

האם משחק עסקאות הטיעון הוא משחק סחיטה?

האם עסקאות הטיעון פוגעות בזכותו של הנאשם להליך הוגן? האם הן בגדר סחיטה של הנאשם? לכאורה, התשובה הניצחת היא שאם נאשם בוחר בעסקת טיעון הרי הוא מצפה להרוויח מכך, שאחרת לא היה נותן לכך את הסכמתו. לכן, ככל שאפשר לסמוך על שיקול דעתו של הנאשם, אזי מצבו בעסקת טיעון משתפר יחסית למצבו במשפט – ולכן עסקת טיעון אינה פוגעת בזכותו להליך הוגן ואינה סוחטת אותו. זו ההצדקה המרכזית לעסקאות טיעון, והיא נגזרת מההצדקה המרכזית לשוק החופשי: אם שני צדדים מסכימים לעסקה סימן ששניהם מצפים להרוויח ממנה, ולכן אין להפריע להם לשאת ולתת בחופשיות. במאמר זה אנו מפריכים הצדקה זו לעסקאות טיעון באמצעות טענה שלפיה גם במצבים שבהם עדיף לנאשם ספציפי לקבל עסקת טיעון (ולא לדחות אותה), אין פירוש הדבר שעדיף לו שתהא לו זכות להגיע לעסקת טיעון. נפריך את אותה הצדקה מרכזית בכך שנציג דוגמאות למקרים שבהם הנאשם מפסיד מהזכות להגיע לעסקת טיעון. עצם זכותו של הנאשם הספציפי לעסקת טיעון עלולה לגרום לכך שהתובע יחמיר באישום נגדו – לעתים עד כדי כך שהיה עדיף לנאשם מלכתחילה שלא תהא לו זכות לעסקת טיעון. הדבר נכון במיוחד כשעקב הזכות לעסקת טיעון של נאשם ספציפי הוא עלול לעמוד לדין גם בגין עברות שאין סיכוי סביר להרשעתו בהן; או ואז עסקת הטיעון נעשית בצל איום לא לגיטימי או בלתי חוקי, מה שהופך אותו לסחיטה באיומים.

במאמר אנחנו מדברים על עסקאות הטיעון בפרט, אך הלקח שלנו הוא רחב יותר. באמצעות פיתוח התזה של תומאס שלינג, אנחנו מאתגרים את ההצדקה המרכזית לשוק חופשי.¹ הטיעון במאמר הוא שזה שלאדם כדאי להסכים לעסקה במשחק ספציפי של חופש משא ומתן, אינו בהכרח אומר שכדאי לו שיהיה לו חופש משא ומתן.

* ד"ר אורי וייס הוא עמית באקדמיה ע"ש פולונסקי, מכון ון ליר. ד"ר יוסף זהר, עמית מחקר, קבוצת מחקר המעורבות השיפוטית בפתרון סכסוכים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. אנו מודים לישראל אומן, לרועי אהרוני, לדפני בר נתן, לאלון הראל, לשמחה ברקאי, לאהוד גוטל, לטל גלרמן, ליועד הלסברג, לעידן סגר ולמשתתפי הרצאותינו במרכז לחקר הרציונליות ובסמינר לתורת המשחקים באוניברסיטת בר-אילן.

1 כך לדעת אורי וייס. לדעת יוסף זהר יש רק אתגור של עסקאות הטיעון אך לא מעבר לכך.

א. מבוא

1. מבוא תאורטי כללי לדיון המשחקי בעסקאות טיעון: ההצדקה הסמיתית לחופש המשא ומתן מול התזה של שלינג

Trade which, without force or constraint, is naturally and regularly carried on between any two places, is always advantageous, though not always equally so, to both.

(Adam Smith, The Wealth of Nations)

אחת המחלוקות הבסיסיות בהסדרת החברה היא עד היכן חופש המשא ומתן – ובמילים אחרות: עד היכן השוק החופשי? להלן נציג את הצדקתו של אדם סמית, שלפיה אם שני צדדים הגיעו לעסקה מרצון סימן ששניהם נהנים ממנה; אל מולה נציג את התזה של תומס שלינג,² שלפיה לפעמים לאדם דווקא כדאי שיהיו לו פחות אפשרויות פעולה כשהוא נושא ונותן. נטען כי אף שאדם סמית צודק – אם שני צדדים רציונלים הגיעו לעסקה מרצון, הרי שניהם מצפים להרוויח ממנה יחסית למצב של אין עסקה, אין ללמוד מכך שעדיף לשניהם שכללי המשחק יהיו של חופש משא ומתן. בהמשך נראה כיצד הצדקתו של סמית מיושמת להצדקת מוסד עסקאות טיעון ונראה כיצד אפשר לאתגר אותה באמצעות התזה של שלינג. אדם סמית תמך בהתערבות המדינה, רק כשהיא נחוצה כדי להגן מפני אלימות פנימית (לרבות הפרת חוזים),³ מפני אלימות חיצונית, או כדי להוביל לאספקת מוצרים, שמצד אחד השוק ייכשל באספקתם משום שלאף פרט או קבוצת פרטים אין אינטרס לספקם, ומצד שני סך ההנאה החברתית מאותם מוצרים גדולה מהעלות החברתית הכוללת של ייצורם.⁴

2 Thomas C Schelling, *An Essay On Bargaining*, 46 AM.ECON. REV. 281 (1956) מאמרו זה של שלינג הופיע לאחר מכן ופותח בספרו הקאנוני THOMAS C SCHELLING, THE STRATEGY OF CONFLICT (1960).

3 JOHN S MILL, PRINCIPLES OF POLITICAL ECONOMY, (Рипол Классик, sec ed. 1973) (להלן: מיל). ג'ון סטיוארט מיל ביקר במהדורה השנייה של ספרו את אדם סמית, וטען שאכיפת חוזים אינה נגזרת מהקריטריונים שהציב סמית. אנו בכוונת מכוון מדגישים את המהדורה השנייה, שכן בה מיל הפך מקפיטליסט לסוציאליסט, כפי שהאיר ראסל. ספרו של מיל הוא חשוב, שכן הוא נחשב לספר הלימוד המרכזי בכלכלה עד שהוחלף בספרו של אלפרד מרשל. כך כתב מיל: "Again, the legitimacy is conceded of repressing violence or treachery; but under which of these heads are we to place the obligation imposed on people to perform their contracts? Nonperformance does not necessarily imply fraud; the person who entered into the contract may have sincerely intended to fulfil it: and the term fraud, which can scarcely admit of being extended even to the case of voluntary breach of contract when no deception was practiced, is certainly not applicable when the omission to perform .is a case of negligence"

4 נרחיב בקיצור נמרץ למען הקורא הסקרן: מרשל ופיגו, ממשיכי התאוריה הכלכלית, כבר תמכו בהתערבות בשוק כדי למנוע החצנות, קרי הם תומכים בהתערבות בהסכמים שגורמים נזק לצד שלישי בלתי-מיוצג (דוגמה להתערבות מבית מדרשם היא הטלת מס "ירוק" בגין רכישת מוצר

העניין שלנו במאמר זה הוא בהצדקה המרכזית שסמית הציע לתאוריה שלו. ההצדקה מרכזית לרעיון חופש המשא ומתן בתאוריה של אדם סמית היא שאם שני צדדים רציונליים מגיעים להסכם אזי שניהם מצפים להרוויח ממנו, שאחרת לא היו נותנים לו את הסכמתם. אם שני הצדדים משחקים את המשחק שוב ושוב אזי שניהם מרוויחים, שכן אחרת לא היו ממשיכים בשיתוף הפעולה ההדדי⁵ הצדקה זו שהציע סמית היא עודנה ההצדקה המרכזית של השוק החופשי.⁶ כך, למשל, כתב חתן פרס נובל סמואלסון⁷ כי הסיבה הרווחת לאמונה בכך שתחרות היא אופטימלית נעוצה בהכרה, ששום צד אינו יכול להיפגע מעסקה יחסית למצבו לפני החליפין, שכן הוא תמיד יכול לסרב לעסקה. לפיכך, מסחר עדיף על היעדר מסחר; חליפין הם לתועלת שני הצדדים; ואין זה אמת שצד אחד בעסקה מרוויח את הששני מפסיד. ברם, סמואלסון מבקר את התאוריה הכלכלית, שאמנם אפשר לגזור מכאן טיעון

הגורם לזיהום אוויר). אנשי המשפט וכלכלה מהזרם המרכזי תומכים בהתערבות במקרים של כשלי שוק כגון החצנות, מונופולים, סיכון מוסרי ואינפורמציה א-סימטרית; תוך שהוויכוח הוא אם אפשר גם לסמוך על השוק שיוביל להסדרת כשלים אלו באופן טוב יותר מן השלטון. בקוטב השני הציע מרקס את הקומוניזם, שאותו אפיין במשפט אחד כ"ביטול הקניין הפרטי"; והמרקסיסטים לגווניהם מתנגדים לרעיון "חופש המשא ומתן", הנתפס כמכבסה של ניצול. הפתרונות המרקסיסטיים המרכזיים הם שינוי יחסי הקניין ("העברת אמצעי הייצור לפועלי הייצור", מס פרוגרסיבי גבוה, ביטול זכות הירושה וכו') ושינוי יחסי המיקוח (קרי: "פועלי כל העולם התאחדו"). לעומתם, הסוציאלי-דמוקרטים תומכים בהגבלת חופש המשא ומתן כדי להגן על חלשים מפני חזקים – כמו, למשל, בחוקי שכר מינימום, בחוקי שעות עבודה מנוחה ובטיחות בעבודה ובחוקים האוסרים על אפליה. יסודות נוספים חשובים בסוציאלי-דמוקרטיה הם תמיכה בעידוד המעבר ממשא ומתן אישי בשוק העבודה למשא ומתן קיבוצי ותמיכה בחלוקה מחדש פרוגרסיבית של העושר דרך דיני המס, קרי העברת עושר מעשירים לעניים דרך דיני המס.

על הצגה זו של סמית בשפת תורת המשחקים ראו Joseph Agassi, *Neo-Classical Economics* 5

As 18th Century Theory of Man, 9 Fundamenta Scientiae 189 (1988)

6 נוספות על כך הצדקות כמו, למשל, שבשוק חופשי הנערך עלויות עסקה המשאבים מוקצים באופן היעיל פרטו (משפט רווחה ראשון). הקצאה היא יעילה פארטו, כאשר אי-אפשר לשנות אותה באופן שיוביל לרווח לאחד בלי להוביל להפסד לאחר; הצדקה אחרת היא שחופש המשא ומתן מוביל לחלוקה יעילה של העבודה, שכן החליפין מאפשרים התמחות והדבר מגדיל דרמטית את הפריין. אלו הן הצדקות של יעילות. נוספות לכך הצדקה של חירות: לאפשר לצדדים לעצב את יחסיהם כרצונם בלי הכתבה של גורם חיצוני, קרי לאפשר לצדדים להיות אוטונומיים, והצדקה (חלשה) של קרושת הבטחה: זה לא יפה להפר הבטחות, ולכן בית המשפט צריך לאכוף הסכמים.

7 .PAUL ANTHONY SAMUELSON, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS 140 (4th ed. 1947)

“Perhaps the common reason for believing competition to be optimal stemmed from the recognition that no party could be hurt by exchange as composed to his position before trade, since he could always refuse to trade. Thus, trade is better than no trade; exchange is mutually beneficial; one party does not gain what the other loses. If we examine the argument carefully, we will find that it does not really imply that pure competition is optimal, even though properly interpreted it can provide a case against prohibitive tariffs” (ההדגשות במקור).

נגד מכסים, אבל אין באמת נגזר מן הטיעון שתחרות היא אופטימלית. במאמר זה אנחנו ממשיכים את סמואלסון שהצביע על חוסר הזהירות שבגזירת מסקנות מכך ששני צדדים רציונליים לעסקה מצפים להרוויח ממנה.

הצדקה זו של סמית לחופש החוזים היא מהפכה בחשיבה האנושית. בעולם שלפני אדם סמית היה מקובל לחשוב שיש מחיר הוגן לכל עסקה, ולכן אם אדם אחד התעשר הרי זה משום שהוא עשק את שותפו לעסקה, קרי כיוון שהוא זכה למחיר בלתי-הוגן לרעת חברו. התאוריה של סמית החליפה תאוריות כלכליות קודמות שלפיהן בסחר בין-לאומי מדינה אחת מרוויחה כביכול את שהשנייה מפסידה (התפיסה לפני סמית הייתה שעושר הוא הכוח לצרוך, ועל כן מדינות הן עשירות יותר אם יש להן יותר זהב וכסף. המדינות שיש להן יותר כסף וזהב הן אלה שיהיה להן יתרון במלחמה. לכן, בעסקה שבה מדינה מוכרת סחורה לשנייה, האחת נהיית עשירה יותר, והשנייה נהיית ענייה יותר. האחת הרוויחה את שהשנייה הפסידה).⁸ את היחס המערבי-נוצרי המסורתי להתעשרות אנו יכולים למצוא בברית החדשה: "נקל לגמל לעבור דרך נקב מחט מהיכנס עשיר אל מלכות האלוהים" (מתי י"ט, כ"ד). מנגד, המהפכה של אדם סמית מעניקה לגיטימציה להתעשרות, שכן היא רואה את ההתעשרות כנעוצה בהתמחות, ולא בעושק.⁹

ההצדקה של אדם סמית לחופש המשא ומתן נחזית לכאורה כנשענת על יסודות לוגיים מוצקים. אפשר לבקר אותה, למשל, בכך שלפעמים אנשים אינם די רציונליים ואינם די מיוודעים, ולכן הם אינם מרוויחים בפועל מחופש המשא ומתן. טענה זו משמשת להצדקת מוסדות משפטיים כמו דיני הגנת הצרכן או דיני הטעות וההטעיה שבחוק החוזים. מרקסיסטים מבקרים את תוקף ההצדקה הסמיתית לשוק חופשי בכך שהקפיטליזם מייצר לבני אדם תודעה כוזבת (מרקס) או צרכים כוזבים (מרקוזה), או בכך שחופש החוזים עלול לגרום לניצול דרסטי. במאמר זה אנו מניחים לביקורות הללו; אנו רוצים להציע ביקורת אחרת על ההצדקה של אדם סמית, כזו הנטועה דווקא במסורת של תאוריית הבחירה הרציונלית. הביקורת שלנו תעמת בין התפיסה של אדם סמית לזו תומס שלינג. תחילה נסביר את התזה של תומס שלינג ולאחר מכן נראה מדוע היא מאתגרת את זו של אדם סמית, אף ששלינג עצמו התעלם מכך.

על פי תומס שלינג, בסיטואציות של משא ומתן לעתים עדיף לאדם להיות דווקא בעל פחות אפשרויות פעולה, פחות אמצעי תקשורת, פחות מידע ופחות אינטליגנציה או רציונליות; במשא ומתן חולשה יכולה להיות דווקא חוזק. אם, למשל, הבית שווה לקונה 200 ולמוכר הוא שווה 100, אזי טווח המשא ומתן יהיה בין 100 לבין 200. כל עסקה בטווח המשא ומתן תהא משתלמת לשני הצדדים. אם הסיטואציה היא סימטרית הם יסכמו על מחיר של 150, אבל מה אם הקונה יכבול את עצמו? למשל, מה אם הוא ישלח שליח בעל ייפוי

8 מיל, לעיל ה"ש 3.

9 כידוע, מקס וובר ראה את האתיקה הקפיטליסטית כמקבילה לאתיקה הפרוטסטנטית. האחרונה מושתתת על אמונה בפרה-דסטיניציה (גורל קדום): אם אדם הוא עשיר סימן שזה רצון האל; סימן שהוא מבחירי האל. האתיקה הקפיטליסטית ממש כמו האתיקה הפרוטסטנטית מקנות לגיטימציה מוסרית לעושר ואף מהללות את העשיר (זיקקנו כאן את הטענה המעניינת של וובר, שהוטבעה בהגזמות ובשגיאות).

כוח מוגבל לסגור עסקה עד 120? אם המוכר ישתכנע שהוא אינו יכול להגיע לעסקה עם הקונה אלא באמצעות השליח, וזה אינו יכול להשתחרר מכבילתו – יהיה רציונלי מבחינתו לסגור גם על 120 (ההנחה היא שהאלטרנטיבה מבחינת המוכר היא להישאר עם הבית השווה לו 100). הטקטיקה הזו תעבוד, רק אם ייפוי הכוח של השליח יהיה מוגבל. אם הוא יהיה בלתי-מוגבל, אזי בסיטואציה הסימטרית צפויה עסקה של 150. הנה כי כן, בדוגמה זו הקונה ישלם פחות בזכות כך שהיה מוגבל: שליח בעל ייפוי כוח מוגבל יכול להוביל לכך שהוא ישלם פחות. בניגוד למחשבה הראשונית – ה"הווה אמינא" – שכלל שיהיו לאדם יותר אופציות, הוא ירוויח יותר, או לפחות לא יפסיד מכך, אנו רואים שדווקא הקונה בעל הפחות אופציות הוא שהרוויח.

