

צבירת טענות במשפט



מאת פרופ' אריאל פורת

באופן עיסוקו בהן. כללית, במקרים רבים המשפט נמנע שלא בצדק משקלול טענות.¹ אפתח בכמה דוגמאות מתחום דיני הנזיקין ומתחום המשפט הפלילי.

דיני נזיקין

דוגמה 1: פגיעה בבית חולים. שני אירועים. נזק אחד. אדם מגיע לחדר מיון כשהוא סובל ממיחושים בחזה. הרופא שולח אותו הביתה, ולאחר ימים מספר הוא חוזר לבית החולים עם התקף לב. הוא מטופל במחלקה הקרדיולוגית באותו בית החולים בידי רופא אחר, מחלים, אך החלמתו אינה שלמה. הוא תובע את בית החולים כמי שאחראי שילוחית לרופאים בטענה שרשלנותו של כל אחד מהם היא הגורם לאי־החלמתו השלמה. הסתברותה של כל אחת מן הטענות היא 40%. האם על בית המשפט לקבל את התביעה?

¹ הרצאתי מבוססת בעיקרה על שני מחקרים: Ariel Porat & Eric Posner, Aggregation and Law, 122 Yale Law Journal 2 (2012); Alon Harel & Ariel Porat, Aggregating Probabilities Across Cases: Criminal Responsibility for Unspecified Offenses, 94 Minnesota Law Review 61 (2009).

ניח שחבר מזמין אותך לארוחת ערב שתתקיים בעוד שבוע. אתה מעריך שקיימת הסתברות נמוכה שביום המיועד לארוחת הערב תהיה עייף מאוד. היות שמדובר בהסתברות נמוכה, לא היית דוחה את ההזמנה בשל סיבה זו בלבד. אלא שגם קיימת הסתברות נמוכה שתהיה לך באותו יום עבודה רבה. אף כאן, בשל היות ההסתברות נמוכה, לא היית דוחה את ההזמנה אילו הייתה זו הסיבה היחידה. כן קיימת הסתברות נמוכה שיהיה לך חשוב במיוחד לבלות עם משפחתך את הערב המיועד לארוחת הערב. שוב, ההסתברות היא נמוכה מכדי להצדיק בעיניך את דחיית ההזמנה רק בשל סיבה זו. אלא שאתה מבין שאף שהסתברות התממשותן של כל אחת מן הסיבות היא נמוכה, ההסתברות שלפחות אחת מהן תתממש היא גבוהה, ולכן אתה מחליט לדחות את ההזמנה. יש להניח שלא תנמק באוזני חברך את דחיית ההזמנה בקיומה של הסתברות נמוכה שתהיה עייף מאוד, הסתברות נמוכה שתהיה לך עבודה רבה והסתברות נמוכה שיהיה לך חשוב במיוחד לבלות את הערב עם משפחתך, ובמקום זאת תבחר סיבה אחת מהשלוש ותנמק בה את דחיית ההזמנה.

בדוגמה זו אדם משקלל סיבות ומקבל החלטה לפי המצבור ולא לפי כל סיבה בנפרד. שאלות דומות של שקלול עולות אף במשפט, אך המשפט אינו עקבי

תלות ביניהן) מלמד שההסתברות שלפחות אחת מהן תקפה היא 64%. אם ייעשה שקלול טענות בדוגמה 2, תעלה השאלה מה צריך להיות שיעור הפיצוי, בהנחה ששיעורי הנזקים השונים שנגרמו לתובע אינם זהים. כמינימום ראוי שהתובע יפוצה בגין הנזק הקל מבין השניים.

עד כאן אפשר שייווצר הרושם ששקלול טענות מביא להטלת אחריות במקרים רבים מאלה שבהם אין שקלול כזה. אכן זה המצב במקרים המוצגים בדוגמה 1, אך לא במקרים המוצגים בדוגמה 2. נניח למשל שבדוגמה 2 הסתברות כל אחת משתי הטענות נגד הרופאים היא 60%. בלא שקלול יהיה בית החולים אחראי כלפי התובע בגין שני הנזקים שנגרמו לו, ואם ייעשה שקלול, יהיה בית החולים אחראי בגין אחד מן הנזקים בלבד, שכן ההסתברות ששני הנזקים נגרמו בשל רשלנות רופא היא 36% בלבד.³

משפט פילי

בתחום המשפט הפילי נראה שלטענות שקלול צפויה התנגדות רבה במיוחד.

