

## השפעת חפות על הסדרי טיעון:

### ממצאים אמפיריים, תובנות פסיכולוגיות, והשלכות נורמטיביות

אורן גזל-אייל ואבישלום תור\*

#### תקציר

מאמר זה מציג ממצאים המגלים את השפעת חפות נאשמים על נכונותם לערוך הסדרי טיעון. הניתוח המקובל של הסדרי טיעון בספרות המשפטית מניח שהחלטת הנאשם אם להסכים להסדר מתקבלת ב"צל המשפט", דהיינו על בסיס חישוב סיכויי הרשעתו במשפט והעונש הצפוי לו אם יורשע. לפי גישה זו, לחפות הנאשם אין השפעה ישירה על מידת ההקלה שהוא ידרוש בתמורה להודאתו. אולם, שורה של מחקרים אמפיריים, העושים שימוש במתודולוגיות שונות, מלמדת כי גם בהינתן סיכויים וסיכונים דומים, נאשמים חפים נוטים לדחות הסדרי טיעון שנאשמים אשמים מקבלים. לרתיעה זו של החפים השלכות נורמטיביות חשובות אשר לא זכו עד כה להתייחסות בספרות. המחקר המוצג ברשימה זו מלמד גם על הצורך במחקרים אמפיריים של שיפוט וקבלת החלטות בהסדרי טיעון, לשם יצירת בסיס ראוי לניתוח המשפטי של הסדרים אלה.

---

\* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודה למיכאל טקסיאק אירנה נוטנקו ורותם פרלמן על העזרה המצויינת למחקר, לקרן גרמניה ישראל (GIF) על הסיוע במימון לאורן גזל-אייל, ולקרן מארי קירי על הסיוע במימון לאבישלום תור. תודתנו נתונה לכל מי שהעיר לגרסאות קודמות של מאמר זה, ובכלל זה לעופר גרוסקופף, חנוך דגן, עלי זלצברגר, אייל זמיר, אבי טבק, דורון טייכמן, אריאל פורת ואפרת פינק. תודתנו נתונה גם למשתתפים בסמינרים במשפט וכלכלה באוניברסיטת חיפה, באוניברסיטה העברית בירושלים ובאוניברסיטת תל אביב, למשתתפי הסמינר הפקולטטי של הפקולטה למשפטים בחיפה ולמשתתפי הכנס "צדק מהיר" שנערך בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית.

- א. מבוא. ב. גישות לחפות בהסדרי טיעון. ג. ממצאים אמפיריים. 1.  
 הרשעות מוטעות; 2. מחקרים ניסויים; 3. תשאול נאשמים בדיעבד, 4.  
**תובנות פסיכולוגיות.** 1. הערכת הסתברות ההרשעה במשפט; 2.  
 תפיסת הוגנות עסקת הטיעון; ה. **השלכות נורמטיביות.** 1. מניעת  
 הרשעות שווא; 2. "ביטוח" החפים; 3. מגבלות על הסדרי טיעון; 4.  
 הסדרים על הליך פשוט. ו. **סיכום.**

## א. מבוא

במאמר זה נטען כי ממצאים אמפיריים ומחקרים פסיכולוגיים, שככלל לא מצאו ביטוי בשיח המשפטי עד עתה, מראים שעצם חפותם של נאשמים מפחיתה את נכונותם לערוך הסדר טיעון בהשוואה לנאשמים אשמים.<sup>1</sup> כפי שהדיון להלן יבהיר, למסקנה זו השלכות נורמטיביות משמעותיות לניתוח המשפטי של הסדרי טיעון, יתרונותיהם ומגבלותיהם.

הסדרי טיעון הם הכלי העיקרי המאפשר להליך הפלילי להסתיים תוך זמן סביר ובעלות נמוכה יחסית.<sup>2</sup> הם אטרקטיביים לא רק עבור התביעה, שזמנה ומשאביה מוגבלים ביותר, אלא גם עבור נאשמים רבים. הסדר הטיעון, הכולל לרוב הודאה באשמה וסנקציה פחותה מזו הצפויה במקרה של הרשעה במשפט, מאפשר לנאשם להקטין את העונש הצפוי לו במקרה של הרשעה. כיוון שההסדרים מקדמים אינטרס משותף של שני הצדדים, שיעור התיקים המסתיימים בהם בבתי המשפט המחוזיים גבוה (כ-77%),<sup>3</sup> ושיעורם בבית משפט השלום גבוה עוד יותר.<sup>4</sup> ניכר, אם כן, כי הסדרי הטיעון חיוניים לקיום מערכת המשפט הפלילית במתכונתה הנוכחית.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> זאת בנוסף להשפעתם של גורמים חשובים נוספים, כגון ההסתברות האובייקטיבית של ההרשעה במשפט, היוצרים הבדל שיטתי בין חפים לאשמים.

<sup>2</sup> כפי שציין נשיא בית המשפט העליון האמריקאי, השופט בורגר: "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, 261 (1971). ראו:

<sup>3</sup> ראו לילך תמיר **עבירות מין, הסדרי טיעון ומה שבניהם - מחקר בנוגע לשתי השאלות המרכזיות שעלו מ"פרשת קצב"** (עבודה סמינריונית במסגרת הקורס "מחקרים על מערכת המשפט הפלילית" בהנחיית פרופ' אריה רטנר וד"ר אורן גזל-אייל, 2007). (מבין כל כתבי האישום שהוגשו לבית המשפט המחוזי בחיפה בשנת 2004, 77% הסתיימו בהסדר טיעון, רק 19% הסתיימו בהכרעת דין לאחר שמיעת ראיות מלאה ו-3% בהחלטה על הפסקת הליכים בשל מחלת נפש של הנאשם); שרון שכנר-ביתן ורחל אבישר-אבלס **הסדרי טיעון פרקליטות מחוז תל אביב מול פרקליטות מחוז מרכז** (עבודה סמינריונית במסגרת הקורס "עבירות צווארון לבן" בהנחיית פרופ' רון שפירא, 2006). (ניתוח הנתונים הגולמיים של המחקר מעלה כי שיעור הסדרי הטיעון בבית המשפט המחוזי בתל אביב עמד בשנת 2002 על כ-77% מכתבי האישום. רק כ-14% מהתיקים באותו בית משפט הסתיימו בהכרעת דין לאחר שמיעת ראיות מלאה. יתר התיקים הסתיימו בצורות שונות כגון הודאה בלא הסדר של הנאשם, ביטול ההליכים מסיבות שונות, אי כשירות לעמוד לדין ועוד.) (עותקים מהעבודות בידי הכותבים).

<sup>4</sup> בארץ אין כמעט מחקרים סטטיסטיים הבודקים את שיעור ההודאות באשמה, אולם מהנתונים של מחלקת חקירות ותביעות במשטרה עולה כי כ-90% מהתיקים המטופלים על ידי התובעים המשטרתיים ומגיעים לשלב הכרעת הדין, מושגת הרשעה בעקבות הודאת הנאשם. ראו אורן גזל **ענישה בהסכמה - חלופות להליכי משפט בפלילים** 219 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה - הפקולטה למשפטים, 2002). מידע עדכני יותר שנמסר לאחרונה על ידי ראש מחלקת התביעות במחוז צפון מלמד שלא חל שינוי משמעותי בשיעור זה. ברבעון

בצד היתרונות הטמונים בהם עבור תובעים ונאשמים גם יחד, ישנו חשש שלעיתים נאשמים חפים מפשע מודים אף הם במסגרת הסדרי טיעון. אם אכן כך הדבר, הסדרים אלה פוגעים משמעותית בחובה להימנע מהרשעת חפים,<sup>6</sup> פגיעה המערערת את הלגיטימיות שבהמשך השימוש בהם, למרות יתרונותיהם.<sup>7</sup> חשש זה, יחד עם מרכזיותם במשפט הפלילי, הפכו את הסדרי הטיעון מוקד לזיכוח בין מלומדים המצדדים בהסדרים אלה לבין המתנגדים להם; בין המתמקדים בסיכון שבהרשעת חפים לבין המצדדים במתן הזדמנות לנאשמים לבחור כרצונם בין משפט ופשרה; ובין המדגישים את פגיעותם של נאשמים פליליים לסוברים שנאשמים, ככלל, מקבלים הסדרי טיעון לאחר שקילה מחושבת של האינטרסים המוטלים על הכף.<sup>8</sup>

מכל מקום, בחינה של הספרות המשפטית הענפה בתחום מגלה כי טיעוני המלומדים מתבססים ברובם על אינטואיציות בדבר התנהגותם של נאשמים או מודלים כלכליים תיאורטיים של התנהגות זו. הספרות נוטה להתעלם מממצאים אמפיריים רלוונטיים כמו גם ממחקרים פסיכולוגיים העוסקים בהסדרי טיעון.<sup>9</sup> התעלמות המשפטנים מהידע שנרכש בפסיכולוגיה מתמיהה במיוחד לאור העובדה שמחקרים פסיכולוגיים שבדקו גורמים אחרים להרשעות חפים מחוץ להסדרי הטיעון, כגון הודאות שווא בחקירה משטרתית או טעויות בזיהוי, השפיעו רבות הן על המחקר המשפטי והן על קובעי המדיניות.<sup>10</sup> השפעת הממצאים הפסיכולוגיים בתחומים אלה

---

הראשון של 2006, קצת פחות מ-9% מהכרעות הדין ניתנו לאחר הליך ראייתי, וכל היתר היו תוצאה של הודאות באישומים.

<sup>5</sup> זו גם גישת בית המשפט העליון. ראו למשל ע"פ 6967/94 נקן נ' **מדינת ישראל**, פ"ד מט (5) 397, 416 ("הסדר טיעון אינו עניינה של הפרקליטות בלבד. הוא אחד הכלים למלחמה בפשע"); ראו גם ע"פ 1958/98 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(1), 577, 594 (2002).

<sup>6</sup> על האיסור המוסרי להרשיע חפים ראו: ADRIAN A.S. ZUCKERMAN, THE PRINCIPLES OF CRIMINAL EVIDENCE (1989) 125 (ההגנה על החף מפני הרשעה היא תמה מרכזית של דיני הראיות במשפט הפלילי); Ronald Dworkin, ; (מעבר לעלויות שגורמת הרשעה מוטעת לנאשם החף ולציבור יש "עלות מוסרית" בהפרת האיסור להרשיע חפים).

<sup>7</sup> עם זאת, ישנם מלומדים הרואים דווקא יתרון בהזדמנות הניתנת לחפים לערוך הסדר טיעון ולהימנע מן הסיכון הכרוך במשפט הפלילי אם רצונם בכך. ראו למשל: Frank H. Easterbrook, *Criminal Procedure as a Market System*, 12 J. LEGAL STUD. 289 (1983); Robert E. Scott & William J. Stuntz, *A Reply: Imperfect Bargains*, 101 YALE L.J. 2011, 2013 (1992). *Imperfect Trials, and Innocent Defendants*, ראו דיון בסוגיה זו בפרק ב' להלן.

<sup>8</sup> לניתוח העמדות בנושא ראו אורן גזל "הסדרי טיעון ובעיית החף" **משפטים** לה 1, 44-27 (2005).

<sup>9</sup> כך, למשל, חיפוש של המחקרים הניסויים המרכזיים על התנהגות נאשמים בהסדרי טיעון גילה כי מחקרים אלו כמעט ולא מוזכרים כלל במאמרים משפטיים. במאגר כתבי העת המשפטיים של לקסיס מאמריהם של Larry W. Gregory, John C. Mowen & Darwyn E. Linder, *Social psychology and Plea Bargaining: Applications, Methodology, and Theory*, 36 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOLOGY 1521 (1978) ושל Kenneth S. Bordens, *The Effects of Likelihood of Conviction, Threatened Punishment, and Assumed Role in Mock Plea Bargaining Decisions*, 5 BASIC & APPLIED PSYCHOLOGY 59, 65 (1984) נמצאו מוזכרים פעם אחת בלבד, כל אחד, בכל המאגר. ברשימה זו נתייחס למחקרים אלו כמו גם למחקר שערכנו ביחד עם סטפן גרסייה: Avishalom Tor, Oren Gazal-Ayal & Stephen *Innocence, Fairness and the Willingness to Accept Plea Bargain Offers*, (January 15, 2006) Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=880506>.

<sup>10</sup> לעיסוק של קובעי מדיניות בישראל בנושא ראו פרוטוקול ישיבה מס' 7319 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (13.11.2003) [www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2003-11-13.html](http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2003-11-13.html). בנושא הרשעת אדם על פי הודאתו (התייחסות למחקרים בנושא של הודאות שווא במשטרה); וכן משרד המשפטים **דין-וחשבון הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר** (1994). לועדות דומות במדינות אחרות ראו: Royal Commission on Criminal Procedure: Report. London:HMSO,1981.(CMND 8092) וכן FPT Heads of Prosecution Committee Working Group. Report on the prevention of Miscarriages of Justice. Canada: Department of Justice, 2004, available at [www.justice.gc.ca/en/dept/pub/hop/toc.html](http://www.justice.gc.ca/en/dept/pub/hop/toc.html); גם מחקרים בנושא של טעויות בזיהוי השפיעו על ההנחיות לגופי האכיפה לגבי מסדרי זיהוי. ראו: Technical Working Group for

המריצה בתורה פסיכולוגים וחוקרים נוספים להעמיק את המחקר ובאופן זה לקדם שיח אינטרדיסציפלינרי של משפטנים וחוקרים אחרים. יתרה מזאת, שיח החוקרים אף הוביל לשינויים חשובים ביחס המשפט לראיות זיהוי<sup>11</sup> כמו גם לשינויים ביחס להודאות שנגבו במשטרה, להנחיות באשר לדרכי גביתן, ולתיעוד החקירה.<sup>12</sup> תהליך דומה לא התרחש בתחום הסדרי הטיעון, ואנו תקווה כי מאמר זה יסייע להניעו.

מטרותנו הינה אם כן להראות כי יש בשילובם של ממצאים אמפיריים ומחקרים פסיכולוגיים בשיח המשפטי בדבר הסדרי טיעון כדי להעמיק את הדיון בסוגיה ולפתוח אפשרויות להתמודדות עם בעיית החפות בהסדרים אלו. לשם כך, בחלק ב', נסקור בקצרה את הגישות המרכזיות בדיון בדבר הודאת חפים ואת הנחותיהן בדבר התנהגותם של נאשמים. לאחר מכן, חלקים ג' וד', בהתאמה, יתמקדו בממצאים אמפיריים המראים שעצם חפותם של נאשמים מפחיתה את נכונותם לערוך הסדר טיעון בהשוואה לנאשמים אשמים ומחקרים החושפים גורמים פסיכולוגיים לתופעה זו. חלק ה' יבחן מספר השלכות נורמטיביות של הממצאים השונים, וחלק ו' יסכם בהצגת מספר כיוונים אפשריים למחקר עתידי בנושא.

### ב. גישות לחפות בהסדרי טיעון

חוקרים רבים טוענים כי הסדרי טיעון מובילים להרשעת חפים. חלק מהחוקרים מדגישים את החשש מפני קבלת החלטות על ידי נאשמים בתנאים קשים, לעיתים תחת לחץ ישיר של השופט, בלא ייצוג, או בלא ייצוג ראוי.<sup>13</sup> טענתם של חוקרים אלה היא כי נאשמים חפים נגררים להודות תחת מחבש הלחצים המופעל עליהם, בשל רצונם להביא את ההליך המעיק לידי סיום. במקרים רבים נאשמים אלו מסכימים להסדר לפני שהחקירה הסתיימה או תוך ויתור על זכותם לעיון

---

Eyewitness Evidence. Eyewitness Evidence: A Guide for Law Enforcement. Washington: U.S Department Technical Working Group for of Justice, 1999, available at [www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/178240.pdf](http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/178240.pdf) וגם .  
 Eyewitness Evidence. Eyewitness Evidence: A Trainer's for Law Enforcement. Washington: U.S Department of Justice, 1999, available at [www.ncjrs.gov/nij/eyewitness/188678.pdf](http://www.ncjrs.gov/nij/eyewitness/188678.pdf)  
 פסיכולוגיים בשורה של הנחיות לגופי אכיפה בנושא זיהוי חשודים. בארץ נודעת השפעה הולכת וגדלה למאמרם המצוין של דורון מנשה ורביע עאסי "טעות בזיהוי חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה" משפטים 205 (2005).

<sup>11</sup> ראו למשל ע"פ 10360/03 שדיד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 2.3.2006); ע"פ 2365/05 ישראל נ' שתיאוי (טרם פורסם, 22.2.2007). בהם נקבע, בהתבסס על מאמרם של מנשה ועאסי, לעיל ה"ש 10, כי על בית המשפט להיות מודע לקשיים ולחששות הכרוכים בזיהוי באמצעות תמונות ולאפשרות לטעות בזיהוי, ועליו לבחון בזהירות מירבית "את המשקל שיש לתת, אם יש לתת, לראייה מסוג זה". בכללים החלים על ראיית זיהוי חלו שינויים נרחבים במדינות שונות בארה"ב. כך למשל בניו ג'רסי, אילינוי ומדינות נוספות אימצו מודל של מסדר זיהוי עוקב (בו האנשים מוכנסים לחדר אחד אחרי השני וזאת בניגוד למסדר סימולטאני בו הם עומדים אחד ליד השני). השינוי הוכנס בעקבות מחקרים פסיכולוגיים שהראו שבעת מסדר זיהוי סימולטאני העדים בוחרים בשיטת האלימנציה המגדילה באופן משמעותי את הסיכוי לזיהוי שגוי. שינוי חשוב נוסף שנכנס במדינות אלה הוא שכיום בניגוד לעבר, האחראי על מסדר הזיהוי אינו יודע מיהו החשוד, מה שמונע ממנו לרמוז (ולו בצורה לא מודעת) לעד, לגבי זהות החשוד. ראו: CENTER FOR POLICY ALTERNATIVES, EYEWITNESS IDENTIFICATION POLICY SUMMARY 111 (2006), available at [www.stateaction.org/publications/agenda/2006/EyewitnessIdentification.pdf](http://www.stateaction.org/publications/agenda/2006/EyewitnessIdentification.pdf)

<sup>12</sup> ראו למשל חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002, ס"ח 1855 (המחייב את המשטרה לתעד את חקירת החשוד בעבירות חמורות תיעוד חזותי או קולי, על מנת לצמצם את החשש מהסתמכות על הודאות שווא).

<sup>13</sup> ראו למשל: Albert W. Alschuler, *The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining*, 84 YALE L.J. 1179 (1975); Stephen J. Schulhofer, *Plea Bargaining as Disaster*, 101 YALE L.J. 1979 (1992) (מתארים את האינטרסים האישיים של סניגורים בעריכת הסדרי טיעון).

