

חיסוי ללא מיצוי: דיני החסיונות, הגיונם ומוגבלותם – בעקבות ספרו של יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים (2021)

אסף הרדוף*

- א. מבוא
- ב. הרציונלים והגבולות של דיני החסיונות
 1. מהו, בעצם, החיסיון?
 2. הרציונלים בבסיס החסיונות
 - 2.1 רציונלים בעד גילוי ונגדו
 - 2.1.1 עידוד תקשורת חופשית
 - 2.1.2 פרטיות ואוטונומיה
 - 2.1.3 פתרונות קיצון ודחייתם
 3. חסיונות מקצועיים
 - 3.1 הדדיות
 - 3.2 חיסיון רופא-מטופל
 - 3.3 חיסיון פסיכולוג-מטופל
 - 3.4 חסיונות מקצועיים נוספים
- ד. סיכום

א. מבוא

מטפורה מוכרת היא כי אנו מצויים בעידן המידע.¹ השיח וההתיעוד האנושיים שוברים שיאים מדי רגע, והנגישות למידע אין-סופי וליצירתו נהייתה קלה

* דוקטור, מרצה בכיר, המכללה האקדמית צפת; מלמד וחוקר את כל ענפי המשפט הפלילי תריסר שנים; לשעבר תובע וסנגור בפרקליטות הצבאית; מפעיל ערוץ היוטיוב "משפטים בקטנה". תודה לעורך הלשוני על חידודיו. האחריות לכל טעות שנפלה במסגרת המאמר – עליי בלבד. מחכה לתגובות: asafhardoof@gmail.com.

¹ ניבה אלקין-קורן "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע" עלי משפט ב 319 (2002).

ביותר, מבחינה טכנולוגית ומבחינה כלכלית.² מטפורה מוכרת אחרת היא כי ידע הוא כוח.³ אפילו בעידן המידע, פערי הידע לא נעלמו מן העולם, אלא נותבו לאפיקים אחרים, וגופים חזקים עדיין מחזיקים במידע רב שנסתר מעין הציבור, פער המאפשר או מנציח פער כוחות.⁴ גם אזרחים עדיין מחזיקים במידע שאין הם מוכנים לחלוק עם אחרים, ומי שסבר שאנו בדרך לעולם ללא סודות, התבדה.⁵

כך בעולם וכך במשפט. מחד גיסא, המשפט מקדם ואף מחייב גילוי ושיתוף מידע בין צדדים במשפט האזרחי; ומחייב את המדינה, הצד החזק במשפט הפלילי, לחלוק מידע עם הנאשם, הצד החלש. מאידך גיסא, אולי אך טבעי שרבים מאוד, אפילו נציגי-מדינה, אינם ששים לחלוק מידע העשוי לקדם את ניצחון הצד האחר. כללים ועקרונות משפטיים חולשים על סוגיית שיתוף המידע, מייצרים ברירות מחדל לגביה וחריגים להן. מצד אחד, הדין מקים הליכי גילוי ועיון, הליכים שבמקרים רבים מלמדים כי לפחות אחד הצדדים אינו שבע רצון מהחומר שנחלק עימו, וסבור כי לצד השני מידע רלוונטי נוסף או גישה קלה למידע כזה. מצד אחר, הדין מכוון כלי-הסתרה, שהבולט בהם במישור הראיות הוא החיסיון, מכשיר מורכב שלעיתים רב הנסתר על הגלוי בו, מבחינה עובדתית קונקרטית ואפילו מבחינה משפטית כללית.

קשה להמעיט בחשיבותם של דיני הגילוי והחיסוי, המציירים את התמונה המשוערת של הראיות הגולמיות בתיק, תמונה שבתורה עשויה לנתב את הצדדים לאפיק מסוים בתיק, לרבות הכרעה מוסכמת לאור הראיות המסתמנות. קשה גם להמעיט במורכבותם, משום שבמקרים רבים נדרש יישום של כללים מופשטים על סוגיה נתונה בתיק נתון, מה שמתאפיין באינדיווידואליזציה קיצונית. נוסף על כך, כללים מסוימים אינם פורמליים, וחלק מהכללים הפורמליים עמומים, נעדרי פירוט ומיושנים. האתגר תדיר, כבד ומורכב מאוד.

2 Eugene Volokh, *Cheap Speech and What It Will Do*, 104 YALE L.J. 1805 (1995); JOHN BATTELLE, *THE SEARCH: HOW GOOGLE AND ITS RIVALS REWROTE THE RULES OF BUSINESS AND TRANSFORMED OUR CULTURE* (2005); MICHAEL STRANGELOVE, *THE EMPIRE OF MIND: DIGITAL PIRACY AND THE ANTI-CAPITALIST MOVEMENT* 110, 135 (2005).

3 YOCHAI BENKLER, *THE WEALTH OF NETWORKS: HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMS MARKET AND FREEDOM* 1, 7, 37 (2006); מיכאל בירנהק **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** 176 (2011).

4 אמל ג'אברין "המסחר במידע האישי: בין המצוי לרצוי" **מאזני משפט** ז 253, 257-269 (2010).

5 ניב אחיטוב **עולם ללא סודות** (2001).

על הרקע הזה, ברכה גדולה יצאה למערכת המשפט, בצורת ספרו החדש של שופט בית המשפט העליון, יצחק עמית: "חסיונות ואינטרסים מוגנים".⁶ המילה "ספר" היא לשון המעטה, שכן רוחב היריעה ואורכה מגלמים יצירה מורכבת ועשירה במיוחד, שניים או שלושה ספרים (לפחות) שחוברו להם יחדיו. הקוראות זכו בכרך עב-כרס המאגד לתוכו את התצרף העשיר של דיני הגילוי והחיסוי, פרי עטו של המחבר המושלם למלאכה.

בדרך ארוכה, מגוונת ועשירה – מעריכת דין פרטית לבית משפט השלום, משם לבית המשפט המחוזי, וכבר למעלה מעשור בבית המשפט העליון – עמית התמודד עם שאלות של גילוי וחיסוי בשלל צורות והקשרים, בדין האזרחי ובדין הפלילי. הוא שופט בולט בתחום, וכתב פסקי דין חשובים ומגוונים, לעיתים כחלק מהרכב,⁷ ולעיתים כדן יחיד.⁸ הפרספקטיבה הרחבה במיוחד שהעניקו לו הניסיון הפרקטי והגיוון השיפוטי התעשרה אף יותר הודות למחקר אקדמי שפרסם בשנת 2007, שבו בחן באופן אנליטי את עולם הגילוי והחיסוי, באמצעות מבט בחסיונות ובאינטרסים מוגנים נוספים.⁹ התוצאה בספרו החדש היא חיבור בשל במיוחד, עשיר, יסודי, מדוקדק, רחב ועמוק, המשלב בין תיאור מפורט של הדין לבין מבט נורמטיבי ואפילו דיון באשר לשינוי אפשרי של הדין; והכול ללא השלשלאות העובדתיות המגבילות שופט בתיק נתון. רוחב היריעה של הספר מעורר התפעלות, וכמוהו גם עדכנותו של הספר, מבחינת התייחסות לפסיקה חדשה ואף לספרות חדשה, ועושרה של היריעה, הכוללת משפט משווה מגוון ומאיר עיניים.

הספר חולק לשלושה שערים: הליכי הגילוי והעיון במשפט האזרחי; הליכי הגילוי והעיון במשפט הפלילי; ולבסוף חסיונות, ערכים ואינטרסים מוגנים.

6 יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים: הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי (2021).

7 רע"א 8943/06 יוחנן נ' סלקום ישראל בע"מ, פ"ד סג(3) 88 (2009); בג"ץ 7793/05 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סד(3) 1 (2011) (להלן: פרשת בר אילן); רע"א 5247/15 תיאופילוס ג'אנופולוס נ' הימנותא בע"מ (נבו) 28.8.2016 (להלן: פרשת תיאופילוס); בג"ץ 1347/18 פלונית נ' בית הדין הארצי לעבודה (נבו) 23.7.2019 (להלן: פרשת פלונית); ע"פ 2403/20 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו) 9.11.2020.

8 רע"א 4627/14 פז חברת נפט בע"מ נ' דיעי (נבו) 10.11.2014; בש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר, פ"ד סו(3) 422 (2014); בש"פ 296/18 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו) 15.3.2018; ת"פ (שלום עכו) 4452/97 מדינת ישראל נ' עודה, פ"מ התשנ"ט(3) 49 (1999).

9 יצחק עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר" ספר אורי קיטאי: אסופת מאמרים משפטיים לכבודו עם פרישתו מכס השיפוט 247 (בועז סנג'רו עורך) 2007.

השער הראשון, הליכי הגילוי והעיון במשפט האזרחי, כולל עשרים ואחד פרקים לאורכם של כ-150 עמודים. השער חושף את הרציונלים המגוונים בבסיס ברירת המחדל של הגילוי, מפרט הליכי גילוי מיוחדים בדין האזרחי, ואינו מתעלם מהאפשרות לניצול לרעה של הליכי הגילוי ומסרבול ההליך.

השער השני, הליכי הגילוי והעיון במשפט הפלילי, דומה לקודמו באורכו וכולל עשרים פרקים. גם הוא מתחיל מעמידה על הרציונלים של הגילוי, מפרט הליכי גילוי מיוחדים בדין הפלילי, ואינו מתעלם גם מהאפשרות לניצול לרעה ומסרבול ההליך הפלילי בגין בקשות גילוי.

השער השלישי, חסיונות, ערכים ואינטרסים מוגנים, הוא הרחב והעשיר מכול, וכולל 45 פרקים, לאורכם של כ-800 עמודים, יריעה אשר לבדה מגלמת ספר עב-כרס. הפרקים הראשונים עוסקים ברבדים כלליים של חסיונות, וכוללים הסברים מופשטים על חסיונות, כמו ההבחנה בין חיסיון יחסי לחיסיון מוחלט, וכמו ההנגדה בין חיסיון לבין רעיונות משפטיים קרובים אך שונים דוגמת סודיות, קבילות, פומביות וכשרות. מכאן ואילך מתחיל ניתוח של חסיונות קונקרטיים וסוגיות קשורות, דוגמת עורך דין, מסמכים שהוכנו לקראת משפט, רואה חשבון, יועץ תקשורת, פסיכולוג, פסיכותרפיסט ועוד.

ריבוי הפרקים ותתי-הפרקים מקל מאוד על איתור סוגיות והבנתן לעומק. לצד זאת, במהדורות עתידיות, שיש לקוות שיגיעו, ראוי להאיר על מבנה הספר. אומנם ההקדמה לספר כוללת התייחסות למבנהו, אלא שהיא בת שני עמודים, כאשר הספר נושא 1150 עמודים, לא כולל מפתחות. ההסבר המופיע בה לקוני ואינו מספק ולו רמז לבחירות מהותיות הנוגעות למבנה הספר. במהדורה הבאה, מוטב לפתוח כל שער בפרק מבוא, מפת הדרכים לקוראת המסבירה לה הן את היעד והן את הדרך, תוך פירוט ההבחנה בין השערים, ההאחדה של נושאים מסוימים תחת שער נתון, תחת פרק נתון, ובסדר. אפשר, למשל, להסביר את ההפרדה של השערים לצד איחודם לאותו ספר, בחירה מוצלחת. השער הראשון והשער השני קשורים היטב, אך נפרדים בעליל: קשורים בסוגיות הנדונות, ונפרדים בגין הדיכוטומיה הכללית הדרמטית והמוכרת ביותר במשפט, ההבחנה בין אזרחי לבין פלילי. גם השער השלישי קשור היטב לקודמיו, אך נפרד מהם בעליל: קשור משום שהחיסוי הוא היפוכו של הגילוי, ולעיתים מה שמתחיל בחיסוי מסתיים בגילוי; ונפרד משום שברירת המחדל אשר לגילוי ולחיסוי היא שונה, וכמוה גם מערך הדינים החולש על הסוגיות.

הסבר המחבר על אודות נקודת מבטו יסייע מאוד בהבנת החיבור המורכב, המפורט והארוך: מה הופך אגד של דפים לכדי פרק, מה מוביל לראשיתו של פרק חדש, כיצד מתחברים הפרקים זה לזה, מה קודם למה וכדומה. למשל בשער הראשון פרק י שכתורתו "הליכי הגילוי והעיון נועדו לקדם את ההליך העיקרי". כבר לעצמה, הכותרת המסורבלת מרמזת כי המסר הגלום בפרק – אינו ראוי

להיות פרק, אלא תת-פרק או למטה מכך; אורך הפרק, שני עמודים וחצי, מחזק את הרושם. הפרק הבא, פרק יא, שכותרתו "הכבדה, מידתיות ושימוש לרעה בהליכי הגילוי והעיון" נראה כהמשך של אותה סוגיה, הנוגעת לצורך להציב גבולות להליכי הגילוי. פרב יב, "עלויות גילוי ועיון במסמכים", נראה טכני מאוד במהותו, נושא שספק אם מצדיק פרק; תוכן של עמוד ומחצה מחזק את המסקנה כי מוטב היה להתייחס לכך כתת-סוגיה כחלק מפרק כלשהו. לעומת זאת, פרק יח, "הליכי גילוי ועיון בבית הדין לעבודה", נראה בכותרתו כפוטנציאל המצדיק פרק; אולם תוכן בן עמוד יחיד לא נראה מתכון לפרק ממצה.