דוגמה 3: שני אישומים. אדם מואשם בשתי עבירות אשר לפי הנטען ביצע כל אחת מהן במקום שונה ובזמן שונה: אונס וכייסות. שני האישומים מתבררים בפני אותו שופט ובאותו הליך משפטי (במציאות יש להניח שיתקיימו שני הליכים משפטיים נפרדים בפני שופטים שונים). מידת ההוכחה שחלה בהליך הפילי היא "מעבר לספק סביר". הניחו כי שיעורה של מידת הוכחה זו הוא 95%. היינו, שלשם הרשעה במשפט פילי נדרשת הסתברות של 95% לפחות שהנאשם ביצע את העברה המיוחסת לו. השופט בוחן את הראיות הנוגעות לעברת האונס ומסיק שיש לו ספק סביר באשמתו של הנאשם, שכן הסתברות אשמו היא

³ $60\% \times 60\% = 36\%$.

◀ המשפט האזרחי מוכרע על פי "מאזן ההסתברויות". היינו, על התובע להוכיח את טענותיו בהסתברות הגבוהה מ-50%. היות שבתי המשפט נוהגים לדון בכל טענה בנפרד, תביעתו של התובע כנראה תידחה, מכיוון שאי אפשר להוכיח בהסתברות הגבוהה מ-50% שהרופא הראשון גרם ברשלנותו לנזקו של התובע, וכן אי אפשר להוכיח בהסתברות הגבוהה מ-50% שהרופא השני גרם ברשלנותו לנזקו של התובע. טענתי היא שראוי לשקלל את הטענות ולהגיע לתוצאה שונה. אם שתי הטענות ישוקללו, התביעה תתקבל, שכן בהנחה שאין תלות בין התנהגויות הרופאים, ההסתברות שלפחות אחד מהם גרם ברשלנותו לנזק היא $64\% = 1 - 0.4 \times 0.4$ דחיית התביעה תביא לכך שאף שההסתברות שבית החולים אחראי לנזק גבוהה מ-50%, הוא לא יישא באחריות כלשהי.

בדוגמה הבאה ברור עוד יותר שבתי המשפט לא ישקללו טענות.

דוגמה 2: פגיעה בבית חולים. שני אירועים. שני נזקים. השתלשלות העניינים היא כמו בדוגמה 1, אלא שכל אחת מן ההתנהגויות גרמה, לפי הנטען, לנזק נפרד: רשלנות הרופא בחדר המיון גרמה לתובע נזק ברגל, ורשלנות הרופא במחלקה הקרדיולוגית גרמה לתובע נזק בלב. ההסתברות של כל אחת משתי הטענות היא 40%. האם על בית המשפט לקבל איזו מן הטענות?

אף בדוגמה 2, אם כל טענה תיבחן כשלעצמה היא תידחה, שכן ההסתברות שכל אחד משני הנזקים של התובע נגרם מרשלנות של אחד מן הרופאים נמוכה מ-50%. עם זאת שקלול הטענות (בהנחה של היעדר

² קיימת הסתברות של 60% שהרופא הראשון לא גרם ברשלנותו לנזק, וקיימת הסתברות של 60% שהרופא השני לא גרם ברשלנותו לנזק. לפיכך ההסתברות שאף אחד מן הרופאים לא גרם ברשלנותו לנזק היא $60\% \times 60\% = 36\%$, וההסתברות שלפחות אחד מן הרופאים גרם ברשלנותו לנזק היא $100\% - 36\% = 64\%$.

טיעונים בעד שקלול טענות

כאמור, טענת השקלול במשפט הפלילי אינה פשוטה כלל ועיקר, ועל כן בהמשך הדברים אתמקד דווקא בה. אפתח בשתי הצדקות עיקריות לה, ולאחר מכן אדון בשלוש התנגדויות אפשריות.

