

13 באוקטובר 2021

לכבוד
עו"ד ערן גולן
המשנה לראש לשכת עורכי הדין
וממונה על הטיפול בקשות הצטרפות
להליכים משפטיים
לשכת עורכי הדין

א.נ.,

פניית עו"ד אלי שוורץ שואף ועו"ד זיוה אגמי כהן

בעניין הצטרפות אפשריות של לשכת עורכי הדין להליך במעמד של "ידידת בית המשפט"

1. התבקשתי לחוות דעתי בקשר לפנייה שבנדון, שעניינה בחינת הצטרפות אפשרית של לשכת עורכי הדין כידידת בית משפט בהליך ערר על החלטת בית משפט השלום בראשון לציון (כב' השופט טל ענר) מיום 4.9.2021 בה"ת 28127-08-18 **מדינת ישראל ואח' נ' סקף**.

א. הרקע לפנייה

2. החל מפברואר 2018 התנהלה חקירה רחבת היקף בנוגע לחשדות למתן שוחד לעובדי ציבור זרים על ידי חברות שונות המוחזקות על ידי חברת שיכון ובינוי בע"מ, ביניהן חברת SBI תשתיות, המחזיקה בחברת SBI שוויץ. שי סקף ("העורר") עבד בין השנים 2012 בחברת SBI שוויץ, בסניף קניה.

3. בשלב ראשון העורר נחקר שלא תחת אזהרה, כעד בפרשה (שלוש עדויות פתוחות מהתאריכים 20.2.18, 25.3.18, 25.2.18). בשלב זה נתפסו קבצים ומסמכים שונים מידי, ובכלל זה התכתבויות ומסמכים שהוחלפו בינו לבין עורכי דינו, לפי הטענה, במסגרת הכנה של תביעה אזרחית של העורר נגד מעסיקתו. בשלב זה לחקירתו העורר לא העלה טענת חיסיון עו"ד-לקוח. חלק מהמסמכים השנויים במחלוקת, שכיום נטענת לגביהם טענת חיסיון, נמסרו על-ידו לחוקרים בשלב זה ביזמתו, ולפי הנטען תוך ויתור מפורש על החיסיון. בשלב מסוים, בהמשך, הפך העורר לחשוד ונחקר חמש פעמים נוספות תחת אזהרה. בשלב זה נתפסו מסמכים נוספים לגביהם נטען חיסיון, מכוח צו חיפוש. בנוסף נתפסו חומרים דיגיטליים לרבות ממכשיר הטל"ס של העורר. לטענת הפונים, בשלב זה העורר העלה בפני החוקרים טענת חיסיון לגבי המסמכים במספר הזדמנויות, אולם החוקרים המשיכו לחקור אותו בנושאים הקשורים לחיסיון, ובהסתמך על עיון בחומרים שלגביהם נטענה טענת חיסיון, מבלי שהטענה הובאה להכרעה של בית המשפט.

4. מדברי ב"כ הפרקליטות (פרוטוקול 24.8.2021) עולה כי בשלב המוקדם לחקירתו המשיב מסר בעצמו מסמכים מהתיק האזרחי לגיבוי גרסתו ואף הפנה את החוקרים לקבלת מסמכים נוספים מעורך דינו. בשלב זה הוא וויתר באופן מפורש על החיסיון (ויתור שהובהר מספר פעמים בחקירותיו הראשונות, לפי הנטען), העורר אישר לעורך הדין להעביר חומרים (לאחר שעורך הדין סירב לפנייה מלכתחילה) ואף חתם אצל עורך דינו על הסרת החיסיון.

5. בשלב החקירה לא הוגשה בקשה אל בית המשפט להכריע בטענת החיסיון, לא מצד העורר ולא מצד המשטרה.