בראיות, כאשר חוסר המידע וחוסר ההבנה של ההליך פוגעים ביכולתם לקבל החלטה מושכלת.<sup>14</sup> ברשימה זו לא נתמקד בהשפעתם של לחצים מסוג זה. בישראל החשש מפני החלטות המתקבלות בלחץ זמן או בהשפעת מגבלות מידע אינו כה כבד. לפחות במרבית העבירות המשמעותיות, כשהעונש הצפוי הוא מאסר ניכר, הסדרי טיעון נערכים בכתב, עם נאשמים מיוצגים, ולאחר שכל חומר הראיות נחשף בפני הנאשמים.<sup>15</sup>

אולם קבוצה אחרת של גורמים עלולה להוביל להודאות שווה גם כשהנאשמים מקבלים החלטותיהם באופן שקול, לאחר היוועצות ועיון בכל חומר הראיות, כשהלחץ היחיד המופעל עליהם הינו החשש מתוצאותיו של המשפט.<sup>16</sup> חוקרי משפט רבים טוענים כי נאשמים חפים מודים לעיתים כיוון שלאחר שקילת הסיכויים והסיכונים בקיום ההליך הם מעדיפים לא אחת את ההקלה המובטחת במסגרת הסדר הטיעון על פני הסיכון להרשעה מוטעית לאחר משפט ועונש חמור בהרבה.<sup>17</sup> הטענה היא כי הנאשם מעוניין במזעור העונש הצפוי לו, ולכן הוא מקבל החלטתו בדבר הסדר הטיעון בצל התוצאות הצפויות של המשפט. כיוון שההליך השיפוטי אינו מושלם, הרי שגם חפים עלולים לעמוד בסיכון להרשעה, ולעיתים הם יעדיפו הסדר טיעון על פני סיכון זה. בבסיס גישה זו ההנחה כי החלטתו של הנאשם כלל לא תלויה, לפחות לא ישירות, באשמתו או חפותו, אלא אך בסיכויי ההרשעה, בעונש הצפוי במקרה של הרשעה ובעונש המוצע בהסדר הטיעון. כמוכך, גם לפי גישה זו חפות הנאשם עשויה להשפיע על סיכויי הרשעתו במשפט, למשל בגין הקשר שבין חפות לבין הסיכוי לקיום ראיות מזכות (או להעדר ראיות מרשיעות). אחר הכל, סביר להניח שכנגד נאשמים אשמים יהיו, בממוצע, ראיות חזקות יותר, ולכן סיכויי הרשעתם יהיו גדולים יותר. מטעם זה, השפעת החפות על סיכויי ההרשעה במשפט תשפיע בעקיפין גם על נכונות הנאשם לקבל הסדר טיעון. אולם, לפי עמדת חוקרים אלה, משחושבו סיכויי הנאשם במשפט לאור הראיות בתיק, לעצם חפותו אין עוד השפעה כגורם עצמאי על החלטתו. לפיכך, נאשמים חפים עלולים להסכים להסדרי טיעון המותאמים לרמת הסיכון הצפויה להם במשפט, אפילו הם מודעים לכל הראיות שנאספו נגדם, הם מיוצגים כראוי והחלטתם אינה מתקבלת תחת לחץ זמן מיוחד.

<sup>14</sup> לויטור על הזכות לעיון בחומר חקירה במסגרת הסדר טיעון בדין האמריקאי ראו Eleanor J. Ostrow, *The Case for Preplea Disclosure*, 90 YALE L.J. 1581; John G. Douglass, *Fatal Attraction? The Uneasy Courtship of Brady and Plea Bargaining*, 50 EMORY L.J. 437.

<sup>15</sup> חששות להסדרים מהירים הנערכים בלחץ זמן בהחלט קיימים בעבירות קלות יותר, ובייחוד מקום בו ההסדרים נערכים בתיווך שופט במה שזכה לכינוי "יום הקראות". ראו ס' 143 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 43. ראו גם עמי קובו, **נאשמים בלתי עקביים בבית-המשפט: מודים באשמה וטוענים לחפותם** (עבודה לקבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת תל אביב – הפקולטה למשפטים, כתיבת העבודה טרם הושלמה, עותק בידי הכותבים) (ניתוח ראיונות שערך עם נאשמים מלמד כי חלק קטן מהמודים נוטה להתחרט על החלטתם זמן קצר לאחר ההודאה בעבירות קלות בבית משפט השלום).

<sup>16</sup> הודאה שיקרית בהאשמות מן הסוג המתואר להלן אף מכונה לעיתים הודאת שווה רציונלית. ראו עמי קובו, "הודאת שווה רציונלית" **הסנגור** 54 3 (2001). ראו גם מאיר גלבוש "חוסר הרציונליות שבהודאת שווה רציונלית – הערות למאמרו של עו"ד עמי קובו 'הודאת שווה רציונלית'" **הסנגור** 55 3 (2001).

<sup>17</sup> למדגם חלקי ביותר של הטוענים כנגד הסדרי טיעון על בסיס זה ראו: Albert W. Alschuler, *The Changing Plea Bargaining Debate*, 69 CAL. L. REV. 652, 713-714 (1981); Schulhofer, *Bargaining Debate*, 69 CAL. L. REV. 652, 713-714 (1981); Ronald F. Wright, *Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Justice*, 154 U. PA. L. REV. 79, 113 (2005); Welsh S. White, *A Proposal for Reform of the Plea Bargaining Process*, 119 U. PA. L. REV. 439, 450-51 (1971); John H. Langbein, *Torture and Plea Bargaining*, 46 U. CHI. L. REV. 3, 12-13 (1978); Kenneth Kipnis, *Criminal Justice and the Negotiated Plea*, 86 ETHICS 93, 98 (1976).

הן התומכים בהסדרי טיעון והן מבקריהם מבססים את טענותיהם, בין היתר, גם על ניתוח זה של התנהגות נאשמים. המבקרים מבקרים את מוסד הסדרי הטיעון בגין המשקל הרב שהם מייחסים לחובה להימנע מהרשעות שווא, ואילו התומכים תומכים בו, משום שלדידם איסור על הסדרי טיעון רק יפגע באותם חפים המעדיפים את ההסדר על המשפט.<sup>18</sup>

מכל מקום, ההנחה הבסיסית המשותפת לשני הצדדים לדיון היא כי כל עוד החלטת נאשמים נעשית בשיקול דעת ותוך ידיעת הנתונים, הכרעתם בדבר הסדר הטיעון תיעשה בצל סיכוייהם במשפט. אכן, על רקע הנחה זו, חלק ניכר מהדיון בבעיית החפות בהסדרי טיעון נערך במסגרת מודל צל המשפט.<sup>19</sup> על פי מודל זה, כאמור, הנאשם מקבל את החלטותיו במטרה למזער את עונשו ובהתחשב רק בתוצאות האובייקטיביות הצפויות של משפטו. מסיבה זו במודל הצל לחפותו של הנאשם או אשמתו אין השפעה ישירה על החלטותיו בהליך שכן אלו מתקבלות רק על בסיס התשתית הראייתית כנגדו (לפיה מוערכים סיכויי הרשעתו), העונש הצפוי אם יורשע והעונש המוצע אם יודה באשמה במסגרת הסדר הטיעון. חשוב לציין כי גישה זו אמנם מכירה בכך שגם נאשמים שקולים ומיוצגים עלולים לשגות בהערכת הראיות, אלא שכל עוד מדובר בטעויות אקראיות סביב סיכויי ההרשעה האמיתיים, אין בהן כדי לשנות את התנהגותם הממוצעת של הנאשמים בכללותם.

בהמשך נראה כי ניתוח מקובל זה של מודל הצל אינו נכון, אולם כבר בשלב זה נבהיר כי איננו טוענים שמודל הצל המקובל מתעלם לחלוטין מהשפעת החפות על תוצאת ההליך. גם על פי מודל זה לחפותו של הנאשם יכולה להיות השפעה עקיפה על ההסדרים אותם הוא יסכים לקבל. כפי שצוין לעיל, בהחלט יתכן שהראיות כנגד נאשמים חפים חלשות יותר, בממוצע, מאשר כנגד נאשמים אשמים. מטעם זה יתכן שחפים יסכימו רק להסדרים מקילים יותר, גם על פי מודל הצל המקובל.<sup>20</sup> אולם, הניתוח המקובל בספרות מניח שהמידע הפרטי שבידי הנאשם לגבי אשמתו או חפותו אמור להשפיע על החלטתו לגבי הסדר הטיעון, רק במידה שהוא משפיע על סיכויי האובייקטיביים לזיכוי במשפט ולא יותר.<sup>21</sup> מודל הצל אינו מכיר בהשפעה של עצם אמונתו של אדם בחפותו על הערכתו את סיכויי ההרשעה (מעבר להשפעה שיש לחפות על הראיות וסיכויי הזיכוי האובייקטיביים). המודל אינו מכיר גם בהשפעת החפות על יחסו של הנאשם לסיכון כפי שנשקף מבחירתו בין משפט להסדר. לפיכך, על פי הנחת מודל הצל, אם נשווה את הערכת סיכויי

<sup>18</sup> ראו: Thomas W. Church, Jr., *In Defense of "Bargain Justice,"* 13 L & SOC'Y REV. 509, 516 (1979); Easterbrook, לעיל הי"ש 7, Scott & Stuntz, לעיל הי"ש 7; Josh Bowers, *Punishing the innocent*, 156 U. PAN L. REV. (forthcoming 2008), available at SSRN: [ssrn.com/abstract=983819](http://ssrn.com/abstract=983819)

<sup>19</sup> מודל הצל של המשפט פותח בהקשר של הליכים אזרחיים במאמר המכונן של Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950 (1979) (זכויות חוקיות הינן אסימוני משחק במשא ומתן ובדרך זו הן משפיעות על תוצאות המשא ומתן).

<sup>20</sup> ראו גזל, לעיל הי"ש 8.

<sup>21</sup> ראו Schulhofer, לעיל הי"ש 13, בעמ' 1984. "Innocence by itself (that is, apart from its link to particular evidence) can have only a small impact on the odds of conviction". טוב יותר מאשר לנאשם אשם, גם כאשר ראיות התביעה והמידע שבידי התביעה ביחס לנאשמים דומה, יתכן שיותר חפים ידחו הצעות להסדרי טיעון. ראו: Gene M. Grossman & Michael L. Katz, *Plea Bargaining and Social Welfare*, 73 AM. ECON. REV. 749, 752 (1983); Robert E. Scott & William J. Stuntz, *Plea Bargaining as Contract*, 101 YALE L.J. 1909, 1947 (1992). אולם גם במקרה זה ההבדל בין חף ואשם נובע מהערכה שונה בדבר סיכוייהם במשפט ולא סותר את מודל הצל.

ההרשעה של קבוצות נאשמים אשמים וחפים שסיכויי אשמתם האובייקטיביים, כמו גם יתר המשתנים הרלבנטיים, דומים, לא נמצא פער בין הערכות הסיכויים שלהם.<sup>22</sup> בדומה, אם נבחן נאשמים חפים ואשמים שאינם נבדלים בהערכת סיכויי ההרשעה, לא נמצא הבדל במידת הנכונות שלהם לאמץ הסדרי טיעון בתנאים דומים. החפות, לפי גישה זו, אינה משפיעה על הערכת סיכויי ההרשעה או על העדפות הנאשמים, כאמור, לטענתנו, הנחות אלו מוטעות.

מודל הצל זכה אמנם לביקורת רבה בספרות, אולם ביקורת זו שונה מהטיעון המועלה ברשימה זו. קו הביקורת העיקרי נגד מודל הצל גורס כי נאשמים, גם כאשר ניתן להם הזמן לקבל הכרעה שקולה, חסרים את הכישורים להעריך נכונה את סיכוייהם או לוקים בצורה אחרת באופן קבלת ההחלטות שלהם. מרבית המחקרים הטוענים כך מסתמכים על אינטואיציות או אנקדוטות, ללא התבססות על נתונים אמפיריים או שיטות מחקר מדעיות אחרות.<sup>23</sup> אמנם, במאמר שפורסם לאחרונה בכתב העת של הרוורד נערך ניסיון להתבסס על תובנות פסיכולוגיות בטענה כי רצינותיות מוגבלת של נאשמים גורמת לשורה של טעויות בשיפוט וקבלת החלטות.<sup>24</sup> אלא שגם מאמר זה אינו מסתמך על מחקרים שבדקו ישירות התנהגות בהסדרי טיעון אלא מנסה ליישם באורח תיאורטי מחקרים שבדקו התנהגות אנושית בתנאים אחרים.<sup>25</sup>

קבוצת מחקרים אחרת המצויה במתח עם מודל הצל, מתמקדת בהשלכות ההגיוניות הדייונית על נאשמים. לפי גישת ההגיוניות הדייונית, שביעות רצונם של נאשמים אינה תלויה רק בתוצאת ההליך אלא גם במאפייני ההליך עצמו. נמצא כי נאשמים הביעו שביעות רצון גבוהה יותר מהליכים ונכונות גדולה יותר לקבל את תוצאתם, כאשר ההליכים נתפסו הוגנים יותר, גם אם התוצאה לא היתה לרוחם.<sup>26</sup> המרכיבים המשפיעים על מידת ההגיוניות הדייונית, על פי מחקרים אלו, הם מידת השתתפות הנאשם בהליך, הכבוד לו הוא זוכה מהמעורבים, הניטרליות של הגורם המכריע ומהימנות הרשויות.<sup>27</sup> מחקרים אלו עומדים בסתירה למודל הצל, כיוון שהם מראים שנאשמים מתייחסים לגורמים שונים מלבד התוצאות הצפויות של ההליכים.

<sup>22</sup> במאמרו פורץ הדרך של לנדס על הניתוח הכלכלי של הסדרי טיעון התייחס המחבר במשפט אחד לאפשרות שנאשמים חפים נוטים להימנע מלהודות נוכח רתיעתם מלהודות במעשים שהם לא ביצעו, אך בלא כל ניסיון לבסס קיומה של תופעה זו או לערוך את ההתאמות הנדרשות במודל שלו לאפשרות קיומה. William M. Landes, *An Economic Analysis of the Courts*, 14 J.L. & ECON. 61, 69 (1971);

<sup>23</sup> ראו למשל סדרת המאמרים של Alschuler שהתבססה על שיחות בלתי סדורות עם עורכי דין ושופטים במה שהמחבר כינה "עיתונאות משפטית": Albert Alschuler, *The Prosecutor's Role in Plea Bargaining*, 36 U.CHI.L. REV. 50, 52 (1968); (להלן: Alschuler, *The Prosecutor's Role*); Alschuler, *The Trial Judge's Role in Plea Bargaining, Part I*, 76 COLUM. L. REV. 1059 (1976); וכך Alschuler, לעיל ה"ש 13.

<sup>24</sup> ראו: Stephanos Bibas, *Plea Bargaining Outside the Shadow of Trial*, 117 HARV. L. REV. 2463 (2004).

<sup>25</sup> המאמר מעלה מגוון השערות באשר להשלכתם של מחקרים שונים על התנהגות נאשמים בהסדרי טיעון, על בסיס תיאוריות בדבר התנהגות אנושית בלא להתבסס על מחקרים שבחנו התנהגות נאשמים בהסדרי טיעון או בחינה יסודית של המשתנים המשפיעים על התנהגויות רלוונטיות בהקשרים אחרים כדי להעריך – ולו באורח תיאורטי – עד כמה ובאיזה אופן צפויות תופעות כלליות לבוא לידי ביטוי ספציפי בהקשר הקונקרטי של התייחסות נאשמים להסדרי טיעון. השו" אבישלום תור, *The Methodology of the Behavioral Analysis of Law*, 4 HAIFA L. REV., (forthcoming 2008) (מראה כי חולשה זו נפוצה ביישומים משפטיים תיאורטיים של ממצאים התנהגותיים כלליים).

<sup>26</sup> ראו: Jonathan D. Casper, Tom Tyler & Bonnie Fisher, *Procedural Justice in Felony Cases*, 22 L. & SOC'Y REV. 483 (1988).

<sup>27</sup> לסקירת הספרות בנושא ראו: Tom R. Tyler, *Social Justice: Outcome and Procedure*, 35 INTERNATIONAL JOURNAL OF PSYCHOLOGY, 117 (2000).

בגישה המחקרית במאמר זה המראה שהתנהגותם של נאשמים בהסדרי טיעון מושפעת מגורמים נוספים מלבד תוצאות המשפט הצפויות יש אם כן מן המשותף עם הביקורות המתוארות על מודל הצל. אולם הניתוח המוצע כאן שונה באופן משמעותי מהביקורות הקיימות במספר אופנים. בשונה מהמחקרים העוסקים בהגינות דיונית, מאמר זה אינו מתמקד בהליך אלא דווקא בתוצאתו. כמו כן ענייננו אינו בשביעות הרצון של הנאשמים מההליך אלא בהחלטות שמקבל הנאשם בהליך. בשונה מהביקורות התיאורטיות העוסקות בהתנהגות נאשמים בהסדרי טיעון, רשימתנו מתבססת על נתונים אמפיריים ומחקרים פסיכולוגיים ממוקדים שעד היום לא הובאו כלל לידי ביטוי בתחום. יתר על כן, המאמר מנתח את האופן בו נאשמים מקבלים החלטות בהסדרי טיעון, תוך התמקדות בהוגנות תנאי ההסדר המוצע כשלעצמו ובשוני העקבי שאנו מגלים בין התנהגותם בפועל של חפים לבין זו של אשמים. בכל אלו נבדל מחקר זה מהביקורות האחרות המוטחות במודל הצל בהסדרי טיעון.

### ג. ממצאים אמפיריים

#### 1. הרשעות מוטעות

לפחות במבט ראשון, בעולם בו המשא ומתן על הסדר טיעון מושפע רק מתוצאות המשפט הצפויות, הסיכוי להגיע להסדר טיעון עם נאשם חף אינו שונה מהסיכוי להגיע להסדר עם אשם. בשני המקרים, התביעה והנאשם יעריכו את סיכויי ההרשעה, על פי הראיות, ואת העונש הצפוי למורשע על פי נהגי הענישה של בתי המשפט, ובהתאם לכך יסכימו על הסדר טיעון שיהיה כדאי לשניהם. התביעה, שנדרשת לסיים את מרבית התיקים בהסדרי טיעון, תציע לרוב עונש הנמוך משמעותית מתוחלת העונש הצפוי במשפט, כדי להבטיח שפערי הערכה מקריים בינה לבין הנאשמים לא ימנעו עריכת הסדרים ברוב המכריע של התיקים. בהתאם למשאביה היא תתאים את מידת ההפחתה בעונש לשיעור ההודאות באשמה להן היא נזקקת כדי לקיים רמת אכיפה מספקת. הנאשמים, ברובם המכריע, יעדיפו את אותו העונש המופחת על פני הסיכון לעונש חמור בהרבה לאחר משפט מלא.<sup>28</sup>

חשוב להדגיש כי לפי מודל הצל, השפעת החפות על הסיכוי להגעה להסדר טיעון מועטה, גם אם ככלל לתביעה קל יותר למצוא ראיות מרשיעות כנגד נאשמים אשמים. על פי המודל, הסדרי טיעון צפויים בתיקים חלשים באותה מידה בה הם צפויים בתיקים חזקים. זאת משום שכאשר התיק חלש – דהיינו, כשהסיכוי שהליך ראייתי יסתיים בזיכוי גבוה יחסית – התביעה תציע הסדר הטיעון שישקף הפחתה משמעותית באישומים ובעונש.<sup>29</sup> אכן, בארצות הברית נוהגות רשויות התביעה להישען על הפחתות אישומים כדי להשיג הסדרים בתיקים חלשים.<sup>30</sup> גם התביעה בישראל משתמשת בכלי דומה: מחקר אחד הראה, למשל, שבכ-4% מהתיקים בבית המשפט המחוזי בחיפה הפחתת סעיפי האישום הייתה כה משמעותית עד כי מבחינה מהותית ניתן

<sup>28</sup> ראו למשל: Alschuler, *The Prosecutor's Role*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 60.

