

כרך נג(2), טבת התשע"ה, דצמבר 2014

## דבר העורכים

259

פרופ' יורם רבין, ד"ר יניב ואקי, גיא אזולאי, רועי הררי ונירית יונתן

## מאמרים

261

**החופש להסכים: "כשאת אומרת כן, למה את מתכוונת?"**

פרופ' אמנון רובינשטיין

295

**הפוליגרף כמכשיר לגילוי האמת או כראיה מדעית: עיון מחדש בסוגיית קבילות הפוליגרף**

**בהליכים פליליים**

השופטת אפרת פינק ועו"ד רתם רוזנברג רובינס

347

**המרוץ לעברת ההריגה - משמעות הסכמת הקרבן לסיכון עצמי במשפט הפלילי**

ד"ר רוני רוזנברג

393

**התנגדות להסדר פשרה בתובענה ייצוגית - אליה וקוץ בה**

ד"ר ערן טאוסגי

453

**מיסוי רכישה עצמית של מניות בידי תאגיד**

ד"ר תמיר שאנן ועו"ד רועי כהן

501

**העוזר המשפטי לשופט - בין הפן החוקי לפן התעסוקתי**

עו"ד אילנית הלל

525

**עיון הנאשם ב"רשומות אישיות" של קרבנות עברת מין**

עו"ד תומר אורינב

## ביקורת ספרים

559

**החופש האקדמי - בין אתיקה למשפט: ספרם של אמנון רובינשטיין ויצחק פשה "סדקים באקדמיה"**

פרופ' ברק מדינה

571

**האם ישיב "המשפט החקלאי" עטרה ליושנה? על הספר "המשפט החקלאי בישראל" מאת ורד דשא**

פרופ' חיים זנדברג



**Editorial Note**

259

Prof. Yoram Rabin, Dr. Yaniv Vaki, Guy Azulay, Roy Harary &amp; Nirit Yonatan

**Articles**

261

**The Right to Consent**

Prof. Amnon Rubinstein

295

**The Polygraph as a Lie Detector or Scientific Evidence: Rethinking Polygraph Admissibility in Criminal Procedures**

Judge Efrat Fink &amp; Adv. Rottem Rosenberg Rubins

347

**The Meaning of Assumption of Risk in Criminal Law**

Dr. Rony Rosenberg

393

**Objection to a Class Action Settlement - A Fly in the Ointment**

Dr. Eran Taussig

453

**Taxation of Distribution in Redemption of Shareholder's Stock**

Dr. Tamir Shanan &amp; Adv. Roy Cohen

501

**Law Clerks: Legal and Employment Aspects**

Adv. Ilanit Hilel

525

**Disclosure of Private Filed of Sexual Offence Victims**

Adv. Tomer Urinov

**Book Review**

559

**Academic Freedom: Between Ethics and Law: On Amnon Rubinstein and Yizhak Pasha's Book "Academic Flaws"**

Prof. Barak Medina

571

**Will "Agricultural Law" Regain its Former Glory? on Vered Deshe's Book "The Agricultural Law in Israel"**

Prof. Haim Sandberg



# הפוליגרף כמכשיר לגילוי האמת או כראיה מדעית: עיון מחדש בסוגיית קבילות הפוליגרף בהליכים פליליים

אפרת פינק\* ורתם רוזנברג רובינס\*\*

- א. מבוא
- ב. רקע – מהי בדיקת פוליגרף?
- ג. שימוש בפוליגרף בהליכים פליליים – המצב המשפטי
1. המצב המשפטי בישראל
  2. המצב המשפטי בארצות-הברית
  3. המצב המשפטי – מסקנות ביניים
- ד. דיון מחודש בהצדקות לשלילת השימוש בפוליגרף במשפט הפלילי
1. (היעדר) המהימנות של בדיקת הפוליגרף כהצדקה למניעת הגשת תוצאותיה בהליכים פליליים
  - 1.1 מחקרים באשר למהימנותו של הפוליגרף
  - 1.2 מהימנות הפוליגרף בהשוואה לראיות אחרות
  - 1.3 הגשת תוצאות בדיקת הפוליגרף – מבחני קבילות ומשקל
  2. הפגיעה בזכויות אדם כהצדקה למניעת הגשת תוצאות בדיקת פוליגרף בהליך הפלילי
  3. תפיסת הפוליגרף כמכשיר הפוגע בסמכותו של בית המשפט
- ה. דיון ומסקנות: אפשרויות להכרה בפוליגרף כראיה קבילה בהליכים פליליים
- ו. סיכום

---

\* שופטת בית משפט השלום ברחובות, לשעבר מנהלת המחלקה למשפטים חוזרים בסנגוריה הציבורית הארצית.

\*\* סטודנטית לתואר שלישי, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב, לשעבר עורכת דין בסנגוריה הציבורית הארצית.

הכותבות מודות להדר שריר על עזרתה בעריכת המאמר וכן לקורא החיצוני ולחברי מערכת כתב העת "הפרקליט" על הערותיהם המעולות. האחריות לכתוב היא כמובן שלנו בלבד.

## א. מבוא

ההלכה שתוצאות בדיקת פוליגרף אינן קבילות בהליכים פליליים היא הלכה ותיקה ומושרשת במשפט הישראלי.<sup>1</sup> עיון במקורותיה הנורמטיביים מעלה כי ניתן לחלק את ההצדקות המסורתיות לאי-קבילות הראיה בהליכים פליליים לשתי קבוצות: האחת, עניינה במהימנות בדיקת הפוליגרף כמכשיר לגילוי האמת; השנייה, עניינה בהשפעתה של הבדיקה על זכויות אדם, ובראשן זכויותיהם של חשודים ונאשמים. מאמר זה יבקש לבחון מחדש את ההצדקות הללו. במסגרתו נציע שלא לראות עוד במכשיר הפוליגרף מכשיר לגילוי האמת אלא ראיה מדעית לפי המבחנים לקבילות ראיות מדעיות שנקבעו בע"פ 9724/02 אבו-חמאד נ' מדינת ישראל (להלן: הלכת אבו-חמאד או פרשת אבו-חמאד).<sup>2</sup> בחינה של הפוליגרף כראיה מדעית תחייב, לטענתנו, דיון מחדש בהצדקות המסורתיות לאי-קבילות הראיה, תוך השוואה בין הפוליגרף לבין ראיות מדעיות אחרות.

גישה דומה הובעה בשנים האחרונות על ידי כמה חוקרים הממליצים לבחון מחדש את קבילות בדיקת הפוליגרף בהליכים פליליים.<sup>3</sup> עם זאת, בספרות טרם נערך דיון מסודר בהצדקות להלכה הקיימת ובטעמים לשקילת שינויה. המאמר מבקש לעשות צעד ראשון בדיון זה, באמצעות ניתוח ביקורתי של ההצדקות המסורתיות לאי-קבילות תוצאות בדיקת הפוליגרף במשפט הפלילי.

אשר להצדקות שעניינן מהימנות הבדיקה, נטען כי יש מקום לבחון אותן מחדש משיקולים אלה: (1) מחקרים שנערכו באשר למהימנות הפוליגרף מצביעים על כך שבדרך כלל מהימנותו גבוהה; (2) ניתן להשוות את הפוליגרף לראיות אחרות שנקבע כי הן קבילות אף שמהימנותן לא הוכחה, ובעיקר לראיות מדעיות; (3) המעבר מקבילות למשקל במשפט הישראלי, שבמסגרתו צמצמו בתי המשפט את המקרים שבהם אין מאפשרים הגשת ראיות מפאת אי-עמידתן במבחני הקבילות, וקבעו כי ככל שקיימות בעיות במהימנותן של אותן ראיות, ניתן להתחשב בכך בעת בחינת משקלן.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ע"פ 36/70 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 339 (1971) (להלן: פרשת כהן).

<sup>2</sup> ע"פ 9724/02 אבו-חמאד נ' מדינת ישראל, נח(1) 71 (2003) (להלן: הלכת אבו-חמאד או פרשת אבו-חמאד).

<sup>3</sup> Gershon Ben-Shakhar, Maya Bar-Hillel & Mordechai Kremnitzer, *Trial Bay Polygraph: Reconsidering the Use of the GKT in Court*, 26 LAW & HUM. BEHAV 527 (2002) איתן אלעד הפסיכולוגיה של השקר ושיטות לחשיפותו 268 (2005) (להלן: אלעד הפסיכולוגיה של השקר); 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, 129–128 (1999) (להלן: סנג'רו וקרמניצר "המשפט החוזר – מציאות או חלום?"; אסף זגורי ואברהם זגורי **דין הפוליגרף כבדיקה וכראיה** 298 (2011) (להלן: זגורי וזגורי).

<sup>4</sup> ר"ע 423/83 מדינת ישראל נ' עיזבון המנוח ורד סילוורמן ז"ל, פ"ד לז(4) 281, 286–287 (1983)

אשר להצדקות שעניינן זכויות האדם נטען כי גם הן ראויות לבחינה מחדש, לאור השיקולים הבאים: (1) השוואה בין הפגיעה בזכויות אדם עקב בדיקת פולגרף לבין הפגיעה בזכויות אדם הטמונה בגבייתן של ראיות אחרות; (2) השוואה בין הפגיעה הפוטנציאלית בזכויות אדם עקב הגשת תוצאות בדיקת הפולגרף בהליך הפלילי העיקרי לבין הפגיעה הפוטנציאלית הנובעת מהגשתן בהליכים אחרים; (3) ההנחה כי תוצאות בדיקת פולגרף ישמשו בהכרח לחובתם של חשודים ונאשמים, שאיננה מחויבת המציאות; (4) האפשרות להתנות את קבילותן של תוצאות בדיקת הפולגרף בתנאים שיבטיחו שמירה מרבית על זכויות הנבדק.

לדעתנו, שיקולים אלה מבססים את מסקנתנו שראוי לעיין מחדש בהלכה הקיימת, ולראות בתוצאות בדיקת הפולגרף ראיה מדעית שמשקלה ייבדק לאור המבחנים שנקבעו בהלכת אבו-חמאד.

חלק א של המאמר יתאר בקצרה את בדיקת הפולגרף ואת שתי השיטות המרכזיות לעריכתה: שיטת פרטי החקירה המוכמנים ושיטת שאלות הביקורת; חלק ב יסקור את המצב המשפטי בישראל ובארצות-הברית בכל הנוגע לשימוש בפולגרף בהליכים פליליים; חלק ג יבחן מחדש את שתי ההצדקות המסורתיות לאי-קבילות של תוצאות בדיקת הפולגרף בהליך הפלילי – מידת מהימנותה של הבדיקה והחשש מפני פגיעה בזכויות אדם. כמו כן נדון בחלק זה בהצדקה אפשרית נוספת לאי-קבילותו של הפולגרף, והיא החשש שמכשיר המתיימר להכריע בשאלות מהימנות פוגע בסמכותו של בית המשפט.

על בסיס הדיון שנערך בחלקים הקודמים, יוקדש חלק ד לדיון ולמסקנות באשר לקבילות הפולגרף בהליכים שונים, ויוצע לקבוע כללים אחידים לקבילות לפי הלכת אבו-חמאד, שיחולו על כל ההליכים. כללים אלו יכללו התחשבות בסוג הבדיקה, באופן עריכתה, במידת מהימנותו של המומחה שערך אותה, בסטנדרטים המדעיים שנקטו להבטחת מהימנותה המרבית, וכן במידת הבטחת זכויותיו של הנבדק. נטען, כי הגם שיייתכן יישום שונה לכללים אלו בהליכים שונים, הרי שקביעת כללי קבילות אחידים תיצור לכידות ושוויון.

## ב. רקע – מהי בדיקת פולגרף?

בדיקת הפולגרף מבוססת על ההנחה שתגובותיו הנפשיות של האדם, כגון התרגשות, פחד, מבוכה וחשש, באות לידי ביטוי בתגובות פיזיולוגיות שאין לו

---

(להלן: פרשת סילוורמן); אהרן ברק שיקול דעת שיפוט 502 (1987) (להלן: ברק שיקול דעת שיפוט); ע"פ 1620/10 מצגורה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.12.2013) (להלן: פרשת מצגורה).

שליטה עליהן.<sup>5</sup> מכשיר הפוליגרף הוא מכונה המייצרת רישומים אובייקטיביים בדמות גרפים מרובים (מכאן השם "פולי-גרף"), המתעדים את תגובותיו הפיזיולוגיות של הנבדק בעת שהוא משיב על שאלות הנוגעות לאירועים מסוימים. מכשיר הפוליגרף המקובל מורכב משלושה ערוצי בדיקה לפחות, שבהם נבחנות התגובות הפיזיולוגיות של הנבדק: שינויים בפעילות הנשימה, שינויים בלחץ הדם והדופק ושינויים במוליכות החשמלית של העור (הזעה).<sup>6</sup> מטרתה של הבדיקה היא לאפשר לבדוק להבחין בין תגובת ההתרגשות המאפיינת אמירת אמת לבין זו המאפיינת אמירת שקר, על ידי השוואה בין תגובות הנבדק לשאלות הנושאות עבורו מטען רגשי ממשי, לבין שאלות הנושאות עבורו מטען רגשי חלש.<sup>7</sup> התוצרים של הבדיקה הם רישומים אובייקטיביים המשקפים את תגובותיו הפיזיולוגיות של הנבדק לשאלות המוצגות לו. ההנחה היא כי תגובותיו הפיזיולוגיות של הנבדק בבדיקת הפוליגרף מלמדות על תגובתו הנפשית, דהיינו עד כמה היה שלו או נסער בעת מתן תשובותיו,<sup>8</sup> אף שהסיבה הסובייקטיבית לתגובה נפשית זו אינה ידועה בוודאות.

על בסיס הרישומים האובייקטיביים הללו, מומחה פוליגרף עורך את חוות דעתו, הכוללת את פרשנותו המקצועית, אך הסובייקטיבית, לרישומים האובייקטיביים, על סמך ניסיונו ומומחיותו. פרשנותו המקצועית של המומחה כוללת הסקת מסקנות אם הנבדק אמר אמת או שקר, בהתבסס על תגובותיו ומידת השלווה שהפגין בעת מתן התשובות. פרשנות סובייקטיבית זו של המומחה – להבדיל מרישומי הפוליגרף האובייקטיביים – עשויה כמוכן להיות שנויה במחלוקת, בין היתר בשל הבדלי גישות בין אנשי המקצוע בתחום, ובשל הבדלי השקפות כלליים באשר למידת הדיוק של המומחים בהערכה בדבר אמירת אמת או שקר על סמך תגובות פיזיולוגיות.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Leonard Saxe, Denise Dougherty & Theodore Cross, *The Validity of Polygraph Testing*, 40 AMERICAN PSYCHOLOGIST 355, 356 (1985) (להלן: Saxe, Dougherty & Cross); גרשון בן-שחר, מיה בר-הלל וישראל ליבליך "הפוליגרף (מכונת האמת) בשירות המשפט – סוגיות מדעיות ומשפטיות" **משפטים** טז 269, 270-269 (1987) (להלן: בן-שחר, בר-הלל וליבליך).

<sup>6</sup> DAVID C. RASKIN, GORDON H. BARLAND, & JOHN A. PODLENSNY, VALIDITY AND RELIABILITY OF DETECTION OF DECEPTION 23-25 (National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, U.S Department of Justice, June 1978) (להלן: RASKIN, BARLAND & PODLENSNY); בן-שחר, בר-הלל וליבליך, שם, בעמ' 272; ראו גם: זגורי וזגורי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 30.

<sup>7</sup> משרד המשפטים **הוועדה לעניין פוליגרף: דין וחשבון** 4 (1980) (להלן: **דוח ועדת כהן**); בן-שחר, בר-הלל וליבליך, לעיל ה"ש 5.

<sup>8</sup> זגורי וזגורי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 29-30.

<sup>9</sup> כפי שיובהר להלן, כדי להתמודד עם מצב זה, ניתן להציע כי רק חוות דעת מפורטת, הנותנת בידי בית המשפט כלים להתרשם ממידת מהימנותה ומקצועיותה של הבדיקה, תשמש ראייה קבילה בבקשות למשפט חוזר.

בדיקת הפולגרף מתבצעת לרוב באחת משתי שיטות: **שיטת שאלות הביקורת** (להלן: שב"ק) או **שיטת פרטי החקירה המוכמנים** (להלן: פח"מ).<sup>10</sup> שיטת השב"ק היא בדיקת פולגרף שבמסגרתה מוצגים לנבדק שלושה טיפוסים שאלות "כן" ו"לא": שאלות רלוונטיות, כלומר שאלות הנוגעות ישירות לאירוע הנחקר; שאלות ביקורת, כלומר שאלות הצפויות לעורר ריגוש ולאיים על החשוד כמו השאלות הרלוונטיות, אם כי אינן נוגעות לאירוע הספציפי (למשל, שאלות הדורשות מהחשוד לחשוף מקרים שבהם שיקר, מעל באמון וכדומה); ושאלות לא רלוונטיות, כלומר שאלות ניטרליות הנוגעות לפרטים חסרי חשיבות.<sup>11</sup> הבדיקה נערכת באופן סדרת השאלות הנבחרת מכילה 10–12 שאלות, כש-20 שניות מפרידות בין שאלה לשאלה, וכל הסדרה מוצגת בתוך 3–4 דקות. הבודק חוזר על סדרת השאלות שלוש פעמים לפחות, לאו דווקא באותו הסדר.<sup>12</sup> השלב האחרון בבדיקה הוא הערכת הפלט, ובו נערכת השוואה בין התגובות לשאלות הרלוונטיות לבין התגובות לשאלות הביקורת.<sup>13</sup>

שיטת השב"ק מבוססת על השוואה בין תגובותיו הפיזיולוגיות של הנבדק לשאלות רלוונטיות לבין תגובותיו לשאלות ביקורת. ההנחה שביסוד בדיקת השב"ק היא שדובר שקר נוטה להגיב תגובה מובהקת מבחינה פיזיולוגית לשאלות הרלוונטיות ואילו דובר אמת יגיב תגובה מובהקת יותר לשאלות הביקורת. על פי התגובות הפיזיולוגיות לכל שאלה הבודק מסיק אם תגובות הנבדק נותנות אינדיקציה לאמירת אמת או לאמירת שקר. כאשר התגובות הפיזיולוגיות אינן מגלות עקיבות, הבדיקה מתויגת כבלתי ניתנת להכרעה.<sup>14</sup>

שיטת הפח"מ מבוססת על ההנחה שיש תבנית תגובה פיזיולוגית אופיינית לפרטים מעוררי קשב, ועל כן ניתן לעורר קשב אצל נבדק כאשר מוצג לו פריט המוכר לו, המשובץ בסדרת פריטים לא מוכרים.<sup>15</sup> לפיכך תגובה בולטת של נבדק על פריט מוכמן – פריט שיכול להיות ידוע רק למי שהיה מעורב באירוע – עשויה להצביע על קשר שלו לאותו אירוע. כדי לערוך בדיקת פולגרף בשיטת הפח"מ, יש למצוא מאפיינים של האירוע הנבדק העשויים להיות ידועים רק לאנשים שהיו מעורבים בו. מאפיינים אלו משובצים בסדרה של שאלות המורכבות ממאפיינים השקולים כולם מבחינתו של הנבדק הבלתי מעורב, או שעל רקעם בולטים מאפייני האירוע למי שהיה מעורב בו. בודק הפולגרף מחפש בכל שאלה בנפרד את המאפיין

10 לסקירת שיטות אלה ושיטות נוספות, ראו: Saxe, Dougherty & Cross, לעיל ה"ש 5, בעמ' 356–357; זגורי וזגורי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 47–94.

11 בן-שחר, בר-הלל וליבליך, לעיל ה"ש 5, בעמ' 272.

12 שם, בעמ' 273.

13 שם, בעמ' 274.

14 שם, בעמ' 272.

15 שם, בעמ' 275.

שעורר את התגובה הבולטת ביותר. אם תגובתו של נבדק מעידה על כך שנמצא בידו מידע שהוא מעל ומעבר לזה הצפוי להיות בידי בלתי מעורב, הרי תוצאה זו עלולה לקשור את הנבדק לאירוע. עם זאת, בדיקת הפח"מ לא בהכרח מצביעה על נטייה לאמירת אמת או שקר, אלא עשויה לסייע בקביעת הסבירות כי הנבדק יודע פרטים מוכמנים על אודות האירוע הנבדק.<sup>16</sup> קביעה כי הנבדק יודע בסבירות גבוהה פרטים מוכמנים לא בהכרח תצביע על מעורבותו באירוע הנחקר, אלא תאפשר לנבדק להסביר מדוע הגיב כפי שהגיב על פריט מסוים (למשל, כי נחשף למידע זה בדרך אחרת).<sup>17</sup>

כמו כן, שלא כמו בדיקת השב"ק, אין בדיקת הפח"מ מחייבת ריאיון מוקדם של הנבדק עם בודק הפוליגרף. למעשה, אין בדיקה זו מחייבת כל מגע אישי בין הבודק לנבדק והיא אפילו אינה מחייבת את הנבדק לענות על שאלות המוצגות לו בקול רם.<sup>18</sup> עובדות אלו תורמות, כפי שנראה בהמשך, למהימנותה הרבה של שיטת הפח"מ. עם זאת יש לזכור כי שיטת הפח"מ אינה מתאימה למקרים שבהם הנבדק בקיא בפרטי האירוע. אשר לשימוש בפח"מ בחקירת עברות פליליות, הרי לאור מאפייני הבדיקה, ניתן להשתמש בה למעשה רק בשלביה הראשונים של החקירה הפלילית, משום שבשלבים מאוחרים יותר ייתכן שהנבדק כבר נחשף לפרטי העברה מתוך החקירה עצמה.

הבנת אופן פעולת מכשיר הפוליגרף מעוררת שאלות באשר לכינוי שבו מקובל לתארו: "מכונת אמת". בדיקת הפוליגרף אינה מתיימרת להבחין נחרצות בין אמת לשקר, ובוודאי אי-אפשר לומר כי לבודק הפוליגרף היכולת לקבוע **בוודאות** אם הנבדק הוא דובר אמת או דובר שקר באשר למעורבותו באירוע הנבדק, על סמך תגובותיו הפיזיולוגיות כפי שתועדו בבדיקה. תחת זאת נציע להגדיר את מכשיר הפוליגרף כמכשיר מדעי המתעד, באמצעות גרפים מרובים, מאפיינים בתגובותיו הפיזיולוגיות של הנבדק המעידים על **מצבו הנפשי** של הנבדק בתגובותיו לשאלות או פרטי מידע. בודק הפוליגרף יכול אפוא להעריך על בסיס המידע שהתקבל בבדיקה באשר לתגובותיו הפיזיולוגיות של הנבדק, אם ישנן אינדיקציות לאמירת אמת או לאמירת שקר, בהתאם לתיאוריה שמדע הפוליגרף מתבסס עליה.

<sup>16</sup> שם, בעמ' 275-276.

<sup>17</sup> שם, בעמ' 276; Gershon Ben-Shakhar, *Current Research and Potential Application of the Concealed Information Test: An Overview*, 3 FRONTIERS IN PSYCHOLOGY 342 (2012) (להלן: Ben-Shakhar, *Research & Application of Concealed Information*).

<sup>18</sup> בן-שחר, בר-הלל וליבליך, לעיל ה"ש 5.



## ג. שימוש בפוליוגרף בהליכים פליליים – המצב המשפטי

### 1. המצב המשפטי בישראל

ההלכה שבדיקת הפוליוגרף איננה ראייה קבילה בהליכים פליליים החלה להתגבש בשנת 1970 בפסק הדין בעניין כהן (להלן: הלכת כהן או פרשת כהן).<sup>19</sup> בהלכת כהן קבע בית המשפט העליון שבית המשפט המחוזי, שהרשיע את הנאשם, ייתכן שהושפע מעדות על סירובו של הנאשם להיבדק במכשיר פוליוגרף, ומכאן שיש לזכותו. בפסק הדין מנה בית המשפט העליון את הטעמים לכך שבדיקת הפוליוגרף לא הוכרה כראיה קבילה בארצות-הברית: הבדיקה טרם זכתה להכרה כאמצעי בטוח ומדויק לגילוי האמת; סירובו של נאשם להיבדק עשוי להתפרש כאינדיקציה עקיפה לאשמתו; גם הסכמה להיבדק יכולה ליצור את הרושם שההסכמה ניתנה מתוך הרגשת חפות. לפיכך סבר בית המשפט העליון בפרשת כהן שאין להסיק מסקנה לרעת הנאשם מסירובו להיבדק ומוטב שלא להביא כל עדות על כך.