6. בשנת 2021 נמסרה ליבת חומר החקירה לידי ב"כ העורר לצורך היערכות לשימוע לפני הגשת כתב אישום נגדו בפרשה. בעקבות קבלת ליבת חומר החקירה, הועלתה טענה לתחולת החיסיון, ראשית בפנייה ישירה אל הפרקליטות.
7. המחלוקת נושא הפנייה התעוררה במסגרת דיון בבקשת פרקליטות מחוז תל-אביב (מיסוי וכלכלה) ("הפרקליטות") להארכת תוקף החזקה בתפוסים על פי פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969. בהליך זה העלתה ההגנה בפני בית המשפט טענה לתחולתו של חיסיון עו"ד-לקוח בקשר למסמכים השנויים במחלוקת.
8. לטענת ההגנה, המשטרה הייתה מצווה לחדול החקירה ברגע שהועלתה טענה לתחולת חיסיון עו"ד-לקוח מפי העורר ואסור היה לעשות כל שימוש בחומרים שנתפסו, ובכללם התכתבויות בין העורר לבין עורכי דינו, עד להכרעה שיפוטית בטענת החיסיון. כנגד זאת, לטענת הפרקליטות, העורר וויתר על חיסיון עו"ד-לקוח, במפורש או מכללא, וממילא לא חל החיסיון. לא ניתן לטעון לתחולת החיסיון באופן סלקטיבי. עוד נטען כי בזמן אמת לא הוגשה בקשה מטעם ההגנה בטענה לתחולתו של חיסיון.
9. כב' השופט ענר קבע בהחלטתו מיום 4.9.21 (שנימוקיה יפורטו בהמשך הדברים להלן) כי ברגיל ראוי היה לפתוח הליך נפרד בסוגיית תחולת החיסיון, אולם משהתייצבו הצדדים בפניו כשהם ערוכים לטיעון, החליט לדון ולהחליט בשאלה, "ככל שניתן, בהליך זה", מטעמי יעילות.
10. בשורה התחתונה להחלטתו, מבחינה אופרטיבית, קבע בית המשפט כי בכל הנוגע למסמכים שהחוקרים והפרקליטות כבר נחשפו אליהם, אין מקום לדון ולהכריע בסוגיית תחולתו של החיסיון בעיתוי הנוכחי שכן לאור חשיפתם של החומרים, הרציונל של סעד מניעתי נחלש. בנוסף ציין כי כבישת טענת החיסיון עד לשלב מתקדם כל כך מחזקת את הסברה שטענת החיסיון נזנחה, ולנוכח הצורך לברר עניינים שבעובדה לצורך הכרעה בשאלת הוויתור על החיסיון, יש להותיר הכרעה זו למוטב שידון בתיק העיקרי (אם יוחלט על הגשת כתב אישום). נקבע כי חומרים אלו יוותרו בידי הפרקליטות.
11. לגבי החסנים ניידים ומסמך נוסף שנתפסו ושהפרקליטות טרם נחשפה להם, נקבע כי ראוי ששאלת תחולת החיסיון לגביהם תוכרע גם היא בפני בית המשפט שידון בתיק, באופן מרוכז. עם זאת, אם מי מהצדדים מבקש להכריע בנפרד אך ורק בטענת החיסיון בנוגע לחומרים הללו – יש לפתוח הליך נפרד שיתברר כמקובל ובמסגרתו יעיין בית המשפט בחומר שבמחלוקת.

ב. הפנייה אל לשכת עורכי הדין לשקול הגשת בקשה להצטרף להליך

12. מטעם העורר הוגש ערר לבית המשפט המחוזי מרכז.
13. סניגוריו של החשוד עו"ד אלי שוורץ שואף ועו"ד זיוה אגמי כהן ("הפונים") מלינים על החלטתו של בית משפט השלום בכמה מובנים. לשיטתם:
 - 13.1. בית המשפט שגה כאשר החליט "שלא להחליט" בשאלת תחולתו של החיסיון, תוך דחיית ההכרעה בסוגיה, כשאלה עובדתית-ראייתית, להליך העיקרי (ככל שיוגש כתב אישום). לטענת הפונים, על-פי הדין והפסיקה חיסיון עו"ד-לקוח הוא חיסיון מוחלט, שלא ניתן להסירו, וכל אימת שנטענת טענה לתחולתו, שאינה טענה בעלמא, יש להכריע בה לאלתר.
 - 13.2. באופן מעשי, בית המשפט אפשר לפרקליטות להמשיך להחזיק בחומר שלגביו חל חיסיון עו"ד-לקוח על-פי הנטען, ואף להשתמש בחומר לצורך קבלת ההחלטה בשימוע.
 - 13.3. בית המשפט שגה בקביעה כי הסעד המבוקש הוא "סעד חסר משמעות" בנימוק לפיו "כאשר מדובר בחומר שממילא נחשף, הרציונל של סעד מניעתי מוחלש", וכי "אין לסעד המבוקש כל משמעות בשלב זה".
 - 13.4. הפונים טוענים כי החוקרים פעלו שלא כדין בכך שהמשיכו לחקור את החשוד בשאלות הנוגעות למסמכים החסויים למרות שהחשוד העלה טענת חיסיון ובכך שלא הביאו להכרעה בשאלה באופן מידי להכרעת בית המשפט. במצב זה, אין לראות בתשובות שמסר המשיב בחקירה כ"וויתור" על החיסיון, ואין לתת "פרס" לרשות החוקרת על כך שהפרה חובותיה כלפי החשוד וההגנה על חיסיון עו"ד-לקוח מלכתחילה.
 - 13.5. לגוף העניין טוענים הפונים כי בנסיבות העניין, לא ניתן לקבוע כי העורר וויתר על החיסיון באופן מלא, וכי מבחינה עובדתית ההיפך הוא הנכון והעורר עמד על תחולתו של חיסיון עו"ד-לקוח. נטען כי החוקרים היו מודעים לטענה המפורשת לתחולתו של החיסיון וכן לכך שמדובר בהתכתבויות בין לקוח לעורך דינו במסגרת השירות המקצועי.