<sup>29</sup> שם.

<sup>30</sup> ראו: Ronald F. Wright & Marc L. Miller, *The Screening / Bargaining Tradeoff*, 55 STAN. L. REV. 29 (2002).

להתייחס להסדר כאל זיכוי.<sup>31</sup> בדומה, במקרים רבים מציעה התביעה לנאשמים בתיקי רצח חלשים להחליף את סעיף האישום ולהסכים להסדר של שנות מאסר ספורות, במקום מאסר עולם. בדרך זו אותם נאשמים מסכימים להסדר הטיעון למרות שהסיכוי שהם יזוכו במשפט משמעותי.<sup>32</sup> תגובתו של היועץ המשפטי לממשלה לעתירות בעניין הסדר הטיעון עם הנשיא לשעבר קצב מלמד כי הפחתות של אישומים כבדים, שהעונש בצידם שנות מאסר רבות, לאישומים המאפשרים הסדר טיעון במסגרתו לא יוטל מאסר כלל, הינן דבר של יום ביומו, במקרים בהם הראיות גבוליות.<sup>33</sup> על פי החלטת בג"ץ באותו עניין, דפוס פעולה זה של התביעה הוא לגיטימי.<sup>34</sup> יכולתה של התביעה, באמצעות שינוי האישומים וההסדר על העונש, להתאים את תוצאת ההליך לסיכויי ההרשעה במשפט מאפשרת לה להגיע להסדרים גם בתיקים קשים. מטעם זה, חפותם של הנאשמים לא אמורה להשפיע על הסיכוי שיערך עימם הסדר טיעון.

האם תחזית זו של מודל הצל אכן מתממשת? כדי לבחון זאת יש להשוות את שיעור החפים מכלל המורשעים במשפט לשיעורם מכלל המורשעים במסגרת הסדרי טיעון, ולקבוע אם אכן שיעורם בשתי הקבוצות דומה. משימה זו, כמובן, אינה אפשרית באין יכולת לדעת מי מהמורשעים אכן חף. עם זאת, ניתן לבחון את הסוגיה בעקיפין, באמצעות איסוף מידע על הרשעות שהתגלו בדיעבד כמוטעות. בארץ מספרן של הרשעות אלה קטן מדי לבחינה שיטתית, אולם בצפון אמריקה נאספו במהלך השנים מאות מקרים של עיוותי דין, רבים מהם בעקבות מהפיכת ה-D.N.A. שאפשרה בחינה חוזרת של ראיות שנים לאחר שאדם הורשע בעבירה.<sup>35</sup>

לצורך בחינה זו יצרנו מסד נתונים של כ-515 מקרים של הרשעה מוטעית שהתגלו בארצות הברית וקנדה, ובחנו כמה הרשעות מוטעות הושגו בעקבות הודאה באישומים בבית המשפט.<sup>36</sup> אמנם, לא

<sup>31</sup> ראו תמיר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 11.

<sup>32</sup> ראו למשל פ' 202/02 (מחוזי חי') **מדינת ישראל נ' ישיב** (גזר דין מיום 18.12.02), (עונשי מאסר של שמונה וחמש שנים לנאשמים שבשל קושי להוכיח את אשמתם ברצח, הומרו סעיפי האישום נגדם לקשירת קשר וניסיון לרצח, ונערך איתם הסדר טיעון); תפח (מחוזי ת"א) 1164/05 **מדינת ישראל נ' פריניאן** (טרם פורסם, 8.3.2007) (הטלת עונש מאסר של חמש שנות מאסר על האחים פריניאן, לאחר שבמסגרת הסדר טיעון הומר סעיף הרצח בסעיף של קשירת קשר לביצוע רצח). תפח (מחוזי ת"א) 1010/06 **מדינת ישראל נ' המאד עיזאת** (טרם פורסם, 22.7.2007). (עונשים של 18 חודשים עד שש שנות מאסר לנאשמים אשר סעיף האישום נגדם הומר מרצח להריגה כדי שלא ייחשף מקור משטרתלי) יצויין כי רוב כתבי האישום ברצח מסתיימים בהסדר טיעון במסגרתו מומר סעיף הרצח בסעיף קל יותר, ובדרך זו נמנעים הצדדים מהטלת עונש החובה. ראו שכנר-ביתן ואבישר-אבלס, לעיל ה"ש 3. תמיר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 26.

<sup>33</sup> ראו פסקה 90 לתגובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה לבג"ץ 5699/07 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, מיום 5 יולי 2007. ("עריכת הסדרים כאלה, הכוללת לעתים מחיקת סעיפים מרכזיים מכתב אישום שכבר הוגש, כדי להגיע לתוצאה ודאית ומיידית של הרשעה, הינה דבר יום ביומו, ואין בכך כל פגם, כל עוד יש נימוקים סבירים לעריכת ההסדר – כפי שהיו בענייננו").

<sup>34</sup> ראו בג"ץ 5699/07 **פלונית א' נ' היועץ המשפטי לממשלה** (טרם פורסם) פסקה 21 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין ("אין בהכרח פסול בתרחיש שבו מסכימה התביעה לוותר על אישומים בגין אירועים מסוימים, בין ברמת חומרה נמוכה ובין ברמת חומרה גבוהה – אשר סיכויי ההרשעה בגינם הם גבוליים או נמוכים יחסית; ואילו הנאשם מצדו מסכים להודות באישומים בגין חלק אחר מן האירועים, שקיים סיכוי סביר להרשעה בגינם. במצב זה, עשויים להיות מושגים אירועים שלמים מהמסכת העובדתית במסגרת הסדר הטיעון, על-אף שיש ראיות לכאורה להתקיימותם – וכבר היו דברים מעולם.")

<sup>35</sup> אפילו הרשעות שבוטלו כמו זו של עמוס ברנס או נאשמי פרשת מע"צ לא בוטלו בשל גילוי ראיות מזכות, אלא רק לאחר שהוברר שהראיות המרשיעות, ההודאות שניתנו, אינן מהימנות. פרשת רצח החייל אולג שייחט קרובה יותר לענייננו, שכן במקרה זה הוברר שהנאשם שהודה ברצח, טארק נוגיידת, לא היה קשור למעשה כלל, לאחר שהרוצחים נתפסו. אולם במקרה זה ההליך טרם הסתיים ולכן הנאשם לא הורשע.

<sup>36</sup> מסד הנתונים מתבסס על שני מקורות. האחד, מאגר הנתונים של אדמונד היגנס הזמין באתר האינטרנט: [www.dredmundhiggins.com](http://www.dredmundhiggins.com) הכולל 316 מקרים של הרשעות מוטעות. השני, רשימת נאשמים במאמר Samuel R.

כל הודאה באישומים היא תוצר של הסדר טיעון, אולם לפחות בעבירות חמורות הרוב המכריע של ההודאות ניתנות במסגרת הסדר טיעון או נוכח ההקלה שניתנת בחוק או בפסיקה למי שמודה.<sup>37</sup> מכל מקום הממצאים מלמדים שגם אילו כל ההודאות היו תוצר של הסדר טיעון, היו הסדרים אלה אחראים לשיעור קטן בלבד של הרשעות מוטעות. רק ב-29 מקרים (5.6%) ההרשעה המוטעית הושגה לאחר הודאת הנאשם באישומים. בכל יתר המקרים, ההרשעה הושגה אחרי שהנאשם כפר באישומים והורשע במשפט. השיעור הנמוך מאד של ההודאות באשמה במאגר זה שונה באורח דרמטי משיעור ההודאות בקרב כלל הנאשמים בעבירות מסוג פשע בארצות הברית, העומד על כ-90%, שרובן ככולן הן תוצר של הקלות לנאשם תמורת הודאתו במסגרת הסדר טיעון או הסדר אחר.<sup>38</sup> בהנחה הסבירה שברוב המכריע של המקרים מי שמורשע אינו חף מפשע, הפער בין שיעור החפים הנכונים להודות באישומים לבין שיעור האשמים הנכונים לכך, עצום.<sup>39</sup> לכן, אם מסד הנתונים שלנו כולל מדגם מייצג של הנאשמים שהורשעו בטעות, הרי שהוא מלמד כי הסיכוי שנאשם חף יערוך הסדר טיעון קטן באופן משמעותי מהסיכוי שנאשם אשם יעשה זאת.

בנוסף לאמור, פָּחַנו גם את התנהגותם של נאשמים באחת הפרשות בהן נמצא כי מספר רב של נאשמים הורשעו על בסיס עדויות שהתגלו בדיעבד שקריות. בעיירה טוליה שבטקסס הפליל שוטר

---

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). הכולל, בקיזוז מקרים שהופיעו במאגר הראשון, 199 מקרים של טעויות בדין שהתגלו בין השנים 1989 ל-2003 בארצות הברית. שני המאגרים הללו נבחרו מכיוון שהם אימצו מבחן מחמיר יחסית להרשעה מוטעית ומכיוון שניתן היה להגיע באמצעותם (באופן ישיר או עקיף) למידע הדרוש על התנהגות הנאשם בהליכים המקוריים ועל אופן גילוי הטעות.

<sup>37</sup> המחקרים שבחנו את ההליכים בבתי המשפט המחוזיים בארץ מלמדים כי רק שיעור מזערי של הנאשמים מודים באשמה בלא הסדר טיעון. ראו תמיר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 10 (מתוך 278 כתבי האישום שהוגשו בשנת 2004 רק בשני תיקים הודה הנאשם בלא הסדר טיעון); שכנר-ביתן ואבישר-אבלס, לעיל ה"ש 3, (מנתוני המחקר הגולמיים עולה כי רק ב-24 מתוך 565 התיקים היה נאשם אחד לפחות אשר הודה בלא בסדר). כאמור לעיל בה"ש 3, שיעור הסדרי הטיעון באותם מחוזות עמד על כ-77%. גם בארצות הברית מקובל להניח כי הרוב המכריע של ההודאות במשפט הן תוצר של הסדר טיעון, ראו Bibas, לעיל הערה 24, בה"ש 9. גם ההודאות שאינן תוצר של הסדר טיעון מפורש ניתנות פעמים רבות על רקע המדיניות השיפוטית או החקיקתית להקל בעונשם של נאשמים המודים במשפט. הקלות כאלו למודים מכונות לעיתים implicit plea bargains. ראו: Lawrence M. Friedman, *Bargaining in Historical Perspective*, 13 Law & Soc. Rev. 247, 253 (1979). ההודאות שניתנות בתמורה להקלה בלתי מפורשת הן, לצורך מאמר זה, ככל הסדר טיעון.

<sup>38</sup> בחלקה הראשון של המאה העשרים עמד שיעור ההודאות באשמה על 70%-90% מההרשעות. ראו: Albert Alschuler, *Plea Bargaining and Its History*, 79 COLUM. L. REV. 1 (1979). לקראת סוף המאה השיעור עלה בהתמדה עד כי בשנת 2000 הוא עומד על כ-95%. ראו: Bureau of Justice Statistics, *State Court Sentencing of Convicted Felons, 2000*. Washington: U.S Department of Justice 43 2003.

<sup>39</sup> כמובן שלא קיים מידע מהימן על שיעורן הכולל של ההרשעות המוטעות, אולם גם המבקרים החריפים ביותר של מערכת המשפט הפלילית מסכימים כי הרשעה מוטעית הינה חריג ולא הכלל. ראו למשל, Risinger, D. Michael, "Convicting the Innocent: An Empirically Justified Wrongful Conviction Rate" (September 16, 2006). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=931454> המבקר הערכה שצוטטה על ידי שופט בית המשפט העליון האמריקאי, אנטון סקליה, לפיה שיעור ההרשעות המוטעות אינו עולה על 0.027% מכלל ההרשעות, ומציג חישוב לפיו השיעור גדול בהרבה ובעבירות של רצח ואונס נמצא כנראה בטווח שבין 3%-5%. מעטים החוקרים המאמינים ששיעור ההרשעות המוטעות גדול יותר, ולכן ההנחה שההרשעות המוטעות לא משפיעות משמעותית על שיעור ההודאות במדגם של כלל המורשעים. יצוין עוד כי גם אם שיעור החפים בקרב כלל המורשעים הוא משמעותי, המסקנה לא תשתנה. יתר על כן, אם מדגם ההרשעות המוטעות שלנו מלמד שרוב מכריע של החפים אינו מודה באישומים, ומדגם הכולל חפים ואשמים יחדיו מלמד שהרוב המכריע של הנאשמים דווקא מודה באישומים, הרי ששיעור המודים בקרב האשמים חייב להיות גבוה יותר משיעורם בקרב כלל המורשעים (חפים ואשמים). במקרה כזה הפער בין שיעור ההודאות של חפים לבין שיעור ההודאות של אשמים גדול עוד יותר מזה המדווח כאן. מכל מקום, כאמור לעיל, סביר להניח ששיעור החפים בקרב כלל המורשעים אינו כה גדול כדי להשפיע משמעותית על הערכת שיעור ההודאות בקרב האשמים.

אחד עשרות תושבים במקרים מנותקים לכאורה של סחר ושימוש בסמים.<sup>40</sup> שמונת הנאשמים הראשונים שהועמדו לדין דחו הצעות להסדר טיעון, ונדונו לתקופות מאסר ממושכות שנעו בין 20 ל-434 שנות מאסר בפועל.<sup>41</sup> ביניהם, ג'ו מור שסירב לכל הסדר טיעון, למרות שסניגורו אמר לו שלאדם כמוהו אין סיכוי במשפט. נאשם שחור המופיע בפני חבר מושבעים בעיירה שמרנית, עם שתי הרשעות קודמות בעבירות סמים, בהיעדר אליבי, לא יצליח לשכנע שהוא אמין יותר מהשוטר שהפליל אותו.<sup>42</sup> כמוהו גם פרדי ברוקינס שראה כיצד חמישה נאשמים שהועמדו לדין לפניו הורשעו על בסיס עדות אותו שוטר. בערב המשפט הוצע לו הסדר של 5 שנות מאסר, ועורך דינו המליץ לו בחום לקבלו. פרדי התלבט אך בהתייעצות עם אביו הוא הגיע למסקנה שאם הוא לא עשה את העבירה, הוא לא צריך להודות.<sup>43</sup> הוא הורשע ונדון לעונש המרבי של 20 שנות מאסר.

ההתנהגות של נאשמים אלו מחזקת את המסקנה כי נאשמים חפים נוטים לכפור באישומים, גם כאשר ניתוח אובייקטיבי של סיכויי הרשעתם מלמד שאלו גבוהים. בטקסס, למעלה מ-96% מההתיקים בעבירות פשע (felony) מסתיימים בהודאות באשמה,<sup>44</sup> ואילו מבין שמונת הנאשמים הראשונים לא נמצא ולו אחד שבחר להודות. אכן, לא ניתן לקבוע בוודאות כי בחירת הנאשמים במשפט, בניגוד לעצת עורכי דינם ולמקובל על ידי מרבית הנאשמים בטקסס ובארה"ב כולה, היתה תוצר של חפותם. לא ניתן לשלול את האפשרות שלתיקים אלו הייתה ייחודיות אחרת, ושבהיעדר הבדלים אחרים, גם נאשמים שהיו אשמים בסיטואציה דומה, היו נמנעים מלהודות. אולם ההחלטה החריגה של נאשמים, שבניגוד לעצת סניגוריהם בחרו לכפור באישומים, מחזקת את המסקנה שלחפותם הייתה השפעה על החלטתם.

יצוין כי לאחר ההרשעה והעונשים הכבדים שהוטלו על שמונת הנאשמים הראשונים, בחרו 27 נאשמים להודות במסגרת הסדרי טיעון. רק 3 נשפטו ושניים נותרים נאבדו עד שהאישומים נגדם בוטלו בהתבסס על אליבי שהם הציגו. ההחלטה של מרבית הנאשמים להודות נבעה מנכונות גוברת של התובע להציע עונשים קלים, כגון צווי מבחן או עונשי מאסר קצרים. הנכונות של התובע להתפשר יותר, נוכח הגילויים הראשונים על חוסר אמינותו של השוטר שהפליל אותם, וההמחשה הברורה של תוצאות ההתעקשות על משפט, שבאה בדמות שמונת חבריהם שריצו תקופות מאסר ארוכות, עזרה לסניגורים לשכנע את לקוחותיהם שהודאה היא המוצא הסביר היחיד.<sup>45</sup> ניתן כמובן לטעון כי נכונותם של נאשמים רבים כל כך להודות למרות חפותם מחזקת דווקא את

<sup>40</sup> לאחר חשיפת הפרשה, זכו הנאשמים בחנינה ובפיצוי בסכום כולל של שישה מיליון דולר, והשוטר הורשע על ידי מושבעים במסירת עדות שקר.

<sup>41</sup> למעט נאשם אחד שנדון ל-12 שנות מאסר בפועל.

<sup>42</sup> ראו NATE BLAKESLEE, TULIA – RACE, COCAINE AND CORRUPTION IN A SMALL TEXAS TOWN, 44-45 (2005). מור שהיה מתוסכל מחוסר האמון של סניגורו ניסה לפטרו, אך בית המשפט סירב לבקשה וגם סירב להעניק לו דחייה במשפט כדי לחקור קצת יותר על אמינות השוטר. גם בשלב זה דחה מור את ההצעות להסדר טיעון. כצפוי המשפט הסתיים בתוך פחות מיום, מור הורשע בקלות, ונגזרו עליו 99 שנות מאסר. שם, בעמ' 59.

<sup>43</sup> שם, בעמ' 148.

