

הערת פסיקה: בעקבות פרשת תורק¹ - שני חידושים בעייתיים בדיני הראיות וסדרי הדין - קבילות הודאות עד מדינה ותחולת דוקטרינת ההשתק השיפוטי*

ד"ר אלקנה לייסט**

מבוא

ביום 14/04/10 דחה בית המשפט העליון עתירה לדיון נוסף בשתי הלכות חדשות וחשובות שקבע בע"פ 1309/06 מדינת ישראל נ' תורק, בדיני הראיות ובסדר הדין הפלילי. ברשימה קצרה זו אתאר את ההלכות החדשות שנקבעו, את הנמקתו של בית המשפט העליון להלכות אלו, ואעמוד על הביקורת המשפטית והאנליטית שיש למתוח עליהן. על פי ההלכה הראשונה, הודאות עד מדינה שנמסרו על ידו לאחר חתימת ההסכם בדבר הפיכתו לעד מדינה, יכולות להיות קבילות כנגדו. על פי ההלכה השנייה, אופייה של דוקטרינת ההשתק השיפוטי המוכרת מן ההליך האזרחי, משתנה בהליך הפלילי וניתן שלא להפעילה, על אף שהתנאים ההכרחיים והמספיקים לתחולתה מתקיימים.

ההלכה בדבר קבילות הודאות שנגבו מעד מדינה לאחר חתימת ההסכם

הנמקת בית המשפט להלכה?

נקודת המוצא של בית המשפט העליון הייתה ההלכה רבת השנים כי הודאות שנגבו מחשוד במהלך משא ומתן לקראת חתימת ההסכם עד מדינה, שיוזמיו היו החוקרים, אינן קבילות. בית המשפט מצא שלושה טעמים עומדים בבסיס הלכה זו. ראש וראשון לטעמים אלו, והמרכזי שביניהם, הוא החשש כי במצב שכזה רצונו החופשי של החשוד נשלל כתוצאה מפיתוי והשאה.

שני הטעמים הנוספים, הנספחים לטעם הראשון, הם הטעם הדאונטולוגי של חובת ההגינות של הרשות, והטעם התוצאתני של הצורך לשמר את מוסד עד המדינה, ככלי להשגת המטרה של לחימה בפשע והשלטת חוק וסדר. לאחר ניתוח, קבע בית המשפט כי טעמים אלו שוב אינם עומדים במצב בו ניתנו הודאות לאחר חתימת ההסכם. בית המשפט עסק בעיקר בטעם הראשון והמרכזי - הפגיעה ברצון החופשי של החשוד. בדרך למסקנתו כי לאחר חתימת ההסכם שוב לא נשלל רצונו של החשוד מכח פיתוי והשאה, התבסס בית המשפט על אנלוגיה בין מוסד עד המדינה למוסד הסדרי הטיעון. במסגרת מוסד הסדרי טיעון מתקבלת הודאתם של נאשמים בבית משפט לאחר שהגיעו להסדר עם התביעה. פרקטיקה זו מוכיחה לדעת בית המשפט כי המשפט הישראלי אינו פוסל הודאות שניתנו על סמך ההסכים. לאחר שפסק ששלושת הטעמים האמורים אינם חלים עוד לאחר חתימת ההסכם עד המדינה, קבע בית המשפט כי בהקשר זה אין להשתמש במבחן היוזמה, אלא יש לחפש מבחן חדש ושונה. בית המשפט דחה את טענת המדינה לפיה ניתן להשתמש ב"סעיף ההפרה" שהיה בהסכם עד המדינה בינה לבין תורק כמקור עצמאי לקבילות הודאות. על פי סעיף ההפרה, אם תורק יפר את ההסכם, תוכל המדינה להשתמש כנגדו באמרות שנתן. בית המשפט קיבל בנקודה זו את עמדת הסניגוריה לפיה לא ניתן להכשיר באמצעות סעיף חוזי זה את מה שדיני הראיות אוסרים - קבלת

** עורך דין במחלקת יטיק בית המשפט העליון בסניגוריה הציבורית הארצית ומרצה מן החוג באוניברסיטאות תל אביב ובר אילן ובמרכז האקדמי למשפט ועסקים.

* מאמר זה מבוסס ברובו על העתירה לדיון נוסף, דר"פ 6315/09, המתייחסת לפסק הדין בע"פ 1309/06, שעליהם נסוב המאמר. העתירה לדיון נוסף הוגשה מטעם הסניגוריה הציבורית על-ידי עו"ד אבי כהן, עו"ד מיכל בכר ועל-ידי הח"מ.

הודאות שניתנו שלא באופן חופשי ומרצון. המבחן שהוצע לבסוף על ידי בית המשפט לקבילות אמרות שניתנו על ידי עד מדינה לאחר חתימת ההסכם, ושאותו ראה בית המשפט כמבחן חדש, הוא המבחן הרגיל הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות - האם ניתנו ההודאות באופן חופשי ומרצון. בית המשפט שב והטעים כי עצם ההטבות הגלומות בהסכם עד המדינה אינן מהוות פיתוי והשאה. מקריאת הנמקתו של בית המשפט לתוצאה זו עולים ארבעה קשיים מובחנים שיפורטו להלן.

