

זכות הייצוג של חשוד בהליכי מסדר

מאת

דורון מנשה*

א. מבוא. ב. "סיכויי הזיהוי" והצורך בייצוג. ג. עיגונה הפורמלי של זכות הייצוג בהליכי מסדר. ד. המלצות. ה. סיכום.

א. מבוא

1. במאמר רחב היקף, סקרנו, עורך-דין רביע עאסי ואנוכי, את הסיכונים הכרוכים בהליכי זיהוי חזותי ואת הספרות הענפה המבססת טעויות בזיהוי כאחת העילות המרכזיות להרשעות של חפים¹. מאמר זה יבקש להצביע על צעד אחד שיש לדעתנו לנקוט לצורך צמצומה: העמידה על קיומו של ייצוג אפקטיבי של החשוד בהליכי מסדר הזיהוי.

2. אחת הערובות המרכזיות שמציע הדין לצורך מניעת הרשעת חפים היא זכות הייצוג. ברי כי אין להמעיט בחשיבותו של ייצוג משפטי בהליכים פליליים, הן בהליכי המשפט הן בהליכי החקירה. כיום אין כמעט ספק שהסתברות הרשעתו של אדם חף או אשם מושפעת רבות מן השאלה אם זכה לייצוג, לפחות במהלך המשפט, ומה טיבו של זה².

* מרצה בפקולטה למשפטים אוניברסיטת חיפה. תודתי נתונה לעורך-דין רביע עאסי ועורך-דין אופיר מנצ'ל על תרומתם הרבה למחקר ולגיבוש הרעיונות שברשימה. עורך-דין ניר פלסר קרא טיוטה קודמת של הרשימה והעיר עליה הערות חשובות.

1 ראו ד' מנשה, ר' עאסי "טעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ולרפורמה" משפטים לה (תשס"ה) 205.

2 מעניין לציין את הנתון שנמסר בהקשר של נאשמים על-ידי הסגור הציבורי הארצי דאז, פרופ' קנת מן, בישיבת ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת מיום 4.1.00, אשר לפיו כמחצית מהנאשמים אינם מיוצגים וסיכויי הזיכוי שלהם עומדים על 0.15%, כאשר על

ברשימה קצרה זו אנתח את ההסדרים הקבועים בדין ביחס לזכות הייצוג וטיבו בהליכים הנוגעים לזיהוי של אדם במסדר.

3. אבקש להראות כי למרות ההכרה הקיימת בדין הישראלי בזכותו של החשוד להיות מיוצג בהליכי מסדר מסוימים, לוקים ההסדרים הקיימים בפגמים רעיוניים רבים, ואין בהם כדי להבטיח הגנה מספקת לחשוד מפני הסיכונים החמורים הכרוכים בניהול מסדר שלא כהלכה, בפרט הסיכון שחשוד חף יזוהה במסדר כמבצע העבירה. מכאן, אעמוד על החשיבות שיש בהרחבת כוחותיו של הסגור בהליך המסדר, ולאחר מכן בהליכי המשפט, אם וכאשר ייפתחו כנגד אותו נאשם.

4. מובן הוא שהדברים שיובאו להלן ביחס לזכות הייצוג בהליכי זיהוי אינם ממצים את התיקונים שיש לערוך על-מנת לצמצם את הסיכונים שבזיהוי מוטעה. כאמור מדובר בצעד אחד, אם כי מרכזי, מבין שורה של צעדים שראוי לנקוט בעניין.

החשיבות של זכות הייצוג במסדר הזיהוי אמנם קשורה היא לזכות הייצוג הכללית יותר הנוגעת להליכי החקירה, אולם עדיין דיון בזכות ספציפית זו הוא נפרד מהדיון בזכות הכללית, לאור משקלה הסגולי של הזכות ואופיו המיוחד של הליך הזיהוי כהליך שמעצם טיבו נבדל במובנים חשובים מהליך חקירתי טהור (ראו להלן סעיפים 32, 39).

מחציתם נגזר עונש מאסר בפועל. כנגד זאת הסיכוי לזיכוי בקרב המחצית האחרת של הנאשמים, שמיוצגים בבית-המשפט, עומד על כ-7% מהנאשמים, דהיינו פי 47 מאלה שלא מיוצגים. ניתן לעיין בפרוטוקול זה באתר האינטרנט של הכנסת: <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2000-01-04-01.html>. יוער עוד כי נתונים אלו מתייחסים לכלל התיקים. חלק נכבד מן ההרשעות (אליבא דהשופט שטרומן, כ-90% או יותר) הן תוצאה של הסדרי טיעון. לעומת זאת מתוך התיקים שמתנהלים בהם הליכי הוכחות יש בערך 25% זיכויים. ראו א' שטרומן הצעות לוועדת הרפורמה בניהול המשפט הפלילי (שהוקמה על-ידי המועצה הארצית של לשכת עורכי-הדין) 4. גם נתונים אחרונים אלה אינם יכולים לשנות את התמונה, ומהם למעשה ברור כי אם משתנה קמעה הסתברות זיכויים של נאשמים לא מיוצגים הרי ששינוי זה, שממילא אינו כה משמעותי, נובע מכך שרובם המכריע של הנאשמים הבלתי מיוצגים, מהם בהכרח חפים לא מעטים, מורשעים על יסוד הסדרי טיעון. נתונים אלה אינם נוגעים כמובן, במישורין, לחשיבותו של ייצוג בהליכי חקירה מסוג מסוים, הליכי מסדר. הם הובאו כאן, אך לצורך ההמחשה על ההשלכה העשויה להיות לייצוג לשינוי הסתברות הרשעת נאשם (בפרט הסתברות הרשעת הנאשם החף) בהקשר נתון, מעל ומעבר למה שניתן לייחס באורח אינטואיטיבי לזכות פרוצדורלית. כפי שנראה בחיבור זה אין לנו כל סיבה טובה לסבור כי השלכות הייצוג בהליכי מסדר הן זניחות. אדרבא, נראה לנו שהסוגיה שלפנינו היא דוגמה טובה הממחישה את חשיבות ביסוסה של זכות ייצוג משמעותית לחשודים כמו נאשמים כתיים בפני הסיכון של הרשעת חפים.

ב. "סיכוני הזיהוי" והצורך בייצוג

5. חשיבותו הגדולה של הייצוג בהליכי הזיהוי החזותי, מתבררת על רקע הסיכונים הרבים הכרוכים במסדר זיהוי. קיימת ספרות מקצועית ענפה, בעיקר מתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית, אשר חקרה את מסדרי הזיהוי והציגה נתונים מדאיגים ביותר. לדעתנו, שאותה ביקשנו לבסס במקום אחר³, מספרות זו הרווחת כיום עלולות שלוש מסקנות עיקריות: ראשית, אפשר וצריך לפקפק בכושר הזיכרון והזיהוי החזותי, מעל ומעבר למה שניתן להעלות על הדעת באורח אינטואיטיבי. לנוכח הממצאים שהוצגו שם יש מקום, לדעתנו, לבסס הנחה בדבר חולשה אנושית קוגניטיבית כללית לזיהוי חזותי של עבריינים. שנית, מסדרי הזיהוי הנהוגים כיום אינם מניחים חולשה זו. להיפך, הם מופעלים מכוחה של הנחה הפוכה בדבר כושרם של עדי ראייה לזוהות דמויות שנצפו על-ידיהם במהלך אירוע פלילי. מכוח הנחה זו, אופן עריכת מסדרי הזיהוי אינו זהיר דיו והוא מועד לטעויות והטיות מסוגים שונים. שלישית, בתי-המשפט מזינים אותה הנחה ואף ניזונים ממנה. בהתאם לכך, הם מחזיקים את עדי הראייה המופיעים בפניהם ככאלו שבאופן רגיל ובנסיבות משפט טיפוסיות, הם בעלי כושר ממשי לבצע זיהוי מהימן, ועל-כן נוטים כעניין של שיגרה לייחס לזיהוי במסדר זיהוי משקל ראייתי כבד, ולעתים מזומנות כזה שדי בו כשלעצמו, לביסוס הרשעה⁴.

6. פשיטא כי הפגמים והכשלים הקוגניטיביים הנעוצים בקוצר היכולת האנושית לצפות בדמות, ל"החזקתה" בזיכרון ול"שליפתה" לאחר מכן – אינם ניתנים לשליטה ולריפוי בהליך החקירתי או השיפוטי הקונקרטי. המרב שניתן להעשות הוא להביא להגברת המודעות של העושים במלאכה לנוכחותם. שונה המצב לגבי שני המישורים הנרפיים. אפשר וצריך לשפר את כללי עריכת המסדר, תוך גילוי רגישות יתר לחולשות האמורות. בנוסף, על בית-המשפט, בבואו לייחס משקל לראיית הזיהוי החזותי, להביא בחשבון את שני סוגי הפגמים הנזכרים.

7. כפי שמראים המחקרים, זיכרונו של עד מזהה טיפוס (היינו שאינו ניחן בזיכרון פנומנלי), עשוי להיות מושפע מאוד מגורמים שונים הנשלטים על-ידי גורמי החקירה⁵.

3 מנשה ועאסי (לעיל, הערה 1).

4 הדברים האמורים מתייחסים לכל הליכי הזיהוי, אך בעיקר לזיהוי מתוך מסדר חי או מסדר תמונות. מסדר חי הוא מסדר זיהוי שבו מוצב החשוד עצמו עם כמה ניצבים נוספים, האמורים להיות ידועים כחפים מפשע (מספרם, בדרך כלל, שמונה כולל החשוד). מסדר זיהוי תמונות הוא מסדר שבו מופיעה תמונת החשוד עם תמונות אחרות של אנשים הידועים כחפים מפשע. קיימים הליכי זיהוי אחרים, כגון זיהוי מתוך אלבום תמונות העבריינים, זיהוי מאולתר וזיהוי ספונטני (יזום או בלתי יזום). לסקירת הליכים אלו, עיינו מנשה ועאסי (לעיל, הערה 1), עמ' 213-223.

5 וכמובן, שהוא עשוי להיות מושפע גם מגורמים שאינם בשליטת הרשות החוקרת, אך יש חשיבות למודעות להם, כגון משך ההיחשפות לדמות, חלוף הזמן, מצב התאורה, קיומו

כך למשל, המחקרים מראים כי רמיזות והנחיות בלתי זהירות מצד עורכי המסדר עלולות לגרום לכך שהעד ייטה לבצע זיהוי שגוי של חשוד חף מפשע, אך בשל העובדה כי הוא דומה בצורה כלשהי לעבריין האמיתי. כך גם מראים המחקרים כי אי-הקפדה על הגודל הפונקציונלי (או האפקטיבי) של המסדר⁶, עשויה אף היא להגביר את ההסתברות כי העד המזוהה יבצע זיהוי שגוי של חשוד חף מפשע. בנוסף, היוון חוזר מצד עורכי המסדר המאשרים או רומזים בפני העד המזוהה כי אכן בחר את האדם הנכון, עלולה להעצים את ביטחונו העצמי בוודאות הזיהוי שביצע, ולהביא לידי רושם מוטעה של בית-המשפט ממהימנות עדותו בשלב מאוחר יותר. גם אופן עריכת המסדר והצגת הניצבים בפני העד המזוהה עשוי להשפיע על מידת דיוקו בזיהוי; כך גם חשיפת העד המזוהה לאלבום תמונות העבריינים הכולל את תמונת החשוד ויצירת תחושת היכרות בין העד לבין החשוד, שאינה נובעת מהאירוע הנחקר אלא אך מעיון באלבום; וכן ביצוע זיהוי קודם של החשוד מתוך אלבום תמונות ויצירת מחויבות כלפי החלטה זו במסדר זיהוי מאוחר יותר; ועוד פגמים רבים שמפאת קוצר היריעה לא נוכל במסגרת זו להרחיב עליהם⁷.

ג. עיגונה הפורמלי של זכות הייצוג בהליכי מסדר

8. בספרות המשפטית האמריקנית נהוג להתחיל את הדיון בשלושת פסקי-הדין המפורסמים שיצאו מתחת ידו של בית-המשפט העליון בשנת 1967: *Gilbert, Wade* ו-*Stovall*⁸. שלישייה זו פרשה רשת של הגנה על חשוד בהליכי הזיהוי, כאשר השניים הראשונים התמקדו בזכות החשוד לייצוג. תחילה קבע פסק-דין *Wade* את זכות הנאשם לנוכחות סנגורו בהליך העימות בינו לבין העד המזוהה, כזכות הנובעת מהתיקון השישי לחוקה. הפרת זכות זו, כך קבע פסק-דין *Gilbert*, גוררת בעטייה את הסנקציה שלפיה לא

של נשק באירוע. נעיר כי אף עוצמת ההשפעות המזיקות הנוצרות בעקבות אלמנטים אלה אינה מובנת מאליה, והערכתן האינטואיטיבית של אותן השפעות עשויה להתגלות כמוטעית לחלוטין. ראו שם, עמ' 253-266.

6 דהיינו, בעיקר אי-הקפדה על בחירת ניצבים מתאימים. למשל, במקום שבו החשוד בולט באופן כלשהו יחסית לניצבים האחרים או כאשר פרט לחשוד, הניצבים אינם תואמים את התיאור של העבריין כפי שנמסר על-ידי העד המזוהה או כאשר הניצבים אינם דומים דיים לחשוד. לדיון לגבי מהות דרישת הדמיון, ראו: שם, עמ' 220-221; א' לוי "התייחסות קצרה ואוהדת לטעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" משפטים לה (תשס"ה) 471; ד' מנשה, ר' עאסי "תשובה לתגובת אברהם לוי" משפטים לה (תשס"ה) 489.

7 להרחבה, עיינו מנשה ועאסי (לעיל, הערה 1), עמ' 213-223.

8 *Gilbert v. United States v. Wade*, 388 U.S. 218 (1967) (להלן – עניין *Wade*); *Gilbert v. California*, 388 U.S. 263 (1967); *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967).

יוכל העד המזוהה להעיד בבית-המשפט על הזיהוי שביצע במסגרת הליכי החקירה, כלומר בעצם כלל של פסילת ראיית הזיהוי. יתירה מזו, בסיטואציה שבה העד המזוהה השתתף בהליך זיהוי (במסגרת הליכי החקירה) שבמהלכו הופרה הזכות לנוכחות סגור, נקבע כי אותו עד לא יוכל לבצע זיהוי באולם בית-המשפט אלא אם התביעה הוכיחה בראיות ברורות ומשכנעות כי הזיהוי העד יש בסיס עצמאי, שאינו נובע מהליך הזיהוי הפגום.

9. ברם אותן ערכאות מצאו "בסיס עצמאי" לזיהוי כל עוד הוכח כי לעד המזוהה הייתה הזדמנות כלשהי, גם אם דלה, לצפות בפני העבריין בעת העבירה. מכאן, "משקלה" של הדרישה להוכיח באמצעות ראיות "ברורות ומשכנעות" כי הזיהוי בבית-המשפט אינו נובע מהליך הזיהוי שפגע בכללי ההליך ההוגן נחלש מאוד. שהרי, עד שמתבקש לזהות במסדר זיהוי הוא עד ראייה שמן הסתם ראה את העבריין.

10. בשני פסקי-דין מאוחרים⁹ צומצמה זכות הייצוג בצורה מאוד משמעותית. בפסקי-דין Kirby זוהה הנאשם על-ידי העד המזוהה במפגש אחד-על-אחד, Show-up, במהלך מעצרו. ברור כי עסקינן בהליך פגום מעיקרו, שכן החשוד מוצג בפני העד ככזה, ודי בכך כדי לשחד את זיכרונו של העד ולהניעו לזהות את החשוד דווקא כאותו אדם שראה בעת ביצוע העבירה. כמו כן, הצגת החשוד/הנאשם ביחידות בפני העד אינה מאפשרת להעמיד את זיכרונו של האחרון במבחן של ממש¹⁰. למרות זאת בית-המשפט העליון פסק ברוב דעות כי זכות הייצוג מתחילה רק עם התחלת הליכי התביעה כנגד הנאשם. פסיקת הרוב הייתה עקבית ביחס לפרשנות בית-המשפט העליון את זכות הייצוג הקבועה בתיקון השישי לחוקה: כזו שמתחילה רק כאשר מדובר בהליך אדברסרי מטבעו או לפחות כשמדובר בהליך המתקיים לאחר שגובשה כבר כוונה ראשונית להעמיד את הנאשם לדין. באותו עניין נקבע כי לא היה מדובר ב"הליך קריטי" (היינו כל הליך אשר תוצאותיו יכולות לגרום לעיוות דין או לדעה מוטה נגד הנאשם ושנוכחות סגור עשויה למנוע עיוות זה¹¹), מאחר שלא הייתה החלטה או כוונה באותו זמן להעמיד את Kirby לדין אלא היה מדובר בהליך חקירה.

9 Kirby v. Illinois, 406 U.S. 682 (1972); United States v. Ash, 413 U.S. 300 (1973)
 10 ראו למשל פסקי הדין בע"פ 848/76 ביאזי נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(3) 408; ע"פ 648/77 קריב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 729, עמ' 741 וכן דברי השופט חשין בע"פ 107/51 סמדרמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ו 273, עמ' 277; והפסיקה המצוטטת שם. כן עיינו ' קדמי על הראיות (מהדורה שנייה ומעודכנת, 1999), 854. אכן, מחקרים רבים מצביעים על מועדותו של הפוס הזיהוי על-ידי הצבעה (Show-ups) להוליק לאחוז גדול מאוד של זיהויים שגויים. ראו למשל המחקרים המצוטטים ב- P. Ainsworth Psychology Law and Eyewitness Testimony (1998), 85
 11 ראו לעניין זה: עניין Wade (לעיל, הערה 8), עמ' 227; United States v. Davis, 958 F. 2d; עמ' 47, p. 48 (4th Cir. 1992); Kentucky v. Stincer, 482 U.S. 730 (1987); United States of America v. Leonti, 326 F. 3d 1111 (2003)

מן הראוי לציין את דעת המיעוט (של שלושה שופטים) שסברה כי הכללים שנקבעו בעניין *Wade* ו-*Gilbert* נועדו בראש ובראשונה להתמודד עם הסכנות הכרוכות בזיהוי שגוי, ומאחר שסכנות אלה קיימות אף בהליך זיהוי שקודם להגשת כתב אישום הרי יש להבטיח את זכות הייצוג אף במסגרתם.