עשור לאחר מכן, נדונה בישראל לראשונה בצורה מקיפה השאלה אם יש לאפשר הגשת תוצאות של בדיקות פוליוגרף בהליכים משפטיים. הסוגיה נדונה בדוח הוועדה לעניין פוליוגרף בראשות השופט יצחק כהן.<sup>20</sup> דוח ועדת כהן מפרט את השיקולים הנוגעים לשימוש בפוליוגרף בהליכים משפטיים.<sup>21</sup>

לתמיכה בשימוש בפוליוגרף בהליכים משפטיים, מנתה הוועדה את השיקולים הבאים: לפי מחקרים שנערכו, רמת הדיוק של התוצאות גבוהה יחסית; במקרים רבים הדרך היחידה להוכחת חפות היא באמצעות בדיקת פוליוגרף; תוצאות של בדיקות פוליוגרף אומתו במקרים רבים באמצעות ראיות חיצוניות; התביעה (בעיקר בארצות-הברית) משתמשת בתוצאות של בדיקות פוליוגרף בהחלטה לסגור תיקים ולהפסיק הליכים משפטיים; לפי מחקרים שנערכו, רמת הדיוק של בדיקת הפוליוגרף אינה נופלת מזו של ראיות אחרות שהוכרו כקבילות בבית המשפט, כגון גרפולוגיה או עדויות רפואיות.

לשלילת השימוש בפוליוגרף בהליכים משפטיים, מנתה הוועדה את הנימוקים הבאים: היעדר מחקר מדעי מספק בדבר הצלחת מכשיר הפוליוגרף להבחין בין אמת לשקר; השפעת גורמים חיצוניים על תגובותיו הפיזיולוגיות של הנבדק; ההכרה בכך שלבני אדם שונים תגובות פיזיולוגיות שונות; החשש שנבדקים מסוימים יטו את תוצאות הבדיקה; השפעת התרשמותו הסובייקטיבית של הבודק וכישוריו על

<sup>19</sup> פרשת כהן, לעיל ה"ש 1.

<sup>20</sup> דוח ועדת כהן, לעיל ה"ש 7.

<sup>21</sup> שם, בעמ' 25–28.

מהימנות הבדיקה; ליקויים טכניים במכשיר הפוליוגרף; שימוש נרחב בפוליוגרף עלול להביא לריבוי בודקים ולקושי לפקח עליהם; המחקרים באשר למהימנות הפוליוגרף מאופיינים בליקויים בשיטות המחקר; הפוליוגרף טרם זכה להכרה גורפת בעולם המדע; השימוש בפוליוגרף עלול לפגוע בזכויות הנאשם, ובראשן הזכות לאי-הפללה עצמית והזכות לפרטיות.

רוב חברי הוועדה סברו כי הנימוקים השוללים את השימוש בפוליוגרף גוברים על הנימוקים התומכים בכך וקבעו שאין לאפשר הגשה של תוצאות בדיקת פוליוגרף כראיה במשפט פלילי. כמו כן, אין להביא לידיעת בית המשפט את העובדה שנאשם סירב או הסכים להיבדק בפוליוגרף. עם זאת קבעה הוועדה שיש לאפשר שימוש בפוליוגרף בשלב החקירה, בעיקר כאשר מדובר בחקירה פלילית, וכן שיש לאפשר בהסכמת הצדדים הגשת תוצאות בדיקת פוליוגרף בהליכים אזרחיים, תוך שהצדדים יהיו רשאים לקבוע כי תוצאות הבדיקה יחייבו את בית המשפט.<sup>22</sup>

בדעת מיעוט חלק תנ"צ מאיר קפלן, שניהן באותה העת כראש המחלקה לזיהוי פלילי במשטרת ישראל, על חלק ממסקנות הוועדה. קפלן טען שישנן ראיות רבות המוכרות כקבילות בהליך הפלילי אף שמהימנותן שנויה במחלוקת. כך, למשל, עדות ראייה קבילה אף שעדי ראייה עלולים לטעות בתום לב. גם מהימנותן של חוות דעת מומחים עלולה לעורר ספקות, אך אלו קבילות בהליכים פליליים.<sup>23</sup>

הפסיקה שהתפתחה בתחום הפוליוגרף מבוססת במידה רבה על מסקנות דעת הרוב בדוח ועדת כהן. בתחום המשפט הפלילי אישרה הוועדה, למעשה, את המדיניות שנקבעה בהלכת כהן וקבעה שאין להשתמש בתוצאות של בדיקת פוליוגרף בהליך הפלילי העיקרי.

מעניין להיווכח כיצד הורחבה הלכת כהן, שעניינה בהבאת עדות בדבר סירובו של נאשם לבדיקת פוליוגרף, והתגבשה לכדי הלכה הפוסלת מכול וכול את השימוש בפוליוגרף כראיה בהליך הפלילי, ללא הבחנה בין בדיקה שנערכה או הוגשה ביוזמת הנאשם לבין בדיקה שנערכה והוגשה ביוזמת התביעה.<sup>24</sup> יתר על כן, מעיון בהלכת

<sup>22</sup> שם, בעמ' 28–32. עוד קבעה דעת הרוב כי אין לאפשר הגשת בדיקת פוליוגרף כראיה בדיננים בפני גופים שיפוטיים או מעין-שיפוטיים המחויבים לנהוג לפי דיני הראיות, להבדיל מגופים שאינם מחויבים לנהוג לפי דיני הראיות. כן נקבע שיש להסדיר בחקיקה חוק לרישוי בודקי פוליוגרף, לשם הבטחת כישורי הבודקים ולשם הבטחת רמתם המוסרית ולקבוע כללי אתיקה שיחייבו את הבודקים.

<sup>23</sup> לדעת המיעוט המלאה של תנ"צ קפלן, ראו: שם, בעמ' 34–51.

<sup>24</sup> ואף בלא הבחנה בין שאלת קבילות בדיקת הפוליוגרף עצמה לבין השאלה אם ניתן ליידע את בית המשפט בדבר סירוב של חשוד להיבדק. ראו, למשל: ע"פ 493/82 חמו נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 645 (1986); ע"פ 993/93 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 485 (1993) (להלן: פרשת אבוטבול 1); דנ"פ 188/94 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פ"ד נא(2) 1 (1996) (להלן: פרשת אבוטבול 2); על הקושי שבהרחבת הלכת כהן עמד השופט גבריאל בן בע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב(1), 446, 457–458 (1988), אשר דן בהגשת תוצאות בדיקת פוליוגרף בהליכים אזרחיים, וציין כדלקמן:

כהן נראה שהרציונל שביסוד פסק הדין היה הגנה על זכויות הנאשם בהליך הפלילי, שכן באותה פרשה התעורר חשש כי העדות על אודות סירובו של הנאשם לעבור בדיקת פולגרף השפיעה על בית המשפט המחוזי בהחלטה להרשיעו. גם נימוקי ועדת כהן להמלצה להימנע מלהגיש את הראיה בהליכים פליליים, אשר נגעו לפגיעה פוטנציאלית בזכויות אדם, התמקדו בזכויות הנאשם. חרף זאת, ההלכה בדבר אי-קבילות תוצאות בדיקת הפולגרף בהליכים פליליים הוחלה גם על הליכים שבהם הראיה עשויה דווקא לסייע באופן מובהק לנאשם. כך, למשל, הורחבה הלכת כהן והוחלה גם על הגשת תוצאות של בדיקת פולגרף בבקשות למשפט חוזר. בסדרה של החלטות קבע בית המשפט העליון שנידון אינו רשאי להגיש ממצאי בדיקת פולגרף לתמיכה בטענתו כי הורשע הרשעת שווא ויש לערוך לו משפט חוזר,<sup>25</sup> בטענה שהפולגרף הוא אמצעי חקירה ולא ראיה קבילה בבית-המשפט.<sup>26</sup>

למרות ההלכה השוללת את השימוש בפולגרף במשפט הפלילי, מצאנו כי הערכאות הדיוניות לא תמיד פועלות על פיה, ובתי משפט אלה מקבלים מפעם לפעם ראיות הנוגעות לבדיקת הפולגרף גם בהליך הפלילי העיקרי. במרבית המקרים מדובר בראיות הנוגעות לסירובם או להסכמתם של הנאשם או אחד מעדי התביעה להיבדק בפולגרף – אשר לפי הלכת כהן אמורות להיות בלתי קבילות – ובכל זאת בית המשפט מעניק משקל לעובדת ההסכמה או הסירוב לבדיקה.<sup>27</sup> אולם ניתן למצוא

"בישראל טרם ניתן פסק דין מחייב ומנחה בסוגיה הנדונה על ידי בית המשפט העליון. אמנם היתה התייחסות לנושא של בדיקות הפולגרף וקבילותן בפסק דינו של השופט ברנזון בע"פ 36/70 כהן נ' מ.י, פ"ד כ"ה 339 (1), ולעתים מובעת הדעה, כאילו הוחלט באותו פסק דין לפסול את תוצאות הבדיקות כראיה [...] אולם למעשה פירוש זה הינו מרחיק לכת מדי, שכן ההלכה שנקבעה בע"פ 36/70 מתייחסת רק לאיסור שחל על בית המשפט להתחשב בסירובו של עד להיבדק במכשיר הפולגרף. בית המשפט ציין, כי בהעדר חובה מן הדין להיבדק במכשיר הפולגרף, אין להסיק מסקנה לרעת הנאשם מסירובו לעבור בדיקה כזו."

<sup>25</sup> מ"ח 5453/91 יהלום נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 85 (1991); מ"ח 6398/94 יהלום נ' מדינת ישראל, תק-על 195 (1) 225 (1995); מ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 334 (1997) (להלן: פרשת עזריה); מ"ח 8777/99 פלינק נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 746 (2000).

<sup>26</sup> פרשת עזריה, שם, בעמ' 358.

<sup>27</sup> למעשה, ניתן למצוא במרבית המקרים קורלציה בין שאלת ההסכמה/סירוב לבין התוצאה המשפטית. למשל: ת"פ (מחוזי חי') 189/96 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 15.11.1998), שם ביקר בית המשפט את התנהלות המשטרה שמנעה מן הנאשם להיבדק בפולגרף חרף הסכמתו לעשות כן, הגם שציין כי בדיקה זו אינה קבילה ממילא. הנאשם במקרה זה זוכה מהאישומים נגדו; ת"פ (שלום י-ם) 2328/97 תביעות מחוז ש"י נ' פלוני (פורסם בנבו, 3.11.2003), שם ציין בית המשפט כי הנאשם עבר מיוזמתו בדיקת פולגרף פרטית ואף הציגה לשוטר שחקר אותו. בית המשפט לא קבע במפורש כי הוא נותן משקל לעובדה זו, אך הנאשם זוכה בסופו של דבר; ת"פ (שלום ב"ש) 3857/01 מדינת ישראל נ' לוי (פורסם בנבו, 14.4.2008), שם קיבל סירובו של הנאשם להיבדק בפולגרף משקל בהחלטה להרשיעו; ת"פ (שלום כ"ס) 3396/02 מדינת ישראל נ' בן חיים (פורסם בנבו, 19.4.2004), שם הוגש לבית המשפט מזכר הנוגע להסכמת הנאשם להיבדק

גם מקרים אחדים שבהם קיבל בית המשפט תוצאות של בדיקות פוליגרף שנערכו לנאשמים ולעדים,<sup>28</sup> לרבות מקרים שבהם נעשה הדבר בהסכמת הצדדים.<sup>29</sup> מעניין להיווכח שעל תיקים אלו לא הוגשו ערעורים התוקפים את ההסתמכות על ראיות מסוג זה, ולא זו בלבד אלא שאף בפסקי הדין עצמם לא נערך כל דיון עקרוני בנושא. למעשה, במרבית המקרים נראה כי בית המשפט לא נתן דעתו כלל לכך שהוא מסתמך על מידע האמור להיות בלתי קביל, ואם נטענו טענות ברוח זו על ידי הצדדים, הרי אין הן מקבלות ביטוי בפסקי הדין.

על כך יש להוסיף כי בהליכי מעצר, להבדיל מההליך הפלילי העיקרי, נפתח בפסיקת בית המשפט העליון פתח להגשת תוצאות של בדיקות פוליגרף. בעיקר אמורים הדברים בהליכי מעצר לצורך חקירה, שבהם נקבע כי ניתן להסתמך על ראיות בלתי קבילות, ובכללן תוצאות של בדיקות פוליגרף.<sup>30</sup> בהליכי מעצר עד תום

---

בפוליגרף, עובדה שהוזכרה פעמים מספר בהכרעת הדין המזכה; ת"פ (שלום נת') 1260/03 **מדינת ישראל נ' דעי** (פורסם בנבו, 17.1.2006), שם ניתן משקל לעובדה שהנאשם הסכים לכל בדיקה שתסייע לו להוכיח את חפותו, לרבות עימות ובדיקת פוליגרף, באופן שתרם לזיכוי; ת"פ (שלום כ"ס) 2590/03 **מדינת ישראל נ' שמוניס** (פורסם בנבו, 2.5.2004), שם ציין בית המשפט כי הנאשם הסכים להיבדק בפוליגרף ואילו המתלוננת נגדו סירבה לעשות כן. הנאשם במקרה זה זוכה מהאישומים נגדו; ת"פ (מחוזי ת"א) 40162/05 **מדינת ישראל נ' אלגור** (פורסם בנבו, 6.1.2009), שם קבע בית המשפט כי אינו יכול שלא להביא בחשבון את הסכמת הנאשם להיבדק בפוליגרף. הנאשם במקרה זה זוכה מהאישומים נגדו; ת"פ (מחוזי י-ם) 355/09 **מדינת ישראל נ' מלכה** (פורסם בנבו, 15.9.2011), שם הוזכרה תגובתו המתחמקת של הנאשם כאשר נשאל אם הוא מוכן להיבדק בפוליגרף. הנאשם במקרה זה הורשע; ת"פ (שלום עכו) 44913-05-11 **מדינת ישראל נ' זוהר** (פורסם בנבו, 12.5.2013), שם ניתן משקל לעובדה שהמטרה לא אפשרה לנאשם להיבדק בפוליגרף חרף בקשתו, באופן שתרם לזיכוי.

<sup>28</sup> ת"פ 98/95 **מדינת ישראל נ' עוכדיה**, פ"מ תשנ"ח(1) 433 (1997), שם הוגשו לבית המשפט מזכרים שבהם צוינה העובדה כי הנאשם נמצא דובר שקר בבדיקת הפוליגרף שנערכה לו, ובית המשפט אף ציין את התנהגות הנאשם במהלך הבדיקה (הנאשם הורשע בסופו של דבר); ת"פ (מחוזי י-ם) 231/98 **מדינת ישראל נ' דרויש** (פורסם בנבו, 22.9.1999), שם הוגשו תוצאות הבדיקה שנערכו לנאשם, אם כי בית המשפט קבע שלא ניתן לבסס עליהן את הרשעתו.

<sup>29</sup> ת"פ (שלום חי') 2034/00 **מדינת ישראל נ' תורג'מן** (פורסם בנבו, 1.9.2004), שם הסכימה התביעה, באופן חריג, להגשת תוצאות בדיקות פוליגרף שנערכו לנאשמים. כן נקבע במקרה זה, כי בעוד סירובו של נאשם להיבדק בפוליגרף אינו יכול להיזקף לחובתו, הרי ראוי לזקוף לזכותו את ההסכמה להיבדק בפוליגרף; ת"פ (שלום ת"א) 2515/04 **מדינת ישראל נ' בן שושן** (פורסם בנבו, 6.6.2005), שם הוגשו בהסכמה תוצאות בדיקות הפוליגרף שנערכו הן לנאשם הן למתלוננת.

<sup>30</sup> בש"פ 7063/01 **מלמד נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(1) 289 (2001); "שימוש בבדיקות פוליגרף על-ידי רשויות המדינה" **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה** 3.1102, 5 (התשס"ד) (להלן: **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה לשימוש בבדיקות פוליגרף**) זמין ב- [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/C3481266-4BA2-4F40-A9BE-9011176C85A8/26448/31002.pdf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/C3481266-4BA2-4F40-A9BE-9011176C85A8/26448/31002.pdf) (נבדק לאחרונה ב- 2.12.2014).

ההליכים, לעומת זאת, נחלקו הדעות באשר לשימוש בתוצאות בדיקת פולגרף,<sup>31</sup> אך ניתן לומר שבשנים האחרונות התגבשה מגמה המאפשרת לתת משקל לתוצאות של בדיקות פולגרף שהגישו נאשמים בהליכים אלו, בהתקיים נסיבות המצדיקות זאת.<sup>32</sup> כך, בפרשת **חסיד**<sup>33</sup> קבע השופט אליקים רובינשטיין כי יש לאפשר לנאשם הנתון בהליכי מעצר עד תום ההליכים לעבור בדיקת פולגרף על חשבוננו וכי "אף לשיטה שלפיה הפולגרף פוגע בכבוד האדם, רשאי האדם עצמו כמובן למחול על כבודו".<sup>34</sup> לאחר שהתקבלו תוצאות בדיקת הפולגרף החליט השופט רובינשטיין לשחרר את הנאשם ממעצר וקרא להסדרת מעמדו של הפולגרף בהליכי מעצר עד תום ההליכים.<sup>35</sup> בפרשת **ימר**<sup>36</sup> קבעה השופטת עדנה ארבל, שבשלב הארכת המעצר עד תום ההליכים בדיקת פולגרף שלפיה הנאשם דובר אמת עשויה להוות חיזוק לטענות ההגנה. בדומה לכך, בפרשת **פלונני**<sup>37</sup> הורה השופט נעם סולברג לשחרר את העורר ממעצר עד תום ההליכים, בין היתר על בסיס בדיקת הפולגרף שנערכה לו, וקבע שיש נסיבות מיוחדות המצדיקות להביא במניין השיקולים את העובדה שהנאשם נמצא דובר אמת בבדיקה.<sup>38</sup>

<sup>31</sup> ב"ש 353/82 חנוך נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 701 (1982); ב"ש 358/85 מדינת ישראל נ' זעוררה, פ"ד לט(2) 23 (1985); ב"ש פ 6612/95 פחימה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.10.1995); לעומת זאת, ראו: ב"ש פ 2949/91 כיסראווי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 221 (1991); ב"ש פ 2871/94 פרוץ נ' מדינת ישראל, תק-על 94(2) 1261 (1994).

<sup>32</sup> להשלמת התמונה יצוין כי בהליכים אזרחיים בדיקת הפולגרף היא ראייה קבילה, בהינתן הסכמה מוקדמת של הצדדים והם אף רשאים להסכים ביניהם כי ראייה זו תכריע את המשפט. ראו: פרשת **ביאזי**, לעיל ה"ש 24. הסכם כזה כפוף למבחני תקנת הציבור ואף יכול להיבחן כחווה אחיד בין הצדדים; ראו גם: ע"א 551/89 "מנורה" חברה לביטוח נ' סדובניק, פ"ד מו(3) 158 (1992); בהליכים מנהליים שבהם ניתן לסטות מדיני הראיות, כגון הליכי מעצר מנהלי, נקבע כי ניתן להסתמך על בדיקות פולגרף. ראו, למשל: עמ"ס 1/95 פלונני נ' שר הביטחון, תק-על 95(1) 1522 (1995); יש להוסיף כי היועץ המשפטי לממשלה הסדיר בהנחיה את השימוש בפולגרף על ידי רשויות המדינה, למשל בבדיקות מנהליות, בבדיקות בהליכי חקירה ובבדיקות לשם הגנה על אינטרס ציבורי חיוני. ראו: הנחיות היועץ המשפטי לממשלה לשימוש בבדיקות פולגרף, לעיל ה"ש 30, בעמ' 2-4. לפי הנחיה זו, יש לעשות בפולגרף שימוש זהיר ומוגבל, משום פגיעה אפשרית בזכויותיו של הנבדק, לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וכן משום החשש להכתים חפים מפשע אם יימצאו בטעות דוברי שקר (שם, בעמ' 2).

<sup>33</sup> ב"ש פ 1000/05 חסיד נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 385 (2005).

<sup>34</sup> שם, בעמ' 395; ראו גם: ב"ש פ 11171/07 אלון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.1.2008); ב"ש פ 1982/09 אבו טארש נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.3.2009) (להלן: פרשת אבו טארש).

<sup>35</sup> ב"ש פ 3138/05 חסיד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.5.2005) (להלן: פרשת חסיד).

<sup>36</sup> ב"ש פ 8896/11 ימר נ' מדינת ישראל, פס' 9 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 9.1.2012).

<sup>37</sup> ב"ש פ 3978/12 פלונני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.6.2012).

<sup>38</sup> שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט סולברג; כן, ראו: פרשת אבו טארש, לעיל ה"ש 34; ב"ש פ 6194/10 מדינת ישראל נ' אבו סבית (פורסם בנבו, 7.9.2010).

יתר על כן, השופט (כתוארו אז) אשר גרוניס דן בע"פ 3399/11 בקבילות הפוליגרף בהליכי העיקרי כדלקמן:

"כמובן, שבנושא זה של אמינות בדיקות פוליגרף יכול שיחולו שינויים עקב התפתחויות מדעיות וטכנולוגיות. על כן, ייתכן שבדיקה מסוג מסוים, שלא הייתה קבילה בעיתה, תהפוך לקבילה בחלוף השנים, ועם ההתפתחות המדעית בתחום"<sup>40</sup>.

ניתן להיווכח אפוא שבשנים האחרונות מתגלים בקיעים בהלכה הוותיקה השוללת שימוש בפוליגרף בהליכים פליליים. ראשית, בכמה הליכים פליליים עיקריים אפשרו הערכאות הדיוניות הגשה של ראיות הנוגעות לפוליגרף. שנית, מפסיקה עדכנית של בית המשפט העליון עולה כי סוגיית הגשתם של ממצאי הפוליגרף בהליכים פליליים עיקריים תלויה, במידה רבה, בהתפתחויות הטכנולוגיות ובמחקרים על אודות אמינות הבדיקה. שלישית, האפשרות להגיש תוצאות של בדיקות פוליגרף בהליכי מעצר הולכת ומורחבת על ידי בית המשפט העליון, בעיקר כאשר הדבר נדרש לחיזוק טענות ההגנה.

## 2. המצב המשפטי בארצות-הברית

גם בארצות-הברית בדרך כלל אין מאפשרים הגשת תוצאות בדיקת פוליגרף בהליכים פליליים, אולם בכמה מדינות ניתן להגיש תוצאות בדיקת פוליגרף בהליכים פליליים בתנאים מסוימים. נסקור להלן את התפתחות ההלכה בארצות-הברית. בשנת 1923 ניתן פסק הדין בעניין *Frye* (להלן: הלכת פריי)<sup>41</sup> שהפך לפסק הדין המנחה בסוגיית קבילות ממצאי הפוליגרף בהליכים פליליים. באותה פרשה ביקש נאשם בעברת רצח להציג עדות מומחה לעניין "גלאי שקר" – דגם מוקדם של מכשיר הפוליגרף. הבדיקה הרלוונטית הייתה מבוססת באותה העת על מדידת לחץ הדם, בהנחה כי בעת אמירת שקר ניתן לאתר שינויים בלחץ הדם. בית המשפט הפדרלי לערעורים במחוז קולומביה קבע שבדיקה זו איננה קבילה כראיה בהליכים פליליים. בפסק הדין נקבע שתזה מדעית תהיה קבילה בבית משפט רק אם זכתה בהכרה כללית בקהילה המדעית המתאימה ( "[G]eneral acceptance in the particular field in which it belongs"). אולם הבדיקה הרלוונטית טרם זכתה להכרה מדעית מספקת בקרב הקהילה המדעית בתחום הפיזיולוגיה והפסיכולוגיה ומטעם זה אין לאפשר את הגשתה בהליכים פליליים.

<sup>39</sup> ע"פ 3399/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנוב, 27.2.2012).

<sup>40</sup> שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט גרוניס.

<sup>41</sup> *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (1923).

