Trial in the Shadow of Bargaining Range

**The Sentencing Disparities effect of Plea Bargaining - an empirical study**

על פי התאוריה הקלסית "מיקוח בצל המשפט", המיקוח על עסקאות הטיעון נערך בצל תוצאת המשפט הצפויה, ולהיקפה של תופעת עסקאות הטיעון לא אמורות להיות החצנות או השפעות עקיפות על תוצאת המיקוח. במאמר זה נבקש להצביע על קשר שטרם נבחן בספרות, בין שיעור עסקאות הטיעון ובין מרחב המיקוח עליהן. כתוצאה של קשר זה, פערים בענישה המוסכמת בעסקאות טיעון שונות בתיקים בעלי מאפיינים דומים, פערים שאינם נובעים מהבדלים בעוצמת הראיות, עלולים להחריף עם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון.

במילים אחרות, הירידה בביקוש למשפטים מרחיבה את מִרווח המיקוח על עסקאות הטיעון ומחלישה את צל המשפט. המשמעות היא שעקב כך נפרמת הזיקה בין תוצאת המיקוח לתוצאת המשפט הצפויה, והפערים בענישה מחריפים. ניתן אומנם לטעון כי פערי ענישה קיימים גם במשפטים, ולכן יש לקבל רמה מסוימת של פערי ענישה בעסקאות הטיעון כהכרחית. אלא שמקיומם של פערי ענישה במשפטים לא עולה הסכמה לכך שפערי ענישה בעסקאות הטיעון יחריפו רק משום ששיעור השימוש בעסקאות הטיעון גבר.

המאמר סוקר את עולם עסקאות הטיעון, הצידוקים שהובאו להן והביקורות שהובעו כנגדן. לאחר מכן מוצג מודל כלכלי-מתמטי המאפשר להגדיר את מרחב המיקוח על עסקאות הטיעון לצורך בחינה תאורטית של הטענה לעיל. על בסיס התאוריה, מוגדר מדד לפערי הענישה ונפרסת מתודולוגיה לניתוח אמפירי לצורך בחינתה של הטענה במציאות. לבסוף, מתוך המסקנות שעלו מן המחקר, וכדי למזער את התופעה הנדונה ונזקיה, מוצגות הצעות לתיקון שנדונו בספרות, הצידוקים לחתור לאמת העובדתית וכן עקרונות לתיקון לחוק, שנועדו להפוך את האפשרות לבירור האמת העובדתית לחלופה בת מימוש.

INTRODUCTION

המחלוקת על שיקול הדעת שיש לתת בידי התביעה נותרה פתוחה. במדינות המשפט המקובל נתון על פי רוב לתובעים הכוח להחליט את מי לתבוע ובאיזו אשמה, הם יכולים להחליט שלא להעמיד לדין או להשתמש באישום כקלף מיקוח, כדי לקדם מטרות מוצהרות או נסתרות.

הודאה באשמה בבית המשפט בשיטת המשפט האדוורסרית (היריבותית) מובילה להרשעת הנאשם ומבטלת את הליך הוכחת האשמה בפלילים.[[1]](#footnote-1) מכאן בסיס מעמדה המשפטי של ההודאה, ומכאן נובעים התמריצים לעריכת עסקאות טיעון. בעסקת הטיעון, שהיא הסכם בין התביעה לבין הנאשם, הנאשם מודה באשמתו ומורשע בתמורה להפחתה בסעיפי האישום ו/או בעונש. הצורך בניהול משפט נחסך, ותוצאת המשפט – הרשעת הנאשם והעונש המושת עליו – מובטחת.

משפטי ההוכחות בפלילים הופכים למורכבים ולנדירים יותר ויותר. תופעת עסקאות הטיעון הולכת ומתפשטת, וכיום שיעור הכרעות הדין המבוססות על הודאה שנמסרה בבתי משפט במשפטים פליליים במערכת המשפט בארצות הברית הוא כ-97%,[[2]](#footnote-2) ולרוב מדובר בהודאה הנמסרת במסגרת עסקת טיעון הנערכת בין הצדדים באישור בית המשפט. התופעה מתקרבת לממדים דומים גם באנגליה, באוסטרליה[[3]](#footnote-3) ובישראל,[[4]](#footnote-4) ופרוצדורות דמויות עסקת טיעון מתפשטות גם במדינות השיטה הקונטיננטלית, כגון איטליה, גרמניה, מקסיקו וצרפת.

היקפן הרחב של עסקאות הטיעון מעלה ביתר שאת את השאלה בדבר היכולת של עסקאות אלה להגשים את מטרות המשפט הפלילי, ובהן את השאיפה ליצור דין אחיד וענישה זהה בתיקים פליליים בעלי נסיבות דומות. על פי התאוריה הקלסית "מיקוח בצל המשפט", עסקת הטיעון היא כלי משפטי שמשקף את תוצאת המשפט הצפויה בתיק אילו המשיך להתנהל, ולפיכך היא ראויה ורצויה. התומכים בתאוריה זו מצביעים על היתרון הכלכלי הגלום בעסקת הטיעון, באשר היא חוסכת זמן שיפוטי, עלויות תביעה ואת הוצאותיו של הנאשם. במאמר זה נבקש לטעון כי התאוריה של "מיקוח בצל המשפט" אינה חפה מקשיים. במהלך פרק זה מציג מחקרים אשר מתארים כיצד הענישה שהוסכמה בעסקת טיעון מושפעת מגורמים חיצוניים שונים, היוצרים פערים בענישה בתיקים בעלי נסיבות משפטיות דומות. כתוצאה של ביקורות אלה, וכן המחקר שמבצע המאמר בעצמו, נולדה תאוריה חדשה, תאוריית "משפט בצל מרחב המיקוח", שעניינה שיקוף טוב יותר של היחס שבין תוצאת עסקת הטיעון לבין תוצאת המשפט הצפויה. על פי תאוריה זו, עצם קיומן של עסקאות טיעון יוצר מרחב מיקוח על רמת הענישה, והגדלת היקפה של תופעת עסקאות הטיעון מרחיבה בפועל את פערי הענישה ומערערת את אחידות הדין במשפט הפלילי.

**"Bargaining in the Shadow of Trial" Theory**

בבסיס תאוריית ה"מיקוח בצל המשפט", המושלת בכיפת הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי, מונחת התפיסה שלפיה המשפטים מקרינים על ציפיותיהם של המתמקחים בעסקת הטיעון אמות מידה וציפיות לתוצאות ברורות וחד-משמעויות, המבטיחות כי העונשים ישקפו את מידת האשמה ויושתו בצורה הגונה גם בתיקים שהסתיימו בעסקה בין הצדדים. תוצאות עסקת הטיעון משקפות אפוא את תוצאת המשפט הצפויה והן ראויות כשם שתוצאת המשפט ראויה, ואין צורך בפרוצדורות לאבטחת עסקאות טיעון, שהרי ערכי הבטיחות במשפט, כגון הרשעה מעבר לספק סביר, כבר מוטמעים בהן.

בעבודתו המקיפה "ניתוח כלכלי של בתי המשפט" מידל ויליאם לנדס את תאוריית ה"מיקוח בצל המשפט" והציג מסגרת כללית להבנת התהליך של בחירת התיקים על ידי התביעה, הקצאת המשאבים לתיקים השונים והנכונות להתפשר עליהם. Landes הסביר את ריבוי קיומן של עסקאות הטיעון בכך שכדאי לצדדים להתפשר כאשר הם מעריכים באופן דומה את ההסתברות להרשעה במשפט או מסכימים על תוצאת המשפט הצפויה, בכך שעלות המשפט לצדדים עולה על עלות העסקה ובכך שהנאשמים הם בדרך כלל שונאי סיכון.

תאוריית ה"מיקוח בצל המשפט" זכתה במהלך השנים לאישוש אמפירי. במחקרים של Landes, Weimer, Rhodes ואחרים הוכח כי הביקוש לעסקאות טיעון עולה עם העלייה בהסתברות להרשעה ועם העלייה בהנחה (ההטבה) הגלומה בעסקת הטיעון. תחזית זו עקבית גם עם ממצאים כמותיים על התנהגות התביעה העולים ממחקרם של Kramer ו- Ulmerהמראים כי התובעים מציעים הנחה גדולה יותר לנאשמים כאשר אין להם ראיות מספיקות להבטחת הרשעה במשפט, ואת ההסברים לפערים בענישה מיקדו בהבדלים מבניים ברמת בית המשפט.

מחקרים אמפיריים נוספים מיקדו את תשומת הלב של קרימינולוגים בניסיון לזהות ולהסביר פערים בעסקאות הטיעון הנערכות עם נאשמים שונים בתיקים הדומים זה לזה מבחינה משפטית. מחקרים אלו תולים את ההסבר להתגלות אפשרית של פערים בעסקאות הטיעון בהבדלים מבניים ברמת בית המשפט, אך לא ברמת התיק בתוך בית משפט. משום ההתמקדות בהסברים שונים לפערים בעסקאות טיעון, אין לאמיתו של דבר מחלוקת מפורשת בין תאוריית "צל המשפט" ובין התאוריה המבנית בקרימינולוגיה.

תומכי "צל המשפט" אומנם מציינים כי גורמים נוספים, כגון גישה לסיכון, עלויות, משאבים, יכולת להשתחרר בערבות ועוד, משפיעים על תוצאתה של עסקת הטיעון, אך נשארים איתנים בדעתם כי "צל המשפט" הוא הגורם המרכזי הקובע את התוצאה, ושאר הגורמים משפיעים על תוצאת המיקוח באופן משני בלבד.

לגישתם, עסקאות הטיעון אמורות להבטיח את תוצאת המשפט הצפויה ולפיכך להקטין את אי-הוודאות, הסיכון והשונוּת במשפט, וככל שעסקאות הטיעון משקפות טוב יותר את תוצאת המשפט הצפויה, כך נצפה לפערי ענישה קטנים יותר בין נאשמים שונים שבחרו בעסקאות טיעון.

הביקורת על התאוריה

הביקורת בספרות על תאוריית "צל המשפט" מתמקדת בכך שברמת התיק תוצאת המיקוח בפועל שונה מתוצאת המשפט הצפויה. Bibas מטיל ספק בלב פרדיגמת "צל המשפט" ומספק הסברים משכנעים לשאלה מדוע המודל אינו נותן הסבר מלא לשוֹנוּת בענישה. לטענתו, כשלים כגון הגנה לא יעילה, עלויות סוכנים, ערבויות ומעצר עד תום הליכים מחד גיסא, וקיומן של הטיות וסכנות פסיכולוגיות אחרות הפוגעות בשיקול הדעת של הנאשמים להתמקח באופן רציונלי בצל תוצאת המשפט מאידך גיסא, מסיטים באופן ניכר את התפלגות העונשים בעסקאות הטיעון מהתוצאה החברתית הרצויה, ומטילים ספק ביעילות הכלכלית המיוחסת להן.

מחקרים אמפיריים שונים מאששים את הביקורת על תאוריית "צל המשפט" וחושפים את קיומם של פערי ענישה, שאינם ניתנים להסבר באמצעותה. כך למשל, Nagel ו- Schulhoferהראו כי הסטת שיקול הדעת מידי בית המשפט לידי הפרקליטות לא נטרלה השפעות מפלות של משתנים חברתיים, המתבטאות בשיקול הדעת של התביעה בעת ניסוח כתב האישום ובנכונותה להגיע לעסקאות טיעון. מחקרם האמפירי ממחיש שהאמצעים הנתונים לתובע מאפשרים לו לסטות בעת המיקוח באופן ניכר מהקווים המנחים לענישה ב-25%–35% מהתיקים לפחות.

במחקר שנערך בישראל על תיקי הפריצה וההתפרצות שנדונו במחוזות תל אביב וירושלים, שבהם הורשעו אנשים ללא עבר פלילי, בשנים 1981–1984, מצאו Karmnitzer ו- Hasinכי מעצר לפני משפט הינו המשתנה המשפיע ביותר על סוג העונש המוטל. ממצא זה אינו עולה בקנה אחד עם העובדה שהמעצר כשלעצמו אינו מדד לחומרת העבירה, שכן הוא נקבע על פי מאפיינים אחרים של החשוד, כגון היעדר מקום מגורים או מקום עבודה קבוע או קיום נסיבות אחרות המעלות חשש שהנאשם לא יתייצב לחקירה ולמשפט.

תפקידם של הסנגורים הפליליים ביצירת פערים באורכי המאסר ושיעור המאסרים בין נאשמים לבנים ושחורים בארצות הברית נחקרו על ידי Edkins מהמחקר עולה כי הסנגורים הרגישו שבעסקאות טיעון יוכלו להשיג עבור לקוח בן מיעוטים עונש חמור יותר מזה שיוכלו להשיג עבור נאשם לבן, ובסבירות רבה יותר עונש שיכלול מאסר. פערים אלו בהמלצות הסנגורים אינם נובעים מתפיסת האשם של בן המיעוטים ולא מהתפיסה שמצבו במשפט יהיה חמור יותר.

מחקרם האמפירי שלBushway ו-Redlich שנערך בארצות הברית על מאגר נתוני מערכת המשפט משנת 1980, מצא כי ממוצע שיעור ההרשעה בפועל באוכלוסיית התיקים שווה להסתברות להרשעה הנגזרת מיחס המאסר (היחס בין שיעור עונשי מאסר בעסקאות טיעון ובין אומדנת שיעור המאסרים אילו הלכו הנאשמים שבחרו בעסקה למשפט), כפי שחוזה תאוריית "צל המשפט". אלא שמחקרם חשף כי ברמת התיק הבודד שהסתיים בעסקת טיעון מתגלים פערי ענישה גדולים בין תיקים בעלי מאפיינים משפטיים דומים, וזאת לא רק בהשוואה לתיקים שהוכרעו במשפט, אלא גם בהשוואה לתיקים אחרים שהסתיימו בעסקת טיעון. פערים אלו בין תיקים שונים בעלי מאפיינים דומים שהסתיימו בעסקת טיעון אינם ניתנים להסבר על ידי תאוריית "צל המשפט".

כשמדובר בתיק בודד, אף על פי שהראיות בו נמצאו כגורם מסביר טוב להסתברות להרשעה בפועל עבור נאשמים שהולכים למשפט, הן לא הצליחו להסביר באותו אופן את השונות בהסתברות להרשעה הנגזרת מתוצאת עסקת הטיעון עבור אלו שבחרו בה. הגם שהחוקרים לא מצאו סיבה לפערי הענישה שאינם מוסברים בראיות, הם הסיקו כי הטיות במשאים ומתנים על עסקאות הטיעון מאפילות על חוזק הראיות וגורמות להחלטות להתקבל למעשה שלא ב"צל המשפט".

מחקרים אמפיריים שהלכו בעקבותיהם של בושווי ורדליך, כגון מחקרם של Besiki ו-Lawson, מאתגרים אף הם את תחזית "צל המשפט", וחוקרים נוספים, כדוגמת אברמס ופאקלר (טרם פורסם), אף הוכיחו כי קיימת הטרוגניות רבה בעונשים בעסקאות טיעון וניכרים פערים גדולים בין נאשמים מקבוצות אתניות שונות.

**"Trial in the Shadow of Bargaining" Theory**

בסיטואציה של משחק, האופציות הזמינות לאחד השחקנים עשויות להשפיע על התנהגותם של שאר השחקנים. כך גם התמריצים הנוצרים לשחקנים המשפטיים מהאפשרות לסיים את המשפט בהסכמה, שבה הנאשם מורשע על סמך הודאתו ללא הליך שיפוטי פומבי של בירור ראיות, משנים את אפשרויות הבחירה העומדות בפניהם ואת אופן פעולתם.

מכאן שיש לעדכן את תאוריית ה"מיקוח בצל המשפט הפלילי" ולבחון מחדש את המסקנות הנובעות ממנה. בה בשעה שעסקת הטיעון אמורה לשקף את תוצאת המשפט הצפויה, התנהלותו של המשפט משקפת את הצורך לקיים את עסקאות הטיעון, האופן שבו מוכרעים רוב המשפטים. במילים אחרות, "אמנם עסקת הטיעון נערכת בצל המשפט, ברם המשפט נערך בצל ה[צורך ב]מיקוח על עסקאות הטיעון".

במאמר "The Vanishing Trial: A Dynamic model with adaptive agents" , בחנּו את אפקט מחזור-המשוב של עסקאות הטיעון; השפעת עסקאות הטיעון על המשאבים שמקצה התביעה למשפטים. המודל התאורטי שפותח, "Trail in the Shadow of Bargaining", ממחיש כיצד עסקאות הטיעון יוצרות לתביעה תמריצים להסיט, מתקופה לתקופה, משאבים רבים יותר ויותר לכל משפט הוכחות שהיא מנהלת. הסטת משאבים זו כדאית לתביעה, שכן עם העלייה במשאבים שהיא מפנה לניהול כל משפט עולה ההסתברות להרשעה ועימה תוחלת העונש. ביודעם זאת, עולה נטיית הנאשמים להסכים לעסקאות טיעון רבות יותר ואף מחמירות יותר.

במאמר "האם משחק עסקת הטיעון הוא משחק סחיטה?" בחנּו את השפעת עסקאות הטיעון על חומרת כתבי האישום שהתביעה מגישה. בעזרת ניתוח משחקי הראינו כיצד עסקאות הטיעון יוצרות לתביעה תמריצים להחמיר באישומים בכתבי האישום ולהפלות בין נאשמים שונים, עד כי לחלק מהנאשמים, אף כאלו שבחרו בעסקת טיעון, מוטב היה אילו מלכתחילה לא ניתנה להם האפשרות לערוך עסקת טיעון.[[5]](#footnote-5) "הדבר נכון במיוחד כשעקב הזכות לעסקת טיעון של נאשם ספציפי הוא עלול לעמוד לדין גם בגין עברות שאין סיכוי סביר להרשעתו בהן; או אז עסקת הטיעון נעשית בצל איום לא לגיטימי או בלתי חוקי, מה שהופך אותו לסחיטה באיומים".

במאמר זה נבקש לבחון החצנה נוספת של תופעת עסקאות הטיעון – עלייה בפערי הענישה עם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון. אפשרות קיומם של פערי הענישה בעסקאות טיעון נובעת מכך שמצד אחד לתביעה נתונים שיקול הדעת וחופש הפעולה לערוך כל עסקת טיעון, השיקולים לעריכת עסקאות הטיעון אינם מתפרסמים והעסקאות אינן עוברות ביקורת שיפוטית ראייתית. מצד אחר, המידע על ענישה במשפטים הוא פומבי, מלא ונגיש יותר מהמידע על ענישה בעסקאות הטיעון, המתווך באמצעות סנגורים לנאשמים.

תאוריית "משפט בצל מרחב המיקוח" שפותחה, עניינה שיקוף טוב יותר של היחס שבין תוצאת עסקת הטיעון לבין תוצאת המשפט הצפויה. על פי התאוריה, עצם קיומן של עסקאות טיעון יוצר מרחב מיקוח על רמת הענישה, והגדלת היקפה של תופעת עסקאות הטיעון מרחיבה בפועל את פערי הענישה ומערערת את אחידות הדין במשפט הפלילי.

אף שהמאמרים השונים מתמקדים בעיקר במישור הפוזיטיבי של תופעת עסקאות הטיעון, הם מאתגרים את הצידוקים השונים לעריכתן ולפיכך נוגעים גם בהיבטים הנורמטיביים שלהן. הנחת היסוד של המאמר הנוכחי היא שחלק ממטרות הענישה הן השגת אחידות ושוויוניות בענישה.[[6]](#footnote-6)

**הצידוקים למתכונת עסקאות הטיעון**

האתוס של המשפט הפלילי הוא של הרשעה מעבר לספק סביר, אך קצרה יד האדם מלפענח את המציאות: "כי האדם יראה לעיניים וה' יראה ללבב" (שמואל א' טז, ז'), ומכאן שקשה מאוד להרשיע אדם תוך הימנעות מספק. דומה שהודאה באשמה פותרת קושי זה בכך שהיא מגלגלת את האחריות על קביעת האשמה לידיו ופיו של הנאשם עצמו. לא סתם מכונה ההודאה בפלילים "הרשעה עצמית".

בספרות המשפטית-כלכלית, אחת הדרכים להגן על עסקאות הטיעון בשיטה האדוורסרית היא לנסות להשוות אותן לשוק חופשי: עסקאות הטיעון הן יעילות, כשם ששוק חופשי מוביל ליעילות. אם שני הצדדים הגיעו להסכם, זהו סימן לכך ששניהם מרוויחים ממנו, ולפיכך אין להפריע להם לשאת ולתת בחופשיות. כשם שכך הוא ביתר השווקים, כך גם בשוק עסקאות הטיעון.[[7]](#footnote-7)

זוהי אחת ההצדקות המרכזיות למתן האפשרות לנאשם לוותר על זכותו למשפט[[8]](#footnote-8) ולהודות באשמה גם בדבר שלא עשה:[[9]](#footnote-9) לכאורה עסקת טיעון מקנה לנאשם אפשרות פעולה נוספת, ואינה מחסרת ממנו כל אפשרות אחרת, ועל כן הוא אינו יכול להפסיד מעסקת טיעון. נאשם הבוחר להודות במסגרת עסקת טיעון מגלה בכך כי העסקה עדיפה עבורו מהחלופה הלגיטימית של העמדתו לדין. צידוק זה מגובה בתפיסה שהטלת איסור על הנאשם לוותר על זכויותיו הדיוניות כדי לזכות בהקלה פוגעת בזכויותיו.[[10]](#footnote-10)

עוד נטען כי יכולת הנאשם לוותר על זכויותיו הדיוניות כדי לזכות בהקלה מצמצמת את הפערים במשפט, ושלילת מתן האפשרות לנאשם העני "לסחור" בזכויות אלו מחוץ לבית המשפט תמנע ממנו לשפר את מצבו ולקרב אותו לזה של נאשם עשיר, שיכול לשכור את שירותיו של עורך דין מהשורה הראשונה.

אם כן, בניגוד למבקרי השימוש בעסקאות טיעון, התומכים במוסד נוטים להדגיש את אינטרס הנאשם לצמצם את נזקיו. עסקאות טיעון מקנות לנאשם חלופה למשפט היקר והמסוכן. בשל כך נאשמים עשויים להעדיף עסקה על פני הליך יקר, שבמהלכו הם עלולים להיות עצורים או לסבול ממגבלות אחרות, ובסופו הם אף עלולים להיענש בעונש כבד יותר. עבור נאשמים עסקאות טיעון הן אפוא סוג של ביטוח לדידם של התומכים במוסד, ולכן אין לשלול אותו בשם האיסור להרשיע חפים.

בספרות המשפטית-קרימינולוגית נהוג לבחון שני מודלים עיקריים: מודל ההליך ההוגן (Due Process) לעומת מודל המלחמה בפשיעה (Crime Control). על פי מודל ההליך ההוגן, כיוון שלרשויות יש כוח רב מאוד, תפקידו של ההליך הפלילי להגביל את הכוח הזה. מוטב שנשלם מחיר מסוים במלחמה בפשיעה – יעילות פחותה – ונימנע ככל האפשר מהטעויות האיומות של הרשעת חפים מפשע. מטרת מודל ההליך ההוגן היא לפיכך קידום ערכים כגון חזקת החפות והזכות להליך הוגן.