<sup>44</sup> הפקנו נתון זה מתוך מאגר המידע של Bureau of Justice Statistics (2001) [http://bjsdata.ojp.usdoj.gov/dataonline/Search/Prosecutors/bydiscomp\\_table.cfm](http://bjsdata.ojp.usdoj.gov/dataonline/Search/Prosecutors/bydiscomp_table.cfm)

<sup>45</sup> ראו BLAKESLEE, לעיל הערה 42, בעמ' 160. ראו גם ראו: Hans Sherrer, *Travesty in Tulia, Texas: Frame-up of 38 Innocent People Orchestrated by a County Sheriff, Prosecutor and Judge* (2003),

הטענה כי החפות אינה מכשול אמיתי בפני הודאה רציונאלית. עם זאת, נראה לנו סביר יותר שגם אם החפות גרמה להערכת יתר של סיכויי המשפט או לרתיעה מהודאה באשמה, הרי שהניסיון שהצטבר במשפטים הראשונים, עזר לנאשמים החפים להתאים את ציפיותיהם למציאות, וכי העונשים הכל-כך קלים שהתובע הסכים להציע, התגברו על המחסומים הפסיכולוגיים שעוד נותרו לחפים אלה בדרכם להודאה.

ישנם מספר הסברים אפשריים לסתירה הלכאורית בין הממצאים בדבר הרשעות מוטעות לבין מודל הצל. אפשרות אחת היא שהמקרים במאגר ההרשעות שבוטלו אינם מהווים מדגם מייצג של הרשעות מוטעות. ראשית, המאגר מתייחס לעבירות חמורות יחסית, לרוב עבירות המתה, עבירות מין ושוד. בפרשת טוליה הואשמו הנאשמים בעבירות סמים. יתכן שבעבירות קלות יותר נאשמים חפים מגלים נכונות גדולה הרבה יותר לקבל הסדרי טיעון. אולם, גם אם בעבירות קלות נאשמים מתנהגים אחרת, הרי שלפחות לגבי עבירות בחומרה בינונית ומעלה, הממצאים מאתגרים את מודל הצל.

שנית, יתכן ששיעור החפים המודים באשמה גבוה משיעורם במדגם משום שנאשמים ככלל, גם החפים ביניהם, אינם נאבקים על חפותם לאחר הודאה ולכן הסיכוי שהרשעותיהם תתגלנה כמוטעות נמוך. לעומת זאת, יתכן שמאגר ההרשעות שבוטלו מורכב בעיקרו דווקא מנאשמים חפים יוצאי דופן שלא הודו ולאחר מכן פעלו לביטול הרשעתם. לו אכן כך היה הדבר, לא ניתן היה ללמוד מהמדגם על נטייתם הכללית של חפים להודות. כדי לבחון אם יש ממש בטענה זו, התמקדנו בתת-קבוצה של 210 תיקים מן המאגר בהם הטעות התגלתה כאשר העבריין האמיתי נחשף, משום שחשיפת העבריין האמיתי צפויה להיות תלויה פחות במאמצי הנאשם להוכיח את חפותו, ויותר בגורמים מקריים שאינם בשליטתו.<sup>46</sup> לפיכך, החשש שביטול הרשעותיהם של הנאשמים בתת-קבוצה זו מושפע גם הוא ממאמציהם לאחר ההרשעה קטן בהרבה מן החשש באשר לקשר בין הודאת חפים לביטול ההרשעה במאגר בכללותו. אלא שבחינת הנתונים מגלה כי גם בתת-קבוצה זו שיעור המודים באשמה (7.6%)<sup>47</sup> היה נמוך באופן דרמטי משיעור ההודאות בקרב כלל המורשעים (העומד, כאמור על כ-90%). לפיכך קשה לייחס את התוצאה שגילינו אך או בעיקר למאמצי חפים יוצאי דופן שאינם מודים לפעול למען זיכוי לאחר הרשעתם. זאת ועוד, גם בפרשת טוליה, נאשמים רבים זכו לביטול הרשעתם בעקבות חשיפת הטעות על ידי אחרים, ולא בשל ערעורים או הליכים שהם הגישו. לפיכך גם פרשה זו מלמדת שהשיעור הגבוה יחסית של חפים הבוחרים במשפט אינו אך תוצר מלאכותי של מדגם ההרשעות המוטעות שנחשפו. לאור כל האמור, אם כן, אין זה סביר לייחס את הפער העצום בין שיעור הסדרי הטיעון הכללי לשיעורם במדגם לשוני בדרכי הפעולה של חפים המודים לעומת חפים המורשעים במשפט.

*Sting Docket*, AMARILLO GLOBE NEWS. 2001 וכן [www.forejustice.org/wc/tulia\\_travesty.htm](http://www.forejustice.org/wc/tulia_travesty.htm) (last updated March 20, 2001).  
([www.amarillo.com/stories/032001/spe\\_sting.shtml](http://www.amarillo.com/stories/032001/spe_sting.shtml))

<sup>46</sup> בארץ, הנאשמים ברצח אולג שייחט, כולל הנאשם שהודה ושיחזר את הרצח, טארק נוג'ידאת, כפרו באישומים בבית המשפט, אף שגם כאן הרוב המכריע של נאשמים שמוּדֵים בחקירתם, מודים גם בבית המשפט. מקרה זה דומה למקרים שנבדקו במדגם שבטקסט שכן גם כאן האישומים בוטלו מכיוון שהרוצחים האמיתיים נתפסו במקרה, ובלי קשר לכפירתם של הנאשמים המקוריים.

<sup>47</sup> 16 מתוך 210.

שלישית, ניתן לטעון שפערי המידע בין הנאשמים לבין התביעה יכולים להסביר את הפער בין שיעור ההודאות בקרב חפים לשיעורן בקרב כלל הנאשמים כך שלא יעמוד בסתירה למודל הצל. הן התביעה והן הנאשמים יודעים על עיקרי הראיות נגד הנאשמים, אולם פעמים רבות רק לנאשמים יש מידע מבוסס על אשמתם או חפותם. אם לבית המשפט כלים שאינם מצויים בידי התביעה לבידור האמת, נאשמים חפים ידעו שסיכוייהם במשפט טובים יותר ממה שהתביעה מעריכה בהסתמך על המידע החלקי שבידיה. כמובן, אם נאשמים אלה יוכלו להעביר לתביעה מידע זה על סיכוייהם במשפט – כמו למשל לידע אותה על ראיות המחלישות את התיק נגדם – הם יעשו זאת כדי לשכנע את התביעה לוותר על התיק או להציע הצעה טובה יותר. אולם לעיתים למרות שאין בידי הנאשמים מידע קונקרטי המראה שסיכוייהם במשפט טובים, הם יודעים שהם חפים ושלעיתים, במשפט, חפות כזו נחשפת. במקרה כזה, הפערים בהערכת הצדדים לגבי סיכויי ההרשעה יובילו חפים לדחות הצעות להסדר טיעון אשר אשמים שנגדם ראיות דומות יקבלו. מטעם זה, שיעור ההודאות בקרב חפים יהיה נמוך יותר.<sup>48</sup>

אף על פי כן, ספק בעינינו אם פערי המידע יכולים להסביר את מלוא ההבדל הדרמטי בין שיעור המודים מקרב החפים לשיעור המודים באוכלוסיית המורשעים הכללית, למרות שיתכן כי הם תורמים לו. תוצאת ההליך השיפוטי תלויה בראיות ואת הראיות שניתן להציג בבית המשפט, ניתן גם, על פי רוב, לחשוף בפני התביעה.<sup>49</sup> אמנם ישנם ודאי מקרים בהם התפתחות ההליך עשויה להוביל לחשיפת החפות, אף שהנאשם אינו יכול להראות לתביעה שהתפתחות זו צפויה. אלא שלאור מבנה ההליך האדוורסרי, אשר במרבית המקרים אינו מאפשר חשיפת ראיות שהצדדים לא החזיקו לפני תחילתו, קשה להסביר פער כה גדול בשיעור ההודאות רק באמצעות השלכותיהם הרציונאליות של פערי המידע בין הצדדים.

יובהר, איננו טוענים כי חפים מעריכים את סיכויי הרשעתם כמו אשמים הניצבים בפני ראיות מפלילות דומות. אדרבא, כפי שנראה בהמשך, מספר הטיות קוגניטיביות אכן צפויות לגרום לאופטימיות יתר של של חפים באשר לסיכוייהם במשפט. טענתנו כאן היא רק שלא סביר לייחס את הפער העצום בשיעורי ההודאה העולה מן הממצאים האמפיריים אך להערכה **רציונאלית** של החפים שהמשפט יחשוף עובדות המבססות את חפותם, למרות שאין בידיהם לחשוף ראיות אלו לפני המשפט.

רביעית, ניתן לטעון ששיעור ההודאות הנמוך בקרב החפים נובע ממגבלות יכולת התביעה להציע הקלות בעונש.<sup>50</sup> התביעה, לפי הסבר זה, יכולה להציע לנאשמים הקלה מסוימת בתמורה להודאה

<sup>48</sup> ראו Grossman and Katz, לעיל ה"ש 21, בעמ' 749-757. Scott & Stuntz, לעיל ה"ש 21.

<sup>49</sup> ראו Schulhofer, לעיל ה"ש 13, בעמ' 1984. (הטוען שלפערי המידע ביחס לחפות אין השלכה על התנהגות הנאשם, שכן מה שקובע הוא סיכויי ההרשעה, והנאשם יכול לחשוף ראיות המשפיעות על סיכויים אלו).

<sup>50</sup> ניתן כמובן להעלות השערות נוספות באשר להבדלים אפשריים בין התיקים בהם הנאשם חף לבין כלל התיקים, אלא שמרביתן נעדרות בסיס סביר. כך, למשל, ניתן לטעון כי החפים במדגם לא קיבלו הצעות להקלות תמורת הודאתם ולכן לא הודו, בעוד שמרבית הנאשמים האחרים, שאינם חפים, מקבלים הצעות מקילות. סבירותה של טענה זו נמוכה משום שאין סיבה להניח שדווקא נאשמים שבדיעבד מתבררת חפותם זוכים לפחות הצעות להסדרים, או להצעות פחות אטרקטיביות מנאשמים שאינם חפים. זאת משום שלא רק שבמרבית המקרים התובעים אינם יודעים שהנאשמים חפים ולכן אינם יכולים להחליט על מדיניות הצעות קשוחה יותר כלפיהם. אלא שאין גם סיבה להניח שאותם תובעים מושחתים המעמידים לדין נאשם בידעם שהוא חף (ככל שהתופעה קיימת), יעדיפו לנהל הליך משפטי דווקא נגד החפים במקום להגיע להסדר שיבטיח הרשעה.

אך אינה יכולה להציע הקלות משמעותיות מאוד. מכיוון שההקלה בעונש מוגבלת, רק נאשמים שסיכויי הרשעתם גבוהים יחסית יסכימו להסדר. נאשמים שהתיק נגדם חלש, לא יוכלו לקבל הקלות שתשקפנה דיין את חולשת התיק. אם נאשמים חפים עומדים בפני תיקים חלשים יותר מהממוצע, שיעורם בקרב אלו הבוחרים במשפט יהיה גדול יותר. אלא, שלטענות בדבר מגבלות משמעותיות על יכולת או רצון התביעה להציע הקלות שישקפו את חולשת התיקים אין בסיס. כך, בארץ, כפי שהראינו לעיל, תיקי רצח מסתיימים לא אחת בהסדרים על עבירות קלות יחסית כגון קשירת קשר לרצח, באופן המבטיח שהעונש יופחת ממאסר עולם לשנות מאסר ספורות, ותיקי אונס יכולים להסתיים בהסדר באישומים קלים ובלא כל מאסר בפועל.<sup>51</sup> גם בארצות הברית, כוחה של התביעה להפחית אישומים כמעט שאינו מוגבל, ולתביעה גם אין עניין מיוחד לנהל תיקים חלשים בשל החשש של תובעים מזיכוי.<sup>52</sup>

לאור כל האמור, נראה כי מודל הצל מתקשה להסביר את הייצוג הנמוך כל כך של מודים באשמה בקרב אלו שהורשעו בטעות. עם זאת, בהיעדר מידע נוסף, לא ניתן לשלול כליל את ההסברים שמודל הצל מספק. זאת ועוד, בעוד הנתונים על הרשעות מוטעות מלמדים על נטייתם של חפים לכפור באשמה, בניגוד למודל הצל, אין בהם כדי ללמד על הגורמים התורמים לנטייה זו. לזיהוי הגורמים חשיבות רבה לצורך פיתוח מסקנות נורמטיביות מהתופעה המתגלית. לצורך זה נבחן בחלקים הבאים מספר מחקרים מסוגים שונים העשויים לסייע בחשיפת האופן בו חפותו של נאשם משפיע על החלטותיו בהסדר טיעון.

## 2. מחקרים ניסויים

מחקרים אמפיריים המסתמכים על נתונים קיימים נהנים מן היתרון של תוקף חיצוני – קרי, הרלוונטיות של מסקנותיהם לעולם המציאות אינה מוטלת בספק – ובכך סוד כוחם.<sup>53</sup> מאידך, מחקרים מסוג זה מוגבלים ביכולתם לשלוט במשתנים הגורמים לתופעה אותה הם בוחנים, משום שמספר רב של גורמים משפיע על התרחשותן של תופעות בעולם המציאות.<sup>54</sup> מגבלה זו באה לידי ביטוי בניתוח של הממצאים בחלק ג.1. לעיל, כאשר ראינו, למשל, שניתן לנסות ולייחס את הפער הניכר בין התנהגותם של חפים לזו של אשמים, בין היתר, למאפייני המדגם או פערי מידע בין נאשמים חפים לבין התביעה.

מנגד, המתודולוגיה הניסויית מסוגלת לבודד את הגורמים השונים המשפיעים על התנהגות נאשמים בהסדרי טיעון, כפי שהמחקרים המתוארים להלן ימחישו. יתרון זה של הגישה הניסויית נובע מיכולתה להשוות בין התנהגותן של קבוצות שונות של נבדקים תוך שליטה במשתנים הרלוונטיים. בדרך כלל, החוקר יבצע מניפולציה של משתנה יחיד ("המשתנה הבלתי-תלוי") בקבוצה אחת של נבדקים אך לא בקבוצה אחרת, המשמשת לביקורת. אם נמצא הבדל שיטתי, בעל מובהקות סטטיסטית, בין הקבוצות, במשתנה שנמדד ("המשתנה התלוי") ניתן לייחסו

<sup>51</sup> ראו לעיל טקסט לה"ש 32 עד 38.

<sup>52</sup> ראו Bowers, לעיל ה"ש 18, Scott & Stuntz, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1971.

<sup>53</sup> לדיון בסוגיה בהקשר של מחקר התנהגותי במשפט ראו: Tor, לעיל ה"ש 25.

<sup>54</sup> שם.

להשפעת המשתנה הבלתי-תלוי. יתרונה הברור של הגישה הניסויית בשליטה במשתנים מחזק את תוקפן של מסקנותיה באשר לקשר בין משתנים בסביבת הניסוי. אך יתרון זה גם מעורר שאלה בלתי נמנעת באשר לתוקפם החיצוני של ממצאי הניסוי. כשמדובר בממצאי ניסויים פסיכולוגיים הבוחנים התנהגות אנושית, לכן, התוקף החיצוני תלוי במידת הדמיון והשוני שבין מאפייני הסביבה הניסויית למאפייני המציאות הרלוונטית.<sup>55</sup>

בהקשר דנן, של הסדרי טיעון עם נאשמים פליליים, ישנו קושי מובנה ביצירת סביבה ניסויית בעלת תוקף חיצוני. ראשית, יתכן שנאשמים פליליים הינם בעלי מאפיינים פסיכולוגיים שונים מיתר האוכלוסייה, אולם ישנו קושי ברור בשימוש בנאשמים כנבדקים. שנית, ובעיקר, אופי הדילמה בפניה ניצב הנאשם הפלילי, במיוחד בעבירות חמורות בהן מדובר בעונשי מאסר, מקשה על סימולציה משכנעת בסביבה ניסויית. שלישית ובהמשך לכך, אף בעבירות ועונשים קלים יותר, הכנסת נבדקים לנעלי "נאשמים" בלא ידיעתם כרוכה בהכרח בהטעיית נבדקים המעוררת בעיות אתיות ניכרות.<sup>56</sup>

עם זאת, לא נראה שהקשיים הכרוכים בשימוש בגישה ניסויית לבחינת קבלת החלטות של נאשמים מצדיקים ויתור גורף על הניסיון לבחון את הסוגיה באמצעות מתודולוגיה שלממצאיה תוקף פנימי. יתרה מזאת, גישה אקלקטית, המשלבת מחקר שדה עם מחקר ניסויי, מסוגלת לתת תמונה אמפירית כוללת ותקפה יותר של הסוגיה, כשכל אחת מן המתודולוגיות מפצה על חולשותיה של האחרת.

אכן, הממצאים מן השדה שתוארו בחלק ג.1. לעיל מבהירים כי בעולם המציאות ישנו הבדל שיטתי בין נכונותם של חפים לקבל הסדרי טיעון לבין זו של אשמים. ממצאים אלה נותנים אם כן מענה משמעותי לבעיית התוקף החיצוני, אך מותירים את הצורך בבחינה מעמיקה יותר של המשתנים המשפיעים על נכונות נאשמים לקבל הסדרי טיעון.

למרות זאת, בחינה של הספרות מגלה כי רק מחקרים ניסויים ספורים בחנו את התנהגותם של נאשמים בהסדר טיעון. יתר על כן, למעט מחקר שביצענו לאחרונה,<sup>57</sup> הניסויים הספורים שנעשו בתחום נערכו בסוף שנות השבעים וראשית שנות השמונים של המאה הקודמת, לפני התבססות מודל הצל של המשפט, בשל כך, לא רק שלא נערך במסגרתם ניסיון מודע להשוות את ממצאי הניסויים למודל זה, אלא שמבנה הניסויים ואופן דיווח הממצאים מונע השוואה כזו אף בדיעבד.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> ראו ROBERT ROSENTHAL & RALPH L. ROSNOW, ESSENTIALS OF BEHAVIORAL RESEARCH: METHODS AND DATA ANALYSIS, 3rd ed. (2007). לדיון באשר ליתרונות ומגבלות השימוש במתודולוגיה ניסויית במשפט ראו Tor, Avshalom Tor, *On Contractual Defaults and Experimental Law and Economics*, 163 JOURNAL OF INSTITUTIONAL AND THEORETICAL ECONOMICS 26, 28 (2007) (חשיבות ההבאה בחשבון של מאפייני היחודיים של מערכת המשפט בבנית מחקרים ניסויים במשפט).

<sup>56</sup> באשר למגבלות האתיות על ניסויים בבני אדם ראו למשל, Tor, שם. עם זאת יש לציין שבמחקר אחד מלפני מספר עשורים נעשה שימוש בסימולציה מעין זו, כמתואר להלן.

<sup>57</sup> Tor, Gazal-Ayal & Garcia, לעיל ה"ש 9.

