הבטחת תקשורת חופשית בין עורך דין ללקוח באמצעות חסיון עורך דין-לקוח וחובת הסודיות האתית – קריאה לרפורמה

לימור זר־גוטמן*

א. מבוא
ב. הצידוקים להבטחת תקשורת חופשית בין עורך הדין ללקוח
ג. ההבחנה בין חסיון עורך דין-לקוח לחובת הסודיות
ד. התנאים להתקיימות חסיון עורך דין-לקוח וחובת הסודיות
ה. מתי אין מתקיימים חסיון עורך דין-לקוח וחובת הסודיות ("החריגים")
1. ויתור הלקוח
2. מידע הנוגע לעברה בעתיד
3. חובות גילוי ודיווח מכוח החוק
4. גילוי הנדרש להגנת עורך הדין
5. גילוי במסגרת החובה שלא להטעות את בית המשפט
6. גילוי שנועד למנוע, להחליש או לתקן את הנזק שגרם הייצוג
ו. הצעה לרפורמה
1. הצורך ברפורמה
2. עיקרי הרפורמה
3. דוגמה: החריג בדבר מידע הנוגע לעברה בעתיד
ז. סיכום

א. מבוא

תקשורת חופשית בין עורך דין ללקוח היא אחת מאבני היסוד של פרופסיית עורכי הדין וחוליה מרכזית שבה נאחזת חובת הנאמנות שחב עורך הדין ללקוח. על חשיבות הבטחת תקשורת חופשית בין עורך הדין ללקוח מעידה העובדה שבית המשפט העליון העניק ביסוס חוקתי לחסיון עורך דין-לקוח דרך קשירתו לזכות החוקתית

* מרצה בכירה, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל. ראש המרכז לאתיקה ואחריות מקצועית של עורכי דין ע"ש דיויד וינר ז"ל.

לייצוג.[1]

שתי הוראות חוק במשפט הישראלי באות להבטיח את התקשורת החופשית בין עורך הדין ללקוחו. הראשונה, הוראת חסיון עורך דין־לקוח הקבועה בסעיף 48 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971 (להלן: "סעיף 48"). סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א–1961 (להלן: "סעיף 90") מהווה את ההוראה המשלימה לסעיף 48, בכך שהוא מטיל על עורכי הדין את החובה האתית לשמור על החיסיון. הוראת החוק השנייה הבאה להבטיח תקשורת חופשית בין עורך הדין ללקוח היא חובת הסודיות האתית הקבועה בכלל 19 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו–1986 (להלן: "כלל 19").

עד לאחרונה שרר במשפט הישראלי בלבול רב בין החיסיון לסודיות. במאמר אחר עמדתי בהרחבה על הסיבות לבלבול ועל התוצאות הקשות שנגרמו בפסיקה בהיעדר ההבחנה בין שתי המטריות.[2] אסכם ואומר כי הבלבול התרחש בכל המישורים – בעניין סעיפי החוק המתאימים לכל מטריה, בעניין הפורום שבו חלה כל מטריה, בעניין המבחנים להיווצרות אשר היו משותפים ובעניין החריגים. כיום שוררת הבחנה נכונה בעניין סעיפי החוק ובעניין הפורום שבו חלה כל מטריה. אך חוסר הבהירות מוסיף להתקיים באשר למבחנים להתקיימות חיסיון וסודיות ובאשר לחריגים תחת כל מטריה. במאמר זה אני מבקשת לסיים את שהתחלתי אז ולהביא להבחנה הראויה גם בנוגע למבחנים להתקיימות ולחריגים. אלא שהפעם מאמר לא יספיק, לשם כך דרושה רפורמה בחוק.

המאמר יבקש להוכיח כי סעיף 48 לפקודת הראיות וכלל 19 לכללי האתיקה **אינם** מבטאים את ההלכה המלאה והנכונה בכל הקשור לחיסיון ולחובת הסודיות במשפט הישראלי. לשם כך יש לקרוא את הפסיקה וחוות הדעת של ועדות האתיקה העוסקות בשורה ארוכה של מצבים שבהם אין תחולה לחיסיון ולסודיות. למצבים אלו אני קוראת במאמר "חריגים", אך פורמלית הם אינם חריגים, כיוון שסעיף 48 וכלל 19 מגדירים חיסיון וחובת סודיות מוחלטת, דהיינו כאלו שאין להם חריגים. גם הפסיקה מקפידה שלא לכנותם "חריגים", אלא להראות שבמצבים אלו לא מתקיימים התנאים להיווצרות החיסיון או חובת הסודיות. התוצאה היא אולי זהה – גם החריגים וגם מצבים שבהם לא מתקיימים התנאים ההכרחיים מובילים לאי תחולת החיסיון או הסודיות מאותו מסמך או מידע. אך מבחינה מהותית רב ההבדל בין השניים.

המאמר יצביע על שני נימוקים עיקריים בדבר הצורך ברפורמה בחוק הנוגע לחיסיון ולסודיות. הראשון, נימוק נורמטיבי העוסק בחולשת הצידוקים לקיום חיסיון

---

[1] ראו בג"ץ 1437/02 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לבטחון פנים**, פ"ד נח(2) 746 (2004).

[2] לימור זר־גוטמן "חובת הסודיות של עורך הדין וחסיון עורך דין־לקוח: הגיעה השעה להיפרד" **הפרקליט** מו 168 (2002) (להלן: זר־גוטמן "הגיעה השעה להיפרד").

וסודיות מוחלטים. השני, נימוק פרגמטי בדבר חוסר הבהירות הקיים במשפט הישראלי בכל הנוגע לחיסיון ולסודיות והקושי הרב שהדבר מציב בפני לקוחות ועורכי דין עד כדי פגיעה מהותית באתיקה המקצועית.

הרפורמה המוצעת אינה מוליכה לחיסיון ולחובת סודיות יחסיים, באשר יש באלו כדי להגביר את חוסר הבהירות והקשיים הנובעים ממנו ללקוחות ולעורכי הדין. הרפורמה המוצעת מבקשת לקבוע חריגים חקוקים לצד הגדרת החיסיון והסודיות. במסגרת הוראת החיסיון מוצע לקבוע רשימה סגורה קטגורית של חריגים. במסגרת הוראת הסודיות מוצע לקבוע רשימה סגורה של חריגים המבוססים על הפעלת שיקול דעת בידי עורך הדין.

חלק א' יציג את מכלול הצידוקים שהועלו בספרות ובפסיקה התומכים בהבטחת תקשורת חופשית בין עורך דין ללקוחו ואת הביקורות על הצידוק המרכזי. פרק ב' יעסוק בהבחנה בין חסיון עורך דין-לקוח לחובת הסודיות. פרק ג' יציג את מלוא ההלכה באשר למבחנים השונים להתקיימות חיסיון וסודיות. פרק ד' יציג את מלוא ההלכה בנוגע ל"חריגים", מצבים שבהם לא חלים החיסיון או חובת הסודיות. פרק ה' יציג את הצורך ברפורמה, את עיקריה ואף ייתן דוגמה לאופייה המיוחד של הרפורמה דרך החריג של מידע הנוגע לעברה בעתיד. פרק ו' יסכם.

ב. הצידוקים להבטחת תקשורת חופשית בין עורך דין ללקוח

זכות הייצוג על ידי עורך דין הוכרה במשפט הישראלי כזכות חוקתית. כל השופטים בבית המשפט העליון בעניין **האגודה לזכויות האזרח** הדגישו את חשיבותה ומעמדה החוקתי של זכות הייצוג. כך לדוגמה כתבה השופטת חיות: "זכותו של אדם לקבלת שירותים משפטיים, ובכללה הזכות להיפגש עם עורך-דין והזכות להיות מיוצג על-ידיו, היא זכות יסוד, המגשימה את החירות המוקנית לו למנות לעצמו שלוח כרצונו, וכן את זכותו להליך הוגן".[3]

הערובה לקיום זכות הייצוג והבטחת הליך הוגן היא בהבטחת תקשורת חופשית בין עורך הדין ללקוחו. כדי שזכות הייצוג תוכל להתממש, יש לאפשר ללקוח לאסוף באין מפריע את החומר הדרוש לו לצורך הייצוג ולהביאו בפני עורך הדין שלו ללא חשש שהדברים אשר נאמרו או הועברו בינו לבין עורך דינו יתגלו לצד השני ויהיו לו

---

[3] עניין **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 761. כבוד השופט ריבלין הוסיף: "הזכות לייצוג דרושה לו לאדם על-מנת להבטיח את מכלול זכויותיו האחרות. היא נחוצה על-מנת לשמור על זכות השתיקה [...] היא דרושה כדי ליתן תוקף לזכות לחירות, לכבוד ולקניין, שהרי ההליך המשפטי, ובוודאי השהייה במעצר או מאסר, כל אלה חושפים את זכויות האדם לפגיעה. הייצוג המשפטי דרוש על מנת להבטיח כי הפגיעה בזכויות אלה, אם תיעשה, לא תיעשה אלא לאחר הליך הוגן ועל-פי הדין". שם, בעמ' 764. ראו גם ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (טרם פורסם, 4.5.2006).

לרועץ.[4] עמד על כך בית המשפט העליון בעניין **פלונית** שם נאמר:

> "החסיון של סעיף 90 [...] חסיונו של הלקוח הוא, והוא בא להבטיח בראש ובראשונה יחסים של כנות ופתיחות בינו לבין עורך הדין בבואו להיזקק לשירותיו המקצועיים של האחרון, בלא שיהא עליו חשש או מורא כי דברים או מסמכים, שהוא מגלה במהלך ההתייעצות או הטיפול בענייניו, ישמשו אי פעם נגדו ללא הסכמתו".[5]

נימוק זה חוזר גם במשפט האמריקני,[6] וגם באנגליה, שם בפסק דין של בית הלורדים, שחיזק את מעמדו והיקפו של החיסיון, כל השופטים מתבססים על צידוק זה.[7]

לפי צידוק זה, בכך שהחיסיון מעודד לקוחות לגלות את כל המידע לעורך הדין, מבלי לחשוש שמידע זה יתגלה ויופעל נגדם, מקדמים החיסיון וחובת הסודיות את הצדק לטווח הארוך בשני אופנים. הראשון, במניעת הפרות חוק עתידיות. בזכות החיסיון יכול עורך הדין לדעת שלקוחו עומד להפר את החוק, במתכוון או מתוך אי־הבנת החוק, כך שיש בידי עורך הדין להניא את הלקוח מלהפר את החוק. בראיה זו, החיסיון הופך את עורך הדין "כמחסום האחרון" שיכול למנוע הפרות חוק במתכוון או בטעות. ומכך יוצאת החברה כולה נשכרת.

הדרך השנייה שבה מבטיחה התקשורת החופשית שבין עורך הדין ללקוח את

---

4 ראו ע"א 327/68 **זינגר נ' ביינון**, פ"ד כב(2) 602 (1968); ע"א 407/73 **גואנשיר נ' חברת החשמל לישראל בע"מ**, פ"ד כט(1) 169, 171 (1973); רע"א 3694/06 **חביב נ' הלה הנדסה ואדריכלות בע"מ**, פס' 5 (לא פורסם, 13.8.2006).

5 על"ע 17/86 **פלונית נ' לשכת עורכי הדין**, פ"ד מא(4) 770, 781 (1987). בית המשפט העליון חזר על דברים אלו בעל"ע 5160/04 **אשד נ' הועד המחוזי**, פ"ד נט(6) 223, 236 (2005). ראו גם "חסיון: האם חייב עורך דין המייצג אדם בערכאה אחת לדווח לערכאה אחרת על גובה שכר הטרחה שקבל" **אתיקה מקצועית** 11, 5 (2004) (בהחלטה נאמר: "להשקפת הועדה, יש חשיבות בהגנה על חופש ההתקשרות של לקוחות עם עורכי דין באופן שלא תפגע הנכונות של אדם לבחור בייצוג משפטי במקום שהוא נזקק לו, ולהיחשף בפני עורך דינו ללא חשש").

6 Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383,389 (1981); MONROE FREEDMAN, LAWYERS' ETHICS IN AN ADVERSARY SYSTEM 4–5 (1975). המבוא לכללי האתיקה המומלצים בארצות־הברית מציין, אף הוא, את הצידוק המקובל: "[a] lawyer can be sure that preserving client confidences ordinarily serves the public interest because people are more likely to seek legal advice, and thereby heed their legal obligations, when they know their communications will be private." ABA Model Rules of Professional conduct, Preamble No. 8 (1983). (להלן: ABA Model Rules) ניתן לצפייה בכתובת: www.abanet.org/cpr/mrpc/mrpc_toc.html (נבדק לאחרונה ב־12.2.2009).

7 Three Rivers District Council and others v. Governor and Company of the Bank of England, [2004] UKHL 48. ראו, למשל, פס' 30, 54, 112. אותה הנמקה קיימת גם במשפט הקנדי. ראו Jones v. Smith, [1999] 1 SCR 455, 474.

הצדק לטווח הארוך נוגעת למעשים שכבר ביצע הלקוח. לפי הטיעון, רק מקום שהלקוח מספר את כל העובדות לעורך הדין יכול זה לתת שירות משפטי הולם. ללא ידיעת כל העובדות, עלול עורך הדין להעניק ללקוח ייצוג משפטי לקוי, ובכך לא יושג צדק. הדוגמה המובאת בספרות בהקשר זה היא של אישה הנאשמת ברצח בעלה, החוששת לספר לעורך הדין שלה כי הבעל הוא שתקף אותה ראשון היות ויש בכך, לדעתה, משום הודאה במעשה. רק חיסיון מלא יבטיח שפרט זה יימסר לעורך הדין, כך שטענת הגנה עצמית תועלה, מה שיבטיח ייצוג הולם, הליך הוגן ואף צדק באותו מקרה.[8] ומכך, שוב, יוצאת החברה כולה נשכרת.

קיים רציונל נוסף לטובת הבטחת תקשורת חופשית בין עורך הדין ללקוחו המבוסס גם הוא על טובת הכלל. מערכת המשפט היא מערכת יקרה להפעלה עבור המדינה. מאחר שבעלות נושא הציבור, יש לציבור אינטרס בקיומם של כללים אשר יחסכו בעלות תפקודה של המערכת. אחת הדרכים לחסון ולהקל על העומס בבתי המשפט היא למנוע מראש תביעות חסרות בסיס ולעודד מתדיינים ליישב סכסוכים אזרחיים מחוץ לכותלי בית המשפט. כללים המבטיחים תקשורת חופשית בין עורך הדין ללקוחו מאפשרים לעורך הדין לקבל את מלוא המידע מהלקוח, ובכך הוא יכול לייעץ ללקוח כיצד למנוע התדיינות מיותרת או ליישב סכסוך מחוץ לכותלי בית המשפט.[9]

לצידוק הראשון שהצגתי, הקרוי הצידוק הקונבנציונלי, השולט עד היום בכיפה, קיימות ביקורות רבות. הביקורת העיקרית מראה כי ההנחות באשר לפרקטיקה של עורכי הדין, שעליהן מבוסס הצידוק, לא מתקיימות. לא ברור עד כמה הלקוחות אכן מודעים לקיום החיסיון וחובת הסודיות והחריגים להם, מה שלא מונע מהם לשוחח בחופשיות עם עורך הדין. מחקר שנערך בארצות־הברית בשנת 1988 הראה כי רוב מכריע של עורכי הדין כלל לא מיידע בכך את לקוחותיו.[10] המחקר גם הראה שלמרות זאת, לחלק מהלקוחות יש מושג כלשהו על חיסיון וסודיות ממקורות אחרים כמו חברים, עיתונות וטלוויזיה.[11] אך מקורות אלו רחוקים מלהיות מהימנים, בעיקר בישראל, שבה, כפי שיראה המאמר, החוק אינו מבטא את ההלכה. בנוסף, גם אם הלקוחות מקבלים את המידע, הם עדיין חסרי יכולת לעבד וליישם זאת. ניקח לדוגמה את המצב של עדות שקר של הלקוח שבה עולה חובת עורך הדין לפנות לבית

---

8 WILLIAM H. MONROE FREEDMAN, THE ADVERSARY SYSTEM 4–5 (1981). אבל ראו SIMON, THE PRACTICE OF JUSTICE: A THEORY OF LAWYERS' ETHICS 61 (1998). המחבר טוען כי במציאות, עורכי הדין מנהלים שיחות עם לקוחותיהם מבלי לשאול את הלקוח לתיאור מלא של העובדות ותוך הקפדה שרק מידע לטובת הלקוח יעלה בשיחה.

9 נינה זלצמן "חסיון התקשורת שבין עורך הדין ללקוח: ראיה חיונית להגנת נאשם כסייג לאבסולוטיות בהליך פלילי" **ספר שמגר** חלק שני **501, 509** והאסמכתאות שם **(2003)**.

10 Fred C. Zacharias, *Rethinking Confidentiality*, 74 IOWA. L. REV. 351, 382 (1989).

11 **שם, בעמ' 383–384.**

המשפט לחשוף את עדות השקר.[12] האם לקוח מסוגל להבין לבדו מתי מתקיים מצב זה הדורש "ידיעה" מצד עורך הדין שלגבי פרשנותה יש פסיקה.

הביקורת מצביעה על הנחה שגויה נוספת, שעליה מתבסס הצידוק הקונוונציונלי, שלפיה רק הודות לחיסיון ולחובת הסודיות מוסרים הלקוחות לעורכי דינם את כל המידע. גם ללא חיסיון מוחלט עדיין יש ללקוחות תמריצים לגלות את כל העובדות לעורך הדין, אם משום שהם ישרים או כדי להבטיח לעצמם את הייצוג הטוב ביותר שלא יכול להתקיים ללא ידיעת כל העובדות.[13] פעמים רבות, הצורך בייצוג משפטי הולם יגבר על החשש מפני גילוי עתידי של המידע.[14]

ביקורת נוספת על הצידוק הקונבנציונלי, הבולטת בכתיבה בארצות־הברית, מצביעה על צידוק אחר לקיום חיסיון וסודיות והוא קידום האינטרסים העצמיים של עורכי הדין.[15] לפי טיעון זה, חיסיון וסודיות רחבים משרתים את עורכי הדין עצמם בשני אופנים. ראשית, הוא נותן להם יתרון בהשגת לקוחות בתחרות עם פרופסיות אחרות. כך, לדוגמה, לקוח הזקוק לייעוץ במיסים יעדיף לשכור את שירותי עורך הדין ולא רואה חשבון, שכן לאחרון אין חיסיון המעוגן בחוק.[16]

הדרך השנייה שבה מגן החיסיון המוחלט על אינטרס עורכי הדין הוא בכך שהוא

---

12 להלן פרק ד5 למאמר.

13 William H. Simon, *Ethical Discretion in Lawyering*, 101 HARV. L. REV. 1083, 1142 (1988).

14 שני מחקרים מצוטטים בהקשר זה: *Functional Overlap Between the Lawyer and Other Professionals: Its Implications for the Privileged Communications Doctrine* 71 YALE L.J 1226, 1232 (1962); Fred C. Zacharias, *Rethinking Confidentiality* 74 IOWA L. REV. 351(1989).

15 ראו למשל, Deborah L. Rhode, *Symposium on the Law Firm as Social Institution: Ethical Perspectives on Legal Practice*, 37 STAN. L. REV. 589 (1985). אצלנו, לשכת עורכי הדין אשר טענה לתחולת החיסיון גם על מזמין השירות המשפטי עבור אחר, הביאה כצידוק להרחבת החיסיון את זכות חופש העיסוק של עורכי הדין ושמירה על תדמית המקצוע. בית המשפט העליון דחה טענה זו בהסבירו: "טעמיו של החיסיון, המצדיקים את הסטייה מן החובה המוטלת על כל אדם להעיד, אינם נעוצים כלל בחשש לפגיעה בחופש העיסוק של עורכי הדין. משכך, אין בזכות חופש העיסוק כדי להצדיק את הרחבת החיסיון מעבר לנדרש על־פי טעמיו. ואף אם תאמר כי חבוי אינטרס נוסף בחיסיון, הנעוץ בשמירה על כבוד המקצוע, על־ידי הרחקתו של עורך־הדין מזירת ההתגוששות בין בעלי הדין, גם אז אין בכוחו של אינטרס כזה כדי לגבור על הערך של חשיפת האמת ולהצדיק מתן פרשנות מרחיבה לחיסיון על חשבון האינטרס הציבורי", בג"ץ 744/97 **גוזלן נ' השופט אמינוף**, פ"ד נא(1) 355,363 (1997).

16 על רקע זה יש להבין את ההתנגדות שהעלו עורכי דין באנגליה להצעת חוק ממשלתית שלפיה גם רואי חשבון ויועצי מס, המעניקים שירותים המקבילים לאלו של עורכי דין, יזכו גם הם לחיסיון הקבוע בחוק. ראו (2004) *Law Society goes to war on accountants' privilege*. ניתן לצפייה בכתובת: www.thelawyer.com/cgi-bin/item.cgi?id=111959&d=11&h=24&f=46 (נבדק לאחרונה ב־**11.2.2009**). ראו גם Daniel R. Fischel, *Lawyers and Confidentiality* 65 U. CHI. L. REV. 1, 5 (1998).

מונע טענות ותביעות עתידיות נגד עורך הדין. כלל המחייב/מתיר גילוי חומר חסוי בנסיבות מסוימות חושף את עורך הדין לתביעות – אם לא יגלה, ייתבע על ידי צד ג' היות ולא גילה, או שיחויב לגלות בהליך משפטי שינהל הצד שכנגד מולו. מנגד, אם יגלה, ייתבע על ידי הלקוח בטענה שהפר חיסיון, או שיינטש על ידי לקוחותיו שיראו בו כמלשן. רק שתיקה מוחלטת, האפשרית תחת חיסיון מוחלט, מגנה על עורך הדין.

סיבה נוספת מדוע עדיף לעורכי הדין לפעול תחת חיסיון וסודיות רחבים המחייבים אותם לשתיקה נוגעת למה שאני מכנה, "האי-סימטריה של מידע בין לקוחות לצדדים שלישיים". בשאלות של חיסיון וסודיות חשוף עורך הדין לתביעות מצד הלקוח או מצד שלישי. במרבית המקרים הצד השלישי חסר את המידע על התנהגות עורך הדין, מידע הדרוש לו לצורך תביעה או תלונה כנגד אותו עורך דין. למשל, מידע שיראה שלעורך הדין הייתה ידיעה על עברה עתידית אך הוא לא דיווח כנדרש ואותו צד שלישי הוא קרבן העברה האמורה. לרוב, הצד השלישי אינו מודע שלעורך הדין הייתה את האפשרות לדווח. ללקוח, לעומת זאת, יש נגישות למידע הנוגע להתנהגות עורך הדין שכן זה מייצג אותו ופעמים רבות המידע כבר נמצא ברשותו.

בגלל אי-הסימטריה של המידע בין לקוחות לצדדים שלישיים, בנושא החיסיון והסודיות חשופים עורכי הדין לתביעות ולתלונות בעיקר מצד הלקוחות. לכן צריכים הכללים העוסקים בחיסיון ובסודיות להגן על עורכי הדין מפני תביעות ותלונות מצד לקוחות. לקוחות צפויים לעשות כן רק במקרה של חשיפת מידע חסוי או סודי, שכן רק גילוי על ידי עורך הדין יכול לפגוע באינטרס הלקוח. קשה לי לחשוב על מצב שבו לקוח יתבע את עורך דינו כיוון שזה **לא** חשף מידע סודי. יתרה מכך, לקוחות מתבססים על החיסיון והסודיות כדי למנוע חשיפת מידע חשוב וסודי. לפיכך, כדי להגן על עורכי דין ולמנוע מראש תביעות מצד לקוחות, תתנגד הלשכה להטלת חובות דיווח על עורכי הדין ותתנגד ליצירת חריגים המאפשרים לעורך הדין לגלות מידע חסוי או סודי. בפרק ד', אשר יעסוק במצבים שבהם לא מתקיימים החיסיון והסודיות, אציג כמה דוגמאות להתנגדויות שכאלו מצד הלשכה בישראל.

לסיכום פרק זה שעסק בצידוקים לקיום חיסיון וסודיות, חשוב להבין שהשאלה היא שאלה של מידה – עד כמה יש בצידוקים כדי לתמוך בכללים הקיימים ועד כמה יש בביקורת עליהם כדי לשכנע לטובת רפורמה בכללים הקיימים. טענתי במאמר היא שאם מצרפים את הביקורות על הצידוקים **יחד עם** הבעיה של חוסר הבהירות הקיים במשפט הישראלי והשפעתה על לקוחות ועורכי דין, המסקנה היא שיש צורך ברפורמה מקיפה.

