

”כאילו יכול אדם
להיות חצי חף מפשע
או חצי פושע, כלומר
ראוי למחצה לעונש
וראוי למחצה לזיכוי”
(צ’זרה בקריה)¹

זיכוי מחמת הספק – האם הגיעה העת לביטול?

מאת

יורם רבין, יניב ואקי, גיורא רהב²

כמעט בכל שיטות המשפט המקובלות מסתיים שלב הכרעת הדין במשפט הפלילי באחת משתי תוצאות משפטיות המקיימות ביניהן יחס פשוט של ניגודיות – “אשם” או “לא אשם”. בשונה מזה, בשיטת המשפט הישראלית, לצד שתי התוצאות של “הרשעה” (המקבילה ל”אשם”) ו”זיכוי” (המקבילה ל”לא אשם”) התפתחה קטגוריה נוספת – “זיכוי מחמת הספק” – שהיא בעלת מאפיינים ייחודיים מבחינה מהותית וטכנית.

המאמר כולל מחקר כמותני ראשוני מסוגו על היקף השימוש בזיכוי מחמת הספק במשפט הישראלי ועל שכיחות השימוש בו במצבים השונים (כגון לפי חומרת העבירה, לפי סוג העבירה וכיו”ב), כמו גם דיון נורמטיבי בשאלת הצדקתו של הזיכוי מחמת הספק. המאמר עומד על האופן שבו התפתח הזיכוי מחמת הספק במשפט הישראלי ומראה שהזיכוי מחמת הספק נולד ועוצב בפסיקה הישראלית בדרך מקרה, ללא הנמקה ובלי שנערך בו דיון מספק. עוד מראה המאמר כי שיטת המשפט הישראלית ייחודית בעניין זה, ולמעשה שנייה רק לשיטת המשפט הנוהגת בסקוטלנד, שבה קיים סוג נוסף של זיכוי, המכונה Not Proven (לצד שתי ההכרעות המקובלות: “אשם” ו”לא אשם”).

המאמר כולל דיון נורמטיבי בטעמים המחייבים את קיומו של הזיכוי מחמת הספק ובטעמים השוללים אותו. בין השאר נערך דיון בטענה שלפיה הזיכוי מחמת הספק מספק הגנה מפני הרשעות שווא; בטענה כי הזיכוי מחמת הספק מוסר מסר חשוב לקורבנות

1 צ’זרה בקריה על פשעים ועל עונשים 81 (שחר אלדר – עורך, עתליה זילבר – מתרגמת, תשע”ח). ספרו של בקריה ראה לראשונה אור באיטליה ב-1764.

2 פרופ’ יורם רבין, נשיא המסלול האקדמי, המכללה למינהל; פרופ’ יניב ואקי, ראש המכון הישראלי למשפט פלילי יישומי במסלול האקדמי, המכללה למינהל; פרופ’ גיורא רהב, פרופ’ אמריטוס, הפקולטה למדעי החברה, אוניברסיטת תל אביב. המחברים מודים בזאת לפרופ’ שחר אלדר ולפרופ’ עמית פונדיק על הערותיהם המועילות, וכן לחן בן דויד על איסוף הנתונים שהיוו את הבסיס למחקר האמפירי. מאמר זה זכה בפרס האגודה הישראלית למשפט פלילי למאמר המצטיין לשנת תשפ”ג.

העבירה; בטענה כי זיכוי מחמת הספק פוגע בזכויות הנאשם, כגון הזכות לשם טוב, הזכות לחפות, הזכות להליך הוגן, זכות השתיקה וזכויות קנייניות שונות. לטעמנו, מסקנות הדיון מחייבות את ביטולו של הזיכוי מחמת הספק.

מבוא. א. המחקר הכמותני וממצאיו. 1. מבוא; 2. שיטת המחקר; 3. מספר הזיכויים; 4. שיעור הזיכויים מחמת הספק מתוך כלל הזיכויים; 5. שיעור הזיכויים מחמת הספק לפי מין הנאשם; 6. שיעור הזיכויים מחמת הספק לפי לאום הנאשם; 7. שיעור הזיכויים מחמת הספק בעבירות מין ובעבירות אלימות. **ב. הגדרתו של "הזיכוי מחמת הספק" והתפתחותו.** 1. זיכוי מחמת הספק – טעם הזיכוי או סוג של זיכוי? 2. התקופה המנדטורית; 3. התקופה הישראלית. **ג. שיטות משפט נוספות שבהן קיים (או היה קיים) סוג נוסף של זיכוי.** 1. סקוטלנד; 2. ארצות הברית; 3. איטליה; 4. סיכום המשפט המשווה. **ד. הטעמים המחייבים והשוללים קיומו של זיכוי מחמת הספק.** 1. ההגנה מפני הרשעות שווא; 2. מסר לקורבנות העבירה; 3. פגיעה בזכויות הנאשם; 4. ערעור או משפט חוזר על זיכוי מחמת הספק. **ה. סיכום.**

מבוא

ברובן המכריע של המדינות המשתייכות היסטורית למשפחת המשפט המקובל מסתיים שלב הכרעת הדין במשפט הפלילי באחת משתי תוצאות משפטיות המקיימות ביניהן יחס פשוט של ניגודיות – "אשם" או "לא אשם".

בשונה מזה, בשיטת המשפט הישראלית, לצד שתי התוצאות של "הרשעה" (המקבילה ל"אשם") ו"זיכוי" (המקבילה ל"לא אשם") התפתחה קטגוריה נוספת של "זיכוי מחמת הספק" – שהיא בעלת מאפיינים ייחודיים מבחינה מהותית וטכנית.³ הזיכוי מחמת הספק החל להתפתח בפסיקה הישראלית סמוך לכינונה של ישראל בשנת 1948, בסטייה מהמסורת של המשפט המקובל. לטענתנו, בפסיקה שניתנה בעשור הראשון של המדינה בבתי המשפט המחוזיים ובבית המשפט העליון לא הייתה כל כוונה מצד השופטים ליצור קטגוריה חדשה ונוספת של זיכוי. כל שנעשה הוא סיכומו של טעם הזיכוי בשורת הסיכום, היינו ציון לפני הקורא, בקציר האומר, כי אין

3 למחקרים קודמים על זיכוי מחמת הספק ראו: יניב ואקי ומאיה רוזנשיין, "בין זיכוי מחמת הספק לזיכוי מחמת הספק הסביר", **ספר דיויד וינר על משפט פלילי ואתיקה** (דורון ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי – עורכים, תשס"ט) 489; דורון מנשה ואיל גרונר, "הקטגוריזציה של הזיכוי: זיכוי מחמת הספק וזיכוי מוחלט – עיון מחודש", **מחקרי משפט** כז (תשע"א) 7 (להלן: מנשה וגרונר, "הקטגוריזציה של הזיכוי"); דורון מנשה ואיל גרונר, **מהות הספק הסביר במשפט הפלילי** (תשע"ז) בעמ' 286–205 (להלן: מנשה וגרונר, "מהות הספק הסביר"); יניב ואקי, **דיני ראיות** (כרך א, תש"ף) בעמ' 106–102; יניב ואקי, **דיני ראיות** (כרך ד, תשפ"א) בעמ' 2159–2192; גד זילברשלג, "זכאי מחמת הספק – חף מפשע או אשם?", **הסניגור** 84 (2004) 5; Yaniv Vaki and Yoram Rabin, "Two Kinds of Acquittals – Different Kinds of Doubts", 32 *Criminal Law Forum* (2021) 97.

מדובר במקרה שבו השתכנע בית המשפט בחפותו של הנאשם, אלא במקרה שבו התעוררו ספקות בנוגע לחשדות נגד הנאשם, ורק מפני הספק שהתעורר נמנעה ההרשעה.

עם זאת, הנוהג שהשתרש בפסיקה לציין בשורת הסיכום את הספק כטעם לזיכוי, התעצב ברבות השנים לקטגוריה נפרדת של זיכוי. מבחינה סמנטית, נוצרה תבנית לשונית נפרדת על דרך הוספת התיבה "מחמת הספק" לצד הדיבור "זיכוי" ונוצרו שני סוגים של זיכוי שנסיונותיהם וכוותרותיהם שונות. בשורה ארוכה של פסקי דין אופייני הזיכוי מחמת הספק כקטגוריה של "זיכוי טכני" או "ספק זיכוי", שבו נותר ספק בחפותו של הנאשם, במובחן מהזיכוי המלא אשר בו הוכח, באופן פוזיטיבי, כי הנאשם לא ביצע את העבירה שיוחסה לו. בהמשך לכך, נוצרו בין שני סוגי הזיכוי נפקויות שונות. בעוד "זיכוי" רגיל נחשב לזיכוי מוחלט, הזיכוי מחמת הספק היווה בסיס להטלת סטיגמה לנאשם ובסיס לפגיעה בזכויותיו. במאמר זה אנו קוראים לבחינה מחודשת של מוסד ה"זיכוי מחמת הספק" כקטגוריה נוספת ועצמאית של זיכוי, וזאת בשל פגיעתו הלא מוצדקת בזכויות נאשמים.

מבנה המאמר הוא כדלקמן: בפרק הראשון נציג את המחקר הכמותני שערכנו לגבי הזיכוי מחמת הספק. ראשית נציג את שיטת המחקר ולאחר מכן את תוצאותיו לגבי מספר הזיכויים; לגבי שיעור הזיכויים מחמת הספק ושיעורם בכלל הזיכויים; לגבי שיעור הזיכויים מחמת הספק לפי מין הנאשם ולאום הנאשם; ולגבי שיעור הזיכויים מחמת הספק לגבי עבירות מין ועבירות אלימות בהשוואה לשיעור הזיכויים מחמת הספק ביתר העבירות. הבדיקה לגבי עבירות מין ואלימות התבצעה בשל השערת מחקר, שלפיה בישראל שופטים עושים מעת לעת שימוש ב"זיכוי מחמת הספק" כדי למסור למתלוננות או למתלוננים בעבירות מין ובעבירות אלימות מסר שלפיו זיכוי הנאשם אינו מטיל דופי באמינותם ובעדויותיהם במשטרה ובמשפט, וכי הנאשם זוכה מחמת הספק בלבד, שכן "רובץ [עליון] חשד כבד". אל תוצאות המחקר נתייחס גם בדיון הנורמטיבי שאותו נערוך בפרק הרביעי.

בפרק השני נגדיר את ה"זיכוי מחמת הספק" ונתאר את התפתחותו מימי המשפט המנדטורי עבור בעשור הראשון למדינה ועד ימנו אנו. מסקנתנו היא, כאמור לעיל, כי הקטגוריה של "זיכוי מחמת הספק" לא נולדה במהלך שיפוטי חד-פעמי, מודע ומתוכנן אלא התפתחה בהדרגה (בדרך אבולוציונית): בתחילה נעשה בפסקי הדין שימוש בביטויים של ספק כדי לתאר את טעם הזיכוי, ורק לאחר מכן, ובהדרגה, התעצבה קטגוריה נפרדת של "זיכוי מחמת הספק", אשר מטילה סטיגמה שלילית על הנאשם ומהווה בסיס לפגיעה בזכויותיו.

בפרק השלישי נראה כי שיטת המשפט הישראלית אינה שיטת המשפט היחידה שבה התעצב סוג נוסף של זיכוי. נסקור את הדין בשלוש מדינות: **סקוטלנד**, שבמשפט הפלילי שלה קיים סוג נוסף של זיכוי המכונה not proven, אשר נמצא במרכזה של מחלוקת ארוכת שנים בין תומכים למתנגדים; **ארצות הברית**, שבה נהוגה שיטה הכוללת שתי הכרעות בלבד – "guilty" ו-"not guilty", אך קיימת פסיקה שחרגה מהתפיסה הנוהגת ושבה נעשה שימוש בסוג הזיכוי not proven, וכן הועלו בה הצעות לאמץ סוגים נוספים של זיכוי, לרבות את ה-"not proven" הסקוטי; **אחרונה**, **איטליה**, שבה היה קיים בעבר סוג נוסף של זיכוי – זיכוי בשל חוסר בראיות – אשר בוטל בשנת

1988. בממצאים שעלו מהמחקרים שנערכו על השיטה בסקוטלנד נעשה שימוש בפרקים שלאחר מכן כדי להעריך את ה"זיכוי מחמת הספק" הישראלי.

בפרק הרביעי נקיים דיון עיוני בטעמים המחייבים והשוללים את קיומו של הזיכוי מחמת הספק. את הדיון נפריד לטעמים השונים שעלו בספרות ובפסיקה בעד ונגד קיומו של הספק הסביר. נייחד דיון לטענות האלה: הטענה שלפיה הזיכוי מחמת הספק מספק הגנה מפני הרשעות שווא; הטענה כי הזיכוי מחמת הספק מוסר מסר חשוב לקורבנות העבירה; הטענה כי זיכוי מחמת הספק פוגע בזכויות הנאשם, כגון הזכות לשם טוב, הזכות לחפות, הזכות להליך הוגן, זכות השתיקה וזכויות קנייניות שונות.

בפרק הסיכום נסכם את ממצאי המחקר, ובעיקר את המסקנות העולות מהדיון בטעמים המחייבים והשוללים קיומו של זיכוי מחמת הספק. נראה כי הדיון העיוני מטה את הכף לחובתו של הזיכוי מחמת הספק ומצדיק את ביטולו.

א. המחקר הכמותני וממצאיו

1. מבוא

הזיכוי מחמת הספק היא תופעה ישראלית חריגה ומיוחדת.⁴ ניתן למצוא מאמרים ספורים שעסקו בה מבחינה עיונית,⁵ אך מעולם לא נערך בקשר אליה מחקר כמותני. המחקר שנציג להלן הוא המחקר הכמותני הראשון שנערך בישראל, ואשר בו נעשה ניסיון לבדוק את שיעור הזיכויים מחמת הספק מתוך כלל הזיכויים, את המשתנים המשפיעים על השופטים בבחירת סוג הזיכוי – זיכוי מלא או זיכוי מחמת הספק – ואת מידת השפעתם. מהנתונים שיוצגו עולים ממצאים שונים, שעל משמעותם נקיים דיון. עם זאת אחד הממצאים אינו שנוי במחלוקת: בניגוד לאינטואיציה שלפיה זיכוי מחמת הספק הוא חריג, מדובר בתופעה רחבת היקף.

2. שיטת המחקר

להלן תיאור של שיטת המחקר: **בשלב הראשון** נערך חיפוש של כל הכרעות הדין ופסקי דין (להלן – **"תיקים"**) שנמצאו במאגר "נבו" בעשר השנים האחרונות שבין 2001 ל-2019 בקטגוריית החיפוש של "בתי משפט השלום" לפי סוג הליך של **ת"פ**, ובקטגוריית החיפוש של "בתי המשפט המחוזיים" לפי סוג הליך של **ת"פ**, לפי סוג הליך של **תפ"ח** ולפי סוג הליך של **ע"פ** (להלן – **"התיקים"**

4 כאמור, סוג נוסף של זיכוי קיים גם בסקוטלנד. במצב המשפטי בסקוטלנד בהקשר זה נעסוק בהרחבה בהמשך.

5 לעיל, הערה 3.

שאותרו⁶. ההחלטה לבחור בשנים אי-זוגיות הפרוסות על פני עשרים שנים נבעה מהצורך לצמצם את כמות פסקי הדין הגדולה מחד, ולשמור על טווח גדול של שנים מאידך.

בשלב השני נקראו כל התיקים שאותרו, והוצאו מתוך הרשימה כל התיקים שהיו בהם רק הרשעות, והושארו כל התיקים שבהם היה לפחות זיכוי אחד מסוג כלשהו – זיכוי מלא או זיכוי מחמת הספק – מתוך כלל סעיפי האישום שנדונו בתיק.⁷ כל התיקים שבהם אותר זיכוי אחד או יותר, מסוג כלשהו, היוו את **המדגם**. ודוק, הבדיקה נערכה לפי חתך של תיקים (ולא לפי חתך של סעיפי אישום ונאשמים), היינו תיעוד של זיכוי אחד בתיק אחד. לפיכך המדגם כולל תיקים שבהם הנאשם זוכה כליל או שזוכה בסעיף אישום אחד אך הורשע ביתר סעיפי האישום. נוסף על אלה, המדגם כולל תיקים של כמה נאשמים, שבהם נאשם אחד זוכה כליל או בסעיף אישום אחד בלבד כאשר יתר הנאשמים הורשעו בכל סעיפי האישום, וכך הלאה. נוסף על אלה, אם בתיק אחד היה יותר מזיכוי אחד (של נאשם אחד או יותר), התייחסנו לתיק ככולל זיכוי אחד מהעבירה החמורה מתוך כלל הזיכויים באותו התיק. הבחירה לבנות את המדגם לפי חתך של תיקים ולא לפי חתך של סעיפי אישום ונאשמים טומנת בחובה חיסרון בולט: ויתור על זיכויים בתיקים שבהם היה יותר מזיכוי אחד של אותו נאשם או של נאשמים נוספים. אולם בחירה זו נבעה מהצורך לפשט את עבודת האיסוף, שכן בניית המדגם לפי חתך של סעיפי אישום ונאשמים הייתה מגדילה את עבודת האיסוף פי כמה מונים. כמו כן אנו מעריכים שהשיטה שננקטה לא עיוותה במידה רבה מדי את תוצאות המחקר בשל העובדה שברוב תיקי המדגם אותר זיכוי אחד בלבד.

בשלב השלישי נקראו כל פסקי הדין שבבסיס המדגם וסומנו הנתונים האלה:

(א) **סוג הזיכוי** – האם הזיכוי הוא "זיכוי מלא" (היינו זיכוי בלתי מסויג) או "זיכוי מחמת הספק" (או ביטוי דומה כגון "זיכוי מן הספק" או "זיכוי מפני הספק").

6 כאשר מדובר בערכאות הדיוניות, הכרעת דין מתפרסמת כהחלטה נפרדת. הערעור במשפט פלילי מוגש הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין ומתפרסם כפסק דין; ת"פ הן ראשי תיבות של "תיק פלילי", היינו תיקים שבהם יושב בית משפט שלום או בית משפט מחוזי כערכאה דיונית פלילית; תפ"ח הן ראשי תיבות של "תיק פלילי חמור", היינו תיקים שבהם יושב בית משפט מחוזי כערכאה דיונית פלילית בתיקי פשע חמור; ע"פ הן ראשי תיבות של "ערעור פלילי", היינו תיקים שבהם יושב בית משפט מחוזי כערכאה ערעור על תיקים פלילים שנדונו בבתי משפט שלום. יש לציין כי במסגרת ההליכים ת"פ וע"פ נדונות העבירות הבסיסיות והעיקריות שבחוק העונשין. עם זאת בסיס הנתונים לא כלל סוגים אחרים של הליכים פליליים כגון ת.ד. בבתי משפט שלום – היינו עבירות תעבורה שאירעו במהלך תאונות דרכים, ואשר נדונות בבית משפט שלום ביושבו כבית דין לתעבורה, או עבירות שנדונות בבית משפט שלום ביושבו כבית משפט לעניינים מקומיים. עוד יש להעיר כי המחקר מבוסס על פסקי הדין שהתפרסמו במאגר החקיקה "נבו", שהוא מאגר המידע הגדול והמקיף ביותר של פסיקה ישראלית. חרף היקפו הגדול של המאגר אנו מניחים שקיימת הטיה מסוימת בנתונים בשל העובדה שהליכים חסויים מסוימים לא התפרסמו במאגר.

7 תוצאת ההליך הפלילי כתובה בפסקה האחרונה המסכמת של הכרעת הדין או פסק הדין. לצורך המחקר נפתחו כל הכרעות הדין או פסקי הדין הנושאים סימול פלילי (ת"פ, ע"פ וכדומה), ונקראה הפסקה האחרונה המסכמת, שבה נכתב אם הנאשם או המערער הורשעו, זוכו או זוכו מחמת הספק, או אם הורשעו בחלק מסעיפי האישום וזוכו או זוכו מחמת הספק בחלק האחר של סעיפי האישום.

- (ב) **סוג הערכאה** – האם התיק נדון בבית משפט השלום, בבית משפט מחוזי כערכאה דיונית או בבית משפט מחוזי כערכאת ערעור על תיק של בית משפט השלום.
- (ג) **העבירה וחומרתה** – ציון שם העבירה, סעיף החוק והעונש המרבי שבצד העבירה.
- (ד) **מין הנאשם** – האם הנאשם שזוכה היה גבר או אישה.
- (ה) **לאום הנאשם** – האם הנאשם שזוכה היה יהודי או ערבי (הלאום של הנאשם נקבע לפי השם הפרטי ושם המשפחה).
- (ו) **מספר העבירות** – האם בתיק קיימת עבירה אחת או כמה עבירות.
- (ז) **מספר השופטים במושב ואופן קבלת ההחלטה** – האם מדובר בתיק שבו ישב דן יחיד או תיק שבו ישב בדיון הרכב של שלושה שופטים, ואם דובר בתיק שבו ישבו לדיון שלושה שופטים, האם ההחלטה על הזיכוי ניתנה פה אחד או בדעת רוב.
- להלן הממצאים של המחקר.

3. מספר הזיכויים

הלוח שלהלן מציג את מספר התיקים שהיה בהם זיכוי כלשהו (להלן – **"תיקי זיכוי"**) בכל אחת מהשנים שנבדקו. הנתונים שבלוח מראים שבכל שנה מספר תיקי הזיכוי בבתי משפט השלום היה גדול בהרבה ממספר תיקי הזיכוי בבתי המשפט המחוזיים (נראה כי ממצא זה נובע מכך שמספר התיקים הכללי שנדון בבתי משפט השלום היה גדול בהרבה ממספר התיקים שהתבררו בבתי המשפט המחוזיים). נוסף על זה, בבתי המשפט המחוזיים מספר תיקי הזיכוי בהליכים של ערעור על בתי משפט השלום היה קטן בהרבה ממספר תיקי הזיכוי בתיקים שבהם בית המשפט המחוזי ישב כערכאה הדיונית. דבר נוסף שניכר בלוח הוא שככלל, במהלך התקופה שנסקרה חל קיטון ניכר במספרן של החלטות הזיכוי בכל אחת מהערכאות.

לוח 1

מספר תיקי הזיכוי בערכאות שנבדקו לפי שנה				
שנה	סך הכול	שלום	מחוזי (כערכאה דיונית)	מחוזי (כערכאת ערעור)
2001	358	264	58	36
2003	636	538	72	26
2005	684	580	57	47
2007	502	381	82	39
2009	447	371	57	19
2011	229	151	55	23
2013	251	186	41	24
2015	273	211	49	13

מספר תיקי הזיכוי בערכאות שנבדקו לפי שנה				
שנה	סך הכול	שלום	מחוזי (כערכאה דיונית)	מחוזי (כערכאת ערעור)
2017	215	177	32	6
2019	168	140	21	7
סה"כ	3763	2999	524	240

4. שיעור הזיכויים מחמת הספק מתוך כלל הזיכויים

כאמור, נדמה (ברמה האינטואיטיבית) כי זיכוי מחמת הספק הוא החריג ולא הכלל. ראוי להעמיד אינטואיציה זו במבחן. לוח 2 המוצג להלן מציג את שיעור התיקים שהיה בהם זיכוי מחמת הספק (להלן – תיקי זמ"ס) מתוך כלל תיקי הזיכוי בשנים השונות בבתי משפט השלום ובבתי המשפט המחוזיים. המספרים שבסוגריים מציינים את מספר תיקי הזמ"ס מתוך כלל תיקי הזיכוי.

לוח 2

תיקי זמ"ס כשיעור מכלל תיקי הזיכוי לפי שנה

שנה	שלום	מחוזי (כערכאה דיונית וכערכאת ערעור)
2001	49.6% (131/264)	54.2% (51/94)
2003	51.3% (276/538)	45.9% (45/98)
2005	52.6% (305/580)	45.1% (47/104)
2007	51.4% (196/381)	49.5% (60/121)
2009	51.8% (192/371)	50% (38/76)
2011	49.7% (75/151)	39.7% (31/78)
2013	48.9% (91/186)	50.7% (33/65)
2015	41.7% (88/211)	48.3% (30/62)

תיקי זמ"ס כשיעור מכלל תיקי הזיכוי לפי שנה

שנה	שלום	מחוזי (כערכאה ודיונית וכערכאת ערעור)
2017	42.9% (76/177)	55.2% (21/38)
2019	40.0% (56/140)	42.8% (12/28)
סה"כ	49.5% (1486/2999)	48.1% (368/764)

כפי שניתן לראות מהלוח, בבתי משפט השלום שיעור הזמ"ס מתוך כלל הזיכויים היה 49.5% (כמחצית). עם זאת מסתמנת נטייה מסוימת של ירידה בשיעור תיקי הזמ"ס מתוך כלל תיקי הזיכוי. בבתי המשפט המחוזיים שיעור תיקי הזמ"ס מתוך כלל תיקי הזיכוי היה דומה – 48.1%.

5. שיעור הזיכויים מחמת הספק לפי מין הנאשם

אשר לתופעות חברתיות מוכרות רבות יש הבדלים בין גברים לנשים. אף שלא הייתה קיימת השערת מחקר בנוגע להבדלים כאלו, נערכה בכל זאת בדיקה אם יש הבדלים בין גברים לנשים בקשר לזיכויים מחמת הספק. הלוח שלהלן מציג את ההבדלים בין נשים לגברים בשיעור מקבלי הזמ"ס מתוך כלל הזיכויים בכל עשר השנים שנדגמו בשלוש הערכאות שנבדקו. המספרים שבסוגריים מציינים את מספר תיקי הזמ"ס מתוך כלל תיקי הזיכוי.

לוח 3 : שיעור מקבלי זמ"ס לפי המין⁸

מין	סך הכול	שלום	מחוזי דיוני	מחוזי ערעורים
גבר	50.2% (1721/3428)	50.6% (1373/2714)	51.3% (260/507)	42.5% (88/207)
אישה	46.5% (100/215)	46.2% (84/182)	57.1% (8/14)	42.1% (8/19)

הטור הראשון מראה כי בסך הכול ההבדלים בין גברים לנשים בשיעור מקבלי הזמ"ס היו קטנים מאוד, וגם מבחינה סטטיסטית אינם מובהקים. שלושת הטורים הבאים מראים שהממצא הכללי הזה חוזר על עצמו בכל אחת מהערכאות שנבדקו.

6. שיעור הזיכויים מחמת הספק לפי לאום הנאשם

אשר לתופעות חברתיות מוכרות רבות יש הבדלים גם בין יהודים לערבים. אף שלא הייתה קיימת השערת מחקר בדבר הבדלים כאלו, נערכה בכל זאת בדיקה אם יש הבדלים בין יהודים לערבים בקשר לזיכויים מחמת הספק. בדיקה כזו חשובה במיוחד בשל החשש להפליה על רקע לאום. לוח 4 מציג את ההבדלים בין יהודים לערבים בשיעור מקבלי זמ"ס מתוך כלל הזיכויים בערכאות השונות. המספרים שבסוגריים מציינים את מספר תיקי הזמ"ס מתוך כלל תיקי הזיכוי.

לוח 4 : שיעור מקבלי זמ"ס לפי הלאום⁹

לאום	סך הכול	שלום	מחוזי דיוני	מחוזי ערעורים
יהודי	49.7% (1369/2755)	50.5% (1137/2251)	48.7% (154/316)	41.5% (78/188)
ערבי	51.0% (380/745)	49.4% (259/524)	55.9% (104/186)	48.6% (17/35)

8 סך התיקים בלוח 3, שהוא 3,643 (3,428 גברים + 215 נשים), קטן ממספר התיקים במדגם (3,763), היות שמסיבות שונות, במקרים מסוימים אי אפשר היה לדעת את מין הנאשם.

