

## משפט בצל המיקוח: אפקט מחזור-המשוב של עסקאות הטיעון

מאת

יוסף זהר\* ומוטי מיכאלי\*\*

חלק ראשון: א. תקציר. ב. מבוא. ג. תופעת עסקאות הטיעון. ד. מיקוח בצל המשפט. ה. משפט בצל המיקוח. חלק שני: א. מודל מחזור-המשוב של עסקאות הטיעון. ב. הדינמיקה האנדוגנית. ג. הפגיעה בתפוקת הכרעות הדין. ד. הדינמיקה האקסוגנית. ה. דיון. ו. סיכום ומסקנות. חלק שלישי: א. הוכחת הדינמיקה האנדוגנית. ב. הדמיית הדינמיקה האנדוגנית. ג. טבלאות נתונים.

### חלק ראשון

”כִּי-שָׁתִּים רְעוֹת, עֲשֵׂה עִמִּי: אֲתִי עֲזְבוּ מְקוֹר מַיִם חַיִּים, לְחֻצֵב לְהֵם בְּאֵרוֹת  
בְּאֵרֹת נְשָׁפְרִים, אֲשֶׁר לֹא-יִכְלוּ הַמַּיִם”

ירמיהו ב 13

\* תלמיד תואר שלישי, בהנחיית פרופ' ישראל אומן, פרופ' אורן גזל-אייל ופרופ' אלון הראל, הרשות ללימודים מתקדמים, אוניברסיטת חיפה.  
\*\* תלמיד תואר שלישי, בהנחיית פרופ' אייל וינטר ופרופ' משה שעיר, המחלקה לכלכלה והמרכז לחקר הרציונליות, האוניברסיטה העברית בירושלים.  
תודתנו נתונה לכל מי שהעיר ותרום לגרסאות קודמות של מאמר זה, ובכלל זה לישראל אומן, לנדב בן-זאב, לאורן גזל-אייל, לאלון הראל, לענת הורוויץ, ליועד הלברסברג, לדוד הרמנוף, לאוראל הרן, למוחמד ותד, לדליה צמרון-חלק, לדורון טייכמן, לחגית לרנאו, לברק מדינה, לבועז סנג'ור, ליניב ריינגוורץ, לרן שורר ולאבי שמידע. תודתנו נתונה גם למשתתפים בסמינר משפט וכלכלה למשפטנים ובסדנת הדוקטורנטים לכלכלה באוניברסיטה העברית בירושלים, למשתתפי כנס "שולחן עגול על עסקאות הטיעון" שנערך במרכז לחקר הרציונליות, ולמשתתפי סדנת החוקרים/ות בתחום המשפט הפלילי שהתקיימה במרכז האקדמי למשפט ולעסקים.

## א. תקציר

על פי המודל התאורטי הקלסי – "מיקוח בצל המשפט" – המושל בכיפת המחקר המשפטי-כלכלי, המשפטים מייצרים אמות מידה רצויות וצל כבד. צל זה מבטיח לכאורה שעסקת הטיעון תקצה ענישה ראויה, גם במצטבר וגם בתיק המסוים. תפיסה זו משמשת לגיבו עסקאות טיעון לא מפוקחות ולדחיית דרישות לאמצעי בטיחות חדשים לעסקאות הטיעון בטענה שבתוצאותיהן כבר משולבים ומגולמים ערכי הבטיחות של המשפט. המודל התאורטי – "משפט בצל המיקוח" – המפותח ומוצג במאמר הופך על ראשן את מסקנות תאוריית "המיקוח בצל המשפט". יותר מאשר עסקת הטיעון משקפת את תוצאת המשפט הצפויה, התנהלותו של המשפט משקפת את הצורך לקיים את עסקאות הטיעון, האופן הכמעט בלעדי שבו מוכרעים המשפטים. כלומר, יותר מאשר עסקת הטיעון נערכת בצל המשפט, המשפט עצמו נערך בצל המיקוח (ב)מיקוח על עסקאות הטיעון. אפקט מחזור-המשוב של עסקאות הטיעון, לב-לבה של תאוריית "צל המיקוח" והמוקד של עבודה זו, מעלה כי תופעת עסקאות הטיעון נובעת מתוך עצמה, מזינה ומעצימה את עצמה ואת התופעות הכרוכות בה. אפקט מחזור-המשוב מסביר כיצד עסקאות הטיעון יוצרות תמריצים לתובעים להסיט יותר ויותר משאבים לפחות ופחות משפטים, ומדוע התארכות המשפטים נגרמת דווקא בגלל עסקאות הטיעון. התארכות המשפט – בהיפוך סיבה ומסובב – צידוק לקיומן.

התובנה כי משפטים ועסקאות טיעון מקרינים זה על זה, היא הבסיס להבנה כי תופעת עסקאות הטיעון יוצרת דינאמיקה של מחזור-המשוב; האינטראקציה ברמת המיקרו הכרוכה בעסקת טיעון מצטברת לרמת המקרו כתופעה חברתית, ובתגובה התופעה ברמת המקרו משפיעה על רמת המיקרו של העסקאות.<sup>1</sup>

מודל מחזור-המשוב נשען על המודל שהוצג במאמרו של ויליאם לנדס "ניתוח כלכלי של בתי המשפט" (1973), תוך שהוא מביא בחשבון את השפעת עסקאות הטיעון על הסתת המשאבים של התביעה – השפעה שלנדס בחר להזניח<sup>2</sup>, ופוזנר מתאר בספרו ניתוח כלכלי

1 "Left out of this literature are analyses of how the micro level interactions involved in plea bargains aggregate into a macro level social phenomenon, and in turn how this macro level phenomenon influences the micro level bargains". Douglas Savitsky, *Is Plea Bargaining a Rational Choice? Plea Bargaining as an Engine of Racial Stratification and Overcrowding in the United States Prison System*, 24 RATIONALITY AND SOCIETY 131 (2012).

2 "A settlement that releases resources from any one case will increase the Ri\*s in other cases. Thus, the Ri\*s that initially satisfy (4) are not the final equilibrium values because adjustments take place as cases are settled. Moreover, these adjustments raise the So's in cases not yet settled. I largely ignore these secondary effects in the analysis"

של המשפט<sup>3</sup>. המודל מוכיח, בין השאר, כי צדק פוזנר בקובעו כי עסקאות הטיעון אינן מביאות לירידה בענישה.

התאוריה עשויה להעניק ביסוס לביקורת הקיימת בקרב חוקרים מתחום המשפט על המסקנות האופטימיות הנגזרות מ"צל המשפט", ואפשר שגם תביא להכרעת הכף בדיון הנורמטיבי נגד הקניית האפשרות לנאשם לוותר על זכותו למשפט ולהודות באשמה, ובעד מזעור השפעותיה השליליות על מערכת המשפט ועל החברה כולה.

המחקרים הקיימים המבוססים על תאוריית "מיקוח בצל המשפט" מנתחים את התמריצים לקיומן של עסקות הטיעון ומראים מדוע עסקאות אלו הן תופעה נפוצה. הם אינם מציעים הסבר לגידול הניכר בשיעור עסקות הטיעון, לירידה בתפוקת מערכת המשפט, להאשמות ולפליליות יתר, להחמרה בענישה, לפערים בענישה, לירידה הנמשכת בשיעור הזיכויים במשפטים ולתופעות נוספות במערכת המשפט הפלילי.

תאוריית "משפט בצל המיקוח" כורכת את הסיבות לתופעות אלו תחת הסבר גג אחד, ומובילה למסקנה המנוגדת לחלוטין לפרדיגמה המקובלת שעל פיה עסקאות הטיעון נערכות ב"צל המשפט" ומסייעות להתמודדות עם העומס על מערכת המשפט הפלילית. מודל תאורטי זה עשוי להעניק כלים לבחינת יעילותם של חלופות ותיקונים אפשריים בחוק שנועדו לשפר את איכותה של מערכת המשפט הפלילי ולהעשיר את השיח הציבורי בנושא אקטואלי זה.

## ב. מבוא

אף על פי שרק בכ- 4% מכתבי האישום שמוגשים לבתי המשפט מתקבלת הכרעת דין לאחר משפט ראיות מלא בישראל<sup>4</sup> ובכ- 3% בלבד בארצות הברית,<sup>5</sup> ועל אף הביקורת על תאוריית ה"מיקוח בצל המשפט" (להלן "צל המשפט"), המושלת בכיפת המחקר המשפטי-כלכלי, עדיין אין בנמצא תאוריה חלופית המעניקה הסבר להשתלטות עסקאות הטיעון על מערכת המשפט והכורכת יחדיו הסבר לתופעות נוספות כגון התארכות המשפטים, ירידה בשיעור הזיכויים במשפטים, החמרה בענישה, חוסר אחידות בענישה וכו'. במחקר זה ננסה לבחון קשרים שטרם נבחנו ואשר עשויים לבסס את ההשערה כי התהליכים מתרחשים בהיפוך סיבה ומסובב ממה שנהוג לחשוב, ואת "המשפט בצל

<sup>3</sup> "Given a fixed prosecutorial budget, average sentences [given at trial] will probably be heavier rather than lighter if plea bargaining is allowed, because the prosecutor can use the money saved in plea bargains ...to build a stronger case when bargaining fails – and knowing this defendants will give better terms in bargaining". RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 578 (2003).

<sup>4</sup> אורן גול-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל מרגל "שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים" (אוניברסיטת חיפה ומחלקת המידע והמחקר של בית המשפט העליון" מאי 2012).

<sup>5</sup> U.S. District Courts – Criminal Defendants Disposed of, by Type of Disposition and Offense, During the 12-Month Period Ending March 31, 2011.

המיקוח" (להלן "צל המיקוח") כתאוריה מתאימה יותר להבנת תופעת עסקאות הטיעון, וההחצנות הקשורות בה.

תאוריית "צל המשפט" קובעת כי ההחלטה על עסקת הטיעון מתבססת על תוחלת תוצאת המשפט, שהיא מכפלת העונש הצפוי במקרה של הרשעה, בהסתברות החזויה להרשעה במשפט, הסתברות הנגזרת מעצמת הראיות (לנדס 1971, 6 רודס 1979<sup>7</sup> ואחרים). תאוריית "צל המשפט" מנבאת עבור כי ההנחה בעסקת הטיעון, בהשוואה לגזר הדין במקרה של הרשעה, תהיה גדולה יותר עם הירידה בהסתברות להרשעה. תחזית זו תואמת ממצאים כמותיים על התנהגות התובע, המראים כי התובעים מציעים הנחה משמעותית יותר לנאשמים כאשר אין להם ראיות מספיקות להבטחת הרשעה במשפט (קרמר ואולמר 2002).<sup>8</sup>

אף שהמחקרים הקיימים המבוססים על תאוריית "צל המשפט" מנתחים את התמריצים לקיומן של עסקות הטיעון ומראים מדוע עסקאות אלו הן תופעה נפוצה, הם אינם מציעים הסבר לגידול הניכר בעסקות הטיעון, גידול שלא הגיע לכדי מיצוי.

בכל תקופה ותקופה הביקוש לעסקאות טיעון עולה עם הירידה במחירן כפי שתאוריית "צל המשפט" מנבאת, וכל עסקה מקצרת את משך המשפט. ברם כאשר נוסף על ניתוח התופעה ממד הזמן, מתגלה כי מתרחשת אנומליה: מחיר עסקאות הטיעון דווקא עולה עם הביקוש להן, והמשפטים מתארכים במקום להתקצר.

את ההסבר לאנומליה לכאורה הזו, המוכלת בתאוריית "צל המיקוח", אנו תולים באפקט מחזור-המשוב של עסקאות הטיעון, לב-לבה של תאוריית "צל המיקוח" והמוקד של עבודה זו. אפקט מחזור-המשוב מעלה כי תופעת עסקאות הטיעון נובעת מתוך עצמה, והיא מזינה ומעצימה את עצמה ואת התופעות הכרוכות בה.

השערת המחקר היא שהשתלטות עסקאות הטיעון על מערכת המשפט נובעת מן התמריצים שהן יוצרות לתובע ולנאשמים. התמריצים מניעים דינמיקה של מחזור-המשוב במערכת המשפט, המשפיעה על הצדדים להעדיף מתקופה לתקופה יותר ויותר עסקאות על פני משפט. גורמים חיצוניים לתובע ולנאשמים, כגון השופטים, החוקרים והמחוקק, פועלים בזיקה לתופעה זו ומעצימים אותה.

השערה נוספת של המחקר היא שעם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון תגרום השפעת הלוואי של התופעה שגם לתובע שאינו מונע מאינטרסים עצמיים יהיה כדאי להקצות משאבים רבים יותר לכל משפט באופן שעשוי – מעבר לשיעור עסקאות מסוים – להקטין את סך התיקים שבהם הוא יכול לטפל.

6 William M. Landes, *An Economic Analysis of the Courts*, 14 J. L. & ECON. 61 (1971)

7 William M. Rhodes, *Plea Bargaining: its Effect on Sentencing and Convictions in the District of Columbia*, 70 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 360 (1979)

8 John H. Kramer & Jeffery T. Ulmer, *Downward Departures for Serious Violent Offenders: Local Court 'Corrections' to Pennsylvania's Sentencing Guidelines*, 40 CRIMINOLOGY 897 (2002)

על יסוד המודל המקורי ופורץ הדרך שהוזכר לעיל (1971), ואשר הצמיח מחקרים רבים לניתוח כלכלי של מערכת המשפט, פותח ויוצג במאמר מודל המדמה את אפקט מחזור-המשוב של עסקאות הטיעון.

המודל מציע הסבר אנדוגני (פנימי) לתופעות שנצפו במערכת המשפט, ובהן גידול בשיעור עסקאות הטיעון, גידול בסך הענישה הכללית, עלייה בשיעור ההרשעות במשפטים שלא הסתיימו בעסקת טיעון והסבר להתארכותם ולהתייקרותם של המשפטים ולירידה בתפוקת הכרעות הדין.

באמצעות המודל ננסה להסביר כיצד אותם גורמים המשפיעים על הבחירה בין עסקת טיעון לניהול משפט משתנים מעצמם תוך כדי העלייה בשיעור עסקאות הטיעון ומעצימים את הנטייה לבחור בעסקת טיעון מתקופה לתקופה. בנוסף, נבחן כיצד השפעת תהליכים אקסוגניים (חיצוניים) לתובע ולנאשמים, כגון החמרה בענישה, פועלים בזיקה לדינמיקה המתרחשת ביניהם ומעצימים אותה, ונמחיש כי יש בהם מרכיב אנדוגני ביחס לתופעת עסקאות הטיעון.

במערכת המשפט שהמודל מייצג המשאבים המושקעים בתיק על ידי הצדדים, מחיר עסקאות הטיעון שיציע התובע, שיעור עסקאות הטיעון שיתממשו וההסתברות להרשעה במשפטים שיתנהלו – נקבעים כולם בעקבות תהליך אנדוגני כתלות בפרמטרים נתונים. המודל שפותח ממחיש, תוך הרחבת מודלים בסיסיים מן הספרות של משפט וכלכלה, חלק מהבעיות שהצביעה עליהן הספרות המשפטית, ומסביר מדוע עסקאות הטיעון נכשלות ככלי שנועד לחולל הקצאה יעילה של משאבים. המודל רלוונטי לשתי הסוגות המחקריות ומאיר כמה מן הפינות של הדינמיקה של עסקאות הטיעון, פינות שהוחמצו הן במחקר הכלכלי-משפטי והן במחקר המשפטי.

הדמיית מחשב המבוססת על מאפיינים התואמים את הנחות המודל ממחישה את תופעת מחזור-המשוב במערכת המשפט הפלילי ואת ההשערה כי גם לתובע שאינו מונע מאינטרסים עצמיים כדאי להקצות משאבים רבים יותר לטיפול בתיקים מעטים יותר מעבר לשיעור עסקאות הטיעון מסוים. מכאן שדווקא צמצום השימוש בעסקאות הטיעון יאפשר התמודדות טובה יותר עם העומס ועם הצורך להבטיח את מזעור הטעויות בהליך הפלילי. במקום לאסור את עסקאות הטיעון ניתן לשנות את חוק סדר הדין הפלילי סעיף 154 כך שעובדה שנאשם הודה בה, לא יראוה כמוכחת כלפיו והשופט ידרש לערוך הליך מקוצר של בירור ראיות, "הליך שיתנהל על בסיס חומר החקירה ועדות הנאשם"<sup>9</sup>. ביטול כוחה של ההודאה לאיין את המשפט עשוי לשמוט את התמריצים מחלק ניכר מעסקאות הטיעון ולרסן את התופעה ואת השפעותיה, כיוון שהודאה, ואפילו כניעה מוחלטת, של הנאשם לא תפסיק את המשפט ואת הליך בירור הראיות. לכן סביר לצפות שיפחתו, ואולי אף ייעלמו, התמריצים לניהול משאים ומתנים ותופעות הלואי הכרוכות בהן, ובעקבות זאת יחולו שינויים אשר ישפיעו לטובה על התנהלות המערכת.

9 אורן גזל-אייל ואבישלום תור "השפעת חפות על הסדרי טיעון: ממצאים אמפיריים, תובנות פסיכולוגיות, והשלכות נורמטיביות" משפטים לט 115 (2009).

אם נכפה עלינו לאפשר את קיומן, למצער יש לחייב את השופט לבקר את עסקת הטיעון שגובשה גם מצד האמת שבה (ביקורת שיפוטית על הראיות<sup>10</sup>) ולברר את הבסיס העובדתי שעליו היא נסמכת. זאת בניגוד לעמדתם של נציגי התביעה הכללית והסנגוריה הציבורית, בוועדת סדר הדין הפלילי אשר ניסחה את הצעת החוק, המעדיפים להגביל את שיקול הדעת של השופטים.<sup>11</sup>

### ג. תופעת עסקאות הטיעון

"על אף המינוח בו נאחז בית המשפט העליון, ברור כי הסדר טיעון הוא עסקה לכל דבר ועניין, עסקה שבסיסה הוא חוזה בין התביעה לבין הנאשם. עסקת טיעון, ככל עסקה אחרת, היא תוצאה של משא ומתן, מיקח וממכר שיש בהם שילוב של ידע בתחום המשפט הפלילי וידע בתחום ניהול המשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה".<sup>12</sup>

מאז אושרה בפסיקה בשנת 1972<sup>13</sup> האפשרות לעקוף את המשפט הפלילי באמצעות עסקת טיעון, עברה מערכת המשפט הפלילי בישראל שינוי רציף של ויתור הולך וגובר על ניהול משפט שעיקרו קביעת האמת המשפטית בתהליך של בירור ראיות, וכיום כבר כ-93% מהכרעות הדין מבוססות על הודאה שנמסרה בבית משפט,<sup>14</sup> שיעור הקרוב לשיעור ההודאות במערכת המשפט בארצות הברית.<sup>15</sup>

הסברה הרווחת היא שהשימוש ההולך וגובר בעסקאות הטיעון נועד להתמודד עם עומס התיקים הפליליים בבתי המשפט, ושבלעדיהן מערכת המשפט תקרוס.<sup>16,17</sup> אולם מסתבר

10 "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"; אליהו מצא "הסדרי טיעון – עבר ועתיד" הסניגור 171, 5, 11 (יוני 2011).

11 ראו פרק עסקאות הטיעון, הרתעה והאינטרס הציבורי.

12 מנחם גלברד "המודל הפסיכולוגי של תהליכי קבלת החלטות המתקבלות על ידי עורכי דין בהקשר של 'עסקת טיעון'" (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, אוניברסיטת חיפה, יולי 2009).

13 ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 543 (1972).

14 ראו גזל-אייל, גלון ווינשל מרגל, לעיל ה"ש 4.

15 נכון למרס 2011 בבתי המשפט הפדרליים בארצות הברית, כ-96.9% מהכרעות הדין מבוססות על הודאות באשמה. ראו [www.uscourts.gov/uscourts/Statistics/FederalJudicialCaseload](http://www.uscourts.gov/uscourts/Statistics/FederalJudicialCaseload) Statistics/2011/tables/D04Mar11.pdf.

16 דליה דורנר "בלעדי עסקאות הטיעון מערכת המשפט הפלילית תקרוס" (כינוס לציון יום החפות הבין-לאומי 2007, שנערך בתאטרון הקאמרי בתל אביב ב-23.3.2007).

17 "If every criminal charge were subjected to a full-scale trial, the States and the Federal Government would need to multiply by many times the number of judges and court facilities"; Santobello v. New York, 404 U.S. 257, 260 (1971).

שהעומס איננו תוצאה של ריבוי התיקים הפליליים המגיעים אליו<sup>18</sup> אלא ככל הנראה תוצאה של התארכות משך הטיפול בהם.

הודאה באשמה בבית המשפט מסיימת את הליך הוכחת האשמה בפלילים בשיטת המשפט האדוורסרית (יריבותית/פלוגתאית) הנהוגה בישראל ובמדינות האנגלו-סקסיות.<sup>19</sup> בעסקת הטיעון, שהיא הסכם בין התביעה לבין הנאשם, הנאשם מודה באשמתו ומורשע בתמורה להפחתה בסעיפי האישום או בעונש המלא. מכאן התמריצים לעריכת עסקת הטיעון. היא חוסכת לצדדים משאבים ומבטיחה את תוצאת המשפט, את הרשעת הנאשם ואת העונש המושת עליו.

חשוב להבין כי "ביסוד שיטה זו (השיטה האדברסרית) מונחת האמונה, שאם כל יריב (באמצעות באי כוחו) 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".<sup>20</sup>

בעסקת טיעון התביעה מקבלת החלטות מאחורי דלתיים סגורות. כשהתביעה מחליטה לשנות כתב אישום, אין הנמקה לכך, ואין שום פיקוח על כך. מכאן שאין דרך לציבור לבדוק את ההחלטה הזאת, לדעת עליה, וודאי ודאי שלא לערער עליה. יתרה מכך, אף שהעונש אחרי עסקת טיעון צריך להלום את חומרת העברה, אין בכך דבר כי את סעיפי האישום עדיין מותרים לחלוטין בשליטת התובע. בית המשפט אמנם בוחן את סעיפי האישום ונותן עונש בהתאם, אך העסקה כבר עיוותה את שיקול דעתו, כיוון שבעסקת הטיעון התביעה מתאימה את העבירה לעונש (המוסכם) במקום להתאים את העונש לעבירה.

בארצות הברית, בשני פסקי דין של בית המשפט העליון מן ה-21 למרס 2012, מבטא בית המשפט את ההבנה כי כיום השיטה המשפטית היא בעיקרה שיטה של הודאות ולא של

18 מספר השופטים עלה בעשור החולף יחסית יותר משגדלו האוכלוסייה ומספר החשודים (תיקי גילויים), ואילו מספר הכרעות הדין ביחס לגודל האוכלוסייה ירד. ראו בטבלאות הנתונים שלהלן.

19 ראו סעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982: "עובדה שנאשם הודה בה יראוה כמוכחת כלפיו זולת אם ראה בית המשפט שלא לקבל את ההודיה כראיה או שהנאשם חזר בו מן ההודיה לפי סעיף 153". ועל פי סעיף 156, רק כאשר "לא הודה הנאשם בעובדות שיש בהן כדי להרשיעו באישום או באחד האישומים שבכתב האישום, או שהודה ובית המשפט לא קיבל את הודייתו, תביא התביעה לפני בית המשפט את ראיותיה לעובדות שלא נתקבלה עליהן הודיה".

20 ראו אהרן קירשנבאום הרשעה עצמית במשפט העברי, ההודאה בפלילים וההפללה העצמית בהלכה היהודית (2005).

משפטים,<sup>21</sup> ומכאן את ההכרה כי יש צורך להרחיב את הביקורת השיפוטית על מערכת המשפט.<sup>22</sup>

לעומת ארצות הברית בישראל חל בבית המשפט העליון תהליך הפוך: בשנת 1972, בפסק הדין בחמוצקי, אשר אישר את קיומן, ביטא השופט (כתוארו אז) לנדוי את הסתייגותו מעסקאות הטיעון,<sup>23</sup> ואילו בשנת 2002 בפסק דין פלוני נ' מ"י, ובראש הרכב של תשעה שופטים, ביטאה השופטת (כתוארה אז) ביניש גישה אוהדת כלפי מוסד עסקאות הטיעון<sup>24,25</sup> ואף רצון להעניק לו לגיטימיות באמצעות שינוי המינוח להסדר טיעון.<sup>26</sup> הגישה הזו זוכה לביקורת מפי חלק משופטי העבר. לעומת השופטת ביניש, נשיאת בית המשפט העליון עד לאחרונה, נשיא בית המשפט העליון לשעבר מאיר שמגר, אשר מקבל את השימוש בעסקאות הטיעון במקרים הספורים שבהם קושי בראיות אולי מצדיק זאת, מסתייג מהשתלטותן על מערכת המשפט.<sup>27</sup>

21 “Criminal justice today is for the most part a system of pleas, not a system of trials”; 21 Missouri v. Frye, No. 10-444 (U.S. Mar. 21, 2012).

22 “decisions that vastly expanded judges’ supervision of the criminal justice system”; Adam Liptak, *Justices’ Ruling Expands Rights of Accused in Plea Bargains*, THE NEW YORK TIMES (March 21, 2012) [www.nytimes.com/2012/03/22/us/supreme-court-says-defendants-have-right-to-good-lawyers.html?adxnln=1&adxnlnx=1382008181-7rbKmy.WLqqbhBpt+CYqPVA](http://www.nytimes.com/2012/03/22/us/supreme-court-says-defendants-have-right-to-good-lawyers.html?adxnln=1&adxnlnx=1382008181-7rbKmy.WLqqbhBpt+CYqPVA).

23 עניין בחמוצקי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 559: “אין צריך לומר שהנפש היפה סולדת מכל אלה ובשיטה אידיאלית של עשיית צדק אין מקום לפשרות אלא משמצאה התביעה שיש בידה ראיות מספיקות להעמדת אדם לדין, חייב הדין להתברר עד תומו, אם על-פי הודאה של הנאשם שמקורה בהרגשת אשמה ובידיעה שאין לו מה לטעון נגד האישום, ואם אחרי הבאת הראיות המסתיימת בפסק-דין של זיכוי או של הרשעה. עסקה הנעשית עם עבריין בחדרי חדרים והמסתיימת בהטלת עונש קל יותר ממה שראוי היה להטיל עליו, יש בה טעם לפגם והיא עלולה לעורר בציבור רושם של איפה ואיפה בעשיית דין במושעעים, ושל משיכת חוטם מאחורי הקלעים על-ידי בעלי השפעה”.

24 “בתי המשפט אינם מתייחסים עוד להסדרי טיעון כהכרח לא יגונה אלא מכירים בערכם ובתרומתם”; ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 577, 592 (2002).

25 נסיגה מסוימת מעמדה זו ביטאה ביניש בישבה כנשיאת בית המשפט העליון בתיק קצב (בג"ץ 5699/07 פלונית (א) נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550 (2008), כשעמדה על כך ש“נקודת המוצא לעריכתו של הסדר טיעון היא כי מתקיימת תשתית ראייתית לכאורית מספקת לצורך הגשת כתב אישום בהעדר הסדר טיעון בין הצדדים” (פס' 5).

26 “ברבות השנים קנה לו מוסד זה מעמד לגיטימי בשיטת המשפט שלנו, ונראה כי אין מקום עוד לכנותו בביטוי המבטא נימה שלילית. על כן, נראה כי ראוי יותר לכנותו “הסדר טיעון” וכך נעשה מעתה ואילך”. שם, פס' 3.

27 “לא ראיתי פגם בהפעלת דרך דיונית זו במקרים מיוחדים ויוצאי דופן. אולם כאשר אנו עומדים מול סחף כולל בדרך הטיפול באישומים פליליים, והמדינה המירה את הענישה אשר צריכה להיות מודרכת על-ידי האינטרס הציבורי, לפי מדיניות שנועדה לשרש תופעות נלוזות מסוימות, במשא-ומתן, אין לי אלא להסתייג מן הדרך האמורה”; מאיר שמגר “שימוש מופרז בעסקאות טיעון” עורך הדין 93, 8, 9 (2011).



בירור ההשפעה של עסקאות הטיעון על עומס מערכת המשפט, כמו גם על היקף ההרשעות המוטעות והזיכויים המוטעים, חשוב במיוחד במועד זה בעת שהכנסת עומדת לעגן את השימוש בעסקאות הטיעון ולקבוע את אופן השימוש בכלי זה. בשנים האחרונות נעשו כמה ניסיונות של משרד המשפטים למסד את עסקאות הטיעון בחקיקה. תזכיר החוק, כפי שכתוב בו, "יוצא מנקודת ההנחה של פסק דין בחמוצקי ופסקי הדין שבאו בעקבותיו, לפיה נוכח היתרונות הטמונים בהסדרי הטיעון, ניתן לראות בהם הכרח בליגונה".<sup>28</sup> ביולי 2010 עברה הצעת החוק בקריאה ראשונה בכנסת, ובינואר 2012 החלו הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט לצורך הכנתה לקריאה שנייה ושלישית.<sup>29</sup> התפיסה כי עסקאות הטיעון הן אמצעי יעיל להשגת מטרות מערכת המשפט הפלילי משמשת כיום השיקול המרכזי לאימוצם. כפי שציין בית המשפט העליון בהרכב מורחב:

"הסדרי טיעון אינם בהכרח מחלישים את יסוד ההרתעה בענישה, אלא עשויים לתרום להרתעה אפקטיבית בכך שמביאים הם להרשעתם של נאשמים רבים יותר, ובהם נאשמים שמטעמים שונים עלול היה להתעורר קושי בביסוס אשמתם בראיות קבילות".<sup>30</sup>

בהצעת החוק הממשלתית המבקשת להסדיר את מוסד הסדרי הטיעון אומץ שיקול זה. בין הנימוקים להצעה נכתב כי "אין חולק כי הסדרי הטיעון מביאים לחסכון במשאבי החקירה, התביעה, ובתי המשפט".<sup>31</sup> כבסיס לקביעה זו משמשת הספרות הרחבה של הניתוח הכלכלי של עסקאות הטיעון, המציגה כיצד הסדרים אלו מאפשרים להשיא את ההרתעה כשקיימת מגבלת משאבים.<sup>32</sup> עיון בטבלה שלהלן, המציגה נתונים על תיקים פליליים והכרעות דין במערכת המשפט בישראל בארבעת העשורים שחלפו, מלמד שהצידוק של חיסכון במשאבים מוטל בספק ודורש בחינה מדוקדקת, הואיל והוא עלול להוביל להתעלמות מסכנות מוחשיות הטמונות בעסקאות הטיעון.<sup>33</sup>

28 הביטוי "הכרח בליגונה" נשמע כמו נלקח מספרו של פרנץ קפקא המשפט (אברהם כרמל תרגם, 1992). בפרק 'בקתדרלה' מספר הכהן ליוזף ק. את המשל 'לפני החוק' שאמור לסייע לו להבין את הסיטואציה אליה נקלע. יחדיו הם מנתחים את המשמעות ומסכמים במשפטים הבאים: "לא, אמר הכהן, אין בהכרח שתקבל הכול כאמת לאמיתה, די שתקבל הכול כהכרח בליגונה. דעה עגומה, אמר ק', השקר הופך לסדרו של עולם".