מעניין לציין כי בעצם ניתן להציג את המחלוקת כנוגעת להגדרת הבעיה. שופטי הרוב ראו אותה בפרספקטיבה של זכות הייצוג ואילו שופטי המיעוט בפרספקטיבה של הסכנות בהליכי זיהוי. בפסק־הדין *Ash* שניתן שנה מאוחר יותר, דובר בנאשם בשוד, כאשר ארבעה מתוך חמישה עדי ראיה ביצעו זיהוי לא־ודאי שלו מתוך מסדר של חמש תמונות שחור לבן. מאחר שבאותו זמן לא החלו הליכים משפטיים, לא הייתה זכות לייצוג לפי פסק־הדין בעניין *Kirby*. לאחר שנתיים, ערב המשפט, הוצגו בפני עדי הראייה חמש תמונות צבעוניות, ושלושה מתוך ארבעה זיהו את *Ash*. האחרון טען כי מאחר שההליכים המשפטיים החלו, הייתה לו זכות לייצוג במהלך מסדר התמונות השני. בית־המשפט העליון דחה את הטענה, וקבע כי זכות הייצוג קיימת רק במקרים שהנאשם נוכח או זכאי להיות נוכח, ולכן לא קיימת במקרה של מסדר זיהוי תמונות; עוד קבע בית־המשפט העליון כי במסדר זיהוי תמונות להבדיל ממסדר זיהוי "רגיל", יש פחות אפשרויות להטיה, ועל כן הסיכון לטעות במסגרתו נמוך מבמקבילו.

11. עיננו הרואות אפוא כי תחולתה של זכות הייצוג בהליכי מסדר הוגבלה מאוד במשפט האמריקני. היא הוגבלה לנאשמים בלבד (שכן עצם הגשת כתב האישום אינה מונעת מהמשטרה המשך החקירה¹²) וחשודים המצויים בהליכים טרום משפטיים הודרו ממנה. הזכות הוגבלה אף מבחינה עניינית לסוגים מסוימים בלבד של הליכי זיהוי – כאלו שלחשוד יש זכות עמידה בהם והכול כמפורט מיד.

בנוסף, מעיון בפסיקת בית־המשפט העליון האמריקני לא ניתן לאתר הנחיות מסודרות וברורות באשר להיקף סמכויותיו וכוחותיו של עורך־הדין במהלך הליך הזיהוי. ככלל, לעורך־הדין אין אפשרות או זכות לנהל את מסדר הזיהוי, ואין לו זכות לפסול או לבחור מסיחים. הוא רשאי להעלות הצעות להגברת הוגנות המסדר, והסתייגויות לגבי אופן ניהולו בפועל, ועל עורך המסדר לרשום אותן בפרוטוקול, אך אין לו חובה להתחשב בהן.

12. לסיכום, אנו רואים כי המשפט החוקתי האמריקני אינו מגלה מודעות מספקת להשלכות של סכנות אלה ואינו מסיק את המסקנות הראויות באשר לזכות הייצוג והיקפה.

יתרה מזו, פסיקה מאוחרת יותר ריככה מאוד את סנקציית פסלות ראיית זיהוי שהושגה כתוצאה מניהול הליך פגום, וצמצמה את המקרים שבהם יופעל כלל פסילה.

12 ראו למשל עניין *Wade* (לעיל, הערה 8); *Michigan v. Jackson*, 475 U.S. 625 (1986).

בעניין *Neil v. Biggers*¹³ נקבע כי גם כאשר הליך הזיהוי פגום שלא לצורך, אין בכך כשלעצמו כדי לפסול את העדות בדבר הזיהוי, כאשר ההליך הפגום לא יצר סיכון משמעותי של זיהוי שגוי וכאשר יש בסיס איתן לזיהוי. לשם כך נקבעו חמישה פרמטרים: האפשרות של עד הראייה לראות את המבצע בעת הפשע, מידת תשומת-הלב של עד הראייה, מידת הדיוק של התיאור הראשוני שניתן על-ידי עד הראייה, מידת הביטחון שהביע עד הראייה בזיהוי, והזמן שחלף בין הפשע לתהליך הזיהוי. הרציונל הוא כי במקרים שבהם עד הראייה עונה על הקריטריונים האמורים במידה מספקת, סביר שגם הליכי זיהוי פגומים לא ישפיעו עליו¹⁴. פסיקה זו למעשה נטלה את העוקץ מכללי Wade-Gilbert ובפועל במרבית המקרים גם כאשר נקבע כי הליכי הזיהוי היו פגומים, לא נפסל הזיהוי.

13. עם זאת סקירה זו של המשפט האמריקני התרכזה אך ורק בהיבט החוקתי. אלא שכללי הפרוצדורה הפלילית מעוגנים בארצות-הברית בחקיקה מדינתית. במסגרת חקיקה זו רשאות המדינות להעניק לזכות הייצוג מובן רחב יותר מזה שהוענק לה על-ידי בית-המשפט העליון בפירוש החוקה, שכן זה מהווה רף מינימלי בלבד¹⁵.

14. באנגליה, הותקנו תקנות מכוח ה-*Police and Criminal Evidence Act, 1984*. בתקנות אלה הוכר הסדיר את כל הנהלים הרלוונטיים לעריכת מסדרים בתוך *Code D*. בתקנות אלה הוכר התוכן המעשי של זכות החשוד לייצוג, ואף עוצבה ההכרה בתרומתו של הסנגור לשיפור המסדר. כך למשל, הסנגור רשאי להציג התנגדויות לאופן עריכת המסדר, ובעיקר לבחירת הניצבים, כאשר עורך המסדר מחויב לקבל את ההתנגדויות כל עוד הדבר אפשרי מבחינה מעשית. רק במקום שאין אפשרות מעשית להיענות להתנגדות, על עורך המסדר לרשום את ההתנגדות ולהסביר לסנגור את טעמיו מדוע אין ביכולתו להיענות לדרישותיו¹⁶. עורך המסדר אף חייב לדאוג לנוכחות סנגור במידה שמדובר בחשוד עיוור, בחשוד בעל ליקוי רציני ביכולת הראייה שלו או בחשוד שלא מסוגל לקרוא¹⁷.

13 *Neil v. Biggers*, 409 U.S. 188 (1972).

14 מעניין לציין כי ההישענות על כל אחד מהקריטריונים הללו כפרמטר למהינות הזיהוי בוקרה בספרות הפסיכולוגית-קוגניטיבית-ניסויית. ראו מנשה ועאסי (לעיל, הערה 1), עמ' 251-223.

15 אסמכתה לעניין הסמכות העקרונית לאמץ הסדרים רחבים יותר: *Pruneyard Shopping* (1980) 447 U.S. 74, p. 81. *Center v. Robins*. ודאי כי סקירה ממצה של המשפט האמריקני מחייבת בחינה של ההסדרים בכל מדינה ומדינה, החורגת ממסגרתו של מאמר זה. נציין רק דוגמא ממחישתה. ב-Vermont סדר הדין הפלילי דורש צו שיפוטי לצורך עריכת מסדר זיהוי, גם כאשר מסדר זה נערך לפני הגשת כתב אישום (אסמכתה V.R.Cr.P. 41.1 a-b). הצורך בצו זה מאפשר לשופט לקבוע כללים לצורך עריכת מסדר הזיהוי (למשל נוכחות סנגור, מספר ניצבים וכו').

16 סעיף 7 לנספח A; סעיף 1 לנספח B.

17 סעיף 2.13, וכן נספחים A ו-B.

עורך המסדר אף מחויב להעביר לסנגור, במקום שאין מניעה מעשית, את פרוטוקול המסדר עובר לביצוע הליך כלשהו של המסדר (זיהוי חי, תמונות, מאולתר, וידאו), שבו רשום במדויק תיאור העברייני כפי שנמסר על-ידי העד המזוהה לראשונה¹⁸. לסנגור אף ניתנת הזכות לבקש הליך זיהוי אלטרנטיבי מזה המוצע למרשו, ועל עורך המסדר להתחשב בבקשה במידה וקיימים טעמים מוצדקים¹⁹. לסנגור אף הזכות לעיין בכל החומרים שהופצו לתקשורת או לגופים אחרים לצורך איתור העברייני, עובר לקיום הליך המסדר²⁰. אנו רואים, אם כן, שהמשפט האנגלי הסדיר בצורה נאה את הליכי הזיהוי באמצעי חקיקת משנה בעלת כוח מחייב. אמנם, ניתן להביע הסתייגויות מנהלים אחדים המעוגנים שם, אולם החיבור הנוכחי אינו המסגרת המתאימה לדיון כולל באלו²¹.

15. באשר לישראל, פסיקת בית-המשפט העליון הכירה באורח פורמלי בזכותו של חשוד לייצוג במסדר הזיהוי. לא נחסכו מילים אודות היות זכות החשוד שהסכים להשתתף במסדר זיהוי להיות מיוצג על-ידי עורך-דין זכות יסוד, שמוטלת על המשטרה חובה לאפשר את מימושה. אכן זכות זו נחשבת לאחד ממנגנוני ההגנה החשובים ביותר על עניינו של החשוד ולחלק משמעותי מזכותו של החשוד במשפטנו, כמו בשיטות משפט נוספות, לייצוג²² הוגן בהליכי חקירה²³. המשטרה אף חויבה ליידע את החשוד

- 18 סעיף 3.1 וכן נספחים A ו-B.
- 19 סעיף 3.15 וכן נספחים A ו-B.
- 20 סעיף 3.29. קיימת אף חובה לתחקר את העד המזוהה אם נחשף לחומרים כלשהם, לאחר השתתפותו במסדר. אפשר כמובן להבין את ההיגיון של העיתוי, שכן הפניית תשומת לבו לחומרים אלו עובר לביצוע הזיהוי עלולה להוות רמיזה והטיה שתגרום לו לזהות את החשוד חרף חפותו. ראו מנשה ועאסי (לעיל, הערה 1), עמ' 295-298.
- 21 כך לשם המחשה, במקום שהחשוד אינו מסכים להשתתף במסדר, אין חובה ליידע את הסנגור על כך, ואין לחשוד זכות לייצוג. בנוסף, Code D מוכן להסתפק בנוכחות קרוב משפחה ולא דווקא עורך-דין. זהו אף ההסדר בדין הישראלי, והוא כפי שנראה בהמשך חשוף לביקורת נוקבת (סעיף 18 למאמר).
- 22 להרחבה ראו C.A. Pulaski "Neil v. Biggers: The Supreme Court Dismantles the Wade Trilogy's Due Process Protection" 26 *Stanf. L. Rev.* (1974) 1097 M.M. כן ראו: Koosed "The Proposed Innocence Protection Act Won't – Unless it also Curbs Mistaken Identifications" 63 *Ohio St. L.J.* (2002) 263; D.H. Nesselson, S. Lubet "Eyewitness Identification in War Crimes Trial" 71 *Cardozo L. Rev.* (1980) 71 לעומת זאת במשפט הגרמני זכות החשוד לייצוג במסדר הזיהוי קמה אך אם וכאשר מסדר הזיהוי נערך על-ידי הפרקליטות או השופט החוקר, להבדיל ממסדרים הנערכים על-ידי המשטרה. ראו בעניין זה U. Eisenberg, *Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar*, 4. Auflage (Muenchen 2002), para 1224b עם זאת ולאור ההשפעה הגדולה שיש למסדר הזיהוי וההשלכות החמורות על מהלכי החקירה ואיסוף הראיות כנגד החשוד, קיימות בספרות המשפטית הגרמנית אסכולות הטוענות כי זכותו של החשוד לנוכחות סנגורו במסדר קיימת ונובעת מהזכות להליך הוגן. ראו למשל: Beck'sches Formularbuch fuer den Strafverteidiger, Herausgegeben von R. Hamm & I. Lohberger, 4. Auflage

מיוזמתה על דבר זכותו להיות מיוצג, ו"לעשות את כל הפעולות הדרושות לאיתורו של עורך הדין ויודוא כי מקום ומועד המסדר ייודעו לו"²⁴.
ולמרות אלו הפסיקה הוסיפה וקבעה כי אין באי-כיבוד הזכות כשלעצמה כדי לפסול את הזיהוי כראיה והדבר אך נוטל ממשקלו²⁵. יש לציין גם כי זכות זו הוגבלה לכתחילה

- 71, p. (Muenchen 2002) וכן: Eisenberg, שם, שם. מן הבחינה הפרקטית, המשטרה מאפשרת שם נוכחות של הסנגור בכיצוע המסדר. הסנגור יכול לבדוק את חוקיות המסדר (למשל, מספר האנשים המשתתפים, צורת הזיהוי וכו'); ראו Hans Dahs, Handbuch des Strafrechts, 6. Auflage (koeln 1999) para. 272.
- 23 לדיון בזכות הכללית של החשוד להיות מיוצג בהליכי חקירה, ראו: "תירוש" הזכות לייצוג משפטי בחקירה – כללי הצייד במבחן המשפט המשווה" משפט וצבא 14 (תש"ס) 91, עמ' 95; ד' בין "זכותו של חשוד הנתון במעצר לסנגור בהליכי חקירה – לקראת פתרון של פשרה" הפרקליט לט (תשנ"ד) 108.
- 24 ראו י' קדמי על הראיות (מהדורה משולבת ומעודכנת, חלק שני, 2003), עמ' 1039. כן ראו ע"פ 4427/95 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 557 (פיסקה 15 לפסק הדין): "אכן מכירה הפסיקה בנוכחותו של עורך-דין כזכות בסיסית של החשוד וכתנאי יסודי לאמינותו ולמשקלו של הזיהוי, כאשר מחובתם של אנשי המשטרה להבהיר לחשוד דבר זכותו זו ולעשות כל מאמץ על מנת שתמומש. כבר נפסק כי עריכת מסדר זיהוי בלא נוכחות עורך-דין מטעם החשוד יש בה כדי להפחית ממשקלו הראייתי של הזיהוי". ועם זאת לא ברור עדיין מה היקפה של החובה "לעשות את כל הפעולות הדרושות לאיתורו של עורך הדין ולוודא כי מקום ומועד המסדר יודעו לו". שכן, מה הדין מקום שבו עורך-הדין, מסיבה זו או אחרת, לא יוכל להופיע במקום או בזמן ש"נודע" לו? האם הליך הזיהוי הוא הליך שהדחיפות שלו נמדדת במונחים של שעות או ימים? ומה הדין במצב אחר, שבו החשוד מביע את רצונו בייצוג, אך בינתיים זקוק לזמן כדי שקרוביו ישכרו לו עורך-דין או יסייעו בידו לתשלום שכרו?
- 25 ראו למשל פסקי הדין בע"פ קריב (לעיל, הערה 10), עמ' 743, וע"פ פלוני (לעיל, הערה 24), פיסקה 15 לפסק הדין. עם זאת בפרשת מאירי פסל השופט ח' כהן מסדר זיהוי (ראו ע"פ 559/79 מאירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 180), אך מן הטעם כי סנגורו של החשוד לא זומן למסדר זיהוי תמונות. הטעם לפסילה גורפת, אליבא דשופט כהן נעוץ היה בכך שאמנם ההלכה היא כי אי-כיבוד הזכות אך נוטל ממשקלו של המסדר, אלא ש"כשמתרבים והולכים המקרים אשר מהם מכלכלת (ומקלקלת) המשטרה את חקירותיה תוך כדי התעלמות מהנחיותיו והוראותיו של בית משפט זה, הגיע הזמן שנפחית ממשקלן של ראיות אלה שהושגו שלא כהלכה, עד כדי אפס... אולי ילמדו חוקרי המשטרה בדרך זו שלא להוציא זמנם ומרצם לריק". במילים אחרות, הפחתת המשקל לאפס היא סנקציה ראייתית המוטלת על-מנת להעביר מסר חריג לרשות החוקרת על-מנת שזו תשמור על כיבוד זכות זו (וראו הדיון אף בסעיף 45 לחיבור). האירוניה בדבר היא, שאמירות אלה יוצרות רושם מוטעה, כי אכן יש בכוחה של זכות הייצוג במתכונתה הנוכחית, לספק הגנה אמיתית על הנאשם. אפשר כי נחרצות זו שבה נקט בית-המשפט ניתנת בין היתר להסבר בטיעון שעמידה על זכות זו משרתת בעיקר את מידת הסגירות (Closure) של פסק-הדין ו"מכשירה" את הדין שבו נשלל כוחם של חשודים מלהעלות טענות נגד המסדר, מעבר למה שהצליח הסנגור להפיק כהערות בעת עריכת המסדר. לפונקציית הסגירות

אך למסדר זיהוי חי, והיא הורחבה לכלול גם מסדר זיהוי תמונות²⁶, אך עדיין לא הוכרה בהליכי מסדר נוספים²⁷.