המוטיבציה של תומס שלינג בכתיבת התאוריה שלו הייתה פיתוח תאוריה של יחסים בין-לאומיים בכלל והמלצה על מדיניות נצית בפרט. הוא הדגיש את היתרונות שבכבילת הכוח לוותר על ידי השחקן עצמו. שלינג די דילג על כך ששחקן יכול להרוויח גם מכך שמי שיכול את כוחו יהיה המחוקק;¹⁰ אבל התאוריה שלו תקפה גם כשהכבילה אינה מבוצעת על ידי השחקן אלא על ידי מי שקובע את כללי המשחק, היינו: המחוקק.

נציג כעת הפרכה לטענה שמכך ששני הצדדים מסכימים לעסקה, הרי שנגזר שלשניהם עדיף חופש משא ומתן. נראה, כי צד יכול להרוויח מכך שהמחוקק יגביל את חופש המשא ומתן שלו. נניח, כי האופטימום של ראובן הוא לעבוד חמישה ימים בשבוע. ברם, הוא יעדיף לעבוד שבעה ימים בשבוע על פני להיות מובטל. האופטימום של המעסיק של ראובן הוא שראובן יעבוד שבעה ימים בשבוע. נניח, כי כל יתר תנאי העבודה מוסדרים על ידי גורם חיצוני, ואי-אפשר לשנותם. במקרה זה, טווח המשא ומתן בין ראובן למעבידו הוא שראובן יעבוד בין חמישה לשבעה ימים בשבוע. אם למעביד יש כוח להציע לראובן הצעת "קבל או דחה", הרי שהוא יציע לו לעבוד שבעה ימים בשבוע, וראובן ייאזל לכך. כעת נשנה את כללי המשחק: משפט המדינה אוסר על עבודה של יותר משישה ימים בשבוע. במקרה כזה העסקה תהא שראובן יעבוד שישה ימים בשבוע. הנה כי כן, ראובן מרוויח מכך שמשפט המדינה מגביל אותו מלהגיע להסכם שלפיו הוא יעבוד שבעה ימים בשבוע!

עינינו הרואות: אפשר להפריך את ההצדקה הסמיתית לשוק החופשי. במאמר זה נתמקד בעסקאות הטיעון. ההפרכה של עסקאות הטיעון היא קלה יותר, שכן סמית מלכתחילה דיבר על משא ומתן שאינו בצל איום להשתמש בכוח, בעוד עסקאות הטיעון נערכות בצל האיום להגיש כתב אישום העלול לשלול חירות או קניין, לעתים אף כתב אישום בלתי-חוקי.

2. יישום ההצדקה הסמיתית לעסקאות טיעון והצעה ליישום ההיגיון של שלינג

הצדקה מרכזית של עסקאות הטיעון היא ששני הצדדים לעסקה מצפים להרוויח ממנה, והא ראייה: שני הצדדים נתנו לה את הסכמתם. ההצדקה הזאת ביישומה לעסקאות הטיעון

10 Thomas C Schelling, *Strategies of Commitment and Other Essays* (2007). בספרו המאוחר

כבר נתן שלינג דוגמאות למקרים כאלו, כמו הצדקתו לחוק "שלוש המכות" האנכרוניסטי. שלינג טען שחוק מקנה לפושע התחייבות שהוא לא יחזור לפשוע, ועל כן מקנה תמריץ להעסיק אותו.

מסבירה, מדוע צודק להרשיע נאשמים גם בלי הליך משפטי שבו תבורר אשמתם, ובלבד שהנאשם ייתן לכך את הסמכתו. כביכול, אין בכך כדי לחסר מזכות הנאשם, שכן הוא מקבל בעסקה פיצוי גבוה מהפסדו. הצדקה זו משותפת הן לבית המשפט העליון של ארצות-הברית והן לספרות של משפט וכלכלה.

מוסד עסקת הטיעון מקנה לנאשם אפשרות פעולה נוספת, וזאת בלי לחסר ממנו שום אפשרות אחרת, שכן תמיד שמורה לו האופציה לסרב לעסקה ולבחור באלטרנטיבה המסורתית של המשפט. ירצה – ישתמש באופציה של עסקת הטיעון; לא ירצה – לא ישתמש בה. על כן, הנאשם אינו יכול להפסיד מעצם קיום האופציה של עסקת טיעון. נאשם הבוחר להודות במסגרת עסקת טיעון מגלה בכך שהעסקה עדיפה בעיניו מהאלטרנטיבה הלגיטימית של העמדתו לדין.¹¹ לפיכך, דווקא מניעתו מלהגיע לעסקת טיעון היא שתזיק לו ותפגע בחירותו. במאמר זה נשתמש בכלים של תורת המשחקים, ובעיקר בתאוריה של תומס שלינג, כדי להפריך את ההצדקה הזו לעסקאות טיעון. נראה כי גם כששני צדדים רציונליים¹² מגיעים לעסקת הטיעון, הרי שלא בהכרח שניהם מעדיפים, שיתאפשר להם להגיע לעסקת טיעון. נחרד: אמנם נכון שאם כללי המשחק הם שמותר להגיע לעסקת טיעון, והצדדים מגיעים לעסקת טיעון, אזי שניהם מצפים להרוויח ממנה; אבל אין פירושו של דבר ששניהם היו מעדיפים שכללי המשחק יהיו שאפשר יהיה להגיע לעסקת טיעון.

תרומתו הגדולה של תומס שלינג היא בהפרכת הטענה שאדם אינו יכול להפסיד מכך שתהא לו אופציה נוספת. במאמר זה אנו מאמצים את הגיון הכבילה (commitment) שהציע תומס שלינג, לאמור: בסיטואציות של משא ומתן¹³ לפעמים כדאי לאדם להגביל את עצמו ושתהינה לו פחות אופציות. זאת, משום שהחירות להגיע להסכם היא גם החירות להיסחט: לאדם העלול להיסחט באימוים לפעמים עדיף שלא תהא לו אפשרות להגיע להסכם, מה שימנע מראש את סחיטתו. במאמר זה נטען שגם לנאשם יכול להיות עדיף שלא תהא לו זכות להגיע לעסקת טיעון, לבל יוכלו לסחוט אותו, לרבות בסחיטה שהכניעה לה היא רציונלית. במאמר נטען כי יש נאשמים שבשיטה שאין בה עסקאות טיעון לא היה מוגש נגדם כלל ועיקר כתב אישום (למשל, בגלל העלות של ניהול המשפט לתביעה), אך בשיטה שיש בה עסקאות טיעון כן יוגש נגדם כתב אישום. אם התועלת הכוללת לתביעה מהרשעה גדולה מהעלות הכוללת שלה לניהול המשפט; הרי שהיא תגיש כתב אישום, אם ורק אם לנאשם

11 ראו Thomas W. Church Jr. *In Criminal Defense of 'Bargain Justice'* LAW & SOCIETY REV. 11 2, (Special Issue on Plea Bargaining) (1979) (“Therefore, prohibiting plea bargaining from the defendant forces him to face the high risk of a jury trial conviction. But since he would have chosen the plea bargain, one could fairly assume that he thinks that the risk of a guilty verdict at trial is too high. Thus, forcing him to go to trial would be .against his best interests”)

12 למונח “רציונליות” הוצעו הגדרות רבות. כך, למשל, בהרצאת הנובל שלו הגדיר פרופ’ אומן רציונליות במילים אלה: “A person’s behavior is **rational** if it is in **his** best interests, .given **his** information”

13 סיטואציות של משא ומתן הן כאלה שלצדדים יש הזדמנות להגיע לרווח הרדי ביותר מאשר דרך אחת; מדובר בסיטואציות שבהן יש לצדדים אינטרסים מנוגדים לצד אינטרסים משותפים. Jon Forbes Nash Jr., *The Bargaining Problem*, ECONOMETRICA (2), 155-162 (1950)

הספציפי יש זכות להגיע לעסקת טיעון. זאת ועוד, יש חשודים שבשיטה שיש בה עסקאות טיעון יוגש נגדם כתב אישום חמור מזה שיוגש נגדם בשיטה בלי עסקאות טיעון (למשל, משום שלהערכת התביעה הם מועדים להיות שונאי סיכון¹⁴ או פסימיסטים), ולפעמים יהא כך אפילו אם אין סיכוי סביר להרשעה באישומים. זאת ועוד, התובע האסטרטגי עלול להגיש כתב אישום באישום חמור יותר כדי לתמרץ נאשמים להגיע לעסקת טיעון לשביעות רצונו. הבעיה מחריפה בסיטואציות, שבהן הנאשם עלול להישלח למעצר ממושך. אם הנאשם יידון למעצר ממושך, ובמיוחד למעצר עד תום ההליכים, יהיה רציונלי מבחינתו להגיע לעסקת טיעון בגובה ימי המעצר עד כה. התובע מועד להחמיר בכתב האישום כדי לשולחו למעצר כאמור, והשופט מצדו עלול לסבור שאישור של בקשת המעצר לא ייחשב בדיעבד כמפורך אם הנאשם יאות לעסקת טיעון כגון דא. כך האופציה של עסקת טיעון מתמרצת אף את השופט לשלוח את הנאשם למעצר ממושך.

לפיכך, הצדקת עסקת הטיעון בכך שנאשם יכול רק להפסיד מכך שתשלל ממנו היכולת להגיע לעסקת טיעון היא הצדקה שגויה. אי־אפשר להסיק מכך שנאשם מסוים נאות בסופו של דבר לעסקת טיעון שהוא היה מעדיף מלכתחילה שיתאפשר לו להגיע לעסקת טיעון. למה דומה הצדקה רווחת ושגויה זו? לטענה שכבילה עצמית – כבילה המחסרת ממך אופציה – לעולם אינה יכולה להיות לטובתך, שכן תמיד אפשר להימנע מהמימוש של אותה האופציה. שתי הטענות שגויות, שכן הן אינן מביאות בחשבון את העובדה שבסיטואציה של משחק בין שני משתתפים או יותר האופציות הזמינות לאחד השחקנים עשויות להשפיע על התנהגותם של יתר השחקנים; ובמקרה של עסקאות הטיעון, האופציות הזמינות לנאשם משפיעות על התנהגות השחקן האחר – המדינה – ולעתים השפעה זו היא לרעת הנאשם.¹⁵

3. מטרת המאמר

ההצדקה הרגילה לעסקאות טיעון היא באמצעות הצעת סילוגיזם לוגי, ואז החלתו על המציאות. הסילוגיזם הלוגי הוא: אדם רציונלי הוא מי שיבחר ב־X על פני Y רק אם X עדיף בעיניו על Y. מכך ששני פרטים רציונליים מסכימים לעסקת הטיעון, אזי שניהם רואים את עסקת הטיעון כעדיפה להם על אי־עסקת טיעון, ועל כן שני הצדדים לעסקת הטיעון מעדיפים, שתהא אופציה של עסקת טיעון. אנו מראים במאמר זה כי הסילוגיזם הלוגי הזה הוא שגוי. לכן, כדי להצדיק את עסקת הטיעון נדרשת תאוריה חדשה. יתר על כן: אנו מראים כי במקומות מרכזיים בחיי המעשה, שבהם התאוריה מצביעה על שיפור הדדי, לא אלה פני הדברים, ולמעשה מדובר בסחיטה באיומים.¹⁶ דברים אמורים בעיקר כאשר עסקת הטיעון נערכת בצל איום (גם אם סמוי) במעצר ממושך במקרה של משפט, או כאשר ראיות התביעה אינן מספיקות כדי לבסס אפשרות סבירה להרשעה. התזה המוצעת

14 שונא סיכון הוא מי שהגרלה שווה לו פחות מתוחלתה. מי שהגרלה שבה יש לו סיכוי לקבל 100 בהסתברות חצי ו־0 בהסתברות חצי, שווה לו פחות מחמישים, הוא שונא סיכון.

15 אנו מודים לפרופ' אומן על מכתב ממנו ששימש בסיס לפסקה זו (האחריות לטעויות כולה עלינו).

16 לכן גם אי־אפשר לראות את המקומות שבהם התאוריה אינה עוברת כ"חיוך" של התאוריה, קרי: כמקרים חריגים שבהם הסכיבה כוללת משתנים מיוחדים שאינם מתוארים על ידי התאוריה.

היא שבמקרים שבהם אין לתביעה די ראיות להרשעה, הרי שהתובע החפץ למקסם שנות מאסר בכפוף לכך שלא ייתפס בקלקלתו – יגיש כתבי אישום בלתי-חוקיים. יש שיטות משפט שבהן התובעים הם אתיים ויש כאלה שבהן התובעים אינם אתיים; מדובר, כמוכן, בעניין של דרגות. הטענה שלנו היא שכללי המשחק בדיני נפשות חייבים להיות בנויים כך שגם תובע בלתי-אתי רציונלי לא יגיש כתבי אישום בלתי-חוקיים. אנו טוענים, שעסקאות הטיעון הן פסולות, כיוון שבמשטר שיש בו עסקאות טיעון, הרי שתובעים בלתי-אתיים יגישו כתבי אישום בלתי-חוקיים, קרי: יסחטו באיומים. אנחנו טוענים שבשיטת המשפט הישראלית הנורמה היא סחיטת נאשמים באיומים כמו, למשל, במקרה של קטינים פלסטינים, הנחשדים בהתנגדות בדרך של יידוי אבנים.

ב. הוויכוח הכללי על עסקאות הטיעון וישום התאוריה הסמיתית לעסקאות טיעון

עסקת טיעון היא פשרה במשפט הפלילי. מדובר בהסכם ששני הצדדים מגיעים אליו בצל האיום של התביעה לנהל נגד הנאשם משפט פלילי בהיעדר הסכמתו לעסקה. בעסקת טיעון אפשר לסכם את העונש של הנאשם (בית המשפט רשאי לדחות את הסיכום); ואפשר גם להגיע לפשרות שבהן הצדדים קובעים במה הנאשם יורשע תוך הותרת שיקול דעת לבית המשפט לקבוע את העונש (בדומה לפשרות מינימום-מקסימום במשפט האזרחי, שבהן הצדדים מעניקים לבית המשפט שיקול דעת לקבוע את סכום הפיצוי תוך שהם מגדירים את שיקול הדעת לטווח מסוים). עסקאות הטיעון כמעט תמיד מחליפות את הליך הברור של האמת בבית המשפט דרך דיני הראיות המקובלים ב"אמת" שהצדדים מכריזים עליה. בפרשת אלון¹⁷ הכיר בית המשפט העליון הישראלי בכך שבכוא השופט לקבוע את העובדות הוא מגלה את האמת המשפטית, שאינה תמיד חופפת את האמת העובדתית (דרך יפה להדגים זאת היא שאו ג"י סימפסון זוכה בפלילים מרצח אישתו אך חויב על כך בפיצוי נזיקי במשפט אזרחי, לאמור: האמת המשפטית הפלילית היא שסימפסון זכאי בעוד האמת המשפטית האזרחית היא שסימפסון חייב). בעסקאות טיעון בית המשפט כבר פוסק על סמך האמת הפשרתית. הרוב המכריע של המשפטים הפליליים בישראל ובארצות-הברית מסתיימים בעסקאות טיעון, ולכן מדובר בסוגיה שחשוב מאוד לעסוק בה. עסקאות הטיעון הן מוסד משפטי חדש. לטענתנו, הוא מנוגד, למשל, למסורת של דיני הנפשות בהלכה היהודית. במסורת היהודית עדות אדם נגד עצמו אינה קבילה בהיותו של אדם קרוב של עצמו (סנהדרין, דף ט'). הכלל הוא ש"אין אדם משים עצמו רשע". לכן, ככל שמקבלים שעדות אדם נגד עצמו היא מהותית לעסקת הטיעון (ולנו זה נראה טריביאלי), הרי שעסקת הטיעון מנוגדת למסורת היהודית. ואכן, אפילו שבדיני ממונות האתוס הוא "גדול כוח הפשרה מכוח הדין", הרי שעד כמה שידענתנו הצנועה משגת בדיני הנפשות ביהדות אי-אפשר למצוא שום עסקת טיעון. מעבר לכך, עסקאות הטיעון מנוגדות לאתוס שלפיו כל אדם זכאי שיהיה לו יומו בבית המשפט ואין להעניש אדם אלא לאחר בירור אשמתו בבית המשפט. האתוס הזה מגולם בערכים

17 בג"ץ 152/82 דניאל אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 449 (1982).

ליברליים כמו חזקת החפות והזכות להליך הוגן. הניסוח המקראי של האתוס הזה הוא "לא ימות הרוצח עד עומדו לפני העדה למשפט" (במדבר לה 12).