29 לדיון במליאה בקריאה ראשונה בהצעת החוק ראו [www.knesset.gov.il/huka/Law/PlenumProtocol.asp](http://www.knesset.gov.il/huka/Law/PlenumProtocol.asp)

30 השופטת ביניש בראש הרכב של תשעה שופטים בבית המשפט העליון בשנת 2002, בעניין פלוני, לעיל ה"ש 24, בעמ' 593.

31 ראו הצעת חוק סדר הדין הפלילי (הסדרי טיעון), יולי 2010, [www.knesset.gov.il/co\\_mmittees/heb/material/data/H19-10-2010\\_11-28-37\\_536.pdf](http://www.knesset.gov.il/co_mmittees/heb/material/data/H19-10-2010_11-28-37_536.pdf)

32 ראו פרק סקירת ספרות.

33 ראו טבלאות נתונים מפורטות בחלק שלישי.

שנה	תיקים פליליים לא כולל תיקי א-תביעה		תיקים גלויים (מפוענחים, שיש בהם חשוד)		הכרעות דין / דין במשפטים פליליים		יחס הכרעות / הדין אוכלוסייה באלפים	שיעור הכרעות הדין מסך התיקים הפליליים
	אוכל באלפים	א-תביעה	שיש בהם המפוענחים	שיעור התיקים המפוענחים	פליליים	הגלויים	באלפים	
1970	3,022	134,545	42,500	31.6%	27,772	65%	9.19	21%
1980	3,922	247,084	57,300	23.2%	29,718	52%	7.58	12%
1990	4,822	252,374	71,000	28.1%	33,478	47%	6.94	13%
2000	6,369	379,546	147,511	38.9%	44,198	30%	6.94	12%
2010	7,695	373,852	164,628	44.0%	36,491	22%	4.74	10%
	155%	178%	287%	39%	31%	-66%	-48%	-53%

**נתונים**

אוכלוסייה והרשעות: הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה  
מספר הכרעות הדין לשנה מחושב ממספר ההרשעות לחלק לשיעור ההרשעות  
תיקים פליליים ותיקים מפוענחים: אתר משטרת ישראל  
נתון 2010 מבוסס על נתון הרשעות 2009

למעשה, בעוד העומס הפלילי על מערכת המשפט הנמדד כשיעור התיקים הפליליים הנפתחים על ידי המשטרה ביחס לגודל האוכלוסייה, קרוב לשיעורו בשנות השבעים, תפוקת בתי המשפט ירדה בכמחצית או יותר על פי המדדים האלה: שיעור הכרעות הדין מסך התיקים הפליליים, שיעור הכרעות הדין מסך התיקים הגלויים (שיש בהם חשודים) ומספר הכרעות הדין ביחס לגודל האוכלוסייה.

המשמעות היא שאם בשנות השבעים נערך בירור דין (במשפט הוכחות או בעסקת טיעון) עם קרוב לשני שלישים מהחשודים, הרי שכיום נערך בירור דין רק עם כחמישית מהחשודים (!)

למרות הגידול העצום בשימוש בעסקאות הטיעון כחלופה לניהול משפט מלא, ההליך המשפטי הפלילי התארך בממוצע מחודשים ספורים למעל שנה ויותר, ומכאן הירידה התלולה בתפוקת בתי המשפט. התוצאה היא לא רק עינוי דין מתמשך לנאשמים ולקרבתם אלא הקטנה במספר התיקים שבהם המערכת מסוגלת לטפל, הקטנה שמשמעותה שלא נערך בירור דין עם אלפי חשודים, וניתן זיכוי עקיף לאשמים רבים שהדין עמם לא מוצה.

נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה בדבר מספר העבריינים שחויבו בדין בשנת 2009 (התפרסמו באוקטובר 2011)<sup>34</sup> מלמדים שמגמת הירידה בתפוקת הכרעות הדין בפלילים במערכת המשפט נמשכת.

אף שבעשור החולף מספר השופטים עלה בקצב מהיר יותר ממספר החשודים, ניתוח הנתונים<sup>35</sup> מלמד כי שיעור הכרעות הדין ביחס למספר החשודים (תיקים גלויים) ירד בשנת 2009 בהשוואה לשנת 2000 בכ- 28%, ומכאן שהתפוקה לשופט ירדה אף יותר – בכ- 38%

34 ראו דוח פני החברה בישראל לשנת 2009, פרק 7: חוק וסדר, [www.cbs.gov.il/webpub/pub/.text\\_page.html?publ=54&CYear=2009&CMonth=1#7](http://www.cbs.gov.il/webpub/pub/.text_page.html?publ=54&CYear=2009&CMonth=1#7)

35 ראו נתונים נוספים בחלק שלישי טבלאות הנתונים.

בעשור אחד בלבד. אם המערכת הייתה מצליחה לשמור על שיעור של כ-30% הכרעות דין ביחס למספר החשודים, כפי שהיה בתחילת העשור, היו ניתנים עוד כ-14 אלף הכרעות דין בשנת 2009 (!)

נתונים מדויקים על היקף עסקאות הטיעון אינם מתפרסמים.<sup>36</sup> ההערכה היא כי המשך מגמת הירידה בתפוקת הכרעות הדין התרחשה תוך כדי המשך המגמה של עלייה בשיעור עסקאות הטיעון. נתונים אינדיקטיביים אלו מלמדים כי חרף העלייה המסתמנת בהיקף עסקאות הטיעון ושיעור ההרשעות, בפועל המערכת אינה ממצה את הדין עם יותר ויותר עבריינים, ולמעשה מעניקה להם זיכוי עקיף.

#### ד. מיקוח בצל המשפט

“...what the guilty plea system guarantees is that when you have miscarriages of justice, the victim of it is going to face staggering sentences because those sentences are not a consequence of justice. Those sentences are a consequence of the need to grease the wheels of the system...”<sup>37</sup>

הרעיון והמינוח “מיקוח בצל המשפט” חדר לראשונה לספרות עם המאמר של מנוחין וקורנהאוזר מ-1979,<sup>38</sup> אשר הציג את הרעיון בהקשר של הסדרי גירושין. החידוש במאמר הוא התובנה כי אף שרוב הסדרי הגירושין מתגבשים באמצעות משאים ומתנים פרטיים, החוק עדיין משפיע עליהם. לחוק עדיין יש כוח משום שכל צד יכול בסופו של דבר להשפיע על תביעתו באמצעות איום בהתערבות שיפוטית.

את מודל הצל הרחיבו וניסחו פורמלית מאמרים שנכתבו סמוך לאחריו: וימר (1978),<sup>39</sup> רודס (1979),<sup>40</sup> קוטר, מארקס ומנוחין (1982),<sup>41</sup> פריסט וקליין (1984)<sup>42</sup> ואחרים, והוא התקבל כמודל המיושם גם במשפטים פליליים.

36 ראו פסק הדין של השופט מרזל מה-6 ביולי 2011, בעתירה המנהלית לחייב את המדינה למסור מידע על היקף עסקאות הטיעון שהיא עורכת. העתירה הוגשה בחודש יולי 2010 עם התנועה לחופש המידע. קישור לעתירה ולפסק הדין נמצא באתר התנועה לחופש המידע בקישור [www.meida.org.il/?p=2591](http://www.meida.org.il/?p=2591). טבלאות ובהן נתונים על עסקאות הטיעון בשנים 2007–2009 בבתי המשפט המחוזיים, שהתקבלו מפרקליטות המדינה בתגובה לעתירה, אפשר למצוא בחלק שלישי.

37 Stephen Schulhofer, Professor of Law at New York University, From the documentary film “The Plea” Frontline (Written, Produced and Directed by Ofra Bikel, June 17, 2004).

38 Robert Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950 (1979).

39 David L. Weimer, *Plea Bargaining and the Decision to go to Trial: The Application of a Rational Choice Model*, 10 POLICY SCIENCES 1 (1978).

ניסיון להבין את תהליך המיקוח והיבטים נוספים של בתי המשפט קדם בוודאות לעבודתם. ויליאם לנדס ביטא כבר ב-1971, בעבודתו המקיפה "ניתוח כלכלי של בתי המשפט", שהזכרה במבוא, את מהות התפיסה של צל המשפט. לנדס לא רק שהציג את המסגרת הכללית להבנת תהליך בחירת התיקים והמשאבים המוקצים להם, הוא גם סיפק כמה מבחנים אמפיריים באותו מחקר.

לנדס הסביר את ריבוי קיומן של עסקאות הטיעון בכך שכדאי לצדדים להתפשר<sup>43</sup> כאשר הם שותפים להערכתם 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.

מודל "צל המשפט" במשפט הפלילי מנבא כי ההחלטה על עסקת הטיעון מתבססת על הערכת ההסתברות לתוצאת המשפט אשר נגזרת בעיקר מעצמת הראיות ומזמינותן ומהמשאבים המוקצים למשפט על ידי הצדדים. עם השנים זכה המודל לאישוש אמפירי. במחקרים של לנדס (1971), וימר (1978), ורודס (1979) ואחרים הוכח בין השאר כי הביקוש לעסקת טיעון עולה עם העלייה בהסתברות להרשעה, והביקוש למשפט יורד עם העלייה בהנחה הגלומה בעסקת הטיעון.

על יסוד תאוריית "צל המשפט" הסיקו חוקרים שונים, שעליהם נסמכים חוקרים רבים עד היום, כי תוצאות עסקת הטיעון ראויות כשם שתוצאת המשפט ראויה (צ'רץ' 1979<sup>44</sup>, סקוט וסטאנץ' 1992<sup>45</sup> ואחרים), ושיקול הדעת של התביעה בהקצאת המשאבים בין משפטים ועסקאות נתפס כיעיל בדומה למנגנון הקצאת המשאבים בשוק, ומכאן שאסדרה (רגולציה) או פיקוח וביקורת על עבודת הפרקליטות יפגעו ביעילותו (איסטרברוק 1983<sup>46</sup>,

- Rhodes, לעיל ה"ש 7. 40  
 Robert Cooter, Stephen. Marks & Robert Mnookin, *Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior*, 11 J. LEGAL STUD. 225 (1982) 41  
 Georg L. Priest & Benjamin Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, 13 J. LEGAL STUD. 1 (1984) 42  
 "We observed in the introduction that a large fraction of cases are settled before trial. Our analysis predicts this if in most cases the prosecutor and suspect agree on the expected outcome of a trial, the costs of a trial to both parties exceed their settlement costs, and suspects are generally risk averse in their trial versus settlement choice" Landes, לעיל ה"ש 6, בעמ' 171. 43  
 Thomas W. Church Jr., *In Criminal Defense of "Bargain Justice"*, 13 L. & SOC'Y REV. 509 (Special Issue on Plea Bargaining, 1979) 44  
 Robert E. Scott & William J. Stuntz, *A Reply: Imperfect Bargains, Imperfect Trials, and Innocent Defendants*, 101 YALE L.J. 2011, 2013 (1992) 45  
 Frank H. Easterbrook, *Criminal Defense of 'Bargain Justice', Procedure as a Market System*, 12 J. LEGAL STUD. 289 (1983) 46

והתביעה יכולה וצריכה להשתמש בכוחה, גם ככלי במיקוח, כדי לקדם את מטרות מערכת המשפט הפלילי.<sup>47</sup>

הטענה כי עסקאות הטיעון מתקמות בצל תוצאת המשפט חשובה מכמה סיבות: ראשית, נובע מכך שאין צורך לאסור על עסקאות הטיעון אשר משרתות את רוב הכרעת הדין. אם משפטים מוסדרים ומפוקחים ביסודיות משמשים לגיבוי עסקאות טיעון לא מפוקחות, איננו צריכים אמצעי בטיחות חדשים לעסקאות הטיעון, כיוון שבתוצאותיהן כבר משולבים ומגולמים ערכי הבטיחות של המשפט.

שנית, המשאים והמתנים מכוונים את הענישה כך שאלו אשר בוודאות גדולה יותר אשמים בפשעים חמורים יותר, יקבלו עונש חמור יותר. מכאן שהענישה משקפת את רמת האשמה.

שלישית, אם אנו מניחים כי המשטרה והתביעה מעוניינות להשיג את הענישה המרבית בתיקים שברשותם, יש להם התמריצים לרדוף אחר הפושעים אשר עומדים בפני האשמות מבוססות יותר. בניגוד לכך, תמריצים אלו צריכים להרחיק את המשטרה ואת התביעה הרחק מאלו אשר עשויים להיות חפים.

רביעית, הגנות במשפט אמורות להרתיע התנהגות לא ראויה של המשטרה. אם עסקאות הטיעון אכן משקפות את המשפט, אז חוקי הגנה ימשיכו לעבוד כהלכה גם בעולם של הודאות באשמה. בקצרה, המודל הקלסי מניח כי המשפטים מייצרים אמות מידה רצויות וצל כבוד. הצללים הללו מבטיחים לכאורה שעסקת הטיעון תקצה ענישה ראויה, גם במצטבר וגם בתיק המסוים.

המלומדים מתחום המשפט חולקים על קביעות אלו וטוענים שהתובעים מונעים מרתיעה מסיכון מהפסד במשפט, מיחסייהם עם השוק הפרטי וממניעים שונים ומשונים אחרים (שולהופר 1988).<sup>48</sup> הטיות אלו עלולות לעודד תובעים להבטיח את עסקאות הטיעון באמצעות הצעות מקלות ומפתות אשר פוגעות באינטרס הציבורי של הרתעה. לדעתו, אף שלעתים שיקולי התביעה עשויים להיות מתואמים עם טובת הציבור, לעתים קרובות הם לא. בעיות הסוכן הללו יכולות להיפתר על ידי מערכת רגולטורית שאינה נשענת בלעדית על שיקול הדעת של התובעים ועל שוק חופשי, אלא על ביקורת שיפוטית על החלטות לתבוע ועל בקרה פנימית על ההחלטות מה לא לתבוע.

במקרים מסוימים תובע מגיש כתב אישום באישום חמור יותר מהאישום שהיה מגיש אם היה צריך להוכיח את האשמותיו במשפט, מתוך הנחה סבירה שבמסגרת עסקת הטיעון יוכל

47 הספרות הכלכלית על פשיעה רואה את ההרתעה כמטרה העיקרית של המשפט הפלילי. ראו Gary Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 169 (1968).

48 Stephen J. Schulhofer, *Plea Bargaining as Disaster*, 101 YALE L.J. 1979 (1992).

להתפשר ולוותר על האישום החמור ולהגיע להסכמה של הרשעה באישום קל יותר (גיפורד 1983).<sup>49</sup>

במערכת משפט עמוסה, תוספת של רגולציה והגנות לנאשמים אשר לכאורה נועדו להגן על כל הנאשמים, מעודדת את הגורמים המעורבים בהליך לפעול באופן המקטין את המתאם בין האחריות הפלילית וחומרת העברה לבין הרשעה ועונש ועלול להיטיב עם נאשמים עשירים ולרע את סיכוייהם של נאשמים עניים (סטאנץ 1997).<sup>50</sup>

עסקאות הטיעון ופליליות יתר מזינות זו את זו, כיוון שעסקאות הטיעון מגנות על פליליות היתר מבחינה בבית המשפט, ופליליות היתר יוצרת את התמריצים שגורמים לעסקאות הטיעון כה להתפשט (דרוון 2011).<sup>51</sup>

תופעות אלה עלולות להיות מסוכנות יותר ככל שהפיקוח השיפוטי על התביעה בהחלטתה בדבר עמדה לדין מוגבל יותר. האשמת יתר יוצרת לחץ פסול להודות, ולעתים אף שוללת את רצונו החופשי של הנאשם. אמנם בכל מקרה של פער ענישה בין הודאה לכפירה נוצר לחץ להודות, אולם כאשר אפילו התובע סבור שהעונש שיוטל במקרה של הרשעה אחרי כפירה אינו מוצדק, התופעה לוקה בחוסר הגינות אינהרנטי (קובו 2009).<sup>52</sup>

ביבס (2004)<sup>53</sup> מטיל ספק בלב פרדיגמת "צל המשפט" ומספק טיעונים משכנעים מדוע מודל זה אינו נותן הסבר מלא לשונות בענישה. לטענתו, כשלים כגון הגנה לא יעילה, עלויות סוכנים, ערביות ומעצר עד תום הליכים מחד וקיומן של הטיות וסכנות פסיכולוגיות אחרות הפוגעות בשיקול הדעת של הנאשמים להתמקח באופן רציונלי בצל תוצאת המשפט מאידך, מסיטים באופן ניכר את התפלגות העונשים בעסקאות הטיעון מהתוצאה החברתית הרצויה, ומטילים ספק ביעילות הכלכלית המיוחסת להן.

רייט (2005) מצביע על עיוותים במערכת המשפט הפדרלית בארצות הברית, אשר לדעתו גרמו לכך שמהסיבות הלא נכונות נעלמו הזיכויים ממערכת המשפט. לדבריו, התובעים הגבירו את "עונש המשפט" (הכולל את עלות ניהול המשפט) עד כדי כך שגם נאשמים עם הגנה חזקה מרגישים מאולצים להודות באשמה, באופן שחותר תחת תפקידה של המערכת הפלילית בחקר האמת. לדבריו, באופן מפתיע, למרות הגידול במשאבי התביעה, מספר התיקים שבהם שמטפל כל תובע ירד.<sup>54</sup>

Donald G. Gifford, *Meaningful Reform of Plea Bargaining: The Control of Prosecutorial Discretion*, U. ILL. L. REV. 37, 47–49 (1983) 49

William J. Stuntz, *The Uneasy Relationship between Criminal Procedure and Criminal Justice*, 107 YALE L.J. 1 (1997) 50

Lucian E. Dervan, *Overcriminalization 2.0: The Symbiotic Relationship Between Plea Bargaining and Overcriminalization*, 7 J. L. ECON. & POLICY 645 (2011) 51

עמי קובו נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט: מודים כאשמה וטוענים לחפותם (2009). 52

Stephanos Bibas, *Plea-bargaining Outside the Shadow of Trial*, HARV. L. REV. 2456 (2004). 53

"However, the most important cause of rising guilty pleas and falling acquittals in recent decades has been a dramatic increase in prosecutorial resources. Surprisingly, federal prosecutors today handle far fewer cases per attorney than they did in the middle of the 54

מחקרם של גרופה וסטפן (2008) מטיל ספק ביעילות התוצאה של אימוץ עסקאות הטיעון במערכת המשפט האירופית במקרים רבים. מסקנתם היא שיש למתן את ההערכות הכלליות על אופטימיות בנוגע ליעילות עסקאות הטיעון.<sup>55</sup> על שאלת המטרות שהתביעה מנסה לקדם בפועל, אם התובע פועל כמתכנן חברתי המעוניין להשיא את הענישה הפלילית או שהוא מאזן בין מטרה זו לבין השאת שיעור ההרשעות ומטרות אישיות אחרות, מנסים להשיב רבים, ובהם רסמוסן, רגהב ורמסייר (2008).<sup>56</sup>

בדומה למודל מחזור-המשוב, מאמר זה מביא בחשבון שעסקאות הטיעון הן חוזים בעלי השפעות חיצוניות: כל נאשם שמקבל עסקה משחרר משאבים לתובע נאשמים אחרים. המודל שפותח מסביר את התגברות כוחו של התובע ואת ריבוי עסקאות הטיעון, אך אינו מנתח את התפתחות הגורמים הכרוכים בעסקאות הטיעון, את מחיר העסקה, את המשאבים שיוקצו למשפטים ואת ההסתברות להרשעה בפועל, ואינו מנבא את שיעורם. מסקנתם היא שתגובת התובעים ללחץ הציבורי מתבטאת בהפחתת מספר התיקים הנתבעים כדי לאפשר הקצאת משאבים להגדלת שיעורי ההרשעה מעבר לרמה שמתכנן חברתי היה בוחר.<sup>57</sup>

על שאלת אמינותו של איום התובע שיש לו משאבים מוגבלים לתובע נאשמים רבים, ולהשיג עסקאות טיעון הכרוכות בעונשים קשים, מנסים להשיב בר-גיל ובן-שחר (2009). הם מגיעים למסקנה כי בניגוד לתפיסה הרווחת, מוסד עסקאות הטיעון אינו משפר את

twentieth century"; R.F. Wright, *Trial, Distortion and the End Of Innocence in Federal Criminal Justice*, 154 U. PA. L. REV. 79, 85 (2005)

"We are skeptical that plea-bargaining can lead to or is consistent with the desirable outcome in many circumstances. Therefore, our point is not to reject an efficiency assessment of plea-bargaining, or criminal procedure in general, but rather mitigate any general optimism about the result of such assessment"; Nuno Garoupa & Frank H. Stephen, *Why Plea-Bargaining Fails to Achieve Results in So Many Criminal Justice Systems*, 15 MAASTRICHT JOURNAL OF EUROPEAN AND COMPARATIVE LAW 323 (2008)

"We begin with two models of prosecutorial behavior: (a) a prosecutor who, as social planner, maximizes criminal sentences, and (b) a prosecutor who balances that goal against a high conviction rate and other personal objectives. We then use U.S. county- and prosecutorial-district-level data to explore the relationship between prosecution rates, conviction rates, and budgets"; Eric Rasmusen, Manu Raghav & Mark Ramseyer, *Convictions versus Conviction Rates: The Prosecutor's Choice*, 11 AM. L. & ECON. REV. 47, 51 (2009)

"Ultimately, we show that elected prosecutors may respond to electoral pressure by using resources to raise their conviction rates beyond the levels a social planner would choose, and thereby (by reducing the number of cases pursued) to lower the total punishment imposed".<sup>51</sup> שם, בעמ' 51.

רווחתם של הנאשמים. לטענתם, אלמלא עסקאות הטיעון, נגד נאשמים רבים לא היה מוגש כלל כתב אישום<sup>58</sup>.

המודל שפיתחו אמנם מסביר יפה את עליית כוחה של התביעה הכללית, אך גם הוא אינו מציג דרך לניבוי הקף עסקאות הטיעון שהמערכת תגיע אליהן, אינו אומד את מחיר עסקאות הטיעון הצפוי ואינו מסביר את הקשר שבין שיעור עסקאות הטיעון ובין השקעת המשאבים במשפטים, ובין שיעור עסקאות הטיעון להסתברות להרשעה.

## ה. משפט בצל המיקוח

“אם רעיון בתחילה אינו נשמע אבסורדי, אין לו תוחלת.”

אלברט איינשטיין

תאוריית “המשפט בצל המיקוח” מבקשת להעניק הסבר חלופי, נכון ושלם יותר, להסבר שמציגה תאוריית “המיקוח בצל המשפט”, שעדיין מושלת בכיפת המחקר המשפטי-כלכלי חרף הביקורות שהוטחו בה. יומרתו של ההסבר החלופי שמעניקה תאוריית “צל המשפט” היא לשנות את תפיסתנו את התהוות המציאות המשפטית ולהשפיע על הדרכים שבהן אנו רוצים לטפל בה.

“צל המיקוח” גורסת את ההפך מתאוריית “צל המשפט” – יותר משעסקת הטיעון נערכת בצל המשפט, המשפט עצמו נערך בצל עסקאות הטיעון. כלומר, התנהלותו ותוצאתו של המשפט מושפעות מעסקאות הטיעון, אשר מרחיקות אותו מכל צורה ואופן שלפיהם הוא נהג ללא קיומן. במילים אחרות, לא רק שעסקאות הטיעון מתרחקות מצל המשפט, המשפט עצמו מתרחק מעצמו כדי לקיים את עסקאות הטיעון שהן המתכונת העיקרית לסיום המשפטים הפליליים.

תפיסה דומה לתאוריית “צל המיקוח” במשפט הפלילי מציג דפורטר (2010)<sup>59</sup> בנוגע להסדרים במשפט האזרחי. לדבריו, בניגוד למקובל להניח, הסכמים פרטיים הופכים נחלת הכלל דרך דיווחי תקשורת, רשתות עורכי דין, קבוצות אינטרסים וארגונים מקצועיים. לכן ההסכמות שהושגו בהסכמים המוקדמים מגבירות את הביקוש לתגמולים העתידיים, והתובעים בתיקים העתידיים הופכים לתובעניים יותר ומוכנים פחות לקבל הסדר מתחת

58 “...despite the common view to the contrary, the institution of plea bargains may not improve the well-being of defendants. Absent the plea bargain option, many defendants would not have been charged in the first place. Thus, we can no longer count on the fact that plea bargains are entered voluntarily to argue that they are desirable for all parties involved” (Oren Bar-Gill & Omri Ben-Shahar, *The Prisoners' (Plea Bargain) Dilemma* Summer, 1 J. LEGAL ANALYSIS 737 (2009)

59 Ben Depoorter, *Law in the Shadow of Bargaining: The Feedback Effect of Civil Settlements*, 95 CORNELL L. REV. 957 (2010)



למה שהושג בעבר בתיקים דומים. בנוסף, הסכמים חדשים ומגמות בהסכמים עשויים להשפיע גם על הפסיקה.

תומכי מודל "צל המשפט" מציינים כי גורמים נוספים כגון גישה לסיכון, עלויות, משאבים, יכולת להשתחרר בערבות ועוד, אמנם משפיעים על תוצאת עסקת הטיעון, אך בגדול "צל המשפט" הוא הגורם הקובע לדעתם במדויק את תוצאת עסקת הטיעון, ולשאר הגורמים הם מתייחסים כבעלי חשיבות משנית.

הקרימינולוגים תולים את ההסבר לפערים בעסקות הטיעון בהבדלים מבניים ברמת בית המשפט (איינשטיין וגייקוב 1977<sup>60</sup>), אך לא ברמת הנאשם בתוך בית משפט. מחקרים אמפיריים מן השנים האחרונות (אולמר וברדלי 2006,<sup>61</sup> אולמר ואחרים 2010<sup>62</sup>) מיקדו את תשומת לבם של קרימינולוגים בניסיון לזהות ולהסביר פערים בעסקאות הטיעון הנערכות עם נאשמים שונים הדומים מבחינה משפטית.

משום ההתמקדות בהסברים שונים לפערים בעסקאות טיעון אין למעשה מחלוקת מפורשת בין מודל "צל המשפט" לתאוריה המבנית בקרימינולוגיה.

כיוון שעסקאות הטיעון יוצרות לתביעה תמריצים לבחור בתיקים בעלי תשתית ראייתית רעועה, עולה החשש שבשל יכולתו של התובע להציע עסקת טיעון מקלה, שתבטיח הרשעה, יעלה שיעור החפים המורשעים (גול-אייל 2005<sup>63</sup>). הדבר נובע מהעובדה שבשל עסקאות הטיעון תובעים יכולים להימנע מהצורך לבחון את התאוריות שלהם במשפט ולהשתמש במכפיל הכוח שבידיהם כדי לכפות אפילו על נאשמים חפים, ובוודאי על אלו שאשמתם מוטלת בספק, להודות באשמה (ריבשטיין 2011<sup>64</sup>).

מחקר אמפירי עדכני אמד את ההסתברות להרשעה הנגזרת מתוצאת עסקת הטיעון ומצא כי אף שראיות משמשות גורם מסביר מצוין להסתברות להרשעה לנאשמים שהולכים למשפט, ראיות אינן יכולות להסביר באותו אופן את תוצאת עסקת הטיעון לאלו שבחרו בה. מכאן מסיקים החוקרים כי ההטיות מאפילות על חוזק הראיות וגורמות להחלטות על עסקאות הטיעון להתקבל למעשה שלא ב"צל המשפט" (בושוואי ורדליך 2011<sup>65</sup>).

תאוריית "צל המיקוח" מציעה הסבר לתופעות שהתגלו במחקרים האמפיריים השונים, ואשר חלקן אינן מתיישבות עם "צל המשפט". על פי תאוריית "צל המיקוח", התוחלת והשונויות – הן של תוצאת המשפט והן של תוצאת עסקת הטיעון – הצפויות בתיק מסוים

- J. Eisenstein & H. Jacob, *Felony Justice: An Organizational Analysis of Criminal Courts* (1977) 60
- J.T. Ulmer & M.S. Bradley, *Variation in Trial Penalties Among Serious Violent Offenses*, 44 *CRIMINOLOGY* 631 (2006) 61
- J.T. Ulmer, J. Eisenstein & B.D. Johnson, *Trial Penalties in Federal Sentencing: Extra-guidelines Factors and District Variation*, 27 *JUSTICE Q.* 560 (2010) 62
- אורן גול-אייל "הסדרי טיעון ובעיית החף" משפטים לה 1 (2005). 63
- Larry E. Ribstein, *Agents Prosecuting Agents*, 7 *J. L. ECON. & POL'Y* 617 (2011) 64
- Shawn D. Bushway & Allison D. Redlich, *Is Plea Bargaining in the "Shadow of the Trial" a Mirage?* 28 *JOURNAL OF QUANTITATIVE CRIMINOLOGY* 437 (2011) 65

עולות עם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון. המשמעות היא שהמשא ומתן על עסקת טיעון עלול להביא לתוצאה רחוקה מזו הנגזרת מהראיות בתיק.

במילים אחרות, באוכלוסיית תיקים דומים נתונה הביקוש לעסקת טיעון אכן מתנהג על פי עקרונות תאוריית "צל המשפט", ואילו ברמת התיק הבודד העלייה בפערי הענישה (והעלייה בשונות הענישה באוכלוסיית התיקים) – עם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון – גוברת על השפעת הראיות שאמורה על פי "צל המשפט" לקבוע את תוצאת המשא ומתן על עסקת הטיעון.

באופן אבסורדי משתמע מכך כי רק בעולם ללא עסקאות טיעון מודל צל המשפט יעבוד, ועסקת טיעון תשקף בקירוב טוב את תוצאת המשפט.

בכל תקופה ותקופה המכניקה של עסקאות הטיעון (האופן שבו התופעה פועלת) מתנהגת על פי חוקי הביקוש וההיצע (הביקוש לעסקאות טיעון עולה עם הירידה במחירן, כפי שתאוריית "צל המשפט" מנבאת), וכל עסקה מקצרת את משך המשפט. ברם כאשר נוסף על ניתוח התופעה ממד הזמן, מתגלה כי מתרחשת אנומליה, מחיר עסקאות הטיעון דווקא עולה עם הביקוש להן, והמשפטים מתארכים במקום להתקצר.