מבחן היוזמה איננו מבחן שונה מהמבחן של סעיף 12 לפקודת הראיות

הקושי הראשון נובע מכך שבית המשפט הניח כי מבחן היוזמה (האם המשא ומתן על הסכם עד המדינה היה ביוזמת החוקרים או החשוד), ומבחן היות ההודאה "חופשית ומרצון" על פי סעיף 12 לפקודת הראיות, הינם מבחנים שונים. לשיטתו, בעוד שלגבי הודאות שניתנו במהלך משא ומתן לקראת הסכם עד מדינה מחילים את מבחן היוזמה, הרי שביחס להודאות שניתנו לאחר ההסכם יש למצוא מבחן שונה וחדש, הוא המבחן שבסעיף 12 לפקודת הראיות. דומה כי זוהי הצגה לא מדויקת של המצב המשפטי. גם בשלב שלפני חתימת ההסכם חל המבחן הקבוע בסעיף 12. מבחן היוזמה איננו אלא נגזרת של המבחן הקבוע בסעיף זה. למעשה, ההלכה הפסוקה יצרה מעין חזקה משפטית חלוטה, לפיה בכל פעם שמתחיל משא ומתן עם חשוד לקראת חתימת הסכם עד מדינה ביוזמת החוקרים, יש בכך פיתוי והשאה, ועל כן ההודאה הניתנת במהלך משא ומתן שכזה איננה חופשית ומרצון. אשר על כן, אין לומר שהמבחן של היות ההודאה חופשית ומרצון, שנקבע על ידי בית המשפט להודאות שניתנו לאחר חתימת ההסכם, הוא מבחן "חדש". הוא חל גם על השלב הקודם. בית המשפט צריך היה לבדוק האם החזקה המשפטית החלוטה, לפיה הפיתוי הגדול שבהעלאת האפשרות להיות עד מדינה שולל את רצונו החופשי של החשוד שמתבקש לוותר על זכות השתיקה ולהפיל את עצמו, אמורה להשתנות בשלב השני שלאחר חתימת ההסכם. בחינה כזו הייתה צריכה לחשוף מידת קל וחומר שנעלמה מעיני בית המשפט, בכל הקשור לטעם המרכזי להלכה לפיה אין לקבל הודאות שניתנו במהלך משא ומתן לקראת הסכם עד מדינה. זהו הקושי השני בהנמקת בית המשפט, שיפורט להלן.

אם קיימים פיתוי והשאה בשלב המשא ומתן, קל וחומר שהם קיימים לאחר ההסכם

כאמור, בית המשפט לא ביקש לשנות את ההלכה לפיה

הודאות שניתנו במהלך משא ומתן שהחל ביוזמת החוקרים אינן קבילות, בשל הפיתוי שהשיא את החשוד לתת אותן. להפך, זוהי נקודת המוצא של בית המשפט לבחינת התוצאה המשפטית הנכונה במקרה בו ההודאות ניתנו לאחר חתימת ההסכם. עם זאת, התוצאה אליה הגיע היא כי הודאות שניתנו לאחר חתימת ההסכם הינן קבילות, כיוון שכוחו של הפיתוי שהיה קיים בשלב המשא ומתן נמוג. אכן, נקודת המוצא הראויה לדין היא ההלכה בדבר אי קבילות הודאות שניתנו על ידי חשוד בשלב המשא ומתן לקראת חתימת הסכם עד מדינה. עם זאת, קיימת מידת קל וחומר, ממנה התעלם בית המשפט: אם הודאות שניתנו בשלב המשא ומתן אינן קבילות, אזי מן ההכרח לקבוע כי זה דין גם של הודאות שניתנו לאחר ההסכם. הטעם המרכזי לאי קבילות הודאות שניתנו בשלב המשא ומתן לקראת הסכם עד מדינה, כל עוד רשויות החקירה הן שיזמו את המשא ומתן, נוגע לכך ש"הצגת אפשרות לשמש כעד מדינה... מהווה גורם מפתה מרחיק לכת".¹ ההנחה היא כי יכולת הבחירה של חשוד נשללת, באופן מהותי, כאשר נאמר לו כי קיימת אפשרות שיקבל את מעמד עד המדינה. הדברים נכונים במיוחד כאשר החשדות המיוחסים לו הינם חמורים, וכאשר מוצעת לו חסינות מלאה מלעמוד לדין בגין העבירות אשר במעורבות בהן יודה. כך בדיוק היה במקרה של תורק. טובת ההנאה הגלומה בהסכם מוחשית, והשפעתה על חופש הרצון של החשוד משמעותית. על כן קובע הדין שגם במקרה בו החוקרים אינם מבטיחים לחשוד כי יזכה בטובת ההנאה, אלא רק מוסרים לו שקיימת אפשרות לכך, ההודאות שנמסרו על סמך העלאת אפשרות שכזו, אינן קבילות מחמת פיתוי והשאה. הדבר נובע מכך, שכאשר החוקרים הם שפונים לחשוד בהצעה שכזו, הוא יכול להניח כי ההסתברות שאכן ייחתם עימו הסכם עד מדינה הינה ממשית. נמצא, כי במצב בו רק מועלית בפני חשוד אפשרות שייחתם עימו הסכם ותינתנה לו טובות הנאה משמעותיות כמו חסינות מהעמדה לדין, הדין הוא שהודאות שניתנו בהתבסס על אפשרות זו לא ניתנו באופן חופשי ומרצון, ולכן יש לפסול אותן. קל וחומר, שכאשר אומרים החוקרים לחשוד כי בוודאות יקבל את טובות ההנאה, מכוח הסכם עד המדינה שכבר נחתם, אם רק ישתף עימם פעולה, אזי ההודאות שניתנו לאחר הבטחה שכזו לא ניתנו באופן חופשי ומרצון, ולכן יש לפסול גם אותן. במקרה הראשון הפיתוי הוא פחות אטרקטיבי, שכן החוקרים מציעים לחשוד רק אפשרות של מתן הטבות. לעומת זאת, לאחר חתימת ההסכם, רשויות החקירה מציעות בפני החשוד ודאות שיקבל את טובות ההנאה, שהינן על פי הפסיקה "פיתוי מרחיק לכת", אם רק יענה לשאלותיהם. ברור שבמקרה השני

1 ע"פ 1309/06 מדינת ישראל נ' תורק (ניתן ביום 20/07/09, פורסם באתר נבו); ד"ר 6315/09 תורק נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 14/04/10, לא פורסם).
 2 הנמקתו של בית המשפט העליון להלכה פורטה בהרחבה בסעיפים 69-24 לחוות דעתו של השופט פוגלמן.
 3 ע"פ 6366/98 סולטאן נ' מדינת ישראל (1999) (פורסם בנבו), פסקה 7 (ב) לפסק דינו של השופט קדמי.
 4 בר"צ 5091/03 כמאל תורק נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד (נ) 665 (2003)