9 סך התיקים בלוח 4, שהוא 3,500 (2,755 יהודים + 745 ערבים), קטן ממספר התיקים במדגם (3,763), היות שמסיבות שונות, במקרים מסוימים אי אפשר היה לדעת את לאום הנאשם.

בלוח זה אפשר לראות כי בסך הכול ההבדלים בין יהודים לערבים בשיעור מקבלי הזמ"ס קטנים מאוד ואינם מובהקים מבחינה סטטיסטית. שלושת הטורים השמאליים מראים שהממצא הכללי הזה חוזר על עצמו בכל אחת מהערכאות שנבדקו.

7. שיעור הזיכויים מחמת הספק בעבירות מין ובעבירות אלימות

אחת מהשערות המחקר היא שבישראל שופטים משתמשים מעת לעת ב"זיכוי מחמת הספק" כדי למסור למתלוננות או למתלוננים בעבירות מין ובעבירות אלימות מסר שלפיו זיכוי הנאשם אינו מטיל דופי באמינותו ובעדויותיהן במשטרה ובמשפט, וכי הנאשם זוכה מחמת הספק בלבד, שכן רובץ עליו חשד כבד. בדיקה של השערת המחקר הזו יכולה להיעשות באמצעות השוואת שיעור הזמ"ס בעבירות מין ואלימות לשיעור הזמ"ס ביתר העבירות. לוח 5 משווה את שיעור הזמ"ס בעבירות מין ובעבירות אלימות לשיעור הזמ"ס ביתר העבירות. המספרים שבסוגריים מציינים את מספר תיקי הזמ"ס מתוך כלל תיקי הזיכוי.

לוח 5

שלום (n=2995)			
סוג העבירה	שיעור זמ"ס בסוג העבירה	שיעור זמ"ס בעבירות האחרות	מובהקות
גוף	57.1% (658/1153)	44.9% (827/1842)	.001
מין	56.8% (63/111)	49.3% (1422/2884)	.08
גוף ומין	57.0% (721/1264)	44.1% (765/1731)	.001
מחוזי (כערכאה דיונית) (n=524)			
סוג העבירה	שיעור זמ"ס	שיעור זמ"ס בעבירות האחרות	מובהקות

גוף	58.6%	46.8%	.006
	(112/191)	(156/333)	
מין	74.1%	49.9%	.011
	(20/27)	(248/497)	
גוף ומין	60.6%	44.4%	.001
	(132/218)	(136/306)	
מחוזי (כערכאת ערעור) (n=240)			
סוג העבירה	שיעור זמ"ס בסוג העבירה	שיעור זמ"ס בעבירות האחרות	מובהקות
גוף	57.4%	36.3%	.003
	(35/61)	(65/179)	
מין	90.9%	39.3%	.001
	(10/11)	(90/229)	
גוף ומין	62.5%	32.7%	.001
	(45/72)	(55/168)	

להשערת המחקר הנ"ל ולניתוח הנתונים שבלוח 5 נתייחס בהרחבה בפרק ד(2), העוסק במסר לקורבנות.

בפרק זה נאספו לראשונה נתונים על הזיכוי מחמת הספק. שני ממצאים חשובים עולים מהמחקר: הראשון, שלפיו התופעה של זיכוי מחמת הספק היא תופעה רחבת היקף: נמצא כי שיעור הזיכויים מחמת הספק מתוך כלל הזיכויים אינו זניח. הן בבתי משפט השלום והן בבתי המשפט המחוזיים שיעור הזיכויים מחמת הספק מתוך כלל הזיכויים היה בתקופה שנבדקה כ-50% (לוח 2). הממצא החשוב השני הוא ששיעור הזיכויים מחמת הספק מתוך כלל הזיכויים בעבירות מין ובעבירות אלימות גבוה במובהק משיעור הזיכויים מחמת הספק מתוך כלל הזיכויים ביתר העבירות (לוח 5).

כעת נפנה לדון במקורותיו ההיסטוריים של הזיכוי מחמת הספק בשיטת המשפט הישראלית, ונתאר כיצד התפתח להיות סוג נפרד של זיכוי הנבדל מזיכוי רגיל.

ב. הגדרתו של ה"זיכוי מחמת הספק" והתפתחותו

1. זיכוי מחמת הספק – טעם הזיכוי או סוג של זיכוי

חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982 כולל הוראות, בין היתר באשר לתוצאות ההליך הפלילי בתום בירור האשמה. סעיף 182 לחוק זה קובע כך: "בתום בירור האשמה יחליט בית-המשפט בהחלטה מנומקת בכתב [...] על זיכוי הנאשם או, אם מצא אותו אשם, על הרשעתו". לפי לשון הסעיף, הכרעת הדין במשפט פלילי יכולה להיות אחת משתיים: "זיכוי" או "הרשעה". אלא שלצד ה"זיכוי", המכונה גם "זיכוי מלא"¹⁰ או "זיכוי ברור ומוחלט"¹¹, נוצרה בפסיקה תוצאה שלישית – "זיכוי מחמת הספק". הביטוי הרווח ביותר בפסיקה שבו נעשה שימוש בהקשר זה הוא שורת הסיכום: "החלטנו לזכות את הנאשם מחמת הספק", אך ניתן למצוא ביטויים דומים, כגון "מפאת הספק בלבד"¹²; "מחמת הספק ומחמת הספק בלבד"¹³; "ולו מחמת הספק"¹⁴ "זיכוי מפני הספק" וכדומה.

בפסיקה הובעה הדעה כי הוספתו של הביטוי "ספק" לתוצאה האופרטיבית של פסק הדין אינה יוצרת תוצאה משפטית שונה או נפרדת. נקבע כי "זיכוי הוא זיכוי", והביטוי "ספק" הוא אך ורק טעם אשר השתרכב לחלק האופרטיבי ויצר ערבוב בין הנמקה לתוצאה.¹⁵ דעה זו תוארה גם

10 ע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 842, 832 (1999): "ראוי המערער בנסיבות כאלה ליהנות מהאפשרות של זיכוי מלא, כנגד זיכוי מן-הספק בלבד".

11 ע"פ 7826/96 רייש נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 481, בעמ' 490–492, 497 (1997) (להלן: עניין רייש). ראו שם, בעמ' 492: "משמעותה של קביעה כזאת היא כי הועמד לדין אדם אשר נקי מכל רבב".

12 ע"פ 425/88 בדיר נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(2) 204, בעמ' 206 (1989).

13 בלשונו של השופט סטרשנוב כפי שצוטטה בע"פ 6509/97 חדר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.9.1998).

14 ע"פ 4729/98 כלפון נ' מדינת ישראל, פסקה 2 לפסק דינו של השופט אריאל (פורסם בנבו, 31.12.1998).

15 ראו למשל: ער"מ 1518/99 שוהם נ' עיריית תל-אביב-יפו, פסקה 5 לפסק דינו של השופט זמיר (פורסם בנבו, 4.5.1999) (להלן: עניין שוהם): "נראה כי הדין הוא, שאין לנאשם זכות ערעור על זיכוי מחמת ספק, שכן מבחינת המהות זהו ערעור על הנמקה ולא על תוצאה. זיכוי הוא זיכוי ואין דרגות לזיכוי. נאשם שזוכה מוחזק חף מעבירה תהיה ההנמקה לזיכוי, או הסיבה לזיכוי אשר תהיה"; וראו גם הקביעה הנחרצת ברע"פ 1568/99 גלעד נ' מדינת ישראל, פסקה 2 לפסק דינו של השופט לוין (פורסם בנבו, 25.5.1999) (להלן: עניין גלעד): "נימוקי פסק הדין בענין פלילי (זיכוי מחמת הספק) או בענין אזרחי (מימצא שלרעתו בעל דין שזוכה) חסרים הם כל תוצאה משפטית אופרטיבית לגבי הנאשם או פסק-הדין; לענייננו אין כל הבדל משפטי בין זיכוי לזיכוי שיש בו כדי לקפח את הנאשם. משמעותו של זיכוי מחמת הספק זהה למשמעותו של זיכוי מוחלט, כשהתוצאה המשפטית

בספרות.¹⁶ אנו מסכימים כי זו הייתה אמורה להיות התוצאה החוקית משום שהחוק בישראל קובע רק שתי תוצאות להליך הפלילי – "זיכוי" או "הרשעה" – ואין בו כל אזכור לתוצאה של "זיכוי מחמת הספק". אולם חרף הביטויים המפורשים בפסיקה שלפיהם אין הבדל בין שני סוגי הזיכוי, זיכוי מחמת הספק פוגע בזכויות החוקתיות של הנאשם כגון הזכות לשם טוב, הזכות לחפות (חזקת החפות), הזכות להליך הוגן וכדומה. נוסף על זה, קיימים פסקי דין רבים אחרים שיצקו לביטוי "זיכוי מחמת הספק" אופי שלילי, השונה מזיכוי רגיל, ואשר מכוחם נשללו זכויות מנאשמים כגון הזכות לפיצויים. בכל אלו נעסוק בהרחבה בהמשך.

2. התקופה המנדטורית

כדי להבין את מהותו של הזיכוי מחמת הספק כיצירה פסיקתית יש לעמוד על דרך התפתחותו. בתקופת השלטון הבריטי על ארץ ישראל, בשנים 1922 עד 1948 הוחלפה בהדרגה החקיקה העות'מאנית ששררה עד אותה עת בארץ ישראל בחקיקה שהייתה מבוססת על שיטת המשפט האנגלית האדוורסרית. כמו ביתר שטחי החסות של אנגליה שלא השתייכו לחבר העמים הבריטי, המשפט הפלילי שאומץ בארץ ישראל על ידי המחוקק המנדטורי אומנם היה אנגלי בעיקרו, אך השפיטה הפלילית, היינו הכרעת הדין וגזר הדין, נמסרה לסמכותם של שופטים מקצועיים ללא מושבעים.¹⁷ בשנת 1924 חוקק הנציב העליון על ארץ ישראל את פקודת הפרוצדורה הפלילית (שפיטה על פי כתב האשמה).¹⁸ סעיף 45 לפקודה בנוסחו המתוקן משנת 1939, קבע כך:

After the reply, if any, of the Attorney General or his representative, the court shall consider the whole case and, unless a majority of the court consider that the accused is **guilty**, it shall **acquit** him. (ההדגשות הוספו)

היא שאין לזקוף לחובתו של הנאשם את ביצוע העבירה שממנה הוא זוכה". על בסיסה של עמדה זו, הדוחה את אפיונו של הזיכוי מחמת הספק כקטגוריה תוצאתית נפרדת, קבע בית המשפט בכמה פרשות כי אין לנאשם זכות ערעור על זיכוי מחמת הספק. על כך ראו בהרחבה בהמשך.

16 מנשה וגרונר, "קטגוריזציה של הזיכוי" (לעיל, הערה 3) בעמ' 11: "על פי התפיסה אשר לפיה קטגוריות הזיכוי הן סוגי הנמקה שונים, ישנן רק שתי קטגוריות הכרעה בפלילים – זיכוי והרשעה. אולם הואיל ובית-המשפט מחויב לנמק את הכרעת דינו, הרי כאשר הוא מנמק הכרעת דין מזכה, פועל יוצא מכך הוא שתוכני ההנמקה מבחינים בין הנמקה שלפיה תרחיש החפות ותרחיש האשמה נתונים בספק להנמקה, שלפיה חזקת החפות של הנאשם לא הוטלה בספק. אפשר לומר כי קטגוריות הזיכוי מנמקות את הכרעת הדין. זיכוי מוחלט מנמק את הכרעת הדין המזכה לאור העובדה שחומר הראיות אינו מותיר ספק אשר לחפותו של הנאשם. זיכוי מחמת הספק מנמק את הכרעת הדין המזכה בכך שחומר הראיות מותיר ספק בחפותו של הנאשם [...] כאשר בית-המשפט קובע את אחת מקטגוריות הזיכוי, אפשר לומר שהוא מנמק את הכרעת הדין המזכה".

17 על המשפט הארצישראלי בתקופת המנדט הבריטי ראו: Assaf Likhovski, *Law and Identity in Mandate Palestine* (2006).

18 פקודת הפרוצדורה הפלילית (שפיטה על פי כתב האשמה), חא"י כרך א-לו, (ע) 446; Trial Upon Information Ordinance, 1924–1925, § 45.

החקיקה המנדטורית נקלטה לתוך מערכת המשפט של המדינה הצעירה והיותה את הבסיס לחקיקתה המתפתחת למשך שנים רבות.¹⁹ כך נקלט למשפט המדינה גם סעיף 45 לפקודת הפרוצדורה הפלילית משנת 1924, בנוסחו המתוקן משנת 1939.²⁰

שאלה היא אם בפסיקה של בתי המשפט בתקופת המנדט נעשה שימוש בביטוי "זיכוי מחמת הספק" בחלק האופרטיבי של פסק הדין (בשורת הסיכום). לצורך מחקר זה, ועל בסיס לשונו של סעיף 45 האמור, ערכנו בדיקה בכל פסקי הדין המנדטוריים שפורסמו.²¹ בפסיקה זו מצאנו שימושים בביטויים של "הרשעה" או "זיכוי" אך לא מצאנו כל שימוש בביטוי "זיכוי מחמת הספק" או ביטוי דומה בחלק התוצאתי-אופרטיבי של פסקי הדין.²² לאור בדיקה זו מסקנתנו היא שהתוצאה של ההליכים הפליליים בבתי המשפט המנדטוריים הייתה אחת משתיים – הרשעה או זיכוי. תוצאה זו גם עולה בקנה אחד עם המסורת בת מאות השנים של המשפט הפלילי האנגלי.

3. התקופה הישראלית

הקטגוריה של "זיכוי מחמת הספק", שלא נזכרה כלל בפסיקה המנדטורית, נוצרה בפסיקה הישראלית שלאחר הקמת המדינה. לפיכך אפשר היה לצפות כי יימצא פסק דין ישראלי תקדימי

19 קליטתו של המשפט המנדטורי למערכת המשפט של מדינת ישראל נעשתה באמצעות סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ע"ר תוס' א, אשר קבע: "המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיינתנו על ידי מועצת המדינה הזמנית, או על פיה ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה".

20 אשר לימים הוחלף בסעיף 164 לחוק סדר הפלילי, התשכ"ה-1965, ס"ח 458, שלאחר מכן הוחלף בסעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 1043. הסעיפים זהים בתוכנם, ובשלושתם צוין במפורש כי תוצאת ההליך הפלילי היא "זיכוי" או "הרשעה".

21 נערכה בדיקה ידנית וקריאה של כל פסקי הדין הפליליים שנמצאים בכל הכרכים של סדרות פסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים בתקופת המנדט (שחלק פורסמו באנגלית וחלק – בעברית) ובסדרות הפסיקה של בית המשפט העליון המנדטורי (שנכתבו ופורסמו בשפה האנגלית). להלן שמות הסדרות (ומספר הכרכים) שבהן נערכה הבדיקה: 1-8; 1-20 S.C.J (1937-1947); 1-14 P.L.R (1920-1947); 1-5 S.C.D.C (1943-1947); C.O.J (1919-1947); המשפט – קובץ פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים, 1-5 (1943-1946).

22 פרסום פסקי דין בתקופת המנדט הייתה סלקטיבית ולא מלאה, ואף על פי כן העובדה שלא נמצא ולו פסק דין אחד שהשתמש בביטוי "זיכוי מחמת הספק" מעידה שביטוי זה כנראה לא היה בשימוש. הביטוי הקרוב ביותר שניתן למצוא בפסיקה המנדטורית סמוך לשורת ההכרעה הוא האמירה שיש לתת לנאשם ליהנות מהספק, אך בשורת הסיכום של פסקי הדין מצוינת התוצאה, והביטוי ספק אינו מצוין בה. ראו למשל בשני פסקי הדין האלה: CA 76/40 *Abed v. Attorney General*, 7 P.L.R. 437 (1940): "The other members of the Court feel some doubt whether the absence of a licence might not be inferred from the facts of this case, but being a criminal matter they agree that the Appellant should have the benefit of the doubt. The appeal will be allowed and the Appellant discharged unless detained on any other charge"; CA 3/41 *Liresian v. The Attorney General*, 1 S.C.J. 11 (1941): "... That being so the applicant is entitled to the benefit of the doubt. The application for leave to appeal is granted, the appeal is allowed and the conviction quashed".

ומכונן שיצר את הקטגוריה של "זיכוי מחמת הספק" ואשר יסביר את טיבה ומהותה לצד ההצדקה לסטות בהקשר זה מהמסורת של המשפט המקובל כפי שזו באה לידי ביטוי גם בפסיקה המנדטורית. אולם פסק דין כזה אינו בנמצא. מכאן הערכתנו כי הקטגוריה של "זיכוי מחמת הספק" לא נולדה במהלך שיפוטי חד-פעמי אלא התפתחה בהדרגה (בדרך אבולוציונית).
 כבר בערעור הפלילי הראשון של שנת 1948, שנדון סמוך לאחר הקמת המדינה, עמד בית המשפט העליון על זכותו של נאשם במשפט פלילי ליהנות מן מהספק.²³ עם זאת כפי הידוע לנו, רק מסוף חודש מרץ 1949 ואילך החל שימוש בביטוי "זיכוי מחמת הספק" בשורת הסיכום בהכרעות דין של הערכאות הדיוניות ובפסקי דין של ערכאות הערעור.²⁴ הינה כמה דוגמאות מפסיקה שניתנה בין השנים 1949 ו-1960: בפסק הדין בעניין לוי, שניתן בחודש יולי 1949, מוזכר לראשונה זיכוי מחמת הספק כתוצאה של הכרעת הדין. השופט חשין תיאר בחוות דעתו את התוצאה שאליה הגיעו שופטי בית המשפט המחוזי בתל אביב בנוגע לאישום ברצח (בפסק דינם שניתן ביום 29 במרץ 1949): "כל שלושת השופטים אשר ישבו בדין מסופקים היו אם המוות נגרם כתוצאה מהכוויות, והחליטו פה אחד לזכות את המערער מחמת הספק, מאשמת רצח, שעליה נתבע המערער לכתחילה לדין".²⁵ בעניין בלט, שניתן בחודש מאי 1953, קבע שופט בית המשפט המחוזי קנט כי יש לזכות את הנאשם מהתפרצות וגנבה. בשורה האחרונה לפסק הדין נכתב כך: "הוחלט לזכות את הנאשם מחמת ספק ופקפוקים".²⁶ בערעור לבית המשפט העליון בעניין הרשקוביץ, שניתן ב-1957, ציין השופט חשין כי בית המשפט המחוזי "זיכה מפני הספק" את הנאשם.²⁷ בעניין כדורי, שניתן בשנת 1958, זיכה בית המשפט העליון את הנאשם מעבירה של סיוע לגרימת חבלה חמורה לאחר שקבע: "קיבלנו את ערעורו... וזיכנו אותו מן האשמה מחמת הספק".²⁸ בעניין בוכבינדר, שניתן בשנת 1960, זיכה בית המשפט העליון את המערער משלוש עבירות גנבה ממעביד, ובשורת הסיכום קבע כך: "מחליטים אנו לזכותו – מחמת הספק – גם משתי העבירות המהוות את נשוא פרטי האישום השני והשלישי".²⁹

- 23 ע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד א 5, 25 (1949) (להלן: עניין סילוסטר): "המשפט הנדון בפנינו בערעור הוא דוגמה מאלפת לשני הכיוונים שהם, לפי דעתי, דרושים בדיון פלילי בריא. זהירות שבזהירות בחקירה ודרישה ובהערכת העדויות ושאר ההוכחות, ובמקרה של ספק יהנה הנאשם מן הספק, כי כל אדם בחזקת כשרות". בעניין סילוסטר קיים בית המשפט העליון שמונה ישיבות במהלך שנת 1948, ופסק הדין ניתן ביום 8 בפברואר 1949. וראו גם ע"פ 38/49 קנדיל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ב 813, 836 (1949): "צדק עורך-הדין הניגמן בטענו, כי במקרה דנן קיים לפחות ספק רציני לגבי אשמתו של המערער השלישי, ועל בית-המשפט היה להנותו מן הספק, ולדחות את האשמה".
- 24 היות שבתקופה זו פורסמו רק פסקי דין נבחרים, ייתכן שהביטוי "זיכוי מחמת הספק" נקבע בפסיקה מוקדמת יותר שלא פורסמה, ושאלו לא איתרנו אותה.
- 25 ע"פ 16/49 לוי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ב 561, 565 (1949). (ההדגשה הוספה).
- 26 ח"פ 91/52 (מחוזי תל אביב-יפו) היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' בלט, פסקים ח' (מחוזיים) 212, 215 (1953).
- 27 ע"פ 137/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' הרשקוביץ, פ"ד יא 1471, 1473 (1957).
- 28 ע"פ 97/57 כדורי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יב 1345, 1351 (1958).
- 29 ע"פ 237/59 בוכבינדר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד 361, 364 (1960).

לדעתנו, בפסקי דין אלו, שניתנו כולם בראשית ימיה של המדינה, לא הייתה כל כוונה מצד השופטים ליצור קטגוריה חדשה ונוספת של זיכוי. כל שנעשה הוא סיכומו של טעם הזיכוי בשורת הסיכום, היינו, ציון לפני הקורא, בקציר האומר, כי אין מדובר במקרה שבו השתכנע בית המשפט בחפותו של הנאשם אלא במקרה שבו עלו חשדות נגד הנאשם, ורק מפני הספק שהתעורר נמנעה ההרשעה. בפסיקה זו של שנות החמישים לא נמצא ולו פסק דין אחד שבו העיד בית המשפט על כוונתו ליצור שני סוגים שונים של זיכוי בניגוד למסורת ארוכת השנים של המשפט המקובל.

חיזוק לעמדתנו זו אנו מוצאים בפסק דינו של השופט חשין בעניין פודמסקי, שניתן בשנת 1951.³⁰ בפרשה זו נדון מקרה של גנבה, ובשל טעות שיוחסה לשופט בית המשפט המחוזי בחיפה נדרש השופט ש"ז חשין להסביר שאלות שבחוק בנוגע לנטל ההוכחה שמוטל על התביעה בהוכחת האשמה. בקטע הסיכום קבע השופט חשין בזה הלשון:

בתורת סיכום ניתן, איפוא, לומר, כי הכלל העולה הוא: במשפט פלילי מוטלת על הקטיגוריה החובה להוכיח את אשמתו של הנאשם (חוץ מן המקרים בהם קובע החוק הוראה אחרת). חובה זו לעולם אינה זזה ואינה עוברת במהלך המשפט משכמה של הקטיגוריה לשכמו של הנאשם, ואין הקטיגוריה, יוצאת ידי חובתה זו, אלא משכנעה את בית-המשפט, במידה העולה על כל ספק המתקבל על הדעת, באשמתו של הנאשם. הביאה הקטיגוריה דברי הוכחה אשר יש בהם, לכאורה, כדי להעלות את ההנחה, כי הנאשם עבר את העבירה המיוחסת אליו, עוברת לשכמו של הנאשם החובה להמשיך בהבאת דברי הוכחה מצדו הוא. בשלב זה – ואף לא בשום שלב אחר – אין עליו להוכיח את חפותו מפשע! כל מה שמוטל עליו הוא: לתת דברי הסבר להנחה אשר עלתה מתוך הוכחותיה של הקטיגוריה. נתן הסבר המתקבל על הדעת, והשופט מקבל הסבר זה, **עליו לזכותו**. נתן הסבר המתקבל על הדעת, אך השופט אין בידו להחליט אם יקבל דברי הסבר זה או ידחם – כלומר: אינו מוכן להכריע אם דברים אלה נכונים הם או לא – **עליו לזכותו מפני הספק**. נתן הנאשם הסבר מתקבל על הדעת, אך השופט אינו מאמין בדברי הסברו, או הסברו אינו מתקבל על הדעת, או לא נתן כל הסבר, שוקל השופט את כל המסיבות ואת כל דברי ההוכחה – בשוותו לנגד עיניו תמיד את הכלל היסודי והראשי, היינו: כי חובת ההוכחה רובצת על שכמה של הקטיגוריה עד סוף כל הסופות – ואז הוא רשאי – אך אינו מצווה – לחייב את הנאשם בדין.³¹

אומנם בקטע זה הבחין השופט חשין בין "זיכוי" ל"זיכוי מחמת הספק", אך ניתוח פסק הדין מוביל למסקנה שגם בפסק דין זה לא הייתה כוונה מצידו של השופט חשין ליצור שני סוגים שונים

30 ע"פ 20/51 פודמסקי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ה' 1187 (1951) (להלן: עניין פודמסקי). כפי שנראה להלן בפסק דין זה התייחס השופט חשין לזיכוי מחמת הספק, אף כי בסופו של דבר הרשעתו של המערער נותרה בעינה.

31 שם, בעמ' 1196. (ההדגשה הוספה).

ומובדלים של זיכוי. **הטעם הראשון** נובע מן ההקשר. דברי הסיכום הם בבחינת הסבר לנטל ההוכחה במשפט הפלילי ולטעות שעשה בהקשר זה שופט בית המשפט המחוזי. יתר על כן, דברים אלו הם סיכום של השופט חשין לעשרה פסקי דין אנגליים שנסקרו בעניין **פודמסקי** ואשר עסקו בנטל ההוכחה בפלילים, ובהם נזכרו רק הקטגוריות של "זיכוי" ו"הרשעה" ולא נזכרה הקטגוריה של "זיכוי מחמת הספק".³² **הטעם השני** נוגע לדרך הבנת הדברים בפסיקה של שנות החמישים שציטטה את עניין **פודמסקי**. בכל פסקי הדין הללו הובאו דברי הסיכום של השופט חשין בהסכמה בהקשר של נטל הראיה ולא כתקדים שיצר את הקטגוריה של זיכוי מחמת הספק.³³ כך גם הובנה הלכת **פודמסקי** בספרות על דיני הראיות משנות השישים³⁴ ומשנות השבעים.³⁵ יתר על כן, דווקא בפסקי הדין שנסקרו שבהם אומץ הביטוי "זיכוי מחמת הספק" או ביטוי דומה בשורת הסיכום, לא הובאה הלכת **פודמסקי** כאסמכתה.

פסק דין נוסף שבו התייחס השופט חשין בפירוט-מה לזיכוי מחמת הספק הוא עניין **שלמה**.³⁶ במקרה זה הואשם הנאשם בעבירה של רצח, אך בית המשפט המחוזי הרשיע אותו בהריגה בלבד. בהתייחסו לעניין העונש קבע השופט חשין כדלקמן:

המערער נתבע לדין באשמת רצח, על-פי הסעיף 214(ב) אך בית המשפט המחוזי, תל אביב יפו, הרשיע את המערער בהריגה. הנימוק לכך היה – בלשון בית המשפט – 'אנו שוללים את האפשרות שהנאשם בא לידי החלטה להרוג את אשתו לפני שפרץ הריב בשעות הבוקר, וכן שהוא הכין למטרה זו את היתד (בה, נהרגה האשה). בנדון זה אנו מאמינים לנאשם'. פירושו של דבר, שהתביעה הכללית לא הצליחה להוכיח את מציאותם של היסודות המהווים את העבירה של רצח מכוון מראש. מכאן, שעל בית המשפט היה לזכות את הנאשם מאשמת רצח מחוסר הוכחות. אף-על-פי-כן קבע בית-המשפט בהמשך דבריו, כי הוא **מזכה את**

32 החשוב בעשרת פסקי הדין האנגליים שאליהם הפנה השופט חשין הוא *R. v. Schama & Abramovitch* [1914] 11 Cr. App. R. 45. בקטע הרלוונטי בפסק הדין קבע השופט רידינג את ההלכה האנגלית ללא כל אזכור של האפשרות לזכות מחמת הספק. קביעתו של השופט רידינג תורגמה לעברית בידי השופט חשין בעניין **פודמסקי** (לעיל, הערה 30), בעמ' 1191: "במקום שהאסיר מואשם בקבלת נכסים אשר נגנבו מקרוב, והקטיגוריה הוכיחה את חזקת האסיר, ואת גניבת הנכסים מקרוב, יש להורות את חבר המושבעים כי הם זכאים – לא שהם חייבים – בהעדר הסבר המתקבל על הדעת, לחייב את האסיר בדין. אולם אם ניתן הסבר אשר ייתכן והוא נכון, על חבר המושבעים לקבוע, על סמך כל חומר הראיות, אם הנאשם אשם או לא; כלומר, אם חבר המושבעים סבור, כי במידה המתקבלת על הדעת ייתכן וההסבר הוא נכון, אם כי אין הוא משוכנע בנכונותו, האסיר ראוי שיוזכה, משום שהכתר לא מילא את חובת ההוכחה המוטלת עליו לשכנע את חבר המושבעים מעל לכל ספק באשמת האסיר. חובה זו אינה חולפת, ולעולם היא חלה על הקטיגוריה".