הצדקה א: אפליה בין נאשמים

בשיטה הקיימת, שבה כל אישום נבחן בנפרד, נוצרת אפליה ברורה לרעת נאשמים חד-פעמיים לעומת נאשמים חוזרים: החד-פעמיים מורשעים גם אם הסתברות אשמתם היא 95%, ואילו החוזרים מזוכים אפילו הסתברות אשמתם היא 99% או אף למעלה מזה. טלו למשל כדוגמה את משפט קצב. בזמנו נטען נגד הנשיא לשעבר שביצע עברות מין שונות. בשלב מסוים היה נדמה שעומדת להיחתם עסקת טיעון בין הפרקליטות לבין קצב שעל פיה יודה הוא בעברות מסוימות ולא ישלח לכלא. בתגובה לביקורת שנשמעה על נכונותה של הפרקליטות להגיע לעסקת טיעון הסביר נציג היועץ המשפטי לממשלה את מה שיודע כל תלמיד שנה א בפקולטה למשפטים: גם אם יש ראיות רבות נגד קצב, וגם אם ברור לכל בר דעת כי קצב ביצע לפחות כמה מן העברות המיוחסות לו, אין להוציא מכלל אפשרות שהראיות נגדו, לכל אחת מן העברות המיוחסות לו בנפרד, לא יספיקו לשם הרשעתו בעברה כלשהי. במקרה של קצב אכן הייתה תלות בין האישומים השונים (במובן זה שאם ביצע עברה אחת, ההסתברות שביצע אף את העברה השנייה גבוהה מזו שהייתה אילו לא ביצע את העברה הראשונה), ועל כן שקלול הטענות הוא מורכב יותר (אם כי אפשרי). הבה נניח אפוא, לשם הפשטות, שלא הייתה תלות בין האישומים, כלומר נניח נאשם המואשם בעשרה אישומים שאין כל תלות ביניהם, ובכל אחד מן האישומים הראיות מצביעות על הסתברות אשמה של 90%. על פי המשפט הנוהג יזוכה הנאשם מכל האישומים אף שהסתברות שלא ביצע אף עברה אחת היא אחד לעשרה מיליארד (!) ◀

"רק" 90%. השופט בוחן גם את הראיות הנוגעות לעברת הכייסות ומסיק אף כאן שיש לו ספק סביר באשמתו של הנאשם, שכן הסתברות אשמו היא "רק" 90%. האם על בית המשפט להרשיע את הנאשם באיזו משתי העברות המיוחסות לו?

על פי המשפט הנוהג, על בית המשפט לזכות את הנאשם משני האישומים. לעומת זאת שקלול טענות יניב תוצאה שונה: בהיעדר תלות בין שני האישומים ההסתברות שהנאשם ביצע לפחות אחת מן העברות היא 4.99%. מאחר שהסתברות של 99% גבוהה מהסתברות של 95%, שהיא ההסתברות המינימלית הנדרשת על פי הדוגמה לשם הרשעה, נדמה שראוי להרשיע את הנאשם ב"אונס או כייסות" ולגזור עליו לפחות את העונש שהיה נגזר עליו לו הוכח בהסתברות של 95% שביצע את עברת הכייסות, שהיא העברה הקלה יותר.

במציאות שופטים אינם מייחסים הסתברויות מדויקות לטענות המועלות לפניהם (אין להם אלא לקבוע אם הטענה הוכחה לפי כלל הראיות הנוהג), וודאי שאינם מומחים בסטטיסטיקה. אך לא צריך להיות מומחה בסטטיסטיקה על מנת להבין את הטענה הפשוטה, שההסתברות שלפחות אחד משני אירועים קרה (בהנחה שאין תלות מלאה בין שני האירועים) גבוהה מן ההסתברות שהאירוע הראשון קרה כמו גם מן ההסתברות שהאירוע השני קרה. לפיכך טענת השקלול משמעה ששופט שלא השתכנע שטענה א תקפה ולא השתכנע שטענה ב תקפה, עדיין יכול להשתכנע – ועם זאת להיות עקבי – שלפחות אחת משתי הטענות תקפה. כך במשפט האזרחי (דוגמות 1 ו-2), וכך במשפט הפלילי (דוגמה 3).

⁴ קיימת הסתברות של 10% שהנאשם לא ביצע את עברת האונס, וקיימת הסתברות של 10% שהנאשם לא ביצע את עברת הכייסות. לפיכך ההסתברות שהנאשם לא ביצע אף אחת מן העברות היא $10\% \times 10\% = 1\%$, וההסתברות שהנאשם ביצע לפחות אחת משתי העברות היא $100\% - 1\% = 99\%$.



