

תשובה לתגובת אברהם לוי

מאת

דורון מנשה ורביע עאסי

א. בחירת הניצבים על פי התיאור שמסר העד או על פי דמיון לחשוד. ב. גודל פונקציונלי כמבחן על של תקפות המסדר. ג. ההסתברות שעד יזהה את העבריין. ד. פעולתם של פגמים במסדר. ה. הסיכוי ששני עדים יבחרו באותו חשוד חף מפשע. ו. עדיפות למסדר עוקב – האמנם? ז. החשיבות של גודל המסדר. ח. זיהוי ספונטני

קראנו את תגובתו מאירת העיניים של ד"ר אברהם לוי,¹ המהווה זה שנים חלוץ לפני המחנה בתחום מסדרי הזיהוי.² הנושאים שהועלו בתגובתו הן מהמשמעותיים ביותר לעניין בו עסקינן, והם בעלי חשיבות הן ברמת העיון התאורטי והן ברמה המעשית-יישומית. לפיכך, ראוי לדעתנו להתייחס אליהם תוך הצגת נקודות ההסכמה וחיידוד תחומי המחלוקת בינינו לבין ד"ר לוי.

א. בחירת הניצבים על פי התיאור שמסר העד או על פי דמיון לחשוד

עיינו בניתוחם המאלף של וולס³ ולוי, שהביאו נימוקים משכנעים בעד השימוש בתיאור העבריין שמסר העד המזוהה כדי לבחור את האפיונים הרלבנטיים לבחירת הניצבים. אל נוכח נימוקים אלו אנו נכונים ככלל להצטרף לעמדתם של וולס ולוי, אלא שלדעתנו יש להוסיף כמה הסתייגויות.

הסתייגות אחת היא מעשית-יישומית: ייתכן כי אין קושי עם תיאורים כלליים של עדים, אך קיים גם קושי עם תיאורים חסרים או מבלבלים של עדים. במקרים אלה, אם החשוד הוא חף, הוא עלול להיחשף לזיהוי על ידי ניחוש גרידא – בדיוק כמו במצב שבו כל הניצבים דומים לו. לכן, לפחות במקרים שבהם תיאור העבריין נראה

1 אברהם מ' לוי "התייחסות קצרה ואוהדת לטעות בזיהוי חזות של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" משפטים לה (תשס"ה).

2 ראו, למשל, אברהם מ' לוי, "על האמינות הנמוכה של מסדרי זיהוי" הסנגור 49 (2001) 3, אברהם מ' לוי, "בעד מסדר זיהוי חדש" הסנגור 73 (2003) 5.

3 Gary. L. Wells, "The Psychology of Lineup Identifications," 14 *J. Applied Soc. Psychol.* 89-103 (1984).

מאוד לוקה בחסר, אין להצעתו של וולס יתרון של ממש על השיטה של בחירת ניצבים על סמך דמיון לחשוד.

ככל שמדובר בחשוד שהוא העברייני האמיתי קיימת סכנה אחרת: ההיצמדות לבחירת ניצבים על סמך תיאורו של העד עלולה להתגלות כחרב פיפיות בידי החקירה הפלילית. יש להניח כי חשודים-עבריינים פועלים פעמים רבות לטשטוש דמותם, בין כפעולות הכנה מקדימות לעבירה ובין במשך הזמן שחלף עד לביצוע הזיהוי, מתוך שאיפה להכשיל הליכי זיהוי עתידיים (כגון על ידי גילוח או גידול של זקן או שפם, השמנה או הרזיה, יצירת צלקות אמיתיות או מדומות וכיו"ב).⁴ בנסיבות אלה, בחירת הניצבים על סמך התיאור שמסר העד עשויה כמובן להטות את המסדר לטובת העברייני ולהביא להצלחת מפעל הטשטוש שלו הרבה מעבר למצופה במסדר המקפיד על דמיון דווקא לדמות החשוד כפי שהוא מופיעה במסדר.

הסתייגות נוספת, כפי שהראינו במאמר, מתייחסת למקרה שבו נתפס חשוד שלא על בסיס תיאור העד המזהה ודמותו אכן שונה בפרטים מהותיים רבים מתיאורו על ידי אותו עד. במקרה כזה, כפי שהראינו, די בוידוא הפסיקטי הקיים על כך שהחשוד לא יהא בולט בקרב קבוצת הניצבים ולא מעבר לכך. כפי שהראינו שם, עקב הסימטריות והטרנזיטיביות המוגבלים של תכונת הדמיון, הרי דווקא ההקפדה על דרישת הדמיון עשויה, באופן פרדוקסלי, להגביר את סיכוני זיהויו של החשוד החף. לדעתנו – ואת זה אנו מוסיפים כאן – כלל אין צורך להקפיד על התאמת הניצבים לתיאור הכללי שמסר העד אודות העברייני. מעבר לבזבוז משאבים שלא לצורך (יחסית לבחירת ניצבים על פי מבחן אי-הבולטות), הדבר עשוי להגביר את סיכוני הזיהוי של חשוד-חף פשוט משום שבכך עלולים להבליט את אותו חשוד כשונה מאוד מן הניצבים. הרי, בעוד שהניצבים אכן הותאמו לתיאורו הכללי של העברייני, החשוד נתפס ומוגדר ככזה ללא קשר לעדותו של העד המזהה. אמנם ההבלטה במקרה זה היא על דרך השלילה – קרי: דווקא החשוד הוא הפחות דומה לעברייני – אלא שיש להימנע מכל פרוצדורה המעמידה את החשוד כחריג במסדר. נוסף על הבעייתיות שבעצם החריגות, הרי בהינתן העובדה שהעד זוכר את תיאורו, הוא עשוי בנקל להבחין כי הניצבים הותאמו לתיאור זה וכך לשער כי הניצב השונה דווקא הוא החשוד של המשטרה – דבר שייצור הטיה (לא בהכרח מודעת) אצל העד לבחור בחשוד.⁵

4 בעיה זו עשויה להחמיר אם שיטת המשפט תאמץ המלצה – הראויה, לדעתנו, ככלם מפני האפשרות של זיהוי שגוי של חף – והיא לאפשר לסנגורו של החשוד לעיין קודם למסדר בתיאור העברייני כפי שמסר אותו העד המזהה. לפיכך, מומלץ כי זכות עיון כאמור תוגבל מבחינת עיתויה לדקות מספר קודם למסדר.

5 הרי יש לזכור כי בדרך כלל יש לעדים מזהים, במיוחד עדים שהיו קרובי לאירוע הפלילי, מוטיבצייתית לזהות מאן דהוא מסוים, במיוחד מתוך הנחה כי המשטרה לא מגדירה אדם כחשוד אלא על יסוד ראיות אחרות הקושרות אותו באופן ממשי לביצוע העבירה. התייחסנו לנקודה זו במאמרינו ועל כן לא נרחיב עליה כאן.

חשוב מאוד להדגיש נקודה נוספת: ייתכן מאוד שבסיטואציה הנזכרת תהא הנטייה המשטרית שלא לבצע כלל זיהוי על ידי אותו עד. ייתכן כי המשטרה תסבור כי הסיכויים ל"הצלחת המסדר" ממילא אינם גבוהים עקב השוני המשמעותי בין תיאור העבריין על ידי אותו עד לבין דמותו של החשוד שנתפס; ייתכן כי אף תניה מראש, מכוח עוצמת הראיות המפלילות כנגד החשוד, כי העד המזהה אינו מהימן ועל כן כלל לא ראוי לבסס את זיהוי החשוד על תיאורו. לדעתנו, שיקולים אלה מוטעים ואף אינם ראויים. אדרבה, אנו היינו ממליצים לקבוע חובה לערוך מסדר במקרה כזה, וזאת אף אם קיימות ראיות אחרות לזיהוי, ואפילו ראיות חזקות דוגמת ראיית DNA או טביעת אצבע.⁶ ניתן להביא לכך שני נימוקים מרכזיים. ראשית כפי שצינו במאמר⁷ המחקרים המקצועיים בתחום מצביעים בצורה חד-משמעית על כך שהזיקה הקיימת, אם בכלל, בין איכות התיאור של העד אודות העבריין לבין מידת הדיוק שלו בזיהוי במסדר הינו לכל היותר זניחה ובלתי-חשובה סטטיסטית. לפיכך, אפשר בהחלט בסיטואציה האמורה שהעד יזהה בכל זאת את החשוד כמבצע העבירה ואין נימוק רציונאלי להתייחס לזיהוי כזה כבעייתי יותר מזיהוי הנעשה במסדר זיהוי בנסיבות רגילות. הויתור על עריכת זיהוי במקרה זה נושא בחובו סיכון לאובדן ראיה משמעותית להוכחת החשוד כמבצע העבירה. שנית, וחשוב יותר, תפקידה של המשטרה אינו השגת ראיות מפלילות אלא בירור אופטימלי של העובדות בעניין הנחקר על ידיה. על כן, אף אם מסדר הזיהוי יסתיים באי-זיהוי של החשוד אין הדבר בגדר כישלון החקירה אלא צעד חשוב בקידומה. יתרה מזאת: התפיסה כי הראיות המצויות בידי המשטרה לזיהוי החשוד הן שלעצמן מפקיעות את מהימנותו של העד המזהה שמסר פרטים נוגדים, לוקה ב"הנחת המבוקש". זוהי הנחה פסולה בדבר מהימנותן של הראיות הקיימות בידי המשטרה ובדבר אי-מהימנותה של עדות הזיהוי, אולם על שאלת המהימנות לכאורה של העדות האחרונה יש לענות על יסוד שיקולים הנוגעים לאפשרות של העד לצפות בחשוד עת ביצוע העבירה, לרמת תשומת הלב שלו, למשך הזמן שחלף מהעבירה ועד הזיהוי, לאפשרות קיומו של זדון מצד העד וכיו"ב. ודוק: אף שיקולים אלה צריכים להישקל על ידי בית המשפט הדיוני בדיעבד, כפרמטרים בהערכת תוצאת הזיהוי של העד, ולא כנימוקים מראש על ידי הרשות החוקרת לוותר על קיום המסדר.

6 השוו ל-Police and Criminal Evidence Act 1984 (Codes of Practice) סעיף 3.12 קובע כמה תנאים שבהתקיימותם חובה על עורך המסדר לערוך מסדר זיהוי. בעיקר חובה זו קיימת כשיש עד מזהה הטוען כי ביכולתו לזהות את החשוד וטרם זיהה אותו (זאת, כמוכן, ללא קשר למצב הראיות נגד אותו חשוד).

7 דורון מנשה, רביע עאסי "טעות בזיהוי חזות של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" משפטים לה 205 (תשס"ה), פרק ג 1 למאמר.

ב. גודל פונקציונלי כמבחן-על של תקפות המסדר

לוי מציע בתגובתו פרשנות מסוימת למבחן אי-הבולטות, שיש בה לצמצם את הגודל הפונקציונלי של המסדר. על פי פרשנות זו, אם למשל שני ניצבים נוספים חולקים עם החשוד סימן המבליט אותם יחסית לניצבים האחרים, לא מתקיימת בולטות. אל נוכח הערה זו, ובהתחשב באינטרפרטציה שניתנה למושג אי-הבולטות במאמרנו,⁸ חשוב להבהיר כי לדעתנו קריטריון הגודל הפונקציונלי של המסדר חייב להישמר כמבחן-על לתקפותו של כל מסדר – זה הנערך על יסוד התאמה לדמות החשוד, זה הנשען על התאמה לתיאור העברייני על ידי המזהה, וזה המציב מבחן מצומצם לאי-בולטות של החשוד או לאי-חריגות שלו. בכל המקרים הללו הבדיקה השיפוטית חייבת לוודא שהתקיים גודל פונקציונלי ראוי למסדר, גודל שהוא בערכו קרוב דיו לגודל הממשי של המסדר. כל משמעותו של מבחן אי-החריגות או אי-הבולטות הינו שגודל פונקציונלי זה אינו צריך להתממש על ידי הקפדה על דמיון לחשוד או התאמה לתיאור שנמסר על ידי העברייני, אלא על ידי בחירה של ניצבים שאינם יוצרים תזקבוצות מאופיינות שהחשוד יכול להיות משויך להן. אם כך וודאי שדי בכך שהחשוד חריג במראהו יחסית לחלק מסוים של הניצבים בכדי שנוכל לאפיינו כבולט לעניין מבחן אי-הבולטות הפסיקתי.

ג. ההסתברות שעד יזהה את העברייני

לוי מסתמך על נתונים שסיפקה משטרת לונדון, ולפיהם רק כ-39% מהעדים זיהו את החשוד כעברייני. מובן שנתון זה אינו משקף בהכרח את השיעור העדכני של הזיהויים הפוזיטיביים של חשודים בשיטת המשפט שלנו.⁹ שיעור "ההצלחה" בזיהוי שוער על ידינו אך משיקולים הנוגעים להסברו של ההסדר השיפוטי הרווח, המייחס לראיית הזיהוי משקל כה רב. מכל מקום, אפילו נניח שיעור זיהוי כמו זה שציין לוי – כלומר: בערך

8 אין זה ברור כל עיקר אם פרשנותו של לוי אף הולמת את עמדת הפסיקה לגבי מהותו של מבחן אי-הבולטות. נראה כי לפחות במקרים של מסדר המבליט באורח ברור את הנאשם עם מספר מצומצם של ניצבים, יתייחס בית המשפט לכך כפגם העשוי ליטול ממשקלה של ראיית הזיהוי. ניתן ללמוד זאת מן ההדגשה הפסיקתית על כך שיש לבחור ניצבים דומים (במובן של אי-בולטות) ועל כך שכישלון לעשות כן מהווה פגם הגורע לכאורה מכוח ראיית הזיהוי. נראה, שכוונת הפסיקה כאן היא שאי-הבולטות צריכה להתייחס אף ליחסים שבין הניצבים לבין עצמם; ראו, למשל, ע"פ 4427/95 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 557 והאסמכתאות המובאות שם.

9 שיעור הזיהוי בפועל הוא משתנה מורכב הנוגע לפרמטרים כגון קיומה או היעדרה של חובה לערוך מסדר, רמת ההיכרות המספקת בשיטה לעדות הצבעה ללא מסדר, מדיניות משטרתית הנוגעת להערכה של הצלחת הזיהוי, מספר הניצבים, הקפדה על נהלי המסדר, טיב הטיפול בעדים שהם בעלי הסתייגות ראשונית משיתוף פעולה עם המשטרה ומביצוע זיהוי פוזיטיבי, ופרמטרים רבים נוספים.

40% – מסקנתנו העקרונית בדבר כוחו לכאורה של אי־זיהוי החשוד כראייה המנקה מאחריות, אף כי מאבדת מעט מכוחה – נותרת בתוקפה. שיעור "ההצלחה" בזיהוי אינו משתנה משמעותי בניתוח זה. אם ניטול את הניתוח שהובא בנספח למאמרנו, הרי שיעור "הצלחת" הזיהוי המסומן ב-K נתון כ-K=0.4. כעת, ניטול ולו ערך לא גבוה במיוחד כמדד לרמה הפרובטיבית של ראית זיהוי החשוד, למשל: V=1.75.¹⁰ הביטויים שהובאו שם מובילים למסקנה שהסתברות האשמה בהינתן ראיה של אי־זיהוי פחתה לכדי מחצית בדיוק.¹¹

חשוב להדגיש נקודה נוספת: היעדר ההתייחסות המספקת לכוחה של ראית אי־זיהוי יכול לנבוע גם מהשיקול הבא: עקב העובדה שגודלו של המסדר (ואף גודלו הפונקציונלי) הוא יותר מ-2, הרי קשה יותר לבחור מתוך ניחוש גרידא בחשוד מאשר לבחור תוך ניחוש ניצב אחר כלשהו במסדר. שיקול זה, העשוי לחזק את הנטייה לנמק את אי־הזיהוי כתולדה של פחד או פגמים בזיכרון של העד המזוהה, הינו מוטעה. ראשית, אין הוא נוגע כלל לאי־זיהוי מסוג של דחיית המסדר; שנית וחשוב יותר, השיקול שגוי אפילו ביחס לזיהוי של אדם אחר חוץ מהחשוד. זיהוי באמצעות מסדר זיהוי אינו ניסוי ברנולי בלתי־תלוי, שהסתברות להצלחתו היא (גודל המסדר)⁻¹. עדים מזהים אינם אמורים לנחש כלל. מה שעומד בבסיס ההכרה בדבר כוחה של ראית הזיהוי אינו ההסתברות הנמוכה של זיהוי החשוד אגב ניחוש, אלא הנחה אופטימית (מדוי) לגבי כושרם של עדי ראיה להצביע על העבריין בהתאם לתמונתו שהשתמרה בזיכרונו. אם זו ההנחה, היא גופה מצדיקה בכל מקרה רגיל את ההתייחסות לאי־הזיהוי כראיה בעלת כוח פרובטיבי של ממש לטובת החשוד.

ד. פעולתם של פגמים במסדר

לוי מותח ביקורת משכנעת על העמדה שלפיה פועלם של פגמים במסדר אמור להביא לפגיעה במשקל של אי־הזיהוי באותה מידה שנפגע משקל הזיהוי. למען הדיוק, אנחנו לא טענו אחרת; אדרבה, הבענו עמדה הוזהר למעשה לזו של לוי¹² ייתכן כי מקור

10 שמשמעותו היא שאם ההסתברות (הממוצעת) שחשודים המובאים לזיהוי פלילי הם מבצעי העבירה היא למשל 50%, אזי זיהויים במסדר מעלה את הסתברות אשמתם לכדי 87.5%. זו עדיין אינטרפרטציה "מעודנת" לכלל המשפטי הנוהג בשיטתנו בדבר כוחה הפרובטיבי הרב של ראית הזיהוי.

11 למשל, במקרה שהסתברות אשמתו של החשוד בהינתן הראיות שהובילו ללכידתו הייתה 50% קודם למסדר, כעת – לאחר ראית אי־הזיהוי – היא צריכה לעמוד על הסתברות אשמה של 25% בלבד!

12 ראו הערה 7 לעיל, בעמ' 121, הערת שוליים 121 למאמר: "יצוין עוד, כי פעולתם של חלק מהכשלים והקשיים שהוצגו בחיבור היא בעיקר במגמה אחת-הגברת מספר הזיהויים, ובפרט הזיהויים הבלתי נכונים ולא במגמה ההפוכה"

הבלבול כאן הוא בפירוש קביעותינו ש"ככל שמייחסים משקל רב יותר לראיית הזיהוי, צריך לכאורה לייחס משקל בהתאמה גם להימנעות מזיהוי"¹³, וכן: "דווקא הכוח ההוכחתי המיוחס לזיהוי מחייב את המסקנה בדבר כוחה הרב של ראיית אי-הזיהוי"¹⁴ אמירות אלו אינן מתייחסות לפועלם של פגמים במסדר אלא לכוחה העקרוני של ראיית הזיהוי בשיטתנו, הנשען על ביטחונם (המופרז) של בתי המשפט בכשרם של עדים לעבירה לזהות כראוי את העברייין. כפי שהראנו אף בנקודה הקודמת כאן, הנחה זו, בדבר כושרם המאבחן של העדים המזהים, היא גופה מחייבת מבחינה הגיונית את ההתייחסות לאי הזיהוי, כראיה שהיא לכאורה בעלת משקל ניכר.

ה. הסיכוי ששני עדים יבחרו באותו חשוד חף מפשע

לוי טוען כי אין זה נכון שהסתברות לכך ששני עדים יבחרו בחשוד חף מפשע במסדר של n אנשים היא n^{-2} . טיעון זה נכון – אם כי אינו נוגע לטענה שנטענה על ידינו. מכל מקום, לדעתנו, אם אכן עסקינן בעדים בלתי-תלויים (כלומר: שעדויותיהם לא תואמו), ואם המסדר מנוהל כהלכה ובאורח הוגן, כי אז הסיכוי ששני עדים יבחרו תוך הפעלת "ניחוש" בחשוד חף מפשע זהה בדיוק לסיכוי ששני עדים אלה יבחרו בו בשני מסדרים שונים. כמו כן ברור, שכאשר שמדברים על זיהוי שלא על דרך של ניחוש אלא תוך שימוש ב"אסטרטגיית השיפוט היחסי", פוחתת ההסתברות לזיהוי כפול במסדר והיא נהפכת למכפלה של מאורעות תלויים – אך התלות אינה מלאה; לאמור: ההסתברות שפלוגי ואלמוני יסכימו שהתף הוא הדומה ביותר לעברייין אינה שווה – כפי שסובר לוי – ל¹, אם כי היא עשויה להיות גבוהה למדי.

ו. עדיפות למסדר עוקב – האמנם?

ייתכן אמנם כי החשדנות המתפתחת בשנים האחרונות כלפי המסדר העוקב היא מוצדקת. עדיין, בהשוואה למסדר הסימולטני הנוהג היום, המסדר העוקב עדיף משום שזיהוי שגוי של חף מפשע חמור לאין ערוך מאי-זיהוי של עברייין, ולוי מודה כי לכל הדעות המסדר העוקב מצמצם (ולו במעט) את מספר הזיהויים השגויים של חפים מפשע. כעת נראה כי השיפור הזה בהפחתה של זיהויים שגויים של חפים מפשע אינו כה זעיר. ראשית, לוי טוען – מתוך ניתוח מחקרים חדשים שנערכו במרוצת שלוש השנים האחרונות – כי היתרון למראית עין של המסדר העוקב נבע מטעות בעריכת המחקר;

13 ראו שם.

14 ראו נספח א' למאמר.

לאמור: שלתפקיד החשוד החף נבחר אדם הדומה ככל האפשר לעבריין בעוד שבמציאות לא תמיד זה המצב.

אולם, לוי מתעלם מן המצבים שבהם תיאור העבריין שמוסר העד מהווה את הבסיס הישיר והעיקרי ללכידת החשוד. אמנם דמיון ל"עבריין" ידוע אינו זהה להתאמה של החשוד לתיאור מילולי של עבריין, אולם מאחר שבשני המקרים אין מדובר בהצבת העבריין עצמו, ולעד שמורה האפשרות לדחות את המסדר – כי אז לא ברור שהמדיניות בעריכת הסימולציות שנקטו החוקרים אכן ראויה קטגורית לתואר "טעות", כפי שקובע לוי.

יתרה מזו: הבה ניטול את המחקר של לינדסי ווולס,¹⁵ שהובא על ידי לוי ושאף אנו נזקקנו לו, ונתאים את נתוניו תוך היוזקות להשערותיו של לוי. גם כך ניתן לראות כי נותרת עדיפות של ממש למסדר העוקב. על פי הנתונים, 58% מן העדים (ולא 48% מהם, כפי שעלתה בשגגה מלפני לוי) בחרו בשוגג במסדר סימולטני באדם שאיננו מבצע העבירה, מתוכם 43% מן העדים שבחרו בחשוד החף. לעומתם, 35% מהעדים במסדר עוקב שביצעו זיהוי כזה בשוגג, ומתוכם 17% בלבד בחרו בחשוד החף. נתונים אלה אכן מצביעים על הטיה מובהקת יותר של בחירת החשוד החף דווקא במסדר הסימולטני, אולם אפילו היינו מבצעים "התאמה" של הנתונים למצב המשוער על ידי לוי ומייחסים למסדר זה הטיה מופחתת לבחירת החשוד החף באותה דרגה כזו שהתגלתה במסדר העוקב (קרי: רק כ-50% מהזיהויים השגויים הם של החשוד), עדיין כ-29% היה הנתון המותאם שיש לייחס לבחירת החשוד החף במסדר הסימולטני, לעומת 17% בלבד במסדר העוקב (הבדל שאינו זניח כלל ועיקר). כמו כן, לחשודים החפים יש רווח משוער נוסף מהמסדר העוקב, וזאת במיוחד אם תקבל המלצתנו לייחס משקל לראיית אי-הזיהוי. לפי הנתונים המותאמים לשיטת לוי תהא הסתברות של כ-29% לזיהוי כושל במסדר העוקב לעומת הסתברות של כ-18% בלבד במסדר הסימולטני.

יתרה מזו: ככל שהדברים אמורים ביחס לראיית אי-זיהוי של דחיית המסדר – שאנו ממליצים במאמר לייחס לה משקל רב יותר מכישלון פוזיטיבי בזיהוי – קיימת תוספת משמעותית של הסתברות לקיומה של ראייה כזו במסדר עוקב שבו נוכח חשוד חף. לפי הממצאים במחקר זה של לינדסי ווולס, 65% דוחים את המסדר העוקב שבו השתתף חשוד חף, בעוד רק 42% דוחים אותו במסדר סימולטני.

האפקט המצטבר של נתונים אלה מצביע על כך שאף תחת ההשערות המחקריות העדכניות שהביא לוי, בתחרות בין המסדר העוקב למסדר הסימולטני יש לראשון עדיין עדיפות בלתי-מבוטלת.

Rod C. L. Lindsay & Gary L. Wells, "Improving Eyewitness Identifications From Lineups: 15
Simultaneous Versus Sequential Lineup Presentation," 70 *J. Applied Psychol.* 556 (1985)

ז. החשיבות של גודל המסדר

אנו מצטרפים כמובן להמלצותיו של לוי בדבר הגדלת המסדר. פשיטא, שגודל המסדר הוא מהפרמטרים החשובים להגנתו של חף מפשע מפני סיכון זיהויו השגוי במסדר. עם זאת, לדעתנו, הקביעה של לוי כי הגדלת המסדר פי k תקטין פי k את הזיהויים השגויים של החף מפשע, היא מעט מרחיקת-לכת. קביעה זו נכונה רק כשהמסדר נעדר הטיות או פגמים כלשהם, כשלכידת החשוד החף לא בוססה בעיקרה על תיאור העבריין על ידי העד, כשדפוס הזיהוי של העדים המזוהים הינו ניחוש פשוט או איתור האדם "הדומה ביותר לעבריין", וכשהעדים אינם בוחרים אף פעם באופציית דחיית המסדר. אלא, שרשימת תנאים כזו מתקיימת לעתים רחוקות, אם בכלל. על כן, היחס בין שכיחות הזיהויים השגויים של חפים מפשע לגודל המסדר אינו היחס הפשוט שעליו הצביע לוי; למעשה, הוא אינו גודל ליניארי כלל. כך, מקרים חמורים של חשיפת העד המזוהה לדמותו של החשוד או לרמיזה אפקטיבית של עורך המסדר, עשויים, למשל, לבטל במחי יד את כל היתרון הלכאורי שבהגדלת המסדר.

ח. זיהוי ספונטני

לוי תקף את הזיהוי הספונטני ואנו מסכימים עמו. אף אנו סבורים כי לזיהוי בדפוס זה מגרעות רבות הנובעות מאי-קיומו של הליך מתוכנן ומפוקח כראוי המיועד למנוע פגמים והטיות בשיפוט. עם זאת, יש לדעתנו לערוך הבחנה חשובה בעניין זה בין שתי סיטואציות של זיהויים ספונטנים. בסיטואציה הראשונה מדובר בזיהוי כאשר אין בידי המשטרה חשוד, או כאשר החשוד שבידיה אינו מי שזוהה בספונטניות כמבצע העבירה. בסיטואציה השנייה בידי המשטרה חשוד עוד קודם לזיהויו באורח ספונטני. לעניין טיעוננו כאן אין חשיבות כשלעצמה לשאלה אם בסיטואציה השנייה מדובר היה במפגש אקראי שבין העד לחשוד מחוץ למסגרת החקירה, או במהלך חקירתי של הפניית העד המזוהה למקום בו נמצא החשוד¹⁶.

בעוד שבסיטואציה הראשונה הניתוח של לוי קולע, יש בסיטואציה השנייה לדעתנו להסתייג מן ההקבלה של הזיהוי הספונטני לזיהוי באלבום תמונות. בזיהוי מתוך אלבום כל התמונות הן דמויות מטרה. בהיעדר ניצבים ניטרליים, כל זיהוי של תמונה היא "נכון". לא זהו המצב בזיהוי ספונטני בסיטואציה השנייה. כאן, קיימת דמות מטרה במסדר והנוכחים האחרים הם "בהגדרה" ניטרליים. הכוח הפרובכטיבי של הזיהוי תלוי

16 לאבחנה זו יש חשיבות עקיפה, וזאת אך בשל העובדה שכאשר מדובר במהלך יזום יש לבחון אם יצירתו או ניהולו של המהלך האמור לא הייתה, ולו בתום לב, מלווה ברמזים המצביעים על החשוד כדמות המטרה. ראו ע"פ 16/82 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (4) 309, 317-318.

כעת במשתנה שלוי חוזר ומדגיש את חשיבותו – הגודל (הפונקציונאלי) של המסדר. אם החשוד הוא האדם היחיד שאינו איש משטרה במקום ועת הזיהוי ברור כי לזיהוי ערך מועט, אם בכלל. אם לעומת זאת מספר הניצבים גדול מאוד, אין זה ברור אפריורית כי משקלו ההוכחתי נופל מראית זיהוי בהליך מסדר פורמלי טיפוסי. נכון שלעדים יש עניין למצוא את העברייין, אולם עניין זה קיים גם אם עורכים מסדר פורמלי. לעניות דעתנו, השאלה אינה כל כך העניין של העד אלא אפשרותו לממש את יכולת הזיהוי שלו בהינתן תנאי המסדר ומגבלותיו.

לסיכום, אנו תקווה כי מאמר זה ותגובתו המאלפת של ד"ר לוי עליו יהוו קריאת כיוון לעיון מחודש בסוגיית הזיהוי החזותי ולקיום רפורמות שהן כה מתבקשות בתחום.