בלי למצות הדיון, הרי שבספרות הדנה בעסקאות הטיעון מוצגות בעיקר הביקורות הבאות: עסקאות הטיעון הופכת את המשפט למיקח וממכר, כך שהעונש אינו תוצאה של קריטריונים משפטיים. ש"ז פלר¹⁸ ניסח את התנגדותו למוסד עסקאות הטיעון במילים אלה:

עסקאות טיעון פסולות בעיניי בכל המקרים בשל המשא ומתן והמקח וממכר הכרוך בהן. העמדה לדין איננה פונקציה של משא ומתן כמו שמנהלים בשוק: אתה מבקש 100 שקל ואני – 50, ונתפשר על 75. אם ניתן להוכיח עברה, יש להעמיד את העבריין לדין. אם אין ראיות מספיקות – יש לזכותו או כלל לא להעמידו לדין. אין ולא יכולות להיות פשרות בנושא.

זאת ועוד: עסקאות הטיעון מתמרצות את התביעה לנפח כתיב אישום. ביקורת אחרת היא שעסקאות הטיעון מובילות לעתים להפחתה מופרזת בענישה, ובכך מוחמץ האפקט המרתיע של הענישה, כמו גם שאין משולם לרשע כגמולו. ביקורת נוספת היא שעסקאות הטיעון גורמות גם לחפים מפשע להודות. ביקורת נוספת היא שעסקאות טיעון גורמות לחוסר אחידות בענישה.

מנגד, המצדדים בעסקאות הטיעון מעלים טיעונים בדבר חיסכון במשאבים, שיפור ההרתעה הפלילית ובכלל – שמדובר בחלק מובנה של שיטת המשפט שלנו (הטיעון האחרון הוא כמובן חלש מאוד, שכן הוא מצדיק דבר מה קיים בכך שהוא קיים). כך, למשל, נוסחה הצדקת החיסכון במשאבים בפסק הדין האמריקני בעניין *Santobello*:

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.¹⁹

דוגמה נוספת להצדקה ההרתעית, הפעם בפסיקה ישראלית:

הסדרי טיעון אינם בהכרח מחלישים את יסוד ההרתעה בענישה, אלא עשויים לתרום להרתעה אפקטיבית בכך שמביאים הם להרשתם של נאשמים רבים יותר, ובהם נאשמים שמטעמים שונים עלול היה להתעורר קושי בביסוס אשמתם בראיות קבילות.²⁰

הצדקה מרכזית נוספת לעסקאות הטיעון, הצדקה שאותה אנו באים להפריך במאמר זה, היא שאם שני צדדים לעסקת הטיעון נתנו לה את הסכמתם, המסקנה היא ששניהם מרוויחים ממנה – אחרת הם לא היו נותנים לה את הסכמתם. לכן, לשני הצדדים כדאי שמשפט המדינה לא יפריע להם להגיע לעסקאות טיעון. ניסוח זה, הרווח בספרות, הוא ניסוח שגוי שמתעלם מהאפשרות שנאשמים יטעו בבחירתם. הניסוח הנכון של ההצדקה צריך להיות:

18 ריאיון אישי של חברי מערכת עלי משפט י' עם פרופ' ש"ז פלר, פורסם בעלי משפט י' 265 (1.11.2012).

19 *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 260 (1971).

20 כדברי השופטת דורית ביניש בע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 577, 609 (2003).

אם שני צדדים לעסקת הטיעון נתנו לה את הסכמתם, המסקנה היא ששניהם מצפים להרוויח ממנה, ולכן אין להפריע להם להגיע לעסקת טיעון. גם טענה משופרת זו לא תשרוד את הביקורת שנציג במאמר.

הצדקה זו, שיצאה מבטנה של התאוריה הקפיטליסטית, מככבת גם במשפט האמריקני. בית המשפט הטעים את חוקתיות עסקאות הטיעון בכך שהן מהוות יתרון הדדי לנאשמים ולתובעים, ואין לחשוש לכך שנאשם שמיוצג משפטית יחשוש מהרשעת שווא.²¹ בטרם ניגש להפריך את ההצדקה, כדאי לברר את חשיבותה. חלק מחשיבותה נעוץ באימוצה על ידי בית המשפט העליון האמריקני והספרות.²² נתהה: אם ההצדקה הנ"ל היא נכונה, קרי נכוחה שהזכות לעסקת טיעון לעולם אינה גורעת ממצבו של הנאשם, מה אפשר ללמוד ממנה?

לקח אחד הוא שעסקת הטיעון היא מוסד יעיל; הוא משיא (ממקסם) את התועלת. שני הצדדים לעסקה ייהנו ממנה, ואף אחד מהם לא ייחסר. בהינתן כך שאף אדם אחר לא ייפגע ממנה, הרי שהתועלת הכללית תגדל. לכן, עסקת הטיעון מסייעת להשאת האושר המצרפי, קרי היא משיאה את סך כל האושר האנושי (כך ברוח התאוריה התועלתנית, שרואה ב"כמה שיותר אושר לכמה שיותר בני אדם" כעקרון המוסרי המנחה). יתר על כן, היא אף יוצרת מצב של שיפור פארטו חזק, קרי שיפור מצבו של כל אחד מן השחקנים. היא בבחינת "זה נהנה וזה נהנה".

הלקח השני הוא שעסקת הטיעון מגדילה את החירות, והיא מסייעת לשמור על זכויות הנאשם. עסקת הטיעון מעניקה לנאשם אפשרות פעולה נוספת. לנאשם עדיין שמורה זכותו

21 כך קבע בית המשפט העליון בעניין *Bordenkircher v. Hayes* 434 U.S. 357 (1978), תוך הישענות על תקדימים:

Plea bargaining flows from "the mutuality of advantage" to defendants and prosecutors, each with his own reasons for wanting to avoid trial. *Brady v. United States*, supra, at 752. Defendants advised by competent counsel and protected by other procedural safeguards are presumptively capable of intelligent choice in response to prosecutorial persuasion, and unlikely to be driven to false self-condemnation [...]. By hypothesis, the plea may have been induced by promises of a recommendation of a lenient sentence or a reduction of charges, and thus by fear of the possibility of a greater penalty upon conviction after a trial.

22 אוריאל פרוקצ'יה הגישה הכלכלית למשפט (2012). אורן גול כתב את הפרק על סדר הדין הפלילי בספר זה, הבא להציג מהי גישת זרם המשפט וכלכלה לכל ענף משפטי. כך הוא הציג את הגישה הרווחת בספרות (אנו קצת נזהרים, שכן מצאנו כעמום, עד כמה הוא מסכים לדעה שהוא סוקר): "אם הנאשם החף בחר בהסדר טיעון במקום במשפט, אות הוא כי להערכתו הסיכון להרשעה במשפט ולעונש החמור הצפוי לו אם אכן יורשע, גבוה. לכן מבחינתו עדיף הסדר הטיעון. למעשה איסור על הסדרי טיעון (אפילו אם היה אפשר לקבוע באופן שיחול רק על נאשמים חפים) רק ירע את מצבם של הנאשמים החפים וישלול מהם אופציה לביטוח מפני ההרשעה המוטעית והענישה החמורה הצפויות להם בתום משפט. נאשמים רציונליים, חפים ואשמים, לא ייפגעו מהצעה להסדר טיעון, הם יכולים רק להרוויח ממנה". זו בדיוק הדעה הרווחת שאנו מקעקעים במאמר זה.

למשפט, אלא שזכותו לוותר עליה ככל שרצונו בכך. הנאשם אינו נפגע מכך שמרשים לו לוותר על זכותו למשפט. ולכן, עסקת הטיעון איננה פוגעת בזכות להליך הוגן או בחירות. להיפך, היא אף מגדילה אותן בהרחיבה את האוטונומיה של הפרט.

הלקח השלישי הוא שלכאורה עסקת הטיעון אינן בגדר סחיטת הנאשם באיומים או אפילו כפייה במוכן חוק החוזים. סחיטה באיומים מתבצעת, כאשר מופנה כלפי הנסחט איום בפגיעה בו בפעולה בלתי-חוקית או בהכפשת שמו הטוב. כך להבדיל מאיום בפעולה חוקית שאינה הכפשת שמו. חוק העונשין²³ קובע כי "המאיים על אדם [...] בפגיעה שלא כדין בחירותם [...] כדי להניע את האדם לעשות מעשה או להימנע ממעשה שהוא רשאי לעשותו, דינו – מאסר שבע שנים". כך, הגשת כתב אישום שאסור להגישו, קרי כתב אישום במקרה שבו הראיות אינן מספקות סיכוי סביר להרשעה, הוא איום בפגיעה שלא כדין בחירות; והגשתו כדי להניע אדם להסכים לעסקת טיעון היא לכן בגדר סחיטה באיומים. הדברים אולי נשמעים תמוהים בשמיעה ראשונה, שכן הם מנוגדים להסדר החדש שהיכה שורש, אבל הם נשענים על היגיון ברזל ומשקפים דין מצוי ודין רצוי כאחד.

השאלה אם עסקת הטיעון היא סחיטה באיומים תלויה אפוא בשאלה אם האיום להגיש כתב אישום הוא איום לגיטימי, ודוק: אם הוא איום כדין. ההגנה הרווחת על עסקת הטיעון היא שגם בלעדי עסקת הטיעון, היה מוגש כתב אישום. כשם שפשרה בין ראובן לבין חברת הביטוח – המתקיים בצל איומו של ראובן לתבוע את חברת הביטוח – אינו בגדר סחיטה באיומים, כך גם פה. לאחר שנקעקע את ההצדקה "הסמיתית", אנו נטען, שעסקאות הטיעון מושגות גם בצל איום שלא כדין, היינו בצל איום להגיש אישום, שאין סיכוי סביר להרשעה בו. קל וחומר, שאם עסקת הטיעון היא בצל איום בלתי-חוקי עד הפיכת לסחיטה באיומים, הרי שהיא גם כפייה במוכנה בחוק החוזים.²⁴

הלקח הרביעי הוא לכאורה שעסקאות הטיעון לא תוכלנה חפים מפשע להודות ולא תוכלנה לכך שאדם ייענש שלא כמידתו. אם אדם משוכנע שהוא יזוכה בבית המשפט, הרי שלא ייאזר לעסקת הטיעון. אם אדם מודה, סימן שהוא ציפה שבסיום משפטו ייענש בחומרה רבה יותר.

23 ס' 428 לחוק העונשין, התשל"ז-1977:

סחיטה באיומים (ח/12) [תשל"ג]

428. המאיים על אדם בכתב, בעל פה או בהתנהגות, בפגיעה שלא כדין בגופו או בגוף אדם אחר, בחירותם, ברכושם, בפרנסתם, בשמם הטוב או בצנעת הפרט שלהם, או מאיים על אדם לפרסם או להימנע מפרסם דבר הנוגע לו או לאדם אחר, או מטיל אימה על אדם בדרך אחרת, הכל כדי להניע את האדם לעשות מעשה או להימנע ממעשה שהוא רשאי לעשותו, דינו – מאסר שבע שנים; נעשו המעשה או המחדל מפני איום או הטלת אימה כאמור או במהלכם, דינו – מאסר תשע שנים.

24 ס' 17 לחוק העונשין, התשל"ז-1977:

כפייה

17. (א) מי שהתקשר בחוזה עקב כפייה שכפה עליו הצד השני או אחר מטעמו, בכוח או באיום, רשאי לבטל את החוזה.

(ב) אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום לענין סעיף זה.

במאמר זה תקועקע ההצדקה הנ"ל לעסקאות הטיעון. נראה, שגם כאשר לפרט עדיף להגיב להצעה לעסקת טיעון ספציפית ב"מקבל", הרי שלעתים היה עדיף לו שבכלל לא תהא זכות להגיע לעסקת טיעון. כך במצבים שאלמלא האפשרות להגיע לעסקת טיעון, הרי שלתביעה לא היה איום אמין להגיש נגדו כתב אישום, או לחלופין להגיש נגדו את כתב האישום החמור; אך עסקת הטיעון הופכת את האיום שלה לאמין. כך אף במצבים שבהם מוסד עסקת הטיעון מעודד את השופט לשלוח את הנאשם למעצר ממושך בידועו, שעסקת הטיעון תבלום את הזיכוי, שכן לנאשם המתנדנד על זיכוי ישתלם לבטח את עצמו בעסקת טיעון, שבה ייענש כמה שכבר ריצה. נקעקע את ההצדקה בכמה דוגמאות, תוך שנוכיר את הידוע לכל תלמיד מתמטיקה: כדי להפריך משפט מתמטי די בדוגמה נגדית אחת. התובנה שלפיה אם שני הצדדים מגיעים לעסקה מרצון, הרי שטוב לשניהם שיתאפשר להם להגיע לעסקה, לוקה בקפיצה מחשבתית שגויה!

1. עסקאות הטיעון בתורת המשחקים

אחד המשחקים המרכזיים בתורת המשחקים הוא משחק דילמת האסיר. מדובר במשחק של עסקת טיעון. במשחק הזה לקבוצת הנאשמים עדיף שלא תהא להם אופציה להגיע לעסקת טיעון. תחילה נציג את משחק דילמת האסיר:²⁵

המשטרה עוצרת שני אנשים בקרבת בנק שבוצע בו שוד. היא תופסת אצלם נשק בלי רישיון. יש למשטרה מספיק ראיות כדי להרשיע כל אחד מהם בעברה של החזקת נשק בלי רישיון; אבל המשטרה גם רוצה להרשיע אותם גם בעברה של שוד. לשם כך היא זקוקה לעדות מרשיעה. אם המשטרה לא תצליח להעיד מי משני הנתפסים נגד האחר, אזי כל אחד מהם יורשע בעברה של החזקת נשק ויישפט לשנת מאסר אחת. אבל, אם היא תצליח למצוא עדות מפלילה בשוד, אזי המורשע יישפט לארבע שנות מאסר.

לפיכך, המשטרה לוקחת כל אסיר (למעשה עציר) לחדר נפרד ומציעה לו את עסקת הטיעון הבאה: אם תלשין נגד החבר שלך, ניתן לך בתמורה הנחה של שנת מאסר אחת, ועדותך גם לא תשמש נגדך. לאמור, המשטרה מציעה לכל אסיר שאם הוא ילשין והחבר שלו לא ילשין, אזי הוא יילך לחופשי וחברו לארבע שנות מאסר. במקרה הפוך, שבו הוא לא ילשין וחברו ילשין, הרי שהחבר יילך לחופשי והוא לארבע שנות מאסר. אם שניהם ילשינו, כל אחד יילך לשלוש שנות מאסר; ואם אף אחד לא ילשין – הרי ששניהם יילכו לשנה אחת בכלא. מה יעשה אפוא כל אסיר: האם הוא ילשין או לא?

טבלת המשחק נראית אפוא כך:

| לשתף פעולה (לא להלשין) | לבגוד (להלשין) | |
|------------------------|----------------|------------------------|
| -1, -1 | -4, 0 | לשתף פעולה (לא להלשין) |
| 0, -4 | -3, -3 | לבגוד (להלשין) |

25 גילוי נאות: הצגת המשחק הידוע "דילמת האסיר" לקוחה ממאמר אחר הנמצא בכתובים של אחד החתומים מטה: אורי וייס, "פרדוקסים בדיני עדויות".

פתרון המשחק: כדי לפתור את המשחק, הבה ונשאל קודם, כיצד כדאי לשחקן הראשון לנהוג? אם השחקן השני יבגוד בו, כלומר ילשין עליו; אזי אם הוא ילשין עליו – הוא יילך לשלוש שנות מאסר, ואם הוא לא ילשין עליו, הוא יילך לארבע שנות מאסר. כלומר, אם השחקן השני ילשין על הראשון, לראשון כדאי להלשין עליו. עכשיו, מה קורה אם השחקן השני אינו מלשין עליו? אם השחקן הראשון לא ילשין על השני, הוא יילך לשנת מאסר אחת; אבל אם הוא כן ילשין עליו, הוא יילך לחופשי. ולכן, גם אם השחקן השני לא ילשין על הראשון, לשחקן הראשון כדאי להלשין על השני. אנו רואים שגם אם השחקן השני ילשין על הראשון, וגם אם השחקן השני לא ילשין עליו, הרי שלשחקן הראשון כדאי להלשין עליו. המסקנה היא שבאופן בלתי-תלוי בשאלה כיצד ינהג השחקן השני, לשחקן הראשון כדאי להלשין עליו. באופן בלתי-תלוי באם השני ישתף פעולה או יערוק, לראשון כדאי לערוק. והדברים יפים גם לגבי השחקן השני. כל שחקן יאמר לעצמו, שכדאי לו לבגוד בחברו, באופן בלתי-תלוי בשאלה אם חברו ישתף אתו פעולה או יבגוד בו. ולכן, כל שחקן יבגוד בעמיתו. ולכן, תוצאת המשחק תהא הלשנה הדדית (בגידה הדדית), אף על פי שלשני הצדדים עדיפה עליה אי-הלשנה הדדית (שיתוף פעולה הדדי)!²⁶

אחד הדברים המעניינים במשחק דילמת האסיר הוא שבמשחק הזה לכל אחד מהעצורים כדאי להפלייל את חברו בעברת שוד הבנק, גם אם אף אחד מהם לא השתתף בשוד. למעשה, אף אחד מהעצורים לא משלם על הודאתו השקרית משום שהיא אינה משמשת נגדו, ומאידך גיסא הוא מקבל עבודה הנחה – ולכן כל אחד מהעצירים יבחר להפלייל את חברו. לקח מרכזי ממשחק דילמת האסיר צריך להיות שלנאשמים היה עדיף שלאף אחד מהם לא יתאפשר להגיע לעסקת טיעון. או אז, הם היו נענשים בעונש קל, במקום בעונש בינוני. אבל, לכל אחד מן האסירים עדיין עדיף שלו עצמו יהיה אפשרי להגיע לעסקת טיעון. האם משחק דילמת האסיר משמש כהפרכה לטענה הסמיתית? על פני הדברים נראה שכן. לאסירים היה עדיף שאף אחד לא יוכל להגיע לעסקת טיעון. ולכן אין זה נכון שמכך ששני הצדדים לעסקה נהנים ממנה נגזר, שהיא כדאית לשניהם. כך, על פניו. אך ההפרכה הזאת היא שגויה. כך, כיוון שבמשחק המתואר בדילמת האסיר, (לעומת המשחק המתואר על ידינו), עדיין עדיף לכל פרט שלו יהיה מותר להגיע לעסקת הטיעון, באופן בלתי-תלוי בשאלה אם מותר או לא מותר לשני. יש "דילמת אסיר" בין האסירים בשאלה, אם להתיר עסקת טיעון. הספרות הכלכלית רגילה לתאר מקרים של קרטל כדילמת אסיר בין הצדדים לקרטל; מקרים של הטלת מכסים כדילמת אסיר בין מדינות ומקרים של חוק שכר מינימום – כדילמת אסיר בין פועלים. כל אלו אינם מפריכים את התאוריה של שוק חופשי; הם חלק ממנה. התאוריה של שוק חופשי שוללת את הקרטלים למיניהם, וכך היא אולי תשלול גם את הקרטל בדמות איסור על עסקאות טיעון.