לעומת זאת, על פי מודל המלחמה בפשיעה, המטרה העיקרית של ההליך הפלילי היא להילחם בפשיעה, וזאת לפני התחשבות בערכים של הגינות. המסר הוא יעילות, סופיות הדיון, אי-הגבלת צעדיהן של המשטרה והפרקליטות. יישום מודל זה יביא למעצרים ולהרשעות רבים יותר ולעונשים ארוכים יותר.

במקרים שבהם התביעה "משוכנעת באשמת הנאשם", עסקת הטיעון מאפשרת להרשיע אדם אשם, באופן שלכאורה מקרב את האמת המשפטית לאמת העובדתית, שכן הנאשם עשוי להיות "אשם עובדתית" גם אם לא "משפטית", בשל הקושי להוכיח את אשמתו. לדוגמה, התביעה עשויה לראות בנאשם "אשם עובדתית" אף שאינה יכולה להוכיח את אשמתו, כאשר יש עדויות נגדו שאינן קבילות במשפט, או יש קושי להביאן לבית המשפט.

כך או אחרת, הסנקציה הפלילית נתפסת כתמריץ המיועד להבטיח שאדם לא יבצע פעולה לא רצויה מבחינה חברתית. המשפט הפלילי צופה פני עתיד, ותפקידה של הסנקציה הפלילית הוא למנוע התנהגות אנטי-חברתית בעתיד (בדרך כלל בדרך של הרתעה ולעיתים גם בדרך של מניעה). יש למזער את השימוש בעונש ולהשתמש בו רק כאשר הוא מבטיח את צמצום ההיקף של פעילות אנטי-חברתית.

יפים מאין כמוהם לכך הם דבריו מרחיקי הראות של צ'זרה בקריה בספרו משנת 1764, "על פשעים ועונשים": "פשיעה תימנע באופן יעיל יותר באמצעות ודאות הענישה ולא באמצעות רמת החומרה. [...] הוודאות של עונש קטן מותירה רושם גדול יותר מאשר הפחד מעונש חמור יותר, המלווה בתקווה להימלט ממנו".

במאמרו משנת 1968 ניתח הכלכלן גארי בקר את המשפט הפלילי במונחי העדפות, אגב שימוש בכלים של הכלכלה הנאו-קלסית. המאמר פתח בהנחה שלפיה העבריין הוא ממקסם רציונלי של תועלת: הוא מחשב את התועלת הצפויה מן הפשע ומשווה אותה לעלות הצפויה של ביצוע הפשע. גם הוא המליץ שהשימוש בעונשים ייעשה במשׂורה ורק כאשר הללו אכן צפויים להרתיע, ובנאום קבלת פרס הנובל שלו ציין את החוב שלו, בגין תובנה זו ואחרות, לבקריה.

ואכן, מחקרים קרימינולוגיים מעידים כי האפקט של הגדלת ההסתברות לתפיסת העבריינים על הפשיעה חזק הרבה יותר מזה של החמרת העונש הפלילי. להחמרת העונש יש אפקט שולי בלבד (אם בכלל) על ההרתעה. הארכת מאסר משנה לשנתיים איננה מכפילה את האפקט ההרתעתי של הסנקציה בשל התופעה הפסיכולוגית הידועה בכינוי discounting of the future (הקטנת משקלו של העתיד). הסיבה היא שאנשים נוטים להמעיט בחשיבותם של אירועים שעתידים להתרחש בעוד זמן רב. שנת מאסר מכאיבה במיוחד כאשר היא עתידה להתחיל מחר, אך מכאיבה הרבה פחות כאשר היא עתידה להתחיל רק בעוד שנה. מכאן שברור כי לשנת המאסר השנייה (שעתידה להתחיל רק עם סיום שנת המאסר הראשונה) יש אפקט הרתעתי קטן בהרבה מזה של שנת המאסר הראשונה, שעתידה להתחיל מייד עם ההרשעה.

הביקורות כלפי הצידוקים

הדיון בזכות לסחור בזכות למשפט אפשרי רק בהתייחס לשיטה האדוורסרית. על פי השיטה האינקוויזיטורית (חקירתית), המשפט אינו זכות של הנאשם אלא חובה של המדינה. עקרון היסוד בשיטה האינקוויזיטורית הוא שעל הכרעת הדין וגזר הדין של בית המשפט לשקף את מידת האשמה של הנאשם, ועל השופט מוטלת החובה לחקור את האמת העובדתית בתיק פלילי. עסקאות טיעון לפעמים מובילות להגשת כתבי אישום, שבלעדי האפשרות לעסקת טיעון, בגלל מחסור במשאבים, לא היו מוגשים. לפי הטיעון של כותבים בעניין, דוגמת Bar-Gil ובן-שחר, הרי שיש דילמת אסיר בין הנאשמים. האינטרס הקבוצתי של הנאשמים יכול להיות ביטולה של עסקת הטיעון. ברם, לכל פרט עדיפה האפשרות שתינתן לו להגיע לעסקת טיעון. עם זאת, ייתכן שגם לפרט ספציפי כדאי שלא יתאפשר לו להגיע לעסקת טיעון, וזאת באופן בלתי תלוי בשאלה אם ליתר הנאשמים תהא אופציה כזו.

אלא שבמערכת משפט עם עסקאות טיעון כדאי לתובע להחמיר באישומים, אף כאשר הוא מודע לכך שהחמרה בסעיף אשמה או הוספתו ללא בסיס ראייתי איתן יקשו עליו להשיג הרשעה במשפט. כדאי לתובע לנקוט מדיניות זו ולהחמיר באישומים, כיוון שהוא יודע שיש הסתברות גבוהה לכך שהנאשם יעדיף להתפשר מאשר להסתכן בהרשעה ועונש חמור יותר.מכאן ניתן ללמוד שהצדקת עסקת הטיעון, בכך שנאשם יכול רק להפסיד מכך שתישלל ממנו היכולת להגיע לעסקת טיעון, היא שגויה, ומכך שנאשם ספציפי ניאות בסופו של דבר לעסקת טיעון, אי-אפשר להסיק שהוא היה מעדיף מלכתחילה שיתאפשר לו להגיע לעסקת טיעון.[[11]](#footnote-11)

לעיתים הנאשמים אינם מודעים לכל זכויותיהם, ואם הנאשם אינו מסוגל להבין נכונה את מכלול האפשרויות העומדות בפניו, הוא עלול בטעותו להסכים גם להצעה שאינה מיטיבה עימו. ניתוח זה ממחיש כי גם נאשם שבכל מקרה היה מוגש נגדו כתב אישום, עשוי להפסיד מעצם האפשרות שניתנת לו לערוך עסקת טיעון, אף אם הוא מבין היטב את האפשרויות העומדות בפניו. מכאן ש"הניתוח של בר-גיל ובן-שחר אינו מהווה ביקורת על ההצדקות המוסריות והמשפטיות למוסד עסקאות הטיעון, אלא אולי אף מוסיף הצדקה. ברם, ייקל גם להסכים, שאיננו רוצים שנאשם קונקרטי ייענש במסגרת עסקת טיעון, ביותר מאשר היה נענש לו נערך לו משפט". הניתוח שלעיל מפריך אפוא את צידוק ה"שוק" לסחור בזכויות הדיוניות ומבקר את עצם המוסד של עסקת הטיעון.

תפיסת העולם השמה במרכז את עקרון ההרתעה, כפי שצף ועולה מהפסיקה ומהצעת החוק, משקפת כאמור לעיל, את העדפת המלחמה בפשיעה על פני הליך הוגן, העדפה של כמות ויעילות על פני איכות וזהירות. העדפה זו מקורה באמונה, שעלולה להתברר כאמונת שווא, שהפרקטיקה של עסקאות הטיעון מאפשרת את הגברת ההרתעה, ובכך תועלתה עולה על עלותה: "כאשר המטרה היא יעילות, המערכת הופכת מכזו שיש בה עירנות מתמדת לסכנה הממשית לפגיעה בזכויות נאשמים למערכת נטולת מנגנונים מרסנים; מכזו שערוכה להתמודדות עם כשלים אפשריים בהתמודדות עם התופעה העבריינית לכזו שמתעלמת מכשלים כאלה. על כן, היא הופכת למערכת פוגענית מאד".

בנוסף, "ההרתעה קשורה בקשר הדוק לקיומו של משפט פומבי. עצם הקיום המפורט והדרמטי של הליך משפטי פומבי הוא אשר שולח מסר לציבור הרחב לפיו החוק נאכף והצדק נעשה, ועל כן מרתיע עבריינים פוטנציאליים. אין די בקיום הליכים פומביים בודדים 'לדוגמה', שכן – מעבר לפגיעה בעקרון השוויון הכרוכה בשיטה כזו – קשה להניח שהציבור אינו מודע למצב הדברים לאשורו, בעיקר במציאות בה התקשורת מדווחת באופן תדיר על שכיחותם של הסדרי טיעון".

כן האפשרות להרשיע את הנאשם ללא הוכחת אשמתו פוגעת באחד מעמודי התווך של ההליך הפלילי, בעקרון חזקת החפות, שכן בית המשפט העליון הסמיך למעשה את התביעה להביא להרשעה גם כשאינה יכולה להוכיח את האשמה. חזקת החפות מקובלת בכל המדינות הדמוקרטיות ואף במרבית מדינות העולם. המשטרים הפשיסטיים והנאציים דחו את חזקת החפות. יש ביקורת רבה על החזקה, אך ההתנגדות לה נובעת בעיקר משיקולים פוליטיים.[[12]](#footnote-12)

מעבר לכך, דיני הראיות והפרוצדורה נועדו, בין היתר, למנוע הרשעת חפים מפשע. כך למשל, אם הנאשם נמצא דובר שקר בפוליגרף, ייתכן שבשל כך תהיה התביעה משוכנעת שהנאשם אשם. ואולם, דיני הראיות מורים לנו שלא לסמוך על כך, ולכן ראיה זו אינה קבילה, ולפיכך שכנוע של התביעה באשמתו של הנאשם אינו בהכרח ערובה לאשמה אמיתית.

כך גם באשר לעדות מתלוננת או גורם מודיעין. כללי סדר הדין והראיות קובעים שכדי שניתן יהיה לסמוך על עדות, עליה לעמוד במבחן החקירה הנגדית, וכי החקירה הנגדית נחשבת לאמצעי הבדוק והטוב ביותר לבירור האמת. אי-העברת העדות במבחן החקירה הנגדית פוגעת באפשרות לסמוך על העדות, ולפיכך אין בעובדה שהתביעה משוכנעת באמיתות העדות משום ערובה לאשמת הנאשם.

בנוסף, יש מתאם בין חולשת הראיות בתיק לבין הסתברות החפות, שכן דווקא בקבוצת הנאשמים שקיים קושי להוכיח את אשמתם במשפט, קיים החשש הגבוה ביותר שיהיו בקרבם נאשמים חפים מפשע. לכן, העובדה ששיטה של עסקאות טיעון מאפשרת להרשיע את מי שספק אם היה מורשע בניהול משפט, מגלמת בחובה סיכון של ממש להרשעת חפים מפשע. בית המשפט העליון הסמיך למעשה את התביעה להביא להרשעה גם כאשר הקשיים הראייתיים מלמדים על קיומו של ספק סביר באחריות הנאשם.

מכל האמור לעיל עולה כי כאשר מתגלים קשיים בראיות, הצעה לעסקת טיעון במקום חזרה מכתב האישום איננה תואמת את עקרון חזקת החפות. לכן, כאשר במהלך המשפט מגיע התובע למסקנה שהסיכוי להרשעה הינו פחות מסיכוי סביר, עליו לחזור בו מכתב האישום. במקום שבו התובע לא היה רשאי מלכתחילה להגיש את כתב האישום, הוא גם אינו רשאי להמשיך באישום. מכאן שאם נתגלה לתובע מידע שמלכתחילה היה מונע אותו מלהגיש את כתב האישום, אזי גילוי אותו מידע במהלך המשפט חייב להוביל את התובע לחזרה מכתב האישום.

הטענה שעסקאות הטיעון חוסכות במשאבים, מזרזות את הדיונים ומעצימות את ההרתעה נובעת מן האשליה שאם עסקת הטיעון מסיימת את המשפט וחוסכת את המשך ההתדיינות, היא בהכרח חוסכת במשאבים. זוהי הטיה הגורמת להתעלמות מהתמריצים שיוצרות עסקאות הטיעון לצדדים להתיש זה את זה לצורך שיפור עמדתם במיקוח, במקום להתמקד בבירור האמת.

סיבה אפשרית לכך היא שכאשר אפשר להתמקח על עסקת הטיעון בכל שלב, נפרמת ההפרדה בין הליך המשפט לבין שלב המיקוח על תוצאת המשפט. בשל כך, התארכות המשפטים והתייקרותם מאריכות ומייקרות גם את המשאים ומתנים, ועם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון, מספר התיקים שבהם התובע יכול לטפל עשוי לרדת. מצב זה מתרחש כאשר המיקוח על עסקת הטיעון נערך תוך כדי ניהול המשפט, ונדרשים זמן ומשאבים רבים יותר להגעה לעסקת טיעון ככל שזמן ומשאבים רבים יותר מוקדשים לניהול המשפט על ידי הצדדים. כך, העלות הממוצעת להגעה להכרעת דין (במשפט ובעסקת טיעון) עולה אף היא ותפוקת הכרעות הדין בהכרח יורדת.

האפשרות להכריע את הדין במשא ומתן משנה את התנהלות המערכת באופן הפוגע בדרכים נוספות ביכולות המערכת להתנהל ביעילות ובמסוגלותה לטפל בתיקים. סינון התיקים נפגע, כיוון שאפשר להרשיע נאשמים שהראיות נגדם חלשות,[[13]](#footnote-13) מוגשים כתבי אישום שבהם האישומים מופרזים, כדי שהתביעה תוכל להתפשר בהמשך המשפט,[[14]](#footnote-14) נעשה שימוש הולך וגובר במעצרים ממושכים[[15]](#footnote-15) כדי ללחוץ על הנאשמים ולהכריעם ללא משפט, ומנגד נאשמים רבים מנסים לעכב את ההליכים ככל יכולתם ולהתיש את התביעה כדי לשפר את מעמדם במשא ומתן עם התביעה.

תוצאה זו קשורה בטבורה בתופעת התארכות המשפט והתייקרות ניהולו, זאת משתי סיבות מרכזיות הכרוכות זו בזו: (א) ככל שהמשפט יקר יותר לניהול וההסתברות להרשעה עולה, כך כדאי יותר לשני הצדדים להשקיע משאבים רבים יותר במשא ומתן על עסקת טיעון; (ב) ככל שניהול המשפט ארוך יותר, כך רבות יותר ההזדמנויות לנהל משאים ומתנים, והלחץ לסיים את המשפט גובר.

המשפטים עצמם מתייקרים משתי סיבות נוספות הקשורות בתופעת עסקאות הטיעון: (א) בעבר הסתיים חלק ניכר מהמשפטים בהודאה בבית משפט ללא עסקה פורמלית,[[16]](#footnote-16) ואילו עתה גם הודאות אלו יהיו ברובן תוצאה של מיקוח שמתקיים תוך כדי ניהול משפט; (ב) חלק מהזמן ומהמשאבים המוקדשים לדיונים המקדמיים נשאב לגישושים בין הצדדים ולמשאים ומתנים במקום להתמקד בדיונים עצמם.

מסיבות אלו ואחרות יוצא שכאשר אנו בוחנים עלות משפט ממוצע במערכת משפט שבה אין לצדדים אפשרות לנהל משא ומתן על עסקה, לעומת עלות משפט במערכת שבה עסקת טיעון היא פרקטיקה יום-יומית, ייתכן שניהול משא ומתן עד להגעה לעסקת טיעון יהיה ארוך ויקר מניהול משפט עד תומו במערכת משפט ללא עסקאות טיעון.

סיכום

ההצדקות השונות לקיום מתכונת עסקאות הטיעון סובלות מקשיים לא פשוטים. האפשרות לעקוף את הליך בירור הראיות עלולה להביא להרשעת חפים מפשע. צידוק החיסכון במשאבים עשוי להתברר כמוטעה מבחינה אמפירית, שכן מסתבר שיחד עם העלייה במספר עסקאות הטיעון עולה גם משך הזמן הממוצע לניהול תיק, וכך תפוקת מערכת המשפט יורדת. תוצאה זו מטילה ספק גם בצידוק ההרתעה, האמונה שעסקאות הטיעון יביאו להרשעתם של אשמים רבים יותר. קושי דומה עולה גם מצידוק אחר – הזכות לסחור בזכות למשפט, ונראה שהזכות אינה מיטיבה בהכרח עם הנאשם. ייתכן שבעולם ללא עסקאות טיעון, מרבית התועלות (שאף מוטלות בספק בעולם שבו יש עסקאות טיעון) ימוצו בצורה טובה יותר, ומצבם של אינטרסים אחרים שמערכת המשפט רוצה להגן עליהם עשוי להשתפר.

Trial in the Shadow of Bargaining

כאמור, התאוריה המובילה "מיקוח בצל המשפט" איננה משקפת את המציאות. אף שממוצע הענישה באוכלוסיית תיקים המסתיימים בעסקת טיעון עשוי לשקף את תוחלת הענישה הצפויה במשפט, היא אינה מתארת במלואו את הקשר שבין תוצאת עסקת הטיעון לבין התוצאה הצפויה בתיק מסוים, אילו התנהל בבית משפט. טענתי, כפי שתוצג בהרחבה בפרק זה, היא שעולם עסקאות הטיעון מתאפיין בדינמיקת מחזור-משוב, כאשר ככל שעולה סך עסקאות הטיעון מתוך כלל הכרעות הדין, משאבי התביעה המופנים לניהולי משפטים גדלים, ומתרחשות בו-זמנית שתי תופעות: ראשית, מחיר עסקת הטיעון שנאשמים מוכנים להסכים לו עולה, מתוך הערכתם בנוגע להסתברות העולה להרשעה, מפני העלייה במשאבים שתוכל התביעה להקצות למשפט אם יבחרו באפשרות זו. משמעות העלייה במחיר המקסימלי שאותו מוכן לשלם כל נאשם תבוא לידי ביטוי בעיקר אצל נאשמים פסימיים, אשר איתם תוכל התביעה להגיע להסכמה על ענישה מחמירה יותר. שנית, מחיר עסקת הטיעון המינימלי שהתביעה תהא מוכנה להסכים לו יורד, כך שנאשמים אופטימיים עשויים להפחיתו לכדי מינימום זה, ובכך להקל את עונשם. כאשר משווים בין שני תיקים מקריים, בעלי נסיבות וראיות דומות, מתברר כי עשוי להיות שוני של ממש ברמת הענישה, אשר נובע ממרחב המיקוח הגדול שנוצר כתוצאה של הגידול בשיעורן של עסקאות הטיעון. לאחר שנציג בהרחבה את התאוריה בפרק זה, נפרוס טענות אלו במלואן. בפרק הבא נציג את המחקר האמפירי המאשש את מסקנות המודל התאורטי.

The Model

במאמרו "ניתוח כלכלי של בתי המשפט", פרס ויליאם לנדס מסגרת תאורטית שבאמצעותה ניתן להשוות ולהבחין בין מערכת משפט בעלת עסקאות טיעון למערכת משפט ללא עסקאות טיעון. לנדס הגיע למסקנה שאי-אפשר לדעת מה תהא תוצאת המיקוח, אך היא חייבת להיות כזו שמבטיחה ששני הצדדים ירוויחו ממנה, ויעדיפו אותה על פני משפט. בתוך מרחב אפשרויות המיקוח התוצאה תיקבע על פי יחסי הכוחות במיקוח בין הצדדים.

כאמור לעיל, על בסיס מסגרת תאורטית זו, פותח מודל "משפט פלילי בצל המיקוח". בעזרת המודל המחשתי כיצד **מדיניות תביעה אחידה** כנגד נאשמים שונים באשר לחומרת כתבי האישום ועסקאות הטיעון יוצרת תופעה של מחזור-משוב של עסקאות טיעון, שכרוכה בה אנומליה – עלייה בביקוש לעסקאות הטיעון בצד עלייה במחירן.

המודל מתאר את התביעה ואת הנאשמים כשחקנים הפועלים אסטרטגית, כלומר בוחרים בכל מצב בדרך הפעולה הטובה עבורם מבין דרכי הפעולה האפשריות באותו מצב, תוך שהם מביאים בחשבון את האפשרות שלבחירותיהם עשויה להיות השפעה על הבחירות שאר השחקנים. כדי לפשט את המודל הוגדר כי בכל תקופה קיימים N חשודים חדשים הזהים במאפייניהם ובמאפייני התיק שלהם לחשודי תקופה קודמת, ותובע אחד קבוע (או תובעים רבים הנשמעים למרוּת תובע אחד קבוע). n = מספר הנאשמים שהתובע מגיש נגדם כתבי אישום מתוך N חשודים, n<N. הונח שאוכלוסיית הנאשמים מאופיינת בהטרוגניות אחת – לנאשמים הערכות סובייקטיביות שונות על חומרת הראיות שבידי התביעה ועוצמתן. כל נאשם יאופיין כטיפוס i (i=1, . . . , n) על פי הערכותיו הסובייקטיביות בנוגע לעוצמת הראיות בתיק.

המודל מנתח את התנהגות התביעה מול אוכלוסיית נאשמים שלהערכתה הראיות נגדם זהות. התביעה מודעת להתפלגות ההערכות באוכלוסיית הנאשמים, מנסה לזהות את מאפייני הנאשמים שמולה ופועלת בהתאם לכך כדי למקסם זאת לטובתה. התוצאה לא תשתנה איכותית אם יאופיינו הנאשמים בגישתם לסיכון.

הבחירה של הנאשם בין משפט לעסקת טיעון מושפעת מהערכתו בנוגע לתוצאת המשפט, הערכה הנגזרת מהערכותיו בקשר לחומרת הראיות שבידי התביעה ועוצמתן ולמשאבים שאותם תקצה התביעה לניהול התיק במשפט.

בדומה לניתוח שערך לנדס, הנחות היסוד המשותפות לניתוחים השונים הן שגם התביעה וגם הנאשמים משיאים את תועלתם באילוצים של משאביהם, וההחלטה לבחור בעסקה או בניהול משפט תלויה בגורמים האלה: הסתברות ההרשעה במשפט, חומרת העבירה ועונשה, זמינותם ותפוקתיותם (מידת יכולתם להשפיע על ההסתברות להרשעה) של משאבי התביעה והנאשמים, הבדלים בין עלויות משפט לעלויות עסקה וגישה לסיכון.

ההערכה של כל נאשם בנוגע להסתברות הרשעתו תלויה בהערכותיו הסובייקטיביות בדבר עוצמת הראיות שבידי התביעה. הסתברות זו עולה עם העלייה במשאבי התביעה המושקעים בתיק, ויורדת עם העלייה במשאבי הנאשם.