16. כדאי להפנות בהקשר זה להשתלשלות העניינים בעניין מזרחי²⁸ הגובלת לדעתנו באבסורד. באותו עניין נערך מסדר זיהוי תמונות למתלוננת ללא נוכחות סנגור, בלי שהייתה – אליבא דבית-המשפט העליון – סיבה מוצדקת לאי-זימונו. זיהוי זה היה פגום כמעט מכל בחינה אפשרית; דובר במסדר תמונות במקום זיהוי חי, לאחר שהנאשם הסכים למסדר חי (אם כי התנה זאת – והרי זוהי זכותו – כי סנגורו יהא נוכח), התמונות לא דמו לנאשם, שכן למשל ארבעה מתוך שמונה תמונות היו דמויות בעלות שיער, כאשר העברייך שנצפה היה קירח. תמונה אחרת הייתה תמונה של אדם כבד משקל, ונוספת של אדם בהיר כאשר העברייך שנצפה היה שחום; החולצות שלבשו המצולמים למעט הנאשם ואדם נוסף היו בצבע השונה מצבע חולצת העברייך בשעת העבירה; למתלוננת נאמר שדמות הנאשם מצויה בין התמונות; במשפט העידה המתלוננת ללא נוכחות הנאשם באולם וכאשר נכנס זיהתה אותו באופן ספונטני. ברי כי גם זיהוי ספונטני זה, שנעשה בתוך בית-המשפט, פגום²⁹. בהרשיעו את הנאשם התבסס בית-המשפט על הזיהוי במסדר התמונות ועל הזיהוי הספונטני. אמנם בערעור, בית-המשפט העליון מתח ביקורת על אופן עריכת הזיהויים, אך נמנע בסופו של דבר לקבל את הערעור, נוכח

הפרגמטיסטית שעניינה חיסון ההכרעה השיפוטית מפני ערעור או השגה מאוחרים הן ברמה משפטית-פורמלית והן ברמה הציבורית-ערכית ראו: C. Nesson "The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts" 98 *Harv. L. Rev.* (1985) 1357; M.L. Seigel "A Pragmatic Critique of Modern Evidence Scholarship" 1003-1009 *Northwestern L. Rev.* (1994) 995, pp. 88. לדיון בפרשת מאירי ראו מ' בן זאב "ראיות שהושגו שלא כהלכה – האומנם נפרצה הדרך לעקרון פסילה" הפרקליט לב (1979) 466. מאמר זה מבליט את הדגש של פסק הדין על הפן ההרתעתי של הפרת זכות הייצוג, ואין בו כל דיון במסדר הזיהוי כהקשר מיוחד שבו עולה בעיית הייצוג לאור הבעייתיות של הליך זה.

26 ע"פ 347/88 דמיאניוק נגד מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221, עמ' 420, וכן קדמי (לעיל, הערה 24), עמ' 1062-1065.

27 למשל זיהוי על-ידי אלבום תמונות (עיינו קדמי (לעיל, הערה 24), עמ' 1042-1044) או קיום מסדר מאולתר (שם, עמ' 1070-1072). ניתן אולי להצדיק מגבלה זו ככל שהדברים נוגעים לעיון באלבום תמונות, שכן בשלב זה לא ידוע עדיין מי הולך להיות החשוד. במקרה של זיהוי מאולתר, ההצדקה העיקרית לאי-קיומה של הזכות נעוץ בכך כי ההזדקקות למסדר זיהוי מן הסוג הזה נעוצה בסירוב החשוד להשתתף במסדר זיהוי חי. אולם, בהיעדר הנחיות ברורות בחקיקה או בפסיקה, קשה להלום מתי יש להיזקק למסדר זיהוי מאולתר במקום מסדר זיהוי תמונות, ולפיכך, חסר זה נוטל משקל לא זעיר מההצדקה האמורה.

28 ע"פ 5249/01 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 656.

29 ראו מנשה ועאסי (לעיל, הערה 1), עמ' 213-223, וכן ד' מנשה "פרוטוקול מסדר הזיהוי כראיה" (טרם פורסם).

קביעות מהימנות והיעדר הסברים מצד הנאשם³⁰. אין ספק כי נוכחותו של סנגור, במקרה כזה, הייתה יכולה להתריע בפני עורכי המסדר על סכנות אלה וסביר להניח שהייתה מביאה לתיקון חלק מן הפגמים. אם לסנגור היה ידוע תיאור העברייני אשר נמסר על-ידי העדה, ואם הייתה לו יכולת להתנגד לתמונות מסוימות, מסדר הזיהוי היה נערך בצורה הרבה יותר תקינה והיה נושא ממילא משמעות פרוביטיבית יותר גדולה. לכל הפחות, הסכנה של זיהוי שגוי כתוצאה מרמזים והטיות הייתה מצטמצמת למדי.

17. יתרה מאלו: עיון בכללים שהותוו על-ידי הפסיקה כמפורט להלן מביא לדעתנו למסקנה בלתי נמנעת כי הנפקויות המעשיות של זכות הייצוג, אף במקום שהיא מוענקה, מוגבלות עד מאוד, באופן שאין להצדיקו לנוכח החשיבות העצומה של הפונקציה שאמורה לשמש זכות זו בהגנת חשוד המשתתף בהליכי מסדר.

את עמדת הפסיקה בעניין תוכנה המהותי של זכות הייצוג בהליכי מסדר ניתן לסכם בפשטות: הפסיקה אמנם מכירה בזכות עורך-הדין להיות נוכח בעת עריכת המסדר, אך הא ותו לא. לאמור, נוכחותו של עורך-הדין מוגבלת למעמד של "משקיף" בלבד. אין מוקנית לו כל זכות להתערב בהליך הזיהוי. כך לדוגמא, אין הסנגור רשאי לתחקר ניצב או לפסול אותו³¹. כל שעורך-הדין יכול לעשות זה להפנות את תשומת לבו של עורך המסדר לליקויים הנטענים על-ידי, ובמקרה זה, על עורך המסדר לרשום הערות אלה בפרוטוקול המסדר ולציין את התייחסותו. גם הזכות לחקור את העד המזהה מיד לאחר ביצוע הזיהוי, ובטרם ייחשף לסכנות הכרוכות בתקופת ההמתנה למשפט, כגון "היזון חוזר" מצד עורך המסדר או אחרים, מצומצמת אך לשאלות הנוגעות במישרין לנושא של ודאות הזיהוי והאפשרות של טעות בזיהוי³². יתרה מזאת: הפסיקה קובעת כי ככלל אין

30 ראו גם ע"פ 5390/96 אבו מדיעם נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 29, שהיא דוגמה נוספת לכך שהיעדר סנגור לא פוסל את מסדר הזיהוי. במקרה כזה הסתפק בית-המשפט בכך שהשוטרים עשו מאמצים לאתר את הסנגור, כאשר לנוכח הדוחק בזמן שנבע מהצורך בהארכת המעצר של החשוד, לא ניתן היה להמתין לו.

31 ראו מנשה ועאסי (לעיל, הערה 1), עמ' 323, ועיינו למשל "קדמי על סדר הדין בפלילים (חלק ראשון, מהדורה מעודכנת, תשס"ד), 578: "במסדר חי... אין לחשוד זכות להתנגד לניצבים". כן עיינו: סעיף 3(ה)(8) להנחיות המשטרה (הנחיות מס' 03.300.005), שבו צוין במפורש כי לחשוד או לבא-כוחו אין כל זכות לפסול ניצב כלשהו. אמנם ייתכן כי קיימות פרקטיקות משטרתיות של התייעצות עם הסנגור והכנסתו בגדר משתתף בהחלטה על הניצבים (ראו למשל ע"פ 1301/92 מדינת ישראל נ' שוורץ, פ"ד נ(5) 749, פסקה 2(9)); ואולם, גם אם כך, הרי מדובר במעשה שבחסד הנתון אך ורק לשיקול-דעתו של עורך המסדר. ראו גם תירוש (לעיל, הערה 23), עמ' 138.

32 ראו: מנשה ועאסי (לעיל, הערה 1), עמ' 323; קדמי (לעיל, הערה 24), עמ' 1046. יתירה מזו: עיון בסעיף 3(ט) להנחיות המשטרה (לעיל, הערה 31), מגלה כי לעורך המסדר יש שיקול-דעת בלעדי ומוחלט ללא כל קריטריון, אם לאשר את השאלות המופנות לעד המזהה בכתב על-ידי הסנגור, או שלא להתירן (ראו גם סעיפים 3(5) ו-3(6) לנספח ב' להנחיות המשטרתיות (תדריך לעד המזהה)).

לשמוע מאוחר יותר טענות מפי עורך-הדין בדבר פגמים וליקויים בעריכת המסדר, מעבר לאלו שהוא העלה בעת עריכתו (ואשר נרשמו בפרוטוקול)³³. במקום שבו הסנגור מסרב להופיע למסדר, לאחר שהודע לו מועד קיומו, הופך כלל ההשתק למוחלט³⁴.

18. העולה מן המקובץ הוא שלמרות ההצהרות הרמות בדבר חשיבותה של זכות זו, ספק אם זכות זו יכולה, הלכה למעשה, להגשים את המטרה המיוחסת לה של הגנה על החשוד וצמצום האפשרות של זיהוי שגוי. קשה להשתחרר מן הרושם שעולה מתוך קריאת הפסיקה שלמעשה מדובר אך בזכות "פורמלית" שנועדה לקדם בעיקר את מראית פני הצדק. כלומר זכות שעיקר תכליתה היא מתן לגיטימציה למהלכי המסדר.

קיימת אף אינדיקציה ברורה לכך שהפסיקה אינה מייחסת לזכות הייצוג משקל של ממש בהגנתו של החשוד. לפי הפסיקה ניתן להסתפק בנוכחות של ידיד או קרוב משפחה במסדר, לא דווקא עורך-דין; ואולם אם אף הסנגור מוגבל באורח משמעותי בהשפעה על תקינות המסדר, כלום תועיל נוכחות של קרוב משפחה או ידיד ומה טובה תצמח מזו? אי-הרצינות בהתייחסות לעניין זה עולה בבירור אף מהרטוריקה של בית-המשפט³⁵.

19. למעשה התמונה היא עגומה עוד יותר. כפי שראינו, לא זו בלבד שאין לעורך-הדין יכולת של ממש להתערב בהליך עצמו, דבר הפוגע קשות באפקטיביות של זכות הייצוג, אלא שנוכחות הסנגור עלולה להשתיק את החשוד מלטעון נגד כשרות הזיהוי בשלב המשפט, ובכך זכות זו נהפכת כסות לערוות מסדרי הזיהוי. מזכות האמורה להגן על חפים מפשע, סותמת זכות הייצוג את הגולל בפני הגנת החשוד בשלב המשפט. והנה

33 ראו למשל: ע"פ 437/82 אבו נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 85; קדמי (לעיל, הערה 24), עמ' 1040.

34 ראו: נ' קנת, ח' קנת אמצעי זיהוי וחקירה (תשס"א), 8; ע"פ 97/50 דוננפלד נ' היועמ"ש, פ"ד ה 343.

35 כך למשל, כתב בית-המשפט העליון בעניין פלוני (לעיל, הערה 24), בעמ' הנ"ל: "לענייננו קיימות שתי תשובות לקושי שמעלה היעדרות עורך-דינו של המערער ממסדרי הזיהוי שנערכו לו. התשובה הראשונה היא, כי הוריו של החשוד, אשר היו מעורבים למדי לאורך חקירתו כולה, נכחו במסדרי הזיהוי, תודרכו בדבר ההליך ובדבר זכויותיהם, ואף החליפו דברים עם המזהות למיניהן. כאמור, הפסיקה מדגישה את הצורך בנוכחות אדם מטעם החשוד. לענייננו נכחו במקום הורי המערער ששימשו כמשקיפים ויכולים היו ליידע את בית-המשפט בפגמים שנפלו בהליך הזיהוי, אם אכן היו כאלה. השאלות שהופנו לעדות המזהות על-ידי הורי המערער אף תועדו על-ידי החוקרים, ומכאן ניתן ללמוד על מידת מעורבותם של ההורים ועל מסירותם בשמירה על האינטרס של המערער בעת הזיהוי. התשובה השנייה היא, כי מעדות חוקרת המשטרה עולה שהודיע להורי המערער (בהיותם אחראים למערער, לאור מצבו הנפשי) על זכותם לייצוג משפטי, והם בחרו לוותר על כך. עדות זו לא נסתרה על-ידי הורי המערער במהלך המשפט בבית המשפט קמא. בע"פ 80/88 (לעיל) קיבל בית המשפט את ההסבר להיעדרות עורך-דין ממסדר הזיהוי בכך שהמערער ויתר על ייצוג, ונוכח הסבר זה לא ראה בית המשפט לנכון להפחית ממשקל הזיהוי".

כי כן, בפועל, כפי שמציין השופט קדמי, "ואמנם, משנכח עורך הדין – כמעט ולא נשמעו טענות כנגד סדרי המסדר"³⁶.

20. ניתן לתהות, כיצד ניתן להצדיק כלל שכזה, לאמור: כי משלא הועלו טענות במהלך המסדר אין להעלותן לאחר מכן. שהרי, סוג כזה של מגבלה מוטל בדרך כלל על טענות דיוניות שאינן יורדות לבסיס העניין (כמו טענה של היעדר סמכות מקומית או התיישנות במשפט אזרחי)³⁷, או על טענות שיש חשש כי נכבשו לצורכי המשפט, כמו טענה אליבי.

21. ואמנם, הכלל האמור הוא בגדר חריג נוכח ההתייחסות המצמצמת של המשפט הפלילי לטענות השתק. ראשית, ככלל דומה כי נוכח התפיסה של חשיבות הדיוק בהכרעה הפלילית, ובייחוד החשיבות הנודעת למזעור סיכוני הרשעת חפים, קיימת חשיבות מיוחדת לכך שהמשפט יוכרע לגופו על סמך בחינת מכלול הטענות שניתן להעלות לגופו של עניין, ולא על-פי מהלכים דיוניים גרידא. כך למשל, נקבע כי השאלה אם בעל דין הסכים להגשת ראייה בלתי קבילה אינה יכולה להיקבע בצורה של "מחטף" על-פי העובדה שלא הוגשה התנגדות מיידית מצד הסנגור, אלא על בסיס הערכת כלל התנהגותו³⁸. עוד נקבע כי היעדר התנגדות להודיה בעת הגשתה (להבדיל מהסכמה פוזיטיבית להגשתה) אינה פוגעת באפשרות להתנגד לה ולבקש קיום משפט זוטא לאחר מכן³⁹; ואפילו ההשתק המכוון כלפי המדינה-המאשימה, המכונה גם הגנה מן הצדק, פורש כחל רק במקרים חריגים, נדירים ומיוחדים⁴⁰. שנית, אף במקרים שבהם קיים השתק, מדובר בהשתק "על תנאי" במובן זה שמוקנה לבית-המשפט שיקול דעת המנומק בצורך להגעה ל"אמת". כך במקרה של טענת אליבי כבושה⁴¹ (ובוודאי בטענות כבושות

36 קדמי (לעיל, הערה 24), עמ' 1039. אבל מקריאת דברים אלה לא ברור אם עורכי הדין אינם משמיעים עוד טענות מיוזמתם, או שמא בתי-המשפט מונעים מהם השמעת טענות כאמור. גדולה מזו, גם אם נכונה האפשרות הראשונה, לא ברור אם היא גופה אינה נובעת מידיעתם את הכלל המשפטי הקובע מניעות והיכרותם את הפרקטיקה השיפוטית שלא לאפשר לטעון טענות הנוגעות לאופן עריכת המסדר ושלא הועלו בעת המסדר. ראו גם קנת וקנת (לעיל, הערה 34), עמ' 39.

37 או למשל, השתק היורד לשורשו של עניין, כגון פירוש הסכמת סנגור להגשת ראיות בלתי קבילות או ללא עריכת חקירה נגדית.

38 ראו ע"פ 566/89 מרציאנו נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(4) 539.

39 ראו ע"פ 11331/03 קיס נ' מדינת ישראל, תק-על 2004(1) 392.

40 ראו: דנ"פ 3039/02 הר שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 337 וכן ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221.

41 ראו למשל סעיף 152(ד) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן – חסד"פ).

אחרות), וכך גם בנוגע לאפשרות ההשתחררות של הנאשם, ברשות בית-המשפט מהודאתו הפורמלית⁴².

22. יתרה מזו, ענייננו כאן בפגמים מהותיים הטבועים במסדר עצמו שאין חשש ל"כבישתם". לפיכך, אין כל הצדקה לוגית או נורמטיבית להטלת איסור כזה⁴³. אין הצדקה להשתת אפילו השתק הניתן להסרה בשיקול-דעת, ומכל שכן לא השתק הרמטי. קיומו של ההשתק אך מחזק את טענתנו כי זכות זו נועדה יותר למען מראית הדברים, ואם תמצי לומר, "לרחוץ בניקיון כפיים" (לעיל, סעיף 18).

23. ניתן להעלות בהקשר זה טענת נגד מעניינת. אפשר לומר כי השתק זה מיועד לדרבן ולתמרץ עורכי-דין להתמקצע, קרי להכין עצמם כיאות, משפטית ועובדתית, לחלקם במהלך מסדרי הזיהוי, דבר אשר יביא בסופו של חשבון למסדרים ראויים ואינפורמטיביים. ניתן להוסיף ולטעון כי ההשתק מיועד להדוף מניפולציות מצד עורכי-דין, משום שלולא קיומו היו עורכי-הדין שותקים ואינם מעלים כל טענה אל נוכח פגמים במסדר, וזאת מתוך כוונה לתקוף את הזיהוי לאחר שבוצע, ובכך להביא לזיכוי הלקוח שלהם. בפרט, לפי מהלך הטענה, סגור אשר יודע או לפחות חושד כי אכן הלקוח שלו הוא העבריין, יימנע בדרך כלל מלתרום מתבונתו בכדי לשפר את המסדר. תחת זאת הוא יבחר, מטעמים טקטיים, שלא להעלות כל טענה ולחכות לתוצאה. אם לאור הפגמים החשוד לא יזוהה, מה טוב. אם יזוהה, יוכל הסגור לתקוף את הזיהוי.