גם בשער השלישי והעשיר קשה למצוא היגיון מֵאֲחָד הנוגע להפרדת תכנים ולהאחדתם, וקשה עוד יותר לאתר היגיון המסביר את סדר הפרקים. הפתיחה הגיונית מאוד: פרקים המסבירים את דיני החסיונות באופן כללי, ועורכים הבחנות אנליטיות חשובות. אולם בהמשך הדרך קשה למצוא את ההיגיון המבני, בהיעדר הסבר מצד המחבר.

פרק י בשער השלישי הוא הראשון שעוסק בחיסיון קונקרטי, נוגע לעורך דין-לקוח, בחירה שאינה מובנת מאליה. מדוע להתחיל בחסיונות המקצועיים דווקא? אם הולכים לפי סדר ההופעה של החסיונות בפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), הראשון הוא חיסיון לטובת המדינה, בסעיף 44. אם הולכים לפי הסדר הנוגע לחסיונות המקצועיים, חיסיון עורך דין-לקוח הוא אומנם הראשון; אך הבא בתור הוא חיסיון רופא-מטופל. לעומת זאת, פרק יא עוסק במסמכים שהוכנו לקראת משפט, חיסיון שאינו מקצועי ואף אינו חקיקתי. הקורא מבין כי סדר ההופעה בחוק אינו סדר הדיון, ואולי מבין גם שהפרקים הקונקרטיים הראשונים סובבים סביב חסיונות הנוגעים להליך המשפטי. עם זאת, פרק יב עוסק בשאלה טכנית שאינה נוגעת לחסיונות המשפט בלבד, מועד העיון בחומר החסוי; ואילו לפני הדיון בחסיונות נוספים הסובבים סביב הליכי משפט, דוגמת הליכי גישור ובירור, מגיע פרק יג, יועץ תקשורת-לקוח, נושא שבבירור אינו קשור להליכי משפט.

קושיה מבנית נוספת, לדוגמה, עולה באשר לחיסיון פסיכולוג-מטופל. פרק יז עוסק בחיסיון זה, המעוגן בסעיף 50 לפקודת הראיות; פרק כ עוסק בחיסיון פסיכותרפיסט-מטופל-נפגעת תקיפה מינית, חיסיון שאינו מעוגן בחוק או בפסיקה, ועל פני הדברים נראה כמקרה פרטי של הפרק הקודם, ולא כנושא עצמאי; ואז מגיע פרק כא, פרטיות ונפגעות עבירות מין, שנראה כזווית נוספת במקרה הפרטי שנדון בפרק הקודם. הספר מציע הסבר לקוני: הרגישות המיוחדת לנפגעות עבירת המין מצדיקה פרק נפרד לחיסיון פסיכותרפיסט, ואילו תדירות הפסיקה בנוגע לפרטיות הנפגעות מצדיקה פרק נוסף.¹⁰ אולם לא ברור מדוע

10 עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים, לעיל ה"ש 6, בעמ' 665, 679.

רגישות לסוגיה ולחלופין ריבוי פסיקה בתת-תחום מצדיקים פרק נפרד באותו נושא, להבדיל מהרחבת הטקסט בפרק המתאים.

בדומה, לא ברור מדוע עמית כותב פרקים שגם לדידו אינם שייכים לתחום החיסיון. למשל פרק ל, העוסק בדברים שהוחלפו במשא ומתן להסכם עד מדינה, מכריז כבר בראשיתו כי אין מדובר בחיסיון, אלא ביישום כלל הפסילה המפורסם בסעיף 12 לפקודת הראיות. לא כל תקשורת או מסמך שיש בהם רובד מסוים של סודיות – משתייכים לעולם החסיונות, כמפורט בהמשך, ואף לא לעולם הגילוי או שלילתו; ואם כך, אין הם משתייכים גם לשער.

מבחינה מבנית, בשער העוסק בחסיונות, מוטב להפריד מושגית בין סוגי חסיונות. למשל אפשר להפריד בין החיסיון היחיד שיש לכל אדם, החיסיון מהפללה עצמית, לבין חסיונות תעודה, המצריכים תעודה מרשות לשם קיומם, לבין חסיונות מקצועיים וכדומה. מתבקשת הפרדה ברורה בין חסיונות שהוכרו בחוק ולמצער בפסיקה לבין חסיונות שאינם קיימים כיום, דוגמת חיסיון פסיכותרפיסט וחיסיון יועץ תקשורת; אף שהדיון באחרונים מבורך, אין הוא שווה ערך לדיון בחסיונות הקיימים, ולכל הפחות אינו שזור בהם. בחיבור אנליטי יסודי ועשיר, דרושות גם האחדה והפרדה אנליטיות, הנוגעות למשל לסוג הסוד, סוג ההליך הטיפוסי הבוחן את החיסיון, סוג החוק ואפילו סדר ההופעה של חסיונות מסוגים שונים בחוק אחד. אחדות ועקיבות הן מסר עצמאי חשוב, המסייע להעביר את התוכן באופן בהיר.

לבסוף, הערה מבנית שולית נוגעת לאחידות הסגנון. אף שהספר בהיר וקולח מאוד, וככלל אחיד בסגנונו, ראויה האחדה כללית גם בדברים הקטנים. דוגמה לחוסר אחידות סגנונית נוגעת לאופן שבו הסופר עמית מתייחס להחלטותיו כשופט, כאשר לעיתים הוא נוהג לשון המאחדת בין המלומד והשופט ("כפי שכתבנו בעניין..."), ולעיתים מתייחס לעצמו בגוף שלישי ("השופט עמית כתב..."). דוגמה אחרת לחוסר אחידות היא כי בשני השערים הראשונים הערות השוליים נספרות מפרק לפרק, ומרמזות בכך לחיבורם של הפרקים; בעוד בשער השלישי הערות השוליים מתחילות בכל פרק מחדש. בהקשר קרוב, עניין אחיד אך לא מוצלח עולה מהבחירה להתחיל למנות את הפרקים מחדש בכל שער, במקום להמשיך עם מספור הפרקים בשערים קודמים; בספר יש שלושה פרקי א, שלושה פרקי ב וכדומה, מה שמקשה על מעקב ואף על הפניה לתוכן.

ב. הרציונלים והגבולות של דיני החסיונות

בספר כה חשוב, יסודי, עשיר ומרתק, קשה למבקך לבחור באילו סוגיות להתמקד. החלטתי להתמקד בשער השלישי והרחב, ולהרחיב על אחת הטענות הכלליות המרתקות שעולות בו, באשר לאיתור רציונלים משותפים בבסיס

החסינות כולם – פרטיות ואוטונומיה. זאת במבט ביקורתי באופן שבו הרציונלים מוגנים היטב באמצעות מכשיר החסינות. הדבר כמוכן קשור לשאלת הגבולות של החסינות.

אפתח בדיון מושגי במכשיר החיסיון: אציע לו הגדרה התחלתית ואחדדה, בעזרת המבט האנליטי של עמית בתחום. אתייחס לדיון שלו ברציונלים בעד גילוי ונגדו. אנתח את הרציונלים שהציע לקיומם של החסינות – תקשורת חופשית, פרטיות ואוטונומיה. אצביע על הדיסוננסים העולים מהם ואטען כי אין להם פתרון ריאלי. אסיים בדיון דוקטרינרי-תכליתי ביקורתי בחסינות מקצועיים, מהחסינות המוכרים ביותר, ואציע כיוונים לשיפורם.

1. מהו, בעצם, החיסיון?

בתחילת השער השלישי מציג עמית את דיני החסינות באופן כללי, מרחיב על המטרה שבבסיסם, ומתאר את פעולותם: "מונעים וחוסמים הצגת ראיות רלוונטיות בהליך המשפטי".¹¹ אכן, חסינות הם כללים של "הגבלת אינפורמציה", מניעת מידע מבית המשפט ומצד אחר להליך.¹² הם משרתים ערכים מגוונים באמצעות שמירת סודיות,¹³ על חשבון ערכים, אינטרסים וזכויות של אחרים, שהבולט שבהם הוא ערך האמת,¹⁴ ערך המומשג כמטרה עיקרית בהליך המשפטי בכלל ובהליך הפלילי בפרט, תנאי להגשמת הערכים אשר בבסיס הדין המהותי.¹⁵ ברור כי יצירת חיסיון מנוגדת לברירת המחדל במשפט ומפריעה לאמת בפוטנציה.¹⁶

11 שם, בעמ' 345.

12 דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותיזות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג 83, 87-88 (1997).

13 נינה זלצמן "אמת עובדתית" ו'אמת משפטית' – מניעת מידע מבית המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפט כד(2) 263, 264-265, 270-271 (2000); CHARLES T. MCCORMICK, KENNETH S. BROUN & JOHN W. STRONG, MCCORMICK ON EVIDENCE 299 (5th ed. 1999).

14 שושנה נתניהו "על התפתחויות בסוגיית החסינות המקצועיים", ספר זוסמן 297, 298 (1984).

15 ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 505, 516 (1981); אהרן ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז 11, 12, 15 (1996); יניב ואקי ומאיה רוזנשטיין "בין זיכוי 'מחמת הספק' לזיכוי 'מחמת הספק הסביר'" ספר דיויד וינר: על משפט פלילי ואתיקה 489, 502 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים) 2009; יניב ואקי דיני ראיות כרך א 21-25 (2020).

16 ראו את דבריו והפניותיו הרבות של הנשיא ברק: רע"א 1412/94 הסתדרות מדיציניית הדסה נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, פס' 5 לפסק הדין של השופט ברק (1995); דורון מנשה הלוגיקה של קבילות ראיות 21 (2008).

בד-בבד, חסימה ומניעה של ראיות רלוונטיות נובעות גם מסיבות רבות שאינן חיסיון, וחשוב להבחין בין המנגנונים השונים החוסמים ראיות. אומנם, כבר בשנת 2007 ערך עמית הבחנה אנליטית מאירת עיניים בין מכשירים משפטיים שונים בדיני הראיות והפרוצדורה.¹⁷ בספרו החדש הוא שב ומטעים את ההבחנה בין קבילות לחיסיון (פרק ה), את ההבחנה בין סודיות לחיסיון (פרק ו), את ההבחנה בין פומביות הדיון לבין חיסיון (פרק ז), ואת ההבחנה בין כשרות להעיד לבין חיסיון (פרק ט). שלא כתפיסה הציבורית המבלבלת בין חיסיון לבין סודיות ואתיקה, חיסיון הוא כלי משפטי אשר אינו כרוך בכל חובה. החיסיון המקצועי למשל לא מחייב את בעל המקצוע בשום פעולה או מחדל. סודיות או אתיקה עשויות לחייב כאמור באמצעות חקיקה, תקנות או כללים; אולם סודיות ואתיקה לחוד, וחיסיון לחוד.¹⁸ ההבחנות האנליטיות מסייעות להיטיב להבין הן את הסוגיות שבהן מתמקד הספר והן את גבולות הגִזְרָה שלו, סוגיות הנותרות ככלל מחוץ לספר.

לצד זאת, אף שעיקר הספר סובב סביב חסיונות, וחרף עובי הכרך, לא הצלחתי לאתר בשום מקום הגדרה למונח "חיסיון". אפיון החיסיון כמחסום לראיות רלוונטיות בבית המשפט הוא צר מדי, מצד אחד, ורחב מדי, מצד אחר. הוא צר מדי, משום שהחיסיון אינו מחסום החל בבית המשפט גרידא, כמו פסילת ראיות ועדים, אלא חל בפני כל גוף המוסמך לגבות ראיות, כעולה מסעיף 52 לפקודת הראיות. מצד אחר, אפיון החיסיון כאמור הוא רחב מדי, משום שקיימים מחסומים מגוונים ורבים לראיות רלוונטיות בבית המשפט: פסילת ראיות, פסילת עדים, סודיות, בחירתם של בעלי הדין את מי לא להביא, בחירתם של אנשים שלא למסור מידע רלוונטי ושלם אף מחוץ לבית המשפט, חקירה משטרתית לא מושלמת, היערכות לא מושלמת של עורכי הדין למשפט, ניהול לא מושלם של המשפט מצד עורכי הדין והשופט, ושפע סיבות נוספות. לפחות הפורמליים שבין המחסומים שציינתי משרתים מטרות וערכים מגוונים, והחיסיון אינו מגן הערכים היחיד.

היעדר ההגדרה לחיסיון אינו מקרי, כמדומני. המחוקק לא טרח להגדיר את המונח החשוב הזה, כפי שלא טרח להגדיר מונחים קרובים חשובים נוספים, כמוודגש בסיכום מאמרי. אולם כדי להיטיב להבין את מכשיר החיסיון ואת גבולותיו, אין מנוס מהגדרה.

17 עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי", לעיל ה"ש 9.