33 ראו למשל: ע"פ 56/51 **מזרחי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ"ד ה' 1504, 1529 (1951); ע"פ 157/52 (מחוזי תל אביב-יפו) **בלומין נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פסקים ח' (מחוזיים) 17, 21 (1952).

34 אפרים סלנט **ראיות במשפטים אזרחיים ופליליים** (תשכ"ג), בעמ' 156–157.

35 אליהו הרנון, **דיני ראיות** (כרך א', 1970), בעמ' 212.

36 ע"פ 122/57 **שלמה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יא 1206 (1957).

המערער מאשמת רצח "מפני הספק". דבר זה תמוה הוא, שהרי מהדברים האמורים לא ספק היה כאן באשמת המערער, כי אם בטחון גמור שאינו אשם בעבירה של רצח. **ולמה יזוכה מפני הספק?** טעותו זו של בית המשפט המחוזי גרמה – ובכך אין ספק בלבי – לידי החמרת העונש. דומה שבית המשפט לא יכול היה, להשתחרר מן הרושם שהאישום לכתחילה היה רצח, **והזיכוי מעבירה זו בא בסופו של דבר מחמת הספק.**³⁷

לדעתנו, גם במקרה זה התייחס השופט חשין אל ה"ספק" לא כאל קטגוריה בפני עצמה אלא כטעם מוטעה לזיכוי של שופטי בית המשפט המחוזי, אשר גרם להם להחמיר בעונשו של המערער. עם זאת הנוהג שהשתרש בפסיקה, לציין בשורת הסיכום את הספק כטעם לזיכוי, התעצב ברבות השנים לקטגוריה נפרדת של זיכוי. מבחינה סמנטית נוצרה תבנית לשונית נפרדת על דרך הוספת הצירוף "מחמת הספק" לצד הדיבור "זיכוי", ונוצרו שני סוגים של זיכוי שנסיונותיהם וכותרותיהם שונות אלה מאלה. בפסקי דין רבים אופיין הזיכוי מחמת הספק כקטגוריה של "זיכוי טכני" או "ספק זיכוי", שבו נותר ספק בחפותו של הנאשם, במובחן מהזיכוי המלא אשר בו הוכח, באופן פוזיטיבי, כי הנאשם לא ביצע את העבירה שיוחסה לו.³⁸ בהמשך לכך נוצרו בין שני סוגי הזיכוי נפקויות שונות. "זיכוי" רגיל נחשב לזיכוי מוחלט, ואילו הזיכוי מחמת הספק מטיל סטיגמה על הנאשם והוא מקור לפגיעה בזכויותיו, כגון שלילת פיצויים לפי סעיף 80 לחוק העונשין. על כך נעמוד בהרחבה בהמשך הדברים.

חלק מהדיון בהגדרת הזיכוי מחמת הספק והיקפו נוגע לשאלת טיב הזיכוי במצב שבו התביעה חוזרת מכתב אישום שהוגש נגד הנאשם לפי הוראת סעיף 94(א) לחוק סדר הדין הפלילי. על פי הוראת הסעיף, חזרה מכתב אישום לאחר תשובת הנאשם לאישום דינה כ"זיכוי".³⁹ העובדה שבסעיף החוק אין כל אזכור ל"זיכוי מחמת הספק"⁴⁰ לא מנעה את הדיון בפסיקה בשאלה אם יש לראות ב"זיכוי" כאמור זיכוי מלא או זיכוי מחמת הספק. בפסיקה שנדרשה לשאלה זו הובעו דעות שונות.⁴¹

37 שם, בעמ' 1206–1207. (ההדגשה הוספה).

38 ראו למשל: ע"פ 1382/00 **בן ארויה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 714, 719 (2002): "זיכוי 'מוחלט' [...] מושתת בעיקרו על קביעה פוזיטיבית כי הנאשם לא עבר עבירה. לעומת זאת זיכוי מחמת הספק או זיכוי 'טכני' [מאופיין] בהיעדר קביעה פוזיטיבית כי הנאשם לא עבר את העבירה..."; וראו עוד לדוגמה: רע"פ 960/99 **מקמילן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(4) 294, 303–305 (1999) (להלן: עניין **מקמילן**).

39 סעיף 94 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], שכותרתו "תוצאות חזרה מאישום", קובע: "(א) חזר בו תובע מאישום לפני תשובת הנאשם לאישום, יבטל בית המשפט את האישום; חזר בו לאחר מכן, יזכה בית המשפט את הנאשם מאותו אישום..."

40 שכן, כאמור לעיל, ההכרעה בדבר זיכוי מחמת הספק היא יציר כפיה של הפסיקה והיא אינה קבועה בחוק.

41 הדיון בסיווגו של הזיכוי במצב של חזרה מכתב אישום נערך בפסקי דין אשר בהם נדונה שאלת זכאותו של הנאשם לפיצוי ולשיפוי (ולא בפסקי הדין בהליך העיקרי שבו זוכה הנאשם בעקבות

בעניין **מקמילן** נחלקו השופטים בדעתם. במקרה זה חזרה בה התביעה מן האישום לאחר שמיצת עדי ההגנה. השופטת דורנר והשופט אנגלרד סברו כי במצב דברים זה מדובר בזיכוי מוחלט.⁴² לעומת זאת השופט אור, בהסתמכו על הגישה הרווחת שלפיה זיכוי מוחלט הוא זיכוי שבו הוכח כי הנאשם לא ביצע את העבירה, פסק כי כיוון שלא ניתן במצב דברים זה לקבוע ממצא בדבר חפותו של הנאשם, יש לראות בזיכוי משום זיכוי מחמת הספק.⁴³ בעניין **דבש** נמנעו שופטי המותב, בדעת רוב, מלהכריע בסוגיה. השופטת דורנר שבה והביעה את עמדתה כי "החזרה מן האישום, שמשמעותה כי בדיעבד מתברר שלא היה מקום להגשת כתב האישום, הינה בגדר זיכוי מוחלט".⁴⁴ לעומת זאת השופט מצא נמנע מלהכריע בשאלה.⁴⁵ בעניין **עשור** חזרה בה התביעה מן האישום לאחר שהמתלונן הביע ספקות באשר לאמיתות זיהויו של הנאשם שהיה חשוד בהצתת רכבו.⁴⁶ בית המשפט קמא סבר כי מדובר בזיכוי מחמת הספק, אולם בבית המשפט העליון נקבע, פה אחד, כי במצב דברים זה יש לזכות את הנאשם זיכוי מוחלט. בית המשפט נימק את עמדתו זו בשלב שבו הופסק המשפט ובשל כך שטרם נשמעה פרשת ההגנה. על כן אי אפשר היה לקבוע כי נותר ספק בחפותו של הנאשם המצדיק זיכוי "מחמת הספק".⁴⁷

לדעתנו, כפי שעוד יוסבר בהרחבה להלן, יש לבטל את הקטגוריה של זיכוי מחמת הספק, ועל כן ברור כי גם זיכוי שהושג בעקבות חזרה מכתב אישום צריך שיוביל, מיניה וביה, לזיכוי מוחלט. בנסיבות שבהן נמנעה התביעה מלעמוד על טענותיה המפלילות כשביטול המשפט לא נדרש כלל לשאלת אשמתו של הנאשם ולא הכריע את דינו, ובשים לב לחזקת החפות העומדת לו, יש לראות בו חף מפשע ולבטא זאת על דרך של זיכוי המלא והמוחלט. אולם מלבד הדיון בסוגיה עצמה כיצד יש להשקיף על "זיכוי" לפי סעיף 94(א) לחוק סדר הדין הפלילי? עצם הדיון בשאלה זו

החזרה מכתב אישום). לדיון בפיקציה ושיפוי נאשם שזוכה, לרבות דיון בפסקי דין אלו, נשוב בהמשך הדברים.

42 עניין **מקמילן** (לעיל, הערה 38), בעמ' 307, מפיו של השופט אנגלרד: "לטעמי, זיכוי במסגרת סעיף 94(א) סיפה לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], הוא בבחינת 'זיכוי מלא'. המחוקק קובע בפשטות כי חזרת התובע מן האישום, לאחר תשובת הנאשם לאישום, מביאה אתה את זיכוי של הנאשם מאותו אישום. במסגרת זיכוי זה אין מקום לתת משקל למחשבותיה ולשיקוליה של התביעה בחזרה מן האישום. החזרה מן האישום מונעת מתן פסק-דין מנומק מאת בית-משפט. בנסיבות אלה יש להניח, לצורך זכותו של הנאשם להוצאות הגנה מאוצר המדינה, כי הזיכוי הוא מלא".

43 שם, בעמ' 310–311. ראו למשל דבריו של השופט אור בעמ' 311: "קביעת כלל, שעל פיו כל מקרה של חזרת התביעה מאישום ייחשב כהסכמה של התביעה לזיכוי מוחלט, לא רק שאינו משקף את עמדת התביעה, הוא גם אינו ראוי".

44 ע"פ 4466/98 **דבש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 73, 133 (2002) (להלן: **עניין דבש**).

45 שם, בעמ' 134.

46 ע"פ 4492/01 **עשור נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 734 (2003).

47 שם, בפסקה 7 לפסק דינו של השופט מצא: "לפני בית-המשפט עמדו רק כפירתו של המערער בעובדות כתב-האישום וחלק מראיות התביעה, אך לא הייתה לפניו אף לא ראיה אחת מטעם ההגנה. בנסיבות אלה לא היה בידי בית-המשפט – ועל כן לא היה הוא רשאי – להטיל ספק בחפותו של המערער. [...] נמצא כי זיכוי של המערער היה זיכוי 'מוחלט' ולא זיכוי 'מחמת הספק'".

בפסקי הדין מוכיח לדעתנו כי הביטוי "מחמת הספק" כבר אינו אך טעם לזיכוי כפי שהיה לפני שנים רבות, היינו טעם לספק המפורט בפסק הדין, אלא סוג של זיכוי. כך הדבר מפני שחזרה מכתב האישום לפי סעיף 94(א) אינה דורשת כל טעם או הנמקה.

לבסוף חשוב לציין כי חרף העובדה שזיכוי מחמת הספק הפך זה מכבר לקטגוריה נפרדת של זיכוי, העומדת לצד הזיכוי וההרשעה, לא ניתן להצביע ולו על פסק דין אחד אשר בו מצא בית משפט לנכון (בערכאה כלשהי) להסביר מהן ההצדקות לקיומה של קטגוריה זו ומהן התכליות שאותן היא באה לקדם.

לאחר שסיימנו להגדיר את הזיכוי מחמת הספק ולתאר את התפתחותו בדין הישראלי בתקופות השונות, נפנה לתאר את שקיים בשיטות משפט נוספות בנוגע לסוג נוסף של זיכוי.

ג. שיטות משפט נוספות שבהן קיים (או היה קיים) סוג נוסף של זיכוי

שיטת המשפט הישראלית אינה שיטת המשפט היחידה שבה התעצב סוג נוסף של זיכוי. במשפט הפלילי של סקוטלנד קיים סוג נוסף של זיכוי והוא מכונה *not proven*. בארצות הברית נהוגה שיטה הכוללת שתי הכרעות בלבד – *guilty* ו-*not guilty*, אך קיימת פסיקה שחרגה מהתפיסה הנהוגת ונעשה בה שימוש בסוג הזיכוי *not proven*. נוסף על זה קיימים מלומדים שהציעו לאמץ בארצות הברית סוגים נוספים של זיכוי, לרבות את ה-*not proven* הסקוטי. באיטליה היה קיים בעבר סוג נוסף של זיכוי – זיכוי בשל חוסר בראיות – אך אפשרות זו בוטלה בשנת 1988.⁴⁸ נעמוד בקצרה על הדין בסקוטלנד, בארצות הברית ובאיטליה.

1. סקוטלנד

The not proven verdict may be a rather quaint Scottish tradition, but I submit that nostalgia cannot be a sound basis for good justice.⁴⁹

זה כשלוש מאות שנים שקיימות במשפט הסקוטי⁵⁰ שלוש תוצאות אפשריות להליך הפלילי: "אשם" ו"לא אשם", וליד שתי אלו קטגוריה שלישית של ה-*not proven*.⁵¹ לידתה של הכרעה זו

48 לסקירה היסטורית של שיטות המשפט הסקוטית והאיטלקית שבהן קיימים או היו קיימים סוגי הכרעה נוספים על זיכוי והרשעה ראו: Federico Picinali, *Justice In-Between: A study of Intermediate Criminal Verdicts* (2022) pp.17–56. נוסף על השיטות הסקוטית והאיטלקית, שייסקרו להלן, היו קיימים במשפט הפלילי האירופי (הקונטיננטלי) של ימי הביניים שני סוגי הכרעות נוספים: ה-*extraordinary punishment* וה-*suspension of res judicata*, אשר דעכו בהדרגה ובוטלו סופית באירופה קצת לאחר אמצע המאה התשע-עשרה. על סוגי הכרעות אלו ראו אצל Picinali, שם, בעמ' 18–28.

49 דבריו של חבר הפרלמנט הבריטי John Home Robertson, בעת דיון בפרלמנט בהצעה לביטול סוג הזיכוי *not proven*. מובא אצל: Joseph M. Barbato, "Scotland's Bastard Verdict: Intermediacy and the Unique Three-Verdict System" *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* (2005) 543, p. 563.

תוארה בספרות כ"תאונה היסטורית".⁵² עד המאה השש-עשרה ובמהלכה יכלו המושבעים בסקוטלנד לבחור בין שתי תוצאות אפשריות של הכרעת דין – אשם או לא אשם (השקול לזיכוי מלא). בתחילת המאה השבע-עשרה ובמהלכה, בין היתר בעקבות התנגדותם של המושבעים להרשיע נאשמים בגין עבירות על חוקים מדכאים ולא פופולריים, ניטלה מהמושבעים הסמכות ליתן הכרעות של אשם ולא אשם שהיו מקובלות עד לאותה עת, ונקבע כי במקום זאת יספקו המושבעים קביעה עובדתית בלבד, אם האשמה הוכחה (proven) או לא הוכחה (not proven), ועל בסיסה של הכרעה זו קבעו השופטים את האשמה (guilty or not guilty).⁵³ פרקטיקה זו נמשכה כמה עשרות שנים, עד אשר בשנת 1728, בפסק הדין בעניין Carnegie of Finhaven, ניתנה למושבעים הרשאה מחודשת ליתן הכרעה של אשם (guilty) או לא אשם (not guilty).⁵⁴ אולם ההכרעה מסוג של not proven לא נעלמה, אלא נותרה על כנה ליד זו של ה- not guilty, וקיבלה משמעות חדשה, כזו הממוקמת בין ההכרעה של אשם ללא אשם.

מהספרות עולה כי מושבעים הכריעו not proven בנסיבות שבהן חשד היה תלוי מעל ראשו של הנאשם אך אי אפשר היה להוכיחו;⁵⁵ במצבים שבהם למושבעים היו ספקות באשר לאשמתו של נאשם אך החשד שעלה מהראיות לא אפשר לקבוע את חפותו;⁵⁶ כאשר המושבעים היו מעוניינים להטיל סטיגמה על הנאשם, חרף אי-הרשעתו, ולהסתייג מהתנהגותו.⁵⁷ במהלך המאה התשע-עשרה נודעו כמה מקרים שבהם זיכו המושבעים נאשמים באמצעות not proven רק כדי למנוע הטלת עונש מוות על הנאשם.⁵⁸ אולם יש לשים לב שבמשפט הפלילי הסקוטי של ימינו מודרכים המושבעים שיש בידם לבחור בין שני סוגים של זיכוי – זיכוי מלא ו- not proven – שמשמעותם זהה, ומודגש לפנייהם, כי אין משמעות משפטית לבחירתם בין שתי האפשרויות.⁵⁹ נוסף על זה,

-
- 50 אנגליה וסקוטלנד התאחדו בשנת 1707. חוק האיחוד (Act of Union, 1707) משנה זו אפשר לסקוטלנד לשמור על מערכת משפט אוטונומית ונפרדת, לרבות מערכת משפט פלילית עצמאית, נפרדת מזו האנגלית.
- 51 Samuel Bray, "Not Proven: Introducing a Third Verdict", 72 *U. Chi. L. Rev.* (2005) 1299, p.1301; Peter Duff, "The Scottish Criminal Jury: A Very Peculiar Institution", 62 *Law & Contemp. Probs.* (1999) 173, p. 193; Peter Duff, "The Not Proven Verdict: Jury Mythology and 'Moral Panics'", 41 *JR* (1996) 1.
- 52 Ian Douglas Willock, "The Origins and Development of the Jury System in Scotland", 23 *Stair Society* (1996), pp. 217–225.
- 53 שם, בעמ' 219; Barbato (לעיל, הערה 49), בעמ' 547–548.
- 54 James Chalmers, Fiona Leverick and Venessa E. Munro, "Beyond Doubt: The Case Against 'Not Proven'", 85(4) *MLR* (2022) 847, p.849.
- 55 A.S Pringle, "The Verdict of Not Proven in Scotland", 16 *JR* (1904) 432, pp.432–433.
- 56 *McNicol v. HM Advocate* [1964] S.L.T 151, p.152.
- 57 Willock (לעיל, הערה 52) בעמ' 221–222; Barbato (לעיל, הערה 49) בעמ' 549.
- 58 שם. במשפט הסקוטי בעת ההיא, היה אפשר להטיל עונש מוות רק על עבירות רצח, שודים ובגידה.
- 59 Judicial Institute for Scotland, *Jury Manual* (2021) 114.2: "There are three verdicts you can return on any charge: guilty, not guilty, or not proven. Not guilty and not proven are verdicts of acquittal and have the same effect. An accused acquitted of a charge cannot be prosecuted again

בית המשפט לערעורים מנע בפסיקותיו בעקיבות כל ניסיון משופטים להציע למושבעים הסבר על ההבדלים בין שני סוגי הזיכוי.⁶⁰

אף שבפרקטיקה העכשווית בסקוטלנד ה־not proven הוא החריג ולא הכלל,⁶¹ שיעור הזיכויים מסוג not proven מסך הזיכויים הכללי ראה עליות וירידות תלולות, ובתקופות מסוימות עלה על 50% מתוך כלל הזיכויים. במחקר שנערך בשנת 1851 על מערכת המשפט הפלילית של סקוטלנד נמצא (בשנים שנבדקו) שרק 16% מסך הזיכויים היו מהסוג של not proven.⁶² בשנים שלאחר מכן נרשמה עלייה חדה בשיעור ה־not proven. בשנת 1874 נרשם שיא – 74% מסך הזיכויים היו not proven. בשנת 1908 נרשם שוויון בין זיכויים רגילים לזיכויים מסוג not proven, ובשנת 1913, לראשונה במאה העשרים, עלה שיעור הזיכויים הרגילים על הזיכויים מסוג not proven. בין השנים 1974 ו־1978 רק 34% מסך הזיכויים היו not proven. בשנים 2018 עד 2019 היה שיעור הזיכויים מסוג not proven בבתי המשפט בסקוטלנד 19% בלבד, אך נתון זה משקף ממוצע כללי של פסקי דין שניתנו הן בידי שופטים מקצועיים והן בידי מושבעים. שיעור הזיכויים מסוג not proven שניתנו בידי מושבעים בשנים אלו עדיין היה גבוה יותר – 30%.⁶³ במחקרים שהוקדשו למצב בסקוטלנד נעשו ניסיונות להסביר את הסיבות למהפך בשיעורי הזיכויים – העדפה בולטת מצד מושבעים להכרעות מסוג not proven באמצע המאה התשע-עשרה ומעבר הדרגתי להעדפה של זיכויים רגילים בימינו שלנו. הוכחות חותכות לא נמצאו, והסיבות למהפך זה אינן ברורות.⁶⁴ ההכרעה של not proven שנויה במחלוקת בסקוטלנד עצמה ואף מעוררת מבוכה.⁶⁵ במרוצת השנים הופנו כלפיה ביקורות רבות,⁶⁶ נשמעו קריאות לשינויה ואף נעשו ניסיונות לביטולה

on that charge, save in exceptional circumstances, and it makes no difference whether the "The Scottish Criminal Jury", Duff; acquittal verdict is not guilty or not proven" (לעיל, הערה 51) בעמ' 193.

שם; Chalmers, Leverick and Munro (לעיל, הערה 54) בעמ' 849.

James Chalmers, Fiona Leverick and Vanessa E. Munro, "A Modern History of the Not Proven Verdict", 25(2) *Edin. L. R.* (2021) 151 (להלן: Chalmers, Leverick and Munro, "A Modern History of the Not Proven Verdict").

שם, בעמ' 154–153.

שם.

שם, בעמ' 155–154.

Bray (לעיל, הערה 51) בעמ' 1302; מובא אצל "The Scottish Criminal Jury", Duff, (לעיל, הערה 51) בעמ' 196. בשנת 1993 הוקדשה ברשת BBC Scotland תוכנית דוקומנטרית ל־not proven. במסגרת התוכנית נערך סקר בקרב הציבור הסקוטי. מהסקר עלו שני ממצאים חשובים: הראשון, רוב הציבור הסקוטי, לרבות אזרחים שניהנו בהרכבי מושבעים, אינו מבין את משמעויותיו ואת נפקותיותו של ה־not proven; הממצא השני מביך אף יותר, אזרחים סקוטיים רבים סבורים בטעות כי המשמעות של not proven היא שניתן להעמיד לדין את הנאשם בשנית אם תימצאנה ראיות חדשות.

Chalmers, Leverick and Munro (לעיל, הערה 54) בעמ' 850, מציינים כי הביקורת הראשונה על קיומה של הכרעה מסוג של not proven הושמעה כבר באמצע המאה התשע-עשרה במאמר: Lord Cockburn, "Scottish Criminal Jurisprudence and Procedure", 83 *Edin. L. R.* (1846) 196, p.206. ראו גם: Bray (לעיל, הערה 51) בעמ' 1302, בהערה 16; John Gray Wilson, *Not Proven* (1960).

בפרלמנט.⁶⁷ המחלוקת בסקוטלנד בין המצדדים בהכרעה של not proven לבין מתנגדיה הניבה "מלחמת כינויים". המתנגדים לה כינו אותה "ungracious verdict"; "bastard verdict"; "second-class acquittal" או "ambiguous and indefensible verdict", ואילו המצדדים בה כינו אותה "the most honest verdict a jury can truly give".⁶⁸ חרף המחלוקת, הקטגוריה של ה- not proven עומדת על מכונה, וכאמור לעיל היא אף נפוצה.

2. ארצות הברית

בארצות הברית, על כל מדינותיה, נהוגה שיטה הכוללת שתי הכרעות בלבד – guilty ו- not guilty. לפיכך מודרכים המושבעים להרשיע נאשם בדין (guilty) אם הראיות מבססות את אשמתו מעבר לכל ספק סביר. כל אימת שהראיות אינן חוצות את רף ההרשעה האמור, ניתנת הכרעה של זיכוי (not guilty). כפועל יוצא מכך ההכרעה של not guilty כוללת הן מצב שבו המושבעים השתכנעו בחפותו של הנאשם והן מצב שבו המושבעים לא השתכנעו באשמתו בשל חוסר בראיות. עם זאת במהלך השנים נעשה שימוש דה פקטו בקטגוריה של not proven בכמה פרשות. המקרה המפורסם הראשון הוא משפטו של סגן נשיא ארצות הברית אהרן בר משנת 1807 באשמת בגידה. במקרה זה המושבעים אימצו ניסוח חריג: "we of the jury say that Aaron Burr is not proved to be guilty under the indictment [...] submitted to us".⁶⁹ פרקליטי ההגנה מחו על נוסח הזיכוי "הלא שלם"

67 Bray (לעיל, הערה 51) בעמ' 1302. בשל הצעות החוק לביטול ה- not proven, וכדי שהדיון הציבורי והמקצועי יהיה מבוסס על נתונים, ממשלת סקוטלנד מימנה את המחקר הגדול ביותר שנערך עד כה בתחום זה. ראו: Rachel Ormston, James Chalmers, Fiona Leverick, Venessa Munro and Lorain Murray, "Scottish Jury Research: Findings from a Large-Scale Mock Jury Study", (2019) Scottish Government. המחקר, שנערך בין השנים 2017 ו-2019, בדק בין היתר את השפעת קיומה של הכרעה שלישית, ה- not proven, על החלטות מושבעים בסקוטלנד, וכיצד מושבעים מבינים פסקי דין של not proven. במחקר השתתפו 64 צוותי מושבעים מדומים (mock juries), שהורכבו מ-863 משתתפים. שיטת המחקר הייתה כדלקמן: המושבעים צפו בסרט מבויס של כשעה על אונס או תקיפה, ואז התבקשו להכריע במקרה שהוצג בתוך 90 דקות לכל היותר; המושבעים המצולמים כללו שחקנים מקצועיים בתפקידי עדים וסנגורים; שופט בכיר הנחה את המושבעים לפי הדין המקובל בסקוטלנד, באופן ששחזר את ההנחיות שמושבעות במשפט אמיתי ואשר נלקחו מה- Judicial Institute Jury של סקוטלנד; עורכי דין מנוסים יעצו בנוגע לתסריטים ולנאומי הסיום, והיו זמינים במהלך הצילומים כדי לסייע בבימוי שחקנים בהגשה מתאימה ובביצועים באולם בית המשפט. המושבעים גויסו מהציבור הרחב באופן ששיקף את האוכלוסייה המקומית מבחינת גיל, מגדר, רמת השכלה וכדומה. לאחר שהמשתתפים סיימו לצפות בסרט, התבקשו חצי מהמשתתפים לבחור בין שלוש תוצאות אפשריות – אשם, זכאי או not proven, ואילו החצי השני של המשתתפים התבקשו לבחור בין שתי אפשרויות בלבד – אשם או זכאי. חרף העובדה כי מחקר זה נערך על שיטת מושבעים, ניתן לומר בזהירות כי תוצאותיו רלוונטיות גם לשיטת המשפט הישראלית שבה ההכרעה במשפט מסורה לשופטים מקצועיים ולא למושבעים.

68 Bray (לעיל, הערה 51) בעמ' 1302, והמקורות המובאים שם בהערות 26 ו-27.
69 Thomas Fleming, *Duel: Alexander Hamilton, Aaron Burr, and the future of America* (1999), pp.392–393.

