



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

רע"א 400/21

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת י' וילנר
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המבקש: מושב נהלל – איחוד עוסקים

נגד

המשיב: מס ערך מוסף נצרת

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בנצרת
בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים מיום 5.1.2021
בע"מ 47216-09-19 שניתנה על ידי כב' השופטת עירית הוד

בשם המבקש: עו"ד רני שוורץ

בשם המשיב: עו"ד חן אבידוב

פסק-דין

השופט ע' גרוסקופף:

לפנינו בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בנצרת בשבתו
כבית משפט לעניינים מנהליים (כב' השופטת עירית הוד) בע"מ 47216-09-19 מיום
5.1.2021, בגדרה נדחתה בקשת המבקש לעיון במסמך בו עיין עד מטעם המשיב במהלך
חקירתו הנגדית.

בקשת רשות הערעור דנן מעוררת שאלות שטרם הוכרעו בנוגע להיקפו של
החיסיון החל על מסמכים שהוכנו לקראת התדיינות משפטית, והיחס בינו לבין הזכות
לעיין במסמך שבו מעיין עד במהלך עדותו. בשל חשיבות השאלות המשפטיות
המתעוררות במסגרת הבקשה דנן, החלטנו להכריע בה במותב תלתא.

1. בתחילת שנות ה-90, החל המבקש בהליך שלפנינו, מושב נהלל (להלן: המושב), לנקוט בהליכים תכנוניים לפיצולן של כל 75 הנחלות שהיו קיימות בתחומו (לדברי המושב, שטח נחלה אחת עמד אז על 120 דונם), לשני חלקים שווים (שטח של 60 דונם כל אחד), ובהמשך ליישובן של 75 הנחלות החדשות שתיווצרנה על ידי תושבים חדשים (להלן: הנחלות החדשות ו-התושבים החדשים, בהתאמה). על רקע האמור, החל להתנהל דין ודברים בין המושב לבין מינהל מקרקעי ישראל (כיום רשות מקרקעי ישראל, להלן: רמ"י) ורשויות התכנון השונות, אשר במסגרתו הסכימה רמ"י כי הקצאת הנחלות החדשות תיעשה בפטור ממכרז, ואולם דרשה כי תשולם תמורה כספית הולמת. המושב, אשר התנגד לדרישה הכספית, הגיש בשנת 2007 הליך משפטי נגד רמ"י, שעניינו זכותה של רמ"י לגבות תשלום בעבור הקצאת הנחלות החדשות ואיושן. ביום 17.12.2008 ניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת אשר קבע כי בעוד רמ"י אינה רשאית לדרוש תשלום כספי בגין פיצול הנחלות גרידא, הרי שניתן לדרוש תשלום דמי הסכמה בעבור העברת זכויות החכירה לנחלות החדשות שנוצרו מהפיצול (ה"פ 230/07, השופט בנימין ארבל). במסגרת ערעור וערעור שכנגד שהוגשו על פסק הדין, ובהמלצת בית משפט זה, ניהלו הצדדים משא ומתן בניסיון להגיע לפשרה בסוגיית התשלום, אשר הבשיל לכדי הסכם פשרה לו ניתן תוקף של פסק דין ביום 23.2.2014 (ע"א 1134/09 מדינת ישראל – מינהל מקרקעי ישראל נ' נהלל מושב עובדים להתיישבות חקלאית אגודה שיתופית בע"מ (23.2.2014), השופטת (כתוארה אז) אסתר חיות, והשופטים עוזי פוגלמן ו-יצחק עמית). עיקרו של הסכם הפשרה הוא בכך שהתושבים החדשים ישלמו לרמ"י סכום של מיליון ש"ח (כולל מע"מ) עבור איושה של כל נחלה חדשה, וזאת בכפוף להתחייבות רמ"י להקצאת מלוא הזכויות בה (להלן: הסכם הפשרה).

2. הרקע להגשת התביעה מושא ההליך הנוכחי הוא סירובו של המשיב, מנהל מס ערך מוסף – נצרת (להלן: מנהל מע"מ או המשיב), להתיר ניכוי מס תשומות מתוך הסכומים ששולמו מכוח הסכם הפשרה, וזאת בהתאם להוראות סעיף 18(ב)(3) לתקנות מס ערך מוסף, התשל"ו-1976. לאחר שמנהל מע"מ דחה את השגת המושב על השומה שהוצאה לו, הגיש האחרון ערעור מס לבית המשפט המחוזי בנצרת בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים. המחלוקת בין הצדדים במסגרת ההליך קמא נוגעת למהותם של התשלומים ששולמו לרמ"י מכוח הסכם הפשרה: האם, כטענת המושב, עסקינן בתשלומים בעבור הקצאת נחלה חקלאית בכללותה, דהיינו הן חלקת המגורים והן יתרת הנחלה החקלאית, במובן זה שיש להתיר ניכוי מס תשומות באופן יחסי בהתאם לחלקה של יתרת הנחלה החקלאית; או לחלופין, כטענת מנהל מע"מ, המדובר בתשלומים

שהועברו לטובת הזכויות בחלקת המגורים, קיימות ועתידיות, בלבד, אשר לגביהן אין אפשרות לנכות מס תשומות.

3. במסגרת דיון ההוכחות שהתקיים ביום 5.1.2021, נחקר בחקירה נגדית עד מטעם מנהל מע"מ, מר משה אהרוני, שמכהן כסגן מנהל אגף שירותים חקלאיים ברמ"י (להלן: העד). במהלך חקירתו הנגדית, הפנה העד למסמך שנערך על ידי ועדת הפשרות של רמ"י (באומרו "כל מה שאני מספר זה מועדות הפשרות..."), עמ' 25, ש' 17-18 לפרוטוקול הדיון), ובעקבות זאת ביקש בא-כוח המושב לעיין במסמך (להלן: הבקשה לעיון). באת-כוח מנהל מע"מ, מצדה, התנגדה לבקשה לעיון בטענה כי מדובר ב"מסמך פנימי שנועד להערכת סיכונים כדי להגיע לפשרה" וכי "ישנם עוד מושבים בארץ ולא צריכים לתת להם את ההערכה של רמ"י לגבי הסיכונים" (עמ' 25, ש' 24-25 לפרוטוקול הדיון).

4. לאחר שעיין במסמך המדובר במעמד הדיון, בעקבות הסכמת הצדדים להעמדת המסמך לעיונו, דחה בית המשפט קמא את הבקשה לעיון בזו הלשון:

מעיון במסמך עולה, כי הוא נועד לצורך פשרה בעקבות ערעור של [רמ"י] שהוגש על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת...

[...]

אכן מדובר במסמך פנימי שנערך לצורכי הערכת סיכון וסיכוי האם ללכת למתווה הפשרה, מפרט את הנימוקים שבשלם בסופו של דבר הגיעו הצדדים לפשרה כפי שמופיע בהסכם הפשרה אשר הוגש וקיבל תוקף של פסק דין.

בנסיבות אלו, אני מקבלת את התנגדות המשיב, מדובר במסמך פנימי של הרשות ומה שרלוונטי בסופו של יום הוא כאמור הפשרה שהתקבלה.

על החלטה זו הוגשה בקשת רשות הערעור דנן.

טענות הצדדים

5. המושב טוען כי שגה בית המשפט קמא בהחלטתו שלא להתיר את העיון המבוקש, וזאת ממספר טעמים: ראשית, משהחלטה אינה עולה בקנה אחד עם ההלכה שנקבעה לראשונה ברע"א 10025/05 בנק הפועלים בע"מ נ' קל וחומר לבניה בע"מ (5.12.2005) (השופט (כתוארו אז) אשר גרוניס) (להלן: הלכת בנק הפועלים), הקובעת כי "שעה שעד נחקר על דוכן העדים ומחזיק בידי מסמך כלשהו בו הוא מעיין במהלך החקירה, יש לאפשר לפרקליט העורך את החקירה לעיין במסמך" (שם, פסקה 2). לשיטתו, בכפוף

להלכה זו, יש להתיר את העיון במסמך, וזאת פן תסוכל אחת ממטרותיה המרכזיות של החקירה הנגדית העומדות בבסיס הלכת בנק הפועלים – קביעת מהימנותו של העד הנחקר. יתרה מכך, המושב גורס, על פי הקו שהותווה בהלכת בנק הפועלים, כי משעדותו של העד נמסרה באמצעות תצהיר מבלי שהמסמך המדובר צורף לו, יש להעמיד את המסמך לעיון מעת שבחר העד לעיין בו במהלך חקירתו הנגדית. שנית, כי מסמך המסווג כ"תרשומת פנימית" (כך, על פי הנטען, בהתאם לתיאורו על ידי מנהל מע"מ) אינו חוסה תחת חיסיון המוכר בדין, ודאי שלא תחת חיסיון מוחלט; וכי אפילו נניח שחל עליו חיסיון כזה או אחר – הצדק מחייב לגלותו, וזאת בשים לב לרלוונטיות שלו לביורר הסוגיה שבמחלוקת. שלישיית, כי אין ממש בטענת מנהל מע"מ לפיה אין להתיר את העיון במסמך משום שהוא "עלול לחשוף את שיקוליה של רשות מנהלית", וזאת בהינתן שערעורי מס לעולם נדונים בדלתיים סגורות, ולחלופין בשים לב לחובתה של הרשות המנהלית לנהוג בשקיפות.

6. מנהל מע"מ טוען מנגד כי בבסיס החלטתו של בית המשפט קמא לדחות את הבקשה לעיון, כעולה ממנה, עומדת קביעתו לפיה מדובר במסמך שהוכן לצורך הליך משפטי, ולכן חל עליו חיסיון המוטל על מסמכים מסוג זה. משכך, יש לדחות את בקשת רשות הערעור על הסף, וזאת בהתבסס על קביעתו של בית משפט זה ברע"א 1496/15 לוי נ' דרורי (21.5.2015) (השופט יצחק עמית) (להלן: עניין לוי) לפיה החלטה בסוגיה בה עסקינן אינה יכולה לשמש עילה למתן רשות ערעור לפי פרשנותו הנכונה של צו בתי המשפט (סוגי החלטות שלא תינתן בהן רשות ערעור), התשס"ט-2009 (להלן: צו בתי המשפט או הצו). עוד נטען כי יש לדחות את בקשת רשות הערעור גם לגופה, וזאת מהטעם כי הלכת בנק הפועלים, הגם שמנהל מע"מ מכיר בתקפותה, לא גוברת על הכללים בדבר חסיונות, ובכלל זאת חיסיון המוטל על מסמך שהוכן לצורך הליך משפטי; כי אין לראות בעובדה שעד הביא עמו לדיון מסמך חסוי, הפנה אליו או עיין בו במהלכו – משום ויתור על החיסיון; כי אין בחובתה של הרשות המנהלית לפעול בשקיפות כדי לגרוע מחיסיון העומד לה; וכי אף אם העד שגה בכך שהביא עמו לדוכן העדים מסמך פנימי שהוכן לצורך התדיינות משפטית, אין להלום שהוא יימסר לעיון המושב, תוך פגיעה באינטרסים המוגנים של רמ"י, שלא הייתה צד להליך. כן ביקש מנהל מע"מ להעמיד על דיוקם שני אלה: בניגוד לטענת המושב, אין הוא סבור כי המסמך המדובר מהווה "תרשומת פנימית"; וכי המסמך המדובר אומנם היה בידי העד, אך הלה לא עיין בו במהלך חקירתו הנגדית.

7. בתשובתו לתגובת מנהל מע"מ, דוחה המושב את הטענה כי צו בתי המשפט חל בענייננו, ומשכך לשיטתו אין כל מחסום שבדין ליתן רשות לערער. עוד טוען המושב כי

הטענה לפיה חל על המסמך חיסיון, ובפרט חיסיון על מסמכים שהוכנו לצורך הליך משפטי, מועלית לראשונה במסגרת בקשת רשות ערעור זו, כך שיש לדחותה בהיותה הרחבת חזית אסורה. מכל מקום, נטען כי אין ממש בטענה לפיה קיומו של חיסיון זה (או חיסיון בכלל) היווה נימוק להחלטתו של בית המשפט קמא, אשר כל שקבע בהקשר זה הוא כי מדובר ב"מסמך פנימי של הרשות". לא זו אף זו, טוען המושב, אפילו נפרש את החלטת בית המשפט קמא ככזו המבוססת על חיסיון מסמך שהוכן לצורך הליך משפטי, הרי שממילא היא שגויה מיסודה, שכן הלכה היא כי חיסיון זה חל לגבי הגשתו של המסמך כראיה בהליך המשפטי לטובתו הוא הוכן, וזאת בשונה מהליך משפטי אחר, כבענייננו.

דיון והכרעה

8. בקשת רשות הערעור שלפנינו מעוררת שלוש סוגיות עקרוניות שטרם נדונו באופן ממצה:

האחת, היא האם צו בתי המשפט חל על החלטות בעניין עיון במסמך בו מעיין עד במהלך עדותו, במובן זה שלא ניתן להגיש בקשת רשות ערעור על החלטות מסוג זה.

השנייה, היא האם יש בעובדה שעד מעיין במסמך במהלך עדותו כדי להשפיע על טיבו או היקפו של החיסיון החל על אותו מסמך.

השלישית, היא האם החיסיון החל על מסמך שהוכן לצורך הליך משפטי חל גם כאשר ההליך לטובתו הוכן הסתיים זה מכבר, והבקשה לעיון במסמך, וכפועל יוצא להסרת החיסיון, מוגשת במסגרת הליך אחר.

לנוכח חשיבותן של הסוגיות האמורות, סברתי כי יש לדון בבקשת רשות הערעור כאילו ניתנה רשות והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה. אקדים אחרית לראשית ואציין כי לשיטתי דין הערעור להידחות.

המסגרת הנורמטיבית: הזכות לעיין במסמך בו מעיין עד במהלך עדותו

9. זכותו של צד להליך לעיין במסמך שבו מעיין עד בהימצאו על דוכן העדים (להלן: זכות העיון במסמך שבו מעיין עד) הוכרה לראשונה על ידי בית משפט זה בהלכת בנק הפועלים (הערה: אומנם ההחלטה ניתנה על ידי השופט (כתוארו אז) אשר גרוניס בדן יחיד, אך אין חולק היום כי הפכה ברבות השנים להלכה). באותו מקרה, העד הרלוונטי

עדיין במסמך מסוים במהלך חקירתו הנגדית, ועורך הדין שערך את החקירה ביקש לעיין במסמך על מנת שיוכל להציגו כראיה, ככל שיחפוץ בכך. בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה לעיון במסמך, ואילו בית המשפט העליון ביטל החלטה זו, בקבעו כי "שעה שעד נחקר על דוכן העדים ומחזיק בידו מסמך כלשהו שבו הוא מעיין במהלך החקירה, יש לאפשר לפרקליט העורך את החקירה לעיין במסמך" (שם, פסקה 2). הרציונאל העומד בבסיס קביעה זו, כעולה ממנה, הוא תרומתה הפוטנציאלית של חשיפת המסמך להגשמת אחת מתכליותיה המרכזיות של החקירה הנגדית – ערעור גרסת הצד שכנגד, וזאת על דרך של חשיפת אי-מהימנותו של העד הנחקר מטעמו (על תכליתה האמורה של החקירה הנגדית, ראו למשל: ע"א 356/85 מגן נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, פ"ד מא(3) 319, 322 (1987); רע"א 2508/98 מתן י. מערכות תקשורת ואיתור בע"מ נ' מילטל תקשורת בע"מ, פ"ד נג(3) 26, 34 (1998)). בהקשר זה, נקבע כי ההצדקה לאפשר את העיון המבוקש לשם הגשמת תכלית חשובה זו, חזקה במיוחד במקרים בהם עדותו הראשית של העד המדובר ניתנה שלא בבית המשפט אלא באמצעות תצהיר בכתב, אשר היכולת לבחון את מהימנותו של העד דרכו היא, מטבע הדברים, מוגבלת (הלכת בנק הפועלים, פסקה 2).

10. בנוסף לתכלית של ערעור מהימנותו של העד, עליה התבססה הלכת בנק הפועלים, ומבלי לגרוע מתכלית זו, סבורני כי תכלית נוספת לזכות העיון במסמך שבו מעיין עד היא חשיפת המידע המצוי במסמך, אשר עשוי לסייע לליבון המחלוקת בין הצדדים, ומנקודת מבטו של מבקש העיון – לסייע בהוכחת גרסתו. תכלית נוספת זו, איננה שולית כלל ועיקר, ודומה כי במקרים רבים היא, ולא ערעור מהימנותו של העד, המטרה הדומיננטית של מבקש העיון. כך למשל, במקרה שלפנינו, עיקר טענות המושב בדבר חיוניות המסמך מופנות לרלוונטיות שלו לבירור הסוגיה שבמחלוקת, בעוד ערעור מהימנותו של העד מטעם רמ"י קיבלה התייחסות שולית בלבד (ראו סעיפים 35-40 לבקשת רשות הערעור).

