



בבית המשפט העליון

רע"פ 8873/07

רע"פ 10573/08

בפני :
כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ע' פוגלמן

המבקשת ברע"פ 8873/07 : היינץ ישראל בע"מ

המבקשת ברע"פ 10573/08 : מדינת ישראל

נ ג ד

המשיבים ברע"פ 8873/07 :
1. מדינת ישראל
2. משה מילר
3. לשכת עורכי הדין

המשיבים ברע"פ 10573/08 :
1. היינץ ישראל בע"מ
2. משה מילר
3. לשכת עורכי הדין

בקשות רשות ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי
בתל-אביב-יפו מיום 27.08.2007 בתיק בש 93341/06 שניתן
על ידי כבוד השופטת י' אנטוורדט

תאריך הישיבה : י"א בתשרי התשע"א (19.09.2010)

בשם המבקשת ברע"פ
8873/07 והמשיבה 1
ברע"פ 10573/08
ובשם המשיב 2 :

עו"ד נדב ויסמן ; עו"ד איסר בירגר ;
עו"ד מור ברגנר

בשם המבקשת ברע"פ
10573/08 והמשיבה 1
ברע"פ 8873/07 :

עו"ד נעמי גרנות

בשם המשיבה 3 ברע"פ
8873/07 וברע"פ 10573/08 :

עו"ד רון דרור ; עו"ד אופיר מנצ'ל

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

1. לפנינו בקשות רשות ערעור שהוגשו הן מטעם חברת היינץ ישראל בע"מ והן מטעם המדינה, כנגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו. קיימנו דיון בבקשות הצדדים בשני מסלולים: המסלול המעשי שנועד לגבש פתרונות לתיק החקירה הקונקרטי, ומסלול בירור השאלות העקרוניות בו החלטנו לדון בשלב מאוחר יותר ככל שהדבר יידרש. מאז החלה הפרשה שביסוד ההליך שלפנינו חלו בה התפתחויות עקרוניות ומעשיות שונות אשר הובילו לצמצום גדרי המחלוקת בין הצדדים. רוב השאלות שהתעוררו בראשיתה של הפרשה באו לפתרונן במסלול המעשי, וחלקן איבדו נפקות מעשית מבחינת ההליך הפלילי שבגינו נתפסו המסמכים נשוא הדיון, כך שכיום נותרו להכרעתנו שאלות מצומצמות למדי. נעמוד אפוא בקצרה על האירועים העומדים ברקע להליך ועל ההתפתחויות שחלו בו.

רקע עובדתי

2. בנובמבר 2003 נתגלה כי מספר ניכר של תינוקות בישראל נפגעו כתוצאה מכך שהוזנו בתחליף חלב לתינוקות על בסיס סויה שהיה נטול ויטמין 1B (תיאמין). שלושה מהתינוקות נפטרו ואחרים נפגעו פגיעות שונות, חלקן קשות ביותר. משטרת ישראל הקימה צוות חקירה מיוחד לחקירת נסיבות הפרשה. במסגרת זו, נחקר חשד לרשלנות ולגרימת מוות ברשלנות על ידי נושאי תפקידים ועובדים בחברת היינץ-רמדיה בע"מ, חברת בת של היינץ-ישראל בע"מ (להלן: המבקשת) שעסקה בשיווק תחליף החלב הנזכר.

3. במסגרת חקירת המשטרה, נערך ביום 31.5.2004 חיפוש על פי צו של בית משפט השלום ברמלה במשרדו של המשיב 2 (להלן: מילר), אשר שימש בתקופה הרלוונטית לחקירה כמנכ"ל המבקשת והחזיק, יחד עם רעייתו, ב-49% ממניותיה. במהלך החיפוש נתפסו על ידי המשטרה מסמכים שונים וכן כונן קשיח של מחשב ששימש את מילר בעבודתו.

4. החיפוש התבצע בנוכחות עורך דינה של המבקשת, ובמהלכו העלה האחרון את הטענה שחלק מהמסמכים שנתפסו, וחלק מהקבצים השמורים במחשבו של מילר, חוסים תחת חיסיון עורך-דין-לקוח או חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט. בעקבות זאת, הוכנסו אותם מסמכים לשקית ולמעטפה שנאטמו ונרשם עליהן חיסיון. כן סוכם

בין הצדדים כי המשטרה לא תחדור לחומר המחשב ולא תעיין במסמכים שסומנו כחסויים, אלא לאחר שייבדק החומר על ידי בא-כוח המבקשת ולאחר שבית המשפט יכריע בכל טענת חיסיון שטיטען לאחר עיון בחומר כאמור.

5. ביום 2.6.2004 ביקשה המשטרה מבית משפט השלום ברמלה להאריך את צו התפיסה, ובהסכמת המבקשת הוארך תוקפו של הצו עד ליום 16.6.2004 (בהמשך ניתנה הסכמה להארכה נוספת). באותו מועד קבע בית המשפט בהסכמת הצדדים כי הכונן הקשיח של המחשב יאטם, ודיסק המכיל העתקים של הקבצים השמורים בכונן יימסר לבאי-כוח המבקשת על מנת שיעברו על הקבצים ויודיעו לבאי-כוח המדינה אילו מהם חוסים, לטענתם, תחת חיסיון.

6. בהתאם לסיכום האמור, שלחו באי-כוח המבקשת למשטרה ביום 5.7.2004 מכתב אליו צורפו שני נספחים: הראשון, הכיל תדפיס של כותרי הודעות הדואר האלקטרוני הנכנס (inbox) שהתקבלו מאז שנת 2000, והשני הכיל תדפיס דומה ביחס לתיבת הדואר היוצא (sent items). על גבי תדפיסים אלו סימנו עורכי הדין קרוב לשלוש מאות מסמכים שהיו חסויים לטענתם מכיוון שמדובר ב"מסמכים שהוחלפו בין עו"ד ללקוחו, או בין עו"ד לאדם אחר מטעם הלקוח, בקשר ענייני עם השירות המקצועי". ביחס לחלק מהמסמכים, נטען כי מדובר ב"מסמכים משפטיים והכנה לקראת הליכים משפטיים". כמו כן, הועלתה במכתב טענה לפיה בכונן הקשיח שמורים מסמכים רבים שכלל אינם רלוונטיים לחקירת המשטרה, ועל כן אין למשטרה סמכות לתופסם.