שנתנו המושבעים, אך נשיא בית המשפט העליון, ג'ון מרשל, הותיר את נוסח ההכרעה על כנו, וקטלג ורשם את ההכרעה כהכרעה מסוג של not guilty.⁷⁰ המקרה המפורסם השני אירע כמאתיים שנה לאחר מכן, בעת ניסיון ההדחה בפני הסנאט (impeachment) של הנשיא ביל קלינטון בשנת 1999. במקרה זה אחד מחברי הסנאט, הסנטור הרפובליקני ממדינת פנסילווניה Arlen Specter, בחר להצביע not proven במקום not guilty.⁷¹ לטענת Specter, הסנאט אסר שלא בצדק על שמיעת עדויות חיות לפני חברי הסנאט והתיר צפייה בשלוש עדויות מוקלטות בלבד מתוך רשימה של חמישה-עשר עדים, ובכך היה כדי לכבול את ידיהם של התובעים מטעם הסנאט. את החלטתו נימק Specter כך:

This is not to say the president is not guilty, but to specifically say that the charges have not been proven [...] My view is the Senate has done partial justice.⁷²

מעניין כי הכרעתו של Specter עוררה גל של תגובות הפתעה ומבוכה בשל הסתייה מהמסורת של המשפט האמריקני, והיו כאלו מקרב הציבור והתקשורת שאף ידעו לציין את הקשר בין הכרעתו של הסנטור למשפט הסקוטי.⁷³

לצד פרשיות מפורסמות אלו נעשה שימוש בהכרעה של not proven במקרים נוספים ידועים פחות.⁷⁴ כך למשל באחת הפרשיות שנדונו במדינת ושינגטון בשנת 1973 ציין שופט הערכאה הדינית: "My judgment here is not a verdict of innocent. It will be a verdict of 'not proven'".⁷⁵ בשנת 2002, בעניין Merlino, ביטל בית המשפט לערעורים זיכוי מרצח מסוג של not proven שנתן חבר מושבעים והורה על משפט חוזר מהטעם שלמושבעים ניתנו הנחיות שגויות בנוגע לאפשרות להשתמש בתוצאה של not proven.⁷⁶

במדינת קליפורניה אף נעשו שני ניסיונות לעיגונה של הכרעה מסוג שלישי של not proven בחוק, האחד בשנת 1993 והשני בשנת 2003. הניסיונות לא צלחו.⁷⁷ נוסף על כך, במהלך השנים, ובמיוחד בשנים האחרונות, הציעו מלומדים הצעות לאמץ הכרעה מסוג שלישי גם במשפט

-
- 70 שם, בעמ' 393. ראו גם: *United States v. Burr* 25 F.Cas. 30 (C.C. Va. 1807).
- 71 אף שכידוע אין מדובר בהליך פלילי רגיל. על מקרה זה ראו: Hannah Phalen, "Overcoming the Opposition to a Third Verdict: A Call for Future Research on Alternative Acquittals", 50 *Ariz. St. L. J.* (2018) 401; וכן אצל Barbato (לעיל, הערה 49) בעמ' 572–573.
- 72 מובא שם, בעמ' 572.
- 73 התגובות מובאות שם, בעמ' 573: "Hey Specter!!!"; "Why don't you move to Scotland"; "HELLOOOO. We don't live in Scotland, or hadn't you heard? ..."; "I think you look good in kilts. You have nothing to hide under them".
- 74 שם, בעמ' 573–575; Phalen (לעיל, הערה 71) בעמ' 405–406.
- 75 *State v. Bastinelli* 506 P.2d 854, 857 (Wash. 1973).
- 76 *United States v. Merlino* 310 F.3d 137, 144 (3rd Cir. 2002). ראו דיון אצל Barbato (לעיל, הערה 49) בעמ' 575–576.
- 77 שם, בעמ' 574–575; Phalen (לעיל, הערה 71) בעמ' 405.

האמריקני, והתעורר פולמוס באשר לשאלת נחיצותה.⁷⁸ היו מלומדים אמריקנים שהציעו להחליף את ההכרעה של not guilty בסוגים שונים של זיכוי, בדומה לשיטת המשפט הסקוטית. כך למשל המלומדים Robinson ו-Cahill הציעו לאמץ ארבעה סוגי זיכויים במקום ההכרעה של not guilty: "היעדר הפרה של החוק", המתאים למקרים שבהם לא הופר החוק; "הפרה מסוג של צידוק", המתאים למקרים של הגנה עצמית או של הגנות אחרות מסוג של צידוק; "הפרה ללא אשם", המתאים למקרים של אי-שפיות או להגנות אחרות מסוג של פטור; "הפרה שלא ניתן להעניש עליה", המתאים למקרים שבהם הנאשם לא בהכרח לא אשם אך לא ניתן להעמידו לדין בשל חסינות מסוימת, למשל חסינות דיפלומטית.⁷⁹ המלומד Bray הציע לייבא לשיטה האמריקנית את ההכרעה של not proven הסקוטית.⁸⁰ בשונה מזה, היו כאלה שביקשו לשמר את ההסדר הקיים הכולל שתי הכרעות בלבד, ואולם הציעו לצידו הליך בירור חיצוני להליך הפלילי, אשר במסגרתו יוכל הנאשם לקבל סעד הצהרתי של חפות.⁸¹ חרף כל האמור הגישה הרווחת, הקובעת שני סוגי הכרעות בלבד, זו של הרשעה וזיכוי, נותרה על כנה והיא הנהוגה גם כיום בכל ארצות הברית.

3. איטליה

במשפט הפלילי של איטליה היו קיימים בעבר שני סוגים של זיכוי: "זיכוי מלא" ו"זיכוי בשל חוסר בראיות" (*acquittal 'per insufficienza di prove'*). הזיכוי בשל חוסר בראיות נקבע לראשונה בקוד הפרוצדורה הפלילית האיטלקי משנת 1913, ומשם הועתק לסעיפים 378(2) ו-479(3) לקוד הפרוצדורה הפלילית משנת 1930.⁸² סעיפים אלו קבעו כי אם הראיות נגד הנאשם אינן מספיקות להרשעה, יש לציין בהכרעת הדין כי הנאשם "זכאי בשל חוסר בראיות".⁸³ לפי הפסיקה, זיכוי בשל חוסר בראיות היה ניתן כאשר הספק ניקר בראשו של השופט, בשל ראיות שאינן מספקות לשם הרשעה או בשל שיווי משקל שנוצר בין ראיות מרשיעות למזכות. על הכרעת דין כזו יכול היה נאשם להגיש ערעור.

זיכוי אדם בשל חוסר בראיות גרר סדרה של השלכות משפטיות מזיקות: הוא יצר רישום פלילי שאותו אפשר היה לחשוף לגורמים מעוניינים; אפשר היה להתחשב בו לצורך הטלת עונש בהליכים אחרים (נפרדים); אפשר היה להתחשב בו לצורך הערכת מסוכנותו של הפרט בהליכים אחרים; לעיתים קרובות הסתמכו עליו כסיבה לדחות את בקשתו של אדם למחוק את הרישום

78 ראו: Phalen (לעיל, הערה 71).

79 Paul H. Robinson, Michael T. Cahill, "Law Without Justice: Why Criminal Law Doesn't Give People What They Deserve" (2006), p.210; וראו גם את הצעתו של Myers II, Richard E. Myers, "Requiring a Jury Vote of Censure to Convict", 88 N.C.L. REV. (2009) 137.

80 Bray (לעיל, הערה 51).

81 Andrew D. Leipold, "The Problem of the Innocent, Acquitted Defendant", 94 Nw. U. L. Rev. (2000) 1297.

82 Picinali (לעיל, הערה 48) בעמ' 34 ואילך.

83 G.C. Gebbie, S.E. Jebens and A. Mura, "'Not Proven' as a Juridical Fact in Scotland, Norway and Italy", 7(3) Eur. J. Crime Crim. L. & Crim Just. (1999) 262, p. 271.

הפלילי שלו מהרשעות קודמות; הוא יכול היה לתרום להצדקת הפעלתם של אמצעי מניעה לביצוע עבירות כגון אמצעי מעקב או תפיסת נכסים.⁸⁴ היו גם כמה וכמה הסדרים שקבעו ש"זיכוי בשל חוסר בראיות" פועל לרעתו של האדם בהליכים משמעתיים נגד עובדי מדינה ומשרתי ציבור. בספרות המשפטית של אותן שנים באיטליה התקבעה העמדה שלפיה זיכוי בשל חוסר בראיות יצר סטיגמה שהייתה לה השפעה שלילית על מעמדו החברתי של האדם, על קשריו האישיים והעסקיים.⁸⁵ ואחרון, העובדה שהחוק התיר לנאשם לערער על זיכוי בשל חוסר בראיות נתפסה כהכרה מרומזת מצד מערכת החוק הפלילית כי הכרעת דין כזו טומנת בחובה תכונות של הרשעה.⁸⁶

מאז שנקבע לראשונה בקוד הפלילי משנת 1913, ואף שהיו לו גם תומכים, מעמדו של הזיכוי בשל חוסר בראיות נותר שנוי במחלוקת. כינונה של חוקת איטליה בשנת 1948 ואשרורה של האמנה האירופית לזכויות אדם על ידי איטליה בשנת 1955 תרמו לחיזוקה של טענת הנגד העיקרית שלפיה זיכוי בשל חוסר בראיות פוגע בחזקת החפות.⁸⁷

בשנת 1988 חוקקה איטליה קוד פרוצדורה פלילי חדש אשר שינה את שיטת המשפט הפלילית האיטלקית משיטה אינקוויזיטורית המאפיינת את המשפט הפלילי של מדינות הקונטיננטל לשיטת משפט מעורבת הכוללת גם מאפיינים אדוורסריים מבית מדרשן של מדינות המשפט המקובל.⁸⁸ בשל הביקורת שנשמעה נגד הזיכוי בשל חוסר בראיות – ובעיקר הביקורת כי זיכוי כזה פוגע בחזקת החפות – לא נכלל סעיף זה בקוד הפרוצדורה הפלילית משנת 1988. לפי סעיף 530(2) לקוד של 1988, חוסר בראיות להרשעת הנאשם מניב כיום במשפט הפלילי האיטלקי זיכוי מוחלט בלבד. עמדו על כך במאמרם Gebbie, Jebens & Mura:

The new Code of Criminal Procedure marks the victory of the critical opinions against the 'lack of evidence' formula, which was definitively revoked in 1988. Thus, the judge is today compelled to apply the logic of 'yes or no'. This is presented as a triumph of progress and civilization (although some have pointed out the risk that the judge, not having the old safety valve of the dubitative

84 Picinali (לעיל, הערה 48) בעמ' 35.

85 שם, בעמ' 35–36. Picinali מצטט בהקשר זה את אחד המלומדים האיטלקיים (F. Cordero), אשר כתב בשנת 1971: "Words do matter in social life and, in this respect, the acquittal 'per insufficienza di prove' is considered a disqualification of sorts".

86 שם, בעמ' 36.

87 שם, בעמ' 37.

88 William T. Pizzi & Luca Marafioti, "The New Italian Code of Criminal Procedure: The Difficulties of Building an Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation", 17 *Yale J. Int'l L.* p. 5, p.15; Adelmo Manna and Enrico Infante, *Criminal Justice Systems in Europe and North America: Italy* (2000).

formula, could sometimes – in extreme cases – be led to convict in circumstances where the evidence is not entirely indisputable).⁸⁹

קוד הפרוצדורה הפלילית החדש משנת 1988 מציין במפורש את המצבים השונים שבהם יש לזכות את הנאשם, ואלו הם: כאשר לא בוצע פשע; כאשר בוצע פשע אך הנאשם לא ביצע אותו; כאשר לא היו ראיות מספיק כדי להרשיע את הנאשם; מעשיו של הנאשם חוסים בסייג בעל אופי של צידוק; כאשר לא ניתן להכריע במקרה בשל בעיות דיוניות.⁹⁰ נוסף על זה, השופט יכול לתת ביטוי בפסק דינו להתלבטויותיו ולספקותיו בנוגע לזיכוי של הנאשם. עם זאת ולמרות כל אלה, בקוד משנת 1988 השימוש בהכרעות שונות מ"הרשעה" או "זיכוי מלא" נאסר.⁹¹ על כן כאשר הראיות אינן מספיקות לצורך הרשעה, כאשר הוכח שהנאשם אינו אשם, או כאשר לא נמצאו ראיות שהוא אשם, ההכרעה בכל המקרים זהה: זיכוי מלא של הנאשם לכל דבר ועניין, הן במישור הפלילי והן באשר להשלכות במישור האזרחי.⁹² יש להדגיש כי "זיכוי מלא" כאמור לעיל חוסם כל תביעה במסגרת ההליך הפלילי להוצאות משפט או לפיצוי לקורבן העבירה, שכן משמעותו של הזיכוי היא שהנאשם לא ביצע את העבירה שיוחסה לו בכתב האישום. הדרך היחידה לעקוף את הזיכוי במישור הפלילי ולתבוע פיצויים או דמי נזק היא פנייה אל המשפט האזרחי והוכחת אחריות נזיקית לפי קוד הפרוצדורה האזרחית, אך בתנאי שקורבנות העבירה לא הצטרפו כצד להליך הפלילי שתוצאתו הייתה זיכוי.⁹³

4. סיכום המשפט המשווה

ברובן המכריע של שיטות המשפט הפלילי המדינתיות בעולם קיימות שתי תוצאות להליך הפלילי – אשם (guilty) ולא אשם (not guilty) – ולא קיים בהן סוג נוסף של זיכוי או תוצאה שלישית כלשהי להליך הפלילי. במשפט הפלילי של איטליה היו קיימים בעבר שני סוגים של זיכוי: "זיכוי מלא" ו"זיכוי בשל חוסר בראיות". בשל הביקורת שנשמעה נגד קיומו של הסוג הנוסף של הזיכוי לא חוקק סעיף זה מחדש בקוד הפרוצדורה הפלילית משנת 1988, וכיום קיימות באיטליה שתי תוצאות למשפט הפלילי – אשם ולא אשם. בקודקסים הפליליים של כל חמישים המדינות בארצות הברית נקבעו שני סוגי הכרעות בלבד – אשם ולא אשם. אומנם במהלך השנים הציעו מלומדים הצעות שונות לאימוץ הכרעה מסוג שלישית גם במשפט האמריקני, אך ככל הידוע לנו, הן לא

89 Gebbie, Jebens & Mura (לעיל, הערה 83) בעמ' 272–273.

90 שם, בעמ' 271.

91 במאמרנו "Two Kinds of Acquittals – Different Kinds of Doubts" (לעיל, הערה 3) בפרק 2.2 גרסנו בטעות כי ההכרעה השלישית "זיכוי בשל חוסר בראיות" עדיין קיים באיטליה, בשל הסתמכות על מקור שגוי.

92 שם, בעמ' 273.

93 שם; Manna & Infante (לעיל, הערה 88) בעמ' 36: "The injured parties can also decide to claim compensation for damage before a civil court only. In this case, if they had not acted as civil plaintiffs during the criminal proceedings, a possible acquittal in the criminal use is not effective in their civil case".

התגבשו לכלל חקיקה. למעשה, חוץ מהמשפט הישראלי סוג נוסף של זיכוי קיים כיום רק במשפט הפלילי של סקוטלנד – not proven – אך גם שם קיים ויכוח ארוך שנים בדבר הצדקתו, ובשנים האחרונות נשמעו קולות רבים התומכים בביטולו, וכיום אף תלויות ועומדות לפני הפרלמנט הסקוטי הצעות חוק לביטולו.

התובנה שלפיה למשפט הפלילי שתי תוצאות – אשם ולא אשם – משותפת אפוא לרוב מכריע של שיטות המשפט, והיא בבחינת "קונצנזוס גלובלי". לפי פסיקת בית המשפט העליון, סטייה מקונצנזוס גלובלי צריכה להיעשות על סמך טעמים כבדי משקל. בלשונו של השופט ריבלין, "קונצנזוס גלובלי אמנם אינו מחייב בשיטת משפטנו, ובמקרים המתאימים אף עשוי להימצא טעם טוב לסטות ממנו. אולם אין ספק כי מן הראוי ליתן לו משקל מתאים, תוך התייחסות לגורמים ולנימוקים שהובילו ליצירתו, ולבחון אם ראוי לאמצו גם במסגרת שיטת המשפט הישראלית".⁹⁴ בענייננו יש לבסס את הקריאה לביטולו של זיכוי מחמת הספק גם על נתונים וגם על דיון עיוני בדבר הטעמים המחייבים והשוללים את המוסד, ואת זאת נעשה להלן. עם זאת כבר בשלב זה ניתן לומר כי סטייה מהקונצנזוס הגלובלי בדבר שתי התוצאות הקוטביות – אשם ולא אשם – הקיימות ברובן המכריע של מערכות המשפט הפלילי בעולם מחייבת הצדקות חזקות. בעניין זה נזכיר את שכתבנו לעיל, כי במשפט הישראלי לא ניתן למצוא ולו פסק דין עקרוני אחד אשר מספק טעמים התומכים בקיומו של זיכוי מחמת הספק כסוג של הכרעה.

כעת נפנה לניתוח הטעמים המחייבים והשוללים אשר עלו בספרות בנוגע לקיומה של קטגוריה זו.

ד. הטעמים המחייבים והשוללים קיומו של "זיכוי מחמת הספק"

בספרות ובפסיקה, בעיקר אלו שנכתבו בהקשר של ה־not proven הסקוטי, קיים זה שנים לא מעטות דיון בטעמים המחייבים או השוללים קיומו של סוג נוסף של זיכוי. גיבוש עמדה בנוגע לזיכוי מחמת הספק מחייב התמודדות עם טעמים אלו. יש לציין כי חלק מהטיעונים העיוניים נתמכו במהלך השנים גם בנתונים כמותיים, אך חלק מהנתונים אינם מלאים, וטיעונים עיוניים אחדים אינם מתבססים על נתונים אלא על השערות. בפרק זה נעשה מאמץ להפריד בין הטעמים ולייחד לכל טעם דיון משלו.

94 ע"א 1326/07 **המר נ' עמית**, פ"ד סה(2) 797, 835 (2012). ראו גם רע"פ 7036/11 **מדינת ישראל נ' חורי**, פ"ד סו(3) 783, 809 (2014); וכן ראו מאמרו של השופט ריבלין, שעליו הוא מסתמך בעניין **המר (שם)**: Eliezer Rivlin, "Thoughts on Referral to Foreign Law, Global Chain-Novel, and Novelty", 21 *Fla. J. Int'l L.* (2009) 1, p.15.

1. ההגנה מפני הרשעות שווא

הרשעת שווא פירושה כי הקביעה שאליה הגיעה מערכת המשפט בנוגע לנאשם מסוים – כי הוא אשם מעבר לכל ספק סביר – היא שגויה. הרשעת שווא בעבירה חמורה יכולה להסתיים בכליאתו מאחורי סורג ובריח של אדם על לא עוול בכפו בעוד הפושע האמיתי ממשיך להלך חופשי ואולי גם לפשוע.⁹⁵ הרשעת שווא היא אחת הפגיעות הקשות ביותר בזכות החוקתית לחירות, והיא הושוותה בספרות ל"תאונת מטוס".⁹⁶ נטען כי "אין מדובר בסכנה זניחה, ואין להקל בה ראש; להיפך, יש להתייחס אליה בכובד-ראש ולבחון את ההצעות השונות לצמצום הסכנה, אך תוך איזון ראוי בין מכלול הערכים והאינטרסים הרלוונטיים".⁹⁷ סנג'רו גרס במחקריו כי בישראל שיעור הרשעות השווא של חפים מפשע נע בין 5% בעבירות החמורות ל-10% בעבירות החמורות פחות,⁹⁸ אך חוקרים אחרים סבורים כי הערכותיו אלו אינן מבוססות ואף מוטעות. כך למשל במאמר ביקורת על מסקנתו זו של סנג'רו הביע לוי את דעתו כי שיעור הרשעות השווא בישראל אינו עולה על חצי אחוז מכלל ההרשעות.⁹⁹

טעם שהעלו בעבר תומכי ה-*not proven* בסקוטלנד, ושניתן לטעון אותו גם בקשר ל"זיכוי מחמת הספק", הוא שקיומו מספק הגנה מסוימת מפני הרשעות שווא. טעון זה נשען על שתי הנחות: האחת, כאשר שופט עומד בפני תיק שהראיות בו גבוליות, וקשה להחליט אם יש להרשיע או לזכות, יעדיף השופט לזכות מחמת הספק, ואילו היעדרה של אפשרות כזו והצורך לבחור בין זיכוי להרשעה בלבד עלולים לדחוק את השופט לבחור בהרשעה. זאת אומרת שקיומו של זיכוי מחמת הספק כסוג של זיכוי מקטין את שיעור ההרשעות הגבוליות; השנייה, הקטנת שיעור ההרשעות הגבוליות ככלל תפחית גם את שיעור הרשעות השווא. המלומד Duff עמד על טעם זה במאמרו בנוגע ל-*not proven* הסקוטי:

[I]t is claimed that if jurors were faced with a straight choice between guilty and not guilty, they might opt for guilty where otherwise they would have found the

95 בועז סנג'רו, "ההודאה כבסיס להרשעה – האמנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא", **עלי משפט** ד' 245, 246 (תשס"ה); בועז סנג'רו, **הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם – גורמים ופתרונות** (2014) (להלן: סנג'רו, **הרשעת חפים מפשע**).

96 שם, בעמ' 17, 32–33.

97 מרדכי לוי, "הסכנה של הרשעות-שווא בישראל – גורמיה המרכזיים והצעות לצמצומה בעקבות ספרו של בועז סנג'רו הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם – גורמים ופתרונות", **מאזני משפט** י 11 (תשע"ה).

98 סנג'רו, **הרשעת חפים מפשע** (לעיל, הערה 95) בעמ' 3–42; בועז סנג'רו "לא רק סכנה אלא תופעה – תשובה לתגובתו של השופט מרדכי לוי על הספר 'הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם': גורמים ופתרונות" **מאזני משפט** י 67, 70 (תשע"ה).

99 לוי (לעיל, הערה 97) בעמ' 26–27.

case not proven. In other words, there would be an increased danger of wrongful convictions.¹⁰⁰

נוסף על זה ציין Duff, כי בשנת 1975, בוועדת Thomson, אשר בחנה את סדר הדין הפלילי בסקוטלנד, נמנעה דעת הרוב מההמלצה לבטל את מוסד ה־not proven, בדיוק בשל טעם זה, אף שהתקבלה הטענה הכללית כי שיטה פלילית הכוללת שלושה סוגי הכרעות אינה הגיונית.¹⁰¹ תמיכה מסוימת לטענה שלפיה ה־not proven הוא בעל פוטנציאל בהפחתת הרשעות שווא ניתן למצוא במחקר הסקוטי המקיף.¹⁰² במחקר נמצא כי כאשר קיימת בפני מושבעים יחידים (להבדיל מהרכב מושבעים) האפשרות לבחור הכרעה מסוג של not proven לצד זיכוי והרשעה, קיים סיכוי נמוך יותר שהללו יבחרו בהכרעה של הרשעה (לעומת מצב שבו עומדת למושבעים אפשרות לבחור בין שתי אפשרויות בלבד – זיכוי או הרשעה).¹⁰³ אם ההסבר לממצא זה הוא שהמקרים הללו שבהם המושבעים החליטו not proven במקום "הרשעה" הם מקרים גבוליים, כאלו שבהם רמת ההוכחה הייתה קרובה לרף הנדרש לטעמם ולא המקרים שבהם שוכנעו בוודאות מלאה באשמה, אזי סביר כי אלו גם המקרים שבהם הסיכוי להרשעת שווא הוא הגדול ביותר. אם זוהי המשמעות של הממצא, הרי שתוצאה של not proven יכולה לתרום להפחתת הרשעות שווא. אולם הקושי להסיק מסקנה ודאית כזו מתוך ממצא זה, גם לדעת עורכי המחקר, נובע מכך שלא ניתן להניח מעלייה בשיעורי הזיכוי שהכרעה של not proven מונעת הרשעת שווא, שכן אין דרך לדעת אם האנשים שזוכו בהכרעה של not proven (ואשר היו מורשעים במערכת שבה רק שתי תוצאות אפשריות – זיכוי או הרשעה) הם אכן חפים מפשע מבחינה עובדתית.¹⁰⁴ היוצא הוא שגם אם השיטה הפלילית מעדיפה את הערך של מניעת הרשעות שווא על פני המחיר של זיכוי אשמים,¹⁰⁵ מהמחקר הסקוטי האמור לא ניתן לגזור מסקנה חד־משמעית, אם בכלל, התומכת בטענה כי

100 Duff, "The Not Proven Verdict" (לעיל, הערה 51) בעמ' 194. שר המשפטים של איטליה בשנות השלושים, Alfredo Rocco, אשר תמך בהכללת "זיכוי בשל חוסר ראיות" בקודקס הפרוצדורה הפלילית משנת 1930, העלה גם הוא את הטענה כי ביטולו של סוג זיכוי זה יעלה את שיעור ההרשעות במקרים של ספק, מה שיגרור עלייה בשיעור הרשעות השווא. ראו: Picinali (לעיל, הערה 48) בעמ' 37.

101 Duff, "The Not Proven Verdict" (לעיל, הערה 51) בעמ' 194.

102 Ormston (לעיל, הערה 67).

103 Chalmers, Leverick and Munro (לעיל, הערה 54) בעמ' 870–871. ממצא זה עולה בקנה אחד גם עם הממצאים בשני המחקרים האלה, אשר היו מקיפים פחות בכמה מישורים, לרבות מבחינת מספר המשתתפים: Lorraine Hope, Edith Greene, Amina Memon, Melanie Gavisk and Kate Houston, "A Third Verdict Option: Exploring the Impact of the Not Proven Verdict on Mock Juror Decision Making", 32 *Law Hum Behav.* (2008) 241, p.248; Lee J. Curley, Rory MacLean, Jennifer Murray, Phyllis Laybourn and David Brown, "The Bastard Verdict and its Influence on Jurors", 59 *Science and the Law* (2019) 26, p.32.

104 Chalmers, Leverick and Munro (לעיל, הערה 54) בעמ' 871.

105 כמאמר דבריו של הרמב"ם, "יותר טוב ויותר רצוי לפטור אלה חוטאים, מלהרוג נקי אחד ביום מן הימים" (ספר המצוות לרמב"ם, מצוות לא תעשה, מצווה ר"צ).

שימורו של ה־not proven במשפט הפלילי הסקוטי, כמו גם שימורו של מוסד ה־זיכוי מחמת הספק במשפט הפלילי הישראלי, אכן מספקים הגנה מסוימת מפני הרשעות שווא. אכן, אין חולק כי מניעת הרשעות שווא היא אינטרס חשוב במיוחד, אך יש דרכים מוכחות אחרות למנוע הרשעות שווא, המוסכמות על מלומדים, שאינן כרוכות בפגיעה קשה בזכויות נאשמים.¹⁰⁶ חלקן אף מיושמות בשיטות משפט שונות.¹⁰⁷ טענתו של Duff, שנכתבה על ה־not proven הסקוטי, שלפיה לא ניתן להצביע על מדינה אחת בעולם אשר בה מקובלת הדעה שהעמדת שלוש ברירות הכרעה בפני המושבעים היא פתרון הולם להרשעות שווא, נכונה כמובן גם למוסד הזיכוי מחמת הספק הישראלי,¹⁰⁸ והיא עולה בקנה אחד גם עם דעתנו. לסיכום, נכון להיום אין בנמצא מחקר אשר כולל ממצאים כמותיים התומכים תמיכה רבה בטענה העיונית-תאורטית שלפיה "זיכוי מחמת הספק" אכן מספק הגנה מסוימת מפני הרשעות שווא (וכאמור, קשה להוכיח שאכן כך הדבר), ולפיכך לפחות בהיבט של טעם זה, אין הצדקה לשימורו. לעומת זאת אם אפשר יהיה לבסס, באמצעות ממצאים תקפים, את הטענה בדבר תרומתו של הזיכוי מחמת הספק למניעת הרשעות שווא, יהיה בכך טעם טוב לשימורו של מוסד זה.¹⁰⁹

2. מסר לקורבנות העבירה

טעם נוסף שהועלה בספרות כתמיכה לסוג נוסף של זיכוי – כגון ה־not proven הסקוטי או ה־זיכוי מחמת הספק הישראלי – הוא שפסק דין כזה מוסר מסר חשוב לקורבנות העבירה. נסביר: כאשר נאשם מזוכה מעבירה, בייחוד מעבירת מין או עבירת אלימות, הזיכוי, לפחות מנקודת מבט של המתלוננת (וגם מנקודת מבט הציבור), מטיל צל על אמינותה, ועדותה מצטיירת בדיעבד כאמינה פחות.¹¹⁰ מובן שבדרך כלל נקודת מבט זו יכולה להיות סובייקטיבית, שכן הזיכוי יכול לנבוע

106 ראו: סנג'רו, **הרשעת חפים מפשע** (לעיל, הערה 95) בעמ' 258–260. בין השאר מונה סנג'רו את האמצעים האלה: (1) ייסוד גוף מרכזי לבטיחות במשפט הפלילי (בדומה למנהל המזון והתרופות האמריקני, ה־FDA), שתפקידו יהיה לחקור תאונות במשפט הפלילי ולהפיק לקחים; (2) הגברת השימוש בראיות מדעיות ואימוץ סטנדרטים גבוהים שיחולו על מכשירים המשמשים להפקת ראיות מדעיות; (3) תיעוד בוודא של כל חקירות החשודים; (4) שאיפה לעצמאות של הראיות כדי שלא תשפיענה זו על זו; (5) קביעת כלל משפטי שלפיו לא תתאפשר הרשעה המבוססת על ראיה אחת ויחידה; וכדומה.