ג. ההבחנה בין חסיון עורך דין-לקוח לחובת הסודיות

התקשורת שבין עורך הדין ללקוח נהנית מהגנה כפולה של חיסיון בראיות וחובת

סודיות אתית. חסיון עורך דין־לקוח הקבוע בסעיף 48 לפקודת הראיות מעניק לעורך הדין ולעובדיו פטור מהחובה להעיד בפני בית המשפט או רשויות החקירה בכל הנוגע לחומר חסוי.[17] החיסיון הוא פטור מחובת גילוי ראיות בהליך המשפטי, וככזה הוא מהווה חריג לחובה להעיד.[18] סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין עוסק בפן האתי של החיסיון, באשר הוא מטיל על עורך הדין את החובה המשמעתית להעלות את טענת החיסיון מקום שעורך הדין נדרש להעיד חומר חסוי בפני בתי המשפט ורשויות החקירה. שתי ההוראות משלימות באופן זה שסעיף 90 אוסר על עורך הדין לגלות את המידע, ואילו סעיף 48 מורה לבית המשפט לא לכפות על עורך הדין את מתן העדות.[19]

חובת הסודיות האתית הקבועה בכלל 19 מונעת חשיפה של המידע בכל פורום שהוא, וככזו מהווה חריג לעקרון הפומביות וחופש המידע. מעצם הגדרתו מוגבל החיסיון רק לפורומים שבהם מתבצע איסוף ראיות, ולכן הוא חל רק בהליך משפטי, חקירה או חיפוש. חובת הסודיות אינה מוגבלת רק לפורומים האוספים ראיות, אלא היא חלה כלפי כולי עלמא. החיסיון עוסק רק במידע שמבקשים להפוך לראיה, והוא אדיש למידע שאין מבקשים את גילויו במסגרת הליך משפטי, חקירה או חיפוש. ואילו הסודיות אדישה לשאלה אם מבקשים להפוך את המידע לראיה היות והיא חלה גם על מידע שאין מבקשים לעשות בו שימוש כראיה.

כאשר מוזמן עורך דין לחקירת משטרה בעניין הנוגע ללקוחו, או כאשר עורכת המשטרה חיפוש במשרד עורכי דין, חל רק החיסיון הקבוע בסעיף 48 לפקודת הראיות. מנגד, כאשר פונה עיתונאי לעורך הדין ושואל אותו בנוגע ללקוח, או כאשר מתבקש עורך הדין על ידי עורך דין אחר למסור העתק צוואה שהלקוחה חתמה אצלו,[20] חלה רק חובת הסודיות הקבועה בכלל 19 לכללי האתיקה.

החשיבות המעשית להבחנה בין חיסיון לסודיות נעוצה בעובדה שחובת הסודיות רחבה יותר מהחיסיון באשר היא מגנה על יותר מידע בהשוואה אליו. דהיינו יש שמידע לא ייחשב לחסוי, כך שעורך הדין יהיה חייב בגילויו בהליך משפטי, חקירה או חיפוש, אך הוא עדיין יהיה סודי כך שאסור יהיה לעורך דין לגלותו כלפי כולי עלמא. הבדל מעשי נוסף בין סודיות וחיסיון נעוץ בשוני בחריגים המתקיימים תחת כל כלל.

עד לאחרונה שרר במשפט הישראלי בלבול רב בין החיסיון לסודיות. במאמר אחר

---

17 לשון סעיף 48 לפקודת הראיות מבטאת היטב את ההיבט הנורמטיבי של הפטור הטמון בכל חיסיון ראייתי. בסעיף נאמר "אין עורך הדין חייב למסרם כראיה" ולא נאמר "עורך דין ישמור בחסיון" שזו לשון של הטלת איסור, כפי שעושה, אומנם, כלל 19 העוסק בסודיות.

18 החובה להעיד קבועה בין היתר בס' 1 לפקודת הראיות ובס' 106 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982 (להלן: "חוק סדר הדין הפלילי" או "החסד"פ").

19 גבריאל קלינג **אתיקה בעריכת דין** 410 (2001); עניין **חביב**, לעיל ה"ש 4, פס' 5.

20 "סודיות: מסירת העתק צוואה רק בהוראה מפורשת של המצווה" **אתיקה מקצועית** 19, 6 (2006).

עמדתי בהרחבה על הסיבות לבלבול ועל התוצאות הקשות שנגרמו בפסיקה בהיעדר ההבחנה בין שתי המטריות.[21] אסכם ואומר כי הבלבול התרחש בכל המישורים – בענין סעיפי החוק המתאימים לכל מטריה, בעניין הפורום שבו חלה כל מטריה, בעניין המבחנים להיווצרות אשר היו משותפים ובעניין החריגים. כיום שוררת הבחנה נכונה בעניין סעיפי החוק ובעניין הפורום שבו חלה כל מטריה. אך הבלבול וחוסר הבהירות מוסיפים להתקיים בעניין המבחנים להתקיימות חיסיון וסודיות ובעניין החריגים תחת כל מטריה. מאמר זה ממשיך ומבקש להביא להבחנה הראויה גם בנוגע למבחנים להתקיימות ולחריגים. אלא שהפעם אין די במאמר קונספטואלי, אלא דרושה רפורמה בחוק.

ד. התנאים להתקיימות חסיון עורך דין-לקוח וחובת הסודיות

סעיף 48 לפקודת הראיות קובע שני תנאים מצטברים לקיומו של החיסיון. הראשון, "דברים ומסמכים שהוחלפו בין עורך הדין לבין לקוחו או לבין אדם אחר מטעם הלקוח", השני – "ויש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח".

חובת הסודיות הקבועה בכלל 19 כוללת רק את התנאי הראשון אך לא את התנאי השני, ובכך רחבה חובת הסודיות מהחיסיון בראיות. עורך דין חייב לשמור על סודיות כל מידע שהגיע אליו מהלקוח או מטעם הלקוח הגם שאין לו קשר ענייני לשירות המקצועי.[22] הדרישה שלמידע יהיה קשר ענייני לשירות מקצועי היא התנאי המרכזי לקיום החיסיון, תנאי שגם מביא לצמצום היקף החיסיון.[23] תנאי מרכזי ומצמצם זה לא מתקיים באשר לחובת הסודיות. חובת הסודיות חלה על כל דבר המובא לידיעת עורך הדין בידי הלקוח או מטעמו, תוך כדי מילוי תפקידיו כאשר המידע אינו חייב להיות קשור לשירות המקצועי הניתן ללקוח. השוני הזה – התנאי המרכזי והמצמצם הקיים רק באשר לחיסיון – מוביל למצב שבו מידע שלא יוכר כחומר חסוי עדיין יחייב את עורך הדין לשמור אותו בסוד בהיותו מידע שחובת הסודיות חלה לגביו. לדוגמה, הפסיקה לא הכירה בחיסיון של "פרטים על עסקיו או פעולותיו של הלקוח שאין להם קשר לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין".[24] אך אם המידע האמור נמסר

---

21 זר-גוטמן "הגיעה השעה להיפרד", לעיל ה"ש 2.

22 קלינג, לעיל ה"ש 19, בעמ' 406.

23 ראו למשל: עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 5; ע"פ 670/80 **אבוחצירא נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(3) 681, 692 (1981). ראו גם: Restatement (3rd) of the Law Governing Lawyers (2000) השוו ס' 111 לס' 118 ו-122 (רק לגבי החיסיון קיימת הדרישה שהמידע המועבר יהיה במטרה לתת שירות משפטי ללקוח) (להלן: Law Governing Lawyers).

24 בג"ץ 665/83 **ישראלי נ' אור**, פ"ד לח(2) 351 (1984); "המותר לעורך דין למסור עדות למשטרה בהקשר ללקוחו המעורב לכאורה בפלילים?" **עט ואתיקה** 56, 2 (2000).

לעורך הדין על ידי לקוחו או אחר מטעמו במסגרת תפקידו של עורך הדין תחול לגביו חובת הסודיות. העובדה שאין לפרטים אלו קשר לשירות המקצועי הספציפי אינה משנה לעניין חובת הסודיות כל עוד המידע הגיע לעורך הדין במהלך הייצוג.

התנאי הראשון החל בעניין חיסיון וסודיות גם יחד מחייב קיומם של יחסי עורך דין־לקוח בעת קבלת המידע.[25] בפסיקה נקבע שאם עורך הדין שמע את המידע בתור חבר, החיסיון וחובת הסודיות אינם חלים.[26] בחוק לשכת עורכי הדין ובכללים שנחקקו מכוחו אין כל הגדרה למונח "לקוח", שהוא המונח המרכזי ביותר בדינים המבקשים להסדיר התנהגות של עורכי דין. בפסיקה נקבע שהשאלה אם נוצרו יחסי עורך דין־לקוח היא שאלה עובדתית אובייקטיבית שאינה מתבססת על תחושתו הסובייקטיבית של מי מהצדדים, אלא שאלת חוק שיש להכריע בה על סמך עובדות.

יש לבדוק עובדתית־אובייקטיבית כמה מאפיינים שנקבעו בפסיקה. המאפיינים אינם מחייבים ואינם מצטברים, כך שהכרעה מתבצעת בהתאם לכלל הנסיבות.[27] בפסק הדין המנחה בסוגיה בעניין **לוי** קבע בית המשפט העליון את המאפיינים הבאים: (1) האם פנה הלקוח לעורך הדין בבקשה לייצג אותו; (2) האם עורך הדין קיבל על עצמו את הייצוג; (3) האם ניתן לעורך הדין ייפוי כוח לייצג את הלקוח; (4) האם שולם שכר טרחה עבור הייצוג; (5) האם נערכה ישיבת עבודה בין עורך הדין ללקוח שבה פורטו דרישות הלקוח.[28]

מאפיינים נוספים שעלו בפסיקה הם: האם זהות הלקוח ידועה לעורך הדין; בחינת האינפורמציה המועברת; משך היחסים בין הצדדים; רמת האינטנסיביות של היחסים; סוג השירות הניתן, האם מדובר בשירות מקצועי שדרכם של עורכי דין לתת והאם הפעולות הנעשות עבור הלקוח הן בהקשר משפטי.[29] יש לראות בתנאי אחרון זה תנאי הכרחי, גם אם לא בהכרח מספיק, שכן לב לבם של יחסי עורך דין־לקוח הוא השירות המקצועי המשפטי שרק עורכי דין מוסמכים לתת לפי החוק.[30] כך לדוגמה מקום שבו דובר בהכנת מסמכים בעלי אופי משפטי וייעוץ בעניינים משפטיים (הצורך בעריכת צוואה חדשה) קבע בית המשפט שהתקיימו יחסי עורך דין־לקוח.[31] מנגד,

---

25 רע"א 10732/04 **האלשטוק נ' בנק הפועלים בע"מ**, פ"ד נט(3) 283, 287 (2004) (המידע הועבר מעורך הדין למי שכבר לא היה לקוח ולכן החסיון לא חל).

26 ראו ע"א 44/61 **רובינשטיין ושות' בע"מ נ' מפעלי טכסטיל נצרת בע"מ**, פ"ד טו(3) 1599, 1601 (1961); בש"א (משפחה ת"א) 5907/04 **ר.ס. נ' א.ה.**, (לא פורסם, 10.6.2004).

27 ע"א 2625/02 **סילביו נ' דורנבאום**, פ"ד נח(3) 385 (2004) (להלן: עניין **דורנבאום**).

28 ע"א 37/86 **לוי נ' שרמן**, פ"ד מד(4) 446, 478 (1990).

29 בד"א 51/88 **פלוני נ' הועד המרכזי**, פדי"ם ו 217, 221 (1989) ("[...]המרכיב העיקרי בהגדרת 'לקוח', הינו מתן שירותים מקצועיים לאדם שנתן ייפוי כוח בכתב או בעל־פה לעורך דין, לייצגו בכל פורום או לעשות עבורו כל פעולה שהיא"); בד"מ (ת"א) 69/82 **הועד המחוזי נ' פלוני**, פדי"ם ד 21 (1983); עניין **דורנבאום**, לעיל ה"ש 27.

30 ס' 20 לחוק לשכת עורכי הדין (קובע את עקרון ייחוד המקצוע).

31 ה"פ (מחוזי חיפה) 1283/94 **הכט נ' שפאר**, תק־מח 96(2) 1674 (1996). בע"א 6645/00 **ערד נ'**

בפסק דין אמריקני נקבע שלא נוצרו יחסים היכן שעצת עורך הדין נגעה לפן הפיננסי של השקעת כספים.[32]

העובדה שהקביעה אם מתקיימים יחסי עורך דין-לקוח היא קביעה אובייקטיבית עלולה לעורר בעיה במקרים שבהם יש ללקוח ציפייה מבוססת, גם אם שגויה, ולפיה המידע נהנה מהגנת החיסיון, כגון במקרה שבו הלקוח מדבר עם עוזר לא משפטי וסבור שזה עורך הדין. במצבים כאלו יהיה מקום לסטות מהמבחן האובייקטיבי ולאמץ מבחן סובייקטיבי המבוסס על מה שסבר הלקוח. סטייה זו מוצדקת, לטעמי, כיוון שיש בה להגן על תכלית החיסיון.

גם אם השיחה בין עורך הדין ללקוח לא הניבה ייצוג, קרי לא השתכללו יחסי עורך דין-לקוח – החיסיון חל. כפי שקבע בית המשפט העליון, "אם הפנייה לעורך הדין נעשתה מתוך מטרה לקשור עמו עיסקת ייצוג, בלי לדעת מראש על כשלון הפנייה (כגון שלא ידע כי עורך הדין כבר מייצג את הצד שכנגד), ראוי הוא כי הפונה ייהנה מהחסיון על המידע שמסר לעורך הדין".[33]

בית המשפט העליון סירב להרחיב את הגדרת המונח "לקוח" לפי סעיף 48 כך שהחיסיון יחול גם על מי שהזמין את השירות המשפטי עבור אחר.[34] בית המשפט ראה בהרחבת המונח "לקוח" כאן "הרחבה מוגזמת של הערך המוגן על-ידי החיסיון על חשבון הערך של גילוי האמת בהליך השיפוטי".[35]

התנאי הראשון מכניס לגדר החיסיון והסודיות לא רק מידע שקיבל עורך הדין

אבן, פ"ד נו(5) 365 (2002), קבע בית המשפט העליון שנוצרו יחסי עורך דין לקוח, וזאת בהסתמך על שני מאפיינים: ייפוי הכוח שניתן לעורך הדין וסוג השירות שביצע. באותו מקרה דובר בייפוי כוח בלתי חוזר בעל היקף רחב שבו ניתנה לעורך הדין ההרשאה להשכיר, להעביר, להחכיר, לשעבד או למשכן נכס מקרקעין של המשיב. בנוסף, הפעולות שביצע בפועל עו"ד ערד כללו לא רק אימות חתימה, אלא גם רישום בעלות ורישום שעבוד. בעניין **דורנבאום**, לעיל ה"ש 27, קבע בית המשפט העליון כי נוצרו יחסי עורך דין לקוח בהסתמך על שלושה מאפיינים: ייפוי כוח שניתן לעורך הדין, סוג השירות שביצע, ותשלום שכר טרחה. באותו מקרה, דובר בייפוי כוח בלתי חוזר שמכוחו רשם עורך הדין הערת אזהרה לטובת אדם אחר. לעניין סוג השירות שניתן, בית המשפט מאריך ומפרט את שורת הפעולות שביצע עורך הדין כלפי הלקוח ולמענו בציינו שעורך הדין "קיבל על עצמו לטפל בכל הצדדים המשפטיים של העסקה".

32 Sheinkopf v. Stone, 927 F.2d 1259, 1266 (1991) (בית המשפט בוחן את הדברים שאמר עורך הדין והפעולות שביצע ומגיע למסקנה שפעל בתור יועץ השקעות כלפי התובע).

33 עניין **גוזלן**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 360. זו גם עמדת ועדת האתיקה הארצית שקבעה כי החיסיון חל גם על התקשרויות בין עורך הדין למי שחשב לשכור את שירותיו אך לא עשה כן. וזאת לאור חשיבות ההגנה על חופש ההתקשרות של לקוחות עם ערכי דינם. ראו "חסיון: האם חל גם על התקשרויות בין עורך הדין למי שחשב לשכור את שירותיו אך לא עשה כן" **אתיקה מקצועית** 11, 6 (2004).

34 עניין **גוזלן**, שם, בעמ' 360–363. לשכת עורכי הדין, אשר הצטרפה להליך, היא שביקשה להרחיב את גדרי החיסיון גם על מזמין השירות המשפטי.

35 שם, בעמ' 361.

מהלקוח, אלא גם מה שהגיע אליו מטעם הלקוח, למשל, ריאיון עם עד או עם מקור מידע. במקרה שבו נדרש עורך דין להעביר לידי המשטרה תשלילים של תמונות שקיבל במעטפה אנונימית, הנוגעים ללקוח שייצג, קבעה ועדת האתיקה שליד ועד מחוז ת"א שהחיסיון אינו חל, כיוון שהתשלילים לא הגיעו לידי עורך הדין מטעם הלקוח.[36]

המידע עצמו שנמסר לעורך הדין אינו הופך לחסוי. מה שחסוי היא העובדה שזה נאמר לעורך הדין. לדוגמה, אם לקוח הנתבע בגין הפרת חוזה, מודה בפני עורך דינו כי אכן נחתם חוזה בינו לבין התובע – העובדה שהדברים נאמרו לעורך הדין חסויה, אך לא העובדה שאכן נחתם חוזה בין הצדדים. התובע רשאי להוכיח שנחתם חוזה בכלי ראייתי אחר אך לא על ידי עדות עורך הדין.[37] הכלל מגן על חילופי הדברים בין עורך הדין ללקוח, אך אינו פוטר את הלקוח מחובתו להעיד בנוגע לעובדות שבידיעתו רק משום שמסר עובדות אלו לעורך דינו.[38]

החיסיון והסודיות נוגעים גם למסמכים שהוחלפו בין עורך הדין ללקוח או לאדם אחר מטעם הלקוח. מסמך אינו הופך לחסוי רק מתוקף היותו בידי עורך הדין.[39] משרד עורך הדין אינו "עיר מקלט" היכול להפוך לחסוי מסמך שאינו עומד בשני התנאים שנקבעו בחוק.[40] כך, למשל, קבעה ועדת האתיקה שליד ועד מחוז תל־אביב כי על עורך דין למסור מסמך מזויף שמסר לו הלקוח, שכן אין בהעברת המסמך לידי עורך הדין כדי להקנות לאותו מסמך חיסיון שאין לו מלכתחילה הואיל ומדובר במסמך מזויף.[41] כך נקבע בפסיקה באשר למסמכים הנמצאים במחשב של עורך הדין שלגביהם לא ניתן לטעון באופן גורף שהם חסויים מתוקף היותם במחשב שלו, וכי יש לבחון כל מסמך אם הוא קשור לשירות המקצועי המוענק על ידי עורך הדין ללקוחותיו.[42]

התנאי השני הדורש שלמידע או למסמך יהיה קשר ענייני לשירות המקצועי חל רק לגבי החיסיון בראיות ואינו נדרש כדי להקים את חובת הסודיות. תנאי זה עורר

---

36 "עו"ד רשאי למסור למשטרה חומר שנתקבל ממקור אנונימי במסגרת תיק שבטיפולו" **עט ואתיקה** 18, 3 (1991).

37 פסק הדין האנגלי המנחה בעניין הוא Calcraft v. Guest [1989] 1 Q.B. 759.

38 זלצמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 506 והאסמכתאות שם.

39 ראו למשל, Fisher v. US, 425 U.S. 391, 403 (1976).

40 ת"א (מחוזי ת"א) 1795/88 **וקסברג נ' נחום**, פ"מ תש"ן(ג) 45, 50 (1990). בית המשפט כאן חייב את עורך הדין בהצגת מסמכי רישום מקרקעין, צוואות וכיו"ב כיוון שהם "היו קיימים ללא קשר לשירות המשפטי שנתן עוה"ד ללקוחו [...] אם לא נאמר כך, נסייע לפושט רגל להתחמק מהצגת מסמכים רלבנטיים שברשותו ע"י הפקדתם בידי עורך־דינו".

41 ראו "המותר לעורך דין למסור עדות למשטרה בהקשר ללקוחו המעורב לכאורה בפלילים?" **עט ואתיקה** 56, 2 (2000).

42 ב"ש (מחוזי ת"א) 90130/08 **ליברמן נ' מדינת ישראל**, תק־מח 08(1) 14286, פס' 3–12 (2008) (להלן: עניין **ליברמן**, בית משפט מחוזי).

את השאלות הקשות בפסיקה. המושג "שירות מקצועי" לא הוגדר בסעיף 48 לפקודת הראיות או בסעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין. הפסיקה שנדרשה למובנו קבעה כי שירות מקצועי **רחב** מהפעולות שיוחדו לעורכי דין בסעיפים 20 ו־22 לחוק לשכת עורכי הדין. בכללם ייצוג לפני בית משפט או שורה של גופים המנויים בחוק, עריכת מסמכים בעלי אופי משפטי, ייעוץ וחיווי דעת משפטיים. שירות מקצועי כולל גם מה שמשתמע מהפעולות שיוחדו לעורכי דין,[43] כמו למשל שירותי נאמנות שנותן עורך דין ללקוח.[44] מנגד, קבעה הפסיקה שסיוע ללקוח בביצוע עברה עתידית אינו מהווה חלק מהשירות המקצועי שדרכו של עורך דין לתת, ולכן לא חל החיסיון על התקשרויות שעניינן עברה עתידית.[45]

השירות המקצועי של עורכי דין מעולם לא הוגבל רק לכותלי בית המשפט או לציון החוק החל. עורך דין מסחרי מעניק ללקוח טיפול משפטי שיכול שיכלול גם שירותים שיועץ עסקי יכול לתת, אך מה שחשוב הוא לא מי מסוגל להעניק את אותו שירות אלא העובדה שהשירות יכול להינתן גם על ידי עורכי דין, כיוון שהוא קשור עניינית לטיפול המשפטי ומכיוון שנדרשת כאן המומחיות והידע המקצועי שיש לעורכי דין. כך, לדוגמה, עורך דין המעניק ללקוח ייעוץ בענייני מס יכול שיידרש גם להקים עבור הלקוח חברה עסקית כדי לאפשר ללקוח ליהנות מפטור מסוים ממס. ברור שגם יועץ עסקי יכול להקים את החברה עבור הלקוח, אך מכך לא נובע שהקמת החברה אינה מהווה שירות מקצועי שדרכם של עורכי דין לתת, הואיל ובמקרה זה הקמת החברה קשורה עניינית לייעוץ בענייני מס, שכן בלעדיה לא יוכל הלקוח ליהנות מפירות הייעוץ, השגת הפטור. בנוסף, הקמת חברות היא חלק מהמומחיות והידע המקצועי של עורכי דין, ולכן טבעי שלקוח יפנה לעורך דין במקרה שכזה.

תנאי זהה לתנאי השני להיווצרות חסיון עורך דין־לקוח קיים גם במשפט האנגלי שם חל החיסיון על "Legal Advice", ומונח זה מוגדר בצורה רחבה המביאה להרחבת תחולת החיסיון. בית הלורדים קבע:

---

43 ע"א 662/77 **מוסקונה נ' מאור**, פ"ד לב(2) 321, 324 (1978) (נקבע: "כאשר עורך־דין מטפל במשפט בשם לקוח, אין ספק שעריכת חקירות, איסוף חומר ובדיקתו הם חלק טבעי ומובן מאליו של תפקידו, וגם אין ספק שחוות דעת שעורך הדין מביע בפני מרשו על תוכן החקירות הוא חלק מהשירות המקצועי של עורך הדין").

44 ה"פ (מחוזי ת"א) 2163/96 **פייראייזן נ' גזית**, תק־מח 97(2) 146, 147 (1997) (נאמר: "מכיוון שדרכם של עורכי דין ליתן שירותי נאמנות ללקוחותיהם, בא שירות זה בגדר 'השירות המקצועי' של עורך דין הנזכר בסעיף 48 לפקודת הראיות. לכן יחול חסיון על דברים ש'הוחלפו בין לקוח לבין עורך דין' שיש להם קשר לנאמנות"). אך כאשר עורך דין משמש כבורר לא יחול חסיון עורך דין לקוח הואיל והצדדים לא פנו אל הבורר כדי לקבל יעוץ משפטי, אלא פנו אליו בתור ערכאת שיפוט. ראו, קלינג, לעיל ה"ש 19, בעמ' 435; "חסיון: תחולת חסיון עורך דין לקוח בהליך בוררות" **אתיקה מקצועית** 28, 5 (2008).