ג. עיקרי ההנמקה של החלטת בית משפט השלום

14. בית משפט השלום סמך החלטתו על שלושה נימוקים עיקריים.

15. ראשית, נקבע כי הסעד המבוקש הוא "חסר משמעות":

"ברגיל, כידוע, אין מקיימים במהלך חקירה פלילית דיונים בנוגע לפסילת ראיות או תחולתם של חסיונות. החריג שנקבע לחיסיון עורך דין לקוח בהתאם ל"מתווה היינץ" [1] נובע מחשיבותו של חיסיון זה, חיסיון מוחלט שההגנה עליו מצדיקה מניעה מוקדמת בזמן אמת של העיון בחומרים על ידי היחידות החוקרות, ולא רק פסילתם כראיה בהליך עתידי, או אי-שימוש בהם בדיעבד. כאשר מדובר בחומר שממילא כבר נחשף, הרציונל של סעד מניעתי נחלש. אם אורה על השבת החומר לא תהיה לכך משמעות על התנהלות החקירה, שכן זו כבר הסתיימה. במובן זה, אין לסעד המבוקש כל משמעות בשלב זה."

16. שנית, הודגש בהחלטה כי הטענה העיקרית בענייננו היא טענת ויתור, וזוהי טענה עובדתית בחלקה שקיים קושי להכריע בה בשלב זה. **"השאלות מה בדיוק נאמר למשיב בכל אחת מחקירותיו, מה הוא עצמו אמר ומה הבין, האם הויתור שלו היה מפורש או משתמע, האם הויתור היה גוף או חלקי – כל אלה ואחריות שאלות שאין טיבן להתברר במסגרת המצומצמת של הליך הכרעה בטענת חיסיון"**. בית המשפט שיש טעם לכאורה בטענת המדינה לגבי הויתור, וקיים קושי בטענת הויתור החלקי של המשיב. אולם בית המשפט בחר שלא להכריע בטענה בעיתוי ובהליך זה.
17. שלישית, בית המשפט קבע כי המשיב מעלה את טענת החיסיון שלוש שנים לאחר שהמסמכים נפתחו, ואף לאחר שהועמדו לעיון צדדים אחרים להליך כחלק מחומרי החקירה שהועברו לקראת שימוע. בית המשפט קבע שעצם כבישת הטענה מחזקת את הסברה שטענת החיסיון נזנחה.

ד. חוות דעתי

18. לדעתי, בבחינת השיקולים לעניין הבעת עמדה מצדה של לשכת עורכי הדין בקשר להליך נושא הפניה, יש להבחין היטב בין שני מישורים נפרדים. המישור האחד הוא **פרוצדוראלי** אך בעל חשיבות עקרונית רבה. עניינו הצורך בהכרעה שיפוטית במחלוקת בשאלת תחולתו של חיסיון עו"ד-לקוח. לדעתי, אין להסכים להנחה המשפטית לפיה ניתן לדחות ההכרעה בסוגיית תחולתו של החיסיון להליך העיקרי, ולאפשר לעיין בחומרים שנטענת לגביהם טענת חיסיון, להשתמש בהם ואף להסתמך עליהם לצורך ההחלטה בעניין הגשת כתב אישום, וזאת מבלי להכריע בשאלת תחולתו של החיסיון.
19. המישור השני הוא המחלוקת הקונקרטית שבין הצדדים הכוללת את ההתייחסות לנסיבות החקירה והתנהלות החוקרים, שאלת הויתור על החיסיון והיקפו, וכן שאלת משקלו של השיהוי בפנייה מצד ההגנה אל בית המשפט.
20. **המלצתי היא כי יש מקום לשקול בחיוב להגיש בקשה להצטרף להליך הערר במעמד של ידידת בית המשפט אך זאת בנוגע למישור הראשון בלבד, ותוך ציון מפורש שאין בבקשה משום נקיטת עמדה בקשר לשאלות הקונקרטיות השנויות במחלוקת.**
21. מבחינת האינטרסים עליהם מופקדת לשכת עורכי הדין, החלטת בית משפט השלום נושא הערר מעוררת מספר סוגיות משפטיות עקרוניות, שחשיבותן חורגת מעבר לעניינו של העורר.

ד(1) מעמדו של חיסיון עו"ד-לקוח

22. בית משפט השלום שגה, לדעתי, בהקבלה שביצע בין טענה לתחולתו של חיסיון עו"ד-לקוח לטענות הנוגעות לקבילות ראיות. השאלה אם חל חיסיון עו"ד-לקוח בקשר למסמכים שנתפסו על-ידי הרשות החוקרת איננה שאלה של קבילות בלבד, אלא שאלה של היתר להיכנס אל התחום המוגן של ההיוועצות המשפטית (ולהעמיק ולהרחיב החדירה אל מרחב מוגן זה, גם מעבר לכניסה).
23. בשונה מחסיונות אחרים המוכרים בדין, חיסיון עו"ד-לקוח הינו חסיון מוחלט.² יש בכך ביטוי לעמדת המחוקק ביחס לחשיבותו של האינטרס המוגן, הגובר על האינטרס בקידום צרכי החקירה ומגביל אותו. יתר על כן, חשיבותה של תכלית השמירה על החיסיון נבחנת דווקא כאשר המידע נדרש לצורך החקירה. כאן ביטוי ו כאן תוקפו.

¹ רע"פ 8873/07 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.1.2011) ("עניין היינץ").

² ר' בין השאר רע"א 10732/04 האלשטוק נ' בנק הפועלים ואח', פ"ד נט(3), 283 (2004); רע"א 5806/06 עיזבון המנוח נמירובסקי ז"ל נ' שימקו (פורסם בתקדין, 13.06.2007).

24. בית המשפט העליון עמד על כך, בין השאר בעניין אברגיל הנ"ל:

"חסיון עורך דין-לקוח נמנה על אותם חסיונות בודדים, המוגדרים כחסיונות מוחלטים....ראוי לציין, כי אדם המבקש לטעון לתחולתו של חסיון, רשאי להעלות את טענתו זו גם בפני הרשות החוקרת במסגרת חקירתו, ולא רק בפני בית המשפט במסגרת הליך משפטי" (שם, פסקאות 14-15).

25. משמעות ההכרה בהיותו של החיסיון חסיון מוחלט היא שאין לבית המשפט או לכל גוף אחר כוח לבטלו או להסירו לנוכח שיקולים של קידום החקירה או האינטרס הציבורי. החיסיון המוחלט לדברים שהוחלפו בקשר ענייני לייצוג המשפטי מבטא הכרה בכך ש"אל מול ערכי גילוי האמת והחתימה למשפט צדק עומדים, לעיתים, ערכים נוגדים, שאף הם ברי חשיבות. בנסיבות מסוימות הגשמת גילוי האמת ועשיית הצדק תסוג מפני ההגנה על ערכים ראויים אלו... חסיונות אלו מאפשרים להמנע מגילוי ראיה שהיא קבילה ורלוונטית להליך השיפוט, גם כאשר ראיה זו עשויה לקדם את חשיפת האמת ולסייע לעשיית הצדק".³
26. מסיבה זו, הדין הישראלי מעגן הסדרים שונים שתכליתם "יצירת חיץ בין המידע החסוי [מידע לגבי מועלית טענת חיסיון, בטרם הוכרעה] לבין הרשות החוקרת" ומתריע על "משנה זהירות שיש לנקוט בעת טיפול בחומר שעשוי להתברר כחסוי". לעניין זה ראה ההסדר הקבוע בסעיפים 235א'-ד' לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] והנוהל שגובש בהסכמה בין לשכת עורכי הדין לבין משטרת ישראל (מיום 15.2.2005) והמצוי כיום בפקודת הקבע של המשטרה בכל הנוגע לחיפוש במשרד עורך דין. הכלל הוא כי מסמכים שלגביהם נטענת טענת חיסיון נצרכים בחבילה אטומה ומועברים להכרעת בית המשפט. זהו גם המתווה שנקבע בעניין היינץ הנ"ל בנוגע לחיפוש בחומר דיגיטלי המצוי ברשות הלקוח (ולא רק במחשבו של עורך הדין).
27. התכלית המוגנת באמצעות חיסיון עו"ד-לקוח מוכרת כבעלת מעמד חוקתי. ייחודם של החיסיון ושל תכליתו מחייבים הסתייגות נחרצת מצדה של לשכת עורכי הדין כלפי האפשרות שבית משפט שמובאת בפניו מחלוקת בשאלת תחולתו של החיסיון – לרבות השאלה אם בנסיבות העניין החשוד ויתר עליו – תיוותר ללא הכרעה, תוך הותרת המשך הפגיעה הנטענת בחיסיון ושימוש בחומרים השנויים במחלוקת. אין דינה של טענה לתחולת חיסיון עו"ד-לקוח כדינה של טענת אי-קבילות "רגילה". מעמדו וחשיבותו של החיסיון מחייבים הכרעה ברורה במחלוקת.

ד(2) יש להסתייג מהנימוק לפיו משנחשפו החומרים, מדובר בסעד "חסר משמעות"

28. לדעתי, יש להסתייג מהנימוק לפיו משנחשפו החומרים, הסעד המבוקש הוא "חסר משמעות". הימנעות מהכרעה בשאלת תחולתו של החיסיון אינה בעלת משמעות רק כלפי פעולות ומהלכים שנעשו בעבר, אלא היא בעלת משמעות רבה על זכויותיו היסודיות של החשוד בהווה וכלפי העתיד. היא מאפשרת הרחבה והעמקה של פגיעה בחיסיון (אם הוא חל) הן בהרחבת מעגל האנשים והצדדים בפניהם נחשף החומר (גורמים נוספים בפרקליטות, וכן צדדים שלישיים). היא מאפשרת הרחבה והעמקה של העיון באותם חומרים שכבר נחשפו והחרפת הפגיעה בזכויותיו של החשוד. והיא מאפשרת שימוש בחומרים והסתמכות עליהם לצורך קבלת החלטות בעלות משמעות גורלית כגון ההחלטה בעניין הגשת כתב אישום פלילי.
29. כמפורט בערר שהוגש ובפנייה אל לשכת עורכי הדין, כאשר מועלית טענה לפגיעה אפשרית בחיסיון עו"ד-לקוח עקב חשיפת חומרים (בכוונה או בשוגג), המדיניות הנהוגה על-ידי בתי משפט היא להורות על שמירת החומר במעטפות אטומות עד להכרעה שיפוטית בטענה והיתר השימוש בהם.

³ עניין אברגיל הנ"ל, פסקה 13; להשלמת התמונה נציין שברע"פ 8873/07 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.1.2011) ("עניין היינץ") נמנע בית המשפט העליון מלדון באופן מעמיק בטענת פרקליטות המדינה לפיה יש לפרש החיסיון באופן יחסי, במובן שיאפשר לבית המשפט להסירו במצבים בהם הצורך לגלות את המסמך לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שלא לגלותו. באותו מקרה נדונו מסמכים שנתפסו בחזקת הלקוח, ולא אצל עורך-דינו. הנשיאה ביניש ציינה כי אפשר שביחס למסמכים כאלה שמוענו גם לעורך הדין, יתכן שיהיה מקום להבחנה בין סוגי מסמכים שהחיסיון עליהם הוא מוחלט, לבין מסמכים אחרים. עמדת הפסיקה לאורך כל השנים, לרבות בעניין אברגיל הנ"ל, מדגישה היותו של חיסיון עו"ד-לקוח חיסיון מוחלט, כהוראתו המפורשת של החוק.