107 ראו למשל: חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב–2002, ס"ח 1855, אשר מחייב תיעוד בוודא של חקירת חשודים.

108 ראו: Duff (לעיל, הערה 51) בעמ' 195. אף שבישראל לא נוהגת כלל שיטה של מושבעים, ברור כי בעת ש־Duff כתב את הדברים הוא לא היה מודע לכך שקיימת עוד מדינה בעולם (כלומר ישראל) שבה קיים סוג נוסף של זיכוי דוגמת ה־not proven.

109 בדיקה של טענה זו בניסוי אמפירי היא קשה ומורכבת. לאחרונה קיבלו הכותבים ביחד עם פרופ' עמית פונדיק וד"ר מאיר ברנרן מענק ISF לצורך מימון ניסויים שמטרתם לבדוק טענה זו: Amit Pundik, Meir Barneron, Yoram Rabin & Yaniv Vaki, "Adding a Third Verdict to Reduce the Risk of False Convictions", submitted to the Israel Science Foundation (ISF), Aug. 2024.

110 מובן שגם ילדים וגברים יכולים להיות קורבנות לעבירות מין. כדי לא לסרב את הכתוב בחרנו בתת-פרק זה להשתמש בביטוי "מתלוננת" או "מתלוננות" – ולא בביטוי הכפול "מתלוננות

מסיבות שאינן קשורות לאמינותה של המתלוננת. זאת אומרת, שייתכן שעדויותיה של המתלוננת במשטרה ובבית המשפט היו אמינות, והנאשם זוכה מטעמים אחרים (למשל קבלתן של טענות הגנה כגון אי־שפיות לפי סעיף 34 ח' לחוק העונשין, טעות במצב דברים של הנאשם לפי סעיף 34 לחוק העונשין או מחדלי חקירה של המשטרה שמצדיקים זיכוי מטעמים של נזק ראייתי וכדומה). נוסף על זה, תופעה כזו יכולה ליצור "אפקט מצנן" אצל המתלוננות, בעיקר בעבירות מין ו אלימות, שם מושגת המשפט במקרים רבים על עדותה של המתלוננת. על בסיסה של מציאות זו נטען שזיכוי שאינו מוחלט הוא בעל תפקיד חשוב בהעברת מסר למתלוננות כי בית המשפט (או חבר המושבעים) האמין להן, וכי הנאשם זוכה לא בשל חוסר אמינותן אלא בשל חוסר בראיות או ספק אחר שהתעורר במשפט. טעם זה הועלה כאמור בסקוטלנד בנוגע ל־not proven, מצד מלומדים ושופטים, אם כי לא תמיד בהסכמה.¹¹¹ כך למשל, דברי תמיכה בטעם זה השמיע שופט בית המשפט העליון של סקוטלנד, הלורד John Herbert McCluskey, אשר כתב כי הכרעה של not proven היא בעלת ערך במצבים יום־יומיים מסוימים, לדוגמה במשפט על אונס שבו חבר המושבעים מאמין ללא סייג לעדות האישה שלפיה היא נאנסה על ידי הנאשם אך אין בנמצא ראיות מאששות. במצב זה חבר המושבעים אמור לזכות את הנאשם, אך בשל האפשרות שייווצר רושם מוטעה שלא נתנו אמון בעדות האישה, מעדיפים המושבעים הכרעה של not proven, אשר משקפת בדיוק רב יותר את העובדה שלא נמצאו ראיות מספיקות לצורך הרשעה כנדרש על פי החוק הסקוטי.¹¹²

נוסף על זה, בטעם זה צידדו באמצע שנות התשעים של המאה שעברה גם מרכזי סיוע לנשים בסקוטלנד, שאת קולן בפרלמנט הסקוטי השמיע חבר הפרלמנט Malcolm Chisholm, בעת דיון בהצעה לבטל את ה־not proven.¹¹³ ואכן, המחקר שנערך בסקוטלנד מעלה כי כאשר מושבעים

ומתלוננים" – משום שכרוב המקרים המתבררים בבתי המשפט קורבנות העבירה הן ילדות או נשים. עם זאת כל הטענות הנטענות בהקשר זה נכונות גם למתלוננים ממין זכר.

111 ראו למשל את ניסוח הטענה אצל Chalmers, Leverick and Munro (לעיל, הערה 54) בעמ' 857: "The claim is that a not proven verdict sends the message to the sexual offence complainer that she was believed, but that there was ultimately felt to be insufficient evidence to support a conviction"; וראו גם ניסוחו של Duff (לעיל, הערה 51) בעמ' 194: "In such cases, the not proven verdict is more satisfactory for the victim because it does not necessarily cast doubt upon her honesty or reliability".

112 Lord McClusky, "Not proven: A Reply", 17 S.L.T. (2002) 148, pp.148–150. מובא אצל Chalmers, Leverick and Munro (לעיל, הערה 54) בעמ' 857.

113 HC Deb 7 Jun 1995, cols 225–226. מובא אצל Chalmers, Leverick and Munro *Modern History* בעמ' 164: "I have been lobbied by the rape crisis centre in Edinburgh, which is supported by other rape crisis centres in Scotland... The rape crisis centre in Edinburgh and the people it represents feel passionately about this issue. Other women's organisations in Edinburgh have also raised the issue with me... If the not proven verdict is taken away and such verdicts in the High Court become not-guilty verdicts, the credibility, honesty and reliability of women will be further called into question. If women know

משתמשים ב־not proven הם לעיתים מבקשים למסור מסר חיובי "מפייס" למתלוננות בעבירות מין שלפיו חרף הזיכוי הייתה עדותן אמינה.¹¹⁴ להערכתנו, ממצא דומה עולה מהמחקר שערכנו בישראל.

אחת מהשערות המחקר שלנו הייתה כי בדומה למצב בסקוטלנד, גם בישראל שופטים מנסים מעת לעת להשתמש ב"זיכוי מחמת הספק" כדי למסור למתלוננות או למתלוננים בעבירות מין ובעבירות אלימות מסר שלפיו זיכוי הנאשם אינו מטיל דופי באמינותם ובעדויותיהם במשטרה ובמשפט, וכי הנאשם זוכה מחמת הספק בלבד, שכן "רובץ [עליו] חשד כבד";¹¹⁵ שהחלטת הזיכוי "אינה מסירה ממנו חשדות",¹¹⁶ או ש"בית המשפט חושד שהנטען אירע כגירסת כתב האישום, אלא שעוצמת הראיות חלשה או ניטע ספק אחר בלב".¹¹⁷ פעמים, לצד הזיכוי מחמת הספק הוסיף בית המשפט אמירה מפורשת שלפיה אין להסיק מהזיכוי כי המתלוננת לא דיברה אמת.¹¹⁸ אם אכן מנסים השופטים בישראל למסור מסר תומך במתלוננות באמצעות הזיכוי מחמת

that that verdict is not available, it will not only be a serious problem for victims of rape but women will be discouraged from coming forward with complaints of rape. I therefore cannot express too strongly the fact that rape crisis organisations feel that this is a major issue for them and those they represent". אך ראו את תגובתו, שם, של חבר הפרלמנט George Robertson, אחד ממובילי המאבק לביטול ה־not proven : "I have responded in writing to the rape crisis centres that have written to me. I have told them that, if they are satisfied with juries going for the not proven cop-out, they are doing a disservice to those who find themselves in court"

114 ראו את הדברים שמסרו המשתתפים במחקר, כפי שהביאו אותם Chalmers, Leverick and Munro (לעיל, הערה 54) בעמ' 858. כך למשל משתתף אחד במחקר אמר כך: "... obviously if we say not guilty in this case we would be implying that we think, for example, that [the complainant] is not a credible witness, that she is lying. We might feel more comfortable saying not proven because "Yes, I'm going not proven, because I think : ובהמשך : "I think he was credible and reliable and I believe her testimony, but as the judge said that we need to have corroboration and I don't think it was beyond reasonable doubt corroboration" "I think he was guilty, but I would probably have to go for a not proven because I : נוסף אמר כך : "I think the fact that he couldn't prove, beyond whatever reasonable doubt is, that she got the bruises from an attack means that really reluctantly I would probably have to go not proven. Although on the basis of her testimony and his, I definitely believe her"

115 ע"פ 6052/97 בנימינוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.4.1998).

116 ע"פ 892/07 גרנדיבסקי נ' מדינת ישראל, פסקה 34 לפסק דינו של השופט אלון (פורסם בנבו, 26.5.2008).

117 ע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל, פסקה ט"ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 26.7.2012) (להלן: עניין ידען).

118 שם, בפס' 42–43 לפסק דינו של השופט זילברטל: "סבורני כי יש לזכות את המערער מחמת הספק. כל התמיהות שהעליתי לא באו לומר כי לא היו דברים מעולם או כי המתלוננת אינה דוברת אמת. כל אחד מסימני השאלה, כשלעצמו, לא בהכרח היה מביא אותי למסקנת הזיכוי. עם זאת כאשר כל אלה מצטברים יחד לכדי מסה קריטית, אשר יש בה כדי להביא לאיזון מחודש של כפות המאזניים, ומאחר ובהשערות וניחושים אין די לביסוס הרשעה בפלילים, הגעתי למסקנה, כי גרסת המאשימה לא הוכחה מעבר לכל ספק סביר באופן הנדרש על מנת לגבור על החשש מפני הרשעת חף מפשע.

הספק, הרי שצפוי למצוא כי שיעור הזיכויים מחמת הספק בעבירות מין ובעבירות אלימות יהיה גדול משיעור הזיכויים מחמת הספק ביתר העבירות.¹¹⁹ ואכן, בלוח 5 שהוצג לעיל נמצא כי שיעור הזיכויים מחמת הספק בעבירות מין גדול משיעור הזיכויים מחמת הספק ביתר סוגי העבירות בעקיבות, אם כי ברמת מובהקות משתנה בין סוגי הערכאות; ששיעור הזיכויים מחמת הספק בעבירות אלימות גדול משיעור הזיכויים מחמת הספק ביתר סוגי העבירות; ששיעור הזיכויים מחמת הספק בעבירות מין ובעבירות אלימות ביחד גדול משיעור הזיכויים מחמת הספק ביתר סוגי העבירות (למעט הסוגים של עבירות מין ועבירות אלימות).

מה משמעותם של הממצאים הללו? אף שייתכן שיש הסברים שונים לממצאים, הרי שהם מצביעים לפחות על האפשרות, שלפיה שופטים בישראל אכן נוהגים למסור למתלוננות (ולמתלוננים) בעבירות מין ובעבירות אלימות, את המסר המפייס והמרגיע לגבי אמינותן וזאת, באמצעות החלטתם לזכות את הנאשם מחמת הספק.¹²⁰

אולם הדין עד כה התעלם מבעיות קשות הנוגעות לטעם זה. ראשית, קיימת לפחות אפשרות שבמקרים מסוימים בתי המשפט בישראל (או מושבעים בסקוטלנד) אימצו הכרעה של זיכוי מחמת הספק (או של not proven) כדי למסור מסר מעודד לקורבן כזה או אחר או כדי למנוע אפקט מצנן באופן כללי – אך זאת על חשבון הנאשם.¹²¹ זאת אומרת, שלפי הראיות היה צריך לזכות את הנאשם זיכוי "מלא" במקרה הקונקרטי, ובית המשפט העדיף לזכותו מחמת הספק כדי שלא ליצור

בנסיבות אלה אין מנוס לדעתי מזיכוי של המערער. אשר על כן, לו תישמע דעתי, נקבל את הערעור, ונורה על זיכוי של המערער מהעבירות בהן הורשע מחמת הספק" (ההדגשה הוספה).

119 כאמור, הסיבה לכך היא שעבירות המין ועבירות האלימות מתאפיינות בקיומו של קורבן, במקרים רבים קורבן מוחלש כגון אישה או קטין, אשר מסרו עדות במשטרה נגד הנאשם, ובעקבות זאת העידו נגדו גם במשפט. פגיעה נוספת בקורבנות יכולה לנבוע מחקירה הנגדית של הקורבן בידי פרקליטו של הנאשם, שכופה על הקורבן לשחזר את ביצוע העבירה בו על כל הקושי הכרוך בכך.

120 עם זאת יש לציין כי להבדלים שמציג לוח 5 ייתכנו גם הסברים אחרים. הסבר אפשרי אחד הוא שלעומת עבירות שאינן כוללות קורבן, עבירות מין ועבירות אלימות הן עבירות חמורות יותר, הן מבחינת העונש שלצידן והן מבחינת תיוגן החברתי, ולכן השופטים נוהגים יותר בטרם הרשעה. הסבר אפשרי אחר הוא שבמקרים רבים בעבירות אלו אין ראיות נוספות פרט לעדויות הצדדים (קורבן ונאשם, אם בחר להעיד), עובדה שמקשה על השופטים להכריע, וזיכוי מחמת הספק נראה להם פשרה הולמת. מובן שאין מחקרים התומכים בנכונות הסברים אלו, וגם אנו איננו סוברים שאלו בהכרח ההסברים. טענתנו היא שלא ניתן לשלול גם הסברים אלו.

121 אם כך הדבר, הרי שמדובר בסוג של הטיה שיפוטית, שכן תוצאת פסק הדין אינה אמורה למסור מסר לקורבן העבירה באופן הפוגע בנאשם, אלא לשקף את התוצאה העולה מן הראיות. המחקר והספרות בתחום המשפט, הפסיכולוגיה והכלכלה ההתנהגותית מצביעים על מגוון רחב של הטיות קוגניטיביות הקיימות בהקשר הכללי, ואשר משפיעות גם בתחום המשפט, לרבות על שופטים, ומכאן על החלטותיהם השיפוטיות. ראו למשל: אייל זמיר ודורון טייכמן, "ניתוח התנהגותי של החלטות שיפוטיות: הישגים ואתגרים", **משפט ועסקים** יט 57 (2015); חמי בן נון, "הטיית קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות – אינטואיציה וחשיבה סדורה במלאכתו של השופט", **שערי משפט** ה 177 (תש"ע); קרן ילין-מור, "הטיית על רקע גזעי בהחלטות שיפוטיות ובמערכות תומכות החלטה לשופטים", **המשפט** כד 273 (תשע"ח).

אפקט מצנן אצל קורבנות עבירות מין או אלימות ככלל. לשון אחר, ייתכן שבמקרים מסוימים בית המשפט מעדיף למסור "מסר חינוכי" למתלוננת בהיותה חלק מציבור רחב, על חשבון הנאשם הקונקרטי והפגיעה בו ובשמו הטוב. שנית, בהנחה שבתי המשפט אכן מעבירים מסר כזה, נשאלת השאלה כיצד הוא נקלט אצל אותן קורבנות, ואם הוא משיג את המטרה של עידוד הקורבן, מסירת המסר בדבר אמינות עדותה ומניעת האפקט המצנן כאמור לעיל, שהרי אם הקורבנות אינן מקבלות את ה"זיכוי מחמת הספק" בעין יפה יותר משהן מקבלות זיכוי רגיל, אזי המסר מצד בתי המשפט בהקשר זה אינו מקדם את מסר התמיכה בקורבנות, ובעיקר אי אפשר יהיה להצדיק הכרעה כזו אם קיים סיכוי כי היא פוגעת בנאשם. השאלה כיצד קורבנות בעבירות מין ובעבירות אלימות מתייחסות אל זיכוי מחמת הספק לעומת זיכוי רגיל לא נבדקה מעולם בישראל, אך נעשה ניסיון לבדוק אותה בסקוטלנד באמצעות מחקר איכותני שבו הוצגו שאלונים לקורבנות שהמשפט שנערך על בסיס תלונותיהן הסתיים בהכרעה מסוג not proven.¹²²

מצד אחד נמצא כי אצל מתלוננות מסוימות העובדה כי המשפט שבו העידו הסתיים בהכרעה של not proven אכן קיבעה את האמונה כי חבר המושבעים האמין להן, אף כי לעיתים קרובות האמונה הזו "קודמה" בידי צדדים שלישיים (כגון סנגורים או בעלי תפקידים אחרים), אשר הסבירו למתלוננות שכך עליהן להבין את תוצאת המשפט כנראה מתוך מטרה להפחית את תסכולן מהעובדה שהנאשם לא הורשע.¹²³ מצד אחר מתלוננות רבות דווקא קיבלו קשה מאוד ובתסכול את התוצאה המשפטית של not proven. כך למשל ציינה אחת המתלוננות:

Knowing that there are men and women on that jury that believed me just a little bit makes it so hard.¹²⁴

מתלוננות אלו קיבלו את המסר כי המקרה שלהן היה על סף הרשעה, והתוצאה של not proven עוררה אצלן שאלות שונות שהטרידו את מנוחתן, כגון מה היה עליהן לעשות אחרת כדי למנוע את התוצאה. יותר ממתלוננת אחת השוותה את המשפט הפלילי ל"מבחן" מכשיל. לשם הדוגמה, משתתפת מסוימת במחקר ציינה את דעתה על ההכרעה של not proven, שהתקבלה במשפט שבו העידה, במילים אלה:

Like finding out you've failed a test with a 50 per cent pass mark at 49 per cent ... I'd rather have failed it at 10 per cent because it's easier to say 'wow, they really didn't believe anything I said'.¹²⁵

122 Chalmers, Leverick and Munro (לעיל, הערה 54) בעמ' 858–860.

123 שם: "For many complainers, while the return of a not proven verdict did signal that the jury had entertained a level of belief in the veracity of their account – and indeed, they were often specifically advised by third parties, including criminal justice officials, to take this meaning from the decision – it offered little reassurance"

124 שם.

125 שם.

אצל משתתפות מסוימות ההפנמה החיובית של ה־not proven בשלב הראשון התפתחה בהמשך לתחושת תסכול עמוקה. הרגשה זו תוארה בפי אחת המשתתפות במחקר במילים אלה:

... momentarily, it did help in the sense that there is a bit more belief there in you ... (but) it was only me saying not proven and him more saying acquitted ... (and) at the end of the day, it actually meant nothing because it had no impact on his life.¹²⁶

משתתפת נוספת תיארה את הרגשתה השלילית במילים אלה:

... with the not proven verdict, people are saying well it is better to receive because you get an acknowledgment that the jury believed you, but I would argue that no, not really, because at least if I thought that everyone was wildly not believing I would at least be able to trust life. I know what happened: being told that it did but that no one is going to get convicted for it just leaves me thinking what sort of society do you live in?¹²⁷

לטענת החוקרים, מתלוננות רבות שרואיינו לצורך המחקר (ואשר בעניינן התקבלה התוצאה של not proven) העידו כי חשו אכזבה מההליך המשפטי. האכזבה באה לידי ביטוי במגוון מישורים, אך בעיקר עלתה אצל המרואיינות תחושת כישלון ובגידה מצד המשטרה והפרקליטות. המתלוננות הרגישו כי גורמי אכיפת החוק אשר עודדו אותן להעיד לא הכינו אותן לאפשרות כי תתקבל הכרעה של not proven, ולאחר שזו התקבלה לא נעשה מאמץ אמיתי לסייע להן להבין מה קרה בחדר המושבעים. יתר על כן, המתלוננות ציינו במפורש כי כאשר הן חושבות כיום על ההשלכות של החוויה שנצרכה אצלן, הן מרגישות שהכרעה מסוג not proven הזיקה להן יותר מהכרעה מסוג של not guilty.¹²⁸

ואכן, גם ארגוני הסיוע לנשים אשר התנגדו לביטולו של ה־not proven באמצע שנות התשעים של המאה העשרים, כאמור לעיל, שינו עמדתם. בשנת 2018 השיק ארגון Rape Crisis Scotland את הקמפיין "End Not Proven". מטרת הקמפיין משקפות את העמדה העכשווית של ארגוני הנשים, ואת מסריו ניתן לסכם כדלקמן:¹²⁹ ראשית, ב־not proven נעשה שימוש לא מידתי במשפטי אונס; שנית, ל־not proven יש השפעה שלילית על קורבנות של עבירות מין בדיוק כמו ל־not guilty,

126 שם.

127 שם.

128 שם, בעמ' 860: "In this way, in a context in which any acquittal is apt to be difficult and disappointing for complainants, a not proven decision can be experienced as worse than not guilty even though, on the face of it, the latter might be thought less desirable because it communicates a more categorical exoneration"

129 ניתן לצפייה באתר: Rape Crisis Scotland [https://www.rapecrisisscotland.org.uk/not-proven/] (נצפה לאחרונה בנובמבר 2024).

והוא מזיק באותה מידה; שלישית, יש ראיות לכך שמושבעים מהססים להרשיע במקרים של אונס, ושידעות קדומות באשר לתגובות של נשים לאונס משפיעות על החלטותיהם. קיים חשש שקיומו של not proven נותן למושבעים מוצא קל מההתלבטות הקשה בנוגע להרשעה בעבירות מין, ובכך גורם לזיכויים לא מוצדקים של נאשמים שביצעו עבירות מין. בעקבות עמדה זו, אשר קמפיין זה הוא אך דוגמה לה, הכריזה ממשלת סקוטלנד בשנת 2019 כי תשקול לתקן את החוק בסקוטלנד ולבטל את ה-not proven.¹³⁰

3. פגיעה בזכויות הנאשם

הטענה שלפיה זיכוי מחמת הספק פוגע בזכויות הנאשם נטענה בספרות בישראל באופן כללי בלבד ולא ממצה.¹³¹ להלן נערוך דיון יסודי בטענה זו לפי חתך של הזכויות השונות של הנאשם שנפגעו בשל הזיכוי מחמת הספק:

סטיגמה והזכות לשם טוב – הרשעתו של אדם בעבירה מטביעה בו סטיגמה ומתייגת אותו כעברייני, תיוג שיש בו פגיעה במעמדו החברתי וצמצום ההזדמנויות החברתיות והכלכליות שלו.¹³² הסטיגמה, אשר בעת המודרנית באה לידי ביטוי גם ברישום ההרשעה במרשם הפלילי,¹³³ דבקה בפרט והיא חלק מהגדרת הווייתו.

אחת הטענות המועלות נגד "זיכוי מחמת הספק" היא שבניגוד ל"זיכוי מלא", "זיכוי מחמת הספק" מטביע באדם סטיגמה לא מוצדקת של עברייני חרף היעדר הרשעתו. טענה זו זכתה להתייחסות לקונית בלבד בספרות הישראלית.¹³⁴ התייחסות מעמיקה יותר ניתן למצוא לה

¹³⁰ Chalmers, Leverick and Munro, "Modern History of the Not Proven Verdict" (לעיל, הערה 61) בעמ' 165. הדיונים בביטולו של ה-not proven שהואטו בסקוטלנד בעת מגפת הקורונה טרם הסתיימו (שם, בעמ' 168).

¹³¹ ראו למשל אצל דורון וגרונר, מהות הספק הסביר, (לעיל, הערה 3) בעמ' 211: "ניתן אפוא לומר כי מתקיימת פגיעה בזכויות יסוד של נאשם המזוכה בדינו כאשר זיכוי הוא אך מחמת הספק: פגיעה בזכות לכבוד של הנאשם המזוכה, פגיעה בזכות לשם טוב, סיכון לפגיעה בחופש העיסוק הנגזרת מהפגיעה בזכות לשם טוב וסיכון לפגיעה בזכות הקניין ככל שהזיכוי מחמת הספק פוגע במוניטין של הנאשם שזוכה. הכרעת דין מזכה מחמת הספק אינה מונעת הפעלת שיקול דעת שיפוטי, מנהלי ומשמעתי בהליכים עתידיים שהנאשם יהא צד להם, על בסיס העובדה שזיכוי היה מחמת הספק בלבד"; וכן אצל בועז סנג'רו, "האמנם כולנו זכאים רק מחמת הספק?" **מאזני משפט** יב 109, 121 (תשע"ט): "כאשר אדם מזוכה רק מחמת הספק, הוא סובל נזקים משמעותיים [...] כך, למשל, סיווג הזיכוי משפיע על האפשרות שהנאשם שזוכה יקבל מהמדינה את הוצאות הגנתו וכן פיצויים בגין מעצרו או מאסרו, על האפשרות שהמתלונן יחויב בהוצאות ההגנה של הנאשם, ועל האפשרות של המעביד לפטר את הנאשם".

¹³² שלמה גיורא שוהם, משה אדד וגיורא רהב, **קרימינולוגיה** (מהדורה חמישית, 2004) בעמ' 452.

¹³³ חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981, ס"ח 1031.

¹³⁴ ראו: ואקי ורוזנשיין (לעיל, הערה 3) בעמ' 537; ואקי, **דיני ראיות** (כרך ד', תשפ"א) (לעיל, הערה 3) בעמ' 2185; ואקי, **דיני ראיות** (כרך א', תש"ף), (לעיל, הערה 3) בעמ' 103; מנשה וגרונר, "הקטגוריה של הזיכוי", (לעיל, הערה 3), בעמ' 19, בהערת שוליים 29; מנשה וגרונר, "מהות הספק הסביר", (לעיל, הערה 3) בעמ' 273-274; ליאון שלף ואסף פורת, "הלכות בעייתיות במשפט הפלילי – דיון במספר סוגיות שהתעוררו בשנים האחרונות", **המשפט** 81, 99 (תשס"א).

