

**חובת הסודיות של עורך הדין וחסיין
עורך דין-לקוח: הגיעה השעה להיפרד**

מאת:

ד"ר לימור זר-גוטמן *

א. מבוא

- ב. ההבחנה בין חסיין עורך דין-לקוח לחובת הסודיות של עורך הדין
- (1) הצידיקים להבחנה ולהפרדה בין הסוגיות
- (2) ההבדלים בין הסוגיות
- ג. ההתפתחות ההיסטורית של החסיין וחובת הסודיות
- ד. היחס וההקשר בין סעיפי החוק הרלוונטיים - הטעויות
- ה. הפתרון - הגיעה השעה להיפרד
- ו. סיכום

א. מבוא

חסיין עורך דין-לקוח וחובת הסודיות המוטלת על עורך הדין באים להבטיח התקשרות חופשית בין הלקוח לעורך דינו. שתי ההוראות מעניקות חשיבות רבה ליחסי עורך דין-לקוח בכך שהן באות להגן ולחסות על מידע שהועבר במסגרתם. התפיסה היא שרק הגנה כאמור תבטיח גילוי לב מצד הלקוח לעורך דינו, גילוי שבלעדיו עלול הייעוץ המשפטי להיכשל.¹ מהתכלית הזו לא נובעת זהות בין הסוגיות, לא בהקשר של יחסי עורך דין-לקוח ולא ביתר תחומי המשפט. הוראה המעניקה סודיות למידע והוראה המעניקה חסיין מפני גילוי אותו מידע בהליך משפטי הן הוראות נפרדות, העוסקות בשני נושאים שונים. החסיין הוא פטור מחובת גילוי ראיות בהליך המשפטי, וכזה הוא מהווה חריג לחובה להעיד, חובה הבאה לקדם את גילוי האמת בבית-המשפט.² הסודיות, לעומת זאת, מונעת חשיפה של המידע בכל פורום שהוא, וככזו מהווה חריג לעקרון הפומביות וחופש המידע.³ מעצם הגדרתו מוגבל החסיין הראייתי רק לפורומים בהם מתבצע איסוף ראיות ולכן הוא חל רק בהליך משפטי, חקירה או חיפוש.⁴ חובת הסודיות אינה מוגבלת רק לפורומים האוספים ראיות, אלא היא חלה כלפי כולי עלמא. החסיין עוסק רק במידע אותו מבקשים להפוך לראיה והוא אדיש למידע שאין מבקשים את גילוייו 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.

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

1. C.W. Wolfarm Modern Legal Ethics (1986); Restatement of the Law Governing Lawyers, Proposed Final Draft no. 1 (March 1996) introductory note & section 118, cmt. 3.
2. החובה להעיד קבועה, בין היתר, בסעיף 1 [פקודת הראיות \[נוסח חדש\]](#) ובסעיף 106 [לחוק סדר הדין הפלילי](#) (נוסח משולב).
3. Wolfarm לעיל הערה 1, בע' 248.
4. [פקודת הראיות \[נוסח חדש\]](#), סעיף 52.

= 169 =

מהבדלים אלה נגזר גם הבדל אפשרי בין התנאים היוצרים חסיין לתנאים היוצרים סודיות. כתוצאה מכך, אין הכרח שמידע מסוים שיוכר כסודי יוכר גם כראיה חסויה ולהפך.⁵ יתר על כן, לא ניתן לגזור באופן אוטומטי מסודיות המידע את חסיינו בהליך משפטי. העובדה שקיימת הוראת סודיות לגבי מידע מסוים אינה יוצרת בהכרח את חסיינו הראייתי של אותו מידע. קיימות חובות סודיות סטטוטוריות המעמידות חסיין מפני גילוי של המידע הסודי בבית-המשפט, בהן נקבע כי החובה לא תחול כשמדובר בגילוי במשפט.⁶ בהוראות סודיות אחרות לא נקבע היחס בינם לבין החסיין והדבר נדון לפרשנות.⁷ אם מפורשת הוראת החוק כהוראה רק של סודיות ולא של חסיין, יישמר המידע כסודי כלפי כל העולם פרט להליך המשפטי שם נשללת הסודיות, וגילוי.⁸ באופן זה, יכול מידע להיחשב כסודי ויחד עם זאת כבר-גילוי בהליך משפטי. במילים אחרות, חומר שאינו חסוי במסגרת ההליך המשפטי ויכול ונחשף בו, עדיין יישאר סודי כלפי הציבור.⁹ ההפרדה פועלת גם לכיוון השני: מעובדת היותו של מידע חסוי בהליך משפטי לא ניתן להסיק על סודיותו. חסיין אינו תנאי להתקיימות סודיות. חומר החסוי בבית-המשפט יכול ויהיה חשוף כלפי כל העולם. העובדה שהחסיין חל אינה מונעת מסירתו לאחר שלא במסגרת הליך משפטי.

לא כאן המקום לנתח את סוגיית החסינות והסודיות במשפט הישראלי. אציין רק שהעיקרון לפיו חסיין לחוד וסודיות לחוד אינו נשמר תמיד. היבט מרכזי באי-שמירה על ההפרדה המתבקשת הוא זה המביא להיווצרות חסיין מתוך הוראה של סודיות. יצירת חסיין על דרך של פרשנות הוראת חוק העוסקת בסודיות מתאפשרת בשל הגישה הרואה ברשימת החסינות בפקודת הראיות כרשימה פתוחה, עליה רשאי בית-המשפט, כפי שהוא אכן עושה, להוסיף חסינות. במספר מקרים יצר בית-המשפט חסיין על דרך של פרשנות יצירתית להוראת חוק המעניקה סודיות, כך שבאותה הוראה דרים בכפיפה אחת

סודיות וחסיון.¹⁰

כדי לקיים אחר העיקרון לפיו "סודיות לחוד וחסיון לחוד" יש להקפיד על קיום שתי הוראות חוק נפרדות, האחת לסודיות והשנייה לחסיון. מומלץ שמקומה של השנייה, הוראת החסיון, יהיה במסגרת דיני הראיות ואילו חובת הסודיות תיקבע

5. הפרק הראשון של המאמר ידון בהרחבה בהבדלים בין הסוגיות.

6. א' שטיין "חסיון בנק-לקוח בדיני הראיות" משפטים כה (תשנ"ה) 45, 48-49, הערות 13-14.

7. שם.

8. ראה, למשל: ת"פ (ת"א) 92/97 מ"י נ' י.מ. עיני תעשיות מתכת, תקדין-מחוזי, כרך 98(3) (תשנ"ח-תשנ"ט). בית-

המשפט המחוזי קבע כי חובת הסודיות המקצועית המוטלת על חתם בהנפקת ניירות ערך לפי תקנה 24 לתקנות ניירות

ערך (חיתום), תשנ"ג-1933, אינה עוסקת בחסיון, כך שאין בה כדי למנוע את מתן עדותו של החתם בבית-המשפט.

9. רע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי, פ"ד מט(4) 54, 66.

10. ראה למשל: רע"א 68/88 זילברמן נ' בנק אמריקאי ישראלי, פ"ד מב(2) 383 (הוראת הסודיות בסעיף 142(א) לחוק מס

ערך מוסף, התשל"ו-1975, פורשה כיוצרת חסיון מפני גילוי בהליך משפטי; עניין בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי, שם,

בע" 66-67 (הוראת הסודיות בסעיף 15 לפקודת הבנקאות, 1941, פורשה כיוצרת חסיון ראיתי). שאלה מעניינת היא אם

חסיון שכזה הוא חסיון סטטוטורי באשר הוא נגזר מהוראת החוק, או שמא זהו חסיון יציר הפסיקה, בדומה לחסיון עיתונאי.

ראו ב"ש 298/86, 368 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז ת"א, פ"ד מא(2) 337.

= 170 =

בחוק הספציפי הדין במידע אותו מבקשים לשמור כסודי.¹¹ לדוגמה, חובת הסודיות של פסיכיאטר מצויה בסעיף 42 לחוק טיפול בחולי נפש (המטיל חובת סודיות על כל מי שפועל במסגרת אותו חוק, ובכללם גם פסיכיאטרים) ואילו הוראת החסיון מצויה בסעיף 49 לפקודת הראיות, העוסקת בחסיון רופא-חולה. דרך נוספת היא לנקוט בטכניקה המופיעה בפקודת מס-הכנסה בה קיימים שני סעיפי חוק נפרדים אך צמודים הדנים האחד בסודיות - סעיף 231 והסעיף הבא אחריו - סעיף 232, דן בחסיון.¹²

נקודת הפתיחה בסוגיה של סודיות ההתקשרות בין עורך דין ולקוח וחסיון עורך דין-לקוח טובה יותר מזו שהוצגה לעיל. מדובר בהוראות חוק נפרדות העומדות כל אחת על רגליה היא, מבלי שגבולות האחת ייגזרו מתוך האחרת. אך בכך אין די. טשטוש-תחומים שורר בפרקטיקה ובפסיקה, כאשר מקרים שצריכים לדון תחת האחת נדונים תחת האחרת ועקרונות וחריגים נשאבים אחת מהשנייה מבלי להבין, אפילו, שהמדובר בשתי סוגיות שונות שאולי אין מקום ללמוד מהם גזירה שווה. סודיות וחסיון של עורך דין-לקוח הפכו אצלנו לאחת. העיקרון החשוב לפיו "סודיות לחוד וחסיון לחוד" מעולם לא התקיים אצלנו כאשר דובר ביחסי עורך דין-לקוח, למרות שקיימות הוראות חוק נפרדות.

הפרק הראשון של המאמר יעמוד בחלקו הראשון על הצידוקים הנורמטיביים לאבחנה בין הסוגיות השונות בהקשר של התקשרויות בין עורך דין ללקוח, ובחלקו השני, על ההבדלים המרכזיים שבין חובת הסודיות שחב עורך דין ללקוחו לבין חסיון עורך דין-לקוח. הצידוקים וההבדלים יצביעו מדוע חשוב לתחום בין שתי הסוגיות ומדוע הטשטוש הנוהג אצלנו הוביל ליצירת כללים בלתי-ראויים. הפרק השני יעסוק בשורשים ובהתפתחות ההיסטורית של כל אחת מהסוגיות בשיטת המשפט הישראלית. ברקע ההיסטורי תמון ההסבר לתופעת הטשטוש והיעדר האבחנה בין שתי הסוגיות, כך שהבנתו תסייע לנו לנסות וליצור את הניתוק המתבקש. הפרק השלישי של המאמר מבקש לעקוב אחר השימוש שעשתה הפסיקה בשלוש הוראות החוק הרלוונטיות: סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין [להלן: סעיף 90], סעיף 48 לפקודת הראיות [להלן: סעיף 48] וכלל 19 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית) [להלן: כלל 19], מעקב זה יצביע על מספר טעויות שעשו בתי-המשפט בנוגע למשמעות ההוראות והקשר בינם. המשותף לכל ארבע הקטגוריות של הטעויות שנמצאו בפסיקה הוא שהן מובילות לטשטוש התחומים בין שתי הסוגיות, כאשר שתיים מהטעויות אף מובילות למצב הבעייתי של ביטול חובת הסודיות. הפרק הרביעי של המאמר יציע פתרון לעירוב שנוצר, דרך שיהיה בה לבצע את הפרדה המתחייבת בין הסוגיות. הפתרון בנוי על הצגת משמעותה המלאה והנכונה של כל אחת משלוש הוראות החוק, וההקשרים הראויים בינם. הדרך המוצעת מקיימת אחר העיקרון לפיו "סודיות לחוד וחסיון לחוד" בכך שהיא יוצרת את הניתוק ההכרחי בין שתי הסוגיות תוך שמירה על אופייה של כל אחת.

11. הוראת הסודיות הספציפית יכולה גם להיגזר מהוראת הסודיות הרחבה הקבועה בסעיפים (8) ו/או (9) לחוק הגנת

הפרטיות. ראו למשל: בע"א (ת"א-יפו) 1410/93 פרוץ נוימן נ' לפקיפקר, תקדין-מחוזי, כרך 95(2) 1752 (חובת סודיות לגבי מידע רפואי).

12. דוגמה נוספת מצויה בחוק מס קניה (טובין ושירותים), תשי"ב - 1952, אשר סעיף 19א בו עוסק בחסיון ואילו סעיף 19ב עוסק בסודיות.