את ההסבר לאנומליה לכאורה הזו, המוכלת בתאוריית "צל המיקוח", אנו תולים באפקט מחזורי-המשוב של עסקאות הטיעון, שהוא מוקד עבודה זו. אפקט מחזורי-המשוב מעלה כי תופעת עסקאות הטיעון נובעת מתוך עצמה, והיא מזינה ומעצימה את עצמה ואת התופעות הכרוכות בה.

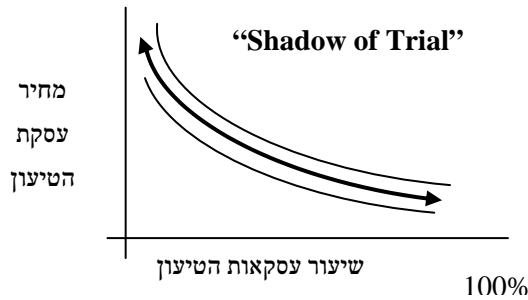
מחזורי-המשוב מעניק הסבר פנימי (אנדוגני) למצב העובדתי שנהוג להסבירו בשינויים חיצוניים (אקסוגניים). עוד מעלה מחזורי-המשוב כי השינויים החיצוניים פועלים בזיקה להסבר הפנימי ומחריפים את התופעה. מכאן שלהסברים הנתפסים חיצוניים מרכיב פנימי מובהק כשמדובר בתופעת עסקאות הטיעון.

ככל שעסקאות הטיעון רבות יותר, התובע עשוי להביא בחשבון שההסתברות שהשופט יבחן את חומר הראיות בתיק תרד. לפיכך טווח המיקוח מבחינת התובע עולה עם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון, כיוון שמחד כדאי לו יותר "לנפח" כתבי אישום<sup>66</sup> (ופחות כדאי לו לחשוף את הראיות במשפט), ומאידך קל לו יותר לוותר לנאשם במסגרת עסקת הטיעון. כיוון שהיא כבר אינה משקפת תוצאה צפויה של משפט אלא תוצאה של משא ומתן על פני טווח מתרחב של אפשרויות, עלייה בשיעור עסקאות הטיעון עלולה להחמיר את הפערים בענישה.

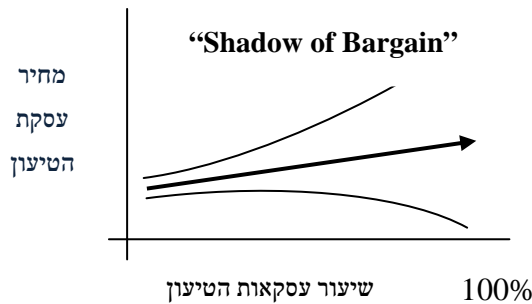
לסיכום: על פי "צל המשפט", פערים בענישה (שמבטאים למעשה חוסר אחידות בענישה) אמורים להיות שוליים, ומחיר עסקת הטיעון נקבע בעיקרו מהערכת ההסתברות להרשעה הנגזרת מעצמת הראיות בתיק. זאת ועוד, הפערים בענישה אינם אמורים להיות

66 בכירה בפרקליטות מאזור המרכז "זה אחד הטריקים שלנו. הרבה פעמים הקלפים שלנו כתביעה מועטים, אבל בהחלט יכול להיות שלצורך המיקוח מגישים כתב אישום על סעיף חמור יותר" *ynet*, 9.2.2006, [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3213272,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3213272,00.html)

תלויים בשיעור עסקאות הטיעון ואינם צפויים לגדול או לקטון בשל העלייה בביקוש לעסקאות הטיעון.  
 ומכאן שלפי תאוריית "צל המשפט", לסוג תיק מסוים ועצמת ראיות נתונה, כך צפוי להיראות הקשר שבין מחיר עסקת הטיעון לשיעור עסקאות הטיעון (הקו העבה מייצג את ממוצע המחיר, והקווים הדקים את תחום פיזור):



על פי תאוריית "צל המיקוח", שיעור עסקאות הטיעון שואף עם הזמן להגיע ל-100%. בנוסף צפויה לעלות ההסתברות להרשעה, והתחלת והשונות – הן של תוצאת המשפט והן של תוצאת עסקת הטיעון – צפויות לעלות עם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון.  
 ומכאן שלפי תאוריית "צל המיקוח", לסוג תיק מסוים ולעצמת ראיות נתונה, כך צפוי להיראות הקשר שבין מחיר עסקת הטיעון לשיעור עסקאות הטיעון (הקו העבה מייצג את ממוצע המחיר, והקווים הדקים את תחום פיזור):



המשך המאמר מאורגן כך :  
 בחלק השני מוצג ומוסבר מודל מחזור-המשוב של עסקאות הטיעון, מנותחת הדינמיקה האנדוגנית, מוסברת ההיתכנות לפגיעה בתפוקת הכרעות הדין, ומוצגים הגורמים האקסוגניים העשויים להעצים את תופעת עסקאות הטיעון. בהמשך מועלות לדיון סוגיות

בראי מסקנות המודל: שאלת החף, היקף עסקאות הטיעון הרצוי, שאלת ההרתעה והאינטרס הציבורי. בנוסף נבחנים פתרונות אפשריים לבעיות שמעלות עסקאות הטיעון. בסוף החלק השני מוצג סיכום תוצאות המחקר ומסקנותיו.

החלק השלישי נפתח בהוכחה פורמלית של הדינמיקה האנדוגנית של עסקאות הטיעון, לאחריו מנתח מקרה פרטי של מודל מחזור-המשוב ומוצגת הדמיית מחשב של הדינמיקה, ובסוף מוצגים טבלאות נתונים על היקף עסקאות הטיעון בישראל ועל תפוקת הכרעות הדין של מערכת המשפט בישראל לאורך שנים.

## חלק שני

“אם אינך יכול להסביר זאת במילים, זה לא שווה הרבה, אבל אם אתה מסוגל להסביר זאת רק במילים, גם זה לא שווה הרבה.”

ישראל אומן<sup>67</sup>

### א. מודל מחזור-המשוב של עסקאות הטיעון

בפרק זה יוצג ויוסבר המודל התאורטי. הוכחת הדינמיקה האנדוגנית (שנובעת מתהליכים פנימיים) של המודל והדמייתה נמצאות בחלק שלישי. ראוי להעיר שתפקידו של מודל הוא לנסות לתפוס פן של תופעה מן המציאות המורכבת לאין שיעור, להבין את תפקידו ולהסיק ממנו על התופעה. המתמטיקה דורשת פישוט המציאות באמצעות הנחות. הרעיון הוא שככל שהנחות המודל קרובות יותר לתיאור המציאות, כך עצמת ההסבר של המודל צפויה לגבור, והתחזיות שלו עשויות להתממש.

ערכו של המודל נובע מהאפשרות להוכיח באמצעותו תאורטית שההשערה עשויה להעניק חלק מההסבר לתופעה, וייתכן שאף חלק ניכר. כמו כן, וחשוב לא פחות – המודל מאפשר לבחון את השפעתם של שינויים בגורמים שונים על התופעה.

כאשר עורכים הדמיה בעזרת המודל, יש לזכור כי אף שהפונקציות המשמשות את ההדמיה והפרמטרים שנקבעו בה תואמים את הנחות המודל, בשום אופן אי אפשר לומר כי הם מייצגים את המציאות במדויק, וודאי שלא את ריבוי רבדיה. ומכאן לענייננו, איננו יכולים לפסוק שמחזור-המשוב אכן מתרחש במציאות, אלא בסך הכול לטעון שזהו הסבר אפשרי לתופעות הנצפות.

מכאן גם נובעת חשיבותו של מחקר אמפירי אשר יבחן את הנתונים בשטח, את היתכנותה של דינמיקת מחזור-המשוב ואת הקשר, אם קיים, בין עסקאות הטיעון לתפוקת

67 “If you cannot explain it in words, it is not worth very much; but if you can *only* explain it in words, it also is not worth very much”; Yisrael Aumann, *Economic Theory and Mathematical Method: An Interview*, in ARROW AND THE ASCENT OF MODERN ECONOMIC THEORY 136 (G.R. Feiwel ed., 1987).

הכרעות הדין במערכת המשפט הפלילי. מחקר כזה עשוי לקבוע, באופן שאינו משתמע לשני פנים, אם אכן קיים קשר שכזה, אם התמריצים לקיום עסקאות הטיעון אכן מתעצמים מתקופה לתקופה, ואם הם משפיעים על התארכותם והתייקרותם של המשפטים באופן שעלול לפגוע בתפוקת מערכת המשפט. לצערנו המדינה מתנגדת לספק נתונים סטטיסטיים על עסקאות הטיעון שנערכו בעבר.<sup>68</sup>

## 1. דינמיקה של מחזור-משוב

דינמיקה של משוב חיובי, או כפי שתכונה להלן דינמיקה של מחזור-משוב, היא תופעה המזינה ומעצימה את עצמה. רעיון המחקר להסביר את תופעת התפשטות עסקאות הטיעון באמצעות דינמיקה זו נולד בהשראת ספרו של פרופ' תומס שלינג, חתן פרס נובל לכלכלה לשנת 2005, "Micromotives and Macrobehavior".<sup>69</sup>

באמצעות מודלים של מחזור-משוב מסביר שלינג בספרו תופעות חברתיות שבהן פרטים הרודפים אחר האינטרס הצר שלהם גורמים – בניגוד למצופה, כמו במצב של שוק חופשי שבו רדיפתם של הפרטים אחר האינטרס הצר פועלת לטובת החברה ומגדילה את הרווחה – לתוצאה שדווקא אינה רצויה לחברה.

השוק החופשי מתנהל כמנגנון הפועל על עקרונות דינמיקה של משוב שלילי. הרעיון הבסיסי של חוק ההיצע והביקוש ממחיש זאת: כאשר יש עודף ממוצר מסוים מחירו יורד, בעקבות זאת הביקוש עולה, והעודף מהמוצר מתנקה; כאשר יש מחסור במוצר מחירו עולה, הביקוש יורד, והעודף מהמוצר גם הוא מתנקה. במילים אחרות, בשווקים החופשיים מתקיימת (או אמורה להתקיים) דינמיקה בעלת אופי מאזן.

תופעת הדינמיקה של מחזור-המשוב, שאפשר לצפותה בטבע ובחברה, מתאפיינת בחוסר שיווי משקל יציב ובתוצאות קיצוניות. מירון החימוש בין מעצמות ובין ובתוך סוגי בעלי חיים, מסה קריטית, אפקט החממה, נפילת קווי מתח, הכחדת קבוצות אוכלוסייה של בעלי חיים והתחלפותן בקבוצות אחרות,<sup>70</sup> חוסר יציבות בשווקים, משברים כלכליים<sup>71</sup> ועוד – כל אלה הם רק מזעיר התופעות שאפשר לתאר בעזרת מודל מחזור-המשוב החיובי.

68 ראו פסק הדין של השופט מרזל מה-6.7.2011, בעתירה המנהלית לחייב את המדינה למסור מידע על היקף עסקאות הטיעון שהיא עורכת. העתירה הוגשה בחודש יולי 2010 עם התנועה לחופש המידע. קישור לעתירה ולפסק הדין נמצא באתר התנועה לחופש המידע בדף הזה: [www.meida.org.il/?p=2591](http://www.meida.org.il/?p=2591).

69 THOMAS C. SCHELLING, MICROMOTIVES AND MACROBEHAVIOR (1978).

70 המגאלוקרוס הענק, המכונה "האייל האירי", היה האייל הגדול מסוגו מעולם. הוא נישא לגובה של מעל שני מטרים, ומוטת קרניו המרשימה התפרסה מעל לשלושה מטרים וחצי. המגאלוקרוס התפתח בתקופת הקרח במיליון השנה האחרונות ונכחד לפני כחמש-עשר אלף שנים. את מגמת התפתחותם של קרני הענק מסבירים מנגנונים אבולוציוניים המפעילים, בתגובה לשינויים בסביבה, מחזור-משוב בדומה ל"מירון חימוש" במלחמה הקרה שבו הייתה מעצמה אחת מגיבה לפיתוחו של נשק חדיש על ידי מעצמה אחרת, בפיתוח נשק חדיש יותר, וחוזר חלילה. תגובה אבולוציונית בין-מינית אפשר לראות בדוגמה של הציטה, המשפרת את מהירותה, ובתגובה האנטילופה לומדת לרוץ מהר יותר, וחוזר חלילה. במקרה של

במערכות חברתיות המתאפיינות בדינמיקה של מחזור-משוב הפרטים מגיבים לבחירות האחרים באופן שבו התופעה אינה מאזנת אלא מזינה ומעצימה את עצמה. דוגמה לדינמיקה במערכות חברתיות שאינה מאזנת, ואשר אפשר להסבירה באמצעות מודל מחזור-המשוב, היא תופעת הסגרציה החברתית (הפרדה על רקע גזעי, דתי ואחר) בשכונות מגורים.<sup>72</sup> כשמנתחים ומבינים את הגורמים המפעילים ומעצימים תופעות חברתיות מסוג זה, לעתים אפשר להגיע לפתרונות ישימים לריסון.<sup>73</sup>

## 2. מחזור-המשוב של עסקאות הטיעון

מודל מחזור-המשוב של עסקאות הטיעון הנשען על ספרות נכבדה שבבסיסה הרעיון שהחלטתו של נאשם (או נתבע) על הסדר, הסכם או עסקה (גם במשפט אזרחי) נעשית ב"צל המשפט",<sup>74</sup> קרי בצל תוצאת המשפט הצפויה, הופך את מסקנותיה. יותר משעסקת הטיעון נערכת בצל המשפט, המשפט עצמו נערך בצל ה(צורך ב)מיקוח על עסקאות הטיעון. השערת המחקר היא שבשל מניעי השחקנים השונים במערכת המשפט הפלילי (החוקרים, הנאשמים, הסנגורים, התובעים, השופטים והמחוקק) והתמריצים הפועלים עליהם וביניהם נוצרת דינמיקה של מחזור-משוב המגבירה את תופעת עסקאות הטיעון. משמחזור-המשוב של עסקאות הטיעון מתחיל, הוא מקבל תנופה המזינה את עצמה. עצם קיום העדפה ראשונית של כמה נאשמים לעסקה על פני ניהול משפט עלול להוביל לכך שבכל מערכת משפטית הנמצאת במצוקת משאבים ואשר תאפשר עסקאות טיעון, במוקדם או במאוחר, למעט במשפטים ספורים, הכרעות הדין בתיקים פליליים יסתיימו תמיד בהוראה.

המגאלוקרוס ההסבר המקובל הוא שככל הנראה התרחשה תגובה תוך-מינית, שבה שימשו הקרניים לאיתות חזותי על כוחו ועצמתו במהלך החיזור. בשל הבררה הטבעית, ככל שהצמיח קרניים גדולות וחזקות יותר מדי שנה, כך הצליח האייל הזכר להזדווג יותר, ונולדו צאצאים רבים יותר בעלי קרניים גדולות. ההשערה היא שהתפתחותם של קרני הענק של המגאלוקרוס עד לממדים שלא אפשרו להם להרים את ראשם או שסיכנו אותם בין העצים היא שגרמה להכחדתם.

J. Bradford De Long, Andrei Shleifer, Lawrence H. Summers & Robert J Waldmann, 71  
*Positive Feedback Investment Strategies and Destabilizing Rational Speculation*, 45  
JOURNAL OF FINANCE 374 (1990).

דינמיקת מחזור-המשוב ממחישה כיצד העדפה קלה של דיירים לגור ליד אנשים בעלי רקע חברתי, דתי או גזעי דומה לשלהם, עלולה לגרום להפרדה חברתית מוחלטת שאינה רצויה לרובם. ראו Thomas C. Schelling, *Dynamic Models of Segregation*, 1 JOURNAL OF MATHEMATICAL SOCIOLOGY 143 (1971).

ביטוח מפני ירידת מחירים עשוי למנוע נטישת דיירים המעדיפים הטרוגניות חברתית אך חוששים מפני ירידת המחירים הצפויה בגלל נטישת שכניהם בעלי העדפה חברתית אחרת. זוהי דוגמה לפתרון חברתי שאינו עולה לחברה כיוון שעצם ההכרזה עליו עשויה למנוע את השימוש בו.

Bibas, לעיל ה"ש 53, בעמ' 2463. 74

במילים אחרות, האפשרות לסיים את המשפט בהודאה בעסקת טיעון מחוללת תהליך שגורם שהחלופה – מאבק על חפותו או אשמתו של הנאשם ומשפט הוכחות מלא – הופכת למבוקשת פחות ופחות. האופן שבו תהליך זה מתממש יתואר ויוסבר בהמשך ויגובה בהוכחה לוגית ובהמחשה בהדמיה ממוחשבת.

בנוסף, לדינמיקת מחזור-המשוב של עסקאות הטיעון החצנות (השפעות חיצוניות) הגורמות לגידול בענישה הכללית, לעלייה בשיעור ההרשעות גם במשפטים שלא הסתיימו בעסקאות טיעון, להתארכות התהליך המשפטי ולייקורו ולפגיעה בתפוקת הכרעות הדין של מערכת המשפט הפלילי.

מכאן שאם השערת המחקר נכונה, תפיסתם של משפטים בכירים רבים, ובהם שופטי בית המשפט העליון, את עסקאות הטיעון כרע הכרחי,<sup>75</sup> שבלעדיהן המערכת המשפטית הייתה קורסת, עשויה להסתבר כשגויה, וכמוה גם המסקנה שעסקאות הטיעון מעצימות את ההרתעה ומשרתות את המלחמה בפשיעה.

לב-לבה של תופעת מחזור-המשוב של עסקאות הטיעון היא הדינמיקה הפנימית (האנדוגנית) המתרחשת בין הנאשמים ובאי כוחם לבין התובע. המודל מסביר את היתכנות התופעה גם ללא השפעתם של גורמים חיצוניים (אקסוגניים) כגון הציבור, המחקר, השופטים וכו' על התופעה, וממחיש כי גורמים אלו פועלים בזיקה לדינמיקה בין הנאשמים והתובע, ולפיכך יש בהם מרכיב אנדוגני כשמדובר בתופעת עסקאות הטיעון.

בעשור האחרון אנו עדים למגמה של הצעות חוק (שחלקן כבר אושרו) המבקשות להחמיר בענישה ולקבוע עונשי מינימום בסוגים שונים של עברות. מגמה זו כבר מקבלת ביטוי בפסקי דין, ובישיבות הממשלה עולות הצעות לזרז חקיקה שתחמיר את ענישת הפושעים.<sup>76</sup> החמרה בענישה, למותר לציין, ממנפת את כוחה של התביעה להשיג עסקאות טיעון מנאשמים ומקטינה את מספר התיקים שמופנים לניהול משפט.<sup>77</sup>

המודל מציע הסבר להתהוותם (להתנעת התהליך) של הלחצים האקסוגניים (כדוגמת מגמת ההחמרה בענישה) כתגובה לדינמיקה האנדוגנית הנוצרת בין התובע לנאשמים, לדרך שבה הם משפיעים על הדינמיקה האנדוגנית ועל העלייה בשיעור עסקאות הטיעון, ולהתחזקותם של לחצים אלו עם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון. מכאן שהדינמיקה האקסוגנית פועלת כמחזור-משוב בזיקה לדינמיקה האנדוגנית ומעצימה אותה, ומכאן שהלחצים האקסוגניים הם למעשה בעלי מרכיב אנדוגני כשמדובר בתופעת עסקאות הטיעון.

75 "כך לא נוכל כנראה בלעדי השימוש במכשיר זה, למרות היותו פגום מבחינת מוסרית, וגם בתי-המשפט אינם יכולים להתעלם מהכרח שלא יגונה"; עניין בחמוצקי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 558, השופט לנדוי.

76 ראו הדר אבירם ויוסף זהר "תראו מה קורה בקליפורניה" הארץ חלק ב 2, 8.11.2009, [www.haaretz.co.il/hasite/spages/1126532.html](http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1126532.html).

77 Richard A. Oppel, *Sentencing Shift Gives New Leverage to Prosecutors*, NYT 77 .September 25, 2011.

הדמיית מחשב המבוססת על מאפיינים ההולמים את הנחות המודל ממחישה כי הדינמיקה האנדוגנית המתרחשת בין הנאשמים ובאי כוחם לבין התובע עשויה להסביר לבדה את התפשטות תופעת עסקאות הטיעון.

כמו כן ממחישה הדמיית המחשב שפגיעה בתפוקת מערכת המשפט הפלילי עלולה להתמש גם אם ננטרל את השפעות הלחצים האקסוגניים, וגם אם נניח שהמשאבים הנחוצים לסגירת עסקת טיעון נשארים קבועים ואינם עולים עם התארכותו והתייקרותו של ניהול המשפטים.

מודל מחזור-המשוב של עסקאות הטיעון מתמקד בהשפעת הדינמיקה על הקצאת המשאבים, אך האפשרות להכריע את הדין במשא ומתן משנה את התנהלות המערכת באופן הפוגע בדרכים נוספות ביכולות המערכת ותורם למסוגלותה של המערכת לטפל בפחות ופחות תיקים.

סינון התיקים נפגע<sup>78</sup> כיוון שאפשר להרשיע נאשמים שהראיות נגדם חלשות,<sup>79</sup> מוגשים כתבי אישום מופרזים כדי שהתביעה תוכל להתפשר בהמשך,<sup>80</sup> נעשה שימוש הולך וגובר במעצרים ממושכים<sup>81</sup> כדי ללחוץ על הנאשמים ולהכריעם ללא משפט, ומנגד נאשמים רבים מנסים לעכב את ההליכים ככל יכולתם כדי לשפר את מעמדם במשא ומתן עם התביעה.

הפגיעה בתפוקת התיקים של המערכת נובעת גם מכך שעסקת טיעון אורכת כיום ככל הנראה זמן רב מזה שארך משפט שלם עד לפני עשר או עשרים שנה. להתארכות המשפטים ועסקאות הטיעון על פני זמן רב יותר ודיונים רבים יותר יש השפעה על עלותן, שהרי כאשר פורסים את הדיונים על פני זמן הם בהכרח יעילים פחות ממשפט המתנהל מיום ליום.

תוצאה זו קשורה בטבורה בתופעת התארכותו והתייקרותו של ניהול המשפט, משתי סיבות מרכזיות הכרוכות זו בזו: א) ככל שהמשפט יקר יותר לניהול והסתברות להרשעה עולה, כך כדאי יותר להשקיע משאבים רבים יותר במשא ומתן על עסקת טיעון; ב) ככל שניהול המשפט ארוך יותר, כך רבות יותר ההזדמנויות לנהל משאים ומתנים, שמטבעם מתארכים ככל האפשר עד שאין בררה אלא להחליט לכאן ולכאן.

המשפטים עצמם מתייקרים משתי סיבות נוספות הקשורות בתופעת עסקאות הטיעון: א) בעבר הסתיימו חלק ניכר מהמשפטים בהודאה בבית משפט ללא עסקה פורמלית;<sup>82</sup> ב) חלק

78 "היום מגישים יותר כתבי אישום מבעבר גם במקרים גבוליים", ענבל רובינשטיין "היום מגישים יותר כתבי אישום מבעבר גם במקרים גבוליים" הארץ 23.12.2007.

79 "קרוב ל-90% מהתובעים השיבו, כאמור, 'ספקות לגבי טיב הראיות' הם הגורם החשוב ביותר לעריכת הסכמים אלה"; אליהו הרנון וקנת מן עסקאות טיעון בישראל 132 (1976).

80 בכירה בפרקליטות מאזור המרכז, לעיל ה"ש 66.

81 בעשור האחרון עלה מספר המעצרים בכ-45% – מכ-40 אלף בשנה לכ-58 אלף בשנה. מתוכם עלה שיעור המעצרים עד תום ההליכים ב-150% – מכ-6,000 בשנה, שהיו כ-15% מסך המעצרים, לכ-15 אלף בשנה, שהם כ-26% מסך המעצרים. ראו השנתון הסטטיסטי של המשטרה.

82 "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



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 משפטית ללא עסקאות טיעון

### 3. הנחות המודל

הערות כלליות: מודל מחזור-המשוב של עסקאות הטיעון נשען על בסיס מודל לנדס,<sup>83</sup> שהוא מודל חד-תקופתי, שבו משאבי הצדדים נתונים והמערכת מגיעה לפתרון יחיד. מודל מחזור-המשוב הוא מודל רב-תקופתי שבו המשאבים שהצדדים משקיעים נקבעים אנדוגנית בכל תקופה.

הנחות היסוד במודל הן שגם התובע וגם הנאשם משיאים את תועלתם באילושים של משאביהם, והנאשמים לומדים את התנהגות התובע בתהליך אדפטיבי מתקופה לתקופה. ההחלטה ללכת לעסקה או לניהול משפט תלויה בגורמים האלה: הסתברות ההרשעה במשפט, חומרת העברה ועונשה, זמינותם ותפוקתיותם של משאבי התובע והנאשם, הבדלים בין עלויות משפט לעלויות הסדר וגישה לסיכון.

המודל מנתח את הדינמיקה בסוג תיק אחד ומשליך ממנו על הדינמיקה שבכל סוגי התיקים.

התובע, אף שאינו יודע את הערכת הנאשם הספציפי את תוצאות המשפט, מכיר את התפלגות ההערכות כלל הנאשמים, ולפיכך הוא מסוגל להעריך כמה מהם יסכימו להודות במסגרת עסקת טיעון לכל עסקה שיציע, כמה משאבים ישתחררו לו כתוצאה מכך, מה תהיה תוחלת ההרשעה במשפטים, ומה צפוי להיות סך הענישה המצרפי.

כיוון שכך (התובע אינו יודע את הערכותיו של נאשם ספציפי בתיק), התובע נוקט מדיניות אחידה ומציע עסקת טיעון זהה לכל הנאשמים בתיקים מאותו סוג.

אלא אם הוגדר אחרת, מדיניות התובע נקבעת באופן שמשאית את סך הענישה המצרפי בכל תקופה.

כמו במודל לנדס, השאלה אם הנאשם באמת ביצע את הפשע שהוא נאשם בו איננה נכנסת לניתוח זה. הונח כי התובע והנאשם מגיבים לסיכוי להרשעה ולמשתנים נוספים בבחירתם בין עסקת טיעון ובין הליכה למשפט, והתנהגותם אינה מושפעת ישירות מאשמתו או מחפותו של הנאשם. את ההנחות המפורטות והמבוארות של המודל אפשר למצוא בחלק שלישי הוכחת המודל.

הסכם עם התביעה יכול נאשם המוסר הודאה לצפות ל'רווח', להקלה, מבית המשפט בעניין העונש; הרנון ומן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 46.

Landes, לעיל ה"ש 6.

**4. טענות המודל**

**טענה א – מתקיימת דינמיקה אנדוגנית של מחזור-משוב בין התובע לנאשמים**  
בהינתן שכל הפרמטרים שאינם תלויים בתובע ובנאשמים נשמרים בכל תקופה (ceteris paribus), התמריצים שיוצרים עסקאות הטיעון לשחקנים מניעים לבדם דינמיקה של מחזור-משוב המביאה להתרחבותה של תופעת הודאות נאשמים במסגרת עסקאות טיעון.

**טענה ב – מעבר לשיעור עסקאות טיעון מסוים תפוקת הכרעות הדין עשויה לקטון:**  
מעבר לשיעור עסקאות טיעון מסוים מספר התיקים שיבחר התובע לטפל בהם עשוי לקטון, ובמצבים מסוימים לקטון אף ממספר התיקים שיטפל בהם תובע בעולם ללא עסקאות טיעון.

**טענה ג – גורמים אקסוגניים הפועלים בזיקה לדינמיקה האנדוגנית עשויים להעצים אותה**

כאשר גורמים אקסוגניים לדינמיקה האנדוגנית, המתחוללת בין התובע לנאשמים, נוטים להגיב לתהליכים שהיא יוצרת באופן שמשפיע על הגורמים האנדוגניים לדינמיקה לפעול בכיוון הדינמיקה – תופעת מחזור-המשוב האנדוגנית תועצם.

**ב. הדינמיקה האנדוגנית**

”אמנם דבריו הם שיגעון, אך יש בהם שיטה”.

ויליאם שייקספיר המלט – נסיך דנמרק

**1. טענה א – מתקיימת דינמיקה אנדוגנית של מחזור-משוב בין התובע לנאשמים**

בהינתן שכל הפרמטרים שאינם תלויים בתובע ובנאשמים נשמרים בכל תקופה (ceteris paribus), התמריצים שיוצרות עסקאות הטיעון לשחקנים מניעים לבדם דינמיקה של מחזור-משוב המביאה להתרחבותה של תופעת הודאות נאשמים במסגרת עסקאות טיעון.

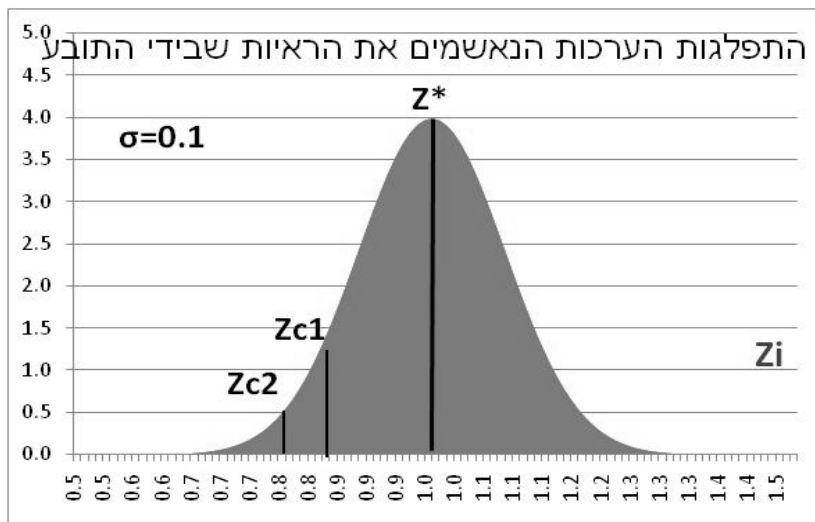
**2. תיאור מילולי של הדינמיקה האנדוגנית המתרחשת בין התובע לנאשמים**

- האפשרות בחוק להרשיע אדם על סמך הודאתו ללא הליך של משפט מלא מאפשרת לתובע לנתב חלק מהתיקים לעסקאות, לשחרר משאבים לטיפול בתיקים רבים יותר ולהגביר את ההשקעה בכל אחד מהתיקים שהוא בוחר לנהל בו משפט.
- עם הגברת ההשקעה בכל אחד מהתיקים שהתובע בוחר לנהל בו משפט עולה ההסתברות להרשעה, ועמה תוחלת העונש.