11. ובמבט מעבר לים: בארצות הברית, הזכות לעיין במסמך שבו מעיין עד הוכרה במקרים שבהם המסמך נועד לרענן את זכרונו של העד לצורך עדותו. זכות זו (ובכינויה "the memory refreshment doctrine") קיבלה מעמד סטוטורי, והיא עוגנה הן ברמה הפדראלית והן ברמה המדינתית. כך, במישור הפדראלי, סעיף 612 לכללי הראיות הפדראליים קובע כי מקום שבו עד משתמש במסמך מסוים תוך כדי עדותו במטרה "לרענן את זכרונו" ("to refresh his memory"), הצד השני זכאי "to have the writing produced at the hearing, to inspect it, to cross-examine the witness about it, and to introduce in evidence those portions that relate to the witness's testimony."

(ראו: FED. R. EVID. 612(b)). ויובהר, זכות זו היא מוחלטת באופייה, במובן זה שאם הדבר התבקש, על בית המשפט להורות על גילוי המסמך לצד שכנגד ככל שעייין בו עד במהלך עדותו, ובכפוף לכך שהמסמך אכן שימש לצורך ריענון זכרונו של העד. בנוסף יצוין כי סעיף זה חל גם במקרים שבהם העיון במסמך התבצע לפני מתן העדות בבית משפט (ולא רק במהלכה), אולם במקרה שכזה מימוש הזכות כפוף לשיקול דעתו של בית המשפט, אשר נדרש להשתכנע כי הגילוי (או העיון) "נחוץ לשם עשיית צדק" ("if the court decides that justice requires the party to have those options" FED. R. EVID. 612(a)(2)). הוראת סעיף 612 מוסיפה וקובעת בס"ק (b) סייג לזכותו האמורה של הצד שכנגד, המתייחס למצבים שבהם טוען עורך המסמך שהוא כולל חלקים שאינם קשורים לסוגיה מושא המחלוקת, שאז מחויב בית המשפט לעיין במסמך, בטרם מתן הוראה על העברת המסמך לעיונו של הצד שכנגד, ולמחוק את חלקיו הבלתי קשורים לפי שיקול דעתו (ראו: FED. R. EVID. 612(b)). למקבילותיו של סעיף 612(a) ברמה המדינתית, ראו, בין השאר: CAL. EVID. CODE § 771 (2020); ORE. REV. STAT. § 40.375 (2019); FLA. STAT. § 90.613 (2020); LA. CODE EVID. art. 612 (2019); NEB. CODE § 27-612 (2020); IDAHO. R. EVID § 9-612 (2018); TEX. R. EVID. § 612 (2018). בקנדה זכותו של צד להליך לעיין במסמך שבו עיין עד במהלך עדותו לצורך ריענון זכרונו מעוגנת בהלכה הפסוקה של בתי המשפט במחוזות השונים (ראו, למשל: H.D. Linn Development Services Inc. v. Darwall Enterprises Ltd., [1985] S.J. 82 (Saskatchewan); Cornerstone Co-Operative Homes Inc. v. Spilchuk, [2004] 72 O.R. (3d) 103 (Ontario); Regina v. Helmut Enrico Fast, [2009] BCSC 1671 (British Columbia); Hudye Inc v Rosowsky, [2016] ABQB 724 (Alberta)).

תחולתו של צו בתי המשפט על החלטות בעניין זכות העיון במסמך שבו מעיין עד

12. שאלה מקדמית המתעוררת במקרה שלפנינו היא האם סעיף מסעיפיו של צו בתי המשפט מונע מתן רשות ערעור על החלטות בעניין זכות העיון במסמך שבו מעיין עד?

בטרם נדרש לשאלה זו לגופה, נקדים מילים ספורות על צו בתי המשפט.

13. הצו, אשר הותקן מכוח הסמכות שהוענקה לשר המשפטים בסעיף 41(ג)(1) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט), קובע רשימה סגורה של החלטות ביניים לגביהן לא תינתן רשות ערעור. כפי שעמדתי על כך בעבר, לצו תכלית כפולה: ראשית, שימור הפררוגטיבה הניהולית של הערכאה המבררת

בנושאים שהם דיוניים-טכניים באופיים, וזאת, בין השאר, לנוכח העלויות הכרוכות בהשגות על החלטות ביניים במהלך ניהול ההליך, שמטבען עלולות לגרום לעיכוב ולסרבול; השנייה, הגנה על ערכאת הערעור מפני ריבוי התדיינויות בעניינים שעלות בירורם כהליך ביניים צפויה לעלות על התועלת שתצמח מכך. בבסיס תכלית אחרונה זו מגולמת ההנחה, כי באשר לסוגי ההחלטות המנויות בגדר הצו, נטייתה של ערכאת הערעור להתערב ממילא תהא מוגבלת מאד, נוכח אמות המידה הקבועות בסעיף 41(ב) לחוק בתי המשפט למתן רשות ערעור, דהיינו – כי יהיה באי מתן הרשות כדי "להשפיע באופן ממשי על זכויות הצדדים או שעלול להיגרם לצד להליך נזק של ממש, או שעלול להתנהל הליך מיותר או בדרך שגויה". משני טעמים אלו, קבע מחוקק המשנה כי ביחס לסוגי ההחלטות המנויות בגדר הצו, לא תידרש ערכאת הערעור מלכתחילה לבחינת אמות המידה המעוגנות בסעיף 41(ב), וממילא לשאלה האם צדקה הערכאה המבררת בהחלטתה מושא בקשת רשות הערעור (ראו החלטתי ברע"א 3099/18 אברהם נ' קרן קיימת לישראל (21.5.2018)). כן ראו: רע"א 6801/15 ברנשטיין נ' נכסים ח.ומ.ג בע"מ, פסקאות 12-15 והאסמכתאות שם (24.7.2016) (להלן: עניין ברנשטיין)).

14. מאז שהותקן הצו, נדרש בית משפט זה לא אחת לפרשנות הוראותיו, במקרים שבהם התעורר ספק בדבר תחולת הצו בעניינה של החלטה מסוימת (ראו, מבין רבים, עניין ברנשטיין, פסקה 16 והאסמכתאות הנזכרות שם; רע"א 10343/09 עו"ד ארץ נ' וויטמן, פסקאות 3-5 (14.10.2010); רע"א 1690/14 בן אדוה נ' חברת דואר ישראל בע"מ, פסקאות 4-5 (10.4.2014); רע"א 3400/15 באב"י נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פסקאות 13-15 (27.8.2015); רע"א 1632/15 גני באר שבע בע"מ נ' עו"ד חבר, מנהל מיוחד, פסקאות 13-15 (28.3.2016); רע"א 9370/17 לוי נ' עו"ד גיטין בתפקידו כבעל התפקיד להסדר הנושים של החברה, פסקאות 19-20 (30.1.2018); רע"א 3392/19 ד.ד. רדיו חיפה נ' אקו"ם, אגודה קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ, פסקאות 5-6 (11.6.2019)). כאמור, השאלה המתעוררת בענייננו היא האם הצו חל ביחס להחלטת הערכאה המבררת בדבר זכות העיון במסמך שבו מעיין עד.

15. מנהל מע"מ מבקש להתבסס בעניין זה על החלטתו של חברי, השופט יצחק עמית, בעניין לוי. באותו מקרה, נדונה בקשת רשות ערעור על החלטה שהתירה לעורך דין שלא להשיב לשאלות שהופנו אליו בעת חקירתו הנגדית, וזאת מחמת חיסיון עורך דין-לקוח וחיסיון החל על הליכי גישור, שלכאורה עמדו לו. השופט עמית הבהיר כי על החלטה מעין זו לא ניתן לתת רשות ערעור, וזאת לפי סעיף 1(5) לצו, הקובע כי לא תינתן רשות ערעור על "החלטה בעניין... שאלות המוצגות לעדים לרבות קבלה או דחייה של התנגדות בעניין זה". עוד ציין השופט עמית, כי אפילו נתייג את ההחלטה לפי הנימוק

שעמד בבסיסה – קיומו של חיסיון, הרי שנגיע למסקנה זהה, והיא כי החלטתה של הערכאה הדיונית איננה מהסוג שעליו ניתן לבקש רשות ערעור לפי צו בתי המשפט. את קביעתו זו ביסס השופט עמית על סעיף 1(10) לצו, שזו לשונו: "החלטה לפי פרק ט' לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, למעט החלטה בעניין גילוי מסמך פלוני, עיון במסמכים ובעניין טענת חיסיון", תוך שהוא מבחין בין טענת חיסיון המועלית במסגרת שלב ההליכים המקדמיים אגב גילוי מסמכים, שאז מוחרגת היא מתחולת הצו, לבין טענת חיסיון שעולה במהלך עדותו של עד, עליה חל הצו. אגב כך מציין השופט עמית את הדברים הבאים: "כך, לדוגמה, כאשר עד טוען לחסיון מסמך בו הוא מעיין עודנו עומד על זוכן העדים, החלטת בית המשפט אם להכיר בחסיון אם לאו, אינה יכולה לשמש עילה למתן רשות ערעור" (שם, פסקה 5). על אמירה אחרונה זו של השופט עמית, מבקש מנהל מע"מ להישען עתה.

16. מקובלת עליי עמדתו העקרונית של חברי, השופט עמית, לפיה החלטת בית המשפט לחייב או שלא לחייב עד להשיב על שאלה אגב חקירתו, בין מטעמי חיסיון ובין מטעמים אחרים, נופלת לגדר תחומיו של סעיף 1(5) לצו. כן מקובלת עליי גם ההבחנה שערך בין הוראת סעיף 1(10) לצו, שעניינה הליכי הגילוי המקדמיים, ואשר במסגרתה הוחרגה במפורש החלטה "בעניין טענת חיסיון" מגדר הנושאים שלא תוגש לגביהם בקשת רשות ערעור, לבין הוראת סעיף 1(5) לצו, אשר איננה כוללת החרגה כאמור.

17. יחד עם זאת, ביחס לדוגמה שמביא חברי, אשר הייתה תאורטית בעניינו, והפכה מעשית במקרה דנן, דעתי שונה. לשיטתי, ביחס להחלטה של בית המשפט להורות או שלא להורות על עיון במסמך בו מעיין עד במהלך עדותו ניתן להגיש בקשת רשות ערעור, שכן היא איננה נופלת לגדר סעיף 1(5) לצו בתי המשפט (ובוודאי שאינה נופלת לגדר סעיף 1(10) לצו, שעניינו הליכי הגילוי המקדמיים בלבד). אבהיר עמדתי.

ראשית, סעיף 1(5) לצו, בחלקו הרלוונטי, עוסק ב"שאלות המוצגות לעדים לרבות קבלה או דחייה של התנגדות בעניין זה". בקשה לעיין במסמך בו עיין העד במהלך עדותו איננה באה, מבחינה לשונית, בגדר "שאלות המוצגות לעדים", אלא היא, מבחינת טיבה, בקשה לעיון במסמך ספציפי המוגשת בשלב דיוני ההוכחות. ודוק, לעיון זה עשויה להיות חשיבות לצורך בחינת מהימנותו של העד במהלך חקירתו הנגדית. אולם, כאמור, במקרים רבים המטרה המרכזית או הבלעדית של העיון המבוקש תהא תרומתו הפוטנציאלית של המסמך לבירור הסוגיה שבמחלוקת, וזאת, במנותק מהתכלית של ערעור מהימנותו של העד.

שנית, אינני רואה מקום להבחין באופן חד בין החלטות בדבר גילוי ועיון במסמך ספציפי הניתנות בשלב ההליכים המקדמיים, לבין החלטות העוסקות באותו עניין ממש הניתנות בשלב ההוכחות (לאפשרות להגיש בקשה לגילוי ועיון במסמכים לאחר סיום שלב ההליכים המקדמיים ראו, למשל: רע"א 828/13 ד"ר פלוטקין נ' SMITH KLINE BEECHAM BIOLOGICAL, פסקה 7 (13.5.2013); רע"א 4011/16 פלונית נ' בית חולים יוספטל, פסקה 5 (26.7.2016). כן ראו סעיפים 69(ב) ו-176 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: התקט"א החדשות)). על כן כשם שהמחוקק מצא להחריג במפורש בקשה לגילוי מסמך ספציפי מתחולת סעיף 1(10) לצו, כך סבורני כי אין מקום להכניס על דרך הפרשנות בקשה שכזו לגדר סעיף 1(5) לצו. אמת, כאשר מדובר בשאלה המוצגת לעד במהלך עדותו, עליה חל סעיף 1(5) לצו לפי לשונו, ישנו טעם להגן על הפרוגטיבה של הערכאה המבררת ועל רציפות הדיון, ולמנוע בשל כך הגשת בקשת רשות ערעור ביחס להחלטה שניתנה לגביה על ידי שופט הערכאה המבררת. כך גם אם הכרעת בית המשפט היא בסוגיה האם העד פטור מלהשיב בשל קיומו של חיסיון, כפי שהיה בעניין לוי. ואולם, ככל שעסקינן בבקשה שמהותה אינה העדות עצמה, אלא עיון במסמך פלוני שקיומו מתברר אגב העדות (ובכלל זה מסמך בו מעיין עד במהלך עדותו), אין די בהיגיון זה על מנת להביא לאימוץ פרשנות מרחיבה לסעיף 1(5) לצו. הטעם לכך הוא שפרשנות כזו תיצור הבחנה בלתי מוצדקת לעניין האפשרות להגיש בקשת רשות ערעור על החלטות בעניין חיסיון מסמך ספציפי, לפי העיתוי בו מועלית בקשת העיון. שהרי, ככלות הכול, השיקולים ואמות המידה להכרעה בזכות העיון הם קרובים, בין אם הבקשה מועלית בשלב ההליכים המקדמיים ובין אם היא מועלית במהלך שלב ההוכחות. ודוק, מקום שבו נטען לחיסיון של מסמך מסוים, השיקולים להכרה בחיסיון או להסרתו אינם אמורים להשתנות באופן דרסטי אך מן הטעם שדבר קיום המסמך נחשף בפני הצד שכנגד בשלב העדות ולא במסגרת הליכי גילוי מקדמיים (יצחק עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר", 19 אורי קיטאי 247, 287-288 (2007) (להלן: עמית, ניסיון להשלטת סדר)).

18. ככל שהן סעיף 1(5) לצו בתי המשפט (על פי פרשנותו) והן סעיף 1(10) לצו (על פי העניינים אליהם הוא מתייחס) אינם חלים על בקשה לעיין במסמך שבו מעיין עד, הרי שאין בצו כל הוראה המונעת הגשת בקשת רשות ערעור ביחס להחלטה שניתנה בבקשה שכזו. מסקנה זו תואמת את תכליותיו של הצו. ההחלטה האם להתיר לצד להליך לעיין במסמך ספציפי המצוי בידי הצד שכנגד מהווה החלטה מהותית, באשר היא יכולה לגרום לנזק של ממש לבעלי הדין, והאפשרות לתקנה בסיום ההליך היא מוגבלת מטבעה. משום כך הוחרגה היא מתחולת סעיף 1(10) לצו (ראו והשוו: עניין ברנשטיין, פסקה 29; רע"א 1395/12 שחף ליווי פיננסי יבוא יצוא נ' טולידאנו, פסקאות 4-5 (21.3.2012)). בהקשר

זה, כפי שהובהר לעיל, אין רבותא בכך שהעיון התבקש בשלב חקירת העדים (נוכח גילוי המאוחר), ולא במסגרת ההליכים המקדמיים. מכאן, שבמצבים אלו, הפגיעה הנשקפת למבקש העיון מדחיית בקשתו קיימת בין אם ההחלטה ניתנת בשלב ההליכים המקדמיים ובין אם היא ניתנת בשלב ההוכחות. לפיכך, בשני המצבים לא ניתן להתייחס אליה, לשיטתי, כהחלטה בעלת אופי דיוני-טכני מהסוג אליו מכוון צו בתי המשפט.