18 להבחנות אנליטיות: לימור זר-גוטמן "חובת הסודיות של עורך הדין וחיסיון עורך דין – לקוח: הגיעה השעה להיפרד" הפרקליט מו 168, 171–180 (2002); אסף הרדוף "חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון? חיסיון עורך דין וירטואלי: על חיסיון עורך דין, תכליתו וגבולותיו" משפט ועסקים יט 305, 323–329 (2015).

אתחיל ואכתוב כי המונח העברי "חיסיון", אף שמבוסס ומוכר היטב, אינו מדויק. השורש ח-ס-י נוגע למציאת מחסה והגנה, כאשר המילים "חיסיון" ו"חסוי" מתחברות אינטואיטיבית להגנה על מידע, ובמשתמע להגנה על מידע סודי. אולם איזו הגנה בדיוק מספק החיסיון? כדי להשיב עלינו להבין ראשית איזו הגנה החיסיון אינו מספק.

מועיל לשוב להבחנות שערך עמית בין חיסיון לבין קבילות, סודיות, פומביות וכשרות. מידע המוגן בחיסיון אינו בהכרח ראיה פסולה; חיסיון כשלעצמו אינו מייצר חובת סודיות; חיסיון אינו מוביל אוטומטית לסגירת דלתות בית המשפט או לאיסור פרסום; וחיסיון אינו קשור כלל לכשרות להעיד. לשון אחר, כאשר המידע החסוי מוצא דרכו לבית המשפט, אין החיסיון מגן על בעליו באמצעות פסילת הראייה; קיומו של החיסיון לא מחייב אדם היודע על המידע החסוי לשמור על סודיות; אין בית המשפט מחויב לסגור את דלתותיו כאשר הוא שומע מידע שהיה מוגן בחיסיון, והתקשורת לא מנועה מלפרסם מידע כזה; בעל החיסיון והנהנה ממנו אינם פסולים כעדים, וברגיל אפשר לכפות עליהם להעיד. יוצא, כי החיסיון הוא מגן-מידע חלש למדי.

המונח הלועזי לחיסיון, "פריווילגיה", מסמן את הכיוון ומחדד את המחסום: חיסיון כזכות-יתר, כפי שכותב עמית במפורש לאורך ספרו.¹⁹ החיסיון פועל מול רשות אשר, ברגיל, מוסמכת לדרוש שיתוף פעולה, דוגמת המשטרה ואף בית המשפט,²⁰ והוא מכשיר מבטל-חובה – החובה לשותף פעולה עם רשות מוסמכת. כמובן, בהיעדר סימוכין לדרישה לשיתוף פעולה, חיסיון ממילא לא נדרש; אדם אינו זקוק לחיסיון כדי שלא למסור מידע שאינו מעוניין למסור לגורם בלתי מוסמך. בהגדרה התחלתית, שתחודד בהמשך: "חיסיון – זכות-יתר המקנה אפשרות משפטית שלא לשותף פעולה עם רשות המוסמכת לדרוש מאדם מידע, מסמך או חפץ".

כבר תחת הגדרה זו ניכר מתח דוקטרינרי. אפיון החיסיון כזכות-יתר אינו מתיישב יפה עם זיהוי הבסיס החוקתי הנורמטיבי של חסיונות כזכות לפרטיות, כמפורט בהמשך. חרף החפיפה החלקית בשם העברי בין "זכות" ו"זכות-יתר", חפיפה תמוהה שאינה קיימת בשפה האנגלית, זכות-יתר אינה חלק משפת הזכויות. שפת הזכויות היא ככלל שוויונית, אף שזכויות מסוימות עשויות להיות תלויות בפרמטר חיצוני כלשהו, גיל לדוגמה. שפת זכויות-היתר היא בהגדרה

19 עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים, לעיל ה"ש 6, בעמ' 355, 407, 744.

20 Adrian A.S. Zuckerman, *Legal Advice Privilege and Litigation Privilege – a Reassessment of the Private and Secure Zone* מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – אסופת מאמרים לכבודו של פרופסור אליהו הרנון 105, 120 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים 2009).

ממש בלתי-שיוויונית, וניתנת למעטים כיתרון מול הרבים; כאשר, בנוגע לחסינות, המעטים הללו אינם בהכרח חלשים, אלא דווקא חלק מקבוצת כוח.²¹ לעומת זאת, סוג אחד של חיסיון מוכר לא יכול להיקרא "זכות-יתר" משום שבהגדרה הוא מוקנה לכל אדם: החיסיון מהפללה עצמית.²² מעבר לכך, שפת הזכויות מתכתבת עם שפת החובות: זכותו של האחד מייצרת חובה על האחר, ולהפך.²³ אולם קשה לזהות חובות ברורים הנולדים מהחיסיון ומוחלים על המדינה או על אזרחים אחרים. החיסיון מהפללה עצמית מתיר לאדם שלא למסור ראיות שיפלילו אותו, למשל מידע המצוי במוחו, בגופו או במחשבו. אולם אין חיסיון זה מונע מהמדינה לנסות ולהגיע לכל סוגי המידע האמור, לרבות באמצעי כפייה ואפילו אלימות. באשר למידע המצוי במוחו של הפרט, החיסיון מהפללה עצמית אינו מונע מהמדינה לעצור את הפרט ולתשאל אותו, לשקר לו ולהונות אותו, לנסות להוציא את המידע ממוחו, ולחלופין לנסות ולהגיע לאותו מידע, בהנחה שהוא מצוי גם מחוץ למוחו.²⁴ אשר למידע המצוי בגופו של הפרט, החיסיון מהפללה עצמית אינו מונע מהמדינה לעצור את הפרט

21 ראו את תיאוריית הכוח: Carolyn Peddy Courville, *Rationales for the Confidentiality of Psychotherapist-Patient Communications: Testimonial Privilege and the Constitution*, 35 HOUSTON L. REV 187, 202-03 (1998); David B. Canning, *Privileged Communications in Ohio and What's New on the Horizon: Ohio House Bill 52 Accountant-Client Privilege*, 31 AKRON L. REV 505, 512, 535, 536, 551 (1997); Raymond F. Miller, *Creating Evidentiary Privileges: An Argument for the Judicial Approach*, 31 CONN L. REV 771, 787 (1999)

22 לרציונלים של חיסיון זה אין קשר לזכויות-יתר: דוד ליבאי "חקירת חשוד והחיסיון מהפללה עצמית" הפרקליט כט 92, 96-100 (1973); עמנואל גרוס "החיסיון מפני הפללה עצמית - האמנם ציון דרך במאבקו של האדם הנאור לקידמה?" מחקרי משפט ז 167, Charles R. Nesson & Michael J. Leotta, *The Fifth Amendment*; (1989) 181-173 *Privilege against Cross-Examination*, 85 THE GEO L.J 1627, 1632-45 (1997); Rinat Kitai-Sangero, *Respecting the Privilege Against Self-Incrimination: A Call for Providing Miranda Warnings in Non-Custodial Interrogations*, 42 N.M.L. Rev. 203, (2012) 34-223; רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' שרון, פ"ד נח(1) 748 (2003).

23 ראו, למשל, את הטעון כי לבעלי חיים יש זכויות לאורם של חובות ואיסורים המוטלים על האדם: יוסי וולפסון "מעמד בעלי-החיים במוסר ובמשפט" משפט וממשל ה 551, 559 Jeff Leslie & Cass R. Sunstein, *Animal Rights without Controversy*, 70 LAW & CONTEMP. PROB. 117, 119 (2007).

24 לביקורת על החקירה המשטרית: בועז סנג'ור הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות 183-196 (2014); רינת קיטאי סנג'ור "איסור לשקר לחשוד באשר לקיום ראיות מפלילות" מחקרי משפט לב 315 (2019).

ולערוך בגופו חיפוש, לרבות בכפייה ובכוח,²⁵ ואינו מונע הגעה למידע בדרך אחרת, לרבות בניגוד לחוק.²⁶ אשר למידע המצוי במחשבו של הפרט, החיסיון מהפללה עצמית אינו מונע מהמדינה לתפוס את מחשבו של הפרט, לחדור אליו באמצעות טכנולוגיה מתקדמת, ואפילו לנסות לחדור אליו באמצעות הפעלת אלימות נגד הפרט,²⁷ ואפילו אינו מקנה לו זכות טיעון נגד החדירה לחומר מחשבו.²⁸ זאת אף שבית המשפט העליון הטעים שוב ושוב את חשיבותה של הפרטיות בחומר המחשב.²⁹ אם כן, איזו "זכות" בדיוק נותן החיסיון לפרט? אפילו את זכות השתיקה אין הוא נותן מבחינה מושגית, משום שהפרט מחויב להשיב לשאלות שהתשובה להן אינה מפלילה אותו.³⁰

לעומת זאת, חשוב להדגיש, חיסיון אינו "אינטרס מוגן" גרידא. דווקא משום האנליטיות המבורכת של חיבורו של עמית, ראוי לחדד את ההבחנה בין כלים משפטיים נפרדים. השופט עמית כתב בעבר כי אין חשיבות רבה לשאלה אם המשפט מקנה חיסיון בנושא מסוים, או פשוט מתחשב באינטרס המוגן בעת איוון הנוגע לבקשות גילוי.³¹ הסופר עמית חזר על הדברים באופן כללי,³² וכתב באופן קונקרטי כי אומנם אין חיסיון של פרטיות בחוק, אלא שבהיבט המהותי,

25 חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו – 1996 (להלן: חוק החיפוש); ע"פ 663/81 חורי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 85 (1982); עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים, לעיל ה"ש 6, בעמ' 885.

26 ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626 (2011).

27 ס' 23 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט – 1969 (להלן: הפסד"פ); יגאל בלפור וגיל שפירא "ונשמרתם לאצבעותיכם: חובתו של השודד לסייע לחיפוש במכשיר סולארי ושימוש בכח לשם פתיחת מכשיר הנעול באמצעות טביעת אצבע" **הסניגור** 267, 4 (2019); חיים ויסמונסקי ועמוס איתן "השימוש בכוח סביר לשם התגברות על הגנת סיסמה והצפנה: הצדקות וביקורת" **הסניגור** 268, 4 (2019).

28 ראו את דעת הרוב השמרנית של השופטים הנדל וברון כנגד דעת המיעוט האמיצה של השופט אלרון; בש"פ 5105/20 שמעון נ' מדינת ישראל (נבו) 25.5.2021.

29 בש"פ 7368/05 זלוטובסקי נ' מדינת ישראל, פס' 7 לפסק הדין של השופט ריבלין (נבו) 4.9.2005; ע"פ 9893/06 לאופר נ' מדינת ישראל, פס' 19 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (נבו) 31.12.2007; ע"פ 8627/14 דביר נ' מדינת ישראל, פס' 7 לפסק הדין של השופט עמית (נבו) 14.7.2015; רע"א 2552/16 זינגר נ' חברת יהב נחמיאס טכנולוגיות (1990) בע"מ, פס' 42 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו) 10.5.2016 (להלן: פרשת זינגר).

30 ס' 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), 1927.

31 פרשת בר-אילן, לעיל ה"ש 7, בפס' 9 לפסק הדין של השופט עמית; פרשת תיאופילוס, לעיל ה"ש 7, בפס' 33 לפסק הדין של השופט עמית.

32 עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים, לעיל ה"ש 6, בעמ' 362–363.

אינטרס הפרטיות שקול לחיסיון.³³ מסר זה נרמז אף מכותרת הספר. אולם אין הוא מדויק.

בניגוד לחיסיון, רעיון האינטרס המוגן אינו פועל מחוץ לבית המשפט, ואינו מקנה לאדם זכות-יתר שלא לשתף פעולה עם רשויות המוסמכות לדרוש ממנו שיתוף פעולה. התרשים מאיר העיניים של עמית בנושא בקשה לעיון,³⁴ למשל, אינו רלוונטי כלל אשר לגופים כמו המשטרה, גופים שאינם מחויבים לשקול אינטרסים מוגנים כאלו ואחרים טרם הצגת דרישה לפרט לשתף פעולה. נוסף על כך, החיסיון מייצר ברירת מחדל, שלפיה אין אדם חייב לשתף פעולה כאמור; בעוד ברירת המחדל הנוגעת לאינטרס מוגן הפוכה: גילוי, אלא אם בית המשפט החליט להתחשב באינטרס המוגן. לבסוף, הכרעה באינטרס מוגן כזה או אחר נעשית אד-הוק ורלוונטית בתיק פלוני ובו בלבד; בעוד הכרה בחיסיון משפיעה על איך-סוף מקרים עתידיים, ביצירת כוח חדש אשר ניתן לשימוש בידי אנשים מסוג נתון בהקשר מסוים. למשל בהליך אזרחי, ההחלטה שבעל מקצוע פלוני לא נדרש למסור מידע על לקוחו רחוקה מאוד מההכרזה על קיום חיסיון במערכת היחסים המקצועית. חיסיון כזה משליך על כל בעלי המקצוע ולקוחותיהם בעתיד; אין הוא מוגבל למשפט האזרחי, וחל גם במשפט הפלילי; ואין הוא מוגבל גם לזירה השיפוטית, אלא חל גם על רשויות אחרות.