– הגידול בהשקעת התובע בניהול כל משפט מקרין על ציפיות הנאשם בתקופה שלאחר מכן – מה תהא השקעת התובע בתיק וההסתברות להרשעה. בעקבות זאת קטן הביקוש למשפט ועולה נטיית נאשמים אדישים או שונאי-סיכון להסכים לעסקת טיעון – משאבים נוספים משתחררים לתובע, וחוזר חלילה.

### 3. היכן תיעצר הדינמיקה?

השאלה היכן תיעצר הדינמיקה תלויה גם בשאלה כיצד הנאשם האופטימי ביותר (זה המעריך נמוך מכל השאר) שיסכים לעסקת טיעון מעריך את הראיות שבידי התובע.



במקרה זה  $Z_i$ , הערכות הנאשמים את הראיות שבידי התובע  $Z^*$ , מתפלגות באופן שווה מסביבו. (אפשר להניח אחרת).

כיוון שעלות המשפט גבוהה מעלות עסקת הטיעון, לפחות ל-50% מהנאשמים (הפסימיים, אלה המעריכים ש- $Z_i \leq Z^*$ , כלומר שיש בידי התובע ראיות חזקות ממה שיש לו בפועל) כדאי לקבל עסקת טיעון השווה לתוחלת המשפט. שחרור המשאבים מייקר את המשפט ומעלה את תוחלת העונש, ודוחף יותר ויותר נאשמים אופטימיים להעדיף עסקת טיעון על פני משפט.

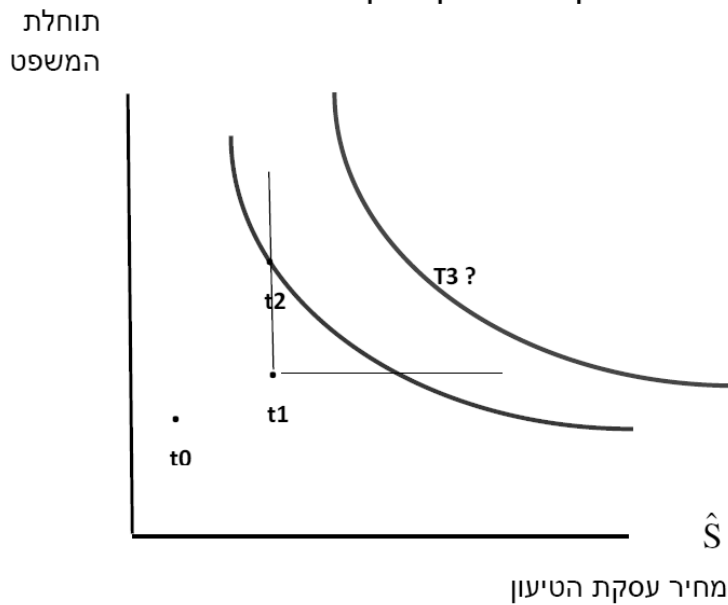
### 4. מרחב ההחלטה של התובע (איזו עסקת טיעון להציע, והשפעתה על המשאבים שיופנו למשפטים)

כדי להקל את הבנת התהליך נפשט את הדינמיקה ונבחן כיצד היא מתרחשת בסוג תיק מסוים, בעולם שבו התובע מטפל בכל תקופה באותו מספר תיקים. בכל תקופה כל בחירה של התובע איזו עסקת טיעון להציע לנאשמים –  $S^A$  – משליכה על שיעור הנאשמים

שיסכימו לעסקה, על המשאבים שיתפנו לו לנהל משפטים ועל תוחלת תוצאת המשפטים – PS.

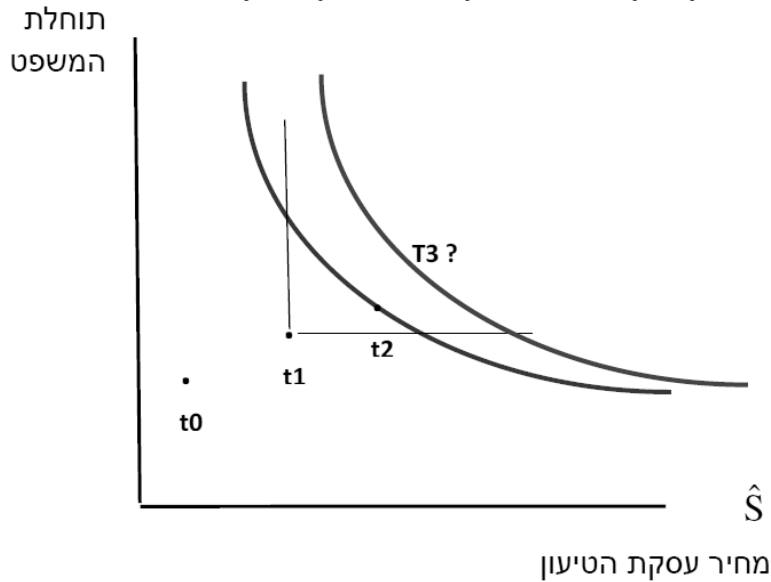
כל עקומה מייצגת את מרחב האפשרויות שבפני התובע באותה תקופה; מחיר עסקת הטיעון ותוצאת תוחלת המשפט (הנגזרת מכמות המשאבים שישתחררו לתובע בעקבות שיעור הנאשמים שיסכימו לעסקה, ההסתברות להרשעה הנובעת מכך והעונש במשפט).

התובע בחר להציע בתקופה  $t_2$  עסקת טיעון זהה לעסקת הטיעון בתקופה  $t_1$  ולכן יכול להפנות משאבים רבים יותר לכל תיק PS בתקופה  $t_2$  ולהמשיך את הדינמיקה בתקופה  $t_3$ .



תוחלת המשפט בתקופה  $t_1$  גדולה מבתקופה  $t_0$ , ומכאן שמשאבי התובע לתיק גדולים מבתקופה  $t_0$ , ובעקבות זאת ציפיית הנאשמים להשקעת התובע בתיק בתקופה  $t_2$  גדולה משהייתה בתקופה  $t_1$ . לפיכך אם התובע יציע בתקופה  $t_2$  את אותה עסקה שהציע בתקופה  $t_1$ , נאשמים רבים יותר יסכימו לקבלה, וישתחררו משאבים להעלות את תוחלת המשפט גם בתקופה  $t_2$ . בעקבות זאת יתאפשר לדינמיקה להמשיך גם בתקופה  $t_3$ .

התובע בחר להציע בתקופה  $t_2$  עסקת טיעון מחמירה מעסקת הטיעון בתקופה  $t_1$ , אך כזו שמאפשרת להפנות משאבים רבים יותר לכל תיק בתקופה  $t_2$  ולהמשיך את הדינמיקה בתקופה  $t_3$ .



נבחן כעת החלטה חלופית של התובע ואת השפעתה על מרחב ההחלטה שלו: אם עסקת הטיעון שיציע התובע בתקופה  $t_2$  תהיה מחמירה יותר, כך שתתקבל על-ידי אותו שיעור נאשמים כמו בתקופה  $t_1$ , לא ישתחררו לתובע משאבים רבים יותר למשפטים, תוחלת המשפטים לא תעלה, ולכן הדינמיקה תיעצר. (מרחב ההחלטה של התובע בתקופה  $t_3$  = לתקופה  $t_2$ ). כיוון שציפיות הנאשמים להשקעת התובע בתיק בתקופה  $t_3$  = לציפיות בתקופה  $t_2$  = השקעה בפועל בתקופה  $t_1$ . מקרה זה ממחיש כי התובע יכול להציע עסקת טיעון מחמירה יותר ובכל זאת נאשמים רבים יקבלו אותה והדינמיקה תמשיך.

מניתוח הדמיות המחשב לדינמיקה האנדוגנית שנציג בהמשך עולה שככל הנראה המדיניות האופטימלית בכל תקופה שכדאי לתובע לנקטה, היא כזו שמאפשרת לו "להרים את שני הדגלים", קרי להחמיר בעסקאות הטיעון מחד ולאפשר עסקאות טיעון רבות יותר מאידך, בעת ובעונה אחת. מדיניות זו עשויה להביא לתוצאה אופטימלית מבחינת התובע גם בטווח הארוך. כמו כן הדמיית מחשב ממחישה שככל שהתובע מונע-הצלחה יותר, כך נטייתו להציע עסקאות טיעון "מיטיבות" יחסית המביאות לשיעור עסקאות טיעון גדול יותר, גדולה יותר, גם במחיר פגיעה בסך הענישה המצרפי.

### ג. הפגיעה בתפוקת הכרעות הדין

#### 1. טענה ב – מעבר לשיעור עסקאות טיעון מסוים תפוקת הכרעות הדין עשויה לקטון

מעבר לשיעור עסקאות טיעון מסוים מספר התיקים שיבחר התובע לטפל בהם עשוי לקטון, ובמצבים מסוימים לקטון אף ממספר התיקים שיטפל בהם תובע בעולם ללא עסקאות טיעון.

הפעם ננתח את הדינמיקה בעולם שבו בפני התובע קשת אפשרויות הכוללת גם את השאלה בכמה תיקים לטפל בכל תקופה, וננסה לבחון את השפעת תוספת הממד של מספר התיקים על מרחב ההחלטה של התובע.

כפי שהוזכר לעיל, תובע הבוחר "להרים את שני הדגלים" מעלה את סך הענישה. כאשר למרחב ההחלטה של התובע מתווספת השאלה בכמה תיקים לטפל, מסתבר שמעבר לשיעור מסוים של עסקאות טיעון, כדי להמשיך להעלות את סך הענישה, על התובע להסיט משאבים רבים יותר לתיקים מעטים יותר שהולכים למשפט באופן המקטין את סך התיקים הכללי ובכל זאת מעלה את סך הענישה.

על פי הנחת המודל, התפוקה השולית של משאבי התובע חיובית ופוחתת. מכאן שככל שהתובע ישקיע פחות בתיק – ערך התפוקה של משאביו בתיק יהיה גדול יותר. לפיכך יקצה התובע בעולם ללא עסקאות טיעון לכל תיק את המשאבים המינימליים הנדרשים, ובכך ישא את סך ערך התפוקה של משאביו, כלומר את סך הענישה המצרפי, ומכאן שבעולם ללא עסקאות טיעון כדאי לתובע לטפל בכמה שיותר תיקים אפשריים.

הפניית החיסכון להשקעה גדולה יותר בכל תיק מאפשרת לתובע להמשיך ולהשיג עסקאות טיעון רבות יותר בכל תקופה ללא הפחתת מחיר עסקת הטיעון, ולעתים גם במחיר גבוה יותר, כפי שהוכח בטענה א. מכאן שבמצבים שבהם תוספת הענישה במשפטים ובעסקאות הטיעון שהתובע משיג מהעלייה בהשקעה בכל תיק עולה על ההפסד מהתיקים שלא טופלו, בהכרח כדאי לתובע לטפל במספר תיקים קטן מהמספר המרבי האפשרי.

כאשר עלות המשאבים המינימלית הנחוצה לתובע לצורך טיפול בכל תיק במשפט שווה לעלות המשאבים הנחוצים לעסקת טיעון, מספר התיקים המרבי שבהם התובע יכול לטפל שווה למספר התיקים המרבי בעולם עם עסקאות טיעון. במצבים אלו, שלא נגרם בהם חיסכון לתובע מהפניית תיקים לעסקאות טיעון, ותוספת הענישה שהתובע יכול להשיג מעלייה בהשקעה בכל תיק שהולך למשפט עולה על ההפסד מהתיקים שלא טופלו, כדאי לתובע לטפל בתיקים מעטים מאלה שבעולם ללא עסקאות טיעון.

השפעת הסטת משאבים מתיק אחד שהולך למשפט לשאר התיקים על סך הענישה

המצרפית:

$$\begin{aligned}
 & 1*PS \text{ (פחות תיק אחד שהולך למשפט } x \text{ תוחלת הענישה במשפט)} \\
 & +\Delta PS*T \text{ (עלייה בתוחלת הענישה במשפטים } x \text{ מספר המשפטים)} \\
 & +/\Delta PB*\hat{S} \text{ (שינוי במספר עסקאות הטיעון } x \text{ מחיר עסקאות הטיעון)} \\
 & +\Delta PB\hat{S}*\text{ (עלייה במחיר עסקאות הטיעון } x \text{ מספר עסקאות הטיעון)}
 \end{aligned}$$

כאשר שיעור עסקאות הטיעון (וחלקן בענישה המצרפית) עובר סף מסוים, כדאי לתובע להסיט את המשאבים מהתיק האחרון שטופל להשקעה במשפטים שמתקיימים, באופן שיעלה בהן את ההסתברות להרשעה ויקרין על מחיר עסקאות הטיעון ששיגי באופן שסך ההרשעה המצרפי יעלה. זאת כיוון שחלקן של עסקאות הטיעון בסך הענישה הוא כזה שתוספת ענישה שאפשר להשית על כל עסקה (בשל הקרנת העלייה בהסתברות להרשעה במשפטים על מחיר עסקאות הטיעון) עשויה להיות גדולה מן הענישה שמתקבלת מהתיק האחרון שטופל.

במילים אחרות, כאשר שיעור עסקאות הטיעון גדול משיעור מסוים, כדאי יותר לתובע למצוא דרך להעלות את מחירן, גם תוך הקטנת מספר התיקים הכולל שהוא מטפל בהם.

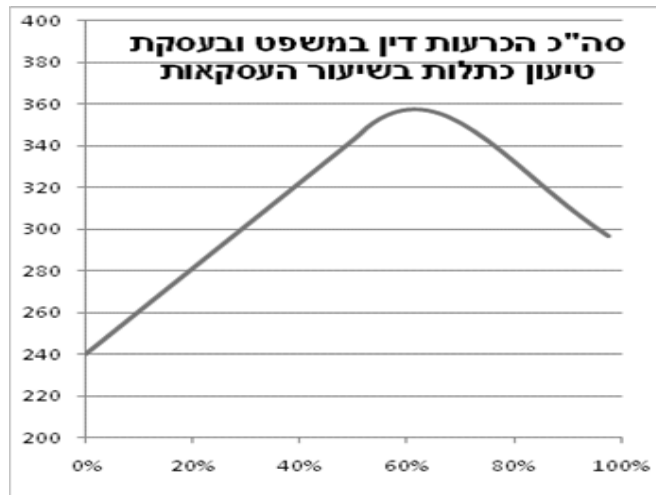
## 2. דוגמה מספרית

נניח שתקציב התביעה מספיק ל-2,400 דיונים, ולניהול תיק ממוצע נדרשים מינימום 10 ימי דיונים. בעולם ללא עסקאות טיעון התביעה יכולה לטפל לכל היותר ב-240 תיקים. כיוון שהונח כי למשאבי התביעה תפוקה שולית פוחתת, נקבל שעל התביעה להשקיע משאבים רבים יותר ויותר כדי להגדיל את ההסתברות להרשעה במשפט באחוז אחד, עם העלייה בהסתברות להרשעה.

מכאן שבהינתן שכל השאר קבוע, וכיוון שהנאשמים מושפעים מההסתברות להרשעה בבחירתם בין ניהול משפט לעסקת טיעון, על התביעה להשקיע משאבים רבים יותר (בניהול כל משפט) כדי להביא נאשמים רבים יותר לערוך עסקת טיעון, עם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון.

בנוסף, המשאבים הנדרשים לסגירת עסקת טיעון עולים עם העלייה במשאבים המוקצים לניהול משפט. תוצאה זו נובעת מכך שעם העלייה בעלות המשפט והסיכון להרשעה עולה הכדאיות להשקעה במשא ומתן על עסקת טיעון, ומסיבות נוספות. בדוגמה שלהלן מתקבל כי בעולם עם עסקאות טיעון התביעה יכולה לטפל לכל היותר ב-357 תיקים. תוצאה זו מושגת כאשר שיעור עסקאות הטיעון הוא 63%.

תקופה	מספר דיונים לתיק	מספר דיונים לע.ט.	שיעור משפטים ע.ט.	מספר משפטים	מספר עסקאות טיעון	סה"כ הכרעות דין במשפט ובעסקת טיעון	בדיקה: סה"כ ימי דיונים
1	10.0	4.0	0%	240	-	240.0	2,400
10	10.0	4.0	50%	171	171	342.9	2,400
11	10.1	4.0	53%	166	183	348.6	2,400
12	10.2	4.1	55%	159	194	352.9	2,400
13	10.3	4.1	58%	151	205	355.7	2,400
14	10.5	4.2	60%	143	214	357.1	2,400
15	10.8	4.3	63%	134	223	357.2	2,400
16	11.1	4.4	65%	125	231	356.1	2,400
17	11.4	4.6	68%	115	239	353.8	2,400
18	11.8	4.7	70%	105	245	350.7	2,400
19	12.3	4.9	73%	95	251	346.8	2,400
20	12.8	5.1	75%	86	257	342.2	2,400
21	13.3	5.3	78%	76	261	337.3	2,400
22	13.9	5.6	80%	66	266	332.0	2,400
23	14.6	5.8	83%	57	269	326.6	2,400
24	15.3	6.1	85%	48	273	321.2	2,400
25	16.0	6.4	88%	39	276	315.8	2,400
26	16.8	6.7	90%	31	280	310.6	2,400
27	17.7	7.1	93%	23	283	305.6	2,400
28	18.6	7.4	95%	15	286	300.9	2,400
29	19.5	7.8	98%	7	289	296.6	2,400





כיוון שתופעת עסקאות הטיעון היא תופעה מתפרצת, היא איננה נעצרת בשיעור העסקאות המרבי מבחינת תפוקת התיקים שבהם המערכת מסוגלת לטפל. התוצאה הסופית עשויה להיות תפוקה גדולה או קטנה מתפוקה בעולם ללא עסקאות טיעון, אך בכל מקרה קטנה מהתפוקה המרבית.

### 3. סיכום ביניים של הדינמיקה האנדוגנית בין התובע לנאשמים

- מתקופה לתקופה מצבו של התובע משתפר, ואילו מצבם הכללי של הנאשמים מורע.
- בניגוד לאינטואיציה, הדינמיקה מאפשרת לתובע להגדיל את מחיר העסקה (העונש שכלול בעסקה) תוך כדי העלייה במספרן ובשיעורן של עסקאות הטיעון.
- המשאבים שמשחררים לתובע מקנים לו את היכולת להחליט כמה משאבים להקצות למשפטים באופן שיקריין על מספר עסקאות הטיעון ומחירן, על מספר התיקים הכולל שבהם הוא בוחר לטפל ועל סך הענישה המצרפית שישג.
- כאשר החלק של עסקאות הטיעון בסך הענישה המצרפית עולה על שיעור מסוים (משנתה ממערכת למערכת), כדאי לתובע המעוניין בהשאת סך ההרשעה המצרפית להקטין את מספר התיקים הכולל שבהם הוא יטפל כדי להפנות יותר משאבים למשפטים ולהעלות את מחיר עסקאות הטיעון.
- במילים אחרות, כאשר המשאבים המתפנים בעקבות הוויתור על התיק השולי מאפשרים להעלות את מחיר עסקאות הטיעון באופן שתוספת הענישה בתיקים האחרים עולה על הפסד בענישה מהתיק השולי, כדאי לתובע לוותר עליו וסך התיקים המטופלים יורד. הסבירות שתוצאה זו תתממש גדולה ככל ששיעור עסקאות הטיעון (והחלק שלהם בסך הענישה המצרפית) גדול יותר.

### ד. הדינמיקה האקסוגנית

#### 1. טענה ג – גורמים אקסוגניים הפועלים בזיקה לדינמיקה האנדוגנית עשויים להעצים אותה

כאשר גורמים אקסוגניים לדינמיקה האנדוגנית המתחוללת בין התובע לנאשמים נוטים להגיב לתהליכים שהיא יוצרת באופן שמשפיע על הגורמים האנדוגניים לדינמיקה לפעול בכיוון הדינמיקה, תופעת מחזור-המשוב תועצם.

בפרק זה נתאר בקצרה את השפעתם האפשרית של כמה גורמים מרכזיים על מערכת המשפט בהקשר של תופעת עסקאות הטיעון, ובהם הציבור, החוקרים והשופטים. בניגוד למצופה או לחשיבה האינטואיטיבית, השפעתם של גורמים אלו במקום להיות מרסנת עשויה להחריף את תופעת עסקאות הטיעון, ובמקום שיאזנו ויעצרו את התפשטות התופעה, הם מקצינים אותה בתגובתם.

להלן תיאור קצר של הזיקה בין הציבור, החוקרים והשופטים לתופעת עסקאות הטיעון, תיאור התגובה שלהם לתופעת עסקאות הטיעון והסבר כיצד תגובתם איננה מאזנת את התופעה אלא מחריפה אותה.

הציבור – הציבור חש אי־נוחות מההקלות שמקבלים פושעים במסגרת עסקת טיעון, והוא לוחץ על המחוקק להחמיר בענישה<sup>84</sup> ולהרחיב את תחולת המשפט הפלילי (פליליות יתר<sup>85</sup>). החמרה בענישה גורמת באופן טבעי לנאשמים רבים יותר להסכים לעסקת טיעון, וחוזר חלילה.<sup>86</sup>

החוקרים – עסקאות הטיעון נותנות תמריץ שלילי לחוקרים.<sup>87</sup> הן מרפות את ידיהם ומנוונות את מקצועיותם.<sup>88</sup> החוקרים יודעים שהראיות שיאספו לא יגיעו לכדי בירור במשפט, ומכאן שאין צורך לאסוף את כל כמות הראיות הדרושות להרשעה במשפט שלם. לכן התיקים שהתובעים מקבלים ושבהם קשיים בראיות – רבים יותר<sup>89</sup> וגורמים להם אפוא לחוץ יותר לעסקה, וחוזר חלילה.<sup>90</sup>

התובעים – ככל ששיעור ההרשעות גבוה יותר כך הלחץ על התובע להשיג הרשעה במשפט גובר, דבר הגורם להם להסכים יותר לעסקאות טיעון, המעלות את שיעור ההרשעה וחוזר חלילה.<sup>91</sup>

84 “How many times is a mandatory sentence used as a chip in order to coerce a plea? They don’t keep records,” said Senior Judge John L. Kane Jr. of United States District Court in Denver, who believes that prosecutors have grown more powerful than judges. But it is very common, he added. “That’s what the public doesn’t see, and where the statistics . . . become meaningless” Oppel, לעיל ה”ש 77.

85 “plea bargaining and overcriminalization perpetuate each other, as plea bargaining shields over-criminalization from scrutiny and overcriminalization creates the incentives . . . that make plea bargaining so pervasive” Dervan, לעיל ה”ש 51, בעמ’ 646.

86 “We hardly have trials anymore” Oppel, לעיל ה”ש 77.

87 “במקרים רבים מגלה התביעה שקיים קושי בראיות, וכי יקשה עליה להוביל את התיק לתוצאה של הרשעה. תופעה שכיחה היא שככל שהתביעה ניצבת בפני קשיים רבים יותר, וככל שהתיק של התביעה חלש יותר, כך התביעה מסכימה להקלה גדולה יותר לנאשם אם יסכים להודות במסגרת הסדר טיעון, וכך גובר הלחץ על הנאשם, לרבות על נאשם חף מפשע, להודות באשמה”; קובו, לעיל ה”ש 52, בעמ’ 92.

88 לדברי בכיר במערכת אכיפת החוק, “הגידול במספר ההרשעות היה בעיקר במקומות שקל לחקור בהם ולהרשיע בהם, על חשבון עבירות משמעותיות יותר, שקשה יותר לחשוף. הנתונים על גידול משמעותי במספר ההרשעות בישראל לא מעיד על כך שהמטרה טובה יותר, אלא להפך”; יובל יועז “מספר האסירים עלה ב-40% מאז 97” הארץ 2007.8.7.

89 “קרוב ל-90% מהתובעים השיבו, כאמור, ‘ספקות לגבי טיב הראיות’ הם הגורם החשוב ביותר לעריכת הסכמים אלה”; הרנון ומן, לעיל ה”ש 79, בעמ’ 132.

90 “...prosecutors can avoid the need to test their theories at trial by using significant leverage to virtually force even innocent, or at least questionably guilty, defendants to plead guilty”; Larry E. Ribstein, *Agents Prosecuting Agents* (Illinois Public Law Research Paper No. 10–25, January 10, 2011).

91 William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH. L. REV. 505 (2001).

השופטים – השופטים רואים נאשמים רבים יותר שהתחילו את המשפט בכפירה ולבסוף מודים באשמה, ולכן הם עלולים פחות ופחות להאמין לנאשמים ולהרשיע ביתר קלות<sup>92</sup>. דבר שגורם ליותר נאשמים להימנע מניהול משפט וחוזר חלילה. על הסנגורים המייצגים את הנאשמים פועלים תמריצים שונים העלולים לגרום להם לנסות ולשכנע את הנאשמים להעדיף עסקת טיעון על פני ניהול משפט. הסנגורים הפרטיים<sup>93</sup> מונעים משיקולים של סיכון, מוניטין ותמריצים כלכליים, והסנגורים הציבוריים<sup>94</sup> מונעים משיקולים דומים וממגבלת תקציב<sup>95</sup>. בנוסף, מדיניות בית המשפט העליון, כפי שהיא באה לידי ביטוי בפסיקה<sup>96</sup> לאורך השנים, תומכת בעסקאות הטיעון ומעודדת את קיומן. שופטי בתי המשפט המחוזיים ובתי משפט השלום מושפעים באופן טבעי מפסיקות בית המשפט העליון, אשר למעשה כובלות אותם לאישור עסקאות הטיעון. דוגמה בולטת לכך אפשר לראות בדברי שופט בית המשפט המחוזי בתל-אביב צבי גורפינקל בגזר דין מולאייב, אשר התקבל בתחילת שנת 2011:<sup>97</sup>

“כבר בעת הצגת הסדר הטיעון, הודעתי לצדדים כי דעתי אינה נוחה מהסדר מקל בצורה קיצונית זה, אולם הפרקטיקה הנהוגה בעקבות ע"פ 1958/98 פלוני נ' מ.י. פד"י נ"ז חלק 1 עמ' 577, היא שרק במקרים קיצוניים ונדירים ביותר, יסטה ביהמ"ש מהסדר הטיעון המוצג לפניו, כאשר יש לכבד את הצעת התביעה המופקדת על האינטרס הציבורי”.

כפי שכבר נאמר לעיל, המציאות מורכבת לאין שיעור, ואין בידינו להפריד את התהליכים השלובים זה בזה. מודל מחזור-המשוב וההדמיה שנערכה עליו ממחישים כי

92 “Judges who at the beginning of their career display a neutral attitude as to the question of guilt or innocence of the defendant, get used to the fact that the great majority of defendants plead guilty... As a result of which the judge arrives at the conclusion that most defendants are indeed guilty”; MILTON HEUMANN, PLEA BARGAINING: THE EXPERIENCES OF PROSECUTORS, JUDGES, AND DEFENSE ATTORNEYS 138–139 (1978).

93 ראו “מבנה שכר הטרחה בתיק פלילי הוא כזה שעורך הדין ירוויח יותר לשעת עבודה אם יסיים את התיקים שלו בהסדר טיעון”; רון שפירא “לסניגורים יש נטייה ללכת על בטוח, ולכן הם בוחרים בהסדר טיעון” *TheMarker* 6.4.2010.

94 ראו “לא כדאי להחליש את מעמד רשויות התביעה” ו“לאפשר לתביעה הכללית לחתום על עסקאות טיעון”, ענבל רובינשטיין, הסנגורית הציבורית הארצית, בכתבה “היום מגישים יותר כתבי אישום מבעבר גם במקרים גבוליים”; יובל יועז “היום מגישים יותר כתבי אישום מבעבר גם במקרים גבוליים” הארץ 23.12.07.

95 דרור ארד-אילון “תודה – תיוצג; לא תודה – לא תיוצג” עורך הדין 34 (2002).

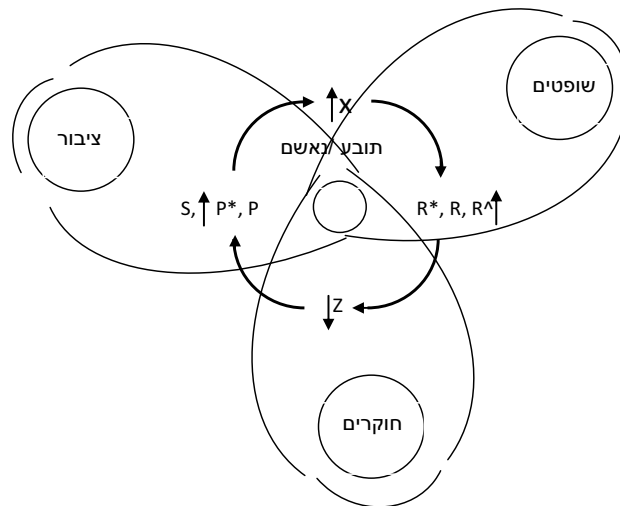
96 ב-1972 קבע בית המשפט העליון בעניין בחמוצקי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 558, מפי השופט משה לנדוי, כי “הנפש היפה סולדת מכל אלה, ובשיטה האידיאלית של עשיית צדק אין מקום לפשרות”. עם זאת, הוסיף לנדוי, לא ניתן להשיג צדק מוחלט, ו“לא נוכל כנראה בלעדי השימוש במכשיר זה למרות היותו פגום מוסרית, וגם בתי המשפט אינם יכולים להתעלם מהכרח שלא יגונה”.

97 ת"פ (מחוזי ת"א) 39271-08-10 מדינת ישראל נ' מולאייב (פורסם בנבו, 11.1.2011).

הדינמיקה האנדוגנית לבדה עשויה להסביר חלק ניכר מהתרחבות תופעת עסקאות הטיעון, וכי בתנאים מסוימים היא מספיקה לבדה כדי להביא להשתלטותה של התופעה על המערכת.

כשלוקחים בחשבון את השפעתם המחריפה של גורמים אקסוגניים אלו ואחרים, וחסרונם או מיעוט השפעתם של גורמים מאזנים ומרסנים, ניתן להבין מדוע תופעת עסקאות הטיעון הינה תופעה מתפרצת<sup>98</sup>, ומדוע במערכות משפט מסוימות כבר כמעט לא מתנהלים משפטים<sup>99</sup>.