45 להרחבה ראו פרק ד3 להלן.

> "Legal advice is not confined to telling the client the law; it must include advice as to what should prudently and sensibility be done in the relevant legal context. There will always be borderline cases in which it is difficult to decide whether there is or is not "legal" context. But much will depend upon whether it is one in which it is reasonable for the client to consult the special professional knowledge and skills of a lawyer".[46]

המסמכים או הדברים החסויים הם אלו הקשורים עניינית לנושא השירות ולא אלו הכרוכים במתן אותו שירות.[47] בית המשפט העליון קבע שאין חיסיון על הסכם בין עורך הדין ללקוח שהוכן לאחר שהסתיים השירות המקצועי כיוון ש־"אין עניינו לאפשר שירות מקצועי ללקוח, שאף אינו לקוח עוד, וכאשר מעולם לא היה זה מידע שמטרתו לאפשר שירות מקצועי".[48]

מה באשר למסמך שהכין עורך הדין עבור הלקוח והמסמך הועבר לידי צד שלישי – האם בכך איבד המסמך את הגנת החיסיון והסודיות. הדוגמה המובהקת שגם עלתה בפסיקה עוסקת בחוזה מכר שניסח עורך הדין עבור לקוחו, והחוזה הועבר לידי הצד שכנגד לעסקה וכעת צד שלישי מבקש מעורך הדין לגלות את חוזה המכר. בעניין **מירון** קבע בית המשפט העליון כי "עורך דין שעורך חוזה בין לקוחו ובין צד שלישי

---

46 עניין *Three Rivers District Council*, לעיל ה"ש 7, פס' 62. פסק הדין מצטט, בחלק הראשון שהובא לעיל, פסק דין קודם שקבע הלכה זו – Balabel v. Air-India, [1988] 2 All ER 246 (Eng. C.A.).

47 ראו המ' (מחוזי ת"א) 11444/97 **לה נסיונל חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' הרשות לניירות ערך**, דינים מחוזי לב(1) 546 (1997). בית המשפט המחוזי דן בבקשה של הרשות לניירות ערך לקבל מידי עורך הדין מסמכים שהועברו בין תאגיד לעורך הדין בעניין תשקיף לקראת הנפקה. בית המשפט קבע שהמסמכים שהתבקשו "הועברו בין התאגיד ואנשים מטעמו לבין עורך הדין בקשר עם הכנת החומר לקראת פרסום תשקיף, בדרך להנפקה על ידי התאגיד. החומר כולל תרשומות של עורכי הדין משיחות ומישיבות שהתקיימו בעניין ההנפקה, טיוטות תשקיפים, טיוטות חוזים, טיוטות מכתבים, חומר על עסקי התאגיד, התחשיבים שנמסרו על ידי התאגיד בנושאים הקשורים בתשקיפים וכד'. השירות שניתן על ידי עורכי הדין ובמסגרתו הועבר החומר שבמחלוקת הינו שירות מקצועי מובהק, הכולל ייעוץ וחיווי דעה משפטיים, הכנת מסמכים במסגרת הייעוץ המשפטי וייצוג המנפיק מול רשות ניירות ערך (השוו ס' 20 לחוק לשכת עורכי הדין). לפיכך, החומר שהועבר בין הצדדים הוא חסוי עקב החסיון הקיים בין עורך דין לבין לקוחו" שם, בפיסקה 54. ראו גם, "חסיון: חקירת מס הכנסה בעניין הסכם שערך עורך הדין עבור לקוח" **אתיקה מקצועית** 28, 3 (2008); "חסיון: חל על רשימת התיקים בהם מטפל עורך הדין עבור הלקוח" **אתיקה מקצועית** 29, 6 (2009).

48 עניין **האלשטוק**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 286. ראו גם, "המותר לעורך דין למסור עדות למשטרה בהקשר ללקוחו המעורב לכאורה בפלילים?" **עט ואתיקה** 56, 2 (2000).

אינו פטור מן החובה למסור את החוזה כראיה, אלא רק מן החובה למסור כראיה את המידע שהחליף עם לקוחו סביב החוזה".[49]

לדעתי, גם אם המסמך המוגמר הועבר לידי צד שלישי, אין בכך משום ויתור על חסיון עורך דין-לקוח, הואיל והלקוח הסכים שהמידע יועבר לידי הצד השני לחוזה, אך אין הוא מוותר על החיסיון כלפי כל העולם.[50] ועדת האתיקה הארצית בחרה בגישה זו בקובעה שעורך הדין אשר נדרש בהליך עיקול למסור לידי צד שלישי את חוזה המכר אשר ניסח עבור לקוחו ושהועבר לצד שכנגד, אינו רשאי לעשות כן, הואיל והגנת החיסיון פרושה על המסמך. לדעת הוועדה, ההבחנה בין החוזה לבין המידע שהוחלף עם הלקוח סביב החוזה, יש בה הרבה מן המלאכותיות, ותוצאתה ההכרחית היא גילוי המידע החסוי, שמתפרש בגוף החוזה. לכן, סברה הוועדה, כי הסכם מכר שנערך על ידי עורך דין על בסיס מידע שנמסר לו על ידי לקוחו הנו בגדר "מסמכים שהוחלפו בין עורך דין לבין לקוחו", וחל עליו חיסיון מוחלט, מבלי שיש לבית המשפט שיקול דעת להסיר את החיסיון על מנת להגיע לחקר האמת.[51]

לפי הדין האנגלי, רק מסמך הנמצא במאגר הפתוח לציבור מאבד את הגנת החיסיון. גם מסמכים המכילים מידע ציבורי יישארו חסויים, אם מדובר במסמכים שהוכנו או הושגו על ידי עורך הדין במסגרת הייעוץ המשפטי, והם תוצר של המומחיות והידע של עורך הדין.[52] לדעתי, יש מקום לאמץ גישה זו גם במשפט הישראלי, הואיל והיא מבטיחה הגנה מלאה על תקשורת חופשית בין עורך הדין ללקוחו.

האם לעניין תחולת חסיון עורך דין-לקוח יש חשיבות לשאלה בידי מי נתפס המסמך – בידי עורך הדין או בידי הלקוח? שאלה זו התעוררה לאחרונה בשלושה מקרים שונים שבהם תפסה המשטרה אצל הלקוח מסמכים שהועלתה באשר אליהם טענת החיסיון.[53] בכל המקרים טענה המדינה שהחיסיון אינו חל, הואיל והמסמכים

---

49 ב"ש (מחוזי י-ם) 227/83 **מירון נ' מדינת ישראל**, פ"מ תשמ"ה(א) 62, 79 (1983) (להלן: עניין **מירון**, מחוזי).

50 קלינג, לעיל ה"ש 19, בעמ' 427 ("החוזה שהכין עורך הדין מכיל מידע שקיבל עורך הדין מלקוחו, ממש כמו התרשומת שעורך הדין ערך לעצמו. בתרשומת מצויה התשתית העובדתית, שנמסרה על-ידי הלקוח, ולעיתים גם חוות דעתו של עורך הדין, שניתנה על בסיסה. החוזה, שהכין עורך הדין, מהווה את הלבוש המשפטי שעטה בו עורך הדין את רצונו של לקוחו"). ראו דברים אלו גם בת"א (מחוזי ת"א) 676/97 **הדר נ' סקולר**, פס' 7 (לא פורסם, 12.1.1999).

51 "חסיון: בית המשפט אינו יכול להורות על הסרת החסיון" **אתיקה מקצועית** 25, 3 (2008).

52 Law Society Code, Guidance to rule 4: Confidentiality and disclosure §18 (2004) (להלן: Law Society Code), ניתן לצפייה באתר ה-Law Society בכתובת: www.lawsociety.org.uk (נבדק לאחרונה ב-19.2.2009).

53 ב"ש (שלום ת"א) 4904/06 **כגנסקי נ' מדינת ישראל**, תק-של 07(2) 1677 (2007) (להלן: עניין **כגנסקי**, שלום), דובר בפרוטוקולים של שיחות בין הלקוחה לעורכת דינה שנתפסו בחיפוש בכספת שבביתה של הלקוחה; ב"ש (שלום ראשון לציון) 1209/06 **נטוויז'ן בע"מ נ' יאח"ה**, תק-

נתפסו אצל הלקוח. עמדה זו נתמכה בשני אדנים. ראשית, במטרת דיני הראיות של גילוי האמת. לפי הטיעון, יש במטרה זו להביא למדיניות שיפוטית ראויה ורצויה לפיה יש להצר את גבולות החסיונות השונים. שנית, מלשון סעיף 48 האומרת "לא ימסור עורך הדין כראיה" דהיינו, החיסיון פוטר רק את עורך הדין מהחובה למסור ראיה חסויה. כך שאם הראיה נתפסה בידי הלקוח אין היא חסויה.[54]

בעניין **כגנסקי**, בצעד נדיר צורפו למשיבה כגנסקי הסנגוריה הציבורית הארצית ולשכת עורכי הדין כידידי בית המשפט (הלשכה הצטרפה גם בעניין **היינץ**). גופים אלו הציבו את העמדה הנגדית שלפיה חסיון עורך דין־לקוח הוא חיסיון מהותי החל על המסמך כאשר מתקיימים שני התנאים להיווצרות החיסיון, וזאת ללא קשר למקום הימצאו. עמדה זו מתבססת על שלושה אדנים. הראשון, הזכות החוקתית לייצוג וזכות היסוד להליך הוגן, זכויות שלא יתממשו ללא שמירה על החיסיון. לדעת הלשכה, קבלת עמדת הפרקליטות תביא לפגיעה בזכות יסוד. פגיעה שתיעשה שלא בחוק ושאינה לתכלית ראויה כך שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה ולכן אינה מותרת. השני, הוראות החוק המדגישות כי רק ללקוח זכות לוותר על החיסיון מלמדות כי מדובר בזכות השייכת ללקוח. השלישי, היותו של חסיון עורך דין־לקוח חיסיון מוחלט מעידה על החשיבות הרבה שמייחס לו המחוקק ועל רצונו שלא להצר חיסיון זה, בהשוואה לחסיונות בעלי מקצוע אחרים.

שתי הערכאות בעניין **כגנסקי** ובית המשפט המחוזי בעניין **נטוויז'ן** אימצו עמדה זו שלפיה המבחן לתחולת החיסיון צריך להיות מהותי – אם החומר שנתפס אצל הלקוח הוא תוצר של קבלת שירות מקצועי אזי חל החיסיון.[55] גם בית המשפט

של 06(1) 27238 (2006) (להלן: עניין **נטוויז'ן**, שלום). דובר במסמכים אשר נתפסו במשרדי הלקוח לרבות בכונן המחשב שלו. שניים ממסמכים אלו היו חוות דעת משפטית שהכינו עורכי הדין לבקשת הלקוח. ב"ש (שלום, רמלה) 1269/05 **משטרת ישראל נ' מילר** (טרם פורסם, 6.9.2006) (להלן: עניין **היינץ**, שלום). גם כאן דובר במסמכים אשר נתפסו במשרד הלקוח לרבות כונן המחשב שלו אשר החיל התכתבויות בדואר אלקטרוני עם עורך הדין.

54 ראו, קלינג, לעיל ה"ש 19, בעמ' 428. מסתמך על עניין **מירון**, מחוזי, לעיל ה"ש 49, בעמ' 72. אציין כי השאלה בידי מי נמצא המסמך שלגביו נטען החיסיון קשורה גם להבחנה בין חיסיון תוכני לאישי. חיסיון תוכני בא להגן על המידע. למשל, החסיונות המוסדרים בסעיפים 44–45 לפקודת הראיות. ואילו חיסיון אישי בא להגן על יחסי אמון או על ערכים הקשורים למעמדו של מוסר המידע או מי שנדרש להעיד. למשל, החיסיון מפני הפללה עצמית העומד לחשוד ולנאשם. מרבית החסיונות הם מעורבים בכללם חסיון עורך דין־לקוח בהיותו מושתת על טעמים תוכניים ואישיים. ראו אלכס שטיין "חסיון בנק־לקוח בדיני הראיות" **משפטים** כה 45, 52 (1995).

55 עניין **כגנסקי**, שלום, לעיל ה"ש 53; ב"ש (מחוזי ת"א) 91757/07 **מדינת ישראל נ' כגנסקי**, תק־מח 08(1) 3552 (2008) (להלן: עניין **כגנסקי**, מחוזי); ב"ש (מחוזי, ת"א) 90469/06 **מדינת ישראל נ' נטוויז'ן בע"מ**, תק־מח 06(2) 1776 (2006) (להלן: עניין **נטוויז'ן**, מחוזי). אחד מנימוקי בית המשפט לדחיית עמדת המדינה היה ש"בעידן המחשבים, כשמסמכים מועברים זה אל זה בדואר־אלקטרוני, כשקידמה מובילה לעתיד ללא נייר והכול מצוי במחשב עצמו – קבלת הטענה תהא גזירה שהציבור לא יוכל לעמוד בה". שם, בעמ' 1778. יצוין כי שתי הערכאות

המחוזי בעניין **היינץ** סבר כי זו העמדה הנכונה אך נמנע מלפסוק לפיה, הואיל וסבר שמדובר בלקונה בסעיף 48 הטעונה השלמה רק על ידי המחוקק.[56] חשוב לדעת שגם בעבר היו מקרים שבהם נתפס המסמך בידי הלקוח, ושאלת החיסיון עלתה. וגם שם הבדיקה הייתה מהותית – האם מקיים המסמך את תנאי החיסיון.[57]

בעניין **היינץ**, לגביו הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, הודיעה המדינה כי היא חוזרת מעמדתה ומקבלת את העיקרון שלפיו גם מסמך אשר נתפס בידי הלקוח יכול להיות חסוי אם יעמוד בתנאים המהותיים. חזרה מפתיעה זו, מהעמדה שהציגה המדינה בשלושת התיקים בפני בתי המשפט השונים, מאמצת את הפרשנות התכליתית לסעיף 48. לפי הנמקת המדינה בבקשה, הפרשנות התכליתית אמנם תרחיב את החיסיון, כך שהוא יחול גם על מסמכים שבידי הלקוח. אך מנגד, יש בה כדי לצמצם את היקף החיסיון, כך שיחול רק על מסמכים שנועדו לכתחילה לצורך היוועצות עם עורך הדין.[58] אסכם ואומר שבסוגיה הנוגעת למסמכים בידי הלקוח, שוררת כרגע תמימות דעים כי לא המיקום ישפיע על השאלה אם חל החיסיון, אלא המבחנים המהותיים. אך באשר לסוגיה הרחבה יותר הנוגעת להיקף החיסיון, לא שינתה המדינה מעמדתה הבסיסית, והיא ממשיכה לנסות ולנגוס בתחולה ובהיקף החיסיון.

בעניין **כגנסקי** גם בססו את חסיונם של המסמכים האמורים על חסיון אחר פרי המשפט המקובל – חסיון מסמכים שהוכנו לקראת פשרה. עניין **כגנסקי,** שלום, לעיל ה"ש 53, בעמ' 1680 ; עניין **כגנסקי**, מחוזי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 3555.

56 ב"ש (מחוזי ת"א) 93341/06 **מדינת ישראל נ' היינץ ישראל בע"מ**, תק־מח 07(3) 12846, פס' 57 (2007) (להלן: עניין **היינץ**, מחוזי).

57 ראו למשל, ע"א 327/68 **זינגר נ' ביינון**, פ"ד כב(2) 602, 604 (1968); עניין **חביב**, לעיל ה"ש 4; ת"פ (מחוזי ת"א) 229/87 **מדינת ישראל נ' רובינשטיין ושות' בע"מ**, פ"מ תשמ"ב (1) 89 (1992) שם קבע בית המשפט:

> "דעתי היא כי מה שקובע לעניין החסיון, תחולתו והיקפו מכוח סעיף 48 לפקודת הראיות, הינו **מהותו** של המסמך והעובדה כי הוחלף במערכת יחסי האמון בין עורך הדין לבין לקוחו, ולא מיקומו הגיאוגרפי של המסמך. כל עוד לא ויתר הלקוח על החסיון, במפורש או מכללא, כגון ע"י שיתוף גורמים אחרים בתוכן המסמך או הדברים, העובדה שהדברים או המסמכים לא נמסרו מכוח ההתקשרות המקצועית וכיו"ב, עומדת לו הזכות המהותית לשמירת החסיון ואין חשיבות לעובדה היכן נמצאו או נתפסו המסמכים. החסיון אינו מוגבל בעיני למשרדו של עורך הדין, אלא הוא חל על מערכת יחסי האמון בין עורך הדין לבין הלקוח ועל המידע והדברים שהוחלפו ביניהם – ללא כל קשר למיקום הגיאוגרפי או הטופוגרפי".

58 תגובת משיבה 1 (מדינת ישראל) מיום ה־14.12.2008 לבקשת רשות ערר ובקשת רשות ערר מצידה ברע"פ 8873/07 **היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל** (עותק שמור במערכת). נכון למועד סיום כתיבת המאמר, חודש פברואר 2009, טרם ניתנה החלטת בית המשפט העליון בבקשת רשות הערר.

ה. מתי אין מתקיימים חסיון עורך דין־לקוח וחובת הסודיות ("החריגים")

1. ויתור הלקוח

החריג היחיד לחיסיון הקבוע בסעיף 48 לפקודת הראיות והחריג היחיד לחובת הסודיות הקבוע בכלל 19 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), הוא ויתור הלקוח על חיסיון או על סודיות. החיסיון והסודיות שייכים ללקוח, ולכן רק הוא רשאי לוותר עליהם. עורך דין המוותר על חיסיון ללא הסכמת הלקוח עובר עברה אתית על סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין. ואם הוא מוותר על סודיות ללא הסכמת הלקוח, עובר עורך הדין על כלל 19.

ויתור הלקוח על החיסיון צריך להיות מודע, כשהוא מבין את משמעות הוויתור.[59] בנוסף, ויתור הלקוח על החיסיון צריך להיות מפורש, ורק לאחר שהלקוח הבין שמדובר בוויתור על חיסיון.[60] מנגד, ויתור הלקוח על חיסיון יכול להיעשות גם במשתמע, כמו למשל כאשר השיחה עם עורך הדין מתבצעת בנוכחות אדם שלישי, שאינו איש סודו של הלקוח.[61] אך אם נוכחות הצד השלישי כפויה, כמו במקרה של שיחה בין עורך דין ללקוח בבית המעצר, אין ויתור על חיסיון.[62] דוגמה נוספת לוויתור משתמע היא כאשר מספר לקוחות מיוצגים במשותף בהסכמה על ידי אותו עורך דין, שאז הדברים והמסמכים שהוחלפו בין כל אחד מהם לעורך הדין בקשר לייצוג המשותף, אינם חסויים בפני הלקוחות המשותפים האחרים אך נותרים חסויים כלפי צד שלישי.[63]

בית המשפט העליון קבע שאם במהלך עדותו בבית המשפט מחזיק הלקוח במסמך חסוי ומעיין בו, אין לראות בכך ויתור משתמע על החיסיון.[64] החיסיון, אם חל על המסמך, מוסיף להתקיים גם לנוכח ההלכה שלפיה אם עד מעיין בשעה שהוא

---

59 ראו, בד"א 4/03 **פלוני נ' ועד מחוז חיפה, לשכת עורכי הדין**, פדאור אתיקה 04(7) 806 (2004).

60 ראו, ע"פ 2910/94 **יפת נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 221 (1996); ב"ש (מחוזי ת"א) 90469/06 **מדינת ישראל נ' נטוויז'ן בע"מ**, תק־מח 06(2) 1776 (2006); "חסיון: ויתור הלקוח על החסיון" **אתיקה מקצועית** 15, 6 (2005). ראו גם, Federal Rules of Evidence, 28 U.S.C.A , Rule 502(a)(1).

61 ע"א 44/61 **רובינשטיין ושות' בע"מ נ' מפעלי טכסטיל נצרת בע"מ**, פ"ד טו(3) 1599, 1602 (1961).

62 ראו, ת"פ (מחוזי ת"א) 949/68 **מדינת ישראל נ' ראובן**, פ"מ עא 69 (1970).

63 ע"א 442/81 **גרומט נ' סרוסי**, פ"ד לו(4) 214, 221 (1982); בד"א 15/84 **עו"ד פלוני נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי־הדין בתל־אביב־יפו**, פדי"ם ה 155 (1985). כך קובעים גם כללי ההתנהגות המחייבים של ה־Solicitors באנגליה. Law Society Code, לעיל ה"ש 52, ס' 6.

64 עניין **חביב**, לעיל ה"ש 4.

נחקר במסמך כלשהו, יש לאפשר לפרקליט העורך את החקירה לעיין במסמך.[65] בכך נתן בית המשפט משקל להיותו של החיסיון מוחלט, ולפיכך אין לבית המשפט שיקול דעת אם להסיר חיסיון זה.[66]

הכלל העוסק בחובת הסודיות בכללי האתיקה המומלצים בארצות־הברית מכיר בהסכמה משתמעת של לקוח המגולמת בהרשאה שנותן הלקוח לעורך דינו לייצג אותו.[67] הרציונל כאן הוא פשוט: הלקוח מספר לעורך דינו מידע בסוד כדי שעורך הדין יוכל להשתמש במידע זה כדי לממש את האינטרסים של הלקוח. לכן יש מצבים שעורך הדין מגלה מידע סודי כדי לקדם את הייצוג, והדבר מותר.[68] הסכמה משתמעת הנובעת מההרשאה שניתנת לעורך הדין מבוססת על יחסי השליחות שבין הלקוח לעורך הדין. לעורך הדין יש סמכות כללית להשתמש במידע סודי כדי לקדם את אינטרס הלקוח, ולכן לא נדרשת הסכמה ספציפית ומפורשת לגילוי כזה. ההערות לכללים מביאות שתי דוגמאות לגילוי מותר שכזה. הראשון, בייצוג בפני בית משפט מותר לעורך הדין לשקול ולהודות בעובדה שאינה שנויה במחלוקת, השני, בייצוג לקוח במשא ומתן רשאי עורך הדין לבצע גילוי שיקדם את התוצאה הרצויה.[69]

סוג נוסף של הסכמה משתמעת הנובעת מההרשאה שנותן הלקוח לעורך דינו לייצג אותו היא במקום שעורך הדין חולק את המידע הסודי עם עמיתיו לעבודה ואף עם אנשי מקצוע חיצוניים, שאינם עורכי דין, המסייעים לעורך הדיו בייצוג. גם כאן הצידוק להכיר בהסכמת הלקוח לגילוי שמבצע עורך הדין לאותם אנשים נעוצה בכך שהגילוי משרת את הייצוג ואת האינטרסים של הלקוח, כך שברור שהלקוח, לו נשאל על כך, היה מסכים.[70]

האם גילוי בשוגג של מידע חסוי או סודי יכול להיראות כוויתור משתמע על החיסיון והסודיות. האם הגנת החיסיון והסודיות אובדת למסמך סודי שנשלח בטעות על ידי עורך דין (או מזכירתו) לצד שכנגד, או למסמך שנחשף בטעות במסגרת הליך גילוי מסמכים.

הפסיקה בארצות־הברית שעסקה בשאלה זו נחלקת לשלוש גישות. הראשונה, הגישה המסורתית אשר רווחה בעבר רואה בכל חשיפה של חומר חסוי ויתור על

---

65 הלכה זו נקבעה ברע"א 10025/05 **בנק הפועלים בע"מ נ' קל וחומר לבניה בע"מ**, פדאור 05(28) **108 (2005).**

66 **שם**, פס' 5–6.

67 ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 1.6(a) (1983).

68 **ראו** CHARLES W. WOLFRAM, MODERN LEGAL ETHICS 306 (1986).

69 ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 1.6(a) comment. 7 (1983).

70 ABA Formal and Informal Ethics Opinions, Formal Ethics Opinion 95-393 (1995) (חוות הדעת עסקה בשאלה אם עורך הדין המועסק על ידי מרכז ממשלתי לעזרה לקשישים יכול לגלות למפקח המרכז, שאינו עורך דין, מידע הנוגע לייצוג. חוות הדעת התירה את הגילוי).

