השפעת חפות על הסדרי טיעון: ממצאים אמפיריים, תובנות פסיכולוגיות והשלכות נורמטיביות

מאת

אורן גזל־אייל ואבישלום תור*

מאמר זה מציג ממצאים המגלים את השפעתה של 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 של סיכויי הרשעתו במשפט והעונש הצפוי לו אם יורשע. לפי גישה זו, לחפות הנאשם אין השפעה ישירה על מידת ההקלה שידרוש בתמורה להודאתו. אולם, שורה של מחקרים אמפיריים מלמדת כי גם בהינתן סיכויים וסיכונים דומים, נאשמים חפים נוטים לדחות הסדרי טיעון שנאשמים אשמים מקבלים. לרתיעה זו של החפים השלכות נורמטיביות חשובות שלא 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.

א. מבוא. ב. גישות לחפות בהסדרי טיעון. ג. ממצאים אמפיריים. 1. הרשעות מוטעות; 2. מחקרים ניסויים; 3. תשאול נאשמים בדיעבד; **ד. תובנות פסיכולוגיות.** 1. הערכה של הסתברות ההרשעה במשפט; 2. תפיסת הגינותו של ההסדר; **ה. השלכות נורמטיביות.** 1. מניעה של 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

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודה למיכאל טקסיאק, לאירנה נוטנקו ולרותם פרלמן על העזרה המצוינת במחקר, 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, לחנוך דגן, לעלי זלצברגר, לאיל זמיר, לאבי טבק, לדורון טייכמן, להלל סומר, לאריאל פורת ולאפרת פינק. תודתנו נתונה גם למשתתפים בסמינרים במשפט וכלכלה באוניברסיטת חיפה, באוניברסיטה העברית בירושלים ובאוניברסיטת תל־אביב, למשתתפי הסמינרים הפקולטתיים של הפקולטות למשפטים באוניברסיטת חיפה ובמרכז הבינתחומי בהרצליה ולמשתתפי הכנס "צדק מהיר" שנערך בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית.

הסדר טיעון בהשוואה לנאשמים אשמים.[1] כפי שיבהיר הדיון להלן, 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.[2] 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. הואיל וההסדרים מקדמים אינטרס משותף של שני הצדדים, שיעור התיקים המסתיימים בהם בבתי המשפט המחוזיים גבוה (כ־77%),[3] ושיעורם בבית משפט השלום גבוה אף יותר.[4] ניכר, אם כן, כי הסדרי הטיעון חיוניים לקיומה של מערכת המשפט הפלילית במתכונתה הנוכחית.[5]

1 זאת נוסף על השפעתם של גורמים חשובים נוספים, כגון ההסתברות האובייקטיבית של ההרשעה במשפט, היוצרים הבדל שיטתי בין חפים לאשמים.

2 כפי שציין נשיא בית המשפט העליון האמריקני דאז, 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". ראו Santobello v. New York, 404 U.S. 257, 261 (1971).

3 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, אוניברסיטת חיפה – הפקולטה למשפטים, 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% הסתיימו 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, אוניברסיטת בר־אילן – הפקולטה למשפטים, 2006) (ניתוח הנתונים הגולמיים של המחקר מעלה כי שיעורם של 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).

4 בארץ אין כמעט מחקרים סטטיסטיים הבודקים את שיעור ההודאות באשמה, אולם מהנתונים של מחלקת חקירות ותביעות במשטרה עולה כי בכ־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 שמסר לאחרונה ראש מחלקת התביעות במחוז צפון מלמד שלא חל שינוי משמעותי בשיעור זה. ברבעון הראשון של 2006, קצת פחות מ־9% מהכרעות הדין ניתנו לאחר הליך ראייתי, וכל היתר היו תוצאה של הודאות באישומים.

5 זו גם גישת בית המשפט העליון. ראו, למשל, ע״פ 6967/94 **נקן נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד מט(5) 397, 416 (1996) (״הסדר טיעון אינו עניינה של הפרקליטות בלבד. הוא אחד הכלים למלחמה בפשע״); ראו גם ע״פ 1958/98 **פלוני נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד נז(1) 577, 593 (2002).

בצד היתרונות הטמונים בהסדרי טיעון עבור תובעים ונאשמים גם יחד, ישנו חשש שלעִתים גם נאשמים חפים מפשע מודים במסגרת הסדרי טיעון. אם אכן כך הדבר, הסדרים אלה פוגעים במידה ניכרת בחובה להימנע מהרשעת חפים[6] – פגיעה המערערת את הלגיטימיות שבהמשך השימוש בהם, למרות יתרונותיהם.[7] חשש זה, יחד עם מרכזיותם במשפט הפלילי, הפכו את הסדרי הטיעון מוקד לוויכוח בין מלומדים המצדדים בהסדרים אלה לבין המתנגדים להם; בין המתמקדים בסיכון שבהרשעת חפים לבין המצדדים במתן הזדמנות לנאשמים לבחור כרצונם בין משפט לפשרה; ובין המדגישים את פגיעותם של נאשמים פליליים לאלה הסוברים שנאשמים, ככלל, מקבלים הסדרי טיעון לאחר שקילה מחושבת של האינטרסים המוטלים על הכף.[8]

מכל מקום, בחינה של הספרות המשפטית הענפה בתחום מגלה כי טיעוני המלומדים מתבססים ברובם על אינטואיציות בדבר התנהגותם של נאשמים או על מודלים כלכליים תאורטיים של התנהגות זו. הספרות נוטה להתעלם מממצאים אמפיריים רלוונטיים כמו גם ממחקרים פסיכולוגיים העוסקים בהסדרי טיעון.[9] התעלמות המשפטנים מהידע

6 על האיסור המוסרי להרשיע חפים ראו ADRIAN A.S. ZUCKERMAN, THE PRINCIPLES OF CRIMINAL EVIDENCE 125 (1989) (ההגנה על החף מפני הרשעה היא תמה מרכזית של דיני הראיות במשפט הפלילי); RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 72 (1985) (מעבר לעלויות שגורמת הרשעה מוטעית לנאשם החף ולציבור יש ״עלות מוסרית״ בהפרת האיסור להרשיע חפים).

7 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, Imperfect Trials, and Innocent Defendants*, 101 YALE L.J. 2011, 2013 (1992) (להלן: Scott & Stuntz, *Imperfect Bargains*). ראו דיון בסוגיה זו בפרק ב׳ להלן.

8 לניתוח העמדות בנושא ראו אורן גזל ״הסדרי טיעון ובעיית החף״ **משפטים** לה 27-44 (2005) (להלן: גזל ״בעיית החף״).

9 כך, למשל, חיפוש של המחקרים הניסויים המרכזיים על התנהגות נאשמים בהסדרי טיעון גילה כי מחקרים אלו כמעט אינם מוזכרים במאמרים משפטיים. במאגר של כתבי העת המשפטיים בלקסיס, מאמריהם של Larry W. Gregory, John C. Mowen & Darwyn E. Linder, *Social psychology and Plea Bargaining: Applications, Methodology, and Theory*, 36 JOURNAL OF PERSONALITY & SOCIAL 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 (1984), נמצאו מוזכרים פעם אחת בלבד, כל אחד, בכל המאגר. ברשימה זו נתייחס למחקרים אלו כמו גם למחקר שערכנו לאחרונה עם סטפן גרסייה: Avishalom Tor, Oren Gazal-Ayal & Stephen M. Garcia, *Fairness and the Willingness to Accept Plea Bargain Offers*, 7 JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES (forthcoming 2010).

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 הן על קובעי המדיניות.[10] השפעת הממצאים הפסיכולוגיים בתחומים אלה 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,[11] כמו גם לשינויים ביחס להודאות שנגבו במשטרה, להנחיות

10 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, 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). לוועדות דומות במדינות אחרות ראו Royal Commision 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.isrcl.org/Papers/2007/Bindman.pdf. גם מחקרים בנושא של טעויות בזיהוי השפיעו על ההנחיות לגופי האכיפה לגבי מסדרי זיהוי. ראו Technical Working Group for Eyewitness Evidence. Eyewitness Evidence: A Guide for Law Enforcement. Washington: U.S Department of Justice, 1999 *available at* www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/178240.pdf; וכן ראו Technical Working Group for 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 (מדריך אשר קובע שורה של הנחיות לגופי אכיפה בנושא זיהוי חשודים בהסתמך על מחקרים פסיכולוגיים). בארץ נודעת השפעה הולכת וגדלה למאמרם המצוין של דורון מנשה ורביע עאסי ״טעות בזיהוי חזותי של חשודים: הזמנה למחקר ורפורמה״ **משפטים** לה 205 (2005).

11 ראו, למשל, ע״פ 10360/03 **שדיד נ׳ מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 2.3.2006); ע״פ 2365/05 **מדינת ישראל נ׳ שתיאווי** (פורסם בנבו, 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 מרבית ״את המשקל שיש לתת, אם יש לתת, לראייה מסוג זה״. בכללים החלים על ראיית זיהוי חלו שינויים נרחבים במדינות שונות בארצות־הברית. כך, למשל, ניו־ג׳רזי, אילינוי ומדינות נוספות אימצו מודל של מסדר זיהוי עוקב (שבו האנשים מוכנסים לחדר אחד אחרי השני, בשונה ממסדר סימולטני שבו הם עומדים אחד ליד השני). השינוי הוכנס בעקבות מחקרים פסיכולוגיים שהראו שבמסדר זיהוי סימולטני העדים בוחרים בשיטת האלימינציה, המגדילה באופן משמעותי את הסיכוי לזיהוי שגוי. שינוי חשוב נוסף שהוכנס במדינות אלה הוא שכיום, בניגוד לעבר, האחראי על מסדר הזיהוי אינו יודע מיהו החשוד, מה שמונע ממנו לרמוז לעד (ולו בצורה לא מודעת) על זהות החשוד. ראו CENTER FOR POLICY ALTERNATIVES, EYEWITNESS IDENTIFICATION POLICY SUMMARY 111 (2006).

באשר לדרכי גבייתן ולתיעוד החקירה.[12] תהליך דומה לא התרחש בתחום של הסדרי הטיעון, ואנו מקווים כי מאמר זה יסייע להניעו.

אם כן, מטרתנו 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 יתמקדו חלקים ג׳ ו־ד׳, בהתאמה, בממצאים אמפיריים המראים שעצם חפותם של נאשמים מפחיתה את נכונותם לערוך הסדר טיעון בהשוואה לנאשמים אשמים ובמחקרים החושפים גורמים פסיכולוגיים לתופעה זו. חלק ה׳ יבחן כמה השלכות נורמטיביות של הממצאים השונים, וחלק ו׳ יסכם בהצגת כיוונים אפשריים למחקר עתידי בנושא.

ב. גישות לחפות בהסדרי טיעון

מלומדים רבים טוענים כי הסדרי טיעון מובילים להרשעת חפים. חלק מהמלומדים מדגישים את החשש מפני קבלת החלטות על ידי נאשמים בתנאים קשים, לעתים תחת לחץ ישיר של השופט, בלא ייצוג או בלא ייצוג ראוי.[13] טענתם של מלומדים אלה היא כי נאשמים חפים נגררים להודות תחת מכבש 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 בראיות, כאשר חוסר המידע וחוסר ההבנה של ההליך פוגעים ביכולתם לקבל החלטה מושכלת.[14] 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

12 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, כדי לצמצם את החשש מהסתמכות על הודאות שווא).

13 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 סנגורים בעריכה של הסדרי טיעון).

14 לוויתור על הזכות לעיון בחומר חקירה במסגרת הסדר טיעון בדין האמריקני ראו, Eleanor J. Ostrow, *The Case for Preplea Disclosure*, 90 YALE L.J. 1581 (1981); John G. Douglass, *Fatal Attraction? The Uneasy Courtship of Brady and Plea Bargaining*, 50 EMORY L.J. 437 (1981).