**2. תיאור סכמטי של דינמיקת מחזור-המשוב המלאה של עסקאות הטיעון**



$X$  = שיעור עסקאות הטיעון  
 $R^*, R, R^\wedge$  = השקעת משאבים של התובע ושל הנאשם, בהתאמה, לתוך התיק או בעסקה  
 $P^*, P$  = הערכות התובע והנאשם, בהתאמה, את ההסתברות להרשעה במשפט  
 $S$  = ענישה  
 $Z$  = גורמים אחרים המשפיעים על  $P_i$  ו- $P_i^*$  כגון עצמת הראיות וכו'

“...it is not yet clear whether the process converges towards long run equilibrium”; 98  
 .REINHARD SELTEN, THEORY OF SLACK-RIDDEN IMPERFECT COMPETITION vol. I 95 (1982)  
 99 “But one result is obvious, he said: “We hardly have trials anymore”  
 ,Oppel, לעיל ה"ש 77.

## ה. דיון

"חוקים ומדיניות ציבורית המנוסחים היטב עשויים לרתום את האינטרס הפרטי לטובת הכלל. אבל תמריצים הקוסמים לאינטרס הפרטי עשויים להיכשל כאשר הם מחלישים את הערכים המוסריים המניעים את האנשים לפעול באופן אלטרואיסטי או ברוח ציבורית אחרת".

אדם סמית

הספרות העוסקת בנושא עסקאות הטיעון, מנתחת אותו וסוקרת אותו, רחבה ועמוקה כאוקיינוס. מטרת פרק זה הוא לבחון סוגיות מרכזיות בספרות מהזווית של השאלות העולות ממסקנות המודל. אין כאן בשום אופן יומרה למצות את הנושא ואף לא להציע תשובה מוחלטת לסוגיות הספורות שיעלו.

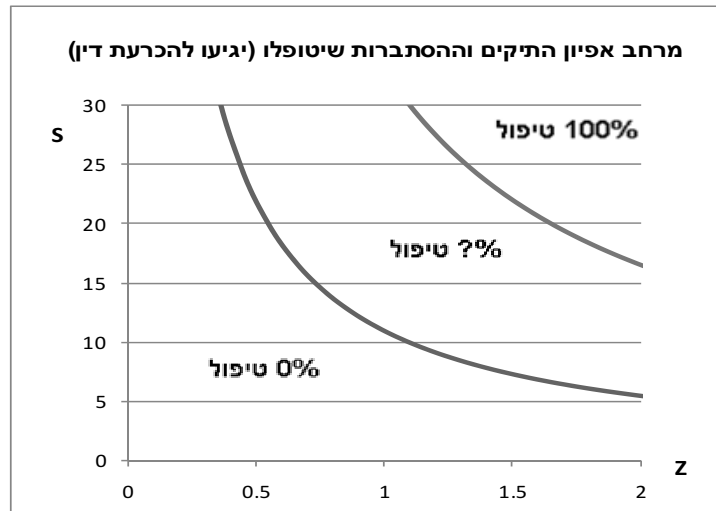
מזווית הראייה של המודל, קרי התובנה שתופעת עסקאות הטיעון היא בעלת מאפיינים של מחזור-משוב עם החצנות (השפעות חיצוניות) שליליות בעלות השלכה על היבטים רבים במערכת המשפט, נבחן זו בצד זו את שאלת החף ואת שאלת ההרתעה, נשאל אם הבחירה להעדיף את השימוש במתכונת של עסקאות הטיעון על פני ניהול משפטים מתלכדת עם האינטרס הציבורי, וננסה לבחון פתרונות קיימים וחלופיים.

### 1. שאלת הייצוג של המודל

ראשית נבחן את תוקף מסקנותיו של מודל המנתח דינמיקה בסוג תיק אחד ומבקש להסיק ממנה על הדינמיקה של כלל התיקים. אנו נדרשים לשאלת הייצוג של המודל כיוון שאין לנו מודל הפותר את בעיית האופטימיזציה לכלל התיקים גם יחד. האם הדינמיקה המתרחשת בסוג תיק מסוים מתרחשת בהכרח גם בתיקים אחרים? וליתר דיוק, האם עם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון הכללי תתרחש גם עלייה בשיעור עסקאות הטיעון בכל סוגי התיקים, יושקעו משאבים רבים יותר במשפטים, וההסתברות להרשעה תעלה?

שאלה זו נובעת מכך שהתובע במודל ממקסם את הענישה הפוטנציאלית מסך התיקים המגיעים אליו ולא מתיק אחד. ייתכן שעם שחרור המשאבים בתיק מסוג אחד הוא יעדיף לנתב את המשאבים המתפנים לתיק מסוג אחר.

ננסה לאפיין את סוגי התיקים בשלוש קטגוריות על פי ההסתברות שיטופלו. לאורך עקומות הגבול בין סוגי התיקים שבתרשים שלהלן, המכפלה  $SZ$  – המבטאת שקלול של  $Z$  (עצמת הראיות בתיק) עם  $S$  (חומרת העבירה) – קבועה. אם נניח שההסתברות להרשעה היא לינארית עם עצמת הראיות, נקבל שתוחלת הענישה שווה בכל התיקים על העקומות, ומכאן שהתובע הממקסם ענישה אדיש בין כל התיקים על אותה עקומת גבול.



הסטטיסטיקה הפלילית של שנת 2009 מלמדת כי מתוך כ-420 אלף תיקים פליליים שנפתחו במשטרה התגלו חשודים בכ-160 אלף תיקים.<sup>100</sup> מספר חשודים זה גדול בהרבה מהיכולת הנוכחית של המערכת להביא את כולם לברור דין, ולכן בשנת 2009 לדוגמה, התקבלו הכרעות דין נגד כ-36 אלף נאשמים (בעסקת טיעון או במשפט מלא), שהם כ-22% בלבד מתוך סך החשודים.

רוב התיקים הם מסוג ג – תיקים המסוננים במשטרה או מגיעים מהמשטרה לפרקליטות ומסוננים מידית בפרקליטות. תיקים אלו מיוצגים בתרשים בשטח שמתחת לעקומה התחתונה בחלק השמאלי התחתון של התרשים.

חלק קטן מהתיקים הוא מסוג א – תיקים שבהם עצמת הראיות וחומרת העברה הם כאלו שמצדיקים שכולם יטופלו על ידי התובעים ויוגשו בהם כתבי אישום. תיקים אלו מיוצגים בתרשים מעל העקומה העליונה, בחלק הימני העליון של התרשים.

חלק הארי של התיקים הם מסוג ב – תיקים שבהם עצמת הראיות וחומרת העברה דורשות שיקול דעת באשר לעצם הטיפול בהם. תיקים אלו עוברים תהליך סינון מורכב יותר (שבמודל אנו מתעלמים מעלותו), ומפאת מגבלת תקציב מטופלים טיפול חלקי, ולא בכולם מוגשים כתבי אישום. תיקים אלו מיוצגים בתרשים בתווך שבין שתי העקומות.

המודל המנתח סוג תיק מסוים עשוי לייצג את כלל התיקים מסוגו. מהמודל שעורך אופטימיזציה לשני סוגי תיקים (אחד שאמור לייצג תיקים מסוג א והשני שאמור לייצג תיקים מסוג ב) עולה כי בעולם עם עסקאות טיעון תיתכן הסטת משאבים לתיקים מסוג א (הכבדים והחזקים שמספרם מוגבל) מעבר למשאבים האופטימליים שהיו מוקצים להם בעולם ללא עסקאות טיעון.

100 ראו טבלאות נתונים בחלק שלישי.

הסטת משאבים זו באה על חשבון התקציב לתיקים מסוג ב, שרק חלקם מטופלים, ומחריפה את התוצאה של ירידה בתפוקת התיקים הכללית (אלמלא הייתה הסטת משאבים מסוג תיק למשנהו), כפי שיוצא כאשר מנתחים את הדינמיקה בסוג תיק אחד בלבד. תוצאה זו הולמת את הממצא העולה מנתוני הלמ"ס בעשור האחרון, ולפיו שיעור תיקי פשע חמור מתוך סך הכרעות הדין עלה.

אם מתקיימת הסטת משאבים הפוכה, קרי עם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון מוסטים משאבים מתיקים חזקים וכבדים, שמספרם מוגבל, לתיקים חלשים שרק חלקם מטופלים, ייתכן שעשוי להתקבל דווקא אפקט הפוך, ולפיו עם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון ימשיך ויעלה סך התיקים המטופלים הכולל.

זהו אפקט מעניין, וחוזרת ונשאלת השאלה אם התוצאה הזו מייצגת ומאפיינת את התנהגות המערכת כולה, כלומר אם עם מתן תוקף לאפשרות לערוך עסקאות טיעון והתפתחות דינמיקה של מחזור-משוב תיתכן הסטת משאבים לתיקים הכבדים והחזקים שמספרם מוגבל, ואם כן, כיצד אפשר להסביר תוצאה זו.

הסבר אפשרי לכך הוא שבתיקים מסוג א כדאי לתובע לטפל בכולם לפני טיפול בכל סוג אחר, ואילו כשהיקף עסקאות הטיעון בתיקים מסוג ב עולה מעל לשיעור מסוים, כדאי לתובע לנתב את המשאבים שמתפנים בין כלל התיקים, כולל התיקים מסוג א, שמספרם קבוע, במקום לנסות לטפל בתיקים נוספים מסוג ב.

אף שניתוח זה אינו שלם ודורש המשך חקירה, הוא עשוי להיות חלק מההסבר לירידה המתמשכת בהיקף התיקים בפשיעות קלות המוגשים לבתי המשפט בישראל בעשור האחרון.

## 2. שאלת החף

"The Protection of the Innocent from conviction is a central theme of the law of criminal evidence... The importance of protecting the innocent from conviction is not justified only on the basis that it will produce the best social results".

Adrian A.S. Zuckerman<sup>101</sup>

"החיפוש אחר האמת כמפתח להשגת צדק ניתן להצדקה הן במונחים דאונטולוגיים והן במונחים תועלתיים. את ההצדקה הדאונטולוגית ניתן לתאר בקצרה כך: על המערכת הפלילית להעניש את האשם ולזכות את החף, באופן שמביא לידי ביטוי את מעמדו של האדם כסובייקט. ענישת האשם כגמולו מכבדת אותו משום שהיא מציבה אותו כמטרה וכמי שניתן להטיל עליו אחריות למעשיו. לעומת זאת ענישת החף מציבה אותו כאובייקט של ההליך הפלילי, אשר היחס אליו אינו נגזרת של מעשיו הוא. מאחר ששאלת אשמתו של האדם נגזרת מן ההתרחשות העובדתית, הרי שיש להבטיח כי ההליך הפלילי יחשוף

.ADRIAN A.S. ZUCKERMAN, THE PRINCIPLES OF CRIMINAL EVIDENCE 125 (1989) 101

התרחשות זו באופן אמין. ההצדקה התועלתית משקיפה על ענישת האשם ועל זיכוי החף כעל ממקסמות של הרווחה החברתית בעיקר על ידי ערכן המניעתית, המשקם והמרתיע<sup>102</sup>. במודל הונח כי התובע והנאשם מגיבים להסתברות להרשעה ולמשתנים נוספים בבחירתם בין עסקת טיעון ובין הליכה למשפט, והתנהגותם אינה מושפעת ישירות מאשמתו או מחפותו של הנאשם. מכאן שהחלטת הנאשם אם להסכים לעסקת טיעון מתקבלת ב"צל המשפט", דהיינו על בסיס חישוב סיכויי הרשעתו במשפט והעונש הצפוי לו אם יורשע, ולחפותו אין השפעה ישירה על מידת ההקלה שהוא ידרוש בתמורה להודאתו.

כמו כן הונח<sup>103</sup> כי בכל תקופה קיימים נאשמים חדשים זהים במאפייניהם ובמאפייני התיק שלהם לנאשמי תקופה קודמת. אף כי סביר שכמות ואיכות הראיות נגד נאשם יהיו פחותות יחסית במקרה של אדם חף, הניסיון מלמד שחפים מפשע מורשעים על לא עוול בכפם, ומכאן שבקרב אוכלוסיית החשודים והנאשמים בכל תקופה מצויים גם נאשמים חפים מפשע.

המודל מנבא שעם העלייה בשיעור 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, שיעור ההרשעות הכללי היה כ-80% (אם נניח ששיעור ההודאות היה כ-50%, אזי שיעור ההרשעות במשפטים היה כ-60% בלבד). כיום כאשר קרוב ל-95% מהכרעות הדין מבוססים על הודאה, ושיעור ההרשעות הכללי גדול מ-99.5%, יוצא ששיעור ההרשעות במשפטים גבוה כיום מ-90% (0.5% זיכויים מתוך כ-5% משפטים)<sup>104</sup>.

ההסתברות הכללית להרשעת חף תלויה בשיעור האפריורי של חפים באוכלוסיית הנאשמים, בחומרת הראיות נגדם ובמשאבים שהצדדים משקיעים בתיק. בהנחה ששיעור החפים והראיות אינם משתנים מתקופה לתקופה, והיות שעל פי תוצאות המודל עם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון גדלים המשאבים המושקעים על ידי התובע בתיקים שהולכים למשפט, ועולה ההסתברות להרשעה – גדל החשש שנאשמים חפים יודו במסגרת עסקת טיעון, ושירשעו במשפט.

וילאם לנדס העלה השערה כי אדם חף מפשע עשוי להירתע מהודאה באשמה יותר מנאשם אשם, והציע לפרש זאת כהפסדים פסיכולוגיים המושגים עליו, גורעים מן התועלת שבעסקת הטיעון ומעלים את הסבירות למשפט<sup>105</sup>.

גם אם נאמץ השערה זו לתוך המודל ונניח שמבחינתו של נאשם חף לעסקת טיעון יש עלות נוספת בהשוואה לנאשם אשם, עדיין המודל יגיע לתוצאה שלפיה עם העלייה בשיעור

102 מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "ביקורת שיפוטית על הסדרי טיעון בעקבות ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל" מגמות בדיני ראיות ובסדר דין פלילי 289, ה"ש 63 (2009).

103 במודל אקסוגני ייתכנו שינויים שישפיעו על הרכב התיקים.

104 ראו נתונים מדויקים בחלק שלישי.

105 "... an innocent person may have an aversion to lying so that he would have a greater reluctance to plead guilty to an offense than a guilty person. This can be interpreted as imposing psychic losses on a guilty plea for an innocent suspect... and hence increase Landes ; the likelihood of a trial' , לעיל ה"ש 6, בעמ' 173.



עסקאות הטיעון נאשמים חפים רבים יותר מודים במסגרת עסקת טיעון פשוט משום שהחלופה הופכת יקרה ומסוכנת יותר ויותר.

גרסמן וכץ שילבו במודל את השערתו זו של לנדס בדבר אפקט החף במאמרם המפורסם משנת 1983.<sup>106</sup> על פי המודל שבנו, כאשר התובע מודע לאפקט החף הוא יכול לסנן את החפים על ידי הצעת עסקאות טיעון כאלו שחפים יסרבו להן. בסיפה של מאמרם הם עצמם מטילים ספק בהיתכנותה של תוצאה זו ומציינים שאם הנאשמים שונים בגישתם לסיכון, לא יוכל התובע להבחין בין נאשם חף ושונא-סיכון לבין נאשם אשם אבל שונא-סיכון פחות.<sup>107</sup>

מכאן שסינון החפים באמצעות עסקאות הטיעון אינו אפשרי, כיוון ששנאת הסיכון של חפים ככל הנראה גדולה משנאת הסיכון של אשמים, והיא עשויה לאיין את השפעת חפותם, אם קיימת כזו, על בחירתם בעסקה או במשפט לעומת אשמים. בנוסף עלינו להביא בחשבון שאם קיימת מדיניות של מחיקת תיקים לנאשמים אשר דוחים עסקאות טיעון, קרוב לוודאי שהיא תיוודע במהרה, ונאשמים אשמים יביאו בחשבון שכדאי להם לחקות – בהתנהלותם עם התובע – התנהגות כשל נאשם חף.

על סמך כמה וכמה מחקרים אמפיריים, המשתמשים במתודולוגיות שונות, בחנו חוקרים את השפעת החפות והגיעו למסקנה כי כשקיימים סיכויים וסיכונים דומים, נאשמים חפים נוטים לדחות עסקאות טיעון שנאשמים אשמים מקבלים. מסקנה זו התגבשה בין השאר מניתוח מאגרי מידע של עיוותי דין<sup>108</sup> שמהם עלה כי שיעור החפים מכלל המורשעים במשפט גבוה לאין שיעור משיעורם מכלל המורשעים במסגרת עסקאות הטיעון.<sup>109</sup> מחקר אמפירי מעודכן יותר<sup>110</sup> נעזר בנתונים אחרים ומגיע למסקנה שמערכת את מסקנתם הגורפת של מחקרים אלו. המאמר אינו סותר את תזת השפעת החפות אלא טוען שמאגרי המזוכים שנבחנו אינם מייצגים אלא פלח קטן מהמשפטים הפליליים, ומכאן שאין להסיק ששיעור ההרשעות המוטעות בעסקאות טיעון נמוך משיעור ההרשעות המוטעות במשפטים.

Gene M. Grossman & Michael L. Katz, *Plea Bargaining and Social Welfare*, 73 AM. ECON. REV. 749, 752 (1983)

“when defendants may differ in their aversion to risk, the prosecutor may be unable to distinguish an innocent, but highly risk-averse defendant from guilty, but less risk-averse one”.

מאגר הנתונים של אדמונד היגנס זמין בכתובת: [www.dredmundhiggins.com](http://www.dredmundhiggins.com). המאגר מכיל 316 מקרים של הרשעות מוטעות. השני, רשימת נאשמים במאמרם Samuel R. Gross, Kristen Jacoby, Daniel J. Matheson, Nicholas Montgomery & Sujata Patil, *Exonerations in the United States 1989 through 2003*, 95 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 523 (2005), כולל, בקיזוז מקרים שהופיעו במאגר הראשון, 199 מקרים של טעויות בדין שהתגלו בין השנים 1989 ו-2003 בארצות הברית.

גזל-אייל ותור, לעיל ה"ש 9.

Russell D. Covey, *Mass Exoneration Data and the Causes of Wrongful Convictions* (Georgia State University College of Law, July 08, 2011).

חיזוק לטענה שנאשמים חפים מודים במסגרת עסקת טיעון אפשר למצוא אולי גם בבחינת הנתונים שעלו במחקרו של עמי קובו מ-2008.<sup>111</sup> מתוך כ-400 נאשמים אשר רואינו בבתי משפט השלום בישראל, כ-75% הודו באשמתם (שיעור ההודאות במדגם זה גדול יותר שכן יתכן 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 ללא עסקת טיעון פורמלית טען בריאיון לחפותו!

### 3. עסקאות הטיעון, הרתעה והאינטרס הציבורי

"לעתים קרובות מאוד אויבה הגדול של האמת איננו השקר – מחושב, מתוכנן ורמאי, אלא המיתוס – המחמיד, המשכנע והחוזר על עצמו".

ג'ון פ' קנדי

לפני שננסה לבחון חלופות למתכונת עסקאות הטיעון הנהוגה כיום, ניגע בכמה סוגיות הכרוכות יחדיו: עסקאות הטיעון, הרתעה והאינטרס הציבורי. השאלות שייבחנו הן אלה: מהו היקף עסקאות הטיעון הרצוי, אם משיגים הרתעה באמצעות עסקאות טיעון, ואם עסקאות הטיעון הן אינטרס ציבורי.

מתן לגיטימציה משפטית לקיומן ועידוד השימוש בעסקאות הטיעון הוא, כפי שנראה בהמשך, תוצאה של העדפה חברתית של יעילות על פני איכות מתוך אמונה, שעלולה להתברר כאמונת שווא, שהפרקטיקה של עסקאות הטיעון מאפשרת להגביר את ההרתעה, ובכך תועלתה עולה על עלותה.

מודל מחזורי-המשוב של עסקאות הטיעון מוכיח שהתפשטות עסקאות הטיעון היא תוצאה אפשרית של התמריצים הפועלים על השחקנים במערכת המשפט הפלילי, וכי הדינמיקה האנדוגנית בין התובע לנאשמים עשויה לבדה לגרום להשתלטות עסקאות הטיעון על המערכת המשפטית הפלילית. כשמביאים בחשבון את הלחצים האקסוגניים הפועלים בזיקה לדינמיקה האנדוגנית ומעצימים אותה, אפשר להסיק שבכל מערכת משפטית שתאפשר את קיומן של עסקאות הטיעון, כמוקדם או במאוחר כמעט שלא יתנהלו משפטים.<sup>112</sup>

מן המודל עולה כי השפעת הלוואי של התופעה היא שגם לתובע שאינו מונע מאינטרסים עצמיים כדאי להקצות – עם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון – משאבים רבים יותר לכל משפט, באופן שעשוי מעבר לשיעור עסקאות מסוים להקטין את סך התיקים שבהם הוא יכול לטפל. כלומר, מספר התיקים שיבחר לטפל בהם התובע עשוי להיות נמוך

111 קובו, לעיל ה"ש 52.

112 "But one result is obvious, he said: 'We hardly have trials anymore', Oppel; לעיל ה"ש 77.

ממספר התיקים המרבי האפשרי, ובמצבים מסוימים אף נמוך ממספר התיקים שיטפל בהם התובע בעולם ללא עסקאות טיעון.

כדי להבין את משמעותן של מסקנות המודל הללו ולאפשר בעזרתן לבחון את כדאיותן של הצעות שונות, כדאי לסקור קודם את המחלוקת בשאלות של התפשטות עסקאות הטיעון, הרתעה והאינטרס הציבורי, כפי שעולה מן הספרות שנכתבה עד כה.

במאמרו משנת 1968<sup>113</sup> ניתח הכלכלן גארי בקר את המשפט הפלילי במונחי העדפות ותוך שימוש בכליה של הכלכלה הנאו-קלאסית. מאמר זה פותח בהנחה שלפיה העברייני הוא ממקסם רציונלי של תועלת: הוא מחשב את התועלת הצפויה מן הפשע ומשווה אותה לעלות הצפויה של ביצוע הפשע.

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

מחקרים קרימינולוגיים מעידים כי להגדלת הסתברות התפיסה של העבריינים יש אפקט חזק על הפשיעה הרבה יותר מלהחמרת 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 (קיטון משקלו של העתיד)<sup>114</sup>. מכאן שכאשר עבריינים הם שונאי-סיכון, הקנס האופטימלי נמוך, והסתברות התפיסה גבוהה מבמצב שבו עבריינים אדישים לסיכון או אוהבי-סיכון.<sup>115</sup>

עקרון ההרתעה הוא שמכריע את הכף בדילמה הקשה והמורכבת בדבר השימוש בעסקאות הטיעון בפסיקות בית המשפט לאורך השנים, למן הפסיקה הראשונה שאישרה אותן ועד היום. כך נכתב מפי השופט לנדוי בשנת 1972:

"לא נוכל כנראה בלעדי השימוש במכשיר זה, למרות היותו פגום מבחינה מוסרית, וגם בתי-המשפט אינם יכולים להתעלם מהכרח שלא יגונה. לשון אחרת, טובת הציבור דורשת לעתים לוותר על הענשתו המלאה של עברייני (או אפילו על הענשתו בכלל, כאשר עושים אותו עד המדינה), כדי לחסוך מזמנם של עובדי הציבור ולהחיש את הליכי המשפט בכללם, או כדי להביא

113, Becker, לעיל ה"ש 47.

114 ראו Alon Harel & Uzi Segal, *Criminal Law and Behavioral Law and Economics: Observations on the Neglected Role of Uncertainty in Deterring Crime*, 1 AM. L. & ECON. REV. 276, 295–297 (1999).

115 ראו A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *The Theory of Public Enforcement of Law*, in HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS vol. 1 403 (2007).

לידי הרשעתם של עבריינים אחרים שאלמלא כן לא היו מובאים לדין כלל והיו ממשיכים בפעילותם הפושעת".<sup>116</sup>

ומפי השופטת ביניש בראש הרכב של תשעה שופטים בבית המשפט העליון בשנת 2002:

"הסדרי טיעון אינם בהכרח מחלישים את יסוד ההרתעה בענישה, אלא עשויים לתרום להרתעה אפקטיבית בכך שמביאים הם להרשעתם של נאשמים רבים יותר, ובהם נאשמים שמטעמים שונים עלול היה להתעורר קושי בביסוס אשמתם בראיות קבילות".

ועוד:

"ככלל, עם חלוף השנים מאז פסק הדין בפרשת בחמוצקי, בתי-המשפט אינם מתייחסים עוד להסדרי הטיעון כהכרח לא-יגונה כפי שנאמר באותה פרשה, אלא מכירים בערכם ובתרומתם".<sup>117</sup>

ובהצעת החוק נטען ש"אין חולק כי הסדרי הטיעון מביאים לחסכון במשאבי החקירה, התביעה ובתי המשפט" ונימוקים תועלתניים נוספים כגון "מיידיות ומהירות הענישה מחזקות את האפקטיביות העונשית" ו"נוכח היתרונות הטמונים בהסדרי הטיעון ניתן לראות בהם הכרח בל יגונה".<sup>118</sup>

בספרות המשפטית-קרימינולוגית נהוג לבחון שני מודלים עיקריים: מודל ההליך ההוגן (process Due) לעומת מודל המלחמה בפשיעה (Crime control).<sup>119</sup> על פי מודל ההליך ההוגן, כיוון שלרשויות יש הרבה מאוד כוח, תפקידו של ההליך הפלילי להגביל את הכוח הזה. מוטב שנשלם מחיר מסוים במלחמה בפשיעה – יעילות פחותה – ולא נחשוש מטעות והרשעת 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, לפני ערכים של הגינות. המסר הוא יעילות, סופיות הדין, אי-הגבלת צעדיהם של המשטרה והפרקליטות. יישום מודל זה יביא למעצרים, להרשעות רבים יותר ולעונשים ארוכים יותר.

116 עניין בחמוצקי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 558.

117 עניין פלוני, לעיל ה"ש 24, בעמ' 592.

118 הביטוי החוזר "הכרח בל-יגונה" נשמע כמו נלקח מספרו של פרנץ קפקא "המשפט". בפרק "בקתדרלה" מספר הכהן ליוזף ק' את המשל "לפני החוק" שאמור לסייע לו להבין את הסיטואציה שאליה נקלע. יחדיו הם מנתחים את המשמעות ומסכמים במשפטים האלה: "לא, אמר הכהן, אין בהכרח שתקבל הכול כאמת לאמיתה, די שתקבל הכול כהכרח בל-יגונה. דעה עגומה, אמר ק', השקר הופך לסדרו של עולם"; קפקא, לעיל ה"ש 28.

119 HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION (1968)

תפיסת העולם השמה במרכז את עקרון ההרתעה, כפי שצף ועולה מהפסיקה ומהצעת החוק, משקפת העדפת המלחמה בפשיעה על פני הליך הוגן, העדפה של כמות ויעילות על פני איכות וזהירות. קרמניצר ולבנון<sup>120</sup> טוענים שמעבר למודל של לחימה בפשיעה מסיט את מוקד הבירור הפלילי מבירור אשמתו של הנאשם לעבר מקסום היעילות:

"כאשר המטרה היא יעילות, המערכת הופכת מכוז שיש בה עירנות מתמדת לסכנה הממשית לפגיעה בזכויות נאשמים למערכת נטולת מגננונים מרסנים; מכוז שערוכה להתמודדות עם כשלים אפשריים בהתמודדות עם התופעה העבריינית לכוז שמתעלמת מכשלים כאלה. על כן, היא הופכת למערכת פוגענית מאד".

באותו מאמר קרמניצר ולבנון סוקרים בהרחבה את הביקורת על השימוש בעסקאות הטיעון, ומציינים: "בפרקטיקה של הסדרי הטיעון טמונים זרעי פורענות, העלולים לסכל את מטרותיו של ההליך הפלילי", וכי: "אין משמעות לחזקת החפות כאשר ככלל וכשגרה, אירוע פלילי מטופל במסגרת של הודאה והסדר טיעון".

ביקורת זו לא נעלמה מעיניהם של חברי ועדת סדר הדין הפלילי בראשות השופט נאור, הוועדה אשר המליצה לשר המשפטים למסד את הליך עסקאות הטיעון בחקיקה. בהצעת החוק אשר ניסחה הוועדה מוזכרות סכנות כגון "פגיעה באינטרס הציבורי שבהענשת עבריינים, בעקרון השוויון בפני החוק, בתחושת הצדק של הנאשמים ושל הציבור הרחב מכך שהצדק ניתן למיקוח, באמון הציבור בבתי המשפט... הסדרי הטיעון אינם משקפים את המעשה הפלילי המהווה עילה להרשעת הנאשם, אלא את כישורי המשא ומתן של באי כוח הצדדים... הנאשם הוא שיוצא לרוב נשכר ואינו מקבל עונש ההולם את התנהגותו הפלילית... חשש מפני הרשעת חפים מפשע, העלולים להודות בעבירה שלא ביצעו בשל חששם מהרשעה בהליך מלא, ממשך הזמן של ההליך ומההוצאות או מתוצאות הלוואי שעלויות לנבוע מעצם קיום ההליכים", ואחרות שנסקרו בפני חברי הוועדה על ידי מומחים רבים בתחום אשר הופיעו בפניה.

האם כולם מסכימים כי עסקאות הטיעון אכן חוסכות במשאבים ומעצימות את ההרתעה עד כדי הצדקתן של הסכנות הטמונות בשימוש בהן? אליהו הרנון וקנת מן מטילים ספק בתפיסה שבלעדי עסקאות הטיעון רבים מן המשפטים יתארכו ויגזלו משאבים רבים, ומציינים כי "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".<sup>121</sup>

גם בקרב מי שאינם חולקים על הקביעה שעסקאות הטיעון תורמות להרתעה הכללית באמצעות אכיפה המוגברת דרך ריבוי הרשעות, וענישה מיידית מהירה, מנקרים ספקות

120 קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 102, בעמ' 122.

121 שם, בעמ' 47.