החיסיון, ללא קשר ותלות בנסיבות שבהן נחשף החומר החסוי.[71] גישה זו רואה בחיסיון מחסום טכני בלבד להשגת ראיה, כך שברגע שנפרץ המחסום והמידע החסוי מצא דרכו לצד השני, ואין זה משנה באיזו דרך, הוסר החיסיון. רציונל מודרני יותר לגישה מסביר שברגע שעורך הדין שכנגד נחשף למידע חסוי, לא ניתן למחוק את המידע מראשו. ולכן במקום להעמיד פנים שהחזרת המסמך ואי־השימוש בו תביא למחיקת המידע מראשו של אותו עורך דין, עדיף לשני הצדדים להכיר בעובדה שמידע חסוי נחשף.[72]

הגישה השנייה הקיימת במשפט האמריקני מכונה "גישת הביניים". לפי גישה זו, בבוא בית המשפט להכריע אם ויתור על החיסיון יהיה הוגן והגיוני בנסיבות העניין, עליו לבחון את הנסיבות העוטפות את הגילוי, סבירות אמצעי הזהירות שננקטו כדי לשמור על החיסיון, מספר הפעמים שנחשף החומר החסוי והיקף החשיפה, והאם יישמר הצדק אם יישמר החיסיון והלקוח לא ייפגע מהטעות.[73]

הגישה השלישית, שהיא הדומיננטית במשפט האמריקני, אינה רואה בחשיפת חומר חסוי בשוגג משום ויתור על החיסיון. לפי גישה זו, ויתור קיים רק היכן שבית המשפט משתכנע כי אמנם הייתה כונה לגלות את החומר החסוי לצד שכנגד.[74] במקרים שבהם יושמה הגישה בחן בית המשפט את עובדות המקרה כדי לראות אם הייתה כוונה לחשוף את המסמך או שאכן המסמך הועבר לצד השני בשוגג. גם היכן שלא הייתה כוונה לחשוף את החומר אך עורך דין שטיפל במסמך, פעל בפזיזות או ברשלנות כה גסה — יראו בכך ויתור על החיסיון.

בעיית הוויתור על החיסיון בשוגג הביאה בארצות־הברית להשקעת אלפי שעות עבודה של עורכי דין (הוצאה של הון עתק ללקוחות) בבדיקת כל מסמך ומסמך בטרם ייכלל במסגרת הליך גילוי מסמכים. במטרה למנוע הוצאה זו וכדי לייעל את הליכי הגילוי בבתי המשפט הפדרליים, נחקק בחודש ספטמבר 2008 נוסח חדש לכללי הראיות הפדרליים העוסק בחסיון עורך דין־לקוח ובחסיון ה־Work product.[75] לפי

---

71 גישה זו לא נעלמה כליל, ועדיין יש בתי משפט הפוסקים לפיה בהתירם להציג כראיה חומר חסוי אשר הועבר בשוגג. ראו: Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc., 397 F. Supp. 1146, 1162 (1974); ABA/BNA Lawyers' Manual of Professional Conduct, Current Reports, Court Decisions (July 27, 1994); ABA/BNA Lawyers' Manual of Professional Conduct, Ethics Opinions (September 6, 1995).

72 ABA/BNA Lawyers' Manual of Professional Conduct, Ethics Opinions (February 9, 1994).

73 F.D.I.C. v. Marine Corp., 138 F.R.D. 479, 482–484 (1991); Hartman v. El Paso Natural Gas Co., 763 P. 2d. 1144, 1152 (1988).

74 ראו Kusch v. Ballard , 645 So. 2d 1035 (Fla, Dist. App. 1994) (בית המשפט קובע נחרצות כי המכתב שהועבר בשוגג מוסיף להיות חסוי). ראו גם, Mendenhall v. Barber-Green Co. , 531 F. Supp. 951, 954–955 (1982).

75 Federal Rules of Evidence, 28 U.S.C.A, Rule 502. לסקירה נרחבת של התיקון, הסיבות לו,

הכלל החדש, בהליכים בבתי משפט פדרליים החיסיון ימשיך לחול על מסמך שנכלל בטעות במסמכים שהועברו לצד שכנגד אם הגילוי היה בשוגג והמחזיק בחיסיון נקט אמצעים סבירים כדי למנוע את החשיפה וכדי לרפא את הטעות.[76]

בישראל, למיטב ידיעתי, פורסמו רק שני פסקי דין (של בתי משפט מחוזיים) אשר דנים ישירות בסוגיה שלפנינו.[77] בשני המקרים לא היה לבית המשפט ספק כי המסמכים הגיעו לידי הצד שכנגד עקב טעות משרדית, וכי המסמכים הנם חסויים. אך בשני המקרים התירו בתי המשפט את השימוש בראיה החסויה. בית המשפט הראשון אשר דן בשאלה בשנת 1954 ראה בחיסיון רק מחסום טכני המונע מהצד שכנגד להגיע לראיה, אך מקום שהראיה כבר בידי אותו צד, לא יחקור בית המשפט כיצד הגיעה לידיו, ויתיר את הגשת המסמך.[78] ההנמקה של פסק דין זה זהה לגישה המסורתית בארצות־הברית באשר שתיהן רואות בחיסיון רק מחסום טכני להשגת ראיות.

בית המשפט השני אשר דן בשאלה בשנת 2008, כיאה לשינוי שעבר המשפט הישראלי, עורך איזון בין האינטרס המצדד בקיום החיסיון שהוא הבטחת תקשורת חופשית בין עורך הדין ללקוח לאינטרסים הנגדיים שהם, לטענתו, הרצון לגילוי האמת ועשיית משפט צדק. בית המשפט מוסיף וקובע כי הואיל ומדובר במקרים בודדים, אין חשש שהקביעה – שמסמך חסוי שגולה בטעות לצד שכנגד אינו חסוי עוד – תפגע ברציונל לקיום החיסיון שהוא הבטחת תקשורת חופשית בין עורך הדין ללקוח, ועקב כך ייפגע השירות המקצועי הניתן ללקוח. האיזון שעורך בית המשפט כאן שגוי מיסודו. כפי שהראיתי בפרק א', הצידוק הקונוונציונאלי לחיסיון מראה כי בטווח הארוך החיסיון דווקא משרת את גילוי האמת ועשיית משפט צדק, ולא פוגע בהם. יתרה מכך, הצורך להבטיח תקשורת חופשית בין עורך הדין ללקוח אינו דבר שיכול להימדד מספרית. כך שמקום שמדובר, כהנמקת בית המשפט, "במקרים בודדים", נתיר פגיעה בחיסיון באשר לא יהא בכך לסכן את התקשורת החופשית.

ההיסטוריה החקיקתית והבעיות העולות ממנו ראו Henry s. Noyes, *Federal Rule 502: Stirring the State Law of Privilege and Professional Responsibility with a Federal Stick*, SSRN (2008), ניתן לצפייה בכתובת: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1273325 (נבדק לאחרונה ב־10.2.2009).

76 Federal Rules of Evidence, 28 U.S.C.A, Rule 502(b).

77 ת"א (מחוזי י־ם) 139/50 **הוצאה עברית בע"מ נ' ההסתדרות הציונית העולמית**, פס"מ ט 449 (1954) (במקרה זה ביקשה הנתבעת להציג כראיה מכתב ששלחה התובעת אל עורך דינה ובו היא מבקשת את חוות דעתו אם יש מקום לנקוט הליכים משפטיים. המכתב נשלח בטעות לצד שכנגד); ת"א (שלום ת"א) 74932/04 **הראל חברה לביטוח בע"מ נ' בן צדוק** דינים שלום לח, 241 (2008). (במקרה זה ביקשו הנתבעים להוציא מתיק בית המשפט מסמך בו מסוכמים עקרי הדברים שאמר אחד הנתבעים לעורך דינו בפגישה שנערכה בינם לאחר הגשת כתב התביעה. המכתב הוכנס בטעות על ידי עורכי הדין של הנתבעים לתוך תצהירי הנתבעים).

78 עניין **הוצאה עברית**, שם, בעמ' 450.

הבטחת תקשורת חופשית היא עניין מהותי המבטא קונספציה עמוקה שלא ניתן לסטות ממנה אלא מנימוקים מהותיים (כפי שאראה לגבי החריגים שכבר הוכרו). בית המשפט לא השכיל לספק נימוק כזה בנוגע להפרת חיסיון בשוגג. אולי משום שאין בנמצא נימוק כזה. בית המשפט מוסיף וקובע שאין לראות בהעברת המסמך בטעות משום ויתור של הלקוח על החיסיון. לפיכך, אף שהמסמך אינו חסוי, לא ניתן יהיה לחקור את עורך הדין שכתב אותו על חילופי הדברים עם הלקוח העולים מהמסמך.[79] חלק זה נכון באשר אין לראות בטעות של עורך הדין משום ויתור מצד הלקוח שהחיסיון שייך לו. חבל שבית המשפט לא התחיל מנימוק זה והמשיך לקביעה שלפיה משאין ויתור של הלקוח, החיסיון מוסיף לחול על המסמך.

לדעתי, הגישה השלישית במשפט האמריקני משקפת את התשובה הנאותה לבעיה שלפנינו, שלפיה ויתור על החיסיון קיים רק מקום שבו העברת החומר החסוי נעשתה מתוך ויתור רצוני. המצדדים בגישות המובילות לאבדן החיסיון טוענים כי כלל שכזה יגרום לעורך הדין לנקוט משנה זהירות בבואו לטפל בחומר חסוי, והדבר יביא לצמצום הבעיה. טענה זו מתעלמת מהמוטיבציה הגבוהה שיש לעורך הדין לשמור על החיסיון, כך שכלל כזה תורם מעט מאוד ואולי אינו תורם כלל. יתרה מכך, אם אובדן החיסיון אינו מחיר גבוה מדי בעבור טעות פשוטה?[80] לדעתי, כפי שמורה הגישה השלישית, רק מקום שבו נהג עורך דין ברשלנות גסה, יש צידוק לאבדן החיסיון כדי להרתיע את ציבור עורכי הדין.[81]

2. מידע הנוגע לעברה בעתיד

כיוון שהוראות סעיף 48 וכלל 19 אינן מפרטות חריגים נוספים, פרט לוויתור הלקוח, נאלצו בתי המשפט ליצור את יתר החריגים בדרך עקיפה – כמצבים שבהם לא מתקיימים התנאים המקימים את החיסיון/הסודיות. כך שאין מדובר בחריג, אלא במצב שבו מלכתחילה אין חיסיון או חובת סודיות. הדוגמה הבולטת לכך הוא החריג לעניין ייעוץ על עברה עתידית. בתי המשפט שנתקלו בטענת חיסיון לגבי ייעוץ הנוגע לעברה עתידית חשו, ובצדק, שהצידוק לקיומו של חיסיון נשמט במקרה זה.

---

79 עניין **הראל**, לעיל ה"ש 77, בעמ' 5–7. פסק הדין גם קובע כי המסמך האמור חסוי מכוח חסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט. אלא שגם בנוגע לחיסיון זה קובע בית המשפט שהחיסיון הוסר משגולה המכתב בפועל. גם בנוגע לחסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט קובע בית המשפט שמדובר בחיסיון אישי ולא חפצי. שם, בעמ' 7–8.

80 ראו, ABA Formal Ethics Opinion 92-368, Inadvertent Disclosure of Confidential Materials, November 10, 1992) (מצדדים בגישה השלישית).

81 ייתכן שלפי גישה זו, התוצאה שאליה הגיעה פסק הדין השני אשר דן בישראל בשאלה זו בשנת 2008 היא מוצדקת. צירוף מסמך בטעות לתצהירי הלקוח שלך יכולה להיחשב כרשלנות גסה שיש בה להביא להסרת החסיון.

אולם כיוון שבית המשפט כבול לנוסח סעיף 48, הדרך היחידה היא לחצוב את החריג דרך שלילת התנאים המקימים את החיסיון. ולכן נקבע כי "מקום שהעבריין מוסר לעורך הדין על כוונתו לבצע עברה בעתיד, והוא אף נוהג כך, כי אז אין הלקוח מעוניין בכל שירות מקצועי מעורך הדין, ואין זה מסוג הדברים שיש להם קשר לשירות מקצועי שניתן על ידי עורך דין".[82]

הפסיקה מבחינה בין מצב שבו אדם מתוודה בפני עורך דין על כך שהוא ביצע עברה, שאז חלה חובת הסודיות והחיסיון, לבין מצב שבו אדם מספר על כוונה עתידית לבצע עברה, שאז לא חלים החיסיון וחובת הסודיות, כיוון שאין מדובר בשירות מקצועי שדרכם של עורכי הדין לתת.[83]

החריג מוסבר בהגיונו של הכלל שכן המשפט אינו מעוניין לעודד תקשורת חופשית בין עורך הדין ללקוח, אם מטרת התקשורת היא ביצוע עברות. על ידי שלילת הגנת חיסיון וסודיות במקרה זה מבקש החריג למנוע מלכתחילה את יצירתה של התקשרות. בנוסף, כאשר הלקוח מתייעץ עם עורך הדין במטרה לבצע עברה בעתיד, הצידוק הקונבנציונלי לחיסיון ולסודיות כבר לא קיים. הגנה על תקשורת חופשית בין עורך הדין ללקוח בוודאי לא תבטיח כאן צדק לטווח הארוך. להפך, האינטרס החברתי כאן הוא למנוע מלקוחות לנצל את שירותי עורך הדין לביצוע עברות. ביסוס מוסרי נוסף לשלילת הגנת החיסיון והסודיות מהלקוח במקרה זה הוא שהלקוח בהתנהגותו שלו מביא להסרת ההגנה. בידי הלקוח האפשרות למנוע את חשיפת סודותיו בכך שלא ינצל את שירותי עורך הדין לביצוע עברה בעתיד.[84] נימוק נוסף לחריג נעוץ בהגנה על עורך הדין ובשמירה על תדמית המקצוע. נימוק זה מסביר כי החריג עוצר את הלקוח מלשתף את עורך דינו בעברה עתידית, ובכך מונע מעורך הדין להפוך שלא ברצונו לשותף של הלקוח לעברה.

ההבחנה בין עברה בעבר, עברה בעתיד ועברה מתמשכת קשה ליישום בתיאוריה ובפרקטיקה. כך לדוגמה בפרשת O.P.M בארצות־הברית שבה הועמדו לדין בעלי חברת O.P.M על שקיבלו במרמה הלוואות בסך 210 מיליון דולר מהבנקים. מרבית ההלוואות האמורות הושגו עבור החברה על ידי משרד עורכי הדין שייצג אותה במשא ומתן ומילוי טופסי הערבויות מול הבנקים. שנה לפני שבעלי החברה נתפסו, הזהיר רואה החשבון של החברה את משרד עורכי הדין. למרות זאת, המשיכו עורכי הדין לסגור הלוואות נוספות עבור החברה מבלי לגלות לבנקים על ההלוואות הקודמות שנלקחו במרמה. עורכי הדין המשיכו בייצוג לאור חוות דעת שקיבלו משני מומחים לאתיקה שטענו שהמידע שבידי עורכי הדין נוגע רק לעברות בעבר (ההלוואות שכבר

---

82 עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 779.

83 ראו, שם; ע"פ 670/80 **אבוחצירא נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(3) 681, 692–693 (1981); עניין **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 754. לפסק הדין המנחה בארצות־הברית ראו, United States v. Hodge & Zweig, 548 F.2d 1347, 1354–1355 (9th Cir. 1977).

84 Law Governing Lawyers, לעיל ה"ש 23, Sec. 82 Comment. B.

התקבלו במרמה), ולכן חלה חובת הסודיות, ואסור לעורכי הדין לגלות לבנקים. עוד הסבירו חוות הדעת כי אין לעורכי הדין כרגע כל מידע המראה שבעלי החברה ממשיכים בפעולות המרמה, ולכן אין חובה על עורכי הדין להתפטר או לגלות. חוות הדעת קבעו כי התנהגות עורכי הדין, הממשיכים בייצוג ולא מגלים דבר, היא בהתאם לחובת הסודיות.[85]

לאחר חשיפת הפרשה נטען כי הטעות של נותני חוות הדעת ועורכי הדין של החברה הייתה בהסתמכות המוחלטת על ההבחנה בין עברה בעבר, בעתיד ומתמשכת – הסתמכות שבעצם הובילה לעצימת עיניים מכוונת מצד עורכי הדין. הפסיקה בארצות־הברית שעסקה בתביעות אזרחיות או אישומים פליליים נגד עורכי דין בטענה שסייעו ללקוחות לבצע את פעולתם העבריינית קבעה שעורך הדין לא יכול להתחמק מאחריות אזרחית או פלילית בכך שיסגור את עיניו כאילו הוא אינו מודע לכוונות המרמה של לקוחו.[86] בישראל, הקביעה מתי עורכי הדין "עצמו עיניים" תוכרע לפי מבחני הפסיקה הפלילית באשר ליסוד נפשי זה.[87] חשיבות רבה יש לשאלה אם החשד הנדרש לפי הדוקטרינה של עצימת עיניים הוא סובייקטיבי או אובייקטיבי. בהקשר של התנהגות עורכי דין, נראה כי בתי הדין המשמעתיים מצדדים בקריטריון האובייקטיבי.[88] אם יתעורר בישראל מקרה כדוגמת O.P.M שבו מזהיר רואה החשבון של החברה את עורכי הדין, חובה על עורכי הדין לברר את החשד הממשי הרציונלי שמתעורר אצלם בעניין המרמה שהלקוח ממשיך לבצע. בירור פירושו להתעמת עם הלקוח בגלוי לגבי החשד ועריכת בדיקות מעמיקות מצד עורך הדין. אם מתאמת החשד, יש כעת לעורך הדין ידיעה על ביצוע עברה בעתיד מצד

---

85 תיאור הפרשה לקוח מ־ Kenneth F. Krach, *The Client Fraud Dilemma: a Need For Consensus* 48 MD. L. REV. 436, 437,443 (1987). לפרשה נוספת שבה עלו שאלות זהות באשר למעורבות עורכי הדין ושמירתם על שתיקה ראו, James O. Johnson Jr. & Daniel Scott Schecter, *In the Matter of Kaye, Scholar, Fireman, Hays and Handler: A Symposium on Government Regulation, Lawyer's Ethics, and the Rule of Law*, 66 SO CAL. L. REV. 977 (1993).

86 U.S. v. Benjamin, 328 F.2d 854 (2d. Cir. 1964); Greycas v. Proud, 826 F.2d, 1560, 1565 (1947); להרחבה ראו, Robin Charlow, *Willful Ignorance and Criminal Culpability*, 70 TEX. L. REV. 1351 (1992).

87 לפי דיני העונשין עצימת עיניים נקבעת מקום שאדם חושד בפועל שטיב התנהגותו מביא אותה בגדרה של התנהגות אסורה, או שיש אפשרות, מעשית, שמתקיימות הנסיבות הדרושות להרשעה, והוא נמנע מלברר את אמיתות החשד. במצב זה רואים אותו כמי שהיה מודע לטיבה האמיתי של ההתנהגות ולקיומה של הנסיבה (אם התקיימה בפועל). היות והחלטה להימנע מבירור או ביצוע המעשה היא וולונטרית, יישא אותו אדם באחריות פלילית לפי דוקטרינת עצימת העיניים. לדיון מורחב בסוגיה ראו, ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך א 518–530 **(1984)**.

88 ראו למשל, בד"א 91/93 **פלוני נ' לשכת עורכי הדין**, פדי"ם ג 169, 175 (1995); בד"א **10/76 פלוני נ' הועד המחוזי**, פדי"ם א 229 (1976).

הלקוח, כך שהחיסון אינו חל, ומכוח סעיף 262 לחוק העונשין, שיידון בפרק הבא, חובה על עורך הדין לדווח לרשויות הואיל ומדובר בפשע.

פתרון נוסף הוא לקבוע שאמנם אסור היה לעורכי הדין של O.P.M לגלות מידע הואיל ודובר בעבירה בעבר. אך מנגד, אסור לעורכי הדין לבצע פעולות לגיטימיות (כמו השגת הלוואות נוספות) במקום שאי־גילוי המידע החסוי עלול להטעות את הצד השני (באותה פרשה, הבנקים המלווים) ובכך להקים חבות פלילית או אזרחית נגד עורך הדין.

יושם לב, כי החריג המאפשר לעורך הדין לחשוף מידע סודי במטרה לרפא את הנזק שגרם הייצוג, חריג שיידון להלן בפרק ד6, מייתר את התחבטות (או שמא יש לומר התפלפלות) עורכי הדין במקרים כדוגמת O.P.M בשאלה אם הלקוח ביצע בעבר את העבירה או שהעבירה עודנה מתמשכת. שכן לפי החריג, גם בעניין עבירה בעבר רשאי עורך הדין לגלות מידע סודי, אם זה כדי לרפא את הנזק שגרם הייצוג שנתן, ייצוג שסייע ללקוח לבצע את העבירה.

שאלה חשובה בהקשר של חריג זה נוגעת למידת ההוכחה הנדרשת ממי שטוען לאי־תחולת החיסיון, הואיל ושירותי עורך הדין נוצלו לביצוע עבירה בעתיד. שאלה זו עלתה במשפט הישראלי רק לאחרונה בעניין **ליברמן**.[89] באותו מקרה קיבלה המשטרה צו לתפיסת מסמכים שהיו בידי עורך הדין אשר נתן לח"כ ליברמן שירותים משפטיים אזרחיים. בהתאם לצו תפסה המשטרה מסמכים הנוגעים לייצוג ח"כ ליברמן ולייצוג לקוחות אחרים. לפי הנוהל הקיים בין המשטרה ללשכת עורכי הדין, מוכנסים המסמכים לגביהם טוען עורך הדין לחיסיון לתוך מעטפה חתומה לצורך הכרעת בית המשפט.[90] יצוין כי עורך הדין נחקר שלא באזהרה, שיתף פעולה עם חוקריו וטען לחסיון המסמכים שנתפסו. בית המשפט נדרש להכריע אם הצליחה הפרקליטות להרים את הרף הראייתי הנדרש לקביעה שעורך הדין היה שותף לתכנון הלקוח לבצע עבירה בעתיד כך שהחיסיון אינו חל. בית משפט השלום קבע שהרף הראייתי הנדרש הוא "חשד לכאורה" שעורך הדין חשוד בסיוע או בקידום המעשים הפליליים שבהם מעורב ליברמן, חשד שהוכח במקרה זה, ולכן לא מתקיים החיסיון לגבי חלק מהמסמכים.[91]

עורך הדין וכל הלקוחות הקשורים לעניין הגישו עררים על החלטת בית משפט השלום, שאליהם הצטרפה גם לשכת עורכי הדין במעמד של ידיד בית המשפט. בית

---

89 ב"ש (שלום ת"א) 2717/07 **משטרת ישראל – יאח"ה נ' מני**, תק־של 07(4) 27981 (2007) (להלן: עניין **ליברמן**, בית משפט השלום); עניין **ליברמן**, בית משפט מחוזי, לעיל ה"ש 42.

90 יצוין כי הנוהל מעתיק את ההסדר הקבוע בסעיף 235א–235ד לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] התשמ"ד–1984. לעניין קיומו של הנוהל האמור ראו, "חסיון מקצועי: כיצד על עורך הדין לנהוג כשרשות ני"ע מבקשת לקבל מידע ומסמכים של הלקוח" **עט ואתיקה** 43, 2 (1997) (ההחלטה מחילה את הנוהל גם על תפיסת מסמכים בידי הרשות לניירות ערך).

91 עניין **ליברמן**, בית משפט השלום, לעיל ה"ש 89, פס' 27.

המשפט המחוזי אמנם דחה את העררים בהחזיקו אחר מסקנת הערכאה הקודמת שלפיה במקרה זה לא מתקיים החיסיון. אך בעשותו כן קבע רף ראייתי מחמיר יותר של "ראיות לכאורה" למעורבות עורך הדין במעשים הפליליים של לקוחו. משמעות דרישה זו היא, שצריכות להיות ראיות עצמאיות שיש בהן כדי להוכיח ברמה הנדרשת להגשת כתב אישום את מעורבותו של עורך הדין במעשים הפליליים של לקוחו.[92] ראיות עצמאיות אלו לא יכולות להיות המסמכים שלגביהם נטען החיסיון ולא העובדה שעורך הדין נחקר כחשוד. שאז די יהיה למשטרה לזמן את עורך הדין לחקירה כחשוד כדי להביא לאי־תחולת החיסיון.