ההליכים בפני הערכאות הקודמות

7. ביום 17.1.2005 פנתה המשטרה לבית משפט השלום ברמלה בבקשה לעיין בכל המסמכים וקבצי המחשב שנתפסו במשרדו של מילר (ב"ש 1269/05). לאחר הדיון הגישו באי-כוח המבקשת לעיון בית המשפט בלבד, קלסרי מסמכים מלווים בטבלה שבה צוינו מספרו של כל מסמך, הגדרתו, וכן קיומה או היעדרה של טענת חיסיון, וככל שנטענה – מה מקורה. ביום 6.9.2006 ניתנה החלטת בית משפט השלום (השופט נ' קפלינסקי) אשר דחה את טענת המבקשת לתחולתו של חיסיון עורך-דין-לקוח על המסמכים, אך קיבל באופן עקרוני את האפשרות שיחול על חלק מהמסמכים חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט. בנוסף, דחה בית משפט השלום את הטענה לפיה אין למשטרה סמכות לתפוס מסמכים השמורים בכונן המחשב ואינם רלוונטיים לנושא החקירה.

8. על החלטה זו השיגו שני הצדדים בפני בית המשפט המחוזי: המדינה עררה כנגד הקביעה לפיה על חלק מהמסמכים שנתפסו חולש חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט (ב"ש 93341/06), ואילו המבקשת ומילר עררו כנגד דחיית הטענה בדבר תחולתו של חיסיון עורך-דין-לקוח על המסמכים וכנגד הקביעה לפיה סמכות המשטרה לבצע חיפוש במחשב אינה מוגבלת לחומרים הרלוונטיים לחקירה (ב"ש 93637/06).

טענתה המרכזית של המדינה בבית המשפט המחוזי הייתה כי בכל הנוגע לתחולתו של חיסיון עורך-דין-לקוח, יש להבחין בין חיפוש הנערך במשרדו של עורך-הדין לבין חיפוש הנערך במשרדו של הלקוח; לפי הטענה, החיסיון חולש על מסמכים הנתפסים במסגרת חיפוש מהסוג הראשון, אך אין הוא חולש על מסמכים הנתפסים בחיפוש מהסוג האחרון. מנגד, טענו באי-כוחם של המבקשת ומילר כי הקריטריונים הרלוונטיים לבחינת תחולתו של חיסיון עורך-דין-לקוח על מסמך כלשהו, הם מהותו של המסמך והחלפתו במסגרת יחסי אמון בין עורך-דין ללקוחו, ולא מקום הימצאו הגיאוגרפי בעת שנתפס. לשכת עורכי הדין, אשר ביקשה להצטרף להליך כ"ידיד בית המשפט", התייצבה בעניין זה לימנם של האחרונים וקראה לבית המשפט להתאים את הדין לחידושי הטכנולוגיה ולמציאות שנוצרה בעידן הנוכחי בו מתבצעות התייעצויות בין עורכי דין ולקוחותיהם בדואר אלקטרוני כדבר שבשגרה. על כן, טענה הלשכה כי עמדה שאינה מכירה בתחולת חיסיון עורך-דין-לקוח על מסמכים המצויים בחזקתו של הלקוח, מרוקנת את החיסיון מתוכנו ופוגעת בזכות ההיוועצות.

סוגיות נוספות שהיו שנויות במחלוקת בין הצדדים נגעו לאופיו של חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט – חיסיון יחסי כטענת המדינה, או חיסיון מוחלט כעמדת המבקשת – ולמידת החירות של המשטרה בעת ביצוע חיפוש בחומר ממוחשב. בעניין אחרון זה, טענה המדינה כי המשטרה רשאית לבחון את כל הקבצים השמורים בכוונת שנתפס על ידה, ומנגד טענה המבקשת כי יש להגביל את החיפוש בכוונת המחשב לחומרים רלוונטיים בלבד באמצעות שימוש במפתחות המבוססים על כותרות המסמכים, התאריכים בהם נוצרו וכיו"ב.

9. ביום 27.8.2007 ניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי. בפסק הדין ציינה השופטת אמונטרדס כי מבחינה עקרונית עמדת המבקשת ולשכת עורכי הדין, לפיה ראוי להחיל את החיסיון של עורך-דין-לקוח גם על מסמכים הנמצאים בחזקתו של הלקוח, נכונה בעיניה, אולם לשונו של סעיף 48 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, מורה באופן ברור כי מדובר בחיסיון החולש אך על מסמכים הנמצאים ברשותו של

עורך הדין. לפיכך, קבעה השופטת כי במצב המשפטי הנתון חיסיון עורך-דין-לקוח אינו חל על מסמכים שנתפסו בחיפוש בחזקתו של הלקוח.

באשר לחיסיון החל על מסמכים שהוכנו לקראת משפט, נפסק כי מדובר בחיסיון מקיף ומוחלט שאינו מוגבל מבחינה "גיאוגרפית", ואשר חל גם על מסמכים שטרם הוחלפו בין עורך-הדין ללקוחו וגם על מסמכים שהוכנו לקראת משפט על ידי אדם שאינו עורך-דין ואשר לא היה מיוצג על ידי עורך-דין.

ביחס לסמכותה של המשטרה לבחון חומר השמור בכוון מחשב של חשוד, קבעה השופטת כי כשם שחוקרי המשטרה רשאים לערוך חיפוש במסמכיו של חשוד וליטול עמם, על פי צו בית משפט, כל מסמך שנראה להם רלוונטי, כך רשאים הם ליטול את הכונן הקשיח של החשוד בכללותו על כל המידע השמור בו – רלוונטי ולא רלוונטי כאחד. השופטת הוסיפה וקבעה בהקשר זה כי הגבלת איתור מסמכים במחשב החשוד על פי מפתח חיפוש, עלולה לאפשר לחשוד להסתיר או להסוות מידע רלוונטי תחת כסות תמימה.

ההליכים בבית משפט זה

10. על החלטתו של בית המשפט המחוזי הוגשו בקשות רשות הערעור שלפנינו. המבקשת ולשכת עורכי הדין ביקשו לערער על הקביעה לפיה חיסיון עורך-דין-לקוח אינו חל על מסמכים שנתפסו בחיפוש ברשותו של הלקוח. בנוסף, ביקשה המבקשת לערער על קביעתו של בית המשפט המחוזי בעניין היקף החיפוש במסמכים השמורים בקבצי מחשב. מנגד, ביקשה המדינה לערער על הקביעה לפיה חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט הינו בעל אופי מוחלט.

ראוי להדגיש, כי בשלב הדיון לפנינו חל שינוי מהותי בעמדתה העקרונית של המדינה ביחס לסוגית "תחולתו הגיאוגרפית" של חיסיון עורך-דין-לקוח. במסגרת בקשת רשות הערעור שהוגשה מטעמה, הודיעה המדינה כי בניגוד לעמדה שהוצגה על ידה בערכאות הקודמות, היא מסכימה לכך שחיסיון עורך-דין-לקוח יכול לחול מבחינה עקרונית גם על מסמכים הנמצאים בחזקת הלקוח ואין הוא מוגבל בהתפרשותו לד' אמותיו של עורך-הדין.