הודאות אלו שונים. ההבדל המרכזי הוא כי בעוד שבית המשפט יכול להרשיע נאשם על סמך הודאתו בבית המשפט בלבד, הרי שלצורך הרשעה על סמך הודיה במשטרה דרושה ראיה נוספת. באותה מידה ניתן לומר שיש להחיל על שתי ההודאות כללי קבילות שונים. פיתוי שמוצג בפני חשוד בעת חקירה, שונה מהצעה המובאת בפניו לאחר הגשת כתב האישום. לאחר הצגת כתב האישום יכולתו של הניצע לעמוד בפני הפיתוי גדולה הרבה יותר, ולו בשל כך שחומר החקירה בתיק מצוי בפניו. עוד יש לציין את הפיקוח של בית המשפט על הסדר הטיעון וההודאה הניתנת במסגרתו. פיקוח מעין זה לא קיים בעת מתן ההודאה במשטרה לאחר חתימת ההסכם. עניין נוסף הוא שהודיה במסגרת הסדר הטיעון מתקבלת רק לאחר שהנאשם וסניגורו מבקשים מבית המשפט לקבלה. בניגוד לכך, הנאשם מבקש מבית המשפט שלא לקבל את ההודאה שניתנה על ידו במשטרה.

הרציונאל התוצאתי תומך בפסילת ההודאות

הקושי הרביעי בהנמקת בית המשפט קשור ברציונאל התוצאתי של שימור מוסד עד המדינה, העומד אף הוא לדעת בית המשפט בבסיס ההלכה כי הודאות שניתנו במהלך משא ומתן ביוזמת החוקרים אינן קבילות. על פי קו מחשבה זה, מוסד עד המדינה הינו כלי חשוב במסגרת מאבקן של הרשויות בפשע. כלל משפטי לפיו הודאות שניתנו במסגרת משא ומתן לחתימת הסכם אינן קבילות, עלול לדעת בית המשפט לפגוע בסיכוי כי חשודים רבים יאותו להיות עדי מדינה. בית המשפט קבע כי שיקול זה לא קיים לגבי הודאות שניתנו לאחר חתימת ההסכם. אלא שבית המשפט לא נימק קביעה אחרונה זו. נראה כי בית המשפט שגה ביישום שיקול זה. דומה כי כלל משפטי, שלפיו הודאות שניתנו לאחר חתימת הסכם עד מדינה לא תהיינה קבילות, גם אם החשוד הפר את ההסכם, ישמר את מוסד עד המדינה טוב יותר. לעומת זאת, כלל שלפיו הודאות אלו כן תהיינה קבילות, עלול לפגוע במוסד זה. כך למשל, חשוד פוטנציאלי השוקל להיות עד מדינה, להפיל את שותפיו הבכירים ולעזור לרשויות החקירה, עלול עתה, לאור ההלכה החדשה, להחליט לדחות הצעה כאמור. יש להזכיר כי קבלת העמדה לפיה ההלכה הקודמת בקשר לקבילות הודאות עד מדינה שניתנו לאחר חתימת ההסכם צריכה לעמוד על מכוונה, לא אמורה להעמיד את התביעה בפני שוקת שבורה. היתרונות שכבר הפיקה המדינה מחתימת ההסכם הם רבים. החקירה התקדמה, ושותפיו הבכירים של עד המדינה הועמדו לדיון. גם אם העד יסרב להעיד במשפטם, ניתן יהיה להשתמש בסעיף

הפיתוי הוא חזק הרבה יותר. ההבחנה הנהוגה בפסיקה ביחס להודאות שניתנו עובר לחתימת הסכם עד מדינה, בין מצב בו החוקרים יזמו את המשא ומתן לסיטואציה בה החשוד עצמו יזם את הפנייה לחוקרים, יכולה להבהיר זאת. על פי ההבחנה הנהוגה בפסיקה, הודאות שמסר חשוד לאחר שהוא עצמו יזם את המשא ומתן הן קבילות, שכן רצונו החופשי לא נפגע. לפי גישה זו, גם אם קיווה החשוד לזכות בטובת הנאה של הסכם עד מדינה, הרי שכל עוד היוזמה הייתה מצידו, היה עליו להבין כי הסיכוי לכך אינו גבוה יתר על המידה. לעומת זאת, כאשר החוקרים הם שיוזמים את המשא ומתן ומדברים עם החשוד על האפשרות שיקבל את ההטבות, ההסתברות לקבלת ההטבות גדלה, ועל כן הפיתוי הוא גדול יותר, עד שחופשיות הרצון של החשוד נשללת. על פי הגיון זה, במקום בו מובטח לחשוד בוודאות כי אם ימסור את ההודאות יזכה להטבות, כמו שקורה במצב שלאחר חתימת ההסכם, הפיתוי הוא גדול עוד יותר, ושלילת חופש הרצון היא המשמעותית ביותר. למרות זאת הגיע כאמור בית המשפט למסקנה שהפיתוי לא מתגבר כאשר נחתם עם החשוד הסכם, אלא שכוחו דווקא נמוג. בבסיס מסקנה זו עמדה האנלוגיה שערך בית המשפט בין הודאת חשוד במשטרה לאחר חתימה על הסכם עד מדינה, להודאת נאשם בפני בית המשפט במסגרת הסדר טיעון. זהו הקושי השלישי בהנמקתו של בית המשפט.