42 סעיף 153 לחסד"פ מתיר לנאשם לחזור מהודאה אם הרשה זאת בית-המשפט מטעמים מיוחדים שיירשמו. נפסק שאין רשימה סגורה של טעמים. כך למשל אופשר לנאשם לחזור בו מהודאתו כאשר מתעורר חשש ממשי שהודה בניגוד לרצונו החופשי או שאינו מבין משמעות הודייתו; או כאשר טען כי עורכי דינו הטעו אותו (ע"פ 5561/03 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נח(4) 145). בע"פ 3754/91 מדינת ישראל נ' סמחאת, פ"ד מה(5) 798, הביעו שופטי הרוב דעה שלפיה אין להכביד על הנאשם שרצונו לחזור בו מההודאה אינו בגדר מניפולציה או תכסיס (בעיקר כאשר מדובר בחזרה מהודאה עובר למתן גזר-הדין, שכן, מפאת החשש כי הטעם האמיתי העומד ביסוד חזרת הנאשם מהודאתו נוצר בדיעבד ולאחר שנוכח לדעת את עונשו). דהיינו, אפילו במקרה שבו ההודאה נמסרה במקורה בשיקול-דעת ומתוך רצון חופשי יותר לנאשם לחזור בו אם יתעורר ספק באשר לאמיתותה למעשה. עם זאת ראו לאחרונה: ע"פ 3991/04 רגבי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).

43 אף G. Williams, H.A. Hammelmann "Identification) Williams & Hammelmann (Parade – Parts I and II" *Crim. L. Rev.* (1963) 479-490 and 545-555, pp. 479-480 שטוענים, ככלל, בעד הותרת נוהלי הליכי הזיהוי לא מוסדרים על-מנת שלא לכבול את המשטרה בפעולותיה, אינם מסכימים להשתק מעין זה, אפילו כאשר ניתנה לסגור האפשרות להתערב בהצבת הניצבים. אמנם, לדעתם, יש מקום לייחס לכך משקל, אלא שעדיין אין בכך כדי לכבול אוטומטית ובאופן גורף את ידי הסגור לטעון נגד המסדר בנקודה זו, גם במהלך המשפט. שם, עמ' 552. ראו גם: Pulaski (לעיל, הערה 22), עמ' 1097.

24. לדעתנו, חרף הפיתוי המסוים שיש בטענות אלו אין בכוחן להוות טעם מספיק להצדקת ההשתק. לטעמי, החובה לאיכות המסדר רובצת באופן בלעדי על התביעה. על התביעה לעמוד בביצוע משימה אפשרית זו המוטלת עליה, ואין הצדקה ליצור כאן תמריץ בצורת סנקציה שכל מקרה של הפעלתה מועד להוביל לאי־צדק. על־כן, לא ניתן להצדיק את השתת הסנקציה האמורה אף על יסוד השיקול של מניעת מניפולציות של עורכי־דין (אלא במקרים חריגים שבהם מדובר בהסתרת מידע זדונית שלתביעה אין נגישות לגביו, או שאינה יכולה לדעת עליו). על אף שהשיקול האחרון חשוב שלעצמו⁴⁴ ואף עשוי לסייע ככלל בהגשמת המטרה של גילוי האמת, אין "להקריב" נאשמים חפים מפשע, ולו מעטים, על מזבח שיקולי מדיניות, ואפילו שיקולים שניתן באורח כללי לקשרם להגברת הדיוק העובדתי, בטווח הארוך⁴⁵.

25. אכן, הטיעון האחרון שנזכר הוא עקרוני. האסטרטגיה הנורמטיבית החולשת על השיח – שחזקת החפות⁴⁶ וכלל מידת ההוכחה הפלילי הם התגלמות מובהקת שלה⁴⁷ – ניתנת להמשגה כעיקרון המחייב בין היתר נקיטה שיפוטית בכל אמצעי הזהירות (המעשיים־ההכרתיים) מפני טעות בהכרעה מסוג הרשעה ובכלל זה אף את המאמץ הבלתי מסויג לבחון אם ניתן לאתר אמצעי זהירות נוספים כאלו. לפיכך, יש לדעתנו להתנגד לכל צורה של השתק של טענה מהותית של נאשם בפלילים⁴⁸, מכל שכן

44 ראו ד' מנשה הלוגיקה של קבלה ופסילה של ראיות (טרם פורסם).
 45 עניין זה ניתן לקשור לדעתנו למושג כבוד האדם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית-המשפט העליון התקרב לעתים לכדי אימוץ פרשנות מעין-קאנטיאנית לכבוד האדם ולקביעות ברוח ההתייחסות לכל אדם כאל תכלית ולא כאמצעי בלבד. ראו למשל: דברי השופט ברק בדנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הבטחון, פ"ד נד(1) 721, עמ' 741; דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589. ואמנם אחד הנוסחים של הציווי הקטגורי שבבסיס תורת המוסר של קאנט הוא הנוסח של האדם כתכלית: "עשה פעולתך כך שהאנושות הן שבך הן שבכל איש אחר תשמש לך לעולם גם כתכלית ולעולם לא כאמצעי בלבד". עיינו ע' קאנט הנחת היסוד למטאפיסיקה של המידות (מ' שפי – תרגום, תשל"ג), 95.
 46 לחזקת החפות עיינו מאמרה המאלף של ר' קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" עלי משפט ג (תשס"ג) 403, וכן מ' לינדנשטראוס "חזקת החפות" במשפט הישראלי ובמשפט האמריקני: סוגיות נבחרות (1999).

47 ראו ד' מנשה "ההיגיון של סעיף 25 לחוק הירושה" ספר זיכרון לפרופ' מנשה שאווה ז"ל (ד' פרידמן – עורך, טרם פורסם).

48 מעניין להביא כאן את דעתה של פרופ' נינה זלצמן בעניין חלוחה של דוקטרינת השתק פלוגתא בפלילים. זלצמן תומכת אמנם בהחלתו של השתק הפלוגתא אף בהליך פלילי אבל אך במתכונת לא הדרית כלומר ככלי ביד הנאשם ולא כחרב נגדו; עיינו נ' זלצמן "השתק פלוגתא בהליך פלילי" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 19, עמ' 76-80. זלצמן מנמקת דעתה בשיקולים הקשורים בחזקת חפותו של הנאשם, כלל מידת ההוכחה הפלילי ומהותו של ההליך כהליך אינקוויזטורי. כל הנימוקים הללו לעניות דעתנו מתלכדים להסבר במונחי

בענייננו כאשר ההשתק אינו נסמך על הכרעה שיפוטית שהתקבלה לאחר שקלא וטריא המבוסס על עקרונות השיטה הפלילית, ואף לא על התנהלות או התנהגות של החשוד עצמו – אלא אך על סמך התנהלות של הסנגור, שהיא בנסיבות העניין חסרת ממד פרוביטיבי של ממש (ולעתים יכולה לנבוע מייצוג בלתי הולם)⁴⁹.

יתרה מזו: חובת הזהירות השיפוטית להימנע מיצירת סיכוני משגה שיש בהם להעמיד חף מפשע בפני סיכון הרשעה שגויה מחייבת לא רק היזקקות לטענות עורך־הדין אלא בדיקה מקיפה של השופט היושב בדין מיזמתו – גם אם לא הושמעו טענות מצד הסנגור לגבי נסיבות עריכת המסדר. בפרט מחויב השופט לבחון אם המסדר לווה ברמיזות (ולו בתום לב) או בהטיות אחרות העשויות להשליך על מהימנות תוצאת הזיהוי שנתקבלה בו.

26. בעיה קשה נוספת המכרסמת עוד יותר באפקטיביות של הזכות לייצוג בהליכי המסדר, היא חוסר הכלים של עורך־הדין להבחין ולהעיר על הליקויים בשלב עריכת המסדר. זאת משום שלחשוד ולסנגורו אין כל זכות לעיין בחומר החקירה בשלב עריכת המסדר, שכן זכות כזו קמה אך ורק משהוגש כתב האישום⁵⁰. מטעם זה, אין הסנגור יודע מה הייתה גרסת העד המזוהה בעת שמסר את התיאור הכללי של העבריינין. הסנגור לא יוכל לדעת, למשל, אם לפי תיאור העבריינין על־ידי העד המזוהה בולט החשוד מבין הניצבים, למרות הדמיון הכללי בין הניצבים. אין אף חובה כלשהי ליידע את החשוד או את סנגורו מה זהותו של העד המזוהה. זאת על אף שאפשר שידיעת שמו או זהותו של העד עשויה לגרום לשינוי בעמדת החשוד בקשר להשתתפותו במסדר, או לחשוף קירבה מסוימת בין העד לחשוד אותה העד לא גילה. הנזק ההגנתי של חוסר האינפורמציה בהינתן כלל המניעות, עשוי להיות גורלי. כנזכר, לסנגור אין כל מעמד בהליכי החקירה של העד המזוהה; לפיכך, הוא תלוי באופן אבסולוטי בשאלות שהחוקר שואל את העד בקשר למראה העבריינין, התיאור שלו, משך הזמן וכו'. שאלות אלו עשויות להיות, ולו בתום לב, בעלות אופי מדריך כאשר הנוסח המדריך לא מוצא את דרכו תמיד לפרוטוקול המסדר. כמו כן, אין כל ערובה שהחוקר ירשום באופן מילולי ומדויק את המילים שהעד

חובת הזהירות השיפוטית כפי שהומשגה לעיל, אשר במהותה היא חובה אינדיווידואלית ופרסונלית המוטלת על כל שופט ושופט בכל הזדמנות והזדמנות. לפיכך אין שופט פלוני יכול להסתפק בכך שחברו שופט פלמוני קיים (בין במשפט נתון ובין כמו בדוגמת השתק פלוגתא במשפט קודם) את חובת הזהירות כתיקונה. מה עוד שחובת הזהירות גופה מחייבת לא להניח מראש שאכן במשפט קודם או בכל הזדמנות אחרת אכן קיימו השופטים את חובת הזהירות המוטלת עליהם.

49 השוו לד' מנשה "הרהורים בעקבות הכרעות הערכאה הדיונית ובית המשפט העליון בעניינו של אריה דרעי" קרית המשפט ב (תשס"ב) 329, עמ' 364.
50 סעיף 74 לחסד"פ מקנה לחשוד זכות לעיין בחומר החקירה אך משהוגש נגדו כתב אישום. בשלבי החקירה אין לחשוד כל דרך חוקית לעיין בחומר זה.

משתמש בהם. חוקר המשטרה עשוי להבין את תיאור החשוד באופן שונה מכוונת העד. כשהעד מציין שיער ארוך או עיניים קטנות, אין כל ערובה שחוקר המשטרה יבין את התיאורים הללו לפי אותו קנה מידה של החשוד, הן בבואו לכתוב את דברי החשוד, והן בעת הרכבת מסדר הזיהוי.

זאת ועוד, ניתן להעלות על הדעת מקרה שבו הסנגור יבקש לעשות שימוש בעדות מומחה בנושאי הזיהוי שעלו בעניינו של לקוחו, ואין נימוק בהיגיון למנוע ממנו זאת; כן יש להעלות את הבעייתיות הרבה של כלל המניעות במקרה של חילופי סנגורים. במקרה זה לכאורה יושק סנגורו הנכנס של הנאשם מכוחה של התנהלות הסנגור היוצא בהליכי המסדר.

27. קושי פרקטי אחרון שבכוונתי לעמוד עליו, עשוי להתעצם דווקא במקרים שבהם מתאפשרת מעורבות ממשית של הסנגור. כאמור, התרומה לפי הדין הקיים הנודעת לנוכחותו של סנגור בעת הליך המסדר היא כי הוא יכול להעיר לעורך המסדר על אופן התנהלותו ולבקש כי הערות אלה יירשמו בפרוטוקול. נשאלת השאלה מה דינן של טענות עובדתיות הנוגעות להתרחשויות בעת עריכת המסדר אשר לא באו לידי ביטוי בפרוטוקול. נניח שהסנגור טוען במשפט כי בעת המסדר ביקש כי תירשם הטיה כלשהי בפרוטוקול, למשל נניח כי טענתו היא שמחא על כך כי אחד השוטרים מלמל משהו שיש בו כדי לרמוז לעד על אודות זהות החשוד. אפס, עורך המסדר טוען כי לא שמע הערה זאת, ומשום כך לא הביא לרישום הדברים בפרוטוקול. כיצד יוכל הסנגור להוכיח את טענתו?

אכן, סנגורים עלולים לעמוד בסיטואציה שבה הם מוצרכים להעיד לכאורה, לטובת לקוחותיהם בבית המשפט על-מנת להוכיח טענות עובדתיות בדבר ליקויים ופגמים אשר לא בא זכרם בפרוטוקול או שנרשמו אך באורח כללי, עמום או בלתי מדויק. מצב דברים זה אפשר שתורם להוביל סנגורים להירתע מגילוי מעורבות יתר במסדר ומכל מקום להימנע מלחלוק בדיעבד על אופן התיעוד של טענותיהם בפרוטוקול. לאור קיומו של האיסור האתי⁵¹, על הסנגור לנטוש קודם לעדות את הייצוג של הלקוח על-מנת להעיד לטובתו. ואולם ברור כי הסנגור לא ימהר לעשות כן, לא רק משיקולים הנוגעים לאובדן שכר טרחתו אלא גם מטעמים הנוגעים למעמדו המקצועי, שכן אין זה מעיקרי תפקידו לשמש עד ללקוחו ועדות כזו כורכת מעצם טיבה סכנה של אובדן המוניטין האישי שלו ומעמדו המקצועי. הרי במקרה של עדות כאמור, עשויה שאלת

51 זאת מכוח סעיף 36 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986 שלפיו: "(א) לא ייצג עורך דין אדם בהליכים משפטיים, לרבות ערעור, אם הוא עומד להעיד מטעם אותו אדם באחד משלבי ההליכים האמורים; נקרא עורך הדין להעיד מטעמו של אדם אחרי שהחל לייצגו – יחדל מן הייצוג. (ב) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על מסירת עדות כשעורך דין נקרא להעיד בידי בעל דין יריב, או בעניין שהוא טכני או ברשות בית המשפט או ברשות הועד המחוזי".

מהימנותו האישית, על כל המשתמע מכך, להפוך מוקד הבדיקה השיפוטית. זהו מצב דברים מביך למדי לסנגור בשים לב גם לעובדה שהאופן שבו תבצע בדיקה שיפוטית כזו תהא תוך השוואת גרסתו בעדות לגרסת עורך המסדר, שהוא שוטר אשר נתפס בדרך כלל כעד מקצועי וניטרלי.

אין זה מפתיע אפוא כי לא ידוע ולו על מקרה אחד שבו העיד סנגור במשפט על תיעוד חסר או בלתי מדויק בפרוטוקול המסדר, וזאת על אף שסביר להניח כי מחלוקות עובדתיות כאלו מתרחשות באופן שאינו כה נדיר, והיו לבטח שכיחות הרבה יותר לו היו סנגורים מתומרצים לנקוט מעורבות ממשית יותר בהגנת החשודים בעת ניהול הליכי מסדר.

ד. המלצות

28. יש לציין כי על אף הליקויים שצוינו ולמרות הרושם הכללי העולה מהדברים, עדיין אין להקל ראש בתועלת המסוימת שיכולה לצמוח מעצם נוכחותו של סנגור. נוכחות זו עשויה לגרום לחוקרים להיזהר יותר במניעת הטיות כלשהן במסדר, וכן להקפיד יותר על עריכה תקנית של⁵². כמו כן, נוכחות הסנגור יכולה להבטיח שהפרוטוקול ישקף ביתר דיוק את מהלך הדברים במסדר, וזאת אם ישכיל הסנגור להשלים את שהחסיר עורך המסדר על-ידי הערות משלו. עורך-הדין עצמו נדרש להיות מודע לכשלים העלולים ליפול במסדרי הזיהוי, וכן לבעייתיות הכללית הנעוצה בזיכרון של עד ראייה, ובכך יוכל לתרום ולקדם את יעילות המסדר⁵³. כן מספקת הנוכחות במסדר לסנגור חומר נוסף להכנת שאלות בחקירה הנגדית של העד במשפט.

ואולם, על-מנת להקנות לנוכחות הסנגור משמעות של ממש בצמצום הסיכון הכרוך בזיהוי מוטעה, יש לנקוט לדעתנו שינויים בכמה תחומים.

29. ראשית, יש מקום לבחון, לדעתנו, הטלת חובת ייצוג לחשוד בהליך של זיהוי. חובת מינוי סנגור במקרה כזה משתלבת עם גישתו הכללית של בית-המשפט העליון

52 ראו תירוש (לעיל, הערה 23), עמ' 95; ביין (לעיל, הערה 23), עמ' 110; וכן Pulaski (לעיל, הערה 22), עמ' 1099, 1101.

53 מעניין להביא, לשם המחשה בלבד, מחקר שנערך בקרב עורכי-דין בארצות-הברית, הבודק את מידת בקיאותם בהליכי הזיהוי. האם הם יודעים על אלו עניינים יש להקפיד בעת עריכת המסדר, ואלו פרמטרים יכולים להשפיע על אמינות הזיהוי והדיוק. לפי מחקר זה, עורכי-דין אינם מקצועיים בתחום, וספק אם יהיו אפקטיביים בפיקוח על הליכי הזיהוי. ראו B.L. Culter, S.D. Penrod *Mistaken Identification – The Eyewitness, Psychology, and the Law* (1995), 159. אנו סבורים כי יש צורך להגביר את מודעות העוסקים במלאכה: שופטים, תובעים, חוקרים וסנגורים, אודות הבעייתיות שבעדות הראייה. קיומה של ספרות מקצועית מקומית עשוי לתרום רבות לשיפור מודעות זו.

בדבר הצורך בהרחבת ההגנה הניתנת לזכויות חשודים ונחקרים וקישורה למושג כבוד האדם⁵⁴, והיא ורק היא מתחייבת ככלם מפני הרשעה שגויה. יש לזכור כי ענייננו בראיה שבמהותה קשה להשיג עליה במשפט ובכוחה לשמש בגפה להכרעת התיק נגד הנאשם⁵⁵. אכן, ייצוג החשוד מהווה הגנה משפטית המסופקת בשלב הקריטי ביותר של הליך הזיהוי, ולפיכך דחיית חובת הייצוג עד לשלב המשפט עלולה להיות בבחינת "מעט מדי ומאוחר מדי". על-פי הנחיות המשטרה על הממונה על המסדר לתאם עם פרקליט המחוז פנייה לבית-המשפט על-מנת שימנה סגור לחשוד "בעבירות פשע חמור". אולם ברי כי לא די בהנחיות מסוג זה, והדבר צריך למצוא עיגון בחקיקה ראשית. יוער כי בפסק-דין של בית-המשפט העליון מן התקופה האחרונה, העלה השופט א' לוי הצעה, הצוערת במידה מסוימת בכיוון המותווה במאמר זה, בדבר האפשרות לשקול מינוי סגור מטעם הסנגוריה הציבורית במקרים שבהם אין כוונה לתעד את הליך הזיהוי בצילום ובהקלטה, וכאשר אין בדעת המשטרה – מסיבות מסוימות – להמתין עד ללכידת החשוד, קבלת הודעתו בדבר נוכחות סגור, ועריכת מסדר זיהוי חז"ל⁵⁶. למרות שהצעה זו היא כאמור בבחינת צעד חשוב בכיוון הנכון, עדיין אין להסתפק בה.

54 ראו למשל דנ"פ גנימאת (לעיל, הערה 45). ראו גם מאמרו של א' ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על משפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג (1996) 5, וכן ע' גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג (1996) 155.

55 ראו למשל ע"פ 420/81 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 29, עמ' 37-38; עניין קריב (לעיל, הערה 10), עמ' 741, עניין סמדרמן (לעיל, הערה 10), עמ' 277; ע"פ 4912/96 רחמימוב נ' מדינת ישראל, תק-על 99(2) 971.

56 ראו ע"פ 2180/02 קאסם נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 642. במקרה שנדון בפניו דובר על נאשם שהורשע בשוד ובאיומים. על-פי כתב האישום, הגיע הנאשם עם אחר (שזהותו אינה ידועה) למכולת שבה עבד אותה שעה קטין. הם קנו משקה ועזבו את המקום. בחלוף כמחצית השעה, חזרו שניהם, ואז נטל הנאשם (על-פי האישום) סכין שהייתה מונחת על השולחן, איים על הקטין תוך שהוא נוטל מהמכולת כספים וחפצים אחרים. שוטר הסיור שהוזעק למקום ורשם את תלונת הקטין, חשד בנאשם כמבצע העבירה (במאמר מוסגר לא ברור על מה התבסס חשדו של השוטר, שכן החשוד היה שונה במאפיינים בולטים מהתיאור שהשמיע הקטין בפניו). השוטרים אף פנו לביתו של החשוד, אך לא מצאוהו שם. לפיכך, שעות ספורות אחרי האירוע ערך החוקר מסדר זיהוי תמונות כשתמונת הנאשם כלולה בו. הקטין זיהה את הנאשם. המסדר נערך בלי לזמן את החשוד או מי מטעמו, ואף בלי לתעדו בצילום. למרות זאת קבע בית-המשפט כי במקרה זה פעלה המשטרה כדין שכן בשלב עריכת מסדר התמונות לא היה חשוד כלשהו, שהודיע על רצונו בנוכחות סגור. לדעתנו, נימוק זה אינו יכול לעמוד במבחן הביקורת; הרי בית-המשפט ציין בפסק-הדין כי מסדר הזיהוי שבו זוהה הנאשם ואליו לא זומן על-ידי המשטרה נערך לאחר ש"השוטר ציין בדוח ת/24 כי בלבד עלה החשד שאחד התוקפים הוא אחד האחים למשפחת קאסם [משפחת החשוד – ד' מ']" (שם, עמ' 645). בית-המשפט אף ציין בהחלטתו כי המשטרה נקטה פעולות חקירה ואיתור מסוימים של החשוד: "...ועל כן, הלכו השוטרים לאותה

שתי הסתייגויות בידינו להצעה. ההסתייגות האחת היא כי המלצה זו מוגבלת אך למקרים שבהם מסתמן חשוד אפשרי, אך לאור אילוצי הזמן והחשש כי שחרור העד המזהה יפגע בכושר הזיהוי שלו או עשוי לחשוף אותו לאיומים שימנעו ממנו להשתתף בהליך זיהוי כלשהו, בוחרת המשטרה שלא להמתין עד לזימון החשוד או סנגורו. המלצה זו מכוונת אפוא לקשת סיטואציות מוגבלת למדי, ובוודאי שאינה יוצרת חובה כללית של זימון סנגור. שנית, בית-המשפט מוכן להסתפק בחיעוד המסדר על-ידי צילום, כתחליף לנוכחות סנגור. דבר זה מעיד על כך שבית-המשפט אינו רואה את הייצוג כזכות פרסונלית של החשוד, אלא כאמצעי נוסף של בית-המשפט להתרשם (באופן פסיבי) מההליך. תפיסה זו צרה מדי, גם משום שלנוכחות הסנגור יש חשיבות נוספת בכך שהיא מבטיחה – לפחות פוטנציאלית – מימושם הן של אינטרס החשוד הן של האינטרס המערכתי בליבון טוב יותר של העובדות, שכן מדובר ב"חקירה נגדית" מיד לאחר ביצוע

כתובת ושם פגשו את אחיו של המערער, רמי קאסם... בשעה 13:30 של יום השוד נערך מסדר הזיהוי בתמונות. בפני המתלונן הוצגו שמונה תצלומים, ובהם תצלומו של המערער, והמתלונן הצביע עליו... " (שם, עמ' 645-646). דהיינו, כבר בעת עריכת המסדר היה הנאשם במעמד של חשוד אפשרי, אחרת מדוע פנו השוטרים לביתו, ומדוע נערך מסדר זיהוי תמונות במקום עיון באלבום תמונות? הרי מסדר זה נהוג לערוך, להבדיל מעיון באלבום תמונות, כשישנו חשוד אפשרי ספציפי. בית-המשפט אף מציין כי לפני עריכת מסדר זיהוי תמונות הוצע למתלונן-הקטין להשתתף במסדר זיהוי חי, אך הלה סירב, ומכאן, ברור כי הנאשם היה, כבר בשלב זה, חשוד אפשרי. לאור מחדל זה טען הנאשם כי המשטרה פעלה שלא בתום לב כשביכרה שלא לעוצרו, והכול לתכלית עריכת המסדר ללא נוכחותו של עורך-דין. על אף מהלך הדברים התמוה בעניין זה ביכר בית-המשפט העליון לאמץ את קביעת בית-המשפט המחוזי שלפיה "לטענה מרחיקת לכת זו [שלפיה נמנעה המשטרה מלעצור את הנאשם כדי למנוע במכוון ובזדון נוכחות עורך-דין במסדר הזיהוי – ד' מ' אין כל יסוד בחומר הראיות" (שם, עמ' 649). ואולם, לדעתנו, גם אם לא היה מעשה מכוון ובזדון כפי שנטען על-ידי הסנגור (שביקש, כנראה, להביא את עניינו בגדרי הלכת מאירי (לעיל, הערה 25), עדיין מחדל זה, כשלעצמו, פסול הוא ולא ניתן להשלים עמו (השוו למשל להחלטת השופטת דורנר בערר על החלטת בית-המשפט המחוזי לעצור את הנאשם עד תום ההליכים במשפטו בבש"פ 4739/01 ראונוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(5) 481, עמ' 484-483; השופטת דורנר קיבלה את עררו של הנאשם על ההחלטה כי קיימות ראיות לכאורה להחזקתו במעצר, זאת על שום הפגמים שנפלו במסדר זיהוי תמונות שנערך לנאשם, בעת היותו חשוד, ללא שזומן סנגור מטעמו). מכל מקום ראוי לעיין בדברי כב' השופט א' א' לוי בהקשרם הכולל. לדבריו: "אינני סבור כי יש מקום להתערבותנו בממצא זה [של הערכאה קמא – ד' מ'], אך עם זאת נדמה כי הגיעה השעה שגם במקרה מסוג זה, תימצא הדרך לבקש מהסנגוריה הציבורית לשגר את אחד מאנשיה למסדר, כדי שניתן יהיה לעקוב מקרוב אחר ביצועו, ובדרך זו למנוע לזות שפתיים מחד, ופיחות במשקלה של ראייה כה חשובה, מאידך. לחלופין, יש לתעד את המסדר, מתחילתו ועד לסופו בצילום והקלטה, דבר אשר עשוי להבטיח קיומה של בקרה, לפחות חלקית" (עניין קאסם, שם, עמ' 649). אגב, מתיאור עובדות פסק-דין זה ניתן ללמוד, לכאורה לפחות, כי אין משקל מעשי ממש להנחיות המשטרתיות בדבר מינוי סנגור לחשוד במהלך ניהול מסדר הזיהוי.

הזיהוי, העשויה להיות אפקטיבית ואינפורמטיבית הרבה יותר מזו הנערכת במסגרת ההליך הפלילי בבית-המשפט, אשר בדרך כלל מתקיים בחלוף זמן ניכר⁵⁷. בנוסף נוכחותו של עורך-הדין נחוצה אף לשם פיקוח של עורך-הדין על פעולות הנעשות במהלך המסדר (כמו עריכת המסדר עצמו, פסילת ניצבים, דיון בהתנגדויות וכו'). טעם נוסף לפגם אנו מוצאים במינוח שנוקט בו השופט לוי, להסברת טעמו להמלצותיו, והוא כי הדבר נדרש כביכול לשם "מניעת לזות שפתיים", רטוריקה המתעלמת מהפגמים האינהרנטיים שבמסדרי זיהוי, שהצבעה עליהם אינה בבחינת "לזות שפתיים" כל עיקר.

30. במאמר מוסגר ועדיין בהקשר להמלצתו של השופט לוי חשוב אף לעמוד על כך כי בתיעוד באמצעות וידאו, כרוכות מגבלות וחולשות אינהרנטיות. אין ספק כי תיעוד כאמור הוא כלי עזר חשוב, שיש בכוחו לאפשר לבית-המשפט להתרשם במישרין מאופן התנהלות הליך הזיהוי. יתרון חשוב הוא שצילום בווידאו מאפשר לבית-המשפט לצפות שוב ושוב בתהליך המסדר, ועל-ידי כך לבחון טוב יותר טענות שמועלות על-ידי הצדדים. דא עקא, ולמרות חשיבותו ויעילותו, קיימים חסרונות אחדים. ראשית, השימוש באמצעי זה על-ידי אנשי המשטרה כפוף מעצם טיבו לתהליך של עריכה. עין המצלמה הופכת להיות עינו של בית-המשפט. עין זו תוחמת את טווח ראייתו של בית-המשפט ונועלת אותו לדברים שנקלטו בה. בית-המשפט אינו יכול להחליט בעצמו מה רלוונטי/חשוב ומה לא, מעבר ליריעת החלטתו של עורך הצילום. מצב זה עשוי לעורר מחלוקות עתידיות ביחס להגינות הצילום. שנית, צורת הצילום עשויה למשוך את תשומת הלב של הצופה לחלקים מסוימים, ולטשטש חלקים חשובים אחרים. שלישי, הסתפקות בצילום כאמור אינה מוסיפה לתהליך הזיהוי הצדקות חברתיות וחינוכיות העומדות בבסיס הגיטימציה של המבנה של בית-המשפט וההליך האדברסרי⁵⁸.

31. לחובת מינוי סנגור עשויה להיות חשיבות מהיבט נוסף: היא עשויה לאפשר לחשוד לקבל הסבר טוב יותר אודות טיב ההליך שהוא עתיד להשתתף בו והסכנות הנעוצות בסירוב החשוד להשתתף במסדר הזיהוי, לרבות האפשרות לייחס משקל ראייתי לסירוב לחובתו של החשוד. כן היא תאפשר לעורך-הדין להבהיר לחשוד כי במקרה של סירוב יכולה המשטרה, על-פי הדין הקיים, לפנות לאמצעי זיהוי אחרים שהם לכאורה מהימנים עוד פחות, כמו זיהוי מאולתר או זיהוי מתוך אלבום תמונות העבריינים. בכך עשוי הדבר להביא לידי "עידוד" החשוד החף להשתתף במסדר חי ולא

57 השוו נ' זלצמן "אמרה בכתב לפי סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש] – שיקולי מדיניות משפטית מנחים בפירוש ההוראה" משפטים כא (תשנ"ב) 353; א' שטיין "סעיף 10א לפקודת הראיות: פרשנותו הראויה ופסיקתו של בית המשפט העליון" משפטים כא (תשנ"ב) 325 (בעיקר עמ' 334-336).

58 להרחבה והשוואה עיינו למשל: G. Bermant, M.D. Jacobovitch "Fish Out of Water: A Brief Overview of Social and Psychological Concerns About Videotaped Trials" 26 *Hastings L.J.* (1975) 999.

להיחשף לזיהוי אשר עשוי לכאורה להזיק לו עד כדי הפללה⁵⁹. במצב דברים זה יוגבר ממילא ההיגיון הפרוביטיבי בהענקת משקל ראייתי לסירוב⁶⁰ להשתתף במסדר לחובת החשוד⁶¹.

59 אמנם ניתן להטיל את חובת ההסבר בדבר התוצאות הכרוכות בסירוב להשתתף במסדר זיהוי על הרשות החוקרת או בפרט על הקצין החוקר (בדומה לחובה בסעיף 28 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996), אך ברור כי עדיף – אפילו מטעמים פרוביטיביים – כי האינפורמציה הזו תגיע לחשוד לא רק ממקורות המצויים בהגדרה בעימות אתו ושאליהם הוא מתייחס באופן רגיל בחשדנות.

60 הסבר זה גופו מגביר את הכוח הפרוביטיבי של ראיית הסירוב של החשוד. עמדנו על ההיגיון הפרוביטיבי של קיום אזהרות מסוג זה במקומות אחרים: ד' מנשה "למהותו הלוגית והנורמטיבית של סעיף 11 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד), תשנ"ו-1996" קרית המשפט ב (תשס"ב) 295; ד' מנשה "סדר דין אזרחי: מגמות מרכזיות לקראת כינונה של פרספקטיבה חוקתית" עיוני משפט כב (1999) 205, עמ' 210-211 (אגב הדיון על "אנטון פילר").

61 ראו למשל עניין קריב (לעיל, הערה 10), עמ' 744-745 (פיסקה 5) (לפסק-הדין). כמו כן, ראו קדמי (לעיל, הערה 24), עמ' 1035. בדרך כלל, כמובן, יוכל הסירוב לשמש ראיה לחובתו של החשוד אם וכאשר יואשם באותה עבירה שעליה הוסב המסדר. עם זאת במקרה יוצא דופן עשוי הסירוב להיות ראיה דווקא לטובתו. יהיו: G – אשמה/ביצוע העבירה, E – ראיה, E_1 – ראית הסירוב למסדר, E_2 – זיהוי של הנאשם במסדר אלטרנטיבי (לרבות מאולתר), W_1 – קיום אזהרה/הסבר בדבר האפשרות להשתמש בסירוב כראיה, הנמסר לחשוד על-ידי המשטרה, W_2 – קיום אזהרה כאמור הנמסר לחשוד מעורך-דינו.

על-פי תיאורמת בייז (שהיא פיתוח של נוסחת ההסתברות המותנית), כי לכל A, B מאורעות מתקיים: א. $P(A/B) = P(A)P(B/A)/P(B)$; ב. $P(G/E) = P(G)P(E/G)/P(E)$.

ניתן להציג את התיאורמה בעזרת שיעורים (Odds) של הסתברויות. יוגדרו השיעורים: ג. $O(G) = P(G)/P(\text{NOT}G)$; ד. $O(G/E) = P(G/E)/P(\text{NOT}G/E)$.

ד ייתן: $O(G/E) = P(G/E)/P(\text{NOT}G/E) = P(G)P(E/G)/P(\text{NOT}G/E)P(E) = P(G)P(E/G)/P(\text{NOT}G)P(E/\text{NOT}G) = O(G)(P(E/G)/P(E/\text{NOT}G)) = O(G)LR$

השבר $P(E/G)/P(E/\text{Not}G)$ נקרא בספרות יחס הנראות (Likelihood Ratio) ומשמש למעשה לבחינת רלוונטיות הראיות וכוחן הפרוביטיבי. ניתן לראות כי בכל מקום שבו $LR \neq 1$ – E היא רלוונטית. אם $LR > 1$ הרי $O(G/E) > O(G)$ כלומר E מעלה את הסתברות האשם, כלומר היא ראיה המפלילה את הנאשם. אם $LR < 1$ מתקיים כי: $O(G/E) < O(G)$ ולפיכך E מפחיתה את הסתברות האשם כלומר היא ראיה האמורה להיזקף לטובת הנאשם. כעת, לדעתנו ניתן לראות בנקל כי בעניינו מתקיימות המשוואות הבאות: א. $P(E_1/G)/P(E_1/\text{NOT}G) = K > 1$ (שכן, עבריינים נוטים יותר לטוב להתייצב למסדר מן החשש לתוצאותיו); ב. $P(E_1/G \& W_1)/P(E_1/\text{NOT}G \& W_1) = L > K > 1$ (שכן, קיום אזהרה/הסבר לחשודים בדבר קיומה של האפשרות לעשות שימוש בסירוב, מתמרץ את החפים יותר מן האשמים להסכים להשתתף במסדר. בעוד שלפחות חלק מהנאשמים החפים שהיו מסרבים ללא אזהרה – ייעתר כעת מחשש להסתבכות שלא לצורך בהליכים פליליים; תופעה זו לא עתידה כמעט להתרחש אצל החשודים העבריינים משום שעיקר הלחץ של עבריינים המסרבים למסדר הוא להיות מזוהה בו, ואזהרה באפשרות הסקה מסרובם רק לעתים נדירות תניע אותם לשנות טעמים ולשתף פעולה);

32. יצוין כי ניתן להצדיק את חובת הייצוג מזווית נוספת, המתייחסת להרחבת זכות הייצוג בהליכי חקירה בכלל⁶². במאמריהם של בייץ⁶³ ותירוש⁶⁴, מוצגת ביקורת על ההסדר הקיים בעניין זה בהיותו מצומצם מדי, וקיימת קריאה להרחבת מעורבות הסנגור בהליכים אלה ובעיקר להסדרת העניין בחקיקה ראשית. נטען כי השיקולים המחייבים הגנה על חשוד גוברים על אלה המתייחסים ליעילות החקירה, ובמקרים המתאימים ניתן להגיע להסדרים גמישים שבכל מקרה יקנו זכות ייצוג מסוימת.