כמו כן, הונח כי בהינתן ראיות מסוימות, התביעה והנאשמים מגיבים לסיכוי להרשעה ולמשתנים נוספים בבחירתם בין עסקת טיעון ובין הליכה למשפט, והתנהגותם אינה מושפעת במישרין מאשמתו של הנאשם או מחפותו. בה בעת, הסיכוי להרשעה מושפע מעוצמת הראיות, המהוות גם אינדיקציה להסתברות לאשמה.

להלן יוצגו הסימונים המרכזיים של המודל, הנחות היסוד והסבר התוצאות המרכזיות.[[17]](#footnote-17)

סימונים

1.  תציין את העונש הצפוי לנאשם אם יורשע.

2.  תציין את העונש הגלום בעסקת טיעון.

3. *R\*i* תציין את משאבי התובע המוקצים לתיק .

4. *Ri*  תציין את משאבי הנאשם המוקצים לתיק.

5.  תציין את עלות העסקה – המשאבים הנחוצים למיקוח ולהגעה לעסקת טיעון.

6. *P\*i*  תציין את הערכת התובע באשר להסתברות להרשעה בתיק.

7.  *Pi* תציין את הערכת הנאשם באשר להסתברות להרשעה.

מערכת משפט עם עסקאות טיעון

התובע והנאשם מגיבים לסיכוי להרשעה ולעלויות ניהול משפט או מיקוח בבחירתם בין עסקת טיעון לבין הליכה למשפט.

התובע

1. מבחינת התובע, המטרה היא למקסם את סך הענישה המצרפי בעסקה ובמשפט ב-n התיקים שבהם מוגשים כתבי אישום, ומחושב כסך הענישה ב-x עסקאות טיעון  
  ועוד סך הענישה הצפוי PS, קרי תוחלת הענישה, ב-(n-x) התיקים שבהם נערכים משפטים , כלומר:

תחת מגבלת התקציב B הנחלק בין המשאבים המוקצים ל-x תיקי עסקאות הטיעון  והמשאבים המוקצים ל-(n-x) התיקים שבהם נערכים משפטים, כלומר:

~~~~

2. כל עוד העונש ליחידת השקעה בעסקת טיעון  גדול או שווה לתוחלת העונש ליחידת השקעה במשפט , כלומר: , התובע לא יפסיד מעסקת הטיעון.

מכאן שהעונש המינימלי בעסקת טיעון שהתובע עשוי להציע הוא:



מכאן שכאשר עלויות העסקה (בגין ניהול המשא ומתן) של התובע להגעה לעסקת טיעון קטנות, כפי שקורה בדרך כלל, מהוצאת המשאבים על משפט, הוא יהיה עשוי להציע לנאשם עונש קטן מתוחלת העונש הצפויה במשפט בתמורה להודאה באשמה אשר מבטיחה את הרשעתו (הופכת את *P\*i = Pi = 1*).

הנאשם

1. בעולם עם עסקאות טיעון, הנאשם בוחר באפשרות המעניקה למשאביו את התועלת *U* הגדולה יותר – בין משפט (תוחלת תועלת תוצאות המשפט האפשריות, קרי *P* ההסתברות להרשעה כפול התועלת *U* מ- *Wc* מצב הרשעה ועוד *(1-P)* ההסתברות לזיכוי כפול התועלת *U* מ-*Wn* מצב זיכוי), לעסקת טיעון (הפחתה בעונש וחיסכון במשאבים בתמורה להודאתו באשמה, קרי התועלת *U* מ- מצבו אחרי עונש ודאי מופחת ועלויות העסקה הכרוכות בה), כלומר: 

2. כל עוד עסקת הטיעון שמוצעת לנאשם והעלויות הכרוכות בניהול המיקוח אינן גבוהות מתוחלת תוצאת המשפט ועלות ניהולו , כלומר: , נאשם אדיש-סיכון או שונא סיכון לא יעדיף משפט על פני הודאה באשמה ועריכת עסקת טיעון.[[18]](#footnote-18) מכאן שהעונש המקסימלי שהנאשם עשוי להסכים לו הוא:



ומכאן עולה שנאשם אדיש-סיכון או שונא-סיכון עשוי להעדיף עסקת טיעון שהיא אף מחמירה מתוחלת העונש הצפויה להערכתו במשפט.

מחזור-המשוב של עסקאות הטיעון

כדי לפשט את תיאור התהליך, הונח עוד כי ציפיות הנאשם להתנהגות התובע (השקעה בתיק) מתעדכנות מתקופה לתקופה, כלומר הנאשם מעריך בתקופה 1+t שהשקעת התובע בתיק R\*t+1 תהיה שווה להשקעת התובע בתקופה הקודמת R\*t.

התובע מעריך את התפלגות הערכות הנאשמים בנוגע לתוצאות המשפטים ומעריך כמה נאשמים יסכימו להודות במסגרת עסקת טיעון לכל עסקה שיציע, כמה משאבים ישתחררו עבורו בעקבות זאת ומה תהיה תוחלת ההרשעה במשפטים, ולפיכך גם מה יהיה סך הענישה המצרפי.

התובע נוקט מדיניות אחידה ומציע אולטימטום \* הצעת "קבל או דחה" של עסקת טיעון זהה לכל הנאשמים בתיקים מאותו סוג, באופן שמשיא את סך הענישה המצרפי בכל תקופה, והוא אינו שונא סיכון ולא מוּנע ממטרות נוספות (הנחה זו חשובה כדי להמחיש כי תופעת מחזור-המשוב תתרחש גם אם התובע פועל רק כמתכנן חברתי המעוניין להשיא את הענישה הפלילית, ואינו חותר להשאת שיעורן של ההרשעות ומטרות אישיות אחרות).

בהינתן שכל הפרמטרים שאינם תלויים בתובע ובנאשמים נשמרים בכל תקופה (ceteris paribus), התמריצים שיוצרות עסקאות הטיעון לשחקנים מניעים דינמיקה של מחזור-משוב שמביאה להתרחבות התופעה של הודאות נאשמים במסגרת עסקאות הטיעון.

1. אם *R\*t ≤ R\*t+1*, משאבי התובע המוקצים לתיק שהתנהל בו משפט בתקופה *t+1*, גדולים או שווים למשאבי התובע המוקצים לתיק בתקופה *t*, אז תיק בו נאשם מטיפוס *i* שהסתיים בעסקה בזמן *t+1* יכול להסתיים באותה עסקה, או מחמירה ממנה, גם בתקופה *t+2*

כתוצאה של הגידול בהקצאת המשאבים לתיק שמתנהל בו משפט, תוחלת העונש במשפט בתקופה *t+1* גדולה יותר וציפיות הנאשמים בתקופה *t+2* על השקעת התובע ותוחלת המשפט גדולים מהציפיות שלהם בתקופה *t+1***.** לכן העדפתו של הנאשם בתיק *i* לערוך עסקת טיעון על פני ניהול משפט בתקופה *t+1,* תוכל להישמר גם לעסקת טיעון מחמירה ממנה בתקופה *t+2*.

2. אם כל תיק שבו נאשם מטיפוס *i* שהסתיים בעסקה בתקופה *t+1* מסתיים בעסקה בתקופה *t+2*, לא תיתכן ירידה במשאבי התובע המופנים למשפטים, כלומר *R\*t+1 ≤ R\*t+2*

הדבר נובע במישרין מכך שמשאבי התובע הפנויים לניהול משפטים הם סך התקציב שלו בניכוי ההוצאה על עסקאות טיעון (שתלויה אך ורק במספר העסקאות), מכך שהונח כי מספר התיקים קבוע ומכך שעלויות התובע על עסקת טיעון אינן גדולות מהוצאת המשאבים האופטימלית על משפט.

3. אם מספר עסקאות הטיעון בתקופה *t+2* שווה למספרו בתקופה *t+1* הדינמיקה תיעצר

אם מספר התיקים שמסתיים בעסקה אינו משתנה, לא נוצר חיסכון אשר מאפשר להגדיל את משאבי התובע, ההסתברות להרשעה במשפטים בתקופה הבאה נשמרת, ציפיות הנאשמים על השקעת התובע ותוחלת המשפט מתממשות ומספר הנאשמים הבוחרים באותה עסקת טיעון גם בתקופה הבאה אינו משתנה.

תיאור הדינמיקה

 האפשרות הנתונה בחוק להרשיע אדם על סמך הודאתו ללא הליך של משפט מלא מאפשרת לתובע לנתב חלק מהתיקים לעסקאות טיעון, לשחרר משאבים לטיפול בתיקים אחרים ולהגביר את ההשקעה בכל אחד מהתיקים שהוא בוחר לנהל בו משפט.

 עם הגדלת ההשקעה בכל אחד מהתיקים שהתובע בוחר לנהל בו משפט עולה ההסתברות להרשעה באותם תיקים ועימה תוחלת העונש.

 הגידול בהשקעת התובע בניהול כל משפט מקרין על ציפיות הנאשם בתקופה שלאחר מכן, בדבר מידת ההשקעה של התובע בתיק וההסתברות להרשעה.

 כתוצאה של שינוי הערכות הנאשמים, קטן הביקוש למשפט ועולה נטיית נאשמים אדישים או שונאי-סיכון להסכים לעסקת טיעון.

 עם הירידה בביקוש למשפט התובע יכול להסיט משאבים נוספים לתיקים שהוא בוחר לנהל בהם משפט, וחוזר חלילה.

המודל ממחיש כי האפשרות לסיים את המשפט בהודאת הנאשם במסגרת עסקת טיעון משנה את אופן הפעולה של התובע ובכך נוצר לנאשם מרחב החלטה שונה בתכלית מזה שבעולם ללא עסקאות טיעון. המדיניות האופטימלית שכדאי לתובע לנקוט בכל תקופה היא כזו שמאפשרת לו "להרים את שני הדגלים", קרי להחמיר בעסקאות הטיעון מחד גיסא ולאפשר עסקאות טיעון רבות יותר מאידך גיסא, בעת ובעונה אחת, וכך הוא מבטיח הן את העלייה בענישה המצרפית והן את המשך הדינמיקה של מחזור-המשוב. בנוסף, ניתוח האופן שבו משפיעות עסקאות הטיעון על התנהלות החוקרים, השופטים והמחוקק, ממחיש שגם גורמים חיצוניים לדינמיקה שבין התביעה לנאשמים פועלים בזיקה לה, ובמקום לרסן מזינים ומחריפים את תופעת עסקאות הטיעון.[[19]](#footnote-19)

עסקאות הטיעון משפיעות על המשאבים שהתביעה בוחרת להסיט לתיקים שאותם היא מנהלת – השפעה שלנדס בחר להזניח. אפקט זה, כפי שהמחשתי, עלול ליצור תהליך דינמי פנימי אנדוגני של "מחזור-משוב", תופעה המזינה את עצמה ומחריפה עם עלייה מתמדת בשיעור עסקאות הטיעון ובה בבד עלייה זוחלת ברמת הענישה.

הביקוש המצרפי לעסקת טיעון מקרין על אופן הפעולה של התביעה בהחלטה על המשאבים שאותם תקצה לתיק שהולך למשפט ועל הצעותיו לעסקאות טיעון. אופן פעולה זה, בתהליך הלמידה הנוצר באינטראקציה חוזרת בין התובע לקבוצת הנאשמים, משפיע על הערכות הנאשמים ובחירותיהם, משנה את הביקוש המצרפי לעסקאות טיעון וחוזר חלילה.

תופעה זו מתרחשת כיוון שעסקאות הטיעון יוצרות לתביעה תמריצים להסיט, מתקופה לתקופה, יותר ויותר משאבים לפחות ופחות משפטים. הסטת משאבים זו כדאית לתביעה, שכן בד בבד עם העלייה במשאבים שהיא מפנה לניהול כל משפט עולה ההסתברות להרשעה ועימה תוחלת העונש. ביודעם זאת עולה נטיית הנאשמים להסכים לעסקאות טיעון רבות יותר ואף מחמירות יותר.

**Bargaining Range & Sentencing Disparities**

מודל "משפט פלילי בצל מרחב המיקוח" בוחן את ההשפעה של שחרור ההנחה בדבר מדיניות תביעה אחידה באשר לחומרת עסקאות הטיעון על מרחב המיקוח עליהן. על בסיס מודל ה"משפט בצל המיקוח" יוגדר להלן מרחב המיקוח על עסקאות הטיעון ותיבחן הטענה שעם העלייה בביקוש לעסקאות הטיעון, מרחב המיקוח מתרחב. כמו כן יומחש כי כרוכה בה אנומליה נוספת על זו שהוזכרה לעיל (עלייה בביקוש לעסקאות הטיעון בצד עלייה במחירן), בצד עליית כוחה של התביעה במיקוח מול נאשמים פסימיים (ו/או שונאי סיכון, משכבות חלשות וכו'), נחלש כוחה במיקוח מול נאשמים אופטימיים יחסית (ו/או פחות שונאי סיכון, מקבוצות חזקות יחסית וכו').

מערכת תביעה החותרת להשיא את הענישה המצרפית נתפסת ככזו שמטרותיה מתלכדות עם האינטרס הציבורי ואינה מונעת מאינטרסים פרטיים. העונשים על פי גישה זו נתפסים כמחירים שהחברה משיתה על עבירות שונות, ולפיכך השאת הענישה משיאה את רווחת החברה לכל תקציב הנתון לה. אלא שמטרה זו, בשילוב האפשרות להתמקח על תוצאת המשפט, כפי שנראה להלן, מקפלת בתוכה אפליה מובנית ופערים בענישה. גם ללא אפליה גנרית, פערים פרטיקולריים בעסקאות טיעון פועלים בעיקר לרעת נאשמים משכבות חלשות ולטובת נאשמים מקבוצות חזקות בחברה.

אפשרות קיומם של פערי הענישה בעסקאות טיעון נובעת מכך שמצד אחד לתביעה נתונים שיקול הדעת וחופש הפעולה לערוך כל עסקת טיעון, השיקולים לעריכת עסקאות הטיעון אינם מתפרסמים והעסקאות אינן עוברות ביקורת שיפוטית ראייתית; מצד אחר, המידע על ענישה במשפטים הוא פומבי, מלא ונגיש יותר מהמידע על ענישה בעסקאות הטיעון, המתווך באמצעות סנגורים לנאשמים.

קיומם בפועל של פערים בענישה בעסקאות טיעון בתיקים דומים בעוצמת הראיות ובחומרתן מוכיח כי התביעה אכן מתמקחת ומחליטה בכל תיק בנפרד ואינה מבצעת מדיניות אחידה.[[20]](#footnote-20)

לתביעה יש מרחב מיקוח המבטיח שלכל יחידת משאבים שלה, הענישה בעסקת טיעון עולה על החלופה – ענישה ליחידת משאבים בניהול משפט הוכחות. כפי שיובהר להלן, במרחב המיקוח בין התביעה לנאשמים כל תוצאה אפשרית, כיוון שהיא משפרת את מצבם של שני הצדדים לעומת החלופה של ניהול משפט.

מרחב המיקוח על עסקאות הטיעון

התנאים ההכרחיים[[21]](#footnote-21) לעסקת טיעון הם שהנאשם והתובע **גם יחד** ירוויחו מעסקת טיעון לעומת החלופה העומדת בפניהם – המשפט, עלותו והסיכון הכרוך בו. ציפיות הצדדים מתוצאת המשפט, עלותו והסיכון הכרוך בו נגזרות מהערכותיהם ביחס לחומרת הראיות ועוצמתן ולמשאבים שאותם יקצו הצדדים לניהול התיק במשפט.

**נקודת ההסתייגות של התובע** הינה העונש המינימלי בעסקת טיעון שהתובע עשוי להציע לנאשם. כאשר העונש ליחידת השקעה בעסקת טיעון גדול מתוחלת העונש ליחידת השקעה במשפט, התובע ירוויח מעסקת הטיעון. מכאן שנקודת ההסתייגות של התובע שווה לתוחלת העונש הצפוי במשפט כפול יחס ההשקעה בעסקת טיעון לבין השקעה במשפט .

אם כן, כאשר עלויות המיקוח (בגין ניהול המשא ומתן) של התובע להגעה לעסקת טיעון קטנות מהוצאת המשאבים הצפויה על המשפט (ויחס ההשקעה בעסקת טיעון לבין השקעה במשפט קטן מאחד), הוא עשוי להציע לנאשם עונש קטן מתוחלת העונש הצפויה במשפט בתמורה להודאה באשמה (אשר מבטיחה את ההרשעה).

**נקודת ההסתייגות של הנאשם** הינה העונש המקסימלי שהנאשם עשוי להסכים לו. במקרה של נאשם אדיש-סיכון, נקודת ההסתייגות שווה לסכום של תוחלת העונש הצפוי במשפט והפרש העלויות עבורו בין ניהול משפט לעלות העסקה .

כל עוד עסקת הטיעון שמציע הנאשם והעלויות הכרוכות מבחינתו בהגעה לעסקת טיעון נמוכות מתוחלת המשפט ועלות ניהול המשפט, מבחינת נאשם אדיש-סיכון או שונא-סיכון מוטב להודות באשמה ולערוך עסקת טיעון.[[22]](#footnote-22)

מכאן עולה שנאשם אדיש-סיכון או שונא-סיכון עשוי להעדיף עסקת טיעון אף מחמירה מתוחלת העונש הצפויה במשפט.

מרחב המיקוח משתרע ב[מִרְוָוח](javascript:ourOpenWin('../lex3/glossary/g_4663.asp','GlossaryWin','width=805,height=700')) שבין נקודות ההסתייגות של שני הצדדים הנושאים ונותנים ביניהם, הנקודות אשר מעבר להן לא יהיו מוכנים להתפשר. מרחב מיקוח חיובי מתקיים כאשר נקודת ההסתייגות של הקונה (הנאשם) היא מעל נקודת ההסתייגות של המוכר (התובע), כלומר כאשר הענישה שהתובע מוכן להציע בעסקה מיטיבה או עדיפה בעיני הנאשם מהחלופה של ניהול משפט. מרחב מיקוח שלילי מתקיים כאשר נקודת ההסתייגות של המוכר היא מעל נקודת ההסתייגות של הקונה. במקרה כזה לא סביר שיושג הסכם.

**אם שני הצדדים שותפים בהערכותיהם ביחס להסתברות ההרשעה במשפט** *P\*=P*, מרחב המיקוח , יהיה חיובי, שכן העונש המינימלי שהתובע יהא מוכן להציע לנאשם במסגרת עסקת טיעון יהיה נמוך מהעונש המקסימלי אשר נאשם אדיש-סיכון או שונא-סיכון יהא מוכן לקבל.

עולה מכאן שאם שני הצדדים שותפים להערכה של הסתברות ההרשעה במשפט *P\*=P*, עסקת טיעון  עם נאשמים אדישי-סיכון, **המשקפת את תוצאת המשפט הצפויה**, נמצאת במרחב המיקוח, שכן , ומכאן שהיא תיטיב הן את מצבם של הנאשמים והן את מצבה של התביעה מול החלופה של הציפיות שלהם מניהול משפט באותה התקופה.

אם כן, אין ספק שעסקת טיעון המיטיבה הן את מצבם של הנאשמים והן את מצבה של התביעה ניתנת להשגה כאשר הנאשם שונא-סיכון או פסימי יותר מן התובע באשר לתוצאת המשפט הצפויה, ובמקרים מסוימים גם כאשר הנאשם אופטימי יותר מן התביעה באשר לתוצאת המשפט הצפויה, בדומה למסקנה העולה מהניתוח הכלכלי של בתי המשפט שערך Landes.

התרחבות מרחב המיקוח על עסקאות הטיעון

במצב שבו כל שאר התנאים שאינם תלויים בתובע ובנאשמים נשמרים בכל תקופה (ceteris paribus), צפויה עלייה במשאבים שתקצה התביעה לתיק ההולך למשפט ותחול עלייה בביקוש לעסקאות הטיעון, כיוון שהעלייה הצפויה במשאבי התביעה מעלה את הערכות הנאשם בדבר ההסתברות להרשעה ותוחלת תוצאת המשפט.

אלא שבד בבד עם עלייה כזו בביקוש לעסקאות הטיעון, [מִרְוָוח](javascript:ourOpenWin('../lex3/glossary/g_4663.asp','GlossaryWin','width=805,height=700')) המיקוח מתרחב. תוצאה זאת נובעת מכך שעם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון, מחיר עסקת הטיעון המינימלי שעשויה להציע התביעה יורד, בעוד מחיר עסקת הטיעון המקסימלי לה שנאשם עשוי להסכים עולה.

**מחיר עסקת הטיעון המינימלי**  שעשוי להציע התובע **יורד** עם העלייה במשאבי התביעה המוקצים לתיק שהולך למשפט, כיוון שבעוד עלויות המיקוח  נשארות קבועות,[[23]](#footnote-23) מהנחת תפוקה שולית פוחתת למשאבי התביעה יוצא כי ההחזר הממוצע מיחידת משאבים המופנים למשפט  פוחת.

נקודת המוצא של מסקנה זו היא התובנה שבמערכת משפט עם עסקאות טיעון, כדאי לתביעה להקצות למשפטים משאבים רבים יותר מאשר במערכת שבה אין באפשרותה לערוך עסקת טיעון. מכאן שאם במערכת משפט ללא עסקאות טיעון המשאבים המוקצים לכל משפט אופטימליים כאשר התפוקה השולית שווה לממוצעת: , אזי כל הקצאת משאבים מעבר לכך, אף שתעלה את ההסתברות להרשעה הצפויה במשפט, תוביל לכך שהתוספת קטנה מהעלות עקב הכלל של תפוקה שולית פוחתת, וההחזר הממוצע ליחידת משאבים יקטן.

לכך יש השפעה שלילית על כוחה היחסי של התביעה במיקוח מול נאשמים אופטימיים בהערכותיהם בקשר לתוצאת המשפט. אף שההסתברות להרשעה ותוחלת העונש במשפט עולות עם העלייה במשאבים המוקצים למשפט, משמעות הירידה בהחזר מיחידת משאבים היא שהכדאיות לניהול משפט מצד התביעה יורדת, ועולה הכדאיות להתפשר בעסקת טיעון.

דוגמה קיצונית לכך ניתן למצוא בפרשת הנשיא קצב. בפרשה זו הסכימה התביעה לעסקת טיעון שבמסגרתה הנשיא לא ירצה מאסר בפועל. לאחר שקצב חזר בו מעסקת הטיעון, הוא נדון לשבע שנות מאסר בפועל.[[24]](#footnote-24)

לעומת זאת, **מחיר עסקת הטיעון המקסימלי** שהנאשם עשוי להסכים לה **עולה** עם העלייה במשאבי התביעה המוקצים לתיק שהולך למשפט, מאחר שעלייה במשאבים גורמת לעלייה בהסתברות להרשעה ובתוחלת חומרתה של תוצאת המשפט שמעריך הנאשם.

תוצאה זו מעלה את כוחה היחסי של התביעה במיקוח מול נאשמים פסימיים בהערכותיהם בנוגע לתוצאת המשפט עד כדי כך שנאשמים אשמים עלולים להודות במעשים שלא ביצעו, "שיטת הסדרי הטיעון מעמידה נאשמים רבים בסיטואציה שבה הם מחליטים לקבל על עצמם אשמת שווא חלקית – עמדה סבירה בהתחשב בפערי הענישה המוצגים להם בבחירה בין הסדר טיעון לבין ניהול הוכחות".[[25]](#footnote-25) חמור מכך הוא מצב שבו נאשמים חפים עלולים להתייאש, "כבר הרמתי ידיים והסכמתי להודות בעבירה שלא עשיתי רק כדי שהכל יהיה מאחוריי".[[26]](#footnote-26)

מכאן שכאשר [מִרְוָוח](javascript:ourOpenWin('../lex3/glossary/g_4663.asp','GlossaryWin','width=805,height=700')) המיקוח מתרחב, גם מרחב המיקוח גדל, אוסף האפשרויות לערוך עסקת טיעון גדל והפערים האפשריים בין עסקאות טיעון שונות בתיקים דומים גדלים אף הם. בתופעה זו כרוכה אנומליה; בצד עליית כוחו של התובע במיקוח מול נאשמים פסימיים, נחלש כוחו במיקוח מול נאשמים אופטימיים יחסית.

כאמור לעיל, הונח שאוכלוסיית הנאשמים מאופיינת בהטרוגניות אחת – לנאשמים הערכות סובייקטיביות שונות על חומרת הראיות שבידי התובע ועוצמתן, ואלה משפיעות על הערכותיהם בנוגע לתוצאת המשפט. התוצאה לא תשתנה איכותית אם יאופיינו הנאשמים בגישתם לסיכון, ביכולת העמידה שלהם במשפט, בנכונותם להודות באשמה וכו'.

עלייה בפערי הענישה עם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון

כאמור לעיל, לתביעה, שמטרתה למקסם את סך הענישה, כדאי להשיא את התשואה ליחידת משאבים ולקבוע בתוך מרחב המיקוח מחירים שונים לתיקים הדומים זה לזה בעוצמת הראיות וחומרתן.

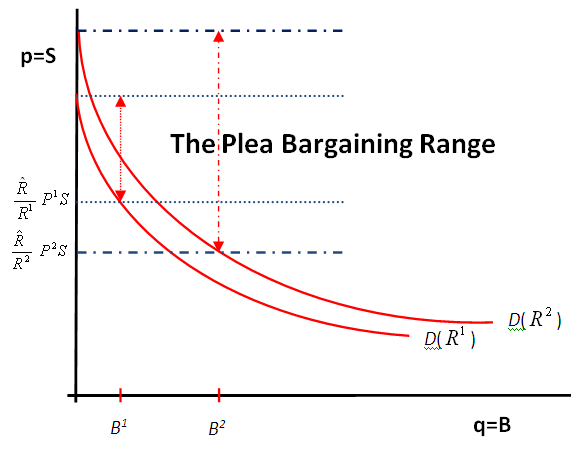
כיוון שהתביעה פועלת כמו מונופול, בידיה הכוח לעשות זאת. היא אומנם יכולה להציע עסקת "קבל או דחה" אחידה לנאשמים הטרוגניים בהעדפותיהם, אך לאמיתו של דבר כדאי לה לפעול כמונופול מפלה מושלם – מונופול שמצליח להשיג עבור כל יחידה שהוא מוכר את מלוא המחיר שהצרכן (הנאשם) היה מוכן לשלם עבורה; בכך הוא גוזל מהצרכן את כל עודף הצרכן ומביא את הפדיון (סך הענישה) למקסימום. לנאשמים שונים יוצעו לפיכך עסקאות טיעון שונות.

הצלחה באפליית מחירים דורשת שהתביעה תצליח להבחין בין נאשמים על פי נכונותם לערוך עסקת טיעון. כשם שסוחר בוחן את מאפייניו הסוציו-אקונומיים של הלקוח והתנהגותו הצרכנית בבקשו לבחון את נכונותו לשלם, כך יכול תובע לבחון את נכונותו של הנאשם לקבל את עסקת הטיעון שאותה הוא מעונין להציע.

כאמור, טענה זו, שטרם הועלתה בספרות, שלפיה עלייה בשיעור עסקאות הטיעון מובילה לעלייה בפערי ענישה, מבוססת על כך שעם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון והיעלמות המשפטים, גדל מרחב המיקוח, קרי אוסף האפשרויות לערוך עסקה בין התביעה לנאשמים. כפי שהובהר לעיל, במרחב המיקוח בין התביעה לנאשמים כל תוצאה אפשרית, כיוון שהיא משפרת את מצבם של שני הצדדים לעומת החלופה של ניהול משפט.

תוצאה דומה תתקבל גם אם נישען על הספרות הטוענת כי התובעים מוּנָעים, מלבד מהמטרה של מקסום ענישה, גם מהצלחה הנמדדת בשיעור ההרשעות שהם משיגים וממטרות פרטיות אחרות, וכי אף שהתביעה הכללית עשויה להכתיב מדיניות לתובעים בשטח, התובעים הנושאים ונותנים על עסקאות הטיעון הטרוגניים בהעדפותיהם ובשיקוליהם.

Figure – השפעת הביקוש לעסקאות הטיעון על מרחב המיקוח עליהן

סיכום

בפרק זה הוצג המודל "משפט פלילי בצל מרחב המיקוח", המראה כיצד התובע והנאשם מחשבים את הרווח הצפוי להם, כל אחד בתורו, כתוצאה של הבחירה בין עסקת טיעון לבין משפט. בחירה זו מושפעת מהסיכוי להרשעה ומעלויות ניהול המשפט או העסקה במסגרת המיקוח. הוגדר "מרחב המיקוח" בין התובע לנאשם, שבו כל תוצאה אפשרית בהיותה משפרת את מצבם של שני הצדדים לעומת החלופה של ניהול משפט, אשר גבולותיו הם נקודת ההסתייגות של התובע מחד גיסא ונקודת ההסתייגות של הנאשם מאידך גיסא. המסקנה של המודל היא שככל שהתביעה צפויה להגדיל את כמות המשאבים שתוקצה לניהול תיק במשפט, כך מרחב המיקוח גדל. תופעה זו הולכת יד ביד עם הגידול בשיעור עסקאות הטיעון ויוצרת תופעה המזינה את עצמה: ככל שגוברת הערכת הנאשם ביחס לגובה המשאבים שיש לתביעה להקצות לתיק המתנהל במשפט, וככל שלתביעה אכן נותרים משאבים רבים יותר לניהול תיקים במשפט (כיוון שנחתמות עסקאות טיעון רבות יותר ויותר), כך מרחב המיקוח גדל, והפערים בענישה בין נאשמים שונים שהודו בעסקאות טיעון בתיקים דומים, הולכים ומחריפים.