26 יש להטעים כי תוצאת המשחק לא תשתנה גם אם נוסיף אפשרות פעולה לשחקנים: אפשרות של תיאום עמדות באמצעות הסכמות ביניהם, לפני שהם נדרשים להכריע כל אחד בחדר הסגור. כך כיוון שההסכם אינו אכיף, ולכל צד יהיה משתלם שהוא יפר אותו באופן בלתי-תלוי בהתנהגות חברו. התוצאה תשתנה אם הצדדים יוכלו להגיע מבעוד מועד להסכם אכיף. תורת המשחקים השיתופית עוסקת במצבים שבהם השחקנים יכולים להגיע להסכמים שבית המשפט יאכוף אותם באופן מלא וודאי, ואילו תורת המשחקים שלא שיתופיים עוסקת במשחקים שבהם אי-אפשר להגיע להסכמים מעין אלו.

כעת אפנה לשורה של מאמרים במשפט וכלכלה שלפיהם – בניגוד להצדקה הרווחת לעסקאות טיעון – עסקאות טיעון דווקא מרעות את מצב הנאשמים. לפי מאמרים אלה, בדומה לדילמת האסיר, עדיף לנאשמים שלא תהא להם אופציה של עסקאות טיעון. פוזנר טוען כי בניגוד לתפיסה הרווחת, עסקאות טיעון מביאות דווקא להחמרה בענישה. הסיבה לכך היא שהמשאבים המשתחררים כתוצאה מעסקאות טיעון מאפשרים לתביעה להגביר את סיכוייה להצליח במשפט, ובiodעם זאת הנאשמים מסכימים לעסקת טיעון מחמירה יותר.²⁷

אורן גזל-אייל²⁸ טוען כי בניגוד לאותה הצדקה רווחת, אנשים שכתב האישום נגדם חלש דווקא מפסידים מההיתכנות לעסקת טיעון. זה מוביל לריבוי הרשעת חפים מפשע; ולכן גזל-אייל מציע איסור חלקי על עסקאות טיעון. ההצעה של גזל-אייל היא שייאסר על עסקאות טיעון, שבהם יש הפחתה דרמטית בין העונש המבוקש לעונש המוצע. גזל-אייל טוען כי על שולחנו של התובע מונחים הרבה מאוד מקרים. ביניהם יש מקרים, שבהם גם בלי מגבלת המשאבים, הוא לא היה מגיש נגדם כתב אישום, שכן זה אינו מוצדק מבחינה משפטית. מלבד אלו, יש תיקים שבהם התובע רוצה להגיש בהם כתבי אישום, אבל משאביו מוגבלים. ולכן, בהיעדר אופציה של עסקת טיעון, התובע יוותר על התיקים שבהם הראיות נראות לו חלשות (תיקים חלשים) והוא יגיש כתבי אישום רק בתיקים החזקים. אבל, כשיש אופציה של עסקת טיעון, הרי שהתובע יכול להגיש נגדם כתב אישום ואז להתפשר איתם. כיוון שהסיכוי להרשעה נמוך, הרי שהפשרה איתם תהא גדולה מאוד. הבעיה במקרים אלה היא שההאשמות מתמרצות אנשים שהראיות נגדם חלשות (ולכן לעתים קרובות חפים מפשע) להודות באשמה. הם למעשה יקנו ביטוח. אותם אנשים אפוא מפסידים מהאפשרות לעסקת טיעון. לכן גזל-אייל מציע להגן עליהם ואף לבלום הרשעת חפים מפשע על ידי כך שייקבע איסור על עסקאות טיעון שבהן יש הנחה גדולה.²⁹

RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 578 (2003): “Given a fixed prosecutorial budget, average sentences [given at trial] will probably be heavier rather than lighter if plea bargaining is allowed, because the prosecutor can use the money saved in plea bargains [...] to build a stronger case when bargaining fails - and knowing this defendants will give better terms in bargaining” 27

.Gazal-Ayal, Oren *Partial ban on plea bargains*, 27 *CARDOZO L. REV.* 2295 (2005) 28

חרף הרמיון, אנחנו נבדלים מגזל-אייל גם מבחינה משפטית וגם מבחינה משחקית. נתחיל דווקא בהבדל המשפטי. ראשית, אצל גזל-אייל עסקאות הטיעון מסירות חסם תקציבי (בין בכסף ובין בכוח אדם) מפני הגשת כתבי אישום נגד אנשים מסוימים. אבל, עסקת הטיעון אינה מובילה לסחיטה באיום בלתי-חוקי. היא אינה מובילה להגשת כתבי אישום בלתי-חוקיים. מנקודת מבט מסורתית, אולי אף היפוכו של דבר: היא מסירה חסם בירוקרטי בפני שלטון החוק. עסקת הטיעון, לכאורה, מחזקת את שלטון החוק ומונעת מאנשים לחמוק מעונש המגיע להם. עם זאת, אנחנו קרובים לגזל-אייל בכך שהוא מדבר על כך שגם חפים מפשע יודו – אבל הוא מתעלם מכך שמדובר בהודאה בחסות הליך בלתי-חוקי. שנית, לפי הניתוח של גזל-אייל, הרי שבאותם מקרים בעייתיים שבהם מוגשים כתבי אישום נגד אנשים שהראיות נגדם חלשות, הרי שהם יקבלו הנחה גדולה בעסקת הטיעון. הם יסכימו לעסקת טיעון המשקפת את הסיכוי הנמוך להרשעה. הם למעשה יסכימו לעונש קל כביטוח מפני הסיכון הלא גדול לעונש גדול.

אורן בר גיל ועמרי בן שחר³⁰ טוענים טענה קרובה לזו של גזל-אייל. הם מצביעים על כך שיש בין הנאשמים דילמת אסיר (גזל-אייל החמיץ את המינוח הזה). הם מצביעים על כך שמשאבי התביעה הם מוגבלים. על כן, לדידם, בניגוד לטענה הרווחת ששני הצדדים מסכימים לעסקת הטיעון, מה שגם אומר שאין סחיטה; הרי שלנאשמים עדיף שלא תהא אופציה להגיע לעסקת טיעון.

לעומת זאת, לפי הניתוח שלנו, כיוון שנאשמים עלולים להיות פסימים או שונאי סיכון או מי שצפויים להישלח למעצר עד תום ההליכים, הרי שהם עלולים להסכים גם לעונש גדול. העונש לא משקף את הסיכון בעיני התביעה, או את הסיכוי "האובייקטיבי", אלא את הסיכון בעיני הנאשם. לכן, הפתרון שמציע גזל-אייל גם לא יעבוד, והוא אף מועד להחרף את הבעיה. הוא מועד להחרף את הבעיה, שכן לאחר שיוגש כתב אישום, הרי שלתביעה תהיה התחייבות (commitment) שלא להסכים לפשרה נמוכה. בכך יהיה לתביעה התחייבות כלפי הנאשם שונא הסיכון, הפסימי או זה שמועד להישלח למעצר ממושך, כי היא לא תתפשר אלא על עונש גבוה. ההצעה של גזל-אייל בעיקר מחריפה את מצב הנאשמים הללו במקרים שבהם אין לתביעה כוח להציע הצעת "take it or leave it". הכלל של גזל-אייל יחזק את כוח המיקוח של התביעה באופן שלמעשה ייתן לה משהו מאוד קרוב לכך. גזל-אייל מודע לכך שהכלל המוצע על ידו יחזק את התביעה במקרים שבהם כן יוגשו כתבי אישום, אלא שהוא רואה בכך יתרון. הוא מחמיץ שהדבר מפריע לפתרון שלו לעבוד. כך אולי כיוון שגזל-אייל טוען במאמר שלתביעה אין דרך לדעת, מתי נאשמים הם פסימים או אופטימים. גזל-אייל מחמיץ, שעל אף שהתביעה אינה יכולה לדעת זאת בוודאות, הרי שהיא יכולה להעריך את ההסתברות על סמך משתנים שונים, לרבות אפליה סטטיסטית, זהות עורך דינו של הנאשם או רשמים שהיא מלקטת במהלך המשא ומתן (אפליה סטטיסטית היא כאשר מעביד אומר לעצמו: הנתונים של העובדים פחות או יותר זהים; עובדים יפאנים בממוצע עובדים יותר טוב מסינים, ועל כן אבכר המועמד היפאני על הסיני; או כאשר בשדה התעופה הסלקטור בודק אנשים לפי מבטא). מבחינה משחקית אנחנו נברלים מגזל-אייל, בכך שדומה למשחק דילמת האסיר, הרי שגם אצל גזל-אייל הסיבה שהנאשמים מפסידים מהאפשרות לעסקאות הטיעון היא שכיוון שחבריהם הסכימו לעסקת הטיעון, הרי שלהם משתלם להסכים לעסקת טיעון כזו, שכן אחרת הם יאלצו להתמודד עם משפט, מה שנחות מבחינתם מעסקת הטיעון. אבל, אותו כתב אישום היה מוגש נגדם, גם לו כל חבריהם הסכימו לעסקת הטיעון, בעוד להם לא הייתה זכות להגיע לעסקת הטיעון. כך משום שלתביעה התפנו משאבים בזכות הסכמת האחרים. זהו אפוא מקרה של דילמת אסיר ולכן, לעניות דעתנו, לא עלה גם בידיו של גזל-אייל להפריך את ההצדקה הסמיתית: הפתרון שהוא מציע הוא כזה שרק ירע את מצב הנאשמים.

Oren Bar-Gill & Omri Ben-Shahar, *The Uneasy Case for Comparative Negligence*, 30 5.2 AMERICAN LAW AND ECONOMICS REV. 433-469 (2003)

לפי הטיעון של בר גיל ובן שחר,³¹ כמו של כותבים אחרים בתחום³² שלא אמרו זאת במפורש, יש דילמת אסיר בין הנאשמים. האינטרס של קבוצת הנאשמים יכול להיות ביטולה של עסקת הטיעון.³³ ברם, לפי הניתוח שלהם, עדיין לכל פרט עדיף שלו עצמו יתאפשר להגיע לעסקת טיעון. לעומת זאת, אנו מראים, שגם לפרט ספציפי יכול להיות כדאי שלא יתאפשר לו להגיע לעסקת טיעון, וזאת באופן בלתי-תלוי בשאלה, אם ליתר הנאשמים תהא אופציה כזו. זהו הברדל חשוב גם מבחינה התאוריה הכלכלית וגם מבחינה משפטית. מבחינת התאוריה הכלכלית, התוצאה של דילמת אסיר – שהאסירים היו מרוויחים אילו היו יכולים להתארגן, כך שאף אחד מהם לא יגיע לעסקת טיעון – דומה לתוצאות שלמדנה יכול להשתלם להטיל מכס, שליצרנים יכול להשתלם להגיע להסכם קרטל, או שלקבוצת העובדים יכול להיות משתלם שיחוקק חוק שכר מינימום. כל אלו נכללים בתאוריה הכלכלית ואין מדובר בקושיה על התאוריה הסמיתית. לעומת זאת, מה שאנו מצביעים עליו הוא שלפרט שמגיע לעסקת טיעון יכול להיות משתלם, שלו עצמו לא תהא זכות להגיע לעסקת טיעון, קרי: שהוא מפסיד מחופש המשא ומתן האישי שלו. מי שלמעשה הפריך את אדם סמית בלי להכריז על כך הוא תומס שלינג (שתומך בשוק חופשי), ובמאמר זה אנו מכריזים על כך. לכל הפחות שלינג הניח את היסודות להפרכת אדם סמית.

מבחינה משפטית, ראשית, תהא זו טענה סבירה שזוהי תוצאה בלתי-מטרידה, שאנשים לא יחמקו מאימת הדין בגלל מחסור במשאבי התביעה. ולכן, הניתוח של פוזנר, כמו גם של בר-גיל ובן-שחר, אינו מהווה ביקורת על ההצדקות המוסריות והמשפטיות למוסד עסקאות הטיעון, אלא אולי אף מוסיף הצדקה. ברם, ייקל גם להסכים, שאיננו רוצים שנאשם קונקרטי ייענש במסגרת עסקת טיעון ביותר מאשר היה נענש לו נערך לו משפט צדק. שנית, וזאת עיקר: הניתוח שלנו מראה כי עסקת הטיעון מועדת להוביל לאיזונים בלתי-חוקיים; היא מועדת להוביל להגשת כתב אישום גם בעברות שאין סיכוי סביר להרשעה בהן. ולכן, הניתוח שלנו מבקר את עצם מוסד עסקת הטיעון. הניתוח שלנו מראה כי ההצדקה הקפיטליסטית לעסקת הטיעון אינה מצליחה לרפא את הפגם שבביטול ההליך ההוגן. עסקת הטיעון היא למעשה וולגריזציה של הקפיטליזם.

Oren Bar-Gill & Omri Ben-Shahar, *The Prisoners' (Plea Bargain) Dilemma*, 1(2) JOURNAL OF LEGAL ANALYSIS, 737-773 (2009). "[...] despite the common view to the contrary, the institution of plea bargains may not improve the well-being of defendants. Absent the plea bargain option, many defendants would not have been charged in the first place. Thus, we can no longer count on the fact that plea bargains are entered voluntarily to argue that they are desirable for all parties involved"

32 כך, למשל, אצל גול-אייל לעיל; וברומה כך, למשל, הוא מאמרם של זוהר ומיכאלי שמאבחים עצמם מבר גיל ומבן שחר כך: "המודל שפיתחו אמנם מסביר יפה את עליית כוחה של התביעה הכללית, אך הוא אינו מציע דרך לניבוי הקף עסקאות הטיעון שהמערכת תגיע אליהן, אינו אומד את מחיר עסקאות הטיעון הצפוי ואינו מסביר את הקשר שבין שיעור עסקאות הטיעון ובין השקעת המשאבים במשפטים, ובין שיעור עסקאות הטיעון להסתברות להרשעה".

33 הספרות לא תמיד רגישה להבחנה בין הטענה שעסקת הטיעון מרעה את מצב הנאשמים לבין כך שהיא יכולה להרע את מצב הנאשמים. הטענה היותר אינטליגנטית היא שעסקת הטיעון יכולה להרע את מצב הנאשמים.

ג. הצעת הפרכות להצדקה ה"סמיתית" לעסקאות טיעון

להלן נציג שש דוגמאות למקרים שבהם לנאשם או לנחשד עדיף שלא תהא עסקת טיעון. שתי הדוגמאות הראשונות הן תחת הנחה לא ריאלית, שהתובע יכול להאשים רק בעברה אחת (נגיד רצח או הריגה), ואם הנאשם מזוכה מן העברה החמורה, אזי אי-אפשר להרשיע אותו בעברה הפחותה. המטרה של הדיון הזה היא לספק דוגמה נגדית להפרכת "המשפט" (התאורמה) שלפיו אם שני צדדים רציונלים מסכימים לעסקת טיעון, הרי שהיא עדיפה לשניהם על פני היעדר עסקת הטיעון, ועל כן לשני הצדדים הללו עדיף שאפשר יהיה להגיע לעסקאות טיעון. אנחנו משתמשים בדוגמאות הללו, כיוון שהן פשוטות וקלות להבנה. די בכך כדי להפריך את התאורמה שהתאוריה להצדקת עסקאות טיעון בנויות עליה. אבל, אפשר לטעון, כי התאוריה מספיק טובה, שכן מדובר בחיכוך זניח. לכן, לאחר מכן נציג ארבע דוגמאות נוספות הממחישות כי במקרים נפוצים בחיי המעשה עסקאות הטיעון יכולות שלא להיגמר בשיפור הדדי.³⁴ לקח מרכזי מהן הוא שעסקאות הטיעון עלולות להתגלגל לכדי סחיטה באיומים, כמו גם לתמרץ שופטים לאשר מעצרים עד תום ההליכים.