אף שהלכת פריי ניתנה בקשר לקבילותו של "גלאי שקר", משך כשבעים שנים לאחר שניתנה היא הוכרה כפסק הדין המנחה באשר לקבילותן של כל הראיות המדעיות.<sup>42</sup> בשלב מסוים החלה להתפתח מחלוקת בעניינה<sup>43</sup> – מחלוקת אשר התעצמה לאחר חקיקת הכללים הפדרליים להגשת ראיות בשנת 1975.<sup>44</sup> בעקבות זאת נדונה שוב ההלכה הנוגעת לקבילות ראיות מדעיות, וזאת במסגרת פסק הדין בעניין *Daubert* (להלן: הלכת דאוברט). באותה פרשה נדון המבחן הראוי לקבילותן של עדויות רופאים מומחים לאור חקיקת הכללים הפדרליים להגשת ראיות. בית המשפט קבע כי לפי הכללים, הגוברים על הלכת פריי, קבילותה של תזה מדעית תלויה בכמה תנאים: שכנוע בית המשפט כי התיאוריה המדעית או הנחות היסוד, שהבדיקות נערכות על פיהן, הן מבוססות (scientifically valid) ומקובלות בעולם המדעי הרלוונטי (widespread acceptance within a relevant scientific community); הכרת תקלות אפשריות וסטיות תקן בתיאוריה המדעית; בדיקת מומחיותו של המומחה; עדות של עד מומחה כי הליכי הבדיקה שנערכה מקובלים על המקצוע המדעי שלעניין; עדות של עד מומחה שערך את הבדיקה והיא בוצעה כראוי; הבהרת האפשרות לטעות בבדיקה ובתוצאותיה.<sup>45</sup> מאז ניתנה הפכה הלכת דאוברט למעשה להלכה המנחה באשר לקבילותן של ראיות מדעיות, ובמסגרתה נזנחה ההלכה שלפיה יש צורך ב"הכרה כללית בקהילה המדעית המתאימה" כתנאי לקבילות הראיה המדעית. יוער כי הכללים שנקבעו בהלכת דאוברט, באשר לקבילותה של ראיה מדעית, אומצו בישראל במסגרת הלכת אבו-חמאד.<sup>46</sup>

E. GREEN & C. NESSON, PROBLEMS, CASES, AND MATERIALS ON EVIDENCE 649 (1<sup>st</sup> ed. 1983).<sup>42</sup>

PAUL C. GIANNELLI & EDWARD J. IMWINKELRIED, SCIENTIFIC EVIDENCE § 1–5, 10–14 (1<sup>st</sup> ed. 1986); Michael D. Green, *Expert Witnesses and Sufficiency of Evidence in Toxic Substances Litigation: The Legacy of Agent Orange and Bendectin Litigation*, 86 NW. U. L. REV. 643 (1992); Edward R. Becker & Aviva A. Orenstein, *The Federal Rules of Evidence After Sixteen Years – The Effect of "Plain Meaning" Jurisprudence, the Need for an Advisory Committee on the Rules of Evidence, and Suggestions for Selective Revision of the Rules*, 60 GEO. WASH. L. REV. 857, 876–885 (1992); James A. Hanson, *Frye is Sixty-Five Years Old; Should He Retire?*, 16 WEST. ST. U. L. REV. 357 (1989); Bert Black, *A Unified Theory of Scientific Evidence*, 56 FORD. L. REV. 595 (1988); Edward J. Imwinkelried, *The "Bases" of Expert Testimony: The Syllogistic Structure of Scientific Testimony*, 67 N. C. L. Rev. 1 (1988); Paul C. Giannelli, *The Admissibility of Novel Scientific Evidence: Frye v. United States, a Half-Century Later*, 80 COLUM. L. REV. 1197 (1980).<sup>43</sup>

FED. R. EVID. 28 U.S.C.App (originally enacted as Pub. L. 93–595, §1, Jan. 2, 1975, 88 Stat. 1937).<sup>44</sup>

*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).<sup>45</sup>

פרשת אבו-חמאד, לעיל ה"ש 2.<sup>46</sup>

בשנת 1998 דן בית המשפט העליון של ארצות-הברית בשאלת קבילותן של בדיקות פוליגרף, אגב דיון בטענה כי הוראת חוק השיפוט הצבאי שממצאי פוליגרף לא ישמשו ראיה בבתי משפט צבאיים היא בלתי חוקתית.<sup>47</sup> בית המשפט קבע, בדעת רוב, שאין לפסול את ההוראה בחוק השיפוט הצבאי, אולם ניתן להשאיר לשיקול דעת בתי המשפט את ההכרעה בדבר קבילות הפוליגרף. לפי דעת המיעוט,<sup>48</sup> ההוראה איננה חוקתית, שכן היא פוגעת בזכותם החוקתית של נאשמים ואיננה נותנת משקל הולם לאינטרס של הנאשם להביא את תוצאות הבדיקה כראיה לזכותו. דעת המיעוט הדגישה שהפוליגרף הוכר כמכשיר מהימן ולפיכך יש להכיר בקבילות ממצאיו.

לאור הלכת פריי מרבית המדינות בארצות-הברית אינן מאפשרות להגיש תוצאות של בדיקת פוליגרף בהליך הפלילי העיקרי, או שהן מגבילות אפשרות זו. חריג לכלל זה נקבע במדינת ניו-מקסיקו, שבה ניתן להגיש בדיקת פוליגרף כראיה קבילה בכל הליך פלילי, לפי ההלכה שנקבעה בפסק הדין בעניין *Dorsey*.<sup>49</sup> באותה פרשה קבע בית המשפט שלושה תנאים לקבלת בדיקת פוליגרף כראיה קבילה בהליכים פליליים: ביסוס מומחיותו של בודק הפוליגרף; הוכחה למהימנות הליך הבדיקה; והוכחה בדבר תוקפה המדעי של הבדיקה. מדובר בתנאים דומים בעיקרם לכללים שנקבעו בהלכת **דאוברט**.

במדינות נוספות (לרבות אוהיו, אינדיאנה, אריזונה, יוטה, ניו-ג'רזי, פלורידה וקליפורניה) ראיית הפוליגרף אינה פסולה מעיקרה בהליכים פליליים, אולם קבילות הבדיקה מותנית בהסכמתם של בעלי הדין או בויתורם על התנגדות לראיה.<sup>50</sup> גם באותן מדינות שבהן קבילות בדיקת הפוליגרף מותנית בהסכמת הצדדים, נקבעו תנאים דומים לתנאים שנקבעו בהלכת **דאוברט**, לרבות הבטחת אמינותה של שיטת הבדיקה, מומחיות הבודק ותקפות התוצאות בנסיבות המקרה.<sup>51</sup>

47 United States v. Scheffer, 523 U.S. 303 (1998)

48 שם, דעת המיעוט של השופט סטיבנס (Stevens).

49 State v. Dorsey, 88 N.M. 184 (1975)

50 כך, בקליפורניה נקבעה בחוק דרישה להסכמה מוקדמת בין התביעה להגנה בדבר הגשת תוצאות הבדיקה. ראו: CAL. EV. CODE § 351.1; בניו-ג'רזי נקבע, כבר בשנת 1972, כי לאור ההתפתחויות במהימנותו של מדע הפוליגרף, אין מקום לאסור על הצדדים להגיש, בהסכמתם, תוצאות של בדיקות פוליגרף בהליכים פליליים: State v. McDavitt, 297 A.2d 849 (1972); באוהיו, נקבעה בפסיקה דרישה דומה להסכמה בין הצדדים: State v. Souel, 372 N.E.2d 1318 (1978). פסיקה עדכנית אף מגמישה דרישה זו ומתירה, במקרים מסוימים, לנאשמים להגיש מטעמם תוצאות של בדיקות פוליגרף גם ללא הסכמת התביעה: State v. Sharma, 143 Ohio Misc.2d 27 (2007); באינדיאנה, נקבע כי לבתי המשפט יהיה שיקול דעת להתיר הגשת ממצאי בדיקת פוליגרף בהליכים פליליים אם הצדדים הסכימו מראש לוותר על טענות בנוגע לקבילות הבדיקה: Owens v. State, 373 N.E. 2d 913 (1978); Pavone v. State, 402 N.E.2d 976 (1980)

51 דוגמה לכך הם הקריטריונים שנקבעו באריזונה, ואשר אומצו אף במדינות נוספות: State v. Valdez, 91 Ariz. 274 (1962)



בכמה מדינות בארצות-הברית ניתן להגיש תוצאות של בדיקת פוליגרף כראיות קבילות בהליכים שלאחר הרשעה. בשנת 1977 הוכרו לראשונה ממצאי בדיקת הפוליגרף כראיה בהליכים שלאחר הרשעה בפסק הדין בעניין *People v. Barbara* (להלן: הלכת ברברה או פרשת ברברה).<sup>52</sup> באותה פרשה קבע בית המשפט העליון של מישגן כי בהחלטה אם להורות על משפט חוזר, ניתן להסתמך על בדיקת פוליגרף המוגשת מטעם המבקש, וזאת אף שבדיקה זו איננה קבילה בהליך הפלילי העיקרי. לפי פסק הדין בפרשת ברברה ניתן להגיש תוצאות של בדיקת פוליגרף כראיה בבקשה למשפט חוזר (במקרה זה במסגרת הליכי הביאס קורפוס), בכפוף לתנאים האלה: תוצאות הבדיקה מוגשות מטעם המבקש; בדיקת הפוליגרף נעשתה מרצונו של המבקש; יש אישור לכישוריו המקצועיים של בודק הפוליגרף, איכות ציוד הפוליגרף ואופן עריכת הבדיקה; השופט או התובע רשאים למנות מומחה מטעמם שיערוך בדיקה נוספת, או יבחן את תוצאות הבדיקה; התוצאות יישקלו אך ורק לשם קביעת מהימנותו הכללית של המבקש; התצהיר או העדות של הבודק לא ישמשו במשפט עצמו, אם יערך לאחר קבלת הבקשה; השופט שהכריע בבקשה למשפט חוזר על בסיס תוצאות בדיקת פוליגרף לא ישפוט במשפט עצמו. עוד נקבע בפרשת ברברה שתוצאותיה של בדיקת פוליגרף לא ישמשו כשלעצמן עילה למשפט חוזר, אך באפשרותן לשמש חיזוק לראיות שעליהן מבוססת הבקשה למשפט חוזר.

בפסק הדין בפרשת ברברה נימק בית המשפט את החלטתו לאפשר הגשת תוצאות בדיקת פוליגרף בבקשה לקיום משפט חוזר, בהבדלים מהותיים שבין המשפט עצמו לבין הליך שלאחר הרשעה.<sup>53</sup> באותה פרשה נקבע כי מטרת המשפט היא לקבוע אם הנאשם אשם או חף מפשע, ואילו מטרת הבקשה למשפט חוזר אך להחליט אם לאפשר ניהול משפט חדש. מדובר אפוא בהליך מקדמי, וכפי שבהליכים מקדמיים אחרים ניתן להגיש ראיות מסוימות שאינן קבילות במשפט עצמו, כך יש לאפשר הגשתן של ראיות כאלו גם בהליך מקדמי שנועד לקבוע אם יש לנהל משפט פלילי חדש.

פסק הדין בפרשת ברברה אומץ בלואיזיאנה ובצפון דקוטה, שבהן נקבע שתוצאותיה של בדיקת פוליגרף תהיינה קבילות בהליכים שלאחר המשפט, אף שאינן קבילות במשפט הפלילי עצמו.<sup>54</sup> גם בפלורידה, שבה הצדדים רשאים להסכים על הגשת תוצאות בדיקת פוליגרף בהליך הפלילי עצמו, אומץ פסק הדין בפרשת

<sup>52</sup> *People v. Barbara*, 255 N.W.2d 171 (1977).

<sup>53</sup> שם, בעמ' 212.

<sup>54</sup> *State v. Catanese*, 368 So.2d 975 (1979). במקרה זה, אומצה ההלכה על ידי בית המשפט העליון של לואיזיאנה; *State v. Yodsnukis*, 281 N.W.2d 255 (1979). במקרה זה, הורה בית המשפט העליון של צפון דקוטה, במסגרת הליך ערעור, על ניהול המשפט מחדש, על בסיס תוצאות בדיקת פוליגרף שהגיש הנידון.

**ברברה** באופן המתיר הגשת ראיית פוליגרף גם בהליכים שלאחר הרשעה.<sup>55</sup> הרציונל של פסק הדין בפרשת **ברברה** אף שימש בסיס לפסק דין שניתן במישגן בשנת 1984, ובו קבע בית המשפט לערעורים כי הלכת **ברברה** תחול גם על הליכים מקדמיים לפסלות ראיות.<sup>56</sup>

בארצות-הברית יש אפוא עמדה בלתי אחידה במדינות השונות בכל הנוגע לשימוש בפוליגרף בהליכים פליליים לסוגיהם. אמנם בדרך כלל תוצאות בדיקת פוליגרף אינן קבילות בהליך הפלילי העיקרי, אולם כמפורט לעיל, ישנם חריגים הקובעים את קבילות הבדיקה, הן במדינות שבהן ניתן להגיש תוצאות בדיקת פוליגרף כראיה בהליך העיקרי הן במדינות שבהן ניתן להגיש תוצאות בדיקת פוליגרף בהליכים שלאחר הרשעה ובהליכים מקדמיים. בדרך כלל החריגים נובעים מיישום הלכת **דאוברט** ולמעשה הם מהווים הכרה בפוליגרף כראיה מדעית.

### 3. המצב המשפטי – מסקנות ביניים

ניתוח ההסדר המשפטי של סוגיית הפוליגרף בישראל ובארצות-הברית, במבט על, מלמד כי על אף הבדלים מסוימים בין השיטות, ניתן להצביע על מגמות דומות. בשתי המדינות נקבעה זה מכבר ההלכה שלפיה הפוליגרף אינו ראיה קבילה בהליכים פליליים. בארצות-הברית נקבע בהלכת **פריי** כבר בשנת 1923 כי אין לקבל את הפוליגרף כראיה קבילה בהליכים פליליים. בישראל, כאמור, נקבעה הלכה דומה בהלכת **כהן** משנת 1970. המסקנה שנקבעה בהלכת **פריי**, ולפיה אין לקבל את תוצאות בדיקת הפוליגרף כראיה קבילה, התבססה על כללים, שגם הם נקבעו בהלכת **פריי**, באשר לקבילותן של ראיות מדעיות בכלל. הכללים הללו רוכזו בהלכת **דאוברט** שניתנה בשנת 1993, תוך שנזנחה הדרישה כי תהיה הכרה כללית (general acceptance) בקרב הקהילה המדעית הרלוונטית ותחת זאת נקבע כי די להראות שהתיאוריה המדעית או הנחות היסוד, שהבדיקות נערכות על פיהן, הן מבוססות ומקובלות בעולם המדעי הרלוונטי.

עם זאת, ועל אף ריכוך הכלל שנקבע בהלכת **פריי** באשר לקבילותן של ראיות מדעיות בכלל, לא שונתה המסקנה העקרונית שנקבעה בהלכת **פריי**, שלפיה אין לקבל את הפוליגרף כראיה קבילה. ניתן לומר כי גם בישראל אנו מוצאים מגמה דומה בפסיקה. בשנת 2003 ניתן פסק הדין בפרשת **אבו-חמאד**,<sup>57</sup> ובו אומצו בישראל כללים דומים למבחני המשנה שנקבעו בהלכת **דאוברט**, במסגרת דיון בשאלה אם ניתן להכיר בתוצאות של בדיקות DNA כראיה קבילה במשפט הפלילי. הלכת **אבו-**

<sup>55</sup> State v. E.J.J 682 So.2d 206 (1996).

<sup>56</sup> People v. McKinney, 137 Mich. App. 110 (1984).

<sup>57</sup> פרשת **אבו-חמאד**, לעיל ה"ש 2.

**חמאד** הפכה למעשה להלכה המנחה באשר לקבילותן של ראיות מדעיות בישראל.<sup>58</sup> עם זאת, לא נבחנה בדיעבד השאלה אם לאור כללים אלה יש לשוב ולבחון את התוצאה של הלכת כהן – שלפיה הפולגרף אינו קביל במשפט הפלילי בישראל – וזאת אף שהלכת כהן נקבעה, כאמור, שנים רבות קודם לפסק הדין בעניין אבו-חמאד (ואף להלכת דאוברט).

השינויים בהלכות הנוגעות לקבילותן של ראיות מדעיות בישראל ובארצות-הברית גם יחד מעוררים את הצורך לעיין מחדש מנקודת מבט נורמטיבית בהצדקות המסורתיות שבבסיס ההלכה שלפיה תוצאות בדיקת הפולגרף אינן ראייה קבילה במשפט הפלילי. נפנה עתה, אפוא, לדיון הנורמטיבי.

## ד. דיון מחדש בהצדקות לשלילת השימוש בפולגרף במשפט הפלילי

כאמור, שני נימוקים מרכזיים הביאו הן את ועדת כהן והן את בית המשפט העליון להכריע כי הפולגרף לא יהיה קביל במשפט הפלילי: הנימוק שמחקרים מדעיים טרם הוכיחו שלפולגרף מידת מהימנות מספקת כדי לעבור את רף הקבילות הנדרש במשפט הפלילי; והנימוק שבדיקת הפולגרף פוגעת בזכויות אדם, ובעיקר בזכויותיהם של חשודים ונאשמים.<sup>59</sup> לכך מצטרף נימוק שלישי, שלא קיבל ביטוי בדוח ועדת כהן, אך קיבל ביטוי מסוים בפסיקה,<sup>60</sup> והוא כי הפולגרף, בהיותו מכשיר המתיימר להבחין בין אמת לשקר, עשוי להיתפס כאיום על תפקידו של בית המשפט בקביעת ממצאי מהימנות.

חלק זה ידון בשלושת הנימוקים שלעיל ויבקש לאתגר אותם. מטרתו לא תהיה להראות כי הנימוקים שבבסיס ההתנגדות לקבילותו של הפולגרף שגויים הם. אדרבה, נראה כי מדובר בנימוקים כבדי משקל, אשר בהחלט ראוי להביאם בחשבון כאשר בוחנים את מלוא היבטי הסוגיה. עם זאת, נבקש להראות כי ישנם נימוקים נוספים המחייבים חשיבה מחדשת על הכלל הפוסל את קבילותו של הפולגרף בהליכים פליליים מעיקרה.

<sup>58</sup> ע"פ 5928/99 גלדסון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.9.2005); בש"פ 10409/05 מדינת ישראל נ' ורסנו (פורסם בנבו, 11.11.2005); ע"פ 141/04 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.3.2006); ע"פ 4117/06 מקייטן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.2.2010); ע"פ 149/12 אלמליח נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.9.2012); ע"פ 3132/10 שעלאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.3.2013).

<sup>59</sup> דוח ועדת כהן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 27-28; דב"ע 4-70/97 אוניברסיטת תל-אביב נ' ההסתדרות הכללית החדשה, פד"ע ל 385 (1998).

<sup>60</sup> פרשת ביאזי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 473-474.

## 1. (היעדר) המהימנות של בדיקת הפוליגרף כהצדקה למניעת הגשת תוצאותיה בהליכים פליליים

הנימוק הראשון נגד קבילות הפוליגרף בהליכים פליליים עניינו, כאמור, אי-מהימנותה של הבדיקה. נפרט להלן שלושה טיעונים מרכזיים במענה לנימוק המהימנות.

### 1.1 מחקרים באשר למהימנותו של הפוליגרף

המלצתה של ועדת כהן שלא להשתמש בפוליגרף בהליכים פליליים נבעה בין היתר מכך שלעמדתה לא היה בעת דיוניה מחקר מדעי מספק בדבר מידת מהימנות הבדיקה. נתאר תחילה בתמצית את המחקרים הקיימים בדבר מידת מהימנותו של הפוליגרף, לצורך הדיון בשאלה אם מסקנת הוועדה בעניין זה צריכה להמשיך לעמוד. מחקרים של רסקין ואחרים משנת 1978 בחן את מידת הצלחתו של הפוליגרף לזהות אינדיקציות לאמירת אמת ושקר בקרב חשודים בפלילים. המחקר, אשר נסמך על שמונה ניסויים שונים (מהם שני מחקרי מעבדה<sup>61</sup> ושישה מחקרי שדה<sup>62</sup>), הראה כי לבדיקות פוליגרף ישנה מידת דיוק של כ-90%<sup>63</sup>. בחוות דעת שהציג רסקין בפני ועדת כהן, הוא הציע לאפשר שימוש בפוליגרף בהליכים פליליים, אלא שתוצאות הבדיקה יוגשו בערכים מספריים ולא כחוות דעת, וכך יהיה אפשר לצמצם את השפעת התרשמותו הסובייקטיבית של בודק הפוליגרף ולהגביר את מהימנות הבדיקה.<sup>64</sup>

מחקרים של וידאקי והורברט (Widacki & Horwath) משנת 1978 השווה בין מהימנותן של ארבע שיטות לזיהוי מעורבים בפשע מבויים: בדיקת פוליגרף, טביעות אצבע, זיהוי כתב יד ועדות ראייה. המחקר העלה שהניסיון לאתר את המעורבים באמצעות בדיקת פוליגרף הצליח ב-90%, בעוד ב-5% מהבדיקות התקבלו תוצאות בלתי ניתנות להכרעה וב-5% מהבדיקות התקבלו תוצאות מוטעות. הצלחת הפוליגרף הייתה גדולה מזו של שלוש השיטות האחרות שנבדקו: זיהוי באמצעות כתב יד הצליח ב-85%, בעוד ב-5% מהבדיקות התקבלו תוצאות מוטעות; זיהוי באמצעות טביעות אצבע הצליח ב-20% מהמקרים בלבד, אם כי בלא טעויות כלל (80% מהתוצאות לא הביאו להכרעה); ואילו זיהוי באמצעות עדות ראייה הצליח ב-

61 מדובר במחקרים המבוססים על פשע מבויים, שבהם נאמר לחלק מהנבדקים כי הם "מעורבים בעברה" הנחקרת ולחלקם כי "אינם מעורבים בעברה". שני הניסויים הללו נערכו בשיטת השב"ק.

62 מדובר בניתוח של תוצאות בדיקות פוליגרף שנערכו בזמן אמת לחשודים אמתיים בפלילים. חמישה מן הניסויים הללו נערכו בשיטת השב"ק ואחד נערך בשיטת הפח"מ.

63 RASKIN, BARLAND & PODLENSKY, לעיל ה"ש 6.

64 דוח ועדת כהן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 22.

35% מהמקרים בלבד, וב-20% מהמקרים התגלו טעויות.<sup>65</sup> במחקרים של בן-שחר, בר הלל וליבליך משנת 1987, שבו נערך שקלול של כמה מחקרים בתחום הפוליגרף, נקבע שמהימנותה הכללית של שיטת השב"ק נעה בין 63% ל-88%, ויש פער של ממש בין מידת הצלחתה של השיטה בזיהוי אשמים כדוברי שקר (77% עד 90%), לבין מידת הצלחתה בזיהוי חפים מפשע כדוברי אמת, שעלולה להיות נמוכה עד כדי 66.51% לפי המחקר, מי שבטיקור חשופים לטעויות בבדיקת השב"ק הם דוברי אמת שעלולים להימצא דוברי שקר אף שהם למעשה דוברי אמת.

מחקרים רבים העוסקים בבדיקות פוליגרף של חשודים בפלילים תומכים במסקנה שבבדיקת השב"ק יש סיכוי גבוה יותר שדובר אמת יימצא דובר שקר מאשר שדובר שקר יימצא דובר אמת. כך, במחקרו של ליקן משנת 1988 נקבע ששיעור הזיהוי של חפים מפשע כדוברי אמת הוא כ-53% ואילו שיעור הדיוק בזיהוי אשמים כדוברי שקר עומד על כ-84%. לטענתו של ליקן, שיטת השב"ק מוטה במובן זה נגד הנבדק החף מפשע.<sup>67</sup> במחקרו של רסקין משנת 1988, לעומת זאת, נקבע שאכן יש פער בין מידת הצלחתה של השיטה בזיהוי נבדקים חפים מפשע כדוברי אמת לבין מידת הצלחתה בזיהוי נבדקים אשמים כדוברי שקר, אולם פער זה קטן בהרבה מזה של ליקן מצביע עליו. כך, לפי מחקרו של רסקין, השיטה מצליחה בזיהוי חפים מפשע כדוברי אמת בשיעור של כ-85%, ובאיתור אשמים כדוברי שקר בשיעור של כ-95%;<sup>68</sup> במחקרו של אלעד מ-1991, המשקלל את תוצאות המחקרים שנערכו בשיטת השב"ק, נקבע שלפי מחקרי השדה שיעור הזיהוי הממוצע של נבדקים אשמים כדוברי שקר הוא 89.8% ואילו שיעור הזיהוי הממוצע של חפים מפשע כדוברי אמת הוא 83.2%.<sup>69</sup> לעומת זאת, לפי מחקרי המעבדה, ממוצע זיהוי האשמים כדוברי שקר עומד על 94.7% וממוצע זיהוי החפים כדוברי אמת עומד על 76.3%;<sup>70</sup> בשנת 1997 ערכה ועדה בראשות השופט דב לוין, שהוקמה לצורך בחינת השימוש בפוליגרף בהליכי סינון ביטחוני בשירות הציבורי, חישוב של ממוצע התוצאות של מחקרים שונים שהוגשו

<sup>65</sup> שם, בעמ' 41; Widacki J. & Horwath, F., *An Experimental Investigation of the Relative Validity and Utility of the Polygraph Technique and Three Other Common Methods of Criminal Identification*, 23 JOURNAL OF FORENSIC SCIENCES 596 (1978). (להלן: Widacki & Horwath).

<sup>66</sup> בן-שחר, בר-הלל וליבליך, לעיל ה"ש 5, בעמ' 280.

<sup>67</sup> D. Lykken, *The Case Against Polygraph Testing*, in *THE POLYGRAPH TEST: LIES, TRUTH AND SCIENCE* (A. Gale ed., 1988).

<sup>68</sup> D. Raskin, *Does Science Support Polygraph Testing*, in *THE POLYGRAPH TEST: LIES, TRUTH AND SCIENCE* (A. Gale ed., 1988).

<sup>69</sup> איתן אלעד "תקפות בדיקת הפוליגרף בחקירה הפלילית" פלילים ב 189, 209 (1991) (להלן: אלעד "תקפות בדיקת הפוליגרף בהליכים פליליים").