האנלוגיה המוטעית בין הודאה במשטרה של עד מדינה לאחר חתימת הסכם והודאה של נאשם בבית המשפט במהלך הסדר טיעון

הקושי השלישי טמון בכך שלצרכי קבילות לא ניתן לערוך אנלוגיה בין שני סוגי ההודאות. גם בהסדר טיעון מובטחות לנאשם טובות הנאה אם רק יודה באישומים נגדו ולא רואים פגם בכך שנאשם מודה רק בשל כך שהובטחו לו טובות הנאה. מכך עולה, על פי הנמקת פסק הדין, שהמשפט הישראלי אינו רואה בעצם קיום הסכם ובהודאה מכוונת פיתוי והשאה כמביאים לידי שלילת רצונו החופשי של המודה. לדעת בית המשפט, כל החלטה אחרת עלולה לערער את תוקפו של מוסד הסדרי הטיעון, ולשמוט את הקרקע מתחתיו. אלא שאנלוגיה זו שגויה. ראשית, מדובר בהשוואה בין ראיה לבין הודאה בפני בית המשפט, והשלב בהליכים בו נדרש בית המשפט לכל אחת מהן שונה. בעוד שראיה מוגשת במסגרת הליך הוכחות, הודאה של נאשם מתקבלת במסגרת הליך של תשובה לאישום או חזרה מכפירה. מדובר בהשוואת מין שבאינו מינו. שנית, לא רק סדרי הדין, אלא גם הכללים הראייתיים שחלים על שני סוגי

5 מעניין לראות כי עמדה זו עומדת בסתירה לאחד הקריטריונים שקבע בית המשפט העליון בעניין יששכרוב ולפיו ככל שראייה מסוימת שהושגה באמצעים פסולים חיונית להרשעה הנטייה תהיה לקבלה, בעוד אם ניתן להגיע להרשעה גם בלעדית, תהיה הנטייה לפסול את קבילותה.

6 בג"צ 4095/03 כמאל תורק נ' היועץ המשפטי לממשלה, 2003. (פורסם בבב).

7 ההנמקה מצוייה בסעיפים 86-70 לחוות דעתו של השופט פוגלמן. ראו גם דעת היחיד של השופט מלצר בסעיפים 3-9 לחוות דעתו.

ההשתק השיפוטי לדוקטרינת ההגנה מן הצדק נותרו עמומים. בהמשך אבקש להראות כי ההלכה מוטעית לא רק בעצם עריכת איזון האינטרסים אלא גם בדרך בה נשקלו בסופו של דבר. גם אם נכון לקבוע באופן כללי שאיזון אינטרסים כלשהו צריך להיערך במסגרת דוקטרינת השתק במשפט הפלילי, הרי שאחד האינטרסים החשובים שבבסיס דוקטרינת ההשתק השיפוטי לא נלקח בחשבון במקרה זה.

הסתירות הבולטות שניבעו בעמדת המדינה

טרם שתוצג הנמקת ההלכה והביקורת עליה תובאנה בקיצור האפשרי הסתירות בעמדת המדינה המבססות את טענת ההשתק השיפוטי. הסתירות הן בין טענות שטענה המדינה בבית המשפט המחוזי ובבית המשפט העליון בניהול התיק הפלילי נגד תורק, לטענות שטענה בתשובותיה לשתי עתירות לבית המשפט הגבוה לצדק שהגישו אלו שתורק שימש עד מדינה נגדם, בנושאים הקשורים להסכם עד המדינה שנכרת בין המדינה לתורק. בבג"צ 5091/03 הוגשה העתירה כנגד החלטת המדינה לעכב הליכים נגד תורק בתיק אחר אשר התבסס על הודעות של תורק שנלקחו ממנו לאחר חתימה על הסכם קודם להיות עד מדינה.⁸ בשלב בו נידונה העתירה האמורה בבג"צ, החליטה המדינה לבטל את הסכם עד המדינה לאור טענתה כי תורק הפר את ההסכם. הטעם שהעלתה המדינה לעיכוב הליכים היה נעוץ בכך שלא תוכל להוכיח את האישומים כנגד תורק. העותרים מצידם, שהיו מעוניינים שכתב האישום נגד תורק יישאר על כנו, טענו כי המדינה תוכל להגיש את הודיותיו של תורק ולהוכיח את האישומים האמורים כנגדו בהסתמך על סעיף הפרה שהיה מצוי באותו הסכם. המדינה השיבה לכך כי לא תוכל להוכיח כי הודיות שניתנו לאחר חתימת ההסכם היו חופשיות ומרצון. כל זאת למרות קיומו של סעיף הפרה. לאור הזהות בין ההסכם האמור בתשובת המדינה בבג"צ 5091/03 וההסכם הרלבנטי לדיון בהליכים אלו, ולאור הזהות בנסיבות גביית הודאות בשני המקרים, נראה כי עמדתה של המדינה בהליכים הפליליים בבית המשפט המחוזי ובבית המשפט העליון במשפטו הפלילי של תורק עמדה בניגוד לעמדתה כמשיבה בבג"צ 5091/03. לא למותר לציין כי העתירה בבג"צ 5091/03 אכן נדחתה. הסתירה השנייה קשורה לסתירה הראשונה. כדי לנמק בפני בית המשפט המחוזי את ההבחנה בין יחסה של המדינה להודאות שנגבו לאחר ההסכם הראשון באשר לפרשה הראשונה להודאות נשוא תיק זה שנגבו לאחר ההסכם השני עליו נסב ע"פ 1309/06 טבעה הפרקליטות את ההבחנה הבאה. בתיקים בהם הודאתו של עד

10 א לפקודת הראיות כדי להגיש את אמרתיו לגביהם. גם בכל הנוגע לעניינו של אותו עד עצמו ידיה של המדינה אינן כבולות. הדרך להגיש כתב אישום כנגד אותו עד (או לא לבטל כתב אישום שכבר הוגש) פתוחה בפניה. כל מה שנשלל ממנה הוא היכולת להשתמש בהודאות אלו נגדו בלבד. הדעת נותנת, כי במרבית המקרים, בעקבות הודאות המילוליות, תימצאנה ראיות נוספות כנגד אותו עד מדינה, בין חפציות ובין של עדים אחרים. אך ברור הוא שהכלל לפיו הודאותיו של עד מדינה שהפר את ההסכם אינן קבילות בוודאי שאינו משתרע גם על פירותיהן של אותן הודאות. לעומת זאת, במשטר משפטי כמו זה שמציעה ההלכה החדשה, שבו הודאות של עד מדינה הן קבילות נגדו, רבים מהחשודים שהם עדי המדינה הפוטנציאליים יחליטו שלא לשתף פעולה, וכל אותן הטבות שיכלו להיות למדינה לא תתממשנה. יוצא שהרציונאל התועלתני הנוגע לשימור מוסד עד המדינה תומך באי קבילות הודיית עד מדינה שניתנה לאחר חתימת ההסכם.