19. ויובהר, חרף מסקנתי האמורה לפיה הצו לא חל על החלטה בדבר חשיפת מסמך שבו עיין עד במהלך עדותו, ועל כן ניתן להגיש בקשת רשות ערעור ביחס אליה, נקודת המוצא בענייננו עודנה כי בקשת רשות כאמור צריכה לצלוח את אמות המידה הקבועות בסעיף 41(ב) לחוק בתי המשפט, וכי פסיקתנו העקבית מורה ששיקול הדעת המוקנה לערכאה המבררת בהחלטות בסוגיה זו, שהיא סוגיה דיונית מובהקת, הינו רחב, ומשכך התערבות ערכאת הערעור באלו תהא במשורה (ראו, מיני רבים: רע"א 6726/19 יאסין נ' בנק הפועלים בע"מ, פסקה 10 (17.11.2019); רע"א 298/20 ד"ר שלמה כהן ושות', עורכי דין נ' עו"ד וטשטיין, פסקה 5 (4.2.2020)).

20. סיכום ביניים: לאחר שעמדנו על כך כי ככלל, לצד להליך יש זכות לעיין במסמך שבו עיין עד במהלך עדותו, והגעתי למסקנה כי החלטה בסוגיה זו איננה נכללת בגדר צו בתי המשפט, נותר לבחון שתי סוגיות נוספות שהמקרה שלפנינו מעורר: האחת, מהו היחס בין זכות העיון במסמך שבו מעיין עד לבין הטענה כי על המסמך חל חיסיון; השנייה, האם החיסיון שחל על מסמכים שהוכנו לקראת הליך משפטי תקף גם כאשר מדובר במסמך שהוכן לקראת הליך אחר מההליך שבו מבוקש לעיין בו.

היחס בין זכות העיון במסמך שבו מעיין עד לטענת חיסיון

21. נפתח איפוא בתיאור תמציתי של המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית לסוגיה. כפי שציינו לעיל, מבחינה מהותית עסקינן בהיקפה של זכות העיון במסמך ספציפי. בית משפט זה נדרש לא אחת לחשיבותו של עקרון הגילוי בין הצדדים, כאשר פעם אחר פעם הודגש כי מטרתו של ההליך השיפוטי, ושל הליכי הגילוי והעיון בפרט, היא גילוי האמת (רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 522 (1995) (להלן: עניין הדסה); רע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי, פ"ד מט(4) 54, 61 (1995) (להלן: עניין אזולאי)). עוד נפסק כי הגשמתה של מטרה זו מחייבת חשיפה מרבית של כלל החומרים הרלוונטיים ליריעת המחלוקת ודיון "בקלפים פתוחים" (רע"א 4627/14 פז חברת נפט בע"מ נ' דיני, פסקה 7 (10.11.2014); רע"א 7586/15 בן צבי נ' אלשיך, פסקה 12 (24.1.2016)). עם זאת, חרף החשיבות שבערך גילוי האמת במסגרת

ההליך השיפוטי, אין מדובר בערך מוחלט, והוא עשוי לסגת מפני ערכים ואינטרסים מתחרים, אשר המשפט הכיר בהם כראויים להגנה (ראו: רע"א 4708/03 חן נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות, פ"ד ס(3) 274, 288 (2005); רע"א 7114/05 מדינת ישראל נ' חיזי, פסקה 5 (11.12.2017); נינה זלצמן, "אמת עובדתית ו'אמת משפטית' – מניעת מידע מבית המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים", עיוני משפט כד 263, 265-264 (2000)). מופע אחד ומרכזי לעניין זה הוא מוסד החיסיון, אשר מקנה למחזיק בו (holder) טענה לפיה עומדת לו חסינות מגילוי מידע מסוים לצד שכנגד ולבית המשפט במסגרת הליך שיפוטי (רע"א 6624/20 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' גולובינסקי, פסקה 25 (19.1.2021)).

22. מוסד החיסיון מבטא מדיניות משפטית-חברתית שמכירה באפשרות להעדיף אינטרסים וערכים מסוימים על פני גילוי האמת העובדתית, במובן זה שהוא מונע, בתנאים מסוימים, את גילוייה של ראייה קבילה, מהימנה ורלוונטית בהליך שיפוטי (ראו: יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי 345 (2021) (להלן: עמית, חסיונות ואינטרסים)). כך למשל, בבסיס חלק מהחסיונות טמון ערך תועלתני, המכיר בחשיבות ההגנה על מערכות יחסים מיוחדות המושתתות על אמון בין הצדדים להן, כגון יחסי עורך דין-לקוח ורופא-מטופל (בג"ץ 844/06 אוניברסיטת חיפה נ' פרופ' עוז, פ"ד סב(4) 167, 183 (2008) (להלן: עניין עוז); רע"א 6171/17 פלוני נ' קופת חולים מאוחדת, פסקה 7 (4.9.2017) (להלן: עניין מאוחדת); ע"פ 6145/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (21.8.2013). להרחבה ראו: אליהו ארנון דיני ראיות חלק שני 96-128 (1978) (להלן: ארנון)).

23. יש והחיסיון הוא סטטוטורי, היינו מכוח הוראה שבדין, ויש והחיסיון הוא הלכתי, היינו יציר הפסיקה (רע"א 8943/06 יוחנן נ' סלקום ישראל בע"מ, פ"ד סג(3) 88, 106 (2009); עניין עוז, בעמ' 182). כמו כן, חיסיון יכול שיהיה מוחלט, במובן זה שכל שהוכח שהתקיימו תנאיו – אין לבית המשפט שיקול דעת האם להסירו, ויכול שיהיה יחסי, במובן זה שבית המשפט רשאי להורות על גילוי המסמך או הראייה החסויים, אם סבר כי בנסיבות העניין יש להעדיף את הערך של חשיפת האמת על פני ההגנה על הערך החברתי העומד בבסיסו של החיסיון (רע"א 5806/06 עיזבון המנוח נמירובסקי ז"ל נ' שימקו, פסקה 7 (13.6.2007) (להלן: עניין שימקו). להרחבה על ההבחנה בין חיסיון מוחלט לחיסיון יחסי, ראו עמית, חסיונות ואינטרסים, בעמ' 381-382). מרבית החסיונות – בין הסטטוטוריים ובין ההלכתיים – הם יחסיים באופיים (רע"א 2235/04 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שירי, פ"ד סא(2) 634, 641 (2006) (להלן: עניין שירי); רע"פ 751/15

אברג'יל נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (9.12.2015)). מכל מקום, בין אם מדובר בחיסיון מוחלט או יחסי ובין אם מדובר בחיסיון סטטוטורי או הלכתי, הגישה הנוהגת ביחס לחיסיון היא חשדנית ועל דרך הצמצום, כאשר נקודת המוצא היא שיש ליתן בכורה לערך גילוי האמת (ראו: עניין הדסה, בעמ' 522; רע"א 637/00 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' אברת – סוכנות ביטוח בע"מ, פ"ד נה(3) 661, 664 (2001)). ודוק, הגילוי הוא הכלל, ואילו החיסיון הוא החריג לו (עניין אזולאי, בעמ' 62; עניין שירי, בעמ' 641).

24. המתח הקיים בין מוסד החיסיון לבין זכויות הגילוי והעיון בהליך שיפוטי בא לידי ביטוי גם כאשר עסקינן בזכות העיון במסמך שבו מעיין עד. כך, זמן קצר לאחר שניתן פסק הדין בעניין בנק הפועלים, נדרש בית משפט זה לשאלה האם זכות העיון במסמך שבו מעיין עד עומדת למבקש העיון גם כאשר על המסמך חל חיסיון. ברע"א 3694/06 חביב נ' הלה הנדסה ואדריכלות בע"מ (13.8.2006) (להלן: עניין חביב) דובר בבקשת רשות ערעור בגלגול שלישי על החלטה המורה על גילוי מסמך שבו החזיקה התובעת בהימצאה על דוכן העדים, וזאת חרף טענתו של בא-כוחה לפיה על המסמך חל חיסיון עורך דין-לקוח. בית המשפט העליון (השופטת עדנה ארבל) ביטל את החלטותיהן של שתי הערכאות הנמוכות, וקבע כי הלכת בנק הפועלים כפופה לדיני החסיונות הכלליים, ומכאן שהזכות לעיין במסמך שבו מעיין עד עשויה לסגת מפני טענת חיסיון. שם, כאמור, מדובר היה בחיסיון עורך דין-לקוח, שהוא חיסיון מוחלט, ומשכך, משקבע בית המשפט כי על המסמך האמור חל החיסיון – די היה בכך כדי לשלול את זכותו של המבקש לעיין במסמך. אומנם בית המשפט לא הבחין בין חיסיון מוחלט לחיסיון יחסי, בצינו כי "הלכת בנק הפועלים לא באה לשנות מדיני החסיונות" וכי "כאשר מדובר במסמך חסוי יחולו ההלכות הקבועות למסמכים מסוג זה", ואולם, לא הוברר מהי מלאכת האיזון הנדרשת מקום בו מדובר במסמך בו עיין עד במהלך עדותו (ליישום האמור בעניין חביב ביחס לחסיונות יחסיים ראו, למשל, תנ"ג (מרכז) 40896-01-13 בי-4 בע"מ נ' אודיו פיקסלס בע"מ (17.1.2015)). במילים אחרות, נשאלת השאלה האם יש השלכה על טיבו או על היקפו של החיסיון החל כאשר מדובר במסמך בו מעיין עד במהלך הימצאו על דוכן העדים (להבדיל, למשל, מבקשה לעיון במסמך שאוזכר בכתב טענות).

25. על דרך הכלל, מעת שהוגשה בקשה לגילוי (או לעיון) ביחס למסמך ספציפי עלינו להפעיל מבחן תלת-שלבי: בשלב הראשון, יש לבחון את שאלת רלוונטיות המסמך שגילוי מבוקש לזירת המחלוקת, כאשר הנטל להוכיח כאמור מוטל על מבקש הגילוי. באם יתברר כי המסמך לא רלוונטי, אין להיעתר לבקשת הגילוי, וזאת גם ללא קשר לדבר קיומה של טענת חיסיון כלשהי. בשלב השני, יש לבחון האם קיים חיסיון או ערך מרכזי אחר הראוי להגנה. בשלב זה מועבר הנטל לכתפיו של הטוען לחיסיון. בשלב השלישי,

ורק אם הוכח שקיים חיסיון או ערך כאמור, תיבחן השאלה האם החיסיון הוא יחסי או מוחלט – ככל שהחיסיון הוא מוחלט, על בית המשפט להחילו ובכך תם המבחן, ואילו כאשר עסקינן בחיסיון יחסי, מתוקף הגדרתו ככזה, בית המשפט נדרש למלאכת איזון עדינה כדי לקבוע האם יש מקום להסיר את החיסיון אם לאו. דהיינו, על בית המשפט לבחון האם בנסיבות המקרה המובא לפניו הסתרת המסמך עדיפה על פני חשיפתו (ראו: רע"א 4781/12 י.מ. עיני קונדיטוריה בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פסקה 15 (6.3.2013)). בבחינה זו, בית המשפט יידרש לאזן את האינטרסים העומדים על הכף, ובכללם חיוניות חשיפת המסמך לשם הגשמת התכלית של גילוי האמת, למול האינטרסים העומדים בבסיס החיסיון שנטען לחלותו במקרה הקונקרטי, המשתנים בין חיסיון אחד למשנהו. בעשותו כן, יידרש בית המשפט, בין השאר, לעוצמת הפגיעה שתיגרם לבעל החיסיון כתוצאה מחשיפת המסמך; מידת הרלוונטיות וחיוניות המסמך למטרה של גילוי האמת; האם עומדות למבקש הגילוי חלופות אפקטיביות להוכחת טענותיו וכיוצא באלה (עניין הדסה, בעמ' 525; עמית, חסיונות ואינטרסים, בעמ' 354-355).

26. באופן ממוקד יותר, כאשר עסקינן בבקשה לעיון במסמך שבו עיין עד במהלך עדותו, ניתן להצביע, לשיטתי, על שתי השלכות ייחודיות שיש להביא בחשבון בעת יישומו של המבחן התלת-שלבי:

ראשית, בין אם מטרת גילוי המסמך היא ערעור מהימנותו של העד ובין אם מטרתו היא חשיפת מידע אשר עשוי לסייע לליבוץ המחלוקת בין הצדדים, ניתן להניח כי כאשר עד מסתייע במסמך במהלך עדותו קמה חזקה לפיה תנאי הרלוונטיות מתקיים, ולו ביחס לחלק מהאמור במסמך, ועל כן התנאי לצליחת השלב הראשון בא, במקרה הרגיל, על סיפוקו. זאת במיוחד בשים לב לגישה הליברלית הנהוגה בפסיקה לפיה די בכך שלמסמך מסוים עשויה להיות רלוונטיות להליך (רע"א 7802/10 עמירם גרופ יזום והשקעות יזום והשקעות בע"מ נ' קרל אופנת גברים איכותית בע"מ, פסקה 17 (15.8.2012)); רע"א 8181/15 אריה את עופר עבודות בניה נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ, פסקה 20 (31.1.2016)).

שנית, לעובדה כי העד בחר להביא עמו את המסמך לדוכן העדים מתוך כוונה להסתמך עליו יש לתת משקל גם לעניין טיבה של טענת החיסיון. סבורני כי מקום שבו המסמך לגביו נטען לחיסיון הוא מסמך שבו מעיין עד בהימצאו על דוכן העדים, אזי ייתכנו מצבים בהם קמה הצדקה לבחון את מצב הדברים כאילו מדובר בחיסיון יחסי, וזאת אף אם החיסיון הנטען הוא, ככלל, חיסיון מוחלט. כך, כאשר הדבר נדרש לצורך יצירת האיזון הראוי בין התכליות העומדות בבסיס החיסיון לבין תכליותיה של הזכות לעיין

במסמך שבו מעיין עד. דרך אפשרית לבסס תוצאה זו היא לקבוע שבנסיבות מתאימות, אף אם החיסיון הוא מוחלט במקרה הרגיל, יש לראות בהבאת המסמך לדוכן העדים כפעולה השוללת ממנו את ההגנה המוחלטת, ומביאה אותו לתחום שיקול הדעת של בית המשפט. ודוק, בין אם מדובר בחיסיון מוחלט ובין אם מדובר בחיסיון יחסי, מדובר בחיסיון דיספוזיטיבי, ועל כן האדם שלטובתו נוצר החיסיון יכול לוותר על תחולתו במקרה נתון (ראו, למשל, סעיפים 48-50א לפקודת הראיות. כן ראו: ארנון, בעמ' 69; עמית, חסיונות ואינטרסים, בעמ' 352). ויתור זה יכול שיהיה במפורש או במשתמע (עניין מאוחדת, בפסקה 10). מכאן, ייתכנו מצבים בהם אפשר להסיק מכך שעד בחר להביא עמו מסמך לדוכן העדים, מתוך כוונה להסתמך עליו, כי בעצם מעשה זה יש משום ויתור, ולו על דרך ההתנהגות, על הטענה כי החיסיון הוא מוחלט. דוגמה אפשרית היא מצב בו עד מעיין במהלך עדותו ב"סיכום עובדות" או ב"דף מסרים" שהוכן על ידי עורך דינו. אף אם מסמך שכזה חוסה תחת חיסיון עורך דין-לקוח במקרה הרגיל, הרי שעיון בו במהלך העדות מצדיק להניח ויתור על האופי המוחלט של החיסיון, והכפפת זכות העיון במסמך לשיקול דעת בית המשפט.

הערה: קביעה לפיה יש ללמוד על ויתור על אופיו המוחלט של החיסיון כאמור מוצדקת ביתר קלות כאשר העד הוא מי שלטובתו ניתן החיסיון. ואולם, כאשר צד שלישי, שאיננו העד, הוא המחזיק בחיסיון, והשימוש במסמך על ידי העד במהלך העדות נעשה שלא בהסכמתו, קיים קושי לייחס לבעל החיסיון נכונות לוותר על טיבו המוחלט של החיסיון. כך למשל, אם המסמך שעמו עלה העד לדוכן העדים נלקח בלי ידיעתו והסכמתו של מחזיק החיסיון, לא ניתן יהיה לראות בהסתייעות בו על ידי העד משום ויתור על אופיו המוחלט של החיסיון.

27. סיכומו של חלק זה, לבחירתו של העד להצטייד במסמכים במהלך עדותו עשויה להיות השלכה הן על מידת הרלוונטיות של המסמכים לגילוי האמת, בין אם לצורך בחינת מהימנותו של העד ובין אם לצורך ליבון הסוגיה שבמחלוקת, והן על טיבו של החיסיון החל על אותם מסמכים (ככל שמועלית טענת חיסיון לגביהם).