11. אשר על כן, ונוכח השאיפה שלא לעכב את ההליך הפלילי התלוי ועומד בפרשה זו, החלטנו בתום דיון שנערך בפנינו ביום 18.01.2010, לפצל את ההליך לשני שלבים כאשר במסגרת השלב הראשון תוכרענה המחלוקות הקונקרטיות בין הצדדים

בנוגע למסמכים שנתפסו בחיפוש במשרדו ובמחשבו של מילר, ובשלב השני, ככל שיהיה בכך צורך, תידונה השאלות העקרוניות. בהתאם לכך קבענו, בהסכמת הצדדים, כי באי-כוחם ימיינו את המסמכים שהועלתה לגביהם טענת חיסיון וינסו להגיע להסכמה ביחס לחשיפתם בהתחשב בעמדתה העדכנית של המדינה. כלומר, על בסיס ההנחה שטענת חיסיון עורך-דין-לקוח עשויה להתקבל גם ביחס לחומר שנתפס בחזקתו של הלקוח. עוד נקבע בהחלטתנו מיום 18.01.2010, כי לאחר שתוגש הודעת עדכון משותפת מטעם הצדדים בדבר סיום הליך הבדיקה של המסמכים הקונקרטיים, יבחן הצורך בהמשכת הדיון בשאלות העקרוניות שהעלו הצדדים בכתבי טענותיהם.

12. ביום 18.3.2010 הודיעונו באי-כוח הצדדים כי קיימו ביניהם מספר ישיבות שבמהלכן מוינו מאות מסמכים, והתגבשה הסכמה באשר לרובם המכריע. לצד זאת, נמסר כי ביחס לשני מסמכים עדיין שוררת בין הצדדים מחלוקת. באי-כוח הצדדים ציינו בהודעתם כי המסמכים האמורים רלוונטיים לשאלות העקרוניות שעודן שנויות במחלוקת ומשכך ביקשו להותיר את ההכרעה באשר למעמדם של מסמכים אלו בידינו. כן ביקשו באי-כוח הצדדים כי הדיון בתיק יעבור לשלב בירור השאלות העקרוניות. ביום 19.9.2010 קיימנו דיון נוסף שבמהלכו הובאו לעיונונו שני המסמכים האמורים, ומצאנו כי אכן מדובר במסמכים חסויים בשל היותם במובהק במסגרת הקשר המקצועי שבין עורך-דין ללקוח.

השאלות העומדות לבירור

13. כמפורט לעיל, במהלך הזמן שחלף מאז החלו ההליכים להתברר חלו שינויים משמעותיים, ובמרכזם שינוי מהותי בעמדת המדינה ביחס לתחולת חיסיון עורך-דין-לקוח על מסמכים הנמצאים בחזקתו של הלקוח. נשוב ונציין, ברוח החלטתנו מיום 18.01.2010, כי טוב עשתה המדינה עת בחנה מחדש את עמדתה והציגה בה שינוי שאף הביא, בסופו של יום, ליישוב מרבית המחלוקות בין הצדדים. לטעמנו, ראוי כי עמדה זו, המבוססת על פרשנות תכליתית של הוראת החיסיון, תשמש כבסיס לבחינת השאלות השונות המתעוררות בעקבות תפיסה וחשיפה של מסמכים המצויים בחזקת הלקוח. בהקשר זה ראינו אף להבהיר כי כשם שלא קיימת הצדקה מהותית לסווג את תחולת חיסיון עורך-דין-לקוח על מסמכים שונים לפי מפתח "גיאוגרפי", כך גם לא קיימת הצדקה להבחין בין צורות תקשורת שונות בין עורך-דין ללקוחו. דהיינו, החיסיון חל במידה שווה על שיחה שהתנהלה בעת מפגש, באמצעות טלפון, דואר אלקטרוני או במדיום רלוונטי אחר.

14. במצב דברים זה, ניתן לומר כי לאחר שצומצמו גדריו של ההליך נותרו לפנינו כיום שלוש סוגיות: ראשית, האם מוטלות על החוקרים מגבלות מיוחדות בעת ביצוע חיפוש במחשב. שנית, אופן בירורן של טענות חיסיון הנטענות במהלך חיפוש של המשטרה על פי צו בית משפט ברשותו של הלקוח. ולבסוף, היקף התפרשותם המהותית של חיסיון עורך-דין-לקוח וחיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט על מסמכים שונים שהוחלפו בין עורך-דין ללקוחו. הסוגיה הראשונה הועלתה בגדרה של בקשת רשות הערעור מטעם המבקשת, ושתי הסוגיות הנוספות הועלו בטיעוניה של המדינה. נקדים את המאוחר ונציין כי בנסיבות המקרה שלפנינו, בהתחשב בכך שכיום לא נותרו עוד מסמכים שמעמדם שנוי במחלוקת בין הצדדים, לא מצאנו מקום לתת רשות ערעור באשר לסוגיות שלעיל. ככלל, לטעמנו, ראוי כי מלאכת הגדרת גבולותיהם של חסיונות ומציאת נקודת האיזון הראויה בין זכויותיו של חשוד בחקירה פלילית לבין צרכי החקירה וערך גילוי האמת, תיעשה בזהירות ומתוך תשומת לב לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, וזו הדרך שבה צעדה פסיקתנו עד היום. לפיכך, אין מקום לפיתוח הלכתי בנסיבות שאינן צריכות לו וללא תשתית עובדתית המחייבת יישום של העקרונות הרלוונטיים. יחד עם זאת, ראינו להתייחס בקצרה לעקרונות שעל גורמי החקירה והתביעה לפעול לאורם בעת ביצוע חיפוש מן הסוג שבו עסקינן.

היקף החיפוש בחומר ממוחשב

15. כזכור, על פי פסק דינו של בית המשפט המחוזי, סמכותם של חוקרי המשטרה לבצע חיפוש במחשבו של חשוד זהה בהיקפה לסמכות החיפוש במסמכים אחרים, ואין היא מוגבלת לשימוש במפתחות חיפוש שיבטיחו כי החוקרים יחדרו אך לחומר רלוונטי לחקירה. בפנינו, שבה המבקשת וטענה כי עקב אינטנסיביות השימוש במחשב למטרות שונות – מקצועיות ואישיות – והיקפו הנרחב של המידע שנשמר בקבצי מחשב, יש לעצב מערכת כללים מיוחדת שתחול על תפיסת חומרי מחשב בעת חקירה פלילית ותגלם איזון הולם בין צרכי החקירה לבין זכותו של החשוד לפרטיות.