30. בעניין זה נציין כי החלטות דומות ניתנו על-ידי בתי המשפט גם בהקשרים נוספים, בהם עלה חשש למסירת חומר חקירה לידי ההגנה בשוגג, או לפגיעה בזכות לפרטיות של עדים.⁴
31. סדר ההתנהלות המקובל בהתייחס לטענות על חשיפת חומרים חסויים הוא מניעת המשך החשיפה וייצירת "חיץ" בשלב הראשון, עד לדיון והכרעה בטענות. מעיון בספיקה עולה שבהחלט לא מקובל להתיר את המשך הפגיעה והעמקה בה עד להכרעה עתידית במחלוקת, וזאת גם במצבים שבהם החומרים שבמחלוקת כבר נחשפו בפני הצדדים.
32. מבחינה זו, ההחלטה של בית משפט השלום מייצרת לדעתי תקדים מסוכן מבחינת הפרקטיקה השיפוטית בהתייחס לאופן הטיפול וההכרעה במחלוקות בנוגע לתחולת חיסיון עו"ד-לקוח, וזאת גם, ואף ביתר שאת, בקשר לחומרים שלפי הטענה מוחזקים תוך הפרת החיסיון.

ד(3) חשיבותו המהותית של הליך השימוע לפני הגשת כתב אישום

33. הקביעה כי הסעד המבוקש הוא "חסר משמעות" אינה מתיישבת עם חשיבותו ותכליתו של הליך השימוע לפני הגשת כתב אישום.
34. מנקודת המבט של החשוד, הליך השימוע הוא בעל משמעות גורלית. קשה להסכים עם הקביעה לפיה ניתן וראוי לקיים הליך שימוע – ולקבל החלטה על הגשת כתב אישום פלילי – תוך התבססות על חומרים החוסים לפי הנטען תחת חיסיון עו"ד-לקוח, תוך הותרת ההכרעה בטענה להליך העיקרי, לאחר הגשת כתב אישום (ובשלב הראשון והגורלי – להכרעת הפרקליטות המחזיקה בחומר). הליך השימוע הוא הליך משמעותי בפני עצמו, שגם במסגרתו ישנה חשיבות יתרה להגינות ההליך ולהגנה על זכויותיו החוקתיות של החשוד במסגרתו. תמונת השיקולים של הפרקליטות במסגרת השימוע בכל הנוגע לבחינת "הסיכוי הסביר להרשעה" על יסוד הראיות, עשויה להשתנות מן הקצה אל הקצה, בתיקים מסוימים, כתלות בשאלת תחולתו של חיסיון עו"ד-לקוח בקשר לראיות שעליהן נסמך כתב החשדות. ללא הכרעה שיפוטית במחלוקת, ניצבת הפרקליטות, בהליך השימוע, במצב שבו היא בעצם מכריעה בטענות הנטענות כלפי התנהלותה שלה. לדעתי מצב זה לקוי ואינו מתיישב מבחינה אובייקטיבית עם הגינותו של הליך השימוע כהליך משפטי משמעותי וגורלי בפני עצמו.
35. גם מנקודת המבט של הפרקליטות, מנקודת המבט של בתי המשפט ומבחינת האינטרס הציבורי, ישנם יתרונות מובהקים להכרעה במחלוקת בשאלת תחולתו של החיסיון (או הוויתור עליו) בטרם ייערך השימוע. הכרעה שיפוטית עשויה לקבל עמדת הפרקליטות (בעניינו יש רמז עבה לכך בנימוקי ההחלטה נושא הערר) ובכך לאפשר וודאות רבה יותר לגבי סיכויי ההרשעה. בהירות זו תאפשר צמצום מחלוקות וקבלת החלטות מושכלות יותר בכל הנוגע להגשת כתבי אישום ותמנע בזבוז של המשאבים המוגבלים של מערכת המשפט.

