

# מדעי ההסכמה: שילוב בדיקת הפוליגרף במשפט הפלילי

אסף הרדוף\*

- א. מבוא
- ב. בדיקת הפוליגרף במשפט הישראלי: בחינה פורמלית
  - 1. הפוליגרף
  - 2. הדין הפורמלי
  - 3. לקראת הפרקים הבאים
- ג. המכשול המעשי: מבחן הראיה המדעית
  - 1. מבוא
  - 2. מבחן הראיה המדעית
  - 3. הפוליגרף במבחן הראיה המדעית
  - 4. הסלקטיביות של מבחן הראיה המדעית
- ד. קשיים נוספים בקבילותה של ראיית הפוליגרף
  - 1. מבוא
  - 2. פגיעה בזכויות חשודים ונאשמים
  - 3. ראיה בלתי חיונית
  - 4. פגיעה במעמד השופטים ובכוחם
  - 5. החששות המהותיים שגלומים במבחן הראיה המדעית
    - 5.1. איתור תכלית המבחן
    - 5.2. הבעיה: כוח משחד רע ופגיעה באמת
  - 6. סיכום הקשיים
- ה. קבילות בהסכמה
  - 1. מבוא

---

\* מרצה, דוקטור, המכללה האקדמית צפת. תודה גדולה למערכת הפרקליט ולקורא החיצוני על הערות מצוינות. האחראיות לכל טעות שנפלה – עליי בלבד. מחכה לתגובות: [asafhardoof@gmail.com](mailto:asafhardoof@gmail.com).  
המאמר מוקדש לחברי היקר, הוותיק והאהוב, השופט אסף זגורי, שאת ספרו על הפוליגרף ערכת משפטית והוא שעורר בי עניין בסוגיה.

2. דין פורמלי: אפשרות לשילוב הראיה דרך הסכמת הצדדים – פלילי מול אזרחי
3. מי נפגע משילוב בהסכמה של פוליגרף בפלילי?
4. פוליגרף בהסכמה בפלילי: האומנם יסכימו?
- א. פוליגרף בפלילי ותורת המשחקים
  1. תורת המשחקים
  2. תורת המשחקים וההליך הפלילי
  3. תורת המשחקים ובדיקת הפוליגרף במשפט הפלילי
    - 3.1. ה"משחק" הפלילי
    - 3.2. שלבים אפשריים להגשת בדיקת פוליגרף
    - 3.3. מבט בשחקנים
    - 3.4. המחשה
  4. חששות ונטרולם
- ח. סיכום

## א. מבוא

שנות האלפיים התאפיינו בלא מעט התפתחויות, חידושים ושינויים בדיני הראיות במשפט הפלילי בישראל. בין היתר, ב-2003 נוסח מבחן הראיה המדעית<sup>1</sup> והובהרו גבולות החיסיון מהפללה עצמית בנוגע למסמכים.<sup>2</sup> ב-2004 קשר בית המשפט העליון בין שאלת הספק הסביר לשאלת ה"דיבור בשני קולות", מצב של הרשעת אדם לצד זיכוי שותפו בידי בית משפט אחר.<sup>3</sup> ב-2006 נולדה דוקטרינת הפסילה הפסיקיתית,<sup>4</sup> בוטלה הלכת קינזי בחלוף שלושה עשורים ללידתה<sup>5</sup> ושורטטו גבולות לשימוש בשתיקת נאשם כדבר מה נוסף להודאתו.<sup>6</sup> ב-2010 הורחב המונח "בעל שיחה" שבחוק האזנת סתר, כדי לקבל גם האזנה לשיחת רקע,<sup>7</sup> הובהרו במעט גבולותיו של סעיף 10א לפקודת הראיות<sup>8</sup> ונדונה ברצינות האפשרות לחרוג ממאזן

1 ע"פ 9724/02 אבו-חמאד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 71 (2003).

2 רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' שרון, פ"ד נח(1) 748 (2003).

3 דנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 583 (2004).

4 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006).

5 בג"צ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר שבע (פורסם בנבו, 8.10.2006).

6 רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סב(1) 378 (2006).

7 ע"פ 5002/09 מדינת ישראל נ' ז'אנו (פורסם בנבו, 2.12.2010).

8 ע"פ 895/09 פינטו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.3.2010); ב-2014 צומצמו במעט

הסתברויות במשפט אזרחי בהקשר מסוים.<sup>9</sup> ב-2011 הורחבו גבולותיו של חיסיון עורך דין-לקוח,<sup>10</sup> נולד מבחן הראיה הנגזרת<sup>11</sup> והורחבו גבולותיו של סעיף 9 לפקודת הראיות.<sup>12</sup> ב-2012 הוכר חיסיון חדש, חיסיון שירות המבחן.<sup>13</sup> ב-2015 צומצם במעט החריג לכלל האוסר על עדות שמועה שענינו רשומה מוסדית.<sup>14</sup>

לצד נכונות ליצור הלכות חדשות מחד גיסא ולחשוב מחדש על הלכות ותיקות מאידך גיסא, קיימות בדיני הראיות גם הלכות שקפאו על שמריהן. כפי שיורחב בהמשך, הלכה שאין מערערים עליה היא שתוצאתה של בדיקת פוליגרף תתקבל במשפט אזרחי רק בהסכמת הצדדים, משום שבדיקת הפוליגרף טרם צלחה את מבחן הראיה המדעית. הלכה ותיקה משלימה שאין מהרהרים אחריה היא שבדיקה כאמור אינה קבילה כלל במשפט הפלילי בישראל.

לאחרונה הועלתה בסוגיה קריאת תגר מהספרות, כשפינק ורובינס הציעו לבחון מחדש את שילוב בדיקת הפוליגרף במשפט הפלילי.<sup>15</sup> גם מאמרי יבחן זאת ויציע דרך אחרת לשילוב, מתונה יותר, תוך התכתבות עם מאמרו החשוב.

**בפרק השני**, שמתמקד בדין הישראלי ההיסטורי והקיים, אבחן אם משהו מונע באופן גורף את שילובה של בדיקת הפוליגרף במשפט. לאחר הצגה תמציתית של בדיקת הפוליגרף, אסקור את המצב המשפטי בישראל בענין. אראה שההלכות שנפסקו בענין הפוליגרף אינן אלא אוביטר. **בפרק השלישי** אסקור את מבחן הראיה המדעית ואטען שחרף בעיותיו, שהעיקרית היא היותו סלקטיבי במיוחד, בדיקת הפוליגרף צפויה להישאר מחוץ לכותלי המשפט הפלילי כל עוד לא תצלח אותו, ושאינן היא צפויה לעשות כן בעתיד הנראה לעין. **בפרק הרביעי** אתור אחר קשיים מגוונים נוספים, פשוטים ומורכבים, שמשחקים תפקיד בהותרת בדיקת הפוליגרף

גבולותיו של הסעיף בהקשר מיוחד: ע"פ 4763/11 יעקובי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.5.2014).

<sup>9</sup> דנ"א 4693/05 ב"ח כרמל-חיפה נ' מלול, פ"ד סד(1) 533 (2010).

<sup>10</sup> רע"פ 8873/07 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.1.2011); על הלכה בעייתית זו: אסף הרדוף "חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון? חסיון עורך-דין וירטואלי" משפט ועסקים יט 305 (2015) (להלן: הרדוף "חסיון עורך-דין וירטואלי").

<sup>11</sup> ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626 (2011).

<sup>12</sup> ע"פ 4115/08 גלעד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.1.2011); להבדיל, סירב בית המשפט העליון לבקשת המדינה ליצור חריג חדש לכלל האוסר על עדות שמועה, חריג שענינו עדות קושרים: ע"פ 7253/14 פינקלשטיין נ' מדינת ישראל, פס' 41-50 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 16.11.2015).

<sup>13</sup> ע"פ 3472/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.9.2012); בהמשך השנה נותח בהרחבה החיסיון העיתונאי: רע"פ 761/12 מדינת ישראל נ' מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ (פורסם בנבו, 29.11.2012).

<sup>14</sup> ע"פ 4229/14 סעאידה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.7.2015).

<sup>15</sup> אפרת פינק ורתם רוזנברג רובינס "הפוליגרף כמכשיר לגילוי האמת או כראיה מדעית: עיון מחדש בסוגיית קבילות הפוליגרף בהליכים פליליים" הפרקליט נג(2) 3 (2014).

בחוץ. בפרק החמישי ארחיב על המפתח הפורמלי והמהותי לשילובה של בדיקת הפוליוגרף במשפט הפלילי בישראל: הסכמת הצדדים. בפרק השישי אמחיש, דרך ניתוח מכיוון תורת המשחקים, כיצד ומתי צפויה ההסכמה, לעתים רחוקות, להכניס את הבדיקה כראיה לבית המשפט הפלילי. בפרק השביעי אסכם.

## ב. בדיקת הפוליוגרף במשפט הישראלי: בחינה פורמלית

### 1. הפוליוגרף

מאמרי אינו מתיימר להציע מבט מדעי מחודש במכשיר הפוליוגרף עצמו או בהליך הבדיקה, שהוא הליך ותיק מאד שעבר שינויים לאורך השנים.<sup>16</sup> כנקודת מוצא אניח שציבור הקוראים יודע במה מדובר, לפחות בקווים כלליים, גם אם לא חווה בדיקה על בשרו. מעבר לכך, לתיאור נרחב של פעולת המכשיר אין נפקות הכרחית לחיבורי, באשר הטיעון שמועלה בו אינו שעון על ניתוח מדעי אלא על ניתוח משפטי. למען בעלי הענין, אציג בקיצור רב את תהליך הבדיקה, ולשם כך אשען על חיבורם העדכני של זגורי וזגורי.<sup>17</sup>

מכשיר הפוליוגרף מבקש לקשור בין הגירוי הפסיכולוגי שחש הנבדק, ככל שינסה להונות את הבודק, לבין תגובותיו הפיזיות: נשימה, הזעה, לחץ דם ולב, מערכת השרירים, מערכת העצבים ועוד.<sup>18</sup> מטרת הבדיקה להציע אינדיקציה לכנות הנבדק או להיעדרה, קרי: לאמת הסובייקטיבית שלו. התהליך כולל ראיון מקדמי, בדיקת כוול, בחירה של טכניקת הבדיקה, ניסוח שאלות, פענוח תרשים הבדיקה והערכת תוצאות הפענוח. הראיון המקדמי כולל שיח של הבודק והנבדק הפוטנציאלי בנוגע לבדיקה הצפויה, לעברו הרפואי של הנבדק ולבדיקה עצמה. הבודק בוחן אם הנבדק הפוטנציאלי מתאים לבדיקה מבחינה פיזית, נפשית ושכלית, ואם כן – מסביר לו את מהלך הבדיקה ואת זכויותיו. הראיון נחוץ לשם הכנת שאלון הבדיקה ובניית

Shelley Gupta, *A Polygraph Test Wouldn't Know the Truth if it Hit it with a Brick: Perpetuation of the Normalization of Violence Against Women*, 34 WOMEN'S RIGHTS L. REP. 282, 283 (2013); Vincent V. Vigluicci, *Calculating Credibility: State v. Sharma and the Future of Polygraph Admissibility in Ohio and Beyond*, 42 AKRON L. REV. 319, 321–322 (2009).

השניים הקדישו כ-160 עמודים לתיאור מדע הפוליוגרף, הראיון המקדמי, הליך הבדיקה וקריאת תרשימי הבדיקה: אסף זגורי ואברהם זגורי *דין הפוליוגרף – כבדיקה וכראיה* פרקים 1–4 (2011). למען הגילוי הנאות – שימשתי כעורך המשפטי של אותו חיבור; עוד ראו: פינק ורובינס, לעיל ה"ש 15, בעמ' 300–297 *Overselling*; Erica Beecher-Monas & Edgar Garcia-Rill, *Images: fMRI and the Search for Truth*, 48 J. MARSHALL L. REV. 651, 655 (2015).

זגורי וזגורי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 42–34 *CHRISTINE BECK LISSITZYN, FORENSIC EVIDENCE IN COURT – A CASE STUDY APPROACH* 285 (2008).

השאלות. באופן טיפוסי הבדיקה נערכת ב"שיטת שאלות הבקרה" ( Comparison Question Test/Control Question Test, CQT), שכוללת שני סוגי שאלות שמוצגות במשולב: שאלות הרלוונט, שמתייחסות לעברה או לאירוע, ושאלות הבקרה, שמתייחסות לעניינים בלתי קשורים. ההנחה היא שהאשם יילחץ במיוחד משאלות הרלוונט, ואילו החף יילחץ דווקא משאלות הבקרה.<sup>19</sup> לאחר מכן נערך הליך הבדיקה בפוליוגרף. תחילה מתבצעת בדיקת כיוול, שבעזרתה מראה הבודק לנבדק כיצד פועל המכשיר, ומקים קריטריון להשוואה לתגובות הנבדק העתידיות. הבדיקה עצמה בוחנת את תגובות הנבדק לשאלות, תוך חיפוש תגובה פיזיולוגית ניכרת בקרב הנבדק לשאלות הבקרה או הרלוונט, ותוך התמודדות עם אמצעי-נגד מגוונים שעשוי הנבדק להפעיל.<sup>20</sup> לעתים נערך ראיון נוסף, בתום הבדיקה.<sup>21</sup> לבסוף מגיע השלב שבו מפענחים את תרשים הבדיקה ומגיעים למסקנות. הבודק מנקד את הבדיקה בשיטה מסוימת, לקראת העברתה לגורם שהזמין את הבדיקה.<sup>22</sup> סוג מיוחד של טכניקת בדיקה, הראוי להתייחסות מפורשת, הוא הפח"מ (פרטי חקירה מוכמנים: Guilty Knowledge Test, GKT). תחתיה, מציגים לנבדק שאלת רלוונט שרק מעורב בפשע אמור לדעת עליה פרטים מדויקים, "שאלת המפתח", וזאת לצד שאלות בקרה רבות. הרעיון הוא לבחון אם תגובתו הפיזיולוגית לשאלת המפתח חזקה מתגובתו לשאלות הבקרה. טכניקה זו מצריכה שהפרטים המוכמנים לא ידלפו מהחקירה, שאחרת עלול גם הנבדק החף לזהות את שאלת המפתח ולחוות גירוי פיזיולוגי גדול במיוחד לאורה. בתנאים מתאימים ובביצוע ראוי, טכניקה זו זוכה להערכה גבוהה גם בקרב מבקרים חריפים של בדיקת הפוליוגרף.<sup>23</sup>

## 2. הדין הפורמלי

אין חוק בישראל שמתייחס במפורש או במשתמע לקבילותה של בדיקת הפוליוגרף, לחיוב או לשלילה. בהעדר התייחסות בחקיקה, נקודת המוצא היא הלכה מנחה. ההתמודדות הבולטת ביותר בהיסטוריה של המשפט המערבי עם קבילות הבדיקה

<sup>19</sup> זגורי וזגורי, לעיל ה"ש 17, בפרק 2; Gupta, לעיל ה"ש 16, בעמ' 284; Douglas C. Maloney, *Lies, Damn Lies, and Polygraphs: The Problematic Role of Polygraphs in Postconviction Sex Offender Treatment (PCSOT)*, 84 TEMP. L. REV. 903, 908–913 (2012); David Barnhorn and Joey E. Pegram, *Speak the Truth and Tell No Lies: An Update for the Employee Polygraph Protection Act*, 29 HOFSTRA LAB. & EMP. L.J. 141, 144–145 (2011).

<sup>20</sup> Lissitzyn, לעיל ה"ש 18, בעמ' 285–291.

<sup>21</sup> זגורי וזגורי, לעיל ה"ש 17, בפרק 3.

<sup>22</sup> שם, בפרק 4.

<sup>23</sup> שם, בעמ' 85–93; Gupta, לעיל ה"ש 16, בעמ' 284–285; Barnhorn & Pegram, לעיל ה"ש 19, בעמ' 145.

נערכה בהלכת Frye, במשפט רצח שבו ביקשה ההגנה להגיש בדיקת פוליגרף דאוונו זמן, לפני למעלה מתשעים שנה. בית המשפט לערעורים ממחוז קולומביה, בפסק דין משפיע ומפורסם, קבע שבדיקת המכשיר – כפי שהייתה קיימת אז, כמוכן – היא בשיטה שטרם זכתה ב"הכרה מדעית כללית", ולכן אינה קבילה.<sup>24</sup>

בישראל הפעם האחרונה והיחידה שבדיקת הפוליגרף ניצבה בפני מבחן משפטי מקיף הייתה לפני למעלה מחצי יובל, בענין ביאזי המפורסם. דובר בסכסוך על מכירת בצל. הצדדים, בלשכת השופט, הסכימו להיבדק בפוליגרף ולהכריע בסכסוך על סמך התוצאות, ככל שתהיינה ברורות. הן היו ברורות כשמש: בבדיקתו של שלמה ביאזי אובחנו סימנים לאמירת שקר לגבי כל ארבע השאלות שהוצגו לו, ובבדיקת שותפו דניאל זכריה אובחנו סימנים לאמירת שקר לגבי כל חמש השאלות שהוצגו לו; בבדיקת בעל הדין שכנגד, אברהם לוי, אובחנו סימנים לאמירת אמת לגבי כל

<sup>24</sup> Frye v. United States. 293, F. 1013, 1014 (D.C. Circuit 1923); על הלכה זו: LISSITZYN, לעיל ה"ש 18, בעמ' 88-90; TERRENCE F. KIELY FORENSIC EVIDENCE – SCIENCE AND DONALD E. SHELTON, FORENSIC SCIENCE THE CRIMINAL LAW 11-12 (2001); EVIDENCE – CAN THE LAW KEEP UP WITH SCIENCE? 7-8 (2012); פינק ורובינס, לעיל ה"ש 15, בעמ' 306-307; הגם שפסק הדין ניתן לפני קרוב למאה שנה, הגישה שהוצגה בו, שחשובה באופן כללי בנוגע לקבילות ראייה מדעית, עודנה מהדהדת. היא שונתה ברבות השנים בבית המשפט העליון הפדרלי, ענין Daubert המפורסם, שלא עסק בפוליגרף, אלא בשאלה של פגיעה תרופתית בהריון. בענין Daubert נקבע שגישת Frye, לפיה יש להמתין לקונצנזוס מדעי של הקהילה המדעית כלפי הראייה המדעית, נוקשה מדי: Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. 509, U.S. 579 (1993); על הלכה זו נכתב רבות. למשל: Munia Jabbar, Reformulating Daubert's Validity Inquiry, 85 N.Y.U. L. REV. 2034 (2010); Jennifer L. Groscup, Steven D. Penrod, Christina A. Studebaker, Matthew T. HUSS & Kevin M. O'Neil, The Effects of Daubert on the Admissibility of Expert Testimony in State and Federal Criminal Cases, 8 PSYCHOLOGY, PUBLIC POLICY AND LAW 339 (2002); לעיל ה"ש 18, בעמ' 90-93; KIELY, לעיל ה"ש 24, בעמ' 12-14; אצלנו, בענין מצגורה הרחיב השופט הנדל לגבי השינוי שחולל ענין Daubert, בהבהירו שאין להכריע בקבילות ראייה מדעית על סמך המבחן של קבלה כללית בלבד כפי שנקבע בהלכת Frye. תפקידו של בית המשפט לשמש שומר סף, ולברר אם הדיסציפלינה המדעית עליה התבסס המומחה נחשפה לביקורת עמיתים; האם מופיעה בפרסומים מדעיים מוכרים; האם מקובלת על החוקרים בדיסציפלינה הרלוונטית; האם יש לה שיעור טעות ידוע; והאם יש כללים ברורים ליישומה. בענין מצגורה פורט ששיקולים אלו עוגנו בנוסח החדש של כלל 702 לכללי הראיות הפדרליים, שתוקן ב-2011 ודורש ארבעה תנאים: (1) הידע המדעי של המומחה מסייע להבין את הראיות או להכריע בשאלה עובדתית. (2) העדות מבוססת על עובדות ונתונים מספקים. (3) העדות היא תוצאה של עקרונות ושיטות מדעיים אמינים. (4) המומחה יישם בצורה אמינה את העקרונות והשיטות על עובדות המקרה. ראו: ע"פ 1620/10 מצגורה נ' מדינת ישראל, פס" 11 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 3.12.2013); להיסטוריה האמריקנית בנוגע לקבילות פוליגרף: זגורי וזגורי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 229-239; כן ראו: בועז סנג'רו הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות 129 (2014) (להלן: סנג'רו הרשעת חפים מפשע).

השאלות שהוצגו לו. סיכום מוחץ: אוסף שקרים ואפס אמת בצד אחד מול אוסף אמתות ואפס שקרים בצד האחר. בית המשפט הכריע בעד אוסף האמת, בהתאם להסכם שאישר בעצמו מראש.

ביאזי לא השלים עם ההפסד וערער, בטענה הלא מפתיעה והמנוגדת להסכם שערך, שלפיה "אין לסמוך על בדיקת הפוליגרף". בבית המשפט העליון ניתח השופט בך באריכות את בדיקת הפוליגרף כראיה משפטית ומצא שאינה עומדת בסטנדרט של ראייה מדעית. בך הסכים לקבלה כראיה הפעם, לאור ההסכם ומקום עריכתו, אך סירב לכבד את התניה שלפיה תוצאות הבדיקה שנערכו תכרענה את התיק.<sup>25</sup> בך היה בדעת יחיד; שני חבריו להרכב נמנעו במוצהר מלדון במדעיותה של בדיקת הפוליגרף, וזאת לנוכח הסכמת הצדדים על מנגנון הכרעה. השופט גולדברג הבהיר ששאלת אמינותו של הפוליגרף וקבילותה של תוצאת הבדיקה אינה עולה כלל בתיק; יש להכריע רק אם גובר ההסכם של בעלי הדין בהליך אזרחי, בדבר אופי הכרעת הסכסוך שביניהם. כשהצדדים הסירו מעל בית המשפט את עול ההכרעה והעבירוהו לגורם אחר, יכבד זאת בית המשפט, גם אם פירוש הדבר התרחקות מהאמת העובדתית; ובלשונו החדה: "אמת והסכם – הסכם עדיף".<sup>26</sup> השופט אלון כתב ששאלת הפוליגרף חשובה אך לא הפעם. אף שככלל בית המשפט מצווה למצוא את האמת, כשנערך הסכם פשרה שקיבל תוקף של פסק דין, שהסכסוך יוכרע לפי תוצאות הפוליגרף, כך יהיה, כדי למלא פונקציה ומטרה שיפוטית ראשונה במעלה – סיום הסכסוך. זו המטרה הראשית, ואילו בירור האמת הוא אמצעי; אם הסכימו הצדדים על דרך להגיע למטרה, בירור האמת אינו עוד מטרה או אמצעי.<sup>27</sup>

מקץ חמש שנים ניתן פסק הדין הראשון בענין **אבוטבול**, שנגע בענין הפוליגרף בהליך פלילי. הפרשה עסקה באישום באינוס. יש להדגיש: היא כלל לא עסקה במישרין בבדיקת פוליגרף. הערכאה הדיונית לא קיבלה בדיקת פוליגרף, אלא אך שמעה את המתלוננת מזכירה שעברה בהצלחה בדיקה, ושמעה גם שהסנגור מסרב שמרשו יעבור בדיקה כאמור, הגם שלא הוצע לו. בכל זאת התייחס השופט בך לבדיקת הפוליגרף, בשובו בקצרה על ניתוחו בענין **ביאזי**. הוא ניצל את ההזדמנות להבהיר לראשונה שבדיקת הפוליגרף אינה קבילה כראיה במשפט פלילי, למעט באשר להחלטות ביניים כהחלטות מעצר, והוסיף שאין ליידע את בית המשפט במשפט פלילי שנאשם או עד סרבו להיבדק במכשיר הפוליגרף. הבהרה זו נחוצה, כתב בך, באשר בענין **ביאזי** דבריו היו אוביטר. בך עבר לדון בשאלת משמעותו של אזכור הבדיקה בפני הערכאה הנדונה: כיצד לנהוג כעת, לאור המסקנה שהערכאה

<sup>25</sup> ע"א 61/84 **ביאזי נ' לוי**, פ"ד מב(1) 446, פס' 4–29 לפסק דינו של השופט בך (1988). בך הוטרד ממסמך שכתב לוי בידו ולימד שהוא מסכים שהצדק עם הצד השני. בך התקשה ליישבו עם התוצאות החותכות של בדיקות הפוליגרף.

<sup>26</sup> שם, פס' 1–6 לפסק דינו של השופט גולדברג.

<sup>27</sup> שם, פס' א–ב לפסק דינו של השופט אלון.

הדיונית נשענה גם על ראייה בלתי קבילה לצורך ההרשעה.<sup>28</sup> לבסוף הציע לזכות את הנאשם מחמת הספק. השופט מלץ הצטרף. השופט חשין חלק וסבר שבית המשפט קמא כלל לא הושפע מענין הפוליגרף. הוא נמנע מלהתייחס לקבילות הבדיקה, שכלל לא עמדה על הפרק כזכור, אך הסכים שהאזכורים שלעיל אינם קבילים.<sup>29</sup> לבסוף הציע לדחות את הערעור ולהותיר ההרשעה על כנה.

בחלוף שלוש שנים הוכרע הדיון הנוסף בענין. השאלה שבמרכזו הייתה כיצד צריכה ערכאת הערעור לנהוג במידה שהערכאה הדיונית הרשיעה את הנאשם על סמך ראייה בלתי קבילה (כלשהי). השופט זמיר כתב את דעת הרוב וציין שהוא מסכים שבדיקת הפוליגרף אינה קבילה. פסק הדין של בן נהפך ובית המשפט, ברוב דעות, בחר בפתרון שהציע זמיר.<sup>30</sup>

ראוי לשוב ולהדגיש שבאותה פרשה איש מהצדדים לא טען בפני בית המשפט העליון שיש לקבל את בדיקת הפוליגרף. לא רק שאיש לא טען כאמור; לא הוגשה כל בדיקה לבית המשפט דלמטה. שני הצדדים הניחו והסכימו שהבדיקה אינה קבילה ולכן איש לא ביקש להגישו. שני הצדדים הניחו והסכימו שאזכור הבדיקה אינו קביל וגם בכך לא פקפק בית המשפט. המחלוקת היחידה הייתה שאלת משמעותו של אזכור תוצאת הבדיקה בפני הערכאה הדיונית, בשלב הערעור: האם יביא לזיכוי, לביטול פסק הדין וכדומה.

יוצא, שהלכת **אבוטבול**, שאין מערערים אחריה, היא אוביטר בנוגע לקבילותה של בדיקת פוליגרף בהליך הפלילי: שאלה זו כלל לא הייתה נחוצה להכרעה באותו תיק, ואפילו לא רלוונטית. גם בהנחה שבדיקה מסוימת היא קבילה, ברי שאין פירוש הדבר שאזכור תוצאתה בידי עד הוא קביל, כשהבדיקה עצמה כלל לא הוגשה ואיש לא ביקש להגישו, שהרי מדובר בעדות שמועה. הלכת **אבוטבול** היא אוביטר פוליגרפי, ממש כמו ענין **ביאזי**. שתי הלכות-אוביטר פוליגרפיות שאין מהרהרים אחריהן.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> ע"פ 993/93 **אבוטבול נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(1) 485, פס' 7-13 לפסק דינו של השופט בן (1993).

<sup>29</sup> שם, פס' 31-32 לפסק דינו של השופט חשין; סוגיה דומה נדונה בבית המשפט העליון עשרים שנה לפני כן: ע"פ 36/70 **כהן נ' מדינת ישראל**, פ"ד כה(1) 339, 342-343 (1971). פסק דין בן חמישה עמודים זיכה נאשם, שהורשע לאחר שסירב להצעת בית המשפט דלמטה להיבדק בפוליגרף. השופט ברנזון נמנע מלדון בקבילות הבדיקה כראיה מדעית, כתב שאין חובה להיבדק בישראל וציין שבאוצות הברית ניתן להגיש את הבדיקה בהסכמת הצדדים. להתרשמותי, פסק דין זה לא התיימר לבסס הלכה.

<sup>30</sup> השופט זמיר כתב שכעת נפסקה "סוף סוף" הלכה מפורשת וברורה שהתוצאות של בדיקת פוליגרף אינן קבילות כראיה במשפטים פליליים, להוציא הליכי ביניים, כגון הליכי מעצר. הוא לא ביסס את ה"הלכה": דנ"פ 188/94 **מדינת ישראל נ' אבוטבול**, פ"ד נא(2) 1, פס' 7 לפסק דינו של השופט זמיר (1996) (להלן: ענין **דנ"פ 188/94**); להיסטוריה הישראלית של קבילות הפוליגרף: זגורי וזגורי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 239-247.

<sup>31</sup> גם ענין **כהן**, לעיל ה"ש 29, שבו כלל לא נקבע שבדיקת הפוליגרף אינה קבילה בפלילים, הוזכר



מאז ועד היום, בחלוף למעלה מעשרים שנה מאז **אבוטבול** ולמעלה משלושים שנה מאז **ביאזי**, לא נדון העניין מחדש ביסודיות. בית המשפט העליון התייחס לסוגיה מעת לעת, לרוב בהליכי ביניים. בענין **חסידי ציין** השופט רובינשטיין שאמנם הבדיקה אינה קבילה בהליך הפלילי וכך ראוי, אך הדלת אינה סגורה בהליכי ביניים כמעצר, כחלק מזכותו של הנאשם להתגונן.<sup>32</sup> בענין **ימר**, בבקשת מעצר עד תום ההליכים באישום של רצח נתנה השופטת ארבל משקל לתוצאת בדיקת הפולוגרף כאינדיקציה לחיזוק טענת הנאשם שרצח את המנוח משום שהלה התעלל בו מינית. לאור זאת, אף בהכירה שככלל הראיה האמורה אינה קבילה בהליך עצמו, היא גילתה נכונות לשקול חלופת מעצר אף בעברה כה חמורה.<sup>33</sup> מאוחר יותר, בבקשה לצירוף ראיה שהוגשה לבית המשפט העליון בענין **פלוני**, סירב השופט (כתוארו דאז) גרוניס לקבל בדיקת פולוגרף, לאור ההלכה שלפיה אין הראיות הללו קבילות. הוא קבע שייתכן שיחולו שינויים בנושא אמינות הבדיקה, לאור ההתפתחות המדעית והטכנולוגית, אלא שטיעון כזה מצריך הנחת תשתית מחקרית או מדעית בערכאה הדיונית. לצדו, סברה השופטת ארבל שייתכן לקבל ראיה כזו במקרים מתאימים, אך הותירה את הדיון לעת מצוא. השופט הנדל התייחס להחלטתה בענין המעצר והטעים שלעת עתה הראיה אינה קבילה בהליך עצמו ולכן גם אינה קבילה בדיון מעצר עד תום ההליכים; אם תקבל, תקבל גם לחובת הנאשם.<sup>34</sup> נכונות שיפוטית להתייחס לבדיקת הפולוגרף בשלב המעצר עד תום ההליכים עלתה בענין **פלוני**, שענינו עברות מין חמורות בקטינות. השופט סולברג הפנה לבדיקה שערכה המשטרה לפיה הנאשם דובר אמת ומצא לנכון להתחשב בה חרף ההלכה המקובלת בנוגע לפולוגרף, וזאת בהליכי מעצר בנסיבות מיוחדות, כמו גם לאור נזק ראייתי שהסבה המדינה לעורר ולאור תמיהות שעולות מהודעות המתלוננות, ולפיכך הורה על מעצר בית.<sup>35</sup>

כהלכה מחייבת: ע"פ 493/82 **חמו נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ(1) 645, פס' 9 לפסק דינו של השופט טירקל (1986); גם בעבר היה מי שביקש להזכיר, שמכיוון שהשאלה לא הועמדה להכרעה במישרין באותו ענין, אין זו מסקנה מחויבת: אלכסנדר איש שלום "הבדיקה בפולוגרף כראיה בבית המשפט" **משפטים** ג 546, 540 (1971).

<sup>32</sup> בש"פ 1000/05 **חסידי ציין נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(6) 365 (2005); בתחילת 2015 ביקש נאשם עצור לאפשר למומחה הגנה להיכנס לכלא ולערוך לו בדיקת פולוגרף כדי לבקש עיון חוזר במעצרו, בין היתר בהישען על ענין **חסידי ציין**. בקשתו נדחתה ובית המשפט הזכיר שהראיה האמורה בלתי-קבילה: בש"פ 388/15 **דלו נ' מדינת ישראל**, פס' 6-9, 14 לפסק דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 29.1.2015).

<sup>33</sup> בש"פ 8896/11 **ימר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 9.1.2012).

<sup>34</sup> ע"פ 3399/11 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 27.2.2012) (להלן: ענין ע"פ 3399/11).

<sup>35</sup> בש"פ 3978/12 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 7.6.2012).

### 3. לקראת הפרקים הבאים

אין חוק בישראל המונע מבתי משפט לקבל בדיקת פוליוגרף ואין הלכה מנחה מחייבת שמונעת כאמור. מעבר לכך, בישראל אין כלל פורמלי או אפילו פסיקתי של ברירת מחדל בנוגע לקבילות ראיות או פסילתן.<sup>36</sup> אין כלל שלפיו כל ראיה היא פסולה אלא אם נקבע אחרת, ואין כלל חלופי שלפיו כל ראיה היא קבילה אלא אם נקבע אחרת.<sup>37</sup> אפילו בנוגע לראיות המכונות "מדעיות" (עליהן ארחיב בהמשך) אין כלל פורמלי שיוצר ברירת מחדל נחרצת.<sup>38</sup> לא לגמרי ברור אם יש נוהג של ברירת מחדל.<sup>39</sup> לאור זאת, האם צפויה בדיקת הפוליוגרף להישאר מחוץ למשפט הפלילי בישראל ומדוע? בפרקים הבאים אבחן מה עומד בין בדיקת הפוליוגרף לבין האפשרות לקבלה כראיה בהליכים פליליים. אפתח במכשול המעשי והגבוה, מבחן הראיה המדעית; אמשיך למכשולים מהותיים שונים; ואציע זווית להתקדמות.

## ג. המכשול המעשי: מבחן הראיה המדעית

### 1. מבוא

בפרק זה אבחן את המכשול המעשי והמרכזי שניצב בפני שילובה של בדיקת הפוליוגרף: מבחן הראיה המדעית. אסקור בקצרה את המבחן. אדגיש שבדיקת הפוליוגרף טרם נבחנה בו, פורמלית. אשער שאין לה סיכוי ריאלי לצולחו בעתיד

<sup>36</sup> אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית" **דין ודברים** ח 95, 119–120 (2014) (להלן: הרדוף "חזות של זכויות").

<sup>37</sup> בהצעה לתיקון מקיף לפקודת הראיות (שלא התקבל) נכתב שהמצב כיום בישראל, בעקבות המשפט האנגלי, הוא שניתן להגיש רק מה שדיני הראיות הכשירו וכל היתר פסול. ההצעה ביקשה להפוך זאת ולקבוע כלל שלפיו: "כל דבר העשוי להביא לידי הוכחת נידון כשר כראיה". ראו: משרד המשפטים "הצעת חוק ראיות חדש" **הפרקליט** לד 137, 140–141, 141–153 (1981).

<sup>38</sup> השופט הנדל הפנה לסעיף 20 לפקודת הראיות, קבלת עדות מומחה, ככזה שחשוב במיוחד במשפט הפלילי: ענין **מצגורה**, לעיל ה"ש 24, פס' 21; אולם ראוי לציין, שסעיף זה עוסק בקבלת עדות כתובה, חלף קבלת עדות בע"פ, דהיינו בחריג לכלל האוסר על עדות שמועה; טיילור תהא אם כל "פלישה" טכנולוגית למשפט צריכה להיחשב "אשמה עד שתוכח חפותה": Robert D. Taylor, *Ancient Tradition – The Relationship of Science and Law, in Forensic Science And Law – Investigative Applications In Criminal, Civil, AND FAMILY JUSTICE* 3, 8 (Cyril H. Wecht, John T. Rago eds., 2006).

<sup>39</sup> השופט הנדל קבע שלאור העובדה שלאורך שנים התקבלו ראיות של טביעות נעל, עבר הנטל להגנה כדי לפסול את הראיה, "להוציא את הראיה החוצה בכל מקרה ומקרה": ענין **מצגורה**, לעיל ה"ש 24, פס' 20–21 לפסק דינו של השופט הנדל. גם השופט דנציגר הצטרף למסר זה: "אכן, בתיק שלפנינו הסגוריה לא הצליחה לבסס טענתה כי מדובר בראיה **שאינה** מדעית" (ההדגשה הוספה).

הנראה לעין. אציין שראיות מדעיות אחרות, שמתקבלות בשגרה, לא נבחנו בו אף הן. חרף הסלקטיביות הבעייתית הזו אסביר מדוע, להבדיל מראיות מדעיות אחרות, בלי צליחת המבחן בדיקת הפוליגרף אינה צפויה להיכנס למשפט הפלילי בדלת הראשית.

## 2. מבחן הראיה המדעית

הגם שראיות מדעיות התקבלו בבית המשפט עשרות בשנים, למיטב ידיעתי רק ב-2003 ניסח בית המשפט העליון באופן מופשט את מבחן הראיה המדעית. אמנם גם השופט כן בענין **ביאזי** ניתח מהותית את סוגיית הראיה המדעית; אלא שכזכור, כך היה בדעת יחיד. דעת הרוב, שכלל לא דנה בסוגייה, ונכונותו שלו לקבל את הראיה ולחלוק אך על בלעדיותה, הפכו את חוות דעתו המאלפת לאמרת אגב.

ענין **אבו-חמאד**<sup>40</sup> העלה שתי שאלות: הקונקרטי, שאינה חשובה לעניננו, היא קבילות ראית הדנ"א. ראיה זו זכתה לניתוח תקדימי וחשוב ועברה את המבחן, כצפוי.<sup>41</sup> השאלה העקרונית חשובה גם חשובה: התנאים לקבילות ראיה מדעית. חשין הכריז שכדי לזכות בהכרה כראיה "מדעית" מקובלת, על ראיה המתיימרת לכך לעבור "טבילת אש", כך שבתי המשפט ישתכנעו שהתאוריה המדעית שבבסיס הראיה הנה מבוססת ומקובלת בעולם המדעי הרלוונטי, שניתן לבקר ואף לנסות ולהפריך את התיאוריה, ושעוד מומחה יעיד על האופן שבו ביצע את הבדיקה ועל האפשרות שנעשתה טעות.<sup>42</sup> מעת שראיה עוברת את המבחנים הללו, לא יצטרך עוד בית

<sup>40</sup> ענין **אבו-חמאד**, לעיל ה"ש 1, פס' 19 לפסק דינו של השופט חשין.

<sup>41</sup> הגם שראית דנ"א אינה חסינה מטעויות ואינה מעלימה את הצורך בראיות רלוונטיות במקרה פלילי, כשהיא מופקת, מנותחת ומפורשת כראוי היא נחשבת לאמינה ומדויקת. ראיות כאלו קבילות כמעט בכל בית משפט בארצות הברית: Jennifer Eckroth, *Tainted DNA Evidence and Post-Conviction Reversals in Houston, Texas: Suggested Solutions to Curb DNA Evidence Abuse*, 31 AM. J. CRIM. L. 433, 437 (2004); להיסטוריה של ראית הדנ"א והשימוש בה במשפט הפלילי האמריקני: Andrew C. Bernasconi, *Beyond Fingerprinting: Indicting DNA Threatens Criminal Defendants' Constitutional and Statutory Rights*, 50 AM. U. L. REV. 979, 987 (2001); לעיון נוסף ולבעיות אפשריות אפילו בנוגע לראית הדנ"א: יורם פלוצקי "משקלה של ראית DNA – בעקבות פסק הדין מוראד אבו חמאד" **רפואה ומשפט** 30, 174, 181–182 (2004); מרדכי הלפרט ומשה פרדס "האומנם ניתן להרשיע על בסיס ראיה מדעית יחידה? המקרה של ראית טביעת-האצבע וראית ה-DNA" **עיוני משפט** (2) 399, 425–433 (2007); סנג'רו **הרשעת חפים מפשע**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 117–125; KIELY, לעיל ה"ש 24, בעמ' 269–310; SHELTON, לעיל ה"ש 24, בעמ' 63–77; LISSITZYN, לעיל ה"ש 18, בעמ' 167–200; ליישום הלכתי עדכני: ע"פ 5073/11 **חנוכה נ' מדינת ישראל**, פס' 14–20 לפסק דינה של השופט נאור (פורסם בנבו, 12.11.2014); ע"פ 5459/09 **שוורץ נ' מדינת ישראל**, פס' 17–33, 43–60 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 20.7.2015). (להלן: ענין **ע"פ 5459/09**).

<sup>42</sup> ענין **אבו-חמאד**, לעיל ה"ש 1, פס' 16–17 לפסק דינו של השופט חשין.

המשפט לדון בתיאוריה, בתנאי שעדיין ניתן תיאורטית לתקוף את השיטה המדעית ושיוכח שהראיה הקונקרטית שעל הפרק נערכה בהתאם לה.<sup>43</sup> כלומר, תחילה יש לבסס את התיאוריה המדעית, להצביע על קשר סיבתי מדעי משכנע בין הראיה לבין מה שהיא מתיימרת להראות: א-ב; בהמשך רובד ההפשטה הופך קונקרטי ומגיש הראיה יבקש אך לבסס ולמשוך ממנה את המסקנה הקונקרטית המתבקשת: א1-1ב.

בענין **מצגורה** קבע בית המשפט שהוא "שומר הסף האקטיבי" של מערכת המשפט, שאמור לגלות ביקורתיות כלפי כל ראיה מדעית **חדשה** המבקשת להיכנס בשערי המשפט הפלילי, או כלפי ראיה **ותיקה** שיש מי שמבקש להוציאה משם (לשולל הכרה מראיה מדעית שכבר זכתה להכרה), ולא יסתפק בהכפפת ראש לקהילה המדעית.<sup>44</sup> ניתן גם לדבר על מבחנים חיצונים ופנימיים: הפנימי ענינו הראיה עצמה, לאור שיטת המומחה והשלכות ההוכחה, ואילו החיצוני בוחן את גישת המדע ואת הביקורת השיפוטית, פסיקה שניתנה בנוגע לקבילות הראיה.<sup>45</sup>

### 3. הפוליגרף במבחן הראיה המדעית

ניסוח מבחן הראיה המדעית, להבדיל מדיון בלעדי בראיית הדנ"א, אותת על יומרה להופכו למחייב, ולא רק למחדש.<sup>46</sup> איני בטוח שאמנם מדובר בהלכה מחדשת, ברורה ומחייבת; אך ברור שהיא משפיעה.<sup>47</sup>

מבחן הראיה המדעית טרם שלל את הפוליגרף כראיה מדעית. הבדיקה מעולם לא הועמדה במבחן במישרין בבית המשפט העליון. הדיון הארוך והמרתק של השופט בן בענין **ביאזי** לא היה אלא ביטוי לדעת יחיד, בלי מומחה שיבוא ויעיד על אמינות הבדיקה: כזכור, דעת הרוב התמקדה בשאלת ההסכמה של הצדדים להגשת הראיה ולבלעדיותה. אימוץ דבריו שלו בפסק הדין **אבוטבול** הראשון לא היה אלא אובסטר, וכמוהו גם אמרת האגב של השופט זמיר בנוגע לאי-קבילות הבדיקה בהליך פלילי.

43 שם, פס' 20 לפסק דינו של השופט חשין.

44 ענין **מצגורה**, לעיל ה"ש 24, פס' 14-15, 20 לפסק דינו של השופט הנדל; הלכה זו נשענת על ענין Daubert, לעיל ה"ש 24.

45 ענין **מצגורה**, לעיל ה"ש 24, פס' 17, 21 לפסק דינו של השופט הנדל.

46 האמנם מבחן הראיה המדעית מחדש? סהר מצא שכן, לאור הנטל החדש שהטיל על עצמו בית המשפט לבחון את מהימנות הראיה ולא להסתפק בהישענות על קונצנזוס מדעי: אברהם סהר "האם חל שינוי במבחני ראייה בעניין שבמדע?" **רפואה ומשפט** 30, 166, 170-171, 173 (2004).

47 למשל: ע"פ 5928/99 **גלרסון נ' מדינת ישראל**, פס' 11 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 1.9.2005); ע"פ 8387/99 **מסארווה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 10.1.2007); ענין **מצגורה**, לעיל ה"ש 24, פס' 14 לפסק דינו של השופט הנדל.

גם השנים שחלפו וההתפתחויות הטכנולוגיות מרמזות, שהדלת המשפטית הפורמלית אינה נעולה בפני בדיקת הפוליגרף. את שלא סגרו החוק ודיני הראיות באופן כללי, טרם סגר מבחן הראיה המדעית. ייתכן שבשלה השעה לבחון את הראיה ברצינות, בחלוף כשלושה עשורים מאז האוביטר של ענין **ביאזי**, זמן עצום במונחי טכנולוגיה,<sup>48</sup> וחשיבה כאמור ודאי צריכה להתחיל מתשתית ראויה מלמטה למעלה.<sup>49</sup> במידה שהבדיקה תועמד במבחן הראיה המדעית, ובמידה שתצלח אותו, ברי שתוכל להתקבל כראיה בכל הליך משפטי בלי קשר לעמדת הצד השני. היש לכך סיכוי? ניתן לסבור שהבדיקה לא תצלח את הבחינה, בהיותה לא מדעית מספיק. גם בלי להיכנס לעומק הרובד המדעי, לא ניתן להתעלם מתהיות מדעיות ממשיות באשר לתוקף הבדיקה. החששות מגוונים,<sup>50</sup> למשל לגבי העדר תגובות פיזיולוגיות ישירות מוכרות להטעיה,<sup>51</sup> לגבי שיעור הטעויות של המכשיר,<sup>52</sup> להישענות יתר על הבודק<sup>53</sup> ולהעדר סטנדרטיזציה.<sup>54</sup> חלק מהבעיות המדעיות ודאי מתקשרות להיעדר הסדרה בחוק של הליך הבדיקה; הסדרה עשויה לצמצם אותן מאד.<sup>55</sup>

<sup>48</sup> זגורי וזגורי הציעו קו מחשבה לפיו המכשיר המודרני רחוק מאד מקודמיו, ושעם התאמות מסוימות של הענף ושל הדין יש לו הרבה מה להציע לעולם המשפט: לעיל ה"ש 17, בעמ' 245, 247-275; הלכת Frye דנה במכשיר הרבה פחות מתוחכם מהנוכחי, שמספק ביטחון גבוה בהרבה במהימנות התוצאות: LISSITZYN, לעיל ה"ש 18, בעמ' 283.

<sup>49</sup> ענין **ע"פ 3399/11**, לעיל ה"ש 34.

<sup>50</sup> לפירוש: זגורי וזגורי, לעיל ה"ש 17, 195-207; מאיר כרמון **חוקרים ונחקרים – משחק המוחות: האפשרות לבסס חקירה פלילית על כלים מדעיים** 230-231 (2008); Maloney, לעיל ה"ש 19, בעמ' 914-917; Viglucci, לעיל ה"ש 16, בעמ' 341-345. למדע שבהערכת מהימנות פסיכופיזיולוגית: Charles Robert Honts and Bruce D. Quick, *The Polygraph in 1995*: *Progress in Science and the Law*, 71 N. DAK. L. REV. 987, 988 (1995). את בדיקת הפוליגרף במבחני Daubert: שם, בעמ' 1015-1016.

<sup>51</sup> Gupta, לעיל ה"ש 16, בעמ' 286; לבעיית התוקף המדעי של הבדיקה: תוקף של חיזוי ורציונלים עיוניים: שם, בעמ' 289.

<sup>52</sup> ליסיצין כתבה ששיעור השגיאות הגבוה הוא בעיה מרכזית בפוליגרף: LISSITZYN, לעיל ה"ש 18, בעמ' 107, 300.

<sup>53</sup> כך הודגש בעבר, לצד הטעמת הבעיה של העדר מגבלות אתיות על בודקים: גרשון בן שחר, מיה בר-הלל וישראל ליבליך "הפוליגרף (מכונת אמת) בשירות המשפט – סוגיות מדעיות ומשפטיות" **משפטים** טז 269, 290 (1987); תהיות קשות עולות גם לגבי עדויות של מומחים אחרים, שאינן נפסלות בידי מערכת המשפט: שם, בעמ' 293-294.

<sup>54</sup> לקריאה מפורטת להצבת סטנדרטים: זגורי וזגורי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 209-222; להצעה לדרוש כישורים מסוימים מהבודק: איש שלום, לעיל ה"ש 31, בעמ' 546.

<sup>55</sup> זגורי וזגורי כתבו שבמדינת ישראל וברובן של המדינות שמונהג בהן שיטת משפט אנגלו-אמריקנית בדיקת הפוליגרף אינה מוסדרת בחקיקה ראשית או משנית. המאמצים לעגן את מעמד בודקי הפוליגרף בחקיקה עלו בתוהו. מאז 1992 הוגשו בישראל חמש הצעות חוק בנושא: לעיל ה"ש 17, בעמ' 280, הערה 526. השניים הציעו להסדיר את הענף: שם, בעמ' 279-281.

פינק ורובינס הציגו סקירה מדעית קצרה עדכנית שתמכה במהימנותו של הפוליוגרף ורמזה שלדין הוא עשוי לצלוח את המבחן.<sup>56</sup> אמנם ייתכן שהמכשיר המודרני יעבור את הרף בהצלחה. אולם בלי להיכנס לדיון המדעי, שאיני שולט בו, אני משער שלא כך יהיה, כמוסבר מייד; ולכן הדרך הראויה והריאלית לשילובה של בדיקת הפוליוגרף, כמפורט בהמשך, תהיה דרך ההסכמה ולא דרך מבחן הראיה המדעית.

אף שמאמרי מבקש לעודד את מגמת החשיבה מחדש על קבילותה של הבדיקה, אשתדל להיות ריאלי. כראיות מדעיות אחרות, גם בדיקת הפוליוגרף המודרנית ראויה לעמוד במבחן הראיה המדעית; אך להערכתי, תוצאות המבחן, בינתיים, ידועות מראש. בטרם התקבלה בערכאות שיפוטיות גבוהות רבות במדינות רבות בעולם מסקנה, שהבדיקה עומדת ברף מדעי נאות, איני רואה סיכוי שערכאות גבוהות בישראל תהיינה נושאות הבשורה. ללא התפתחות מדעית מסעירה במיוחד, שתסחוף את העולם והתקשורת, אני מעריך שבית משפט ישראלי לא יניף ראשון את הדגל המדעי, במנותק מיתר העולם. כמו לגבי ראיית הדנ"א, הוא יניפו לגבי פוליוגרף ביום מן הימים, אם בכלל, הרבה לאחר שהדגל יתנוסס ברוב מדינות המערב. כרגע צבע הדגל שמתנוסס ברחבי העולם בקשר לפוליוגרף נע בין אדום, של סכנה מתונה ואחריות על המשתמש, לשחור, של סכנה גבוהה והדרה מלאה. הצבע הלבן, אם יגיע, לא יגיע מישראל, כקריאת תגר על התפיסה השיפוטית בעולם כולו. אסביר.

#### 4. הסלקטיביות של מבחן הראיה המדעית

בדיקת הפוליוגרף אינה צפויה לצלוח בקרוב את מבחן הראיה המדעית. אז מה? תהיות לא פשוטות עלולות לגבי המבחן,<sup>57</sup> ואפשר שהן מקהות מעט מעוקץ הביקורת של אי-עמידה ברף המדעי. ניתן לגרוס שהמבחן האמור אינו מוצלח וחד, וממילא כרגע גם "מדע זבל"<sup>58</sup> חוצה את סף דלתו של בית המשפט.<sup>59</sup> יתרה מזאת: בתי

<sup>56</sup> פינק ורובינס, לעיל ה"ש 15, בעמ' 312–317.

<sup>57</sup> תהיות היו גם לגבי מבחניי Frye. מנשה טען שבלתי אפשרי לאתר קונצנזוס מדעי. השיקול של הסכמה כללית הוא פיקציה ומטרתו האמתית למנוע הסתמכות על תאוריות מפוקפקות, כדי שהחלטה השיפוטית לא תיחשב פזיזה או ספקולטיבית, שלא תאפשר שרלטנות מומחים, שתצמצם פזיזות וחוסר תום לב בתהליכי הסקת מסקנות עובדתיות: דורון מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות 169, 189–190, 198 (2008).

<sup>58</sup> בית המשפט בענין Daubert ביקש לבסס את השופטים כשומרי סף שמבחינים בין מדע תקף ל"מדע זבל": לעיל ה"ש 24, בעמ' 597; כן ראו: Frederick Schauer and Barbara A. Spellman, *Is Expert Evidence Really Different?*, 89 NOTRE DAME L. REV. 1, 2 (2013).

<sup>59</sup> סנדרו והלפרט כתבו שלאור העובדה שלא ניתן לגלות את הנזק ממכשירים מדעיים המשמשים במשפט, ניתן היה לצפות שיינקטו פעולות בטיחותיות לפחות כמו בתחומים אחרים של בטיחות קריטית אם לא יותר, כדי להבטיח את בטיחותם של מכשירים אלה, אולם ההיפך הוא הנכון.

המשפט ממילא מקבלים שפע ראיות מדעיות, בלי שאלו עברו ניתוח מסודר. כך למשל באשר לטביעות אצבע, ראייה מקובלת בעלת מוניטין גבוה מאד,<sup>60</sup> שאפשר שהגיע הזמן לבחנה מחדש.<sup>61</sup> קושיות ניתן להציג גם לגבי מכשיר הנשיפה שמבסס

השניים ביקרו הן את היעדר כללי בטיחות נוקשים הנהוגים באבחון הרפואי כדי לאשר לשימוש מכשירי אבחון, והן את תהליך קבלת ההחלטות על סמך תוצאות הבדיקות. לגישתם, הדבר מוביל לשגיאות ואף להרשעות שווא לא מעטות: בועז סנג'ור ומרדכי הלפרט "זהירות – טעויות בבדיקות! על הצורך ברגולציה בתחום הראיות המדעיות ובגנות הצעת חוק חזקת אמינות למכשירי אכיפה" **הרשעות שווא – היבטים פילוסופיים, פסיכולוגיים וארגוניים**, 55, 58–59, 89–92 (רונית פלד-לסקוב, אפרת שהם ומאיר כרמון עורכים, 2012); כן ראו: סנג'ור **הרשעת הפנים מפשע**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 125; גם ליסיצין כתבה על הצורך והקושי להבחין בין מדע לבין "מדע זבל": LISSITZYN, לעיל ה"ש 18, בעמ' 107.

לאוסון כתבה ש"כולם" מאמינים שראיות טביעות אצבע הן מהימנות, אפילו בטוחות. לגישתה, תחת ההבנה של ההדיוט את המשפט הפלילי, זיהוי של טביעת אצבע שווה לאשמה, בעוד היעדר טביעת אצבע בקרב הראיות יוצר חולשה במערך ראיות התביעה. תכניות משטרה בטלוויזיה מציגות ראייה זו כבלתי ניתנת לסתירה וכמהימנה, הבנה שכיחה בקרב מומחי אכיפת חוק, שוטרים, תובעים והדיוטות. אין זו הגזמה להגדיר את הקבלה של טביעות אצבע כראיה אוניברסלית; אך לעתים זיהוי טביעות אצבע הוא שגוי ויש בסיס להנחה שטביעות אצבע עלולות "לשקר": Tamara F. Lawson, *Can Fingerprints Lie?: Re-weighing Fingerprint Evidence In Criminal Jury Trials*, 31 AM. J. CRIM. L. 1, 2–6 (2003).

קול כתב שכאשר בוחני טביעות אצבע מציעים זיהוי "פוזיטיבי" או "מוחלט" בין טביעת אצבע מזירת העברה לאחרת מחשוד ידוע, הם טוענים שאצבע החשוד היא היחידה בעולם, של חי או מת, אדם או יונק עליון, שמסוגלת להפיק את הרושם המדובר. זו רמת ודאות ראויה לציון, שמבחינה בין בוחני טביעות אצבע לכל עד מומחה אחר. בשדות אחרים, המומחים מתירים למרווח הוודאות שלהם להשתנות ממקרה למקרה. לעתים הצעת מסקנה בוודאות מוחלטת מצויה מחוץ לשדה המקצועי. אף שברור שטכניקת הבדיקה יוצרת טעויות, הקוד המקצועי של בוחני טביעות האצבע אוסר עליהם להעיד במידה פחותה של ודאות. קול מחה על שלהבדיל ממסקנות בנוגע לניתוח דנ"א, שמנוסחות במונחי תדירות או שכיחות ההופעה באוכלוסייה, מסקנות של ניתוח טביעות אצבע מוצגות כבלתי ניתנות למחלוקת. מבחינה היסטורית, בוחני טביעות אצבע העדיפו להישען על טענות של ההנחה של ייחודיות של טביעות האצבע של כל בני האדם (The fingerprint examiner's fallacy), במקום על הדיוק של תהליך הזיהוי. אולם גם אם ייחודיות היא קלה להאמנה, היא בלתי ניתנת להוכחה, בעוד דיוק הוא ניתן למדידה. היו מקרים מתועדים של זיהוי שגוי של טביעות אצבע: Simon A. Cole, *Grandfathering Evidence: Fingerprint Admissibility Rulings from Jennings to Llera Plaza and Back Again*, 41 AM. CRIM. L. REV. 1189, 1196–1198, 1231 (2004); במקום אחר כתב קול שהגם שלטביעת האצבע יש מוניטין של ראייה מהימנה וחזקה בדיון הפלילי, היא כבר הביאה לטעויות קשות. הוא הצביע על המקרה של סטפן קאוונס, שעל בסיס טביעת אצבעו שנמצא בזירת הפשע הורשע בניסיון לרצח של שוטר ב-1997 ונדון ל-45 שנות מאסר. בהמשך זוכה באמצעות ראיית דנ"א: Simon A. Cole, *The Prevalence and Potential Causes of Wrongful Conviction by Fingerprint Evidence*, 37 GOLDEN GATE U.L. REV. 39, 39, Commonwealth v. Cowans, 756 N.E.2d 622 (Mass. 2006). 41–42 קול הפנה לפסק הדין. Simon A. Cole, *More Than App. Ct.* 2001); עוד על הכשלים של ראיית טביעות האצבע: Simon A. Cole, *More Than*

הרשעות על בסיס יומיומי; 62 בליסטיקה וטביעות שונות של כלים; 63 פתולוגיה; 64 השוואת כתבי יד; 65 ראיות דיגיטליות; 66 עדות שהושגה במסדר זיהוי; 67 זיהוי לפי

*Zero: Accounting for Error in Latent Fingerprint Identification*, 95 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 985 (2005); ראו: סנג'רו **הרשעת חפים מפשע**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 109-117; הלפרט ופרדס, לעיל ה"ש 41, בעמ' 418-425; KIELY, לעיל ה"ש 24, בעמ' 219-248; James E. Starrs, *A Critical Analysis of Selected Features of Fingerprinting*, in FORENSIC SCIENCE AND LAW – INVESTIGATIVE APPLICATIONS IN CRIMINAL, CIVIL, AND FAMILY JUSTICE 299 (Cyril H. Wecht, John David Chandler, *The*; 166-133 בעמ' 18, לעיל ה"ש 18, בעמ' 133-166; Lissitzyn; T. Rago eds., 2006) *Reliability and Admissibility of Fingerprint and Bitemark Analyses*, 32 BUFF. PUB. INTEREST L.J. 41, 48-53 (2013-2014).

62 סנג'רו והלפרט הציגו קשיים בהליכי האישור למכשיר הנשיפה שבדרך צריכת אלכוהול, ותבעו מהמחוקק שיקבע תנאי הכרחי לקבילות ראיה המושגת במכשיר מדעי שייעורו משפטי – שהמכשיר יפותח ויפוקח לפי עקרונות פיתוח של מערכות בטיחות קריטיות: בועז סנג'רו ומרדכי הלפרט "הסכנה שבהרשעה על סמך נשיפה (על בדיקת הנשיפה המתיימרת לאתר נהיגה בשכרות)" **ספר דיויד וינר – על המשפט הפלילי** 313, 337-347 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009).

63 KIELY, לעיל ה"ש 24, בעמ' 129-159; SHELTON, לעיל ה"ש 24, בעמ' 125-136; Deborah L. Chaklos and Michelle N. Kuehner, *Firearm and Toolmark Identification*, in FORENSIC SCIENCE AND LAW – INVESTIGATIVE APPLICATIONS IN CRIMINAL, CIVIL, AND FAMILY JUSTICE 333 (Cyril H. Wecht, John T. Rago eds., 2006).

64 Cyril H. Wecht and Victor W. Weedn, *Forensic Pathology*, in FORENSIC SCIENCE AND LAW – INVESTIGATIVE APPLICATIONS IN CRIMINAL, CIVIL, AND FAMILY JUSTICE 387 (Cyril H. Wecht, John T. Rago eds., 2006).

65 למשל SHELTON, לעיל ה"ש 24, בעמ' 99-116; Lissitzyn, לעיל ה"ש 18, בעמ' 247-281. 66 Mark M. Pollitt, *Digital Forensics*, in FORENSIC SCIENCE AND LAW – INVESTIGATIVE APPLICATIONS IN CRIMINAL, CIVIL, AND FAMILY JUSTICE 495 (Cyril H. Wecht, John T. Rago eds., 2006).

67 רטנר הפנה למחקר שלפיו 52% ממקרי הרשעת חפים שהורשעו נבעו מזיהוי מוטעה בידי עד ראייה, וכתב שבזיהוי על בסיס זיכרון חזותי יש בעיית חוסר מהימנות. כמעט כולם היו חלק משרשרת מקרים שאירעו באזור מסוים, מה שהביא לחץ מצד הציבור על המשטרה לפענח את המקרים ולתפוס את החשודים: אריה רטנר "הרשעות שלא בצדק: טעויות במערכת המשפט" **פלילים** ג 262, 263-265 (1992); לביקורת ישראלית רחבה על הכשלים המגוונים במסדרי הזיהוי: דורון מנשה ורביע עאסי, "טעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" **משפטים** לה 205 (2005); גם בספרות בארצות הברית נמתחה ביקורת חריפה בנושא ואף נערכה השוואה בין היחס הקפדני של מערכת המשפט כלפי ראיית הפולגרף לבין היחס הסלחני מדי כלפי מסדרי זיהוי. צוין שלראיות הללו אותו שיעור טעויות, אך הפולגרף לרוב נפסל כראיה בעוד עדויות ראייה ממסדר זיהוי מתקבלות כשגרה. הסיבה הפורמלית לאי-העקיבות היא שפולגרף נחשב כראיה מדעית ולכן נתון למבחני Daubert, שימוע מוקדם לקבוע את תוקף הראיה, כשהשוטף משמש כשומר סף לראיה המדעית במטרה להבחין בין מדע תקף למדע זבל. בדיקת פולגרף נפסלת משום שאינה עומדת בסטנדרטים של מהימנות הנדרשים מראיה מדעית ועדי מומחים. עדויות ראייה אינן מועמדות ברף גבוה זה ואינן מוכרות כראיות מדעיות ותהליך



מנשך שיניים;<sup>68</sup> ראיות של מדעים שאינם מדעים של ממש, מדעי החברה;<sup>69</sup> ועוד. נכון לעת הזו, אין מנגנון שיפוטי של בדיקה או בדיקה מחודשת של ראיות מדעיות בחלון הזמן.<sup>70</sup> האם משום שזו פשוט עבודה רבה מדי?<sup>71</sup> ראיות רבות מצאו את עצמן על שולחנו של בית המשפט, בלי שבוססו או בלי שבוססו מחדש, בהשתנה הטכנולוגיה שבבסיסן. מה פשר מלחמת החורמה השיפוטית בפוליאגרף דווקא, בשם המדע? מה סיבת ההצבה של סטנדרטים גבוהים במיוחד לראיה זו?<sup>72</sup> מה מקור הסלקטיביות הזו?

תהליך ההסקה שהמחוקק סבור שראיה מסוימת היא מדעית עשוי להיות קל מאד במקרים מסוימים, כשהוא מעביר מסר ישיר,<sup>73</sup> וסבוכו במיוחד באחרים, כשהוא מעביר מסר שקשריו למדע אינם נהירים.<sup>74</sup> כיצד ייתכן שראיות מרכזיות מאד מתקבלות

---

מסדר הזיהוי אינו נתפס כתהליך של מומחים. אולם המושבעים מגיבים לעדות ראיה באופן דומה שמגיבים למדע זבל שמנסים למנוע מהם. מבחינה מהותית, אין סיבה טובה להבחנה: Sarah L. Grusin, *A Recognition Intentionally Evoked: Extending Daubert to Eyewitness Identifications*, 51 WILLAMETTE L. REV. 1, 8–9, 21 (2015) לתהליך המדעי של טביעות שיניים ולבעיות המדעיות בו: Chandler, לעיל ה"ש 61, בעמ' 56–60.

למשל לגבי פסיכולוגים, סוציולוגים, קציני מבחן ועוד: TRISTRAM HODGKINSON, EXPERT: 24, 412–416 (1990) SHELTON; EVIDENCE: LAW AND PRACTICE 232–235, לעיל ה"ש 24, בעמ' 8, 48–27; Michael Welner and Katherine M. Ramsland, *Behavioral Science and the Law*, in FORENSIC SCIENCE AND LAW – INVESTIGATIVE APPLICATIONS IN CRIMINAL, CIVIL, AND FAMILY JUSTICE 475 (Cyril H. Wecht, John T. Rago eds., 2006).

השופט הנדל כתב שחיי המדע דינמיים ולעתים מסקנות משתנות: הכרה בראיה כקבילה בנקודת זמן אחת עדיין מאפשרת תקיפתה בהמשך. הוא הפנה לשתי בדיקות שירדה קרנו, זיהוי שיער וזיהוי סיבים, והדגיש שפעם קבילות – לא בהכרח תמיד קבילות: ענין **מצגורה**, לעיל ה"ש 24, פס' 14; טיילור הדגיש שבעבר היו סוגי טכניקות שנתפסו בבתי המשפט כמדע עד שהופרכו בזירה המדעית, ותהא אם נגלה מגמות כאלו בעתיד לגבי טכניקות שנתפסות כמדעיות כיום: Taylor, לעיל ה"ש 38, בעמ' 8.

השוו: סהר, לעיל ה"ש 46, בעמ' 170–171.

היה מי שכתב שבבתי המשפט באמריקה בדיקת הפוליאגרף היא אולי הראיה הכי מעוררת מחלוקת בשדה המדעי כולו: Viglucci, לעיל ה"ש 16, בעמ' 320.

למשל ס' 27 לפקודת התעבורה [נוסח חדש], התשכ"א-1961, מכריז בכותרתו: "צילום רכב ראיה קבילה" ומסביר באילו הקשרים. הסדר משלים מצוי בתק' 166 לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961. ראיה זו משקפת את האמת העובדתית לדעת המחוקק.

השופט עמית תהא מה עמדת המחוקק לגבי מחלוקת עכשווית בפסיכולוגיה, בין תזת הזיכרונות המודחקים לתזת הזיכרונות המסולפים. הוא הסיק שהמחוקק מצדד בראשונה, משום שהארץ את תקופת ההתיישנות על עברות מין במשפחה, ובדיוני החוק אף היה מי שהעלה את רעיון הזיכרונות המודחקים: ע"פ 5582/09 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס' 110 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 20.10.2010) (להלן: ענין ע"פ 5582/09). הבעיה בהיסק זה היא שאפשר שהמחוקק האריך את תקופת ההתיישנות לא משום שסבר שקרבנות עברות המין מדחיקים

כדבר שבשגרה, כשמעולם לא עברו בישראל מבחן מדעי, לפחות בבית המשפט העליון, באופן שיעיד על קבילותן באופן תקדימי מחייב?<sup>75</sup> האם כשההגנה נמנעת מלהתנגד – הראיות פשוט מתנחלות באין מפריע באולם בית המשפט, מרגישות בנוח ונהיות לדיירות של קבע, דיירות מוגנות שאיש אינו תוהה מה מעשיהן בדירה?<sup>76</sup> ראיית הדנ"א נותחה וצלחה את המבחן.<sup>77</sup> אבל מה עם טביעת האצבע? מה עם הבדיקה הבליסטית, הטוקסיקולוגית, הגרפולוגית? מה עם צילום המסך, פלטי המחשב ושאר הראיות הממוחשבות והמקוונות בעידן המידע? ראיות אלו מתקבלות בישראל כדבר שבשגרה, בלי שבית המשפט העליון הכריז על מעברן בהצלחה את מבחן הראיה המדעית.

ההחלה של המבחן או של מבחן דומה אינה **סלקטיבית** גרידא, סלקטיביות שאינה נחלת ישראל בלבד;<sup>78</sup> היא ממש **ספורדית**. הדבר מעלה קשיים ניכרים באשר לעקיבות הגישה השיפוטית בנוגע לראיות מדעיות ולאורם קשיים ממשיים גם בצדקת המבחן בפרט והסינון המדעי בכלל. עד כמה המדע, שמגיע לבית המשפט בלי שהוצג לו ביסוס בסגנון הראיה המדעית, אומנם מבוסס?<sup>79</sup> עד כמה ראיות אחרות היו

זיכרונות, אלא בעיקר מפני שלדעתו הם עלולים להתקשות לאזור את הכוחות הנפשיים לזיום הליך פלילי, ענין שהזכיר השופט עמית עצמו באותו פסק דין: שם, פס' 86.

<sup>75</sup> גם בארצות הברית בעבר, עד הלכת Frye, כלל לא נשאלה השאלה בדבר הולמות המתודולוגיה המדעית: KIELY, לעיל ה"ש 24, בעמ' 6.

<sup>76</sup> בעבר בארצות הברית, ההגנה כמעט ולא קראה תגר על ראיות מדעיות, וכך רבות מצאו דרכן לבית המשפט בלי כל בחינה שיפוטית ביקורתית באשר למתודולוגיה שבבסיסן: SHELTON, לעיל ה"ש 24, בעמ' 7.

<sup>77</sup> ראוי לציין שאפילו במקרה זה, צליחת המבחן הייתה מעין אמרת אגב, משום שההגנה לא הביאה מומחה שיכפור בראיה ואף לא התנגדה לקבילותה ולא פעלה בכל אופן שהוא כדי לסותרה, אלא אך טענה שלא ניתן לבסס על ראיה זו כשלעצמה את הרשעת הנאשם; כך בערכאה הדיונית וכך גם בערעור: ענין **אבו-חמאד**, לעיל ה"ש 1, פס' 9–12, 16, 22 לפסק דינו של השופט חשין.

<sup>78</sup> לדברי קול, ראיות של טביעות אצבע מציבות בעיה קשה לבתי המשפט משום תפקידם במתן לגיטימציה להן. ראיות של טביעת אצבע חסרות מימד של מהימנות, משום שבתי המשפט לעולם אינם תובעים הסברים ממומחים. בתי המשפט האמריקניים הראשוניים שהתייחסו לקבילות טביעות אצבע הסתמכו על המילה של בתי המשפט הבריטיים ועל ספרי אנציקלופדיה. ההחלטות המוקדמות הללו הפכו לראיות הנדרשות לשם מהימנות טביעות אצבע. בוחני טביעות אצבע, הציבור והקהילה המדעית נטו להסתמך על בתי המשפט לצורך מהימנות ראיות טביעות האצבע: Cole, *Grandfathering Evidence*, לעיל ה"ש 61, בעמ' 1194; שלטון כתב שבתי המשפט בעבר לא נזקקו לביסוס מדעי ממשי כדי להסתמך על עדי תביעה שחיוו דעה לגבי ראיות מדעיות לכאוריות, כהשוואת כתבי יד: SHELTON, לעיל ה"ש 24, בעמ' 7.

<sup>79</sup> סומבאט כתבה שהעולם מכיל התרחשויות "ייחודיות" רבות. לדוגמה, האמונה הרווחת היא שאין זהות בקרב שני פתיתי שלג, יהלומים, פסי זברה או טביעות אצבע. אך דומה שמדענים אינם יכולים להוכיח את האמור בצורה אמפירית: לא ניתן להשוות את כל פתיתי השלג שנוצרו אי פעם ולכן עליהם להישען במקום זאת על הנחות מתמטיות: Jessica M. Sombat, *Daubert's*

עומדות בסטנדרט המדעי? העובדה, שהמבחן מוחל על ראיות מסוימות אך לא על אחרות, פירושה שהמבחן אינו ברור לבתי המשפט או לצדדים, שאינו חד-משמעי או שאינו צודק. רובן המוחלט של הראיות המדעיות שמוצאות דרכן לבית המשפט לא עברו מבחן מדעי קפדני; לא אצל המחוקק, שלא יצר מבחן פורמלי כזה ושאינו עורך מבחן מהותי אחר; ולא בפסיקה, כאמור, מה שמחליש מאד את תוקף הבחינה. מובן שאין זה סולל כשלעצמו את הדרך לקבל בדיקת הפוליאגרף; אך לאור סלקטיביות המבחן, מה פשר ההתעקשות דווקא פה?

דומני שהתשובה נעוצה בהיסטוריה. ראיות רבות מצאו דרכן לבתי המשפט והפכו, כאמור, לדיירות קבע בלי שמישהו פקפק בכך; מי שמבקש לפקפק כעת, עליו הנטל להוציאן.<sup>80</sup> אי-התנגדותו של בעל דין, לא כל שכן הסכמתו, היא דלת אפשרית מעשית – גם אם לא עיונית – להגשת ראיות מדעיות; כשהיא מתמשכת ומגמתית, הולכות הראיות ומקבלות מעמד של "ראיות מדעיות" דה-פקטו, אפילו בלי שאי-פעם הוצגה תשתית מדעית בבתי המשפט. מה שלא נתקל בהתנגדות משפטית שלושם והתקבל גם אתמול – הפך מחייב היום.

להבדיל, בדיקת הפוליאגרף נתקלה גם נתקלה בבעיות, בעולם ובישראל. אין זה משנה שהפסיקות בנושא הן אוביטר; תקלות אלו יצרו לבדיקה דלגיטימציה משפטית. אמנם לא מוחלטת, כזו שמוותרת אותה מחוץ לבית המשפט לגמרי (דגל שחור); אך חזקה דיה כדי שאיש לא יתיימר להגישה כראיה מדעית לכל דבר ואפילו כדי שתחלחל ותהפוך ידועה בציבור כראיה בלתי-קבילה (דגל אדום). אילו ביאזי היה מקבל בהכנעה את התוצאות, ואילו התנהלות שכזו הייתה נהיית שכיחה, ייתכן שהפוליאגרף היה זוכה ביחס שיפוטי אחר.

בלשון מטפורית, דמיינו מסיבה מתמשכת שלכל דייר מותר להזמין חברים, כשלבצל הבית שמורה זכות הווטו. אורחים רבים מגיעים וחשים בנוח בלי שמנהל הבית תהה על קנקנם, משום שאינו נוהג לעשות כן בלי שאחד הדיירים מביע התנגדות לאחד האורחים. אורח שנבחן וסולק יכול להזדעק שהוא מופלה שלא בצדק; אך הדבר לא ישיבנו לבית. נטל ההוכחה על מי שרוצה להכניסו מחדש, הפעם ברשותו של בעל הבית, שתשומת לבו וקפדנותו הנדירות התעוררו באופן סלקטיבי ומתמשך כלפי גורם שסומן לרעה. הנטל מכביד ככל שהמסיבה נמשכת והמגורש נותר בחוץ. לא צדק ועוול קובעים מי בפנים ומי בחוץ; רק יחסם של הדיירים. זהו מפתח הן להבנת המצב הקיים (ודומני שכך גם בהקשרים אחרים בדיני הראיות ובענפי משפט אחרים) והן לאפשרות לשינויו, וכמובן להצבעה על כך שאורחים עתידיים נוספים – גם אם מזכירים את בדיקת הפוליאגרף, דוגמת דימות תהודה

*Impact on the Evaluation of Fingerprint Identification Testimony*, 70 *FORDHAM L.*

*REV.* 2819, 2819 (2002).

<sup>80</sup> ענין מצגורה, לעיל ה"ש 24, פס' 20–21 לפסק דינו של השופט הנדל.

מגנטית תפקודי (functional Magnetic Resonance Imaging, fMRI) – עשויים לזכות ביחס טוב יותר, משום שטרם סומנו לרעה; הגם שאפשר, מנגד, שדמיונם לאורח המסומן יעורר כלפיהם יחס חשדני.<sup>81</sup> הסכמת הצדדים חיונית כדי להתמודד עם קשיים נוספים בהכנסת בדיקת הפוליגרף לכותלי בית המשפט הפלילי. בטרם אכתוב על ההסכמה כמכשיר לשינוי, אגע בכמה מהקשיים האמורים.

## ד. קשיים נוספים בקבילותה של ראיית הפוליגרף

### 1. מבוא

תיאיתי את ההיסטוריה של הותרת בדיקת הפוליגרף מחוץ לכותלי המשפט הפלילי והצגתי בקצרה סברה, שלפיה מה שנופה – יישאר בחוץ. האם לבד מהסברה, שהבדיקה אינה עומדת במבחן הראיה המדעית, קיימים קשיים נוספים בקבלתה? בפרק זה אבחן קשיים אחרים, מהפשוט למורכב, ואתההה עד כמה גדול התפקיד שהם משחקים בהותרת הפוליגרף בחוץ.

### 2. פגיעה בזכויות חשודים ונאשמים

האם בדיקת הפוליגרף נותרת בחוץ משום פגיעה בזכויות חשודים ונאשמים? פינק ורובינס דנו בפגיעה זו כקושי אפשרי בקבילות הבדיקה והציגו טיעונים נגדיים.<sup>82</sup> כשלעצמי, איני רואה לנכון להרחיב באשר לפגיעה זו, משתי סיבות מרכזיות, מעשית ונורמטיבית. מבחינה מעשית, הליכים מגוונים ורבים שמפיקים ראיות כרוכים בפגיעה בזכויות ולא נועדו להטיב עם חשודים ונאשמים אלא לסייע בהגעה לאמת ולצדק.<sup>83</sup> אין זה עוצר ואין זה צריך לעצור את מערכת המשפט ברגיל; לא זו הסיבה שראיה זו אינה בשימוש.

הסיבה הנורמטיבית היא שאין הכרח שהבדיקה תהיה כפויה, ולמען האמת ההפך הוא הנכון: להבדיל מהליכים אחרים, הבדיקה מצריכה שיתוף פעולה של הנבדק. משטר ההסכמה, שאציע בהמשך, שולל מהותית ולמצער טרמינולוגית את רעיון הפגיעה בזכויות חשודים ונאשמים.

<sup>81</sup> מדובר בנושא שהולך ומתחמם בספרות האקדמית האמריקנית: בדיקה מדעית חדשה, סריקות מוח שמנסות להראות אם אדם משקר: Beecher-Monas & Garcia-Rill, לעיל ה"ש 17, בעמ' 652-651; Barnhorn & Pegram, לעיל ה"ש 19, בעמ' 171-177.

<sup>82</sup> פינק ורובינס, לעיל ה"ש 15, בעמ' 325-330; דיון מקביל נערך בספרות האמריקנית והטעים את החשש מפגיעה בחיסיון מהפללה עצמית: Maloney, לעיל ה"ש 19, בעמ' 919-926.

<sup>83</sup> פינק ורובינס נגעו בכך במפורש: לעיל ה"ש 15, בעמ' 326-327.

## 3. ראייה בלתי חיונית

דומני שאחת החולשות המרכזיות של בדיקת הפוליגרף בעיני בית המשפט היא שלכאורה הבדיקה אינה חיונית עבורו לשם הסקת מסקנות. מדוע איננו פונים למדע בכל דבר וענין? הרי במובן מסוים, **הכל מדעי ממש כמו שהכל שפיט**: למדע יש מה לומר על כל תופעה בעולם הפיזי. למשל, ניתן לתור – גם אם המלאכה ודאי תהיה קשה במיוחד – אחר קשרים סיבתיים מדעיים מרובים שהמשפט מניח. האם נערך מחקר מדעי לביסוס החזקה התכופה, חזקה פסיקתית שלפיה מי שמחזיק רכוש שנגנב לאחרונה – הוא הגנב?<sup>84</sup> האם נערכו תצפיות מסודרות שהובילו לחזקת המנהל התקין / התקינות המנהלית / חוקיות המנהל,<sup>85</sup> לחזקת הסרסרות,<sup>86</sup> לחזקת ההשפעה הבלתי הוגנת על צוואה?<sup>87</sup> האם חוקרים חשפו קשר אמפירי מעמיק, שהוביל ליצירת החזקה שלפיה "רואים משחק בקלפים, בקוביות או במכונת משחק כמשחק שבו עשוי אדם לזכות בכסף, בשווה כסף או בטובת הנאה?"<sup>88</sup> מהו הבסיס המדעי לכך שהודאה במשטרה היא הודאת אמת?<sup>89</sup> חזקות והנחות רבות מנחות את פוסק העובדות, בלי בסיס מדעי ואפילו בלי בסיס מחקרי רציני. למרות זאת נדירים המקרים שבהם נדרשים למבחן הראיה המדעית. מה פשר הדבר?

ניתן לסבור שבשונה מראיות רגילות, תקשורתיות וחפציות, ראיות מדעיות מסוימות מחוללות מעין קסם, בקושרן בין נתונים שהשכל האנושי הישר אינו מסוגל לחבר ביניהם בעצמו. להבדיל, ראיית הפוליגרף מתבקשת לחולל קסם במקום שבו השכל הישר לפי רוב תופס עצמו כמסוגל לדלג בבטחה מנתון למסקנה. כדי להגיע לנתון המבוקש, מי דיבר אמת, לכאורה אין הכרח לגשת לבדיקת הפוליגרף. ההיסק המתבקש, א-ב, אפשרי לכאורה גם דרך כלים שיפוטניים אחרים, עמומים מאד, כמו

<sup>84</sup> למשל: ע"פ 15/78 **ביבס נ' מדינת ישראל**, פ"ד לב(3) 64 פס' 1-3, 13 לפסק דינו של השופט שמגר (1978); ע"פ 5492/11 **אלרחמן נ' מדינת ישראל**, פס' 18-21 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 5.8.2012); ע"פ 8584/13 **שטארה נ' מדינת ישראל**, פס' 22-33 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 30.6.2014).

<sup>85</sup> ע"פ 4072/11 **עיריית בת-ים נ' לוי** (פורסם בנבו, 6.11.2012).

<sup>86</sup> ס' 200 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

<sup>87</sup> דנ"א 1516/95 **מרום נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נב(2) 813, פס' 21-27 לפסק דינו של השופט מצא; פס' 17-21 לפסק דינו של השופט אור; פס' 1-2, 7-16 לפסק דינו של השופט חשין (1998).

<sup>88</sup> ס' 233(2) לחוק העונשין.

<sup>89</sup> מאמר אמריקני נכתב על טכניקות חקירה משטרתיות שמתיימרות להבדיל בין חשודים דוברי אמת לחשודים שמשקרים, והתמקד בשיטת ריד (The Reid Method). הכותב תקף את הטכניקה האמורה כמשהו שאמור להביא לפסילה ממש כמו שהפוליגרף מביא, אך הלכה למעשה אינו מביא: Louis M. Natali, Jr., *Can We Handle the Truth?*, 85 TEMP. L. REV. 839, 841-842 (2013).

השכל הישר והאינטואיציה השיפוטית.<sup>90</sup> זאת להבדיל למשל מראיית הדנ"א, שנדרשת במצבים שאין דרך מוכרת חלופית להסיק את הנתון המבוקש. כלומר, בדיקת הפוליגרף אינה חיונית עבור ההיסק הנדרש. בהינתן חלופה פשוטה למראה להגיע למסקנה המבוקשת, הראיה המדעית או המימד המדעי שבה מאבדים מחיוניותם, מחשיבותם, מקסמם.<sup>91</sup> לכאורה הפוליגרף תמיד חשוב פחות, משום שיש לבית המשפט תחושה – בצדק או שלא – שיש בידו כלים אחרים, לא פחות טובים או למצער לא יותר גרועים, להגיע למסקנה המבוקשת: מי דיבר אמת ומי שקר.

#### 4. פגיעה במעמד השופטים ובכוחם

אפשר לגרוס, שפתיחת שערי המשפט לבדיקות פוליגרף תייתר במידה רבה את תפקיד השופטים,<sup>92</sup> ובשיטות משפט אחרות – את תפקיד המושבעים.<sup>93</sup> זאת, משום שלכאורה תפקידו הפוטנציאלי של הפוליגרף במשפטים מסוג זה הוא רחב מדי וחזק מדי.

**רחב מדי:** אחד הדברים שמבדילים את בדיקת הפוליגרף מכל בדיקה מדעית הוא פוטנציאל הרלוונטיות שלה כמעט בכל תיק. בכל תיק שכולל מחלוקת עובדתית, עדים שמסוגלים לשפוך אור עליה וצורך לקבוע את מהימנותם – לכאורה מסוגל הפוליגרף לסייע. יש לכך חשיבות רבה, משום שלהבדיל ממה שסבור ההדיוט – התיק

<sup>90</sup> ע"א 224/78 חמשה יוד תכשיטנים בע"מ נ' פיירמנט פאנד אינשורנס קומפני, פ"ד לג(2) 90, פס' 6 לפסק דינו של השופט שמגר (1979).

<sup>91</sup> בענין ז'אנו הגישה התביעה הקלטות של הנאשמים אך נמנעה מלערוך בדיקת מעבדה שתוכיח שמדובר בקולותיהם, והסתפקה בעדות מטעם המתמללים שהאזינו לקולות. השופט לוי ציין שגם זו דרך מקובלת להוכיח שמדובר בקולות הנאשמים: ענין ז'אנו, לעיל ה"ש 7, פס' 43-45 לפסק דינו של השופט לוי; בדומה, בענין ויצמן הרשיע בית המשפט את הנאשמים בעברות תעבורה שונות לאחר עיון בסרט הנסיעה שהפיקו שלימד על מהירות נסיעה של 260 קמ"ש. השופט קבע שמד המהירות הנראה בצילום הראה מהירות בלתי אפשרית לאור נתונים אחרים, ולא ניתן להסתמך עליו; אך בכל זאת ניתן לקבוע שדובר במהירות מופרזת לאור דברים שנראו ונשמעו בסרטון בעין ובאוזן בלתי-מזוינות: פ"ל 10-10-5066 מדינת ישראל נ' ויצמן (פורסם בנבו, 16.1.2012).

<sup>92</sup> בן שחר, בר-הלל וליבליך כתבו שהפוליגרפיסט עלול להיכנס גם לעניני אשמה, מה ש"קרוב עד להבין למינוח שבו בית המשפט משתמש בקביעת פסק-הדין", לעיל ה"ש 53, בעמ' 288; זגורי וזגורי הפנו לפסק דין שבו שכתב השופט כספי: "נראה שהחשש העיקרי של בתי המשפט מקבלת בדיקת פוליגרף כראיה בדרך כלל נעוץ בעיקר בחוסר הרצון להיפרד מהסמכות האקסקלוסיבית שניתנה לבית המשפט לבחון כליות ולב של אנשים, בצירוף הכח המיתולוגי המיוחס לו, והנלווה לסמכות זו": לעיל ה"ש 17, בעמ' 25. פסק הדין: ת"א (שלום ת"א) 2005/03 אשקלית 268 בע"מ נ' אחים סוקי הכל לבנין בע"מ (פורסם בנבו, 11.4.2004).

<sup>93</sup> על החשש מ"פלישה" לתפקיד המושבעים בהערכת מהימנות ועל התמודדות עמו לגבי בדיקות מדעיות דומות; Beecher-Monas & Garcia-Rill, לעיל ה"ש 17, בעמ' 678.

הטיפוסי, גם הפלילי – אינו עמוס בראיות פורנזיות, אלא עמוס בעיקר בדיבורים ובסיפורים,<sup>94</sup> כאשר מתוך שתי גרסאות או יותר מכך, על בית המשפט לדחות את השקריות והשגויות ולאמץ את הנכונה. בעולם שכזה, אין הרבה שאלות שהתשובה ידועה לנבדק והפוליוגרף אינו מסוגל להתייחס אליהן.<sup>95</sup> להבדיל מטכנולוגיות אחרות לייצור מידע, שתלויות-הקשר ונשענות על מצב ראייתי קיים בשטח, ראיות חפציות בנות קיימא, הפוליוגרף במידה רבה אינו תלוי-הקשר, ואף ניתן להפעלה מאוחרת מאד לאירוע, בלי צורך לעיין בממצאים פיזיים שבידיים כאלו ואחרות. הנטייה הראשונית היא לסבור שהוא מתאים במיוחד, אך לא רק, למקרי "מילה מול מילה", נאשם מול מתלונן, נאשמת מול עדת תביעה. תיק אונס? מתאים. פריצה? תקיפה? סמים? סרסרות? מתאים. בכל אלו, בהנחת כפירה עובדתית, על השופט לקבוע ממצאים. מלאכת הרכבת העובדות שעונה על הצגת ראיות וקביעת מהימנותן, והפוליוגרף הוא כלי לקביעת מהימנותם של עדים, לפחות של אלו האנושיים החיים. גם כשנדרשת השופטת לבחור בין גרסאות או עדים, כלי המאפשר לה לקבוע במידה רבה של דיוק את מהימנות העדים שעל הפרק ודאי היה מועיל לה להגעה לתוצאה העובדתית. עושה רושם, שבכל תיק הכולל מחלוקת עובדתית המבוססת על עדים אנושיים, יוכל הפוליוגרף לשמש את בית המשפט בזיהוי הגרסה המהימנה. לכאורה יכול הפוליוגרף להשיב על כל שאלה המוצגת לנחקר אנושי, ובלבד שמצויה היא בידעתו.

במובן זה, הוא עלול לנגוס יותר מדי מתפקיד השופטת. שוו בנפשכם מצב שבו ראיית הדנ"א היא רלוונטית כמעט בכל תיק ולעתים קרובות אפילו מכרעת. במקום פגישה נדירה יחסית עם מומחה הדנ"א, השופטת פוגשת בו מספר פעמים ביום. כוחו של המומחה גדל ואינו עוד נקודתי אלא שיטתי ממש: הוא קובע העובדות העיקרי, משום שקשה עד מאד לחלוק על דבריו לאור הידע העדיף שברשותו. כשכוחו גדל, כוחה של השופטת קטן. האם במצב דברים דמיוני זה, כשראיית הדנ"א רלוונטית כמעט בכל תיק ואינה אך "אורחת לרגע", מערכת המשפט הייתה מחבקת אותה בחום כה רב?

<sup>94</sup> בארצות הברית יש לזה אפילו שם מקובל: "אפקט CSI". שפע המדע הפורנזי בתכניות טלוויזיה גורם למושבעים לצפות לעושר של ראיות פורנזיות בתיקים פליליים ועלול להביא מושבעים לזיכוי בהיעדרו: Chandler, לעיל ה"ש 61, בעמ' 41.

<sup>95</sup> יודגש שלא תמיד ניתן לנסח שאלות מתאימות ולכן רעיון הבדיקה נפסל על הסף. כך קרה לעו"ד בוטה, שנחשד בפלילים במסגרת ניהול התיק של לקוחו, הנאשם קבלרו. לבסוף נסגר התיק נגדו מחוסר ראיות. הוא פנה לפרקליטות בהצעות שונות, כולל להיבדק בפוליוגרף. הפרקליטות הסכימה, אלא שהבודק השיב שלא ניתן לנסח שאלות מתאימות והיוזמה ירדה מהפרק: בג"צ 4539/92 קבלרו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(3) 50 (1996).

**חזק-מדי:** פינק ורובינס דנו בחשש, שבדיקת הפולִיגרף תפגע בסמכותו של בית המשפט, בהחלפתו כקובעת האמת והשקר במשפט.<sup>96</sup> לכאורה מדובר בראיה שעשויה להיות כה חזקה, עד שלא תותיר מרחב שיקול דעת שיפוטי לשופט, שלא ניתן יהיה ליישבה עם הסברים נוספים, להבדיל נניח מטביעות אצבע שעדיין ניתן לספק להן הסבר מזכה. כשמוצגת לנבדק הפולִיגרף שאלה שבכוחה להכריע את המשפט, והפולִיגרף מספק תשובה נחרצת, דומה שאין ביכולתה של השופטת לדחות את האחרונה.<sup>97</sup> כמו בדיקות מדעיות אחרות, גם בדיקת הפולִיגרף אינה מציגה ראיה ישירה ששופכת אור לבדה על האירוע, אלא היא ראיה נסיבתית, שכוחה נובע מחיבורה לראיות אחרות.<sup>98</sup> אולם להבדיל מבדיקות מדעיות אחרות, לבדיקת הפולִיגרף פוטנציאל גבוה במיוחד לחיבור לא עם ראיות נסיבתיות אחרות, אלא עם ראיה ישירה: עדות העד שנבדק בפולִיגרף. מדובר בראיה מדעית שבאופן מובנה ממש מגיעה לצד גרסה עובדתית, ובמובן זה מצמצמת את החופש למשוך ממנה מסקנות שאינן קשורות באותה גרסה. החיבור עשוי להיות חזק בהרבה מחיבור רגיל של ראיות נסיבתיות, שאינו בהכרח סוגר את כל הפינות וכל התרחישים, משום שהראיות אינן בהכרח קשורות. בית המשפט שמקבל את בדיקת הדנ"א עדיין מחזיק לעתים בשיקול דעת רחב, משום שכוחה הראייתי של הבדיקה עשוי להיפרק בראיות או הסברים אפשריים. לכאורה, בית המשפט שמקבל את בדיקת הפולִיגרף מצוי במרחב שיקול דעת צר בהרבה, משום שאין עוד ראיות נסיבתיות גרידא, אלא גם ראיה ישירה שהתחזקה מאד. אדגים.

טל מצב שבו השאלה שעל הפרק נוגעת לקיומו של יסוד נפשי בקרב הנאשם, ואילו הנבדק הוא הנאשם עצמו. היסוד הנפשי בהכרח נלמד בדרך של היסק על גבי היסק.<sup>99</sup> תחילה מוכיחה התביעה אמירות או פעולות כאלו ואחרות מצד הנאשם, וכך מוכיחה את היסוד הפיזי ואת שאפך אותו, קדם לו, ליווה אותו ונבע ממנו; מהפיזיקה

<sup>96</sup> פינק ורובינס, לעיל ה"ש 15, בעמ' 330–334.

<sup>97</sup> ליסיצין פירטה שבבית המשפט בארצות הברית הובע חשש שאפילו בהנחה שבדיקת הפולִיגרף היא אמינה, הראיה תשפיע על המושבעים שיכריעו על פיה ויתעלמו מיתר הראיות. דהיינו האפקט המשחד (כמפורט בהמשך) של בדיקת הפולִיגרף עולה על ערכה הפרובטיבי ואף מגיע לכדי שלילת "זכותם" של המושבעים להכריע. היא הפנתה לענין פורטר: State v. Porter, 241 Conn 57, 698 A.2s 739, 768–771 (1996); ראו: LISSITZYN, לעיל ה"ש 18, בעמ' 107, 285–291, 300–301, 314.

<sup>98</sup> כדברי השופט הנדל: ככל ראיה חפצית, לא ניתן לנהל דיאלוג עם הראיה המדעית, ואין היא מוסרת גרסה לגבי ההתרחשויות. "גרסתה" מבוארת באמצעות מתווכים מומחים, שמציגים הסתברות מסוימת לכך שאירוע מסוים התרחש: ענין **מצגורה**, לעיל ה"ש 24, פס' 15 לפסק דינו של השופט הנדל.

<sup>99</sup> היסק על גבי היסק: בעל הדין מבקש לתמוך בהנחה א' מן הראיות ואילו את ההנחה העובדתית ב', השנויה במישרין במחלוקת, הוא מבקש להסיק על יסוד הנחה א': דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותיזות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג 83, 86 (1997).



הזו עשוי בית המשפט, על סמך הנחות של היגיון וניסיון החיים, לגזור את היסוד הנפשי, שכמובן מוסק גם על סמך דברי הנאשם בחקירתו המשטרית. אפילו כשמלווה הרכיב הפיזי באמירות ברורות ובהקשר ברור, לבית המשפט אין דרך ודאית לזהות את היסוד הנפשי. לכל היותר בכוחו לגזור מסקנות הנובעות מניסיון החיים והשכל הישר. אם מוסיפים למשוואה את הפוליגרף, דברים עשויים להשתנות. בהנחה שהבדיקה מהימנה בעיני השופט, ספק רב אם תוכל לדחות מסקנה נחרצת של הבדיקה לאור ראיות נסיבתיות אחרות. הפוליגרף מיוחד במובן שאינו מצריך שימוש בפיקציות ובהנחות של השכל הישר, כקביעות מסורתיות בנוגע ליסוד הנפשי, שנלמד ומוסק על בסיס היגיון וניסיון החיים. בדיקת הפוליגרף עשויה להציע לבית המשפט ראייה חזקה ביותר, המעידה על כנות הנאשם או אי-כנותו. נראה שאמנם יש יסוד לחשש מהשתלטות הפוליגרף בהקשר זה. קשה להעלות על הדעת מצב של הגעה למסקנה מנוגדת לבדיקת פוליגרף הנערכת כראוי.

שני הקשיים, רוחב היתר וחוזק היתר, מעבים זה את זה ויוצרים במשותף חשש ל"השתלטות טכנולוגית", השתלטות לעומק ולרוחב על פונקציות קביעת העובדות במשפט. בהקשר אחר היה מי שציין שהקוד הוא המשפט (code is law), הארכיטקטורה היא ההסדרה, הטכנולוגיה היא המשפט;<sup>100</sup> אולם האם נוכל להשלים עם מצב שטכנולוגיה היא השופטת? אילו היה הפוליגרף מתאים רק למעט מאד מקרים, היה החשש מוגבל למדי; כך גם אילו היה חזק פחות וניתן לשימוש ככלי עזר גרידא ולא כהצעת מסקנה שקשה עד בלתי אפשרי לסרב לה. נדמה שהפוליגרף אינו רק כל יכול (רוחב), אלא גם שתלטן לחלוטין (חוזק). פתיחת שערי הקבילות לבדיקות פוליגרף, ניתן לשער, תביא להשתלטותו המוחלטת על ניהול המשפט הפלילי. דהיינו, ניתן לסבור שהפוליגרף הוא טכנולוגיה כה רחבה וכה חזקה, עד שהוא מאיים על המשפט, וליתר דיוק על השופטים. לכאורה הפוליגרף הוא רחב במובן יכולתו לספק את התשובות להרבה יותר שאלות עובדתיות מכלים מדעיים אחרים ולכאורה הוא חזק במובן שכמעט ואינו מותיר מרווח שיקול דעת שיפוטי. השופטים עלולים לחוש מאוימים ולסגור את הדלת בפניו ואף לאוטמה לחלוטין. לפי השקפה זו, הפוליגרף נפסל כראיה לא בגין חולשתו המדעית, אלא דווקא בגין עוצמתו ופוטנציאל ההשתלטות שלו על המשפט, החשש שהפוליגרף ייהפך לשופט ובית המשפט ייהפך להיכל הפוליגרף. התוצאה עלולה להיות מהפכנית מנקודת מבט שיפוטית: תפקיד השופטים יוצמצם להחלת הדין על העובדות, כשכמעט בכל משפט ומשפט יימסר תפקיד קביעת העובדות בידי הטכנולוגיה ומפעיליה. אמנם, ניתן לשער שדווקא כך עשוי בית המשפט להיחזות ניטרלי יותר עבור מיעוטים בחברה, שסבורים שהשפיטה מחזקת ומשמרת מגמות של כוח קיים בחברה. מנגד, עלול להיווצר אפקט של דה-לגיטימציה לשופט, שמאבד את מרכזיותו בתהליך ההגעה

100 .LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE 6 (1999)

לאמת המשפטית והופך מקובע העובדות לקובע הדין גרידא.<sup>101</sup> כלומר, החשש אינו מתמקד בשיעור הטעויות של הפוליגרף, אלא מכך שהכשרת השימוש בו תסב נזק למערכת המשפט ולתדמית השיפוטית. לשון אחר: אם הפוליגרף הוא שמכריע, מדוע דרושה שופטת?

ראשית ובלי למצות את הנושא, אתהה שמה אמנם יקרה אסון אם באמת תופקד מלאכת קביעת העובדות בידי גורם חיצוני לבית המשפט.<sup>102</sup> הצלחת מערכת המשפט שעונה במידה רבה על יכולתם של שופטים ומושבעים להבדיל בין אמת ושקר, מלאכה חשובה שהחקירה הנגדית אינה מסוגלת להשיגה כשלעצמה;<sup>103</sup> אולם היכולת הזו מפוקפקת.<sup>104</sup> אמנם, ניתן לגרוס שדווקא המגבלות האנושיות, לצד חובת ההנמקה, הופכות את השופט לגורם המתאים לקבוע ממצאים. להבדיל מהפוליגרף, השופט מסוגל לקשור בין ראיה לראיה, להסביר את קביעותיו ולא רק את המדע שבבסיס הראיות. להבדיל מהפוליגרף, לשופט יש אחריות ואחריותיות, מוסרית, חברתית וציבורית.<sup>105</sup> ולא מדעית ותיאורטית. מנגד, ניתן לטעון שאף שבית המשפט נתפס כמומחה במציאת עובדות, אין לכך בסיס. באופן כללי, האדם אינו מומחה בזיהוי אמת ושקר.<sup>106</sup> באופן קונקרטי, בתי הספר למשפטים מלמדים כיצד מיישמים

<sup>101</sup> ברק כתב ששיקול דעת שענינו הכרעה בעובדות הוא אולי החשוב ביותר בהליך השיפוט, שכן מרבית הסכסוכים המובאים בפני בתי המשפט מתייחסים לעובדות בלבד. תפקידו הקלאסי של השופט הוא ההכרעה בעובדות על יסוד מערכת נורמטיבית נתונה שהפעלתה אינה מעוררת כל מחלוקת. עיקר השירות שמערכת בתי המשפט מספקת לחברה הוא בקביעתן המוסמכת של העובדות. ברוב הגדול של הסכסוכים אין הצדדים חלוקים באשר לדין או להפעלתו, והמחלוקת היחידה ביניהם היא באשר למה שהתרחש הלכה למעשה: אהרן ברק **שיקול דעת שיפוט** 35–36 (1987).

<sup>102</sup> ליסיצין תהתה האם קבילות בדיקת הפוליגרף תשלול את תפקיד השופט: LISSITZYN, לעיל ה"ש 18, בעמ' 305.

<sup>103</sup> בעבר נשענו על השבועה כדי לעודד אמירת אמת, משום שדי היה כחשש הדתי. בהמשך עברו לחקירה נגדית כמכשיר נגדי לשקר, אולם מכשיר זה פחות יעיל בחשיפת שקרים מכפי שתסריטאים מלמדים אותנו, ולכן מערכת המשפט נשענת על מושבעים ושופטים: Frederick Schauer, *Can bad science be good evidence? Neuroscience, lie detection, and beyond*, 95 CORNELL L. REV. 1191, 1194–1195 (2010).

<sup>104</sup> Madison Kilbride and Jason Iuliano, *Neuro Lie Detection and Mental Privacy*, 75 MD. L. REV. 163, 164 (2015).

<sup>105</sup> בספרות האמריקנית נכתב ששיטת המושבעים מגבירה את המעורבות החברתית בקביעת אשמה, וכשנעשות שגיאות לכאן ולשם, החברה חולקת באחריות לשגיאה. החברה תהיה סובלנית פחות לשגיאות מצד מכונה בהקשר זה. האפשרות האנושית לשגגה היא נתון ולכן האפשרות של מושבע לשגות היא מקובלת במידת מה, אנו מבינים שגם אנו יכולים לשגות: Aaron M. Stronge, *Absolute Truth or Deus Ex Machina?: The Legal and Philosophical Ramifications of Guilt-Assessment Technology*, 10 J. HIGH TECH. L. 114, 126 (2009); דברים אלו יפים, בשינויים המחויבים, גם לגבי טעויות שיפוטיות.

<sup>106</sup> מחקרים גילו שאנשים הם חלשים בזיהוי שקרים, ומדייקים בפחות מ-50%. אפילו בשיטות

את הדין ולא כיצד מגיעים לעובדות. גם הפרקטיקה אינה מלמדת כיצד נכון לקבוע אמת ושקר. האם עורך דין מנוסה שמונה לשופט – יודע כיצד נכון? הרי מינוי שופט אינו כרוך בהכשרה מיוחדת, ומועמדים לשפיטה אמורים לעבור בהצלחה קורס בן חמישה ימים לצד מועמדים אחרים, קורס שמתייחס למגוון היבטים וכאמור עוסק במועמדים בלבד; מי שצלח אותו, וצלח גם ועדה למינוי שופטים בהמשך, ממונה לשופט; ומי שמונה לשופט – מתיישב על כס השיפוט ומתחיל במלאכה בלי כל הכשרה מיוחדת.<sup>107</sup> אפילו לו הוקדשו כל חמשת הימים ללימודי זיהוי עובדות והבחנה בין אמת ושקר – וברור שאין זה המצב – האם הכשרה בת חמישה ימים מסוגלת להקנות מומחיות עמוקה? הרי סטודנט לומד ענף משפטי אחד במשך זמן גדול בהרבה. בוגר הקורס "דיני ראיות" אינו מוחזק כמומחה בדיני ראיות, הגם שלמד הרבה יותר מחמישה ימים ואף שעמד בהצלחה בבחינה המשקפת את נושא זה לעומק ולרוחבו; אפילו בוגר קורס מתקדם לתואר שני בדיני ראיות אינו מוחזק כמומחה בתחום רק משום עצם עמידתו בבחינה, וכמוהו גם דוקטורנט מקץ חמישה או חמישים ימי מחקר אינטנסיבי. מנין לשופט המתחיל יכולת לזהות אמת ושקר?<sup>108</sup> המצב אינו בהכרח שונה עבור השופט המנוסה. לאחר שצבר ניסיון מעשי מספר שנים, השופט מוחזק כמומחה למשפטים, מהות ופרוצדורה. אולם איזו סיבה יש לחשוב ששופט מנוסה צבר יכולת גבוהה להגיע לאמת, להבדיל מביטחון גבוה לחוש שהוא מגיע לאמת? לשופט המוצלח ביותר אין כוחות מאגיים בזיהוי האמת מצד אחד; ואפילו אין לו, מצד אחר, את הכוח העל-אנושי להתעלם ולנקות את תודעתו מראיה פסולה, למשל כשהוא פוסל ראיה שמשכנעת אותו באשמת הנאשם ופוסק – על סמך ראיות אחרות – שהנאשם אשם.<sup>109</sup> במובן זה נכתב, שעל המשפט לבכר מדע טוב על רע; אך לעתים גם מדע רע עשוי להועיל למשפט: ההשוואה הראויה עבור הפוליגרף אינה לראיות מדעיות מוצלחות יותר אלא לחלופה, והשאלה היא אם הפוליגרף אמין יותר לעומת תהליך ההיסק הקיים; ואף אם "מדע רע" גרוע מ"מדע

קדומות של בדיקת פוליגרף האחוזים גבוהים יותר מאשר בהטלת מטבע: שם, בעמ' 125.  
 107 יצחק זמיר, אמנון רובינשטיין, יורם גיא-רון "הוועדה לסדרי הבחירה של השופטים" News1 (2001), זמין ב-485 www.news1.co.il/Archive/004-D-250-00.html#PTEXT (נבדק לאחרונה ב-4.6.2016).

108 דיון דומה נערך בנוגע למושבעים, קובעי העובדות המוסמכים בשיטות משפט מקובלות רבות. נכתב שאין ראיות שהמושבעים מוצלחים במיוחד באיתור שקר. כמעט כל אדם מאמין שהוא מוצלח בכך, אך יש ראיות נגדיות. מרבית הערכות המהימנות האנושיות, לרבות של אנשים מיומנים בזיהוי הבעות פנים ושפת גוף, היא בסך הכל טיפה יותר גבוהה ממזל: Beecher-Monas & Garcia-Rill, לעיל ה"ש 17, בעמ' 678-679; Schauer & Spellman, לעיל ה"ש 58, בעמ' 19; שאור הדגיש שגם אמות המידה של שופטים (ולא רק של מושבעים) להערכת מהימנות אינן אמינות: Schauer, לעיל ה"ש 103, בעמ' 1196.

109 הרדוף "חזות של זכויות", לעיל ה"ש 36, בעמ' 77.

טוב", הוא אינו בהכרח גרוע מהלא-מדע שנמצא בראש השופט.<sup>110</sup> שילובה של בדיקת הפוליגרף עשוי לצמצם את הכוח השיפוטי הרב מדי בקביעת העובדות, במיוחד בערכאות הדיוניות, כוח גדול מאד כשלעצמו (במיוחד בבית משפט השלום שנוהג לשבת בן יחיד), שמתעצם אף יותר בהינתן שלצדו הכוח השיפוטי בקביעת המשפט;<sup>111</sup> ובמקביל לאפשר בקרה רחבה יותר של ערכאת הערעור, שתחוש פחות עכבות לקראת התערבות בממצאים עובדתיים.<sup>112</sup> יתרה מכך, הוא צפוי לאפשר לשופטים להתמקד בתחום מומחיותם והכשרתם: שדה המשפט, להבדיל משדה העובדות.

שנית, דומני ששני החששות, מרוחב היתר של הפוליגרף ומחוזקו, אינם משתקים. לגבי הראשון, מבט במשפט האזרחי מגלה שאף שהפוליגרף קביל כראיה המוסכמת על הצדדים, הוא לא השתלט על פן זה של מערכת המשפט. עדים עדיין נשמעים. קול האמת לא נדם, גם לא קול השקר ואף לא קולו של בית המשפט, שאמור להבדיל בין הקולות. בהמשך, בניתוח מכיוון תורת המשחקים, אראה שגם בזירה הפלילית – לא צפוי קולו של הפוליגרף להשתלט.

מעבר לכך, אמנם הפוליגרף שתלטן, אך לא הרבה יותר מראיות מדעיות אחרות. אפילו אם הוא מצמצם במיוחד את שיקול הדעת השיפוטי, עדיין נותר לבית המשפט מרחב פעולה.<sup>113</sup> טלו למשל בדיקת סמים. בהנחה שבדיקת מעבדת הסמים מעידה שדגימת השתן של נאשם הנה חיובית, ובהנחה ששרשרת הראיות לא נשברה, התוכל

<sup>110</sup> שאוור כתב שהמושבעים נשענים על נתונים שונים בהערכת האמת, למשל לאן מביט העד, עצבנות, מהירות הדיבור, ביטחון העד; גורמים שאינם קשורים באופן ברור לאמינות. הוא הדגיש שהבחירה אינה בין ראיות טובות מאד לראיות לא טובות; אלא בין ראיות רעות לראיות רעות מאד. מדע לקוי אינו גרוע מתהליכים קוגניטיביים חסרי ביסוס במציאות. בהיעדרו של מדע חלש אבל פרובטיבי, בעלי הדין עלולים להציע ובתי המשפט לקבל ראיות שהן עוד יותר לא מדעיות ולא של מומחים. מדע רע עשוי להביא להחלטות טובות יותר מאלו שבמערכת הנוכחית ומה שאינו טוב מספיק בשדה אחר עשוי להיות טוב מספיק עבור המשפט. שאוור הפנה את חציו לא רק למושבעים אלא גם לשופטים: Schauer, לעיל ה"ש 103, בעמ' 1191, 1213–1218.

<sup>111</sup> דומני שהישראלי מהיישוב ואפילו המשפטן הישראלי מהיישוב נוטים לזלזל במערכת המושבעים, אך במערכת זו – לצד חולשות וליקויים – קיימים גם יתרונות גדולים. שיטת המושבעים משמשת כבקרה על שופטים למנוע מהם להשתמש בכוחם באופן מפלה, ומקדמת קבלה של פסקי דין בציבור הרחב. חלוקת האחריות לקביעת העובדות לעומת יישום הדין על העובדות מאפשרת מעורבות חברתית וקבלה חברתית של הפסיקה, ולא פחות חשוב בעיני, בלם לכוח השיפוטי: Stronge, לעיל ה"ש 105, בעמ' 133–134.

<sup>112</sup> ע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל, פס' 12–21 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 8.9.2011); ע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.7.2012).

<sup>113</sup> בעידן המודרני נדרשים בתי המשפט יותר ויותר להחליט בשאלת קבילות או משקל של חוות דעת מומחים המתבססת על חידושים טכנולוגיים ומחקרים מדעיים להוכחת עובדות שבמחלוקת: רון ברנט, סימה גבגב "השיטה הספקטוגרפית לזיהוי דובר על פי קולו" פלילים ד 121, 124 (1994).

השופטת להגיע למסקנה שהנאשם כלל לא צרך סמים? מסקנה שכזו, מטיבה, נוגעת ליסוד העובדתי, להבדיל מכזו הנוגעת ליסוד הנפשי. קשה לדמיון מצב שכזה. עדיין לא מן הנמנע שהנאשם יזוכה גם במצב שכזה, אם יעורר ספק בלב השופטת בנוגע להתקיימות היסוד הנפשי, שכמו היסוד הפיזי מהווה תנאי חיוני להרשעתו. במידה שישפק הנאשם הסברים אפשריים וסבירים להגעת הסם אל גופו שלא מרצונו, תוכל השופטת לזכותו מאשמת שימוש בסם. מה שנכון לגבי בדיקות סמים נכון גם לגבי בדיקות מדעיות אחרות. מציאת טביעות אצבעה של הנאשמת בזירת הרצח היא ראיה מסבכת. בהנחה שהבדיקה בוצעה כהלכה ושרשרת הראיות נשמרה, ספק אם השופט שיתמודד עמה ירשה לעצמו להגיע למסקנה שטביעות האצבע של הנאשמת לא נמצאו בזירה. בהנחה שבדיקה בליסטית תביעתית תאשר שמאקדחו של הנאשם נורתה הירייה הקטלנית, אין זה סביר שהשופטת תקבע שלא כך היה. אם יעיד מומחה התביעה שנמצא זרע הנאשם על בגדי קורבן אונס, ספק אם השופט יקבע שאין זה זרעו של הנאשם.

בכל המקרים הללו עדיין מתאפשרת מסקנה סופית של זיכוי. מדובר בראיות נסיבתיות שאף כשהן חזקות ביותר, הן אינן בהכרח חותמות את זירת המחלוקת. ההגנה חופשיה לספק להן הסבר, ובית המשפט חופשי לקבלו. אפשר שהסם הוחדר למשקה שלגם הנאשם בלי לדעת. ייתכן שטביעות האצבע של הנאשמת נמצאו בזירת הרצח משום שמישהו את גופו של הנרצח לאחר מותו בניסיון לסייע לו, בטרם נבהלה וברחה.<sup>114</sup> אקדחו של הנאשם אחראי להרג הקורבן, אלא שהירי היה בבחינת הגנה עצמית. זרע הנאשם נמצא על בגדי המתלוננת, אלא שדובר ביחסי מין בהסכמה. כל אלו הסברים אפשריים, הגיוניים ומזכים לתרחישים האמורים. מעבר להסברים האפשריים, הראיות המדעיות הללו נוגעות אך ורק ליסוד הפיזי, או לפן מסוים ומוגבל שלו. הן עשויות להשליך על המסקנה שתתגבש בנוגע ליסוד הנפשי, בהתאם לזירת המחלוקת שבתיק. במובן זה, הראיות המדעיות המדוברות הן לא רק כאלו **שמותירות** מקום להסבר; הן כאלו שכוחן נובע במידה רבה מכך שהן **תובעות** הסבר, והסבר טוב.<sup>115</sup>

<sup>114</sup> כשטביעת האצבע מופיעה על חפץ שמצוי בשימוש יום יומי ותכוף, קטן כוחה המשכנע כראיה נסיבתית נוכח היעדר ביטחון שהיא נוצרה במקום המעשה ובשעתו: ע"פ 389/62 **נאטור נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יח(1) 62, 65 (1964).

<sup>115</sup> טביעת אצבע שנמצאה במיקום מסבך בזירת העברה, ללא הסבר, מאפשרת ביסוס הרשעה כראיה מפלילה יחידה: ע"פ 517/86 **ברוקס נ' מדינת ישראל**, פ"ד מג(3) 441, 448-449 (1989); נאשם שיכחיש את הימצאו בזירת העברה או יימנע מלספק הסבר להימצאות טביעות אצבעותיו שם, עלול לחתום את הרשעתו כמו ידיו, הגם שלאור העובדה שמשקלה של טביעת האצבע פוחת מקום שנמצאה על חפץ נייד, לא מן הנמנע במקרים מיוחדים שזוכה גם מי שלא סיפק הסבר ראוי להימצאות טביעת אצבעו, ובתנאי שהיפותזה כזו היא מתקבלת על הדעת נוכח הנסיבות: ע"פ 7293/97 **ז'אפר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(5) 460 (1998); בדומה, נאשם שיטען שכלל לא קיים יחסי מין עם קורבן האונס, יאלץ את בית המשפט, נוכח הפיזיקה המדעית של

גם בדיקת פוליוגרף מצריכה מסקנות נוספות. הפוליוגרף אינו קובע אמת אלא רק כנות. בית המשפט רשאי וחייב לקבוע את הסיפור לנוכח המארג הראייתי, מעבר לכל ספק סביר אם ברצונו להרשיע. ניתן לקבוע שאדם מעיד בכנות בלי שדבריו משקפים את שקרה.<sup>116</sup> מעבר לכך, גם אם הבדיקה תביא לחריצת מסקנה, אין הכרח שתביא לחריצת הדין. הגם שסביר שהשופט יתקשה להתווכח עם הפוליוגרף באשר ליסוד הנפשי, ממש כשם שמתקשה הוא להתווכח עם מעבדת הזיהוי הפלילי בנוגע ליסוד העובדתי, ייתכן שתיוותרנה שאלות אחרות על הפרק, למשל של יסוד פיזי או של רכיב הגנה שאינו מכוסה בבדיקת פוליוגרף. לשופטת נותר מרחב שיקול דעת. התקיימותו של יסוד נפשי, כשלעצמה, אינה מקימה את היסוד הפיזי, ולהפך; היא גם אינה שוללת קיומם של סייגים לאחרייות פלילית. מעבר לכך, גם כשהפיזיקה של המעשה והלך הנפש מאחוריו ידועים, עדיין עשויות להתקיים שאלות משפטיות טהורות שתאפשרנה לשופטת לזכות את הנאשם במקרים המתאימים.<sup>117</sup>

## 5. החששות המהותיים שגלומים במבחן הראיה המדעית

### 5.1. איתור תכלית המבחן

העובדה שבדיקת הפוליוגרף טרם עברה את מבחן הראיה המדעית אינה אומרת, כשלעצמה, שאין זה מוצדק לאפשר את הגשתה בבית המשפט. שאלת הרף המדעי נושאת פן פורמלי מסוים בלבד (כזכור, היא אינה דרישה של המחוקק), אך חייבת לשאת עמה גם פן מהותי משכנע, שאחרת מה טעם יש בה? יש לאתרו ולבחון את תחולתו לגבי בדיקת הפוליוגרף.

למיטב ידיעתי, בפסיקה טרם נדונה השאלה הקריטית, **מדוע בכלל להציב מבחן ראיה מדעית כתנאי כניסה לבית המשפט**. זו שאלה כללית, בעלת היבט קונקרטי קריטי עבור בדיקת הפוליוגרף. אם אין סיבה טובה למנוע מבית המשפט לקבל ראיות מדעיות ללא מגבלה, אין סיבה למנוע ממנו כאמור לגבי בדיקת הפוליוגרף. ראיה עם שיעור טעויות שאינו גבוה עדיין עשויה לתרום לבירור האמת; כשניתן יהיה להתייחס לטעויות במישור המשקל, החביב מאד על בתי המשפט, ולא במישור הקבילות, החביב עליהם הרבה פחות.<sup>118</sup> השאלה מתעצמת לאור ההחלה הסלקטיבית של

האירוע ועדות המתלוננת, להגיע למסקנה שלא רק שקימו יחסי מין, אלא גם קימו שלא בהסכמה.

<sup>116</sup> השוו: ענין ע"פ 5582/09, לעיל ה"ש 74.

<sup>117</sup> השוו לדיון דומה בנוגע למושבעים, ולהבהרה שלמושבע חופש לבחור לגבי מהימנות גם כשמוצגת בפניו עדות מומחה לגבי כנות או אמת: Beecher-Monas & Garcia-Rill, לעיל ה"ש 17, בעמ' 679.

<sup>118</sup> גישת שאור וספלמן, שהדגישו שמבחני Daubert אינם מציבים רף מינימלי של שיעור טעויות

המבחן, שתוארה לעיל, ולאור העובדה ששדה המשפט ושדה המדע שונים בעליל<sup>119</sup> ושמיאל המדע אינו יכול ואינו צריך לכבול את בית המשפט.<sup>120</sup> ייתכן שמבחן הראיה המדעית נועד אך לשמש ככלי מדריך, ולא ככלי מחייב. הוא מציב לבית המשפט, שנתקל בראיה המבוססת על מדע, מסלול שראוי לצעוד בו. המדע מציב עולם ידע ומושגים שלבית המשפט קשה במיוחד לשלוט בו.<sup>121</sup> קשה להגדיר את גבולותיו ולהשיב מהו מדע ומה לא,<sup>122</sup> קשה לזהות מיהו מומחה ומהי חוות דעת מקצועית ראויה,<sup>123</sup> מהו המטען הערכי של הטכנולוגיה<sup>124</sup> ולעתים קשה

אלא אך מדגישים שהערך שיעור טעויות ידוע הוא שיקול נגד קבלת הראיה: Schauer & Spellman, לעיל ה"ש 58, בעמ' 7.

119 מנשה ערך השוואה מענינת בין המשפט למדע, שדות המבקשים לגלות הכללות שימושיות על המציאות, והצביע על קווי דמיון ושוני בין הניסוי המדעי ובין הוכחה שיפוטית. המשפט מחפש הסברים סיבתיים שרלוונטיים ליישום הנורמות השיפוטיות, שמשתלבות עם קטגוריות קוגניטיביות, אינטרסים והנחות על השיח המשפטי באופן כללי. במשפט אין מתודה ניסויית או תצפית שיטתית, מובן ההוכחה השיפוטית תלוי בפרוצדורה והגילוי השיפוטי הוא חלק מרכזי בפרוצדורה. ה"הוכחה" במדע עשויה להיות מסויגת ותמיד נתונה לבחינה מחדש ולפיקוח. מנגד, המשפט מחייב הכרעה וככלל שואף לסגירות – עקרון סופיות המשפט. במדע אין "תכלית נורמטיבית" המייצרת הטיה של סיכוני משגה. מנשה מצא שההוכחה המשפטית דומה דווקא ל"אבחנה מבלת" המקובלת ברפואה או במדעים הקליניים: Doron Menashe, *Is Judicial Proof of Facts a Form of Scientific Explanation? A Preliminary Investigation of* *Clinical Legal Method*, 12 INT'L J. EVIDENCE & PROOF 32, 35–52 (2008); שאורו הדגיש שהואיל ומטרות החוק שונות ממטרות המדע, אין סיבה להחיל את הסטנדרטים של המדע על המשפט ממש כשם שאין סיבה לכפות את אלו של החוק על המשפט: Schauer, לעיל ה"ש 103, בעמ' 1191.

120 שאורו הטעים שמדענים יכולים להחליט איזה שיעור טעויות מספיק עבורם. על המדע ליידע את מערכת המשפט על אמינות ותוקף; אך השאלה המוסדית הנורמטיבית, מה מספיק למשפט ומתי, היא משפטית ולא מדעית: Schauer, לעיל ה"ש 103, בעמ' 1192, 1214.

121 ענין אבו-חמאד, לעיל ה"ש 1, פס' 21 לפסק דינו של השופט חשין; ענין מצגורה, לעיל ה"ש 24, פס' 17 לפסק דינו של השופט הנדל; סהר, לעיל ה"ש 46, בעמ' 166; טיילור תהא אם נחוצים שופטים עם הכשרה מדעית מיוחדת: Taylor, לעיל ה"ש 38, בעמ' 8.

122 היו שכתבו שהשאלה "מהו מדע" היא מהקשות ביותר במאה העשרים, גם כשמפרקים אותה לשאלות משנה רבות: KIELY, לעיל ה"ש 24, בעמ' 6–7.

123 ליסיצין תהתה עד כמה מבינים השופטים חסרי ההכשרה במדע וכיצד יוכלו לשפוט בין תאוריות מתחרות: LISSITZYN, לעיל ה"ש 18, בעמ' 104; בהקשר הישראלי ראו את הוויכוח החרף בין הפרקליטות וההגנה, אם אמנם מומחי ההגנה הם בבחינת "מומחים": מ"ח 9974/04 שורון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.9.2005) (החלטה על משפט חוזר לאור חוות דעת חדשות שסיפקה ההגנה וחוות דעת מטעם המדינה שנוסחה באופן תמוה); ענין ע"פ 5459/09, לעיל ה"ש 41, פס' 25, 36–38, 44, 49 לפסק דינו של השופט עמית (דחיית הערעור על ההרשעה במשפט החוזר וקביעה שיפוטית בדיעבד שהמשפט החוזר מקורו בטעות בניסוח של המומחית מטעם המדינה).

124 בקשר לראיות: Taylor, לעיל ה"ש 38, בעמ' 8. באופן כללי: Arthur J. Cockfield, *What is Legal Knowledge?: Towards a Law and Technology Theory*, 30 MAN. L.J. 383, 385

אפילו לזהות מה המדע יודע ומה לא.<sup>125</sup> קיים פער ידע בין המומחה לבין השופט. למעשה קיים פער ידע בין כל עד לבין כל שופט, משום שהאחרון מסוגל רק להתרשם אך אינו יודע מה קרה, להבדיל מהראשון. אולם לא בפער ידע זה עסקינן כעת, אלא בפער ידע אחר, פער איכותי במיוחד, בפוטנציה גם פער הבנה ולא רק פער תפיסה. לפער האמור השלכות מיוחדות על סדרי הדין ודיני הראיות. למשל, באופן כללי ההגנה אינה חייבת ליידע את התביעה באשר לעדיה, ועל התובעת להיות מסוגלת לערוך חקירה נגדית אפקטיבית גם לעדים שלא ידעה מראש מה יגידו; להגנה זכות עיון בחומרי התביעה, ולא להפך.<sup>126</sup> אולם חריג לכך הוא עדות מומחה של ההגנה, שלגביה קיימים כלל גילוי וכלל מניעת הגשה בהעדר גילוי.<sup>127</sup> זאת משום שאפילו תובעת מנוסה זקוקה להכנה מיוחדת עבור חקירת עד מומחה. העד המומחה דובר בשפה זרה, מדעית, טכנית, שבמומחיות, שפה שהמשפטן הטיפוסי – השופט, התובע והסנגור – מתקשה להבין.<sup>128</sup> פער הידע הזה עלול להוביל את השופט למסקנות המומחה, בנטותו לקבל טענות בשרות שבהם אין הוא שולט ולפיכך חוש הביקורת שלו חד פחות.<sup>129</sup> בעולם שכזה זקוקות הערכאות הדיוניות לקווי מנחה וכלי הדרכה.<sup>130</sup> לפי קו מחשבה זה, ניתן להקביל בין מבחן הראיה המדעית לבין חזקות, שמקצרות, מייעלות ומדריכות, ופועלות גם הן בשני רבדים, האחד כללי שבו מתבסס קשר סיבתי, והאחר קונקרטי שבו הקשר הסיבתי מופעל ונבחן. קו כאמור אינו מציג

(2004); Michael D. Birnhack and Niva Elkin-Koren, *The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment*, 8 VA. J.L. & TECH. 6 (2003); Lawrence Lessig, *Open Code and Open Societies: Values of Internet Governance*, 74 CHI.-KENT. L. REV. 1405, 1408 (1999); יובל דרור **הפוליטיקה של הטכנולוגיה של** 9–12, 23, 135 (2006).

125 השופטים ג'ובראן וגרוניס התווכחו, האמנם המדע אינו מסוגל כלל להשיב על סוג השאלה המדוברת, או שמא לא רק שהוא מסוגל – הוא גם השיב במקרה זה: ענין **מלול**, לעיל ה"ש 9, פס' 19 לפסק דינה של השופטת נאור.

126 ס' 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

127 ס' 83–84 לחוק סדר הדין הפלילי.

128 דבריו הכנים של השופט חשין בענין **אבו-חמאד**, לעיל ה"ש 1, פס' 22: "לא נכניס ראשנו בסבך תאוריית הדנ"א ובדרכי בדיקת הדנ"א [...] וגם לו ניסינו כוחנו בתיאור ובניתוח, ספק אם היינו מרחיקים לכת בהבנה"; מה שנכון לגבי השופטים ודאי נכון ביתר שאת לגבי המושבעים: Grusin, לעיל ה"ש 67, בעמ' 22.

129 מנגד, כתבו שאור וספלאמן שאין זה מבוסס שמושבעים נוטים לפסוק לפי עמדות המומחים שהוצגו בפניהם, ומושבעים אינם כושלים בהבנה ובהערכה של ראיות מומחים כמו שנוטים לייחס להם: Schauer & Spellman, לעיל ה"ש 58, בעמ' 13, 16, Schauer, לעיל ה"ש 103, בעמ' 1210.

130 השופט הנדל כתב שמלאכתו של בית המשפט כשומר סף בפני הראיות המדעיות אינה קלה, ולכן חשוב לפתח כלי עבודה שיאפשרו לו להתקדם בהכרעה: ענין **מצורה**, לעיל ה"ש 24, פס' 21–20, 14.



סיבה להתנגד לקבילותה של בדיקת הפוליגרף, אלא אך הסבר תיאורי למבחן הראיה המדעית.

סיבה מעניינת ומשכנעת יותר לקיומו של מבחן הראיה המדעית או של כלי סינון קפדני אחר של ראיות מדעיות נוגעת למוגבלות השופט כאדם, לאפשרות שהוא יוטה יתר על המידה ולהעדר יכולתו למנוע את ההטיה הזו. לראיה המדעית יש כוח משחד.<sup>131</sup> מחסום הקבילות נחוץ כדי לסנן את הראיות המדעיות האמתיות מהראיות המדעיות לכאורה, בגין החשש מכוחן המשחד. גם לראיות המדעיות האמתיות יש כוח משחד, אולי אפילו "מאגני" ממש;<sup>132</sup> אך נראה שזהו כוח שהמשפט מוכן לאפשר, לאור ההשקפה שמדובר ב"שוחד" צודק ומתבקש: הגעה לתוצאה עובדתית משקפת את האמת במידת הסתברות גבוהה מאד.<sup>133</sup> להבדיל, בנוגע לראיה המדעית הלכאורית בלבד, הראיה המעין מדעית שאינה מדעית דיה, המשפט אינו מוכן להסתכן בשוחד. זאת משום שלדירו לא רק שאין ערובה מספקת שהראיה משקפת את האמת; אין ערובה שבית המשפט יצליח לזהות את הכשלים והקשיים שבראיה.<sup>134</sup> בדיקת עבור הפער, שבין אמין לכאורה לבין אמין באמת, נדרש כלי סינון כמבחן הראיה המדעית. קו מחשבה זה הגיוני בנוגע לשיטת מושבעים, שאינם מקצועיים ומנוסים.<sup>135</sup> לכאורה הוא הגיוני פחות עבור שופטים: ממתני שומר הסף מציב מחסומים עבירו עצמו? אולם הרעיון הכללי של מחסומי הפסילה העובדתית הוא שאפילו בית המשפט המקצועי – אינו מסוגל למלאכות מסוימות. בעוד "הפסילה הערכית" באה כדי להגן על ערכים, "הפסילה העובדתית" יוצאת מהנחה שאפילו בית המשפט המקצועי עלול להזדהם ולא לתת את המשקל הראוי לראיה דלה.<sup>136</sup> כלומר, באופן מרתק, מערכת המשפט אינה מאמינה בכוחו של בית המשפט לזהות ראיות פגומות קונקרטריות ולכן יוצרת מסננת כללית כדי למנוע מבעדו למעוד בהמשך. ככל

<sup>131</sup> שלטון כתב שקבילותן של ראיות מדעיות חשובה מאד גם לאור המשקל הרב שמושבעים מייחסים לראיות אלו: SHELTON, לעיל ה"ש 24, בעמ' 165.

<sup>132</sup> סנג'רו הרשעת חפים מפשע, לעיל ה"ש 24, בעמ' 20–21, 105–154.

<sup>133</sup> ברנסקוני כתב שהציבור האמריקני תופס את ראיית הדנ"א כמכריעה כל כך, עד שבתי המשפט נתבקשו להזהיר מושבעים מהסתמכות יתרה עליה: Bernasconi, לעיל ה"ש 41, בעמ' 988; שלטון כתב שמושבעים סבורים שראיית הדנ"א וטכניקות מדעיות נוספות הן מדויקות מאד – והם צודקים: SHELTON, לעיל ה"ש 24, בעמ' 168.

<sup>134</sup> ראוי לשים לב לדמיון בין מגבלה זו למגבלת הדיות. בשני המקרים עולה חשש שבית המשפט יוטה בידי ראיה בלתי מהימנה. בנוגע לדיות, מצמצמים את הסכנה באמצעות דרישה לתוספת ראייתית. ניתן לגרוס שגם את החששות מראיות משחדות בסגנון "ראיה מדעית לכאורה" אפשר לפתור באמצעות דרישה לתוספת ראייתית.

<sup>135</sup> על הליך שמירת הסף: LISSITZYN, לעיל ה"ש 18, בעמ' 96.

<sup>136</sup> למונחים אלו: אסף הרדוף "בעל נגד אישה, אמת נגד משפחה, או המבט הרביעי על כשרות להעיד במשפט הפלילי" דין ודברים ג 273, 281–282, 314, 329, 331, 334 (2007) (להלן: הרדוף "בעל נגד אישה").

שהמגבלה הזו נוצרת בידי בית המשפט העליון (להבדיל מהמחוקק), יש בכך אמירה מעוררת הערכה, של צניעות והכרה עצמית בדבר המוגבלות השיפוטית; ולחילופין אמירה פחות נעימה, שנוגעת למוגבלותן של הערכאות הדיוניות, להבדיל מבית המשפט העליון.

כשמערכת המשפט סבורה שהכוח המשחד משקף את האמת בהסתברות גבוהה, היא מוכנה לקבל גם ראיות משחדות.<sup>137</sup> במקום שבו הראיה היא משחדת מבחינה אישית אך לא משכנעת מספיק ציבורית – שם ניצב מחסום הקבילות. לכאורה, בדיוק מול הפוליגרף.

## 5.2. הבעיה: כוח משחד רע ופגיעה באמת

הבעיה המהותית שמגלמת שאלת הרף המדעי נוגעת לכוח המשחד של הפוליגרף. האם היא מונעת את קבלת הראיה? היצמדות למחסום קבילות, במיוחד כזה שאינו פורמלי, אינה מתיישבת עם המגמה ארוכת השנים של מעבר מקבילות למשקל,<sup>138</sup> שמניחה שאיכות השפיטה גבוהה דיה להתמודד עם אתגרים ראייתיים במישור המשקל, להבדיל מהותרתם מחוץ לאולם. מדוע נדרש שומר סף בשיטה של שופטים מקצועיים? מדוע שלא לסמוך עליהם שייתנו לראיה, שלא עברה את מבחן הראיה המדעית, משקל מופחת?<sup>139</sup> האם לא ניתן לתת לראיות, כבדיקת הפוליגרף, משקל

<sup>137</sup> זהו קו מסביר ותיק, למשל, לגבי עדויות שמועה, שלדברי בית המשפט מתקבלות בשעה שיש איזו ערובה לאמתותן. למשל: ר"ע 423/83 מדינת ישראל נ' עיזבון המנוחה סילוורמן, פ"ד לז(4) 281, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1983); ענין ז'אפר, לעיל ה"ש 115, פס' 9–10 לפסק דינה של השופט דורנר.

<sup>138</sup> למשל: ע"א 703/86 ברנשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 529, פס' 4 לפסק דינו של השופט קדמי (1989); ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, פס' 12 לפסק דינו של השופט מצא (1997); בג"ץ 6319/95, רע"פ 6836/95 חכמי נ' שופטת בית-משפט השלום בתל-אביב-יפו, פ"ד נא(3) 750, פס' 8 לפסק דינה של השופטת שטרסברג כהן (1997); פינק ורובינס, לעיל ה"ש 15, בעמ' 322–325.

<sup>139</sup> השופט הנדל הכריז שהוא מקבל את ראיית טביעת הנעל, אך היא בבחינת "ראיה מוגבלת", והפעם משקלה אפסי. לדבריו, דרוש רף מינימלי בטרם נותנים לראיה מדעית בתיק מסוים משקל, אפילו אם קבילותה לא נסתרה ברמה הכללית: "השאלות מרובות על התשובות, ורב הנסתר על הנגלה. הפגמים שהוצגו יורדים לשורש עניין המשקל. נדמה כי אף מתן משקל נמוך יהא תוצאה מלאכותית שאיננה משקפת נכונה את תוצאות מבחני הביקורת": ענין מצגורה, לעיל ה"ש 24, פס' 22 לפסק דינו של השופט הנדל. השופט דנציגר, בקיצור נמרץ, הצטרף לחברו וקבע שבשלב הזה אינו מוכן עדיין לפסול לגמרי את סוג ראיה זה; בנוגע לפוליגרף, תנ"ץ קפלן הציג דעת מיעוט בדו"ח הוועדה לענין פוליגרף, שלפיה היעדר הכרה מדעית חד-משמעית או קרובה לכך מאפיינת תחומים שונים של חוות דעת מומחים, כחוות דעת של פסיכיאטר או של מומחה לכתב יד. היעדר ביסוס מדעי לא מנע קבילות של אלו. די בשאלות של משקל: זגורי וזגורי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 520–521.

נמוך, סביב ההסתברות שהקהילה המדעית משווה להן?<sup>140</sup> רעיון הכוח המשחד כעילה למחסום קבילות מנוגד לתזת מקצועיות השפיטה או מוחרג ממנה. הוא מניח, שיש ראיות חריגות, שאפילו שופטים מקצועיים אינם מסוגלים לעבד כראיות ולהקנות להן משקל שהולם את כוחן הפרובטיבי האמתי. האומנם בית המשפט אינו מסוגל להתמודד עם ראיית הפוליגרף?

לצד הנמקה התוקפת מדעית את אמינות הפוליגרף ואת יכולתו להשיג תוצאה מדויקת, ניתן לסבור שלא חולשתו של הפוליגרף היא הסיבה למחסום הקבילות, אלא דווקא כוחו הפוטנציאלי. את החשש, שהראיה תזכה במשקל גבוה מדי, ניתן לפרק לשני חלקים. האחד והפשוט מתקשר להיות הפוליגרף ראייה שמוצגת בידי מומחים ובשפה טכנית. ראיות שמגיעות בצורה שכזו נוטות להיות שתלטניות ולצמצם מאד את מרחב שיקול הדעת השיפוטי. צמצום כאמור אינו בהכרח מטה את בית המשפט למסקנות לא נכונות, ואף אם בעיה הוא, אין הדבר משייכו לכוח המשחד הרע דווקא, אלא לפער המומחיות שתואר לעיל ואינו נדיר.

החלק השני והמורכב יותר הוא שמבדיל בין הפוליגרף לבין הראיות שצלחו את רף הראיה המדעית, הוא שמבדיל בין "כוח משחד רע" ל"כוח משחד טוב". החשש המזוקק שעולה אינו מכך שראיה מדעית משתלטת על הזירה ובית המשפט מתקשה לקבוע ממצא עובדתי שמנוגד לה; אלא מכך שראיה נכנסת ובית המשפט אינו מסוגל להקנות לה את המשקל הראוי לה. אם לדייק, החשש אינו ממתן משקל אפס בלתי מוצדק, שכן אי-קבילות כנהוג כיום היא שוות ערך למשקל אפס בלתי מוצדק. החשש הנו ממתן משקל שיפוטי גבוה מדי לראיה, גבוה ממשקלה המדעי המקובל.

זו הדואליות של בדיקת הפוליגרף: מצד אחד היא זוכה להתייחסות כראיה חלשה מדי במהימנותה; מצד שני יש בסיס לסברה שהיא נתפסת כחזקה מדי עבור שילובה במערכת המשפט. כוחה המשחד גדול מדי, ואפילו בית המשפט המקצועי אינו מסוגל להתמודד עמה במישור המשקל.<sup>141</sup>

הדבר מתחבר היטב לצורך במבחן הראיה המדעית. מבחן זה אינו נחוץ עבור ראיה בסגנון "קריאה בקפה" או אסטרוולוגיה, משום שברור לכל שופט שמדובר בהבל הבלים ולפיכך אין חשש אמתי מהטייתו לאור ראיות כאלו. מבחן הראיה המדעית

<sup>140</sup> אמסל כתב שבקרב מדענים חוקרי פוליגרף מקובל להתייחס לפוליגרף כמכשיר שתקפותו כ-95%, ואילו בקרב מדענים שאינם אנשי פוליגרף מקובל להתייחס אליו כמכשיר שתקפותו כ-75%. אולם ממילא אין מכשיר של 100%: טוביה אמסל **האמת על השקר** 121-122 (1994); ליסיצין הפנתה לפסק דין שייפר, שם כתב השופט סטיבנס שיש שטוענים שרמת הדיוק של מכשיר הפוליגרף היא 90% ואפילו המבקרים מסכימים שמדובר ברמה של מעל 70%: United States v. Scheffer, 523 U.S. 303, 332-335 (1998). ראו: LISSITZYN, לעיל ה"ש 18, בעמ' 297.

<sup>141</sup> השוו לחשש שהמושבעים לא יצליחו להתמודד ולעבד את עדותו של מומחה הפוליגרף: זגורי וזגורי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 227; Viglucci, לעיל ה"ש 16, בעמ' 347.

נחוץ עבור כלי בעל מהימנות ציבורית שאינה שולית – בדיוק עבור הפוליגרף, אולי יותר מכל מכשיר אחר. חולשתו המשפטית של הפוליגרף מתקשרת אל נכון לכוחו הציבורי. בדיוק הפוליגרף נותרת מחוץ לבית המשפט לא משום שבית המשפט סבור **שהיא אינה מהימנה דיה**; אלא משום שבית המשפט סבור או משקף מבלי משים את התפיסה **שהוא אינו מקצועי דיו** כדי להתמודד עמה ולתת לה את המשקל הראוי, משקל שאינו גבוה מדי.

אכן הבעיה אינה פשוטה. אולם ייתכן שהספק המדעי, שכאמור חלחל למערכת המשפט בנוגע לאמינות הפוליגרף, לא ייעלם במהרה, אפילו אם הראיה תתקבל במקרים שהדבר מוסכם על שני הצדדים. במובן זה, הספקנות המובנית המתמשכת כלפי הראיה – עשויה לבצע עבודה בדיוק במישור שבו השופט מתקשה לבצעה בעצמו – במשקל. מעבר לכך, הבעיה ממילא אינה נדירה. בתי המשפט מתמודדים עמה בשלל הקשרים. כך לגבי ראיות מדעיות שלא צלחו את הרף, וכך לגבי סוגי ראיות אחרים בעלי כוח משחד:<sup>142</sup> עדויות שמועה,<sup>143</sup> עבר פלילי של נאשם<sup>144</sup> ועוד.<sup>145</sup> בהקשר זה עולות תהיות משני כיוונים. מהכיוון האחד, עולה התהיה אם בכל המקרים שבית המשפט מקבל ראיה בעייתית ומתיימר לפתור את הבעיה באמצעות המשקל – הוא באמת מסוגל לעשות זאת ואם בכלל יש דרך תקפה לפתור את בעיית הכוח המשחד, בעיקר לגבי ראיות שאין להן שום גיבוי מדעי רציני, כמו עדות שמועה.<sup>146</sup> מהכיוון האחר, אם יש דרך לפתור כאמור, מדוע לא להשתמש בה גם עבור הפוליגרף?

<sup>142</sup> שאור וספלמן כתבו שהסיכון של טעות בקביעת הממצאים בידי מושבעים נוגע גם לראיות ישירות ולא רק לעדות מומחים; אולם הראשון אינו נתפס כחמור מספיק והשני נתפס באופן מחמיר מדי. למושבעים יש הטיית אחרות, למשל הטיה נגד תאגידים: Schauer & Spellman, לעיל ה"ש 58, בעמ' 19, 24.

<sup>143</sup> למשל שם, בעמ' 249.

<sup>144</sup> מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות, לעיל ה"ש 57, בעמ' 232–238.

<sup>145</sup> מרבית הראיות הללו פועלות בכיוון אחד – לטובת התביעה ולחובת הנאשם, לביסוס הרשעה, מה שמסביר, אולי, מדוע הצליחו להיכנס. בהקשר זה אעלה כתהיה גרידא את האפשרות שמא קיימת הטיה שיפוטית להאמין לאנשי רשות – שוטרים בעיקר – במשפט פלילי, ואם ניתן וראוי לרסן את ההטיה הזו בכלים משפטיים.

<sup>146</sup> השופט לוין הביע קול כמעט חריג לגמרי בהקשר זה ויצא נגד המגמה השיפוטית המתמשכת והמוכרת של מעבר מקבילות למשקל. הוא כתב בגישה זו תופסת את מכשולי הקבילות כמעיקים ומפריעים לצדק ולאמת, אך מתמקדת במקרים קונקרטיים שבהם מחסומים ראייתיים מונעים הגעה לאמת, נותנת כוח רב מדי לערכאות הדיוניות ומתעלמת ממקרים שבהם אותם מחסומים הם ערובה למניעת טעות ושרירות ולסטנדרטיזציה בקביעת העובדות: ד"נ 23/85 מדינת ישראל נ' טובול, פ"ד מב(4) 309, פס' 5–6 לפסק דינו של השופט לוין (1988); ענין ז'אפר, לעיל ה"ש 115, פס' 2 לפסק דינו של השופט לוין.

## 6. סיכום הקשיים

דנתי בשורת קשיים בשילוב בדיקת הפוליגרף. למעט הראשון, כולם נראים גדולים, במיוחד במצב של פתיחת שערים גורפת בפני הראיה. דומני שאת כולם ניתן לצנן ולהכיל באמצעות שילוב צנוע בהרבה, דרך הישענות על הסכמת הצדדים.

## ה. קבילות בהסכמה

## 1. מבוא

אי-קבילותה של בדיקת הפוליגרף בגין היותה ראיה שאינה עומדת בסטנדרטים מדעיים מקובלים היא מגמה עולמית רחבה. נדירות המדינות שמתירות את הגשת הראיה במשפט פלילי ללא הסכמת שני הצדדים.<sup>147</sup> להבדיל, קיימות לא מעט מדינות שמתירות את הגשת הראיה בהסכמה, וזאת לא רק במשפט האזרחי, כנהוג בישראל, אלא גם במשפט הפלילי.<sup>148</sup> בפרק זה אציע, שהדרך הראויה לשילוב בדיקת הפוליגרף במשפט הפלילי שעונה על הסכמת הצדדים. אפתח ואראה שאין מניעה לשילוב כאמור בדין הפורמלי. אמשיך ואראה שנימוקי ההתנגדות לשילוב הראיה מאבדים את כוחם בתרחיש של שילוב בהסכמה. אסיים בהצעת כיוון מעשי לשילוב בהסכמה, לקראת הרחבה עליו בפרק הבא.

<sup>147</sup> זהו המצב בניו מקסיקו לאחר שבית המשפט העליון מצא שהבדיקה עומדת במבחן המדעי המקובל: LISSITZYN, לעיל ה"ש 18, בעמ' 283, 302; Beecher-Monas & Garcia-Rill, לעיל ה"ש 17, בעמ' 678; Viglucci, לעיל ה"ש 16, בעמ' 326; במדינות אמריקניות אחרות אי-עמידה בסטנדרט המדעי הביא לפסילת הראיה: Honts & Quick, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1004. <sup>148</sup> כעשרים מדינות אמריקניות מציבות דרישת התניה לשם קבלת הראיה: אוהיו, אלבמה, אריזונה, ארקנסו, קליפורניה, דלאוור, פלורידה, ג'ורג'יה, איידהו, אינדיאנה, איווה, קנזס, נבאדה, ניו-ג'רסי, צפון דקוטה, יוטה, וושינגטון, ווימינג: Honts & Quick, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1004–1007; Kilbride & Iuliano, לעיל ה"ש 104, בעמ' 164; Viglucci, לעיל ה"ש 16, בעמ' 328–331; פינק ורובינס, לעיל ה"ש 15, בעמ' 16, הערה 50; *Legal Admissibility of Polygraph Test Results*, זמין ב-[www.mattepolygraph.com/legal\\_admissibility.html](http://www.mattepolygraph.com/legal_admissibility.html) (נבדק לאחרונה ב-4.6.2016); למשל, באוהיו מקובל לאפשר להגיש בדיקת פוליגרף בהסכמה בכתב של כל הצדדים לפני הבדיקה, ושלבית המשפט שיקול דעת לפסול את הראיה בגין חוסר מקצועיות של הבודק, והצדדים יוכלו לחקור נגדית את הבודק והשוטף ינחה את הצדדים שלא לפסוק רק על סמך הבדיקה אלא על פי מכלול הראיות: *State v. Souel*, 372 N.E.2d 1318, 1321–1323 (Ohio 1978), כמופנה אצל Gupta, לעיל ה"ש 16, בעמ' 286.

## 2. דין פורמלי: אפשרות לשילוב הראיה דרך הסכמת הצדדים – פלילי מול אזרחי

פסק הדין **ביאזי** יסד הלכה שאין מהרהרים אחריה: ראייה שתוגש בהסכמה במשפט אזרחי – תתקבל כראיה ואפילו כראיה מכריעה, ובלבד שהראיה אינה קקיונית, דוגמת זריקת מטבע. במשפט הפלילי, מקובל שלא ניתן להסכים כאמור, אף שבעבר, באמרת אגב, נרמז שהדבר יתאפשר בנוגע לפוליגרף.<sup>149</sup> אולם ראוי להדגיש שלא בכל הקשר ניתן להתנות על דיני הראיות במשפט האזרחי מחד גיסא, ושאינן זה נכון שלעולם לא ניתן להתנות עליהם במשפט הפלילי מאידך גיסא.

במשפט האזרחי קיימות ראיות שלא ניתן להתנות עליהן, למשל משום שהחוק אוסר על הגשתן. לדוגמה, סעיף 13(ג) לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, קובע במפורש שהאזנת סתר, אפילו נעשתה כדין, לא תוגש בכל הליך שאינו הליך פלילי רגיל (להבדיל מקובלנה). במצב כזה הצדדים במשפט האזרחי אינם מוסמכים להסכים על הגשת הראיה, ואילו בית המשפט אינו מוסמך לקבלה. דהיינו, גם במשפט האזרחי מפתח ההסכמה אינו פותח את כל הדלתות.

מנגד, לא כל הדלתות נעולות במשפט הפלילי. איני מכיר כלל פורמלי גורף, האוסר על התניה על דיני הראיות במשפט הפלילי. אמנם קיימים מצבים שהחוק ברור ונחרץ ואז הסכמה לא תעקוף אותו. לדוגמה סעיף 12(א) לפקודת הראיות קובע, שהודאת חוץ של נאשם לא תוגש אלא אם הוכח שניתנה מרצונו החופשי. לשון הסעיף ברורה וקוגנטית. כשהמדינה מיאנה להבינה חרף בהירותה, שלח לה בית המשפט העליון בענין **תורק** מסר נחרץ: מחסום זה אינו בר עקיפה והסכמת הצדדים לא תביא לביטולו. כחלק מהנמקתו, ציין השופט פוגלמן שלעתים ניתן להתנות על דיני הראיות במשפט הפלילי; למשל סעיף 10ב לפקודת הראיות מאפשר במפורש קבלת ראיה בתנאי שהצדדים מסכימים לכך ובתנאים נוספים.<sup>150</sup> אפשרות נוספת לגמישות במשפט הפלילי עולה בסעיף 144 לחוק סדר הדין הפלילי, שמתיר לבית המשפט לזמן את הצדדים כדי לברר את הסכמתם "לשאלות שבעובדה ולקבילות מסמכים ומוציגים, לרבות הגשתם לא באמצעות עדים", ובסעיף 143 לאותו חוק, שמאפשר דיון מקדמי למשפט הפלילי במגמה לברר, בין היתר, אפשרויות שונות להסכמות ראייתיות.

כלומר, הדברים אינם חד-ממדיים. חוק, שבמפורש מתנה קבילות ראיה, אינו ניתן להתעלמות במשפט האזרחי, ממש כשם שאינו ניתן להתעלמות במשפט הפלילי.

<sup>149</sup> ציטוט של השופט ברנזון מתוך פסק דין אמריקני, בדבר האפשרות לקבלת בדיקת פוליגרף במשפט הפלילי בהסתמך על הסכמת הצדדים: "כן יש יסוד לדעה, וביתר תוקף, כי תוצאות בדיקה במכונת אמת קבילות כראיה כשהן מוגשות על-סמך הסכמה מראש של באי-כוח התביעה והסניגוריה שהנאשם יעבור חקירה כזאת ושמותר יהיה להביא את התוצאות כראיה, תהייה אשר תהייה": ענין **כהן**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 343.

<sup>150</sup> ע"פ 1292/06 **תורק נ' מדינת ישראל**, פס' 55 לפסק דינו של פוגלמן (פורסם בנבו, 20.7.2009).

חוק, שבמפורש מאפשר קבלת ראיה במשפט פלילי בהסכמת הצדדים, הוא בר החלה במשפט פלילי כמו חוק שיעשה כן במשפט אזרחי.

עדיין, הדין ובתי המשפט נוהגים יחס שונה לשאלת ההסכמה במשפט אזרחי מכפי שהם נוהגים בפלילי. המחשה בולטת היא הסוגיה של ראיה פסולה שמצאה דרכה לתיק בית המשפט, והדבר מתגלה רק בערכאת הערעור. האופן שבו בית המשפט מטפל בסוגיה זו שונה דרמטית בין המישור הפלילי לאזרחי. סעיף 56 לפקודת הראיות מורה: "ראיה שאינה קבילה במשפט פלילי ונתקבלה בטעות או בהיסח הדעת, לא תשמש הוכחה לאשמה ואין לבסס עליה שום פסק-דין; אף על פי כן, העובדה שבית המשפט שמע את הראיה לא תפסול את פסק הדין, אלא אם סבור בית המשפט שהנאשם לא היה מורשע אילולא נמסרה אותה ראיה או שאין ראיה מספקת אחרת זולתה לתמוך בה את ההרשעה." בעקבותיו, במשפט הפלילי מקובלת הלכת **אבוטבול** שלעיל: כשערכאת ערעור מגלה ראיה שבית המשפט דלמטה קיבל שלא כדין, היא תבחן אם קיימות די ראיות להרשעה ללא אותה ראיה פסולה, ואם אין – תזכה את הנאשם. אם לדעתה יש די ראיות, אך הראיה הפסולה השפיעה מעשית והובילה להרשעה, תשיב הדין מטה להכרעה מחודשת.<sup>151</sup> מה הדין במצב דומה במשפט האזרחי? סעיף 56 לפקודת הראיות מגביל עצמו במפורש למשפט פלילי. אין זאת אומרת שבית המשפט מנוע מלפתח הלכה אזרחית דומה או למצער מסויגת.<sup>152</sup> אולם לא רק שבית המשפט נמנע מלעשות כן; הוא אף שלח מסר נגדי. בענין **קדור** נדון ערעור על הכרעה עובדתית שהעבירה מקרקעין מהמערער למשיב, בהתבסס על עדות שמועה, והגם שהמשיב לא הציג בבית משפט קמא ראשית ראיה בכתב, כמתחייב מהסוגיה. הנשיא גרוניס, בהסכמת השופטים חיות ורובינשטיין, כתב שאין מניעה להותיר את ההכרעה העובדתית על כנה, וזאת מסיבה יחידה: המערער לא התנגד לשמיעתה של העדה שהציגה את העדות הלא קבילה. היעדר ההתנגדות מביא לכך שהראיה הפכה קבילה, וזאת אפילו שהוגשה לבית המשפט בקשה לסילוק על הסף של התביעה בגין היעדר מסמך.<sup>153</sup>

<sup>151</sup> זהו פסק הדין שכביכול ביסס את הלכת אי-הקבילות של הפוליוגרף: ענין דנ"פ 188/94, לעיל ה"ש 30; לדיונים מאוחרים באותו ענין: ע"פ 3338/99 **פקוביץ' נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(5) 676, פס' 8 לפסק דינה של השופטת בייניש (2000); רע"פ 7755/01 **מרציאנו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(5) 913, פס' 10-15 לפסק דינו של השופט מצא (2002); ע"פ 6972/09 **אבוטבול נ' מדינת ישראל**, פס' פו-צה לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 27.2.2012).

<sup>152</sup> ניתן לטעון שבחירת המחוקק להתייחס רק לאפיק הפלילי מלמדת שאין רצונו בכלל דומה במשפט האזרחי. מנגד, ניתן לגרוס שהכלל אינו ממצה ושהדאגה שמא ההכרעה שעונה על ראיות פסולות – אינה צריכה לענין אותנו רק במשפט הפלילי.

<sup>153</sup> ע"א 2110/09 **קדור נ' דקסה**, פס' 10-15 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 20.9.2012).

עושה רושם שהן המחוקק והן בית המשפט העליון אדישים למדי באשר לביסוס ממצאים על סמך ראיות בלתי קבילות, כשמדובר במשפט אזרחי. ביסוס כאמור יכול לנבוע מהסכמת הצדדים, כמו בענין **ביאזי**, או מטעות של אחד הצדדים, דוגמת **קדור**.<sup>154</sup> הדבר מתחבר למקרים אחרים שבהם נראה שדיני הראיות במשפט הפלילי זוכים ליחס רציני יותר מבית המשפט מאשר במשפט האזרחי, דוגמת דוקטרינת הפסילה הפסיקית, שמגבילה עצמה במפורש למשפט הפלילי,<sup>155</sup> כאילו אין חשיבות או צורך בה במשפט אזרחי.<sup>156</sup>

זהו בסיס ההבחנה המסתמן בין היחס לפוליגרף במשפט האזרחי לעומת היחס במשפט הפלילי: במשפט האזרחי לאיש כמעט ולא איכפת מהדרכים לסיים את הסכסוך, **העיקר שיסתיים כבר**.<sup>157</sup> במשפט הפלילי דיני הראיות זוכים ביחס קפדני יותר, גם אם לא קשה ולא נדיר למצוא שם קיצורי דרך.<sup>158</sup> זו כמובן הבחנה תיאורית, לא נורמטיבית.<sup>159</sup> הבחנה נורמטיבית מסובך מאד למצוא, למשל במה שמוטל על הכף, באסטרטגיית ההכרעה במשפט הפלילי והרצון להגנת חפים מפשע מפני הרשעה אפשרית, בהשלכות העדות, ביחס של מדינה מול אזרח ובדאגה שלא להעכיר את ההליך.<sup>160</sup>

<sup>154</sup> מן הראוי לציין שלדעתי קדור לא ביצע כל טעות. ההבחנה שערך הנשיא גרוניס בין הבקשה לסילוק על הסף לבין שמיעת העדות היא תמוהה, טכנית לגמרי ומתעלמת מהמהות. מעבר לכך, לא הייתה לקדור סיבה להתנגד לשמיעת העדות האמורה. עד כשר להעיד גם כשחלק מעדותו אינו קביל. בתי המשפט נוטים לבלבל בין מחסומי הראיות: הרדוף "חסיון עורך-דין וירטואלי", לעיל ה"ש 10; גם אם חלק מסוים אינו קביל ולא הושמעה התנגדות לגביו, אין בכך משום היתר לבית המשפט לבסס ממצאיו על חלק זה, בשעה שדיני הראיות מחייבים אותו להצביע על סוג של ראיה, שלא הוצגה לפניו. למעשה זו סוג של דרישת דיות, סוג של דרישה איכותית, ששום שתיקה או אי-התנגדות של מי הצדדים אינה יכולה לאיין.

<sup>155</sup> **יששכרוב**, לעיל ה"ש 4, פס' 63 לפסק דינה הנשיאה ביניש.

<sup>156</sup> לביקורת: הרדוף "חסיון עורך-דין וירטואלי", לעיל ה"ש 10, בעמ' 147-148.

<sup>157</sup> השופט הנדל הפנה להבחנה של כללי Daubert בין פלילי לאזרחי וכתב שהיא קשורה לפער הכוחות בין התביעה הפלילית לנאשם, וגם לחלוקת הנטלים: ענין **מצגורה**, לעיל ה"ש 24, פס' 21 לפסק דינו של השופט הנדל.

<sup>158</sup> למשל, ניתן לגרוס שהודאת נאשם במשפטו אינה אמורה לסיים את המשפט, משום שאינה מהווה ערובה אמיתית לאמתותה. למשל: ע"פ 556/80 **עלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לז(3) 169, פס' 5 לפסק דינו של השופט אלון (1983); הסיבה העיקרית לכך שהודאת נאשם מסיימת את משפטו אינה חזקה חלוטה שהיא מגלמת את האמת, אלא שזו שיטה יעילה ביותר לסיום משפטים. ניתן לסבור שראוי לשלוח כל נאשם שמודה לבדיקת פוליגרף, שתאשר את כנותו ותסיר את הספק שעשוי להתעורר בהמשך להודאת שווא. סביר שהמערכת לא תרצה בכך, הן מבחינה תקציבית והן מבחינת זמן ותדמית.

<sup>159</sup> להבחנה תיאורית בין משפט פלילי למשפט אזרחי באשר לטיב המקרים שבהם מבקשים להיעזר במומחים: KIELY, לעיל ה"ש 24, בעמ' 7-8.

<sup>160</sup> לניתוח שאלת הטעם להבחנה בין משפט פלילי לאזרחי בהקשר של הכלל הקובע אי-כשרות להעיד נגד בן משפחה, בחינה ופסילה של כל האפשרויות האמורות: הרדוף "בעל נגד אישה",



### 3. מי נפגע משילוב בהסכמה של פוליגרף בפלילי?

דרישת הסכמה פירושה שהראיה, הפעם, חיונית לדעת הצדדים, וכמוה גם כוחה המשוד. דהיינו שניים מהקשיים שנסקרו קודם – נחלשים. היש בסיס להבחנה החדה בין פלילי לאזרחי בענין שלפנינו? המוצדק לשלול את האפשרות להישען על בדיקת פוליגרף במשפט הפלילי – אפילו כשהיא בהסכמת הצדדים? ההתנגדות לקבילות הבדיקה אינה נובעת מערך חיצוני למשפט, דוגמת הרצון להגן על יחסים במשפחה. עיקרה נובע מהרצון להגיע לאמת העובדתית, בהנחה שהבדיקה אינה בהכרח משקפת את האמת. אם הבדיקה אינה משקפת את האמת, ואם בית המשפט יקבל הכרעה עובדתית שגויה בעקבותיה, קיימות שתי סכנות אפשריות, המוכרות היטב במשפט הפלילי: הרשעת חף וזיכוי אשם. הסכנה הראשונה אמורה להטרידנו יותר, כמשתקף מעקרון הספק הסביר.<sup>161</sup> הסכנה השנייה מטרידה אף היא, בהקשותה על השגת מטרותיו של הדין הפלילי. האומנם הוספת בדיקת הפוליגרף כראיה מוסכמת – מגדילה את אחת הסכנות האמורות?

ראשית, שאלה זו אינה ייחודית לפוליגרף. יש לה תחולה גם לגבי ראיות אחרות, מדעיות ותקשורתיות. קיימות שפע עדויות בעייתיות שהמדינה אינה פוסלת באופן גורף, אלא לכל היותר מציבה דרישות כאלו ואחרות כדי לקבלן או כדי לקבוע ממצא על פיהן: למשל תנאים לקבילות או דרישות דיות.<sup>162</sup> אלו כאלו באים לצמצם את הסיכון לקביעה עובדתית שגויה. עם עדויות בעייתיות אחרות מתמודד בית המשפט במישור המשקל והמהימנות בלבד: עליו לזהות אם בן משפחתו, מעבידו או שותפו לעבודה של בעל הדין – משקר.<sup>163</sup> אין ערובה ששמיעה וקבלה של עדויות מסוגים רבים אינה כרוכה בסכנות האמורות.

שנית, גם אם בדיקת הפוליגרף עשויה שלא להיות מדויקת, הרי שכמוה גם ההכרעה השיפוטית שללא הישענות על הבדיקה.<sup>164</sup> אין בסיס מדעי להנחה שלפיה ההכרעה השיפוטית, במיוחד זו שנוגעת למהימנות, מדויקת יותר גם ממכשיר מדעי

לעיל ה"ש 136, בעמ' 300–309.

<sup>161</sup> מנשה הרחיב על היחסים בין חשיפת האמת העובדתית לבין ההגנה על חפים, הדגיש והבהיר את חוסר ההתאמה בין השניים, והראה כיצד עקרון ההגנה על חפים מביא להתרחקות מודעת מהאמת, הטיה משפטית לעבר טעויות מהסוג הכואב פחות למערכת המשפט הפלילי: זיכוי אשמים: דורון מנשה "אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא – אנטומיה של יחסים מסובכים" **קריית המשפט** א 307 (2001).

<sup>162</sup> שם, בעמ' 307 ואילך; אסף הרדוף **אין להשיב לאשמה** בפרק 6 (2005).

<sup>163</sup> השו: ס' 2 לפקודת הראיות.

<sup>164</sup> אלעד כתב על הטיית גילוי השקר: האמונה שאנו מסוגלים לקבוע מתי אנשים משקרים ומתי הם אומרים אמת. ממצאו העיקרי היה שחוקרי משטרה כחולה ומשטרה צבאית לוקים בהערכת יתר לגבי יכולתם לאתר שקרים. תופעה זו אינה מיוחדת לחוקרים: איתן אלעד "הטיית שיפוט ההחקירה הפלילית" **משטרה וחברה** (5) 133, 140, 157 (2001).

שרחוק משלמות.<sup>165</sup> כלומר, השאלה החשובה, שהוזכרה לעיל, אינה אם הפוליגרף מדויק; אלא אם הוא מדויק יותר מהשופט. במובן זה, לא בטוח שהכלל האוסר על הגשת בדיקות פוליגרף מקדם או לפחות עקיב לאסטרטגיית ההכרעה בפלילים. תורת המשחקים, כפי שאראה בהמשך, מרמזת שדווקא חפים יחפצו בבדיקה ולהם יש מה להרוויח ממנה.

שלישית, ברגע שעסקינן במשפט עצמו, תחת דרישה שהנאשם יהיה מיוצג, אין סיבה להחליט עבורו באופן גורף שאין לו כל אפשרות להיבדק בפוליגרף כחלק מההליך המשפטי בענינו.<sup>166</sup> האוטונומיה שלו בניהול הגנתו נוגעת לשפע החלטות ובכללן החלטות ראייתיות, כאשר לאופי הצגתן של ראיות, ההתנגדות שתוצג לאחרות ועוד. האוטונומיה שלו נוגעת אף לשאלת התגובה לאישום, לשאלה אם יודה או יכפור ובמה בדיוק. גדר הכפירה תלוי בו, תוחם את ההוכחות ועשוי להכריע את המשפט לאמת או שקר, צדק או עוול. עדיין אין חולק שזכותו של הנאשם להגיב לאישום כפי שימצאו לנכון הוא וסנגורו.<sup>167</sup>

במובן זה לפוליגרף יש פוטנציאל להיבדל מראיות מדעיות אחרות. מרבית הבדיקות המדעיות במשפט הפלילי מוצגות כראיות **מטעם רשויות האכיפה**, גם אם במקרים מסוימים הן עשויות לשמש כטענת הגנה כלשהי. טביעות אצבע, בדיקות דנ"א, בדיקות סמים או אלכוהול, בדיקות בליסטיות – כולן נרתמות כדרך שבשגרה בידי רשויות החקירה כדי להקים שרשרת הרשעה שראשיתה בשחזור הפיזיות של האירוע הפלילי וסופה בנאשם. מומחי הבדיקות האמורות צומחים באופן טבעי ברשויות האכיפה.<sup>168</sup> להם הגישה הטובה ביותר ולעתים הייחודית לראיה.

בדיקת הפוליגרף שונה. הקשר שלה לאירוע הפלילי אינו פיזי אלא מנטלי. כל אחד יכול להזמין. באופן כללי מומחים ומדענים הם עדים שבהגדרה הם בני תחליף;

<sup>165</sup> סנג'רו כתב שיש להודות, שהשופטים אינם מסוגלים להבחין בין אמת לשקר, במיוחד ברמת דיוק שאמורה לאפשר הרשעה על סמך עדות יחידה, והפנה למחקר שהראה שהשופטים האמינו ל-73% מהודאות השקר שהוגשו להם והרשיעו על בסיסן: סנג'רו **הרשעת חפים מפשע**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 176; אמנם הרצינול להצבת דרישת התוספת הראייתית להרשעה הוא מתן הגנה נוספת לנאשם מפני נטייה שיפוטית להישען על ראיות שחשודות באופן מובנה כבלתי מהימנות: הרדוף **אין להשיב לאשמה**, לעיל ה"ש 162, בעמ' 158–159.

<sup>166</sup> בן שחר, בר-הלל וליבליך, שהתנגדו לקבלת בדיקת הפוליגרף בהליך משפטי, הביעו חשש מ"ספירה כפולה": חשוד שלא הצליח לספק אליבי וגם נמצא דובר שקר. לפיכך הציעו להפריד את הבדיקה מיתר שלבי החקירה: לעיל ה"ש 53, בעמ' 287.

<sup>167</sup> פישר כתבה שאין להעדיף את הרצון להגן על ההליך הפלילי על פני ההכרה באוטונומיה של הנאשם: טליה פישר "גבולות השליטה של הצדדים בהליך הפלילי" **עיוני משפט** כט(2) 377, 436, 438 (2006).

<sup>168</sup> סנג'רו כתב שרכישת המיומנות המקצועית במעבדה לזיהוי פלילי נעשית בגופים שקשורים למשטרה ולתביעה: סנג'רו **הרשעת חפים מפשע**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 136; ליסיצין תהתה אם מדע שפותח במיוחד עבור ליטיגציה הנו אמין: LISSITZYN, לעיל ה"ש 18, בעמ' 101–103.

בנוגע לפוליאגרף, ההיצע אינסופי ומתחדש, משום שהמשאב הנדרש לעריכת הבדיקה, לבד מכסף כמובן,<sup>169</sup> הוא רק העד הרלוונטי. כשמדובר בנאשם, כל שעליו לעשות הוא להתייצב במכון או להזמין את הבדיקה אליו; כך גם כשמדובר בעד תביעה. להבדיל, בדיקות מדעיות אחרות כרוכות במשאבים שהם מעבר לשאלות כלכליות, שאלות שעשויות להיות בעלות חשיבות רבה. למשל בדיקת דנ"א או בדיקת טביעות אצבע הן כאלו שלעתים מצריכות גישה לזירת האירוע הרלוונטי, בזמן הרלוונטי, ולעתים גם למאגר מידע המצוי בידי הרשויות בלבד; בדיקה בליסטית לקליע מצריכה את הקליע או את כלי הנשק, שצפויים להימצא בידי רשויות החקירה.<sup>170</sup> אין זה סביר שכראיות הם ימצאו דרכם לידיים פרטיות,<sup>171</sup> ואפילו היכולת של מומחים פרטיים לבחון את הראיות הללו לעתים מצטמצמת, מוגבלת או מותנית.<sup>172</sup> לא כן פוליאגרף. במגבלות אפשריות של כסף וחירות,<sup>173</sup> כל נאשם יכול להיבדק, משום שמה שעומד על הפרק לצורך הבדיקה הנדונה הוא הנאשם עצמו, ולא משאב בלתי זמין. אולי זו אחת הסיבות שהפוליאגרף מעורר התנגדות מערכתית עזה במשפט הפלילי דווקא: חשש הצפה, חשש מקופוניה, שמרוב פוליאגרף, לא נשמע דבר. בעיקר כשמי

<sup>169</sup> טיילור תהה אם מחירה הגבוה של הטכנולוגיה הפורנזית מתיר גישה לראיות לעשירים בלבד: Taylor, לעיל ה"ש 38, בעמ' 8.

<sup>170</sup> כדורים ותרמילים כוללים סימונים מאפיינים שמזהים את הנשק שממנו נורו, בהשוואת הכדור/התרמיל עם כדור/תרמיל מבחן שנורה מאותו נשק חשוד. ההסתברות המתמטית לשכפול סימני הכדור על כדור מנשק אחר כה נמוכה, עד להתרת ההנחה שאינה אפשרית: Fred E. Inbau, *Firearms Identification--Ballistics*, 89 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1293, 1294–1295 (1999).

<sup>171</sup> ככל שטיב הראייה להישמר ולהיות זמינה ויציבה, גדל הפוטנציאל שלה להיבדק גם בידי ההגנה. למשל, הדנ"א, שלרוב משמש לזיהוי פושעים והרשעתם, הוא ראיית-זהות חזקה ופיזית, שנותרת יציבה וזמינה לבחינה מחדש זמן רב לאחר המשפט: Edward K. Cheng, *Reenvisioning Law through the DNA Lens*, 60 N.Y.U. ANN. SURV. AM. L. 649, 649–650 (2005); Eckroth, לעיל ה"ש 41, בעמ' 437; ראיות דנ"א מסוימות ניתנות לשימוש לטיהור חשודים חפים: Sally E. Renskers, *Trial by Certainty: Implications of Genetic "DNA Fingerprints"*, 39 EMORY L.J. 309, 321 (1990); Daniel S. Medwed, *Up the River without a Procedure: Innocent Prisoners and Newly Discovered Non-DNA Evidence in State Courts*, 47 ARIZ. L. REV. 655, 656 (2005); בקרדוזה תיעד 183 טיהורים מאשמה על בסיס דנ"א: Matthew J. Mueller, *Rejecting Federal Habeas Corpus as the Best Avenue for Addressing Claims of Innocence Based on DNA Evidence*, 56 CATH. U. L. REV. 227 (2006).

<sup>172</sup> השו"ב בש"פ 6695/11 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 27.9.2011).

<sup>173</sup> מבחינה כספית, בדיקת פוליאגרף זולה בהרבה מבדיקות מדעיות אחרות. מבחינת חירות, ברור שנאשם המצוי במעצר יתקשה לערוך בדיקת פוליאגרף: רינת קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" עלי משפט ג 405, 448–451 (2004); ענין חסיד, לעיל ה"ש 32; ענין דלו, לעיל ה"ש 32.

שמבקשת להשמיע היא ההגנה ולא התביעה.<sup>174</sup> כמפורט בהמשך, דרישת הסכמה תסיר גם את החשש הזה.

#### 4. פוליגרף בהסכמה בפלילי: האומנם יסכימו?

בישראל הדיום, באופן גורף וכוללני, בדיקת פוליגרף אינה מתקבלת כראיה במסגרת בירור אשמת הנאשם. יש לפחות סיבה טובה אחת להימנע מפתחה רחבה וכוללת של שערי המשפט הפלילי לראיה של בדיקת פוליגרף: אופן הבדיקה והיעדר הסטנדרטיזציה. בלי הסדרת התחום, התופעה של "הזמנת תוצאה" תהפוך את הפוליגרף לראיה שקרובה לחסרת משמעות: כל צד יגיש בדיקה משלו ובית המשפט יעמוד בפני שתי ראיות "מדעיות" מאותו סוג, כשהאחת אומרת שחור והשנייה לבן. דהיינו, החשש הוא מ"שכירי חוות דעת".<sup>175</sup> גם לאורו, נכון לעת הזו ודאי אין להורות על פתיחה מוחלטת של היכלי המשפט הפלילי לבדיקת פוליגרף בידי אין ספור מומחים פרטיים.

עדיין אין הכרח לגזור מכך סגירה מוחלטת, כפי שנעשה עד כה בישראל. בשימוש הולם וזהיר, הפוליגרף עשוי לסייע בזיהוי כנותם של דוברים ולספק ראיה יקרת ערך שתגביר את הסיכוי להגעה לאמת בהליך הפלילי, שאינה תמיד בהישג ידו של בית המשפט. הפוליגרף, ככלל ובהפעלה נאותה, בידי מומחה שאינו צד לענין או שכירו,<sup>176</sup> זוכה לקרדיט ציבורי כמכשיר שנוטה להגיע לתוצאות מדויקות, במובן שאמינות היא סלע קיומו, אין לו טעם בלעדית, ולא בכדי שלל של גורמים נכבדים ורציניים משתמשים בו, בעולם<sup>177</sup> ובישראל,<sup>178</sup> וניתן אף למצוא איתותים עדכניים

<sup>174</sup> מרבית הדיונים שנערכו בארצות הברית בנוגע לקבילותה של בדיקת הפוליגרף בהליך הפלילי היו כשהנאשם ביקש להגיש מטעמו בדיקת פוליגרף: LISSITZYN, לעיל ה"ש 18, בעמ' 283.

<sup>175</sup> כדבריו הגלויים כתמיד של השופט רובינשטיין: "מסופקני אם יש שופט הון בתיקי רשלנות רפואית שלא חלפה בו מחשבת כפירה כאשר למומחים רפואיים הנשכרים על ידי הצדדים, ובלא לפגוע בפלוני או אלמוני אישית בתיק זה או אחר, הריהם לא אחת שכירי חוות דעת; ומכל מקום על בית המשפט להציב "מקדם חשדנות" – מבלי לפגוע – באשר לחוות הדעת, אך יכולתו לבור את הבר מן התבן מוגבלת. האופציה במצב הקיים היא מינוי מומחה או מומחים מטעם בית המשפט, ולטעמי צריך שיתמנו לעניין זה אך מומחים שאינם נותנים חוות דעת פרטיות": ע"א 4330/07 אוריאל נ' מדינת ישראל, פס' כ"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.3.2009); וכן ענין ע"פ 5582/09, לעיל ה"ש 74, פס' 146 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>176</sup> לאור חשדנות במומחים פרטיים, הציע רובינשטיין מינוי מומחה מטעם בית המשפט: ענין אוריאל, לעיל ה"ש 175, פס' כ"ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

<sup>177</sup> ליסיצין תהתה מדוע הפוליגרף נתפס כמהימן לצורכי סינון עבודה ממשלתי, חקירות המשטרה והבולשת הפדרלית ועוד, אך לא במשפט פלילי: LISSITZYN, לעיל ה"ש 18, בעמ' 285, 292–293; גם אחרים ציינו שהפוליגרף מצוי בשימוש רחב מחוץ לבתי המשפט, בהליכים לקראת ההעסקה ובביקורת לעובדים, כמו גם בחקירות הבולשת הפדרלית: Daniel D. Langleben and

שבית המשפט העליון הישראלי רואה בבדיקה כענין רציני, לפחות בהקשרים חשובים מסוימים של ההליך הפלילי.<sup>179</sup> המכשיר אינו מציע טכניקת זיהוי או התאמה בין א' ל-ב', כטביעות אצבע, בדיקה בליסטית או בדיקת דנ"א, אלא בוחן כנות. אם במשימה זו היה כושל מלהגיע אפילו למאזן הסתברויות או להטלת מטבע, סביר להניח שלא היה מתקיים, או שהיה מתקיים בתפוצה נמוכה למדי. השוק, המשפט האזרחי ורשויות האכיפה נשענים עליו בשלל הקשרים. דומה שחרף הדגל המשפטי האדום, הפוליגרף נתפס כאמין במידה רבה יותר מכפי שהוא נתפס כבלתי אמין; אלא שהוא אינו נתפס כאמין מספיק ככלי משפטי שגור. עדיין, אם התפיסה משקפת את המהות, הרי שאפילו מכשיר המספק תשובות מדויקות ברמה של 60% עשוי לסייע להכרעה במקרים המתאימים.

---

Jane Campbell Moriarty, *Using Brain Imaging for Lie Detection: Where Science, Law, and Policy Collide*, 19 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 222, 223 (2013) למעשה, הפוליגרף הנו כה פופולרי, עד שבשנת 1988 הקונגרס חוקק חוק כדי להגביל את השימוש הגבוה בפוליגרף במקומות עבודה: The Employee Polygraph Protection Act (EPPA). על ההיסטוריה של החוק ותכניו: Barnhorn & Pegram, לעיל ה"ש 19, בעמ' 142, 153-170.

<sup>178</sup> בישראל, המשטרה נעזרת בבדיקות פוליגרף במהלך חקירות ולעתים מסיקה שאדם אינו קשור לעברה בעזרתה, גם בתיקים חמורים: ענין ע"פ 5459/09, לעיל ה"ש 41, פס' 3 לפסק דינו של השופט עמית, גם ההחלטה של הפרקליטות לשנות את עילת הסגירה של תיק נקשרת לא אחת בתוצאות בדיקת פוליגרף שנערכו לחשוד במיוחד לשם כך: ענין קבלרו, לעיל ה"ש 95; בג"ץ 69/15 גדג' נ' משטרת ישראל, פס' 2-4, 10 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 5.1.2016); גם החלטות על מעמד עד מדינה נקשרו בעמידה בהצלחה בבדיקת פוליגרף: ע"פ 5975/14 אגבריה נ' מדינת ישראל, פס' 19 לפסק דינו של השופט עמית, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 31.12.2015); גם גופים ציבוריים אחרים וגופים פרטיים משתמשים בבדיקות פוליגרף להסקת מסקנות בהליכים פנימיים, לבקרה ולפיקוח: בג"ץ 1485/15 פורמן נ' צבא הגנה לישראל, פס' 2 לפסק דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 20.4.2015); בג"ץ 2639/15 עוף ירושלים מהדרין בע"מ נ' הרבנות הראשית לישראל, פס' 3 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 1.7.2015); רע"א 1481/15 שיטת בלסקי – המרכז הישראלי לאימון בע"מ נ' בן שמעון, פס' ב' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 21.5.2015).

<sup>179</sup> לאחרונה נדחתה עתירתו של חשוד לשנות את עילת סגירת התיק שלו. המענין הוא שבמסגרת הדיון בעתירה, מי שהציע שתיערך לעותר בדיקת פוליגרף, במסגרתה יישאל על העברות המיוחסות לו, היה דווקא בית המשפט העליון. העותר השיב בחיוב. המדינה דחתה את ההצעה, מטעם שהפוליגרף "לא יכול להתגבר על שאר הדברים הקיימים בתיק" ומחשש להשלכות רוחב אפשריות. בדיון מאוחר שב בית המשפט העליון על הצעתו והפעם המדינה נעתרה. בדיקה לא נערכה בסוף, בגין אי-הסכמת הצדדים אם תיערך לעותר חקירה משטרתית נוספת לפניה. לבסוף נדחתה העתירה, כשבית המשפט נשען בהנמקתו, בין היתר, על הליך מקדים לבדיקת פוליגרף שנערך לעותר וממנה עלה שהוא הודה במעשיו ולפיכך נתיירתה הבדיקה: בג"ץ 4372/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 2-4, 8, 17 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 17.12.2015).

פסילתה המוחלטת של הבדיקה כראיה – אינה ראויה בעולם שמכבד את האוטונומיה של הצדדים בניהול המשפט או בעולם שמכיר במגבלות השיפוטיות בהגעה לאמת. השאלה היא אם הצדדים הנוגעים בדבר מסוגלים להסכים עליה. הסכמת הצדדים היא המתכון לשילוב הפוליגרף בהליך האזורי; הסכמה שכזו נדמית כמתכון הרצוי לשילוב מווסת והדרגתי של בדיקת פוליגרף בהליך הפלילי,<sup>180</sup> כזה שמטבעו לא יעורר התנגדות עזה בקרב שחקני המשפט הפלילי,<sup>181</sup> כזה שקורה במדינות שונות בעולם.<sup>182</sup> האומנם ניתן להעלות על הדעת הסכמה כאמור? תורת המשחקים מראה שכן.

## 1. פוליגרף בפלילי ותורת המשחקים

### 1. תורת המשחקים

תורת המשחקים, תורה של קבלת החלטות במצבים מורכבים, בוחנת כיצד צריך לקבל החלטות ובמידה פחותה – כיצד אכן מקבלים אותן.<sup>183</sup> מדובר בחקר של העדפות שוק שהתפתח בהקשר הכלכלי, בנוגע למצב שבו מבינות חברות שהתנהגותן משפיעה על התנהגות המתחרים ושל תוצאת השוק הסופית.<sup>184</sup> העיסוק הוא במצב חברתי שמערב שני שחקנים או יותר, שמקושרים או תלויים הדדית.<sup>185</sup> תורה זו, שאת יסודותיה סיפקו נומן ומורגנשטרן (Neumann and Morgenstern),<sup>186</sup> מזיזה את מוקד הניתוח

<sup>180</sup> חוק הראיות המוצע, לעיל ה"ש 37, בעמ' 142, 153, שם הוצע לכתוב: "בעל דין לא יישמע בטענה שראיה של בעל דין יריב אינה כשרה אם בשעת הבאתה הסכים או לא התנגד להבאתה".  
<sup>181</sup> להצעה לשילוב הפוליגרף במשפט הפלילי גם ללא הסכמת הצדדים, אלא בהתאם לעמדת הנאשם: זגורי וזגורי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 250; הדבר מתיישב עם דברי סנג'רו, שראוי להתיר ראיות כאופן ליברלי, גם אם אינן קבילות ברגיל, כשהן תומכות בעמדת הנאשם. הוא המחיש בהפניה לבדיקת פוליגרף התומכת בחפות הנאשם: סנג'רו **הרשעת חפים מפשע**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 167.

<sup>182</sup> זהו המצב בניו מקסיקו לאחר שבית המשפט העליון מצא שהבדיקה עומדת במבחן הראיה המדעית: LISSITZYN, לעיל ה"ש 18, בעמ' 283, 302; זהו המצב גם במדינות נוספות, מכוח חוק מפורש או פסיקה: פינק ורובינס, לעיל ה"ש 15, בעמ' 308, ה"ש 50.

<sup>183</sup> MORTON D. DAVIS, GAME THEORY – A Nontechnical Introduction 3–4 (revised ed. 1983).

<sup>184</sup> הנחה מکرעת של מודלים של תורת משחקים בהקשר זה הייתה שחברות מתנהגות בצורה לא שיתופית, קרי: אין שיתוף פעולה או תיאום. תורת משחקים הפיקה מודלים שמסוגלים (לא תמיד בהצלחה) לחזות שיווי משקל כלכלי: Joseph Kattan and William R. Vigdor, *Application of Game Theory to Antitrust: Game Theory and the Analysis of Collusion in Conspiracy and Merger Cases*, 5 GEO. MASON L. REV. 441, 444–445, 448 (1997).

<sup>185</sup> FRANK C. ZAGARE, GAME THEORY – CONCEPTS AND APPLICATIONS 7 (1984).

<sup>186</sup> JOHN VON NEUMANN AND OSKAR MORGENSTERN, THEORY OF GAMES AND

מסביבה סטטית, שבה אנשים פשוט מגיבים לסביבתם, לסביבה אסטרטגית, כשהסביבה של כל שחקן תלויה באופן מרכזי בתגובות האחרים. כך מוצע הסבר עשיר להתנהגות אנושית. התורה מאפשרת לתאר ולחזות התנהגות אסטרטגית, ולנתח בצורה לוגית מצבים של עימות ושיתוף פעולה. אסטרטגיה בתורת המשחקים פירושה תוכנית שלמה כפי האפשר, שתתאר מה השחקן יעשה בכל תרחיש.<sup>187</sup> למשחק שלושה רכיבים: חלופות פעולה, פוטנציאל של היעדר ידע, ופונקציה של תגמול.<sup>188</sup> האסימטריה של מידע היא רכיב חשוב במשחק.<sup>189</sup> ההחלטה איזה מסלול פעולה לבחור היא האסטרטגיה של השחקן. התגמול מייצג את הערך של התוצאה עבור השחקן ולעתים נמדד ביחידות תועלת. תגמול של שחקן הוא השווי של התוצאה שנגרמת כתוצאה משימוש באסטרטגיה מסוימת. משתנים נוספים במשחקים שכאלו כוללים את הרמה והסימטריה של המידע הנגיש לכל שחקן, מספר הפעמים שהמשחק משוחק ומספר השחקנים במשחק. במצטר, יוצרים המשתנים הללו את כללי המשחק, שבתורם מגדירים את התנאים שבהם שחקנים מתפקדים במשחק: מי יכול לעשות מה ומתי.

כמה הנחות בסיסיות מפשטות את המשחק ובראשן ההנחה שכל השחקנים הם רציונליים: בהינתן שתי חלופות, שחקן יבחר בזו שתביא לו יותר תועלת. בהינתן אמונתו על הסביבה, השחקן הרציונלי ממקסם את הפונקציה האובייקטיבית שלו. רציונליות מכוונת לבחירת השחקן לשם השגת התוצאה המועדפת עליו, בהנחה שהשחקנים האחרים יפעלו באופן דומה. השחקנים מוחזקים כמסוגלים להעריך ולהשוות את ההשלכות של התוצאות ולייחס להן תועלת מדרגה שונה, שמתקשרת להעדפותיהם.<sup>190</sup> הנחה זו לעתים מבוקרת בגין הפחתת יכולת החיזוי של המודל.<sup>191</sup>

.ECONOMIC BEHAVIOR (1944)

187 DAVIS, לעיל ה"ש 183, בעמ' 6-7.

188 GUILLERMO OWEN, GAME THEORY (2<sup>ND</sup> ED. 1982)

189 מוק ציין שמשחקים של מידע בלתי מושלם יובילו באופן כללי לאיתות: William B.T. Mock,

*Game Theory, Signalling, and International Legal Relations*, 26 GEO. WASH. J. INT'L

L. & ECON. 33, 38 (1992)

190 ZAGARE, לעיל ה"ש 185, בעמ' 7, 12.

191 Van N. Nguy, *Using Architectural Constraints and Game theory to Regulate*

*International Cyberspace Behavior*, 5 SAN DIEGO INT'L L.J. 431, 456-457 (2004)

ביאר שבאופן מסורתי, יש שלוש דרכים לבנות משחק. הצורה הנרחבת (extensive form) מתארת את המשחק במפורש. היא כוללת את רצף הצעדים, כל מצבי המידע האפשריים, והבחירות בשלבים שונים של כל השחקנים במשחק. הצורה הנורמלית/האסטרטגית משמטה רבים מהפרטים האמורים וחלף זאת מתמקדת בהיבטים האסטרטגיים של המשחק והתוצאות המיוצגות בידי התגמולים המקושרים, תוך הזנחת המבנה הדינמי של המשחק. הצורה הקואליציונית (coalitional form) היא תיאור של אינטראקציות חברתיות במקום שבו הסכמים מחייבים ניתנים ליצירה ולאכיפה. מודל זה מאפשר לקבוצות של שחקנים ליצור קואליציות ולעתים קרובות הוא מועיל בניתוח בעיות הפצה ובמצבים שבהם לשחקנים מרובים עשויות

## 2. תורת המשחקים וההליך הפלילי

בעשורים שחלפו מאז כינונה התפתחה תורת המשחקים בהיבטי כלכלה וכספים, פסיכולוגיה, ביולוגיה, מדעי המדינה ומשפטים.<sup>192</sup> יותר ויותר מלומדים משתמשים בה כדי לנתח ולפתח תיאוריות משפטיות. שדות רחבים מנותחים, לרבות משפט חוקתי, פשיטת רגל, התנהגות של קדם משפט, הליך אזרחי, דיני משפחי, דיני חוזים, דיני תאגידים, דיני נזיקין ומשפט בינלאומי: התחממות כדור הארץ, אמנות, כלכלות בינלאומיות ועימותי מעצמות.<sup>193</sup> התורה זכתה ליישום גם בנוגע למשפט הפלילי.

זיידמן ושטיין (Seidmann and Stein) הציגו ניתוח מפורט של החלת תיאורית המשחקים בנוגע לזכות השתיקה ולהעדת נאשם במשפטו. הם טענו שהזכות לשתיקה מועילה להבחין בין אשמים לחפים ביוצרה אפקט שמגביר את האמינות של חשודים חפים. הזכות נותנת לאשם חלופה מושכת לחיקוי חשודים חפים באמצעות שקרים, שמעמעמים את ההבדלים בין החף לאשם וכך מפחיתים את האמינות של חשודים חפים. אלמלא זכות השתיקה, לחשודים אשמים היה תמריץ גדול יותר לשקר.<sup>194</sup> לגישתם, תורת משחקים מתאימה במיוחד לנתח כללים שחלים בנוגע לחקירה ומשפט פלילי, בהתמקדה בבחירה רציונלית של אדם במצב אסטרטגי ובחייה את כל מי שמציע שינוי להתחשב בדרך שיגיבו השחקנים אליו. כל הצדדים להליך הפלילי מודעים לרכיבים האסטרטגיים של ההליכים הפליליים ויודעים שהאינטרסים שבנדון חשובים.<sup>195</sup>

זיידמן ושטיין הדגישו את האסימטריה של מידע בין חשודים אשמים לבין שחקנים אחרים. חשודים אשמים יודעים שהם ביצעו את הפשעים בהם הם נחשדים, בעוד חשודים חפים יודעים שלא ביצעו כאמור. להבדיל, המשטרה אינה יכולה להבחין אשמים מחפים. אשמים עשויים לדעת גם על ראיות נוספות שהמשטרה אינה יודעת. מאפיין נוסף של חקירה שמתאים לתורת משחקים הוא שחשודים אינם יודעים אילו ראיות יש למשטרה. חקירה היא משחק עם מידע אסימטרי. המשחק

להיות אסטרטגיות רציונליות מקבילות: שם, בעמ' 461.

Eric Talley, *Interdisciplinary Gap Filling: Game Theory and the Law*, 22 LAW & SOC. INQUIRY 1055, 1055 (1997).

אף על פי כן, נכתב, שתורת המשחקים נותרת מודל מתמטי הנשען על הנחות שלא בהכרח משקפות את העולם האמתי: Nguy, לעיל ה"ש 191, בעמ' 455. כוונתו בעיקר להנחת הרציונליות, שהוזכרה לעיל.

Daniel J. Seidmann and Alex Stein, *The Right to Silence Helps the Innocent: A Game-theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege*, 114 HARV. L. REV. 430, 433 (2000); Gordon Van Kessel, *Quieting the Guilty and Acquitting the Innocent: A Close Look at a New Twist on the Right to Silence*, 35 IND. L. REV. 925 (2002).

Seidmann and Stein, שם, בעמ' 441-442.



גורם חסרון לאשם: עליו לרמות כדי לאותת על חפות, ועל המשטרה לגלות את המרמה. כדי לרמות בהצלחה, האשם צריך לדעת אלו קלפים יש למשטרה, והיא מנסה להסתירים.<sup>196</sup> זיידמן ושטיין התמקדו בהתנהגות החשוד בחקירתו. בעקבות הניתוח שלהם נערכו בישראל גם ניתוחים הנוגעים להעדת נאשם לעומת שתיקתו.<sup>197</sup>

### 3. תורת המשחקים ובדיקת הפוליגרף במשפט הפלילי

#### 3.1. ה"משחק" הפלילי

בהנחת רציונליות של השחקנים, תורת המשחקים מבקשת "לזקק במודלים שיטתיים טיעונים של השכל הישר".<sup>198</sup> האם ניתן לזקק טיעונים כאמור בנוגע לשימוש בבדיקת הפוליגרף במשפט הפלילי? ניתן.

ה"משחק" הפלילי מורכב משחקנים שונים: תביעה, הגנה ובית משפט. לשחקנים חלופות פעולה מגוונות בנוגע להליך הפלילי: ההגנה יכולה להודות או לכפור, התביעה יכולה למחוק או להוסיף אישומים, ושתיהן יכולות לנהל את ההליך באופן מגוון מאד, שצרה היריעה מהכיל את קצה קצהו. לאור הגיוון בדרכי הפעולה האפשריות ולאור חופש הבחירה הרחב יחסית של כל אחת, שתיהן מחזיקות בפוטנציאל גבוה מאד של היעדר ידע: מה בדיוק יעשה הצד השני וכיצד יגיב בית המשפט, וכמובן כיצד יסתיים ההליך. גם בית המשפט אינו יודע כיצד בדיוק ינהגו הצדדים שלפניו ואם יצליח לחשוף את האמת, כמו גם אם הצדדים ייצאו מסופקים מהחלטתו, מה שיפחית את הסיכוי שיערערו על החלטתו. המשפט כולל כמובן גם פונקציה של תגמול: הנאשם עשוי לחלום על זיכוי מוחלט ופיצוי, והתביעה על הרשעה מלאה וענישה הולמת. בית המשפט, מצדו, אינו זוכה בתגמול שכזה, אך עשוי לזכות בתגמול של הפחתת הסיכוי לערעור ולבקרה שיפוטית שתהפוך את החלטתו, ודומני שידיעה שיפוטית היא, ששופטים אינם מרוצים מהפיכת החלטותיהם בערכאת הערעור.

אם כן, התנאים להחלת תורת המשחקים – מתקיימים. כיצד ניתן להחיל את תובנות התורה לגבי שימוש אפשרי בפוליגרף במשפט הפלילי?<sup>199</sup> יש בסיס להנחת

<sup>196</sup> שם, בעמ' 442–443.

<sup>197</sup> הרדוף אין להשיב לאשמה, לעיל ה"ש 162, בעמ' 28–30, 37; אור בסוק "מקרים קשים מולידים הלכה גרועה, אך הלכה גרועה מולידה מקרים קשים" – על השלכותיה של הלכת יוסף "משפט וצבא יח 77, 98–106 (2005).

<sup>198</sup> בסוק, לעיל ה"ש 197, בעמ' 104–105.

<sup>199</sup> יודגש, שאיני מכוון לתורת משחקים מסוג דילמת האסיר; זו מתקיימת כששני צדדים רודפים אחר האינטרסים האישיים שלהם ופועלים באופן רציונלי ואנוכי, מה שמביא לכך ששני הצדדים מגיעים לתוצאות פחות טובות מאשר בשיתוף פעולה ובקשת האינטרס הקבוצתי: Christopher

הרציונליות בנוגע לניהול המשפט, המוטל על כתפיהם של שלושת השחקנים שלעיל, שלושתם בעלי השכלה משפטית פורמלית שלצדה, יש להניח, ניסיון מקצועי. כיצד יכולה בדיקת פוליגרף לעשות את דרכה אל שולחן בית המשפט? ברי שהתביעה לא תסכים להגשת בדיקת פוליגרף מוכנה שערך הנאשם באופן פרטי, כפי שהנאשם אינו צפוי להסכים להגשת בדיקת פוליגרף מוכנה שמבקשת התביעה להגיש. בשלב המשפט בדיקה כאמור כבר תהיה סופית ועם שורה תחתונה ידועה, שתתמוך בצד כזה או אחר. עבור הצד שלא ערך את הבדיקה יהיה זה בלתי רציונלי להסכים להגשתה, משום שפירושה פגיעה צפויה במערך ראיותיו. הפוליגרף, כזכור, הוא מכשיר זמין כמעט לכל נאשם. במקום שירות שניתן אך ורק לרשויות האכיפה, בדיקת הפוליגרף היא מצרך שניתן לכל דורש, בהקשרים רבים. הדבר מביא לפריחה עסקית, שמצדה עשויה להביא, במקום מצרך, למתן שירות; שירות שהוא לטובת הלוקח ולא בהכרח נאמן למקצועיות או לאמת. במצב הדברים היום, קיים רושם שצד יכול להזמין תוצאה מסוימת בבתי מכון מסוימים. לפיכך, מדובר בראיה שהצד השני צפוי להתנגד לה ביתר שאת, במיוחד כשתוצאתה ידועה. שילוב של תוצאה ידועה ושילית עבור אחד הצדדים, לצד הסברה שקיימים בתי מכון מוכוונים תוצאה, יביא להותרת הפוליגרף מחוץ למשחק.

כיצד בכל זאת ניתן להכניס את הפוליגרף לתמונה? יש לנטרל את שני המרכיבים האמורים: **התוצאה הידועה** מצד אחד; והסברה בדבר קיום **תוצאה מוזמנת** מצד אחר.<sup>200</sup> מתי זה אפשרי? ברוב המקרים, אין זה אפשרי. אחל מחלוקה לפי שלב המשפט ואמשיך לסוג המשפט וסוג הצדדים.

### 3.2. שלבים אפשריים להגשת בדיקת פוליגרף

**החקירה המשטרית:** לכאורה זהו עיתוי ראוי להפעלת הבדיקה, משום שניתן להשתמש בטכניקה המוערכת של פח"מ, שתוארה בראשית המאמר, באשר לעתים קיימים פרטי חקירה מוכמנים שרק האשם יודע; ומאוחר יותר, לאחר העיון בחומר הראיות מטעם ההגנה, טכניקה זו לא תהיה עוד אפקטיבית (אלא אם יתגלו לרשויות במהלך המשפט פרטים חדשים, ואז ניתן יהיה להגיע להסכמה על בדיקה שתוגש לבית המשפט). שונה המצב בשלב החקירה המשטרית. בשלב זה **בית המשפט** אינו צפוי להיות מעורב בהסכם לקבלת הבדיקה של החשוד בהמשך התיק ובוודאי שאינו

R. Leslie, *Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability*, 31 IOWA J. CORP. L. 453, 455-456 (2006).

<sup>200</sup> בעיה גדולה עם הלכת Frye הייתה מניעה גורפת של הפוליגרף. דרישת ההתניה (stipulation requirement) נועדה להיות פתרון פרקטי לקושי של השופט להבטיח בודק מוכשר ובדיקה נאותה, מצד אחד, ולחסוך זמן ודיונים בבית המשפט על טכניקות בדיקה, מצד אחר: Viglucci, לעיל ה"ש 16, בעמ' 330-331.

מעוניין ואף אינו מוסמך לכבול את עצמו להמשך הדרך, מבחינת קבלת ראיות כאלו ואחרות. מעורבותו בשלב החקירה – מינורית למדי עד אפסית, הוא אינו צפוי ואף אינו מוסמך לקבוע הסדרים ראייתיים עבור כתב אישום שטרם נולד.

**התביעה** אינה צפויה להיכבל בהסכם, משום שעדיין אינה יודעת את מצבה הראייתי ואין לה סיבה להכריע בהסתמך על עדות החשוד בלבד.<sup>201</sup> אין זה סביר לצפות להסכמה מצדה לעריכת בדיקה, אם לטעמה יש לה די ראיות משכנעות המצביעות על אשמה. למשל אם החשוד משתף פעולה ומודה בחקירתו, התביעה אינה צפויה להגיע עמו להסדרים ראייתיים. אם הוא כופר והיא סבורה שהוא אשם ומשקר, סביר שתתור אחר ראיות אחרות, במקום להסכים לאפשרות הסטטיסטית הבלתי סבירה שהוא יגבר על המכשיר ובזאת יסתיים ההליך. במובן הזה, דומה שספק באשר לאשמתו צפוי להביא את התביעה להסכים לעריכת בדיקה בתום שמיעת הראיות כולן יותר מאשר בראשית הדרך.

בשלב החקירה **החשוד** אינו יודע אילו ראיות יש לתביעה. חשוד אשם ששינתף פעולה והודה ודאי לא יבקש להיבדק. חשוד אשם שמשקר או שותק צפוי להימנע בשלב זה מבדיקה, שכן הסיכון המוטל גבוה מדי, מערך הראיות המצוי בידי התביעה אינו נהיר לו בשלב זה ואין לו סיבה לספק לה ראייה פוטנציאלית נוספת. ההימור כבד עבורו. להבדיל, ייתכן שחשוד חף ירצה להיבדק, שכן הזמן יקר לו והאמת ידועה לו, וכל זאת בתנאי שהוא בוטח בבדיקה **יותר** מאשר בהגעת המשטרה לאמת בלעדיה. לסיכום, בשלב שלפני ההעמדה לדין בדיקה בהחלט עשויה להיערך במצבים מסוימים, לדוגמת תיקים של מילה מול מילה. הבדיקה עשויה להשפיע על החלטת התביעה להעמיד לדין, אך הדבר אינו מתקשר לדיני הראיות בבית המשפט, ולא צפוי בשלב זה הסכם שיכניס את הראייה לתיק בית המשפט.<sup>202</sup>

**תחילת ההוכחות:** כאמור, הצדדים למשפט אינם צפויים להסכים להגשת בדיקת פוליגרף שהכין אחד הצדדים בלבד, עובר לתחילת המשפט. נניח שהנבדק הוא הנאשם. כשהיוזמה לבדיקה ולהגשה באה מצדו, התביעה צפויה לפקפק במהימנות הבדיקה ולפיכך להתנגד לקבילותה.<sup>203</sup> כשהתביעה יזמה את הבדיקה, ניתן לצפות להתנגדויות מצד ההגנה להגשת הבדיקה על רקע העובדה שהיא מרעה עם הנאשם או על רקע פגמים שונים בהסכמת הנאשם לעריכת הבדיקה. להגנה, מבחינה מעשית, אין סיבה להסכים להגשת ראייה המרעה עם הנאשם גם כשהיא בטוחה שאין פגם במהימנותה; זאת, להבדיל מהתביעה, שלפחות מבחינה עיונית אינה אמורה להתנגד

<sup>201</sup> השוו: זגורי וזגורי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 252.

<sup>202</sup> בן שחר, בר-הלל וליבליך, שהתנגדו לקבלת בדיקת הפוליגרף בהליך משפטי, עשו זאת בקשר לבדיקת חשוד בחקירתו, והסבירו אילו בעיות עולות מכך: לעיל ה"ש 53, בעמ' 287. אולם אין הכרח ששילוב הראייה יהיה כתוצר מהחקירה המשטרית.

<sup>203</sup> במידה שהתביעה מאמינה לבדיקת הפוליגרף המיטיבה עם הנאשם, הרי שלכאורה הייתה מנעת מהגשת כתב אישום או לחילופין מסכימה לחזור בה מהאישום או לצמצמו.

על רקע של הקטנת סיכויי ההרשעה.<sup>204</sup> היש סיכוי להגיע להסכמה על עריכת בדיקת פוליגרף במסגרת ההוכחות? ייתכן, ככל שהצדדים אינם בוטחים בראיותיהם. אולם דווקא חוסר הוודאות בשלב זה מצמצם את הסיכוי להגשת הבדיקה, באשר לתביעה אמורות להיות ראיות לכאורה לביסוס האשמה והיא עומדת מאחוריהן, לפחות בטרם החלו להישמע. סביר יותר להניח שהסכמה כזו עשויה להתגבש בתום הצגת הראיות של הצדדים. מנגד, ניתן לדמיין מצבים נדירים, שבהם רשימת עדי התביעה קצרה מאד ובלתי מבטיחה, כשמבחינת בית המשפט הנאשם הוא עד מפתח לשפוף אור בסוגיה, וכך ניתן לדמיין הסכמה דיונית לבדיקה מזווגת בסגנון **ביאזי**, במידה שיש עד תביעה מרכזי, או הסכמה שהתיק יוכרע על סמך בדיקה שתיערך לנאשם.

**תום פרשת ההגנה:** לעתים בסיום פרשת ההגנה נותרת תחושת ערפל מסוימת, תוך נטייה לאשמה אך לאו דווקא מעבר לספק סביר. בהנחה שטרם נערכה בדיקת פוליגרף מוסכמת, התביעה וההגנה, כל אחת לחוד, אינן יודעות כיצד צפוי בית המשפט להכריע את הדין. לכל אחת תקוותיה וחששותיה, התגמולים וההפסדים הפוטנציאליים. הנאשם רוצה להגדיל את סיכוייו לזיכוי. התביעה עשויה לבקש להגדיל את סיכויי ההרשעה, או ראוי מכך: להגדיל את סיכויי ההגעה לאמת.

השופטת אינה בהכרח צפויה לוותר על כוח ההכרעה בכל דבר וענין. לאחר שכבר שמעה את מלוא הראיות בתיק, ואפשר שגם גיבשה מסקנה משלה, לא מן הנמנע שתבכר לשמר בידה את מלוא הכוח. במובן הזה, שאלות התחום האפור, הנוגעות לרכיב הנפשי של הנאשם, נראות ככאלו שקל יותר לרשות ציבורית, התביעה או השופטת, להודות שאין בכוחה להגיע למסקנה נחרצת לגביהן במקרה מסוים. למעט שיקולי תדמית שונים ואולי גם שיקולים מערכתיים, השופטת לכאורה אדישה לגבי שאלות של זיכוי/הרשעה. לכאורה היא מעוניינת להגיע לתוצאה העובדתית הנכונה; ייתכן, מנגד, שכבר גיבשה תחושה חזקה לגבי התוצאה, ובמובן זה היא עשויה "להפסיד" את ביטחונה בתוצאה. מנגד, היא מרוויחה לא רק בהגברת הסיכוי לתוצאה הנכונה, "האמת לאמתה", אלא גם במובן ריצוי הצדדים, שבשלב זה מעוניינים בבדיקה מוסכמת, ובמובן הגדלת הסיכוי לכתובת הכרעה עובדתית איננה יותר, שלא תתהפך בערעור.<sup>205</sup> ההימצאות רגע לפני סיום המשפט מגדילה את הסיכוי לכך שגדר

<sup>204</sup> מבחינה תיאורטית, מטרת התביעה אינה לנצח בכל מחיר, ובמקרים המתאימים עליה אף להסכים לזיכוי: מרים נאור "הפרקליט בשירות המדינה" **משפטים** כד 417, 419 (2005); תיאוריה לחוד ומעשה לחוד. השיטה האדברסרית יוצרת דינמיקה של תחרות, שמצדה מניעה לניצחון, לוחמנות ואי-ייתור, שאינם בהכרח מתיישבים עם החתירה לאמת. ההליך הופך למעין משחק: בועז סנג'רו ומרדכי קרמניצר "המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון (מ"ח 6148/95 משה עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא (2) 334)" **עלי משפט** א 97, 106 (2000).

<sup>205</sup> זגורי וזגורי הציעו להפוך את בדיקת הפוליגרף כסיוע ועזר לשופט לקבוע מהימנות, ופירוט דוגמאות אפשריות לכך במשפט הפלילי: לעיל ה"ש 17, בעמ' 249.

המחלוקת ברור יחסית, ושניתן לשאוף לכוון אליו את שאלות הבדיקה. מתי ירצו הצדדים לערוך בדיקה לקראת סיום המשפט? נניח תחילה שמושא הבדיקה הוא הנאשם עצמו, שאמור ברוב המקרים להיות מועמד אטרקטיבי לבדיקה, שהרי המשפט הפלילי מתמקד בו.<sup>206</sup> מה יחשבו הצדדים במצב שכזה? אגש לכך במסגרת המבט בשחקנים, מייד לאחר סיום הסקירה הכרונולוגית של הנקודות הפוטנציאליות להסכמה על שימוש בבדיקת הפוליגרף.

**ביטול המשפט והתחלתו מחדש:** במצבים מסוימים, חרף התקיימותו של הליך ארוך, ואפילו חרף הכרעה, המשפט מבוטל,<sup>207</sup> ולעתים אפילו בטל מיסודו, למשל בגין העדר סמכות.<sup>208</sup> במצבים שעל הצדדים להתחיל מחדש, גובר הסיכוי לניסיון למצוא קיצור דרך כלשהו. בהיעדר הגעה להסדר טיעון, ניתן להעלות על הדעת הסכמה לבדיקת פוליגרף כדי למנוע הבאה מחודשת של העדים, במיוחד של מתלוננים.<sup>209</sup>

**בקשה למשפט חוזר:** תחת הרעיון של שילוב בדיקת הפוליגרף כראיה בהסכמת הצדדים, ברי שאין הבדיקה מתאימה לשמש כשלעצמה כעילה לדרוש משפט חוזר. זמינותה הרבה, לצד העובדה שלתביעה אין מה להרוויח מהבדיקה בשלב שכבר ניצחה במשפט – מעלות חשש מבוסס להיצף בקשות מצד אחד, והיצף סירובים מצד אחר. להבדיל מראיית הדנ"א שיכולה לשפוך אור גם בדיעבד, אור אובייקטיבי שאין להתעלם ממנו במקרים שהוא נחרץ, בדיקת הפוליגרף לא תעורר ספק בהרשעה כפי שמסוגלת לעשות ראייה מדעית בסגנון בדיקת הדנ"א.<sup>210</sup> כאמור לעיל, היא לא ניחנה באותם כוחות קסם.

<sup>206</sup> הליך הפלילי מתמקד בנאשם ולא בקורבנו. לא די בפגיעה מוכחת בקורבן שגרם הנאשם; דרוש גם יסוד נפשי אצל הנאשם. הדבר מעצים את חשיבות הפוליגרף.

<sup>207</sup> בית המשפט לערעורים עשוי לקבל את הערעור ולהביא לתחילת משפט מחדש: ס' 213 לחוק סדר הדין הפלילי; ביטול אישום אפשרי גם בערכאה הראשונה מסיבות מגוונות: ס' 94, 130(ו) ו-150 לחוק סדר הדין הפלילי.

<sup>208</sup> למשל: ע"פ 313/79 דדה נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 57 (1979); בג"צ 243/80 מדז'ינסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לה(1) 67 (1980); ע"פ 476/78 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(2) 757 (1979).

<sup>209</sup> פרשה מפורסמת מצפון דקוטה: הנאשם הורשע באונס, החליף סגור וביקש משפט מחודש בגין ליקויים שונים בהליך וגם ביקש בדיקת פוליגרף. התביעה הסכימה לבדיקה שתהיה קבילה במשפט. בעקבות הבדיקה, הנאשם משך את בקשתו למשפט מחודש, כנראה משום שנמצא דובר שקר. בפרשה היו התפתחויות נוספות. ראו: State v. Olmstead 246 N.W.2d 888 (N.D., 1976), Honts & Quick, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1006-1007.

<sup>210</sup> בעבר נפסק לא אחת שבדיקת פוליגרף אינה מבססת בקשה למשפט חוזר: מ"ח 5453/91 יהלום נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 85, פס' 6 לפסק דינו של השופט מצא (1991); מ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334, פס' 30-40 לפסק דינו של השופט ברק (1997); מ"ח 4512/99 אייזון נ' מדינת ישראל פ"ד נה(1) 357, פס' 8 לפסק דינו של השופט ברק (1999); מ"ח 8777/99 פלינק נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 746, פס' 14-17 לפסק דינו של השופט ברק (2000); ומנגד: פינק ורובינס, לעיל ה"ש 15, בעמ' 309-310.

## 3.3. מבט בשחקנים

**הנאשם:** במקרים שמעלים שאלות משפטיות טהורות, כשהעובדות ידועות ורק החוק עמום, אין צורך בבדיקת פוליגרף, אלא רק במומחיות המשפטית של השופט. ביתר המקרים, בהנחה שמצבו הנפשי והשכלי של הנאשם תקין, ניתן להניח שהוא יודע אם הוא אשם, אשם חלקית או חף. במידה שבאשם עסקינן, הוא צפוי להסכים לבדיקת פוליגרף במידה שלדעתו סיכויי "לגבור על המכשיר" גבוהים מסיכויי להיכשל בו; כלומר הנאשם מייחס אמינות מוגבלת לבדיקה בתרחיש זה. במידה שהוא אשם חלקית, הנאשם צפוי להסכים לבדיקת פוליגרף אם לדעתו היא אינה אמינה או לחילופין אם לדעתו היא אמינה אך הוא מוכן להיות מורשע באופן חלקי, ועד כה הצדדים טרם הגיעו להסכמה בדבר הרשעה כזו. במידה שהנאשם חף, יסכים לבדיקת פוליגרף במידה שיסבור שהבדיקה אמינה וסיכויי בדיקה כוזבת נמוכים הם, או מדויק יותר: יסכים אם הוא סבור שהסיכוי שבדיקת הפוליגרף תוביל לאמת גבוה מהסיכוי שבית המשפט יגיע אליה בכוחות עצמו.

**התביעה:** להבדיל מהנאשם, התביעה לעולם אינה יודעת בוודאות של 100% אם הנאשם אשם. יש אסימטריה טבועה של מידע בין התביעה, ובחלק מהמקרים בין העולם כולו כמעט (למעט הקרבנות ועדים ישירים אחרים או האשם האמתי), לבין הנאשם. התביעה יכולה להיסמך על עדים וראיות, והגשת כתב האישום מלמדת על נטייתה למסקנה שהנאשם אשם. בתום המשפט, בהנחה הסבירה שהתביעה אינה מפקפקת באשמתו, היא שואפת להרשיעו. להבדיל מהנאשם, שזכאי לשאוף לזיכוי גם בהיותו אשם, אין זה ראוי שהתביעה תשאף להרשעת חף, הגם שאינה אוהדת זיכויים.<sup>211</sup> לפיכך, במצב של תהיות ממשיות באשר לאפשרות שהשופט ירשיע, למשל בגין רמיזות שלו שהתביעה קלטה (וההגנה לא בהכרח), התביעה עשויה להסכים לבדיקת פוליגרף לנאשם בשני תרחישים. האחד הוא סברתה שהנאשם אשם, שהבדיקה אמינה וסיכויי להיכשל בה גבוהים מסיכויי הרשעתו בלעדיה. במצב שכזה התביעה סבורה שהנאשם אינו רציונלי, סברה לא נדירה בהכרח, או שהיא סבורה שלדעתו הוא "ניצח" את המכשיר אך מאמינה שאין בכוחו לעשות כן. התרחיש השני הוא שנתעורר בתביעה ספק, כזה שאינה מוכנה או רואה לנכון להודות בו בפני בית המשפט, ובד בבד סבורה שהבדיקה אובייקטיבית ואמינה באופן מספק. או אז ייתכן שהתביעה תסכים לשלוח את הנאשם לבדיקה, כשתוצאת חפות תאשר את הספק ותיתן לה מוצא נוח מהסבך שאליו נקלעה, בהנחה המתבקשת שאינה מעונינת בהרשעת חף, ואילו תוצאת אשמה תסלק את הספק ותתרום לביסוס

<sup>211</sup> סטאנטז כתב שכלל שיותר חפים מפשע מזוכים, כך "יקר" יותר לתובעים לטעות: William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH. L. REV. 505, 570 (2001).

ההרשעה. כלומר, להבדיל מהנאשם, שני התרחישים שבהם התביעה מסכימה לעריכת בדיקת פולגרף תלויים בתפיסתה את הבדיקה כאמינה. אין זה פלא, שהרי הנחת המוצא של הניתוח הייתה שהנאשם הוא שנבדק. יש להוסיף, שכגוף ציבורי ייתכן ואף סביר להניח שהתביעה תשקול גם את אופן הצטיירות הסכמתה להגשת בדיקת פולגרף, הן במובן התחשבות בהשלכות אפשריות על אופי ההליך הפלילי בכללותו והן במובן שאיפתה לרצות את הציבור או למצער לצמצם אפיקי חיכוך מולו.<sup>212</sup> במידה שהנבדק הוא עד תביעה, הניתוח משתנה; לא מתהפך, אלא משתנה גרידא. אסימטרית המידע אינה הפוכה, אלא שונה; זאת משום שעד התביעה אינו התביעה עצמה. התביעה לעולם אינה יודעת בוודאות של 100% אם פלוני, יהא זה נאשם או עד תביעה, הוא דובר אמת, גם אם היא מגיעה לרמת ודאות גבוהה ביותר. בענינים מסוימים אפילו הנאשם אינו בהכרח יודע אם עד פלוני דובר אמת או שקר, למשל בנוגע לראיה נסיבתית. רק העד יודע.<sup>213</sup> לכן כל שנותר לצדדים הוא לשער. הנאשם יסכים לבדיקה שהוא משער שתיטיב עמו. אם הוא סבור שהעד דובר אמת, הוא לא יסכים לבדיקה שהוא מאמין בה. התביעה תסכים לבדיקה אמינה, וזאת בהנחה שהעד דובר אמת, שהרי בכוחה לערוך לו בדיקת פולגרף פנימית לצורכי גיבוש עמדתה בתיק.

לא ארחיב על כך, אך אציין שברור שהניתוח נהיה מורכב יותר אם מה שעל הפרק הוא בדיקת פולגרף לכל המעורבים כמקשה אחת, בסגנון המהלך שנערך בהלכת **ביאזי**, או בדיקה שתתמקד בעד מרכזי בלבד, במצב שבו קיים חשש שהוא עבר הכנה אפקטיבית לבדיקה.

**השופטת:** השופטת היא היחידה שבכוחה לדעת בוודאות כיצד תכריע דין ללא קיום בדיקה (דברים נהיים מורכבים יותר, כמובן, בהרכב), והיא גם היחידה שאין לה סיבה ברורה להילחץ מההכרעה. ייתכן, כמובן, שטרם הכריעה בלבה; אך אין זה מן ההכרח. במידה שנוטה השופטת למסקנת אשמה, ובהנחה ששאלת דיות הראיות אינה על הפרק, השופטת ודאי תיעתר לבקשה לשלוח את הנאשם לבדיקה שהיא סבורה שהיא אמינה. כך גם לגבי הכיוון ההפוך, כשהשופטת נוטה למסקנת חפות. למעשה, כך גם לגבי שאלת הספק הסביר, שהרי זהו תרחיש שעשוי להקל עליה את הספק, לאושש או להסיר.<sup>214</sup> באיזה מובן תחשוש השופטת לשלוח נאשם לבדיקה?

<sup>212</sup> סטאנטז ציין שכמו המחוקקים, גם תובעים מקומיים מבקשים להפיק תוצאה שהציבור חפץ בה: רוב התובעים המחוזיים נבחרים ורוצים לשמור על תפקידם או להתקדם. דברים דומים כתב על שופטים: שם, בעמ' 533, 540; אף שהתובעים והשופטים בישראל אינם נבחרים בהליך דמוקרטי, אין זה מופרך לסבור שהם שוקלים גם שיקולי מראית עין בדרכם לכיסא הבא.

<sup>213</sup> לכאורה, הסכמת העד להיבדק אינה חלק מהותי בכינון רצון הדדי של שני הצדדים למשפט לעריכת בדיקה בזמן אמת, שכן אין הוא צד למשפט. עם זאת, עריכת בדיקת פולגרף ללא הסכמה אינה דבר פשוט, מבחינה מעשית, אם אפשרי בכלל.

<sup>214</sup> לדוגמאות מהעבר הישראלי הרחוק לקבלת בדיקת פולגרף בערכאות דיוניות, אורחיות

בהנחה שהשופטת אינה מעוניינת בהרשעת שווא או בזיכוי אשם, היא עשויה לחשוש כאמור עת נוטה היא באופן ניכר לעבר מסקנה מסוימת, אשם או חף, להבדיל מזכאי מחמת הספק; אך לצד זאת עודנה מפקפקת ביכולתו של הפוליגרף להגיע למסקנה ה"נכונה", מסקנתה שלה עצמה. גם שופטת ישרה עלולה לחשוש שהפוליגרף יוביל למסקנה נכונה אך שונה משלה. אין זה מופרך לסבור שהשופטת לא תרצה לחוש, ולו בינה לבין עצמה, שגורם מיומן ואובייקטיבי הגיעה למסקנה שונה מזו שאליה הגיעה. במידה שהשופטת סברה שהנאשם אשם, ושבידיקת הפוליגרף תלמד על חפות, השופטת ודאי תחוש לא נוח. נדמה שאין מדובר בחוסר נוחות זמנית גרידא, אלא בתהיות הנוגעות ללב כישוריה הנדרשים ממנה. יוצא שאופציית הפוליגרף היא דואלית עבור השופט. מצד אחד היא מתאימה לשופט בעל ביטחון רב מספיק בכדי להיעזר בראיה שכזו; ומנגד אין היא מתאימה לשופט שבמקרה נתון גיבש עמדה בטוחה שעלולה להתערער עם קבלת התוצאות, שופט שאינו מוכן לשקול מחדש את עמדתו בשלב שאליו הגיע או שופט שמאמין שהבידיקה פחות אמינה מיכולתו להגיע לאמת בעצמו.

**בודק הפוליגרף:** הבודק צריך להיות גורם מקצועי במיוחד, כזה שהצדדים אינם מפקפקים במיומנותו ובנאמנותו למקצועיות. במידה שהשימוש בשיטה שמוצע במאמרי יתבסס ויתרחב, אפשר שיהיה ראוי להקים מכון מקצועי המשרת את מערכת המשפט בכללותה, ואינו נאמן לרשויות האכיפה דווקא, ומנגד אינו גורם שניתן לעניינו בשכר טרחה מצד בעלי דין פרטיים. הדגם הנוכחי של המכון לרפואה משפטית מנסה לכוון לאובייקטיביות ומקצועיות שכזו, וזהו דגם ראוי בעיני.

### 3.4. המחשה

ניתן לסבור שהפוליגרף מתאים בעיקר למחלוקת הנוגעת ליסוד העובדתי בדיני העונשין, שמתקשר לשאלת העובדות בשטח: היה או לא היה. ברם, במקרים שהתשובה ברורה, ובמקרים שהצדדים מייחסים אמינות לבדיקה, לא צפויה הסכמה לגבי עריכתה. בנוגע לעריכת בדיקה בתום שמיעת הראיות במשפט, הפוליגרף מתאים יותר לשאלות של יסוד נפשי. הפוליגרף, מטיבו, בהחלט עשוי להתאים גם כדי להכריע במחלוקת עובדתית פיזית. האם הנאשם קיים יחסי מין עם המתלוננת? האם הנאשמת דקרה את המתלונן? אלו שאלות שבדיקת פוליגרף המבוצעת כראוי עשויה לספק להן תשובה ברורה. אלא שניתוח של תורת המשחקים מבהיר שבהנחה של אמינות הבדיקה הנדונה, לשאלות שלהן תשובה נחרצת – כן או לא, שחור או לבן – לא צפויים שני צדדים שמעוניינים בבדיקה אובייקטיבית, להבדיל מבדיקה "מוזמנת". נאשם אשם הסבור שבדיקת פוליגרף היא אמינה – לא יסכים לעריכתה.

ופליליות, במצב של ספק שיפוטי: איש שלום, לעיל ה"ש 31, בעמ' 545.



במידה שמדובר במילה נגד מילה – ייתכן מאוד שהתביעה תסכים ואף תיזום בדיקה עובר להחלטת ההעמדה לדין. יוצא לכאורה שבדיקה כפויה ואובייקטיבית בשלב החקירה היא הליך רצוי במקרי מילה נגד מילה, גם כשהחשוד מתנגד נחרצות. הבעיה בגישה כזו היא כפולה. האחת היא שהחשוד עשוי להימנע פיזית מלשתף פעולה עם הבדיקה, והאחרת נוגעת לזכויותיו: דומה שעריכת בדיקה כפויה לנאשם אינה מתיישבת עם זכות השתיקה ואולי גם עם הזכות להליך הוגן. לא ניתן לחייב נאשם או חשוד להיבדק שלא מתוך רצון חופשי, ודאי ללא אסמכתא חוקית מפורשת. מה שנותר, אם כן, הוא בדיקה מוסכמת. זו עשויה להתעורר בעיקר כששני הצדדים בטוחים בצדקתם או בהצלחתם, כשרכיב המחלוקת נוגע ליסוד הנפשי של הנאשם, רכיב שלעולם נלמד אך ורק מראיות נסיבתיות. ההזדמנות לראיה ישירה היא כזו שמוטב שלא לפוסלה באופן גורף, במחסום קבילות מוחלט לבדיקת פולגרף. אציג דוגמה קצרה לאפשרות לשימוש בפולגרף בהליך הפלילי, בנוגע לסייגים; ניתן לזקק את הגיונה גם למצבים נוספים.

סעיף 34 לחוק העונשין קובע: "העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמתו כפי שדימה אותו." ההגנה של טעות במצב דברים נסמכת על רכיב של כנות, שהוא סובייקטיבי ומכוון למחשבות הנאשם. רכיב זה הוא מסקנה עובדתית ולא משפטית, אף שהוא שעון גם על שיקול דעת שיפוטי, שבתורו שעון על הנסיבות העובדתיות האופפות את המקרה. בדיקת פולגרף עשויה להאיר את רכיב הכנות, והיא מאפשרת לשופט ראיה ישירה על המחשבה של הנאשם, ראיה שאינה נמצא בשום אופן אחר. ניתן להעלות על הדעת תרחיש, שבו נראה שהטעות היא סבירה, אך קיימת סיבה כלשהי לחשוד בכנותה; למשל נאשם בבעילת בת 15 בהסכמה, הטוען שסבר בטעות שהיא בת 16. אובייקטיבית, הטעות ניתנת להבנה; אך סובייקטיבית, התביעה מטילה ספק בגרסתו. במצב שכזה, נאשם חף, שאינו יודע אם השופטת מאמינה לגרסתו מצד אחד, ומאמין בבדיקת הפולגרף מצד שני, ירצה להיבדק כדי לשפר את סיכוייו לשכנע את השופטת. לעומתו, נאשם אשם, המאמין במהימנות הבדיקה, יבכר ודאי להימנע ממנה. לתביעה ולשופט המאמינים בבדיקת פולגרף, עושה רושם, אין מה להפסיד מעריכת בדיקה שכזו.<sup>215</sup>

סעיף 34 לחוק העונשין, סייג ההגנה העצמית, קובע: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו;

<sup>215</sup> להרחבה: Viglucci, לעיל ה"ש 16, בעמ' 334–339; גופטה הצביעה על מחקרים שמראים שלאנס אין הבנה של מובן האונס ולכן הוא עשוי לעבור את הבדיקה בהצלחה, והביעה עמדה נגד שימוש בפרקטיקה האמורה: Gupta, לעיל ה"ש 16, בעמ' 296; לסקירת תיקי עברות מין באוהיו שנעשה בהם שימוש בפולגרף בבית המשפט: שם, בעמ' 297–302.

ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים". בדיקת פולִיגרף שתיִערך לנאשמת אינה יכולה ואינה צריכה לבדה להשיב על כל השאלות הנוגעות לקיום כל רכיבי ההגנה, שחלקם ואולי מרביתם הם אובייקטיביים,<sup>216</sup> ומעבר להם נדרש כנראה גם יסוד נפשי: פעולה במטרה להתגונן.<sup>217</sup> ייתכן שהעובדות החיצוניות תהיינה כאלה שאינן במחלוקת, או כאלו שהמחלוקת סביבן תובהר באופן חד משמעי במהלך המשפט, לאור הראיות. הנאשמת פעלה לכאורה מתוך הגנה עצמית בנוטלה את חייו של קורבנה, שלגרסתה ניסה לפגוע בה, גרסה שיש ראיות התומכות בה. אך הנה מסתבר שנטרה לו טינה בעבר או שהייתה לה סיבה אחרת לרצות במוות. למעשה מדובר בשאלת המניע למעשה, והיא שתכריע, בהשליכה על שאלת היסוד הנפשי. התביעה, מטבעה, נוטה לגרסה המחמירה עם הנאשמת; הנאשמת, מטבעה, נוטה לפעולה שתוביל לטובתה; ואילו בית המשפט עשוי לסמוך ידו על רצונם ההדדי של הצדדים בבדיקת פולִיגרף, אם יהיה כזה. מתי יהיה כזה? בהמשך לניתוח העיוני של תורת המשחקים שלעיל, כשהנאשמת אומנם הרגה במטרה להתגונן ותו לא, סביר שתוצאה להיבדק בפולִיגרף; אחרת, היא תימנע. לתביעה יש סיבה להסכים במידה שהיא מאמינה במהימנות הבדיקה ושיהיה לה ספק באשמת הנאשמת, לאור רצונה להצטייר כהוגנת או רודפת אמת או כדי להימנע מעימות עם דעת הקהל במקרה מסוים.<sup>218</sup>

בדיקת פולִיגרף עשויה לשפוך אור גם במצבים אחרים שבהם קשה לגבש דעה, למשל בתיקים השעונים על ראיות נסיבתיות בלבד. במקרים כאלו הנאשם הוא היחיד שמספק ראיה ישירה, אך התביעה אינה מאמינה לה. לא מן הנמנע שבתיקים מסוימים התביעה תגלה נכונות להכריע את הכף באמצעות בדיקת פולִיגרף מקצועית ואובייקטיבית.

#### 4. חששות ונטרולם

הכנסת הפולִיגרף למשפט הפלילי, גם בהסכמה, מעלה חששות. אציגם ואראה שאינם מאיימים במיוחד.

בעיה אפשרית שעולה לכאורה מפתיחת השער להגשת ראיות פולִיגרף היא תיוג אשמה עקיף שעשוי השופט לערוך, ולו באופן בלתי פורמלי, לנאשמים שלא ירצו

<sup>216</sup> דרישת הנחיצות, דרישת המיידיות וחובת הנסיגה: בועז סנג'רו **הגנה עצמית במשפט הפלילי** 428–431 (2000).

<sup>217</sup> לעתים נפסק שלא די בכך לשם כיסוי ההגנה; זו אמורה להיות מטרתו הבלעדית של העושה: שם, בעמ' 433.

<sup>218</sup> זגורי וזגורי המחישו אפשרות להשתמש בבדיקת פולִיגרף במשפט הפלילי לגבי קבילות הודאה ומבחני הרצון החופשי, לגבי אליבי, הגנות ועוד: לעיל ה"ש 17, בעמ' 250–252.

להיבדק.<sup>219</sup> לכאורה, ככל שהיוזמה לבדיקה אינה אמורה להגיע מבית המשפט אלא מהצדדים, השופט אינו מתבקש לגזור משהו מכך שהנאשם רוצה או אינו רוצה להיבדק, ממש כשם שאינו אמור לגזור משהו פורמלי מבחירה בקו הגנה כזה או אחר.<sup>220</sup>

האומנם מדובר בקושי גדול? השופט אמור להיות מקצוען ולהתעלם מאפשרות שלא הוצגה בפניו. ככל שיפרט שאומנם הושפע מבחירת הנאשם שלא להיבדק, יספק קרקע לערעור; ככל שיושפע ויימנע מלפרט, ואולי אף לא יהיה מודע לכך – אמנם מדובר בבטיחה.<sup>221</sup> אולם לכאורה השופט אינו אמור לדעת מה הסיבה שבגינה לא נערכה בדיקה, ועשוי בהחלט לסבור שיש סיבה טובה לדבר: הרעיון כלל לא עלה על הפרק, כשם שאינו עולה במרבית המשפטים האזרחיים; כלל לא היה משא ומתן בין ההגנה לתביעה בנושא; התביעה בטוחה בעצמה ואינה מעוניינת בבדיקה; או פשוט יש קצר תקשורת בין ההגנה לתביעה, ענין לא נדיר בחיי המעשה. כלומר, אין מסקנה מתבקשת שהנאשם האשם חושש להיבדק, משום שמלכתחילה המפתחות לבדיקה מצויים בשתי ידיים גם יחד, ידי הצדדים ולא ידי השופט.<sup>222</sup> כך, בהנחה שהמכשיר אמין, אימוץ כלל המתיר קבילות בדיקת פוליגרף בזמן אמת ובהסכמת הצדדים עשוי להועיל הן בזיהוי החפים, אלו שלא מילאו אחר כל יסודות העברה, והן בזיהוי האשמים, בהנחה שיבחרו להיבדק. במידה שלא יבחרו כאמור, יסתכנו ברושם שלילי – רושם ששופט מקצועי אמור לנטרל אך עדיין עשוי להתקיים – מה שעשוי לדחוף

<sup>219</sup> בספרות האמריקנית הועלה החשש ששימוש שגרתי בפוליגרף עלול ללחוץ על נאשמים לוותר על החיסיון מהפללה עצמית (אזכור שלהבדיל מארצות הברית, בישראל ממילא יש עלות לזכות השתיקה, השימוש בה עלול לפגוע בנאשם בדרכים פורמליות ומהותיות): Viglucci, לעיל ה"ש 16, בעמ' 349; השוו: פינק ורובינס, לעיל ה"ש 15, בעמ' 329–330; יודגש, שאין מדובר בקושי ברמת החלת תורת המשחקים ביחס לבעיית הדבר מה והשתיקה, משום שאין שאלה של תוספת ראייתית חסרה שהושלמה. שיח מרצים בנושא החלטות נאשמים להעיד במשפט לאחר שהודו בחקירתם, תוך חשש ששתיקתם או שקריהם ישמשו להרשתתם, בין דורון מנשה לאורן גזל, בעקבות ענין מילשטיין, לעיל ה"ש 6: זמין ב- [www.haifalawfaculty.blogspot.co.il/2007\\_01\\_01\\_](http://www.haifalawfaculty.blogspot.co.il/2007_01_01_) archive.html (נבדק לאחרונה ב- 8.6.2016); להצעה לקבל את בדיקת הפוליגרף כראיה מסייעת: איש שלום, לעיל ה"ש 31, בעמ' 546.

<sup>220</sup> זה כן עשוי להשפיע על התרשמותו. כוונתי להבחנה בין "קבלה" (acceptance), אימוץ מדיניות הכרתית, לעומת "האמנה" (belief), נטייה הרגיש: מנשה "שיקול דעת עובדתי", לעיל ה"ש 99, בעמ' 322.

<sup>221</sup> אם תרווח התופעה שבית המשפט מסיק מסקנות לחובת אלו שאינם נבדקים, צפויה נדידת נאשמים לעבר עדות פוליגרף בתקווה לגבור על המכשיר. השוו: בסוק, לעיל ה"ש 197; מנגד, תיתכן הקשחת עמדות תביעתיות מהצד השני, מתוך תחושת יתרון. כשהקשחה זו תגיע לידיעת בית המשפט, אפשר שייסיק מסקנות הפוכות כדי לשלוח מסר לתביעה.

<sup>222</sup> אין לשלול אפשרות שבית המשפט יתענין בשאלה, מחוץ לפרוטוקול, ויסיק מדוע לא נערכה בדיקה. אין לשלול גם מצב שאחד הצדדים יחלוק את המידע עם השופט בשיחת מסדרון.

אותם להיבדק.<sup>223</sup>

בעיה אפשרית נוספת נוגעת לכך שאין זה סביר שבית המשפט יגיע למסקנה הפוכה מזו של הפוליגרף. אולם כאמור, שיקול הדעת מצטמצם, אך לאו דווקא נעלם. למשל ניתן לדמיין תרחיש שבו ייקבע שהנאשם אשם חרף נפשו הכנה, אולי משום שתגובתו לא מידתית; או שאינו אשם חרף אי-כנותו, לאור חסר ביסוד הפיזי, שההגנה לא הייתה מודעת לו. יחד עם זאת, בהנחה שהשופט רצינונית, סביר ששני התרחישים האמורים יוותרו על הנייר. בדיקת פוליגרף במקרים המדוברים מיותרת מבחינה משפטית טהורה, למעט בנוגע לרצון השופט לרצות את הצדדים או לבצר את עמדתה גם ביסוד שלגביו אינה בטוחה.

## ח. סיכום

ההלכה שלפיה בדיקת הפוליגרף אינה קבילה כלל במשפט הפלילי בישראל היא אוביטר. הדבר אינו עושה אותה חסרת תוקף; כוחה המהותי גדול לאין שיעור מזה הפורמלי. יהא כוחה פורמלי או מהותי – הגיע הזמן להרהר בה מחדש, גם אם לא לערערה לחלוטין. חסימתה המוחלטת של בדיקת הפוליגרף אינה משתלבת עם הדאגה לאמת, עם ההגנות כלפי חפים, עם האוטונומיה בניהול התיק, של הצדדים בכלל ושל הנאשם בפרט. שילובה ההדרגתי של הבדיקה בדרך של הסכמת הצדדים הוא צעד מתבקש בחלוף שנים כה רבות. מי צריך לפתוח את השער לבדיקות פוליגרף כחלק מהמשפט הפלילי? המחוקק לא אסר על קבילות הראיה. לבית המשפט הסמכות לפתוח את השער שנעל במו אמרתו (האגבית),<sup>224</sup> במיוחד משום שכאמור, בנוגע לקבילות ראיות בישראל אין כלל של ברירת מחדל. לבית המשפט שיקול דעת רחב מאד בנוגע לדיני הראיות, אולי רחב מכל ענף משפטי אחר. בהיתן חלוף הזמן וההתפתחויות המדעיות מאז שדן בית המשפט העליון בבדיקת הפוליגרף כראיה, בהיתן שמלכתחילה דובר באמרות אוביטר ללא בעלי דין ומומחים שיציגו תיזה חולקת, ולאור המגמה ארוכת השנים של מעבר מקבילות למשקל, לא מן הנמנע שגם ערכאות דינויות יכולות להציע שינוי.<sup>225</sup> המסלול הראוי לשינוי הוא המתון מכל:

<sup>223</sup> אם הפוליגרף אכן יתקבל כראיה במקרים המתאימים, ואם אומנם יהיו אלו מקרים של נאשמים חפים, ייתכן שזיכויים יובילו גם נאשמים אשמים, שאינם יודעים בוודאות שמי שזוכו הם חפים, לבקש לערוך בדיקת פוליגרף עבורם. בהנחה שהמכשיר אמין, אותם אשמים ימצאו דוברי שקר בפוליגרף, מה שיביא להרשעתם. הרשעות אלו, מצדן, עשויות לווסת את הנהירה אחר הבדיקה. יוצא, שמבול של פניות נאשמים להיבדק, אם יתרחש, יעצור את הסחף ויחזיר את כוחו של המכשיר להבדיל בין אשמים לחפים, מה שעשוי לפתוח בסחף חדש, וחוזר חלילה.

<sup>224</sup> השוו: הרדוף "בעל נגד אישה", לעיל ה"ש 136, בעמ' 313–314.

<sup>225</sup> זגורי וזגורי הביעו תקווה לשינוי שיגיע מהמחוקק בנוגע לפוליגרף, אך לא צפו שאמנם יגיע כזה ולכן גרסו שהפסיקה עשויה להובילו: לעיל ה"ש 17, בעמ' 277; בנוסף ראו: עמדת הנשיא גרוניס בענין ע"פ 3399/11, לעיל ה"ש 34.

בהסכמת הצדדים. במסגרתו ניתן אף יהיה להציע התייחסות גם לענינים חשובים של פרוצדורה, דוגמת ניסוח השאלות ועוד. מנגד, נוכח משך ההלכה הקיימת, ייתכן שעל המחוקק לומר דברו בנושא במפורש, הגם שהמחוקק הישראלי רחוק מלהצטיין ואפילו להתעניין בדיני הראיות.