= 171 =

ב. ההבחנה בין חסיון עורך דין-לקוח לחובת הסודיות של עורך הדין

פרק זה יעסוק בשני נושאים נפרדים, אך קשורים זה בזה. החלק הראשון עוסק בצידוקים לקיום ושמירה על הפרדה בין שתי הסוגיות בהקשר של התקשרויות בין עורך דין-לקוח. חלק זה יסביר מדוע שיטת משפט ראויה היא זו השומרת על הפרדה בין חובת הסודיות לחסיון בראיות. החלק השני ישרטט את ההבדלים המרכזיים בין שתי הסוגיות. ארבעת ההבדלים

שיפורטו בחלק השני של הפרק מהווים בעצמם צידוק חשוב להפרדה בין הסוגיות, כאשר שניים מההבדלים (להלן): ההבדל השלישי והרביעי) גם נובעים, בה בעת, מהצידוקים להפרדה.

(1) הצידוקים להבחנה ולהפרדה בין הסוגיות

הצידוק הנורמטיבי הראשון להפרדה מצביע על הגופים השונים הקובעים ומסדירים את כל אחת מהסוגיות, גופים בעלי עמדות שונות המובילות בפועל להתפתחות שונה של כל אחת מהסוגיות.¹³ מקומה של חובת הסודיות הוא בדין המשמעותי של מקצוע עריכת הדין וככזו מוסדרת החובה על-ידי לשכת עורכי הדין, דרך מוסדותיה האחרים לקביעה ואכיפה של הדין המשמעותי (שהם בעיקרם ועדות האתיקה ומערכת בתי-הדין המשמעותיים).¹⁴ שונה מכך חסיון עורך דין-לקוח הקבוע בדין הכללי וככזה הוא מוסדר על-ידי המחוקק ובתי-המשפט (כאשר עיקר המלאכה נעשית על-ידי האחרונים).

לשכת עורכי הדין רואה חשיבות עליונה בהבטחת תקשורת חופשית בין עורך הדין ללקוחו. לגישתה, תקשורת חופשית והגנה על המועבר במסגרתה מפני גילוי מעודדים לקוחות לפנות לעורכי דין, ומובילים ליצירת מערכת יחסים איתנה. בנוסף, יש בכך כדי להעניק יתרון לעורכי דין על-פני מקצועות מתחרים (כמו, רואי חשבון ויועצי מס) שאינם יכולים להבטיח תקשורת חופשית ומוגנת.¹⁵ תפיסה זו מובילה את הלשכה לצדד ולקדם חובת סודיות רחבה ללא חריגים.¹⁶ מן העבר השני, המחוקק ובתי-המשפט מכירים, גם הם, בחשיבות של תקשורת חופשית בין עורך הדין ללקוחו כתנאי ליצירת מערכת יחסים איתנה. אך הם מעניקים אותה חשיבות גם לזכותם של צדדים שלישיים למידע ולאינטרס החברתי של ניהול הליך הוגן

13 F.C. Zacharias "Harmonizing Privilege and Confidentiality" 41 S. Tex. L. Rev. (1999) 69, 72-75, 90
14 בתוך מערכת בתי-הדין המשמעותיים קיים, אומנם, ערעור שני בזכות לבית-המשפט העליון (סעיף 71 [לחוק לשכת עורכי](#)

[הדין](#), התשכ"א - 1961). אך בפועל לא מתערב בית-המשפט העליון בפסיקת בתי-הדין המשמעותיים של הלשכה ביחס לסטנדרטים של אתיקה מקצועית, אלא במקרים נדירים. מכאן, שקביעת התוכן של הוראות הדין המשמעותי וקביעת נורמות ההתנהגות הנדרשות מעורכי דין מצויות בידי הלשכה. ראו, למשל: [ע"ע 9/89](#) יובל נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בבאר-שבע, פ"ד מד(1) 705, 709; [ע"ע 19/86](#) פלוני נ' ועד מחוז תל אביב-יפו של לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(3) 324, 333.

15 D.R. Fischel "Lawyers and Confidentiality" 65 U. Chi. L. Rev. (1998) 1, 5
16 להסבר מפורט כיצד חובת סודיות רחבה מחוסרת חריגים מקדמת את האינטרסים העצמיים של מקצוע עריכת הדין, ראו: D.R. Fischel "Lawyers and Confidentiality", *ibid*, at p.1

= 172 =

וגילוי האמת בהליך משפטי. לכן יעדיפו גופים אלה כלל של חסיון צר עם חריגים רחבים כיוון שיש בכך כדי לצמצם את הפגיעה ביכולתו של בית-המשפט לקבל מידע.¹⁷ ניתן לגרוס כי במשפט הישראלי לא באו העדפות אלו לכדי ביטוי, כיוון שגם החסיון הראייתי וגם חובת הסודיות מנוסחים ככלל מוחלט ללא חריגים.¹⁸ אך עיון מדוקדק יותר, הכולל גם את הפרשנויות שניתנו לכל אחד מהכללים, ובדיקת ההלכות שנוצרו, מצביע על ההעדפות המנוגדות של כל אחד מהגופים, וכיצד הדבר הוביל בפועל ליצירת הוראות שונות, כך שהצידוק להפרדה בין הסוגיות קיים גם מהיבט זה. להלן תפורטנה חמש דוגמאות לכך:
הדוגמא הראשונה, הבולטת ביותר, עוסקת בחריג לחסיון ולחובת הסודיות לפיו מותר לעורך הדין לגלות חומר סודי/חסוי לצורך הגנתו בסכסוך עם הלקוח. זאת, בתביעת שכר טרחה שמגיש עורך הדין נגד הלקוח, או בתביעה בגין רשלנות מקצועית שהגיש הלקוח נגד עורך הדין. החריג הזה נקבע בפסיקת בית-המשפט העליון בניגוד גמור לעמדתה של הלשכה. באותו מקרה,¹⁹ שתי ערכאות של בתי-הדין המשמעותי קבעו כי עורכת הדין הפרה את חובת הסודיות כיוון שהשתמשה במידע סודי בתביעת שכר הטרחה שהגישה נגד הלקוח. בית-המשפט העליון זיכה אותה מהאישום של הפרת חובת הסודיות באמצע את החריג בכללי האתיקה המומלצים בארצות הברית (ה- ABA Model Rules of Professional Conduct, 1983).²⁰ קשה להבין את סירוב בתי-הדין המשמעותיים להכיר בחריג האמור, שכן יש בו כדי לעזור לעורכי דין המבקשים לתבוע את שכר טרחתם, כך שדווקא לשכת עורכי הדין, המבקשת לסייע לחבריה, הייתה צריכה לאמצו בזרועות פתוחות. את הסירוב ניתן להבין על רקע העדפת הלשכה לשמור על חובת סודיות רחבה ללא חריגים, למול עמדת בתי-המשפט המעדיפים חריגים, יצוין כי לאחר פסק-הדין "התיישרה" הלשכה עם ההלכה המחייבת הזו והכירה בחריג במספר חוות דעת שניתנו ופורסמו.²¹

17 ראו גם: F.C. Zacharias "The Fallacy that Attorney-Client Privilege Has Been Eroded Ramifications and Lessons for the Bar" Professional Lawyer; G.C. Hazard, S.P. Konik & R.G. Cramton The Law and Ethics of Lawyering (1994) 220

18 השוו סעיף 48 [לפקודת הראיות \[נוסח חדש\]](#) וכלל 19 [לכללי לשכת עורכי הדין \(אתיקה מקצועית\)](#), התשמ"ו - 1986.
19 [ע"ע 17/86](#) עורך דין פלוני נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(4) 770.

20 כללי האתיקה המומלצים בארצות-הברית, אליהם מפנה בית-המשפט בעניין פלוני, קובעים חריג רחב יותר מזה שהוחל בעניין פלוני. החריג בארצות-הברית חל בכל פעם שעורך הדין מבקש להגן על עצמו בבית-משפט, גם אם הלקוח אינו מעורב, כלומר, גם בסכסוך של עורך הדין עם צד ג וגם בסכסוך משפטי שעורך הדין אינו צד לו. ראה: ABA Model Rules of Professional Conduct, 1983, Rule 1.6(b).

21 ע"ע ואתיקה 5 (פברואר 1990) (הכותרת של הנחיית ועדת האתיקה שליד ועד מחוז, תל-אביב קובעת: "גילוי מידע במסגרת תביעת שכר טרחה אינו הפרה של החסיון"); ע"ע ואתיקה 39 (מאי 1996). (ועדת האתיקה שליד ועד מחוז תל-אביב התירה לעורך דין לפרט בתביעת שכר הטרחה שהגיש נגד לקוחו את מספר השעות שעבד וכמות המסמכים שבדק במהלך הייעוץ המשפטי, אך זאת מבלי לחשוף את תוכן המסמכים).

יתר הדוגמאות עוסקות, אומנם, רק בחסיון הראייתי ולא בחובת הסודיות, אך יש בהן להראות את העמדות השונות שנוקט כל אחד מהגופים. הדוגמא השנייה מצויה בפסק-דין של בית-המשפט העליון בעניין גוזלן נ' השופט אמינוף, ²² שם נדונה השאלה אם חל החסיון גם על התקשרות של עורך הדין עם צד שלישי "שהזמין" את שירותי עורך הדין עבור אדם אחר. הלשכה, שהייתה אחת המשיבות בעתירה, טענה כי יש להעניק חסיון גם למזמין הייצוג. ²³ טענה זו נדחתה על-ידי בית-המשפט, שסירב להרחיב את תחולת החסיון גם "למזמין" של שירותי עורך הדין. מעניין במיוחד הוא הנימוק של בית-המשפט, נימוק החושף בבירור את העמדה המקנה עדיפות לאינטרס החברתי של גילוי האמת על פני הגנה על יחסי עורך-דין-לקוח. וכך נאמר שם:

"...הרחבת המושג 'לקוח' גם על מי שלא ביקש בעבור עצמו שירות כלשהו מעורך הדין הינה הרחבה מוגזמת של הערך המוגן על-ידי החסיון על חשבון הערך של גילוי האמת בהליך השיפוט. שהרי לא בא החסיון אלא לאפשר ללקוח למסור לעורך-הדין מידע שיאפשר לעורך הדין לייצג את ענייניו ביעילות המרבית ועל הצד הטוב ביותר, בלי לחשוש כי מידע זה ייחשף. רציונל זה לא קיים ככל שמדובר במי שרק הזמין את שירותיו של עורך הדין בעבור אחר..." ²⁴.

הדוגמא השלישית עוסקת בסירובה של הלשכה להכיר בחריג לחסיון הראייתי לפיו חובות גילוי הקבועות בחוק גוברות אוטומטית על הוראת החסיון. עמדת הלשכה היא שבכל מקרה של התנגשות, יש לפנות להכרעת בית-המשפט, הכרעה הטובה לאותו מקרה. ²⁵ מעניין לציין כי הכלל הקודם שעסק בחובת הסודיות האתית קבע ברישא שלו את החריג הזה, אך הרישא הושמטה מהכלל החדש העומד בתוקפו כיום (כלל 19 לכללי האתיקה משנת 1986). ²⁶ לא מצאתי הסבר להשמטה

החריג אומץ גם בפסיקה, ראו: ת"א (ת"א) 1088/87 תם נ' תם, פ"מ נב(1) 66, 68; המ' (ת"א) 11444/97 לה נסיונל חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' הרשות לניירות ערך, דינים מחוזי, לב, 13; בש"א (חי) 13768/98 קלנר נ' בן ציון, תקדין-שלום, כ"ך 98 (4) 36 (פסקה 18 להחלטה).

²² בג"צ 744/97 גוזלן נ' השופט אמינוף, פ"ד נא(1) 355. עמדה זו של הלשכה כבר הוצגה קודם לכן בחוות דעת של ועדת האתיקה שלייד ועד מחוז תל-אביב: עט ²³ שם, בע' 361. עמדה זו של הלשכה כבר הוצגה קודם לכן בחוות דעת של ועדת האתיקה שלייד ועד מחוז תל-אביב: עט ²⁴ ואתיקה 25 (מאי 1992) ("האם לקוח הוא גם מי שמבקש לשכור שירותי עורך דין עבור אדם אחר").

²⁵ . עניין גוזלן, לעיל הערה 21, בע' 361. ראו, למשל, עט ואתיקה 43 (ינואר 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); עט ואתיקה 50 (ספטמבר 1998) (התנגדות לדרישת שלטונות מס שבח לגילוי מסמכים לפי סעיף 96 לחוק מס שבח מקרקעין; כאן אין הפניה להכרעת בית-המשפט). התנגדות הלשכה לחובות גילוי הקבועות בחוק באה לביטוי גם בדוגמא הרביעית שתובא להלן. ²⁶ תקנה 34 לתקנות האתיקה המקצועית, תשכ"ו-1966 (נאמר ברישא: "מלבד אם נאמר אחרת בחיקוק אחר, עורך דין ישמור...").

זו, אך ייתכן ויש בכך כדי להצביע על התנגדות הלשכה לחריג זה, וזאת כחלק מעמדתה המצדדת בחובת סודיות רחבה ונטולת חריגים.