<sup>70</sup> שם, בעמ' 221-222.

לה ועסקו במידת מהימנותה של שיטת השב"ק. הוועדה קבעה כי תקפות בדיקות הפוליגרף בשיטת השב"ק באבחון אשמים כדוברי שקר נעה סביב 90% ואילו תקפות הבדיקה באבחון חפים כדוברי אמת נעה סביב 80%;<sup>71</sup> במחקר שפורסם בשנת 2006, שמטרתו הייתה לאתר את תגובות המוח השונות לאמירת אמת ושקר, השוו החוקרים בין תגובות נוירולוגיות לאמירת אמת ושקר בבדיקת MRI לבין תוצאות של בדיקת פוליגרף. המחקר מגלה התאמה רבה בין תוצאות שתי הבדיקות: 92% מהנבדקים שאובחנו כדוברי שקר ו-70% מאלו שאובחנו כדוברי אמת בבדיקת ה-MRI התגלו ככאלו גם בבדיקת הפוליגרף.<sup>72</sup>

בשנת 2003 סקרה ועדת מומחים, שמונתה על ידי האקדמיה הלאומית למדעים בארצות-הברית ("US National Academy of Sciences"),<sup>73</sup> 57 מחקרים מדעיים הבוחנים את מהימנות הפוליגרף. הוועדה קבעה כי על פי שקלול של המחקרים הללו, נעה אמינותו הכללית של הפוליגרף בין 81% ל-91%, כאשר לבדיקת הפח"מ אחוזי הצלחה גבוהים יותר מאשר לבדיקת השב"ק.<sup>74</sup> עם זאת, הוועדה קבעה כי סביר שהמחקרים הללו מפריזים בהערכת מהימנותו של הפוליגרף. לדעת חברי הוועדה, אמנם ניתן להסיק מהמחקרים כי הצלחתה של בדיקת הפוליגרף בהבחנה בין תגובות האופייניות לאמירת אמת לבין תגובות האופייניות לאמירת שקר איננה יכולה להיות מקרית או אקראית, אולם אי-אפשר לומר על בסיסם כי הוכחה תקפות התיאוריה המדעית שביסוד הפוליגרף. למעשה קבעה הוועדה כי עדיין יש מחסור במחקרים שיצביעו באופן חד-משמעי על כך שמדובר בבדיקה מהימנה ובעלת תוקף מדעי.

<sup>71</sup> משרד המשפטים דין וחשבון הצוות לעניין בדיקות הפוליגרף בהליך הסינון הביטחוני לתפקיד **בשירות הציבורי** (1997).

<sup>72</sup> Feroze B. Mohamed, Scott H. Faro, Nathan J Gordon, Steven M. Platek, Harris Ahmad & J Michael Williams, *Brain Mapping of Deception and Truth Telling about an Ecologically Valid Situation: Functional MR Imaging and Polygraph Investigation – Initial Experience*, 238(2) RADIOLOGY 679, 680 (2006); עם זאת, יש לציין שבדומה לוויכוח בשאלת מידת מהימנותו ודיוקו של הפוליגרף והשפעתם על קבילותו בבית המשפט, יש ויכוח בדבר מהימנותו וקבילותו של בדיקות MRI. ראו, למשל: Henrey T. Greely & Judy Illes, *Neuroscience-Based Lie Detection: The Urgent Need for Regulation*, 33 AM. J. L. & MED. 377 (2007); למאמר הבוחן את השפעתן של ראיות MRI על מושבעים בהשוואה להשפעה שיש לבדיקות פוליגרף על מושבעים, ראו: David P. McCabe, Alan D. Castel & Matthew G. Rhodes, *The Influence of MRI Lie Detection Evidence on Juror Decision-Making*, 29 BEHAV. SCI. LAW 566 (2011).

<sup>73</sup> גוף המשמש כיועץ לממשל הפדראלי האמריקני בענייני מדע וראיות פורנזיות. ראו, למשל: בועז סנג'רו "על הודאה ועל 'junk science' כטביעת נעל – הרשעת זדורוב כמקרה-מבחן" **הסנגור** 165, 4, 10 (2011) (להלן: "סנג'רו, 'על הודאה ועל 'junkscience' כטביעת נעל").

<sup>74</sup> NATIONAL RESEARCH COUNCIL, THE POLYGRAPH AND LIE DETECTION 124 (2003). זמין ב- [www.nap.edu/catalog.php?record\\_id=10420](http://www.nap.edu/catalog.php?record_id=10420) (נבדק לאחרונה ב-2.12.2014) (להלן: THE POLYGRAPH AND LIE DETECTION).

הדברים אמורים בעיקר בבדיקת השב"ק, שמידת מהימנותה משתנה ממחקר למחקר. מאז פרסומה ועדת המומחים את מסקנותיה, הציעו כמה מחקרים חדשים דרכים שבאמצעותן ניתן לתת מענה לחלק מהבעיות שציינה הוועדה בנוגע לבדיקת השב"ק.<sup>75</sup> כך, למשל, מחקרו של גינתון משנת 2013<sup>76</sup> מציע שיטה חדשה למדידת מהימנותה של בדיקת השב"ק, המבוססת על השוואה בין צמדים של בדיקות פוליגרף שנערכו בתיקים פליליים, כאשר בכל תיק מתקיימות בדיקות לשני נבדקים המציגים גרסאות מנוגדות לאירוע הנחקר.<sup>77</sup> לטענתו של גינתון, שיטה זו מאפשרת להתגבר על חלק ניכר מהבעיות שהיו קיימות עד היום במחקרים הבוחנים את אמינות בדיקת השב"ק. שיטה זו מביאה, לדעתו של גינתון, למסקנה כי מהימנותה של בדיקת השב"ק בזיהוי אשמים כדוברי שקר עומדת על 94%, ואילו מהימנותה בזיהוי חפים מפשע כדוברי אמת עומדת על 83.5%, לאחר ניכוי של 20% מהתיקים, שבהם לא ניתן היה להגיע לתוצאה חד-משמעית. לעומת זאת, אם מתחשבים באותם 20% מהתיקים ומכלילים אותם בחישוב, יורדת רמת מהימנותה של הבדיקה ל-80%, הן בזיהוי דוברי אמת הן בזיהוי דוברי שקר. מסקנתו של גינתון היא אפוא כי לבדיקת השב"ק רמת מהימנות כללית של כ-80%, אך כאשר מאפשרים לבדוק הפוליגרף לקבוע כי בדיקות מסוימות לא הניבו תוצאה ברורה, ועל כן אי-אפשר לסווג את הנבדק כדובר אמת או כדובר שקר, יש בכך כדי להעלות את רמת המהימנות של הבדיקה.<sup>78</sup>

אשר לבדיקת הפח"מ, קיימת הסכמה רחבה כי מהימנותה גבוהה יותר הן בזיהוי "דוברי אמת" (נבדקים שאינם מגיבים תגובה מיוחדת על מידע מוכמן) הן בזיהוי "דוברי שקר" (נבדקים המגיבים תגובה מיוחדת על מידע מוכמן).<sup>79</sup> כך, למשל,

<sup>75</sup> Serena Mastroberardino & Valerio Santangelo, *New Perspectives in Assessing Deception: The Evolution of the Truth Machine*, 21(7) EUR. J. OF COGN. PSYCHOL. 1085 (2009); Jeffrey J. Walczyk, Frank P. Igou, Alexa P. Dixon & Talar Tcholakian, *Advancing Lie Detection by Inducing Cognitive Load on Liars: A Review of Relevant Theories and Techniques Guided by Lessons from Polygraph-Based Approaches*, 4 FRONT. PSYCHOL. 14 (2013).

<sup>76</sup> Avital Ginton, *A Non-Standard Method for Estimating Accuracy of Lie Detection Techniques Demonstrated on A Self-Validating Set of Field Polygraph Examinations*, *Psychology*, 19(7) CRIME & LAW 577 (2013).

<sup>77</sup> שם, בעמ' 580, גינתון מסביר שהתיקים הפליליים נבחרו בקפידה, ונכללו במחקר רק תיקים שבהם נשללה מראש האפשרות ששני הנבדקים יתפסו עצמם מבחינה סובייקטיבית כדוברי אמת ועל כן יימצאו כאלו בבדיקה.

<sup>78</sup> שם, בעמ' 587.

<sup>79</sup> Galit Nahari & Gershon Ben-Shakhar, *Psychophysiological and Behavioral Measures for Detecting Concealed Information: The Role of Memory for Crime Details*, 48(6) PSYCHOPHYSIOLOGY 733 (2011) (להלן: Nahari & Ben-Shakhar).

מחקרם של בן-שחר, בר-הלל וליבליך קובע כי ניסויים ישירים לעניין תוקף הפח"מ מדווחים רובם ככולם על רמות דיוק של יותר מ-90% – הן כאשר מדובר בזיהוי נבדקים שאין בידיהם מידע בדבר פרטים מוכמנים והן כאשר מדובר בזיהוי נבדקים שיש בידיהם מידע כזה.<sup>80</sup> מחקרם של בן-שחר, בר-הלל וקרמניצר משנת 2002 מבהיר כי בדיקת הפח"מ מבוססת על עקרונות תיאורטיים איתנים ועומדת בתנאים לשם סיווג כבדיקה מדעית אובייקטיבית.<sup>81</sup> דוח ועדת המומחים של האקדמיה הלאומית למדעים בארצות-הברית משנת 2003 קבע כי בדיקת הפח"מ נשענת על תיאוריה מבוססת יותר מזו של בדיקת השב"ק<sup>82</sup> וכן כי המחקרים שנערכו בכל הנוגע לשיטה זו מצביעים על רמת מהימנות גבוהה יותר, שנעה סביב 90%.<sup>83</sup> מחקרם של נהרי ובן-שחר משנת 2011 הראה שלבדיקה אחוזה הצלחה גבוהה מאוד באיתור נבדקים שבידיעתם מידע מוכמן ועל כן ביכולתה לזהות, ברמת דיוק טובה, לדעתם, נבדקים שאין בידיהם מידע על פרטים מוכמנים (אף שמהימנות הבדיקה פוחתת ככל שהיא נערכת זמן רב יותר לאחר האירוע הנבדק). לעומת זאת, קשה מאוד להבדיל בין נבדקים שמכירים פרטי מידע מוכמנים בשל מעורבותם בפשע לבין נבדקים חפים מפשע שמידע מוכמן הובא לידיעתם בדרכים תמימות (אף שהקושי להבדיל פוחת ככל שהבדיקה נערכת זמן רב יותר לאחר האירוע הנבדק). מכאן שיש לוודא שפרטי מידע מוכמנים לא ידלפו לנבדק לפני עריכת הבדיקה, שאם לא כן כוחה בזיהוי מי שהיה מעורב בביצוע העברה יקטן במידה ניכרת.<sup>84</sup>

ניתן לסכם ולומר שאמנם יש מחלוקת בדבר מידת מהימנותה המדויקת של בדיקת הפוליגרף, אולם העמדה הרווחת היא שמדובר בבדיקה בעלת מהימנות גבוהה, ובייחוד כאשר מדובר בבדיקה בשיטת הפח"מ, כעולה בעקביות ממחקרים רבים שנערכו במרוצת השנים. לעומת זאת, מידת מהימנותה של בדיקת השב"ק שנויה במחלוקת חריפה יותר, בעיקר ככל שמדובר במידת מהימנותה באיתור דוברי אמת. מרבית המחקרים מצביעים על חשש לא מבוטל כי נבדק דובר אמת ימצא בטעות דובר שקר.<sup>85</sup> עם זאת, גם המחקרים ה"מחמירים" ביותר מראים כי לפחות בכל הנוגע ליכולת לזהות דוברי שקר, הבדיקה בעלת רמת מהימנות גבוהה למדי.

<sup>80</sup> בן-שחר, בר-הלל וליבליך, לעיל ה"ש 5, בעמ' 277.

<sup>81</sup> G. Ben-Shakhar & E. Elaad, Ben-Shakhar, Bar-Hillel & Kremnitzer, לעיל ה"ש 3; ראו גם: *The Guilty Knowledge Test (GKT) as An Application of Psychophysiology: Future Prospects and Obstacles*, In HANDBOOK OF POLYGRAPH TESTING 87 (M. Kleiner ed. 2002).

<sup>82</sup> The POLYGRAPH AND LIE DETECTION, לעיל ה"ש 76, בעמ' 93.

<sup>83</sup> שם, בעמ' 125.

<sup>84</sup> Nahari & Ben-Shakhar, לעיל ה"ש 79; ראו, גם: Ben-Shakhar, *Research & Application of Concealed Information*, לעיל ה"ש 17.

<sup>85</sup> אלעד "תקפות בדיקת הפוליגרף בחקירה הפלילית", לעיל ה"ש 69, בעמ' 223.



ממצאי המחקרים בכללותם מעוררים את הצורך לבחון מחדש את סוגיית קבילותו של הפוליוגרף על רקע מידת מהימנותו. במסגרת בחינה זו ראוי לקיים דיון מעמיק בשאלה אם די במחקרים הקיימים כדי לקבוע, כי התיאוריה המדעית שבבסיס הבדיקה זכתה להכרה מספקת בעולם המדעי. כן ראוי לשים לב, במסגרת בחינה זו, כי בהתאם לכללים שאימץ בית המשפט העליון ביחס לקבילותן של ראיות מדעיות, אין הכרח שהבדיקה תהיה בעלת מהימנות מוחלטת כדי לקבוע כי היא קבילה במשפט הפלילי. כאמור, פסק הדין בפרשת **אבו-חמאד** אימץ לתוך שיטת המשפט בישראל כללים דומים מאוד לאלו שהתוו בהלכת **דאוברט**, ונקבע כי תזה מדעית תהיה קבילה אם תעמוד בתנאים האלה: על בית המשפט להשתכנע כי התיאוריה המדעית, או הנחות היסוד שהבדיקות נערכות על פיהן, מבוססות ומקובלות בעולם המדעי שלעניין; עד מומחה יעיד כי הליכי הבדיקה שנערכה מקובלים על המקצוע המדעי שלעניין; עד מומחה יעיד שערך את הבדיקה והיא בוצעה כראוי; תובהר האפשרות לטעות בבדיקה ובתוצאותיה.<sup>86</sup> המבחנים שנקבעו בפסק הדין בפרשת **אבו-חמאד** מתחשבים אפוא באפשרות לטעות, הקיימת בכל בדיקה מדעית, ונדרש רק שהאפשרות לטעות בבדיקה ובתוצאותיה תובהר כראוי. נראה כי תנאי זה מתקיים בכל הנוגע לבדיקת הפוליוגרף, לאור המחקרים הרבים שבדקו את מידת ההסתברות הסטטיסטית לטעות בבדיקה לסוגיה. שני התנאים הנוספים שנקבעו בפסק הדין בפרשת **אבו-חמאד** יכולים להתמלא גם הם, שכן בדיקת הפוליוגרף אמורה להיערך בידי בודק מומחה, שניתן להעידו בבית המשפט ולשמוע מפיו הסברים על הליכי הבדיקה הספציפית שנערכה ועל אופן ביצועה. מכאן שגם אם יש מחלוקות באשר למידת המהימנות המדויקת של בדיקת הפוליוגרף, אין בכך כדי למנוע את האפשרות שבית המשפט יבחן את קבילותה לפי המבחנים שנקבעו ביחס לראיות מדעיות אחרות.

## 1.2 מהימנות הפוליוגרף בהשוואה לראיות אחרות

המחקרים הרבים שנערכו במטרה לבחון את מידת מהימנותו של מכשיר הפוליוגרף בולטים במיוחד על רקע היעדר בסיס נתונים בסדר גודל דומה לתמיכה במהימנותן של ראיות רבות הקבילות בהליך הפלילי. על כך יש להוסיף שישנן ראיות הקבילות בהליכים פליליים אף שהתברר שמידת מהימנותן שנויה במחלוקת.

כבר ציינו את מסקנות הניסוי של וידאקי והורברט,<sup>87</sup> שלפיו לבדיקת פוליוגרף תוצאות מדויקות יותר מתוצאותיהם של זיהוי כתב יד וזיהוי באמצעות עדויות ראייה. כידוע, עדויות ראייה ומסדרי זיהוי הם ראיות קבילות בהליכים פליליים, אף שידוע

<sup>86</sup> פרשת **אבו-חמאד**, לעיל ה"ש 2.

<sup>87</sup> Widacki & Horvath, לעיל ה"ש 65.

שעד ראייה עלול לטעות בזיהוי בתום לב.<sup>88</sup> יתר על כן, מחקרים מלמדים שהטיות עשויות להשפיע על הזיכרון האנושי. כך, למשל, כאשר מקור זיכרון אחד מיוחס למקור זיכרון אחר אף שאין כל קשר בין השניים, או כאשר פרטים מאירועים שונים מצטרפים למכלול אחד ויוצרים זיכרון חדש, שהוא זיכרון שגוי.<sup>89</sup> מחקרים רבים שנערכו בארצות-הברית אכן מעלים שזיהוי מוטעה על ידי עד ראייה הוא הגורם השכיח ביותר להרשעות שווא.<sup>90</sup> עוד עולה ששיעור הטעויות בזיהוי אשמים במסדרי זיהוי דומה לשיעור הטעויות בבדיקות פוליגרף ועומד על כ-20%, ושיעור הטעויות גבוה במיוחד כאשר האשם האמתי לא השתתף כלל במסדר הזיהוי.<sup>91</sup> חרף זאת, איש אינו מעלה על דעתו לקבוע כי יש לפסול עדויות ראייה וזיהוי מלשמש ראיות במשפט הפלילי.

ספקות התעוררו גם באשר לראיות מדעיות מסוימות. כך, למשל, במחקר שערכו שור ווייזנר בשיתוף עשרים ושלושה מומחים, באשר לטביעות נעל, נשלחו צילומים של שני זוגות של טביעות נעל שנמצאו בזירות עברה, בצירוף צילומים של סוליות נעלי החשוד. המומחים התבקשו לתת חוות דעת בנוגע לרמת ההתאמה של טביעות הנעל. תוצאות הניסוי העלו שאין הסכמה באשר למידת ההתאמה, שכן עשר תוצאות שונות התקבלו באשר לטביעת נעל אחת ושש תוצאות שונות באשר לטביעת הנעל השנייה. מסקנת המחקר הייתה שהיעדר סטנדרטים אחידים וקיומם של פרמטרים שונים להשוואה מביאים למחלוקות בין מומחים בהשוואה של טביעות נעל.<sup>92</sup> מסקנות המחקר עולות בקנה אחד עם דוח האקדמיה הלאומית למדעים בארצות-הברית, אשר קבע בשנת 2009 כי לבדיקות ההשוואה של טביעות נעל אין ביסוס

<sup>88</sup> דורון מנשה ורביע עאסי "טעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" **משפטים** לה 205, 208–209 (2005); בעניין זה ראו גם: ע"פ 347/88 **דמיאניוק נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(4) 221, 403 (1993).

<sup>89</sup> דניאל ל' שכטר **שבעת החטאים של הזיכרון: איך המוח זוכר ושוכח** 110–118 (2005); לגורמים המשפיעים על זיכרוןם של עדים ראו: DAN SIMON, IN DOUBT: THE PSYCHOLOGY OF THE CRIMINAL JUSTICE PROCESS 55–80 (להלן: SIMON, IN DOUBT); ניצה אייל **נפלאות הזיכרון ותעתועי השיכחה** 213–218 (2004).

<sup>90</sup> ראו, למשל: Michael J. Saks, Lauri Constantine, Michelle Dolezal, Jennifer Garcia, Carrie Titus, Gary Horton, Tom Leavell, Jonathan Muntz, Londa Rivera, Jennifer Stewart, Fredrica Strumpf & Holly VanderHaar, *Toward a Model Act for the Prevention and Remedy of Erroneous Convictions*, 35 NEW ENG. L. REV. 669, 671 (2001); BARRY SCHECK, PETER NEUFELD & JIM DWYER, *ACTUAL INNOCENCE: FIVE DAYS TO EXECUTION AND OTHER DISPATCHES FROM THE WRONGLY CONVICTED* 246 (2000); אריה רטנר "הרשעות שלא בצדק: טעויות במערכת המשפט" **פלילים** ג 262, 263 (1992).

<sup>91</sup> SIMON IN DOUBT, לעיל ה"ש 89, בעמ' 53–55.

<sup>92</sup> Yaron Shor & Serena Wiesner, *A Survey on the Conclusions Drawn on the Same Footwear Marks Obtained in Actual Cases by Several Experts Throughout the World*, 44 J. FORENSIC SCI. 380 (1999).

מדעי.<sup>93</sup> הדוח מציין שאין הסכמה בין מומחים באשר למספר הסימנים הדרושים כדי לקבוע התאמה בין טביעות נעל, אין בנמצא מידע מבוסס על אודות הייחודיות של המאפיינים המשמשים לקביעת ההתאמה ואין מספיק מידע כדי לקבוע ממצאים בדבר התקפות והמהימנות של שיטת ההשוואה הנוהגת.<sup>94</sup>

עם זאת, חוות דעתם של מומחים לתחום טביעות הנעל התקבלו בעולם, ואף בישראל, עד לאחרונה ממש, כראיות קבילות בהליכים פליליים, בלי שהוכחה מידת מהימנותן.<sup>95</sup> שאלת מהימנותה וקבילותה של השוואת טביעות נעל עברה תהפוכות מסוימות. במשך שנים רבות לא הוכרו טביעות נעל כראיה מדעית קבילה במשפט הפלילי, וההנחה הייתה שאין מדובר באמצעי זיהוי שניתן לסמוך עליו.<sup>96</sup> הלכה זו השתנתה בשנת 1981 לאחר שבית המשפט העליון קבע שהשתכללותן של בדיקות הזיהוי של טביעות הנעל הביאה למסקנה כי יש לבדיקות אלה ערך הוכחתי.<sup>97</sup> ההלכה שונתה בלי שנדונה השאלה אם זיהוי טביעות נעל עומד מבחני הקבילות של ראיות מדעיות (למשל, על בסיס מבחני הלכת פריי, שהייתה באותה העת בתוקף) ובלי שאמינות הזיהוי הוכחה בבית המשפט. עם זאת, ב-3 בדצמבר 2013 ניתן פסק הדין בפרשת **מצגורה**, ערעור שבו נטען כי אין לקבל עוד את הראיה קבילה לאור מבחני הלכת **אבו-חמאד**. בפסק הדין קבע בית המשפט העליון כי השוואת טביעות הנעל היא אכן ראיה שניתן לייחס לה משמעות מוגבלת בלבד ובאותו מקרה אף החליט לייחס לה משקל אפסי. בין היתר ציין בית המשפט שאי אפשר להסתמך על שיעור הטעות בבדיקה שהוצג על ידי מומחה התביעה, שכן לא ברור כלל עד כמה שיעור הטעות הזה מקובל בקהילה המדעית; קשה להשתמש במונחים מילוליים (להבדיל ממוספריים), שהסטטיסטיקה ביסודם איננה ברורה, כדי לבחון את מידת ההתאמה בין טביעות הנעל, והדבר מקשה על בית המשפט להבין את משמעות הראיה; השיטה הישראלית לעריכת בדיקת ההשוואה לא נבדקה די הצורך; היא אף מבוססת על שיטה בעייתית ליישוב מחלוקות בין מומחים כשאלו מתגלעות בכל הנוגע לתוצאות הבדיקה (פנייה למומחה שלישי וניסיון להגיע לקונצנזוס בין המומחים). בית המשפט ציין כי "שיטת הקונצנזוס", בלי לגלות את חילוקי הדעות שבין המומחים, יוצרת הרמוניה מלאכותית ומונעת מבאי כוח הצדדים, כמו גם מבית המשפט, את ההזדמנות להתמודד עם חוות הדעת ולבקר אותה.

חרף כל זאת הבהיר בית המשפט כי אין מקום לפסול את הראיה מעיקרה ולקבוע שמדובר מעתה בראיה בלתי קבילה. בית המשפט קבע שאמנם לעתים לא יהיה

NATIONAL RESEARCH COUNCIL, STRENGTHENING FORENSIC SCIENCE IN THE UNITED STATES: A PATH FORWARD 5-7, 145-151 (The National Academies Press, 2009)

שם; ראו גם: סנג'רו "על הודאה ועל 'junk science' כטביעת נעל", לעיל ה"ש 73, בעמ' 10-11.

תפ"ח (מחוזי נצ') 502/07 **מדינת ישראל נ' זדורוב** (פורסם בנבו, 14.9.2010).

ע"פ 251/63 **אברניל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד (יה) 268, 253 (1) (1964).

ע"פ 351/80 **חולי נ' מדינת ישראל**, פ"ד (לה) 483, 477 (3) (1981).