METHODOLOGY [[27]](#footnote-27)\*

מדידת פערי ענישה בעסקאות טיעון

כדי לאשש או להפריך את הניבוי של המודל התאורטי (להלן: "השערת המחקר"), שלפיו עם העלייה בשיעור עסקאות טיעון תחול עלייה בפערי ענישה בתיקים דומים שהסתיימו בעסקת טיעון, הוגדרו מדדים חדשים שטרם נוסחו בספרות. כפי שיוסבר להלן, כבסיס לבחינה אמפירית של השערת המחקר משמש מדד יחס הענישה, המדד ליחס בין הענישה בעסקאות טיעון שונות בתיקים דומים, והענישה הצפויה להם במשפט. חישוב מדד יחס הענישה בתיקים דומים מאפשר את אמידת פערי הענישה בתקופות שונות ואת בחינת הקשר, אם קיים, בין פערי הענישה ושיעור עסקאות הטיעון.

1. מדד יחס הענישה – SR (Sanction Ratio)

מדד יחס הענישה = היחס בין העונש בעסקת הטיעון לעונש שהיה צפוי לנאשם אילו הלך למשפט. על פי תאוריית "צל המשפט", מחיר עסקת הטיעון משקף בקירוב את תוחלת תוצאת המשפט, כלומר *P*, ההסתברות להרשעה (התלויה בעוצמת הראיות, במשאבי הצדדים המופנים למשפט וכו'), כפול *S*, חומרת העונש שהיה צפוי להיגזר במשפט, ועוד *(P-1),* ההסתברות לזיכוי, כפול *0*, ללא עונש, שווה בקירוב ל-, חומרת העונש המוסכם בעסקת הטיעון.

נניח שתוחלת תוצאת המשפט *PS ={PS + 0(P-1)},* שווה לעונש בעסקת הטיעון . יוצא שיחס הענישה *SR* (Sanction Ratio) הינו =*P*, או במילים אחרות, היחס בין , חומרת העונש שהוסכם בעסקה, לבין *S*, חומרת העונש שהיה צפוי להיגזר במשפט, שווה בקירוב ל-*P*, ההסתברות להרשעה, ושיעור ההקלה הצפויה בעסקה שקול בקירוב ל-*(1-P)*, ההסתברות לזיכוי.

2. מדד שונות יחס הענישה – VSR (Variance of Sanction Ratio)

מדד שונות יחס הענישה = שונות היחס בין העונשים בעסקת הטיעון לעונשים הצפויים לנאשמים אילו ניהלו משפט. שונות יחס הענישה בין תיקים דומים שהסתיימו בתקופה מסוימת מבטאת אפוא פערים בענישה או חוסר אחידות בענישה באותה התקופה.

שינויים ברמת הענישה ושינויים אחרים במערכת המשפט אינם אמורים להשפיע על יחס הענישה ועל שונות יחס הענישה, שכן הם אמורים לחול, לכאורה באותה עוצמה, הן על המשפטים והן על עסקאות הטיעון, באופן זהה על כל התיקים הדומים.

מכאן שמדדים אלו אמורים להיות מנוטרלים מהשפעתם של שינויים חיצוניים (אקסוגניים) על מערכת המשפט, שחלים בשנים שבהן נאספים הנתונים שעליהם נערך מחקר, ולפיכך הם עשויים להיות אומדנים טובים לבחינת התאמתן של התאוריות השונות למציאות וכלי להשוואה ביניהן.

יחס הענישה ושונות יחס הענישה על פי התאוריות השונות

הנאשמים מתפלגים בהערכותיהם הסובייקטיביות ביחס לתוצאת המשפט הצפויה, וגורמים שונים נוספים משפיעים אף הם על נכונותם לערוך עסקת טיעון (כגון גישתם לסיכון ולהודאה באשמה, יכולת העמידה שלהם במשפט, הנכונות שלהם להודות באשמה וכו').

על פי תאוריית "צל המשפט", בהינתן שכל השאר אינו משתנה, עבור כל סוג תיק נתון, עלייה ב-*SR,* יחס הענישה, שניתן לראותו גם כמחיר היחסי של עסקת הטיעון, צפויה להגדיל את הכמות המבוקשת למשפטים, וירידה ביחס הענישה צפויה להגדיל את הכמות המבוקשת לעסקאות טיעון.

פערים בענישה ושונוּת יחס הענישה אינם אמורים, על פי "צל המשפט", להיות תלויים בשיעור עסקאות הטיעון ואינם צפויים לגדול או לקטון כתוצאה של שינויים בביקוש לעסקאות הטיעון ואף לא להשתנות עם הזמן. הפערים הללו אמורים להיות שוליים, והמחיר היחסי של עסקת הטיעון נקבע בעיקרו מהערכת ההסתברות להרשעה, הנגזרת מעוצמת הראיות בתיק, והענישה במקרה של הרשעה.

מכאן שכך צפוי להיראות, **ללא תלות בזמן**, הקשר בין יחס הענישה ושונוּת יחס הענישה לבין שיעור עסקאות הטיעון (הקו העבה מייצג את ממוצע היחס, והקווים הדקים את תחום פיזורו):

גם על פי תאוריית "צל המיקוח" הנאשמים מתפלגים בהערכותיהם הסובייקטיביות בנוגע לתוצאת המשפט הצפויה, וגורמים שונים משפיעים על נכונותם לערוך עסקת טיעון, אלא שלמרות זאת, על פי "צל המיקוח", שיעור עסקאות הטיעון שואף עם הזמן להגיע ל- 100%.

על פי תאוריית "צל המיקוח", עבור כל סוג תיק נתון, ובהינתן שכל השאר אינו משתנה, הרי שלאורך זמן, עם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון, צפויות לעלות הן ההסתברות להרשעה והן התוחלת והשונוּת של תוצאת עסקת הטיעון. לכן הן יחס הענישה (כזכור לעיל, יחס הענישה שווה בקירוב להסתברות להרשעה במשפט) והן שונות יחס הענישה צפויים לעלות עם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון.

מכאן שלפי תאוריית "צל המיקוח", עבור כל סוג תיק נתון, כך צפוי להיראות **לאורך זמן** הקשר בין יחס הענישה ושונוּת יחס הענישה לבין שיעור עסקאות הטיעון (הקו העבה מייצג את ממוצע היחס, והקווים הדקים את תחום פיזורו):

**מתודולוגיה לניתוח אמפירי של השערת המחקר**

מדד יחס הענישה (אשר אמור לשקף את ההסתברות להרשעה) ניתן לחישוב בכל תיק על פי היחס בין העונש המוסכם בעסקת טיעון ובין אומדנת העונש שהיה צפוי לו אילו הלך למשפט (הניתנת לחישוב בעזרת מודלים שונים של רגרסיה). על סמך מדד יחס הענישה המחושב בכל תיק, ניתן לאמוד, לכל תקופה מוגדרת, את יחס הענישה הממוצע ואת שונות יחס הענישה, עבור כל התיקים שהסתיימו באותה תקופה.

שונות יחס הענישה, שונות היחס בין חומרת העונש המוסכם בעסקת טיעון לבין חומרת העונש שהיה צפוי לנאשם לוּ הלך למשפט, משמשת כמדד לפערים בענישה – ככל ששונות יחס הענישה גדולה יותר כך הפערים בענישה גדולים יותר. השתנות שונותו של יחס הענישה תלמד על שינויים בפערי הענישה, שינויים שכאמור, על פי תאוריית "המיקוח בצל המשפט", אינם אמורים להתרחש עם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון.

להלן מוצגת תוכנית מפורטת בת חמישה שלבים לבחינה אמפירית של השערת המחקר. התוכנית מושתתת על שלושה אופנים לאמידת חומרת הענישה, שעל פיהם הוגדרו מדדי פערי הענישה, ונוסחו שלושה מודלים אמפיריים שבעזרתם ניתן לחשב אותם.

שלב ראשון – אמידת חומרת הענישה שהושתה בפועל

לעונש הנגזר לאחר הרשעה מרכיבים שונים שחומרתם שונה – עצם המאסר, תקופת המאסר, מאסר על תנאי, קנס כספי, עבודות שירות ועוד, ומכאן אופנים שונים אפשריים לאמוד את חומרת העונש שהושת על הנאשם ובהתאם לכך את פערי הענישה. בחינת השערת המחקר הושתתה על שלושת האופנים הבאים לאמידת חומרת הענישה שהושתה בפועל:

1. כאומדן לחומרת הענישה משמש המאסר אם הושת על הנאשם אם לאו.

ההנחה היא שעצם המאסר הוא מרכיב העונש המשמעותי ביותר, ומכאן שנוכל ללמוד על חומרת הענישה מן ההחלטה לגזור עונש מאסר בתיק ומן ההסתברות המחושבת הצפויה למאסר עבור אותו תיק אילו הוכרע בבית משפט.

2. כאומדן לחומרת הענישה משמש לוג אורך המאסר שהושת בפועל.

עונש מאסר הוא כאמור העונש המשמעותי ביותר. לוג חודשי המאסר שנגזרו משמש כאומדן לחומרת הענישה, מתוך הנחה שחומרת העונש, כפי שהיא נתפסת בעיני הנאשמים, פוחתת עם התארכותו של עונש המאסר.

3. כאומדן לחומרת הענישה משמשים כל מרכיבי העונש שהושתו על הנאשם.

הוגדר אומדן לחומרת העונש הכולל, הגלום בעונשים השונים שהושתו על נאשמים בעבירות דומות בעסקאות טיעון ובמשפטים, וחוּשב עבור כל תיק שהסתיים בהרשעה במשפט או בעסקת טיעון.

שלב שני – חישוב ובחירה של מודלים אמפיריים שונים

כדי לאמוד בשלב הבא את חומרת הענישה הצפויה במשפט, נוסחו המודלים האמפיריים הבאים לאופנים השונים שבהם נאמדה חומרת הענישה, וחושבו, על בסיס נתוני מאגר, נתונים על חומרת העבירה וכן נתונים על הנאשמים, בית המשפט, תקופת המשפט ועוד, לנאשמים שבחרו במשפט:

1. מודל רגרסיה לוגיסטית: ניתוח רב-משתני כשהמשתנה המוסבר הוא הפעלת מאסר (1) או אי-הפעלת מאסר (0).

Probability-(Prison-|-Conviction-at-Trial)=1/(1+ezi)

Where-Zi=α+β(Criminal-History)i+γ-(Crime-Severity)i+δ(Court-Data)i+θ(Trial-Period)i+εi

2. מודל רגרסיה ליניארית: ניתוח רב-משתני כשהמשתנה המוסבר הוא לוג אורך המאסר.

Expected-Log(Prison-Months-|-Sentenced-to-Prison-at-Trial)=Zi

Where-Zi=α+β(Criminal-History)i+γ-(Crime-Severity)i+δ(Court-Data)i+θ(Trial-Period)i+εi

3. מודל רגרסיה ליניארית: ניתוח רב-משתני כשהמשתנה המוסבר הוא חומרת העונש הכולל.

Expected-(Sentence-Severity-|-Conviction-at-Trial)=Zi

Where-Zi=α+β(Criminal-History)i+γ(Crime-Severity)i+δ(Court-Data)i+θ(Trial-Period)i+εi

שלב שלישי – זקיפת אומדנים לחומרת הענישה הצפויה במשפט

על סמך כל מודל אמפירי, ועל פי הנתונים בכל תיק ותיק, חושבו ונזקפו האומדנים לחומרת העונש שהיה צפוי לנאשם במשפט (בין שהנאשם בחר בעסקת טיעון ובין שבחר במשפט).

1. על סמך מודל רגרסיה לוגיסטית: ניתוח רב-משתני של ההסתברות לעונש מאסר שנבחר, נזקפה עבור כל נאשם שבחר בעסקת טיעון או שהלך למשפט, ההסתברות למאסר שהייתה צפויה להיגזר עליו במשפט.

2. על סמך מודל רגרסיה ליניארית: ניתוח רב-משתני של לוג אורך המאסר שנבחר, נזקף עבור כל נאשם שהורשע ונגזר עליו עונש מאסר בעסקת טיעון או במשפט, לוג אורך המאסר שהיה צפוי לו במשפט.

3. על סמך מודל רגרסיה ליניארית: ניתוח רב-משתני של חומרת העונש הכולל שנבחר, נזקף עבור כל נאשם שבחר בעסקת טיעון או שהלך למשפט, אומדן חומרת העונש הכולל שהיה צפוי להיות מושת עליו במשפט.

שלב רביעי – חישוב מדדי פערי הענישה

על סמך האומדנים השונים לחומרת הענישה שהושתה בפועל והאומדנים לחומרת הענישה שהייתה צפויה (בין שהנאשם בחר בעסקת טיעון ובין שבחר במשפט), חושבו מדדי פערי הענישה הבאים לכל תקופה של שנת משפט, בנפרד עבור התיקים שהסתיימו בעסקת טיעון ובמשפטים:

1. מדד פער ההסתברות היחסי למאסר – חושב כממוצע הפער האבסולוטי בין עונש מאסר (1) לעונש ללא מאסר (0) שהושת בפועל, וההסתברות הצפויה לגזירת עונש מאסר במשפט, ביחס לתוחלת הפער.

2. מדד שונות יחס לוג אורך המאסר – חושב כשונות של היחס בין לוג אורך המאסר שנגזר בכל תיק בפועל לבין לוג אורך המאסר שהיה צפוי לנאשם במשפט.

3. מדד שונות יחס הענישה הכולל – חושב כשונות של היחס בין חומרת העונש הכולל שנגזר בכל תיק בפועל לבין חומרת העונש הכולל שהיה צפוי לנאשם במשפט.

בשלב החמישי – בחינת המתאם בין המדדים לשיעור עסקאות הטיעון

כדי לבחון את השערת המחקר, שלפיה יש קשר עולה בין שיעור עסקאות הטיעון מתוך הכרעות הדין לפערים בענישה בעסקאות טיעון, חושבו מתאמים בין שיעור העסקאות בכל תקופה לפערי הענישה בעסקאות הטיעון באותתם השנים, כפי שהם באים לידי ביטוי בכל אחת משלוש השיטות לאמידת פערי הענישה: מדד פער ההסתברות היחסי למאסר, מדד שונות יחס לוג אורך המאסר, ומדד שונות יחס הענישה הכולל.

כדי לשלול את האפשרות שהשפעה כזו, אם הייתה, הינה תוצאה של שינויים בפערי ענישה במשפטים עצמם, חושבו גם מִתאמים בין שיעור העסקאות בכל תקופה לבין פערי הענישה במשפטים באותן השנים, בעזרת אותם מדדים.

**מאגר הנתונים**

מאגר הנתונים שעליו נערך המחקר האמפירי כולל כ-3,300 תיקים של בתי משפט שלום בישראל, בשנים 1995–2007, שבהם האישום הבלעדי היה בעבירות סיוע לשב"ח (שוהה בלתי חוקי). הנתונים נאספו במקור עבור מחקר שבחן את השפעתן של הנחיות לענישה על כוח התביעה. בשנים אלו חלו תהפוכות במצב הביטחוני, אשר הובילו לשינויים בפסיקה ובמדיניות התביעה הכללית כלפי עבירות אלו. כ-500 רשומות על תיקים, שבהן התיקים הסתיימו בסגירה שלא במשפט או בעסקת טיעון, או היה חסר בהן מידע הכרחי לניתוח, הוצאו מן המדגם, ובסופו של דבר התבסס המחקר על 2,800 תיקים.

המאגר כולל נתונים מפורטים על מרכיבי העונש שהושתו על הנאשם, אם הורשע, ומכיל מידע על סוג האישום בסיוע וחומרתו (לדוגמה לכמה אנשים הנאשם סייע), נתונים אישיים (סוציו-דמוגרפיים) ואחרים על הנאשם (כגון עבירות קודמות), נתונים על בית המשפט, השופטים ועורכי הדין וכן נתונים על התקופה (מועד, פסיקה, מצב ביטחוני, כיוון שמדובר בעבירה עם זיקה ביטחונית, וכו'), אשר עשויים לשמש גורמים מסבירים לחומרת העונש הגלום בגזר הדין.[[28]](#footnote-28)

מצאתי שמאגר נתונים זה מתאים לבחינתה של השערת המחקר, משום שהוא עומד בכמה תנאים הנדרשים לה ונוגעים לקשר בין הפערים בענישה בעסקאות טיעון ובין שיעור עסקאות הטיעון. ראשית, הוא כולל נתונים על היקף גדול של תיקים שהסתיימו בעסקת טיעון[[29]](#footnote-29) ובמשפט[[30]](#footnote-30) בכל שנה, לאורך תקופת זמן של יותר מעשר שנים. שנית, הוא מכיל נתונים מפורטים על תיקים בעבירה אחת מסוימת, ולפיכך מאפשר לייחס את העונש לעבירה. כאשר כתבי האישום כוללים כמה עבירות, כפי שקורה ברוב התיקים, קשה לדעת בגין איזו עבירה הוטל עונש.[[31]](#footnote-31)

יתרון נוסף של המאגר הוא שבשנים שמאגר הנתונים כולל חלו שינויים חיצוניים (אקסוגניים) למערכת המשפט שהשפיעו על מדיניות הענישה, והמאגר מכיל מדדים המאפשרים להבחין בשינויים אלו ולבחון את השפעתם על פערי הענישה. כיוון שהתאוריות השונות מעריכות באופן שונה את השפעתם של שינויים במדיניות הענישה על פערי הענישה, מדדים אלו סיפקו הזדמנות לערוך השוואה כללית בין תאוריית ה"מיקוח בצל המשפט" ובין המסגרת המחשבתית החלופית, "משפט בצל המיקוח", שבבסיס מחקר זה, סייעו לבחון את התאמת התחזיות העולות מהתאוריות השונות למציאות ולהשוות בין התאוריות בשאלה לאיזו מהן מידת ההתאמה הטובה יותר.

משתנים בריבוע ערכם

ערכם בריבוע של המשתנים הרציפים – גיל, מספר השב"חים ומדדי הטרור – התווסף כמשתנים מסבירים נוספים, מתוך הנחה שההשפעה של משתנים אלו על תוצאת המשפט פוחתת, ולפיכך משתנים אלו בערכם בריבוע יסבירו באופן מובהק יותר את חומרת העונש שהושת על הנאשם במקרה של הרשעה במשפט.

תקופות המשפט

כאמור לעיל, בשנים הכלולות במאגר הנתונים חלו תהפוכות במצב הביטחוני, אשר הובילו לשינויים בפסיקה ובמדיניות התביעה הכללית כלפי עבירת סיוע לשב"ח, דהיינו שינויים חיצוניים (אקסוגניים) למערכת המשפט שהשפיעו על מדיניות הענישה.

ברע"פ 5198/01 Khatib vs. State of Israel , פ"ד נו(1) 769 (להלן: הלכת Khatib), פסק בית המשפט העליון, ביום 18.10.2001, כי: "בצוק העיתים ונוכח מיתקפת הטרור הפלסטיני המכה בישראל, ראוי הוא למי שעובר עבירות שכאלו, על דרך הכלל, כי ייגזר עליו עונש מאסר בפועל".

ברע"פ 3674/04 Abu-Salem vs. State of Israel **(**נבו 12.2.2006) (להלן: הלכת Abu-Salem), פסק בית המשפט העליון, ביום 12.02.2006, כי: "על דרך העיקרון תישמר מדיניות הענישה המחמירה בכל הנוגע לעבירות הקשורות בכניסתם של שוהים בלתי חוקיים משטחי האזור לישראל. נבהיר עם זאת, כי המדיניות אינה מכתיבה עונש מאסר – כפי שהילכת Khatib פורשה בידי מקצת בתי-משפט, וכי בתי-המשפט יגזרו עונש על עבריינים בנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה. כל מקרה יוכרע בהתאם לנסיבותיו ובהתאם לטעמים ולתכליות של מדיניות הענישה שנקבעה [...]".

לפיכך נתוני המאגר אופיינו על פי חמש תקופות משפט:

1. pre-Khatib 1: מראשית שנת 1996 ועד פרוץ האינתיפאדה באוקטובר 2000.

2. pre-Khatib 2: מפרוץ האינתיפאדה, שבמהלכה עלה בצורה ניכרת שיעור בקשות התביעה לעונשי מאסר, ועד לפסק דין הלכתKhatib (המחמיר) בסוף 2001.

3. post-Khatib 1: מההחלטה על פסק דין הלכת **Khatib** ועד סוף 2004.

4. post-Khatib 2 : מראשית 2005 והרגיעה באינתיפאדה ועד פסק דין הלכת Abu-Salem בראשית 2006,

5. post-Abu-Salem: מההחלטה על פסק דין הלכת Abu-Salem (המקל) ואילך (נתונים עד אמצע 2007).

**RESULTS**

בשנים אלו חלה עלייה בשיעור עסקאות הטיעון מתוך הכרעות הדין, מ-25% בשנת 1996 לכ-77% בשנת 2007. בה בעת, ואולי שלא במפתיע, חלה עלייה רצופה בשיעור הייצוג של הנאשמים במשפטים, מכ-26% ייצוג (כ-25% באמצעות סנגור פרטי וכ-1% סנגור ציבורי) לכ-93%, וחלה עלייה בשיעור הייצוג של הנאשמים בעסקאות הטיעון, מכ-78% ייצוג (רק באמצעות סנגור פרטי) לכ-95%.

המגמה של החמרה במדיניות הענישה והענישה בפועל באה לידי ביטוי בעלייה ניכרת מצד התביעה בבקשות למאסר. בממוצע כללי ביקשה התביעה עונש מאסר בכ-57% מכתבי האישום שהסתיימו במשפטים.

המעניין הוא שאף על פי שהתביעה ביקשה עונש מאסר במשפטים פעמים רבות הרבה יותר, דווקא בעסקאות הטיעון נגזרו עונשי מאסר רבים יותר ועל פני תקופה ארוכה יותר. מכל מקום, מגמת ההחמרה בענישה אומנם התהפכה חזרה מראשית 2005 והרגיעה באינתיפאדה (עוד בטרם ניתן פסק הדין המקל), אך לא חזרה לרמתה הקודמת טרם פרוץ האינתיפאדה.

להלן תוצאות הניתוח האמפירי על פי שלוש השיטות שבהן השתמשתי לחישוב של אומדנת חומרת הענישה הצפויה במשפט. טבלאות מפורטות של נתוני הניתוח האמפירי נמצאות בנספח.

ניתוח רב-משתני של הפערים בגזירת עונש מאסר

נבחנה השערת המחקר שלפיה הפערים בענישה בעסקאות טיעון, כפי שהם באים לידי ביטוי במדד פער ההסתברות למאסר, מושפעים משיעור עסקאות הטיעון מתוך הכרעות הדין. במערכת משפט שבה פערי הענישה בעסקאות הטיעון קטנים, נצפה שרק נאשמים שקיימת הסתברות גבוהה שייגזר עליהם במשפט עונש מאסר, אכן ייאסרו. ככל שעסקאות הטיעון נערכות יותר בצל המשפט, כך נצפה לפערי הסתברות למאסר קטנים יותר בין נאשמים שונים שבחרו בעסקאות טיעון.

ההחלטה על מאסר בעסקת טיעון Pbi בכל תיק מתפלגת בין הפעלת מאסר (1) או אי-הפעלת מאסר (0), בקירוב של תוצאת התפלגות נורמלית לפי ממוצע של ePt וסטיית תקן ePt(1-ePt). אלא שפער ההסתברות למאסר מוטה על פי ההסתברות הצפויה למאסר; כאשר ההסתברות למאסר נמוכה או גבוהה מאוד, תוחלת הפער קטנה; כאשר ההסתברות למאסר הינה 50%, תוחלת הפער בשיאה.

לפיכך תוחלת הפער הינה: ePt|1-ePt|+(1-ePt)|0-ePt|-=2ePt(1-ePt)-, וכדי שיהיה אפשר להשוות בין ממוצע פערי ההסתברות האבסולוטית למאסר בתקופות שבהן ההסתברות הצפויה למאסר שונה, בוצע תִקנון למדד באופן הבא:[[32]](#footnote-32)

, כאשר Pbi=0,1

נמצא[[33]](#footnote-33) כי שיעור המאסרים הממוצע בעסקאות הטיעון[[34]](#footnote-34) (44%) גבוה משיעור המאסרים הממוצע במשפטים[[35]](#footnote-35) בכ-60% ומלמד ככל הנראה על הסטה של תיקים חמורים יותר לעסקאות טיעון. עם זאת, ההסתברות הממוצעת למאסרים שהיו צפויים להיגזר במשפט על נאשמים שערכו עסקאות טיעון, כ-41%, גם היא נמוכה משיעור הנאשמים שנאסרו בפועל בעסקאות טיעון, ומצביעה על מחיר שמוכנים נאשמים לשלם כדי להימנע מהסיכון במשפט, או על כך שעסקת הטיעון איננה משקפת את תוצאת המשפט. במילים אחרות, בניגוד לתאוריית "צל המשפט", יחס הענישה הממוצע לכל התקופות, היה גבוה מ-1!

בין התקופה שלפני האינתיפאדה לתקופה שלאחר הלכת Khatib 2, מדד פערי הענישה על פי ניתוח זה כמעט הכפיל את עצמו, ואילו במשפטים הוא נותר כמעט ללא שינוי. המתאם על פי ניתוח זה בין מדד פערי הענישה ובין שיעור עסקאות הטיעון חיובי, עומד על כ-0.30 ואינו מובהק. כדי לבחון מה קרה לפערי הענישה במשפטים שהתקיימו באותה התקופה, נעזרנו באותו מודל רגרסיה כדי לחשב את ההסתברות למאסר בתיקים שהסתיימו במשפט. המתאם בין מדד פערי הענישה במשפט ובין שיעור עסקאות הטיעון שלילי, עומד על כ-0.30- ואינו מובהק. במילים אחרות, לא קיים קשר בין שיעור עסקאות הטיעון ובין פערי הענישה במשפטים. בחינה זו חשובה כדי לשלול את האפשרות שעלייה בפערי הענישה במשפטים היא שגרמה לעלייה בפערי ענישה בעסקאות הטיעון.

ניתוח רב-משתני של הפערים באורך המאסר

נבחנה השערת המחקר שלפיה הפערים בענישה בעסקאות טיעון, כפי שהם באים לידי ביטוי במדד שונות היחס של לוג אורך המאסר, מושפעים משיעור עסקאות הטיעון מתוך הכרעות הדין. הפעם בחנּו רק את התיקים שבהם נגזרו עונשי מאסר ואת הפערים בחומרת עונש המאסר. מנתוני המדגם עולה כי בעוד רק על כ-27% מהמורשעים במשפט הושתו עונשי מאסר בפועל (מאסר והפעלת מאסר על תנאי), על כ-44% מהמורשעים בעסקאות הטיעון הושתו עונשי מאסר.