הדוגמא הרביעית עלתה לאחרונה בעת הדיונים סביב הצעת החוק לאיסור 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 לחסיון. ²⁷ הלשכה ניהלה מאבק קשה מאוד בכנסת נגד סעיף זה והצליחה להביא לשינוי, כך שהחוק כיום קובע מפורשות כי הוראת החסיון בסעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין היא שגוברת על הוראת החוק. ²⁸ הלשכה, ובצדק, ראתה בכך הישג חשוב. ²⁹ זהו הישג המנציח את העמדה השוללת חריגים לחסיון מתוך מתן עדיפות מוחלטת לחופש ההתקשרות בין עורך הדין ללקוחו, הגם שזה בא על חשבון האינטרס הציבורי של מלחמה בהלבנת הון. הדוגמא האחרונה להבדלי הגישות בין המחוקק ללשכה בכל הנוגע לסוגיית החסיון מצויה בהצעת חוק שהתגבשה במשרד המשפטים, לפיה ייפוך החסיון לפי סעיף 48 לפקודת הראיות מחסיון מוחלט לחסיון יחסי, כך שבית-המשפט יהיה רשאי להסיר אותו אם ימצא כי הצורך לגלות את הראיה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה. לשכת עורכי הדין מיהרה להבטיח כי תיאבק בכל תוקף בהצעה כזו. ³⁰

הצידוק השני מצביע על הפגיעה הקשה במישור של יחסי עורך-דין-לקוח, לה גורמת היעדר האבחנה בין הסוגיות. את מחיר הטשטוש משלמים עורכי הדין ולקוחותיהם הנאלצים לפעול בסביבה בלתי-אפשרית של חוסר ודאות. ³¹ לקוח יכול, לדוגמא, לגלות מידע בהסתמכו על חובת הסודיות של עורך הדין, מבלי לדעת כי מידע זה יכול וייחשף בהליך משפטי בהיותו בלתי-חסי. מן העבר השני, גם עורך דין המבקש להודיע ללקוח מראש את גבולות החסיון וחובת הסודיות, על מנת שזה יוכל להחליט מה ברצונו לחשוף בפני עורך דינו, תוך לקיחה בחשבון של חשיפה בעתיד של המידע, יתקשה לעשות כן בשל הטשטוש השורר. כך, לדוגמא, בכל הנוגע לחריגים הקיימים תחת כל סוגיה, חריגים שחלקם דומים (אך לא זהים, כפי שיראה החלק הבא בפרק זה). יתר על כך, גם אם יצליח עורך הדין לשרטט ללקוחו את קווי הגבול המדויקים בין שתי הסוגיות, עדיין אין בטחון שבית-המשפט יעשה

²⁷ . סעיף 21 להצעת חוק איסור הלבנת הון, התשנ"ט - 1999, ה"ח 2809. ראו גם את הדיונים שהתקיימו בוועדת חוקה,

חוק ומשפט בעניין זה (פרוטוקול ישיבות מיום 3/7/2000, 18/7/2000);
WRL:http://knesset.gov.il/logica/protocols/huka/2000-07-03/html & WRL:http://knesset.gov.il/logica/protocols/huka/2000-07-18/html

28. סעיף 24(ג) לחוק איסור הלבנת הון, התש"ס - 2000. ס"ח 1753.
29. עורך הדין 16 (ספטמבר 2000) (כותרת הידיעה: "הישג ללשכה: הסעיף הפוגע בחסיון עו"ד-לקוח, הוסר מהחוק לאיסור הלבנת הון". בהמשך הידיעה מצוטט מכתבו של ראש הלשכה לעורך הדין שייצג את הלשכה בכנסת, מכתב מלא שבחים).
30. ע' באום "שירות מקצועי ודיסקרטי בחדרי חדרים" הארץ, ע' 3 (23.2.97). ראו גם ש' נתניהו "על התפתחויות בסוגית החסיונות המקצועיים" ספר זוסמן (התשמ"ד) 297, 304 (המחברת מצדדת בהפיכת חסיון עורך דין-לקוח מחסיון מוחלט לחסיון יחסי).
31. Zacharias "Harmonizing Privilege and Confidentiality", supra note 13, at pp. 69, 75-76, 93-94.

= 175 =

כן, כיוון שבתי-המשפט עצמם טועים בהחילם הוראות חוק לא נכונות ובמתן פרשנות לא נכונה לאותן הוראות (כפי שיראה הפרק השלישי).
חוסר האבחנה בין הסוגיות מציבה את הלקוחות במלכודת מסוכנת: מצד אחד כדאי ללקוח גלגות 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 או בחסיון ומה עלול להתחייב בגילוי, ייתכן ועדיף ללקוח, מראש, לא גלגות מידע לעורך דינו, דבר שעלול לפגוע בטיפול בעניינו. שני אופני הפעולה העומדים בפני הלקוח גורמים לפגיעה בלקוח. הדרך הראשונה, בה נמנע הלקוח מלחשוף מידע בעייתי בפני עורך דינו מגינה עליו מפני גילוי עתידי, אך פוגעת מראש בטיב השירות המשפטי שיוכל עורך הדין להעניק לאותו לקוח, כיוון שעורך הדין נאלץ לפעול תחת מידע חסר. מנגד, גם דרך פעולה הפוכה, של גילוי מלא לעורך הדין, יש בה אומנם כדי להבטיח שירות משפטי מלא, אך היא עלולה לפגוע בלקוח בהמשך הדרך, כאשר עורך הדין לא יוכל 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 בהליך האדוורסרי עצמו, כיוון שמידע חסר (אותו חושש הלקוח לגלות) מונע מעורך לייצג נאמנה את שולחו ובכך מופר הבסיס עליו מושתתת השיטה האדוורסרית.³²
הצידוק השלישי לשמירה על הפרדה בין החסיון הראייתי לבין חובת הסודיות מצביע על האינטרסים השונים המתחרים על ההגמוניה תחת כל סוגיה, דבר המוביל לאיזון שונה, המוליך ליצירת כללים שונים. כפי שהסברנו, חסיון וסודיות מגינות על אותו אינטרס - התקשרות חופשית ומוגנת בין הלקוח לעורך דינו, התקשרות שבלעדיה עלול השירות המשפטי להיכשל, דבר שיפגע בלקוח ועלול בטווח הארוך למנוע מהציבור לפנות ולקבל עזרה מעורכי דין. מנגד, האינטרסים המתנגשים באינטרס זה שונים ונפרדים תחת כל סוגיה. כאשר מדובר על הליך משפטי, בו חל החסיון, נפגע האינטרס של גילוי האמת וניהול הליך הוגן וגם האינטרס של צדדים שלישיים. כאשר מדובר על גילוי מחוץ להליך המשפטי, מקום בו משתרעת הטריטוריה של חובת הסודיות, האינטרס הנגדי הוא חופש המידע והגנה על צדדים שלישיים. בנוסף, בעוד שהחסיון מתנגש בחובת עורך הדין כלפי בית-המשפט, מתנגשת חובת הסודיות בחובת עורך הדין כלפי צד שלישי, חובה שלפי הדין המשמעתי החל על עורכי דין נחשבת לחלשה יותר מהחובה כלפי בית-המשפט.³³ ההבדל באינטרסים המתחרים על הבכורה מוביל בהכרח לאיזון שונה ולקביעת כללים שונים. ככלל, האינטרסים הנגדיים במקרה של חסיון ובכללם חובת עורך

32. Zacharias "Harmonizing Privilege and Confidentiality", supra note 13, at pp. 69, 93; M. Callan & H. David "Professional Responsibility and the Duty of Confidentiality: Disclosure of Client Misconduct in an R. v. Derby Magistrates Court [1995] 4 All ER 526, 540-541 (בפסק-דין מרכזי זה, הקובע חסיון כמעט מוחלט, מדגיש בית הלורדים ששמירה על חסיון ההתקשרות בין עורך הדין ללקוח היא "תנאי בסיסי עליו מושתת ניהול הליך שיפטי הוגן בכללותו").
33. לדיון במעמדה של החובה כלפי בית-המשפט ראו ל"ז-גוטמן" חובת עורך הדין לא להטעות את בית המשפט" עיוני משפט כד (תשס"א) 413, 414-423.

= 176 =

הדין כלפי בית-המשפט נתפסים כראויים יותר להגנה מהאינטרסים הנגדיים תחת חובת הסודיות, לכן נוצרה חובת סודיות רחבה יותר מאשר החסיון. הדוגמה הבולטת לכך היא בהיקף תחולתה של כל סוגיה. כפי שאצביע בחלק הבא,³⁴ חובת הסודיות רחבה יותר מהחסיון, באשר היא מגינה על יותר מידע בהשוואה אליו.
הצידוק הרביעי לשמירה על הפרדה בין החסיון בראיות לחובת הסודיות מתבסס על הדין באנגליה וארצות-הברית, שיטות משפט המשמרות את הפרדה בין הסוגיות. באנגליה, כללי האתיקה של ה-Solicitors מציינים כבר בהערה הראשונה לכלל המסדיר את חובת הסודיות כי: "It is important to bear in mind the distinction between the duty to keep client affairs confidential and the concept known as the legal professional privilege".³⁵ המשך ההערה עוסק בשרטוט ההבדל בין שתי הסוגיות, תוך הדגשה שגם מידע שאינו חסוי נשאר מוגן תחת חובת הסודיות.³⁶ האבחנה בין שתי הסוגיות נשמרת גם לגבי החרגים. כך למשל, החסיון אינו חל על שמו, זהותו וכתובתו של הלקוח, אך חובת הסודיות כן מגינה על מידע זה. מן העבר השני, סודיות אינה מתקיימת כאשר המשטרה מחזיקה בצו לתפיסת מסמכים, אולם החסיון מתקיים.³⁷

גם בארצות-הברית קיימת בדין הפרדה ברורה בין הסוגיות, כאשר חובת הסודיות נקבעת תמיד בכללי האתיקה של כל מדינה ואילו החסיון מוסדר בדיני הראיות.³⁸ היחס בין שתי הסוגיות עבר תהליך מעניין בארצות-הברית. בשלב הראשון הקפיד ה-Bar האמריקאי לציין כי חובת הסודיות המוסדרת בכללי האתיקה שלו (הכוונה לכללים הראשונים שיצאו ב-1908)

חופפת לחלוטין לחסיון בראיות.³⁹ גישה זו נחלשה עם הוצאת כללי אתיקה חדשים על-ידי ה-Bar בשנת 1969, בהם כבר ניתן להבחין בהיפרדות של הסוגיות: חובת הסודיות הוגדרה באופן רחב הרבה יותר מהחסיון ונקבעו לה חריגים שונים.⁴⁰ לפי הכללים מ-1969, חובת הסודיות

34 . להלן ההבדל השלישי בין הסוגיות הנדון בחלקו השני של פרק זה.
35 . Law Society The Guide to the Professional Conduct of Solicitors (London, 8th ed., 1999) Rule 16.01 .
1 cmt. (להלן: המדריך לכללי ההתנהגות של הסוליסטור).
36 . שם. על האבחנה בין הסוגיות באנגליה ראו, למשל: Codrey on Solicitors F[165]; Cross & Wilkins Outline of the Law of Evidence (10th ed., 1998) 186; Halsburys Laws of England, Solicitors, § 90 [164-167].
37 . [Codrey, id, F [164-167].
38 . Hazard, Koniak & Cramton, supra note 17, at pp. 221-223, 280-281; F.C. Zacharias "Privilege and Confidentiality in California" 28 U.C. Davis L. Rev. 367, 369-376 (1996).
קליפורניה). גם הצעת ה-Restatement, שטרם אושרה, שמרת על אבחנה ברורה בין הסוגיות: Restatement of the Law Governing Lawyers, Proposed Final Draft no. 1 (March 1996), Chapter 5.
39 . (ABA Committee On Professional Ethics and Grievances, Op. 155 (1936) and Op. 287 (1953).
40 . Model Code of Professional Responsibility, 1969 Dr 4-101(A) & Dr 4-101(C) (2).
ב: (T.D. Morgan & R.D. Rotund Selected Standards on Professional Responsibility (2001). כללים אלה עומדים בתוקפם גם היום אצל כשליש מהמדינות שהוסיפו לדבוק בהם גם לאחר פרסום הכללים המומלצים החדשים ב-1983.