ד(4) הכשרת הפגיעה

36. חוות דעת זו, וכל עמדה שתוצג מצד לשכת עורכי הדין, אינן צריכות להתייחס בכלל, לדעתי, לטענות על אופן ההתנהלות של החוקרים, לגופן. שאלות אלו צריכות להתברר בפני בית המשפט.
37. עם זאת, כאשר מובאת בפני בית משפט מחלוקת הנוגעת לשאלת האופן שבו התייחסו החוקרים לטענת חיסיון שהועלתה בפניהם, לפי הנטען, ולשאלת הכיבוד של טענת החיסיון עד שתוכרע, ישנה חשיבות רבה להכרעה בשאלה זו.
38. נזכיר לעניין זה כי הנחית היועץ המשפטי לממשלה מספר 4.2202 בעניין חקירת עורכי דין (הנחייה אשר פורסמה בעקבות דו"ח הצוות שהוקם על-ידי משרד המשפטים לבחינת האירועים שקדמו למותו של ד"ר דייוויד וינר ז"ל, 11.10.2015 – "צוות שופמן") קובעת כי חקירה של עורך דין בנושא הקשור לעבודתו המקצועית "לא תנוהל במרטה להביא את עורך הדין להפר את החיסיון. החוקר ייתן דעתו לצורך לכבד את חיסיון עורך-דין-לקוח, כאשר מועלית טענת חיסיון אשר אינה מופרכת על פניה". הדברים נכתבו אמנם לגבי חקירת עורכי דין אולם מתבקש ליישם בקשר לטענה לתחולת חיסיון עו"ד-לקוח באשר היא.

⁴ ר' לדוג' בע"מ (ירושלים) 11344-04-17 רונאל פישר נ' מדינת ישראל מח"ש (פורסם בנבו, 2.11.2017) – "החלטה בבקשה להחזרת חומר חקירה". בהליך זה, המאשימה הגישה בקשה להורות לסנגורים להחזיק תקליטורים שהועברו אליהם בתחילת שנת 2016 המכילים חומר מהטלפונים הסלולריים של עד המדינה ושל מעורבים נוספים, אשר אינו אמור להימצא בידי המשיבים, וזאת לטענתה עקב טעות שנפלה בהעברת החומר. בית המשפט הורה שהתקליטורים שבהם החומר נושא הבקשה יישמרו במעטפה סגורה ולא ייעשה בהם כל שימוש עד החזרתם לידי המאשימה (לאחר הליך סיווג משותף של החומרים, עליו הורה בית המשפט).

39. כפי שבית משפט השלום ציין בעצמו בהחלטתו נושא הפנייה, בית המשפט מוסמך לדון בטענת חיסיון במהלך חקירה גם אם החוקרים נחשפו לחומר, וזאת על מנת שלא לתמרץ השגת ויתורים בעייתיים על החיסיון ולקנות בכך חסינות מהוצאת החומר מידי היחידה החוקרת. בניגוד לעמדת בית המשפט, בכל הכבוד, איננו סבור ששיקול זה מתעורר רק במקרים בהם הטענה מועלית (באמצעות פנייה אל בית המשפט) בזמן אמת, בסמוך לאירוע הוויתור.
40. בכל אופן, מדובר בטענה שיש טעם רב להכריע בה לאלתר, ושההכרעה בה אינה מסובכת במיוחד, ואינה מכבידה (להיפך, ניתן לצפות שבמקרים רבים הכרעה מוקדמת בטענה רק תתרום ליעילות ההליכים מכאן והלאה).

ד(2) הנימוקים המתייחסים לויתור על החיסיון ולשיהוי בהעלאת הטענה לתחולתו

41. כאמור, המלצתי היא שלשכת עורכי הדין אינה צריכה להביע כל עמדה בקשר לטענות ולנימוקים הללו. ממילא גם אין לה יכולת לנקוט עמדה מבלי שחומר החקירה הרלוונטי הועמד בפניה.
42. הקושי בהחלטת בית משפט השלום אינו מצוי בהתייחסות לנימוקים הללו, במסגרת סמכותו ושיקול דעתו, אלא בהחלטה שלא להכריע בהן, גם לאחר שנשמעו טענות מפורטות מהצדדים בהתייחס לחומר החקירה. ממה נפשך: אם סבור בית המשפט הנכבד ש"יש טעם לכאורה בטענת המדינה לגבי הוויתור, ושקיים קושי בטענת הוויתור החלקי של המשיב" (פסקה 12 להחלטה) וכי "עצם כבישת טענת החיסיון עד לשלב מתקדם כל כך, לאחר השימוע, מחזקת את הסברה שטענת החיסיון נזנחה" – הצעד המתבקש הוא לבחון הנחות אלו לאור החומר הרלוונטי וטענות הצדדים. מפרוטוקול הדיון עולה ששני הצדדים עתרו לקבלת החלטה לפי שיטתם.

בכבוד רב,

ד"ר נחשון שוחט, עו"ד