הצפוי הוא מאסר ניכר, הסדרי טיעון נערכים בכתב, כשהנאשמים מיוצגים, ולאחר שכל חומר הראיות נחשף בפניהם.[15]

קבוצה אחרת של גורמים עלולה להוביל להודאות שווא גם כשהנאשמים מקבלים את החלטותיהם באופן שקול, לאחר היוועצות ועיון בכל חומר הראיות, כשהלחץ היחיד המופעל עליהם הינו החשש מתוצאותיו של המשפט.[16] מלומדי משפט רבים טוענים כי נאשמים חפים מודים לעתים משום שלאחר שקילת הסיכויים והסיכונים הם מעדיפים לא אחת את ההקלה המובטחת במסגרתו של הסדר הטיעון על הסיכון להרשעה מוטעית לאחר משפט ועונש חמור בהרבה.[17] הטענה היא כי הנאשם מעוניין במזעור העונש הצפוי לו, ולכן הוא מקבל את החלטתו בדבר הסדר הטיעון בצל תוצאותיו הצפויות של המשפט. מאחר שההליך השיפוטי אינו מושלם, גם חפים עלולים לעמוד בסיכון להרשעה, ולעתים הם יעדיפו הסדר טיעון מסיכון זה. גישה זו מבוססת על ההנחה כי החלטתו של הנאשם כלל אינה תלויה – לפחות לא ישירות – באשמתו או בחפותו, אלא אך בסיכויי ההרשעה, בעונש הצפוי במקרה של הרשעה ובעונש המוצע בהסדר הטיעון. מובן כי גם לפי גישה זו חפות הנאשם עשויה להשפיע על סיכויי הרשעתו במשפט, למשל בגין הקשר שבין חפות לבין הסיכוי לקיום ראיות מזכות (או להיעדר ראיות מרשיעות). אחרי הכול, סביר להניח שכנגד נאשמים אשמים יהיו, בממוצע, ראיות חזקות

15 חששות להסדרים מהירים הנערכים בלחץ זמן בהחלט מתקיימים בעבירות קלות יותר, ובייחוד כשההסדרים נערכים בתיווך שופט במה שזכה לכינוי ״יום הקראות״. ראו סעיף 143א 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). ראו גם רע״פ 2292/08 **אמסלם נ׳ מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 30.3.2009) (בו קבעו שופטי הרוב, כי יש חשש שהחלטה להודות, המתקבלת בימי הקראות תחת לחץ זמן עלולה להיות החלטה לא מושכלת).

16 הודאה שקרית בהאשמות מן הסוג המתואר להלן אף מכונה לעתים ״הודאת שווא רציונלית״. ראו עמי קובו ״הודאת שווא רציונלית״ **הסנגור** 54, 3 (2001). ראו גם מאיר גלבוע ״חוסר הרציונליות שבהודאת שווא רציונלית – הערות למאמרו של עמי קובו ׳הודאת שווא רציונלית׳״ **הסנגור** 55, 3 (2001).

17 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). וכן ראו: 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, 450-451 (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). וכן ראו: Schulhofer, לעיל ה״ש 13, בעמ׳ 1981-1991;

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 עמדתם של 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 מודעים הם לכל הראיות שנאספו נגדם, מיוצגים כראוי והחלטתם אינה מתקבלת תחת לחץ זמן מיוחד.

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.[18]

מכל מקום, ההנחה הבסיסית המשותפת לשני הצדדים לדיון היא שכל 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.[19] על פי מודל זה, כאמור, הנאשם מקבל את החלטותיו במטרה למזער את עונשו ובהתחשב רק בתוצאות האובייקטיביות הצפויות של משפטו. במילים אחרות, במודל הצל, לחפותו של הנאשם או לאשמתו אין השפעה ישירה על החלטותיו בהליך, שכן אלו מתקבלות רק על בסיס התשתית הראייתית נגדו (לפיה מוערכים סיכויי הרשעתו), העונש הצפוי אם יורשע והעונש המוצע אם יודה באשמה במסגרת של 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 יכולה להיות לחפותו של הנאשם השפעה עקיפה על ההסדרים שיסכים לקבל. כפי שצוין לעיל, בהחלט ייתכן שהראיות נגד נאשמים חפים

18 ראו Thomas W. Church, Jr., *In Defense of "Bargain Justice"*, 13 LAW & SOC'Y REV. 509, 516 (1979); וכן ראו Easterbrook, לעיל ה״ש 7; Scott & Stuntz, לעיל ה״ש 7; כן ראו Josh Bowers, *Punishing the innocent*, 156 U. PA L. REV 1117 (2008).

19 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 תוצאותיו).

חלשות יותר בממוצע מאשר נגד נאשמים אשמים. מטעם זה ייתכן שחפים יסכימו רק להסדרים מקלים יותר, גם על פי מודל הצל המקובל.[20] 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 סיכוייו האובייקטיביים לזיכוי במשפט, ולא יותר.[21] מודל הצל אינו מכיר בהשפעה של עצם אמונתו של אדם בחפותו על הערכתו את סיכויי ההרשעה (מעבר להשפעה שיש לחפות על הראיות ועל סיכויי הזיכוי האובייקטיביים). המודל אינו מכיר גם בהשפעת החפות על יחסו של הנאשם לסיכון כפי שהוא נשקף מבחירתו בין משפט להסדר. לפיכך, על פי הנחת מודל הצל, אם נשווה את ההערכה של סיכויי ההרשעה של קבוצות נאשמים אשמים וחפים שסיכויי אשמתם האובייקטיביים – כמו גם יתר המשתנים הרלוונטיים – דומים, לא נמצא פער בין הערכות הסיכויים שלהם.[22] 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 הערכתם של סיכויי ההרשעה או על העדפות הנאשמים. לטענתנו, כאמור, הנחות אלו מוטעות.

ביקורת רבה אמנם נמתחה בספרות על מודל הצל, אולם ביקורת זו שונה מהטיעון המועלה ברשימה זו. קו הביקורת העיקרי על מודל זה גורס כי נאשמים – גם כשניתן 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.[23] אמנם, במאמר שפורסם לאחרונה בכתב העת של הארוורד נערך

20 ראו גזל ״בעיית החף״, לעיל ה״ש 8.

21 ראו Schulhofer, לעיל ה״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"). במערכת משפט שבה לנאשם חף יש סיכוי טוב יותר מאשר לנאשם אשם, גם כשראיות התביעה והמידע שבידי התביעה ביחס לנאשמים דומה, ייתכן 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); ראו גם Robert E. Scott & William J. Stuntz, *Plea Bargaining as Contract*, 101 YALE L.J. 1909, 1947 (1992). גם במקרה זה ההבדל בין חף לאשם נובע מהערכה שונה בדבר סיכוייהם במשפט ולא סותר את מודל הצל.

22 במאמרו פורץ הדרך של לנדס על הניתוח הכלכלי של הסדרי טיעון, התייחס המחבר, במשפט אחד, לאפשרות שנאשמים חפים נוטים להימנע מלהודות נוכח רתיעתם להודות במעשים שלא ביצעו, אך לא ביסס את קיומה של תופעה זו ולא ביצע את ההתאמות הנדרשות במודל שלו לאפשרות קיומה. ראו William M. Landes, *An Economic Analysis of the Courts*, 14 J.L. & ECON. 61, 69 (1971).

23 ראו, למשל, סדרת המאמרים של Alschuler שהתבססה על שיחות לא סדורות עם עורכי־דין ושופטים במה שהמחבר כינה ״עיתונאות משפטית״: Albert W. Alschuler, *The Prosecutor's*

ניסיון להתבסס על תובנות פסיכולוגיות בטענה כי רציונליות מוגבלת של נאשמים גורמת לשורה של טעויות בשיפוט ובקבלת החלטות,[24] אולם גם מאמר זה אינו מסתמך על מחקרים שבדקו ישירות התנהגות בהסדרי טיעון, אלא מיישם באורח תאורטי מחקרים שבדקו התנהגות אנושית בנסיבות אחרות.[25]

קבוצת מחקרים אחרת העומדת במתח עם מודל הצל מתמקדת בהשלכות של ההגינות הדיונית על נאשמים. לפי גישת ההגינות הדיונית, שביעות רצונם של נאשמים אינה תלויה רק בתוצאת ההליך אלא גם במאפייניו. נמצא כי נאשמים הביעו שביעות רצון גבוהה יותר מהליכים ונכונות גדולה יותר לקבל את תוצאתם כשההליכים נתפסו הוגנים יותר, גם אם התוצאה לא הייתה לרוחם.[26] על פי מחקרים אלו, המרכיבים המשפיעים על מידת ההגינות הדיונית הם מידת השתתפותו של הנאשם בהליך, הכבוד לו זכה מהמעורבים בהליך, הניטרליות של הגורם המכריע ומהימנות הרשויות.[27] מחקרים אלו עומדים בסתירה למודל הצל משום שהם מראים כי נאשמים מתייחסים לגורמים שונים מלבד התוצאות הצפויות של ההליכים.

לגישתו המחקרית של מאמר זה – המראה שהתנהגותם של נאשמים בהסדרי טיעון מושפעת מגורמים נוספים מלבד תוצאות המשפט הצפויות – יש מן המשותף עם הביקורות המתוארות על מודל הצל. אולם הניתוח המוצע כאן שונה מהן במספר היבטים משמעותיים. בשונה מהמחקרים העוסקים בהגינות דיונית, מאמר זה אינו מתמקד בהליך אלא דווקא בתוצאתו. כמו כן, עניינו אינו בשביעות הרצון של הנאשמים מההליך, אלא

(להלן: Alschuler, *The Role in Plea Bargaining*, 36 U. CHI. L. REV. 50, 52 (1968)) וכן ראו Albert W. Alschuler, *The Trial Judge's Role in Plea Bargaining, Part I*, 76 COLUM. L. REV. 1059 (1976); *Prosecutor's Role* וכן Alschuler, *The Defense Attorney's Role*, לעיל ה״ש 13.

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

25 המאמר מעלה מגוון השערות באשר להשלכתם של מחקרים שונים על התנהגות נאשמים בהסדרי טיעון על בסיס תאוריות בדבר התנהגות אנושית, בלא להתבסס על מחקרים שבחנו התנהגות של נאשמים בהסדרי טיעון ובלא בחינה יסודית של המשתנים המשפיעים על התנהגויות רלוונטיות בהקשרים אחרים, כדי להעריך – ולו באורח תאורטי – עד כמה ובאיזה אופן תופעות כלליות צפויות לבוא לידי ביטוי ספציפי בהקשר הקונקרטי של התייחסות נאשמים להסדרי טיעון. השוו Avishalom Tor, *The Methodology of the Behavioral Analysis of Law*, 4 HAIFA L. REV. 237, 275-281 (2008) (**דין ודברים** ד 237, 275-281) (מסביר כי חולשה זו נפוצה ביישומים משפטיים תיאורטיים של ממצאים התנהגותיים כלליים).

26 ראו Jonathan D. Casper, Tom Tyler & Bonnie Fisher, *Procedural Justice in Felony Cases*, 22 LAW & SOC'Y REV. 483 (1988).

27 לסקירת הספרות בנושא ראו Tom R. Tyler, *Social Justice: Outcome and Procedure*, 35 INT'L J. PSYCHO. 117 (2000).

בהחלטות שהם מקבלים בו. בשונה מהביקורות התאורטיות, העוסקות בהתנהגות נאשמים בהסדרי טיעון, רשימתנו מתבססת על נתונים אמפיריים ועל מחקרים פסיכולוגיים ממוקדים שעד היום כלל לא הובאו לידי ביטוי בתחום. יתר על כן: מאמרנו מנתח את האופן שבו נאשמים מקבלים החלטות בהסדרי טיעון תוך התמקדות בהגינותם של תנאי ההסדר המוצע כשלעצמם, ובשוני העקיב שאנו מגלים בין התנהגותם **בפועל** של חפים לבין זו של אשמים. בכל אלו, נבדל אם כן המחקר הנוכחי מהביקורות האחרות המוטחות במודל הצל בהסדרי טיעון.

ג. ממצאים אמפיריים

1. הרשעות מוטעות

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

חשוב להדגיש כי לפי מודל הצל, השפעת החפות על הסיכוי להגעה להסדר טיעון היא 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 טיעון שישקף הפחתה משמעותית באישומים ובעונש.[29] אכן, בארצות־הברית רשויות התביעה נוהגות להישען על הפחתות אישומים כדי להשיג הסדרים בתיקים חלשים.[30] גם התביעה בישראל משתמשת בכלי

28 ראו, למשל, Alschuler, *The Prosecutor's Role*, לעיל ה״ש 23, בעמ׳ 60.

29 שם.