<sup>58</sup> לניתוח מפורט של תוצאות מחקרים אלה ומגבלותיהם ראו שם.

למרות מגבלות אלו, מחקרים אלו מחזקים גם הם את ההשערה כי החפות משפיעה על נכונותם של אנשים להודות. בכל המחקרים האלו נמסר לנבדקים מידע על האישומים נגדם ועל הראיות או הסיכוי שיורשעו בדין, כאשר לחלקם נאמר כי הם ביצעו את העבירה ואילו לאחרים נאמר שלא.<sup>59</sup> כל המחקרים הראו נכונות קטנה בהרבה לערוך הסדר טיעון אצל נאשמים שלא ביצעו את העבירה.<sup>60</sup>

לצורך ביסוס הרלוונטיות של ממצאי הניסויים בהקשר דנן, בחנו החוקרים באחד המקרים גם את התנהגותם של נבדקים שהועמדו במצב שבו הם מואשמים בביצוע עבירת משמעת באוניברסיטה, בלא שהם ידעו שהאישום מוצג להם במסגרת ניסוי.<sup>61</sup> באותו מקרה, שישה עשר סטודנטים לפסיכולוגיה שהמתינו בתור למבחן פגשו, לכאורה באקראי, אדם שהתחזה לסטודנט. לחצי מהנבדקים אמר המתחזה שרוב התשובות במבחן הן ב' ואילו למחצית השנייה הוא לא אמר דבר בעל משמעות. לאחר הבחינה, נקראו כל הנבדקים לבירור בטענה שהצלחתם המפתיעה במבדק מעוררת חשש שהם לא פתרו את המבחן לבדם. לכולם הוצע מעין הסדר טיעון במקום הליכים בפני ועדת האתיקה המחלקתית. בעוד ששישה מתוך שמונת הנבדקים שקיבלו מידע על התשובות הסכימו להסדר, אף אחד משמונת האחרים לא הסכים לכך. כיוון שהראיות שהוצגו לחפים ולאשמים היו זהות, ולא הייתה בידי אף סטודנט (חף או אשם) גישה לראיה מזכה מיוחדת, סביר שלא היו הבדלים ניכרים בסיכויי ההרשעה של הסטודנטים השונים (אם כי יתכן בהחלט, כפי שנראה בהמשך, שהחפים העריכו את סיכוייהם כטובים יותר מהאשמים אף בלא בסיס רציונאלי-אובייקטיבי). ממצא זה מחזק את המסקנה כי לחפות השפעה עצמאית על ההערכה של סיכויי הזיכוי או על עצם הנכונות להסדר.

בנוסף, התנהגות החפים והאשמים בניסוי זה – בו הם האמינו ב"חפותם" ו"אשמתם" לפי העניין – דמתה למאפייני התנהגות נבדקים בניסויים דומים שעשו שימוש בשאלונים בהם חפות ואשמה היו היפותטיות בלבד. דמיון זה מחזק את ההנחה שגם בתחום הסדרי הטיעון, כמו בתחומים רבים אחרים של התנהגות אנושית, מחקרים ניסויים המתבססים על שאלונים היפותטיים משקפים ככלל מגמות הקיימות גם מחוץ למעבדה ומהווים לכן מקור בעל ערך לחקר הסדרי טיעון.<sup>62</sup> מחקרים אלה, אם כן, על אף מגבלותיהם האינהרנטיות, מחזקים את ההנחה שלחפות השפעה עצמאית על החלטות נאשמים. בניגוד לתחזית של מודל צל המשפט.

### 3. תשאול נאשמים בדיעבד

<sup>59</sup> לרשימת המחקרים שהשתמשו במתודולוגיה זו ראו ה"ש 9 לעיל.

<sup>60</sup> במחקר של Gregory, Mowen & Linder, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1524, 83% מהאשמים לעומת 18% מהחפים קיבלו את ההסדר. במחקרו של Bordens, לעיל ה"ש 9, 79.6% מהאשמים לעומת 20.3% מהחפים קיבלו את ההסדר. בניסוי הראשון במחקר שערכנו אנחנו 67% מהאשמים ו-20% מהחפים הסכימו להצעה שהוצגה בפניהם. ראו Tor, Gazal- Ayal & Garcia, לעיל ה"ש 9.

<sup>61</sup> ראו Gregory, Mowen & Linder, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1526-1528.

<sup>62</sup> בנוסף, מחקר יוצא דופן שבחן השפעת מאפיינים פרוצדוראליים של ההליך הפלילי על קבלת החלטות בהסדרי טיעון, תוך שימוש בנאשמים פליליים כנבדקים והשוואתם לנבדקים טיפוסיים (סטודנטים באוניברסיטה), מצא כי לרובם המכריע של המשתתפים שנבחנו הייתה השפעה דומה על שתי קבוצות הנבדקים. Pauline Houlden, *Impact of Procedural Modifications on Evaluations of Plea Bargaining*, 15 L. & Soc'y Rev. 267 (1980). ממצא זה תורם אף הוא לתוקף החיצוני של המתודולוגיה הניסויית הטיפוסית בהקשר דנן.

קבוצת מחקרים שלישית מסתמכת על שאלות המופנות לנאשמים בדיעבד, לאחר ההליך הפלילי. כך, מספר מחקרים ששאלו נאשמים על החלטתם להודות או לכפור באישומים, הראו כי שיקולי כדאיות, עליהם מתבסס מודל הצל, אינם השיקולים הראשונים בחשיבותם. מחקרים אלו הראו כי נאשמים רבים מודים פשוט מכיוון שהם אשמים, ומנגד, נאשמים הטוענים לחפות כופרים באישומים מן הטעם שהם, לטענתם, לא אשמים. כך, מחקר אחד הראה כי התשובה השכיחה ביותר לשאלה "למה הודית באישומים" הייתה "כי אני אשם"; תשובות שנשענו על שיקולים תועלתניים היו הרבה פחות נפוצות (הרצון לסיים את ההליכים במהירות היווה סיבה עיקרית של 10% מהנאשמים והרצון לזכות בעונש קל יותר, 5% מהנאשמים).<sup>63</sup> בדומה, כמעט כל מי שכפר באשמה נימק את כפירתו בטענה כי הוא לא ביצע את העבירה או שהמעשה שביצע אינו מהווה לדעתו עבירה.<sup>64</sup> במקרים רבים נימוק זה הוביל להחלטה אשר אפילו לדעת הנאשמים עצמם לא הייתה ההחלטה בה היו בוחרים לו היו מונעים על ידי שיקולי כדאיות.<sup>65</sup> ממצאים דומים עולים ממחקר שביצע עמי קובו, בארץ.<sup>66</sup> קובו ראיין כארבע מאות נאשמים מיד אחרי תשובתם לאשמה בבית משפט השלום. לשאלה מדוע הודית (או כפרת) השיבו רוב הנאשמים שהודו באשמה באופן עקבי כי הם עשו זאת משום שזו האמת או משום שהם ביצעו את העבירה (53%). רק מעטים ציינו שיקולים של כדאיות כגון הרצון לגמור את התיק (10.2%) או הסדר טיעון או הקלה בעונש הצפויה בעקבות ההודאה (11.2%). (סיבה נפוצה נוספת שניתנה הייתה "נתפסתי על חס" או וריאציות שלה (23.7%)). גם מרבית הכופרים ציינו את עצם חפותם כשיקול מרכזי להחלטתם לכפור.

חסרונם העיקרי של מחקרים אלו נובע מהחשש שדברי הנאשמים מוטים לאור רצונם להציג עצמם באור חיובי. עם זאת, כדי לצמצם חשש זה המחקרים נערכים לרוב לאחר תום ההליכים כאשר הנאשם יודע שלדברים אין השפעה על תוצאות ההליך שהסתיים. זאת ועוד, כפי שנראה בהמשך, לעיתים נאשמים דווקא הציגו עצמם באור שלילי. כך, למשל, רובם המכריע של הנשאלים שהודו באישומים (שהם רוב הנשאלים בכלל) הודו בביצוע העבירה גם בסקר ואף הציגו את ביצוע העבירה כסיבה להודאתם במשפט. גם אם האמינות של אלו שטענו לחפותם במהלך הסקר מוטלת בספק, קשה להאמין שהנשאלים שהודו בביצוע העבירה עשו זאת כדי להציג עצמם באור חיובי. לפיכך ניתן כנראה ללמוד ממחקרים אלו שאשמתם הסובייקטיבית של נאשמים נתפסת בעיניהם כשיקול משמעותי בהחלטה להודות באישומים.

לסיכום, אף כי כל אחת ממתודולוגיות המחקר שהוצגו כאן סובלת ממגבלות שונות, מכלול המחקרים מצביע על המסקנה כי חפים מגלים נכונות קטנה מזו של אשמים לקבל הסדרי טיעון. הגישה המוצגת כאן אף ממחישה כיצד מחקר אמפירי וניסויי יכול לחשוף תופעות בעלות חשיבות למדיניות משפטית בתחום הסדרי טיעון.

<sup>63</sup> ראו (1976) 111 ANTHONY.E.BOTTOMS & JOHN .D. McCLEAN, DEFENDANTS IN THE CRIMINAL PROCESS

<sup>64</sup> שם בעמ' 131.

<sup>65</sup> לניתוח מפורט יותר של מחקר זה ראו להלן טקסט לה"ש 81.

<sup>66</sup> ראו קובו, לעיל הערה 15.

#### ד. תובנות פסיכולוגיות

הממצאים שהצגנו בחלק הקודם מצביעים כי נכונותם של חפים להודות באשמה, כנדרש בהסדרי טיעון, קטנה מזו של אשמים אשר כנגדם ניצבים אישומים וראיות דומים. אלא שבמצאים אלה לא די לשם קביעת מדיניות משפטית אפקטיבית בסוגיה, הנוקת גם לבחינה של הסיבות המובילות להבדל השיטתי בין חפים לאשמים. כך, למשל, יתכן שיש מקום לאמץ מדיניות משפטית אחת אם חפים מעדיפים לסרב להסדרי טיעון למרות הכרתם בסיכויי הרשעתם האובייקטיביים, ואחרת אם סירובם של החפים נובע מאופטימיות יתר בנוגע לתוצאות המשפט. לכן חשוב לנסות ולסכם את הממצאים המחקריים העשויים לשפוך אור על הגורמים שבסיס התנהגותם השונה של החפים, על אף היקפו המוגבל של המחקר הקיים העוסק ישירות בסוגיות אלה.

##### 1. הערכת הסתברות ההרשעה

מודל הצל מכיר בכך שצדדים להתדיינות משפטית עלולים שלא להגיע לפשרה בשל פערים בהערכתם את תוצאות המשפט. לכן, כאשר הערכת הנאשם את סיכויי הזיכוי גבוהה מהערכת התביעה, עשוי המשא ומתן להיכשל. כדי לצמצם את מספר הכישלונות, התביעה, התלויה בהסדרי טיעון, מגדילה את "ההנחה" המוצעת ובדרך זו מבטיחה שהצעותיה יתקבלו על הרוב המכריע של הנאשמים. אולם יתכן שהנאשמים המעטים המסרבים למרות זאת לקבל הסדרי טיעון הם אותם נאשמים אשר מעריכים את סיכוייהם במשפט כטובים בהרבה מהערכת התביעה. אם נאשמים חפים זוכים לייצוג יתר בקבוצה זו, הדבר יכול להסביר את הימנעותם מלהודות.

ואכן, גם לפי מודל הצל, יתכן שפערי ההערכה בין נאשמים לתביעה גדולים יותר אצל חפים. כפי שהוסבר לעיל, יתכן שחפותו של נאשם משפיעה על סיכויי זיכוי גם אם אין ראיות זמינות היכולות לבסס את הספק בדבר אשמתו.<sup>67</sup> במקרה כזה, נאשמים חפים יטו לדחות הסדרים שאשמים במצב דומה יקבלו, בהסתמך על המידע החד-צדדי שברשותם.

אולם מודל הצל נותן רק תמונה חלקית לפערי הערכה אלו. גורמים פסיכולוגיים, מעבר לפערי מידע, תורמים לאופטימיות היתר של חפים לעומת אשמים העומדים בפני ראיות דומות. ניסויים שבדקו סוגיה זו מלמדים שחפים נוטים להאמין שביכולתם לשכנע את בית המשפט בחפותם, גם בהעדר בסיס אובייקטיבי. כך, במחקר אחד נתבקשו נבדקים לדמיין שהם מואשמים בשוד מזוין, הם קיבלו מידע על האירוע ושמעו הקלטה של סניגורם המתאר את הראיות נגדם. למרות שכל הסטודנטים קיבלו מידע זהה ושמעו את אותם דברים מהסניגור, כשהנבדקים נשאלו עד כמה, לדעתם, הסניגור מאמין בחפותם, הרי שההערכה של החפים היתה גבוהה באופן משמעותי. גם הערכת סיכויי הזיכוי במשפט הייתה גבוהה יותר אצל החפים.<sup>68</sup> בדומה, במחקר אחר בו נאמר

<sup>67</sup> אם יש ראיות כאלו, הרי שניתן להציג לתובע, וכך הם ישיעו ישירות על הערכת שני הצדדים את תוצאות המשפט, ולא יצרו פערי הערכה. ראו טקסט לה"ש 21 לעיל.

<sup>68</sup> Gregory, Mowen & Linder, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1522.

לנבדקים כי ישנם 3 עדים לביצוע הפשע, נבדקים חפים העריכו את סיכויי הרשעתם כנמוכים יותר.<sup>69</sup>

כאמור, שני המחקרים שנסקרו השתמשו במתודולוגיה ניסויית. עם זאת, משמצאנו כי אמירה שתמית לנבדקים לפיה הם אשמים או חפים משפיעה על הערכתם את האמון שרוכש להם הסניגור או האמון שירכשו להם המושבעים, סביר להניח שבמציאות, חפות או אשמה אמיתיים שפיעו על ההערכה באורח דרמטי יותר.<sup>70</sup>

ההבדל השיטתי בהערכת הסתברות ההרשעה בין חפים לאשמים מתיישב עם "אשליית השקיפות" – דהיינו האמונה המוגזמת של אנשים ביכולתם של אחרים לאבחן אמת משקר.<sup>71</sup> אם נאשמים סבורים שבית המשפט או הסניגור יכולים בקלות יחסית לגלות אם הם משקרים או דוברים אמת, הם יתאימו את הערכתם בדבר תוצאות המשפט לאשמתם, גם בהעדר הבדל בראיות האובייקטיביות הקיימות נגדם.

האמונה הנפוצה שהעולם הוגן,<sup>72</sup> עלולה אף היא לתרום להטיות שיפוט הקשורות למידע הפרטי שבידי נאשמים. כך אשמים עלולים לחשוש יתר על המידה שתימצאנה ראיות נוספות שתבטחנה את הרשעתם, בעוד שחפים עלולים להאמין שעורכי דינם ימצאו אינפורמציה או עדים שיזכו אותם. פערי הערכה אלה עלולים לעודד אמונת נאשמים באשליות פופולאריות כגון האמונה ביכולתו של השופט לאתר שקרים או, לחילופין, לעודד חפים לחשוב בטעות שסירוב לעסקת טיעון ישמש ראייה לחפותם.<sup>73</sup>

זאת ועוד, אשמים עשויים להעריך ביתר את סיכויי הרשעתם גם בשל הטיית הזמינות.<sup>74</sup> מקבלי החלטות העושים שימוש בזמינות מעריכים הסתברות אירועים בהסתמך על קלות שליפתם או בנייתם בזיכרון. כך, אירועים שקל יותר לזכורם או לדמינם נתפסים כבעלי הסתברות גבוהה יותר להתרחשותם. על פי רוב, אירועים נפוצים, למשל, אכן נזכרים טוב יותר וקל יותר לדמיין את

<sup>69</sup> Bordens, לעיל ה"ש 9.

<sup>70</sup> אכן, מחקרים בתחום הליטיגציה והפשרה במישור האזרחי מראים כי די בעצם קביעת תפקידם של משתתפים בניסוי כתובעים או נתבעים כדי ליצור הטיה באופן בו הם מעריכים אותו מכלול ראייתי, וכי הטיה זו מביאה לפער עקבי בציפיות הצדדים באשר לתוצאות המשפט ולהקטנת סיכויי הפשרה במשא ומתן. ממצאים דומים התגלו גם במחקרי שדה בתחום המשא ומתן האזרחי. ראו למשל: Linda Babcock & George Loewenstein, *Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Biases*, 11 J. ECON. PERSP. 109 (1997).

<sup>71</sup> Thomas Gilovich, Kenneth Savitsky & Victoria H. Medvec, *The illusion of transparency: Biased assessments of others Ability to read our emotional states*, 75 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOLOGY, 332 (1998).

<sup>72</sup> מקור התיאוריה בכתיבתו של לרנר, ראו למשל: MELVIN J. LERNER, THE BELIEF IN A JUST WORLD: A FUNDAMENTAL DELUSION (1980). לסקירה יסודית של המחקר הניסויי על התופעה, היקפו ומגבלותיו ראו: Carolyn L. Hafer & Laurent Begue, *Experimental Research on Just-World Theory: Problems, Developments, and Future Challenges*, 131 PSYCH. BULL. 128 (2005).

<sup>73</sup> Gregory, Mowen & Linder, לעיל ה"ש 9.

<sup>74</sup> ראו: Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability*, 4 COGNITIVE PSYCHOLOGY 207 (1973). למאורע השפעה על הערכת סיכויי ההתרחשות גם אם זמינותו נובעת רק מהעובדה שהנחקרים מתבקשים לדמיין את התרחשותו, ולא עקב התרחשותו באמת. ראו: John S. Carroll, *The Effect of Imagining an Event on Expectations for the Event: an Interpretation in Terms of the Availability Heuristic*, 14 JOURNAL OF EXPERIMENTAL SOCIAL PSYCHOLOGY 88 (1978). מצא ששנבדקים שנתבקשו לדמיין מאורעות העריכו את הסתברות התרחשותם יותר מנחקרים אחרים.

התרחשותם, ולכן הזמינות הינה היריסטיקה יעילה. אלא שישנם גורמים המשפיעים על זיכרון או יכולת דמיון של אירועים מבלי לשנות את הסתברות התרחשותם וכך גורמים לטעויות צפויות בשיפוט הסתברותי.<sup>75</sup>

בסיטואציה של הסדר טיעון, הנאשם צריך לנבא את הערכתו הצפויה של השופט לגבי אשמתו, כדי להכריע האם ההסדר אטרקטיבי עבורו. נאשמים אשמים צפויים לזכור טוב יותר ראיות המצביעות על אשמתם ואף לדמיין בקלות רבה יותר כיצד שופט שבידיו המידע שבתיק עלול להרשיעם. מאידך, נאשמים חפים צפויים לגלות נטייה הפוכה ועל כן להעריך את הסיכוי להרשעתם כנמוך יותר.