חילצנו ממאגר הנתונים את התיקים שבהם נגזר עונש מאסר. לוג חודשי המאסר שנגזרו משמש כאומדן לחומרת הענישה מתוך הנחה שחומרת העונש, כפי שהיא נתפסת בעיני הנאשמים, פוחתת עם התארכותו של עונש המאסר.

נמצא[[36]](#footnote-36) כי אורך המאסר שנגזר במדגם על נאשמים שהורשעו בעבירות סיוע לשב"ח התפלג מחודש ועד כשלוש שנים, והממוצע הוא כשישה חודשים בעסקת טיעון[[37]](#footnote-37) ו-3.7 חודשים במשפט.[[38]](#footnote-38) המתאם בין מדד שונות היחס של חודשי המאסר בעסקאות הטיעון ובין שיעור עסקאות הטיעון חיובי ומובהק, ועומד על כ-0.61. המתאם בין מדד שונות היחס של חודשי המאסר במשפטים ובין שיעור עסקאות הטיעון חיובי, עומד על כ-0.37 ואינו מובהק.

ניתוח רב-משתני של הפערים בחומרת העונש הכולל

נבחנה השערת המחקר שלפיה הפערים בענישה בעסקאות טיעון, כפי שהם באים לידי ביטוי במדד שונות היחס של חומרת העונש הכולל, מושפעים משיעור עסקאות הטיעון מתוך הכרעות הדין. על מנת ליצור אומדן בר-השוואה לצורך אמידת חומרת העונש הכולל הגלום בעונשים השונים שהושתו על נאשמים בעבירות דומות בעסקאות טיעון ובמשפטים, נעזרנו במחקרים על חומרת ענישה כפי שהיא נתפסת בעיני הנאשמים.

המשמעות היא שהעלייה בחומרת העונש הגלומה במאסר, כפי שהיא נתפסת בעיני האסירים, פוחתת עם אורך המאסר. כך יוצא שמאסר של 18 חודש נתפס בעיני האסירים כחמור "רק" פי שניים ממאסר של שישה חודשים. תיקי המאגר כללו מידע גם על אורך המאסר על תנאי, גודל הקנס הכספי והקנס הכספי על תנאי, מספר חודשי עבודות שירות וחודשי עבודות שירות על תנאי. מרכיבים אלו של העונש דורגו על פי יחס הדירוג החציוני לחומרת עונשי מאסר, ושוקללו לאומדן של חומרת העונש הכולל, כאשר ניתן משקל שונה למרכיבים השונים באומדן הכולל.[[39]](#footnote-39)

נמצא[[40]](#footnote-40) כי רמת הענישה הממוצעת בעסקאות הטיעון[[41]](#footnote-41) (5.29) גבוהה מרמת הענישה הממוצעת במשפטים[[42]](#footnote-42) בכ-21% ומלמדת על הסטה של תיקים חמורים יותר לעסקאות טיעון. עם זאת, יחס הענישה SR היה נמוך מ-1 עד לאינתיפאדה, ועלה מעבר לכך עם פרוץ האינתיפאדה ולאחריה, באופן שמשקף בממוצע "קנס" של כ-10% בחומרת העונש שנאשמים שערכו עסקאות טיעון היו מוכנים להסכים לו. המתאם בין מדד שונות היחס של חומרת העונש הכולל בעסקאות הטיעון ובין שיעור עסקאות הטיעון חיובי, עומד על כ- 0.24 ואינו מובהק. המתאם בין מדד שונות היחס של חומרת העונש הכולל במשפטים ובין שיעור עסקאות הטיעון הוא שלילי ומובהק, ועומד על כ-0.60-.

סיכום כללי של תוצאות הניתוח האמפירי

בהינתן שעסקאות הטיעון מגלמות יותר את תוצאת המשפט הצפויה, כך נצפה לפערי ענישה קטנים יותר בין נאשמים שונים שנקשרו בהסדר. אחת ההחצנות העולות מתאוריית "משפט פלילי בצל המיקוח" היא שעלייה בשיעור עסקאות הטיעון מחמירה את הענישה ומגדילה את הפערים בענישה. לפיכך עסקאות הטיעון מרחיקות את הענישה מ"צל המשפט".

כדי לאשש או להפריך את קיומו של קשר כזה חושבו, בעזרת מודלים שונים של רגרסיה, מדדים לאמידת יחס הענישה בתיקים דומים, בין הענישה בפועל לענישה הצפויה במשפט. מדדים אלו שימשו כבסיס לאמידת פערי הענישה ולבחינת הקשר שבין השינויים בפערי הענישה לבין שינויים בעסקאות הטיעון.

שינויים חיצוניים (אקסוגניים) למערכת המשפט, שחלו בשנים שבהן נאספו הנתונים, סייעו לבחון את התאמת התחזיות העולות מהתאוריות השונות למציאות ולהשוות בין התאוריות בשאלה לאיזו מהן מידת ההתאמה הטובה יותר.

בקצרה, בתקופה של אי-יציבות ביטחונית והחמרה במדיניות הענישה, כפי שזו עולה מפסיקת בית המשפט העליון ומדיניות משרד המשפטים, חלה עלייה בפערי הענישה השונים. בתקופה שבאה לאחריה, של רגיעה ביטחונית והקלה במדיניות הענישה, חלה ירידה בפערי הענישה.

אלא שפערי הענישה לא חזרו לרמתם הקודמת, זו שלפני תקופת ההחמרה בענישה. זאת ועוד, רמת הענישה נותרה גבוהה מזו שבתקופה שקדמה לתקופת ההחמרה בענישה, ושיעור עסקאות הטיעון מתוך הכרעות הדין עלה מכ-25% בשנת 1996 לכ-77% בשנת 2007, חרף ההקלה במדיניות הענישה.

יתרה מכך, נראה כי התיקים שהסתיימו בעסקאות טיעון הקדימו להגיב לשינויים במדיניות הענישה. במובן זה הם שימשו מעין מנגנון תמסורת להעברת המידע לתיקים שהתנהלו בבית המשפט, בנוגע לרמת הענישה שמוכנים לקבל הנאשמים. מדובר בתהליך הפוך מזה שצופה תאוריית "המיקוח בצל המשפט".

השינויים שהתקבלו במדדי יחס הענישה השונים שנבחנו חיזקו מסקנה זו. על פי "צל המשפט", יחס הענישה (היחס בין חומרת העונש שהוסכם בעסקה לבין חומרת העונש שהיה צפוי להיגזר במשפט) שווה בקירוב להסתברות להרשעה במשפט, ואינו אמור להשתנות כתוצאה של שינויים אקסוגניים ברמת הענישה במשפטים, שכן הם אמורים להיות מגולמים בעסקאות הטיעון. אלא שיחס הענישה עלה בתקופת ההחמרה בענישה מעבר לאחד, וביטא בכך רמת ענישה בעסקאות טיעון החמורה אף מרמת הענישה במשפט!

באשר לקשר שנבחן בין שיעור עסקאות הטיעון ובין פערים בענישה בעסקאות טיעון שונות בתיקים בעלי מאפיינים דומים: המדדים של פערי הענישה בעסקאות הטיעון נמצאו מתואמים חיובית עם שיעור עסקאות הטיעון ואחד מהם נמצא מובהק, דבר המצביע על קשר אפשרי חזק בין העלייה בשיעור עסקאות הטיעון לעלייה בפערים בענישה; לעומת זאת, מדדי פערי הענישה במשפטים נמצאו מתואמים שלילית, אף שלא באופן מובהק, עם שיעור עסקאות הטיעון. לפיכך, לא הפערים במשפט הם שחוללו את העלייה בפערי הענישה בעסקאות הטיעון. גם תוצאה זו מתיישבת טוב יותר עם תאוריית "צל המיקוח".

יש לציין כי בשנים 1996–2007 עלה ברציפות שיעור הנאשמים שיוצגו במשפטים, מכ-26% ייצוג לשיעור של כ-93%, ושיעור הייצוג של הנאשמים בעסקאות הטיעון עלה מכ-78% ייצוג לשיעור של כ-95%. עיקרו של השינוי נובע מעלייה בשיעור הנאשמים שיוצגו על ידי הסנגוריה הציבורית.

עלייה ניכרת זו בשיעור הייצוג האיצה ככל הנראה את העלייה בשיעור עסקאות הטיעון מתוך הכרעות הדין; לסנגורים, כשחקנים חוזרים במערכת המשפט, יש היכרות עם התובעים והשופטים ואינטרס להגיע להסכמה מחוץ לבית המשפט. בנוסף, נראה כי מדיניות ראשי הסנגוריה הציבורית מעודדת עריכת עסקאות טיעון.[[43]](#footnote-43)

המפתיע הוא שמהמודלים עולה כי נאשמים אשר בחרו לייצג את עצמם במשפטים נענשו פחות מנאשמים אשר יוצגו על עורכי דין פרטיים או ציבוריים. מידת החומרה של העונש הכללי שהושת עליהם הייתה נמוכה בכ-15%, ההסתברות שייאסרו הייתה נמוכה יותר (אף כי באופן לא מובהק), ואם נאסרו, תקופת המאסר שנגזרה עליהם הייתה נמוכה ב-20–25 ימים (מתוך ממוצע של כ-110 ימי מאסר לנאשמים אשר נגזרו עליהם עונשי מאסר במשפט).

נהוג לומר כי זכות הייצוג היא הזכות החשובה ביותר לנאשם בהליך הפלילי, שכן המימוש של כל שאר הזכויות בהליך הפלילי תלוי בכך שהנחקר או הנאשם מיוצג. אם לא יהיה מיוצג, לא יהיה מודע לקיומן של שאר הזכויות, וגם אם יהיה מודע – לא ידע כיצד לממש אותן.

כפי שנכתב בדוח הסנגוריה הציבורית, ההגנה על זכות הייצוג נתפסת כמשרתת "אינטרסים ציבוריים חשובים, כגון: שיפור יכולתם של גורמי האכיפה ובתי המשפט להגיע לחקר האמת, הוגנות ההליך, טוהר ההליך השיפוטי ומניעת (או לכל הפחות הפחתת) הסיכון לטעויות ולהרשעות שווא".[[44]](#footnote-44)

החמרה בענישה ובפערים בענישה עם העלייה בייצוג איננה מתיישבת עם מטרות הסנגוריה הציבורית ואומרת דָּרְשֵׁנִי. לפיכך, שינויים בשיעור הייצוג עשויים להסביר חלק מתופעות אלו, אם כי בדרכים שאינן ברורות די צורכן.

לסיכום, המחקר האמפירי שביצעתי והוצג בהרחבה מדגים כיצד העלייה בשיעור עסקאות הטיעון מובילה לעלייה בפערי הענישה. מאגר הנתונים שעליו התבסס המחקר, שכלל מידע על אודות עבירות סיוע לשב"חים, נבחן על פני תקופה של 12 שנים, שלאורכה חלה עלייה ניכרת בשיעור עסקאות הטיעון. בד בבד עם עלייה זו, חלה עלייה גם בפערי הענישה, זאת בשימת לב לגודל הפער שהשתנה מתת-תקופה לתת-תקופה, על רקע המצב הביטחוני וההחמרה במדיניות הענישה.

התוצאות האמפיריות אומנם אינן מספקות הוכחה חותכת להשערת המחקר בדבר הקשר בין העלייה בשיעור עסקאות הטיעון להתרחבות מרחב המיקוח עליהן ועקב כך לעלייה בפערי הענישה, אך עצם גילוי תופעה זו, אשר לא נחזתה על ידי תאוריית "צל המשפט", מעניק משקל להיתכנותה של החלופה התאורטית, "צל המיקוח", שבבסיס השערת המחקר הנוכחי.

DISCUSSION

המאמר מתמקד בהשפעתה של תופעת עסקאות הטיעון על הפערים בענישה. בפרק הראשון הוצגו ונבחנו, בין השאר, גם הצידוקים למתכונת עסקאות הטיעון, והיבטים נוספים של המשפט הפלילי: זכויות הנאשם בהליך הפלילי, חשיבות ההרתעה, הבחירה המערכתית מול האינטרס הציבורי ועוד. בפרק התאורטי הועלתה הטענה שעסקאות הטיעון מחריפות את פערי הענישה, טענה שנתמכה בפרק האמפירי.

לאחר שהצדדים סיכמו כי א' יבצע עבודות שירות בגין גנבה חד-פעמית מהמרכול שבו עבד, התעקש התובע שהנאשם יודה בגנבת סכום גבוה מהסכום שהודה שגנב. "מה זה משנה?!" אמר התובע, "וחוץ מזה איזו עוד אופציה יש לך?" התריס כנגד הסנגור. השיב הסנגור "גם האמת היא אופציה".[[45]](#footnote-45)

אהרון קירשנבאום מסביר כי "ביסוד השיטה מונחת האמונה, שאם כל יריב יפעל בכל כוחו להראות את צדקתו ולהוכיח את רשעת יריבו, מבין שני הצדדים תצא האמת לאור [...], הודאה באשמה כפעולה עצמאית או כחלק מעסקת טיעון, יש בה כדי לבטל את ההליך כולו: בטלה היריבות – בטל המשפט". מכאן שלכאורה, כמשתמע מדברי שניאור-זלמן פלר, יש לאסור על קיומן,[[46]](#footnote-46) אם חפצים אנו בהליך משפטי של בירור אמת. אלא שלא מובטח שניתן לאסור על עריכתן. איסור כזה עלול להחזיר אותנו למצב המשפטי ששרר עד שנות השבעים, שבהן עסקאות הטיעון נעשו בהיחבא.[[47]](#footnote-47)

יש הסוברים כי "השינוי המיוחל לא יבוא מזה שנבנה את שיקול הדעת של התובע, הוא יבוא מזה שנטמיע ונתחיל להחיל את חוק הבניית הענישה, ואת הסעיף המוצע כרגע של החלת הסעיף מחוק ההבניה אל חוק הסדרי טיעון, באופן שבתי המשפט יהיו מחויבים יותר להלכת האיזון ולהבניית הענישה באמצם או בדחותם הסדרי טיעון, ואז זה יעמוד או לא יעמוד בערעור. זאת הדרך לשינוי".[[48]](#footnote-48)

עמדה זו מתעלמת מכך שעסקת טיעון לאישומים מעוותת את שיקול הדעת של בית המשפט, שכן הוא מסתכל על סעיפי האישום המופחתים וגוזר עונש בהתאם. לאמיתו של דבר, כאשר התובע יכול להתאים את העבירה לעונש המוסכם, מתאיינת מאליה היכולת של בית המשפט להתאים את העונש לעבירה שבוצעה.[[49]](#footnote-49)

במערכת משפט עם עסקאות טיעון, הפיתויים והתמריצים להסתרת ראיות מצד התביעה עלולים לגבור, שכן עסקת הטיעון מאיינת את הביקורת השיפוטית על הראיות שבתיק ומקטינה את הסיכוי לחשיפת פגמים באופן התנהלותה.

כך למשל, הרשות המופקדת באנגליה על הביקורת על התביעה הפלילית פרסמה ב-2008 דוח שממנו עלה כי בבתי המשפט השונים לא קיימה התביעה הפלילית את חובותיה בנוגע לגילוי חומר החקירה לנאשמים ביותר מ-40% מהמקרים. שנה לאחר מכן, בעקבות פרסום הדוח הראשון, התברר שהמצב השתפר ושיעור המקרים שבהם לא קיימה התביעה את חובותיה ירד לכ-25%–30%.

לטענתו של סנג'רו, "הפיקוח של בתי-המשפט על עסקאות הטיעון הרבות מאוד הנערכות בישראל הוא אפסי, ולפיכך הן ממקדות את מירב הכוח בידי התביעה", והוא מוסיף בהמשך הדברים: "אומנם בתי-המשפט קבעו שעסקת הטיעון איננה מחייבת אותם, אך זה מוביל רק לפסילת עסקה מקלה מדי. ראוי לבקר גם הצעה מחמירה מדי". כיוון שאיננו יודעים מה רף הפיתוי לקחת עסקת טיעון עבור נאשמים שונים, Sangero מציע נקיטת מדיניות שתהיה עליה ביקורת, שכן "לנאשם זכות להצעה הוגנת, שתקיים גם את עקרון השוויון". לדעתו "פיקוח מוקדם ימנע ניפוח מלאכותי של כתבי-אישום, שמטרתו להגיע אחר-כך לעסקת טיעון מסוימת. ניפוח כזה הוא בעצם סחיטה".

הרנון ומן, וקרמניצר ולבנון אחריהם, מגיעים למסקנה כי "מתבקשת בקרה שיפוטית ממשית על הסדרי הטיעון, שיהא בה כדי לאזן נטיות טבעיות להפרזה בתחום הסדרי הטיעון" ותוקפים את הגישה המעודדת אותן.[[50]](#footnote-50)

כדי לוודא שעסקת הטיעון תשקף כראוי את ליבת המעשים העברייניים, כעולה מחומר הראיות לכאורה שבידי התביעה, שופט בית המשפט העליון בדימוס, אליהו מצא, מציע להקנות "סמכות מפורשת לשופט, להתלות את החלטתו – אם לאשר את הסדר – בהסכמת הצדדים להעמיד לעיונו את חומר הראיות שברשותם".[[51]](#footnote-51) במסמך הרקע לדיונים בהצעת החוק, שהכינו אנשי הייעוץ המשפטי של הכנסת עבור ועדת החוקה, חוק ומשפט, הם מצדדים בעמדה זו, שכן לדעתם "טוב שיהיה ‘sword above their head’ [של התובעים] כדי להרתיע מפני עריכת הסדר שאינו ראוי".[[52]](#footnote-52)

לעומת זאת, הרנון ומן הציעו לאמץ כלל מרחיב אף יותר ולפיו בכל מקרה שבו הנאשם מודה בבית המשפט תהיה השופטת מצווה לברר, בין היתר, אם ההודאה נבעה מעסקה אם לאו, ואם יש בסיס עובדתי להודאה.

עסקאות טיעון ללא הודאה

גישה אחרת לפתרון הבעיה מציג עמי קובו, המבקש לאפשר את קיומן של הודאות מסוג Alford Plea[[53]](#footnote-53) ו-[[54]](#footnote-54)Nolo Contendere הנהוגות במשפט האמריקני כאשר הנאשם מבקש לוותר על המשפט ולהסכים להרשעה, אולם אינו מוכן להודות בביצוע המעשים. כ-17% מהאסירים במערכת המדינתית בארצות הברית סיימו את התיק בדרך של הודאות מסוג זה.

לדעתו של קובו: "כאשר לשופט אין שום שיקול דעת לקבל את הודאתו של מי שטוען לחפותו, לעתים התוצאה תהיה העדר בירור, כדי להימנע מתוצאה שהן השופט והן הצדדים אינם רוצים בה. לכן, דווקא שיקול דעת לבית-המשפט מתיישב יותר עם בירור מעמיק. אשר על-כן, איסור על קבלת הודאות Alford מוביל לכך ששופטים נמנעים מלשאול שאלות שהתשובה עליהן עלולה להוביל אותם לתוצאה בלתי רצויה, לנאשמים מועבר מסר שמוטב להם שלא לומר את האמת שלהם בבית-המשפט, והסניגורים פשוט מתעלמים מהאיסור. כך, איסור זה מוביל לתוצאה שבה הכל עוצמים עיניהם מלראות את המציאות".

כאשר ערים לכך שאין באמת דרך לוודא מפי הנאשם אם ההודאה שבכוונתו למסור היא מרצון, ובוודאי שלא את אמיתותה, קל יותר לקבל את הגישה המבקשת לאפשר הודאות מסוג זה ולהבין כי היא משתלבת היטב עם הטלת החובה על בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית ראייתית על עסקאות הטיעון.[[55]](#footnote-55)

הסדר על הליכים פשוטים

כדי לצמצם את הסכנות שבעסקאות הטיעון, ובכל זאת להחיש את התהליכים המשפטיים, מציעים Gazal ו-Torr לאפשר לנאשמים לבחור – במקום בעסקת טיעון, בהסדר על הליכים פשוטים. לדעתם, "במרבית העבירות הפליליות, הליך שיתנהל על בסיס חומר החקירה ועדות הנאשם, בדומה למקובל בחלק ממדינות יבשת אירופה, יכול להסתיים בישיבת דיונים אחת. בהליך כזה הנאשם מוותר על זכויותיו לאי הפללה עצמית, הזכות לשמוע את עדי התביעה וזכויות נוספות הנובעות מהשיטה האדברסרית, ומאפשר לשופט לנהל את החקירה בצורה בלתי פורמאלית. השופט ינהל את ההליך על בסיס חומר החקירה שיועבר לעיונו ותשאול הנאשם שיהיה למעשה עד ראשון. כיוון שהשופט יכיר את החומר, הוא יוכל לצמצם את היקף החקירות על ידי הצדדים, כפי שמקובל בחלק ממדינות אירופה בהן השופט חשוף לחומר הראיות. בדרך זו ניתן להשיג את היעד העיקרי של הסדרי טיעון – חיסכון במשאבים, אך בלי לכפות על הנאשם להודות".[[56]](#footnote-56)

בהליך המוצע, הוויתור על הזכויות הדיוניות "מוגבל בהרבה, והוא מתייחס רק למרכיבים פחות מרכזיים, כגון הזכות שהתביעה תציג את ראיותיה ראשונה וזכות השתיקה, ומכפיף לשיקול דעת בית המשפט זכויות אחרות, כגון הזכות לעימות עם הראיות והזכות להביא ראיות מטעמו. מטעם זה אין מניעה להחילו בכל סוגי העבירות לגביהן נערך הסדר טיעון, דהיינו בכל העבירות".

ההליך מאפשר לנאשמים חפים ליהנות מההקלה הניתנת למודים, ונותן להם הזדמנות לתקוף את האישומים נגדם בלא להתנות תמורה זו בהודאה שממנה הם נרתעים. לכן, "אם תינתן לנאשמים הזדמנות להעלות את טענותיהם בפני שופט, בצורה בלתי אמצעית, והשופט יוכל לבחון את סבירות הטענות על רקע חומר החקירה ולהחליט בהתאם, יתכן שחלק מאותם נאשמים שכיום מודים יזוכו. לאור כל אלו, אנו סבורים שיתרונותיה של ההצעה, על רקע רתיעתם של חפים מלהודות, עולים על חסרונותיה".

מחקרים מלמדים שגם נאשמים שאינם שבעי רצון מהתוצאה משלימים עימה כאשר ניתנת להם הזדמנות להשמיע את עמדתם לפני ההכרעה. הזדמנות כזו עשויה להיות מובטחת להם בהליך פשוט יותר מאשר בהליך הנשען על הודאה. לפיכך, "גם באותם מקרים שבהם יורשע אדם בטעות בהליך המקוצר, חומרתה המוסרית של הרשעה זו תהיה קטנה יותר מכיוון שהיא תושג לאחר ניסיון שיפוטי כן לברר את האשמה".

ההבדל בין הודאה בעסקת טיעון ובין הודאת-חוץ הוא פרוצדורלי יותר מאשר מהותי, אך בכוחו של התיקון לשנע את מערכת החקירה והמשפט מהסתמכות על הודאות אל עבר הסתמכות על ראיות אובייקטיביות מוצקות, מתוך אחריות לבירור האמת העובדתית.

בעיה נוספת שהתיקון יכול למנוע, או לפחות למזער, הוא נטייתם של נאשמים אשר הודו בחקירתם במשטרה, גם אם אינם אשמים, להודות במשפט (על פי רוב בעסקת טיעון).

**בעיית החף**

בניתוח התאורטי הונח כי התובע והנאשם מגיבים להסתברות להרשעה ולמשתנים נוספים בבחירתם בין עסקת טיעון ובין הליכה למשפט, והתנהגותם אינה מושפעת במישרין מאשמתו של הנאשם או מחפותו. מכאן שהחלטת הנאשם אם להסכים לעסקת טיעון מתקבלת ב"צל המשפט", דהיינו על בסיס חישובם של סיכויי הרשעתו במשפט והעונש הצפוי לו אם יורשע, ולחפותו אין השפעה ישירה על מידת ההקלה שידרוש בתמורה להודאתו.

אף כי סביר שכמות הראיות נגד נאשם, עוצמתן ואיכותן יהיו פחותות באופן יחסי במקרה של אדם חף מפשע, הניסיון מלמד שחפים מפשע מורשעים על לא עוול בכפם, ומכאן שבקרב אוכלוסיית הנאשמים בכל תקופה מצויים גם נאשמים חפים מפשע.

"צל המיקוח" מנבא שעם העלייה בשיעורן של עסקאות טיעון יעלה לא רק שיעור ההרשעה הכללית, אלא גם שיעור ההרשעה במשפטים שמתנהלים. תחזית זאת התממשה בישראל: לפני כארבעה עשורים, כשתופעת עסקאות הטיעון החלה לצמוח, עמד שיעור ההרשעות הכללי על כ-80%, וכיום שיעור ההרשעות הכללי מגיע לכ-99.3%. אם נניח ששיעור ההודאות היה באותה תקופה בין 25% ל-50%, אזי שיעור ההרשעות במשפטים היה בין 60% ל-73% בלבד (כאשר נניח שיעור הודאות של כ-50%, יוצא שכ-30% הרשעות שלא על סמך הודאה מתוך 50% משפטי הוכחות נותן כ-60% הרשעה במשפטים, וכו'). כיום, כאשר קרוב ל-93% מהכרעות הדין מבוססים על הודאה, שיעור ההרשעות במשפטים הינו כ-90% (0.7% זיכויים מתוך כ-7% משפטים).

ההסתברות הכללית להרשעת חף תלויה בשיעור האפריורי של חפים באוכלוסיית הנאשמים, בחומרת הראיות נגדם ובמשאבים שהצדדים משקיעים בתיק. כפי שאַראה בהמשך הדברים, ללא בקרה שיפוטית, מתכונת עסקאות הטיעון אינה יכולה להבחין ולהפריד בין נאשמים אשמים לאלו שאשמתם מוטלת בפסק.

לפיכך, בהנחה ששיעור החפים באוכלוסיית הנאשמים ועוצמת הראיות בתיקים אינם משתנים מתקופה לתקופה, והיות שעל פי הניתוח, עם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון גדלים המשאבים שמשקיע התובע בתיקים שהולכים למשפט ועולה ההסתברות להרשעה, גדל החשש לכך שנאשמים חפים רבים יותר יורשעו במשפט או יודו במסגרת עסקת טיעון.

סינון החפים באמצעות עסקאות הטיעון

Landes העלה את ההשערה כי אדם חף מפשע עשוי להירתע מהודאה באשמה יותר מנאשם אשם, והציע לפרש זאת כהפסדים פסיכולוגיים המושתים עליו, הגורעים מן התועלת שבעסקת הטיעון ומעלים את הסבירות למשפט.