אסכם פרק זה ואכתוב כי המונח "חיסיון" מטעה ומבלבל. גם מונח זכות-היתר, שבבירור מדויק יותר, עלול להסיח את הדעת, ואינו מתאים מבחינה דוקטרינרית. אם חפצים אנו בדין אחיד ועקיב, מוטב להיפרד מהמונח חיסיון, ולהסתפק במונח צנוע בהרבה: פטור. כל שעושה החיסיון, וכל שהוא מתיימר לעשות, הוא לפטור את הנהנים מהחיסיון מחובתם לשתף פעולה עם רשות המוסמכת לדרוש שיתוף פעולה (שאם אינה מוסמכת, לא נדרש פטור כלל). עד כמה מצליח החיסיון להשיג מטרות מופשטות יותר? כדי להשיב לכך, יש לדון ברציונלים המצויים בבסיס החסיונות.

2. הרציונלים בבסיס החסיונות

2.1 רציונלים בעד גילוי ונגדו

שני השערים הראשונים בספר נפתחים באופן דומה: המשגת הרציונלים בבסיס ברירת המחדל של הגילוי. בדין האזרחי, מצביע עמית על שלושה רציונלים עיקריים: ייעול ההליך וקידום פשרה; קידום השוויון וההגינות בין הצדדים;

33 שם, בעמ' 1129.

34 שם, בעמ' 369.

ומטרת-העל של הגילוי – קידום חקר האמת והדין המהותי.³⁵ בדין הפלילי, מצביע עמית על ארבעה רציונלים: משפט הוגן; צמצום פערי הכוחות; היערכות הנאשם למשפט; וחקר האמת.³⁶ דומני שלמעשה, הרציונלים בדין האזרחי יפים, בשניונים מחויבים, גם לדין הפלילי. חקר האמת הוא רציונל חופף; קידום השוויון וההגינות היא מטרה דומה למשפט הוגן ולצמצום פערי הכוחות; היערכות הנאשם למשפט אינה רציונל עצמאי, אלא תנאי לקיומו של משפט הוגן, שוויוני וכן תנאי ליעול המשפט, שחשוב גם באפיק הפלילי.

לאור חוזקם של הרציונלים בעד גילוי, אפשר לצפות כי רק רציונלים חזקים נגד גילוי יהפכו את ברירת המחל. אף שהספר עוסק בגילוי ובחיסוי גם יחד, הרי שלעומת הדיון המקדמי הסדור אשר לרציונלים בעד גילוי, הרציונלים נגד גילוי לא עולים בבירור בשלב מוקדם בספר. בשער האזרחי, רק בפרק יא עולה לראשונה רציונל נגד גילוי, הנוגע לחשש מהכבדה על בעל הדין שכנגד ולחשש משימוש לרעה בהליכי הגילוי; ואילו רק בפרק טו, העוסק בהליכי גילוי במידע דיגיטלי, עולה לראשונה הפרטיות כרציונל המגביל את הגילוי.³⁷ בשער הפלילי רציונל ההכבדה עולה בפרק יז, ואילו רציונל הפרטיות עולה לראשונה בפרק י, בקשר להגבלת העתקה, להבדיל מהגבלת עיון וגילוי; ועולה גם בקשר להגבלת גילוי בפרק יח, העוסק בתוצרים דיגיטליים.³⁸ בשער זה גם מוקדש פרק לזכות העיון של התביעה בראיות הגנה במקרים נדירים, כאשר עמית מבהיר היטב את האסימטריה של הגילוי במשפט הפלילי, ומשתמע כי פער הכוחות הוא ההצדקה לכלל אי-הגילוי מצד ההגנה.³⁹ הצגה זו מתעלמת מהאסימטריה הקיצונית הקודמת לשלב האישום, מבחינת מידע. נציגי המדינה נהנים מארגז כוחות עשיר במיוחד, שאין לאף בעל דין שכנגד. רק למדינה הסמכות לייצר מידע בדרכים מסוימות, שאילו יהלך בהן אזרח – הוא עלול למצוא עצמו בכלא. למשל רק המדינה יכולה לנהל חקירה משטרתית ולתשאל בכפייה חשודים,⁴⁰ לרבות ובמיוחד חשודים במעצר.⁴¹ אזרח אשר יתפוס אזרח אחר כדי לחקור אותו – יעבור עבירה פלילית של כליאת שווא;⁴² וסניגור אשר יפנה לאדם שהמדינה

35 שם, בעמ' 31–34.

36 שם, בעמ' 183–186.

37 שם, בעמ' 116–118.

38 שם, בעמ' 306–310.

39 שם, בעמ' 181, 295.

40 ס' 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982; חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002.

41 חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996.

42 כליאת שווא היא עבירה המוגדרת בס' 377 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).

סימנה כעד פוטנציאלי שלה – עלול למצוא עצמו חשוד בעבירות הנוגעות לשיבוש מהלכי משפט. רק המדינה יכולה לבצע האזנות סתר, פעולה שהיא עבירה פלילית לאזרח, ללא סייגים.⁴³ רק המדינה יכולה לבצע חיפושים ללא הסכמה ואף בכוח בגופו של אזרח, בביתו ובמחשבו, פעולות שהן עבירות פליליות כאשר אזרח מבצע.⁴⁴ בדומה, רק למדינה יש גישה לריכוז העשיר של מידע שהרשויות אגרו על אזרחים; בעוד אזרח המחזיק מאגרי מידע שיצר בעמל ובממון עצמי נדרש לעמוד בתנאים מגוונים,⁴⁵ ואינו זכאי לגשת לסוגי מידע רבים אשר המדינה מחזיקה, ולאילו שהוא עשוי לזכות בגישה, הגישה אינה תמיד קלה.⁴⁶ המדינה מייצרת מידע כנגד אזרחים באופן שלעיתים מכביד עליהם מאוד; אך הכבדה זו כשלעצמה אינה מונעת את יצירת המידע, ולעיתים זוכה בשיתוף פעולה שיפוטי, למשל בצורת צווים.

בשער השלישי, רציונל הפרטיות עולה בשלב מוקדם בהרבה, וזוכה לדיון נרחב בפרקים מגוונים. כבר בפרק א בוחן עמית את הרציונלים שבבסיס החסיונות, מסכם ומצביע על שניים עיקריים בבסיס מרביתם. הראשון הוא הרציונל התועלתני, והמוכר היטב שעליו הצביע חוקר החסיונות המפורסם מכול, וויגמור (Wigmore): אפשרות תקשורת פתוחה וחופשית שיש לחברה עניין בקיומה; ואילו השני, והמעניין יותר, הוא רציונל של פרטיות ואוטונומיה אישית, אותו מחבר עמית לזכות החוקתית לפרטיות.⁴⁷ לאורך ספרו ניכרת תפיסה כי הרציונל התועלתני בעצם מוכל ברציונל המודרני, ומתחבר גם הוא לקידום הפרטיות והאוטונומיה, כזכויות חוקתיות.⁴⁸

43 ס' 2, 4-7 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 (להלן: חוק האזנת סתר).

44 חיפושים בתוך הגוף נערכים לפי חוק החיפושים. חיפושים על הגוף, במקום ובמחשב נערכים לפי הפסד"פ. חיפוש פרטי בכוח בגופו של אדם היא, לכל הפחות, עבירת תקיפה סתם, לפי ס' 379 לחוק העונשין. כניסה לביתו של אדם בלי הסכמתו היא עבירת התפרצות לפי ס' 406 לחוק העונשין. חדירה לחומר מחשב של אדם אחר היא עבירה לפי ס' 4 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995.

45 פרק ב' לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

46 חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, מתיר לאזרחים לבקש מידע אשר רשויות מחזיקות, אך לא מכול סוג; הרשויות נוטות לא לשתף פעולה עם החוק: הלל סומר "חוק חופש המידע: הדין והמציאות" המשפט ח 435, 438, 440, 442 (2003); יורם רבין ורועי פלד "שבע שנים לחוק חופש המידע: האם הושגה השקיפות המיוחלת?" המשפט יא 625, 628 (2007); יובל קרניאל ועידן שנר "חוק חופש המידע והאינטרנט: האם הגיעה העת לשינוי חקיקתי?" מאזני משפט ז 307, 354 (2010).

47 עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים, לעיל ה"ש 6, בעמ' 347-351; לדיון ברציונל הפרטיות באשר לתקשורת מקצועית חסויה ראו ישגב נקדימון חיסיון עיתונאי 138-140 (2013).

48 עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים, לעיל ה"ש 6, בעמ' 365, 449, 619, 883, 1127-1155.

הניסיון האקדמי להביט בחסיונות כמכלול ולמצוא היגיון מאחד בתמונה השלמה – נהדר, חשוב ומבורך. מערכת המשפט נוטה להביט בסוגיה משפטית במנותק מסוגיות קרובות, ובכך מפספסת או מעלימה עין מחוסר עקיבות, מדיסוננסים שעולים, לעיתים חריפים. המגמה להביט בתמונה השלמה נדירה מאוד אפילו בספרות המשפטית, אולי משום התמקדותנו בסיפור הקונקרטי, אולי משום נטייתנו הטבעית להביט בחלקיק תמונה, ואולי משום שמדובר במשימה קשה כל כך. אולם מבט המבקש לחבר בין תכליות-העל של החסיונות לבין דיני החסיונות, בין הרציונל לבין הדוקטרינה, אינו מוביל למסקנת קוהרנטיות.

2.1.1 עידוד תקשורת חופשית

במבט רוחבי, ברור שהרציונל התועלתני של וויגמור, עידוד תקשורת חופשית, אינו בסיס משכנע לחסיונות הקיימים במשפט הישראלי. הרציונל התועלתני מניח שללא חיסיון, לא תהיה תקשורת חופשית, הנחה קשה לביסוס. למשל, כפי שכותב עמית בצדק, אפשר לטעון שלא דרוש חיסיון בין בני זוג, משום שממילא יתקשרו בחופשיות.⁴⁹ אולם אין סיבה לעצור בחסיונות שאינם קיימים. הבה נדמיין לרגע עולם ללא חסיונות. הרופאים, הפסיכולוגים, העובדים הסוציאליים, וכוהני הדת – איש מהם לא ייעלם מהעולם. במקרים רבים, גם התקשורת לא תהיה חופשית פחות, משום שהיא ממילא אינה קשורה למשפט, אלא נובעת מצורך;⁵⁰ בעוד הפתיחות אינה נובעת מהחיסיון, אלא מאמון אישי, ערך מוכר וחשוב,⁵¹ שאינו נוצר מעצמו, ומן הסתם משתנה מבעל מקצוע אחד לאחר, ואף ממטופל אחד למשנהו. כך או כך, אם יהיה ביקוש לסודיות, תוצע סודיות בשוק: היעדרו של חיסיון אין פירושו גילוי, הן משום שמרבית התקשורת בעולמנו אינה קשורה למשפט כלל, והן מפני שממילא כאשר איש לא ידע על התקשורת, איש לא ידרוש את גילוייה בבית המשפט. גם עורכי הדין, שלעומת יתר בעלי המקצוע התקשורת עימם ברגיל מתקשרת למשפט קיים או פוטנציאלי, לא יסגרו את משרדיהם בעולם ללא חיסיון, ולקוחות לא יימנעו מלפנות אליהם.⁵² לכל היותר, התקשורת עימם תהיה מוגבלת יותר; אלא שהיא

49 שם, בעמ' 448; אסף הרדוף "בעל נגד אישה, אמת נגד משפחה, או: המבט הרביעי על כשרות להעיד במשפט הפלילי" דין ודברים ג(2), 273, 332–334 (2007).

50 כך מתייחס עמית לתקשורת שבין רופא למטופל: עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים, לעיל ה"ש 6, בעמ' 641–642.

51 Caroline Forell & Anna Sortun, *The Tort of Betrayal of Trust*, 42 UNIV. OF MICH: JOURNAL OF L. REFORM 557, 564–566 (2009).

52 ראו את טענת לשכת עורכי הדין, שאם תעיין המשטרה בתכתובת עורך דין-לקוח במחשב הלקוח שתפסה כדין – ירוקן הדבר את החיסיון מתוכן; רע"פ 8873/07 היינץ

כבר מוגבלת ממילא. היא מוגבלת משפטית, למשל בכך שלקוח לא יכול לדבר עם עורך דינו בחופשיות על עבירות שבכוונתו לבצע.⁵³ היא מוגבלת מבחינה אתית, למשל בכך שעורך דין לא יכול להעיד אדם שהוא יודע שמשקר, וכהיבט של תורת משחקים פשוט יימנע מהצגת שאלות שעלולות להעמידו בדילמה אתית.⁵⁴ היא מוגבלת מבחינה מקצועית, משום שעורך הדין לא בהכרח יודע לשאול את השאלות הנכונות ולהגיע למידע מועיל שהלקוח יכול למסור לו. היא מוגבלת מבחינה אישית, הנוגעת בין היתר לחוסר אמון מצד הלקוח או מצד עורך הדין, משום שבכל הכבוד, דין אינו מספיק כדי לייצר אמון. היא מוגבלת מבחינה טכנולוגית, בכך שהמדינה עשויה לבצע האזנות סתר לשיחות בין עורכי דין ולקוחות.⁵⁵

אם כן, החיסיון מספק הגנה מוגבלת מאוד לתקשורת החופשית, ואינו מונע צורות מגוונות של פגיעה בתקשורת זו. מרבית החסיונות הם יחסיים, כלומר בני-הסרה, וכאשר החיסיון מוסר, קמה פגיעה כפולה בתקשורת: הפגיעה הקונקרטית במערכת היחסים ובאמון שבבסיסה, נוכח חיובו של צד למערכת היחסים לחשוף סודות; והפגיעה הכללית במערכות יחסים ואמון לעתיד לבוא, משום שבעלי המקצוע חייבים להביא בחשבון את אפשרות ההסרה, וחייבים גם ליידע את המטופלים והלקוחות על אודותיה, מה שמלכתחילה מצמצם את האמון שמתיימר הדין לאפשר. כפי שכתב עמית במדויק, חיסיון יחסי לעולם מצוי בסכנת הסרה, וסכנה זו מאיימת על אפשרות התכלית שבבסיס החיסיון, באמצעות יצירת אפקט מצנן.⁵⁶

לבסוף, הרציונל של תקשורת חופשית הראויה להגנה הוא בסיס נורמטיבי, שנאמנות לו תוביל לביטולם של חסיונות מסוימים מזה, ולהקמתם של חסיונות חדשים מזה. מצד אחד, חסיונות שונים, דוגמת חיסיון לטובת המדינה וחיסיון לטובת הציבור, אינם מתקשרים לתקשורת חופשית ואינם נובעים מהרצון לאפשרה. מצד אחר, בלתי-אפשרי לטעון באופן משכנע שהחסיונות השונים

ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 8 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (נבו 2.1.2011).

53 על"ע 17/86 פלונית נ' לשכת עוה"ד, פ"ד מא(4) 770 (1987); ס' 262 לחוק העונשין.

54 כלל 34(א) לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986; לימור זר-גוטמן

"הבטחת תקשורת חופשית בין עורך דין ללקוח באמצעות חסיון עורך דין-לקוח וחובת הסודיות האתית - קריאה לרפורמה" ספר דיויד וינר: על משפט פלילי ואתיקה 79, 115-118 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים 2009); הרדוף "חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון?", לעיל ה"ש 18, בעמ' 342-343.

55 ס' 9א לחוק האזנת סתר; הרדוף "חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון?", שם, בעמ' 341-

342.

56 עמית דן בכך בחדות הן באופן כללי והן באופן קונקרטי, אשר לוועדות בדיקה רפואיות:

עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים, לעיל ה"ש 6, בעמ' 624-625, 927-928, 1113-1120.

ממציים את התקשורת החופשית הראויה להגנה. גם אם נניח שמערכות יחסים של משפחה ושל ידידות כוללות תקשורת פתוחה ואמון בלי קשר למשפט, וגם אם נניח ביתר-בעייתיות כי חיסיון אינו כלי שיחזק את התקשורת בבסיסן, קיימות מערכות יחסים חשובות אחרות, שתקשורת פתוחה ואמון יכולה לקדם, ואינה בהכרח צומחת באופן טבעי. כך, למשל, מערכת יחסים בין מעביד לעובדים ובין עובדים לעובדים אחרים, בין מורה לתלמידים ובין מורה למורים אחרים ולמנהל, בין רופאות לאחיות, בין עורך דין למתמחה, בין שופטת לעוזרת משפטית, ועוד כהנה וכהנה דוגמאות.

2.1.2 פרטיות ואוטונומיה

חוסר העקיבות לא נעלם אם מחליפים את הרציונל של תקשורת חופשית ברציונלים המודרניים שמציע עמית לחסיונות, פרטיות ואוטונומיה. ההגנה שמקנה החיסיון לפרטיות ולאוטונומיה צרה מדי בהקשרים מסוימים ורחבה מדי בהקשרים אחרים.

פרטיות ואוטונומיה הן מונחי מפתח במשפט, מורכבים ועמומים. אין חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות) מגדיר "פרטיות", אלא מסתפק ומפרט בסעיף 2 רשימה קצרה של פגיעות בפרטיות, בעליל ללא מיצוי. לעומת זאת, בספרות המשפטית עלו תפיסות מגוונות מאוד אשר לפרטיות, לרבות חופש המחשבה, שליטה על הגוף, התבודדות בבית הפרטי, שליטה על מידע על עצמי, חירות ממעקב, הגנת מוניטין והגנה מפני חיפושים וחקירות.⁵⁷ בתפיסות כאלו של פרטיות, ניכר חוסר התאמה בין התכלית לבין הדוקטרינה.

מחד גיסא, לא כל המידע המוגן בחסיונות מתחבר יפה לרעיון הפרטיות, ודאי לא לזכות החוקתית לפרטיות. למשל לא כל תקשורת בין הפרט לבין בעל מקצוע עוסקת במידע אינטימי ואפילו פרטי. מידע מגוון על מגדרו של בעל הדין, גילו, דתו, הלאום שלו, מקום עיסוקו, מקום מגוריו, מצבו המשפחתי וכדומה – ברגיל אינו סוד.

57 Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193, 195, 205 (1890); Jed Rubenfeld, *The Right of Privacy*, 102 HARV. L. REV. 737, 740, 753-55 (1989); Jerry Kang, *Information Privacy in Cyberspace Transactions*, 50 STAN. L. REV. 1193, 1202-03 (1998); AMITAI ETZIONI, *THE LIMITS OF PRIVACY* 183-215 (1999); Robert C. Post, *Three Concepts of Privacy*, 89 THE GEO. L.J. 2087, 2087-96 (2001); Daniel J. Solove, *Conceptualizing Privacy*, 90 CALIF. L. REV. 1087, 1088, 1093-1147 (2002); Amitai Etzioni, *A Communitarian Perspective on Privacy*, 32 CONN. L. REV. 897, 897-900 (2000) הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות "משפט וממשל יא(1) 11, 22-59 (2007).

מאידך גיסא, אין החיסיון מגן כלל על מרבית התפיסות שתוארו לעיל. אף שאיסוף מידע על אחר יכול בבירור לפגוע באינטרס של אדם או גוף לשמור מידע והתנהלות בסוד,⁵⁸ החיסיון לא מונע אותו. אף שהפרטיות נפגעת מעיבוד מידע ומהפצתו, החיסיון לא מונע את הפעולות הללו באופן גורף.⁵⁹ הפרט יכול להתבודד בביתו הפרטי, אך לא לסגור את דלתו מפני הרשויות הנוקשות עליה.⁶⁰ הפרט יכול שלא לספק מידע מפליל על אודותיו, אך מחויב לספק מידע אחר, לרבות כזה שיכול לסבכו בתביעות אזרחיות, ודאי כזה שפוגע בפרטיותו; החיסיון מהפללה עצמית אינו חיסיון מפני תסבוכת עצמית, משפטית, חברתית ואישית. הפרט אינו חופשי ממעקב פלילי ואפילו ממעקב אזרחי, למשל בידי חוקרים פרטיים.⁶¹ המוניטין של חשוד מופקר בידי החוק לאחר 48 שעות, והמוניטין של תובע או נתבע ככלל מופקרים אף הם, כחלק מעיקרון פומביות הדיון.⁶²

האפיון המשפטי של חיסיון כזכות־יתר או פטור פירושו, כי מי ששיתף פעולה בחוסר הבנה, וכמוהו גם מי שמוכן לשתף פעולה ואפילו מעוניין בכך – אינם נבלמים בידי החיסיון. חיסיון אינו שריון ובוודאי אינו חרב.⁶³ זהו מגן חלקי גרידא, בזירות מסוימות בלבד, ולעיתים מגן שניתן להסרה. מגן זה חלש בהקשרים מגוונים, דוגמת טעות והטעיה; החיסיון לא יוכל לבטל מידע שנמסר ללא הבנה, משום שהחיסיון אינו מחסום המסוגל לפעול בדיעבד.⁶⁴

נקודה זו ראוי להדגישה. המידע החסוי שנחשף בדרך כזו או אחרת עשוי לכל היותר להיות מוגן בדיעבד באמצעות פסילה; אך לא בהכרח. מחסום הפסילה, שבשונה מחיסיון דווקא פועל בדיעבד, אינו פועל אוטומטית רק משום שפעולה מסוימת נעשתה תוך הפרת סודיות או אתיקה. כללי הפסילה על רקע הפרת דין

William J. Stuntz, *Privacy's Problem and the Law of Criminal Procedure*, 93 MICH. L. REV. 1016, 1021–22 (1995); Daniel J. Solove, *Digital Dossiers and the Dissipation of Fourth Amendment Privacy*, 75 S. CAL. L. REV. 1083, 1222, 1167 (2002).

Daniel J. Solove, *A Taxonomy of Privacy*, 154 טקסונומיה חדה לפגיעה בפרטיות: 477 (2006). UNIV. OF PA. L. REV.

ס' 45 לפסד"פ. 60

אין הדין אוסר את עבודת החוקר הפרטי, שמטבעה פוגעת בפרטיות: חוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, התשל"ב-1972. 61

ס' 70(17)(1) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט); איתן לבונטין "על הסמכות להגביל פרסום שמות חשודים" משפטים ל 249 (2000); אסף הרדוף "ההליך הוא הביוש: השיימינג של הפרוצדורה הפלילית" משפט ועסקים כג 411 (2020). 62

עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים, לעיל ה"ש 6, בעמ' 353–354. 63

הרדוף "חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון?", לעיל ה"ש 18, בעמ' 330. 64

מוגבלים ומצומצמים בישראל, במיוחד במשפט האזרחי.⁶⁵ כלל הפסילה הערכי הכמעט יחיד במשפט האזרחי מצוי בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, ולעולם אינו מחייב את בית המשפט לפסול ראייה. אדרבא, כדי לפסול – עליו לעבור כבדת דרך, ולבסס כי בכלל נעשתה פגיעה בפרטיות, כהגדרתה הפורמלית המצומצמת למדי בסעיף 2 לחוק.⁶⁶ כאשר המחוקק מעוניין לייצר מחסום פסילה לצד מחסום החיסיון, הוא יודע לעשות כן, כפי שעשה בסעיפים 44 ו-45 לפקודת הראיות, באשר לחסיונות לטובת הרשויות: "אין אדם חייב למסור, ובית המשפט לא יקבל".⁶⁷ המילים הראשונות או דומות להן מופיעות בכל החסיונות בפקודת הראיות; בעוד המילים האחרונות אינן מופיעות באף חיסיון מקצועי. רק באשר לחסיונות של רשויות יצר המחוקק מחסום פסילה המצטבר לפטור,⁶⁸ ומנע אפשרות לקבל מידע אפילו מצד מי שמסכים לספקו.⁶⁹ לעומת זאת, בכל יתר החסיונות, לרבות המוחלטים, אין מניעה גורפת לקבל מידע חסוי, אלא רק כלל פסילה יחסי וחלש, השעון על חוק הגנת הפרטיות ועל הפרת חובת סודיות בדין או בהסכם, לפי סעיפים (7)2 ו-8(8).⁷⁰ כאשר הפרטיות אינה מופקרת לחלוטין, אך מרבית רבדיה אינם מוגנים כלל או אינם מוגנים היטב, האומנם הפרטיות יכולה לספק משענת נורמטיבית איתנה לחיסיון?

מעבר מהישענות על הזכות לפרטיות להישענות על ערך האוטונומיה לא ישפר את הדברים. האוטונומיה האישית מוערכת מאוד בעת המודרנית, ערך ליבה בדמוקרטיה ליברלית.⁷¹ היא נוגעת לזכותו של הפרט לבחור,⁷² ליכולתו

65 רע"א 7219/11 הפניקס חברה לביטוח נ' בויראת (נבו) 11.6.2012; פרשת זינגר, לעיל ה"ש 29, בפס' 52 לפסק הדין של השופט סולברג.

66 כללי הפסילה מספקים הגנה חלקית ביותר לתפיסות של פרטיות: אסף הרדוף "רעיון בלתי-קביל, אמת לא נוחה: פסילת ראיות בגין אופן השגתן" משפט וממשל כ 141, 146 – 163 (2019).

67 עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים, לעיל ה"ש 6, בעמ' 744.

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

69 אדי רטיג "העוקץ: ראיות חסויות, חובת ההנמקה וחופש הביטוי" משפטים יד 108, 111 – 112 (1984); לניתוח ביקורתי עדכני של חסיונות הרשות: אסף הרדוף וליאת מרקס "צללים של ביקורת ומנוחת הדעת: חיסיון, חקיקה ושופטים לטובת המדינה" דין ודברים (עתיד להתפרסם, 2022); אסף הרדוף "זכות-מפלה ופריווילגיות של מדינה: חיסיון לטובת הציבור ונסיגה לטובת התקפה" (טרם פורסם).

70 הרדוף "חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון?", לעיל ה"ש 18, בעמ' 334–335.

71 Daniel Susser, Beate Roessler & Helen Nissenbaum, *Online Manipulation: Hidden Influences in a Digital World*, 4.1 GEO. L. TECH. REV. 1, 35 (2019).

72 Kimberly Kessler Ferzan, *Consent, Culpability, and the Law of Rape*, 13 OHIO ST. J. CRIM. L. 397, 402 (2016).

לשלוט בחייו, להכריע בעצמו כיצד לנהל אותם.⁷³ אוטונומיה אישית מצריכה מעין ממשל עצמי, יכולתו של הפרט להרהר ולעצב מחדש את זהותו וערכיו,⁷⁴ החיוניים לאישיותו.⁷⁵

מה בין כל אלו לבין חסיונות? לא הרבה, כמדומני. החיסיון כזכור מקנה לפרט יכולת משפטית אחת ויחידה – לא לשתף פעולה עם רשויות הדורשות זאת ממנו. כל פרט רשאי משפטית לסרב להפליל את עצמו בחקירה משטרתית. לעומת זאת, אין לו רשות לבחור שלא להיעצר, שלא להיחקר, שלא לעבור חיפוש פולשני, שלא להיות מושא להאזנת סתר או יירוט נתונים, שלא להיות מועמד לדין, שלא להיות מורשע, שלא להישלח לכלא. אין לו זכות לבחור שלא לשתף פעולה עם חקירה משטרתית שבה החשוד הוא אדם היקר לליבו, דוגמת בן משפחה או חבר קרוב. אין לו אוטונומיה שלא להיתבע בהליך אזרחי, אוטונומיה לסרב למלא שאלונים או לגלות מסמכים, ואפילו אוטונומיה לבחור שלא להעיד במשפט אם ייקרא לכך בידי בעל הדין שכנגד, כעולה מסעיף 7 לפקודת הראיות. אם הפרט מטופל או לקוח, אין החיסיון מקנה לו יכולת משפטית שלא להשיב לשאלות הנוגעות לטיפולו וכדומה, משום שהחיסיון המקצועי אינו הדדי בישראל. בהינתן שמרבית החסיונות הם יחסיים, ברי שאין בכוחם להגן על האוטונומיה כאשר בית המשפט מסירם. על רקע זה, הסברה שהחסיונות באים להגן על האוטונומיה – אינה יכולה להחזיק. הם מספקים לפרט הגנה, שהתואר "בלתי שלמה" – מחמיא לה. למעשה מדובר בהגנה קטנטנה, צרה ושולית.

2.1.3 פתרונות קיצון ודחייתם

האם קיים רציונל אחר לחסיונות, שהוא בסיס להתאמה תכליתית-דוקטרינרית מושלמת, כזו שיש בה התאמה מלאה בין התכלית לבין הדוקטרינה?⁷⁶ בהתאמה

73 Joel Feinberg, *Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideals in the Constitution?* 58 NOTRE DAME L. REV. 445, 446–47, 453–54 (1983); JOEL FEINBERG, *THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO SELF*, 28, 115 (1986); Meir Dan-Cohen, *Basic Values and the Victim's State of Mind*, 88 CALIF. L. REV. 759, 765 (2000).

74 Luis E. Chiesa, *Solving the Riddle of Rape-by-Deception*, 35 YALE L. & POLICY REV. 407, 420 (2017).

75 Ben A. Mcjunkin, *Deconstructing Rape by Fraud*, 28 COLUM. J. GENDER & L. 1, 8 (2014).

76 מבחן זה נוצר בקשר לדיני העונשין, אך תקף גם באשר לענפים אחרים: אסף הרדוף עברת הגנבה 111–112 (2014); אסף הרדוף "חומר מחשב, חומר למחשבה: מבט תכליתי באיסור החדירה לחומר מחשב" משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים

מושלמת, החסיונות משרתים את הרציונל שבבסיסם באופן שלם, ולמצער כחלק מארגו כלים המשרת אותו באופן שלם, מחד גיסא; וללא הרציונל לעולם לא יוקנה חיסיון, מאידך גיסא. איני סבור שקיים רציונל המאפשר בסיס מושלם; דיני החסיונות, כמו דינים אחרים, מלאים דיסוננסים.⁷⁷ ייתכן שקיימות דרכים לפתור אותם; אולם איני סבור שדרכים אלו ריאליות ובאות בחשבון מבחינת המשפט.

הדרך האחת לפתרון הדיסוננסים היא לבטל את החסיונות לחלוטין, לפחות אלו המתקשרים לתקשורת חופשית או אוטונומיה (לעומת החסיונות לטובת רשויות). נוכח החשיבות שמייחסים המשפט והחברה לחסיונות ולתכליתם לפחות בהקשר זה, אין סיכוי להצעה כזו. ממילא, הצעה זו לא תפתור לחלוטין את הדיסוננסים בעולם משפטי, שבו הערכים אשר בבסיס הדיסוננסים מוגנים בהקשרים שונים שאינם חיסיון, דוגמת איסורים פליליים, פסילת ראיות ועדים וכדומה.

הדרך ההפוכה לפתרון הדיסוננסים היא לייצר חיסיון רחב דיו כדי לעמוד בבסיס הרציונלים המופשטים המשוערים. לדוגמה "חיסיון פרטיות", שיקנה לכל אדם פטור ממסירת מידע, מסמכים וחפצים שפוגעים בפרטיותו. גם דרך זו אינה ישימה. עמית כותב בצדק, שאין חיסיון של פרטיות בחוק; אך מוסיף כי בהיבט המהותי, אינטרס הפרטיות שקול לחיסיון.⁷⁸ התוספת אינה מדויקת. כמובהר, אינטרס הפרטיות אינו מקנה לאדם פטור כללי מול רשות מינהלית הדורשת ממנו מידע. לחשוד בחקירתו אין פטור כזה בנוגע לפרטיות, וכך אפילו לקורבן בחקירתו. גם לעד בבית המשפט אין פטור כללי המייצר נקודת מוצא של הגנת פרטיות, שממנה אפשר להתרחק; ההפך הוא הנכון.

יתר על כן, ככתוב לעיל, המונח "פרטיות" עמום ביותר, ובלי הגדרה ברורה שלו – גבולותיו נזילים מדי, אם בכלל קיימים. אם נבחר הגדרה מופשטת, ונספק לה הגנה בצורת חיסיון, המכשול שהדבר יטיל על האמת והמשפט – גבוה מדי, ומערכת המשפט לא תסכים לכך. בהקשר זה ראויים לציטוט דברי השופט עמית, שנכתבו כדי לסתור מגמה סניגוריאלית לבקש לפסול ראיות על רקע השגתן שלא כדין בכלל ועל רקע פגיעתן בפרטיות בפרט: "הגיעה העת כי ההליך הפלילי, שהלך והסתרבל, ישיל מעליו משקולות שנוספו לו בשנים האחרונות, ויחזור ויעמיד במרכז הבמה את החתירה לבריור האמת העובדתית".⁷⁹ לפחות

651, 667 (אלון הראל עורך 2017).

77 אסף הרדוף "שיעור מהדוד סם: משפט פונקציונלי, אנלוגיה מפלילה ועקרון יסוד מזכה" משפטים על אתר יז 17 (2021).

78 עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1129.

79 ע"פ 4039/19 נחמני נ' מדינת ישראל, פס' 102 לפסק הדין של השופט עמית (נבו) 17.3.2021.

בהקשרים מסוימים מתנגשים דברים אלו בדברי הסופר עמית, בקריאתו לשקול לייצר חסיונות חדשים במקרים מסוימים או להפוך חסיונות יחסיים למוחלטים.⁸⁰ אולי אין פלא כי השופט רוצה יותר אמת ופחות פרטיות, ואילו הסופר-האזרח רוצה יותר פרטיות; דברים שרואים מכאן לא רואים משם.

מצד אחר, אם חיסיון הפרטיות יהיה יחסי, הפרטיות תהיה בסכנה תמידית, והרציונל לא בהכרח יושג, כמוסבר לעיל. לעומת זאת, אם החיסיון יכסה רק פרטיות של האדם המתבקש לשתף פעולה – "חיסיון לפרטיות עצמית" – ברור שהרציונל של הגנה על פרטיות לא יזכה בהגנה שלמה, שהרי ניתן יהיה לחייב בקלות אדם לפגוע בפרטיותם של אחרים.⁸¹ מעבר לכך, אפשר לפגוע בפרטיות גם שלא באמצעות החסיונות, כל עוד יתר כללי המשפט המגנים על פרטיות אינם נחרצים וגורפים, דוגמת כללי הפסילה החלשים ודוגמת פרקטיקות שיטור סטנדרטיות הפוגעות בבירור בזכות לפרטיות ואינן נבלמות בגין דיני החסיונות.

המשפט לא מסוגל לפתור את הדיסוננסים המופשטים. הוא לא רוצה להפקיר את התקשורת החופשית, הפרטיות והאוטונומיה; והוא לא יכול לספק להן הגנה חזקה, לא כל שכן שלמה. הוא חי בין שמיים וארץ בהקשר זה, כמו ברבים אחרים, מסופק מתחושת איזון פיקטיבית, אף שבלתי אפשרי להצדיק את האיזון המסוים הזה כמדויק וצודק.

3. חסיונות מקצועיים

אף שאי אפשר לכוונן התאמה מושלמת בין רציונלים לדוקטרינה, אפשר לצמצם את הדיסוננסים לפחות בהקשרים מסוימים. אציע הערה כללית הנוגעת לחסיונות המקצועיים, ואתייחס לכמה מהם באופן תמציתי, בהסבר כיצד אפשר לבנותם מחדש לשיפור יכולתם להשגת תכליתם.

3.1 הדדיות

החסיונות המקצועיים בישראל אינם הדדיים.⁸² לפי הטרימינולוגיה המקובלת, יש להם "בעל" אחד, ו"נהנה" (או "מוטב") אחד; הבעל לא נהנה, והנהנה אינו בעל. בעל החיסיון הוא הלקוח או המטופל, ואילו הנהנה מהחיסיון הוא איש המקצוע.

80 עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים, לעיל ה"ש 6, בעמ' 449–520.

81 ראו כיצד כיום אפשר יהיה לחייב אדם להפלייל אחרים: דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד סה(2) 377 (2012).

82 בפרשה, שבה כלל לא עמדה על הפרק שאלת חיסיון, בין היתר משום שדובר ברב מתחזה, התווכחו השופטים עמית ולוי אם החיסיון הוא עבור כהן הדת (לוי) או המאמין (עמית): ע"פ 9808/06 סנקר נ' מדינת ישראל (נבו 29.7.2010) (להלן: פרשת סנקר). בספרו, הפגין עמית באומץ חשיבה מחודשת לעמדתו בפרשת סנקר, והציע שמדובר בחיסיון הדדי: עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים, לעיל ה"ש 6, בעמ' 709.

תחת לשונם הברורה של החסיונות המקצועיים (למעט כוהן דת), בעל החיסיון יכול לוותר עליו, ואם כך עשה, איש המקצוע לא יכול עוד לסרב לשתף פעולה, אף אם הדבר יפגע בו. לעומת זאת, בעל החיסיון לא נהנה בעצמו מהחיסיון, ולא יכול להדוף את הרשויות הדורשות ממנו מידע או מסמכים, משום שאין לו פטור להישען עליו.

בין שהרציול לחסיונות המקצועיים הוא אפסור תקשורת חופשית, פרטיות או אוטונומיה, ההבחנה שיוצרת פקודת הראיות בין בעל החיסיון לבין הנהנה או המוטב של החיסיון – גורפת ואינה הגיונית. עדיף למחוקק להפוך את החסיונות המקצועיים להדדיים, כך שכל הצדדים לתקשורת יהיו בעלים במשותף ונהנים במשותף. מצד אחד, שניהם צריכים ליהנות מהפטור המשפטי, כולל המוטב של החיסיון, שיוכל לפי הצעתי לסרב לשתף פעולה בנוגע לתקשורת בינו ובין איש המקצוע, ממש כפי שאיש המקצוע יכול לסרב כיום. מצד אחר, ראוי כי הבעל לא יוכל להסיר את החיסיון ולהיב אוטומטית את הנהנה למסור תקשורת, שהוא אינו מעוניין למסור. החיסיון בא לאפשר תקשורת חופשית לא רק מצד הלקוח, אלא גם מצד איש המקצוע.⁸³ גם לבעל המקצוע עשויות להיות סיבות תקפות לבקש לשמור את התקשורת בסוד, במובן שחשיפתה עשויה גם לחשוף אותו ואת עבודתו.⁸⁴

3.2 חיסיון רופא-מטופל

כעולה מסעיף 49 לפקודת הראיות, אין החיסיון הרפואי מכסה כל תקשורת בין מטופל ומטפל, אלא רק דברים "שלפי טיבם נמסרים לרופא בדרך כלל מתוך אמון שישמרם בסוד". חלק לא קטן מהמידע הנמסר לצוות המטפל לא נמסר מתוך אמון שישמרם בסוד, משום שהמידע אינו סודי כלל. ניתן וראוי לפלח את החיסיון הרפואי למידע סודי ולמידע לא סודי.