ההלכה בדבר דוקטרינת ההשתק השיפוטי

מכח דוקטרינת ההשתק השיפוטי המוכרת במשפט האזרחי קבע בית המשפט המחוזי כי המדינה מושתקת מלטעון כי הודיותיו של תורק קבילות. בית המשפט העליון אמנם פסק שדוקטרינת ההשתק השיפוטי חלה במשפט הפלילי, וכי הסתירות שבעמדתה של המדינה מתאימות להחלת דוקטרינת ההשתק. עם זאת, בית המשפט קבע שאין להשתק את המדינה מלטעון לקבילות ההודאה במקרה הספציפי, כיון שבניגוד להפעלתה של הדוקטרינה במשפט האזרחי, כשהיא מיובאת למשפט הפלילי יש לערוך איזון בין אינטרסים שונים המתחשבים בתוצאותיו הפוטנציאליות של ההשתק, בדומה לאיזון האינטרסים הנערך תוך הפעלת דוקטרינת ההגנה מן הצדק. ההלכה החדשה של בית המשפט מתמצית בכך שפסק כי אופייה של דוקטרינת ההשתק השיפוטי משתנה כאשר היא מוחלת בהליך הפלילי. לא מדובר עוד בעניין של סדר דין, אלא בסוג של טענה מתחום המשפט המנהלי. כתוצאה מכך מצבו של בעל דין בהליך אזרחי, שיריבו טען טענות סותרות באופן התואם לתנאיה המקדימים של דוקטרינת ההשתק השיפוטי הוא טוב הרבה יותר ממצבו של נאשם בהליך פלילי המתגונן מפני אישום של המדינה. מדובר בהלכה חדשה שכן בפעם הראשונה נקבע כי דוקטרינת ההשתק השיפוטי חלה בהליך הפלילי. מטבע הדברים זוהי גם הפעם הראשונה שתחולת דוקטרינה זו סווגה באופן כה נרחב לצורך הפעלתה במשפט הפלילי. למקרא פסק הדין נראה שהגבולות בין דוקטרינת

⁸ להפעלת הדוקטרינה במשפט האזרחי ראה למשל רע"א 4224/04 בית ששון בע"מ נ' שיכון עובדים והשקעות בע"מ, פ"ד נט (6) 625, אליו הפנה גם פסק הדין. ⁹ ראו דבריו של השופט דן בין במאמרו "לשאלת תחולת עקרון תום הלב בדיון הפלילי" פלילים ד' 101, 106 (שבית המשפט הפנה אליהם בפסק הדין): "אשר לדיונים המסדירים את ההליך בבית המשפט (ההליך הפלילי במונח הצר), הרי ניתן ללמוד גזירה שווה מהפסיקה שהחילה את עקרון תום הלב על הדיון האזרחי, תוך ציון שימוש בזכויות דיוניות ייחשב כפעולה משפטית במובן סעיף 61 (ב). ניתן לאמר, שאם זכויות וחובות דיוניות כפופות לעקרון תום הלב, הרי אין נפקא מינא אם

המשפטיים הנתונים לו בדרך מקובלת ובתום לב. לפיכך אם הצליח בעל דין בהליך קודם על סמך טענה מסוימת, הוא מושקע מלטעון את היפוכה בהליך אחר. בית המשפט קבע כי עד עתה דיני ההשתק הוחלו בהליך הפלילי דרך דוקטרינת הגנה מן הצדק. עם זאת, במקרה זה בית המשפט המחוזי לא השתמש בדוקטרינת ההגנה מן הצדק כדי לקבוע כי המדינה מושקעת בטענתה כי ההודיות קבילות. בדוקטרינת ההגנה מן הצדק משתמשים כדי לטעון כי המדינה מושקעת מלהעמיד לדין את הנאשם. במקרה זה הייתה טענת תורק צרה הרבה יותר. הוא ביקש להשתק את המדינה מלטעון טענה ספציפית. לשם כך אכן יש להשתמש בדוקטרינת ההשתק השיפוטי ולא בדוקטרינת ההגנה מן הצדק. בית המשפט הציב את השאלה האם דוקטרינת ההשתק השיפוטי במתכונת המתוארת בכלל חלה בהליך הפלילי. על רקע ההתפתחויות בנושא ההגנה מן הצדק, לאור ההלכה בבג"צ 6781/96 בעניין אולמרט נגד היועץ המשפטי לממשלה (פ"ד נ 4) 793, ולנוכח ההכרה בתחולת עקרון תום הלב גם בגדריו של ההליך הפלילי, קבע בית המשפט כי דוקטרינת ההשתק השיפוטי אכן חלה גם בגדריו של ההליך הפלילי. עם זאת, בית המשפט קבע כי לצורך השתקת המדינה לא מספיק כי הסתירות תהיינה, כמו במקרה זה, בלתי ניתנות ליישוב. מעבר לדרישה זו יש לבחון על פי בית המשפט, בהתאם לפסק הדין האמור בעניין אולמרט, האם הסעד הראוי לדיבור בשתי הלשונות הוא השתקתה של המדינה מלטעון את הטענה ההפוכה מזו שטענה בהליך הקודם. כדי לדעת אם אכן מדובר בסעד הראוי יש לערוך איזון אינטרסים בין הגשמת מטרותיו של ההליך הפלילי מחד לאינטרס בדבר אמינות השלטון ולאינטרסים של הנאשם עצמו מאידך. לאחר עריכת איזון זה הגיע בית המשפט למסקנה כי בעוד האינטרסים בדבר אמינות השלטון והאינטרסים של הנאשם כלל לא ייפגעו אם לא תושק המדינה, הרי שהאינטרס בדבר הגשמת מטרותיו של ההליך הפלילי ייפגע אם תופעל דוקטרינת ההשתק. על סמך מסקנה זו קבע בית המשפט כי השתקת המדינה איננה הסעד המתאים במקרה זה, ועל כן אין להפעיל את דוקטרינת ההשתק השיפוטי. בדעת יחיד הסכים כב' השופט מלצר "בדוחק" למסקנה אופרטיבית זו הנובעת מאיזון האינטרסים, אך הטעים כי הסעד המתאים יבוא לידי ביטוי בערכאה הדיונית, כאשר זו תפנה לבחון את קבילותן של ההודאות הספציפיות ואת משקלן. במסגרת בחינה זו תוכל להינתן לשינוי העמדות של המדינה נפקות לצורך שאלות אלו. הבסיס לעמדה משפטית זו נעוץ בדוקטרינת ההגנה מן הצדק שיכולה לחול על פי דעת יחיד זו לא רק על הליכי העמדה

