

חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון? חיסיון עורך-דין וירטואלי

אסף הרדוף*

האם חיסיון עורך-דין-לקוח מכסה גם דואר אלקטרוני במשרדו של הלקוח? בית-המשפט העליון בעניין היינץ השיב בחיוב. המאמר משיב אחרת. המאמר סוקר את ההסדר המשפטי שעניינו חיסיון עורך-דין-לקוח, ומשער כי התקשורת שבבסיס החיסיון נערכת לעיתים קרובות בדואר האלקטרוני משום האטרקטיביות הרבה של מדיום זה. צורת תקשורת זו אטרקטיבית גם לרשויות האכיפה, וזו כנראה הסיבה לכך שהשאלה המשפטית עלתה דווקא כעת. אולם לשון החוק אינה מאפשרת להחיל חיסיון מקצועי גם בסביבת הלקוח. גם האופן שבו חסיונות פועלים אינו מסייע בתרחיש שבו המשטרה מגיעה למשרדי הלקוח. הלכת היינץ הפכה את החיסיון לסוג של חסיונות – מחסום שאינו מקובל בדיני הראיות. ההצדקה שמאחורי ההתעלמות מלשון החוק ופרישה רחבה של החיסיון היא תכליתית: למנוע פגיעה דרמטית לכאורה בתקשורת שבין עורכי-דין ללקוחותיהם. אולם הפגיעה הצפויה מפרישה צרה של החיסיון אינה כה גדולה. המאמר יוצא נגד האקטיביזם השיפוטי שמתבטא בעניין היינץ, המשקף גישה שמעדיפה את תכלית החוק על לשונו. במקום לבחור בפתרון שיפוטי אד-הוק, עדיפה חשיבה שיטתית מחדש.

* מרצה, דוקטור, המכללה האקדמית צפת. תודה לתלמידי "הפשע המקוון" בלימודי התואר השני באוניברסיטת חיפה, שעוררו בי את הרצון לחבר את המאמר. תודה רבה לחבריי עו"ד אביטל בגין, פרופ' מיכאל בירנהק, ד"ר חיים ויסמונסקי ועו"ד בל יוסף, ותודה גם למערכת **משפט ועסקים** על הערות נהדרות. תודה גם לעורך הלשוני של כתב-העת, גיא פרמינגר, על עריכה לשונית נהדרת. האחריות לכל טעות שנפלה במסגרת הרשימה – עליי בלבד. המאמר מוקדש לזכרו של ד"ר עו"ד דיוד וינר ז"ל, שלימד אותי "משפט ומוסר במלחמה" בשנת 1996.

רקע

מבוא

פרק א : חיסיון עורך־דין-לקוח – ההסדר המשפטי בישראל ושאלת הרחבתו

1. חקיקה

2. תכלית החיסיון

3. חיסיון וטכנולוגיה

4. סדר דין פלילי וטכנולוגיה

5. סיכום פרק

פרק ב : חיסיון מרחוק – המצב המשפטי הפורמלי

1. מבוא

2. בחינה לשונית

3. בחינה תכליתית?

4. חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט – פתרון חלופי?

5. סיכום פרק

פרק ג : מחסומי ראיות ובלבול מושגי

1. מבוא – על ארבעה מחסומים

(א) רלוונטיות

(ב) כשרות

(ג) קבילות/פסלות

(ד) חיסיון

2. מחסומי הראיות וההיגיון של צווי חיפוש

3. סיכום פרק

פרק ד : על הפגיעה בתכלית החיסיון

1. מבוא

2. מילון הפגיעות בתקשורת החופשית

(א) מעילה בחיסיון

(ב) חיסיון מדומה

(ג) השחרת בעל-המקצוע

(ד) חקירת מי שאינו הנהנה מהחיסיון

(ה) ויתור על החיסיון

(ו) הסרת החיסיון

(ז) תיחום החיסיון

(ח) חיסיון תחת האזנה

(ט) אתיקה נגד תקשורת חופשית

(י) פגיעות בתקשורת החופשית – סיכום

3. היינץ החלופי

4. סיכום פרק

פרק ה : אקטיביזם שיפוטי בסימני שאלה

1. מבוא
2. אקטיביזם שיפוטי וחסיונות
3. אקטיביזם שיפוטי וטכנולוגיה
4. אקטיביזם שיפוטי ומבט רוחבי – חסיונות מקצועיים אחרים
5. אקטיביזם שיפוטי ומבט רוחבי – החיסיון מהפללה עצמית
6. סיכום פרק

סיכום

רקע

בשנת 2003 מתו שלושה תינוקות, ותינוקות נוספים נפגעו, עקב הזנה בחלב רמדיה. המשטרה פתחה בחקירה בחשד לגרם מוות ברשלנות על-ידי גורמים בחברת היינץ-רמדיה. בצו בית-משפט השלום, שהוצא לפי פקודת סדר הדין הפלילי,¹ נערך חיפוש בביתו של מנכ"ל החברה מילר, ונתפס (בין היתר) כונן קשיח של מחשב ששימש אותו בעבודתו. עורך-הדין של החברה, שנכח בחיפוש, טען כי חלק מהקבצים במחשב חוסים תחת חיסיון עורך-דין-לקוח או חסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט. המשטרה הסכימה לא לחזור לחומר המחשב ולא לעיין במסמכים נוספים, חסויים לכאורה, עד שעורך-הדין יעיין בהם ובית-המשפט יכריע בטענת החיסיון. בהוראת בית-משפט השלום נאטם הכונן הקשיח של המחשב, ונמסרו להגנה עותקים של הקבצים כדי שיעברו עליהם ויעלו טענות חיסיון. צוות ההגנה טען כי כשלוש מאות הודעות דואר אלקטרוני יוצאות ונכנסות הן חסויות. המשטרה פנתה לבית-משפט השלום בבקשה לעיין בקבצים. בית-המשפט דחה את הטענה בדבר חסיון עורך-דין-לקוח, אך קבע כי עקרונית עשוי לחול עליהם חסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט.²

שני הצדדים ערערו לבית-המשפט המחוזי. המדינה גרסה כי חסיון עורך-דין-לקוח חולש רק על חיפוש הנערך במשרדו של עורך-הדין, ולא על חיפוש הנערך אצל הלקוח. לשכת עורכי-הדין הצטרפה להליך וקראה לבית-המשפט להתאים את הדין למציאות טכנולוגית של התייעצויות שגורות בין עורכי-דין ולקוחות בדואר האלקטרוני, פן ירוקן החיסיון מתוכנו ותיפגע זכות ההיוועצות. בית-המשפט קבע כי מבחינה עקרונית עמדה זו ראויה, אך אינה משתלבת עם לשונו הברורה של סעיף 48 לפקודת הראיות,³ ולכן

1 פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פקודת החיפושים).

2 נדחתה גם הטענה כי המשטרה אינה מוסמכת לתפוס מסמכים אשר שמורים בכונן המחשב ואינם רלוונטיים לנושא החקירה. ראו רע"פ 8873/07 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 2.1.2011) (להלן: פרשת היינץ).

3 ראו פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות).

חסיון עורך-דין-לקוח אינו חל. לעומת זאת, חסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט אינו מוגבל גיאוגרפית.

שני הצדדים ביקשו רשות ערעור. בשלב הדיון בבית-המשפט העליון נמלכה המדינה והודיעה כי היא מסכימה שחסיון עורך-דין-לקוח עשוי לחול עקרונית גם על מסמכים שבחזקת הלקוח. בתחילת 2011 הכריעה הנשיאה ביניש בפרשה. היא שיבחה את המדינה על עמדתה החדשה והראויה, ופסקה על בסיס פרשנות תכליתית של הוראת החיסיון. על-פי פסיקתה, אין הצדקה לסווג את תחולת החיסיון לפי מפתח גיאוגרפי או להבחין בין צורות שונות של תקשורת בין עורך-דין ללקוחו: מפגש, טלפון, דואר אלקטרוני או מדיום אחר. הנשיאה תהתה אם חיפוש במחשב כרוך במגבלות מיוחדות, לנוכח האינטנסיביות של השימוש במחשב למטרות מקצועיות ואישיות והיקפו הנרחב של המידע שהוא אוצר. היא הזכירה את התיקון לפקודת החיפושים,⁴ שבא לאזן בין צורכי החקירה לבין זכויות הפרט, ואשר תובע משופט החותם על צו חדירה למחשב לשקול את הפגיעה בפרטיותו של הנחפש. המחוקק הסמיך את מפכ"ל המשטרה ליצור הנחיות פרטניות בנושא, אך הלה טרם עשה זאת. הסדרה כזו, לדברי הנשיאה, חיונית לאיזון בין מה שהוא בגדר אוצר בלום של ראיות מפלילות מבחינת הרשויות לבין מה שהוא בד בבד גם ארכיב אינסופי כמעט לזכרונותיו של אדם, לתקשורתו ולעמלו. הטכנולוגיה המתפתחת מצריכה התאמה רצינית, אחראית ומהירה. אולם נסיבות המקרה לא חייבו דיון בשאלה זו.⁵ עיקר הדיון עסק בהליך של בירור טענות חיסיון לגבי חומר שנתפס אצל הלקוח, כדי למנוע את סרבול החקירה בטענות-סרק, מחד גיסא, אך לשמור על חיסיון אמיתי, מאידך גיסא.⁶ ביניש השוותה בין חדירה כזו לבין האזנת-סתר לשיחות חסויות, ונגעה בחשש שהחדירה או ההאזנה יתפסו יותר מן הנדרש וכן באופן שבו יש לצמצם את החשש ביחס להאזנת-סתר לעורכת-דין, אלא אם כן נעשה שימוש לרעה בחיסיון.⁷ היא הביעה תקווה שהמדינה תגבש כללים ראויים להתמודדות עם טענות חיסיון במצבים כאלה, והעלתה את החשש מפני עומס על בתי-המשפט בבירור טענות חיסיון.⁸ בהעדר הכרח מעשי, סירבה ביניש להכריע בשאלת התחולה וההיקף של חסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט ואם אפשר להסירו, כמו-גם בשאלה אם חסיון עורך-דין-לקוח מכסה גם עובדות ומסמכים שהתכתובת מתייחסת אליהם ואם ניתן לוותר עליו במשתמע. אגב אורחא כתבה ביניש כי יש בסיס לסברה שהרחבת החיסיון הנובעת מההלכה מצריכה תיחום קפדני יותר של מסמכים שחסיונם מוחלט.⁹

4 פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (תיקון מס' 12) (חיפוש ותפיסת מחשב), התשס"ה-2005, ס"ח 526.

5 פרשת היינץ, לעיל ה"ש 2, פס' 13-17.

6 שם, פס' 18 ואילך.

7 שם, פס' 21-24. ביניש הרחיבה על בש"פ 7064/08 מדינת ישראל נ' ברקן, פ"ד סג(2) 453 (2009).

8 ראו פרשת היינץ, לעיל ה"ש 2, פס' 25-28.

9 שם, פס' 29-33. השופטים חיות ופוגלמן הסכימו עם פסק-דינה של הנשיאה. במאמר משנת 2009 הפנתה זר-גוטמן, המומחית הבולטת בישראל בנוגע לחסיון עורך-דין-לקוח, לשני פסקי-דין נוספים שדנו בשאלה דומה לזו שעלתה בעניין היינץ, אשר ניתנו שניהם בערכאות דיוניות: ב"ש (שלום

מבוא

האם חיסיון עורך-דין – לקוח מכסה גם דואר אלקטרוני במשרד הלקוח? שאלה חדה זו מורכבת בהרבה מכפי שמסתמן מפרשת היינץ. היא כוללת מימד נורמטיבי, כפי שהדגיש בית-המשפט העליון, אך גם מימד פוזיטיבי, שממנו התעלם בית-המשפט. היא משליכה לא רק על חיסיון עורך-דין – לקוח, כפי שמסתמן מפסק-הדין, אלא גם על עולם החיסיון המקצועי בפרט ועולם החיסיון בכלל. היא נוגעת לא רק בדיני החיסיון, אלא גם בדיני הראיות האחרים העוסקים במחסומים ראייתיים. היא חשובה לא רק באשר להליך החיפוש הממוחשב במצב שבו החשוד טוען כי החומר שבמחשבו חסוי משום שנשלח לעורך-דין, אלא גם באשר להליכי חיפוש אחרים במחשב. היא מתקשרת לא רק להתמודדות משפטית עם סוג מיוחד של תקשורת (דואר אלקטרוני), אלא גם להתמודדות משפטית עם העולם הטכנולוגי המשתנה בכלל ועם המרשתת (האינטרנט) בפרט. הדיון שנערך בבית-המשפט העליון חסר מרכיבים חשובים שעניינם השלכות רחב והשלכות-עומק של השאלה האמורה.

מאמרי זה מבקש להצביע על המורכבויות האמורות שמאחורי השאלה. אצא נגד פסק-הדין הן בהיבט של תוצאתו המעשית, הן בהיבט של הנמקותיו והן בהיבט של חסריו.

המאמר ייפתח בסקירה קצרה של ההסדר הישראלי הנוגע בחיסיון עורך-דין – לקוח, על תולדותיו ועל תכליתו – התכלית המקובלת כיום לעומת התכלית שעמדה מאחורי לידתו של החיסיון האמור, הרחק מגבולותיה של מדינת-ישראל וזמן רב לפני שהוקמה. אתקדם ואכתוב על ההתקדמות הטכנולוגית שהובילה כנראה בעניין היינץ להרחבת החיסיון, בספקה לה לכאורה הסבר והצדקה: הדואר האלקטרוני. אבחן כמה טכנולוגיה זו שונה מטכנולוגיות תקשורת קודמות, דוגמת המכתב, הטלפון והפקס, ואציע הסבר לאטרקטיביות שלה – הן מבחינה תקשורתית בעבור המשתמש והן מבחינה אכיפתית בעבור הרשות המבצעת.

לאחר-מכן אתבונן על המצב המשפטי הפורמלי בסוגיה מבעד למשקפי החוק, ואערוך דיון לשוני ודיון תכליתי. לנוכח עמדותי שהמצב המשפטי אינו מאפשר פרישה של החיסיון על דואר אלקטרוני במשרד הלקוח או בביתו, אציג מבט גם על חיסיון חלופי – חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט – ואטען כי גם הוא אינו יכול להיות לעזר ללקוח במצב כזה.

ת"א 4904/06 כנגד נ"י מדינת ישראל, תק-של 2007 (2) 1677; ב"ש (שלום ראש"צ) 1209/06 נטוויזין בע"מ נ"י משיאח"ה, תק-של 2006 (1) 27238. היא עצמה תמכה בתוצאה שהסתמנה כבר אז בעניין היינץ לנוכח השינוי שחל בעמדתה של המדינה: לימור זר-גוטמן "הבטחת תקשורת חופשית בין עורך דין ללקוח באמצעות חיסיון עורך דין-לקוח וחובת הסודיות האתית – קריאה לרפורמה" ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 79, 93-95 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009).

בהמשך לכך אצביע על בלבול מושגי בנוגע למחסומים ראייתיים, אשר אפשר שחלחל לתוצאה המשפטית בעניין היינץ. אתאר בקצרה ובאופן כללי ומופשט את ארבעת המחסומים המרכזיים בשיטת המשפט שלנו – רלוונטיות, כשרות, קבילות/פסלות ולבסוף חיסיון – ואראה כי לכל אחד מהמחסומים יש לא רק היגיון מיוחד משלו, אלא גם שיטת פעולה משלו. שיטת הפעולה של החיסיון היא כזו שאינה מספקת הגנה בתרחיש נוסח זה שנידון בעניין היינץ, קרי, חיפוש במחשב, ועוד חיפוש בצו. אטען כי הלכה למעשה יצרה הלכת היינץ מחסום חדש – מחסום דיוני – שהוא בבחינת חסינות.

אסיף ואטען כי הלכת היינץ לא הייתה נחוצה להצלת התקשורת בין עורכי-הדין לבין לקוחותיהם. אגרוס כי מידת הפגיעה בתקשורת האמורה אינה כה דרמטית כפי שביקשו ההגנה ולשכת עורכי-הדין לקבוע, משום שיש שפע של צורות אחרות לפגוע בתקשורת זו, ואף-על-פי-כן עדיין לא קרס הרעיון של מערכת יחסים מקצועית וסודית בין עורכי-דין לבין לקוחות. אגלוש לעולם דמיוני מקביל, שבו פסק-הדין היה מכבד את המצב החוקי, ולא רק את המצב הנורמטיבי, ואטען כי גם בעולם כזה היה נמצא פתרון למצוקה המקצועית – הן ברמה הכללית-המערכתית והן ברמה הקונקרטית-האישית. לאחר-מכן אתייחס לאקטיביזם השיפוטי בנוגע לחסינות, ואראה עד כמה הוא רחב, מצד אחד, ובעייתי, מצד אחר. אצביע על דרך אחרת, שכוחה וזנוחה, לפתרון בעיות משפטיות שמתקשרות לטכנולוגיה – אפילו בנוגע לסוגיה של חיסיון עורך-דין-לקוח – היא הדרך של התייחסות חקיקתית וסתימת הפְּרָצָה שהטכנולוגיה או גורם אחר יצרו. לקראת סיום אצביע על השלכות אפשריות של פסק-הדין בעניין היינץ על חסינות אחרים – מקצועיים בעיקר אך לא רק. אראה את הטוב והפחות-טוב שבהלכת היינץ, ואקרא לחשיבה מחודשת. לבסוף אסכם.

פרק א: חיסיון עורך-דין-לקוח – ההסדר המשפטי בישראל ושאלת הרחבתו

על-מנת להתייחס לשאלת המחקר של המאמר, יש להניח תשתית משפטית מינימלית. פרק זה יפתח בהצגת ההסדר המשפטי הישראלי בנוגע לחיסיון עורך-דין-לקוח: החקיקה העוסקת בנושא והתכלית המקובלת שעומדת מאחוריה. לאחר-מכן אתקדם ואתהה אם אכן ראוי להרחיב את היקפו של החיסיון האמור לנוכח התפתחויות טכנולוגיות.

1. חקיקה

חיסיון עורך-דין-לקוח מוסדר בסעיף 48 לפקודת הראיות: "(א) דברים ומסמכים שהוחלפו בין עורך דין לבין לקוחו או לבין אדם אחר מטעם הלקוח ויש להם קשר ענייני

משפט ועסקים יט, תשע"ו חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון: חיסיון עורך-דין וירטואלי

לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח, אין עורך הדין חייב למסרם כראיה, אלא אם ויתר הלקוח על החסיון..."

לפקודה קדם סעיף 90 לחוק לשכת עורכי-הדין,¹⁰ שכותרתו "סוד מקצועי": "דברים ומסמכים שהוחלפו בין לקוח לבין עורך דין ויש להם קשר עניני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח, לא יגלה אותם עורך הדין בכל הליך משפטי, חקירה או חיפוש, מלבד אם ויתר הלקוח על חסינותם."¹¹ הסעיף נולד עם החוק, ולשונו נותרה זהה עד היום.¹² את ההסדר משלימים שני כללים אתיים.¹³ לפי כלל 19 לכללי האתיקה של לשכת עורכי-הדין, שכותרתו "שמירת סודיות", "עורך דין ישמור בסוד כל דבר שיובא לידיעתו בידי לקוח או מטעמו, תוך כדי מילוי תפקידיו, זולת אם הסכים הלקוח במפורש אחרת; הוראה זו אינה חלה על גילוי בהליך משפטי, חקירה או חיפוש שאינו חסוי על פי סעיף 90 לחוק". לפי כלל 20, שכותרתו "שמירת סודיות בידי העובדים", "עורך דין יעמיד את העובדים בשירותו על חובתם לשמור על סודיות הענינים המגיעים לידיעתם במהלך עבודתם".

2. תכלית החיסיון

להבדיל מחסיונות מקצועיים אחרים, חיסיון עורך-דין-לקוח מוכר ברוב מערכות המשפט.¹⁴ זהו החיסיון המקצועי הראשון שהוכר במשפט המקובל וחיסיון התקשורת הוותיק ביותר.¹⁵ התכלית מאחורי חיסיון עורך-דין-לקוח נראית ברורה: עידוד תקשורת

10 ראו חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 (להלן: חוק לשכת עורכי-הדין).
11 זר-גוטמן ביארה כי העיגון החקיקתי הראשון בישראל לחיסיון היה ס' 90 לחוק לשכת עורכי-הדין, שקדם להוראה בפקודת הראיות. לנוכח העדר אסמכתה אחרת, פנו בתי-המשפט לשם עד ללידתו של ס' 48 לפקודת הראיות. ראו לימור זר-גוטמן "חובת הסודיות של עורך הדין וחיסיון עורך-דין-לקוח: הגיעה השעה להפרד" הפרקליט מו 168, 182-183 (2002). השופט מלצר חיווה את דעתו כי אף שחיסיון עורך-דין-לקוח קדם לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כיום יש לו בסיס חוקתי, שנגזר מהזכות החוקתית לכבוד ומהזכות החוקתית לחירות. ראו בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פס' 6 לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם באר"ש, 28.5.2012).
12 הצעת החוק דמתה מאוד לסעיף שהתקבל. ראו הצעת חוק לשכת עורכי הדין, התשי"ט-1959, ה"ח 370, 379. דברי ההסבר לא היו מפורטים, התייחסו בעיקר ללידת החוק כשלעצמו, ולא ביארו כלל את סעיף הסודיות שהוצע. כן ראו ס' 28 לחוק הנוטריונים, התשל"ו-1976.
13 ראו כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986 (להלן: כללי האתיקה של לשכת עורכי-הדין).

14 ראו: Adrian A.S. Zuckerman, *Legal Advice Privilege and Litigation Privilege – A Reassessment of the Private and Secure Zone*, מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – אסופת מאמרים לכבודו של פרופסור אליהו הרנון 105, 106 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009).
15 חיסיון עורך-דין-לקוח היה אבן-פינה של מערכת המשפט המקובל למן המאה השש-עשרה. בארצות-הברית הוא הוכר בפסיקה בשנת 1888. כיום כל המדינות שם מכירות בחיסיון, ורובן שילבוהו בחוק הראיות שלהן. החיסיון קיים גם בחוק הפדרלי. ראו: Sean M. O'Brien, *Extending the Attorney-Client Privilege: Do Internet E-mail Communications Warrant a Reasonable*

חופשית בין עורך-הדין ללקוח. כיום זו ההשקפה המקובלת בישראל¹⁶ ובעולם.¹⁷ מבחינה היסטורית, חסיון עורך-דין-לקוח נולד באנגליה לתכלית שונה מאוד: לא הגנה על התקשורת החופשית בין עורך-הדין ללקוחו, אלא שמירה על כבודו של עורך-הדין כג'נטלמן, פן ייאלץ לבגוד בלקוח.¹⁸ כיום ההנחות המקובלות הן שהחוק והמשפט מורכבים מדי בעבור אזרחים מן השורה;¹⁹ שעל-מנת לתת ייעוץ מיטבי ולאפשר לממש את זכויות הפרט, את הדין ואת הצדק, עורך-הדין נזקק למידע מרבי מלקוחו; ושאינן לצפות שהלקוח יבטח בעורך-דין ויאמין בו בלי בטוחה שעורך-הדין לא ייקרא להעיד ובלי חשיפה מלאה מצד הלקוח.²⁰ החיסיון מאפשר לעורך-הדין להסביר ללקוח כי מה שיגיד לו לא יוכל לשמש נגדו, לא בזירה הפלילית ולא בזו האזרחית, והלקוח אמור

Expectation of Privacy?, 4 SUFFOLK J. TRIAL & APP. ADVOC. 187, 193-194 (1999); Ben Delsa, *E-mail and the Attorney-Client Privilege: Simple E-mail in Confidence*, 59 LA. L. REV. 935, 936-938 (1999); Anthony Francis Bruno, *Preserving Attorney-Client Privilege in the Age of Electronic Discovery*, 54 N.Y. L. SCH. L. REV. 541, 544 (2009/2010); Gregory C. Sisk & Pamela J. Abbate, *The Dynamic Attorney-Client Privilege*, 23 GEO. J. LEGAL ETHICS 201, 203, 216 (2010).

16 קשה למצוא הנמקה סדורה של בית-המשפט העליון בעניין. מהאגביות שבה הוא מתייחס לתכלית החיסיון, ניכר שהיא ברורה לו מאליה. ראו, למשל, על"ע 17/86 פלונית נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(4) 770, פס' 6 (1987) (להלן: עניין פלונית); פרשת היינץ, לעיל ה"ש 2, פס' 13. תכליות נוספות שאפשר לבקש להציב בבסיס החיסיון, הזכות לפרטיות של הלקוח וחופש העיסוק של עורך-הדין, נראות בלתי-משכנעות. חופש העיסוק של עורך-הדין אינו נפגע בעולם שאין בו חיסיון, הגם שהעיסוק נהיה מאתגר יותר לעיתים. פרטיותו של הלקוח אומנם נפגעת כאשר עורך-הדין מאולץ להעיד, אולם ממש כשם שפרטיותו של כל אדם שסיפר מידע סודי לבעל-מקצוע או לחבר נפגעת כאשר האחרון מאולץ להעיד. פרטיות כשלעצמה אינה יוצרת חיסיון, אפילו בנוגע לעדויות בתוך המשפחה. לדיון ברציונל של הפרטיות בהקשר של תקשורת חסויות אחרות ראו ישגב נקדימון **חיסיון עיתונאי** 140-138 (2013).

17 ראו, למשל, O'Brien, לעיל ה"ש 15, בעמ' 194; Paul W. Grimm et al., *Discovery about Discovery: Does the Attorney-Client Privilege Protect All Attorney-Client Communications Relating to the Preservation of Potentially Relevant Information?*, 37 U. BALT. L. REV. 413, 418 (2008); Adam C. Losey, *Clicking Away Confidentiality: Workplace Waiver of Attorney-Client Privilege*, 60 FLA. L. REV. 1179, 1185 (2008). ראו גם Bruno, לעיל ה"ש 15, בעמ' 542; Zuckerman, לעיל ה"ש 14, בעמ' 108.

18 ראו: McCORMICK ON EVIDENCE 311-312, 343 (John W. Strong ed., 5th ed. 1999) (להלן: McCORMICK). ראו גם Bruno, לעיל ה"ש 15, בעמ' 544; זר-גוטמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 180-181; נינה זלצמן "חסיון התקשורת שבין עורך דין ללקוח: ראייה חיונית להגנת נאשם כסייג לאבסולוטיות בהליך פלילי" **ספר שמגר חלק ב** 501, 507, ה"ש 23 (2003).

19 הנחה שרק מתחזקת בעת המודרנית – ראו Sisk & Abbate, לעיל ה"ש 15, בעמ' 202, 204. 20 ראו McCORMICK, לעיל ה"ש 18, בעמ' 344; Delsa, לעיל ה"ש 15, בעמ' 937; Bruno, לעיל ה"ש 15, בעמ' 544-545; Sisk & Abbate, לעיל ה"ש 15, בעמ' 215-216; זר-גוטמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 168; זלצמן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 508-509; זר-גוטמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 79-85.

משפט ועסקים יט, תשע"ו חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון: חיסיון עורך-דין וירטואלי

לקבל את ההסבר ולהפסיק לחשוש. מחסום החיסיון שובר את מחסום הזרות – מחסום תמורת מחסום.²¹

הסרת מחסום החשדנות עשויה לא רק להיטיב עם הלקוח, אלא גם להגביר את הסיכוי להגיע לאמת, שכן היא מעודדת זרימת מידע חופשית בין הלקוח, שיודע חלק מהעובדות לאשורן, לבין עורך-דינו, אשר אינו יודע דבר מידעה אישית ונשען על המידע שהוא מקבל מלקוחו. להבדיל מרוב החסיונות, מדובר בחיסיון מוחלט, כזה שאינו ניתן להסרה בבית-המשפט, אולי מפני שהשירות המשפטי בא לקראת ההליך המשפטי, להבדיל מהשירות הרפואי ומהשירות הפסיכולוגי,²² ואולי מפני שעורכי-הדין הם גילדה חזקה שקשורה למנסחי החוק. מאידך גיסא, ברור שחיסיון עורך-דין-לקוח, ככל חיסיון וככל מחסום ראייתי, מפריע לחיפוש אחר האמת, ולכן צמצומו, להבדיל מהסרתו, אינו דבר נדיר, לפחות בארצות-הברית.²³ אף שרבים יסכימו כי אל להם לעורכי-דין להטעות ולשקר, לא רבים יטענו כי תפקידם של עורכי-דין פריטיים הוא לתרום באופן פעיל להגעה לאמת, להבדיל מלתרום לאינטרס של לקוחותיהם.

פסק-דין היינץ נכתב על-מנת להגן על התכלית של חיסיון עורך-דין-לקוח. מה ההבדל אם התקשורת נערכת במדיום א או ב? לכאורה אין כל הבדל. אנו מעוניינים שהלקוח יוכל לתקשר עם עורך-דינו גם מרחוק, ואיננו מעוניינים במשוואה שלפיה חיסיון = פגישה חזותית בין עורך-הדין ללקוח. פסק-הדין מעורר שאלה שיכלה למעשה להתעורר כבר לפני עשרות שנים: תחולת החיסיון במשרדו של הלקוח או בביתו. הדואר אינו המצאה חדשה, ועורכי-דין החליפו מכתבים עם לקוחותיהם. האם לא היו מצבים שבהם הגיעה המשטרה עם צו לבית הלקוח ומצאה גם מכתבים כאלה? ייתכן שהיו והלקוח לא הבין כי ניתן לטעון לחיסיון. ייתכן גם שהיו והמשטרה נמנעה מלתפוס אותם. מכל מקום, קריאת-תיגר משפטית בנושא, אם הייתה, לא הגיעה לערכאה העליונה בישראל. פרשת היינץ לא רק הציפה את השאלה, אלא גם הניבה הכרעה וקביעה ברורה יחסית המרחיבה את החיסיון. האם יש הצדקה להרחבה זו כעת? מה השתנה?