לשכת עורכי הדין טענה בעניין **ליברמן** שכאשר עורך הדין פועל בתום לב ונותן שירות מקצועי לגיטימי, גם אם הלקוח מנצל שירות זה לצורך עברה בעתיד, החיסיון צריך לעמוד על כנו. שתי הערכאות בעניין **ליברמן** לא קיבלו עמדה זו וקבעו שאין חשיבות לשאלת תום לבו של עורך הדין. כך שגם מקום שעורך הדין לא ידע ולא חשד שההתייעצות נועדה לקדם פעילות עבריינית של הלקוח– לא יחול החיסיון על מסמכים אלו.[93] עמדה זו זהה לעמדת המשפט האמריקני והאנגלי שבהם, החריג חל גם אם עורך הדין לא היה מודע לכוונת הלקוח.[94] ולהפך, אם עורך הדין התכוון לסייע ללקוח בביצוע עברה, אך הלקוח לא התכוון לבצע עברה – החיסיון ממשיך לחול.[95]

הבעיה העיקרית שאני רואה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין **ליברמן** נובעת מהעובדה שבית המשפט קבע שקיימות "ראיות לכאורה" המצביעות על מעורבות עורך הדין במעשים הפליליים של לקוחו על בסיס נספח סודי, כאשר עורך הדין לא נחקר ולא התעמת עם הראיות שבנספח.[96] שתי ביקורות עולות בנוגע למעשה זה של בית המשפט. ראשית, לאור הצידוק החברתי החזק העומד בבסיס החיסיון, אין זה ראוי לקבוע שהחיסיון אינו חל, אף לפי מבחן מחמיר, על בסיס ראיות סודיות שעורך הדין לא יכול להתעמת מולן. נימוק שני מתבסס על עקרון יסוד

---

92 עניין **ליברמן**, בית המשפט המחוזי, לעיל ה"ש 42, פס' 2 בפרק הדיון. במשפט האמריקני אין אחידות בפסיקה בנוגע לשאלה זו. מקובל שם בקשר לכל החסיונות, שצד הטוען להסיר חיסיון צריך לשכנע את השופט לפי מאזן ההסתברות שקיימות עובדות המצדיקות צעד זה. יש פסקי דין המיישמים גישה זו גם במקרה זה, אך יש פסקי דין האומרים שדי בהוכחה לכאורה (שהוא מבחן קל יותר). **ה**־Law Governing Lawyers קובע את מבחן ההוכחה לכאורה. ראו, Law Governing Lawyers, לעיל ה"ש **23**, Sec 82 Comment. F.

93 עניין **ליברמן**, בית המשפט המחוזי, לעיל ה"ש 42, פס' **11** בפרק הדיון; עניין **ליברמן**, בית משפט השלום, לעיל ה"ש 89, פס' 27. לביקורת על עמדה זו ראו, דרור ארד־אילון "המאבק על חסיון עורך דין לקוח" **אתיקה מקצועית 26**, **1** (**2008**).

94 Clark v. United States, 289 U.S. 1, 15 (1933); United States v. Soudan, 812 F.2d 920, 927 (5th Cir. 1986) למשפט האנגלי ראו COLIN TAPPER, CROSS ON EVIDENCE 457 (9th ed. 1999).

95 State v. Green, 493 So. 2d 1178, 1182 (La. 1986).

96 ראו, דרור ארד־אילון "המאבק על חסיון עורך דין לקוח" **אתיקה מקצועית 26**, **1** (**2008**).

במשפט הפלילי שלפיו זכותו של החשוד הוא להתעמת עם הראיות שמציגים נגדו.[97] במקרה זה, אף כי עורך הדין לא נחקר כחשוד, מבחינת דיני החיסיון ההסתכלות עליו היא כאל חשוד בשיתוף עם הלקוח בביצוע המעשים הפליליים. לכן יש לאפשר לו, כמו לכל חשוד, להתעמת עם הראיות שנגדו.

3. חובות גילוי ודיווח מכוח החוק

מצב נוסף שבו לא מתקיימים חסיון עורך דין-לקוח וחובת הסודיות נוגע לחובות גילוי הקבועות בחוק. לפי חריג זה, כאשר החוק מטיל חובת גילוי על כל אדם ואינו קובע פטור לעורך דין מתוקף החיסיון או חובת הסודיות, חייב עורך הדין לגלות הגם שיש בכך הפרה של החיסיון/סודיות.

כללי האתיקה הקודמים בישראל, משנת 1966, ציינו ברישה של הכלל: "מלבד אם נאמר אחרת בחיקוק אחר, עורך הדין ישמור בסוד..."[98] העובדה שזה נאמר כבר ברישה מלמדת שראו בכך תנאי מקדים להיווצרות חובת הסודיות. כללי האתיקה החדשים משנת 1986, אמנם לא כללו את הרישה הזו, אך התפיסה שלפיה חובת הסודיות לא מתקיימת כאשר חוק אחר מטיל חובת גילוי ואינו פוטר עורכי דין מהחובה, המשיכה לעמוד. כך, לדוגמה, ועדת האתיקה של ועד מחוז תל-אביב קבעה שבעוד שאין חיסיון על כתובת הלקוח, וכי על עורך הדין לחשוף כתובת זו כאשר קיימת חובה לפי הדין לציין את הכתובת. למשל, תקנות סדר הדין האזרחי מחייבות לציין בכל מסמכי התביעה את כתובת התובע, ועל עורך הדין לציית להוראה זו.[99] דוגמה נוספת ניתנה בהחלטת ועדת האתיקה הארצית שקבעה שחובת הגילוי בחוק ההוצאה לפועל לגבי נכסים של חייב הנמצאים בידי צד ג' חלה גם על עורך הדין.[100] מנגד, בחוק איסור הלבנת הון המטיל חובת גילוי על כל אדם, ניתן פטור מפורש

---

97 ע"פ 1152/91 **סיקסיק נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(5) 8, 22 (1992); ד"נ 27/86 **אנג'ל נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ(4) 25 (1986).

98 כלל 34 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית).

99 להחלטה הקובעת שכתובת הלקוח חסויה ראו, "עו"ד אינו חייב למסור כתובת מרשו על-פי דרישת רשויות" **עט ואתיקה** 4, 5 (1990). להחלטה השנייה ראו,"החסיון על כתובת הלקוח אינו חל כאשר קיימת חובה עפ"י דין לציין כתובת" **עט ואתיקה** 10, 4 (1990).

100 ראו, "עיקול אצל עורך דין בתור צד ג' בידיו נמצאים נכסי החייב/לקוח" **אתיקה מקצועית** 2, 5 (2002). ראו גם, "חסיון: חקירת עורך דין במסגרת תיק הוצאה לפועל של לקוחו" **אתיקה מקצועית** 15, 5 (2005) (ההחלטה חוזרת על חובתו של עורך דין המחזיק בנכסים של הלקוח מכוחו טיפולו המשפטי לדווח לראש ההוצאה לפועל על נכסי הלקוח-החייב כאשר הוא מקבל הודעת עיקול צד ג'. ההחלטה מדגישה שאסור לעורך הדין לחשוף מעבר לנדרש וכי מקום בו חושש עורך הדין שתשובתו תפר את החסיון עליו להפנות את תשומת לב רשם ההוצאה לפועל לכך).

לעורכי דין, כך שלנוכח הוראתו המפורשת של החוק, לא מתקיים חריג זה.[101]

כאשר מתקיים החריג שנדון בחלק הקודם ועורך הדין מקבל מידע הנוגע לעברה עתידית – לא חל החיסיון. משמעו שאם יידרש עורך הדין לגלותו בהליך משפטי, חקירה או חיפוש יהיה עליו לעשות כן. אך האם יש חובה על עורך הדין לגלות בעצמו את המידע, גם במקרה שאינו נדרש לכך? התשובה לשאלה זו טמונה בסעיף 262 לחוק העונשין המחייב כל אדם היודע על פשע עתידי לנקוט אמצעים סבירים למניעתו. דהיינו, כאשר העברה העתידית היא מסוג פשע, לא רק שאין חיסיון, אלא מוטלת על עורך הדין חובת גילוי מכוח דיני העונשין.[102]

בשונה מכך, במשפט האמריקני והאנגלי, אין חובה לדווח, אלא רשות לגלות בנוגע לסוג מסוים של עברות בעתיד, רשות שניתנת במסגרת חובת הסודיות. כללי האתיקה המומלצים בארצות־הברית וכללי ההתנהגות המחייבים של ה־Solicitors באנגליה מתירים לעורך הדין לגלות מידע הנוגע לעברה בעתיד, אם יש לעורך הדין אמונה סבירה כי העברה עלולה להסתיים בפגיעות גופניות חמורות.[103] כללי האתיקה המומלצים בארצות־הברית כוללים היתר גילוי רחב יותר באפשרם לעורך הדין גילוי גם בנוגע לעברה או מרמה אזרחית בעתיד העלולים, לפי ודאות סבירה, לגרום לפגיעה משמעותית באינטרס כלכלי או קנייני של אדם אחר, שלביצועם נעזר הלקוח בשירותי עורך הדין.[104] הרחבה נוספת מצויה בכללים האמריקנים המתירים לעורך הדין לגלות עברה בעתיד העתידה לגרום לפגיעות גופניות חמורות, גם אם הלקוח לא נעזר בשירותיו כדי לקדם עברה זו. קרי, אם במהלך מתן ייצוג ללקוח מסוים מתחוור לעורך הדין כי הלקוח עומד לרצוח אדם אחר, גם אם אין לכך קשר לייצוג ושירותי עורך הדין לא נדרשים כדי לבצע עברה זו – עדיין קיים חריג המתיר לעורך הדין לגלות. אם במהלך ייצוג הלקוח מסתבר לעורך הדין באקראי שהלקוח עומד לבצע הונאה כלכלית אשר תותיר אנשים מחוסרי רכוש, מותר לעורך הדין לגלות רק אם

---

101 ראו ס' 24(ג) לחוק איסור הלבנת הון, התשס"א–2000. דוגמה נוספת להוראת חוק המחייבת את עורך הדין למסור מידע חסוי היא החובה למסור מידע ונתונים ללשכה המרכזית לסטטיסטיקה. במקרה שנדון בפני ועדת האתיקה הארצית, נקבע שעל עורך הדין לציית לדרישת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה למסור מדי חודש מידע ונתונים על מחירון שכר הטרחה נהוג במשרדו. ראו, "חסיון: חובה על פי חוק למסור מידע" **אתיקה מקצועית** 15, 6 **(2005)**.

102 ראו, "החובה לדווח על פשע עתידי – גוברת על חובת החסיון המקצועי" **עט ואתיקה** 5, 2 **(1990)**. לפרשנות סעיף 262 ראו, ע"פ 3417/99 **מדינת ישראל נ' מרגלית הר־שפי** נה(2) 735 **(2001)** (נקבע כי חרף היכולת הקיימת בדרך כלל להמיר ידיעה ב"עצימת עיניים" (חשד שאדם נמנע מלבררו), בעבירה לפי ס' 262 לחוק העונשין יורשע רק מי שידע ממש כי פלוני זומם לבצע מעשה פשע).

103 ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 1.6(b)(1)(1983); כן ראו Law Society Code, לעיל ה"ש 52, ס' 13.

104 ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 1.6(b)(2) (1983).

מדובר בעברה שלגביה נדרשו שירותי עורך הדין. השוני הזה משקף את חומרתו היחסית של האינטרס שעליו בא להגן היתר הגילוי. פגיעות גופניות נתפסות, ובצדק, כחמורות יותר מפגיעה באינטרס כלכלי או קנייני, לכן היתר הגילוי לגביהם רחב יותר.

שאלה מעניינת עולה באשר לחובת עורך הדין לדווח על התעללות בחסר ישע כאשר המידע הגיע אליו במסגרת יחסי עורך דין־לקוח ושירות מקצועי שנתן לאותו לקוח גם אם המידע אינו קשור לייצוג (שאז חלה רק הסודיות). הדוגמה המובהקת היא עורך דין המטפל בגירושין של בני זוג כאשר במהלך הטיפול מתחוור לו שאחד ההורים מתעלל בילדיו, או אף מקרה קיצוני מכך שבו עורך הדין עד להתעללות של אותו הורה בילדיו. השאלה היא אם עורך הדין חייב לדווח מיזמתו שלו, בלא שזימנו אותו לחקירה, על ההתעללות בילדים. התשובה לשאלה זו לא יכולה לבוא במסגרת סעיף 262 לחוק העונשין לאור קיומו של סעיף ספציפי באותו חוק העוסק בחובת דיווח לגבי התעללות בחסרי ישע.

סעיף 368ד(א) לחוק העונשין מטיל חובת דיווח על כל אדם "שיש לו יסוד סביר לחשוב שזה מקרוב נעברה עבירה בקטין או בחסר ישע בידי האחראי עליו." לכאורה הוראת הסעיף ברורה – על אותו עורך דין לדווח, אך יש להוסיף ולקרוא גם את סעיף קטן ב המונה רשימה של אנשי מקצוע עליהן חלה חובת הדיווח בכללה, רופא, אחות, עובד חינוך, עובד סוציאלי, פסיכולוג ועוד. שמם של עורכי הדין נפקד מרשימה זו ולא בכדי. בהצעת החוק כלל סעיף קטן ב גם את עורכי הדין כאנשי המקצוע שחבים בדיווח אלא שלחץ כבד מצד לשכת עורכי הדין הביא למחיקת עורכי הדין מהרשימה. מההיסטוריה החקיקתית של הסעיף עולה כי מדובר בהסדר שלילי ולא בלקונה הדורשת השלמה.

הנימוק שבו השתמשה הלשכה היה החשש מקביעת חריג לחיסיון ולחובת הסודיות שיוביל לפגיעה בתקשורת החופשית שבין עורך הדין ללקוחו. נימוק זה אינו משכנע לטעמי שכן בפועל, כפי שמראה המאמר, חיסיון וסודיות כבר פועלים הלכה למעשה תחת כמה חריגים, ואיני משוכנעת שהוספת חריג נוסף תכריע את הכף ותביא לפגיעה בתקשורת החופשית שבין עורך הדין ללקוחו. במאמר אחר, הראיתי כי החריגים לחובת הסודיות משרטטים באופן ברור הירכיה של אינטרסים מוגנים, אינטרסים שלמולם נסוגה חובת הסודיות.[105] כך, לדוגמה, בכללי האתיקה המומלצים בארצות־הברית, בראש ההירכיה של האינטרסים המוגנים ניצבים זכותו של עורך הדין להגן על עצמו (להלן חריג ד4) וחובת עורך הדין כלפי בית המשפט (להלן חריג ד5).[106] באופן זה, הקביעה כי מוטלת על עורכי הדין בישראל חובת גילוי לגבי

---

105 Limor Zer-Gutman, *Revising the Ethical Rules of Attorney-Client Confidentiality: Towards a New Discretionary Rule,* 45 LOY. L. REV. 669 (1999).

106 שם, בעמ' 676–688.

התעללות בחסרי ישע תציב את האינטרס של הגנה על חסרי ישע בראש ההיררכיה של האינטרסים המוגנים. ובכך היא תחזק את תדמית המקצוע ותציג את עורכי הדין כמי שדאגתם לחסרי הישע גוברת על החיסיון והסודיות הכה חיוניים לעבודת עורך הדין.

אף על פי שאיני מסכימה לגישה העולה מההיסטוריה החקיקתית של סעיף 368ד שלפיה לא חלה על עורכי דין חובת הדיווח, נראה לי שללא תיקון הסעיף יהיה קשה להטיל חובת דיווח מקום שבו המחוקק והלשכה הביעו את כוונתם באופן ברור. הפתרון לקושי שנוצר הוא לקבוע כי חוק העונשין אינו מחייב את עורכי הדין בדיווח במקרה זה, אך מבחינת חובת הסודיות האתית, יש להעניק לעורך הדין את שיקול הדעת להחליט אם לדווח. בשונה מחוק העונשין, כללי האתיקה לא חייבים להיות רק בשחור ולבן – חובה לדווח או איסור לדווח – יש מקום גם לכללים המותירים את שיקול הדעת בידי עורך הדין.

בשיקול דעת שכזה יש לאזן את האינטרסים הבאים. מן העבר האחד, חשיבות השמירה וההגנה הרחבה על החיסיון והסודיות לאור התכלית החברתית הרחבה העומדת בבסיסם. מן העבר השני, האינטרס של הגנה ושמירה על חסרי ישע, גם כאן יש תכלית חברתית רחבה. חריג זהה, הדורש מעורך הדין להפעיל שיקול דעת, נקבע בכללי ההתנהגות המחייבים של ה־Solicitors באנגליה. לפי החריג, אם במהלך ייצוג קיבל עורך הדין מידע שעליו חלה חובת הסודיות בנוגע להתעללות או פגיעה בילדים, עליו לשקול אם האיום לחיי הילד או בריאותו, הנפשית והפיזית, הוא מספיק רציני כדי להצדיק הפרה של חובת הסודיות.[107] אני מאמינה שגם אצלנו, הגיעה השעה לאמץ חריג לחובת החיסיון והסודיות המבוסס על שיקול דעת. אציין כי בכללי האתיקה המומלצים בארצות־הברית כל החריגים לחובת הסודיות הם חריגים המבוססים על שיקול דעת. אף חריג אינו מטיל חובת גילוי או דיווח, גם בנסיבות של סעיף 262 לחוק העונשין אצלנו העוסק בפשע בעתיד. בהמשך אסביר מדוע כלל של שיקול דעת מתאים לחובת הסודיות האתית שמקומה בכללי האתיקה המקצועית ולא לחיסיון בראיות.[108]

---

107 Law Society Code, לעיל ה"ש 52, ס' 14. כללי האתיקה המומלצים של לשכת עורכי הדין האמריקנית (ה־ABA) קובעים בסעיף העוסק בחובת הסודיות שעורך דין רשאי לגלות רק במקרה של עברה עתידית העלולה לגרום למוות או לנזק גופני חמור. מנגד, החקיקה במדינות השונות בנוגע לחובת דיווח על התעללות בקטינים נחלקת באופן הבא. מרבית המדינות, 22 במספר, מטילות בחוק הפלילי חובת דיווח במקרה של התעללות בקטין, בדומה לסעיף אצלנו. מתוכם, רק בשש מדינות החקיקה מזכירה מפורשות את עורכי הדין ככפופים לחובת הגילוי (נוודה, אוהיו, אורגון, מיסיסיפי, ניו־מקסיקו ואוקלהומה. בשלוש המדינות האחרונות החוק קובע מפורשות שהחיסיון אינו חל). כך שביתר 16 המדינות השאלה האם מוטלת על עורכי הדין חובת דיווח נותרת ללא מענה ברור.

108 להלן פרק ה2 למאמר.

החובה לגלות מידע סודי או חסוי יכול שתוטל על עורך הדין גם על ידי צו של בית משפט. לדוגמה, צו המורה לעורך דין למסור מסמכים הנמצאים ברשותו.[109] במקרים אלו עולה השאלה, כיצד על עורך הדין לנהוג בנוגע לצו – האם להפר את הוראת בית המשפט או להפר את החובה לשמור על החיסיון השייך ללקוח. הגישה בישראל, כמו גם בארצות־הברית ובאנגליה,[110] היא שמקום שעורך הדין סובר כי אין מקום למסור מידע חסוי, חובה עליו להתייעץ עם הלקוח, ולפי הסכמתו של זה לפעול בכל הדרכים החוקיות כדי להביא לבטלות הצו. דהיינו שבכל מקרה של התנגשות, יש לפנות להכרעת בית המשפט, הכרעה הטובה לאותו מקרה.[111] אם הניסיון לבטל או לשנות את הצו לא צלח, חובה על עורך הדין לציית לצו ולמסור את המידע החסוי.[112]

אף שכללי האתיקה המומלצים בארצות־הברית מכירים בחובת עורך הדין לציית לדרישת גילוי הקבועה חוק או מכוח צו בית משפט גם במחיר פגיעה בחיסיון, מתנגד ה־ABA לחקיקה המטילה חובות גילוי ודיווח על עורכי הדין והפוגעת בכך בחיסיון ובסודיות. לגישתו, חוק המטיל חובות גילוי ודיווח על עורכי דין צריך להתקיים רק לאחר בחינה מלאה ומדוקדקת של האינטרסים הציבוריים המעורבים. בנוסף, על עורכי הדין לסרב לגילוי, אלא אם כן החוק קובע מפורשות שעורכי דין חייבים בגילוי.[113] גישה זהה ניתן למצוא גם אצל לשכת עורכי הדין בישראל. דוגמה לכך הבאתי לעיל לעניין סעיף 368ד(ב) שבו פעלה הלשכה (ובהצלחה) למחוק מהצעת החוק את עורכי הדין מתוך הרשימה של בעלי המקצוע החייבים בדיווח על התעללות בחסרי ישע. דוגמה שנייה ניתנה בדיונים שהתקיימו בכנסת סביב הצעת חוק איסור

---

109 סוג צו אחר שבו עולה תדיר שאלת החסיון הוא צו גילוי מסמכים כאשר הלקוח טוען לחסיון חלק מהמסמכים שברשותו. במקרה זה, יבחן בית המשפט הדן בתיק כל מסמך בנפרד כדי לקבוע אם מתקיימים התנאים להיווצרות החסיון לגביו. להליך זה ראו למשל, ת"א **2486/02** (מחוזי ת"א) **קבוצת כרמלטון בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל**, תק־מח 03(2) 598 (2003).

110 Law Society Code, ה"ש 52 לעיל, ס' 16.

111 "כיצד על עורך דין לנהוגכשרשות ני"ע מבקשת לקבל מידע ומסמכים של הלקוח" **עט ואתיקה** 43, 2 (1997) (חובת גילוי לפי סעיף 56א(א) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח–1968 אינה גוברת על הוראת סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין אלא דרה בכפיפה אחת עמו. אם הרשות לניירות ערך דורשת מעורך הדין להמציא מסמכים שלטענתו הם חסויים יש לפנות לבית המשפט); "יחסי עורך דין – לקוח – חסיון" **עט ואתיקה** 50 (1998) (התנגדות לדרישת שלטונות מס שבח לגילוי מסמכים לפי סעיף 96 לחוק מס שבח מקרקעין, כאן אין הפניה להכרעת בית המשפט).

112 כך, לדוגמה, הורתה ועדת האתיקה הארצית אצלנו לעורך דין אשר קיבל צו עיקול כי הוא חייב למסור את שם הנהנה לו הוא משמש כנאמן של מקרקעין. הוועדה הוסיפה: "כמובן שככל שהלקוח או עוה"ד חולקים על הדרישה שהוצגה להם על פי הדין הם רשאים לתקוף אותה בדרכים העומדים לרשותם על פי הדין. ראו, "חובת החסיון המוטלות על עו"ד המשמש כנאמן של מקרקעין" **אתיקה מקצועית** 5, 4 (2003).

113 *Statement of Policy Adopted by ABA Regarding Responsibilities and Liabilities of Lawyers in Advising With Respect to the Compliance of Clients with Laws Administrated by the Securities and Exchange Commission*, 31 BUS. LAW 543 (1975).

הלבנת הון. משרד המשפטים אשר ניסח את ההצעה ביקש לקבוע כי גילוי או דיווח לפי החוק אינו מהווה הפרה של חובות סודיות ונאמנות, הוראה היוצרת למעשה חריג לחיסיון.[114] הלשכה ניהלה מאבק קשה מאוד בכנסת נגד סעיף זה והצליחה להביא לשינוי, כך שהחוק כיום קובע מפורשות כי הוראת החיסיון בסעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין היא שגוברת על הוראת החוק.[115] הלשכה, ובצדק, ראתה בכך הישג חשוב.[116] יצוין כי המאבק סביב הטלת חובת הדיווח על עורכי דין בחוק איסור הלבנת הון מוסיף להתנהל מפעם לפעם כאשר משרד המשפטים מתכוון לאמץ בחקיקה המלצות של גופים בינלאומיים שונים הדורשים מישראל להרחיב את חובות הדיווח על מקצועות חופשיים, לרבות עורכי דין.[117]

4. גילוי הנדרש להגנת עורך הדין

החריג הרביעי במניין הכולל והשלישי מבחינת אלו שהוכרו בפסיקה ואינם מצוינים בחוק נוגע למידע הדרוש לעורך הדין כדי להגן על עצמו, בדרך כלל בסכסוך מול הלקוח. כמה רציונלים עומדים בבסיס חריג זה. ראשית, אין מקום להגן על התקשורת החופשית בין עורך הדין ללקוח מקום שהלקוח מנצל הגנה זו כדי לפגוע בזכויות עורך הדין שלו. שנית, המשפט מכיר כאן בעליונות של זכותו של עורך הדין להגן על עצמו על פני האינטרס החברתי של הבטחת צדק לטווח הארוך. כדי להבטיח שהסרת החיסיון והסודיות בנסיבות אלו תפגע באופן מינימלי ביכולת כללי החיסיון והסודיות להשיג את התכלית החברתית שלשמה נוצרו, קבעו בתי המשפט כמה מגבלות

---

114 ס' 21 להצעת חוק איסור הלבנת הון, התשנ"ט–1999. ראו גם את הדיונים שהתקיימו בכנסת בעניין זה. פרוטוקול ישיבה מס' 146 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה־15 (03.07.2000), ניתן לצפייה: http://knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2000-07-03.html; פרוטוקול ישיבה מס' 153 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה־15 (18.07.2000), ניתן לצפייה http://knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2000-07-18.html. (נבדקו לאחרונה ב־18.1.2009).