= 177 =

כוללת "confidence and secret", כאשר "confidence" הוגדר כמידע המוגן על-ידי חסיון עורך דין-לקוח ואילו "secret", הנוסף עליו, הוגדר כמידע אחר שהושג במסגרת יחסי עורך דין-לקוח והלקוח ביקש שיישאר חסוי או שיש בגילוי כדי להבין או לפגוע בלקוח.⁴¹ בשלב השלישי, החל מ-1983, עת הוציא ה-Bar את כללי האתיקה המומלצים העומדים בתוקפם כיום,⁴² נמחק כל קשר בין שתי הסוגיות. לפי הכללים החדשים חובת הסודיות כוללת כל מידע הקשור לייצוג הלקוח.⁴³ בהשוואה לכללים הקודמים, זו הגדרה רחבה יותר המרוחקת מכל קשר לחסיון, ריחוק הנשמר גם בכל הנוגע לחריגים.⁴⁴ חשוב לציין כי בפרקטיקה, במיוחד זו של בתי-המשפט, לא תמיד נשמרת האבחנה וניתן למצוא פסקי-דין המבלבלים בין הסוגיות.⁴⁵

(2) ההבדלים בין הסוגיות

ניתן לשרטט ארבעה הבדלים מרכזיים בין חובת הסודיות שחב עורך הדין ללקוחו לבין חסיון עורך דין-לקוח. הבדלים אלה ממחישים את השוני בין שתי הסוגיות ומסבירים מדוע יש חשיבות נורמטיבית לשמירה על עקרון ההפרדה. ההבדל הראשון נובעת מההיבט הנורמטיבי השונה של כל אחת מהסוגיות. בעוד שהוראת הסודיות עוסקת בהטלת איסורים, בא חסיון להעניק פטור מהחובה להעיד ואין כל איסור בצדו. שנית, תחומי ההתפרסות של כל אחת מהסוגיות שונים. בעוד שחובת הסודיות חלה על כל אשר יעשה עורך הדין, אף אם הוא פועל כאדם פרטי, חל החסיון רק בהליך משפטי, חקירה או חיפוש. ההבדל השלישי נעוץ בהיקף המידע החסוי. התשובה לשאלה מה יוכר כחומר חסוי משתנה תחת כל אחת משתי הסוגיות. השוני בהיקף המידע מתקשר אל ההבדל האחרון שעניינו חריגים של כל אחת מהסוגיות. כאן ניתן למצוא חריגים המשותפים לחסיון וסודיות לצד חריגים פרטניים. נסקור את ההבדלים אחד לאחד:
ההבדל הראשון הוא בפן הנורמטיבי השונה של הוראת החסיון והוראת הסודיות. כמו מרבית כללי המשמעת (המכונים גם כללי אתיקה מקצועית שיכנו להלן: כלל משמעת) באה חובת הסודיות להטיל איסור. המשמעות של הוראת הסודיות היא שקיים איסור על עורך הדין ועובדיו לחשוף את סודות הלקוח. בשונה

41 . שם, Dr 4-101(A).
42 . American Bar Association Model Rules of Professional Conduct, 1983, Rule 1.6. (להלן: כללי האתיקה המומלצים בארצות-הברית) שפורסמו, בין היתר, ב: Morgan & Rotund supra note 40. כללים אלו אומצו על-ידי שני שלישי מהמדינות, חלקן בשינויים מסוימים.
43 . שם, Rule 1.6(a).
44 . ראו, למשל: Zacharias, "Privilege and Confidentiality in California", supra note 38, at p. 367.
45 . ראו למשל: General Dynamics v. Superior Court 876 P.2d 487 (Cal., 1994). (בית-המשפט העליון של קליפורניה קורא לתוך הוראה של סודיות (שהיא הוראה מוחלטת) חריג של חסיון) דוגמא זו ודוגמאות נוספות מופיעות ב: supra note 13, at pp. 69, 81-82 & n. 11, Zacharias "Harmonizing Privilege and Confidentiality" שיש ליצור הרמוניה בין הסוגיות, כשהרמוניה אין פירושה זהות מלאה והפיכת שתיהן לאחת, אלא רק שימוש בטרמינולוגיה זהה תוך הדגשה ברורה יותר של קווי ההפרדה. ראה שם, בע' 71, (97-98).

= 178 =

מכך דיני הראיות, שאינם מטילים איסורים וחובות ולכן חסיון עורך דין-לקוח, בדומה לכל החסיונות הראייתיים, מהווה פטור מהחובה להעיד. המשמעות של הוראת החסיון היא שיש לעורך הדין ולעובדיו פטור מהחובה להעיד בפני בית-המשפט או רשויות החקירה בכל הנוגע לחומר חסוי.⁴⁶ לשון סעיף 48 לפקודה מבטאת היטב את ההיבט הנורמטיבי של הפטור הטמון בכל חסיון ראייתי. בסעיף נאמר: "אין עורך הדין חייב למסרם כראיה", ולא נאמר: "עורך דין ישמור בחסיון", שזו לשון של הטלת איסור, כפי שעושה, אמנם, כלל 19

העוסק בסודיות.

סעיף 90 כשל בדיוק בנקודה זו, בעוד שהרקע ההיסטורי לחקיקת הסעיף, רקע אשר ידון בחלק הבא, מראה בבירור כי המדובר בהוראה של חסיון, הסעיף מנוסח כהוראת איסור - "לא יגלה אותם עורך הדין...". אילו נתן המחוקק ביטוי נכון לכוונתו בלשון הסעיף, צריך היה סעיף 90 להיות מנוסח כפסוק, כפי שנעשה בסעיף 48 לפקודה. אך הדבר לא נעשה וסעיף 90 הפך למעין יצור כלאיים שחלקו נטוע בחסיון וחלקו נטוע בחובת הסודיות, ומכאן התפתח, להערכת, טשטוש הסוגיות העומד ביסוד מאמר זה.

ההבדל השני עוסק בתחומי החלות של כל אחת מהסוגיות. חסיון עורך דין-לקוח, כמו כל החסיונות, חל רק בהליך לפני בית-משפט ורשויות החקירה ואילו חובת הסודיות מלווה את עורך הדין בכל אשר יפנה, בין אם במסגרת עבודתו ובין אם בחיי הפרטים.⁴⁷ החובה לשמור על סודות הלקוח תקפה בבית-המשפט, במהלך הניהול של משא ומתן, במגעיו עם לקוחות אחרים, בשיחות החולין שמנהל עורך הדין, בהופעותיו באמצעי התקשורת וכיוצא באלה. כך, למשל, עורך הדין מפר את חובת הסודיות כאשר הוא מספר לעיתונאי על סודות לקוחו ללא הסכמתו של זה ואילו החסיון מופר רק אם הגילוי נעשה במסגרת של הליך משפטי, חקירה או חיפוש.

במערכת יחסים של עורך דין-לקוח בה מתקיימים גם חסיון וגם סודיות ייתכן שבהליך משפטי, חקירה או חיפוש יחול החסיון מקום בו כבר חלה חובת הסודיות (בסיטואציה זו דנה הסיפא של כלל 19 שתידון להלן⁴⁸). מכך אין להסיק כי סודיותו של מידע גוררת באופן אוטומטי חסיון מפני גילוי בהליך משפטי או שהחסיון יצר כאן סודיות, שכן סודיות לחוד וחסיון לחוד. העובדה שיש מצבים בהם חלים זה לצד זה גם סודיות וגם חסיון היא בהחלט אפשרית. במקרים אלה מדובר רק בחפיפה בתחום החלות ולא מעבר לכך, שכן חובת הסודיות והחסיון הראייתיים עומדים על אדנים חוקיים שונים ואין האחד מתפרש או נשען על השני, אלא עומד על רגליו הוא.

אבחנה חשובה נוספת, שלישית לענייננו, עוסקת בסוג המידע שיוכר כחסוי, גם כאן חובת הסודיות רחבה יותר באשר היא מקיפה יותר מידע מאשר החסיון. החסיון מקיף דברים ומסמכים שהוחלפו בין עורך הדין והלקוח או אדם אחר מטעם הלקוח ויש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על-ידי עורך דין ללקוח. הדרישה שלמידע יהיה קשר ענייני לשירות מקצועי היא התנאי המרכזי לקיום החסיון, תנאי

46 . א' הרנון דיני ראיות (חלק א, תשל"ז) 67; שטיין, לעיל הערה 6, בע' 48.

47 . סעיף 52 לפקודת הראיות [נוסח חדש].

48 . פרק שני למאמר, ליד הערה.

= 179 =

שגם מביא לצמצום היקף החסיון.⁴⁹ תנאי מרכזי ומצמצם זה לא מתקיים לגבי חובת 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 לגבי חסיון - 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 בחסיון של "פרטים על עסקיו או פעולותיו של הלקוח שאין להם קשר לשירות המקצועי שניתן על-ידי עורך הדין."⁵⁰ אך אם המידע האמור נמסר לעורך הדין על-ידי לקוחו או אחר מטעמו במסגרת תפקידו של עורך הדין תחול לגביו חובת הסודיות. העובדה שאין לפרטים אלה קשר לשירות המקצועי הספציפי אינה משנה לעניין חובת הסודיות, כל עוד המידע הגיע לעורך הדין במהלך הייצוג. אם שמע עורך הדין את אותם הפרטים במפגש פרטי עם חברים, דהיינו, שלא במסגרת הייצוג, לא תחול חובת הסודיות.

ההבדל הרביעי נוגע לקיומם של חריגים שונים תחת כל אחת מהסוגיות. השוני מתבטא הן בחריגים פרטניים הקיימים רק תחת אחת מהסוגיות והן בחריגים הנחזים להיות משותפים, אך בפועל מדובר על תחולה והיקף שונה של החריג תחת כל סוגיה. אסתפק בהבאת אחת לחריג פרטני הקיים רק לגבי חסיון: זהות הלקוח לא הוכרה בפסיקה כמידע חסוי ולכן חייב עורך הדין למסור מידע זה בבית-המשפט.⁵¹ מנגד מחייבת חובת הסודיות לשמור את זהות הלקוח בסוד, כיוון שזהו מידע שהגיע אל עורך הדין במסגרת עיסוקו ככזה. יודגש, כי חובת הסודיות הזו תיסוג כאשר הדרישה לגלות את זהות הלקוח תבוא מצד בית-המשפט, שאז יחול החסיון בראיות והחריג לו.

אביא שתי דוגמאות בולטות לחריגים הנחזים להיות משותפים, למרות שאינם כאלה. הראשון מסיג את הגנת החסיון/או הסודיות מהתקשרויות הנוגעות לביצוע עבירה בעתיד. בארצות-הברית החוק וההלכה שפרשה אותו מגדירים מפורשות חריג שונה תחת כל אחת מהסוגיות.⁵² בישראל ההלכה הפסוקה שיצרה את החריג עוסקת רק בחסיון בראיות ואין כל הלכה לגבי תחולת החריג תחת חובת הסודיות.

49 . ראו למשל: על"ע 17/86 עורך דין פלונית נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(4) 770; ע"פ 670/80 אבוחצירא נ' מ"י, פ"ד לה(3) 681, 692. ראו גם: Restatement of the Law Governing Lawyers, Proposed Final Draft No. 1 (March 1996) compare section 111

111 compare section 111 (1996), 118-122 (רק לגבי החסיון קיימת הדרישה שהמידע המועבר יהיה במטרה לתת שירות משפטי ללקוח).

50 . בג"צ 665/83 ישראל נ' מירון, פ"ד לח(2) 351; עט ואתיקה, גיליון 56 ("המותר לעורך דין למסור עדות למשטרה בהקשר ללקוחו המעורב לכאורה בפלילים?").

51 . ב"ש (ת"א) 1529/83 ישראל נ' מ"י, פ"ד מו(4) 265, 272; בג"צ 301/85 ישראל נ' נשיאת בית-המשפט המחוזי בת"א-יפו, פ"ד מ(1) 160; עניין לה נסיונל חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' הרשות לניירות ערך, לעיל הערה 21, בע' 13; ה"פ (ת"א) 2163/96 פיירייזן נ' גזית, תקדין-מחוזי, כרך 97(2) (התנ"ז-תשנ"ח) 146.

52 . לדיון בהבדלים לגבי החריג תחת כל סוגיה ראו: Zacharias, supra note 38; Restatement of the Law (Governing Lawyers, Proposed Final Draft No. 1 (March 1996) (compare section 117A to section 132).

יצוין שבארצות-הברית השם שניתן לחריג שונה תחת כל אחת מהסוגיות: תחת חסיון מדובר על "crime-fraud exception" ואילו תחת חובת סודיות מדובר על "future crime exception".