1. דיון תחת הנחה מלאכותית במטרה להציג דוגמה נגדית שתפריך את התאוריה

(א) עסקאות טיעון לאור שנאת סיכון

שונא סיכון הוא מי שהגרלה שווה לו פחות מתוחלת זכייתו בה. הוא, למשל, ייאות להמיר הגרלה שיש לו סיכוי של חצי לזכות במאה וסיכוי של חצי לזכות באפס בסכום נמוך מחמישים בוודאות. אי-וודאות משפטית מובילה שונאי סיכון – דוגמת עניים המידיינים על כסף – לפשרות, שבהן יקבלו פחות מתוחלת זכייתם במשפט.³⁵ כעת נדון במצבם של נאשמים שונאי סיכון. נקדים ונאמר כי איננו טוענים שככלל נאשמים הם שונאי סיכון או לא. מאן דהא עלול לגזור ממחקרם של כהנמן וטברסקי³⁶ שאנשים יהיו אוהבי סיכון לגבי

34 בפרק זה אנו שוללים את הטענה שאף נאשם אינו מפסיד מעסקאות הטיעון ומראים כי יש נאשמים הנסחטים להודות תחת איומים בלתי-חוקיים. אבל, נידרש גם לביקורת עלינו מאת המערכת: "אין התייחסות מספקת ליתרונות לנאשם בהסדר הטיעון. האם אין מקרים הפוכים? ואם יש, אולי המצב הממוצע של החשודים טוב יותר תחת משטר של עיסקות טיעון?" אנו טוענים, שגם אם יש נאשמים המרוויחים מעסקת הטיעון, ובוודאי יש כאלו (לבטח מיוחסים שזוכים לעסקאות טיעון חלומיות), אין הדבר מכשיר את השרץ. הרי אם יש שני נאשמים, שלאחד מגיע זיכוי ולשני מגיעה שנת מאסר, הרי שאם הראשון יכלא לחודש, לא תהא זו דרך טובה להכשיר את השרץ, אם נצליח להראות, שהשני יילך לכלא לחצי שנה במקום לשנה. אנו מצביעים, כי אנשים שבגלל עסקת הטיעון נאשמים ביותר ממה שמגיע להם. זה שיש אנשים שייענשו בפחות ממה שמגיע להם, אינו מכשיר השרץ. גם אם עסקאות הטיעון ממזערות את שנות המאסר (איננו מקבלים זאת), הבעיה בהן היא שהן ממקסמות את מספר שנות המאסר מעבר למגיע לנאשמים.

35 Uri Weiss, The Regressive Effect of Legal Uncertainty (2005)

36 Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Choices, Values, and Frames*, 39.4 American psychologist 341 (1984)

עונשים, שכן מדובר בהפסדים; אבל אי־אפשר לגזור מניסוי היפותטי על הגרלות בהקשר מסוים מסקנות לגבי נטיית הסיכון של עבריינים או של עורכי דינם במשפט פלילי בחיים האמיתיים, ולכן איננו יודעים אפוא אם נאשמים הם שונאי סיכון.

ההנחות:

- יש סיכוי של חצי להרשעה בעברה שהעונש עליה הוא עשר שנים, אם יוגש נגד הנחשד כתב אישום בגינה.
- יש סיכוי של 1 להרשעה בעברה שהעונש עליה הוא 5.1 שנות מאסר, אם יוגש נגד הנחשד כתב אישום בגינה.
- התביעה יכולה להאשים בעברה אחת ובה בלבד, כלומר אם הפרט מזוכה מהעברה החמורה, אי־אפשר להרשיעו בעברה הקלה ממנה (לשם נוחות הדיון אנו פותחים תחילה בסט הנחות הכולל הנחה כמו זו שכנראה אינה מציאותית. כזכור, המטרה שלנו היא לספק דוגמה נגדית שתפריך את התאוריה שאיננה מצמצמת את תחום התחולה שלה).
- התביעה אדישה לסיכון.
- הפרט שונא סיכון בדרגה כזו שסיכוי של חצי להיות מורשע בעברה של עשר שנות מאסר שקול מבחינתו לשמונה שנות מאסר, כלומר: הוא אדיש בין ההגרלה של המשפט לבין שמונה שנות מאסר.³⁷
- אין עלויות משפט.

התוצאה הנגזרת מן ההנחות היא שבשיטת משפט בלי עסקאות טיעון, הרי שלתביעה משתלם להאשים בעברה הקלה, שכן זו תניב תוחלת של 5.1 שנות מאסר, בעוד העברה החמורה תניב תוחלת של חמש שנות מאסר. ולכן, התביעה תגיש כתב אישום בעברה הקלה, והוא יניב עונש של 5.1 שנות מאסר שיושתו על הנאשם.

ברם, בשיטת משפט שיש בה עסקאות טיעון, הרי שלתביעה משתלם להאשים בעברה החמורה, ואז להגיש לפרט הצעה לקצת פחות משמונה שנות מאסר, והפרט יקבל זאת. גם אם נמיר את ההנחה הסמויה שלתביעה יש כוח להציע הצעת "קבל או דחה" ("take it" or leave it), בהנחה של כוח מיקוח סימטרי – הרי שעסקת הטיעון תהא של 6.5 שנות מאסר. על כן, בשיטה עם עסקאות טיעון התביעה תאשים את הפרט בעברה החמורה יותר ותגיע אתו לעסקת טיעון של ענישה הגבוהה מ־5.1 שנות מאסר – העונש שהיה מוטל עליו בשיטה בלי עסקאות טיעון.

ברם, את ההנחה שאפשר להגיש כתב אישום בעברה אחת או באחרת אפשר לבקר בצדק כהנחה לא מציאותית. אולם, די בדוגמה "לא מציאותית" כדי להפריך את המשפט שלפיו אם שני צדדים רציונליים מסכימים לעסקה, אזי לשניהם עדיף שיתאפשר להם להגיע לעסקה. כך שכן התאוריה אינה מגבילה את תחולתה למקרים שבהם הנחות כמו שלנו אינן תקפות. שנית, ההנחה דווקא כן תהא מציאותית במקרה של הרשעה בעברה קלה כשהשופט מתקומם וגוזר עונש זניח; או כשמבחינת התובע הרשעה בהחזקת נשק – במקרה של כתב אישום

37 נדגיש, כי איננו טוענים כי כך נוהגים הפרטים כולם, אלא שאלו ההעדפות של הפרט הספציפי. שמורה לנו כאן חירותו של הבא להפריך משפט מתמטי שיכול להסתפק בדוגמה נגדית אחת, ודוגמתו אינה צריכה להיות מציאותית.

בגין החזקת נשק ושוד – שקולה לזיכוי, משום שאמצעי התקשורת יבקרו אותו על שהגיש כתב אישום בעברה שלא היה בה סיכוי סביר להרשעה. בדוגמה 4.3 נדון מחדש בדוגמה זו, תוך השמטת ההנחה הבעייתית והחלפתה בהנחה שהכלל הוא שאסור להגיש כתב אישום אלא כשיש סיכוי סביר להרשעה. דוגמה זו, כמו גם הדוגמה הבאה, משמשת אותנו כתחנת ביניים בדרך לדוגמה 4.3 שתבהיר, מדוע עסקאות הטיעון עלולות להוות משא ומתן בצל איום בלתי-חוקי, לאמור סחיטה באיומים.

(ב) עסקאות טיעון לאור פסימיות

אורן בר גיל³⁸ הראה כי לאופטימיים שלא מפריזים מדי יש יתרון במשא ומתן לפשרה. נבחן כעת סיטואציה של נאשם פסימי.

ההנחות:

- הנאשם מאמין שהראיות חזקות דיין כדי להרשיע אותו בעברה חמורה של שוד, ברם התובע מאמין שהראיות חזקות דיין להרשעה בעברה קלה של החזקת נשק בלי רישיון ורק בה.
- התובע יודע מהן אמונותיו של הנתבע.
- העונש בגין החזקת נשק בלי רישיון הוא שנת מאסר; והעונש בגין שוד הוא שלוש שנות מאסר.
- התובע צריך להחליט באיזו עברה להאשים את הנאשם: שוד או החזקה בלתי-חוקית של נשק – אבל עליו גם להביא בחשבון שאם הנאשם יזוכה מעברה אחת הוא לא יוכל להאשים אותו באחרת. כמו קודם, גם זו הנחה לא ריאלית.
- יש ידיעה הדרית של רציונליות, כלומר: התובע והנתבע הם רציונליים ושניהם יודעים ששניהם רציונליים.
- מטרת התובע היא למקסם את תוחלת שנות המאסר של הנאשם ומטרת הנאשם היא למזער אותה.
- לתובע יש כוח להציע לנאשם הצעת *take it or leave it* אמינה.

התוצאות:

במערכת משפט בלי מנגנון של עסקאות טיעון התובע מאמין כי אם יאשים את הנאשם בשוד, הוא יפסיד והנאשם יזוכה. ברם, אם הוא יאשים אותו בהחזקת נשק בלי רישיון, על הנאשם תיגזר שנת מאסר. לכן, התובע יאשים את הנאשם רק בהחזקה לא חוקית של נשק, והנאשם – על פי אמונותיהם של שני הצדדים – צפוי לשנת מאסר אחת. הלקח הכללי הוא שבשיטת המשפט בלי עסקאות טיעון, לאמונות הנאשם אין השפעה על החלטת התובע. מה שמשפיע על בחירת כתב האישום הן העדפות התובע ואמונותיו לגבי התוצאה של המשפט, אך לא אמונות הנתבע.

לעומת זאת, במערכת משפט עם מנגנון של עסקאות טיעון, האפשרויות העומדות לפני הנאשם הן לקבל את הצעת התובע או לדחות את הצעתו וללכת למשפט. הנאשם יגיב

Oren Bar-Gill, *The Evolution and Persistence of Optimism in Litigation*, 22.2 JOURNAL OF LAW, ECONOMICS, AND ORGANIZATION 490-507 (2006) 38

לאישום בשוד ולהצעה לעסקת טיעון של פחות מארבע שנות מאסר – בהסכמה. ברם, אם התובע יאשים את הנאשם בהחזקת נשק בלי רישיון, הנאשם יסכים לעסקת טיעון, אם ורק אם גלום בה פחות משנת מאסר, או שיסרב וילך למשפט בו שני הצדדים צופים שתיגזר עליו שנת מאסר אחת בלבד. לכן, יהיה רציונלי מצד התביעה להאשים בשוד ולהציע לנאשם עסקת טיעון של קצת פחות מארבע שנות מאסר.

אפשר להסיק מהדוגמה שתהא זו טעות לטעון שנאשם רציונלי לעולם אינו מפסיד מהאפשרות להודות באשמה ולוותר על זכותו למשפט! בדוגמה זו אלמלא האופציה של עסקת טיעון, הרי שהיה מוגש כתב האישום הקל יותר – התוצאה הרצויה בעיני הנאשם, ומה שהיה מוביל לעונש קל יותר (נזכיר שוב כי כדי להפריך משפט מתמטי די בדוגמה נגדית אחת, ועל כן גם איננו רואים בעיה בכך שהשתמשנו בהנחה שאינה משקפת את המציאות המשפטית).

זאת ועוד: הפסימיות יכולה להשליך גם במקרים שבהם לא יוחמר כתב האישום, אלא שהנאשם הפסימי יאות לעונש חמור מזה שצפוי להיות מוטל עליו בידי בית המשפט. למשל, הוא צפוי לעונש של שנה אחת בגין החזקת נשק, אך מאמין שהוא יענש בשלוש שנות מאסר, מה שיוביל להסכמתו לעסקת טיעון שבה יוצע לו עונש של שנתיים מאסר. זוהי כבר דוגמה ריאלי. מה שמטריד במקרי הפסימיות הוא שאנשים, שאינם רוחשים אמון למערכת וסבורים שהם יורשעו בפשע שהם לא ביצעו, עלולים להיסחט להודות בו. במקרים של עסקאות בשוק אפשר לומר "ייוהר הצרכן", או שאין למי שטעה בכדאיות העסקה להלין אלא על עצמו (כאן נבדל המשפט המקובל מן המשפט היהודי, שבו נכונות לשלם מחיר גבוה מדי עלולה להתפס כהונאה). אבל, במשפט פלילי יהיה זה בלתי־נסבל שבגלל פסימיות של אדם הוא יישלח לכלא על עברה שלא ביצע. כאן טיעון ההסכמה יהיה חלש מאוד. בפרק האפליקציה ננתח דוגמה כזו.

2. דיון תחת הנחות ריאליות במטרה להראות את חומרת הבעיה בחיי המעשה

(א) מגבלת הסיכוי הסביר להרשעה

ההנחות:

- בשיטת המשפט הנתונה, בדומת לשיטת המשפט הישראלית, אסור להגיש אישום שאין סיכוי סביר להרשעה בו.
- אם יוגש נגד התובע כתב אישום בגין עברה קלה הוא יורשע בה וייגזר עליו עונש קל.
- אם יוגש נגד התובע כתב אישום בגין עברה חמורה אין סיכוי סביר להרשעתו בה במשפט, אך הוא יורשע בעברה הקלה וייגזר עליו עונש קל.
- אנו מניחים כי מטרת התביעה היא להשיא (למקסם) את שנות המאסר, בכפוף לכך שלא יוכלו להטיח בה כי הגישה כתב אישום בעברה שאין סיכוי להרשיע בה.³⁹

39 מאן דהוא יכול לטעון כי ההנחה שמטרת התביעה להשיא שנות מאסר אינה ריאלי. תשובתנו לכך פשוטה: כללי המשחק צריכים להיות כאלה שגם אם זו מטרת התביעה – נאשם לא יקבל עונש כבד מזה המגיע לו. המשפט צריך למנוע מתובע החפץ למקסם את שנות המאסר להצליח לסחוט את הנאשם להיאות לעסקת טיעון שבה יספוג עונש חמור מן המגיע לו.

כיצד תנהג התביעה?

בטרם נעבור לפתרון הדוגמה נציין כי הפעם אין מדובר בהכרח בפתרון הנגזר מתמטית מההנחות של הדוגמה (משום שלא הצגנו סט הנחות סגור. ההנחות שלנו אינן מגדירות במפורש מה זה "כפוף לכך שלא יוכלו להטיח בה, שהיא הגישה כתב אישום בעברה שאין סיכוי להרשיע בה").

אם מדובר בשיטה שאין בה עסקת טיעון, הרי שככלל יוגש כתב אישום בעברה הקלה בלבד. אחרת, הסטטיסטיקה של התביעה תהא כזו, שתלמד בקלות שהיא מגישה כתבי אישום בעברות, שאין בהן סיכוי סביר להרשעה. במקרים כאלו יוכלו להטיח בתביעה כי הגישה כתבי אישום בעברות שאין בהן סיכוי סביר להרשעה, היינו: בניגוד לחוק.⁴⁰

לעומת זאת, בשיטה שיש בה עסקאות טיעון, הרי שגם אם מדובר בסיכון קטן להרשעה בעברה החמורה בצד סיכוי ודאי להרשעה בעברה הקלה במקרה של זיכוי מהעברה החמורה, הרי שיהיה זה רציונלי מבחינת הנאשם להתפשר על עונש כלשהו כדי להסיר את האישום בעברה החמורה. יתר על כן, ככל שהנאשם יהיה פסימי יותר או שונא סיכון יותר, כך הוא יסכים לעונש חמור יותר בתמורה להסרת האישום החמור. כך, למשל, התביעה והנאשם יוכלו להגיע לעסקת טיעון שלפיו הוא יורשע באישום חמור אך יוטל עליו עונש ביניים בגינו, שהוא אמנם חמור מזה המוטל בגין עברה קלה, אך קל מזה המוטל בגין עברה חמורה. בשיטה עם עסקאות הטיעון, הרי תוחלת הסנקציה על התביעה עקב הגשת כתב אישום בלתי-חוקי פוחתת אך תועלתה מכך עולה.

הבעיה היא אפוא שבשיטה של עסקאות טיעון התביעה עלולה להגיש כתבי אישום בעברות, שאין בהן סיכוי סביר להרשעה. ההגעה לעסקת טיעון תלבין את האישום הבלתי-חוקי. התביעה תוכל לטעון כי נאלצה להתפשר בשל מגבלת משאבים, קשיי הוכחה שהופכים את התיק לגבולי (אך עדיין כזה שיש בו סיכוי סביר להרשעה) או רצון לחסוך מהקרבת את הטראומה הכרוכה בעדות. הסכמת הנאשם תחסר מיכולתו לתקוף את התביעה בגין הגשת האישום החמור, למשל בדרך של הגשת תביעת נזיקין.