3. חיסיון וטכנולוגיה

פרשת היינץ מתמקדת בדואר האלקטרוני. הנשיאה ביניש הזכירה את החידושים הטכנולוגיים, אם כי מבלי לציין במפורש את הזרז הברור לפרשה: **המרשתת** – אותה

21 ראו אסף הרדוף "בעל נגד אישה, אמת נגד משפחה, או המבט הרביעי על הכשרות להעיד במשפט הפלילי" **דין ודברים** ג 273, 330–331 (2007).

22 ראו זלצמן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 505–506, 510–514. צוקרמן ציין כי חיסיון עורך-דין-לקוח מיוחד גם בהיותו מוחלט. באנגליה הוא זכה במעמד של זכות-יסוד חוקתית, והוא מוגן כיום גם באיחוד האירופי. ראו Zuckerman, לעיל ה"ש 14, בעמ' 107.

23 ראו: Harry M. Gruber, *Email: The Attorney-Client Privilege Applied*, 66 GEO. WASH. L. REV. 624, 634–636 (1998). כן ראו Losey, לעיל ה"ש 17, בעמ' 1185. מובן שכאשר הציג בית-המשפט העליון האמריקאי לצמצם את היקף החיסיון, לא היו עדיין מחשבים אישיים ודואר אלקטרוני. ראו שם, בעמ' 1185–1186.

טכנולוגיה אשר שינתה את פני העולם ומעסיקה חוקרים בכל שדה אפשרי, לרבות המשפט, וקצרה היריעה מאסמכתות. האם המרשתת יצרה מהפכה בשדה המשפט? בינתיים, בישראל, התשובה קלה מאוד: כלל וכלל לא. המחוקק לא ערך התאמות מיוחדות, ובוודאי לא שינויים מרחיקי-לכת.²⁴ לא התרשמתי שבתי-המשפט בישראל חשים כי נדרשת חשיבה רחבה בנושא; לכל-היותר הם מוטרדים מסוגיות נקודתיות, כמפורט בהמשך.

יחסי משפט ומרשתת, ועוד יותר מכך יחסי משפט וטכנולוגיה, הם שאלה רחבה מאוד. במסגרתה אצמד לשאלה שעל הפרק, הנוגעת בחיסיון: האומנם שינתה המרשתת דבר בהקשר זה והפרה איזון ערכי שחוק כזה או אחר ביקש להשיג? אם כן, האם ניתן וראוי להשיב את האיזון על כנו בדרך פרשנית?

להשקפתי, המרשתת אכן אחראית להפרת האיזון בדיני החסיונות – אותה הפרה שמטופלת בפרשת היינץ. אין חדש ביחסי עורך-דין-לקוח וברצון לעודד תקשורת פתוחה ביניהם. התכתבויות עם יועצים משפטיים נעשו גם לפני עידן המרשתת, וחלקן גם תועדו והיו זמינות לעיון.²⁵ גם עצם קיומה של תקשורת מרחוק בין עורכות-דין ולקוחות אינה דבר חדש. המרשתת אינה המדיום הראשון שאפשר תקשורת אישית מרחוק. קדם לו הטלפון – אותו מכשיר שהיה ברור כי אפשר להשתמש בו גם לשיחות חסויות, ואשר הוביל ללידתו של חוק האזנת-סתר;²⁶ וכך גם הפקס, המכתב וטכנולוגיות נוספות. מסמכים הקשורים לשירות המשפטי נמצאו בידי הלקוח ובידיים אחרות.²⁷ במה המכתב, הטלפון והפקס שונים מהדואר האלקטרוני, ובמה הם דומים לו? שאלות של דמיון ושוני מורכבות מטבען, וההכרעה בהן תלויה במידה רבה באמות-המידה שנבחרו להשוואה, כמו-גם באלה שלא נבחרו.²⁸ הן נהיות מורכבות ומבלבלות במיוחד בהקשר של המרשתת, שהדיון בה מייצר שלל מטפורות כדי להתיר את הסבך ולהבינו. אתמקד בשאלת הדואר האלקטרוני: במה הוא שונה, מבחינה טכנולוגית ומבחינה כלכלית,²⁹ מצורות קודמות של תקשורת עם לקוחות?

24 לסקירת חקיקה מסוימת שנעשתה בכל-זאת בתחום זה ראו ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק "אינטרנט' בחקיקה בישראל: ספירת מלאי" רשת משפטית: משפט וטכנולוגיה מידע 29 (ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011).

25 ראו, למשל, את דיונה של השופטת שטרסברג-כהן בטענת חיסיון שהועלתה בקשר למסמכים שונים במסגרת פרשה של חוזה בנייה לפרויקט שהופסק מסיבות שלטוניות: רע"א 4999/95 Alberici International שותפות רשומה זרה הרשומה בישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 39, 45-46 (1996) (להלן: עניין אלבריצ'י).

26 חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 (להלן: חוק האזנת-סתר).

27 ראו דוגמות אצל זר-גוטמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 92-95.

28 במקום אחר בחנתי בהרחבה אם פשע מקוון שונה מפשע בחלל הפיזי. האתגר הגדול בדרך לבחינה זו היה להציע אמות-מידה שיאפשרו להביט בכל עברה כתופעה משפטית. ראו אסף הרדוף הפשע המקוון (2010).

29 מובן שגם מבחינה חברתית ייתכן שוני, המתקשר לכך שמדובר במדיום חדש יחסית, שטרם גובשו סביבו ציפיות חברתיות יציבות באשר לתפיסת הפרטיות שמלווה אותו.

משפט ועסקים יט, תשע"ו חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון: חיסיון עורך־דין וירטואלי

הדואר האלקטרוני שונה מהמכתב באלה, בין היתר: קצב ההעברה המהיר; העדר עלות כספית לכל משלוח ולכל נמען; מתווך אוטומטי; צרופה זולה ומגוונת; אופי "שיחתי" שעשוי לאפיין אותו, דהיינו, אגביות והעדר פורמליות; ארכוב ואחזור נוחים וזולים; וכמובן, סטנדרט שלפיו קיים עותק בידי שני הצדדים. הדואר האלקטרוני דומה למכתב הפיזי באלה: הוא מבוסס על כתב; הוא א־סינכרוני; ניתן לצרף אליו דברים שונים; וניתן לשומרו ללא מאמץ ולעיין בו שוב ושוב.

הטלפון שונה מהדואר האלקטרוני, בין היתר, באלה: הוא אינו כולל כתב; הוא סינכרוני באופן טיפוסי, למעט הודעות קוליות; בעבר הייתה עלות כספית לכל שיחה;³⁰ ואין לו בררת־מחדל של תיעוד עצמי, לא כל שכן תיעוד זול, נוח ואוטומטי שמאפשר ארכוב ואחזור מעולים. הוא דומה לדואר האלקטרוני בכך שהמתווך שהוא מתבסס עליו הוא אוטומטי, ובשניהם אין מידה של ריחוק ופורמליות.

הפקס הוא במובן מסוים הכלאה של מכתב וטלפון: הוא מתבסס על כתב ומאפשר תקשורת סינכרונית כמעט; הוא כולל עלות כספית לכל משלוח (שוב, למעט בתוכניות מיוחדות); הוא עשוי לשאת אופי פורמלי ואינו נושא אופי שיחתי; הוא אינו מאפשר צרופה; הוא אינו כולל בררת־מחדל אוטומטית של ארכוב ואחזור; והמתווך הוא אוטומטי. כך הדברים נראים בטבלה:

מכתב	טלפון	פקס	דואר אלקטרוני
אינ	נדרשת	אפשרית	אפשרית
יש	תלוי במנוי	ברגיל יש	אין לשום מסר, גם מרחוק מאוד
אנושי	אוטומטי	אוטומטי	אוטומטי
אפשרית, אך מסרבלת ומייקרת	בלתי־אפשרית	בלתי־אפשרית	אפשרית, מגוונת ובחינם
כתב	קול (+ וידיאו לעיתים)	כתב	כתב
כיום בעיקר פורמלי	שיחה	בעיקר מסר	שיחה וגם מסר
אלא אם כן נזרק	אין	אלא אם כן נזרק	אלא אם כן נמחק בשני הקצוות
אין	אין	המקור נותר עותק מושלם	עותק מושלם
מצריך עיון חזותי	מצריך האזנה	מצריך עיון	מאפשר עיון ועיבוד ממחשב
יש (מקום מוגבל)	יש	יש	אין

30 אלא אם כן המתקשר נשען על חבילת תקשורת כללית – דבר שנעשה פופולרי בשנים האחרונות.

הטבלה מעידה על ייחודו של הדואר האלקטרוני לעומת המדיומים האחרים: כאשר הדבר נדרש, הוא סינכרוני כמעט – שני אנשים משני קצות העולם שמחליפים ביניהם דואר אלקטרוני יכולים להגיע לקצב הודעות גבוה מאוד, גם אם לא קצב של דיבור ממש; הוא יכול לשמש גם לתקשורת שיחתית וגם לתקשורת של מסרים פורמליים; כאשר הדבר נדרש, הוא א-סינכרוני ומאפשר תקשורת ללא לחץ, קרי, תגובה שקולה ומנוסחת היטב; הוא אינו כרוך בעלות בעבור כל מסר, ובכך הוא מפתח מאוד לכל משתמש; המתווך בו הוא אוטומטי; הצרופה שניתן להצמיד אליו הולכת ונהיית מגוונת – שירים, תמונות, סרטונים, קובצי עיבוד תמלילים וכו'; ובררת-המחדל שלו היא הקמת ארכיב שמאפשר אחזור נוח ואף אוטומטי, בעזרת מילות חיפוש. כאשר למאפיין האחרון, שחשיבותו מרכזית לענייננו, יצוין כי לארכיב אין עלות, ותיבות הדואר האלקטרוני הולכות ונהיות ענקיות. בעבר הוגבל נפחה של תיבת דואר אלקטרוני טיפוסית לחמישה מגה בייט (פחות מגודלה האפשרי של צרופה אחת כיום). מגבלה ארכיטקטונית זו אילצה בעבר את המשתמש למחוק קבצים חשובים פחות כדי להמשיך להשתמש בתיבה, ובכך הגנה הלכה למעשה על פרטיותו. אולם עם הזמן הוסרה המגבלה, ועמה ההגנה. ארכיב עשוי להיות דבר נוח מאוד למשתמש, וכיום אין לו כל סיבה למחוק ממנו פריטים. הצרה היא שהוא אטרקטיבי גם לשוטר המחפש.

מבלי להיכנס לצורות תקשורת נוספות במרשתת, ויש כאלה בשפע, כמעט כל המדדים דוחפים כבר תקופה ארוכה את המשתמשים, ובכלל זה את עורך-הדין ולקוחו, אל הדואר האלקטרוני.³¹ זוהי תקשורת כתובה ומהירה בחינם, שאפשר להצמיד אליה צרופות, שאפשר לקיימה בקלות עם כמה נמענים בו-זמנית, שיכולה להיות פורמלית או לא-פורמלית, תמציתית או מפורטת, וכל זאת עם ארכוב קל וחינמי. שיחת-טלפון, לעומת זאת, אפילו בחינם, מצריכה תשומת-לב וריכוז ממוקד, אף שהיא אפשרית גם בכביש (עם דיבורית). דואר אלקטרוני מאפשר לכל צד לכתוב במועד שנוח לו, ואין הכרח בתיאום בין השניים. הארכוב האוטומטי והבלתי-מוגבל כמעט, וקלות החיפוש בו, מעודדים אף הם את השימוש בכלי הדואר האלקטרוני. תקשורת מרחוק הייתה כאמור גם לפני עידן המרשתת, אולם המרשתת מאפשרת שליחת מכתבים בלי מתווך אנושי, בזמן-אמת, עם צרופות עשירות ועם ארכוב, וכל זאת בחינם. ההבדל האיכותי לעומת צורות תקשורת אחרות הינו בולט מבחינתו של בעל-מקצוע עסוק ועמוס בניירת. הבדל איכותי זה יוצר בוודאי הבדל כמותי, או לפחות פוטנציאל להבדל כמותי, שמעניין לא רק את הפרט; כמות התקשורת, הארכוב האוטומטי וקלות החיפוש – קלות טכנולוגית וקלות משפטית, כפי שיתואר מייד – יוצרים עניין גדול גם בעבור רשויות האכיפה.

31 הדיון האמריקאי בעניין החל מזמן: Amy M. Fulmer Stevenson, *Making a Wrong Turn on the Information Superhighway: Electronic Mail, the Attorney-Client Privilege and Inadvertent Disclosure*, 26 CAP. U. L. REV. 347, 347–351 (1997).

4. סדר דין פלילי וטכנולוגיה

הדואר האלקטרוני אטרקטיבי מאוד לפרקטיקה המשפטית. בד בבד המציאות הטכנולוגית מעודדת את המשטרה לתפוס מחשבים, באשר אלה כוללים אוצר ראיות פוטנציאלי. תמריץ זה של המשטרה גדול מאוד לגבי כל מחשב של כל חשוד כמעט. ביחס לכל עברה כמעט ניתן לשער שהחשוד כותב יומן או כותב לאחד מחבריו הודעת דואר אלקטרוני או עורך חיפושים חשודים במנוע חיפוש ומביע עניין באתרים שעשויים לרמז על קשר שלו לעברה. לאן גלש החשוד? אילו קבצים הוריד? עם מי תקשר? אילו מסמכים יצר? למשטרה יש תמריץ גדול מאוד להגיע למחשבו של החשוד כדי לברר את כל אלה, והמחוקק הקל עליה מאוד את המלאכה, ביוצרו הליך נוח לשם כך, נוח מדי.³² די בפנייה לבית־משפט שלום, בחשד לכל עברה, על־מנת לקבל צו חדרה לחומר מחשב. צווים כאלה ניתנים בנדיבות.³³ ואם דבר לא נמצא, לא אירע כל אסון; הדבר היחיד שנפגע הוא פרטיותו של החשוד, אשר אינה באמת יקרה מאוד לחברה, בעיקר אם נמצאו ראיות אחרות נגדו שמאפשרות להעמידו לדין ולהביט בו כאדם אשם, שראוי לכל אשר הרשויות עושות לו, לרבות הליכים שלא תרמו דבר מלבד הפגיעה בו.

5. סיכום פרק

בשלב הזה נדמה שהחלטתו של בית־המשפט העליון בעניין היינץ הינה נכונה ומתבקשת. חיסיון עורך־דין—לקוח בא לעודד תקשורת פתוחה וחופשית בין נותן השירות המקצועי לבין מקבלו. תקשורת זו לובשת בשנים האחרונות כסות אלקטרונית יותר ויותר. הואיל והכסות האמורה אטרקטיבית במיוחד גם לרשות המבצעת, נוצרה בהכרח התנגשות קשה בין הנוחות המקצועית של עורכי־הדין לבין התמריץ הגדול למשטרה. על רקע אותה התנגשות נקרא בית־המשפט לסייע בהגנה על עולם החיסיון המותקף, ולכאורה עשה זאת בצדק. האם עשה זאת בדין? זאת אבחן בפרק הבא.

פרק ב: חיסיון מרחוק – המצב המשפטי הפורמלי

1. מבוא

תכליתו של הסדר חוקי היא בסיסו. היא עברו בכנסת ועתידו במציאות. אולם עם כל

32 את העניין הזה אני תוקף במקום אחר: אסף הרדוף "משטרת ישראל נגד הפרטיות הממוחשבת" (טרם פורסם).

33 ראו את דבריו האמיצים של השופט המחוזי כבוב חאלד בת"פ (מחוזי ת"א) 40206/05 מדינת ישראל נ' פילוסוף (פורסם בנוב, 5.2.2007) (להלן: עניין פילוסוף).

חשיבותה, היא אינה חזות הכל, והיא אינה מאפשרת התעלמות מהחוק עצמו. פרק זה מפנה את הזרקור תחילה אל לשון החוק ובהמשך אל הסדרים משפטיים נוספים. אדון במצב המשפטי הפורמלי בשלושה חלקים קצרים. אפתח בבחינה לשונית של הוראות החוק הנוגעות בחסיון עורך-דין-לקוח, ואראה כי הלשון אינה סובלת את הפרשנות השיפוטית שנקטה בעניין היינץ. אתקדם למבט תכליתי (אם כי התחלתי בלבד, משום שאשוב לכך בהמשך הדרך), כדי להצביע על ההתנגשות בין הלשון לתכלית. לנוכח הלשון שאינה מאפשרת לממש את התכלית, אבחן בסיום הפרק שמא חיסיון מוכר אחר בישראל מסוגל לספק פתרון חלופי למצב המדובר: חסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט.

2. בחינה לשונית

אפתח בשורה התחתונה, הפשוטה והקצרה: **הדין עם הערכאות הנמוכות**. סעיף 48(א) לפקודת הראיות קובע כי "דברים ומסמכים שהוחלפו בין עורך דין לבין לקוח... אין עורך הדין חייב למסרם כראיה". איני רואה דרך לשונית לפרש את הסעיף כמכסה מסמכים וקבצים המצויים בידי הלקוח. הסעיף מקנה חיסיון, זכות-יתר, לעורך-הדין ולו בלבד. אדם אחר היה חייב למסור את המסמכים (בתנאי, כמובן, שיש לרשות סמכות לדרוש אותם); עורך-הדין אינו חייב.³⁴ עורך-הדין של מילר לא התבקש למסור כל מסמך או לפגוע בכבודו כג'נטלמן.

3. בחינה תכליתית?

בית-המשפט העליון שען את פרשנותו על תכלית החקיקה, תוך שהוא נמנע מלדון בלשון הברורה. אניח, לעת עתה בלבד, כי תכלית החיסיון אכן נפגעת באופן משמעותי מעיון משטרתי בתכתובת החסויה. גם כך, פרשנות תכליתית אינה יכולה להתעלם מלשון החוק הברורה. לפרשנות התכליתית יש גבולות. היא לגיטימית מאוד כאשר לשון החוק עמומה או רחבה מאוד, ובית-המשפט נזקק לאיתור התכלית כדי למקדה. היא בלתי-לגיטימית בעיניי כאשר החוק ברור מאוד, גם אם הוא בלתי-צודק, אלא אם כן הוא חוק מושחת או בלתי-חוקתי. אם החוק ברור ואינו מושחת או בלתי-חוקתי, יש לכבדו גם במצבים שבהם הדבר אינו מתיישב עם תפיסת הצדק: *dura lex sed lex* – החוק קשה אבל הוא החוק. אין להתעלם במופגן מלשונו, הן כאשר הפרשנות התכליתית מרחיבה

34 זר-גוטמן הרחיקה לכת וגרסה כי הגנת החיסיון פרושה אפילו על מסמך שהכין עורך-דין בעבור הלקוח והועבר לצד שלישי. ראו זר-גוטמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 92-93. אפילו בהנחה שגישה זו הגיונית מבחינה תכליתית, אין לה כל עיגון בלשון החוק, וזר-גוטמן הודתה בכך, גם אם בהצנעה (שם, בעמ' 94). לדיון בתחולת החיסיון בנוגע לצדדים שלישיים מגוונים ראו Zuckerman, לעיל ה"ש 14, בעמ' 130-141. לטענה שלפיה אין לפרש את ס' 48 על-פי לשונו בלבד, בהתבסס על חריגי החיסיון שנקבעו בפסיקה, ראו אליהו הרנון **דיני ראיות** חלק שני 99-104 (1985).

איסורים פלייליים על-חשבון חירות הפרט והן כאשר היא נועדה להגן על הפרט ועל ערכים שונים מפני רשויות האכיפה. בשעה שיש לבית-המשפט מרחב תמרון הנובע מלשון עמומה או כללית, מוטב שיפעל בדרך הפרשנות התכליתית לצמצום הפגיעה בפרט. אולם בשעה שאין מרחב כזה, אף אם התכלית נפגעת בעליל, הלשון הברורה והחד-משמעית היא שצריכה לקבוע.³⁵ "אין עורך הדין חייב למסרם כראיה" נאמר בהוראה, כלומר, זכות-היתר מוגבלת לעורך-הדין, אף אם מוצדק להרחיבה מעבר לו. יש להניח שהמחוקק יודע מהו חיסיון וכיצד הוא פועל, וכי ביודעין בחר כיצד להתוות את גבולותיו. מעבר לכך, הפרשנות התכליתית האמורה מתנגשת עם אינטרס ציבורי חשוב שהמחוקק חפץ ביקרו: אכיפת החוק באמצעות תפיסת מחשבים וחיפוש בהם. יש בסיס משפטי לסבור כי על המשטרה למצות את סמכויות החיפוש שלה כדי לשמור על האינטרס הציבורי באכיפת החוק.

החלטת בית-המשפט העליון אינה מעוררת פליאה, לאחר מסורת ארוכת-שנים של פרשנות תכליתית ולנוכח עמדת המדינה. אולם זו האחרונה מפתיעה יותר. בפלייליים המדינה טוענת לא אחת בעד פרשנות תכליתית של איסורים שונים, כדי להרחיבם כך שיכסו את מעשיו של פלוני העומד לדין. כלומר, המדינה מציגה את העמדה שטובה למדינה, לציבור, ורעה לנאשם, לפרט.³⁶ והנה כאן, בפרשת היינץ, נהגה המדינה בסופו של דבר בהגינות ובעקיבות, והכפיפה את ראשה לרעיון התכלית. הדבר מפתיע משום שהחוק הברור היה לצידה ומשום שהפרשנות התכליתית שבה החליטה המדינה לצדד היא כזו שלרוב, אם לא תמיד, משרתת את עמדת התביעה. בהנחה שהמצב המשפטי אינו מאפשר הרחבה של החיסיון, האם היה פתרון חלופי?

4. חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט – פתרון חלופי?

לאחר שפרקליטות המדינה הסכימה לפרשנות שלפיה חיסיון עורך-דין-לקוח חל גם במשרד הלקוח, נמנעה הנשיאה מלדון בשאלה החלופית אם במצב כזה חל חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט ואם חיסיון זה הינו מוחלט.³⁷ בהנחה שקביעת בית-המשפט באשר לחיסיון עורך-דין-לקוח אינה מעוגנת כראוי, האם חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט יכול להוות פתרון חלופי?

החוק הישראלי יוצר חיסיון בנוגע לתקשורת ולמסמכים שהוחלפו בין הלקוח לעורך-הדין. מסמך שהוכן לקראת משפט אינו בהכרח כזה ש"הוחלף". כדי להגן עליו

35 השווו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני – פרשנות החקיקה 571–572 (1993); אריאל בנדור "חיי המשפט הם היגיון, ולכן הכול שפיט – על פורמליזם משפטי ראוי" **משפט וממשל** 591 ו 592–595 (2003); דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" **המשפט** יא 9, 13–24 (2007).

36 לסקירת מקרים בקשר לשדה הפלילי במרשתת ראו אסף הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הווירטואלי" **הפרקליט** נב 67 (2013).

37 ראו פרשת היינץ, לעיל ה"ש 2, פס' 32–33 לפסק-הדין.

מגילוי, דרוש חיסיון נפרד. במשפט האנגלו-אמריקאי מבחינים בין חסיון ייעוץ משפטי (legal advice privilege), שמגן על תקשורת חסויה בין עורך-דין ללקוח בנוגע לעצה משפטית, לבין חסיון ליטיגציה (litigation privilege), אשר מעניק הגנה מגילוי גם לתקשורת עם צדדים שלישיים ולחומרים שהליטיגטור עצמו יצר לצורך ליטיגציה, אפילו אם הוא אינו מיוצג, כלומר, זהו חיסיון שאינו מחייב עורך-דין לשם קיומו. שני החסיונות יחדיו באים לאפשר ללקוחות ולמתדיינים אזור פרטי ובטוח שבו ניתן לקבל ייעוץ משפטי ולהתכונן לליטיגציה.³⁸

בישראל, חלף המונח "חסיון ליטיגציה", מונהג המונח "חסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט". החיסיון, יציר המשפט המקובל, הוכר בישראל בעניין זינגר³⁹ ונידון בקצרה בפרשות גואנשיר,⁴⁰ אזולאי,⁴¹ גלעד,⁴² שירי⁴³ ושימקו.⁴⁴ האם חיסיון זה הוא

38 ראו Zuckerman, לעיל ה"ש 14, בעמ' 106–108, 115. גם מרפי עמד על ההבדלים בין החסיונות. ראו: PETER MURPHY, MURPHY ON EVIDENCE 462, 464, 468 (10th ed. 2008). כן ראו MCCORMICK, לעיל ה"ש 18, בעמ' 383–384, על הצורך שעורכי-הדין עצמם יחוו פרטיות בעבודתם וחופש מהתערבות במלאכת ההכנה שלהם למשפט.

39 השופט ויתקן כתב כי סוגיית החיסיון מפני עיון במסמכים היא אחת "הסתומות שבדיני הראיות וסדרי הדין". כדי שיהיו חסויים, המסמכים אינם חייבים להיות מוכנים למשפט כמטרה יחידה, ודי שהוכנו לצורך ייעוץ מקצועי בנוגע להליכים קיימים או צפויים. ראו ע"א 327/68 זינגר נ' ביינון, פ"ד כב(2) 602, 603 (1968).

40 ממלא-מקום הנשיא זוסמן, בפסק-דין קצרצר, קבע כי "כדי לא להגביל אדם באכיפת זכותו או בהגנתו, מכיר הדין בחסיון מוחלט של מסמכים שהוכנו לצורך המשפט, כשהליכים משפטיים היו תלויים ועומדים או אפילו רק צפויים". ראו ע"א 407/73 גואנשיר נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד כט(1) 171, 169 (1974).

41 המשנה לנשיא ברק קבע כי מטרת החיסיון של מסמך שהוכן לקראת משפט היא לאפשר לבעל-דין להתכונן למשפט בלי חשש, ולא "לבצר אדם" בהקניית חיסיון לפעילותו הטבעית והרגילה. ביקורת פנימית באה למטרה אחרת, ולכן אינה מוגנת בחיסיון האמור. ראו רע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי, פ"ד מט(4) 54, פס' 13–14 (1995) (להלן: עניין אזולאי).

42 הנשיא ברק כתב כי כדי שיוכר חיסיון נדרש שהמסמך הוכן לצורך המשפט כמטרה העיקרית בהכנתו. אם המסמך היה נערך ממילא, מטעמים חשובים אחרים, הוא לא ייהנה מחיסיון. לנוכח זאת סטה ברק במפורש מהלכת זינגר, לעיל ה"ש 39, אשר התבססה על הלכה אנגלית שאינה תקפה עוד שם, לטובת הערך של חשיפת האמת. ראו רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, פס' 6–7 (1995) (להלן: עניין גלעד). דברים דומים נקבעו בעניין אלברצ'י, לעיל ה"ש 25, בעמ' 46.

43 בעניין שירי הפנתה השופטת פרוקצ'יה לעניין זינגר, לעיל ה"ש 39, וכתבה כי מסמך שהוכן לקראת משפט נהנה מחיסיון מפני גילוי, כדי להגן על האוטונומיה הנתונה לצד למחלוקת להתכונן למשפט בלי הפרעה ובלי חשש מחשיפה. דבר זה מתקשר גם לערך הפרטיות החוקתי, באשר החומר שייך לפרטיותו של אדם ול"רשות היחיד" שלו. בהמשך שבה פרוקצ'יה על הלכת גלעד, לעיל ה"ש 42, ולבסוף הרחיבה את החיסיון גם להליכי פשרה בין צדדים. ראו רע"א 2235/04 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שירי, פ"ד סא(2) 634, פס' 13 (2006) (להלן: עניין שירי).

44 המשנה לנשיאה ריבלין אימצה את הלכת שירי, שם, והבהיר כי חסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט שונה מחסיון עורך-דין-לקוח ורחב יותר, אך יחסי בלבד. בעקבות הלכת גלעד, לעיל ה"ש 42, הוא

מוחלט? האם הוא מכסה גם חליפת דואר אלקטרוני בין עורך-דין ולקוחו, ואם כן, האם הדבר יועיל לחשודים דוגמת מילר?

ראשית, למיטב ידיעתי, לא יצרה ההלכה חיסיון מוחלט כלשהו.⁴⁵ האם היא מוסמכת ליצור? חיסיון מוחלט הוא עניין נדיר ומרחיק-לכת, ואילו הגילוי נחוץ למען האינטרס של הפרט המתדיין והציבור, ואם "זכותו של הכלל לעדותו של כל פרט",⁴⁶ אזי אין להסיג את הזכות הזו באופן מוחלט מבלי להותיר פתח לאיזון מול האינטרסים שבבסיס החיסיון.⁴⁷ יצירת חיסיון אינה דבר מובן מאליו, כמפורט בהמשך; לא כל שכן יצירת חיסיון מוחלט, שהיא מעשה מרחיק-לכת בהשפעתו האפשרית על פוטנציאל ההגעה לאמת, עד כדי כך שדומה כי הוא מצריך את מלאכת האיזון הערכי של המחוקק.⁴⁸ מעבר לכך, היש בכלל טעם ליצור חיסיון כאמור? הרי היד שיוצרת את המנעול ממילא יכולה ליצור את המפתח, גם אם בעבר הכריזה כי אין כזה. בסופו של יום החיסיון היחסי ניתן להסרה בבית-המשפט; ואם בית-המשפט אינו יכול לסמוך על עצמו שידע מתי (לא) להסיר, על מי יסמוך? איני חושב שעל בית-המשפט לכבול את עצמו, וממילא אם יכבול את עצמו, יוכל באותה מידה גם לשחרר את עצמו כאשר ימצא זאת לנכון – היד הכובלת היא גם היד המשחררת. מוטב אם כן שידעו עורכי המסמכים לקראת משפט כי שומה עליהם להיזהר.