115 ס' 24(ג) לחוק איסור הלבנת הון, התש"ס–2000.

116 "הישג ללשכה: הסעיף הפוגע בחסיון עו"ד־לקוח, הוסר מהחוק לאיסור הלבנת הון" **עורך הדין** 16 (ספטמבר, 2002). בהמשך הידיעה מצוטט מכתבו של ראש הלשכה לעו"ד שייצג את הלשכה בכנסת, מכתב מלא שבחים).

117 ראו, הודעות דוברות הלשכה "הלשכה מתנגדת להצעת הרשות לאיסור הלבנת הון לחייב עו"ד להלשין על לקוחות" (15.9.2005); הודעות דוברות הלשכה – "ראש הלשכה ביום עיון בנושא חוק איסור הלבנת הון: 'נאבק בניסיון להפוך סניגור לחלק מזרועות החקירה'" (30.10.2005) הודעות דוברת הלשכה נתנות לצפייה בכתובת: www.israelbar.org.il/article.asp?catid=6 (נבדק לאחרונה ב־18.1.2009); הילה רז "מועצת האיחוד האירופי לישראל: להטיל חובות דיווח בתחום הלבנת הון על עו"ד, רו"ח וסוכני נדל"ן" **הארץ** 31.7.2008. לשתי העמדות בויכוח ראו: יהודה שפר "להציל את עורכי הדין מעצמם" **עורך הדין** 1, 40 (דצמבר, 2008); ז'ק חן "רעיון מסוכן מאין כמותו" **עורך הדין** 1, 42 (דצמבר, 2008).

לשימוש במידע. מגבלות אלו שיפורטו בהמשך, הן במהותם הגנה על אינטרס הסודיות של הלקוח. הצורך לגונן על אינטרס הסודיות של הלקוח לאור הרציונל העומד ביסוד החיסיון והסודיות עומד בעינו, והוא נדחה רק בשל העדיפות שניתנה כאן לזכות עורך הדין להגן על עצמו.[118] שלישית, כאשר מדובר בתביעה או תלונה שמגיש הלקוח נגד עורך הדין, ניתן לראות בעצם הגשתם משום ויתור של הלקוח על החיסיון והסודיות.[119]

המקרה המובהק של החריג, אשר בו גם החל החריג בישראל, נוגע לסכסוך שכר טרחה בין עורך הדין ללקוח. בעניין **פלונית** קבע בית המשפט העליון שכאשר הלקוח ועורך הדין מצויים בסכסוך שכר טרחה מותר לעורך הדין לחשוף מידע חסוי כדי לבסס את טענתו.[120] חשוב לציין שבאותו מקרה, שתי ערכאות בתי הדין המשמעתי קבעו כי עורכת הדין הפרה את חובת הסודיות מאחר שהשתמשה במידע סודי בתביעת שכר הטרחה שהגישה נגד הלקוח. קשה להבין את סירוב בתי הדין המשמעתיים להכיר בחריג האמור שכן יש בו לעזור לעורכי דין המבקשים לתבוע את שכר טרחתם כך שדווקא לשכת עורכי הדין המבקשת לעזור לחבריה הייתה צריכה לאמצו בזרועות פתוחות. את הסירוב ניתן להבין על רקע העדפת הלשכה לשמור על חובת סודיות רחבה ללא חריגים.

בשיטות משפט שבהן קיים החריג, מקובל להוסיף לצדו מגבלות על השימוש שיכול עורך הדין לעשות בחומר החסוי לצורך הגנתו שלו.[121] יש שני צידוקים לקיום המגבלות. הראשון, הצורך להגן על אינטרס הסודיות של הלקוח לאור הרציונל בבסיס החיסיון והסודיות נותר בעינו ומגבלות אלו מהוות הגנה עליו. השני, המגבלות נובעות מחובת הנאמנות שממשיכה לחול גם במצב סכסוך עם הלקוח, שמן הסתם הפסיק להיות לקוח.

פסק הדין בעניין **פלונית**, הדן בסכסוך שכר טרחה בין עורך הדין ללקוח, מציב את המגבלות הבאות. ראשית, רק כאשר המידע החסוי הכרחי לעילת התביעה מותר לעורך הדין לגלותו.[122] שנית, הגילוי המותר לעורך הדין חל רק על המידע ההכרחי

---

118 ראו, **זלצמן**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 522.

119 ראו Law Governing Lawyers, לעיל ה"ש 23, sec 64 Comment. B.

120 ראו, עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 782; "גילוי פרטים במהלך תביעה לתשלום שכ"ט אינו מהווה הפרת חסיון" **עט ואתיקה** 5, 3 (1990); "מה מותר ומה אסור לעורך דין בתביעת שכ"ט נגד לקוחו שנחשד בפלילים" **עט ואתיקה** 39, 4 (1996); "חיסיון: שימוש במידע חסוי בסכסוך שכר טרחה" **אתיקה מקצועית** 28, 4 (2008).

121 ראו, Law Society Code, לעיל ה"ש 52, ס' 19.

122 ועדת האתיקה הארצית סירבה להחיל חריג זה במקרה שבו חשף עורך דין בתביעה שהגיש נגד לקוחה לשעבר לתשלום שכר טרחה, את ממצאי בדיקת הפוליגרף שנערכה ללקוחה בתיק שבו ייצג אותה, וזאת כדי להוכיח את טענתו בדבר חוסר אמינותה. לדעת הוועדה, לא התקיים המבחן הראשון באשר אין בממצאי הפוליגרף, אשר מהווים חומר חסוי, כדי לתמוך במישרין במחלוקת שכר הטרחה. ראו, "חסיון: שימוש במידע חסוי לצורך תביעה לתשלום שכר טרחה"

לעילת התביעה ולא יותר מכך.[123] לבסוף, על עורך הדין למצות את כל הדרכים הקיימות לגביית שכר טרחתו ללא שימוש בגילוי המידע הסודי כאיום, לחץ או השפעה על מנת לקבל את התשלום, לפני שיוכל לגלות את המידע ההכרחי כאמור.

בהמשך הרחיב בית המשפט העליון את החריג גם למצבים שבהם מוגשת תלונה נגד עורך הדין לוועדת האתיקה, ועורך הדין נדרש לחשוף מידע סודי או חסוי כדי שיוכל להגן על עצמו ולהשיב לתלונה.[124] בית המשפט שב והדגיש כי האינטרס החשוב של הגנה על החיסיון ייסוג בפני האינטרס של חופש העיסוק ושמו הטוב של עורך הדין רק כאשר המידע שנחשף חיוני ורלוונטי להגנת עורך הדין (זהו תנאי הסף לצורך שקילת חשיפת המידע). אם התקיים תנאי הסף בית המשפט יוסיף ויבחן "האם בנקודת הזמן בה חשף עורך הדין את המידע הוא סבר או היה לו יסוד לסבור, כי המידע שחשף נחוץ לצורך הגנתו ואין בו כדי להכפיש את הלקוח או לפגוע בעניינו שלא לצורך."[125] באותו מקרה נקבע כי עורך הדין הפר את חובת הסודיות כיוון שבתגובתו לתלונה מסר פרטים שלא היו נחוצים להגנתו ואשר נועדו אך ורק לפגוע במהימנות המתלוננת.

מנגד, כאשר השימוש במידע החסוי התבקש היכן שעורך הדין נדרש להתגונן בפני כתב אישום שהוגש נגדו, סירבה ועדת האתיקה הארצית להתיר לעורך הדין להשתמש במידע החסוי.[126] לדעת הוועדה, בהתנגשות בין החיסיון וחובת הסודיות האתית לבין זכויות עורך דין כנאשם בהליך פלילי גוברים הראשונים, כך שעצם הגשת כתב האישום נגד עורך הדין אינה מביאה לאי־תחולת החיסיון. גישת הוועדה התבססה על לשון סעיף 48 שלפיה החיסיון מוחלט, כך שהדרך היחידה היא לסייג את תחולת החיסיון, במצב של התנגשות עם זכות חוקתית אחרת, כגון זכותו של עורך הדין להליך הוגן ולהצגת ראיות שהן חיוניות להגנתו. במקרה זה לא מצאה הוועדה שיש לקבוע סייג כזה, שכן עורך הדין ידע על קיום החיסיון מראש, והיה עליו לכלכל את צעדיו בהתחשב בקיומו של החיסיון והסודיות. לדעת הוועדה, "הפגיעה" בעורך הדין הנאשם הנה צפויה וידועה מראש כמגבלה מהחובה שנטל על עצמו בייצגו את הלקוח. ולכן, ככלל, יש להעדיף את זכותו של הלקוח.

אני מבקשת לחלוק על החלטה זו אשר אינה מתיישבת עם החלטות במקרים בהם ביקש עורך הדין להשתמש במידע חסוי לצורך תביעתו או הגנתו בסכסוך שכר טרחה

אתיקה מקצועית 14, 5 (2005).

123 זו המגבלה היחידה הקיימת כיום בכללי האתיקה המומלצים בארצות־הברית ובכללי ההתנהגות המחייבים של ה־Solicitors באנגליה. ראו, ה"ש **121**.

124 על"ע 5160/04 **אשד נ' הועד המחוזי**, פ"ד נט(6) 223, 237 (2005).

125 שם, בעמ' **236**.

126 "חסיון: האם מותר לעורך הדין הנאשם בפלילי להשתמש במידע חסוי לצורך הגנתו" **אתיקה מקצועית** 25, 1 (2008).

או בתלונה במסגרת הדין המשמעתי.[127] איני רואה את ההבדל בין כתב אישום לתביעת שכר טרחה ותלונה ללשכה – בכל המקרים האלו "מותקף" עורך הדין בנוגע לייצוג שהעניק ללקוח, והדרך היחידה שיש לעורך הדין להגן על עצמו היא להשתמש במידע חסוי. אם התרנו לעורך דין להשתמש במידע חסוי (במגבלות התנאים שנקבעו) כדי להגן על עצמו מפני תלונה ללשכה, שהיא פחותה בחומרתה מאישום פלילי, קל וחומר שיש להתיר זאת במקרה של הגנה מפני כתב אישום.[128] כדי למנוע מצב שבו המידע שמסר עורך הדין בחקירתו ישמש נגד הלקוח, ניתן לקבוע כי החיסיון מוסר רק לצורך הגנת עורך הדין על עצמו כך שהמשטרה לא תוכל להשתמש במידע החסוי במשפט נגד הלקוח.[129] קביעה זו גם תמנע מראש מצבים של ניצול לרעה של החריג שבהם עורך הדין מוזמן לחקירה רק כדי להשיג מידע חסוי נגד לקוחו, שהוא מוקד החקירה האמיתי. כדי לשמר את אופי החיסיון כזכות של הלקוח, ניתן גם לחייב את עורך הדין למסור ללקוח הודעה מוקדמת על כוונתו למסור מידע חסוי במסגרת חקירתו במשטרה ולאפשר ללקוח להתנגד למסירת המידע החסוי.

זו גם גישת המשפט האמריקני. לגבי החיסיון קבעה הפסיקה חריג רחב שלפיו עורך הדין רשאי להשתמש במידע חסוי כדי להתגונן נגד טענות המועלות נגדו בכל הליך,[130] גם אם הטענות נגד עורך הדין מועלות על ידי צד שלישי ולא מהלקוח עצמו.

---

127 להשוואה זו יש להוסיף גם את החלטת ועדת האתיקה שליד ועד מחוז ת"א שהתירה לעורך דין להתראיין לעיתון ולגלות מידע חסוי וזאת במטרה להגן על שמו הטוב לאחר שהוא הוכפש על ידי לקוחו מעל דפי העיתון. לדעתי, אם "התקפה" על עורך הדין מצד הלקוח בעיתון, מתירה שימוש המידע חסוי, קל וחומר שכתב אישום נגד עורך הדין צריך להביא להיתר לשימוש במידע חסוי.ראו: "זכות עורך הדין להגיב בעיתון על פגיעה בשמו הטוב תוך התייחסות לנושא גילוי מסמכים שהוחלפו בינו לבין הלקוח" **עט ואתיקה** 46, 2 (1997). ראו גם אילן בומבך "על חיסיון עורך דין–לקוח" **עט ואתיקה** 72, 1 (2003).

128 ראו, ב"ש (מחוזי י־ם) 4301/08 **ברקו נ' מדינת ישראל**, תק־מח 08(3) 3784 (2008). שם דובר בהאזנות סתר שנעשו למכשיר הטלפון של הנאשמת, עורכת דין. המדינה סירבה לתמלל את השיחות ולהעביר אותן לידי הנאשמת בטענה שחסיון עורך דין לקוח חל על השיחות. בית המשפט הורה להעביר את הקלטות לידי עורכת הדין הנאשמת, בין היתר בעילה שהחיסיון לא חל, כיוון שהשיחות נחוצות לעורכת הדין להגנתה מפני האישום הפלילי. בית המשפט מצטט בהרחבה את דברי השופטת ארבל בעניין **אשד**, שם נקבע שמותר לעורך דין להשתמש במידע חסוי במידה הנדרשת כדי להתגונן מפני תלונה ללשכה, ומסביר:

> "הבאתי את מלוא דבריה של השופטת ארבל, בסוגיה זו, כדי שניתן יהיה לגזור מעקרונות אלה, העוסקים בקונפליקט שיש לעורך הדין, כנאשם בדין משמעתי, בקל וחומר, לעורך דין הנאשם בדין פלילי, שבו הוא חשוף לא רק לשלילת רישיונו (כתוצאה עקיפה ובהליך נפרד), אלא, גם נמצא הוא בסיכון לחירותו, ובמיוחד באישום פלילי בנושא של עבירות סמים" (שם, בעמ' 3811).

129 הגנה זו קרויה "חסיון השימוש" והיא מבטיחה שלא ייעשה שימוש בראיה בכל הליך אחר. במקרה זה, בהליך נגד הלקוח. חסיון השימוש פירושו שזכות החסיון של הלקוח נשמרת. ראו, **זלצמן**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 223–225.

130 ראו, Henry D. Levine, *Self-Interest or Self-Defense: Lawyer Disregard of Attorney-*

החריג תקף גם כאשר עורך הדין אינו צד לסכסוך אך שאלת הייצוג שנתן ללקוח עולה.[131] הצידוק שניתן לחריג זה הוא שאם רוצים לעודד מתן ייצוג משפטי ראוי בידי עורכי דין, אסור לחיסיון לעמוד בדרכו של עורך הדין להגן על עצמו בפני הלקוח או צדדים שלישיים.[132]

אותה גישה של המשפט האמריקני עולה גם לגבי הסודיות. כללי האתיקה המומלצים בארצות־הברית הקובעים שלושה מצבים שבהם מותר לעורך דין להשתמש במידע סודי כדי להגן על עצמו.[133] הראשון, כדי לבסס טיעון או הגנה במחלוקת בין עורך הדין ללקוח.[134] השני, כדי לבסס הגנה לאישום פלילי או טענה אזרחית נגד עורך הדין, המבוססים על התנהגות עורך הדין שבה היה הלקוח מעורב. המצב השני נוגע למקרים שבהם הסכסוך שיש לעורך הדין הוא עם צדדים שלישיים.[135] השלישי, כדי להשיב להאשמות בכל הליך בנוגע לייצוג שנתן עורך הדין ללקוח. לדוגמה, כאשר לקוח לשעבר מעלה טענת ערעור בפלילי בדבר ייצוג בלתי הולם על ידי עורך דינו, או כאשר עורך הדין עומד בפני הליכי משמעת.[136]

יצוין כי הכלל לעניין חובת הסודיות קובע תחילה שתי מגבלות לקיום החריג (עליהן נסמך עניין **פלונית** אצלנו): **(1)** עורך הדין רשאי לגלות מידע סודי רק במידה הנחוצה להגנתו. ו־**(2)**, על עורך הדין להאמין באופן סביר כי הגילוי אמנם דרוש. ההערה לכלל ממשיכה להדגיש כי על עורך הדין להיזהר שלא לחשוף מידע סודי מעבר למה שנדרש ולנקוט את כל הצעדים כדי להבטיח שהמידע הסודי יועבר רק להיכן שצריך ולא יזלוג הלאה.

הוראה זהה נקבעה בכללי ההתנהגות המחייבים של הסוליסיט'רס באנגליה

Client Privilege for Profit and Protection, 5 HOFSTRA L. REV. 783 (1987).

131 ראו למשל, Hunt v. Blackburn, 128 U.S. 464, 470–471 (1888); Tasby v. U.S., 504 F.2d 332,336 (8th Cir. 1974). שם נקבע כי נאשם המערער על הרשעתו בטיעון של ייצוג בלתי הולם מצד הסניגור לא יכול למנוע את עדות עורך דינו לשעבר הואיל ויש בעצם העלאת טענת הערעור משום ויתור על החסיון).

132 JOHN W. STRONG, MCCORMICK ON EVIDENCE 129 (4th ed. 1992).

133 ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 1.6(b)(5) (1983).

134 ראו גם WOLFRAM, לעיל ה"ש 68, בעמ' 308.

135 Meyerhofer v. Empire Fire & Marine Insurance Co. 497 F.2d 1190 (2d. Cir. 1974) (עורך הדין התפטר ממשרד עורכי הדין שבו עבד וגילה לרשויות לניירות ערך מסמך חסוי שהמשרד סירב לגלות בהליך. מאוחר יותר נתבע אותו עורך דין בתביעה אזרחית שהוגשה נגד המשרד שבו עבד ונגד הלקוח בגין אי־גילוי אותו מסמך. עורך הדין גילה לתובע את אותו מסמך סודי שמסר בשעתו לרשויות. בית המשפט פסק כי לפי כללי האתיקה מותר היה לעורך דין לגלות כדי להגן על עצמו מפני הטענות של הצד ששלישי בתביעה האזרחית שבה נתבע).

136 ראו למשל, *In Re* Robbenson, 293 Or. 610, 652 F.2d 336 (1982) (התלונה ללשכה נגד עורך הדין הוגשה על ידי רשויות ניירות ערך שבחקירתה העלתה הפרות משמעת מצד עורך הדין. הלקוח סירב לסייע לחקירה על ידי ויתור על החסיון ולכן נאלץ עורך הדין, בהתבסס על חריג זה, להשתמש במידע הסודי לצורך הגנתו בהליכי המשמעת).

שלפיה עורך הדין רשאי לחשוף מידע סודי במידה הסבירה הנדרשת כדי לבסס הגנה בפני אישום פלילי או טענה בהליך אזרחי או מקום שמדובר בחקירה במסגרת הדין המשמעתי.[137]

לדעתי, יש להרחיב את החריג הרביעי כך שהחיסיון יוסר בכל מצב שבו מבקש עורך הדין להשתמש במידע סודי או חסוי כדי להגן על עצמו נגד טענות הנוגעות לאותו ייצוג. אני מבקשת לאמץ את החריג שקיים בכללי האתיקה המומלצים של לשכת עורכי הדין האמריקנית לעניין חובת הסודיות, ולפיו מותר לעורך דין לחשוף מידע סודי או חסוי לא רק בסכסוך עם הלקוח (שכר טרחה, רשלנות, תלונה ללשכה) אלא גם כאשר הסכסוך הוא עם צד שלישי שאינו הלקוח. התפיסה, הנכונה לדעתי, היא שזכותו של עורך הדין להגן על עצמו גוברת על החיסיון והסודיות.

5. גילוי במסגרת החובה שלא להטעות את בית המשפט

מצב נוסף שבו לא מתקיים חסיון עורך דין-לקוח נוגע לחובת עורך הדין שלא להטעות את בית המשפט. החובה שלא להטעות את בית המשפט מכילה שני חלקים הנבדלים זה מזה על בסיס השאלה אם כבר נכנסה ההטעיה להליך המשפטי. הפן הראשון עוסק במצבים שלפני כניסת ההטעיה להליך השיפוטי, וככזה הוא אוסר על ביצוע הטעיה, ואילו הפן השני חל כאשר ההטעיה כבר מצויה בהליך, וככזה הוא אוסר על השארתה. כלל 34 לכללי האתיקה מכיר בחלק הראשון של החובה שלא להטעות, אך מתעלם מחלקה השני.[138]

הפן השני של החובה שלא להטעות מתקיים מקום שבו עדות השקר המצויה בהליך ניתנה מטעם הצד שמייצג עורך הדין, מה שיכול לקרות בשני מקרים. ראשית, כאשר העדות נמסרה בתגובה לשאלות עורך הדין עצמו כשרק מאוחר יותר התחוורה לו אי-נכונותה. לדוגמה, הלקוח בעדותו מכחיש קיומו של הסכם כתוב בין הצדדים ולאחר כמה שבועות מוצא עורך הדין העתק מאותו חוזה שהלקוח ניסה להסתיר. בנוסף, וכאן ההרחבה המשמעותית, החובה גם חלה היכן שלא עורך הדין יוזם את העדות, אלא דווקא הצד השני. לדוגמה, הלקוח משקר בחקירה נגדית, או משקר בתשובה לשאלון שמסר לו הצד השני.[139]

---

137 Law Society Code, לעיל ה"ש 52, ס' 19.

138 להרחבה על החובה שלא להטעות את בית המשפט ראו, לימור זר-גוטמן "חובת עורך הדין לא להטעות את בית המשפט" **עיוני משפט** כד 413 (2001).

139 שתי חוות דעת של ה-ABA החילו את החובה היכן שלא עורך הדין יזם את מתן העדות השקרית על ידי לקוחו: ב-ABA Comm. On Ethics and Professional Responsibility, Formal Opinion 87-353 (1987) הלקוח שיקר בתשובתו לשאלה שהופנתה אליו על ידי בית המשפט. ב-ABA Comm. On Ethics and Professional Responsibility Formal Opinion. 93-376 (1993) הלקוח שיקר בתשובה לשאלת עורך הדין שכנגד בשלב ה-deposition אבל

מנקודת מבטו של עורך הדין, אנו ניצבים בפני אחת ההתנגשויות החזקות ביותר בין חובותיו הצולבות – מילוי חובתו כלפי בית המשפט פירושה, חשיפת עדות השקר של הלקוח או מי מעדיו, דבר שיסב פגיעה ישירה וכואבת ללקוח לו חב עורך הדין חובת נאמנות ומסירות.[140] אם עורך הדין יממש את חובתו הלקוח עלול להפסיד בתיק ואולי אף לעמוד לדין פלילי בגין מתן עדות שקר, וקרוב לוודאי שאף תיווצר תחושת בגידה אצל הלקוח. ההתנגשות היא כה חזיתית עד שאין מנוס מהמסקנה שאין דרך ביניים שתיישב בין שתי החובות ללא פגיעה מסוימת בכל אחת מהן. ולכן הפתרון חייב להורות באופן חד וברור לטובת אחד האינטרסים תוך הסבת פגיעה אנושה לאינטרס הנגדי. במקרה זה החובה כלפי בית המשפט היא שגוברת אף על החיסיון וחובת הסודיות.

במאמר אחר עסקתי בהרחבה בחובה שלא להטעות את בית המשפט, והסברתי כי כאשר נודע לעורך הדין שלקוחו או מי מעדיו **מסרו** עדות שקר לבית המשפט, הוא חייב לשוחח עם הלקוח מיד שנודע לו על עדות השקר שנמסרה, וזאת כדי לנסות ולשכנעו לתקן בעצמו או להתיר לעורך הדין לתקן את הפגם שנוצר. אם השכנוע אינו עולה יפה, חייב עורך הדין להתפטר. אם אין בהתפטרות כדי להביא לסילוק ההטעיה, חייב עורך הדין לפנות לבית המשפט ולחשוף את עדות השקר שנמסרה.[141] חשיפת עדות השקר בפני בית המשפט כרוכה בחשיפת מידע סודי, שכן לעורך הדין נודע על עדות השקר במסגרת הייצוג מפי הלקוח או מטעמו.