גם אם נאמץ השערה זו לתוך הניתוח ונניח שעבור נאשם חף יש לעסקת טיעון עלות נוספת בהשוואה לנאשם אשם, עדיין נגיע למסקנה שלפיה עם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון, נאשמים חפים רבים יותר מודים במסגרת עסקת טיעון, פשוט משום שהחלופה הופכת יקרה ומסוכנת יותר ויותר.

הספרות של הניתוח הכלכלי של המשפט אימצה את הרעיון ופיתחה את משמעותו היישומית. גרוסמן וכץ שילבו בניתוח שערכו את השערתו זו של Landes בדבר אפקט החף במאמרם משנת 1983. על פי המודל שבנו, כאשר התובע מודע לאפקט החף, הוא יכול לסנן את החפים על ידי הצעת עסקאות טיעון מחמירות מספיק כדי שחפים יסרבו להן. בקר ומזטי הגיעו למסקנה שתהליך המיקוח יוצר שיווי משקל מפריד-למחצה, שבו ההצעה מתקבלת על ידי חלק מהאשמים ונדחית על ידי כל החפים.

גזל-אייל דן באופן יישומו של הרעיון שעל בית המשפט לדחות עסקאות טיעון אם ההקלה המגולמת בהם גדולה מדי. כדי למנוע את האפשרות לעקוף את בית המשפט הציע "לקבוע כי גם הסדר טיעון לאישומים [יהיה] כפוף לאישור בית המשפט" וכי "רק לאחר שבית המשפט יאשר את ההסכמה יתוקן כתב האישום והנאשם יודה בעובדות של כתב האישום המתוקן".

אלא ש-Grossman ו-Katz עצמם מטילים ספק בהיתכנותה של תוצאה זו ומציינים בסיפא של מאמרם שאם הנאשמים שונים בגישתם לסיכון, לא יוכל התובע להבחין בין נאשם חף ושונא-סיכון לבין נאשם אשם אך שונא-סיכון פחות. כך למשל, נאשם אשם עשוי להסכים לעסקת טיעון שגם נאשם חף, אך שונא-סיכון יותר, לא יידחה.

בנוסף לכך יש להביא בחשבון את העובדה שאם קיימת מדיניות של מחיקת תיקים לנאשמים הדוחים עסקאות טיעון, קרוב לוודאי שהיא תיוודע במהרה, ונאשמים אשמים עשויים להבין שכדאי להם לחקות – בהתנהלותם ביחס לתובע – התנהגות של נאשם חף. מכאן שסינון החפים באמצעות עסקאות הטיעון אינו אפשרי. מסקנותיהם של כמה מחקרים אמפיריים, שלפיהן חפים מודים בעסקאות טיעון ומורשעים, יוצגו להלן.

הודאות שווא בעסקאות טיעון

מאגרי מידע של עיוותי דין,[[57]](#footnote-57) שמהם עלה כי שיעור החפים מכלל המורשעים במשפט גבוה לאין שיעור משיעורם מכלל המורשעים במסגרת עסקאות הטיעון, הביאו חוקרים שבחנו אמפירית את השפעת החפות לאמץ את המסקנה שלפיה כשקיימים סיכויים וסיכונים דומים, נאשמים חפים נוטים לדחות עסקאות טיעון שנאשמים אשמים מקבלים.

מחקר אמפירי מאוחר יותר הגיע למסקנה שונה. המאמר לא סתר את תזת השפעת החפות, אך טען שמאגרי המזוכים שנבחנו אינם מייצגים אלא פלח קטן מהמשפטים הפליליים, ומכאן שאין להסיק ששיעור ההרשעות המוטעות בעסקאות טיעון נמוך משיעור ההרשעות המוטעות במשפטים.

יתרה מכך, אף שכבר בכ-30% מהרשעות השווא שהוכחו באמצעות בדיקות די-אן-אי היו מעורבות הודאות שווא, החקיקה בחלק ממדינות ארצות הברית אינה מתירה גישה לממצאי די-אן-אי כאשר הנאשם הודה במקור באשמתו, ומכאן שמאגרי המידע הללו מוטים. חיזוק לטענה שנאשמים חפים מודים במסגרת עסקת טיעון אפשר למצוא בבחינת הנתונים שהעלה Kobo במחקרו מ-2008. מתוך כ-400 נאשמים אשר רואיינו בבתי משפט השלום בישראל, עם צאתם מאולם הדיונים, כ-75% הודו באשמתם (שיעור ההודאות הסופי במדגם זה גדול יותר, שכן ייתכן שחלק מהכופרים הודו בשלבים מאוחרים יותר). כרבע מתוך המודים באשמתם עשו זאת ללא עסקת טיעון פורמלית. מתוך אלו אשר הודו במסגרת עסקת טיעון, כ-30% טענו בריאיון לחפותם. אף לא אחד מהנאשמים אשר הודו שלא במסגרת עסקת טיעון פורמלית טען בריאיון לחפותו!

LIMITATIONS

במהלך תכנונו של מחקר זה, כמו בכל מחקר אמפירי־כמותני, עלו מספר קשיים. חשוב להכירם כדי להבין את מגבלות המסקנות בפרק הדיון. כמו כן יש בהם כדי לבאר לחוקרים בעתיד מהן המהמורות בדרך לאשש את התיאוריה שבבסיס המחקר הנוכחי.

ככל שעסקאות הטיעון משקפות טוב יותר את תוצאת המשפט הצפויה, כך נצפה לפערי ענישה קטנים יותר בין נאשמים שונים שבחרו בעסקאות טיעון. אחת ההחצנות העולות מתאוריית "משפט פלילי בצל המיקוח" היא שעלייה בשיעור עסקאות הטיעון מחמירה את הענישה ומגדילה את הפערים בענישה. לפיכך עסקאות הטיעון מרחיקות את הענישה מצל המשפט.

כדי לאשש או להפריך את קיומו של קשר כזה חושבו בעזרת מודלים שונים של רגרסיה, מדדים לאמידת יחס הענישה בתיקים דומים, בין הענישה בפועל לענישה הצפויה במשפט. מדדים אלו שמשו כבסיס לאמידת פערי הענישה ולבחינת הקשר שבין השינויים בפערי הענישה לבין שינויים בעסקאות הטיעון. שינויים חיצוניים (אקסוגניים) למערכת המשפט, שחלו בשנים שבהן נאספו הנתונים, סייעו לבחון את התאמת התחזיות העולות מהתאוריות השונות למציאות ולהשוות בין התיאוריות בשאלה למי מהן מידת ההתאמה הטובה יותר.

בקצרה, בתקופה של אי-יציבות ביטחונית והחמרה במדיניות הענישה, כפי שזו עולה מפסיקת בית המשפט העליון ומדיניות משרד המשפטים, חלה עלייה בפערי הענישה השונים. בתקופה שבאה לאחריה, של רגיעה ביטחונית והקלה במדיניות הענישה, חלה ירידה בפערי הענישה. אלא שפערי הענישה לא חזרו לרמתם הקודמת, זו שלפני תקופת ההחמרה בענישה. זאת ועוד, רמת הענישה נותרה גבוהה מזו שבתקופה שקדמה לתקופת ההחמרה בענישה, ושיעור עסקאות הטיעון מתוך הכרעות הדין עלה מכ-25% בשנת 1996 לכ-77% בשנת 2007, חרף ההקלה במדיניות הענישה.

יתרה מכך, נראה כי התיקים שהסתיימו בעסקאות טיעון הקדימו להגיב לשינויים במדיניות הענישה. במובן זה הם שימשו מעין מנגנון תמסורת להעברת המידע לתיקים שהתנהלו בבית המשפט, בנוגע לרמת הענישה שמוכנים לקבל הנאשמים. מדובר בתהליך הפוך מזה שצופה תאוריית "המיקוח בצל המשפט".

השינויים שהתקבלו במדדי יחס הענישה השונים שנבחנו חיזקו מסקנה זו. על פי "צל המשפט", יחס הענישה (היחס בין חומרת העונש שהוסכם בעסקה לבין חומרת העונש שהיה צפוי להיגזר במשפט) שווה בקירוב להסתברות להרשעה במשפט, ואינו אמור להשתנות כתוצאה משינויים אקסוגניים ברמת הענישה במשפטים, שכן הם אמורים להיות מגולמים בעסקאות הטיעון. אלא שיחס הענישה עלה בתקופת ההחמרה בענישה מעבר לאחד, וביטא בכך רמת ענישה בעסקאות טיעון חמורה אף מרמת הענישה במשפט!

באשר לקשר שנבחן בין שיעור עסקאות הטיעון ובין פערים בענישה בעסקאות טיעון שונות בתיקים בעלי מאפיינים דומים: המדדים של פערי הענישה בעסקאות הטיעון נמצאו מתואמים חיובית עם שיעור עסקאות הטיעון ואחד מהם נמצא מובהק, דבר המצביע על קשר אפשרי חזק בין העלייה בשיעור עסקאות הטיעון לעלייה בפערים בענישה; לעומת זאת, מדדי פערי הענישה במשפטים נמצאו מתואמים שלילית, אף שלא באופן מובהק, עם שיעור עסקאות הטיעון. לפיכך, לא הפערים במשפט הם שחוללו את העלייה בפערי הענישה בעסקאות הטיעון. גם תוצאה זו מתיישבת טוב יותר עם תיאוריית "צל המיקוח".

יש לציין כי בשנים 1996-2007 עלה ברציפות שיעור הנאשמים שיוצגו במשפטים, מכ-26% ייצוג לשיעור של כ-93%, ושיעור הייצוג של הנאשמים בעסקאות הטיעון עלה מכ-78% ייצוג לשיעור של כ-95%. עיקרו של השינוי נובע מעלייה בשיעור הנאשמים שיוצגו על ידי הסנגוריה הציבורית. כמו כן חלה עלייה בשיעור הייצוג של הנאשמים בעסקאות הטיעון מכ 78% ייצוג (רק באמצעות סניגור פרטי) לכ-95%. עלייה משמעותית זו בשיעור הייצוג יכולה להציב הסבר חלופי לעלייה בשיעור עסקאות הטיעון מתוך הכרעות הדין מ 25% בשנת 1996 לכ 77% בשנת 2007, שכן לסניגורים יש היכרות עם התובעים ונטייה "לסגור עניין" מחוץ לבית המשפט. כשחקנים חוזרים במערכת המשפט, יש להם היכרות עם התובעים והשופטים ואינטרס להגיע להסכמה מחוץ לבית המשפט. מעבר לכך נראה כי מדיניות ראשי הסנגוריה הציבורית מעודדת עריכת עסקאות טיעון.[[58]](#footnote-58)עלייה בשיעור הייצוג עשויה להסביר גם את העליה מפערי הענישה אם כי ההסברים מגוונים.

המפתיע הוא שמהמודלים עולה כי נאשמים אשר בחרו לייצג את עצמם במשפטים, נענשו פחות מהנאשמים אשר יוצגו על עורכי דין פרטיים או ציבוריים. העונש הכללי שהושת עליהם היה מחמיר בכ-15% פחות, ההסתברות שיאסרו הייתה נמוכה יותר (אף כי באופן לא מובהק), ובמידה ונאסרו, נגזרו עליהם בין 20 ל 25 פחות ימי מאסר (מתוך ממוצע של כ-110 ימי מאסר לנאשמים אשר נגזרו עליהם עונשי מאסר במשפט).

נהוג לומר על זכות הייצוג כי היא הזכות החשובה ביותר לנאשם בהליך הפלילי, שכן המימוש של כל שאר הזכויות בהליך הפלילי תלוי בכך שהנחקר או הנאשם מיוצג. אם לא יהיה מיוצג, לא יהיה מודע לקיומן של שאר הזכויות, וגם אם יהיה מודע - לא ידע כיצד לממש אותן. כפי שנכתב בדוח הסנגוריה הציבורית, ההגנה על זכות הייצוג נתפסת כמשרתת "אינטרסים ציבוריים חשובים, כגון: שיפור יכולתם של גורמי האכיפה ובתי המשפט להגיע לחקר האמת, הוגנות ההליך, טוהר ההליך השיפוטי ומניעת (או לכל הפחות הפחתת) הסיכון לטעויות ולהרשעות שווא". החמרה בענישה ובפערים בענישה עם העלייה בייצוג איננה מתיישבת עם מטרות הסנגוריה הציבורית ואוֹמֵרת דָּרְשֵׁנִי. לפיכך, שינויים בשיעור הייצוג עשויים להסביר חלק מתופעות אלו, אם כי בדרכים שאינן ברורות די צורכן.

הראנו שהמדדים המוצעים עשויים לנטרל שינויים במדיניות הענישה, ושינויים אקסוגניים אחרים המתרחשים לאורך השנים, וכיצד המודלים האמפיריים הנשענים עליהם, עשויים לאושש את השערות המחקר. אלא שהמתודולוגיה המוצעת איננה שוללת הסברים אחרים לממצאים, הסברים שיכולים להוות חלופה להסבר שניתן במחקר זה.

האינדיקציה לקשר שטרם נבחנה בספרות, בין שיעור עסקאות הטיעון ובין פערים בענישה בעסקאות טיעון שונות בתיקים בעלי מאפיינים דומים, נבחנת על סמך המתאם בין המדדים השונים שהוצעו, ושיעור עסקאות הטיעון. אלא שקשה להחליט על סיבתיות מבדיקת פרמטר אחד, ומדד פערי הענישה במשפטים מספק רק פרמטר אחד נוסף. פרמטר נוסף שהוזכר כמסביר אפשרי הוא שיעור הייצוג של נאשמים בפלילים, ולכך ניתן להוסיף גם את סוג הייצוג.

הבעיה היא שמשתנה הזמן יכול לספק הסברי רקע לכל תופעה להסברים חלופיים. לדוגמא: יתכן שבעבר, עסקאות טיעון היו נדירות כיוון שתובעים נמנעו מלערוך אותם ככלל, מטעמים תרבותיים (זה נראה היה פסול) ולכן היו עורכים אותם רק כשהתיק היה בעייתי במיוחד (זה למשל בוודאי נכון לראשית ימי הסדרי הטיעון בגרמניה, ששם היו עורכים הסדרים רק בעבירות צווארון לבן סבוכות). במקרה כזה הפערים בין העונש בהסדר לעונש במשפט היו גדולים בהסדרים שנערכו. בחלוף הזמן, עסקאות הטיעון הפכו להיות הנורמה, ולכן ערכו אותם גם בתיקים פשוטים בהם לא היה צורך לתת הקלה משמעותית בתמורה להסדר, ולכן גם שיעור עסקאות הטיעון גדל וגם הפער קטן.

יתכן גם שבחלוף הזמן משאבי התביעה גדלו ולכן יש גידול מקביל בשיעור עסקאות הטיעון ובעונשים אחרי הסדר. ואפשר לחשוב על עוד הסברים רבים אחרים לממצא שיראה (אם יראה) שהפערים בין העונש במשפט ובהסדר הולכים וקטנים במקביל לגידול בהסדרי טיעון. יחד עם זאת, לעצם העלאת אפשרות למדידה אובייקטיבית של פערי הענישה, ולבחינה של תופעה שעולה מן המחקר התיאורטי ולא נחזתה קודם, יש ערך אף אם אין דרך לשלול כל הסבר אחר, ובכל מקרה גלום כאן ניסיון לסלול דרך לבחינה של תיאוריה חדשה, וטמונה פה תקווה שבעתיד, על בסיסה, ימצאו דרכים משוכללות יותר, לאמוד את פערי הענישה, ולבחון את תקפות "המשפט בצל המיקוח".

לסיכום, אף כי לא מצאנו הוכחה חותכת חד משמעית שלא נתונה לפרשנויות אחרות לקיומה של תיאוריית "המשפט בצל המיקוח", הרי שריבוי העדויות הסותרות שנאספו עשוי לערער במשהו את יסודות תיאוריית "המיקוח בצל המשפט" ולהעניק משקל להיתכנותה של החלופה התיאורתית "משפט בצל המיקוח". לא בכדי נמצא מתאם בין העלייה בשיעור עסקאות הטיעון והעלייה בפערי הענישה, הרי שעצם גילויי התופעה של עלייה בפערי ענישה המלווה את העלייה בשיעור עסקאות הטיעון, תופעה שלא נחזתה על ידי תאוריית "צל המשפט", מעניק משקל להיתכנותה של החלופה התאורטית, "צל המיקוח", שבבסיס השערת המחקר הנוכחי.

CONCLUSIONS

נוכח האמור לעיל, נראה שהתפיסה שמיקוח יביא לתוצאה משביעת רצון, או לכל הפחות לפשרה ראויה העדיפה על ניהול משפט עם הקשיים שמעוררת השיטה האדוורסרית, שגויה. צידוקים לעריכת עסקאות הטיעון הנשענים על "צל המשפט" וטיעונים אחרים לעריכתן, נבחנו לעיל ונמצאו מופרכים. כפי שממחיש מודל "צל המיקוח", מודל "צל המשפט" מספק תשובה חלקית והסבר לוקה בחסר לתופעת עסקאות הטיעון ומחמיץ את תופעות הלוואי והסכנות הכרוכות בה.

מההודאה בהסדר כשלעצמה אי-אפשר לדעת אם היא הודאת אמת או שקר, אמת בחלקה או רק חלק מהאמת. כיצד נבטיח אפוא כי "הנאשם יורשע לפי מעשיו ולא לפי מסכת עובדתית מלאכותית ופיקטיבית שאינה משקפת באופן הולם ומידתי את המציאות בהתאם לראיות הלכאוריות שבידי התביעה"?

האם ניתן לקיים הליך בירור ראייתי פשוט וקצר?

היתרון של חקר האמת על ידי השופט הוא לא רק בהגברת הסיכוי לגילוי האמת, אלא גם בהחשת ההליך הפלילי וייעולו, והוא עדיף בבירור על "מניעת ההליך בחלק נכבד מן המשפטים באמצעות עסקאות הטיעון".

לאמיתו של דבר, כבר בשנות התשעים נדרשו השופטים להגביר את מהירות הטיפול בתיקים. תהליך זה הכריח שופטים רבים לאמץ לעצמם יותר כוחות הנחיה והתערבות במשפט הפלילי. עם פעולות הייעול שנקטו בעקבות זאת נמנה צמצום במספרם ובמשכם של הדיונים שבפניהם בנושאים של קבילות.[[59]](#footnote-59)

בנוסף, יש להטיל ספק בתפיסה שבלעדי עסקאות הטיעון יתארכו רבים מן המשפטים ויגזלו משאבים רבים. ראשית, התיקון המוצע אינו מבטל את האפשרות להגיע להסכמות בין הצדדים,[[60]](#footnote-60) ולפיכך אינו צפוי להעלות באופן ניכר את שיעור משפטי ההוכחות, אלא רק מונע את האפשרות שבית המשפט יקבל את ההסכמות ללא הליך של בקרה שיפוטית ראייתית, הליך שאינו ארוך בהרבה מהליך המסתיים כיום בעסקת טיעון.[[61]](#footnote-61)

שנית, עסקאות הטיעון מעודדות מיקוח המוביל להודאות מאוחרות, ובקרה שיפוטית ראייתית עשויה לכבול את התביעה למדיניות אחידה, שתמנע מיקוח מיותר הנובע מהערכת הנאשמים שלפיה בחלוף הזמן תציע להם התביעה ויתור על סעיפי אישום והקלה בעונש.[[62]](#footnote-62)

שלישית, החלופה של הליך מקוצר תתאים גם לאשמים שמתקשים להודות ולא ירצו לנהל משפט שלם, ולכן תחסוך משפטים יקרים שמתנהלים לשווא, "חלק מהנאשמים שבהעדר אופציה להליך מקוצר בוחרים במשפט מלא, יבחרו בהליך החדש. עקב כך יחסכו משאבי שיפוט שניתן יהיה להפנותם לטיפול בהליכים המקוצרים. לאור כל זאת, ההליך המקוצר יוכל לקדם את האינטרסים של החפים, בלא שידרשו לשם כך משאבים רבים נוספים".

היקפן הרחב של עסקאות הטיעון מעלה ביתר שאת את השאלה בדבר היכולת של עסקאות אלה להגשים את מטרות המשפט הפלילי, ובהן את השאיפה ליצור דין אחיד וענישה זהה בתיקים פליליים בעלי נסיבות דומות. על פי התאוריה הקלסית "מיקוח בצל המשפט", עסקת הטיעון היא כלי משפטי שמשקף את תוצאת המשפט הצפויה בתיק אילו המשיך להתנהל, ולפיכך היא ראויה ורצויה. התומכים בתאוריה זו מצביעים על היתרון הכלכלי הגלום בעסקת הטיעון, באשר היא חוסכת זמן שיפוטי, עלויות תביעה ואת הוצאותיו של הנאשם.

אלא שהתאוריה הקלסית "מיקוח בצל המשפט" אינה חפה מקשיים. אף שממוצע הענישה באוכלוסיית תיקים המסתיימים בעסקת טיעון עשוי לשקף את תוחלת הענישה הצפויה במשפט, תאוריה זו אינה מתארת במלואו את הקשר שבין תוצאת עסקת הטיעון לבין התוצאה הצפויה בתיק מסוים, אילו התנהל בבית משפט; הענישה שהוסכמה בעסקת טיעון מושפעת מגורמים חיצוניים שונים, ואלה יוצרים פערים בענישה בתיקים בעלי נסיבות משפטיות דומות.

בליבן של עסקאות הטיעון ניצב מושג ההודאה. ההודאה בגלגוליה הפכה לחלופה בעלת מעמד עליון, המוגנת כמעט לחלוטין מפני ביקורת שיפוטית אפקטיבית בימינו אלה. בשל המעמד העליון של ההודאה, התבסס מעמדן של עסקאות הטיעון. ההודאה בחקירה זכתה למעמד של מכשיר משפטי לגיטימי וחזק, שניתן להשתמש בו כראיה במשפט הפלילי. כמוה, גם ההודאה בעסקת הטיעון זוכה במהלך השנים למעמד חזק ביותר.

ההצדקות השונות לקיום מתכונת עסקאות הטיעון סובלות מקשיים לא פשוטים. האפשרות לעקוף את הליך בירור הראיות עלול להביא להרשעת חפים מפשע. צידוק החיסכון במשאבים עשוי להתברר כמוטעה מבחינה אמפירית, שכן מתברר כי יחד עם העלייה במספר עסקאות הטיעון – משך הזמן הממוצע לתיק עולה, וכך תפוקת מערכת המשפט יורדת ומחיר ניהול התיק עולה. תוצאה זו מטילה ספק גם בצידוק ההרתעה, האמונה שעסקאות הטיעון יביאו להרשעתם של אשמים רבים יותר. קושי דומה עולה גם מצידוק אחר – הזכות לסחור בזכות למשפט, ונראה שהזכות אינה מיטיבה בהכרח עם הנאשם. ייתכן שבעולם ללא עסקאות טיעון, מרבית התועלות (שאף מוטלות בספק בעולם שבו יש עסקאות טיעון) ימוצו בצורה טובה יותר, ומצבם של אינטרסים אחרים שמערכת המשפט רוצה להגן עליהם עשוי להשתפר.

בעקבות ביקורות שנסקרו, וכן המחקר המוצג במאמר עצמו, נולדה תאוריה חדשה – תאוריית "משפט בצל מרחב המיקוח" – שעניינה שיקוף טוב יותר של היחס שבין תוצאת עסקת הטיעון לבין תוצאת המשפט הצפויה. על פי התאוריה, עצם קיומן של עסקאות טיעון משפיע על הקצאת המשאבים בידי הצדדים, גורם להם להשקיע משאבים רבים יותר בהליך המשפטי ומרחיב את מרחב המיקוח על רמת הענישה. ב"מרחב המיקוח" בין התובע לנאשם, כל תוצאה אפשרית בהיותה משפרת את מצבם של שני הצדדים לעומת החלופה של ניהול משפט. עם התרחבותו של מרחב המיקוח, הפערים בענישה בין נאשמים שונים שהודו בעסקאות טיעון בתיקים דומים, הולכים ומחריפים.

המחקר האמפירי שבא בעקבות המודל נשען על מדדים חדשניים לפערי ענישה, שנולדו מתוך הצורך לבחון את התאוריה, ומדגים כיצד העלייה בשיעור עסקאות הטיעון מובילה לעלייה בפערי הענישה. מאגר הנתונים שעליו התבסס המחקר, שכלל מידע על אודות עבירות סיוע לשב"חים, נבחן על פני תקופה של 11 שנים, בין שנת 1996 לשנת 2007, תקופה שלאורכה חלה עלייה ניכרת בשיעור עסקאות הטיעון. במדגם שאותו בחנּו צמח שיעור עסקאות הטיעון מכ-25% מסך הכרעות הדין לכ-77%. העלייה הרציפה בשיעור עסקאות הטיעון התרחשה למרות התהפוכות במצב הביטחוני ובפסיקה.

בד בבד עם עלייה זו חלה עלייה גם בפערי הענישה בעסקאות הטיעון, זאת בשימת לב לגודל הפער שהשתנה מתת-תקופה לתת-תקופה, על רקע המצב הביטחוני וההחמרה במדיניות הענישה. לעומת זאת, בהכרעות הדין שהתקבלו שלא במסגרת עסקת טיעון, לא חלה באותן שנים עלייה בפערי הענישה. התוצאות האמפיריות אומנם אינן מספקות הוכחה חותכת להשערת המחקר בדבר הקשר בין העלייה בשיעור עסקאות הטיעון להתרחבות מרחב המיקוח שעליהן, וכתוצאה מכך לעלייה בפערי הענישה, אך עצם גילויה של תופעה זו, אשר לא נחזתה על ידי תאוריית "צל המשפט", מעניק משקל להיתכנותה של החלופה התאורטית, "צל המיקוח", שבבסיס השערת המחקר הנוכחי.

כאמור, חלה עלייה ניכרת ורציפה בשיעור עסקאות הטיעון באוכלוסיית התיקים בעבירות סיוע לשב"ח, ובאותן שנים גם חלה ככל הנראה בשאר התיקים הפליליים עלייה בשיעור הכרעות הדין שהתבססו על עסקאות טיעון.[[63]](#footnote-63) אומנם אפשר לטעון כי פערי ענישה קיימים גם במשפטים, ולכן יש לקבל רמה מסוימת של פערי ענישה בעסקאות הטיעון כהכרחית, אלא שמקיומם של פערי ענישה במשפטים לא עולה הסכמה על כך שפערי ענישה בעסקאות הטיעון יחריפו רק משום ששיעור השימוש בעסקאות הטיעון גבר.

הציבור זכאי לכך שההליך הפלילי ימלא את התפקיד שלשמו הוא קיים: קירוב האמת המשפטית לאמת העובדתית במסגרת הליך שיפוטי פומבי. חובתם של גורמי אכיפת החוק ומערכת המשפט להגן על זכות ציבורית זו. אף כי הדרישה לבירור ראייתי אינה מבטיחה להגיע לחקר האמת, היא לפחות מבטיחה שייעשה המאמץ האנושי הראוי לחתור לכך שהאמת המשפטית תתקרב לאמת העובדתית. על אחת כמה וכמה אנו מחויבים לכך כאשר אנו מודעים שניתן לקיים הליך בירור ראייתי חלופי, שיעילותו נבחנה בהצלחה במדינות שונות.[[64]](#footnote-64)