28. עתה נפנה לדון בסוגיה האחרונה שנותרה לפתחנו – היקף תחולו של חיסיון החל על מסמכים שהוכנו לקראת הליך משפטי.

הערה: מנהל מע"מ טען כי אין לראות במסמך "תרשומת פנימית", וממילא לא ביסס את הזכות למנוע מהמושב את העיון בו על ההגנה הניתנת בדין לתרשומות פנימיות

בפני חשיפתן בהליכים משפטיים (להגנה זו ראו עמית, חסיונות ואינטרסים, בעמ' 810-781). לאור עמדה זו, לא מצאתי צורך להרחיב בעניין זה.

החיסיון החל על מסמכים שהוכנו לקראת הליך משפטי – כללי

29. החיסיון החל על מסמכים שהוכנו לקראת הליך משפטי חל על חומר שהוכן על ידי בעל דין, עורך דינו או מי מטעמם לצורך הליכים משפטיים תלויים ועומדים או שקיימת הסתברות של ממש שיתקיימו, כאשר מחזיק החיסיון הוא הצד אשר למענו, או לבקשתו, הוכנו המסמכים (ראו: ע"א 632/77 מוסקונה נ' מאור, פ"ד לב(2) 321, 326 (1978) (להלן: עניין מוסקונה); עניין הדסה, בעמ' 522-523). הרציונאל המרכזי העומד בבסיס חיסיון זה הוא הרצון להגן על האוטונומיה של בעל דין לאסוף חומר לקראת משפטו באין מפריע ולהביאו לידי עורך דינו בלא חשש שפרי עמלו ייחשף לעיניו של יריבו (ע"א 407/73 גואנשיר נ' חברת החשמל, פ"ד כט(1) 169, 171 (1974) (להלן: עניין גואנשיר); עניין אזולאי, בעמ' 62). החיסיון מבוסס על ההנחה לפיה במסגרת ההכנות להליך משפטי, מוחלפות תדיר עמדות, נתונים, או מסמכים שונים בין הגורמים העוסקים בתיק, התומכים לעיתים בקווי הגנה או תביעה שונים וחלופיים שנשקלים בשלבים שונים של ההליך. מכאן, החשש הוא כי תחת חשיפה בלתי מוגבלת של חומר כתוב של בעל דין, עורך דינו או מי מטעמם בקשר להליך משפטי צפוי או תלוי ועומד, הללו יורתעו מלהעלות את עמדתם על הכתב, תוצאה בלתי רצויה שתפגע פגיעה של ממש בבעלי דין וביכולתם לנהל את ההליך באופן מיטבי, ובכך במערכת המשפט בכללותה. בנוסף, יש הרואים בחיסיון זה כמגלם גם את זכותו של האדם לפרטיות, וזאת בראי התפיסה לפיה חומר שהכין אדם או מי מטעמו לצורך הליך משפטי שיזם או המתנהל נגדו שייך לפרטיותו ו"לרשות היחיד" שלו במובן הרחב (עניין שירי, בעמ' 648).

לשלמות התמונה יצוין כי חיסיון זה הוחל גם על מסמכים שהוכנו לטובת הליך חלופי ליישוב סכסוכים מחוץ לכותלי בית המשפט, כגון הליכי גישור, פישור או בוררות, וזאת בנימוק כי קיים דמיון, אם לא זהות מוחלטת, בין התכליות והרציונאליים שעומדים בבסיס החיסיון החל על שני סוגי המסמכים, שהם "בבחינת שני ענפים הצומחים מאותו גזע" (שם, בעמ' 654).

30. הטוען לחיסיון מסמכים שהוכנו לקראת הליך משפטי (או הליך חלופי ליישוב סכסוכים) יידרש להוכיח קיומם של שני תנאים מצטברים: האחד – כי המסמך הוכן לצורך התדיינות משפטית תלויה ועומדת או "צפויה בהסתברות ממשית"; והשני – כי המטרה העיקרית או הדומיננטית של הכנת המסמך הייתה ההליך המשפטי, הקיים או הצפוי

(להבדיל ממצב בו היה נערך המסמך במהלך הדברים הרגיל, ללא תלות כלשהי בקיומו של הליך משפטי) (עניין הדסה, בעמ' 522-523; עניין שירי, בעמ' 642; רע"א 3670/19 פלוני נ' קרנית קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פסקה 9 (28.7.2019) (להלן: עניין פלוני)). תנאים אלה ייבחנו על פי נסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה לגופו (עניין פלוני, שם).

31. לשאלה האם החיסיון החל על מסמכים שהוכנו לקראת משפט הוא חיסיון מוחלט או יחסי ניתנו לאורך השנים תשובות שונות בפסיקה, ודומה כי טרם נקבעה הלכה ברורה בעניין. כך, בפסק הדין בעניין גואנשיר, אשר ניתן במחצית השנייה של המאה הקודמת במושב תלתא, נקבע כי מדובר בחיסיון מוחלט (שם, בעמ' 171). אולם, בשנים האחרונות נפתחה שאלה זו לדיון מחודש בבית משפט זה, ולפי שעה הושארה היא בצריך עיון (ראו: עניין פלוני, בפסקה 7; עניין מאוחדת, בפסקה 15; רע"פ 8873/07 היינץ לישראל בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקאות 8 ו-32 (2.1.2011)). לגישה הרואה בחיסיון זה כחיסיון יחסי, ראו: עניין שימקו, בפסקה 9. להרחבה על גלגוליה השונים של השאלה בפסיקה, ראו: עמית, חסיונות ואינטרסים, בעמ' 518-521. שם, נטען כי לאור הקשר ההדוק בין חיסיון עורך דין-לקוח לבין חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט, יש להכיר בחיסיון זה כחיסיון מוחלט).

32. החיסיון שחל על מסמכים שהוכנו לקראת משפט זכה להכרה גם מעבר לים, ובכלל זאת בארצות הברית ובקנדה (תחת מה שמכונה כ-Work Product Doctrine וכ-Litigation Privilege, בהתאמה).

בארצות הברית החיסיון אומץ על ידי בית המשפט העליון האמריקני בפרשת Hickman v. Taylor, 329 U.S. 495 (1947) (להלן: עניין Hickman), ובחלוף כשני עשורים הוא עוגן בסעיף 26(b)(3) לכללי סדר הדין הפדראליים (ראו: FED. R. CIV. P. 26(b)(3)). בבסיסו של החיסיון האמריקאי, מספר תכליות ובעיקרן הרצון לאפשר לעורך הדין מרחב פעולה פרטי בהיערכותו למשפט על מנת שיוכל לממש את תפקידו בשיטה האדברסרית באופן מיטיבי, ובכך להגן על השיטה הנהוגה במשפט האמריקאי ועל היתרונות הגלומים בה (לסקירה מקיפה אודות היקפו וטעמיו של החיסיון בארצות הברית ראו, Michael Blasié, "The Uncertain Foundation of Work Product", 67 DEPAUL L. REV. 35 (2017). כן ראו Jeff A. Anderson et al., "Work Product Doctrine", 68 CORNELL L. REV. 760 (1983)). יצוין, כי בארצות הברית, חיסיון זה סווג בחקיקה כחיסיון יחסי, במובן זה שבית המשפט יתיר את גילוי המסמך המבוקש היה ועלה בידי מבקש הגילוי להוכיח צורך ממשי (substantial need) במסמך לשם הכנת קווי תביעתו או הגנתו, וכן כי לא יוכל להשיג, שלא במאמץ בלתי סביר (without undue hardship),

את המסמך או מסמך שקול לו באמצעים אחרים (סעיף 26(b)(3)(A)(ii) לכללי סדר הדין הפדראליים).

בקנדה, החיסיון החל על מסמכים שהוכנו לקראת משפט הוכר גם הוא בפסיקת בתי המשפט. תנאי לתחולתו של החיסיון בדין הקנדי הוא שהמטרה העיקרית או הדומיננטית של הכנת המסמך היא ההליך המשפטי, הקיים או הצפוי (Blank v. Canada (Minister of Justice), [2006] 39 S.C.C. 319, 340-341 (Can.)). חיסיון זה זכה למעמד של חיסיון יחסי, במובן זה שקיימת רשימה סגורה של חריגים (exceptions) שבהם החיסיון לא יחול (ראו למשל, Lizotte v. Aviva Insurance Co. of Canada, [2016] S.C.J. 52 (Can.)). להרחבה נוספת על הגרסה הקנדית לחיסיון ראו: Barbara Billingsley, "Ingathered Records and the Scope of Litigation Privilege in Canada: Does Litigation Privilege Apply to Copies or Collections of (Otherwise Underprivileged Documents)", 43 ADVOC. Q. 280 (2014).

האם חיסיון החל על מסמכים שהוכנו לקראת הליך משפטי חל גם כשמדובר בהליך אחר?

33. המקרה הטיפוסי שבו מתעוררת שאלת תחולתו של החיסיון החל על מסמכים שהוכנו לקראת הליך משפטי הוא שהמסמך הוכן לטובת ההליך המשפטי שבו נטענה טענת החיסיון (באופן מקביל, כאשר עסקינן בחיסיון החל על מסמכים שהוכנו לקראת הליך חלופי ליישוב סכסוכים, המקרה הפרדיגמטי שבו מתעוררת שאלת תחולתו של החיסיון הוא במסגרת ההליך השיפוטי אליו נדרשו הצדדים לאחר שההליך החלופי לא צלח). השאלה המתעוררת במקרה שלפנינו, היא האם חיסיון זה חל גם במקרים שבהם המסמך הוכן לקראת הליך משפטי אחר, דהיינו הליך משפטי קודם ונפרד מההליך המאוחר במסגרתו מבקש מכין המסמך לחסות אותו מהליכי גילוי ועיון.

34. התייחסות הפסיקה הישראלית לשאלה זו היא מצומצמת עד מאד, ולמעשה עד היום, למיטב בדיקתי, נזכרת בפסיקת בית משפט זה בהזדמנות אחת בלבד, במסגרת עניין מוסקוונה. באותו מקרה, התעוררה השאלה האם מסמכים שהופקו במסגרת דו"ח חקירה שהיה חסוי במשפט מסוים בשל כך שהוכן לקראתו, ייהנו מהגנת החיסיון גם בהליך אחר, מאוחר בזמן, שבו נתבע עורך הדו"ח על הוצאת דיבה. בית משפט זה ביטל את החלטתו של בית המשפט המחוזי הדוחה את הבקשה לגילוי המסמכים והורה על גילויים, בכפוף לכך שלא ייעשה במסמכים שימוש אלא לצורכי ההליך שבמסגרתו הוגשה הבקשה. תוצאה זו נומקה בכך שלמסמכים אלה "עלולה להיות חשיבות בתביעה זו" (שם,

בעמ' 328). מכאן, שלא הוברר האם החיסיון לא חל בהליך אחר, או שמא הוא כן חל, אלא שמדובר בחיסיון יחסי, שבנסיבות המקרה היה מקום להסירו.

בפסיקת בתי המשפט המחוזיים נקבע לעיתים כי ניתן להסיק מעניין מוסקונה הלכה כללית על פיה חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט חל אך ורק באותו הליך משפטי אשר לשמו ולקראתו הוכנו המסמכים (ראו בע"ח (מרכז) 41403-02-16 משטרת ישראל, יאח"ה נ' גרוסמן, פסקה 37 (21.3.2016) (השופטת מיכל ברק נבו), לפיה "החיסיון על מסמכים שהוכנו לקראת משפט מדבר על אותו משפט..." (ההדגשה במקור). בקשת רשות לערור שהוגשה על החלטה זו נדחתה על ידי השופט מני מזוז ביום 5.4.2016 במסגרת בש"פ 2790/16, מן הטעם שההחלטה מבוססת בעיקרה על קביעות עובדתיות. לפרשנות דומה ראו גם: ת"צ (מחוזי ת"א) 19158-12-14 זך נ' מוטד (אחזקות) בע"מ, פסקה 2. ב"ש"פ 14.12.2016) (השופטת דנייה קרת-מאיר); ב"ש (מחוזי ת"א) 1529-83 ישראלי, ירושלמי, כהן ושות' נ' מדינת ישראל, פ"מ תשמו(3) 265, 274-275 (1983) (הנשיאה, השופטת חנה אבנור)). ואולם, דומה כי סוגיה זו טרם התבררה די צורכה במשפטנו.

35. בעוד שבשיטתנו שאלת תחולתו של החיסיון בהליך אחר מההליך שעבורו הוכן המסמך זכתה, כאמור, להתייחסות מצומצמת למדי, במדינות אחרות בעולם היא זכתה לדיון משפטי נרחב. בפרט, מסתמנת בארצות הברית, ובמידה מוגבלת יותר בקנדה, גישה המכירה בחיסיון, בתנאים כאלה או אחרים, גם כשהוא נטען בהליך אחר.

בארצות הברית, השאלה בדבר היקף התחולה של החיסיון על הליכים אחרים התעוררה עוד בשנות ה-60 וה-70 של המאה הקודמת, והחלו להתגבש בפסיקה ארבע גישות שונות בעניין: הגישה הראשונה גרסה כי החיסיון חל רק ביחס להליך המשפטי שעבורו הוכנו המסמכים. הא ותו לא; הגישה השנייה החזיקה בעמדה כי החיסיון חל גם על הליכים אחרים, ובלבד שמדובר בהליכים העוסקים בסוגיות קשורות (related suits) או סוגיות קשורות בקשר הדוק מאד (closely related); הגישה השלישית גרסה כי לצורך תחולת החיסיון לא די בכך שמדובר בסוגיות קרובות, אלא נדרש כי ההליך המאוחר בזמן יהיה קשור להליך הקודם שבעבורו הוצא החיסיון; הגישה הרביעית סברה כי מעת שהוקנה החיסיון, הוא ממשיך לחול על כל הליך משפטי באשר הוא, וזאת במנותק מהשאלה האם הוא קשור להליך המשפטי שלטובתו הוכן המסמך אם לאו (להרחבה ראו: Caroline T. Mitchell, "The Work Product Doctrine in Subsequent Litigation", 83 COLUM. L. REV. 412, 421-424 (1983) והמקורות הנזכרים שם). בתחילת שנות ה-80 הגיעה הסוגיה לראשונה לפתחו של בית המשפט העליון האמריקני במסגרת FTC v. Grolier, Inc., 462 U.S. 19 (1983) (להלן: עניין Grolier). באותו מקרה נדונה השאלה

האם ההגנה על מסמכים שהוכנו לצורך הליך משפטי חלה גם כאשר אותו הליך הסתיים, וזאת מכוח הפטור שבחוק חופש המידע הפדראלי (The Freedom of Information Act) המחיל את ההגנה שבסעיף 26(b)(3) לכללי סדר הדין הפדראליים. דעת הרוב (מפי Justice White) ציינה, בהגבילה נימוק זה להקשר החקיקתי שבו הועלתה הסוגיה, כי על פי לשון החוק, ההגנה מכוח סעיף 26(b)(3) חלה גם במקרים שבהם מדובר בהליך אחר, כל עוד המסמך הוכן עבור או על ידי צד להליך המשפטי המאוחר בזמן (שם, בעמ' 25). דעת היחיד של Justice Brennan (אליו הצטרף Justice Blackmun), ביקרה את הצמצום שבדעת הרוב, וגרסה כי אין להגביל פרשנות זו רק ביחס לחוק חופש המידע הפדראלי, אלא יש להחילה בהקשר הכללי של סעיף 26(b)(3) לכללי סדר הדין הפדראליים (שם, בעמ' 32). עמדה זו הוסברה על ידי דעת היחיד כך:

[...] it does not follow that the need for protection disappears once that litigation (and any "related" litigation) is over. The invasion of "[a]n attorney's thoughts, heretofore inviolate," and the resulting demoralizing effect on the profession, are as great when the invasion takes place later, rather than sooner. More concretely, disclosure of work product connected to prior litigation can cause real harm to the interests of the attorney and his client even after the controversy in the prior litigation is resolved.

(שם, בעמ' 30).