שנית, איני סבור כי חליפת דואר אלקטרוני כאמור מכוסה בחיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט. מצד אחד, להבדיל מדוח של ועדת חקירה רפואית, כבעניין **גלעד**, ההקשר המשפטי ברור מאוד כאשר עורך-דין ולקוחו מתקשרים בנוגע למשפט בהווה או בעתיד. מצד אחר, מסמך המשקף תקשורת בין עורך-דין ללקוח אינו "מסמך שהוכן לקראת משפט", אלא תיעוד – לאו דווקא מכונן – של תקשורת שקוימה לקראת משפט. דואר אלקטרוני הוא אולי מסמך, אולי הכנה ואולי לקראת משפט, אך אינו בהכרח

קבע כי במקרה דנן מסתמן שהמטרה המרכזית בהכנת המסמך הייתה לקראת משפט, והשיב את התיק לבית-המשפט המחוזי על-מנת שיעיין בדוח ויחליט בשאלת החיסיון. ראו רע"א 5806/06 **עזובן נמירובסקי נ' שימקו**, פס' 8–10 (פורסם באר"ש, 13.6.2007) (להלן: עניין **שימקו**).

45 כזכור, בעניין **גואנשיר**, לעיל ה"ש 40, נכתב בקצרה כי מדובר בחיסיון מוחלט, אך בלי הנמקה וביסוס. בהמשך צומצם החיסיון באופן מהותי, ובעניין **שימקו**, שם, נכתב במפורש כי מדובר בחיסיון יחסי, ולכן גם הושב התיק לערכאה הדיונית על-מנת שתכריע לגופו. בעניין **היינץ**, לעיל ה"ש 2, סירב כזכור בית-המשפט להכריע אם מדובר בחיסיון מוחלט.

46 דבריו של הנשיא ברק בעניין **גלעד**, לעיל ה"ש 42, פס' 5.

47 שם, וכן עניין **אזולאי**, לעיל ה"ש 41, פס' 9–10; עניין **שירי**, לעיל ה"ש 43, פס' 10–11. גם עמית כתב כי התכליות שבבסיס כל חיסיון שונות, אך נקודת המוצא היא שגילוי האמת דורש תשתית עובדתית, ולכן חשוב לחשוף את מלוא הנתונים. ראו יצחק עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר" **ספר אורי קיטאי** 262, 247 (בוועד סנג'רו עורך, 2007).

48 עמית הפנה לפרשת **שירי**, לעיל ה"ש 43, וכתב כי חיסיון מסמכים לקראת פשרה הוא למעשה חיסיון מסמך לקראת משפט. עמית סבר כי חיסיון זה צריך להיות מוחלט. ראו עמית, לעיל ה"ש 47, בעמ' 270.

"מסמך שהוכן לקראת משפט". ייתכן שהוא כזה, אם מדובר ברף המתמצת את ההליך המשפטי המתקדם, לקראת שימוש, ולו פנימי, באותו דף. אולם לא ייתכן שכל דואר אלקטרוני בין עורכת-דין ללקוח ייחשב מסמך כאמור. דואר כזה, מבחינת תוכנו, זהה לתוכן הדבר החסוי בחסיון עורך-דין-לקוח, קרי, התקשורת; ואם הוא זהה לחלוטין למשהו שהמחוקק תחם את גבולותיו, מדוע שהוא יכולה הרחק מעבר לגבולות הללו תחת תווית של חסיון אחר שיצר **בית-המשפט**? גם אם בית-המשפט רשאי ליצור חסיונות מסוגים שונים, אין הוא מוסמך לשכתב חסיונות שהחוק קבע את גבולותיהם בבירור ולכנותם בשם אחר, ובוודאי אין טעם שהם יכסו אותו דבר.⁴⁹ האיזון שערך המחוקק בנוגע לכל חסיון שיצר הוא בין היכולת להגיע לאמת לבין הגנה על ערך כלשהו. החסיונות שיצר משרטטים אם כן לא רק את **עצם נכונותו** של המחוקק לפגוע ביכולת להגיע לאמת כדי לשמור על ערך פלוני, אלא גם את **מידת נכונותו**. דיני הראיות, נהוג לכתוב בפסיקה הדוחה טענות חסיון, עומדים על האמת.⁵⁰ אם כך, יש להרהר פעם ופעמיים לפני שמכסים בחסיון פסיקתי בדיוק אותו דבר שהחסיון החקיקתי סירב לכסות.

5. סיכום פרק

בחינה פורמלית של השאלה המשפטית מאפשרת תשובה יחידה: חסיון עורך-דין-לקוח אינו מקנה זכות לעורך-הדין לסרב לחיפוש במחשב של לקוחו, ואינו מקנה זכות כאמור גם ללקוח. בשלב זה נראה כי תכלית החסיון – עידוד תקשורת חופשית בין עורך-הדין ללקוח – אומנם נפגעת. אולם העובדה שהסדר חוקי אינו מצליח לממש את תכליתו בתרחיש מסוים אינה מעניקה רישיון לאיש – לא לבית-המשפט העליון ואף לא לפרקליטות המדינה – להתעלם מלשון החוק הברורה. עסקינן בחסיון חוקי שהמחוקק תחם את גבולותיו, וגם אם אלה אינם ברורים לגמרי, מה שברור לגמרי הוא שאין הם מקנים ללקוח כל זכות-יתר ואין הם מקנים הגנה למסמכים שבידו. כדי לנסות לייצר בעבורם הגנה, ניתן לגשת למכשיר שאינו חוק פורמלי – החסיון ההלכתי של מסמכים שהוכנו לקראת משפט. אולם בעייתי מאוד לטעון כי תקשורת שהמחוקק בחר לא לכסות תכונה על-ידי הפסיקה בשם אחר, מלאכותי בהקשר זה, ותכוסה. המצב המשפטי הקיים הוא שתכתובת המצויה בידי הלקוח אינה נהנית מחסיון, בוודאי לא מחסיון מוחלט. אולם גם בהנחה שהחסיון מכסה את התכתובת, וגם בהנחה שהוא מוחלט, עדיין אין זה משנה, משום שהחסיון – כל חסיון – פועל מראש, ולא למפרע. בהקשר זה דומני

49 צוקרמן הטעים את ההבחנה בין חסיון הייעוץ המשפטי לבין חסיון הליטיגציה, חרף הקשר ההיסטורי ביניהם. חסיון הליטיגציה בא לכסות תקשורת שונה מעצה משפטית, אשר מוגנת תמיד. ראו Zuckerman, לעיל ה"ש 14, בעמ' 113–114.

50 אמירות כאלה יש בשפע בפסיקה. ראו, למשל, את דבריו של הנשיא ברק בעניין **גלעד**, לעיל ה"ש 42, פס' 5 (וראו גם שם, פס' 13, על הצורך לא להעמיס על דיני הראיות חסיונות שאינם נחוצים).

שהלכת היינץ משקפת בלבול מושגי רחב מזה שניידון עד כה: בלבול מושגי בין מחסומי הראיות השונים. על כך בפרק הבא.

פרק ג: מחסומי ראיות ובלבול מושגי

1. מבוא – על ארבעה מחסומים

פרשת היינץ תמה בכך שרשויות האכיפה נמנעו מלעיין בתכתובת שבין מילר לבין עורך־דינו, חרף יכולתן לעיין בה ואולי גם סמכותן לעשות כן. הרשויות מחלו על זכות הגישה והפקידו אותה בידי בית־המשפט. בית־המשפט העליון קבע כי לרשות האכיפה אין זכות גישה כאמור, וזאת לאחר שהרשות עצמה הסכימה לקביעה האמורה, והכל בהתבסס על דיני החיסיון. בפרק זה אצביע על כך שכאשר חומר ראייתי כבר נתפס ומצוי בידי המשטרה, דיני החיסיון אינם רלוונטיים עוד. זאת אעשה באמצעות הצבעה על מחסומי הראיות המרכזיים ועמידה קצרה על מאפייניהם ועל ההבדלים ביניהם. דיני הראיות כוללים ארבעה סוגים של מחסומי ראיות, אשר לעיתים מבלבלים ביניהם בפסיקה.⁵¹ זאת, הגם שכל אחד מהם מושגת על היגיון שונה ודרך פעולה שונה. הבנת השוני והדמיון בין המחסומים חיונית כדי לבנותם כראוי ולהפעילם כיאות. קצרה היריעה מניתוח נרחב של ההבדלים בין המחסומים. להלן אציג כל אחד בקצרה.

(א) רלוונטיות

המחסום הראייתי הראשון נראה רלוונטי לכל תיק משפטי אזרחי ופלילי: רלוונטיות. מחסום הרלוונטיות מתפרק לשני רכיבים: מטריאליות – הקשר בין הראיות לבין התיק; וערך הוכחתי (פרובטיבי) – נטיית הראיה לבסס את ההנחה שמבקשים להוכיח.⁵² מחסום מורכב זה אינו מייצר דיונים מרתקים בפרקטיקה.⁵³ אני משער שיש לכך כמה סיבות. ראשית, קשה לגבש הנחיות כלליות ברורות ביחס למשהו שמטיבו בהיר

51 עמית כתב כי המונחים "חיסיון" ו"אי־קבילות" משמשים לעיתים בערבוביה למרות ההבדל ביניהם. למשל, מסמכים שהוחלפו במשא־ומתן לפשרה הינם חסויים כביכול, אך למעשה זהו כלל של אי־קבילות, ולא של חיסיון, שהרי הצד האחר יודע על תוכן המסמכים. עמית, לעיל ה"ש 47, בעמ' 254–255. ראו את הבלבול בנוגע למונח "מבלי לפגוע בזכויות" בע"א 172/89 סלע חב' לביטוח נ' סולל בונה, פ"ד מז(1) 311 פס' 15–18 (1993). על ההבחנה בין קבילות לבין חיסיון בנוגע למסמכים לקראת פשרה ראו גם את דבריה של השופטת פרוקצ'יה בעניין שירי, לעיל ה"ש 43, פס' 16–17; ואת דבריו של המשנה לנשיא ברק בעניין אזולאי, לעיל ה"ש 41, פס' 17–19.

52 ראו McCORMICK, לעיל ה"ש 18, בעמ' 276–277.

53 ראו דיון קצרצר ברעיון הרלוונטיות בעניין אזולאי, לעיל ה"ש 41, פס' 7: "הרלוונטיות של מסמך לעניין גילוי רחבה יותר משאלת קבילותו במשפט. הרלוונטיות לצורכי גילוי היא במידת האור שהמסמך עשוי לשפוך על המחלוקת שבין הצדדים. מסמך שיש בו כדי לסייע לקו חקירה הוא

לכל-היותר במקרה הקונקרטי.⁵⁴ שנית, בערכאות דיוניות יש דרך קלה למנוע את מחסום הרלוונטיות מלתפקד בזמן-אמת: כאשר עורך-הדין קם ומתנגד להצגת ראיה משום שהיא אינה רלוונטית, בעיקר ראיה שאינה מצריכה זמן ומאמץ מצד בית-המשפט, תוכל תמיד השופט להשתקו ולומר: "אם הראיה אינה רלוונטית, מה אכפת לך שתוגש?" שלישית, כאשר בערכאות גבוהות עסקינן – ולא איתרתי ולו דיון משמעותי אחד בסוגיה בבית-המשפט העליון – אין טעם לדון במחסום הרלוונטיות. אם ראיה חשובה לא הוגשה ובית-המשפט העליון מעוניין בשינוי המצב, לא הרלוונטיות תידון בשלב זה, אלא שיקולי צדק ודומיהם. אם הוגשה ראיה לא-רלוונטית, ערכאת הערעור לא תאריך מילים על שהופר כלל הרלוונטיות, אלא פשוט תתמקד בראיות הרלוונטיות בדרך לקביעת הממצאים המטריאליים. פסילת הראיה נראית מיותרת כאשר הראיה ממילא אינה משפיעה.

יוצא שמחסום הרלוונטיות אינו רלוונטי מאוד בדיני הראיות: מטיבו הוא מותר לבית-המשפט שיקול-דעת רחב מאוד.⁵⁵ מטרתו היא יעילות, ולא דווקא הגנה על ערכים או על האמת. האחרונים הם שעל הפרק בעניין היינץ.

(ב) כשרות

הכשרות היא המחסום הפשוט והנדיר שבחבורה. היא מכוונת לאדם, ולא לראיה, גם אם לעיתים נאמר ואף נכתב בחוק "ראיה כשרה".⁵⁶ מחסום הכשרות עוצר אדם מלהתייצב בדוכן העדים בבית-המשפט. המידע שיש לו אינו בהכרח בלתי-קביל או חסוי. מותר לחוקרו במוסדות ובהקשרים אחרים על אותו עניין. מחסום הכשרות, מרגע שהונח, אינו בר-הסרה. הוא מונע עדויות של בני-זוג והורים במשפטים פליליים מסוגים מסוימים.⁵⁷ וכן עדויות של ילדים בתנאים מסוימים.⁵⁸

רלוואנטי. לעומת זאת, מסמך שאין בו כדי לחזק טענה או להחלישה, וכל כולו לא בא אלא 'לדוג' בענייניו של בעל דין, אין לגלותו..."

54 הליך שנסב לא פעם על שאלות של רלוונטיות הוא זה העוסק בסוגיית העמדתו של חומר החקירה לעיונו של הנאשם, ככתוב בס' 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. זהו סעיף שזוכה בפסיקה עשירה, בדין יחיד, אך גם לא התיימר בית-המשפט העליון לנסח מבחנים ברורים, אלא הסתפק באמירות מופשטות על זירת המחלוקת. ראו, למשל, בג"ץ 233/85 אל הווייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט(4) 124 (1985); בש"פ 9322/99 מסארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נדר(1) 376 (2000).

55 ראו ס' 1 לפקודת הראיות. לניסיון לתת משמעות כללית למונח "רלוונטיות" בדיני הראיות ראו דורון מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות פרק 2 (2008).

56 ראו ס' 9 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955.

57 ראו את ההסדר המורכב והמבלבל בס' 3-5 לפקודת הראיות וכן את ביקורתתי עליו – הרדוף, לעיל ה"ש 21.

58 ראו חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים). כן ראו דנ"פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 621 (1994); מנשה, לעיל ה"ש 55, בעמ' 225. כאשר לכשרותם של עדים הלוקים בנפשם ובשכלם ראו הסדר מתון יותר בחוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו-2005.

שיטת הפעולה של המחסום היא מניעת עדות במשפט, וזאת כנראה כדי למנוע קשיים הנובעים מחוויית העדות, בין לצד (ילד) ובין לתא המשפחתי (פקודת הראיות). הנחת־המוצא של המחסום אינה נלמדת מההיגיון, אלא מהחוק המפורש: סעיף 2 לפקודת הראיות קובע כי הכל כשרים להעיד בכל משפט, למעט החריגים המפורטים בסעיפים 3–4 (עדויות במשפחה). לכן רק חוק מפורש יאפשר להקים מחסום כשרות.⁵⁹ להבנתי, במסגרת תיק משפטי אחד, המחסום פועל בדרך של "הכל או לא־כלום" – עד אינו יכול להיות כשר למחצה, ואין כל טעם שיהיה, משום שעצם העדות היא הדבר שאותו מבקשים למנוע, ולא חלקים בה או את ההישענות עליה. מחסום הכשרות אינו פועל בדיעבד, כמחסום הקבילות, בדרך של מחיקת חלקים מעדות שכבר נמסרה. אין כל טעם והכרח למחוק.⁶⁰ מחסום הכשרות פועל בבית־המשפט, ורק בו, רגע לפני תחילת העדות; אם כשל בפעולתו, אין לפסול את העדות או חלקים ממנה מבלי להישען על מכשיר פסילה עצמאי, דוגמת הקבילות המתוארת בחלק הבא. מאידך גיסא, אין דרך לוותר על מחסום הכשרות לגבי עדויות ילדים, למעט המתנה עד שימלאו להם ארבע־עשרה שנים. לגבי בני משפחה המחסום חל באופן מוחלט כאשר הם עדי תביעה, ואינו חל כלל כאשר הם עדי הגנה. מטרתו העיקרית של המחסום היא ערכית.⁶¹

(ג) קבילות/פסלות

קבילות היא המחסום השכיח והמגוון מכל. כמו הכשרות, היא חיה ופועלת בבית־המשפט ורק בו. אולם להבדיל מהכשרות, אין היא נוגעת באנשים, אלא במידע, והיא

59 הלכת קינוי יצרה מחסום שהוא מעין כשרות, אשר כיסה עדות של כל עד פלוני בתנאים מסוימים. ראו ע"פ 194/75 קינוי נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 477 (1976). שלושים שנה אחר כך, כאשר בוטלה ההלכה כליל כמעט, הייתה מי שכתבה כי דובר רק בכלל של עיתוי. ראו בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע, פ"ד סא(3) 93, פס' 5 לפסק־דינה של השופטת פרוקצ'יה (2006).

60 בעניין פלוני דובר בנאשם בעברות סמים, בשלילת כושר ההתנגדות ועוד. בית־המשפט המחוזי קבע כי העדות אינה כשרה בנוגע לעברות הסמים אך הרשיעו ביתר העברות. בערעורו טען פלוני כי סיפור השלילה של כושר ההתנגדות שעון על סיפור הסמים, וכי לפיכך יש למחוק אותו לגמרי. השופטת ארבל דחתה את ערעורו, וקבעה כי אי־כשרות להעיד בעניין הסמים אין פירושה אי־קבילות הסיפור לעניין העברה של שלילת כושר ההתנגדות. ראו ע"פ 7895/04 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 2.8.2006). אני מסכים עם ההבחנה בין כשרות לקבילות, אלא שלהבנתי אין "חצי כשרות", ומכיוון שהוחלט לאתגר בתיק כמה עברות (ובהינתן שהאיחוד מותר בדין), אין טעם לא להרשיע את פלוני גם בעברות הסמים. אין לכך בסיס פורמלי, משום שמדובר במשפט בגין עברות אלימות ולכן העדה כשרה לגמרי; וגם אין בכך כל תועלת ערכית, בפרט בהינתן שהתא המשפחתי נפגע קשה באותה פרשה ובאותו הקשר. עד בלתי־כשר שכבר העיד – עדותו אינה בלתי־קבילה רק משום כך.

61 דהיינו, הגנה על נפשם של ילדים או לחלופין הגנה על התא המשפחתי. ניתן לתהות באשר לרציונלים נוספים, כגון הגנה על האמת, אך בצדק נכתב כי אלה אינם משכנעים במצב שבו העדויות ממילא עשויות להתקבל בבית־המשפט באופן כזה או אחר. ראו שניאור זלמן פלר ואליהו הרנון "הצעת החוק לתיקון פקודת העדות (מס' 6), תשכ"ז-1967" הפרקליט כד 94, 98–99 (1968).

אינה "הכל או לא-כלום". המחסום בר-התגברות במקרים מסוימים בדרך של הסכמת הצדדים בערכאה אזרחית, ורק בה.⁶²

מחסום הקבילות נועד לשרת שתי מטרות: עובדתית וערכית. המטרה העובדתית עניינה דחייה של ראייה בעלת ערך הוכחתי מפוקפק, מחשש שבית-המשפט לא יזהה את הפקפוק או לא יצליח לתת לראייה משקל נמוך כראוי לה.⁶³ הכוונה לעדות שמועה באופן כללי,⁶⁴ לראיות מדעיות שלא עברו את הרף של הקהילה המדעית,⁶⁵ לעבר פלילי של נאשם⁶⁶ ועוד.

המטרה הערכית עניינה ויתור על ראייה – אף אם היא בעלת ערך הוכחתי גבוה בכוח – לטובת הגנה על ערך כלשהו,⁶⁷ כגון פרטיות בתקשורת (האזנת-סתר),⁶⁸ פרטיות "קלסית",⁶⁹ האוטונומיה של הרצון⁷⁰ והגינות ההליך.⁷¹ ההגנה הערכית נועדה לשמור על זכויות ואינטרסים של פרטים, מצד אחד, ועל אינטרסים של הציבור, מצד אחר. דוגמה לצד האחר עולה מהחסינות לטובת הציבור והמדינה. סעיפים 44 ו-45 לפקודת הראיות אינם רק סעיפי חיסיון, אלא גם סעיפי קבילות. שניהם נפתחים בפסקית "אין אדם חייב למסור, ובית המשפט לא יקבל". הרישא של הפתיח הוא החיסיון, וכך מזהים חיסיון: "אין פלוני חייב למסור". הסיפא של הפתיח אינו חיסיון, אלא קבילות,⁷² ואין

62 ראו את ההכרעה המפורסמת בעניין קבילותה של בדיקת פוליגרף בהליך אזרחי בשל הסכמת הצדדים, ורק בשל כך: ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב(1) 446 (1988).

63 ראו נינה זלצמן "אמת עובדתית" ואמת משפטית – מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפט כד 263, 264 (2000).

64 עדות שמועה נפסלת משום שללא העד הישיר אי-אפשר לבחון באופן בלתי-אמצעי את כנותו, דיוקו, אם טעה בתום-לב, אם השתמש במסקנה וכדומה. טיעונים נורמטיביים לכלל האוסר עדות שמועה הם הגברת ההסתברות לדיוק שיפוטי בקביעת עובדות וזכות העימות כחלק מזכות ההשתתפות של אדם בהליכי המשפט. ראו מנשה, לעיל ה"ש 55, בעמ' 199–200, 205. לדיון ביקורתי ראו שם, בעמ' 206–216. קיימים חריגים רבים לאיסור עדות שמועה, לנוכח נסיבות כלליות שהשיח הרווח תופס כמבטיחות סבירות גבוהה לכנות של מוסרי האמירות או כמסירות את החשש שמסמך מסוים נערך במטרה לנצלו לצורך הליך משפטי. ראו שם, בעמ' 226.

65 זאת, מתוך הנחה שרק לנוכח קונסנזוס מדעי ניתן למנוע הסתמכות על תיאוריות מפוקפקות, כדי שהחלטה השיפוטית לא תיחשב פזיזה או ספקולטיבית, וכדי לצמצם את הסיכוי לשרלטנות ולחוסר תום-לב מצד מומחים. ראו שם, בעמ' 189–198.

66 ראייה זו פסולה ככלל לנוכח החשש מהיסק מפוקפק, מדעה קדומה ומדטרמיניזם, ולנוכח הצורך להתמקד באירוע מושא כתב האישום. ראו שם, בעמ' 232–238. כן ראו ע"פ 265/64 שויביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(3) 421, 441 (1965).

67 ראו זלצמן, לעיל ה"ש 63, בעמ' 264–268.

68 ראו ס' 13 לחוק האזנת-סתר.

69 ראו ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

70 ראו ס' 12 לפקודת הראיות.

71 ראו ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006).

72 ראו אלכס שטיין "חסיון בנק-לקוח בדיני הראיות" משפטים כה 45, 52 (1995).

להתבלבל: מדובר בדרישות מצטברות.⁷³ הדבר ברור מלשונם של סעיפים אלה, ועוד יותר לנוכח לשונם של החסיונות האחרים המופיעים בפקודת הראיות, המסתפקת בכך שפלוני אינו חייב למסור. ההבדל הלשוני משקף מהות הכרחית, שיש לה שתי משמעויות מעשיות: האחת היא שבמצב שבו פלוני מבקש למסור ראייה החסויה תחת סעיפים 44 ו-45 לפקודת הראיות, יסרב בית-המשפט לקבלה;⁷⁴ והאחרת היא שאם פלוני מבקש למסור ראייה החסויה תחת סעיף אחר – ולענייננו, אם עורך-דין סורר מבקש להפר את אמון הלקוח, להעיד ולמסור מידע חסוי – הוא אינו מנוע מלעשות כן מבחינת פקודת הראיות.⁷⁵ **תקשורת בין עורך-דין ללקוח אינה ראייה בלתי-קבילה כשלעצמה.** ממחסום חיסיון לא נובע מחסום קבילות, שאם לא כן לא היה נדרש גם מחסום קבילות בעבור החסיונות לטובת המדינה והציבור. אם הראייה החסויה תושג באופן שונה, החיסיון לא יושענה.

(ד) חיסיון

הכשרות והקבילות כוללות סוג פעולה אחד: חסימת העד מהגעה לדוכן העדים (כשרות) ומניעת ההישענות השיפוטית על ראייה שכבר הופקה (קבילות). גם החיסיון כולל סוג פעולה יחיד אך שונה: זכות-יתר לא לחשוף מידע לפני גוף המוסמך לדרוש אותו. להבדיל ממחסום הכשרות, אשר חל רק בבית-המשפט, מחסום החיסיון חל לפני כל גוף המוסמך לחקור.⁷⁶ על החיסיון ניתן להתגבר על-ידי ויתור של בעל החיסיון. החיסיון שונה באופן מהותי מהכשרות בכך שהפעלתו היא בדרך-כלל לפני חשיפת המידע מול הרשות, ולא רק מול בית-המשפט, לאחר שהעדות כבר נמסרה לרשות. ברגיל, מחסום החיסיון מורם באופן שמונע את הפקת הראייה, ולא רק את השימוש המשפטי בה. בעוד הכשרות והקבילות מסתירות ראיות שערכן ההוכחתי ידוע לרוב היטב בשלב שלאחר החקירה, החיסיון מסתיר פוטנציאל גרידא, דלת שלרוב אין לצד האחר ולבית-המשפט מושג חד מה מסתתר מאחוריה. זו אולי הסיבה המרכזית לכך שכמות הדיונים המשפטיים בנוגע לחסיונות בטלה בשישים לעומת הכמות בנוגע לקבילות: רוב סיפורי

73 דוגמה נוספת למצב שבו החיסיון והקבילות יוצרים דרישות מצטברות עולה ממאמרו של עמית, אשר הפנה לס' 20(ב)–(ג) לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981. ראו עמית, לעיל ה"ש 47, בעמ' 255.

74 ראו אדי רטיג "העוקץ: ראיות חסויות, חובת ההנמקה וחופש הביטוי" **משפטים** יד 108, 111–112 (1984).

75 ארחיב על עניין זה בהמשך. גם במשפט האנגלו-אמריקאי, כפי שהדגיש צוקרמן, החיסיון כשלעצמו אינו נותן הגנה מספקת, ונדרש לצידו גם כלל הנוגע בקבילות, שלפיו שום דבר שנאמר באותה תקשורת חסויה אינו צריך להתקבל. ראו Zuckerman, לעיל ה"ש 14, בעמ' 108.

76 ראו ס' 52 לפקודת הראיות. זר-גוטמן הבהירה כי החיסיון הראיתי מוגבל לפורומים של איסוף ראיות: הליך משפטי, חקירה או חיפוש. זאת, להבדיל מחובת הסודיות, שחלה כלפי כולי עלמא. החיסיון עוסק רק במידע שמבקשים להפוך לראייה, ואדיש למידע שאין מבקשים לגלותו בהליך משפטי, בחקירה או בחיפוש. הסודיות, לעומת זאת, אדישה לשאלת הראיות. ראו זר-גוטמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 168.

החיסיון אינם מגיעים לבית-המשפט. באופן טיפוסי, איש אינו נחשף למה שיש מאחורי מסך החיסיון, ולכן גם איש אינו קורא תיגר על-פני-רוב ודורש את הרמת המסך. ייתכן שזו אחת הסיבות לכך שקל יותר למערכת המשפט להתמודד עם המחסום הראייתי הזה. החיסיון אינו אלא סיכוי וניחוש. קל יותר לוותר על מה שערכו מצוי בספק.

סעיף 52 לפקודת הראיות קובע כי הפרק שעוסק בחיסיון חל לפני בית-משפט, בית-דין, רשות, גוף או אדם המוסמכים על-פי הדין לגבות ראיות. עולה מכך נקודה נוספת שראויה להדגשה: החיסיון, כל חיסיון, חל מול רשות, ולא מול גורם פרטי. זאת, לא משום שלגורם הפרטי מותר מה שאסור לרשות, אלא מפני שהגורם הפרטי ממילא חסר סמכות משפטית לדרוש מידע. החיסיון אינו דרוש כדי לסרב לבקשה פרטית למסור מידע; הוא דרוש כדי לסרב לדרישה חוקית למסור מידע, והוא מאפשר לבעל החיסיון לצאת מהכלל ולא למסור. החיסיון אינו נוגע במסירת מידע וולונטרית. מי שאינו רוצה למסור כאמור – פשוט אינו חייב לעשות כן, מבחינה משפטית.

את החיסיון ניתן לפרק לסוגים שונים, אשר מתגשים בערך האמת⁷⁷ ומשרתים ערכים מגוונים שברובם מתקשרים לצורך בסודיות.⁷⁸

החסינות לטובת המדינה והציבור סובבים סביב מידע, ולא סביב אדם.⁷⁹ מי שיודע דבר-מה ששר הטיל עליו חיסיון – אינו חייב למסור אותו.⁸⁰ אותו ידען הוא עד כשר לכל דבר ועניין, ויוכל להעיד על מידע שאינו מכוסה בתעודת החיסיון; יוכל ויחויב. גם חסינות נוספים שנידונו בפסיקה ונדחו היו עשויים, לפי הגיונם, לכסות מידע בלי קשר הכרחי לזהות המוסר אותו – למשל, חסינות הנוגעים בדין משמעתי או בדינייהן של ועדות קידום במוסד אקדמי.⁸¹ אין אדם אחד שמתאים לוותר על החסינות או שנסמוך

77 ראו שושנה נתיהו "על התפתחויות בסוגיית החסינות המקצועיים" ספר זוסמן 297, 298 (אהרן ברק, יצחק זמיר, חיים כהן, נפתלי ליפשיץ וגבריאלה שלו עורכים, 1984).

78 ראו זלצמן, לעיל ה"ש 63, בעמ' 264–265, 270–271. הבנה נוספת של רעיון החיסיון מתקשרת לכך שמדובר בקרב אבוד של מערכת המשפט, בהנחה שבעל-המקצוע שונים ממילא יסרבו להעיד, ולכן מוטב למנוע את המבוכה האמורה באמצעות אפשרות משפטית של הסירוב. ראו שם, בעמ' 269–270 (בנוגע לכוהן-דת); אליהו הרנון "הגנה על יחסי אמון: היש להכיר בחיסיון העיתונאי?" עיוני משפט ג 542, 542 (1974) (בנוגע לעיתונאי). עניין זה תקף ביתר שאת בנוגע למחסום הכשרות, שמונע התייצבות בבית-המשפט (אך כזכור אינו מונע עדות בחקירה המשטרית). על כך ראו את תיאוריית התדמית (Image Theory), הגורסת כי החסינות מטרתם לצמצם את המבוכה למערכת המשפט בגין אוזלת-ידה בכפיית ציות: *Development in the Law: Privileged Communication: II. Modes of Analysis: The Theories and Justifications of Privileged Communications*, 98 HARV. L. REV. 1471, 1498–1499 (1985) (להלן: *Developments in the Law*).