= 180 =

לכן יהיה זה אולי מדויק יותר לסווג אצלנו את החריג לגבי התקשרויות הנוגעת לביצוע עבירה בעתיד כחריג פרטני הקיים (בינתיים) רק לגבי חסיון.⁵³ חריג נוסף הנחזה להיות משותף אך החלתו והיקפו משתנה תחת כל אחת מהסוגיות הוא כאשר הלקוח מוותר במפורש או במשתמע על החסיון או הסודיות. שוב, זו ההלכה הברורה הקיימת בארצות-הברית שכלל הנראה משתקפת גם בפסיקה אצלנו.⁵⁴

שני ההבדלים האחרונים שנסקרו לעיל נובעים מהצידוק הראשון והשלישי לקיום ההפרדה בין הסוגיות, צידוקים שנותחו בחלק הקודם של פרק זה. הסיבות ליצירת הבדלים אלה, שהם ביסודם הבדל בהיקף התחולה של כל סוגיה, הם הגופים השונים בעלי ההשקפות השונות המסדירים את כל אחת מהסוגיות (הצידוק הראשון) והאיזון השונה הנערך תחת כל סוגיה בהתאם לאינטרסים הנוגדים (השונים תחת כל סוגיה) המתחרים על ההגמוניה (הצידוק השלישי). כיצד, אם כן, למרות ההבדלים הברורים, נוצר הטשטוש בין שתי הסוגיות? מדוע לא נשמר העיקרון לפיו "סודיות לחדו וחסיון לחדו" בכל הנוגע להתקשרויות שבין עורך הדין ללקוח? ההסבר לתופעה זו מצוי בהיסטוריה החקיקתית של שתי הסוגיות במשפט הישראלי, שתיסקר בחלק הבא של המאמר. חלק זה יחל בדיון במשפט האנגלו-האמריקאי, בו נוצר החסיון ולאחריו חובת הסודיות, ומשיך ויתמקד בהתפתחותם במסגרת שיטת המשפט הישראלית. בחלק זה אנסה לשרטט את "קו פרשת המים", הנקודה ממנה החל הטשטוש בין הסוגיות, טשטוש שהלך וקנה לו אחיזה בפסיקה.

ג. ההתפתחות ההיסטורית של החסיון וחובת הסודיות

סקירה היסטורית של חובת הסודיות חייבת להתחיל בחסיון בראיות, חסיון אשר נוצר מאות שנים לפני שהגיחה לעולם חובת הסודיות האתית. לפי התפיסה המקובלת, המבטאת על-ידי המלומד ויגמור, חסיון עורך דין-לקוח היה החסיון הראשון שהוכר על-ידי המשפט המקובל להתקשרויות חסיוניות. כך, למשל, הכיר המשפט המקובל בחסיון רופא-לקוח רק 200 שנים מאוחר יותר.⁵⁵ החסיון על מידע ודברים שהוחלפו בין עורך דין ללקוחו נולד במאה ה-16 במשפט האנגלי. החסיון המקורי התבסס על כבודו של עורך הדין כג'נטלמן ועל כך שלא ניתן להביך ג'נטלמן בכך שיקראו לו להעיד בבית-המשפט על עניינים שנמסרו לו בסודיות. ככזה נתפס החסיון כשייך לעורך הדין ולא ללקוח.⁵⁶ רק לקראת סוף המאה ה-18

⁵³ . שלושה פסקי-דין של בית-המשפט העליון יצרו את החריג הזה לגבי חסיון: ע"פ 670/80 אבוחצירא נ' מ"י, פ"ד לה(3) 681; עתה"ס 1/81 מ"י נ' פלוני, פ"ד לו(1) 614, 615; על"ע 17/86 עורך דין פלונית נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(4) 770.
⁵⁴ . למצב בארצות-הברית ראו: G.M. Tuoni "Society Versus the Lawyers: The Strange Hierarchy of the 'New' Client Confidentiality" St. John's Legal Comment (1993) 439; The Restatement of the Law Governing 128-130 (compare section 114 with sections 114 with sections 128-130). (Lawyers, Proposed Final Draft No. 1 (March 1996))
בישראל, ראו למשל: עניין לה נסיונל חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' הרשות לניירות ערך, לעיל הערה 21, בע' 13.
⁵⁵ . Wigmore on Evidence (1983) 818.
⁵⁶ . שם, בע' 542.

= 181 =

התחלפה השקפה זו בתפיסה המקובלת עד ימינו לפיה החסיון בא לשרת את האינטרס הלקוח לזכות ביעוץ משפטי אפקטיבי וככזה הוא שייך ללקוח ולא לעורך דינו.⁵⁷ תמונה שונה מתחורת באשר לחובת הסודיות, היא החסיון האתי. מהתאריכים של פסקי-הדין הראשונים המאזכרים את חובת הסודיות ניתן ללמוד כי חובה זו הופיעה במשפט המקובל באנגליה רק במאה ה-19 ואילו בארצות-הברית, הספרים הראשונים שעסקו באתיקה של עורכי דין ויצאו באמצע המאה ה-19 אינם מאזכרים כלל חובה שכזו.⁵⁹ החובה מופיעה לראשונה, באופן לאקוני וכללי, בכללי האתיקה הראשונים שקבע הבר האמריקאי (ה-American Bar Association) ב-1908.⁶⁰ יחלפו עוד מספר שנים עד שתזכה חובת הסודיות למעמדה העצמאי והמלא במשפט האמריקאי וזאת בתוספת לכללים מ-1928.⁶¹ בישראל, הלכו בתי-המשפט אחר המשפט המקובל והכירו בחסיון עורך דין-לקוח, הסתמכות שנעשתה ללא כל הסתייגויות ובאופן רחב.⁶² מעניין לציין שפסק-הדין הנחשב למרכזי בסוגיה זו ניתן עוד בטרם הועלה החסיון למדרגת חוק ואף הוא מבוסס על המשפט המקובל כפי שהוא מובא בספרו של המלומד ויגמור ופסקי-דין אנגליים שונים.⁶³

⁵⁷ . שם, בע' 543. מנגד, יש הסוברים שתפיסה מודרנית זו של החסיון נוצרה רק באמצע המאה ה-19, כשקדמו לה גישות שונות בנוגע למטרת החסיון, כאשר לא ניתן להצביע על שום תפיסה דומיננטית קודם לאמצע המאה ה-19. ראו: G.C. Hazard Jr. "An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege" 66 Cal L. Rev. (1978) 1061, 1087, (n. 20 (1978)).
⁵⁸ Beer v. Ward (1921) Jac 77; Davies v. Clough (1837) 8 Sim 262.
⁵⁹ . ראה: (D. Hoffman Resolutions (1836); G. Sherswood Essay on Professional Ethics (1854)).
⁶⁰ . Canons of Professional Ethics, Canon 6 (הסעיף מורה כי לעורך הדין יש חובה לייג את הלקוח בנאמנות בלתי-חצויה ואסור לו לגלות את סודות וחסיונות הלקוח).
⁶¹ . "It is the duty of a lawyer (נוי) (Canons of Professional Ethics, Canon 37 (1928) (amended 1937)).

to preserve his (or her) clients confidences. The duty outlasts the lawyer's employment, and extends as well to (the lawyers) employees; and neither of them should accept employment which involves or may involve the disclosure or use of these confidences, either for the private advantage of the lawyer or (the lawyers) employees or to the disadvantage of the client, without (the lawyers) knowledge and consent, and even though there are other available sources of such information. A lawyer should continue employment when he (or she) discovers that this obligation prevents the performance of (the lawyers) ("full duty to his (or her) former or new client).

⁶². ראו: ת"א (י-ם) 139/50 הוצאה עברית בע"מ נ' ההסתדרות הציונית העולמית, פ"מ ט 449 (פסק-הדין אינו מאזכר אף את המקור והבסיס לחסיון, אלא יוצא מתוך השקפה לפיה החסיון קיים ומוכר בשיטת משפטנו); ת"א (ת"א) 129/57 כץ נ' קרן קיימת לישראל, פ"מ טו 148 (הכיר ב-work-product privilege כחלק מהחסיון הקיים).
⁶³. ע"א 44/61 רובינשטיין נ' מפעלי טקסטיל נצרת בע"מ, פ"ד טו 1599. ראו גם הרנון, לעיל הערה 46, בע' 97-98.

= 182 =

שלוש הוראות חוק מרכזיות עוסקות במישרין בחסיון וסודיות ההתקשרויות שבין עורך הדין ללקוחותיו.⁶⁴ סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין, סעיף 48 לפקודת הראיות וכלל 19 לכללי האתיקה.
סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א - 1961 (להלן: סעיף 90), קובע:

" דברים ומסמכים שהוחלפו בין לקוח לבין עורך דין ויש להם קשר עניני לשירות המקצועי שניתן על-ידי עורך הדין ללקוח, לא יגלה אותם עורך הדין בכל הליך משפטי, חקירה או חיפוש, מלבד אם ויתר הלקוח על חסיונותם."⁶⁵

סעיף 48 לפקודת הראיות [נוסח חדש] (להלן: סעיף 48) קובע:

"(א) דברים ומסמכים שהוחלפו בין עורך דין לבין לקוח או לבין אדם אחר מטעם הלקוח ויש להם קשר עניני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח, אין עורך הדין חייב למסרם כראיה, אלא אם ויתר הלקוח על החסיון; והוא הדין בעובד של עורך דין אשר דברים ומסמכים שנמסרו לעורך הדין הגיעו אליו אגב עבודתו בשירות עורך הדין.
(ב) הוראות סעיף קטן (א) יחולו גם לאחר שחזל העד להיות עורך דין או עובד של עורך דין."⁶⁶

כלל 19 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשל"ו-1986 (להלן: כלל 19), קובע:
"עורך דין ישמור בסוד כל דבר שיובא לידיעתו בידי לקוח או מטעמו, תוך כדי מילוי תפקידיו, זולת אם הסכים הלקוח במפורש אחרת; הוראה זו אינה חלה על גילוי בהליך משפטי, חקירה או חיפוש שאינו חסוי על פי סעיף 90 לחוק."⁶⁷

לעיון חקיקתי ראשון זכה חסיון עורך דין-לקוח רק ב-1961, במסגרת חוק לשכת עורכי הדין. סעיף 90 לחוק קבע חסיון רחב מזה שהיה קיים קודם לכן לפי המשפט המקובל.⁶⁸ הוראה חקוקה של החסיון בדיני הראיות נוצרה רק מספר שנים לאחר מכן בשנת 1968 כאשר במסגרת תיקון לפקודת העדות הוסף סעיף 5ג, שהפך ב-1971, עת נקבעה פקודת הראיות [נוסח חדש], לסעיף 48 המוכר לנו היום.⁶⁹ סעיף 90 לחוק קדם במספר שנים להוראה בדיני הראיות כאשר בתקופת הביניים שבין שני החוקים, בהיעדר כל הוראת חוק בדיני הראיות, שימש מן הסתם סעיף 90 כאסמכתא החוקית לחסיון. בכל אותה תקופה, כאשר דברו על חסיון עורך דין-לקוח הפנו ועסקו בסעיף 90 לחוק. העובדה שכלל ראייתי מצא את מקומו בחוק המסדיר את

⁶⁴. אין הכוונה להוראות אחרות הכוללות התייחסות חלקית, ישירה או עקיפה, לחסיון עורך דין-לקוח, כגון: סעיפים 9-9א לחוק האזנות סתר, תשל"ט - 1979. ראו בג"צ 1563/96 עורך דין כץ נ' י"מ, תק-על 97(2) 700.
⁶⁵. חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א - 1961, סעיף 90.
⁶⁶. פקודת הראיות [נוסח חדש], סעיף 48.
⁶⁷. כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשל"ו-1976, כלל 19, ק"ת תשמ"ו 1373.
⁶⁸. ראו: ש' ולנשטיין "הסוד המקצועי של עורך דין - ו'אין כל חידוש בסעיף 90" הפרקליט יט (תשנ"ג) 73.
⁶⁹. חוק לתיקון דיני הראיות, תשכ"ח - 1968, ס"ח 535. חוק זה הוסיף לפקודת העדות (ממנה נולדה פקודת הראיות [נוסח חדש]), חסינות נוספים במסגרת סעיף 5.