הגשת כתב אישום, כשאין סיכוי סביר להרשעה, היא למעשה סחיטה באיומים. העסקה היא בצל איום בלתי-חוקי – איום בהגשת כתב אישום במנוגד לחוק. מדובר למעשה בעסקה בצל איום בעלילה. האפשרות לעסקת הטיעון אינה משפרת את מצב הנאשם, אלא גורעת ממנו. לכן, אי-אפשר להלבין את הפגיעה בזכותו להליך הוגן. עסקת הטיעון למעשה ממירה את המשפט בסחיטה באיומים. עסקת הטיעון פוגעת בשלטון החוק בשם הרצון להגן על שלטון החוק.

40 אם תוחלת הסנקציה על התביעה בגין הגשת כתב אישום בלתי-חוקי במקרה הקונקרטי, ותהא זו מוניטין או אחרת, גדולה מתוחלת התועלת שלה מהגשת כתב אישום מחמיר פחות תוחלת התועלת שלה מהגשת כתב אישום מקל; הרי שלא יוגש כתב אישום בגין העברה החמורה. נסמן:

S – תוחלת הסנקציה שתושט על התביעה בגין הגשת כתב אישום מחמיר

B – תוחלת התועלת שלה מהגשת כתב אישום מחמיר

b – תוחלת התועלת שלה מהגשת כתב אישום מקל

לכן, התביעה תגיש כתב אישום מחמיר אם ורק אם $S \leq B - b$.

אפשר להטיח בנו הביקורת הבאה: אינכם מציגים כאן טיעון נגד כך שהחוק יאסור על עסקאות טיעון, או אפילו מערערים את ההצדקה לעסקת טיעון; אלא אתם מציגים כאן טיעון נגד כך שהחוק יאסור על ניפוח כתבי אישום, על כך שהחוק יאסור על הגשת כתבי אישום, שאין סיכוי סביר להרשעה בהם על מנת להשיג עסקת טיעון. וזו תשובתנו: אין די בכך שהחוק יאסור על ניפוח כתבי אישום. נדרש, שהחוק יהיה כזה, שהגשת כתבי אישום כאמור תהא בלתי־אפשרית או לפחות בלתי־משתלמת עבור התביעה. כאן אנו תלמידיו של ראסל, שטען כי אם נסיך ראוי לאמון אין זאת אלא כיוון שהחוק בנוי כך שלא ישתלם לו לעשות דברים רעים.⁴¹ אצל ראסל כללי המשחק צריכים להיות בנויים כך, שגם שליטים רעים לא יעשו דברים רעים. אנחנו יודעים שזהו הלך רוח, הזר לאנשים התובעים לסמוך על הפרקליטו (איני יודע אם הם רואים את המלצתם – שאנחנו כראסלינים מתנגדים לה עקרונית – ככזו שהם ממליצים למרות או בזכות הרקורד של התביעה בישראל; אך אנחנו משערים שהם פשוט מעדיפים להתעלם ממנו). אנחנו מתנגדים לעסקאות הטיעון, שכן הן מתמרצות את התביעה לסחוט נאשמים באיומי עלילה על מנת להגיע לעסקאות הטיעון הרצויות להן. ויינרוט הציע ללמוד מן הספר "המשפט" של קפקא לקח כדלקמן: "אני מאמין ברשעות ללא רשעים. הטרגדיה היא, שאין רשע מסוים שאפשר לסמן אותו, ושום מסלקים אותו, הרשע חולף".⁴² גם אם הברוקרטיה תורכב מאנשים לא זדוניים, הרי שעלולה לשרוד בה תרבות של עוול. וכך, אפילו אם הפרקליטות תורכב מאנשים לא רעים, עלולה לרווח בה תרבות של הגשת כתבי אישום מנופחים, קרי: בלתי־חוקיים.

(ב) עסקאות הטיעון לאור הסיכוי להישלח למעצר

מדוחות "בצלם" עולה כי פעמים רבות לילד פלסטיני שנעצר בגין השלכת אבנים יש שתי אפשרויות: לשבת חודשים במעצר עד תום ההליכים או להודות בעסקת טיעון, שבה ייענש במאסר בזמן פחות מזמן המעצר הצפוי לו, אם לא יודה. וכך אף במקרים אחרים. קודם נציג את הדוחות. לאחר מכן נטען כי עסקת הטיעון מבצרת את מנגנון הרדיפה הזה, שכן בלעדיה חלק מן הילדים שנשלחו למעצר עד תום ההליכים היו נמצאים כזכאים בסופו של ההליך השיפוטי; או אז היה נפער פתח לביקורת על מעצר אותם ילדים שנשלחו חינם למעצר. עסקת הטיעון גורמת לכך ששופטי המעצרים מחוסנים מביקורת על שליחת ילדים למעצר עד תום ההליכים, גם אם הראיות נגד הילדים חלשות. שופט המעצרים יכול לדעת מראש כי עצם שליחת הילד למעצר עד תום ההליכים מתמרצת אותו להודות באשמתו. אותו שופט יכול לדעת, שבגלל התמריץ להגיע לעסקת טיעון, הרי שקרוב לוודאי שלא ייחשף בדיעבד שהוא שלח למעצרים עד תום ההליכים קטין חף מהשלכת אבנים, גם אם אותו הילד הוא אכן כזה. וכך נורמה של שליחת ילדים המוחשדים בהשלכת אבנים למעצר עד תום ההליכים היא יציבה. כך נכתב בדוח "בצלם" על מעצר קטינים (2011):

המהתננים שהעביר דובר צה"ל לבצלם עולה כי בתיקים בהם הואשמו קטינים ביידוי אבנים כמעט ואין מקרים שבהם התנהל משפט הוכחות מלא והרוב המכריע של התיקים הסתיים בעסקאות טיעון. מתוך 642 תיקים שידוע לבצלם

.The Wisdom of Bertrand Russell: A Selection (Wisdom Library) 41

ריאיון של כתב גלובס עם ד"ר יעקב ויינרוט (24.4.2016). 42

כיצד הם הסתיימו... ב־624 התיקים הנותרים, המהווים 97% מהתיקים, הסתיים התיק בעסקת טיעון [...] אחת הסיבות העיקריות למציאות זו היא התמשכותם של משפטי ההוכחות וסירובם של השופטים לשחרר את הקטינים בערכות [...] כאשר הנאשם בוחר לקבל את עסקת הטיעון המוצעת לו, בדרך כלל ההליך מסתיים בתוך פרק זמן קצר, לעתים עוד ביום הגשת כתב האישום. במקרים של נאשמים מתחת לגיל 14 לעתים קרובות יסתיים המשפט בעסקת טיעון הגוזרת על הנאשם את ימי מעצרו עד לעסקה, כך שככל שהקטין מקדים להודות באשמה, הוא ישוחרר מהר יותר.

בהתחשב במציאות זו, עורכי דין המטפלים בקטינים שהוואשמו בידי אבנים נתקלים בדילמה קבועה: רובם של הקטינים מוחזקים במעצר עד תום ההליכים, היכול להימשך עד לשנתיים. ניהול משפט הוכחות יכול להימשך תקופה ארוכה יותר מעונש המאסר שייגזר עליהם בסופו של דבר. כך נוצר מצב שמוטב לקטינים להודות בעברה בעסקת טיעון, בין שהם אשמים ובין שאינם אשמים, כדי לקצר את שהותם במעצר. קטינים שהעידו בפני בצלם סיפרו כיצד הודו באשמה מחשש למעצר ממושך. רשיד עווד, בן 15 מבית אומר, הכחיש את ההאשמות שיוחסו לו אך סיפר לבצלם כי עורך דינו הסביר לו שכיוון שיש חייל הטוען שראה אותו מיידה אבנים, כדאי לו להודות, שכן תעבור "תקופה ארוכה מעצר של לפחות שמונה חודשים עד שהחייל יובא להעיד". רשיד הודה באשמה, ונגזר עליו חודש מאסר.⁴³

אותו מנגנון משמש את התביעה הצבאית גם נגד נאשמים פלסטינים בגירים.⁴⁴

ניתוח משחקי

אם במקרה של ניהול משפט אדם צפוי לשהות X ימים במעצר, הרי שרציונלי מבחינתו להסכים לכל עונש השקול לפחות מ־ X ימי מעצר (כשמדברים על עונש השקול ל־ X יש

43 בצלם ילד אסור, ילד מותר: הפרת זכויותיהם של קטינים פלסטינים שנעצרו בחשד ליידוי אבנים (2011).

44 בצלם עצור עד שלא הוכחה חפותו: מעצר עד תום ההליכים בבתי המשפט הצבאיים בגדה המערבית (2015): "יחידת בתי המשפט הצבאיים אינה מפרסמת נתונים בנוגע למספר הבקשות למעצר עד תום ההליכים שהגישה התביעה ומספר הבקשות שבתי המשפט אישרו, בטענה שמידע זה אינו ממוחשב. עם זאת, מנתונים חלקיים שהועברו לבצלם עולה כי למעט אנשים הנאשמים בעברות תעבורה, מעצר עד תום ההליכים הוא הכלל ולא החריג: התביעה הצבאית דורשת מעצר כזה כעניין שבשגרה ובתי המשפט מאשרים את הבקשות ברוב המקרים של המקרים [...] אחת התוצאות של מדיניות זו היא שרוב רובם של התיקים בבתי המשפט הצבאיים מסתיים בעסקאות טיעון. זאת, משום שהנאשמים יודעים כי אם ינהלו משפט הוכחות בעודם בכלא, גם אם בסופו של דבר הם יזוכו, הם עלולים לשבת במעצר תקופה ארוכה מזו שתיגזר עליהם במסגרת עסקת טיעון. עקב מציאות זו התביעה כמעט שאינה נדרשת לנהל משפטי הוכחות, שבמסגרתם יהיה עליה להציג ראיות להוכחת אשמתו של אדם. לעתים קרובות, ההחלטה על המעצר כמזה כהרשעה שכן גורל התיק מוכרע עם מעצרו של הנאשם עד תום ההליכים, לא על סמך הראיות הקיימות נגדו. כך, החלטה קדם שיפוטית: מעצר עד תום ההליכים, כדבר שבשגרה, של אדם שטרם הורשע – מעקרת ממהותו את ההליך השיפוטי".

להביא בחשבון גם את ההכתמה שבהרשעה; וכך אפילו אם העונש הצפוי להיות מוטל עליו בסיומו של משפט הוא של פחות מ- X . כתוצאה מכך, חפים מפשע עלולים להסכים לעסקת טיעון שהם נענשים ב- X ימים בכלא. האם במקרה הנ"ל קיום מוסד עסקת הטיעון מחריף את הבעיה? לכאורה, לא. גם בלי עסקת הטיעון, הרי שהנאשם יישב X ימים בכלא, ואם בעסקת הטיעון הוא צפוי לעונש של פחות מ- X מצבו מוטב, ועל כן ההצדקה לעסקאות הטיעון בכך שהן יוצרות שיפור הרדי בעינה עומדת. על כך אנו רוצים לקרוא תיגר. אנו רוצים לטעון שמוסד עסקת הטיעון מתמרץ את התביעה לדרוש מעצר את תום ההליכים לרבות בדרך של החמרת האישומים, כך שילמדו על מסוכנות, וחמור מכך מוסד עסקאות הטיעון מתמרץ את השופט לאשר בקשות למעצר. מה שמאפשר את השיווי משקל של מעצרים עד תום ההליכים ועסקאות טיעון מפלילות הוא שלנאשם עדיף להגיע לעסקת טיעון על פני משפט, והשופט יודע זאת.

נציג את טענתנו:

- שופט המעצרים צריך להחליט אם הוא מסתכן בטעות מס' 1 – שליחת חף מפשע למעצר עד תום ההליכים, או בטעות מס' 2 – סיכון החברה בהסתובבות פושע ברחובות.
- אם יתברר כי ביצע אחת מהטעויות תימתח עליו ביקורת ציבורית, מעמדו בקהילה המשפטית ייחלש ומצפוננו יציק לו. טעות מס' 2 – סיכון החברה בהסתובבות פושע ברחובות – תהא יקרה עבורו במיוחד אם הנאשם אף יבצע בפועל פשע בתקופה שבין שחרורו ממעצר לגזירת דינו המרשיע.

כיצד אפוא האפשרות להגיע לעסקת טיעון תשפיע על החלטת שופט המעצרים? אנו טוענים כי האפשרות לעסקת טיעון תעודד את שופט המעצרים לאשר מעצרים. כדי לבסס זאת נבחן את תמריצי הנאשם.

אם יש אפשרות לעסקת טיעון, הרי שנאשם רציונלי הצפוי לשבת X ימים בכלא ייאות לעונש של פחות מ- X ימים בכלא. אם התביעה תראה שהיא הולכת להפסיד במשפט, הרי שכל הנראה היא תוכל להשיג מן הנאשם הסכמה לעסקת הטיעון, שבה ייגזרו עליו הימים שישב עד כה במעצר (שכן הם בגדר "הוצאה אבודה"⁴⁵) ואפילו של הימים שהוא צפוי לשבת במעצר בסך הכל עד גמר משפטו (כך אלא אם כן הזיכוי הוא בהסתברות כזו, שהנאשם יעדיף להימלט מן הכתם שבהרשעה; לחלופין שהנאשם יפעל כאיש עקרונות). ולכן, עסקת הטיעון מוזילה מאוד את מחירה של טעות 1 של השופט, קרי הנזק מכך שבסופו של דבר יתברר שהוא שלח חף מפשע למעצר. הוא קטן לרגל עסקאות הטיעון, שכן עסקאות הטיעון יגרמו לנאשם שצפוי לשבת במעצר ממושך להיאות לעסקת טיעון. אבל, עסקאות הטיעון אינן מוזילות את המחיר של טעות מספר 2, קרי הן אינן משליכות על הנזק לשופט מכך שיטעה בכך שישחרר נאשם ממעצר עד תום ההליכים, וזה ינצל את אמונו כדי לפשוע. הנזק יהיה

45 הוצאה אבודה – או בשמה האחר: "עלות שקועה" – היא הוצאה שאדם כבר שילם והיא בכל מקרה לא תוחזר לו, תהא פעולתו אשר תהא. לכן, כשאדם רציונלי שוקל באיזו הוצאה לבחור, הוא לא יביא אותה בחשבון. בשפת היום-יום מדובר בחלב שנשפך ואין טעם להתעסק בו. במקרה שלנו, אדם שכבר ישב מאה ימים במעצר, הרי שגם אם יזוכה זיכוי גמור, איש לא ישיבם לו. כמובן, נגזר מכאן טעם מידי לכך שהדין יעניק לנאשם שיוזכה פיצוי על ימי מעצרו.

אותו הנזק בין אם יש מוסד של עסקאות טיעון ובין אם לאו. מכאן, שהמוסד של עסקאות טיעון מתמרץ את שופט המעצרים לאשר מעצר עד תום ההליכים.

משמע, מוסד עסקאות הטיעון מתמרץ את שופט המעצרים לאשר מעצר עד תום ההליכים; ומעצר עד תום ההליכים, או אפילו הסיכוי לו, מתמרץ את הנאשם להסכים לעסקת טיעון, אפילו אם הוא חף מפשע! כיוון שכך, גם התביעה מצידה מתמרצת להגיש כתב אישום בעברה חמורה על מנת לבסס עילה של מסוכנות, שתוביל למעצר ממושך שיוביל לעסקת טיעון! מוסד עסקאות הטיעון מתמרץ את השופט שלא לבחון אם המסוכנות היא כזו. מובן שאפשר לבקר את ההנחה שהשופט יאשר את המעצר גם אם הוא יודע שההרשעה תהא בגלל עסקת טיעון בצל המעצר. אולם, ראשית, עינינו הרואות כי בחיי המעשה מקרים כאלו אכן מתקיימים, כמו שאפשר ללמוד מדוחות "בצלם" לגבי משפטים של ילדים פלסטינים. שנית, לגישתנו המשפט הפלילי צריך להיות בנוי כך שגם אם יהיה מדובר בשופט שלוקח בחשבון את האינטרס האישי שלו במניעת ביקורת ציבורית עליו בגין שחרור פושע, הרי שלא תהיינה הרשעות שווא.

על כל פנים, מן הדין הנ"ל אפשר ללמוד שני לקחים חשובים: האחד הוא לקח הכללי נגד עסקאות טיעון. השני הוא לקח ששופטים בשוקלם מעצר תום ההליכים כפונקציה של הסיכוי להרשעה, מחויבים לראות לנגד עיניהם סיכוי להרשעה במקרה שהמשפט יתקיים, תוך עיוורון לסיכוי ההרשעה בעסקת טיעון.