בספרות שעסקה ב־not proven הסקוטי. בספרות זו נטען, בדומה לספרות הישראלית, כי בניגוד להכרעה של not guilty, הכרעה של not proven מדביקה באדם סטיגמה לא מוצדקת של עברייין חרף היעדר הרשעתו,¹³⁵ ולכן זכתה לכינוי "זיכוי נחות".¹³⁶ Willock ובלשונו של Willock:

The verdict of not proven carries[d] with it a certain stigma, as if the jury wished to record their disapproval of the accused and his behaviour.¹³⁷

מחקר שנערך בשנת 2008 תומך בטענה זו במידה מסוימת. במחקר נמצא ש־92% מהמשתתפים הביעו את הערכתם (או אמונתם) כי נאשמים שמשפטם הסתיים בהכרעה של not proven יקבלו יחס שונה מזה שיקבלו נאשמים שמשפטם הסתיים בהכרעה של not guilty על אף העובדה שהמשמעות של שני סוגי ההכרעות היא למעשה זיכוי.¹³⁸

אולם טענה זו מבוססת על ההנחה שאדם שזוכה אינו נושא עימו כל מטען שלילי או סטיגמה. מלומדים שתומכים בהכרה בסוגים נוספים של זיכוי – דוגמת not proven – העניקו משקל לא רב לטענה כי not proven מטיל סטיגמה על הנאשם,¹³⁹ שכן לטענתם, הסטיגמה השלילית דבקה באדם במידה דומה רק משום שהועמד לדין, אפילו אם זוכה (זיכוי מלא). המלומד Leipold מסביר כי ביטולם של הליכים פליליים או אפילו זיכוי של נאשם חף מפשע יכולים להשאיר נזק בל יימחה בשמו הטוב של האדם, בקשריו החברתיים וביכולתו להתפרנס, וכי במקרים רבים חייו של אדם זכאי זה לא יחזרו לעולם להיות כפי שהיו בטרם הועמד לדין.¹⁴⁰ רוב הנאשמים שנמצאו זכאים, כך הוא מסביר, צפויים לגלות במהרה כי קשה מאוד להעלים סטיגמה הדבקה באדם בשל מעצרו או העמדתו לדין. ייתכן שאלו הקרובים באמת לנאשם יודעים את האמת, אך שכנים, מכרים וקולגות תמיד ירהירו, ולעיתים קרובות הרהורים שליליים, על הבסיס ה"אמיתי" לכאורה של הזיכוי או של ביטול האישום.¹⁴¹

135 Chalmers, Leverick and Munro (לעיל, הערה 54) בעמ' 867; Barbato (לעיל, ה"ש 49) בעמ' 580.

136 מאנגלית: "Second class acquittal".

137 Willock (לעיל, הערה 52) בעמ' 221–222. בדומה לזה נטען כי למעשה, הכרעה של not proven מותירה אשם על כתפיו של הנאשם ("Leaves the accused slightly blemished"). ראו Jhon P. Mackenzie, "The Editorial Notebook; Between Guilt and Innocence", *The New York Times* (Aug. 16, 1985) A28.

138 Hope (לעיל, הערה 103) בעמ' 249.

139 Phalen (לעיל, הערה 71) בעמ' 413–414.

140 Leipold (לעיל, הערה 81) בעמ' 1299; וידועה בהקשר זה אמירתו של שר העבודה Ray Donovan לאחר שזוכה מאישומים פליליים פנה Donovan לתובע במשפטו ושאל: "What office do I go to to get my reputation back?" (שם, בעמ' 1307).

141 Barton L. Ingraham, "The Right of Silence, the Burden of Proof and a Modest Proposal: A Reply to O'Reilly", 86 *J. Crim. L. & Criminology* (1996) 559, p.575: "The supposed consequences of loss of reputation and social stigma from a criminal conviction have far less sting to them under the conditions of contemporary American life than they had in England more than two hundred years ago. Today, in the United States, loss of reputation and social standing counts for little

למציאות שמתאר Leipold היו ערים גם בתי המשפט בארצות הברית.¹⁴² נוסף על זה, מלומדים עמדו על כך שסטיגמה הנוצרת אך בשל עצם ההעמדה לדין הקשתה על נאשמים שזוכו לנצח במאבקים על משמורת של ילדים, לזכות בבקשות אימוץ או למצוא עבודה.¹⁴³ אולם אף שאיננו חולקים על כך שסטיגמה יכולה לדבוק גם בנאשמים שהועמדו לדין וזוכו, נראה הגיוני כי הסטיגמה שדבקה בנאשם שהורשע שלילית מזו שדבקה בנאשם שזוכה מחמת הספק, וסטיגמה שדבקה בנאשם שזוכה מחמת הספק שלילית מזו שדבקה במי שזוכה זיכוי מוחלט.

תרשים של מידת הסטיגמה – מהכבד אל הקל:

סטיגמה על אדם שהורשע < סטיגמה שדבקה באדם שזוכה מחמת הספק < סטיגמה שדבקה באדם שזוכה

למיטב ידיעתנו, השערותנו זו לא הוכחה מעולם במחקר כמותני (ואם תוכח, אפשר יהיה לטעון טענה נוספת, רחוקה יותר בשלב זה, שלפיה ביטול של הקטגוריה של זיכוי מחמת הספק תחמיר את הסטיגמה של נאשם שזוכה, שכן הוא לא יוכל להוכיח שהזיכוי נבע מעוד טעמים, מלבד הספק. היינו, שביטול הזיכוי מחמת הספק, כסוג של זיכוי נחות, יחמיר את הסטיגמה בגין זיכוי, שטרם הביטול נחשב זיכוי שלם ומלא. מובן שגם השערת מחקר כזו לא נבדקה מעולם).

עם זאת תמיכה מסוימת בנכונותה של ההשערה הראשונה שלפיה סטיגמה שדבקה באדם שהורשע שלילית מסטיגמה שדבקה באדם שזוכה מחמת הספק, וזו שלילית מסטיגמה שדבקה באדם שזוכה, ניתן למצוא במחקרם של Schwartz & Skolnick, אשר בו נבדקה שאלה דומה.¹⁴⁴ בשל חשיבותו של המחקר נציגו להלן: לצורך המחקר הוכנו ארבעה "תיקי תעסוקה" (פיקטיביים). בכל התיקים מבקש העבודה היה גבר רווק בן שלושים ושתיים בן גזע לא מוגדר, בעל הכשרה תיכונית במקצוע המכונאות וניסיון בעבודות קצרות טווח עוקבות כעוזר במטבח, עובד תחזוקה ושיפוצניק. מאפיינים אלה היו אופייניים למועמדים לעבודות מלונאות לא מיומנת

among the vast majority of lower-class offenders, especially juveniles, and in the higher ranks of society, wealth, celebrity, and mobility often remove the stigma of a criminal conviction"

142 ראו למשל *In re Fried*, 161 F.2d 453 (2d Cir. 1947). במקרה זה טענה התביעה כי הגשת כתב אישום על בסיס ראיות לא תקינות לא פגעה בנאשם. על כך השיב השופט Jerome Frank בעמ' 458 לפסק הדין: "[The government's position] is an astonishingly callous argument that ignores the obvious. For a wrongful indictment is no laughing matter; often it works a grievous, irreparable injury to the person indicted. The stigma cannot easily be erased. In the public mind, the blot on a man's escutcheon, resulting from such a public accusation of wrongdoing, is seldom wiped out by a subsequent judgment of not guilty. Frequently, the public remembers the accusation, and still suspects guilt, even after an acquittal"

143 Leipold (לעיל, הערה 81), בעמ' 1308 (והאסמכתאות שם).

144 Richard D. Schwartz & Jerome H. Skolnick, "Two Studies of Legal Stigma", *Soc. Probs.* 133 (1962).

באזור הנופש Catskill של מדינת ניו יורק, שם נבדקו הזדמנויות התעסוקה. ארבע התיקיות נבדלו זו מזו רק בתיאור המעורבות של מבקש העבודה בעבירה של תקיפה. **בתיקייה הראשונה** צוין כי מחפש העבודה הועמד לדין בגין תקיפה והורשע; **בתיקייה השנייה** צוין כי מחפש העבודה הועמד לדין בגין תקיפה אך זוכה; **בתיקייה השלישית** צוין כי מחפש העבודה הועמד לדין בגין תקיפה אך זוכה, ולתיקייה צורף מכתב מהשופט שהסביר למעיין בתיק כי מבקש העבודה זוכה, וצוינה העובדה כי לנאשם עומדת חזקת החפות המשפטית; **בתיקייה הרביעית** לא נרשמה כל אינדיקציה למעורבות כלשהי בעבירה. החוקרים בנו מאגר של 100 מעסיקים פוטנציאליים (אמיתיים), שחולק לארבע קבוצות בנות 25 מעסיקים כל אחת.

המעסיקים בכל קבוצה קיבלו לידיהם רק תיקייה אחת מתוך הארבע, ולאחר מכן קיבלו פנייה מ"סוכן תעסוקה" שחיפש עבודה עבור העובד הפיקטיבי, ובה השאלה אם הם מוכנים "להעסיק" את העובד הפיקטיבי המתואר בתיקייה. למעסיקים לא ניתנה כל אינדיקציה שהם משתתפים בניסוי. הניסוי נועד לבדוק את מידת הנכונות של מעסיקים להעסיק אדם שהייתה לו מידה משתנה של מעורבות פלילית. מתוך עשרים וחמישה מעסיקים שלהם הוצגה התיקייה שלא היה בה כל תיעוד למעורבות פלילית, תשעה נתנו תשובות חיוביות, וכפוף להסתייגויות הנובעות מגודל המדגם הסיקו החוקרים שמספר הצעות זה מעיד על ה"תקרה" של המשרות הזמינות למועמדים מסוג זה בתנאי השטח שהיו נתונים בעת המחקר. מתוך עשרים וחמישה מעסיקים שלפניהם הוצגה התיקייה שבה תועדה ההרשעה בעבירת התקיפה, רק אחד הביע עניין במחפש העבודה. תוצאה זו אכן מעידה על השפעתו השלילית של עצם קיומו של רישום פלילי על האפשרות להשיג עבודה. מתוך עשרים וחמישה מעסיקים שלפניהם הוצגה התיקייה שבה תועד הזיכוי מעבירת התקיפה שלושה מעסיקים הביעו עניין במחפש העבודה. מתוך עשרים וחמישה מעסיקים שלפניהם הוצגה התיקייה שבה תועד הזיכוי מעבירת התקיפה בצירוף מכתבו של השופט, שישה מעסיקים הביעו עניין במחפש העבודה. תוצאות המחקר מתוארות בטבלה שלהלן:

סך הכול	הרשעה	זיכוי ללא מכתב משופט	זיכוי + מכתב משופט	ללא אינדיקציה פלילית	
(N = 100)	(N = 25)	(N = 25)	(N = 25)	(N = 25)	
19	4	12	24	36	תשובה חיובית באחוזים
81	96	88	76	64	תשובה שלילית באחוזים
100	100	100	100	100	סך הכול

כאמור, ניתן למצוא במחקר זה תמיכה מסוימת בטענתנו.¹⁴⁵ מהמחקר עולה (לפחות בכל הקשור לחיפוש של עבודה בידי אדם שהיה מעורב פלילית) שהסטיגמה העולה מההרשעה שלילית מהסטיגמה העולה מזיכוי. יתר על כן, אף שהמחקר לא בדק את ההבדלים ביצירת סטיגמה על ידי סוגים שונים של זיכוי – כגון not guilty למול not proven – נמצא במחקר כי זיכוי הכולל הסבר (מכתב של שופט) מעורר פחות חששות מזיכוי שלא נלווה אליו מכתב. אומנם מכאן לא ניתן להסיק כי סוגים שונים של זיכוי מגבשים רמות שונות של סטיגמה, אך ניתן להסיק, בזירות, כי הניסוח של הזיכוי והסבר בעניינו יכולים לשנות את עוצמתה.

נוסף לכך, וחשוב לא פחות, קיים קשר הדוק בין הסטיגמה לבין הזכות לשם טוב, כלומר: סטיגמה שלילית שמוטבעת באדם בשל זיכוי מחמת הספק עולה כדי פגיעה בזכות החוקתית לשם טוב. על חשיבותו של השם הטוב לאדם עמד בית המשפט העליון בפרשת אבנרי:

כבוד האדם ושמו הטוב חשובים לעתים לאדם כחיים עצמם הם יקרים לו לרוב יותר מכל נכס אחר. בתודעתנו החברתית תופס שמו הטוב של אדם מקום מרכזי. מקורותינו מציינים, כי "לשון הרע הורגת", וכי כל המלכין את פני חברו ברבים "כאילו שופך דמים", ואפילו סלח האדם עליו הוצא לשון הרע, הריהו "בוער מבפנים". אין להתפלא איפוא, כי תפיסתנו הינה, כי "טוב שם משמן טוב, [...]". נאמר במקורותינו כי "לא נחתם גזר דין על אבותינו במדבר אלא על לשון הרע בלבד" [...]. גם בתרבות המודרנית הכללית, אשר אנו חלק ממנה, תופס שמו הטוב של אדם מקום מרכזי.¹⁴⁶

כבר לפני "המהפכה החוקתית" נתפסה ההגנה על שמו הטוב של האדם כהגנה על "זכות הלכתית".¹⁴⁷ אומנם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שחוקק ב-1992, לא עיגן במפורש את הזכות לשם טוב, אך בפסיקה שלאחר כינונו נקבע כי הזכות לשם טוב נגזרת מהזכות החוקתית לכבוד האדם,¹⁴⁸ ולכן היא בעלת מעמד חוקתי לכל דבר ועניין.¹⁴⁹ הזכות לשם טוב נועדה

145 יש לשם לב לשוני בין פרשנותנו את תוצאותיו של מחקר זה לבין פרשנותה של Phalen (לעיל, הערה 71), בעמ' 414. לדעתנו, פרשנותה של Phalen את המחקר בהקשר של ה-not proven שגויה.

146 ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 856, 840 (1989) (להלן: עניין אבנרי).

147 שם, בעמ' 860: "הן הזכות לשם הטוב והן הזכות לחופש הביטוי הן זכויות, אשר מבחינתן העקרונית הן חלק מהמשפט המקובל שלנו, ומהוות הן זכויות יסוד של שיטתנו המשפטית"; ע"א 90/49 בנטוב נ' קוטיק, פ"ד ה 593, 595 (1951); ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205 (1985).

148 הזכות החוקתית לכבוד האדם מעוגנת בסעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע: "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם", ובסעיף 4 לחוק, הקובע: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו" (ההדגשות הוספו). על הזכות לשם טוב כזכות חוקתית הנגזרת מכבוד האדם ראו: אהרן ברק, **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** (2014) בעמ' 615–628.

149 ראו למשל: ע"א 3614/97 אבי יצחק נ' חברת החדשות, פ"ד נג(1) 26, 50, 62 (1998); בג"ץ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית-משפט השלום בחדרה, פ"ד נב(3) 721, 731 (1998); ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 651 (1999); בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 832 (1999); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006); בג"ץ 10271/02 פריד נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 106, 150 (2006);

להבטיח את הערכתו של האדם בגדרי החברה. היא משתרעת הן על ההערכה העצמית של האדם והן על הערכתו בעיני אחרים.¹⁵⁰ הטענה כי זיכוי מחמת הספק פוגע בזכות לשם טוב עלתה בפסיקה. בעניין **סופיוב קבע** השופט גרוס כי "אי אפשר לעצום עין בפני הלך הרוחות בקרב הציבור ולהתעלם מכך שמי שזוכה בשל ספק, נחשד בעיני הבריות כמי שביצע את העבירה, אך עלה בידו להתחמק מהרשעה בדין בדרכי עורמה או התחכמות, או תוך ניצול בעיות טכניות וקשיי הוכחה מצד התביעה. **אדם שכזה ודאי שלא ייחשב לטלית שכולה תכלת ששמו טוהר לחלוטין**, אלא בדרך כלל ייראה כמי שבפועל אכן ביצע את העבירה שיוחסה לו, אם כי הצליח להתחמק מהרשעה בדין ע"י טכסיסים שונים".¹⁵¹

גיישה זו של בית המשפט צוטטה בהסכמה בספרות, והיא עולה בקנה אחד עם דעתנו שפורטה לעיל, כי זיכוי מחמת הספק יוצר סטיגמה הפוגעת בזכותו החוקתית של האדם לשם טוב.¹⁵² הוכחה מסוימת לכך היא העובדה כי חלק מהנאשמים תופסים את הזיכוי מחמת הספק כפגיעה בשמם ומגיישים לבית המשפט שהרשיעם ערעור ובו בקשה לשנות את ההכרעה מזיכוי מחמת הספק ל"זיכוי מלא".¹⁵³

פגיעה בחזקת החפות – טענת נגד נוספת היא שזיכוי מחמת הספק פוגע בחזקת החפות של הנאשם. חזקת החפות היא החזקה היסודית והמפורסמת ביותר במשפט הפלילי, ולפיה אדם נחשב חף מפשע כל עוד לא הורשע בדין.¹⁵⁴ היא מעמידה לטובת האדם אמונה בלתי מסויגת בחפותו,

אע"א 10520/03 **בן גביר נ' דנקנר**, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה ופסקה 5 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 12.11.2006); ע"א 10281/03 **קורן נ' ארגוב**, פסקאות 9–10 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 12.12.2006); ע"א 89/04 **נודלמן נ' שרנסקי**, פסקאות 12–13 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 4.8.2008); רע"א 2572/04 **פריג' נ' "כל הזמן"**, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 16.8.2008); רע"א 4447/07 **מור נ' ברק אי.טי.סי**. [1995] **החברה לשרותי בוק בינלאומיים בע"מ**, פ"ד סג(3) 664, פסקה 17, לפסק דינו של השופט ריבלין (2010); דנ"פ 7383/08 **אונגרפלד נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה(1) 23, פסקה ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2011); ע"א 8345/08 **בן נתן נ' בכרי**, פ"ד סה(1) 567, פסקה 19 לפסק דינו של השופט דנציגר (2011); ע"א 751/10 **פלוני נ' דיין-אורבך**, פסקה 66 לפסק דינו של השופט ריבלין ופסקה 2 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 8.2.2012).

150 חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנוור, **לשון הרע: הדין המצוי והרצוי** (מהדורה שנייה מורחבת, 2019) בעמ' 30; עניין **אבנרי** (לעיל, הערה 146) בעמ' 856: "השם הטוב [...] משתרע על יחס הכבוד והערכה כלפי האדם מן הסובבים אותו".

151 ע"פ (מחוזי תל אביב-יפו) 1974/93 **סופיוב נ' מדינת ישראל**, פס' 5 לפסק הדין של השופט גרוס (פורסם בנבו, 19.11.1996) (להלן: **עניין סופיוב**). השופט גרוס נותר בדעת מיעוט בתוצאה, אם כי שני השופטים הנוספים בהרכב, השופט בן שלמה והשופטת רובינשטיין, לא חלקו על אמירה זו אלא להפך. ראו למשל בפסקה 7 לפסק דינה של השופטת רובינשטיין: "מובן כי מבחינת הנאשם יש הבדל בין זיכוי בשל ספק לבין זיכוי החלטי". (ההדגשות הוספו).

152 שלף ופורת (לעיל, הערה 134) בעמ' 97; ואקי ורונשטיין (לעיל, הערה 3) בעמ' 537.

153 ניסיונות כאלו לא צלחו בינתיים. לדיון בזכות לערער על זיכוי מחמת הספק נעסוק בהרחבה להלן.

154 על חזקת החפות ככלל, ראו: ואקי דיני ראיות, (כרך ד, תשפ"א) (לעיל, הערה 3) בעמ' 1979; מיכה לינדנשטראוס, **חזקת החפות** (1999); רינת קיטאי, **משמעות חזקת החפות מעבר למידת ההוכחה**

ודרך זה – בשמו הטוב. מדובר בעיקרון יסודי של מוסר פוליטי,¹⁵⁵ ויש הרואים בו עיקרון עליון, אקסיומטי ויסודי,¹⁵⁶ שאמור להיות כלול בקוד פלילי של כל מדינה מתוקנת הפועלת בסבירות ובהומניות.¹⁵⁷ כיום חזקת החפות היא עקרון יסוד במשפט הבינ-לאומי,¹⁵⁸ במשפט הבינ-לאומי האזורי של אירופה¹⁵⁹ ובחוקות של מדינות רבות.¹⁶⁰ חזקת החפות נקלטה במשפט הישראלי בעניין גולד.¹⁶¹ לאחר חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,¹⁶² בשנת 1992, נגזרה חזקת החפות מהזכות החוקתית לחירות אישית שבסעיף 5 לחוק היסוד.¹⁶³ בשנת 2022 הוצע לעגנה בחוק יסוד.¹⁶⁴

במשפט הפלילי (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור במשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, (2000).

155 Scott E. Sundby, "The Reasonable Doubt Rule and the Meaning of Innocence", 40 *HASTINGS. L. J.* (1989) 457.

156 *Coffin v. United States*, 156 U.S. 432, 453 (1895).

157 Mckinley's Case (1817) 33 St. Tr. 275, 506: "It is maxim which ought to be inscribed in indelible characters in the heart of every judge and jurymen" "קושטה" חזקת החפות, ראו William S. Laufer, "The Rhetoric of Innocence", 70 *Washington L. Rev.* (1995) 329, pp.337–338.

158 סעיף 11 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (נפתחה לחתימה ב-1948); Universal Declaration of Human Rights, G.A.Res. 217A (III), U.N. Doc A/810, P. 71.

159 סעיף 2(6) לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם (נפתחה לחתימה ב-1950); Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 Nov. 1950, 213 U.N.T.S. 222.

160 קיטאי, **משמעות חזקת החפות מעבר למידת ההוכחה במשפט הפלילי** (לעיל, הערה 154) בעמ' 10–4. כך ניתן למצוא את עיגונה של חזקת החפות בחוקותיהן של מדינות רבות. ראו Mahmoud Cherif Bassiouni, "Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions", 3 *Duke J. Com & Int'l. L.* (1993) 235, pp.265–267.

161 בג"ץ 94/62 גולד נ' שר הפנים, פ"ד טז 1846, 1851 (1962).

162 התשנ"ב–1992, ס"ח 150.

163 ראו למשל בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133, 171 (1996); בש"פ 2169/92 סריסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 338, 342 (1992).

חזקת החפות מופיעה אף בסעיף 5 להצעת חוק-יסוד: זכויות אדם במשפט, ה"ח תשנ"ד–1994, בעמ' 99, שכותרתו "חזקת זכאי", והגדרתה לפי הצעה זו: "כל אדם בחזקת זכאי כל עוד לא הורשע בדין". כמו כל זכות חוקתית אחרת, גם חזקת החפות החוקתית כפופה לפסקת ההגבלה שנוסחה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולכן ניתן להתנות עליה בתנאים האמורים שם. ראו עוד: בג"ץ 6319/95 חכמי נ' לוי, פ"ד נא(3) 750, 761 (1997); אהרן ברק, "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוק-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", **מחקרי משפט** יג 5, 23 (תשנ"ו); דן ביין, "ההגנה החוקתית על חזקת החפות", **עיוני משפט** כב(1) 11, 15 (תשנ"ט); לינדנשטראוס (לעיל, הערה 154) בעמ' 5–7, Rinat Kitai, "Protecting the Guilty", *Buff. Crim. L. Rev.* (2004) 1163; 113–112.

164 סעיף 6 להצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי, ה"ח הממשלה תשפ"ב 692: "כל אדם הוא בחזקת חף מפשע כל עוד לא נקבעה אשמתו בידי רשות שיפוטית".

הכיצד נפגעת חזקת החפות בשל זיכוי מחמת הספק? כאמור, תוכן החזקה הוא שאדם מוחזק חף מפשע כל עוד לא הוכחה אשמתו. כך לפני המשפט וכך במהלכו. ביטויה העיקרי של חזקת החפות טמון בדרישה לרף הוכחה מחמיר של ודאות מעבר לכל ספק סביר לצורך הרשעה. לאחר זיכוי של הנאשם במשפט הופכת חזקת החפות לחזקה חלוטה.¹⁶⁵ היינו, אם לא עמדה התביעה בנטל ההוכחה – הוכחת האשמה מעל לספק סביר – הנאשם מזוכה, ומבחינה משפטית הופך זכאי (אף שאין מניעה שהציבור יתייחס לאדם זה אחרת, בשל המסקנות שהסיק מתוצאות החקירה והמשפט).¹⁶⁶ מאימוץ חזקת החפות העומדת לכל אדם כל עוד הוא לא הורשע בבית המשפט נובעת המסקנה הנורמטיבית, שאדם שהוגש נגדו כתב אישום וזוכה זהה במעמדו הנורמטיבי לאדם שלא הוגש נגדו כתב אישום מעולם. הצגת זיכוי של אדם כזיכוי מחמת הספק נשמעת כהסתייגות מעצם הזיכוי, כאילו היא מציינת שהנאשם לא עמד במטלה הקשה יותר של הוכחת חפותו. בכך זיכוי כזה לא רק מותיר על כתפיו עננה של חשד או אשם שאינם ניתנים עוד להסרה, אלא יש בכך ערעור על עצם חזקת החפות. שהרי ממה נפשך, על פי חזקת החפות – אם לא הוכחה אשמתו של האדם לפי כללי ההוכחה הרי הוא זכאי גמור. לשון אחר:

הכשרת זיכוי מחמת הספק מקום שלם לא הוכחה חפותו של הנאשם, מטילה עליו, הלכה למעשה, את הנטל הכבד של הוכחת חפותו זו, באופן שלא זו בלבד שאינה מתיישבת עם חזקת החפות, אלא הלכה למעשה הופכת אותה על פניה. הצגת הזיכוי המוחלט כאפשרות הפתוחה בפני הנאשם, בין על דרך של ערעור ובין בדרך אחרת [...] מטילה עליו נטל של ממש, ביוצרה חסם ותנאי, בעל השלכות כלכליות ואחרות, להענקתה. נטל כזה אינו מתיישב עם מושכלות היסוד של המשפט הפלילי, המוצאים את ביטויים בחזקת החפות וברף ההוכחה של 'מעבר לכל ספק סביר' ולפיהם זכותו של אדם לאמונה בלתי מסויגת בחפותו, ודרך כך לשמו הטוב, היא זכות קנויה ולא מותנה בנטל. ודוק – אם חזקת החפות משמיעה לנו שכל אדם, או כל נאשם, הינו חף מפשע אלא אם הוכחה אשמתו, יש בהכשרת הזיכוי מחמת הספק כדי להביא לתוצאה שלפיה אין נאשם חף מפשע, אלא אם כן הוכחה חפותו. מעל מי שחפותו לא הוכחה פוזיטיבית ירחף ענן של ספק שהשיטה המשפטית אינה מאפשרת לו להסיר.¹⁶⁷

165 עניין **דבש** (לעיל, הערה 44) בעמ' 126: "[חזקת החפות] עומדת לו לנאשם במשפט פלילי כל עת ההליך הפלילי והופכת היא לחזקה חלוטה עם הזיכוי".

166 Picinali (לעיל, הערה 48) בעמ' 30: "If the burden of proving guilt is on the prosecution ... then a failure to prove guilt means that the defendant should not suffer any negative treatment on the part of the system. Either the burden is discharged and the defendant is convicted, or the burden is not discharged and the defendant is acquitted. There is no room for an in-between option"

167 ואקי ורוזנשיין (לעיל, הערה 3) בעמ' 534–535.

טענה כזו בנוגע לפגיעה בחזקת החפות נשמעה גם בנוגע ל-"not proven" הסקוטי.¹⁶⁸ ה-"not proven" פוגע בחזקת החפות, שכן מתייחס אל האדם ב"חשדנות" אף שהמדינה לא הצליחה להוכיח את אשמתו מעבר לספק סביר.¹⁶⁹

הזכות להליך הוגן – נטען כי הזיכוי מחמת הספק פוגע בזכותו החוקתית של הנאשם להליך הוגן. הזכות להליך הוגן היא עיקרון מרכזי בהליך הפלילי, היא נועדה להבטיח את ההגנה על זכויות הנאשם לאור כל שלבי ההליך הפלילי, והיא נדרשת בשל יחסי הכוחות הלא שוויוניים בין רשויות אכיפת החוק לבין מי שההליך הפלילי מתנהל נגדו. ביסודה של זכות זו מונחים שיקולי ההגנות, הצדק, השוויון בפני החוק ומניעת עיוות הדין כשיקולים מנחים בהליך הפלילי.¹⁷⁰ הזכות להליך הוגן הוכרה בשיטתנו המשפטית מתחילת ימיה וקיבלה משנה תוקף לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כחלק מהתפיסה שהזכות להליך הוגן בהליך הפלילי, הגם שלא נזכרה במפורש, כלולה בזכויות החוקתיות לחירות ולכבוד.¹⁷¹ בשנת 2022 אף הוצע לעגנה במפורש בחוק יסוד.¹⁷² הכיצד פוגע הזיכוי מחמת הספק בזכותו החוקתית של הנאשם להליך הוגן? ההליך הפלילי מכונן ומיועד לבירור האשמה ולא לקביעת החפות. ממטרתו זו של ההליך נגזרים "כללי המשחק", ובראשם הכלל שלפיו הנאשם יוצא ידי חובתו בהטלת ספק בלבד בתרחיש האשמה הנטען על ידי התביעה, ואין הוא נדרש להוכיח פוּזִיטִיבִית את חפותו. יוצא כי

168 ראו למשל את האמירה המפורשת הבאה: G. Maher, "Jury Verdicts and the Presumption of Innocence", 3 *Legal Stud.* (1983) 146, p.153: "The prosecution succeeds only if it makes out its case beyond reasonable doubt, whereas the defence may succeed even if it leads no evidence at all or its own evidence is not believed as long as the prosecution case does not succeed. The present defence of the rule on jury verdicts assumes that the logic of proof of guilt is the same as the logic of proof of innocence, but the presumption of innocence has the effect that innocence is not an issue which requires any proof at all. A different way of stating the same matter is to say that given the presumption of innocence the distinction between failure of proof of guilt and proof of innocence is collapsed. It therefore becomes difficult to see why Scots law should retain a verdict of not proven when the logic of acquittal operates to give the accused a not guilty verdict whenever there has been any failure in the proof of guilt. Where there is no satisfactory proof of guilt, the accused is entitled to a verdict of not guilty whether or not the jury believe him to be innocent".

169 Chalmers, Leverick and Munro (לעיל, הערה 54) בעמ' 868: "[T]he not proven verdict is: 868 inappropriate because it treats the acquitted person with suspicion despite the state having failed to prove their guilt beyond reasonable doubt".

170 ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 559, 461 (2006).
171 ע"פ 1741/99 **יוסף נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(4) 750, פסקה 3 לפסק דינו של השופט טירקל (1999); מ"ח 3032/99 **ברנס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 354, פסקה 34 לפסק דינה של השופטת דורנר (2002); בג"ץ 11339/05 **מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע**, פ"ד סא(3) 93, פסקה 10 לפסק דינו של השופט לוי (2006); אהרן ברק, **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** (לעיל, הערה 148); עמנואל גרוס, "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", **מחקרי משפט** יג 155, 169 (תשנ"ו).

172 סעיף 3 להצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי (לעיל, הערה 164): "כל אדם זכאי לכך שהליך פלילי שהוא צד לו יהיה הוגן".

הנאשם, מחד גיסא, פועל רק כדי להטיל ספק בתרחיש האשמה, ובית המשפט, מאידך גיסא, נוטל לעצמו חירות להכריע בין היתר באשר להסתברות מידת חפותו.¹⁷³ בעצם החלטתו לזכות את הנאשם מחמת הספק מרחיב בית המשפט את החזית העובדתית מעבר לזו שעמדה לפניו לדיון, בלי שהיה לאל ידו של הנאשם להתגונן מפני מסקנות אלו, להפריכן או לערער עליהן.¹⁷⁴

זכות השתיקה – זכותו של הנאשם לשתוק במשפטו קבועה כיום בסעיף 161(א)(2) לחוק סדר הדין הפלילי, ויש הרואים בה חלק מזכותו של הנאשם לכבודו.¹⁷⁵ או חלק בלתי נפרד מזכותו החוקתית להליך הוגן.¹⁷⁶ לאחרונה אף הוצע לעגן את זכות השתיקה במפורש בחוק יסוד. ניתן לטעון כי בזיכוי מחמת הספק יש גם משום פגיעה וכרסום בזכות השתיקה. יקשה להעלות על הדעת כי יוכל בית המשפט לקבוע ממצאים מוחלטים של חפות בהיעדר גרסה מפורטת מצד הנאשם ועמידתו האיתנה עליה. לשון אחר, כדי להימנע מזיכוי מחמת הספק הנאשם אינו יכול אך להטיל ספק בראיות התביעה אלא עליו לוותר על זכותו לשתוק, לספק לבית המשפט גרסה מפורטת ולהוכיח את חפותו באופן פוזיטיבי כדי לזכות בזיכוי מוחלט. בכך יש כמובן כדי לפגוע בזכות השתיקה של הנאשם.¹⁷⁸

פגיעה באפשרות לזכות בפיצוי – נוסף על הפגיעה בזכויות החוקתיות שנמנו לעיל, הזיכוי מחמת הספק פוגע באפשרות של נאשם לזכות בפיצוי מסוגים שונים. כך למשל הזיכוי מחמת

173 ואקי דיני ראיות (כרך א', תש"ף) (לעיל, הערה 3), בעמ' 104–105.
174 בדומה לזה, גם עילת הסגירה של תיק בעילה של חוסר ראיות פוגעת בזכות להליך הוגן. תכליתה של החקירה המשטרתית באיסוף ראיות לחשיפת אשמה ולא לקביעת חפות. כאמור לעיל, ממטרתו של ההליך הפלילי ושל החקירה במסגרתו נגזרים "כללי המשחק", ובראשם הכלל שלפיו החשוד יוצא ידי חובתו בהטלת ספק בלבד בתרחיש האשמה הנטען על ידי התביעה, בלי שהוא נדרש להוכיח פוזיטיבית את חפותו. חרף זאת וחרף קיומו של ספק בתרחיש האשמה המוביל מיניה וביה לסגירת התיק, התביעה נדרשת לשאלת חפותו של החשוד, וכנגזרת ישירה של הכרעה זו נקבעת עילת הסגירה. ראו: יניב ואקי, "עילה לביטול? עיון מחדש בעילות לסגירת תיק פלילי", **ספר ארמונד לוי** (אוהד גורדון עורך, תשע"ז) 457, בעמ' 470–471: "על פי עקרונות הזכות להליך הוגן צריך לאפשר לנפגע הפוטנציאלי מההכרעה לטעון את טענותיו אחרי שראה את חומר הראיות נגדו, לפי כללי הצדק הטבעי וכללי ההליך ההוגן. בהליך לסגירת תיק אין הליך כזה כלל. החקירה המשטרתית ודאי שאינה הליך כזה, וכך גם כאשר להליך המוביל להכרעה של התובע בדבר עילת הסגירה. גם כאן גם שם אין מתאפשר לחשוד להתמודד עם הראיות שנאספו נגדו ולטעון טענותיו נגד ההכרעה של התובע לעניין עילת סגירת התיק הקובעת שיש ספק סביר בחפותו על משמעויותיה המתייגות. כך או כך, לא ניתן לחשוד יומו בבית המשפט".

175 Kent Greenawalt, "The Right to Silence and Human Dignity", *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values* (Michael J. Meyer & William A. Parent – eds., 1992) 192.
176 אהרן ברק, **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** (לעיל, הערה 148) בעמ' 875, והמקורות המאוזכרים שם.

177 סעיף 8 להצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי (לעיל, הערה 164): סעיף 8(א) להצעת החוק קובע: "כל אדם זכאי שלא להפליל את עצמו בעת גביית הודעתו בחקירה פלילית"; סעיף 8(ב) להצעת החוק קובע: "כל נאשם זכאי שלא יכפו עליו להעיד לפני רשות שיפוטית בהליך הפלילי בעניינו".

178 מסקנה זו תואמת את מודל הסיפור של Allen, המחייב הבניית גרסה עובדתית קוהרנטית על ידי השופט כתנאי וכבסיס לגזירת מסקנות פוזיטיביות, להבדיל מערעורן או מהטלת ספקות בתוקפן ובעצמתן. ראו: 373 (1991) *Cardozo L. Rev.*, "The Nature of Juridical Proof", Ronald J. Allen.

הספק פוגע באפשרותו של נאשם לזכות בפיצויים ובהוצאות ההגנה מאוצר המדינה לפי סעיף 80 לחוק העונשין. סעיף זה קובע כך: "... ראה בית-המשפט שלא היה יסוד לאשמה, או שראה נסיבות אחרות המצדיקות זאת, רשאי הוא לצוות כי אוצר המדינה ישלם לנאשם הוצאות הגנתו ופיצוי על מעצרו או מאסרו **בשל האשמה שממנה זוכה**..."¹⁷⁹ לפי לשון הסעיף, תנאי לקבלת הפיצוי הוא זיכוי של הנאשם מהאשמה.

בעניין **מקמילן** ניטש ויכוח על השאלה מה ראוי שתהיה ההשפעה של זיכוי "מוחלט", להבדיל מזיכוי מחמת הספק, על זכותו של נאשם לקבל הוצאות ופיצויים מן המדינה.¹⁸⁰ דעת הרוב של השופטים דורנר ואנגלרד הייתה כי מבחינה עקרונית זיכוי מוחלט מצדיק שיפוי ופיצוי של הנאשם. ובלשונה של השופטת דורנר: "אני סבורה, כי זיכוי מוחלט מן האשמה – להבדילו מזיכוי מחמת הספק – מצדיק, ככלל, תשלום לנאשם של הוצאות הגנה, וכן פיצויים בשל מעצר או מאסר".¹⁸¹ ובהמשך: "הכלל, שלפיו על המדינה לשאת בהוצאות ההגנה ובפיצויים בגין מעצר או מאסר של נאשם המזוכה בדינו זיכוי מוחלט, מתחייב מן הפרשנות הראויה של סעיף 80(א) לחוק העונשין לאור הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק".¹⁸² השופט אנגלרד הצטרף לדעתה של השופטת דורנר, אך השופט אור, בדעת מיעוט, סבר אחרת. לדעתו: "הייתי נמנע מלקבוע כלל בדבר זכות לקבלת הוצאות הגנה ופיצוי לנאשם שזוכה, בהתקיים נסיבה אחת, אפילו נסיבה חשובה כמו 'זיכוי מוחלט' של הנאשם. יש לדעתי לדבוק בהלכה, שעל פיה מוקנה לבית-המשפט שיקול-דעת רחב בעניין, וכי כל מקרה ומקרה יש לשקול על פי כלל נסיבותיו".¹⁸³

בעניין **דבש** – שהיא ההלכה הנוהגת בעניין זה – רוככה הקביעה שנפסקה בעניין **מקמילן**, ונקבע כי שיקול הזיכוי ה"מוחלט" – ויותר ממנו: הטעמים לאותו זיכוי "מוחלט" – יהיו שיקול חשוב, שיקול נכבד בין שיקולים, אך לא יהיה בהם כדי להכריע.¹⁸⁴ בהצטרפו לדעתו של השופט אור קבע השופט חשין כך: "אינני מוצא הצדק לכלוא את שיקול-דעתו של בית-משפט בכלובים של זיכוי 'מוחלט' (זיכוי 'מלא'), זיכוי 'סתם', זיכוי 'מן הספק' וזיכוי 'טכני' [...] הכול נתון

179 על סעיף 80 לחוק העונשין והתנאים השונים להטלת חיוב בהוצאות ופיצויים על אוצר המדינה ראו בהרחבה: יורם רבין ויניב ואקי, **דיני עונשין** (כרך ג – מהדורה רביעית, 2022) בעמ' 579–617. (ההדגשה הוספה).

180 רע"פ 960/99 **מקמילן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(4) 294 (1999) (להלן: עניין **מקמילן**).
 181 שם, בעמ' 303; השופטת דורנר חוזרת על דעתה זו גם בעניין **דבש** (לעיל, הערה 44) בעמ' 131–132.
 182 עניין **מקמילן** (לעיל, הערה 180) בעמ' 304: "ככלל, שלילת זכאותם של נאשמים לתשלום הוצאות הגנה ופיצויים במקרה של זיכוי מוחלט – היינו, כאשר מתברר בדיעבד כי לאשמתם לא היה יסוד, שכן הם לא עברו את העבירות שבהן הואשמו – אינה כדין. זאת, משום שהימנעות מתשלום הוצאות ופיצויים לנאשמים כאלה פוגעת בהם במידה העולה על הנדרש [...] הימנעות מתשלום הוצאות ופיצויים גם לנאשמים שזוכו זיכוי מוחלט – מצב שהניסיון מראה כי אינו שכיח [...] אף עלולה לעודד להיטות-יתר של התביעה להמשיך ולנהל משפטים גם לאחר שהתברר לה, או שהיה בכוחה לברר, כי הם יסתיימו בזיכוי מוחלט".

183 שם, בעמ' 313; השופט אור חזר על דעתו זו גם בעניין **דבש** (לעיל, הערה 44), בעמ' 133–134.

184 שם, בעמ' 112.

לשיקול-דעתו של בית-המשפט, והרשות נתונה¹⁸⁵. היוצא הוא כי לפי ההלכה זיכוי מוחלט של הנאשם, להבדיל מזיכוי מחמת הספק, אינו שיקול מכריע אלא שיקול אחד מתוך מכלול השיקולים שעל בית המשפט לשיקול לצורך חיוב המדינה בפיצויים¹⁸⁶. אולם הפגיעה בנאשם נובעת מהקביעה ההופכית שנקבעה בפסיקה, ולפיה כאשר הנאשם זוכה מחמת הספק יהיה זה שיקול עיקרי נגד פיצויי של הנאשם¹⁸⁷.

זיכוי מחמת הספק פוגע גם באפשרותו של נאשם לקבל הוצאות הגנה מהממלכה לפי סעיף 81 לחוק העונשין. הסעיף קובע כך: **"זיכה בית-המשפט את הנאשם לאחר שראה כי התלונה שגרמה למשפט הוגשה בקלות ראש או לשם קינטור או ללא יסוד, רשאי הוא לחייב את הממלכה [...]** בתשלום הוצאות הגנתו של הנאשם והוצאות התביעה, כפי שיקבע בית-המשפט". (ההדגשה הוספה). תנאי הוא לצורך חיובו של הממלכה בתשלום הוצאות לפי סעיף זה כי הנאשם זוכה. אף שזיכוי מחמת הספק זיכוי הוא, נקבע בפסיקה כי **"לא כל זיכוי מכל טעם שהוא מקנה**

185 שם, בעמ' 117.

186 ראו גם: עומר דקל, **"הזכאי זכאי לפיצויים? על זכותו של נאשם שזוכה לפיצוי בגין נזקיו"**, עלי משפט ט 523, 530 (תשע"א); רע"פ 548/20 לב נ' **מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 23.1.2020) (להלן: **עניין לב**); בע"פ 1109/09 **שיבלי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 4.1.2010). בסעיף י"ג לפסק דינו הביע השופט רובינשטיין את דעתו ולפיה הוא נוטה דווקא לדעתה של השופטת דורנר (שהובעה בעניין **מקמילן** (לעיל, הערה 180)), אך בסופו של דבר הוא קיבל על עצמו את ההלכה שפסק השופט חשין בעניין **דבש**.

187 ראו למשל: ע"פ 700/00 **טוויל נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 462, 450 (2002): **"זיכוי מחמת הספק כשלעצמו אינו שולל בהכרח פיצויים, אך הוא משמש שיקול חשוב כנגד מתן הפיצוי"** (להלן: **עניין טוויל**); ע"פ 7115/04 **בן ברוך נ' מדינת ישראל**, פסקה 12 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 2.5.2007); ע"פ 12003/05 **חמודה נ' מדינת ישראל**, פסקה 21 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 18.9.2008): **"זיכוי של המערער – זיכוי מחמת הספק הוא. אין במשפטנו זיכוי אשר מקים, מאליה, עילה למתן פיצוי מכוח איזו מן העילות המופיעות בסעיף 80(א) – וודאי שאין מוביל לכך זיכוי מחמת הספק [...]** אדרבא, בזיכוי מסוג זה יש אף כדי להמעיט מזכאותו הפרוטנציאלית של הנאשם לפיצוי"; ע"פ 7770/10 **טורי נ' מדינת ישראל**, פסקה 4 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 20.9.2011): **"הדעה הרווחת היא כי כאשר אין מדובר בזיכוי מוחלט, יהיה זה שיקול מרכזי נגד פיצויי של הנאשם"**; ע"פ 3053/18 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פסקה 3 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 25.12.2018). במקרה זה אדם הואשם בעבירות מין ותקיפה כלפי אשתו, ישב במעצר כשנה, אך בסופו של דבר זוכה מחמת הספק. בית המשפט העליון עמד על התוצאה הקשה שלפיה אדם ישב במעצר כשנה וזוכה, אך דחה את הבקשה לפיצויים לפי סעיף 80 לחוק, בעיקר משום שזוכה מחמת הספק. וראו גם: ע"פ 1325/19 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת ברוך (פורסם בנבו, 19.1.2020): **"לא ניתן להתעלם מכך שהמערער זוכה מחמת הספק בלבד, לאחר שהתעורר ספק בדבר היתכנות ביצוע מעשה האינוס במסגרת הזמנים שלמעשה המערער עזמה תחמה בתיאורה המפורט את המעשה, כאשר עם זאת הדגיש בית-המשפט את עדותה המשכנעת של הממלכה. נסיבות אלו אמנם אין בהן כדי לפסול אפריורי את האפשרות לפסיקת הוצאות ופיצויים מכוח סעיף 80 לחוק העונשין, אך הן פוגעות בסיכוי שכך ייעשה"**; ע"פ 310/14 **ודיע נ' מדינת ישראל**, פסקה 11 לפסק דינה של השופטת ברוך (פורסם בנבו, 17.6.2015); ע"פ 853/19 **מור נ' מדינת ישראל**, פסקה 11 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 7.11.2019).

לבית-המשפט את הסמכות לפסוק את הוצאות הגנתו לחובת המתלונן. הזיכוי שאליו מתייחס סעיף 81(א) לחוק העונשין הוא זה הקרוי 'זיכוי מוחלט'. לא זיכוי מחמת הספק, ואף לא זיכוי המבוסס כולו על טעמים פרוצדורליים, מעניקים את הסמכות שבסעיף 81(א) לחוק העונשין. זיכויים אלה אכן הינם זיכויים לכל דבר, אולם אין בכך לגרוע מהמסקנה כי הם אינם נובעים מתלונה חסרת שחר¹⁸⁸.

היוצא הוא כי זיכוי מחמת הספק הוא כשלעצמו שיקול חזק נגד פסיקת פיצויים לפי סעיפים 80 ו-81 לחוק העונשין. בפסיקה נטען כי בית המשפט נדרש לבחון את נימוקי הזיכוי לגופם, והוא יכול להגיע למסקנה כי זיכוי הנאשם קרוב למעשה לזיכוי מוחלט ולפסוק הוצאות לטובתו אף שבהכרעת הדין צוין כי הלה זוכה מחמת הספק בלבד¹⁸⁹. אך הלכה למעשה מצאנו שני פסק דין בלבד שבהם נפסקו פיצויים לנאשם שזוכה מחמת הספק, ובשניהם נפסקו פיצויים חלקיים בלבד¹⁹⁰.

את התוצאה המשפטית שלפיה אין נפסקים פיצויים לנאשמים אך משום שזוכו מחמת הספק ראוי לבקר ואף לשנות. דרך המלך היא ביטולו של הזיכוי מחמת הספק. אומנם לאור ההלכה בעניין **דבש** ניתן לטעון כי כל עוד לבית המשפט עומד שיקול דעת בדבר ההחלטה אם להעניק פיצויים לנאשם שזוכה – הוא ימשיך לנסות ולהבין את ההנמקה ולבחון מה מידת הספק גם אם הקטגוריה של זיכוי מחמת הספק תבוטל כליל. לכן לכאורה כאשר הספק מובא לידי ביטוי בהנמקת בית המשפט, ביטול של הזיכוי מחמת הספק לא יביא לשינוי גורלה של תביעת פיצוי מצד נאשם שזוכה. אולם כיום בית המשפט מוסמך לקבוע זיכוי מחמת הספק גם אם הספק לא בא לידי ביטוי בהנמקת בית המשפט או שהוא מובע בשפה רפה, והחלטה כזו אינה ניתנת לערעור (שכן נחשבת זיכוי לכל דבר ועניין¹⁹¹). לכן לעצם הקביעה כי הנאשם זוכה מחמת הספק יכולה להיות השפעה שלילית על עצם האפשרות של הנאשם לזכות בפיצוי.

מלבד זאת, לעניין סוגיית הפיצויים אנו מסכימים עם הדברים החדים והקולעים שכתב השופט גולדברג בעניין **רייש**, שלפיהם אין מקום להבדיל בין שני סוגי הזיכוי: "מבחינת הדין הרצוי ראוי היה להרחיב את הזכות להוצאות ולפיצוי לכל נאשם שיצא זכאי בדינו, יהא הטעם לזיכוי אשר יהא. משלא הוכחה אשמתו של הנאשם במידה הנדרשת בפלילים, והוא יוצא זכאי בדינו, הרי שחזקת חפותו שהייתה קיימת טרם המשפט, לא נסתרה. אם העמידה אותו המדינה לדין ולא עלה בידה להוכיח את אשמתו, עליה לפצותו על ההוצאות שגררה אותו ועל הסבל שסבל במעצר

188 ע"פ 1703/96 **פלונית נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(א) 708, 711 (1997).

189 עניין **לב** (לעיל, הערה 186), בפסקה 8 לפסק דינו של השופט אלרון.

190 פסק הדין הראשון הוא ע"פ 6621/01 **בדליאן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(5) 870 (2002). במקרה זה זיכה בית המשפט המחוזי את המערער מחמת הספק מעבירת אינוס וסחיטה באיומים. בבית המשפט העליון נקבע (שם, בעמ' 878) כי אף שבית המשפט המחוזי כינה את זיכוי של המערער "זיכוי מחמת הספק", הרי שמנימוקיו של בית המשפט המחוזי עצמו עולה כי הזיכוי היה רחוק למדי ממה שמקובל לראות בו זיכוי "מחמת הספק" והתקרב עד מאוד למה שמכונה "זיכוי מוחלט". בהמשך לכך נקבע כי נסיבות ה"ספק" במקרה זה מצדיקות הענקת פיצוי חלקי; פסק הדין השני הוא עניין **טוויל** (לעיל, הערה 187).

191 על כך נעמוד בהרחבה להלן.

או במאסר. משכך, מה לי אם זוכה מחמת הספק ומה לי אם זוכה בזיכוי ברור ומוחלט. בכל אחד מן המקרים חוזר הנאשם לאחר הזיכוי ל'סטטוס' של חף מפשע שהועמד לדין.¹⁹²

הפגיעה בזכויות לפי פסקת ההגבלה – מהדיון שלעיל עולה כי זיכוי מחמת הספק מפר את זכויותיו החוקתיות של הנאשם כגון הזכות לשם טוב, הזכות לחפות, הזכות להליך הוגן, זכות השתיקה ועוד. אולם פגיעה בזכות חוקתית אינה סוף פסוק. כידוע, פגיעה בזכות חוקתית יכולה להיות כדין אם היא עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁹³ התנאי הראשון הקבוע בפסקת ההגבלה הוא הדרישה שהפגיעה בזכות החוקתית תיעשה בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו. בענייננו, הזיכוי מחמת הספק הוא יציר הפסיקה ואין בא זכרו במפורש ואף לא במשתמע בכל דבר חקיקה.¹⁹⁴ על כן הפגיעה בזכויות החוקתיות כמפורט לעיל בשל זיכוי מחמת הספק אינה עומדת בתנאי הראשון של פסקת ההגבלה.

תנאי נוסף הקבוע בפסקת ההגבלה הוא כי הפגיעה תיעשה לצורך תכלית ראויה. כפי שעולה מתוך כלל הדיון שנערך לעיל, קיומו של זיכוי מחמת הספק כסוג נוסף של זיכוי אינו ראוי, מעורר קשיים שונים, ולא ניתן להצביע על תכלית ראויה כלשהי שאותה נועד השימוש בזיכוי להשיג, אשר מצדיקה פגיעה בזכויות החוקתיות שנמנו לעיל. ראשית, כפי שהראינו לעיל, הזיכוי מחמת הספק לא נולד במהלך שיפוטי ברור ומנומק אלא התפתח בהדרגה (בדרך אבולוציונית), ולמעשה עד היום לא ניתן להצביע ולו על פסק דין אחד אשר בו סיפק בית משפט (בערכאה כלשהי) הסבר על תפקידו של הזיכוי מחמת הספק, על ההצדקות לקיומו ועל התכליות שאותן בא לקדם. זאת אומרת שבמשפט הישראלי אין כל הנמקה פורמלית לקיומו של הזיכוי מחמת הספק. כך למשל נטען כי זיכוי מחמת הספק מגן מפני הרשעות שווא. טענה זו יכולה להיות בעלת משקל, ואם תוכח יש בה כדי לבסס "תכלית ראויה". אולם כפי שהראינו לעיל, מהמחקרים שנערכו עד היום בהקשר זה (שרובם נערכו בקשר למשפט הפלילי של סקוטלנד בעניין ה-*not proven*) לא ניתן לגזור מסקנה חד-משמעית שלפיה מוסד ה"זיכוי מחמת הספק" מספק הגנה מפני הרשעות שווא.¹⁹⁵

192 עניין **רייש** (לעיל, הערה 11) בעמ' 491–492. זו גם דעתו של דקל (לעיל, הערה 186) בעמ' 547–549: דקל מביא חיזוקים לעמדה זו מפסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות האזרח, שקבע בכמה הזדמנויות כי חזקת החפות כשלעצמה אינה מקור עצמאי לפסיקת פיצויים לנאשם שזוכה, אולם כאשר על פי החוק הפנימי של המדינה נאשם שזוכה זכאי לפיצוי בגין נזקיו, העובדה שהזיכוי נובע מספק ושהחשדות כלפי הנאשם לא פוזרו אינה יכולה להיות טעם לגיטימי לשלילת הפיצוי משום שהדבר סותר את חזקת החפות המעוגנת בפסקאות 2–6 לאמנה האירופית לזכויות האזרח.

193 אשר לפגיעה בזכויות חוקתיות הנובעת מזיכוי מחמת הספק ראו בעניין **סופיוב** (לעיל, הערה 151) בפסקה 6 לפסק דינה של השופטת רובינשטיין: "לא די בכך לטעמי שמגיעים לכלל מסקנה כי 'זיכוי מחמת הספק' פוגע בכבוד האדם, אלא יש לראות את הסוגיה האמורה גם לאור יתר המבחנים שבחוק היסוד".

194 סעיף החוק היחידי הרלוונטי הוא סעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982, אשר קובע את תוצאות ההליך הפלילי בתום בירור האשמה: "בתום בירור האשמה יחליט בית-המשפט בהחלטה מנומקת בכתב [...] על זיכוי הנאשם או, אם מצא אותו אשם, על הרשעתו". כאמור לעיל, בסעיף זה אין מוזכרת כל אפשרות לזכות נאשם מחמת הספק.

195 ראו הדיון לעיל, בתת-פרק ד(1).

טעם נוסף שהועלה בספרות כתמיכה לסוג נוסף של זיכוי – כגון ה־not proven הסקוטי או ה־זיכוי מחמת הספק הישראלי – הוא שפסק דין כזה מעביר מסר חשוב לקורבנות העבירה (או למתלוננים) שלפיו הנאשם זוכה לא בשל חוסר אמינותן אלא בשל חוסר בראיות או ספק אחר שהתעורר במשפט. הראינו כי יש אינדיקציות לכך שבתי המשפט אכן מעבירים מסר כזה, אך לא ברור כלל אם המסר משיג את התכלית של עידוד הקורבן, של מסירת המסר בדבר אמינות עדותה ואת מניעת האפקט המצנן. המחקרים שנערכו בהקשר זה, שאותם הצגנו לעיל, מעלים כי הקורבנות אינן מקבלות בהכרח את הזיכוי מחמת הספק בעין יפה יותר משהן מקבלות זיכוי רגיל, וכי המסר מצד בתי המשפט בהקשר זה אינו משיג בהכרח את התכלית של עידוד הקורבנות.¹⁹⁶ יוצא כי הזיכוי מחמת הספק נכשל לכל הפחות בשני תנאים הקבועים בפסקת ההגבלה – הוא לא נקבע בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו, והוא לא נועד לתכלית ראויה – ולכן הפגיעה שנוצרת בעטיו בזכויות החוקתיות שנמנו לעיל אינה כדין.¹⁹⁷

4. ערעור או משפט חוזר על זיכוי מחמת הספק

חרף העובדה כי זיכוי מחמת הספק פוגע שלא כדין בזכויותיו החוקתיות של הנאשם עומדת ההלכה המושרשת כי לא ניתן לערער על זיכוי מחמת הספק. בפסיקה קצרה של בית המשפט העליון בעניין **בן חסן** משנות השבעים נקבע כי "מי שזוכה בדינו במשפט פלילי אינו יכול לערער נגד ממצאים של הערכאה ששמעה את המשפט ולבקש להמירם באחרים, להוסיף עליהם או לגרוע מהם. הזיכוי בדין מסיים מבחינת הנאשם את ההליכים המשפטיים".¹⁹⁸ על בסיס הלכת **בן חסן** נפסק בסדרה של פסקי דין כי לא ניתן לערער על זיכוי מחמת הספק. כך למשל בעניין **אשר זיכה**

196 ראו הדיון לעיל, בתת-פרק ד(2).

197 יש לציין כי הפגיעות בעניינינו שלא לפי תנאיה של פסקת ההגבלה אינן חוסות בפסקת שימור הדינים שבסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זיכוי מחמת הספק אינו קבוע בחוק אלא בפסיקה. אין חולק כי מנגנון שמירת הדינים חל על חוקים (או סעיפי חוק) שנחקקו לפני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך לא כך באשר לפסיקה, שממנה מוסמך בית המשפט לסטות ולשנות, ולהתאימה לעידן שלאחר חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. סוגיה זו התלבנה לראשונה בדנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589 (1995), וזוקקה בפסיקה מאוחרת יותר. ראו בבג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(1) 36, 1 (1997): "אכן, ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ירדו כרוכים יחד. שניהם עקרונות חוקתיים. לשניהם מעמד חוקתי. שניהם משמשים לפרשנותו של הדין החדש והישן גם יחד [...] יש לעשות כל מאמץ פרשני להבטחת סינתזה והתאמה בין השניים"; בג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המיסים**, פסקה 28 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 20.12.2010): "נוכח סעיף שמירת הדינים הקבוע בסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא נתונות הוראות פקודת המסים (גביה) – אשר קדמו לחוק היסוד, לביקורת חוקתית. עם זאת, כפי שנפסק לא אחת, את הפקודה – כמו כל חוק אחר שקדם לחוק היסוד – יש לפרש לאור העקרונות והערכים שהתוו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והזכויות הנגזרות ממנו"; ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 416, פסקה 29 לפסק דינה של השופטת ביניש (2006).

198 ע"פ 43/77 **בן חסן נ' מדינת ישראל** (לא פורסם) (להלן: **עניין בן חסן**). צוטט בעניין **סופיוב** (לעיל, הערה 151) בפסקה 5 לפסק דינה של השופטת רובינשטיין; וראו גם ע"פ 426/87 **שוקרי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מב(1) 740, 735, 732 (1988).

בית משפט השלום את המבקש מחמת הספק מעבירות של מעשים מגונים בקטניות. בית המשפט המחוזי דחה את הערעור, מהטעם ש"אין לנאשם שזוכה רשות ערעור". על החלטה זו הגיש המבקש בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, מהטעם ש"זיכוי כזה [...] הוא מעין 'זיכוי פירוס' שכן בעיני הציבור זיכוי המלווה ביטויים כאלה כמוהו הרשעה". בבית המשפט העליון נדחה הערעור על בסיס הנימוק שאין לנאשם דרך להשיג על זיכוי.¹⁹⁹ דוגמה נוספת היא עניין **שוהם**.²⁰⁰ במקרה זה זיכה בית הדין המקומי למשמעת את המערער מחמת הספק מאישום הנוגע לשימוש באלימות. בערעור שהוגש טען המערער כי זיכוי מחמת הספק מותר כחם בעיני הציבור, אשר ממשיך להשקיף עליו כמי שעדיין חשוד בביצוע העבירה, ולכן נפגעת זכותו החוקתית לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהתבסס על טענה זו ביקש המערער מבית המשפט לבטל את ההחלטה לזכותו מחמת הספק, ותחת זאת לזכותו זיכוי מוחלט.²⁰¹ בית המשפט העליון, מפי השופט זמיר, דחה את הערעור, וקבע: "אין לנאשם זכות ערעור על זיכוי מחמת ספק, שכן מבחינת המהות זהו ערעור על הנמקה ולא על תוצאה. זיכוי הוא זיכוי ואין דרגות לזיכוי. נאשם שזוכה מוחזק חף מעבירה תהיה ההנמקה לזיכוי, או הסיבה לזיכוי אשר תהיה. כך גם המערער במקרה זה. הוא זכאי לראות עצמו זכאי ללא סייג".²⁰²

אולם הדיון הנרחב ביותר עד כה בבעיה זו נערך בעניין **סופיוב**.²⁰³ במקרה זה זוכה המערער מחמת הספק בבית משפט השלום, בין היתר מעבירות של שיבוש הליכי משפט וגנבה. המערער הגיש ערעור, וטעמו האחד והיחיד היה שלפי חומר הראיות נכון היה לזכותו באופן החלטי בשל היעדר ראיות לחובתו ולא בשל הנימוק שלפיו ספק קינן בליבו של בית המשפט. המדינה התנגדה לערעור בטענה כי נאשם שזוכה נעדר זכות ערעור. בבית המשפט המחוזי נחלקו הדעות. פסק דינה

199 רע"פ 89/89 **אשר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 8.8.1989). השופט מלץ קבע: "הבעיה שעורר ב"כ המלומד של המבקש היא אולי בתחום הציבורי או בתחום הפילוסופיה המשפטית, אך הכתובת לכך איננה בבתי-המשפט. מבחינה משפטית אין למבקש זכות ערעור ובדין נדחה ערעורו". השופט מלץ הפנה בדבריו הקצרים להלכה שנקבעה בעניין **בן חסן** (לעיל, הערה 198).

200 עניין **שוהם** (לעיל, הערה 15).

201 בפסקה 2 לפסק דינו של השופט זמיר; שם, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט זמיר: "[ל]טענת המערער יש לו זכות ערעור, שכן ערעור של נאשם על זיכוי מחמת הספק אינו רק ערעור על הנמקה, אלא הוא ערעור על תוצאה, משום שזיכוי מחמת הספק הוא תוצאה שונה מזיכוי מוחלט".

202 לפסיקה נוספת ברוח זו ראו: רע"פ 4178/07 **דהאן נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 16.5.2007); בג"ץ 6541/07 **שוורץ נ' בית-משפט השלום בטבריה** (פורסם בנבו, 2.10.2007), שם נדחתה עתירה של אישה שביקשה מבית המשפט לבטל את זיכוייה מחמת הספק מתקיפה ולהורות על זיכוייה המוחלט; וע"פ (מחוזי תל אביב-יפו) 845/97 **רונו נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.3.1999); עניין **גלעד** (לעיל, הערה 15); רע"פ 6034/07 **אוריאל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 8.11.2007), שם קבע השופט ג'ובראן כי "ההלכה בנושא הינה עקבית וחד משמעית – אין להתיר ערעור על זיכוי מחמת הספק" (פסק הדין הקצר לא חולק לפסקאות); רע"פ 5144/14 **פוקס נ' מדינת ישראל**, פסקה 3 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 28.7.2014); עניין **לב** (לעיל, הערה 186) בפסקה 8 לפסק הדין; ע"פ 8616/19 **חברוני נ' מדינת ישראל**, בפסקה 5–6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 15.3.2020); רע"פ 1819/22 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פסקה 9 לפסק דינו של השופט קרא (פורסם בנבו, 17.3.2022).

203 עניין **סופיוב** (לעיל, הערה 151).

של השופטת רובינשטיין, ואלה הצטרף השופט בן שלמה, מבוסס על השקפה כי זיכוי מחמת הספק הוא זיכוי שאליו הצטרף טעם הזיכוי, וכי בשל כך ערעור על זיכוי מחמת הספק מופנה נגד נימוקי הזיכוי. לקביעתה, אף שסעיפי החוק הרלוונטיים אינם מונעים במפורש ערעור המופנה נגד נימוקי הזיכוי, על פי הפרשנות המשפטית המקובלת הערעור יכול שיסב על ההכרעה המשפטית המהותית, היינו על ההרשעה בדין, על הזיכוי או על גזר הדין, אך לא ניתן לערער על פרטי ההנמקה ללא השגה על התוצאה הסופית.²⁰⁴ לפיכך דחתה את הערעור.²⁰⁵ כנגד דעת הרוב התייצב שופט המיעוט גרוס. לאחר דיון ממצה בזכות הערעור, בלשון החקיקה הפלילית, לרבות דיון בפגיעה בזכות החוקתית לשם טוב הנגזרת מהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,²⁰⁶ פסק השופט גרוס כך: "מסקנתי היא כי יש להכיר בזכותו של נאשם לערער גם על זיכוי בדין, שעה שזיכוי זה הינו מחמת הספק וכאשר כל הנסיבות והראיות מצביעות על כך שאותו אדם ראוי לזיכוי מלא ומוחלט".²⁰⁷ בהמשך לכך בחן השופט גרוס את עניינו של המערער וקבע כי היה מקום לזכותו זיכוי מוחלט ולא זיכוי מחמת הספק.²⁰⁸

לבעייתיות הטמונה בהיעדר אפשרות ערעור על זיכוי מחמת הספק היו ערים שלף ופורת. לשיטתם, יש לקבל את עמדת שופט המיעוט גרוס בעניין **סופיוב** ולאפשר זכות ערעור על זיכוי מחמת הספק.²⁰⁹ כאמור, כמו שלף ופורת גם אנו מזהים את הבעייתיות הטמונה במצב. עם זאת, לשיטתנו, הדרך לפתור את הבעיה אינה במתן זכות ערעור על זיכוי מחמת הספק אלא בביטולו של הזיכוי מחמת הספק. כפי שהראינו לעיל, "זיכוי מחמת הספק", כשלעצמו, פוגע בנאשם שזוכה היות שנחשב זיכוי נחות, זיכוי מסוג ב, בשל החשיבות של "השורה האחרונה" האופרטיבית של פסק הדין. כפי שהראינו, אם יבוטל הזיכוי מחמת הספק, ובמקומו יבוא זיכוי (מלא), מצבו של הנאשם יהיה טוב יותר בשל אותה שורה אופרטיבית, המקבעת את מעמדו של הנאשם כזכאי גם

204 שם, בפסקה 5 לפסק דינה של השופטת רובינשטיין: "הפרשנות המקובלת אצלנו ייחדה את זכות הערעור של הנאשם לערעור נגד ההרשעה וקבעה שאין ערעור על זיכוי בדין". השופטת רובינשטיין התבססה בהקשר זה על ההלכה שנקבעה בעניין **בן חסן** (לעיל, הערה 198), ולשיטתה (בפסקה 6 לפסק דינה), חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא שינה הלכה זו.

205 יש לציין, כי עניין **רונן** (לעיל, הערה 205), נפסק לאחר עניין **סופיוב**, ובו פסעו שלושת שופטי ההרכב בעקבות דעת הרוב שנפסקה בעניין **סופיוב**.

206 שם, בפסקה 35 לפסק דינו של השופט גרוס: "המסקנה המתבקשת מכל אלה היא כי הפרשנות הנכונה, התואמת לעניות דעתי את מטרת החקיקה ואת כוונת המחוקק, וזאת לאור הוראות חוק היסוד, הינה כי אין כל הצדקה לשלול את זכות הערעור לגבי זיכוי מחמת הספק, דבר שתהא בו פגיעה בלתי מוצדקת בזכות היסוד של האדם לכבודו כאדם".

207 שם, בפסקה 6 לפסק דינו של השופט גרוס.

208 שם, בפסקה 8 לפסק דינו של השופט גרוס.

209 שלף ופורת (לעיל, הערה 134) בעמ' 100: "לא נותר לנו אלא להפנות קריאה אל המחוקק לתיקון המצב בחוק, כך שחקיקה ספציפית תאפשר זכות ערעור על זיכוי מחמת הספק, זיכוי שבעיני הנאשמים עצמם נתפס כדו-משמעי, שכן מסיר כתם רשמי של 'נאשם' אולם, במקביל, מכתים בהותירו צל חשד ממשי בדמות אותו הספק. מצטרפים אנו לדבריו של כבוד השופט גרוס לפיהם שיקולי יעילות שיפוטית (ריבוי ערעורים, סרבול והגדלת העומס) כשלעצמם אין בהם כדי להצדיק פגיעה בכבוד האדם ובכל הנובע ממנו".

מבחינה תקשורתית וציבורית, גם אם בגוף פסק הדין התמודדו השופטים עם ספקות. ושוב, מעניינת בהקשר זה העמדה האחידה והנחרצת של המשפט המשווה (למעט סקוטלנד), שלפיה התוצאה של הכרעת הדין במשפט פלילי היא "הרשעה" או "זיכוי" בלבד, ואסורה הוספתה של הסתייגות כלשהי לזיכוי, גם אם בפסק הדין הועלו ספקות. הסיבה היא כאמור שסיוגו של הזיכוי מייצר פגיעה בנאשם.

בעייתית יותר בעניין זה היא עמדתם של מנשה וגרונר. השניים מציעים כי לנאשם שזוכה מחמת הספק תעמוד הזכות, לאחר סיום המשפט הפלילי, לזיום הליך נוסף לשם קביעה של סוג הזיכוי – זיכוי מלא או זיכוי מחמת הספק.²¹⁰ ההצעה לפתור את הבעיה באמצעות הליך נפרד שבו יברר בית המשפט את מהות הזיכוי וסוגו היא מסורבלת ולא יעילה. בכך אנו מסכימים עם ביקורתו של סנג'רו על עמדתם של מנשה וגרונר: "ההצעה מקורית ומעניינת, אך חוששני שהיא אינה מעשית. מדובר בכפילות הליכים מסורבלת, יקרה ולא יעילה. יתרה מזו, אם שופטי הערכאה המאוחרת, יתבקשו להכריע בין שני סוגי הזיכוי, יגיעו למסקנה שיש דווקא להרשיע את הנאשם – מה הם יפסקו? מכיוון שמדובר בסיכון כפול ואי אפשר להרשיע, שמה הם יקבעו את הסיווג 'זיכוי מחמת טעות של הערכאה הקודמת'?"²¹¹

בדומה לחוסר האפשרות לערער על זיכוי מחמת הספק במקום שהנאשם זוכה מחמת הספק לא ניתן לקיים משפט חוזר. לפי סעיף 31 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, רק ה"נידון" (או היועץ המשפטי לממשלה) רשאי לבקש משפט חוזר, וה"נידון" פורש בפסיקה כביטוי שאינו חל על מי שזוכה בדינו אלא רק על מי שהורשע.²¹² כאמור, זיכוי מחמת הספק פוגע שלא כדין בשלל זכויות. לשיטתנו, ביטולו של הזיכוי מחמת הספק ייתר גם את ההלכות שלפיהן לא ניתן לקיים משפט חוזר מקום שהנאשם זוכה מחמת הספק. לאחר שסיימנו לדון בכל הטעמים המחייבים והשוללים את קיומו של הזיכוי מחמת הספק, נעבור עתה לסכם את המחקר ולהצביע על מסקנתנו.

210 מנשה וגרונר, "הקטגוריזציה של הזיכוי" (לעיל, הערה 3) בעמ' 72; מנשה וגרונר, "מהות הספק הסביר" (לעיל, הערה 3) בעמ' 271–278.

211 סנג'רו (לעיל, הערה 131) בעמ' 124. וראו תשובתם של מנשה וגרונר לסנג'רו: דורון מנשה ואיל גרונר, "לא כולנו זכאים רק מחמת הספק: עוד על אסטרטגיה ההכרעה המצומצמת, ובראי משפט זדורוב בפרט, על פי ספרנו 'מהות הספק הסביר' – תגובה לבועז סנג'רו", **מאזני משפט** יב 169, 198–199 (2019): "סנג'רו טוען כי הצעתנו להפרדת הליכים מסורבלת, יקרה ולא יעילה. לדעתנו, כל חלופה אחרת פוגעת בזכויות הנאשם, היות שנאשם שמעוניין גם באי-הרשעה וגם בזיכוי מלא עלול להתקשות בהגשמת שתי המטרות הללו בו-זמנית, וכך ההליך הפלילי יהיה לא-הוגן. ובהינתן הכלל שאי-אפשר לערער על זיכוי מחמת הספק, לדעתנו אין מנוס מלשאת בעלויות שסנג'רו טוען שהן יקרות, וזאת על מנת שההליך יהיה הוגן". ולכך נשיב כי ביטול הקטגוריה של זיכוי מחמת הספק תפתור באחת את כל הבעיות: לא ייפגעו זכויות הנאשם, ההליך יהיה הוגן יותר, וייחסכו העלויות של ההליך הנפרד.

212 מ"ח 2763/90 בלאו נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 224, 226 (1990); מ"ח 7420/03 דגן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.9.2003).

ה. סיכום

מיוחד הוא המשפט הפלילי בישראל בכך שלצד שתי התוצאות של "הרשעה" ו"זיכוי" התפתחה קטגוריה נוספת של "זיכוי מחמת הספק" – שהיא בעלת מאפיינים ייחודיים מבחינה מהותית וטכנית. הזיכוי מחמת הספק החל להתפתח בפסיקה הישראלית סמוך לאחר כינונה של ישראל בשנת 1948, תוך כדי סטייה מהמסורת של המשפט המקובל. בפסיקה שניתנה בעשור הראשון של המדינה בבתי המשפט המחוזיים ובבית המשפט העליון לא הייתה כל כוונה מצד השופטים ליצור קטגוריה חדשה ונוספת של זיכוי. כל שנעשה הוא סיכום טעם הזיכוי בשורת הסיכום, היינו ציון לפני הקורא כי אין מדובר במקרה שבו השתכנע בית המשפט בחפותו של הנאשם, אלא במקרה שבו התעוררו ספקות בדבר החשדות נגד הנאשם, ורק מפני הספק שהתעורר נמנעה ההרשעה. אולם הנוהג שהשתרש בפסיקה לציין בשורת הסיכום את הספק כטעם לזיכוי התעצב ברבות השנים לקטגוריה נפרדת של זיכוי. מבחינה סמנטית נוצרה תבנית לשונית נפרדת על דרך הוספת הצירוף "מחמת הספק" לצד הדיבור "זיכוי", ונוצרו שני סוגים של זיכוי שנסיבותיהם וכוונותיהם שונות. בפסקי דין רבים אופיין הזיכוי מחמת הספק כקטגוריה של "זיכוי טכני" או "ספק זיכוי", שבו נותר ספק בחפותו של הנאשם, במובחן מהזיכוי המלא אשר בו הוכח, באופן פוזיטיבי, כי הנאשם לא ביצע את העבירה שיוחסה לו. בהמשך לכך נוצרו שני סוגי הזיכוי הבדלים אשר קיבעו את הזיכוי מחמת הספק כזיכוי נחות.

אנו סבורים כי המצב הראוי הוא שתוצאת ההליך הפלילי בישראל תהיה אחת משתיים – זיכוי או הרשעה – בדומה למשפט הפלילי הנהוג בכל ארצות המשפט המקובל למעט סקוטלנד. מכאן הצעתנו לבטל במעשה חקיקה (או לכל הפחות בפסיקה עקרונית של בית המשפט העליון) את הזיכוי מחמת הספק כסוג של זיכוי. קריאתנו זו מבוססת על כמה נתונים וטעמים: הראינו כי הזיכוי מחמת הספק אינה תופעה זניחה. לפי המחקר הכמותי שערכנו, בתקופה שבין שנת 2000 לשנת 2020, היה שיעור הזיכויים מחמת הספק כמחצית מתוך כלל הזיכויים בבתי משפט השלום ובבתי המשפט המחוזיים.

עוד הראינו כי עד כה לא הוכח שהזיכוי מחמת הספק אכן מקדם תכלית ראויה כלשהי. טעם שהעלו תומכי ה־not proven בסקוטלנד, ושאותו ניתן לטעון גם בנוגע לזיכוי מחמת הספק הוא שקיומו מספק הגנה מסוימת מפני הרשעות שווא. אולם עד כה אין הוכחה חד־משמעית ששימורם של ה־not proven או של הזיכוי מחמת הספק אכן מספקים הגנה מסוימת מפני הרשעות שווא. אם אפשר יהיה לבסס את הטענה בדבר תרומתו של הזיכוי מחמת הספק למניעת הרשעות שווא, יהיה בכך בהחלט טעם טוב לחידוש הדיון בשאלת הצדקתו של הזיכוי מחמת הספק.²¹³

טעם נוסף שהועלה בספרות כתמיכה לזיכוי מחמת הספק הוא שפסק דין כזה מוסר מסר חשוב לקורבנות העבירה (או למתלוננים). כאשר נאשם מזוכה מעבירה, בייחוד מעבירת מין או עבירת אלימות, הזיכוי, לפחות מנקודת מבטה של המתלוננת (וגם מנקודת מבטו של הציבור), מטיל צל על אמינותה, ועדותה מצטיירת בדיעבד כאמינה פחות, מה שיכול ליצור "אפקט מצנן" בקרב

²¹³ למחקרים הנערכים בנושא זה ראו לעיל בהערה 109.

המתלוננות, בעיקר בעבירות מין ואלמות, שם מושתת המשפט במקרים רבים על עדותה של המתלוננת. על בסיסה של מציאות זו נטען שסוג נוסף של זיכוי שאינו זיכוי מוחלט הוא בעל תפקיד חשוב בהעברת מסר למתלוננות כי בית המשפט (או חבר המושבעים) האמין להן, וכי הנאשם זוכה לא בשל חוסר אמינותן אלא בשל חוסר בראיות או ספק אחר שהתעורר במשפט. ואכן, המחקר שנערך בסקוטלנד וגם זה שערכנו בישראל העלה שאכן מושבעים ושופטים (בהתאמה) עושים שימוש בסוג הנוסף של הזיכוי כדי למסור מסר חיובי "מפייס" למתלוננות בעבירות מין, שלפיו חרף הזיכוי עדותן הייתה אמינה. חרף זאת הראינו שקיימת לפחות אפשרות שבמקרים מסוימים בתי המשפט בישראל (או מושבעים בסקוטלנד) אימצו הכרעה של זיכוי מחמת הספק (או של not proven) כדי למסור מסר מעודד לקורבן כזה או אחר או כדי למנוע אפקט מצנן באופן כללי – אך זאת על חשבון הנאשם. לשון אחר, ייתכן שבמקרים מסוימים בית המשפט מעדיף למסור "מסר חינכי" למתלוננת, בהיותה חלק מציבור רחב, על חשבון הנאשם הקונקרטי והפגיעה בו ובשמו הטוב. עוד העלו מחקרים שהצגנו שהקורבנות אינם מקבלים את הזיכוי מחמת הספק בעין יפה יותר משהם מקבלים זיכוי רגיל, וכי המסר של בתי המשפט בהקשר זה אינו מקדם את מסר התמיכה בקורבנות, ובעיקר אי אפשר יהיה להצדיק הכרעה כזו אם קיים סיכוי כי היא פוגעת בנאשם.

נוסף על אלה הראינו שזיכוי מחמת הספק מפר את זכויותיו החוקתיות של הנאשם כגון הזכות לשם טוב, הזכות לחפות, הזכות להליך הוגן וזכות השתיקה, וכן פוגע באפשרות לזכות בפיוצי בהליך הפלילי. פגיעות אלו אינן עומדות בתנאי הראשון של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן הזיכוי מחמת הספק לא נקבע בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו. כמו כן הפגיעות בזכויות החוקתיות אינן עומדות בתנאי השני של פסקת ההגבלה שלפיו הפגיעות תיעשינה לצורך תכלית ראויה. הראינו כי קשה להצביע על תכלית ראויה כלשהי הנובעת מהשימוש בזיכוי מחמת הספק, ובישראל לא מצאנו ולו פסק דין אחד אשר מספק הסבר ותכלית לקיומו של מוסד זה. התוצאה של הניתוח החוקתי שערכנו היא שזיכוי מחמת הספק פוגע שלא כדין בזכויות חוקתיות, ולכן יש לבטלו.

בפרק שהוקדש למשפט המשווה הראינו כי ברובן המכריע של שיטות המשפט הפלילי המדינתיות בעולם קיימות שתי תוצאות להליך הפלילי – אשם (guilty) ולא אשם (not guilty) – ולא קיים בהן סוג נוסף של זיכוי או תוצאה שלישית כלשהי להליך הפלילי. במשפט הפלילי של איטליה היו בעבר שני סוגים של זיכוי: "זיכוי מלא"; ו"זיכוי בשל חוסר בראיות", אך מצב זה בוטל בשנת 1988. בקודקסים הפליליים של כל חמישים המדינות בארצות הברית נקבעו שני סוגי הכרעות בלבד – אשם ולא אשם – והצעות שונות לאימוץ הכרעה מסוג שלישית לא התגבשו לכלל חקיקה. היוצא הוא כי מלבד המשפט הישראלי, סוג נוסף של זיכוי קיים כיום רק במשפט הפלילי של סקוטלנד – not proven – אך גם שם קיים ויכוח ארוך שנים בנוגע להצדקתו. בשנים האחרונות נשמעו קולות רבים התומכים בביטולו, וכיום אף תלויות ועומדות בפני הפרלמנט הסקוטי הצעות חוק לביטולו. לפיכך התובנה שלפיה למשפט הפלילי שתי תוצאות – אשם ולא אשם – משותפת

לרוב מכריע של שיטות המשפט, והיא בבחינת "קונצנזוס גלובלי", שסטייה ממנו צריכה להיעשות על סמך טעמים כבדי משקל. אולם כאמור, כיום, טעמים כאלה אינם בנמצא! מחקרנו הוביל אותנו לחריש עמוק בפסיקה, ובתוך מאות פסקי הדין שנקבע בהם זיכוי מחמת הספק צדה את עינינו אמרת אגב קצרה אחת מפיו של השופט הנדל, שיש בה כדי לסכם את דעתנו על הנושא:

במישור הנורמטיבי – זיכוי מצהיר כי התביעה לא הוכיחה את האשמה מעל לכל ספק סביר. ייתכנו שני מצבים. בראשון, הוכח למעשה שהנאשם לא עבר את העבירה. בשני, נותר ספק סביר אם עבר את העבירה אם לאו. לטעמי, מבחינת הדין הפלילי, אלו שתי האפשרויות הקיימות במתן פסק דין מזכה. כך או כך, ובכל מקרה, לא רק שלא ניתן להעניש את הנאשם שזוּפָּה, אף לא ניתן לסמנו באות קין. בשלב ההנמקה, רשאי בית המשפט לציין כי קיימות ראיות מפלילות המעוררות חשד בדרגה זו או אחרת. עם זאת, לטעמי אין מקום כי בשורה התחתונה הנועלת את ההכרעה, יזכה בית המשפט נאשם מחמת הספק, תוך ציון אשמתו בעצמה זו או אחרת.²¹⁴

דברים כדורבנות. בשל של כל הטעמים שנמנו לעיל ראוי לו לבית המשפט העליון שיאמץ אמירה חדה זו כהלכה אשר תהפוך את הזיכוי מחמת הספק לנחלת העבר.

214 עניין ידען (לעיל, הערה 117) בפסקה 3 לפסק דינו של השופט הנדל.