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

דומה. מחקר אחד הראה, למשל, שבכ־4% מהתיקים בבית המשפט המחוזי בחיפה הייתה ההפחתה של סעיפי האישום כה משמעותית עד כי מבחינה מהותית ניתן היה להתייחס להסדר כאל זיכוי.[31] בדומה, במקרים רבים התביעה מציעה 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 שהסיכויים שהם יזוכו במשפט ניכרים.[32] תגובתו של היועץ המשפטי לממשלה לעתירות בעניין הסדר הטיעון עם הנשיא לשעבר קצב מלמדת כי הפחתות של אישומים כבדים, שהעונש בצדם הוא שנות מאסר רבות, לאישומים המאפשרים הסדר טיעון שבמסגרתו לא יוטל מאסר כלל, הן דבר של יום ביומו במקרים שבהם הראיות גבוליות.[33] על פי החלטת בג״ץ באותו עניין, דפוס פעולה זה של התביעה הוא לגיטימי.[34] יכולתה של התביעה להתאים את תוצאת ההליך לסיכויי ההרשעה במשפט – באמצעות שינוי האישומים וההסדר על העונש – מאפשרת לה להגיע להסדרים גם בתיקים קשים. מטעם זה, חפותם של הנאשמים לא אמורה להשפיע על הסיכוי שייערך עמם 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,

31 ראו תמיר, לעיל ה״ש 3, בעמ׳ 11.

32 ראו, למשל, ת״פ 202/02 (מחוזי חי׳) **מדינת ישראל נ׳ ישייב** (גזר דין מיום 18.12.02) (גזר הדין הטיל על הנאשמים עונשי מאסר של שמונה וחמש שנים. בשל קושי להוכיח את אשמתם של הנאשמים ברצח הומרו סעיפי האישום נגדם לקשירת קשר וניסיון לרצח ונערך איתם הסדר טיעון); תפ״ח (מחוזי ת״א) 1164/05 **מדינת ישראל נ׳ פריניאן** (פורסם בנבו, 8.3.2007) (הטלת עונש מאסר של חמש שנות מאסר על האחים פריניאן. במסגרת הסדר טיעון הומר סעיף הרצח בסעיף של קשירת קשר לביצוע רצח); תפ״ח (מחוזי ת״א) 1010/06 **מדינת ישראל נ׳ עיזאת** (פורסם בנבו, 22.7.2007) (עונשים של 18 חודשים עד שש שנות מאסר הוטלו על נאשמים שסעיף האישום נגדם הומר מרצח להריגה כדי שלא ייחשף מקור משטרתי). יצוין כי רוב כתבי האישום ברצח מסתיימים בהסדר טיעון שבמסגרתו 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.

33 ראו פס׳ 90 לתגובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה לבג״ץ 5699/07 **פלונית נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, מיום 5 ביולי 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״).

34 ראו בג״ץ 5699/07 **פלונית א׳ נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פס׳ 21 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין (פורסם בנבו, 26.02.2008) (״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 מושמטים אירועים שלמים מהמסכת העובדתית במסגרת הסדר הטיעון, על־אף שיש ראיות לכאורה להתקיימותם – וכבר היו דברים מעולם״).

ולקבוע אם שיעורם בשתי הקבוצות אכן דומה. מובן כי משימה זו 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 במשך השנים מאות מקרים של עיוותי דין, רבים מהם בעקבות מהפיכת ה־DNA שאִפשרה בחינה חוזרת של ראיות, שנים לאחר שאדם הורשע בעבירה.[35]

לצורך בחינה זו יצרנו מסד נתונים של כ־515 מקרים של הרשעה מוטעית שהתגלו בארצות־הברית ובקנדה, ובחנו כמה הרשעות מוטעות הושגו בעקבות הודאה באישומים בבית המשפט.[36] אמנם, לא כל הודאה באישומים היא תוצר של הסדר טיעון, אולם לפחות בעבירות חמורות הרוב המכריע של ההודאות ניתנות במסגרת הסדר טיעון או נוכח ההקלה שניתנה בחוק או בפסיקה למי שמודה.[37] מכל מקום, הממצאים מלמדים

35 אפילו הרשעות שבוטלו, כמו זו של עמוס ברנס או של נאשמי פרשת מע״צ, לא בוטלו בשל גילוי ראיות מזכות אלא רק לאחר שהובהר שהראיות המרשיעות – ההודאות שניתנו – אינן מהימנות. פרשת רצח החייל אולג שייחט קרובה יותר לענייננו, שכן במקרה זה הובהר, לאחר שהרוצחים נתפסו, שהנאשם שהודה ברצח, טארק נוג׳ידת, כלל לא היה קשור למעשה. במקרה זה ההליך טרם הסתיים ולכן הנאשם לא הורשע.

36 מסד הנתונים מתבסס על שני מקורות. האחד – מאגר הנתונים של אדמונד היגנס, הזמין באתר האינטרנט www.dredmundhiggins.com וכולל 316 מקרים של הרשעות מוטעות (נבדק לאחרונה ב־17.03.2009); האחר – רשימת הנאשמים במאמר Samuel R. Gross, Kristen Jacoby, Daniel J. Matheson, Nicholas Montgomery & Sujata Patil, *Exonerations in the United States 1989 through 2003*, 95 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 523 (2005), הכולל – בקיזוז מקרים שהופיעו במאגר הראשון – 199 מקרים של טעויות בדין שהתגלו בארצות־הברית בין השנים 1989 ו־2003. 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.

37 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 שהודה בלא הסדר). כאמור לעיל בה״ש 3, שיעורם של 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 ה״ש 24, בה״ש 9 למאמרו. 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 באשמה מכונות לעתים implicit plea bargains (ראו: Lawrence M. Friedman, *Plea Bargaining in Historical Perspective*, 13 LAW & SOC'Y. REV. 247, 253 (1979)). לצורך מאמר זה, הודאות הניתנות בתמורה להקלה לא מפורשת הן ככל הסדר טיעון.

שגם אילו היו כל ההודאות תוצר של הסדר טיעון, היו הסדרים אלה אחראים לשיעור קטן בלבד של הרשעות מוטעות. רק ב־29 מקרים (5.6%) הושגה ההרשעה המוטעית לאחר הודאת הנאשם באישומים. בכל יתר המקרים הושגה ההרשעה אחרי שהנאשם כפר באישומים והורשע במשפט. השיעור הנמוך מאוד 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.[38] בהנחה הסבירה שברוב המכריע של המקרים מי שמורשע אינו חף מפשע, הפער בין שיעור החפים הנכונים להודות באישומים לבין שיעור האשמים הנכונים לכך הוא עצום.[39] לכן, אם מסד הנתונים שלנו כולל מדגם מייצג של הנאשמים שהורשעו בטעות, הרי הוא מלמד כי הסיכוי שנאשם חף יערוך הסדר טיעון קטן באופן משמעותי מהסיכוי שנאשם אשם יעשה זאת.

נוסף על האמור, בָּחַנּוּ גם את התנהגותם של נאשמים באחת הפרשות שבהן נמצא כי מספר רב של נאשמים הורשעו על בסיס עדויות שהתגלו בדיעבד כשקריות. בעיירה טוליה שבטקסס הפליל שוטר אחד עשרות תושבים במקרים מנותקים לכאורה של סחר

38 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 שבשנת 2000 הוא עמד על כ־95%; ראו Bureau of Justice Statistics. State Court Sentencing of Convicted Felons, 2000. Washington: U.S Departement of Justice 43 2003.

39 מובן שאין מידע מהימן בדבר שיעורן הכולל של ההרשעות המוטעות, אולם גם המבקרים החריפים ביותר של מערכת המשפט הפלילית מסכימים כי הרשעה מוטעית הינה החריג ולא הכלל. ראו, למשל, D. Michael Risinger, *Innocent Convicted: An Empirically Justified Wrongful Conviction Rate*, (September 16, 2006), *available at* http://ssrn.com/abstract=931454, המבקר הערכה שצוטטה על ידי שופט בית המשפט העליון האמריקני סקליה, שלפיה שיעור ההרשעות המוטעות אינו עולה על 0.027% מכלל ההרשעות, ומציג חישוב שלפיו השיעור גדול בהרבה, ובעבירות של רצח ואונס נמצא כנראה בטווח שבין 3% ל־5%. מעטים החוקרים המאמינים ששיעור ההרשעות המוטעות גדול יותר, ולכן ההנחה היא שההרשעות המוטעות לא משפיעות משמעותית על שיעורי ההודאות במדגם של כלל המורשעים. עוד יצוין 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 גדול עד כדי שישפיע במידה ניכרת על ההערכה של שיעור ההודאות בקרב האשמים.

nevo.co.il

ושימוש בסמים.[40] שמונת הנאשמים הראשונים שהועמדו לדין דחו הצעות להסדר טיעון ונידונו לתקופות מאסר ממושכות שנעו בין 20 ל־434 שנות מאסר בפועל.[41] ביניהם היה למשל ג׳ו מור, שסירב לכל הסדר טיעון למרות שסנגורו אמר לו שלאדם כמוהו אין סיכוי במשפט – נאשם שחור, שבעברו שתי הרשעות בעבירות סמים, המופיע בפני חבר מושבעים בעיירה שמרנית, לא יצליח לשכנע שהוא אמין יותר מהשוטר שהפליל אותו, בהיעדר אליבי.[42] כמוהו גם פרדי ברוקינס, שראה כיצד חמישה נאשמים שהועמדו לדין לפניו הורשעו על בסיס עדותו של אותו שוטר. בערב המשפט הוצע לו הסדר של חמש שנות מאסר, ועורך־דינו המליץ לו בחום לקבלו. פרדי אמנם התלבט, אך בהתייעצות עם אביו הגיע למסקנה שאם הוא לא ביצע את העבירה הוא לא צריך להודות.[43] הוא הורשע ונדון לעונש המרבי של 20 שנות מאסר.

התנהגותם של נאשמים אלו מחזקת את המסקנה כי נאשמים חפים נוטים לכפור באישומים גם כשניתוח אובייקטיבי של סיכויי הרשעתם מלמד שהם גבוהים. בטקסס, יותר מ־96% מהתיקים בעבירות פשע (Felony) מסתיימים בהודאות באשמה,[44] ואילו מבין שמונת הנאשמים הראשונים לא נמצא ולו אחד שבחר להודות. אכן, לא ניתן לקבוע בוודאות כי בחירת הנאשמים במשפט – בניגוד לעצה של עורכי־דינם ובניגוד למקובל על ידי מרבית הנאשמים בטקסס ובארצות־הברית כולה – הייתה תוצר של חפותם. לא ניתן לשלול את האפשרות שלתיקים אלו היה ייחוד אחר, ושבהיעדר הבדלים אחרים גם נאשמים שהיו אשמים בסיטואציה דומה היו נמנעים מלהודות. ועם כל זאת, דומה שההחלטה החריגה של נאשמים שבחרו לכפור באישומים בניגוד לעצת סנגוריהם 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 שלושה נשפטו ושניים נוספים נאבקו עד שהאישומים שעמדו כנגדם בוטלו בהתבסס על אליבי שהציגו. 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

40 לאחר חשיפת הפרשה זכו הנאשמים בחנינה ובפיצוי בסכום כולל של שישה מיליון דולר, והשוטר הורשע על ידי המושבעים במסירת עדות שקר.

41 למעט נאשם אחד שנדון ל־12 שנות מאסר בפועל.

42 ראו NATE BLAKESLEE, TULIA: RACE, COCAINE AND CORRUPTION IN A SMALL TEXAS TOWN 44-45 (2005). מור, שהיה מתוסכל מחוסר האמון של סנגורו, 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 תוך פחות מיום. מור הורשע בקלות ונגזרו עליו 99 שנות מאסר. שם, בעמ׳ 59.

43 שם, בעמ׳ 148.

44 הפקנו נתון זה מתוך מאגר המידע של Bureau of Justice Statistics (2001) http://bjsdata.ojp.usdoj.gov/dataonline/Search/Prosecutors/bydiscomp_table.cfm.

הראשונים על חוסר אמינותו של השוטר שהפליל אותם, וההמחשה הברורה של תוצאות ההתעקשות על משפט שבאה בדמות שמונת חבריהם שריצו תקופות מאסר ארוכות, עזרה לסנגורים לשכנע את לקוחותיהם שהודאה היא המוצא הסביר היחיד.[45] ניתן כמובן לטעון כי נכונותם של נאשמים רבים כל כך להודות למרות חפותם מחזקת דווקא את הטענה כי החפות אינה מכשול אמיתי בפני הודאה רציונלית; 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 הקלים כל כך שהתובע הסכים להציע גברו על המחסומים הפסיכולוגיים שעוד נותרו לחפים אלה בדרכם להודאה.