אפשר לייחס לראיה כל משקל, אך אין הדבר מצדיק קביעת כלל אי-קבילות, אלא יש להביא את הטיעונים התומכים באי-הקבילות בחשבון בקביעת משקלה של הראיה.<sup>98</sup> דוגמה נוספת היא איכוני שיחות של טלפונים סלולריים, שבאמצעותם ניתן לזהות ולאתר באופן אלקטרוני את מיקומו של טלפון נייד. ראיה זו מוגשת במשפטים פליליים בישראל מאז אמצע שנות התשעים של המאה הקודמת. שנים מספר לאחר שהחלו בתי המשפט לקבל ראיה זו, התברר מעדויות של מומחי התביעה בתיקים שונים, שמהימנות השיטה שבה השתמשו בשנות התשעים, ואשר הוכרה כקבילה בבתי המשפט, הייתה כ-40% בלבד. אף שמאז השתכללו שיטות האיכון, גם בשנים האחרונות חלוקים המומחים בסוגיית מהימנותה המדויקת של השיטה לאיכון שיחות טלפונים סלולריים ונקבע כי ראיה זו טרם הגיעה לרמה של מדע מדויק.<sup>99</sup> עם זאת, לפי הפסיקה ניתן להגיש איכוני שיחות כראיה קבילה, שמידת מהימנותה תובא בחשבון בקביעת משקלה,<sup>100</sup> ולמעשה איכוני שיחות הפכו לראיה שכיחה במשפטים פליליים.<sup>101</sup>

קבילותן של ראיות שמהימנותן לא הוכחה אינה חייבת, כמובן, להביא לכלל מסקנה שתוצאות בדיקת הפוליגרף צריכות לשמש ראיה קבילה גם כן במשפט הפלילי. ניתן לטעון שיש מקום לאמץ כללי קבילות נוקשים יותר, אשר יסייגו את האפשרות לקבל חלק מן הראיות שכיום מוגשות לבתי המשפט, וכי כללים אלו יש להחיל באופן אחיד על כלל הראיות, לרבות הפוליגרף. אכן, הן בספרות המשפטית<sup>102</sup> הן בפסיקה בישראל<sup>103</sup> הובעה לא אחת תמיכה בתפיסה, המכונה לעתים "שיטת הכללים", שגורסת כי יש להגביל את שיקול הדעת השיפוטי בקביעת העובדות על ידי הצבת מערכת ברורה של כללים, עקרונות, אסטרטגיות או הנחיות באשר לדרך שבה ינהל בית המשפט את הדין הראייתי.<sup>104</sup> לעומת זאת, פעמים רבות הובעה בספרות<sup>105</sup>

<sup>98</sup> פרשת **מצגורה**, לעיל ה"ש 4; להבהרה כי פסק הדין אינו פוסל מעיקרה את ראיית טביעות הנעל ראו גם את החלטת השופטת נאור הדוחה את בקשת המדינה לקיים דיון נוסף על פסק הדין: דנ"פ 8512/13 **מדינת ישראל נ' מצגורה** (פורסם בנבו, 5.6.2014).

<sup>99</sup> תפ"ח (מחוזי ב"ש) 994/04 **מדינת ישראל נ' ז'אנו** (פורסם בנבו, 30.4.2009).

<sup>100</sup> שם; כן ראו: ע"פ 4656/03 **מירופולסקי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.12.2004).

<sup>101</sup> ע"פ 132/99 **קסטל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 20.8.2002); פרשת **מירופולסקי**, שם; ורד לוביץ' "תקדים: איכון סלולרי: לא ראיה מוחלטת" *Ynet* 15.2.2007, זמין ב- [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3365602,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3365602,00.html) (נבדק לאחרונה ב-2.12.2014). לפי הנתונים שהובאו שם, היוו האיכוניס סלולריים בסיס לכ-150 הרשעות נכון לשנת 2007.

<sup>102</sup> אלכס שטיין "סעיף 1א לפקודת הראיות ופירושו: התפתחות חיובית או סכנה של עיוות דין?" **משפטים** (כא) 325 (1991); Alex Stein, *Against Free Proof*, 31 *ISR. L. REV.* 573 (1997).

<sup>103</sup> עמדת השופט לויין בד"נ 23/85 **מדינת ישראל נ' טובול**, פ"ד מב(4) 309, 358-359 (1988) (להלן: פרשת **טובול**); ראו גם: עמדת השופט בן בע"פ 2251/90 **הג' יחיא נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(5) 221, 250-251 (1991).

<sup>104</sup> דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי חופש הוכחה, ותזות בדבר מקצועיות השפיטה" **הפרקליט**

ובפסיקה<sup>106</sup> תפיסה מנוגדת, שאותה ניתן לכנות "חופש הוכחה", המצדדת בהרחבת שיקול הדעת השיפוטי להכריע בשאלות עובדתיות, תוך צמצום הכללים הראייתיים והפרוצדורליים שמגבילים ומנחים אותו.<sup>107</sup> תפיסת חופש ההוכחה מבוססת על כמה הנחות הנוגעות למיומנות ולמקצועיות של השפיטה והמבקשות להצדיק את הרחבת שיקול הדעת השיפוטי לאור כישוריהם הקוגניטיביים הגבוהים של שופטים, יכולתם לנטרל או לצמצם את השפעתם של אינטרסים אישיים ואידיאולוגיות פוליטיות בתהליך קבלת ההחלטות, את השפעתן של הטיות מחשבתיות ועוד.<sup>108</sup> לעומת זאת, מצדדי שיטת הכללים גורסים כי יש להתייחס בערבון מוגבל ליכולתם של שופטים מקצועיים לקבוע קביעות עובדתיות מדויקות, להצניע את הממד הערכי-אידיאולוגי בהכרעותיהם ולהימנע מהטיות תרבותיות.<sup>109</sup>

במאמר זה איננו מבקשות להביע עמדה באשר לשאלה, איזו מהתפיסות – שיטת הכללים או חופש הוכחה – היא שצריכה להנחות את דיני הראיות בישראל. מטרתנו היא להצביע על כך כי מי שסבור שיש לאמץ את תפיסת חופש ההוכחה – וכפי שנראה בחלק הבא, זוהי במידה רבה התפיסה שאומצה בפסיקה בישראל – צריך להסכים שההנחות שבבסיסה רלוונטיות לבדיקות פוליגרף לא פחות משהן רלוונטיות לראיות אחרות. לעמדתנו, ראוי שאמות המידה להכרעה בשאלות

מג(א-ב) 83, 85 (1996) (להלן: מנשה "שיקול דעת עובדתי וחופש הוכחה").

<sup>105</sup> המצדד המרכזי בתפיסה רדיקלית של חופש הוכחה היה הפילוסוף ג'רמי בנת'אם, אשר סבר כי ראוי לצמצם ככל האפשר את הכללים הפרוצדורליים המגבילים את קבילותן של ראיות והציע להחליף את דיני הראיות במשפט האנגלי בשיטה של "הוכחה טבעית", שמשמעותה כי כל מידע בעל ערך ראייתי יהיה קביל, בכפוף לשיקול דעתו של השופט אשר בכל זאת יוכל, במקרים נדירים, לפסול ראיה כלשהי. ראו: D. J. GALLIGAN, DUE PROCESS AND FAIR PROCEDURES: A STUDY OF ADMINISTRATIVE PROCEDURES 9-13 (1996); לעמדות התומכות בחופש הוכחה בספרות המשפטית בישראל ראו, למשל: ברק **שיקול דעת שיפוטי**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 502; אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך א 190 (1992).

<sup>106</sup> פרשת **טובול**, לעיל ה"ש 103, בעמ' 357; דנ"פ 4390/91 **מדינת ישראל נ' חג' יחיא**, פ"ד מז(3) 661, 667, 671 (1993) (להלן: פרשת **יחיא**).

<sup>107</sup> מנשה "שיקול דעת עובדתי וחופש הוכחה", לעיל ה"ש 104, בעמ' 83, 85; דורון מנשה **הלוגיקה של קבילות ראיות** 257-298 (2009) (להלן: מנשה **הלוגיקה של קבילות הראיות**).

<sup>108</sup> מנשה "שיקול דעת עובדתי וחופש הוכחה", שם, בעמ' 102-125; מנשה **הלוגיקה של קבילות ראיות**, שם; לגישה כי ראוי לאמץ בשיטת המשפט הישראלית עקרונות של חופש הוכחה, הנסמכת על הנחה בדבר רמתה המקצועית הגבוהה של השפיטה בישראל, ראו, למשל: פרשת **טובול**, לעיל ה"ש 103, בעמ' 357.

<sup>109</sup> לביקורות על ההנחה בדבר מקצועיות השפיטה, ראו, למשל: JEROME FRANK, COURTS ON TRIAL – MYTH AND REALITY IN AMERICAN JUSTICE (1950); Anthony D'Amato, *The Ultimate Injustice: When a Court Misstates the Facts*, 11 CARDOZO L. REV. 1313 (1990); Peter Tillers, *What is Wrong With Character Evidence?*, 49 HASTINGS L. J. 781 (1998).

עובדתיות תהיינה אחידות כאשר אין הצדקה ממשית להבחנה בין הפוליוגרף לבין ראיות אחרות שגם בעניינין חלוקים המומחים בעולם המדעי.

### 1.3 הגשת תוצאות בדיקת הפוליוגרף – מבחני קבילות ומשקל

סוגיה נוספת שיש לתת עליה את הדעת בדיון בנושא קבילות תוצאות בדיקת הפוליוגרף בהליכים פליליים היא המגמה העקבית של מעבר מ"דיני קבילות" ל"דיני משקל" בפסיקה בישראל.<sup>110</sup> לפי מגמה זו, שנועדה לאפשר לבית המשפט להיחשף לכל ראיה שעשויה להיות רלוונטית, ועל ידי כך להסיר מפניו מכשולים בדרך לכירור האמת,<sup>111</sup> הגמישו בתי המשפט את דיני הראיות והתירו את הגשתן של ראיות אשר בעבר לא היו קבילות בהליך הפלילי.<sup>112</sup> צמצום הסייגים לקבילותן של ראיות נועד להותיר בידי בתי המשפט את שיקול הדעת לקבוע את ערכן בעקבות בדיקה עניינית, והוא נובע בין היתר מאמון ביכולתה של מערכת המשפט להבחין בין ראיה בלתי מהימנה לראיה מהימנה.<sup>113</sup> מגמה זו, שאותה ניתן לזהות במידה רבה עם תפיסת חופש ההוכחה המתוארת לעיל, לא פסחה על ראיות מדעיות, תוך שנקבע בפרשת **אפללו**,<sup>114</sup> שתמימות דעים בקרב הקהילה המדעית הרלוונטית בנוגע לעדות היא עניין למשקל העדות ולא לקבילותה. כזכור, מאז גם אומצה הלכת **אבו-חמאד**, שלפיה די בכך שהבדיקה מקובלת בקרב הקהילה המדעית ואין צורך בתמימות דעים ממש.<sup>115</sup>

<sup>110</sup> פרשת **סילוורמן**, לעיל ה"ש 4; ברק **שיקול דעת שיפוט**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 502.  
<sup>111</sup> ע"פ 7702/10 **כהן נ' מדינת ישראל**, פס' ד' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 29.5.2014).

<sup>112</sup> פרשת **טובול**, לעיל ה"ש 103. המתירה הגשת אמרת חוץ של עד אשר לא נרשמה במהלך חקירתו במשטרה אלא לאחר; פרשת **יחיא**, לעיל ה"ש 106, בעמ' 669-670. לפיה ניתן להגיש אמרת חוץ של "עד שותק"; כן ראו: ע"פ 5339/98 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פ"ד (נו) 769, 776 (1999), שלפיו יש לקבל כראיה עדות של אדם הלוקה בנפשו; ע"פ 3954/08 **אבו גודה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 6.4.2009). שלפיו ניתן להביא, במקרים מסוימים, מידע על עברו הפלילי של נאשם בטרם נפסק דינו.

<sup>113</sup> פרשת **טובול**, שם, בעמ' 340, 357.  
<sup>114</sup> ע"פ 639/79 **אפללו נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(3) 561, 571 (1980).

<sup>115</sup> עם זאת, בשנים האחרונות מתעוררות מפעם לפעם שאלות דווקא באשר להכרה בראיות מדעיות מסוימות כראיות קבילות. כך, למשל, התעוררה בשנים האחרונות שאלת ההכרה בקבילות השוואה בין שערות. שאלה דומה התעוררה באשר להכרה בקבילותן של טביעות נעל. ראו NATIONAL RESEARCH COUNCIL, STRENGTHENING FORENSIC SCIENCE IN THE UNITED STATES, לעיל ה"ש 93; כן, ראו: פרשת **מצנורה**, לעיל ה"ש 4 והדיון לעיל בעמ' 319 למאמר זה. משמעות הדברים היא שהמעבר מ"דיני קבילות" ל"דיני משקל" אינו נטול מהמורות וראיות מסוימות, שבעבר הוכרו כמדעיות, מעוררות היום ספק שמא לא היה ראוי כלל לאפשר את הגשתן לבתי המשפט. מפנה זה מחזיר אותנו למעשה לטיעון כי מהימנותו של הפוליוגרף אינה גבוהה מספיק כדי לאפשר את

על המעבר מקבילות למשקל נמתחה ביקורת המתגרת את ההנחה כי מגמה זו תסייע בחשיפת האמת העובדתית וכי שופטים מקצועיים יכולים תמיד להעריך נכונה את מהימנות הראיות שיוצגו בפניהם. לפי עמדה זו, במקרים רבים הקלה במבחני הקבילות אמנם תסייע לבית המשפט לגלות את האמת העובדתית, שכן היא תאפשר לו להתחשב בראיות רלוונטיות לבירור האמת, אולם יהיו גם מקרים מנוגדים, שבהם יגרום הדבר לכך שתוגשנה ראיות שאינן משקפות את האמת העובדתית. כך, למשל, עשויה להיות מוגשת הודאה שהיא הודאת שווא.<sup>116</sup> יתר על כן, ההנחה שהערכאה הראשונה תצליח לקבוע ממצאים עובדתיים מדויקים על יסוד התרשמות מן הראיות לא תמיד נכונה, בייחוד כשלעיתים קרובות אין קביעת הממצאים ניתנת לביקורת של ערכאת הערעור. מטרתם של כללים ראייתיים פורמליים היא אפוא להפחית את מידת ההסתברות לטעות בממצאים, ומכאן שיש להקפיד עליהם.<sup>117</sup>

ביקורת חשובה אחרת הנוגעת למעבר מקבילות למשקל, קשורה לתפקידם של דיני הקבילות בהגנה על "יושרת ההליך השיפוטי", דהיינו על הליך ראוי. לפי גישה זו, הקושי המרכזי באשר לקבילותן של ראיות שמהימנותן מוגבלת איננו טמון בסכנה ממשית כי בית המשפט יסיק על בסיסן מסקנה עובדתית מוטעית, אלא בעצם חשיפתן באופן שעשוי ליצור הטיה או דעה קדומה. החשש הוא מפני ניסיון להשפיע על בית המשפט גם אם בפועל אין השופטים מושפעים מניסיונות כאלו.<sup>118</sup> דיני הקבילות, לפי גישה זו, נועדו להבטיח את הגינות מערכת המשפט ואת זכותו של הנאשם למשפט הוגן, הכוללת את הזכות להישפט על ידי שופטים שלא יהיו חשופים להשפעות חיצוניות כלשהן.<sup>119</sup>

ביקורת זאת עשויה, כמובן, להצדיק את אי-קבילותה של בדיקת הפולגרף, ככל שמדובר בראיה שיש בה כדי לעורר דעה קדומה או הטיה מוגזמת שאין לה הצדקה. אולם חשוב לשים לב לשני עניינים: ראשית, הפסיקה הנוגעת לפולגרף במשפט הפלילי לא התמקדה בפגם שבעצם חשיפתו של בית המשפט לראיה הפסולה, וודאי שלא נתנה משקל מכריע לזכות הנאשם להליך הוגן. ההפך הוא הנכון: הדיון בפסיקה

הגשתם של ממצאיו כראיה קבילה במשפט פלילי.

<sup>116</sup> ע"פ 5121/98 **יששכרוכ נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 461, פס" 4 לפסק דינו של השופט גרוניס (2006).

<sup>117</sup> עמדת השופט לוין בע"פ 7293/97 **ז'אפר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(5) 460, 475 (1998).

<sup>118</sup> ע"פ 126/62 **דינסצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יז 169, 175 (1963).

<sup>119</sup> לדיון מפורט בגישה זו, ראו: מנשה **הלוגיקה של קבילות ראיות**, לעיל ה"ש 107, בעמ' 35-49. מנשה טוען שהמחויבות האפיסטמולוגית והנורמטיבית של השיה המשפטי קשורה פחות במאמץ לדייק בקביעת העובדות או לשפר את מידת הרציונליות של ההליך קביעת העובדות ויותר במאמץ להגן על היושרה של ההליך השיפוטי, באמצעות הימנעות משיבוש מכוון וזדוני של האמת העובדתית והקפדה על יושרם של מקבלי ההכרעה העובדתית במשפט. לפי מנשה, מחויבות זו היא שמאפשרת להבין רבים מהכללים הראייתיים המגבילים את שיקול הדעת השיפוטי, אשר נהוגים בשיטת המשפט שלנו.

התמקד בשאלת ההשפעה שהייתה לראיה הפסולה על פסק דינו של בית המשפט בפועל, ונקבע שכאשר ניתן להראות שהתוצאה המשפטית לא הייתה משתנה לולא נחשף בית המשפט לראיה, לא תהיה לכך השפעה על פסק הדין. הדברים נפסקו כאמור אף במקרים שבהם מי שהיה עלול להיפגע מהדעה הקדומה היה הנאשם.<sup>120</sup> שנית, המסקנה כי הסתמכות על בדיקת הפוליגרף פוגעת ביושרתו ובהגינותו של ההליך המשפטי יותר מהסתמכות על ראיות אחרות, תלויה בגודל הפער בין מידת המהימנות שיש לבדיקה בפועל לבין מידת ההשפעה שעשויה להיות לה על בתי המשפט. כדי לקבוע שבדיקת הפוליגרף יוצרת הטיה או דעה קדומה חריגה, יש להצביע על חשש חריג שבתי המשפט ייחסו לה משקל יתר, כלומר שמידת הסתמכותם עליה, ומכאן הממצאים שיקבעו על בסיסה, יהיו חסרי הצדקה. ייתכן שחשש חריג כזה, שאינו מתעורר באותה מידה כשמדובר בראיות מסוגים אחרים, אכן מתעורר בעניין הפוליגרף ככל שבתי המשפט יסברו בטעות כי מדובר ב"מכונת אמת" המבחינה תמיד בין אמת לשקר. אולם כפי שצינו, וכפי שעוד יצוין להלן, תפיסה זו של הפוליגרף היא תפיסה שגויה, שבתי המשפט יוכלו להתגבר עליה באמצעות הסתייעות בספרות המקצועית המפרטת את אופן הפעולה של מכשיר הפוליגרף, את היתרונות והחסרונות של סוגי הבדיקה השונים ואת מידת המהימנות שיש לייחס לכל אחד מסוגי הבדיקה.

לפיכך נראה לנו כי ככל שישנן הצדקות למגמה לעבור מ"דיני קבילות" ל"דיני משקל", הרי הן רלוונטיות גם לבדיקות פוליגרף, בייחוד לאור המחקרים הרבים שנערכו באשר למשקלה של ראיה זו, ובהשוואה לראיות רבות אחרות שמהימנותן הסטטיסטית מעולם לא נחקרה. המחקרים בנוגע למהימנותה של בדיקת הפוליגרף מפרטים את מידת הדיוק של סוגי הבדיקות השונים, ובכך מספקים לבית המשפט נתונים אויביקטיביים באשר למשקל שראוי לייחס להם. בדיקת הפוליגרף, יותר מראיות רבות אחרות, מאפשרת אפוא לבית המשפט להפעיל את שיקול דעתו ולקבל החלטה מושכלת בכל הנוגע למשקל שראוי לייחס לה, והכול בהתחשב בסוג הבדיקה

<sup>120</sup> פרשת **אבוטבול 1**, לעיל ה"ש 24. שם נקבע בדעת רוב כי יש לזכות את הנאשם משום שבית המשפט המחוזי, שהרשיע אותו באינוס המתלוננת, הזכיר בהכרעת דינו את העובדה שהמתלוננת נבדקה בפוליגרף בנוגע לגרסתה. דעת הרוב קבעה שבמקרים שבהם בית המשפט איננו מבהיר כי לראיה הפסולה לא הייתה השפעה על הכרעת דינו, ואף מזכיר ראיה זו בהכרעת הדין, יש חשש שהראיה השפיעה (בפועל) על שיקול דעתו; פרשת **אבוטבול 2**, לעיל ה"ש 24. שבה הפך בית המשפט העליון, בדיון הנוסף, את ההכרעה וקבע בדעת רוב שאין חשיבות לעובדה שבית המשפט המחוזי לא הבהיר כי אין הוא מסתמך על הראיה הפסולה, מאחר שיתר הראיות בתיק מביאות ממילא למסקנה בדבר אשמת הנאשם. מעניין להיווכח שהן דעת הרוב הן דעת המיעוט סברו כי עצם החשיפה לראיה הפסולה אינה צריכה להביא לזיכוי הנאשם, אלא צריך שהראיה תשפיע על שיקול דעתו של בית המשפט בפועל. אלא שדעת המיעוט גרסה כי על בית המשפט להבהיר כי לא הושפע בפועל מהראיה, ואילו דעת הרוב סברה כי לא תמיד יהיה בכך צורך כדי שהתוצאה המשפטית תיוותר בתוקפה.



ובמטרתה בכל תיק ותיק.

בהחלטתו בדבר המשקל הראוי של תוצאות הבדיקה וחוות הדעת המוגשת מטעם בודק הפולגרף, בית המשפט יכול להסתייע במחקרים הדנים במהימנות השיטה שבה נערכה הבדיקה. בית המשפט עשוי אף להסתייע בחוות דעת נוספת שתגיש התביעה, או בחוות דעת של מומחה מטעמו. כפי שהוסבר לעיל, חוות דעתם של בודקי פולגרף כוללות הן חלק אובייקטיבי – הרישומים המשקפים את תגובותיו הפיזיולוגיות של הנבדק על השאלות המוצגות לו – הן חלק סובייקטיבי – מסקנותיו של הבודק, על סמך אותם רישומים, בדבר אינדיקציות לאמירת אמת או אמירת שקר מצד הנבדק. מכאן שבית המשפט רשאי לבקש את חוות דעתם של מומחים נוספים בעניין חלקה האובייקטיבי של חוות הדעת ולבדוק אם מומחים נוספים מגיעים למסקנות זהות על בסיס הרישומים המתעדים את תגובותיו הפיזיולוגיות של הנבדק. על יסוד כל אלו יבחן בית המשפט את מידת המהימנות, ובהתאמה את המשקל הראוי של בדיקת הפולגרף, כפי שנעשה בנוגע לכל ראיה קבילה אחרת. בעניין זה אין חוות הדעת בנושא הפולגרף שונה מכל חוות דעת מדעית אחרת, הכוללת גם נתונים אובייקטיביים וגם את התרשמותו הסובייקטיבית של המומחה.

ניתן לסכם ולומר כי הפולגרף אינו שונה באופן מהותי מראיות מדעיות אחרות, שמהימנותן איננה מוחלטת, ובכל זאת בתי המשפט נוטים לאפשר את הגשתן כחלק מהמעבר מקבילות למשקל. נראה שבתי המשפט מצוידים בכלים מספיקים כדי להעריך את מידת מהימנותן של חוות הדעת של בודקי הפולגרף, ומכאן את משקלן, כפי שנעשה כעניין שבשגרה בנוגע לראיות מדעיות אחרות.

## 2. הפגיעה בזכויות אדם כהצדקה למניעת הגשת תוצאות בדיקת פולגרף בהליך הפלילי

הצדקה מסורתית נוספת לשלילת קבילותם של ממצאי הפולגרף בהליכים פליליים עניינה הפגיעה הפוטנציאלית של הבדיקה בזכויותיהם של חשודים ונאשמים בשני מובנים: פגיעה בפרטיות הנבדק, הנדרש לענות על שאלות אישיות בבדיקה שמודדת פרמטרים נפשיים ופגיעה בזכות לאי-הפללה עצמית, כשהוא נשאל שאלות הנוגעות לביצוע העברה ועלול להימצא דובר שקר ובכך לסבך את עצמו.<sup>121</sup> קושי נוסף נוגע להשפעה אפשרית של כלל המאפשר הגשת בדיקות פולגרף, על נאשמים שיבחרו שלא להגישן. אם ייקבע שנאשם רשאי להגיש במשפטו בדיקת פולגרף שיש בה כדי לחזק את טענות ההגנה, הדבר עלול לעורר ציפייה מנאשמים להיבדק בפולגרף ולהחשיד את אותם נאשמים שלא יגישו במהלך המשפט בדיקת פולגרף התומכת בטענותיהם. זהו קושי ממשי הן משום שכאמור, לפולגרף אין מהימנות מוחלטת,

<sup>121</sup> דוח ועדת כהן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 27–28.