79 ראו שטיין, לעיל ה"ש 72, בעמ' 52.

80 חיסיון מנוגד לגילוי. מסמך חסוי הוא בלתי-קביל, אך לא להפך: מסמך בלתי-קביל לא ייחנה בהכרח מחיסיון. אי-קבילות באה למנוע את בית-המשפט מלבסס ממצא על הראיה הבלתי-קבילה; חיסיון נועד למנוע בעל-דין מלעיין במסמך. בהעדר חיסיון, צד רשאי לעיין במסמך כדי לדלות ממנו מידע שיסייע לו במשפט, גם אם המסמך עצמו אינו קביל. ראו עמית, לעיל ה"ש 47, בעמ' 252–254.

81 ראו בג"ץ 844/06 אוניברסיטת חיפה נ' עוז, פ"ד (סב) 167 (2008) (להלן: עניין עוז); בג"ץ 7793/05 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פס" 1–3, 11–14 ו-17–18 לפסק-דינה

עליו שיעשה את הדבר הנכון וישמור על המידע החסוי עד שיהיה נכון מבחינתו של בעל האינטרס החסוי לגלותו; ולכן לא נפקיד את ההחלטה בעניין בידי אדם אחד מסוים. סוג שני של חיסיון הוא החיסיון מהפללה עצמית. אין זה חיסיון כללי של מידע, אלא חיסיון של אדם לגבי מידע מסוים מאוד ולגביו בלבד: העדר חובה למסור מידע מפליל. לחיסיון זה אשוב בהמשך.

סוג שלישי הוא החיסיונות המקצועיים, המכסים מערכות יחסים בין צד מקצועי לבין הפונה אליו. ההנחה בבסיסם של חסיונות אלה, וזו בהחלט הנחה בת-פקוק, היא שללא החיסיון לא הייתה מתקיימת כל תקשורת – או למצער לא הייתה מתקיימת תקשורת חופשית – בין בעל-המקצוע לבין הפונה, ולכן החיסיון נחוץ. החיסיון פועל כך שבכל רשות שבעל-המקצוע נקרא אליה הוא רשאי לסרב להעיד או למסור מסמך הקשור לשירות. הוא כשר להעיד, במובן זה שניתן לקרוא לו להתייצב מאחורי דוכן העדים והוא אינו רשאי לסרב לכך. כמו-כן הוא מחויב למסור כל מידע שאינו קשור לשירות. לעומת זאת, על-פי לשון החוק, הצד האחר למערכת היחסים – הלקוח – אינו יכול לסרב להעיד גם בנוגע למערכת היחסים שלו עם נותן השירות. הוא יכול לוותר על החיסיון של בעל-המקצוע, אך הוא אינו יכול לרתום את החיסיון בעבורו עצמו. כך, אדם שנשאל מה אמר לו עורך-דינו אינו רשאי לסרב רק באמתלה של חיסיון מקצועי, באשר זה, לפי לשון החוק, אינו מאפשר לו להתחבא מאחוריו. אי-אפשר ליהנות כאשר אינך הנהנה. נותר לו החיסיון מהפללה עצמית, אך גם זה, אם בחר להעיד במשפטו שלו, אינו תקף בנוגע לאישום הנידון.⁸²

החיסיון המקצועי נועד להגן על מערכת היחסים המקצועית, ובאופן ספציפי יותר – על הפתיחות התקשורתית. בעוד חשיבותו של מחסום הכשרות היא אישית, ונוגעת בעד הנידון, למחסום החיסיון המקצועי יש חשיבות מערכתית קודם-כל. מערכת היחסים בין עורך-דין פלוני לבין לקוח אלמוני מרתקת אותנו פחות מהשאלה המערכתית: הואיל ויש גורם מקצועי המנחה את מערכת היחסים הזו ומיידע את הלקוח בדבר זכויותיו וציפיותיו, ההנחה היא שאם יישלל החיסיון, לא יוכלו בעתיד עורכי-דין להבטיח ללקוחותיהם תקשורת חופשית, וכך יתקשו להסיר את מחסום הזרות.⁸³

2. מחסומי הראיות וההיגיון של צווי חיפוש

המחסומים הראייתיים שונים במהותם ובתפקודם. הבדל חשוב באופן תפקודם נוגע בעיתוי פעולתם ובזירתה. צווי חיפוש נערכים תחת היגיון שונה מתשאל. תשאל מכון לביור עובדות דרך הצגת שאלות. במסגרת חקירה שעניינה תשאל ניתן להשתמש בחיסיון כדי להדוף שאלות מסוג מסוים. לעומת זאת, החיפוש הקלסי – זה שנערך לפי

של הנשיאה ביניש, פס' 3-9 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם באר"ש, 31.1.2011) (להלן: עניין בר-אילן).

82 ראו ס' 47(ג) לפקודת הראיות.

83 ראו הרדוף, לעיל ה"ש 21, בעמ' 334.

צו שיפוטי ואינו מצריך שיתוף-פעולה מיוחד מצד הנחפש, דוגמת בקשה שיציג בעצמו מסמכים⁸⁴ – פועל תחת היגיון אחר. כאשר המשטרה מגיעה לביתו חמושה בצו חיפוש, לא יישמע החשוד אם יגיד כי יש בביתו מסמכים המפלילים אותו. אין זה מעניין את המשטרה שהוא מעוניין לפנות לחיסיון מהפללה עצמית; אין אפשרות כזו בעבורו, שאם לא כן כל חשוד שהיה מודע לה היה רותם אותה כל אימת שהמשטרה הייתה מגיעה אליו לביקור.

ההיגיון של החיסיון, להבדיל מקבילות, הוא של **מגן מטפורי** שאינו פועל מעצמו – מגן, ולא שריון.⁸⁵ מי שמודע לקיום המגן בידיו ומבין כי הוא מותקף כעת – ובוודאי לא כל אדם מודע ומבין – יכול להרים את המגן ולהדוף את המתקפה. אם לא עשה זאת בזמן, והחומר נתפס, המגן לא יעזור עוד בכל הנוגע במה שכבר נתפס.⁸⁶ אם במועד עתידי תהיה תקיפה נוספת של בעל המגן, הוא יוכל כמובן להרימו ולהתגונן. אולם מה שכבר נכבש, ואינו עוד בידיו, אינו שייך עוד לעולם החיסיון, אלא לכל-היותר לעולם הקבילות. גם אם המשטרה פלשה לביתו של אדם בלי צו חיפוש ותפסה יומן שבו הפליל החשוד את עצמו, החיסיון לא יושיע את הפרט. כאשר הראיה כבר בידי המשטרה, החיסיון אינו רלוונטי עוד. רק מחסום הקבילות עשוי להושיעו, בצורת כלל פסילה שמקורו בחוק או בהלכה. כלל הפסילה אינו נובע מהחיסיון: חיסיון אינו פסילה. חיסיון הוא **מגן בזמן-אמת**, ולא בדיעבד, כמו הקבילות. מישור הקבילות עשוי לספק הגנה מסדר שני לערך שבבסיס החיסיון, גדר נוספת לאחר שהמגן לא הונף בזמן. גדר זו אינה מובנת מאליה, אינה מורמת מאליה ואינה קשורה למגן שלא הונף.

בחזרה לצו החיפוש: המחוקק ערך איזון והסמיך את בית-המשפט להתיר למשטרה לערוך חיפוש בביתו של אדם ובמחשבו, ולעיתים אף בגופו. הרצון בהגינות⁸⁷ אינו שולל את הסמכות המפורשת, ולפרט אין זכות שהסמכות לא תמומש. זכותו לפרטיות ולקניין הובסו כדין, ואי-אפשר להושיען באמצעות פרשנות מלאכותית של חקיקה שאינה מתאימה. אי-אפשר לייצר זכויות חדשות אד-הוק בשעה שקיים חוק שסולל את ההליך המדובר וכאשר האיזון הנערך בו ברור. אדם אינו יכול לרתום במקרה כזה את מחסום החיסיון מהפללה עצמית. הוא אינו יכול להניף עוד את המגן: הקמת חומה היא צעד חסר תוחלת לאחר שהמבצר כבר נכבש. אם המשטרה מוצאת יומן בביתו או במחשבו, שבמסגרתו הפליל את עצמו, הוא לא יוכל כעת למנוע את תפיסת היומן, אלא לכל-היותר לסרב למסור את המפתח לו, המתכתי או האלקטרוני, ככל שיש כזה.⁸⁸

84 ראו רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' שרון, פ"ד נח(1) 748 (2003) (להלן: עניין שרון).

85 השוו, בנוגע לחיסיון עורך-דין-לקוח, O'Brien, לעיל ה"ש 15, בעמ' 191.

86 השוו ע"פ 8974/07 לין נ' מדינת ישראל, פס' לא לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם באר"ש, 3.11.2010). צוקרמן כתב כי מי שוויתר על החיסיון אינו יכול לשוב ולתבוע אותו. בהמשך הוא תעה אם ניתן לוותר על החיסיון אך לדרוש אי-קבילות. ראו Zuckerman, לעיל ה"ש 14, בעמ' 145–147.

87 צוקרמן הפנה לחקיקה המעגנת את חסיון הליטיגציה בהקשר הפלילי, והדגיש כי חיסיון זה מבוסס על רעיון ההליך ההוגן. ראו Zuckerman, לעיל ה"ש 14, בעמ' 117–118.

88 סבורני כי ס' 45 לפקודת החיפושים, אשר תובע מהנחפש לתת לשוטר כניסה חופשית לבית ו"כל הקלה סבירה", בא לאסור חסימה פיזית אקטיבית של הבית עקב הגעת השוטר, ולא לחייב גילוי

מחסום החיסיון עניינו העדר החובה לשתף פעולה, אולם צו חיפוש קלסי אינו מתעניין בשיתוף-פעולה. צו חיפוש אינו שיחת-נימוסין ואינו פעולה תקשורתית, אלא פלישה כוחנית מוסמכת אל הפרט. מעבר לפתיחת דלתו, לא נדרש מן הפרט כל שיתוף-פעולה בנוגע לחיפוש בביתו או במחשבו.⁸⁹ מקום שאין הכרח מעשי בשיתוף-פעולה, אין לחיסיון תפקיד למלא.⁹⁰ כך לגבי חיסיון מהפללה עצמית וכך לגבי כל חיסיון אחר, לרבות חיסיון עורך-דין-לקוח. עורך-הדין יכול – ואף חייב – לסרב לשתף פעולה לפניות המשטרה אליו בנוגע למידע חסוי, אך בנוגע למסמכים ולקבצים המצויים בידי הלקוח הוא אינו מתבקש לעשות דבר ואינו יכול לעשות דבר. אומנם, תפיסת המסמכים אינה הופכת אותם לקבילים,⁹¹ ויהיה עליהם לעמוד במבחני הקבילות הנוגעים בדבר, אך החיסיון אינו הופך אותם לבלתי-קבילים.⁹² איני גורס כי הלקוח מוותר על החיסיון במצב כזה מעצם החזיקו את החומרים במחשב; עורך-הדין הוא שוויתר על כוחו (להבדיל מזכותו) להגן על התקשורת מרגע שנמסרה ולבשה צורה במקום אחר.

אקטיבי של סודות וסממות. בעניין זה ראו קביעה שיפוטית מעניינת של בית-המשפט המחוזי בוורג'יניה, אשר מסמיכה את המשטרה לחייב אדם למסור טביעת-אצבע לפתיחת הסמרטפון שלו, הגם שאין זה חוקתי לדרוש ממנו את הסממה, בגין החיסיון מהפללה עצמית: Megan Geuss, *Virginia Judge: Police Can Demand a Suspect Unlock a Phone with a Fingerprint*, ARSTECHNICA (Oct. 31, 2014), arstechnica.com/tech-policy/2014/10/virginia-judge-police-can-demand-a-suspect-unlock-a-phone-with-a-fingerprint/

89 בעבר נקבע כי סירוב להשתתף במסדר זיהוי אינו חלק מהחיסיון מהפללה עצמית. ראו ע"פ 648/77 קריב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 729, 739 (1978). בהמשך נקבע במפורש כי לאדם אין זכות לאי-הפללה עצמית בנוגע לחיפוש בגופו, וסירובו לשתף פעולה עלול להיזקק לחובתו. ראו ע"פ 663/81 חורי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 90, 92–90, 85 (1982).

90 לפני כחמישים שנה קבע השופט לוי כי החיסיון מהפללה עצמית פועל רק לפני מסירת הראיה, ולא אחריה: "שלב ההליכים שבו יש להפעיל את החיסיון הוא שונה מן השלב בו דנים בשאלת קבילותה של התוודות. את החיסיון יש לתבוע לפני מתן תשובה שיש בה כדי להפיל. בעל חסיון שהשיב ללא התנגדות על שאלה, אף כי התשובה עלולה להפילו – ויתר על החסיון ותשובתו קבילה כראיה נגדו בכל משפט אזרחי ופלילי..." ראו ע"פ 242/63 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 477, 498 (1964) (ההדגשות במקור). הדברים אומצו בהמשך בע"פ 131/67 קמיאר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 85, 110 (1968). גם לאחרונה נכתב כי החיסיון מהפללה עצמית אינו מתיר לחשוד לא לשתף פעולה בחיפושם, אף שיש לו עדיין זכות לפרטיות ולאוטונומיה. ראו ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פס' 11–14 לפסק-דין של השופט לוי (פורסם באר"ש, 1.8.2011).

91 הרנון כתב כי לחיסיון עורך-דין-לקוח יש אופי אישי, ופירוש הדבר, בין היתר, שאם המסמך התגלגל לצד שכנגד, אין מניעה להגישו כראיה. החיסיון אינו פוסל את קבילות המסמך, אלא רק מעניק זכות אישית לא להראותו. ראו הרנון, לעיל ה"ש 34, בעמ' 103.

92 צוקרמן הדגיש זאת וקרא לחולל שינוי נורמטיבי כך שהמידע החסוי יהיה גם בלתי-קביל. ראו Zuckerman, לעיל ה"ש 14, בעמ' 120–129.

3. סיכום פרק

במבט על סוגי המחסומים השונים נראה כי בית-המשפט בעניין היינץ אינו מקפיד על ההבחנה בין המחסומים. חיסיון הוא מחסום אשר משויך לעד מסוים ומאפשר לו לסרב לשתף פעולה בהקשר נתון. הוא אינו משויך לראיה מסוימת בלי קשר לעד. האזנת-סתר לא כדין תישאר פסולה בין שנקבל את התוצר מפלוני ובין שנקבלו מאלמוני; מחסום הקבילות נדבק אליה באשר תלך. לעומת זאת, מחסום החיסיון המקצועי אינו נדבק לראיה, אלא לאדם. אם אותו אדם אינו מניף אותו בזמן-אמת, ואם הוא אינו מתבקש כלל לספק ראיה, מחסום זה מאבד חלק ניכר מכוחו. הוא אינו מאבד את כל כוחו, שכן עורך-הדין שייקרא להעיד על חליפת הדברים יוכל – ואף יחויב אתית – להרימו; אך חלק מכוחו אובד בהחלט, במובן של חשיפת המידע הראשונית וסמכותה של המשטרה לעיין בו.

יתרה מזו, אפילו עסקנו בקבילות, המחסום אינו מועיל בשלב זה. גם בהנחה שהראיה שתיתפס פסולה, אין הדבר מונע את המשטרה מלתפוס אותה. ככלל, המשטרה מוסמכת לתפוס ראיות פסולות. הדבר נכון בנוגע לפסלות עובדתית, ובמקרים רבים אף בנוגע לפסלות ערכית. כך קבעה הנשיאה ביניש במפורש בעניין שמש: חקירה לחוד וקבילות לחוד, וגם אם ברור שהראיה פסולה, המשטרה יכולה לעיין בה ולהשתמש בה בחקירה.⁹³ ההיגיון האמור אינו חסין מביקורת,⁹⁴ אך אם הוא יפה לגבי עיון בעדויות של עובדים שנגבו ללא דאגה לזכויותיהם, אזי הוא יפה גם לגבי עיון בתכתובת עם עורך-דין.

למעשה, פסק-דין היינץ יוצר מחסום שאינו עוד חיסיון, קבילות או כשרות, אלא חסינות – הראיה לא רק בלתי-קבילה (inadmissible)⁹⁵ או אפילו בלתי-תפיסה (unseizable) או בלתי-נחפשת (unsearchable), אלא היא בלתי-נגיעה (untouchable). פסק-הדין יוצר מצב שבו ראיה שנתפסה כדין אינה ניתנת לעיון כלל. זהו מצב נדיר שקשה למצוא בחקיקה,⁹⁶ וספק אם הוא אמור להיסלל בפסיקה, לא כל שכן בפרשנות

93 ראו דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש (פורסם באר"ש, 9.1.2012) (להלן: עניין שמש).

94 ראו את ביקורתי על הסירוב השיפוטי למנוע חשיפה לראיות פסולות: אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה הרטורי והמהותי של ההכרעה הפלילית" **דין ודברים** ח 33, 82–85 (2014).

95 מה שמכונה בעברית "חסיון השימוש" (באנגלית: use immunity) מכוון למצב שבו המידע חשוף אך אינו שמיש. ראו MCCORMICK, לעיל ה"ש 18, בעמ' 515.

96 מרפי הפנה לחוק שנותן לפריטים חסויים הגנה מפני תפיסה בצו: The Police and Criminal Evidence Act, 1984, c. 60, § 8 (Eng.). ראו MURPHY, לעיל ה"ש 38, בעמ' 477. אצלנו ראו, למשל, ס' 7 לחוק האזנת-סתר, המחייב להפסיק לאלתר ולמנוע תמלול של האזנה לשיחה ברגע שמתגלה כי אחד מצדדיה הוא חבר-כנסת. אולם אפילו אז אפשר להעביר את החומר לשופט, שרשאי להאזין לו ולהורות על תמלולו. כן ראו ס' 2 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951, ואת יישומו בעניין שרון, לעיל ה"ש 84. רעיון החסינות בישראל אינו רעיון ראייתי או דיוני כללי, אלא ביטוי אחד מני כמה לזכות-יתר הנתונה לנבחרי ציבור מיוחדים,

משפט ועסקים יט, תשע"ו חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון: חיסיון עורך-דין וירטואלי

שמתעלמת מלשון החוק הברורה. מכשיר החיסיון נהפך לחסינות, ואף שהמונחים בלעז משמשים לעיתים כחלופיים,⁹⁷ הם משקפים רעיונות שונים ופעולה שונה. שניהם מתקשרים אומנם לזכויות-יתר שניתן לוותר עליהן, ושניהם מתקשרים למחסום מפני התנהלות רגילה של הרשויות. אולם החסינות אינה מגן מטפורי; היא הילה, שריון של ממש. איש אינו צריך להניפה כדי לזכות בהגנה שהיא מעניקה מפני הרשויות. מרגע שהיא שם, היא פועלת והודפת מראש כל ניסיון אכיפתי. לעומת זאת, החיסיון מצריך מודעות ובחירה לרתום אותו, ומה שכבר אינו בידי הנהנה מהחיסיון – אינו מוגן עוד. ההתייחסות לחיסיון כאל חסינות מעוררת שאלות קשות על התוצאה המשפטית של עניין היינץ, גם אם המטרה מאחורי החיסיון הייתה נפגעת קשות אילו התקבלה החלטה אחרת. אך האומנם היא הייתה נפגעת? ואם כן, אז מה?

פרק ד: על הפגיעה בתכלית החיסיון

1. מבוא

לשכת עורכי-הדין, שהצטרפה כידידת בית-המשפט לדיון בעניין היינץ בבית-המשפט העליון, טענה כי ללא פרישה רחבה יותר של החיסיון, הוא ירוקן מתוכן, אפילו אם יותר למשטרה רק לערוך עיון ראשוני במסמכים כדי לוודא שהם חסויים. הנשיאה התרשמה לחיוב מהטיעון, והקדישה תשומת-לב ניכרת לסלילת הפרוצדורה שמטרתה לוודא כי אכן מדובר במסמכים חסויים.⁹⁸

הנחת-המוצא השזורה לכל אורך הפרשה היא שללא פרישה רחבה של החיסיון ייפגעו קשות מוסד החיסיון והתכלית העומדת בבסיסו. בפרק זה אתקוף את ההנחה בכמה מישורים. אציג סוגים טיפוסיים אחרים של מקרים שבהם תכליתו של מוסד החיסיון – תקשורת חופשית בין עורך-הדין ללקוח – נפגעת או עלולה להיפגע. כלומר, אציג מילון של פגיעות בתקשורת החופשית, ובכך אבדל את השקפתי מזו שלפיה מצב של אי-ודאות לגבי תחולתו של החיסיון בהקשר מסוים אכן שווה-ערך למצב של העדר

כחברי-כנסת וכנשיא המדינה. מדובר בזכות-יתר שנתונה להם כל עוד הם ממלאים את כהונתם, וזאת להבדיל מהחיסיון המקצועי, שאינו פוקע עם תום העיסוק.

97 צוקרמן השתמש במונח "חסינות" (immunity) לתיאור פעולה של חיסיון – זכות-יתר לסרב לשתף פעולה. Zuckerman, לעיל ה"ש 14, בעמ' 120.

98 ראו היינץ, לעיל ה"ש 2, פס' 19–28. מובן ששאלות רבות ממתונות עדיין לתשובה. לאחרונה נערך דיון שעניינו חיפוש ממוחשב במחשבו של עורך-דין שנחשד בעברות שוחד ואחרות. המחלוקת הייתה בנוגע למילות החיפוש בחומר הממוחשב והגורם שיבחן אותן. ראו צ"א (שלום כ"ס) - 24743-03-14 מדינת ישראל נ' בר (פורסם באר"ש, 30.3.2014).

מוחלט של חיסיון.⁹⁹ לאחר-מכן אדמיין מצב שבו ההכרעה בעניין היינץ הייתה הפוכה, ואראה שגם במצב כזה ספק רב אם מוסד החיסיון היה קורס.

2. מילון הפגיעות בתקשורת החופשית

קיימים מצבים לא-מעטים שבהם תכליתם של חסיונות מקצועיים עלולה להיפגע, ואף בחריפות. חרף מצבים אלה מוסד החיסיון עומד על תילו, והקהל ממשיך לפנות לבעלי-המקצוע. הנה מילון לא-שלם ובו דוגמות בלתי-ממצות, חלקן עיוניות וחלקן מעשיות, חלקן משקפות התרחשות דרמטית וחלקן התרחשות שגרתית.

(א) מעילה בחיסיון

תיאורטית, עורך-דין (כבעלי-מקצוע אחרים) עשוי לשתף פעולה עם המשטרה, אפילו בבית-המשפט, חרף החיסיון. פקודת הראיות אינה מגבילה אותו. אומנם, לפי סעיף 90 לחוק לשכת עורכי-הדין, עורך-הדין "לא יגלה" ראיות שכלולות בחיסיון ("דברים ומסמכים שהוחלפו בין לקוח לבין עורך דין ויש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח"), אולם אין זה מחסום קבילות. כותרת הסעיף היא "סוד מקצועי", והוא מכוון לסודיות, לאתיקה.¹⁰⁰ לשונו אינה קבילות: הוא משתמש בביטוי "לא יגלה", המתמקד בעורך-הדין; ולא בביטוי "לא יקבל", המתמקד בבית-המשפט במצב שבו עורך-הדין מפר את חובתו המקצועית והאתית. אומנם, סעיף 2(7) לחוק הגנת הפרטיות, שעניינו הפרת חובת סודיות שנקבעה בדין, עשוי למנוע קבילות בתנאים מסוימים.¹⁰¹ אולם הואיל וחוק זה יוצר סעיף פסילה יחסי בלבד, שהוא סעיף פסילה

99 השקפה כזו מסתמנת אצל זלצמן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 514. זר-גוטמן, לעומתה, גילתה מודעות לחוסר הוודאות שקיים גם במצב המשפטי הנוכחי (לפני פרשת היינץ). היא כתבה כי לשכת עורכי-הדין רואה חשיבות עליונה בהבטחת תקשורת חופשית בין עורך-הדין ללקוח, ולכן חובת הסודיות היא מוחלטת וללא חריגים; אלא שבפועל נוצרו חריגים, כגון סכסוך עם הלקוח (חריג שנוצר בניגוד לעמדת הלשכה). לגישתה, ההבחנה בין הסוגיות מטשטשת את הסודיות והחיסיון, ויוצרת לעורך-הדין וללקוח סביבה חסרת ודאות. ראו זר-גוטמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 171-174.

100 החובה האתית שחלה על עורך-הדין לשמור את הסודיות מבוצרת בעזרת הבטחה שחיסיון עורך-דין-לקוח מספק. ראו Sisk & Abbate, לעיל ה"ש 15, בעמ' 216. זר-גוטמן כתבה כי ס' 90 הוא הוראה משמעתית המטילה חובה על עורך-הדין, ולא על בית-המשפט וגופי חקירה, ואין די בפטור מהחובה להעיד, שמצוי רק בס' 48 לפקודת הראיות. מאמרה בא לפזר את הערפל סביב הבלבול המושגי בין חיסיון וסודיות. ראו זר-גוטמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 168-169, 175-179, 185-190; זר-גוטמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 85-95. לחידוד ההבחנה בין חיסיון וסודיות ראו גם עמית, לעיל ה"ש 47, בעמ' 257-260.

101 בין היתר נדרשת קביעה כי מדובר ב"ענייני הפרטיים של אדם". הפרת חובת סודיות שמקורה בדין אינה יוצרת כשלעצמה פגיעה בפרטיות. המחוקק דרש תנאי נוסף המתייחס לאופיו של התוכן הסודי, ואיני סבור שכל מידע שעורך-דין שומע מלקוח הוא ביחס ל"ענייני הפרטיים". השוו לדיון שנערך אצל שטיין בנוגע לסודיות בין בנק ללקוח מכות ס' 2(8) לחוק הגנת הפרטיות: שטיין, לעיל ה"ש 72, בעמ' 61-63.

חלש למדי שתלוי לגמרי בשיקול-דעתו של בית-המשפט, האחרון עשוי לקבל את העדות חרף הפגיעה בפרטיות, וזאת לפי סעיף 32 לחוק. מכל מקום, אפילו דובר במחסום קבילות, הוא לא היה חל לגבי המשטרה.

כלומר, גם כאשר החיסיון מוחלט, אין פירוש הדבר שהמידע המוסתר מאחוריו לא יתקבל אם הנהנה מהחיסיון יחליט להפנות לו עורף. מבחינה מעשית אין הדבר צפוי לקרות, משום שעורך-דין שיסגיר את סודות לקוחותיו יוכל לסגור את משרדו למחרת ולהתכונן לתביעה נזיקית נגדו. אולם האפשרות קיימת בכל-זאת, ועצם קיומה מצמצם – ולו במעט – את הסיכוי לתקשורת פתוחה וחופשית. אפילו מעילה בחיסיון שתתבטא בכך שבעל-המקצוע (או אחד מעובדיו) רק יספר דבר במשטרה או בתקשורת, ולא יעיד בבית-המשפט, עלולה לפגוע קשות בסוג מערכת היחסים המדובר, ככל שתהיה למעילה תהודה ציבורית. מעילה בחיסיון אינה חייבת להיות מכוונת; היא יכולה להיעשות גם ברשלנות.¹⁰² המעילה גם אינה חייבת להיות דרמטית ומול גופים מוסמכים; עורך-דין עשוי לספר לעמיתו¹⁰³ או לבת-זוגו על שיחות עם הלקוח. מצבים אלה אינם דמיוניים, וממילא החיסיון אינו רלוונטי לגביהם, באשר אין בהם רשות שמוסמכת לדרוש את שיתוף-הפעולה, אולם חופשיות התקשורת המקצועית עלולה להיפגע גם מהם. בהמשך לכך, גם מעילה אחרת באמון מצד עורך-הדין, כגון גיבת כספי הלקוח, עלולה לפגוע בתקשורת חופשית עתידית של לקוחות ועורכי-דין אחרים.

(ב) חיסיון מדומה

אדם המציג את עצמו ככזב כעורך-דין (או כבעל-מקצוע אחר) עשוי להתקשר עם לקוח אמיתי ולקבל ממנו מידע שנמסר מתוך הנחת סודיות. מידע כזה אינו חסוי ואינו מוגן מפני חשיפה. מצב זה אינו דמיוני ותיאורטי, ולא בכדי נולדה, בסעיף 97 לחוק לשכת עורכי-הדין, עברה קונקרטי של התחזות לעורך-דין. עברה זו אמורה לצמצם את הסיכוי למצב כזה, וככל שהיא תעשה כן ביעילות, יצטמצם פוטנציאל הפגיעה של החיסיון המדומה בתקשורת החופשית בין עורכי-דין ללקוחותיהם.

מצב של חיסיון מדומה עלול לקרות בהטעיה או בטעות.¹⁰⁴ אם ייחשף המידע, תופר הציפייה לתקשורת חסויה ותיפגע התכלית שמאחורי החיסיון. אולם החיסיון המדומה

102 השווה לפרשת גוזלן, אשר בה, לפי החשד, הזמין אדם מעשה הצתה מאדם אחר, תוך הבטחה שאם ייעצר, הוא יממן בעבורו עורכת-דין. ההצתה בוצעה, המצית נעצר, ועורכת-הדין גוזלן נשכרה לטפל בו. המשטרה רצתה להוכיח את הקשר בין המזמין לבין המצית, ולכן זימנה את גוזלן, שמסרה מידע במשטרה. בהמשך זימנה גוזלן להעיד בתיק של המזמין. רק לאחר שעורכת-הדין של המזמין התנגדה להעדתה, התנגדה גם גוזלן. ראו בג"ץ 744/97 גוזלן נ' השופט אמינוף, פ"ד נא(1) 355 (1997).