16. הקשיים שהוזכרו בטיעוניה של המבקשת לא נעלמו מעיניו של המחוקק. ואכן, בחודש יוני 2005, כשנה לאחר שנערך החיפוש במשרדו של מילר, התקבל בכנסת חוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (תיקון מס' 12) (חיפוש ותפיסת מחשב), התשס"ה-2005 (להלן: התיקון והפקודה בהתאמה). על פי דברי ההסבר להצעת החוק, התיקון נועד לאזן בצורה ראויה יותר בין צרכי החקירה לזכויות הפרט, על רקע ההתפתחות הטכנולוגית בעולם המחשבים והשימוש הרווח בהם לרבות בידי אנשים פרטיים. בהתאם, נקבע במסגרת התיקון כי בבוא בית המשפט להוציא צו חיפוש במחשב עליו לפרט את "מטרות החיפוש ותנאיו שייקבעו באופן שלא יפגע בפרטיותו

של אדם מעבר לנדרש" (סעיף 23א(ב) לפקודה). בד בבד, נקבע בתיקון כי המפקח הכללי של המשטרה יקבע הוראות נוספות, בפקודות משטרת ישראל או בנהלים, לצורך שמירה על הפרטיות ועל שלמותו של חומר המחשב בעת חדירה אליו (סעיף 26(ב) לפקודה). בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר בהקשר זה כי "המפקח הכללי של המשטרה יוכל להורות כי חיפוש במחשב ייערך רק במסמכים שנוצרו בתאריכים מסוימים, במסמכים שיוצרו ומחברם הוא החשוד, או לערוך חיפוש תוך שימוש במילות מפתח" (ראו: הצעת חוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (מס' 11) (חיפוש ותפיסת חומר מחשב), התשס"ה 2005, ה"ח הכנסת 78).

17. הנה כי כן, מהוראות החוק ומדברי ההסבר להצעת החוק עולה במפורש כי הסעד לו עותרת המבקשת, קרי קביעת הנחיות והגבלות באשר לביצוע חיפוש בחומר ממוחשב, נמצא על ידי המחוקק כראוי להסדרתו של המפקח הכללי של המשטרה. ראוי לציין בהקשר זה, כי המדינה מסרה בבקשתה לרשות ערעור מיום 14.12.2008 כי מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים שוקדת על הסדר כולל בדיני החיפוש שבו יינתן מקום נכבד לחיפוש במחשב. אולם עד כה, טרם נקבע הסדר כאמור ואף המפקח הכללי של המשטרה טרם קבע הוראות כפי שהוסמך לעשות על ידי המחוקק. למותר לציין, כי עקב פוטנציאל הפגיעה בזכויות הפרט בעת ביצוע חדירה לחומר מחשב, הסדרה כזאת הינה חיונית, ומשכך ראוי לה שתסתיים בקרוב. בעידן הנוכחי הפכו המחשבים לכלי עבודה ותקשורת ראשון במעלה ולארכיב כמעט אינסופי המאכסן בתוכו את זיכרונותיו, פרי עמלו, ומשאו ומתנו של האדם (על פוטנציאל הפגיעה בזכויות הפרט בעת חדירה לחומר מחשב ראו: שרון אהרוני-גולדנברג "חדירה למערכות מחשב – היקפה הרצוי והמצוי של העברה" ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 429 (2009) (להלן: אהרוני-גולדנברג)). לצד זאת, השימוש האינטנסיבי במחשבים הופך אותם גם לאוצר בלום של ראיות מפליליות ומידע רלוונטי אשר יכול וצריך לשמש את רשויות החקירה במאבקן במפרי חוק ועוברי עבירה. מורכבותו של הנושא ורגישותו מחייבות כי התאמתו של הדין לחידושי הטכנולוגיה ולפוטנציאל הפגיעה שהטכנולוגיה גוררת בעקבותיה תעשה לא רק ברצינות ובאחריות אלא גם במהירות ראויה. עם זאת, טענות הנוגעות לאופן המימוש של סמכות המפקח הכללי ומועד מימושה אינן מענייניו של הליך זה, ובנסיבות המקרה שלפנינו בהן אין עוד נפקות לסוגיה ביחס להליך הפלילי המתנהל, לא מצאנו לדון בה.

פרוצדורה לבירור טענות חיסיון ביחס למסמכים שנתפסו אצל הלקוח

18. הסוגיה השנייה שהובאה לפתחו של בית המשפט, עניינה, כזכור, באופן שבו יתבררו טענות חיסיון הנטענות על ידי חשוד בעקבות חיפוש שהתבצע ברשותו על פי

צו בית משפט. בבקשתה לרשות ערעור טענה המדינה כי הקביעה לפיה חיסיון עורך-דין-לקוח חל מבחינה עקרונית גם על מסמכים המצויים בחזקתו של הלקוח, עלולה להיות מנוצלת לרעה בהליכים פליליים על ידי חשודים שיבקשו לעכב ולשבש את התנהלות החקירה באמצעות העלאת טענות סרק בדבר קיומו של חיסיון. לפיכך, לשיטתה, יש לצרף להכרעה המכירה בהתפרסותו הגיאוגרפית של החיסיון על מסמכים הנמצאים בחזקת הלקוח, גם הכרעה משלימה שעניינה אופן בירור טענה בדבר חיסיון הנטענת על ידי חשוד בנוגע למסמכים שנתפסו בחזקתו. המדינה ביקשה מבית המשפט ליצור הסדר בעל מבנה תלת שלבי לבירור טענות חיסיון אשר במסגרתו: בשלב הראשון, יידרש לקוח הטוען לחיסיון להציג "ראשית ראיה" לתמיכת טענותיו. בשלב השני, גורמי החקירה יהיו רשאים לערוך בדיקה ראשונית של טענת החיסיון על סמך עיון בחומר. ובשלב השלישי, ככל שלא תתגבש הסכמה בין הצדדים ביחס למעמדו של המסמך, תהא שמורה לכל אחד מהם הזכות לפנות לבית המשפט שיכריע בשאלת החיסיון בהליך מזורז ככל הניתן.

19. בתגובה להצעה זו, טענה לשכה עורכי הדין כי הפרוצדורה המוצעת למיון מסמכים ולבירור טענות חיסיון תגרום לפגיעה קשה בזכות ההיוועצות ותרוקן את החיסיון מתוכנו. זאת, הן מכיוון שעיון ראשוני במסמך על ידי גורמי החקירה במטרה לבחון את טענת החיסיון שהועלתה לגביו, יאיין, בפועל, את החיסיון, והן מכיוון שלא ניתן להציג "ראשית ראיה" בנוגע לחיסיון המסמך מבלי לחשוף את תוכן המסמך עצמו. לשכת עורכי הדין עמדה בתגובתה על חשיבות בירור טענות החיסיון על ידי גורם ניטראלי שאינו אמון על האינטרסים של גורמי החקירה, ולשיטתה, הגורם המתאים היחידי למילוי משימה זו הוא בית המשפט.