ישנם כמה הסברים אפשריים לסתירה הלכאורית בין הממצאים בדבר הרשעות מוטעות לבין מודל הצל. אפשרות אחת היא שהמקרים במאגר ההרשעות שבוטלו אינם מדגם מייצג של הרשעות מוטעות. ראשית, המאגר מתייחס לעבירות חמורות יחסית – לרוב עבירות של המתה, מין ושוד; בפרשת טוליה הואשמו הנאשמים בעבירות סמים. ייתכן שבעבירות קלות יותר נאשמים חפים מגלים נכונות רבה הרבה יותר לקבל הסדרי טיעון. אולם, גם אם בעבירות קלות נאשמים מתנהגים אחרת, הרי לפחות לגבי עבירות בחומרה בינונית ומעלה הממצאים מאתגרים את מודל הצל. יתר על כן, דווקא בעבירות חמורות שעונשים כבדים בצידן, ניתן היה לצפות כי נאשמים יגלו נכונות רבה יותר לקבל עסקאות טיעון בשל הסיכון הרב הכרוך בהרשעה.

שנית, ייתכן ששיעור החפים המודים באשמה במציאות גבוה משיעורם במדגם, משום שנאשמים ככלל – גם החפים ביניהם – אינם נאבקים על חפותם לאחר הודאה, ולכן הסיכויים שהרשעותיהם תתגלינה כמוטעות הם מועטים. לעומת זאת, ייתכן 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 מהמאגר, בהם התגלתה הטעות כשהעבריין האמיתי נחשף, משום שחשיפת העבריין האמיתי צפויה להיות תלויה פחות במאמצי הנאשם להוכיח את חפותו ויותר בגורמים מקריים שאינם בשליטתו.[46] לפיכך, החשש שביטול הרשעותיהם

45 ראו BLAKESLEE, לעיל ה״ש 42, בעמ׳ 160. ראו גם Hans Sherrer, *Travesty in Tulia, Texas: Frame-up of 38 Innocent People Orchestrated by a County Sheriff, Prosecutor and Judge Sting Docket*, (2003) *available at* www.forejustice.org/wc/tulia_travesty.htm וכן AMARILLO GLOBE NEWS 2001, www.amarillo.com/stories/032001/spe_sting.shtml (last updated March 20, 2001).

46 בארץ, הנאשמים ברצח אולג שייחט – כולל טארק נוג׳ידאת, הנאשם שהודה ושחזר את הרצח – כפרו באישומים בבית המשפט, אף שגם כאן הרוב המכריע של נאשמים שמודים בחקירתם מודים גם בבית המשפט. מקרה זה דומה למקרים שנבדקו במדגם המוזכר במאמר שכן גם כאן בוטלו

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%)[47] היה נמוך באופן דרמטי משיעור ההודאות בקרב כלל המורשעים (העומד, כאמור, על כ־90%). לפיכך קשה לייחס את התוצאה שגילינו רק או בעיקר למאמציהם של חפים יוצאי־דופן המסרבים להודות, לפעול למען זיכוים לאחר הרשעתם. זאת ועוד: גם בפרשת טוליה זכו נאשמים רבים 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. אם כן, לאור כל האמור, אין זה סביר לייחס את הפער העצום בין השיעור הכללי של הסדרי הטיעון לבין שיעורם במדגם, לשוני בדרכי הפעולה של חפים המודים לעומת חפים המורשעים במשפט.

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 לבירור האמת, נאשמים חפים ידעו שסיכוייהם במשפט טובים יותר ממה שהתביעה מעריכה בהסתמך על המידע החלקי שבידיה. מובן כי אם נאשמים אלה יוכלו להעביר לתביעה מידע זה על סיכוייהם במשפט – כמו, למשל, ליידע אותה על ראיות המחלישות את התיק נגדם – הם יעשו זאת כדי לשכנע את התביעה לוותר על התיק או להציע להם הצעה טובה יותר. לעתים, למרות שאין בידי הנאשמים מידע קונקרטי המראה שסיכוייהם במשפט טובים, הם יודעים שהם חפים ושלעתים חפות כזו נחשפת במשפט. במקרה כזה, הפערים בהערכת הצדדים לגבי סיכויי ההרשעה יובילו חפים לדחות הצעות להסדר טיעון שאשמים שכנגדם ישנן ראיות דומות – יקבלו. מטעם זה, שיעור ההודאות בקרב חפים יהיה נמוך יותר.[48]

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 שייתכן כי הם תורמים לו. תוצאת ההליך השיפוטי תלויה בראיות, ואת הראיות

האישומים מכיוון שהרוצחים האמיתיים נתפסו במקרה, ובלי קשר לכפירתם של הנאשמים המקוריים.

47 16 מתוך 210.

48 ראו Grossman & Katz, לעיל ה״ש 21, בעמ׳ 749-757; כן ראו Scott & Stuntz, *Plea Bargaining as Contract*, לעיל ה״ש 21.

שניתן להציג בבית המשפט ניתן על פי רוב לחשוף בפני התביעה.[49] אמנם ישנם ודאי מקרים בהם התפתחות ההליך עשויה להוביל לחשיפת החפות, אף שהנאשם אינו יכול להראות לתביעה שהתפתחות זו צפויה; אלא שלאור מבנה ההליך האדברסרי – שבמרבית המקרים אינו מאפשר חשיפת ראיות שהצדדים לא החזיקו לפני תחילתו – קשה להסביר פער כה גדול בשיעור ההודאות רק באמצעות השלכותיהם הרציונליות של פערי המידע בין הצדדים.

יובהר: איננו טוענים כי חפים מעריכים את סיכויי הרשעתם כמו אשמים הניצבים בפני ראיות מפלילות דומות. אדרבה, כפי שנראה בהמשך, כמה הטיות קוגניטיביות אכן צפויות לגרום לאופטימיות־יתר של חפים באשר לסיכוייהם במשפט. טענתנו כאן היא רק שלא סביר לייחס את הפער העצום בשיעורי ההודאה העולה מן הממצאים האמפיריים אך להערכה **רציונלית** 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 מהמגבלות על יכולת התביעה להציע הקלות בעונש.[50] לפי הסבר זה, התביעה יכולה להציע לנאשמים הקלה מסוימת בתמורה להודאה 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 את חולשת התיק במידה מספקת. אם נאשמים חפים עומדים בפני תיקים חלשים יותר מהממוצע, שיעורם בקרב אלו הבוחרים במשפט יהיה גדול יותר. אלא, שלטענות בדבר מגבלות משמעותיות על יכולתה של התביעה או על רצונה 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

49 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).

50 ניתן כמובן להעלות השערות נוספות באשר להבדלים אפשריים בין התיקים שבהם 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 מקלות. סבירותה של טענה זו נמוכה משום שאין סיבה להניח שדווקא נאשמים שבדיעבד מתברר חפותם זוכים לפחות הצעות להסדרים או להצעות פחות אטרקטיביות מנאשמים שאינם חפים. זאת, לא רק משום שבמרבית המקרים התובעים אינם יודעים שהנאשמים חפים ולכן אינם יכולים להחליט על מדיניות הצעות קשוחה יותר כלפיהם, אלא גם משום שאין סיבה להניח שאותם תובעים מושחתים המעמידים לדין נאשם ביודעם שהוא חף (ככל שהתופעה קיימת) יעדיפו לנהל הליך משפטי דווקא נגד החפים במקום להגיע להסדר שיבטיח הרשעה.

nevo.co.il

בפועל.[51] בארצות־הברית כוחה של התביעה להפחית אישומים כמעט אינו מוגבל, ולתביעה גם אין עניין מיוחד לנהל תיקים חלשים בשל החשש של תובעים מזיכוי.[52]

לאור כל האמור, נראה כי מודל הצל מתקשה להסביר את הייצוג הנמוך כל כך של מודים באשמה בקרב נאשמים 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 יש חשיבות רבה לצורך פיתוח מסקנות נורמטיביות מהתופעה המתגלית. לצורך זה נבחן בחלקים הבאים כמה מחקרים מסוגים שונים, העשויים לסייע בחשיפת האופן שבו חפותו של נאשם משפיעה 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.[53] מאידך, מחקרים מסוג זה מוגבלים ביכולתם לשלוט במשתנים הגורמים לתופעה שהם בוחנים, משום שמספר רב של גורמים משפיע על התרחשותן של תופעות בעולם המציאות.[54] מגבלה זו באה לידי ביטוי בניתוח של הממצאים בחלק ג.1 לעיל, כשראינו, למשל, שניתן לנסות ולייחס את הפער הניכר בין התנהגותם של חפים לזו של אשמים גם למאפייני המדגם או לפערי מידע בין נאשמים חפים לבין התביעה.

מנגד, המתודולוגיה הניסויית מסוגלת לבודד את הגורמים השונים המשפיעים על התנהגות של נאשמים בהסדרי טיעון, כפי שימחישו המחקרים שיתוארו להלן. 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 בין הקבוצות הבדל שיטתי, בעל מובהקות סטטיסטית במשתנה שנמדד (״המשתנה התלוי״), ניתן לייחסו להשפעת המשתנה הבלתי־תלוי. יתרונה הברור של הגישה הניסויית בשליטה במשתנים מחזק את תוקפן של מסקנותיה באשר לקשר בין משתנים בסביבת הניסוי. יתרון זה גם מעורר שאלה בלתי־נמנעת באשר לתוקפם החיצוני של ממצאי הניסוי: מדובר בממצאי ניסויים פסיכולוגיים הבוחנים

51 ראו לעיל, ה״ש 32-38 והטקסט הסמוך אליהן.

52 ראו Bowers, לעיל ה״ש 18. כן ראו Scott & Stuntz, *Plea Bargaining as Contract*, לעיל ה״ש 21, בעמ׳ 1971.

53 לדיון בסוגיה בהקשר של מחקר התנהגותי במשפט ראו Tor, לעיל ה״ש 25, בעמ׳ 281-291.

54 שם.

התנהגות אנושית, ולכן התוקף החיצוני תלוי במידת הדמיון והשוני שבין מאפייני הסביבה הניסויית למאפיינים רלוונטיים של המציאות אליה מבקשים לייחס את ממצאי הניסויים.[55]

בהקשר דנן – של הסדרי טיעון עם נאשמים פליליים – ישנו קושי מובנה ביצירת סביבה ניסויית בעלת תוקף חיצוני. ראשית, ייתכן 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 כבדים – מקשה על סימולציה משכנעת בסביבה ניסויית. שלישית ובהמשך לכך, אף בעבירות ובעונשים קלים יותר, הכנסת נבדקים לנעלי ״נאשמים״ בלא ידיעתם כרוכה בהכרח בהטעיית נבדקים והעמדתם במצב פגיע, המעוררות בעיות אתיות ניכרות.[56]

עם זאת, לא נראה שהקשיים הכרוכים בשימוש בגישה ניסויית לבחינה של 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 נכונותם של 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,[57] הניסויים הספורים שנעשו בתחום נערכו בסוף שנות השבעים ובראשית שנות השמונים של המאה הקודמת, לפני שהתבסס מודל הצל של המשפט. בשל כך, לא נערך במסגרתם

55 ראו: ROBERT ROSENTHAL & RALPH L. ROSNOW, ESSENTIALS OF BEHAVIORAL RESEARCH: METHODS AND DATA ANALYSIS (3rd ed. 2007). לדיון באשר ליתרונות ולמגבלות השימוש במתודולוגיה ניסויית במשפט ראו Tor, לעיל ה״ש 25, וכן Avishalom Tor, *On Contractual Defaults and Experimental Law and Economics*, 163 JOURNAL OF INSTITUTIONAL AND THEORETICAL ECONOMICS 26, 28 (2007) (חשיבות ההבאה בחשבון של מאפייניה היחודיים של מערכת המשפט בבניית מחקרים ניסויים במשפט).

56 באשר למגבלות האתיות על ניסויים בבני אדם ראו, למשל, Tor, *Contractual Defaults*, שם. עם זאת יש לציין שבמחקר אחד שנערך לפני כמה עשורים נעשה שימוש בסימולציה מעין זו, כמתואר להלן.