103 זר-גוטמן סברה כי לגבי התייעצות של עורך-דין עם עמית קיימת הסכמה משתמעת של הלקוח, כל עוד הדבר נעשה לשם שיפור הייצוג. ראו זר-גוטמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 97. איני בטוח שבכל מקרה כזה אכן קיימת הסכמה משתמעת, הגם שאין זו "מעילה" קלסית, כמובן. מכל מקום, מרגע שהמידע הסודי עובר הלאה, אין עוד תחולה לחיסיון; רק עורך-הדין נהנה ממנו.

104 אדם המתחזה לעורך-דין אף שאין לו ידע משפטי מוליד את המצב הזה בהטעיה. לעומת זאת, טלו

כשלעצמו לא ימנע את חשיפת הראיה במשטרה או את הגשתה בבית-המשפט. הדרך היחידה למניעה כזו מצויה, אולי, במישור הקבילות, שעלול להיות חלקלק מאוד ובעל איזונים משל עצמו, להבדיל מהחיסיון המוחלט. כך, למשל, תחבולה משטרית שבמסגרתה נעשה שימוש ברב מתחזה, ואשר הובילה להודאה נוספת מצד חשוד ולהפללה כתובה של חשודים אחרים, הקימה עליה ביקורת חריפה בבית-המשפט העליון.¹⁰⁵ אולם ההודאה וההפללות לא נפסלו, ומובן שרעיון החיסיון לא נרתם: לא המתחזה ולא האדם שמולו יכולים לעורר טענת חיסיון מדומה וכך למנוע את הגשת הראיה. תחבולה משטרית או אפילו אזרחית שתשתמש בעורך-דין מדומה צפויה להיתקל בעוינות שיפוטית רבה עוד יותר, באשר עורך-הדין הוא חלק משמעותי משיטת המשפט, להבדיל מרב או מכומר. אולם גם עוינות מוגברת כזו לא תקים חיסיון, אלא לכל-היותר מחסום קבילות.¹⁰⁶ נוסף על כך, רשימת בעלי-המקצוע שנהנים מחיסיון אינה בהכרח ממצה וברורה לציבור, שעלול להניח קיומו של אמון גם בנוגע לאנשי מקצועות קרובים, כגון פרופסור למשפטים שאינו עורך-דין, פרמדיק ואחות שאינם רופאים, רב שאינו כוהן-דת ועוד.

(ג) השחרת בעל-המקצוע

דרך נוספת לפגוע בתכלית היא השחרת בעל-המקצוע. החיסיון אינו מטרה עצמאית, אלא מכשיר שבא לאפשר תקשורת חופשית בין בעל-המקצוע לבין לקוחו. כאשר מעודדים את הלקוח לא להיעזר בעורך-דינו באמצעות השחרת שמו של האחרון, אין בכך פגיעה בחיסיון עצמו, אך יש בכך פגיעה קשה במטרה שהחיסיון בא לקדם. גם מצב זה אינו תיאורטי, ועלה באופן מפורסם בעניין אלום¹⁰⁷ ובהמשך בעניין אל-עוקה,¹⁰⁸ כאשר המשטרה או מדובבים מטעמה פעלו להשחרת עורכי-דינם של חשודים, כדי

למשל אדם בעל ידע משפטי נרחב, דוגמת פרופסור למשפטים שאינו עורך-דין אך מיעץ בענייני משפט. מדובר במומחה שאין סיבה משכנעת למנוע ממנו חיסיון, למעט לשון החוק המפורשת, העוסקת רק בעורך-דין. הדבר עלול להוליד מצב דומה בטעות או ברשלנות. גם אם אין היגיון להבחין בין ייעוץ משפטי שנתן עורך-דין לבין כזה שנתן מרצה למשפטים, ההיגיון אינו חזות הכל. אפילו אם חברות בגילדה היא הדבר היחיד שמפריד בין המשפטן לבין עורך-הדין, החברות עושה את ההבדל מבחינת החוק הפורמלי. יש להניח כי המחוקק יודע מיהו משפטן ומיהו עורך-דין, וכי ביודעין בחר להקנות חיסיון רק לאחד מהשניים. ראו, לעומת זאת, את טענתה של זר-גוטמן כי גם פנייה של לקוח לעוזר משפטי צריכה להקים חיסיון. זר-גוטמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 89.

105 ראו ע"פ 9808/06 סנקר נ' מדינת ישראל, פס" 3-5 ו-22-26 לפסק-דינו של השופט לוי, פס" 4-2 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם באר"ש, 29.7.2010).

106 לפי מקורמיק, אם אדם מאמין באופן סביר שהוא מתקשר עם עורך-דין, די בכך לייצר חיסיון אפילו בעבור בלש מתחזה. ראו MCCORMICK, לעיל ה"ש 18, בעמ' 352 (ראו הפניה שם לפסק-דין ממישיגן משנת 1886). מובן שאין זה המצב תחת החוק הישראלי הקיים.

107 ראו ע"פ 1301/06 עזבון אלום נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 177 (2009). לדיון בפסק-דין זה ראו בועז סנג'ור "השימוש בתחבולות ובמדובבים לשם גביית הודאות – הרהורים בעקבות ע"פ 1301/06 עזבון המנוח יוני אלום נ' מדינת ישראל" עלי משפט ט 399 (2001).

108 ראו ע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 23.11.2011).

לעודדם לוותר על התקשורת עימם – מטרה שהושגה בהצלחה. אולם לא דרושה דרמה גדולה כדי לעודד חשודים לא להיוועץ עם עורכי-דין; ניתן פשוט לדחוף אותם לעבר אי-מימוש זכותם, מה שבוודאי יקל על חוקרי המשטרה בהמשך החקירה.

(ד) חקירת מי שאינו הנהנה מהחיסיון

דרך נוספת לפגוע במטרות החיסיון היא לפנות לבעל החיסיון המקצועי שאינו הנהנה. בישראל, על הנייר, אין חיסיון במצב שבו הלקוח נשאל על שיחתו עם עורך-הדין. זהו למעשה הרובד המופשט של עניין היינץ: הגעה למידע דרך הלקוח. יש יסוד להניח כי הדבר אינו קורה בבית-המשפט, אם מפאת העדר הבנה שמדובר בשאלה רלוונטית שאין עליה חיסיון, אם מפאת חסימה שיפוטית של המהלך בגין חוסר הבנה כאמור, ואם משום הימנעות ממנו מטעמים של קולגיאליות בין עורכי-הדין או הדדיות: החשש ששאלותיי לבעל-הדין שכנגד על שיחתיו עם עורכת-דינו יובילו לשאלות שלה ללקוח שלי על שיחתיו עימי. אולם על הנייר רק עורך-הדין הישראלי נהנה מהחיסיון; לקוחו אינו יכול ליהנות ממנו, ואינו יכול להדוף שאלות ובקשות לשיתוף-פעולה באמצעותו. איני טוען כי חיסיון תקשורת חד-צדדי כזה הוא דבר הגיוני, אך זו לשון החוק הברורה בישראל, להבדיל מהמצב בארצות-הברית, למשל.¹⁰⁹ כך בנוגע לחיסיון עורך-דין-לקוח, וכך ביחס לכל יתר החסיונות המקצועיים בישראל.

(ה) ויתור על החיסיון

במצב של תפיסת דואר אלקטרוני בידי הלקוח, מעבר לחששו של עורך-הדין שתפיסת החומר תפגע באינטרסים של לקוחו, הוא עשוי לחשוש גם שמה שהוא עצמו כתב יציג אותו באור רע. באופן דומה, האפשרות לויתור מצד לקוח קונקרטי על החיסיון עלולה לפגוע בתקשורת הפתוחה בין עורכי-דין ולקוחות, משום שעורך-הדין יביא בחשבון שהתקשורת תיחשף, מה שעלול להאיר אותו באור שלילי בהקשרים מסוימים, גם אם העצות שנתן חוקיות לגמרי.¹¹⁰ אף שבאופן טיפוסי אין לעורך-הדין סיבה לחשוש בלקוח, יחסי השניים עלולים לעלות על שרטון, ואם כך, עורך-הדין יודע בוודאי שללקוח אין חובת סודיות כלפיו. הדבר עלול להגביל מראש את המידע שזורם מעורך-

109 שם נכתב כי כיום ברור שהחיסיון מכסה לא רק את המידע שהלקוח מוסר לעורך-הדין, אלא גם את הייעוץ שעורך-הדין מוסר ללקוח. ראו Stevenson, לעיל ה"ש 31, בעמ' 358; O'Brien, לעיל ה"ש 15, בעמ' 190. האחרון אף כתב כי הלקוח, בעל החיסיון, יכול למנוע כל אדם מלחשוף תקשורת סודית בינו לבין עורך-דינו (שם, בעמ' 190-191). עוד נכתב כי ההצדקה המודרנית – עידוד גילוי – מרמזת שהחיסיון מכסה רק את דברי הלקוח, ולא את דברי עורך-הדין, אך הנטייה היא לכסות לפחות את דברי עורך-הדין שמרמזים על סודות של הלקוח. למעשה, כל מסר מעורך-הדין מתקשר בדרך זו או אחרת למסרים מהלקוח, ולכן מדינות אחדות בארצות-הברית מקנות את החיסיון גם ללקוח. הכלל שאומץ ברוב המקרים מגן גם על דברי עורך-הדין. ראו MCCORMICK, לעיל ה"ש 18, בעמ' 356-357.

110 מרפי כתב כי חיסיון פרטי היה מאז ותמיד כלל נגד כפייה, ומעולם לא מנע גילוי רצוני של ראייה חסויה על-ידי מי שמותר לו להתעקש על החיסיון. ראו MURPHY, לעיל ה"ש 38, בעמ' 412.

הדין אל לקוחו. מידע מוגבל יכול להיות כזה שיועיל ללקוח כדין – למשל, אפיון של השופט שהתיק מתנהל לפניו או של עמיתה למקצוע. לחלופין, אפשר שעורכי-דין מסוימים נמנעים מלכצו עבירות פליליות בייעוץ שהם נותנים ללקוחותיהם לא משום שהאתיקה שלהם מגבילה אותם, אלא מפאת חששם שהמידע יעבור הלאה מהלקוח הבוגדני אל הרשויות. החיסיון הוא של הלקוח, ואם ירצה לוותר עליו או לספר בעצמו, אם כדי לפגוע בעורך-הדין ואם לכל מטרה אחרת, ייחשף עורך-הדין לפגיעות שונות.¹¹¹ מעניין שצייק הדיון שהתקיים בארצות-הברית בנוגע לתחולתו של חסיון עורך-דין – לקוח על דואר אלקטרוני התמקד בשאלת הוויתור, כך שלכאורה בעניין היינץ היה בית-המשפט העליון יכול לנסות להתמודד עם השאלה האמורה גם דרך משקפיים אלה, שעוסקים בשאלת הוויתור. כלל (b) 502 לכללי הראיות הפדרליים קובע כי חשיפה של מידע בהליך פדרלי או לפני רשות או שוטר פדרליים אינה כרוכה בויתור על החיסיון אם החשיפה אינה מכוונת, אם מחזיק החיסיון נקט אמצעים סבירים למניעת חשיפה, ואם המחזיק נקט אמצעים סבירים לתיקון הטעות. מטבע הדברים, שאלת סבירותם של האמצעים למניעת חשיפה תהא במוקד. בספרות הוסבר כי במדינות רבות בארצות-הברית חשיפה בלתי-מכוונת של המידע עשויה להיחשב ויתור על החיסיון, ואז המידע ניתן להצגה במשפט: ראשית, בית-המשפט עשוי לקבוע כי היה ויתור על החיסיון אם צד לו לא שמר על הסודיות כיאות; שנית, כמעט כל בתי-המשפט יקבעו כי היה ויתור על החיסיון אם צד חשף מידע לצד שלישי מרצון; ושלישית, אם כי כאן הדברים ברורים פחות, בית-המשפט עשוי לקבוע כי כל חשיפה בלתי-מכוונת פירושה ויתור על החיסיון.¹¹² גם הדיון בנוגע לדואר האלקטרוני פנה לאפיק של הציפייה הסבירה לפרטיות, ובחן את שאלת הוויתור לאור סיכונים של אבטחת מידע וחשיפה בלתי-

111 לדוגמה, במסגרת ייעוץ משפטי שנתן למרשו, הזמין עורך-הדין מוסקונה אצל חברת חקירות פרטית חקירה ודוח על אדם מסוים, והעביר את הדוח למרשו. תוכן הדוח, שכלל חוות-דעת שלילית, הגיע לידיעתו של מושא החקירה, והלה תבע בנוזיקין את מוסקונה ואת חברת החקירות. הועלתה טענת חיסיון בנוגע לשאלות שהוצגו למוסקונה. השופט בכור קבע כי השגת הדוח היא חלק מתפקידו של עורך-הדין, וכמוה גם הבעת חוות-דעתו של עורך-הדין לפני מרשו לגבי תוכן החקירות, אך הדגיש כי החיסיון אינו לטובת עורך-הדין, אלא לטובת הלקוח, שגם יכול לוותר עליו. ראו ע"א 632/77 **מוסקונה נ' מאור**, פ"מ התשל"ב(2) 321, 323–325 (1978).

112 ראו Stevenson, לעיל ה"ש 31, בעמ' 347; Gruber, לעיל ה"ש 23, בעמ' 632–646; Bruno, לעיל ה"ש 15, בעמ' 542, 546; Delsa, לעיל ה"ש 15, בעמ' 941; O'Brien, לעיל ה"ש 15, בעמ' 192, 195 (וראו את ההפניה שם לפרשת Katz המפורסמת בבית-המשפט העליון האמריקאי – Katz v. Donald Wochna, *Electronic Data, Electronic*; (United States, 389 U.S. 347 (1967) *Searching, Inadvertent Production of Privileged Data: A Perfect Storm*, 43 AKRON L. REV. 847 (2010). להרחבה על המבחנים המקובלים לויתור על חיסיון ראו Delsa, לעיל ה"ש 15, בעמ' Thomas F. O'Neil III, Kevin P. Gallagher & Jonathon L. Nevelt, *Detours on the Information Superhighway: The Erosion of Evidentiary Privileges in Cyberspace and Beyond*, 1997 STAN. TECH. L. REV. 3, 19–22; זר-גוטמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 97–100.

משפט ועסקים יט, תשע"ו חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון: חיסיון עור־דין וירטואלי

רצונית,¹¹³ כולל עיסוק בהצפנה ובאבטחת מידע כדי להצביע על רצון בסודיות.¹¹⁴ אם נחזור לעניין היינץ, במקרה זה הייתה התביעה יכולה לגרוס כי בחירתו של מילר לנהל תכתובת בדואר אלקטרוני שאינו מוצפן – ולהימנע ממחיקתו – כמוה כויתור. אולם בישראל הדיון המשפטי בשאלת הויתור דל מאוד, ואינו מתקשר לניסיון לשמר סודיות.¹¹⁵ בכל מקרה, מסופקני אם יש טעם טוב לראות ויתור בנסיבות כגון היינץ, במצב שבו אין פרקטיקה רווחת של חשיפה.

(ו) הסרת החיסיון

אפשרות מציאותית במיוחד לפגוע במוסד החסיונות המקצועיים, הגם שהיא אינה קיימת ביחס לעורכי־דין ולכוהני־דת, היא הסרת החיסיון. למשל, הסרת החיסיון הרפואי לשם גילוי האמת¹¹⁶ פוגעת בדיעבד במערכת היחסים בין חולה פלוני לרופאה אלמונית. חשוב מכך, היא שולחת מסר לציבור הרופאים, שאותו הם אמורים להעביר למטופלים הפוטנציאליים, שלפיו התקשורת בין הראשונים לאחרונים אומנם חסויה אך בעירבון מוגבל מאוד. למרות אפשרות זו, שעל כל רופא לדעת, חולים עדיין מגיעים לטיפול, ובוודאי מוסרים מידע פרטי מאוד.¹¹⁷ הרופא, הפסיכולוג, העובד הסוציאלי, העיתונאי והבנקאי – לכולם יש חיסיון מקצועי יחסי. חיסיון כזה, מעצם הגדרתו, הינו ברה־הסרה, כך שהמידע המסתתר מאחוריו הינו ברה־חשיפה. אף־על־פי־כן, הנחת־העבודה היא שהחסיונות הללו אכן מועילים בקידום תקשורת פתוחה.

113 ראו מגוון דעות בנושא: Stevenson, לעיל ה"ש 31, בעמ' 352, 359–358, Delsa, לעיל ה"ש 15, בעמ' 947, 951–952, 957, Gruber, לעיל ה"ש 23, בעמ' 625, 647, 654, O'Brien, לעיל ה"ש 15, בעמ' 208–209, 212, O'Neil, לעיל ה"ש 112, פס' 29–32.

114 למשל, נידונו טענות שרק הצפנה או אמצעי אבטחה אחרים מלמדים על ציפייה סבירה לפרטיות. ראו Stevenson, לעיל ה"ש 31, בעמ' 364–366, Delsa, לעיל ה"ש 15, בעמ' 956, 959, Gruber, לעיל ה"ש 23, בעמ' 655–656. מאידך גיסא, ראו את האמירה המשכנעת שלפיה ההיסטוריה ממחישה כי אין זה סביר לפתח צורת תקשורת שאי־אפשר ליירט, תוך סקירה מפורטת של איומים טכנולוגיים קודמים על הציפייה לפרטיות, החל בימי הטלגרף והמשך בעידן הטלפון והטלפון האלחוטי. ראו O'Neil, לעיל ה"ש 112, פס' 1–13, 38.

115 בעניין גוזלן, לעיל ה"ש 102, פס' 13, עלתה השאלה אם עורכת־הדין גוזלן נהנית מחיסיון לא רק בתיק של הלקוח שלה, אלא גם בתיקו של מי שהזמין ממנו את מעשה ההצתה. השופט גולדברג, באופן אגבי וללא כל הנמקה, קבע כי המזמין ויתר על החיסיון. האם הסיק השופט את הויתור מהודאתו של המזמין בתיקו שלו? התמונה אינה ברורה. שאלת הויתור עלתה גם בעניין אחר, אך לא נידונה בו עקב דחייה עובדתית של העתירה: בג"ץ 665/83 ישראלי נ' אור, פ"ד לח(2) 348, פס' 4 (1984). גם בחיבור מקיף שעניינו חיסיון הוקדש דיון קצר בלבד לשאלה כיצד מוותרים על חיסיון עיתונאי. ראו נקדימון, לעיל ה"ש 16, בעמ' 191–192.

116 בג"ץ 447/72 ישמחוביץ נ' פקיד שומה לחקירות, תל־אביב והמרכז, פ"ד כז(2) 253 (1973). באופן מעניין, אף שמדובר בחיסיון יחסי בלבד, בשלב הראשון נתפסו חומרים על־ידי הרשות, ורק בהמשך נידון העיון בהם, במהלך שמזכיר את פרשת היינץ. העיון אושר לאחר שנקבע כי החיסיון אינו חל על המידע האמור – שמות של לקוחות – או לחלופין שיש להסירו.

117 השור זלצמן, לעיל ה"ש 63, בעמ' 270–271.

האפשרות להסיר חיסיון עיתונאי היא דבר שכל עיתונאי וכל מקור צריכים להביא בחשבון.¹¹⁸ בהמשך לכך, אין להניח שלקוח המגיע לעורך-הדין שומע, מבין ואינו מפקפק בכך שכל המידע שיוחלף ביניהם לא ייחשף לעולם.¹¹⁹ אומנם, בהקשרים מסוימים ראוי שחסיון עורך-דין-לקוח יהיה מוחלט, שכן מנגנון של הסרת חיסיון כזה ייצור תמריץ גבוה מדי בעבור גורמים שונים, כזה שמוטב לא ליצור.¹²⁰ אולם אפילו באשר לחסיונות יחסיים ראינו כי אפשרות ההסרה לא החריבה את התקשורת החופשית; אם כן, ברי שגם בתנאים של חיסיון מוחלט חשיפה משטרית בדיעבד של תקשורת בין עורכת-דין ולקוחה לא תעשה כן, ולו משום שהיא אינה כרוכה בהפרת אמון בין השתיים.

(ז) תיחום החיסיון

אפשרות נוספת לפגוע בתכלית החיסיון קיימת בכל סוגי החיסיון, והיא תיחום החיסיון, קרי, קביעה שיפוטית שהחיסיון אינו חל במקרה נתון ביחס לסוג המידע הנידון. ככל יתר החסיונות המקצועיים, חסיון עורך-דין-לקוח אינו מכסה את כל התקשורת בין עורכת-הדין ללקוח, אלא רק כזו שקשורה לשירות המקצועי.¹²¹ ואינה

118 ראו בהרחבה רע"פ 761/12 מדינת ישראל נ' מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ, פס' פ-צז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם באר"ש, 29.11.2012).

119 השוו זר-גוטמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 83. מחקרים אמפיריים כשלו בניסיון לבסס קשר חדר-משמעי בין עצם קיומו של החיסיון לבין טיב המידע שהלקוח חושף לפני עורך-דינו. ראו: Vincent C. Alexander, *The Corporate Attorney-Client Privilege: A Study of the Participants*, 63 ST. JOHN'S L. REV. 191 (1989); Fred C. Zacharias, *Rethinking Confidentiality*, 74 IOWA L. REV. 352 (1989); Comment, *Functional Overlap Between the Lawyer and Other Professionals: Its Implications for the Privileged Communications Doctrine*, 71 YALE L.J. 1226 (1962).

120 השוו זלצמן, לעיל ה"ש 63, בעמ' 270-271. עם זאת, לא כל שירות משפטי כרוך באופן טיפוסי בחילופי מידע רגיש יותר מאשר מפגש טיפוסי עם פסיכולוג, למשל.

121 הן באופן מסורתי והן בתקופה המודרנית, החיסיון אינו מכסה את הכל, ויש לא מעט חריגים, כגון עצם עובדת הייעוץ, כתובת הלקוח ופרטיו המזהים. ראו McCORMICK, לעיל ה"ש 18, בעמ' 360-372; Delsa, לעיל ה"ש 15, בעמ' 939; Zuckerman, לעיל ה"ש 14, בעמ' 107. אף שעורך-הדין מחויב ככלל להגן על כל המידע הקשור לייצוג ולהימנע מלמסור מידע כזה מרצונו, הוא עשוי להידרש להגיב על צו בית-משפט שידרוש מידע מחוץ להיקף החיסיון המוכר מבחינה משפטית. ראו Sisk & Abbate, לעיל ה"ש 15, בעמ' 216. גם בעניין פלונית, לעיל ה"ש 16, פס' 6, נפסק כי חילופי-דברים בין לקוח לשעבר לבין עורכת-דין הם חסויים רק אם הם קשורים לשירות המקצועי שניתן בעבר. לשאלת החיסיון בסכסוך בין עורך-דין לבין לקוח לשעבר ראו Zuckerman, לעיל ה"ש 14, בעמ' 147-149. עוד ראו את ההכרזה מחדש של החוק בדבר עורכי-דין שאושר במכון למשפט אמריקאי בשנת 2000, המתייחסת ל"תקשורת שנעשתה בסודיות בין בעלי חיסיון למטרה של מתן סיוע משפטי ללקוח או קבלתו על-ידי הלקוח": RESTATEMENT (THIRD) OF THE LAW GOVERNING LAWYERS § 68 (2000). כלומר, תקשורת אחרת עם עורך-דין, שאינה נעשית מתוך רצון לקבל סיוע משפטי, אינה חסויה. שיחה עם אדם אינה חסויה רק משום שהוא במקרה עורך-דין,

משפט ועסקים יט, תשע"ו חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון: חיסיון עורך-דין וירטואלי

מוחרגת בחוק.122 על התקשורת להיות עם הלקוח¹²³ ולשמר מימד של סודיות, מה שמזכיר את הדיון בעניין הוויתור על סודיות בארצות-הברית.¹²⁴ שיחה ידידותית אינה חסויה.¹²⁵ גם תקשורת אחרת, שעשויה להיראות ללקוח סודית, אינה בהכרח כזו. למשל, מטופל המגיע למרפאת פוריות מתוך הנחה ששמו לא יועבר הלאה יחוש בוודאי מובך אם יתברר לו ששמו הועבר לגורמים אחרים, אפילו אם הרופא לא שיתף עימם פעולה.¹²⁶ לקוח המגלה בדיעבד כי מה שמסר לעורך-דינו אינו מידע הקשור עניינית לשירות, אף שמסר את הדברים משום שחש אמון בעורך-דינו, עלול לחוש נבגד.¹²⁷ ככל שתהיה תהודה לסיפור, ייתכן שגם לקוחות פוטנציאליים יחשבו פעם ופעמיים מה לומר לעורך-דינם ומה להימנע מלומר לו, כך שעל הפגיעה הקונקרטיה תיתוסף פגיעה מערכתית קשה. שוב, אין מדובר בדוגמות תיאורטיות. עורך-הדין ד"ר דיויד וינר ז"ל נחקר במשטרה על שיחות שניהל עם לקוח. בהמשך הוא אף נקרא להעיד בבית-המשפט באישום נגד לקוחו, אך שלח יד בנפשו.¹²⁸ אין לדעת מה היה בית-המשפט קובע ביחס לתיחום החיסיון בעניין זה. תיחום החיסיון הוא שאלה קשה לפיצוח – הן מבחינת הלקוח החולק את המידע, הן מבחינת עורכת-הדין שמקבלת את המידע והן מבחינת בית-המשפט בדיעבד.¹²⁹

(ח) חיסיון תחת האזנה

מבחינה משפטית, האזנה לשיחות בין עורך-דין לבין לקוח אפשרית, גם אם סבוכה. חיסיון אינו מקלט ומצודה לפשע.¹³⁰ סעיף 9 לחוק האזנת-סתור קובע במפורש כי אין

122 אלא אם כן מטרתה ייצוג משפטי. ראו Sisk & Abbate, לעיל ה"ש 15, בעמ' 217. כן ראו Grimm et

al., לעיל ה"ש 17, בעמ' 421; זר-גוטמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 87.

122 זר-גוטמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 105–110.

123 הזמנת שירות מקצועי בעבור אחר אינה מכוסה בחיסיון – ראו עניין גוזלן, לעיל ה"ש 102, פס' 11.

124 כך גם דיון עם עורך-דין לשעבר – ראו רע"א 10732/04 האלשטוק נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד

נט(3) 283, פס' ט (2004).

124 בית-המשפט העליון קבע כי כאשר שני לקוחות פונים במשותף לאותו עורך-דין, דברים ומסמכים

שהוחלפו בין לקוח אחד לבין עורך-הדין לגבי אותו עניין אינם חסויים מפני הלקוח האחר. ראו ע"א

442/81 גרומט נ' סרוסי, פ"ד לו(4) 214, פס' 7 (1982).

125 ראו ע"א 44/61 אהרן רובינשטיין ושות' בע"מ נ' מפעלי טכסטיל נצרת בע"מ, פ"ד טו 1599, 1601

(1961).

126 ראו עניין ישמחוביץ, לעיל ה"ש 116.

127 ראו עניין פלוגית, לעיל ה"ש 16, פס' 5–11.

128 ראו דרור ארד-אילון "החקירה האחרונה של דיויד וינר" ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה

17, 18–35 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009).

129 זר-גוטמן כתבה כי הערפל סביב ההבדל בין חיסיון לסודיות פירושו שהלקוח עשוי לגלות מידע

מבלי להבין שהוא אינו חסוי, ואילו עורך-הדין לא ידע בהכרח לשרטט את הגבולות, וגם אם ידע,

בית-המשפט שידון בפרשה עלול לטעות. ראו זר-גוטמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 174–175; זר-גוטמן,

לעיל ה"ש 9, בעמ' 121.

130 לחשש מפני ניצול לרעה של החיסיון ראו Sisk & Abbate, לעיל ה"ש 15, בעמ' 231–232.

הוא בא להתייר האזנה לשיחות חסויות לפי החוק, לרבות אלה החוסות תחת חסיון עורך-דין לקוח. אולם סעיף 9א, שנחקק בשנת 1995 ואשר אשוב אליו בהמשך, מאפשר קבלת צו המתיר האזנה לשיחה חסויה בין עורך-דין (או בעל חיסיון מקצועי אחר שמנוי בפקודת הראיות¹³¹) לבין לקוח, בהינתן יסוד לחשד שעורך-הדין מעורב בעברת רצח, בעברת הריגה, בעברה שמסכנת את בטחון המדינה או בעסקת סמים, והאזנת-הסתר חיונית למניעת העברה או לחקירתה. מבחינה הלכתית, על הנייר, אין מדובר לכאורה בשיחות חסויות כלל, שהרי שיחות על ביצוע רצח או עסקת סמים אינן שיחות שיש להן "קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח"¹³². עורך-הדין אינו אמור לספק שירותי סמים ורצח, ולכן אין פה לכאורה פגיעה ברעיון החיסיון.¹³³ אולם מבט זהיר יותר מעלה כי יש כאן פגיעה, וכי היא אינה מינורית: הרי לא מן הנמנע שהמשטרה האזינה לעורכי-דין עקב חשדות שלבסוף התבררו. עצם האפשרות של האזנה כזו פוגעת במטרות החיסיון, וכל עורך-דין, בוודאי מהמישור הפלילי הרלוונטי, חייב להביא בחשבון שיתכן מצב שבו המשטרה תחשוד בו ולפיכך תאזין לו.¹³⁴ סכנת האזנה קיימת גם כאשר עורך-דין משוחח עם חשוד עצור, בתחנה או בטלפון; אומנם עורך-הדין יודע שאסור להאזין לו, אך בד בבד הוא יודע שהמשטרה מצוידת להאזנה, בעיקר אם השיחה טלפונית.

(ט) אתיקה נגד תקשורת חופשית

גם כאשר קיים חיסיון, לא כל לקוח יספר הכל לעורך-דינו, וחשוב מכך: עורכי-דין רבים לא ירצו לשמוע הכל, כדי לא לייצר לעצמם דילמה אתית להמשך, לנוכח החוק הפלילי או למצער בשל ענייני אתיקה. יש כאן שילוב אינטרסים בין עורך-הדין לבין הלקוח: האחרון רוצה לשמור על הסוד, והראשון אינו רוצה לדעת. כלומר, כלל 34 לכללי האתיקה, האוסר על עורך-דין להעלות טענה עובדתית שאינה נכונה, מאיין לעיתים קרובות את הצורך בחיסיון. אם הלקוח מעוניין להודות בעברה בבית-המשפט, ממילא

131 חוק האזנת-סתר נוקב במפורש את בעלי החיסיון שבפקודת הראיות, ואינו מדבר בלשון מופשטת על חיסיון. לכאורה אין מניעה שהמשטרה תבקש צווי האזנת-סתר לבעלי החיסיון המקצועי ההלכתי, דוגמת עיתונאים ובנקאים.

