשר יהיה לחקור אותו על עניין הזיהוי, ומצב זה הוא רגיל ולא ניכר בו קושי מיוחד. לשם השוואה, גם הפסיקה שעסקה בסעיף 10א לפקודה קבעה במפורש כי לצורך מבחן הקבילות די בקיומה של הזדמנות לחקור את העד, ולא דווקא יעילותה של החקירה כאמור. גם העד השותק והעד המקשקש מילאו דרישה זו, ועל כן, אין לייחס לחיסרון זה משקל מיוחד כשמדובר בהליך הזיהוי. אם העד המזהה אינו מתייצב לעדות, אין כל צורך בהוכחת אמצעי פסול, וניתן יהיה להגיש את פרוטוקול המסדר כראיה עצמאית הקושרת את הנאשם לעבירה. ברור, כי בנסיבות אלה, בית המשפט יהא חייב לבחון את סוגיית זיהויו של הנאשם אל נוכח היעדר היכולת לחקור את העד המזהה. עובדה זו אינה גורעת מתוקפה של ראיית הזיהוי במסדר, אלא שהיא מתייחסת לקושי הכללי שנוצר בעקבות חוסר היכולת לחקור את העד. יש להזכיר, כי אין מדובר באנומליה ייחודית לפרוטוקול המסדר, והמשפט הכיר, כאמור, באפשרות לקבל אמרת-חרץ של עד אם הופעל אמצעי פסול אשר הניא את העד ממתן עדותו, או כאשר מדובר באמרת נפטר, כאשר מוסר האמרה כלל אינו עד⁶⁷. במצב זה יידרש בית המשפט להתחשב בהיעדר היכולת לחקור את העד המזהה אודות האירוע, אודות נסיבות הצפייה בפני העבריין וכדבר כושר זיכרונו כעת המסדר. החלק הקביל בעדותו של עורך המסדר הוא זה הנוגע לעצם הזיהוי של הנאשם במסדר הזיהוי החקירתי. עניינים נוספים שנרשמו בפרוטוקול, הנוגעים, למשל, למיקום החשוד בזירה, למשך זמן הצפייה, לנוכחות נשק ולעניינים אחרים וכדומה שנרשמו, יהיו כפופים לדינים הרגילים של סעיף 10א לפקודה, משום שמסדר הזיהוי אינו מכונן אותם. המסקנה העולה, כמובן, היא שבמצב של מוות טבעי, לא ניתן יהא להסתמך על פרוטוקול המסדר לצורך הוכחת נסיבות הזיהוי, משך זמן הצפייה, או כל פרט עובדתי אחר, אשר הושמע על ידי העד המזהה ושאינו חלק ממעשה הזיהוי גופו. אכן, יש מקום להסתייגות כי בסיטואציה זו עלול להתעורר קושי בהערכת משקל הראיה. ייתכן, כי מה שיידרש במקרה זה, אם לא בכל מקרה של הגשת ראיית הפרוטוקול, הוא, כי התביעה תידרש בהבאת ראיות המבססות⁶⁸ לכאורה את תום לכו של העד המזהה ואת נסיבות עריכתו של המסדר באופן תקין, ובפרט ללא הדרכה או רמיזות של עורך המסדר באשר לזהות החשוד. כלומר, מדובר באימוצה של דרישה לביסוס תנאים בהם ניתן באופן רגיל לסמוך על עדותו המזהה של אדם במסדר. מובן שכל עמימות, קרי, חסרונן של ראיות מבססות או ספק באשר למסקנות העובדתיות שמהן יש להסיק באשר לתום הלב של העד, לתנאי הצפייה וכדומה, צריך שייזקק לטובת הנאשם ולהוביל, בהיעדרן של ראיות זיהוי אחרות, לזיכויו⁶⁹.

67 ראו ס' 10 לפקודת הראיות.

68 לתיאוריה כללית בדבר הוכחת עובדות מבססות לשם הכשרתן של עדויות שמיעה, עיינו: Eleanor Swift, *A Foundation Fact Approach to Hearsay*, 75 CALIF. L. REV. 1339 (1987).

69 הדבר נובע ממהותה של מידת ההוכחה הפלילית. ראו Allen, לעיל ה"ש 63.

ה. סיכום

מאמר זה הציג ניתוח מושגי של ראיית פרוטוקול מסדר הזיהוי. בשלב הראשון, הצגנו את עמדת הפסיקה הישראלית. הראינו, כי הפסיקה לא התמודדה במישור עם טיבה של ראיית הזיהוי במסדר. תחת זאת, היא בחרה לתור אחר חריגים שונים, כדי להתגבר על מכשול הקבילות, אשר נתפש כמכשול טכני דיוני. בתי המשפט פיתחו תורת קבילות לראיה זו. מקום שהעד מצליח לזהות את הנאשם באולם בית המשפט, תתקבל, לשיטת בתי המשפט, ראיית הפרוטוקול כחריג לכלל האוסר סיוע עצמי. לעומת זאת, אם וכאשר נכשל העד המזהה בזיהוי הנאשם, תתקבל עדותו של עורך המסדר ופרוטוקול המסדר כחריג לכלל הפוסל עדות שמיעה.