לפיכך, נראה כי שורת גורמים פסיכולוגיים מובילה לנטייתם המוגברת של חפים להעריך את סיכויי הזיכוי שלהם, נטייה הגורמת להם להירתע מקבלת הסדרי טיעון שאשמים היו נוטים לקבל בנסיבות דומות.

## 2. תפיסת הוגנות ההצעה

הרשעת חף נתפסת כדבר לא צודק או לא הוגן.<sup>76</sup> ואמנם, מחקרים מלמדים שאנשים נרתעים מתוצאות אותן הן תופסים כבלתי הוגנות כלפיהם בכלל<sup>77</sup> ובמשא-ומתן בפרט,<sup>78</sup> ואף מוכנים לשלם מחיר משמעותי על כך.<sup>79</sup> מחקרים על הסדרי טיעון מראים אף הם כי גם כאשר הסיכוי לזיכוי של חף ואשם דומה, נאשמים חפים יטו לדחות הסדרים שאשמים יטו לקבל.<sup>80</sup> בדומה, כפי שצינו לעיל, מחקרים שבחנו את הסיבות שנתנו נאשמים אמיתיים להחלטתם להודות או לכפור באשמה מראים שהאשם נתפס על ידם כשיקול רלבנטי בניגוד להנחת מודל הצל.<sup>81</sup> כפי שהראינו, רובם המכריע של הנאשמים שכפרו באישומים הסבירו את החלטתם בטענה שהם אינם אשמים,

<sup>75</sup> Tversky & Kahneman, לעיל ה"ש 74.

<sup>76</sup> כך, למשל, מקובל להתייחס להרשעת חפים כבלתי הוגנת או לא מוסרית. ראו למשל Dworkin, לעיל ה"ש 6; HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF CRIMINAL SANCTION 250 (1968);

<sup>77</sup> ראו למשל: Max H. Bazerman, George F. Loewenstein & Sally B. White, *Reversals of Preference in Allocation Decisions: Judging an Alternative Versus Choosing Among Alternative*, 37 ADMINISTRATIVE SCIENCE QUARTERLY 220 (1992) Daniel Kahneman, Jack L. Kentsch & Richard Thaler, *Fairness as a constraint on profit seeking: Entitlements in the market*, 126 AM. ECON. REV. 728 (1986)

<sup>78</sup> ראו למשל: COLIN F. CAMERER, BEHAVIORAL GAME THEORY: EXPERIMENTS IN STRATEGIC INTERACTION (2004) Alvin E. Roth, *Bargaining experiments in THE HANDBOOK OF EXPERIMENTAL ECONOMICS* (John H. Kagel & Alvin E. Roth eds., 1995).

<sup>79</sup> למשל Camerer, לעיל ה"ש 78; Roth; לעיל ה"ש 78 (נכונות לסבול הפסד במסגרת משחק האולטימטום, אף כשמדובר בסכומים משמעותיים); וכן George F. Loewenstein, Leigh Thompson & Max H. Bazerman, *Social Utility and Decision Making in Interpersonal Context*, 57 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOLOGY, 426 (1989)

<sup>80</sup> Tor, Gazal-Ayal & Garcia, לעיל ה"ש 9. עם זאת חשוב לציין כי אחד הניסויים שם הצביע על הצטמצמות הפער המובהק בין חפים לאשמים כאשר הסתברות ההרשעה גבוהה ביותר. ממצא דומה התגלה גם אצל Bordens, לעיל ה"ש 9, בעמ' 67. ממצא זה מרמז כי עבור החפים ההרשעה עצמה היא עונש כבד יחסית, ממנו הם מעוניינים להימנע, גם במחיר של סיכון גדול לעונש פורמאלי כבד. מנגד, אשמים אינם מוכנים לקחת סיכון דומה כדי להימנע מהרשעה. כאשר הסיכוי שבחירה במשפט תוביל לזיכוי מצטמצם משמעותית, ההבדל בין החפים והאשמים מצטמצם שכן השפעת הבחירה של הנאשם על הסיכוי שהוא יורשע קטנה. לדיון בתופעה, השלכותיה, ומגבלות הממצאים הקיימים ראו Tor, Gazal-Ayal & Garcia, לעיל ה"ש 9, חלק II.C.2.

<sup>81</sup> ראו: BOTTOMS & McCLEAN, לעיל הערה 63, בעמ' 111. כאמור לעיל, מחקרם מראה כי הסיבה השכיחה שניתנה לשאלה למה הודית באישומים, היתה "כי אני אשם", בעוד שמעטים הציגו את שיקולי התועלת כשיקולים מרכזיים. ראו טקסט להערה 63 לעיל.

אם משום שלדעתם המעשה שעשו אינו עבירה, אם משום שהם סברו שעומדת להם הגנה, ואם מטעם אחר. רק מיעוט זניח מאלו שהודו הסביר את החלטתו בהסתמך על שיקולי כדאיות.<sup>82</sup> זאת ועוד, אחד המחקרים מגלה כי כ-26% מאלו שכפרו והורשעו במשפט ו-21% מאלו שכפרו וזוכו במשפט אמרו לסוקרים כי הם כפרו למרות שבעת שהחליטו לעשות זאת הם העריכו שהם יורשעו במשפט. ברור כי לפחות לגבי אלו שזוכו בסופו של דבר, הערכה זו אינה משקפת חוכמה לאחר מעשה או את השפעתו של דיסוננס קוגניטיבי עקב המתח החרף שבין כפירה והרשעה.<sup>83</sup> רק מספר קטן מאוד של נבדקים הסביר את ההחלטה לכפור בשיקולי כדאיות, דבר המתיישב עם המסקנה שהוגנות אכן משפיעה על אשמים לקבל הסדרים ועל חפים לדחותם.

ממצאים אלו נתמכים גם בשורת אנקדוטות על נאשמים שדחו הצעות לשחרור מידי ממתקן הכליאה בתמורה להודאה באשמה והיו נכונים לשלם את המחיר של שנות מאסר רבות בשל חפותם. כך, סיפורה של קלי ג'ארט, שהורשעה בגיל צעיר ברצח שככל הנראה היא לא ביצעה, ונידונה למאסר של מ-25 שנה ועד מאסר עולם. ג'ארט דחתה מספר הצעות להסדר טיעון, כולל הצעה שבאה לאחר שהיא החלה בריצוי עונש המאסר ואיפשרה לה להשתחרר מיד בתמורה להודאה. היא נימקה את החלטתה באי המוסריות של הודאה ברצח אותו היא לא ביצעה.

בדומה, קרי קוק, נדון למות על רצח ואונס. לאחר שערערו על ההליך המקורי התקבל, הוא הורשע בשנית ונדון שוב למוות. כשבערעור הורו שוב על משפט חוזר, התובע הציע לקוק להודות בתמורה לשחרור מיידי. קוק סירב להודות ברצח שהוא לא ביצע, למרות שהסיכון היה עוד הרשעה ועונש מוות. רק לאחר שהוצע לו לקבל הסדר של *nolo contendere*, דהיינו הסדר במסגרתו הוא מורשע בלא שהוא מודה, תוך שהוא ממשיך לטעון לחפותו, הוא הסכים והשתחרר. חודשיים אחר כך, דגימת DNA של הזרע שעל מכנסי הנרצחת הוכיחה שקוק אינו האנס.<sup>84</sup> בסיכום, מכלול הנתונים מחזק את המסקנה כי תחושת החפים כי הרשעתם אינה הוגנת משפיעה על נכונותם להסכים להסדר טיעון.

### ה. השלכות נורמטיביות

כאמור, הראינו כי לחפותו של נאשם השלכה על מידת נכונותו להודות בתמורה להקלה בעונש, וכי ממצא זה לא זכה כמעט להתייחסות בויכוח הנמשך סביב בעיית החפות בהסדרי טיעון. אולם אם חפים אכן נוטים לדחות הסדרי טיעון, שני הצדדים למחלוקת המתמשכת סביב הלגיטימיות של הפרקטיקה צריכים לשקול מחדש את עמדתם. המבקרים של הסדרי הטיעון, הטוענים כי השימוש הנרחב בהסדרים גורם לחפים להודות, עשויים להסיק לאור הממצאים כי החשש האמור

<sup>82</sup> ראו שם, בעמ' 130-131 וכן קובו, לעיל ה"ש 15.

<sup>83</sup> תיאורית הדיסוננס הקוגניטיבי גורסת כי המתח שבין שני גורמים בעלי חשיבות פסיכולוגית הינו כוח המניע אנשים לשנות את אמונותיהם או הערכותיהם בדרכים המקטינות את המתח. ראו למשל: LEON FESTINGER, A THEORY OF COGNITIVE DISSONANCE (אבי התיאוריה). וכן הסקירה המעודכנת של התיאוריה אצל EDDIE HARMON- JONES & JUDSON MILLS, COGNITIVE DISSONANCE: PROGRESS ON A PIVOTAL THEORY IN SOCIAL PSYCHOLOGY (1999).

<sup>84</sup> לתיאור סיפורים אלו ראו FRONTLINE, CONFRONTING THE PLEA: FOUR STORIES, [www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/plea](http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/plea)

אינו כה כבד כפי שמודל הצל חוזה. מנגד, טענתם של התומכים בהסדרים, לפיה הסדר טיעון הוא מעין תעודת ביטוח לנאשם שאינו מעוניין להסתכן במשפט, צריכה כעת להיבחן מחדש לאור העובדה שהביטוח האמור מיטיב יותר עם אשמים ופחות עם חפים. בחלק זה נציג את הקושי שמעורר הממצא לטיעוני הצדדים במחלוקת סביב הסדרי טיעון, ונעלה רעיונות ראשוניים להתאמת המשפט הפלילי לממצאים.

## 1. מניעת הרשעות שווא

לפי המתנגדים להסדרי טיעון, בעיית החפות צריכה להיבחן לאור החובה המוסרית למזער את הסיכון מפני הרשעות מוטעות.<sup>85</sup> חובה זו, שמהווה תמה מרכזית בהליך הפלילי, מצויה במתח מתמיד עם מטרת ההליך הפלילי, שהיא להביא להרשעתם והענשתם של עבריינים.<sup>86</sup> לאור חובה זו מקובל העיקרון לפיו עדיף זיכויים של עשרה, מאה ולפי גישות מסויימות אף אלף אשמים, על פני הרשעתו של חף אחד.<sup>87</sup> הסדרי טיעון, כך הטענה, מפריע עיקרון זה באפשרם הרשעה גם כאשר הסיכוי שהנאשם חף גבוה יתר על המידה.<sup>88</sup> לפי גישה זו, אסור לחברה לאמץ במודע הליך הגורם לחפים רבים להודאה והרשעה, אפילו אם החפים מעדיפים להודות, ולכך מספר סיבות: ראשית, הרשעת חף אינה פוגעת בנאשם בלבד. להטלת עונש על חף בהסדר טיעון יש השפעות חיצוניות שליליות.<sup>89</sup> בנוסף, הרשעת חף פסולה מוסרית.<sup>90</sup> אמנם, חיוב הנאשם החף להישפט ולעמוד בפני סיכון לעונש כבד יותר עשוי להכביד עליו, אולם מבחינה מוסרית אין הכבדה זו שקולה כנגד האיסור להרשיע חפים.<sup>91</sup> מטעמים אלו, סבורים המתנגדים, היתרון של הסדרי הטיעון, המבטיחים כי חפים יקבלו הקלות בעונשים, אינו מתקזז למול הנזק הגדול שאלה גורמים בהגדלת מספר החפים המורשעים. לדידם של מתנגדים אלה, עדיף שיורשע רק נאשם חף אחד במקום עשרה חפים, גם אם העונש שיוטל על האחד גדול פי עשרה מזה שהיה מוטל על העשרה.<sup>92</sup> זאת ועוד, גם אם המשפט יוביל לעיתים להרשעה מוטעית, יש חשיבות מוסרית לכך שהרשעה זו תושג אחרי ניסיון אמיתי להגיע לאמת.<sup>93</sup>

<sup>85</sup> לחשיבות החובה למנוע הרשעות מוטעות ראו: ZUCKERMAN, לעיל ה"ש 6, בעמ' 125: "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") ראו גם: ("It is critical that the moral force of the criminal law not be diluted by a standard of proof that leaves people in doubt whether innocent men are being condemned").

<sup>86</sup> השו דורון מנשה "אידיאל חשיפת האמת, ועיקרון ההגנה מפני הרשעת שווא - אנטומיה של יחסים מסובכים" **קרית המשפט** א 307 (2001).

<sup>87</sup> ידועה אמירתו המפורסמת של בלקסטון לפיה: "Better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer"; WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND VOL. 4 352 (1765-1769) של 1:10 אינו מקובל על הכל. בהיסטוריה האנושית מלומדים רבים הציעו מספרים שונים ליחס הנכון בין האינטרס של הרשעת אשמים לצורך להבטיח זיכוי חפים. לסקירת הדעות השונות ראו: Alexander Volokh, *n Guilty Men*, 146 U. PA L. REV. 173 (1997).

<sup>88</sup> ראו Alschuler, *The Prosecutor's Role*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 60.

<sup>89</sup> ראו Schulhofer, לעיל ה"ש 13, בעמ' 1986-1985.

<sup>90</sup> ראו Dworkin, לעיל ה"ש 6.

<sup>91</sup> Schulhofer, לעיל ה"ש 13, בעמ' 1986.

<sup>92</sup> Alschuler, לעיל ה"ש 17, בעמ' 715.

<sup>93</sup> שם, בעמ' 686.

אולם, ככל שחפים נמנעים מלקבל הסדרי טיעון, יתכן שחששות אלו מופרזים. אם התובעים בוחנים את התיק על פי הראיות, ומציעים עונשים שיתקבלו על ידי רוב הנאשמים לפי הערכת סיכויי ההרשעה והעונש הצפוי במשפט, סביר שהחפים ידחו את מרבית ההצעות בעוד שהאשמים יקבלו אותן. התוצאה היא כי הרוב המכריע של החפים יבחר במשפט, והסדרי הטיעון יסייעו בעיקר להרשעתם של אשמים.

זאת ועוד, במערכת הנשענת על הסדרי טיעון, שיעור החפים המורשעים עשוי להיות קטן יותר מאשר במערכת בה כל נאשם בוחר במשפט. ראשית, מכיוון שהסדרי הטיעון מבטיחים שמרבית האשמים יודו ולכן יורשעו בוודאות, בעוד שרבים מהחפים יכפרו וייהנו לפחות מהסיכוי לצאת בלא הרשעה. באין הסדרי טיעון, חלק מהאשמים שכיום מודים יזוכו ולכן שיעור החפים מבין המורשעים יהיה גבוה יותר.<sup>94</sup>

שנית, הסדרי הטיעון הנערכים עם מרבית הנאשמים מאפשרים למדינה לספק לנאשמים במשפט הפלילי הגנות רבות ויקרות, למרות מגבלות התקציב. אילו כל הליך פלילי היה מוביל למשפט מלא, מגבלות המשאבים היו מחייבות את המדינה לפשט ולהוזיל את המשפט כדי לשמור על רמת אכיפה סבירה. למעשה, מחקרים היסטוריים מלמדים כי הסדרי הטיעון התפתחו במידה רבה כדי להתמודד עם מגבלות מערכתיות של העלייה ברמת ההגנה לה זוכים הנאשמים במשפט – כגון היקף הזכות לייצוג וזכות השתיקה.<sup>95</sup> גם כיום ניתן לראות קשר ישיר בין הרחבת ההגנות הניתנות לנאשמים להתפתחות ההישענות על הסדרי טיעון במדינות שונות.<sup>96</sup> הסדרי הטיעון מוציאים את הרוב המכריע של הנאשמים ממעגל ההתדיינות ומאפשרים למערכת המשפט להבטיח משפט מורכב ויקר לאלו הבוחרים לכפור באשמה, ובכללם רבים מהחפים. בלא הסדרי טיעון, הליכים אלו יפושטו משמעותית, ההגנה שהם מספקים לחפים תקטן, ושיעור החפים שיורשעו יגדל.<sup>97</sup>

לאור כל זאת, יתכן שהממצאים במאמר זה צריכים לגרום למבקרי מוסד הסדרי הטיעון המדגישים את עקרון מניעת הרשעות השווא, דווקא לתמוך במוסד זה. אחרי הכל, אם חפים נוטים לדחות הצעות שאשמים מקבלים בנסיבות דומות, הסדרי טיעון דווקא מסייעים לצמצום שיעור החפים המורשעים במערכת המשפט הפלילית.

<sup>94</sup> חשוב להדגיש כי הדגש של עקרון המניעה של הרשעות מוטעות הוא על שיעור ההרשעות המוטעות ולא על מספרם המוחלט. הדגש כפי שעולה מאמירתו של בלקסטון, לעיל ה"ש 87, הינו על היחס בין האינטרס בהרשעת אשמים לאינטרס בזיכוי חפים, ולא על מדידת האינטרס האחרון באופן אבסולוטי. ברור שמערכת משפט גדולה, או כזו המעמידה לדין נאשמים רבים, תשגה פעמים רבות יותר, אך בכך אין כדי להראות שמערכת משפט מגינה פחות על החפים ממערכת משפט קטנה יותר שמטפלת במספר קטן יותר של נאשמים. לדין במבחן שיעור ההרשעות המוטעות ראו גזל, לעיל ה"ש 8, בעמ' 33-34.

<sup>95</sup> ראו: John H. Langbein, *Understanding the Short History of Plea Bargaining Historical Perspectives*, 13 L. & SOC'Y REV. 261 (1979). (המראה כיצד התפתחו הסדרי הטיעון עקב התפתחות הזכות לייצוג, העמקת הזכות לאי הפללה עצמית, והגידול במורכבות המשפט הפלילי).

<sup>96</sup> כך, באיטליה, המעבר משיטה אינקוויזיטורית לשיטה אדברסרית שהקנתה לנאשם מספר זכויות דינויות חדשות, לווה בהחדרת הסדרי הטיעון כמרכיב מרכזי במערכת המשפט. ראו: William T. Pizzi & Mariangela Montagn, *The Battle to Establish an Adversarial Trial System in Italy*, 25 MICH. J. INT'L L. 429 (2004). ראו גם גזל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 129-124. גם בגרמניה הגידול במורכבות המשפטים היה קטליזטור משמעותי בהתפתחות הסדרי הטיעון שם. ראו: Máximo Langer, *From Legal Transplants to Legal Translations: the Globalization of Plea-Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, 45 HARV. INT'L L.J. 1, 45 (2004).

## 2. "ביטוח" החפים

בניגוד למבקר השימוש בהסדרי טיעון, התומכים במוסד נוטים להדגיש את אינטרס החף לצמצם את נזקיו.<sup>98</sup> הסדרי טיעון מקנים לחפים אלטרנטיבה למשפט היקר והמסוכן. נאשמים אלה עשויים לכן להעדיף הסדר על פני הליך יקר, במהלכו הם עלולים להיות עצורים או לסבול ממגבלות אחרות, ובסופו הם אף עלולים להיענש בעונש כבד יותר. עבור אותם נאשמים, הסדרי טיעון מהווים אם כן סוג של ביטוח שלדידם של התומכים במוסד, אין לשלול אותו בשם האיסור להרשיע חפים.