מאז ניתן פסק הדין בעניין Grolier, הסוגיה לא נדונה שוב בבית המשפט העליון, אך האסכולה הרווחת שהתפתחה בבתי המשפט הפדראליים אימצה, ברוח דעת היחיד, את הגישה הרביעית לפיה ההגנה על מסמכים שהוכנו לצורך הליך משפטי ממשיכה לחול גם על הליכים משפטיים אחרים, המאוחרים בזמן, אפילו שאינם קשורים להליך שעבורו הוכנו המסמכים (ראו, למשל: Frontier Refining Co. v. Gorman-Rupp Co., 136 F.3d 695, 702-703 (10th Cir. 1998); Pamida, Inc. v. E.S. Originals, Inc., 281 F.3d 726, 731 (8th Cir. 2002); Jicarilla Apache Nation v. United States, 88 Fed. Cl. 1, 9-10 (2009); FTC v. Boehringer Ingelheim Pharmaceuticals, Inc. 778 F.3d 142, 149 (D.C. Cir. 2015). באמצע גישה זו, התבססו בתי המשפט על פסק הדין בעניין In re Murphy, 560 F.2d 326 (8th Cir. 1977), שניתן עוד לפני פסק הדין בעניין Grolier. שם (בעמ' 334), צוינו, בין השאר, בהתבסס על הרציונאליים שהוצגו בעניין Hickman, הדברים הבאים:

If work product is protected in related, but not unrelated future cases, an attorney would be hesitant to assemble extensive work product materials because of the concern that the materials will not be protected in later, unrelated litigation. The unrelatedness of the subsequent litigation provides an insufficient basis for disregarding the privilege articulated in Hickman and incorporated in Rule 26(b)(3). The mischief engendered by allowing discovery of work product recognized in Hickman would apply with equal vigor to discovery in future, unrelated litigation.

(לפסיקה בה נמנעו בתי המשפט מלנקוט עמדה בסוגיה, ראו למשל In re Grand Jury Proceedings, 43 F.3d 966, 971 (5th Cir. 1994). למקרים בהם הועלתה הטענה לפיה החיסיון חל בתנאי שמדובר בהליך העוסק בסוגיה קשורה (closely related), ראו למשל, In re Abilify (Aripiprazole) Prods. Liab. Litig., No. 3:16-md-2734, 12 (N.D. Fla. Dec. 29, 2017).

בקנדה, לעומת זאת, נהוגה גישה מצמצמת יותר, אשר מוכנה להחיל את החיסיון גם בהליכים מאוחרים, ובלבד שמתקיימת זיקה הדוקה יחסית בין ההליך למענו הוכן המסמך לבין ההליך בו מועלית טענת החיסיון. וכך הוצגה ההלכה על ידי Justice Fish בפסק הדין המנחה של בית המשפט העליון הקנדי בעניין Blank :

The purpose of the litigation privilege, I repeat, is to create a “zone of privacy” in relation to pending or apprehended litigation. Once the litigation has ended, the privilege to which it gave rise has lost its specific and concrete purpose — and therefore its justification. But to borrow a phrase, the litigation is not over until it is over: It cannot be said to have “terminated”, in any meaningful sense of that term, where litigants or related parties remain locked in what is essentially the same legal combat.

[...]

[...] the common law litigation privilege comes to an end, absent closely related proceedings, upon the termination of the litigation that gave rise to the privilege [...]

(שם, בעמ' 333-334. ליישומה של הלכה זו בפסיקה, ראו, למשל, Pederson v.

(Allstate Insurance Company of Canada, [2020] A.B.C.A 65).

36. מהו, אם כן, היקף החיסיון החל על מסמכים שהוכנו לקראת התדיינות משפטית בדין הישראלי? האם החיסיון חולש על הליכים משפטיים מעבר להליך שבעבורו הוכנו המסמכים שגילויים מתבקש? במילים אחרות, האם ההגנה שנפרשה על מסמך מסוים, בשל כך שהוכן לקראת הליך משפטי, ממשיכה לחול על המסמך לעד, או שמא היא מוגבלת להליך במסגרתו הוכן המסמך.

37. לדידי, על פי הגיונם של דברים, ובפרט על פי הרציונאל שבבסיס החיסיון, מעת שהוכיח טוען החיסיון כי מתקיימים התנאים להחלתו והוענק החיסיון, ממשיך הוא לחול גם ביחס להליכים אחרים, אפילו אם ההליך שבמסגרתו הוא ניתן הסתיים זה מכבר, אך זאת תוך הכרה בכך שמעמדו בהקשרים אלה הוא כחיסיון יחסי בלבד. אסביר בקצרה.

התכליות העומדות בבסיס כינונו של החיסיון החל על מסמכים שהוכנו לקראת הליכים משפטיים אינן מאבדות מתוקפן רק בשל כך שעסקינן בהליך משפטי אחר. הצורך בהגנה על אוטונומיית בעל הדין (ועורך דינו) בהיערכותו למשפט בלא חשש שייחשפו מהלכיו, דרך מחשבתו ומסגרת שיקוליו ממשיך להתקיים גם כאשר מדובר בהליך משפטי מאוחר שבעל הדין הוא צד לו. ויובהר, צורך זה איננו אינסטרומנטלי גרידא, דהיינו אך למטרת יצירת מרחב פעולה פרטי וחופשי, אלא הוא נועד גם לאפשר לבעל הדין להגן על זכויותיו כראוי במסגרת הליך משפטי, מבלי שיחשוש כי דברים שהעלה על הכתב לצורך כך יעמדו לו לרועץ בעתיד.

יחד עם זאת, הגם שלשיטתי החיסיון ממשיך לעמוד בתוקפו גם בהליכים אחרים, ההצדקה העומדת בבסיסו נחלשת במידת מה. ודוק, אומנם אין בעובדה שהמסמכים התבקשו לצורך הליך אחר כדי לשנות מההרציונאליים העומדים בבסיסו של החיסיון, אך בוודאי שיש בה כדי ללמד על עוצמתם. משכך ראוי, לשיטתי, לקבוע כי החיסיון יכול לחול גם ביחס להליך אחר, ואולם בהקשר זה הוא בוודאי חיסיון יחסי בלבד, הכפוף למלאכת איזונים שבשיקול דעת בית המשפט (וזאת אף אם נניח כי החיסיון הניתן למסמכים שהוכנו לקראת הליכים משפטיים הוא מוחלט במסגרת ההליך שלמענו הוכן המסמך).

38. ויובהר, לצורך בחינת האפשרות לחשוף בהליך מאוחר מסמך שהוכן לצורך התדיינות קודמת, נדרש לבחון, בנוסף לשיקולים הרגילים הנבחנים בקשר לחיסיון יחסי (מידת הרלוונטיות והחיוניות של המסמך בהתדיינות הנוכחית, זהותו של עורך המסמך וכיו"ב), גם שיקולים ייחודיים, המתייחסים לכך שהחיסיון אינו נטען במסגרת

ההתדיינות שלמענה הוכן המסמך. בין היתר, יש להביא בחשבון את הפרש הזמנים בין ההליך שבעבורו הוכן המסמך לבין ההליך האחר; מידת הקשר הענייני בין ההליכים, ובכלל זאת קרבת הסוגיות המשפטיות והעובדתיות והשאלה האם מדובר באותם בעלי דין או מי שיש ביניהם קרבה משפטית (כך שככל שיש זיקה עניינית חזקה יותר בין ההליכים, כך תתגבר הנטייה להחיל את החיסיון); מיהות הצדדים הרלוונטיים, ובפרט השאלה האם מדובר בשחקנים חוזרים, כגון המדינה או גופים גדולים אחרים, אשר לא אחת מתמודדים עם תיקים רבים, שגם כאשר הם מתנהלים למול בעלי דין שונים, הם מבוססים על מסכת עובדתית דומה ומערבים את אותן סוגיות משפטיות ואת אותם שיקולים של אופן ניהול ההליך (ראו דעת היחיד בעניין Grolier, בעמ' 30-31). במסגרת בחינה זו, ניתן, ואף רצוי, כי המסמך יועמד לעיון בית המשפט, בהתאם לתקנה 59(ב) לתקסד"א החדשות, על מנת שיוכל לבחון את השיקולים האמורים לאורו.

מן הכלל אל הפרט

39. בענייננו, אין חולק שהמסמך שגילוייו מתבקש נהנה מחיסיון החל על מסמכים שהוכנו לצורך הליך משפטי, שכן מתקיימים לגביו שני התנאים שנקבעו בפסיקה לעניין זה: המסמך הוכן לצורך הליך משפטי תלוי ועומד בין המושב לרמ"י, וההכנות לקראת הסדר הפשרה במסגרת הליך זה היו המטרה הדומיננטית להכנתו. ואולם, בענייננו, מדובר בחיסיון יחסי, בין משום שהעד הביאו לדוכן העדים ובין משום שנמצאים אנו עתה בהליך אחר מזה שבעבורו הוכן המסמך. השאלה היא איפוא האם באיזון בין הערכים המתנגשים נתקיימו התנאים להסירו.

40. לאחר בחינת טיעוני הצדדים בעניין זה, ולאחר שעיינתי במסמך המדובר, השתכנעתי כי איזון זה מצדיק את המסקנה שלא היה מקום לחייב את המשיב לגלות את המסמך במקרה דנן, וזאת בשל הצטברותם של הטעמים הבאים:

ראשית, אומנם אין חולק שהמסמך המדובר רלוונטי להתדיינות בין הצדדים, וזאת ביתר שאת מעת שהעד עלה עם המסמך לדוכן העדים והפנה אליו במהלך עדותו. ואולם, הפגיעה הצפויה להיגרם לרמ"י בעקבות חשיפת תוכנו של המסמך איננה מבוטלת כלל ועיקר. בהינתן שרמ"י, כאחת מזרועות המדינה, מנהלת הליכים רבים בסוגיות דומות – הקצאות מקרקעין בשטחי הארץ – קיים חשש לא מבוטל לאפקט מצנן על התנהלותה של רמ"י בהליכים עתידיים, מסקנה המתחזקת בהינתן אופיו של המסמך שבו מדובר, המפרט את שיקוליה של רמ"י במסגרת משא ומתן לפשרה. בהקשר זה יצוין כי מבחינת התועלת הצפויה מגילוי המסמך, עיקר טענות המושב מופנות, כאמור, לתרומתו

הפוטנציאלית של המסמך להוכחת גרסתו. אולם, בית המשפט קמא סבר, לאחר שעייין במסמך, כי הרלוונטיות של המסמך לביורור הסוגיה הטעונה הכרעה איננה גבוהה. לאחר שעיינתי במסמך בעצמי, שותף אני למסקנה זו. ויובהר, לא ניתן לומר כי המסמך בו עסקינן אינו רלוונטי כלל לסכסוך דנן, ואולם מידת החשיבות שלו אינה כזו המצדיקה פגיעה בחיסיון בו עסקינן, בשים לב למכלול הנסיבות.

שנית, על אף שעסקינן בהליך אחר מההליך שלטובתו הוכן המסמך, באופן המפחית במידת מה מכוחם של הרציונאליים העומדים בבסיסו של החיסיון החל, דומה שאין מחלוקת בין הצדדים לכך שהזיקה העניינית בין שני ההליכים היא הדוקה, וזאת בשים לב לקרבה שבין הסוגיות המועלות בהם, ובפרט לכך שההליך דנן עוסק באופן ישיר בהסדר הפשרה שהתקבל בהליך הקודם ושלצורך גיבושו הוכן המסמך.

לבסוף, יש ליתן משקל לכך שבעל החיסיון בהליך שלפנינו – רמ"י – מהווה צד שלישי זר להתדיינות. ודוק, רמ"י היא אכן אורגן של מדינת ישראל, וכך גם מנהל מע"מ (מעמד המשפטי המדויק של האורגנים הללו אומנם שונה, ואולם ההבחנות אינן חשובות לענייננו). עם זאת, הגם שהעד העובד ברמ"י הובא מטעמו של מנהל מע"מ, נראה כי לרמ"י אין כל עניין בסכסוך בו עסקינן, ועל כן מבחינה מהותית דומה כי יש להתייחס אליה כצד שאין לו עניין ישיר בהתדיינות (והשוו, עמית, ניסיון להשלטת סדר, בעמ' 288). אם כך, הרי, כפי שנפסק לא אחת, מקום שבו הגילוי המבוקש עלול להביא לפגיעה באינטרסים מוגנים של צדדים שלישיים, אז נטייתו של בית המשפט להיענות לבקשת הגילוי תהא מצומצמת למדי, ונדרשת לשם כך פגיעה ממשית ביכולת מבקש הגילוי לנהל את ההליך (השוו: בע"מ 3542/04 פלוני נ' פלונית, פסקה 14 (20.6.2005); רע"א 621/13 ליזרוביץ נ' בנק איגוד לישראל בע"מ, פסקה 6 (17.4.2013)).

41. לנוכח שיקולים מצטברים אלה, אני סבור כי אין מקום להתערב בהחלטת בית המשפט קמא במקרה הנוכחי, לפיה אין להתיר את העיון במסמך המדובר. לפיכך אציע לחברי ולחברתי לדחות את הערעור.

סיכום וסוף דבר

42. אסכם איפוא את מסקנותיי בסוגיות השונות:

א. צו בתי המשפט איננו מונע לשיטתי הגשת בקשת רשות ערעור ביחס להחלטה שלא לאפשר עיון במסמך בו עייין עד במהלך עדותו.

ב. כאשר עד מעיין במסמך פלוני במהלך הימצאו על דוכן העדים, עשוי הדבר להשליך על הדיון בטענת החיסיון בשני היבטים מרכזיים: ראשית, קמה חזקה כי המסמך, ולמצער חלקו, רלוונטיים להליך; שנית, ייתכנו מצבים בהם עצם הבאת המסמך לדוכן העדים ילמד על ויתור של בעל החיסיון, ולו במשתמע, על הטענה כי החיסיון הוא מוחלט. במצבים אלה, תבחן טענת חיסיון המועלית נגד דרישה לעיין במסמך בו מעיין עד כאילו מדובר בחיסיון יחסי.

ג. חיסיון החל על מסמכים שהוכנו לקראת הליך משפטי מסוים, יוסיף לחול גם ביחס להליכים משפטיים עתידיים, ואולם זאת כחיסיון יחסי בלבד. את שיקול דעתו ביחס לשימוש בחיסיון יפעיל בית המשפט תוך התחשבות, בין השאר, ברלוונטיות של המסמך המדובר להליך הנוכחי, בזיקה שבין ההליכים השונים ובזהות הצדדים.

43. 910 דבר: אם תישמע דעתי ניתן במקרה זה רשות הערעור, אך נדחה את הערעור. בהינתן השאלות העקרוניות שהתעוררו, אין צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

1. חברי, השופט ע' גרוסקופף, הציב בפסקה 8 לפסק דינו המקיף שלוש סוגיות עקרוניות, ואלך אפוא בדרכו. אקדים ואומר כי בשתיים מתוך שלוש הסוגיות העקרוניות הגעתי לתוצאה שונה.

תחולת צו בתי המשפט על החלטות הנוגעות לעיון במסמך שבו מעיין עד

2. גם למקרא פסק דינו של חברי, אני אוזז בדעה שאותה הבעתי ברע"א 1496/15 לוי נ' דרורי (21.5.2015) (להלן: עניין לוי). באותו מקרה, הגעתי למסקנה כי החלטה של בית המשפט במהלך עדותו של עד, אם להתיר או לאסור עיון במסמך בו העד מעיין, אינה יכולה לשמש עילה למתן רשות ערעור לפי פרשנותו של צו בתי המשפט (סוגי החלטות שלא תינתן בהן רשות ערעור), התשס"ט-2009 (להלן: צו בתי המשפט או הצו).

סעיף 1(5) לצו, קובע כי לא תינתן רשות ערעור על:

(5) החלטה בעניין הזמנת עדים, סדר שמיעת עדים, ושאלות המוצגות לעדים לרבות קבלה או דחייה של התנגדות בעניין זה, למעט החלטה על דחיית בקשה לזמן עד או להגיש ראיה, או החלטה בעניין בקשה לעדות מוקדמת;

גם שאלה המופנית לעד, יכולה להיות שאלה שתשובה עליה עלולה לפגוע בחיסיון. לדוגמה, הפסיכולוג של התובע עשוי להחקר על דברים שנאמרו לו על ידי התובע בטיפול, או שהתובע עשוי להחקר על עצה או חוות דעת שנתן לו עורך דינו, או עד שעשוי להחקר על דברים שנאמרו לו כמגשר בהליכי גישור, כמו בסיטואציה שנדונה בעניין לוי. למרות זאת, מחוקק המשנה לא מצא להחריג מסעיף 1(5) לצו החלטה בעניין שאלות הנוגעות לחיסיון.

איני סבור כי קיימת הבחנה מהותית בין החלטה שעניינה הכרעה בהתנגדות לשאלה המוצגת לעד מטעמי חיסיון, לבין החלטה בהתנגדות לבקשת עיון במסמך שהעד מעיין בו מטעמי חיסיון. בשני המקרים, בקשה למתן רשות ערעור על החלטות בנושאים אלה, עלולה לקטוע את רצף המשפט ולעכב את הדיון, בניגוד לתכליתו של הצו.