ומכאן שגם נאשם חף מפשע עלול להימצא דובר שקר ולהימנע מהגשת הבדיקה לבית המשפט, והן משום שציפייה מהנאשם להביא ראיה לחפותו אינה מתיישבת עם כלל נטל הראיה במשפט הפלילי, המורה כי הנטל מוטל על כתפי התביעה, ואילו ההגנה נדרשת רק לעורר ספק סביר באשמה.

למול עמדה זו נפרט להלן כמה טיעונים נגדיים. הטיעון הראשון נוגע להשוואה בין הפוליגרף לבין ראיות אחרות, שגם גבייתן פוגעת בזכויות אדם. בהליך הפלילי נגבות, כעניין שבשגרה, ראיות שגבייתן פוגעת בזכויות לאי-הפללה עצמית ולפרטיות. הדוגמה המובהקת ביותר לכך היא בדיקות DNA והגשת תוצאותיהן במשפט. כידוע, בעברות רבות החוק מאפשר ליטול דגימות DNA מחשודים, כאשר סירוב של החשוד לתת דגימה מגופו מהווה עברה פלילית ואף עשוי לחזק את ראיות התביעה נגדו.<sup>122</sup> אין חולק כי ראיה זו, המאפשרת לקבוע כי ישנה התאמה בין פרופיל ה-DNA של החשוד לבין זה שנמצא בזירת העברה, היא ראיה מפלילה ביותר.<sup>123</sup> אין גם ספק שגבייתה של ראיה זו עלולה לפגוע בזכות לפרטיות, שהרי מדובר בראיה הנלקחת מגופו של החשוד ומשמעותה כי מעתה יהיו נתוני הזיהוי שלו שמורים במאגר הגנטי. למעשה, יש הסדר דומה לכל סוג של חיפוש הנערך בגופם של חשודים לפי חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק החיפושים),<sup>124</sup> הן כאשר מדובר ב"חיפוש חיצוני",<sup>125</sup> והן כאשר מדובר ב"חיפוש פנימי",<sup>126</sup> שהוא בוודאי אמצעי פולשני יותר מבדיקת פוליגרף.

ניתן לטעון, כמוכּן, שההבדל בין ראיות מסוג זה לבין ממצאי הפוליגרף טמון בפער בין מהימנות הראיות. מאחר שראיות כדוגמת ה-DNA, המתגלות במהלך חיפוש, הן בעלות מהימנות גבוהה מאוד, יש בכך כדי להצדיק את קבילותן למרות הפגיעה הפוטנציאלית בזכויות אדם שטמונה בהן. עם זאת, יש לזכור כי אמנם בדיקת DNA לרוב מניבה תוצאה שיש לה מהימנות גבוהה יחסית, אך ישנם תוצרים של חיפושים ושל בדיקות שגם הן ראיות מפליליות הפוגעות בפרטיות – כגון השוואת שערות שהייתה נהוגה בעבר – שמהימנותן נמוכה ביותר.<sup>127</sup> מכאן שמידת מהימנותה של הראיה לא בהכרח קובעת את ההצדקה לפגיעה פוטנציאלית בזכויות אדם

<sup>122</sup> ס' 11(א) ו-12(ב) לחוק החיפושים.

<sup>123</sup> אם כי גם מידת מהימנותה המדויקת של ראיה זו שנויה במחלוקת. ראו, למשל: מרדכי הלפרט ומשה פרדס "האמנם ניתן להרשיע על בסיס ראיה מדעית יחידה? המקרה של ראיית טביעת-האצבע וראיית ה-DNA" **עיני משפט** ל(2) 399 (2007).

<sup>124</sup> ס' 11 לחוק החיפושים.

<sup>125</sup> ס' 3 לחוק החיפושים.

<sup>126</sup> ס' 4 לחוק החיפושים. כך, למשל, חיפוש פנימי עשוי לכלול עריכת בדיקה גינקולוגית או שיקוף של פנים הגוף באמצעות מכשיר רנטגן.

<sup>127</sup> פרשת **מצנורה**, לעיל ה"ש 4, פס' 14 לפסק דינו של השופט הנדל.

שבנטילתה או בגבייתה של הראיה.

למעשה, קשה להסביר באיזה מובן בדיקת הפוליגרף פוגעת בזכויות האדם של המעורבים בפלילים במידה רבה יותר מחקירות אחרות שהמשטרה עורכת, כגון עצם חקירתו של חשוד, שיש בה פוטנציאל גבוה לפגיעה בפרטיותו ובזכותו לאי-הפללה עצמית. חקירות מסוג זה אף לא תמיד יביאו להשגת תוצאות מהימנות, שהרי אדם עשוי שלא לומר אמת בחקירתו, גם כאשר הוא מודה ומפליל את עצמו (כעולה מהמחקרים הנוגעים לתופעה של הודאות שווא).<sup>128</sup> אמנם זכות השתיקה מאפשרת לחשוד להימנע מהפללתו העצמית. עם זאת, השימוש בזכות השתיקה בחקירה עשוי להוות חיזוק לראיות התביעה במשפט<sup>129</sup> ואילו שתיקת נאשם במשפטו עשויה לשמש סיוע לראיות התביעה.<sup>130</sup>

יתר על כן, ניתן לצמצם את הפגיעה הפוטנציאלית בזכויות אדם שבבדיקת פוליגרף באמצעות שמירה על יסוד ההסכמה לבדיקה ועל ידי הימנעות ממתן משקל לסירוב להיבדק. במובן זה, השמירה על הוולונטריות של בדיקת הפוליגרף תגן על האוטונומיה של הנבדק, אשר ניתנת לו הברירה למחול על זכויותיו, ובכך תצמצם את הפגיעה בזכויותיו.

הטיעון השני נוגע להשוואה בין הפגיעה הפוטנציאלית בזכויות האדם שבהגשת ממצאי הפוליגרף בהליך הפלילי העיקרי לבין הפגיעה הפוטנציאלית שבהגשתו בהליכים אחרים. בראש ובראשונה יש לבחון מחדש את ההבחנה שבפסיקה בהקשר זה בין הליכים פליליים מקדמיים לבין המשפט הפלילי עצמו, מתוך תפיסה כי הפגיעה הפוטנציאלית בהליך הפלילי העיקרי גדולה מהפגיעה הפוטנציאלית בהליכים מקדמיים. הבחנה זו נובעת מהגדרת טיב הראיות הנדרש בכל שלב. בשלבים מקדמיים נדרש אך להציג "ראיות לכאורה", ואילו בהליך העיקרי נדרש להציג ראיות בעלות מהימנות ומשקל ממשיים, שיש בכוחם להביא להרשעה. מבחינת הפגיעה

Richard P. Conti, *The Psychology of False Confessions*, 2(1) J. CREDIBIL. ASSESS. WITN. 128 PSYCHOL. 14, 14–15 (1999); BARRY SCHECK, PETER NEUFELD & JIM DWYER, ACTUAL INNOCENCE 246 (2000); Hugo Adam Bedau & Michael L. Radelet, *Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases*, 40 STAN. L. REV. 21, 56–64 (1987); G.H. Gudjonsson & J.F. Sigurdsson, *How Frequently Do False Confessions Occur? An Empirical Study Among Prison Inmates*, 1(1) PSYCHOLOGY, CRIME AND LAW 21 (1994); Richard A. Leo & Richard J. Ofshe, *The Consequences of False Confessions: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation*, 88(2) J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 429 (1998) להרשעה – האומנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא" עלי משפט ד 245, 249 (2005).

ע"פ 230/84 ח'ג'בי נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1) 785 (1985); ע"פ 5730/96 גרציאני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.5.1998).

ס' 162 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי).

הפוטנציאלית בזכויות אדם, לבדיקת פוליגרף עשויות לכאורה להיות השלכות שונות בכל אחד מהשלבים: בשלב המקדמי בדיקת פוליגרף המחשידה את הנאשם עלולה להביא אך למעצר או להגשת כתב אישום, ואילו בשלב המשפט בדיקה כזו יכולה להסב פגיעה חמורה יותר בנאשם, כלומר להביא להרשעתו ואף לשליחתו למאסר ממושך.

אולם תפיסה זו איננה נקייה מספקות. החלטת מעצר עשויה לעתים לפגוע באופן חמור יותר בזכויותיו של עצור מאשר פסק דין מרשיע. החלטת מעצר פוגעת באופן מהותי ואינהרנטי בזכויות האדם של העצור, המוחזק בשלב זה כחף מפשע, ועשויות להיות לה השלכות מרחיקות לכת כאשר מדובר במעצר ארוך וממושך. לעתים המאסר המוטל על נאשם לאחר הרשעה קצר יותר מהמעצר שכבר ריצה. לעומת זאת, לא כל משפט פלילי מסתיים בהרשעה, ולא כל הרשעה מביאה למאסר, ולא כל שכן למאסר ממושך. יתרה מזו, לאור הנתונים שלפיהם כשני שלישים מהמעצרים בישראל מסתיימים בלי שמוגשים בסופו של דבר כתבי אישום נגד העצורים,<sup>131</sup> אף נראה כי מעצרים רבים מתגלים בדיעבד כפגיעה בלתי נחוצה בזכויות. גם לשימוש בפוליגרף כאינדיקציה להגשת כתב אישום פוטנציאל גבוה לפגיעה בזכויות, לפחות במידה דומה לשימוש בפוליגרף בהכרעת הדין, מבחינת השפעתה של ההחלטה על חייו של הנאשם.

בהקשר זה יש להדגיש את האנומליה שלפיה המשטרה והתביעה יכולות להשתמש בבדיקת פוליגרף לצורך קבלת החלטה אם להגיש כתב אישום בתיק, ואילו בית המשפט אינו רשאי אפילו להיחשף לעובדת השימוש בפוליגרף והנאשם עצמו מנוע מלהגיש את ממצאי הבדיקה. משמעות הדבר היא שבמקרים רבים ישמשו ממצאי הפוליגרף ראייה לחובתו של חשוד או נאשם, אך לא יוכלו לשמש לזכותו. קשה לראות כיצד מדיניות זו מסייעת למנוע את הפגיעה בזכות לאי-הפללה עצמית. ההנחה שהשימוש בפוליגרף במשפט הפלילי יביא בהכרח לפגיעה חמורה בזכויות אדם יותר מהשימוש בו במשפט האזרחי, גם היא אינה נקייה מספקות. אמנם קשה לחלוק על כך שתיקים פליליים חמורים, שעלולים בסבירות גבוהה להסתיים במאסר ארוך של הנאשם, עלולים לפגוע בזכויות אדם יותר מרוב רובם של ההליכים האזרחיים. עם זאת, הליכים אזרחיים מסוימים עלולים לפגוע בזכויות אדם יותר מהליכים פליליים. כך, למשל, הליכים אזרחיים שעלולים להסתיים בחיוב הנתבע בתשלום פיצויים גבוהים (לעומת תיקים פליליים שעלולים להסתיים לכל היותר בהטלת קנס נמוך או מאסר מותנה על הנאשם), או כאלו שעלולים להביא לשליחת הנתבע למאסר בשל אי-תשלום חובות.<sup>132</sup> גודל הפגיעה תלוי בטיב הזכויות הנדונות

<sup>131</sup> פרוטוקול ישיבה מס' 35 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-19, 9 (2013.5.29).

<sup>132</sup> כך, למשל, חוק ההוצאה לפועל מאפשר לרשם ההוצאה לפועל לתת צו מאסר נגד חייב בשל אי-תשלום חוב. ראו: ס' 70-74 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967.

בכל תיק ותיק ולא בהכרח נגזר מסיווג ההליך כאזרחי או כפלילי. טיעון שלישי נוגע להנחה שתוצאותיה של בדיקת הפוליגרף ישמשו לחובתם של חשודים ונאשמים דווקא, ומכאן לפגיעה בזכויותיהם. לצד הפגיעה הפוטנציאלית בזכויותיו של מי שנבדק בפוליגרף בהליך הפלילי, קיים גם פוטנציאל גדול לשמירה על זכויותיו של הנבדק, כאשר חוות הדעת מטעם בודק הפוליגרף מצביעה על אמירת אמת של הנבדק בתשובה על השאלות שנשאל. כך, למשל, חשוד עשוי להימצא דובר אמת ובעקבות זאת תחליט התביעה שלא להגיש כתב אישום נגדו; נאשם הנאבק על חפותו יוכל להסתייע בהגשת תוצאות בדיקת פוליגרף המצביעה על אמירת אמת, וכך גם נידון המבקש שייערך לו משפט חוזר.

טיעון רביעי מתמקד באפשרות להתנות את הגשת ממצאי הפוליגרף בתנאים שיבטיחו שמירה מרבית על זכויותיו של חשוד, נאשם או מורשע בפלילים. לעניין זה ניתן להבחין בין בדיקה המוגשת בהסכמת הנבדק לבין בדיקה המוגשת שלא בהסכמתו: אם הצדדים רשאים להגיש במשפט ראיות המכרסמות במהימנותו של עד תביעה או הגנה בלי להזדקק לאישורו – לרבות חקירה במשטרה שבה נאשם הפליל את עצמו או מסר מידע שתומך בראיות התביעה או פוגע בפרטיותו – מדוע למנוע מאותו עד לשקול אם להגיש לבית המשפט בדיקת פוליגרף שנערכה לו ושכוחה לחזק את עדותו? ודאי שקשה למצוא הצדקה למנוע הגשת תוצאות של בדיקת פוליגרף בהליך שנערך ביוזמתו של נאשם ונועד במובהק לסייע לו כגון בבקשה למשפט חוזר. מהיבט השמירה על זכויות אדם ניתן אפוא להבחין בין בדיקה שנערכה ביוזמת רשויות האכיפה לבין בדיקה המוגשת ביוזמתו, או לפחות בהסכמתו, של הנאשם.

טיעון חמישי מתמודד עם הטענה שבמשטר שבו ממצאי הפוליגרף יוכרו כראיה קבילה, הימנעות מלהגישם תשמש לחובת הנאשם. בהקשר זה יש לזכור כי להימנעות מלהציג ראיות, גם בהקשרים אחרים, יש "מחיר" רשמי של חיזוק לראיות התביעה, ומכאן שהציפייה שאדם המואשם בפלילים יביא ראיה לזכותו קיימת בשיטת המשפט שלנו. על כך יש להוסיף כי במגוון תיקים ממילא לא יהיה אפשר להשתמש בפוליגרף: בתיקים שבהם ההכרעה תלויה בפרשנות העברה המיוחסת לנאשם או בשאלה משפטית אחרת, בתיקים שבהם הנאשם סובל ממוגבלות המונעת ממנו להיבדק בפוליגרף,<sup>133</sup> בתיקים שבהם אין מתעוררת כלל שאלת מהימנות ועוד. מכאן שלא בכל תיק יוגשו ממצאי פוליגרף ואי-הגשת בדיקה מטעם הנאשם לא בהכרח תחשיד אותו. זאת ועוד, הכרה בקבילות ממצאי הפוליגרף משמעותה גם

<sup>133</sup> כך, מצבים נפשיים-פסיכיאטריים מסוימים עשויים לשבש את תוצאות הבדיקה, כמו גם שימוש בתרופות מסוגים שונים. זאת ועוד, נבדקים הסובלים מליקוי שכלי חמור המגיע לכדי פיגור, מתסמונת דאון או מפיגור סביבתי אינם מועמדים מתאימים לבדיקה. להרחבה ראו: זגורי וזגורי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 96-100.

הכרה במגבלותיו, שהרי קביעה כי הפוליגרף עומד במבחני הלכת **דאוברט** מותנית בהבנה של התקלות האפשריות וסטיות התקן בתיאוריה המדעית שהבדיקה מבוססת עליה, כמו גם בהבהרת האפשרות לטעות בבדיקה ובתוצאותיה.<sup>134</sup> ההכרה בכך שתיתכנה תוצאות מוטעות – בעיקר ככל שמדובר בזיהוי דוברי אמת – עשויה לצמצם את היחס השלילי כלפי נאשמים שלא יגישו בדיקת פוליגרף התומכת בחפותם, גם אם לא תוכל למנעו לחלוטין.<sup>135</sup>

ניתן לסכם ולומר כי פוטנציאל הפגיעה בזכות לפרטיות ובזכות לאי-הפללה עצמית הטמון בבדיקת הפוליגרף אינו חמור מזה שטמון בראיות אחרות הקבילות במשפט הפלילי. הגשת ממצאי הפוליגרף בהליך הפלילי העיקרי גם לא בהכרח תסב פגיעה קשה בזכויות אדם יותר מהגשתם בהליכים מקדמיים או בהליכים אזרחיים, לפחות ככל שהגשת הראיה נעשית ביוזמת הנבדק ומרצונו החופשי, וככל שהימנעות מלהגיש את הראיה לא תשמש לחובתו.

### 3. תפיסת הפוליגרף כמכשיר הפוגע בסמכותו של בית המשפט

בחלקים הקודמים הראינו כי מרבית ההצדקות המסורתיות לשלילת השימוש בפוליגרף בהליך הפלילי ראויות לליבון מחודש. ראינו כי בדיון בשאלת קבילות הפוליגרף ישנה נטייה להשתמש בטיעונים ובשיקולים שאינם מיושמים באשר לראיות אחרות. השאלה המתעוררת היא אפוא שמא ההתנגדות לשימוש בפוליגרף בהליך הפלילי נובעת מרציונל אחר, "חוץ-משפטי", והוא החשש לאפשר כניסה של מכשיר שמתיימר להבחין בין אמת לשקר ובכך להחליף את תפקידו המרכזי של בית

<sup>134</sup> ראו לעיל דיון בעמ' 307.

<sup>135</sup> אפשרות מעניינת להפיג את החשש האמור היא לקבוע סדרי דין מיוחדים להגשת בדיקות פוליגרף על ידי נאשמים, אשר יאפשרו את הגשת הבדיקה במקרה של הרשעה בלבד, ורק לאחר מתן הכרעת הדין המרשיעה. במילים אחרות, בשלב הראשון ייתן בית המשפט הכרעת דין בלי שתוגש לעיונו בדיקת פוליגרף, ורק אם קבע כי יש להרשיע את הנאשם, יוכל הנאשם להגיש לעיונו בדיקה. לאחר מכן, בשלב השני, יקבע בית המשפט אם יש בתוצאות הבדיקה כדי לשנות את הכרעת הדין ולהביא לזיכוי. בדרך זו, לא תושפע הכרעת הדין המקורית מהשאלה אם הנאשם בחר להיבדק בפוליגרף או נמנע מכך. עם זאת, נראה כי מדובר באפשרות תיאורטית בלבד, שכן היא מעוררת קשיים רבים, הן מנקודת מבטה של מערכת המשפט הן מנקודת מבטם של נאשמים: מנקודת מבטה של מערכת המשפט, ברי שמדובר בהצעה שתפגע לא רק ביעילות ההליך המשפטי, אלא גם בערכים נוספים ששיטות משפטיות חותרות לקדם כגון סגירות, אמון הציבור במערכת ומקובלות החלטותיה. בעניין זה ראו, למשל: Charles Nesson, *The Evidence or the Event: On Judicial Proof And The Acceptability Of Verdicts*, 98 HARV. L. REV. 1357 (1985); ואילו מנקודת מבטם של נאשמים נראה כי מתעורר חשש ששופט שכבר גיבש הכרעת דין מרשיעה, יסרב להעניק לבדיקת פוליגרף המצביעה על אמירת אמת מצדו של הנאשם את מלוא המשקל שהיה עשוי לתת לה, לו הוצגה כחלק ממארג הראיות הכולל במהלך המשפט עצמו, בטרם גיבש את עמדתו.

המשפט.

במאמרו "The Jury's Rise as Lie Detector",<sup>136</sup> ג'ורג' פישר (Fisher) טוען כי התפקיד של קביעת מהימנות והבחנה בין אמת לשקר נתפס באופן מסורתי כסמכותו העיקרית של חבר המושבעים. פישר טוען שהלגיטימציה של הכרעות מערכת המשפט המודרנית תלויה, במידה רבה, בהצגת חבר המושבעים כגוף ששילוב הפרספקטיבות של חבריו מקנה לו מומחיות ייחודית בהבחנה בין אמת לשקר. הצגה זו מתאפשרת בזכות ההכרעה של חבר המושבעים בסוגיות מהימנות מאחורי דלתיים סגורות, וההצגה לציבור רק של ההחלטה הסופית בדבר חפות או אשמה.<sup>137</sup> עם זאת נראה שהתפיסה של הפוליגרף כמכשיר המבחין בין אמירת אמת לאמירת שקר עשויה לאתגר את תפקידו ומומחיותו של בית המשפט כגוף המכריע בין אמת לשקר, ובכך לפגוע בלגיטימיות שלו, גם כאשר מדובר בבתי משפט ששופטים מקצועיים יושבים בהם.

ביטוי לקושי לקבל ראיות שמטרתן להכריע בסוגיות מהימנות נמצא בפסיקה בישראל הן בנוגע לפוליגרף<sup>138</sup> והן בנוגע לראיות אחרות.<sup>139</sup> בהקשר זה נקבע כי אין לקבל עדות ב"שאלה האולטימטיבית" של המשפט ("ultimate issue"), כגון מהימנות עדותו של המתלונן או הנאשם כאשר לעובדות המקרה, שכן סוגיה זו נתונה לבית המשפט, ולו בלבד.<sup>140</sup>

כאן המקום להעיר כי ההנחה שבתי משפט מצליחים להעריך נכונה את מהימנותם של העדים ולהבחין כראוי בין אמת לשקר איננה נקייה מספקות. מחקרים אמפיריים מצאו כי מושבעים מתקשים לזהות עדים דוברי שקר ואינם מצליחים להעריך נכונה את מהימנותם של עדים.<sup>141</sup> השאלה אם שופטים מקצועיים מצליחים במידה טובה יותר להבחין בין אמת לשקר ראויה, גם היא, לליבון.

מכל מקום, האתגר שהפוליגרף מציב בהיבט זה שונה מראיות אחרות. בעוד חוות דעת של בודק הפוליגרף מתיימרת להסיק אם הנבדק דובר אמת או שקר, לראיות

<sup>136</sup> George Fisher, *The Jury's Rise as Lie Detector*, 107(3) YALE L.J 575 (1997) אכן, בפסקי דין רבים בארצות-הברית נקבע כי הערכת מהימנות היא עניין בלעדי לחבר המושבעים ("Credibility is a matter solely for the jury"). ראו, למשל: *Wilson v. Corestaff Servs. L.P.*, 900 N.Y.S.2d 639, 642 (2010); John B. Meixner, *Liar, Liar, Jury's the Trier? The Future of Neuroscience-Based Credibility Assessment in the Court*, 106(3) NW. U. L. REV. 1451, 1460 (2012).

<sup>137</sup> Fisher, שם, בעמ' 576.

<sup>138</sup> פרשת **ביאזי**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 473-474.

<sup>139</sup> דוגמה לכך היא הקביעה בעניין חוות דעתם של מומחי ילדים שנועדו לסייע לבית המשפט להעריך את מהימנות הילד הנחקר בע"פ 337/13 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 9.9.2013).

<sup>140</sup> שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט הנדל.

<sup>141</sup> לניתוח מטא-אנליטי עדכני של מחקרים אמפיריים בתחום זה, ראו: Meixner, לעיל ה"ש 136, בעמ' 1451-1488; SIMON, IN DOUBT, לעיל ה"ש 89.

אחרות אין יומרה דומה. כך, למשל, בדיקת DNA שלפיה נמצא חומר מגופו של הנאשם בזירת העברה, עשויה אמנם להצביע בדרגת ודאות גבוהה על אשמתו, אך אין היא בגדר ראיה ישירה להיותו דובר אמת או שקר בנוגע לביצוע העברה. בית המשפט הוא שנדרש, בסופו של דבר, להכריע כיצד הימצאות ה-DNA בזירה מתיישבת עם גרסת ההגנה ומה השפעתה על מהימנותו של הנאשם. גם חקירת חשוד במשטרה, אפילו כזו שבה מסר החשוד מידע מפליל, איננה מביאה במישרין למסקנה בדבר מהימנותו, אלא בית המשפט הוא שנדרש להסיק את המסקנות ולקבוע ממצאי מהימנות על בסיס החקירה. לעומת זאת, בדיקת הפוליגרף מתיימרת להצביע במישרין על אינדיקציות לאמירת אמת או שקר על ידי הנבדק.

ניתן להבין אפוא את האיום של הפוליגרף על תפקידו של בית המשפט כמומחה להערכת מהימנות. אולם גם אתגר זה ראוי לבחינה מחודשת אם נקבל את התפיסה שהפוליגרף אינו "מכונת אמת" אלא ראיה מדעית המזהה תגובות פיזיולוגיות האופייניות לאמירת שקר או להכרת פרטים מוכמנים. במובן זה ניתן לראות בפוליגרף כלי עזר לבית המשפט במילוי תפקידו בהערכת מהימנות, בכך שהוא נותן לבית המשפט אינדיקציות למצבו הנפשי של הנבדק, ואיננו מהווה תחליף להערכת המהימנות על ידי בתי המשפט.