132 כדרישתם של ס' 48(א) לפקודת הראיות וס' 90 לחוק לשכת עורכי-הדין. ראו ע"פ 670/80 אבוהצירא נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 681, פס' 12 (1981); עניין פלונית, לעיל ה"ש 16, פס' 6. החיסיון מיועד לקידום הדין והצדק, ולא יוענק לתקשורת שעניינה מזימה פלילית. ראו McCORMICK, לעיל ה"ש 18, בעמ' 147. זר-גוטמן כתבה כי בתי-המשפט שנתקלו בשאלה זו חשו כי אין צדק בהענקת חיסיון במקרים כאלה ולכן "חצבו" את החריג ושללו את התנאים להקמת החיסיון. להשקפתה, ראוי לתקן את החוק בהקשר זה. זר-גוטמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 100-101, 126.

133 ראו גם: Ronald Goldstock & Steven Chananie, "Criminal" Lawyers: The Use of Electronic Surveillance and Search Warrants in the Investigation and Prosecution of Attorneys Suspected of Criminal Wrongdoing, 136 U. PA. L. REV. 1855, 1859-1865 (1988).

134 גרובר כתב כי ויתור על החיסיון עשוי לקרות גם כתוצאה מציתות. ראו Gruber, לעיל ה"ש 23, בעמ' 637.

משפט ועסקים יט, תשע"ו חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון: חיסיון עורך-דין וירטואלי

החיסיון אינו נחוץ במיוחד; ואם הלקוח מעוניין לכפור, ינתב עורך-דינו את השיחה במיומנות ובזהירות לכיוון כפירה, ויודא כי הוא אינו שומע את שהוא אינו רוצה לשמוע.¹³⁵

(י) פגיעות בתקשורת החופשית – סיכום

בשפע מצבים התקשורת החופשית נפגעת או עלולה להיפגע, וחרף זאת איש לא טען עד היום שהחיסיון "התרוקן מתוכנו". הנחת-המוצא, אשר אי-אפשר לאששה או להפריכה, היא שהחיסיון מועיל לתקשורת חופשית חרף כל הפגיעות הפוטנציאליות והמעשיות שלעיל.

אולם אפילו בהנחה שתכליתם של החיסיונות נפגעת גם במצבים אחרים כמתואר, אין פירוש הדבר שיש להשלים עם פגיעה נוספת ולעודדה, בפרט אם היא קשה, כזו שמרוקנת את החיסיון מתוכן. האומנם מרוקנת?

3. היינץ החלופי

נניח שבית-המשפט בעניין היינץ היה ממאן להרחיב את החיסיון. מה היה קורה אז לתקשורת בין עורכות-הדין ללקוחות?

ראשית, סביר להניח שלא כל ציבור עורכי-הדין היה שומע על הפרשה ומפנים אותה, בוודאי לא ברמה כזו שמצריכה הבהרות לכל לקוח חדש. איני סבור שבכל משרד ועם כל לקוח נערכת שיחת יידוע באשר לחיסיון, אלא אם כן הלקוח מעלה תהיות. מעבר לכך, אין יסוד להניח שתקשורת חסויה לחלוטין היא תנאי חיוני לקיומה של כל תקשורת עם עורכי-דין. רבים מהפונים בוודאי אינם יודעים על החיסיון, ובוודאי אינם יודעים מהם גבולותיו. הם פונים לעורך-הדין משום שהם זקוקים לשירותו, והם ימשיכו לפנות אליו גם בתנאים של חיסיון מוגבל, ממש כשם שהם ימשיכו לפנות לרופא גם בהעדר חיסיון, פשוט משום שהצורך בטיפול עולה על החשש מפני אובדן הסודיות.¹³⁶ המוטיווציה לקבל את השירות (ובוודאי לתיתו) קיימת בלי קשר לחיסיון; העדר חיסיון לא היה שולל אותה בהכרח, בוודאי לא במקרים שבהם היא גבוהה דייה. מסופקני אם חשוב היה מותר על האפשרות לשוחח עם עורך-דינו רק משום שחלק מהתקשורת עלול להיחשף. השיחה פשוט הייתה משתנה.

135 ראו כלל 34 (א) לכללי האתיקה של לשכת עורכי-הדין. השוו זר-גוטמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 115-118; וצפו בריאיון המרתק עם עורך-הדין פלדמן: "מי שמדבר: אביגדור פלדמן" (ערץ 2, 26.9.2008) www.mako.co.il/mako-vod-keshet/mi_shemedaber-s1/VOD-e80acee9a.11004.htm

136 השוו זר-גוטמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 84. כן נכתב כי אין להתכחש לנטיית החיסיון לפגוע בגילוי האמת, וכי אפילו ויגמור (Wigmore), "ארכיטקט החסיונות", הסכים כי תועלת החיסיון עקיפה וספקולטיבית ואילו מכשוליו ברורים וקונקרטיים. ראו MCCORMICK, לעיל ה"ש 18, בעמ' 345.

שנית, באשר לעורכי-הדין ששמעו על היינץ החלופי והפנימו, האומנם מישוהו מהם היה מסיק כי עולם החיסיון נגזר כלא היה? אין ספק שלא. אף שתפיסת תיעוד של תקשורת בין עורך-דין ללקוח אינה פוסלת את הראיה, היא גם אינה הופכת אותה לקבילה. ככלל, חלקו של עורך-הדין בתכתובת אינו קביל, שכן אי-אפשר לחייבו להעיד על תוכן העצות שמסר ללקוחו – משום שכאן פועל מחסום החיסיון, שבמובן זה הוא רב-פעמי – ואי-אפשר להציג בבית-המשפט את הדברים שכתבו הצדדים לשיחה בלי הצבעה על מקור משפטי מתאים, חריג לכללי הפסילה של עדות שמועה, עדות סברה וכדומה. גם חלקו של הנחשד בתכתובת לא יהיה קביל בהכרח. אף אם ידובר בהודאת חוץ או באמרת חוץ של נאשם,¹³⁷ יידרש גורם שיעיד על הנסיבות של מתן האמרה. גם כאן ייחנה עורך-הדין מהחיסיון, ואילו הנאשם הוא יעד ההגנה מספר אחת, ולא ייקרא להעיד. במשפט אזרחי, אם ישיג הצד האחר את הראיה, היא עליו לעמוד בתנאים להגשת הודאת חוץ של בעל-דין.¹³⁸ הדבר נכון גם לגבי תכתובת שערך החשוד/נאשם עם אדם אחר: חלקו של הנאשם יהיה קביל בכפוף להוכחת מהימנותה של האמרה (שלא זויפה), ובמידת הצורך גם בכפוף להוכחה כי היא ניתנה מתוך רצון חופשי; וחלקו של האדם האחר אינו קביל, בהיותו עדות שמועה, כל עוד הוא לא נקרא להעיד בעצמו. מה ההבדל, אם כן, אם אדם מתוודה בדואר האלקטרוני לפני עורך-דינו או לפני חברו? כך או כך נפגעת חופשיות התקשורת במדיום המקוון. א, שהודה לפני עורך-דינו, יצטער על כך; וכך גם ב, שהודה לפני חברו. ההבדל בין א ל-ב הוא שאם ייתפסו מחשבים ובהם תכתובות עם עורכי-דין, ואם אלה ייקראו על-ידי המשטרה ואחר כך גם יתקבלו כראיות בהליך משפטי נגד הנחפש, אזי יהיה גורם כללי אחד שיפנים זאת מכאן ואילך: עורכי-הדין. התרחיש מהסוג הראשון ילך ויצטמצם מפני שעורכי-הדין ידעו – באשר חובתם להתעדכן ולדעת – על אפשרות החיפוש הממוחשב ומשמעותה.¹³⁹ לאחר שידעו, הם יבהירו ללקוח את הסיכונים הנוגעים בתכתובת ממוחשבת, מה שעשוי לצמצם, לגבי לקוחותיהם, אפילו את התרחיש מהסוג השני. תרחיש כזה כשלעצמו, בלי קשר לעורכי-דין, אינו מוגן כיום: תכתובות אלקטרוניות בין חברים קרובים, ואף בין בני משפחה, אינן מוגנות מפני חיפוש. תחת היינץ החלופי הסיכוי שהתרחיש הראשון יצטמצם עקב תגובתם של בעלי-המקצוע, במהלך של תורת משחקים,¹⁴⁰ גבוה לאין

137 ראו ס' 11–12 לפקודת הראיות.

138 ראו ס' 54 לפקודת הראיות וכן ע"א 7003/99 מרינה נ' סהר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נו(1) 517, פס' 13 (2001).

139 עמית ביאר כי לאחר ססירב ברק להכיר בחיסיון של ועדת בדיקה רפואית, מתוך הנחה שוועדות כאלה ימשיכו להתקיים לנוכח אילוצים מקצועיים ואתיים, סירבו רופאים רבים לשתף פעולה באופן מלא, וכך נפגע תפקודן של הוועדות. לנוכח זאת יצר המחוקק הסדר מיוחד. כלומר, לחיי המעשה יש דינמיקה חזקה – "הטבע האנושי מביא לכך שהאנונימיות נדרשת לעיתים כדי להשיג שיתוף פעולה". ראו עניין בראילן, לעיל ה"ש 81, פס' 3–4 לפסק-הדין.

140 ראו ניתוח מרתק מתחום תורת המשחקים שבא להוכיח כי זכות השתיקה מסייעת לחפים: Daniel J. Seidmann & Alex Stein, *The Right to Silence Helps the Innocent: A Game-Theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege*, 114 HARV. L. REV. 430 (2000).

משפט ועסקים יט, תשע"ו חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון: חיסיון עורך-דין וירטואלי

שיעור מהסיכוי שבמצב המשפטי כיום יצטמצם התרחיש השני, משום שאין באחרון בעלי-מקצוע שתפקידם לדעת מה הדין.¹⁴¹ לסיכום, גם אילו הוכרע היינץ אחרת, לא היה החיסיון מתרוקן. סביר להניח שעורכי-הדין לא היו משתתקים, אלא מפיקים לקחים – למשל, מדברים במקום לכתוב – מתוך הבנה שמילים מתנדפות ואילו הכתב נשאר: *verba volant, scripta manent*. לחלופין הם היו מצפינים או נעזרים באמצעים אחרים לאבטחת מידע, או פשוט משתמשים בתוכנות דואר אלקטרוני מבוססות-מרשתת, דוגמת ג'ימייל ויאהו!, במקום בתוכנת אוטלוק, כדי להקשות על רשויות האכיפה.¹⁴² הדרך הטכנולוגית להקשות חיפוש ממוחשב אינה סבוכה יתר על המידה, ואיני סבור שהכרעה חלופית הייתה יוצרת אתגר ממשי לעורכי-הדין או למשתמשי המרשתת האחרים.

שלישית, ולבסוף, כקבוצה בעלת עניין,¹⁴³ כוח והשפעה, ייתכן שבעולם של היינץ החלופי היו עורכי-הדין – ואולי אף הלשכה עצמה – מקימים שדולה לתיקון החוק, ולא מן הנמנע שהם היו מצליחים.¹⁴⁴ הדבר לא היה מסייע למילר, אבל מעבר לכך שחיסיון עורך-דין-לקוח מתמקד במטרה הכללית של תקשורת חופשית, ולא במערכת יחסים קונקרטיים, אין סיבה להניח שמערכת היחסים בין מילר לבין עורך-דינו הייתה נפגעת לאחר שראה הלקוח את קרב-האדירים שניהל עורך-דינו למענו. מכל מקום, המטרה הכללית הייתה יכולה להיות מושגת, כאמור, בחוק חדש וחד יותר. ארחיב על כך בפרק הבא.

4. סיכום פרק

בתחילת המאמר הצבעתי על הלשון החד-משמעית של סעיף 48 לפקודת הראיות, אשר

141 ראו הרדוף, לעיל ה"ש 21, בעמ' 335–336.

142 סטיבנסון כתבה כי על עורכי-הדין לקבל הסכמה מדעת של הלקוחות לשימוש בדואר האלקטרוני, לאחר שידעו אותם בדבר האפשרות של חשיפה בטעות, וכן לנקוט אמצעי זהירות, החל בוידוא שהדואר אכן נשלח לכתובת הנכונה. ראו Stevenson, לעיל ה"ש 31, בעמ' 373–377.

143 לשכת עורכי-הדין הרבתה לדווח בזמן-אמת על ההתפתחויות בפרשת היינץ בבטאונים.

144 תיאוריית הכוח (The Power Theory) מציעה שחסינות משפטיים קיימים כדי להגן על המקצועות היוקרתיים ביותר שנהנים מהלקוחות העשירים ביותר, בעלי השדולה והכוח, שדואגים לעצמם. התיאוריה אינה מצדיקה את החסינות, אלא אך מסבירה אותם. ראו: Carolyn Peddy Courville, *Rationales for the Confidentiality of Psychotherapist-Patient Communications: Testimonial Privilege and the Constitution*, 35 HOUS. L. REV. 187, 202 (1998); David B. Canning, *Privileged Communications in Ohio and What's New on the Horizon: Ohio House Bill 52 Accountant-Client Privilege*, 31 AKRON L. REV. 505, 512, 536, 551 (1998); Raymond F. Miller, *Creating Evidentiary Privileges: An Argument for the Judicial Approach*, 31 CONN. L. REV. 771, 787 (1999); Walter J. Walsh, *The Priest-Penitent Privilege: An Hibernocentric Essay in Postcolonial Jurisprudence*, 80 IND. L.J. 1037, 1083 (2005). השווה, בקשר לעורכי-דין, זר-גוטמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 84–85.

אינה מאפשרת פרישה של החיסיון על הכתובת שמצויה במשרדי הלקוח. אולם בעניין היינץ הובסה לשון החוק על-ידי התכלית, ולא בפעם הראשונה. גם מי שאינו תומך נלהב של רעיון הפרשנות התכליתית עשוי להסכים כי לפחות במצב שבו התכלית זקוקה לישועה דרמטית ראוי לפרוש את החוק אפילו מעבר ללשונו. במבט ראשון התכלית אכן זקוקה במקרה שלנו לישועה כזו, ובלעדיה יקרוס מוסד החיסיון, כפי שרמזה לשכת עורכי-הדין. אולם במבט מעט מחושב יותר ברור שאין זה המצב. המצוקה שדובר בה בעניין היינץ הייתה מצוקתם של חשודים קונקרטיים, ולא של עורכי-דין ולקוחות באשר הם. אילו בחרה המשטרה להתעקש ולעיין בתכתובת, אילו בחר בית-המשפט העליון לאפשר עיון כאמור, היו מילר ועורך-דינו סובלים. אולם עורכי-דין אחרים היו ממשיכים לתקשר עם לקוחותיהם: אלה מביניהם שאינם עוקבים אחר חידושי הפסיקה היו מתקשרים כרגיל, לרבות בדואר האלקטרוני; ואלה שעוקבים – היו עושים כן במדיומים שאינם מתעדים את עצמם. לשכת עורכי-הדין הייתה מגייסת את מלוא כוחה הפוליטי ואת מיטב שתדלניה ודוחפת לתיקון חקיקתי, וייתכן מאוד שהיא הייתה מצליחה בכך לנוכח העובדה שגם משרד המשפטים מלא בפרקליטים. אולם מקום שבית-המשפט נצמד לחוש הצדק שלו ומתעלם מחוק שאינו מתאים – אין צורך בתיקוני חקיקה.

פרק ה: אקטיביזם שיפוטי בסימני שאלה

1. מבוא

שאלת האקטיביזם השיפוטי בכללותה גדולה ומורכבת, והגם שאיני מתיימר להציע חידוש מופשט בעניינה, לא אוכל לא להתייחס אליה, באשר בלעדיה התוצאה הנידונה במאמר זה לא הייתה מתרחשת. אפתח בדיון קצר על אקטיביזם שיפוטי וחסיונות, כדי להראות שבמובן מסוים הלכת היינץ אינה מפתיעה – היא ממשיכה מסורת ארוכה של אקטיביזם שיפוטי בדיני החיסיון. אראה שאפשר גם אחרת, באמצעות הצגת סוגיה מן העבר שנגעה ממש באותו עימות שהוביל את עניין היינץ: העימות בין הצורך החקירתי לאסוף מידע וראיות לבין התקשורת החופשית בין עורכי-דין ללקוחותיהם. זאת, בנוגע להסדר משפטי אחר, חשוב ומעניין – האזנת-סתר לשיחות בין עורכי-דין לבין לקוחות. בהמשך הדברים אקפוץ הצידה לשאלת האקטיביזם בעולם המרשתת, כדי להזכיר עד כמה העולם הטכנולוגי מאתגר את ההסדרים החוקיים והמשפטיים הקיימים, ועד כמה המחוקק הישראלי אדיש לאתגרים הללו. משם אתקדם לתהיות רוחביות, כאלה שהיו ועודן ראויות לדיון לקראת הרחבה מחדש של גבולות החיסיון.

2. אקטיביזם שיפוטי וחסיונות

בעולם הראיות בכלל, ובעולם החסיונות בפרט, האקטיביזם השיפוטי חזק במיוחד, גם

אם אין הוא זוכה בזרורים ציבוריים שמציתים ויכוח בעניינו כפי שקורה סביב פוליטיקה וביטחון.¹⁴⁵ עולם הראיות מוצף באקטיביזם באשמת המחוקק או בזכותו, לאחר שהסתפק בפקודת ראיות צנועה והותיר שפע של שאלות עקרוניות לטיפולו של בית-המשפט. להבדיל מכלל הכשרות המצוי בסעיף 2 לפקודת הראיות, אין כלל פורמלי שעניינו בררת-מחדל של גילוי או חיסיון בפקודת הראיות,¹⁴⁶ כשם שאין כלל פורמלי של בררת-מחדל בנוגע לפסלות או לקבילות.¹⁴⁷ להלכה יש פתח רחב מאוד לעצב הסדרים, וכך אכן עשתה בשלל הקשרים, במיוחד בנוגע למחסום הקבילות. היא שאימצה את הכלל האוסר עדות שמועה, והיא שעיצבה את שלל חריגיו;¹⁴⁸ היא שאימצה את מבחן הראיה המדעית,¹⁴⁹ והיא שיצרה את כלל הפסילה הפסיקתי.¹⁵⁰ ככלל, היא משרטטת גבולות גמישים לדיני הראיות בהתאם לסוגיות המגוונות שלפניה. לבית-המשפט יש כוח רב בעיצובם של הסדרים ראייתיים, אשר אינם תמיד חשובים אולי כהסדרים מהותיים, אך במקרים רבים אוצרים לתוכם מהות מרובה, זכויות אדם ואינטרסים ציבוריים. זאת, לרבות בנושא החיסיונות, אשר ממש מעצם הגדרתו הוא נושא של זכויות: זכויות מסוג מיוחד – זכויות-יתר.

בנושא החיסיונות אין זה חסר יסוד לסבור כי המחוקק ביקש לסגור את הפינות. יצירת חיסיונות על-ידי בית-המשפט רחוקה מלהיות דבר מובן מאליה. אין זה צעד בלתי-חוקי, כמובן, שכן המחוקק לא מנע זאת במפורש, ובהעדר קודקס ראייתי כולל אך סביר הוא שבית-המשפט יעצב כללים ראייתיים.¹⁵¹ עם זאת, מדובר בצעד בעייתי לכל-הפחות.

145 ראו אסף הרדוף "מדוע הציבור והכנסת אוהבים אקטיביזם" **עורך הדין** 15, 86 (2012).
 146 לא הרי נקודת מוצא כהרי בררת-מחדל, בוודאי לא כאשר בררת-המחדל היא פסיקתית. שטיין כתב כי בישראל הכל מצויים להעיד ולהציג מסמכים במשפט כאשר המידע המצוי ברשותם רלוונטי. אולם לגילוי מסמכים יש חריגים רבים, שחלקם מהחוק וחלקם מההלכה. ראו שטיין, לעיל ה"ש 72, בעמ' 48–51. הרנון הצביע על בעלי-מקצוע שונים שמגיע אליהם מידע עקב יחסי אמון, וציין כי המשפט המקובל הכיר רק בחסיון עורך-דין, אף שההלכה הייתה שלבית-המשפט יש שיקול-דעת לא לעמוד על חובת הגילוי. בארצות-הברית, בעקבות המשפט המקובל, הכירו תחילה רק בחיסיון מקצועי של עורך-דין, אך בהמשך גם בחסיון רופא. גם בישראל אין כלל שלפיו כל התקשרויות-האמון הן חסויות. אחד השיקולים שהציג הרנון נגד הכרה בחיסיון עיתונאי היה החשש שהדבר יוליד דרישה לחיסיון מצד בעלי-מקצוע נוספים שנסמכים על מקורות מידע: מרצים, סופרים וחוקרי מדע. ראו הרנון, לעיל ה"ש 78, בעמ' 543–548, 552.

147 צוקרמן כתב כי למעט חריגים אחדים, כל הראיות הרלוונטיות הן קבילות. ראו Zuckerman, לעיל ה"ש 14, בעמ' 124. לדעתי, אמירה זו משקפת בלבול בין מחסומי הראיות – הפעם בין קבילות לרלוונטיות, שהן דרישות מצטברות.

148 ראו, למשל, דנ"פ 4390/91 **מדינת ישראל נ' חג' יחיא**, פ"ד מז(3) 661 (1993); ע"פ 7293/97 **זאפר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(5) 460 (1998).

149 ראו עניין **ביאזי**, לעיל ה"ש 62; ע"פ 9724/02 **אבו חמאד נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(1) 71 (2003).

150 ראו עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 71.

151 בפסק-הדין המצוטט ביותר בקשר ליצירת חיסיונות פסיקתיים, לא נזקק הנשיא שמגר, בדין יחיד, לעמל מרובה בדרך להסמכה עצמית ליצירת חיסיון עיתונאי, אלא הסתפק וכתב כי ניתן אומנם להעלות את התזה שפרק ג לפקודת הראיות מתווה הסדר שלילי, אשר ממצה את הזכאים לחיסיון,

כאשר מדובר באיזון כוללני, המתייחס לסוג רחב של מצבים, יש לתהות אם בית- המשפט הוא הגוף המתאים לייצר זכויות-יתר, להקשות על הרשויות את גילוי האמת ולהשפיע על מערכות יחסים שהמחוקק מודע להן אך בחר לא להשפיע עליהן או לא בחר להשפיע עליהן. המחוקק היה ער בוודאי לקיומם של מקצועות העיתונאות והבנקאות ולקיומן של מערכות יחסים בין עיתונאים ובנקאים לבין מקורות מידע ולקוחות, בהתאמה. אף-על-פי-כן הוא נמנע מהצבתם לצד בעלי-מקצוע אחרים. האם אי-הבחירה אינה בחירה ברורה למדי, בהינתן גיוון המקצועות הנהנים מחיסיון בפקודת הראיות?¹⁵² המחוקק יצר בפקודת הראיות סוגי חסיונות מגוונים, שמכסים אינטרסים ציבוריים, זכויות אדם ותקשורת בין בעלי-מקצוע מסוימים לבין הפונים אליהם. הגיוון האמור בסוגי החסיונות היה יכול בהחלט לרמוז שההסדר המצוי בפקודת הראיות לעניין זה הוא ממצה, רשימה סגורה, במיוחד בנוגע למקצועות שהיו מוכרים אז. אך הנה באה ההלכה ויצרה את חסיון העיתונאי בדין יחיד,¹⁵³ את חסיון הבנקאי ברוב דחוק¹⁵⁴ וכן את החיסיון של מסמכים שהוכנו לקראת משפט, וכל זאת מבלי להצביע על מקור הלגיטימיות של יצירתם. אף שאפשר בוודאי לסבור אחרת,¹⁵⁵ ניתן בהחלט לגרוס – לנוכח הערכים העומדים על הפרק – כי המחוקק הוא הגוף המתאים ליצירת כללים המגבילים את שיקול-הדעת הראייתי. אלא שנכון לעכשיו יצירה שיפוטית של כללים ראייתיים בישראל, לרבות חסיונות, היא עובדה ברורה מאוד בשטח. בית-המשפט העליון יצר חסיונות, ואין על כך עוררין, והוא עדיין מייצרם.¹⁵⁶ עצם האפשרות להכיר

אך אין להסיק זאת מהחוק החרות, בפרט שממילא בית-המשפט מרבה ליצור כללי ראיות. ראו ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337, פס' 9 (1987).

152 הרנון כתב כי בשנת 1968 הסדיר המחוקק את נושא הראיות החסיוניות, וניתן לטעון כי שתיקתו ביחס להתקשרויות-אמון שאינן מצויות במפורש בפקודה היא "שתיקה רועמת". בה"ש 29 לטקסט הוא הצביע על ראייה לכך מן הדיונים בהצעת החוק: גם העיתונאים והעובדים הסוציאליים ביקשו חיסיון, אך נדחו. הרנון הפנה לד"כ לו 2970, 2971 (התשכ"ח). ראו הרנון, לעיל ה"ש 34, בעמ' 126–127.

153 מהאקדמיה עלתה קריאה ליצור חיסיון עיתונאי עוד לפני עניין ציטרין, לעיל ה"ש 151. הרנון הצביע על טיעונים שונים בעד חיסיון עיתונאי ונגדו, והציע חיסיון יחסי שייקבע בחקיקה. ראו הרנון, לעיל ה"ש 78, בעמ' 550–554. לקריאה מאוחרת בעד הכרה בחיסיון עיתונאי בחקיקה או בפסיקה, כדי לעודד מקורות מידע, ראו יהושע רוטנשטרייך "מקור גלוי או מעיין תחום? לשאלת מחויבותו של עיתונאי לחשוף מקורות מידע" עיוני משפט ח 245, 253 (1981). לתולדות הנסיונות להקים חיסיון עיתונאי ראו נקדימון, לעיל ה"ש 16, בעמ' 29–32.

154 של השופטים גולדברג וטל כנגד דעת המיעוט הנחרצת של השופט חשין. ראו רע"א 1917/92 סקולר נ' גרבי, פ"ד מז(5) 764 (1993). לניתוח נורמטיבי של חסיון הבנקאי ראו שטיין, לעיל ה"ש 72, בעמ' 54–61. לניתוח הפרשה ראו שם, בעמ' 65–85.

155 ראו טל רגב וליאורה ארזי "מה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת בהכרעות בדבר קבילות ראיות? דיון בעקבות ע"פ 5582/09 העוסק בקבילותם של זיכרונות מודחקים" הארת דין ו 39, 48–53 (2012).

156 ראו לאחרונה הכרה בחיסיון חדש בעניין שירות מבחן: ע"פ 3472/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 3.9.2012).

בחסינות בפסיקה גוררת סביבה של חוסר ודאות מתמדת, באשר ניתן להעלות עוד ועוד טענות חיסיון חדשות, והדבר אינו דמיוני.¹⁵⁷ ניתן, אם כן, לתהות על הלגיטימיות של יצירה הלכתית של חסינות¹⁵⁸ – יצירה שכרוכה באיזון מורכב¹⁵⁹ ומכוננת כלים חשובים ביותר, אשר להם, להבדיל ממחסומי הקבילות והכשרות, יש תחולה גם מחוץ לבית־המשפט. מעבר לכך, יצירת חסינות בהלכה מייצרת בעיות שונות, שנובעות כולן מאותו מקור, קרי, מן העובדה שהחיסיון אינו פורמלי ואינו כתוב בשום מקום, במשפט תחבירי גדור היטב, עם התחלה וסיום.¹⁶⁰ לשון החוק היא כלי ראשון במעלה לא רק לעצם ההקמה של חיסיון, אלא גם – ואולי בעיקר – לשרטוט גבולותיו, גם אם אלה לעולם נידונים לתיחום מחדש בידי הפסיקה: מה הוא מכסה, מי יכול לרתום אותו, עד מתי, אילו מנגנוני איזון והסרה קיימים לגביו וכדומה. כל המידע החשוב – המכריע – הזה מבוואר בחיסיון חוקי, וחסר בחיסיון יציר הפסיקה. חסר זה מציב סימן שאלה גדול על הסמכות שנטל לעצמו בית־המשפט ביצירת חסינות. סימן שאלה נוסף ומתבקש עולה לגבי הסמכות שנטל לעצמו בית־המשפט, הגם שבהסכמתה של פרקליטות המדינה, לשכתב את החיסיון החוקי הקיים, רק משום

157 לטענה בדבר חיסיון של דוחות בדיקה רפואיים פנימיים של בתי־חולים ראו עניין **גלעד**, לעיל ה"ש 42, פס' 8–14; לטענת חיסיון בנוגע לקרימינולוג קליני ראו עניין **לין**, לעיל ה"ש 86, פס' לב–לה לפסק־דינו של השופט רובינשטיין; לטענת חיסיון בנוגע לדיונים משמעתיים באקדמיה ראו עניין **עוז**, לעיל ה"ש 81, פס' 16–24 לפסק־דינה של השופטת חיות; לטענת חיסיון בנוגע לוועדות קידום אקדמיות ראו פרשת **בר־אילן**, לעיל ה"ש 81, פס' 11–20 לפסק־דינה של הנשיאה; לטענת חיסיון בנוגע לעדויות עובדים בוועדות חקירה פנימיות של רכבת ישראל ראו עניין **שמש**, לעיל ה"ש 93, פס' 21–27; ולטענת חיסיון בנוגע למסמכים שמקורם בהליך בוררות ראו רע"א 4781/12 **י.מ. עיני קונדיטוריה בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, פס' 10–29 (פורסם באר"ש, 6.3.2013) (להלן: עניין עיני קונדיטוריה).

158 פסק־הדין שגלגל את "כדור השלג" המסמיך יצירת חסינות בהלכה הכיר בחיסיון עיתונאי מתוך הישענות על הצורך במקורות חסויים למען חופש העיתונות. סיומו של פסק־דין זה הוא לא פחות מפתוס: "עיתונות ללא מקורות מידע היא כנחל אכזב שמימיו יבשו, והחופש לפרסמה הופך אז לחסר משמעות." ראו עניין **ציטרין**, לעיל ה"ש 151, פס' 17. הסיפור עצמו באותו עניין היה דרמטי הרבה פחות: מקורות המידע היו כנראה עורכי־דין ששאפו לפרסם את שמם ולעקוף כך את המגבלה האתית בעניין, והמידע עצמו לא היה חשיפת שחיתות או סוד גדול, אלא שמות של עורכי־דין שהצליחו בתיק מזונו.

159 ויגמור (Wigmore) מנה ארבעה מבחנים מצטברים להחלת חיסיון: התקשורת מתקיימת על בסיס האמונה שהיא לא תגלה; הסודיות חיונית ליעילותם של היחסים; מדובר ביחסים שהציבור רוצה לעודד ולטפח; והנזק שיסב גילוי המידע ליחסים רב מהתועלת שתופק מהגילוי במונחים של הכרעה נכונה בהתדיינות המשפטית. ראו: 8 JOHN HENRY WIGMORE, EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW 527 (1961).

160 מעט לאחר ההכרה הפסיקתית קרא שטיין לעגן בחוק את חיסיון הבנקאי, בין היתר כדי לשרטט בעבורו גבולות ברורים. זאת, אף ש"חסידי" של אקטיביזם שיפוטי נרחב עשויים לחלוק על השקפה זו". שטיין, לעיל ה"ש 72, בעמ' 55. באופן דומה, זר־גוטמן קראה לעיגון החריג לחיסיון בדבר מידע על עברה בעתיד, אף שההלכה כבר הכירה בו. זר־גוטמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 126.

שחוש הצדק דחף לכך. כאמור, לחוק יש משמעות גם בשעה שהוא אינו נוח. כאשר מתגלה כי החוק אינו נוח, הצעד הנכון הוא לא להתעלם ממנו, אלא להעביר מסר למחוקק על הבעיה שזוהתה. המחוקק אומנם לא יתעורר בהכרח, כאמור בהמשך, אך אין זה מופרך שהוא יתעורר. אין זה מופרך גם שהוא יגלה בעצמו את החור או החסר בחוק, ויפעל לתיקונו. הדבר קרה בעבר בהקשר דומה מאוד.

חוק האזנת-סתר נולד כדי להגן על סוג מסוים של פרטיות במדיום מסוים: פרטיות בתקשורת במדיום הטלפוני. כמה שנים לאחר לידתו קמה השאלה כיצד יש להכריע בהתנגשות בינו לבין פקודת הראיות והחיסיון שיצרה. לא דובר בהכרח בהתנגשות בלתי-צפויה, שהרי חוק האזנת-סתר נולד בעבור הטלפוניה, ומרגע שנולדה הטכנולוגיה וקמו החסינות המקצועיים, סביר להניח שנעשה שימוש בטכנולוגיה על-מנת לקיים שיחות חסויות. אך בכל-זאת התגלתה נקודה פרוצה. ככלל, האזנת-סתר אסורה; הרשויות היו רשאיות לערוך אותה רק בתנאים שפירט החוק, ולא היה אפשר להתירה לשיחות חסויות. הנקודה הפרוזה הייתה **לרעת הרשויות**, ולא לרעת הפרט: המחוקק לא חשב על האפשרות של "טלפון מקלט" – מצב שבו החיסיון המקצועי מונע אפשרות של האזנת-סתר. מי שבא לעזרת המדינה בסתימת הפרצה, באמצעות הצבעה עליה למחוקק, היה בית-המשפט העליון בעניין **פלוני**.¹⁶¹ בית-המשפט המחוזי סירב לבקשת המשטרה להתיר האזנת-סתר לשיחות-טלפון במשרדו של עורך-דין. הנשיא לנדוי דחה את הערעור, וקבע כי לסעיף 9 לחוק האמור יש תחולה כללית, ואי-אפשר להתיר האזנה לשיחה כזו, אף שעורך-הדין עלול לפשוע יחד עם לקוחותיו, וזאת משום שאין בנמצא מכשיר "חכם" שיידע להבחין בין שיחה חסויה לגיטימית לבין שיחת עבריינות. לנדוי הצביע על הצורך בתיקון החוק, כדי שמשרדי עורכי-דין לא ייהפכו ל"שמורות טבע" לצורך תכנון פשעים וחיפוי עליהם, וקרא למחוקק לאפשר למשטרה, ב"מקרים קיצוניים כאלה ותוך ערובות הולמות", לבצע האזנות כאמור.¹⁶² המחוקק אכן נענה לקריאה ואתם את הפרצה הזו שקראה לגנבים, או נכון יותר – לרוצחים, לסוחרי סמים ולעברייני ביטחון. המחוקק אטם אותה על-ידי הוספת סעיף 9א לחוק האזנת-סתר, שעניינו האזנה לשיחות חסויות.¹⁶³

כך הוגשם עקרון החוקיות בשני אופנים. האחד הוא שבית-המשפט לא התפתה לנסות לסתום פרצה בעזרת פרשנות יצירתית שאינה ניתנת להגנה על-ידי הלשון, אלא שמר על ריסון ורק אותה למחוקק על הצורך בסגירתה. והאחר הוא שהמחוקק נענה לקריאה ובחר לאטום את הפרצה באופן שישקף את האיזון הערכי ההולם בעיניו – איזון

161 עחה"ס 1/81 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד לו(1) 614 (1981).

162 שם, בעמ' 616.

163 ראו חוק האזנת סתר (תיקון), התשנ"ה-1995, ס"ח 180, 183. בדברי ההסבר להצעת החוק צוין כי התיקון הוא תגובה על הביקורת שהביע בית-המשפט העליון בעניין **פלוני**. ראו הצעת חוק האזנת סתר (תיקון), התשנ"ד-1994, ה"ח 544, 548-549. העובדה שהמחוקק תיקן את החוק והעובדה שבית-המשפט קרא לכך סותרות לכאורה את הפרשנות שמוציאה שיחות פשע מתחולת החיסיון, כפי שפורש בעניין **פלוני**, לעיל ה"ש 16. כדי ליישב את הסתירה ניתן לגרוס כי האזנה במצב כזה היא למכלול השיחות – כאלה שהוצאו מתחולת החיסיון וגם שיחות אחרות שחלקן לפחות חסויות.

משפט ועסקים יט, תשע"ו חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון: חיסיון עורך-דין וירטואלי

מורכב בין דבר טוב שנלחם בדבר רע (אכיפת החוק שנלחמת בפשע ובעורכי-דין שפשעו) לבין דבר טוב אחר וחשש מדבר רע אחר (עידוד תקשורת לגיטימית בין עורך-דין ללקוח וחשש מהאזנה משטרתית גם לתקשורת לגיטימית בין עורכי-דין ללקוחות). אם כן, חוק האזנת-סתר לא חזה תרחיש בר-חיזוי של עורך-דין שסרח; בית-המשפט העליון הפנה זרקור אל התרחיש; והמחוקק פתר את הבעיה. הריסון השיפוטי והפתרון החקיקתי היו צעדים מוצלחים לפתרון בעיה שנוצרה עקב כך שהמחוקק לא השית את ליבו מלכתחילה לכוללנות-יתר של ההגנה על שיחות חסויות.

3. אקטיביזם שיפוטי וטכנולוגיה

דיני הראיות הם במידה רבה דיני האקטיביזם. דומני שיותר מענפי משפט אחרים, הם פרוצים, חלקיים מאוד, אינם מתיימרים לספק קווים מנחים אמיתיים, שלא לומר ממצים, ואכן אינם מספקים קווים כאמור. בנוגע לחסיונות המקצועיים המחוקק דווקא אמר את דברו באופן ברור יחסית. חרף זאת המשיך בית-המשפט העליון מסורת של יצירה שיפוטית בדיני הראיות – הוא יצר חסיונות חדשים ושכתב את גבולותיהם של חסיונות חוקיים במקומות שבהם גילה נקודה פרוצה, במקום לאותת למחוקק ולבקש את התערבותו ואת חשיבתו מחדש.

גם דיני המרשתת בישראל הם במידה רבה דיני האקטיביזם. אולי בצדק? חקיקה שיפוטית היא מטיבה זריזה יותר, ועשויה להתאים לנסיבות הטכנולוגיות המשתנות במהירות כה רבה. היא גמישה ואינה מתיימרת בדרך-כלל לפתור קשת של בעיות, אלא רק בעיה קונקרטית.

כמודגש, הסוגיה העולה בעניין היינץ יכלה לעלות גם בעבר, אבל הטכנולוגיה היא שדחפה אותה או הפכה אותה לחשובה ולמעשית. לאופטימיות שגיליתי קודם באשר להתערבות המחוקק במצב שבו בית-המשפט העליון יקרא לו באופן ברור ונחרץ אין בסיס איתן בהקשר של העולם המקוון. המגמה המסתמנת בתחום זה מובהקת: המחוקק בתרדמת עמוקה, גם כאשר הוא מתבקש להתעורר.

בסדר הדין האזרחי נעשה ניסיון ברור מצד בית-המשפט העליון להעיר את המחוקק, בקריאה ליצור הליך מתאים לחשיפת כתובות IP של מעולי לשון-הרע.¹⁶⁴ הקריאה הניבה הצעת חוק פרטית, שטרם הבשילה.¹⁶⁵ בחלוף שנתיים נראה כי הריסון השיפוטי של בית-המשפט העליון בסוגיה נושם את נשימותיו האחרונות, והמסר למחוקק כבר

164 ראו את עמדת הרוב אל מול עמדת המיעוט של השופט רובינשטיין, שדגל באקטיביזם שיפוטי: רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664, פס' 29 ו-37 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, פס' ז-ט לפסק-דינו של השופט רובינשטיין וחוות-דעתו הקצרה של השופט לוי (2010).

165 ראו את הצעת החוק הפרטית של חבר-הכנסת אורלב, אשר מתכתבת במישורין עם פרשת מור, שם: הצעת חוק חשיפת פרטי מידע של מנוי ברשת תקשורת אלקטרונית, התשע"ב-2011, ה"ח 36.

גובה באולטימטום.¹⁶⁶ זאת, בעיניי, לא לצורך: חוסר תגובה במצב כזה גם הוא תגובה, ואל לבית-המשפט להתרגש מכך שהמחוקק נמנע מליצור פרוצדורה מתאימה. כל עוד לא עשה כן, אף שהוא ער לבעיה, נראה שהמצב המשפטי הקיים רצוי לו יותר מאשר תיקונו.

בדיני העונשין טרם נעשו נסיונות של ממש להעיר את המחוקק. זירת הקרבות היא בערכאות הדיוניות, וסוגיות קשות וחשובות טרם צפו ועלו לבית-המשפט העליון. די ברור שהראשונות אינן מתיימרות או שוקלות להעיר את המחוקק, אלא מסתפקות בחוק הקיים, אף שהעברות הקיימות, לפחות בחלקן, רחוקות מלהתאים להתפתחויות הטכנולוגיות, הכלכליות והחברתיות.¹⁶⁷

פרשת **היינץ** שייכת במהותה לדיני הראיות, אף שעיקר הדיון בה נעשה בזירת ההליך הפלילי. במקום לקרוא למחוקק להתערב בסוגיה הכללית ולהנחות את הפרקליטות והמשטרה לגלות ריסון עד אז, בחר בית-המשפט העליון לפתור את הבעיה בצורה עצמאית, בהתאם להסכמת הצדדים. בעולם החלופי שתיארתי קודם היה בית-המשפט יכול לצאת בקריאה ברורה למחוקק להתאים את דיני החיסיון למציאות המודרנית. אומנם, כפי שראינו, הפניית זרקור אל בעיה **אינה מבטיחה טיפול** בה על-ידי המחוקק, אולם פתרון פרשני המתעלם מהחוק **מבטיח או למצער מעודד אי-טיפול** בבעיה.¹⁶⁸ המחוקק אינו עוסק בפתרון בעיות פתורות, אלא אם כן הפתרון מקומם אותו. סבורני שזו אחת הצרות הגדולות ביותר של האקטיביזם השיפוטי: פרשנות יצירתית שסותמת פֶּרְצָה בחוק בשיטת הטלאי על טלאי מונעת את הדחיפה לשינוי החוק בהליך שיאפשר דיון מורכב, עשיר וכללי שיפיק תוצר ברור עם ודאות רבה יותר, גם אם בעתיד יידרשו מן הסתם תיקונים נוספים, באשר אין חוק שיכול לקלוט לכל עתיד אפשרי. **היצירתיות השיפוטית מונעת מאיתנו חוקים טובים יותר**. ההכרעה השיפוטית, מטבעה, אינה יכולה להביט בכל השלכות-הרוחב. אציע כעת מבט בלתי-ממצה הצידה, תוך הצגת תהיות קצרות לגבי כמה חסיונות אחרים והצגת תהייה מעט רחבה יותר בנוגע לאחד אשר מצדיק לטעמי חשיבה מחודשת בסגנון הלכת **היינץ**.

166 ראו ע"א 9183/09 **The Football Association Premier League Limited נ' פלוני**, תקעל 2012(2) 6919, פס' 31 ו-34 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, פס' 5 ו-10 לפסק-דינו של השופט מלצר ופסקת הסיכום של שלושת השופטים. כן ראו אמל ג' בארין ויצחק כהן "חשיפת זהותם של משתמשים אנונימיים באינטרנט – נקודת מבט מוסדית" **מחקרי משפט** כח 7, 37–48 (2012).

167 ראו הרדוף, לעיל ה"ש 36.

168 ראו, במקרה הנידון, הצטלבות מקרית בין עניין **היינץ** לבין תזכיר החוק בנוגע לרפורמה מקפת בדיני החיפוש. ההצטלבות הובילה גם להתייחסות ספציפית לפתרון שהועלה בעניין **היינץ** ולסיוגו, אך נדמה כי מה שהטריד את מנסחי התזכיר היה אותה שאלה שהטרידה את הנשיאה ביניש – שאלת ההליך, להבדיל משאלת המהות. ראו ס' 32א לתזכיר חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – המצאה, חיפוש, כניסה ותפיסה), התשע"א-2011.

4. אקטיביזם שיפוטי ומבט רוחבי – חסיונות מקצועיים אחרים

דיני הראיות ודיני המרשתת דוחפים את בתי-המשפט לאקטיביזם. המחוקק אינו מתרשם שנדרש איזשהו שינוי בשורה ארוכה של ענפי משפט, וממשיך כרגיל. בית-המשפט מוצא את עצמו במצב שבו החוק אינו מתאים עוד לפרישה מבחינה לשונית או תכליתית, ומקום שהמחוקק ישן, לפחות בזירה הפלילית, בית-המשפט נמנע לרוב מלנסות להעירו, ופשוט הולך אחר חוש הצדק שלו אל התוצאה הרצויה בעיניו. במצב כזה הסיכוי ליקיצה חקיקתית הולך ונעלם, וכמוהו הסיכוי לחשיבה מחודשת, מעמיקה ורחבה בסוגיות שעל הפרק. חשיבה כזו דווקא נדרשת.

הדואר האלקטרוני בפרט והתקשורת האלקטרונית בכלל יצרו שינוי איכותי וכמותי בתקשורת המקצועית בין עורכי-דין ולקוחות. דיני החסיונות בעולם ובישראל הם ותיקים, ולא נולדו בעולם ממוחשב. האתגר שעלה בעניין היינץ – מתוך רצון טוב להגן על חופשיות התקשורת בין עורכי-דין ולקוחות – ראוי בהחלט לפתרון מצד המחוקק. אין זה האתגר הנורמטיבי היחיד שעשוי לעלות מההתנגשות בין עולם החסיונות לעולם המחשבים. מה שנכון בנוגע לחסיון עורך-דין-לקוח אמור להיות נכון גם בנוגע לחסיונות מקצועיים אחרים.

פסק-דין היינץ עוסק בתכתובת ממוחשבת ובמסמכי עורך-דין המצויים במשרדו של הלקוח ובמחשבו. אותו היגיון בדיוק ניתן ליישם ביחס לחסיונות של בעלי-מקצוע נוספים. גם רופאים, פסיכולוגים, עובדים סוציאליים וכוהני-דת ערכו היכרות עם העולם המקוון, ויש ביניהם המספקים שירותים מרחוק. נוסף על אלה, אשר מופיעים בפקודת הראיות, גם בעלי-מקצוע שהוכרו כנהנים מחיסיון התוודעו לעולם השירות מרחוק. עיתונאים בוודאי מחליפים תכתובת אלקטרונית, וכמוהם כנראה גם בנקאים. האם כאשר תגיע המשטרה לביתו של פלוני מצוידת בצו חיפוש, יוכל הלה לטעון כי במחשבו מצויים קבצים שחוסים תחת אחד החסיונות? אם ידובר בטענת-אמת, האם נובע מכך שהמשטרה לא תוכל לעיין באותם קבצים? האם ייווצרו בפועל מחסומים שהמחוקק לא פילל להם? האם עוד ועוד כללי חיסיון ייהפכו לכללי חסיונות? לא רק עבודת המשטרה תופרע בעקבות היינץ; כל רשות שמוסמכת לתפוס חומרים¹⁶⁹ תצטרך לפעול מעתה בהתאם להלכת היינץ, ולא רק לפי גופה של ההלכה, אלא גם לפי רוחה, כלומר, גם בהקשרים של חסיונות אחרים וגם בהקשר של מסמכים בלתי-ממוחשבים שנמצאים ברשות הלקוח והוחלפו עם בעל-מקצוע הנהנה מחיסיון. אילו השלכות יהיו להלכת היינץ בנוגע לסעיף 235א לפקודת מס הכנסה, למשל, שיוצר הסדר עצמאי ומורכב בנוגע לתפיסת מידע בידי עורך-דין?¹⁷⁰ אילו השלכות יהיו לו על המשפט האזרחי – למשל,

169 ראו, למשל, ס' 108–109 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975; ס' 56 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968.

170 ראו פקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1961.

לגבי מסמכים חסויים המצויים בידי צד שאינו הנהנה?¹⁷¹ איני רומז שלדעתי המחוקק מבין ואף עורך ניסיון אמיתי להבין את ההשלכות של כל סעיף חוק חדש על חיקוקים אחרים. אולם הסיכויים להבנה כזו טובים יותר כאשר המוקד הוא עיקרון, ולא תיק קונקרטי בבית-המשפט.

הלכת היינץ עשויה או עלולה להשליך על חסיונות מקצועיים אחרים, והיא מחזקת את גורם אי-הוודאות, אשר ממילא חזק מדי בדיני החסיונות. כל זאת על-מנת למנוע פגיעה שאינה אפסית אך גם אינה כזו שאי-אפשר להתגבר עליה או לצמצמה באופן משמעותי מרגע שידועים על אפשרות קיומה.

5. אקטיביזם שיפוטי ומבט רוחבי – החיסיון מהפללה עצמית

הפרשנות המופשטת המסתמנת מהלכת היינץ היא שחיסיון מגביל את הרשות לא רק כאשר הנהנה מהחיסיון מסרב לשתף פעולה בזמן-אמת ולמסור לה את המידע בעצמו, אלא גם בכל הנוגע בתפיסת מידע שכבר הועבר באופן וולונטרי בין בעל החיסיון לבין הנהנה. כלומר, החיסיון מכסה גם מידע אגור ובר-תפיסה.

האם פרשנות כזו עשויה להשפיע על החיסיון מהפללה עצמית? חיסיון זה מיוחד בכך שאין הוא זכות-יתר של מי שעוסק במקצוע נתון, אלא זכות-יתר של כל אדם להימנע מלשתף פעולה עם הרשות באופן שיפגע בו, להבדיל מחובתו לשתף פעולה עם הרשות באופן שיפגע באחרים, לרבות הקרובים לו ביותר – חבריו ומשפחתו. כאמור בסעיף 47 לפקודת הראיות, החיסיון מאפשר לאדם להימנע מלהפלייל את עצמו. זהו כנראה החיסיון היחיד שכל אדם עשוי ליהנות ממנו, ובהינתן שקשה לדמיין אדם שלא ביצע עבירות מימיו, ולו עבירות תעבורה קלות, החיסיון רלוונטי לכל אדם. כאמור, החיסיון הינו אישי, ורק החשוד בפועל או בכוח רשאי לרותמו להגנתו,¹⁷² בתנאי כמובן שיבין כי זו העת לכך. בעל החיסיון הוא הנהנה היחיד ממנו. מי שאינו מתגונן מפני מתקפה אפשרית עשוי ליצור ראייה חזקה ביותר – הודאת חוץ.¹⁷³ חיסיון זה דומה לחיסיון עורך-דין-לקוח במובן זה ששניהם מסוגלים למנוע כפייה של הגעת מידע מהחשוד אל רשויות החקירה: חיסיון עורך-דין-לקוח מונע זאת כאשר הרשויות פונות

171 להרחבה על תהליך הגילוי בנוגע לדואר האלקטרוני, על העלויות האדירות וההליך המיוחד הכרוכים בכך, ראו, למשל, Wochna, לעיל ה"ש 112, בעמ' 850-851, 854; Bruno, לעיל ה"ש 15, בעמ' 550, 568. השוו עניין עיני קונדיטוריה, לעיל ה"ש 157.

172 ראו McCORMICK, לעיל ה"ש 18, בעמ' 463; זלצמן, לעיל ה"ש 63, בעמ' 272-273. כן ראו, לאחרונה, צ"א (שלום ראשל"צ) 23593-05-13 מדינת ישראל נ' חסוי (פורסם בנבו, 7.6.2013).

173 למשל, כאשר אדם מעיד בבית-משפט נגד שותפו לעברה ואינו מעורר את החיסיון מהפללה עצמית, ואם התביעה לא הצהירה כי לא תשתמש בדבריו גם במשפטו שלו, אזי אפשר שהיא תעשה כן. כל שיהיה עליה להראות הוא שהדברים נאמרו מרצון חופשי, ומכיוון שהם נאמרו בין כותלי בית-המשפט, יהיה קשה לטעון להעדרו של רצון כזה. עד שאינו מבין את מהות החיסיון לא יעורר אותו, ולאחר שלא עורר אותו, הראיה נוצרה, והחיסיון לא יוכל למנוע את העיון או השימוש בה. לכל-היותר יוכל מחסום קבילות למנוע את השימוש, אך לא את העיון, וגם מניעת השימוש אינה ודאית.

לעורך-הדין, והחסיון מהפללה עצמית מונע זאת כאשר הרשויות פונות לחשוד במישרין. במובן זה, ברור שתפקודו של החיסיון מהפללה עצמית אינו מוצלח כמו זה של חסיון עורך-דין-לקוח, שכן הגורם שאמור להניף את המחסום אינו מקצועי, מנוסה, מיומן, שקול, קר-רוח ובקי בעולם המשפט כעורך-הדין.

להבדיל מהחסיונות האחרים, זהו כנראה החיסיון הנמחל ביותר, בוודאי משום שבעל החיסיון הטיפוסי, האזרח הפשוט, אינו מבין את כדאיותו, ואין מי שיסביר לו זאת בזמן-אמת.¹⁷⁴ תכלית החיסיון אינה פשוטה לאיתור. נראה שהיא מתקשרת להגנות,

לדחיפת הרשויות לאיתור ראיות נוספות ולמניעת ניצול לרעה על-ידי הרשויות.¹⁷⁵ החיסיון מתייחס בעיקר להפקה של הודאת חשוד לפני אדם אחר, בדרך-כלל במשטרה. אינדיקציה אחת לחשיבותה הרבה של ההגנה על הפרט מפני השימוש בהודאתו שלו נגדו היא שבאופן ייחודי קיימים שלושה מעגלי הגנה על הפרט בהקשר זה. המעגל הראשון הוא **החסיון**: הפרט אינו חייב למסור לאיש מידע המפליל את עצמו, ואם ימסור על-פי צו שיפוטי, יהיה זה רק בכובעו כעד, ולא בכובעו כחשוד או כנאשם. החיסיון מהפללה עצמית יוצר בעבור הפרט את מעגל ההגנה הראשון. **קבילות** היא מעגל ההגנה השני והמרכזי בחיי המעשה, אשר נחוץ אך ורק למי שלא הניף את המגן במעגל הראשון. המעגל מסומן בסעיף 12 לפקודת הראיות, ומחייב את התביעה להוכיח כי הודאת החוץ של הנאשם ניתנה מרצון חופשי.¹⁷⁶ קיומו של מעגל זה מבהיר

174 להערכת, רוב החשודים אינם מבינים את החיסיון, וגם אלה שמבינים עשויים לוותר עליו בלי הבנה. הרנון כתב שגם כאשר יש לחיסיון מקום מוצדק, אין זה פוסל את השאלה, אלא רק נותן לעד אפשרות לא להשיב. על העד להסתמך במפורש על החיסיון, שכן אם ישיב, תהא תשובתו קבילה, והוא ייחשב כמי שוויתר על החיסיון. ראו הרנון, לעיל ה"ש 34, בעמ' 69, 89-90.

175 מעניין שהיה מי שטען כי המשטרה הראשונית של הענקת חסיון עורך-דין-לקוח הייתה נגזרת של החיסיון מהפללה עצמית. ראו *Developments in the Law*, לעיל ה"ש 78, בעמ' 1502. להרחבה על תולדות החיסיון במשפט האמריקאי ועל הרציונלים שלו ראו: Charles R. Nesson & Michael J. Leotta, *The Fifth Amendment Privilege Against Cross-Examination*, 85 GEO. L.J. 1627, 1632-1645 (1997). אצלנו, גרוס הקדיש מאמר שלם לחקר הרציונלים של החיסיון מהפללה עצמית, ובחן כמה אפשריים, בעקבות ההלכה האמריקאית בנושא. ראו עמנואל גרוס "החסיון מפני הפללה עצמית – האמנם ציון דרך במאבקו של האדם הנאור לקידמה?" **מחקרי משפט** ז 167, 173-181 (1989). עוד ראו הרנון, לעיל ה"ש 34, בעמ' 93-94; McCORMICK, לעיל ה"ש 18, בעמ' 450-455; עניין **קריטי**, לעיל ה"ש 90, בעמ' 498. המשנה לנשיא אור תר בעמל אחר הרציונלים לזכות השתיקה, ובחן אם הם חלים בנוגע לחובה למסור מסמכים. הרציונלים שמצא היו צמצום פערי הכוחות בחקירה המשטרתית בין החשוד למשטרה, צמצום הודאות-השווא והימנעות מהטלת חובה על אדם לשתף פעולה עם חקירה שפוגעת בהכרח בפרטיותו ובכבודו. ראו עניין **שוון**, לעיל ה"ש 84. לביקורת פסק-הדין ראו גיא רוטקופף "על החובה למסור מסמכים לרשות – הצורך להגדיר מחדש את תחומי החיסיון מפני הפללה עצמית ואת זכות השתיקה" **המשפט** יא 293 (2007).

176 מנשה כתב כי מלכתחילה הודאת חוץ של נאשם (כמו הודאת חוץ של בעל-דין) מתקבלת על-סמך ההנחה הפסיכולוגית המשפטית שאין אדם משים עצמו רשע לחינם. מניחים שהמודה כן, ואת החשש מפני טעות, בלבול או חולשת זיכרון מותירים למישור המשקל. בניגוד למקרה הטיפוסי של עדות שמועה, שלגביה אין לבעל-הדין יכולת לנהל חקירה נגדית, אין מתאים מבעל-הדין לחקור

כי החיסיון אינו פועל בדיעבד, שאם לא כן לא היה צורך במחסום קבילות. מעגל ההגנה השלישי והמצטבר עניינו **רְיוּת** הראיות: אם צלחנו את יתר המעגלים, עלינו להצביע על דבר-מה נוסף – על ראייה מאמתת להודאת החוץ – כדי שנוכל להרשיע את הנאשם על-סמך הודאת החוץ. מעגל זה הוא יציר הפסיקה בהקשר המדובר; היא ששרטטה אותו, והיא שהצרה אותו. הצטברותם של שלושת המעגלים עשויה ללמד על הצורך להגן על הפרט מפני השימוש בהודאתו נגדו או ללמד דווקא שהחיסיון מפני הפללה עצמית אינו מעגל הגנה מספיק, אולי בגין העדר המודעות וחוסר ההבנה של המתוודים. באופן מעשי, חלק גדול מהחקירות ומהתיקים חיים בעולם ההודאות, ואפשר שלכן דרושים פתרונות לצמצום הפגיעה בפרט. פתרונות כאלה אינם דרושים ברגיל לעולם התקשורת שבין עורך-הדין ללקוחו, משום שהמצבים שבהם תקשורת זו מייצרת ראיות בעלות ערך בעבור הרשויות הינם תדירים הרבה פחות מהמצבים שבהם הודאה של חשוד או נאשם מייצרת ראיות כאלה.

כיצד תשליך פרשת **היינץ** על החיסיון מהפללה עצמית? העולם הממוחשב מנקז לתוכו פעילות מגוונת: חלקה תקשורתית באופייה, כלומר, כרוכה בחילופי-דברים בין פרטים על רקע חברתי, מסחרי או מקצועי (כמו בעניין **היינץ**); וחלקה אישית באופייה, כלומר, כרוכה בפעילות של אדם עם מידע – למשל, משחקים, עבודה, צפייה בסרטים, האזנה למוזיקה, ניהול יומן ועוד ועוד.

במקום אחר אתייחס לקלות הבלתי-נסבלת, לטעמי, של תפיסת מחשבים וחדירה משטרית אליהם.¹⁷⁷ תפיסה כזו, שבעבורה די בצו משופטת שלום המוצא על רקע חשד לכל עברה שהיא, חושפת את המשטרה לעולם מידע עצום. כל חיפוש משטרתי בביתו של אדם פוגע בפרטיותו ו"דורס" את הצורך בהסכמתו: אדם אינו יכול לסרב כאשר שיתוף-הפעולה שלו אינו נדרש. את הפגיעה בו מביאים בחשבון – או נכון יותר אמורים להביא בחשבון – **לפני הוצאת הצו**.¹⁷⁸

השאלה בעניין **היינץ**, כמודגש, כבר יכלה לעלות בעבר כשאלה בדבר תחולתו של החיסיון על מסמכים שנתפסו במשרדו של הלקוח או בביתו. המרשתת שינתה את האזוון, מבחינה כמותית ומבחינה איכותית, בספקה דחיפה טכנולוגית, כלכלית וחברתית לעורכי-הדין וללקוחותיהם להשתמש בדואר האלקטרוני. אותה דחיפה בדיוק קיימת גם לגבי בעלי-מקצוע אחרים, ולמעשה לגבי כל אדם. כשם שהשימוש בדואר האלקטרוני אטרקטיבי לעורך-הדין במגע עם לקוחותיו, הוא אטרקטיבי גם לאנשים מן היישוב בתקשורת עם חבריהם. אלה גם נוטים יותר לזירות נוספות, כגון רשתות חברתיות,

נגדית את העד המוסר על ההודאה. בהמשך מניחים קשר בין חופשיות הרצון לבין אמיתות ההודאה. ראו מנשה, לעיל ה"ש 55, בעמ' 149–152, 223–224.

177 ראו הרדוף, לעיל ה"ש 32.

178 כאן עולה נקודה שראויה להדגשה. קריאה לשוניית של החסיונות המקצועיים פירושה לכאורה שניתן להוציא צו חיפוש ולתפוס חומרים במשרדו של בעל-המקצוע, משום שהחיסיון אינו מועיל במצב שבו שיתוף-הפעולה אינו נדרש. זו תוצאה בלתי-רצויה אך אפשרית מבחינה מילולית, והשופט שמוציא את הצו אמור לשקול את הנתונים הרלוונטיים. אם רוצים לשנות את הדבר, יש ליצור כלל של חסיונות, ולא כלל של חיסיון גרידא.

תוכנות למסרים מיידיים ושיחות מקוונות. פירוש הדבר הוא שהפרט עשוי להתבטא בחופשיות, בלי הבנה שהתקשורת שלו מתועדת באופן שעלול להיחשף בדיעבד ולשמש נגדו בחקירתו. גם עורך-הדין של מילר, מן הסתם, לא הבין בזמן-אמת שהתקשורת שלו מתועדת ועשויה להיחשף על-ידי המשטרה, שאם לא כן היה נמנע מיצירתה ומכוון את הלקוח לתקשר עימו באופן שמונע תיעוד או לפחות מקשה אותו. מפתה לומר בדיעבד שהאחריות היא על הגולש, שהיה צריך לשמור על פיו או אצבעותיו; אך מפתה הרבה יותר לומר שהאחריות היא על עורך-הדין המקצועי והמנוסה, שהיה צריך לשמור על הדברים שיאמרו הוא ולקוחו. לפי הלכת היינץ, פלוני שמתכתב עם עורך-דינו ומפליל את עצמו מוותר על סודיות המידע לפני עורך-הדין, אך לא לפני הרשות שמגיעה לתפוס את התקשורת המתועדת. באופן דומה ניתן לסבור כי אלמוני שמתכתב עם אביו ומפליל את עצמו מוותר על סודיות המידע לפניו, אך לא לפני הרשות שמגיעה לתפוס את התקשורת המתועדת.

החיסיון מהפללה עצמית אינו מגן על האוטונומיה של הרצון, שעליה מגן סעיף 12 לפקודת הראיות; ואינו מגן גם מפני הודאת-שווא, שמפניה מגינה דרישת ה"דבר-מה נוסף". תכלית החיסיון מתקשרת גם להגינות כלפי הפרט, למניעת ניצול מצד הרשויות ולתמרוצן לחפש ראיות אחרות. לנוכח אוצר הידע הטמון במחשב ולנוכח הקלות המשפטית של תפיסתו, האין תכלית זו נפגעת על-ידי תפיסת חומרים מפלילים במחשבו של אדם, כגון יומן אלקטרוני או תקשורת אגורה בין חברים?¹⁷⁹

לחיסיון מהפללה עצמית אין "פטרון" חזק שיעורר אותו כמו לחסיונות לטובת המדינה והציבור, אשר קמים לתחייה בעזרת ידיהן המנוסות והנבונות של הפרקליטות והמשטרה. גם תורת המשחקים לא תסייע כאן, באשר החיסיון אינו נוגע במערכת יחסים מקצועית. כאשר החיסיון אינו מונף – ולעיתים קרובות מאוד אכן כך הדבר, כגון במצב שבו האדם אינו מודע לחיסיון או לצורך בו – אין מי שיפיק מכך לקחים שישמרו על בעלי חסיונות זהים. פלוני לא בהכרח הבין שכאשר הוא שולח לחברו דואר אלקטרוני או משוחח עימו בתוכנת מסרים מיידיים ומספר לו על עברה שביצע, הוא מוותר בזאת על החיסיון מהפללה עצמית לעתיד לבוא, עם בוא הרשויות לביתו ולמחשבו. גם אם הבין, ייתכן שהוא לא הבין שהפללה העצמית מתועדת ומצויה במרחק צו חיפוש. החיסיון מהפללה עצמית, בהיותו לכל אדם באשר הוא אדם, ולא דווקא לבעל-מקצוע העובר הכשרה שאמורה ליידע אותו בדבר קיומו של החיסיון, הוא חיסיון לאנשים נבונים בלבד, במובן זה שרק הם מבינים את כוחו ואת הצורך להשתמש בו בעיתוי נתון. הואיל וחלק גדול מהנחקרים במשטרה אינם מבינים את כדאיות השימוש בחיסיון מהפללה עצמית, הם מודים בחקירתם, ואז חזית הקרב שלהם תתעורר רק במשפטם, ותתמקד בשאלת קבילותה של ההודאה, שאינה חופפת את שאלת החיסיון. חיסיון מהפללה עצמית שמכזיב אינו משפיע על כלל הציבור, משום שהציבור אינו מודע לו: כאשר חיסיון מהפללה עצמית נופל ביער המשפט, הוא לא ישמיע קול. אפילו אם דווח

179 לפי אוריון, החיסיון מהפללה עצמית נפגע גם על-ידי האזנת-סתר. גרשון אוריון דיני הודאות וחקירה 113 (1985).

בתקשורת על מקרה מסוים, אין זאת אומרת שההדיוט יפיק מכך לקחים, וגם אם יפיק, לא בטוח שהוא יישמם למחרת. כזכור, חשיבותם העיקרית של החסיונות המקצועיים היא בהיבט המערכתי שלהם, ובשום אופן לא בהיבט הקונקרטי. הדברים הפוכים באשר לחיסיון מהפללה עצמית, שחשיבותו העיקרית אינה מערכתית, אלא קונקרטית, לפרט ההדיוט, שאינו עוקב אחר המשפט, וגם אם עוקב, ספק אם יבין ויפנים כל החלטה בנוגע לחיסיון זה.¹⁸⁰ הציבור ימשיך לתקשר בחופשיות, בלי מודעות או הבנה שכל התקשורת בסכנת חשיפה בצד אחד של בית-משפט שלום. לכאורה, החיסיון שמצוי בסכנה אמיתית בעולם המקוון אינו נובע ממערכת יחסים מקצועית, אלא מלווה כל גולש באשר הוא אדם, לנוכח האפשרות לחיפוש עתידי שתערוך הרשות. המרשתת לא רק מקילה על רשויות התביעה את הגישה לאוצר ממוחשב; היא גם מקילה עליהן ועל גורמים אחרים את המעקב אחר גולשים, את דיכובם ואת איסוף הראיות נגדם. קלות ההתחזות במרשתת ידועה הן לעבריינים והן לאלה התרים אחריהם, אם מסיבות של אכיפת החוק ואם מסיבות של רייטינג; וכאשר המתחזים הם אלה שתרים אחר עבריינים, אין הם נוהגים מן הסתם להזהיר את בני-שיחם בדבר זכות השתיקה או החיסיון מהפללה עצמית.¹⁸¹ במצב הנוכחי, החיסיון מהפללה עצמית לא יסייע להם מול בני-שיחם, וגם לא יחסן אותם מפני תפיסה משטרתית של מידע שהעבירו מרצונם לגורם אחר, ממש כפי שהוא לא סייע ולא

חיסן בעניין **שמש**.¹⁸²

בעקבות הלכת היינץ עולה לכאורה התהייה אם הערכים שמאחורי החיסיון מהפללה עצמית יובילו לפרשנות שיפוטית שונה לגביו. התשובה הצינית תהיה שלא, משום שזהו חיסיון שאיש אינו מעוניין באמת בקיומו, לבד ממראית-עין. הפללה עצמית רצויה לנו מאוד, ומקילה את פעולת המשטרה באיתור ראיות מפלילות אחרות. זאת, כשם שלכאורה איננו מעוניינים באמת שחשודים יממשו את זכותם להיוועצות עם עורך-דין, שאם לא כן היינו מציבים עורך-דין בתחנת משטרה ומכניסים לכל חקירה עורך-דין. מאידך גיסא, אם אנו מבקשים לעודד תקשורת עם עורך-דין גם **בדיעבד**, או ליתר דיוק להימנע מפגיעה בה או משליחת מסר פוגעני לגביה, האם לא מן הראוי שנעודד או נימנע משליחת מסרים פוגעניים בנוגע להפללה עצמית ממוחשבת? למשל, אם תפסנו תכתובת בין בני משפחה שבמסגרתה הפליל החשוד את עצמו, האם מופרך לאפשר לחשוד להתנגד לתפיסת התקשורת הזו בגין החיסיון מהפללה עצמית שחל בהתייחסות-הגומלין

180 השוו לטיעון שלפיו למחסום הכשרות המשפחתית יש חשיבות מהותית קונקרטית, למשפחה שעל הפרק, וחשיבות דקלרטיבית מוגבלת בלבד, אם בכלל, בעבור הציבור בכללותו. ראו הרדוף, לעיל ה"ש 21, בעמ' 335–339.

181 ראו את גלגולה בערכאה השלישית של פרשת ההתחזויות לילדות שביצעו תחקירני ערוץ 10 לשם לכידת פדופילים: רע"פ 1201/12 **קטיעי נ' מדינת ישראל** (פורסם באר"ש, 9.1.2014). ראו גם חיים ויסמונסקי "סוכנים וירטואליים לחשיפת פדופילים באינטרנט – בעקבות פרשת ערוץ 10" **הסניגור** 160, 5 (2010); אסף הרדוף "הקלות המטרידה של הפיתוי: בעקבות פרשת ערוץ 10" **הסניגור** 160, 11 (2010). כן ראו: Jarrod S. Hanson, *Entrapment in Cyberspace: A Renewed Call for Reasonable Suspicion*, 1996 U. CHI. LEGAL F. 535 (1996).

182 עניין **שמש**, לעיל ה"ש 93.

בינו לבין הרשות? הרי אם לא נאפשר זאת, אפשר שנפגע בדיעבד בתקשורת בין בני המשפחה. האם חשובים לנו המחסומים הראייתיים כשלעצמם או שמא חשובים לנו הערכים שמאחוריהם? אם חשובים לנו הערכים שמאחורי החיסיון מהפללה עצמית ואלה שמאחורי העדר הכשרות להעיד נגד הורה/ילד/בן-זוג, מדוע לא נחפש דרכים להגשים דרך פרשנות תכליתית?

כמו בעניין היינץ, התהיות הללו מתחברות לשאלת ההליך, ולא רק לשאלת המהות. החיפוש הממוחשב שונה מהחיפוש במקום פיזי לא רק מבחינת אוצר המידע העצום הקיים במחשב, שמחייב הגנה על ערכים שונים, כגון פרטיות במידע ובתקשורת, אלא גם במובן זה שהוא נערך בשלב נפרד מהתפיסה. שלב התפיסה הוא השלב שברגיל מחייב הפתעה, ולכן הצו ניתן במעמד צד אחד: איננו סומכים על החשוד שלא יעלים או ישמיד חפצים שהרשויות תרות אחריהם אם ידע על החיפוש מראש, ואיננו סומכים אפילו על עורך-דינו (בהנחה שניתן להגיע אליו מבלי ליידע את החשוד) שיימנע מאזהרת החשוד לגבי החיפוש הצפוי. בדרך-כלל החיפוש בא לפני התפיסה: מחפשים בדירה אחר חפצים מתאימים ותופסים אותם. בנוגע למחשב יש שלב נוסף של חיפוש: תחילה מחפשים את המחשב, מוצאים אותו בקלות ותופסים אותו, ומאוחר יותר, בתחנת המשטרה, עורכים בו חיפוש. החיפוש השני הוא המהותי: במסגרתו תרים אחר הראיות לביצוע העבירה. החיפוש (החוקי) במחשב נערך בהכרח אחרי שנתפס. כאשר המחשב כבר בידי הרשויות, הפרט אינו יכול להעלים את הראיות שמצויות בו או להשמידן.

במצב זה, בשם ההגנה על החיסיון מהפללה עצמית, וכן בשם ההגנה על פרטיותו של בעל המחשב כמו-גם על פרטיותם של משתמשים אחרים, ראוי לשקול כינונו של הליך חדש, דו-שלבי, ברוח ההליך שהנשיאה ביניש מקימה בעניין היינץ, בשינויים המחויבים כמובן.¹⁸³ ראשית, המשטרה תופסת את המחשב, מעתיקה את תכניו ומעבירה את המחשב לבית-המשפט ולהגנה. שנית, ולאחר שניתנת להגנה שהות לעיין בחומרים, תבקש ההגנה לצמצם את החומרים שיועברו למשטרה, תחת מבחנים של רלוונטיות ושל ערכים מוגנים. מבחני הרלוונטיות יאפשרו לפרט להגן בדיעבד על פרטיותו או למצער לצמצם את הפגיעה בה; ומבחני הערכים המוגנים יאפשרו לשלוח מסר שלפיו חשד קונקרטי אינו חשוב עד כדי כך שנסכים שיבלע בתוכו סוגים של מידע שאיננו מעוניינים שיגיע למשטרה אפילו בשלב החקירה.¹⁸⁴ היוצרות יתהפכו: במקום קצין משטרה המצוי ביחידות עם השופט ומבקשו לערוך חיפוש פולשני, ימצא הסגור ביחידות עם השופט ויבקש ממנו לצמצם את הפגיעה בפרט לפגיעה הרלוונטית וההכרחית. ניתן לסמוך על השופט שלא ייכנע לטענות-סרק של ההגנה ולא ימנע את המשטרה מלעיין בחומרים שונים שאיננו מבקשים להגן עליהם, מחד גיסא; ושיהיה קשוב וחרד לערכים שונים שהמשטרה אינה מציבה בהכרח בראש סדר העדיפויות בשלב החקירה, מאידך

183 ראו פרשת היינץ, לעיל ה"ש 2, פס' 27-28.

184 מנשה כתב כי להליך השיפוטי הראייתי יש ערך הסברתי וחינוכי החורג מהדיוק העובדתי. למשל, פסילת ראיות מכוונת גם לשיקול הרתעתי חינוכי, אשר פונה הן לרשויות והן לציבור הרחב ומיועד להביא לידי הפנמתו של עקרון החוקיות. ראו מנשה, לעיל ה"ש 55, בעמ' 145-146.

גיסא. הסגור והחשוד לא יוכלו להכריח את החפץ או להשמידו, והשאלה היא כולה של זמן ומשאבים. אומנם בתי-המשפט יצטרכו להשקיע, אך אם אנו חרדים באמת לתכלית שמאחורי החיסיון מהפללה עצמית, כמו-גם לפרטיות ולערכים נוספים, ייתכן שזה הזמן וזה השלב המתאימים להשקעה, לפני שהראיות מועברות למשטרה ובטרם יוצב לפני בית-המשפט שידון באישום גופו – בהנחה שאכן יקום – פיתוי שהוא יתקשה לעמוד בו, בדמות ראייה פרובטיבית חזקה שקשה לסרב להכניסה לתיק בית-המשפט רק משום שהיא הושגה תוך פגיעה בערך אחר.¹⁸⁵ מקומה של הגנה זו, לפיכך, עשוי להיות לפני האישום עצמו – בעולם דינוני, ולא בעולם ראיתי.

מעבר לתהיות הנורמטיביות, אתגרים קשים ממתנינים בנוגע לתחולתו של החיסיון מהפללה עצמית בעולם הממוחשב. אחד האתגרים הללו יהיה דרישה משטרתית מאדם לחשוף ססמה לקובץ ממוחשב או לחשבון דואר אלקטרוני. האם המשפט יעודד דרישה כזו או ידכאה? ימים יגידו.¹⁸⁶

6. סיכום פרק

שני שדות דחפו במשתמע את בית-המשפט לקראת הכרעתו בעניין היינץ: האקטיביזם השיפוטי בדיני הראיות והאקטיביזם השיפוטי בשדה המרשתת. דיני הראיות הם ענף בלתי-יומני בישראל, אשר מותר שיקול-דעת עצום לבתי-המשפט – לא רק במלאכת הפרשנות, אלא גם במלאכת היצירה. שדה המרשתת אינו ענף כלל, אלא הוויה טכנולוגית, חברתית, כלכלית ועוד. שדה זה מציף את המציאות באתגרים חדשים, וכאשר החוק ישן והאתגר חדש – הדרך לאקטיביזם מפתה מאוד.

אולם גם כאשר הדרך מפתה, יש לזכור את הקשיים שבדרך. מרגע שבית-המשפט פותר בעיה אד-הוק, הוא שולל מהמחוקק את המוטיווציה לפתור אותה. כאשר הוא שולל את המוטיווציה לפתור אותה, הוא מונע גם חשיבה מחודשת על הסוגיה ועל סוגיות הקשורות אליה או משיקות לה. פתרון שנדמה מושלם עלול להשליך על סוגיה שבמסגרתה הוא ייראה פתרון גרוע במיוחד. מעבר לכך, ככלל דיון של אקטיביזם, עולות שאלות שנוגעות בחלוקת התפקידים במערכת המשפט. כאשר בית-המשפט משכתב חיסיון חוקי, הוא נהפך למחוקק בפועל; ואם הוא המחוקק בפועל – מה טעם בחוק בכלל?

185 פסילת ראיות על רקע אופן השגתן דורשת מבית-המשפט שדן בתיק לעצום עיניים אל מול האמת העובדתית ואל מול הצדק. פסילה כזו מצריכה, כלשון מנשה, "בחירה טרגית" בין המחויבות לאמת לבין השלמות המוסרית של בית-המשפט ורשויות האכיפה – פן נוסף של היושרה השיפוטית. ראו שם, בעמ' 20–21, 141–143.

186 דווח כי שירות הביטחון הכללי דרש גישה לתיבות דואר אלקטרוני של תיירות אמריקאיות עם כניסתן ארצה. ראו עמירה הס "השב"כ דרש גישה לתיבות דואר"ל של תיירות אמריקאיות בנתב"ג" **הארץ** – **חדשות** 5.6.2012 www.haaretz.co.il/news/politics/1.1723942. לדין משפטי קצר בשאלה של חשיפת ססמות בישראל ראו יהונתן קלינגר "על החובה למסור ססמאות מוצפנות" 2jk.org/praxis/?p=2910 1.9.2010 **Intellect or Insanity**

סיכום

הלכת היינץ קובעת במפורש, לראשונה בישראל, כי חסיון עורך-דין – לקוח חל גם על תקשורת אצורה שנתפסה בידי הלקוח. ההלכה משקפת מטרה טובה ורצון טוב. תועלתה הברורה ביותר היא זו המיידית והקונקרטית: הגנה על חופשיות התקשורת בין עורכי-דין ללקוחות, גם בנוגע לתקשורת מתועדת שמצויה ברשות הלקוח. אכן, על המשפט להתפתח כדי להתאים לצורכי החברה בעידן המודרני, מבלי לכפות נטל בלתי-מוצדק על השימוש בטכנולוגיה זו. עליו להכיר בסיכונים הכרוכים בטכנולוגיה המודרנית, ולא לאפשר לתקשורת בדואר האלקטרוני להרוס את חסיון עורך-דין – לקוח.¹⁸⁷ הכבוד שהפגינה המשטרה לרעיון החיסיון, בכך שנמנעה מלעיין בחומרים בלי אישורו של בית-המשפט, ונכונותה של פרקליטות המדינה לחשוב מחדש על עמדתה ולבחור בפתרון המקל עם החשוד והלא-נח בעבורה – מעוררים כבוד והערכה.

תועלת אפשרית נוספת של ההלכה היא בעידוד עקיף של חשיבה מחודשת במישורים מגוונים. מישור אחד כזה נוגע בחקיקה בעידן המרשתת. הגיעה העת לחשיבה שיטתית של המחוקק בנוגע למרשתת – על שדה המשפט הפלילי, על שדה דיני הראיות, על שדה הפרוצדורה ועל שדות רבים נוספים. הגיע הזמן לבחון אם החוקים הקיימים בענפי המשפט שונים **ניתנים** להחלה בעידן המרשתת מבחינת לשונם. חוקים אינם פטליים; ניתן ורצוי לעדכןם. בהמשך לכך, וחשוב לא פחות, אף אם חוק ניתן עדיין להחלה לשונית, רצוי לבחון אם הוא ראוי עדיין להחלה או שמא משהו השתנה – בטכנולוגיה, בחברה, בכלכלה ואפילו במשפט – באופן שמצדיק את אי-החלתו. אלה שאלות כלליות שנוגעות ביחסי חוק ומרשתת.

מישור שני שראוי לבחון מחדש הוא קונקרטי יותר. בעיניי, פרשת היינץ מזמינה חשיבה מחודשת על חיפושים בעידן המרשתת. הפרשה היא קריאת השכמה למחוקק המנומנם, אשר טרם מצא, ואולי גם טרם חיפש, דרך אמיתית להגן על תקשורת ממוחשבת – לא מפני גולשים אחרים, אלא מפני הרשות המבצעת. בהקשר זה יש גם יש על מה לחשוב מחדש. אפשר לחשוב מחדש, למשל, על הקלות הרבה של החיפוש, כמו-גם על שאלת ההבחנה הלא-פשוטה, מבחינת החוק ומבחינה נורמטיבית, בין חיפוש במחשב שמגיע גם לתיעוד של תקשורת אלקטרונית לבין האזנת-סתר ממוחשבת – שאלה שעלתה בעניין **פילוסוף**.¹⁸⁸ לשאלות אלה אתייחס במקום אחר.¹⁸⁹

מישור שלישי שראוי לקיים בו חשיבה מחודשת הוא זה של דיני החסיונות. מישור זה ראוי לחשיבה שיטתית: אילו בעלי-מקצוע נהנים מחסיונות? מדוע רק הם? האם יש בעלי-מקצוע קשורים שהגיוני וצודק להקים בעבורם חסיונות?¹⁹⁰ האם דרושה תעודת

187 דבריו של Delsa, לעיל ה"ש 15, בעמ' 958–959.

188 עניין **פילוסוף**, לעיל ה"ש 33.

189 ראו הרדוף, לעיל ה"ש 32.

190 לפי תיאוריית הפונקציונליות (functionalism), יש לזכות קשרים שיש להם תפקיד דומה באותם

חברות בגילדה כדי ליהנות מהחיסיון המקצועי או שמא מה שמגדיר את הזכאות הוא העיסוק המקצועי?¹⁹¹ האם החסיונות תחומים היטב או שמא הם צרים או רחבים מדי? הראוי לגבות חלק מהחסיונות במחסומים ראייתיים נוספים או שמא במחסומים דיוניים כחסיונות? הראוי ליצור מחסום קבילות כללי בנוגע למצב של חיסיון מדומה? הראוי ליצור בררת-מחדל חוקית מפורשת של העדר חסיונות או להותיר להלכה את הכוח ליצור חסיונות חדשים ולעצבם? אלה ואחרות הן שאלות שראויות לדיון. אם הלכת היינץ תוביל לדיון בסוגיות הללו, תהא בכך תרומה גדולה שלה למשפט הישראלי.

לצד המטרה הטובה והתועלת, לצד השבחים שחילצתי במאמצים מרובים, הלכת היינץ כרוכה בקשיים שמאפילים עליהם.

הקושי האחד נוגע בחיפוש המשטרתי ובהליך הסבוך שלו במצב שבו החשוד מעלה טענת חיסיון. קושי זה הוביל לעיכוב אדיר בפרשת היינץ: כשבע שנים (!) חלפו מתפיסת המחשב ועד ההכרעה השיפוטית הסופית. עיכוב כזה אינו צפוי לחזור לאחור הכרעתו של בית-המשפט העליון, אך עיכובים ניכרים אחרים עלולים בהחלט להתגלע. הדבר נכון במיוחד בנוגע לטענות שלא נידונו ולא הוכרעו בעניין היינץ – למשל, לגבי חסיונות מקצועיים אחרים בעידן המרשתת.

פה מצויים גם הקשיים השני והשלישי: אובדן מידע שעשוי להיות רלוונטי לחקירה; וחוסר ודאות לגבי תחולתם של חסיונות נוספים בעידן המרשתת. הקושי השני מתקשר לבלבול מושגי בנוגע למחסומים ראייתיים: גם במצב שבו ראייה חסויה וגם במצב שבו היא אינה קבילה, אין כלל שאוסר לתפוס אותה ולעיין בה, בוודאי במצב שבו הוצא צו שיפוטי המאפשר זאת. הקושי השלישי משמעותי מאוד, לנוכח האקטיביזם השיפוטי החריף שמאפיין את ההלכה. ויתור המדינה על הקרב הוביל לכך שהכרעתו של בית-המשפט העליון הייתה קלה וללא מחלוקת. אולם אין להתעלם מכך שהלכה למעשה שוכתבו דיני החיסיון והוצעו הרחק-הרחק מגבול הלשון. מה יקרה בפעם הבאה שבה תתנגש תכליתו של חיסיון בלשון החוק?

יותר מפרשת היינץ סוללת דרך לפתרון בעיות, היא מצביעה על בעיות בלתי-פתורות. הטכנולוגיה בכלל והמרשתת בפרט מאתגרות את המשפט, מעמתות אותו עם שאלות שהמחוקק לא העלה על דעתו או לא שיער שייפכו לשאלות חשובות, מעשיות ושגרתיות. טכנולוגיה חדשה מציבה בעיות חדשות או מפנה זרקור אל בעיות אשר עד כה חיינו עימן בשלום. פסק-דין היינץ מזהה בעיה ומציע לה פתרון שאינו אלגנטי לגמרי: הבעיה היא הפגיעה בחסיון עורך-דין-לקוח, והפתרון הוא פרשנות חדשה ביחס לחיסיון שרחוקה מאוד מלשון החוק. פסק-הדין פותר בעיה שחיי המקצוע היו מקהים

כללי חיסיון. למשל, רואי-חשבון שמספקים ייעוץ עסקי צריכים לזכות בחיסיון כמו זה של עורכי-דין. ראו Courville, לעיל ה"ש 144, בעמ' 202; Amanda H. Frost, *Updating the Marital Privileges: A Witness-Centered Rationale*, 14 WIS. WOMEN'S L.J. 1, 42-43 (1999).
191 ראו, למשל, את שאלת החיסיון העיתונאי של כותבי בלוגים במרשתת: *Protecting the New Media: Application of the Journalist's Privilege to Bloggers*, 120 HARV. L. REV. 996, 1004-1007 (2007).

אל־נכון באמצעות התנהלות זהירה יותר. בד בבד הוא אינו מזהה את הבעיה הרחבה והקשה יותר שאותה אין מערכת יחסים מקצועית שתוכל לפתור: הבעיה של פגיעה קשה בפרט שבמחשבו עורכים חיפוש. תקשורת ומערכות יחסים שונות עלולות להיפגע מאוד. האם זה מעניין אותנו רק כאשר צד למערכות יחסים אלה הוא אנחנו עורכי־הדין? אני מקווה שלא. אם דיני הראיות מחשיבים את האמת מעל הכל, אזי אין מקום לפלל העולה מהלכת היינץ; ואם אין הם מחשיבים את האמת מעל לכל ערך אחר, אזי בוודאי אין לעצור בחיפוש תכליתי של הוראת חוק אחת, אלא יש להגשים את תכליתם של חוקים נוספים המבקשים לקדם חסיונות נוספים וערכים שנפגעים בעליל ממסלול כה קל לחיפוש ממוחשב, גם אם עוברים בדרך מסננת שיפוטית, אשר חיי המעשה מגלים שאינה הדוקה במיוחד, בלשון המעטה.¹⁹²

אולם בעיניי, ההיבט המטריד ביותר בעניין היינץ אינו זה הנוגע בחיסיון עורך־דין—לקוח, בחיסיון בכלל או אפילו בדיני ראיות. ההיבט המטריד מכל הוא המופשט מכל: הכרעה שיפוטית של הערכאה הגבוהה ביותר שמתעלמת לחלוטין מלשון החוק, באישורה של פרקליטות המדינה. תכליתו של ההסדר החוקי משתלטת על לשונו ומשתיקה אותה לגמרי, כאילו זו הדרך היחידה, כאילו אין מחוקק בישראל, כאילו מעולם לא היה. דריסת הלשון על־ידי התכלית מצביעה בעיניי על אובדן דרך, ששותפים לו כל אלה ששותקים בשעה שבית־המשפט בוחר בפרשנות תכליתית אשר בעליל אינה מתיישבת עם לשון החוק: השופטים, הפרקליטים, המחוקק, הציבור, התקשורת והאקדמיה. כאשר הדריסה האמורה נראית לנו צודקת, איננו מתעניינים עוד בדברי החוק. לא עוד שלטון החוק, אלא שלטון התכלית.

אסיים את מאמרי בתהייה דמיונית: אילו מצא בית־המשפט, במהלך העיון השיפוטי בתכתובת בין מילר לעורך־דינו, ראיה המלמדת לכאורה כי רמדיה פעלה בזדון כדי לחסוך כסף, ואף צפתה את המוות, האם היה פסק־הדין נכתב אחרת?

192 ראו עניין פילוסוף, לעיל ה"ש 33.

משפט ועסקים יט, תשע"ו

אסף הרדוף