באשר לצידוקן. קרמניצר ולבנון טוענים כי "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".<sup>122</sup>

באשר לתפקיד השופט ובית המשפט בפיקוח על עסקאות הטיעון קיימת מחלוקת נוספת: בין מנסחי הצעת חוק עסקאות הטיעון בוועדת סדר הדין הפלילי, בראשות השופט נאור, התגלעה מחלוקת בדבר שיקול הדעת שיש להטיל על השופט כשמוגשת לו עסקת טיעון על ידי הצדדים. המחלוקת הוכרעה על ידי נציגי התביעה והסנגוריה בוועדה, אשר העדיפו להגביל את שיקול הדעת של השופטים. בנוסף, בנוסח הראשון של הצעת החוק<sup>123</sup> גם הוגדר כי תפקיד השופט הוא לוודא שההודאה בעסקת הטיעון היא הודאת "אמת ומרצון", ואילו בנוסח הסופי השמיטו את המילה "אמת".<sup>124</sup>

האינטרס של נציגי התביעה והסנגוריה ברור. השאלה היא אם הוא מתלכד עם האינטרס הציבורי. כדאי לזכור שעסקאות הטיעון מבטלות לא רק את המשפט אלא גם את העיקרון המשפטי החשוב של פומביות הדין: "אור השמש הינו המחטא הטוב ביותר; אור החשמל הוא השוטר היעיל ביותר" (השופט לואיס ברנדייס, 1913). מאחר שרוב ההליך מתבצע בחדרי חדרים, הציבור אינו זוכה לדעת מהו הבסיס הראייתי להרשעה.

עצם ריבוי עסקאות הטיעון גם הוא עלול לפגוע באינטרס הציבורי. במאמר שהתפרסם בגיליון אפריל של "עורך הדין", ביטאון לשכת עורכי הדין, כתב נשיא בית המשפט העליון לשעבר מאיר שמגר כי "לא ראיתי פגם בהפעלת דרך דינונית זו במקרים מיוחדים ויוצאי דופן. אולם כאשר אנו עומדים מול סחף כולל בדרך הטיפול באישומים פליליים, והמדינה המירה את הענישה אשר צריכה להיות מודרכת על-ידי האינטרס הציבורי, לפי מדיניות שנועדה לשרש תופעות נלוזות מסוימות, במשא-ומתן, אין לי אלא להסתייג מן הדרך האמורה", והוסיף כי "כדי להסיר כל ספק אפשרי, ברצוני להבהיר בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים שאני אינני מכוון בדברי לתיק קונקרטי זה או אחר, אלא חושש מפני זניחת העיקרון המנחה את תורת המשפטים שלנו מאז ומתמיד, ולפיו ההליך הפלילי משקף את תפקידו הנושן של בית המשפט כמייצג האינטרס הציבורי".

שמגר מותח ביקורת גם על חובתם של השופטים לאשר אותן בצורה אוטומטית: "אני גם מסתייג ממצב אשר בו בית המשפט הופך לחסר יכולת להביע את דעתו בעניין פלילי,

122 שם, שם.

123 תזכיר חוק שהוכן במשרד המשפטים, שמספרו 803-10-2009-000897. התזכיר התפרסם ב-14.7.2009.

124 "האמת איננה הערך היחיד. המשפט אינו מבוסס על הגישה כי תגלה האמת, גם אם ייחרב העולם", על משפט, שיפוט ואמת, אהרון ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז 11, 14 (1995).

המושאר כולו למו"מ בין הקטגוריה לסנגוריה. בית המשפט הופך לבובה אילמת חסרת השפעה, ואחד תפקידו – והוא לאשר כל מה שהוסכם על ידי הצדדים למשפט. הסנקציה העונשית מן הראוי שתושט לפי סוג העבירה ושיקולים רלוונטיים אחרים, ושתיקת בית המשפט שוות משמעות לביטול מעמדו השיפוטי".

ראוי להזכיר שוב שמן הפסיקה והחקיקה עולה כי קיימת ערנות לסכנות הטמונות בעסקאות הטיעון ואמונה כי באמצעות כללים מתאימים אפשר לגבור על הסכנות. פסק דין בחמוצקי, שביטא הסתייגות מקיומן של עסקאות הטיעון, קבע סייגים לעריכתן וחייב את התביעה להביא את ההסכם לידיעת בית המשפט. ברם אורן גזל-אייל טוען כי "כפי שהובהר בפסיקות מאוחרות יותר, אין לבית המשפט סמכות להתערב בהחלטת התביעה לעניין האישומים, מכיוון שלתביעה שליטה כמעט מוחלטת על תוכן כתב האישום ועל הראיות שיובאו מטעמה... התוצאה היא שאין לבית המשפט אמצעי אפקטיבי לפקח על הסדרי טיעון ביחס לאישומים, והביקורת השיפוטית מוגבלת בפועל לפיקוח על הסדרי טיעון ביחס לעונש".<sup>125</sup>

בתזכיר החוק נקבע כי "יש למתן את החסרונות שבהם באמצעות כללים ראויים". מהם אותם כללים ראויים שנועדו למתן את החסרונות שבעסקאות הטיעון? פסק הדין שניתן בע"פ 1958/98 פלוני נ' מ"י, שעליו נשענת הצעת החוק, מציע להתמודד עם ה"סיכונים [ה]טבועים" במוסד מעצם אופיו" באמצעות הביקורת השיפוטית, "על רקע שינוי גישתו העקרונית של בית-משפט זה באשר למוסד הסדרי הטיעון, ובהתחשב בריבויים של הסדרים אלו ובתפקיד החשוב אותו הם ממלאים באכיפת החוק בישראל, יש הצדקה לבדיקה מחודשת של היקף הביקורת השיפוטית על הסדרים אלה. יש מקום לבחינת שיקולי גזירת-הדין בהתקיים הסדרי טיעון, ולהכרעה בדבר תוצאותיה של דחיית הסדר הטיעון".<sup>126</sup>

כפועל פסק הדין מצמצם במידה ניכרת את מרחב הביקורת השיפוטית שאמור בית המשפט להפעיל על עסקאות הטיעון בנוגע לגזירת הדין. הגישה המאומצת בפסק הדין מכונה בפי בית המשפט "גישת האיזון", ולפיה "על בית המשפט לבחון, אם נעשה בעיסקה איזון הולם בין טובת ההנאה שהיא מעניקה לנאשם – בין העונש המוצע בה, בהשוואה לנורמת הענישה המקובלת בהתחשב בחומרת העבירה ונסבותיה ובנסבותיו של הנאשם – לבין התועלת שיש בה לאינטרס הציבורי, בהתחשב במטרה שלשמה נעשתה העיסקה".<sup>127</sup> בסופו של דבר, העמדה שבית המשפט מבקש לקדם מעודדת את עריכתן של עסקאות הטיעון באמצעות הגבלת מעורבותו של בית המשפט.<sup>128</sup>

125 לעיל ה"ש 63, בעמ' 9.

126 עניין פלוני, לעיל ה"ש 24, פס' 8 לפסק דינה של השופטת ביניש.

127 שם, פס' 13 לפסק דינה של השופטת ביניש.

128 "שני שיקולים אלו מובילים את בית המשפט לקבל גם הסדרים שלדעתו מקלים עם הנאשם יתר על המידה, והתוצאה היא שנוצר למעשה מעין 'מתחם של סבירות' של הסדרים שיאשרו על ידי בית המשפט"; גזל-אייל, לעיל ה"ש 63, בעמ' 11-12.

הפרשנות המעשית של פסק הדין היא מתן אישור גורף כמעט לכל עסקת טיעון. דוגמה מייצגת אפשר ניתן למצוא בעניין מולאייב,<sup>129</sup> מפי השופט גורפינקל:

"כבר בעת הצגת הסדר הטיעון, הודעתי לצדדים כי דעתי אינה נוחה מהסדר מקל בצורה קיצונית זה, אולם הפרקטיקה הנהוגה בעקבות ע"פ 1958/98 פלוני נ' מ.י. פד"י נ"ז חלק 1 עמ' 577, היא שרק במקרים קיצוניים ונדירים ביותר, יסטה ביהמ"ש מהסדר הטיעון המוצג לפניו, כאשר יש לכבד את הצעת התביעה המופקדת על האינטרס הציבורי".

עד כה הליכי המשא והמתן לקראת עסקת טיעון הוסדרו במסגרת הנחיות פרקליט המדינה. הנחיה 8.1 להנחיות פרקליטת המדינה קובעת כי ככלל, הסדרים ייערכו ויאושרו במשרד לאחר שקילת הנסיבות והשיקולים הנוגעים לעניין. על ההסדר להיערך בכתב ולהיחתם על ידי הנאשם ובא כוחו. התובע ירשום בגיליון הרישומים שבתיק הפרקליטות או בתיק המשטרה את ההנמקה המפורטת להסדר. עוד קובעות ההנחיות כי אין להגיע לעסקת טיעון כאשר הנאשם טוען לחפות ומודיע כי הוא מעוניין בהסדר רק בגלל חשש מתוצאה חמורה יותר במשפט. הגורמים המאשרים את הסדר הטיעון הם בדרך כלל פרקליטי מחוז או ממונים בכירים בתיקים המיוצגים על ידי פרקליטות המדינה, וראש לשכת התביעות או ראש השלוחה בתיקים המיוצגים על ידי התביעה המשטרית. על יישומן בפועל של הנחיות פרקליט המדינה אפשר ללמוד מדוח מבקר המדינה לשנת תשס"א,<sup>130</sup> שבו צוין כי –

"בביקורת הועלה, שבמובחן מהפרקליטות, במרבית יחידות התביעה המשטרית נעשים הסדרי טיעון בידי התובע ללא אישור מראש של ראש הלשכה... מניתוח נתוני המדגם עולה, שבכ-70% מהתיקים של התביעה המשטרית לא פורטו בתיק ובבית המשפט הסיבות והשיקולים לעריכת הסדר הטיעון. במצב זה אין אפשרות לממונים על התביעה לדעת את הסיבות להסדר הטיעון ולהעריך האם הוא ראוי וסביר".

כן צוין כי –

"עוד הועלה, שבתביעה המשטרית ובפרקליטות אין נתונים מרוכזים על התיקים שהסתיימו בהסדרי טיעון, על הסיבות והשיקולים לעריכתם וכיוצא באלו נתונים כמפורט בהנחיות, המאפשרים פיקוח על הסדרי טיעון. לא נערך מעקב אחר אופן יישום ההנחיות של פרקליטת המדינה בתחום זה, ואין לדעת אם אחידות הענישה מיושמת".

<sup>129</sup> עניין מולאייב, לעיל ה"ש 97.

<sup>130</sup> דוח שנתי מס' 351, 380 (תשס"א).



התוצאה היא מערכת משפטית פגיעה מאוד ופערים עצומים בין מסכת הראיות, כתבי האישום ועסקאות הטיעון. לא מפתיע שהתוצאה של מתן שיקול דעת עצום לתובעים, כמעט ללא פיקוח, חוזרת ומתדפקת על דלתות בית המשפט העליון. דוגמה לכך אפשר למצוא בפסק דין בע"פ 5699/07 (אישור עסקת הטיעון עם הנשיא לשעבר קצב),<sup>131</sup> שבו מתארת השופטת ביניש את התוצאה ומבטאת את עמדתה על כך:

"גיבוש כתב אישום במסגרת הסדר טיעון שאינו משקף כראוי את ליבת המעשים העברייניים כעולה מחומר הראיות לכאורה שבידי התביעה, אינו נותן משקל הולם לאינטרס הציבורי באכיפת החוק, ועלול לכרסם בחובת הנאמנות כלפי הציבור... [יש להבטיח כי] הנאשם יורשע לפי מעשיו ולא לפי מסכת עובדתית מלאכותית ופיקטיבית שאינה משקפת באופן הולם ומידתי את המציאות בהתאם לראיות הלכאוריות שבידי התביעה".<sup>132</sup>

#### 4. פתרונות אפשריים

"לא נוכל לפתור בעיות באמצעות אותה צורת חשיבה שהשתמשנו בה כשיצרנו אותן"

אלברט איינשטיין

מתברר אפוא כי השאלות שבהן פתחנו דיון זה: מהו היקף עסקאות הטיעון הרצוי, אם משיגים הרתעה באמצעות עסקאות טיעון, ואם עסקאות הטיעון הן אינטרס ציבורי, נתונות במחלוקת עמוקה, ואף כי הסכנות הטמונות בעסקאות הטיעון ידועות לכול, האמצעים לצמצומן אינם מוסכמים.

ממודל מחזור-המשוב של עסקאות הטיעון עולה, כמוזכר לעיל, שבכל מערכת משפטית שתאפשר את קיומן, במקדם או במאוחר כמעט לא יתנהלו משפטים, וכי מספר התיקים שיבחר לטפל בהם התובע עשוי להיות נמוך ממספר התיקים המרבי האפשרי, ובמצבים מסוימים אף עלול להיות נמוך ממספר התיקים שיטפל בהם התובע בעולם ללא עסקאות טיעון.

אפשר אפוא לדמות את עסקת הטיעון לתרופת הרגעה שתופעת הלוואי שלה מחריפה את הסימפטום שאותו היא אמורה להרגיע, והופכת תרופה שמתמכרים אליה:

"עצם ידיעתו של החולה שהוא חולה וידיעתו במה מתבטאת מחלתו – הידיעה עצמה מהווה מחצית הרפואה, ועתידה היא, בהמשך הזמן, להביא את מחציתה השנייה של הרפואה, עד שהחולה יבריא לגמרי".<sup>133</sup>

131 בג"ץ פלונית (א), לעיל ה"ש 25.

132 עניין פלוני, לעיל ה"ש 24, פס' 9 לפסק דינה של השופטת בייניש

133 מנחם מענדלעל שניאורסון ליקוטי שיחות חלק ב' 76 (הוצאת ארגון תורת חב"ד לבני הישיבות, 2011).

מכאן שאם מסקנות המודל נכונות, יש דווקא לחייב את צמצום השימוש בעסקאות הטיעון לצורך התמודדות טובה יותר עם העומס ועם הצורך להבטיח את מזעור הטעויות בהליך הפלילי.

תופעת עסקאות הטיעון כפי שמעלה המודל כתופעה של מחזור-משוב חיובי, היא תופעה מתפרצת, השואפת להשתלט על המערכת ואינה נעצרת בשיעור כזה או אחר של עסקאות טיעון. מכאן שבחינת הצעות חלופיות לפתרון – כגון ביטול מוחלט של עסקאות הטיעון, הגבלתן לעברות קלות, הגבלת עסקאות הטיעון לשלב קדם-משפט (טרם הגשת כתב אישום) וכו' – דורשת לגשת אליהן בעיניים פקוחות, כשטבעה של התופעה ידוע, וחקירה נוספת בטרם החלטה.

מערכת אנושית מעצם טבעה חשופה לפגמים האנושיים של החברים המרכיבים אותה. תפיסה זו עלולה להוביל למסקנה השגויה שאילו רק היו התובעים מקצועיים יותר, אתיים יותר<sup>134</sup> או משכילים יותר,<sup>135</sup> טעויות ועוולות לא היו נעשות. ואם מדובר על תובע מקצועי מאוד ומנוסה, אתי ומשכיל – האם אין להטיל ספק בעבודתו, וחובה על השופט לכבד כל עסקת טיעון ככתבה וכלשונה?!

אין לנו, בשר-ודם, היכולת לתקן אחרים; יש בידינו הזכות והחובה לבחון אילו אמצעים ימנעו, או לכל הפחות ימזערו, סכנות אלו. את הבעיה הזו ועקרונות הפתרון לה ניסח הפילוסוף אדם סמית:

”חוקים ומדיניות ציבורית המנוסחים היטב עשויים לרתום את האינטרס הפרטי לטובת הכלל. אבל, תמריצים הקוסמים לאינטרס הפרטי עשויים להיכשל כאשר הם מחלישים את הערכים המוסריים המניעים את האנשים לפעול באופן אלטרואיסטי או ברוח ציבורית אחרת.”<sup>136</sup>

כללי המשחק קובעים אפוא את הדרך שבה יפעלו השחקנים, או לכל הפחות משפיעים עליה. בתזכיר חוק עסקאות הטיעון נקבע כי ”יש למתן את החסרונות שבהם באמצעות כללים ראויים”. כללים ראויים מובילים לתוצאות ראויות; בהקשר של סוגיית ההודאה, מיכל ריזל, מייסדת התנועה להפחתת מעמד ההודאה,<sup>137</sup> ניסחה את הבעיה כך: ”האפשרות להרשיע חשודים על סמך הודאה שאינה נתמכת בראיות מוצקות מנוונת את מערכת החקירה והמשפט, ועלולה להותיר את האשמים האמיתיים מחוץ לכותלי בית הכלא”. ובמילים

134 ראו דרור ארד אילון ”אתיקה מקצועית והודאות שווא” אתיקה מקצועית 12, 1 (2005.1.20).

135 ראו הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (השכלה גבוהה כתנאי לגיוס חוקרי פשעים חמורים), התשע”א–2011, מרינה סולודקין.

136 אדם סמית התיאוריה של החוש המוסרי (1759).

137 התנועה להפחתת מעמד ההודאה יזמה חקיקה המבקשת לשנות את החוק ופרשנותו, המאפשרים הרשעה עצמית ללא ראיות תומכות – לחוק המחייב לפחות ראיה מוצקה אחת, חיצונית למערך ההודאות (הצעת חוק 1780 לתיקון פקודת הראיות) (דרישת סיוע להרשעה על פי הודאה).

אחרות, לב-לבה של הבעיה נעוץ במעמדה המשפטי של ההודאה, המקנה לה את האפשרות לסיים את המשפט מבלי לבחון את הראיות. לפני שגוזרים איסור על עריכת עסקאות טיעון צריך לחזור ולבחון את ראשיתן. בשנות השישים נעשו עסקאות הטיעון בהיחבא. "בראשית הדרך, נרתעו הצדדים מפני חשיפת קיומם של הסדרי טיעון ומפני פירוט נסיבות עריכתם של ההסדרים שהתגבשו, ואלה הוסתרו מבית-המשפט".<sup>138</sup> מכאן שהצלחת יישומו של איסור עצם עריכתן של עסקאות טיעון מוטלת בספק ועלולה ליצור בעיות חדשות. גישה מעניינת אחרת שיש לציין וחשוב לזכור מובנית בעמדת חז"ל האוסרת קבלת הודאה של אדם על עצמו.<sup>139</sup> את העמדה הקיצונית לכאורה הזו, את ההיגיון שמאחוריה ואת תוצאות יישומה חקר אהרן קירשנבאום כמפעל חיים. בספרו הרשעה עצמית במשפט העברי<sup>140</sup> קירשנבאום סיכם את עמדת חז"ל:

"לפי הדוקטרינה ההלכתית נשלל מההודאה הפלילית על כל צורתיה (הודאה באשמה, הרשעה עצמית והפללה עצמית) כל מעמד משפטי – הן בדיני נפשות ומלקות, הן בדיני קנסות, הן בפסילת אדם לעדות. לא רק כ'מודה' לא יישמעו דבריו של האדם, הוא גם לא ייחשב כעד אחד אשר ראוי להצטרף לעד שני לצורכי בירור ואישור נשוא הודאתו. ...אף על פי שההיגיון מאחורי הדוקטרינה העברית עטוף בערפלי גזרות הכתוב, יש תוצאות חיוביות רבות לאי-קבילות ההודאה הפלילית. התועלת החשובה ביותר היא יצירת תריס כנגד עינויי אדם כאמצעי שיפוטי להוציא את ה'אמת' מפיו; יש בתריס זה כדי לשמור על כבוד האדם שנברא בצלם".

אליבא דחז"ל, האיסור על הרשעת אשם על סמך הודאתו הוא "גזרת הכתוב", אך לדברי קירשנבאום, זהו איסור שתוצאה חיובית לצדו – איון התמריצים לחילוף ה"אמת" מפי הנאשם המביאים, כפי שהמציאות מלמדת, לכפייה ולעינויים. 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"<sup>141</sup> ותוקפים את הגישה המעודדת אותן:

"עם כל הכבוד לדוגלים בשיטה זו, לנו נראה כי היא מוטעית ומאד בלתי רצויה... מסתבר כי זוהי הגישה הקיצונית ביותר, בעד אימוץ עסקות טיעון

138 עניין פלוני, לעיל ה"ש 24, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ביניש.

139 מסכת סנהדרין דף ט, ב גמרא: "ואמר רב יוסף פלוני רבעו לאונסו הוא ואחר מצטרפין להרגו לרצונו רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד רבא אמר אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע אמר רבא". רש"י: דאדם קרוב אצל עצמו, הלכך אין אדם יכול לשום עצמו רשע, כלומר על עדות עצמו אינו נעשה רשע, שהרי תורה פסלה קרוב לעדות".

140 קירשנבאום, לעיל ה"ש 20, בעמ' 187.

141 קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 102, בעמ' 37.

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<sup>142</sup>.

כדי למנוע מצב שבו יהיה לחפים עדיף לקבל עסקת טיעון במקום להילחם על חפותם, נבחנה רבות ההצעה להגביל את שיעור ההקלות שיכול התובע להציע במסגרת עסקת הטיעון.<sup>143</sup> הקושי ביישום הצעה זו נעוץ בכך שלמעשה הגבלות על הקלות אינן ניתנות לאכיפה, כיוון שלתובעים שיקול דעת בבחירתם ובביטולם של סעיפי האישום, תהליך המכונה "התאמת סעיפי האישום לעונש"<sup>144</sup>. לפיכך שיקול הדעת של התביעה חסין מביקורת.<sup>145</sup>

כדי להתמודד עם הבעיות שעלולה ליצור חסינותה מביקורת של עבודת התביעה, יש המציעים לבחון את הראיות לגופן,<sup>146</sup> יש שמציעים "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",<sup>147</sup> ויש הסבורים כי הפתרון "הוא הקניית סמכות מפורשת לשופט, להתלות את החלטתו – אם לאשר את הסדר – בהסכמת הצדדים להעמיד לעיונו את חומר הראיות שברשותם".<sup>148</sup>

לדעתו של השופט בדימוס אליהו מצא, "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". מצא טוען כי "אין יסוד לחשוש כי הקניית סמכות כזאת לשופטים תכביד על ההליך, או תגרע מיכולת הצדדים לשכנע את בית המשפט כי הסדר הטיעון ראוי להתאשר", ומוסיף ש"עצם קיומה בידי השופט של סמכות, להתנות את

142 אליהו הרנון "עסקות טיעון בישראל – חלוקת התפקידים הראויה שבין התביעה לבית המשפט ומעמדו של הקורבן" משפטים כז 543, 545–546 (1997).

143 "אם בית המשפט ידחה הסדרי טיעון שבמסגרתם מוצע לנאשם עונש קל באופן חריג (הסדר חורג מקל), לא תוכל התביעה להגיע להסדר טיעון בתיקים שבהם סיכויי ההרשעה אינם גבוהים"; גזל-אייל, לעיל ה"ש 63, בעמ' 51.

144 "אין לבית המשפט סמכות להתערב בהחלטת התביעה לעניין האישומים"; שם, בעמ' 64.

145 "באמצעות התאמת סעיפי האישום והטיעון לעונש ובהסתמך על המשקל הרב שבית המשפט מחויב לתת להסדרי טיעון, הצעת התביעה תהיה חסינה כמעט לחלוטין מביקורת"; אורן גזל-אייל "נגד הנחיות לענישה, עבריינות וסטייה חברתית: תיאוריה ויישום" (טרם פורסם, 2011).

146 ראו Russell D. Covey, *Fixed Justice: Reforming Plea Bargaining With Plea-Based Ceilings*, 82 TULANE L. REV. 1237 (2007).

147 גזל-אייל, לעיל ה"ש 145.

148 מצא, לעיל ה"ש 10, בעמ' 11.

החלטתו בדבר אישור ההסדר בהסכמת הצדדים להגיש לעיונו את חומר הראיות, חזקה שתרתיע את הצדדים מפני התקשרות בהסדרים שאינם עומדים במחנה של גישת האיזון". גישה אחרת לפתרון הבעיה מציג עמי קובו, המבקש לאפשר קיומן של הודאות מסוג Alford Plea<sup>149</sup> ו-Nolo Contendere<sup>150</sup> הנהוגות במשפט האמריקאי 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.<sup>151</sup> 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".<sup>152</sup>

כאשר ערים לכך שאין דרך לוודא מפי הנאשם אם ההודאה שבכוונתו למסור היא מרצון,<sup>153</sup> קל יותר לקבל את הגישה המבקשת לאפשר הודאות מסוג זה ולהבין כי היא

149 North Carolina v. Alford, 400 U.S. בית המשפט העליון בארצות הברית קבע בעניין North Carolina v. Alford, 400 U.S. (1970), 25, שקבלת בית המשפט הודאת נאשם שטוען לחפותו 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.

150 פירוש המונח הוא זה: "I do not wish to contend", כלומר אני חולק/מתמודד. המשמעות המשפטית של המונח היא שהנאשם מסכים להרשעתו בדין, אולם אינו מוכן להצהיר שביצע את העברה, כלומר הנאשם אינו רוצה להודות, אך גם אינו רוצה להתדיין, ולכן יורשע על סמך הצהרתו זו.

151 Caroline Wolf Harlow, U.S. Dep't of Justice, Bureau of Justice Statistics, *Defense Counsel in Criminal Cases*, NCJ 179023, 8 tbl. 17 (2000)

152 קובו, לעיל ה"ש 52, בעמ' 60.

153 בסרט התיעודי "The Plea" מאת הבמאית מוצא ישראלי עפרה ביקל, מוצגות פרשיות שהתרחשו במערכת המשפט בארצות הברית. בקישור: [www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/plea/view/3hi.html](http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/plea/view/3hi.html), ניתן לצפות בעדותו של טוני גמפרו, הממחישה את הבעיות שבדרישה לוודא אם ההודאה שמוסר הנאשם היא מרצונו. כמו שאמר גמפרו: "...זה כבר הפסיק להיות הסיפור שלי. השופט פשוט תיאר את השתלשלות העניינים מבחינתו, ואני רק אמרתי 'כן'".

משתלבת נכון עם הטלת החובה על בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית ראייתית על עסקאות הטיעון, משרתת יפה את מטרות ההליך ומשפרת את הצלחתו.<sup>154</sup> כדי לצמצם את הסכנות שבעסקאות הטיעון, ובכל זאת להחיש את התהליכים המשפטיים, מציעים אורן גזל-אייל ואבישלום תור לאפשר לנאשמים לבחור – במקום בעסקת טיעון, בהסדר על הליכים פשוטים יותר. לדעתם, "במרבית העבירות הפליליות, הליך שיתנהל על בסיס חומר החקירה ועדות הנאשם, בדומה למקובל בחלק ממדינות יבשת אירופה, יכול להסתיים בשיבת דיונים אחת. בהליך כזה הנאשם מותר 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 – חסכון במשאבים, אך בלי לכפות על הנאשם להודות".<sup>155</sup> ההצעה לאמץ מרכיבים המקובלים בשיטות משפט אירופיות ואשר מקלים את בירור האמת בהליך הפלילי בישראל מחזירה לדיון את הצעתו של מרדכי קרמניצר במאמרו משנת 1987 – להגדיר את תפקיד השופט "כמי שממלא חלק פעיל בחקר האמת וגילוייה", ולשם כך להעמיד את "חומר החקירה לעיונו של השופט לפני תחילת המשפט".<sup>156</sup> אל לנו להירתע משינוי שיטת המשפט הגלומה בהצעות אלו, שכן "ניתן לומר, כי עצם הרעיון של עיסקות טיעון מהווה התרחקות מן ההליך האדברסרי המסורתי; שהרי במקרים רבים הבסיס העיקרי להכרעת הדין ולגזר הדין אינו חומר הראיות הנובע מבירור המשפט, אלא תוצאת המשא ומתן שבין התובע לסניגור".<sup>157</sup> לדעתו של קרמניצר, היתרון של השינוי 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".<sup>158</sup> לסיום אנו מבקשים לבחון את האפשרות לשלב את שתי ההצעות יחדיו: את ההצעה להעמיד את "חומר החקירה לעיונו של השופט לפני תחילת המשפט" ואת ההצעה "לאפשר

154 "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"; בועז סנג'רו "היום בכנסת: הצעת חוק להסדרת עסקות הטיעון" הארץ חדשות 16.1.2012.

155 גזל-אייל ותור, לעיל ה"ש 9, בעמ' 27.

156 מרדכי קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים" משפטים יז (1987).

157 שם, שם.

158 ראו שם, ה"ש 89.

לשופט לנהל את החקירה".<sup>159</sup> נשאלת השאלה כיצד מתכוננת זו תיושם במקרה של עסקת טיעון.

במקום לאסור את עסקאות הטיעון או לעודד את קיומם של הסדרים על הליכים פשוטים, ניתן לשנות את חוק סדר הדין הפלילי סעיף 154 כך שעובדה שנאשם הודה בה, לא יראוה כמוכחת כלפיו והשופט יידרש לערוך הליך מקוצר של בירור ראיות, "הליך שיתנהל על בסיס חומר החקירה ועדות הנאשם".<sup>160</sup>

ביטול כוחה של ההודאה לאיין את המשפט עשוי לשמוט את התמריצים מחלק ניכר מעסקאות הטיעון ולרסן את התופעה ואת השפעותיה, כיוון שהודאה, ואפילו כניעה מוחלטת, של הנאשם לא תפסיק את המשפט ואת הליך בירור הראיות. לכן סביר לצפות שיפחתו, ואולי אף ייעלמו, התמריצים לניהול משאים ומתנים ותופעות הלוואי הכרוכות בהן, ובעקבות זאת יחולו שינויים אשר ישפיעו לטובה על התנהלות המערכת.

כפי שתיאר קרמינצ'ר במאמרו, שילוב מוצע זה עשוי להביא לכך ש"תאפשר סינון מוקדם של מה שמוצע כראיות, באופן שבמהלך הבירור הפומבי של האמת תובאנה רק הראיות הרלבנטיות הנחוצות. יוכנס אלמנט של ריסון עצמי על מה שהצדדים, בעיקר ההגנה, יכולים להרשות לעצמם בתחום החקירות הנגדיות הארוכות... ומה שלא יעשה הריסון הפנימי, יעשה הריסון החיצוני על-ידי השופט. ...עקב כך יגבר יסוד ההרתעה של הנורמות העונשיות... השינוי עתיד לסנן מתוך המערכת העמוסה לעייפה שלנו בשלב התחלתי את כל מה שאינו ראוי לברור, ובאופן זה יוקטן העומס הרובץ על המערכת... מעורבותו של השופט בהליך תגדיל את השוויון המהותי בפני החוק; ולהערכתנו, כאמור, תעלה את קרנו של המשפט בעיני הציבור... ולכך יש להוסיף כי בית המשפט, הפועל ללא אילוצים חיצוניים (דוגמת מגבלות זמן קשיחות, הנקבעות על ידי גורם חיצוני אשר קביעותיו מחייבות), אף עשוי לייצג טוב יותר מן התביעה את האינטרס הציבורי בגזירת הדין".