הדגש של תומכי ההסדרים בהקשר זה הוא, אם כן, על האינטרס של החפים בביטוח. אולם דווקא מטעם זה, יתכן וגם עליהם לבחון מחדש את עמדתם לאור הממצא בדבר רתיעתם של חפים מלהודות. אם חפים נרתעים מלהודות, הרי שהנהנים העיקריים מהביטוח הם דווקא האשמים. התוצאה היא שנאשמים חפים סובלים מעונש ממוצע גבוה יותר מאשר נאשמים אשמים שכנגדם ראיות דומות לביצוע עבירה דומה.

ניתן להבהיר תופעה זו באמצעות דוגמא: נניח כי בכל התיקים בהם סיכויי ההרשעה עומדים על 80% והעונש הצפוי במשפט על 10 שנות מאסר, התביעה מציעה לנאשמים הסדר טיעון שתוצאתו עונש של 5 שנות מאסר (המבטא "הנחה" של 3 שנות מאסר בהשוואה לתוחלת העונש במשפט). נניח שעקב רתיעת החפים מלהודות, האשמים יקבלו הצעה זו והחפים ידחו אותה. העונש שיוטל על כל אשם יהיה 5 שנות מאסר. אשר לחפים, העונש שיוטל על אותם 80% מביניהם שירשעו יעמוד על 10 שנות מאסר. אולם, כיוון ש-20% מהם יזכו, העונש הממוצע שיוטל על נאשם חף יעמוד על 8 שנות מאסר. לעומת זאת, במערכת משפט ללא הסדרי טיעון העונש הממוצע שהיה מוטל על החפים והאשמים בנסיבות שבדוגמא היה זהה.<sup>99</sup>

יתר על כן, סביר להניח שהדוגמא שלעיל אף ממעיטה בחומרת הבעיה. כדי להבטיח ש-80% עד 90% מהנאשמים יסכימו להסדר טיעון התביעה נדרשת כנראה להציע הנחות של יותר מ-50% לנאשמים שלהם סיכוי של 20% לזיכוי.<sup>100</sup> יתכן שהפגיעה חמורה אף יותר באותם מקרים בהם

<sup>97</sup> ראו Scott & Stuntz, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1932.

<sup>98</sup> ראו Scott & Stuntz, לעיל ה"ש 7, בעמ' 2013 (המסבירים את המחלוקת בינם לבין פרופ' שולוהפר כך: "He attacks our analysis because we want innocent defendants to be able to plead, if they so choose, under the best possible terms. In Schulhofer's view, they are better off going to trial, whether they think so or not.") לדברים דומים ראו Church, לעיל ה"ש 18, בעמ' 515-516 (המבקר מנימוקים דומים את התנגדותו של פרופ' אלשולר להסדרי טיעון עם חפים) וכן Bowers, לעיל ה"ש 18 (הטוען שהסדרי טיעון מיטיבים במיוחד עם נאשמים חפים).

<sup>99</sup> כמובן שיש להניח שרק חפים מעטים יעמדו בפני סיכויי הרשעה של 80%, שכן בממוצע תיקים כנגד חפים צפויים להיות חלשים יותר, אולם לתוצאה דומה נגיע אם ננתח בנפרד את כל אחת מקבוצות התיקים בהם העונש אחרי משפט וסיכויי ההרשעה דומים. התוצאה היא שבכל קבוצות הנאשמים, העונש הממוצע של החפים יהיה גדול יותר משל האשמים בשיטת משפט הנשענת על הסדרים.

<sup>100</sup> אם כל הנאשמים היו מנסים רק למוזער את תוחלת העונש שלהם, התביעה יכולה היתה להסתפק בהנחה של מעט יותר מ-20% בענישה, כדי להבטיח שכל הנאשמים שסיכוייהם לזיכוי עומדים על 20% יקבלו את ההצעה. אולם, בפועל, נאשמים מתנהגים כ"שונאי הפסד", ומוכנים להסתכן בתוחלת עונש גבוהה יותר כדי לשמור לעצמם את הסיכוי לזיכוי מוחלט. ראו: Oren Gazal-Ayal, *Partial Ban on Plea Bargaining*, 27 CARDOZO L. REV. 2295, (2006) 2338-2339. עקב כך צריכה התביעה להציע להם הקלה גדולה יותר מזו המשתקפת מסיכויי הזיכוי. בנוסף, נאשמים שונים נבדלים זה מזה במידת ההקלה להם יסכימו לאור הבדלים אידיולוגיים בהערכת סיכוייהם ובהעדפותיהם ביחס לסיכון. התביעה אינה יכולה להסתפק בהצעות שיתאימו לנאשם הממוצע, ולכן יתקבלו על ידי כמחצית מהנאשמים, אלא עליה להציע הצעה שתתקבל על ידי הרוב המכריע של הנאשמים, במשטר בו משאביה

מוסכם בהסדר הטיעון על שינוי סוג העונש, מעונש מאסר בפועל לעונש אחר.<sup>101</sup> במקרים אלו הפער בין העונש המוטל על המודים (שרובם המכריע אשמים) לבין העונש הממוצע המוטל על הכופרים באשמתם (שבהם יש ייצוג יתר של חפים) גדול במיוחד, והפגיעה של ההסדרים בחפים גדולה בהתאם.

ניתן כמובן לטעון כי החפים אינם מפסידים מהסדרי הטיעון, גם אם האשמים מרוויחים מהם יותר. אם יבוטלו ההסדרים, כך על פי הטענה, כל הנאשמים יפסידו, גם אם האשמים, שזוכים להקלות פעמים רבות יותר, יפסידו יותר. אולם טענה זו מתעלמת מהשפעת ההקלות הניתנות בהסדרים על רמת הענישה הכללית. ראשית, לאור מצוקת המקום במתקני הכליאה, החוק מאפשר שחרורם המוקדם של נדונים כאשר עדיפות ניתנת למי שיתרת מאסרם קצרה יותר.<sup>102</sup> במצב זה, הקלה בעונש הניתנת לאסיר אחד משמעותה החמרה בעונשו של אסיר אחר, אשר יזכה לשחרור מוקדם רק במועד מאוחר יותר. שנית, וחשוב מכך, במערכת משפט שבה רוב הנאשמים מורשעים בהסדרי טיעון, העונש המוטל בהסדרים הוא העונש הסטנדרטי.<sup>103</sup> כדי להבטיח שעונש זה יהלום את חומרת העבירה, למחוקק, לתובעים ולשופטים אינטרס להחמיר בעונשים המוטלים על מי שלא מודים במסגרת הסדרי הטיעון.<sup>104</sup> עקב כך העונשים המוטלים על המעטים שבוחרים בהליך משפטי מלא כבדים יותר מהעונשים שהיו מוטלים אילו כל הנאשמים היו נדרשים להליך כזה.<sup>105</sup> גם מערכת הכליאה לא הייתה יכולה לקלוט את כל הנאשמים אילו העונשים של כולם היו כה כבדים כמו העונשים המוטלים על הבוחרים במשפט, ולכן היה נוצר לחץ לשימוש בחלופות למאסר, אשר מטבען מקלות יותר. לפיכך, לאור השפעת החפות על הנכונות לערוך הסדרי טיעון, יתכן שלחפים יש אינטרס שלא יערכו הסדרי טיעון כלל, בניגוד לטענת תומכי ההסדרים.

### 3. מגבלות על הסדרי טיעון

המסקנה של חלק זה היא כי הטיעונים של שני הצדדים למחלוקת בדבר הסדרי הטיעון נחלשים לאור רתיעתם של חפים מלקבל הסדרי טיעון. נוכח רתיעה זו יתכן שהסדרי טיעון אינם מגדילים

מאפשרים לה לנהל תיקי הוכחות רק בכ-10% מהתיקים. התוצאה היא שהתביעה נדרשת להציע עונשים קלים בהרבה מתוחלת העונש במשפט. למעשה, פעמים רבות השלכת הסדר הטיעון בתיקים בהם הסיכוי לזיכוי הוא משמעותי, היא ויתור מוחלט על עונש המאסר בפועל הצפוי לאחר הרשעה שיפוטית, והחלפתו בעבודות שירות או במאסר על תנאי.

<sup>101</sup> השוו למשל לפרשת טוליה שאוזכרה בפרק ג' לעיל, במסגרתה כל הנאשמים שהורשעו בהליך רגיל נדונו לתקופות מאסר ואילו מרבית המודים נדונו לעונשים אחרים. גם בארץ הסדרים מסוג זה מוכרים. יש כמובן קושי לדעת במקרה של הסדר טיעון מה היה העונש שהיה מוטל אלמלא ההסדר, ולכן קשה לבסס אמפירית את הטענה בדבר נפוצותם של הסדרים הממירים עונשי מאסר בפועל בעונשים אחרים, אולם במקרים נדירים נחשף מכלול הנתונים המלמד על העונש אחרי משפט והעונש בהסדר. כך, למשל, בפרשה אחת נדון רופא במסגרת הסדר טיעון לחצי שנת עבודות שירות, אך לבקשתו הותר לו לחזור בו מהודאתו במהלך הערעור. לאחר שהוא הורשע שוב במשפט דן אותו ההרכב לעונש מאסר בפועל של שנה וחצי. ראו ע"פ 3754/91 **מדינת ישראל נ' סמחאת**, פ"ד מה(5) 798 (1991); ע"פ 3907/92 **סמחאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(1) 104 (1992).

<sup>102</sup> ראו סעיף 68 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, ס"ח 643: "עלתה תפוסת האסירים על תקן הכליאה, רשאי הנציב לפי שיקול דעתו ובמועד שימצא לנכון, להורות שישוחררו טרם זמנם האסירים שיתרת מאסרם ביום מתן ההוראה (להלן - היום הקובע), אינה עולה על יתרת המאסר המרבית שנקבעה בתוספת הראשונה לקבוצת האסירים שעמה נמנים אותם האסירים".

<sup>103</sup> ראו: Gerald E. Lynch, *Our Administrative System of Criminal Justice*, 66 *FORDHAM L. REV.* 2117, 2134 (1998).

<sup>104</sup> לניתוח האינטרסים של המחוקקים והתובעים ראו: William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 *MICH. L. REV.* 505 (2001).

את שיעור ההרשעות המוטעות כטענת מתנגדיהם, אך גם לא מקדמים את האינטרסים של הנאשמים החפים כטענת תומכיהם. עם זאת, יתכן שפתרון ביניים, בין היתר גורף להסדרים כפי שקיים היום לאיסור מוחלט עליהם, יכול לקדם את שתי המטרות גם יחד.

דרך אחת לצמצם את הפגיעה בחפים (השיקול המודגש על ידי רבים ממבקרי השימוש בהסדרי טיעון) הינה להגביל את היקף הפשרות שהתביעה יכולה להציע בהסדר טיעון. כך, ניתן לקבוע כי שופט לא יאשר הסדר טיעון אם העונש הצפוי בעקבות ההסדר נמוך משמעותית מהעונש הצפוי במקרה של הרשעה בלא ההסדר. אם התביעה תוגבל בשיעור ההקלה אותה היא יכולה להציע בהסדר טיעון, נאשמים הדורשים הקלה משמעותית כתנאי להסכמתם להודות לא יגיעו להסדר טיעון. כיוון שהחפים דורשים, בממוצע, הקלות משמעותית יותר כתנאי להסכמתם להודות, שיעור החפים בקרב המוכנים להודות יהיה קטן יותר.

במקום אחר הציע אחד מאיתנו הצעה דומה,<sup>106</sup> במטרה להרתיע את התביעה מלהגיש כתבי אישום בתיקים חלשים, באמצעות הגבלת יכולתה להגיע להסדר טיעון באותם תיקים. אלא שהדגש בהצגת ההצעה כאן הינו אחר. הגבלות על היקף ההקלות שניתן להציע במסגרת הסדרי טיעון תצמצמנה את שיעור החפים שיסכימו להודות. באמצעות הגבלות כאלו, התביעה תוכל להציע הסדרים שישקפו את חומרת העבירות, כך שמרבית הנאשמים (האשמים) ימשיכו להודות. מנגד, ההקלה המוגבלת לא תספיק, בדרך כלל, לגבור על רתיעתם של החפים מלהודות. כך ניתן יהיה לצמצם עוד יותר את החשש שחפים יבחרו להודות נוכח הצעות מקילות בצורה קיצונית, ולצמצם את החשש מהרשעות מוטעות.

כאמור, ההצעה להגביל את שיעור ההקלות תסייע לצמצום שיעור ההודאות של חפים – השיקול המודגש על ידי רבים ממתנגדי הסדרים הטיעון כיום – אולם גם אלו המתעניינים בעיקר בקידום האינטרסים של החפים (ופחות בחשש מהודאות שווא) ימצאו עניין בהגבלת ההקלות הזו. ההגבלה על ההקלות תצמצם את הפער בין העונשים שיוטלו על מי שיבחרו במשפט, בהם חפים רבים יחסית, לבין מי שיוודו, בהם רוב מכריע לאשמים. צמצום פערי הענישה בין מקבלי ההסדרים לאלו שמורשעים במשפט יסייע לכן לצמצם את ההחמרה היחסית בעונשם הממוצע של החפים.

כיצד ניתן להטיל מגבלות על ההקלות בהסדר טיעון? כאשר מדובר בהסדרים על העונש בלבד, אין מדובר במשימה קשה במיוחד. ניתן לקבוע כי בית המשפט מחויב לדחות הסדרי טיעון אם העונש המוצע במסגרת ההסדר נופל משמעותית מהעונש שהיה מוטל באותן נסיבות אלמלא הסדר הטיעון. כדי להגדיל את הוודאות עדיף לקבוע כי בית המשפט יכריע בתקופת ההסדר לפני שהנאשם הודה, כדי שאם ההסדר ידחה יתאפשר לנאשם לנהל את הגנתו במשפט.<sup>107</sup> בדרך זו תגדל הוודאות, ויקטן החשש שנאשמים חפים שהעריכו בטעות כי ההסדר יאושר, יפסידו את ההזדמנות להוכיח את חפותם. אולם גם אם בית המשפט ידחה הסדרים מקילים מדי לאחר ההודאה, ויכפה על נאשמים שהודו בהסדר עונש חמור מהמוסכם בלא שהתנהל הליך ראייתי,

<sup>105</sup> ראו Alschuler, לעיל ה"ש 17, בעמ' 689.

<sup>106</sup> גזל, לעיל ה"ש 8.

<sup>107</sup> שם, בעמ' 66-67.

התוצאה המבוקשת כאן תושג, שכן החפים ידעו על כלל זה ולכן ימנעו במרבית המקרים מלהסכים להסדרי הטיעון המקילים המוצעים להם.

קושי משמעותי יותר קיים בפיקוח על הסדרים על אישומים. במצב המשפטי הקיים כיום אין בידי בית המשפט סמכות להגביל הסדרים מקילים. השליטה בכתב האישום, לפחות עד להקראה, נתונה בידי התביעה בלבד.<sup>108</sup> גישת בית המשפט העליון היא שגם בתקיפה ישירה אין מקום להתערב בהסדרי טיעון לאישומים, אפילו אם האישומים הופחתו, עקב ההסדר, במידה ניכרת.<sup>109</sup> כדי להבטיח שהגבלות על הסדרים תהיינה אפקטיביות, יש לשנות דין זה ולקבוע כי התביעה חייבת להציג הסדר טיעון לאישומים לאישור בית המשפט, וכי על בית המשפט לדחות הסדרים אלו אם ההקלה המגולמת בהם גדולה מידי. את ההקלה יש לחשב באמצעות השוואת כתב האישום המוסכם בהסדר לכתב האישום שהוגש לפני עריכת ההסדר. אמנם, קיים חשש שהתביעה תנסה לעיתים לעקוף כלל זה באמצעות עריכת הסדרים בחשאי, אולם יש להניח כי במרבית המקרים תובעים לא ירצו להסתכן בהפרת דין ברורה כדי להגיע להסדר סמוי. באמצעות איסור על עריכת משא ומתן להסדר טיעון לפני הגשת כתב האישום, ניתן לצמצם את החשש שהתביעה תסתיר מבית המשפט את האישומים שבכוונתה להגיש במקרה שלא יערך הסדר. כאשר ההסדר נערך לאחר הגשת כתב האישום, בית המשפט יכול לראות את התיקונים שנערכו בכתב האישום ולדרוש מהצדדים הסברים כאשר שינוי כתב האישום מעורר חשש לקיומו של הסדר טיעון. בדרך זו ניתן לקיים גם פיקוח על הסדרים לאישומים.<sup>110</sup>

#### 4. הסדרים על הליך פשוט

אמצעי נוסף שניתן לאמץ במסגרת זו הינו הסדר על פישוט ההליכים המשפטיים. כיוון שהסדרי טיעון נדרשים בעיקר נוכח העלות הגבוהה של ההליך הפלילי המלא, ניתן לצמצם את הצורך בהם אם יאפשרו לנאשמים לבחור, במקום בהסדר טיעון, בהסדר על הליכים פשוטים יותר. במרבית העבירות הפליליות, הליך שיתנהל על בסיס חומר החקירה ועדות הנאשם, בדומה למקובל בחלק ממדינות יבשת אירופה,<sup>111</sup> יכול להסתיים בישיבת דיונים אחת.<sup>112</sup> בהליך כזה הנאשם מוותר על זכויותיו לאי הפללה עצמית, הזכות לשמוע את עדי התביעה וזכויות נוספות הנובעות מהשיטה האדברסרית, ומאפשר לשופט לנהל את החקירה בצורה בלתי פורמאלית.<sup>113</sup> השופט ינהל את

<sup>108</sup> ראו סעיף 93 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

<sup>109</sup> ראו בג"ץ 5699/07 פלונית א' נ' היועץ המשפטי לממשלה, לעיל הערה 34.

<sup>110</sup> לפיתוח מקיף יותר של ההסדר המוצע ראו גזל, לעיל ה"ש 8, בעמ' 65-68.

<sup>111</sup> ראו למשל PETER J.P. TAK, CRIMINAL JUSTICE SYSTEMS IN EUROPE – THE NETHERLANDS (1993) (מתאר את ההליך המשפטי הפשוט בהולנד, שנפתח בחקירה שיפוטית של הנאשם ומסתמך בעיקר על ראיות בכתב). ראו גם John H. Langbein, *Land without Plea Bargaining: How the Germans Do It*, 78 MICH. L. REV. 204 (1979) (המתאר את ההליך הפלילי בגרמניה בשנות ה-70 של המאה הקודמת כהליך משפטי פשוט ומהיר אשר בזכותו ניתן להתמודד עם עומס התיקים בלא הסדרי טיעון). באיטליה נאשם יכול לבחור בין עריכת הסדר טיעון במסגרתו הוא יזכה להנחה של עד שליש מהעונש הצפוי במשפט, לבין הסכמה להליך מקוצר, אשר מזכה אותו בהפחתה דומה של שליש מהעונש. ראו R. Van Cleave, "Italy", *Criminal Procedure: A worldwide Study* 245, 274 (Craig M. Bradley – ed., 1999).

<sup>112</sup> להצעה לאמץ מרכיבים המקובלים בשיטות משפט אירופיות ואשר מקילים על בירור האמת בהליך הפלילי בישראל ראו מרדכי קרמניצר, "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים", **משפטים** יז 475.

<sup>113</sup> לפירוט ההצעה ראו אורן גזל "הסדרי טיעון והסדרים על דיון מקוצר" **הסנגור** 95 (2005).

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. ניתן לכן להציע לנאשמים לבחור בהליך מקוצר מעין זה, כתחליף להסדר טיעון ולהבטיח הקלה דומה בעונש במקרה של הרשעה. נאשמים חפים העשויים להירתע מלהודות, יעדיפו פעמים רבות הליך מסוג זה שאינו מחייבם להודות באישומים, אך מאפשר להם לחסוך את המתח הכרוך בהתדיינות משפטית ארוכה ולהנות מהקלה בעונש הניתנת בתמורה לחסכון בזמן שיפוטי.

ניתן לטעון כי הליך מקוצר פוגע בזכויות הנאשם המוכרות בשיטה האדוורסרית. אולם, כמו הסדר טיעון, גם הליך מקוצר אפשרי רק בהסכמת הנאשם. בדרך זו ניתן יהיה להבטיח שההליך לא יהיה כרוך בשלילת זכויות דיוניות מהנאשם אלא רק בויתור על חלק מהן. אין מניעה עקרונית להתיר ויתור כזה, בשיטה המתירה ויתורים גדולים בהרבה בהסדר טיעון.<sup>114</sup> אם בהסדר טיעון מוותר הנאשם כמעט על כל זכויותיו הדיוניות, ובכלל זה על חזקת החפות ועל הזכות להשמיע את גירסתו בפני בית המשפט, ואף, מבחינה מהותית, על הזכות לערער על ההרשעה,<sup>115</sup> הרי שבהליך המוצע הויתור מוגבל בהרבה, והוא מתייחס רק למרכיבים פחות מרכזיים, כגון הזכות שהתביעה תציג את ראיותיה ראשונה וזכות השתיקה, ומכפיף לשיקול דעת בית המשפט זכויות אחרות, כגון הזכות לעימות עם הראיות והזכות להביא ראיות מטעמו. מטעם זה אין מניעה להחילו בכל סוגי העבירות לגביהן נערך הסדר טיעון, דהיינו בכל העבירות.

עם זאת, גם אם ההליך נערך בהסכמה, סיכויי הנאשם להעלות ספק בדבר אשמתו בהליך כזה עלולים להיות קטנים יותר בהשוואה להליך מלא. עקב כך יתכן שבהליך כזה יורשעו נאשמים אשר בהליך משפטי מלא היו מזוכים. למרות זאת, יש בסיס להנחה שיתרונותיו של ההליך לנאשמים החפים גדולים מחסרונותיו.

ראשית, ההליך המוצע יקדם את האינטרס של החפים, שכן הוא יאפשר לחפים ליהנות מההקלה הניתנת למודים, וזאת בלא להתנות תמורה זו בהודאה ממנה הם נרתעים. אמנם עלותו של ההליך גבוהה מעלותה של הודאה, אולם אם ההליך מסתכם בישיבה אחת או שתיים על בסיס חומר החקירה, ובמרבית העבירות יש להניח שכך יהיה, הפער בעלויות אינו כה גדול. זאת ועוד, גם כיום חלק גדול מההודאות מושגות רק לאחר מספר ישיבות, ולעיתים קרובות גם לאחר שחלק מהראיות נשמעו. ההליך המוצע יחסוך פעמים רבות את ההודאות המאוחרות הללו. בנוסף, מרבית הנאשמים המודים כיום ימשיכו להודות גם כאשר תינתן להם האופציה להליך מקוצר, שכן כדי להימצא זכאים בהליך כזה יהיה עליהם לשקר לשופט במהלך הדיון המקוצר. במרבית התיקים בהם הראיות חזקות הם יתקשו פסיכולוגית לעשות זאת, בייחוד לאור הסיכוי הנמוך

<sup>114</sup> השוו תליה פושר, "גבולות השליטה של הצדדים בהליך הפלילי", עיוני משפט כט (תשס"ו) עמ' 377 (הטוענת כי במשטר המתיר הסדרי טיעון אין הצדקה שלא להתיר הסדרים המפחיתים את הדרישות הראייתיות להרשעה)

<sup>115</sup> אמנם אין מניעה לערער על הרשעה המושגת בהסדר טיעון, אולם כאשר ההרשעה מבוססת על הודאת הנאשם, רק במקרים חריגים ביותר יכול הנאשם לבסס טענה כנגדה.

שהדבר יסייע להם.<sup>116</sup> לפיכך יש להניח כי מרבית המודים ימשיכו להודות גם כשיוצע להם הליך מסוג זה, ורק אלו שמתקשים להודות, בין משום שהם חפים ובין אם מסיבה אחרת, ישקלו אם להעדיף הליך מקוצר או משפט מלא. זאת ועוד, חלק מהנאשמים שבהעדור אופציה להליך מקוצר בוחרים במשפט מלא, יבחרו בהליך החדש. עקב כך יחסכו משאבי שיפוט שניתן יהיה להפנותם לטיפול בהליכים המקוצרים. לאור כל זאת, ההליך המקוצר יוכל לקדם את האינטרסים של החפים, בלא שידרשו לשם כך משאבים רבים נוספים.

שנית, ההליך עשוי גם לצמצם גם את החשש מפני הרשעות שווא. למרות רתיעתם של חפים מלהודות, חלקם נכנעים לרצון לסיים את ההליכים במהירות או לחשש מפני הרשעה מוטעית במשפט ומודים. ההליך המקוצר ייתן להם הזדמנות לתקוף את האישומים נגדם. כבר כיום קורה ששופטים בימי הקראות שאינם משוכנעים בכנות ההודאה של נאשמים, מבקשים לעיין בתיק הראיות ובעקבות העיון מנחים את התביעה לחזור בה מהאישומים.<sup>117</sup> עם זאת, כיום הדבר נעשה לפי שיקול דעתו של שופט ובלא שיש הסמכה לכך בחוק. אם תינתן לנאשמים הזדמנות להעלות את טענותיהם בפני שופט, בצורה בלתי אמצעית, והשופט יוכל לבחון את סבירות הטענות על רקע חומר החקירה ולהחליט בהתאם, יתכן שחלק מאותם נאשמים שכיום מודים יזוכו. לאור כל אלו, אנו סבורים שיתרונותיה של הצעה, על רקע רתיעתם של חפים מלהודות, עולים על חסרונותיה.

זאת ועוד, גם באותם מקרים שבהם יורשע אדם בטעות בהליך המקוצר, חומרתה המוסרית של הרשעה זו תהיה קטנה יותר מכיוון שהיא תושג לאחר ניסיון שיפוטי כן לברר את האשמה.<sup>118</sup> המחקרים על הגינות דיונית מלמדים שגם נאשמים שאינם שבעי רצון מהתוצאה משלימים עימה כאשר ניתנה להם הזדמנות להשמיע את עמדתם בפני פוסק ניטרלי לפני ההכרעה.<sup>119</sup> הזדמנות כזו ניתנת בהליך המקוצר יותר מאשר בהליך הנשען על הודאה ובמידה רבה אף יותר מאשר בהליך משפטי מלא, שבו הכללים הפורמאליים מקשים על הנאשם להגיב בצורה חופשית ובלתי אמצעית לטענות המושמעות נגדו.<sup>120</sup>

<sup>116</sup> אינדיקציה לכך ניתן למצוא במחקרים ששאלו נאשמים מדוע הם הודו במשפט. רוב הנשאלים השיבו שהם הודו כי הם ביצעו את המעשה או מכיוון שהם נתפסו בשעת ביצוע העבירה ולכן לא מצאו טעם לכפור. ראו טקסט לה"ש 82 לעיל. יצוין כי ממחקרו של קובו עולה שמרבית הנאשמים העקביים, אלו שאינם טוענים לחפות גם בצאתם מהדיון, מודים בשיבה הראשונה ובלא הסדר טיעון, בעוד שנאשמים בלתי עקביים, אלו שטוענים שהודו בשל לחצים שונים למרות חפותם, מסכימים להודות רק בשלב מאוחר יותר ובמסגרת הסדר טיעון. ראו קובו, לעיל לה"ש 15. גם מטעם זה יש להניח שהאופציה להליך מקוצר לא תנוצל על ידי הנאשמים שכיום לא מוצאים טעם לכפור עם תחילת ההליכים.

<sup>117</sup> תופעה זו שטרם נחקרה בישראל הוצגה על ידי שופט הממונה על ניהול ימי הקראות במחוז המרכז ועל ידי מספר סניגורים במחוזות שונים.

<sup>118</sup> ראו טקסט לה"ש 94 לעיל.

<sup>119</sup> ראו דיון בפרק ב' לעיל.

<sup>120</sup> במשפט מלא הנאשם רשאי להגיב רק במסגרת פרשת ההגנה, ולא במהלך השמעת עדויות התביעה. תגובתו מוגבלת לכללי החקירה הראשית והנגדית, ואין לו הזדמנות לדבר בצורה בלתי אמצעית עם השופט. בחלק מהמקרים, בעצת הסניגור, הנאשם בוחר שלא להעיד כלל. לאחר עדותו אין לו עוד הזדמנות לומר את דברו לפני הכרעת הדין. ככלל, המשפט הפלילי הרגיל מעודד נאשמים שלא לספר את סיפורם, ולמעשה לבחור בשתיקה. ראו: Alexandra Natapoff, *Speechless: The Silencing of Criminal Defendants*, 80 N.Y.U.L. Rev. 1449 (2005) (המתארת ומבקרת את התמריצים שנותנת מערכת המשפט הפלילית לשתיקת הנאשם).

## 1. סיכום

במחקר זה הראינו כי ההנחה של מרבית הכותבים בתחום הסדרי הטיעון, לפיה לחפותו של נאשם אין השלכה ישירה על החלטתו אם לקבל הסדר טיעון, אינה נכונה. אף בהעדר הבדלים בסיכויי ההרשעה ובעונש הצפוי במשפט ובהסדר, נאשמים חפים יטו יותר לדחות הסדרי טיעון שאשמים יקבלו.

המחקר האמפירי באשר לגורמים להודאות באישומים מצוי עדיין בשלביו הראשוניים, ואף המחקר על השפעת החפות על הנכונות לקבל הסדרי טיעון רחוק ממיצוי. כך, יש צורך לבחון אם סוג החפות של הנאשמים משפיע על רתיעתם מהודאה: יתכן שנאשמים המואשמים באירוע בו הם כלל לא היו מעורבים מגיבים אחרת מנאשמים שחפותם נובעת מהעדר יסוד נפשי דרוש, או נוכח קיומה של הגנה משפטית. בדומה, יש לבחון האם סוג הראיות שנאספו כנגד הנאשמים משפיע על נכונותם להודות. ישנן גם אינדיקציות לכך שנאשמים שמסרו הודאת שווא במשטרה יטו יותר להודות גם בבית המשפט, בהשוואה לנאשמים שהראיות נגדם הינן ראיות זיהוי או ראיות אחרות.<sup>121</sup> בדומה, יש מקום למחקר שיבחן האם השפעת החפות תלויה בחוזקו של חומר הראיות המוצג נגד הנאשם, משום שישנן ראיות ראשוניות לכך שהפער בין הנכונות להסדר של חפים ואשמים קטן כשסיכויי ההרשעה גבוהים.<sup>122</sup> בנוסף יש לבחון האם גורמים שהתבררו כמשפיעים על הנכונות להודות, כגון שהות הנאשם במעצר<sup>123</sup> או לחץ של עורך הדין,<sup>124</sup> משפיעים באופן שונה על אשמים ועל חפים. יש לקוות כי בעתיד יתווספו מחקרים שיבחנו את מידת הרתיעה של נאשמים חפים מלהודות ואת מכלול הגורמים המשפיעים על ההחלטות אם להודות באישומים ולקבל הסדרי טיעון, אשר יאפשרו למערכת המשפט הפלילית להתמודד טוב יותר עם התופעה.

<sup>121</sup> בחינת מאגר המידע מלמדת כי מרבית הנאשמים שהודו במשפט (21 מתוך 29) עשו זאת לאחר שהם מסרו הודאת שווא גם בחקירתם, זאת אף שהודאות שווא במשטרה הופיעו בשיעור נמוך בהרבה בקרב יתר החפים שהורשעו (54 מתוך 486).

<sup>122</sup> מחקר ניסויי אחד הראה כי נכונותם של אשמים לקבל הסדרי טיעון אינה משתנה משמעותית כאשר סיכויי ההרשעה עולים מ-50% ל-90%, בעוד שאצל חפים, ההבדל גדול בהרבה. ראו Borden, לעיל ה"ש 9, בעמ' 67. במחקר אחר, נמצא כי כשסיכויי ההרשעה במשפט גבוהים מאוד, הפער בנכונותם של אשמים ושל חפים להגיע להסדר כמעט ונעלם. ראו Tor, Gazal-Ayal & Garcia, לעיל ה"ש 9, חלק II.C.2.

<sup>123</sup> שורה של מחקרים הראו כי המעצר משפיע על נכונות הנאשמים להודות באשמה. ראו למשל Landes, William M. *Legality and reality: Some evidence on criminal procedure*, 3 J. LEGAL STUD. 287 (1974); Gail Kellough & Scot Wortley, *Remand for Plea: Bail Decisions and Plea-bargaining as Commensurate Decisions*, 42 BRIT. J. CRIMINOLOGY 186 (2002); כאשר הנאשם במעצר, יש לו אינטרס משמעותי עוד יותר לסיים את ההליך במהירות. במחקר שטח שנעשה בקרב מודות בלתי עקביות, הרצון לסיים את תקופת המעצר לפני משפט סווג כאחת הסיבות המרכזיות לחתימה על הסדרי טיעון. SUZANNE DELL, SILENT IN COURT – THE LEGAL REPRESENTATION OF WOMEN WHO WENT TO PRISON, 31-32 (1971). גם בלא מעצר, נאשמים רבים יהיו מוכנים להודות בעסקאות טיעון על מנת לחסוך מעצמם את המשך ההליכים המשפטיים. ראו: MALCOLM M. FEELEY, THE PROCESS IS THE PUNISHMENT: HANDLING CASES IN A LOWER CRIMINAL COURT (1992). מחקר דומה שנערך בארץ הציג את הרצון לצמצם את הסבל הכרוך בהליך כשיקול מרכזי של נאשמים בלתי עקביים. ראו קובו, לעיל ה"ש 15, לוח מס' 5.

<sup>124</sup> על האופנים הרבים בהם עורכי דין משפיעים על נאשמים בהליך ועל האינטרסים שלהם ראו Alshuler, לעיל ה"ש 13. במחקר שדה נרחב שנערך בנושא נתגלה שמספר משמעותי של נאשמים שהתנגדו תחילה להודיה באשמה, שינו את דעתם ברגע האחרון בעקבות עזת עורך דינם. JOHN BALDWIN & MICHAEL McCONVILLE, NEGOTIATED JUSTICE: PRESSURES TO PLEAD GUILTY (1977).

עם זאת, כבר עתה ברור כי ההסתמכות על מודל צל המשפט בספרות המשפטית מופרזת. די במחקר הקיים להראות שחפותו של נאשם, באשר היא, משפיעה על נכונותו לקבל הסדר טיעון, מעבר להשפעתם של סיכויי ההרשעה והעונש הצפוי לו אם יורשע במשפט. אם כן, מלבד השלכותיו הישירות, המחקר על השפעת החפות ממחיש את הצורך בפיתוח מחקרים אמפיריים לבחינת התנהגות המשתתפים בהסדרי טיעון – ההליך שאחראי כיום לרובן המכריע של ההרשעות הפליליות.

הערה אחרונה לפני סיום. כמובן שאין לקרוא את מחקרנו כטוען שחפים לעולם לא יודו במסגרת הסדר טיעון. למעשה, בניגוד לעמדות הנפוצות בקרב אנשי אקדמיה, יתכן בהחלט שבין העוסקים בתחום בפועל, קיימת דווקא הטיה הפוכה ורבים סבורים כי הודאה בבית המשפט היא אינדיקציה חזקה, כמעט חלוטה, לאשמת הנאשם, אפילו הושגה ההודאה בתמורה להקלה משמעותית במסגרת הסדר טיעון.<sup>125</sup> יתכן בהחלט שבתי המשפט נותנים כבר כיום משקל נמוך מדי לשיקולי הכדאיות של הנאשם העולים ממודל הצל, והסתמכות יתרה על הניתוח המוצע במאמר זה רק תחריף את טעויותיהם. לכן, חשוב לנו להבהיר כי גם לדעתנו נאשמים חפים נקלעים לעיתים למצב בו הם מסכימים להסדר טיעון כדי להימנע ממשפט מכביד ומסיכון להרשעה מוטעית בו. גם הממצאים האמפיריים שהבאנו לעיל מלמדים שישנם חפים המוכנים להודות תמורת הקלה. טענתנו היא רק כי החפות היא מרכיב משמעותי בשיקולי הנאשם במסגרת החלטתו אם לקבל הסדר טיעון, אשר לא נחקר עדיין כראוי.

<sup>125</sup> כך, למשל, בפרשת קצב שללו חלק מהשופטים את האפשרות שנאשם או חשוד יזום הסדר טיעון למרות חפותו, כדי להימלט מעונש כבד הרבה יותר אם יורשע בטעות במשפט. ראו למשל דברי השופט לוי בבג"ץ 5699/07 פלונית א' נ' היועץ המשפטי לממשלה, לעיל הערה 34, בפסקה 55 לפסק דינו ("מתקשה אני לשער מה מקום מצא אפוא אדם הזועק לחפותו, להיקשר בהסדר טיעון השולל ממנו את האפשרות היחידה להוכיח חפות זו באמצעות פסק-דין של ערכאה שיפוטית"), כמו גם פסקה 6 לפסק דינו של השופט גרוניס ("קשה להניח שאדם היודע כי מתנהלת נגדו חקירה פלילית יפנה לתביעה במטרה להשיג הסדר טיעון כאשר הוא משוכנע בחפותו, שהרי קיימת האפשרות שבסופו של דבר לא יוגש כתב אישום").