החמורות מאוד שכנראה ביצע: הוא היה מתוחכם דיו כדי להותיר אחריו ראיות מעטות יחסית שלא הספיקו לשם הרשעתו. אילו ניתן לשקלל טענות באותה עת, היה אל קפונה מורשע כנראה בעברות חמורות מאוד הרבה לפני המועד שבו הורשע בסופו של דבר בעברות מס, שהן חמורות פחות. הציבור, יש לשער, השתכנע באשמתו של אל קפונה הרבה לפני שהורשע בפועל. הציבור, כך נדמה, משקלל טענות בעניינים מעין אלו ממש כפי שעושה מי שמוזמן לארוחת ערב בדוגמה שבה פתחתי. "משפט הציבור" נתפס בעיני רבים כפרימיטיבי וככזה שאין לחרוץ גורלות על פיו. אך לפחות בהקשר המיוחד של שקלול טענות יכול משפט הציבור, למרבה האירוניה, להצביע על אשמתו של אדם בדיוק רב מזה של המשפט הפורמלי.

◀ לעומת זאת חברו הנאשם החד־פעמי יורשע בדין גם אם ההסתברות שלא ביצע את העברה המיוחסת לו היא 5%. תוצאה זו היא מפלה, ועל כן ראוי להימנע ממנה.

הצדקה ב: הרתעה

בשיטה הקיימת, שבה אין ננקט שקלול טענות, אפשר שהמשפט הפלילי לא ירתיע כראוי עבריינים חוזרים ומתוחכמים. עבריינים אלו הם לא אחת ראשי ארגוני פשע היודעים "לשחק" על פי כללי השיטה, ואף שהם מותירים אחריהם מדי פעם ראיות המצביעות על אשמתם, ראיות אלו – ולא במקרה – אינן מספיקות לשם הרשעתם. טלו כדוגמה את מקרה אל קפונה. אף שהכול ידעו שאל קפונה הוא מראשי הפשע המאורגן בארצות הברית, אי אפשר היה להרשיעו בעברות

"עד הסוף" לטיעון בדבר תפקידו האקספרסיבי של המשפט הפלילי, וממילא אף ידחה את הטענה שיש לשקלל טענות במקרה של האנס והכייס שבדוגמה 3. אך מי שסבור (כמוני) שבמקרה של התאומים יש להרשיע את שניהם ולגזור עליהם את העונש על העברה הקלה מבין השתיים, אינו יכול לבסס באופן משכנע את דחיית טענת השקלול שבדוגמת הכייס והאנס על הטיעון האקספרסיבי. הטעם לכך הוא שבשני המקרים מדובר בנאשמים אשר הוכח בהסתברות גבוהה מספיק לצורכי המשפט הפלילי שביצעו אחת משתי עברות (ואין זה מעלה או מוריד אם הסתברות זו היא 100% או 99%, שכן על פי הנחתנו ברגיל די בהסתברות של 95% לשם הרשעה), מבלי שניתן להוכיח בהסתברות גבוהה מספיק שביצעו עברה אחת מסוימת.

התנגדות ב: אחריות סטטיסטית

קבלתו של טיעון שקלול הטענות במשפט הפלילי (וגם במשפט האזרחי) עלולה להיראות ממבט ראשון מכשיר להטלת אחריות משפטית על בסיס "סטטיסטיקה ערומה" (naked statistics). במשפט יש רתיעה מובנת מפני הטלת אחריות כזו, תחת הטלת אחריות על סמך ראיות קונקרטריות הקושרות את הנאשם לביצוע העברה המיוחסת לו. לא כאן המקום לדון בטיעונים בעד ונגד שימוש בראיות סטטיסטיות במשפט בכלל ובמשפט הפלילי בפרט, שכן בין טיעון שקלול הטענות לבין שימוש בראיות סטטיסטיות אין ולא כלום.

על מנת להבין מדוע, נניח כי הפרקליטות מביאה לדין אדם שנתפס באקראי ברחוב וטוענת כי מבחינה סטטיסטית כנראה ביצע עברה לפחות פעם אחת בחייו. מכאן מבקשת המשטרה להסיק שראוי להענישו במאסר בן חודש או לפחות בקנס של 1,000 ש"ח. טענה זו, ככל שהיא מתבססת על סטטיסטיקה, אפשר שתהיה נכונה. אך מובן מאליו שאין שומעים לה במשפט, שכן לא ראוי להטיל אחריות פלילית על סמך "סטטיסטיקה ערומה".