= 183 =

מקצוע עריכת הדין ומקים את הארגון המקצועי שלו לא נראתה בעייתית לאיש. גם הכנסת עצמה, המחוקק, לא מצאה כל פגם במצב זה. כך, לדוגמה, כשנה וחצי לאחר קבלת חוק לשכת עורכי הדין ביקשה הממשלה לתקן את פקודת מס-הכנסה ולהוסיף בה את סעיפים 235א ועד 235ד, סעיפים היוצרים חריג לחסיון. מטרתו של התיקון הייתה לסייג את תחולתו הרחבה של סעיף 90 לחוק.⁷⁰ כל הנואמים בכנסת, שרובם, מעניין לציין, היו משפטנים בהשכלתם, ראו בסעיף 90 משום ביטוי לחסיון ראייתי. העובדה שהסעיף נמצא בחוק הבא להסדיר את מקצוע עריכת הדין ולא בפקודת העדות לא עלתה כלל בדיון.⁷¹ חשוב לציין כי התופעה חזרה על עצמה גם מחוץ לכנסת, בדיון הציבורי סביב הצעת החוק.⁷² שאלה מעניינת היא מדוע קביעתו הראשונה בחוק של החסיון נעשתה דווקא בחוק לשכת עורכי הדין ולא במסגרת פקודת העדות, שם היה מקומה הטבעי. עיון בהצעת חוק לשכת עורכי הדין ובדיוני הכנסת שעסקו בו אינו מעלה דבר. הסיבה

נמצאת, קרוב לוודאי, בהיסטוריה של התיקון לפקודת העדות, שנעשה בשנת 1986. הניסיון הראשון לתקן את פקודת העדות ולהוסיף בה את החסיון האמור נעשה כבר בשנת 1952. בהצעת חוק מפורטת שהוגשה מטעם הממשלה, ביקש משרד המשפטים לערוך רפורמה מקיפה בדיני הראיות. הצעה זו הונחה בצד כאבן שאין לה הפיכה. עורכי הדין אשר רצו, בוודאי, בעיגון בחוק של החסיון, ראו כיצד הצעת החוק לתיקון פקודת העדות משנת 1952 אינה מתקדמת, כך שלא ברור אם ומתי יעוגן החסיון בחוק. ההזדמנות המיוחלת נקרתה על דרכם בשעה שהכנסת ביקשה להחליף את פקודת המועצה המשפטית, 1938, ואת פקודת עורכי הדין, 1938, בחוק חדש שיצר בעצם את לשכת עורכי הדין כפי שהיא מוכרת לנו כיום.⁷³

בתקופת הביניים שבין חקיקת סעיף 90 ועד לחקיקת סעיף 5 לפקודת העדות נאלצו בתי-המשפט לעשות שימוש בהוראת סעיף 90 כאילו הוא המעניק פטור מהחובה להעיד. שימוש מוטעה זה בסעיף 90 היה מחויב המציאות דאז, בהיעדר כל הוראה קונקרטית בדיני הראיות ולאור מטרתו החקיקתית הברורה של סעיף 90 לעגן בחוק את חסיון המשפט המקובל שבו עורך דין ללקוחו. מציאות זו השתנתה עם קביעת הוראת חסיון זהה בפקודת העדות. מאותו הרגע היה על בתי-המשפט לנטוש את הוראת סעיף 90 כאשר הם דנים בבקשה למתן או שילת חסיון מראיה מסוימת. סמכות בית-המשפט במקרים אלה צריכה הייתה להיסמך על סעיף 48 ועליו בלבד. בפועל, בתי-המשפט, שהורגלו בתקופת הביניים לראות את סעיף 90 כמקור

⁷⁰ . חוק לתיקון פקודת מס-הכנסה, תשכ"ג-1962, ה"ח 535.
⁷¹ . ד"כ תשכ"ג 388 (שר האוצר, לוי אשכול, אשר הציג את הצעת התיקון מטעם הממשלה, מציין בתחילת דבריו כי סעיף 90 לחוק מרוקן את הסמכות שניתנה לפקיד השומה לדרוש ולקבל מסמכים מנישום כדי לבחון אם מקוימות דרישות החוק; "המצב שנוצר עם חקיקת חוק לשכת עורכי הדין עלול ליצור מעין 'ערי מקלט' לספרי חשבונות, למסמכים ולכל נתון אחר שעורך הדין או הלקוח שלו יהיו מעונינים להסתירם משלטונות המס").
⁷² . ראה: י' רוטנשטיין "מס הכנסה והסוד המקצועי של עורך הדין" הפרקליט יט (תשנ"ג) 70; א' ו' קלימובסקי "הסודיות המקצועית של עורך דין לגבי שלטונות מס-הכנסה" הפרקליט יט (תשנ"ג) 77.
⁷³ . לרקע שקדם לחוק ראה: ג' שטרסמן עוטי הגלימה, תולדות עריכת הדין בארץ ישראל (תשמ"ה) 261-270.

= 184 =

סמכותם לפטור מהחובה להעיד, המשיכו לעשות אותו שימוש בסעיף גם לאחר שכבר היה להם מקור סמכות ישיר בפקודת העדות (ולאחריה בפקודת הראיות).⁷⁴

בשנת 1966 התפרסמו לראשונה כללי אתיקה מפורטים ומחייבים למקצוע עריכת הדין.⁷⁵ כלל 34 באותם כללים קבע את חובת עורך הדין לשמור סודיות מקצועית. פרט לרישא שהושמטה במעבר לכללי האתיקה החדשים משנת 1986, זהה כלל 34 בנוסחו לכלל 19 שהחליפו בכללים החדשים. אותנו מעניינת הסיפא של כלל 34 העומדת בתוקפה עד היום בכלל 19, הקובעת: "הוראה זו (חובת הסודיות ל'ז'ג') אינה חלה על גילוי בהליך משפטי חקירה או חיפוש שאינו חסוי על פי סעיף 90 לחוק."

חובת הסודיות והחסיון בראיות חלים שניהם בהליך משפטי, חקירה או חיפוש. אלמלא נקבע החריג בסיפא לכלל 19 עלול היה להיווצר מצב שבו חומר אשר לא הוכר כחסוי על-ידי בית-המשפט, גילוי היה עדיין נמנע, וזאת מתוקף חובת הסודיות. מצב שכזה בהחלט אפשרי לאור ההבדל השלישי בין שתי הסוגיות שהוצג בפרק הקודם, לפיו חובת הסודיות מקיפה יותר מידע מאשר החסיון, כך שחומר שאינו נכלל בהגדרת חומר חסוי נהנה מהגנת הסודיות. כדי למנוע מצב זה קובעת הסיפא כי מידע שלא הוכר כחסוי לא ייחנה מהגנת הסודיות כך שהדרך היחידה למנוע גילוי של מידע בהליך משפטי, חקירה או חיפוש היא הסתמכות על החסיון בראיות ומקום שזה אינו מתקיים לא חלה גם חובת הסודיות. לפי הסיפא לכלל 19, עורך דין הנדרש לגלות מידע בהליך משפטי, חקירה או חיפוש אינו יכול להשתמש בחובת הסודיות כמגן, אלא רק לטעון להתקיימות חסיון עורך דין-לקוח המעניק לו פטור מהחובה להעיד. אם המידע לא יוכר כחסוי חייב עורך הדין למוסרו ואין הוא יכול להסתמך על חובת הסודיות.

דוגמא להפעלת הסיפא לכלל 19 מצויה באחד מפסקי-הדין המרכזיים בסוגיה של חסיון וסודיות ההתקשרות שבין עורך הדין ללקוחו, והוא עניין פלונית נ' לשכת עורכי הדין.⁷⁶ דובר בעורכת דין שחשפה בבית-המשפט כי הסכם הפשרה עליו חתם לקוחה, הסכם שהוגש לאישור בית-המשפט, אינו משקף את מלוא הסכומים שישולמו לו, וזאת במטרה להונות את שלטונות מס שבח. עורכת הדין חשפה מידע זה כדי להבטיח שתזכה למלוא שכר טרחתה, שכר המחושב באחוזים מהסכם הפשרה. בגין חשיפה זו הרשיע אותה בית-הדין המשמעתי המחוזי של לשכת עורכי הדין בהפרת חובת הסודיות שחב עורך הדין ללקוחו. בית-המשפט העליון הפך את ההחלטה בקובעו כי כיוון שהמידע אותו מסרה עורכת הדין בבית-המשפט נוגע

⁷⁴ . ראו, למשל, ב"ש (ת"א) 157/83 מנסוביץ את גוטפריד, עורך דין נ' מחלקת חקירות מס- הכנסה, פ"מ מג(2) 470; ת"א (ב"ש) 44/79 אמני נ' חברת ספנות בע"מ, פ"מ מב(2) 382; עניין ישראלי נ' מ", לעיל הערה 51, בע' 272; עניין ישראלי נ' נשיאת בית המשפט המחוזי בת"א-יפו לעיל הערה 51.

⁷⁵ . כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשכ"ו-1966, ק"ת 584. עד לקביעתם עמדו בתוקף כללי עריכת הדין (אתיקה מקצועית), 1930. כללים אלו נקבעו על-ידי השופט המנדטורי בעל הוותק השיפוטי הגבוה ביותר, סמכות שהוענקה לו בפקודת עורכי הדין, 1922. כללי האתיקה האלה כללו רק שני סעיפים: הראשון שהיה כותרת, והסעיף השני המסכם את כל האתיקה החלה על עורכי דין במשפט אחד.
⁷⁶ . לעיל הערה 19.

= 185 =

לביצוע עבירה עתידית הוא אינו חסוי ולפי הסיפא לכלל, מידע שאינו חסוי אינו נהנה מהגנת הסודיות, כך שלא הייתה הפרה של חובת הסודיות.⁷⁷ הכשלים ואי-הבהירות שליוו את ההיסטוריה החקיקתית, כפי שפורטו לעיל, גבו מחיר נכבד. ניתוח האופן בו ראתה הפסיקה את כל אחת משלוש הוראות החוק הרלוונטיות והקשר בינם מצביע על ארבע קטגוריות של טעויות, טעויות המובילות כל אחת בפני עצמה וכולן גם יחד לטשטוש התחומים של חסיון וסודיות ההתקשרויות שבין עורכי דין ללקוחותיהם. כאשר שתיים מהטעויות אף עלולות להוביל למחיקה מוחלטת של חובת הסודיות.

ד. היחס וההקשר בין סעיפי החוק הרלוונטיים - הטעויות השאלה השבה ועולה בפסיקה עוסקת במובנם של שלוש הוראות החוק העוסקות בחסיון וסודיות ההתקשרויות שבין עורך הדין ללקוחותיו (סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין, סעיף 48 לפקודת הראיות וכלל 19 לכללי האתיקה). היחס בינם וקישורם לחובת החסיון או לחובת הסודיות, או, אולי, לשתיהן גם יחד. הפסיקה אשר ניגשה לפרש הוראות חוק אלה ולקבוע את היחס ביניהם התקשתה לעשות כן. כפי שהראה החלק הקודם, ההיסטוריה החקיקתית וניסוח קלוקל של סעיף 90 הם שהקשו. אך לכך גם נוסף חוסר הבנה לגבי ההבדלים והאבחנה בין הסוגיות. כתוצאה מכל אלה נוצרו בפסיקה גישות שונות ומוטעות לעניין הוראות החוק השונות, גישות שהמושג להם, העומד בבסיס מאמר זה, הוא טשטוש כמעט מוחלט בין סודיות לחסיון. חלק מהטעויות, כפי שאראה, עלולות להוביל למחיקה של הוראת הסודיות. הטעות הרווחת ביותר היא לכרוך באופן מלא את סעיף 48 וסעיף 90 ולראות באחרון הוראת חסיון הפונה אל בתי-המשפט ורשויות החקירה.⁷⁸ הפסיקה יצרה כאן חפיפה וזהות מלאה בין שתי ההוראות, חפיפה המובילה להכפפת בתי-המשפט עצמם להוראת סעיף 90. סעיף 90 הוא אכן הוראת חסיון, אך כזו הפונה אל עורכי הדין ולא אל בית-המשפט ורשויות החקירה. אין בסעיף 90 כדי להורות דבר לבתי- המשפט ואין בו כדי להעניק פטור מהחובה להעיד. פטור שכזה, הנובע ממתן חסיון

77. שם, בע' 777, בית-המשפט אומר: "אם ימצא, אפוא, כי גילוייה של המעוררת את דברי הרב אינם כלולים בחסיון שעל-פי סעיף 90 לחוק, ממילא לא תחול עליהם חובת הסודיות לפי כלל 34 לכללי האתיקה - וזאת לאור הסיפא של כלל זה." את פסק-דין פלונית ניתן היה גם להכריע בעזרת שימוש בחריג אחר לחובת הסודיות, חריג לפיו מותר לעורכת הדין לעשות שימוש במידע סודי בתביעתה שלה נגד הלקוח. מעניין לציין כי טענה זו הועלתה, ובית-המשפט אף דן באריכות בחריג זה, אך העדיף, לבסוף, שלא להכריע. ראה שם, בע' 792-790.
78. ראו למשל: ע"פ 670/80 אבוחצירא נ' מ"י, פ"ד (לה) 3(3) 681, 692; ע"א 442/81 גרומט נ' סרוסי, פ"ד (ו) 4(4) 214, 221; ה"פ (ת"א) 1768/91 שטרייכמן נ' רוברטס, עורך דין, תקדין-מחוזי, כרך 92(1) 1269 (תשנ"ב/תשנ"ג-1992); המ' (חי') 26561/97 בן מעש נ' שולדר חברה לבניין בע"מ, תקדין-מחוזי, כרך 98(4) 138 (תשנ"ח/תשנ"ט-1998); עניין ישראלי נ' מ"י, לעיל הערה 51. (פסק-דין מפרש את סעיף החסיון הקבוע בפקודת מס-הכנסה. למרות שסעיף זה, סעיף 235 א-ב, מפנה מפורשות אל סעיף 90, מתייחס פסק-דין זה אל סעיף 48 כאילו היה זה מקבילו המלא של סעיף 90); בר"ע (ב"ש) 615/81 אקב נ' בוזגלו, פ"מ מג (1) 221.