כפי שעולה ממודל מחזור-המשוב של עסקאות הטיעון, התמריצים שהן יוצרות לתובעים גורמים להם להסיט משאבים רבים יותר למשפטים המעטים שבכל זאת מתנהלים. מכאן שיישום ההמלצה לערוך הליך מקוצר של בירור ראיות בכל מקרה של הודאה עשוי לא רק לשמוט את התמריצים לקיומן של עסקאות טיעון, אלא גם לגרום שהמשפטים הרגילים יחזרו להיות פחות צורכי משאבים ויעילים יותר. כאשר ניהול הליך של בירור ראיות יהיה חובה בכל מקרה של הודאה, נוכל גם להיות בטוחים שכאשר נאשמים מודים הם עושים זאת לא משום שהמערכת מספקת להם את התמריצים לכך.

אם נכפה עלינו לאפשר את קיומן ולא ניתן לדרוש מהשופט לערוך הליך מקוצר של בירור ראיות, למצער יש לחייב את בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על עסקת הטיעון שגובשה גם מצד האמת שבה ולברר את הבסיס העובדתי שעליו היא נסמכת.

159 אורן גזל-אייל "הסדרי טיעון והסדרים על דיון מקוצר" הסניגור 95, 28 (2005).

160 גזל-אייל ותור, לעיל ה"ש 9.

## 1. סיכום ומסקנות

"... ברא אלהים... בהופעת ההויה בפועל נתקלקלו הדברים, והכחות נסתבכו זה בזה, והנם עוסקים במלחמה חריפה, עד שתנצח המחשבה המוחלטת האין סופית של הטוב, ויתוקן הכל, בצרוף העילוי של נתינת מקום להשלמתה של עליה בלתי פוסקת, שזהו גן עדן מיוחד, שבזה הבריאה משלמת את כבוד בוראה".

הרב אברהם יצחק הכהן קוק, אורות הקודש ג, תקלא

המודל התאורטי – "משפט בצל המיקוח" – המפותח ומוצג במאמר הופך על ראשן את מסקנות תאוריית "המיקוח בצל המשפט" המושלת בכיפת המחקר המשפטי-כלכלי. יותר משעסקת הטיעון משקפת את תוצאת המשפט הצפויה, התנהלותו של המשפט משקפת את הצורך לקיים את עסקאות הטיעון, האופן הכמעט בלעדי שבו מוכרעים המשפטים. כלומר, יותר משעסקת הטיעון נערכת בצל המשפט, המשפט עצמו נערך בצל ה(צורך ב)מיקוח על עסקאות הטיעון.

אפקט מחזורי-המשוב של עסקאות הטיעון, לב-לבה של תאוריית "צל המיקוח" והמוקד של עבודה זו, מעלה כי תופעת עסקאות הטיעון נובעת מתוך עצמה, והיא מזינה ומעצימה את עצמה ואת התופעות הכרוכות בה. אפקט מחזורי-המשוב מסביר כיצד עסקאות הטיעון יוצרות תמריצים לתובעים להסיט יותר ויותר משאבים לפחות ופחות משפטים, ומדוע התארכות המשפטים נגרמת דווקא בגלל עסקאות הטיעון. התארכות המשפט – בהיפוך סיבה ומסובב – צידוק לקיומן.

על בסיס מודל לניתוח כלכלי סטטי של מערכת המשפט הפלילי, אשר הוצג במאמרו פורץ הדרך של ויליאם לנדס, ובהשראת מודלים דינמיים של מחזורי-משוב לניתוח תופעות חברתיות שערך תומאס שלינג, פותח מודל המדמה את אפקט מחזורי-המשוב של עסקאות הטיעון. המודל הוא רב-תקופתי, והנאשמים לומדים בו את התנהגות התובע בתהליך אדפטיבי מתקופה לתקופה.

המודל מציע הסבר אנדוגני לתופעות שנצפו במערכת המשפט, ובהן גידול בשיעור עסקאות הטיעון, גידול בסך הענישה הכללית, עלייה בשיעור ההרשעות גם במשפטים שלא הסתיימו בעסקת טיעון והסבר להתארכותם ולהתייקרותם של המשפטים ולירידה בתפוקת הכרעות הדין.

הדמיית מחשב המבוססת על מאפיינים ההולמים את הנחות המודל, ממחישה את תופעת מחזורי-המשוב במערכת המשפט הפלילי, את האפשרות כי גם לתובע שאינו מונע מאינטרסים עצמיים (מעבר לשיעור מסוים של עסקאות טיעון) כדאי להקצות משאבים רבים יותר לטיפול במספר תיקים קטן יותר, וכי הדינמיקה האנדוגנית שבין הנאשמים ובאי כוחם לבין התובע עשויה להסביר לבדה את התפשטותה של תופעת עסקאות הטיעון.

הדמיית המחשב ממחישה גם את מסקנת המודל, שהגדלת שיעור עסקאות הטיעון מתקופה לתקופה מתאפשרת גם תוך כדי שמירה על מחיר עסקאות הטיעון או אף תוך כדי



העלאתו. מסקנה זו נוגדת את האינטואיציה שרק הפחתה במחיר עסקאות הטיעון תאפשר עלייה בביקוש להן, וסותרת את תאוריית "צל המשפט".

המסקנות העיקריות שעולות מן המודל הן אלה:

האפשרות בחוק להרשיע אדם על סמך הודאתו ללא הליך של משפט מלא יוצרת תמריצים לעריכת עסקאות הטיעון, כיוון שהיא חוסכת לצדדים משאבים ומבטיחה את תוצאת המשפט; את הרשעת הנאשם ואת העונש המושת עליו. עם העלייה במשאבים שמפנה התובע לניהול כל משפט עולה ההסתברות להרשעה ועמה תוחלת העונש, ולכן עולה נטיית הנאשמים להסכים לעסקת טיעון. תוצאה זו מתניעה תהליך דינמי של מחזור-משוב המזין ומעצים את תופעת עסקאות הטיעון.

לב-לבה של התופעה הוא הדינמיקה האנדוגנית שבין הנאשמים ובאי כוחם לבין התובע. הדינמיקה האנדוגנית עשויה להסביר לבדה את התפשטות תופעת עסקאות הטיעון גם אם כל השאר נשאר ללא שינוי (קטריס פריבוס). כיוון שקיימת זיקה בין הדינמיקה האנדוגנית שנוצרת בין התובע לנאשמים לתהליכים אקסוגניים כגון החמרה בענישה, היקף עסקאות הטיעון עלול להתרחב עד להשתלטות מוחלטת על מערכת המשפט.

במערכת משפטית שמתחילה ממצב של היעדר עסקאות טיעון, ואשר פועל בה תובע המבקש למקסם את סך הענישה המצרפית, כדאי לתובע להציע לנאשמים בכל תקופה עסקאות טיעון אשר יאפשרו לו להגדיל הן את שיעור עסקאות הטיעון והן את ההשקעה בכל תיק שילך לניהול משפט בכל תקופה.

כלל ההחלטה הזה מעניק לתובע אפשרות להשיא את הענישה המצרפית מתקופה לתקופה גם אם אין ביכולתו לחשב את המדיניות האופטימלית המדויקת בכל תקופה; כל עוד יפעל "להרים את שני הדגלים" בכל תקופה בו-זמנית, קרי גם להחמיר במחיר עסקאות הטיעון וגם להגדיל את מספרן, יבטיח עלייה מתמדת בסך הענישה המצרפית.

יכולת התובע להוביל את המערכת לכיוון המועדף עליו נובעת מכך שמול תובע אחד קבוע (או רבים הכפופים למרותו של תובע מרכזי) עומדים נאשמים שונים שאינם מאוגדים, ואשר כל אחד מהם פועל באופן לא תלוי באחרים כדי למקסם את תועלתו בתיק הפרטי שלו. כך יוצא שלעומת התובע המשפר את מצבו מתקופה לתקופה, תועלת הנאשמים בהכרח תפחת מתקופה לתקופה.

מעבר לשיעור עסקאות מסוים, גם לתובע שאינו מונע מאינטרס פרטי (להבטיח הרשעה בתיקים אשר יגיש בהם כתב אישום) כדאי לטפל במספר קטן יותר של תיקים, להקצות את המשאבים להעלאת ההסתברות להרשעה במשפטים שינהל ולהשיג עסקאות טיעון מחמירות יותר בשאר התיקים באופן שסך הענישה המצרפית יגדל. מספר התיקים שבהם יטפל התובע בפועל עשוי להיות נמוך אף ממספר התיקים שכדאי לו לטפל בהם בעולם ללא עסקאות טיעון.

נאשמים חפים רבים יותר מורשעים, כיוון שעם העלייה בשיעור עסקאות הטיעון גדלים משאבי התביעה המוקצים לכל משפט יחסית למשאבי ההגנה, ועולה ההסתברות להרשעה, ומכאן שעולה ההסתברות שנאשמים חפים יורשעו במשפט, וגם כדאי לנאשמים רבים יותר, ובהם נאשמים חפים, להודות במסגרת עסקת טיעון.

עסקאות הטיעון אינן משיגות את החיסכון במשאבים המצופה (אם בכלל), ולכן אינן מעצימות את ההרתעה ואינן מצדיקות את הסכנות הטמונות בשימוש בהן. משום כך מדיניות עידוד השימוש בעסקאות הטיעון כחלופה לניהול משפטים איננה מתיישבת עם האינטרס הציבורי. ממסקנות המודל עולה כי יש דווקא לחייב את צמצום השימוש בעסקאות הטיעון לצורך התמודדות טובה יותר עם העומס, ועם הצורך להבטיח את מזעור הטעויות בהליך הפלילי.

עוד עולה מן המודל שבשל טבעה של תופעת עסקאות הטיעון כתופעה מתפרצת, הצעות לייעול ההליך הפלילי עלולות שלא להשיג את מטרתן כיוון שהלחצים הפנימיים האנדרוגניים יגברו על היתרונות המגולמים בהצעות אלו ויאיינו, או ימוססו, את השפעתן. במקום לאסור את עסקאות הטיעון ניתן לשנות את חוק סדר הדין הפלילי סעיף 154 כך שעובדה שנאשם הודה בה, לא יראוה כמוכחת כלפיו והשופט יידרש לערוך הליך מקוצר של בירור ראיות, הליך שיתנהל על בסיס חומר החקירה ועדות הנאשם. חיוב השופטים לערוך הליך של בירור ראיות בכל מקרה של הודאה, ולבקר את הבסיס העובדתי שעליו התביעה נסמכת, עשוי לשמוט את התמריצים מחלק ניכר מעסקאות הטיעון, לרסן את התופעה, את השפעותיה ואת סכנותיה.

## חלק שלישי

“כמובן שחייבים להוסיף מיידית שכשיש מודל, וכשיש סט של הנחות ומסקנה, אם זה נשאר בגדר מתמטיקה, זה לא שווה הרבה. עליך להיות מסוגל לתרגם אותו בחזרה למילים.”

ישראל אומן<sup>161</sup>

### א. הוכחת הדינמיקה האנדוגנית

#### 1. הנחות

1. בכל תקופה קיימים  $N$  חשודים חדשים וזהים במאפייניהם ובמאפייני התיק שלהם לחשודי תקופה קודמת, ותובע אחד קבוע (או הרבה תובעים הנשמעים למרות תובע אחד קבוע).

161 “Of course, one must add immediately that once one has a model, and one has a set of assumptions and a conclusion, if it remains in mathematical form, it is not worth very much. You have to be able to translate it back into words” Aumann; 67, לעיל ה"ש 67, בעמ' 136.

2.  $n =$  מספר התיקים שהתובע מגיש בהם כתבי אישום.  $n < N$  התובע אינו חייב להגיש כתבי אישום בכל  $N$  התיקים.
3.  $n$  הנאשמים מתאפיינים ב- $j$  סוגי תיקים, השונים זה מזה בעצמתן ובחומרתן של הראיות אשר בידי התובע,  $j \leq n$ .
4. התובע והנאשם מגיבים לסיכוי להרשעה ולמשתנים נוספים בבחירתם בין עסקת טיעון לבין הליכה למשפט, והתנהגותם אינה מושפעת ישירות מאשמתו או מחפותו של הנאשם.
5. ההסתברות להרשעה  $P$  במשפט של הנאשם ה- $i$  ( $i=1, \dots, n$ ) תלויה בהשקעת משאבים של התובע ושל הנאשם,  $R_i$  ו- $R_i^*$ , בהתאמה, לתוך התיק. ומכאן  $P_i = f(R_i^*, R_i, Z_i)$  ו- $P_i^* = f^*(R_i^*, R_i, Z_i)$  הן הערכות התובע והנאשם, בהתאמה, את ההסתברות להרשעה במשפט.  $P_i$  ו- $P_i^*$  יכולים להיות שווים זה לזה או שונים זה מזה,  $Z_i$  ו- $Z_i^*$  מבטא גורמים אחרים המשפיעים על  $P_i$  ו- $P_i^*$ , כגון עצמת הראיות, עבר פלילי, זמינות עדים וכו'. השקעת משאבים ב- $R_i^*$  ייטו להעלות את  $P_i^*$  ו- $P_i$ , ואילו השקעת משאבים ב- $R_i$  ייטו להוריד את  $P_i^*$  ו- $P_i$ . התפוקה השולית פוחתת הן למשאבי התובע והן למשאבי הנאשם.
6.  $W$  הוא העושר התחילי של הנאשם קודם המעצר,  $s$  הוא הערך הנוכחי של ההפסדים מיחידת עונש,  $r$  הוא המחיר הממוצע ליחידת  $R$  כפי שהוגדרה קודם. מניחים ש- $Wc$  לא שלילי.

אם הנאשם הולך למשפט, התוצאה היא אחת משני המצבים הייחודיים האלה:  
מצב הרשעה:

$$Wc = (W - sS - rR)$$

או מצב זיכוי:

$$Wn = (W - rR)$$

נניח ש- $U$  היא פונקציית תועלת רציפה על אפשרויות העושר של הנאשם. התועלת הצפויה מהליכה למשפט היא אפוא זו:

$$E(U) = PU(Wc) + (1-P)U(Wn)$$

הנאשם יבחר רמה של  $R$  שממקסמת את  $E(U)$ .

מכאן שההשקעה האופטימלית של הנאשם במשפט נגזרת מתנאי שיווי משקל FOC (במונחי תועלת: ההחזר השולי מהשקעה של  $R =$  העלות השולית של  $R$ ):

$$-P[U(Wn) - U(Wc)] = r [PU(Wc) + (1-P)U(Wn)]$$

מסקנה: השקעת המשאבים של הנאשם בתיק קשורה בחומרת הענישה אם יורשע ובמשאבים העומדים לרשותו, וברמה האופטימלית ערך התפוקה השולית של  $R$  להקטנת סיכוי ההרשעה יהיה שווה לעלות השולית של  $R$ .

7.  $\hat{R}$  הוא מחיר עסקת הטיעון, הם המשאבים הנחוצים לניהול והגעה לעסקת טיעון. בעולם עם עסקאות טיעון הנאשם בוחר באפשרות המעניקה למשאביו את התועלת הגדולה יותר – בין משפט (תועלת התוחלת) לעסקת טיעון (הפחתה בעונש וקיצור ההליך בתמורה להודאתו באשמה):

$$Max: \{U(W - r\hat{R} - s\hat{S}), PU(Wc) + (1-P)U(Wn)\}$$

8. ציפיות הנאשם להתנהגות התובע (השקעה בתיק) מתעדכנות מתקופה לתקופה. הנאשם מעריך בתקופה  $t+1$  שהשקעת התובע בתיק  $R_{t+1}^*$  תהיה שווה להשקעת התובע בתקופה הקודמת  $R_t^*$ .
9. התובע יודע את התפלגות הערכות הנאשמים את תוצאות המשפטים ומסוגל להעריך במדויק כמה נאשמים יסכימו להודות במסגרת עסקת טיעון לכל עסקה שיציע, כמה משאבים ישתחררו לו בעקבות זאת, ומה תהיה תוחלת ההרשעה במשפטים, ולפיכך גם מה יהיה סך הענישה המצרפי. כיוון שהתובע אינו יודע את הערכותיו של נאשם ספציפי בתיק, התובע נוקט מדיניות אחידה ומציע עסקת טיעון זהה לכל הנאשמים בתיקים מאותו סוג  $162.j$ .
10. מבחינת התובע המטרה היא למקסם את סך הענישה המצרפי בעסקה ובמשפט:

$$\text{Max} \left\{ \sum_{i=1}^x \hat{S}_i + \sum_{i=x+1}^N P_i^* S_i \right\}$$

תחת מגבלת התקציב:

$$B = \sum_{i=1}^x \hat{R}_i + \sum_{i=x+1}^N R_i^*$$

11. קיימת עלות מינימלית לתובע בטיפול בכל תיק.
12. מבחינת נאשם אדיש-סיכון המטרה היא להגיע לתוצאה ה"זולה" מבין תוחלת המשפט וההסדר:

$$\text{Min}: (r\hat{R} + s\hat{S}), (rR^{ex} + sPS)$$

- מכאן, שאם  $\hat{R} < (r/s)(R - \hat{S}) + PS$  (או נאשם אדיש-סיכון או שונא-סיכון יעדיף הסדר. ומכאן גם שנאשם אדיש-סיכון או שונא-סיכון עשוי להעדיף הסדר  $\hat{S}PS < \hat{R}$  אף מחמיר מתוחלת העונש הצפויה.
13. כיוון שעלויות העסקה של התובע על הסדר קטנות מהוצאת המשאבים האופטימלית על משפט, הוא יהיה מוכן להציע לנאשם עונש מתחת ל- $P^*iSi$  בתמורה להודאה באשמה (אשר הופכת את  $P^*i = Pi = 1$ ).
- העונש המינימלי בעסקת טיעון שהתובע עשוי להציע הוא זה:  $\hat{S} > (P^*S^*)P^*R^*$  (העונש ליחידת השקעה בהסדר גדול מזה שבמשפט).
- עונש זה קטן מתוחלת תוצאת המשפט  $\hat{S} > P^*S^*$ .

162 "התביעה תתקשה להבחין מהו העונש הקריטי של כל חשוד, ותאלץ להציע עונשים דומים לעבריינים בנסיבות דומות. כדי להבטיח כי מרבית החשודים אכן יסכימו לעונש המוצע, יהא על התביעה להציע בהסדרים עונש נמוך מתוחלת העונש. ככל שהעונש יהיה נמוך, כך יגדל שיעור החשודים שיסכימו לחלופה"; גזל-אייל, לעיל ה"ש 63.

מכאן שהתובע יהיה מוכן להציע הפחתה נוספת ככל שאפשר להפנות את החיסכון במשאבים להעלאת ההסתברות להרשעה בתיקים אחרים באופן שסך הענישה המצרפי יעלה.

14. התנאים ההכרחיים והמספיקים לעסקת טיעון הם שגם הנאשם וגם התובע יחדיו ירוויחו מעסקת טיעון לעומת הציפיות שלהם מתוצאת משפט. אם כן, עולה כי הדבר קורה בתנאי שהענישה המינימלית שהתובע מוכן להציע בעסקה עדיפה בעיני הנאשם על הליכה למשפט.

מכאן שאם התובע והנאשם מעריכים באופן שווה את ההסתברות להרשעה, העונש המינימלי שיהיה התובע מוכן להשית על הנאשם –  $P^* < \hat{S}$  – יהיה בטווח הפשרה שאותה יהיה נאשם אדיש-סיכון או שונא-סיכון מוכן לקבל.

If:  $\hat{S}^* < \hat{S} \Rightarrow PB$

לכן אם שני הצדדים שותפים להערכתם את ההסתברות להרשעה במשפט ( $P^* = P$ ), יושג הסכם עם נאשמים שונא-סיכון או אדיש-סיכון, בדומה למסקנה העולה ממודל לנדס.<sup>163</sup>

מודל לנדס עוצר בהוכחת האינטרס המשותף בקיומן של עסקאות טיעון כאשר הצדדים שותפים להערכותיהם את תוצאת המשפט. טענתנו היא שהמשאבים המשתחררים לתובע מקיומן של עסקאות אלו יניעו דינמיקה שתהפוך לכדאית את קיומן של עוד ועוד עסקאות טיעון גם כאשר הצדדים אינם שותפים להערכותיהם את תוצאת המשפט.

## 2. טענות

א. בהינתן שכל הפרמטרים שאינם תלויים בתובע ובנאשמים נשמרים בכל תקופה (*ceteris paribus*), התמריצים שיוצרות עסקאות הטיעון לשחקנים מניעות דינמיקה של מחזור-משוב שמביאה להתרחבותה של תופעת הודאות נאשמים במסגרת עסקאות טיעון. ב. מספר התיקים שיטפל בהם התובע עשוי להיות נמוך ממספר התיקים המרבי האפשרי, ובמצבים מסוימים נמוך אף ממספר התיקים שיטפל בהם התובע בעולם ללא עסקאות טיעון.

תזכורת: התובע יהיה מוכן להציע הפחתה במחיר<sup>164</sup> עסקת הטיעון (בהשוואה לעונש הצפוי מהפסד במשפט) באופן שיאפשר לו להפנות את החיסכון במשאבים להעלאת ההסתברות להרשעה בתיקים האחרים באופן שסך הענישה המצרפי יגדל. מהלך ההוכחה נבנה באופן הבא: ראשית נבחן את טענת קיומה של דינמיקה בעולם שבו התובע מטפל בכל תקופה באותו מספר של תיקים, ומספר התיקים יהיה חלק מאותם פרמטרים קבועים של המערכת שאותם התובע והנאשמים מקבלים כנתונים.

163 Landes, לעיל ה"ש 6.

164 מחיר עסקת טיעון מוגדר כעונש המושג על הנאשם בתמורה להודאתו באשמה במסגרת עסקת טיעון.

בשלב השני נבחן את הדינמיקה בעולם שבו בפני התובע קשת אפשרויות הכוללת גם את השאלה בכמה תיקים לטפל בכל תקופה.

### 3. הוכחת טענה א

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

1. אם  $R_j^{*t} \leq R_j^{*t+1}$  (בתיק שהתנהל בו משפט), אז תיק מאותו סוג  $j$  שהסתיים בעסקה בזמן  $t+1$  יכול להסתיים באותה עסקה, או מחמירה ממנה, גם בתקופה  $t+2$ .

הוכחה: נניח על דרך השלילה שנאשם בתיק  $i$  העדיף עסקה על משפט בתקופה  $t+1$ , דהיינו

$$U(W - r\hat{R} - s\hat{S}) > U(W - rR_{t+1} - sP_{t+1}S), \forall R_{t+1} > 0$$

אבל נאשם זהה העדיף משפט על אותה עסקה בתקופה  $t+2$ , דהיינו

$$U(W - r\hat{R} - s\hat{S}) \leq U(W - r\tilde{R}_{t+2} - sP_{t+2}S)$$

עבור רמת ההשקעה האופטימלית  $\tilde{R}_{t+2}$  שהוא מעריך שנדרשת במשפט בתקופה  $t+2$ . כיוון שעל פי ההנחה מתקיים  $R_t^* \leq R_{t+1}^*$ , לאותה רמת ההשקעה האופטימלית  $\tilde{R}_{t+2}$ , ההסתברות להרשעה שאותה מעריך הנאשם גדלה בין שתי התקופות העוקבות, דהיינו  $P_{t+1} \leq P_{t+2}$ . מכאן נובע שהנאשם היה יכול להגיע במשפט בתקופה  $t+1$  לתועלת גבוהה לפחות כמו זו שהגיע אליה בתקופה העוקבת באמצעות השקעת  $\tilde{R}_{t+2}$ , ולכן קיבלנו:

$$U(W - r\hat{R} - s\hat{S}) \leq U(W - r\tilde{R}_{t+2} - sP_{t+2}S) \leq U(W - r\tilde{R}_{t+2} - sP_{t+1}S)$$

בסתירה להנחה. כמו כן אם  $R_t^* < R_{t+1}^*$  לאותה רמת ההשקעה האופטימלית  $\tilde{R}_{t+2}$ , הסתברות ההרשעה המשוערת על ידי הנאשם תגדל ממש, כלומר  $P_{t+1} < P_{t+2}$ , ולכן העדפתו של הנאשם עסקת טיעון על משפט בתקופה  $t+1$  תוכל להישמר גם לעסקת טיעון חמורה ממנה בתקופה  $t+2$ .

2. אם כל תיק מסוג  $j$  שהסתיים בעסקה בתקופה  $t$  מסתיים בעסקה בתקופה  $t+1$ , לא תיתכן ירידה במשאבי התובע המופנים למשפטים, כלומר  $R_j^{*t} \leq R_j^{*t+1}$ .

הוכחה: הדבר נובע ישירות 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 העסקה של התובע על עסקת טיעון אינן גדולות מהוצאת המשאבים האופטימלית על משפט.

### 3. אם מספר עסקאות הטיעון בתקופה $t+1$ שווה למספרו בתקופה $t$ הדינמיקה תיעצר.

הוכחה: אם מספר התיקים שמסתיים בעסקה אינו משתנה בתקופה  $t+1$ , לא נוצר חיסכון אשר מאפשר להגדיל את משאבי התובע, ונקבל ש-  $R_{t+1}^* = R_t^* < R_{t-1}^*$ . לכן ציפיות הנאשמים שהשקעת התובע בתקופה  $t+1$  תהיה זהה לתקופה  $t$  מתממשות  $R_t^* = R_{t+1}^*$ , ההסתברות להרשעה במשפטים בתקופה  $t+1$  נשמרת  $P_t = P_{t+1}$ , מספר הנאשמים הבוחרים באותה עסקת טיעון גם בתקופה  $t+2$  אינה משתנה, והדינמיקה נעצרת.

#### מכאן נגזרות המסקנות האלה:

א. כאשר העלייה בהשקעת התובע בכל משפט תביא לגידול של ממש במספר העסקאות האפשריות, תעמוד בפני התובע בתקופה הבאה קשת רחבה של אפשרויות בחירה, החל משמירה על מחיר העסקה וניצול מלא של הגידול במספר הנאשמים המוכנים לקבל את אותה העסקה, וכלה בניצול המצב לשמירה על מספר עסקאות הטיעון כפי שהיה תוך העלאת מחיר העסקה (אשר מבטיח לו גידול בסך הענישה ועם זאת מוביל את המערכת מיד לעצירה כי לא ישתחררו משאבים חדשים בתקופה הבאה [ראו משפט 3]). עם זאת יש לשים לב שלא כל קשת האפשרויות הזו אטרקטיבית בהכרח, כי ייתכן בהחלט ששמירה על מחיר עסקת הטיעון, המתבטאת במעבר של פלח נאשמים כלשהו מניהול משפט לעסקאות, עלול להוריד את סך הענישה אם הוא נמוך מתוחלת הענישה במשפט בפועל. אולם אם מניחים רציפות, אזי מהעובדה שהפתרון של שמירה על מספר העסקאות והעלאת מחיר העסקה גורם בהכרח לעלייה בסך הענישה, נובע שקיים פתרון שבו יש גם גידול במחיר העסקה וגם גידול במספר העסקאות (ובעקבותיו שחרור משאבים שמאפשר את המשך התהליך הדינמי).  
 ב. באותם מקרים שבהם מספר עסקאות הטיעון לא השתנה (ראו משפט 3) המערכת תיעצר (לאו דווקא במצב אופטימלי מבחינת התובע), כיוון שמשאבי התובע יישארו זהים מתקופה לתקופה. עם זאת התובע יוכל להניע את הדינמיקה מחדש באמצעות שינוי מחיר עסקת הטיעון.

ג. במערכת משפטית שמתחילה ממצב של היעדר עסקאות טיעון, ואשר פועל בה תובע המבקש למקסם את סך הענישה המצרפי, יציע התובע לנאשמים בכל תקופה – עד להגעה לשיווי משקל האופטימלי – עסקאות טיעון כאלו אשר יאפשרו לו להגדיל את מספר עסקאות הטיעון בכל תקופה, ולכל הפחות לא להקטין את מספרם ואת ההשקעה בכל תיק שילך למשפט.

ד. כלל ההחלטה הזו מעניק לתובע כללי אצבע להתקרב לאופטימום גם אם אין ביכולתו לחשב את המדיניות האופטימלית בכל תקופה. כל עוד יפעל "להרים את שני הדגלים" בכל תקופה בזמנית, קרי גם להחמיר במחיר עסקאות הטיעון וגם להגדיל את מספרם, יבטיח עלייה מתמדת בסך הענישה המצרפי.

ה. יכולתו של התובע להוביל את המערכת לכיוון המועדף עליו נובעת מכך שמול תובע אחד קבוע (או רבים הכפופים למרותו של תובע מרכזי) עומדים נאשמים שונים שאינם מאוגדים, וכל אחד מהם פועל באופן בלתי תלוי כדי למקסם את תועלתו בתיק הפרטי שלו.

כך יוצא שהתובע משפר את מצבו מתקופה לתקופה, ואילו תועלת הנאשמים בהכרח תפחת מתקופה לתקופה.

#### 4. הוכחת טענה ב

דינמיקת מחזור-המשוב בעולם שבו בפני התובע קשת אפשרויות הכוללת גם את השאלה בכמה תיקים לטפל בכל תקופה.

טענה ב: מעבר לשיעור עסקאות טיעון מסוים תפוקת הכרעות הדין עשויה לקטון.

1. כאשר העלות המינימלית לתובע בטיפול בכל תיק גבוהה מעלות עסקת טיעון, מספר התיקים שבהם יטפל התובע עשוי להיות נמוך ממספר התיקים המרבי.

הוכחה: על פי הנחה 2 התפוקה השולית של משאבי התובע חיובית ופוחתת. מכאן שככל שהתובע ישקיע פחות בתיק, ערך התפוקה של משאביו בתיק יהיה גדול יותר, ולכן בעולם ללא עסקאות טיעון כדאי לתובע לטפל בכמה שיותר תיקים אפשריים. לפיכך יקצה התובע לכל תיק את המשאבים המינימליים הנדרשים ובכך ישיא את סך ערך התפוקה של משאביו, כלומר את סך הענישה המצרפית.

לכאורה היינו מצפים שתמיד יטפל התובע במספר התיקים המרבי האפשרי כי מכל תיק התובע משיג עוד ענישה, אבל במצב שבו תוספת הענישה במשפטים ובעסקאות הטיעון שהתובע יכול להשיג מהעלייה בהשקעה בכל תיק במשפט עולה על ההפסד מהתיקים שלא טופלו, בהכרח כדאי לתובע לטפל במספר קטן יותר של תיקים.