תופעות הלוואי שנסקרו בקצרה הן כאמור פרי התמריצים להתמקח, שנוצרים מכוחה של ההודאה לבטל את היריבות שהיא נשמת אפה של השיטה. כאשר בירור העובדות באמצעות בחינת הראיות יתקיים גם במקרה של הודאת נאשם, יהיה כדאי יותר לסנן היטב את התיקים לפני הגשתם, ולא יהיה טעם לא ב"עינויי אדם כאמצעי שיפוטי להוציא את ה'אמת' מפיו" ולא במתן הטבות מפליגות כדי לפתותו להודות. בניפוח כתבי אישום לא תהיה תועלת אלא הכבדה לתביעה, והסתרת ראיות מצידה תהא כרוכה בסיכון גדול יותר להתגלותן.

ביטול האפשרות שההודאה תתקבל כעובדה מוכחת עשוי אפוא להחזיר את השופטים לכס המשפט, כיוון שהודאה, ואפילו כניעה מוחלטת, של הנאשם לא תפסיק את המשפט ואת הליך בירור הראיות. לכן סביר לצפות שיפחתו התמריצים לניהול משאים ומתנים על עסקאות הטיעון ותופעות הלוואי הכרוכות בהם, כמו גם מקרים של חוסר התאמה בין מרכיבי העבירה לעונש, פערי ענישה ואפליה בין נאשמים ועוד. בנוסף לכך, כאשר ניהול הליך של בירור ראיות יהיה חובה בכל מקרה, גם כאשר הודה הנאשם באשמה, יקטן החשש שנאשמים יודו בשל התמריצים לכך שהמערכת מספקת להם.

Tables

1. רשימת המשתנים המסבירים, ההסבר להם וחלוקתם לקטגוריות

2. ממוצעי כמה מהמשתנים לאורך השנים בעסקאות טיעון



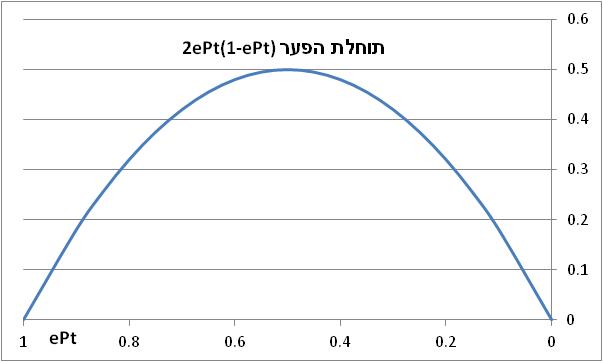
3. ממוצעי כמה מהמשתנים לאורך השנים במשפט



**4. מודל ניתוח רב-משתני של הפערים בגזירת עונש מאסר**

להלן המודל שנבחר בעזרת אלגוריתם Forward Stepwise:

1. Figure תוחלת פער ההסתברות למאסר

5. עונשי מאסר ופערים בעונשי מאסר בעסקאות טיעון



6. עונשי מאסר ופערים בעונשי מאסר במשפטים



7. מודל ניתוח רב-משתני של הפערים בגזירת אורך המאסר

להלן המודל שנבחר בעזרת אלגוריתם Backwards:

8. אורך המאסר הממוצע, יחס המאסר ושונות יחס המאסר בעסקאות טיעון



9. אורך המאסר הממוצע, יחס המאסר ושונות יחס המאסר במשפטים



**10. מודל ניתוח רב-משתני של הפערים בחומרת העונש הכולל**

להלן המודל שנבחר בעזרת אלגוריתם Backwards:

2. Figure הדירוג החציוני של אסירים לחומרת עונשי מאסר

11. הענישה הממוצעת, יחס הענישה ושונות יחס הענישה בעסקאות טיעון



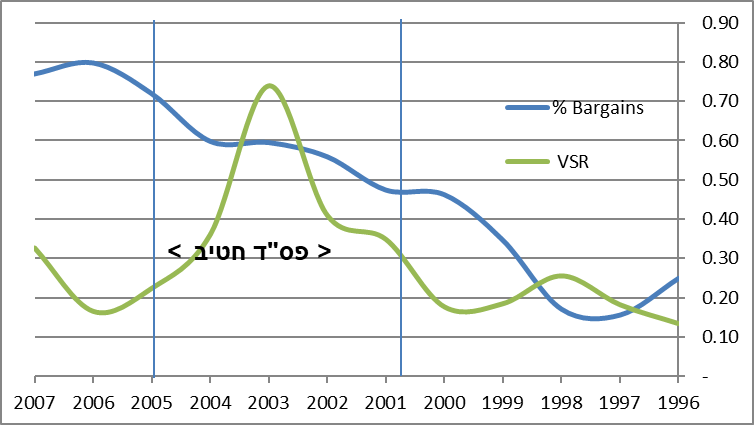
12-הענישה הממוצעת, יחס הענישה ושונות יחס הענישה במשפטים



**פערים בענישה במשפטים**



**פערים בענישה בעסקאות טיעון**



Conviction rates and guilty pleas in US Federal District Courts



Conviction rates and guilty pleas in the UK



The second row of the table documents the gradual increase in guilty pleas. The third row documents the parallel increase in the conviction rate for those going to trial. Overall, both trends contribute to the increase of the overall conviction rate, as depicted in row 1.

Conviction rates and guilty pleas in Israel



נתוני שנת 2011 מבוססים על מחקר שערך מדגם מייצג. נתוני שיעור ההרשעות נלקחו מדוחות הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. שיעור ההודאות בשנים שלפני כן מבוסס על הערכה גסה בלבד. שיעור ההרשעות במשפטים מבוסס על חישוב שיעור ההרשעות שאינו מבוסס על הודאות חלקי שיעור משפטי ההוכחות (שהוא המספר המשלים את שיעור ההודאות ל-100%).

1. "ביסוד השיטה מונחת האמונה, שאם כל יריב יפעל בכל כוחו להראות את צדקתו ולהוכיח את רשעת יריבו, מבין שני הצדדים תצא האמת לאור ..., הודאה באשמה כפעולה עצמאית או כחלק מעסקת טיעון, יש בה כדי לבטל את ההליך כולו: בטלה היריבות – בטל המשפט", אהרון קירשנבאום **הרשעה עצמית במשפט העברי** – **ההודאה בפלילים וההפללה העצמית בהלכה היהודית** (2005). [↑](#footnote-ref-1)
2. נכון למרס 2011, בבתי המשפט הפדרליים בארצות הברית כ-96.9% מהכרעות הדין מבוססים על הודאות באשמה. [↑](#footnote-ref-2)
3. בבתי המשפט המחוזיים באנגליה וּויילס משפטים מתקיימים רק ב-8% מהתיקים, באוסטרליה כ-97% מההרשעות בבתי המשפט הפדרליים בשנים 2003–2004 היו תוצאה של הודאה. ראוGazal Ayal & Riza [↑](#footnote-ref-3)
4. **שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים** (אוניברסיטת חיפה ומחלקת המחקר של הרשות השופטת, 2012). [↑](#footnote-ref-4)
5. אורי וייס ויוסף זהר "האם משחק עסקת הטיעון הוא משחק סחיטה?" **משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים** 183 (אלון הראל עורך, 2017). [↑](#footnote-ref-5)
6. רות קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש" **מחקרי משפט** י 39 (1993). [↑](#footnote-ref-6)
7. השאלה באילו תנאים לאפשר עסקאות טיעון שנויה במחלוקת. בפרק הרביעי, בדיון בהצעת החוק ובביקורת עליו, נראה כי הצעת החוק הנשענת על הפסיקה מונעת למעשה ביקורת שיפוטית. על כך יש מחלוקת והצעות לשינוי. [↑](#footnote-ref-7)
8. מכוח חזקת החפות זכאי נאשם שלא להיענש בלא שהוכחה אשמתו במשפט. מכוח הזכות לאי-הפללה עצמית רשאי נאשם להימנע מלהודות בביצוע העבירה. הנאשם בהליך פלילי זכאי גם להתעמת עם הראיות נגדו, להביא ראיות להגנתו ולהותיר לתביעה לעמוד בנטל ההוכחה של אשמתו מעבר לכל ספק סביר. [↑](#footnote-ref-8)
9. התפיסה של המשפט בישראל היא שאסור להודות במעשה שלא בוצע, אך לא ברור כיצד אוכפים איסור כזה. "כאשר לשופט אין שום שיקול דעת לקבל את הודאתו של מי שטוען לחפותו, לעתים התוצאה תהיה העדר בירור, כדי להימנע מתוצאה שהן השופט והן הצדדים אינם רוצים בה", עמי קובו **נאשמים בלתי עקביים בבית-המשפט: מודים באשמה וטוענים לחפותם** (2009). [↑](#footnote-ref-9)
10. "הטענה היא כי אסור שההודאה תינתן בעקבות הסכמה על עונש קל יותר. אולם, אם מותר לנאשם לוותר על זכויותיו שלא במסגרת הסדר, מדוע אסור לו לוותר עליהן במסגרתו? הזכויות נועדו להגן על הנאשם לא לפגוע בו, והטלת איסור על הנאשם לוותר על הזכויות רק משום שהוויתור כרוך בהקלה לנאשם פוגעת בזכויותיו ולא מחזקת אותן", אורן גזל-אייל **ענישה בהסכמה** – **חלופות להליכי משפט בפלילים** 158 (עבודה לקבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה, 2002). [↑](#footnote-ref-10)
11. להרחבה על אופן ניתוח הצידוק, וייס. [↑](#footnote-ref-11)
12. על ההתפתחות ההיסטורית של החזקה, רינת קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" **עלי משפט** ג 405 (התשס"ד). [↑](#footnote-ref-12)
13. קרוב ל-90% מהתובעים השיבו, כאמור, 'ספקות לגבי טיב הראיות' הם הגורם החשוב ביותר לעריכת הסכמים אלה". [↑](#footnote-ref-13)
14. רד לוביץ "השופטים נגד עסקאות טיעון" Ynet(9.2.2006) "בכירה בפרקליטות מאזור המרכז: 'יש את הדוגמה של הנער שהרג את צחי יעקב [בקניון בבת ים, בגלל הערה על מאה שקלים שנמצאו על הרצפה – ו.ל.]. בתחילה הוגש נגדו כתב אישום על רצח, למרות שבעשרים השנים האחרונות לא הורשע אדם ברצח לאחר דקירה אחת בלבד. כאשר מדובר בדקירה בודדת, לא ניתן להוכיח כי הייתה כוונה תחילה'. מדוע, אם כן, לא מגישה הפרקליטות מלכתחילה כתב אישום על הריגה? ההסבר פשוט: 'זה אחד הטריקים שלנו. הרבה פעמים הקלפים שלנו כתביעה מועטים, אבל בהחלט יכול להיות שלצורך המיקוח מגישים כתב אישום על סעיף חמור יותר'". [↑](#footnote-ref-14)
15. בעשור האחרון עלה מספר המעצרים בכ-20% – מכ-50 אלף בשנה לכ-61 אלף בשנה. מתוכם עלה שיעור המעצרים עד תום ההליכים ב-150% – מכ-6,000 בשנה, שהיו כ-15% מסך המעצרים, לכ-15 אלף בשנה בשנת 2014, שהיו כ-26% מסך המעצרים, השנתון הסטטיסטי של המשטרה לשנת 2016. [↑](#footnote-ref-15)
16. "אם יוחלט לאסור עריכת עסקות, ההערכה היא שמספר ההודאות יקטן, אך ספק אם הצמצום יהיה דרסטי. התנהגות הנאשמים ועצות הסניגורים מבוססות כנראה על ההנחה, שגם ללא הסכם עם התביעה יכול נאשם המוסר הודאה לצפות ל'רווח', להקלה, מבית המשפט בעניין העונש". [↑](#footnote-ref-16)
17. למודל הפורמלי המלא, זהר ומיכאלי, ה"ש 27. [↑](#footnote-ref-17)
18. הונח שההטרוגניות היחידה בין הנאשמים היא הערכתם בנוגע לחומרת הראיות שבידי התביעה ועוצמתן, ולכן הבדלים בגישה להודאה באשמה או הבדלים בגישה לסיכון אינם נכנסים לניתוח. [↑](#footnote-ref-18)
19. זהר ומיכאלי, ה"ש 27, בעמ' 185: "כאשר גורמים אקסוגניים לדינמיקה האנדוגנית המתחוללת בין התובע לנאשמים נוטים להגיב לתליכים שהיא יוצרת באופן שמשפיע על הגורמים האנדוגניים לדינמיקה לפעול בכיוון הדינמיקה, תופעת מחזור-המשוב תועצם". [↑](#footnote-ref-19)
20. "להסכים לא לפרסם את כתב החשדות אחרי שזה כבר נשלח לעורכי הדין, זה טעות מן המעלה הראשונה מבחינת ניהול משא ומתן. יוגש כתב אישום, נדבר אחר כך, מה בוער?" ניצב יואב סגלוביץ' "המקור: תעלומת התאבדותו של אפרים ברכה" **ערוץ עשר** (8.12.2015). [↑](#footnote-ref-20)
21. התנאים אינם מספיקים לעריכת עסקת טיעון שכן במיקוח – משא ומתן – אדם עשוי לדחות הצעה גם כאשר היא עדיפה על החלופה, מתוך כך שהוא מצפה שהצד השני יתקפל. [↑](#footnote-ref-21)
22. הבדלים בהתייחסות נאשמים שונים להודאה באשמה הכרוכה בעסקת הטיעון לא נכנסים לניתוח. [↑](#footnote-ref-22)
23. ההנחה שעלויות המיקוח נשארות קבועות מתאימה יותר למערכת המשפט בארצות הברית מאשר בישראל: בארצות הברית המיקוח על עסקת הטיעון נערך לפני הגשת כתב האישום. רק במקרים יוצאי דופן עסקת הטיעון נערכת לאחר הגשת כתב האישום, וגם אז, ברובם המכריע של המקרים, היא תתגבש לפני התחלת המשפט.

    בישראל, לעומת זאת, המיקוח על עסקת הטיעון נערך בדרך כלל לאחר הגשת כתב האישום, אך ברוב המקרים העִסקה מתגבשת לפני התחלת המשפט. בכ-30% מהמקרים עסקאות הטיעון התגבשו לאחר דיון הוכחות אחד לפחות במשפט. [↑](#footnote-ref-23)
24. בג"ץ **פלונית** [↑](#footnote-ref-24)
25. "אף שאין כל ספק שהודאות שווא של נאשמים אשמים בהסדרי טיעון היא תופעה שכיחה, מערכת המשפט מצהירה כלפי חוץ שאין לאפשר לנאשם להודות במה שמוכחש על ידו". [↑](#footnote-ref-25)
26. "התקשיתי להאמין שבסופו של דבר הצדק ייצא לאור", ה"ש 108. [↑](#footnote-ref-26)
27. \* תודתי נתונה לאורן גזל-אייל חגית תורג'מן וגדעון פישמן, על שבאדיבותם הרבה חלקו עימי את מאגר הנתונים שעליו בוצע המחקר והעיבודים שערכו עליו, וליוסי רינות ואורי איסרלס מהמרכז לחקר הרציונליות בגבעת רם, על עזרתם הגדולה בהגדרה וניסוח של המדדים ובהתוויית המתודולוגיה האמפירית לבחינת הטענה התאורטית. [↑](#footnote-ref-27)
28. Table 1. [↑](#footnote-ref-28)
29. Table 2. [↑](#footnote-ref-29)
30. Table 3. [↑](#footnote-ref-30)
31. "כמעט שאין הגשת כתבי אישום על עברה אחת בלבד, כך שקשה לדעת על איזו עברה הוטל איזה עונש. התחושה שקיים פער באה מהבטן וזה חסר כל הבניה", פרופ' יורם שחר מבית הספר למשפטים במרכז הבינתחומי. רויטל חובל "יש שופטים מקלים בירושלים" **הארץ – חדשות משפט ופלילים** (4.1.2014). [↑](#footnote-ref-31)
32. Figure-1 [↑](#footnote-ref-32)
33. Table-4 [↑](#footnote-ref-33)
34. Table-5 [↑](#footnote-ref-34)
35. Table-6 [↑](#footnote-ref-35)
36. Table-7 [↑](#footnote-ref-36)
37. Table-8 [↑](#footnote-ref-37)
38. Table-9 [↑](#footnote-ref-38)
39. Figure-2 [↑](#footnote-ref-39)
40. Table-10 [↑](#footnote-ref-40)
41. Table-11 [↑](#footnote-ref-41)
42. Table-12 [↑](#footnote-ref-42)
43. "...כשראיתי מה שקורה בבית המשפט שלנו זה היה מאוד בולט וקשה היה לראות את זה אפילו. השתתפתי במחקר בשנות השבעים עם פרופ' אליהו הרנון מהפקולטה למשפטים בירושלים על עסקות טיעון. עסקת טיעון זה דבר שהסניגור והפרקליט יושבים ומגיעים לסיום מוסכם לגבי תיק פלילי. ואז שאלנו אז מה קורה אם מישהו לא מיוצג? הוא לא יכול לעשות את זה, התובע לא ידבר איתו אפילו. זה היה כל כך בולט שהמצב הזה לא יכול להמשיך כך". פרופ' קנת מן בתשובה למשה נגבי כיצד נולד הרעיון להקמת הסנגוריה הציבורית. "משה נגבי: דין ודברים" (רשתב' 3.4.2016). [↑](#footnote-ref-43)
44. הסנגוריה הציבורית דוח פעילות 2010–2011, 15 שנים לסנגוריה הציבורית 72 (2012). [↑](#footnote-ref-44)
45. חוויה שסופרה מפיו של הסנגור. "גם האמת היא אופציה" הוא משפט מפורסם שנהג לומר עו"ד אמנון גולדנברג המנוח, שהיה אחד מגדולי הליטיגטורים בישראל. כשחקר פעם עד שהיה ברור שמחפש גרסה טובה, פנה אליו העד ואמר לו: "מה אתה רוצה שאגיד?" והוא ענה לו: "גם האמת היא אופציה". [↑](#footnote-ref-45)
46. פנחס פישלר "לפסול את עסקת הטיעון – ראיון נדיר עם פרופ' שניאור-זלמן פלר" **חדשות מחלקה ראשונה** (1.6.2006): "עסקת טיעון הייתי פוסל לגמרי, הרצון של הצדדים לא הופך את כתב האישום לאמת או שקר". [↑](#footnote-ref-46)
47. פס' 6 לפסק הדין של השופטת ביניש בעניין **פלוני**: "בראשית הדרך, נרתעו הצדדים מפני חשיפת קיומם של הסדרי טיעון ומפני פירוט נסיבות עריכתם של ההסדרים שהתגבשו, ואלה הוסתרו מבית-המשפט". [↑](#footnote-ref-47)
48. פרוטוקול ישיבה מס' 545 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, עמ' 51, פס' 3 (30.1.2012). [↑](#footnote-ref-48)
49. "כל עוד הסדרי טיעון לאישומים לא מוגבלים, זה לא משנה מה נקבע על הסדרים לעונש. כמה פיקוח שלא יהיה של בית המשפט, גם אם נקבע את העמדה של השופט לשעבר גולדברג, שאמרה שבהסדר טיעון על העונש, התוצאה חייבת להיות הולמת וצריך להתעלם לחלוטין משיקולים ראייתיים ומנפגע העברה שלא רוצה להעיד...העונש אחרי ההסדר צריך להיות הולם את חומרת העברה. גם אם נקבע את העמדה הזאת, זה לא ישנה כלום, כי את סעיפי האישום עדיין אנחנו מותירים לחלוטין בשליטת התובע וגם את העובדות". [↑](#footnote-ref-49)
50. "עם כל הכבוד לדוגלים בשיטה זו, לנו נראה כי היא מוטעית ומאד בלתי רצויה...מסתבר כי זוהי הגישה הקיצונית ביותר, בעד אימוץ עסקאות טיעון ונגד פיקוח שיפוטי של ממש. קשה ליישב דברים אלה עם ההלכות שנפסקו וההשקפות שהובעו על ידי שופטים אחרים בבית המשפט העליון...יתירה מזו: ספק אם גישה זו תואמת את מטרות ההליך הפלילי ואת חלוקת התפקידים המקובלת והראויה שבין התובע מטעם המדינה ובין השופט, במיוחד על פי השיטה האדברסרית". [↑](#footnote-ref-50)
51. "בדיקת הראיות על-ידי השופט עשויה להובילו למסקנה כי הראיות שבידי התביעה, על-פניהן, אינן כה חלשות, או למסקנה הפוכה, כי הראיות כה חלשות עד שאינן עומדות במבחנו של סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי, וכלל לא הצדיקו הגשת כתב אישום". [↑](#footnote-ref-51)
52. מסמך רקע לדיון הקבוע ביום 6.2.2012 בהצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 65) (הסדר טיעון), התש"ע–2010 (הייעוץ המשפטי לועדת החוקה, חוק ומשפט, 12.1.2012). [↑](#footnote-ref-52)
53. בית המשפט העליון בארצות הברית קבע בעניין North Carolina v. Alford, 400 U.S. 25 (1970), שקבלת הודאתו של נאשם שטוען לחפותו על ידי בית המשפט אינה לא חוקתית. בית המשפט לא קבע מבחנים להפעלת שיקול דעתו של בית המשפט בהחלטתו אם להתיר לנאשם להודות באשמה, למעט הדרישה לקיומו של בסיס עובדתי חזק. קבלת הבסיס העובדתי אינה יכולה להיעשות מפיו של הנאשם שטוען לחפות, אלא מפי התובע. [↑](#footnote-ref-53)
54. פירוש המונח הוא: “I do not wish to contend”, כלומר איני חולק/מתמודד. המשמעות המשפטית של המונח היא שהנאשם מסכים להרשעתו בדין, אולם אינו מוכן להצהיר שביצע את העבירה, כלומר הנאשם אינו רוצה להודות, אך גם אינו רוצה להתדיין, ולכן יורשע על סמך הצהרתו זו. [↑](#footnote-ref-54)
55. "אין דרך פלא לוודא שהודאה היתה מרצון...אמנם אין לצפות להוכחה מעבר לספק סביר במסגרת עסקת טיעון, אך חייבים לקבוע בחוק שכל החומר של המשטרה והתביעה יועבר לבית המשפט, אחרת תימשך תעשייה שלמה של הרשעות ללא הוכחות, הן של אשמים והן של חפים מפשע". דבריו של בועז סנג'רו מתוך ראיון שהעניק, תומר זרחין "היום בכנסת: הצעת חוק להסדרת עסקות הטיעון" **הארץ (**16.1.2012). [↑](#footnote-ref-55)
56. לפירוט ההצעה, אורן גזל "[הסדרי טיעון והסדרים על דיון מקוצר](http://weblaw.haifa.ac.il/he/Faculty/GazalAyal/Publications/summary%20proceeding.pdf)" **הסניגור** 95 (פברואר 2005). [↑](#footnote-ref-56)
57. מאגר הנתונים של אדמונד היגינס זמין בכתובת: המאגר מכיל 316 מקרים של הרשעות מוטעות. המאגר השני, במאמר של Gross, כולל בקיזוז מקרים שהופיעו במאגר הראשון, 199 מקרים של טעויות בדין שהתגלו בשנים 1989–2003 בארצות הברית. [↑](#footnote-ref-57)
58. "... כשראיתי מה שקורה בבית המשפט שלנו זה היה מאוד בולט וקשה היה לראות את זה אפילו. השתתפתי במחקר בשנות השבעים עם פרופ' אליהו הרנון מהפקולטה למשפטים בירושלים על עסקות טיעון. עסקת טיעון זה דבר שהסניגור והפרקליט יושבים ומגיעים לסיום מוסכם לגבי תיק פלילי. ואז שאלנו אז מה קורה אם מישהו לא מיוצג? הוא לא יכול לעשות את זה, התובע לא ידבר איתו אפילו. זה היה כל כך בולט שהמצב הזה לא יכול להמשיך כך.", פרופ' מן בתשובה למשה נגבי כיצד נולד הרעיון להקמת הסנגוריה הציבורית, דין ודברים ברשת ב', 3.04.16. [↑](#footnote-ref-58)
59. Mann, "שינוי זה, שגם הוא מורגש היטב בשנים האחרונות נובע אף הוא מרצונם של השופטים לייעל, ובכך גם הוא תגובה ללחץ המופעל עליהם להיות מהירים יותר. התעצמות מקומו של השופט בהליך משנה את תפקידם של עורכי הדין המייצגים את הצדדים. אף שהשופטים פועלים מתוך הצורך לחסוך זמן, הם גם פועלים בשינויים אלה מתוך אמון רב בחיוניותם של השינויים. על ידי ריכוז ההנחיה בידיהם והגברת חקירת עדים על ידם, הנחתם היא שהם מגיעים מהר יותר ל'נקודות האמיתיות' השנויות במחלוקת במשפט הפלילי, ומוצאים את התשובות הטובות והאמינות ביותר לשאלות שהם צריכים להכריע בהן, תוך הפחתת התלות בעורכי הדין". [↑](#footnote-ref-59)
60. Harnon ו-Mann, "אם יוחלט לאסור עריכת עיסקות, ההערכה היא שמספר ההודאות יקטן, אך ספק אם הצמצום יהיה דרסטי. התנהגות הנאשמים ועצות הסנגורים מבוססות כנראה על ההנחה, שגם ללא הסכם עם התביעה יכול נאשם המוסר הודאה לצפות ל'רווח', להקלה, מבית המשפט בעניין העונש". [↑](#footnote-ref-60)
61. "אמנם עלותו של ההליך גבוהה מעלותה של הודאה, אולם אם ההליך מסתכם בישיבה אחת או שתיים על בסיס חומר החקירה, ובמרבית העבירות יש להניח שכך יהיה, הפער בעלויות אינו כה גדול. זאת ועוד, גם כיום חלק גדול מההודאות מושגות רק לאחר מספר ישיבות, ולעיתים קרובות גם לאחר שחלק מהראיות נשמעו. ההליך המוצע יחסוך פעמים רבות את ההודאות המאוחרות הללו. לפיכך יש להניח כי מרבית המודים ימשיכו להודות גם כשיוצע להם הליך מסוג זה, ורק אלו שמתקשים להודות, בין משום שהם חפים ובין אם מסיבה אחרת, ישקלו אם להעדיף הליך מקוצר או משפט מלא". [↑](#footnote-ref-61)
62. בסקר שנערך בין נאשמים שמסרו הודאות בשלב מאוחר השיבו 51% מתוכם, כי העיכוב במתן ההודאה נבע מהרצון לקבל מהתביעה ויתורים בתמורה להודאה. עוד עולה כי ב-77% מהתיקים של הודאות מאוחרות, אכן ויתרה התביעה על אישומים או שינתה לאישומים קלים יותר עם ההודאה. אורן גזל, "העומס על התביעה הפלילית", התוכנית הבינתחומית למשפט, רציונליות, אתיקה וצדק חברתי, נייר עמדה מס' 1-04 (אוניברסיטת בר-אילן, 2004). [↑](#footnote-ref-62)
63. Table-13 [↑](#footnote-ref-63)
64. "הולנד נמנעת במכוון מאימוץ הסדרי טיעון. בה בעת הולנד שומרת על הליך פלילי פשוט, שבו שליטה רחבה של השופט בחומר הראיות, היתר להסתמך על ראיות בתיק החקירה, והליכים פשוטים בעבירות קלות". [↑](#footnote-ref-64)