57 Tor, Gazal-Ayal & Garcia, *Fairness and Willingness*, לעיל ה״ש 9.

ניסיון מודע להשוות את ממצאי הניסויים למודל זה, ומבנה הניסויים ואופן הדיווח על הממצאים מונעים השוואה כזו אף בדיעבד.[58]

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

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 כי האישום מוצג להם במסגרת ניסוי.[61] 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 שמונה הנבדקים שקיבלו מידע על התשובות הסכימו להסדר, אף אחד מהשמונה האחרים לא הסכים לכך. הואיל והראיות שהוצגו לחפים ולאשמים היו זהות, ולא הייתה לאף סטודנט (חף או אשם) גישה לראיה מזכה מיוחדת, סביר שלא היו הבדלים ניכרים בסיכויי ההרשעה של הסטודנטים השונים (אם כי ייתכן, כפי שנראה בהמשך, שהחפים העריכו את סיכוייהם כטובים יותר מהאשמים אף בלא בסיס רציונלי־אובייקטיבי). ממצא זה מחזק את המסקנה כי לחפות יש השפעה עצמאית על ההערכה של סיכויי הזיכוי או על עצם הנכונות להסדר.

נוסף על כך, התנהגות של החפים ושל האשמים בניסוי זה — שבו הנבדקים האמינו ב״חפותם״ וב״אשמתם״, לפי העניין — דמתה למאפייני התנהגות של נבדקים בניסויים דומים שהשתמשו בשאלונים שבהם החפות והאשמה היו היפותטיות בלבד. דמיון זה מחזק את ההנחה שגם בתחום של הסדרי טיעון, כמו בתחומים רבים אחרים של התנהגות

58 לניתוח מפורט של תוצאות מחקרים אלה ושל מגבלותיהם ראו שם.

59 לרשימת המחקרים שהשתמשו במתודולוגיה זו ראו ה״ש 9 לעיל.

60 במחקר של Gregory, Mowen & Linder, לעיל ה״ש 9, בעמ׳ 1524, קיבלו את ההסדר 83% מהאשמים ו־18% מהחפים. במחקרו של Bordens, לעיל ה״ש 9, קיבלו את ההסדר 79.6% מהאשמים ו־20.3% מהחפים. בניסוי הראשון במחקר שערכנו אנחנו הסכימו להצעה שהוצגה בפניהם 67% מהאשמים ו־20% מהחפים. ראו Tor, Gazal-Ayal & Garcia, *Fairness and Willingness*, לעיל ה״ש 9.

61 ראו Gregory, Mowen & Linder, *Social psychology and Plea Bargaining*, לעיל ה״ש 9, בעמ׳ 1526-1528.

אנושית, מחקרים ניסויים המתבססים על שאלונים היפותטיים משקפים ככלל מגמות הקיימות גם מחוץ למעבדה ומהווים לכן מקור בעל ערך לחקר הסדרי טיעון.[62] מחקרים אלה, אם כן, על אף מגבלותיהם האינהרנטיות, מחזקים את ההנחה שלחפות יש השפעה עצמאית על החלטות נאשמים – בניגוד לתחזית של מודל צל המשפט.

3. תשאול נאשמים בדיעבד

קבוצת מחקרים שלישית מסתמכת על שאלות המופנות לנאשמים בדיעבד, לאחר ההליך הפלילי. כך, כמה חוקרים ששאלו נאשמים על הבחירה אם להודות או לכפור באישומים הראו כי שיקולי כדאיות – שעליהם 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 הראה מחקר אחד 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 ל־10% מהנאשמים, והרצון לזכות בעונש קל יותר היווה סיבה עיקרית ל־5% מהנאשמים).[63] בדומה, כמעט כל מי שכפר באשמה נימק את כפירתו בטענה כי הוא לא ביצע את העבירה או שהמעשה שביצע אינו מהווה עבירה לדעתו.[64] במקרים רבים הוביל נימוק זה להחלטה שאפילו לדעת הנאשמים עצמם לא הייתה ההחלטה בה היו בוחרים לו הונעו על ידי שיקולי כדאיות.[65] ממצאים דומים עולים ממחקר שביצע עמי קובו בארץ.[66] קובו ראיין כ־400 נאשמים מיד אחרי תשובתם לאשמה בבית משפט השלום. לשאלה ״מדוע הודית״ או ״מדוע כפרת״ השיבו רוב הנאשמים שהודו באשמה באופן עקיב כי 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%), הסדר טיעון או הקלה צפויה בעונש

62 נוסף על כך, מחקר יוצא־דופן שבחן את השפעתם של מאפיינים פרוצדורליים של ההליך הפלילי על קבלת החלטות בהסדרי טיעון, תוך שימוש בנאשמים פליליים כנבדקים והשוואתם לנבדקים טיפוסיים (סטודנטים באוניברסיטה), מצא כי לרובם המכריע של המשתנים שנבחנו הייתה השפעה דומה על שתי קבוצות הנבדקים. ראו Pauline Houlden, *Impact of Procedural Modifications on Evaluations of Plea Bargaining*, 15 LAW & SOC'Y REV. 267 (1980). ממצא זה תורם אף הוא לתוקף החיצוני של המתודולוגיה הניסויית הטיפוסית בהקשר דנן.

63 ראו ANTHONY E. BOTTOMS & JOHN D. MCCLEAN, DEFENDANTS IN THE CRIMINAL PROCESS 111 (1976).

64 שם, בעמ׳ 131.

65 לניתוח מפורט יותר של מחקר זה ראו להלן, הטקסט הסמוך לה״ש 81.

66 ראו קובו **נאשמים בלתי עקביים**, לעיל ה״ש 15.

בעקבות ההודאה (11.2%) (סיבה נפוצה נוספת שניתנה הייתה ״נתפסתי על חם״ 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 את עצמם באור חיובי. עם זאת, כדי לצמצם חשש זה המחקרים נערכים לרוב לאחר תום ההליכים, כשהנאשם יודע שלדברים אין השפעה על תוצאות ההליך שהסתיים. זאת ועוד: כפי שנראה בהמשך, לעתים נאשמים דווקא הציגו את 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 שכל 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.

ד. תובנות פסיכולוגיות

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

1. הערכה של 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, המשא ומתן עשוי להיכשל. כדי לצמצם את מספר הכישלונות, התביעה – התלויה בהסדרי טיעון – מגדילה את ״ההנחה״ המוצעת ובדרך זו מבטיחה שהצעותיה יתקבלו על ידי רובם המכריע של הנאשמים. אולם ייתכן שהנאשמים המעטים המסרבים למרות זאת לקבל הסדרי טיעון הם אותם נאשמים המעריכים את סיכוייהם במשפט כטובים בהרבה מהערכת התביעה. אם נאשמים חפים זוכים לייצוג־יתר בקבוצה זו, הדבר יכול להסביר את הימנעותם מלהודות.

אכן, גם לפי מודל הצל ייתכן שפערי ההערכה בין נאשמים לתביעה גדולים יותר אצל חפים. כפי שהוסבר לעיל, ייתכן שחפותו של נאשם משפיעה על סיכויי זיכויו גם אם אין ראיות זמינות היכולות לבסס את הספק בדבר אשמתו.[67] במקרה כזה, נאשמים חפים ייטו לדחות הסדרים שאשמים יקבלו במצב דומה בהסתמך על המידע החד־צדדי שברשותם.

אולם מודל הצל נותן רק תמונה חלקית לפערי הערכה אלו. מעבר לפערי מידע, גורמים פסיכולוגיים 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 בהיעדר בסיס אובייקטיבי. כך, במחקר אחד נתבקשו נבדקים לדמיין שהם מואשמים בשוד מזוין. הם קיבלו מידע על האירוע ושמעו הקלטה של סנגורם המתאר את הראיות נגדם. למרות שכל הסטודנטים קיבלו מידע זהה ושמעו את אותם דברים מהסנגור, כאשר נשאלו הנבדקים עד כמה לדעתם הסנגור מאמין בחפותם, ההערכה של החפים הייתה גבוהה באופן משמעותי. גם הערכת הסיכויים לזיכוי במשפט הייתה גבוהה יותר אצל החפים.[68] בדומה, במחקר אחר שבו נאמר לנבדקים כי ישנם שלושה עדים לביצוע הפשע, נבדקים חפים העריכו את סיכויי הרשעתם כנמוכים יותר.[69]

כאמור, שני המחקרים שנסקרו השתמשו במתודולוגיה ניסויית. עם זאת, משמצאנו כי אמירה סתמית לנבדקים לפיה הם אשמים או חפים משפיעה על הערכתם את האמון שהסנגור רוחש להם או את זה שירחשו להם המושבעים, סביר להניח שבמציאות, חפות או אשמה אמיתיים ישפיעו על ההערכה באורח דרמטי יותר.[70]

67 אם יש ראיות כאלו ניתן להציגן לתובע, וכך הן ישפיעו ישירות על ההערכה של שני הצדדים את תוצאות המשפט, ולא ייצרו פערי הערכה. ראו הטקסט לה״ש 21 לעיל.

68 ראו Gregory, Mowen & Linder, *Social Psychology and Plea Bargaining*, לעיל ה״ש 9, בעמ׳ 1522.

69 ראו Bordens, *Likelihood of Conviction*, לעיל ה״ש 9.

70 אכן, מחקרים בתחום הליטיגציה והפשרה במישור האזרחי מראים כי די בעצם קביעת תפקידם של משתתפים בניסוי כתובעים או כנתבעים כדי ליצור הטיה באופן שבו הם מעריכים את אותו מכלול ראייתי, וכי הטיה זו מביאה לפער עקיב 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 JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVE 109 (1997).

ההבדל השיטתי בהערכת הסתברות ההרשעה בין חפים לאשמים מתיישב גם עם ״אשליית השקיפות״, דהיינו: האמונה המוגזמת של אנשים ביכולתם של אחרים להבחין אם הם דוברי אמת או שקר.[71] אם נאשמים סבורים שבית המשפט או הסנגור יכולים בקלות יחסית לגלות אם הם דוברים אמת או משקרים, הם יתאימו את הערכתם בדבר תוצאות המשפט לאשמתם גם בהיעדר הבדל בראיות האובייקטיביות נגדם.

האמונה הנפוצה שהעולם הוגן[72] 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 פופולריות כגון האמונה ביכולתו של השופט לזהות שקרים או, לחלופין, לעודד חפים לחשוב בטעות שסירוב להסדר טיעון ישמש ראיה לחפותם.[73]

זאת ועוד: אשמים עשויים להעריך ביתר את סיכויי הרשעתם גם בשל הטיית הזמינות.[74] מקבלי החלטות העושים שימוש בזמינות מעריכים הסתברות של אירועים על פי קלות שליפתם או בנייתם בזיכרון. כך, אירועים שקל יותר לזוכרם או לדמיינם נתפסים כבעלי הסתברות גבוהה יותר להתרחשותם. על פי רוב, אירועים נפוצים, למשל, אכן נזכרים טוב יותר וקל יותר לדמיין את התרחשותם, ולכן הזמינות הינה היוריסטיקה יעילה. אלא שישנם גורמים המשפיעים על זיכרון או יכולת דמיון של אירועים בלי לשנות את הסתברות התרחשותם וכך גורמים לטעויות צפויות בשיפוט הסתברותי.[75]

71 Thomas Gilovich, Kenneth Savitsky & Victoria H. Medvec, *The Illusion of Transparency: Biased Assessments of Others Ability to Read our Emotional States*, 75 JOURNAL PERSONALITY & SOCIAL PSYCHOLOGY, 332 (1998).

72 מקור התאוריה 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 Bègue, *Experimental Research on Just-World Theory: Problems, Developments, and Future Challenges*, 131 PSYCHCOLOGICAL BULLETIN 128 (2005).

73 ראו *Social Psychology and Plea Bargaining* Gregory, Mowen & Linder, לעיל ה״ש 9.

74 ראו Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability*, 4 COGNITIVE PSYCHOLOGY 207 (1973). למאורע יש 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). קרול מצא שנבדקים שנתבקשו לדמיין מאורעות העריכו את הסתברות התרחשותם יותר מנחקרים אחרים.