זו גם גישת המשפט האמריקני. כללי האתיקה המומלצים בארצות־הברית קובעים שמקום שנודע לעורך הדין על עדות השקר שנמסרה בבית המשפטי עליו "To take reasonable remedial measures" – ניסוח כללי שאינו אומר הרבה, ולכן ההערה לכלל קובעת מפורשות שאם אין בהתפטרות כדי להביא לריפוי הפגם, חובת

ראו: Steven H. Goldberg, *Heaven Help the Lawyer for the Civil Liar*, 2 GEO. J. LEGAL ETHICS 885, 896 (1989) הטוען שהחובה אינה צריכה לחול במשפט אזרחי שבו הצד השני זימן את הלקוח לעדות. אם הלקוח משקר במצב זה זו אינה עדות שהוצגה על ידי עורך דינו, ולכן אין חובה לחשוף את השקר.

140 להרחבה על חובותיו הסותרות של עורך הדין ראו, לימור זר־גוטמן "לשאלת היחס בין חובת עורך הדין כלפי בית המשפט וחובתו כלפי הלקוח" **הסניגור** 3, 57 **(2001)**.

141 חובת גילוי שכזו כבר הוכרה על ידי ועדת האתיקה שליד ועד מחוז ת"א. ראו, "כיצד על עורך דין לנהוג כשעד מטעם לקוחו מעיד עדות שאינה אמת" **עט ואתיקה** 43, 4 **(1997)** (ועדת האתיקה שליד ועד מחוז ת"א בלשכת עורכי הדין). השאלה שהפנה עורך הדין לועדה עסקה במצב שבו ידע עורך הדין על גרסה עובדתית לא נכונה שמסר במהלך חקירתו הנגדית עד שזומן מטעמו. בשלב מאוחר יותר של עדותו חזר בו העד מאמירותיו הלא נכונות. אחת ההנחיות שנתנה הוועדה לאותו עורך דין הייתה כדלקמן: "אם נותרו בדברי העד עובדות בלתי נכונות גם לאחר שחזר בו מדברי השקר, על עו"ד לשקול את המועד בו הוא צריך לגלות את העובדות לבית המשפט, מכל מקום אין להתבסס על עובדות אלו בסיכומים. יש צורך להציג עובדות אמת בסיכומים או קודם לכן. אין צורך להתייחס לכל נקודה צדדית ובלתי רלוונטית בדבריו של העד".

עורך הדין אינה מסתיימת, והוא נדרש לנקוט צעד נוסף – גילוי לבית המשפט.[142] כלל זה המתיר לעורכי הדין לגלות לבית המשפט את מעשי הלקוח מהווה חריג לחובת הסודיות.

לדעתי, החובה לחשוף את עדות השקר שכבר נמסרה בבית המשפט אינה יוצרת חריג חדש אלא יכולה לבוא בגדר החריג הקיים בדבר מידע הנוגע לעברה עתידית. כזכור, בעניין **פלונית** קבע בית המשפט העליון שעצת עורך דין בנוגע לעברה עתידית אינה שירות מקצועי ולכן אינה זכאית להגנת הסודיות.[143] יישום הלכה זו על מצב של עדות שקר של הלקוח שנמסרה יראה כי הסתרת עדות השקר אינו שירות מקצועי, וספק אם נטילת חלק במרמה שביצע הלקוח יכולה להיחשב כשירות מקצועי. יתרה מכך, לפי הפסיקה, עורך הדין עצמו עובר כאן עברה של שיבוש הליכי משפט,[144] החוק בוודאי לא ביקש להעניק את מטריית הסודיות למעשה עברה משותף של עורך הדין ולקוחו. מכל האמור לעיל נובע כי מידע שיש לעורך הדין שלפיו לקוחו או מי מעדיו הטעה את בית המשפט אינו מידע סודי כך שניתן, גם אצלנו, לאמץ את הפן השני לחובה שלא להטעות ולחייב את עורך הדין לחשוף את ההטעיה שנעשתה.

אם תאמר שהמקרה אינו נכנס בגדר החריג הקיים בדבר עברה עתידית שכן עורך הדין אינו מסייע לעדות השקר, אזי מומלץ לקבוע במשפט הישראלי חריג מפורש במסגרת חובת הסודיות האתית או במסגרת הכלל העוסק בחובה שלא להטעות את בית המשפט שלפיו חייב עורך הדין לפנות לבית המשפט מיד לאחר שנודע לו על עדות השקר, גם אם יש בכך הפרה של חובת הסודיות האתית. דרך זו תהווה הצהרת כוונות ברורה של המחוקק בדבר חשיבותה ועליונותה של החובה שלא להטעות את בית המשפט.

דוגמה נוספת לאופן שבו יוצרת החובה כלפי בית המשפט חריג לחובת הסודיות עלתה בפסק הדין הנודע בעניין *Spaulding*.[145] באותו מקרה עורכי דינה של הנתבעת (חברת הביטוח) לא הציגו בפני בית המשפט חוות דעת רפואית של המומחה מטעמם שלפיה מצבו של התובע חמור מכפי הידוע לו ולבית המשפט. עורכי הדין הסתירו עובדה זו כדי שהסדר הפשרה שאליו הגיעו עם התובע לא יהיה גבוה פי כמה לאור חומרתה האמיתית של הפגיעה שסבל התובע בתאונה. כעבור שנתיים במהלך בדיקות רפואיות לצבא התברר לתובע מצבו הבריאותי לאשורו, והוא הגיש בקשה לביטול פסק הדין שנתן תוקף להסכם הפשרה. בית המשפט העליון של מינסוטה בצעד חריג ביטל את פסק הדין. בית המשפט מבחין בין שלב המשא ומתן בין הצדדים

---

142 ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 3.3 Comment. 12 (1983).

143 עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 779, נציין כי חסיון עורך דין־לקוח בראיות כולל תנאי זהה.

144 ע"פ 236/88 **אייזמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מד(3)485 (1990); על"ע 19/88 **אייזמן נ' הועד המחוזי**, פ"ד מב(4) 377 (1988).

145 Spaulding v. Zimmerman, 263 Minn. 346 (1962), יצוין כי התובע נבדק על ידי רופא מטעמו שלא אבחן את הפגיעה המלאה בעקבות התאונה.

שבו לא הייתה חובה על עורכי הדין לחשוף את חוות הדעת הרפואית שברשותם לבין השלב של הגשת הבקשה בהסכמה לבית המשפט, שבו נדרשו עורכי הדין לגילוי מלא, חובה שהפרו.[146]

חובת הסודיות שחב עורך דין ללקוחו היא נדבך חשוב במערכת היחסים של עורך דין־לקוח, ואין לוותר עליה בנקל אלא לטובת מטרה חשובה יותר. החובה שלא להטעות את בית המשפט היא מקרה כזה שבו חובת הסודיות צריכה לסגת למען יוכל עורך הדין לתקן את הפגם שנפל בהליך אשר מפריע לגילוי האמת. אך כדי שעורך הדין יוכל לעשות כן, יכול שיידרש חריג מפורש בכללי האתיקה. הכלל צריך לומר מפורשות שחובת הסודיות לא חלה היכן שעורך הדין נדרש לעשות שימוש במידע סודי כדי למלא את חובתו שלא להטעות את בית המשפט.

6. גילוי שנועד למנוע, להחליש או לתקן את הנזק שגרם הייצוג

החריג האחרון, אשר טרם הוכר בישראל, הוכר בכללי האתיקה המומלצים בארצות־הברית כחריג לחובת הסודיות, וזאת לאחר שני עשורים של ויכוח סוער.[147] לפי החריג, מקום שהלקוח ניצל את שירותי עורך הדין כדי לגרום נזק לאדם אחר **רשאי** עורך הדין לגלות את המידע הסודי כדי למנוע, להחליש או לתקן את הנזק שנגרם לאותו אדם (להלן: **לתקן**). כיוון ששירותי עורך הדין נוצלו על ידי הלקוח למטרה פסולה של גרימת נזק, מוצדק שעורך הדין יפר את חובת הסודיות כדי לתקן את אותו הנזק. חשיבותו החברתית של החריג רבה, שכן הוא בא למנוע מלקוחות לנצל לרעה את שירותי עורך הדין, והוא מאפשר לעורך דין ישר שנוצל על ידי לקוחו לפעול לפי צו מצפונו ולתקן את הנזק שגרם בתום לב כאשר שימש כלי שרת בידי הלקוח. הרציונל הוא שאם הלקוח מנצל לרעה את שירותי עורך הדין כדי לגרום נזק, אין הוא זכאי להגנת החיסיון והסודיות.[148]

כפי שציינתי לעיל, חריג זה גם סותם את הפרצה הקיימת תחת החריג של גילוי מידע הנוגע לעברה בעתיד. במצבים מסוימים עולה השאלה אם העברה שביצע הלקוח בחסות הייצוג המשפטי שקיבל כבר הסתיימה (שאז החיסיון וחובת הסודיות חלים) או שמדובר בעברה מתמשכת (שאז דינה כעברה בעתיד לגביה לא חל

---

146 שם, בעמ' **709**–**710**. ייתכן שתגובתו החריפה של בית המשפט נבעה מהעובדה שהמידע הרפואי שהסתירו עורכי הדין של הנתבעת הראה שבעקבות התאונה נשקפת לתובע הקטין סכנת מוות. כך שעורכי הדין לא רק שיקרו לבית המשפט, אלא הסתירו מידע חיוני היכול להציל חיי אדם. ב־Law Governing Lawyers, מובא מקרה זה כדוגמה למצב שבו חל החריג לחובת הסודיות המתיר לעורך הדין לגלות כאשר נשקפת סכנת מוות או פגיעה גופנית חמורה לאחר (הגם שלא עקב עברה של הלקוח). Law Governing Lawyers, לעיל ה"ש **23**, Sec 66 Comment. C.

147 ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 1.6(b)(3) (1983).

148 Law Governing Lawyers, לעיל ה"ש **23**, Sec 67 Comment. B.

החיסיון). תחת החריג המוצע, השאלה פחות חשובה, שכן גם אם מדובר בעברה שכבר בוצעה רשאי עורך הדין לגלות כדי לתקן את הנזק שגרם הייצוג שסייע לביצוע העברה.

חשוב לדעת שנימוק נוסף התומך בקיום החריג מצביע על האופן שבו הוא משרת את האינטרס העצמי של עורכי הדין. ועדה של לשכת עורכי הדין האמריקנית המליצה כבר בשנת 1991 על צירוף החריג לכללי האתיקה המומלצים בנימוק שמתן האפשרות לעורכי הדין לגלות על מנת לתקן את הנזק שגרם הייצוג, תגן על עורכי הדין מפני תביעות אזרחיות או אישומים פליליים בתור מי ששיתפו פעולה עם הלקוח.[149] אף על פי שבדרך כלל חריג המאפשר גילוי מביא לחשיפת עורכי הדין לתביעות,[150] לחריג זה יש השפעה הפוכה – הוא מונע תביעות נגד עורכי הדין.

שאלה העומדת בבסיס חריג זה היא אם יש לנסח את החריג באופן שיעניק רשות לעורך הדין לגלות את המידע הסודי או לנסח את הכלל כמחייב את עורך הדין למסור את המידע. הבעייתיות הטמונה באפשרות השנייה ברורה, והיא שהביאה את מנסחי הכלל בארצות-הברית לדבוק באפשרות הראשונה. אני תומכת באפשרות הראשונה בשל החשש שחיוב עורך הדין בגילוי עלול להביא לחקירות בלתי רצויות של עורכי דין כיוון שיהיה צורך לברר קודם אם אכן הלקוח השתמש בשירותי עורך הדין כדי לקדם את מטרותיו הפסולות.

המקרה שהובא בפני ועדת האתיקה הארצית לעניין הגשת כתב אישום נגד עורך הדין אשר, לטענת אותו עורך דין, הדרך היחידה שיש לו להתגונן מפני כתב האישום היא להפר את החיסיון אם ייכנס בגדר חריג זה.[151] כזכור, ההחלטה קבעה שבהתנגשות בין חסיון עורך דין-לקוח לחובת הסודיות האתית לבין זכויות עורך הדין כנאשם בהליך פלילי גוברים הראשונים, והוועדה לא התירה לעורך הדין למסור את המידע החסוי. אני מציעה להסתכל על המקרה דרך החריג המוצע, כך שאם יתברר שהלקוח השתמש בשירותי עורך הדין כדי לקדם את פעילותו האסורה וגרם בכך נזק (במקרה זה לעורך הדין עצמו) הרי שיש להתיר לעורך הדין לחשוף מידע חסוי בחקירתו במשטרה. לפי החריג האמור יותר לעורך הדין לתקן את הנזק שנגרם (במקרה זה לו עצמו) על ידי שימוש במידע חסוי. הרציונל הברור הוא שאין לתת ללקוח אשר ניצל את שירותי עורך הדין כדי לגרום נזק, ליהנות מהגנת החיסיון ולפגוע ביכולת עורך הדין להגן על עצמו.

---

149 ABA Standing Committee on Ethics and Professional Responsibility Report to the House of Delegates 108(B) (1991). ניתן לצפייה בכתובת: http://ethicsandlawyering.com/Issues/files/housereport.pdf (נבדק לאחרונה ב-10.2.2009).

150 ראו להלן פרק ב למאמר הטקסט הצמוד להערות השוליים.

151 "חסיון: האם מותר לעורך הדין הנאשם בפלילי להשתמש במידע חסוי לצורך הגנתו" **אתיקה מקצועית** 25, 1 (2008).

ו. הצעה לרפורמה

1. הצורך ברפורמה

שני נימוקים מרכזיים מצביעים על הצורך ברפורמה מקיפה באשר להוראות החיסיון והסודיות הקיימות כיום במשפט הישראלי. הנימוק הראשון, הנורמטיבי, מבוסס על הביקורות על הצידוק הקונוונציונלי לחיסיון וסודיות. אמנם אין בביקורות אלו כדי לשלול לחלוטין את מוסדות החיסיון והסודיות, אך יש בהן כדי לשלול את אופיים המוחלט, כפי שהם מנוסחים כיום במשפט הישראלי. הנימוק השני מבוסס, הפרגמטי, מצביע על הקושי הרב שמציב המצב הקיים של חוסר הבהירות והיעדר הוודאות בפני לקוחות ועורכי דין עד כדי פגיעה מהותית באתיקה המקצועית.

הנימוק הנורמטיבי בדבר הצורך ברפורמה מבוסס על הביקורות הרבות והחזקות שהובאו בפרק א' על הצידוק הקונוונציונלי לחיסיון וסודיות. כזכור, הצידוק הקונוונציונלי מצביע על האינטרס החברתי של הבטחת צדק לטווח הארוך היוצא נשכר מקיומם של חיסיון וסודיות. מנגד, לא ניתן להתעלם מהביקורות החזקות שהצגתי אל מול הצידוק. אמנם אין בביקורות אלו כדי לשלול לחלוטין את הצידוק הקונוונציונלי ובכך לבטל את מוסדות החיסיון והסודיות, אך יש בהן כדי להחליש את הצידוק הקונוונציונלי כך שאין בו כדי לתמוך בחיסיון וסודיות מוחלטים. תחת הכללים המוחלטים מציעה הרפורמה לקבוע כללי חיסיון וסודיות בעלי כמה חריגים מוגדרים במסגרת הכללים. בצידוק הקונוונציונלי המוחלש, לנוכח הביקורות, יש כדי לתמוך בכללים מסוג זה.

נקודת המוצא של הנימוק הפרגמטי בדבר הצורך ברפורמה הוא המצב הקיים כיום במשפט הישראלי. כפי שהוצג במאמר, החיסיון והסודיות מנוסחים בחקיקה בישראל כחובה כמעט מוחלטת הכוללת רק את החריג של "ויתור הלקוח". מסיבה זו נאלץ בית המשפט לצמצם את הגדרת "חומר חסוי" כך שמידע הצריך להיחשב לחומר חסוי אינו נכלל מראש כחומר חסוי ובכך עקפנו את הצורך בחריג, חריג שאין הכלל מפרט. לפי הרפורמה המוצעת, לצד ההגדרה של חיסיון וסודיות יפורטו חריגים חקוקים שלגביהם לא יתקיימו החיסיון והסודיות.[152]

שתי הדרכים המוצגות, דרך הפרשנות של הפסיקה הנוכחית שיצרה "מעין חריגים" **בתוך** הגדרת החיסיון והסודיות והדרך המוצעת של קביעת החריגים החקוקים **לצד** הגדרת החיסיון והסודיות מובילות לאותה תוצאה – אין הגנה של החיסיון או חובת הסודיות. אך רק הדרך השנייה מאפשרת לעורך הדין וללקוח לדעת

---

152 כפי שעושים כללי האתיקה המומלצים בארצות־הברית, וראו: ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 1.6 (1983), ראו גם ה־Law Governing Lawyers, לעיל ה"ש 23, הבנוי כך. ראו, Law Governing Lawyers, שם, ס' 59–67 (חובת הסודיות) וס' 68–71, 82–83 (בהתאמה לגבי החסיון).

מראש איזה מידע יזכה להגנת החיסיון והסודיות שכן החריגים מפורטים בחוק. הדרך הראשונה, השוררת במשפט הישראלי, מובילה לחוסר בהירות. כיום, אין לעורך הדין וללקוח דרך לדעת בוודאות מתי יוסרו החיסיון או הסודיות, שכן הדבר נתון בידי בית המשפט היכול לפרש את התנאים בהגדרת החיסיון והסודיות כך שהחריג ייווצר או לא ייווצר. כפי שאראה להלן, חוסר הבהירות פוגע בלקוחות ובעורכי הדין ומביא לפגיעה מהותית באתיקה המקצועית. פגיעה זו עומדת במוקד הנימוק הפרגמטי בדבר הצורך ברפורמה.

חוסר הבהירות השורר במשפט הישראלי בכל הנוגע לחיסיון ולסודיות מעמיד את הלקוחות הפונים לעורך דין במלכודת מסוכנת: מצד אחד כדאי ללקוח לגלות כמה שיותר מידע לעורך דינו כדי שזה יוכל להעניק לו את השירות המשפטי הטוב ביותר. מנגד, היות ועורך הדין אינו מסוגל להבטיח באופן מלא וברור מה יישמר בסודיות/חסיון ומה עלול להתחייב בגילוי, ייתכן שעדיף ללקוח, מראש, לא לגלות מידע לעורך דינו, מה שעלול לפגוע בטיפול בעניינו. שני אופני הפעולה העומדים בפני הלקוח גורמים לפגיעה בלקוח. הדרך הראשונה שבה נמנע הלקוח מלחשוף מידע בעייתי בפני עורך דינו, מגנה עליו מפני גילוי עתידי אך פוגעת מראש בטיב השירות המשפטי שיוכל עורך הדין להעניק לאותו לקוח הואיל ועורך הדין נאלץ לפעול תחת מידע חסר. מנגד, גם דרך פעולה הפוכה של גילוי מלא לעורך הדין שיש בה להבטיח שירות משפטי מלא עלולה לפגוע בלקוח בהמשך הדרך כאשר לא יוכל עורך הדין להגן על מידע שמסר לו הלקוח. חוסר אמון של לקוחות ביכולתו של עורך הדין להגן על מידע שמסרו לו מובילים בטווח הארוך לפגיעה לא רק ביחסי עורך דין־לקוח, אלא גם באפשרות לנהל הליך הוגן.[153]

חוסר הבהירות השורר במשפט הישראלי בכל הנוגע לחיסיון ולסודיות פוגע גם בעורכי הדין בכך שהוא לא מאפשר להם להפעיל תובנה אתית ובכך נפגמת האתיקה המקצועית. תובנה אתית מורכבת משני נדבכים, הבאים זה על גבי זה, ולעולם לא ניתן להסתפק רק בנדבך אחד.[154] הנדבך הראשון הוא רגישות לבעיות אתיות, היכולת לזהות בעיה שכזו עוד לפני שהיא מתעוררת או מיד לאחר מכן. בהיעדר מודעות

---

153 F. C. Zacharias, *Harmonizing Privilege and Confidentiality*, 41 S. TEX. L. REV. 69, 93 (1999): M. Callan & H. David, *Professional Responsibility and the Duty of Confidentiality: Disclosure of Client Misconduct in an Adversary System*, 29 RUTGERS L. REV. 332, 334–335 (1976); R. v Derby Magistrates' Court, [1995] 4 All ER 526, 541–540 (בפסק דין מרכזי זה הקובע חיסיון כמעט מוחלט מדגיש בית הלורדים ששמירה על חסיון ההתקשרות בין עורך הדין ללקוח היא תנאי בסיסי עליו מושתת ניהול הליך שיפוטי הוגן בכללותו).

154 לימור זר־גוטמן "הוראת האתיקה המקצועית כחלק מהחינוך המשפטי בישראל" **מחקרי משפט** כג **89, 105–115 (2006)**; לימור זר־גוטמן "להיות עורך דין אתי – המקרה של ייצוג משותף של נאשמים" **הסניגור 95, 32 (2005)**.

לקיומה של בעיה אתית, רחוקה מאוד הדרך להתמודד עמה. מודעות לשלל הבעיות העולות בהקשר של חיסיון וסודיות לא יכולה להיווצר ללא תשתית מתאימה בחוק. מי שיעיין בכללים המפורטים בכללי ההתנהגות של ה־Solicitors באנגליה ובכללי האתיקה המומלצים בארצות־הברית לעניין חובת הסודיות יבין עד כמה ההסדר הקיים בישראל חסר, ולכן קשה לצפות למודעות אצל עורכי הדין בישראל בסוגיות אלו.

הנדבך השני בפיתוח תובנה אתית, הוא מתן כלים להתמודד עם הדילמות האתיות. מתן כלים פירושו פיתוח ושכלול היכולת להתמודד עם דילמות אתיות על ידי שימוש בכלים שקיימים בתחום האתיקה. בראש ובראשונה, רצון כן ואמיתי להתמודד עם הבעיה ולא לטאטא אותה מתחת לשטיח. לא קל להתמודד עם דילמה אתית העלולה להביא לאבדן לקוח או לאבדן הכנסה. פעמים אחרות ההתעלמות נובעת מהחשש שהטיפול בדילמה עלול להקשות על עורך הדין למשל, אם יתברר כי חלה עליו חובת דיווח לרשויות. הכללים צריכים לעודד עורכי דין להתמודד עם הדילמות בכך שייתנו להם הגדרה ברורה של הבעיה ופתרון לה. נגישות לאתיקה מובילה לרצון להתמודד עם הדילמות האתיות. בשאלות של חיסיון וסודיות רחוק המשפט הישראלי מלהציע נגישות.

כלי נוסף חשוב מאוד בהתמודדות של כל עורך דין עם בעיות אתיות הוא שמירה על יחסים כנים עם הלקוח. מערכת היחסים בין עורך דין ללקוחו צריכה להיות מבוססת על אמון וכבוד הדדי היכולים להיווצר רק תחת גילוי. חובה על עורך הדין ליידע את הלקוח באשר לגבולות החיסיון וחובת הסודיות. על הלקוח להבין איזה מידע ייהנה מהגנת החיסיון והסודיות ואיזה מידע לא ייכלל כדי שיוכל לתכנן את צעדיו. חוסר הבהירות הקיים במשפט הישראלי מקשה מאוד על גילוי שכזה מצד עורך הדין, ובכך לא מאפשר מערכת יחסים כנה עם הלקוח בהיבט זה.

כלי מרכזי נוסף במסגרת תובנה אתית הוא הכרת ההלכה המחייבת. בישראל, כדי להכיר את ההלכה המחייבת בסוגיות של חיסיון וסודיות נדרש עורך הדין גם להכיר ולנתח את הפסיקה והחלטות ועדות האתיקה. מה שמהווה, לטעמי, הכבדה מוגזמת ולחלוטין לא הכרחית שכן אין מדובר בסוגיה משפטית המשתנה חדשות לבקרים. כל שצריך הוא לתקן אחת ולתמיד את החוק ולהבטיח שהוא יהיה ממצה וברור.

כלי מרכזי הנכלל במסגרת הנדבך השני של פיתוח התובנה האתית, הוא הפעלת שיקול דעת מורכב ויצירתי הפורט נורמות אבסטרקטיות, אינטרסים, זכויות וחובות לכללי התנהגות ספציפיים. כפי שאראה בהמשך, הוראת החיסיון השייכת לדיני הראיות צריכה להיות קטגורית, ואילו ההוראה העוסקת בחובת הסודיות, השייך לתחום האתיקה, צריכה להיות מבוססת על שיקול דעת. כיום, כלל 19 העוסק בסודיות רחוק מלהיות כלל המבוסס על שיקול דעת.