3. סעיף 1(10) לצו קובע כי לא תינתן רשות ערעור על:

(10) החלטה לפי פרק ט' לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, למעט החלטה בעניין גילוי מסמך פלוני, עיון במסמכים ובעניין טענת חיסיון.

סעיף 1(10) לצו, עניינו בהליכי גילוי מסמכים, והוא מחריג מתחולתו סוגיות

של חיסיון, וכפי שצינתי בעניין לוי:

"הנה כי כן, מכלל הן נשמע לאו. מקום בו ביקש מחוקק המשנה לאפשר דיון בטענת חיסיון, אמר זאת במפורש. נראה כי לשיטת המחוקק, יש להבחין בין טענת חיסיון שעולה אגב הליכים מקדמיים של גילוי מסמכים, לבין טענת חיסיון שעולה במהלך הדיון, כאשר עד העומד על דוכן העדים טוען לחיסיון כזה או אחר."

לדידי יש חשיבות לעיתוי שבו מועלית בקשת העיון ואין מדובר בהבחנה שרירותית או בלתי מוצדקת. בקשת רשות ערעור הנוגעת לעיון במסמך לגביו נטען חיסיון במסגרת הליכי הגילוי המקדמיים, אינה אמורה לעכב את שמיעת הראיות, לנוכח פרק הזמן שבין ישיבת קדם המשפט לבין שלב ההוכחות. לא כך לגבי בקשת רשות ערעור הנוגעת לעיון במסמך במהלך ישיבת ההוכחות. אם תתקבל גישתו של חברי, המשך שמיעת הראיות עלול להתעכב עד להכרעה בבקשת רשות הערעור. בכגון דא, הנטייה של ערכאת הערעור היא להורות על עיכוב העיון במסמכים, מן הטעם שאם הביצוע לא יעוכב והמסמכים ייחשפו, לא יהיה ניתן להשיב את הגלגל לאחור והדיון בבקשת רשות הערעור יתייתר ויהפוך לתיאורטי (ע"א 6654/14 יצחק שרבט נ' עו"ד ארז חבר מנהל מיוחד (18.2.2015); ע"א 4891/20 West Face Capital Inc. Corporation נ' עו"ד חיות גרינברג מנהלת מיוחדת (4.8.2020); יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי 131 (2021) (להלן: עמית, חסיונות ואינטרסים)).

4. בשורה התחתונה, ולנוכח התכלית שעומדת בבסיסו של צו בתי המשפט, אני סבור כי היה מקום לדחות את הבקשה על הסף.

אך משנכנס חברי לעובי הקורה, ובכך זיכה את הרבים בהתייחסו לסוגיות העקרוניות שהבקשה מעלה, אמשיך בדרכו ואבחן את שתי הסוגיות העקרוניות הנוספות שהתעוררו אגב הדיון בבקשה.

היחס בין זכות העיון במסמך שבו מעיין עד לטענות חיסיון

5. ברע"א 3694/06 חביב נ' הלה הנדסה ואדריכלות בע"מ (13.8.2006) (להלן: עניין חביב) עיין העד במסמך החוסה תחת חיסיון עורך-דין-לקוח. וכך נקבע שם:

"הלכת בנק הפועלים לא באה לשנות מדיני החסיונות אלא להסדיר מצב מיוחד בו עד עולה לדוכן העדים עם מסמך כלשהו בידו. מובן כי כאשר מדובר במסמך חסוי יחולו ההלכות הקבועות למסמכים מסוג זה. עם זאת יצוין את הברור מאליו, כי כל מסמך אשר עד מביא עמו לדוכן העדים וטוען לחיסיונו יוכל להיבחן תחת שבט ביקורתו של בית המשפט, אשר יקבע, בהתאם לכללים הקבועים לכך בפסיקה, האם אכן מדובר במסמך החוסה תחת חיסיון עורך-דין לקוח, שאז אין לגלותו, או שמא אין המסמך מקבל את הגנת החיסיון".

החלטה זו יושמה בהמשך, הן בהליכים פליליים והן בהליכים אזרחיים (ראו החלטתי בבש"פ 4058/17 פלוני נ' מדינת ישראל (4.3.2018); בג"ץ 1433/18 פלוני נ' בית המשפט המחוזי באר שבע, בפסקה 12 (12.4.2018); ת"א (מחוזי ת"א) 35992-04-15 לנדשפט נ' לנדשפט (14.7.2016) (כב' השופטת ת' אברהמי); ת"א (מחוזי ת"א) 51852-06-15 שטינברג נ' לילנבלום 13 בע"מ (10.2.2020) (כב' השופטת ח' פלינר)).

6. אלא שבמדינות הים, המצב לכאורה שונה, וחסיון יכול לאבד מכוחו ומגבורתו, מקום שבו העד מעיין על דוכן העדים במסמך שבידו.

סעיף 612 לכללי הראיות הפדראליים (FED. R. EVID 612; להלן: כלל 612) קובע כלהלן:

Rule 612. Writing Used to Refresh a Witness

(a) Scope. This rule gives an adverse party certain options when a witness uses a writing to refresh memory:

(1) while testifying; or

(2) before testifying, if the court decides that justice requires the party to have those options.

(b) Adverse Party's Options; Deleting Unrelated Matter. Unless 18 U.S.C. § 3500 provides otherwise in a criminal case, **an adverse party is entitled to have the writing produced at the hearing, to inspect it, to cross-examine the witness about it, and to introduce in evidence any portion that relates to the witness's testimony.** If the producing party claims that the writing includes unrelated matter, the court must examine the writing in camera, delete any unrelated portion, and order that the rest be delivered to the adverse party [...].

(c) [...]

כלל 612 לכללי הראיות הפדראליים משקף למעשה את שנפסק ברע"א 10025/05 בנק הפועלים בע"מ נ' קל וחומר לבניה בע"מ (5.12.2005) (להלן: הלכת בנק הפועלים), החלטה שקדמה להחלטה בעניין חביב. כלל זה מורה כי כאשר עד עושה שימוש בכתובים כדי "לרענן את זכרונו", בין אם במהלך מתן העדות ובין אם קודם למתן העדות, קמה לצד השני, בין היתר, הזכות לעיין בכתובים שנעשה בהם שימוש. ברם, אין בכלל 612 תשובה לשאלה האם עיון במסמך על דוכן העדים מביא מיניה וביה לביטול החיסיון. אדרבה, בדברי ההסבר לכלל 612 נכתב במפורש שהכלל לא בא להתגבר על חסיונות:

"The Committee intends that nothing in the Rule be construed as barring the assertion of a privilege with respect to writings used by a witness to refresh his memory".

בתי המשפט בארצות הברית נחלקו באשר לאופן שבו יש ליישב בין הוראות הכלל לבין החסיונות השונים:

"Courts have divided on how to reconcile Rule 612 balancing with attorney-client privilege and work product protection. See generally *Barrer v. Women's Nat'l Bank*, 96 F.R.D. 202, 204 (D.D.C. 1982)" (In re *Kellogg Brown & Root, Inc.*, 418 U.S. App. D.C. 137, 796 F.3d 137, 144 (2015)).

7. עם זאת, עיון בפסיקה מעלה כי הגישה הרווחת היא שיש לאזן בין האינטרסים הנוגדים, כל מקרה על פי נסיבותיו (כלל ההדגשות הוספו – י"ע):

"In applying Rule 612, courts must balance the tension between the disclosure needed for effective cross-examination and the protection against disclosure afforded by any relevant privilege." *Suss v. MSX Int'l Eng'g Servs., Inc.*, 283 F. Supp. 2d 469, 212 F.R.D. 159, 163 (S.D.N.Y. 2002) [...] **'Each case [under Rule 612] must, of course, be evaluated on its own facts'**" (*Teleglobe USA, Inc. v. BCE Inc. (In re Teleglobe Communs. Corp.)*, 392 B.R. 561, 587 (Bankr. D. Del. 2008)).

בתי המשפט בארצות הברית נחלקו גם באשר לאופן שבו יש לערוך את האיזון האמור, וניתן למצוא בפסיקה מספר מבחנים שונים שאומצו לשם כך:

"A leading appellate case discussing when disclosure should be ordered under FRE 612, but not in the specific context of a deposition of a corporative representative, is *Sporck v. Peil*, 759 F.2d 312 (3rd Cir. 1985). In that case, the Third Circuit held that the following three conditions must be met before an adverse party may obtain documents reviewed by a witness before testifying

at a deposition: (1) "the witness must use the writing to refresh his memory"; (2) "the witness must use the writing for the purpose of testifying"; and (3) "the court must determine that production is necessary in the interests of justice" (*Adidas Am., Inc. v. TRB Acquisitions Ltd. Liab. Co.*, 324 F.R.D. 389, 396-397 (D. Or. 2017)).

"The courts in this circuit have resolved the conflict through strict construction of Rule 612, together with a balancing of the competing interests behind the rule and the privilege. Before ordering production of privileged documents, **courts require that the documents 'can be said to have had sufficient 'impact' on the experts' testimony to trigger the application of Rule 612.'** *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 74 F.R.D. 613, 615 (S.D.N.Y. 1977) [...] Provided that the privileged documents can be said to have had an impact on the testimony, **courts then conduct a balancing test to determine whether Rule 612 requires disclosure, notwithstanding the existence of a privilege.** In this circuit, the leading decision espousing such a balancing test is *Berkey Photo Inc.*, where the court noted that in cases involving a conflict between Rule 612 and a privilege, 'there would appear, in short, to be room for allowing discovery where an attempt is made to **exceed decent limits of preparation on the one hand and concealment on the other.'** *Berkey Photo Inc.*, 74 F.R.D. at 617. The *Berkey Photo* court was particularly concerned with cases in which privileged materials are used to prepare a witness, although alternative, non-privileged materials are available. [...]

the court in *In re Joint Eastern and Southern District Asbestos Litigation* expanded the *Berkey Photo* analysis into a three-factor test: (1) whether under *Berkey Photo*, the attorney exceeded the limits of preparation and concealment; (2) 'whether the work product is 'factual' work product or 'opinion' work product; and (3) whether the document request 'constitutes a fishing expedition.'. [...]

Other courts have explained their analyses in more general terms. For example, one court adopted the following test proposed by Judge Weinstein: 'If the adverse party demands material which the party producing the witness claims reflects solely the attorney's thought processes, the judge should

examine the material in camera. Unless the judge finds that the adverse party would be hampered in testing the accuracy of the witness' testimony, he should not order production of any writings which reflect solely the attorney's mental processes." (Bank Hapoalim, B.M. v. Am. Home Assurance Co., 92 Civ. 3561 (KMW), 1994 U.S. Dist. LEXIS 4091 (S.D.N.Y. Apr. 1, 1994)).

מהאמור לעיל עולה כי חלק מבתי המשפט אימצו מבחן תלת שלבי ליישום כלל 612: (1) העד עשה שימוש בכתובים כדי לרענן את זכרונו; (2) לשם מתן עדותו; (3) וכאשר הצדק מחייב זאת. אחרים אימצו מבחן לפיו תחילה יש להראות כי לכתובים הייתה השפעה של ממש (sufficient impact) על עדותו של העד; וכי במקרה שכזה בית המשפט יאזן בין האינטרסים הנוגדים על פי שיקול דעתו. אחרים אימצו מבחן תלת שלבי לפיו יש לבחון אם: (1) עורך הדין חרג מהגבולות המקובלים של הכנה למשפט; (2) אם החומרים החסויים הם עניין של עובדה או דעה; (3) ואם הבקשה לעיין בחומרים עולה כדי "מסע דיג" של הצד המבקש. אחרים אימצו מבחן לפיו על בית המשפט לבחון את הכתובים בעצמו, ולהורות על חשיפתם רק אם מצא שאי-חשיפתם תפגע ביכולתו של הצד השני לחקור את העד בחקירה נגדית.

8. באשר לחשיפת חומרים החוסים תחת חיסיון עורך-דין-לקוח או תחת חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט ביחס לכלל 612, דומה כי מקום בו הורו בתי המשפט על חשיפת המסמך, ההצדקה לכך הייתה וויתור על החיסיון מצד העד שעיין בכתובים:

"Confronted with the conflict between the command of Rule 612 to disclose materials used to refresh recollection and the protections afforded by the attorney-client privilege and the work-product doctrine, the weight of authority holds that **the privilege and protections are waived**. James Julian, Inc. v. Raytheon Co., 93 F.R.D. 138 (D. Del. 1982)" (S & A Painting Co. v. O.W.B. Corp., 103 F.R.D. 407, 409 (W.D. Pa. 1984) (להלן: עניין פיינטינג); Ehrlich v. Howe, 848 F. Supp. 482 (S.D.N.Y. 1994)).

אך מה המבחן על פיו יש לקבוע אם עד שעיין בכתובים במהלך עדותו ויתר בכך על החיסיון? גם בעניין זה בתי המשפט חלוקים. כך למשל, במקרה אחד בית המשפט פירש את עצם העיון במסמכים וההיעזרות בהם במהלך העדות כוויתור על חיסיון עורך-

דין-לקוח ועל חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט, לגבי החלקים במסמך שהעד נעזר בהם בפועל, להבדיל מיתר חלקי המסמך שהביא עמו (24 עמודים בכתב יד):

"The issue here is whether Frangopoulos, by referring to his notes during the deposition, waived the attorney-client privilege and work-product protection for all or part of the document. **We hold that a waiver occurred** as to those portions of the notes to which reference was made, but that the bulk of the notes are protected from disclosure" (עניין פיינטינג, בעמ' 409).

מנגד, במקרה אחר, נקבע כי ניתן לחשוף מסמך רק אם השימוש שנעשה בו מעיד על ויתור על החיסיון של עורך-דין-לקוח:

"a court faced with a claim of attorney-client privilege should focus on two inquiries: (1) Was the privilege properly invoked? and (2) Did some action of the party seeking to invoke the privilege act as a waiver of the privilege? Applying this analysis to Rule 612, the relevant inquiry is not simply whether the documents were used to refresh the witness's recollection, but rather **whether the documents were used in a manner which waived the attorney-client privilege**. This could happen, for example, if privileged communications were disclosed to an individual outside the privileged relationship. In re von Bulow, 828 F.2d 94, 102-03 (2d Cir. 1987). **On the other hand, the privilege would not be lost if an individual were to review his own already privilege documents**" (Suss v. MSX Int'l Eng'g Servs., 212 F.R.D. 159, 164 (S.D.N.Y. 2002)).

9. דומה אפוא כי במשפט האמריקאי, עיון במסמך במהלך העדות עלול לעיתים להתפרש כוויתור על חיסיון עורך-דין-לקוח וכוויתור על ההגנה של מסמכים שהוכנו לקראת משפט (work product protection).

מקום שבו החיסיון הוא יחסי, הרי שאין רבותא בכך שבית המשפט עשוי להחליט על חשיפת המסמך שבו עיין העד תוך כדי עדותו. בארצות הברית החיסיון של

מסמכים שהוכנו לקראת משפט (work product protection) הוא יחסי ועל פי סעיף 26(b)(3) לכללי הפרוצדורה האזרחית (Fed. R. Civ. P. 26(b)(3)):

”לבית המשפט שיקול דעת להסיר את החיסיון במצבים שבהם בעל הדין המבקש את העיון מוכיח צורך ממשי (substantial need) במידע, ואף מוכיח כי השגת המידע בדרך אחרת אינה אפשרית או כרוכה בקושי מופרז (undue hardship) מנגד, מסמכים שהוכנו לקראת הליכי פשרה הוכרו לא אחת כנופלים תחת חסיון עורך דין-לקוח, שהוא חיסיון מוחלט.

את אופיו היחסי של החיסיון בארצות הברית ניתן להסביר באמצעות העובדה שהמשפט האמריקאי כלל אינו מכיר בדוקטרינה זו (work-product doctrine) בתור חיסיון. חלף זאת, בארצות הברית עוגנה הדוקטרינה בתור הגנה, שמטרתה להועיל לשיטה האדוורסרית עצמה ולא למי מהצדדים שלוקחים בה חלק. הדבר שונה מחסיון עורך דין-לקוח, אשר מגן במישרין על האינטרסים של הלקוח, ותורם רק בעקיפין לשיטת המשפט (ראו בפרק הדין בחיסיון זה). על רקע זה מוכרים בארצות הברית שני סוגי work product: מסמכים “רגילים” ומסמכי עמדה (ordinary work product ו-opinion work product) בהתאמה). המסמכים הרגילים כוללים מידע עובדתי גולמי, וייחשפו אם יוכח צורך ממשי במידע וכי לא ניתן להשיג את המידע הטמון בהם (או מידע שווה-ערך לכך) באמצעים אחרים. לעומת זאת, מסמכי עמדה – הכוללים את תרשומותיו של עורך הדין ומסקנותיו – נהנים מהגנה נרחבת הרבה יותר, וחלק מבתי המשפט אף העניקו להם הגנה מוחלטת מפני גילוי” (עמית, חסיונות ואינטרסים, עמ’ 520-521).