אגב כך עולה השאלה, מדוע בעצם אדם זקוק לפרטיות ולהגנה המשפטית בהקשר המדובר – מדוע שייפגע אם ייחשף המידע? הרי לא כל חשיפה על אדם פוגעת בפרטיותו, ודאי לא במידה רבה. הנמקה מרכזית בעיניי, אף שאינה משקפת המשגה מקובלת, מתמקדת דווקא בהגנה מפני שיפוטיות חברתית: האדם זקוק למעטה שישמור עליו מפני תגובה חברתית פוגענית. העולם המודרני, וביתר שאת הרשתות החברתיות, משופעים בשיפוטיות. כמובן, לא כל

⁸³ הווה אומר, על בעל המקצוע להישמר בלשונו, פן לקוחו יוותר על החיסיון: שם, בעמ' 453; הרדוף "חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון?", לעיל ה"ש 18, בעמ' 342–343.

⁸⁴ השוו לדין בעולמו הפרטי של המטפל: פרשת פלונית, לעיל ה"ש 7, בפס' 25 לפסק הדין של השופט עמית. כמובן, אם איש המקצוע חשוד בפגיעה נגד המוטב, אין לתת לו להתחבא מאחורי הפטור.

סוגיה בריאותית מייצרת שיפוטיות חברתית; שבירת גפיים למשל לא מובילה לסטיגמה חברתית. לעומת זאת, מחלות שונות מובילות גם מובילות, וכמוהן סוגיות רפואיות אחרות, דוגמת אימפוטנציה.⁸⁵ אין זה שמדע הרפואה נבון בפני סוגיה כזו או אחרת; המבוכה היא חברתית, תרבותית, דתית ואף משפטית. אין מבוכה זו נולדת באופן טבעי, אלא מיוצרת ומתחזקת בשיפוטיות חברתית, תרבותית ודתית.⁸⁶ אלמלא הייתה שיפוטיות כזו, לא הייתה נדרשת סודיות ולא היה נדרש חיסיון.

הארה נוספת היא שתיאור החיסיון כרפואי אינו מדויק; בכותרתו ובגופו, מדובר בחיסיון של רופא. בקריאה שטוחה ומהירה אפשר לחשוב שגם הצוות נהנה מהחיסיון, אולם בקריאה זהירה הרושם משתנה. רק כאשר לאיש הצוות הגיע מידע רפואי שנמסר לרופא, ייחנה גם הוא מחיסיון. במצבים מגוונים שבהם המידע לא נמסר לרופא כלל – אין חיסיון. אדם שנוזקק לעזרה ראשונה ומקבל אותה מפרמדיק – לא מסר דבר לרופא, וכמוהו אדם שטופל בכף רגלו בידי פודיאטור. אדם שהגיע לטיפול פיזיותרפיסטי ממושך – אולי הגיע לשם בהפניית רופא, אך המידע שהוא מוסר לפיזיותרפיסטית – אינו מוגן בחיסיון. אדם שהולך לרוקחת ומשיב לשאלותיה, אדם המטופל בידי שיננית ואדם שנבדק בידי אופטומטריסטית – אינם מוסרים דבר לרופא בשלב זה. אפילו אח העובד במרפאה אינו בהכרח נהנה מהחיסיון. מטופל שמגיע אליו ומוסר לו מידע מגוון לפני שראה רופא – מוסר מידע שלמעשה אינו מוגן בחיסיון. למשל מי שהולך למרפאה קהילתית קטנה – לא סביר שיראה רופאה מיד; עליו לגשת לאחות, המסננת הראשונה של הביורוקרטיה וכוח האדם.

מעבר לכך, קיימים בעלי מקצוע רבים נוספים המעניקים שירותים רפואיים יקרי ערך, מסורתיים ואלטרנטיביים. כולם אינם בבחינת "רופא", אף שמונח זה, כמרבית המונחים החשובים בדיני הראיות, אינו מוגדר בפקודת הראיות כלל.⁸⁷ איני סבור שמצב זה צודק. ראוי שהמחוקק ירחיב את החיסיון, כך שייחנה ממנו כל הנותנים טיפול רפואי או חלק ממנו: בעלי תארים, תעודות והכשרה אחרת.

⁸⁵ בג"ץ 447/72 ישמחוביץ נ' פקיד שומה לחקירות, ת"א והמרכז, פ"מ כז(2) 253 (1973).

⁸⁶ השוו לניתוח המצוין של תופעת הגועל ולחשיפת ערכים בבסיסה: יאיר אלדן ויופי תירוש "איזה גועל: מבט אחר על פרשת תנובה נ' ראבי" לחם חוק – עיונים במשפט ואוכל 375, 383–391 (יופי תירוש ואיל גרוס עורכים 2017).

⁸⁷ המילה "רופא" מופיעה בפקודה גם במונח "תעודת רופא" בסעיפים 20–22, 24–26. פקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז–1976, כמובן היא אינה חיקוק מחייב מבחינת פקודת הראיות. הפקודה אינה מגדירה "רופא", אך כן מגדירה "רופא מורשה" בס' 2 כמי שנושא רישיון לפי פקודה זו.

זו העת להזכיר כי למעט חיסיון עורך דין-לקוח,⁸⁸ וחיסיון כוהן דת-מאמין,⁸⁹ יתר החסיונות המקצועיים הם יחסיים; חרף החשיבות הגדולה של העורך שבבסיסם, החיסיון בר-הסרה שיפוטית. הסרה אינה ויתור של המטופל; היא נעשית אף שהמטופל אינו מוותר.⁹⁰ שום אתיקה רפואית לא תתיר לרופא שלא להעיד אם בית המשפט הסיר את החיסיון.⁹¹ מטופלים הפונים לרופא בעניין שהם תופסים כמביך אינם בהכרח מודעים ליחסיות החיסיון, וייתכן שכמוהם גם רופאים רבים. בית המשפט מוסמך להסיר את החיסיון ולחייב עדות מלאה של הרופא, לאור חשיבותו של המידע החסוי לשם ההגעה לאמת ולצדק. זה אומנם נדיר ביותר, בעיקר משום שהצד השני לא יודע מה נאמר בין המטופל ובין הרופא, ולפיכך אפילו לא מעלה על דעתו לקרוא תיגר על החיסיון.⁹² אפילו יעלה בדעתו, האתגר המשפטי עבורו גדול, משום שעליו לשכנע את בית המשפט בדבר חשיבותו של ראיות שאותן לא ראה, על סמך חיבורן הפוטנציאלי לתיק, מלאכה שבית המשפט המשיל בהקשר קרוב כמאבק ביריב בלתי נראה.⁹³ סביר להניח שבוודדים בעולם הרפואה אפילו שמעו על עמית למקצוע שנקרא להעיד נגד מטופל שלו, בניגוד לרצונו של האחרון. בלי לדעת מה אמר המטופל לרופא, לכאורה אין זה משנה שדיני החיסיון אינם מספקים הגנה מוחלטת לתקשורת ביניהם.

מכאן אפשר להפיק אחת משתי מסקנות: האחת היא שדיני החיסיון בהקשר זה מיותרים, משום שממילא איש לא מעלה על דעתו לקרוא עליהם תיגר. מסקנה אפשרית הפוכה היא שראוי להרחיב את החיסיון ולהופכו למוחלט, לפחות באשר לסוגיות רפואיות הנוטות לעורר שיפוטיות חברתית.

3.3 חיסיון פסיכולוג-מטופל

שיפוטיות חברתית סובבת לא רק סביב גוף האדם, אלא גם, ואולי בעיקר, סביב נפשו. עיקר מעטה ההגנה שמספק המשפט לטיפול הנפשי נדרש לא בגין "פרטיות", אלא בגין שיפוטיות חברתית. שיפוטיות כזו יכולה לכוון לעצם הבחירה ללכת לטיפול נפשי, מתוך תפיסה שמי שהולך לקבל טיפול כזה – פגום. ביתר שאת, שיפוטיות יכולה לכוון למידע מסוים שהחברה או הקהילה של המטופל מגלה כלפיהם שיפוטיות מכוערת.

88 ס' 48 לפקודת הראיות.

89 ס' 51 לפקודת הראיות.

90 בספרו עורך עמית דיון נאה ומפורט בסוגיה שכמעט אינה נדונה בפסיקה בישראל – אופן הוויתור על חיסיון: עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים, לעיל ה"ש 6, בעמ' 478-491.

91 אמנון כרמי בריאות ומשפט 1697 (מהדורה שנייה, מוחמד ס' ותד עורך 2013).

92 הרדוף "חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון?", לעיל ה"ש 18, בעמ' 327-328.

93 בשג"ץ 497/88 שכשיר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(1) 529, פס' 12 לפסק הדין של השופט בך (1989).

המשפט מגן על פרטיותן של נפגעות עבירות מין בהקשרים מגוונים.⁹⁴ לעומת זאת, איננו מגנים על קורבנות של עבירות אלימות ורכוש מפני היחשפות. המונח "פרטיות" אינו מספק הסבר מוצלח, מדוע אנו חרדים לפרטיותם של קורבנות מסוג מסוים ואדישים לפרטיותם של קורבנות מסוג אחר. מדוע קורבנות בכלל זקוקים להגנה מחשיפה? הרי להבדיל מהעבריינים, לקורבנות אין דבר להתבייש בו.⁹⁵ דומני שההגנה קשורה יותר לשיפוטיות חברתית מאשר לפרטיות. היכן שהחברה שופטת גם קורבנות, נדרשת הגנה חזקה יותר; ולמרבית הצער חלקים בחברה עדיין שופטים את נפגעות עבירות המין, כאילו יש להן אשמה בעוול שנגרם להן.

שיפוט חברתי לא עוצר בסוגיות של מין וקורבנות. אנשים נשפטים על בחירות הנוגעות לקריירה שלהם, לזוגיותם, לדת וקהילה, ובכלל על בחירות שלא ללכת בתלם חברתי מקובל. נורמות חברתיות כוללות סנקציות מגוונות המוטלות בידי אזרחים כנגד אזרחים אחרים, ללא משפט כמובן, והן מסדיר התנהגות ראשי בעולמנו, רחב ועמוק וחזק בהרבה מהמשפט.⁹⁶ הן קובעות מה לעשות ומה לא: מה לאכול וכיצד, מה ללבוש, כיצד להפעיל את הגוף, במה ובמי להביט ומתי, כיצד לדבר ועם מי, במי לגעת וכיצד, עם מי לפתח קשרים חברתיים וכיצד, מתי לנהלם ולסיימם וכיצד, היכן לבלות, עם מי, מתי וכיצד, כיצד לתקשר עם זרים וכיצד בזאת מגוון הוויה אדיר. לא רק על בחירותיהם ומעשיהם אנשים נשפטים חברתית; אלא אפילו על מעשי קרוביהם, דוגמת עבירה, התנהלות מביכה, ואפילו התאבדות מצד בן משפחה. אלמלא הייתה שיפוטיות חברתית רבה כלפי אלו הנזדקקים לטיפול נפשי, כלפי בעיות נפשיות

⁹⁴ ס' 352 לחוק העונשין; ס' 68(ב)(5) לחוק בתי המשפט; דנה פוגץ' "סלברייטאים על כורחם (ובחסות בית המשפט?): מחשבות על פרטיותם של נפגעי עברות בהליך המשפטי" קריית המשפט י 79 (2014); ענת פלג "דמעה אחת שווה אלף מילים": הזיקה בין התנהלותם התקשורתית של נפגעי עברות למעמדם בהליך המשפטי" קריית המשפט י 185 (2014); לימור עצינוני "הציץ ונפגע: בחינת הזכות לפרטיות של נפגעי עברה אל מול מציצנותו של הציבור" עיוני משפט לו 757 (2015).

⁹⁵ ראו את דבריו הרגישים של השופט עמית: ע"פ 5518/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 21 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 21.6.2018).

⁹⁶ Richard Deridder, Sandra G.L. Schrujijer & Rama C. Tripathy, *Norm Violation as Precipitating Factor of Negative Intergroup Relations*, in *NORM VIOLATION AND INTERGROUP RELATIONS* 3, 23 (Richard Deridder & Rama C. Tripathy, eds., 1992); Christine Horne, *Sociological Perspectives on the Emergence of Norms*, in 3, 4–6, 14–19 *SOCIAL NORMS* (Michael Hechter and Karl-Dieter Opp eds, 2001); CHRISTINA BICCHIERI, *THE GRAMMAR OF SOCIETY: THE NATURE AND DYNAMICS OF SOCIAL NORMS* 1–8, 22–42 (2006).

וכלפי תופעות המובילות למכאובי נפש, אילו הייתה סובלנות חברתית אמיתית,⁹⁷ טיפול נפשי לא היה מצריך סודיות במקרים רבים, וייתכן שאף לא היה נדרש. אולם אנו רחוקים מאוד מחברה עשירה בסובלנות ודלה בשיפוטיות; חברה שיפוטית ולא סובלנית מצריכה הגנה משפטית למי שזקוק לטיפול נפשי, כדי שיוכל לטפל בנפשו בלי להסתכן בייצור מכשולים ומכאובים חברתיים. יש להודות בבושה: חלק מהחסינות נדרשים בגין חוסר סובלנות חברתי, בגין שיפוטיות מכוערת, שדוחפת אנשים לשמור בסוד גם מידע חוקי לגמרי.

כמו חיסיון הרופא, גם חיסיון הפסיכולוג הוא יחסי ובר-הסרה. מי שהולך לפסיכולוג ומשתף אותו בפרטים האינטימיים ביותר בחייו ודאי אינו מעלה בדעתו שהתקשורת ביניהם חשופה משפטית. אומנם, גם כאן ברגיל לא עולה קריאת תיגר, כך שהתקשורת נותרת מוגנת. עם זאת, בסוג מקרים מסוים, שעליו הרחיב עמית, מתבצעת קריאת תיגר חוזרת – בידי נאשמים בעבירות מין, התובעים לעיין ברישומי הטיפול הפסיכולוגי של המתלוננת.⁹⁸ תרחיש זה מטריד מאוד ומובילני למסקנה כי ראוי להרחיב את החיסיון ולהפכו למוחלט, בהקשר זה ובכלל. מצד אחד, אני משער שהשיח הטיפוסי בין פסיכולוג ומטופל, עבור קורבנות עבירות מין בפרט ועבור מטופלים בכלל, אינטימי במיוחד מטיבו, ומצריך אמון אישי ולא רק מקצועי, בחשיפת מסתורי הנפש, לעומת חשיפת הגוף הכואב. מצד אחר, אני מתקשה לדמיין מצבים רבים שבהם המשפט צריך לבנות דווקא על התקשורת בין פסיכולוג ומטופל כדי להגיע לאמת. חיסיון מוחלט יקדם טיפול נפשי למי שזקוק לו, וימנע עתירות שמטרתן להלך אימים על המטופלים בחשיפת סודותיהם.

כפי שכתבתי לגבי חיסיון רופא, איני סבור שמהחיסיון הנוכחי צריכים ליהנות רק פסיכולוגים. לעיתים קרובות עובדים סוציאליים מעניקים סיוע נפשי לאנשים קשי-יום, כאלו שאין ידם משגת לפנות לטיפול פסיכולוגי, וגם התקשורת בינם לבין המטופלים ראויה להיחסות באופן מוחלט. טיפול וסיוע נפשי יכולים להינתן גם בידי מי שאינם בעלי תואר או תעודה, אך עדיין מקנים עזרה חשובה לאלו שבחרו לפנות דווקא אליהם. כך, למשל, מי שמספק עזרה ראשונה נפשית לקורבנות עבירה או לאנשים בעלי מחשבות אויבניות – במפגש, בטלפון או ברשת – מעניק שירות שחשיבותו עליונה ואינה נופלת מחשיבותו של טיפול פסיכולוגי כזה ואחר. בעלי מעמד פורמלי או לא פורמלי בדת, בקהילה, בעבודה, במשפחה וכדומה – מספקים תמיכה נפשית אינטימית. הטיפול והסיוע הנפשי ראויים להגנה מוחלטת, כל עוד אינם פוגעניים ונצלניים, שאז אינם "טיפול וסיוע" כלל ועיקר.

Jay Schiffman, *Tolerance as Understanding*, 3 MARGINS 1, 3–4 (2003) 97

עמית חסינות ואינטרסים מוגנים, לעיל ה"ש 6, בעמ' 665–679. 98

3.4 חסינות מקצועיים נוספים

על חיסיון עורך דין-לקוח הרחבתי בעבר. אף שלא תמיד הוא עוסק בפרטים אינטימיים, עדיין ראוי שיהיה מוחלט, נוכח זיקתו הברורה להליכי משפט והחשש שאם יהיה יחסי, יהיה מי שינסה לנצל זאת לרעה.⁹⁹ אין מקום להשוות בינו לבין הליכי גישור ופישור, משום שבהליכים כאלו ממילא היריבים נחשפים למידע הדדי; די במחסום של פסילה כדי לעודד את מטרת הליכי גישור ופישור.¹⁰⁰ לעומת זאת, חיסיון עורך דין ראוי להרחבה כך שיכסה גם הכנה של מסמכים לקראת המשפט, בין בידי עורך הדין ובין בידי בעלי הדין ומי מטעמם. עוד הוא ראוי לכסות אחרים שנותנים שירותים משפטיים ישירים, בלי תלות בעריכת דין.¹⁰¹

אשר לחיסיון כוהן דת, אני מסכים עם עמית כי גם ללא חיסיון זה, הסובב סביב מוסד הווידוי בנצרות הקתולית, תהיה תקשורת חופשית בין אישי דת לבין מאמינים.¹⁰² אוסיף כי אפילו דובר בחיסיון יחסי ולא מוחלט, הסיכוי לקריאת תיגר על תקשורת כזו אפסי; המאמין לא משתף אחרים בתוכן השיחה, ואיש הדת ודאי לא משתף. מצד אחר, כאשר עולה סוגיה של סודיות דתית בהקשר אחר, ייתכן כי למשפט יש כלים טובים מספיק בשביל לעודד חשיפה במקום לכפותה, דוגמת הסקת מסקנות לחובתו של בעל הדין שבחר שלא לשתף במסמך שחשיבותו נראית מכרעת.¹⁰³

אשר לחיסיונות מקצועיים אחרים, אשוב ואטעים כי בעייתי בעיניי שביטח המשפט מייצר חסינות, בהיעדר מקור הסמכה, מקור שעמית מראה את קיומו

99 הרדוף "חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון?", לעיל ה"ש 18, בעמ' 340.

100 עמית הבהיר היטב את הבלבול של הנשיא שמגר בעניין זה. ע"א 172/89 סלע חברה לביטוח בע"מ נ' סולל בונה בע"מ, פ"ד מז(1) 311, פס' 15-18 לפסק הדין של הנשיא שמגר (1993): עמית חסינות ואינטרסים מוגנים, לעיל ה"ש 6, בעמ' 399-400.

101 אני שותף לתמיכה בביטול המונופול של לשכת עורכי הדין: עלי ולצברגר "קשר המשפטים הישראלי: על לשכת עורכי הדין ובעלי בריתה" משפטים לב(1) 43, 49, 53, 56 (2002); שחר אלדר "הזכות לסוס בלי מושכות: על הקשר בין הזכות לייצוג על ידי עורך דין לבין מעמדה המונופוליסטי של לשכת עורכי הדין בישראל" קרית המשפט ו 441, 453-454, 458, 460, 462-463, 466-467 (2006); נטע זיו "מי הזיז את הגלימה שלי? - על הסגת גבול מקצוע עריכת הדין" מחקרי משפט כד 439, 449-451, 480, 483, 486-487 (2008); לימור זרגוטמן "אנטומיה של מאבק: לשכת עורכי הדין והקליניקות המשפטיות" המשפט יז(1) 59, 64, 84, 87-88 (2012); אסף הרדוף "מבחן אמריקני: על אובדן הדרך של מדדי ההצלחה במבחני ההסמכה ללשכת עורכי הדין ובאקדמיה הישראלית למשפט" ספר נאמן (עתיד להתפרסם, 2022).

102 עמית חסינות ואינטרסים מוגנים, לעיל ה"ש 6, בעמ' 701-702.

103 פרשת תיאופילוס, לעיל ה"ש 7, בפס' 37 לפסק הדין של השופט עמית.

המפורש בשיטות משפט מסוימות.¹⁰⁴ הבעיה מחריפה כאשר מדובר בחיסיון מקצועי הסובב סביב מקצוע שאינו חדש, שהמחוקק בחר במודע שלא להקנות לו חיסיון;¹⁰⁵ ומקצינה כאשר החיסיון הזה נולד בדרך יחיד (חיסיון עיתונאי-מקור) או ברוב של שני שופטים מול אחד (חיסיון בנקאי-לקוח). בפרשת ציטרין, העבודה העיתונאית הייתה כתבה על פסק דין שניתן בנושא מזונות, וה"סוד" שבבסיסה היה אם ה"מקור" לחשיפה היו עורכי הדין שנהנו מהפרסום. על רקע זה, האמירה השיפוטית, "עיתונות ללא מקורות מידע היא כנחל אכזב שמימיו יבשו, והחופש לפרסמה הופך אז לחסר משמעות",¹⁰⁶ תמוהה ומטעה. כמו עמית, מסופקני אם בית המשפט היה מייצר חיסיון יש מאין אילו מי שביקשה את החיסיון הייתה נאשמת בפגיעה בביטחון המדינה.¹⁰⁷ קל לשופט לספק הכרזות בומבסטיות מול יריב קש בתיק קש. אולם, כמוסבר לעיל, יצירת חיסיון היא יותר מהכרעה באותו תיק; היא משליכה על הוויות עתידיות רבות מספור.¹⁰⁸ השלכה כזו ראוי שתיעשה בידי המחוקק, לאחר שקילת השיקולים הרלוונטיים ושמיעת העמדות החזקות ביותר לכאן ולכאן; ולא בתיק של סוד זניח מצד אחד, מול אישום זניח מצד אחר, בעבירה משמעותית מיותרת.

מעבר לשאלת הלגיטימציה, עולה שאלת הדוקטרינה. כאשר חיסיון נולד בחוק, החוק הוא נקודת המוצא הציבורית והמשפטית לעמידה על גבולות החיסיון ולהבנה מי בעליו ומי הנהנה ממנו; כאשר חיסיון נולד בפסק דין, אין הבנה כזו.¹⁰⁹ פסק דין לא מתיימר לספק הגדרות, אלא פשוט מספר סיפור, שלא כל מילה בו מחייבת כמו בחוק; מה גם שאין הסיפור משיב לשאלות שלא התעוררו במסגרתו, ודאי לא באופן ממצה או מחייב. כך עולים שוב דיסוננסים. מצד אחד, החיסיון לא מספק הגנה שלמה לרציונל שבבסיסו. התקשורת בין המקור לעיתונאי אינה תכלית כלל, אלא אמצעי, וספק עד כמה הזכות לפרטיות רלוונטית במקרים רבים; התכלית האמיתית היא ודאי זכות הציבור לדעת. ברור כי שאלת המקור אינה ממצה את הסודיות בעבודה העיתונאית. למשל תחקירן סמוי אינו "מקור", וברור שיש לציבור עניין בתחקירים עיתונאיים בסוגיות בעלות חשיבות חברתית, אך אלו, לכאורה, לא מוגנים בחיסיון. מצד אחר, חיסיון

104 עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים, לעיל ה"ש 6, בעמ' 357-359, 384-385.

105 כפי שכתב הרנון, בדיוני הצעת החוק בנוגע לחסיונות מקצועיים גם העיתונאים והעובדים הסוציאליים ביקשו חיסיון, אך נדחו: אליהו הרנון דיני ראיות חלק שני 126-127 (1985).

106 ב"ש 298/86 ציטרין נ' ביה"ד המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337, פס" 17 לפסק הדין של הנשיא שמגר (1987).

107 עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים, לעיל ה"ש 6, בעמ' 846.

108 הרדוף "חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון?", לעיל ה"ש 18, בעמ' 348-349.

109 עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים, לעיל ה"ש 6, בעמ' 842-843, 856.

עיתונאי-מקור מאפשר בקלות רבה מדי לעיתונות להסתתר מאחורי טיעון סתמיים של הגנה על מקורות, גם כאשר אלו אינם ראויים להגנה (דוגמת פרשת ציטרין) ואפילו כאשר אינם קיימים.

סיכום

ספרו החדש של עמית הוא בסיס מצוין לא רק לידיעת דיני הגילוי והחיסוי, אלא גם להפנמתם ולהבנת המורכבות הרבה שעימה הם מתמודדים. הדברים מובאים ביריעה רחבה ועמוקה, בזווית ראייה מגוונת, בעושר ובעדכנות, ובשפה קולחת כמובן. זהו ספר בעל חשיבות רבה לפרקטיקה, כלי מעולה עבור עורכות דין בכל תחום כמעט. הספר עשוי להציע גם קריאת השכמה חשובה למחוקק, להתעורר מהתרדמת הנוגעת לדיני הראיות בישראל; והזמנה לאקדמיה לפתוח בשיח מחודש, רענן, ביקורתי ומקיף בדיני הגילוי והחיסוי מחד גיסא, ובדיני הראיות בכללותם מאידך גיסא.

מבין שדות המשפט המרכזיים בישראל, דיני הראיות הם ודאי השדה המופקר ביותר מבחינה חקיקתית. פקודת הראיות קצרה ודלה בהסדרים, בהגדרות ואפילו בבירור-מחדל. שורת המונחים הכלליים שאין היא מגדירה ארוכה מדי. היא כוללת בין היתר את המונחים ראייה, קבילות או פסילה, חיסיון, כשרות, רלוונטיות, דיות, חזקות, נטל ההוכחה, ספק סביר. שורת מונחים קונקרטיים יותר, אך עדיין מופשטים יחסית ובבירור מונחי מפתח בדיני הראיות, לא מוגדרים גם הם בפקודת הראיות: עדות שמועה, עדות סברה, ראייה ישירה, ראייה נסיבתית, סיוע, חיזוק ועוד. מה שהמחוקק לא טרח להגדיר, הפסיקה לא מנסה, בין משום שאין זה תפקידה, ובין משום שהיא פשוט נוטה להישען על תפיסה אינטואיטיבית של מונחים. הגיעה העת לכתוב מחדש את פקודת הראיות, והפעם בקפידה ובפירוט, באופן שייצר הסדרים עשירים, בבירור-מחדל מפורשות, וכמובן הגדרה מחייבת של מונחי המפתח. חיבורו החדש של עמית הוא נקודת מוצא מצוינת.