20. אכן, ההכרה בכך שחיסיון עורך-דין-לקוח עשוי לחול מבחינה עקרונית גם על מסמכים הנמצאים בחזקתו של הלקוח מחייבת היערכות מתאימה להתמודדות עם טענות מסוג זה כדי למנוע שימוש לרעה בטענות שיש בהן כדי לסכל חקירה ולפגוע פגיעה אנושה ביכולת החקירה. יש ממש בטענתה של המדינה כי אין לאפשר לחשוד "לתקוע מקלות" בגלגלי החקירה באמצעות העלאת טענות חיסיון בלתי מבוססות. אולם, לצד זאת יש להבטיח כי מיונו של החומר יעשה באופן שאינו פוגע בזכותו של החשוד להליך הוגן ואינו משיג את גבולם של החסיונות.

מטבע הדברים, בעת ביצוע חיפוש במשרדו של אדם נתפסים מסמכים רלוונטיים ובלתי רלוונטיים לחקירה, חסויים ובלתי חסויים כאחד. בירורן של טענות חיסיון, ככל שאלו הועלו, מתבצע בשלב מאוחר יותר באמצעות מיון וסיווג החומר

שנתפס. בהתאם להסדר שגובש בין לשכת עורכי הדין לבין משטרת ישראל ועוגן בפקודות הקבע של המשטרה, כאשר מתבצע חיפוש בביתו או במשרדו של עורך-דין, מתלווה לחיפוש נציג לשכת עורכי הדין. הכלל הוא כי מסמכים שלגביהם מעלה עורך-דין טענת חיסיון, נצירים בחבילה אטומה ומועברים להכרעת בית המשפט. על פי הפרקטיקה הנוהגת, המעטפות החתומות מועברות לכספת בית המשפט המחוזי שבתחומו משרדו של עורך-הדין, והצדדים יכולים לפנות לבית המשפט בבקשה לבירור מעמדם של המסמכים. הסדר דומה באופיו נקבע בחקיקה ביחס לחיפוש של פקיד שומה אצל עורך-דין (ראו: סעיפים 235א-235ד לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]). ההסדרים שהוצגו לעיל מצביעים על מודעותה של מערכת אכיפת החוק לרגישות המיוחדת שקיימת בחיפוש אצל בעל-מקצוע אשר עשוי בסבירות גבוהה להחזיק במסמכים החוסים תחת חיסיון. הסדרים אלו אמנם אינם חלים על חיפוש כגון זה שהתבצע במשרדו של מילר, אולם יש בהם כדי ללמד על משנה הזהירות שיש לנקוט בעת טיפול בחומר שעשוי להתברר כחסוי.

21. דרישת זהירות דומה עולה מהפסיקה שעסקה באופן המיון והסיווג של מידע שהתקבל בעת ביצוע האזנת סתר. בענייננו, ניתן להשוות בהיבטים מסוימים את תפיסתו של חומר חסוי במחשבו של חשוד לביצוע האזנת סתר: גם כאשר מתבצעת האזנת סתר לקו הטלפון של החשוד, יתכן שתלכד שיחה בינו לעורך-דינו שעניינה במתן ייעוץ מקצועי. החיסיון שחל על השיחה אינו בטל אך בשל העובדה כי קו הטלפון לו התבצעה ההאזנה היה קו הטלפון של הלקוח ולא של עורך-הדין (ראו: סעיף 9 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979). ביצוע האזנת סתר ועריכת חיפוש ברשותו של החשוד – ובכלל זאת במחשבו – הם אמצעים חיוניים העומדים לרשות המשטרה בביצוע תפקידה כגוף חוקר. בשני המקרים נפגעות זכויות הפרט של החשוד מתוך מטרה להגן על ביטחון הציבור, שלטון החוק והסדר החברתי (על קווי הדמיון והשוני בין חדירה לחומר מחשב לבין ביצוע האזנת סתר, ראו: אהרונ-גולדנברג, בעמ' 448-447, 455-482). כפועל יוצא מכך, הדין החולש על הפעלתם של כלים שלטוניים אלו עניינו במציאת נקודת איזון מידתית בין הצורך בהגנה על אינטרסים חברתיים חיוניים לבין הפגיעה בחירויות הפרט. את העקרונות הנוגעים לקביעת האיזון הראוי ניתן ללמוד מהפסיקה הרלוונטית שצעדה עקב בצד אגודל ממקרה למקרה. נסקור אפוא בקצרה את הפסיקה הרלוונטית.

22. בפרשת זאבי (בש"פ 2043/05 מדינת ישראל נ' גד זאבי) (לא פורסם, 15.9.2005)) נדונה השאלה מה נכלל בחומר האזנות הסתר שעל התביעה להעביר לעיונה של הסנגוריה. במסגרת זו, נקבע מנגנון למיון וסיווג של תוצרי הקלטה של

האזנת סתר בידי המשטרה. נקודת המוצא להלכה שנקבעה שם היא כי בשל מגבלות טכנולוגיות נקלטות באופן אוטומטי כל השיחות המבוצעות מקו הטלפון לו מתבצעת ההאזנה, לרבות שיחות תמימות שאינן בגדר ההיתר. משכך, נקבע כי מזעור הפגיעה הבלתי מידתית הנובעת מקליטה בלתי מבוקרת זו של שיחות הטלפון, יתבצע לאחר הקליטה הפיסית שלהן באמצעות מיון וסיווג השיחות הנקלטות בידי הרשות החוקרת בהתאם לתכלית ההאזנה ומטרותיה (שם, בפסקה 20). בית המשפט ראה להדגיש בהקשר זה כי "מורכבותה וקשיותה של חקירה, הגוררת לעיתים האזנות לאורך תקופה ממושכת והמצמיחה כמות חומר רב ביותר, אינם מהווים הצדקה כלשהי להקל ולמתן את ההקפדה הנדרשת על אופן ביצוע המיון של החומר שנצבר" (שם, בפסקה 22).