10. איני סבור כי יש להקיש למשפטנו-שלנו מהמשפט בארצות הברית, שם היה על בתי המשפט ליישב בין כללי החסיונות הנוגעים לחיסיון עורכי-דין-לקוח והחיסיון של מסמכים שהוכנו לקראת משפט לבין כלל 612. לטעמי, העובדה שעד מעיין במסמך תוך כדי עדותו אין משמעה ויתור מיניה וביה על חיסיון, הגם שייכתנו מקרים ספציפיים שבהם בית המשפט עשוי להסיק ויתור כאמור, למשל, כאשר העד מצטט חלק מחוות הדעת המשפטית (עמית, חסיונות ואינטרסים, עמ’ 479-481). כך לדוגמה, כאשר פסיכולוג נשאל אם זכור לו שהתובע שוחח עמו על המקרה והפסיכולוג מרענן זכרונו במסמכים שבידו, קשה להלום כי יראו בכך ויתור על החיסיון, מה עוד שהחיסיון הוא לטובת התובע-המטופל ולא של הפסיכולוג. אך גם אם בעל הדין עצמו מעיין במסמכים שברשותו על מנת לרענן את זכרונו, קשה להלום כי בכך הוא מאבד מיניה וביה את החיסיון של רופא-חולה או פסיכולוג-מטופל או עובד סוציאלי-מטופל. קשה להלום

שעיתונאי שעומד על דוכן העדים ונשאל אם זכור לו מתי המקור התקשר אליו, מאבד את החיסיון על מקורותיו אך מאחר שביקש על דוכן העדים לעיין ביומן הפגישות שלו, וכיו"ב דוגמאות. ובכלל, סוגית העיון במסמך תוך כדי עדות, עשויה כיום להתעורר לעיתים קרובות בעידן הטלפון הסלולרי, למשל, כאשר עד מעיין בדואר האלקטרוני באמצעות הטלפון הסלולרי בעודו על דוכן העדים (ראו תנ"ג (מחוזי מר') 40896-01-13 בי-4 בע"מ נ' אודיו פיסלס בע"מ (17.1.2015) (כב' השופט ש' בורנשטיין), באותו מקרה נטען לחיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט; עמית, חסיונות ואינטרסים, עמ' 478-479).

11. חברי, השופט גרוסקופף, הציע פרופוזיציה לפיה בשל העיון במסמך על ידי העד החיסיון יהפוך ממוחלט ליחסי, וכלשונו: "ייתכנו מצבים בהם קמה הצדקה לבחון את מצב הדברים כאילו מדובר בחיסיון יחסי, וזאת אף אם החיסיון הנטען הוא, ככלל, חיסיון מוחלט".

איני סבור כך. לדידי, חיסיון אינו מאבד מתכונותיו אך בשל העובדה שהעד עיין במסמך תוך כדי עדותו. כפי שהזדמן לי לציין "השיקולים המהותיים להכרה בחיסיון או להסרת החיסיון אינם אמורים להשתנות אך בשל כך שהמסמך הוצג באמצעות העד ולא במסגרת הליך גילוי מסמכים" (יצחק עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר", ספר אורי קיטאי 247, 266-267 (2008)), וככלל, "הפרוצדורה אינה משנה את המהות" (עמית, חסיונות ואינטרסים, עמ' 1105). חיסיון עורך-דין-לקוח הוא חיסיון מוחלט. הלקוח רשאי כמובן לוותר על החיסיון, והוויתור יכול לבוא לידי ביטוי אם במפורש ואם במשתמע בדרך של התנהגות (עמית, חסיונות ואינטרסים, עמ' 472-492). למשל, כאשר העד מצטט חלק מחוות הדעת המשפטית בעודו עומד על דוכן העדים. אך המצב הוא בינארי – חיסיון מוחלט ביחסי עורך-דין-לקוח או ויתור על החיסיון, והחיסיון המוחלט אינו משנה את עורו והופך לחיסיון יחסי, אך בשל העובדה שהעד עיין במסמך על דוכן העדים.

12. מקום שבו הצדדים נחלקים בשאלה אם המסמך חסוי אם לאו, לדוגמה, אם המטרה הדומיננטית של המסמך הייתה לצורך המשפט, רשאי בית המשפט לעיין במסמך במעמד צד אחד מכוח סמכותו לפי תקנה 59(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (לשעבר תקנה 119 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, עמית, חסיונות ואינטרסים, עמ' 373-379).

בנקודה זו אגיע לסוגיה השלישית בדרך הילוכו של חברי.

האם החיסיון של מסמך שהוכן לקראת משפט פלוני חל גם בהליך אחר?

13. החיסיון של מסמכים שהוכנו לקראת משפט חופף ומשלים לעיתים קרובות את החיסיון של עורך דין-לקוח, ובמידה מסוימת אף רחב ממנו: "תחום התפרסותו של החיסיון ההלכתי הוא רחב יותר והוא חל על מסמכים שמבחינת מהותם וזהות יוצרם, אינם נכללים בחיסיון שבסעיף 48 לפקודה" (רע"א 5806/06 עיזבון המנוח נמירובסקי נ' שימקו, בפסקה 9 (13.6.2007) (להלן: עניין שימקו)). אפתח אפוא בחיסיון עורך-דין לקוח, חיסיון שהוא האח הבכור של חיסיון מסמך שהוכן לקראת משפט.

14. כאמור, חיסיון עורך-דין לקוח הוא חיסיון מוחלט. המדובר בחיסיון תוכני ש"צמוד" למסמך ואינו מאבד מתוקפו גם בהליך אחר שאינו ההליך המקורי שעבורו הוכן המסמך על ידי עורך הדין. כך עולה מפשוטו של סעיף 48 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971: "דברים ומסמכים שהוחלפו בין עורך דין לבין לקוחו או לבין אדם אחר מטעם הלקוח ויש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח, אין עורך הדין חייב למסרם כראיה, אלא אם ויתר הלקוח על החיסיון [...]". הדברים והמסמכים שהוחלפו בין עורך הדין ללקוחו במסגרת יחסי עורך-דין לקוח, אינם מאבדים את החיסיון שמלווה אותם לכל אורך הדרך, ולא בכדי החיסיון חל אפילו לאחר מותו של הלקוח. ככלל, חסיונות מקצועיים שמקורם ביחסי אמון הם חסיונות מעורבים אישיים-תוכניים ומכאן ש:

"המידע עצמו הוא שנהנה מחיסיון, ואין נפקא מינה לדרך הדיונית בה התבקש גילוי [...] לכן, מסמך רפואי הנוגע לראובן שנתגלגל בדרך בלתי ידועה לצד שלישי, אינו מאבד מחיסיון רופא-מטופל, רק בגלל שהוא נמצא בחזקת הצד השלישי ולא בחזקתו של הרופא. החיסיון אינו אישי של הרופא, ולכן העובדה שהמסמך הרפואי נמצא בידי הצד השלישי או בידי ראובן עצמו, לא שוללת ממנו את אופיו כמסמך הנהנה מחיסיון [...] בדומה, נקבע כי חיסיון עורך דין-לקוח אינו בעל 'תחולה גיאוגרפית' ויכול לחול גם על מסמכים הנמצאים בחזקת הלקוח (רע"פ 8873/07 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל (2.1.2011)).

מכאן מסקנתי שחיסיון עורך דין-לקוח עומד בתוקפו הן כאשר גילוי המסמך מתבקש מצד שלישי להליך, הן כאשר הוא מתבקש מבעל החיסיון (הלקוח) והן כאשר הוא מתבקש מבעל המקצוע (עורך הדין). בכך ישמרו תכליות החיסיון וההגנה המהותית על יחסי האמון המיוחדים של עורך דין ולקוחו" (החלטתי ברע"א 6171/17 פלוני נ' קופת חולים מאוחדת, בפסקאות 12-13 (4.9.2017)).

מכאן, שככל שעל המסמך חל חיסיון עורך-דין לקוח, החיסיון "רץ" עם המסמך, ועומד בתוקפו גם במספר הליכים משפטיים.

15. השאלה לגבי מסמכים שהוכנו לקראת משפט היא סבוכה יותר. גם לגבי מסמכים מעין אלה נאמר בפסיקה כי:

"מסמכים משפטיים שהוכנו לצורך הליך הם חסויים כשלעצמם, כלומר – אין נפקות לשאלה ברשות מי הם נמצאים (ראו: רע"א 2235/04 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שירי (לא פורסם, 27.6.2006); רע"א 5806/06 עיזבון המנוח נמירובסקי מיכאל ז"ל נ' שימקו (לא פורסם, 13.6.2007)" (דברי השופט (כתוארו אז) ח' מלצר בע"א 10558/07 חברת ג.א.ל בע"מ נ' מדינת ישראל, בפסקה 39 (28.2.2012) (להלן: עניין ג.א.ל)).

מאמירה זו ניתן לכאורה להסיק כי גם החיסיון של מסמכים שהוכנו לקראת משפט הוא חיסיון "חפצי" הדבק במסמך ונלווה אליו גם להליכים אחרים. ברם, קריאה זהירה של פסק הדין בעניין ג.א.ל מעלה כי באותו מקרה, בית המשפט לא דק פורתא בין חיסיון עורך-דין-לקוח לבין חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט, ולמעשה היה מדובר שם בחיסיון מהסוג הראשון. כך עולה במפורש מהערתו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין שם ולפיה על חוות הדעת חל חיסיון עורך-דין-לקוח, ו"פשיטא שהוכנה לצורך הסברת המצב המשפטי ל'לקוח' שהוא אנשי הרשות".

16. חברי, השופט גרוסקופף, מציע בפסק דינו לסטות מההלכה שנפסקה בע"א 632/77 מוטקונה נ' מאור, פ"ד לב(2) 321, 326 (1978) (להלן: עניין מוטקונה) שם נאמר:

"החסיון בגין דברים שנאמרו ומסמכים שהוכנו לקראת משפט הוא של אותו צד למשפט שלבקשתו או שעבורו נעשה הדבר והוא גם זה שיכול לוותר על החסיון. כל זה חל באותם הליכים תלויים או צפויים, וכאן אין זה המקרה כי אין המדובר באותם הליכים כי אם בהליכים שונים לחלוטין" (הדגשה הוספה – י"ע).

ככלל, תחולתו של החיסיון של מסמכים שהוכנו לקראת משפט, היא כצפי לקראת משפט מסוים ולקראת יריב בכוח או בפועל:

"שאם לא תאמר כן, ותחשוף הכנתו של משפט לעינו הפקוחה של בעל-דין יריב, תקופח זכותו של בעל-דין לתבוע או להתגונן כראוי. כללו של דבר: חיסיון של מסמך שנולד לצורך הליכים משפטיים דוחה זכותו של בעל-דין שכנגד לגילוי תכנו של המסמך ולעיין בו" (ע"א 407/73 גואנשיר נ' חברת החשמל, פ"ד כט(1) 171, 169 (1974) (הדגשה הוספה – י"ע)).

"אכן, מטרת החיסיון של מסמך שהוכן לקראת משפט הינה לאפשר לבעל דין להכין עצמו לקראת משפט, בלא חשש שהכנותו ייחשפו לצד השני" (רע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי, פ"ד מט(4) 62, 54 (1995) (הדגשה הוספה – י"ע)).

קושי נוסף נובע מההלכה שנקבעה ברע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 523 (1995) (להלן: עניין הדסה), ולפיה לא די בכך שהמסמך הוכן לקראת משפט צפוי:

"נראה לנו כי אין די בכך שאחת המטרות המשניות שעמדו ביסוד הכנת המסמך היא הצפי של ההליך המשפטי. לדעתנו, תנאי לתחולת החיסיון הינו כי המטרה העיקרית או הדומיננטית בהכנתו הייתה ההכנה לקראת משפט".

החלת החיסיון של מסמכים שהוכנו לקראת משפט, גם על משפט אחר שבאותה עת לא היה צפוי, סותרת לכאורה את מבחן המטרה הדומיננטית, מבחן שהפסיקה חזרה והחילה בעקבות פסק הדין בעניין הדסה (ראו, לדוגמה, רע"א 8221/05 המגן חברה לביטוח בע"מ נ' שירותי בריאות כללית (15.11.2005)); רע"א 2498/07 מקורות חברת מים בע"מ נ' בר (27.6.2007); עניין שימקו). בפסיקה אף נקבע כי במקרה של ספק באשר למטרה הדומיננטית של המסמך, הכף תיטה לגילוי המסמך (רע"א 5756/06 אליהו חברה לביטוח נ' פי.אד בע"מ (21.1.2007)); רע"א 6105/15 רשות שדות התעופה נ' דק איירפורט יזמות בע"מ (27.1.2016)).

17. במקרה דנן, המסמך בו מדובר הוכן עבור רמ"י במסגרת ההתדיינות בינה לבין מושב נהלל לגבי גובה הסכום שנדרש כדמי הסכמה. המדובר במסמך פנימי של הערכת סיכונים וסיכויים, מסמך "קלאסי" שהוכן לקראת משפט, שמא אף על ידי עורכי דין, אך המשיב לא טען לחיסיון עורך-דין-לקוח. מנהל מע"מ הוא רשות של המדינה, אך המשיב

לא טען כי יש לראות את רמ"י ואת מנהל מע"מ כאותו בעל דין (השוו רע"א 4826/12 מדינת-ישראל-משרד הביטחון נ' פלוני (7.8.2012)).

עם זאת, התוצאה לפיה יש להכיר בחיסיון המסמך הגיונית ומתבקשת מאליה. כפי שהראה חברי, במדינות הים חלה התפתחות בהלכה הנוגעת למסמכים שהוכנו לקראת משפט, וניתן להכיר בחיסיון זה גם כאשר המסמך הוכן לצורך משפט אחר. אני נכון להצטרף למסקנתו של חברי ולפיה ניתן להרחיב את תחולת החיסיון גם מקום שבו המסמך לא הוכן עבור אותו משפט וכנגד אותו יריב, והכל בהתאם לשיקולים שמנה חברי, השופט גרוסקופף, בפסקה 38 לפסק דינו. עם זאת, שלא כחברי, אני סבור כי השימוש במסמך בהליך אחר "מחליש" את כוחו וגבורתו של המסמך כך שיש לראותו בשל כך כחיסיון יחסי (ולכן אני נדרש לשאלה שנותרה עדיין בצריך עיון – האם חיסיון מסמך שהוכן לקראת משפט הוא יחסי או מוחלט).

18. התוצאה לפיה מסמך שהוכן לקראת משפט א' יכול ויישאר חסוי גם במשפט ב', עולה בקנה אחד עם השכל הישר.

לדוגמה, הטענה לחיסיון מסמך שהוכן לקראת משפט מועלית כעניין שבשגרה בתביעות נזיקין על ידי חברות ביטוח שמעסיקות חוקרים פרטיים. אף נקבע כי "קיימת מעין חזקה, שניתנת לסתירה, כי כאשר חברת ביטוח מעסיקה חוקרים מטעמה לברר נסיבות תאונה, הרי שהדבר נעשה כצפי להליך משפטי על מנת לבחון את מהימנות גרסתו של המבוטח. זאת, להבדיל, משמאי שנשלח על ידי חברת הביטוח, שאז ההנחה הראשונית היא כי הדבר נעשה על מנת להעריך את הנזק לצורך תשלום תגמולי הביטוח" (רע"א 3670/19 פלוני נ' קרנית קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, בפסקה 10 (28.7.2019)). נניח כי בהליכי תביעה של ראובן נגד חברת ביטוח פלונית נקבע כי על דו"ח חוקר של חברת הביטוח חל חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת משפט. קשה להלום כי בהליכי תביעה של שמעון נגד חברת ביטוח פלונית או כנגד חברת ביטוח אלמונית, שמעון יהיה זכאי לדרוש גילוי של דו"ח החוקר שהוכן בהליך של ראובן, בטענה שהדו"ח נערך לצורך הליך אחר ולכן הוא זכאי לעיין בו (למשל, כדי להוכיח טענתו שמדובר באותו חוקר שפועל בדרכים לא הגונות, או כדי להוכיח שחקירה של ממש אורכת ימים ושעות וכוללת מעקבים וסרטונים). ובקיצור, דבקות בהלכת מוסקונה עלולה להביא לבקשות שונות ומשונות לגילוי ועיון במסמכים שהוכנו לקראת משפט אחר, תוצאה שאינה רצויה בעליל ועלולה לסבך ולסרבול את ההליך.