75 Tversky & Kahneman, לעיל ה״ש 74. לדוגמאות מניסויים כמו גם ליישומים משפטיים ראו Tor, לעיל ה״ש 25, בעמ׳ 248-249.

בסיטואציה של הסדר טיעון, הנאשם צריך לנבא את הערכתו הצפויה של השופט לגבי אשמתו כדי להכריע אם 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 של חפים להעריך ביתר את סיכויי הזיכוי שלהם – נטייה הגורמת להם להירתע מקבלת הסדרי טיעון שאשמים היו נוטים לקבל בנסיבות דומות.

2. תפיסת הגינותו של ההסדר

הרשעת חף נתפסת כמצב לא צודק או לא הוגן.[76] אכן, מחקרים מלמדים שאנשים נרתעים מתוצאות שהם תופסים כבלתי־הוגנות כלפיהם בכלל[77] ובמשא ומתן בפרט,[78] ואף מוכנים לשלם על כך מחיר משמעותי.[79] מחקרים על הסדרי טיעון מראים אף הם שגם כשהסיכוי לזיכוי של חף ואשם דומה, נאשמים חפים ייטו לדחות הסדרים שאשמים ייטו לקבל.[80] בדומה, כפי שציינו לעיל, מחקרים שבחנו את הסיבות שנתנו נאשמים

76 כך, למשל, מקובל להתייחס להרשעת חפים כלא הוגנת או לא מוסרית; ראו, למשל, DWORKIN, לעיל ה״ש 6; HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF CRIMINAL SANCTION 250 (1968).

77 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).

78 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).

79 למשל, CAMERER, BEHAVIORAL GAME THEORY, לעיל ה״ש 78; Roth, *Bargaining experiments*, לעיל ה״ש 78 (נכונות לסבול הפסד במסגרת משחק האולטימטום אף כשמדובר בסכומים גדולים); וכן George F. Loewenstein, Leigh Thompson & Max H. Bazerman, *Social Utility and Decision Making in Interpersonal Context*, 57 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOLOGY 426 (1989).

80 ראו Tor, Gazal-Ayal & Garcia, *Fairness and Willingness*, לעיל ה״ש 9. עם זאת, חשוב לציין כי אחד הניסויים שם הצביע על הצטמצמות הפער המובהק בין חפים לאשמים כשהסתברות ההרשעה גבוהה ביותר. ממצא דומה התגלה גם אצל Bordens, *Likelihood of Conviction*, לעיל ה״ש 9, בעמ׳ 67, ומרמז כי עבור החפים ההרשעה עצמה היא עונש כבד יחסית, שהם מעוניינים להימנע ממנו גם במחיר של סיכון גדול לעונש פורמלי כבד. מנגד, אשמים אינם מוכנים לקחת סיכון דומה כדי להימנע מהרשעה. כאשר הסיכוי שבחירה במשפט תוביל לזיכוי מצטמצם משמעותית, ההבדל בין

אמיתיים להחלטתם להודות או לכפור באשמה מראים שהאָשֵׁם נתפס על ידם כשיקול רלוונטי, בניגוד להנחה של מודל הצל.[81] כפי שהראינו, רובם המכריע של הנאשמים שכפרו באישומים, הסבירו את החלטתם בטענה שהם אינם אשמים, 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.[82] זאת ועוד: אחד המחקרים גילה שכ־26% מאלו שכפרו והורשעו במשפט ו־21% מאלו שכפרו וזוכו במשפט אמרו לסוקרים כי הם כפרו למרות שבעת שהחליטו לעשות זאת הם העריכו כי יורשעו. ברור כי לפחות לגבי אלו שזוכו בסופו של דבר, הערכה זו אינה משקפת חכמה לאחר מעשה או את השפעתו של דיסוננס קוגניטיבי עקב המתח החריף שבין כפירה להרשעה.[83] רק מספר קטן מאוד של נבדקים הסביר את ההחלטה לכפור בשיקולי כדאיות, דבר המתיישב עם המסקנה שהגינות אכן משפיעה על אשמים לקבל הסדרים ועל חפים לדחותם.

ממצאים אלו נתמכים גם בשורת אנקדוטות על נאשמים שדחו הצעות לשחרור מיידי ממתקן הכליאה בתמורה להודאה באשמה, והיו נכונים לשלם את המחיר של שנות מאסר רבות בשל חפותם. כזהו סיפורה של קלי ג׳ארט, שהורשעה בגיל צעיר ברצח שככל הנראה לא ביצעה, ונידונה למאסר של מ־25 שנה ועד מאסר עולם. ג׳ארט דחתה כמה הצעות להסדר טיעון, כולל הצעה שבאה לאחר שהחלה בריצוי עונש המאסר והייתה מאפשרת לה להשתחרר מיד בתמורה להודאה. היא נימקה את החלטתה באי־המוסריות של הודאה ברצח שלא ביצעה.

בדומה, קרי קוק נידון למוות בגין רצח ואונס. לאחר שערעורו על ההליך המקורי התקבל, הוא הורשע שנית ושוב נידון למוות. כאשר הורו בערעור שוב על משפט חוזר, הציע התובע לקוק להודות בתמורה לשחרור מיידי. קוק סירב להודות ברצח שלא ביצע למרות שהסיכון היה עוד הרשעה ועונש מוות. רק לאחר שהוצע לו לקבל הסדר של nolo contendere – דהיינו: הסדר שבמסגרתו הוא מורשע בלא להודות, תוך שהוא ממשיך

החפים לאשמים מצטמצם, שכן השפעת הבחירה של הנאשם על הסיכוי שהוא יורשע קטנה. לדיון בתופעה, בהשלכותיה ובמגבלות הממצאים הקיימים ראו Tor, Gazal-Ayal & Garcia, *Fairness and Willingness*, לעיל ה״ש 9, חלק II.B.

81 ראו BOTTOMS & MCCLEAN, לעיל ה״ש 63, בעמ׳ 111. כאמור לעיל, מחקרם מראה כי הסיבה השכיחה שניתנה לשאלה ״למה הודית באישומים״ הייתה ״כי אני אשם״, בעוד שמעטים הציגו את שיקולי התועלת כשיקולים מרכזיים; ראו הטקסט הסמוך לה״ש 63 לעיל.

82 ראו שם, בעמ׳ 130-131 וכן קובו **נאשמים בלתי עקביים**, לעיל ה״ש 15.

83 תאוריית 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 (1957) (אבי התאוריה). כן ראו COGNITIVE DISSONANCE: PROGRESS ON A PIVOTAL הסקירה המעודכנת של התאוריה אצל THEORY IN SOCIAL PSYCHOLOGY (Eddie Harmon-Jones & Judson Mills eds., 1999).

לטעון לחפותו – הוא הסכים והשתחרר. חודשיים אחר כך הוכיחה דגימת DNA של הזרע שהיה על מכנסי הנרצחת שקוק אינו האנס.[84] בסיכום: מכלול הנתונים מחזק את המסקנה כי תחושת החפים שהרשעתם אינה הוגנת משפיעה על נכונותם להסכים להסדר טיעון.

ה. השלכות נורמטיביות

כאמור, הראינו כי לחפותו של נאשם יש השלכה על מידת נכונותו להודות בתמורה להקלה בעונש, וכי ממצא זה כמעט לא זכה להתייחסות בוויכוח 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 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. מניעה של הרשעות שווא

לפי המתנגדים להסדרי טיעון, בעיית החפות צריכה להיבחן לאור החובה המוסרית למזער את הסיכון מפני הרשעות מוטעות.[85] חובה זו, שהיא תמה מרכזית בהליך הפלילי, נתונה במתח מתמיד עם מטרת ההליך הפלילי שהיא להביא להרשעתם ולענישתם של

84 לתיאור של סיפורים אלו ראו FRONTLINE, *Confronting the Plea: Four Stories*, זמין באתר www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/plea/.

85 לחשיבותה של 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: *In re* Winship, 397 U.S. 358, 364 (1970) ("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").

עבריינים.[86] בשל חובה זו מקובל העיקרון שלפיו עדיף זיכוי של עשרה או מאה – ולפי גישות מסוימות גם אלף – אשמים ובלבד שלא יורשע חף מפשע אחד.[87] על פי הטענה, הסדרי טיעון מפרים עיקרון זה באפשרם הרשעה גם כשהסיכוי שהנאשם חף גבוה יתר על המידה.[88] לפי גישה זו, אסור לחברה לאמץ במודע הליך המביא חפים מפשע רבים להודאה ולהרשעה, אפילו אם הם בוחרים בכך, מכמה סיבות: ראשית, הרשעת חף אינה פוגעת בנאשם בלבד. להטלת עונש על חף בהסדר טיעון יש השפעות חיצוניות שליליות.[89] נוסף על כך, הרשעת חף היא פסולה מוסרית.[90] חיוב הנאשם החף להישפט ולעמוד בפני סיכון לעונש כבד יותר אמנם עשוי להכביד עליו, אולם מבחינה מוסרית אין הכבדה זו שקולה כנגד האיסור להרשיע חפים.[91] מטעמים אלו, סבורים המתנגדים, היתרון של הסדרי הטיעון, המבטיחים כי חפים יקבלו הקלות בעונשים, אינו מתקזז אל מול הנזק הגדול שההסדרים 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.[92] זאת ועוד: גם אם המשפט יוביל לעתים להרשעה מוטעית, יש חשיבות מוסרית לכך שהרשעה זו תושג אחרי ניסיון אמיתי להגיע לאמת.[93]

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

זאת ועוד: במערכת הנשענת על הסדרי טיעון, שיעור החפים המורשעים עשוי להיות קטן מזה שבמערכת בה כל נאשם בוחר במשפט. ראשית, מכיוון שהסדרי הטיעון מבטיחים שמרבית האשמים יודו ולכן יורשעו בוודאות, בעוד שרבים מהחפים יכפרו

86 השוו דורון מנשה ״אידיאל חשיפת האמת, ועיקרון ההגנה מפני הרשעת שווא – אנטומיה של יחסים מסובכים״ **קרית המשפט** א 307 (2001).

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

88 ראו Alschuler, *The Prosecutor's Role*, לעיל ה״ש 23, בעמ׳ 60.

89 ראו Schulhofer, לעיל ה״ש 13, בעמ׳ 1985-1986.

90 ראו DWORKIN, לעיל ה״ש 6.

91 Schulhofer, לעיל ה״ש 13, בעמ׳ 1986.

92 Alschuler, *The Changing Plea Bargaining Debate*, לעיל ה״ש 17, בעמ׳ 715.

93 שם, בעמ׳ 686.

וייהנו לפחות מהסיכוי לצאת בלא הרשעה. באין הסדרי טיעון, חלק מהאשמים שכיום מודים – יזוכו, ולכן שיעור החפים מבין המורשעים יהיה גבוה יותר.[94]

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 שקיבלו הנאשמים במשפט כגון היקף הזכות לייצוג וזכות השתיקה.[95] גם כיום ניתן לראות קשר ישיר בין הרחבת ההגנות הניתנות לנאשמים להתפתחות של ההישענות על הסדרי טיעון במדינות שונות.[96] 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.[97]

לאור כל זאת, ייתכן שהממצאים במאמר זה צריכים לגרום למבקרי המוסד של הסדרי טיעון – המדגישים את עקרון מניעתן של הרשעות שווא – דווקא לתמוך במוסד זה.

94 חשוב להדגיש כי הדגש של עקרון המניעה של הרשעות מוטעות הוא על שיעור ההרשעות המוטעות ולא על מספרן המוחלט. כפי שעולה מאמירתו של בלקסטון, לעיל ה״ש 87, הדגש 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 כזו מגנה על החפים פחות ממערכת משפט קטנה יותר המטפלת במספר קטן יותר של נאשמים. לדיון במבחן של שיעור ההרשעות המוטעות ראו גזל ״בעיית החף״, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 33-34.

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

96 כך, באיטליה, המעבר משיטה אינקוויזיטורית לשיטה אדברסרית שהקנתה לנאשם כמה זכויות דיוניות חדשות, לווה בהחדרה של הסדרי הטיעון כמרכיב מרכזי במערכת המשפט. ראו William T. Pizzi & Mariangela Montagna, *The Battle to Establish an Adversarial Trial System in Italy*, 25 MICH. J. INT'L L. 429 (2004). ראו גם גזל **ענישה בהסכמה**, לעיל ה״ש 4, בעמ׳ 124-129. גם בגרמניה היה הגידול במורכבות המשפטים קטליזטור משמעותי בהתפתחות של 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).

97 ראו Scott & Stuntz, *Plea Bargaining as Contract*, לעיל ה״ש 21, בעמ׳ 1932.