23. נקודת הציון הבאה בהתפתחות ההלכה חלה בפרשת ברקו (בש"פ 7064/08 מדינת ישראל נ' ליאורה ברקו (לא פורסם, 13.08.2009)) בנסיבות בהן התבצעו האזנות סתר לשיחות שקיימה עורכת-דין מן הטלפון הנייד שהיה ברשותה. בפרשה זו נדונה השאלה כיצד יסווג וימוין חומר האזנה שהוקלט על ידי המשטרה תוך ביצוע האזנת סתר, שהתבצעה מכוח היתר לפי סעיף 9א(ג) לחוק האזנת סתר התשל"ט-1979, לשיחותיו של בעל מקצוע ששיחותיו עשויות להיות חסויות. באותו מקרה עמדה השופטת א' חיות על כך שבשונה מתוצריה של האזנת סתר "רגילה", אשר על מיונם וסיווגם מופקדות, כזכור, המשטרה והפרקליטות, כאשר מדובר בתוצרי האזנת סתר לשיחה שעלולה להתברר כחסויה, ראה המחוקק להפקיד מלאכה זו בידי של בית המשפט תוך שהוענקה לו הסמכות להורות כי פעולות כאלה ואחרות בתהליך המיון והסיווג תתבצענה על ידי הרשות החוקרת (שם, בפסקה 36). זאת, מתוך שאיפה לצמצם ככל הניתן את המגע של גורמי היחידה החוקרת עם תוצרי האזנה אשר עשוי לחול עליהם חיסיון ולהבטיח בכך כי יתקיים איזון ראוי ומידתי בין הצורך לשמור על "המתחם המוגן" של יחסי עורך-דין ולקוחו לבין אינטרס הציבור ללחום בפשיעה ולמנוע יצירת "חממה" או "עיר מקלט" לביצוע עבירות. ראוי לציין כי באותה פרשה נדחתה טענתה של המשיבה, עורכת הדין ברקו, כי יש להעביר לידיה את מלוא תוצרי האזנת הסתר על מנת שהמיון והסיווג של חומר זה יתבצע על ידה (שם, בפסקה 41(ג) לפסק הדין).

מן האמור לעיל עולה, כי כאשר נדון אופן הטיפול בחומר שסביר כי חל עליו חיסיון, המחוקק ובית משפט זה בעקבותיו, הקפידו על יצירת חיץ בין המידע החסוי לבין הרשות החוקרת באמצעות הפקדתו של גורם ניטרלי על מיונו וסיווגו של החומר.

24. יחד עם זאת, גם להגנה על זכות ההיוועצות של החשוד ועל יחסי האמון שבינו לבין עורך-דינו ישנם גבולות. על פי הפסיקה, גבולות אלו נחצים מקום שבו נעשה שימוש לרעה בחיסיון והיחסים שבין הלקוח לעורך-דינו מנוצלים במטרה לבצע עבירה או לסייע למבצעה (ראו: פרשת ברקו, בפסקה 34 לפסק הדין). בענייננו, כאשר במהלך ביצוע חיפוש כדין בביתו או משרדו של חשוד, מעלים החשוד או עורך-דינו טענות חיסיון ביחס לכמות רבה של מסמכים, מבלי לפרט את מקור החיסיון הנטען ואת ההצדקה להחלתו על המסמך הקונקרטי, עלול להתעורר חשד כי מדובר בניסיון לבצע שימוש לרעה בטענת החיסיון במטרה להקשות על רשויות החקירה ולעכב אותן במלאכתן. משכך, ובהתאם לכלל הנקוט בפסיקתנו לפיו "הטוען לחיסיון עליו הראיה" (רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' עפרה גלעד, פ"ד מט(2) 516, 523 (1995); ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל בע"מ, פ"ד מח(3) 749, 797 (1994)), על הטוען לחיסיון מוטל הנטל להצביע על מקור החיסיון הנטען ועל עילה לכאורית המצביעה על כך שאכן חל חיסיון על אותו מסמך ספציפי. ודוק, אין בהכרח צורך בכל מקרה בהצגת "ראשית ראיה" לתחולתו של החיסיון הנטען, כעמדתה של המדינה, אם "ראשית הראיה" מחייבת את חשיפת המסמך כולו לצורך הכרעה בעניין. עם זאת, אין להעלות טענת חיסיון בעלמא, קרי מבלי להציג ראשיתו של טיעון שיצדיק הקדשת משאבים מצד רשויות החקירה ובית המשפט לבירור הטענה. הטיעון יכול וצריך להתייחס לזהות הגורמים שביניהם הוחלף המסמך, מועד היווצרותו, ופרטים נוספים שניתן לחשוף באשר לתוכנו מבלי לפגוע בחיסיון.

25. בעת הדיון לפנינו, מאחר שלא נותרו עוד מסמכים קונקרטיים הטעונים הכרעה, הודענו לצדדים כי לא נדון בשאלות שהפכו לתיאורטיות, אך דומה שניתן לצפות כי המדינה, בין בחקיקה ראשית ובין בהסדרת נהלים כאמור, תגבש כללים שיבטאו את המסגרת הנורמטיבית הראויה לאופן הטיפול בחומר שננטען לגביו חיסיון לאחר שהטוען הבהיר באופן לכאורי את הבסיס לטענת החיסיון. מובן כי נטל הוכחה לכאורית זו יהיה קל יותר ביחס למסמך שעל פניו הוא התכתבות ישירה בין הטוען לעורך-דינו, או התייעצות שהיא על פניה חסויה, והנטל יכבד ככל שאופי המסמך לגביו נטען החיסיון הוא שונה. כן מובן, כי אין בעצם העובדה שהעתק ממסמך כלשהו נשלח גם לעורך-הדין של החשוד, כשלעצמה, בכדי להרים נטל ראשוני זה, אלא יש להצביע על מאפיינים נוספים במסמך המצביעים על קשר ענייני בינו לבין טענת החיסיון הנטענת. מסקנה זו כמו ברורה מאליה, שאם לא כן ניתן יהיה לחסות כל מסמך באופן מלאכותי באמצעות משלוח העתק ממנו לעורך-דין. כן מתיישבת מסקנה זו עם הפסיקה שקבעה זה מכבר כי "משנפגש פלוני עם עורך-דינו בנוכחות אדם שלישי, ואותו אדם שלישי איננו איש סודו, אות הוא, שלא ביקש לשוות להתייעצות עם עורך-

הדין אופי של שיחה סודית, ומטעם זה אין הראיה חסויה" (דברי השופט י' זוסמן (כתוארו דאז) בע"א 44/61 אהרון רובינשטיין ושות' בע"מ נ' מפעלי טכסטיל נצרת בע"מ, פ"ד טו(2) 1599 (1961)). במובן זה, קיים שוני בין תפיסתו של מסמך כלשהו בחזקתו של עורך-הדין לבין תפיסתו של אותו מסמך ממש אצל הלקוח: בעוד שהנחת המוצא ביחס למסמכים שנתפסו אצל עורך-הדין היא כי הללו הגיעו לחזקתו לצורך מתן ייעוץ ושירות מקצועי, לא קיימת הנחה דומה ביחס למסמכים שנתפסו אצל הלקוח. הנטל להוכיח אחרת – ולו באופן לכאורי – מוטל, כאמור, על שכמו של הטוען לחיסיון.

מקום שבו נחצתה משוכה זו והוצג יסוד ענייני לכאורי לביסוס טענת החיסיון, שוב אין רשויות החקירה והתביעה רשאיות לעיין בחומר מבלי שתתברר תחילה טענת החיסיון.