ג) מקרה של תביעה בעלת תוחלת ערך שלילי מצד התביעה

ההנחות:

- לפנינו שתי שיטות משפט: אחת עם עסקאות טיעון והשנייה בלי עסקאות טיעון.
- אם התביעה תגיש כתב אישום נגד ראובן, הוא יורשע ויטל עליו קנס של 9,000.
- עלות ניהול המשפט של כל צד (התביעה והנאשם) היא 10,000, כולל הכול (מנגד, עלויות העסקה של עסקת הטיעון הן זניחות).
- התביעה רוצה למקסם את הכסף עבור המדינה.
- התביעה יכולה להחליט להגיש כתב אישום או לא להגיש כתב אישום.
- התביעה היא שחקן חוזר, ואילו הנאשם הוא שחקן חד-פעמי.
- שני הצדדים הם רציונליים.

התוצאות:

בשיטה בלי עסקאות טיעון לתביעה יהא כדאי שלא להגיש כתב אישום, וראובן ישלם 0 (אפס) ש"ח קנס. כך הם פני הדברים, כיוון שהתועלת של התביעה בשיטה בלי עסקאות הטיעון מהגשת כתב אישום שיוביל להרשעה במשפט נמוכה מן העלות שלה מניהול משפט. לעומת זאת, בשיטה עם עסקאות הטיעון, אם יש לתביעה כוח להציע הצעת take it or leave it, היא תגיש כתב אישום ותציע לנאשם לשלם קנס גבוה הקרוב ל-9,000 ש"ח – והוא יקבל את ההצעה. הסיבה שהוא יאות לכך, היא כיוון שאחרת התביעה תממש את האיום ותנהל נגדו משפט עד הסוף. הסיבה שהתביעה תנהג כך, היא כיוון שלתביעה כשחקן חוזר משתלם לפתח מוניטין של מימוש האיומים.

אריה בבצ'וק⁴⁶ דן בשאלה מתי אנשים מתפשרים בתביעות בעלות תוחלת ערך שלילי, היינו: בתביעות שבהן התועלת של התובע מניהול משפט עד תומו נמוכה מעלותו. על פני הדברים, במצבים כאלו אין לתובע איום אמין. לא ניכנס למכלול המצבים שבהם משתלם להגיש תביעה כזו, ובפרט כאשר ניתן לפצל מספיק את עלויות המשפט, (קרי כאשר התובע יכול להוציא חלק מעלויות ההידיינות שלו, מה שיהפוך את עלות ההידיינות הנותרת שלו לקטנה יותר, ואז לאיים באופן אמין על הנתבע כי יתמיד בתביעה אם לא יתפשר איתו);⁴⁷ אבל, המקרה המובהק שבו כן משתלם להתפשר עם התובע הוא כאשר התובע הינו שחקן חוזר. נסביר את התוצאה של בבצ'וק בדרך הבאה: לשחקן חוזר יש יכולת לאיים איומים אמנים, גם כאשר סכום הזכייה הצפוי נמוך מהעלות של ניהול התיק. כך, משום שבמקרים כאלו משתלם לו לנקוט אסטרטגיה של איום לתבוע ולהתמיד בתביעה עד תומה – אלא אם כן יתפשרו איתו, ואם יסרבו לפשרה – לממש את האיום. ונרחיב: האסטרטגיה הזאת משתלמת, אם ורק אם יש אופציה של פשרה. כך גם במשפט פלילי. אם אין אופציה של עסקת טיעון, הרי שהאסטרטגיה של התובע הרציונלי היא שלא להגיש כתב אישום כשהעלות של ניהול המשפט עד תומו גדולה מהתועלת שבהרשעה.

הנה כי כן, ביטול מוסד עסקת הטיעון יוביל לשיפור במצב הנאשמים. כך במצב כלל הנאשמים כמו במשחק דילמת האסיר, אך כך גם במצבו של הפרט הבודד. כאשר עלות ניהול המשפט עד תום גבוהה מן התועלת שבהרשעה, הרי שלפרט הבודד משתלם שיהיה אסור לו להגיע לעסקת טיעון.

דרך הדוגמה הזו קל להראות, כיצד אדם יכול להפסיד מן הזכות להגיע לעסקת טיעון ולהפריך את ה"משפט" הבנוי על קפיצה לוגית שכביכול מכך שאדם מסכים לעסקת טיעון, הרי שנגזר שמשתלם לו שתהא לו אופציה להגיע לעסקת טיעון. האם בדוגמה הזו עסקת הטיעון היא סחיטה באיומים? מצד אחד, לא מדובר בהגשת כתב אישום שקרי. מצד שני, במקרים הללו עלולים בעקבות עסקאות הטיעון להיות מוגשים כתבי אישום גם במקרים שאין לציבור עניין בהם. הוצאות המשפט המושגות על התביעה עשויות להיות בלם נגד כך, ועסקת הטיעון מרופפת עד תולשת את הבלם הזה. אם הכלל הוא שאסור להגיש כתבי אישום במקרים שאין בהם עניין לציבור, הרי שעסקאות הטיעון עלולות להוביל לסחיטה באיומים; כשטיעון הנגד הינו שהעניין לציבור הוא פונקציה של העלות הצפויה לתביעה מניהול המשפט. נותר לקורא להרהר בעניין. בכל מקרה, הפעם הטיעון לסחיטה באיומים הוא חלש יותר מהמקרים האחרים שאנו מצביעים עליהם במאמר.

Lucian Arye Bebchuk, *Negative Expected Value Suits*, National Bureau of Economic Research (1998). 46

למשל, אם התביעה תניב 75 בוודאות, והוצאות המשפט של כל צד הן 100, אזי אין לתובע איום לתבוע, ועל כן לנתבע לא ישתלם להתפשר אתו. כאן בא חידוש יפה של בבצ'וק במאמרו. אם למשל, התובע יכול "לפצל" את הוצאותיו. למשל, הוא ישלם לעורך דינו 50 על הגשת התביעה ו-50 על ניהול התיק; הרי שאחרי שיגיש את כתב התביעה יהיה לו איום אמין להתמיד בו, שכן נשאר לו לשלם 50 כדי לזכות ב-100, ועל כן בשלב הזה כבר ישתלם לנתבע להתפשר אתו, ועל כן אפשר שיהיה לו משתלם להתפשר אתו אף טרם הגשת כתב תביעה. אם, למשל, אחרי הגשת כתב התביעה התובע צפוי להשיג פשרה גבוהה מ-50, הרי שיש לו איום אמין לתבוע. 47

(ד) שכלול הדוגמה: התביעה צריכה לבחור אם להגיש כתב אישום חמור ויקר לניהול או כתב אישום קל יותר וזול יותר לניהול

ההנחות:

- אם יוגש נגד הנאשם כתב אישום בגין הריגה הוא יורשע בוודאות. אם יוגש נגדו כתב אישום בגין רצח, אזי בהסתברות של 0.1 הוא יורשע ברצח. אם הוא יזוכה מרצח, אזי הוא יורשע בוודאות בהריגה.
- הדלתא בעלות התביעה בין ניהול משפט רצח לניהול משפט הריגה שקולה מבחינת התביעה ל-1.1 שנות מאסר (עלות הניהול של תיק רצח היא 3.1 מאסר, ועלות ניהול משפט הריגה היא שנתיים). העלות מבחינת הנאשם זהה.
- לפנינו שתי שיטות משפט: באחת יש עסקאות טיעון ובשנייה אין. בשתיהן העונש בגין רצח הוא עשרים שנות מאסר והעונש בגין הריגה הוא עשר שנות מאסר.
- התביעה צריכה להחליט אם להגיש כתב אישום בגין רצח או בגין הריגה.

התוצאות:

בשיטה ללא הסדרי טיעון לתביעה כדאי להגיש כתב אישום בגין הריגה ולא בגין רצח. העלות הנוספת מבחינתה עקב החמרת כתב האישום היא 1.1 שנות מאסר, ותוחלת התועלת מכך היא 1 שנות מאסר (שכן יש לה 10% להוסיף 10 שנות מאסר). לעומת זאת, בשיטה עם עסקאות טיעון – אם התביעה תגיש כתב אישום בגין הריגה, אזי היא תציע לנאשם עסקת טיעון של 10 שנות מאסר פלוס עלויות הניהול של משפט הריגה מבחינתו מינוס טיפ-טיפה (אפסילון), כלומר קצת פחות מ-12 שנות מאסר, והוא יסכים, שכן האלטרנטיבה של המשפט טובה לו פחות. התועלת של התביעה תהא 12 שנות מאסר פחות טיפ-טיפה (אפסילון). לעומת זאת, אם התביעה תגיש כתב אישום בגין רצח, היא תציע לנאשם הסדר טיעון של קצת פחות מ-14.1 שנות מאסר והוא יקבל את ההצעה. התועלת של התביעה תהא 14.1 פחות אפסילון. לפיכך, התביעה תגיש כתב אישום בגין רצח ולא בגין הריגה. הנה כי כן, בשיטה בלי עסקאות טיעון יוגש בדוגמה זו כתב אישום קל יותר והעונש יהיה קל יותר.

ד. אפליקציה: אפליה בענישה

כעת נראה כי גם כשביט משפט גוזר את דינם של הנאשמים בלי הברדל דת, גזע ומין, בשיטה עם הסדרי טיעון התובע הרציונלי מועד להפלות על בסיס דת, גזע ומין, אפילו אם אין לו עצמו שום שנאה או אהדה לקבוצה מסוימת. אלה הם פני הדברים כשהאמונות הסובייקטיביות (בין נכונות ובין שגויות) של חברי הקבוצות החלשות הן שהנאשמים בני הקבוצה שלהם צפויים להיות מופלים. אנו מדברים על תופעה של אפליה סטטיסטית בהגשת כתבי אישום שלא הייתה מתרחשת אילולי מוסד עסקת הטיעון. נחוש לדוגמה להמחשת טענתנו, אם כי נתריע שמה שניתן להסיק מדוגמה מספרית ספציפית הוא מוגבל ותפקידה הוא להמחשה בלבד.

דוגמה מס' 1

הנחות:

- בית המשפט אינו מבחין בין נאשם כחול לירוק אלא שופט בלי הבדל דת גזע ומין, וכך גם התביעה סבורה.
- הנאשמים הירוקים מאמינים שמפלים אותם לרעה במידה ניכרת, והנאשמים הכחולים אינם סבורים שהם מופלים לטובה או לרעה. נסמן את העונש ב-S. הנאשמים הירוקים סבורים בטעות שעונשם יהיה $S(1+D)$, ואילו הנאשמים הכחולים סבורים שעונשם יהיה S.
- הוצאות המשפט של כל צד הן LC.
- לתביעה יש כוח להציע לנאשמים הצעת take it or leave it. אם ידחו אותה – הצדדים יילכו למשפט, ואם יקבלו אותה – התיק ייגמר בעונש המוצע.
- התביעה ממקסמת את תועלתה, השווה לענישה פחות הוצאות משפט.

התוצאות:

התביעה תציע לנאשמים הכחולים, אלו שמאמינים שלא מפלים אותם, סנקציה של $S+LC$ -epsilon (הם יקבלו זאת, שכן זה עדיף להם על האלטרנטיבה של משפט, שבה ייענשו ב-S, וישלמו LC הוצאות משפט. אם התביעה תציע להם כבר עונש חמור הכך, הרי שהם יסרבו). אבל, התביעה תציע לנאשמים הירוקים סנקציה של $S(1+D)+LC$ -epsilon. הם יקבלו את העונש הזה משום שהם מאמינים שתוצאת המשפט תהא גרועה להם יותר: הם מאמינים במשפט הם ייענשו ב-S(1+D), ונוסף על כך ישלמו LC הוצאות משפט. לכן, במקרה זה המיקח והממכר יוביל לכך שהקבוצה שמאמינה שמפלים אותה תיענש יותר.

אנו רואים בדוגמה הזו שני דברים: ראשית, האמונה השגויה של קבוצה שבית המשפט מפלה אותה לרעה מעודדת את התביעה להפלות אותה בפועל במסגרת עסקת הטיעון. שנית, הקבוצה שמאמינה בטעות שבית המשפט מפלה אותה לרעה, תסכים לעסקאות טיעון שאינן משתלמות לה; היא מפסידה מקיומו של מוסד עסקאות הטיעון.

את הדוגמה דלעיל אפשר לבקר בכך שהנחנו שכל בני הקבוצה הירוקה מאמינים שמפלים אותם לרעה. הבה נבחן כעת מה יקרה אם רק חלק מבני הקבוצה מאמינים בכך. אם התביעה יכולה להבחין בין מי שמאמין שמפלים אותו לרעה למי שלא, הרי שהיא תגיש הצעה מחמירה למי שמאמין שמפלים אותו לרעה, והצעה שוויונית למי שמאמין שנוהגים בו בשוויון. האמונה בכך שבית המשפט מפלה מעודדת את התביעה עצמה להפלות. בהערת השוליים הבאה נבחן מה קורה אם רק חלק מבני הקבוצה מאמינים שהם מופלים, תוך שהתביעה אינה יכולה להבחין ביניהם.⁴⁸ נראה בה כי התביעה תפלה כשתוחלת הרווח שלה מאפליה – ההסתברות P לכך שהנאשם מאמין שמפלים אותו, כפול תוספת העונש

48 לטובת מיטיבי הלכת נבדוק מה קורה אם רק P מבני הקבוצה מאמינים בכך שהם מופלים, והתביעה אינה יכולה להבחין בין ירוק המאמין שהוא מופלה לבין ירוק שאינו מאמין בכך, אבל היא יודעת מי משתייך לקבוצה. במקרה כזה, הצעת $S(1+D)+LC$ -epsilon תוביל בהסתברות P לעונש של $S(1+D)+LC$ -epsilon, ובהסתברות 1-P לעונש של S תוך שלתביעה תהא עלות של LC. לאמור, אם התביעה תנקוט בהצעה מחמירה התועלת שלה תהא $P[S(1+D)+LC$ -epsilon]+(1-P)(S-LC). לעומת זאת, אם היא תנקוט בהצעה שוויונית,

שיסכים לה בגין אמונתו זו – גדולה מתוחלת העלות שלה מאפליה, שהיא ההסתברות שהנאשם מאמין שאין מפלים אותה כפול פעמיים הוצאות המשפט (שכן היא גם תשלם הוצאות משפט וגם תפסיד את ההזדמנות להעניש את הנתבע בעונש חמור יותר משום שייאות בפשרה לתוספת עונש תמורת חיטכון בהוצאות המשפט).

הואיל ופיתוח הדוגמה דלעיל היה מאתגר למעקב, נדגים כעת בדוגמה קלה אך בלתי-ריאלית:

דוגמה מס' 2

הנחות:

- בדומה לדוגמת הפסימיות על הנחותיה הבלתי-ריאליות, התובע צריך להחליט אם להגיש כתב אישום בהחזקת נשק בלי רישיון או בשוד.
- התובע מאמין שיש די ראיות להרשעת הנאשם בהחזקת נשק בלי רישיון אך אין די ראיות להרשעתו בשוד.
- 80% מאוכלוסיית הכחולים מאמינים שהם עשויים להיות מורשעים בשוד (עברה של ארבע שנות מאסר).
- 20% מאוכלוסיית הירוקים מאמינים שהם עשויים להיות מורשעים בשוד.
- כל שאר ההנחות בדבר הענישה הצפויה בגין הרשעה בכל עברה, הרציונליות והמידע – זהות לדוגמה הראשונה.
- התובע מאמין שאישום בהחזקת נשק בלי רישיון יוביל להרשעה ולגזר דין של שנת מאסר בתיק מסוג זה ללא קשר לסוג האוכלוסייה; ושהאלטרנטיבה – אישום בשוד – תוביל לזיכוי.

תוצאות:

- במערכת משפט בלי מנגנון של עסקאות טיעון התובע יגיש כתב אישום בגין החזקת נשק בלי רישיון בכל מקרה, וזאת באופן בלתי-תלוי בהשתייכות הקבוצתית של החשוד.
- לעומת זאת, במערכת משפט עם מנגנון של עסקאות טיעון, יש הסתברות של 80% שנאשם מהאוכלוסייה הכחולה יסכים לעסקת טיעון עד 3.9 שנות מאסר בתגובה לאישום בשוד, בעוד שיש הסתברות של 20% לכך שנאשם מהאוכלוסייה הירוקה יסכים להצעה זו.
- לפיכך, תוחלת הענישה הצפויה בעיני התובע מכתב אישום בגין שוד נגד נאשם מהאוכלוסייה הכחולה, והצעת עסקת טיעון של קצת פחות מ-4 שנות מאסר, היא קצת

הרי שהתועלת שלה תהא $S+LC-\epsilon$. לכן, התביעה תנקוט בהצעה מחמירה, אם ורק אם $PSD > 2LC(1-P)$. כלומר, אם ורק אם $P[S(1+D)+LC-\epsilon] + (1-P)(S-LC) > S+LC-\epsilon$. ההיגיון של התוצאה הוא שהתביעה תפלה כשתוחלת הרווח שלה מאפליה – שהיא ההסתברות P לכך שהנאשם מאמין שמפלים אותו, כפול תוספת העונש שסיכים לה בגין אמונתו זו – גדולה מתוחלת העלות שלה מאפליה, שהיא ההסתברות שהנאשם מאמין שאין מפלים אותה כפול פעמיים הוצאות המשפט (שכן היא גם תשלם הוצאות משפט וגם תפסיד את ההזדמנות להעניש את הנתבע בעונש חמור יותר משום שייאות בפשרה לתוספת עונש תמורת החיטכון בהוצאות משפט).