19. המשיב, בלהיטותו לדחות את הבקשה, טען כי המושב מנסה לגמד את המסמך מושא הדיון בכך שהוא מתייחס למסמך כאל "תרשומת פנימית" למרות שהמשיב עצמו לא טען זאת. אך באותה נשימה, הפנה המשיב אל דברי בא כוחו לפרוטוקול הדיון, שם הצהיר כי "זה מסמך פנימי שנועד להערכת סיכונים כדי להגיע לפשרה". התקשיתי אפוא להבין אם המשיב מוותר על הטענה כי מדובר בתרשומת פנימית, הגם שהוא מכיר בכך שמדובר בתרשומת פנימית. המשיב אף טען שהוא נאלץ לשמור על האינטרס של רמ"י שעבורה הוכן המסמך, שאם לא כן, אפשר שהיה בוחר להציגו כראיה, משום שהאמור במסמך תומך דווקא בעמדתו.

ואכן, המסמך המדובר מהווה תרשומת פנימית "קלאסית". הפסיקה הכירה זה מכבר בחיסיון תרשומות פנימיות, הן במשפט האזרחי והן במשפט הפלילי, כחיסיון יחסי העומד לרשות הציבורית בלבד, להבדיל מגופים פרטיים (וראו בהרחבה עמית, חסיונות ואינטרסים, עמ' 781-810). אמנם בחיסיון יחסי עסקינן, אך קשה להלום כי חיסיון זה יוסר אך ורק מאחר שעד מטעם רמ"י שגה בכך שלקראת עדותו בהליך המתנהל בין מע"מ לבין מושב נהלל, "הצטייד" במסמך הפנימי שהוכן לצורך ההתדיינות המשפטית של רמ"י מול מושב נהלל.

סיכום

20. א. לדידי, צו בתי המשפט חל גם על בקשה הנסבה על החלטה בהתנגדות להצגת מסמך ועיון במסמך שבו מעיין עד במהלך עדותו, ולכן היה מקום לדחות את הבקשה על הסף.

ב. הלכת חביב נותרה על מכונה, וכאשר העד על דוכן העדים מתבקש להציג את המסמך שבידו לעיונו של בעל הדין שכנגד, על בית המשפט לבחון את המסמך על פי דיני החסיונות והכללים הקבועים בפסיקה. מכל מקום, חיסיון מוחלט לא הופך לחיסיון יחסי אך בשל העובדה שהעד עיין במסמך על דוכן העדים.

ג. ייתכנו מצבים שבהם החיסיון של מסמך שהוכן לקראת משפט ימשיך לחול גם בהליך אחר.

1. חברי עסקו בשלוש סוגיות עקרוניות, אשר ביחס לכל אחת מהן נחלקו דעותיהם. אף אני אלך בדרכם, ואתייחס בחוות דעתי לשלוש הסוגיות האמורות, על-פי סדרן.

(1) תחולת צו בתי המשפט על החלטות הנוגעות לעיון במסמך שבו מעיין עד

2. הסוגייה הראשונה שנדונה עוסקת בשאלת תחולת צו בתי המשפט (סוגי החלטות שלא תינתן בהן רשות ערעור), התשס"ט-2009 (להלן: צו בתי המשפט או הצו) על החלטות הנוגעות לעיון במסמך שבו מעיין עד במהלך עדותו.

3. חברי, השופט גרוסקופף, סבור כי הצו אינו חל על החלטות אלה, ומשכך ניתן להגיש בקשת רשות ערעור לגביהן. לדבריו, בקשה לעיין במסמך בו עיין העד במהלך עדותו איננה באה, מבחינה לשונית, בגדר "שאלות המוצגות לעדים", ומשכך סעיף 1(5) לצו אינו חל לגביהן. עוד ציין השופט גרוסקופף, כי הוא אינו רואה מקום להבחין באופן חד בין החלטות בדבר גילוי ועיון במסמך ספציפי הניתנות בשלב ההליכים המקדמיים, לבין החלטות העוסקות באותו עניין ממש הניתנות בשלב ההוכחות. משכך, סבור השופט גרוסקופף כי מאחר שהמחוקק מצא להחריג באופן מפורש החלטה בבקשה לגילוי מסמך ספציפי מתחולת סעיף 1(10) לצו (העוסק בהליכי גילוי מקדמיים), אין למקום להכניס על דרך הפרשנות החלטה בבקשה שכזו לגדר סעיף 1(5) לצו (העוסק בשלב ההוכחות).

4. לעומת זאת, חברי, השופט עמית, דבק בעמדתו אותה הביע ברע"א 1496/15 לוי נ' דרורי (21.5.2015), שלפיה החלטה של בית משפט במהלך עדותו של עד, אם להתיר או לאסור עיון במסמך בו מעיין העד, אינה יכולה לשמש עילה למתן רשות ערעור, וזאת בשל תחולתו של סעיף 1(5) לצו על החלטות אלו. לשיטת השופט עמית, לא קיימת הבחנה מהותית בין החלטה שעניינה הכרעה בהתנגדות לשאלה המוצגת לעד מטעמי חיסיון לבין החלטה בהתנגדות לבקשת עיון במסמך שהעד מעיין בו מטעמי חיסיון. לדבריו, בשני המקרים תכלית הצו זהה – למנוע את קטיעת רצף המשפט ואת עיכוב הדיון.

5. אקדים ואומר כי אני שותפה לעמדת השופט עמית כי קיימת חשיבות רבה לעיתוי בו מוגשת הבקשה לעיון במסמך ספציפי, וזאת בראי תכלית הצו. כך, במסגרת ההליכים המקדמיים, עיכוב ההליך עד להחלטה בבקשת רשות הערעור אינו קוטע את רצף שמיעת ההוכחות ואת לוז ההליך המשפטי באיבו. לעומת זאת, כאשר בקשת העיון במסמך

מוגשת תוך כדי עדותו של עד, וניתנת החלטה על-ידי בית המשפט במהלך הדיון, הרי שקטיעת שמיעת העדות לשם הגשת בקשת רשות ערעור ומיצוי הזכויות העומדות לבעל הדין בנדון עלולה לפגוע באופן ממשי בהתנהלות ההוכחות ככלל, ובתוך כך אף בהתרשמות הערכאה הדיונית מהעדות המסוימת שנקטעה. שמירה על יעילות ההליך והתקדמותו, כמו גם על הפרוגרטיבה הניהולית של הערכאה הדיונית, היא אחת ממטרותיו של צו בתי המשפט, והיא גם זו העומדת ביסוד תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: התקנות) (ראו: תקנה 2 לתקנות; וכן ראו: רע"א 290/15 ברנד פור יו בע"מ נ' רמי לוי שיווק השקמה בע"מ, פסקה 8 (8.12.2015); רע"א 6801/15 ברנשטיין נ' נכסים ח.ומ.ג בע"מ, פסקאות 12-14 (24.7.2016)). משכך, מבחינה עקרונית ומהותית, אני סבורה כי ראוי לצמצם ככל שניתן את התערבותה של ערכאת הערעור בהחלטות הקוטעות את מהלך שמיעת העדויות בשלב ההוכחות בהליך.

6. ואולם, לצד זאת, אני מוצאת קושי ממשי מבחינה פרשנית בקביעה כי המילים המופיעות בסעיף 1(5) לצו, שלפיהן לא תינתן רשות ערעור על החלטות בעניין "...שאלות המוצגות לעדים לרבות קבלה או דחייה של התנגדות בעניין זה..." כוללות, מבחינה לשונית, גם החלטות בעניין בקשות לעיון במסמך ספציפי שבו עיין העד, וזאת – ובכך העיקר – שעה שהבקשה מוגשת לאחר סיום עדותו של העד, ולא כחלק מהחקירה גופה ובהמשך לתשובה שנתן העד.

7. אבהיר את דבריי: אני סבורה כי צו בתי המשפט אינו חל על החלטות הנוגעות לעיון במסמך ספציפי שבו מעיין עד, אף אם הבקשה לעיון מוגשת בעקבות חקירתו של העד. ואולם, כאמור, לדידי, זאת רק ככל שהצד החוקר אשר לומד על קיומו של מסמך במהלך חקירתו של עד, מגיש בקשה לגילוי ספציפי של המסמך לאחר סיום החקירה. במקרה זה, ההחלטה שתינתן בבקשה זו – אינה ניתנת על אתר, ומשכך בקשת רשות ערעור עליה אינה קוטעת את שמיעת העדות עצמה ואינה פוגמת במהימנותה. לעומת זאת, כאשר מדובר בבקשה לעיין במסמך המתבצעת כדבר שבשגרה, תוך כדי החקירה וכחלק ממנה, וההחלטה בנדון ניתנת על-ידי בית המשפט על אתר, ניתן לראות בבקשה זו כ"שאלות המוצגות לעדים, לרבות קבלה או דחייה של התנגדות בעניין זה", וסעיף 1(5) לצו יחול על החלטות מעין אלו.

(2) היחס בין זכות העיון במסמך שבו מעיין עד לטענות חיסיון

8. הסוגייה השנייה, שאף בה נחלקו חבריי, נוגעת ליחס בין זכות העיון במסמך שבו מעיין עד לטענות חיסיון.

9. השופט גרוסקופף סבור כי בעת בחינתה של טענת חיסיון ביחס למסמך פלוני, יש לייחס משקל לעובדה כי העד בחר להביא עמו מסמך זה לדוכן העדים מתוך כוונה להסתמך עליו. לדבריו, עובדה זו, במקרים מסוימים, תשמש כהצדקה להתייחס לחיסיון הנטען כחיסיון יחסי, וזאת אף אם החיסיון הנטען הוא, ככלל, חיסיון מוחלט. השופט גרוסקופף מוסיף כי בנסיבות המתאימות, יש לראות בהבאת המסמך לדוכן העדים כפעולה השוללת ממנו את ההגנה המוחלטת ומביאה אותו לתחום שיקול הדעת של בית המשפט.

10. לעומת זאת, השופט עמית סבור כי העובדה שעד מעיין במסמך תוך כדי עדותו אין משמעה ויתור מיניה וביה על חיסיון, וזאת גם אם ייתכנו מקרים ספציפיים שבהם בית המשפט עשוי להסיק ויתור כאמור בשל התנהלותו המסוימת של העד – כמו למשל כאשר העד מצטט חלק מתוך המסמך החסוי על דוכן העדים. השופט עמית הדגיש כי חיסיון אינו מאבד מתכונותיו אך בשל העובדה שהעד עיין במסמך תוך כדי עדותו, וכן כי מדובר במצב בינארי – החיסיון הוא מוחלט עד לשעה שבעל החיסיון מוותר עליו, ואז תחולתו פוקעת, אך חיסיון מוחלט אינו הופך לחיסיון יחסי.

11. במחלוקת זו שביין חבריי, עמדתי היא כעמדתו של השופט עמית, ואני מצטרפת למסקנתו ולנימוקיו. בהקשר זה אך אוסיף כי במקרים שבהם לשון החוק אינה מותירה לבית המשפט שיקול דעת ביחס לתחולת החיסיון, ונקבע באופן מפורש כי החיסיון יחול אלא אם בעל החיסיון ויתר עליו (כגון חיסיון עורך דין לקוח הקבוע בסעיף 48 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"ה-1971), הרי שלדידי אין כלל אפשרות פרשנית לקבוע כי עצם עיון של עד במסמך הנדון משנה את אופיו של החיסיון באופן שאינו עולה מהוראות החוק הברורות והמפורשות.

(3) האם החיסיון של מסמך שהוכן לקראת משפט פלוני חל גם בהליך אחר?

12. הסוגייה האחרונה שנדונה על-ידי חבריי היא השאלה האם החיסיון של מסמך שהוכן לקראת משפט פלוני חל גם בהליך אחר? חבריי תמימי דעים כי ניתן להכיר בחיסיון האמור גם כאשר המסמך הוכן לצורך משפט אחר בנסיבות מסוימות, המפורטות בפסקה 38 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף, ואף אני מצטרפת לעמדתם זו ולנימוקיהם.

13. ואולם, על אף שחבריי הותירו ב"צריך עיון" את השאלה אם חיסיון של מסמך שהוכן לקראת משפט פלוני באותו משפט עצמו הוא יחסי או מוחלט – הרי שדעותיהם נחלקו ביחס לאופיו ומעמדו של החיסיון הנדון כאשר הוא נטען לגבי מסמך שהוכן לקראת משפט אחר. כך, בעוד שלשיטת השופט גרוסקופף מעמדו של החיסיון של מסמך שהוכן לקראת משפט אחר יהיה בכל מקרה מעמד של חיסיון יחסי בלבד, הרי שהשופט עמית סבור כי השימוש במסמך בהליך אחר אינו "מחליש" את כוחו וגבורתו של החיסיון, וכי למעשה מעמדו של החיסיון של מסמך שהוכן לקראת משפט פלוני יוסיף ויתקיים אף בהליכים אחרים.

14. בסוגיה זו אני מצטרפת לעמדתו של השופט גרוסקופף. כפי שעולה מחוות הדעת של חבריי, עד היום לא הוכרעה בפסיקה השאלה העומדת לפנינו – האם חיסיון על מסמך שהוכן לקראת משפט פלוני (שהוא חיסיון יציר הפסיקה) חל אף במסגרת הליכים משפטיים אחרים מההליך שלקראתו הוכן אותו מסמך פלוני. לפיכך, איני רואה מניעה פסיקתית לקביעה שלפיה החיסיון האמור – החל לפי קביעתנו כאן אף על מסמך שהוכן לקראת משפט פלוני גם בהליך משפטי אחר – יהיה חיסיון יחסי. זאת, מבלי שהחיסיון האמור "ישנה עורר" (לעומת מעמדו בהליך המקורי), אלא למעשה יש לראותו ככזה ש"נולד" מלכתחילה בעור האמור – היינו, כחיסיון יחסי.

15. אני סבורה כי יש היגיון רב בקביעה זו. ראשית, שמו של החיסיון על מסמך שהוכן לקראת משפט פלוני מעיד על אופיו של החיסיון ועל כך שאין מדובר בחיסיון "חפצי" הדבק במסמך ונלווה אליו במעמדו המקורי בכל אשר ילך, כי אם בחיסיון הקשור באופן מהותי להליך המשפטי שלקראתו הוא הוכן. משכך, איני סבורה כי אופיו ומעמדו המקורי של החיסיון החל על המסמך שהוכן לקראת משפט פלוני דבק בו, בהכרח, אף בהמשך הדרך בהליכים אחרים – אלא מדובר בחיסיון שונה, אשר מעמדו יכול אף הוא להיות אחר ממעמדו של החיסיון המקורי.

16. שנית, כפי שהבהיר השופט גרוסקופף בחוות דעתו, אומנם התכליות העומדות בבסיס כינונו של החיסיון החל על מסמכים שהוכנו לקראת הליכים משפטיים עשויות לעמוד בתוקפם גם כאשר עסקינן בהליכים משפטיים אחרים (כפי המקרה הנדון בענייננו וכפי הדוגמה שהביא חברי השופט עמית בחוות דעתו – כאשר מועלית טענת חיסיון ביחס לדו"ח של חוקר פרטי מהליך אחר במסגרת תביעות נזיקין על-ידי חברות ביטוח, שהן שחקניות חוזרות המעסיקות חוקרים פרטיים כעניין שבשגרה); ואולם, במקרים אחרים התכליות האמורות עשויות להיחלש – כך כאשר הצדדים הנדונים אינם "שחקנים

חוזרים" ושמירה על החיסיון אינה נחוצה כדי להגן על פרקטיקה או אסטרטגיה חוזרות ונשנות על-ידי הגוף הנדון.

17. משכך, כמו חבריי אף אני סבורה כי ייתכנו מצבים שבהם החיסיון של מסמך שהוכן לקראת משפט ימשיך לחול גם בהליך אחר, ואולם חיסיון זה יחול כחיסיון יחסי ובהתאם לשיקולים שצוינו בפסקה 38 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף.

ש ו פ ט

לאור האמור נקבע פה אחד שאין להתערב בהחלטת בית המשפט קמא שלא לאפשר את העיון במסמך, כשלעניין ההנמקות לכך נקבע בדעת רוב כאמור בפסק דינה של השופטת יעל וילנר.

ניתן היום, כ' בתשרי התשפ"ב (26.9.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט