

## זיהוי הנאשם על ידי מספר עדים - חמישה כללים להערכה שיפוטית של משקל הראיות ד"ר דורון מנשה\*

### א. מבוא

ברשימה קצרה זו נעסוק בסוגיה של זיהוי הנאשם על ידי מספר עדי ראיה. דברי הימים של ההיסטוריה של הליכים משפטיים רצופים במקרים לא מעטים בהם זוהו נאשמים כמבצעי עבירה על ידי מספר עדי ראיה והורשעו על אף חפותם. כך למשל מקרה שבו אדם בשם William Jackson בילה 5 שנים מחייו בבית הכלא בגין אונס שלא ביצע<sup>1</sup>. Jackson היה שחור שזוהה על ידי מספר עדי ראיה לבנים<sup>2</sup>. אין ספק עוד כי המקרים שנחשפו הם אך בבחינת קצה קרחון לתופעה של הרשעה שגויה הנעוצה בטעות בזיהוי חזותי ובפרט במשגים הנופלים על אף קיומם של מספר עדי ראיה<sup>3</sup>. ברשימה קצרה זו ננסה לשרטט בקווים גסים עקרונות לוגיים לבחינת שאלת ההסתמכות על הצטברותם של זיהויים שמבוצעים על ידי מספר עדי ראיה. להתרשמותנו קיימת נטייה כללית במשפט להתייחס לכל זיהוי כראיה שתוקפה נתון כביכול מתוך עצמה, כך שככל שמספר העדים המזהים גדל, עולה הנטייה אף להתייחס לכך כחיזוק בהתאם של כוחה ההוכחתי של המסקנה בדבר זהותו של החשוד כמבצע העבירה. אין ספק כי הצטברות של זיהויים מותירה רושם חזק בתודעה של השופטים<sup>4</sup>. יתירה מזו: גם מקום שיש פגמים בעריכת המסדרים (אשר יכולים לפגוע במשקל של המסדר) מכירה הפסיקה בכוח הראייתי המחזק והתומך של עדות מזהה אחת לעדות מזהה אחרת, גם אם שתיהן היו פגומות<sup>5</sup>.

### ב. המשמעות של הצטברות ראיות זיהוי

נקל לראות כי העמדה לה נוטה הפסיקה אינה יכולה להיות באופן גורף נכונה. שהרי: האין מקום לבדוק את האפשרות שהזיהוי על ידי מספר העדים הוא שגוי, כאשר אותו כשל בזיהוי או פגם בעריכת המסדר שהוליד את הזיהוי השגוי של עד אחד פעל פעולתו אף בזיהוי של עדי הראיה אחרים? לדעת Koehnken, Malpass & Wolgater<sup>6</sup> התשובה לשאלה האמורה מתמקדת לכאורה כל כולה באופן עריכת המסדר. מקום שבמסדר לא הייתה הטיה כלשהי, הרי הזיהויים על ידי עדים – לא תלויים – מגבירה אכן מאוד את ההסתברות לזיהוי נכון. החישוב ההסתברותי שהם מניחים מסתמך על היעדר ההטיה, ומראה כי במקרה של עדים מנחשים, ההסתברות שהחשוד ייבחר, למשל על ידי שני עדים, היא קטנה מאוד (אחוז של כ- 2.8% (1/6 X 1/6) במסדר בן 6 ניצבים)<sup>7</sup>.

\* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודתי לעו"ד רביע עאסי על תרומתו במחקר.

<sup>1</sup> ראו: R. Huff, A. Rattner, E. Sagarin, **Convicted But Innocent**, (1996) 69.

<sup>2</sup> ההסבר לטעות מקרה זה אפשר ונוגעת לאופיו הבין-אתני, של הזיהויים דהיינו זיהוי של נאשם שחור במקרה זה, על ידי עדים לבנים. על בעייתיות זו עמדנו בהזדמנות אחרת – ראו ד' מנשה, ר' עאסי "טעות בזיהוי חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" **משפטים** לה (1) (תשס"ה) 205, 260-261.

<sup>3</sup> W. Wagenaar, **Identifying Ivan** (1988) 11-24. המחבר מביא את סיפורו של חשוד בסם Laszlo Virag שזוהה על אף חפותו על ידי שמונה עדי ראיה שנחשפו לפני העברייני האמיתי בעת ביצוע העבירה, ולחלק מהם אף הייתה הזדמנות טובה לצפות בפני העברייני באופן ישיר ולמשך זמן לא קצר. מבין שמונת העדים שזיהו את Virag היו חמשה שוטרים שרדפו אחריו, כשלפחות לשניים היו תנאי ראיה טובים מאוד. שם, בע' 11.

<sup>4</sup> ראו למשל דבריו של השופט א' א' לוי בעניין **עסל**: "וגם אם תאמר שסוגיית הזיהוי היא בעייתית, נדמה כי קשה להסביר כיצד "טעות בזיהוי" זו חזרה על עצמה אצל 6 נשים שונות באותה עת" (זאת כאשר שלושה מסדרי זיהוי נערכו לשלוש קורבנות, באותו יום, ולאחר ששלושת המתלוננות הוכנסו יחד לחדר אחד) - ע"פ 492/02 **עסל נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(6) 935, 946-945.

<sup>5</sup> ראו למשל ע"פ 4095/91 **דוריב נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו (3) 190, וכן עניין **עסל לעיל**, הערה 4.

<sup>6</sup> ראו: S. L. Sporer, R. S. Malpass, G. Koehnken, **Psychological Issues in Eyewitness Identification** (1996) 210-211.

<sup>7</sup> במקרה של ניחוש בשיטה שבה המסדר בנוי משמונה ניצבים - כבשיטתנו - ההסתברות לזיהוי הנאשם על ידי עדים המזהים באופן אקראי היא משתנה מקרי בינומי שערך הוא:  $P(x=2) = \binom{2}{2} (1/8)^2 (7/8)^0 = 1/64$ . דהיינו 1.56%.

# הסניגור

מקבוצת "סקירה משפטית"

דעה זו לדעתנו שגויה. גם מסדר הנערך ללא כל הטיה – כגון הכרות עקב חשיפה מוקדמת- ואף ללא פגם בעריכתו ותוך הקפדה שהעדים לא ייפגשו זה עם זה במהלך ביצוע המסדר אינו הופך את הזיהויים להיות בלתי תלויים משל היו סדרה של ניסויי ברנולי כשתוצאת כל אחד מהזיהויים אינה משנה את הסתברות כל זיהוי אחר. השליטה על המשתנים היוצרים תלות כזו אינה באמת אפשרית, ואינה תלויה רק בשאלה האם נפל פגם בהליכי המסדר. כך לא ניתן להבטיח כי העדים לא נועדו זה עם זה הרבה קודם לתחילת ניהול הליכי המסדר והחליפו רשמים ביניהם. יתירה מזו כפי שהיטיב לראות ד"ר אברהם לוי<sup>8</sup> קיימת חשיבות רבה לשאלה האם כל עד בוחר בחשוד מתוך מסדר זיהוי שונה (עם ניצבים שונים) או שמדובר במסדר זיהוי אחד. לדבריו, כאשר עד בוחר בחשוד מתוך מסדר זיהוי שונה (עם חשוד חף מפשע, הוא עושה זאת משום שהחשוד הוא האדם הדומה ביותר לעבריין או לדמות העבריין כפי שהותירה רושם בתודעתו ונשתמרה בזיכרונו. אם שני עדים נתנו את תיאור דומה של פני העבריין<sup>9</sup> וכל הניצבים מתאימים לתיאור זה<sup>10</sup>, הרי אם העדים מחליטים שלא לדחות את המסדר אלא לבצע זיהוי פוזיטיבי מתוך אותו מסדר, סביר שהם יבחרו באדם הדומה ביותר לעבריין. על כן, ההסתברות ששניהם יבחרו בחשוד החף מפשע עשויה שלא לעלות סובסטנטיבית מן ההסתברות שכל אחד מהם יבחר בו. שונה הדבר עת עסקינן במקרה בו החשוד נבחר בידי שני עדים שונים מתוך שני מסדרים שונים. במקרה זה זיהוי הכפול של אותו חשוד בהנחה שהוא חף יתאפשר - שוב בהנחה של העדר פגם או ליקוי או הטיה אחרת- רק כאשר החשוד הוא הדומה ביותר לעבריין בכל אחד מהמסדרים.

כאמור-כפי שכבר הודגש קודם- ניתוח זה נכון אך כאשר אין במסדר הטיית או פגמים כלשהם, וסיכוני המשגה בין הניצבים במסדר מתפזרים באורח שווה. שנית וחשוב יותר, כאשר קיימים הטיית ורמזים המגבירים את הנטייה לזיהוי של החשוד דווקא, והטיית אלה הן סיסטמיות במובן זה, שיש להניח כי הן פועלות על עדים שונים באופן פחות או יותר דומה<sup>11</sup>, מתערער כליל הכוח הראייתי המצטבר של אותן עדויות. כך סובר אף החוקר Wagenaar. לדעתו<sup>12</sup>, המשקל ההוכחתי של זיהוי ראשוני על ידי עד אחד עולה בצורה שולית בלבד על ידי זיהויים נוספים של עדי ראיה אחרים. עדי ראיה, לדעתו, נוטים לעשות אותן הטעויות הנובעות מעריכה שגויה של המסדר. למשל מספר קורבנות של עבירה עשויים לזהות את החשוד ללא קשר הכרחי לשאלת אשמתו למעשה אך משום שראו את תמונתו בעיתון. כך גם במקרים (השכיחים) שבהם עדי הראיה המוזמנים למסדר ומשוחחים ביניהם קודם או לאחר המסדר בדבר דמותו החזותית של העבריין<sup>13</sup>.

## ג. כללים שיפוטניים מוצעים לבחינת ושקילת ראיות הזיהוי והאפקט המצטבר שלהן

כיצד ראוי לפתור אפוא את בעיית הזיהוי על ידי מספר עדים? לדעתנו גם לאור הדברים שהובאו קודם ראוי להציע מספר כללים שיפוטניים:

הכלל הראשון: זיהוי של מספר עדים יהא בעל משקל אך ורק כשהוא נעשה בשני מסדרים שונים. הכלל השני: בית המשפט יידרש לחקור ולדרוש היטב אם נפל פגם או הטיה כלשהי בעת הצפייה באירוע, בעריכת המסדר או בהליכי החקירה הסובבים אותו.

הכלל השלישי: אם לא נפל פגם כלשהו, כולל ליקוי הנובע מתיאום מוקדם (קודם לעריכת המסדרים) או מאוחר (לאחר עריכת המסדר הראשון) – וכל ספק בעניין זה יפעל לטובת הנאשם – יחושב האפקט המצטבר של שני המסדרים כראיה חזקה בעלת משקל רב השקולה, בהעדר מידע רלוונטי אחר הנוגע לאמינות המזהים, לזיהוי תחת מספר פונקציונאלי כפול של ניצבים. מכל מקום וחשוב יותר, בית המשפט צריך במקרה זה להידרש לשאלה הייתכן כי בנסיבות בהם מדובר הנאשם הוא חף ודומה כל

<sup>8</sup> ראו: א' מ' לוי " התייחסות קצרה ואוהדת ל'טעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" משפטים לה (2) 471 (תשס"ה)

<sup>9</sup> וסביר שכך יהיה, שהרי מדובר באותו עבריין.

<sup>10</sup> יש לזכור עוד כי פעמים רבות התיאור של העבריין על ידי העדים הוא הבסיס ללכידת החשוד!

<sup>11</sup> כוונתנו כאן להטיית הנובעות מ"משתני המערכת" (כגון: אופן הרכבת המסדרים, מדיניות בחירת הניצבים, נוהגים הנוגעים להוראות שיש ליתן לעד בעת המסדר, ועובר לעריכתו, וכיו"ב) להבדיל מנתונים האישיים של העד. להבהרה ופירוט ראו: **מנשה ועאסי, לעיל הערה 2**, בע' 267-315

<sup>12</sup> **Wagenaar, לעיל הערה 3**, בע' 75.

<sup>13</sup> אמנם קיים איסור בפסיקה להעברת רשמים כאלו, ולמפגש של עדים מזהים-עיינו "קדמי על הראיות" (מהדורה שנייה ומעודכנת, 1999) 873. ברור כי קיים קושי מעשי באכיפת האיסור פעמים רבות למשל ככל שמדובר בעדים שהם קרובי משפחה או קבוצה של חברים שנכחו באירוע. עיינו **מנשה ועאסי, לעיל הערה 2**, בע' 294.

# הסניגור

מקבוצת "סקירה משפטית"

כך לעברייין עד כדי שיש בדמיון האמור להביא להטעיית אותם עדים, כל זאת על פי נסיבות הצפייה של כל אחד מן העדים בו. יש לשלול למשל אפשרות שהעברייין המדובר הוא אחיו התאום הזהה או קרוב אחר בעל סימנים ומאפיינים חיצוניים דומים.

הכלל הרביעי: אם מדובר בפגם משותף חמור הצריך להביא לאיון משקל המסדר-למשל אם מדובר בהדרכה או רמיזה אפקטיבית מצד עורך המסדר והמסמנת בבירור את החשוד כדמות היעד במסדר יתעלם השופט לחלוטין מראיות הזיהוי. יודגש: גם במקרים אלו עשוי להיות לעיתים עדיין ערך אינפורמטיבי מסוים לזיהוי החוזר. הוא עשוי לצמצם ההסתברות לכך שהפגם או ההטיה היא שבפועל הובילה לזיהויו של הנאשם במסדרי הזיהוי, ואולם עקב שיקולים של חזקת החפות ייחשבו שני הזיהויים כחסרי ערך<sup>14</sup>.

הכלל החמישי: אם מדובר בפגם או ליקוי משותף שאינו חמור כשלעצמו עד שיצדיק איון המסדרים<sup>15</sup> יידרש בית המשפט לשתי השאלות הבאות: ראשית עד כמה פוגם הפגם בו מדובר במהימנות כל אחד מן הזיהויים הוא כשלעצמו. למשל רמת ביטחון נמוכה של היעד המזוהה נוטלת מתוקף המסדר אך מעט אם בכלל<sup>16</sup>. לעומת זאת חשיפת היעד המזוהה לתמונת החשוד עובר למסדר פוגמת בצורה ממשית בו. שנית האם עסקינן בפגם סיסטמי או כזה שהיה ברקע שני הזיהויים והאם פעולתו המשוערת זהה על שני העדים.

ככל שמדובר בפגם שאינו חמור במיוחד כשלעצמו והוא אף בלתי סיסטמי או התלוי אך ורק בעד מזהה מסוים<sup>17</sup> תהא הנטייה השיפוטית להתייחס לסיטואציה כאילו עסקינן בשני עדים מזהים בלתי תלויים שלא נפל שום פגם או ליקוי בנסיבות זיהויים.

ככל שמדובר בפגם חמור כשלעצמו ואף כזה שהוא סיסטמי (למשל רמיזות בהוראות הניתנות מעורך המסדר לחשודים) תהא הנטייה השיפוטית להתייחס לשני המסדרים בחשדנות ואף לאפקט המצטבר של הזיהוי הכפול לא תהא נודעת משמעות. אף במקרה כזה לא ניתן יהא אפוא עוד מקום לקבל את ההלכה הרווחת לפיה שתי ראיות הזיהוי הפגומות יכולות להוות סיוע ותמיכה אחת לרעתה. בנוסף, עצם קיומו של ספק באשר לשאלה האם אכן פגם או הטיה סיסטמית אכן פעלה את פעולתה והולידה את הזיהויים במקרה זה צריך ממילא לפעול לטובת הנאשם<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> שהרי די בכך שקיים ספק של ממש שמא תוצאת המסדרים מוסברת עקב קיומה של אותה הטיה. ראו:

R. J. Allen & A. Carriquiry "Factual Ambiguity and a Theory of Evidence Reconsidered: A Dialogue Between A Statistician and A Law Professor" 31 Isr. Law Rev. (1997) 464

המתייחסת אף למידה שבה ניתן לסמוך על חוזק הראיות במשפט), צריכה לפעול תמיד לטובת הנאשם

<sup>15</sup> למשל הדרכה או רמיזה שבבירור לא היו כה אינפורמטיביים עד כדי סימון החשוד כדמות יעד, או זיהוי בין אתני, משך זמן רב מאוד שעבר בין באירוע העברייני לזיהוי במסדר בפועל, בחירת ניצבים המבליטה את הנאשם יתר על המידה, והמביאים להפחתה של הגודל הפונקציונאלי של המסדר, לחץ גדול של החשוד בעת המסדר, חשיפת היעד המזוהה לאלבום תמונות עובר להשתתפותו או ליקויים הנובע מנסיבות הזיהוי בזירה-למשל זמן חשיפה קטן במיוחד בפני העברייין בזירת הפשע, נוכחות נשק וכיו"ב.

<sup>16</sup> ראו המחקרים המובאים אצל **מנשה ועאסי, לעיל** הערה 2, בע' 226-238.

<sup>17</sup> כגון רמה גבוהה של לחץ של אותו עד, להבדיל מזו של היעד הנוסף בעת הזיהוי.

<sup>18</sup> ראו: Allen & Carriquiry, **לעיל** הערה 14. טול לדוגמא מקרה בו קיים חשד שמא ביצוע הזיהוי נבע מהעברה לא מודעת ומתיג החשוד שנראה בזירת האירוע או בסמוך לזמן האירוע, כעברייין, בבחינת זיהוי שגוי-הקשר, או ספק של ממש שמא פעלה הדרכה אפקטיבית שלא כדין את פעולתה באופן עז כל כך עד שסימנה את החשוד כדמות היעד ושהובילה לבחירה בו אף מבלי שניתן להניח כי היעד התרשם לפחות כי קיים דמיון כלשהו בינו לבין העברייין. עצם קיומו של ספק-כל עוד לא ניתן להסירו-צריך לפעול לטובת הנאשם.