ככלל, אנו סבורים שיש טעם רב בדברי הכותבים, אולם אימוץ טענותיהם אינו הכרחי לצרכינו. שכן, אפילו לא היה מקום לזכות ייצוג כללית בהליכי חקירה, הרי לטענתנו הליך הזיהוי הוא הליך חקירה מיוחד אשר אין להשקיף עליו כהליך חקירתי בלבד. אדרבא, המדובר בהליך שהוא למעשה, אם כי לא להלכה, בעל נפקות של מתן עדות במשפט, אם לא למעלה מכך.

הליך הזיהוי מיוחד במובן זה שיש לו ממד של חד־פעמיות. לאחר שעד ביצע הליך זיהוי פעם אחת, כל הליך זיהוי נוסף שיבצע הוא בעל משמעות זעומה, שכן בכל הליך זיהוי נוסף אין לדעת (וסביר שאפילו העד עצמו אינו יכול לדעת), אם התמונה שנשמרה בתודעתו היא זו של העבריין או זו של האדם שזיהה בהליך הזיהוי הקודם⁶⁵.

ג. $P(E_1/G&W_2)/P(E_1/NOTG&W_2) = M > L > K > 1$ (הנימוק מופיע בהערת שוליים 55); ד. $P(E_1/G&NOTE_2)/P(E_1/NOTG&NOTE_2) = N < 1$ (שכן, בהנחה שבוצע מסדר אלטרנטיבי, על אף הסירוב (למשל מסדר זיהוי תמונות או מסדר מאולתר) הרי כל עוד אין נימוק מיוחד להטיל ספק במהימנותו של אותו מסדר, וכל עוד אין נימוק טוב מדוע לא לייחס לחשוד מודעות לגבי תוצאתו הצפויה של המסדר המקורי שסירב להשתתף בו (קרי אי־זיהוי), הופך הסירוב למסדר לראיה בעלת אופי המנקה את הנאשם מאחריות פלילית. הנימוק לכך הוא שבמקרה הזה מבטא הסירוב למסדר תודעת חפות, שכן החשוד במקרה זה – על אף ההזדמנות הנקרת בדרכו אינו נחפו ללקוט את הראיה המגוננת לכאורה – כישלון ראיית הזיהוי. כל זאת היא עדות לכאורה אודות ביטחונו בחפותו ויכולתו להציג ראיות המצביעות עליה).

62 ראו מנשה (לעיל, הערה 29).

63 בייץ (לעיל, הערה 23).

64 תירוש (לעיל, הערה 23).

65 הספרות הניסויית איתרה השפעות מזיקות של שני אפקטים של זיכרונו של העד המזהה. הראשון, אפקט המחויבות, והשני, אפקט ההיכרות. אפקט המחויבות, משמעו כי עד אשר בחר דמות כלשהי בהליכי שחזור – זיהוי עלול לפתח מחויבות קוגניטיבית כלפי דמות זו, ולתייג אותה כדמות העבריין האמיתי, גם אם בשוגג. במילים אחרות, הוא עשוי לחזור ולזהות דמות זו שוב ושוב בהליכי זיהוי מאוחרים. אפקט ההיכרות עשוי להשפיע בסיטואציות שבהן נחשף העד המזהה לדמות מסוימת, גם אם לא זיהה אותה, אבל מאוחר יותר, לזהותה בשוגג כדמות העבריין אך בשל העובדה כי דמות זו נראית לו מוכרת. לדיון נרחב בתופעות אלו ראו: G.W. Gorenstein, P. Ellsworth "Effect of Choosing an Incorrect Photograph on a Later Identification by an Eyewitness" 65 *Journal of Applied Psychology* (1980) 616, p. 621; E. Brown, K. Deffenbacher, W. Sturgill

יתרה מכך, בנושא הזיהוי ברי שיש לחלוף הזמן משמעות ניכרת. על-כן, הליך הזיהוי בבית-המשפט, אם בכלל נעשה, אינו אלא השתקפות חיוורת של הליך הזיהוי הראשוני.³³ במצב הדברים הנוכחי, נכון יהיה שהליך הזיהוי ישווה להליך העדות בבית-המשפט, שכן מבחינה תוכנית ומהותית הליך הזיהוי הוא למעשה העדות (ולא הזיהוי שמבוצע בבית-המשפט, שהינו בדרך כלל אקט פורמלי, צפוי מראש, של אשורר הזיהוי)⁶⁶. דהיינו, ניתן לומר כי כמעט בכל מקרה שבו הבשילה החקירה לכתב אישום, ממילא מוטמע הליך הזיהוי כחלק מן ההליך המשפטי, שכן בהיעדר יכולת שחזור של הליך הזיהוי, מוכח הזיהוי במסדר באמצעות פרוטוקול המסדר והופך למעשה לעדות המוצגת בפני בית-המשפט. זאת להבדיל מעדות רגילה של עד, שאינה מוגשת על-ידי התביעה. העד חייב להעיד בחקירה ראשית, ורק בסיטואציות מוגדרות ניתן להגיש את אמרת החוץ של העד, בהתאם לסעיף 10א לפקודת הראיות. או אז, אמרת חוץ כזו טעונה חיזוק לשם הסתמכות עליה כראיה יחידה. לא כך הדבר באשר לפרוטוקול הזיהוי. הבדל זה אך מוכיח את ההבדל התהומי בין עדות ראיה "רגילה", לבין עדות זיהוי. עדות הזיהוי היא חד-פעמית, ונעשית במסגרת הליכי החקירה. מכאן ייחודה. בעניין זה ניתן ללמוד קל וחומר מטיעונו של ביין המציין כאחד השיקולים להכרה בזכות ייצוג בשלב החקירתי את חוסר האפשרות לחזור בעת המשפט על צורת החקירה הנדונה⁶⁷. בענייננו המצב חמור יותר שכן קיומו של הליך הזיהוי המוקדם בולע למעשה את העדות הראשית של העד המזוהה, מוביל להגבלה והשתקה של חקירה נגדית הנוגעת לדרך ניהול המסדר, ואף כובל במידה רבה את העד באשר לדרך התמודדותו עם שאלות כלליות הנוגעות לתנאים שבהם נערך הזיהוי.

34. שנית, יש לשקוד על הרחבת שיתופו של עורך-הדין בניהול הליכי מסדר וקבלת החלטות בו. ההתנגדות המיידית להצעה כזו היא ששיתוף יתר של הסנגור עלול להוביל לשינוי אופיו האינקוויזיטורי של ההליך⁶⁸ וכתוצאה מכך לעיכוב הליכי המסדר ואף להכשלתם. דעתנו היא שונה. עקרונית, איננו סבורים כי החדרת ממדים אדברסריים לחקירה היא שלילית מעיקרה. אדרבא, לעתים היא ראויה. כפי שהיטיב לראות פרופ'

"Memory of Faces and the Circumstances of Encounter" 62 *Journal of Applied Psychology* (1977) 311

66 ראו מנשה (לעיל, הערה 29). כן ראו למשל: S.L. Sporer, R.S. Malpass, G. Koehnken, *Psychological Issues in Eyewitness Identification* (1996), 219

67 ביין (לעיל, הערה 23), עמ' 109.

68 לסממניה האינקוויזיטורים של החקירה הפלילית עיינו נ' פלסר "תיחום גבולות השימוש במדובבים משטרתיים סמויים" מאזני משפט ג (תשס"ה) 439, עמ' 449.

ליבאי⁶⁹ שימור ממד אדברסרי בחקירה הוא חיוני לשם הצבת גבולות לכוחה ולסמכותה הנרחבת של המשטרה, ולשמירה על טוהר והגינות פעילותה.

עם זאת כדי לצמצם את הסכנה של שימוש לרעה בזכות הייצוג של החשוד בהליכי המסדר, ראוי, לדעתנו, להבחין בין שני שלבים שונים בהליכי המסדר שבהם ניתן להציע את הרחבת מעורבותו של עורך-הדין. השלב הראשון עניינו בהכנות לקראת הרכבת המסדר. בעניין זה ראוי להסדיר במפורש את זכות עורך-הדין לבקשת פסילה של ניצבים, לפחות ככל שעורך המסדר מתרשם שהמדובר בבקשה בתום לב ומשיקול ענייני הנוגע למהימנות ראיית המסדר. בדומה יש לשמוע ולשקול בכובד ראש את עמדתו של עורך-הדין באשר למיקום ניצבים וכל עניין נהל אחר ככל שביצעו גורר אך חוסר יעילות או אי-נוחות גרידא. השלב השני שבו חשוב להגביר את מעורבותו של עורך-הדין, הוא שלב החקירה של העד המזהה מיד לאחר ביצוע הזיהוי. יש לשוות לחקירה זו נופך אחר ממה שנוהג על-פי הדין כיום. החקירה צריכה להיעשות לא בצורה של תשאול כשבתווך פונקציה בעלת סמכויות צנזור אלא צריכה להיות רחבה. עליה להתפרס בוודאי אל מעבר לשאלת הביטחון בזיהוי שזה עתה בוצע.

35. פרוצדורה זו של חקירה נגדית "זוטא" ניתנת לעיגון פוזיטיבי בדין הקיים באמצעות כללי המשפט המינהלי וזכות הטיעון. בפרשת בבלי⁷⁰ קבע השופט ברק כי הליכי הבדיקה, החקירה והאישום מהווים לא רק הליך פלילי טרום-משפטי אלא גם הליך מינהלי עליו, באופן עקרוני, חלים – בנוסף לכללי ועקרונות הדין הפלילי – גם כללי המשפט המינהלי. בהקשר עקרונות ההליך הפלילי ניתן להביא את אידיאל חשיפת האמת ועקרון מזעור סיכוני הרשעת חף (עיינו לעיל, סעיף 25) כתומכים בקיומו של חקירה כאמור. בהקשר המשפט המינהלי ניתן לטעון כי קיימת לחשוד זכות טיעון טרומית קודם להעמדתו לדין⁷¹. כעת, ניתן לטעון כי זכות טיעון זו כוללת, במקרים

69 ראו ד' ליבאי "חקירת החשוד והחיסיון מפני הפללה עצמית" הפרקליט כט (תשל"ד) 92, עמ' 96-98.

70 בג"ץ 3406/91 בבלי נ' היועמ"ש, פ"ד מה(3) 1, עמ' 9.

71 ראו ק' מן "זכות הטיעון והביקורת על שיקול הדעת של התביעה בדבר העמדה לדין" פלילים ה (תשנ"ו) 189, עמ' 198. אמנם יצוין כי בעניין בבלי (לעיל, הערה 70), סבר השופט ברק כי: "לא עומדת לחשוד הזכות לטעון טענותיו כנגד הגשת אישום פלילי נגדו, בטרם יחליט התובע אם להגיש נגדו כתב-אישום אם לאו. הכרה בזכות כזו נוגדת את המבנה הפנימי של הליכי הבדיקה, החקירה והאישום, כפי שהם קבועים בסדרי דין הפלילי. אכן, אין ליישב את זכות הטיעון של חשוד כנגד הגשת כתב האישום עם קביעת הדין, כי חומר החקירה אינו פתוח בפניו כל עוד לא הוגש כתב-אישום. מה יטען החשוד כאשר חומר החקירה נעלם ממנו על-פי הוראה המפורשת של הדין?" (שם, עמ' 10). נראה כי יש לאבחן את דבריו של השופט ברק, ולהבדיל בין זכות השימוע של החשוד במסגרת החקירה הפלילית המתנהלת כנגדו, לבין זכות השימוע בפני רשויות התביעה בעת הליך העמדתו לדין. שכן, בשלב החקירה הפלילית, טרם נאסף מלוא חומר הראיות, ולפיכך זכאי החשוד להעמיד את הדברים על דיוקם באמצעות מסירת גרסתו לחשדות אשר הועלו

מיוחדים המתאימים לכך, אף זכות לחקירה נגדית. זאת בייחוד על רקע ההנחה המשפטית הנוהגת שלפיה חקירה זו היא המכשיר היעיל ביותר לגילוי האמת. כן ניתן לטעון כי זכות זו צריכה להתפרס לא רק על עצם קבלת ההכרעה של התביעה אודות העמדה לדין, אלא אף (ואולי רק) לצמתים משמעותיים במיוחד במהלכה של החקירה הפלילית. אכן זכות זו מתיישבת עם ההשקפה כי מטרת החקירה אינה איסוף ראיות כנגד חשוד אלא במציאת ראיות לחשיפת האמת⁷². כמו כן היא הולמת את ההכרה בכך כי העמדתו לדין של אדם היא אקט מינהלי בעל השלכות שליליות חמורות ביותר, שאף תוצאה של זיכוי בסוף ההליך, אם היא בכלל תתרחש, אינה יכולה לרפא⁷³.

36. יודגש: איננו טוענים כאן לתחולה גורפת של כללי הטיעון של המשפט המינהלי על הליכי החקירה ואיסוף הראיות המשטרתי. אנו מודעים לצורך לשמירה על אופיו הכללי של ההליך החקירתי כהליך חד-צדדי, אינקוויזיטורי שחופש פעולתו, זריזותו ויעילותו הם נכסי צאן ברזל. עם זאת ההכרה בזכות הטיעון והחקירה כאן, כחריג המוציא עצמו מן הכלל, נשענת על ההכרה בצורך בזהירות הרבה הנדרשת בגביית ראיות

כנגדו. במסגרת זו, ייתכן וגרסתו תשנה את פני הדברים ותחייב את רשויות החקירה לפתוח בכיווני חקירה חדשים מאלה שנבחרו. ברם משנסתיימה החקירה הפלילית ונאספה תשתית הראיות הרלוונטית לעניין, בוחנות רשויות התביעה את חומר החקירה על-מנת לבחון את העמדתו לדין של החשוד. בשלב זה של ההליך הפלילי הטרומי, אין החשוד בדרך כלל יכול לצפות להעמיד דברים על דיוקם, כי אם לשכנע את רשויות התביעה כי אין מקום לנקוט כנגדו בהליכים פליליים. לפיכך ניתן לטעון כי שימוע מסוג זה אכן מנוגד להיגיון הפנימי של הליכי החקירה וההאשמה בדין הפוזיטיבי המיוסדים בין היתר על הפרדיגמה של מקצועיות התביעה, קרי ה"חזקה" כי רשויות התביעה יבחנו וישקלו כראוי גרסה זו אל מול תשתית הראיות אשר נאספה, כחלק ממבחן "האפשרות הסבירה להרשעה" קודם העמדת אדם לדין.

ניתן לראות כי להבחנה האמורה אחיזה לשונית בדבריו של השופט ברק. שכן אין השופט ברק שולל לחלוטין את זכות הטיעון של חשוד, כי אם את זכותו לטעון – לאחר ליקוט חומר הראיות – בפני רשויות התביעה כנגד הגשת כתב אישום כנגדו.

72 ע"פ 721/80 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (2) 466, עמ' 472; ראו גם: ת"פ (חי') 213/02 מדינת ישראל נ' חזן, תק-מח 2003 (2) 999 (פסקה 6 לפסק-דינו של השופט רון שפירא); א' דוידוביץ אתיקה בניהול חקירה (עבודה נושאת אישית בקורס פו"מ של משטרת ישראל במכללה לקצינים בכירים, ינואר 1991).

73 בג"ץ 2534/97 יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא (3) 1, עמ' 10 (פסקה 4 לפסק-דינו של השופט גולדברג). כן ראו: (1994) 295-296, pp. 510 U.S. 266, *Allbright v. Oliver*, דברי בית-המשפט העליון האמריקני: "In short an official accusation of a serious crime has a direct impact on a range of identified liberty interests. That impact, moreover, is of sufficient magnitude to qualify as a deprivation of liberty meriting constitutional protection". בדומה ראו גם *Young v. United States ex rel. Vuitton et fil, S.A.*, 481 U.S. 814 (1987), p. 787.

הזיהוי, המהווה פעמים רבות בחינת סוף פסוק בעניין זיהויו של החשוד כמבצע עבירה, ובוודאי בעניין ההחלטה להעמידו לדין ככזה.

37. כדי לאפשר לעורך-הדין כלים לחקירה כזו יש להעמיד לרשותו את חומר החקירה – ככל שאינו חסוי⁷⁴ – הנוגע לגביית פרטי תיאור העבריין כפי שנמסרו על-ידי העד המזוהה, זהותו של העד המזוהה מעורבותו באירוע, קיומם של עדים ונוכחים אחרים באירוע ופרטים נוספים.

לא מן המיותר להזכיר בהקשר זה, את המלצתה של ועדה שהוקמה באנגליה לבחינת נושא הזיהוי בראשות הלורד דבלין, ולפיה יש לחייב את התביעה למסור לסנגור על-פי בקשתו את שמותיהם וכתובותיהם של כל העדים הידועים לה כמי שראו את העבריין בנסיבות העבירה (גם אלו שלא השתתפו במסדר)⁷⁵ יחד עם העתק מהתיאור של העבריין כפי שנמסר, אם בכלל, על-ידי כל אחד מהעדים. כן יומצא לחשוד ולסנגורו כל חומר שהומצא קודם לתקשורת או הוצג לעד, למשל קלסטרון⁷⁶. אין ספק שהמדובר במידע בעל חשיבות הגנתית מן המעלה הראשונה.

74 בהקשר זה ובכדי לצמצם שימוש נרחב מדי בטענה בדבר הצורך בחיסיון, ראוי להציע אימוץ הסדר מידתי שלפיו במקרים מסוימים ייחשף חומר החקירה אך בפני הסנגור ולא בפני החשוד. במקרים אחרים, כאשר קיימת בכל זאת דליפת מידע רגיש לחשוד, ראוי לשקול קיומו של תמריץ ראייתי שלילי למשטרה להגדיר חומר כחסוי אם אינו באמת כזה שגילויו פוגע באורח ממשי בחקירה. ניתן להציע כי במקרה שהמשטרה אינה מגלה לחשוד או לסנגורו חומר הנחויץ לכאורה לשם חקירת העד המזוהה, היא תחויב באזכור הדבר בפרוטוקול וכן בסימון החומר שבו מדובר. אם בדיעבד ימצא בית-המשפט הדיוני כי החיסוי לא היה מוצדק לגופו של עניין ופגע בהגנת הנאשם, ישקול חיוב התביעה בסיוע לראיית הזיהוי, ובמקרים קיצוניים יפסול את ראיית הזיהוי. ניתן לסמוך תוצאה משפטית זו גם על הרעיון של "נוק ראייתי" (ראו להלן, סעיף 45).

75 שכן למשטרה בלבד הזכות לערוך מסדר זיהוי ולבחור את העד שהיא "מעוניינת" בזיהוי שלו. בפסיקת בית-המשפט העליון נשללה תחולתו של עקרון ההוכחה הטובה ביותר (או עקרון הראיה המקסימלית). משמעות הדבר היא כי אין חובה על המשטרה לנקוט בפרוצדורות חקירתיות נוספות מקום שהיא סבורה שהראיות שבידה מספיקות, ואף התביעה אינה מחויבת דווקא בהגשת הראיות שהן בעלות הכוח ההוכחתי הרב ביותר; עיינו למשל ע"פ 28/49 זרקא נ' מדינת ישראל, פ"ד ד (1) 504; ע"פ 4384/93 מליקר נ' מדינת ישראל, תק-על (2) 94. 1988. בהיעדר עיקרון כזה אין למשטרה כל תמריץ "להסתכן" בעריכת מסדר זיהוי עבור עד נוסף אם זוהה החשוד כבר במסדר אחד. לניתוח נחיצותו של עקרון הראיה הטובה ביותר ראו ד' מנשה "נחיצותו של עקרון הראיה הטובה ביותר" הסניגור 25 (1999) 3.

76 Report to the Secretary of State for the Home Department of the Department of the Committee on Evidence of Identification in Criminal Cases (Chairman: Hon. Lord Devlin, London 1976), 151. לא למותר לציין כי ההמלצות הכלליות של ועדת דבלין לא נתקבלו בארץ. בע"פ 848/76 ביאזי נ' מדינת ישראל, פ"ד לא (3) 408, המליץ השופט ח' כהן לשקול ברצינות את אחת מהצעות הוועדה: הצבת דרישה לדבר מה נוסף בהסתמכות על ראית זיהוי, אולם המלצה זו כלל לא אומצה ואף פורשה כלא משקפת ולו

38. לכאורה, ניתן להתנגד לחקירה בדפוס כזה אף בטענה הפרגמטית כי זו עלולה להרתיע עדים מלהשתתף בהליך. דא עקא, אין בהתנגדות זו כל ממש, שכן ממילא עדים צפויים לחקירה נגדית במהלך המשפט עצמו, ועל-כן אין טעם בהשהיית החקירה דווקא כאשר מדובר בשלב הקריטי של מסדר הזיהוי.

39. התנגדות אחרת היא זאת: פתיחת הליך הזיהוי לחקירה נגדית במתכונת רחבה עלולה לפגוע או להגביל את החקירה. שכן, סנגורים יכולים להשתמש בחקירה זו בכדי לגלות מידע על פרטי החקירה. העד המזהה הוא עד ראייה לאירוע, ומקור ראשון לפרטים קריטיים ומשמעותיים שחשיפתם בשלב זה עלולה לחבל בהליכי החקירה. אין ספק שזו התנגדות ראויה, אך אין לברוא על פתרונה על-ידי נקיטת אמצעי קיצוני הפוך המגביל את החקירה עד מאוד. יש לאזן בין שני האינטרסים, האחד, אינטרס החשוד במיצוי חקירת העד בשלב קריטי זה; והשני, אי-פגיעה בחקירה, על-ידי הגבלת החקירה לשאלות הקשורות לזיהוי בלבד. החקירה חייבת שתהא מבוקרת ומפוקחת על-ידי עורך המסדר, אך מנגד אסור שהאחרון ישמש כצנזור. יש למסור את ההכרעה לשיקול דעתו של החוקר הממונה על התיק וניתן אף להעניק לו זכות וטו שתופעל למקרים חריגים במקום שעורך המסדר מתרשם כי חקירת העד אינה סבירה וכל כולה לניסיון "דייג" של פרטי חקירה שאינם נוגעים לשאלת מהימנות הזיהוי שנעשה.

40. אפשר להתגבר על הקשיים שהוצגו בסעיפים הקודמים על-ידי אימוץ המלצה נוספת, שהיא מטבעה מרחיקת לכת. כוונת הדברים היא לאימוץ פרוצדורה מן הטיפוס של גביית עדות מוקדמת⁷⁷. לפי פרוצדורה זו ניתן לגבות עדות מעד מסוים, בין היתר, טרם הגשת כתב אישום וכשיש יסוד סביר לחשש של אובדן העדות מסיבות אובייקטיביות או מחשש לאמצעים פסולים שיניאו את העד מלמסור את העדות⁷⁸. בנוגע לזיהוי, ואל נוכח הסיכונים שאליהם חשוף הזיכרון האנושי כפי שנסקרו בספרות, ברור כי הן מהשיקול של חלוף הזמן והן מהשיקול הנוגע לאופן הזיהוי, ישנה עדיפות רבה לבצע את הזיהוי מוקדם ככל האפשר, בצורה של מסדר זיהוי. זוהי סיבה אובייקטיבית

מגמה או עמדה כלשהי של בית-המשפט העליון. ראו למשל ע"פ 339/80 עדיקה נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 106, פסקה 3 לפסק הדין.

77 סדר זה קבוע בסעיף 117 לחסד"פ.

78 בדומה לעניין פלוני (לעיל, הערה 24), אשר נדון לעיל. סעיף 117 לחסד"פ קובע כי: "הוגש כתב אישום לבית משפט, רשאי בית-המשפט, לבקשת בעל דין, לגבות עדותו של אדם לאלתר, אם ראה שהעדות חשובה לבירור האשמה וכי יש יסוד סביר להניח שאי אפשר יהיה לגבותה במהלך המשפט או אם מצא שיש חשש שאמצעי לחץ, איום, הפחדה, כוח או הבטחת טובת הנאה יניאו את העד מלמסור עדות אמת במהלך המשפט; נפתחה חקירה בעבירה ועדיין לא הוגש עליה כתב אישום, רשאי לעשות כן בית משפט השלום או בית משפט מחוזי לבקשת תובע או לבקשת אדם העשוי להיות נאשם בעבירה".

המבססת חשש סביר לאובדן משמעותי של איכות עדות הזיהוי⁷⁹ (הן עצם הזיהוי הן משקלו). לעתים מתווספות לכך סיבות הסובכות סביב אמצעים פסולים בדמות לחץ על העד, איומים, הפחדה או הבטחה טובת הנאה. כפי שראינו, ניתן לטעון כי יש מקום ללמוד אנלוגיה מההסדר של גביית עדות מוקדמת ולגבות כך את עדות הזיהוי. היתרונות של גביית העדות בצורה כזו נעוצים, בין היתר, בכך שגובה העדות הוא שופט ולא חוקר משטרה. זהו יתרון עצום שמאפשר לבית המשפט להתרשם במישרין מהליך הזיהוי עצמו⁸⁰. הליך כזה מספק הגנה רבה יותר על הנאשם, משום שהוא הודף טענות אפשריות נגד הקבילות של פרוטוקול המסדר, אשר הופך לפרוטוקול שיפוטי וחלק מן ההליך, ואף משום שההוראות החוקיות הנוגעות לחובת מינוי סגור חלות על הליך

79 אמנם יש בכך הרחבה רעיונית של המושג "אובדן עדות", אך לדעתנו הדבר ראוי, שכן לאור כל הנימוקים שפורטו במאמר זה, שעל-פיהם ברורה מורכבותו, ריבוי הפרטים הכלולים בו ורגישותו הרבה של המסדר ותוצאותיו, יש מקום לשקול את החלת ההליך של גביית עדות מוקדמת גם כאן, משקיים חשש סביר לאובדן משמעותי של איכות עדות הזיהוי אם לא תיגבה מיד ותוך מתן ערובות מספקות למהימנותו. יודגש שה"הקדמה" האמורה פה נובעת מכך שהעדות שתיגבה במסגרת הפרוצדורה הנ"ל, תהיה כבר ראייה הכשרה למשפט מכוח עצמה, ובוה יישמר כוחה לעומת המצב שבו, כפי שנהוג כיום, המסדר הוא אך פרוצדורה חקירתית, וחלוף הזמן עד להעדת העד והצגת הראייה בבית המשפט הוא פעמים רבות הרה משמעות ביחס ליכולת לתקוף את המסדר, ממציאו ודרך עריכתו.

80 ראו למשל דבריהם של Williams & Hammelmann (לעיל, הערה 43), אשר נכתבו בעיקר מתוך הנחה המבוססת על ניסיון החיים, שמקום שחשוד זוהה במסדר, מוכרעת שאלת הזיהוי במשפט על-פי-רוב לפי הזיהוי שבוצע: "It is a matter of common experience that, once a witness has picked out the accused at the line-up, he is not likely to go back on this word later on, so that in practice the issue of identity may (in the absence of other relevant evidence) for all practical purposes be determined there and then, before trial. When the result of an identification parade may quite conceivably decide the fate of the man picked out, it becomes of the utmost importance to ascertain exactly how it has been obtained. It is our submission that, if justice is not only to be done, but to be seen to be done, this is ultimately the duty which the courts must undertake themselves and cannot delegate to the police (or to the Home Office). For the proper protection of the accused it is imperative that judge and jury should be placed in a position where they can properly assess and evaluate for themselves the exact probative value of evidence of identity obtained in this way – ד' מ' (שם, עמ' 482). עם זאת אין המלומדים הנ"ל מוכנים להרחיק לכת במסקנתם, מעבר לתביעה כי יוכחו במשפט נסיבות עריכת מסדר הזיהוי על-ידי עורך המסדר. עם זאת אנו סבורים כי בהוכחת נסיבות עריכת המסדר לא סגי, וכי מוטב כי ההליך עצמו ינוהל בפני שופט, לא רק על-מנת שהוא יתרשם באופן בלתי אמצעי מההליך, אלא גם – כפי שהוסבר לעיל – על-מנת להניח בפני החשוד וסגורו כלים נוספים להבטחת מהימנות ההליך. מאותה סיבה ברור כי אף תיעוד של ההליך בוידאו אינו יכול להוות תחליף לעריכת המסדר בפיקוח של שופט (עיינו אף לעיל, סעיף 28).

זה⁸¹. כך לסנגור יוקנה חופש רב יותר בכל הנוגע לאפשרות להתנגד, לפסול ניצבים, ולחקור את העד המזהה בחקירה נגדית מיד לאחר הזיהוי וללא כל הגבלה על סוג השאלות שמותר לו לשאול. כבר הזכרנו כי דחיית החקירה הנגדית לשלב המשפט נוטלת מאוד מהאפקטיביות שלה, שכן חלוף הזמן כשלעצמו עשוי להחליש את זיכרונו של העד, וכפי שראינו, לעתים, להגביר את מידת המחויבות שלו להחלטה שקיבל במסדר. על-כן ההסדר המוצע מאפשר עימות בדרך חקירה מלאה מיד לאחר ביצוע הזיהוי. בכך יוכל החשוד לנצל את מוסד החקירה הנגדית באורח יעיל, אפקטיבי וממצה יותר⁸². בנוסף, אימוץ הצעה זו משחרר את הקושי עליו הצבענו קודם, העולה במקרים שבהם הסנגור יצטרך להעיד לטובת לקוחו על-מנת להוכיח טענות עובדתיות הנוגעות להתרחשויות במהלך המסדר ואשר לא באו לידי ביטוי בפרוטוקול. חובה כזו אינה מטילה מעמסה כספית מיוחדת על הציבור, שכן המדובר בתקציבה של הסנגוריה הציבורית ללא כל הרחבה נוספת של חובת הייצוג⁸³. הליך זה כשלעצמו אינו גורע ממשקלו של הזיהוי, שכן דין עדות מוקדמת כדין עדות רגילה שנגבתה במסגרת המשפט. אפשר לציין כי במסגרת זו יהיה גם העד המזהה כפוף לפקודת העדות, ויהיה מודע לכובד האחריות המוטל עליו, לרבות הסנקציות בעניין.

41. עם זאת ניתן להעלות כלפי הצעה זו כמה הסתייגויות. הסתייגות אחת היא כי יש בה לטשטש את ההבחנה בין הליכי חקירה להליכי משפט, הבחנה העומדת בבסיס הפרוצדורה הפלילית במשפט האנגלו-אמריקני (להבדיל מן השיטה האינקוויזיטורית). המפתח לתשובה להסתייגות זו ניתנה קודם (סעיף 32). הליך הזיהוי מעצם טיבו הוא הליך חקירה אנומלי. מדובר בהליך שבאופן טיפוסי אינו מסתכם בגביית ראיה העתידה להיבחן בהליך משפטי אלא בביסוס ראיה בעלת כוח הוכחתי המוטמעת, כמעט אוטומטית, לתוך עדותו הראשית של העד, המסבכת את הנאשם במישרין בביצוע העבירה, ושהחקירה הנגדית המתייחסת אליה מצומצמת ובעייתית גם עקב נוכחותו של כלל ההשתק.

בעניין זה מיוחדת בחריגותה ראיית המסדר, אפילו בהשוואה לראיות משמעותיות נוספות הנגבות בהליכים חקירתיים. ניטול את הודאתו של חשוד בעת חקירתו או הודעתו של עד המפלילה את הנאשם בביצוע העבירה. בשני מקרים אלו לא מתקיימת

81 סעיף 15 לחסד"פ וכן חוק הסנגוריה הציבורית, תשנ"ו-1995. יש לציין כי לא רק שחוקים אלה חלים ברמה העקרונית, אלא שבפועל, ובעבירות החמורות באמת, כמעט תמיד תהיה חובת מינוי סנגור בעת עריכת המסדר.

82 ראו שטיין (לעיל, הערה 57).

83 יש לזכור כי מדובר באותן קטגוריות של ייצוג על-פי חוק הסנגוריה הציבורית, דהיינו שחשוד שממילא זכאי לייצוג, או שיש חובת ייצוג לגביו, יזכה לייצוג גם במסגרת גבייה מוקדמת של עדות המזהה. וגם אם יש בכל זאת עלות כלכלית נוספת כלשהי, הרי נראה כי אינה גבוהה במיוחד ומוצדקת לאור חשיבות העניין לשם הגנה על חפים מפשע.

כמובן הטמעה אוטומטית של הראיה לעדות הראשית בבית-המשפט. אדרבא, החזרה על תוכנה של הראיה בבית-המשפט אינה "מתבקשת" כמו במקרה של זיהוי החשוד בבית-המשפט לאחר זיהויו במסדר, ואם היא מתרחשת היא מקוטלגת, ובצדק, לראיה חדשה, בעלת כוח פרוביטיבי רב יותר (הודאה פורמלית, עדות מפלילה במשפט, לפי העניין). למעשה העדות במשפט במקרה זה מאיינת בדרך כלל את חשיבותה של הראיה המשטרית. במקרה האחר, הנדיר כל כך בעניין עדות מזהה לאחר מסדר, אך בוודאי שכיח הרבה יותר במקרי הודאת בעל הדין והודעת החוץ של עד, חוזר העד מדבריו במשטרה. הוא רשאי, ואין הדבר נחשב אוטומטית להתחמקות מן האמת, למסור גרסה שונה מזו שמסר לראשונה ולהסביר זאת. שאלת המהימנות תוכרע בין היתר מתוך ההתרשמות מעדותו הראשית בבית-המשפט, מן החקירה הנגדית.

42. הסתייגות שנייה היא שאף הליך זה של שימוש במעין גביית עדות מוקדמת אינו פותר את הבעיה שלחשוד או לחשוד הפוטנציאלי אין זכות לעיין בחומר החקירה. למעשה, זוהי בעיה שאינה מיוחדת דווקא להליך הזיהוי אלא סוגיה כללית הכרוכה בעצם ההליך של גביית עדות מוקדמת. עם זאת אפשר לרכך חיסרון זה. ראוי לשקול להתיר לחשוד במסגרת הליך זה לעיין לפחות בתלונה ובמידע מצומצם רלוונטי סביב העבירה, אופן ביצועה והתיאור שנמסר על-ידי העד המזהה אודות דמות העבריין שראה, עובר לכניסתו למסדר, כדי שתתאפשר לסנגור חקירה נגדית יעילה יותר⁸⁴. מכל מקום, הרי גם באין פתרון מלא וכולל לבעייתיות זו, ההסדר המוצע טוב בעליל מן המצב השורר כיום, במיוחד לאור האפשרות הקיימת להזמין את העד המזהה שנית לחקירה נוספת בבית-המשפט בעת קיום הדיון בהליך⁸⁵.