טיעונים נגד שקלול טענות

התנגדות א: תפקידו האקספרסיבי של המשפט הפלילי

התנגדות צפויה של משפטנים מסורתיים לשקלול טענות במשפט הפלילי תתבסס על תפקידו האקספרסיבי של המשפט הפלילי. על פי התנגדות זו, לא ראוי להעניש אדם מבלי שניתן להצביע לפניו, ולפני הציבור, על העברה המסוימת שבגינה הוא נענש. בניסוח אחר, לא ראוי להעניש אדם על ביצוע עברה לא מסוימת; ענישה כזו נהוגה במשטרים חשוכים שאיננו רוצים להימנות עמם. מכאן שאין להרשיע את הנאשם בדוגמה 3, שכן לא הוכח שהוא אנס, ואף לא הוכח שהוא כייס.

איני חושב שהתנגדות זו משכנעת. כדי להסביר מדוע אשתמש בדוגמה שהובאה בהקשר אחר בספרות המשפטית (מפי ליאו כץ): בניו יורק מתבצע רצח. מצלמת וידאו מסריטה את הרצח, וניתן לזהות בסרט את הרוצח בוודאות. חצי שעה לאחר מכן מתבצעת פריצה בלוס אנג'לס. אף כאן מצלמת וידאו מסריטה את הפריצה וניתן לזהות את הפורץ בוודאות. למרבה הפלא, נראה שהרוצח בניו יורק והפורץ בלוס אנג'לס הם אותו אדם (!) מאחר שאי אפשר להגיע בתוך חצי שעה מניו יורק ללוס אנג'לס, נעשית בדיקה נוספת, ומתברר שהעבריינים הם תאומים זהים: האחד ביצע את הרצח, והאחר – את הפריצה. לרוע המזל אין כל דרך לדעת מי ביצע איזו עברה, והתאומים, כמובן, אינם משתפים פעולה עם חוקרי המשטרה. נניח עתה כי העונש הקבוע בחוק על רצח הוא עשרים שנות מאסר, ואילו על פריצה – שנת מאסר אחת. בפני בית המשפט הדין בעניין עומדות אפוא שתי אפשרויות: לזכות את שני התאומים הנאשמים ולשלחם לחופשי, או להרשיע כל אחד מהם ב"רצח או פריצה" ולהטיל על שניהם את העונש הקבוע בחוק על פריצה.

מי שסבור שהדרך הראויה היא לזכות את שני התאומים ולא להטיל עליהם עונש כלשהו נאמן

לקראת סיום חשוב להדגיש אף זאת: במקרים מסוימים שקלול טענות יכול לסייע לנאשם ולא רק לפעול נגדו. בראש ובראשונה אם הסתברויות האישומים השונים משוקללות, יש לשקלל אף את ההסתברויות שעומדות לנאשם טענות הגנה שונות ולא להסתפק בבחינתה של כל טענת הגנה בנפרד. נניח למשל שנאשם מעלה שתי טענות הגנה נגד אישום אחד המועלה נגדו, כגון שפעל בנסיבות של הגנה עצמית ושטעה בנסיבות באופן ששולל את האופי הפלילי של התנהגותו. גם אם ההסתברות לנכונותה של כל טענת הגנה בנפרד היא קטנה מכדי להצדיק את זיכוי של הנאשם, יש לזכותו מן האישום אם ההסתברות שלפחות אחת מן הטענות היא נכונה גבוהה דייה.

אך מעניין יותר הוא המקרה ההפוך לזה המתואר בדוגמה 3: נניח שבדוגמת האונס והכייסות ההסתברות שהנאשם ביצע את כל אחת מן העברות המיוחסות לו היא 95%. בלעדי שקלול טענות יורשע הנאשם בשתי העברות, שכן לפי הנחתנו די בהסתברות של 95% לשם הרשעה בעברה מסוימת. לעומת זאת שקלול טענות יביא להרשעתו של הנאשם בעברה אחת בלבד (במקרה זה בעברת האונס, שהיא חמורה יותר, שכן אפילו אם לא היה מואשם כלל בעברת הכייסות היה מורשע באונס), מכיוון שההסתברות שביצע את שתי העברות גם יחד היא 90% לערך,⁵ וזו נמוכה מן ההסתברות המינימלית של 95%, הנדרשת, לפי הנחתנו, לשם הרשעה. שקלול מסוג זה מעלה שאלות נוספות על אלו שדנתי בהן, ולא אוכל להרחיב על אודותיהן כאן. אומר רק כי שקלול כזה עלול לכאורה לפגוע בהרתעה: כך למשל נאשם אשר ביצע עברה אחת ואשר סבור שיהיה ניתן להוכיח את אשמתו בהסתברות של 95% עלול להתפתות לבצע עברה נוספת בידיעה שכל עוד לא תוכח אשמתו בעברה הנוספת בהסתברות