המדינה מהווה את הנדבך המרכזי בחומר הראיות, המדינה לא תבקש לקבל את ההודיות גם לאחר הפרת הסכם עד המדינה. בתיקים בהם היו ראיות אחרות עובר לחתימה על הסכם עד המדינה, והודאותיו של עד המדינה שהפר את ההסכם רק מסייעות להן, תיטה המדינה לבקש להגיש את ההודאות, אם יפר עד המדינה את ההסכם.⁵ המדינה הוסיפה וטענה בפני בית המשפט המחוזי כי במקרה שלפנינו הודאות תורק אינן מהוות את הנדבך המרכזי בחומר החקירה ומצויות ראיות רבות נוספות להפלתו. הקושי עם תשובה זו של המדינה נובע מכך שהיא עומדת בסתירה לתשובה שנתנה הפרקליטות בבג"צ 4085/03 על פי תשובה זו עולה דווקא תמונה שונה בקשר לתמהיל הראיות בפרשה השנייה. כך למשל כתבה המדינה בתגובה לעתירה - "התיק רובו ככולו, מושקעת על הודאתו של [תורק] וקבלת טענת זוטא מצידו של [תורק] הייתה מפילה את התיק לחלוטין". לאור תשובתה הכוללת של המדינה, נדחתה גם העתירה בבג"צ 4085/043. סתירה חזיתית שלישית שניבעה בעמדת המדינה קשורה להיפוך שחל ביחסה של המדינה לתפקידו של "מבחן היוזמה" בשלב שלאחר חתימת ההסכם. בבית המשפט המחוזי טענה המדינה כי זהו המבחן שאמור להכריע בשאלת הקבילות, זאת בצמוד לטיעון העובדתי כי היוזמה לכניסה למשא ומתן הייתה של המבקש. לעומת זאת, לאחר שבית המשפט המחוזי הכריע עובדתית כי היוזמה הייתה של החוקרים, שינתה המדינה את טעמה בעת הערעור לעליון וגרסה כי למבחן היוזמה כמעט ואין חשיבות לצורך הכרעה בסוגיית הקבילות. יש לציין שסתירה חזיתית זו איננה יכולה לשמש לצורך הפעלת דוקטרינת ההשתק השיפוטי. הדבר נובע מכך שהמדינה לא הצליחה באמצעות הטענה הראשונה, כפי שנדרש על פי דוקטרינת ההשתק. עם זאת, כאשר נדרשים לשאלת הפעלת הדוקטרינה, ראוי כי גם סתירה זו תהיה נגד עיניו של בית המשפט ועיני הקוראים כנתון רקע.

הנמקת בית המשפט להלכה החדשה⁷

בית המשפט תיאר את ההלכה של ההשתק השיפוטי הידועה מתחום המשפט האזרחי. על פי דוקטרינה זו מקום שבעל דין טען בגדרו של הליך מסוים טענה שהתקבלה, הוא מושקע מלהתכחש לטענתו האמורה אף מקום בו הצד השני לא הסתמך על הטענה או שינה את מצבו לרעה בשל הטענה. מטרתו של ההשתק השיפוטי היא למנוע פגיעה בטוהר ההליך השיפוטי וניצול לרעה של בתי המשפט. בסיסה של הדוקטרינה בעקרון תום הלב המהותי שיש לו שלוחות במשפט הדיוני, כך שהוא מקים חובה על בעל דין להפעיל את כוחותיו

מדובר בדין אזרחי או פלילי.

¹⁰ למחקר המראה כי טענות כשל בייצוג נטענות במשורה, והקורא להרחיב את הגבולות הצרים של הדוקטרינה ראו אדוה אליאב ונטע זיו "טענות כשל בייצוג בערעורים פליליים - דימוי מול מציאות" ספר דייד וינר (דרור ארד אילון, יורם רבין, יניב ואקי עורכים, 2009).

¹¹ נראה שבית המשפט העליון נפל פה לטעות. ההלכה רבת השנים של בית המשפט העליון טרם ע"פ 1309/06 הייתה כי דברים שמסר עד מדינה גם לאחר

לדין אלא גם במצבים נוספים, ובדוקטרינת הפסילה החוקתית שנקבעה בהלכת יששכרוב.

ביקורת ההלכה החדשה בדבר סיוג דוקטרינת ההשתק השיפוטי בהליך הפלילי

הפליית נאשם במשפט פלילי לעומת בעל דין במשפט אזרחי התוצאה של סיוג דוקטרינת ההשתק השיפוטי בהליך הפלילי משמעותה כי נאשם העומד לדין, מופלה לרעה לעומת בעל דין בהליך אזרחי. כך למשל כאשר צד מסוים בהליך אזרחי טוען טענה הפוכה לזו שטען בהליך קודם והצליח באמצעותה, יריבו יהיה זכאי לטעון טענת השתק. הסעד המשותק את אותו צד יינתן לבעל הדין באופן אוטומטי אם אכן מדובר בסתירה. כדי לזכות בטענת ההשתק לא יצטרך בעל הדין המבקש את ההשתק להוכיח כי מתקיים איזון אינטרסים כלשהו הקשור בתוצאות קבלת הטענה.⁸ על פי ההלכה החדשה, הנאשם בהליך הפלילי מופלה לרעה לעומת בעל הדין במשפט האזרחי. כדי לזכות בטענת ההשתק נגד המדינה לא מספיק שיתמלאו התנאים להחלת הדוקטרינה במשפט האזרחי. ייתכן שייקבע כי למרות הסתירה הבולטת ביו טענות שהשמיעה המדינה, ולמרות שבאמצעות טענה הפוכה הצליחה המדינה בהליך אחר, היא עדיין תוכל להעלות מול הנאשם טענה הסותרת טיעון קודם שלה באותו עניין. הנאשם יאלץ להראות כי הפעלת ההשתק לא תביא לתוצאה לא ראויה המתנגשת עם מטרות ההליך הפלילי. תוצאה זו איננה ראויה על רקע הפסיקה המעניקה משקל רב לזכותו של הנאשם בהליך הגון. תוצאתה האופורטיבית של ההלכה היא שמידת תום הלב לה זכאי בעל דין מיריבו בהליך אזרחי גדולה יותר מזו בה מחויבת המדינה מול נאשם בהליך הפלילי.