המצב הקיים במשפט הישראלי בשאלות של חיסיון וסודיות אינו מאפשר אף לעורך דין החפץ לפעול מתוך תובנה אתית לעשות כן. ההסדר החקיקתי לעניין חיסיון וסודיות צריך להיות רחב, ברור וודאי במידת האפשר. רק הסדר כזה יכול ליצור

רגישות לדילמות האתיות המורכבות העולות בסוגיית החיסיון והסודיות (הנדבך הראשון של תובנה אתית). ורק הסדר כזה יכול להביא לרצון אמיתי מצד עורכי הדין להתמודד עם הדילמה האתית, תוך הקפדה על גילוי מלא ללקוח, הכרה וביצוע של החוק הברור ונגיש (הנדבך השני של תובנה אתית).

2. עיקרי הרפורמה

הרפורמה המוצעת אינה מצדדת בחיסיון או בסודיות יחסיים כדוגמת החיסיון הקבוע בפקודת הראיות לרופאים ופסיכולוגים.[155] לדעתי, חיסיון יחסי הוא מעורפל ולא ודאי, באשר הוא משאיר בידי בית המשפט לקבוע בכל מקרה ומקרה אם יש מקום להסיר את החיסיון "אם ראה שמן הצדק לעשות כן". חיסיון יחסי יכול לפגוע בטווח הארוך ביחסי עורך דין לקוח באשר אין בו ודאות: עורך הדין אינו יודע מתי יוסר החיסיון, ואף והלקוח לא יכול לדעת זאת. מצב חוסר הוודאות שיוצר כלל של חיסיון יחסי אינו מתיישב עם הצידוק לחיסיון שהוא, כמוסבר בפרק א' למאמר, הסרת כל דאגה מהלקוח שהמידע שהוא מוסר בידי עורך דינו יהיה לו לרועץ.[156] לעומתו, חיסיון לא מוחלט וחובת סודיות לא מוחלטת בעלי חריגים הקבועים בחוק מבטיחים ודאות ויציבות, באשר עורך הדין יכול להסביר ללקוח מראש מה נכנס בגדר החיסיון והסודיות, כך שהלקוח יוכל לכלכל באופן מודע את צעדיו.

הרפורמה מציעה לקבוע את החריגים בחוק עצמו – בסעיף 48 ובכלל 19 בהתאמה. אך לאור ההבדל בין המטריות יש לעצב חריגים שונים. חריגים שונים בשני מובנים. הראשון, שונים בתוכנם. בהחלט ייתכנו חריגים שיתקיימו רק תחת אחת

---

155 לפי הצעת חוק שהתגבשה לפני עשר שנים במשרד המשפטים, יהפוך החיסיון לפי סעיף 48 לפקודת הראיות מחסיון מוחלט לחיסיון יחסי, כך שבית המשפט יהיה רשאי להסיר אותו אם ימצא כי הצורך לגלות את הראיה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה. ראו, ס' 251ב לתזכיר חוק (משרד המשפטים) פקודת הראיות (תיקון – חסיונות בעלי מקצוע), התשנ"ז–1997 (הסעיף המוצע קובע שני תנאי סף הכרחיים כדי שבית המשפט יוכל להפעיל את סמכותו ולהסיר את החסיון. הראשון, גילוי הראיה חיוני לעניין שאלה העומדת לדיון או לצורך מניעת ביצוע עברה חמורה. התנאי השני הוא, שלא ניתן להשיג את התכלית לשמה מתבקשת הראיה בדרך אחרת באופן סביר. עוד קובע הסעיף כי בית המשפט לא יסיר את החסיון אם מדובר בדברים ומסמכים חסויים לפי סעיף 48 אשר הוחלפו לצורך הגנתו של הלקוח בהליך פלילי, ובכל הליך אחר – במסגרת ניהול המשפט לקראתו הוחלפו). התזכיר מסתמך, בין היתר, על שושנה נתניהו "על התפתחויות בסוגית החסיונות המקצועיים" **ספר זוסמן** 297, 304 (אהרן ברק, יצחק זמיר, חיים כהן נפתלי ליפשיץ וגבריאלה שלו עורכים, 1984) (מצדדת בהפיכת חסיון עורך דין־לקוח מחסיון מוחלט לחסיון יחסי).

מנגד, מהרה לשכת עורכי הדין להבטיח כי תיאבק בכל תוקף בהצעה כזאת. ראו, עידו באום "שירות מקצועי ודיסקרטי בחדרי חדרים" **הארץ**, 23.2.1997.

156 **זלצמן**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 512.

המטריות או חריג זהה אך שונה תחת כל מטריה. המובן השני של השוני נוגע ל"אופיים" של הכללים. הסעיף העוסק בחיסיון צריך להיות קטגורי – רשימה ברורה של חריגים שבהם מוסר החיסיון. לעומתו, הכלל העוסק בחובת הסודיות האתית צריך להיות כלל המבוסס על שיקול דעת. כלל המסביר לעורך הדין מתי ובאילו תנאים הוא רשאי להסיר את הסודיות.

יש מקום לחריגים שונים בתכניהם תחת כל מטריה הואיל והאינטרסים השונים המתנגשים תחת כל מטריה הם שונים, דבר המוביל לאיזון שונה המוליך בתורו ליצירת כללים שונים. חיסיון וסודיות מגנים על אותו אינטרס – הבטחת תקשורת חופשית בין הלקוח לעורך דינו. מנגד, האינטרסים המתנגשים באינטרס זה שונים ונפרדים תחת כל מטריה. כאשר מדובר על הליך משפטי, היכן שהחיסיון חל, נפגע האינטרס של גילוי האמת וגם האינטרס של צדדים שלישיים. כאשר מדובר על גילוי מחוץ להליך המשפטי, היכן שהטריטוריה של חובת הסודיות משתרעת, האינטרס הנגדי הוא חופש המידע והגנה על צדדים שלישיים. בנוסף, החיסיון מתנגש בחובת עורך הדין כלפי בית המשפט, אולם חובת הסודיות מתנגשת בחובת עורך הדין כלפי צד שלישי, חובה שלפי הדין המשמעתי החל על עורכי דין נחשבת לחלשה יותר מהחובה כלפי בית המשפט.[157] ההבדל באינטרסים המתחרים על הבכורה מוביל בהכרח לאיזון שונה ולקביעת כללים שונים. ככלל, האינטרסים הנגדיים במקרה של חיסיון ובכללם חובת עורך הדין כלפי בית המשפט נתפסים כראויים יותר להגנה מהאינטרסים הנגדיים תחת חובת הסודיות, ולכן נוצרה חובת סודיות רחבה יותר מאשר החיסיון ולכן יש צורך בחריגים בעלי אופי שונה תחת כל מטריה.

כך, לדוגמה, החריג המתיר לעורך הדין לגלות מידע סודי כדי למנוע, להחליש או לתקן נזק שגרם הייצוג, קיים במשפט האמריקני רק בנוגע לחובת הסודיות ולא בנוגע לחסיון עורך דין־לקוח. זאת מכיוון שהאינטרס של הגנה על צדדים שלישיים הוא אינטרס החזק יותר תחת חובת הסודיות. מנגד, החריג של גילוי במסגרת החובה שלא להטעות את בית המשפט קיים רק תחת החסיון הואיל והאינטרס שמוביל לגילוי, מימוש החובה כלפי בית המשפט, חזק יותר במצבים של חסיון.

יש מקום לחריגים השונים **גם** באופיים תחת כל מטריה לאור אופייה המיוחד של האתיקה המקצועית אליה משתייכת חובת הסודיות. החסיון בדיני הראיות עוסק במתן פטור מהחובה להעיד ככזה עליו להיות כלל קטגורי שבו רשימה סגורה וברורה של חריגים. מנגד, הכלל העוסק בחובת הסודיות האתית צריך להיות כלל המבוסס על שקול דעת הואיל וטבעה של האתיקה המקצועית היא שאינה נותנת תשובות מוחלטות בסיטואציות רבות. ההתמודדות עם דילמות אתיות מחייבת ליישם עקרונות אבסטרקטיים על נסיבות קונקרטיות של כל מקרה ומקרה, תוך הפעלת שיקול־דעת

---

157 לדיון במעמדה של החובה כלפי בית המשפט ראו זר־גוטמן "חובת עורך הדין", לעיל ה"ש 138, בעמ' 414–423.

עצמאי, מורכב ויצירתי.[158]

בישראל, מבוססת האתיקה המקצועית של עורכי הדין על שימוש בשקול דעת. ראשית, החוסר בכללים מביא לכך שביחס לדילמות אתיות רבות לא קיימות תשובות חד משמעיות אותן ניתן לגזור מכללים חקוקים ברורים.[159] שנית, למרות שמרבית הכללים הם קטגוריים, דווקא הכללים שהם "עברות סל" תופסים חלק מרכזי בדין המשמעתי של עורכי הדין.[160] אפילו במקרים שבהם קיימת הוראה קטגורית התואמת את המקרה, יעדיפו בתי הדין המשמעתיים לזנוח את הסעיף הקטגורי ולהשתית את ההרשעה על עברת הסל.[161] התוצאה היא שבדילמות אתיות רבות נדרש עורך הדין

---

158 SIMON, לעיל ה"ש 8, בעמ' 10. דוגמה בולטת שהוא מביא להפעלה שיטתית של שיקול דעת זה, היא יישום עוולת הרשלנות במקרים של אחריות מקצועית של עורכי דין. חובת הזהירות המוטלת על עורך דין היא נורמה אבסטרקטית הכוללת בתוכה שורה של נורמות התנהגות כלליות מוסכמות, שלא הועלו על הכתב ובוודאי שאינן חקוקות. נורמות כלליות אלו מיושמות על־ידי עורכי הדין ממקרה למקרה כדבר שבשגרה, תוך הפעלת אותו שיקול־דעת עצמאי ומורכב. שם, בעמ' 11; ראו גם, William H. Simon, *The Trouble with Legal Ethics,* 41 JOURNAL OF LEGAL EDUCATION 65, 66–67 (1991). דוגמה נוספת שמביא פרופ' סיימון נוגעת לחובתו של התובע הפלילי "להשיג צדק, ולא רק הרשעות". תרגום של החובה הקבועה בכללי האתיקה המומלצים להליך הפלילי, אותם ניסח הבר האמריקני. החובה קובעת: "The Duty of the prosecutor is to seek justice, not merely to convict". ראו ABA Standards Relating to the Administration of Criminal Justice, Standard 3-1.2(c).

159 תקצר היריעה מלהצביע על החסרים המהותיים בכללי הדין האתיקה הנוכחיים. אסתפק בשתי דוגמאות. אין אף כלל המסדיר את הנושא המורכב של הכנת עדים לעדות. כל שיש הוא כלל 37(א) לכללי האתיקה הקובע בלאקוניות: "עורך דין רשאי לבוא בדברים עם אדם העשוי להעיד מטעם לקוחו". דוגמא שנייה היא לנושא ניגוד העניינים. אומנם יש כללים המסדירים את נושא זה אך השוואה לכללים המקבילים בכללי האתיקה המומלצים בארצות־הברית ממחישה עד כמה כללים אלו חסרים.

160 "עברת-סל" (או "מושג שסתום") מתאפיין בכך שהלשון עצמה אינה קובעת תוכן חד־משמעי, והתוכן נקבע על פי שיקול דעתו של הפרשן הניזון מעקרונות היסוד של השיטה, מתפיסות המשפט המקובלות ומן האיזון הראוי בין אינטרסים, ערכים ועקרונות שונים. הנורמות האבסטרקטיות הקבועות במושגי השסתום, מקבלות קונקרטיזציה ממקרה למקרה. כך גוברים על הקושי לקבוע מראש נורמות ספציפיות קשיחות. בכל תחומי המשפט, כאשר האובייקט של ההסדר החקיקתי הוא גמיש ומחייב התאמה לצורכי הזמן והמקום, אין מנוס משימוש במושגי שסתום. ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני– פרשנות החקיקה 136–137 **(1993)**.עברות הסל הנפוצות ביותר בדין המשמעתי הן שתיים: פגיעה בכבוד המקצוע לפי סעיף 53 לחוק והתנהגות שאינה הולמת עורך דין, לפי סעיף **61(3)** לחוק.

161 כך לדוגמה, במקרים של הטעיה של בית המשפט לא השתמשו בתי הדין המשמעתיים בעברה הקטגורית הנקובה בכלל 34 לכללי האתיקה (איסור הטעיה) אלא פנו לשתי עברות הסל. להרחבה ראו, : זר־גוטמן "חובת עורך הדין", לעיל ה"ש 138, בעמ' 415. מאפיין זה קיים גם בדין המשמעתי של הסוליסט'רס באנגליה ובדיוק מאותה סיבה – שימוש רחב בעבירות סל. ראו, Richard O'Dair, *Recent Developments in the Teaching of Legal Ethics – A UK Perspective*, *in* ETHICAL CHALLENGES TO LEGAL EDUCATION & CONDUCT 151, 161–

ליישם עקרונות כלליים ומופשטים כמו חובת הנאמנות ללקוח, החובה כלפי בית המשפט, הזכות לייצוג הולם בפלילי ועוד, לפי נסיבות המקרה, וזאת תוך הפעלת שיקול דעת עצמאי מורכב ויצירתי. מסיבות אלו, הכלל העוסק בחובת הסודיות האתית צריך להיות מבוסס על שיקול דעת של עורך הדין באשר להתקיימות תנאי הסף של החריג ובאשר להיתר לגלות.

לא כאן המקום להציע כללים מפורטים בהתאם לרפורמה המוצעת. אסתפק בהצגת דוגמה אחת – החריג בדבר מידע הנוגע לעברה בעתיד. בחרתי להציג חריג זה כדוגמה, הואיל והוא מראה היטב את השוני הקיים לגבי התוכן והאופי של החריג תחת כל מטרייה. בעזרת הדוגמה ניתן יהיה לראות כי ההבחנה בין המטריות בנוגע לחריג, שלכאורה זהה, אך שונה בתוכנו ובאופיו היא נדרשת וחיונית.

3. דוגמה: החריג בדבר מידע הנוגע לעברה בעתיד

סעיף 48 בנוסחו החדש צריך לכלול רשימה סגורה קטגורית של חריגים שלגביהם לא יחול החיסיון, בכללם החריג האמור. כדי לנסח את החריג יש לקבוע תחילה מה המבחן שלפיו ייקבע אם תנאי החריג מתקיימים. האפשרות הראשונה היא לפי מבחן התוצאה שלפיו החיסיון אינו חל אם השירות המשפטי התייחס לעברה עתידית גם אם עורך הדין לא היה מודע לכך. לפי אפשרות זו החריג המוצע יציין: "**חסיון עורך דין־לקוח לא חל כאשר: השירות המשפטי שהעניק עורך הדין ללקוח נגע לביצוע עברה בעתיד**".

אפשרות שנייה היא לבחור במבחן כוונת הלקוח שלפיו החיסיון אינו חל אם הלקוח התכוון לקבל שירות משפטי בנוגע לעברה עתידית, גם אם בפועל השירות לא עסק בכך. לפי אפשרות זו, החריג המוצע יציין: "**חסיון עורך דין־לקוח לא חל כאשר: הלקוח התייעץ עם עורך הדין במטרה, שלאחר מכן הושגה, לקבל עזרה בנוגע לביצוע עברה בעתיד**". בנוסף, יש להחליט אם החריג יחול על כל עברה או רק על עברות מסוג פשע.[162]

מורכב יותר יהיה נוסחו של כלל 19 ככלל של שיקול דעת הבא לאפשר לעורכי הדין להפעיל תובנה אתית כמוסבר לעיל. חובת הסודיות צריכה לאפשר לעורכי דין לגלות מיזמתם, בלא שתהיה עליהם חובת דיווח בחוק. מוצע חריג שייקבע כי "**מותר לעורך דין לגלות מידע סודי אם יש לעורך הדין אמונה סבירה שהגילוי נדרש כדי למנוע מוות או פגיעה גופנית חמורה שקרוב לוודאי עומדים להתרחש. וזאת לאחר**

163 (Kim Economides ed., 1998).

162 תזכיר החוק, לעיל ה"ש 155, קבע שבית המשפט יוכל להסיר את החיסיון (היחסי) רק כאשר מדובר בעברה חמורה. ראו גם, קלינג, לעיל ה"ש 19, בעמ' 416 (מציע לקבוע שהחיסיון אינו חל רק לגבי מידע המתייחס לעברות עתידיות המסכנות חיי אדם ולא לגבי כל עברה).

שעורך הדין שוכנע שאין בכוונת לקוחו לפעול למניעת הנזק האמור".[163] החריג אינו מטיל חובת גילוי, אלא מעניק לעורך הדין רשות לגלות שמשמעה הפעלת שיקול דעת על בסיס פרמטרים בלעדיים הקבועים בחריג שעליהם לא ניתן להוסיף עוד פרמטרים. עובדה אחרונה זו באה להבטיח את הבהירות והוודאות שיש בהם לעודד עורכי דין להפעיל תובנה אתית ולא לחשוש מהתמודדות עם דילמות אתיות.

יושם לב לשלושה הבדלים חשובים בין חריג זה לחריג המקביל לו של הוראת החיסיון שהוצע לעיל. החריג של החיסיון חל על עברה בעתיד, ואילו החריג של חובת הסודיות חל על **מעשה** (לאו דווקא עברה, אלא גם טעות או תאונה) העלול לגרום למוות ולפגיעה גופנית חמורה. כך, למשל, אם עורך הדין יודע שהלקוח שחרר בטעות חומר רעיל לתוך מי התהום המשמשים לשתייה, מותר לו לגלות. הבדל שני הוא שלפי החריג של החיסיון, העברה בעתיד צריכה להיות מבוצעת על ידי הלקוח ואילו לפי חובת הסודיות, אין הכרח שהמעשה יבוצע על ידי הלקוח, אלא על ידי כל אדם. הבדל שלישי הוא שהחריג של חובת הסודיות אינו דורש ששירותי עורך הדין יינתנו בהקשר למעשה העלול לגרום למוות או לפגיעה הגופנית החמורה, ואילו לפי החריג של החיסיון, זהו אחד התנאים המצטברים להתקיימותו. כך למשל פסק דין בארצות־הברית קבע כי מותר לעורך הדין לגלות איום ששמע מפי הלקוח שלו שלפיו מוטב לעורך הדין של הנאשם השני שיפסיק לייצגו או שיירצח.[164]

בישראל כיום עורך דין יכול לגלות במצב שכזה רק תחת החובה שבסעיף 262 לחוק העונשין. אני סבורה שפרופסיה המושתתת על חובה כלפי צדדים שלישיים,[165] צריכה להביא לביטוי בכללי האתיקה שלה את המחויבות הזו. הפניה לחובה בחוק העונשין שאי־מילויה מהווה עברה פלילית אינה הולמת. יש לאפשר לעורכי דין לדווח במקרים אלו לא מכיוון שחוק העונשין מחייב והם עלולים להיות עבריינים אם לא יגלו, אלא מכיוון שהתובנה האתית והדאגה לשלמות גופו וחייו של האחר, שיקבלו ביטוי בכלל 19 בנוסחו החדש, מתירים לעורך הדין לגלות. חריג שכזה, במסגרת כללי האתיקה, מהווה ביטוי ברור למחויבות עורכי הדין כלפי החברה, ובכך מחזק את תדמית המקצוע.[166]

בכללי ההתנהגות המחייבים של ה־Solicitors באנגליה הוחל החריג גם לגילוי

---

163 Law Governing Lawyers, לעיל ה"ש 23, ס' 66.

164 *In Re* Gonnella, 238 N.J. Super. 509 (1989)).

165 לחובת עורך הדין כלפי צד שלישי ראו, לימור זר־גוטמן "ייצוג מול צד שכנגד בלתי מיוצג – ייזהר עורך־הדין" **דין ודברים** 1, 153 (2005); נטע זיו "אחריות עורך הדין כלפי נפגעי הייצוג – מאחריות משפטית לאחריות מוסרית" **דין ודברים** 1, 201 (2005).

166 להרחבה על אינטרס פרופסיית עריכת הדין בשמירה על תדמיתה ועל הקשר שבין התדמית לחובה כלפי החברה ראו, לימור זר־גוטמן "תדמית מקצוע עריכת הדין" **המשפט** יב 231, 242 (2007).

בנוגע להתעללות בילדים.[167] בכך הורחב החריג למצב שאולי אין בו סכנת מות או פגיעה גופנית חמורה כדרישת החריג. הרחבה שכזו גם אצלנו תהיה ברוח הגישה שהצעתי במסגרת הדיון בחובת הדיווח לפי סעיף 368ד לחוק העונשין ותאפשר, גם היא, התרחקות מחובות דיווח פליליות והתבססות על כלל של שיקול דעת במסגרת כללי האתיקה.

הסיפא לחריג כוללת תנאי סף שלפיו מותר לעורך דין לגלות רק אם שוכנע שהלקוח אינו מתכוון למנוע את הנזק האמור.[168] דרישה זו באה להבטיח שבטרם יגלה, ינהל עורך הדין שיחה גלויה עם הלקוח, שיחה שבה ינסה לשכנע את הלקוח לפעול בעצמו להציל את הקרבן, על ידי אזהרתו למשל. תנאי סף זה מבטא את אחד הכלים המרכזיים במסגרת התובנה האתית – יחסים כנים ופתוחים עם הלקוח. תנאי סף זה גם מבטיח שההגנה על הזכות לסודיות של הלקוח נשמרת, וכי ההחלטה היא בידי הלקוח. בכך מאזן החריג בין זכויות הלקוח לבין האינטרס של הגנה על שלמות גופו של אחר.

ז. סיכום

במשפט הישראלי שורר בלבול לגבי המבחנים להתקיימות חיסיון וסודיות ולגבי החריגים תחת כל מטרייה. שורשי הבלבול נעוצים בעובדה כי סעיף 48 לפקודת הראיות וכלל 19 לכללי האתיקה אינם מבטאים את ההלכה המלאה והנכונה בכל הקשור לחיסיון ולחובת הסודיות במשפט הישראלי. שני הכללים מנוסחים באופן מוחלט נטול חריגים, למעט הסכמת הלקוח, אולם בפועל יצרה הפסיקה שורה של מעין חריגים בתוך הגדרת החיסיון והסודיות. המאמר סקר בהרחבה חריגים אלו בניסיון לבחון באופן ביקורתי את ההלכה השוררת כיום במשפט הישראלי. הלכה זו היא הסיבה והמצע שעליה קמה הרפורמה המוצעת במאמר.

הרפורמה המוצעת במאמר תביא לניסוח מחדש של סעיף 48 כך שלצד הגדרת החיסיון תבוא רשימה קטגורית סגורה של חריגים, והכוונה היא לאותם חריגים שכבר הוכרו בפסיקה לעניין החיסיון. בעקבות תיקון סעיף 48 יש לתקן בהתאמה גם את ההוראה המשלימה בסעיף 90 המטילה על עורך הדין את החובה האתית לשמור על

---

167 Law Society Code, לעיל ה"ש 52, ס' 14.

168 דוגמה מצוינת לתנאי סף שכזה מצויה ב־Law Governing Lawyers, לעיל ה"ש 23, ס' 66(2) לפיו: "Before using or disclosing information under this Section, the lawyer must, if feasible, make a good-faith effort to persuade the client not to act. If the client or another person has already acted, the lawyer must, if feasible, advise the client to warn the victim or to take other action to prevent the harm and advise the client of the lawyer's ability to use or disclose information as provided in this Section and the consequences thereof".

החיסיון. הרפורמה המוצעת במאמר תביא לניסוח מחדש של כלל 19 באופן שחובת הסודיות האתית תהא מבוססת על שיקול דעת. הכלל החדש יפרט, אף הוא, רשימה סגורה של חריגים, ולכל חריג יפורטו תנאי הסף להתקיימותו כשבידי עורך הדין שיקול הדעת להחליט אם התקיימו תנאים אלו ואם חובת הסודיות עדיין חלה. מוצע גם להוסיף במסגרת החריגים שייכללו בכלל 19 חריג שטרם הוכר במשפט הישראלי – גילוי שנועד למנוע, להחליש או לתקן את הנזק שגרם הייצוג.

חשוב מאוד ששני הכללים בנוסחם החדש יהיו ברורים וודאיים ככל שניתן. כללים שכאלו מסייעים לעורכי דין לזהות דילמות אתיות (הנדבך הראשון של תובנה אתית) ומהווים, בה בעת, כלי חשוב בהתמודדות עם הדילמות האתיות (הנדבך השני של תובנה אתית).