26. השאלות הנוגעות לאופן בירור טענת החיסיון, כאשר מדובר במסמך שלכאורה עשוי לחול עליו חיסיון, אינן פשוטות; המנגנון המקובל עד כה בשיטתנו הניח את ההכרעה בשאלת תחולתו של החיסיון לפתחו של בית המשפט. כך, כאמור, בתוצרי חיפוש שנערך במשרד עורך-דין עד כה, וכך בהליכי חיפוש של רשויות מס הכנסה. הרחבת החיפושים לתכתובת אלקטרונית שבה מתרכזים כיום רוב חילופי הדברים והמסמכים הכרוכים בפעילויות שונות, עלולה לגרום לכך שהבאת התוצרים כולם בפני בית המשפט תיצור מצב בלתי אפשרי ליישום עקב כמויות החומר. לפיכך, ראוי לשקול אם אכן זהו האמצעי היחיד למיון החומר ולהכרעה בטענות חיסיון.

27. כך, למשל, בדין האמריקאי אומצו מספר אמצעים שיכול ויתנו מענה לקושי זה. אמצעים אלו פורסמו במדריך שכותרתו "חיפוש ותפיסה של מחשבים והשגת ראיות אלקטרוניות בחקירות פליליות" (Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations) ראו: www.cybercrime.gov/ssmanual/index.html. המדריך, אשר יצא לאור מטעם המחלקה לפשעי מחשב וקניין רוחני (Computer Crime and Intellectual Property Section) במשרד המשפטים (Department of Justice), מרכז את ההנחיות לתובעים הפועלים מטעם הממשל הפדראלי בתחומי עבירות המחשב והקניין הרוחני. על פי הנהלים המפורטים במדריך, כאשר נתפסים מחשב או קבצים אלקטרוניים אשר עלולים להכיל חומר חסוי, מועבר המידע לבחינתו של גורם שלישי בלתי מעורב על מנת שיבחן את החומר ויקבע את מעמדו. אותו גורם שלישי בוחן את הקבצים ומעביר את המידע שנמצא על ידו כבלתי מסווג לגורמי החקירה. המדריך מונה שלושה גורמים שונים אשר עשויים לשמש כ"גורם שלישי" למטרה זו: ראשית, בית המשפט בשבתו בדלתיים

סגורות יכול לבחון את המידע ולהכריע בשאלת החיסיון. שנית, בית המשפט יכול למנות מומחה שיעשה כן. החלופה השלישית היא להקים צוות בדיקה ("taint team") שיורכב מסוכנים ותובעים שאינם מעורבים בחקירה על מנת שיבחן את הקבצים כאשר מטבע הדברים, נאסר על המשתתפים בצוות הבדיקה לחלוק מידע עם רשויות התביעה. בשל היקפו הנרחב של המידע שלעיתים מעורב בחקירות מסוג זה, במיוחד כאשר מדובר במידע ממוחשב, בדרך כלל נמנעים בתי המשפט מלבחון את המידע בעצמם ומעדיפים את שתי האלטרנטיבות האחרות: מינוי צוות בדיקה או שימוש במומחה. צוותי בדיקה ממונים על פי רוב במצבים בהם רשויות החקירה כבר מחזיקות בחומר, ולפיכך השימוש בצוות בדיקה בא להגן על חיסיונם של אותם מסמכים ולא לגרוע ממנו. שנית, בדרך כלל מדובר בנסיבות בהן לא התעוררו טענות ביחס לתפיסת המסמכים כשלעצמה. לבסוף, הנטייה היא למנות צוות מסוג זה במצבים בהם היקף החומר שבו מדובר כה רב עד כי אין לצפות ממומחה ממונה להתמודד עימו בכוחות עצמו. מכל מקום, השימוש בצוות בדיקה חייב לשמר את מראית פני הצדק ולהקפיד על הגינות כלפי החשוד.

28. בישראל, בהעדר גורם אחר שהוסמך על ידי המחוקק לדון בטענות מסוג זה עד היום, מקומן של טענות חיסיון להתברר בפני בית המשפט. יחד עם זאת, במקרים מתאימים, ניתן לנקוט בהליכים שיקלו על בית המשפט ועל הצדדים להליך ויוציאו מכלל מחלוקת חלק מהחומר שנאסף. כך, למשל, בנסיבות המקרה דנן נפגשו נציגי התביעה והסנגוריה ובהסתמך על רשימות שהכילו נתונים לגבי המסמכים השונים – זהות הצדדים ביניהם הוחלף המסמך, התאריך בו נשלח, כותרת הדואר האלקטרוני אליו צורף וכד' – התגבשה ביניהם הסכמה ביחס לרובו המוחלט של החומר. המסמכים הבודדים שמעמדם נותר שנוי במחלוקת הובאו לעיונו והכרענו בשאלת החיסיון במעמד הצדדים. שיטת מיון זו, המבוססת על דיאלוג בין הצדדים, עשויה להקל במידה רבה את מלאכתו של בית המשפט ולזרז את בירור תחולתם של חסיונות כלשהם על המסמכים. אולם, היא מחייבת יצירת תשתית של אמון בין באי-כוח הצדדים, ואפשר שיכולים הם להסכים גם על נציג של הרשות החוקרת או התובעת שאינו מטפל בתיק החקירה עצמו – פתרון שעל פניו נראה מספק ומאוזן. כמו כן, בהסכמת הצדדים, יכול בית המשפט למנות מומחה שיעיין במסמכים ויכריע בשאלת קיומו או היעדרו של חיסיון. מכל מקום, ברי כי טענתה של המדינה – לפיה מיון ראשוני של המסמכים יכול להתבצע על ידי הגורמים המופקדים במישרין על החקירה – עלול לעורר קושי של חשיפת המסמכים החסויים.

היקף התפרשותם המהותית של חיסיון עורך-דין-לקוח וחיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט

29. הסוגיה האחרונה שלגביה נתבקשה רשות ערעור הינה גם הרחבה מכולן – עניינה באופיים של חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט וחיסיון עורך-דין-לקוח ובקביעת גבולותיהם. במסגרת בקשת רשות הערעור שהוגשה מטעמה השיגה המדינה על קביעתו של בית המשפט המחוזי כי חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט הינו בעל אופי מוחלט ותחולתו רחבה. לגישתה של המדינה, מדובר בחיסיון יחסי ובתור שכזה גם במקרים בהם הוא חל מבחינה עקרונית, עדיין שומה על בית המשפט להידרש לשאלה האם הצורך לגלות את המסמך לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שלא לגלותו. כמו כן, גרסה המדינה כי לא ניתן לקיים את הדיון בחיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט במנותק מהדיון בחיסיון עורך-דין-לקוח וזאת בשל הזיקה ההדוקה ביניהם והמאפיינים המשותפים לשניהם. באשר לחיסיון עורך-דין-לקוח טענה המדינה כי יש לפרש את החיסיון הקבוע בסעיף 48 לפקודת הראיות באופן מצמצם כך שיחול אך על ההתייעצות עם עורך-הדין ולא על תוצריה או על מסמכים שהיו קיימים לפניו, וכן על תוכן ההתייעצות שבין הלקוח ועורך-דינו, אבל לא על העובדות שלגביהן נערכה ההתייעצות או על עובדות חיצוניות לה. המדינה הוסיפה וטענה כי החיסיון חל אך במקרים בהם נמסר המידע לעורך-הדין מתוך כוונה שישמרהו בסוד, וכי ראוי לנקוט בפרשנות מרחיבה באשר לויתור מצד הלקוח על החיסיון (כך שגם ויתור שאינו מפורש וחד-משמעי מצדו של הלקוח יוביל לפקיעת החיסיון).