השקפה זו, לדעתנו, לא רק שאינה עקבית לגישת בית המשפט עצמו כלפי ראיית הפרוטוקול ומהותה, אלא שאין היא תקפה מבחינה רעיונית. כישלון מושגירעיוני זה אינו אך נחלת המשפט הישראלי. הן המשפט האמריקני והן המשפט האנגלי לא הצליחו לרדת לחקר המעמד הראייתי-מושגי של פרוטוקול המסדר ועדות עורכו, ורווח והצלה נמצא לקבילות ראיה זו בהוראות חקיקה אשר פורשו כהיתר וכהסמכה לקבלת הראיה. במשפט האמריקני, הוצאה עדות זו מהגדרת "עדות שמיעה", ובמשפט האנגלי היא נתקבלה מכוח הוראות חוק אשר הסמיכו התקנת כללים לעריכת המסדר. במשפט הישראלי, עריכת המסדר אינה מוסדרת בחקיקה כלשהי, ועל כן, שאלת הקבילות מתעוררת במלוא עוצמתה.

התימה העיקרית של החיבור הינה כי ראיית הזיהוי במסדר הינה ראיית-מקור. דהיינו, מדובר בראיה עיקרית ונפרדת מראיית הזיהוי באולם בית המשפט. הזיהוי במסדר הוא ראיה נסיבתית בעלת אופי פורנזי-טכני, על שום העובדה כי היא נוצרת במהלך חקירתי מורכב ומתכוונן בהתאם לכללים שיש להפעילם באורח מדוקדק. אין מדובר בראיה של "החשוד זוהה כמבצע העבירה", אלא בראיה כי "החשוד זוהה במסדר זיהוי", המשמשת, נסיבתית, לזיהוי כמבצע העבירה. עסקינן בראיה אשר תולדתה היא במהלך החקירה, ויש להגישה גופה. הופעת העד המזהה במשפט אינה רלוונטית לעניין זה, שכן, עורך המסדר הופך להיות עד מקור אשר צפה בעובדת זיהוי של החשוד במסדר. היינו, בעומדו בין מספר ניצבים הידועים כחפים מפשע, כאשר העד המזהה מוזהר לבצע זיהוי בהתאם. מדובר בראיה חד-פעמית שאינה ניתנת מטיבה לשחזור במשפט, ועל כן, היא ראיה נפרדת.

מכאן, ברור, כי מקום שהעד חוזר על זיהוי הנאשם גם באולם בית המשפט, אין להיזקק לחריג לכלל האוסר הוכחת עקביות העד, שכן הכלל עצמו אינו שייך למקרה זה, ובהיעדר כלל אין מקום לתור אחר היוצא מן הכלל. אדרבא, הפסיקה עצמה מכירה בכך שאין לזיהוי בבית המשפט כל משקל ראייתי. ועוד: ייחוס משקל ראייתי לזיהוי בבית המשפט, למעט בנסיבות נדירות, חושף את הנאשם

בפני סכנות כלתי מבוטלות, של תוצאי ההיכרות והמחויבות. תוצרים אלו הוכחו ובוססו היטב במחקרים מקיפים. אף מכאן עולה, שאין כל היגיון או מקום לייחס משמעות של עקביות לראיה שמעצם טיבה גובלת באי משמעות או משקל.

במצב בו אין העד מזהה את הנאשם, טענתנו, בניגוד לפסיקה הקיימת, היא, כי אי זיהוי הינו ראיה בעלת משקל נכבד. עם זאת, אין בכך כדי לשנות מן העובדה כי מדובר בראיה נפרדת ושונה מראיית מסדר הזיהוי, אשר משקלה (של הראשונה) נשען על בסיס אחר, והוא — עמידות העד בהטיות העצומות הכרוכות במעמד הזיהוי באולם בית המשפט. בהקשר זה, הצבענו על כך שלא ניתן לומר בבירור אם הפסיקה התייחסה אל החריג המאפשר קבלת פרוטוקול כראיה, כחריג לכלל האוסר עדות שמיעה, או שמא מייתרת חקיקתו של סעיף 10א לפקודה את הצורך בחריג כזה. מכל מקום, הראינו, כי אימוצו של סעיף 10א לפקודה בנסיבות העניין אינו מתאים, בסופו של דבר, על פי הרציונל העומד בבסיסו ואינו צריך לשמש מקור לקבילות. כך גם דוקטרינות ראייתיות, כמו כלל הקפאת הזכירה שבעבר נכשלו מלהשיג את המבוקש. גם כאן ניתן למצוא מזור ומרפא בהשקפה המובאת על ידינו. ההתייחסות לראיית הזיהוי במסדר כאל ראיה, שהיא מחד גיסא ראיית מקור, ומאידך גיסא, ראיה נסיבתית עצמאית ונפרדת מעדות העד במשפט, ובכלל זה, המקרה של אי זיהוי העד במעמד זה, סוללת דרך מישרין לקבלתה. ודוק: ברור, כי לא ניתן לעשות שימוש נוסף בראיית מסדר זו, למשל, כדי להוכיח את תנאי הצפייה בדמות העבריין בזירה, את משך זמן הצפייה וכדומה. אפילו יש בפרוטוקול ממצאים לכאורה לעניינים אלו, אין הם אלא בגדר אמרת חוץ של עד ראייה, אשר יפים להם דיני הקבילות והמשקל הרגילים.

לבסוף, הדיון המוצע על ידינו מספק ביסוס תיאורטי לשאיפה האינטואיטיבית של בית המשפט, אשר ביקש להביא לכך שראיית הפרוטוקול תוגש לבית המשפט בכל מקרה. בבסיסה של שאיפה זו עומדת, בסופו של דבר, ההשקפה, הנכונה, כי הראיה הממשית בדבר זיהוי הנאשם היא זו שהושגה בעת המסדר, להבדיל מזו שבאולם בית המשפט.