נניח שהתובע בוחר לטפל במרב התיקים האפשריים (במשפטים ובעסקאות טיעון). במקרה כזה הוא משקיע בכל תיק שהולך למשפט את המשאבים המינימליים הנדרשים (כפי שהשקיע בעולם ללא עסקאות טיעון  $R_t^* = R_{t+1}^*$ ), וכל החיסכון, הנובע מהיותה של העלות המינימלית לתובע בטיפול בכל תיק גבוהה מעלות עסקת טיעון, מופנה לטיפול בתיקים רבים יותר בעסקאות טיעון.

כיוון שהתובע משקיע בכל תיק את אותם משאבים כפי שהשקיע בעולם ללא עסקאות טיעון, על פי טענה א, משפט 3, הדינמיקה תיעצר לאחר תקופה אחת, ושיעור הנאשמים שיקבלו את עסקת הטיעון שיציע התובע כפוף לציפיותיהם שהתובע ישקיע במשפטים שמתנהלים את אותם משאבים שהשקיע בעולם ללא עסקאות טיעון.

אם התובע מעוניין בעסקאות טיעון רבות יותר, עליו להוריד את מחיר עסקת הטיעון שהוא מציע לנאשמים. מנגד התובע יכול לחלק את המשאבים הנחסכים לו באופן שיאפשר להשקיע משאבים רבים מבתקופה קודמת. במקרה כזה מספר התיקים הכולל שיטפל בהם התובע יהיה בהכרח קטן ממספר התיקים המרבי.

הפניית החיסכון להשקעה גדולה יותר בכל תיק מאפשרת לתובע להמשיך ולהשיג עסקאות טיעון רבות יותר בכל תקופה ללא הורדת מחיר עסקת הטיעון, ולעתים גם במחיר גבוה יותר, כפי שהוכח בטענה א, משפט 1. מכאן שבמצבים שבהם תוספת הענישה במשפטים ובעסקאות הטיעון שהתובע ישיג מהעלייה בהשקעה בכל תיק עולה על ההפסד



מהתיקים שלא טופלו, בהכרח כדאי לתובע לטפל במספר תיקים הקטן מהמקסימום האפשרי.

2. כאשר העלות המינימלית לתובע בטיפול בכל תיק במשפט שווה לעלות עסקת טיעון, מספר התיקים שבהם יטפל התובע עשוי להיות נמוך ממספר התיקים בעולם ללא עסקאות טיעון.

הוכחה: כאשר עלות המשאבים המינימלית הנחוצה לתובע לצורך טיפול בכל תיק במשפט שווה לעלות המשאבים הנחוצים לעסקת טיעון, מספר התיקים המרבי שבו התובע יכול לטפל שווה למספר התיקים המרבי בעולם עם עסקאות טיעון. במצבים אלו, שלא היה בהם חיסכון לתובע מהפניית תיקים לעסקאות טיעון, ותוספת הענישה שהתובע יכול להשיג מעלייה בהשקעה בכל תיק שהולך למשפט עולה על ההפסד מהתיקים שלא טופלו, כדאי לתובע לטפל במספר תיקים קטן מזה שבעולם ללא עסקאות טיעון.

מכאן מתווספת למסקנה – שהתובע יהיה מוכן להציע הפחתה במחיר עסקת הטיעון (בהשוואה לעונש הצפוי מהפסד במשפט) באופן שיאפשר לו להפנות את החיסכון במשאבים להעלאת ההסתברות להרשעה בתיקים האחרים באופן שסך הענישה המצרפית יגדל – המסקנה שלתובע כדאי לטפל במספר תיקים קטן (מהמקסימום האפשרי ולעתים גם פחות מבעולם ללא עסקאות טיעון) באופן שיאפשר לו להפנות את החיסכון במשאבים להעלאת ההסתברות להרשעה בתיקים האחרים ולהשגת עסקאות טיעון מחמירות יותר, באופן שסך הענישה המצרפית יגדל.

### ב. הדמיית הדינמיקה האנדוגנית

"מגיד מראשית אחרית ומקדם אֶשֶׁר לֹא נֶעֱשׂוּ אִמֵּר עֲצַתִּי תְּקוּם וְכָל חֶפְצֵי אֶעֱשֶׂה".

ישעיהו מו 10

בפרק זה נבצע הדמיה של הדינמיקה של מקרה פרטי. חשיבות הדינמיקה במקרה הפרטי נובעת מן המסקנות הכלליות שאפשר לגזור ממנו לגורמים המשפיעים על קיומו ותוצאתו של מחזור-המשוב. במקרה הפרטי התקבלו תוצאות אשר שופכות אור על אופן התלות של הדינמיקה הפנימית בגורמים החיצוניים.

#### 1. כללי

נבנה מודל מחשב רב-תקופתי שבו התובעים לומדים את התנהגות התובע בתהליך אדפטיבי מתקופה לתקופה. המודל מדמה את הדינמיקה שתיווצר בין התובע לנאשמים על פי התמריצים הפועלים על כל אחד מהם.

במודל, הפרמטרים שאין לשחקנים יכולת השפעה עליהם (אקסוגניים), נקבעים מראש ונשארים קבועים, הם אלה: B – תקציב התובע; S – העונש במשפט; s – הערך הנוכחי של ההפסדים מיחידת עונש; r הוא המחיר הממוצע ליחידת R. הפרמטרים אשר בשליטת השחקנים או אשר מושפעים מהחלטותיהם נקבעים מבפנים (אנדוגניים) ומשתנים לפי תגובותיהם, עד שהדינמיקה נעצרת, הם אלה:  $\hat{S}$  – מחיר עסקת הטיעון;  $R^*$  – השקעת התובע בתיק שהולך למשפט; R – השקעת הנאשם בתיק שהולך למשפט.

הנאשמים אדישים לסיכון וזהים בינם לבין עצמם ובכל תקופה לבד מהערכותיהם את הראיות שבידי התובע.

על סמך ההנחות הנוספות של המודל הפרטי נקבעו:

– הנוסחאות לחישוב הערכות הנאשמים להסתברות להרשעה במשפט ולהסתברות להרשעה בפועל:<sup>165</sup>

$$P_i = \frac{R^*}{R_i^{ex} + R^*} Z_i$$

–

$$P^* = \frac{R^*}{R_i + R^*} Z^*$$

בהתאמה.

– הנוסחאות לחישוב ההשקעה האופטימלית הצפויה במשפט וההשקעה בפועל:

$$R_i^{ex} = \sqrt{\frac{R^* Z_i s S}{r}} - R^*$$

–

$$R_i = \sqrt{\frac{R^* Z_i s S}{r}} - R^*$$

בהתאמה.

– הנוסחאות לחישוב העדפה של כל נאשם בעסקת טיעון או במשפט מבוססות על

הבחירה:

$$Min: (r\hat{R} + s\hat{S}), (rR^{ex} + sPS)$$

165 הסבר על הנוסחאות בדף הבא.

על פי הנוסחאות הללו המודל מחשב לכל עסקת טיעון שהתובע מציע כמה נאשמים מעדיפים אותה על משפט (ומכאן כמה עסקאות טיעון יתקיימו), כמה משאבים יוקצו לתובע לכל משפט, כמה ישקיע כל נאשם, מה תהיה תוחלת תוצאת המשפטים, ומה תהיה הענישה המצרפית הכוללת בעסקאות הטיעון ובמשפטים.

## 2. הנחות נוספות

1. ההדמיה מתייחסת לרצף של נאשמים בתיק מסוג אחד (כל אחד בתיק נפרד בעל אותם מאפיינים בדיוק), ולכן הראיות  $Z^*$  שבידי התובע זהות עבור כל הנאשמים. הנאשמים זהים בכל מאפייניהם פרט ל- $Z_i$ : הערכותיהם הסובייקטיביות את חוזק הראיות שבידי התובע, ומכאן שההבדלים בהערכותיהם את תוצאת המשפט נובעים אך ורק מהפערים בהערכותיהם  $Z_i$ .

בשל זהות התיקים, הערכים של הענישה  $S$  בהרשעה במשפט ו- $\hat{R}$  עלות ניהול משא ומתן לעסקה לתובע ולנאשם – שווים וקבועים בכל התיקים.

2. כזכור, על פי הנחה 5 במודל, התובע יודע את התפלגות הערכות הנאשמים את תוצאות המשפטים ומסוגל להעריך במדויק כמה נאשמים יסכימו להודות במסגרת עסקת טיעון לכל עסקה שיציע, כמה משאבים ישתחררו לו, ומה תהיה תוחלת המשפטים, ולפיכך מה יהיה סך הענישה המצרפי. בניחות שלהלן התובע מחשב כמה משאבים יהיו לו למשפט בודד בהפחתתו מהתקציב הכללי את המשאבים הנדרשים לעסקאות הטיעון ובחלוקה במספר המשפטים שנותרו.

3.  $R_i^{ex}$  היא ההשקעה המתוכננת במשפט של הנאשם ה- $i$ , אשר נקבעת על פי  $Z_i$  ועל פי  $R_{t-1}^*$ . השקעה זו היא אשר נכנסת לשיקולי הנאשם בשלב ההחלטה אם ללכת למשפט או לחתום על עסקת טיעון.  $R$  היא ההשקעה בפועל של הנאשם אם אכן הגיע למשפט. השקעה זו אצל כל הנאשמים, כי מאפייני התיק זהים לכולם, ואנו מניחים שנאשם שהגיע למשפט יתאים את השקעתו בפועל לחוזק הראיות שבידי התובע –  $Z^*$  – אשר הוא חוזק הראיות הרלוונטי לקביעת סיכויי ההרשעה בפועל. כמו כן  $R$  נקבע על פי השקעתו בפועל של התובע –  $R^*$  – כפי שמתגלה במשפט (ולא על פי  $R_{t-1}^*$ ). אנו נרשום בקיצור  $R^*$  כשנתייחס להשקעה בפועל  $R^*$ .

4. ההסתברות המשווערת על ידי הנאשם ה- $i$  ( $i=1, \dots, n$ ) להרשעתו במשפט היא זו:

$$P_i = \frac{R_{t-1}^*}{R_i^{ex} + R_{t-1}^*} Z_i$$

ההסתברות להרשעתו בפועל של הנאשם ה- $i$  ( $i=1, \dots, n$ ) היא זו:

$$P^* = \frac{R^*}{R_i + R^*} Z^*$$

(כאמור, זהה לכל הנאשמים, ונקבעת על פי הערכות התובע). שתי הנוסחאות מתבססות על מודל <sup>166</sup>Gordon Tullock (1980) ותואמות את הגדרת הנחה 2 במודל: הגדלת  $R^*$  נוטה להעלות את  $P_i^*$  ו- $P_i$ , ואילו הגדלת  $R$  ו- $R_i^{ex}$  נוטה להוריד את  $P^*$  ו- $P^{ex}$  בהתאמה. ובנוסף התפוקה השולית פוחתת למשאבי התובע ולמשאבי הנאשם.

5. מניחים כי עלות העסקה  $\hat{R}=0$  לנאשמים, או לחלופין היא תקורה קבועה שאינה תלויה במוכנות הנאשם לחתום על עסקה. הנחה זו מתאימה לדפוס פעולה שעל פיו התובע מציג לכל הנאשמים את העסקה לפני הגשת כתב אישום, ואם הם מסכימים לה, היא נחתמת ללא עלויות נוספות מבחינתם. לפיכך עלות העסקה איננה תלויה בשאלה אם הנאשם מסכים לעסקה או בוחר ללכת למשפט. הנחה זו תואמת את ההנחה שהמשאבים הנחוצים למשפט גדולים מאשר מאלה הנחוצים לעסקת טיעון, ומכאן שעסקאות הטיעון חוסכות משאבים לנאשם.

6. כזכור, הנאשם מעוניין למקסם את התועלת שלו במשפט (תועלת התוחלת) או בעסקת טיעון (הפחתה בעונש – וקיצור ההליך – בתמורה להודאה):

$$Max: \{U(W - r\hat{R} - s\hat{S}), PU(Wc) + (1 - P)U(Wn)\}$$

(השקעת המשאבים של הנאשם בתיק קשורה בחומרת הענישה אם יורשע ובמשאבים העומדים לרשותו).

מכאן שמבחינת נאשם אדיש לסיכון המטרה היא להגיע לתוצאה ה"זולה" מבין הערכות את עלות תוחלת המשפט ועלות עסקת הטיעון המוצע לו:

$$Min: (r\hat{R} + s\hat{S}), (rR^{ex} + sPS)$$

7. יחסית לנאשם אדיש לסיכון, נאשם שהוא שונא-סיכון ייטה עוד יותר להעדיף עסקאות טיעון, כיוון שמבחינתו חוסר הוודאות מתוצאת המשפט גורע מן התועלת ממנו (העסקה משמשת לו מעין ביטוח נגד הסיכון בהפסד ממשפט). בעיקר הוא יסכים לכל עסקה אשר נאשם אדיש לסיכון יעדיף על משפט.

מכאן שאם

$$\hat{S} < \left\{ \frac{r}{s} (R_i^{ex} - \hat{R}) + PS \right\}$$

אז הנאשם ה- $i$  יעדיף עסקה אם הוא אדיש לסיכון או שונא סיכון. כתוצאה מכך, הנאשם עשוי להעדיף עסקה אפילו כאשר העונש בצידה גבוה מתוחלת הענישה במשפט,  $\hat{S} > PS$  (נכון אפילו לנאשם אדיש לסיכון). הניתוח יתמקד מעתה בנאשמים אדישים לסיכון.

166 על "Proportional Probability of Winning" ראו G. Tullock (ed.), TOWARDS A THEORY OF THE RENT-SEEKING SOCIETY 97–112, College Station: Texas A&M University Press. Moreover, a number of recent papers have explored the use of proportional contests as incentive mechanisms (Cason et al., 2010; Masters, 2005; Masters and Delbecq, 2008, among others).

אם נאשם  $i$  בוחר במשפט, הוא מביא בחשבון השקעה  $R_i^{ex}$  באופן שימקסם את הביטוי:

$$U = W - rR_i^{ex} - sS \frac{R_{t-1}^*}{R_i^{ex} + R_{t-1}^*} Z$$

ומכאן שה-  $R_i^{ex}$  האופטימלי שכדאי לו להשקיע במשפט מקיים את התנאי:

$$\frac{\partial U}{\partial R_i^{ex}} = -r + sS \frac{R_{t-1}^*}{(R_i^{ex} + R_{t-1}^*)^2} Z = 0$$

ולכן ה-  $R_i^{ex}$  האופטימלי מבחינת נאשם  $i$  הוא זה:

$$R_i^{ex} = \sqrt{\frac{R_{t-1}^* Z_i s S}{r}} - R_{t-1}^*$$

8. משמתחיל המשפט הנאשם מביא בחשבון את ה-  $Z^*$  שבידי התובע אשר מתגלה לו במהלך המשפט, בבחירתו את  $R$ , ולכן ה-  $R$  האופטימלי מבחינת נאשם  $i$  במשפט הוא זה:

$$R = \sqrt{\frac{R^* Z^* s S}{r}} - R^*$$

### 3. הגדרות

1.  $Z_c$  הוא חוזק הראיות ש"הנאשם הקריטי" – זה אשר אדיש בין משפט לבין עסקת הטיעון המוצעת לו – מעריך טרם משפט.

2.  $F(Z_c) =$  שיעור הנאשמים המעדיפים משפט. ככל ש-  $Z_i$  של הנאשם  $i$  גבוה יותר, המשמעות היא שהנאשם מעריך שיש בידי התובע ראיות רבות יותר נגדו, ולכן הוא פסימי יותר באשר לתוצאת המשפט (מעריך את  $P$  ההסתברות להרשעה כחמורה יותר) יחסית לנאשם עם  $Z_i$  נמוך יותר. מכאן נובע שכל הנאשמים עם  $Z_i < Z_c$  יעדיפו משפט, וכל אלו עם  $Z_i > Z_c$  יעדיפו עסקה.

השקעת התובע בכל תקופה תלויה ב-  $Z_c$  התקופתי, אשר קובע את שיעור התיקים שיתקיים בהם משפט ושביניהם יחולק סך התקציב:

$$R^* = \frac{B - n[1 - F(Z_c)]\hat{R}^*}{n[F(Z_c)]}$$

כש-  $n$  הוא מספר התיקים שבהם התובע מטפל.

3. מתוך אדישותו של הנאשם הקריטי בין משפט לבין עסקת טיעון נקבל ביטוי למחיר העסקה:  $r\hat{R} + s\hat{S} = rR + sPS$ . אנו מניחים כי עלות העסקה לנאשמים היא 0 (או לחלופין היא תקורה קבועה שאינה תלויה במוכנות הנאשם לחתום על עסקה – ראה פרק הנחות), ולכן נקבל מתוך מאפייני הנאשם הקריטי את הביטוי הזה ל-  $\hat{S}$ :

$$\hat{S} = \frac{r}{s} R^{ex} + PS = \frac{r}{s} R^{ex} + \frac{R_{t-1}^*}{R^{ex} + R_{t-1}^*} Z_c S = 2 \sqrt{\frac{R_{t-1}^* r S Z_c}{s} - \frac{r R_{t-1}^*}{s}}$$

4. התובע מודע לכך שמחיר העסקה  $\hat{S}$  מגדיר חד-משמעית את מספר הנאשמים אשר מקבלים אותו (בכך שיגרום לנאשם הקריטי להיות אדיש), ולכן ביכולתו לבחור את הזוג  $(Z_c, \hat{S})$ , אשר ימקסם את סך הענישה TS, אשר נתון בביטוי:

$$TS = n[1 - F(Z_c)]\hat{S} + nF(Z_c)P^* S$$

נשים לב ש- $P^*$ , הסתברות ההרשעה שמניח התובע, מביאה בחשבון השקעת נאשם שמתאימה לכובד הראיות שבידי התובע בפועל ( $Z^*$ ), ולכן התובע ממקסם בכל תקופה את הביטוי הזה:

$$[1 - F(Z_c)]\hat{S} + F(Z_c) \frac{R^*}{R + R^*} Z^* S$$

כאשר ה- $R$  בביטוי הוא ההשקעה בפועל של הנאשמים.  
 5. בכל תקופה התובע מטפל במספר תיקים קבוע בתיק זה מבחינת כובד הראיות שבידי התובע וחומרתי. אסטרטגיית התובע היא להחמיר במחיר עסקאות טיעון ולהגדיל את מספרן, כך שגם סך הענישה המצרפי יעלה.  
 6. בכל תקופה ההדמיה מחשבת למחירי עסקה שונים שהתובע יכול להציע, כמה נאשמים יסכימו לכל עסקה, ומה תהיינה תוצאות המערכת לאותה עסקה. מחיר העסקה שנבחר קובע את תוצאות המערכת באותה תקופה, ומשמש תנאי ההתחלה לתקופה הבאה וכן הלאה – עד לעצירת הדינמיקה.

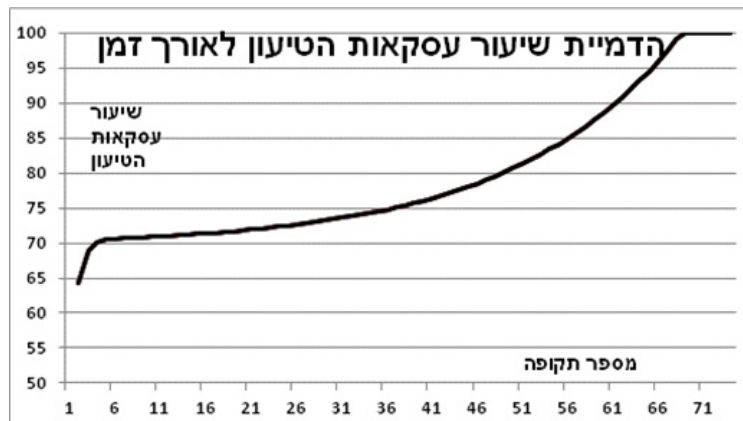
#### 4. תוצאות

בהדמיות שערכנו קבלנו כי התובע מסוגל "להרים את שני הדגלים" בכל תקופה בו-זמנית, קרי גם להחמיר במחיר עסקאות הטיעון, גם להגדיל את מספרם ובה בעת להעלות את סך הענישה המצרפי מתקופה לתקופה, עד להשתלטות עסקאות הטיעון על המערכת. בכל המצבים שנבחנו שיפר התובע את מצבו בעולם עם עסקאות טיעון, כלומר עסקאות הטיעון אפשרו לו להגדיל את הסתברות ההרשעה במשפט ואת סך הענישה המצרפי. כך יוצא שלעומת מצבו של התובע, מצב הנאשמים בעולם עם עסקאות הטיעון נפגע יחסית למצבם במשפט בעולם ללא עסקאות טיעון. זאת כיוון שתוחלת העונש במשפט והעונש בעסקת הטיעון מחמירות מעונש בעולם ללא עסקאות טיעון, ומכאן שמצב הנאשמים בעולם עם עסקאות טיעון בכל מקרה מורע, בין שיבחרו בעסקת טיעון ובין שילכו למשפט.

כמו כן עולה כי עם הגורמים האקסוגניים המאיצים את עסקאות הטיעון נמנים אלה: הגדלת תקציב התביעה, החמרה בענישה, ירידה בראיות שבידי התביעה, עלייה בהערכות הנאשמים את עצמת הראיות שבידי התובע, ירידה ביחס  $r/s$  (מחיר ליחידת השקעה במשפט

ביחס למחיר יחידת עונש), ירידה בעלות עסקת טיעון, ירידה בשוונות הערכות הנאשמים את הראיות שבידי התובע.

מכאן שאם קיימת זיקה בין הדינמיקה האנדוגנית שנוצרת בין התובע לנאשמים, לתהליכים אקסוגניים, כגון הקטנת תקציב התביעה, החמרה בענישה, ירידה בראיות שבידי התביעה וכו', הגורמים הללו במקום לרסן את עסקאות הטיעון מאיצים את העלייה בשיעורן.



### ג. טבלאות נתונים

"הראיות הסטטיסטיות לכישלוננו היו צריכות לטלטל את ביטחוננו ב...., אבל זה לא קרה. זה גם היה צריך לגרום לנו למתן את תחזיותינו, אבל זה לא קרה. ידענו שבאופן כללי, התחזיות שלנו היו מעט יותר טובות מניחוש אקראי, אבל המשכנו להרגיש ולפעול כאילו כל תחזית ספציפית היא תקפה. נזכרתי באשליות אופטיות, שעדיין מושכות אותנו גם כשאנחנו יודעים שמה שאנו רואים הוא שקרי. כל כך נדהמתי מהאנלוגיה עד שטבעתי מונח לחוויה שלנו: 'אשליית התקפות'. גיליתי את הכשל הקוגניטיבי הראשון שלי".

דניאל כהנמן<sup>167</sup>

167 דניאל כהנמן "תיאוריית הכשל" הארץ 4.11.11.

**1. הודאות והרשעות בישראל 1970–2010**

שנה	1970	1980	1990	2000	2010	גידול 2010/1970
שיעור ההרשעות הכללי מהלמ"ס	80.0%	92.3%	95.4%	97.4%	99.4%	24%
שיעור ההודאות מהכרעות הדין - הערכה	50.0%	63.0%	73.0%	83.0%	93.0%	86%
שיעור ההרשעות במשפטי הוכחות - חילוץ	60.0%	79.2%	83.0%	84.7%	91.8%	53%

נתוני שנת 2010 מבוססים על מחקר שערך מדגם מייצג.<sup>168</sup> 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%).

**2. שיעור עסקאות הטיעון מתוך סך הכרעות הדין בבתי המשפט המחוזיים בשנים 2007–2009**

2007	2008	2009	מחוז פרקליטות
77%	80%	92%	מחוזי באר שבע
66%	68%	85%	מחוזי חיפה
0%	0%	0%	מחוזי ירושלים
53%	67%	78%	מחוזי נצרת
27%	59%	82%	מחוזי תל אביב-יפו
58%	56%	84%	מחוזי מרכז (פ"ת)
59%	68%	85%	ממוצע שנתי ללא ירושלים
97%	97.8%	98.6%	שיעור ההרשעות הכללי של הפרקליטות

בישראל אין מתפרסמים נתונים רשמיים על היקף עסקאות הטיעון. בעזרת התנועה לחופש המידע התקבלו נתונים חלקיים ממשרד המשפטים.<sup>169</sup> מעיון בנספחים שהגישה המדינה אפשר ללמוד ששיעור עסקאות הטיעון בבתי המשפט המחוזיים הוא מעל 85%. כפי שהסתייגות המדינה מלמדת, בעיות בדיווח מקשות על קבלת נתונים מהימנים. העלייה

168 גזל-אייל, גלון ווינשל מרגל, לעיל ה"ש 4.

169 קישור לרף: [www.meida.org.il/?p=2164](http://www.meida.org.il/?p=2164) באתר התנועה לחופש המידע.



הדרמטית לכאורה בשנים 2007–2009 מלמדת ככל הנראה על שיפור במשמעת הדיווח, ומכאן שהנתון של 85% עסקאות טיעון כנראה מתקרב לנתון האמיתי. אישוש לכך התקבל במחקר המוזכר לעיל.<sup>170</sup>

נתונים אלו קרובים לנתוני התביעה המשטרית בבתי משפט השלום. במחקר שערכה הסנגוריה הציבורית בסוף שנת 2000 עלה כי "מתוך סך כל התיקים שהגיעו לסיומם, כ- 92.9% מהנאשמים הודו בעובדות מרשיעות ואילו כ- 7.1% מהנאשמים ניהלו את דיוני ההוכחות עד תום וניתנה הכרעת-דין בעניינם".<sup>171</sup>

### 3. תיקים פליליים והכרעות הדין בישראל בשנים 1970–2010

שנה	תיקים פליליים		תיקים גלויים (מפוענחים), שיש בהם אי-תביעה		הכרעות דין במשפטים פליליים		יחס הכרעות / דין / אומלסיה באלפים	
	אז' באלפים	לא כולל תיקי	א-תביעה	המפוענחים (חשוד)	שיעור התיקים המפוענחים	הכרעות דין מהתיקים הגלויים	שיעור הכרעות דין / אומלסיה באלפים	מסך התיקים הפליליים
1970	3,022	134,545	42,500	31.6%	27,772	65%	9.19	21%
1980	3,922	247,084	57,300	23.2%	29,718	52%	7.58	12%
1990	4,822	252,374	71,000	28.1%	33,478	47%	6.94	13%
2000	6,369	379,546	147,511	38.9%	44,198	30%	6.94	12%
2010	7,695	373,852	164,628	44.0%	36,491	22%	4.74	10%
	155%	178%	287%	39%	31%	-66%	-48%	-53%

#### נתונים

אומלסיה והרשעות: הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה  
 מספר הכרעות הדין לשנה מחושב ממספר ההרשעות לחלק לשיעור ההרשעות  
 תיקים פליליים ותיקים מפוענחים: אתר משטרת ישראל  
 נתון 2010 מבוסס על נתון הרשעות 2009

שיעור הכרעות הדין ביחס למספר החשודים ירד מכ- 65% ב-1970 לכ- 22% ב-2009. ירידה של כ- 66% תוך ארבע עשורים (!)

170 בה"ש 4.

171 קנת מן "היקף ייצוגם של נאשמים במשפטים פליליים" הסניגור 58 (1.1.2003).

**4. תפוקת הכרעות הדין ביחס לפרמטרים שונים במערכת המשפט**

172 2009–2000

כפי שמראים הנתונים בטבלה שלהלן, בעשור החולף מספר השופטים עלה בקצב מהיר יותר ממספר החשודים, שיעור הכרעות הדין ביחס למספר החשודים (תיקים גלויים) ירד בכ-28%, ומכאן שהתפוקה לשופט ירדה אף יותר – בכ-38%. אם המערכת הייתה מצליחה לשמור על שיעור של כ-30% הכרעות דין ביחס למספר החשודים, כפי שהיה בשנת 2000, היו ניתנים עוד כ-14 אלף הכרעות דין בשנת 2009 (!)

התנת / דין / סל"כ שופטים	התנת / פשיעה / מחזות	התנת / דין / סל"כ שופטים	התנת / דין / סל"כ שופטים	התנת / דין / סל"כ שופטים	התנת / דין / סל"כ שופטים	התנת / דין / סל"כ שופטים	התנת / דין / סל"כ שופטים	התנת / דין / סל"כ שופטים	התנת / דין / סל"כ שופטים	התנת / דין / סל"כ שופטים		
התנת / דין / סל"כ שופטים	התנת / דין / סל"כ שופטים	התנת / דין / סל"כ שופטים	התנת / דין / סל"כ שופטים	התנת / דין / סל"כ שופטים	התנת / דין / סל"כ שופטים	התנת / דין / סל"כ שופטים	התנת / דין / סל"כ שופטים	התנת / דין / סל"כ שופטים	התנת / דין / סל"כ שופטים	התנת / דין / סל"כ שופטים		
106.5	9.11%	0.69%	30%	415	8%	40,230	30%	485,406	147,511	30%	2000	6,339
106.3	9.10%	0.68%	30%	454	9%	42,925	30%	489,402	147,268	30%	2001	6,509
90.7	8.38%	0.73%	34%	467	11%	51,195	27%	484,446	143,833	30%	2002	6,631
89.5	7.62%	0.63%	24%	480	11%	57,980	27%	505,885	156,200	31%	2003	6,749
88.3	8.84%	0.58%	24%	484	12%	61,962	27%	519,894	167,611	32%	2004	6,870
74.3	8.93%	0.63%	27%	524	12%	58,709	27%	485,735	163,691	33%	2005	6,991
68.3	8.73%	0.60%	24%	526	12%	57,021	27%	478,122	158,505	33%	2006	7,117
66.1	8.51%	0.54%	22%	552	14%	60,574	24%	445,938	158,860	36%	2007	7,244
	8.51%	0.48%	22%	526	15%	62,718	22%	421,692	163,028	39%	2008	7,412
	8.90%	0.48%	22%	552	17%	67,988	22%	410,085	168,827	41%	2009	7,552
	-38%	-2%	-30%				-23%	-16%	14%	69%		16%

שיעור ההשתתפות ב-2009 לא פורסם

172 החישובים מבוססים על נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה ועל אתר משטרת ישראל. הנתונים משקפים את המשפטים הפליליים בדרגה ראשונה על עברות שנרשמו על ידי המשטרה ("עברות רציניות") ושנתבררו בבתי המשפט האלה: בתי משפט מחוזיים, בתי משפט השלום, בתי משפט השלום לנוער ובתי הדין הצבאיים. בעיבודים הסטטיסטיים של האשמות והרשעות לא כלולים משפטים פליליים על עברות שלא נרשמו בפנקס ההאשמות. משפטים על עברות תנועה קלות אינם כלולים.