פחות מ-3.2 שנות מאסר (80% X 4 אם הוא יסכים + 20% X 0 אם ילך למשפט ויזוכה); ואילו תוחלת הענישה הצפויה להערכתו של התובע מכתב אישום והצעה זהה נגד נאשם מהאוכלוסייה הירוקה היא קצת פחות מ-0.8 שנות מאסר (20% X 4 אם הוא יסכים + 80% X 0 אם ילך למשפט ויזוכה).

- מכאן, שתובע רציונלי הפועל במערכת משפט עם מנגנון של עסקאות טיעון יאשים נאשם מהאוכלוסייה הכחולה בשורד ונאשם מהאוכלוסייה הירוקה – בהחזקת נשק בלי רישיון!

פרשנות

נאשם המאמין שיפלו אותו לרעה מועד להפסיד מקיומו של מנגנון עסקאות טיעון. ונסביר: במשא ומתן לעסקת טיעון הנאשם מתמקח על בסיס האמונות האישיות שלו על מערכת המשפט והערכותיו את תוצאת המשפט. אם הנאשם מאמין שהוא צפוי להיות מורשע, גם אם כתוצאה מעוול, אזי העונש המרבי שיסכים לו בעסקת הטיעון גבוה מזה של נאשם המאמין שיזוכה (ועלול להיות גם גבוה מזה של נאשם המורשע במערכת ללא עסקאות טיעון). יתר על כן, לעתים גם אם הנאשם הספציפי רוחש אמון למערכת, אך הוא נמנה על קבוצה שאינה רוחשת אמון למערכת, הרי שהתובע עלול לומר בליבו: נגד אנשים מקבוצה זו משתלם בממוצע להחמיר בכתב האישום, שכן הם נאותים לעסקאות טיעון על סמך כהלתם מאפלייתם. אפילו לא יאמר התובע זאת בליבו, הוא עלול לפעול כאילו הוא מאמין בכך. הוא עלול, למשל, להגיש כתיב אישום מחמירים בעברות, ששיכחות בני הקבוצה המאמינה באפלייתם לרעה בקרב הנאשמים היא גבוהה. העניין – גם אם התובע לא יגמור בליבו להפלות סטטיסטית, הרי שהוא בדרך של ניסוי וטעייה עלול לבוא לכדי אפליה נגד הקבוצה המאמינה שהיא מופלה לרעה. לאמור, מיעוטים שהם האחר הפוליטי עלולים לסבול מעסקאות טיעון, שכן אי האמון שלהם במערכת של משפט המדינה עלול לעורר אותם לפשרות מפליגות מצידם נוכח כתב אישום מחמיר, אפילו אם חשדם הוא חשד שווא. לכן, אף אם אין אפליה מכוונת במערכת, הברדלים בתפיסה של מערכת המשפט בקרב קבוצות אוכלוסייה שונות יוצרים אפליה בשטח, משום שהערכות פסימיות יותר באשר להסתברות להרשעה ולחומרת הענישה מובילות להסכמה על ענישה מחמירה יותר.⁴⁹

ה. עסקת הטיעון כוולגריזציה של הקפיטליזם

עסקת הטיעון היא סטייה הן מן הגישה המסורתית והן מן הליברליזם המשפטי, תוך שהיא מחופשת בידי תומכיה לליברליזם באמצעות ההצדקה של הסכמה הדדית. למעשה מדובר בוולגריזציה של הקפיטליזם, המנוגדת לעקרונות המשפט הליברלי. עסקת הטיעון מושתתת

49 NBC's Kristen Dahlgren report, "A former California high school football star, Brian Banks, has been cleared of a rape and kidnapping conviction that derailed his life more than 10 years ago" (May 25, 2012), <http://video.today.msnbc.msn.com/today/47563428#47563428>: "either go into that courtroom in front of a jury, you're a big, black teenager, they're going to automatically assume you're guilty, and you'll be facing 41 years to life. What do you want to do? Banks took the plea bargain, and in an instant his football dreams were replaced by a 6x6 cell"

על היגיון קפיטליסטי בניכוי יסודותיו הליברליים, עד שהחירות ממאסר היא שנהפכת לסחורה, והזכות להליך הוגן במשפט פלילי וחזקת החפות מומרות בחירות המסחר.⁵⁰ החירות ממאסר עוברת מהיגיון של משפט פלילי להיגיון של מסחר. הוולגריזציה הזו מגולמת בדבריו של השופט הפדרלי איסטברוק⁵¹ בהרצאה פומבית: "Plea bargaining is a form of contract, and its regulation through the common-law process is fundamentally no different from the way courts treat other contracts." הגישה הזו, כמובן, מנוגדת לעקרונות מורשת ישראל, שלפיהם כיוון שגופו של אדם אינו שייך לו, הרי שהוא אינו רשאי לחבול בגופו או לסחור בו. כך הרדב"ז מנמק את הכלל שהוראות אינן קבילות בדיני נפשות.⁵²

1. בשולי הדברים: עסקת הטיעון כפשרה על פשרה

האתוס של המשפט בדין היהודי הוא "לעולם יראה דיין עצמו כאילו חרב מונחת לו בין ירכותיו וגיהנום פתוחה לו מתחתיו".⁵³ התורה בעיקר הקפידה בדיני נפשות. משנה ה' בפרק הרביעי של מסכת סנהדרין מייצגת אתוס הומניסטי-אינדיבידואליסטי קאנטיאני,⁵⁴ לרבות לדיני העונשין, ומתריעה שכל המאבד נפש אחת כאילו איבד עולם מלא.⁵⁵ זוהי אנטי-תזה

50 קרל מרקס המניפסט הקומוניסטי (1848). אנו כאן מציעים פרפרזה על דברי מרקס, הנכונים או לא, על הקפיטליזם: "את הכבוד האישי המירה בערך-חליפין, במקום החירויות המרובות לאין שיעור, הכתובות-וחתומות, שנקנו כדין, כוננה את החירות האחת ויחידה, חירות-המסחר, נטולת המצפון [...] פועלים אלה האנוסים למכור עצמם אחד-אחד הם סחורה ככל חפץ סחיר אחר, וכמוהו מופקרים הם לכל חליפות התחרות, לכל תנודות השוק".

51 Easterbrook, Frank H, *Plea Bargaining is a Shadow Market*, 51 Duq. L. Rev. 551 (2013)

52 ראו רדב"ז, הלכות סנהדרין, פרק יח, הלכה ו. "ואפשר לתת קצת טעם, לפי שאין נפשו של אדם קניינו אלא קנין הקב"ה, שנאמר: 'הנפשות לי הנה' (יחזקאל יח). הלכך, לא תועיל הודאתו בדבר שאינו שלו [...] אבל ממונו הוא שלו, ומשום הכי אמרינן: 'הודאת בעל דין כמאה עדים דמי'. וכי היכי [=וכמו] דאין אדם רשאי להרוג את עצמו, אין אדם רשאי להודות על עצמו שעשה עברה, לפי שאין נפשו קניינו".

53 בבלי, סנהדרין ז' ע"א.

54 ביטוי למוסר קאנטיאני ביהדות מופיע בהלכות "אין דוחים נפש מפני נפש". אם גויים אומרים לישראל: תנו לנו אחד ונהרגוהו ואם לאו אנו הורגים את כולם; לפי ההלכה עליהם להיהרג כולם ולא למסור להם אחד מהם.

55 יש נוסחים שונים למשנה. בחלקם נאמר: "כל המאבד נפש אחת מישראל, כאילו הציל עולם מלא", ובחלקם לא מופיעה המילה "מישראל" כמו, למשל, בכתב יד קאופמן הנמצא בבית הספרים הלאומי והאוניברסיטאי של האוניברסיטה העברית, וממנו ציטטנו. גם במשפט "כל המציל נפש אחת [מישראל], כאילו הציל עולם מלא" לעתים ה"מישראל" מופיע ולעתים לאו. שמואל הוגו ברגמן טען, שיש מאבק בין שתי גישות ליהדות, בין יהדות של "ואהבת לרעך כמוך" לבין יהדות של מחיית עמלק. גם במקרה שלנו מתקיים מאבק בין היהדות ההומניסטית של "ואהבת לרעך כמוך" לבין יהדות גזענית-שבטית (הגם שאף הנוסח הכולל את "מישראל" רחוק מציווי כמו מחיית זכר עמלק, שנוטרל כידוע על ידי חז"ל בקביעה, כי בא סנהריב ובלבל את האומות). מקור ההשראה למשפטן צריכה להיות היהדות של "ואהבת לרעך כמוך", ולא

לתפיסה הפשיסטית הרואה את הפרט כ"בורג במכונה". זוהי גישה השמה כל אדם במרכז.⁵⁶ יתר על כן: בעיני אותה משנה כל אדם צריך לראות את עצמו כאילו נברא יחידי. זהו ביטוי לאתוס האינדיבידואליסטי, אך כזה הגוזר חובה כמעט אינסופית על הדין בדיני נפשות. דיני הנפשות כאילו מטילים על הדיין את התאוריה הלוינסית של חובה אינסופית כלפי האחר, אלא שאצל לוינס החובה האינסופית איננה מוגבלת לתחומים מסוימים.⁵⁷ כיוון שקצרה יד האדם מלפענח את המציאות "כי האדם יראה לעיניים וה' יראה ללבב" (שמואל א' טז ז), קשה מאוד להרשיע אדם תוך הימנעות מספק. האתוס של המשפט הפלילי הישראלי הוא של הרשעה מעבר לכל ספק סביר, אך מהו ספק סביר? אפשר לראותו ככל ספק שאינו ספק נוסח דיקרט.⁵⁸ כלומר, השופט יודע שפלוגי אשם, תוך שהוא מתעלם מספקות נוסח שהמציאות היא חלום, שהוא בכלל סניילי וכו'. אבל, הביטוי הזה נתפס כסף הרשעה של מעבר ל-98%, או לאחוז אחר הנזרק לדין מדי פעם כלאחר יד. משמע, החברה משלימה עם כך שלעיתים נרשיע חפים מפשע! כיצד הדבר עולה בקנה אחד עם תפיסה של "עשה מעשיך כך שהאנושיות, הן שבך והן שבכל איש אחר, תהיה לך לעולם גם תכלית ולעולם לא אמצעי בלבד"?⁵⁹

הר"ן מבחין בין משפט התורה למשפט המלך. דיני העונשין בתורה הם אכן אוטופיסטיים, וספק עד כמה ניתן להרשיע בהם אנשים; לכן הר"ן מותיר אופציה של משפט המלך – משפט מעשי המתקיים בצד משפט התורה.⁶⁰

האם צריך לקבל את הפשרה של דיני עונשין לא אוטופיסטיים? זו אכן דילמה מוסרית, שבה כל בחירה תוביל לתוצאות רעות. החשש בויתור על משפט פלילי מעשי הוא ש"אלמלא מוראה של מלכות, איש את רעהו חיים בלעו".⁶¹ יש כאן ניגוד בין מוסר תועלתני למוסר קאנטיאני, התובע לנהוג תמיד בפרט כתכלית ולא כאמצעי, ועל כן ממאן להקריב הפרט על מזבח הכלל. הקרבתו של פרט חף מפשע אחד כדי לפתח הרתעה פלילית הנחוצה לחברה

של "מחית זכר עמלק". לכן, בחרנו לצטט את הנוסח נטול הסייג "מישראל", תוך גילוי אופן הקורא על קיומו של נוסח חלופי.

56 ביטוי נוסף לגישה ההומניסטית הכללית שהמשנה הזו נטועה בו הוא "לפיכך נברא אדם יחידי [...] ומפני שלום הבריות, שלא יאמר אדם לחברו אבא גדול מאביך". מהיבראות האדם יחידי המשנה לומדת גם על ערכו של הפרט – שכל פרט הוא כאילו עולם מלא, וגם על השוויון בין בני האדם. המשנה איננה מנתקת את הדיון בדיני נפשות מהדיון בהומניזם. היא אינה מציינת את המשפט הפלילי כטכני, רבוטי, אלא כביטוי לעקרונות צדק הומניסטיים נשגבים. ניתוק הדיון בין משפט פלילי – לרבות המשפט הפלילי הדיוני – לבין הומניזם הוא אכן טעות גדולה מאוד, ולמרבה הצער גם חשיבה מודרנית על המשפט לוקה בכך.

57 Levinas, Emmanuel. *Totality and Infinity: An Essay on Exteriority*. Vol. 1. Springer Science & Business Media, 1979.

58 רנה דקארט הגיונות על הפילוסופיה הראשונית (1932). את הספקות של דקארט אפשר לפגוש בספר זה.

59 עמנואל קאנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות (2010).

60 דרשות הר"ן שנים עשר דרושים להרב רבנו נסים (1875), דרוש י"א.

61 משנה, מסכת אבות, פרק ג, משנה ב.

נוגדת את הדרישות הקאנטיאניות, שהרי אז השופטים ינהגו בו כאמצעי ולא כתכלית. אולי אפשר ליישב את הניגוד, אבל לבטח במבט ראשון יש כאן מתח אדיר. אנו טוענים כי בעוד המשפט הפלילי הוא התפשרות על צדק טהור, עסקאות הטיעון הן כבר התפשרות על המשפט המעשי. מדובר כבר בעשיית קירוב, ובמאמר זה אנו מראים קירוב רחוק, למשפט מעשי. אם המשפט הפלילי המעשי הוא ויתור על עקרונות צדק – העדפה של משפט המלך על משפט התורה מטעמים מעשיים הרי שעסקת הטיעון היא כבר פשרה על פשרה, היא כבר ירידה אפילו מסטנדרט של משפט המלך. היא גם גורמת לשופטים שלא להכיר באחריותם לשליחת אדם למאסר, אף שיתכן כי הוא חף מפשע. המורשע כביכול הסכים. אבל, אם הוא חף מפשע, אזי הסכמתו היא תחת איום שיבולע לו במעשה בלתי-לגיטימי – כליאת שווא.⁶²

ז. סיכום

לפעמים לאדם ישתלם שלו ספציפית יהא בלתי-אפשרי להגיע לעסקת טיעון, ולכן שגוי להצדיק את עסקת הטיעון בכך שהאפשרות להגיע לעסקת הטיעון עדיפה לשני הצדדים. איננו מדברים רק על סיטואציות שבהן מוטב לנאשמים לו היו יכולים להתארגן (כמו בדילמת האסיר שהשחקנים היו יכולים להרוויח אילו יכלו להגיע להסכם אכיף שלא להגיע לעסקאות טיעון), אלא גם על סיטואציות שבהן לפרט הספציפי עדיף שלא יתאפשר לו ספציפית להגיע לעסקת טיעון. עסקאות הטיעון עלולות לגרום לתביעה להגיש כתבי אישום בלתי-חוקיים, בפרט כאלו שאין סיכוי סביר להרשעה בהם, ובכך להפוך את המשפט לסחיטה באיומים. זאת ועוד, כאשר ניתן לערוך עסקאות טיעון, לפעמים יהיה כדאי לתובע להפלות בין נאשמים, כיוון שבני קבוצות מסוימות נוטות לרחוש פחות אמון למערכת המשפט, ולכן להסכים גם לעסקאות טיעון מחמירות יותר. ולכן, ממאמר זה ניתן ללמוד, שהצדקת עסקת הטיעון בכך שנאשם יכול רק להפסיד מכך שתישלל ממנו היכולת להגיע לעסקת טיעון, היא שגויה. אנחנו מצביעים על כך שעסקאות טיעון מתמרצות הן מעצר עד תום ההליכים של הנאשם, כמו במקרה של קטינים המואשמים ביידוי אבנים, והן החמרה בלתי-חוקית בכתבי האישום. ההמלצה היא לבטל את מוסד עסקאות הטיעון.⁶³

62 Blackledge v. Allison, 431 U.S. 63, 71 (1977). מה שאנו אומרים בתת-פרק זה מנוגד לגישת המשפט האמריקני לעסקאות טיעון. כך קבע בית המשפט העליון האמריקני בפסק הדין: “Whatever might be the situation in an ideal world, the fact is that the guilty plea and the often concomitant plea bargain are important components of this country’s criminal justice system.” לפי גישת בית המשפט העליון האמריקני, הרי שעסקאות הטיעון הן סטייה מעולם אידאלי. לעומת זאת, לפי טענתנו עסקאות הטיעון אינן סטייה רק מעולם אידאלי, אלא אף מעולם מעשי; שכן אף המשפט הפלילי המערבי הוא כבר פשרה גדולה המנוגדת לעולם משפטי אידאלי.

63 ההמלצה הזו היא רק באחריותו של אורי וייס. לעומת זאת, יוסף זהר ממליץ לבטל את האפשרות להרשיע על סמך הודאה בלי בירור האמת העובדתית. לדעתו, בכל מקרה של הודאת נאשם, יש להטיל את האחריות לוודא את קיומן של ראיות סיוע להודאה על השופט.