30. מנגד, טענה לשכת עורכי הדין כי המדינה מבססת את עמדתה על בחירה סלקטיבית מקרב ההלכות שנפסקו בנוגע לחסיונות האמורים ומנסה באמצעות זאת לקדם את ההלכה הקיימת צעד קדימה לעבר צמצום החיסיון. לשכת עורכי הדין הוסיפה וטענה כי השאלות אותן העלתה המדינה בבקשתה לרשות ערעור אינן מתעוררות כתוצאה מההכרה בתחולתו של חיסיון עורך-דין-לקוח על מסמכים שנתפסו בחיפוש בחזקתו של הלקוח, אלא מדובר בשאלות כלליות ותיאורטיות שאין מקום להכריע בהן במסגרתו של הליך זה.

31. המבקשת הצטרפה אל לשכת עורכי הדין בטענה כי אין צורך להידרש בגדרו של הליך זה לסוגיות הרחבות שהועלו בבקשתה של המדינה לרשות ערעור. המבקשת הוסיפה וטענה כי לגבי חלק מהנושאים שהוזכרו בבקשתה של המדינה קיימת הלכה ברורה שיצאה מלפני בית משפט זה, וכי ככל שקיים צורך ללבן חלק מהסוגיות הרי שראוי לעשות כן בבחינה פרטנית של נסיבותיו של כל מקרה ומקרה לאור הדיון והפסיקה ולא באופן כוללני וגורף.

32. עוד בעת שנשמעו טענות הצדדים בפנינו, הבענו עמדה לפיה בנסיבות ההליך דנן איננו רואים להידרש לשאלות שהעלתה המדינה בבקשתה למתן רשות ערעור, ומטעם זה אף לא מוצה הדיון בפנינו בכל הסוגיות שהעלתה המדינה. שאלות אלו נכבדות וחשובות הן, אולם בצדק טענו המבקשת ולשכת עורכי הדין כי אין הן ראויות להתברר בנסיבותיה הקונקרטיות של פרשה זו. בענייננו, בית המשפט קמא כלל לא נדרש למרבית הסוגיות שהוזכרו לעיל ומשכך ממילא אין מקום ליתן רשות ערעור על סוגיות בהן לא הכריע. כמו כן, בנסיבות המקרה דנן, כזכור, הפכו השאלות להיות תיאורטיות בהעדר מסמכים ששאלת חשיפתם טעונה הכרעה. במצב דברים זה, הרי שהדיון בשאלות אלו יישא אופי תיאורטי ואקדמי, שאינו מדרכו של בית משפט זה. בהתאם להלכה שהשתרשה בפסיקתנו, בית המשפט לא יידרש לשאלות משפטיות שהפכו להיות תיאורטיות אף אם מדובר בשאלות חשובות ועקרוניות. לכלל זה, קיים אמנם סייג החל על מקרים חריגים שבהם מבחינה מעשית אין בית המשפט יכול לפסוק הלכה אלא כאשר היא מוצגת כשאלה כללית שאינה קשורה למקרה מסוים (ראו, למשל: בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 250 (1990); בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' שלמה הלל - יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 146 (1985)). אולם, המקרה שלפנינו אינו נמנה עם אותם מקרים חריגים. במקרה דנן, אין כל סיבה להניח כי תקום מניעה מלדון בשאלות שהוזכרו לעיל במקרים המתאימים שבוודאי יתעוררו בעתיד. יתר על כן, גם לשיטתה של המדינה עצמה, חלק מהשאלות כבר התעוררו ונדונו בפני בית משפט זה וכל שמבקשת היא מאיתנו הוא לשוב ולאשש את ההלכה שנפסקה. בנסיבות אלה, איננו רואים הצדקה לקיים במסגרת הליך זה בירור של השאלות הרחבות והמורכבות שהועלו על ידי המדינה בבקשתה למתן רשות ערעור, ואשר כבר נדונו והוכרעו על ידי בית משפט או שניתן להניח כי יתבררו בעתיד במקרים מתאימים יותר.

33. אוסיף רק זאת – מבלי לקבוע אמות מידה או קו מפריד בין המסמכים החוסים בצל החיסיון המוחלט עקב היותם במובהק דברים שהוחלפו בין עורך הדין ללקוחו במסגרת השירות המקצועי שניתן לו, למסמכים אחרים שעורך הדין מכותב להם – נראה כי יש מקום להבחין בין סוגי המסמכים ולא ניתן להטיל באופן מלאכותי חיסיון על מסמכים באמצעות מיעון עורך הדין על תכתובות. מבלי להכריע בשאלה באלו נסיבות יחולו חיסיון עורך-דין-לקוח וחיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט, יש בסיס לטענה כי הרחבת החיסיון והחלתו על מסמכים שבאופן גיאוגרפי אינם בחזקת עורך הדין, מצדיקה הבחנה קפדנית יותר בין סוגי המסמכים שהחיסיון עליהם הוא מוחלט, לבין מסמכים אחרים. אמות המידה יקבעו ממקרה למקרה אם וככל שהמדינה לא תשכיל להציע סיווג הולם בכללים שתקבע.

34. אשר על כן, ובהתאם לאמור בהחלטתנו מיום 18.01.2010, הערעור מתקבל חלקית במובן זה שקביעתו של בית המשפט קמא כי חיסיון עורך-דין-לקוח אינו חולש מבחינה עקרונית על מסמכים הנמצאים ברשותו של הלקוח – בטלה. באשר ליתר הסוגיות שנדונו בפסק הדין של בית המשפט קמא, לא ראינו ליתן רשות ערעור וזאת בכפיפות להערוטינו בעקבות הדיון שקיימנו, והכל כמפורט בפסק הדין.

ה נ ש י א ה

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, כ"ו בטבת התשע"א (02.01.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ה נ ש י א ה