החלה שגויה של נורמות מן המשפט המנהלי על דוקטרינת ההשתק השיפוטי

בית המשפט שגה כאשר הסתמך על עניין אולמרט והפעיל שיקולים מתחום המשפט המנהלי לשם החלת דוקטרינת ההשתק השיפוטי. בעניין אולמרט מדובר היה בהשתק מנהלי המכוון לרשות, ולא בדוקטרינת ההשתק השיפוטי החלה על כל בעל דין כעניין של סדר דין. בעוד הטענה המנהלית מאפשרת תוצאה יחסית על ידי הפרדה בין מישור הפרת הזכות על ידי הרשות למישור הסעד הניתן לפרט הנפגע, הרי שדוקטרינת ההשתק השיפוטי איננה מכירה בהבחנות אלו. הסעד היחיד האפשרי על פי דוקטרינת ההשתק הוא השתקתו של הצד שמבקש לטעון טענות סותרות. השתקה זו באה בגדר ההליך

בו הוא מבקש לטעון את הטענה הסותרת. אין להפריד בין מישור התקיימות התנאים לקיום ההשתק לבין התוצאה המשפטית האופורטיבית שהוא מנביע. בית המשפט נימק את הסייגים בהם כבל את דוקטרינת ההשתק השיפוטי במשפט הפלילי באופיו השונה של ההליך הפלילי למול ההליך אזרחי. כיון שבהליך הפלילי מעורב גם אינטרס ציבורי כבד משקל, יש לבחון את השפעת קבלת טענת ההשתק על אינטרס ציבורי זה. מתודה זו היא נכונה כאשר הטענה היא שהמדינה מושתקת מלהגיש כתב אישום כנגד הנאשם במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק, והסעד לו עותר הנאשם מבית המשפט הוא ביטולו של ההליך הפלילי כולו. במקרה כזה מחויב בית המשפט לבחון את הנזק שייגרם לאינטרס הציבורי אם ההליך הפלילי יבוטל. במקרה בו מדובר בהשתק הנוגע לטענה נקודתית במסגרת ההליך אין מקום לעריכת האיזונים האמורים. ההבחנה הנכונה היא בין השתק בקשר לעצם עריכת ההליך לבין השתק לגבי טענה במסגרת ההליך. כאשר ההשתק השיפוטי הנוטען מתבקש רק לגבי טענה ספציפית, נראה שלא ראוי שיהיה הבדל בין ההליך האזרחי להליך הפלילי, בוודאי לא הבדל שמעמיד את הנאשם במעמד נחות לעומת בעל הדין האזרחי. שוב יש לזכור כי חובות תום הלב של המדינה לא יכולות להיות פחותות מאלו של בעל דין אזרחי.⁹

טעויות באופן בו נערך איזון האינטרסים

גם אם יקבע שניתן לסייג את דוקטרינת ההשתק השיפוטי בהליך הפלילי על ידי עריכת איזון אינטרסים, הרי שבית המשפט טעה כאשר לא לקח בחשבון אינטרס חשוב שמוביל לקבלת טענת ההשתק. כאמור, בסיסה של טענת ההשתק הוא בחובות תום לב דינוי ובטוהר ההליך השיפוטי. אין זה ראוי שצד הצליח בעבר בבית המשפט בטענה מסוימת, ועתה יטען את היפוכה. אשר על כן יש לבדוק עד כמה ייפגע טוהר ההליך השיפוטי אם לא יינתן ההשתק. במקרה זה טענה המדינה בתשובותיה לעתירות השונות שאוזכרו כי לא ניתן להשתמש בהודאות שנתן העותר לאחר הסכם עד המדינה הראשון, על אף סעיף ההפרה, וכן כי הודאותיו של העותר בתיק נשוא הליך זה מהוות את הנדבך הראייתי המרכזי בתיק. בין השאר על סמך טענות אלו זכתה המדינה בהליכי הבג"צ האמורים. נראה כי מתן אפשרות למדינה לטעון את היפוכם של טיעונים אלו למול העותר, ואף לקבל את הטענות האמורים ולבסס עליהם את קבלת ערעור המדינה, פוגע פגיעה חמורה בטוהר ההליך המשפטי הקודם. התחשבות באינטרס של טוהר ההליך השיפוטי עשויה הייתה להכריע את הכף לטובת קבלת טענת

שהובטח לו שיהיה עד מדינה הינם בלתי קבילים לאור הפיתוי וההשאה שהביאו לאמירתם. ראו למשל את ע"פ 194/56 סעדיה נ' היועץ המשפטי פ"ד יא 513 (1957), בו זוכה מערער שהורשע בבית המשפט המחוזי, לאחר שהרשעתו נתבססה על הודאה שמסר לאחר שהובטח לו (להבדיל מ"הוצע" במסגרת משא ומתן) על ידי השוטרים שיהיה עד מדינה.

הבג"צים שייצג את המדינה בעתירות המתוארות טעה טעות עובדתית באשר לתמהיל הראיות ובאשר לשאלה האם ניתן לקבל הודאות עד מדינה שנגבו לאחר חתימת הסכם שיש בו סעיף הפרה. אותו פרקליט מן המחלקה הפלילית ממשיך ומבקש מבית המשפט בדיון בערעור לקבוע כי פרקליט נוסף שייצג את המדינה, הפעם מפרקליטות המחוז, טעה באשר לטיעונו בערכאה הדיונית באשר לתפקידו של מבחן היוזמה. הפרקליט מהמחלקה הפלילית מבקש עתה מבית המשפט העליון כי יינתן לו לטעון את הטענות ההפוכות, ובכך לתקן את הכשלים בייצוג שאירעו בערכאות האחרות.