= 186 =

לסוג ראיות מסוים, קיים רק לפי סעיף 48. טועה מי שמבקש להגביל את סמכותו של בית-המשפט בגביית ראיות בהתבסס על סעיף 90, היות והסמכות אותה הוא מבקש אינה מצויה כלל בסעיף זה. בכל פסקי-הדין המשקפים טעות רווחת זו, השאלה שעמדה בפני בית-המשפט הייתה אם להכיר בפטור מהחובה להעיד כך שהסעיף הרלוונטי היה רק סעיף 48 ולא היה מקום לפנות לסעיף 90.⁷⁹ סעיף 90 יכול ויעמוד במרכז הדיון בשני מקרים. הראשון, בהליך משמעותי בו יועמד עורך הדין לדין על גילוי חומר חסוי של הלקוח. במקרה זה האישום המשמעותי יתבסס על הפרת סעיף 90. המקרה השני בו יעלה סעיף 90 הוא בתביעת רשלנות שיגיש הלקוח נגד עורך דינו בטענה שזה התרשל, כיוון שלא טען לחסיון מקום שהיה עליו לעשות כן. במקרה זה, חובת הזהירות הנדרשת מעורך הדין, שבגין הפרתה הוא נתבע בניזקין, תילמד מסעיף 90 לחוק. המשותף לשני המקרים, ההליך המשמעותי וההליך האזרחי, הוא שהתנהגות עורך הדין מצויה במוקד הדיון ולכן סעיף 90 רלוונטי. אך לא אלה המקרים שנדונו באותם פסקי-דין שכרכו את שתי ההוראות גם יחד. באותם מקרים דובר על סמכות בית-המשפט לפטור מהחובה להעיד בשל טענה של חסיון. מקרים אלה מקומם רק תחת סעיף 48. טעות נוספת הקשורה אל הטעות הקודמת היא כריכת שלוש ההוראות גם יחד וראייתן כהוראות חסיון, תוך התעלמות מוחלטת מחובת הסודיות (להלן - הטעות השנייה). כאן, לא רק סעיף 90 הופך למקבילה המלאה של סעיף 48, אלא גם כלל 19 הופך להוראת חסיון, ולפנינו מוצגות שלוש הוראות חוק האומרות בעצם דבר אחד.⁸⁰ הקורא את פסק-הדין עלול לחשוב כי המדובר בשלוש הוראות חוק זהות שאינן שונות ושאין מוסיפות אחת על השנייה. גישה זו רואה את כל ההוראות כמופנות אל בית-המשפט כאשר סמכותו של זה לפטור מחובת גילוי מהטעם של חסיון עורך-דין-לקוח קבועה בכל אחת מהוראות אלה. זה אולי שיאו של עירוב התחומים, כיוון שהוראת הסודיות נעלמת לחלוטין והסוגיה של החסיון מכסה את כל ההוראות. לא די בכך שאין מקיימים אחר הכלל לפיו "סודיות לחוד וחסיון לחוד", אלא שהסודיות הופכת לחסיון ולכן נבלעת לחלוטין. קטגוריה שלישית של טעויות המצויות בפסיקה היא בכריכת סעיף 90 עם כלל 19, ולהפיכת האחרון להוראת חסיון.⁸¹ תחילתה של טעות זו הוא דווקא במסקנה נכונה, לפיה סעיף 48 וסעיף 90 עוסקים שניהם בחסיון, אך סעיף 90, בשונה מסעיף

79. ראו למשל: ת"פ (ת"א) 356/90 מ"י נ' בן חמו, תקדין-מחוזי, כרך 91(2) 1450, תשנ"א-ב. עורך הדין של הנאשם התנגד להגשת המסמכים שנתפסו במשרדו כראיה, תוך שהוא מפנה, בשגגה, לסעיף 90. בית-המשפט דן בבקשה והחליט

לדחותה, תוך שהוא מתבסס על סעיף 48. זו הדרך הנכונה.
⁸⁰ . ב"ש (ת"א) 157/83 מנסוביץ את גוטפריד, עורך דין נ' מחלקת חקירות מס-הכנסה, פ"מ מג (2) 470. הצגה זו של הוראות החוק נעשתה על-ידי עורך הדין שטען לחסיון, אך בית-המשפט אינו מעמידו על טעותו, אלא מאמצה, תוך שהוא מצטט ודן בשלוש ההוראות גם יחד.
⁸¹ . עניין לה נסיונל חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' הרשות לניירות ערך, לעיל הערה 21, בע' 13 (פסקה 5).

= 187 =

48, עוסק בחסיון מהפן האתי של חובת עורך דין לטעון את טענת החסיון.⁸² עד כאן זו הגישה הנכונה עליה ממליץ מאמר זה, אך מנקודה זו נתפס בית-המשפט לטעות של כריכת סעיף 90 עם כלל 19 וראיית גם האחרון כהוראה של חסיון, מה שמוביל לשלילת קיומה של הוראת סודיות בכללי האתיקה. בית-המשפט אומנם מאמץ את הגישה המפרידה בין סעיף 48 לסעיף 90 אך כיוון שאין הוא מבחין בין חסיון לסודיות, הוא מביא לבליעת הסודיות. להפוך את כלל 19 להוראה של חסיון ראייתי משמעו למחוק את חובת הסודיות אותה מטיל הכלל על ציבור עורכי הדין.
התוצאה של טעות זו מבחינת בליעת הסודיות בתוך החסיון זהה למה שראינו בטעות השניה שהוצגה לעיל. כזכור, טעות זו כרכה את כל שלוש ההוראות בצרור אחד של החסיון, מה שהוביל למחיקת חובת הסודיות מספר החוקים. שתי הטעויות, השניה והשלישית הנדונה כעת, מוליכות לתוצאה זו, אך הטעות השניה מוליכה בנוסף לטעות נוספת. הגישה המונחת ביסוד הטעות השניה רואה כאן שלוש הוראות זהות לחלוטין, כך שסמכות בית-המשפט נשענת על כל אחת משלוש ההוראות, בעוד שכפי שכבר הוסבר לעיל, רק סעיף 48 הוא המקור לסמכות בית-המשפט לפטור מהחובה להגשת הראיה.
תחת הקטגוריה השלישית של הטעויות בפסיקה, כל השלוש הן הוראות חסיון אך הן לא זהות לחלוטין. שלוש ההוראות שנתפסות כעוסקות בחסיון נחלקות בעצם לשתי קבוצות. הראשונה, אליה שייכת הוראת סעיף 48, פונה אל בתי-המשפט, ורק בה יש כדי להגביל את סמכותו של בית-המשפט לגבות כל ראיה. הקבוצה השניה כוללת את סעיף 90 וכלל 19 המבטאים את הפן האתי של החסיון הראייתי, הוא חובת עורך הדין לטעון לחסיון, ולכן הם פונות לעורך הדין ולא לבתי-המשפט. תחילתה של טעות זו הוא דווקא במסקנה נכונה, ההבחנה בין סעיף 90 לסעיף 48, אך אחריתה בטעות המובילה לבליעת הוראת הסודיות.

שתי הטעויות, השניה והשלישית, מוליכות בסופה של דרך, לתוצאה המסוכנת ביותר מבחינת טשטוש הסוגיות - בליעת הסודיות בתוך החסיון. ייתכן וניתן היה למנוע תוצאה קשה זו אילו נאמר שכלל 19 אינו רק הוראה של חסיון, אלא שילוב של הוראת הסודיות והחסיון, כפי שכבר נקבע בפסיקה לגבי הוראות סודיות אחרות.⁸³ אך בתי-המשפט לא אמרו זאת. כלל 19 סופח באופן מלא להוראות החסיון בלי שייאמר דבר על היותו הוראת סודיות ומכאן קמה סכנת מחיקתו מספר החוקים.
טעות רביעית אותה איתרתי בפסיקה רואה בסעיף 90 סעיף חסיון, אך חסיון נפרד ושונה מזה שקבוע בסעיף 48. בעניין Alberici, שם מעלה השופט שטרסברג-כהן את הטענה הזו, לא ניתן כל הסבר במה שונה החסיון של סעיף 90 מהחסיון הראייתי המוכר לנו, המצוי בסעיף 48.⁸⁴ לא ברור אם נוצרה כאן קטגוריה

⁸² . שם, פסקה 4 ("צידה השני של הזכות לחסיון הקבועה בפקודת הראיות הינו חובתו של עורך הדין שלא לחשוף את המידע שהגיע אליו מתוך היועצות הלקוח עמו. חובה זו קבועה בסעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961").
⁸³ . סעיף 142 לחוק מס ערך מוסף, וסעיף 19 ב לחוק מס קנייה.
⁸⁴ . רע"א 4999/95 Alberici נ' מ"י, פ"ד נ(1) 39, 46. מהדברים שם נראה שהחסיון השונה של סעיף 90 נושא שממן ברור של חובת הסודיות, שכן הוא חל על כל ייעוץ משפטי ועל כל

= 188 =

שלישית שאינה סודיות ואינה חסיון ראייתי. אם כך הדבר, יסודו בטעות, שכן אין סוגיה מלבד השתיים. ובכל מקרה, שני הסעיפים עוסקים באותו חסיון, אך פונים אל נמענים שונים ומכאן הכפילות. אין בכפילות להצביע על חסיונות שונים המובילים למסקנות סותרות באותה מקרה, כפי שסברה בטעות השופטת, אלא באותו כלל מדיני הראיות שנמעניו ושימושי שונים.

התופעה של טשטוש התחומים ואי-עמידה על האבחנה הראויה בין החסיון בראיות לחובת הסודיות מצויה גם אצל מוסדות לשכת עורכי הדין המטפלים ואוכפים את כללי הדין המשמעת על ציבור עורכי הדין. את הקטגוריה השניה של הטעויות - כריכת שלוש הוראות החוק יחד וראייתן כהוראות חסיון, תוך התעלמות מוחלטת מחובת הסודיות - ניתן למצוא בפסק-דין שניתן בבית-הדין המשמעת הארצי.⁸⁵ את הקטגוריה השלישית של הטעויות שנדונה לעיל - כריכת סעיף 90 עם כלל 19 וראיית האחרון כהוראה של חסיון - ניתן למצוא בחוות דעת שפרסמה ועדת האתיקה שלייד ועד מחוז תל-אביב.⁸⁶ סוג אחר של טעות היא היעדר אבחנה בין שתי הסוגיות, כך שבסיוטאוציות בהן יש תחולה רק לחובת הסודיות, היות ולא דובר בדרישה לגילוי במסגרת הליך משפטי, חקירה או חיפוש, מתעלמת ועדת האתיקה שלייד ועד מחוז תל-אביב מכלל 19 ומסוגלת את העניין תחת החסיון בראיות.⁸⁷

ייתכן ובד בבד עם התיקון בפקודת העדות בשנת 1968 היה מקום לבטל את הוראת סעיף 90 או לשנות את נוסחו כך שיעסוק בחובת הסודיות. פעולה שכזו הייתה מונעת את עירוב התחומים והופכת את דיני הראיות למקור הבלעדי לחסיון הראייתי, ואילו חובת הסודיות הייתה זוכה לתשומת הלב הראויה בדרך של פיתוח עצמאי בתוך חוק לשכת עורכי הדין או כללי האתיקה. אך הדבר לא נעשה וכך מוסיפות לדור להן בכפיפה אחת שתי הוראות חוק המייצגות, ככל הנראה, כלל אחד. בפרק הבא אנסה להצביע על פתרון שיש בו משום שמירה על כל העולמות - פתרון המקיים אחר לשונו ומטרתו המקורית של סעיף 90, מקנה לסעיף 48 את מעמדו הראוי ושומר על חובת הסודיות לפי כלל 19. דרך ההפרדה המוצעת בחלקו האחרון של המאמר משיבה את המובן האמיתי והמלא של כל אחת משלוש הוראות החוק ובכך גם מבילה לכינונם של הקשרים ראייתיים בין ההוראות. מה שמוביל בסיכומי של יום לשמירה מחודשת על העיקרון לפיו "סודיות לחוד וחסיון לחוד".