יש לזכור שהגדרת הפוליגרף כ"מכונת אמת" מלכתחילה איננה רלוונטית לבדיקת הפח"מ, שאינה מתיימרת כלל לזהות אמירת שקר מצד הנבדק, אלא את תגובותיו על פרטי חקירה מוכמנים הרלוונטיים לאירוע הנבדק. אין מוצגות לנבדק שאלות שהוא נדרש להשיב עליהן ולמעשה כלל אין צורך בקשר מילולי בין הבדוק לנבדק. אי-הכרת פרטים מוכמנים אמנם עשויה להוות אינדיקציה לחפות, ואילו הכרתם עשויה להוות אינדיקציה לאשם, אולם אין זה משום שהנבדק נמצא "דובר אמת" או "דובר שקר".<sup>142</sup> קשה לראות אפוא באיזה מובן בדיקת הפח"מ מכרסמת בשיקול דעתו של בית המשפט.<sup>143</sup>

<sup>142</sup> כמו כן, להגנה ניתנת, כאמור, הזדמנות להסביר כיצד נחשף הנאשם למידע המוכמן ולהוכיח כי החשיפה אינה קשורה למעורבות בעברה. בדומה לכך, לתביעה ניתנת הזדמנות להסביר כיצד התזה המרשיעה מתיישבת עם אי-ידיעת פרטים מוכמנים מצד הנאשם.

<sup>143</sup> וראו, כאמור, את עמדתו של אלעד בעניין זה: אלעד **הפסיכולוגיה של השקר**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 268.



גם תוצאותיה של בדיקת השב"ק אינן מתיימרות להחליף את שיקול דעתו של בית המשפט בהכרעה אם הנאשם ביצע את העברה המיוחסת לו. יש לזכור כי לעתים יהיה אפשר להסביר את תוצאות הבדיקה באופן שאיננו מחייב מסקנה בדבר חפות או אשם.<sup>144</sup> זאת ועוד, על בית המשפט מוטלת ממילא החובה שלא לראות בתוצאות הבדיקה סוף פסוק, אלא להעריך את חוות דעתו של בודק הפולגרף ואת ההסתברות כי נפלה בה טעות, כפי שנעשה בנוגע לעדותו של כל עד מומחה.

ניתן להשוות, בהקשר זה, בין הפולגרף לבין עדות לעניין מצבו הנפשי של אדם שהיא ראייה קבילה בהליך הפלילי, העשויה להוות חיזוק ואף סיוע לעדותו של אותו אדם בבית המשפט, בין שהוגשה באמצעות עד מומחה ובין שמסרוה בני משפחה וחברים.<sup>145</sup> מצב נפשי קשה וסערת רגשות של מתלוננים בעבירות מין, למשל, עשויים לחזק את מהימנות התלונה גם במקרים שבהם נוצר המצב הנפשי הקשה שנים רבות לאחר האירוע נשוא התלונה, ובלבד שהתעורר בתגובה על האירוע או על חשיפתו.<sup>146</sup> ראיות בדבר מצב נפשי עשויות להצביע במישורן על מהימנות גרסתו של מתלונן. עם זאת, החלטת בית המשפט לתת משקל לעדות בדבר מצב נפשי, גם כאשר ניתנה בחוות דעת מומחה, אין פירושה שבית המשפט מחויב לפסוק לפי האינדיקציות העולות ממנה.<sup>147</sup>

ניתן לומר כי הגשת תוצאות של בדיקת פולגרף וחוות דעת הנלווית להן כראיות קבילות דומה אפוא להגשת חוות דעת של מומחים לעניין מצבם הנפשי של נאשמים, מתלוננים או עדים אחרים. בדיקת הפולגרף מהווה, במובן זה, אינדיקציה למצבו הנפשי של הנבדק באשר לעברות הרלוונטיות, והיא עשויה לסייע בהערכת מהימנות גרסתו גם במקרים שבהם חלף זמן מאז ביצוע העברות או הגשת כתב האישום בגינן. חוות דעתו של בודק פולגרף על אודות תוצאות הבדיקה אינה מהימנה פחות מראיות אחרות המובאות בהקשר זה, ואף ניתן לומר כי בעוד שלגבי הפולגרף הונחה תשתית מדעית בדבר רמת מהימנותה, הדבר לא נעשה באשר לראיות אחרות המובאות לעניין מצבם הנפשי של מעורכים בהליך הפלילי, אשר כלל לא ברור שניתן

<sup>144</sup> גם בבדיקת השב"ק ייתכנו מצבים שבהם ניתן להסביר את תוצאות הבדיקה באופן שאינו מתיישב עם התזה המרשיעה או המזכה, למשל, במקרים שבהם נאשם או עד היו שתויים בעת ביצוע העברה או אינם זוכרים את האירוע מסיבות אחרות, ובשל כך מאמינים בתום לב בגרסה מסוימת ואינם מודעים להיותם דוברי שקר.

<sup>145</sup> ראו, למשל: ע"פ 814/81 אל שבאב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 826 (1982); ע"פ 819/96 גואטה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 315 (1997); ע"פ 993/00 נור נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 205 (2002).

<sup>146</sup> ראו, למשל: ע"פ 2608/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 277, 267 (2005); 4327/12 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.6.2013). שם, דובר על מצבה הנפשי של מתלוננת יותר מעשר שנים לאחר שנעברו בה אותם מעשים.

<sup>147</sup> יעקב קדמי על הראיות 759-760 (2009); ע"פ 10049/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 385 (2004).

להגדרין כראיות מדעיות. בדומה לאותן ראיות, גם השאלה מה ניתן להסיק ממצבו הנפשי של הנבדק בפוליגרף, כפי שהשתקף בתוצאות הבדיקה, היא שאלה עצמאית שראוי לבררה במהלך קביעת משקלה של הבדיקה. עם זאת, הראיה האובייקטיבית עצמה, המתקבלת בבדיקה בדבר מצבו הנפשי של הנבדק, אינה שונה באופן מהותי מראיות אחרות לעניין מצב נפשי, שהן קבילות במשפט הפלילי. ניתן לראות אפוא בחוות דעתו של בודק פוליגרף בנוגע לתוצאות הבדיקה, ראייה קבילה לעניין מצבו הנפשי של העד-הנבדק.<sup>148</sup>

לבסוף, גם בהנחה שהפוליגרף אכן מציב אתגר מיוחד לסמכותו של בית המשפט, הרי טענה זו איננה רלוונטית רק למשפט הפלילי. גם במשפט האזרחי בית המשפט נדרש להכריע בסוגיית מהימנותם של העדים וטענותיהם של הצדדים ולקבוע מהי האמת, אף שלפי רף ראייתי נמוך יותר מזה שבפלילים. חרף זאת, ממצאי הפוליגרף הם ראייה קבילה במשפט האזרחי בישראל, ולא זו בלבד אלא שהפסיקה אף מתירה לצדדים לקבוע שהם יחייבו את בית המשפט<sup>149</sup> ובכך היא מאפשרת במוצהר להחליף את שיקול דעתו בזה של בודק הפוליגרף. מכאן, שכדי להצדיק את ההבחנה בין המשפט הפלילי למשפט האזרחי, צריך להסביר באיזה מובן הפגיעה בסמכות בית המשפט חמורה יותר כאשר מדובר בהליכים פליליים.

מכל האמור עולה שהאתגר שהפוליגרף מציב לתפיסת תפקידו הייחודי של בית המשפט אמנם אינו פשוט, אך אין מדובר באתגר שהוא ייחודי לבדיקת הפוליגרף. ממילא אין בו כדי להצדיק את פסילת הבדיקה מלשמש ראייה בהליכים פליליים דווקא, בעוד ראיות אחרות לעניין מצבם הנפשי של עדים, שמידת מהימנותן איננה ברורה כלל, מתקבלות על ידי בתי המשפט כעניין שבשגרה.

<sup>148</sup> אפשרות נוספת היא לראות בתוצאותיה של בדיקת פוליגרף ובחוות הדעת הנלוות להן חלק מ"אותות האמת" המסייעים בקביעת משקל גרסתו של הנאשם. כידוע, בית המשפט רשאי לבסס את מהימנותה של עדות באמצעות "אותות אמת" המתגלים בה או בקשר אליה במהלך המשפט. בין היתר בית המשפט מתרשם ממצבו הנפשי של העד במהלך עדותו כדי לקבוע אם הוא דובר אמת. כך, "אותות אמת" עשויים לבסס את מהימנותם של מתלוננים בעברות מין כאשר יש מעט ראיות אובייקטיביות חיצוניות התומכות בעדות המתלונן. בדומה לכך, בתיקים שבהם שאלת מהימנותו של הנאשם היא מכרעת, ואין ראיות חיצוניות התומכות בעדותו כי הוא חף מפשע, בדיקת הפוליגרף עשויה להוות ראייה חיונית לכך שקיימים "אותות אמת" התומכים בגרסתו. ראו: ס' 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971; כן ראו, למשל: ע"פ 869/81 שניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 169, 229 (1984); ע"פ 7461/05 דרוש נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.4.2006); ע"פ 3192/08 חרד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.3.2009); ע"פ 5636/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.1.2009).

<sup>149</sup> פרשת ביאזי, לעיל ה"ש 24.

## ה. דיון ומסקנות: אפשרויות להכרה בפוליוגרף כראיה קבילה בהליכים פליליים

בפרשת חסיד<sup>150</sup> ציין השופט רובינשטיין:

"כל נושא מעמדו של הפוליוגרף אינו מתנהל לעת הזאת באורח בהיר. מחד גיסא, המשטרה ושב"כ מציעים לעתים לחשודים להיבדק בפוליוגרף. מאידך גיסא, כשהחשוד או הנאשם עצמו מבקש להיבדק בפוליוגרף, ישנה לא אחת התנגדות של המשטרה או התביעה, וגם משנעשית בדיקה בעקבות החלטת בית משפט, כבענייננו, נטענות טענות בקווים 'מקבילים', באשר לעריכת הבדיקה, ופחות בהתמודדות ישירה עימה [...] הנושא מצוי איפוא במעין ערפל ואנדרוגניות הטעונה הבהרה, כדי שיוחלט באופן ראוי, ואולי בהרכב כבית משפט זה, ראשית, מה בסופו של יום מעמדו של פוליוגרף בהליכי הביניים, בין בהליכי מעצר לצרכי חקירה ('מעצר ימים') ובין במעצר עד תום ההליכים. שנית, מה הדרכים שבהן ניתן יהיה לברר את מקצועיות הבדיקה ואת תוכנה"<sup>151</sup>.

כפי שתוארנו, הדין בישראל אינו אחיד בגישתו להגשת תוצאות בדיקת פוליוגרף בהליכים משפטיים. מעמדו המעורפל של הפוליוגרף אינו בא לידי ביטוי רק באשר להליכי ביניים במשפט הפלילי: בהליכים אזרחיים, בהסכמת הצדדים, ניתן להגיש את בדיקת הפוליוגרף כראיה קבילה, ואילו בהליכים פליליים ההלכה היא שהפוליוגרף איננו ראיה קבילה, ואף אין להציג בפני בית המשפט מידע הנוגע לשאלת ההסכמה או הסירוב לעריכת בדיקת פוליוגרף. עם זאת, הראינו כי למרות ההלכה, היו מקרים שבהם אפשרו הערכאות הגשת מידע הנוגע לבדיקת פוליוגרף גם בהליך הפלילי העיקרי. לא נמצא הסבר ממשי לסטייה מההלכה באותם מקרים. יתר על כן, בהליכי מעצר ימים, ולאחרונה גם בהליכי מעצר עד תום ההליכים, שבהם בית המשפט בוחן אם ישנן "ראיות לכאורה" לאשמה, ישנה פסיקה המאפשרת לשקול תוצאות של בדיקת פוליוגרף. לעומת זאת, בהליכי בקשה למשפט חוזר – שגם בהם נבחנת שאלת קיומן של "ראיות לכאורה", אמנם לעניין החפות – ההלכה היא שאין לאפשר הגשה של ממצאי פוליוגרף.

העיון החוזר בהצדקות להלכה הקיימת, שנעשה לעיל, לא בהכרח מביא למסקנה שבדיקת הפוליוגרף, על שני סוגיה, צריכה להיות קבילה תמיד בהליכים פליליים. עם זאת, עולה ממנו כי ההלכה הקיימת, המאפשרת את השימוש בבדיקת הפוליוגרף

<sup>150</sup> פרשת חסיד, לעיל ה"ש 35.

<sup>151</sup> שם, פס"י לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

בהליכים אזרחיים ובהליכי חקירה ומעצר, ולעומת זאת שוללת לחלוטין את השימוש בפולייגרף בהליכי הפלילי המרכזי ובהליכים שלאחר הרשעה, קשה להצדקה, שכן היא יוצרת חוסר קוהרנטיות בדיני הראיות, בשני מובנים. ראשית, היא קובעת כללי קבילות המשתנים מהליך להליך, ולא ברור אם יש הצדקה להבחנה בין ההליכים; שנית, ההלכה יוצרת חוסר אחידות בסוגיית קבילותן של ראיות, שחלקן, שלא כבדיקת הפולייגרף, קבילות בכל ההליכים הפליליים אף שמידת מהימנותן לא נבחנה באופן ממצה. ההלכה אף יוצרת גישה לא אחידה לראיות המדעיות, שכן היא מוציאה את ראיית הפולייגרף מן הכללים שנקבעו לבחינת קבילותן של ראיות מדעיות בפסק הדין בפרשת **אבו-חמאד**.<sup>152</sup>

אשר למובן הראשון, של כללי קבילות המשתנים מהליך להליך, השאלה המתעוררת היא אם לאור הנימוקים שמנינו, ניתן להצדיק את ההבדלים הללו, או שמא יש מקום ליצור דין אחיד, בכללותו או בחלקו, שיחול על כל ההליכים, ואם יש מקום לדין אחיד, כיצד תושג אחידות זו.

**לעניין חוסר האחידות בין הדין האזרחי לפלילי** – ניתן לטעון מחד גיסא שיש הצדקה להבחנה הקיימת, משום שבדין הפלילי מדובר בדיני נפשות ובאינטרס הציבורי, ולא ראוי לאפשר בו התניה על אינטרסים מהותיים, בעוד שבדין האזרחי בעלי הדין הם צדדים פרטיים, וניתן להתבסס על הסכמות וויתור של הצדדים על זכויותיהם. למעשה, לפי טענה זו הפגיעה הפוטנציאלית בזכויות אדם גדולה יותר בהליכים פליליים, ומכאן שיש מקום להבחין בינם לבין הליכים אזרחיים. על כך יש להוסיף את כללי ההכרעה במשפט הפלילי, שלפיהם יורשע אדם רק לאחר שאשמתו הוכחה מעבר לספק סביר לעומת הדין האזרחי שרף ההוכחה הנדרש בו הוא של מאזן הסתברויות בלבד. מכאן שמהימנותו של הפולייגרף אינה יכולה לספק את רף ההוכחה הנדרש בפלילים, ועל כן אין הצדקה לקבלו.

מנגד, הואיל ופקודת הראיות משותפת לדין האזרחי והפלילי, נראה שאין הצדקה ממשית ליצור הבחנות בסוגיות של קבילות ראיות. מבחינה מהותית, השאלה אם ראיה היא קבילה אם לאו – להבדיל מהמשקל שיש לייחס לה – אינה צריכה להיגזר מהתחום המשפטי שבו הגשת הראיה מתבקשת, או משאלת הרף הראייתי הנדרש להכרעה. סוגיות אלה יכולות להישקל במהלך בחינת המהימנות הכוללת של הראיות, ואילו שאלת הקבילות צריכה להיגזר מאופייה וממהימנותה של הראיה עצמה.

<sup>152</sup> נזכיר שוב כי אין שום חובה להתמודד עם חוסר הקוהרנטיות שבמצב המשפטי הקיים – הן בין ההליכים השונים והן בין הראיות המדעיות השונות – דווקא באמצעות הרחבת קבילותה של בדיקת הפולייגרף. ניתן כמובן לטעון, לחלופין, כי פתרון ראוי יותר יהיה להפוך את בדיקת הפולייגרף לבלתי קבילה בכל סוגי ההליכים המשפטיים, ובדומה לכך לקבוע כי גם ראיות מדעיות אחרות השנויות במחלוקת בעולם המדעי תהפוכנה לבלתי קבילות. ראו דיון בעמ' 307 לעיל. הדיון שלהלן אינו מבקש אפוא לקבוע מסמרות בדבר הצורך להפוך את בדיקת הפולייגרף לקבילה בכל סוגי ההליכים המשפטיים, אלא להצביע על חוסר ההיגיון במצב הקיים.

בהנחה שמהימנות הפולגרף מספקת לצורך הגשת ממצאיו כראיה בהליכים אזרחיים, אין אפוא טעם ממשי שלא לאפשר את הגשתו בהליכים פליליים, גם אם המשמעות, או המשקל, שניתן לייחס לו במשפט הפלילי שונים מאלו שניתן לייחס לו במשפט האזרחי. כך, למשל, אמנם נכון שבדיקת פולגרף שבה נמצא נאשם דובר שקר לא תוכל לעולם להוות בסיס בלעדי להרשעתו, ותוכל להישקל רק יחד עם יתר ראיות התביעה (למשל, כסוג של חיזוק ראייתי). לעומת זאת, ייתכן שבדיקה שבה נמצא נאשם **דובר אמת** תספיק כדי לעורר ספק סביר באשמתו – הכול, כמובן, בהתחשב באופן שבו נערכה הבדיקה ובמהימנותה.

בהקשר זה עולה האפשרות לקבוע שגם בהליך הפלילי, בדומה לאזרחי, יהיה אפשר להגיש תוצאות של בדיקת פולגרף בהסכמת הצדדים. כלל כזה רחוק מלהיות חריג במשפט הפלילי, שבו הסכמות דיוניות בנוגע לראיות שיוגשו במשפט ממילא מתקבלות כעניין שבשגרה, והצדדים יכולים להגיש בהסכמה את תיק המוצגים כולו, או את חלקו בלבד.<sup>153</sup> אמנם הסכמות כאלה מתקבלות כיום רק בנוגע לראיות קבילות ולא בנוגע לראיות שההלכה אוסרת את הגשתן במשפט הפלילי.<sup>154</sup> עם זאת, בעידן שבו כ-80% מהתיקים הפליליים מסתיימים בהסכמה בהסדרי טיעון,<sup>155</sup> השאלה המתעוררת היא אם יש הצדקה לקבוע שהצדדים אינם רשאים להסכים דווקא בסוגיה של קבילות ראיות, שעל פניה היא מכריעה פחות משאלת ההרשעה או העונש. נראה שטיעון הנגד המרכזי לכך נוגע לאותו חשש לפגוע בחזקת החפות של נאשמים שלא יבקשו להגיש מטעמם בדיקת פולגרף (ולא יגיעו להסכמה בעניין זה עם התביעה). חשש זה אינו מתעורר כשמדובר בסירוב של נאשם להתקשר עם התביעה בהסדר טיעון. ייתכן אף שההפך הוא הנכון – סירוב כזה עשוי להצביע דווקא על אמונה חזקה של אותו נאשם בחפותו. עם זאת, כפי שטענו לעיל,<sup>156</sup> חשש זה גם אינו רלוונטי לכל התיקים שבהם יימנעו נאשמים מלהגיש בדיקות פולגרף לתמיכה

<sup>153</sup> בג"ץ 3209/06 שורפי נ' בית משפט במחוזי תל אביב (פורסם בנבו, 17.4.2006); ע"פ 6049/12 כהן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.8.2012); ת"פ (מחוזי מרכז) 6366-07-09 מדינת ישראל נ' סער (פורסם בנבו, 14.11.2011); ת"פ (שלום ת"א) 1007/08 מדינת ישראל נ' אדינייב (פורסם בנבו, 10.4.2011); ת"פ (שלום רמ') 23254-03-10 מדינת ישראל נ' דהן (פורסם בנבו, 5.8.2013); ת"פ (שלום ת"א) 31226-12-11 מדינת ישראל נ' דבי (פורסם בנבו, 24.11.2013); ת"פ (שלום ת"א) 37263-04-12 מדינת ישראל נ' נפתלי (פורסם בנבו, 14.1.2013); כן, ראו: ס' 144 לחוק סדר הדין הפלילי, המאפשר לבית המשפט לזמן את הצדדים כדי לברר את הסכמתם להצגת מסמכים ומוצגים.

<sup>154</sup> לפחות רשמית. כפי שהראינו, ניתן למצוא בפסיקה כמה מקרים חריגים שבהם הסכימו הצדדים למשפט הפלילי להגיש בדיקת פולגרף, אף שהמצב המשפטי הרשמי אינו מאפשר זאת. ראו לעיל עמ' 307.

<sup>155</sup> אורן גזל-אייל ואבישלוש תור "השפעת חפות על הסדרי טיעון: ממצאים אמפיריים, תובנות פסיכולוגיות והשלכות נורמטיביות" **משפטים** לט 115, 116 (2008).

<sup>156</sup> לעיל בעמ' 307.

בחפותם, וישנן דרכים למזערו (על אחת כמה וכמה כאשר הגשת הבדיקה מותנית בהסכמת התביעה, שממילא סביר שלא יהיה אפשר להשיגה בכל תיק ותיק). זאת ועוד, כאמור לא בכל הליך אזרחי ייפגעו זכויות האדם פחות מאשר בהליכים פליליים. במקרים מסוימים הגשת תוצאותיה של בדיקת פוליוגרף עשויה דווקא להגן על זכויות אדם בהליכים פליליים, כאשר ממצאי הפוליוגרף מוגשים מטעמו של נאשם או נידון והם תומכים בטענותיו לחפות. מנגד, בהליכים אזרחיים ממצאי הפוליוגרף עשויים להביא לפגיעה קשה בצד המפסיד (גם אם לרוב פחותה מזו הטמונה בסנקציה החמורה של מאסר ממושך, שעלולה להיות תוצאת ההליך הפלילי). בהקשר זה יש לזכור שאחד הנימוקים המרכזיים בבסיס הלכת כהן, שהביאו למסקנות דוח ועדת כהן, היה החשש שראיות שמהימנותן אינה ודאית יוגשו לחובתו של הנאשם. מכאן שכאשר נאשם (או נידון) הוא שמעוניין להגיש בדיקת פוליוגרף התומכת בחפותו, ייתכן שאין מקום למנוע זאת בטענה שהדבר יביא לפגיעה בזכויות אדם. נציין בהקשר זה שניתן להצדיק כלל המתיר לנאשם להגיש ראיה שלתביעה אסור להגיש, כפי שחובות מיוחדות מוטלות על התביעה,<sup>157</sup> בהנחה שעדיפה טעות מסוג זיכוי שווא על פני טעות מסוג הרשעת שווא, וכן לאור יחסי הכוחות בין הצדדים להליך הפלילי.<sup>158</sup>

**לעניין חוסר האחידות בין הליכים מקדמיים להליך הפלילי העיקרי – ניתן לטעון** מחד גיסא, שיש מקום להבחין בין הליכים מקדמיים לבין ההליך הפלילי העיקרי, משום שבהליכים מקדמיים די בראיות לכאורה שאולי לא יהיו קבילות במשפט עצמו,<sup>159</sup> להוכחת טענות הצדדים. לפיכך גם אין הפוליוגרף מכרסם בסמכות בית המשפט כפי שקורה בהליך העיקרי, שכן ממילא אין מטרתם של הליכים מקדמיים לקבוע קביעות מהימנות סופיות. שנית, בהליכים מקדמיים אין מקבלים החלטות בדבר אשמה או חפות ועל כן הפגיעה הפוטנציאלית בזכויות אדם קטנה יותר מזו הטמונה בהליך העיקרי.

על כך ניתן להשיב בכמה מישורים. ראשית, וכפי שכבר נטען לעיל, הליכים פליליים מקדמיים גם הם בעלי פוטנציאל גדול לפגוע בזכויות אדם. כך, כאשר תובע

<sup>157</sup> כידוע, בהליך הפלילי ישנן חובות המוטלות על התביעה בלבד, בלי שתוטל חובה מקבילה על הנאשם. כך, למשל, לנאשמים בהליך הפלילי עומדת זכות העיון בראיות התביעה, אלא אם כן מדובר בחומר חסוי על פי דין. לעומת זאת, אין ההגנה חייבת לשתף את התביעה בחומר הראיות שאספה. יעקב קדמי **על סדר הדין בפלילים: הדין בראי הפסיקה, חלק שני** 975–968 (2009); Monrob H. Freedman, *The Professional Responsibility of the Prosecuting Attorney*, 55 GEO. L.J 1030, 1034 (1967).

<sup>158</sup> Abraham S. Goldstein, *The State and the Accused: Balance of Advantage in Criminal Procedure*, 69 YALE L.J 1149, 1150 (1960).

<sup>159</sup> לפחות ככל שמדובר בשלב המעצר לצורכי חקירה. ראו: בש"פ 6350/97 **רוזנשטיין נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 29.10.1997).

מסתמך על בדיקת פולגרף בהחלטתו להגיש כתב אישום, או כאשר בית המשפט מחליט, בין היתר על סמך תוצאות בדיקת פולגרף, להורות על מעצרו של נאשם או חשוד – בעיקר באותם מקרים שבהם בדיעבד מתברר כי מעצר ממושך הסתיים בזיכוי, או בלי שהוגש כתב אישום – הדבר משפיע בכיור על זכויותיו של מי שנפגע מההחלטה.

שנית, יש לזכור שבהליכים מקדמיים, לעומת ההליך העיקרי, אין בידי בית המשפט הכלים הדרושים לביור מידת מהימנותה של בדיקת פולגרף המוגשת לו. שהרי במשפט הפלילי עצמו תינתן לצדדים האפשרות לחקור את בודק הפולגרף שערך את חוות הדעת בעניינו של הנבדק, כמו גם להביא חוות דעת נגדית ולחקור את מי שערכה, ובית המשפט, אף הוא, יהיה רשאי להציג שאלות למומחים ואף למנות מומחה מטעמו במקרה הצורך.<sup>160</sup> האפשרויות הללו לרוב אינן נתונות בהליכים מקדמיים, ומכאן שבית משפט המחליט להסתמך על בדיקת פולגרף בהליכים אלה, עושה כן בלי שבחן לעומק את מהימנות הבדיקה. נראה שבכך אף מחריפה הפגיעה בסמכותו של בית המשפט, אשר לא נותר לו אלא להסתמך על חוות דעתו של מומחה הפולגרף אם ברצונו לייחס משקל לבדיקה. נמצא אפוא שדווקא בהליכי מעצר, שלפי ההלכה כיום ניתן לקבל בהם תוצאות של בדיקות פולגרף (לפחות ככל שמדובר במעצר ימים, כאמור), הדבר נעשה בלי שננקטו אמצעים להבטחת מהימנות הבדיקה, ואילו במשפט הפלילי עצמו, שבו ניתן בנקל לנקוט אמצעים כאלו, הפולגרף נותר בלתי קביל.

שלישית, ההליך הפלילי העיקרי אף נותן בידי בית המשפט כלים טובים יותר להעריך את הרלוונטיות שעשויה להיות לבדיקת הפולגרף בכל הנוגע לטענות הצדדים, ומכאן את מידת ההצדקה לאפשר את הגשתה בנסיבותיו הפרטניות של התיק. כך ניתן להציע כי משקל בדיקת הפולגרף בהליך העיקרי ייגזר מסוג הראיות שבתיק, וכי בתי המשפט יאפשרו את הגשתה רק באותם מקרים שבהם הדבר עשוי להועיל ממש לאחד הצדדים. תיקים שבהם ההכרעה נגזרת בעיקר משאלת מהימנות העדים, למשל, עשויים להצדיק את קבלתה של בדיקת פולגרף בשיטת השב"ק, שנועדה לסייע לבית המשפט בהערכת המהימנות, יותר מאשר בתיקים שבהם עיקר הראיות הן ראיות חפציות, או שההכרעה בהם תלויה בשאלות משפטיות ולא עובדתיות. בדומה לכך, ייתכנו תיקים שבהם לא יהיה כל טעם לקבל בדיקה שנערכה בשיטת הפח"מ (למשל, תיקים שבהם אין חשיבות מיוחדת לידיעה של פרטים מוכמנים על אודות העברה שנעברה), לעומת תיקים שבהם יהיה ראוי לייחס לבדיקה מסוג זה משקל של ממש. כך, למשל, בתיקים שבהם הראיה המרכזית נגד הנאשם היא הודאתו במשטרה, והנאשם טוען שהודאה זו איננה הודאת אמת, נראה שעשוי להיות טעם לאפשר לאותו נאשם להציג בפני בית המשפט בדיקת פח"מ שבה לא

<sup>160</sup> ס' 167 לחוק סדר הדין הפלילי, המאפשר הבאת ראיות מטעם בית המשפט.

נמצאו כל אינדיקציות לידיעה של פרטים מוכמנים מצדו. בדיקה כזו תוכל לחזק מאוד את טענת הנאשם כי הודאתו בלתי מהימנה, ולמצער תוכל להחליש את טענת התביעה כי בהודאה זו קיימים פרטים מוכמנים, שכידוע יכולים לשמש תוספת ראייתית מסוג דבר-מה נוסף להודאה ולאפשר הרשעה על בסיסה.<sup>161</sup>

בדומה לכך, במקרים שבהם ראיות התביעה בהליך הפלילי העיקרי מגיעות לכדי מסה קריטית, אם כי לא ברמה של "מעבר לספק סביר", ייתכן שתוכל בדיקת פוליגרף שנערכה בשיטת השב"ק לשמש ראיה המטה את הכף לטובת הרשעה. דוגמה לכך ניתן למצוא במקרה שבו נדרשת ראיית חיזוק לפי דיני הראיות, כגון חיזוק להודאה שניתנה במשטרה והוגשה לבית המשפט לפי סעיף 10א לפקודת הראיות. במקרה כזה תוכל ראיית הפוליגרף לשמש לחיזוק, גם בהיעדר ראיות חיזוק נוספות. דוגמה נוספת עשויה להיות שימוש בפוליגרף לצורך הפרכת טענת אליבי של נאשם, כאשר בידי התביעה ראיות נוספות לאשמה. במקרה כזה עשויה בדיקת פוליגרף, המפריכה את טענת האליבי, לשמש ראיה המסירה את הספק בדבר החפות באופן שהנאשם יורשע בין היתר על בסיס הבדיקה.<sup>162</sup> שיקולים אלה, הבוחנים את הצדקה לקבל בדיקת פוליגרף בכל מקרה לגופו, יהיו רלוונטיים רק בהליך העיקרי, שכן בהליכים מקדמיים לרוב טרם התבררו טענות הצדדים, ועל כן גם נפקותו של הפוליגרף איננה ברורה דיה. לפיכך נראה לנו כי אין הצדקה להבחנה גורפת בין הליכים מקדמיים להליך המרכזי, לעניין קבילותו של הפוליגרף.

**לעניין חוסר האחידות בין הליכים פליליים מקדמיים שונים – כאמור, הן בהליכי חקירה ומעצר והן בבקשות למשפט חוזר, החלטות מתקבלות על בסיס "ראיות לכאורה".** למרות זאת, בהליכים מקדמיים מן הסוג הראשון ניתן להסתמך על תוצאות של בדיקות פוליגרף, ואילו בהליכים מן הסוג השני אין בדיקת הפוליגרף קבילה. ניתן לטעון שמוצדק להבחין בין "ראיות לכאורה" הנדרשות בשלבים המקדמיים לבין "ראיות לכאורה" הנדרשות בבקשות למשפט חוזר, שכן הליכי חקירה ומעצר אינם משפיעים על ההליך העיקרי והראיות שמוגשות בהם לא בהכרח קבילות בהליך העיקרי, ואילו הליכי בקשה למשפט חוזר הם הליכים משפטיים מקדמיים למשפט החוזר, וממילא אם הראיות אינן קבילות כבר בשלב הבקשה למשפט חוזר, הרי אין טעם להורות על משפט שבו לא יהיה ניתן להגישן. מנגד, נראה כי אם פוליגרף מוכר

<sup>161</sup> ע"פ 6251/94 סימון בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 45 (1995).

<sup>162</sup> בהקשר זה מתעוררת השאלה, שקצרה היריעה מלדון בה במאמר זה, אם את הספק הסביר ניתן להשיג במושגים הסתברותיים, ואם כן, מהי ההסתברות המדויקת לטעות בתוצאות בדיקת הפוליגרף שבכל זאת תאפשר לקבוע כי טענה או ראיה הופרכו במידה מספקת כדי להסיר את הספק הסביר. למודלים שונים שבאמצעותם ניתן לכמת את הספק הסביר ואת המקרים שבהם יביאו ראיות שונות להסרתו, ראו: יניב ואקי **מעבר לספק סביר – גמישות ההוכחה בדין הפלילי**, 104-83 (2013). למודלים המתחרים במודלים ההסתברותיים להמשגת הספק הסביר, ראו: שם, בעמ' 105-133.



כ"ראיה לכאורה" לצורך מעצרו של אדם או לצורך ההחלטה להעמידו לדין, אין הצדקה מהותית שלא לאפשר את הגשתו בבקשה למשפט חוזר, כאשר הפוליוגרף משמש לזכותו של המבקש.<sup>163</sup> ראשית, הליכי חקירה – להבדיל ממעצר – משפיעים במישורין על ההליך העיקרי: על התביעה להחליט האם להגיש כתב אישום נגד חשוד על סמך הראיות שנאספו ולפי הכלל שאותן ראיות צריכות לבסס סיכוי סביר להרשעה במשפט.<sup>164</sup> חרף זאת, תובע רשאי להסתמך על בדיקת פוליוגרף בהחלטתו אם להעמיד חשוד לדין. בקשה למשפט חוזר היא למעשה הליך מקדמי ייחודי, אשר בדרך כלל אין מטרתו להכריע בשאלת חפות, אלא בשאלה אם לערוך משפט חדש. השופט הבוחן את בדיקת הפוליוגרף בשקלו אם להורות על משפט חוזר, פועל במובן זה בדומה לתובע הבוחן את בדיקת הפוליוגרף כגורם אחד מני רבים בהחלטה אם להעמיד חשוד לדין. רציונל זה, שבבסיס ההחלטה בפסק הדין בפרשת ברברה בארצות-הברית, יפה לדעתנו גם לבקשות למשפט חוזר בישראל.

אמנם ייתכן שיתעורר בהקשר זה חשש שהתרת הגשתן של תוצאות בדיקת פוליוגרף בהליכי בקשה למשפט חוזר תגדיל את מספר הבקשות המתקבלות ולפיכך תוביל לפגיעה בסטטוס הציבורי של ההרשעה ובאמון הציבור בהחלטותיה של מערכת המשפט.<sup>165</sup> ההסתברות לטעות חיובית בבדיקה אף עלולה לעודד נאשמים אשמים להיבדק בפוליוגרף באופן בלתי רצוי. אולם כפי שיצוין להלן, ניתן להפיג לפחות בחלקו חשש זה, אם ראיית הפוליוגרף תוכר כבסיס למשפט חוזר רק בהצטרפה לראיות ממשיות אחרות.

שנית, מאחר שמדובר בהליך מקדמי, פעמים רבות בבקשה למשפט חוזר בית המשפט מתקשה לקבוע את מהימנותן של הראיות שהוצגו לו בבקשה. לפיכך נקבע שדי להראות מהימנות ומשקל לכאורה.<sup>166</sup> בשלב זה הראיות אינן נבחנות לפי דיני הראיות וסדרי הדין הנהוגים במשפט הפלילי עצמו. התוצאה היא שממילא ראיות, שבמשפט הפלילי עצמו אינן קבילות, מוגשות בבקשות למשפט חוזר, בהנחה שאם יתקיים משפט חוזר, יהיה אפשר לקבוע ממצאים בדבר מהימנותן ומשקלן. כך, למשל, נפסק שחוות דעת של מומחים עשויות להקים עילה למשפט חוזר, אם יש פוטנציאל ממשי שתתקבלנה כמהימנות בשלב המשפט החוזר, אף שבשלב הבקשה למשפט חוזר אין אפשרות להעיד את המומחים ולהעמידם לחקירה נגדית.<sup>167</sup> כך גם

<sup>163</sup> לעניין ההצדקות לאפשר הגשת תוצאות בדיקת פוליוגרף בשיטת הפח"מ בבקשה למשפט חוזר ראו סנג'רו וקרמניצר "המשפט החוזר – מציאות או חלום?", לעיל ה"ש 3, בעמ' 128–129.

<sup>164</sup> ס' 62(א) לחוק סדר הדין הפלילי; בג"ץ 2534/97 ח"כ יחב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 12 (1997).

<sup>165</sup> לחשיבות הערך של אמון הציבור למערכת המשפט, ראו: Nesson, *The Evidence or the Event*, לעיל ה"ש 135.

<sup>166</sup> מ"ח 6/84 מאמא נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 498 (1984).

<sup>167</sup> מ"ח 8777/99 פלינק נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 746 (2000); מ"ח 9974/04 שורץ נ' מדינת

מזכרים או הקלטות שהוגשו שלא באמצעות מי שערך אותם, ובלי שעורכם נחקר חקירה נגדית, כבר הביאו לעריכת משפטים חוזרים במדינת ישראל.<sup>168</sup> אולם פעמים רבות, מאחר שקשה להעריך את מהימנותן ומשקלן של הראיות בשלב זה, בית המשפט מחליט שלא להורות על עריכת משפט חוזר על בסיסן.<sup>169</sup> נראה שהפוליגרף עשוי לסייע לבית המשפט בהקשר זה ולמנוע מצבים שבהם אדם חף מפשע ייוותר בלא סעד בשל קושי להציג, בשלב מקדמי זה של בקשה למשפט חוזר, ראיות שיוכיחו את חפותו.

שלישית, יש לזכור שאחד הנימוקים המרכזיים שבבסיס הלכת כהן, ואשר הביאו למסקנות דוח ועדת כהן, היה החשש שראיות שמהימנותן אינה ודאית, יוגשו לחובתו של הנאשם. נימוק זה אינו רלוונטי באשר לבקשות למשפט חוזר שבהן הנידון הוא שמגיש את הראיות לבית המשפט והוא שמבקש כי בית המשפט יקבל את תוצאות בדיקת הפוליגרף שנערכה לו.

רביעית, אם יאומץ הכלל שנקבע בפסק הדין בפרשת ברברה, שלפיו תוצאות הבדיקה ישמשו אך לחיזוק מהימנותן לכאורה של יתר הראיות והטענות שהציג המבקש, ולא ראייה עצמאית שיש בה כשלעצמה כדי לבסס עליה למשפט חוזר, יימנע ממילא מצב שבו הראייה המרכזית התומכת בגרסתו של המבקש איננה קבילה במשפט החוזר עצמו. מכל האמור עולה שמוצדק ליצור אחידות בין הכללים הנוגעים לקבילות הפוליגרף בהליכים מקדמיים לבין הכללים הנוגעים לבקשות למשפט חוזר. נראה לנו אפוא שראוי לבחון מחדש את המצב המשפטי הקיים בדבר קבילות הפוליגרף, וזאת מתוך גישה אחידה לסוגים השונים של ההליכים.

אשר למובן השני של חוסר אחידות בדיני הראיות שההלכה הקיימת מעוררת – כללים נבדלים לראיות שונות – נראה כי יש צורך לבחון מחדש את קבילות הפוליגרף לפי הכללים להערכת קבילותן של ראיות מדעיות, כפי שהתגבשו בישראל בהלכת אבו-חמאד, ובעקבות הלכת דאוברט שבארצות-הברית. החלת הכללים הללו גם על הפוליגרף תביא לבחינתו במנותק מסוג ההליך שבו הגשתו מתבקשת, בהתבסס על שיקולים מדעיים הרלוונטיים לכל סוגי ההליכים, ובאופן העולה בקנה אחד עם גישתו של המשפט ליתר הראיות המדעיות.

מסקנתנו היא אפוא כי אין היגיון בכך שקבילותה של בדיקת הפוליגרף תיגזר ממאפייניו של ההליך המשפטי שבו מבקשים להגישה. תחת זאת ראוי ששאלת

ישראל, תק-על 2005(3) 2865 (2005); מ"ח 5048/04 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2005(4) 1468 (2005); מ"ח 5048/04 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2005(4) 1468 (2005).

<sup>168</sup> מ"ח 4181/02 סולמי נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2002(3) 33 (2002); מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354 (2002); מ"ח 5568/09 סביחי נ' מדינת ישראל, תק-על 2011(3) 3297 (2011).

<sup>169</sup> מ"ח 8093/04 קסטל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.5.2012).

הקבילות תיבחן בכל מקרה לגופו לאור מאפייניה של הבדיקה עצמה, לרבות סוג הבדיקה, אופן עריכתה, האופן שבו נערכה חוות הדעת המקצועית המתעדת את תוצאותיה, מידת ניסיונו ומקצועיותו של המומחה שערך אותה וכיוצא בזה. כך, למשל, ניתן להציע שבדיקת פולגרף תהיה קבילה בהליכים משפטיים רק אם תוצאותיה תועדו בחוות דעת מומחה הערוכה במתכונת קפדנית ומפורטת. על פי מתכונת זו, תחולק חוות הדעת לשני חלקים נפרדים: חלק אחד יציג רק את התוצאות האובייקטיביות של הבדיקה, כלומר את הרישומים שמכשיר הפולגרף מפק, בדמות גרפים מרובים המודדים את תגובותיו הפיזיולוגיות של הנבדק בערוצים שונים בעת שהוא משיב על שאלות הנוגעות לאירועים נושא האישום. בחלק זה יוצגו הגרפים הגולמיים כדי לאפשר למומחה של הצד שכנגד, ככל שהדבר ידרש, לבחון אותם בעצמו; ואילו בחלק השני תוצג חוות דעתו המקצועית, אך הסובייקטיבית, של מומחה הפולגרף באשר לממצאים שבחלק הראשון. חוות דעת זו תציע את פרשנותו של המומחה לגרפים האובייקטיביים – האם תגובותיו הפיזיולוגיות של הנבדק, כפי שתועדו בגרפים, מצביעות על אמירת אמת או על אמירת שקר – והכול על סמך ניסיונו ומומחיותו. על עמדתו של המומחה יוכל, כמובן, הצד שכנגד לערער, באמצעות הבאת חוות דעת נגדית. אם תוגש חוות הדעת במתכונת זו, בית המשפט הבוחן את בדיקת הפולגרף שהוגשה לו, יוכל להעריך את מהימנותה בשתי רמות: האחת, מידת המהימנות והמקצועיות של האופן שבו נערכה הבדיקה עצמה; השנייה, מידת המהימנות והמקצועיות של הערכת המומחה את התוצאות שהתקבלו בבדיקה. לתנאי זה ניתן להוסיף תנאים נוספים שיבטיחו את מהימנות הבדיקה ואת האפשרות לבקר אותה, כגון מתן זכות לצד שכנגד לחקור בחקירה נגדית את המומחה שערך את הבדיקה ו/או להעמיד את הנבדק לבדיקה מטעמו. התנאים הללו יאפשרו לבית המשפט, כמו גם לצד שכנגד, להעריך נכונה את מסקנות חוות הדעת.<sup>170</sup>

שנית, ניתן להציע שהחלטה אם להתיר הגשה של בדיקת פולגרף תיגזר גם מיתר הראיות הקיימות בתיק וממידת הרלוונטיות שעשויה להיות לבדיקה בנסיבות העניין לבירור טענות הצדדים. בתיקים שבהם בית המשפט סבור שהבדיקה לא תסייע לו בבחינת טענות הצדדים, הוא יהיה רשאי שלא לקבל את תוצאות בדיקת הפולגרף או לייחס להן משקל אפסי.

לבסוף, ייתכן ששאלת קבילותה של בדיקת הפולגרף צריכה להיגזר משאלת זהותו של הנבדק. כך, למשל, ניתן להציע כי רק חשוד, נאשם או נידון יהיו רשאים

<sup>170</sup> טיעון ברוח זה הציגה הסנגוריה הציבורית בהקשר של הגשת בדיקות פולגרף בבקשות למשפט חוזר, בבקשה למשפט חוזר שהגישה במ"ח 6042/12 **בדארנה נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 12.2.2014). שם הציעה הסנגוריה הציבורית לאפשר למבקש משפט חוזר להגיש לבית המשפט בדיקת פולגרף לתמיכה בבקשתו, ובתנאי שחוות הדעת תהיה ערוכה במתכונת המוצעת. הבקשה למשפט חוזר, כמו גם העמדה כי יש לאפשר למבקש משפט חוזר לבסס את בקשתו על בדיקת פולגרף, נדחו על ידי השופטת מרים נאור.

להגיש בדיקת פוליגרף מטעמם. לחלופין ניתן להציע כי התביעה תוכל לדרוש את בדיקת הנאשם/הנידון רק כאשר זה הגיש בדיקה מטעמו והבדיקה הנוספת נועדה לאפשר לתביעה להביא חוות דעת נגדית. עוד ניתן לשקול לאפשר לתביעה להגיש בדיקות פוליגרף שנערכו לעדים מטעמה (כמובן בתנאי שהסכימו לכך מרצונם החופשי), אך רק לאחר שהוגשה בדיקה מטעם הצד שכנגד.

ניתן אפוא להציע כי נבדק יהיה רשאי להגיש תוצאות בדיקת פוליגרף שנערכה לו ואת חוות הדעת הנלווית להן בהתקיים שלושה תנאים: ראשית, תוצאותיה של בדיקת הפוליגרף עשויות לסייע לבית המשפט לעשות צדק לאור יתר הראיות הקיימות בתיק; שנית, הנבדק יצהיר על נכונותו לעמוד לבדיקה נוספת שתיערך מטעם הצד שכנגד; שלישית, חוות הדעת של בודק הפוליגרף תיערך במתכונת רחבה ומפורטת, המפרידה בין ממצאה האובייקטיביים של הבדיקה לבין הפרשנות הסובייקטיבית הניתנת להם על ידי המומחה. עוד ניתן לשקול כלל שמאפשר הגשת בדיקות פוליגרף רק ביוזמת הנאשם (בהליך העיקרי) או הנידון (בבקשה למשפט חוזר).

התנאים המוצעים הללו אינם יכולים, מטבע הדברים, לתת מענה מוחלט לקשיים שהוצגו בחלקים הקודמים ומנעו, עד היום, את הפיכת בדיקת הפוליגרף לראיה קבילה במשפט הפלילי. עם זאת, נראה כי יש ביכולתם להתמודד עם רבים מהקשיים שהוצגו ולאפשר את קבילות הפוליגרף תוך הגברת מהימנותו ומזעור הפגיעה בזכויות אדם והחשש מפגיעה בסמכותו של בית המשפט.

## 1. סיכום

במאמר זה עיינו מחדש בהצדקות להלכה הקובעת כי תוצאות בדיקת הפוליגרף אינן ראיה קבילה במשפט הפלילי. הראינו כי מידת מהימנותה של בדיקת הפוליגרף אמנם שנויה במחלוקת – בעיקר של זו הנערכת בשיטת השב"ק – אולם מחלוקת זו לא בהכרח צריכה להביא לכלל מסקנה שאין לקבל את תוצאות הבדיקה. היא עשויה, לכל היותר, להצדיק פסילת בדיקות פוליגרף שנערכו בשיטה אחת ולא אחרת, או חוות דעת המתעדות את תוצאות הבדיקה באופן שאיננו נותן בידי בית המשפט כלים מספיקים להערכת מהימנותה. ודאי שאין בה כדי להצדיק תוצאה שלפיה ניתן בכל זאת להגיש את ממצאי הפוליגרף בהליכים משפטיים מסוימים, ואילו בהליכים אחרים חל כלל אי-קבילות גורף, אף שמהימנות הבדיקה איננה משתנה מהליך להליך. עוד הראינו כי ההלכה הקיימת חורגת למעשה מדיני הראיות במשפט הפלילי הישראלי – הן במובן זה שהיא אינה מתיישבת עם מגמת המעבר מקבילות למשקל והן בכך שהיא סוטה מהמבחנים שנקבעו בפסיקה לקבילות ראיות מדעיות. כך נוצרת בפסיקה גישה בלתי עקבית לראיות שונות שמידת מהימנותן מוטלת בספק – אשר חלקן קבילות אף שלא הוכח כי הן מהימנות יותר מהפוליגרף – ובעיקר לראיות

מדעיות שונות, שחלקן קבילות במשפט הפלילי אף שלא הוכח כי הן ראויות לכך על פי מבחני הלכת **אבו-חמאד**.

בכל אלו אין כדי להביא למסקנה נחרצת שיש להפוך את הפוליגרף לקביל במשפט הפלילי. אפשרות זו יש לבחון בזהירות. ייתכן כמוכן שדיון זה, שבו ייבחן הפוליגרף ככל ראיה מדעית שעשויה להיות מחלוקת בדבר מידת מהימנותה (ולא כ"מכונת אמת" המתיימרת לקבוע ללא עוררין מי אומר אמת ומי משקר), יביא למסקנה שהפוליגרף איננו יכול לעבור את רף הקבילות; ייתכן גם שייקבע כי בדיקות פוליגרף מסוג מסוים בלבד, למשל רק בדיקות שנערכו בשיטת הפח"מ, ייהפכו לקבילות. מאמר זה איננו מבקש להביע עמדה חד-משמעית בשאלה מהי התוצאה הנכונה מבחינה משפטית, אלא אך להצביע על הקשיים במצב המשפטי הקיים. ברשימה זו ניסינו אפוא להציע כללים אפשריים אחדים לבחינת קבילות הפוליגרף בהליכים פליליים, ולהראות כי במהלך עיון מחדש בהלכה הקיימת, יש להביא בחשבון את התמורות שחלו בעשורים האחרונים בדיני הראיות בישראל ובעולם. המאמר מבקש לעשות צעד ראשון בחידוש הדיון בנושא מעמדו של הפוליגרף במשפט הפלילי בישראל.