אחרי הכול, אם חפים נוטים לדחות הצעות שאשמים מקבלים בנסיבות דומות, הסדרי טיעון דווקא מסייעים לצמצום שיעור החפים המורשעים במערכת המשפט הפלילית.

2. ״ביטוח״ החפים

בניגוד למבקרי השימוש בהסדרי טיעון, התומכים במוסד זה נוטים להדגיש את אינטרס החף לצמצם את נזקיו.[98] הסדרי טיעון מקנים לחפים אלטרנטיבה למשפט היקר והמסוכן. נאשמים אלה עשויים, לכן, להעדיף הסדר מהליך יקר שבמהלכו הם עלולים להיות עצורים או לסבול מִגְבָּלוֹת 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.

אם כן, הדגש של תומכי ההסדרים בהקשר זה ניתן לאינטרס של החפים בביטוח, אולם דווקא מטעם זה ייתכן שגם עליהם לבחון מחדש את עמדתם לאור הממצא בדבר רתיעתם של חפים מלהודות. אם חפים נרתעים מלהודות, הנהנים העיקריים מהביטוח הם דווקא האשמים. התוצאה היא שנאשמים חפים סובלים מעונש ממוצע גבוה יותר מנאשמים אשמים שיש נגדם ראיות דומות לביצוע עבירה דומה.

ניתן להבהיר תופעה זו באמצעות דוגמה: נניח כי בכל התיקים שבהם סיכויי ההרשעה עומדים על 80% והעונש הצפוי במשפט הוא עשר שנות מאסר, התביעה מציעה לנאשמים הסדר טיעון שתוצאתו עונש של חמש שנות מאסר (המבטא ״הנחה״ של שלוש שנות מאסר בהשוואה לתוחלת העונש במשפט). נניח שעקב רתיעת החפים להודות, האשמים יקבלו הצעה זו והחפים ידחו אותה. העונש שיוטל על כל אשם יהיה חמש שנות מאסר. אשר לחפים, העונש שיוטל על אותם 80% מהם שיורשעו יעמוד על עשר שנות מאסר. אולם, הואיל ו־20% מהם יזוכו, העונש הממוצע שיוטל על נאשם חף יעמוד על שמונה שנות מאסר. לעומת זאת, במערכת משפט ללא הסדרי טיעון העונש הממוצע שהיה מוטל על החפים והאשמים בנסיבות שבדוגמה היה זהה.[99]

98 ראו Scott & Stuntz, *Imperfect Bargains*, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 2013 (המסבירים את המחלוקת בינם לבין פרופ׳ שולהופר 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).

99 מובן כי יש להניח שרק חפים מעטים יעמדו בפני סיכויי הרשעה של 80%, שכן בממוצע תיקים כנגד חפים צפויים להיות חלשים יותר; לתוצאה דומה נגיע אם ננתח בנפרד כל אחת מקבוצות התיקים בהן 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.

יתר על כן: סביר להניח שהדוגמה 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 שיש להם סיכוי של 20% לזיכוי.[100] ייתכן שהפגיעה חמורה אף יותר במקרים בהם מוסכם בהסדר הטיעון על שינוי סוג העונש – מעונש מאסר בפועל לעונש אחר.[101] 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. על פי הטענה, אם יבוטלו ההסדרים, כל הנאשמים יפסידו, גם אם האשמים שזוכים להקלות פעמים רבות יותר יפסידו יותר. טענה זו מתעלמת מהשפעת ההקלות הניתנות בהסדרים על רמת הענישה הכללית. ראשית, לאור מצוקת המקום במתקני הכליאה, החוק מאפשר שחרור מוקדם של נידונים, ועדיפות ניתנת למי שיתרת מאסרם קצרה יותר.[102] במצב זה, הקלה בעונש הניתנת לאסיר אחד משמעותה החמרה

100 אם כל הנאשמים היו מנסים רק למזער את תוחלת העונש שלהם, התביעה הייתה יכולה להסתפק בהנחה של מעט יותר מ־20% בענישה, כדי להבטיח שכל הנאשמים שסיכוייהם לזיכוי עומדים על 20% יקבלו את ההצעה. 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, 2338-2339 (2006). עקב כך התביעה צריכה להציע להם הקלה גדולה יותר מזו המשתקפת מסיכויי הזיכוי. כמו כן, נאשמים שונים נבדלים זה מזה במידת ההקלה שיסכימו לה לאור הבדלים אידיוסינקרטיים 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 מאפשרים לה לנהל תיקי הוכחות רק בכ־10% מהתיקים. התוצאה היא שהתביעה נדרשת להציע עונשים קלים בהרבה מתוחלת העונש במשפט. למעשה, פעמים רבות ההשלכה של הסדר הטיעון בתיקים בהם הסיכויים לזיכוי הם גבוהים, היא ויתור מוחלט על עונש המאסר בפועל הצפוי לאחר הרשעה שיפוטית, והחלפתו בעבודות שירות או במאסר על תנאי.

101 השוו, למשל, לפרשת טוליה שאוזכרה בפרק ג׳ לעיל, בה כל הנאשמים שהורשעו בהליך רגיל נידונו לתקופות מאסר ואילו מרבית המודים נידונו לעונשים אחרים. גם בארץ מוכרים הסדרים מסוג זה. יש, כמובן, קושי לדעת במקרה של הסדר טיעון איזה עונש היה 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 שנה של עבודות שירות, אך לבקשתו הותר לו לחזור בו מהודאתו במהלך הערעור. לאחר שהורשע 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).

102 ראו סעיף 68ג 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

בעונשו של אסיר אחר, שיזכה לשחרור מוקדם רק במועד מאוחר יותר. שנית, וחשוב מכך, במערכת משפט שבה רוב הנאשמים מורשעים בהסדרי טיעון, העונש המוטל במסגרת ההסדרים הוא העונש הסטנדרטי.[103] כדי להבטיח שעונש זה יהלום את חומרת העבירה, יש למחוקק, לתובעים ולשופטים אינטרס להחמיר בעונשים המוטלים על אלה שאינם מודים במסגרתם של הסדרי הטיעון.[104] עקב כך העונשים המוטלים על המעטים שבוחרים בהליך משפטי מלא כבדים יותר מהעונשים שהיו מוטלים אילו כל הנאשמים היו נדרשים להליך כזה.[105] גם מערכת הכליאה לא הייתה יכולה לקלוט את כל הנאשמים אילו העונשים של כולם היו כבדים כמו העונשים המוטלים על הבוחרים במשפט – ואז היה נוצר לחץ לשימוש בחלופות למאסר, שמטבען מקלות יותר עם המורשעים. לפיכך, לאור השפעת החפות על הנכונות לערוך הסדרי טיעון, ייתכן שיש לחפים אינטרס לא לערוך הסדרי טיעון כלל, בניגוד לטענתם של 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 ייתכן שהסדרי טיעון אינם מגדילים את שיעור ההרשעות המוטעות כטענת מתנגדיהם, אך גם לא מקדמים את האינטרסים של הנאשמים החפים כטענת תומכיהם. עם זאת, ייתכן שפתרון ביניים – בין היתר גורף להסדרים כפי שקיים היום לבין איסור מוחלט עליהם – יכול לקדם את שתי המטרות גם יחד.

דרך אחת לצמצם את הפגיעה בחפים (השיקול המודגש על ידי רבים מהמבקרים את 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 במידה ניכרת מהעונש הצפוי במקרה של הרשעה בלא ההסדר. אם תוגבל התביעה בשיעור ההקלה שהיא יכולה להציע בהסדר טיעון, נאשמים הדורשים הקלה ניכרת כתנאי להסכמתם להודות לא יגיעו להסדר טיעון. מאחר שהחפים דורשים, בממוצע, הקלות משמעותיות יותר כתנאי להסכמתם להודות, שיעור החפים בקרב המוכנים להודות יהיה קטן יותר.

האסירים שיתרת מאסרם ביום מתן ההוראה (להלן – היום הקובע), אינה עולה על יתרת המאסר המרבית שנקבעה בתוספת הראשונה לקבוצת האסירים שעמה נמנים אותם האסירים״.

103 ראו Gerard E. Lynch, *Our Administrative System of Criminal Justice*, 66 FORDHAM L. REV. 2117, 2134 (1998).

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

105 ראו Alschuler, *The Changing Plea Bargaining Debate*, לעיל ה״ש 17, בעמ׳ 689.

במקום אחר הציע אחד מאיתנו הצעה דומה,[106] במטרה להרתיע את התביעה מלהגיש כתבי אישום בתיקים חלשים, באמצעות הגבלת יכולתה להגיע להסדר טיעון באותם תיקים. כאן הדגש בהצגת ההצעה הינו אחר: הגבלות על היקף ההקלות שניתן להציע במסגרת הסדרי טיעון תצמצמנה את שיעור החפים שיסכימו להודות. באמצעות הגבלות כאלו, תוכל התביעה 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 בשל הצעות מקלות בצורה קיצונית, ולצמצם את החשש מהרשעות מוטעות.

כאמור, ההצעה להגביל את שיעור ההקלות תסייע לצמצום של 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 שיודו, בהם רוב מכריע לאשמים. צמצום פערי הענישה בין מקבלי ההסדרים לבין אלו שיורשעו במשפט יסייע לכן לצמצם את ההחמרה היחסית בעונשם הממוצע של החפים.

כיצד ניתן להטיל מגבלות על ההקלות בהסדר טיעון? כאשר מדובר בהסדרים הנוגעים לעונש בלבד אין מדובר במשימה קשה במיוחד. ניתן לקבוע כי בית המשפט מחויב לדחות הסדרי טיעון אם העונש המוצע במסגרת ההסדר נופל במידה ניכרת מהעונש שהיה מוטל באותן נסיבות אלמלא הסדר הטיעון. כדי להגדיל את הוודאות עדיף לקבוע כי בית המשפט יכריע בתקפות ההסדר לפני שהנאשם הודה, כדי שאם יידחה ההסדר יתאפשר לנאשם לנהל את הגנתו במשפט.[107] בדרך זו תגדל הוודאות, ויקטן החשש שנאשמים חפים שהעריכו בטעות כי ההסדר יאושר יפסידו את ההזדמנות להוכיח את חפותם. אולם גם אם ידחה בית המשפט הסדרים מקלים מדי לאחר ההודאה, ויכפה על נאשמים שהודו בהסדר עונש חמור מהמוסכם בלא שהתנהל הליך ראייתי, התוצאה המבוקשת תושג שכן החפים ידעו על כלל זה ולכן יימנעו במרבית המקרים מלהסכים להסדרי הטיעון המקלים המוצעים להם.

קושי משמעותי יותר קיים בפיקוח על הסדרים הנוגעים לאישומים. במצב המשפטי הקיים אין בידי בית המשפט סמכות להגביל הסדרים מקלים. השליטה בכתב האישום, לפחות עד להקראה, נתונה בידי התביעה בלבד.[108] גישתו של בית המשפט העליון היא שגם בתקיפה ישירה אין מקום להתערב בהסדרי טיעון לאישומים, אפילו אם האישומים

106 גזל ״בעיית החף״, לעיל ה״ש 8.

107 שם, בעמ׳ 66-67.

108 ראו ס׳ 93 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב].

הופחתו עקב ההסדר במידה ניכרת.[109] 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 מדי. את ההקלה יש לחשב באמצעות השוואת כתב האישום המוסכם בהסדר לכתב האישום שהוגש לפני עריכת ההסדר. קיים אמנם חשש שהתביעה תנסה לעתים 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 יהיה לצמצם את החשש שהתביעה תסתיר מבית המשפט את האישומים שבכוונתה להגיש אם לא ייערך הסדר. כאשר ההסדר נערך לאחר הגשתו של כתב האישום, בית המשפט יכול לראות את התיקונים שנערכו בכתב האישום ולדרוש מהצדדים הסברים אם שינוי כתב האישום מעורר חשש לקיומו של הסדר טיעון. בדרך זו ניתן לקיים פיקוח על הסדרים לאישומים.[110]

4. הסדרים על הליך פשוט

אמצעי נוסף שניתן לאמץ במסגרת זו הינו הסדר על פישוט ההליכים המשפטיים. הואיל והסדרי טיעון נדרשים בעיקר בשל 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 אירופה[111] – יכול להסתיים

109 ראו בג״ץ 5699/07 **פלונית א׳ נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, לעיל ה״ש 34. למקרה היחיד עד כה של התערבות בסעיפי האישום ראו בג״ץ 7195/08 **אבו רחמה נ׳ הפרקליט הצבאי הראשי** (פורסם בנבו, 1.7.2009).