דומה שפרקליט הגנה שהיה מנסה להתנער באותו אופן מטענות קודמות, עובדתיות ומשפטיות שטען קודמו, היה נתקל בקשיים ניכרים. דוקטרינת הכשל בייצוג, כאשר נטענת על ידי סניגור, מציבה תנאים קשיחים ומתקבלת רק לעתים נדירות.¹⁰ סיוגה של דוקטרינת ההשתק השיפוטי בהליך הפלילי כפי שנעשה בפסק הדין שבעניינו מתבקש הדיון הנוסף יביא לתוצאה הפוכה כאשר הכשל בייצוג היה מטעם המדינה. הכלל על פי פסק הדין הוא שטענות כשל בייצוג שייטענו על ידי המדינה תתקבלנה. המדינה לא תושתק מלתקן טענות מוטעות שטענה בעבר ביחס לאותם נושאים. רק במקרים חריגים תושתק המדינה מלטעון טענות אלו. הסנגוריה סבורה כי היפוך יוצרות זה אינו ראוי.

סיום

כאמור במבוא דחה בית המשפט העליון בקשה לדיון נוסף על פסק הדין בע"פ 1309/06. לגבי סוגיית קבילות אמרות עד המדינה הסכים בית המשפט העליון שמדובר בהלכה חדשה. עם זאת, לאור העובדה שמדובר בפיתוח הלכה קיימת, להבדיל מהפיכת הלכה,¹¹ ובשל כך שניתנה בכל זאת בהלכה החדשה חשיבות מרכזית לבחינת חופשיות הרצון של מוסר ההודאה, לא ראה בית המשפט מקום להורות על עריכת דיון נוסף בעניין זה. לגבי סוגיית תחולת ההשתק השיפוטי בהליך הפלילי דחה בית המשפט העליון את הבקשה לאור ספק שנתעורר בו אם אכן נקבעה הלכה חדשה בעניין. בית המשפט הפנה לכך שבע"פ 1309/06 בית המשפט העליון רק הניח לצורך הדיון שדוקטרינת ההשתק השיפוטי חלה גם בהליך הפלילי, אך לא קבע בכך מסמרות. בית המשפט העליון לא נדרש כלל לדיון בקשיים בהנמקת החלטות בע"פ 1309/06 שפורטו ברישימה זו ואשר היו מונחים גם בפניו במסגרת הבקשה לדיון נוסף. יש לקוות שעתה יוצת דיון אקדמי בשתי הסוגיות, שישמש כר פורה להפיכת החלטות אלו בעתיד.

ההשתק. בית המשפט שגה כאשר כלל לא בחן שיקול זה. קושי נוסף הנוגע לאיזון האינטרסים נוגע לקביעה כי האינטרסים של תורק עצמו לא נפגעו. לקושי זה שני פנים. ראשית מלכתחילה היה צורך לתת לעניין זה משקל נמוך, שכן דוקטרינת ההשתק השיפוטי כלל אינה דורשת שאינטרס כלשהו של הנפגע ייפגע, כדי שהצד המבקש לטעון טענה סותרת יושתק. שנית, נראה כי בית המשפט שגה כאשר קבע שלא היה לתורק אינטרס ציפיה כי המדינה לא תשנה את טענתה כיון שלא הייתה הבטחה מנהלית לכך. היה לתורק אינטרס ציפיה לגיטימי שאם המדינה טוענת בהליך שיפוטי הנוגע לעניינו טענות מסוימות, היא לא תטען את היפוכן בהליך אחר, או בערעור באותו הליך. לשם כך לא צריך לבסס הבטחה מנהלית. באותו אופן נראה כי בית המשפט שגה כאשר קבע שתורק לא שינה מצבו לרעה בעקבות טיעוני המדינה לפיהם לא ניתן לעשות שימוש בהודאות שנחתמו לאחר קיום הסכם גם אם היה בהסכם סעיף הפרה. תורק הפר את ההסכם לאחר הצהרה זו של המדינה, דבר שבאדי שינה את מצבו לרעה לאור טיעונה ההפוך של המדינה, שהתקבל בערעור.

היחס ההפוך בין דוקטרינת ההשתק השיפוטי וטענת כשל בייצוג מטעם המדינה

ההלכה החדשה מפלה את הנאשם בהליך הפלילי בדרך נוספת. הפעם ההפלייה איננה לעומת בעל דין במשפט אזרחי אלא לעומת המדינה. אי השתקתה של המדינה משמעה מתן אפשרות למדינה לטעון טענה סותרת בהליך השני. בדרך כלל ילווה הדבר בהסבר כי הטיעון הסותר בהליך הראשון נבע מטעות. כך למשל טענה המדינה בערעור בעניינו של תורק כי טענתה כאשר השיבה לבג"צ 4085/03 כי רוב רובו של חומר הראיות בעניין זה נשען על הודיותיו של העותר. יש לשים לב כי מדובר בטעות בקשר לעניין עובדתי (משקלן של הודאות העותר בתמהיל הראיות). כך גם טענה המדינה כי טענתה כאשר ניסתה לשכנע בערכאה הראשונה כי המבחן הנכון לבחינת קבילות ההודיות בשלב שלאחר ההסכם הוא מבחן היוזמה. בערעור טענה המדינה שיש למבחן זה, אם בכלל, תפקיד שולי בהחלטה. קדמה לשינוי חזית זה של המדינה קביעה של בית המשפט המחוזי כי היוזמה להתחלת המשא ומתן היה של החוקרים, ולא של העותר, כפי שביקשה המדינה לקבוע.

טענה של בעל דין כי טעה בערכאה קודמת אנלוגית לטענה של כשל בייצוג. הנה, טוען פרקליט מהמחלקה הפלילית המופיע עתה בבית המשפט העליון בערעור כי הפרקליט ממחלקת