לא כן בדוגמת האנס והכייס. כאן טענת התובע היא שעל סמך ראיות קונקרטיות יש להסיק הסתברות גבוהה דייה שהנאשם ביצע אונס או כייסות. ראיות קונקרטיות אלו הן סך הראיות הקונקרטיות אשר לא היה בהן די כדי להוכיח את עברת האונס מעבר לספק סביר, והראיות הקונקרטיות אשר לא היה בהן די כדי להוכיח את עברת הכייסות מעבר לספק סביר. על מנת להגיע למסקנה שהנאשם ביצע לפחות את אחת משתי העברות בית המשפט אינו נזקק אפוא לראיות נוספות כלשהן – קונקרטיות או סטטיסטיות – על אלו שהובאו לפניו על מנת להוכיח את עברת האונס בנפרד ועל מנת להוכיח את עברת הכייסות בנפרד.

התנגדות ג: קשיי יישום וחשש לניצול לרעה

יש שיאמרו ששקלול טענות קשה ליישום, במיוחד כאשר מספר האישומים הוא רב, וההסתברות לנכונות כל אחד מהם היא קטנה. יתרה מזו, אם המשפט ירשה שקלול טענות, התביעה עלולה להרבות באישומי סרק נגד מי שתוצאה להפילו מתוך תקווה שאישומים רבים שהסתברותם קטנה ישכנעו את בית המשפט להרשיע את הנאשם. לבסוף, העלאת אישומים רבים נגד הנאשם עלולה להכביד על הגנתו במידה לא נסבלת: יהיה עליו להתגונן מפני אישומים רבים, גם כאשר ההסתברות שכל אחד מהם תקף היא נמוכה מאוד.

אין אלה חששות שווים. אך נראה שיש דרך להקל אותם והיא לאפשר שקלול טענות אך להציב לצדו תנאי סף: רק אישומים שאפשר לבססם בראיות משמעותיות ישוקללו על ידי בית המשפט, למשל רק אישומים שהנחת נכונותם סבירה מהנחת אי-נכונותם יובאו בחשבון (זהו תנאי סף הזהה למידת ההוכחה האזרחית, היינו "מאזן ההסתברויות", אשר בתי המשפט אמונים בהפעלתו). על כך אף ניתן להוסיף שבית המשפט "יקנוס" את הפרקליטות (בדרך של פסיקת הוצאות משפט גבוהות, למשל) אם תעלה אישומים נגד הנאשם אשר בסופו של דבר לא יעמדו בתנאי הסף.

⁵ $95\% \times 95\% = 90.25\%$.



סיכום

לא תמיד ראוי לבצע שקלול טענות. עם זאת על בתי המשפט לשקול בכובד ראש הצעה של תובע או נתבע במשפט אזרחי לשקלל טענות. טיעון השקלול קשה יותר לקבלה במשפט הפלילי, אם כי ניסיתי להצביע על הצדקותיו העיקריות. למעשה, בתחום המשפט הפלילי טיעון השקלול אינו ניתן ליישום בבתי המשפט כל עוד אישומים שאינם קשורים זה בזה נידונים בהליכים נפרדים, ועל כן אימוצו דורש התערבות חקיקתית. בפועל ייתכן שבתי המשפט – גם אם לא בעקביות או בשיטתיות – משקללים לעתים טענות מבלי לומר זאת במפורש, ממש כפי שבני אדם משקללים טענות בחיי היום־יום, גם אם אינם מודים בכך בפה מלא. ■

של 100%, הוא יזוכה ממנה.⁶ חשש זה של פגיעה בהרתעה היה גדול במיוחד לו ניתן לשקלל טענות שנטענו במשפטים שונים: נאשם שהורשע בעברה הראשונה ובית המשפט קבע כי הסתברות אשמתו היא 95%, יוכל לבצע עברה נוספת כמעט בלי סיכון להיות מורשע בה (לפחות בהנחה שאינה חמורה מן העברה הראשונה). לבסוף אפשר אף להעלות ספק אם שקלול כזה עושה צדק בין נאשמים חוזרים מצד אחד לבין נאשמים חד־פעמיים מצד שני: רק נאשמים חוזרים יוכלו "ליהנות" ממנו.

⁶ הכפלה של 95% בכל מספר הנמוך מ־100% תביא לתוצאה הנמוכה מ־95%, ועל כן תחייב את זיכוי הנאשם בעברה החמורה פחות.