110 לפיתוח מקיף יותר של ההסדר המוצע ראו גזל ״בעיית החף״, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 65-68.

111 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 השבעים של המאה הקודמת כהליך משפטי פשוט ומהיר, שבזכותו ניתן להתמודד עם עומס התיקים בלא הסדרי טיעון). באיטליה נאשם יכול לבחור בין עריכת הסדר טיעון במסגרתו הוא יזכה לקיצור של עד שליש מהעונש הצפוי במשפט, לבין הסכמה להליך מקוצר, המזכה אותו בהפחתה דומה של שליש מהעונש. ראו Rachel A. Van Cleave, *Italy*, *in* CRIMINAL PROCEDURE: A WORLDWIDE STUDY 245, 274 (Craig M. Bradley ed., 1999).

בישיבת דיונים אחת.[112] בהליך כזה הנאשם מוותר על זכויותיו לאי־הפללה עצמית, על הזכות לשמוע את עדי התביעה ועל זכויות נוספות הנובעות מהשיטה האדברסרית, ומאפשר לשופט לנהל את החקירה בצורה לא פורמלית.[113] השופט ינהל את ההליך על בסיס חומר החקירה שיועבר לעיונו ובאמצעות תשאול הנאשם שיהיה למעשה העד הראשון. מאחר שהשופט יכיר את החומר, הוא יוכל לצמצם את היקף החקירות על ידי הצדדים, כפי שמקובל בחלק ממדינות אירופה שבהן השופט חשוף לחומר הראיות. בדרך זו ניתן להשיג את היעד העיקרי של הסדרי טיעון – חיסכון במשאבים – בלי לכפות על הנאשם להודות. לכן ניתן 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 וליהנות מהקלה בעונש הניתנת בתמורה לחיסכון בזמן שיפוטי.

ניתן לטעון כי הליך מקוצר פוגע בזכויות הנאשם המוכרות בשיטה האדברסרית. 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 בוויתור על חלק מהן. אין מניעה עקרונית להתיר ויתור כזה בשיטה המתירה ויתורים גדולים בהרבה בהסדר טיעון.[114] אם בהסדר טיעון הנאשם מוותר כמעט על כל זכויותיו הדיוניות, ובכלל זה על חזקת החפות ועל הזכות להשמיע את גרסתו בפני בית המשפט, ומבחינה מהותית גם על הזכות לערער על ההרשעה,[115] הרי שבהליך המוצע הוויתור מוגבל בהרבה והוא מתייחס רק למרכיבים מרכזיים פחות 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 שלגביהן 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 ייתכן שבהליך כזה

112 להצעה לאמץ מרכיבים המקובלים בשיטות משפט אירופיות, המקלים 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.

113 לפירוט ההצעה ראו אורן גזל ״הסדרי טיעון והסדרים על דיון מקוצר״ **הסנגור** 95, 28 (2005).

114 השוו טליה פישר ״גבולות השליטה של הצדדים בהליך הפלילי״ **עיוני משפט** כט 377 (2006) (הטוענת כי במשטר המתיר הסדרי טיעון אין הצדקה לא להתיר הסדרים המפחיתים את הדרישות הראייתיות להרשעה).

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

יורשעו נאשמים שהיו מזוכים בהליך משפטי מלא. למרות זאת יש בסיס להנחה שיתרונותיו של ההליך לנאשמים החפים רבים מחסרונותיו.

ראשית, ההליך המוצע יקדם את האינטרס של החפים, שכן הוא יאפשר לחפים ליהנות מההקלה הניתנת למודים בלא להתנות תמורה זו בהודאה ממנה הם נרתעים. עלותו של ההליך אמנם 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 כמה ישיבות, ולעתים קרובות גם לאחר שכבר נשמעו חלק מהראיות. ההליך המוצע יחסוך פעמים רבות את ההודאות המאוחרות הללו. כמו כן, מרבית האשמים המודים כיום ימשיכו להודות גם כשתינתן 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 בשל הסיכוי הנמוך שהדבר יסייע להם.[116] 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 שבהיעדר אופציה להליך מקוצר בוחרים במשפט מלא, יבחרו בהליך החדש. עקב כך ייחסכו משאבים שיפוטיים שניתן יהיה להפנותם לטיפול בהליכים המקוצרים. לאור כל זאת, ההליך המקוצר יוכל לקדם את האינטרסים של החפים בלא שיידרשו לשם כך משאבים רבים נוספים.

שנית, ההליך עשוי 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.[117] 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

116 אינדיקציה לכך ניתן למצוא במחקרים ששאלו נאשמים מדוע 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 הטקסט הסמוך לה״ש 82 לעיל. יצוין כי ממחקרו של קובו עולה שמרבית הנאשמים העקביים – אלו שאינם טוענים לחפות גם בצאתם מהדיון – מודים בישיבה הראשונה ובלא הסדר טיעון, בעוד שנאשמים לא עקביים (עקיבים) – הטוענים שהודו בשל לחצים שונים למרות חפותם – מסכימים להודות רק בשלב מאוחר יותר ובמסגרת של הסדר טיעון. ראו קובו **נאשמים בלתי עקביים**, לעיל ה״ש 15. גם מטעם זה יש להניח שהאופציה להליך מקוצר לא תנוצל על ידי הנאשמים שכיום לא מוצאים טעם לכפור עם תחילת ההליכים.

117 תופעה זו, שטרם נחקרה בישראל, הוצגה על ידי שופט הממונה על ניהול ימי הקראות במחוז המרכז ועל ידי כמה סנגורים במחוזות שונים.

החקירה ולהחליט בהתאם – ייתכן שחלק מאותם נאשמים שכיום מודים יזוכו. לאור כל אלו, אנו סבורים שיתרונותיה של ההצעה, על רקע רתיעתם של חפים מלהודות, עולים על חסרונותיה.

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

ו. 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 בהיעדר הבדלים בסיכויי ההרשעה ובעונש הצפוי במשפט ובהסדר, נאשמים חפים ייטו יותר לדחות הסדרי טיעון שאשמים יקבלו.

המחקר האמפירי באשר לגורמים להודאות באישומים נמצא עדיין בשלביו המוקדמים, ואף המחקר על השפעתה של החפות על הנכונות לקבל הסדרי טיעון רחוק ממיצוי. כך, יש צורך לבחון אם סוג החפות של הנאשמים משפיע על רתיעתם מהודאה: ייתכן שנאשמים המואשמים באירוע בו כלל לא היו מעורבים מגיבים אחרת מנאשמים שחפותם נובעת מהיעדרו של היסוד הנפשי הדרוש או נוכח קיומה של הגנה משפטית. בדומה, יש לבחון אם סוג הראיות שנאספו נגד הנאשמים משפיע על נכונותם להודות. ישנן אינדיקציות גם לכך שנאשמים שמסרו הודאת שווא במשטרה ייטו יותר להודות גם

118 ראו הטקסט הסמול לה״ש 93 לעיל.

119 ראו דיון בפרק ב׳ לעיל.

120 במשפט מלא הנאשם רשאי להגיב רק במסגרת פרשת ההגנה ולא במהלך השמעתן של עדויות התביעה. תגובתו מוגבלת לכללי החקירה הראשית והנגדית, ואין לו הזדמנות לדבר בצורה בלתי־אמצעית עם השופט. בחלק מהמקרים, בעצת הסנגור, 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) (המתאר ומבקר את התמריצים שמערכת המשפט הפלילית נותנת לשתיקת הנאשם).

nevo.co.il

בבית המשפט בהשוואה לנאשמים שהראיות נגדם הינן ראיות זיהוי או ראיות אחרות.[121] בדומה, יש מקום למחקר שיבחן אם השפעת החפות תלויה בחוזקו של חומר הראיות המוצג נגד הנאשם, משום שישנן ראיות ראשוניות לכך שהפער בין הנכונות להסדר של חפים לבין זו של אשמים קטן כשסיכויי ההרשעה גבוהים.[122] נוסף על כך יש לבחון אם גורמים שהתבררו כמשפיעים על הנכונות להודות – כגון שהות הנאשם במעצר[123] או לחץ של עורך־הדין[124] – משפיעים באופן שונה על אשמים ועל חפים. יש לקווֹת כי בעתיד יתווספו מחקרים שיבחנו את מידת הרתיעה של נאשמים חפים מלהודות ואת מכלול הגורמים המשפיעים על ההחלטות אם להודות באישומים ולקבל הסדרי טיעון, שיאפשרו למערכת המשפט הפלילית להתמודד טוב יותר עם התופעה.

עם זאת, כבר עתה ברור כי ההסתמכות בספרות המשפטית על מודל צל המשפט היא מופרזת. די במחקר הקיים כדי 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 התנהגותם של המשתתפים בהסדרי טיעון, שהוא ההליך האחראי כיום לרובן המכריע של ההרשעות הפליליות.

121 בחינתו של מאגר המידע מלמדת כי מרבית הנאשמים שהודו במשפט (21 מתוך 29) עשו זאת לאחר שמסרו הודאת שווא גם בחקירתם, אף שהודאות שווא במשטרה הופיעו בשיעור נמוך בהרבה בקרב יתר החפים שהורשעו (54 מתוך 486).

122 מחקר ניסויי אחד הראה כי נכונותם של אשמים לקבל הסדרי טיעון אינה משתנה במידה ניכרת כשסיכויי ההרשעה עולים מ־50% ל־90%, בעוד שאצל חפים ההבדל גדול בהרבה; ראו Bordens, *Likelihood of Conviction*, לעיל ה״ש 9, בעמ׳ 67. במחקר אחר נמצא שכאשר סיכויי ההרשעה במשפט גבוהים מאוד, הפער בנכונותם של אשמים ושל חפים להגיע להסדר נעלם; ראו Tor, Gazal-Ayal & Garcia, *Fairness and Willingness*, לעיל ה״ש 9, בחלק II.C.2.

123 שורה של מחקרים הראו כי המעצר משפיע על נכונותם של נאשמים להודות באשמה. ראו, למשל, William M. Landes, *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 נתון במעצר יש לו אינטרס גדול עוד יותר לסיים את ההליך במהירות. במחקר שטח שנעשה בקרב מודות בלתי־עקיבות, 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 במסגרת של הסדרי טיעון כדי 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־עקיבים; ראו קובו **נאשמים בלתי עקביים**, לעיל ה״ש 15, לוח מס׳ 5.

124 על האופנים הרבים שבהם עורכי־דין משפיעים על נאשמים בהליך ועל האינטרסים שלהם ראו Alschuler, *The Defense Attorney's Role*, לעיל ה״ש 13. במחקר שדה נרחב שנערך בנושא נתגלה שמספר משמעותי של נאשמים שהתנגדו תחילה להודיה באשמה שינו את דעתם ברגע האחרון בעקבות עצה של עורך־דינם; ראו JOHN BALDWIN & MICHAEL MCCONVILLE, NEGOTIATED JUSTICE: PRESSURES TO PLEAD GUILTY (1977).

הערה אחרונה לפני סיום: מובן שאין לקרוא את מחקרנו כטוען שחפים לעולם לא יודו במסגרת הסדר טיעון. למעשה, בניגוד לעמדות הנפוצות בקרב אנשי אקדמיה, ייתכן בהחלט שבין העוסקים בתחום בפועל יש דווקא הטיה הפוכה, ורבים מהם סבורים כי הודאה בבית המשפט היא אינדיקציה חזקה וכמעט חלוטה לאשמת הנאשם, ואפילו הושגה ההודאה בתמורה להקלה ניכרת בעונש במסגרת הסדר טיעון.[125] ייתכן 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 לעתים 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, מרכיב שטרם נחקר כראוי.

125 כך, למשל, בפרשת קצב שללו חלק מהשופטים את האפשרות שנאשם או חשוד ייזום הסדר טיעון למרות חפותו כדי להימלט מעונש כבד בהרבה אם יורשע בטעות במשפט. ראו, למשל, את דבריו של השופט לוי בבג״ץ 5699/07 **פלונית א׳ נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, לעיל ה״ש 34, בפס׳ 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 פס׳ 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״).

nevo.co.il