מסמך שהוחלפו בין עורך הדין ללקוחו. וזאת בשונה מהחסיין הראייתי המצומצם יותר, באשר הוא חל רק על ייעוץ ומסמכים שיש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שמעניק עורך דין.
85. בד"א 15/84 פלוני, עו"ד נ' הועד המחוזי, פדי"ם ה 155, 161.
86. עט ואתיקה, גיליון 5 (פברואר 1990) (כותרת חוות הדעת: "עורך דין אינו חייב למסור כתובת מרשו על-פי דרישת רשויות"); עט ואתיקה, גיליון 10 (אוקטובר 1990) (כותרת חוות הדעת: "החסיין על כתובת הלקוח אינו חל כאשר קיימת חובה על-פי דין לציין כתובת").
87. עט ואתיקה, גיליון 33 (דצמבר 1993) (כותרת חוות הדעת: "עורך דין אינו חייב לגלות פרטים על בקשה לסעד זמני שהגיש בטרם בוצעה מסירה"); עט ואתיקה, גיליון 38 (פברואר 1996) (כותרת חוות הדעת: "הקיימת חובת גילוי של עורך הדין להודיע לצד שכנגד את שם מרשתו, אם הוא מתבקש לכך"). בהקשר זה מעניין לציין כי המונח "סודיות" אינו מופיע כלל בחוות הדעת שפרסמה ועדת האתיקה שלייד ועד מחוז תל-אביב, אלא רק המונח "חסיין", וזאת עד לגיליון 51 (דצמבר 1998).

= 189 =

ה. הפתרון - הגיעה השעה להיפרד

ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 90 ולשונו מצביעים בבירור כי לפנינו הוראה העוסקת בחסיין הראייתי ולא בחובת הסודיות. מה אם כן טיבה של הוראה זו; האם היא זהה לחלוטין לסעיף 48, כך שלפנינו שתי הוראות חוק המסדירות את אותו עניין, או שהמדובר בהוראה העוסקת, אומנם, בחסיין אך מהיבט שונה לחלוטין בהשוואה לסעיף 48? השופט קלינג בחר לאמץ את האפשרות השנייה. הוא רואה בסעיף 90 הוראה העוסקת בחסיין ולא בסודיות, אך זו עדיין נבדלת מהוראת סעיף 48 היות וסעיף 90 עוסק רק בפן האתי של החסיין, באשר הוא מחייב את עורכי הדין להעלות את טענת החסיין בפני בית-המשפט ורשויות החקירה.⁸⁸ לפי גישה זו, הראייה בעינינו, סעיף 90 הוא כלל משמעותי העוסק בחסיין הראייתי. הסעיף אינו מעניק פטור מהחובה להעיד ואין הוא המקור להגבלת סמכויות בית-המשפט ורשויות החקירה בגביית ראיות, את זאת עושה סעיף 48, והוא בלבד. סעיף 90 מטיל על עורכי הדין את החובה המשמעותית להעלות את טענת החסיין מקום שהוא נדרש להעיד חומר חסוי.
בדרך זו שומר סעיף 90 על מעמדו הנורמטיבי ככלל משמעותי הבא לקבוע את חובות עורך הדין, וזאת בשונה מהוראת חסיין בראיות הבאה להעניק פטור מהחובה להעיד. גישה זו מקיימת לא רק אחר הפן הנורמטיבי של סעיף 90 ככלל משמעותי אלא גם עולה בקנה אחד עם האופן בו נוסח הסעיף. לשון סעיף 90 אינה מעניקה פטור מהחובה להעיד כפי שהוראת חסיין רגילה צריכה לעשות וכפי שהוראת סעיף 48 עושה, אלא מבטאת איסור, כפי שכללי משמעת מנוסחים. העובדה שגם סעיף 90 וגם כלל 19 מטילים איסורים על עורך הדין אינה מוכיחה שהמדובר בשתי הוראות סודיות, אלא שהמדובר בשני כללי משמעת שטיבם הנורמטיבי הוא הטלת איסורים.
נסכם: הפרשנות המוצעת לעיל לסעיף 90 תואמת את לשון הסעיף המנוסח כאיסור ולא כפטור מהחובה להעיד; היא שומרת על מעמדו הנורמטיבי הראוי של הסעיף כהוראה משמעותית המטילה חובות; נאמנה להיסטוריה החקיקתית של הסעיף המראה בבירור כי הוראת הסעיף מתייחסת לחסיין ולא לסודיות.

סעיף 90 וסעיף 48 עוסקים שניהם בחסיין ראייתי ולכן שניהם יתנו אותה תשובה ביחס לשאלה אם חל החסיין על ראייה מסוימת. בהסתכלות של דיני הראיות, ראייה המתמקדת רק בשאלה אם מדובר בראייה חסויה, התוצאה של שני הסעיפים זהה - במקום בו יוכר חסיין לפי סעיף 48, קיים חסיין גם לפי סעיף 90

88. ה"פ (ת"א-יפו) 2163/96 פייראייזן נ' גזית, תקדין-מחוזי, כרך 97(2) 146 (תשנ"ז/תשנ"ח-1997); ת"א (ת"א) 676/97 הדר נ' סקולר (טרם פורסם). גישתו של השופט קלינג אומצה בת"א (ת"א) 1438/95 ברגמן נ' חוטר ישי, עורך דין (לא פורסם); ת"א (ת"א) 1108/93 סלנט, עורך דין נ' מזרחי קבלנות כללית בע"מ (לא פורסם).
ראו גם: ע"א (ת"א-יפו) 1410/93 פרופ' נוימן נ' לפיקר, תקדין-מחוזי, כרך 95(2) 1752, (תשנ"ה/ו) (השופט קלינג עורך את אותה אבחנה גם לעניין הוראת החסיין הרפואי בסעיף 49 לפקודת הראיות. נאמר שם: "סעיף 49 לפקודת הראיות מופנה לבית המשפט וסמכותו בגביית עדותו מרופא, אך אין הוא קובע את חובתו של הרופא להימנע ממסירת המידע").

= 190 =

ולהיפך. באותן נסיבות, עורך דין המיישם את סעיף 90 ושופט המיישם את סעיף 48 צריכים להגיע לאותה מסקנה באשר להתקיימות או אי-התקיימות החסיין.
השוני בין הסעיפים נוגע לנמענים השונים של כל אחד מהסעיפים, בעוד שסעיף 48 מופנה אל בית-המשפט ורשויות החקירה, מופנה סעיף 90 אל ציבור עורכי הדין. הבדל זה אינו סמנטי-לשוני אלא מהותי באשר הוא קובע את הסמכות הנובעת מהסעיף, סמכות המכתיבה, כמובן, את השימוש שיעשה בכל סעיף. ולכן, רק סעיף 48 מגביל את סמכותו של בית-המשפט בגביית ראיות ורק הוא המגביל את סמכות רשויות החקירה לגבות את הראייה. סעיף 90 המופנה אל עורך הדין קובע את חובתו של זה לטעון לחסיין ולהימנע ממסירת המידע החסוי.
השימוש בסעיף 48 צריך להיעשות כל אימת שמועלית בפני בית-המשפט ורשויות החקירה טענה של חסיין, טענה המגבילה את סמכותם לגבות את אותה ראייה. ואילו השימוש בסעיף 90 צריך להיעשות כל אימת שהתנהגות עורך הדין היא במוקד הדין, וזאת בשני מקרים - בהליך משמעותי, בגין הפרת החובה האתית להימנע ממסירת מידע חסוי, ובהליך אחריו בו נדונה שאלת הרשלנות של עורך הדין אשר לא נמנע ממסירת מידע חסוי.

חלקו השני של הפתרון המוצע עוסק בכלל 19. כלל זה אינו הוראה של חסיון (הקטגוריה השניה והשלישית של הטעויות שאותרו בפסיקה). הכלל מטיל על עורכי הדין את החובה לשמור בסוד כל דבר שהובא לידיעתם על-ידי הלקוח או מטעמו. כללי אתיקה ראויים חייבים לקבוע את חובת הסודיות ואין לוותר על הוראה זו לטובת הוראה נוספת, שלישית במספר, של החסיון הראייתי. רוצה לומר, אין לתת לחסיון הראייתי למחוק את חובת הסודיות. הגיעה השעה לקיים אחר העיקרון לפיו "סודיות לחוד וחסיון לחוד" ולבצע את הניתוק בין הסוגיות. דרך הניתוק אותה מציע מאמר זה אינה גוררת עמה שינויים בחוק ואין בה לבטל או להפוך הוראות קיימות. דרך זו מבקשת רק להחזיר לכל אחת משלוש הוראות החוק הרלוונטיות את משמעותה המקורית. משמעות העולה בקנה אחד עם מטרת ההוראה, משמעות המשלימה ולא סותרת את ההוראות האחרות. ההפרדה המוצעת תסתום את הגולל על בלבול ארוך ומתמשך הקיים בפסיקה בכל הנוגע למונח של ההוראות, ליחס בינם ולקשר שבין חסיון לסודיות.

ו. סיכום

ההתקשרויות שבין עורך הדין ללקוח נהנות מהגנה כפולה: תחת כנפי החסיון כאשר הגילוי הנדרש הוא במסגרת הליך משפטי, חקירה או חיפוש, ומהגנת הסודיות כלפי כולי עלמא. מדובר בהגנה כפולה אך נפרדת כיוון שמדובר בסוגיות הנבדלות נורמטיבית ותוכנית זו מזו. המאמר פירט ארבעה הבדלים עיקריים בין שתי הסוגיות המראים מדוע ההפרדה מתחייבת, ואי-קיומה מביא ליצירת כללים משפטיים שגויים הפוגמים בהגנה הכפולה לה זכאים יחסי עורך דין-לקוח. הדין הרצוי, הנתמך בארבעה צידוקים עיקריים, הוא שיש לשמור על ההפרדה בעוד שהדין המצוי, שהוצג דרך ארבע קטגוריות של טעויות הרווחות בפסיקה, הראה שהטשטוש והיעדר ההפרדה הם השולטים. הסקירה ההיסטורית אחר שתי הסוגיות החלה במשפט המקובל, שם פותח החסיון בראיות, כאשר רק מאות שנים לאחריו הגיחה אל אוויר העולם חובת

= 191 =

הסודיות. בישראל אומץ חסיון עורך דין-לקוח מתוך המשפט המקובל אף ללא חקיקה מפורשת. המאמר הראה כיצד דווקא הפיכת החסיון להוראה חקוקה בשנת 1961 בחוק לשכת עורכי הדין היא שיצרה, ככל הנראה, את הבלבול ואי-ההפרדה השוררים עד היום בין שתי הסוגיות. אי-ההפרדה בין הסוגיות משתקפת היטב בפסיקה שבה אובחנו ארבע קטגוריות של טעויות הנוגעות לפירוש וליחס שבין שלוש הוראות החוק המסדירות את הסוגיות - סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין, סעיף 48 לפקודת הראיות וכלל 19 לכללי האתיקה המקצועית. הסכנה העיקרית מצויה בשתיים מהטעויות (הקטגוריה השניה והשלישית) העלולות להוביל למחיקת חובת הסודיות. התופעה של הבלבול ואי-הבחנה בין הסוגיות אותרה גם אצל הגופים בלשכת עורכי הדין האחראים על יישום ואכיפה של כללי האתיקה (ועדות האתיקה ובתי הדין המשמעתיים). ניצני ההפרדה הראויה בין הסוגיות כבר החלו להיראות בפסיקה, אך הגיעה העת לקיים באופן מלא ומקיף אחר העיקרון החשוב של "סודיות לחוד וחסיון לחוד". על-מנת לעשות כן לא נדרשים שינויים בחקיקה, כל שלוש הוראות החוק הקיימות ייוותרו על מקומן. מה שדרוש הוא מתן משמעות נכונה לכל אחת מהוראות החוק ועמידה על ההקשרים הראויים ביניהם. לפי הגישה המוצעת, הוראת סעיף 48 והוראת סעיף 90 עוסקות גם יחד בחסיון הראייתי, אך מהיבטים נורמטיביים שונים. סעיף 48 שייך לדיני הראיות, וכזה הוא המקור לסמכות בית-המשפט להעניק פטור מהחובה להעיד, ורק הוא מגביל את סמכות בתי-המשפט ורשויות החקירה בגביית ראיות. סעיף 90 הוא כלל משמעתי הבא לחייב את עורך הדין לטעון לחסיון של עורך דין-לקוח. סודיות ההתקשרויות שבין עורך דין ללקוח מוסדרת רק בכלל 19, כאשר הסיפא לכלל קובעת שרק החסיון הראייתי חל על גילוי מידע בהליך משפטי, חקירה או חיפוש, ולכן, אם נקבע שאין חסיון, לא תחול גם חובת הסודיות. בדרך המוצעת יש כדי להעניק את מלוא המשמעות לכל הוראה ולהוביל לכינונה של הפרדה ראויה בין חסיון לסודיות בכל הנוגע להתקשרויות בין עורך דין-לקוח.