43. ההסתייגות השלישית שניתן להעלות על הדעת היא כי מדובר בהליך יקר מאוד, שכן הדבר יצריך הקצאת זמן שיפוטי רב, גם לנוכח העובדה כי יש צורך במתקנים

84 והנה כי כן, כך מציין השופט קדמי (לעיל, הערה 32), עמ' 659: "על מנת להבטיח מתן מלוא המשקל הראייתי לעדות המוקדמת, מן הראוי להקפיד על כך, שהעדות תישמע בנוכחות הנאשם (או החשוד), וכי תינתן לנאשם (או החשוד) שהות מספקת ללמוד את חומר החקירה הקיים ולמנות לעצמו סנגור שיוכל לקיים חקירה נגדית הולמת... קיומה של חקירה נגדית נאותה [ושלחומר החקירה יש תפקיד חיוני בכך – ד' מ'], הינו שיקול מרכזי אותו שוקל בית המשפט הן לעניין מתן רשות להעדת העד פעם נוספת והן לעניין משקלה של העדות המוקדמת". כן ראו ע"פ 107/74 אבו מחסן נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 306; ע"פ 634/76 מכלוף נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 142 המאוזכרים על-ידיו.

85 ואכן אפשרות מעין זו קיימת ומעוגנת בסעיף 121(1) לחסד"פ הקובע כי: "עדות שנגבתה לפי סעיף 117 או לפי סעיף 117א דינה כדין עדות שנגבתה במהלך המשפט, אך בית המשפט ירשה להזמין את העד לעדות נוספת אם ניתן להביא את העד לבית המשפט ונתקיים אחד מאלה – (1) לא הייתה לנאשם הזדמנות לחקור את העד; (2) לא ניתנה לנאשם הזדמנות סבירה למנות לעצמו סנגור כדי שיהיה נוכח בעת גביית העדות ויחקור את העד, או לא מונה לו סנגור שהייתה חובה למנותו; (3) בית המשפט סבור, מטעמים שיירשמו, שהדבר דרוש לברור האמת או לעשיית צדק".

מיוחדים באולם בית-המשפט על-מנת לאפשר את קיומו של ההליך בפני השופט, או בהקצאת שופטים תורנים בתחנות משטרה. אפילו כך, הרי לנוכח העובדה שעקרונות ההגנה על חפים מפשע וחזקת החפות זכו למעמד חוקתי או למצער זכויות יסוד, הרי בתחרות שביניהם לשיקולים משאבנים ומוסדיים, מוקנית להם עדיפות עקרונית, אם כי אין להקל ראש בשיקול כספי זה ובחשיבותו⁸⁶. כמו כן, בהיעדר נתונים סטטיסטיים באשר למספר מסדרי הזיהוי המבוצעים מדי שנה, לא ניתן להעריך את משקלו של טעם זה. יש לבחון אותו לעומק, ולהביא בחשבון כי בעבירות רבות המדובר בהליך שיכול להכריע את התיק. אגב, משיחות עם אנשי משטרה וממונים על העניין, עולה הרושם כי מספר הליכי המסדר החי בשנה הוא נמוך מאוד. ניתן כמובן לצמצם את ההליך אך למקרים שבהם מדובר בעבירות חמורות, שניתן לציין אותן במפורש. בנוסף, וככל שמדובר במסדר תמונות, שלמעשה מהווה תחליף פרקטי שנוהגים להשתמש בו בנסיבות מתאימות על-מנת להקל על הרשות החוקרת, ניתן לערוך אותן בנוכחות שופט, כלומר בלי שהדבר יהא כרוך בהוצאות נוספות. יש לציין כי החברה הישראלית עברה כבר כברת דרך ארוכה בענייני זכויות חשודים ונאשמים. כך למשל, התפתח המוסד של משפט הזוטא למרות העלויות הכספיות הכרוכות בו, וזאת לנוכח המודעות הרבה לסיכונים העמוקים של הודאות שווא⁸⁷. לנוכח הסיכונים החמורים שהוצגו בספרות הנוגעת להסתמכות על ראיית הזיהוי החזותי, מן הראוי לשקול ברצינות אימוץ ההסדר של גביית עדות מוקדמת, כשלצורך העניין הכספי ניתן כאמור לצמצם את ההליך אך לעבירות מסוג מסוים, או לתנאי תיק מסוימים שבהם ראיית הזיהוי היא ראייה יחידה.

44. ניתן להעלות הסתייגות רביעית. במסגרת של גביית עדות מוקדמת, אין בית-המשפט הגובה את העדות מכריע בהתנגדויות שמעלים הצדדים. בית-המשפט אך רושם את ההתנגדות ואת התשובה של הצד שכנגד, ומותיר את ההכרעה לבית-המשפט שידון בתיק. כמובן שלנוהל זה יש הצדקות שונות, אך מכל מקום וכזכור אין בכוננתנו למצות את הדיון אלא אך להציג רעיונות לעיון ולדיון. ניתן לחשוב על הרחבת סמכות בית-

86 על היחס בין שיקולים כספיים וכבוד האדם ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94; ד' מנשה "סדר דין אזרחי: מגמות מרכזיות לקראת כינונה של פרספקטיבה חוקתית" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 205, עמ' 229 והאסמכתאות המוזכרות שם; וכן דברי הנשיא א' ברק בספרו פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית (תשנ"ד), 528: "הרטוריקה של זכויות אדם צריכה להיות מכוסה במציאות שמעמידה זכויות אלה בראש סולם העדיפויות הלאומי. הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית".

87 בפרספקטיבה היסטורית, ניתן אולי להתווכח על תרומתו המעשית של מוסד משפט הזוטא, ככל שאמורים הדברים לפסילת הודאות. למרות זאת לדעתנו, משפט זוטא הוא מוסד חשוב ולו רק משום שבעצם קיומו נוצר מוסד של פיקוח ובקרה שיפוטית על הודאות שהן תוצר של חקירה משטרתית. יתר-על-כן, כידוע, גם להודאות שלא נפסלו, אך התקבלו באמצעים בלתי תקינים, נודע לעתים משקל ראייתי לחובת התיבוע.

המשפט הגובה את העדות המוקדמת ולהעניק לו כוח לדון בהתנגדויות מסוג מסוים, והנוגעות לאופן עריכת המסדר שנערך במישרין בנוכחות השופט. לגבי יתר ההתנגדויות המתבססות על תוצאת המסדר, לאחר שכבר הורכב והעד כבר ביצע את הזיהוי, ייתכן אמנם שמן הראוי להותיר את ההכרעה בהן לשלב המשפט העיקרי.

45. בשולי הדברים נציין עוד כי ניתן גם להעלות לדיון הצעה מרחיקת לכת פחות מאימוץ הרעיון של עדות מוקדמת: הליך זיהוי ייעשה בצו של בית-המשפט למעט מקרים חריגים. צו זה יקבע גם את אופן הליך הזיהוי ברמה העקרונית וכך יימנעו תקלות כמו אי-זימון סגור. כאשר יהיו מקרים חריגים שמחייבים הליך זיהוי מיוחד, יוכל בית-המשפט לקבוע לצורך אותו עניין כי הזיהוי יתבצע תחת פיקוח שיפוטי. הצעה זו אף נותנת מענה לכאורה לבעיית טשטוש הגבולות בין חקירה למשפט.

46. ככל שאמורים הדברים למצב המשפטי הנוהג כיום אנו מציעים להרחיב את הסנקציות במקרים שבהם סגור לא משתתף בהליך הזיהוי בשל מחדל של הרשות. כפי שציינו לעיל, בפועל בתי-המשפט התייחסו לפגם זה בקלות ראש יחסית, אולם לדעתנו בהיעדר תמריץ ראייתי ראוי קיימת סכנה שהזכות לייצוג לא תישמר בקפדנות הראויה⁸⁸. תמריץ זה אסור שישמש כסנקציה אלא עליו להיות מסווג ומשולב במובן העמוק של חזקת החפות וחובת ההוכחה המוטלת על התביעה הפלילית. מחובת ההוכחה הזו נגזר כי נאשם ייהנה לא רק מכל מידע התומך לכאורה בחפותו אלא אף ממלוא העמימות, כלומר: אי-הוודאויות מסדר שני, ואולי למעלה מכך, באשר לאופן פעולתו של מידע או תוכנה של ראיה שהתביעה בחרה שלא להביאם או שרשויות החקירה אינן מבצעות, אם

88 לתוצאה דומה ניתן להגיע על-ידי החלת דוקטרינת הנזק הראייתי. לאחרונה קבע בית-המשפט העליון במפורש את תחולתה על תביעות הנוגעות למחדלים חקירתיים של המשטרה, וזאת ככל שהדבר נוגע למה שאופיין כ"פן הראייתי-דיוני שלה"; ראו פסק-הדין המשטרה, וזאת ככל שהדבר נוגע למה שאופיין כ"פן הראייתי-דיוני שלה"; ראו פסק-הדין בע"א 361/00 דאהר נ' סרן (טרם פורסם). התוצאה של החלת הדוקטרינה – הקמת חזקה עובדתית, ניתנת לסתירה לחובת מי שהסב את הנזק הראייתי – דומה לתוצאה בהפעלת תמריץ ראייתי לפי הצעתנו. עם זאת הצעתנו נראית לנו עדיפה הן במישור הדין הראוי הן במישור הדין המצוי. במישור הדין המצוי יש לזכור כי דוקטרינת הנזק הראייתי טרם הוחלה (כולל כמובן גם בהלכת דאהר) ככזו במישור הפלילי. במישור הדין הראוי מסווג הרעיון של תמריץ ראייתי באסטרטגיה הנורמטיבית של מזעור סיכוני הרשעה. בכך מסופק קריטריון למשמעותו ולמהותו של "נזק" בהקשר החקירתי, שהחלת דוקטרינת הנזק הראייתי חסרה. שנית, קיים קושי מושגי בתורת הנזק הראייתי – להבדיל מתורת התמריץ שהצענו – להגדיר את מחדלי החקירה של הגוף החוקר כנזק שחולל גוף אחר – תביעה שהיא היא הצד המוצב כנגד הנאשם. לבסוף ההתבססות על רעיון של תמריץ ראייתי כזה מונעת או מצמצמת מאוד, ובצדק, את האפשרות של הפעלת הנטל הראייתי על הנאשם. לעומת זאת דוקטרינת הנזק הראייתי נראית כסימטרית. בכך עלול להיחשף הנאשם בסיכוני הרשעה נוספים כתוצאה מהתנהגותו או מחדלו הדיוניים.

מתוך מודעות ואם מתוך טעות⁸⁹. משמעותו המעשית של תמריץ זה היא שבית-המשפט יניח כי המידע או הראיה החסרה האמורים היו פועלים לטובת התובע, אלא אם קיים נימוק טוב לסבור אחרת⁹⁰.

47. הדוקטרינה של תמריץ ראייתי במתכונתה זו מתאימה למקרה, שכן כפי שהסברנו לעיל הזיהוי הראשוני הוא חד-פעמי במידה רבה, ואפשרות החקירה הנגדית במשפט עצמו אינה יכולה להוות תחליף לאפשרות הפיקוח והתשאול באותו זיהוי ראשון, שכל הבאים אחריו אינם אלא השתקפויות שלו. בנוסף על כך, כמובן, אופן עריכת מסדר הזיהוי הוא בשליטת המדינה ובאחריותה. יושם אל לב כי תוצאות יישום דוקטרינת התמריץ הראייתי משתנות בהתאם לסוג המידע המצוי בעמימות. בהקשר של אי-הזמנת עורך-דין למסדר, ולהבדיל למשל מאי-קיום מסדר עקב מחדלה הרשלני של המשטרה, התוצאה הראייתית ההגיונית, לדעתנו, אינה ייחוס ראייה של אי-זיהוי של החשוד במסדר אלא נטילת המשקל לזיהוי שנעשה. חשוב לראות אף את ההבחנה בין השימוש בדוקטרינת התמריץ הראייתי להטלת סנקציה ראייתית על התביעה ברוח הלכת מאירי⁹¹. כנזכר בעניין האחרון, פסל השופט ח' כהן מסדר זיהוי, אך מן הטעם כי סגורו של החשוד לא זומן למסדר זיהוי תמונות. הבסיס להלכה זו הוא תורת פסלות הראיות. לעומת זאת דוקטרינת התמריץ הראייתי אינה מבוססת על תורה זו. העיקרון הדומיננטי המונח ביסודה הוא קציבת כוחה הפרוביטיבי לגופו של עניין של התנהגות גורם הנזק הראייתי, או לחילופין מניעה של ייחוס עמימות או אי-ודאות לחובת החשוד מקום שהעמימות נגרמה בעטייה של התנהגות הרשות החוקרת או זו התובעת.

48. לבסוף, הגנה על זכויות נאשמים במסדר זיהוי מצריכה לדעתנו עיון ובחינה של אפשרות החלטה, ולו במתכונת מצומצמת למקרים קיצוניים בלבד, של הטענה בדבר "ייצוג בלתי הולם" (Ineffective Assistance of Counsel). דוקטרינה זו הוכרה במשפט האמריקני ככל שנוגעים הדברים לייצוג בהליכי המשפט גופו⁹² ואף קנתה לה מעמד חוקתי לאור התיקון השישי לחוקה האמריקנית⁹³. בישראל היא טרם זכתה להכרה

89 לניסוח מלוטש של עמדה כזו עיינו: R.J. Allen "The Nature of Juridical Proof" 13 *Cardozo L. Rev.* (1991-1992) 373; R.J. Allen "Factual Ambiguity and The Theory of Evidence" 88 *Nw. U. L. Rev.* (1993-1994) 604.

90 באופן ההולם את הרעיון המובע כאן, מעניין לציין את עניין בטיטו שבו קבע השופט רוזן כי מאחר שלא נערך מסדר זיהוי עקב מחדל, אילו היה נערך מסדר זיהוי לא היה מזוהה בו הנאשם; ת"פ (ת"א) 40069/04 מדינת ישראל נ' בטיטו (פורסם במאגר נבו).

91 לעיל, הערה 25.

92 ראו למשל: *Stickland v. Washington*, 466 U.S. 688 (1984); *United States v. Cronin*, 466 U.S. 648 (1984). עיינו י' ספיר "הזכות לייצוג הולם וטענת 'כשל בייצוג' הסניגור 95 (2005).

93 ראו W.R. LaFave *Criminal Procedure* (1999), Sec. 11.7. כן ניתן לעיין למשל בספר J. Burkoff, H. Hudson *Ineffective Assistance of*

ישירה⁹⁴, ואף כי אין מדובר בעניינינו בהליכי משפט, הרי אם תתקבל עמדתנו בדבר הרחבה משמעותית של זכות וכוח הייצוג של החשוד בהליכי המסדר, ובהתחשב בתוצאותיהם הרות הגורל לעתים של מסדרי זיהוי, יכולה לשמש הסוגיה לפנינו מקרה מתאים להחלת הדוקטרינה האמורה אף במשפטנו.

ה. סיכום

49. כפי שהראינו כאן ובמאמר קודם⁹⁵, לאור סיכוני המשגה החמורים הכרוכים בהליכי הזיהוי, קיים צורך דחוף בשיפור מעמדו של הסנגור במסגרת הליכי הזיהוי. אמנם, לעצם נוכחותו של הסנגור יש תרומה משמעותית להגנה על הנאשם, אולם לאור המשקל העצום שבית-המשפט מייחס בנסיבות מתאימות לראיית הזיהוי, לצד סיכוני הטעות הקיימים, לא ניתן להסתפק בכך. יש צורך, לדעתנו, לערוך שינוי מבני ולספק בידי הסנגור כלים אפקטיביים יותר, הן בשלב עריכת המסדר, בחירת הניצבים וביצוע המסדר, והן בשלב שלאחר מכן על-ידי מתן אפשרות לחקירה מקיפה יותר החורגת אך משאלות הנוגעות לוודאות הזיהוי. לעניין האחרון הצענו אף לשקול עמדה יותר גמישה באשר להעברת חלק מחומר החקירה לידי הסנגור על-מנת לאפשר לו חקירה נגדית אפקטיבית יותר של העד המזוהה.

בנוסף הראנו כי לא ניתן להצדיק באורח סביר את כלל המניעות המושת על עורך-דין באשר להשגות על דרך ניהול המסדר ותוצאותיו. אשר-על-כן לדעתנו יש לבטלו ללא כל סייג.

כמו כן, מטעמים ברורים, חשוב לעגן בחקיקה או בפסיקה מחייבת את חובת נוכחות עורך-הדין ולא לאפשר הסתפקות של ידיד או קרוב משפחה.

50. ברור כי אין בכוח הרעיונות שהוצעו כאן על-ידינו להביא לידי פתרון מלא את בעיית הזיהוי, אך טמונה בהם תרומה משמעותית להגנה על נאשמים חפים מפשע.

Counsel (1993). יודגש עם זאת שאף במשפט האמריקני מדובר בדוקטרינה המופעלת בנסיבות חריגות מיוחדות של כשל בייצוג. על כך היא זכתה לביקורות נוקבות בספרות. ראו: C.J. Ogletree Jr., Y.Sapir "Keeping Gideon's Promises: A Comparison of the American and Israeli Public Defender Experiences" 39 *N.Y. U. L. Rev.* (2003) 203, pp. 211-220; M.C. Calhoun "How to Thread the Needle: Toward a Checklist – based Standard for Evaluating Ineffective Assistance of Counsel Claims" 77 *Geo L.J.* 413 (1988); ספיר (לעיל, הערה 92), עמ' 22.

94 יצוין עם זאת כי זכות זו הוכרה בעקיפין בפסיקת בית-המשפט העליון. הנשיא ברק קבע כי "ייצוג לקוי יכול שיהווה בנסיבות מסוימות עילה לקיומו של משפט חוזר"; מ"ח 10392/02 עמיאל נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 297, עמ' 303.

95 מנשה ועאסי (לעיל, הערה 1).

בסופו של יום, שיפור מעמדו של הסנגור עשוי לחזק את משקלה של ראיית הזיהוי המתקבלת, ובכך להגביר קמעא את המידה שבה ניתן לבטוח בהרשעות המתבססות על זיהוי חזותי של הנאשם כמבצע העבירה, כראיה יחידה או מרכזית.